

欧盟《外国补贴白皮书》的投资保护问题刍议

叶斌*

摘要：2020年6月欧盟委员会发布《外国补贴白皮书》，以外国补贴扭曲欧盟内部市场为由，拟在欧盟贸易防御工具之外引入针对外国补贴的全新审查工具，授权欧盟委员会与相关主管部门在新的监管工具下审查外国企业在欧经营、并购、参与政府采购与使用欧盟资金等行为。拟议的审查工具既有一般性的事后监管工具，也有专门针对企业收购的事前审查工具和主动审查工具，以及针对政府采购的审查工具。就欧盟及其成员国在双边投资协定下的国际义务角度而言，欧盟《外国补贴白皮书》将引发投资保护问题，白皮书计划引入的审查工具涉嫌违反成员国与中国双边投资协定下的国民待遇并构成间接征收。在《中欧双边投资协定》谈判中，中国应进一步限定“监管权”与外国补贴审查的关系以及“征收”定义的公共政策例外，中国也应适时引入对国内补贴的管理机制。

关键词：欧盟法 外国补贴 国家援助 国民待遇 投资保护

2020年6月17日，欧盟委员会发布《关于对外国补贴建立公平竞争环境的白皮书》（以下简称《外国补贴白皮书》），^①拟在欧盟贸易防御工具之外就所谓外国补贴扭曲欧盟内部市场问题引入新的审查工具，由此启动公开立法咨询。该公众咨询已于9月23日结束。欧盟计划于2021年第二季度启动相关动议或立法程序。《外国补贴白皮书》特别提出三个“模块”（module），旨在针对外国企业在欧经营中存在的外国政府补贴问题，以外国补贴扭曲欧盟内部市场为由，在新的工具下审查外国企业在欧经营、并购、参与政府采购与使用欧盟资金等行为。

欧盟相关文件毫不讳言该白皮书系针对中国企业在欧投资和经营。白皮书针对中国在欧投资、并购、经营、参与投标等特点，以中资企业受到中国政府补贴为由，意图对中资企业在欧经营实施全面的审查。根据该白皮书，若欧盟通过建立外国补贴审查工具的立法，在欧中资企业将面临事前与事后审查；若被认定存在扭曲欧盟内部市场的外国政府补贴，在欧中资企业将面临拆分、限制经营、排除出市场、上缴补贴款以及处罚等不同程度的法律后果。

《外国补贴白皮书》涉及多个法律部门或政策领域。就审查领域而言，涉及外资准入审查与事后审查、企业并购审查、政府采购审查等；就审查工具与其他政策领域的关系而言，涉及欧盟内部市场自由原则（包括设业自由原则、资本自由流动原则等）、欧盟竞争政策与国家援助

* 中国社会科学院欧洲研究所欧盟法研究室主任，副研究员，国际法学博士。本文系国家社科基金年度一般项目“欧盟投资法院制度及中国应对研究”（批准号为17BFX147）的阶段性成果。

① European Commission, White Paper on Levelling the Playing Field as Regards Foreign Subsidies, COM (2020) 253 final, Brussels, 17 June 2020.

(state aid) 规则、欧盟共同商业政策下的贸易防御工具、欧盟外资安全审查工具、欧盟企业并购规则与欧盟公共采购规则, 等等。由于白皮书所定义的外国补贴涉及国际货物贸易、服务贸易与投资, 该白皮书也关涉欧盟在贸易与投资方面的国际义务, 包括其在世贸组织 (WTO) 多边规则与双边自贸协定下的国际义务, 以及欧盟及成员国在多边与双边投资条约下的国际义务。

目前实务界与学界密切关注《外国补贴白皮书》的走向及其可能影响。欧盟中国商会 (CCCEU) 组织了研讨会, 并向欧盟委员会提交书面反馈意见, 认为欧盟单方面构成的新制度工具不存在欧盟法理基础, 涉嫌违反欧盟在国际条约下的承诺和义务, 尤其是 WTO 中的国民待遇和非歧视原则。^① 鉴于《外国补贴白皮书》旨在贸易防御工具之外建立新的审查工具, 很大程度上影响外国投资在欧盟的投资待遇与投资保护问题, 本文试图从投资保护的视角, 以中国与欧盟成员国已有的双边投资协定 (BITs)、《中欧双边投资协定》(或称《中欧全面投资协定》, CIA) 谈判以及欧盟新近达成的双边投资协定为背景, 探讨《外国补贴白皮书》可能引发的在双边投资条约下的国际义务问题。在概述《外国补贴白皮书》的核心内容之后, 本文着重分析白皮书可能引发的双边投资协定下的国民待遇与征收等法律问题, 并进一步探讨白皮书对中国的可能影响。

一 欧盟《外国补贴白皮书》的起因：公平竞争环境

《外国补贴白皮书》旨在针对近年来中国对欧投资或经营活动实施审查, 其动议的产生具有明显的中国因素。欧盟希望以维护公平竞争环境的名义弥补现行工具的监管空白, 这一动议在德国、法国、波兰和荷兰等国政府的推动下逐步形成。

(一) 中国因素

从欧共体到欧盟成立后的很长一段时间, 欧盟境内的外国投资主要来自欧美日等发达资本主义国家。欧盟成员国对外国投资开放程度很高, 与外资准入相关的审查主要是欧盟和成员国层面的反垄断调查。但随着近十年中国加大对欧投资, 越来越多欧洲人怀疑中国在欧投资具有战略意图, 担心中国的国际投资方式影响其地缘政治、内部市场的公平竞争环境以及在高新技术上的竞争力。例如, 中远收购和经营希腊比雷埃夫斯港、美的收购德国机器人制造商库卡案以及中国援建匈塞铁路建设项目等, 引发欧盟和某些成员国政府的严重关切。

(二) 弥补外资监管空白

尽管欧盟已有法律工具应对外国补贴问题, 特别是关于跨国补贴进口货物的贸易防御工具, 但是欧盟委员会认为, 欧盟现有工具存在监管空白, 难以针对中国国有资本运作或政府战略投资行为进行限制, 不足以应对外国政府补贴对欧盟内部市场造成的扭曲。

在弥补法律工具方面, 欧盟于 2019 年 3 月 19 日通过《建立外国直接投资审查框架的第

^① 欧盟中国商会: “欧盟中国商会向欧委会提交外国补贴‘白皮书’反馈意见”, 2020 年 9 月 25 日, <http://www.ccceu.eu/c/2020-09-25/488180.shtml>, 最后访问时间: 2020 年 10 月 25 日。

