

欧盟对外国补贴的规制

陈 瑶

(上海政法学院, 上海 201701)

摘 要: 随着补贴的全球化使用, 对外国补贴 / 跨境补贴的规制逐渐成为当前补贴规则的重要发展趋势。为了维持内部市场的公平竞争, 欧盟率先作出示范, 在其针对外国政府补贴的白皮书和条例中提出新审查工具应对扭曲性外国补贴。然而, 欧盟对外国补贴的规制不仅可能与 WTO 法律体系不符, 而且将违背其对外资承诺的非歧视待遇; 赋予欧盟委员会过大的自由裁量权使欧盟投资环境的可预期性大为下降。同时, 欧盟对外国补贴的规制针对中国和中国企业的意图明显。对此, 中国应主动参与跨境补贴国际规制的诸边谈判, 要求承认补贴对发展的促进作用, 在充分信息、经济评估的基础上, 再就新规则进行谈判。

关键词: 外国补贴 / 跨境补贴; 市场扭曲; 非歧视待遇; 公平竞争

中图分类号: D996

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2023) 04-0056-15

一、问题的提出

补贴规则改革无疑已经成为本轮 WTO 现代化改革的主要议题, 也是美国、欧盟与中国的博弈重点。以“补贴公平性”为由, 美日欧在三方贸易部长会议中就“工业补贴与国企”达成了一些基本共识, 包括扩大补贴提供主体范围、扩大禁止性补贴范围、严格规范补贴透明度与通报机制(刘斌等, 2020)。此外, 随着《跨太平洋伙伴关系协定》(TPP)和《美国—墨西哥—加拿大协定》(USMCA)等区域贸易协定的生效以及欧盟《针对外国政府补贴的促进公平竞争白皮书》(以下简称《白皮书》)与《关于外国补贴扭曲欧盟内部市场的条例》(以下简称《条例》)的发布, 对外国补贴 / 跨境补贴^①的规制逐渐成为当前补贴规则的另一个重要发展趋势。其中, TPP 和 USMCA 专门为国有企业量身定做的非商业援助规则对作为补贴接受者的国有企业是否处于补贴提供主体管辖范围内不做要求; 而欧盟《白皮书》和《条例》直接针对非欧盟国家向在欧盟境内开展经济活动的企业提供的补贴, 并且不再限于货物贸易, 而是扩展到服务贸易、投资和公共采购领域。然而, 跨境补贴并非是一个新事物。长期以来, 西方国家的国有企业在国家帮助下向国外扩张, 对外直接投资

作者简介: 陈瑶, 上海政法学院上海司法研究所讲师, 法学博士, 研究方向: 国际经济法。

基金项目: 国家社科基金重大项目“中国特色自由贸易港国际法治研究”(项目编号: 20&ZD205); 上海政法学院青年科研基金项目“国际贸易投资新规则对国有企业的规制研究”(项目编号: 2023XQN03)。

^① 广义上, 跨境补贴包括欧盟所定义的外国补贴。因此, 本文与欧盟相关的内容采用外国补贴, 其他情形下均使用跨境补贴。

从发达国家流向发展中国家。为了替本国资本寻求高利增值的途径、增强本国在国际经济竞争中的实力与地位，发达国家一般都实行鼓励资本输出的政策，并设有各种专门促进投资的项目（陈安，2007）。这种资本流动往往伴随着跨境补贴。有鉴于此，本文以欧盟《白皮书》和《条例》为对象研究跨境补贴规制的主要内容和特点，分析其中的争议与实现障碍，并在此基础上提出中国和中国企业的应对策略。

二、跨境补贴的规制动因

跨境补贴是政府向位于领土外的生产商提供补贴，促进补贴接受者所处国家的经济发展和就业。例如，二战后美国对西欧国家提供经济援助、协助重建的欧洲复兴计划，也被称为马歇尔计划。尽管马歇尔计划的根本属性是政治和安全战略，对其发挥的作用也存在争议，但西方总体上对马歇尔计划的评价是积极的（金玲，2015）。这影响了后来《补贴与反补贴措施协定》（SCM 协定）的谈判。作为当时海外发展援助最大资助国，美国建议在 SCM 协定第 1 条补贴定义中将补贴提供者限定在“一国领土范围之内”，将海外援助（一国政府向其领土之外提供的补贴）排除在 SCM 协定可抗性补贴范围之外（Horlick，2013）。1998 年《美国联邦法规》第 351.527 条的修正案也明确将跨境补贴排除在美国反补贴法的范围之外。

与预期不同，补贴的使用已不限于一国政府管辖范围之内，而是呈现全球化趋势（Crochet and Gustafsson，2021）。随着巴西、中国、印度等逐渐成为资本输出国，对外直接投资越来越多地从新兴经济体流向发达经济体，这一现象引起了发达经济体的特别关注。

（一）跨境补贴的定义

Benitah（2019）将跨境补贴（transnational subsidy or extended subsidy）定义为“补贴授予政府向其所在国以外制造相关产品的受益者提供的补贴”。Horlick 和 Clarke（2017）虽未直接定义跨境补贴（cross-border subsidy），但描述了以下场景：随着跨境生产的扩大，一家公司可能在几个国家，如 A 国和 B 国开展生产活动。A 国政府向其提供的一项补贴可能被该公司分配到所有生产活动当中。对因进口该公司货物致国内产业受损的 C 国而言，只能对从 A 国进口的货物采取措施，而无法对从 B 国进口的货物采取措施。Crochet 和 Gustafsson（2021）将外国补贴（foreign subsidy）定义为由接受实体所在国以外的政府向该实体提供的，且扭曲了接受实体所处市场竞争条件的财政资助。这正是欧盟《白皮书》和《条例》的规制对象。另外，Crochet 与 Hegde（2020）还专门界定了跨境生产补贴（transnational production subsidies），即 A 国政府（补贴提供成员）向产品出口到 C 国（进口成员）的 B 国生产商提供的资助。由此可见，虽然学者们对跨境补贴使用了不同名称，作出了不同描述，但对跨境补贴有一个共识：补贴提供者与接受

