

doi:10.16060/j.cnki.issn2095-8072.2020.04.002

国有企业商业考虑原则：规则演变与实践^{*}

张 斌

(东华大学旭日工商管理学院, 上海 200051)

摘 要: 十多年来, 美国积极推动国有企业及其“竞争中立”原则纳入新一代国际贸易和投资规则, 但其主导协定正式文本的国有企业章节却从未界定该原则, 而是频繁采用“商业考虑”表述。原因何在? 对商业考虑原则在多边、区域和主要国家国内规则中演变和实践的考察表明, 首先, 该原则在多边贸易体制之初就被美国作为国有企业主导国家参与体制的基本原则, 并于上世纪 80 年代和 90 年代在美国国内法和其主导的多边和区域贸易协定中得到进一步发展; 其次, 竞争中立和商业考虑两原则内核一致, 前者纠正本国国有企业因所有权所致不公平竞争的原理和方法与基于商业考虑原则的反补贴规则本质相同。

关键词: 国有企业; 商业考虑; 竞争中立; 贸易协定; 反补贴

中图分类号: F744/D996 **文献标识码:** A **文章编号:** 2095 — 8072(2020)04 — 0021 — 09

十多年来, 美国积极推动国有企业及其竞争中立原则纳入新一代国际贸易和投资规则, 但2015年以来由其主导达成的《跨太平洋伙伴关系协定》(TPP)、《美国-墨西哥-加拿大协定》(USMCA)和以TPP为模板的《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(CPTPP)、《欧盟-日本经济伙伴关系协定》(EU-Japan EPA)等均将商业考虑与非歧视并列为国有企业参与国际贸易的基本原则,^①而对“竞争中立”却少有提及。^②有学者认为, 这是规则制定的一个重大变化。^③事实上, 商业考虑原则适用于国有企业的历史可追溯到多边贸易体制之初, 而美国是始作俑者和坚定维护者, 但相应的系统分析甚少, 散见于与GATT1994第17条有关的研究中。^④本文深入考察商业考虑原则在多边、区域和主要国家国内规则中的演变, 试图揭示其在新一代区域贸易协定中地位上升的原因及与竞争中立原则的关系。

^{*} 基金项目: 本文受国家社会科学基金一般项目“国有企业竞争中立政策研究”(项目编号: 16BGJ003)的资助。

① 2015年10月6日, TPP协定在美国亚特兰大达成, 次年2月4日, 在新西兰奥克兰正式签署, 但2017年1月, 美国宣布退出。2018年3月9日, TPP其余11国对该协定稍作修改后签署《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(CPTPP), 并于2018年12月30日生效, 相关章节和条款基本照搬TPP。

② 如USMCA未定义“竞争中立”, 仅在第22章“国有企业和指定垄断”第11条“技术合作”一处明确提及, 且并非严格的约束性条款, 该条规定: 缔约方应在适当和取决于可获得资源的情况下开展相互同意的技术合作活动, 包括: (a) 就缔约方在改进国有企业公司治理和经营方面的经验交换信息; (b) 分享政策方法的最佳实践, 以保证国有企业和私营企业之间的公平竞争, 包括与竞争中立相关的政策; 以及 (c) 组织国际研讨会、座谈会或其他任何相关论坛, 分享国有企业公司治理和经营的技术信息和专门知识。而《欧盟-日本经济伙伴关系协定》全文根本未出现“竞争中立”表述。

③ 韩立余. TPP国有企业规则及其影响[J]. 国家行政学院学报, 2016(1): 83-87.

④ 如Negotiating Group on GATT Articles, Article XVII (State Trading Enterprises): Note by the Secretariat. MTN.GNG/NG7/W/15, 11 August 1987; J. Davey William. Article XVII GATT: An Overview//Thomas Cottier and Petros Mavroidis (eds). State Trading in the Twenty-First Century. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1998: 17-36; H. Bernard and T. Joel, Canada-Wheat: Discrimination, Non-Commercial Considerations, and State Trading Enterprises, World Bank Policy Research Working Paper, No.4337, August 2007; M. Andrea, WTO and SOEs: Overview of Article XVII and Related Provisions of the GATT 1994, EUI Working Paper, RSCAS 2017/08, March 2017.