2019/452号欧盟条例》^①引入外资安审机制。该工具的审查理由为公共安全，审查对象仅限于外国直接投资，欧盟委员会不具有做出有约束力决定的权力。由于安全审查涉及敏感的政治领域，并且受欧盟资本自由流动原则的约束，就外资监管而言，欧盟相关人士认为仅有安全审查还是不够的，还需要新的工具应对中国对欧投资。以前述中远收购希腊比雷埃夫斯港务局项目为例，尽管欧盟委员会对收购案启动了并购审查，但是该案不构成垄断，使包括法国总统马克龙在内的欧洲人士认为，欧盟委员会现有审查工具不足以应对其对欧盟地缘政治的影响。又如匈塞铁路建设项目，欧盟委员会认为现行《欧盟公共采购指令》存在漏洞，使以国际协定签订的项目可豁免适用该指令，白皮书特别对这个问题提出修订建议。

（三）欧盟《外国补贴白皮书》的形成与新动向

自2017年以来，欧盟、美国和日本多次就与“竞争中立”相关的议题发表贸易部长联合声明，例如非市场导向的政策与做法、国有企业与补贴规则等。^②2018年12月，欧盟中的18个成员国在巴黎发表联合声明，呼吁在2020年年中评估欧盟竞争政策，以促进欧洲龙头企业的形成，并且在贸易协定中应对第三国的补贴和反竞争实践。^③2019年7月，法国、德国和波兰三国联合提出“欧盟竞争政策现代化”方案，^④建议欧盟针对当前市场特点修改并更新竞争立法，其中特别建议欧委会在并购审查中考虑来自第三国的政府干预。同年12月，荷兰政府发表非正式文件，建议欧盟建立新的竞争审查工具，以应对外国国有企业或受资助企业在欧经营。^⑤在这个过程中，欧洲智库大力推动将“中国因素”和“竞争中立”议题纳入到欧盟有关推动新的产业政策、保护欧盟战略行业以及欧盟竞争政策现代化的讨论中。

在法国、德国、荷兰和波兰等国的积极推动下，欧盟委员会迅速着手设计全新的反补贴竞争规则。欧盟委员会执行副主席兼竞争委员玛格丽特·维斯塔格（Margrethe Vestager）公开表示，根据2019年3月《欧中战略展望》，^⑥委员会将发布关于外国补贴的白皮书，并据此推动立法。^⑦在该政策文件中，欧盟将中国视为“系统性对手”（systemic rival）。就在中欧领导人2020年6月峰会的数日之前，欧盟委员会发布《外国补贴白皮书》。该白皮书立即得到欧洲金属、半导体等

① Regulation (EU) 2019/452 of the European Parliament and of the Council of 19 March 2019 Establishing a Framework for the Screening of Foreign Direct Investments into the Union, OJ L 79, 21 March 2019, p. 1. 对该条例的分析，可参见廖凡：《欧盟外资安全审查制度的新发展及我国的应对》，载《法商研究》2019年第4期；叶斌：《〈欧盟外资安全审查条例〉与资本自由流动原则的不兼容性》，载《欧洲研究》2019年第5期；张怀岭：《欧盟双轨制外资安全审查改革：理念、制度与挑战》，载《德国研究》2019年第2期。

② 刘明：《对2017年以来美欧日三方贸易部长联合声明的分析》，载《国家治理》2019年第21期。

③ Joint Statement by France, Austria, Croatia, Czech Republic, Estonia, Finland, Germany, Greece, Hungary, Italy, Latvia, Luxembourg, Malta, Netherlands, Poland, Romania, Slovakia, Spain, 18 December 2019.

④ French, German and Polish Governments, “Modernising EU Competition Policy”, July 2019, <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/M-O/modernising-eu-competition-policy.pdf> (last visited October 25, 2020).

⑤ The Netherlands, “Non-paper Strengthening the Level Playing Field on the Internal Market”, 9 December 2019, <https://www.permanentrepresentations.nl/binaries/nlatio/documents/publications/2019/12/09/non-paper-on-level-playing-field/Dutch+nonpaper+on+Level+playing+field.pdf> (last visited October 25, 2020).

⑥ European Commission and HR/VP, “EU-China-A Strategic Outlook”, 3 December 2019, p. 8.

⑦ Margrethe Vestager’s Open Letter to Professor Martin Peitz, 2020, https://www.cerre.be/sites/cerre/files/cerre_evp_to_m_peitz_competition_policy.pdf (last visited October 25, 2020).

产业行会的公开欢迎。欧洲议会也在次日发表的竞争政策决议中呼吁通过相关立法。^① 在公众咨询期间，有多位学者公开了其对外国补贴白皮书的意见。^②

2020年10月1日，欧盟委员会发布《初始影响评估》报告，公布拟采用的法律基础与可能采取的几种动议形式，计划于2021年第二季度采取行动。^③ 欧盟正在紧锣密鼓地启动《外国补贴白皮书》的相关动议，包括讨论建立全新审查工具的可能性。

二 欧盟《外国补贴白皮书》的核心内容

《外国补贴白皮书》认为，外国政府对在欧企业提供的补贴对欧盟单一市场竞争的负面影响越来越大，外国补贴不仅协助相关企业收购欧盟企业，扭曲企业投资决策以及企业定价，并且在参与欧盟内部政府采购中扭曲公平投标，导致不受补贴的企业处于劣势。^④ 白皮书建议针对欧盟企业经营、并购、参与政府采购分别建立三个审查“模块”，处理涉及外国补贴的不同经济行为。根据白皮书，被认定存在外国补贴的企业将面临拆分改组、限制经营、禁止参与政府采购与禁止使用欧盟资金等处理。

（一）核心定义：“外国补贴”

《外国补贴白皮书》附件一专门对“外国补贴”（foreign subsidy）做了定义，即“由非欧盟国家的政府或任何公共机构提供的财政资助，向接受者授予一项利益，在法律上或事实上限于向单个企业或行业，或一组企业或行业提供。”由此可见，白皮书对外国补贴的定义包括四项要素，即“外国政府或公共机构”“财政资助”“授予一项利益”和“专向性”。

从基本要素来看，白皮书的“外国补贴”概念建立在《欧盟反补贴条例》^⑤ 和《欧盟保障空中运输行业竞争条例》^⑥ 有关补贴的定义基础上。这些定义与WTO《补贴与反补贴措施协定》中的补贴定义一致。但白皮书意在通过单边立法扩大《补贴与反补贴措施协定》中禁止性补贴的范围，将原本属于协定可诉补贴或允许性补贴引入到白皮书拟建工具的监管范围。^⑦

关于提供补贴的主体，白皮书称，补贴可以直接或者间接地给予在欧盟内活动的企业。这意味着，经授权而具有政府一般职能的私人实体，或受外国政府指导的私人实体，也可能是提供

① European Parliament News, “Foreign Takeovers in Covid – 19 Crisis; MEPs Push for Level-playing Field”, 24 June 2020, <https://www.europarl.europa.eu/news/en/headlines/economy/20200618STO81512/foreign-takeovers-meps-push-for-level-playing-field> (last visited October 25, 2020).

② 例如 “The EU Gives Foreign Subsidies Its Best Shot”: One Take on White Paper on Levelling the Playing Field as Regards Foreign Subsidies”, <https://ielp.worldtradelaw.net/2020/10/guest-post-the-eu-gives-foreign-subsidies-its-best-shot-one-take-on-white-paper-on-levelling-the-pla.html> (last visited October 25, 2020).

