



深圳市商务发展促进中心  
(深圳市世贸组织事务中心)

# 2022 年贸易摩擦法律变动分析和风险预警

深圳市商务发展促进中心  
2023 年 1 月

本简报内容来源于公开信息，并根据需要酌情进行了删减及少量修改，仅供相关行业协会及企业学习、研究使用，请勿随意转发。所引各篇文章著作权均归其作者所有。

## 目 录

一、	美智库建议改革 337 条款以遏制中国发展.....	3
二、	鸟瞰中国光伏诸轮双反调查，细览国际产业转移法律挑战.....	11
三、	《2022 年美国竞争法案》及贸易救济章节规则梳理分析.....	21
四、	从南昌欧菲光看企业如何申请从美国实体清单移除.....	30
五、	从中国半导体企业的关注点看美国《芯片法案》的影响和应对.....	35
六、	欧盟《外国补贴条例》解读.....	43
七、	日本政府消极使用贸易救济措施现状或将改变.....	53
八、	巴西建立反补贴数据库便利反补贴调查.....	57

## 一、美智库建议改革 337 条款以遏制中国发展

美国智库信息技术与创新基金（ITIF）2022 年 11 月发布研究报告，建议美国国会强化《1930 年关税法》第 337 条（以下简称“337 条款”）的相关内容来应对中国所谓的“不公平竞争”。

报告认为，美国现有反制手段，如提高自身竞争力、提高对华关税、诉诸 WTO 等方面均存在效力不足的各种问题，无法有效遏制中国的发展势头，而 337 条款或为该问题提供有效解决方案。报告建议修改 337 条款的相关内容，加强美国国际贸易委员会（ITC）的权力，并通过降低“损害”证明门槛，修改“商品”涵盖范围和“公共利益标准”，扩大适用主体范围，提升人员和资金配套等举措来进一步打击来自中国的所谓“不公平贸易”行为。

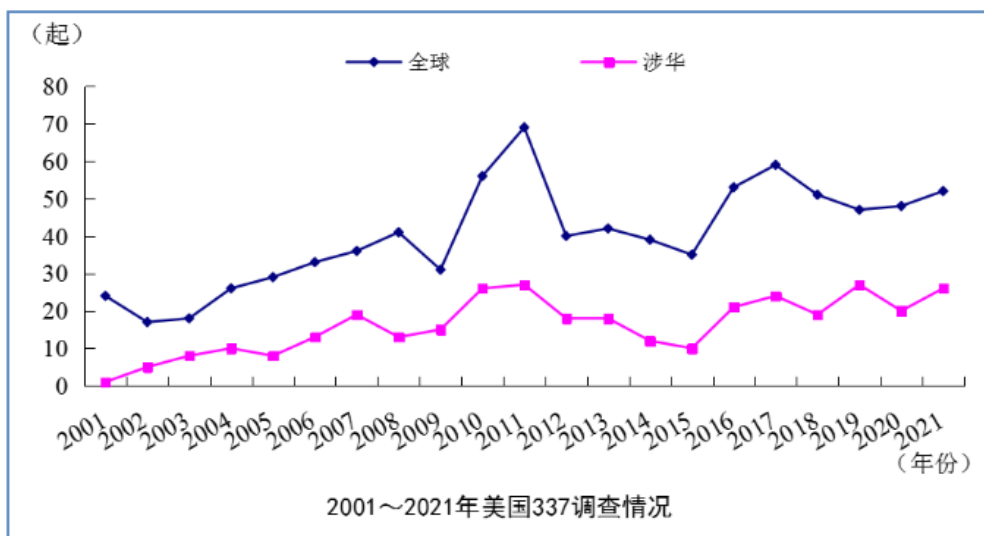


下面将从美国 337 调查现状、智库改革 337 条款的 12 条建

议等进行论述，以期对对美出口企业提出预警，及时根据法律、政策变化动向，做好风险防范，提前制定应对策略。

### （一）美国 337 调查四大趋势

2018 年以来，美国 337 调查案件数同比增速减缓，相较于 2011 年左右的大幅增长态势，近年来基本维持在较为平稳的状态（详见下图）。



从涉案国（地区）看，中企始终是美国 337 调查最为重要的目标。2021 年，美国共启动 337 调查 52 起，同比增长 8.3%，共涉及 19 个国家（地区），其中位居前列的外国（地区）分别为：中国（26 起，比上年同期增长 30%），韩国（9 起），中国香港（6 起），德国和加拿大（均为 5 起）。2022 年上半年，美国共启动 33 起 337 调查，其中中企涉案 11 起，仍是涉案最多的外国。

从涉案行业看，电子信息产品是美国 337 调查的重点领域。2018~2021 年，在涉及中国大陆的 92 起案件中，电子行业高居首位，占比高达 44.6%；轻工业位居第二位，占比 30.4%；机械工

业占比 15.2%，居第三位。2022 年上半年，电子信息产品共涉案 19 起，占比高达 57.6%，高居首位；同时涉华 337 调查案件中有 6 起涉及电子信息产品，同样位居我国涉案行业之首。

从申诉理由看，专利侵权一直是最主要的诉由，且近年来的占比均逾九成。2018 年以来，除 2019 年单独以专利侵权为由启动的 337 调查占比 72.3%外，其他年份均逾 90%。2022 年上半年，单独以专利侵权为由启动的 337 调查为 32 起，占比高达 97.0%。从涉华 337 调查来看，专利侵权也是最主要诉由，2018 年~2022 年上半年，单独以专利侵权为由启动的涉华 337 调查占比，除 2019 年为 69.2%外，其余年份均超九成，且 2020 年和 2022 年上半年的涉华 337 调查全部因“专利侵权”而被诉（占比 100%）。

从结案方式看，“和解”是主要结案方式，中企胜诉率逐渐提高。337 调查案件的终止方式有：认定侵权（一般会发布有限排除令、禁止令或普遍排除令）、认定未侵权、申诉方撤诉、和解、同意令等。其中，和解是最主要的结案方式，且随着中企应诉经验的丰富，胜诉率逐渐提高。以 2020 年为例，和解结案的中企 34 家，占比 37.8%；认定未侵权以及基于申诉方撤诉而终止调查的（可视为中企胜诉）分别为 16 家和 13 家，合计占比 32.2%；认定侵权的 24 家（包括因缺席判决而自动认定为侵权的 18 家），占比 26.7%。

从上述美国 337 调查的主要发展趋势来看，有些趋势一成不变，如“电子信息产品”始终位居美国 337 调查首位，以及“专利侵权”始终是 337 调查的主要诉由；还有一些新变化，如中企

应诉 337 调查的胜诉率有所提升等。客观而言，这与美国政府根据全球经贸和科技发展的不同阶段有侧重地选择防御工具密不可分。然而，为更好、更精准地实施对华科技遏制，美国政府和业界已经开始考虑改革 337 条款，以更好发挥 337 条款效用，尤其是打破中企随着应诉经验的生长而日益得心应手的应诉现状，强化对中国所谓的“不公平竞争”行为的应对。

## **（二）ITIF 建言改革 337 条款的 12 条建议**

报告认为，337 条款可以为美国有效应对中国所谓“不公平贸易”行为提供解决方案，但从其目前的适用情况来看存在诸多缺陷：主要涉及专利侵权案件，且许多案件是针对美国公司提起的，极大地削弱了其作为贸易防御工具的效用；判定“损害”的标准过高，不适合当前高速发展的科技时代；反倾销案件不能同时适用 337 条款提起 337 调查；不能与时俱进地解决外国政府的所谓的“不公平贸易”行为；设置了司法上诉程序使得中国企业的胜诉率不断提高；关于“商品”的定义过于狭隘，不能涵盖“电子传输”等数字化产品；执法力度较弱等。

## **（三）建议强调：“是时候改革 337 条款，强化贸易防御工具了！”**

报告建议美国国会、国际贸易委员会和拜登政府从以下 12 个方面对 337 条款进行改革：

1. 重新定义所谓的“不公平贸易”政策。扩大 337 条款中关于“不公平贸易”行为的涵盖范围，将强制技术转让、封闭的国内市场、补贴，以及为该国公司提供显著竞争优势的其他不公平

竞争行为等全部纳入 337 条款管辖范围。

2. 取消申诉方必须证明所主张的不公平贸易行为存在“威胁或实际损害”的要求。报告以中国光伏电池行业为例，认为在技术复杂的行业中，当申诉方能证明存在“损害或损害威胁”时，其竞争地位可能已不可逆转地下滑，因此建议删除此类规定。

3. 规定美国任何政府机构都可以基于 337 条款就不公平贸易提起调查申诉。修改 337 条款，规定不仅公司实体可以提起 337 调查申诉，美国 ITC 可以自行启动 337 调查，美国政府的任何机构都应该可以根据 337 条款提起申诉，以更好地保护美国免受经济损失。

4. 增加资金和人员投入，扩大政府部门参与力度。美国政府应在总体国家产业战略的背景下，战略性地处理相关贸易执法问题。一是向美国商务部和司法部增加资金，支持其适用 337 条款提起 337 调查；二是向美国 ITC 增加资金，支持其更好地处理 337 调查案件。同时，建议美国国会在商务部国际贸易管理局内设立主管非市场经济分析的助理部长一职，其职责是深入分析和记录各个经济体中的不公平贸易行为的程度，并在必要时与司法部合作，向美国 ITC 提起 337 调查。美国商务部还应聘请精通普通话的员工常驻中国。

5. 修改 337 条款关于“商品”的定义，将包括数字产品在内的更广泛的产品类别纳入管辖范围，对有形商品和无形商品的不公平或知识产权侵权行为适用相同的标准。

6. 加严美国公司及跨国公司之间的知识产权纠纷适用 337



条款的条件，从而降低 337 调查中美国公司的涉案频次。

7. 降低针对中国等经济体的公司的证据标准，增加其胜诉难度。一种方法是适用《维吾尔族强迫劳动预防法案》(UFLPA) 中的“可反驳推定 (rebuttable presumption)”，将部分举证责任转移给 337 调查中的中国公司。第二种方法是延长针对中国等经济体的 337 调查的裁决期限，要比目前的 15 个月更长。

8. 总统应该任命支持改革 337 条款以强化应对不公平贸易行为的美国 ITC 委员，以在基于不公平贸易行为对中国公司等实施排除令时，能够获得绝大多数委员们的支持。

9. 降低公共利益执行标准，由目前的 4 条减至 2 条。根据现有的 337 条款，在发布排除令之前，美国 ITC 必须考虑其对 4 个公共利益因素的影响：(1) 公共卫生和福祉；(2) 美国经济的竞争条件；(3) 在美国生产同类或竞争性商品；(4) 美国消费者。在市场经济环境下，上述 (2) 和 (3) 并无存在必要，建议删除。

10. 修改第 337 (b) (3) 条的规定，允许符合美国商务部反倾销和反补贴案件标准的案件也可以提起 337 调查。

11. 为依据 337 条款对中国公司等的不公平贸易行为提起 337 调查的美国公司提供税收抵免。国会应该为美国申诉方提供其 337 调查所有法律费用 50% 左右的税收抵免，且仅在美国 ITC 作出有利于申诉方的裁决时其方有资格获得抵免。从而向美国企业传递一个信号：“成功抵制中国不公平贸易行为的好处远远大于某一公司从胜诉中获得的好处。”

