

欧盟《外国补贴条例(草案)》 及其 WTO 合规性分析^{*}

胡建国 陈禹锦

内容提要:目前,WTO 补贴纪律范围有限,对可能扭曲国际经贸活动的跨国补贴规制不足。在此背景下,经过一年多的酝酿,2021 年 5 月欧盟委员会公布了《外国补贴条例(草案)》,拟建立内容完整和细致的外国补贴制度。外国补贴制度与 WTO 规则的关系特别是其 WTO 合规性备受关注。研究表明,草案中外国补贴制度的适用范围从已有 WTO 补贴纪律的货物领域延伸到投资、服务和公共采购等尚无补贴纪律的领域。尽管尚无 WTO 纪律直接约束外国补贴(出口补贴除外),但草案规定的承诺和纠正措施涉嫌违反《补贴与反补贴措施协定》《服务贸易总协定》多个条款,且无法根据 WTO 相关例外条款获得正当性。外国补贴制度具有限制性和歧视性,程序负担繁重,如生效,可能对中国的经贸利益产生不利影响。中国应多渠道质疑《外国补贴条例(草案)》的 WTO 合规性并做好 WTO 诉讼准备;密切跟踪研究美国等其他国家的相关国内立法以及国际经贸规则发展动向;积极参与外国补贴国际纪律的制定,就外国补贴认定中的公共机构和外部基准、外国补贴与国内市场扭曲之间的因果关系、外国补贴调查程序、针对外国补贴的救济措施等重点内容提出中方建议。此外,拟参与欧盟经贸活动的中国企业应积极做好准备,应对草案通过可能带来的挑战。

关键词:《外国补贴条例(草案)》 《补贴与反补贴措施协定》 世界贸易组织 合规性

一 WTO 补贴纪律的有限范围与欧盟应对跨国补贴的单边努力

补贴是一个国家或地区实现政治、经济、社会等目标的重要手段,但也可能扭曲国

^{*} 本文为国家社会科学基金一般项目“欧盟投资法院制度及中国应对研究”(项目编号:17BFX147)、中央高校基本科研业务费专项资金资助项目“WTO 上诉机构成员遴选法律问题研究”(项目编号:63192246)的阶段性成果。

际经贸活动,对其他国家或地区的经贸利益造成不利影响。因此,关贸总协定(GATT)/世界贸易组织(WTO)多边贸易体制逐步收紧了补贴(及反补贴)纪律。^①但是,WTO 补贴纪律的适用范围相对有限。货物领域的补贴(及反补贴)受到《补贴与反补贴措施协定》(Agreement on Subsidies and Countervailing Measures,以下简称“SCM 协定”)及《1994 年关税与贸易总协定》(General Agreement on Tariffs and Trade 1994,以下简称“GATT 1994”)第 6 条和第 16 条的约束,服务领域则尚未制定补贴纪律。^②根据补贴影响国际贸易的程度,SCM 协定禁止直接扭曲货物贸易的出口补贴和进口替代补贴;原则上允许所有其他专向性补贴,除非此类补贴对其他成员的利益造成了不利影响。^③从地域范围上看,除视为具有专向性的禁止性补贴外,受到 SCM 协定核心义务(第二部分禁止性补贴、第三部分可诉补贴和第五部分反补贴措施)约束的专向性补贴限于补贴成员给予其管辖范围内的企业或产业的补贴。^④总体来看,可能扭曲国际经贸活动的服务、投资、公共采购等领域的补贴,目前尚无多边纪律。即使在货物领域,受到 SCM 协定核心义务约束的专向性补贴在地域范围上也受到了限制,这导致许多类型的补贴缺乏国际纪律的约束。例如,补贴成员给予其领土外的本国企业海外子公司所生产、销售或出口货物的补贴,就不受 SCM 协定核心义务的约束。但是,此类跨国补贴既可能对海外子公司所在国的国内产业造成损害,如其产品出口,还可能对其他成员的国内产业造成损害。在前述背景下,欧盟近年来试图通过创新反补贴实践^⑤或者制定新规则,以单边行动应对跨国补贴^⑥可能对欧盟经贸利益带来的不利影响。

2021 年 5 月 5 日,欧盟委员会(European Commission,以下简称“欧委会”)发布了《针对扭曲内部市场的外国政府补贴的条例建议稿》(以下简称《外国补贴条例(草

① 本文所称“补贴纪律”,是指直接调整补贴行为或其后果的 WTO 多边规则和区域贸易协定规则,例如 SCM 协定第 3.1 条禁止提供出口补贴和进口替代补贴,第 5 条要求不得通过专向性补贴对其他成员的利益造成不利影响。不包括最惠国待遇、国民待遇、透明度等普适性义务对补贴行为的规制。

② 农业领域的补贴问题受到《农业协定》约束,本文不做探讨。

③ SCM 协定第 8 条和第 9 条将具有专向性补贴的落后地区、科研、环保三类补贴视为不可诉补贴,但已于 2000 年 1 月 1 日到期。

④ See Agreement on Subsidies and Countervailing Measures (ASCM), article 1.2, 2.

⑤ 2020 年,欧委会在埃及玻璃纤维织物、连续长丝玻璃纤维制品两起反补贴调查中,将来自中国的所谓补贴视为埃及政府提供的补贴,引发广泛关注。

⑥ 跨国补贴,泛指补贴国家或地区给予其管辖范围之外的企业或产业的补贴,其范围包括国际经济活动的各个领域,如货物、服务、投资、公共采购等。跨国补贴是补贴国家或地区参与全球经贸活动的重要手段,但也可能扭曲公平竞争,损害其他国家或地区的经贸利益。

案)》或草案),^①以应对外国政府补贴可能对欧盟内部市场造成的扭曲。欧盟立法机构目前正在普通立法程序中讨论该草案,以期通过条例的最终文本。^②该草案是在2020年6月17日公布的《关于在外国补贴方面营造公平环境的白皮书》(以下简称《白皮书》)^③的基础上广泛征询各方意见后拟定的。欧盟贸易委员东布罗夫斯基斯(Valdis Dombrovskis)表示:“部分企业扭曲市场,并依靠补贴支持而非有关产品的质量和创新获取竞争优势。今天的立法提案补齐了我们在该领域的国际努力。它将在欧盟内创造公平的竞争环境。”^④

近年来,欧美国家对待外国投资和外国企业参与其国内市场经济活动的政策与法律趋于保守。学界也在密切关注此次欧盟外国补贴立法的新动向,相关研究主要聚焦于《白皮书》,总结了《白皮书》的基本内容,分析了其对中国企业的影响并提出了应对措施。^⑤还有学者结合《中欧全面投资协定》分析了欧盟新审查工具在投资领域的合规性问题。^⑥本文重点关注欧盟《外国补贴条例(草案)》的WTO合规性问题。欧盟中国商会曾表示欧盟此项政策工具涉嫌违反欧盟国际条约下的承诺和义务,尤其是WTO规则中的国民待遇和非歧视原则等。^⑦欧委会没有明确评估草案的WTO合规性问题,但间接提出了三点辩护:第一,SCM协定的适用范围仅限于货物贸易,^⑧且SCM协定仅涵盖来自第三国的补贴进口货物;第二,SCM协定不适用于与服务贸易有

① European Commission, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Foreign Subsidies Distorting the Internal Market*, 5 May 2021 (hereinafter referred to as “European Commission, *Proposal for a Regulation on Foreign Subsidies*”), <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SWD;2021:0099;FIN:EN;PDF>.若非特别注明,以下有关草案的内容均引自该网址。

② European Commission, “Commission Proposes New Regulation to Address Distortions Caused by Foreign Subsidies in the Single Market,” 5 May 2021, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_1982.

③ European Commission, *White Paper on Levelling the Playing Field as Regards Foreign Subsidies*, 17 June 2020 (hereinafter referred to as “European Commission, *White Paper as Regards Foreign Subsidies*”), https://ec.europa.eu/competition/international/overview/foreign_subsidies_white_paper.pdf.

④ European Commission, “Speech by Executive Vice-President Valdis Dombrovskis at the Meeting with Committee on Foreign Trade and Development Cooperation of Dutch House of Representatives,” 5 July 2021, https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/dombrovskis/announcements/speech-executive-vice-president-valdis-dombrovskis-meeting-committee-foreign-trade-and-development_en.

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》,载《国际贸易》,2021年第4期,第75-81页;王晨:《密切跟踪欧盟审查外国补贴新动向》,载《国际经济合作》,2021年第2期,第74-81页;张治平、王兴雷:《欧盟发布外国补贴白皮书的背后》,载《中国外资》,2020年第13期,第42-44页;孙伯龙:《欧盟拟出台“外国补贴法”》,载《检察风云》,2021年第14期,第50-51页。

⑥ 叶斌:《欧盟〈外国补贴白皮书〉的投资保护问题刍议》,载《国际法研究》,2020年第6期,第80页。

⑦ 参见中华人民共和国商务部官网,<http://eu.mofcom.gov.cn/article/jmxw/202010/20201003005974.shtml>。

⑧ European Commission, *Commission Staff Working Document Impact Assessment Accompanying the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Foreign Subsidies Distorting the Internal Market* (hereinafter referred to as “European Commission, *Impact Assessment on Foreign Subsidies Proposal*”), https://ec.europa.eu/competition/international/overview/impact_assessment_report.pdf, p.30.

