



公司法务

CORPORATE LEGAL AFFAIRS

第一辑

中国公司法务研究院 主编

- [人物] 腾讯总法艾文博的“漂洋之旅”
- [特别关注] 涉华337调查案风波再起
- [ACC聚集] 用全球战略引导国际谈判
- [投资并购] 及早研判TPP对中国可能的溢出效应
- [争议解决] 国际仲裁透析：如何做好甲方



知识产权出版社
Intellectual Property Publishing House



第一辑

一份企业管理的法律方案

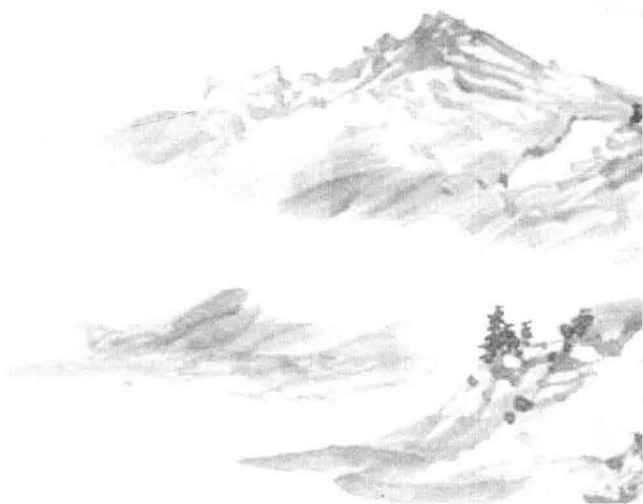


中国公司法务研究院
CHINA INSTITUTE OF CORPORATE LEGAL AFFAIRS

中国公司法务研究院 主编



知识产权出版社
Intellectual Property Publishing House



图书在版编目 (CIP) 数据

公司法务·第一辑 / 中国公司法务研究院主编. —北京: 知识产权出版社, 2016. 5

ISBN 978-7-5130-4205-5

I. ①公… II. ①中… III. ①公司法—研究—中国 IV. ①D922. 291. 914

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 106099 号

责任编辑: 齐梓伊

封面设计: 赵 瑞

责任出版: 刘译文

公司法务 (第一辑)

中国公司法务研究院 主编

出版发行: 知识产权出版社 有限责任公司

社 址: 北京市海淀区西外太平庄 55 号

责编电话: 010-82000860 转 8176

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

印 刷: 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

开 本: 787mm × 1092mm 1/16

版 次: 2016 年 5 月第 1 版

字 数: 287 千字

ISBN 978-7-5130-4205-5

网 址: <http://www.ipph.cn>

邮 编: 100081

责编邮箱: qiziyi2004@qq.com

发行传真: 010-82000893/82005070/82000270

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

印 张: 11.25

印 次: 2016 年 5 月第 1 次印刷

定 价: 40.00 元

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

《公司法务》是国内第一本专注于公司法务发展的高端连续出版物，定位于“一份企业管理的法律方案”，创办于2010年，原随《法人》杂志定向发行，现由法制日报社中国公司法务研究院携手知识产权出版社、全球企业法律顾问协会（ACC）、上海交通大学凯原法学院、中国外商投资企业协会优质品牌保护委员会等机构重新打造，全年出版六辑。关注公司法务领域的重大趋势、热门议题、实务探究以及公司法务职业群体的成长，是国内媒体关注和研究公司法务领域的先驱者。

法制日报社中国公司法务研究院成立于2014年，旨在成为：中国公司法务界最具影响力的学习型交流母平台，搭建国企、外企、民企三方学习和交流的资源共享平台；搭建中国大陆公司法务界走出去，实现与全球公司法务界对话的服务私享平台；搭建公司法务界、法律服务界、政法及政府部门、科研机构 and 传媒界多方资源整合和利益分享平台。推动公司法务在企业内部的战略地位提升，带动公司法务职业群体的成长成熟，向国家有关立法部门建言献策，最终促进企业的健康快速发展。

如您对《公司法务》有任何意见、建议、关于文章的评论或者合作意向，请发邮件至 qiaonan1225@163.com。



战略合作伙伴

上海交通大学凯原法学院
北京国际仲裁中心（北京仲裁委员会）
中国外商投资企业协会优质品牌保护委员会
上海市企业法律顾问协会
泉州市公司法务研究会
中国首席法务官俱乐部

公司法务

编辑委员会（按姓氏笔画排序）马丽 西小虹 杜春 杨力 李剑 肖黎明 辛红 林志炜
周立涛 季卫东 秦玉秀 郭俊秀 唐功远
总编辑 肖黎明
副总编辑 辛红

执行主编 马丽
副主编 乔楠

编辑 范学伟 季子峰 辛颖 汲东野
视觉总监 赵瑞
资深美编 于伟力

电话 / 传真 Tel (010)84772560 84772782

中国公司法务研究院

秘书长 肖黎明
副秘书长 辛红
秘书长助理 马丽 范学伟 乔楠
办公室主任 季子峰

电话 / Tel (010) 84772562, 84772558
地址：北京市朝阳区花家地甲1号 邮编：100102



战略伙伴

本书部分内容 by 全球企业法律顾问协会授权提供

目录

www.docsriver.com 商家 巨力电子书

| | | |
|----------|----------------------------|-----|
| 【人物】 | 腾讯总法艾文博的“漂洋之旅” | 1 |
| | 周立涛的中煤 33 年 | 3 |
| 【律界精英】 | 傅东辉：一位贸易救济律师的多面角色 | 9 |
| 【特别关注】 | 涉华 337 调查案风波再起 | 13 |
| | 钢铁 337 案诉的弦外之音 | 17 |
| | 竞争与壁垒：中国企业涉 337 调查报告（2015） | 21 |
| 【ACC 聚焦】 | 用全球战略引导国际谈判 | 29 |
| | 反腐败合规程序操作手册 | 36 |
| 【知识产权】 | 中国目击证人：请做好宣誓作证的准备 | 41 |
| 【投资并购】 | 跨国并购交易中的托管协议实务指南 | 47 |
| | 公司律师参与项目投资并购的机制构建 | 50 |
| | 及早研判 TPP 对中国可能的溢出效应 | 55 |
| 【金融法务】 | 让我们好好谈谈“互联网金融”刑事法律风险及防控 | 65 |
| 【网络安全】 | 谁“悄悄”动了我的京东白条 | 71 |
| 【争议解决】 | 国际仲裁透析：如何做好甲方 | 74 |
| | 建设工程纠纷的柔性司法解决思路 | 77 |
| | 国际仲裁与“一带一路”项目纠纷解决的战略思考 | 80 |
| 【案例】 | 溢价收购股权诉请撤销之争 | 83 |
| | 保住市场份额的背水一战 | 87 |
| | “非诚勿扰”案中江苏电视台是否提供了婚介交友服务 | 95 |
| 【法务管理】 | 如何进行法务绩效考核 | 102 |
| | 企业法律工作的三个层次与具体内容 | 106 |
| | 供应链企业办理转关通关业务法律责任分析 | 111 |
| | 聘用关系与劳动关系法律比较和异同分析 | 116 |
| 【调研报告】 | 《2015 中国企业家犯罪报告（媒体样本）》 | 126 |

腾讯总法艾文博的“漂洋之旅”

www.docsriver.com 商家 巨力电子书

早年打篮球、学习普通话以及研究中国历史的经历，在某种程度上把艾文博引领到今天的位置，但是这些事情之间并没有必然的相关性，他来到中国也不是刻意的安排。他只是简单地追随了内心的兴趣所在。

■ 文 / 全球企业法律顾问协会 翻译 / 马丽

如果你打篮球，可能某天你发现自己会去中国。不管怎样，对腾讯股份有限公司副总裁、总法律顾问艾文博（Brent Irvin）来说，篮球给了他第一次关注中国的机会。

艾文博曾在家乡明尼苏达州的卡尔顿学院打篮球比赛，在去康涅狄格州纽黑文的耶鲁大学和加利福尼亚州的斯坦福法学院学习之前，他正是在卡尔顿学院开始了自己的高等教育。追随他在本科阶段的爱好，艾文博在卡尔顿学院研究了东亚丰富的历史，由此产生了出国留学的念头。

他的大部分同学选择南美和欧洲的留学项目，但是艾文博想要探索不一样的东西，所以他选择了在北京的春季学期项目，这样他既可以获得在国外学习的机会，又不会错过美国的篮球赛季。

“我这样做很大程度上是心血来潮，”艾文博说。“我只是决定把我对历史的热情和我的兴趣爱好在中国结合起来。那时的中国与今天的中国差别很大——我感觉那时路上的马比汽车多。那正是中国经济增长和改革的起点。”

科技、法律和经验的教训

艾文博作为律师的第一份工作是在加利

福尼亚州门洛帕克市的 Shearman & Sterling 律所担任助理。艾文博表示，Shearman & Sterling 是一家国际化律所，全球性思维绝对是他在该律所学到的重要一课。在 Wilson, Sonsini, Goodrich & Rosati 律所工作期间，他了解了互联网行业的来龙去脉，在那里他开始为腾讯公司做并购工作，同时也为其他客户提供服务，这些客户有刚起步的企业，也有谷歌这样的大公司。在腾讯向艾文博发出工作邀请后，这两方面的经验为他从事法务工作打下了基础。

他说他角色中交织着的法律和技术两个层面创造着有趣的挑战，因为技术是一个发展非常迅速的领域，这让他同行中保持领先的优势。

“技术发展的速度超越了法律，我经常面临新的法律问题，比如反垄断、知识产权执行和隐私保护等，”艾文博说。“例如我们与奇虎 360 的案子，一直打到了中国最高人民法院。这个案子解决了在互联网这样的双边市场中什么是‘市场支配性地位’这个重要问题，顺便说一下，结局是我们赢了。”

艾文博的篮球知识也派上用场了，他现在的角色经常与美国篮球协会（NBA）谈交易。

“作为内部法务，你需要与商业紧密合作并且要了解商业运作，对我来说，幸运的是腾讯的核心产品——社交媒体、游戏、视频和音乐等——是使用起来非常有趣和好玩的。”艾文博说。“同时作为篮球爱好者和前



腾讯公司副总裁、总法律顾问艾文博

学院球员，获得与 NBA 共事的机会是一个特别有趣的经历。”

对艾文博来说，没有两天甚至两个下午是相同的。但是时间管理、交流和专注于腾讯的结构通常都糅合在他的日常工作中。像腾讯这样规模的公司，艾文博补充道，亲自处理如此多的个案是不可能的，所以他的团队是非常关键的。

他说，“在我看来，腾讯法务是世界级别的，目前由大约 200 名律师组成，这 200 名律师分布在知识产权、诉讼、并购和内容保护几个团队中。”“在某种程度上，法务参与到腾讯所做的任何事务中，尤其是内容的创建或者是许可，一直到知识产权执法。我认为腾讯在提供内容（从游戏到音乐、电影、体育直播）上将继续成为全球领导者之一。”

工作在深圳

艾文博居住在靠近香港的多文化城市深圳——腾讯总部所在地，他可以说流利的普通话，这是他在学院学习的成果。双语是非常必要的，艾文博说，当你为一家中国互联网公司服务的时候。

“在中国公司，几乎每一个人在工作时间都说中国话，”他说，“但是科技是科技，尽管每个国家语言差异很大，但是整体上科技语言是相同的。我认为通晓两种语言以及对技术的了解让我可以融入腾讯，并了解一个科技公司面临的问题。”

看起来艾文博早年打篮球、学习普通话以及研究中国历史在某种程度上把他引领到今天的位置——事实上，他偶尔还会和一个恰巧居住在北京的大学城校友打篮球。但是他说这些事情之间并没有必然的相关性，他来到中国也不是刻意的安排。他只是简单地追随了内心的兴趣所在。

“你必须找到能够激发你热情的那部分法律。否则法律这个工作就太艰难和苛刻，不会真的关心你正在做什么。”他说。

目前他并没有返回美国的计划。“我没有计划离开我现在生活的城市。我热爱我的工作，我很快乐，”他说，“也许某天我会在美国退休，但是眼下距离那一天还有一段时间。”

（本文版权由全球企业法律顾问协会提供）

有趣的事实

篮球在中国是排名第二的消遣活动，NBA 在亚洲市场拥有庞大的追随者队伍。

深圳是中国最富有的城市之一，拥有清洁的空气和大量的移民人口，人们从中国的其他地方来这里做生意。这种移民城市体现在美食上，中国不同地区的美食在这里都能找到。

拥有开阔的视野，不要害怕改变，对不一样的事物保持好奇心——这些是适应深圳生活的关键，艾文博说。

www.docsviver.com 商家 巨力电子书

周立涛的中煤33年

33年里，从法学毕业生做到企业总法律顾问，作为管理者中的法律人，他带着团队为公司保驾护航十几年。

■ 文 / 高欣

1979年初春，邓小平访美。那期间，他与美国西方石油公司董事长、“红色资本家”亚蒙·哈默的一次握手，揭开了中外经济合作的序幕，也引进了中国改革开放的第一笔外资。

这笔过亿的外资被用来建设位于山西朔州的安太堡露天煤矿，中国煤炭进出口总公司随即成立。因缺乏对外交流的法律人才，周立涛被学校分配到了这家刚刚成立的公司。

1983年，23岁的周立涛辞别湖北家乡，从武汉北上进京。

从中国煤炭进出口总公司，到重组更名后的中国中煤能源集团有限公司（以下简称中煤集团），他坚守在这家大型央企中一待就是33年，不论世事沉浮。凭着自己的努力，他带领团队树立并巩固了法律在企业管理中的重要地位。

如今，顶着中国法学院能源法研究会常务副会长、中国煤炭工业协会法律专业委员会主任等头衔，周立涛的主要工作仍是中煤集团总法律顾问，他调侃自己的日常工作是“改不完的合同、打不完的官司、要不不完的债、没完没了的风险控制”。对于企业法律人的角色，他将之定义为“企业发展的保驾护航者”。