12. 向美国海关与边境保护署 (CBP) 提供资金支持，强化其

337 调查排除令的执法力度。“如果没有有效的执行，基于 337 条款的补救措施毫无价值”。应该向美国 CBP 提供足够的资金支持，以确保几乎所有试图违反 337 调查裁决进口的商品实际上都被禁止和拒绝入境。

除上述关于 337 条款的 12 条改革建议外，报告还特别强调：理想的状态是美国的盟友也制定同样的制度，对中国采取同样的手段。报告呼吁，美国政府大力推动建立跨国 337 调查制度，就像当年各国为出口管制问题而建立《瓦森纳安排》一样。报告甚至认为，从目前盟国针对中国所做的努力来看，建立跨国 337 调查制度的可能性很大。如，日本新经济安全法及其经济安全部长职位的设立，虽未直接包括类似 337 条款的倡议，但可以为增加此类倡议创造条件；而欧盟采取措施解决不公平的外国补贴问题也是个好的契机。

## 结语

近年来，随着中美战略竞争（特别是在高科技领域）不断加剧，而作为相对传统的贸易政策工具的 337 调查以及反倾销、反补贴等，因其条款设置与当下的竞争态势和竞争规则匹配度降低，适用频次相对弱化。2018 年以来，美国频繁适用出口管制与经济制裁对我国企业、个人等采取禁止和限制措施，然而，从美国对华遏制的本质来看，当前中美在高科技领域的竞争是两国战略竞争的重点领域，337 条款作为对知识密集型产业打压的重要工具，“旧瓶装新酒”的可能性大增，美国极有可能翻新 337 条款的适用范围和执行程序，以期与时俱进地发挥“新酒”的效力！

事实上,美国政府也已经表露出对 337 条款进行改革的迹象。为加快对进口贸易中涉嫌侵犯知识产权的调查,美国 ITC 于 2021 年 5 月启动了一个试点计划,允许其行政法官(ALJs)在更广泛调查结束前,就一些问题发布临时性初步裁定(interim initial determinations)。美国 ITC 在一份声明中称,该试点计划是 ITC 为改进其根据 337 条款进行的调查而采取的多项行动之一。

“337 调查”是美国 ITC 根据 337 条款有关规定,针对进口贸易中的知识产权侵权行为以及其他不公平贸易行为启动的调查。337 调查由一名行政法官负责审理,一项完整的调查程序包括:立案、证据开示、开庭、行政法官初裁、ITC 复审、ITC 终裁和总统审查。根据调查结果,若 ITC 认定被申请人违反 337 条款,则可应申请人要求,发布有限排除令,或在满足特定条件的前提下发布普遍排除令,禁止侵权商品进入美国市场。

未来,如果本报告的建议全部实施,任何被认为可能对美国造成威胁的中国产品如涉及新的 337 条款,将意味着将面临更长的应诉时间、更高的应诉成本、更严的举证责任、更全面的执法程序……更多企业也将因此放弃应诉,进而被排除在美国市场之外。

美国 337 条款的“旧瓶”如何“装新酒”,执行效力如何?值得持续关注和警惕。

来源:“机工情报”微信公众号,原标题《新瓶装旧酒!美智库建议改革 337 条款以遏制中国发展》,作者常雁

## 二、鸟瞰中国光伏诸轮双反调查,细览国际产业转移法律

### 挑战

自 2012 年美国针对中国光伏产品的第一轮反倾销反补贴(以下简称“双反”)调查以来,中国光伏产业经历了多轮直接或间接的双反调查或问讯(年度复审和日落复审不计)。2022 年美国商务部针对东南亚四国(越南、马来西亚、泰国、柬埔寨)光伏产品的反规避问讯是对我国光伏产业国际化布局的最新挑战(与中国光伏产业的关系将在下文中解释)。虽然拜登政府于 2022 年 6 月份宣布美国进入电力紧急状态,并授权美国商务部对该四国光伏产品豁免两年关税,但这只是为了缓解美国国内新能源产业的燃眉之急,使美国国内光伏企业有时间调整其供应链布局,而两年之后的格局将有赖于我国光伏企业从现在开始所采取的策略。因此当前在产业链国际化的语境下分析我国光伏产业所面临的双反挑战具有非常重要的战略意义。值得指出的是,美国《防止强迫维吾尔人劳动法》下的“可反驳推定”于 2022 年 6 月 21 日正式生效和执行,光伏产业所使用的硅原料属于其优先执法对象,这可能导致部分中国光伏产品因使用的硅料涉及所谓“强迫劳动”问题被排除在美国市场之外。

本部分将分析介绍下面四轮双反调查/问讯,并探讨未来的可能走向:

- 2012 年针对中国光伏产品的反倾销和反补贴令;
- 2014 年针对台湾光伏产品的反倾销令;该调查虽然以台湾

相关产业为直接对象，但目的仍然是为了限制中国相关产品向美国的出口；

- 2014 年针对中国光伏产品的反倾销和反补贴令；

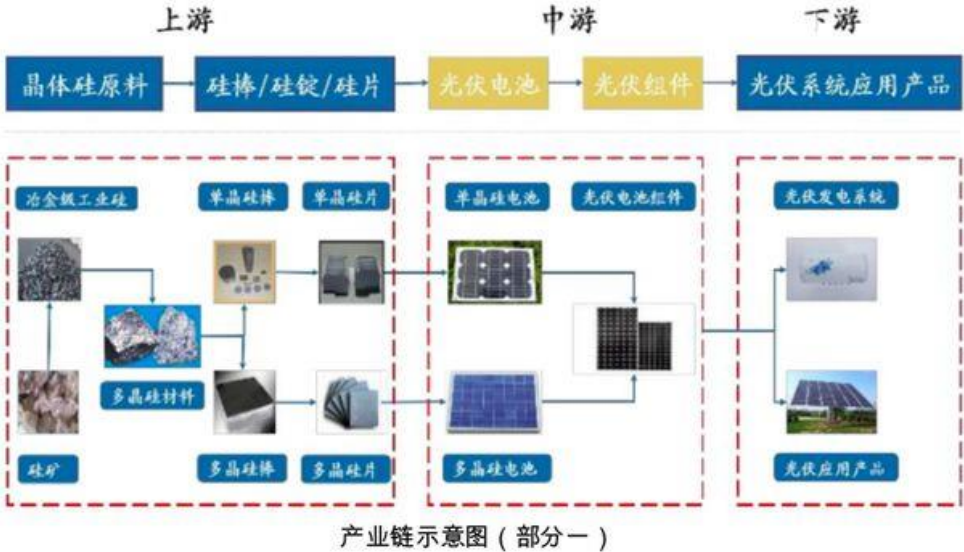
- 2022 年 2 月针对中国产业在东南亚的生产，就 2012 年双反令提出的反规避问讯。该问讯虽然是针对越南、马来西亚、泰国、柬埔寨四国的相关产业，但剑指中国光伏企业在该四国的生产。

为什么对于同一个产业会进行这么多轮的调查或问讯？这是因为对于任一颁布的双反令，其适用范围限于（1）特定国家/关税区的（2）特定产品，当企业将产业链的各个生产环节进行国际化产业转移后，产地和产品的组合可能脱离原双反令的覆盖范围，从而实现对原双反令的规避。因此反对中国出口商的美国本土产业利益相关方为了维护或扩大之前双反令的“成果”，向美国商务部提出新的请求，请求针对新国家/关税区的相关产品进行新的调查（如 2014 年针对中国及台湾产业的调查），或者主张将原双反令扩大适用到第三国/关税区（如 2022 年 2 月提起的针对 2012 年双反令的反规避调查）。当然，相当多的美国本土厂商出于自身利益是反对这样的调查或问讯的，它们是美国申请方和中国厂商以外的非常重要的相关程序参与者。

双反调查的启动只是较量的开始，本部分将通过剖析光伏产业所经历的这四轮调查/问讯，预判双反令颁布之后的游戏可能如何发展。

从下图的部分一可以看到，光伏产品的生产从硅料开始，加

工成硅棒或硅锭，然后切割成硅片，再由硅片加工成具有储电能力的电池——实现质的飞跃——然后将电池串起来构成电池组件，并可以将电池组件继续组装生产出多种应用产品，如电池板、结合了光伏产品的建筑材料等。



双反令/问讯所涉及的产品在产业链中的位置示意图 (部分二)

图一

首先需要记住两个关键词：(1) 产地，(2) 产品，再结合双反规则，我们就能看懂这 10 年来中国光伏企业可谓恢宏的腾挪迂

回的国际化战略。

### **（一）2012 年针对中国光伏产品的双反令及“实质性转化”原产地判定标准**

2012 年应 SolarWorldIndustries America, Inc. 公司（以下简称 2012 申请人）的申请，美国商务部颁布了针对产自中国的晶硅光伏电池及组件（CrystallineSilicon Photovoltaic Cells, Whether or Not Assembled IntoModules）进行了双反调查并颁布了双反令，覆盖范围包括电池及组件、电池薄片、电池板，无论是否组装至其他产品中（包含建筑材料）。从上图部分二中可以看出其所覆盖的产品在产业链中位于中游及下游，不包括上游原材料。这轮双反令的关键词是产地“中国”加上产品“电池及其下游产品”，也就是针对于在中国生产的电池，以及使用中国电池生产的其他下游产品。

考虑到光伏产业链有那么多环节，贸易全球化的环境下国际分工又这么普遍，如果不同环节在不同的国家生产，该如何判断产品的产地呢？这在双反领域是一个极为重要的问题。因为双反令是根据特定国家/关税区和产品的组合来界定适用范围，而资本是可以跨国流动的，产业链的不同环节也是可以发生国际性转移的。哪个环节的转移能够造成双反意义上的产地变化呢？美国商务部对此在“争议问题及决定备忘录”中给予了明确的回答：产品的产地应根据已经确立的“实质性转化”标准（“substantial transformation test”）加以判定，根据该标准，美国商务部认为电池是组件及电池板等将电池串在一起的下游产品的至关重

要的积极部分 (“essential active component”), 应以电池的产地作为其下游产品的产地。美国商务部还特别针对调查中的争议问题作出了回答——使用中国生产的电池在第三国/关税区生产的下游产品, 其产地被认为是中国, 落入此轮双反令的覆盖范围内; 但是, 使用第三国/关税区生产的电池在中国生产的下游产品, 其产地不被认为是中国, 而是该电池的生产国/关税区, 从而不落入此轮双反令的覆盖范围之内。本轮调查导致的反倾销税率包括 18.31-31.73% 的单独税率 (对于证明了单独税率资格的企业) 和 249.96% 的全国税率; 反补贴税率为 14.78 - 15.97%。

在 2012 年对中国的双反调查后, 中国许多光伏企业转而向台湾进口电池, 然后在中国大陆完成组件、电池板等下游产品的生产。由于 2012 双反令认定以电池产地作为判断下游产品产地的标准, 这些使用台湾电池生产的产品不被该双反令覆盖。应该说这是合理合规的有效规避策略。从美国能源信息管理局 (U. S. Energy Information Administration, 简称 EIA) 公布的数据中, 我们可以看到 2011 年台湾向美国出口仅占美国总进口光伏组件的 0.30%, 2012 年占 1.47%, 2012 年对中国的双反调查之后, 台湾出口比例在 2013 年急剧上升至 16%。

于是, 为了有效地将中国光伏产品排除在美国市场之外, 2012 申请人不得不于 2014 年再次向美国商务部提出申请, 请求对中国和中国台湾的光伏产品发起新一轮双反调查, 首要目标是将使用台湾电池在中国大陆生产的下游产品覆盖在新双反令的范围之内。