关的补贴,也不适用于在欧盟设立和运营不涉及货物贸易的企业;^①第三,《服务贸易总协定》(General Agreement on Trade in Services, GATS)的适用范围虽然没有排除补贴,但包含了进一步谈判服务补贴纪律的内置权限。^②迄今仍未制定服务补贴规则。^③为厘清这一问题,本文首先简要阐述《外国补贴条例(草案)》的主要内容,然后结合 WTO 规则讨论其合规性,最后分析《外国补贴条例(草案)》对中国的影响并提出应对的具体建议。

二 《外国补贴条例(草案)》的主要内容

《外国补贴条例(草案)》提出了三种针对外国补贴的审查机制:(1)解决市场扭曲问题的一般制度(制度一);(2)经营者集中的强制申报和审查制度(制度二);(3)公共采购的强制申报和审查制度(制度三)。其中,制度一具有兜底性,适用范围广泛,包括在欧盟内部市场设立公司的被补贴企业或者未设立公司但在欧盟市场有业务经营活动的被补贴企业的所有市场行为,包括但不限于贸易和投资行为;制度二和制度三则分别针对经营者集中和公共采购领域获得外国补贴的在欧企业。

(一)《外国补贴条例(草案)》的适用范围

《外国补贴条例(草案)》适用于扭曲内部市场的外国补贴,规定了调查和应对此类扭曲的程序和实体规则。内部市场扭曲可能产生于任何经济活动,特别是经营者集中和公共采购程序。“任何经济活动”可以包括第三国企业在欧盟境内投资、生产、销售货物或提供服务等活动,例如跨国公司在欧盟境内设立分支机构销售其在第三国生产并出口至欧盟的货物,或者在欧盟境内设立企业生产货物并进行销售或者提供服务。公共采购则涉及货物、服务和工程。这意味着,《外国补贴条例(草案)》与调整货物贸易和服务贸易的 WTO 规则可能存在千丝万缕的联系。

适用《外国补贴条例(草案)》必须满足两大条件:外国补贴及其可能造成的内部市场扭曲。

1. “外国补贴”定义

《外国补贴条例(草案)》第 2.1 条对外国补贴进行了定义:“为本条例之目的,如果第三国提供资助,授予在内部市场上从事经济活动的企业利益,并且该项财政资助

^① European Commission, *White Paper as Regards Foreign Subsidies*, p.42.

^② European Commission, *Impact Assessment on Foreign Subsidies Proposal*, p.39.

^③ European Commission, *Proposal for a Regulation on Foreign Subsidies*, p.5.

在法律上或事实上限于单个企业或产业或者几个企业或产业,则应视为存在外国补贴。”据此,外国补贴包括三大构成要件:(1)第三国提供财政资助;(2)财政资助授予在内部市场上从事经济活动的企业利益;(3)财政资助法律上或事实上仅限于单个企业或产业,或几个企业或产业,也即具有“专向性”。《外国补贴条例(草案)》还进一步细化了“第三国”“财政资助”“在内部市场上从事经济活动的企业”等核心概念。

2.“内部市场扭曲”定义

《外国补贴条例(草案)》规定只有产生了“内部市场扭曲”效果的外国补贴才属于被规制的对象。“内部市场扭曲”是指一项外国补贴可能改善相关企业在内部市场上的竞争地位并据此实际或潜在地对内部市场竞争产生不利影响。关于“内部市场扭曲”的认定,《外国补贴条例(草案)》要求依据各种指标,具体包括:(1)补贴的金额;(2)补贴的性质;(3)被补贴企业与相关市场的状况;(4)相关企业在内部市场上的经济活动水平;(5)外国补贴的目的、所附条件及其在内部市场的使用情况。草案第3.2条还规定,如果任何三个连续财年里的外国补贴总额低于500万欧元,该项外国补贴就不太可能扭曲内部市场。同时,《外国补贴条例(草案)》第4条规定了最有可能扭曲内部市场的几类外国补贴:(1)救助中短期内濒临破产企业的补贴;(2)无限额度或无限期的担保;(3)直接促成经营者集中的补贴;(4)使企业在公共采购中获得不正当投标优势的补贴。

(二)承诺和纠正措施

根据《外国补贴条例(草案)》第6条,救济措施包括承诺和纠正措施:欧委会有权针对已经或可能造成内部市场扭曲的外国补贴实施纠正措施,有关企业也可以做出承诺。承诺或纠正措施必须充分有效救济外国补贴在内部市场上造成的扭曲,这表明了整个外国补贴制度的救济性质。承诺和纠正措施包括结构性和行为性救济两类。结构性救济包括拆分特定资产、撤销已完成并购等;行为性救济包括减少产能或缩小市场规模、禁止特定市场行为、公布研究与开发成果、返还第三国政府补贴及相应利息等。欧委会还可以施加报告和透明度要求。

(三)制度一:解决内部市场扭曲问题的一般制度

根据制度一,欧委会可以主动审查任何来源的关于扭曲性外国补贴的信息。制度一因此可以适用于任何类型的扭曲性外国补贴。《外国补贴条例(草案)》确立了“两步走”的审查机制,即初步审查(Preliminary Review)和深入调查(In-depth Investigation)。

1.初步审查

欧委会无须作出启动初步审查的决定并予以公布。为了初步评估受审查财政资

助是否构成外国补贴及其是否扭曲了内部市场,欧委会应当搜寻其认为必要的信息。为此欧委会可以请求相关企业、欧盟成员国和相关第三国提供信息,并可在欧盟和相关第三国境内对相关企业实施检查。若欧委会在初步评估后认定不存在外国补贴或者没有迹象表明实际或潜在的内部市场扭曲,则应当结束初步审查并通知相关企业;若欧委会基于初步审查认为有充分迹象表明相关企业已获得扭曲内部市场的外国补贴,则应当作出启动深入调查的决定,通知相关企业并在《欧盟公报》上公布。

2. 深入调查

在深入调查阶段,欧委会应当进一步评估启动深入调查的决定所指出的扭曲内部市场的外国补贴,并应搜寻其认为必要的信息。欧委会可以根据调查结果作出三种决定:(1)如果认定外国补贴扭曲了内部市场,欧委会可以作出施加纠正措施的决定;(2)如果认定外国补贴扭曲了内部市场并且相关企业提供的承诺充分有效救济了扭曲,欧委会可以作出使相关承诺约束企业的决定;(3)如果没有确认启动深入调查的决定所含初步评估,或者外国补贴的积极影响超过了内部市场扭曲,欧委会应当作出无异议决定。

3. 信息请求

关于上述两个审查阶段涉及的信息请求,《外国补贴条例(草案)》做出了较为细致的规定。此外,草案还针对利益认定问题规定了不利推定制度:若相关企业未能提供必要信息以便认定一项财政资助是否赋予其利益,该企业可被视为已经获得此项利益。草案第 14.4 条也暗含了一种不利推定:如适用可获得事实,程序的结果可能不如企业按照要求完整并如实地提供必要信息的情况。

4. 临时措施

《外国补贴条例(草案)》规定欧委会采取临时措施必须同时满足两项条件:(1)有迹象表明一项财政资助构成外国补贴并且扭曲了内部市场;(2)存在对内部市场竞争造成实质性和不可弥补损害的严重风险。此外,若相关企业未履行申报义务就实施了经营者集中或者相关企业违反承诺实施经营者集中,欧委会可采取临时措施。草案没有规定临时措施的具体类型,可比照适用草案关于承诺和纠正措施的规定。

(四) 制度二:经营者集中的强制申报和审查制度

《外国补贴条例(草案)》第三章规定了经营者集中领域的外国补贴强制申报与审查制度。如果参与经营者集中的企业获得外国补贴并且扭曲了内部市场,将会被禁止实施经营者集中。关于经营者集中背景下如何评估内部市场扭曲,草案仅规定内部市场扭曲评估限于相关经营者集中。套用内部市场扭曲的定义,在经营者集中背景下,

应考虑外国补贴是否改善了相关企业(获得外国补贴且参与经营者集中的企业)的竞争条件,以及是否据此实际或潜在地对内部市场上的竞争造成不利影响。这里的内部市场,至少包括经营者集中市场;如此,一旦外国补贴使参与经营者集中的企业获得优势,就会排挤其他企业参与经营者集中,从而影响到内部市场的竞争。尚不清楚的是,经营者集中背景下的内部市场扭曲审查是否延伸到经营者集中实施后形成的企业(例如合并后企业、被收购企业、合资企业),例如是否由于参与经营者集中的企业所获外国补贴而使其在市场竞争中获得优势并扭曲内部市场。笔者认为,经营者集中实施后可能造成的垄断问题,应不受外国补贴制度的约束,而是由欧盟反垄断法进行规制。此外,草案规定仅应考虑过去三年里授予的外国补贴,但不要求外国补贴与经营者集中之间存在直接关系。

1. 经营者集中定义

经营者集中包括两类:控制权改变和设立合资企业。一方面,《外国补贴条例(草案)》规定企业控制权发生持久性变化就视为经营者集中,具体包括合并和收购两种形式。另一方面,设立持久履行独立经济实体所有功能的合资企业,也被视为经营者集中。

2. 事前强制申报义务

事前强制申报义务,是指经营者集中达到法定申报门槛或者应欧委会请求,经营者应当向欧委会进行申报,未经申报不得实施经营者集中。

其一,申报门槛。《外国补贴条例(草案)》第18条规定了“5亿欧元+5000万欧元”的双重申报门槛金额,即在欧盟内的总营业额不少于5亿欧元且在申报之前的三个年度里从第三国获得的财政资助总额超过5000万欧元。需要指出的是,草案使用了“财政资助总额”而不是“补贴总额”,这意味着申报阶段无须考虑“利益”和“专向性”问题,避免了关于特定财政资助是否由于满足其他两项条件而构成补贴的争议。

对于没有达到申报门槛的经营者集中,如果欧委会怀疑相关企业在经营者集中之前的三年里可能得益于外国补贴,欧委会可在经营者集中实施之前的任何时候请求申报该项经营者集中。一旦欧委会提出申报请求,相关企业就有义务进行申报。草案将前述两类经营者集中视为“应申报经营者集中”。

其二,申报时间。在实施经营者集中之前并且在缔结协议、宣布公开招标之后,或者在获得控制性权益之前,企业应当向欧委会申报前述两类“应申报经营者集中”。企业为了向欧委会表明其缔结协议之善意,也可以在缔结协议、宣布公开招标之前就向欧委会申报“应申报经营者集中”。

3. 审查程序与深入调查决定

经营者集中背景下的外国补贴审查程序与制度一大致相同,适用“两步走”的审查机制。深入调查之后,欧委会可以作出三类决定:(1)接受承诺并使之具有约束力的决定;(2)无异议决定;(3)禁止经营者集中的决定。