者分别处于不同成员领土内。与 SCM 协定所规制的大多数补贴不同，跨境补贴是补贴的直接跨境，并不依赖产品进出口。

（二）规制跨境补贴的原因

补贴的全球化使用对 SCM 协定的有效适用造成不小挑战。而且，跨境补贴的使用不再限于贸易。随着当前资本的多向流动，来自发展中经济体的企业频频收购发达经济体的企业。欧盟认为，来自其母国的不当补贴为收购欧盟企业提供便利，影响其他未受补贴的企业和投资者的决策，损害内部市场公平竞争。^①对此，WTO 所能提供的救济十分有限。更重要的是，随着越来越多有实力的非欧盟投资者进入欧盟内部市场，受欧盟投资者的要求和压力，欧盟需要对相关产业进行保护。这也是当前贸易和投资融合趋势及国家回归趋势下的必然结果。

1. WTO 法律体系对跨境补贴的有限治理

欧盟提出新的审查工具的基本前提在于 WTO 法律体系对跨境补贴的规制不足。SCM 协定对补贴的纪律仅限于货物贸易，不涉及服务贸易与投资。虽然 GATS 第 15 条提出要制定服务贸易领域的补贴规则，但至今尚未付诸实践。TRIMS 的规制重点在于取消东道国外资法中对国际贸易产生扭曲作用的投资措施，而非投资者及其母国。因此，欧盟提出了一种新的审查工具来应对外国补贴对欧盟贸易和投资造成的负面影响。然而，WTO 法律体系的起草者真的未将跨境补贴考虑在内吗？

应当说，就货物贸易而言，SCM 协定的起草者并未完全将跨境补贴排除在外。SCM 协定第 1 条并未限定补贴接受者所处的地理位置，仅要求补贴提供者位于一成员领土之内。因此，一成员政府向位于其领土之外的生产商提供的补贴（跨境生产补贴），当然属于 SCM 协定下的补贴。美国在外国销售公司税收待遇案中承认，根据 SCM 协定第 1 条，财政资助的接受者不必处于该成员国境内。因此，当前 SCM 协定对补贴的宽泛界定，足以包含最常见的补贴类型（Kumar，2015）。然而，跨境生产补贴的救济却受到专向性规定的限制。专向性规定明确要求补贴利益接受者位于补贴授予当局管辖范围之内。管辖权与领土相关，一国不能在其领土范围之外行使管辖权。而且，SCM 协定附件 IV 的脚注 63 也表明，就可诉补贴而言，补贴接受者是补贴成员领土范围内的公司。由于跨境生产补贴接受者处于补贴成员领土范围之外，因此跨境生产补贴无法获得协定为可诉补贴提供的救济。这也是“中埃玻璃纤维编织物案”和“埃及特定长纤维产品案”中欧委会所面临的困境，即对一个 WTO 成员政府对在其管辖范围以外的公司提供的补贴，欧盟在 SCM 协定下无权采取反补贴措施。^②学者提出的以股东国籍认定公司国籍，主张补贴授予当局对位于

^① Regulation(EU) 2022/2560 of the European Parliament and of the Council on Foreign Subsidies Distorting the Internal Market[R].2022.

^② Bartels,Lorand.WTO Law Implications of the EU's Proposal to Target "Foreign Subsidies" Given to Companies in Other Countries[EB/OL].[https://www.linklaters.com/en/insights/blogs/tradelinks/2020/june/wto-law-implications-of-the-eus-proposal-to-target-foreign-subsidies-given-to-companies.\[2020-06-20\]\(2021-11-12\).](https://www.linklaters.com/en/insights/blogs/tradelinks/2020/june/wto-law-implications-of-the-eus-proposal-to-target-foreign-subsidies-given-to-companies.[2020-06-20](2021-11-12).)

其领土外的补贴接受者享有管辖权也不符合国际法院在巴塞罗那电力公司案的立场以及之后国际法委员会对其所作的发展（余劲松，2008）。

尽管如此，当跨境生产补贴构成禁止性补贴时，进口成员仍然可以寻求多边救济。当一成员有理由相信另一成员授予或维持了一项禁止性补贴，则该成员可以要求与授予或维持该补贴的成员进行协商。而且，若相关措施被专家组认定为禁止性补贴，专家组应建议提供补贴的成员毫不拖延地撤回该补贴，并明确必须撤回的期限。若该建议未得到执行，WTO 争端解决机构可授权申诉方采取反措施。然而，现实中跨境生产补贴构成禁止性补贴（出口补贴或进口替代补贴）的可能性非常小。例如，进口替代补贴是指以使用国产货物而非进口货物为条件的补贴。在跨境生产补贴的情形下，相比于国产货物，补贴授予成员更加有可能要求补贴接受者使用来自该补贴授予成员的进口货物。由此可见，跨境生产补贴适用 SCM 协定的空间很小。对此，以美日欧为代表的发达经济体已经在 WTO 之外针对补贴规则寻求变革，其中欧盟表现最为积极，而美国很有可能紧随其后修改国内立法以应对跨境补贴。

2. 贸易与投资融合和国家回归趋势下的必然选择

在贸易开放与投资开放谈判同时进行的情况下，各国的利益交换不仅在对等贸易开放或投资开放中进行，且也在二者之间交叉进行（张幼文，2018）。企业可以通过贸易或投资进入一国市场。当前，随着《中欧全面投资协定》（中欧 CAI）谈判的完成，欧盟将吸收越来越多的中国投资。对于欧盟而言，如何更好地保护欧盟投资者在内部市场中的利益是亟需考虑的问题。