③ European Commission, Inception Impact Assessment, Ref. Ares (2020) 5160372, 1 October 2020.

④ European Commission, White Paper on Levelling the Playing Field as Regards Foreign Subsidies, p. 6.

⑤ Regulation 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, OJ L 176, 30 June 2016, p. 55.

⑥ Regulation 2019/712 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on Safeguarding Competition in Air Transport, and Repealing Regulation (EC) No 868/2004, OJ L 123, 10 May 2019, p. 4.

⑦ 关于禁止性补贴与允许性补贴的分类，可参见韩立余：《世贸规则与产业保护》，北京大学出版社2014年版，第141—146页。

“外国补贴”的主体。关于被补贴的对象，白皮书拟建工具与现行欧盟贸易防御工具的区别正在于此。白皮书针对的审查对象是欧盟内设业或活动的企业，而欧盟贸易防御工具针对的是欧盟之外的受益者。由此可见，白皮书针对的是外资在欧的经营与活动，这将影响外国投资者或外国投资在欧盟的投资待遇与投资保护问题。

对于白皮书“外国补贴”定义与欧盟“国家援助”定义之间的关系，白皮书没有采取《欧洲联盟运行条约》（Treaty on the Functioning of the European Union, TFEU）第107条第1款对国家援助的限定。该条款规定，“除非两部条约另有规定，否则，由某一成员国提供的或通过无论何种形式的国家资源给予的任何援助，凡通过给予某些企业或某些商品的生产以优惠，从而扭曲或威胁扭曲竞争，只要影响到成员国之间的贸易，均与内部市场不符。”从本质上而言，两者的定义是相似的，^①最大差异在于援助或补贴的来源——欧盟国家援助规则只适用于成员国提供的援助，而白皮书旨在适用于外国政府提供的补贴。

根据外国补贴的可能来源和目的，白皮书特别列举了三种类型：（1）对在欧盟内设立的企业直接提供的外国补贴；（2）对在第三国设立的企业提供的外国补贴，该补贴由设立在欧盟的相关当事方使用；（3）对在第三国设立的企业提供的外国补贴，该补贴用于协助收购欧盟企业或者参与欧盟公共采购程序。

财政资助可以采取各种特定的形式。白皮书列举了以下形式的财政资助：（1）资金或债务转移，包括注资、赠款、贷款、贷款担保、财政刺激措施、抵消经营损失、补偿由公共机构施加的财政负担、债务免除或展期；（2）免除公共税费，例如优惠税收待遇，或者诸如税款抵免的财政优惠；（3）提供商品或服务，或者购买商品或服务。

在判断财政资助是否给予企业或行业利益时，白皮书称，应根据财政资助的形式考虑以下因素：私人投资者的通常投资习惯，从市场上可获得融资的利率，以及相关商品或服务的适当金额。若无直接可比较的基准，则可以对现有基准进行调整，或者根据公认的评估方法来确定市场条件。^②白皮书假定在三年期内获得二百万欧元以下的外国补贴不对内部市场造成扭曲。

（二）三个模块的核心内容

针对外国补贴的不同形式，欧盟委员会在白皮书中提出三个模块，包括一般性的审查工具、收购审查工具和公共采购审查工具。模块一是综合性的审查工具，属于事后的监管工具。模块二特别针对收购行为，在程序上包括强制申报机制、事先审查机制和依职权主动审查（*ex officio*）机制。模块三具体针对企业参与政府采购中存在的外国补贴问题，也属于事前审批工具。这三个模块之间的关系目前尚不确定，可能是平行使用的，也可能是替代性的。

1. 模块一：应对外国补贴的一般工具——事后监管工具

模块一旨在建立可以应对“所有市场情况下”导致内部市场扭曲的外国补贴的一般（或综

^① 欧盟委员会对“国家援助”概念的解释包括“公权力”“国家资源”“优势”“专向性”四个要素，参见 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, OJ C 262, 19 July 2016, pp. 1 – 50.

^② 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, p. 1.

合) 监管工具。^① 模块一的监管对象是在欧盟内从事经营或经济活动的企业, 无论是否为欧盟企业, 无论所涉外国补贴是用于商品生产, 提供服务, 还是进行投资。白皮书指出, 涉及收购和公共采购等市场操作的外国补贴也包括在模块一之内。但对于外国向欧盟进口商品和农产品的补贴, 白皮书明确指出不属于该模块范围, 而是适用欧盟现有贸易防御工具。

在模块一中, 欧盟委员会和成员国主管机构根据权力划分实施审查。审查程序包括预审 (preliminary review) 和深入调查 (in-depth investigation)。在深入调查阶段, 若主管机构认定存在扭曲欧盟市场的外国补贴, 可以对其采取矫正措施 (redressive measures)。白皮书建议采取包括“结构性救济”“行为式措施”以及“向欧盟或成员国支付赔偿金”的矫正措施。

模块一审查范围非常广泛, 不仅适用于在欧盟设业的企业 (undertakings established in the EU), 也适用于在欧盟境内活动的企业 (undertakings active in the EU)。根据白皮书, 若企业的一个实体在欧盟境内设业, 该企业整体就被视为在欧盟设业。由此, 跨国公司只要在欧盟设有分支机构、分公司或子公司, 都被视为在欧盟设业的企业。

此外, 在欧盟境内“活动”的企业, 例如非欧盟企业寻求收购欧盟公司, 即使尚未在欧盟设业, 若得到外国补贴, 也属于模块一的审查范围。由此, 模块一意在于把在欧盟境内从事某些经济活动的企业, 无论是否为欧盟公司, 都纳入其审查范围。从这个意义上, 模块一几乎将在欧盟从事经济活动的跨国公司都纳入审查范围。

关于如何评估内部市场扭曲, 可以将白皮书设计的评估框架分为三个部分: 黑色清单、其他评估因素以及例外规则。其一, 直接认定扭曲的“黑色清单”, 即“扭曲性补贴的预设类型”, 属于这个清单的补贴类型可径直认定扭曲内部市场; 其二, 综合性的评估因素, 用于评估黑色清单外的补贴是否扭曲内部市场; 其三, 例外规则, 对具有积极影响的外国补贴给予豁免。

白皮书列举了可认定为扭曲内部市场的外国补贴类型, 即“扭曲性补贴的预设类型”, 包括: (1) 出口融资形式的补贴, 除非提供的出口融资符合《OECD 关于官方支持的出口信贷的安排》; (2) 对危困企业的补贴, 但对严重的国家或全球经济危机的救助不在此列, 若救助是适时的并且符合比例原则; (3) 对某些企业的债务或责任提供的无限政府担保, 担保的金额或时间是无限的; (4) 直接促成收购的外国补贴。对于不属于上述清单的外国补贴, 白皮书认为仍有可能导致内部市场扭曲。为此, 白皮书列举了判断外国补贴扭曲市场的相关因素。

