



# 歐盟之扭曲內部市場 外國補貼規則之研究

張南薰\*

## 要目

- |                            |                          |
|----------------------------|--------------------------|
| 壹、前言                       | (四)對投資行為之補貼              |
| 貳、外國補貼議題在歐盟的發展             | 三、歐盟以法律漏洞處理外國補貼<br>議題    |
| 一、外國補貼對歐盟內部市場<br>所造成之影響    | (一)歐盟法層級之漏洞              |
| (一)對外人直接投資市場之影響            | (二)WTO/SCM協定上之法律漏洞       |
| (二)對政府採購市場之影響              | 參、歐盟外國補貼規則之規範架構及<br>主要內容 |
| 二、影響歐盟內部市場之外國補貼<br>態樣      | 一、立法目的及架構                |
| (一)提供低價商品或服務給歐盟<br>境內企業之補貼 | 二、實體規定                   |
| (二)協助參與政府採購投標之<br>補貼       | (一)外國補貼之定義               |
| (三)協助企業併購之補貼               | (二)扭曲內部市場之認定             |
|                            | (三)對具扭曲性外國補貼之處理方式        |
|                            | (四)利益平衡之裁量權              |

DOI : 10.53106/102398202023120175005

\* 東吳大學國際經營與貿易學系副教授，國立政治大學法律系法學博士。本文為110年度國科會專題研究補助計畫成果，計畫編號：MOST 110-2410-H-031-016。

投稿日期：一一一年十月二十一日；接受刊登日期：一一二年六月二十九日

責任校對：張碧霞



三、程序規定	二、對併購案進行外國補貼調查之爭議
(一)對一般性外國補貼之職權調查程序	三、政府採購之外國補貼審查之爭議
(二)於事業結合案中審查外國補貼之特別規定	(一)執行成效有待檢驗
(三)於公共採購程序中審查外國補貼之特別規定	(二)與異常低價標之處理方式相扞格
四、罰則	(三)導正措施有違政府採購法之目的
肆、歐盟外國補貼規則在立法過程中之爭議	伍、歐盟外國補貼規則與WTO協定之合致性
一、外國補貼之定義問題	一、GATT/GATS之國民待遇原則
(一)補貼主體要件與SCM協定不同所生之問題	二、FSR與SCM協定之合致性
(二)間接補貼認定困難之問題	(一)外國補貼是否為SCM協定下之補貼？
(三)內部市場扭曲認定困難之問題	(二)FSR與SCM協定第32.1條之關係
	三、FSR與GPA之合致性
	陸、結論



## 摘 要

當企業受有外國政府之補貼時，該補貼利益即可能對國內市場的競爭造成負面影響，例如獲得外國政府補貼的企業，即得於國內市場上以高價策略性收購國內之重要企業，或以低價參與國內重要建設之政府採購案件等。對於此類不公平競爭的行為，歐盟境內雖設有競爭法、反補貼法、政府採購法及外資審查制度等機制，但均無法用於處理此一問題，歐盟理事會及議會遂於2022年11月28日通過了「扭曲內部市場之外國補貼規則（FSR）」藉以處理外國補貼所造成之問題。FSR主要先對外國補貼及市場扭曲加以定義，並對受有外國補貼之企業在歐盟境內市場之經濟活動進行監管，特別是從事併購及參與政府採購之行為。FSR針對上述狀況制定了三道對外國補貼之調查及處理程序，包括了執委會之職權調查程序、對併購案之外國補貼調查程序及對政府採購案之外國補貼調查程序。由於此一制度結合了國際貿易法、歐盟競爭法、國家補貼法及政府採購法等不同法律領域之概念，許多用語及要件係來自於各領域之相關規定，但因各領域對其用語之解釋及程序均不相同，也極容易形成法律解釋上之問題。故本文主要係FSR之內容進行分析研究，以期能深入瞭解此一制度之內涵、適用及影響。

**關鍵詞：**外國補貼、歐盟扭曲內部市場外國補貼規則、SCM協定、歐盟競爭法、歐盟政府採購法、市場扭曲



## 壹、前言

國家透過補助金、租稅優惠、低利貸款，甚至透過國營事業提供低於市場價格之產品或服務等方式給予企業財務上之支持及利益，藉以增強其出口競爭力並刺激經濟發展等作為屢見不鮮。補貼作為政府支持產業的政策，因涉及預算支出及歲收，原本僅會提供給國內企業，對境外企業並無提供補貼之理由。然而，隨著全球供應鏈的興起，使得國內補貼的效果亦隨之延伸至海外，欲透過貿易協定掌握及監督一國的補貼措施也變得更加困難<sup>1</sup>。透過全球供應鏈的發展，補貼也產生了跨境的可能性，即當一國政府授與補貼給國內企業時，該企業得將該補貼利益輸送給境外的子公司，並將補貼利益反映在產品的價格競爭優勢上，例如在美國的平衡稅調查案中，位於法國的鋼鐵公司即將其自法國政府所獲得之補貼分配給其他國家的生產線<sup>2</sup>。又或者，國家可以透過國內的國營事業以提供低價產品或服務之方式，將利益輸送給位於境外的關係企業，使其得取得低於市場價格之原物料或零組件後生產再出口至第三國，取得最終產品的價格優勢，例如歐盟於2019年5月就自埃及進口之玻璃纖維產品展開平衡稅調查，在該案中，埃及的出口產品雖未直接獲得埃及政府的補貼，但是聲請人即主張，透過埃及與中國大陸之合作協議，該產品間接受有來自中國政府之補貼。而在中國大陸一帶一路的政策下，此類補貼亦被廣泛運用，尤其是透過中國國營銀行提供低利貸款、貸款擔保及信用保證等方式，協助其企業在海外設立商業據點及進入市場<sup>3</sup>。

<sup>1</sup> Robert Gulotty, *WTO Subsidy Disciplines*, 21 WORLD TRADE REV. 330, 331 (2022).

<sup>2</sup> *Usinor Sailor v. United States*, 991 F. Supp. 665 (the US CIT 1997).

<sup>3</sup> Victor Crochet & Vineet Hegde, *China's 'Going Global' Policy: Transnational Production Subsidies under the WTO SCM Agreement*, 23(4) J. INT. ECON. LAW 841



政府提供給位在境外或他國境內企業之補貼，通常稱之為「外國補貼（foreign subsidies）」，又稱為「跨國補貼（transnational subsidies）」或「延伸補貼（extended subsidies）」<sup>4</sup>，此種跨越國境之補貼對於他國市場上之競爭者亦具有排除效力，但因受補貼的對象並不在補貼國境內，恐與世界貿易組織（World Trade Organization, WTO）之「補貼暨平衡稅措施協定（Agreement on Subsidies and Countervailing Measures，以下簡稱SCM協定）」之補貼的定義不符而不受其規範。在認為現有WTO規範、歐盟競爭法及歐盟國家補助法等既有規範均無法有效處理此一問題的情況下，歐盟執委會（European Commission）於2020年6月17日公布了「關於外國補貼之公平競爭環境白皮書（White paper on levelling the playing field as regards foreign subsidies，以下簡稱外國補貼白皮書）」<sup>5</sup>，並於2021年5月5日提出了「扭曲內部市場之外國補貼草案」<sup>6</sup>。此一草案在經過一系列的立法程序後，歐盟理事會終於在2022年11月28日通過「歐盟扭曲內部市場之外國補貼規則（Regulation of the European Parliament and of the Council on Foreign Subsidies Distorting the Internal Market，以下簡稱FSR）」<sup>7</sup>。此一歐盟規則隨後於歐盟官方公報公布後生效<sup>8</sup>。

---

(2020).

<sup>4</sup> MARC BÉNITAH, THE WTO LAW OF SUBSIDIES: A COMPREHENSIVE APPROACH 605 (2019).

<sup>5</sup> European Commission, *white paper on levelling the playing field as regards foreign subsidies*, COM (2020) 253 final, Brussels, 17.6.2020.

<sup>6</sup> European Commission, *Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on foreign subsidies distorting the internal market*, COM (2021) 223 final, 2021/0114 (COD), Brussels, 5.5.2021.

<sup>7</sup> 2021/0114/COD, PE-CONS 46/22, Brussels, 18 November 2022.

<sup>8</sup> REGULATION (EU) 2022/2560 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF



FSR之重要性在於，其為全球首次針對外國補貼所制定的獨立規範，但因其與競爭法、反補貼法規、政府採購法等既存法規存在競合關係，不但規範本身複雜性，在執行面亦有困難。又因歐盟為全球第三大經濟體，影響層面廣大。歐盟在國際經貿法領域中一向被視為全球規範制定者（*global regulator*），即歐盟法規本身雖僅對歐盟成員生效，但實際上常會產生域外之實質影響力，趨使外國政府制定類似規定以為因應，此一現象被學者稱為「布魯塞爾效應（*Brussels effect*）」<sup>9</sup>。此一管制效力除了來自於歐盟強大的市場力量外，主要亦是因為歐盟已經建立一套嚴謹的立法程序，從白皮書、影響評估、公眾參與、草案的提出乃至最後法案的通過等，不但有跡可循，亦能進一步將其市場規模轉變為具體的規範影響力<sup>9</sup>。

為瞭解FSR之法規內涵並評估其對產業所造成之影響，本文於第貳部分先就FSR之緣起、立法目的及所欲處理之問題加以說明，並就FSR與其他法規間之關係先予以釐清；第參部分再就FSR之法規架構及主要規範內容為詳細說明，以進一步瞭解其規範內涵、法律適用及可能造成之影響；第肆部分則是探討FSR規定本身所存在之爭議及與其他制度間之磨合問題，包括外資審查制度與政府採購制度等。第伍部分則針對FSR與WTO協定間之合致性加以探討。由於FSR對其他WTO會員之產業或企業可能造成不利之影響，因此有必要就FSR是否有違反WTO相關協定等問題加以分析研究。最後，在第陸部分的結論上，總結FSR對國際經貿秩序所造成的影響及應如何因應等問題提出看法。

---

THE COUNCIL of 14 December 2022 on foreign subsidies distorting the internal market.

<sup>9</sup> ANU BRADFORD, *THE BRUSSELS EFFECT, HOW THE EUROPEAN UNION RULES THE WORLD* 25 (2020).



## 貳、外國補貼議題在歐盟的發展

### 一、外國補貼對歐盟內部市場所造成之影響

歐盟執委會認為，國家提供企業補貼時，常潛有著扭曲競爭的風險，即可能以犧牲高效率企業之市占率為代價，換取低效率企業的成長，形成不公平的競爭。就外國政府對在歐盟境內之企業提供補貼而產生的不公平競爭問題而言，主要發生在對歐盟企業的併購及參與歐盟政府採購的二個重要市場上。

#### (一)對外人直接投資市場之影響

在外人直接投資方面，一般而言，企業收購之價格主要反應其收購資產後所取得之財產及增加之營收，然而，若外國政府對企業的收購行為提供補貼時，會使受有補貼的企業得以高於應有的價格收購歐盟企業之資產，進而扭曲了歐盟資產的價值。換言之，外國政府的補貼會造成歐盟市場上資源的無效率分配，並使未受補貼之歐盟企業喪失競爭力及潛在的科技研發能力。而此類受有補貼的收購行為通常是具策略性目的之收購行為，目的在於取得特定技術後再將其移轉至歐盟以外地區製造生產。這也提供了歐盟認為必須確保在投資市場上亦應維持公平競爭的理由。賦予所有企業在歐盟投資市場上之公平競爭的環境，至少可以確保所有企業在取得歐盟重要資產上，係基於平等的立足點上從事競爭，在保持國際競爭利益及吸引外人直接投資的同時保有歐盟企業在科技發展上之領先地位<sup>10</sup>。

歐盟以2015年中國化工集團旗下之中國化工橡膠公司收購義大利倍耐力公司（Pirelli）為例，說明當時的法制無法處理該收購案

<sup>10</sup> European Commission, *supra* note 5, at 7.



中之外國補貼問題。歐盟在2018年「對中國輪胎之反傾銷稅及平衡稅措施案」<sup>11</sup>中發現，中國化工橡膠因欠缺收購倍耐力之自有資金，從中國政府獲得了以下之財政支持，包括：在一帶一路政策下，從國務院「國有資產監督管理委員會」獲得相當於6千多萬歐元之補助；從中國發展銀行、中國輸出入銀行及中國建設銀行等國營銀行中獲得8億歐元之優惠貸款，貸款的用途明白表示用於收購倍耐力；依據2015年用於發展外貿計畫之基金中，獲得貸款利息的退款，約2百萬歐元。中國政府亦透過一帶一路下之政府投資基金「新絲路基金（Silk Road Fund）」參與倍耐力之股權收購，而新絲路基金所收購的股權正好足以使中國化工橡膠公司取得倍耐力集團絕對多數之股權，相當於65%之股權。但歐盟當時並無任何機制得用來處理此類由外國政府支持企業在歐盟市場上併購企業所生之不公平競爭問題<sup>12</sup>。

## (二)對政府採購市場之影響

其次，在政府採購市場上亦存在類似之問題。歐盟的政府採購市場依據其在WTO政府採購協定（Agreement on Government Procurement，以下簡稱GPA）下之承諾開放給GPA締約國之廠商參與，並透過公開招標等方式確保程序的公平性。然而，當歐盟企業與受有外國政府補貼之企業共同參與投標時，後者卻常因受惠於補貼而能提出更低的價格或更有利的條件，並將前者排除在市場外，不論後者是否為更有效率的企業。有些成員國及其政府機關，

<sup>11</sup> Commission Implementing Regulation (EU) 2018/1690.

<sup>12</sup> European Commission, *Commission Staff Working Document, Impact Assessment: Accompany the Proposal for Regulation of the European Parliament and of the Council on Foreign Subsidies Distorting the Internal Market*, No. {COM (2021) 233 final}-{SEC (2021)182 final}-{SWD (2021)100 final} 13.





基於預算有限，更在意是否能得到最低的價格，至於該價格是否基於外國政府之補貼即非所問。即使在以最有利標為決標方式的場合，價格因素通常亦為重要因素，因此難以透過最有利標解決外國補貼之問題<sup>13</sup>。

因此，不論是在外人直接投資或政府採購之市場上，受補貼的企業或以高於市場的價格收購歐盟企業，或以低於市場價格的方式提供產品、服務或工程，對於歐盟的企業或政府而言似乎並無損失，甚至更有利益，因此通常亦是受到當地政府或企業歡迎的行為。然而，補貼通常會促進具侵略性的市場行為，而這些市場行為並非出於一般的商業考量，而是受到策略性目的所驅動，目的是為了在策略上重要的市場上取得立足點，或在重要且重大的基礎建設上取得進入之特權，包括受到政府採購法所規範之基礎建設等。因此歐盟認為有必要在這二個市場上取得一定程度之主導權，而非由成員國自由決定採購案及併購案的進行。

## 二、影響歐盟內部市場之外國補貼態樣

而就外國補貼如何對歐盟企業產生影響，歐盟在外國補貼白皮書中歸納出以下四種態樣：

### (一)提供低價商品或服務給歐盟境內企業之補貼

不論外國政府之補貼是提供給歐盟當地的子公司，或是提供給在歐盟境外的母公司，最後都能透過集團內部交易移轉給歐盟當地之公司。歐盟當地的公司亦可透過母國金融機構所提供之優惠融資獲得政府補貼。

---

<sup>13</sup> European Commission, *supra* note 5, at 7-8.