从法学毕业生到企业法律总顾问

周立涛毕业于原湖北财经学院（现中南财经政法大学）法学专业。后来他才知道，毕业后被分配到北京的原因，是“学校认为我的英语还可以”。

“前期跟美方谈，美方带着律师和会计师，我们的人都是官员。为了对等，公司成立了法律部，要求招两个年轻人，北大一个，我们学校一个，就是我。”周立涛回忆道。

大学毕业时，老师那句“国家的需要就是我们的志愿，到边疆去，到祖国最需要的地方去”的号召，周立涛依然记得格外清晰。虽然没有能够去边疆，但他确实到了当时祖国最需要的地方——改革开放的“前线”。

正式入职中国煤炭进出口总公司后，周立涛开始跟随领导运作安太堡露天煤矿项目。哈默的首期投资就达两亿美元，对于刚刚改革开放的中国，是一个相当可观的数字。

在这个过程中，年轻的法学毕业生也渐渐感受到了改革开放对法律的影响。

“那时的中国，法律只是作为一种工具。计划经济也没有什么法律风险，企业没有太多自主权，也没有市场流通，所以法律不被重视。然而改革开放后，对外合作就需要法律了。”周立涛对法治周末记者说。



www.docsriver.com 商家 巨力电子书

中煤集团总法律顾问周立涛

既然是工具，不需要时便可放起来。安太堡项目完成后，法律部被撤销，周立涛被公司派到北京第二外国语学院学习外语，随后又先后被派到海外做业务。

实打实做对外贸易的那些年，周立涛做过外贸员、外销员、报关员、报验员；做过出口水泥、煤炭、炸药业务；在菲律宾当过小煤矿矿长；在乌克兰做过贸易公司经理……直到1994年回国，他被公司告知：应收账款太多，准备重新组建法律部。

1995年，法律部恢复，领导给了周立涛两个“兵”。

“当时我的第一个想法就是，法律部不要在我手里再被撤销。”于是，35岁的他开启了拼命三郎般的“要债”模式。

带着助理，周立涛拼命地打官司，最多的一年，官司打了50多个，出庭54次。这就意味着，几乎每一周，他都要带着手写的材料进出法院。

如此努力，法律部慢慢得到了公司的认可。当领导告诉他“再给法律部加两个人”时，周立涛默默地在心里松了一口气：法律部，应该不会被撤了。

“可官司打完了怎么办？”他又开始了新的思考。公司的合同，跳进了脑海中。

于是，法律部主动联系业务部，表示可

以帮忙修改合同。因为在周立涛看来，“合同管理是企业法务管理的核心问题”。

当法律部逐步将合同管理起来后，公司的应收账款和法律纠纷均有所减少，法律部的努力再次得到了公司的肯定。1999年中煤集团第二次重组时，法律部又被保留下来。

如今，已更名为法务部的团队共有12人，主要职责包括：负责中煤集团法制规划制定和落实，参与企业重大经营项目和决策依法合规性审查，开展企业全面风险管理和内控管理工作，完善资本市场法律风险防范工作，保障公司行为符合国家法律法规的规制等诸多方面。

周立涛已稳坐中煤集团法律总顾问的位置数年，更让他乐得看到的，是中央企业法治工作在国务院国资委的强力推动下，在各企业领导的重视下，法治工作越来越完善，企业抗风险能力越来越强，中国的企业法务人员队伍，也从他毕业时的屈指可数，壮大到数万人。

让我们法律人来试一试

“在菲律宾、柬埔寨、美国、巴西、泰国、俄罗斯……我都要过债。”周立涛调侃说，满世界要债，是他前些年工作的重要组成部分。

然而，这可是一份考验耐性与智商的工

作。曾经，中煤集团在印度的某个项目进展不顺，并在当地引发了一些事端。中煤集团法务部与外交部均要求中煤集团尽快妥善解决纠纷。“总经理亲自带着我们去跟印方谈，打算要么赔两千万全身而退，要么添钱再建。”周立涛回忆。

然而印方没有同意，并坚决要求按照合同规定中止，然后走法律程序，同时要求中方赔偿约 3.7 亿元人民币。总经理动了撤退的心，周立涛对他说：“你先撤，这里，让我们法律人来‘玩一玩’。”

周立涛带领团队下的第一步棋，是要求在印工地不要接受印方的中止令，然后抓住印方问题也主动要求中止。

“对方的中止令得寄到中国，我们的在印度公路局盖章就好。”打好这个时间差，中煤集团的中止令首先生效，当地法院冻结了三个预付款保函。如此，钱是先保住了。因为如果对方先中止，依据银行“见单即付”原则，保函的一个多亿就将不保。

保住了钱，依然不能解决问题。印度属判例法国家，法院没有永久冻结保函的先例。因此，官司每 21 天就要在新德里高等法院开庭审理一次，而法院冻结保函最长只能是半年。在这半年间，中煤集团法务部一边配合出庭，一边与印方交涉，希望成立仲裁庭。

终于，印方同意，仲裁庭成立。

眼看着半年期到，周立涛特意将法院和仲裁庭开庭选在同一日，并把仲裁庭安排到新德里高等法院旁的一家五星级酒店里。

安排妥当，中方到法院突然要求撤诉，“因为再审就要解冻了”。在经历了一时的吃惊后，印方很快冷静下来，寻找对策。

拿着新鲜出炉的解冻令，周立涛往仲裁庭跑，要求再冻结；印方律师则直奔汇丰银行，希望拿钱。

“我跟我们的工作人员提前说了，让他们到汇丰银行想办法阻止印方律师，给我赢得时间。”如今回想，周立涛说，很多事情还真是靠运气。

汇丰银行距离新德里高等法院并不远，然而就在这次开庭前不久，银行楼顶塌了，银行业务临时转移到了二十多公里外的新区。新德里是世界闻名的“堵城”，等印方律师两

小时后赶到银行时，仲裁庭已再次冻结了保

转入仲裁后，官司一打又 3 年。相关的法律材料，从最初的一小本，到最后变成了八百公斤，每次开庭，都需要用货车拉、十几个小伙子搬。最终，中煤集团打赢了官司，分文未赔，全身而退。

回顾新德里那 4 年，周立涛感觉“像小说一样”。为何最终能赢，他说“可能是我们材料准备得好”。如今，面对越来越多走出去的中国企业，他希望这些企业能够更多一点主动维权，而不要总是被动受欺。

法律人员的管理者 管理者中的法律人

除了打官司、写合同，企业的法律人还能做什么？在成为中煤集团总法律顾问后，周立涛开始探索这一新课题。参与管理，成为他的着眼点。

“企业领导者考虑的是企业怎样生存发展，法律管理者考虑的是怎样才能保障企业的生存和发展。”周立涛说，“企业法律人就要明白，在具体业务的每个环节都需要做什么，以此来预防风险。任何环节，法律人都参与得上，也一定要跟得上。”

如今，中煤集团的投资项目，均由业务部门、财务部门和法律部门协作完成。矛盾经常产生。“比如一件事可干还是不可干，业务人员要业绩，肯定要干。法律人员如果认为不可干，那考验其水平的时刻就到了。”

周立涛的说服原则是：如果不可干，必须把不可以的理由说得足够充分，同时尽力提出解决方案。

2007 年，周立涛获得法国巴黎 HEC 商学院高级管理工商管理硕士学位；2011 年，他又取得中国政法大学法学博士学位。法学和管理学汇集到了周立涛的工作思维模式中。

周立涛将企业法务部门看成是企业的“防火墙”，是企业永远的“保障部门”。中煤集团的每个大型项目都有法律人员介入。“法律人员的管理者，管理者中的法律人”，是他对自己的定位。

就在周立涛带着团队为公司保驾护航的十几年间，中国的企业法律顾问机制也渐成气候。

“进入新世纪时，大家对加入 WTO 争论很大——是不是狼来了？入世以后，中国企业能否与国外企业竞争？中国企业控制得了风险吗？”周立涛依然记得当年的忧虑。

国家层面的工作在着力解决这些问题。

1997 年，国家经贸委印发《企业法律顾问管理办法》，标志着我国企业法律顾问开始走上规范化、制度化的轨道。2002 年成立的国务院国有资产监督管理委员会，接管了原国家经贸委的企业总法律顾问试点工作。2003 年 3 月的第一批试点单位共 17 家，中煤集团是其中之一家。

如今，一晃 13 年，当年同批试点的同行

们都已退休，周立涛成了硕果仅存的一位。

“以前，大家都叫我小周，后来变成老周，现在，可是周老啦！”他笑着说。

中煤 33 年间，周立涛坦言“有过好多诱惑”“也动过几次心”，然而每次，他都选择了不离开。

“我觉得人首先要感恩，公司培养了我。我毕业以后，领导带着我满世界跑、让我开眼界，然后公司又让我去学外语，给我两次机会读硕士。公司上下对我都不错，有了试点马上举荐我，应该说公司能给我的，都给我了。所以我要感恩，不忍心离开。”

然而如今，他在思考解决的另一个重要问题，是怎样留住公司的年轻人。

对话周立涛

企业走出去，最大的风险是没有风险意识

作为中煤集团总法律顾问，周立涛的办公室颇具雅气。2 月 17 日，在位于北京北二环外的集团总部大楼里，周立涛接受了《法治周末》记者的专访。对于企业法务顾问制度、中国企业走出去及当下煤炭市场等一系列问题，他与记者分享了自己的看法。

企业法务人员地位应更加明确

记者：在一家大型企业中，法务人员的主要工作应当包括哪些？

周立涛：我认为有以下五项，即防范企业风险、参与管理、维护企业合法权益、合规管理以及人才队伍建设。

其中，防范企业风险是最主要的一块。法务人员要做到事前防范、事中控制、事后补救。防范企业风险的源头，就是参与决策。因为决策决定成败，一个投资项目的决策失误很可能靠其他方法难以补救。

记者：让法务人员参与企业管理中，如何具体实现？

周立涛：要把法律管理渗透到企业管理

的每一个环节，成为企业管理的一部分。法律管理不会因人的不同而不同，将制度固化后，制定工作流程，不管什么人都按这个制度和流程来。

同时，90% 以上的企业经营活动都是通过合同来实现的，所以合同管理又是法律管理的核心。合同管好了，有官司也不怕；合同管不好，没有官司都害怕。

记者：合规管理在中国企业推行起来貌似比较困难。

周立涛：对。中国企业的许多项目都是边建设边合规，为什么呢？因为想在事前把所有的手续办全，不太现实。打个比方，开一家煤矿，需要盖三百个公章，这么多公章，专人办下来也得三五年。这就给合规管理提出了一个难题：什么叫合规？合规的底线是什么？

怎样既不违反国家法律，又能把项目正常往前推，这是我们工作的难点。在这方面，法律还有一些空白，有关部门的宏观管理还有不科学之处。

记者：为何将留住人才也作为工作的一个重点。

周立涛：培养一名毕业生成为能独当一面的企业法律人员，至少需要三五年时间。现在，因为待遇和环境等原因，很多人培养出来以后就走了。我们的很多二级企业都在山区，也很难留住法律人才。所以这些年，我们也在努力做这方面的工作。

记者：你认为怎样才能留住人才？

周立涛：第一是给人晋升的机会和空间，第二是创造良好和谐的工作环境，第三才是待遇。有些人平时会抱怨待遇不好，但如果有一个好的工作环境，他也不愿意离开。

记者：我国的企业法律顾问制度发展至今，你认为眼下最需解决的问题有哪些？

周立涛：第一，要从国家层面、而不仅仅是部委层面，制定企业法律顾问管理条例。明确企业法律人员的职责和权限，这是最主要的。

第二，要把企业法律顾问统一到国家司法体系当中去。

第三，明确企业总法律顾问的地位。现在，企业总法律顾问的地位很尴尬。我曾给自己取过一个外号叫“二大爷”，也是调侃。你说我不是官吧，比官还大；可你说是领导吧，又什么都不是。

没有认识到风险是最大的风险

记者：近年来，中国企业纷纷“走出去”。作为从事多年对外贸易工作的法律人，你认为最有可能出现风险的地方在哪里？

周立涛：最大的风险是大家没有风险意识，没有认识到风险。

很多人都以为走出去，风险不大，跟国内做项目一样。其实完全不一样。国内做项目是边干边看，出了问题，有上级领导和地方政府来沟通。

在国外，这些东西都没用，一切按法律来。所以在做事情之前，一定要把所有与法律有关的问题都想好，把所有该合规的地方都做

好。如果一个国外项目因为前期没有考虑好项目问题，那几乎是灾难性的。

记者：还是需要法律给予支撑？

周立涛：对，尤其是现在。我们看以前“走出去”，是货物先走出去，然后人走出去，再到资金走出去，这是一个慢慢熟悉外面世界的过程。

现在有很多人，前两步不走，直接走第三步，还没学会走就要跑，对当地的贸易规则、经济状况、风土人情都没搞清楚就去做。那怎么避免摔跤呢？就要靠法律。如果对法律不重视就盲目去干，走出去以后，没有不出问题的。

记者：目前，中国企业在海外遇到的法律纠纷多吗？

周立涛：走出去的风险大，但目前纠纷不多，因为很多人不愿意走法律程序。中国人出去少有主动维权的意识，很多事吃了闷亏就认了、算了。只有被逼到没办法，才会被动维权。因此中国企业在海外的败诉率还是比较高的，败诉了也不愿意说，觉得家丑不可外扬。

中国企业要想与国外企业同台竞争，真正走向国际舞台，想不吃亏，还有一段漫长的路要走。

煤炭独大的状态仍将继续

记者：煤炭行业近年来先后被各种言论唱衰，对此你如何看待？

周立涛：很多人说是环保的压力、经济放缓的压力、进口煤的冲击，等等。但我认为，打败煤炭的不是外部因素，而是煤炭人自己。为什么？

第一是煤炭产能释放太大。前些年全民投煤炭，不是搞煤炭的也来投，几万亿扎进来，可市场就这么大呀。现在市场需求放缓，但也还是在增长，并未减少；可是产能过高，比需求多出了十几亿（吨）。

