

美国芯片规则的 WTO 合规性检视与中国因应

宋云博¹ 谢兰星²

(1. 西南政法大学, 重庆 401120; 2. 华东政法大学, 上海 200071)

摘要: 美国《2022 年芯片与科学法案》大幅增加了对美国半导体产业和科学研究的财政资助, 也对与中国等“受关注国家”半导体产业的国际贸易设置了壁垒, 包括“护栏条款”等限制性条款, 并配合半导体技术出口管制和外资安全审查手段系统实施了针对“受关注国家”半导体产业的限制政策措施。在推进中国式涉外法治现代化语境中, 为捍卫和深化以国际法为基础的全球多边自由贸易体制, 应在 WTO 法及其非歧视待遇原则下检视该法案限制性措施的合规性问题, 厘清美国芯片规则措施与出口管制、外资安全审查配套措施等底层逻辑和运行机理, 并寻求运用国际贸易争端解决机制和中国涉外反制裁措施, 保护中国半导体产业发展的合法正当权益。

关键词: 美国芯片措施; 出口管制; 外资安全审查; WTO 合规性

中图分类号: D996.1

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2025) 05-0058-14

一、引言

在霸权主义和单边主义思维导向下, 基于打击日益激烈的国际科技竞争对手和保护国内日益萎缩的半导体制造业, 美国政府采取了一系列针对半导体制造、研发和供应链安全投资以及激励措施。作为“科技霸凌”合规化、“数字霸权”法定化的典型例证之一, 《2022 年芯片与科学法案》(下文简称《法案》) 明确规定: 美联邦政府将在未来 5 年内为美国半导体行业和开放式无线网创新活动提供总计价值 542 亿美元的财政拨款和 25% 的投资税收抵免, 以提高美国半导体制造业的竞争力。与此同时, 针对国内接受补贴的半导体企业与所谓“受关注国家”市场主体之间的芯片贸易和产业投资, 还专门设置了“护栏条款”(guardian provisions)。亦即, 禁止接受美国投资补贴的企业与“受关注国家”进行半导体产能实质性扩张的重大交易, 并要求接受补贴的企业在协议期间需要披露与“受关注国家”半导体产业相关的所有交易。此外, 美国还扩大了针对“受关注国家”半导体出口管制的物项范围, 增

作者简介: 宋云博, 西南政法大学国际法学院教授, 中国—东盟法律研究中心(区域国别学院)研究员, 研究方向: 涉外法治、“一带一路”区域国别贸易投资法、网络与数智法治理论与实践; 谢兰星, 华东政法大学博士研究生, 研究方向: 国际仲裁与争议解决、WTO 法理论与实践。

基金项目: 教育部人文社会科学规划基金项目“中国式现代化的涉外法治内涵体系研究”(项目编号: 23YJA820023); 中国法学会 2025 年度部级法学研究重大课题“涉外法治理论和实践自主知识体系建构研究”(项目编号: CLS(2025)A07); 重庆市社会科学规划重大项目“重庆打造内陆制度性开放综合枢纽研究”(项目编号: 2024ZXZD022); 重庆市研究生教育教学改革研究项目“涉外法治研究生专业素养与课程思政融合培育模式研究”(项目编号: yjg243044)。

加了美对华半导体交易外资安全审查力度，构建了针对中国等“受关注国家”的半导体产业攻防机制。这给中国芯片产业等高新科技产业发展带来了巨大风险和挑战。为此，中国于2022年12月在世界贸易组织（WTO）对美国滥用出口管制措施限制芯片等国际贸易提起了诉讼，主张美国有关芯片产业的歧视性扶持政策明显违反了WTO公开、透明、非歧视的原则，这也对加快建构完善中国特色社会主义涉外法治体系和全面提升涉外法治斗争能力水平提出了新的更高要求。在推进中国式涉外法治现代化进程中，要“坚持统筹国内法治和涉外法治”。中共二十大报告指出要“加强重点领域、新兴领域、涉外领域立法，统筹推进国内法治和涉外法治，以良法促发展、保障善治”。加强涉外法治建设既是以中国式现代化全面推进强国建设、民族复兴伟业的长远需要，也是推进高水平对外开放、应对外部风险挑战的当务之急；要从更好统筹国内国际两个大局、更好统筹发展和安全的高度，深刻认识做好涉外法治工作的重要性和紧迫性，建设同高质量发展、高水平开放要求相适应的涉外法治体系和能力，为中国式现代化行稳致远营造有利法治条件和外部环境。因此，在WTO规则框架下深入检视美国芯片规则措施的合规性问题，对于维护世界自由公平贸易秩序和中国企业公民合法正当权益尤为必要。

二、底层逻辑：《法案》对关键技术世界自由公平贸易的规则限制

美国的《法案》及《出口管制条例》，不仅是为复兴美国半导体产业，还具有联合盟国彻底封锁中国半导体产业发展的战略博弈意图，这也是《法案》的经济利益驱动力和底层逻辑。为更好发展中国半导体产业关键技术，维护中国企业合法权益，应先剖析厘清美国芯片规则措施蕴含的非法意图和制约目标。