## **(二) 2014 年对中国台湾光伏产业的调查**

美国商务部根据上述申请启动了三个调查：一个是对台湾产品的反倾销调查；一个是对中国产品的反倾销调查，还有一个是对中国产品的反补贴调查。

台湾反倾销调查的覆盖范围是在台湾生产的光伏电池及其下游产品，包括使用台湾电池在除中国大陆以外其他国家/关税区生产的产品，不包括使用第三国/关税区电池在台湾生产的下游产品；应该说这一范围定义与之前将电池产地作为判断最终产品的产地的标准是一致的。而申请人最关注的使用台湾电池在大陆进行后续组装和加工而形成的产品，则由同期进行的针对中国大陆的双反调查覆盖，分析见下一部分。美国商务部认定台湾电池在美国有倾销行为，导致了 11.45 - 27.55% 的反倾销税。这一轮针对台湾的反倾销令以及下面将讨论的对中国大陆光伏下游产品新一轮双反令对于台湾对美出口带来了重大影响。从 EIA 公布的数据来看，台湾产品在美国进口光伏产品的比例在 2013 年达到 16%，而 2014 年对台湾的反倾销调查之后，其出口比例在 2015 年回落至 1%（在 2014 年数据没有单独列出）。

## **(三) 2014 年对中国的新一轮双反调查**

与台湾调查同时进行的还有新一轮对中国光伏产品的双反调查。2012 年调查的对象是在中国生产的电池及其下游产品（该下游产品准确地说是使用中国电池在任何地方生产的下游产品）。而此轮调查的范围则指向使用第三国/关税区的电池在中国组装的组件及其以下的下游产品（参见图一部分二）。有人质疑这种产

地的划分方式与之前认定的以电池产地作为最终产品产地的标准有冲突，但美国商务部似乎是认为既然此轮调查不包括电池，而只是针对下游产品，于是获得了产地确定上的自由。此轮双反调查几乎是为了“台湾电池问题”量身打造，使用台湾生产的电池在中国大陆生产的下游产品自然落入了覆盖范围之内。同时还有溢出效果，采用其他光伏电池生产国（如马来西亚等国）的电池在中国进行后续加工的潜在规避途径也被切断。

至此，2012 年及 2014 年光伏双反令相结合，完整地覆盖了中国生产的光伏电池，以及全部在中国生产的光伏下游产品（无论用哪里产的电池）。图一用视觉化的方式显示了这几轮调查下来的双反覆盖情况。

2013 年调查前中国组件占美国进口的 34%，2014 年占 57%，第二轮双反令生效后于 2015 年回落至 34%，然后逐年下降，2016 年 21%，2017 年 7%，直至 2020 年中国、香港、新加坡、台湾合计占 5%。是哪些国家的对美出口取代了中国原来的位置呢？我们可以看到东南亚国家的份额不断上升并逐渐占据了美国进口光伏组件的绝对领先的份额，而这引发了目前正在进行的对中国光伏双反令的反规避问讯。

#### **（四）2022 年对中国光伏产品的反规避问讯**

1. 2022 年反规避问讯的基本逻辑及 2012 年双反令适用范围扩大的可能性

东南亚四国的光伏产品和中国有什么关系呢？在 2022 年 2 月由 AuxinSolar 公司（以下简称 2022 申请人）提起的问讯请求

中，2022 申请人声称中国厂家将在中国生产的硅片（通过关联公司）出口到东南亚四国——越南、马来西亚、泰国、柬埔寨，并在上述四国完成晶硅光伏电池及其下游产品的生产，然后出口到美国，并主张这种做法违反了 2012 年对中国光伏产品的双反令。

顺便提到，早在 2021 年 8 月就有由 A-SMACC(American Solar Manufacturers Against Chinese Circumvention, 美国反中国规避行为太阳能生产商)提起的对中国光伏产品的反规避问讯请求，因其拒绝披露其组织相关成员身份并将问讯范围仅限于特定公司而不是所涉诸国（越南、泰国、马来西亚）的全国产业，该问讯被驳回。

回到目前正在进行的反规避问讯，其所关注的产业链环节再次发生转移，这次针对的是上游环节——也就是硅片和硅片以前的生产环节（可参考图一）。首先要明确，反规避问讯并不是一次新的双反调查，本轮反规避问讯是基于 2012 年的双反令，因此它的问讯范围受限于该双反令的适用范围，也就是在中国生产的电池及其下游产品。AuxinSolar 主张的逻辑可以概括为：虽然电池环节的最后（几个）步骤是在东南亚四国完成的，但由于其上游产品——硅片及其所有上游环节——都是在中国生产的，甚至有些情况下在将硅片转化为电池的部分步骤也在中国完成了，仅仅将电池生产环节的最后几个步骤及后续组装搬到几个东南亚国家完成，然后就出口到美国，因此仍然应该认定这些出口到美国的最终产品的产地是中国，从而适用 2012 年对中国产品的双反令。

AuxinSolar 的主张有多少依据？探讨这一问题必须要分析构成不当规避的标准，也是本次问讯中最大的争议点——在第三国（本案中即东南亚四国）进行的生产环节是否属于微小或微不足道的（minor or insignificant）。作出此判断需要考虑：在第三国的投资水平，在第三国的研发水平，在第三国生产加工的性质，在第三国生产设施的水平，在第三国生产带来的附加值在出口到美国的产品中所占的比例。其他对于是否构成不当规避需要考虑的因素还包括但不限于：贸易的一贯模式、出口产品在双反令适用国生产商及第三国组装公司的关联关系，从第三国进口是否在相关双反令启动后增加了。如果综合考虑上述因素后美国商务部认定在第三国的生产是微小或微不足道的，则 2012 双反令的适用范围会被扩大到该第三国，这正是 AuxinSolar 的诉求。

不得不说 AuxinSolar 在本案中的主张多少有些不自然，因为在之前的光伏双反调查中已经根据“实质性转化”原则奠定了以电池环节的产地来作为最终产品产地的判断标准，其主要原因恰恰是将硅片转换为电池的过程被认为是整个产业链中最为复杂和成本最高的环节。也正是因为如此，2014 年美国申请人为了打击采用台湾电池在中国大陆组装的后续产品，不得不提起新一轮以中国生产的下游产品（不包括电池）本身为对象的双反调查。毕竟，如果同意电池环节的生产构成“实质性转化”，似乎就很难证明电池生产环节在最终产品中的地位是“微小或微不足道的”。从这个角度来看，将电池生产这一关键步骤转移到第三国是一种合规合法的规避，美国商务部根本就不应该启动这一轮反规

避问讯。事实上这也是许多反对者的声音，他们认为问讯本身实际上已经将 2012 中国双反令的范围不当扩大到所涉东南亚四国。但是双反问题从来不像我们所希望的那么简单。

## 2. 对于目前正在进行的反规避问讯可能结论的推测

根据上面的分析，目前正在进行的反规避问讯大致可能得出以下结论：

(1) 如果 P/N 结在中国生产，其下游产品几乎一定会落入到 2012 年双反令范围内；

(2) 如果 P/N 结在东南亚四国生产，其产品有一定机会不被认为是源自中国的产品，但可能附加其他条件，需等待美国商务部决定；

(3) 无论 P/N 结在哪里形成，此反规避问讯所针对的东南亚四国光伏产品均被认定为是源自中国，从而适用 2012 年双反令（可能非常有争议）。

### **（五）针对东南亚国家发起新的双反调查的可能性**

如果目前进行中的反规避问讯的结果让申请人不满意，他们或其他利益相关方是否会提起针对东南亚四国的双反调查，用新的双反令来覆盖东南亚国家的光伏产品，就像 2014 年针对台湾和中国的双反调查一样？应该说这种可能性是存在的。不过提起新的双反调查与根据已经生效的双反令申请反规避问讯不同，新双反调查需要得到一定程度的美国本地产业支持。从最近调查中所体现出的美国本土光伏产业的利益分化来看，申请人是否能够证明这样的支持度具有相当的难度。拜登政府于 6 月份宣布的对

进口光伏产品豁免两年关税的措施，是对这一利益分化的有力证明。顺便指出，相比起对中国的调查而言，越马泰柬中只有越南仍被美国认为是非市场经济国家，在双反调查中需要像中国大陆一样根据替代国数据计算倾销幅度，且有较大可能认定存在补贴行为；马来西亚、泰国和柬埔寨均被认为是市场经济体，但即使在这几个国家的生产成本仍有可能以关联公司交易价格的真实性为由而被质疑，从而认定较高的成本，并计算出一定的倾销幅度。

#### **（六）对中国光伏企业的应对建议**

如果中国光伏企业能够在美国的两年关税豁免期内进行有效的战略调整，这将非常有利于在豁免期结束后占据有利的竞争地位。大体上来讲，企业应当考虑以下措施：

（1）准备申请单独税率；

（2）如果考虑产业链国际化，应考虑选择有实质性生产能力的国家/区域作为中国以外的生产基地，并准备在当地生产 P/N 结，甚至向上游扩展；

（3）根据美国商务部的初步决定/决定，对产品进行调整；

（4）如果美国商务部决定要求证书，作相应的准备。

来源：“深美律师事务所”微信公众号

### **三、《2022 年美国竞争法案》及贸易救济章节规则梳理分析**

2022年2月4日，美国众议院以222票赞成、210票反对，通过了《2022年美国创造制造业机会和技术卓越与经济实力法》，简称为《2022年美国竞争法案》（America Creating Opportunities to Meaningfully Promote Excellence in Technology and Science Act of 2022, “America COMPETES Act of 2022”）。该法案共十二编，涉及芯片产业扶持、研究与创新、能源与商业、外交、监督与改革、国土安全、金融服务、自然资源、司法、教育与劳工、运输与基础设施，以及与贸易有关的规则。

其中，产业补贴和与贸易有关的内容涉及国际贸易救济规则。尤其是，向芯片产业和关键的中间产品产业提供财政补贴，以确保更多半导体产品和重要中间产品，更多地在美国生产，不但可能涉及出口补贴、国内补贴，更可能牵涉到并不经常涉及的“进口替代补贴”。在这方面，值得对美出口占比较大的中国企业和政府进行深入梳理、分析和研究，以便从经营布局和政策措施方面，靠前准备，提早因应。

就贸易救济规则而言，除了涉及PMS与OCOT测试关系规则、市场经济国别替代要素采购成本规则、善意进口商承诺规则和进口关税退税出口价格调整规则等普遍适用，且针对性不强的调查规则外，该法案旨在规制以下五类贸易救济措施规避行为：第一，美国实施对外贸易救济调查及征税后，被调查国通过向第三国转移产能，规避征税措施；第二，通过实施跨境投资和经贸合作的国家战略，实施跨境补贴，输出市场扭曲；第三，通过对涉案产

品进行微小改变或者后续开发等方式，规避贸易救济征税措施；第四，通过非居民进口商身份，逃避美国对外贸易救济征税；第五，通过实施币值低估，获得不正当贸易竞争利益。其针对性不言自明。正如美国众议员 Terri Sewell 所说，法案旨在打击中国的诸多不公平贸易行为。