此外, 白皮书也提供了认定扭曲的例外规则, 即“欧盟利益测试”。白皮书承认, 尽管补贴可以扭曲内部市场, 但若具有积极作用, 例如支持欧盟内部已有经济活动或投资, 或者促进欧盟所认定的公共利益, 则可以忽略其对市场的扭曲。

2. 模块二: 具体针对收购行为的审查工具

模块二旨在具体应对所谓协助收购“欧盟目标” (EU target) 的外国补贴。白皮书称, 模块二是为了避免外国补贴使其接受者在收购欧盟目标时具有不公平的优势, 因此模块二的适用范围比模块一窄很多, 仅适用于收购过程中存在的外国补贴问题。白皮书认为, 外国补贴帮助收购欧盟目标, 可能导致内部市场的扭曲。这可能发生在所提供的补贴直接涉及对企业的收购, 也可能通过事实上提高收购方的财政能力, 从而间接地协助收购。^②

^① European Commission, White Paper on Levelling the Playing Field as Regards Foreign Subsidies, pp. 13 – 22.

^② European Commission, White Paper on Levelling the Playing Field as Regards Foreign Subsidies, p. 22.

模块二设置了强制申报机制 (compulsory notification mechanism)、事先审查 (*ex ante* review) 机制以及依职权主动审查机制。审查程序也分两步: 预审阶段和深入调查。若主管机关在预审的基础上取得外国补贴向收购方提供利益以协助收购的足够证据, 即可启动深入调查。若无充分理由, 则主管机关将不采取进一步行动而在行政上结束案件。在深入调查后, 若主管机关认定收购受到外国补贴的协助并且扭曲内部市场, 有两种处理结果: 接受通报方做出的有效纠正扭曲的承诺, 或者禁止收购。为确保有效执行, 若收购方应申报但未申报, 即使收购完成, 主管机关仍有权依职权主动审查收购行为。审查的结果可能是禁止收购, 若已完成, 则要求解除收购。

3. 模块三: 具体针对公共采购中的外国补贴审查工具

模块三特别针对公共采购中的外国补贴问题。^① 白皮书认为, 外国补贴可以直接或间接扭曲公共采购程序中的竞争, 建议新工具应要求欧盟公共采购当局排除那些接受扭曲性外国补贴的竞标者。这种排除处理不仅适用于当前采购程序, 而且只要满足一定条件, 还适用于后续的采购程序。白皮书称, 将根据欧盟在 WTO 《政府采购协定》(GPA) 以及涉及准入欧盟采购市场的双边协定下的国际义务来定义排除的理由。

白皮书称, 对公共采购中的扭曲问题进行特别审查, 旨在维持公共采购领域的公平竞争环境。除了判断是否存在外国补贴 (财政资助和利益的存在), 还将审查外国补贴的效果。这就需要判断外国补贴是否协助参与公共采购程序, 即补贴是否使企业从其获利以便参与采购程序, 以及是否阻碍未受补贴的其他企业。

白皮书认为, 公共采购中的补贴, 可以通过在补贴与采购项目之间建立明确联系而直接引起扭曲; 也可能通过事实上增强接受方的经济实力而间接造成扭曲。若补贴使接受方提出的报价在经济上不可持续, 特别是投标大幅低于市场价格或成本, 即可认定扭曲。另外, 可以根据模块一提出的原则和标准, 对外国补贴协助参与公共采购程序的相关性进行审查。为确保公共采购当局对扭曲进行统一评估, 委员会将为公共采购当局制定统一的评估方法和指南。

在程序上, 白皮书对投标人施加严格的申报义务, 并且赋予欧盟公共采购当局一定的处置权力。白皮书建议, 参与公共采购程序的经营者在投标时必须向公共采购当局通报是否接受外国财政资助, 包括其组成成员、或者分包商和供应商在过去三年内接受此类财政资助的情况, 以及在日后合同执行期间是否可能接受此类财政资助。白皮书称, 为降低公共采购当局和主管机关的行政负担, 可以规定通报的启动门槛和条件: 例如, 限定相关的补贴期; 规定超过一定金额的外国财政资助金额才需要通报; 通报门槛可以高于《公共采购指令》规定的门槛。对于不属于模块三审查门槛内的外国补贴, 白皮书建议可以由模块一应对。

其一, 宽泛的通报义务和透明度要求, 投标人商业隐私保护缺乏。对于需要通报的信息, 白皮书认为应至少包括: 法律信息, 包括接受外国财政资助的投标人、联合体任何成员、分包商和供应商的所有权和管理情况; 投标人全部融资的主要来源; 过去三年内接受外国财政资助的总金额; 为了参与公共采购程序而特别接受的外国财政资助; 在未来合同执行期间可能接受的外国财政资助。欧盟公共采购当局在检查通报的完整性之后, 应将通报转交主管机关, 由其调查信息和评估是否存在外国补贴。白皮书称, 为了透明度, 应将通报公开发布。

其二, 严厉的惩罚机制, 赋予欧盟公共采购当局一定的处置权。白皮书认为, 为应对经营者

^① European Commission, White Paper on Levelling the Playing Field as Regards Foreign Subsidies, pp. 30 - 35.

不履行通报义务或者提交错误信息，应建立严格的威慑工具，特别是采购当局可以对其施加大额罚金，甚至在极端情况下将其排除出采购程序或者终止正在进行的合同。

其三，举报机制。白皮书建议授权第三方和竞标者有权向公共采购当局提供相关信息，他们提交的信息应该有事实依据，并且提供存在必须通报的情况的表面证据。

此外，白皮书还以专门的章节来建议考虑欧盟资金使用中的外国补贴问题。白皮书认为，对不同类型的联盟资金，经营者应在同等基础上进行竞争，已获得外国扭曲性补贴的公司不应得到欧盟资金。白皮书从由欧盟机构直接管理、欧盟机构与成员国共同管理以及间接管理的资金这三种类型分别陈述公共采购和赠款中可能存在的外国补贴问题。白皮书建议修订现有的欧盟资金申请程序并且利用三个模块，以应对外国补贴在这些情况下造成的扭曲。

（三）外国补贴审查工具的法律基础问题

《外国补贴白皮书》的公布版本没有提及其建议的三个模块采用什么样的法律基础（legal basis），仅称外国补贴工具的法律基础将取决于其目的和具体内容。^① 法律基础或称立法依据，对欧盟二级立法具有宪法意义。由于欧盟建立在授权原则（principle of conferred powers）之上，欧盟只能在欧盟基础条约规定法律基础的情况下采取行动。^② 法律基础的选择不仅影响立法的形式和内容以及立法程序，而且关系到欧盟机构与成员国在未来实施中的权限、相互关系和作用。^③ 错误的法律基础将导致立法无效。^④

白皮书建议的三个模块涉及公共采购、企业集中、国家援助、补贴等，可能涉及《欧洲联盟运行条约》多个章节中的法律基础。白皮书称，无论采取什么样的工具，将充分遵守欧盟基础条约，特别是基本自由，例如设业自由和资本自由流动。目前可以从欧盟现有的相关立法来推断白皮书三个模块未来可能采用的法律基础。

