

## 欧盟《外国补贴条例》的执法裁量权： 规则特征、合法性风险与中国应对

阮淑慧\*

**内容摘要：**作为全球范围内首项规制外国政府补贴本土经济活动的立法措施，《外国补贴条例》不仅在规制范围上呈现由货物贸易向投资并购等多元国际经济活动扩展的趋势，还在执法裁量权上表现出一系列新特征。该条例通过补贴行为的泛归因性、因果关系的模糊性、救济措施的灵活性以及依职权调查的主动性等特征，使欧盟执法机构获得了相较于《SCM协定》和欧盟国家援助制度更大的执法裁量权。此种基于立法授权的执法裁量权在实践中或将违反世界贸易组织《服务贸易总协定》的国民待遇、最惠国待遇及市场准入等条款。《外国补贴条例》执法裁量权的扩张将对中国产生一系列负面影响，中国企业与政府应各自做好补贴信息与合规管理的预防性措施，在遭遇执法裁量权滥用的不公正待遇时，可从企业层面的法律诉讼及国家层面的争端解决机制寻求救济。

**关键词：**外国补贴条例 执法裁量权 SCM协定 国家援助制度 服务贸易总协定

### 引言

在产业分工占据经济全球化主导地位的时代，世界贸易组织(World Trade Organization, WTO)《补贴与反补贴措施协定》(以下称《SCM协定》)曾是规制一国补贴在货物贸易中对别国产业造成损害的多边规则。随着全球贸易从产业分工向供应链贸易变革，制造业和服务业都在很大程度上被组织成跨越国家和地区的全球价值链，相伴而生的资本与技术跨境流动更为频繁。受到母国融资支持的跨境投资在发展中国家通常因其能够促进发展而受到欢迎，但在发达国家中却逐渐引起了公平竞争争议。

近年来，部分发达经济体频频指责中国企业的海外投资是一种扭曲竞争的非市场经济做法，<sup>①</sup>其中部分投资也遭到反补贴调查与规制，<sup>②</sup>补贴纪律与反补贴措施呈现

\* 武汉大学国际法研究所博士研究生，上海WTO事务咨询中心助理研究员。

① See USTR, Findings of the Investigation into China's Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation Under Section 301 of the Trade Act of 1974, 22 March 2018; EU Commission, EU Staff Working Document on Significant Distortions in the Economy of The People's Republic of China for the Purposes of Trade Defence Investigations, SWD (2017) 483 final/2, 12 December 2017.

② 例如，在埃及玻璃纤维织物反补贴案及印度尼西亚不锈钢冷轧板反补贴案中，欧盟对中方提供给埃及和印度尼西亚相关实体的补贴一并采取反补贴措施。

由货物贸易向跨境投资扩张的趋势。不同于货物贸易领域反补贴措施的事后救济性质,对投资补贴的规制和救济可能发生于投资未实施之前,即采取竞争法的规制路径,将对补贴不利影响的审查从事后延伸至事前。这一规制路径的变化导致执法机构被赋予了更大的自由裁量权,相关补贴规则同时呈现出一系列新特征。

此规制路径的发展当前主要体现于欧盟《针对扭曲内部市场的外国补贴条例》(以下称《外国补贴条例》)中。自欧盟 2020 年 6 月发布《关于对外国补贴建立公平竞争环境的白皮书》(以下称《外国补贴白皮书》)以及 2021 年 5 月提出《外国补贴条例》(草案)以来,国内外学界都关注到了这一立法动向,相关研究主要涉及立法草案的内容<sup>①</sup>和 WTO 合规性问题<sup>②</sup>,以及相关影响和中国应对<sup>③</sup>,并注意到了欧盟竞争政策对外国补贴审查工具的影响<sup>④</sup>;也有研究将欧盟的《外国补贴条例》置于跨境补贴/投资补贴的总体规制框架下进行讨论,进而分析各类投资补贴/跨境补贴的内涵、特点和规制路径<sup>⑤</sup>。

由于上述研究多数完成于《外国补贴条例》正式定稿及其实施细则发布之前,<sup>⑥</sup>虽有研究指出欧盟委员会(以下称“欧委会”)将在《外国补贴条例》项下享有更大的自由裁量权,<sup>⑦</sup>但尚未基于定稿条款的具体文本以及实施细则,对其执法裁量权的具体特征进行深入研究。因此,本文将基于《外国补贴条例》的定稿文本,对比分析其与《SCM 协定》和欧盟国家援助制度在执法裁量权方面的异同,从而了解其执法裁量权在规则上的具体特征,从执法裁量权的角度尝试进一步研究《外国补贴条例》,以期为中国应对外国补贴调查提供参考。

---

① 参见李本、徐欢颜:《境外投资补贴的规制动因、审查框架与中国应对——以欧盟〈外国补贴条例草案〉为切入点》,《国际贸易》2021 年第 11 期,第 89-96 页;参见张怀岭:《欧盟外国补贴监管改革趋势及影响》,《国际贸易》2022 年第 2 期,第 74-81 页。

② See Victor Crochet & Marcus Gustafsson, Lawful Remedy or Illegal Response? Resolving the Issue of Foreign Subsidization under WTO Law, 20 World Trade Review 343-366 (2021). 参见胡建国、陈禹锦:《欧盟〈外国补贴条例(草案)〉及其 WTO 合规性分析》,《欧洲研究》2021 年第 5 期,第 84-110 页。

③ 参见张生、李妮:《欧盟外国补贴立法:发展、影响及中国的应对》,《国际贸易》2022 年第 3 期,第 51-57 页。

④ 参见何仁平:《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》,《国际经济法学刊》2021 年第 4 期,第 75-90 页;参见姜云飞:《欧盟竞争政策“外溢化”趋势及其对中欧合作的影响》,《当代世界与社会主义》2022 年第 2 期,第 160-167 页。