### **（一）特殊市场状况中的成本项目调整及低于成本测试**

#### *Section 102104: 低于成本测试中 PMS 的适用*

本法案中，授权美国商务部（“DOC”）在市场经济国家调查中进行低于成本测试时，适用特殊市场状况（Particular Market Situation, “PMS”）对应诉企业的成本要素进行价格调整。本法案通过立法修正，推翻了此前美国国际贸易法院（Court of International Trade, “CT”）和美国联邦巡回上诉法院（Court of Appeals for the Federal Circuit, “CAFC”）有利于应诉方的判例裁决。之前 CIT 和 CAFC 的裁决中，认定 DOC 不能在进行销售低于成本测试中进行 PMS 调整。但本次法案，通过立法授权 DOC 在认定存在 PMS 情况下在低于成本测试中进行生产要素的价格调整。

此外，需要注意的是，之前提交参议院审议的相关法案中规定本条可追溯适用至 2015 年 6 月 29 日及之后立案的反倾销原审和复审案件，以及所有在法案施行时尚未做出最终裁决的 CIT 或 CAFC 案件。但是本次众议院通过的《2022 年美国竞争法案》中规定，所有的贸易条款均只能追溯至：（1）所有在法案正式实施后立案的原审和复审调查案件，以及（2）本法案正式生效之前已经



启动，但在生效之前 45 天之内做出初裁裁决的反倾销或反补贴原审和复审调查。

*Section 102105: 设立用以计算生产成本和核定正常价值的特殊规则，以解决成本扭曲问题*

目前，美国法律并未规定 DOC 在市场经济国别调查中何种情况下，可以拒绝采纳应诉企业生产要素的采购成本价格。而在本法案中明确规定了，DOC 可以在特定情形下，认定应诉企业的该原材料采购价格，不属于一般贸易过程的正常成本价格，并且在没有其他可用交易金额的情况下，可以根据可获得的替代价格数据核定正常价值，适用情形包括：

(1) 从非市场经济国家的非关联个人或企业获得有关生产要素成本；

(2) 从任何非关联的接受补贴的生产商、出口商或供应商获得的有关生产要素成本；

(3) 从任何非关联生产商、出口商或供应商获得的以低于正常市场价值的价格采购生产要素；

(4) 从政府和公共机构获得生产要素成本；

(5) 一国的政府部门或公共机构，在出口国或任何其他国家占据某一种生产要素相当大的份额的情况下。

## **(二) 进口商 (居民和非居民进口商)**

*Section 102202: 进口商或其他方提供证明文件的要求*

本法案授权 DOC 和美国海关 (Customs and Border Protection, “CBP”) 可以要求进口商在进口外国商品时提供证

明文件 (Certification), 证明进口商品不受反倾销或反补贴税令约束, 并在生产和加工产品过程中使用的原材料也不受反倾销或反补贴税令约束。如果进口商不能按要求提交证明文件, 或证明文件存在任何虚假、误导性或欺诈性陈述, 可能导致 CBP 暂停清关并要求缴纳相当于反倾销 / 反补贴保证金的数额, 并处以其他惩罚措施。

但是, 这一条款仍然存在许多尚未明确的问题:

(1) 目前的法案没有对上述条款的适用条件进行具体说明, 似乎给予了 DOC 和 CBP 过大的自由裁量权。在某些情况下, 进口商可能不知道其供应商在生产商品时使用的原材料是否受反倾销或反补贴税令约束;

(2) “受反倾销或反补贴税令约束的原材料” 的含义尚不清楚, 在传统的实质性转变规则下, 前述标准如何适用也不明确。例如, 进口商在不涉及对实施管材产品反倾销或反补贴税令的国家进口在该国生产的管材, 但是供应商使用了受双反税令约束的国家原产的热轧钢作为原材料。在这种情况下, 前述条款应当如何适用尚不明确;

(3) 在反倾销或反补贴调查或 EAPA (《执行和保护法案》) 调查中, 海关或申请方将如何利用这一规定进行不当行为的举证也未明确规定。

#### *Section 102204: 适用于非居民进口商的资产要求*

本节规定, 作为非居民进口商必须在美国国内拥有足够的资产, 以确保其有能力支付可能被追索的相应税款, 以及在进口商

违约情况下使 CBP 切实可行地追缴相应税款。法案授权海关对非居民进口商应当拥有的资产金额进行计算，该计算将在商品的申报完税价格基础上附加所有关税、费用、利息、税费或其他可能适用的最高双反税率。

该条款适用的例外情形是（1）非居民进口商是海关贸易合作反恐计划 (CTPAT) 已验证的二级或三级参与方 (validated Tier 2 or Tier 3 participant), 或者（2）海关在审查进口商提供的认证信息 (“certified information”) 后，确信其有同等能力征收可能适用于进口商品的所有关税。目前，第二种例外情况如何适用以及海关将采纳哪些“认证信息”还没有完全明确，但是法案要求海关在 90 天内为非居民进口商新资产要求制定相应的程序。

### **（三）Sections 102001-102003: 惯案调查**

第 102001-102003 节授权商务部和 ITC 启动惯案调查。惯案调查是指两类反倾销和反补贴税调查。第一类是同时调查，即对正在针对某一国家进行双反调查的产品，来自其他国家的相同产品发起反倾销或反补贴税调查。第二类是指近期完成的调查，即对过去两年内的曾经针对某一国家调查的产品，对于来自其他国家的该产品进行双反调查。

但是法案的内容将使国内产业在对同一产品做出肯定性初裁后或肯定性终裁后不久，对不受初始案件调查的另一个国家提出申请将变得更加容易。由于该法案规定只有申请方可以申请初裁和终裁裁决延期，并且很多在过去调查中确定的事实可以在惯

案调查中直接援引，所以惯案调查的时限应当更短。

美国发起对华反倾销、反补贴调查后，考虑到非市场经济方法等规则和政策因素，中国企业越来越多地采取开发替代产品，或者实施对外转移投资等方式，躲避美国的对华贸易救济征税。上述条款一旦生效，中国企业通过转移投资或者开发替代产品的应对模式将遇到极大挑战。

#### **（四）Section 102101：跨境补贴**

“一带一路”和 RCEP 自贸协定的背景下，中国企业在更加便利地实施全球区域经营布局的同时，也获得了应对包括美国在内的外国贸易救济措施的抓手。

根据目前的反补贴立法，由于美国商务部在调查中仅关注涉案产品生产的国家，所以一国政府向另一个国家的涉案企业提供的补贴不属于可救济的补贴。但是，第 102101 节将授权 DOC 考虑并处理由其他政府向被调查国家境内企业提供的补贴。这将使 DOC 能够确保反补贴税法适用于政府支持在其领土内组织或总部设在其境内的公司进行海外生产的情况。例如，它将允许美国商务部确保反补贴税法适用于中国“一带一路”倡议下由中国政府补贴的中国境外的中国公司。

此外，如果该节规定生效，外国企业进口中国原产的原材料也可能被美国认定为享受跨国补贴。这种情况下，外国企业采用中国原材料的经营决策将会更加困难，进口中国材料进行产品生产的商业模式将会受到严重挑战，从而导致中国产品在全球产业链中的地位下降。

根据大成 DENTONS 和美瑞 MMM 联合贸易救济律师团队此前对美国上游补贴规则和判例的梳理，跨境补贴和上游补贴规则同时适用，将使美方获得进一步精准打击中国产业在全球供应链中的结构和地位。

#### **（五）Sections 102301-102302: 币值低估**

第 102301-102302 节规定将使商务部对币值低估进行调查，并对获益计算方式进行规定。2020 年 2 月 4 日，美国商务部通过增补行政法规的方式，建立了币值低估补贴项目的专向性、基准汇率以及补贴获利计算规则。本法案的价值在于填补币值低估补贴规则的法律依据，也就是在美国国会立法层面上，授予 DOC 终极执法权。

值得关注的是，美国国会从 1985 年开始曾经 19 次推动币值低估立法，但由于汇率形成机制本身的复杂性，以及汇率作为宏观经济指标，对微观贸易的影响难以量化评估等因素，均未最终成案。

#### **（六）Section 102103: 出口价格中的退税调整**

在反倾销调查中，DOC 必须确定出口价格及核定正常价值。根据现行贸易救济法，美国商务部须按照出口国已退税或未予征收的关税额度调整并提高涉案产品出口价格，这被称为关税退税。本法案规定 DOC 仅在生产成本和核定正常价值中涵盖退税时方可计算退税的具体金额。

我们必须明确该节规定的出口价格退税调整规则，并非中国

企业日常获得的出口增值税退税。两者的差异体现在：

(1) 该节所调整的出口退税指的是进口原材料的关税；中国企业获得出口退税是原材料采购中发生的进项增值税；

(2) 增值税为价外税，不计入生产成本；关税属于原材料采购成本，计入生产成本；

(3) 出口增值税退税不属于出口价格调整项目；

(4) 在存在出口增值税征退税差情况下，不予减征和抵扣税额作为减项调整出口价格，或者作为增项调整正常价值，趋势上提高倾销幅度；

(5) 该节规定的进口原材料关税退税是出口价格的增项调整，趋势上降低倾销幅度；

该节把进口原材料关税退税调增出口价格的幅度，限制在涉案产品成本中所含进口原材料退税内，削弱了进口原材料关税退税调低倾销幅度的能力。

### **(七) Section 102201: 美国商务部反规避调查程序**

本节整合了 DOC 在反规避调查中的实践做法和 2021 年生效的反规避调查规则的修订。包括启动反规避调查、做出初裁和终裁裁决、命令暂停清关和收取保证金的截止日期，并允许 DOC 在其认为必要的情况下对反规避调查立案前进口的涉案产品追溯征税。

### **(八) Sections 102401-102403: 对反逃税调查相关的修改**

第 102401-102403 节将 (1) 禁止当事方向美国海关提出抗议，质疑美国海关做出的逃税决定，(2) 授权美国海关调查逃避

保障措施的行为（现行的 EAPA 仅允许调查规避反倾销 / 反倾销税的行为），以及（3）授权美国海关设立行政保护令（APO）制度，使得涉案企业代理律师能够了解并查询案件其他参与方的保密信息。

来源：“国际贸易救济法律评论”微信公众号，作者孙磊、诸葛辰辉、葛思聪，大成 DENTONS 和美瑞 MMM 联合贸易救济律师团队

#### 四、从南昌欧菲光看企业如何申请从美国实体清单移除

根据美国联邦纪事（Federal Register）于当地时间 2022 年 6 月 30 日发布的消息，美国商务部工业和安全局（BIS）已于 2022 年 6 月 28 日宣布将名称为“Nanchang O-Film Tech”的实体根据移除申请并经最终用户审查委员会（End-User Review Committee, ERC）审核从 BIS 实体清单（Entity List）中移除。北京时间 2022 年 6 月 29 日，欧菲光集团股份有限公司在官网发布声明，宣布 ERC 已于 2022 年 6 月 28 日做出最终决定，将南昌欧菲光科技有限公司正式从 BIS 实体清单中移除。

##### （一）实体清单

根据美国《出口管制条例》（Export Administration Regulations, EAR）§ 744.16 的规定，实体清单列明了美国政府基于有关事实有合理理由相信参与了或可能参与对美国国家安全或外交利益有不利影响的活动的实体。作为美国维护其国

家安全和外交利益的重要工具之一，实体清单近年来被使用的越来越频繁。根据 BIS 公布的名单，截至 2022 年 6 月 28 日，共有 506 个位于中国内地的实体被列入实体清单。

根据 EAR § 744.16 的规定，企业被列入实体清单之后，从美国境内向该企业出口 (export)、从美国境外的某个国家向该企业再出口 (reexport)、以及在该等企业所在国境内向其转让 (transfer (in-country)) 受 EAR 管制的物项 (包括符合 EAR 规定条件的产品、技术、软件等)，均将需要向 BIS 申请颁发许可证，且不适用许可证例外 (license exceptions)。