近些年来，国家“回归”趋势愈发明显（蔡从燕，2018）。在国际贸易领域，在 GATT 时代，出于缔约方国内监管灵活性考虑而设置的第 20 条（一般例外）常遭到限缩解释，且从未被援引成功。在乌拉圭回合后，WTO 开始认真调和贸易和非贸易价值。与 GATT 专家组在泰国卷烟案中采取的立场不同，在驳回美国有争议的汽油纯度规定时，上诉机构明确承认了美国的一般政策目标“保护清洁空气”的合法性（Cho and Kurtz，2018）。《实施卫生与植物卫生措施协议》（SPS 协议）和《技术性贸易壁垒协议》（TBT 协议）的制定积极承认了为 WTO 成员保留的合法监管空间。国际投资法也在发生重大变化，私法因素和投资者利益的重要性在降低，国家的监管空间不断扩大（Roberts，2013）。发达经济体通过签署新型国际投资协定或含有投资章节的贸易协定，如美国 BIT 范本、TPP 和《欧盟与加拿大综合经济与贸易协定》（CETA）等修改规制权内容，积极确立和保护东道国规制权。特别是，国家更加重视通过约束私人以实现规制权“回归”。美国服务行业联盟和商会在 TPP 协定谈判中就提出，WTO 对授予国企的补贴和通过国企授予补贴的规制不足以解决国企结构性问题，主张以竞争中立为指导对国企和补贴设计更为严格的规则。最终，TPP 协定首次将国有企业条款单独成章，并为国企量身定做了非商业援助规则，其中第 17.6(3) 条就对跨境生产补贴予以规定。但 TPP 协定缔约方对非商业援助的救济措施尚不包括单边

救济。为维护欧盟内部市场的公平竞争环境,《白皮书》和《条例》允许欧委会对由非欧盟国家向在欧盟开展活动的企业提供的扭曲性外国补贴进行单边救济。

三、欧盟对外国补贴的规制:从《白皮书》到《条例》

外国补贴扭曲了欧盟内部市场,创造了一个不公平的竞争环境。有报告发现,中国政府提供的某些补贴,若由欧盟成员国提供,将构成国家援助。对此,2020年6月,欧盟发布《白皮书》以征求各方意见。紧接着,《条例》进入普通立法程序(孙伯龙,2021),并于2022年11月正式通过。

(一)对外国补贴规制的法律基础

法律基础的选择对欧盟立法措施极为重要。错误的法律基础将导致法令无效(叶斌,2018)。《条例》将《欧盟运行条约》(TFEU)第114条和第207条作为规制外国补贴的法律基础。其中,TFEU第207(1)条界定了欧盟共同商业政策的范围,除其他外,包括“补贴”“外国直接投资”以及货物和服务贸易中采取的措施。同时,《条例》也可能适用于已经在一个成员国成立的实体在另一个成员国开展的收购或参与公共采购活动。《条例》将可能影响企业权利、货物和服务在欧盟内的自由流动。有鉴于此,《条例》也以TFEU第114条作为基础。^①

(二)对外国补贴的规制框架

欧盟引入对外国补贴的审查机制是为了解决仅有成员国授予的补贴受到国家援助规则约束的不对称性。补贴的来源,即由第三国提供,是触发审查的关键性因素。

何为外国补贴?《条例》第3条(外国补贴的存在)基本上沿用了《白皮书》的界定:由非欧盟国家(第三国)政府或任何公共机构提供的财政资助,在法律上或事实上,仅限于向一企业或产业,或一组企业或产业授予一项利益。这一概念与SCM协定下可诉补贴的构成条件基本吻合:“财政资助”“授予一项利益”以及专向性的实体要求,即补贴获取仅限于特定企业。当然,只有当上述外国补贴通过企业在欧盟开展经济活动,实际或潜在对欧盟内部市场造成扭曲时,才会进入《条例》的规制范围。

具体而言,《白皮书》提出了3个模块的工具来审查外国补贴,得到了《条例》的继承和细化。首先,一个一般性的审查工具,即模块1,针对向欧盟市场上的经济主体提供的扭曲性外国补贴。《条例》在第2章中规定了对外国补贴的依职权审查,适用于所有市场情况与低于门槛价值的经营者集中和公共采购中的外国补贴。欧委会可主动审查来自任何来源的关于被指控的扭曲性外国补贴的信息;其次,模块2专门针对收购欧盟目标企业中的扭曲性外国补贴。《条例》更是在第3章专门规定了对经营者集中中扭曲性外国补贴的审查。根据《条例》第20条规定,审查对象是在欧盟目标企业的营业额超过5亿欧元,且在申报前3年内收到第三国提供的外国

^① 该条规定,应采取措施使成员国的法律、法规或行政行为所规定的、以建立和运作内部市场为目标的条款相接近。

财政资助超过 5,000 万欧元的集中；最后，专门针对公共采购中的扭曲性外国补贴的模块 3，被纳入《条例》的第 4 章。若该公共采购的合同估计价值大于等于 2.5 亿欧元，且在申报前 3 年内收到第三国提供的外国财政资助等于或超过 400 万欧元，则视为存在应申报的外国财政资助。因此，《条例》对促进经营者集中和公共采购的外国补贴实施事前审批机制，将依职权审查作为兜底性工具，确保一个有效的外国补贴控制体系。

（三）外国补贴规制与欧盟其他工具之间的协调

其实，若一个国家认为有必要对外国补贴进行干预以抵消其所造成的贸易扭曲，有许多现成的工具可供使用：反补贴税、限制来自非《政府采购协议》（GPA）参加方的公司参与公共采购、对受补贴的外来直接投资和并购进行控制以及使用出口支持机制应对外国出口信贷补贴等（Hoekman and Nelson，2020）。

在欧盟竞争规则体系下，合并和反垄断规则允许欧委会在集中或公司的市场行为扭曲内部市场的竞争时进行干预，但不关注这种集中是否获得了外国补贴，也不允许欧委会或成员国仅仅或主要在此基础上进行干预和决定。欧盟国家援助规则仅针对来自欧盟成员国的援助。在贸易政策方面，多边的 SCM 协定、双边的 FTAs 以及单边的贸易防御工具的适用范围非常有限，仅适用于进口到欧盟的货物，并不涉及服务贸易、投资或与在欧盟建立和经营企业有关的其他资金流动。在投资政策方面，《欧盟外资审查条例》的适用范围在于确定外国直接投资对安全和公共秩序的可能影响，对关键基础设施、关键技术、关键投入品等的影响，但并不具体解决外国补贴造成的扭曲。在公共采购方面，《公共采购指令》旨在确保一个有竞争力、开放和规范的采购市场。在评估报价时，订约当局并无义务调查外国补贴是否存在。但是，这些工具并非为了解决一般性的外国补贴的潜在扭曲效应。