一、商业考虑原则的起源

在美英酝酿多边贸易体制之初，国营贸易即被认定为主要贸易壁垒之一，要求其基于市场经济原则以私营贸易企业方式运作。^①同时，美国希望给予苏联在拟议的国际贸易组织中应有地位，因此，需要为计划经济体制下贸易完全垄断的国家参与主要适用于市场经济体制国家的贸易谈判设计模式。为此，美国政府在1945年底公布的《世界贸易与就业促进建议》中对“国营贸易”提出如下三项建议：一是以任何方式从事国营贸易的成员应给予所有其他成员平等待遇，国营贸易企业的对外采购与销售在价格、质量、适销性、运输和其它购销条件等方面应完全基于商业考虑；二是在个别产品上维持国家垄断的成员应承诺以预期适用关税的方式就产品的卸岸价格与该产品国内价格间的最大保护幅度进行谈判；三是贸易完全国家垄断成员应承诺在非歧视待遇基础上每年从其他成员购买不少于商定总量的产品。^②

第一项建议即提出了适用于两类国营贸易垄断的基本原则：商业考虑原则（principle of commercial considerations）。^③该原则在美国1934年《互惠贸易协定法》后签署的双边贸易协定中就已存在，主要适用于个别产品贸易垄断的国家。将之延伸到贸易完全垄断国家，美国政府认为其效果可等同于适用私有企业的最惠国原则，尽管在多边框架下的实施可能存在一定困难，但其承诺和执行可阻止一国利用其国有垄断对其他贸易伙伴施加政治影响。^④

该原则后纳入次年美国起草的《国际贸易组织宪章》建议文本（Suggested Charter）第26条“国营贸易企业非歧视管理”（Non-discriminatory Administration of State-Trading Enterprises），并作为统领第27条“个别产品国家垄断的贸易扩大”和第28条“贸易完全国家垄断产品的贸易扩大”的基本原则。该条规定：成员若建立或维持国营企业，或在形式上或事实上给予任何企业专有权或特权，从事产品或服务的进口、出口、购买、出售或生产，对每个其他成员商业活动的待遇与其给予此类企业所在国以外任何国家的待遇相比，应具非歧视性，即在对外购买或销售任何产品或服务时，在价格、质量、适销性、运输和其他购销条件上完全基于商业考虑。^⑤

1946年10月至11月，联合国贸易与就业大会筹备委员会在美国建议文本基础上形成的伦敦会议草案将“国营贸易企业非歧视管理”调整为第31条，核心内容未发生变化，但将“对每个其他成员商业活动的待遇与其给予此类企业所在国以外任何国家待遇相比，应具非歧视性”表述修改为“对其他成员商业活动的待遇不得低于其给予此类企业所在国以外任何国家的待遇”。^⑥同时，该草案试图将商业考虑原则延伸到

① Foreign Relations of the United States[EB/OL]. 威斯康辛大学图书馆网站[2020-01-18].<http://digital.library.wisc.edu/1711.dl/FRUS>.

② United States Department of State, “Proposal on World Trade and Employment”, *Bulletin*, 1945, 13: 912-933.

③ 第二项建议旨在规范市场经济国家对某些特定产品实行的国营贸易垄断，其基本思想为GATT1947第17条第3款所继承；第三项“进口承诺”条款则专门为当时的苏联制订。

④ Foreign Relations of the United States[EB/OL]. 威斯康辛大学图书馆网站[2020-01-18].<http://digital.library.wisc.edu/1711.dl/FRUS>.

⑤ 《国际贸易组织宪章》美国建议文本第26条第1款，参见：Report of the First Session of the Preparatory Committee of the UN Conference on Trade and Employment.WTO网站[2019-10-31].https://www.wto.org/english/docs_e/gatttdocs_e.htm.

⑥ Report of the First Session of the Preparatory Committee of the UN Conference on Trade and Employment.WTO网站[2019-10-31].https://www.wto.org/english/docs_e/gatttdocs_e.htm.