⑤ 参见韩立余:《投资补贴:虚幻还是现实》,《政法论丛》2022 年第 2 期,第 14-29 页;丁如:《新兴国际投资补贴规则:分析框架及我国方案构建》,《清华法学》2022 年第 5 期,第 177-192 页;徐昕:《国有企业海外投资跨境补贴的规制》,《法学研究》2022 年第 5 期,第 207-224 页;龚柏华、杨思远:《跨境补贴的规制路径及中国的应对》,《国际经济评论》2023 年第 5 期,第 157-176 页。

⑥ 欧盟于 2022 年 12 月正式通过《外国补贴条例》,并于 2023 年 7 月发布《外国补贴条例实施细则》。

⑦ 参见李万强、张嘉兴:《欧盟新型补贴审查制度对我国的影响及应对措施》,《国际经贸探索》2022 年第 3 期,第 104 页;殷维:《投资补贴规制路径与逻辑的多维审视》,《太平洋学报》2023 年第 3 期,第 20 页。

## 一、《外国补贴条例》语境下的执法裁量权内涵与比较视角

### (一)《外国补贴条例》语境下的执法裁量权内涵

行政裁量是指“公共官员可能的作为或不作为权限”的特殊概念。<sup>①</sup>行政裁量被规制的可能方案之一是通过精细化的立法规范,期待限缩立法授予行政裁量的空间,规范行政裁量权的运作。<sup>②</sup>《外国补贴条例》作为授权欧盟执法机构对特定外国补贴展开执法行动的立法文件,同时也规定了执法活动享有的自主裁量权。这一自主裁量权正是本文所讨论的主体内容。除立法规范外,行政机关内部制定的裁量基准以及司法审查也会对行政裁量空间进行规制。<sup>③</sup>鉴于目前《外国补贴条例》针对市场扭曲评估和平衡测试的实体规则指南尚未出台,<sup>④</sup>也未在实践中产生司法案例,因此本文所讨论的执法裁量权主要是指立法授权下的执法裁量权特征,而非执法或司法实践中体现的执法裁量权特征。

此外,在欧盟法语境中,欧盟机构与成员国的权能划分可分为专属职能、共享职能和辅助职能。《外国补贴条例》作为欧盟机构享有专属职能的竞争政策,欧委会是该条例的唯一执法机构,成员国仅有提供信息等辅助调查职责。因此,本文重点讨论的执法裁量权仅指欧委会享有的专属权能。

### (二)与《SCM协定》和欧盟国家援助制度的比较视角

作为以推动贸易自由化为目标的WTO规则谈判成果,《SCM协定》旨在设定各成员在货物贸易中的补贴与反补贴纪律,降低货物贸易壁垒,维护公平贸易环境。欧盟《对进口自非欧盟国家的受补贴产品保护性措施条例》(以下称《欧盟反补贴条例》)与《SCM协定》核心内容保持一致。对于欧盟内部市场的补贴问题,则由《欧盟运行条约》第107-108条规定的国家援助制度进行规制。根据欧盟立法文件的说明,《外国补贴条例》旨在弥补《SCM协定》与欧盟国家援助制度在非货物贸易领域的外国补贴“监管空白”。<sup>⑤</sup>欧盟在既往的反补贴执法框架下,对欧盟成员国以外的货物贸易反补贴执法依据为《欧盟反补贴条例》及《SCM协定》,主要规制多边框架下的货物贸易补贴,不涉及投资和服务贸易领域的补贴。而欧盟的国家援助制度是针对欧盟成员国内部的反补贴执法依据,涵盖货物贸易、服务贸易和投资的各个领域。因此,在非货物贸

<sup>①</sup> See K. C. Davis, *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry* 4 (Louisiana State University Press 1969).

<sup>②</sup> 参见郑春燕:《现代行政中的裁量及其规制》,法律出版社2015年版,第20页。

<sup>③</sup> 参见郑春燕:《现代行政中的裁量及其规制》,法律出版社2015年版,第23-25页。

<sup>④</sup> 《外国补贴条例实施细则》主要针对的是程序性问题。在《外国补贴条例实施细则》生效后的三年内,欧委会将针对市场扭曲以及平衡测试的标准发布指南,该项指南或将涉及《外国补贴条例》执法裁量权的规制问题。

<sup>⑤</sup> See European Commission, *Explanatory Memorandum of the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Foreign Subsidies Distorting the Internal Market*, COM (2021) 223, 5 May 2021, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/docs\\_autres\\_institutions/commission\\_europeenne/com/2021/0231/COM\\_COM\(2021\)0231\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2021/0231/COM_COM(2021)0231_EN.pdf), visited on 4 January 2024.

易的非成员国政府补贴领域,欧盟曾长期存在监管空白。

《SCM 协定》、国家援助制度和《外国补贴条例》在本质和目的上具有相通和不同之处。此三者相通之处在于本质上都属于规制国家资源以补贴形式干预市场的法律工具。货物贸易、服务贸易、投资领域的补贴规制工具,所处理的核心矛盾都是国家财政资源在多大范围内可以介入自由市场,以保持实现公共福利目标与维护市场公平竞争之间的微妙平衡。因此,执法机构在各项法律工具中都享有一定的裁量权,用以评判财政资源介入自由市场的方式和程度是否符合特定法律标准。

此三者不同之处在于其指向的规范目的不同。《SCM 协定》旨在规制受补贴的货物贸易出口对进口国国内产业造成的损害,欧委会在此协定授权下享有进口国政府对进口自第三国货物的反补贴措施裁量权;欧盟国家援助制度旨在规制成员国给予本国实体的国家援助对欧盟单一市场造成的扭曲,欧委会在此制度下享有欧盟机构对成员国在贸易和投资相关领域中实施援助的规制权;而《外国补贴条例》则旨在规制第三国政府的补贴在欧盟域内的经济活动中对欧盟单一市场造成的扭曲,欧委会在此条例下享有对欧盟成员国以外的第三国在投资并购和政府采购等经济活动中实施补贴的执法裁量权。