### (二)協助參與政府採購投標之補貼

在政府採購市場的競標程序中，外國政府得透過補貼，將利益輸送給當地的非歐盟企業，使其得以低於市場價格，甚至低於成本之價格，排除歐盟企業的競爭並取得標案。

### (三)協助企業併購之補貼

外國補貼可以促進企業在歐盟內部市場的擴張，因此外國政府可以透過提供優惠融資、信用擔保及其他降低資本成本的方式，協助其企業在歐盟從事併購。

### (四)對投資行為之補貼

透過對外投資公司之稅捐減免或由政府設立投資基金補貼對外投資之行為等。許多外人直接投資即透過得提供特殊稅捐條件之離岸金融中心來完成。值得注意的是，依歐盟的統計，大約有10.9%的外國投資者控制了此種透過離岸金融中心所建立之歐盟企業<sup>14</sup>。

歐盟認為，外國補貼最大的問題在於欠缺透明性，常無法得知其實際金額及評估其所造成的影響。OECD的報告中雖然顯示，政府干預市場之情況在某些特定部門特別廣泛，例如鋁業及半導體產業等，但是由於補貼行為通常欠缺透明性，且WTO會員並未切實遵守SCM協定下之補貼通知義務，因此補貼金額的估算有其困難。再加上外國補貼之行為態樣多變，不但對貿易造成影響，對投資及政府採購市場上之公平競爭亦有負面效果，於是產生了須建立新規範架構之聲浪<sup>15</sup>。

---

<sup>14</sup> *Id.* at 9.

<sup>15</sup> *Id.*



### 三、歐盟以法律漏洞處理外國補貼議題

#### (一) 歐盟法層級之漏洞

歐盟執委會認為，在考量如何處理外國補貼扭曲歐盟內部市場的問題時，雖有若干歐盟法或國際規範存在，但其無法解決前述問題，包括當外國補貼係以促進歐盟企業收購的資金流方式呈現，或是以支持該國企業在歐盟市場上之營運方式呈現時，即會產生規範上的漏洞。以歐盟競爭法為例，歐盟的併購法規雖然允許執委會在併購行為影響市場競爭時介入，但是不論是反托拉斯法或結合管制規定均未就外國補貼之情形加以規範。競爭法架構下雖有禁止國家補助之規則（state aid rules）針對影響市場競爭之政府補貼行為加以規範<sup>16</sup>，但亦僅限於歐盟成員國之補貼行為，不包括外國政府的補貼行為，例如外國政府補貼位在母國之母公司，母公司再將補貼利益移轉給歐盟境內子公司之情況，即無該法之適用。

再者，歐盟雖訂有外資審查制度<sup>17</sup>，作為歐盟對於外國投資者併購歐盟企業及重要資產時，評估是否影響國家安全及公共秩序之監督機制，但其主要的目的僅是在評估外國投資者投資歐盟境內重要的資產，例如重要的基礎建設、關鍵性科技產業及原物料等是否會對國家安全及公共秩序造成負面影響，與該資金是否涉及外國政

<sup>16</sup> 歐盟認為企業因受國家補助而享有具扭曲市場效果的優勢時，會對市場競爭造成傷害，因此歐盟運作條約（Treaty on the Functioning of the European Union, TFEU）第107條規定，原則上禁止國家補助行為，除非符合例外規定之情形。故歐盟成員欲對境內企業進行補貼時，除非符合例外規定，否則必須通知執委會並獲得許可後方能實施。[https://competition-policy.ec.europa.eu/state-aid/overview\\_en](https://competition-policy.ec.europa.eu/state-aid/overview_en) (last visited: 2023.11.07).

<sup>17</sup> 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.



府補貼無關，因此此一機制亦無法用於處理外國補貼所產生之問題<sup>18</sup>。

最後，在政府採購市場上，歐盟雖有第2014/24號公共採購指令（EU Public Procurement Directives, Directive 2014/24/EU）作為規範企業參與政府採購之準則，然而，對於投標廠商是否受有外國政府補貼一事，採購指令並未提及，且在政府採購的程序中，投標廠商之資金來源通常亦非採購機關所考量之因素。綜上所述，歐盟在處理補貼之問題上，其相關法規包括競爭法、反補貼法、外資審查制度及政府採購法等雖有所涉及，但均無法全面性且有架構地處理外國補貼所造成的問題。

## （二）WTO/SCM協定上之法律漏洞

此外，歐盟亦認為，在貿易政策上，雖可透過多邊貿易機制，例如WTO/SCM協定去處理補貼問題，或透過雙邊協定對他國的補貼加以限制，或依據單邊的平衡稅等貿易救濟手段抵銷外國政府的補貼效果，但這些機制均有其適用的界限，致使執行效果不彰。首先，不論是SCM協定或平衡稅措施，所處理的問題僅限於貨品貿易，不及於服務貿易，故其僅能處理貨品補貼問題，無法處理服務補貼之問題<sup>19</sup>。而平衡稅措施係邊境措施，更僅能於產品進口至歐盟時才有適用之餘地，手段亦僅限於提高關稅，對於服務貿易、投

<sup>18</sup> European Commission, *supra* note 5, at 10.

<sup>19</sup> GATS第15條第1項規定：「會員認知，在某些情形，補貼對服務貿易有可能造成扭曲之效果。故會員應進行談判，以發展出必要之多邊規範，避免此種貿易扭曲之效果。」因此在GATS中對於服務補貼部分僅課予會員談判之義務。然而，關於服務補貼之議題，雖然曾在1996年被納入WTO工作小組中GATS規則之議程，但程序被延宕至今。詳細原因請參見P. Sauvé & M. Soprana, *Disciplining Service Sector Subsidies: Where Do We Stand and Where Can We (Realistically) Go?*, 21(3) J. INT. ECON. LAW 599-619 (2018).



資行為及歐盟企業間之資金流通等行為並不適用。

歐盟認為，縱使是貨品貿易部分，SCM協定在處理外國補貼上亦有其困難。其認為，WTO下之SCM協定雖是為了規範國家的補貼行為而制定，但此一協定自1995年WTO成立時生效後，經過了二十多年的世代更迭，在面對國家資本主義（state capitalism）<sup>20</sup>的興起及各國產業政策快速變化之情勢下，顯然已經無法妥適地處理與補貼有關之新興議題。一般而言，政府補貼多僅提供給境內屬於本國人之國內生產者，並無補貼國外生產者之理由，故SCM協定所指之「受有補貼的產品」，通常是指於國內生產製造而受有該國政府補貼的產品，不包括由外國政府所提供之補貼。此點從SCM協定中關於補貼之定義及其談判歷史中亦可看出。依據SCM協定第1.1(a)(1)條對於補貼之定義可知，補貼須是「由在一會員領域中之政府或公共機構所提供之財務支出」<sup>21</sup>。之所以特別強調補貼提供者須是會員境內（within the territory）之政府或公共機構而排除由境外之政府或公共機構所提供之資金，主要是在1982年針對補貼規則進行談判時，因存在許多境外資金之提供或援助計畫，包

<sup>20</sup> 國家資本主義之概念源於十九世紀末，當時其雖與社會主義有密不可分之關係，然近期則是泛指因西方自由市場的浪潮消退時，由國家所管理之資本主義便應運而生之情形。實證上可見之趨勢則是全球經濟逐漸依賴中國、波灣國家及新興市場國家等。Bremmer將國家資本主義定義為一個國家為其政治獲益而支配市場的體系，而政治領袖們運用不同的中介制度以管理這個體系，其中最重要的四種制度為：國有石油公司、國有企業、私人的國內冠軍企業及主權財富基金。蔡中民，國家資本主義的歷史發展與理論脈絡，台灣政治學刊，19卷2期，頁22-23，2015年12月。

<sup>21</sup> Art.1.1 of SCM Agreement: “For the purpose of this Agreement, a subsidy shall be deemed to exist if: (a)(1) 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”), ...”



括世界銀行提供給巴西之貸款、日本對韓國之戰後賠償、美國援助歐洲國家之馬歇爾計畫及西德對東德的援助等，為了將這些金援計畫排除在補貼之外，故有意地將補貼主體限制在境內之政府及公共機構<sup>22</sup>。欲依據SCM協定處理外國補貼議題，即會遇到其不符合SCM協定之補貼定義的問題。

其次，縱使外國補貼透過類推適用等法律解釋方法而有SCM協定之適用，但其造成不公平貿易之現象通常也不會落入SCM協定之適用範圍，例如SCM協定僅適用於貨品貿易，而外國補貼所涉及者通常包括了服務貿易或非屬於貿易行為之投資行為或政府採購行為，因而無SCM協定之適用。再者，即便有SCM協定之適用，但由於補貼舉證責任困難，通常亦難以透過WTO爭端解決機制處理。美國在課徵平衡稅的相關案件上，在WTO爭端解決機制中頻頻失利，原因之一即在於無法證明補貼之存在與否<sup>23</sup>。

上述問題在WTO之改革上雖有被提及，但截至目前為止仍無任何具體結論。在其他區域貿易協定之談判場域首先被討論並具體化其規定者，即屬跨太平洋夥伴全面進步協定（Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership，以下簡稱CPTPP）中第十七章之政府控制事業（國營事業）專章。但該章所處理的對象主要仍是以國營事業之經濟活動為主，與國營事業活動無關之補貼即不在其規範範圍內。

基於上述之研究，歐盟認為除非制定新的規範，否則無法處理

<sup>22</sup> Gary N. Horlick, *An Annotated Explanation of Article 1 and 2 of the WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures*, 8(9) GLOB. TRADE CUST. J. 297, 298 (2013).

<sup>23</sup> USTR (2020), Report on the Appellate Body of the World Trade Organization, available at [https://ustr.gov/sites/default/files/Report\\_on\\_the\\_Appellate\\_Body\\_of\\_the\\_World\\_Trade\\_Organization.pdf](https://ustr.gov/sites/default/files/Report_on_the_Appellate_Body_of_the_World_Trade_Organization.pdf) (last visited: 2022.10.18).



外國補貼所造成對其境內產業之不公平競爭問題，尤其是在企業併購市場及政府採購市場上，這也構成以FSR的立法背景。

### 參、歐盟外國補貼規則之規範架構及主要內容

歐盟在處理外國補貼介入其內部市場的制度設計上，主要是透過歐盟執委會的調查程序確認外國補貼之存在並施以導正措施（*redressive measures*）以確保市場內部之公平競爭。與歐盟反補貼法主要是針對產品所為之調查不同的是，FSR所規範的對象係在歐盟境內從事商業行為之企業，與歐盟競爭法及國家補助規則較為相似<sup>24</sup>。歐盟在白皮書中首次提及，其擬將受外國補貼影響的商業行為大致上分為三類並以不同的模式規範之，包括：一般性具扭曲市場效果的外國補貼、具促進企業併購效果之外國補貼及促進參與政府採購案之外國補貼。

歐盟認為在處理外國補貼所產生的問題上，首先必須先定義欲介入管制之外國補貼為何，並透過審查制度確認補貼之存在及其對市場所造成的效果。由於外國補貼同時具有促進投資及降低政府採購成本的正面效果，因此即使認為有外國補貼存在，並非須立即採取禁止交易等強制性之措施，而是以消弭不公平競爭效果之導正措施為主要處置措施。

而在調查程序上，其大致上可分為對外國補貼之一般調查程序及對於企業併購行為及政府採購行為二項特別的調查程序。其中又特別針對在併購案及政府採購案中所存在之外國補貼，課予實施併購之企業及投標廠商預先通知義務，以期能在併購案執行前及政府

---

<sup>24</sup> Marios Tokas, *Play the Game: The EU's Proposed Regulation on Foreign Subsidies*, 56(5) J. WORLD TRADE 779, 781 (2022).



採購案決標前能先處理外國補貼問題後再繼續執行併購案及決標<sup>25</sup>。

### 一、立法目的及架構

FSR之規範架構大致上遵循了白皮書的構想，但更明白強調其所欲規範的對象，不限於私人企業，亦包括受有國家補貼之公營事業。其第1條第2項即開宗明義規定：「本規則係為處理對在內部市場中從事經濟活動之企業，包括由國家直接或間接控制之公營企業（public undertaking）<sup>26</sup>，所授與之外國補貼」。而所謂「在內部市場之經濟活動」，亦包括對歐盟企業的併購行為及參與歐盟政府採購程序之行為。因此，當受有外國補貼之企業欲進入歐盟市場併購歐盟企業或欲參與歐盟的政府採購市場時，即為FSR所欲規範之對象。企業受有外國政府的補貼為其主要受管制之要件，至於該企業是否在歐盟境內或是否於歐盟成員國國內所設立則在所不問。FSR對於外國補貼規範對象之規定，與規範產品的反補貼法不同，而是源自於歐盟反競爭法之規範，因此，即使受補貼之企業未位於歐盟境內，只要其扭曲市場的效果係發生在歐盟境內，即會受到本

<sup>25</sup> Filip Krenek & Eddy De Smijter, *From a White Paper to Proposal for a Regulation on Foreign Subsidies: Filling a Regulatory Gap in Protecting the EU Internal Market*, in *ASIAN YEARBOOK OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW* 129, 142 (Manjiao Chi, Marc Bungenberg & Andrea K. Bjorklund eds., 2022).

<sup>26</sup> 公營企業或稱公部門企業（public undertaking），依據歐盟80/723號指令（Directive 80/723 of 25 June 1980 concerning the transparency of financial relations between Member States and public undertakings）第2條之定義，係指「政府機關透過所有權、財務參與或管理法規得直接或間接對其行使主導影響力之企業」。當政府機關直接或間接對企業持有過半資本、過半股權或人數過半之董監指派權時，推定對該企業具有主導影響力。公營企業在歐盟執委會所提出之草案中並未出現，直到最後正式通過的法規中才加入。





法所規範，這也使得此一規範產生了域外適用之效力<sup>27</sup>。

FSR大體上沿襲了白皮書及草案的規範架構，即針對可能受有外國補貼之企業經濟活動設有三種調查程序，並透過調查程序確認外國補貼之存在及其導正措施，包括：(一)對外國補貼之職權調查程序（*ex officio review*）；(二)對事業結合（*concentrations*）之調查程序及(三)對參與公共採購程序之調查程序。第一章為一般規定，包含適用本法之範圍及對象、對特定名詞之定義、外國補貼之定義、內部市場扭曲之認定、對具扭曲內部市場效果之外國補貼類型之例示規定、平衡測試及導正措施等適用於所有調查程序之規定。

第二章為外國補貼審查之一般規定及職權調查程序，包括授權執委會得依職權展開調查程序。調查程序分為初步審查（*preliminary review*）及深入調查（*in-depth investigation*）二階段程序。規範執委會在調查程序中得使用之工具，包括得採臨時措施、要求提供資訊、境內外之實地查核（*on-site inspections*）、對於資訊提供不合作之廠商得依據可得事實（*facts available*）作為作成判斷之基礎等。對於違反程序規定者亦定有罰則。第三章及第四章則是分別針對歐盟企業之結合行為及參與公共採購程序之特別規定。第五章為一般程序性規定，各程序間之關係、執委會決定之公告及通知義務、程序保障及保密義務等。第六章則是規定FSR與其他法規之關係。第七章則為通則，例如執委會之決定程序及採取執行措施之可能性、授權相關規定、過渡性規定、適用及生效期間等。以下即就重要的規定加以說明：

---

<sup>27</sup> Tokas, *supra* note 24, at 782.