欧盟《国家援助程序条例》^⑤ 的法律依据是竞争规则下的国家援助（《欧洲联盟运行条约》第109条）。但《欧洲联盟运行条约》第107条第1款规定，“除非两部条约另有规定，否则，由某一成员国提供的或通过无论何种形式的国家资源给予的任何援助，凡通过给予某些企业或某些商品的生产以优惠，从而扭曲或威胁扭曲竞争，只要影响到成员国之间的贸易，均与内部市场不符合。”该条款明确地将国家援助的提供对象限定为欧盟成员国，而且有关国家援助的第107条至第109条都未提及第三国提供的援助。因此，《欧洲联盟运行条约》有关国家援助的章节以及由此衍生出的二级立法（包括《集体豁免条例》）只适用于成员国提供的援助，并不适用于外国补贴。若不做条约修订或经欧洲法院扩张性解释，第109条本身无法为白皮书提供合适的法律基础。

与欧盟国家援助规则只适用于成员国不同，欧盟有关公共采购和企业收购的二级立法都适用

① European Commission, White Paper on Levelling the Playing Field as Regards Foreign Subsidies, p. 40.

② Paul Craig and Gráinne de Búrca, *EU Law: Text, Cases, and Materials* (Oxford University Press, 6th edn, 2015), p. 322.

③ Annegret Engel, *The Choice of Legal Basis for Acts of the European Union: Competence Overlaps, Institutional Preferences, and Legal Basis Litigation* (Springer, 2018), pp. 75–79.

④ Opinion 2/00 on the Cartagena Protocol [2001] ECR I–9713.

⑤ Council Regulation (EU) 2015/1589 of 13 July 2015 Laying Down Detailed Rules for the Application of Article 108 of the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ L 248, 24 September 2015, pp. 9–29.

于第三国企业在欧采购与并购。《欧盟公共采购指令》^①使用的法律基础是第53条第1款（开业自由）、第62条（服务自由），以及第114条（法律的趋同），采取的是普通立法程序。《欧盟企业集中条例》（或称《并购条例》）采用的法律基础是第103条（适用于企业的竞争规则）和第352条（灵活性条款），采取的是第352条规定的特殊立法程序，由理事会以一致方式通过。^②就此而言，这些涉及内部市场的条款也可能成为未来立法的附属法律基础，而第352条由于立法程序严苛，很可能以某种方式回避。

最大的可能性是采用《欧洲联盟运行条约》共同商业政策（CCP）的第207条作为其法律基础，因为该条授权欧盟在倾销或补贴等情况下采取贸易保护措施。2020年6月，某欧洲资讯网站提前泄露《外国补贴白皮书》的草稿，^③这个草稿中用专门的一节来论述外国补贴审查工具的法律基础以及可能的适用范围。该草稿称，“未来法律工具将采取条例的形式，由欧洲议会和理事会根据普通立法程序通过。若欧盟内部之间的交易也涵盖在法律工具之内，则需要确定是否需要与单一市场相关的法律基础。”^④该草稿还称，对于欧盟公共采购中的外国补贴以及外国使用欧盟资金，《欧洲联盟运行条约》的其他条款也会作为法律基础。该版本用X和Y来指代某些条款，很可能是前面提到的《欧洲联盟运行条约》第114条与第103条。

在2020年10月1日欧盟公布的《初始影响评估》中，委员会明确称可能以共同商业政策的第207条作为法律基础，但也可能使用关于内部市场法律趋同的第114条作为共同法律基础。^⑤奥地利司法部在援引欧洲法院裁决后表达了不同观点，即共同商业政策原则只作为国际协定和内部市场准入规则的基础，^⑥但是白皮书建议的工具并非旨在打开第三国市场或者制定市场准入规则，而是为了规范市场行为，从而其法律基础应为第114条；若将动议拆分为不同的工具，则需要逐一进行分析。^⑦但是，若将兜底性的法律趋同作为如此重大的法律的立法依据，则对欧盟的“授权原则”与“法律的确定性原则”带来挑战。

上述关于法律基础的分析反映了白皮书相关工具的复杂性，一方面是因为相关工具涉及多个政策领域，同时又构成全新的审查领域；另一方面是因为欧盟基础条约的授权并不清楚，当初的起草者并未预留明确的空间，尤其是《欧洲联盟运行条约》有关国家援助的第107条并不适用于第三国政府提供的援助。

三 欧盟《外国补贴白皮书》与投资条约中的国民待遇问题

白皮书计划引入的外国补贴审查工具将严重影响中国企业在欧盟的投资待遇问题。目前，欧

① Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on Public Procurement and Repealing Directive 2004/18/EC, OJ L 94, 28 March 2014, pp. 65 – 242.

② See <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/HIS/?uri=CELEX:32004R0139> (last visited October 25, 2020).

③ Clean White Paper on Foreign Subsidies, <https://www.politico.eu/wp-content/uploads/2020/06/CLEAN-White-paper-on-foreign-subsidies.pdf> (last visited October 25, 2020).

④ Clean White Paper on Foreign Subsidies, pp. 34 – 35.

⑤ European Commission, Inception Impact Assessment, p. 2.

⑥ Case C – 360/93, *European Parliament v Council of the European Union*, [1996] ECR I – 1195.

⑦ Trade & Investment – Addressing Distortions Caused by Foreign Subsidies, <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12621-Addressing-distortions-caused-by-foreign-subsidies> (last visited October 25, 2020).

盟成员国中有 26 国与中国签署了双边投资协定，并且欧盟正在与中国加速磋商《中欧双边投资协定》。中国与欧盟成员国双边投资协定以及欧盟近年来与其他国家签订的投资协定，例如《欧盟新加坡自贸协定》《欧盟加拿大全面经贸协定》（CETA）、《欧盟越南自贸协定》，都包含国民待遇和最惠国待遇条款等非歧视待遇条款。尽管白皮书用专门章节来论述其与其他欧盟法和国际文件的关系，但完全忽视欧盟或成员国与第三国双边投资协定之间的关系。

（一）成员国与中国投资协定中的国民待遇

就国民待遇条款而言，2003 年《中国和德国关于促进和相互保护投资的协定》第 3 条第 2 款规定，“缔约一方应给予缔约另一方投资者在其境内的投资及与投资有关活动不低于其给予本国投资者的投资及与投资有关活动的待遇。”欧盟成员国与中国双边投资协定中的国民待遇条款与上述条款基本一样，通常认为是准入后的国民待遇。由于旧式条约的条款过于简洁，该国民待遇是否存在以及存在哪些合法的例外，存在很大的自由裁量空间，存在法律上的不确定性。但是，这些条款仍然可以作为要求欧盟成员国遵守双边投资条约项下国际义务的依据。