4. 外国补贴审查程序与经营者集中实施的关系

《外国补贴条例(草案)》规定了中止制度,也就是外国补贴调查期间暂停实施经营者集中。一方面,对于达到法定门槛的经营者集中,未经申报不得实施。另一方面,如果欧委会收到完整申报,初步审查程序的法定时限到期之前不得实施经营者集中。如果欧委会启动深入调查,深入调查程序的法定时限到期之前不得实施经营者集中;然而,如果欧委会未在规定时限内作出决定,相关企业可以实施经营者集中。

(五) 制度三:公共采购的强制申报和审查制度

《外国补贴条例(草案)》第四章在欧盟公共采购程序中嵌入了外国补贴强制申报与审查程序。《外国补贴条例(草案)》并没有明确给出公共采购的定义,根据通常理解,公共采购是指政府部门组织的有关工程、产品、服务的招投标过程。制度三项下的外国补贴调查旨在审查外国补贴是否造成或威胁造成公共采购程序中的扭曲,即是否使一家企业提交的标书相对于相关工程、物资或服务具有不适当的优势。制度三仅适用于提交申报之前三年里授予的外国补贴,但不要求外国补贴的授予必须与特定公共采购程序存在直接联系。

1. 事前强制申报义务

其一,申报门槛。若预估的公共采购价值不低于 2.5 亿欧元,那么企业在提交标书或请求参与公共采购程序时应当向合同当局或合同实体(Contracting Authority or Contracting Entity,以下统称为“招标机构”)申报其在过去三年里获得的所有外国财政资助,或者声明确认其在过去三年里未获得任何外国财政资助。与制度二不同的是,公共采购领域并无外国财政资助门槛金额。招标机构不得向没有提交申报或声明的企业授予合同。

对于未达到申报门槛的公共采购程序,或者达到申报门槛但未提交或转呈申报的公共采购程序,如果欧委会怀疑一家企业在提交标书或者请求参与公共采购程序之前的过去三年里得益于外国补贴,欧委会可以在授予合同之前的任何时候请求该企业申报其获得的外国财政资助。

其二,申报程序。被补贴企业将申报材料递交招标机构后,由招标机构转呈欧委会,欧委会收到申报后开始进行初步审查。如果相关企业没有申报外国财政资助或者

此类申报没有转呈给欧委会,欧委会可以主动进行初步审查。

2. 审查程序与深入调查决定

公共采购背景下的外国补贴审查程序与制度一大致相同,适用“两步走”的审查机制。与制度一类似,欧委会在公共采购程序中可作出三类深入调查决定:(1)接受承诺并使之有拘束力的决定;(2)禁止向相关企业授予合同的决定;(3)无异议决定。

3. 外国补贴审查程序与公共采购程序的关系

初步审查和深入调查程序不影响公共采购程序中的评标。但是,初步审查时限或深入调查时限到期之前不得授予合同。如果欧委会未在规定时限内作出决定,那么合同可以授予包括提交外国补贴申报企业在内的任何企业。如果企业提交了确认过去三年里没有获得任何外国财政资助的声明,那么在欧委会作出深入调查决定或者深入调查时限到期之前可以将合同授予该企业,只要该企业提出了经济上最具优势的标书。与公共采购程序结果有关的任何决定,招标机构均应向欧委会通报。

总体来看,《外国补贴条例(草案)》拟构建的外国补贴制度延伸到已有 WTO 补贴纪律的货物领域之外,适用于投资、服务和公共采购领域的外国补贴。与 SCM 协定核心义务原则上仅适用于 WTO 成员给予其领土的企业或产业补贴不同,《外国补贴条例(草案)》适用于第三国向在欧盟内部市场上从事经济活动的企业提供的补贴。下文分析表明,草案授予欧委会针对扭曲内部市场的外国补贴采取承诺和纠正措施,涉嫌违反 WTO 多项义务。

三 《外国补贴条例(草案)》与 SCM 协定

欧委会认为,SCM 协定仅涵盖来自第三国的补贴进口货物。但是,SCM 协定的补贴定义涵盖货物领域的所有补贴,而不仅限于第三国给予进口货物的补贴。满足 SCM 协定补贴定义的货物领域的外国补贴需要遵守第 32.1 条义务,如构成专向性补贴还需遵守 SCM 协定的核心义务。

(一) SCM 协定对“外国补贴”的适用性

根据 SCM 协定,如果(1)政府或公共机构提供财政资助(包括政府或公共机构向筹资机构付款或委托或指示私人机构提供财政资助),或者存在 GATT 1994 第 16 条意义上的收入或价格支持;并且,(2)据此授予了利益,就视为存在一项补贴。^① 根据

^① ASCM, article 1.1.

SCM 协定第 2 条具有专向性的补贴,应当遵守 SCM 协定核心义务,并向 WTO 通报。^①同时,除依照由 SCM 协定解释的 GATT 1994 规定,不得针对另一成员的补贴采取具体行动。^②基于前述 SCM 协定法律框架,下文首先分析受到《外国补贴条例(草案)》约束的“外国补贴”是否以及在多大范围内满足 SCM 协定补贴定义,从而需要遵守 SCM 协定第 32.1 条义务。其次,分析“外国补贴”是否以及在多大范围内构成 SCM 协定意义上的专向性补贴,从而受到 SCM 协定核心义务的约束。

1.“外国补贴”是否构成 SCM 协定意义上的补贴

如前所述,外国补贴的构成要件有三:(1) 第三国提供财政资助;(2) 财政资助授予在内部市场上从事经济活动的企业利益;(3) 财政资助具有“专向性”。比较分析可知,在不考虑“专向性”要件的情况下,《外国补贴条例(草案)》的“外国补贴”定义与 SCM 协定的“补贴”定义基本相同。

首先,二者关于财政资助提供主体的制度设计差异较大,但实质基本相同。根据《外国补贴条例(草案)》,作为财政资助提供主体的“第三国”,不仅包括第三国的中央政府和所有其他层级的政府机关,还包括其行为可归因于第三国的外国公共实体和任何私人实体。^③根据 SCM 协定,政府或公共机构都是提供财政资助的主体,私人机构只有在受到政府或公共机构委托或指示的情况下才会成为提供财政资助的主体。同时,SCM 协定还规定政府或公共机构可以向筹资机制付款,由后者来提供财政资助。

在 SCM 协定语境中,“公共机构”是指拥有、行使或被授予政府权力的实体。^④上诉机构进一步表示“法定授权”并非认定“公共机构”的必要条件,关键在于证明某一实体事实上行使政府职能。^⑤这同《外国补贴条例(草案)》确立的“可归因于第三国”的标准本质上是相同的,都是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。^⑥但是,SCM 协定和《外国补贴条例(草案)》都未明确规定“可归因的行为”具体是指争议财政资助行为还是指外国公共实体和任何私人实体的一般行为。在美国—反补贴措施(中国)案中,中国主张需要确定某一实体在提供资助时,是否拥有、

^① ASCM, article 1.2, 25.2.

^② ASCM, article 32.1.

^③ European Commission, *Proposal for a Regulation on Foreign Subsidies*, article 2.2(b).

^④ Appellate Body Report, *United States—Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China (US—Anti-Dumping and Countervailing Duties [China] [2011])*, WT/DS379/AB/R (25 March 2011), paras. 317–318.

^⑤ Ibid.

^⑥ Appellate Body Report, *United States—Countervailing Measures on Certain Hot-Rolled Carbon Steel Flat Products from India*, WT/DS436/AB/R (19 December 2014), para. 4.9.

行使被授予的政府权力;^①但是,上诉机构认为在综合考量所有因素后,若某一实体被认定为“公共机构”,则该实体的所有行为都应归因于相关成员。^② 尽管目前对“可归因于第三国的行为”中的“行为”具体指向何种行为这一问题存疑,但不妨碍概括性地认定 SCM 协定意义上的“公共机构”与草案规定的“外国公共实体”的含义实质相同。但是,就私人机构/私人实体而言,SCM 协定与草案的规定可能存在较大差异。如将私人实体可归因于第三国的行为理解为争议财政资助,则与 SCM 协定所要求的“委托或指示私人机构”提供财政资助之规定没有什么实质性差别,因为“委托或指示”是私人行为可归因于国家的最重要途径。然而,如果将私人实体可归因于第三国的行为理解为私人实体的一般行为,那么私人实体的含义就类似于“公共机构”,与 SCM 协定关于私人机构的规定存在较大差异。无论如何,草案采用“可归因于第三国”标准,不仅符合欧盟在 WTO 争端解决活动中采取的立场,^③而且更加接近于《国家责任条款》(Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts)的归因制度。^④ 对于外国公共实体与私人实体,欧盟实际上采用了相同的“可归因于第三国”标准,^⑤不失为 SCM 协定财政资助提供主体制度改革的一条合理路径。

需要指出的是,在《外国补贴条例(草案)》语境下,从欧盟视角看,财政资助由“第三国”提供,这与 SCM 协定语境下由欧盟之外的一个 WTO 成员(在欧盟眼中,该成员也是第三国或地区)提供具有相同含义。在《外国补贴条例(草案)》中,“中央政府和所有其他层级的政府机关”应当属于“第三国”,“外国公共实体”很可能也应属于“第三国”,“任何私人实体”则不必属于第三国。在 SCM 协定中,“政府或公共机构”是指“一个成员领土内的政府或公共机构”,“私人机构”则没有任何限制。因此,从主体类型及其与财政资助提供国/成员的关系来看,草案与 SCM 协定也基本相同。

其次,二者关于财政资助形式的规定基本相同。《外国补贴条例(草案)》规定,“财政资助”主要涵盖三类行为:(1)资金或责任的转移;(2)放弃本应征收的收入;

^① Panel Report, *United States—Countervailing Duty Measures on Certain Products from China—Recourse to Article 21.5 of the DSU by China*, WT/DS437/RW (15 August 2019), para. 7.24.