（一）设置半导体全球供应链的国际贸易壁垒

为了保障美国技术领先地位和所谓的供应链安全，《法案》规定：获得美国政府补助的企业不得参与在中国或其他“受关注国家”的实质性扩大半导体产能的重大交易。被资助企业在获得美国商务部补贴资格前，应先与部长签订协议；自签订协议起算，相关实体在10年内不得参与协议中定义的任何重大交易；协议有效期内，被资助企业应将其在中国或其他“受关注国家”的实质性扩大半导体产能的重大交易计划告知美国政府，美国商务部、国防部和国家情报局会在收到通知的90天内确认该计划是否违反协议；若被认为违反协议，该被资助企业必须在45天内提供重大交易计划已经停止或放弃的证据；若未能及时提供证据，美国商务部有权全额收回之前提供给被资助企业的政府补助。《法案》针对芯片投资补贴和“护栏条款”的限制，会影响到包括中国芯片产业链在内的全球上下游供应链的正常运转，会影响中国芯片产业在全球产业链、供应链和价值链的比重。此外，《法案》对半导体出口物项

的管制也旨在禁止美国研发或享有的技术或产品流入中国等所谓的“受关注国家”。同时，中国企业在与美国进行芯片产业的技术合作、交易和投资时，“护栏条款”规则还增加了对中国企业的投资安全审查程序和特别报告义务。这种针对中国等所谓的“受关注国家”的限制性措施，不仅背离了 WTO 自由贸易的原则精神，还以美国产业政策为引导，变相制造了半导体产业链、供应链全球合作的贸易壁垒。

（二）滥用规则制造歧视性的国际贸易待遇

《法案》旨在限制“受关注国家”半导体先进制程的发展，并吸引国际半导体产业链供应链回流美国。在补贴主体的认定上，排除“受关注国家”主要控制的企业享有美国芯片投资补贴的申请资格；在客观效应上，吸引优势半导体产业链迁移至美国投资设厂。因此，当中国的半导体产品或投资想要进入美国市场时，由于芯片投资补贴的接受者须履行“护栏条款”义务，为避免与中国半导体企业发生交易触发“护栏条款”程序性审查，会放弃购买源于中国的半导体供应链产品，或放弃与中国半导体企业的投资交易，从而阻止来自中国的半导体产品和投资在美国市场上的竞争力。

《法案》设置的“护栏条款”、税收优惠和科学研究中的限制性措施给予不同国家的差异性投资待遇，明确排斥了“受关注国家”符合上述条件的同类产品进入美国市场，只允许美国所谓“友好国家”进入其市场，从而达到其芯片产业供应链的全球布局。这种滥用规则的单边主义行为进一步阻碍了中国等“受关注国家”的半导体产业发展，也违背了国际公平贸易和投资的相关待遇原则。

（三）细化“接受补贴市场实体”的禁止性义务规则

作为配套规制措施，美国商务部《美国芯片基金战略》详细规定了芯片基金的申请主体资格和申请程序，“护栏条款”等限制性条款限定了接受补贴的适格主体和禁止性义务。首先，“可申请补贴的实体”是在半导体生产、制造和研发具有充分实力的企业；其次，在适用要求方面，芯片基金只能用于在美国建设相关设施，不得用于在国外的建设或运营；最后，受“护栏条款”限制，美国商务部对芯片项目的实施严格问责、实时报告并监督。^①第一，芯片项目办公室（CPO）将对资金申请主体进行严格审查，以确保项目的经济可行性与芯片战略的相符性。经严格审查合格的市场主体，需受 CPO 规定的绩效、报告义务、审计程序约束。CPO 将核实项目的技术和财务情况、提供公共资金的合理性、申请人的组织结构和运营能力，并且还会评估项目的经济影响。第二，如果受资助者未能按时启动或完成项目或未能履行某些承诺，美国商务部可以收回资金。第三，CPO 将监督“护栏条款”的实施，以确保受资助者不会将最新技术转移到国外进而危害国家安全。受资助者在 10 年内

^① 美国商务部. 美国芯片基金战略[EB/OL]. <https://www.nist.gov/system/files/documents/2022/09/07/CHIPS-for-America-Strategy.pdf>. [2022-10-15] (2025-03-01).

不得在中国和其他“受关注国家”从事涉及实质性扩大半导体研发能力的半导体交易。CPO 将严格监督资金使用情况，以确保受资助者履行承诺；如果受资助者滥用获得的资金，CPO 将收回向其提供的资金或者采取其他救济措施。对于在美投资设厂的半导体企业，一旦接受美国投资补贴，则与美国半导体竞争战略捆绑，在内部管理和对外经营方面都负有严格的审慎义务和禁止性约束。

三、义务审查：美国芯片规则的 WTO 合规性检视

美国对中国芯片采取的系列措施，以《法案》立法为政策指导，以半导体出口管制措施为重要工具，加以特别投资安全审查制度为后续支撑，建立起一套芯片产业竞争机制。但这对“友好国家”和“受关注国家”在出口物项、投资和贸易领域进入美国市场的不同待遇，表现出明显的差异性和歧视性。美国主张半导体供应链的缺失可能影响美国国家安全和经济安全，但在 WTO 体系下的投资和贸易的“安全例外”规则，有更为审慎和全面的解释。因此，有必要在 WTO 体系的“安全例外”规则下检视探讨美国芯片规则措施的合规性。

（一）《法案》限制性措施的 WTO 合规性分析

《法案》主要分成 3 个部分，即财政资助、科学研究以及税收抵免和限制性措施。其限制投资的条款主要集中在半导体制造领域，其中以“护栏条款”为代表的限制性条款大致可从 3 个层面解读：一是接收补贴实体禁止与受关注国家进行实质性扩张的重大交易；二是接收补贴实体在协议期间需要披露与受关注国家扩充产能相关的交易；三是相关税收抵免不适用于中国或其他受关注国家，接收补贴的实体与受关注国家进行了实质性扩张的重大交易需要退还税收抵免。《法案》涉及的半导体物项和技术研发，更多是围绕半导体产品进入美国市场的可能性和国内税收方面的措施，应归属于《1994 年关税与贸易总协定》（GATT1994）的适用范围。因此，应从 WTO 项下 GATT1994 的“最惠国待遇”“国民待遇”和“安全例外”内涵释义出发，以分析《法案》相关限制性条款的合规性问题。