既然既有规则未能考虑外国补贴的存在及其对企业的影响，欧盟亟需加速改革其竞争法体系，提出规制外国补贴的新工具以填补规制空白，应对来自欧洲以外的产业竞争，特别是来自全球化企业的竞争挑战。作为全球最大的外国直接投资目的地之一，当前欧盟外资政策与规则趋向阶段性保守。就《条例》内容来讲，欧盟对外国补贴的规制存在一些尚未解决和澄清的问题。

四、外国补贴规制的争议与实现障碍

从欧盟《白皮书》到《条例》，有些争议得到了解决，如将审查权统一由欧委会行使以减少“去中心化”和“碎片化”，但有些争议则继续存在，且可能威胁到《条例》的法律基础和有效性。

（一）缺乏规制非欧盟政府行为的法律基础

欧盟越来越愿意利用其庞大的内部市场，通过所谓的布鲁塞尔效应，迫使其他

国家和跨国公司遵守欧盟的规则与标准 (Bradford, 2020)。成员国政府提供的国家援助可能会对市场竞争态势产生实质性影响, 因此 TFEU 第 107~109 条对国家援助问题作出规定 (孔少飞, 2006)。对非欧盟国家提供的支持却不存在类似的控制, 这使得没有获得外国补贴、在欧盟从事经济活动的企业处于不利的竞争地位。^① 由于外国补贴对内部市场的潜在扭曲影响与国家援助相似, 所以国家援助的救济措施工具箱能为救济外国补贴造成的扭曲提供参考。^② 有鉴于此, 《条例》规定在很多方面模仿了国家援助规则。

然而, 作为调节欧盟与成员国之间利益关系的控制阀, 国家援助规则关注的是成员国行为对市场公平竞争的影响, 其中包含政府与政府、政府与超国家机构之间的关系 (刘伟, 2019)。欧盟对成员国的国家援助进行调整属于 TFEU 第 3 条内部市场运作所必要的竞争政策的确立的专属权能, 是成员国对欧盟的授权。而《条例》中规定由欧委会对外国补贴统一行使审查权, 控制非欧盟政府向在欧盟内部市场开展活动的跨国企业提供补贴的行为, 参照其规制自己组织成员的方法来约束非欧盟国家, 其法律基础是什么?

一直以来, WTO 都承认成员政府有提供补贴的权利。SCM 协定对补贴的界定也并未要求补贴接受者必须处于补贴提供者管辖范围之内。这表明, 一成员政府可向其领土范围内的主体提供补贴, 也可向领土范围之外的主体提供补贴。非欧盟国家自然有权向位于欧盟市场上的企业提供补贴。欧盟能否基于维护内部市场公平竞争而限制非欧盟国家行使跨境提供补贴的权利? 若有, 限度又在何处?

根据 SCM 协定, 对一项补贴采取救济措施需要满足结果要件, 即对进口成员的国内产业造成损害, 或对其他成员的利益造成不利影响。概言之, 可诉补贴是“结果犯”。若无法律要求的后果发生, 它就是合法的 (韩立余, 2014)。相较之下, 欧盟以竞争法思路应对外国补贴所造成的不利后果 (何仁平, 2021), 将“市场扭曲”作为欧委会审查的触发条件。《条例》第 4 条规定, 若外国补贴可能改善有关企业在内部市场的竞争地位, 实际或潜在地对内部市场的竞争产生负面影响, 则应视为对内部市场造成扭曲。外国补贴被分为以下两类: 最有可能扭曲内部市场的外国补贴和其他外国补贴。这在一定程度上参照了 SCM 协定对禁止性补贴与可诉补贴的分类模式, 而且与欧盟在《欧盟与日本经济伙伴关系协定》(欧日 EPA) 以及美日欧三方贸易部长联合声明中对禁止性补贴的倡议基本保持一致。然而, “市场扭曲”远比“国内产业损害”宽泛, 且无需证明补贴与不利后果之间的因果关系。因此, 欧盟对外国补贴的规制超出了 SCM 协定在补贴与反补贴措施之间保持的平衡。虽然

① European Commission. White Paper on Levelling the Playing Field as Regards Foreign Subsidies[R]. 2020.

② Regulation (EU) 2022/2560 of the European Parliament and of the Council on Foreign Subsidies Distorting the Internal Market[R]. 2022.

欧盟的单边救济与补贴构成要素有很强的关联性，且有助于劝阻或终止补贴做法，^①但超出了SCM协定第32.1条所限定的救济措施范围。^②

在这方面，GATT第20条所确立的“违法—例外豁免”框架为平衡贸易价值与非贸易价值、贸易自由化与东道国规制权提供了启示。然而，GATT第20条允许的合法政策目标非常有限，似乎并不包含一条维护竞争性市场的例外。但考虑到当前外国补贴所引起的全球性关切与WTO所能提供的有限救济，有学者建议对第20条(d)款做扩大解释(Crochet and Gustafsson, 2021)。GATT第20条(d)款规定：“为保证与本协定规定不相抵触的法律或法规得到遵守所必需的措施……”1995年美国标准汽油案通过的专家组和上诉机构报告确立了GATT第20条(d)款的适用条件：该措施所保障遵守的法律法规本身与WTO不相违背；该措施必须是保证得到遵守所“必需”的；该措施的实施方式不得违反第20条的首部。^③首先，除非有其他证明，WTO成员的立法通常被推定为与WTO相符合。其次，欧盟可以主张，对外国补贴的规制是确保其反垄断法或旨在确保自由和竞争市场的法律，如TFEU第26条或第107条得到遵守所“必需”的措施。^④然而，欧盟需要证明除了《条例》新设的审查工具外，不存在可以达到同样的保护竞争性市场的合理可行的替代措施。根据韩国牛肉案上诉机构所论述的判断“必需”的“权衡与平衡”方法，欧盟对外国补贴的规制措施虽有助于促进公平竞争的实现，但对贸易的限制作用较大，因为《条例》允许欧委会主动审查任何来源的扭曲性外国补贴的信息，并对非欧盟投资者在欧盟设立的公司设定了沉重的程序负担来证明自己没有获得外国补贴。一旦诉诸争端解决机构，^⑤WTO其他成员将很容易就提出对贸易限制作用更小但同样能够实现欧盟内部市场公平竞争目标的替代措施。^⑥因此，欧盟对外资所获外国补贴的规制措施，很难说与WTO法律体系相符。

(二) 可能违反对外资的非歧视待遇承诺

欧盟《条例》可能违反其所承诺的外资非歧视待遇，包括国民待遇和最惠国待遇。欧盟在对外签订的双边投资协定或区域贸易协定的投资章节中对外资在欧盟的待遇作出了“准入前国民待遇加负面清单”与最惠国待遇的承诺。例如，欧日EPA第8.8条和第8.9条规定，每一缔约方给予另一缔约方的投资者和企业在其境内设立和经营的待遇，应不低于其在类似情况下给予自己的投资者及其企业的待遇以及第三

① European Communities—Measures Affecting Trade in Commercial Vessels[R].WT/DS301/R,para.7.164.

