

原创性声明

本人郑重声明：所呈交的学位论文，是本人在导师的指导下，独立进行研究工作所取得的成果。除文中已经注明引用的内容外，本论文不包含任何其他个人或集体已经发表或撰写过的作品成果。对本文的研究作出重要贡献的个人和集体，均已在文中以明确方式标明。本人完全意识到本声明的法律结果由本人承担。

学位论文作者签名：陈艳玫

日期：2009年5月31日

学位论文使用授权声明

本人完全了解中山大学有关保留、使用学位论文的规定，即：学校有权保留学位论文并向国家主管部门或其指定机构送交论文的电子版和纸质版，有权将学位论文用于非赢利目的的少量复制并允许论文进入学校图书馆、院系资料室被查阅，有权将学位论文的内容编入有关数据库进行检索，可以采用复印、缩印或其他方法保存学位论文。

学位论文作者签名：陈艳玫

导师签名：

陈东升

日期：2009年5月31日

日期： 年 月 日



国际技术贸易限制性商业做法的法律管控

专业：经济法学

硕士生：陈艳玫

指导老师：曾东红 副教授

摘要

国际技术贸易限制性商业做法对我国技术产业具有现实与潜在的危害，我国相关立法在应对方面存在缺失。国际上关于限制性商业做法的立法具有差异性，而国内的相关研究或忽略了国际贸易政策与国内竞争政策的宗旨差异，或片面基于发展中国家的立场而没有结合各国最新的政策立法从机理上进行深入分析。本文考察了一些有代表性的国家对限制性商业做法的法律管控及国际社会的统一立法，结合具体案例分析了新形势下的某些限制性商业做法，并针对我国当前的技术贸易及产业形势，尝试较为系统地提出法制完善建议。

国际社会对国际技术贸易限制性商业做法存在较大分歧，甚至在定义上难以达成一致。其“定义之难”实际上反映了不同利益之间的深层次矛盾。国际技术贸易限制性商业做法具有一些典型形式，其对我国技术贸易、技术产业的损害不容忽视。近年来，无论是发达国家还是发展中国家都建立了对技术贸易限制性商业做法的法律管控，国际社会也对统一立法做出了不懈的努力，但国际间立法的“趋同化”主要并非实质性，而且这种“趋同化”在可见的未来也只是形式上的。随着国际技术贸易的发展，技术贸易的限制性商业做法还以新的形式呈现出来。基于我国技术贸易的形势及国内、国际立法情况，我国应明确维护国家利益的管控立法宗旨，以“公平”标准立法，建立事前申报与事后监督相结合的多种管控模式，并擅于利用国际协议提供的灵活性，合法合理地使“内外”标准差异化。

本文除前言和结语外，分为四章：第一章国际技术贸易限制性商业做法之主

要形式及对我国的危害；第二章国际上对技术贸易限制性商业做法的法律管控；第三章技术贸易限制性商业做法管控的实例分析；第四章我国管控限制性商业做法的法制完善。

关键词： 限制性商业做法， 国际技术贸易， 法律管控

Legal Regulation on Restrictive Business Practices in International Technology Trade

Major: Economic law

Names: Chen Yanmei

Supervisor: Associate Professor Zeng Donghong

ABSTRACT

Restrictive business practices in international technology trade have done realistic and potential harm to China's technology industry. There are deficiencies of relative law coping with such problems in our country. Legislations on restrictive business practices differ internationally, while the domestic researches on this problem either ignore the different purposes between international trade policy and domestic competition policy, or base on developing countries' standpoint without depth analysis of restrictive business practices' inherent mechanism associating with new policies of various countries. the author investigates the legal regulations on restrictive business practices by some typical countries and uniform legislation by international society, analyses some restrictive business practices under new situation using a concrete case, and tries to bring forward relatively systematic suggestions to Chinese relative legality improvement according to China's present technology-trade and scientific industrial condition.