1. 违反“最惠国待遇”条款义务

WTO 规定的最惠国待遇所指向的对象是利益、特权、优惠或豁免等，其表现形式为进出口环节征收的关税和费用及征收这些关税和费用的方法、规定和程序等。这些便利条件可统称为“优势”，既可以是实质上的内容或条件，也可以是程序和实践形式。如前文所述，《法案》设置的限制性条款阻碍接受补贴的实体同“受关注国家”进行任何可能导致对方产能扩张的重大交易，接受投资补贴的实体负有更严格的禁止性义务。一方面，假如《法案》的限制性条款被严格适用，来自“受关注国家”的半导体企业则难以到美国投资设厂，同时“受关注国家”有关半导体的同类产品进入到美国市场的可能性大大降低；另一方面，被美国列为友好国家的半导体产品进

入美国市场抢占芯片供应链市场,获得更大的竞争优势。WTO 最惠国待遇规则要求,对于任何缔约方给予的利益、优惠、特权和豁免应当无条件、立即、广泛地、普遍地给予所有 WTO 成员方。然而,“受关注国家”和未列为关注国家的同类或相似半导体产品在美国市场享有的竞争优势完全不一样,美国可能会主张此种优势并非美国在针对产品进出口关税、费用、程序的直接性行为,接受补贴的美国半导体企业根据国内产业政策引导的偏向性选择不可归责于政府行为。但“加拿大一汽车产业”案的专家组认为,加拿大仅对原产于某些国家的机动车授予关税豁免的做法违反了 GATT 第 1 条第 1 款的规定,上诉机构支持了专家组这一主张。其认为 GATT 第 1 条第 1 款所指的优惠和歧视不单指法律上的直接规定,还包括间接性造成进出口产品差异性待遇的事实行为。^①“欧共体—香蕉Ⅲ”一案对 GATT 第 1 条第 1 款的法律要件进行了解释,专家组认为首先应该判断该措施是否创设了 GATT1994 第 1 条第 1 款所涵盖的某种优势,其次判断该种优势是否是某一成员方给予其他成员方的,最后判断此种优势是否同样给予其他成员方。^②据此,尽管美国没有直接在进出口政策或程序上设置歧视性措施,但是其国内出台芯片产业政策对接受补贴实体的偏向性引导会造成来自“受关注国家”对美投资和产品出口量降低。这种偏向性政策引导造成的差异性竞争优势尽管并非直接给予了某一成员方优势,但事实上造成某些成员方的劣势也使另一方或几方的产品进入美国市场变相获得优势,而这些优势并没有广泛地、无条件地给予任何 WTO 成员方相同或相似产品。这自然也不符合 GATT 最惠国待遇的规则要求。

2. 违反“国民待遇”条款义务

WTO 规定的国民待遇是指等同于或不低于给予本国国民的待遇。GATT 第 3 条第 2 款、第 4 款规定了商品和关税国民待遇的具体内涵和表现形式。当中国与半导体产业上下游生产链的产品进入美国市场,由于接受芯片投资补贴的实体受“护栏条款”限制,同中国进行重大交易的程序阻力增大,供应链波动导致中国半导体产品的成本价格上涨,进而可能造成来自中国的半导体产品进入美国市场的竞争力低于美国国产半导体产品,产生实际扭曲市场竞争秩序的效果。此时,美国可能主张 GATT1994 第 3.8(b) 条的“国内生产补贴例外”进行抗辩。“美国诉欧盟大飞机补贴案”确立了“国内生产商补贴例外”的先例。该案专家组认定不能仅仅因为一成员国给予从事生产活动的国内企业补贴,就认为该项补贴存在受 GATT1994 第 3 条所约束的歧视性因素。“巴西酒税案”上诉机构观点进一步明晰了“国内生产商支付补贴”的适用范围。首先,被豁免的补贴是那些仅向国内生产商支付的补贴,不包括吸引外国投资者交易的补贴或优惠;其次,一成员向国内生产商提供补贴的

^① Appellate Body Report, Canada—Autos, para. 78.

^② Spain—Tariff Treatment of Unroasted Coffee, L/5135, GATT Panel Report Adopted on 11 June 1981, 28S/102, 111, para. 4.3.

条件也不能要求其使用本国国内产品,或者设置国内产品优于进口产品的条件。^①从《法案》的立法原意和补贴范围看,并未规定接受投资补贴的“适格主体”国别限制,而是通过对其认定的适格实体给予补贴的方式吸引赴美投资建厂,从而发展美国半导体制造业。《法案》似乎不是“仅仅”向国内生产商提供补贴,而旨在吸引外国半导体研发企业或者投资机构在美国设厂;从补贴附带的资格条件进行分析,尽管《法案》没有明确表明“要用美国国内产品替代进口产品”,但是其立法目的是为弥补国内半导体脆弱生产缺口,其设置“护栏条款”为交易条件存在以进口替代作为获得补贴条件的竞争意图,符合以进口替代产品的具体表现形式。因此,GATT1994第3.8(b)条的国内生产例外豁免规定不应适用于《法案》所规定的投资补贴类型。接受补贴的实体受“护栏条款”限制会产生“国内产品替代受关注国家进口产品”的实际效果,“受关注国家”半导体产品进入美国市场后与美国国内半导体产品所享有的差异性待遇也显然不符合缔约国应承担GATT项下的国民待遇义务。