② 该条款的范围被解释为特定反补贴税、临时措施或价格承诺，或诉诸WTO争端解决机制。参见：United States—Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000[R].WT/DS217/AB/R; WT/DS234/AB/R,para.273。

③ United States—Standards for Reformulated and Conventional Gasoline[R].WT/DS2/R,para.6.31.

④ 第26条规定，欧盟应采取旨在建立或确保内部市场运作的措施。内部市场应由一个没有内部边界，货物、人员、服务和资本自由流动的区域组成。第107条规定，为进一步建立内部市场，欧盟禁止国家援助。

⑤ 虽然WTO上诉机构仍然处于瘫痪状态，但中国、欧盟等WTO成员达成了《多方临时上诉仲裁安排》(MPIA)，且据此已开始受理案件。

⑥ 如当一公司行为偏离正常市场条件下的预期时，才触发对外国补贴的调查，从而降低该措施的贸易限制性。

国的投资者及其企业的待遇。类似规定也出现在中欧 CAI 第 2 章（投资自由化）第 4 条当中。除非作为例外排除，否则外资在市场准入和运营阶段都应有权获得不低于欧盟投资者及其企业或来自第三国的投资者及其涵盖投资企业的待遇，包括监管方面。那么，《条例》为外资设立的特殊规则是否符合上述非歧视待遇承诺呢？

1. 法律上的歧视

欧委会对外国补贴的依职权审查是参照欧盟国家援助规则设计的。虽然欧盟国家援助规则对援助的界定不仅限于财政补贴，但是在其他方面，欧盟对外国补贴的规制更加严格。下文以欧盟依职权审查外国补贴为例进行具体说明。

《条例》将部分外国补贴视为禁止性补贴予以规制，且几乎没有例外。判定一项国家援助措施是否与共同市场原则相协调，需要就其对市场竞争的扭曲和成员国间贸易的影响进行评估（孔少飞，2006）。在分析国家援助是否扭曲竞争与影响成员国间贸易时，欧委会需要进行经济分析，包括对相关市场和市场势力的分析，对援助措施市场影响的评估。相较之下，《条例》第 5 条规定了无需评估便可直接认定的外国补贴类型，也被称为“最有可能扭曲内部市场的外国补贴”，即给予处于困境的企业的外国补贴、对企业负债提供无限制担保的外国补贴、直接促进集中的外国补贴、使投标企业能够提交不适当的有利投标并最终获得公共采购合同的外国补贴。并非所有的国家援助对竞争和国际贸易都能产生显著的不利影响（王晓晔，2000）。国家援助规则明确纳入了诸多豁免，包括与共同体市场相协调的国家援助和可视为不与共同体市场相抵触的国家援助，且将欧盟层面提供的援助排除在外。^①而对于其他国家援助，欧委会决定国家援助是否与欧盟内部市场相协调的核心在于权衡测试。虽然这也被纳入《条例》的第 6 条，即欧委会需要权衡外国补贴对内部市场的积极影响和消极影响。但总体上，对外国补贴的豁免除了“任何连续的 3 个财政年度内的总金额低于 400 万欧元的外国补贴”外，再无其他。

因此，与欧盟投资者及其企业相比，来自非欧盟国家的投资者及其企业在补贴方面受到更为严格的监管，与欧盟在协定中所承诺的外资国民待遇不符。

2. 事实上的歧视

看似平等的规则却可能对不同国家与企业产生不同影响。按相称性原则，《条例》在第 4 条第 2 款划定了一条底线：若在任何连续的 3 个财政年度内外国补贴的总金额低于 400 万欧元，则被视为不大可能扭曲内部市场。这与《白皮书》一开始提出的最低审查门槛、与国家援助体系所设最低门槛数额保持一致的“连续 3 年授予企业 20 万欧元补贴”相比，确实提升了不少。欧委会认为，与向大型企业提供的外国补贴相比，向中小型企业提供的外国补贴造成扭曲的可能性很小。当然，最低

^① 如 TFEU 第 107 条第 2 款和第 3 款列出了与共同市场相协调的国家援助，如向个人消费者提供具有社会性质的援助、用于弥补自然灾害或特殊事件所造成损失的援助等。

审查门槛的实践意义在于防止规模较小的投资被纳入监管,以降低欧委会监管成本。然而,“一刀切”的最低审查标准是否符合欧盟所秉承的无差别待遇原则?由于国家之间的体量不同,来自不同国家的投资者对欧盟的投资势必也存在较大差距。因此,看似统一适用的较高门槛,实则是针对某些超大经济体,如中国和美国。

更为重要的是,《条例》系统性地指向中国在欧盟内的所有经济活动(叶斌,2021),增加中国投资的合规成本,提高中国投资尤其是国有企业进入欧盟内部市场的难度。中国的国有企业、接受补贴的私营企业以及主权财富基金等在欧盟的投资经营活动都将成为潜在重点审查对象(马骥,2021)。例如,《条例》为“应申报的经营者集中”规定了5亿欧元“营业额”+5,000万欧元“财政资助额”的两项条件。据此,中国国有企业对欧盟的投资将备受挑战。这是因为,国有企业规模一般都很大,而且不可避免、不同程度地是中国政府资源的使用者(韩立余,2016)。尤其是,针对中国国有企业,欧盟已开始研究适用“单一主体理论”对待国企市场份额和支配地位(王秋雯,2019)。若中国对同一产业内的国有企业在价格、产出、交易条件等方面施加影响或予以协调,那么在计算市场份额时,就需要将该产业内全部在欧盟投资的中国国有企业累计计算(Zhang,2012)。在2017年中国化工集团收购先正达案中,欧委会对收购方营业额的计算采取了最严格的做法,即累计计算收购方所属国资委所控制同一行业所有公司的营业额。^①