International society has big divergence on the problem of restrictive business practices in international technology trade, and even can't obtain consistency of its definition. "The difficulty of defining" actually reflects the deep contradiction among different benefit groups. There are some typical forms of restrictive business practices, the harm caused by which to China's technology trade and scientific industry is unnegligible. In the recent years, not only some developed countries but also some

developing countries have established legislations on restrictive business practices, and international society has made great efforts to set up uniform legislation. But the so-call “assimilation tendency of legal regulation” internationally is not a substantive one, and it is no more than pro forma in the foreseeable future. According to China’s technology trade status and relative legislation home and abroad, we should make clear maintenance of our country’s interests as our legislative purpose, take “fairness” as legislative standard, establish multi-regulation modes combining beforehand declaration system and afterwards supervision system, make use of the flexibility offering by the international agreements in order to differ the native and foreign standards legally and reasonably.

Apart from introduction and conclusion, this thesis comprises of four parts: Chapter One, the major forms of restrictive business practices in international technology trade and their harm to our country; Chapter Two, legal regulation on restrictive business practices internationally; Chapter Three, case study of legal regulation on restrictive business practices; Chapter four, Chinese relative legality improvement of regulation on restrictive business practices.

Key words: restrictive business practices, international technology trade, legal regulation

目录

摘要	I
ABSTRACT	III
目录	V
前言	1
第一章 国际技术贸易限制性商业做法之主要形式及对我国的危害	3
第一节 国际技术贸易限制性商业做法的定义及其主要形式	3
第二节 我国技术贸易的形势及面临的限制性商业做法	6
第二章 国际上对技术贸易限制性商业做法的法律管控	11
第一节 一些国家和地区对技术贸易限制性商业做法的法律管控	11
第二节 技术贸易中限制性商业做法的国际立法	24
第三节 对国际间管控立法“趋同化”的反思	28
第三章 技术贸易限制性商业做法管控的实例分析	31
第一节 强制性一揽子许可	33
第二节 对无效专利收费	34
第三节 收费标准不合理	35
第四节 回授	37
第四章 我国管控限制性商业做法的法制完善	40
第一节 明确管控立法的宗旨——维护国家利益	40
第二节 以“公平”标准立法的必要性与可行性	41
第三节 建立多重管控模式——前事申报与事后监督相结合	42
第四节 “内外”标准差异化	44
结语	46
参考文献	47
后记	51

前言

国际技术贸易限制性商业做法是技术贸易实践中较为常见的问题，特别对于像中国这样的发展中国家而言。他们迫切希望引进高新技术以促进本国的技术进步，然而由于身处技术受方的弱势地位，面临着限制性商业做法种种现实与潜在的危害。而目前在法律实践上，国际社会对该限制性商业做法甚至无法达成概念上的共识，各国在具体认定方法、管控方式等方面更存在本质差异，尽管多次国际努力试图解决这一问题，然而成效甚微。本论文通过考察各有代表性的发达、发展中国家对限制性商业做法的法律管控，结合实例详细分析，找寻具体制度背后法理念的区别，再力图着眼于中国在这一问题上的形势和立场，对未来的法律实践作出制度上的建议。

目前，国内外学者涉及国际技术贸易限制性商业做法法律管控的研究主要包括几个方面：

一、限制性商业做法的研究。体现为大量的期刊论文及相关学位论文，研究的内容一般为限制性商业做法的定义、各种表现形式及国际上的相关立法。缺陷在于研究过于简单、表面，而且不加区分地抱持发展中国家立场的成见去看待发达国家相关的法律管控。

二、知识产权滥用的反垄断（竞争政策）研究。体现为相关的著作及论文，如王先林的《知识产权与反垄断法——知识产权滥用的反垄断法问题研究》、郭德忠的《专利许可的反垄断规制》，提供了大量详实的限制性商业做法具体类型的案例及法理分析、竞争法完善国家的法律管控制度，研究非常深入。然而由于该类研究视点在于反垄断，确切地说属于竞争政策，跟偏向于贸易政策的国际技术贸易限制性商业做法法律管控存在领域上的脱离，所以这类研究往往忽略在国际贸易的大背景中进行管控和针对一国国内的限制性行为进行管控两者立法目的的区别，以及两者的具体法律机制应有的差异。

三、技术许可的研究。体现为许多基础性的专著，此类研究从技术转让的原理上提供对限制性商业做法管控的理论指导。其中，美国 Jay Dratler, Jr.的《知识

产权许可》对于美国专利许可的机制以及可能存在的不合理情形(即限制性做法)进行了全面探讨,使读者深入理解美国及欧盟、日本管控制度的内在机理。而姚梅镇的《比较外资法》则考察了大量有代表性的发达国家、发展中国家的相关立法,指出了两者立法宗旨、目的差异的表现及原因,但资料比较陈旧。