^② Appellate Body Report, *United States—Countervailing Duty Measures on Certain Products from China—Recourse to Article 21.5 of the DSU by China*, WT/DS437/AB/RW (15 August 2019), para. 5.100.

^③ Panel Report Addendum, *United States—Countervailing Duty Measures on Certain Products from China—Recourse to article 21.5 of the DSU by China*, WT/DS437/RW/Add.1 (21 March 2018), Annex D-3; Integrated Executive Summary of the European Union, para. 2.

^④ United Nation, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, A/56/10 and Corr.1 (28 January 2002), article 4, 5, 8.

^⑤ 这与国内学者提出“删除公共机构与私人机构概念,针对非政府实体设置统一制度”的建议不谋而合。参见胡建国、刘柒:《美国对华反补贴中“公共机构”的泛化及法律规制》,载《法学》,2019年第10期,第62-74页。

(3) 政府提供货物或服务,或者购买货物和服务。^① 这一定义与 SCM 协定规定的“财政资助”的三种形式基本相同,但草案还规定了“政府购买服务”。

再次,二者都规定“财政资助”必须授予利益。《外国补贴条例(草案)》规定应该将政府相关行为和市场通常的投资行为进行比较,如果政府提供财政资助的行为符合市场规律,与相同条件下私营投资者的行为相吻合,该财政资助将不被视为外国政府补贴。^② SCM 协定第 14 条规定了补贴计算问题,一定程度上涉及利益认定标准。^③ 根据上诉机构的解释,“政府支出”不是判断企业是否“获得利益”的条件之一,只有财政资助给被补贴企业提供比市场条件下更优惠的利益,才可以认定该企业获得了利益。^④ SCM 协定和《外国补贴条例(草案)》都是将市场作为判断企业是否获得更有利地位的唯一逻辑依据。

最后,草案还要求财政资助必须具有专向性。SCM 协定对于“补贴”的定义则无此要求。关于财政资助的接受者范围,SCM 协定中对于“补贴”的定义并无明确规定。第一,从文义解释出发,SCM 协定没有限制获得财政资助的企业的所在地。SCM 协定第 1.1(a)(1) 条规定“一个成员领土内的政府或任何公共机构(本协定中称为‘政府’)提供财政资助”(there is a financial contribution by a government or any public body within the territory of a Member (referred to in this Agreement as “government”))。“一个成员领土内”一词修饰“政府或公共机构”,而不修饰“财政资助”,因为该限定词跟在“政府或任何公共机构”后面。^⑤ 并且,在“一个成员领土内的政府或公共机构”这一短语紧跟其后的括号中为“政府”下定义,进一步佐证了这种解释。^⑥ 如果意图使“一个成员领土内”修饰“财政资助”,“(本协定中称为‘政府’)”至少应直接放在“政府或任何公共机构”之后,而不是放在“一个成员领土内”之后。据此可知,SCM 协定仅要求提供资助的政府或公共机构位于 WTO 成员的领土内,而不要求接受资助的企业也位于领土内。第二,根据体系解释的方法,SCM 协定也没有排除给予成员领土外企业财政资助的情形。虽然 SCM 协定第 13 条和第 18 条提及“出口成员的政府”,第 1.1 条中的“成员”一词可能因此被理解为出口成员,但这些属于 SCM 协定第五部分规制

^① European Commission, *Proposal for a Regulation on Foreign Subsidies*, article 2.2(a).

^② *Ibid.*, p.16.

^③ Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, article 14.

^④ Appellate Body Report, *Canada—Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, WT/DS70/AB/R (20 August 1999), para. 9.112.

^⑤ Victor Crochet and Vineet Hegde, “China’s ‘Going Global’ Policy: Transnational Production Subsidies under the WTO SCM Agreement,” *Journal of International Economic Law*, Vol.23, Issue 4, 2020, pp.847–848.

^⑥ *Ibid.*

进口成员反补贴措施的条款,是区别于SCM协定第1.1条的一个单独章节。因此,不能用这些条款来评估SCM协定的整体适用范围。第三,从实践来看,出口补贴可以提供给补贴成员领土外的企业。

SCM协定第1.1(b)条仅规定财政资助授予了利益,没有规定向谁授予利益,自然也没有限定利益接受者的所在地。相比之下,《外国补贴条例(草案)》虽然没有规定向谁提供财政资助,但明确规定财政资助必须授予在内部市场上从事经济活动的企业利益。根据草案第1.2条,获得控制或者与欧盟境内设立的企业进行合并的企业,或者参与公共采购程序的企业,都应被视为“在内部市场上从事经济活动”。因此,参与经营者集中或者公共采购的企业,都是“在内部市场上从事经济活动的企业”,它们可作为财政资助及其授予利益的接受者。但是,《外国补贴条例(草案)》的“外国补贴”定义仅规定第三国提供财政资助授予接受者利益,并未规定向利益接受者提供财政资助,这就没有排除财政资助接受者与利益接受者不一致的情形。例如,在获得外国补贴的企业在欧盟设厂的情况下,财政资助和利益直接接受者是该企业,欧盟工厂虽然没有直接接受第三国的财政资助,但可能从该项财政资助中获得利益,从而成为草案意义上的利益接受者。

综上所述可知,除“专向性”要件外,《外国补贴条例(草案)》的外国补贴构成要件与SCM协定意义上的补贴构成要件基本相同。草案所适用的外国补贴原则上都能满足SCM协定补贴定义。但是,鉴于SCM协定是《WTO协定》“附件1A:货物贸易多边协定”的一部分,其适用范围限于货物贸易。因此,SCM协定不适用于不涉及货物生产或贸易的经营者集中、公共采购以及其他投资或经营行为中的外国补贴。外国补贴如涉及货物生产或贸易的经营者集中或其他投资行为、一般性经营行为、公共采购行为,^①都要受到SCM协定的约束。

2.“外国补贴”是否构成SCM协定意义上的“专向性”补贴

《外国补贴条例(草案)》将“专向性”作为外国补贴的构成要件之一,“专向性”是指财政资助法律上或事实上限于单个企业或产业或者几个企业或产业。尽管《外国补贴条例(草案)》未对“专向性”要件做出解释说明,但参考《欧盟反补贴条例》的规定,可以认为其与SCM协定对“专向性”的理解相同。《欧盟反补贴条例》第4.2(a)条和第4.2(c)条分别对应了SCM协定的法律专向性和事实专向性。^②《欧盟反补贴条

^① 就公共采购而言,第三国提供外国补贴的效果可能会降低本国企业的投标价格,从而提高中标机会。如公共采购的对象是货物,外国补贴就可能扭曲国际贸易。无论如何,第三国提供外国补贴的行为,本身不是政府采购。但是,如采取措施限制或歧视获得外国补贴的企业参与公共采购,则属于政府采购措施。

^② Regulation (EU) 2016/1037 of the European Parliament and of the Council of 8 June 2016 on Protection Against Subsidised Imports from Countries not Members of the European Union.

例》第 4.2(a) 条规定,如果授予机关或授予机关据以运行的立法明确限定某些企业获得补贴,则此类补贴应当具有专向性;《欧盟反补贴条例》第 4.2(c) 条规定,如果补贴表面看起来不具专向性,但仍有理由相信补贴实际上可能具有专向性,则可考虑其他因素,如某些企业主要使用补贴、给予某些企业不成比例的大量补贴等。

在 SCM 协定中,专向性并非补贴的构成要件,而是一项补贴受到 SCM 协定核心义务约束的一项条件。SCM 协定核心义务仅约束专向性补贴。SCM 协定意义上的专向性包括企业专向性、产业专向性和地区专向性,均适用于法律上或事实上的专向性。SCM 协定还将禁止性补贴视为具有专向性。

通过分析 SCM 协定相关条款可知,除禁止性补贴外,其他类型的专向性补贴要求补贴给予“在授予当局管辖范围内”(within the jurisdiction of the granting authority)的企业或产业,也就是说,补贴接受者必须位于提供补贴的 WTO 成员领土内。具体而言,SCM 协定第 2 条规定具有专向性的补贴必须是给予“在授予当局管辖范围内”的企业,除非该补贴构成 SCM 协定第 3 条意义上的禁止性补贴。尽管 WTO 规则没有定义“管辖范围内”一词,但依据国际公法中的 Lotus 案件,^①“管辖范围内”可被理解为“领土范围内”。据此,只有成员授予其领土内的企业补贴时,才可能被认定为具有专向性的补贴。若被补贴的企业位于境外,除非其属于禁止性补贴,否则不能适用 SCM 协定第三部分关于可申诉补贴和第五部分关于反补贴措施的规定。因此,除非外国补贴构成禁止性补贴,否则不受 SCM 核心义务的约束。

从出口货物角度看,出口国给予其领土内企业的生产性补贴或出口补贴,不会构成《外国补贴条例(草案)》意义上的外国补贴。但是,如果出口国向位于欧盟的企业提供补贴以促进本国货物在欧盟的进口和销售,例如中国部分地方政府为了鼓励出口而提供与出口实绩相联系的海外仓或售后服务网点补贴、^②美国给予国外销售公司的补贴,^③就会同时构成外国补贴和出口补贴,并因此进入草案和 SCM 协定范围。值得注意的是,《白皮书》曾以脚注规定,向进口至欧盟的货物和农产品提供的外国补贴落入欧盟贸易防御工具的范围,因此不为模块一所涵盖。^④该脚注实际上在《白皮书》打

^① The S.S. Lotus France v Turkey, Judgment, 7 September 1927, PCIJ Series A no 10, ICGJ 248 (PCIJ 1927), para. 45.