（二）当前《中欧双边投资协定》谈判可能采纳的国民待遇条款

对于当前正在磋商的《中欧双边投资协定》在国民待遇条款上采取什么样的规则问题，由于谈判过程保密，目前只能从欧盟新近与新加坡、加拿大和越南缔结的自贸协定中的投资章节或投资协定来做模拟分析。

根据 CETA 投资章节第 8.6 条（非歧视待遇下的国民待遇），“各缔约方应给予另一方投资者和涵盖投资不低于其给予本国投资者及其投资在相似情况下在涉及设业、收购、扩大、执行、经营、管理、维护、使用、享用以及出售或处置在其境内投资的待遇。”^①该条款明确把设业权、企业收购和企业扩大也纳入到国民待遇之下，可解读为接受了美式投资协定中的“准入前国民待遇”。由于中国政府已宣布在中美和中欧双边投资协定中使用“准入前国民待遇”和“负面清单”，可以合理推测，在 CETA 中使用的国民待遇条款很可能被《中欧双边投资协定》接受。

由此，相比于现有的欧盟成员国与中国双边投资协定中国国民待遇的模糊定义，《中欧双边投资协定》可能采用的上述国民待遇条款，以及下述国民待遇的例外条款，更适合用来考虑《外国补贴白皮书》是否符合国民待遇问题。

（三）竞争政策不是国民待遇的合法例外

由于 CETA 没有规定国民待遇的例外规则，还需要从《欧盟新加坡自贸协定》投资章节第 2.3 条（国民待遇）第 3 款来探知《中欧双边投资协定》可能采取的国民待遇的例外规则。该条款很大程度上吸纳了 GATT 第 20 条。

根据《欧盟新加坡投资保护协定》第 2.3 条第 3 款，在不构成武断或不合理的歧视或者变相限制时，若缔约方采取的措施是为了保护公共安全、公共道德或维护公共秩序；保护人类、动植物生命和健康；保护有限的自然资源；保护具有艺术、历史或考古价值的国家宝藏；避免合同欺

^① Article 8.6, Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the One Part, and the European Union and its Member States, of the Other Part, OJ L 11, 14 January 2017.

诈、保护个人数据以及安全之所必须，则可以给予外国投资者或投资低于其国民的待遇。^① 该协定还特别在公共秩序例外下增加一个脚注，指出“仅在对社会的根本利益造成真正和足够严重的威胁时才可以援用公共秩序例外。”在《欧盟新加坡投资保护协定》下，只有将竞争政策的实施扩大解释为符合上述安全例外，才构成缔约国在投资条约下的国民待遇合法例外。与欧盟外资安全审查工具不同，白皮书建议引入的审查工具旨在建立公平竞争环境，而企业对竞争环境的影响通常不构成对社会的根本利益足够严重和真实的威胁。

（四）《外国补贴白皮书》不符合投资条约中的国民待遇或非歧视待遇

前述论证旨在说明欧盟或成员国在国际投资条约中的非歧视待遇或国民待遇适用于欧盟引入的竞争规则。那么，《外国补贴白皮书》意欲引入的竞争审查工具是否符合欧盟或成员国在国际投资条约中的非歧视待遇或国民待遇问题？

白皮书在解释引入新工具的理由中称，欧盟国家援助规则确保公共当局提供的补贴符合内部市场，但是当前欧盟国家援助规则只适用于由欧盟成员国提供的援助，却不适用于第三国政府提供的补贴，因此有必要弥补这个法律漏洞。另一方面，根据白皮书，模块一不仅适用于欧盟本地企业，还适用于在欧盟境内设业、从事经营活动的外国公司；并且就强制申报义务而言，所有在欧企业都具有申报义务。从这两方面来看，外国投资或外国投资者在涉及外国补贴上的待遇表面上是平等的，但是仔细分析，却存在歧视性的待遇。

其一，就强制申报义务的内容而言，《外国补贴白皮书》给予外国投资者歧视性待遇。在欧盟国家援助规则下，由成员国向欧盟委员会汇报援助计划，企业并不承担申报义务。根据《欧洲联盟运行条约》第108条第3款，成员国应将任何给予或改变援助的计划通报委员会，并给予委员会充分的时间使之能够提出意见。换言之，申报欧盟成员国国家援助计划的义务只在成员国，不在企业。但是，《外国补贴白皮书》要求由企业承担申报外国补贴的义务。在这两种规则之下，欧盟企业不需要申报由欧盟成员国以及欧盟提供的补贴或财政资助，而在欧盟的外资企业则必须申报外资来源国提供的补贴，这种差别待遇是歧视性的。

其二，欧盟国家援助规则规定了大量可以豁免的援助类型，而《外国补贴白皮书》虽然考虑定量与定性门槛，并未提及豁免。根据欧盟《集体豁免一般条例》^②第1条，以下领域的援助给予集体豁免，免除第108条第3款规定的通报义务。这些援助类型包括两大类，第一大类指给予某类企业和领域的援助，第二大类为符合委员会已批准地理范围的各成员国地区援助。前一大类经多次修订，现包括给予16个领域的援助：中小企业、研发和创新、环境保护、就业和培训、文化遗产保护、弥补自然灾害造成的损失、弥补某些恶劣天气条件对渔业造成的损失、林业、促进未列入条约附件一的食物行业生产、保护海洋和淡水生物资源、体育、偏远地区居民交通、基本宽带基础设施以及上述领域的基础设施。若白皮书引入的法律工具不能给予外国补贴在相似情况下的豁免，则导致对外国投资的歧视待遇。

其三，对于取得集体豁免或者经委员会批准的成员国援助，欧盟国家援助规则是否同等地审

^① Article 2.2, Chapter 2, EU-Singapore Investment Agreement, 2018.

^② 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, pp. 1-8.

查那些已接受援助的企业参与未来的收购以及公共采购程序？在当前欧盟国家援助规则下，并没有特殊工具审查这两种情况，而是通过“可归责性”“市场经济经营者测试”（market economy operator test, MEO test）、“专向性”“扭曲竞争与影响贸易”等测试法进行一般性的控制。由于《外国补贴白皮书》意图在欧盟国家援助规则之外建立新的特别审查工具，这两种机制本身以及实施是否导致对欧盟内部投资与外国投资之间的歧视性待遇，是存疑的。

其四，对于欧盟层面的资金，是否存在机制防止其造成对欧盟市场以及国际市场的扭曲？若给予其豁免，是否以同等方式或类似条件给予外国补贴？白皮书隐含了一个假设，即欧盟资金当然地满足“欧盟利益测试”，无论直接管理和共同管理的资金，不会造成欧盟内部市场扭曲。白皮书特别列举了欧盟间接管理的资金，例如欧洲农业担保基金、欧洲农村发展基金、欧洲结构和发展基金（ESI Funds）、欧洲地区发展基金、聚合基金、欧洲社会基金等。但是，这些资金的使用是否造成欧盟市场和国际市场的扭曲？在欧盟对接受外国补贴的企业的经济活动进行审查时，是否同等地对接受欧盟资金的企业的经济活动实施审查？外国补贴工具的起草者需要考虑这些问题，以避免使外国投资遭受歧视待遇。