四、各国相关政策法律的研究。除了前述研究已经涉及了该内容外,大量的相关论文还提供了对各国最新政策法律的解读,其中主要涉及美、欧、日三地。此外有部分论文针对性地研究了墨西哥这类发展中国家的立法历史及发展。

五、具体案例的分析。如国家知识产权局知识产权发展研究中心组织编写的《规制知识产权的权利用行使》一书部分章节、张平的论文《专利联营之反垄断规制分析》对企业遭遇限制性商业做法的具体案例进行了彻底考查,特别是前文中由台湾学者根据台湾地区的案例进行分析,进而对大陆立法提供的借鉴较有说服力。

最后,相关国际立法的研究、产业政策的经济学研究等也深入了论题的某个方面或者开拓了论题的视野。

总的来说,现有研究较分散地涉及了论题的各个侧面,然而或因为基于发展中国家的片面立场缺乏对各种限制性做法内在机理的分析,或因为从竞争政策及国内管控的视角看待相关问题失于宗旨的偏离,基本上还缺乏能反映最新政策立法变化及中国技术贸易形势的深入研究。本文将在考查政策立法原文、引用实证数据、分析具体案例的基础上对现有研究空白或不足的方面尽量加以弥补和完善。

第一章 国际技术贸易限制性商业做法之主要形式及 对我国的危害

第一节 国际技术贸易限制性商业做法的定义及其主要形式

一、限制性商业做法的定义

限制性商业做法 (Restrictive Business Practices), 是一个难以确定的概念, 至于在国际技术贸易背景下的限制性商业做法, 虽然是一个在实践中具有普遍性的国际问题, 但是对于它的准确定义, 国际社会却存在不同的认识。通常, 限制性商业做法是技术供方借优势地位向受方施加的, 在定义上僵持不下的大部分内因是作为技术供方代表的发达国家和作为技术受方代表的发展中国家之间的立场差异。1980年12月联合国大会第35届会议通过的《一套多边协定的控制限制性商业惯例的公平原则和规则》(下称《原则和规则》)将限制性商业做法定义为: “企业的下述行动和行为: 通过滥用或谋取市场力量的支配地位, 限制进入市场或者以其他方式不适当地限制竞争, 对国际贸易, 特别是发展中国家的国际贸易及其经济发展造成或可能造成不利影响; 或通过企业之间的正式或非正式、书面或非书面的协定或其他安排造成了同样的影响的一切行动或行为。”¹该《原则和规则》虽然是国际社会关于限制性商业做法达成的第一个国际文件, 但是没有得到大多数发达国家的批准, 不具有法律约束力, 从而也不可能对限制性商业做法的法律定义产生实际的影响。所以即使从字面看来符合发展中国家愿望的定义方式占了上风, 但实际上对于国际实践却没有形成有效约束, 分歧仍然存在。

笔者认为, 正是国际技术贸易限制性商业做法的定义之难反映了其背后的深

¹ “Restrictive business practices” means acts or behaviour of enterprises which, through an abuse or acquisition and abuse of a dominant position of market power, limit access to markets or otherwise unduly restrain competition, having or being likely to have adverse effects on international trade, particularly that of developing countries, and on the economic development of these countries, or which through formal, informal, written or unwritten agreements or arrangements among enterprises, have the same impact. See United Nations. THE UNITED NATIONS SET OF PRINCIPLES AND RULES ON COMPETITION. <http://www.unctad.org/en/docs/tdrbpconf10r2.en.pdf>:10 此处引用的中文翻译见陈安主编. 国际经济法学. 第3版: 北京大学出版社, 2004, 269-270

层矛盾，也正是对其进行法律管控的疑难所在。但是，达到一个概括性的普遍性定义并不是首要的，不加任何分析就站在一方立场去指责另一方偏颇也没有建设性。问题的关键在于充分考查该限制性商业做法的实质内容，了解各方立场、各方案管控限制性商业做法的目的以及法律实践的来龙去脉，只有明确这一问题的内涵才有助于预计各方对定义达成共识的可能，才更有利于采取适当的法律管控措施。