根据 BIS 公布的名单，对于实体清单上的绝大多数位于中国内地的实体，BIS 在审核是否颁发许可证时，将会适用“推定拒绝 (presumption of denial)”的标准，即除非有非常有力的证据证明跟实体清单上的实体进行交易不会对美国国家安全或外交利益产生不利影响，否则 BIS 会推定存在不利影响，从而拒绝该等许可证的申请。因此，企业被列入实体清单后，其获得源自美国的产品、技术、软件的机会将会受到严格限制，将会对其业务和发展产生重大不利影响。

## **(二) 从实体清单移除的先例**

企业被列入实体清单后，通常可能会考虑采取各种方法来应对，而申请从实体清单上移除应该是企业应考虑的优先方案之一。但是，由于对美国相关法律及 BIS 相关规则和程序的不熟悉、以及 BIS 有关规则和程序本身也不是非常的清晰和透明，申请从实体清单中移除也并非易事。根据 Federal



Register 及有关公开渠道的查询（不完全统计），近年来成功申请从实体清单移除的中国内地企业包括但不限于：

1. 中兴通讯股份有限公司和深圳市中兴康讯电子有限公司，列入实体清单时间 2016 年 3 月 8 日，2017 年 3 月 29 日附条件移除。

2. 烟台杰瑞石油服务集团股份有限公司，列入实体清单时间 2016 年 3 月 21 日，2019 年 8 月 14 日附条件移除。

3. 南昌欧菲光科技有限公司，列入实体清单时间 2020 年 7 月 22 日，2022 年 6 月 28 日附条件移除（移除条件未披露）。

申请从实体清单移除，虽然可供参考的成功案例不多，但也并非是不可能完成的任务，只要符合被移除的条件，认真及专业地准备相关申请文件，积极谨慎地与 BIS 等相关部门沟通，并且有预期和准备在沟通过程中可能需要就有关移除条件进行谈判并达成协议，就有可能从实体清单上移除。

### **（三）移除条件**

EAR 等相关法规并未就申请从实体清单移除规定明确、清晰的条件，需要从相关规定及过往案例中进行归纳和总结。

根据 EAR § 744.11 的规定，若基于确切具体的事实，有合理理由相信，某主体曾经从事或正在从事损害美国国家安全或者外交利益的活动，或具有从事该等活动的重大风险，该主体及相关代表可能被列入实体清单；若某主体不再从事、且未来不太可能从事此类活动，BIS 可能会将其从实体清单中移除。

具体而言，EAR § 744.11 (b) (1) - (5) 列举了如下 5 种可能

“损害美国国家安全或者外交利益的活动”：

(1) 对从事恐怖主义行为的主体提供支持。

(2) 提升“被美国国务卿认定为持续支持国际恐怖主义活动的国家”的军事能力或支持恐怖主义的能力的活动。

(3) 以违反美国国家安全或者外交利益的方式转让、研发、维护、修理或生产常规武器；或以提供部件、零件、技术，融资的方式来实现前述转让、研发、维护、修理或生产。

(4) 就需要核查的物项或交易当事人，以阻止接触、拒绝提供信息、提供错误或误导性信息的方式，阻止 BIS 或国务院国防贸易管制局（Directorate of Defense Trade Controls, DDTC）或其代表开展最终用途核查。具体包括以下行为：明确拒绝核查，提供错误或误导性信息，采取拖延或回避行为致使无法核查或导致核查不准确或无用。虽然拟列入实体清单的主体的明确拒绝不是必要条件，但其行为和未能进行完整、准确、有用的核查必须有关联。

(5) 从事可能违反 EAR 的行为，该行为足以导致 ERC 认为，对涉及该主体的出口、再出口或在该等主体境内的转让进行预先审查、或增加许可条件、或拒绝许可可以增强 BIS 阻止违反 EAR 的事件的能力。

此外，美国商务部时任主管出口管制事务的助理部长 Kevin J. Wolf 在 2013 年 1 月 16 日发布的 78 Fed. Reg. 3317 中提出：ERC 在做出移除实体清单决定时，会考虑到两个因素：该主体与美国政府的合作，以及该主体承诺未来遵守 EAR 的规定。

综上，我们理解，若被列入实体清单的主体能够证明其不再从事、且未来不太可能从事包括上述 5 种“损害美国国家安全或者外交利益的活动”，配合有关政府部门解决导致其被列入实体清单的事项，承诺未来遵守 EAR 的规定，且可能需要与有关政府部门达成和解协议并支付相应金额的罚款，该主体有可能从实体清单上移除。

#### **（四）申请文件**

EAR 等相关法规并未就申请从实体清单移除需要提交的文件有明确、清晰的规定，通常理解，凡是有助于证明符合上述第三部分所述移除条件的支持性材料，都可以连同移除申请一起提交给 ERC。

通常情况下，可以向 ERC 提交的申请文件包括但不限于：

(1) 书面的移除申请函；(2) 第三方机构对企业进行全面审计后出具的审计报告；(3) 企业已经建立了健全的出口管制合规体系的证明性文件（如：出口管制合规管理制度、合规手册、合规培训材料、健全合规组织架构、设置相关合规岗位并赋予相关职权等）；(4) 已经妥善解决导致其被列入实体清单的事项或相关事项实际上并不存在的证明文件；(5) 企业做出未来遵守 EAR 规定的承诺函；(6) 企业高管做出的合规承诺函；(7) 根据 ERC 或其他有关部门要求提交的其他支持性材料。

#### **（五）主管部门**

根据 EAR § 744.16(d) 的规定，ERC 就实体清单的增补、移除或其他修改做出决定；ERC 由美国商务部代表担任主席，其他成

员包括美国国务院、国防部、能源部和财政部的代表。仅在 ERC 成员单位全票同意的情况下，从实体清单移除的申请才能通过。

了解 ERC 的组成可能对相关主体申请从实体清单中移除具有一定帮助，因为不同机构的代表可能从其所在机构的视角就移除申请及支持性材料做出审查。

综上所述，相关规定、程序规则及过往成功先例已经为申请从实体清单移除指明了一条相对清晰的路径。但是，在这一过程中，确定性与不确定性并存，达到目的的同时可能需要付出代价，需要企业战略性地决策、积极谨慎地应对、专业高效地准备相关申请文件及履行相关程序，有决心有信心同时也需要有耐心，在此基础上，我们相信，企业申请从实体清单移除并非是不可能完成的任务。

来源：“环球律师事务所”微信公众号，原标题《Mission Impossible?——从南昌欧菲光从实体清单移除看企业如何申请从实体清单移除》，作者刘平、刘浩、吴子健，审校：王克友

## 五、 从中国半导体企业的关注点看美国《芯片法案》的影响和应对

2022 年 8 月 9 日，美国总统拜登签署生效《2022 年芯片和科学法案》(以下称“《芯片法案》”)，以强化美国半导体产业供应链安全和维护国家安全为由，对美国本土的半导体制造和其他相关前沿领域的科研活动提供了巨额的财政拨款和投资税收抵免

等产业优惠举措。同月 25 日，美国总统拜登签发了一项行政令，为《芯片法案》的落地实施设立了“跨部门指导委员会”，并明确了实施《芯片法案》需优先考虑的事项以及与其实施相关的平台网站设立事宜。

本部分将结合半导体行业近期最为关心的问题，从法案出台的背景和内容出发，重点围绕《芯片法案》中涉及中国的条款，特别是“护栏条款”“传统半导体”“受益实体”等问题进行初步实务解读，希望能为中国本土以及拟在华投资的相关外国芯片企业提供参考。

### **（一）《芯片法案》的主要内容**

美国近期出台的《芯片法案》，从整体结构而言，分为三大部分：

第一部分为《2022 年芯片法》，主要为半导体产业提供专项拨款与税收抵免政策，包括：1、拨款约 527 亿美元促进半导体制造；2、拨款 15 亿美元助力无线技术发展；3、禁止受益企业在华参与任何重大交易包括实质性的扩大在华半导体制造能力；4、针对先进半导体制造业提供 25% 的投资税收抵免。

第二部分为《研发、创新和竞争法案》，主要为美国其他关键技术领域（如航空航天）和基础理工学科研发提供相关的拨款，包括：1、拨款 1699 亿美元促进研发创新；2、针对中国作出了禁止性或限制性规定，中国企业未来在参与美国制造计划、获取美国基金资助以及引进外部人才等方面均会受到不同程度的影响。

第三部分则为给美国最高法院为应对本法案而进行的拨款。

其中颇受中国相关政府部门、半导体行业协会和企业关注的核心要点如下:

### 1. 美国政府的具体财政补贴内容

《芯片法案》针对美国半导体供应链中最为薄弱的中游产业（芯片制造，尤其是晶圆代工部分），以财政拨款和税收优惠的方式，吸引半导体头部企业加强芯片制造阶段的美国投资和产能扩张。

下方以图表形式简要展示《芯片法案》第一部分《2022年芯片法》中的半导体行业财政拨款内容。除向美国基金投入527亿美元政府财政拨款之外，还对半导体产业投资提供了25%的投资税收抵免以及科研和人才培养等方向约2300亿美元的补贴内容。



### 2. 限制受益企业在华扩大和建立先进制程半导体产能

根据《芯片法案》第一部分《2022年芯片法》第103(b)(5)条，受益企业从接受资助之日起10年内，不得在中国等“受关注国家”开展协议约定的任何重大交易，包括实质性扩大与中国等

受关注国家半导体制造能力相关的重大交易。该条款也被称为“护栏条款”（guardrails provision）。

### 3. 限制中美之间的技术交流

根据《芯片法案》第三部分《研发、竞争和创新法》第 10263 条的规定，针对“美国网络制造”（Manufacturing USA Network）项目，除非美国政府基于项目紧急性等特殊原因给与了中国企业特殊许可，否则中国企业被禁止参与美国网络制造项目。例如在美国网络制造项目中的技术开发和运用中，美国政府将严格审查是否有中国等有关国家的外资实体参与。

## （二）中国企业的主要关注点

针对《芯片法案》，中国半导体行业最为关注的内容为《芯片法案》如何限制受益企业在中国等受关注国家建立和扩大先进半导体制程的产能，《芯片法案》的出台是否会对中国现有半导体企业的生存和发展造成严重的负面影响等。

### 1. 备受关注的“护栏条款”及其例外

根据《芯片法案》第 103(b)(5) 的有关规定，接受前述《芯片法案》资助的实体，包括根据《1986 年国内收入法》第 1504(a) 节所认定的该实体的关联公司，应与美国商务部签订协议，从接受资助之日起 10 年内，不得在中国等“受关注国家”开展协议约定的任何重大交易，包括实质性扩大与中国等受关注国家半导体制造能力相关的重大交易，包括但不限于在相关国家新建或扩张产能。该条限制受益企业扩大在华半导体制造业务的条款受到较多关注，也被称为“护栏条款”（guardrails provision）。

根据《2022 年芯片法》第 103(b)(5)(D) 节的规定，受益企业在协议期内拟在受关注国家开展任何实质扩大半导体先进制程产能的重大交易时，应提前向美国商务部报告。另外，美国商务部有权对受益企业获得资金支持后的 4 年内审计相关资金的用途，以确保资助实体按要求使用财政资助款。若受益企业被认定为违反上述协议，美国商务部有权全额收回该等财政资金或要求受益企业退还所享受的税收优惠。