2020年10月，欧盟发表《初始影响评估》，提出可能采用的三种选项，其一，非监管方式，在现行欧盟规则基础上制定“指南”；其二，在欧盟层面采取立法措施，包括修订欧盟有关竞争、贸易和公共采购等的现行规则，或者建立全新的法律工具；其三，通过发展国际规则来应对外国补贴，包括在WTO规则在内的多边协定以及在双边自贸协定中发展新的规则。^①该文件将制定新的工具作为其选项之一，与软法做法的指南相并列，在立场上似乎有所软化。但从实务角度而言，欧盟修订现有规则以及建立全新工具的可能性仍然很大，亦有在学术与实践上讨论的必要性。欧盟欲发展新的反补贴国际规则的动向，也值得学界与实务部门加以注意。

四 欧盟《外国补贴白皮书》与投资条约中的监管权与征收问题

白皮书意欲引入的竞争监管工具也引起投资条约中的监管权问题，以及监管审查是否构成投资条约下的征收问题。

（一）白皮书与欧盟投资条约中的监管权问题

CETA和《欧盟越南自贸协定》的投资章节都在投资保护部分规定了投资与监管权（right to regulate）问题。以CETA为例，该协定投资章节第8.9条下有四个条款有关监管权，其中两款特别针对补贴问题。其一，缔约方重申在其境内为取得合法政策目标而实施监管的权力，例如保护公共健康、安全、环境或公共道德、社会或消费者保护或促进和保护文化多样性；其二，缔约方采取包括以修立法形式的监管，若对投资造成负面影响或者影响投资者的期待，包括对利润的期待，不构成对该节（Section D on Investment Protection）义务的违反；其三，缔约方有关不予发放、更新或维持补贴的决定，若不存在任何法律或契约上的这种承诺，或者若符合附加在发放、更新或维持补贴上的条件，就不构成对投资保护条款的违反；其四，该节的条款不得解释为阻止

^① European Commission, Inception Impact Assessment, pp. 2-3.

缔约方停止提供补贴或者要求偿还，若这类措施对于遵守缔约方之间的国际义务所必须，或者来自主管法院、行政法庭或其他主管当局的决定，或者要求该缔约方就此向投资者赔偿。

上述第一款肯定了缔约方的监管权。尽管该条款未将维护市场公平竞争环境纳入“合法政策目标”中，但由于其明确的列举性质，将其扩大解释并不困难。白皮书所称的维护市场公平竞争环境可以解释为该条款所称的合法政策目标。第二款则明确，以立法形式修改对外国投资者的保护规则并不构成对条约投资保护义务的违反，其中还特别将投资者的合理期待也排除在外。由此，欧盟通过引入竞争规则而修改对外国投资者的保护，至少在表面上符合投资条约。

对于补贴问题，CETA 在该款的脚注中指出，对于欧盟而言补贴包括其法律定义的国家援助。但是，第三款和第四款都仅涉及停止提供补贴，只是明确缔约方单方面地停止补贴并不构成对条约投资保护义务的违反。那么，这两个条款是否可以用来解释条约并不妨碍缔约方继续提供补贴，或者并不妨碍缔约方审查外国补贴？对于前一个问题，似乎可以做这种解释。对于后一个问题，该条款并未涉及，需要结合第一款加以理解。似乎 CETA 的起草者并未预想到未来引入外国补贴审查工具，尽管第一款给这种审查提供了可能性。由此，《中欧双边投资协定》的谈判者可以考虑监管权条款中的外国补贴审查问题，为缔约方适用条约提供更大的法律确定性。

（二）《外国补贴白皮书》与欧盟投资条约中的征收补偿问题

对于竞争审查的决定是否构成间接征收（indirect expropriation），或者达到征收的程度，是关于白皮书是否符合投资条约义务的另一个重要问题。对于竞争审查引起的征收补偿问题，在美式条约背景下，认为竞争审查措施是“监管式取得”（regulatory taking），是一种不必予以赔偿的措施。^① 欧盟投资条约有关征收的规则，是否可以做类似解释？

欧盟投资协定通常在附件中定义“征收”。例如，CETA 在附件 8 - A 中规定征收的定义，其中包括直接征收、间接征收、判断征收的考虑因素，以及例外规则——“合理的公共福祉目标”（legitimate public welfare objectives）。该例外规则称，“除非在极少数情况下，一项措施或一系列措施的影响就其目的而言，若严重以至于显得明显过度，缔约方旨在用于保护合理的公共福祉目标，例如健康、安全和环境方面的非歧视性措施，则不构成间接征收。”

比 CETA 稍晚的《欧盟新加坡投资保护协定》和《欧盟越南投资保护协定》在此使用的术语为“合理的公共政策目标”（legitimate public policy objectives），欧越协定对何为“合理的公共政策目标”没有做列举，而欧新协定则做了与欧加协定相同的列举，即“例如健康、安全和环境”。公共福祉与公共政策之间是否存在实质性差别，欧盟在投资协定谈判中是否意图对征收的例外规则做扩张性的设计，是值得关注的。

对《外国补贴白皮书》意欲引入的外国补贴审查工具而言，其审查决定是否构成“合理的公共福祉目标”或者“合理的公共政策目标”，有可能构成一个争点。这个问题与前述国民待遇的合法例外有所类似，需要对公共政策或公共福祉的内容进行解释。不过，“在极少数情况”（in the rare circumstance）的术语给予一定的指引，即应该是极为罕见的个案情形，而非普遍适用的政策领域。由此，建议当前《中欧双边投资协定》谈判对“征收”定义的“合理公共政策目标

^① M. Somarajah, *The International Law on Foreign Investment* (Cambridge University Press, 4th edn, 2017), p. 442.

例外”做进一步的明确，可以考虑采用欧加协定附件 8 - A 的方式，并且尽可能在谈判准备文件或条约声明文件中对其加以限定。

五 欧盟《外国补贴白皮书》的可能影响与建议

《外国补贴白皮书》旨在引入全新的竞争规则，而其实质是加强对外资的审查。新的工具将导致与欧盟已有贸易防御工具之间的互动与相互强化，可能对企业带来双重矫正的问题。《外国补贴白皮书》反映出欧盟旨在通过单边法律工具将贸易防御延伸到外资审查的意图，通过将“竞争中性”纳入单边措施或未来的双边、多边规则，将对中欧双边投资关系产生重大影响。

（一）以竞争规则实施外资审查

《外国补贴白皮书》计划引入的三个模块以保护欧盟内部市场公平竞争环境为由，对外国投资在欧盟的经济行为实施全面审查，既有事前审查，也有事后审查；既有投资前的准入审查，也有投资后的经济行为审查。与《欧盟并购条例》以及 2020 年 10 月开始实施的《欧盟外资安全审查条例》一起，《外国补贴白皮书》实际上计划打造一个全方位、立体的外资审查制度。