有关“数量限制非歧视管理”(Non-discriminatory Administration of Quantitative Restrictions)的第27条规定:在许可证方法不可行或不合适时,相关成员可采用在供应国间分配配额的形式进行限制,供应国配额的确定应与价格、质量和常规供应来源等商业考虑一致。^①

1947年4月至8月,筹备委员会日内瓦会议形成宪章草案第二稿,删去了商业考虑原则对数量限制的适用,理由是政府主管机关实施此原则不一定可行。^②对适用国营贸易企业的商业考虑则增加了“可获性”因素,并规定成员国应依照商业惯例在相关购买或销售中给予其他成员企业充分竞争的机会。^③与此同时,鉴于苏联不参加国际贸易组织宪章和关税与贸易总协定谈判,草案删去了专为贸易完全国家垄断设计的条款(参见表1)。

这样,在1947年10月签署的《关税与贸易总协定》和次年达成的《国际贸易组织宪章》中,商业考虑原则仅适用于市场经济国家个别产品的国营贸易垄断,分别纳入前者第17条“国营贸易企业非歧视待遇”和后者第4章第4节“国营贸易及相关问题”第29条“非歧视待遇”(参见表1)。1954~1955年的GATT审议会议中,第17条修改了标题并增补了第3、4款,但有关非歧视和商业考虑原则的第1款未发生改变,最终表述为:(a)若缔约方建立或维持国营企业,或在形式上或事实上给予任何企业专有权或特权,则此类企业在进出口购买和销售方面,应以符合GATT所规定的非歧视待遇的一般原则行事;(b)上述规定应理解为要求此类企业仅依照商业考虑进行任何此类购买或销售,包括价格、质量、可获性、适销性、运输和其他购销条件,并依照商业惯例给予其他缔约方企业充分竞争机会参与此类购买或销售。

表1 《关税与贸易总协定》国营贸易条款及其商业考虑原则的形成

文件(草案)名称	条款所在章节	基本内容
《世界贸易与就业促进建议》	第3章一般商业政策 第4节国营贸易	①平等待遇;②个别产品国家垄断;③贸易完全国家垄断
《国际贸易组织宪章》美国建议文本	第4章一般商业政策 第6节国营贸易	①国营贸易非歧视管理;②个别产品国家垄断的贸易扩大;③贸易完全国家垄断产品的贸易扩大
《国际贸易组织宪章》伦敦草案	第5章一般商业政策 第5节国营贸易	同上
《国际贸易组织宪章》日内瓦草案	第4章商业政策 第4节国营贸易	①非歧视待遇;②贸易扩大
《国际贸易组织宪章》	第4章商业政策 第4节国营贸易及相关问题	①非歧视待遇;②销售组织;③贸易扩大;④非商业库存的清算
《关税与贸易总协定》1947年文本	第17条国营贸易企业非歧视待遇	①非歧视和商业考虑;②政府采购例外
《关税与贸易总协定》1955年文本	第17条国营贸易企业	①非歧视和商业考虑;②政府采购例外;③贸易扩大;④透明度

资料来源:作者根据表中文件(草案)相关条款整理

① Report of the First Session of the Preparatory Committee of the UN Conference on Trade and Employment. WTO网站[2019-10-31]. https://www.wto.org/english/docs_e/gatttdocs_e.htm.

② Report of the Second Session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment. WTO网站[2019-10-31]. https://www.wto.org/english/docs_e/gatttdocs_e.htm.该理由后纳入GATT1947关于第13条第2款(d)项的注释和补充规定。

③ Report of the Second Session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment. WTO网站[2019-10-31]. https://www.wto.org/english/docs_e/gatttdocs_e.htm.

二、商业考虑原则在多边和区域贸易规则中的发展

尽管GATT第17条的表述较为模糊，但从美国建议文本第26条和伦敦会议草案第31条看，美国将商业考虑原则纳入多边贸易规则的最初意图是将之等同于关税减让的最惠国原则，即如果成员国的国营贸易购销行为基于商业考虑也就意味着其承担了最惠国义务。^①也就是说，该原则仅体现对外一视同仁，而不涵盖内外一视同仁的国民待遇。这在日后的GATT争端中也得到专家组的认同，如1952年挪威和丹麦诉比利时对从家庭补贴（family allowances）体制国家进口产品用于政府消费时附加关税的争端中，专家组裁定，第17条第2款政府采购例外的适用原则是第1款所规定的商业考虑，不应延伸到国民待遇相关义务。^②GATT秘书处报告也支持该解释。^③在1984年美国诉加拿大外国投资审议法争端中，专家组认为，第17条第1款（b）项“商业考虑”条款并不确立单独义务，仅明确界定或详细阐述（a）项，对（a）项是否涵盖国民待遇，专家组则未明确裁定但倾向于持否定观点。^④但此时美国却对该原则的阐述发生了变化，认为第17条第1款（a）项下的非歧视应同时涵盖最惠国和国民待遇，因为该项中“原则”（principles）一词的英文表述采用复数，^⑤且该条第2款正是规定政府采购的国民待遇例外。