综上,虽然欧盟以外国补贴对竞争的扭曲为由主张对外国补贴进行规制,但是《条例》在规则设计和具体适用中可能歧视不同来源的外国直接投资,并区别对待欧盟投资者和非欧盟投资者。因此,《条例》提出的新审查工具可能与欧盟在双边投资协定与区域贸易协定中的投资章节所承诺的国民待遇和最惠国待遇不符。

(三) 自由裁量权的扩张将有损欧盟营商环境

与SCM协定中调查当局受到的限制相比,欧委会在外国补贴的调查中被赋予更大的自由裁量权。这种几乎不受限制的自由裁量权将增加欧盟投资环境的不确定性,而且将因调查而产生的不利后果施加于来自非欧盟国家的投资者及其涵盖投资,使其在与欧盟投资者及其企业的竞争中处于劣势。

第一,在发起调查方面,SCM协定以“依申请启动”为主,以“主动启动”为辅。而根据《条例》第9条,欧委会可主动审查任何来源的扭曲性外国补贴的信息。对未达申报门槛的经营者集中,一旦欧委会怀疑相关企业在经营者集中前的3年内可能获得外国补贴,那么,在经营者集中实施前,欧委会可要求相关企业申报其所获得的外国补贴;对未达申报门槛的公共采购,一旦欧委会怀疑在参与公共采购程序前的3年内可能获得外国财政资助,在公共采购合同授予前,欧委会可要求相关

^① European Commission.Commission Decision of Declaring a Concentration to be Compatible with the Internal Market and the EEA Agreement (Case M.7962-ChemChina/Syngenta) [R].2017.

企业申报其所获得的外国财政资助。^①这表明，欧委会依职权主动发起调查成为一般情形，无需相关国内产业或代表申请。因此，欧委会很有可能根据欧盟需要，对能源、高新技术和战略新兴产业等有选择性地发起调查（胡子南和高拴平，2021）。

第二，在证据方面，SCM 协定第 12.7 条规定强化了被调查方提供证据的义务，促使有关方主动与进口调查当局合作，保证反补贴案件的公正解决（都毫，2012）。然而，《条例》第 16 条规定，当有关企业选择不配合调查时，欧委会可以使用不利于该方的可得事实。使用可得事实的结果可能比有关企业配合调查更不利。当相关企业或联盟故意不配合调查时，《条例》第 17 条还允许欧委会根据相称性和适当性原则处以罚款或要求定期支付罚金。因此，在选择何种程度的不利事实以及罚款和罚金的数额方面，欧委会享有很大的自由裁量权。在实践中，这很有可能演变成一种惩罚性工具。

第三，在认定方面，《条例》的某些条款使用“财政资助”替代“补贴”，回避了利益和专向性，放松了认定限制。例如，“应申报的经营者集中”要求相关企业 3 年内所获外国财政资助总额达 5,000 万欧元，而且认定利益时是以欧盟市场，而非财政资助提供者所处市场为基准。^②外国政府向欧盟企业提供或购买货物或服务，也需以欧盟市场作为基准。这是以欧盟的市场标准来衡量非欧盟国家的市场是否遭受扭曲。然而，市场扭曲是否存在只能通过与未被扭曲或扭曲程度较低的基准市场进行比较才能确定，而这一基准市场总是且必然是一套特定制度的产物（Lang，2019）。在这方面，欧盟又延续了其非市场经济的方法。

与 WTO 所提供的预期性救济^③相比，《条例》对外国补贴的调查程序有可能救济过当。非欧盟国家投资者及其在欧盟的涵盖投资可能因为外国补贴调查程序而错失投资良机。《条例》第 24 条为经营者集中规定了暂停制度。对应申报的经营者集中，在欧盟初步调查法定时限到期前不得实施；若欧盟启动深入调查，则在深入调查法定时限到期前不得实施。这还包括未达申报门槛，但欧委会怀疑有关企业在经营者集中前的 3 年中可能受益于外国补贴的情况。另外，当欧委会作出要求相关企业剥离某些资产或不进行某些投资的裁定后，发现该裁定是基于不完整、不正确或误导性的信息作出的，有权予以撤销。这一不利后果完全由投资者及其涵盖投资承担。

五、对中国和中国企业的影响和启示

尽管 SCM 协定并没有预见到跨境补贴，但是随着全球价值链的深入发展，当

① Regulation(EU) 2022/2560 of the European Parliament and of the Council on Foreign Subsidies Distorting the Internal Market[R]. 2022,Art.21(5) & Art.29(8).

② European Commission.White Paper on Levelling the Playing Field as Regards Foreign Subsidies[R].2020,footnote 63.

③ 证明严重侵害的大多数的要素都内置时间要素。案件可能要等到补贴使工厂能够全面运作、在第三国市场上销售足够数量的产品以致发生“替代”或为观察价格下跌需要多年后才能提起诉讼。

前亟需对这种跨境补贴的影响进行全面分析并考虑如何、是否应当对其进行规制（Horlick and Clarke, 2017）。对此，欧盟率先作出示范，不仅在其竞争法框架下加入对外国补贴的规制，而且在“中埃玻璃纤维编织物”和“埃及特定长纤维产品”等案件中将来自中国的财政资助视为由埃及政府提供，规避 SCM 协定专向性规定。很有可能的是，美国将紧随其后修改国内反补贴法。最近的一项法案提议，为应对市场扭曲，国会应修改美国反补贴税法，以包含跨境补贴和对第三国适用反补贴措施。^①另外，以 TPP 为代表的区域贸易协定也在针对国有企业的非商业援助规则中对跨境补贴予以规定。因此，不论是在竞争法框架下，还是在贸易救济框架下，对跨境补贴的规制已经初现端倪。