认定规范目的是影响行政裁量的首要因素。<sup>①</sup>虽然上述三者在本质上有相通之处,但是由于具体的规范目的不同,它们的执法裁量权也体现出不同特征。因此本文对《外国补贴条例》执法裁量权特征的论述将主要从其与《SCM 协定》和欧盟国家援助制度的比较视角展开,基于欧盟既有的补贴规制工具及其裁量权特征,为当前《外国补贴条例》的执法裁量权分析提供基准参考。

## 二、《外国补贴条例》执法裁量权的规则特征

对于补贴问题的法律分析往往从补贴的构成要件入手,考察其主体要件、行为要件、专向性要件和效果要件;继而再讨论相应的反补贴救济措施。总体而言,《外国补贴条例》相较于《SCM 协定》和欧盟国家援助制度所要求的行为要件和专向性要件并无明显不同,其执法裁量权的新特征主要体现于主体要件、效果要件和救济措施等实体规则以及启动调查的程序规则之中。

### (一) 主体要件裁量权:泛化补贴行为可归因性,扩大补贴主体适格性的裁量空间

可归因性(attribution)是将可能引发国际责任的行为与主权国家相连接的“法律桥梁”。<sup>②</sup>习惯国际法中的可归因性主要规定于《国家对国际不法行为责任条款(草案)》中。<sup>③</sup>然而,可归因性在特定司法管辖区的实践运用往往取决于具体的国内法

<sup>①</sup> 参见郑春燕:《现代行政中的裁量及其规制》,法律出版社 2015 年版,第 86-87 页。

<sup>②</sup> See Carlo de Stefano, Attribution in International Law and Arbitration 5 (Oxford University Press 2020).

<sup>③</sup> See International Law Commission, Draft International Law Commission Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries, 2001, Article 2.

规定或执法与司法的自由裁量。例如，欧盟的国家援助制度，对公共企业（public undertakings）<sup>①</sup>行为可归因于国家的标准设立了一系列考察指标，包括政府机构的要求、组织性联系、政府机构指令、管理架构、对比正常市场条件的行为差异、企业法律地位、监管程度以及其他能表明政府机构参与采取有关措施等方面。<sup>②</sup>

在《SCM 协定》项下，除政府直接作为补贴主体外，如果要判定其他补贴提供方是适格的补贴主体，须认定其为公共机构或是受政府委托或指示的私营机构。在此过程中，就需要证明相关机构的行为可归因于国家。对于私营机构行为可归因于国家的标准，WTO 案例中一般都依据《SCM 协定》原文的表述，采用“委托或指示”的标准，即通过考察私营机构的行为是否受政府委托或指示而作出，从而判定该私营机构是否构成适格的补贴主体。<sup>③</sup>但由于《SCM 协定》并未对公共机构作出明确定义，公共机构的认定问题在相关反补贴案例以及各方对 WTO 规则改革的提案中存在较大争议。

例如，在美国对中国特定产品反补贴措施案中，对于公共机构的定义，美国坚持“政府控制说”，即公共机构是“政府有效控制的任何实体”。中国则提出了“政府行为说”，即根据某个实体与政府之间具有足够紧密的关系来确定该实体构成公共机构是不够的，还必须确定相关实体在从事 WTO 规则约束的特定受调查行为时正在行使政府职能。专家组和上诉机构对美国和中国的主张都予以了否认，提出“政府职能说”，即认定公共机构的考察重点不是实体可能构成财政资助的特定行为与政府职能之间的关系，而是从事该行为的实体的核心特征及其与政府的关系，以及所在国的法律与经济环境。欧盟在该案中作为第三方提交了立场文件，倾向于“政府职能说”，并强调了行为可归因性，即将公共机构的某一行为归因于某个成员须证明该实体被授予了政府职权。<sup>④</sup>

有学者提出《SCM 协定》与《外国补贴条例》在认定补贴主体适格性方面确立的“可归因于第三国”之标准本质上是相同的，即都要判断某一实体的职能或行为是否可被归类为政府职能或行为，继而裁定该实体能否构成适格的补贴主体。<sup>⑤</sup>但是，在《外国补贴条例》第 3 条提出的认定标准中，其措辞较《SCM 协定》及相关 WTO 案例裁

---

① 欧盟国家援助制度中的“公共企业”是指任何由政府机构依据所有权、金融参与或治理规则直接或间接施加主导性影响的企业，因此可以涵盖《SCM 协定》的公共机构与受政府指示或委托的私营机构。See European Commission, 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, 2016/C 262/01, 19 July 2016, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC0719\(05\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC0719(05)), visited on 4 January 2024.

② See European Commission, 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, 2016/C 262/01, 19 July 2016, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC0719\(05\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC0719(05)), visited on 4 January 2024.

③ See WT/DS194/R.

④ See WT/DS437/AB/RW/Add.1.