第二是煤炭市场的无序竞争导致利润转移。煤炭尽管价格下降，但利润并未减少。但是上哪去了？全转移到下游的电厂去了。这几年电力行业赚了许多煤炭的利润，但这其实是煤炭行业自身竞争所导致

的后果。

记者：如何解决这个问题？

周立涛：唯一的办法是产业结构重组，但短期内很难解决。

记者：比起石油，煤炭市场是基本放开的。与民企相比，国企的短板在哪里？

周立涛：煤炭行业早已真正走向市场了，现在全国范围内的煤炭企业有一万家左右，民企占一半。民企的灵活性更大，国企包袱重，因为有人员问题。

记者：也有言论称与石油类似，中国好的煤炭也都出口了，事实是这样的吗？

周立涛：并不是。我国煤炭出口最多的一年是9000万吨，当时的产量是30亿吨，出口量只占不到三十分之一，这还是21世纪初。从那以后，国家就不鼓励煤炭出口了，出口不再退税，还要加税。再加上价格倒挂，国内煤炭价格比国外高，出口自然就减少了。

去年我们40亿吨的产量，只出口了几百万吨；今年进口了1亿多吨。

记者：那会否进口越来越多？

周立涛：我觉得差不多也就是现在这个比例了，十分之一。因为现在国内煤炭价格也下降了，国内外市场比较接近。

记者：你认为煤炭独大的格局会变吗？

周立涛：在未来至少二三十年的时间里，中国以煤为主要能源的格局不会变。

我国的能源特点是多煤少油缺气。现在，石油进口过半，天然气进口占60%以上，水电已接近饱和，核电、风电、太阳能都成不了主角。与此同时，60%左右的电厂还是在靠煤炭发电。

当然，如果石油价格接着降、持续降几年，对煤炭的冲击就大了。

（作者系《法治周末》记者）

傅东辉：一位贸易救济律师的多面角色

每一次贸易救济案件的胜诉和败诉都不是偶然，贸易救济案件充满变数，专家组大获全胜、上诉阶段又输得精光的情况也不鲜见，律师要认识到案子的不确定性，就会时刻保持谨慎。

■ 文 / 彭飞

2016年1月20日，《环球时报》在其微信公众号发表题为《中国刚刚在WTO获得一场意义如此重大的胜诉，却没有人注意到》的文章，截至《法人》记者写稿之日，阅读量达到7万余次，点赞千余次。

“难得胜利！”“真是千载难逢！”“以前是欧洲人打开中国市场，现在反过来了！”文章下面的评论者，几乎一致表达了这场胜利的难能可贵。

“此案是中欧经贸史上一个里程碑式的案件，中国耗时7年之久，走完了所有世贸组织赋予成员方的法律救济程序，这是中国利用多边体制规则解决贸易争端、遵守规则、维护国际法治、捍卫自身权益的重要表现。”国际法专家、北京师范大学法学院教授廖诗评在评论此案时表示。

作为本案全程的见证者和参与者，锦天城律师事务所北京分所主任傅东辉带领团队成为中国机电产品进出口商会和中国紧固件行业协会的代理律师，为商务部准备了充分的证据和论据，是本案获得最终成功的重要策划者和推动者。

深耕者

“这个案子结果如此好，整个国际贸易团队都很开心，同事们称我们远见卓识又能干的傅律师为‘劳模’。”本案参与者之一、锦天城律师事务所高级法律顾问、原WTO秘书处法律司法律事务官员冯雪薇女士在评价傅东辉在本案中的作用时说道。

这场“意义重大的胜诉”最早可以追溯到9年前。

2007年，欧盟对中国碳钢紧固件反倾销案展开调查。在原审调查中，欧委会调查机关滥用WTO反倾销的程序规则和实体规则，采用印度汽车紧固件企业（Pooja Forge Ltd.）的产品销售价格作为替代价与中国出口的普通紧固件价格进行不公正的价格对比。

2009年1月30日起，欧盟对从中国进口的碳钢紧固件产品征收平均高达77.5%的反倾销税，影响中国近10亿美元的出口，波及成千上万人的就业。

商务部数据显示，2009年起，中国在欧盟的紧固件产品市场占有率从26%一路下跌至目前的0.5%。尽管2014年中国对欧盟仍有少量出口，也主要是欧盟申

www.docsriver.com 商家 巨力电子书



锦天城律师事务所北京分所主任傅东辉

诉方在华关联企业的出口，目前真正的中国紧固件企业产品几乎已在欧盟市场消失。

之后，中国紧固件产业请求中国商务部诉诸 WTO 争端机制，欧委会被裁定违反 WTO 规则，通过傅东辉、李焯律师代理宁波金鼎紧固件有限公司和常熟紧固件厂在欧盟执行再调查中的有力举证，使原平均反倾销税率从 77.5% 下降至 54.1%。但是，欧委会并未彻底纠错，此后中国商务部再次提起执行之诉。这也是中国人世以来针对其他成员执行世贸争端裁决措施第一次提起的执行之诉。

执行之诉中，专家组再次裁定欧盟违规，上诉机构最终裁定了中方完胜，六个争议点欧盟全部败诉。因此，欧盟必须彻底纠错，中方取得“首战首胜”“上诉完胜”的结果。

商务部条法司相关负责人认为，此案例作为典型判例，将产生重大影响，对其他世贸组织成员方基于中国是一个非市场国家而发起的反倾销调查实践也将起到警示作用，从这个意义上讲，这个案件具有标杆意义。

而作为参与本案的中方律师之一的傅东辉，获知消息之后则显得较为平静，他把胜

诉归功于自己的同行和出庭律师。

“每一次贸易救济案件的胜诉和败诉都不是偶然。”傅东辉接受《法人》记者采访时说道，贸易救济案件充满变数，“专家组大获全胜，上诉阶段又输得精光的情况也不鲜见，你要认识到案子的不确定性，就会时刻保持谨慎。”

在过去的 25 年间，他打赢过 40 多个欧盟贸易救济案件，并保持了非常高的胜诉率。

从法学院毕业之后，傅东辉先在欧洲的一家美国律所从事律师工作，之后又转到欧洲的本土律所，最后转战回国担任锦天城律师事务所北京分所主任，但从来没有离开过贸易救济领域。

挑战者

多年来，中国在应对国际反倾销方面始终受到非市场经济地位的困扰。

事实上，早在上述案件取得胜诉之前，傅东辉便将其收录在其新书《论贸易救济》中，文章指出：“虽然中国的市场经济地位问题已经成为 WTO 文件的一部分，但是，对于欧美国家在中国市场经济地位审查方面滥用规则，却从未直接诉诸 WTO 争端解决机制。中国人在心理上仍然认为市场经济地位是不可挑战的。”

作为在欧洲有着十余年贸易救济法律工作经验的傅东辉，并不认为欧美滥用审查规则的做法是不可挑战的，他用实际行动对此作出了回应。

本案之外，傅东辉还曾为欧盟案件中 9 家企业获得零税率，为 26 案取得无损害胜诉，创造的著名案例包括“棉坯布案”两次无税结案、“三大箱包案”无损害胜诉、“手推车案”反败为赢、“镁碳砖案”出奇制胜、“化纤布案”以多胜少、“紧固件案”首次战胜反规避、“数据卡案”迫使欧盟提前终止调查、“聚酯短纤案”以零补贴获胜，扭转了欧盟反倾销中败多胜少的局面，大大丰富了中国企业应诉获胜的成功经验。

傅东辉对欧盟案件的高胜诉率得益于他在国外十几年的经历，期间他和欧美一流的贸易救济律师一起工作，成了贸易救济国际律师圈的成员。

“中国改革开放后的贸易救济规则是向别人学来的，所以很难摆脱小学生的心态。”傅东辉开玩笑地说。如“白羽肉鸡案”，一开始大家都认为一定会输，因为和本案损害认定情况类似的“电工钢案”在此之前刚刚落败。最后傅东辉以寸步不让的坚持终于让该案呈现出了完全不同的局面。

在反倾销案件中，衡量本国产品是否受到损害的一项标准是，进口的价格是否低于国内产业的价格，如果价格比国内价格低就有损害。但是对于如何对比，WTO 并没有规定具体规则，由调查机关自由裁量。但在“电工钢案”中，美国错误地坚持应采用分产品型号进行比价，却反而取得了胜诉，规则被错误地作了扩大解释。

“白羽肉鸡案”中，不了解中国膳食文化的美国人故技重演，认为鸡胸肉比鸡爪贵，中方将鸡爪和鸡胸合并对比，扩大了销价幅度，再告中国调查机关在损害认定中以均价比较违反了价格对比规则。

傅东辉在受理案件的第一时间让助理去超市比价，印证了他的预判，因为中国人喜欢吃鸡爪，市场上鸡爪实际比鸡胸还贵，二者合并定价实际上反而有利于美方，为成功抗辩制订了最终取胜的正确应

诉方案
商家巨力电子书

“正是我们在第一时间制订了正确的应诉方案，才使‘白羽肉鸡案’双反措施在被告案件中成为唯一一个站住脚的成功案例。输了官司的美国并不甘心，扬言要继续告我们，但是两年了一直没动静。”傅东辉告诉《法人》记者，“做律师的不要太在意别人批评你什么或者恭维你什么，你要坚持自己的判断，坚持自己的路，要多做工作。”

批判者

中国在 WTO 的争端案件，通常由中外律师合作代理，傅东辉坚持在每一案件中由中方律师主导，而不仅仅扮演边缘角色，做些翻译、审查、提些意见等。

“合作就是坚持你自己正确的，争取合作方的支持，或求同存异。”傅东辉对毛泽东理论有过精深研读，他把毛泽东统一战线的理论也运用到和国外的律师合作上，“国际合作，你要认识到合作另一方可能存在的问题，否则合作就会沦为顺从。”

欧洲的十几年工作经历，让傅东辉比较容易从中国角度看外国问题，也容易从国外角度看中国问题。“中国的法律人应该坚定地把中国的法律工作做好，我们有义务促进中国法律与国际接轨。”傅东辉表示，“因此必须坚持律师的国际合作。”

对贸易救济案件来说，律师间的合作与搭配很重要，但自己的努力更重要。“不要以为依赖与美欧大牌律师合作就能胜诉，我们要借助与美欧优秀律师的合作，为胜诉寻求更多的可能，而不是依赖和顺从。关键是你自己得多做功课，抓住关键性证据。”

傅东辉告诉自己的助理：“虽然你不是案子的主导者，但也要有主导者的心态。”

目前，WTO 争端案已经有 500 多个案例，有一种观点认为 WTO 法律是模范法，傅东辉对此持不同看法：“如果把 WTO 法当成模范法，我们会解除武装，一定吃亏，既不利于维护自己在 WTO 的合法权利，也不利于维护 WTO 的法律制度。”

“在贸易救济案件中，没有什么事情是一

成不变的。”作为清华大学的硕士生导师，傅东辉在清华讲坛上告诫自己的学生，“首先讲规则，但在严格按照规则办事的情况下，又要注意规则可能会发展。不能做只是遵守‘模范法’的顺民，要想到也许通过你的案件这个规则就发展了。”

坚守者

作为律所管理者，傅东辉却十分警惕把收入攀升作为目标的做法。

“你要总想着挣钱，那就是商人，就没办法把案子做好。总部也有‘业绩’的要求，但是我坚持我自己的看法。”傅东辉表示，10年前因为他是做涉外业务的，收入比其他律师高很多，目前国内其他业务都发展起来了，收入比他高的律师有很多，但他还是坚持自己的做法，“不能只求收入攀升，要坚持专业化、国际化，坚持国际一流的业务水平作为首要目标。”

“你要成为某一方面的专家，没有足够的时间投入是不可能的。”傅东辉说道，“就拿反倾销的案子来说，你代理了应诉企业，反过来你有没有代理过申诉企业？代理了应诉、申诉案件，你是否代理过复审案件？复审案件又包括临时复审、期中复审、日落复审，还有反规避。此外，你的WTO争端经验更是至关重要。”

近五年来，中国还有很多日落复审打不掉，但傅东辉的团队打赢了六七个日落复审的案件。在这方面，傅东辉感谢商务部的信任和给予的各种机会，使他能够成为一个贸易救济的专家。

对于每一个做过的案件，傅东辉事后都会作出翔实的总结，“这些总结不仅有助于今后的判断。同时，如果这些总结运用到我们国家的案件的话，就会成为一种国家的能力”。

自21世纪初中国加入WTO至今，全球商贸领域最重要的变化，可以说就是中国作为制造业强国的崛起。作为中国最早专业从事国际贸易法和反倾销法的律师之一，傅东辉曾为中国外经贸部贸管司担任中欧纺织品谈判法律顾问达10年之久，在中国反倾销立法初期又多年为条法司担任反倾销法律顾问，

参与建立了中国反倾销制度。如何应对贸易救济，使中国突破非市场经济规则下反倾销的重围，也是傅东辉长期以来一直在身体力行的求索方向。

“我觉得国家的贸易保护应当是在一定范围内有选择、有条件的保护，而不是无条件的保护，因为完全的保护、全面的保护实际上对于国家的发展是有害的。”在傅东辉看来，中国的改革开放之所以比其他的发展中国家要走得快，最重要的因素是中国在改革开放和适当保护的平衡程度上比其他发展中国家做得更好。

傅东辉表示，尽管WTO争端领域范围有局限，不太可能有太多的律师涉足，但是在每一个领域只要有人坚持，有真正的专家就行，“就像钱学森一个人回国了，给整个中国航天事业都带来了重要突破”。

几年前，傅东辉把在世界贸易组织秘书处法律司工作了9年的法律事务官员冯雪薇请到自己的律所工作，这也是本次“中国碳钢紧固件反倾销案”取得胜利的重要原因之一。采访中，傅东辉对其不吝赞美之词：“我知道我自己不可能了解那么多WTO法律规则，在贸易救济领域我是专家，但在WTO争端领域，她专门做了9年裁判，是绝对的专家，没有人可以跟她比。”