鉴于此，乌拉圭回合中，美国建议有关国营贸易企业纪律的谈判应就国民待遇原则的适用达成一致，^⑥其他成员也有类似提案，^⑦但由于谈判重点放在国营贸易企业的界定和透明度问题上，最终达成的《关于解释GATT1994第17条的谅解》第1段对此仅作了笼统阐述。因此，商业考虑原则与非歧视原则关系的认定维持在1984年美国诉加拿大外国投资审议法争端专家组报告的解释。^⑧

尽管如此，商业考虑原则在这一时期的双边、区域和多边框架中依然有所发展。在1980年2月1日生效的中美首个贸易关系协定中，第1条第3款就体现了商业考虑原则：商业性交易应按照两国商号、公司和贸易组织间合同进行，此类合同的签订应基于国际贸易惯例及价格、质量、交货期和支付条件等商业考虑。而且，该款明确区分于规定非歧视和最惠国待遇的第2条第1款。这意味着，美国已倾向于将商业考虑和非歧视作为两个独立原则。20世纪90年代初，在《北美自由贸易协定》（NAFTA）中，美国开始全面纳入其有关商业考虑的关注。在其第15章“竞争政策、垄断机构和国有企业”中，“商业考虑”被延伸到国有企业，并作为非歧视原则外的独立义务，同时其内涵被进一步明确，即在价格、质量、可获性、适销性、运输和其他购销条件上相关行业或产业中私有企业的正常商业行为。^⑨紧接着，乌拉圭回合《补贴与反补

① Preparatory Committee of the International Conference on Trade and Employment: Verbatim Report of the Fifth Meeting of Committee II. WTO网站 [2020-01-18]. https://www.wto.org/english/docs_e/gattdocs_e.htm.

② *Belgium – Family Allowances*, para.4.

③ Negotiating Group on GATT Articles, Article XVII (State Trading Enterprises): Note by the Secretariat. MTN.GNG/NG7/W/15, 11 August 1987.

④ *Canada – Administration of the Foreign Investment Review Act*, para.5.16.

⑤ *Canada – Administration of the Foreign Investment Review Act*, para.3.15. 在2004年加拿大小麦出口和谷物进口措施案（DS276）中，美国再次阐述这一理由，但为上诉机构明确否定。参见：*Canada – Measures Relating to Exports of Wheat and Treatment of Imported Grain*, WT/DS276/AB/R, para. 92.

⑥ Negotiating Group on GATT Articles, State Trading: Proposal by the United States. MTN.GNG/NG7/W/55, 13 October 1989.

⑦ 如Negotiating Group on GATT Articles, Communication from Chile. MTN.GNG/NG7/W/1, 18 March 1987.

⑧ *Canada – Measures Relating to Exports of Wheat and Treatment of Imported Grain*, WT/DS276/AB/R, paras.99–105.

⑨ 2004年1月1日生效的《美国-新加坡自由贸易协定》第12章“反竞争商业行为、指定垄断和政府企业”有关“商业考虑”的规定与此相似。

贴措施协定》(SCM)首次将“商业考虑”植入,附件一出口例示清单有关第4项补贴的注释对“商业可获性”(commercially available)作如下解释:在选择国内产品和进口产品方面无限制,仅取决于商业考虑。^①该注释虽未对“商业考虑”内涵作说明,但表明其适用范围由国营贸易企业延伸到了补贴行为主体,即政府或其代理机构,且涵盖最惠国和国民待遇。更重要的是,SCM协定第14条将价格、质量、可获性、适销性、运输等商业考虑的主要因素照搬植入,作为政府提供货物或服务或购买货物补贴利益度量基准的构成要素,从而实质上将商业考虑与市场基准划上等号。