^② 参见《2018 年度厦门市外经贸发展专项资金申报指南》,2018 年 8 月。

^③ 1984 年“税收改革法”第 921-927 节对在美国领土之外设立的出口美国产品的国外销售公司提供税收优惠,即对其部分“外贸收入”给予税收减免。参见张玉卿:《WTO 案例精选——美国国外销售公司(FSC)案评介》,中国商务出版社 2011 年版,第 3 页。

^④ See European Commission, *White Paper as Regards Foreign Subsidies*, p.13. 模块一规定了适用于外国补贴的一般工具,相当于《外国补贴条例(草案)》第 2 章(依职权审查外国补贴)构建的制度一,即解决内部市场扭曲问题的一般制度。

算建立的外国补贴制度中排除了符合外国补贴定义的出口补贴。但草案删除了前述脚注内容。因此,SCM 协定适用于满足外国补贴定义的出口补贴。

(二)《外国补贴条例(草案)》是否违反 SCM 协定第 32.1 条

SCM 协定第 32.1 条明确规定,除非符合本协定解释的 GATT 1994 规定,否则不得针对另一成员的补贴采取具体行动。上诉机构认为,SCM 协定第 32.1 条的目的是将成员可以采取的反补贴单边行动限制在 GATT 1994 和 SCM 协定明确规定的范围内。^① 成员若采取任何其他针对 (specific to) 且反对 (against) 补贴的措施,将违反 SCM 协定第 32.1 条。^② 《外国补贴条例(草案)》规定的针对外国补贴的救济措施构成了 SCM 协定第 32.1 条意义上的针对且反对补贴的行动。

一方面,草案规定的救济措施属于针对外国补贴的行动。专家组在欧共同体—商用船舶案中认为,当成员采取某类措施的条件中隐含了 SCM 协定第 1.1 条规定的补贴构成要件时,该类措施就针对了补贴。^③ 由于草案明确规定针对“外国补贴”采取措施,而“外国补贴”的构成要件与 SCM 协定第 1.1 条规定的补贴构成要件基本相同,因此草案规定的救济措施针对补贴。

另一方面,草案规定的救济措施属于反对外国补贴的行为。在美国—抵偿法案中,美国出台的《持续倾销和补贴抵偿法》规定反倾销税和反补贴税产生的资金应被分配给提交申诉的国内生产商。^④ WTO 上诉机构认定该项法案属于“反对”补贴和倾销的措施。^⑤ 类似地,专家组认为墨西哥的一项法规对进口受反补贴调查产品的进口商处以罚款的规定也是“反对”补贴的措施。^⑥ 然而在欧共同体—商用船舶案中,欧洲的一项允许欧共同体成员为建造某些船舶提供援助的法规被认为不构成“反对”补贴,因为这项法规是“针对另一成员国的补贴而提供的补贴”的措施。^⑦ 概言之,若某种措施对补贴有不利影响,或更具体地说,具有阻止补贴行为的效果,那么就属于“反对”补贴的措施。^⑧ 《外国补贴条例(草案)》规定欧委会有权对接受外国补贴的企业采取纠

^① Appellate Body Report, *United States—Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000 (US—Offset Act (Byrd Amendment))*, WT/DS217/AB/R; WT/DS234/AB/R (16 January 2003), para.253.

^② Peter Van den Bossche and Werner Zdouc, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, Cambridge University Press, 2017, pp.1853–1855.

^③ Panel Report, *European Communities—Measures Affecting Trade in Commercial Vessels (EC—Commercial Vessels)*, WT/DS301/R (22 April 2005), para.7.112.

^④ Appellate Body Report, *US—Offset Act (Byrd Amendment)*, para. 12.

^⑤ *Ibid.*, para. 251.

^⑥ Panel Report, *Mexico—Definitive Anti-Dumping Measures on Beef and Rice, Compliant with Respect to Rice*, WT/DS295/R (6 June 2005), para. 7.278.

^⑦ Panel Report, *EC—Commercial*, para. 7.164.

^⑧ Appellate Body Report, *US—Offset Act (Byrd Amendment)*, para. 254.

正措施或者要求相关企业做出承诺。这些结构性和行为性救济措施具有终结补贴或者抵消其影响的效果,可被认定为属于“反对”补贴的措施。

综上所述,《外国补贴条例(草案)》规定的承诺和纠正措施构成 SCM 协定第 32.1 条意义上的“针对另一成员的补贴采取的具体行动”。由于 GATT 1994 和 SCM 协定都没有授权欧盟针对外国补贴采取行动,草案所规定的承诺和纠正措施涉嫌违反 SCM 协定第 32.1 条。草案规定的救济措施将会打破 WTO 成员起草 SCM 协定时就货物贸易领域的补贴问题达成的平衡:一方面,SCM 协定对专向性补贴施加纪律约束并允许各成员采取反补贴措施;另一方面,根据 SCM 协定第 2 条不具有专向性的补贴(如普遍性补贴、外国补贴),并无任何补贴纪律,各成员有权采取此类补贴,并且 SCM 协定第 32.1 条禁止针对此类补贴采取具体行动。不可否认的是,由于必须遵守 SCM 协定第 32.1 条,货物领域的外国补贴(禁止性补贴除外)陷入了无法得到有效救济的尴尬境地。SCM 协定第 1.2 条规定只有依据该协定第 2 条被认定为具有专向性的补贴才能适用第三部分(可诉补贴)和第五部分(反补贴措施)的规定。SCM 协定第 2 条又规定具有专向性的补贴必须提供给授予机关管辖范围内的企业,除非该补贴构成 SCM 协定第 3 条意义上的禁止性补贴而被视为具有专向性。换言之,成员针对货物领域的大部分外国补贴既不能适用反补贴措施,也不能另行采取其他单边措施。

此外,对于 SCM 协定视为具有专向性的禁止性补贴特别是出口补贴,如构成外国补贴,《外国补贴条例(草案)》规定的承诺和纠正措施也超出了 GATT 1994 第 6 条和 SCM 协定允许的针对专向性补贴可以采取的具体行动,^①涉嫌违反 SCM 协定第 32.1 条。

(三)《外国补贴条例(草案)》是否违反 SCM 协定第 12.7 条

SCM 协定第 12.7 条属于第五部分(反补贴措施)的规定,尽管如前所述,大部分外国补贴不能适用该部分的规定,但构成禁止性补贴的外国补贴仍然要受其约束。根据 SCM 第 12.7 条,如有关成员或利害关系方在合理期限内拒绝接触或以其他方式没有提供必要信息,或者严重妨碍调查,可以基于可获得事实作出肯定性或否定性初裁和终裁。上诉机构表示:“第 12.7 条旨在确保相关方未能提供必要信息时,不会妨碍机构的调查。因此,该条款允许仅为了替换可能缺失的必要信息而使用记录在案的事

^① 一是通过 WTO 诉讼寻求救济,如被认定构成了出口补贴,出口成员政府有义务撤销该项补贴;二是进行反补贴调查之后对进口产品采取反补贴措施。反补贴措施包括临时反补贴措施、最终反补贴税和承诺三类。临时反补贴措施可以是临时反补贴税,也可以是担保临时反补贴税的现金保证金或保函。承诺包括两类:出口成员政府承诺消除或限制出口补贴;出口商承诺提高出口价格。《外国补贴条例(草案)》规定的承诺和纠正措施超出了前述范围。

实,以便准确确定补贴或损害的存在。”^①《外国补贴条例(草案)》第14.3条针对利益认定问题规定的不利推定制度涉嫌违反SCM协定第12.7条。

四 《外国补贴条例(草案)》与GATS

欧委会认为,GATS目前尚未制定服务补贴纪律。然而,尽管GATS目前尚无补贴纪律直接约束服务贸易领域的补贴行为,补贴行为以及针对补贴的行动仍需遵守GATS相关义务。

(一)GATS对“外国补贴”及救济措施的适用性

GATS适用于第三国提供的影响欧盟境内商业存在设立和运营的外国补贴,^②也适用于欧盟针对此类外国补贴采取的救济措施。

GATS适用于各成员影响服务贸易的措施。服务贸易包括一个成员的服务提供者通过位于任何其他成员领土内的商业存在提供服务。^③“商业存在”是指任何类型的商业或专业机构,包括为提供服务而在一个成员领土内组建、收购或维持法人,或者设立或维持分支机构或代表处。^④“影响”(affecting)一词的范围宽于“规制(regulating)”或“调整(governing)”,^⑤旨在表明GATS宽泛的适用范围。^⑥“影响服务贸易”包括措施对所涉服务或服务提供者的影响。^⑦如一个WTO成员(第三国)提供的外国补贴影响到欧盟境内商业存在的设立和运营,就构成了该成员影响服务贸易的措施。同样,如欧盟针对外国补贴采取的救济措施影响到欧盟境内商业存在的设立和运营,也构成了欧盟影响服务贸易的措施,受到GATS约束。^⑧《外国补贴条例(草案)》制度二所适用的经营者集中(合并、收购、新设合资企业)如涉及商业存在,落入GATS范

^① Panel Report, *United States—Countervailing Measures on Supercalendered Paper from Canada*, WT/DS505/R (5 March 2020), para. 7.177.

^② 根据外国补贴的构成条件“财政资助授予在内部市场上从事经济活动的企业利益”,外国补贴通常不涉及服务贸易的另外三种形式(跨境提供、境外消费、自然人移动)。

^③ General Agreement on Trade Services (GATS), article 1.2.

^④ GATS, article 28.

^⑤ Panel Report, *China—Publications and Audiovisual Products*, para. 7.971.

^⑥ See Appellate Body Report, *EC—Bananas III*, para. 220; Applied by the Panel in *US—Gambling*, para. 6.251. See also Panel Report, *EU—Energy Package*, paras. 7.408–7.410.

^⑦ See Appellate Body Report, *Canada—Autos*, paras. 164–166.