“没有一点架子，很支持中国的WTO事业。”我国WTO领域唯一一本英文期刊《Journal of WTO and China》的编辑李淑玲接受《法人》杂志记者采访时回忆称，2015年，她曾向傅东辉约过稿：“他有两篇，问我要哪篇，我们杂志没什么名气，我让他先紧着其他好的英文杂志发。但他说，‘要把好文章给自己国家的英文杂志，支持我们自己的期刊’。”

最近李淑玲再次向傅东辉约稿，是和“中国非市场经济地位”相关的主题。

“傅律师答应了。”李淑玲说道，他还特别希望我们能向商务部反映一下，组织个研究组，专门研究欧盟紧固件的案子，“这是一个里程碑的案子，这个主题对于认知WTO规则和发展，认知中国与WTO的相互关系至关重要。”

（作者系《法人》记者）

涉华337调查案风波再起

www.doceriver.com 商家 巨力电子书

我国企业目前仍处于全球产业链的低端，核心技术掌握得较少；而在美国市场上，我国企业和美国知识产权所有人之间的竞争非常激烈，因此频繁遭遇 337 调查必不可免。

■ 文 / 鹏飞

日光之下，并无新事。连续十余年居于美国 337 调查涉案国之最的中国，十天之内又添两起新案。

美国当地时间 4 月 26 日，美国钢铁公司 (U.S.SteelCorp, 简称 USS) 向美国国际贸易委员会 (United States International Trade Commission, 简称 ITC) 提起申诉 (以下简称“钢铁企业案”), 指控中国 11 家最大钢铁生产商集团及 9 家钢铁分销商集团, 违反美国《关税法》第 337 条禁止性规定, 向美国出口和销售碳钢和合金钢产品, 要求 ITC 立案调查, 并发布永久性的排除令及禁止令。

ITC 公布的美国钢铁公司申诉书显示, 美国钢铁公司指控中国钢铁企业及其经销商合谋操纵价格、窃取商业机密以及通过虚假标签规避贸易税。美国国际贸易委员会将用 30 天时间对该申诉进行评估, 然后决定是否开展调查。

无独有偶, 5 月 5 日, ITC 又宣布, 将对全球知名电子企业在美销售的部分便携式电子设备产品发起“337 调查”(以下简称“电子设备案”), 以确定它们是否存在专利侵权行为, 其中中兴、联想两家中国企业也在被调查企业之列。

据悉, ITC 之所以发起这项调查, 是因为新加坡创新科技有限公司及其美国分公司在今年 3 月 24 日提出申诉, 指控美国进口以及在美国市场销售的这 8 家企业的便携式电子设备产品, 侵犯了自己公司的专利, 违反了美国《1930 年关税法》的 337 条款, 请求 ITC 对涉案产品实施有限的进口禁令。

七星天创始人兼总裁龙翔表示, 随着中美贸易关系和商业竞争的不断深化, 未来中国企业在美国将不断遭遇来自竞争对手等各方面在内的 337 调查案。此次针对中国钢铁行业 337 调查案申请, 正是这一趋势的一个生动案例。

曾处理过多起 337 调查案的上海锦天城律师事务所北京分所顾问张国勋也认为, 究其根本, 这是我国产业特别是出口产业所处发展阶段所造成的, 同时也与我国国际贸易体量最大有关, 这些都决定了在未来相当长的一段时间内, 我国企业有可能继续成为 337 调查的主要对象。

立案范围宽泛而集中

“337 调查”得名于《1930 年美国关税法》第 337 条款, 后经历数次重大修订, 调查的对象为进口产品侵犯美国知识产权的行为以

及进口贸易中的其他形式的不公平竞争。

不同于一般的贸易救济措施，337 调查条款授予 ITC 可以发起对于“不公平竞争方法 (Unfair methods of competition)”和“不公平行为 (Unfair acts)”的调查。即 ITC 有权调查有关专利和注册商标侵权的控告，也可开展涉及盗用商业机密、商品包装侵权、仿制和虚假广告、违反反垄断法等内容的调查。

龙翔表示，在第 337 条款的法律内容中，并没有对“不公平竞争方法”和“不公平行为”进行明确的定义，只列举了专利 (patent)、商标 (trade mark)、集成电路布图设计 (mask work)、商品外观侵权 (design) 四项，以及除这四项以外的不公平竞争方法和行为。

但在 ITC 最新版的《337 问答》的 337 条款背景介绍中，明确提出“其他形式的不公平竞争，诸如盗用商业机密、商业外观侵权、假冒、虚假广告以及触犯反托拉斯法，也可以被主张。”

“由于这一表述的存在，使得 ITC 的调查立案范围理论上可以很宽泛。”龙翔指出，尽管很多反垄断律师并不认为 ITC 是一个反垄断的执法机关，且国会立法也更多地把 337 条款看作国际贸易法而非反垄断法，但是 337 条款仍然有被作为反垄断救济的一系列理由。

在龙翔看来，实践中，侵犯专利案在 337 调查中是立案数量最多的案件情况，比重可以占到所有“337 调查”的九成左右，而商标、外观设计、集成电路布图设计侵权等案件，在“337 调查”中立案数量都相对稀少，有些也往往和专利侵权案合在一起，作为原告企业的多项诉由。对于涉及商业机密和反垄断案的案例，在“337 调查”就更为稀少了。

张国勋告诉记者，本次美国钢铁公司对中国钢企的指控包括三方面：中国钢协企业会员合谋操纵价格，制定低于成本的价格，并控制产量和出口量，来垄断市场；中国企业盗取商业秘密并用销往美国的产品上；中国企业伪造产品原产地证明，以规避反倾销的责任。

龙翔表示，对比来看，“钢铁企业案”较之“电子设备案”的复杂性也在于，该案的三大诉由中的两项都不是“337 调查”中常见的“侵犯美国知识产权”的诉由，而是反垄断和虚假信息标示，只有商业秘密的诉由是与知识产权有联系的。

龙翔指出：“这一指控有些异想天开，其中还涉及指控中国政府黑客侵入 USS 的电脑，盗用信息的桥段，这些东西要举证是非常困难的。USS 把商业秘密作为诉由，主要目的是让 ITC 能够立案，增加立案概率。”

令人闻风色变的普遍排除令

从按照受案类型来看，“337 调查”和反倾销、反补贴调查的执行部门，都是 ITC。但是不同于反倾销、反补贴案件，“337 调查”更侧重侵犯美国知识产权而形成的不公平竞争调查，而反倾销反补贴调查则侧重于由于进口商品价格低于或接近本土商品价格而产生的对本国相关工业形成冲击的情况。

但从裁决的结果来看，反倾销反补贴调查的结果常见的是对相关进口产品加征特定税率（针对倾销或补贴幅度进行设定）的反倾销税或反补贴税，这两者可以同时存在，相关命令为反倾销征税令和反补贴征税令。而 337 案的常见裁决手段是 ITC 发布排除令、禁止令。

排除令是防止侵权产品进入美国市场，禁止令是为了禁止继续在美国进行销售的行为而发布的命令，它主要针对美国企业，特别是被诉企业在美国的分支机构。而 ITC 发布禁止令时一般都会考虑到已经进口到美国的该类产品的存量，如果存量可观，禁止令就很可能被发布。

排除令中又分有限排除令和普遍排除令。有限排除令即禁止被申请人的涉案产品进入美国，普遍排除令即把所有涉案产品不问来源地排除在美国市场之外。

“钢铁企业案”中，USS 即提出了永久普遍排除令（permanent general exclusion orders）和永久禁止令（permanent cease and desist orders）。

“普遍排除令杀伤力巨大，不仅针对涉案被告的产品，还针对其他没有被告的国家或者地区企业的同类产品。‘337 调查’正是因此而令人闻风色变。”龙翔特别强调。

张国勋认为：“如果中国钢铁企业应诉失败，ITC 将可能颁布普遍排除令，排除令会在裁决日期立即生效，阻止所有来自中国的涉案碳钢和合金钢产品进入美国市场。普遍排除令的适用范围非常广，可以针对

中国整个钢铁行业。美国钢铁公司的诉求一旦成功，将会对中国钢铁行业造成严重的打击。”

为何中国总“受伤”

美国政府每年发起的 337 调查案不过几十起，但过去十几年来，中国企业一直是主要被调查的对象。

有数据统计，近年来，中国企业遭遇美国“337 调查”的数量占美国全球调查总量的三分之一左右，平均每年针对中国企业的立案都在十多个。2015 年，美国共发起“337 调查”35 起，涉华“337 调查”就有 10 起。

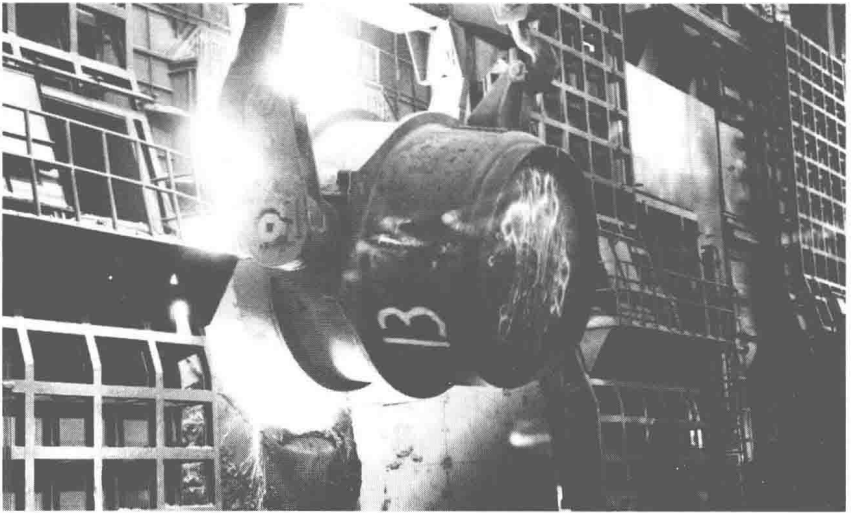
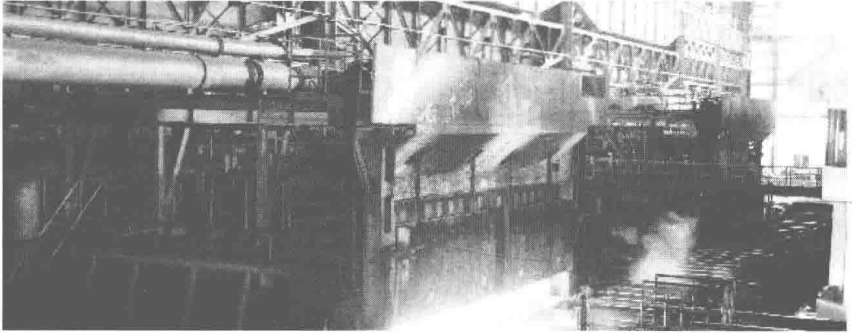
美国企业申请“337 调查”的背后原因多是商业利益的驱动和企业市场份额的争夺。而且，“337 调查”的调查对象不仅包括外国企业，也可涉及美国本土企业。但为何中国企业成为首当其冲的对象呢？

曾代理多起涉外纠纷的郝俊波律师认为，中国的经济发展最快，出口多了自然会和进口国企业有利益冲突，如果在知识产权问题上不注意就容易被对手抓住把柄。

张国勋律师分析认为：“我国企业目前仍处于全球产业链的低端，核心技术掌握得较少。而在美国市场上，我国企业和美国知识产权所有人之间的竞争非常激烈，因此频繁遭遇‘337 调查’必不可免。再者，美国‘337 调查’也是一种贸易保护的手段，只是用来针对外国出口商。因此起诉任意性较大，立案标准也很宽泛，对我们挑战较大。”

“首先是放弃幻想，明确态度，积极应诉；第二是必须选择真正专业的‘337 调查’律师；第三是如果产品在出口到美国前，为避免遇到潜在的‘337 调查’或者地区法院诉讼风险，可以委托专业的律所或第三方机构进行侵权预警分析；第四是重视自己产品的知识产权布局。”谈及如何应对频繁发起的“337 调查”时，龙翔建议。

www.docsriver.com 商家 巨力电子书



钢铁337案诉的弦外之音

这起 337 调查案充满了政治色彩，绝对不是一起普普通通的 337 调查案。对其中的反垄断指控，必须严肃对待，否则很可能因此成为另外一个 337 调查案的先例，遗患无穷。

■ 文 / 龙翔

4 月 26 日，美国钢铁公司（United States Steel Corporation，以下“简称 USS”）向美国国际贸易委员会（以下简称“ITC”）提交了长达 73 页的起诉状（文档全文 94 页，起诉书正文 73 页），请求对中国首钢集团、河北钢铁集团、上海宝钢集团等近 40 家来自中国的钢铁企业及从事钢铁出口贸易的企业发起“337 调查”。337 调查案赤裸裸地卷入了全球钢铁产业的贸易战。

“337 调查”夹杂政治色彩

毫无疑问，这起 337 调查案充满了政治色彩，绝对不是一起普普通通的 337 调查案。所谓 337 调查案，是指美国国际贸易委员会（USITC）根据美国《1930 年关税法》第 337 节及相关修正案（以下简称“337 条款”）的规定，有权对进口贸易中所涉及的多种不公平行为发起调查并采取相应的制裁措施。美国政府每年发起的 337 调查案不过几十起，过去十几年来，中国企业一直是主要被调查的对象。不过过往这些 337 调查案基本上集中在调查进口到美国的商品是否涉嫌侵犯了美国本土工业的知识产权，尤其以专利侵权案占绝大多数。本案则不同。虽然起诉状中也

夹杂了所谓商业秘密的指控，但明眼人不难看出，商业秘密的指控不过是为了增加调查立案的保险系数。起诉书所指控的所谓窃取商业秘密的事实有如 007 电影的情节，很难想象通过 337 调查案的管辖权，起诉方能获得取证资格。这起 337 调查案的关键，还是反垄断和不正当竞争等内容，而非常见的知识产权侵权。