2004年,在美国诉加拿大小麦出口和谷物进口措施案(DS276)中,WTO争端解决机制首次对商业考虑作出如下解释:有关商业和贸易的考虑或纯粹将购销行为作为商业事项的考虑;如果国营贸易企业的购销完全基于价格、质量、可获性等考虑因素,其行为即基于纯粹的商业事项考虑,也就是说,购销条件应对企业及其所有者、成员和受益人带来经济利益。^②

三、新一代区域贸易规则中的商业考虑原则

2008年后,美国积极推动国有企业及竞争中立原则纳入新一代国际贸易和投资协定。2015年6月通过的《国会两党贸易优先项和责任法》(P.L.114-26)将有关国有企业的谈判目标设定为以下两个:(1)消除或阻止有利于国有和国家控制企业参与商业活动的贸易扭曲和不公平竞争;(2)制定消除歧视和贸易扭曲性补贴、促进透明度的各项纪律,确保国有和国家控制企业的商业活动完全基于商业考虑。^③这表明,美国继续将商业考虑作为国有企业参与国际贸易的基本原则,并明确将之作为反补贴纪律的基本原则。

美国依据该法推动的首个新一代区域贸易协定即TPP。虽然特朗普政府选择退出,但2018年10月对NAFTA重新谈判达成的USMCA,其第22章“国有企业和指定垄断”基本照搬TPP同名第17章,从以下几方面进一步发展了商业考虑原则。一是整合NAFTA第1501条第3款和第1505条的相关表述,将商业考虑明确界定为:相关行业或产业私有企业商业决策中正常考虑的价格、质量、可获性、适销性、运输和其他购销条件及其他因素;二是对国有企业在商品和服务购销活动中的“非歧视”和“商业考虑”义务分别作了明确规定,将二者作为并列而非从属或交叉原则;三是将违反商业考虑原则的国有企业援助与可诉补贴直接挂钩。这样,商业考虑演变为规范国有企业因政府补贴所致不公平竞争的基本原则。

2017年9月21日和2019年2月1日,欧盟-加拿大全面经济与贸易协定和欧盟-日本经济伙伴关系协定生效,两者有关国有企业的章节均效仿TPP,将商业考虑和非歧视作为并列原则。欧盟-日本协定对TPP的商业考虑界定又作了补充,将之定义为:相

^① 有关出口例示清单第4项补贴条款,乌拉圭回合《补贴与反补贴措施协定》与东京回合《补贴与反补贴守则》表述类似,但后者无相关注释。

^② Canada - Measures Relating to Exports of Wheat and Treatment of Imported Grain, WT/DS276/R, paras. 6.85-6.87. 该界定也为该案上诉机构报告认同。参见: Canada - Measures Relating to Exports of Wheat and Treatment of Imported Grain, WT/DS276/AB/R, para.140.

^③ 19 USC, § 4201(b) (8).

关行业或产业私有企业根据市场经济原则进行商业决策所正常考虑的价格、质量、可获性、适销性、运输和其他购销条件及其他因素。

四、国内规则中的商业考虑原则及其实践

在明确商业考虑内涵及其与非歧视原则关系的同时，实践中的关键问题是如何认定国有企业特定交易是否基于商业考虑。DS276案上诉机构报告认为，应基于个案，且GATT第17条第1款并不授权对此作广泛调查，更没有依据将该款解释为要求国营贸易企业承担全面的竞争法义务。^①因此，此类实践主要基于各国国内法，而各国涉及国有企业的规则主要有两类：竞争中立政策和反补贴法。前者关注国内两类所有制企业的不公平竞争；后者则针对外国企业因政府补贴所导致的不公平竞争。尽管各国反补贴法不区分受调查企业所有制性质，但实践中普遍将国有企业行为等同于政府行为，^②从而意味着其与私有企业竞争地位的不平等及其行为潜在的政府属性和“非商业考虑”。

在美国，联邦层面的国有企业数量有限，^③主要集中在公共交通、邮政、电力、信贷等公共服务部门，且普遍存在反托拉斯法下的豁免。因此，商业考虑原则主要体现在反补贴法中。