⑤ 参见胡建国、陈禹锦：《欧盟〈外国补贴条例〉（草案）及其 WTO 合规性分析》，《欧洲研究》2021 年第 5 期，第 93 页。

决更为宽泛模糊,为解释某一实体的行为是否可归因于国家留下充足的执法裁量空间,扩大了主体适格性的裁量空间。<sup>①</sup>例如,《外国补贴条例》第 3 条对于公共机构的认定标准较美国对中国特定产品反补贴措施案裁决所列举的因素更为宽泛,除保留实体的特征和该国的法律和经济环境等外,不提及拥有或行使政府职权的要件,而是采用更宽泛的考量因素,诸如该国政府在经济中的角色等;对于私营机构的行为是否可归因于国家,该条也不再采用《SCM 协定》中的委托或指示标准,而是规定更模糊的“所有相关情况”(all relevant circumstances)。<sup>②</sup>通过删除“政府职权”这一要件以及采用更为模糊的措辞,《外国补贴条例》使得相关实体行为可归因于国家的范围更为宽泛,因此执法机关在认定补贴提供方是否具有补贴主体适格性时,具有更大的自主裁量空间,更容易使国有企业及各类受到国家控制与影响的实体被认定为适格的补贴主体。

### (二)效果要件裁量权:模糊因果关系判断标准,便于自主预判损害结果

在 WTO 多边补贴规则下,判断是否存在可抵消补贴,还需要建立受补贴的进口产品与国内产业受到损害之间的因果关系,从而根据相关产业受到的损害来征收相应的反补贴税。在认定因果关系时,不仅要通过销售额和市场份额等具体指标评估受补贴的进口产品对国内产业的影响,还要评估同一时期对该产业产生影响的其他因素,如需求萎缩、消费习惯改变等,以便综合判定补贴与损害结果之间的具体因果关系。<sup>③</sup>

不同于《SCM 协定》的要求,《外国补贴条例》尚未设置具体规则用以评估补贴行为与市场扭曲之间的因果关系,只是从补贴本身的性质出发,列举了评估是否存在市场扭曲可能性的五项指标,包括外国补贴的金额、外国补贴的性质、相关企业的情况(包括其规模和涉及的市场或行业)、相关企业在内部市场中经济活动的水平和变化、外国补贴所附加的目的和条件以及外国补贴在内部市场中的运用情况。此外,《外国补贴条例》还列举了五项最容易扭曲内部市场的外国补贴,包括授予濒临破产企业的外国补贴、为企业债务提供的无上限担保、与 OECD 要求不相符的出口融资措施、直接促成并购的外国补贴以及授予企业不正当竞标优势的外国补贴等。<sup>④</sup>

<sup>①</sup> 欧盟对补贴行为可归因性的泛化趋势还体现为将一国的行为泛归因于另一国,例如欧盟在埃及玻璃纤维织物反补贴案和印度尼西亚不锈钢冷轧板反补贴案中,将中国政府给予埃及和印度尼西亚相关实体的融资支持归因为埃及和印度尼西亚政府的补贴行为。

<sup>②</sup> See European Commission, Regulation (EU) 2022/2560 of the European Parliament and of the Council on Foreign Subsidies Distorting the Internal Market, 14 December 2022, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/LSU/?uri=CELEX:32022R2560>, visited on 4 January 2024.

<sup>③</sup> See WTO, Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, Articles 15.4, 15.5.

<sup>④</sup> See European Commission, Regulation (EU) 2022/2560 of the European Parliament and of the Council on Foreign Subsidies Distorting the Internal Market, 14 December 2022, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/LSU/?uri=CELEX:32022R2560>, visited on 4 January 2024.

此类指标和举例并未对补贴所授予的利益与扭曲市场的损害结果之间如何构成因果联系进行说明,而是由欧委会依据补贴的特点自主预判是否会产生扭曲市场的损害结果,因此缺少评估损害结果的客观标准。根据《外国补贴条例实施细则》的说明,在其生效后的三年内,欧委会将针对市场扭曲以及平衡测试的标准发布指南,<sup>①</sup>能否有效澄清相关标准有待进一步跟踪研究。

在这一点上《外国补贴条例》和国家援助制度相似,都不要建立补贴行为与损害结果的因果关系,这是由于二者都包含事前审查,采取竞争规制的思路,对可能产生的市场扭曲结果只能进行预判;同时,二者也包含依职权或应申请的事后审查,对争议措施是否构成外国补贴/国家援助、是否造成了市场扭曲进行事后调查再做结论。此类调查与反垄断调查相似,个案差异较大,需要运用自主裁量权予以判断。

但须注意,国家援助制度对于预期性损害结果的判定标准要高于《外国补贴条例》。国家援助制度的结果构成要件除了扭曲竞争的这一要素之外,还须判定相关措施会对成员国间的贸易产生影响,即只有在相关措施同时产生扭曲竞争和影响贸易的效果时才可判定其构成国家援助;<sup>②</sup>而《外国补贴条例》则只考察补贴行为可能对竞争环境产生的扭曲影响,不考察对贸易的影响,预期性损害结果的判断标准更宽松。

### (三)救济措施裁量权:设置多元化的救济措施,允许契约式的自主承诺

前述分析已表明,某项补贴是否可能产生市场扭曲,完全由欧委会自主预判;而针对可能产生的损害结果,欧委会在选择相应的救济措施时也拥有完全的自主裁量权。根据《外国补贴条例》,欧委会可以针对实际或可能扭曲内部市场的补贴采取多种救济措施,或者接受相关实体的自主性承诺,救济措施和自主性承诺可以是行为性或结构性的,包括交回补贴、减少产能或降低市场份额、撤回投资、剥离资产、解散已合并企业、改变治理结构等。针对何种程度的市场扭曲而采用哪一种救济措施,《外国补贴条例》未作出说明,仅有的有限缩性规定为“适当地、完全地和有效地纠正扭曲”这类原则性要求,<sup>③</sup>其余则完全由欧委会自主裁定。虽然申报方可以借由平衡测试向欧委会列举相关补贴产生的正面效应,争取欧委会的支持,但欧委会在衡量一

<sup>①</sup> See European Commission, Questions and Answers of Foreign Subsidies Implementing Regulation and Notification Forms, 10 July 2023, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda\\_23\\_3765](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_23_3765), visited on 12 July 2023.

<sup>②</sup> See European Commission, 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, 2016/C 262, 19 July 2016, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC0719\(05\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC0719(05)), visited on 4 January 2024.