按照 337 条款，337 调查案可以基于反垄断等原因立案调查。但这类调查之前很少发生，究其原因，反垄断之类的调查极其复杂，绝对不是国际贸易委员会负责 337 调查的机构所熟悉并且能够胜任的。这起 337 调查案，不过是最近逐步升级的全球针对钢铁产品出口的巨大博弈中的一个小插曲。提起起诉书的美国钢铁公司，不过充当了美国政府的一个打手而已。众所周知，中国每年钢产量占全球 16 亿吨钢产量的差不多一半左右。近年来，由于全球钢铁产业严重不景气，伴随着中国钢铁产品的出口，中美英等国家针对钢铁产品的贸易摩擦愈演愈烈。仔细研究一下美国钢铁公司的 337 起诉书，就会发现它绝对不是一起简单的 337 调查案。

起诉状中，美国钢铁公司列出了针对中国企业的三项基本诉由：一是“合谋定价和控制产量及出口量（a conspiracy to fix prices and control

output and export volumes)”;二是“盗用美国钢铁公司的商业机密 (the misappropriation and use of U.S. Steel’s trade secrets)”;三是“篡改(中国钢铁产品的)来源和制造商标签 (the false designation of origin or manufacturer)”。

这三大诉由，尤其是合谋定价的指控，与“337 调查”常见的专利侵权诉由有根本区别。而最具杀伤力的，正是这项垄断的指控。美国钢铁公司在起诉书中直接将矛头指向中国钢铁工业协会 (China Iron and Steel Association, CISA)，认为正是经由中国钢铁工业协会，被起诉的中国钢铁生产企业合谋控制原料输入价格，共享成本和产能信息，控制出口到美国的钢铁产品产量和产品价格；并且，中国企业间还共享生产进度和时间。这些使得中国企业能够“合作”出口新产品充斥到美国市场，并打败其竞争对手。

主诉由垄断非 ITC 所长

众所周知，ITC 发起“337 调查”的依据是《1930 年关税法》的第 337 节，授予 ITC 可以发起对于“不公平竞争方法 (Unfair methods of competition)”和“不公平行为 (Unfair acts)”的调查，但是在 337 节的法律内容中，并没有对这两者进行明确的定义，只列举了专利、商标、集成电路布图设计、

商品外观侵权四项。事实上，337 条款的“不公平竞争方法”和“不公平竞争行为”的出处来源于《1930 年关税法》的前身《1922 年关税法》，后者当时的立法目的是禁止没有被当时美国其他进口贸易法律规范的任何不公平行为。

在其后的实践中，美国法律界在 20 世纪 80 年代曾有声音探讨 337 条款可以用于反托拉斯的实践，前 Plaia & Schaumberg 事务所的律师 Tom Schaumberg 曾在 1982 年春季的《反垄断》(The Antitrust Bulletin/Spring 1982) 期刊中发表名为《1930 年关税法 337 条款的反垄断救济》(Section 337 of the Tariff Act of 1930 as an antitrust remedy) 一文，认为尽管很多反垄断律师并不认为 ITC 是一个反垄断的执法机关，且国会立法也更多地把 337 条款看作国际贸易法而非反垄断法，但是 337 条款仍然有被作为反垄断救济的一系列理由。这一声音后来被 ITC 接受。在 ITC 最新版的《337 问答》(337FAQS) 的 337 条款背景介绍中，明确提出“其他形式的不公平竞争，诸如盗用商业机密、商业外观侵权、假冒、虚假广告以及触犯反托拉斯法，也可以被主张 (Other forms of unfair competition, such as misappropriation of trade secrets, trade dress infringement, passing off, false advertising, and violations of the antitrust laws, may

also be asserted)”。

即便如此，利用 337 调查案发起的反垄断调查却几乎没有发生过。毕竟反垄断调查极其专业，远非国际贸易委员会所长。

很不幸的是，本案所指控的中国行业协会对价格的管理，确实是中国企业面对发达国家反垄断法的一个软肋。事实上，就在前不久，中国的维生素 C 行业就曾经因为行业协会对价格的管理，在美国纽约的地方法院被裁违法，判罚 1.4 亿多美元。这起案件目前正在上诉过程中。

USS 为诉中国钢企处心积虑

除了涉及价格操控，USS 还指控中国政府在 2011 年 1 月侵入了其研究计算机及设备，窃取了其高强度钢的商业机密，使得部分中国钢企在之后得以很快生产出高质量的此类产品，并出口美国。这恐怕是整个起诉书中，最荒诞不经的一段了。USS 指控中国钢铁企业在中国政府的帮助之下，以网络战的方式，盗窃了 USS 铸钢工艺的商业机密。整个关于商业机密诉由的事实指控充满了主观猜测。很难想象原告律师能够通过 337 调查程序的取证手段，获得足够的证据来支撑这一指控。

以盗用商业秘密为诉由提出的 337 调查案，在过去中美贸易往来中，已有发生。尤其近年来针对中国公司发起的基于商业秘密的 337 调查案，也有上升趋势。早在 2008 年，Amsted 工业公司就起诉中国天瑞集团及其子公司盗窃了它的商业机密，发起了 337 调查案（337-TA-665）。天瑞集团在 ITC 败诉后向美国联邦巡回上诉法院起诉 ITC，联邦巡回上诉法院指出“联邦刑事法律对窃取商业机密的管辖基于美国《统一商业秘密法》（Uniform Trade Secret Act）对商业秘密的定义”，肯定了 ITC 对境外发生的侵犯商业秘密行为作出的裁决结果。这一案例确认了 ITC 对境外侵犯商业秘密案的管辖。美国是案例法国家，天瑞案由此变成了先例，随后又发生了多起针对发生在中国的商业机密失窃的 337 调查案。USS 诉诸如此离奇的事实，也要把侵犯商业秘密作为诉由申请 ITC 发起“337 调查”，目的无非是增加立案的把握而已。

最后，USS 指控涉诉的部分从事国际贸

www.docriver.com 商家巨力电子书

易的中国经销商篡改产品来源及制造商标签，逃避反倾销税和反补贴税，违反了美国《商标法》（Lanham Act）。基于违反美国《商标法》形成不公平行为发起的“337 调查”，在过去也曾有所发生。2015 年立案的美国贝尔金国际有限公司发起的针对东莞市品特电子有限公司和东莞石碣新电子产品厂发起的 337 调查案（案号 337-TA-975，简称为 975 案）即是一起商标侵权案，该案目前仍在进程中。USS 提起虚假制造商和产品来源地的诉由尽管与 975 案有一定差异，但 USS 以侵犯美国《商标法》为由提起 337 调查诉讼，也还是于理有据。

一口气对数十家企业提起诉讼，并向 ITC 递交了大量资料和证据，足见 USS 处心积虑。USS 是美国最大的钢铁企业，在美国政界也是举足轻重。USS 也丝毫不掩饰自己充当美国政府打手的角色，整个起诉书矛头处处直指整个中国钢铁产业。因此，这起 337 调查案绝对不能以普通 337 调查案视之，需要被告各方联合起来，共寻出路。

谨防本案成为“坏”的先例

本案涉及面十分广泛，除了涉诉企业之外，USS 在起诉中矛头还指向了中国政府和钢铁工业协会，称前者通过黑客窃取其商业机密，后者是中国钢铁企业的托拉斯组织。这使得应诉除了需要法学界人士以外，还需要计算机领域专家和美国反垄断法、商业秘密领域的专业律师参与。尤其对其中的反垄断指控，必须严肃对待，否则很可能因此成为另外一个 337 调查案的先例，遗患无穷。

笔者在美国从事“337 调查”应对多年，深感美国律师界职业和领域高度细分，每一位律师都有其专精的领域，而其他领域却可能所知甚少。以“337 调查”为例，337 调查案中专利案数量最多，能达到 90% 左右，多数“337 调查”律师都是专精于专利案的律师。但“337 调查”中的反托拉斯案，接触到的却是极少。美国反垄断诉讼是一个非常专业的领域，对律师要求极高。“337 调查”进展迅速，一般 18 个月即可结案，比一般的美国联邦地区法院诉讼进程快出一倍。这使得应诉压力和诉讼压力都远远高于联邦地区法院诉

讼，对诉讼双方都是极其沉重的诉累，对双方律师的要求也非常高。而“337调查”一旦败诉，杀伤力巨大，可能导致相关产品无法进入美国，使企业丧失美国市场，结果十分严重。被诉企业急需求助于专业的美国反垄断诉讼专家，尽快启动应诉程序，否则很可能会错失先机。

2012年，我离开美国回国创立七星天，很大原因，就是痛感随着中美贸易关系和商业竞争的不断深化，未来中国企业在美国将不断遭遇来自竞争对手等各方面在内的337调查案。此次USS提起的钢铁行业337调查案申请，正是这一趋势的一个生动案例。

由于全球经济前景的不明朗，国内钢铁行业产能过剩问题始终存在，而国外对于我国钢铁行业反倾销、反补贴的呼声也时有耳闻。对于国内钢铁行业而言，积极应对未来可能的“337调查”立案，是必需的，也是应当的。但这应该只是“术”的层面。对于行业而言，积极开拓创新、转型升级、加大研发投入，将自主知识产权的产品和品牌做大做强，才是根本之“道”。“道”“术”并举，方为善策。这也许是人们更应该去反思和关注的。



■ 龙翔

美国哥伦比亚法学院法学博士、纽约城市大学机械工程学博士、北京大学力学与工程科学系学士、硕士。国家科技专家库在库专家，北京市海聚工程人才，北京市特聘专家。龙翔博士曾经在美国硅谷最大律师事务所WSGR工作四年，主要从事专利诉讼，尤其是擅长美国国际贸易委员会“337调查”，他曾参与过十余起337调查案以及数十起联邦地区法院专利诉讼案。

2012年底，龙翔博士回国创办了以涉外知识产权为核心业务对象的知识产权服务和投资机构——七星天（北京）咨询有限责任公司，公司以“让中国的智力资源获得全世界的承认并实现其公允的价值”为愿景与使命。

竞争与壁垒：中国企业涉337调查报告（2015） （摘编）

■ 发布者 / 七星天（北京）咨询有限责任公司

随着中美贸易合作关系的不断加深，中国企业在过去的年份中频繁成为由美国国际贸易委员会（USITC）所发起的337调查案被告，中国也已经连续多年成为涉及337调查案被告次数较多的国家之一。

这一现象的出现有着诸多原因。整体来看，从2001年中国正式加入WTO以来，中美之间的贸易往来持续深化，中国也在2015年成为美国最大的贸易伙伴，交往的日益频繁客观上增加了双方发生摩擦的风险。不过，中国企业缺乏对美国市场相关制度、规则的深入了解，则成为这一现象发生的重要原因。同时，由于中、美之间司法和行政制度体系现实差异的存在，人们对于“337调查”的认识也较为片面，有时还存有偏见。由于这一系列因素的存在，相对系统地梳理近年来337调查案的数据和相关文本并加以分析，揭示“337调查”的特征与影响，就显得十分必要。

本报告即是基于对近年来337调查案相关数据和资料的分析结果。

正像著名的普通法系法学家Edward Coke爵士的名言所揭示的那样：“理性是法律的生命。”美国作为世界上最主要的普通法系国家之一，通过立法赋予权力的行政调查事实上也遵循着其自身内在的“理性”——规则和规律。由ITC发起的“337调查”即是如此。充分认识其规律并运用其规则，对于中国企业更好地应对“337调查”也有着十分重要的意义。

报告的发布者希望在数据和案例的呈现中，向人们揭示“337调查”的一系列特征，为人们理解“337调查”及其背后的理性提供一个可信的窗口。

一、美国商务部国际贸易委员会“337调查”

www.docsriver.com 商家 巨力电子书

“337 调查”，是指美国国际贸易委员会 (United States International Trade Commission, 简称 USITC) 根据美国《1930 年关税法》(Tariff Act of 1930) 第 337 节 (简称“337 条款”) 及相关修正案赋予的行政权力所进行的调查，其目的是禁止不公平竞争行为或向美国出口产品中的任何不公平贸易行为。

这种不公平行为具体是指：产品以不正当竞争的方式或不公平的行为进入美国，或产品的所有权人、进口商、代理人以不公平的方式在美国市场上销售该产品，并对美国相关产业造成实质损害或损害威胁，或阻碍美国相关产业的建立，或压制、操纵美国的商业和贸易，或侵犯合法有效的美国商标和专利权，或侵犯了集成电路芯片布图设计专有权，或侵犯了美国法律保护的其他设计权，并且，美国存在相关产业或相关产业正在建立中。

“337 调查”的对象为进口产品侵犯美国知识产权的行为以及进口贸易中的其他不公平竞争，具体涉及的调查范围包括：专利 (Patent)、商标 (Trademark)、商业外观 (Trade Dress)、商业机密 (Trade Secret)、版权 (Copyright) 以及其他不公平竞争行为 (Other Unfair Acts) 等。从“337 调查”历年来的实际立案情况看，专利案占绝大多数。以 2015 年为例，全年立案的 337 调查案数量为 36 件，但其中涉及版权案仅 1 件，涉及商标案仅 2 件，其余全部为专利案。

需要特别说明的是，严格来说 337 调查案并非司法诉讼，而是由美国行政部门经立法授权实施的行政调查。不过，这一行政调查采用的调查方式基本上参照美国法庭诉讼的程序进行，并且由美国国际贸易委员会任命的行政法官 (Administrative Law Judge, ALJ) 主持进行。