## 二、實體規定

### (一)外國補貼之定義

關於外國補貼之定義，依FSR第3.1條之規定，係指「當第三國直接或間接提供財務支持並授與利益給在內部市場從事經濟活動之企業，且在法律上或事實上，僅限於給予某一或某數企業或產業時，即應視為有外國補貼之存在。」<sup>28</sup>關於外國補貼的要件，雖然有SCM協定第1.1條中補貼定義的影子，但與該定義仍有許多不同。主要可從補貼主體、財務支持及授與企業利益等三個要件上來看：

#### 1. 補貼主體之認定

對於補貼主體之「第三國」，與SCM協定所規定之政府或公共機構（**public body**）有所不同。依第3.2條第2項之規定，提供財務支持之第三國，應包含由以下主體所提供者：**(a)**中央政府及其他各級政府機關（**public authorities**）；**(b)**外國公共實體（**foreign public entity**），在考量該實體之性質、該實體所在國家之法律及經濟環境，包含政府在經濟上之角色等因素後，認定該實體之行為可歸屬於（**attributed to**）第三國者；或**(c)**任何私人實體（**private entity**），在考量所有相關情況後認定其行為可歸屬於第三國者。

就第**(b)**款之外國公共實體而言，在本條的立法理由中提到，財務支持可能透過外國公共實體或私人實體提供，而是否由公共實體提供必須視該實體之性質、該實體所在第三國之法律及經濟環

---

<sup>28</sup> Art. 3.1 of FSR: “For the purposes of this Regulation, a foreign subsidy shall be deemed to exist where a third country provides, directly or indirectly, a financial contribution which confers a benefit on an undertaking engaging in an economic activity in the internal market and which is limited, in law or in fact, to one or more undertakings or industries.”



境，包括政府在該國經濟中所扮演的角色等，於個案中認定<sup>29</sup>。觀諸該條與立法理由之說明，可知本條對補貼主體之規定，主要是為了處理WTO案例法中對「公共機構」採取嚴格解釋，導致難以證明國營事業屬於公共機構之問題。在WTO的「美國雙反措施案」中，美國主張若干自中國進口之產品，受有國營事業所提供之補貼，即中國之國營事業以提供低價原物料及低利貸款之方式，提供補貼給生產者，致使生產者受有補貼利益，並據以課徵平衡稅。美國商務部係以國家享有過半數股權（majority-state-share）之方式認定中國之國營事業為公共機構，爭端解決小組亦支持美國之主張，但是，上訴機構卻認為，所謂的公共機構必須具備「享有、行使或被授與政府職權（possesses, exercise or are vested with governmental authority）」之要件，因此推翻了單以股權結構認定補貼主體之見解<sup>30</sup>。上訴機構認為僅證明國家對國營事業之控制力仍不足以認定其為公共機構，尚須證明國營事業係被授與公權力並執行政府功能之實體，才符合公共機構之定義。換言之，上訴機構推翻了以「政府控制方式（government control approach）」認定公共機構之理論，改以「政府授權方式（government authority approach）」認定<sup>31</sup>。自此之後，凡是欲主張國營事業之財務支持構成補貼時，均面臨了須證明政府有授與該實體公權力，且其財務支持措施係為執行政府權限之舉證責任<sup>32</sup>。而此一過重的舉證責任常使控訴國難以證明補

<sup>29</sup> Recital (12), FSR.

<sup>30</sup> Appellate Body Report, *United States – Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China*, ¶¶ 317-318, WT/DS379/AB/R (adopted on March 25, 2011).

<sup>31</sup> WOLFGANG MÜLLER, WTO AGREEMENT ON SUBSIDIES AND COUNTERVAILING MEASURES: A COMMENTARY 66 (2017).

<sup>32</sup> Appellate Body Report, *US – Carbon Steel (India)*, ¶ 4.17, WT/DS436/AB/R



貼之存在。

而依第(b)款之規定，只要外國公共實體所提供之財務支持可歸屬於第三國，即可認定為外國補貼，雖然條文未就「可歸屬」加以定義，但從其得以不確定的法律概念，包括考量實體之性質、該實體所在國家之法律及經濟環境，包含政府在經濟上之角色等因素來認定歸屬性上，顯然已較需要以具體證據證明之政府授權要件之舉證責任寬鬆許多。

就第(c)款之私人實體而言，在SCM協定下，政府雖未必有資金提供，但私人機構即受政府之委託或指示（entrusts or directs），其在提供利益給特定業者之立場上，與直接由政府提供利益並無不同，故屬於補貼之範圍<sup>33</sup>。但應如何判斷私人實體之行為係受國家委託或指示而等同於政府措施？關於私人實體之行為如何歸屬於國家行為之理論，依聯合國國際法委員會（International Law Commission, ILC）所通過之「國家對國際不法行為的責任條款草案（Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts）」第8條之規定，私人在依國家指示、指揮或控制下所為之行為，其行為應被視為國際法所指的國家行為<sup>34</sup>。SCM協定在界定補貼主體時，亦依循此一原則，但WTO案例則更進一步指出，並非所有政府透過私人中介者所為者均會構成委託或指示，尚必須有

---

(adopted on December 19, 2014); Panel Report, *US – Countervailing Duty Measures on Certain Products from China*, ¶ 7.66, WT/DS437/R (adopted on January 16, 2015).

<sup>33</sup> 羅昌發，國際貿易法，頁317，2010年9月。

<sup>34</sup> Art. 8 of Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: “The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct.”



政府相當程度的要求及控制權。上訴機構在「美國對DRAMs之平衡稅調查案」中即提到，委託僅有在政府賦予私人責任時才會發生，而指示則指政府對私人行使權力之情況<sup>35</sup>。分析私人實體是否受有政府委託及指示對爭端解決小組而言無異是一大挑戰<sup>36</sup>。因此在SCM協定下，對於政府透過民間企業，例如銀行等所提供之補貼，常常因無法證明政府的委託或指示行為而難以證明補貼之存在。有鑑於SCM協定存在前述之問題，FSR在私人實體之財務支持認定上，即放棄了政府指示或委託之要件，與公共實體相同均改採歸屬要件，即只要該私人企業之行為可歸屬於政府者即屬於政府補貼，預料將可減輕此類補貼行為之舉證責任。

## 2. 財務支持

所謂的財務支持，依FSR第3.2條第1項之規定，應包含：「(a) 資金或責任的移轉，例如投資、贈與、貸款、貸款擔保、財政獎勵、營運損失之填補、對政府機關課予財政負擔之補償、債務之免除、債權轉換股權或重整等；(b) 對於已屆期歲入之免除；或(c) 商品或服務之提供或購買。」此一對財務支持之例示規定相較於SCM協定而言，增加了更多的類型，例如重整、財政獎勵、營運損失之填補等，例示規定愈詳細將有助於企業瞭解本法所指之財務支持定義為何，有增加法規明確性之功能。此外，原本屬於SCM協定下第四類透過私人實體所提供之財務支持則被移到補貼主體規範，使得政府透過私人所提供之補貼從原本屬於財務支持之類型之一改為補貼主體認定之問題，在規範架構上較SCM協定更為完整。

<sup>35</sup> Appellate Body Report, *US – Countervailing Duty Investigation on DRAMs (Korea)*, ¶ 116, WT/DS296/AB/R (adopted on July 20, 2005).

<sup>36</sup> MITSUO MATSUSHITA, THOMAS J. SCHOENBAURM, PETROS C. MAVROIDIS & MICHAEL HAHN, *THE WORLD TRADE ORGANIZATION, LAW, PRACTICE, AND POLICY* 314 (2015).



最後，關於政府財務支持之提供，本條增加了SCM協定及FSR草案中所未提及之「直接或間接」之要件，顯示在計算補貼金額時，除了直接補貼外，亦包含間接補貼之金額。間接補貼之計算方式較直接補貼更為複雜，涉及WTO案例法中所建立之「穿透分析（pass-through analysis）」，此一部分請見肆、歐盟外國補貼規則在立法過程中之爭議。

### 3. 對企業授與利益

與SCM協定之補貼概念相同，歐盟認為僅只有政府之財務支出本身並不會構成補貼，尚需企業因此而受有利益，方能構成補貼。而關於利益是否存在之認定，其在立法理由中提到，所謂的「授與利益」係指財務支出所提供之利益係企業在一般市場條件（normal market condition）下所無法取得之利益。而此一利益是否存在，須視其比較基準（comparative benchmarks）而定，例如以民間投資者之投資實務、市場上可得之融資利率、可比較之租稅措施或提供商品服務之適當對價或報酬等為基準，判斷是否有超過一般市場價值的利益存在。若此一可直接比較之基準不存在時，則應藉由一般可接受之評估方法調整或找尋替代價格<sup>37</sup>。立法理由中所列之判斷方式及標準主要來自於WTO歷年來爭端解決案例對SCM協定第14條之解釋<sup>38</sup>，因此關於利益授與要件之判斷，歐盟應會繼續參酌WTO案例所建立之規則。

### (二) 扭曲內部市場之認定

補貼作為產業政策工具之一，其存在本身並非當然違法，而補貼之所以具可非難性，主要是基於補貼對競爭關係所造成的負面效

<sup>37</sup> Recital (13), FSR.

<sup>38</sup> 張南薰，SCM協定第14條之適用及審查權限——從WTO對國營事業補貼行為之實務見解談起，東吳法律學報，33卷2期，頁65，2021年10月。



果，即僅有在補貼造成市場競爭關係之扭曲時，才有處理之必要性及正當性<sup>39</sup>。在SCM協定下，亦僅有第3條之出口補貼與進口替代補貼屬於禁止性之補貼措施，其餘類型的補貼是否違法仍需視其對進口國政府所造成之負面效果而定。FSR亦採取類似的概念，以補貼是否會對內部市場造成扭曲效果作為政府介入市場之認定因素。「市場扭曲（market distortions）」在歐盟並非新創的法律概念，「市場扭曲」一詞係源自於歐盟運作條約及國家補助規定。依歐盟運作條約第107(1)條關於「歐盟成員國間之國家補助（intra-EU State aid）」之定義，係指「由歐盟成員國或透過任何形式之國家資源所給予，藉由賦予特定企業或產品生產利益之方式，扭曲競爭或有扭曲競爭之虞（distorts or threatens to distort competition）之補貼。」因此，受FSR所規範之外國補貼，係指能促進企業在歐盟市場上之競爭地位，並實際或可能對競爭造成負面影響之補貼<sup>40</sup>。

#### 1. 市場扭曲之判斷指標

至於應如何判斷扭曲效果之存在，FSR制定了五項指標作為判斷之標準。依據FSR第4.1條之規定：「當外國補貼足以改善一個企業在內部市場之競爭地位，且當其作法實際上或有可能對內部市場之競爭造成負面影響時，即應視為存在內部市場之扭曲<sup>41</sup>。內部市場之扭曲是否存在，應基於以下指標判斷：(a)外國補貼之數量；

<sup>39</sup> Andrew Lang, *Heterodox Markets and Market Distortion in Global Trading System*, 22(4) J. INT. ECON. LAW 677, 687 (2019).

<sup>40</sup> Raymond Luja, *The Foreign Subsidies Regulation: Countering State Aid Beyond the European Union*, 2 ESTAL 187, 189 (2021).

<sup>41</sup> Art. 4.1 of FSR: “A distortion in the internal market shall be deemed to exist where a foreign subsidy is liable to improve the competitive position of an undertaking in the internal market and where, in doing so, that foreign subsidy actually or potentially negatively affects competition in the internal market.”



(b)外國補貼之性質；(c)企業之狀況，包括其規模及相關市場或部門；(d)企業在內部市場上之經濟活動程度及進程；及(e)外國補貼之目的、其所附帶之條件及在內部市場之使用情形。」此外，為避免行政資源的浪費，對於難以構成扭曲效果的補貼金額亦設有安全港規範。第4.2條即規定，若給予單一企業之外國補貼金額，持續三個會計年度之總金額未超過400萬歐元時，即應被視為不太可能（unlikely）扭曲內部市場。

## 2. 具市場扭曲效果措施之例示清單

由於市場扭曲效果係一抽象的法律概念，歐盟認為有必要針對判斷指標制定例示清單（non-exhaustive list），提供執委會在判斷該補貼是否具有扭曲效果時之有效利用工具<sup>42</sup>，例如，在企業併購之情形，若在購買目標企業時，外國補貼提供了大部分之購買價金時，該外國補貼即可能具有扭曲性；又如在政府採購中，外國補貼提供了實質部分之契約價金時，亦可能具有扭曲性。而比起提供投資成本之補貼，提供企業經營成本的補貼可能更具有扭曲市場的效果；比起提供中小企業補貼，提供給大型企業之補貼更可能造成市場扭曲之效果。

此外，市場的性質，尤其是市場上的競爭條件等，包括市場進入之障礙等，均應納入考量，例如，外國補貼在一個產能過剩的市場上或因存在持續性無經濟效益之資產導致可能產能過剩之市場，或鼓勵產能擴張投資之市場上時，亦較有可能會造成市場扭曲。受補貼之企業，其在內部市場中是否從事高密度的經濟活動亦有所影響，若外國補貼之受益者，從營業額來看屬在內部市場上從事低密度活動者，市場扭曲之效果即會低於從事高密度活動之企業<sup>43</sup>。因

---

<sup>42</sup> Recital (18), FSR.

<sup>43</sup> Recital (19), FSR.





此，FSR第5條即依據上述考量列出最有可能扭曲內部市場的五類外國補貼。第5條規定：「以下類型之外國補貼，最有可能（most likely）扭曲內部市場：(a)給予經營不善企業（ailing undertaking）之外國補貼，亦即在欠缺該補貼之情形下，該企業在短中期內即有可能歇業，除非對該企業有能確保其長期生存之重整計畫且計畫應包含企業本身的重要貢獻；(b)對企業之債務或義務提供無限制擔保之外國補貼，即對於擔保之金額及期間無任何限制之外國補貼；(c)不符合OECD出口授信協議（Arrangement on officially supported export credits）之出口融資措施<sup>44</sup>；(d)直接促進併購之外國補貼及；(e)在企業取得政府採購契約方面，使企業能提出過度有利標（unduly advantageous tender）之外國補貼。」

### 3. 例示清單之法律效力

有鑑於外國補貼的態樣眾多，FSR第5.1條特別就最有可能構成扭曲市場效果的外國補貼類型加以明示規定。關於此一清單之法律效力為何，在草案的立法理由中提到，由於此類外國補貼效果明確，無須再要求執委會依據指標為詳細評估，而應由企業針對案件之特定情況證明其不具有扭曲效果<sup>45</sup>。換言之，即是透過舉證責任之轉換及明文推定具有扭曲效果之補貼類型，藉以減輕歐盟執委會之查證責任。然此一舉證責任的轉換涉及企業利益情節重大，不宜

<sup>44</sup> OECD出口授信協議（Arrangement on officially supported export credits）係OECD於1976年由OECD中之若干國家所締結之君子協議（gentlemen's agreement），其於1978年生效，旨在就締約國如何使用官方支持之出口授信協助企業出口的同時，亦能維持出口商公平競爭環境達成共識。協議主要就出口授信之條件及補助等設限並允許使用，依據此一協議所提供之出口授信亦會被豁免於SCM協定之出口補貼規定。<https://www.oecd.org/trade/topics/export-credits/arrangement-and-sector-understandings/> (last visited: 2022.12.18).