3. 不符合 GATT 第 21 条安全例外条款义务

GATT 第 21 条规定了成员国保护基本安全利益的安全例外条款。当前国际贸易规则适用的国家安全例外已从传统安全领域上升到高科技竞争和国家战略竞争的层面。“俄罗斯过境运输案”确立援引 GATT1994 第 21 条安全例外必须存在国际关系的紧急情况,即现实地、紧急地存在对国家安全的威胁状态。这种威胁通常源于现实的危害国家国防利益、军事利益、公共道德秩序和法律秩序等严重冲突的情况,且不存在采取除安全例外条款措施以外的其他可替代手段。^②具体可遵循以下判断标准:一是所保护的争议利益价值要大于所牺牲的利益价值;二是例外措施没有可以替代手段的选择,或者例外手段的负面影响是最小的,不存在对自由贸易损害程度更小、更符合 WTO 规则的替代措施。援引 GATT 第 21 条的安全例外也需要符合善意履行的主观目的。成员在援引安全例外条款时需具备真实保护本国基本安全利益的需要,不可利用此条款达到贸易保护目的,进而逃脱 WTO 项下的条约义务。因此,主观善意援引的主张存在正反两方面论证,由于目的和动机多为主观层面,所以一般需要利用间接证据综合分析其主观状态,善意与否的判断标准一方面可以就例外措施采取的背景和现状进行审查,另一方面也可以从例外措施所行使的限度和必要性进行审查。简言之,在具体的争议中审查是否符合国家安全例外的标准为:确定是否存在危及一国基本安全利益的紧急措施;一国所采取的安全措施是否发生在紧急情况;援引安全例外成员方的措施是否可以解释为真诚善意采取的保护国家安全措施;援引

① WT/DS472/16 Brazil-Taxation: The Appellate Body reversed the Panel's "overly broad and unqualified" findings that subsidies provided exclusively to domestic producers pursuant to Art. III:8(b) were not perse exempt from Art. III. The Appellate Body concluded that while Art. III:8(b) can in principle justify these type of subsidies, none of the measures at issue were justifiable under Art. III:8(b) as they involved exemption and reduction of internal taxes and thus could not constitute "payment of subsidies" under that provision.

② Russia-Measures Concerning Traffic in Transit, Report of the Panel, WT/DS512/R, 5 April 2019, at para. 7.74.

安全例外成员方的措施是否符合此类安全措施的“最低合理性要求”。^①《美国芯片基金战略》公开表述为“针对半导体供应链的财政资助旨在维护美国的国家安全和经济安全，因而商务部将优先投资能够解决供应链风险的项目”。美国片面强调半导体制造业在美国经济链的重要性，半导体的软件和技术关联到美国的汽车、超级计算机和人工智能等技术的发展。当前美国半导体产业的脆弱将危及美国军事和高新技术上的竞争安全，因此其限制性措施是保护美国国家安全利益的正当行为。但涉及半导体的产业利益显然不能跟一国的领土、政治或者军事安全相匹配。美国所主张的半导体脆弱供应链将会削弱美国军事和技术安全的“危害”只是一种预期的“未雨绸缪”，并非实际存在的、客观的、紧急的危害状态。美国芯片系列措施的立法目的旨在维护“美国优先”的绝对优势地位，削弱打压中国等受关注国家的半导体竞争优势。这种对中国等“受关注外国”半导体交易和投资的差异性措施，难以被解释为符合善意原则的“国家安全利益”。

（二）美国半导体出口管制限制性措施的 WTO 合规性分析

美国商务部工业与安全局（BIS）发布了《针对中国获取先进计算和半导体制造技术的新出口管制》（以下简称《新出口管制》），在现有《出口管制条例》的基础上对高性能芯片和半导体制造领域的涉华出口活动做出了多维度、全方位的管制：一方面针对高性能运算 / 高端存储芯片相关技术加大对中国的出口管制，另一方面将 31 家中国实体企业列入未经核实清单（UVL）。《新出口管制》主要包括新增或修改了 ECCN 编码、新增特定直接产品原则、新增对美国人特定活动的限制，以及新增最终用途管控，以限制中国大算力、先进制程半导体芯片及半导体制造和检测设备的发展。

1. 不符合实质性普遍取消数量限制规则义务

GATT 第 11 条第 1 款对成员方实施数量限制的措施进行了一般性的禁止：任何成员不得制定或维持配额、进出口许可证或其他措施限制其他成员产品的进口。针对特殊产品的许可证制度本身是一国为了调整国内贸易市场、稳定国内市场秩序的调控手段。但当其措施意图和目的是实施贸易保护时，许可证制度则会变相成为限制数量额度的措施，起到数量配额的贸易保护作用。在针对半导体出口物项的具体管制环节，《新出口管制》新增“外国直接产品规则”“最终用途管控规则”和“美国人行行为限制规则”以扩大出口物项的管辖连接点，并将所涉上述物项的出口行为规制纳入许可证申请范围。这些措施增加的审批手续以及出口物项的严格认定，将会分散国际半导体产业链在中国投资的资本、技术和人才。加之以美国芯片巨额投资补贴的吸引力，国际半导体供应零件和设备将会优先供应美国本土产业建设需求，

^① 世贸组织散发沙特知识产权案(DS567) 专家组报告. 中华人民共和国常驻世贸组织代表团[EB/OL]. <http://wto.mofcom.gov.cn/article/zddt/202007/20200702985444.shtml>. [2020-05-22][2024-04-13].