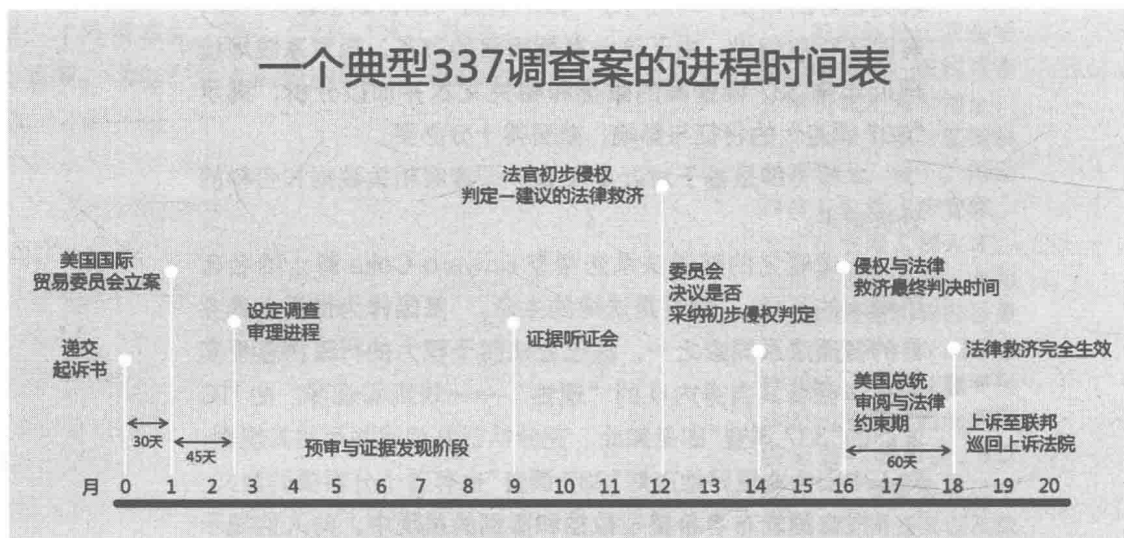


图1-1 一个典型337调查案的进程时间表

同时，尽管“337 调查”采取的是与法庭诉讼类似的调查程序，但是其自身的规则也有不同于法庭诉讼程序的一面，这一规则体系由 ITC 对外发布，负责案件的行政法官也有其在 ITC 规则体系下符合法官个人调查习惯的相关规则 (Ground Rules)。

一般情况下，“337 调查”遵循无原告不立案的原则，但委员会也拥有自行启动调查

的权力，不过由 ITC 主动发起的 337 调查案稀少，过去的两年中都未曾出现。因此尽管其调查的目的在于保护美国相关产业，但通常来说如果没有被侵犯相关权益且符合发起诉讼标准的原告主动向 USITC 发起投诉，一般来说 USITC 很少会对相关领域发起调查。由于这一情况的存在，“337 调查”在程序上并不专门针对某个国家或地区，以及特定的产品领域。

二、立案量与被告历史数据：典型国家和地区 www.docsriver.com 商家 巨力电子书

(一) 1972 年以来的历史数据与趋势

根据现有可查询的“337 调查”电子信息，最早可查到的 337 调查案电子信息为案号“337-TA-12”的调查案相关信息，该案由 1974 年 9 月 25 日发起的 337-L-76 号案转来，1975 年 12 月 18 日结案。这一信息表明在 1975 年前，337 调查案的数量十分有限。根据 USITC 公布的自然年度立案数据显示，最早的 337 调查案于 1972 年发起。

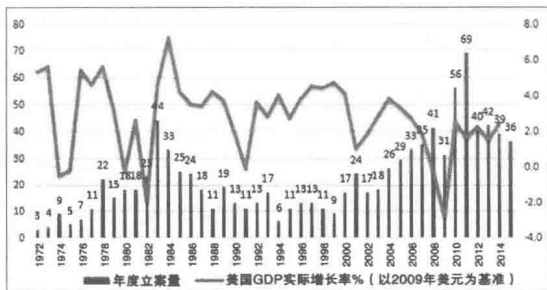


图2-1 337调查案立案量数据（自然年度）与美国GDP实际增长率

上图中（图 2-1）337 调查案年度立案量有两个明显的波峰，即 1983 年的 44 件和 2011 年的 69 件。同时，美国 GDP 实际增长率也有 1982 年、2009 年两个显著的谷底。经济增速出现显著回落后的 1—3 年内，337 调查案年度立案量往往有较明显的增加。这一特征在 GDP 增速 1974—1975、1991、2001 等阶段性谷底出现后的 1—3 年也有所反映。

事实上，根据美国经济研究机构国家经济研究局（National Bureau of Economic Research, NBER）公布的资料显示，1977 年至今，美国经济经历了五次主要的衰退期，即 1980 年 1 月至 7 月、1981 年 7 月至 1982 年 11 月、1990 年 7 月至 1991 年 3 月、2001 年 3 月至 2001 年 11 月、2007 年 12 月至 2009 年 6 月。在上图中也可以发现，相应经济衰退期后的年份中，往往出现 337 调查案数量上升的情况。

337 调查案年度立案数量与美国经济的这一关系表明，作为一种知识产权保护的手段，“337 调查”的确在发挥着对美国本土产业的保护作用。同时也说明，当美国经济出现显著下滑波动时，美国市场上的企业 / 机构会随之更加倾向于通过发起 337 调查案来打击外来竞争者。经济下滑也往往预示着未来的

年份里会迎来 337 调查案立案量的增加。

(二) 1980—2015 年中国内地企业被告数据

根据 USITC 统计的数据显示，中国内地企业被告的第一起 337 调查案发生在 1986 年。其后直到 1993 年才发生了第二起。

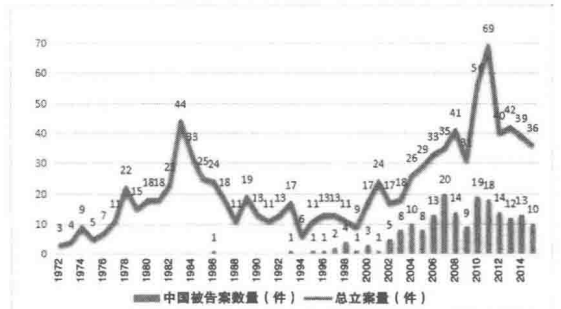


图2-2 337调查案总立案量数据（自然年度）与中国内地企业被告立案量数据

1995 年至今，每年都有涉及中国内地企业被告，且在 2007 年达到 20 件的历史最高值，占该年 USITC 总立案量的 57.1%（如图 2-3）。



图2-3 1995年以来中国内地企业被告年度立案量占比趋势

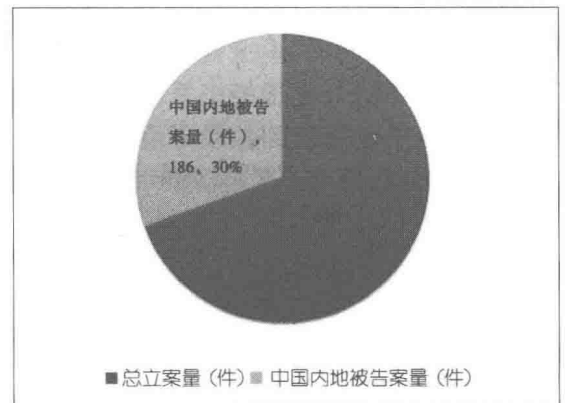


图2-4 1995年以来中国内地企业被告立案量占总立案量比重情况

如图 2-4，1995—2015 年的 21 年时间里，针对中国内地企业的 337 调查案数量为 186 件，约占同时期 337 调查案立案数量的 30%。而同一时期的中国台湾企业涉及的立案量为 145 件，约占比 24%；日本企业涉

及的 337 调查立案为 119 件，约占比 20%；韩国为 100 件，约占比 16%。中国内地企业涉及 337 调查的立案量占比远超台、日、韩。内地企业是 1995 年以来涉及 337 调查案最多的对象。

(三) 中国内地企业被告立案量增长的原因：双边贸易联系不断加深

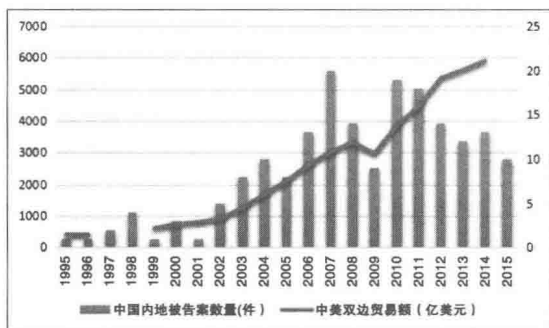


图2-5 1995年以来中国内地企业被告立案量与中美双边贸易额增长曲线

上图中(图2-5)中美双边贸易额增长曲线与2012年之前的中国内地企业涉337调查案立案量数据表现出较为明显的正相关。尤其是2001年之后，中国内地企业涉及337调查案整体呈现出快速增长的趋势，与双边贸易额的快速增长保持一致。图2-5表明，内地企业涉及337调查案被调查数量的显著增加与双方贸易规模的增加呈现了较为明显的相关性。

2012年以后中国内地企业被告的337调查案数量虽然显示出回落特征，但联系到2013年以来USITC立案的337调查案总数也呈现出下滑势头，本报告认为内地企业涉案数量的下滑与美国经济复苏导致相关企业发起337调查案的数量下滑有关。即337调查立案数量受美国经济景气程度影响的体现。

(四) 日本

1972年USITC立案的“337调查”有3件，其中即涉及一家日本企业。其后只有在1990年USITC立案的13件337调查中，没有日本企业，除此之外，从1972年至今，每一年的337调查案中都有日本企业的身影。这与“二战”后日本与美国密切的经济政治联系是明显相关的。

图2-6显示，20世纪70—80年代，日本

企业曾长期在337调查年度立案被告中占据较高比重，其中1977年USITC立案的11起案件中，包括了7起被告涉及日本企业的案件，在全年案件中占比高达63.6%。

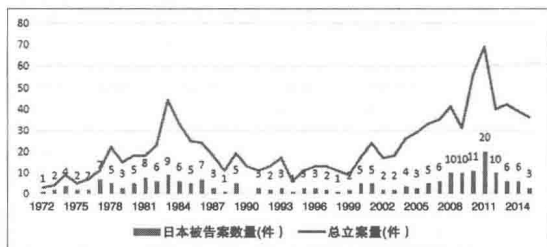


图2-6 1972年以来日本企业被告的年度立案量

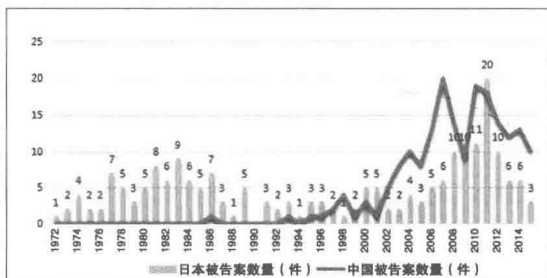


图2-7 1972年以来日本企业被告年度立案量与中国内地企业情况的对比

从上图(图2-7)可以看出，2002年以后至今，除2009年和2011年日本企业被告立案量曾超过中国内地以外，过去的14年来，日本企业年涉案量均小于中国内地。不过尽管如此，日本企业涉案量数据依然十分可观。事实上根据计算，直到目前，日本企业涉及的案件在2000年后的案件数量中占比也高达19.5%。

(五) 韩国

涉及韩国企业的“337调查”最早出现在1977年，当年有3起337调查涉及韩企。此后除了1980、1985、1991、1993、1999五个年份以外，每年都有一定数量涉及韩企的337调查案立案。该数据于2003年以后至今出现了较为显著的增长。

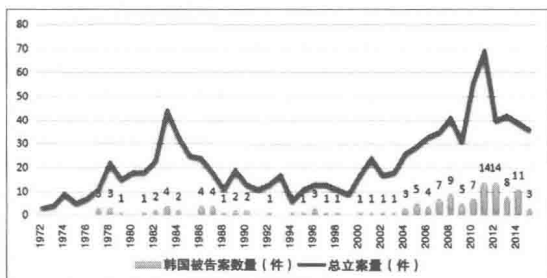


图2-8 1972年以来韩国企业被告年度立案量

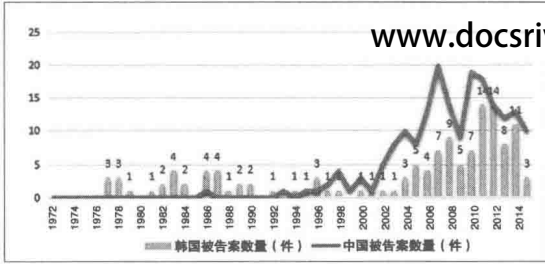


图2-9 1972年以来韩国企业被告年度立案量与中国内地企业情况的对比

(六) 中国台湾

中国台湾在 1972 年即有企业作为被告被立案。自 1976 年至今，连续 40 年每年均有一定数量的台湾企业被 337 调查案立案调查。



图2-10 1972年以来中国台湾企业被告年度立案量数据

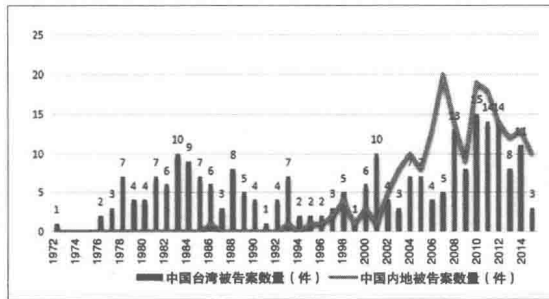


图2-11 1972年以来中国台湾企业被告年度立案量与中国内地企业情况的对比

(七) 中国香港

中国香港企业最早被告发生在 1973 年，其后除了部分年份以外，也是被 337 调查案立案的“常客”。

(八) 小结

从 337 调查案立案数据特征，以及中国内地、日、韩、中国台湾、中国香港等国家

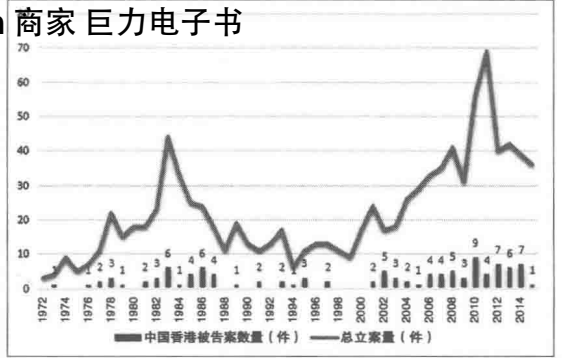


图2-12 1972年以来中国香港企业被告年度立案量数据

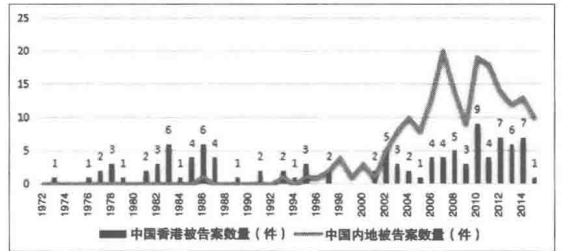


图2-13 1972年以来中国香港企业被告年度立案量与中国内地企业情况的对比

和地区企业 / 机构被告立案的数据特征两方面来看，结合美国经济增长的波动周期以及中美贸易关系的发展情况，可以得到以下几个结论：

(1) 337 调查案的立案数量与美国经济增长情况整体呈现出较明显的关系，在经济增速出现显著下滑后的 1—3 年中，337 调查案立案数量往往会有所增加。

(2) 中国内地从 1995 年至今，是被告立案量最多的地区。

(3) 1995 年以来中国内地企业不断成为 337 调查被告，其背景是中美双方贸易关系的不断加深。

(4) 日本、韩国、中国台湾、中国香港等东亚国家和地区作为 337 被告的立案量也十分可观，且这些国家和地区的企业被告均远远早于中国，20 世纪 70—80 年代，这些国家和地区的企业成为 337 调查案被告数量十分可观。