在美国贸易救济立法史上，《1979年贸易协定法》是一个里程碑，该法对《1930年关税法》增补了第7编，全面修订反倾销和反补贴规则。第771节将可诉国内补贴分为四类：（1）以与商业考虑不一致的条款提供资本、贷款或贷款担保；（2）以优惠费率提供商品或服务；（3）提供资金或豁免债务以弥补特定产业的经营亏损；（4）承担制造、生产或分销的任何成本或费用。该定义实际上明确了判断四类补贴的原则和基准：商业考虑、优惠费率、实际成本或支出。《1994年乌拉圭回合协定法》依据WTO《补贴与反补贴措施协定》将补贴界定为以下四类：（1）政府提供股本与私人投资者的通常投资做法不一致；（2）政府提供贷款与市场可比商业贷款不一致；（3）政府贷款担保与无担保条件下可比商业贷款不一致；（4）政府提供货物或服务未获得充分补偿。尽管修订后的条款不再出现“商业考虑”表述，但实际上却是基于调查当局20世纪80年代以后反补贴实践对度量政府提供资本、贷款和贷款担保补贴利益“商业考虑”基准的明确阐述，即私人投资者的通常投资做法和市场可比商业贷款，^④而认定政府提供货物或服务是否获得充分补偿的依据，早在1989年修订的反补贴条例中就已明确为私人市场交易价格。^⑤由此可见，USMCA中的商业考虑界

① Canada – Measures Relating to Exports of Wheat and Treatment of Imported Grain, WT/DS276/AB/R, paras.144–145.

② 张斌，反补贴中“政府”和“公共机构”的认定：基于典型案例的国际比较[C]//杨益.2010中国贸易救济与产业安全论丛：第六届中国贸易救济与产业安全研究获奖论文集.北京：中国商务出版社，2010：317–324.国有企业的公共机构认定存在“政府控制论”与“政府职能论”之争，各国基本上采用前者，在中国诉美国“对部分中国产品征收最终反倾销反补贴税”案（DS379）中，专家组认同前者，上诉机构支持后者，但有学者认为上诉机构的解释经不起推敲，反而给国有企业的公共机构认定制造了更大的灵活性和不确定性。参见：P. Kowalski and K. Perepechay, International Trade and Investment by State Enterprises, OECD Trade Policy Papers, No. 184, 2015；白巴根，“公共机构”的解释及“国有企业”是否构成“公共机构”[C]//孙晓钟，左海聪.WTO法与中国论丛（2012）.北京：知识产权出版社，2012：61–98.

③ United States General Accountability Office. Federally Created Entities: An Overview of Key Attributes[R/OL]. 美国政府问责署网站 [2019-12-18]. <http://www.gao.gov>.

④ 张斌.补贴利益度量基准：规则和实践的国际比较[M].上海：东华大学出版社，2015：34–41.

⑤ 即1989年5月31日美国商务部在《联邦纪事》（Federal Register）发布的《反补贴税：规则制订建议和公众评论征询公告》。该修订因乌拉圭回合谈判涉及国内法调整而未实施，但成为1997年实施反补贴条例的基础。

定实质上是美国反补贴法中的利益度量市场基准与GATT第17条第1款(b)项相融合的产物。

更重要的是,自20世纪80年代美国反补贴实践逐步形成了一整套基于商业考虑的补贴利益度量基准。政府持有股权补贴利益的度量方法是:首先确定是否存在私人主导投资价格,若是,补贴利益为支付股价与市场价格之差;若否,进一步判断被投资企业是否具有投资价值,若是,度量基准根据个案认定,否则,补贴利益为注资额。度量政府贷款补贴利益的基本方法是:首先确定接受者是否在调查期内从市场获得可比商业贷款,若是,基准为此类可比商业贷款利率,^①如否,采用全国平均利率;^②对不可能从市场获得可比商业贷款的资信不良企业,^③采用公式法计算基准利率。^④政府贷款担保补贴利益的度量基准则为涉案企业从市场实际获得可比商业贷款利率,而对于政府提供货物或服务,补贴利益度量基准的选择依次为:国内市场价格、国际市场价格、评估政府定价是否与市场原则一致。^⑤

欧盟和澳大利亚反补贴法中的商业考虑原则和方法基本借鉴美国,如澳大利亚《倾销和补贴手册》规定,政府提供贷款时,“基于商业考虑”意味着与市场贷款条件一致,反之则比市场条件优惠。^⑥与此同时,两者的国家援助制度和竞争中立政策同样将商业考虑作为基本原则。