该“护栏条款”同时设置了例外情形，即上述限制措施不影响中国等受关注国家在现有设施和设备的条件下继续开展“传统半导体”（legacy semiconductors）的生产，并且不影响受关注国家基于自身市场需求扩大成熟制程制造能力的重大交易。

## 2. 何为“传统半导体”

就如何适用“护栏条款”的例外情形，首先需要了解何为例外条款中特别提及的“传统半导体”。

根据《2022 年芯片法》第 103(b)(6)(A) 节对“传统半导体”的定义可知法案所指的“传统半导体”具体包括：

对逻辑芯片而言，其成熟制程通常是指采用 28 纳米或更早一代的制程工艺技术；

对于存储技术、模拟技术、封装技术和任何其它相关技术，则需要通过美国商务部部长与国防部部长、国家情报局局长共同会商后进一步确定；

对于美国国家安全至关重要的芯片则不属于上述传统半导体的范畴。同时第 103(a)(10) 节也指出“成熟技术节点”（Mature



Technology Node) 的内涵也将由商务部部长提供解释。

《芯片法案》虽然就“传统半导体”的范围提供了一些指导，例如，对于逻辑半导体技术的成熟工艺制程提供了明确的定义范围，即 28 纳米；但对其它半导体工艺技术则需通过美国相关国家主管机关如商务部与国防部等共同商议的方式最终确定。因此，美国商务部在例外情形方面可以认为具有较大的自由裁量空间。

### 3. 如何区分“先进制程”和“成熟制程”

由于芯片法案本身并未对“先进制程”和“成熟制程”进行明确的定义区分，而该类区分直接影响到中国企业与境外企业的项目合作与交易以及技术交流等活动，为了理清两者的区别，我们结合美国相关重要委员会、政府机构对外发布的报告，为相关企业提供参考。

美国国际贸易委员会 (USITC) 对中国半导体产业的政策的研究报告中将“先进制程芯片”定义为 14 纳米或以下，将“成熟制程芯片”（传统芯片）定义为 65 纳米到 10,000 纳米的范畴。从当前半导体行业的角度而言，目前普遍认为 28 纳米是半导体制程里性价比高、长周期属性明显的制程工艺，因此业内普遍以 28 纳米作为划分先进制程和成熟制程的界限。

但是，基于中美竞争态势和政策的变化都可能导致上述工艺技术节点的认知产生变化，结合目前中国企业受到的出口管制具体措施来看，有企业目前仅受到 10 纳米及以下技术（包括 EUV 技术）的限制，但近期美国正将半导体制造设备的出口限制扩大到 14 纳米级，该等变动可以印证美政府正通过变化技术节点的方式，

加强对所谓“先进制程”的管控。而该等政策变化将基于中美在半导体领域的竞争形势，有可能发生进一步的调整或变化。

#### 4. 对美国受益实体的影响是否包含其在华企业

如前文所述，受益实体从资助日期开始的 10 年期间，不得在包括中国等受关注国家开展与半导体制造能力实质性扩张有关的任何重大交易，同时，如果受益实体与“受关注国家实体”进行“联合研究或技术许可工作”的，如果活动涉及美商务部指定的某些技术，该实体将可能被后续罚没收到的任何财政拨款。

关于“受益实体”（Covered Entity）的定义，参考美国法律汇编 15 U.S.C. § 4651 (2) 的规定，是指经证明有能力对与半导体、半导体材料或半导体设备的制造、装配、测试、高级封装、生产或研究和开发有关的设施进行实质性资助、建设、扩大或现代化的私营实体、私营实体联合体或公共和私营实体联合体。

同时根据《2022 年芯片法》的有关规定，受益实体不仅指受益实体本身，其还应包括接受财政补贴和税收抵免企业的“关联集团（Affiliated Group）”，而对于“关联集团”，根据 1986 年美国税收法第 1504 (a) 条规定，由一个母公司和一个或多个子公司组成，母公司必须拥有子公司 80% 以上的股份，并将子公司的财务报表与母公司的财务报表合并。因此，基于上述规定，在华实体可初步判断其是否落入“受益实体”的范围。

### （三）应对策略

从中国目前的情况来看，很多半导体企业在“先进制程”上的扩张将在短期内受阻，并且也难以通过跨国并购的方式获取相

应人才和技术资源，同时这也很大程度上影响着中国芯片国产化进程，使得相关核心技术壁垒在短期内无法取得突破性进步。面对上述愈发趋严且复杂的形势背景，企业应采取多种措施予以应对：

### 1. 加强法案及政策预警

目前普遍认为《芯片法案》的目标受益企业为半导体领域的头部企业，而中国半导体产业的发展，难以避免会涉及与这类企业的合作发展事项。目前《芯片法案》针对受益企业违反与美商务部协议的，设置了相应的罚则。另外受益企业与美国商务部所签署的协议中，可能存在相较法案本身要求更为严苛的条款，因此提请中国企业在与相关企业合作及交易尽调时，对协议具体内容予以审慎关注。

### 2. 加强对半导体出口管制最新动态的跟踪

美国政府近期不断通过调整出口管制措施、强化出口管制法律及执法行动等来提高对半导体的管制效果，建议相关企业持续关注并获取美国出口管制最新政策动向，包括对与美国存在重大利益竞合领域市场情况、美国出口管制政策重点打击目标等的关注。

### 3. 关注供应链的安全和稳定

建议企业提前评估供应商和原料采购的本地化替代的可行性，借助专业机构精确判断自身风险，在适度合规的基础上，通过备选供应商、拓展并深化境外头部芯片企业的合作等方式，加强自身供应链安全和稳定。

来源：“金杜研究院”微信公众号，作者刘新宇、郭欢等

## 六、 欧盟《外国补贴条例》解读

欧盟于 2022 年 11 月 28 日通过了《关于外国补贴扭曲欧盟内部市场的条例》（Regulation of the European Parliament and of the Council on foreign subsidies distorting the internal market，以下简称《外国补贴条例》），其将对中国企业在欧经营产生重大影响。该条例将在此后于《欧盟官方公报》（OJEU）上公布后的第 20 日生效，并将于**生效满六个月后实施**，这意味着自 2020 年以来讨论已久并引起广泛关注的欧盟外国补贴审查制度将正式落地。

根据今年 7 月份公布的欧洲议会与欧盟理事会就《外国补贴条例》立法提案的协议文本，《外国补贴条例》主要规定了外国补贴引发欧盟审查的三种情形，包括：

- (i) 对于涉及外国补贴的并购或合资交易的事先申报要求，
- (ii) 对于在欧盟公共采购程序中接受补贴的投标方的事先申报要求，以及
- (iii) 对于可能对欧盟有扭曲性影响的外国补贴的事后依职权审查（*ex officio review*）。

《外国补贴条例》将对中国企业，尤其是中国国有企业的在欧活动，特别是在投资并购交易和参与欧盟公共采购活动，产生重大影响，因此值得特别关注<sup>1</sup>。

### （一）什么是受制于欧盟审查的外国补贴

根据《外国补贴条例》，外国补贴指的是非欧盟国家直接或间接向在欧盟从事经营活动的经营者提供的使其能够获益的具有一定专向性“财务支持”（financial contribution）。这一定义极为宽泛，导致中国企业的一些常见情形均可能被视为存在外国补贴行为。我们在此列举了一些常见的可能构成《外国补贴条例》项下规定的外国补贴情形：

（i）中国国有企业的国有性质，由于其直接由中国政府注资并持股，因此非常有可能被认定为接受外国补贴；

（ii）私营企业享受地方政府的特殊优惠政策，若此类特殊优惠政策并非对当地企业普适性适用，例如通过与当地政府洽谈投资协议而获得的优惠性政策，则其非常有可能被认定为接受外国补贴；

（iii）私营企业接受中国政策性银行给予的项目贷款，由于中国政策性银行直接受中国政府控制，且此类银行所提供的贷款性质或背景通常与一般商业贷款不同，因此其非常有可能被认定为接受外国补贴。

除了上述情形以外，我们认为还有一些常见情形有可能被认定为外国补贴行为，但仍需要根据具体的情况进行区分。包括：

---

<sup>1</sup> 由于欧盟最终通过的条例文本还尚未公布，因此本文依据 2022 年 7 月公布的立法提案的协议文本。

(i) 中国国有商业银行提供的商业贷款。若此类贷款超出市场条件或是存在中国政府参与的特殊项目背景，则不能排除这类贷款被认定为外国补贴行为；

(ii) 中国国有企业的投资行为，包括设立合资公司、向第三方企业投资等。由于中国国有企业在理论上仍属于在市场条件下活动的经营者，因此其正常的投资行为不应被视为“政府行为”。但是，对于特殊背景下国有企业参与的战略重组行为，例如国有企业之间的无偿划转，则不排除其被视为外国补贴行为的可能性。

值得注意的是，尽管《外国补贴条例》通篇并未指明任何特定国家或任何特定体制模式，但无疑中国国有企业将是受《外国补贴条例》影响最大的一类主体，需要特别关注《外国补贴条例》的要求。

## **(二) 哪些投资并购交易可能受制于外国补贴监管事先申报要求**

### **1. 申报标准**

针对涉及外国补贴的投资并购行为，《外国补贴条例》创设了与反垄断申报制度类似的事先申报机制。若一项企业合并、股权或资产收购或设立合资公司交易满足以下标准，则需要在交易签约后、交易交割前向欧盟委员会（“欧委会”）进行事先申报：

(i) 至少一个被合并的经营者或被收购的经营者或合资公司于欧盟境内设立，且在欧盟境内产生的总营业额至少为 5 亿欧元；且

(ii) 全部参与集中的经营者在申报前三个财务年度合计被授予的外国财务支持 (financial contributions granted from third countries) 金额超过 5000 万欧元。

需要注意的是，在并购交易申报情境下，《外国补贴条例》并未采用“外国补贴”这一概念，而是使用“外国财务支持”这一用法。这意味着在判断是否满足交易申报标准时，无需考虑外国财务支持的“专向性”特征，任何外国政府直接或间接授予的财务支持均可能被纳入至计算范围。在这种情况下，外国政府的统一税收优惠政策、税收减免政策等普适性财务支持也需要合并考虑以判断是否满足申报标准。即使交易不满足上述申报标准，欧委会也可以在怀疑参与集中的经营者被授予外国补贴的情况下要求对交易进行事前申报。

## 2. 申报流程

在接到申报后，欧委会将在 25 个工作日内对参与交易的经营者在申报前三个财务年度被授予的外国补贴情况进行初步审查。若认为相关外国补贴可能对欧盟产生扭曲性影响，则还可以在 90 个工作日（其最长可延长至 125 个工作日）的时间内进行深入调查。在深入调查结束后，欧委会将作出审查决定，无条件批准交易、附加申报方承诺批准交易或是禁止交易。考虑到上述时间均包括申报人准备申请材料或准备回答欧委会问题的时间（即“停钟”制度），欧委会的实际审查时间将可能更长。这一事先申报要求将可能对中国企业在欧交易的时间表产生重大影响，值得特别关注。

### 3. 法律责任

对于应申报而未申报的交易，欧委会可以对相关经营者处以其上一年度 10% 以下营业额的处罚。与此同时，《外国补贴条例》也特别规定，其不适用于在条例实施前已经签约或已经实施的交易。这意味着若一个经营者在《外国补贴条例》实施前的三年内接受了外国补贴，如果其在《外国补贴条例》实施前已经就一项达到申报标准的交易完成签约或交割，则其无需就该交易进行申报；若其在《外国补贴条例》实施后才进行签约，则该交易需要向欧委会进行事先申报，否则将受到欧委会的处罚。