^⑧ 需要指出的是,本文讨论的重点不是外国补贴是否以及受到何种GATS纪律约束,而是欧盟针对外国补贴采取的救济措施是否符合GATS核心义务。毫无疑问,包括外国补贴在内的服务补贴需要遵守GATS最惠国待遇义务和国民待遇义务。例如,一个成员如仅仅给予美国服务提供者补贴,将涉嫌违反最惠国待遇义务。又如,一个成员仅给予国内服务提供者补贴,也会涉嫌违反国民待遇义务。正因如此,中国在服务承诺表的“水平承诺”部分,针对商业存在模式列入了一条国民待遇限制;对于给予视听服务、空运服务和医疗服务部门中的国内服务提供者的所有现有补贴不做承诺。

围;制度一若适用于第三国服务提供者单独设立或运营位于欧盟境内的商业存在,也落入 GATS 范围;制度三所适用的公共采购的对象若是服务或者包含服务的工程,也会落入 GATS 范围。但是,GATS 第 13 条明确规定最惠国待遇、国民待遇或市场准入义务不适用于政府采购。

(二)《外国补贴条例(草案)》是否违反 GATS 最惠国待遇义务

GATS 第 2 条规定:“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服务提供者的待遇。”^①最惠国待遇是适用于所有成员的一般义务,既适用于各成员做出具体承诺的领域,也适用于没有做出具体承诺的领域(GATS 不适用的范围除外)。

根据上诉机构的解释,GATS 第 2 条包括事实上和法律上的歧视;并且,GATS 最惠国待遇条款中的“不低于待遇”概念侧重于考察一项措施是否改变了竞争条件。^②因此,尽管《外国补贴条例(草案)》适用于在欧盟境内从事经营活动的所有企业,表面上不会违反最惠国待遇原则,但其事实上可能导致对部分成员的歧视性待遇。

一方面,《外国补贴条例(草案)》第 34 条规定的市场调查制度可能事实上仅适用于少数 WTO 成员,并导致外国补贴制度特别是制度一针对少数成员频繁适用。该条规定,如果现有信息证明有理由怀疑某一特定部门、特定类型经济活动或基于特定补贴工具的外国补贴可能扭曲欧盟内部市场,则欧委会有权就这一特定部门、特定类型经济活动或者基于特定补贴工具的外国补贴进行市场调查。市场调查结束后,欧委会可以公布一份调查结果报告。欧委会在适用《外国补贴条例(草案)》时可以使用从此类市场调查获取的信息。尽管在经营者集中和公共采购背景下欧委会主要依赖强制申报制度获取必要信息,但在制度一背景下,欧委会可以考虑任何渠道(包括市场调查报告)的信息,决定是否进行初步审查。欧委会根据第 34 条做出的市场调查报告将会成为启动制度一的重要信息来源。如果欧委会仅针对中国等少数国家的特定部门、特定类型经济活动或特定补贴工具进行市场调查并发布报告,此类行为本身即涉嫌违反最惠国待遇义务;同时,如果欧委会基于此类报告针对少数国家频繁适用《外国补贴条例(草案)》,对其他国家很少或不启动外国补贴调查,将会产生事实上的最惠国待遇歧视问题(尤其是制度一)。从欧盟在反倾销“市场扭曲”制度背景下仅针对中国和俄罗斯发布“市场扭曲”报告并仅针对中国启动大量“市场扭曲”反倾销调查的

^① GATS, article 2.

^② Appellate Body Report, *European Communities—Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS27/AB/R (25 September 1997), paras. 321–234.

实践^①来看,欧盟很可能仅仅针对少数国家根据《外国补贴条例(草案)》第 34 条启动市场调查并发布报告。

另一方面,在认定财政资助是否授予在欧盟内部市场上从事经济活动的企业利益时,欧盟很可能针对中国等少数成员基于外部基准认定和计算利益,涉嫌事实上违反最惠国待遇义务。一直以来,美国以中国国内市场存在市场扭曲为由,在针对中国发起的反补贴调查中基于外部基准认定和计算利益。欧盟同美国在这一问题上的立场和实践基本一致。2020 年 1 月,美国、欧盟、日本三方贸易部长发表的第七份联合声明呼吁修改 SCM 协定,明确外部基准的适用问题。^② 欧盟在对华反补贴调查中也频繁基于外部基准认定和计算利益。^③ 欧盟在适用《外国补贴条例(草案)》认定和计算利益时可能沿用类似做法。

(三)《外国补贴条例(草案)》是否违反 GATS 国民待遇义务

GATS 第 17 条规定,各成员应在承诺表中所述的服务部门或分部门中,并且在遵守其中所述的任何条件和资格前提下,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。根据专家组的解释,对一成员的服务和服务提供者提供形式上相同或不同的待遇可能不构成违反国民待遇义务,关键在于这种待遇是否改变了竞争条件而对某一成员的服务和服务提供者不利。^④

同最惠国待遇原则类似,《外国补贴条例(草案)》表面上对外国和本国在涉及外国补贴的待遇上是平等的,因为《外国补贴条例(草案)》同时适用于获得外国补贴的国内服务提供者和外资服务提供者。但事实上,与前者相比,后者更有可能获得外国补贴,所以草案针对的大多数服务提供者是来自其他 WTO 成员的,而不针对或很少针对欧盟内的服务提供者。这就导致了事实上的歧视性待遇。

欧盟可能主张,在其现行针对补贴的法律框架中,外国补贴适用《外国补贴条例(草案)》,而欧盟内的补贴适用欧盟国家援助规则,因此就规制补贴/国家援助而言,欧盟虽然提供了形式上不同的待遇,但由于两种制度均旨在通过规制补贴/国家援助确保欧盟内部市场上的公平竞争,因此不会违反 GATS 国民待遇义务。但是,很难认

^① European Commission, "Trade Defence Report: Resorting the Level Playing Field for European Producers," <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2144&title=Trade-defence-report-restoring-the-level-playing-field-for-European-producers>.

^② "Joint Statement of the Trilateral Meeting of the Trade Ministers of Japan, the United States and the European Union," https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/january/tradoc_158567.pdf.

^③ 例如 2020 年欧委会在对华玻璃纤维织物反补贴调查中就沿用了欧盟之前反补贴调查中的结论:贷款和土地所有权需要适用外部基准。

^④ Panel Report, *China - Certain Measures Affecting Electronic Payment Services*, WT/DS413/R (31 August 2021), para. 7.687.

定这两种制度以相同的方式运行。

实体规范方面,欧盟国家援助规则规定了大量可豁免的援助,而《外国补贴条例(草案)》并未规定任何可豁免的情形。^①《欧洲联盟运行条约》(The Treaty on the Functioning of the European Union,以下简称 TFEU 条约)第 107 条和第 108 条^②规定了各种基于公共政策的豁免情形,并且欧委会在《整体豁免一般条例》(General Block Exemption Regulation)^③中对这些豁免条件进行了细化。相较之下,《外国补贴条例(草案)》只是限定了申报和审查的金额,几乎没有规定豁免条款。草案仅在经营者集中领域中提到企业可以申请在外国补贴调查期间不中止实施经营者集中。^④但是,草案并没有规定申请的具体流程,以及适用此种偏离制度的具体条件。

在程序规范的强制申报义务方面,《外国补贴条例(草案)》和欧盟国家援助规则对接受补贴的企业施加了不同程度的申报义务,构成对在欧外国企业的歧视。^⑤根据 TFEU 条约第 108 条第 3 款,由欧盟成员国而非企业履行申报义务;^⑥但是,《外国补贴条例(草案)》要求企业承担申报外国补贴的义务。显然,欧盟本地企业和外资企业的这种差别待遇是具有歧视性的。此外,《外国补贴条例(草案)》赋予了欧盟委员会和欧盟成员国相应机构的审查权,再加上“外国补贴”定义的可延展性,这将赋予调查机构很大的自由裁量权,使调查更容易发生歧视。

(四)《外国补贴条例(草案)》是否违反 GATS 市场准入义务

GATS 第 16 条规定:对于通过第 1 条指明的提供模式(the modes of supply)实现的市场准入,每一成员对任何其他成员的服务和服务提供者给予的待遇不应低于其在具体承诺表中同意和列明的条款、限制和条件。市场准入性质上是各成员的具体承诺义务,要求各成员除了在具体承诺表中确定的限制以外,不得维持或采用各种针对服务业进入的数量限制措施。在欧盟的具体承诺表中,大部分欧盟国家没有对外国服务提供者建立商业存在加以特别限制,只由较宽松的一般投资政策法律对其进行调整。^⑦

然而,《外国补贴条例(草案)》规定,若欧委会认定存在扭曲内部市场的外国补贴,其可以要求拟设立合资企业的相关企业做出承诺,或对相关企业施加纠正措施,如

① 叶斌:《欧盟〈外国补贴白皮书〉的投资保护问题刍议》,第 80 页。

② European Union, *Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union*, 13 December 2007, <https://www.refworld.org/docid/4b17a07e2.html>.

③ Council Regulation (EC) No 994/98 of 7 May 1998 on the Application of Articles 92 and 93 of the Treaty Establishing the European Community to Certain Categories of Horizontal State Aid.

④ European Commission, *Proposal for a Regulation on Foreign Subsidies*, article 23.3.

⑤ 叶斌:《欧盟〈外国补贴白皮书〉的投资保护问题刍议》,第 80 页。

⑥ European Union, *Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union*, article 108.3.

⑦ European Union, *Schedule of Specific Commitments*, GATS/SC/157, 7 May 2019.