<sup>③</sup> See European Commission, Regulation (EU) 2022/2560 of the European Parliament and of the Council on Foreign Subsidies Distorting the Internal Market, 14 December 2022, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/LSU/?uri=CELEX:32022R2560>, visited on 4 January 2024.

项补贴的正面和负面效应时亦享有“无限制的裁量权”。<sup>①</sup>

由此可见,《外国补贴条例》不仅未规定补贴行为与损害结果的因果关系,也未规定救济措施与损害结果之间的对应关系。而在 WTO 多边补贴制度下,成员的调查机关不仅须确定补贴与损害的因果关系,还要基于一定的市场基准来精准计算涉案实体获得的补贴金额,才能征收相应的反补贴税。因此,《外国补贴条例》在救济措施和自主性承诺方面的执法裁量空间,远远大于 WTO《SCM 协定》所规定的贸易救济措施。

此外,《外国补贴条例》在救济措施上的执法裁量空间也要大于国家援助制度。在国家援助制度项下,救济措施的执行主体并非接受补贴的经营者,而是授予补贴的欧盟成员国政府,欧委会可采取的救济措施也仅是要求成员国政府收回相关援助,使得市场竞争恢复到授予援助之前的状态,<sup>②</sup>而非《外国补贴条例》中针对市场主体的行为性或结构性救济措施。

事实上,《外国补贴条例》所包含的救济措施和自主性承诺与欧盟反垄断执法措施更为相似。在欧盟反垄断法中,欧委会可通过行为性或结构性的救济措施要求涉案实体停止侵权,或针对已调查到的侵权行为进行罚款;作为替代性方案,欧委会还可以要求涉案实体作出自主承诺,纠正其扭曲市场的行为。<sup>③</sup>此类自主承诺诚然具有低成本、高时效的优势,但也存在适用范围模糊、自主裁量权缺乏有效限制等局限性。<sup>④</sup>同时,其既具有公权力执法的强制属性,又具有公私双方相互谈判、协商签订的契约属性。具有公权力优势的一方在此种谈判中能够运用公权力向私主体施压,从而占据一定的优势地位。因此,通过引入反垄断执法中的救济措施,特别是公私法混合属性的自主承诺制度,《外国补贴条例》进一步为欧盟针对外国补贴的执法扩展了自主裁量空间。

#### (四)启动调查裁量权:增加依职权调查工具,扩大启动调查的裁量权

在以《SCM 协定》为核心的货物贸易补贴与反补贴纪律中,反补贴调查的切入点为接受补贴的出口贸易商,调查机关通常基于受损产业利益攸关方的诉请,<sup>⑤</sup>对补贴

<sup>①</sup> See Nerina Boschiero & Stefano Silingardi, The EU Trade Agenda--Rules on State Intervention in the Market, 24 German Law Journal 174 (2023).

<sup>②</sup> See European Commission, Commission Notice on the Recovery of Unlawful and Incompatible State Aid, C/201915396 OJ C 247, 23 July 2019, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C\\_2019.247.01.0001.01.ENG](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_2019.247.01.0001.01.ENG), visited on 4 January 2024.

<sup>③</sup> See Council of the European Union, Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, 16 December 2002, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A32003R0001>, visited on 4 January 2024.

<sup>④</sup> 参见周显志、朱伟光:《论欧盟反垄断承诺的比例原则与自由裁量权》,《理论界》2014 年第 10 期,第 93-94 页。

<sup>⑤</sup> 欧盟在 2023 年 10 月启动的对中国产纯电动汽车反补贴调查中,首次采取了依职权主动发起反补贴调查的做法,体现出欧盟在传统的货物贸易反补贴调查中也在寻求扩大执法机构裁量权。

客体接受的财政资助进行调查,考察其是否构成禁止性补贴或可抵消补贴。也即对于补贴的合规性评价采用个案审查的模式,并无将特定财政资助行为预先认定为不合规补贴的调查工具。

而在《外国补贴条例》项下,执法机关不仅可以依据利益攸关方的申请启动反补贴调查,还可以在自主掌握相关信息的情况下依职权发起调查。此类调查既可以是针对外国补贴的反补贴调查(依据《外国补贴条例》第9条),也可以是针对特定部门、特定类型经济活动或基于特定补贴工具的外国补贴的总体性市场调查(依据《外国补贴条例》第36条)。只要当欧委会掌握的信息足以构成其扭曲市场的合理怀疑,就可以发起市场调查。《外国补贴条例》对于“合理怀疑”未设置任何标准,因此依职权启动调查的裁量权完全由欧委会掌控,不受任何立法标准的限制,目前的《实施指南》对依职权调查也无程序上的要求,欧委会因而享有了反补贴调查启动程序上的绝对裁量权。

虽然《外国补贴条例》的市场调查工具有别于《SCM协定》,但也并非首创。事实上,这一工具在一定程度上借鉴了欧盟国家援助制度的规制思路,即以国家层面的援助行为作为整体的考察对象,借由掌握的信息和市场调查,运用自主裁量权判断相关援助行为是否具有扭曲市场效应。但国家援助制度项下欧委会对成员国政府行为的审批机制,属于欧盟体制内部的行政执法行为;而《外国补贴条例》针对的是欧盟司法管辖区之外的第三国补贴行为,欧委会依职权启动的反补贴调查并不受欧盟内部行政体制的约束,欧委会具有更大的自主裁量权。

### 三、《外国补贴条例》执法裁量权适用中的合法性风险

《外国补贴条例》所针对的跨境投资经营活动实质上是WTO《服务贸易总协定》(General Agreement on Tariffs in Services, GATS)项下服务贸易的第三种模式“商业存在”,而《外国补贴条例》所授权的执法裁量空间较之《SCM协定》与国家援助制度项下的授权空间更大,在适用过程中存在违反GATS国民待遇、最惠国待遇及市场准入等条款的合法性风险。