欧盟国家援助制度旨在规范成员国对私有和国有企业补贴而产生的不公平竞争,此类补贴的主要形式同样是政府提供股本、优惠贷款、贷款担保、商品或服务。^⑦确定国有企业此类竞争优势的基本方法是市场经济运营商测试(market economy operator test),其形成标志是1981年欧共体委员会《建立钢铁产业援助共同体规则的第2320/81/ECSC号决定》,成熟标志则是1991年欧共体委员会关于《欧洲经济共同体条约第92、第93条和第80/723/EEC号指令对制造业公共企业适用》通报,^⑧两者形成的背景正是当时美欧钢铁产品贸易争端中,美国基于《1979年贸易法》对欧共体成员国出口产品采用商业考虑原则度量补贴利益。^⑨因此,与反补贴相似,MEO测试以正常市场条件为基准评估国有企业为主体或客体的政府投资、贷款和销售行为是否构成国家援助,并区分两类情形。一是国有企业和私有企业在同等条件下进行交易或通过竞争、透明、非歧视、无条件招标程序进行商品、服务、资产的销售或购买,此类经济活动与正常市场条件一致,因而不存在国家援助。除此以外的情形则一般需要通过市场经济运营商测试进行判断,细分为市场经济投资人、私人贷款者和私人供应商三

① 19USC, § 1677(5)(E)(ii)和19CFR, § 351.505(a)(1).

② 19CFR, § 351.505(a)(2)(ii)和19CFR, § 351.505(a)(3)(ii).

③ 资信不良企业的定义是在获得政府贷款时无法从传统商业渠道获得长期融资的企业。参见:19CFR, § 351.505(a)(4)(i).

④ 19CFR, § 351.505(a)(3)(iii).

⑤ 19CFR, § 351.511(a)(2).

⑥ Australian Government Anti-Dumping Commission Dumping and Subsidy Manual (November 2018), 澳大利亚反倾销委员会网站[2019-12-18]. <https://www.industry.gov.au/data-and-publications/dumping-and-subsidy-manual>.

⑦ Commission Notice on the Notion of State Aid as Referred to in Article 107(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union. 欧盟EUR-LEX网站[2019-12-18]. <https://eur-lex.europa.eu>.

⑧ OJ L 228, 13.8.1981, p.14.

⑨ 张斌. 补贴利益度量基准: 规则和实践的国际比较[M]. 上海: 东华大学出版社, 2015:35-41.

类测试，分别以正常市场条件下相似情形私人投资者、私人贷款机构和私人卖家的行为或价格为基准，^①即采用私人运营商在可比情形下的可比交易条件，评估国有企业的经济活动是否与市场条件一致。

竞争中立政策是澳大利亚于20世纪90年代初为推进内部市场一体化而提出的国家竞争政策的组成部分，借鉴的正是《欧洲经济共同体条约第92、第93条和第80/723/EEC号指令对制造业公共企业适用》通报所提出的“国有企业和私有企业待遇中立原则”（the principle of neutrality of treatment of public and private undertakings）^②和欧共体推进内部市场一体化的《单一欧洲法令》。该政策明确适用于从事重大商业活动的政府机构，包括国有企业，^③其基础和核心是全成本定价。该定价包括三个步骤：一是分离商业和非商业活动、识别商业活动所有直接和间接生产成本，二是所有权成本优势调整，三是所有权成本劣势调整，即，竞争中立成本=生产成本+所有权成本优势-所有权成本劣势。^④其中，所有权成本优势调整是全成本定价的核心，调整的手段主要有四个：税收中立、借贷中立、规制中立和商业回报率。税收中立旨在消除国有企业所享受的、私营部门竞争者无法获得的税收减免或优惠，使之承担与私营部门竞争者相同的税负。借贷中立通过调整借贷成本使国有企业与私有企业负担的借贷成本相当，即债务中立调整=（基准利率-国有企业借贷利率）×贷款总额，其中，基准利率为私有企业相似总额、期限和类型的贷款利率。规制中立要求国有企业遵守与私有企业相同的法律法规，旨在营造两者相同或相当的监管环境。商业回报率则规定国有企业须与私有企业一样正常获利。由此可见，竞争中立政策的本质是要求国有企业商业活动应基于私有企业的商业考虑，其调整国有企业成本优势的方法与美国反补贴利益度量方法基本一致。