中国国内半导体设备对出口物项的需求可能会遭遇涨价或紧缺的可能。美国进出口许可证制度实际成为限制数量额度的工具，达到美国贸易保护的目的。

2. 不符合非歧视实施数量限制规则义务

GATT1994 第 13 条规定了非歧视性地适用数量限制：当一个国家由于数量限制的例外情况需要制定某些限制性措施时，应平等地禁止或限制来自所有第三国的相同或类似产品的进口和出口。如若需采取数量限制措施，各成员应确保这些措施产生的阻碍和限制是公平合理和非歧视性的，并尽量减少数量限制对市场竞争秩序的扭曲。《新出口管制》对华出口半导体物项增加了较为复杂的出口许可条件或者出口许可程序，且是针对中国等“受关注国家”的歧视性措施，并未对其他第三国实施同等禁止或限制。这种歧视性限制措施的合理性评判可参照“美国虾产品进口限制案”专家组对“不合理歧视”的认定标准，即：一个出口国的产品进入另一个进口国境内应采取与其他国家同类产品相同或相似的监管措施；涉案措施在适用时程序应当是规范的，而不是任意的；涉案措施的程序和条件应当是公开透明的，尽可能减少申请程序的不可预知和任意性。^①实际上，即使是一成员根据例外条款采取保护性措施，也应保障这种措施对每个成员方产生的阻碍和限制是公平合理的、没有歧视的。但美国针对含有半导体高新技术的物项或产品进入特定市场的行为，严重背离了 GATT 项下的非歧视实施数量限制原则。美方主张针对先进半导体技术出口管制的《新出口管制》是维护美国国家安全的合法行为，符合 GATT 第 21 条的安全例外，但分析新规物项的具体编码，先进半导体的范围类别广泛，大多是各领域的通用产品和民用产品，并不是同裂变物质或者武器、弹药或者作战物资交易相关的货物产品，其对国家安全利益的泛化解释并不满足 GATT1994 第 21 条的安全例外规则。同时，安全例外措施的状态要求处于“国际关系紧急状态”，但是当前中美两国并未处于战时、敌对或国际关系中的紧急状态。美国所谓的“贸易竞争状态”，并不是足以使美国停止履行 GATT 项下义务的正当理由。此外，对安全例外措施的行使要求是“必需的”，没有更为合理的、伤害性更小的替代措施，但是美国并没有采取谈判、斡旋等其他方式控制半导体价格或者控制成本等其他方式，而是单方面直接针对中国的禁止或限制出口。这不符合“必需性”规则要求。可见，美国针对中国获取先进计算和半导体制造技术的出口管制措施，也不符合 GATT 第 13 条关于非歧视性实施数量限制的定义及 WTO 项下自由公平贸易的精神内涵。

（三）美国半导体外资安全审查歧视性措施的 WTO 合规性分析

2018~2019 年间美国相继出台了《外国投资风险审查现代化法案》（FIRRMA）和《关于审查涉及外国人及关键技术特定交易的试点计划的决定和暂行规定》，进一步扩大了针对半导体投资并购交易管辖的审查范围，严格限制了审查程序和审查

① United States Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/AB/R, 12 October 1998, para. 118.

周期。^①一方面, FIRRMA 新增了对“特别关注国家”的投资交易关注, 即通过战略目标展示或宣布获得美国关键技术或关键基础设施的交易, 并且对于这种基础设施和信息技术将会影响国家安全利益的投资交易进行特别关注。另一方面, FIRRMA 还强化了关于中国投资交易报告的规定, 要求美国外国投资委员会 (CFIUS) 每两年履行向国会报告中国企业在美投资的特殊义务直至 2026 年。对于报告的内容包括中国企业投资领域、投资模式和性质、行业规模及市值、中国投资者在美实际控制或关联企业的数量, 以及这些企业与“中国制造 2025”计划的关联程度等。^②

《法案》生效后, 任何涉及“推进新进程半导体研发”的重大交易都将受到“护栏条款”的严格限制, 半导体关键技术的交易将会强制申报并且全面审查监督。其一, 受资助企业须按其协议承担对美国 CPO 部门的信息披露义务。其二, 受资助企业须将计划与“受关注国家”的重大交易事先告知美国商务部, 美国商务部应在 90 天内决定相关交易是否违反“护栏条款”的义务。尽管此条款并未明确要求在决定作出前中止或禁止实施交易, 但是基于决定的回溯性惩罚, 如果认定违反“护栏条款”, 则会没收此前的全部资助金额。因此, 从跨境交易实践和违法成本角度看, 受资助企业并不愿承担此种风险, 则中国企业与受资助企业斡旋、磋商的时间和资金成本随着交易的不确定而相应增加。然而, 为鼓励美国企业与美国关系密切的国家加强情报共享与国防合作, FIRRMA 新增了“例外国家”与“例外投资者”的相关豁免性规定。CFIUS 确定将英国、加拿大和澳大利亚等国家列为美国外资安全审查的“例外国家”。^③经备案成为“例外国家”和“例外投资者”的企业可以获得 CFIUS 管辖豁免, 减少申报程序或不经申报。根据投资领域的最惠国待遇原则, 一方缔约国的国民或公司在另一方缔约国领土内享有的投资待遇, 不低于任何第三国国民或公司在投资活动中所享有的公平和公正待遇, 且不应通过不合理或歧视性措施损害投资活动的运作、管理、维持、使用。《法案》“护栏条款”和半导体外资安全审查的区别性待遇, 使得“受关注国家”的半导体产业投资准入待遇明显低于“例外国家”, 也将实质上损害中国投资者进入美国半导体产业投资的运作、管理和维持活动。这种管制措施对中国更严格和非常态的外资审查模式表现出强烈的“歧视性”和“针对性”。虽然美国芯片系列措施并未直接针对“受关注国家”的实体, 但是在一个公平、自由竞争的贸易市场上 AB 双方本是一个良性互动的实体。当政府以非正当性手段干预其中一方时, 则会衍生次级影响并扭曲公平贸易。进入美国市场的中资企业为满足正常的生产需求, 与接受芯片投资补贴的半导体企业进行交易合作时, 在原材料获取来源、设备及流片封测来源、关键技术合作的交流等方面为避免引发“护栏条款”不利后果, 自然也可能考量原材料生产地、技术和产品的出口流向等要素。

① FIRRMA, Section 1702.

② Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018, House of Representatives, Sec. 201(c)(II).

③ 根据美国财政部 2022 年 2 月公布的最新名单, 英国、加拿大、澳大利亚和新西兰在外资交易审查上被作为例外国家享受特殊待遇, 即这些国家的投资者在美国的投资将不属于投资管辖范围。

政府引导的商业行为导致隐含的当地成分要求和贸易平衡要求的情形发生也不无可能，但具体归因路径需在今后的实际案例中深入剖析。

四、因应策略：中国反制美国芯片规则的措施

美国长期非法利用“长臂管辖”“次级制裁”等措施实现贸易保护主义目的。在美国对华加紧科技封锁的大背景下，中国应健全完善《反外国制裁法》《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》等涉外法治体系，充分利用 WTO 法等国际法深度检视美国的产业政策，做好出境风险评估，必要时可通过 WTO 争端解决机制、美国国内司法救济等维护中国市场主体正当合法权益。

（一）寻求国际法层面反制美国芯片规则的救济途径

1. 因美国芯片制裁致损时积极寻求 WTO 救济

美国芯片系列法案基本排斥了“受关注国家”符合上述条件的同类产品进入美国市场，仅允许美国认可的“友好国家”进入市场完成芯片供应链布局，进而打击中国等“受关注国家”半导体产业的建立和发展。从形式要件看，这符合 GATT1994 第 1 条第 1 款所禁止的改变同类进口产品之间的竞争条件以对任何成员同类进口产品的竞争机会产生不利影响损害的措施，可能违反最惠国待遇原则。《法案》所主张的保护国家安全利益不符合 GATT1994 第 21（b）条的安全例外。美国为维持半导体产业竞争优势和重塑国际半导体产业格局，限制打压中国等国家的歧视性政策措施，不符合善意原则而被解释为保护国家安全利益，实质是单边实施贸易保护的霸权主义。因此，在中国半导体企业赴美跨境交易中，因触发《法案》“护栏条款”而遭受实质损害或实质损害威胁时，可向 WTO 起诉寻求权利保护。

2. 寻求反制美国芯片规则措施的国际投资仲裁救济

《法案》第 103（b）款限制受资助企业与“受关注国家”进行先进半导体制程的重大交易，包括中国实体以投资并购形式进入美国市场的交易。因此，当交易前期进行美国外资安全审查时，如果因为美国的政府管制行为遭受损失或者影响投资者享有公平与公正待遇或免于征收的权益时，外国投资者与东道国政府之间因东道国采取国家安全措施引发的争端可以提交国际仲裁。国际仲裁的适用要求存在中美 BIT，或者是中国实体的海外子公司或享有实际控制权的公司所在国与美国达成了 BIT；但目前中美之间没有直接约定有投资仲裁条款的投资双边协定。从获得国际仲裁管辖保护的角度分析，为增加中国企业赴美投资的救济途径，中国投资者可以与美国缔结双边条约或多边条约的国家进行选择，从与美缔结 BIT 的东道国投资进行国籍规划。事实上，中国跨境投资者通常也采取新设离岸子公司、契约式合作、海外参股或并购等方式进行国籍规划。《华盛顿公约》第 25 条规定：“具有东道国以外其他缔约国国籍的任何自然人或法人，如若法人实质上受外国投资者控制，经争端双方同意，也可以视同另一缔约国国民享受外国投资者的待遇。”因此，在当前美

对华半导体产业打压的背景下,赴美投资者应审慎设计组织架构,为可能发生的不利侵害创设更有利的救济途径。另外,在获得投资国际仲裁管辖保护后,可主张美国政府禁止并购交易的行为构成间接征收。间接征收虽然没有直接剥夺外国投资者的财产,但是东道国政府采取的不正当侵害或妨害投资者权益的正常行使,在实践中可能体现为东道国政府采取的拒绝投资者获得土地、原材料和劳动力等经济资源,施加高额税法或罚款,阻碍其正当司法救济等严重妨碍投资者正常经营的行为。因此,当美国政府在未阐明禁止并购交易的具体适用标准或者不正当阻碍投资者行使经营权给投资者造成严重损失时,中国投资者应尽可能通过 BIT 条约选购创造仲裁管辖权连接点,并提起国际仲裁主张该行为构成间接征收。