考虑到外国补贴交易申报程序与欧盟反垄断申报程序的相似性，同一项交易将有可能同时触发两个申报程序。两个申报程序对比如下：



	外国补贴交易申报	反垄断申报
交易类型	<ul style="list-style-type: none"> <li>与在欧盟境内的企业合并</li> <li>收购在欧盟境内设立的企业的股权或资产并取得控制权</li> <li>在欧盟境内设立合资公司</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>企业合并（不限地域）</li> <li>收购企业股权或资产并取得控制权（不限地域）</li> <li>设立合资公司（不限地域）</li> </ul>
申报标准	<ul style="list-style-type: none"> <li>合并企业/被收购企业/合资公司在欧盟境内营业额达到 5 亿欧元；</li> <li>全部参与集中的经营者在申报前三个财务年度合计被授予的外国财务支持金额超过 5000 万欧元</li> </ul>	<p>标准 1:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>全部参与集中的经营者的全球营业额之和超过 50 亿欧元；并且</li> <li>至少两个参与集中的经营者中的每一方在欧盟境内的营业额超过 2.5 亿欧元；并且</li> <li>除非：每一个参与集中的经营者的欧盟营业额有 2/3 以上来自于同一个欧盟成员国。</li> </ul> <p>标准 2:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>全部参与集中的经营者的全球营业额之和超过 25 亿欧元；并且</li> <li>至少两个参与集中的经营者中的每一方在欧盟境内的营业额超过 1 亿欧元；并且</li> <li>在至少三个欧盟成员国中的每一个成员国境内，全部参与集中的经营者的营业额之和超过 1 亿欧元；并且</li> <li>包括上述所列欧盟成员国在内的至少三个欧盟成员国中的每一个成员国境内，至少两个参与集中的经营者中的每一方的营业额超过 2500 万欧元；</li> <li>除非：每一个参与集中的经营者的欧盟营业额有 2/3 以上来自于同一个欧盟成员国。</li> </ul>
审查时限	<ul style="list-style-type: none"> <li>初步审查：25 个工作日</li> <li>深入调查：90 个工作日（若申报方做出承诺，可延长至 105 个工作日；若申报方在深入调查开始后 15 个工作日内提出申请并与欧委会协商一致，可进一步延长至 125 个工作日）</li> <li>适用停钟制度</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>第一阶段审查：25 个工作日（若申报方提交补救承诺或欧盟委员会收到成员国移交案件的请求，则延长至 35 个工作日）</li> <li>第二阶段审查：90 个工作日（若申报方做出承诺，可延长至 105 个工作日；若申报方在第二阶段审查开始后 15 个工作日内提出申请并与欧委会协商一致，可进一步延长至 125 个工作日）</li> <li>适用停钟制度</li> </ul>
处罚金额	上一年度营业额的 10% 或以下	上一年度营业额的 10% 或以下

### （三）哪些公共采购程序可能受制于外国补贴监管事先申报要求

#### 1. 申报标准

与上述投资并购交易审查机制类似，《外国补贴条例》也对在公共采购程序（即由欧盟政府机构组织的采购活动或涉及公共服务的采购活动）中接受外国补贴的投标方设定了事先申报要求。如果一项欧盟公共采购程序满足以下标准，则该程序中接受财务支持的投标方需要就其接受财务支持情况进行申报：

(i) 一个公共采购项目、或采购框架协议、或在动态采购程序中的一项具体采购的预估不含税总价值达到或超过 2.5 亿欧元；且

(ii) 参与投标的经营者，包括其全部非独立决策子公司、母公司和其主要分包商和供应商（如适用）在申报前三个财务年度被授予的合计财务支持超过 400 万欧元。

或者，在公共采购分为几个标段的情况下：

(i) 该公共采购的预估不含税总价值达到或超过 2.5 亿欧元；

(ii) 经营者参与投标的标段的总价值达到或超过 1.25 亿欧元；且

(iii) 参与投标的经营者，包括其全部非独立决策子公司、母公司和其主要分包商和供应商（如适用）在申报前三个财务年度被授予的合计财务支持超过 400 万欧元。

需要注意的是，公共采购程序申报标准也未采用“外国补贴”的概念，并且更进一步将“外国财务支持”扩展为“财务支持”

的概念，这意味着投标方在申报前三年内接受的任何财务支持，无论其来自欧盟境内还是境外，也无论其是否具有专项性，均应在判断是否达到申报标准时被考虑在内。

## 2. 审查程序

在收到申报后，欧委会同样将仅对投标方在申报前三个财务年度被授予的外国补贴情况进行审查。欧委会将有 20 个工作日的时间进行初步审查（在合理情况下欧委会可将初步审查时间延长 10 个工作日）以及 110 个工作日的时间进行深入调查（该时限可在与招标方协商后在合理情况下延长 20 个工作日）。在深入调查程序后，欧委会可以做出无反对意见决定，或是出具附投标方承诺的决定，或是在投标方不做出承诺或欧委会不认可承诺的情况下，做出禁止与其签订合同的决定。这一申报要求也将可能对中国企业在欧参与政府采购程序产生重大影响。

## 3. 法律责任

与投资并购交易申报程序相同，对于在政府采购程序中未依法申报的经营者，欧委会可以对其处以其上一年度 10% 以下营业额的处罚。但与此同时，《外国补贴条例》也明确欧委会不会因其事后的依职权调查程序而取消或终止已经签订的政府采购合同。与投资并购交易申报类似，《外国补贴条例》仅适用于在其正式实施后才宣布招标的政府采购程序。

**（四）欧盟如何发起对外国补贴的事后依职权审查（ex officio review）**

除了上述由经营者事先主动申报的要求以外，欧委会还有权根据第三方的举报在事后主动发起对可能具有扭曲性影响的外国补贴的调查。

欧委会的依职权审查分为初步审查（preliminary review）及深入调查（in-depth investigation）两步：

（1）在初步审查期间，欧委会可以要求各相关方提供信息并开展调查，以确定外国补贴是否存在以及其是否扭曲了欧盟市场；

（2）当欧委会有充分证据表明存在扭曲欧盟市场的外国补贴的情况下，有权径行展开深入调查，调查过程中可以要求该经营者、其他经营者、行业协会以及有关第三国提供信息，而最后如果得出外国补贴扭曲了内部市场的结论，欧委会可以主动处以救济措施或接受经营者承诺。

欧委会依职权审查的初步审查与深入调查程序均没有明确的时间限制。根据《外国补贴条例》，欧委会的初步审查程序应在确定不存在外国补贴或没有证据证明外国补贴对欧盟市场有实际或潜在扭曲性影响时结束，而就深入调查程序而言，《外国补贴条例》仅规定欧委会应尽可能在深入调查程序启动后的 18 个月内做出决定，但这并非绝对的时间限制。

此外，根据《外国补贴条例》的时效性条款规定，**欧委会有权对十年内的外国补贴行为进行审查**。对于《外国补贴条例》开始实施前授予的外国补贴而言，只要该外国补贴是在《外国补贴条例》开始实施前五年内授予的，且其在《外国补贴条例》实施后仍对欧盟市场具有扭曲性影响，《外国补贴条

例》就可以适用于这类外国补贴。这事实上意味着欧委会有权审查在《外国补贴条例》开始实施前五年内的全部外国补贴行为。

### （五）《外国补贴条例》的审查标准是什么

《外国补贴条例》之所以要对外国补贴进行审查，主要就是为了识别和解决外国补贴对于欧盟市场造成的扭曲性影响。根据《外国补贴条例》第3条，若外国补贴在提高一个经营者的竞争地位的同时对于欧盟市场的竞争造成了实际或潜在的负面影响，则认为该外国补贴对欧盟市场造成了扭曲性影响。为了对于扭曲性影响的判断增加确定性标准，《外国补贴条例》还设定了两个“安全港”：

(i) 如果一个经营者在连续三个财务年度内接受的外国补贴合计低于20万欧元，则其不得被认定为扭曲了欧盟市场；

(ii) 如果一个经营者在连续三个财务年度内接受的外国补贴合计低于400万欧元，则其不太可能（unlikely）扭曲欧盟市场。

值得注意的是，《外国补贴条例》还列举了最有可能扭曲欧盟市场的外国补贴情形，包括：

(i) 在没有可行的重组计划的情况下给予临近破产企业的政府补贴；

(ii) 为企业的债务/责任提供无限担保；

(iii) 不符合OECD《关于官方支持出口信贷安排的协议》的出口融资措施；

(iv) 直接针对某一项交易提供的补贴或为了使有关企业能够赢得公共采购合同提供的补贴。

对于中国企业而言，以上第(iv)点所列情形尤其值得关注，若具有中国政府背景的主体为其在欧盟的投资并购交易或公共采购投标提供了财务支持，则有可能被认定为接受了扭曲欧盟市场的外国补贴。此外，由于中国并非 OECD《关于官方支持出口信贷安排的协议》的参约方，在中国企业接受具有中国政府背景的主体的出口融资并进一步在欧盟从事经济性活动时，也需要特别注意。

《外国补贴条例》明确，其将与欧盟内已经实施的反垄断申报、外商投资审查等制度共同适用，互不影响，这意味着《外国补贴条例》将大大增加中国企业在欧经营的合规成本，也将导致中国企业在欧投资、参与公共采购程序的行政审批手续增加。《外国补贴条例》也规定其适用不能与欧盟签订的国际协定相冲突。考虑到中国作为受到《外国补贴条例》影响最大的国家之一，这一规定也为中欧之间通过双边协定解决欧盟关于中国政府补贴的担忧留下一定想象空间。但已有《中欧全面投资协定》难产在前，中国企业亟需做的事仍是尽快全面熟悉欧盟新的合规要求，并积极寻求专业建议。

来源：“中伦视界”微信公众号，原标题《欧盟〈外国补贴条例〉详细解读》，作者余昕刚、侯彰慧、蒋蕙匡

## 七、日本政府消极使用贸易救济措施现状或将改变

2022年12月7日，日本财务省和经济产业省同时发布终裁公告，对原产于中国（仅指中国大陆）和韩国的进口热镀锌铁丝作出反倾销调查终裁，决定征收反倾销税，中国生产商/出口商获得的税率为26.5%~41.7%。日本是极少使用贸易救济措施的发达经济体，根据日本经济产业省网站公布的数据，截至2022年12月12日，日本历史上仅启动过23起贸易救济调查，包括21起反倾销调查、1起反补贴调查和1起保障措施调查。其中，日本针对中国进口商品启动的贸易救济调查就达到9起。

### **（一）日本迄今启动贸易救济调查情况及对华贸易救济调查概况**

根据日本经济产业省网站公布的数据，按WTO统计方式，自从1991年11月日本首次针对原产于中国、挪威和南非的进口硅锰铁启动反倾销调查以来，日本仅启动过23起贸易救济调查，针对中国进口商品启动的贸易救济调查就达到9起，占其贸易救济调查总数的39.1%，包括8起反倾销调查和1起保障措施调查。其中，有3起案件已终止措施，有6起案件仍在实施反倾销措施。从日本对华启动贸易救济调查所涉及的产品类别来看，涉及化工产品的调查5起，成为日本对华启动反倾销调查数最多的行业；涉及冶金行业、机械行业、金属制品和农产品行业的案件各1起，涉案产品分别是硅锰铁、碳钢对焊管件、热镀锌铁丝，以及大葱、鲜香菇和蔺草席。