五、结论

贸易协定中的商业考虑原则试图规范政府作为主体、国有企业作为客体或国有企业自身作为主体的商业活动。对该原则在多边、区域和主要国家国内规则中演变和实践的历史考察表明，其适用范围经历了从国营贸易到反补贴再到国有企业反补贴三个阶段的演变。

首先，美国从一开始就将该原则作为国有企业主导国家参与多边贸易体制的基本原则，但苏联的缺席导致其在多边框架中主要适用于市场经济体的偶然性国营贸易垄断。其次，20世纪80年代到90年代，美国对该原则作了如下两方面的发展：一是在国

① Commission Notice on the Notion of State Aid as Referred to in Article 107(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union. 欧盟 EUR-LEX网站 [2019-12-18]. <https://eur-lex.europa.eu>.

② 参见欧共体委员会致成员国关于《欧洲经济共同体条约第92、93条和第80/723/EEC号指令对制造业公共企业适用》（Application of Articles 92 and 93 of the EEC Treaty and of Article 5 of Commission Directive 80/723/EEC to Public Undertakings in the Manufacturing Sector）的通报（OJ C 273, 18.10.1991, p.2），第9条。

③ 澳大利亚政府理事会1995年4月制定、2007年4月修订的《竞争原则协定》第3段。

④ Competitive Neutrality Policy. 澳大利亚维多利亚州政府网站[2020-01-18]. <http://www.betterregulation.vic.gov.au/Competitive-Neutrality>.

内反补贴实践中形成了一套基于该原则的补贴利益度量方法，并将之移植到多边反补贴利益度量规则中，二是在区域贸易协定中逐步完善其概念界定、扩展其适用对象，并将之与非歧视原则并列。再次，21 世纪以来，在美国主导的新一代区域贸易规则制订中，该原则的定义、地位和与反补贴规则的关系得到进一步明确，并在主要发达国家间达成共识。最后，欧盟国家援助制度中的市场经济运营商测试规则和澳大利亚国家竞争政策中的竞争中立原则均针对本国国有企业主要因政府补贴所导致的不公平竞争，并以私有企业市场交易条件（贷款利率、实际税率、投资回报率和商品售价）为基准度量，纠正国有企业竞争优势，两者的基本原理和方法与美国基于商业考虑原则的反补贴规则完全一致。

20 世纪 90 年代后由澳大利亚作为国内政策提出的竞争中立原则，与美国在多边贸易体制之初提出并一贯坚持的商业考虑原则内核一致。因此，在推动新一代贸易投资规则制定的过程中，美国一方面借用竞争中立这一新概念明确将规则针对因国有企业所导致的不公平竞争优势，另一方面谋求文本表述继续采用其话语系统，维持其对规则的主导权，同时，实现其将基于商业考虑的反补贴规则照搬移植到区域乃至多边国有企业规则的目标。这正是美国积极推动竞争中立原则国际化，但在其主导的协定正式文本的国有企业章节中主要采用“商业考虑”而非“竞争中立”的根源所在。

【作者简介】张斌：东华大学旭日工商管理学院教授，经济学博士。研究方向：多边和区域贸易制度、国际经贸关系。

The Principle of Commercial Considerations in Trade Agreements: Evolution and Practice of Rules

ZHANG Bin

(Glorious Sun School of Business and Management, Donghua University, Shanghai 200051, China)

Abstract: During the past dozen years, the U.S. has been actively promoting the incorporation of the principle of competitive neutrality into the 21st century trade and investment agreements. However, the term “commercial considerations”, instead of “competitive neutrality”, is frequently used in the final text of the SOE chapters of the new-generation FTAs led by the U.S. Why? This paper investigates the evolution and practice of the principle of commercial considerations in multilateral, regional and domestic trade rules and reaches the following conclusions. First, the principle of commercial considerations was used by the U.S. at the launch of the multilateral trading system for the participation of SOE-dominated countries, and has been developed in the GATT/WTO and the FTAs initiated by the U.S. in the 1980s and 1990s. Second, the principles of competitive neutrality and commercial considerations have an identical core; the rationale and methodology of the former to redress domestic SOEs’ competitive advantage due to their public ownership are the same as those of countervailing rules based on the commercial considerations.

Keywords: state-owned enterprises (SOEs); commercial considerations; competitive neutrality; trade agreements; anti-subsidy

(责任编辑：黄志瑾)