在这个外资审查制度之下，《欧盟并购条例》处理外资收购中的市场垄断问题，《欧盟外资安全审查条例》处理战略性行业被外国国有资本控制引发的安全问题，而《外国补贴白皮书》引入的三个模块则指向了前两个工具的空白——外国政府或国有企业的战略性投资与高新技术企业在欧经营问题。在《欧盟外资安全审查条例》中，欧盟委员会的意见不具有约束力，这很大程度上对欧盟机构的审查能力构成限制。《外国补贴白皮书》则以竞争规则实施外资审查，意欲赋予欧盟委员会更大的权力。

（二）与欧盟防御工具的互动与强化

白皮书称，将根据欧盟贸易防御案件中取得的经验用于指导其评估，例如用于审查是否存在外国政府补贴。^① 这意味着，未来的审查工具可能利用欧盟贸易总司在反补贴调查中的发现和认定结果。反之，新工具的审查结果也可能用于贸易总司实施的反补贴调查。对欧盟而言，这种方式不仅提升监管效率，而且在不同的监管工具之间相互强化。但是，对既从事对欧贸易又在欧从事经营的企业而言，欧盟对贸易防御工具与外国补贴审查工具的使用是否构成双重或多重惩罚，需要在未来的立法过程中加以关注。

（三）欧盟单边措施：从贸易防御到外资监管的扩张

从白皮书可见，欧盟监管规则越来越呈现出功能溢出的扩张倾向。就贸易防御的功能而言，《外国补贴白皮书》将引入一个全新的单边贸易防御工具，尽管欧盟冠以竞争规则之名。问题是，这种单边行为是否以及如何引发其他国家的反制？

尽管《外国补贴白皮书》明显针对中国对欧投资，但其他国家在欧经营也将受到较大影响，

^① European Commission, White Paper on Levelling the Playing Field as Regards Foreign Subsidies, p. 42.

例如美国、俄罗斯、阿联酋、印度等国。以美国波音公司为例，根据白皮书模块一，波音公司在欧经营也可能受到新工具的审查。欧盟引入新的工具，将反补贴的监管工具从货物进口延伸到外国投资与经营，这是多边规则之外谋求单边监管。受影响的外国企业可能通过本国政治游说渠道寻求反制。《外国补贴白皮书》很可能造成多米诺骨牌效应，导致越来越多的国家引入类似的单边措施。

（四）“竞争中性”及其对中欧双边投资关系的潜在影响

与欧盟贸易防御工具中的反倾销、反补贴主要针对货物贸易不同，《外国补贴白皮书》系统性地指向中国在欧盟内的所有经济活动。白皮书建议的三个审查模块将中国在欧盟的几乎所有经济活动都纳入审查范围，并且针对中国企业的经营特征，通过全面嵌入“竞争中性”，进行针对性的立法设计。

白皮书不仅针对外国国有企业对欧投资，也针对接受所谓补贴的外国民营企业。例如中国国家电网、中远、华为在欧设立的企业可能被认定接受中国政府补贴而被排除或者限制在欧盟经营。白皮书建议审查因外国补贴可能导致其市场扭曲的所有活动，这意味着不仅审查外国直接投资，以主权财富基金投资的间接投资以及其他形式的经济活动也属于其审查范围。中国企业参与对欧并购、基建投标，使用欧盟内部结构基金等，都属于其重点审查对象。

中国在欧企业或项目面临巨大的法律风险，包括拆分重组、限制经营、上缴补贴等。例如，中远对希腊比雷埃夫斯港的投资和建设就存在这种风险。白皮书将很大程度上排除中国企业参与欧盟内的各种政府采购，由此，参与欧盟成员国基础设施建设的中国企业未来在进入欧盟政府采购市场时将面临法律上的障碍。

（五）应对建议

《外国补贴白皮书》存在违反双边投资条约项下国民待遇的问题，并且涉及对投资条约中的监管权条款和征收条款的解释问题。对于前者，建议相关部门援引双边投资条约项下的外交磋商机制向欧盟表达严重关切。对于后者，建议当前的《中欧双边投资协定》谈判注意监管权条款和征收条款的定义问题，对“监管权”与外国补贴审查的关系以及“征收”定义的公共政策例外做进一步的限定或澄清。在这些条款的设计当中，一方面需要考虑中国未来采取相似或其他监管机制的可能性，为未来引入新的监管机制留有余地；另一方面也需要考虑平衡问题，就当前中国对欧投资而言，过多强调监管权将导致中国在欧投资面临较高的监管风险。

尽管白皮书计划引入的外国补贴工具对中国企业在欧投资与经营造成潜在的重大影响，但是对于形成更加健全的市场经济而言，在国际和国内引入公平自由竞争规则，对政府补贴行为进行必要的约束，这与党的十八大提出的“让市场在资源配置中发挥决定作用”的理念是一致的。减少政府对市场的不必要干预，让国有企业和民营企业充分竞争，不仅给中国国内市场带来更多的活力，而且使中国企业在国内市场和国际市场上释放更大的竞争力。

建立政府援助管理制度可以作为深化国有企业改革的一个重要抓手，欧盟国家援助制度可为这方面的改革提供有益借鉴。一方面，在梳理各级政府对企业的援助的基础上，逐步引入规范机制，例如引入申报机制和审查机制，要求各级政府向上级政府备案并请求批准，上级部门有权限制或阻止影响竞争的地方援助。另一方面，可借鉴欧盟集体豁免机制，对于重大民生、研发、地

区政策、扶贫、国防以及战略性行业等方面的政府援助给予豁免。另外，在建立透明和限制性的政府援助制度过程中，相关主管机关可以与欧盟机构开展对话与合作，将欧盟外国补贴工具引入双边合作轨道。

A Comment on the EU's White Paper on Foreign Subsidies: Its Implications to Foreign Investment Protection

Ye Bin

Abstract: In June 2020, the European Commission issued a White Paper on Foreign Subsidies which proposes new instruments to address so-called “distortive effects” caused by foreign subsidies within the internal market. The White Paper provides at least three options to empower the European Commission and national supervisory authorities to approve or investigate foreign investor or investment in the EU, including their operation, acquisition, bidding to public procurement and the use of EU funds, on ground of levelling the playing field. From the perspective of the EU and its Member States’ bilateral investment treaties, the proposed instruments pose grave concerns on the EU’s obligations to protect foreign investor and investment, especially its international commitment to provide national treatment to foreign investment and not to introduce a measure which constitutes indirect expropriation unless designed to protect legitimate public welfare or public policy objectives in the rare circumstance. The article proposes to confine the space to interpret the terms of the right to regulate and the legitimate public policy exceptions to expropriation in the ongoing negotiation of the China-EU Bilateral Investment Agreement, and also recommends Chinese government to considerate a regulatory mechanism to address domestic subsidies.

Keywords: EU Law, Foreign Subsidy, State Aid, National Treatment, Investment Protection

(责任编辑: 谭观福)