表 日本对华启动反倾销调查情况列表

调查类别	涉案产品	立案时间	终裁报告发布时间	案件状态
反倾销	硅锰铁	1991-11-29	1993-02-03	已终止措施
反倾销	电解二氧化锰	2007-04-27	2008-08-22	仍在实施措施
反倾销	甲苯二异氰酸酯	2014-02-14	2015-04-07	已终止措施
反倾销	氢氧化钾	2015-05-26	2016-07-11	仍在实施措施
反倾销	聚对苯二甲酸乙二醇酯 (PET)	2016-09-30	2017-12-15	仍在实施措施
反倾销	碳钢对焊管件	2017-03-31	2018-03-14	仍在实施措施
反倾销	磷酸三(2-氯丙基)酯	2019-09-26	2020-09-16	仍在实施措施
反倾销	热镀锌铁丝	2021-06-14	2022-12-07	仍在实施措施
保障措施	大葱、鲜香菇和蔺草席	2000-12-22	2001-12-21	不征税

从日本对其他国家（地区）启动反倾销调查和反补贴调查的情况来看，日本对韩国启动了 5 起反倾销调查和 1 起反补贴调查，其中有 3 起反倾销调查同时针对中国和韩国启动，涉案产品分别是氢氧化钾、碳钢对焊管件以及热镀锌铁丝，另外 2 起反倾销调查的涉案产品分别是碳酸钾和涤纶短纤。需要指出的是，日本迄今为止仅启动了 1 起反补贴调查，该起调查的对象国就是韩国，而且涉案产品针对的是韩国企业海力士生产的 DRAM 内存，该案于 2004 年 8 月 4 日启动，2006 年 1 月 27 日公布了征收反补贴税的终裁结果，但于 2009 年 4 月 23 日已终止实施反补贴措施。

此外，迄今为止日本仅启动了 1 起保障措施调查，涉案产品为大葱、鲜香菇和蔺草席，该案于 2000 年 12 月 22 日启动，并于



2001年12月21日作出不征收保障措施税的最终裁决。

## **（二）日本政府和企业对贸易救济措施使用的“消极”态度或将有所改变**

作为世界第三大经济体，与欧美等积极适用贸易救济制度的发达经济体不同，日本是一个消极适用贸易救济制度的国家，日本政府极少使用贸易救济措施。主要是日本的贸易救济制度缺乏国内法律传统根基，贸易救济制度是通过接受 GATT-WTO 相关体制而建立起来，而且关于不正当竞争方面的传统法律也缺乏任何与贸易救济相关的内容。尤其是，不仅是日本政府，日本企业对于采用贸易救济措施也持有消极的态度。

2021年8月，日本经济产业省产业结构审议会的特别贸易措施小组分委员会讨论了有关日本政府以及企业如何“使用”反补贴措施的问题和方向，并提交了报告与建议（以下简称报告）。调查发现，日本企业不积极申请启动反补贴调查的原因之一，是如果他们申请启动反补贴调查，被调查国家（地区）也有可能采取报复性的反倾销措施和反补贴措施。例如，在钢铁行业，日本从未对其他国家（地区）启动过反补贴调查。但日本是钢铁出口国，出口量甚至超过美国、加拿大、欧盟等频繁使用反补贴措施的国家（地区）。因此，一旦日本政府使用反补贴措施这一政策工具，企业担心在钢铁行业存在被报复性征收反倾销税和反补贴税的风险。报告称，随着供应链全球化的不断推进，在日本产业界和企业中，将贸易救济措施定位为一种商业战略也很重要。最重要的是，为了使贸易救济措施真正成为一项维护企业权益的政

策工具，企业需要首先分析从原材料采购到销售的整个供应链环节，自竞争国家的进口数量以及其他国家（地区）针对同一商品所采取的贸易救济措施的现状。以及在正确认识贸易风险的同时，分享其他行业和企业启动反补贴调查的案例。报告就各国贸易救济调查机关在国内企业提交反补贴调查申请所需的补贴信息难以获取等问题，建议建立补贴信息“共享”机制，并建议日本经济产业省主动向企业提供已收集的信息，以及从申诉阶段为企业提供详细的咨询。而在获取被调查企业的补贴信息时，报告建议不仅需要被调查国家（地区）政府以及被调查企业的问卷回复，还需要充分利用日本驻各国大使馆、日本贸易振兴机构（JETRO）等日本驻外机构，以及经济合作与发展组织（OECD）等国际组织调查报告中所披露的补贴信息。此外，还提出有必要向企业广泛“宣传反补贴措施”，解决日本企业对反补贴措施缺乏认识的问题。

“产业结构审议会”是由日本经济产业大臣任命、由民间人士（包括官僚）组成，作用在于制定实施产业政策时在政府和民营企业中间起协调作用。作为审议会提交的报告和建议，日本经济产业省有极大可能听取、出台或付诸实施。上述有关日本反补贴措施的建议如被采纳，或将意味着日本政府或将改变在反补贴调查中的“消极”现状，充分使用这一重要的贸易政策工具。

来源：“机工情报”微信公众号

## 八、巴西建立反补贴数据库便利反补贴调查

巴西作为南美洲最大的经济体，一直积极地发起贸易救济案件来实现对国内产业的保护。根据中国贸易救济信息网统计，2013年至今，巴西原审立案数量位居全球第三，仅次于美国和印度。但长期以来，巴西发起的贸易救济案件主要是反倾销案件，反补贴案件很少。截至目前，巴西对中国一共发起了两起反补贴调查。第一起是2016年巴西对中国热轧钢板反补贴调查，第二起是2021年巴西对中国铝板反补贴调查。值得一提的是，在第一起对中国热轧钢板反补贴案中，虽然当时的巴西工业外贸服务部终审决定对涉案中国企业征收为期5年的高额反补贴税，但由于中方和巴西下游用户的积极抗辩，出于公共利益的考虑，当时的巴西外贸委员会中止征收反补贴税措施。

### **（一）巴西反补贴数据库建立的背景**

巴西对反补贴调查的滞后使用现状，引起了巴西国内产业界的强烈不满。2018年1月巴西工业联合会就致函当时的巴西工业外贸服务部、财政部和外贸委员会，要求迅速采取立法行动，对现有的巴西反补贴法（1995年出台的1751号法令）进行修改，因为巴西的反倾销法在2013年做了显著的完善和扩充，而反补贴的立法却一直滞后。

2020年5月29日，巴西工业联合会发布了关于中国补贴的研究报告。该研究报告旨在确定中国政府有哪些被其他WTO成员在反补贴调查中认定过的可诉补贴项目，借鉴其他WTO成员对中国扭曲国际贸易的补贴行为如何进行应对，也帮助巴西国内各行业今后评估针对中国产品提出反补贴调查的可行性。从该研究报

告可以看出，巴西国内产业界对于巴西现有的反补贴法规和使用现状明显存在不满，他们认为现行的反补贴措施的使用情况与巴西从中国进口的体量不相匹配，也与其他 WTO 成员采取反补贴措施的情况差距很大。巴西工业联合会要求巴西政府应更加积极地针对中国发起反补贴调查，并且在具体的案件调查中借鉴欧美等 WTO 成员的反补贴调查经验。

在国内产业界的压力下，巴西政府近两年也开始加快其反补贴领域的立法和实践。2021 年 7 月对中国铝板发起反补贴调查。2021 年 10 月 18 日，巴西政府在官方公报上发布了新的反补贴法（2021 年的 10839 号法令），对原有的 1751 号法令做了大幅度的修改和完善，旧法令只有 88 条，新法令扩充到 194 条。新反补贴法通过对条文的修改、细化和扩充，大大提高了反补贴调查的透明度、可预测性和法律确定性，以便利未来反补贴案件的申请、发起和调查。2022 年 2 月 14 日，巴西经济部颁布反补贴条例（SECEX 第 172 号），该条例是对新反补贴法在实施层面的进一步细化，并对反补贴领域一些前沿问题如上游原料的补贴和对跨国公司的补贴作出了规定。

巴西经济部于 2022 年 2 月 15 日发布通知，建立关于反补贴调查的数据库。这与巴西近年来在反补贴领域的趋势和策略是一脉相承的，必将对未来中国企业应诉巴西反补贴调查产生重大影响，值得中方给予必要的关注和研究。

## **（二）巴西建立反补贴数据库的原因**

与反倾销调查不同，反补贴主要是针对出口国政府的补贴行

为、产业政策、宏观经济政策甚至总体经济战略，而且不仅仅局限于被调查的产品和产业，还可能被扩展到上游产业。这意味着申请方在准备反补贴的申请书证据时，需要大量地收集出口国政府的各种法规、通知、公告和报告等，来研究其相关的补贴政策 and 政府政策。这些举证要求反映在新颁布的反补贴条例（SECEX 第 172 号）的相关条文中。

考虑到信息获取的渠道和语言障碍等因素，这种举证责任对申请人而言，无疑是相当大的挑战，尤其是对刚刚开始补贴调查申请尚缺乏经验的巴西国内产业界。这也是巴西工业联合会制作关于中国补贴的研究报告的目的，其报告中的一项具体建议就是，巴西政府和巴西申请企业要注重借鉴和使用其他 WTO 成员针对中国的反补贴案件中的具体经验和所收集的证据。现在巴西政府所建立的反补贴数据库就可以视为对上述建议的回应和具体实施。

### **（三）巴西反补贴数据库的主要内容**

根据巴西经济部网站 2022 年 2 月 15 日发布的通知，该补贴数据库包含了其他 WTO 成员在过去反补贴调查中针对 5 个国家（即：中国、韩国、美国、印度尼西亚和印度）所认定的补贴项目的摘要文件。摘要文件是针对每一个具体的补贴项目做出，以 Word 形式保存，概要地介绍了这一具体补贴项目的基本情况，包括的内容有：被调查的具体补贴项目的名称；被调查国家；受益于被调查的具体补贴项目的产品；适用的法律法规；对该补贴项目的简短的摘要（外国调查机构作出的裁决）；财政资助的类型（根据 WTO《补贴与反补贴措施协定》中对补贴进行的分类）；财

政资助是否具有专向性；获得补贴利益的计算以及计算补贴利益的基准；补贴数额；以及所收集的信息的来源。

目前该数据库包括了 716 项具体的补贴项目，其中涉及中国的补贴项目有 430 项，涉及韩国的有 87 项，涉及美国的有 10 项，涉及印度尼西亚的有 26 项，涉及印度的有 163 项。巴西经济部也鼓励国内产业和其他利害关系方，收集和整理其他 WTO 成员在反补贴调查中新出现的补贴项目信息，并发送给巴西经济部，以不断更新该数据库。

值得注意的是，巴西经济部在通知中特别提到，数据库中的具体补贴项目的信息和裁决，反映的是外国调查机关在当时具体的补贴案件中所收集的信息和作出的裁决，但不能保证这些补贴项目会继续有效，或是维持其主要的信息不变，因此外国调查机关针对这些具体项目的裁决对巴西经济部未来的反补贴调查并不会产生约束力。

最近两年巴西在反补贴领域的动作频频，均显示其政府和产业界有强烈的意愿将加大反补贴工具的使用。为此，中方政府机构、商协会和出口企业应该密切关注巴西反补贴领域的新动态，以防患于未然。

来源：《中国贸易报》，作者单位：北京市瑞银律师事务所