<sup>45</sup> Recital (15), Distortive Foreign Subsidies Proposal; Recital (20), FSR.



僅於立法理由中說明，故FSR第5.2條即明文規定，企業在調查程序中應被給予提供資訊以證明其屬於第5.1條之外國補貼在個案的特定情況下並不會構成市場扭曲之機會。

### (三)對具扭曲性外國補貼之處理方式

若認定外國補貼存在且已造成內部市場之扭曲效果時，接下來的問題即是如何消除此一扭曲效果。歐盟認為，不論是企業併購行為或政府採購行為，均屬經濟活動之私法行為，直接禁止或認定為無效並非屬於管制性法規之主要目的及處理方式，通常會課以導正措施或由企業提出改善承諾（commitments）之方式處理。FSR第7.1條規定：「為救濟外國補貼所實際或可能造成的內部市場扭曲，執委會得課予導正措施，除非執委會已接受受調查企業依第7.2條所提出之承諾。」

依FSR第7.2條之規定，執委會在受調查企業所提出之承諾可以完全有效地救濟內部市場扭曲之情況下，得接受該承諾。當執委會接受承諾時，應在調查程序的決定中依據第11.3條之規定，使該承諾對受調查企業產生拘束力。而企業是否遵守該承諾亦應受到監督。換言之，在調查程序中若執委會接受企業提出之承諾，得以該承諾之內容作為行政處分之內容而對企業產生拘束力，並監督企業是否遵守其承諾。

至於導正措施或承諾之內容及程度，依FSR第7.3條規定，承諾或導正措施應符合比例，且能完全且有效地救濟由外國補貼所造成之既存或可能產生之內部市場扭曲<sup>46</sup>。第7.4條對於導正措施及承諾之實質內容則有例示規定，即規定：「承諾或導正措施得包含以

<sup>46</sup> Art. 7.3: “Commitments or redressive measures shall be proportionate and fully and effectively remedy the distortion actually or potentially caused by the foreign subsidy in the internal market.”



下措施：(a)要求已被具扭曲效果之外國補支持或取得之基礎設施，包括研發設施、生產設備或重要設施等，提供在公平、合理及不歧視之條件下使用該基礎設施之機會，除非該機會已受到歐盟法保障；(b)降低產能或市場占有率，包括暫時限制經濟活動等；(c)限制特定投資行為；(d)對於以公平、合理及不歧視之條件購買資產或以外國補貼協助其發展之許可；(e)研發成果之公布；(f)特定資產的撤資；(g)要求企業解除相關併購案；(h)外國補貼之返還，包含適當利率；(i)要求相關企業調整公司治理架構。」其中，若是企業以提出外國補貼之返還為承諾時，執委會僅有在已考量規避風險並確定金額之返還具透明性、可查證及有效之條件下才能接受。

#### (四)利益平衡之裁量權

一項對於歐盟整體內部市場競爭造成負面效果之外國補貼，對於個別的歐盟成員國而言可能具有正面效果，此點歐盟亦無法否認。為平衡二者，FSR允許成員國在調查程序中提出正面效果之資訊，以供執委會在作成調查決定及決定導正措施或接受承諾時加以衡量，此一程序稱為平衡測試（balancing test）<sup>47</sup>。依FSR第6.1條之規定：「執委會在收到資訊後，應就外國補貼造成內部市場扭曲所生之負面效果與其對相關經濟活動之發展所生之正面效果二者間進行衡量，且應同時考量外國補貼之其他正面效果，例如與歐盟相關政策目標有關之正面效果。」除了成員國所提出之正面效果資料外，執委會亦被要求應就外國補貼對歐盟政策目標之正面效果加以衡量。在立法理由中提到，所謂的歐盟政策目標，例如高標準之環保標準、社會標準及研發之促進等。在政府採購程序中應考量相關

---

<sup>47</sup> Recital (21), FSR.



產品或服務之其他供應來源之可得性等<sup>48</sup>。因此，若在政府採購程序中拒絕受有外國補貼之產品或服務後造成無其他供應來源之結果時，即可透過平衡測試考量允許該外國補貼之存在。

針對平衡測試與導正措施間之關係，第6.2條則規定，執委會在決定是否採取導正措施或接受其承諾，或在決定導正措施及承諾之性質及程度時，應考量外國補貼之正面及負面效果。換言之，若執委會認為外國補貼所造成的扭曲效果，顯然因此一經濟活動的正面效果而得到緩和時，即無採取導正措施之必要<sup>49</sup>。然而，此一利益衡量要件可能引發歐盟成員國內部的利益衝突問題，即所謂的正面及負面效果若對不同成員國而言不同時，將引發對正面效果及負面效果的意見分歧<sup>50</sup>。因此平衡測試並非僅是單純外國補貼對歐盟內部市場之利益衡量，亦代表著不同成員國間或歐盟與成員國間之利益衡量問題，實已非法律問題而是政治問題了。

### 三、程序規定

對於外國補貼之調查，主要可分為三項調查程序，包括：(一)執委會依職權發動之調查程序；(二)針對企業併購案之調查程序及(三)針對政府採購案之調查程序。執委會依職權所為之調查程序為一般性程序規定，包含所有調查程序中共通之程序性規定。FSR針對企業併購案及政府採購法案則另於第三章及第四章有特別的程序規定，對於未規定之事項則準用依職權調查程序之規定。

---

<sup>48</sup> *Id.*

<sup>49</sup> European Commission, *supra* note 12, at 49.

<sup>50</sup> Tokas, *supra* note 24, at 788.



### (一)對一般性外國補貼之職權調查程序

對於外國補貼造成歐盟內部市場的干擾，FSR首先賦予歐盟執委會得依職權進行調查之權限。FSR第9.1條即規定：「執委會得依職權對所有關於扭曲內部市場之外國補貼之資訊展開調查，包括來自於成員國、自然人、法人或協會之資訊。」因此，在未有企業反映因外國補貼而受到損害之情況下，執委會亦得本於職權，對於可能存在之具扭曲性之外國補貼進行調查並採取適當之措施。

針對政府採購案之職權調查，第9.2條規定僅限於對已決標之契約才能展開，且調查結果無法取消決標之決定或終止採購契約。在草案制度之初，對於外國補貼之調查程序容易干擾政府採購之進行，甚至妨礙政府採購之目的等問題一直飽受爭議（參見本文第參部分）。因此就職權調查部分，為免執委會過度干涉成員國的政府採購程序，在第9.2條中即特別排除執委會透過職權調查影響政府採購程序進行之可能性。

#### 1. 初步審查程序

外國補貼之調查程序主要可分為初步審查及深入調查程序二階段。就初步審查而言，第10.1條規定，執委會依第9條之資訊認為可能存在扭曲市場之外國補貼時，即應就特定財務支持是否構成外國補貼及是否扭曲內部市場等要件蒐集必要資訊並進行初步評估。為達此目的，執委會得依第13條之規定請求企業提供資訊，及依據第14條及第15條之規定進行歐盟境內外之實地查證。

依據第10.3條之規定，基於初步審查之結果，執委會認為有充分的指標顯示企業受有具扭曲性之外國補貼時，應採取以下措施：**(a)**作成展開深入調查之決定，並對相關事實及法律爭點提出摘要，且應包括外國補貼之存在及對內部市場實際或可能造成之扭曲進行初步評估；**(b)**通知受調查之企業；**(c)**通知歐盟成員國。若欲



對政府採購案展開深入調查，須連同締約機關及締約實體一併通知；(d)於歐盟官方公報（OJEU）中公布並定一定期間允許以書面表達意見。但經過初步評估後，若執委會認為並無充分理由展開深入調查，不論是基於外國補貼不存在或該補貼不具扭曲市場之效果，即應結束調查程序並通知相關企業<sup>51</sup>。

### 2. 深入調查程序

執委會若依據初步審查之結果而展開深入調查時，依第11.1條之規定，於深入調查期間，執委會應進一步評估在初步審查程序中作成展開深入調查時已確認之外國補貼，並依據第13條至第15條之規定蒐集資訊。第11.2條則規定，若執委會依據第4條至第6條認定有扭曲市場之外國補貼存在時，即得採取導正措施。第11.3條規定，若執委會認定有扭外內部市場之外國補貼存在，而相關企業亦提出執委會認為能適當、充分且能有效地補救該扭曲效果之承諾時，執委會得以該企業之承諾作成具有拘束力之決定（即結合承諾內容之決定）。在接受承諾之決定中亦得依據第7.6條之規定考量接受外國補貼之返還。整個深入調查程序之時程最長為18個月，依第11.5條之規定，執委會應於開啟深入調查程序後18個月內通過決定。

### 3. 調查證據之相關規定

外國補貼之行政調查與反傾銷稅或平衡稅之其他貿易調查程序類似，為協助行政機關取得資訊及證據以完成調查程序，通常會課予利害關係人提供資訊並接受實地訪查以確認資料正確性之義務。在貿易救濟的調查程序中，由於調查機關對於若干應提供資訊之利害關係人並無要求其配合調查之公權力可得行使，例如對外國廠商或外國政府之調查，因此為使行政調查能順利完成，在對方不配合

---

<sup>51</sup> Art. 10.4 of FSR.



提供資訊或資訊不實之情況下，賦予調查機關得以可得事實作為決定基礎之權限，FSR亦有類似之規定。

第13條規定，執委會為進行調查，得要求利害關係人等提供必要之資訊。在政府採購案件中，執委會亦得要求受調查之企業提供所有必要資訊，包括投標資訊。執委會得要求相關企業、其他企業或產業協會等提供所有其認為必要之資訊。被要求提供資訊者亦有提供之義務，不配合時則有處罰規定及須承受以可得事實作為判斷基礎之不利狀況，因此對於提供資訊之請求內容有必要以法律明定之。依第11.4條之規定，對於企業或協會之資訊提供要求應：**(a)**載明其法律依據及目的，特定其要求之資訊內容及制定適當的資訊提供期間；**(b)**載明若其所提供之資訊不正確、不完整或誤導時，得依據第17條之規定課以罰鍰並得按期處罰；**(c)**載明依據第16條之規定，於相關企業不合作之情況下，執委會得以可得事實為基礎作成決定。對於歐盟成員國要求提供必要資訊時，則準用上述第**(a)**款之規定。對第三國要求提供必要資訊時，則準用上述第**(a)**款及第**(c)**款之規定<sup>52</sup>。

對於取得資訊之實地查證程序，主要分為歐盟境內及境外程序。第14.1條規定執委會得對境內之企業及產業協會進行必要的實地查證。第14.2條規定，於執委會進行實地查證時，具有以下權限：**(a)**進入相關企業及產業協會之場所及土地；**(b)**檢查、影印及取得簿記及其他商業紀錄；**(c)**就與實地查證目的及標的相關之事實或文件，得要求相關企業或產業協會之代表人或員工提供解釋並紀錄其答案；**(d)**在實地查證所必要的範圍內得於一定期間內查封商業場所、簿記及紀錄。若執委會欲在第三國進行實地查證時，在通知第三國政府且未有異議之情況下，執委會亦得進行實

<sup>52</sup> Art. 13.5 and Art. 13.6 of FSR.



地查證<sup>53</sup>。

針對不合作廠商或利害關係人，第16.1條規定，若受調查企業或第三國有以下情形時，執委會得依據可得事實為基礎作成決定：(a)對於執委會依據第13條要求提供之資訊，提供不完整、不正確或誤導性之資訊；(b)未於執委會所規定的時間內提供資訊；(c)拒絕執委會依據第14條或第15條（歐盟境內及歐盟境外）所提出之實地訪查；(d)其他妨礙初步審查及深入調查之情形。而不合作條款中最重要的莫過於第16.3條之規定，依該條規定，若企業違反上述提供資訊之義務致執委會無法判斷企業對於財務支出是否受有利益時，該企業即得視為受有利益。第16.4條亦規定，於適用可得事實時，在程序上得作出比企業合作時更不利之結果，以此鼓勵企業採取合作之態度，以免適用可得事實而作出更不利之認定。

#### (二)於事業結合案中審查外國補貼之特別規定

在歐盟境內，對於符合一定門檻金額以上之事業結合行為，原本在歐盟競爭法下即受到歐盟層級的執委會所監管，而FSR關於「事業結合（concentration）」一字及其定義，亦來自於歐盟競爭法中之事業結合規則<sup>54</sup>。然而，歐盟層級的結合管制主要是針對達到結合管制通知門檻之結合案件，要求其須向執委會為結合許可之申請。此為強制性規範，對於達到通知門檻金額之結合案件，相關事業在契約締結前、公開收購前或取得控制股權前，須向執委會為

<sup>53</sup> Art. 15 of FSR.