（一）对中国与中国企业海外投资的影响

当前对跨境补贴的规制趋势将对中国政府、中国投资者及其在海外的投资企业形成不小挑战。当前欧盟对外资的立法表明，欧盟产业政策趋向保守，对中国愈加警惕和担忧。欧盟对外国补贴的规制不仅是为了内部市场公平竞争，而且在很大程度上是为了在政治上应对中国的“一带一路”倡议，削弱中国企业的竞争优势。因此，中国企业除了要面对已有的外资安全审查和反垄断审查外，还需要面临比国家援助规则更加严格的外国补贴审查。一旦这种单边救济形成示范效应，中国的对外投资将面临前所未有的复杂环境。

（二）启示与应对

欧盟对外资的政策表明，欧盟致力于推出服务欧盟利益和价值观的经贸标准与规则，在不受 WTO 规则约束的领域采取限制性政策，如筛选外国直接投资和收购，建立一种普遍适用于所有非欧盟国家投资者的制度屏障（Manners, 2002）。欧盟虽曾表示改革外资政策的目的在于保证各方遵守同样规则，但从内容看，非欧盟国家投资者在欧盟的涵盖投资企业显然要受到更多约束。中国的国有企业因被怀疑承担政治使命或享有违背市场原则的补贴更容易成为重点关注对象。应当说，欧盟此次的单边补贴立法试图以欧盟标准来引领全球补贴规则发展，使欧盟内部的投资环境和贸易环境更加有利于欧盟国家投资者及其涵盖企业。因此，不管是为了推进“一带一路”倡议，还是为了维护中国企业的利益，中国都应主动参与补贴规则的重塑。

若无美国、欧盟和中国的充分参与，任何补贴规则都无法发挥作用。因此，这类规则必须被视为支持贸易或全球生产的普遍收益，而不是试图孤立或改变中国。当然，希望处于不同发展阶段的成员有相似的关注点和优先事项，就如何最好地解决这些问题达成共识，这既是不合理的，也是不现实的（Hoekman and Mavroidis,

^① Casey, Christopher A., Wong, Liana. Trade Remedies: Countervailing Duties [EB/OL]. <https://crsreports.congress.gov>. [2021-08-23] (2021-11-10).

2021)。如前文所述,以美日欧为代表的发达成员试图在SCM协定中加入更加严格的补贴规则,而以中国为代表的新兴经济体则主张同时讨论农业补贴与产业补贴、严肃贸易救济纪律以解决当前贸易救济的滥用以及恢复不可诉补贴。^①若新补贴规则的适用不仅限于中国,也适用于所有形式的补贴和所有主要经济体,那么在政治上肯定会更受欢迎,也更具可持续性(Bown, 2019)。当前,更为可行的办法是通过开放的诸边协定的方式,由中国、欧盟和美国就补贴和国企进行直接接触,在对各成员提供的补贴类型进行经济评估的基础上,就可能的新补贴规则进行谈判。

在跨境补贴规制的诸边谈判过程中,应当坚持以下原则:第一,要求承认补贴对发展的促进作用,而非单方面强调“补贴有害论”。“一带一路”倡议下的融资确实为发展中国家带去了更多的就业、税收,也提高了补贴接受国的基础设施支出。将“一带一路”倡议下的融资视为需要解决的、纯粹的贸易扭曲,是一种无视发展中国家需求的西方偏见。第二,对跨境补贴的规制需要依据经济学分析和扭曲证据,而不是推测和臆想。关于补贴的发生率及其潜在贸易扭曲规模的坚实信息基础,是任何新游戏规则谈判的必要投入。虽然已有IMF和OECD等国际组织在定期收集关于补贴的信息并监测其使用情况,然而制定补贴新规则需要WTO主要成员更加积极和主动合作,在进一步提升补贴透明度的基础上,要求美国、欧盟和中国就其提供的补贴类型进行更严格的评估和经济分析,例如区分不同类型补贴的扭曲效果。在相对科学的基础上,再就具体规则进行谈判。第三,在尚未制定诸边协定前,WTO各成员对跨境补贴的单边救济应符合非歧视待遇的要求。否则,这种单边救济将导致以“公平贸易”为名的贸易保护主义泛滥。诚然,欧盟有权利追求一个公平竞争的内部市场,但是这种目标的实现不应对外国投资者施加过重的合规负担。否则,这种过重的合规成本,加上可能发生的、欧委会对外国补贴行使调查权的滥用风险,将成为欧盟投资者的竞争优势,违反非歧视待遇。对此,中国政府应积极就外国补贴规制与欧盟进行磋商,表达具体关切,包括要求欧盟明确外国补贴规制与其他工具之间的关系、进一步明确欧委会主动审查的标准、降低因外国补贴调查程序或欧委会不利裁定而造成的损失。

另外,虽然中欧CAI于2020年底签署,但是目前看来协定生效前途未卜。对中国企业而言,应及时做好风险防范,建立专门的合规团队。在对外投资前,除了进一步了解投资目的地国家对补贴的规则外,还需要进行自我补贴检查。如在对外投资前,统计前3年所获财政资助总额是否超出投资目的地国家所设最低申报门槛。一旦被怀疑可能获得扭曲性外国补贴,或被怀疑在经营者集中或参与公共采购前3年内可能获得外国财政资助,企业应积极配合调查,提供相应的证据。此外,中国

^① 国新办. 中国对第八次对华贸易政策审议的表态与回应[EB/OL]. [http://www.scio.gov.cn/xwfbh/xwfbh/wqfbh/44687/47307/index.htm?from=groupmessage. \[2021-10-28\] \(2021-11-23\).](http://www.scio.gov.cn/xwfbh/xwfbh/wqfbh/44687/47307/index.htm?from=groupmessage. [2021-10-28] (2021-11-23).)