减少产能、拆分资产;除此之外,欧委会还有权作出禁止设立合资企业的决定。这些规定在不同程度上限制了外国服务提供者在欧盟内部市场提供服务的能力。因此,《外国补贴条例(草案)》涉嫌违反 GATS 市场准入义务。

五 《外国补贴条例(草案)》与 WTO 例外

如前所述,《外国补贴条例(草案)》涉嫌违反 SCM 协定和 GATS 多项核心义务:一方面,《外国补贴条例(草案)》针对货物领域的外国补贴规定的救济措施涉嫌违反 SCM 协定第 32.1 条,针对构成禁止性补贴的外国补贴规定的救济措施涉嫌违反 SCM 协定第 12.7 条。货物领域的外国补贴包括涉及货物生产或贸易的经营者集中或其他投资行为、一般性经营行为、公共采购行为等。另一方面,《外国补贴条例(草案)》针对服务领域(限于商业存在)的外国补贴规定的救济措施涉嫌违反 GATS 最惠国待遇、国民待遇和市场准入义务。此外,如公共采购的对象是货物,欧盟若以参与投标的企业获得外国补贴为由采取限制或歧视措施,也会涉嫌违反 GATT 1994 第 1.1 条最惠国待遇、第 3.4 条国民待遇或第 11.1 条禁止数量限制义务。根据 GATT 1994 第 3.8 条(a)项,国民待遇义务不适用于政府采购;第 1 条和第 11 条虽无类似安排,但可援引 GATT 1994 第 20 条一般例外。

根据 GATT 1994 第 20 条和 GATS 第 14 条的规定,若 WTO 成员为追求某些监管目标而采取某措施,即使该措施与其他规定不一致,只要符合一般例外的情形,上述违规措施就是正当的。根据 WTO 上诉机构的裁决,援引协议的一般例外条款需要满足两个要件:(1) 争议措施必须符合一般例外条款其中一项的规定;(2) 争议措施必须符合一般例外条款的序言。^① 在讨论欧盟《外国补贴条例(草案)》是否符合前述一般例外条款之前,有必要探讨 GATT 1994 第 20 条一般例外能否适用于 SCM 协定。

(一) GATT 1994 第 20 条一般例外对 SCM 协定的适用性

GATT 1994 第 20 条一般例外能否适用于包括 SCM 协定在内的《WTO 协定》附件 1A 其他货物贸易多边协定或加入议定书是一个争议巨大的问题。虽然有学者主张 GATT 1994 一般例外条款可以适用于 SCM 协定,^②但也有学者对此提出质疑。^③ 上诉

^① Appellate Body Report, *United States—Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WT/DS285/AB/R (7 April 2005), para.291.

^② Robert Howse, "Climate Mitigation Subsidies and the WTO Legal Framework: A Policy Analysis," *IISD*, 2010, pp.17-19.

^③ Bradley J. Condon, "Climate Change and Unresolved Issues in WTO Law," *Journal of International Law*, Vol. 14, No.4, 2009, pp.925-926; Daniel Peat, "The Wrong Rules for the Right Energy: The WTO SCM Agreement and Subsidies for Renewable Energy," 2 February 2012, <http://ssrn.com/abstract=1998240>.

机构认为,这一问题不是从其他协定整体的角度来评估,而是应当根据寻求适用一般例外获得正当性的具体有关条款来评估。^① 具体而言,有关条款与 GATT 1994 第 20 条之间的关系“必须通过对有关条款的详细审查来确定,根据其上下文、目的和宗旨来理解,并适当考虑到 WTO 体系对权利和义务进行‘一揽子’规定的整体架构”。^②

SCM 协定第 32.1 条允许成员“根据本协定解释的 GATT 1994 的规定”针对另一成员的补贴采取具体行动。该条的脚注 56 进一步规定:“在适当的情况下,本款无意排除根据 GATT 1994 其他有关规定酌情采取的行动。”^③ 这表明,可以在不违反 GATT 1994 义务的情况下,或在根据 GATT 1994 例外规定有正当理由的情况下,采取针对补贴的具体行动。上诉机构在中国—出版物案中也进行了类似的说理和论证:在讨论中国是否可援用 GATT 1994 第 20 条来证明其违反议定书的正当性时,上诉机构指出,“中国以与《WTO 协定》相一致的方式管理贸易的权利”的用语意味着中国不可以违反任何 WTO 义务,或者,如果其违反了 WTO 义务,则可通过适用例外规定获得正当性。^④

这种解释也符合 SCM 协定的立法历史,即“……除具有补偿性外……反补贴税不得用于抵消……补贴,除非总协定(General Agreement)的其他规定允许该等其他措施”。^⑤ 除此之外,这种解释有利于实现 SCM 协定的宗旨和目的。SCM 协定致力于达成寻求对补贴的使用施加更多约束的成员和寻求对补贴的单方面措施施加更多约束的成员之间的平衡。^⑥ 不允许违反 SCM 协定第 32.1 条义务援引 GATT 1994 一般例外条款可能会打破这种微妙的平衡,因为成员将不能对 SCM 协定未能提供适当补救方法的补贴类型采取任何行动,即使这种补贴不是以歧视或保护主义的方式实施的。^⑦

综上所述,若一成员针对另一成员的补贴采取的单边措施违反了 SCM 协定第 32.1 条,仍有可能根据 GATT 1994 第 20 条获得正当性。相较之下,SCM 协定第 12.7 条没有类似规定,因此不能援引 GATT 1994 第 20 条证明第 12.7 条违反的正当性。

此外,如公共采购的对象是货物,欧盟以参与投标的企业获得外国补贴为由采取救济措施,涉嫌违反 SCM 协定第 32.1 条。那么欧盟能否以救济措施是政府采购措施

^① Appellate Body Report, *China—Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten and Molybdenum (China—Rare Earths)*, WT/DS431/AB/R, WT/DS432/AB/R, WT/DS433/AB/R (7 August 2014), para. 5.74.

^② *Ibid.*, para. 5.55.

^③ Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, footnote 56.

^④ Appellate Body Report, *China—Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audio-visual Entertainment Products (China—Publications and Audio-visual Products)*, WT/DS363/AB/R (21 December 2009), para. 223.

^⑤ Report of the Working Party on Modifications to the General Agreement on 1–2 September 1948, BISD Vol. II, 1952, p. 41.

^⑥ Appellate Body Report, *US—Countervailing Duty Investigations on DRAMS*, para. 115.

^⑦ Victor Crochet and Marcus Gustafsson, “Lawful Remedy or Illegal Response? Resolving the Issue of Foreign Subsidization Under WTO Law,” *World Trade Review*, Vol. 20, Issue 3, 2021, p. 356.

为由主张正当性?根据 SCM 协定脚注 56,根据 GATT 1994 其他相关条款采取的措施具有正当性。这里的“GATT 1994 其他相关条款”,自然包括 GATT 1994 规定政府采购例外/豁免/背离的第 3.8 条(a)项。但这一条款仅适用于国民待遇义务。因此,欧盟不能主张救济措施构成了政府采购措施而不适用 SCM 协定,其合法性仍取决于是否符合 GATT 1994 一般例外。

(二)GATT 1994 和 GATS 一般例外条款与《外国补贴条例(草案)》

一方面,关于竞争政策是否属于 GATT 1994 和 GATS 所列一般例外的情形。GATT 1994 第 20 条和 GATS 第 14 条各个款项均未明确包括“避免市场扭曲和确保公平竞争”这一例外情形。但 GATT 1994 第 20 条(d)项和 GATS 第 14 条(c)项规定,WTO 成员可以采取与协定不一致的措施,只要这些措施是“保证遵守与本协定的规定并无抵触的法律或规章所必需的措施”。《外国补贴条例(草案)》可能据此被认定是保证遵守 TFEU 条约第 26 条所必需的措施。根据该条规定,欧盟应采取可以建立或确保内部市场运作的措施,该内部市场应当是“一个无内部边界的区域,在该区域内确保货物、人员、服务和资本的自由流动”。^①在阿根廷—金融服务案中,专家组就认为案件中的争议措施是为了确保税收和避免逃税,因此同意该措施适用一般例外条款得到豁免。^②另外,虽然将竞争政策认定为 GATT 1994 和 GATS 的一般例外情形有扩大解释的风险,但 WTO 专家组在过去已经接受了广泛的法律和政策目标,如防止违反不正当竞争法^③或税收政策^④。《外国补贴条例(草案)》还可能依据 GATT 1994 第 20 条(a)项和 GATS 第 14 条(a)项而被认定是保护“公共道德”所必需的措施。专家组曾在美国—关税措施案中认定“公共道德”可以涵盖经济问题,特别是与不公平竞争有关的问题。^⑤但是,不论援引一般例外条款中的哪一款项,如果 WTO 成员本可以采取具有较少贸易限制性的措施,则原违规措施应当被认定为不是实现公共政策目标的“必要”措施。^⑥目前,《外国补贴条例(草案)》面临的重大争议之一就是,它的适用范围很广并且可能给在欧的外国企业造成沉重的程序负担。具有较少限制性的措施

^① European Union, *Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union*, article 26.

^② Panel Report, *Argentina—Measures Relating to Trade in Goods and Services*, WT/DS453/R (30 September 2015), paras. 7.637-7.647.

^③ Panel Report, *Korea—Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*, WT/DS161/R, WT/DS161/R (31 July 2000), para.658.

^④ Panel Report, *European Union and its Member States—Certain Measures Relating to the Energy Sector*, WT/DS476/R (10 August 2018), paras. 7.637-7.643.

^⑤ Panel Report, *US—Tariff Measures on Certain Goods from China*, WT/DS543/R (15 September 2020), paras. 7.113-7.153.

^⑥ Appellate Body Report, *European Committee—Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products*, WT/DS400/R, WT/DS401/R (25 November 2011), para. 5.214.

可以是:只有当某企业的行为偏离正常市场条件的预期时才触发申报义务。^① 总而言之,《外国补贴条例(草案)》寻求维持有效市场竞争的政策目标可能被认可。然而,对于所追求的目标来说,草案中所确立的强制申报审查制度超过了必要限度。

另一方面,关于《外国补贴条例(草案)》是否符合 GATT 1994 和 GATS 一般例外条款的序言。两协定一般例外条款的序言要求措施的适用不会导致对情况相同国家武断的或不合理的歧视。根据上诉机构的解释,这种歧视的性质不同于待遇方面的歧视。^② 具体而言,一项措施违反某实体规则,例如最惠国和国民待遇义务,并不必然导致武断的或不合理的歧视存在。但是,这并不意味着在认定违反实体条款时考虑的情况就不能用来审查是否造成了武断的或不合理的歧视。^③ 根据上文所述,《外国补贴条例(草案)》会在实体和程序两方面都导致外国补贴和欧盟内补贴的不同待遇,至少具有歧视性。至于这种歧视是否是武断的或不合理的,上诉机构认为,应分析措施的目的——如果歧视的理由与目的没有合理的联系或将违背该目的,则这种歧视是武断的或不合理的。^④ 欧盟可能据此提出《外国补贴条例(草案)》是为了实现一般例外条款分段中所述的某项公共政策目标,没有违背该目标且与目标有合理的联系。但是,即使草案目的具有正当性,草案所导致的歧视也并不具有正当性。欧盟仍应当在最大程度统一《外国补贴条例(草案)》和欧盟国家援助规则以避免这种歧视。上诉机构还提出,这不是唯一的检验标准,根据争议措施的性质和案件的具体情况,可能还有其他因素。^⑤ 在美国—虾案中,上诉机构认为事先与贸易伙伴善意地交流是确保所采取的措施不是武断或不合理的必要条件。^⑥ 尽管欧盟此前在和美国、日本的三边讨论中提出了对 SCM 协议进行改革的建议,但是从未在国际论坛上提出过外国补贴的问题。^⑦ 外国补贴问题也没有在欧盟签订的自由贸易协定中出现过。因此,从这个角度衡量,《外国补贴条例(草案)》可能被认定为是武断的或不合理的措施。除此之外,措施是

^① Victor Crochet and Marcus Gustafsson, “Lawful Remedy or Illegal Response? Resolving the Issue of Foreign Subsidization Under WTO Law,” pp.360–361.