<sup>54</sup> 歐盟中涉及結合管制的核心規範主要是歐盟運作條約第101、102及106條之規定，其結合管制之架構規範則為「第139/2004號歐盟理事會規則（Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentration between undertakings）」。依據該事業結合管制規則，所謂的結合（concentrations），包括合併（merger）、收購（acquisition）及合資（joint venture）。





結合通知，在經執委會審查並許可後才能實施該結合案，目的是為了確保歐盟內部市場之有效競爭，避免企業透過結合方式損害競爭。對於違反結合審查規定之結合案件，該規則亦賦予執委會得採取包括解體（dissolve）、採取臨時措施及撤銷決定等回復競爭措施之權限<sup>55</sup>。然而，在屬於競爭法的事業結合規則下，併購企業之資金來源是否來自於外國政府，並非原結合管制所監督及控制之事項，亦非其判斷是否允許結合案件時所應考量之因素，況且限制資金來源恐也會造成歧視性效果或限制競爭之效果，因此透過原本的事業結合規則處理外國補貼所造成不公平競爭問題實有困難。這也是必須另外制定本規則之原因之一。

對於併購歐盟企業時，實施併購企業是否受有外國補貼而對市場競爭造成扭曲效果，與市場扭曲之一般審查程序不同，必須於個案中認定，即有實際併購案發生時才能進行審查。此外，並非所有的外國補貼措施需受到審查，執委會僅得就契約締約前、公開收購公告前或取得控制股權前3年內所提供之外國補貼，進行評估。

#### 1. 事業結合之定義

所謂的「結合」，FSR第20條直接援引事業結合規則第3條之規定<sup>56</sup>，即指透過併購或合資所形成之控制權變動之情形。依據

<sup>55</sup> 石世豪，各國競爭法對於域外結合案件審查處理方式之研究，公平交易委員會109年委託研究報告（GP10905-0088），頁64-73，<https://www.ftc.gov.tw/upload/317d92c6-ee67-4885-ace2-e8560fcefbbb.pdf>，最後瀏覽日：2022年6月16日。

<sup>56</sup> 依事業結合規則第3條之規定，一旦合併二個或二個以上原本各自獨立事業之全部或一部、或收購至少一間已受他人控制之事業、或……藉由收購證券、資產，或因契約或其他相類情形，而直接或間接控制全部或部分事業，致使原本事業存續的控制基礎發生變動者，即視為該規範所稱之結合。另外，依據事業結合規則第3條第(4)項之規定，創設得以持續獨立執行經濟實體所有功能的合資企業，亦視為結合。



FSR第20.1條定義，「結合」係指基於以下行為所造成之持續性控制權變動：(a)二個以上原本各自獨立之企業之全部或一部之合併（merger）；(b)一個以上至少已經控制一個企業之自然人，或一個以上之企業之收購（acquisition），不論是購買股份或資產，以契約或其他方式所為，直接或間接控制其他事業之部分或全部。第20.2條則規定，創設得以持續獨立執行經濟實體所有功能的合資企業，亦視為結合。該規定與事業結合規則第3條第1項及第4項之結合定義雖然相同，但由於負有通知義務之門檻金額不同，因此二法之適用範圍亦不完全相同。

## 2. 通知義務之門檻規定

基於行政資源有效運用，FSR僅欲規範大型企業所接受之高額補貼，因此對於執行結合案件之企業規模及其接受補貼的額度皆設有適用門檻，即對於在歐盟境內總營業額達一定門檻金額的企業（大型企業），其受有第三國之補貼達一定門檻金額（高額補貼）時，其事業結合行為方負有通知義務。依據第20.3條之規定，具有通知義務的結合，係指在併購案中：(a)至少合併企業之一方、被併購之企業或在歐盟境內所設立合資企業，其在歐盟境內之總營業額達5億歐元以上者，且；(b)下列企業接受第三國之財務支持總額，在契約締結前、公開收購公告前或取得控制權前3年內合計超過5千萬歐元：(i)在收購案中，指收購者或收購者及被收購企業合計；(ii)在合併案中，指合併企業；(iii)在合資案中，指創設合資企業之企業及合資企業本身。此一門檻高於事業結合審查之所規定<sup>57</sup>，故並非所有須進行競爭法之事業結合審查的結合案均須進行外國補貼之結合審查。

<sup>57</sup> 在事業結合之規定，結合案中有一事業之歐盟境內總營業額超過2億5千萬以上者即須向執委會通知審查。



其次，執委會僅就會造成企業控制權改變之投資案件課予通知及審查義務。不論是以收購、合併或合資之方式為之，僅有在其公司之控制權產生變動之情形下，即由併購者或合資者取得對該企業之決定性影響力時，才屬於本法所欲規範之情形，也才會產生通知義務。而所謂的「控制權」，依第20.5條之規定，係指由權利、契約或其他方式分別或共同構成，且在考量其所涉及之事實或法律下，給予企業運用決定性影響力之可能性，尤其是透過以下方式：**(a)**對於一企業之所有權或對其部分或全部資產之使用權；**(b)**給予一企業在組織、投票或作成決定上具有決定性影響力之權利或契約。

### 3. 通知義務及調查程序

企業在結合案執行前，若符合前述通知門檻之規定時，即產生通知義務。FSR第21條規定結合案之預先通知。依據第21.1條之規定，應通知之結合案件，應於契約締結後、公開收購公告後或控制權收購後執行前通知執委會。依據第21.4條之規定，若企業違反其通知義務時，執委會亦得根據本法要求通知並審查其應通知之結合案件<sup>58</sup>。對於不符合第20條通知義務之結合案，執委會認為企業在結合案發生前3年內受有外國補貼之虞時，亦得預先要求其通知該結合案<sup>59</sup>。

執委會於接到結合案之通知後，即應開始調查程序，惟在執委會尚未調查完成並作出決定前，結合案不得繼續進行，對結合案影響重大，因此必須就調查程序之期間加以規範。依據第24.1條之規定：**(a)**當執委會收到完整通知後，於其收受通知後25日（工作日）內不得執行該結合案；**(b)**執委會在收到通知後25日內決定展

---

<sup>58</sup> Art. 21.4 of FSR.

<sup>59</sup> Art. 21.5 of FSR.



開深入調查程序者，於開始深入調查之日起90日內不得執行該結合案。於企業提出承諾時，前項期間得延長15日；(c)於執委會作成接受企業之承諾之決定或依第11.4條作出無異議之決定時<sup>60</sup>，該結合案即得於該決定後開始執行。

此外，依據第24.2條之規定，關於調查期間不得執行之規定，在政府採購程序或股票公開交易之市場上常有執行上之困難，因此在符合特定條件下，得不適用公共採購程序或透過股票交易市場有多數買方存在之交易程序：(a)該結合案已按時依第21條通知執委會；且(b)收購者並未行使其股份中之投票權或基於執委會授權範圍內僅為維持其投資價值之行為。關於調查期間不得執行之規定，於企業請求時，執委會得豁免之。執委會在審查是否豁免企業之義務時，應考量終止執行該結合案對包括第三人在內之影響、該案對內部市場所具有的扭曲效果。於豁免時得附加條件以確保不會造成內部市場的扭曲。豁免得於通知前、通知後或交易後為之。

#### 4. 處理方式

依據第25.3條之規定，執委會於完成深入調查程序後，應作成以下決定之一：(a)以企業依據第11.3條所提出之承諾為其決定之決定；(b)依據第11.4條所為之無異議決定；或(c)於執委會依第4條至第6條認定存在扭曲市場之外國補貼時，禁止結合案之決定。執委會之決定應於展開深入調查後90日內作成。執委會未於90日內作成決定時，企業得繼續執行其結合案。

依第25.6條之規定，若企業已執行其結合案但執委會認定有扭曲內部市場之外國補貼存在時，執委會得採取以下措施：(a)要求

<sup>60</sup> 依FSR第11.4條之規定，當執委會認為無需進行深入調查，或在平衡測試中認定外國補貼之正面效果大於負面效果時，即得作出無異議之決定（no objection decision）。



相關企業解除該結合案，尤其是解除合併或處分其已取得之全部股份或資產，或回復至該結合案執行前之狀態；(b)若無法透過解除結合回復到執行前之狀態，執委會得採取任何能達到相同效果之適當措施，或確保使企業能解除結合之其他適當措施等。

### (三)於公共採購程序中審查外國補貼之特別規定

除了併購案外，政府採購案亦屬容易受到外國補貼所影響之經濟活動之一。執委會為了在公共採購程序中評估外國補貼之影響並為必要之處置，主要課予受有外國補貼之廠商通知義務，並透過調查程序確認具扭曲性外國補貼之存在及處理方式。而FSR所指之公共採購程序係採廣義之定義，包括政府採購指令、公用事業指令及特許指令等相關指令中的決標程序<sup>61</sup>。政府採購程序係屬歐盟成員國之國內程序，因此若規範歐盟得對政府採購案件進行調查外國補貼之存在與否時，勢必會對成員國的政府採購行為造成妨礙，因此此一類型的調查程序問題最大，立法過程中之反對聲浪亦不小（參見本文第肆部分）。

#### 1. 扭曲性外國補貼之認定

對於外國補貼在政府採購法中所造成的負面效果，主要在於其能協助廠商提出優於市場之價格或條件，並以此排除其他未受有補貼之投標廠商，故是否有扭曲內部市場之效果須視投標內容而定。FSR第27條規定，當外國補貼能使企業在工程、財物或服務的政府

<sup>61</sup> 依FSR第2條第(3)項對於「公共採購程序」之定義，係指：(a)依據歐盟第2014/24/EU號指令之公共採購契約決標程序及第2014/25/EU號指令（公用事業採購指令）中財物、工程及服務契約之締約程序；(b)歐盟第2014/23/EU號指令（特許採購指令）中之工程及勞務特許的決標程序；(c)於歐盟第2009/81/EC號指令之決標程序，除非成員國已依TFEU第346條排除適用者。及(d)第2013/23/EU號指令第10(4)(a)條、第2014/23/EU號指令第9(1)(a)條或第2014/25/EU號指令第20(1)(a)條之決標程序。



採購程序中以「過度有利（unduly advantageous）」之條件參與投標時，即應被認為該外國補貼會造成公共採購程序上之市場扭曲風險。判斷外國補貼是否造成企業提出過度有利之投標而扭曲內部之市場，應採個案判斷。執委會僅能就通知前3年內所提供之外國補貼加以評估。

## 2. 通知義務之門檻金額

為減輕行政部門之負擔及避免妨礙中小企業參與政府採購，FSR對於政府採購案中之外國補貼通知義務，設有安全港規定，即僅限於契約金額或規模較大之案件（大型採購案），且僅有補貼金額達一定門檻者（高額補貼）才會產生通知義務<sup>62</sup>。依FSR第28.1條第(a)款之規定，於公共採購或架構契約之預估金額等於或大於2.5億歐元時，即屬於負有通知義務之採購案。至於通知之義務人，依FSR規定為經濟經營者（economic operator）。依歐盟公共採購指令第2.1條第(10)款對經濟經營者之定義，係指任何自然人、法人、公共實體或由其所組成之團體，包括任何在市場上提供工程施作、供給產品或提供服務之臨時性產業協會等<sup>63</sup>，即政府採購法中所稱的廠商。依FSR第28.1條第(b)款之規定，廠商，包括其無營運自主權之附屬公司、其控股公司及參與該標案之主要承包商及供應商（於適當情況下），於通知前3年內所獲得之單一第三國財務支持總額等於或大於400萬歐元時，該廠商即對於該財務支持負有通知義務。

<sup>62</sup> Recital (40), FSR.

<sup>63</sup> Art.2.1(10) of Directive 2014/24/EU: “‘economic operator’ means any natural or legal person or public entity or group of such persons and/or entities, including any temporary association of undertakings, which offers the execution of works and/or a work, the supply of products or the provision of services on the market;”



### 3. 企業參與政府採購案之事前通知義務

FSR第29.1條之規定，在符合第28條之規定時，參與政府採購程序之廠商即應將符合第28條之所有外國補貼通知採購機關。若有存在無通知義務之外國補貼時，亦需於聲明中表列出其所收受之補貼。在公開招標程序中，此一通知及聲明只須於投標文件中一併提供；但在選擇性招標程序中，在參與資格標及最後投標時均需提供。採購機關於收受通知或聲明後應移送執委會審查不得無故拖延（without undue delay）。執委會於收到通知及聲明後即應進行審查。若執委會認為通知及聲明內容不完整，亦應通知採購機關及廠商，並要求於10日內補正。對於拒絕補正之廠商，執委會得將其認定為不合格廠商（irregular tender）並要求採購機關拒絕其投標<sup>64</sup>。

通知義務除了經濟經營者外，亦適用於已知之經濟經營者團體、主要承包商及主要供應商，所謂主要承包商或供應商係指即參與該採購契約履行之重要部分，且其經濟上之貢獻占比超過契約價值20%部分之承包商<sup>65</sup>。

### 4. 調查程序

由於對於已經進行之採購案調查參與投標之廠商有無接受外國補貼時，將對採購程序造成延宕，因此FSR第30.2條特別規定執委會應於收受完整通知時起20日內完成初步審查，有正當理由時得再延長10日。自收受完成通知時起110日起完成深入調查，在與採購機關協商後得再延長20日<sup>66</sup>。

### 5. 處理方式

依據深入調查的結果，執委會可以作出以下三種決定之一：(1)

---

<sup>64</sup> Art. 29.4 of FSR.

<sup>65</sup> Art. 29.5 of FSR.

<sup>66</sup> Art. 30.2 and 30.5 of FSR.



認定有扭曲性外國補貼存在，且受調查廠商提出得充分有效除去扭曲效果之承諾時，依該廠商之承諾為其決定之內容<sup>67</sup>；(2)認定有扭曲性外國補貼存在，但受調查廠商未提出足以除去扭曲效果之承諾時，執委會得禁止決標給該廠商，採購機關亦應依執委會之決定拒絕該廠商之投標<sup>68</sup>；及(3)不認為有存在扭曲市場效果之外國補貼存在時，得為無異議之決定<sup>69</sup>。

與併購案不同，在外國補貼的調查程序進行中，原本之政府採購程序，原則上，除了決標程序外，均得繼續進行<sup>70</sup>。若執委會決定展開深入調查程序，契約即不得決標給提出外國補貼通知之廠商，須嗣執委會依第31.3條作出無異議決定或第30.5條之期間屆滿為止，才能決標給該廠商<sup>71</sup>。一旦深入調查程序期限屆滿時，若執委會未作成任何決定，採購機關即得進行決標程序，包括決標給受調查廠商。

在採取經濟上最有利標（most economically advantageous tender）之採購程序時，若廠商已依據第29條提出未受外國補貼之聲明，且執委會亦未對該聲明有意見而啟動調查時，在執委會未依第31條作出決定或對其他廠商作出決定前，採購機關仍能決標給該廠商，無須等待期間屆至或執委會之決定<sup>72</sup>。若執委會在深入調查程序中依第31.2條項作出禁止決標給通知廠商之決定時，採購機關得決標給未受禁止決標之次優投標廠商<sup>73</sup>。

---

<sup>67</sup> Art. 31.1 of FSR.

<sup>68</sup> Art. 31.2 of FSR.

<sup>69</sup> Art. 31.3 of FSR.

<sup>70</sup> Art. 32.1 of FSR.

<sup>71</sup> Art. 32.2 of FSR.

<sup>72</sup> Art. 32.3 of FSR.

<sup>73</sup> Art. 32.4 of FSR.





#### 6. 重要政府採購規則優先適用原則

雖然執委會得以要求並接受廠商承諾之方式允許廠商繼續參與投標，但對於已經投標的廠商再允許其變更投標條件即有可能會與政府採購法之原則相違悖。因此FSR第32.7條即規定，關於政府採購程序之重要原則，包括比例原則、不歧視原則、平等原則、透明化及競爭原則對於所有涉及政府採購程序之廠商均應遵守。依本法所進行的外國補貼調查程序，不得造成採購機關得對廠商違反前述原則之情形。對廠商所提出之環境、社會及勞動要求應符合採購法及其他歐盟法之規定。

### 四、罰 則

為確保FSR之有效性及執行力，FSR對於違反規則之企業及廠商設有相關罰則，主要包括違反通知義務及提供資訊義務之罰則及違反其他規定之罰則。

FSR第17.1條之規定，執委會得對於企業或產業協會故意或過失違反提供資訊之義務時，包括未提供或提供不正確、不完整或誤導之資訊、於實地訪查時不提供或未提供完整之簿記及商業相關紀錄等行為，課予罰鍰（fines）或怠金（periodic penalty payments）。罰鍰金額則以營業額計算，不得超過該企業或該產業協會前一年營業年度總營業額之1%之怠金，則是對於義務遲延之每一工作日罰款，不得超過該企業或產業協會前一營業年度營額總額每日平均金額之5%。計算期間自決定作成之日起起算，至其對執委會所要求之資訊提供完整及正確資訊之日為止。在依據該條處罰決定前，執委會應定二週以上之資訊補正期間。

此外，對於企業未遵守其所為之承諾，或違反對其所作成之臨時措施或導正措施等決定時，執委會亦得課予相關企業不超過前一營業年度總營業額10%之罰鍰。對於不遵守決定之期間，每日課以



不超過相關企業或產業協會前一營業年度總營業額每日平均金額5%之怠金，計算期間自執委會之處罰決定作成日起算，至執委會認定其已遵守決定為止。此外，針對結合程序之調查及政府採購程序之調查，亦設有特別的處罰規定。

### 肆、歐盟外國補貼規則在立法過程中之爭議

歐盟外國補貼規則在立法過程中並非全無雜音。首先，對於白皮書所闡述之對外國補貼之規範漏洞而言，多數學者雖表贊同，認為不論是現存的歐盟規範或是國際規則，都無法適當處理外國補貼所造成之問題，因此白皮書所建立之規則，不但可作為歐盟法下之準則，亦得作為國際經貿法下處理該問題之準則<sup>74</sup>。但是，就實體內容而言，仍存在以下爭議：

#### 一、外國補貼之定義問題

##### (一) 補貼主體要件與SCM協定不同所生之問題

關於外國補貼之定義，首先就補貼主體中，除了政府機構外，對於政府透過公共實體（例如國營事業）與私人實體所提供之財務支持如何認定為政府之財務支持，FSR改變了SCM協定中以授與政府權限認定公共機構及以受有政府委託指示認定私人機構行為等同政府行為之相關實務見解，改依視公共實體之性質、第三國之經濟

---

<sup>74</sup> Andrea Biondi, Michael Bowsher, Christopher Yukins, Luca Rubini & Gabriele Carovano, Guest Post: The EU Gives Foreign Subsidies Its Best Shot: One Take on White Paper on Levelling the Playing Field as Regards Foreign Subsidies, available at <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: 2020.12.23).