(二) 寻求美国法层面反制美国芯片规则的保护路径

1. 充分研判美国产业政策并进行合规评估

由于美国芯片产业政策的严格限制,中国半导体产业交易投资充满不确定性和高风险性,半导体企业以及投资机构需审慎评估全程交易风险,最大程度地保护交易方权益。在与受美国资助半导体企业进行交易合作时,应预估判断是否可能触发“护栏条款”。第一,全面梳理半导体产业供应链的设备和成分主要来源国家、对中国半导体相关的产业政策、技术出口管制和外资安全审查的限制。第二,预估判断中美半导体企业的交易内容是否涉及“扩大在华先进制程芯片研发制造与投资”,对“不明确内容”预测分析适用《法案》例外豁免的可能性。第三,如若 CPO 要求披露部分交易信息和技术秘密等,需要考虑是否符合中国《数据出境安全评估办法》和《技术进出口管理条例》的相关规定,避免触发中国反制裁救济措施。第四,交易方在经美国商务部或 CPO 审查时,可以考虑缓解协议达成的可能性,即放弃某些交易条件或者调整措施,消除美方认为的威胁国家利益要素而保证交易的继续进行。第五,为预防谈判失败或者阻碍产业发展目的的情况发生,应同步推进有关合作伙伴的可替代性方案,同时力争在与受资助企业的交易协议中明确必要的免责条款或保护退出机制。

2. 积极谈判协商力争达成“缓解协议”

“缓解协议”是适用于美国外资安全审查程序,CFIUS 与交易方协商采取的过渡性手段。关于重大交易的范围不仅包括半导体设备的买卖、技术研发项目,也可能包括对半导体投资并购等。与芯片项目的投资并购交易也可能会涉及缓解协议的谈判。其一,选择适当的谈判时机。在初审阶段,或者在知道或者应当知道交易难以通过审查时,企业通过自身风险评估是否有涉及美国国家安全利益的因素,如果有不确定性因素可以主动申报,争取与 CFIUS 谈判,寻找替代方案,积极主张诉求。其二,提前识别和评估交易风险。提前预估此交易是否带来对中国和美国所谓的国家安全风险,是否触发有关技术和信息等方面的制裁条款以及对于“缓解协议”达成的让步限度是否可能实现交易的核心目的。其三,争取谈判让步的内容。在《法案》

允许的半导体交易范围内,“缓解协议”谈判让步的内容更多是围绕被并购企业的“独立性”展开,因而可考量对管理人员任职、股权比例、敏感技术或信息的接触程度、运营数据报告等方面的让步,促使达成“缓解协议”。

3. 努力寻求美国国内的司法救济保护

如果中国在美企业与接受芯片投资补贴企业的正常交易遭受不法侵害,海外子公司可以依据美国法律寻求东道国救济。例如,《美国联邦宪法》也规定了保护外国投资者正当权利的事项,《美国宪法十四修正案》载明给予外国投资者和本国企业相同待遇的法律保护,对于遭受不法侵害的行为可以向法院起诉申请救济。尽管司法审查不会对国家安全利益实质性内容进行审查,但是其对美国政府行政行为的程序性要求予以强调并进行规范,行政行为不得违反《美国宪法第五修正案》中“未经正当程序剥夺财产”的规定。虽然这种程序性权利并不必然使起诉方获得实质性利益,或者改变原先的行政决定,但是诉讼行为本身也是一种谈判策略。通过诉讼行为给美国政府施压,加快行政程序的决定周期或者避免更多利益的损失也是一种预期性利益。

(三) 寻求国内法层面反制美国芯片规则的法律救济

1. 运用中国反外国制裁法律法规的救济机制

《法案》中“护栏条款”等限制性措施主要指的是接受美国芯片投资补贴的实体禁止与中国等“受关注国家”进行先进半导体制程的重大交易。该限制性措施直接制裁的对象是与中国实体交易的美国企业,如果其未遵守拟定协议中的内容,CPO将会收回对其的财政资助、税收抵免和其他优惠措施并加以处罚。因此,“护栏条款”的作用表现为次级制裁,其变相阻碍了中国实体与美国企业的正常交易,对中国公民、法人的合法权益造成了重大影响,同时满足《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》的适用条件。在此后中国企业与美国的半导体交易实践中,如果确认美国法律与单方面措施存在域外扩张不当适用的,中国政府和企业可以不予承认、不得遵守和执行相关单方制裁措施的禁令。《反外国制裁法》第3条“歧视性限制措施”的认定标准为:(1)该等限制性措施的适用对象应为中国公民和组织;(2)该等限制性措施具有遏制、打压、干涉中国内政的目的,具有对中国个人和组织的歧视性。美国针对半导体技术出口管制以及外资安全审查的措施直接指向中国公民和企业,同时该措施具有遏制和打压中国先进半导体研发制造目的。由此,中国政府可根据《反外国制裁法》第6条采取履行禁令、冻结资产和禁止与中国实体和个人交易合作等反制措施,以及采取《阻断办法》《不可靠实体清单规定》等兜底性质的制裁措施。对于因外国经济制裁遭受的损害,可以在中国法院进行索赔求偿。