#### (一) 补贴主体范围、损害标准及豁免条件更宽泛,其适用可能违反国民待遇条款

GATS第17条规定了国民待遇义务,即在成员所承诺的部门中,给予其他成员的服务和服务提供者不低于它给予本国同类服务和服务提供者的待遇;而判断违反国民待遇的标准主要依据某一措施是否改变了竞争条件,使其更有利于本国同类服务和服务提供者。

欧盟的国家援助制度建立了服务贸易补贴领域的欧盟成员国国民待遇标准。具体而言,在认定补贴提供方是否构成适格补贴主体时,对于考察相关实体行为是否可归因于国家,设置了一系列明确的指标,包括政府机构的要求、组织性联系、政府机构指令、管理架构、对比正常市场条件的行为差异、企业法律地位、监管程度以及政府机

构参与采取有关措施等。《外国补贴条例》在对外国补贴提供方的主体认定中,既没有援引国家援助制度的相同指标,也没有采用 WTO《SCM 协定》及相关案例的被授予政府职能(公共机构)和委托或指示(私营机构)等认定标准,而是分别采用更为宽泛模糊的“政府在经济中的角色”以及“所有相关情况”等考量因素。因此,《外国补贴条例》对于适格补贴主体认定范围更加宽泛,在适用执法裁量权的过程中更容易将外国服务和提供者提供的各类融资认定为补贴,使其受到低于欧盟域内同类服务和提供者提供的待遇。

在认定是否可能产生扭曲市场的损害结果时,国家援助制度要求须在可能影响贸易的范围内考察其扭曲竞争的效果,即认定损害结果须达到“扭曲竞争”和“影响贸易”的双重标准。而《外国补贴条例》在认定预期性损害结果时,既缺少可预期的因果关系评判指标,也不要求达到“影响贸易”的标准,因此在行使执法裁量权的过程中更容易认定外国补贴行为产生了损害结果,继而产生对外国服务和提供者提供的歧视。

此外,欧盟国家援助制度还设置了大量的豁免情形,例如研发和创新、环境保护等 16 个领域的特定类型豁免以及特定地域豁免。<sup>①</sup>而《外国补贴条例》仅通过平衡测试在一定程度上提供了豁免机制,这种豁免机制须经过公私双方的谈判博弈达成,可预见性远不如国家援助制度设置的特定类型豁免与地域豁免那样明确稳定,因此在豁免机制的执法裁量过程中,也可能产生歧视性待遇。

由此可见,《外国补贴条例》或将因为依据的适格补贴主体范围、损害标准以及豁免条件的执法裁量空间大于欧盟的国家援助制度,在适用过程中导致外国服务和提供者得到低于欧盟同类服务和提供者提供的待遇,从而违反 GATS 第 17 条的国民待遇条款。

## (二) 市场调查工具及可归因性判定具有国别针对性,或将违反最惠国待遇条款

GATS 第 2 条规定了最惠国待遇义务,即每一成员应该立即地、无条件地给予任何其他成员的服务和服务提供者不低于它给予任何其他国家的同类服务和提供者提供的待遇。根据前述分析,欧委会可通过市场调查将特定部门、特定类型经济活动或基于特定补贴工具的外国补贴认定为扭曲市场的补贴。从法律规则上看,这一调查工具适用于所有国家,不存在差别待遇;但在实践中,欧委会可运用自主裁量权,将补贴认定的环节从其产生影响之时前移至潜在补贴行为发生之时,并且预先锚定某一第三国。这种“原罪设定”的执法裁量权极具国别针对性,形成事实上的歧视。此种“原罪设定”还体现在补贴行为可归因性判定中的“政府在经济中的角色”这一考量因素上,即只要欧委会认为该国政府在经济中发挥的作用足以使该国的实体都成为适格的补贴提供方,则该国企业在跨境投资中的各类融资行为都有可能被认定为可抵

<sup>①</sup> Council of the European Union, Council Regulation (EU) 2015 /1588 of 13 July 2015 on the Application of Articles 107 and 108 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Certain Categories of Horizontal State Aid, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32015R1588>, visited on 4 January 2024.

消补贴。根据上述思路，第三国的相关服务和服务提供者很容易因其母国的经济体制而被推定具有“原罪”，受到区别于其他国家服务和服务提供者的不公平待遇，这一认定显然违反最惠国待遇条款。

### （三）救济措施具有投资限制性，其适用或将有违市场准入承诺

GATS第16条规定成员对于四种服务提供模式给予的市场准入，提供给任何其他成员的服务和服务提供者待遇应不低于其承诺表中的条款、限制和条件；在承诺表之外不得采取限制市场准入的措施，诸如对外国资本持股比例的限制以及单项和总体外国投资额的限制。<sup>①</sup>

前述分析已指出，欧盟《外国补贴条例》设置了多元化的补贴救济措施，包括行为性和结构性的措施，其中减少产能或降低市场份额、撤回投资、剥离资产、解散已合并企业以及改变治理结构等措施都将限制外国资本在欧盟设立商业存在，或将构成实质上的市场准入障碍，从而违反欧盟的市场准入承诺。尤其是《外国补贴条例》并未对此类措施的具体适用条件进行规定，导致执法机构在选取救济措施时具有相当大的任意裁量空间，在实践中更有可能产生具有歧视性的市场准入壁垒。

虽然此类措施形式上与欧盟境内的反垄断措施相似，但二者的出发点不同：前者是以规制外国补贴为由，重点规制外国补贴对市场的扭曲作用；后者则是以维护自由竞争为由，重点规制市场主体的不正当竞争行为。因此，前者在实践中更容易对来源于第三国的投资产生法律上和事实上的双重限制性影响，从而违反欧盟在GATS项下的市场准入承诺。