環境、其政府在市場上之地位等因素，判斷國營事業是否為公共實體。而私人實體之行為是否可歸屬於政府更只要依所有相關情況判斷即可。換言之，無須查證公共及私人實體與政府間之關係，只要依客觀情況判斷「可歸屬」於政府即符合補貼之要件。此一作法雖然減輕了執委會認定補貼上之困難，但實際上已與SCM協定之補貼定義不同，在某些適用範圍重疊之案件即有可能產生問題。

例如在第三國之國營事業母公司若以低於市場之價格出口產品至歐盟境內子公司時，是否構成外國補貼而對子公司實施導正措施？以往在這種情況下，進口產品會落入反補貼法之平衡稅調查的對象，因此二者即產生適用範圍重疊之情況。依SCM協定之規定，國營事業母公司與子公司之交易行為不一定構成補貼的原因在於國營事業並不當然屬於公共機構，必須證明第三國政府有授與其政府權限或執行政府功能之要件，否則僅有交易行為本身並不會構成SCM協定下之補貼，即使是以低於市場價格之進口，亦不得對其課予平衡稅。但若改以外國補貼進行調查，所謂的可歸屬於政府之行為依白皮書之說明，第三國政府透過國營事業將利益輸送給歐盟境內子公司之情形即屬外國補貼。可歸屬於政府之公共實體行為在認定上較為寬鬆，即使不構成反補貼法之補貼亦會被要求消除該扭曲效果，亦可達到與平衡稅相同的目的，對歐盟子公司之利益造成影響。

## (二) 間接補貼認定困難之問題

其次，依FSR第3.1條對外國補貼之定義規定，歐盟理事會及歐洲議會最後通過的正式條文中，增加了執委會草案所未提及之「直接與間接」提供財務支持之要件。換言之，外國補貼除了直接補貼外，亦包含間接補貼之情況。所謂的直接補貼係指直接受有政府財務支持之情況，而間接補貼（indirect subsidies）則是雖非補貼



實施之對象，但亦受有補貼利益之情況，通常是指對原物料或零組件等上游業者所為之補貼，而使用該受補貼產品之下游最終產品業者亦同時受有利益之情形。依據GATT第VI:3條及SCM協定第10條之規定，平衡稅稅率之決定不得超過受調查廠商所受有之補貼額度，故除了證明補貼之存在外，亦須證明補貼之實際金額。然而，在間接補貼之情形，由於受有利益之下游業者並未直接獲得政府財務支持，而政府給予上游業者的補貼究竟還有多少利益轉移到下游業者身上，SCM協定雖未明文規定認定之方式，但在WTO案例中則建立了應另為「利益穿透分析（pass-through analysis）」來判斷實際補貼金額之原則。

在「加拿大軟木案IV」中，為了判斷加拿大政府給予伐木業者的補貼利益是否移轉到下游木材出口商的身上，上訴機構提到：「基於GATT第VI:3條僅允許就直接或間接（directly or indirectly）給予產品補貼的金額內課徵平衡稅，因此對於僅提供給原物料產品，但未穿透（pass through）到受調查產品身上之補貼，即不屬於可得課徵平衡稅的範圍。換言之，僅有提供給原物料之補貼已穿透到受調查的產品上時，才能將其列入對受調查產品之補貼金額<sup>75</sup>」在該案中，爭端解決小組認為，美國平衡稅調查機關未就上游伐木業者所受之補貼是否已經穿透到下游木材業者身上此點進行分析，故違反了SCM協定之規定，上訴機構亦支持小組見解。由此可知，若是涉及間接補貼時，調查機關不得直接認定下游業者亦當然受有補貼，必須另外依據穿透分析計算補貼金額，而非直接援引政府補貼上游業者之金額，其舉證責任之重，使得間接補貼成為可以想像

<sup>75</sup> Appellate Body Report, *United States – Final Countervailing Duty Determination with respect to certain Softwood Lumber from Canada*, ¶ 141, WT/DS257/AB/R (adopted on February 17, 2004).



但難以證明的要件。

當FSR第3.1條增加了草案所沒有的間接補貼時，對於間接補貼應如何判斷並無任何標準。雖然白皮書中所舉之例子，係指外國政府提供補貼給位於其境內之母公司，該母公司再將此一補貼利益，透過集團間之交易移轉給在歐盟境內之關係企業，以協助其在歐盟內部市場中進行併購或參與政府採購之情形<sup>76</sup>。但受有直接補貼與受有間接補貼之公司間不必然是關係企業，在FSR的規定中，一旦企業受有外國補貼後，在參與政府採購案或併購案前即會產生通知義務。要求企業就其所接受之直接補貼進行通知或許可行，但若規定企業對間接補貼亦有通知義務時，在非屬關係企業的公司間如何得知上游企業受有外國補貼，而此一補貼利益亦穿透到自己身上，恐有困難。

此外，雖然FSR對於間接補貼並未加以定義，亦無判斷補貼金額之方式，其在解釋上是否會採取WTO案例所建立之穿透分析原則，或改以推定補貼利益在關係企業間有穿透效果等，目前尚無從得知，仍有實際案件發生後才可能獲得答案。

### (三)內部市場扭曲認定困難之問題

針對執委會依職權調查一般外國補貼之規定，雖然承認外國補貼的確對歐盟市場造成一定影響，但以目前僅有少數的平衡稅調查案涉及外國補貼，例如自埃及進口之玻璃纖維產品案外，在欠缺國內經驗的情況下如何認定市場扭曲，仍有待執委會進一步釐清其所欲處理的市場扭曲所指為何<sup>77</sup>。補貼的可非難性主要在於其扭曲了有效率的資源配置。但是對於如何判斷扭曲一事，早在1970年代，

<sup>76</sup> European Commission, *supra* note 5, para 2.2.

<sup>77</sup> Biondi, Bowsher, Yukins, Rubini & Carovano, *supra* note 74.



即有學者指出其困難且不可行，主要的理由在於：第一、若補貼是為了將外部成本內部化，並不能算是具有扭曲性的補貼，因為外部成本太過廣泛，難以計算此類補貼是否具扭曲性；第二、補貼或許是代表著對不具經濟利益之大眾偏好（**non-economic public preferences**）之有效追求，例如補貼偏鄉地區之交通費用，而這種大眾偏好在扭曲的分析中無法被適當地考量；第三、補貼能抵銷其他政府的負擔，但要將所有政府行為皆全面納入考量，在實際上幾乎不具可能性<sup>78</sup>。因此，依據學者之分析，市場扭曲分析的概念有著本質上的不完整性，因此最後僅能以行為的態樣推定其市場扭曲之效果，即直接將出口補貼及進口替代補貼規定為禁止性補貼。而其他類型的補貼則改以對市場造成之不利影響進行判斷。

從WTO之爭端解決案例中觀察，對市場扭曲的判斷主要出現在平衡稅調查程序中對市場基準的排除上。在SCM協定下，允許WTO會員對於進口產品因受有補貼所造成的負面影響，以採取平衡稅措施方式來抵銷。為判斷進口產品是否受有補貼，須以出口國的市場基準（**market benchmark**）來判斷企業是否受有利益，即出口國政府是否給予企業優於從市場上可得之利益<sup>79</sup>。因此出口國境內之市場現況即為重要的比較基準。雖然出口國的市場現況或市場價格會因不同會員而異，然而，SCM協定所要求的是當地實際的市場價格，而非一客觀合理的市場價格。但在很多情況下，以出口國當地市場價格作為基準的理由會被挑戰，尤其是該市場上實際因存在大量補貼，已經對於原本的市場價格造成影響，或市場上主要的供應者即為國營事業時，市場價格不可避免地會受到扭曲。由於

<sup>78</sup> Warren F. Shwartz & Eugene W. Harper, *The Regulation of Subsidies Affecting International Trade*, 70(5) MICH. LAW REV. 831, 833-34 (1972).

<sup>79</sup> WTO Panel Report, *Japan – Countervailing Duties on Dynamic Random Access Memories from Korea*, ¶ 7.275, WT/DS336/R (adopted on December 17, 2007).



SCM協定第14(d)條僅明文規定應以境內價格作為價格基準，對於是否能適用境外價格及應如何選擇適合的境外比較價格並無進一步規定<sup>80</sup>，因此產生許多爭議。

在「加拿大軟木IV案」中，上訴機構即已承認，在某些情況下，例如政府本身是系爭產品之主要供應者時，因為其行為通常會扭曲之市場價格，此時國內的市場價格即不適合作為決定基準之市場價格<sup>81</sup>。在「美國平衡稅履行案」中，上訴機構更進一步提到，依據SCM協定第14(d)條決定市場價格之比較基準時，核心的問題在於出口國境內的政府介入（government intervention）是否會造成境外價格所不會產生的價格扭曲（price distortion），或境內私人企業或政府相關企業之國內價格是由市場決定（market-determined）而可作為判斷企業是否受有利益之比較基準者。因此，平衡稅調查機關是否能拒絕使用出口國之境內價格而改用其他境外價格作為比較基準，取決於出口國境內市場上其政府介入所造成的價格扭曲效果<sup>82</sup>。自此，市場扭曲或價格扭曲即構成了平衡稅調查機關拒絕使用實際價格而改採其他其認為適當價格之主要理由。

---

<sup>80</sup> Art.14 (d) of SCM Agreement: “the provision of goods or services or purchase of goods by a government shall not be considered as conferring a benefit unless the provision is made for less than adequate remuneration, or the purchase is made for more than adequate remuneration. The adequacy of remuneration shall be determined in relation to prevailing market conditions for the good or service in question in the country of provision or purchase (including price, quality, availability, marketability, transportation and other conditions of purchase or sale).”

<sup>81</sup> Appellate Body Report, *supra* note 75, ¶ 100.

<sup>82</sup> Appellate Body Report, *United States – Countervailing Duty Measures on Certain Products from China, Recourse to Article 21.5 of the DSU by China (US-CVD(China)(21.5))*, ¶ 5.141, WT/DS437/AB/RW (adopted on August 15, 2019).



從WTO案例中所建立之市場扭曲概念，作為以政府介入而產生可以排除使用該市場價格之正當性，事實上重點多放在政府的介入行為，而非市場上價格受到扭曲的效果。主要是因為政府介入行為舉證責任較為容易，而要證明市場價格受到政府行為影響則相對較為困難。但若以政府行為作為市場扭曲之判斷因素，則何種政府行為足以構成扭曲市場之行為即生疑義。學者亦有採取相同見解者，認為所謂的市場扭曲，廣義而言，係指當一項特定的政府措施會影響市場行為、價格或決定，且該結果與由市場所決定之結果不同時，即會被認為是扭曲市場之行為<sup>83</sup>。但這並不包括所有會影響市場結果之政府行為，例如我們通常會將政府行為區分為扭曲市場（*distorting markets*）之行為與規範市場（*regulating markets*）之行為，而後者即是政府為了矯正市場失靈或者單純基於公共利益而規範市場之行為<sup>84</sup>。

除此之外，政府影響市場之行為亦可分為扭曲市場的行為與健全市場運作之行為，例如若是執行競爭法禁止聯合行為，設立專利權期限避免長期獨占利益等，雖然會影響到市場決定，但仍被歸類為健全市場機制之行為，而非扭曲市場的行為。所以市場扭曲的認定，與其說是對市場影響之認定，不如說仍是一種對行為的價值判斷。因此，FSR中雖有以補貼之性質、數量及市場狀況等因素判斷是否具扭曲市場效果，但此一規定因要件過於抽象並賦予調查機關相當大的裁量權，易造成法律之不確定性，不若就若干具扭曲性行為之政府行為態樣加以規範，更能協助企業在決定是否接受補貼時進行判斷。

---

<sup>83</sup> Lang, *supra* note 39, at 694.

<sup>84</sup> *Id.* at 695.





## 二、對併購案進行外國補貼調查之爭議

FSR賦予執委會對於進行之併購案得介入調查並變更併購條件，甚至否決合併案之權限，再加上在補貼認定上有較SCM協定更廣的裁量權，因此將造成併購案能否順利執行到最後之不確定因素，對於外人投資的環境亦增加了不穩定性。執委會在執行新制時所採取之原則，以及如何適用實體標準，對於外國投資人而言，將面臨極大的不確定性。在新制實施初期，無人知曉執委會將如何適用平衡測試、將採用何等指標，以及如何決定導正措施。因此，新制對外國投資人之影響程度，將取決於執委會如何行使新權限。有學者認為，FSR並無任何安全名單或豁免制度，因此外國投資人一旦落入新制之適用範圍，其於歐盟境內之活動將根據個案之具體情況進行檢視<sup>85</sup>。因此對外人投資之衝擊不可謂不大。

其次，雖然FSR之規範目的是為了平衡企業間之利益並確保其能在公平競爭的環境下競爭，但實際規定本身卻容易偏離平衡點而讓受到外國補貼之企業，處於比獲得境內補貼之企業更為不利之地位。例如，在歐盟的國家補助規則下（僅對歐盟成員國有拘束力），成員國雖然在實施補貼前有通知義務，但在實際的併購案中並無再為通知之義務。但是若接受的是外國的補貼，則在併購案執行前必須踐行通知程序。雖然二者均是補貼通知，對於外國補貼之通知義務而言，其通知義務之範圍大過於國家補助規則，其所造成的不利後果，例如併購案之否決等，均會對特定企業造成實際損害，而非僅是無法通過補助案之結果。再者，在國家補助規則下有除外規定，對於某些類型的補貼自動豁免其通知義務。但這些除外規定對外國補貼並不適用，所以企業受有外國補貼所應通知之補貼

<sup>85</sup> 李貴英，歐洲聯盟強化外資控管之新架構：外國補貼併購交易之審查新制，問題與研究，61卷1期，頁31，2022年3月。



類型可能在國家補助規則下並無通知義務。這些對於受有外國補貼利益之投資者所造成之不利益，雖然並一定是有意為之或有其理由，但對於歐盟吸引外資投資則有不利之影響<sup>86</sup>。

### 三、政府採購之外國補貼審查之爭議

相對對企業併購行為為外國補貼之審查，對於在政府採購程序中考量外國補貼乙事，公眾意見多傾向不支持。有學者認為此一規則是沒有必要而且具有爭議性之規定，因為其在政府採購程序中多加一層繁雜的監督調查程序，會影響到來自於GPA締約國或與歐盟在FTA下訂有政府採購章節之優質投標廠商。對於來自非GPA締約國及無開放政府採購市場義務國家之廠商，歐盟公共採購指令第24條及公用事業採購指令第43條已有排除規定，而且依據2019年第三國廠商參與採購案之指導原則，亦得將其排除在政府採購程序外<sup>87</sup>。此一規定除了對有境外母公司之歐盟公司與僅在歐盟設立之公司間造成歧視性待遇外，其事前審查的程序亦可能使許多自認不符合外國補貼要件之投標廠商之參與意願受阻。對於受有補貼之投標廠商而言，與其觸發一項外國補貼之調查不如放棄該標案，此舉將會使採購機關因國際競爭的減少蒙受不利<sup>88</sup>。除此之外，FSR條

<sup>86</sup> Jan Blockx, the proposal for an EU Regulation on foreign subsidies distorting the internal market: how will it impact corporate mergers and acquisitions? (October 5, 2021), available at SSRN: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3936624](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3936624) (last visited: 2023.11.07).