三、2008年以来原告数据情况分析

www.docsriver.com 商家 巨力电子书

(一) 原告次数情况

337 调查案的原告有时包括多个有关联关系的原告企业 / 机构。以各企业 / 机构发起“337 调查”的次数为标准, 根据 USITC 的信息平台进行检索, 可以得到如下数据。

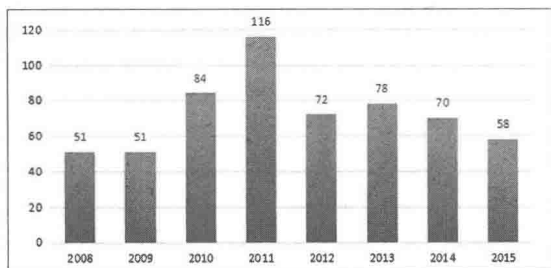


图3-1 2008年以来发起“337调查”的原告次数年度数据

过去的 8 年时间里, 不同国家和地区向 USITC 发起“337 调查”的总次数为 580 次, 而每年的原告次数也呈现出波动的特征。

(二) 原告地域分布特征

2008 年至今, 共有 28 个国家和地区的企业 / 机构在 USITC 成功发起过 337 调查。其分布特征如下。

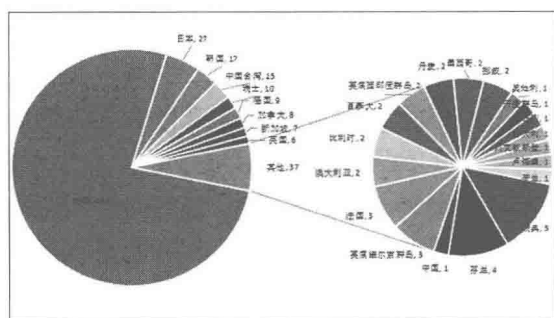


图3-2 2008年以来发起“337调查”的原告企业地域分布

其中, 美国企业发起的 337 调查次数最多, 达 444 次, 占比高达 76.6%。其次为日本, 以 27 次, 4.7% 居于第二位; 韩国以 17 次紧随其后, 占比 2.93%。

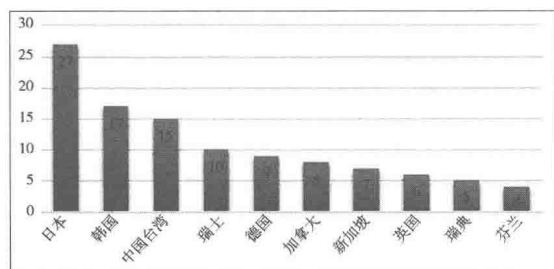


图3-3 除美国以外的原告企业地域分布(原告次数)(前10位)

依据图 3-3, 除美国企业以外, 日本、韩国、中国台湾企业 / 机构过去 8 年里, 在 USITC 发起 337 调查的次数远远高于其他国家和地区。第二部分的数据显示, 日本、韩国、中国台湾也是多年来被“337 调查”的主要对象地区。而图 3-3 表明这三个国家和地区企业 / 机构在不断成为被告的同时, 也在积极利用这一制度平台, 作为原告主动发起对其他国家和地区企业 / 机构的 337 调查案。

相较之下, 依据检索出的数据, 中国内地企业在美国发起“337 调查”的情况仅出现过一次。而且, 发起该次“337 调查”的中国企业事实上是美国集团企业的分支企业。因此严格来说这唯一的一次也很难算在中国内地企业的头上。

换言之, 中国内地企业 / 机构长期以来在 337 调查案中频繁扮演着被告的角色, 却始终没有能够主动利用这一机制发起对其他国家和地区竞争对手的诉讼。这种被动局面远远落后于同样是“337 调查”主要涉及区域的日本、韩国、中国台湾。

(三) 原告企业数据特征

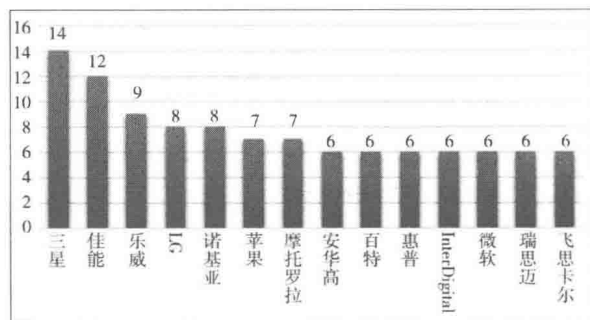


图3-4 2008年至今发起“337调查”次数最多的企业(前14位)

上图(图 3-4)显示, 2008 年至今“337 调查”领域最活跃的原告是三星, 以 14 次主动发起“337 调查”排名第一, 日本佳能紧随其后。排名前五位的企业除著名的软件企业美国乐威(Rovi)之外, 均为非美国企业, 韩国占据两席, 日本和芬兰分别占据一席。

四、中国企业2015年“337调查”数据及案件情况

www.docsriver.com 商家 巨力电子书

2015年,USITC共立案36起,立案号从337-TA-943到337-TA-978。其中,原告企业/机构共58家,被告企业/机构175家。

在2015年的337调查案中,被告的中国企业的案件共11起,比2014年减少12起;涉及的被告企业数量达43家,比2014年减少25家。涉及的被告企业中,中国内地企业33家,台湾企业5家,香港企业5家。

从目前中国企业涉案情况来看,被告案件数和涉案企业的数量比2014年都有显著下降。需要注意的是,这一情况与2015

年美国337调查案总立案数量比2014年出现下滑的大趋势保持一致。这一趋势在本报告看来,主要是由于美国经济复苏,国内市场竞争环境有所改善,相关企业发起“337调查”打击竞争者的意愿出现回落所致。

因此,下滑并不能说明中国企业面对“337调查”的情况有所改善。在过去的一年中,中国内地企业被作为被告的案件占到“337调查”立案量的27.8%,如果计算香港、台湾的被告数量,这一比重为30.5%。中国企业仍然是最为常见的337调查案被告。

五、中、日企业同时涉案结果比较

根据国家知识产权局网站数据显示,2012年“在已判决的‘337调查’相关案件中,中国企业的败诉率达60%。”

一直以来,中国企业应对337调查案整体胜率偏低。不过,相关数据往往缺乏具体的比较,不足以呈现出中国企业应诉“337调查”与其他国家或地区企业胜率差异情况。考虑到一起“337调查”中往往涉及多个原告与被告,每一个涉案方都有自身的和解、胜诉、败诉等复杂情况,为了更清晰地反映中国企业应对“337调查”的实际表现,本报告系统梳理了过去已经结案的、同时涉及中国企业和日本企业的15个连续案件,对其结果进行梳理分析。

在这15个案件中,涉及中国企业29家(次),涉及日本企业34家(次),最后统计结果如下图。

从图5-1可以看出,这15起已经结案的337调查案中,同时作为被告的中国企业和日本企业在败诉率上,中国企业以7%的比率落后于日本。如果将不侵权、撤诉也作为胜诉来统计,则中国企业的胜诉率为55%,而日本企业的胜诉率为30%。日本企业在这些案子中有大量和解情况,超过2/3,相对来说中国企业则更多是不侵权。

这一情况表明,同时涉及中、日企业作为被告的337调查案中,整体而言中、日企业之间胜负结果的差距并不明显。这也表明在此类案件中,中国和日本企业的律师团队水平差异不大;同时在此类涉及被告较多的案件中,由于所有涉案律师队伍整体也较多,因此更易于对部分缺乏有效性的专利形成攻击,促成和解、撤诉或不侵权等较为良好的结果。

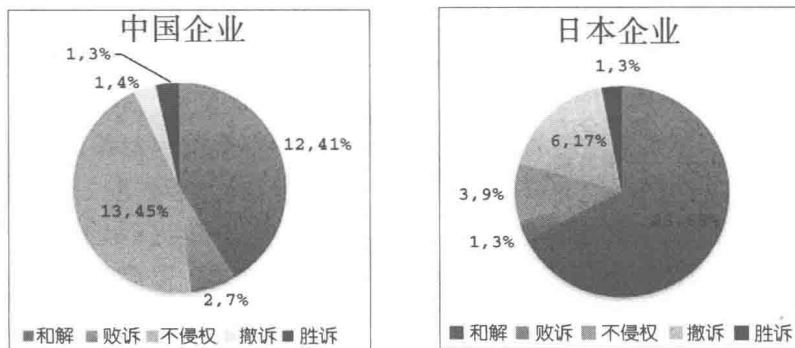


图5-1 涉及中、日企业的15个连续案件中、日企业各自结案情况

小结

www.docsriver.com 商家 巨力电子书

对比表明，在过去中国企业与日本企业同时作为被告的部分案件中，尤其是2009年以来的类似案件，中、日企业在应对“337调查”之时基本站在同一起跑线上。我们认为形成这一现象的原因有二：

一是同时能够涉及中国、日本企业的“337调查”，往往都是较大的产业领域，在这样的领域中国企业、日本企业的应诉律师团队主要是熟悉美国专利制度的美国律所，双方在律师质量上差异并不大。

二是涉及较多国家和地区企业的案件，往往会形成应诉方律师团队总量也更多，容易形成集体效应，攻击对方专利质量以及相关谈判时往往会占据一定优势。

通过对比，我们希望人们能够摆脱中国企业应对“337调查”胜率极低的刻板印象。至少在与日本企业同时应诉时，中国企业并不处于弱势。

不过，很多中国中小企业面对337调查案时，往往由于缺乏足够的财力、知识和渠道等而最终选择不应诉，或者应诉不当。这些企业的胜率较低依然是值得人们关注的。

发布者简介

七星天（北京）咨询有限责任公司（以下简称“七星天”）是中国国内独树一帜，以涉外知识产权为核心业务对象的知识产权服务和投资机构；以“让中国的智力资源获得全世界的承认并实现其公允的价值”为公司的愿景与使命。

七星天由美国资深专利诉讼律师龙翔博士于2012年底归国创立，2013年中开始全面运作。公司以专利分析检索为核心竞争力，以中美技术转移为发展原动力；汇聚培育技术与法律的复合人才，提供全方位的高端知识产权服务。公司目前已确立了自身国内专利运营与投资模式创新者的市场角色，并获得了飞速的发展。



用全球战略引导国际谈判

www.docsriver.com 商家 巨力电子书

在国际业务中，一个即使是最好的商业项目也可能会被前面诸多意想不到的困难毁掉。本文通过分享一个商业案例及其中易犯的错误，指引法律顾问在国际化合同谈判各阶段运用全球战略（Global Mindset）获得成功的方法。

■ 文 / Carolyn Herzog and Sirin Koprüçü
翻译 / 马丽

我们都在那里，一个创意迅速地孵化成一个战略，兴奋点燃了在座的每一个人。突然间，我们就面临了一个准备去谈判的交易，期限是越快越好。战略目标是好的，但我们团队的业务开发人员、工程师、运营专家、人力专家、律师和其他项目相关者已经准备好应对海外扩张中的难题了吗？对每一个要拓展到未知地域的公司来说，这些难题是它们都会面临的。

USCO 是一家美国领先的技术公司，总部位于加州山景城，它希望通过与中国上海 GrowthMindset 技术有限公司（GMT）的合作，建立其在供应链中的竞争优势。USCO 高管都是非常有商业头脑的人士，在欧洲有着丰富的经验，但在跨国交易和美国之外的生活和工作经验非常少。他们对自己的战略非常有信心，并且急切地希望与 GMT 开始谈判以确认合作是否可行，如果不行，他们就要快速转移与其他战略伙伴合作，以加强在该地域的业务。近年来，USCO 的国际化增长非常显著，与 GMT 的合作将会提升它的国际竞争力，中国公司在 USCO 所处行业缺乏经验，但擅长一项

关键战略技术，使之成为一家非常理想的合作伙伴。与此同时，USCO 的中国子公司在联系这家中国公司上发挥了作用，因此，USCO 的很多高管认为他们可以相信这家中国公司的品质。尽管如此，公司内部仍存争议：是否可以将如此重要的业务委托给一家没有行业经验的第三方供应商？

GMT 对与 USCO 合作也存有疑虑，因为 USCO 的业务并不是他们发展的战略重点。该公司的领导人被 USCO 的兴趣感染，看到了业务增长潜力，因此乐于评估 USCO 的报价。该公司过去参与过全球交易，但依然珍视创始人的价值，创始人的照片、管理理念和人生箴言在 GMT 每个办公室都可以看到。其中一条写道：“一个人无法管理太多的事务，就像水中的葫芦，按下葫芦浮起瓢。”

由于追求新战略重点的迫切愿望，USCO 为谈判花费了大量精力，并将谈判作为优先事项。他们从自己的投资模板中提供了合同，合同详细地覆盖了项目的要求，以及法律、运营和合规预期。当 USCO 没有从 GMT 代表身上看到同样的积极性后，第一反应是失望，这迅速导致一些 USCO 高管得出结论，认为 GMT 没有像 USCO 一样重视这个合作项目。缺乏积极性和一种紧迫感让 USCO 高

www.docsriver.com 商家 巨力电子书



■ Carolyn Herzog

Carolyn Herzog 是美国著名软件公司赛门铁克 (Symantec) 法律和公共事务部副总裁兼首席合规官。赛门铁克位于旧金山湾区, Herzog 为赛门铁克全球销售项目、美国销售和服务团队、隐私业务、道德和合规业务、诉讼和雇佣业务提供法律支持。

邮箱: cherzog@symantec.com



■ Sirin Koprücü

Sirin Koprücü 是全球领导力培训师和市场拓展咨询师, 她帮助国际性成长企业以高效、持续的方式发展。Sirin Koprücü 是桑德博德全球战略学院 (Thunderbird School of Global Mindset) 认证讲师, 她创办的 Strategic Straits 公司为各种行业的客户提供服务。近期, 她刚刚退休, 移居美国华盛顿。

邮箱: sirin.koprucu@strategicstraitinc.com

管们变得很沮丧, 他们认为没有与 GMT 的代表建立好私人关系。难道要做些什么来增加项目的优先级, 还是 GMT 的迟缓响应是因为合作流程不是很明确?