## 四、对中国的影响及措施建议

欧盟《外国补贴条例》对中国的指向非常明确，欧盟主席冯德莱恩在2023年1月论及欧盟在绿色转型中仍需要与中国合作和贸易，因此将专注于去风险化而不是脱钩；其去风险化的关键工具之一就是《外国补贴条例》。有德国学者指出，尽管《外国补贴条例》对所有企业都适用，但其对中国国有企业在欧开展并购或参与政府采购竞争的针对性并不是秘密。<sup>②</sup>2024年2月，欧盟依据《外国补贴条例》发起的首项调查就是针对中国企业中车青岛四方机车公司，迫使其最终退出了保加利亚的公共采购招标。<sup>③</sup>为预防及应对《外国补贴条例》执法裁量权滥用对我国产生的不利影响，减少中

<sup>①</sup> 在欧盟加入GATS的承诺表中，大多数欧盟国家没有对外国服务提供者建立商业存在进行特别限制，只由一般性投资政策法律对其进行规制。See European Union, Schedule of Specific Commitments, GATS/SC/157, <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/SCHD/GATS-SC/SC157.pdf&Open=True>, visited on 4 January 2024.

<sup>②</sup> See Nerina Boschiero & Stefano Silingardi, The EU Trade Agenda--Rules on State Intervention in the Market, 24 German Law Journal 174-175 (2023).

<sup>③</sup> 参见《中车四方退出投标 欧委会停止调查》，[http://bofcom.qingdao.gov.cn/swjzz\\_59/jwgszx\\_59/jmyw/202404/t20240403\\_7944650.shtml](http://bofcom.qingdao.gov.cn/swjzz_59/jwgszx_59/jmyw/202404/t20240403_7944650.shtml), 2024年8月11日访问。

欧贸易摩擦,中方可通过相关措施积极预防和应对欧盟可能开展的外国补贴调查。

### (一)《外国补贴条例》执法裁量权过大对中国的针对性影响

欧盟制定《外国补贴条例》的一项重要动因就是应对中国不断增长的对欧投资对欧盟核心产业竞争力和战略自主性的挑战。<sup>①</sup>因此,欧委会在《外国补贴条例》项下所扩张的执法裁量权在适用过程中很可能产生对中国的针对性影响。

首先,从其所扩大的补贴主体适格性及损害结果裁量空间来看,为海外投资企业提供融资的国内金融机构很可能被认定为适格的补贴提供方,继而相关融资或优惠待遇被认定为《外国补贴条例》所规制的补贴。例如国有金融机构为在欧经营企业直接或间接提供的优惠融资,尤其是出口融资性质的补贴。

其次,从其所增加的依职权主动发起的市场调查工具看,中国企业很可能因母国经济体制而更容易受到规制。欧盟对所谓中国市场扭曲问题早有争议。例如,欧委会在 2017 年的工作文件中,针对贸易防御中涉及的所谓中国经济扭曲问题进行了指摘,包括“横向的扭曲行为”“生产要素的扭曲”以及“特定部门的扭曲”等方面。<sup>②</sup>在 2017 年中国化工收购先正达案中,欧盟开始研究适用“单一主体论”,将所属国资委的所有国有企业视为同一主体,累计计算其营业额,使得中国国有企业更容易被认定为占据垄断地位。<sup>③</sup>《外国补贴条例》继续强化因母国经济体制而设定“原罪”的规制思路,将囊括中国的众多政策措施。例如“一带一路”倡议和产业政策框架下的补贴或政策措施;特定地区鼓励政策、以设立项目基金等形式进行的政府赠款、选择性的利用税收优惠和减免降低特定企业运营成本;相关企业基于股权关系或者特别授权等原因在国内市场享有垄断或支配地位等,都可能成为中国企业获得不公平竞争“原罪”的来源。

### (二)中方预防及应对《外国补贴条例》执法裁量权滥用的措施建议

为预防及应对《外国补贴条例》执法裁量权滥用对我国产生的不利影响,企业和政府应共同做好相关因应措施。

#### 1. 预防措施

对企业而言,须强化合规体系建设,赴欧投资前加强自我审查和信息管理。《外国补贴条例》是继反垄断审查和外国投资审查程序之后,赴欧投资企业须面临的第三重审查。从目前的《外国补贴条例实施细则》来看,这三类审查尚未形成统一的申报机制,因而企业的合规体系中须涵盖三重审查,并根据各项审查的要求加强信息管理,

<sup>①</sup> 参见张怀岭:《欧盟外国补贴监管改革趋势及影响》,《国际贸易》2022 年第 2 期,第 74-81 页。

<sup>②</sup> See European Commission, Staff Working Document on Significant Distortions in the Economy of The People's Republic of China for the Purposes of Trade Defence Investigations. SWD(2017) 483 final/2, [https://www.iberchina.org/files/2018/eu\\_china\\_distortions.pdf](https://www.iberchina.org/files/2018/eu_china_distortions.pdf), visited on 4 January 2024.

<sup>③</sup> See European Commission, Commission Decision of Declaring a Concentration to be Compatible with the Internal Market and the EEA Agreement (Case M.7962-ChemChina/Syngenta), [https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7962\\_4097\\_3.pdf](https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7962_4097_3.pdf), visited on 5 January 2024.