<sup>87</sup> Guidance on the participation of third country bidders and goods in the EU procurement market Communication from the Commission, C (2019) 5494 final; 陳麗娟，第三國進入歐盟政府採購市場規章之研究，貿易政策論叢，27期，頁115-137，2017年9月。

<sup>88</sup> Albert Sánchez-Graells, Short Comment on the Proposed Regulation on Foreign Subsidies distorting the internal market, as it relates to procurement, available at



文本身亦存在若干問題：

### (一)執行成效有待檢驗

FSR以採購金額大於2.5億歐元以上採購案才會產生通報義務，然而，就通報義務而言，要規避該門檻規定並非難事，在政府採購案件中，採購機關對於標案之大小及金額通常具有裁量權，只要不違反歐盟採購法之規範，以將大型採購案切割成小型採購案來規避門檻金額之情形亦不難預見。除非對投標廠商所參與的所有採購案進行資料蒐集比對，否則難以發現其規避行為。因此在欠缺系統性的資料蒐集及建置下，欲處理門檻金額之規避問題純屬理論<sup>89</sup>。

此外，具有通知義務者除了投標廠商外，其主要承包商亦同時具有通知義務，例如在大型的基建案中，原物料的供應商通知亦會供給受補貼之產品，例如鋼鐵等。以往處理此類問題是以歐盟公共採購指令第69條之異常低價標（*abnormally low tenders*）條款處理，是否有必要再依FSR處理亦有疑義，況且受有補貼的原物料通常是在供應鏈遠端，能否達到本法之目的亦仍存疑<sup>90</sup>。

最後，FSR僅適用於有二個以上投標廠商之公開競標情況，為了避免受有外國補貼之投標廠商以其所受之補貼提出過於有利之條件得標，因此才有要求投標廠商通知並由執委會審查其是否受有外國補貼及提出適當補救措施之程序。若在非競爭程序中，例如限制

---

<https://www.howtocrackanut.com/blog/foreign-subsidy-screening-procurement-feedback> (last visited: 2022.05.25).

<sup>89</sup> Ondrej Blažo, *A New Regime on Protection of Public Procurement Against Foreign Subsidies Distorting the Internal Market: Mighty Paladin or Giant on the Feet of Glay?*, 21(2) INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW REVIEW 138, 144-45 (2021).

<sup>90</sup> *Id.* at 147-48.



性招標，採購機關可能直接找當地廠商議價，或僅有一家廠商投標之情況，都難以處理其受有外國補貼之問題。

### (二)與異常低價標之處理方式相扞格

以往處理投標價格過低之問題，主要是依據歐盟公共採購指令第69條之規定處理。依據歐盟公共採購指令第69條款之規定，對於廠商所提之標價過低時，採購機關應給予其說明解釋之機會，於其無法解釋時才能拒絕投標，而其中第(f)款受有國家補助之可能性，即屬解釋理由之一。對於異常低價投標主要有三項程序：1. 確認有異常低價投標存在；2. 解釋異常低價之原因；及3. 在政府採購程序中決定是否排除該異常低價之投標<sup>91</sup>。歐盟法院曾解釋，所謂的異常低價之投標，公共採購指令並未加以定義，而是交由成員國國內的法律決定<sup>92</sup>。因此是否構成異常低價仍屬成員國採購機關行使裁量權之範圍<sup>93</sup>。其次，對於被認定是異常低價之投標廠商，應給予其解釋及說明之機會。最後，於考量投標廠商之解釋及說明後，若採購機關認為投標價格是源自於國家補貼且無法證明該補貼符合歐盟條約第107條之規定時，得拒絕該廠商之投標<sup>94</sup>。然而，該條僅

<sup>91</sup> Fratelli Costanzo v. Comune di Milano, C-130/88, EU:C:1989:256.

<sup>92</sup> Impresa Lombardini, C-285/99, EU:C:2001:640, para. 67.

<sup>93</sup> CHRISTOPHER BOVIS, THE LAW OF EU PUBLIC PROCUREMENT 231 (2015).

<sup>94</sup> Art. 69.4 of Directive on Public Procurement (Directive 2014/24/EU): “Where a contracting authority establishes that a tender is abnormally low because the tenderer has obtained State aid, the tender may be rejected on that ground alone only after consultation with the tenderer where the latter is unable to prove, within a sufficient time limit fixed by the contracting authority, that the aid in question was compatible with the internal market within the meaning of Article 107 TFEU. Where the contracting authority rejects a tender in those circumstances, it shall inform the Commission thereof.”



適用於成員國國內之補貼，對於外國補貼並無適用之餘地。而且該條之所以排除異常低價投標主要是為了避免將來有無法履約的風險。因此若外國補貼與契約之履行無關，亦不會造成無法履行契約之風險時，即無依該條拒絕投標之正當理由<sup>95</sup>。

在異常低價標程序外另外審查是否為過於有利之投標，在概念上及程序上是否必要，即產生許多爭議。第一個問題即於，過於有利之要件與異常低價之投標二者有何差異？FSR之目的是為了避免受有外國補貼利益之投標廠商因提出過於有利之條件而得標，並藉此造成市場之扭曲，此點與處理異常低價標之概念類似。規範異常低價標之理由，依據歐盟公共採購指令立法理由第103點之說明，其目的在於保護採購機關，因為投標廠商之投標金額過低很有可能是基於技術上、經濟上或法律上不健全的假設或實務，因而有礙契約之適當履行。因此透過異常低價投標之監督，可視為是歐盟在環保及社會責任等政策之在執行上之確保措施。亦有學者認為，異常低價條款之規定，亦有保護市場競爭之目的，在反傾銷及反補貼措施無法實施之情況下，亦能提供採購機關應以對付受補貼或傾銷產品藉以保護市場競爭之方法。

然而在受有國家補助之情形，因為國家補助常有助於廠商關於契約之履行，因此僅有在此一補助違反歐盟條約第107條之情形下，採購機關才能拒絕其投標。在ARGE案中，歐盟法院認為，採購機關允許受有國家補助之廠商以較低的價格參與投標，對其他未受補助之投標廠商而言，採購並不當然違反公共服務採購指令第18.1條之平等待遇原則，只是採購機關有權就該補助對於投標價格所造成之影響加以監督。若採購機關認為投標廠商所接受之國家補

---

<sup>95</sup> Communication of European Commission, *guidance on the participation of third-country bidders and goods in the EU procurement market*, C (201) 5494 final.



助已違反歐盟條約第107條之規定（即對市場造成扭曲），但若要求其返還補助之結果，將有礙投標之財務健全及契約履行時，即能以其不具履約資格，在資格標中加以排除<sup>96</sup>。因此，拒絕投標之理由不在受有國家補助本身，而是在除去違法補助後會造成無法履約之情形。

因此，過於有利標的目的係為維持公平競爭關係，然而政府採購法規之目的主要仍是確保契約之履行。若認為價格過低有礙契約之履行，原本的異常低價標程序即可排除此一疑慮，再加上過於有利標之認定，恐有疊床架屋之虞，不但造成程序上時間的浪費，亦對政府採購之效率產生負面影響。

### （三）導正措施有違政府採購法之目的

最後，對於發現外國補貼存在時的導正措施亦會產生問題，依據採購法之案例法，在投標廠商如何在採購程序進行中提出能使執委會滿意又不會變更其投標內容的承諾？在併購管制法規或國家補助法制下得採取之導正措施在政府採購程序中即有可能會違反採購法之規定。這也意謂一旦在採購程序中被認定受有外國補貼之投標廠商，只有被排除在採購程序之外一途。雖然FSR在其第32.7條增加調查程序不得違反採購法相關規定之規定，但在實際執行上是否能兼顧二者仍有疑問，因為外國補貼調查之結果主要是要求企業導正其扭曲市場效果，此舉必須會造成投標條件之改變，顯然與公開招標之原則並不相符合。

---

<sup>96</sup> ARGE Gewässerschutz v. Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, C-94/99, ECLI:EU:C:2000:677.



## 伍、歐盟外國補貼規則與WTO協定之合致性

FSR除了本身所存在之若干爭議，此一草案是否有違反歐盟在WTO下之義務亦是重要的議題。儘管FSR明文強調其適用不能違反歐盟在國際協定下之義務，但在其與WTO規範之合致性上仍有深入研究之必要。FSR所涉及者主要是GATT與GATS之國民待遇原則、SCM協定第32.1條及GAP之若干規定，分析如下：

### 一、GATT/GATS之國民待遇原則

如前所述，FSR所調查的對象，主要是受有外國補貼並在歐盟內部市場內從事經濟活動並對競爭造成影響者，在調查機關認定該外國補貼具有扭曲市場效果時，將會施以導正措施以消除其所成的不利競爭效果，因此受到不利影響的企業主要是接受外國補貼之企業，而接受歐盟境內補貼之企業則不會受到影響，此舉似乎使FSR產生歧視性之問題。然而，FSR即便具有歧視性，其所歧視者係補貼的來源，與受補貼企業之國籍、服務來源國或產品來源國無關，即便是歐盟企業亦有該法之適用，因此從法律本身來看，恐難認定其有法律上（*de jure*）之歧視而有違反GATT及GATS國民待遇原則之虞。然而，FSR實際執行之結果是否存在事實上（*de facto*）之歧視，仍有待實際執行狀況後之觀察而定。

### 二、FSR與SCM協定之合致性

#### (一)外國補貼是否為SCM協定下之補貼？

歐盟在FSR之立法過程中，不斷說明外國補貼並非SCM協定下之補貼，故不受SCM協定所規範，即依據SCM協定第1.1條對於補貼之定義，須是由會員境內之政府或公共機構所提供之財務支持，



方能構成補貼，因此，不論從歷史解釋的角度或實務上之見解均認為，若是境外政府所提供之補貼，對該受補貼之產品而言，即非可提出控訴之補貼<sup>97</sup>。關於歐盟對於SCM協定第1.1(a)(1)條之解釋，或許仍有討論的空間。在「美國雙反措施案」中，爭端解決小組認為，該段文字中的「在會員境內（within the territory of a Member）」係用以描述緊接其前的「政府或公共機構（government or any public body）」，故小組似未認為「在會員境內」及於更前面的「財務支出（financial contribution）」，換言之，該條文字可解讀為僅要求作成補貼的政府或公共機構須位於補貼會員的境內，但並未要求該財務支出亦須於補貼會員境內作成。事實上，小組於該段中亦說明該條規定是表示提供補貼的政府或公共機構若位處於某會員境內，該補貼即屬於該會員的行為<sup>98</sup>。若採此見解，SCM第1.1條不必然妨礙SCM協定將外國補貼納入。

實則，更直接妨礙SCM協定納入外國補貼者，應為SCM協定第2.1條的特定性要件，即要求補貼應賦予利益給「補貼機關管轄境內之特定企業、特定產業或一群企業或產業（specific to an enterprise or industry or group of enterprises or industries within the jurisdiction of the granting authority）」。由於該條在認定補貼是否具有特定性時，將「收受補貼的企業或產業位於補貼國管轄內」定為其一要素，而外國補貼因並非針對補貼國管轄內的特定企業或產業所為，故可能導致外國補貼因欠缺特定性而無法適用SCM協定。

雖有認為，禁止性補貼依SCM第2.3條規定因被擬制為具有特定性，故若外國補貼屬於禁止性補貼者，即不會因為欠缺特定性而

<sup>97</sup> MÜLLER, *supra* note 31, at 73.

<sup>98</sup> WTO Panel Report, *United States – Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China*, ¶ 8.67, WT/DS379/R (adopted on March 25, 2011).





不受SCM協定規範。然而禁止性補貼僅有以出口實績為條件之補貼與以本國產品取代進口產品為條件之補貼二種類型。就出口補貼而言，若外國政府係要求歐盟企業以出口產品為條件才給予補貼，即不會對歐盟境內市場造成影響，本來即不是FSR所欲處理之補貼形態。而以使用本國產品取代進口產品之補貼，所謂的本國產品係指母國產品或歐盟產品？若使用的是歐盟產品，則歐盟境內產品反而是受有補貼利益者，若是母國產品，對歐盟業者而言即屬進口產品，亦不符合以本國產品取代進口產品之要件。因此，此類屬於禁止性補貼的外國補貼並無規範實益，且即使發生亦不致產生歐盟與該外國間的爭議。

#### (二)FSR與SCM協定第32.1條之關係

其次，外國補貼若屬SCM協定所未規範之補貼，會員是否即有加以限制之自由或權利？或受影響之會員得否對其課徵平衡稅？此點涉及了SCM協定第32.1條之規定。依據SCM協定第32.1條之規定，對於另一會員之補貼，除了依據GATT 1994之規定及本協定所為解釋之外，不得採取「特定措施（specific action）」<sup>99</sup>。換言之，會員之補貼措施，除了GATT 1994及SCM協定所設之限制外，原則上會員有權實施補貼措施，因此若FSR所處理之補貼係在SCM協定下之所允許之措施時，即有違反SCM協定第32.1條之虞<sup>100</sup>。

<sup>99</sup> Art. 32.1 of SCM Agreement: “No specific action against a subsidy of another Member can be taken except in accordance with the provisions of GATT 1994, as interpreted by this Agreement.”

<sup>100</sup> Thorsten Käseberg & Sophie Gappa, *Systems Competition- China’s Challenge to the Competition Order: Do We Need New Rules to Protect a Level Playing Field for Competition with Firms from non-European Union Countries?*, REPORTER 16-2 CLI 175 (2020).