^② Appellate Body Report, *United States—Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/R (20 May 1996), p.23.

^③ Appellate Body Report, *European Communities—Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products*, WT/DS400/AB/R (18 June 2014), para. 5.318.

^④ Appellate Body Report, *United States—Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products—Recourse to Article 21.5 of the DSU by Mexico*, WT/DS381/AB/RW (3 December 2015), para.7.316.

^⑤ Ibid.

^⑥ Appellate Body Report, *United States—Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R (6 November 1998), paras. 166–169.

^⑦ European Commission, *Joint Statement of the Trilateral Meeting of the Trade Ministers of Japan, the United States and the European Union*, 14 January 2020.

否规定了正当的程序也是判断歧视是否是武断的或不合理的因素之一。^① 上诉机构曾提出,美国当局给予外国国民向美国进口虾必须取得的证书的程序是非正式的、随意的、不透明的和不可预测的。^② 《外国补贴条例(草案)》也有类似问题——例如,对于认定“产生市场扭曲效果”的标准,尤其是在经营者集中领域,也不甚明确,有较大的自由裁量空间。

总之,即使《外国补贴条例(草案)》被认定为属于 GATT 1994 和 GATS 一般例外分段中的情形,其仍有可能对欧盟成员国企业和在欧的外国企业构成武断的或不合理的差别待遇。因此,《外国补贴条例(草案)》不能因 GATT 1994 和 GATS 的一般例外条款而被认定为合规。

从 WTO 与非涵盖议题关系的角度看,对于 WTO 尚未制定直接纪律的议题(如绝大部分外国补贴),虽然 WTO 成员可以采取单边措施加以应对,但所采取的单边措施仍需遵守 WTO 纪律。若单边措施基于公共政策目标(如竞争政策),也需要公平对待所有 WTO 成员。正因如此,有学者建议,希望处理外国补贴的 WTO 成员应该设立单独的准司法机构,根据相同程序标准和实体规则调查国内和外国补贴。^③

六 《外国补贴条例(草案)》对中国的影响及应对

(一)《外国补贴条例(草案)》对中国的不利影响

《外国补贴条例(草案)》拟构建的外国补贴制度具有限制性。例如,如认定外国补贴扭曲了内部市场,欧委会可以作出禁止实施经营者集中或者禁止授予公共采购合同的决定。外国补贴制度的实施也可能具有强烈的歧视性。例如,由于外国补贴主要为第三国企业获得,外国补贴制度的实施将主要针对中国等第三国的企业。又如,欧委会可能针对中国等少数国家发布市场调查报告并据此对其频繁适用制度一。外国补贴制度还对参与欧盟经贸活动的外国企业施加了繁重的程序负担,例如要求参与经营者集中和公共采购的企业申报过去三年里从第三国获得的所有补贴,要求企业配合欧委会的实地检查。因此,《外国补贴条例(草案)》若生效,可能对中国经贸利益产生不利影响,具体如下。

^① Appellate Body Report, *United States—Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R (6 November 1998), paras. 180–181.

^② Ibid.

^③ See Victor Crochet and Marcus Gustafsson, “Lawful Remedy or Illegal Response? Resolving the Issue of Foreign Subsidization Under WTO Law,” p.365.

一方面,影响中国企业对欧投资。欧盟已经针对第三国投资搭建了安全审查制度^①和反垄断审查制度^②。《外国补贴条例(草案)》可能使中国企业对欧投资面临三重审查,这将极大地增加中国企业,尤其是国有企业,在欧并购或设立合资企业的谈判成本和风险。外国补贴制度所具有的限制性和歧视性也会使中国企业在对欧投资中处于不利地位。欧盟在《白皮书》中直言不讳地表示,《白皮书》系针对在欧投资和经营的中国企业,并且特别提到了中国的投资基金,如中欧私募股权基金。^③

另一方面,影响中国企业参与欧盟采购市场,特别是公共采购。公共采购领域的外国补贴,草案专设一章进行规制;私人采购则落入制度一的框架内。^④ 因为审查程序导致交易成本增加,欧盟招标机构或招标商可能倾向于与美国、加拿大等其他国家的企业进行合作。中国企业,尤其是国有企业,在欧盟市场采购中将处于不利地位。

(二) 中国对策

第一,多渠道质疑《外国补贴条例(草案)》的 WTO 合规性,做好 WTO 诉讼准备。鉴于欧盟《外国补贴条例(草案)》涉嫌违反 WTO 多项核心义务,并且其构建的外国补贴制度一旦生效可能会对中国产生较大不利影响,中国应深入评估该项制度的 WTO 合规性,通过双边渠道或者在 WTO 相关理事会和委员会对其提出质疑。同时,中国应做好 WTO 诉讼准备。一旦欧盟通过草案,中国可将其诉至 WTO。

第二,密切跟踪研究主要国家是否会仿效欧盟建立类似制度。有迹象表明美国打算制定类似立法。美国国会研究部建议,鉴于欧盟已采取反补贴措施应对新形式的外国补贴,美国国会也应当对反补贴法进行审查,以确定是否有必要对现行立法进行修订或采取其他措施。^⑤ 参议员波特曼(Rob Portman)和布朗(Sherrod Brown)在联名向参议院提出的《消除全球市场扭曲以保护美国就业法案》中也建议对美国反补贴法进行修订以便对跨国补贴进行规制。^⑥

第三,积极参与外国补贴国际纪律的制定。主要原因有三:一是从趋势上看,特定类型的外国补贴已经成为少数区域贸易协定的规制对象,未来也有可能纳入 WTO 补

^① Regulation (EU) 2019/452 of The European Parliament and of The Council of 19 March 2019, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R0452>.

^② Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on The Control of Concentrations Between Undertakings, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004R0139>.

^③ European Commission, *White Paper as Regards Foreign Subsidies*, p.8.

^④ European Commission, *Impact Assessment on Foreign Subsidies Proposal*, p.21.

^⑤ Congressional Research Service, "Trade Remedies: Countervailing Duties," 23 August 2021, <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R46882>.

^⑥ "Portman, Brown Introduce Legislation to Strengthen Trade Remedy Laws," *Protect American Workers*, April 16 2021, <https://www.portman.senate.gov/newsroom/press-releases/portman-brown-introduce-legislation-strengthen-trade-remedy-laws-protect>.

贴谈判范围。目前,《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(The Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, CPTPP)和《美墨加协定》(United States-Mexico-Canada Agreement, USMCA)已经制定了约束部分类型外国补贴的规则。CPTPP和USMCA国有企业和指定垄断章节均禁止缔约方直接或间接向位于另一缔约方领土内的国有企业海外投资企业(在另一缔约方领土内提供服务或者从事货物的生产和销售)提供非商业援助并对另一缔约方利益造成不利影响或者对另一缔约方的国内产业造成损害。^①二是从中国立场来看,目前已对产业补贴、国有企业等议题谈判持积极开放态度。习近平主席指出:“中国将以积极开放态度参与数字经济、贸易和环境、产业补贴、国有企业等议题谈判,维护多边贸易体制国际规则制定的主渠道地位。”^②2021年9月16日,中国正式提出申请加入CPTPP,意味着中国打算接受CPTPP规则,包括CPTPP针对部分类型外国补贴制定的纪律。三是从维护中国利益角度看,针对外国补贴特别是针对类似于欧盟“承诺和纠正措施”的单边救济行动制定纪律,有利于保护中国经贸利益。上述分析表明,如果消除歧视性因素,针对外国补贴的单边救济措施有可能根据WTO例外条款获得正当性。如此,通过国际纪律约束单边救济措施的限制性就显得格外重要。从外国补贴国际纪律应有的内容上看,至少包括约束外国补贴本身的规则和约束针对外国补贴的单边救济措施的规则。在外国补贴认定方面,收紧可能事实上歧视中国的公共机构认定和外部基准使用规则;在市场扭曲认定方面,要求明确证明外国补贴与国内市场扭曲之间的因果关系;在外国补贴调查程序方面,避免对企业施加不必要的程序负担;在针对外国补贴的单边救济方面,坚持比例性原则和救济原则。

第四,中国企业应提前熟悉《外国补贴条例(草案)》的内容,一旦条例生效,需严格遵守条例规定参与欧盟经济活动,特别是在谈判和实施与欧盟有关的经营集中、参与欧盟公共采购招投标等活动中履行申报义务。

(作者简介:胡建国,南开大学法学院副教授;陈禹锦,南开大学法学院硕士研究生。责任编辑:齐天骄)

^① See The Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, article 17.6; United States-Mexico-Canada Agreement, article 22.6.

^② 习近平:《让开放的春风温暖世界——在第四届中国国际进口博览会开幕式上的主旨演讲》,2021年11月4日。商务部世贸司鄢东司长也表示:“中方支持对世贸组织进行必要的改革,对在世贸组织改革框架下启动补贴有关谈判讨论持开放态度”,国新办举行世贸组织第八次对华贸易政策审议情况发布会图文实录,<http://www.scio.gov.cn/xwfbh/xwfbh/wqfbh/44687/47307/wz47309/Document/1715458/1715458.htm>。