企业还应主动提升透明度,防止正常的商业行为被认为具有战略意图,打消投资目的地国家的安全疑虑。

六、结语

众所周知,SCM 协定在维持促进发展的补贴与遏制贸易扭曲的补贴两个相互矛盾的目标中找到了一个平衡点,将补贴分类为禁止性补贴、可诉补贴和不可诉补贴。但在跨境生产补贴的情形下,多边救济为受到跨境生产补贴影响的部分成员提供了一个途径,使其能够在对出口成员影响有限的情况下提出自己的关切。然而,在不涉及进出口的情况下,SCM 协定所能提供的救济已显得不足。因此,今后对跨境补贴的可能规制措施也应在促进补贴接受者所处成员经济发展与遏制扭曲当地市场竞争之间寻找一种平衡。这需要中国、美国和欧盟等 WTO 主要成员积极合作,并在补贴规则的谈判中发挥牵头作用。对中国政府而言,在“双循环”背景下,如何在“走出去”的进程中保护中国企业的海外利益以及在开放国内市场的过程中管理外资、以合法合规的方式保护重要的产业利益也是亟需思考的问题。

参考文献:

- [1] 陈安.国际经济法[M].北京:法律出版社,2007.
- [2] 蔡从燕.国家的“离开”“回归”与国际法的未来[J].国际法研究,2018,(4).
- [3] 都毫.美国反补贴调查中的“不利可得事实”规则评析[J].世界贸易组织动态与研究,2012,(5).
- [4] 何仁平.竞争法和贸易救济法功能定位之厘清——以《欧盟外国补贴白皮书》为核心[J].国际经济法学刊,2021,(4).
- [5] 胡子南,高拴平.欧盟推出外国财政补贴新监管机制的动向、影响和应对[J].国际贸易,2021,(4).
- [6] 韩立余.世贸规则与产业保护[M].北京:北京大学出版社,2014.
- [7] 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).
- [8] 金玲.“一带一路”:中国的马歇尔计划?[J].国际问题研究,2015,(1).
- [9] 孔少飞.欧盟的国家援助及其借鉴[J].欧洲研究,2006,(3).
- [10] 刘斌等.美日欧 WTO 补贴规则改革方案及其对中国的挑战[J].国际贸易,2020,(2).
- [11] 刘伟.欧盟国家援助法研究[D].湖南:湖南大学法学院,2019.
- [12] 马骧.从德国华为 5G 政策到中欧经贸关系的嬗变[J].外交评论,2021,(4).
- [13] 孙伯龙.欧盟拟出台“外国补贴法”[J].检察风云,2021,(4).
- [14] 王秋雯.“一带一路”背景下国有企业海外投资的法律挑战与中国因应[J].东南学术,2019,(4).
- [15] 王晓晔.市场失灵时的国家干预——欧盟竞争法中的国家援助[J].国际贸易,2000,(3).
- [16] 叶斌.欧盟外资安全审查立法草案及其法律基础的适当性[J].欧洲研究,2018,(5).
- [17] 叶斌.《中欧全面投资协定》与监管权:战略机遇及外部风险[J].国际法研究,2021,(6).
- [18] 余劲松.公司的外交保护[J].政法论坛,2008,(1).
- [19] 张幼文.贸易投资融合原理与全球化收益的国民属性[J].世界经济研究,2018,(2).
- [20] Benitah,Marc.The WTO Law of Subsidies,A Comprehensive Approach[M].Wolters Kluwer,2019.
- [21] Bown,Chad P.,Hillman,Jennifer A.WTO'ing a Resolution to the China Subsidy Problem[J].Journal of International Economic Law,2019,22(4).
- [22] Bradford,Anu.The Brussels Effect:How the European Union Rules the World?[M].New York:Oxford

- University Press,2020.
- [23] Cho,Sungjoon,Kurtz,Jürgen.Convergence and Divergence in International Economic Law and Politics[J].The European Journal of International Law,2018,29(1).
- [24] Crochet,Victor,Gustafsson,Marcus. Lawful Remedy or Illegal Response?Resolving the Issue of Foreign Subsidization under WTO Law[J].World Trade Review,2021,20(3).
- [25] Crochet,Victor,Hegde,Vineet.China's Going Global Policy:Transnational Production Subsidies Under the WTO SCM Agreement[J].Journal of International Economic Law,2020,23(4).
- [26] Hoekman,Bernard,Mavroidis,Petros C.WTO Reform:Back to the Past to Build for the Future[J].Global Policy, 2021,12(3).
- [27] Hoekman,Bernard,Nelson,Douglas.Rethinking International Subsidy Rules[J].The World Economy,2020, 43(12).
- [28] Horlick,Gary N.An Annotated Explanation of Articles 1 and 2 of the WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures[J].Global Trade and Customs Journal,2013,8(9).
- [29] Horlick,Gary N.,Clarke,Peggy A.Rethinking Subsidy Disciplines for the Future: Policy Options for Reform[J]. Journal of International Economic Law,2017,20(3).
- [30] Kumar,Anoop.Definition of Subsidy under the WTO Agreement[J].Dehradun Law Review,2015,7(1).
- [31] Lang,Andrew.Heterodox Markets and Market Distortions in the Global Trading System[J].Journal of International Economic Law,2019,22(4).
- [32] Manners,Ian.Normative Power Europe:A Contradiction in Terms?[J].Journal of Common Market Studies,2002,40(2).
- [33] Roberts,Anthea.Clash of Paradigms:Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System[J].The American Journal of International Law,2013,107(1).
- [34] Zhang,Angela Huyue.The Single Entity Theory:An Antitrust Time-bomb for Chinese State-owned Enterprise[J].Journal of Competition Law and Economics,2012,8(4).

Research on the Regulation of Foreign Subsidies in the EU

CHEN Yao

Abstract: With the globalized use of subsidies, the regulation of foreign subsidies or cross-border subsidies is gradually becoming an important trend. In order to maintain fair competition in the internal market, the EU has taken the lead in exemplifying this by proposing new tools to address distortive foreign subsidies in the White Paper on Levelling the Playing Field as Regards Foreign Subsidies and Regulation on Foreign Subsidies Distorting the Internal Market. However, EU's regulation of foreign subsidies may not only be inconsistent with the WTO legal system, but also runs counter to its commitment to non-discriminatory treatment of foreign investment. Giving the European Commission excessive discretionary powers makes the EU investment climate much less predictable. EU's regulation of foreign subsidies is clearly intended to target China and Chinese companies. In this regard, China should take the initiative to participate in plurilateral negotiations on the global regulation of cross-border subsidies, demanding recognition of the developmental role of subsidies and negotiating new rules based on adequate information, economic assessment and analyses.

Keywords: foreign subsidies/cross-border subsidies; market distortion; non-discriminatory treatment; fair competition

(责任编辑: 金孝柏)