如何確保FSR不會違反SCM協定在草案制定時即是考量重點<sup>101</sup>。針對此點，執委會則認為，FSR不涉及產品市場進入之問題，並無SCM協定之適用<sup>102</sup>，當然亦無違反SCM協定第32.1條之問題。其次，FSR在制定時亦已考量此一問題，故已於第44.9條規定，依本法不得採取任何會構成SCM協定第32.1條之「對補貼所採取之特定措施」。因此，FSR所採取之措施並無違反SCM協定之虞。由於歐盟認為，FSR所規範的對象是在歐盟境內之企業行為，主要仍是涉及外人直接投資之公平公正待遇問題，並不一定會對貨品貿易造成影響，而若該規範造成服務貿易之市場進入受影響，亦屬服務貿易之問題，由於服務貿易之補貼亦無SCM協定之適用，因此，FSR在法規的設計上，尚無法律本身（as such）違反SCM協定之問題<sup>103</sup>。

針對此點，本文認為，SCM協定第32.1條之規定，係指符合SCM協定補貼定義下之補貼，僅能對其採取符合SCM協定及GATT之措施，換言之，除了對其依法課徵平衡稅或對其提出控訴者為外，不能使用其他特定措施限制之。然而誠如前述，外國補貼除了外國政府透過位於國內之國營事業提供低價產品給位於歐盟境內子公司之情況，因涉及進口產品屬於歐盟應以平衡稅措施處理之情況外，其餘狀況，不論是受有補貼的產業不在補貼國境內或補貼不在補貼國內作成，例如外國政府透過國營銀行提供低利貸款給歐盟境內公司，或屬於對投資或服務之補貼，例如外國政府提供補貼給本國公司，由其在歐盟市場上進行併購或參與政府採購之行為等，均難以落入SCM協定第1.1條之補貼定義範圍內，故對於非屬補貼定義下之政府支持措施，即難以以SCM協定第32.1條相繩。

<sup>101</sup> Biondi, Bowsher, Yukins, Rubini & Carovano, *supra* note 74.

<sup>102</sup> Käseberg & Gappa, *supra* note 100.

<sup>103</sup> Tokas, *supra* note 24, at 798-801.



### 三、FSR與GPA之合致性

由於FSR與歐盟公共採購指令存在較多衝突，例如對異常低價標之處理方式，其是否符合歐盟在GPA下之義務亦引發質疑，其中最重要的規定即是GPA中之國民待遇原則。依歐盟公共採購指令第69條之規定，若懷疑歐盟之投標廠商受有非法的國家補助時，僅有在其投標金額具有異常低價之初步證據時，才能啟動程序調查該國家補助是否具有市場扭曲效力。對於投標廠商在受有歐盟國家補助之情況下，不論其是否合法，只要其標價不構成異常低價之情形，並不在監督的範圍內，亦不得僅以受有補助即排除其得標之資格。因此，對於受有外國補貼的廠商與受歐盟境內成員國補助的廠商，二者間即會產生歧視待遇之問題<sup>104</sup>。基於對歐盟廠商係受有外國補貼或國內之補貼採取不同的作法時，亦有可能違反GPA及歐盟雙邊協定中政府採購章節之國民待遇原則<sup>105</sup>。針對此點，歐盟則認為，就外國服務之進入及政府採購市場的開放義務而言，雖然GATS及GPA下均有國民待遇義務存在，但在其企業接受境內補貼時因受有國家補助法之不利益，因此對於境外補貼之限制僅是在平衡國內補貼之不利益，並無歧視性效果，亦不違反其在GATS及GPA下之國民待遇原義務<sup>106</sup>。

依據GPA第3條第1項之規定，締約國就涉及本協定所涵蓋之政府採購之所有相關法律、規章、程序以及實際作法，應立即且無條件賦予其他締約國之產品、服務、以及服務提供者（但該服務提供者必須係供應締約國之服務）不低於下列規定之待遇：(a)賦予國內產品、服務或服務提供者之待遇；以及(b)賦予任何其他締約國

<sup>104</sup> *Id.*

<sup>105</sup> Blažo, *supra* note 89, at 155.

<sup>106</sup> Käseberg & Gappa, *supra* note 100.



之產品、服務或服務提供者之待遇。GPA對於產品、服務及服務提供者所要求之不歧視義務，是針對來源國不同之產品、服務及服務提供者不能予以歧視。而針對同屬標價過低之投標廠商採取不同的程序，主要的判斷要素在於其所接受的補貼來源係歐盟境內及境外而有所不同，並非針對產品、服務或服務提供者之來源不同而予以歧視，故在法律上尚難構成國民待遇原則之違反。

然而，不歧視原則所規範者並非僅有法律上之歧視，尚包含事實上之歧視，而後者即需視措施之設計、架構及實施方法是否對來源不同的產品及服務造成實際上之歧視效果。異常低價標與過度有利標二者在用語及概念上確實不同。標價過低而異常，具有經濟上之意義且會產生經濟上之效果，即隱含其有無法履行契約之可能性。然而後者則強調其在對市場所造成的扭曲效果。處理異常低價的程序與過度有利標之程序不同。若皆是由國家補貼所造成之異常低價標，採購機關須先依據歐盟的國家補助法確認是否有違法的國家補貼存在，確定投標廠商受有違法補貼後，再進一步確認該補貼與標價之關係。但過於有利標的評估過程則不同，首先，採購機關應先確認是否有事前通知外國補貼存在，但外國補貼之存在與否並非採購機關進行認定，而是由歐盟執委會進行認定，歐盟執委會在收受有外國補貼存在之通知後，必須評估該外國補貼在該採購案中是否造成市場扭曲之效果。因此二項程序的確有其不同之處，但是否過度有利標是較為不利之程序，目前仍難以判斷，須待實施後之情況而定。

## 陸、結 論

國家介入市場的行為及國家資本主義的興起，經過三十多年的民營化過程後，國家對於企業的影響力早已不再透過持有多數股權



之方式為之，而是改以更多的混合形態存在，故即使政府對企業的持股不多，亦可透過其他方式影響私人企業行為，例如透過開發銀行、退撫基金及主權基金及其他對私人企業所提供之補貼等。而這些國家介入行為不論是開發中或已開發中國家均普遍存在<sup>107</sup>，欲從各種經濟活動中辨識出政府介入之行為已愈顯困難。以中國大陸為例，其為協助其企業外擴所進行之一帶一路計畫，以政府資源協助其境外企業在地主國的投資及商業行為，對地主國的市場及其產品出口地之市場造成了極大的影響。而西方國家為了解決COVID-19所造成之供應鏈斷鏈危機及原物料短缺等問題，亦開始思考如何透過補貼等政府手段，干預並改變供應鏈現狀，進而建置具韌性的供應鏈。不論政府的目的為何，透過政府資源的提供，協助企業在境外之投資及商業行為已成為目前已開發國家的重要經濟發展政策，此一作為不但會改變地主國的競爭環境，亦會對當地的產業造成一定的衝擊。然而，此類挾帶政府資源的外人直接投資，對地主國而言，亦非全然是負面的影響。在投資環境欠缺吸引力的地區，此類外人投資顯然具有創造當地就業機會及發展當地經濟狀況之效果，因此對於此類的外人直接投資，對地主國而言，通常會面臨選擇上的兩難。

歐盟外國補貼規則之目的，即是賦予了歐盟執委會得就外國補貼對歐盟市場之正負影響進行衡量之權限。外國補貼因為有利於歐盟境內經濟活動之發展，此點是執委會未完全否決補貼行為的原因，也表現在對導正措施有不同處理方式上<sup>108</sup>。對於外國補貼，歐盟執委會並非全然採取抗拒的觀點，相反地，若外國政府的資金

---

<sup>107</sup> Aldo Musacchio & Sergio G. Lazzarini, *Leviathan in Business: Varieties of State Capitalism and their Implication for Economic Performance*, Harvard Business School Working Paper, No. 12-108, June 2012.

<sup>108</sup> Luja, *supra* note 40, at 191.



有助於其綠色新政（Green Deal）目標之達成，且不會對歐盟境內之競爭造成負面影響或造成對其他歐盟競爭者之排擠效應，則執委會較可能採取正面接受的態度<sup>109</sup>。

FSR對於外人投資及國際貿易所造成的實際上影響，並非單純從法規面即可判斷，仍有待於法規實施後，依據歐盟執委會之執行狀況而定。對我國企業而言，往後在歐盟境內市場從事經濟活動時，不論是貿易、投資或參與其政府採購市場，必須對FSR之規定本身、立法目的、緣由及過程有所瞭解，才能掌握其精準之射程，藉以判斷在接受政府或國營企業協助下從事經濟活動時，是否會落入具扭曲內部市場效果之外國補貼範圍而受影響，並進一步決定是否尋求或接受此類政府行為之介入。

---

<sup>109</sup> *Id.*



## 參考文獻

### 一、中文

1. 李貴英，歐洲聯盟強化外資控管之新架構：外國補貼併購交易之審查新制，問題與研究，61卷1期，頁1-42，2022年3月。
2. 張南薰，SCM協定第14條之適用及審查權限——從WTO對國營事業補貼行為之實務見解談起，東吳法律學報，33卷2期，頁65-102，2021年10月。
3. 陳麗娟，第三國進入歐盟政府採購市場規章之研究，貿易政策論叢，27期，頁115-137，2017年9月。
4. 蔡中民，國家資本主義的歷史發展與理論派絡，台灣政治學刊，19卷2期，頁7-39，2015年12月。
5. 羅昌發，國際貿易法，2010年9月。

### 二、外文

1. Bénitah, Marc (2019), *THE WTO LAW OF SUBSIDIES: A COMPREHENSIVE APPROACH*, Netherlands: Wolters Kluwer.
2. Blažo, Ondrej, *A New Regime on Protection of Public Procurement Against Foreign Subsidies Distorting the Internal Market: Mighty Paladin or Giant on the Feet of Glay?*, 21(2) INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW REVIEW 138 (2021).
3. Bovis, Christopher (2015), *THE LAW OF EU PUBLIC PROCUREMENT*, UK: Oxford University Press.
4. Bradford, Anu (2020), *THE BRUSSELS EFFECT, HOW THE EUROPEAN UNION RULES THE WORLD*, UK: Oxford University Press.
5. Crochet, Victor & Hegde, Vineet, *China's 'Going Global' Policy: Transnational Production Subsidies under the WTO SCM Agreement*, 23(4) J. INT. ECON. LAW 841 (2020).
6. Gulotty, Robert, *WTO Subsidy Disciplines*, 21 WORLD TRADE REV. 330 (2022).
7. Horlick, Gary N., *An Annotated Explanation of Article 1 and 2 of the WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures*, 8(9) GLOB. TRADE CUST. J.



- 297 (2013).
8. Käseberg, Thorsten & Gappa, Sohpie, *Systems Competition- China's Challenge to the Competition Order: Do We Need New Rules to Protect a Level Playing Field for Competition with Firms from non-European Union Countries?*, REPORTER 16-2 CLI 175 (2020).
  9. Krenek, Filip & De Smijter, Eddy (2022), *From a White Paper to Proposal for a Regulation on Foreign Subsidies: Filling a Regulatory Gap in Protecting the EU Internal Market*, in Manjiao Chi, Marc Bungenberg & Andrea K. Bjorklund eds., ASIAN YEARBOOK OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW. (New York City: Springer).
  10. Lang, Andrew, *Heterodox Markets and Market Distortion in Global Trading System*, 22(4) J. INT. ECON. LAW 677 (2019).
  11. Luja, Raymond, *The Foreign Subsidies Regulation: Countering State Aid Beyond the European Union*, 2 ESTAL 187 (2021).
  12. Matsushita, Mitsuo, Schoenbaum, Thomas J., Mavroidis, Petros C. & Hahn, Michael (2015), THE WORLD TRADE ORGANIZATION, LAW, PRACTICE, AND POLICY, UK: Oxford University Press.
  13. Müller, Wolfgang (2017), WTO AGREEMENT ON SUBSIDIES AND COUNTERVAILING MEASURES: A COMMENTARY, England: Cambridge University Press.
  14. Sauvé, P. & Soprana, M., *Disciplining Service Sector Subsidies: Where Do We Stand and Where Can We (Realistically) Go?*, 21(3) J. INT. ECON. LAW 599 (2018).
  15. Shwartz, Warren F. & Harper, Eugene W., *The Regulation of Subsidies Affecting International Trade*, 70(5) MICH. LAW REV. 831 (1972).
  16. Tokas, Marios, *Play the Game: The EU's Proposed Regulation on Foreign Subsidies*, 56(5) J. WORLD TRADE 779 (2022).





# **An Analysis on the EU Regulation on Foreign Subsidies Distorting the Internal Market**

Nan-Hsun Chang<sup>\*</sup>

## **Abstract**

Subsidies perceived as instruments of governments to spur industrialization and innovation and create economic growth in target sectors were predominantly provided only to the domestic producers, and there is no reason to confer the same benefits to foreign companies in other countries. However, accompanying the development of globalization and the growth of the global value chain, the function of subsidies has broken out of the limitation of supporting domestic industries as usual. Governments may transfer financial support to the subsidiaries and enhance their competitiveness in foreign markets, by providing low-priced products, services, or preferential loans through the state-owned enterprises. Regardless of the forms, subsidies provided by foreign governments may confer benefits to their overseas subsidiaries and use the low-cost advantages to exclude competitors in the markets of the host countries, which will impair the environment of competition in the countries' markets. Through these unfair commercial

---

<sup>\*</sup> Associate Prof., Department of International Business, Soochow University; Ph.D. Department of Law; National Chengchi University.

Received: October 21, 2022; accepted: June 29, 2023



activities, subsidized enterprises also can strategically acquire important foreign enterprises and assets at higher prices in foreign markets, or participate in government procurement involving important infrastructures at an abnormally lower price. Although there are generally competition regulations, anti-subsidy laws, government procurement laws, and foreign investment review mechanisms at the domestic level, the problems caused by foreign subsidies still can't be adequately addressed. On 28 November 2022, the Council of the European Union and the European Parliament adopted the Regulation on foreign subsidies distorting the internal market (FSR). To deal with the distortive effects caused by foreign subsidies in the Single Market, the FSR delivers the concepts of foreign subsidies, and market distortions, and establishes a general procedure of an investigation initiated by the Commission ex officio to find out the subsidies at first. Secondly, it categorizes the other two models of foreign subsidies according to the different commercial activities, including the acquisition and government procurement, and provides the special review procedures separately. For the investigations, the FSR imposes the obligations of pre-notification on the participants in the cases of merger or government procurement and requires them to provide information about the amount of the subsidies they received from the third countries. The FSR also authorizes the Commission to initiate preliminary and in-depth investigations, find out the existence of the distortive foreign subsidies, and make decisions about the calibrated redressive measures to alleviate the negative effects caused by the foreign subsidies. This article attempts to analyze the initiation, the



元照出版提供 請勿公開散布

一一二年十二月

歐盟之扭曲內部市場外國補貼規則之研究 67

contents, the arguments, and the related issues raised by the FSR, including the consistency with the WTO Agreement.

**Keywords:** Foreign Subsidies, Regulation on Foreign Subsidies Distorting the Internal Market, SCM Agreement, Market Distortion, Transnational Subsidies