USCO 高管决定更频繁地发送邮件更新项目进程和甘特表, 并建议以附有最后期限的最后通牒作为推动结果实现的驱动策略。同时强化讨论其他战略替代方案, 以避免“把所有的鸡蛋放到一个篮子里”。最终, 项目负责人鲍勃·都特法斯特 (Bob Doitfaster) 决定邀请 GMT 的高管召开电话会议讨论双方的顾虑, 都特法斯特希望将这次会议安排在下次战略审查会议之前, 以便能在下周向领导汇报项目更新情况, 所以他提议周五上午 9 点 30 分 (美国时间) 召开此次会议。

都特法斯特在邮件中再一次附上了大量附件, GMT 高管不太理解他的邮件, 建议的电话会议时间接近他们的半夜, 他们很难跟上 USCO 邮件的节奏, 对他们来说审议邮件中的所有信息并进行内部讨论后给予回应有困难。他们还发现合同条款难以理解且是单方面的, 其中的连写句甚至难以翻译。GMT 高管对交易的战略价值没有达成一致, 认为这项合作有待考察。他们对 USCO 没有人亲自到访或创造机会面访感到不悦, 他们在关键业务上怎能信任一个从来没有见过面的合

作伙伴？他们真正考虑过 GMT 和他们自己的利益吗？他们真的了解 GMT 的商业价值和历史吗？还有，USCO 的高管易于合作吗？他们是什么样的人？他们为 USCO 工作了多久？他们试图推动合作的动机越强烈，GMT 对他们作为潜在商业伙伴的信任递减得越快。

尽管有这些巨大的挑战，双方的律师在几个星期的磋商后还是达成了协议，只有一个小小的设计问题需要处理，USCO 决定雇佣以色列著名的研发设计公司处理这个问题，这似乎是弥补因内部讨论和谈判损失的时间的唯一办法，USCO、GMT 和以色列设计公司通力合作，最终让 USCO 的产品商业化。随后，USCO 开始执行全球上市计划，与拉丁美洲和亚洲的分销商进行合同谈判，以便产品在这些地区尽快面市。

USCO 的抱负和挑战在全球化的当下非常普遍。与跟自己国家的个人和组织打交道相比，与不同文化国家的个人和组织打交道，目标的实现包含了很多变数。当我们要与来自不同文化地域的人打交道的时候，俗语说的“感知就是现实”需要在全球战略视角下进行解释和运用，因为任何商业技巧从交流、关系建立、管理到销售和谈判在不同的文化中都有不同的表现。不同社会中的成员会持有不同的价值观，因此，他们会有不一样的行为方式，或者以不同的方式表现相同的价值。一个常见的例子是美国文化和亚洲文化中关于“YES”这个词的使用：对大部分美国人来说“YES”代表赞同，对一个来自亚洲文化的人来说“YES”可能只意味着认可该观点被提出来，在亚洲文化里直接的否决被视为不尊重对方、会伤及感情，因而要予以避免。在美国，直接的交流方式最能体现诚实，而在另一种文化中，真诚的行动——比如适当的赠送礼物则是体现诚实的最好方式。在国际业务往来中，文化差异带来了相当大的挑战，那些跨文化领域工作的高管——既包括公司内部的也包括公司外部的——将受益于他们对文化知识的投入，建立强大的、长期的跨国关系。

在国际业务交往中，挑战与文化差异相关，但更有本土思维对抗国际思维的自身原

因，本土思维对国际业务中的文化差异存在盲区，也难以意识到市场驱动力、客户购买行为、竞争对手和交易细节的差异。建立创造性方案去理解、连接、弥合差异的失败，对谈判和维护长久关系来说是致命的，在国际谈判中，这样的疏忽可能导致下列错误的认识：

(1) 预期的商业结果（对机会和 risk 的理解）已经被充分定义，对所有项目相关者都是清晰的。

(2) 书面合同对预期的商业结果绝对是至关重要的，是双方正式协议的体现。

(3) 合同的形式、长度和官方语言是双方都能接受的。

(4) 在谈判中获胜意味着比对方获得更多。双赢形势对所有当事方都是清楚的，双方存在充分信任可以实现双赢。

(5) 本土一方将负责所有国内监管合规事务。

(6) 谈判应快速进行，以便各方的实际业务能向前发展。

(7) 业务领导应该成为谈判的领导；法律顾问应该是支持角色。

(8) 谈判前、谈判中、谈判后给予的信息应当明确清晰。

(9) 一旦协议签订，双方都应当配合以保证操作细节可以顺利进行。

(10) 在任何有争议的情况下，各方可以在不提起诉讼的情况下解决问题。

上述错误的认识可能导致下述问题：

(1) 谈判的重大拖延，产生预期外的费用以及伤害双方的信任。

(2) 谈判中不可克服的障碍，导致各方背离交易。

(3) 内部分歧、打击士气或导致人才流失。

(4) 如果没有设置足够的控制和预期，会丧失知识产权。

(5) 未充分交流导致的对协议的误解 / 未获得必要的批准或对什么构成协议的误解（纸质 vs. 握手）。

(6) 因拖延或竞争对手而失去业务。

(7) 违反当地法律法规（可能导致罚款、禁令、扣押产品、信誉受损等）。

(8) 产品和服务质量有问题。

(9) 投资收益低于预期。

(10) 合同终止——丧失时间、金钱、信誉和品牌价值。

什么工具可以帮助全球领导者更好地影响与他们不同的个人、团体、组织和系统，可以看桑德博德全球战略学院（Thunderbird School of Global Mindset）的研究结果，这项调研的延伸研究产生了“全球战略”（Global Mindset）这个概念。该概念的属性由三个关键要素组成，即智力资本、心理资本、社会资本，在组织中可以通过评估、培训和辅导进行全球战略教育。

(1) 智力资本是理解我们的企业如何在全球范围内工作的能力。这个领域的关键内涵是“全球化商业头脑”，指的是我们对于自己客户、竞争对手、国际风险的理解；“认知复杂性”，指的是我们分析问题和解决问题的能力；“世界观”，指的是我们对于世界上不同文化、历史、地理和政治、经济体制的认识。

(2) 心理资本涉及我们对新观点和经验的接受能力。该领域的关键内涵是“对多样性的激情”，指的是对世界其他地方的强烈好奇心，体验不同的文化、尝试其他方式做事；“对冒险的渴望”，指的是对未知的复杂环境的期待以及在其中成长的能力；“自我保障”，指的是自信、幽默感以及在新环境中承担风险的意愿需要高层次的能量。

(3) 社会资本是与不同于我们的人建立可信赖关系的能力。其关键内涵是“移情能力”，指的是我们与世界其他地方的人建立情感联系的能力；“人际影响”，指的是能够把多样的观点融合在一起，维护信誉，以独特的方式发展社交网络；“外交力”，指的是我们在谈话中可以获取信息的能力、与陌生人展开谈话的能力，以及去问问题而不是回答问题的倾向。

在很多组织中，你可以利用各种各样的内外部工具去创造意识，去放大市场知识和国际文化多样性的优势。全球战略可以用全球思维量表进行评估，它是一个线上调查工具。专业人士能够找到他们的优势，利用这些优势，并帮助他人发展该领域的优势。然后，他们可以专注于自己的发展领域，并提出策略改善所在领域。还有其他许多

工具可以用来协助国际谈判，不管是纸质的还是线上的工具（比如 GlobeSmart 即是一个线上文化智力平台，可以由个人或在企业内部使用）。

在这篇文章中，我们建议了一个三步走方案，利用全球战略在国际谈判中取得好的效果。在下述建议中，你将看到好的准备是关键。

1. 为谈判做准备

(1) 建立信任

与谈判对手建立和维持建设性工作关系的责任在最大利益方身上（发出邀约和最想促成交易的一方）。

①跨文化移情（情绪连接触发行为改变），移情让我们把自己置身于他人的处境中。这种能力把谈判对手的观点纳入考虑范围，这样做不只能获得迈向成功的战略视野，还可以创造一个对维护成功业务关系的个人和职业价值的持续理解。了解本土商业伙伴的历史以及本土商业环境会深化你的理解。有意识地开始跨文化的旅行是至关重要的，我想做什么，我怎样去做，为什么要做，以及用哪一种方式去做？然后让你的假设引导你当地合作伙伴的问题。在开始谈判前进行全球战略和文化意识培训会获得最高的回报，一旦愿景和战略重点设定好了，是时候对能够引导和驱动谈判的人力资本进行投入了。

②人际关系的影响。让我们面对它，当我们与喜欢的人一起工作的时候，我们都愿意抱着更大的信念、更努力地尝试，坚持不懈地去追求成功。研究表明——人类的天性也予以佐证——人们愿意跟声誉好的人合作。领导人的进步通常包括确定你想要树立什么样的形象，然后采取建设性的措施树立那样的形象。努力去了解其他国家的人建立的关系类型和网络也很重要，加入并参与到这些网络中将极大提高工作效率。

③外交技巧。当所有事情进展顺利的时候，维护关系很容易。但当分歧出现后该怎么办？有的人将分歧的出现视为学习的机会——这就是多样性驱动革新。有的人将其视为威胁，你要相信在大部分关系中都存在分歧和误解，尤其是在跨文化关系中。当

需要外交技巧寻找解决方案的时候，移情和整合不同观点的能力会有所帮助。请记住在外交上取得成功并不是以最低的共同标准找到共识，而是通过娴熟的外交官式聆听和学习就共同的愿景目标应该是什么作出明智决定。

（2）战略思维 / 开发一个谈判品牌

战略思维和投入将有助于增加有效性、提高效率、保证持续性结果，这是最大利益相关者的关键责任。最大利益相关者可以——可能也应该——将一定的责任委派给那些关键角色和这些角色中拥有最丰富相关知识的人。在主导任何谈判时，法律顾问将发挥重要作用——尽管如此，与所有多元文化领域一样，要注意法律顾问作决定和启用策略的权限在不同公司和不同国家可能是不一样的。

①公司法务能够承担谈判中的领导角色，将代表公司谈判的专门工作组人员凝聚起来，明确工作组是如何界定和利用机遇以及定义和降低风险的。

②公司法律顾问也应该参与一些适当的交流活动——依照研究专家制定的会谈礼仪——在与其他谈判方谈判之前，确定客户身份、关键的决策者和利益相关者，从他们的角度理解他们对预期业务成果的主要想法和基本态度。了解当地市场、法律和文化以及全球的相互依存关系，对询问合适的问题及作出正确的观察是至关重要的。这方面的见闻会激发好奇心。

③从内外视角（还有感觉）来看，公司律师可以帮助制定明确的谈判策略，包括主要卖点，不能让步和可以让步的条款。能被解决的主要问题有：

a. 对对方而言主要的激励因素和决策依据是什么？驱动这一交易的主要因素是什么？有什么优势和劣势，对双方而言存在什么样的风险？

b. 你的市场定位是什么，机遇和你的优势是如何支撑这个市场定位的？

c. 必须遵循哪种协议，在交易的时机和执行要求范围内应当如何进行引导？

d. 以什么方式谈判？面对面还是通过电

话谈判？

e. 到那时，谁将会出席谈判？

f. 采取什么交流策略最好？

在谈判中应该使用哪种（些）语言？

谁发言？

谁负责记录文件 / 编辑？

你怎么知道何时已达成协议，以及一个议题事项进一步的讨论可能已经结束？

④然后，法律顾问可以为谈判开发路线和资源。

a. 关键里程碑是什么？

b. 需要什么样的资源？（例如，旅行，视频会议，翻译，时间。）

c. 反馈和解决争议的机制是什么？

2. 进行谈判

（1）为了结果结合多边诚信

由于“最高利益相关者”为全球性战略研讨会腾出时间和资源是不容易的，对另一方来说，可能根本就没有正在考虑之中这回事。然而，我们知道任何一方缺乏全球观念都会导致谈判失败并显著减缓磋商进程。所以，在与全球团队谈判时开展活动讨论和解释文化差异和商业观点，这会非常有帮助。这项活动的结果对于以互利的方式整合不同的观点将是至关重要的。

（2）执行谈判

利用上述策略，当谈判者把协商当作一件项目计划时，可以从中受益。

①了解每个人的地位作用。

a. 在谈判中谁是主角？谁仅仅需要出席？

b. 如何讨论主要事项以及传递主要信息？

c. 权力——谁需要最后审批？

②形式和格式。

a. 需要达成书面合同吗，这是确定真相的唯一来源吗？

b. 是否有官方语言？或者使用双语？

c. 会有面对面或者网络谈判吗？

③利用反馈机制和资源追踪路线图。

（3）在交流中要注意到个人和文化的差异，聆听并采纳不同的观点

①同样，要了解每个人的角色，谁先讲，谁批准。