做好应对《外国补贴条例》调查的预防性工作,尤其是针对《外国补贴条例实施细则》中涉及的历史性补贴信息,应做好日常的系统性归档。

对政府而言,可通过完善《公平竞争审查条例》等国内的竞争法工具,着力强化国内补贴管理,提高补贴透明度与合规性。自2016年国务院印发《关于在市场体系建设中建立公平竞争审查制度的意见》以来,我国持续完善国内公平竞争审查制度。2023年5月发布《公平竞争审查条例(征求意见稿)》<sup>①</sup>,提出在政策制定机关自我审查的基础上,在地方层面建立了重大政策措施公平竞争审查会审制度;关键审查内容包含影响生产经营成本的政策措施,诸如给予特定经营主体税收优惠政策,对特定经营主体实施选择性、差异化的财政奖励或者补贴政策以及给予特定经营主体要素获取、资质标准、行政事业性收费、政府性基金、社会保险费等方面的优惠政策等。此类措施同时也是《外国补贴条例》所规制的财政资助行为,我国在后续的公平竞争审查中应着力强化补贴措施合规体系,通过会审制度增强补贴合规管理的透明度与统一性。

## 2. 应对措施

企业在遭遇《外国补贴条例》项下的调查时,可通过递交平衡测试的相关信息,尝试以投资产生的正面效应影响执法裁量的倾向。根据《外国补贴条例》第6条,欧委会可基于收到的信息,平衡考量补贴行为产生的扭曲市场效应以及受补贴的经济活动产生的积极影响,尤其是与欧盟政策目标相关的影响;《外国补贴条例》第46条进一步规定,欧盟将于2026年1月12日前根据执法经验发布相关指南,对平衡测试的应用进行说明。在此期间,企业可在上述合规审查和信息准备工作的基础上,指出相关投资交易将产生的积极影响,尤其是与欧盟公共政策目标相符合的正面效应,诸如《外国补贴白皮书》所述的创造就业、实现气候中立和保护环境、数字化转型、安全、公共秩序以及公共安全和复原力等目标。此外,对于欧委会滥用执法裁量权作出的行政决定,企业可寻求欧盟法院司法审查的救济。若企业在平衡测试等沟通机制中无法与欧委会达成一致,并遭遇执法裁量权滥用导致的不公正执法,则可以向欧盟法院提起诉讼,请求其对欧委会的行政决定进行司法审查。

若欧委会滥用《外国补贴条例》的执法裁量权,产生对中国企业的歧视性待遇,中方应适时运用WTO争端解决机制,提起争端解决请求。虽然目前WTO争端解决上诉机构短期内仍处于停摆状态,但欧盟与中国都加入了多边临时上诉仲裁安排,中欧贸易争端的专家组裁决结果仍可适用该项仲裁安排,获得二审救济。如前述分析所指出,《外国补贴条例》的执法裁量权滥用很可能会违反欧盟在GATS项下的国民待遇条款、最惠国待遇条款及市场准入承诺,中方可基于企业遭遇的不公平待遇向WTO提交有关《外国补贴条例》执法裁决的争端解决请求,在多边框架下寻求解决方

<sup>①</sup> 2023年12月26日,《公平竞争审查条例(草案)》已报送司法部进行法制审查。参见《国新办举行加快建设全国统一大市场工作进展情况国务院政策例行吹风会》, [https://www.samr.gov.cn/xw/xwfbt/art/2023/art\\_7acc226e01344ffeb94261f059ca1cc1.html](https://www.samr.gov.cn/xw/xwfbt/art/2023/art_7acc226e01344ffeb94261f059ca1cc1.html), 2024年1月5日访问。

案。

### 结语

欧盟《外国补贴条例》通过补贴行为泛归因性、因果关系模糊性、救济措施灵活性以及依职权调查主动性等特征,在补贴的主体要件、结果要件、救济措施及调查程序的执法裁量权上,建立了外国补贴规制标准的先发优势。《外国补贴条例》既反映了补贴规则由货物贸易向跨境投资领域扩展的趋势,也显示了欧盟强化公平竞争监管力度的立法倾向。

欧盟通过立法向全球输出法律制度与标准的现象被称为“布鲁塞尔效应”(Brussels effect)<sup>①</sup>。在相关多边规则缺位的当下,欧盟《外国补贴条例》是全球范围内唯一一项规制外国政府补贴本土经济活动的立法措施。《外国补贴条例》能否凭借其设立外国补贴规则的先发优势,以及欧盟单一市场的强大影响力,将《外国补贴条例》所建立的外国补贴规制标准扩展至全球,进而强化“布鲁塞尔效应”,值得进一步观察与研究。在此过程中,《外国补贴条例》的执法机构能否谨慎公正地行使裁量权、遵循多边框架下的非歧视原则、建设真正意义上的公平竞争环境,将影响欧盟对外输出外国补贴规制标准的辐射范围和全球监管态势,也将对我国推进“一带一路”倡议、推动海外投资合作产生重要影响。

### **Enforcement Discretion under EU Foreign Subsidies Regulation: Regulatory Features, Legitimacy Risk and China's Strategy**

**Abstract:** As the first legislation worldwide against foreign government subsidies in local economic activities, the EU Foreign Subsidies Regulation (FSR) not only extends the regulatory scope from trade in goods to various international economic activities including concentration and public procurement, but also gains new features in its enforcement discretion. These new features include “pan-attribution” of subsidization, ambiguity of causal relations, flexibility of redressive measures and *ex officio* initiation of market investigation, which grant EU Commission with greater enforcement discretion than the SCM Agreement and the EU state aid regime. This enforcement discretion granted by legislation, if abused, is likely to violate the provisions of national treatment, most-favored nation treatment and market access under the General Agreement on Trade in Services (GATS). The expansion

---

<sup>①</sup> See Anu Bradford, *The Brussels Effect-How the European Union Rules the World* 387 (Oxford University Press 2020).

of FSR enforcement discretion could especially generate negative impact on China. Chinese companies and the government should respectively take preventive measures in terms of subsidy information and compliance management. In the event of unfair treatment caused by abuse of enforcement discretion, remedies may be sought from local judicial remedies at the enterprise level as well as from dispute settlement mechanisms at the national level.

**Key words:** Foreign Subsidies Regulation; enforcement discretion; SCM Agreement; state aid regime; General Agreement on Trade in Services

(责任编辑: 漆彤)