2. 加快完善中国出口管制法律域外适用规则

目前中国针对美国技术出口管制的立法回应包括《不可靠实体清单规定》《出口管制法》等,但针对清单的管理规定过于原则化,很多标准细化不清。尽管《不

可靠实体清单规定》第 7 条明确对于损害中国国家主权、安全和发展利益的外国实体应当列入不可靠实体清单，但这 4 项因素仍较为原则，可参考美国《出口管制条例》第 744 条和第 746 条针对外国实体被列入管制清单的识别依据。加快细化加入管控清单的前提条件，同时完善被制裁主体的权利救济渠道。充分的程序正义可以更好地促进中国出口管制规则的域外适用，需明确被制裁主体的申诉权利，如何申诉，由谁处理，处理标准如何。同时，在申诉期间，可授予临时许可证，确定惩罚措施的时效追认。此外，适当扩展管制物项的“连接点”。美国《出口管制条例》规制的对象不单适用于境内生产或研发的技术产品，也适用于在美国境外的产品出口行为，只要其产品产自美国或者技术属于美国。可见，美国出口管制物项采用的连接点不仅包括美国自然人或法人国籍，还包括“产品国籍”和“技术国籍”。尽管当前这两种扩大管制物项连接点的理论尚未得到国际上的广泛实践，但是针对特别重要战略性物项或者应对他国不正当制裁时，可以考虑适当采用此标准进行反制。当前，中国最新修改的《禁止出口限制出口技术目录》加入了有关半导体生产制程相关的重要技术。但面对当前美国全面遏制中国半导体产业发展的严峻形势，可适当扩张芯片先进制程物项的出口管制范围。当然，中国在批判吸收美国出口管制机制时，应当防止管辖权的过度扩张而不合理侵害他国主权，因而可按照管制物项的重要程度和中国技术或制造参与比重分级别划分管制物项。对于涉及两用物项、军品出口和核出口等与国家安全有重大利益的物项扩大“产品国籍”和“技术国籍”，同时对于这些物项的制造生产、技术来源国内比例等细化规定。对于具体的标准比例，应当在组织充分的安全论证后审慎确定。

五、结语

坚持推进国内法治和国际法治统筹前进，推动中国法律域外适用法律体系建设，全面维护中国国家主权、安全 and 经济利益。《法案》的限制性措施配合出口管制和外资安全审查机制，企图全面封锁“受关注国家”半导体先进制程发展。美国阻碍他国半导体产业发展的政策措施违背了 WTO 非歧视性待遇义务。从企业自身层面来看，中国半导体企业在进行产能布局和重大交易时，需要充分研析美国外资安全审查的程序和标准，及时做好尽职调查和风险合规，同步研究中国和美国有关半导体技术出口管制的政策。同时，针对核心技术和敏感信息进行数据安全出境评估，以降低合规风险。此外，也要充分利用 WTO 争端解决机制、国际投资仲裁和美国国内法进行救济，切实维护好自身权益，努力减少交易时间、经济成本等损失。在国家层面上，对于美国滥用出口管制和次级制裁等行为，需要充分利用国际法促进国际规则话语权。美国长期对外实施长臂管辖和科技制裁，应完善中国《反外国制裁法》《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》以及“不可靠实体”清单的适用范围、适用标准和可执行性，构建完善中国法律域外适用规则体系。同时，中国应积极参

与推动建构更加公平合理的国际规则秩序，引领创造人类涉外法治文明新形态，保障构建人类命运共同体。

参考文献：

- [1] 陈妙,刘勇.美国外资并购国家安全审查的制度演变、实施特征与应对策略研究[J].国际关系法学刊,2021,(9).
- [2] 杜涛,周美华.应对美国单边经济制裁的域外经验与中国方案——从《阻断办法》到《反外国制裁法》[J].武大国际法评论,2021,(4).
- [3] 李万强,张嘉兴.美欧芯片补贴立法的最新动向及对我国的启示[J].国际贸易,2023,(4).
- [4] 刘瑛,李琴.《出口管制法》中的域外适用法律规则及其完善[J].国际经济评论,2021,(4).
- [5] 宋国友.拜登政府对华经贸政策:再调整与新竞争[J].太平洋学报,2022,(10).
- [6] 王燕.中资数据处理企业在美国投资面临的安全审查及法律应对——以 TikTok 在美国封杀为例[J].法治社会,2020,(5).
- [7] 徐丰等.美国高技术产业补贴政策体系探析——以半导体产业为例[J].美国研究,2022,(5).
- [8] 袁培皓.国际投资仲裁与中企赴美投资利益的保护[J].北京仲裁,2021,(2).
- [9] 张超汉,刘静.WTO 框架下美国大飞机补贴实证研究——以“欧盟诉美国大飞机补贴案”为例[J].国际经贸探索,2020,(4).
- [10] 张生.国家安全审查的国际投资仲裁救济探析[J].国际商务研究,2019,(5).
- [11] Cédric,D.,Milberg,W. Intellectual Monopoly in Global Value Chains[J].Review of International Political Economy,2020,(5).
- [12] Heath,J. B.The New National Security Challenge to the Economic Order[J].Yale Law Journal,2020,129(4).
- [13] Li,J.,et al.Diplomatic and Corporate Networks: Bridges to Foreign Locations[J].Journal of International Business Studies,2018,(9).
- [14] Panizzon,M.Good Faith in the Jurisprudence of the WTO—The Protection of Legitimate Expectations,Good Faith Interpretation and Fair Dispute Settlement[M].Oxford:Hart Publishing Ltd.,2006.

WTO Compliance Review of US Chip Rules and China's Response

SONG Yunbo XIE Lanxing

Abstract: The US Chips and Science Act of 2022 significantly increases financial funding for the US semiconductor industry and scientific research, and also sets barriers to international trade with the semiconductor industry in “countries of concern” such as China, including restrictive provisions such as “guardian provisions”, and systematically constructs restrictive policy measures for the semiconductor industry in “countries of concern” with semiconductor technology export control and foreign investment security review measures. In the context of promoting the modernization of Chinese-style foreign legal system, in order to defend and deepen the global multilateral free trade system based on international law, the compliance of restrictive measures in the Act should be examined under the WTO and the principle of non-discrimination treatment, and China should clarify the underlying logic and operation mechanism of US chip measures, export control, and foreign investment security review measures, and seek to use the international trade dispute settlement mechanism and China's foreign countermeasures to protect the legitimate rights and interests of Chinese citizens and legal persons.

Keywords: the US chips measures; export control; foreign investment security review; WTO compliance

(责任编辑: 金孝柏)