二、限制性商业做法的主要形式

不仅限制性商业做法的定义存在分歧，对其主要形式也仍然认识各异。根据联合国贸易与发展会议在1985年对《国际技术转让行为守则》（草案）进一步磋商后，各国对限制性条款达成有限的一致，共有14类：²

1. 【排他性】³回授，即要求受让方将其对引进技术做出的改进，排他性地<或>⁴无偿地、非互惠地提供给技术转让方或任何转让方指定的其他企业使用，或者当这种行为将构成技术转让方滥用市场支配地位；

2. 不异议，即【不合理地】要求受让方不对转让方的专利权等的有效性提出异议；

3. 排他性交易，即不允许受让方使用与进口技术有竞争的其他技术或生产有竞争性的产品（只有由于保密或保证受让方履行销售义务而不能不订立这种条款时，它才作为一种例外而有效）；

4. 【不合理地】限制受让方利用转让技术进行研究开发；

5. 【不合理地】对受让方使用人员的限制，如规定受让方必须使用转让方指定的人员，或限制使用转让方所在国家的当地人员等（在初期为确保技术效率而需要者例外）；

6. 【不合道理地】由转让方对受让方使用转让技术制造出的产品规定价格；

² See The United Nations Conference. Draft International Code of Conduct on the Transfer of Technology [1985 version], <http://stdev.unctad.org/compendium/documents/TD.CODE.doc> 根据需要有删减，有部分参考了徐明贵等. 技术转让国际惯例: 贵州人民出版社, 1994, 162-165

³ 此处方括号标记为发达国家的B组集团提出不同意见的内容，即要求在大部分种类上加入“不合理地”、“不当地”等字眼，下同。See The United Nations Conference. Draft International Code of Conduct on the Transfer of Technology [1985 version], <http://stdev.unctad.org/compendium/documents/TD.CODE.doc>

⁴ 此处尖括号标记为发展中国家的77国集团提出不同意见的内容，即要求加上“或者”的字眼，将所有的排他性回授列入限制性商业做法。See The United Nations Conference. Draft International Code of Conduct on the Transfer of Technology [1985 version], <http://stdev.unctad.org/compendium/documents/TD.CODE.doc>

7. 【不合理地】禁止受让方修改引进的技术以适应该地的情况，或禁止在进口技术基础上创新；

8. 专卖权和代表权条款，及转让方强求受让方的产品只能由其专卖或者其指定的人专卖，或强求由转让方或者指定的人代表受让方进行贸易活动；

9. 搭售，即【不当地】规定由转让方独家供给受让方所需的设备和原材料等（为保证质量、履行具体义务或防止成分公开导致其他技术秘密暴露而订立这种条款除外）；（其实包含了学理上归纳的两类：强制性一揽子许可和搭售）

10. 出口限制，如禁止出口引进技术制造的产品，限定出口地区或数量，或规定产品的出口和出口价格须经转让方事先同意等；

11. 专利权联营与交叉许可，通过专利联营或受让方和转让方之间交叉许可而限制地域、产量、价格、顾客或市场，致使新技术难以被采用、滥用技术或市场支配地位（除非该种限制是合理并有助于合作，例如合作研发）；

12. 【不合理地】对受让方广告宣传的限制（在技术转让中如果有转让方的商标、商标使用权许可，为了保证转让方的信誉和消费者的利益，为了安全和保密，可以对广告和出版物作某些限制）；

13. 在工业产权期满后仍要求受让方付款或承担义务；

14. 在技术转让协议期满后仍对受让方施加各种限制。

虽然对上述限制性条款仍有一定的争议，但是对于下列条款，谈判的各方代表一致同意禁止：

1. 限制受方从事与转让技术相同的技术，或与供方有竞争可能的技术或产品的研究和生产，以及从其他技术供应人获取与供方有可能竞争的技术；（类似以上的第三、四款）

2. 限制受方销售行为，如要求受方把出售技术产品的包销权或代理权给予供方或其指定人；（类似以上第八款）

3. 要求受方支付不合理的技术使用费。⁵

世界知识产权组织在 20 世纪 80 年代初提出的《技术转让合同管理示范法》第 305 条列出了 17 种限制性商业条款，其中大部分与上述类型重和，此外还有

⁵ 王先林. 知识产权与反垄断法——知识产权滥用的反垄断法问题研究：法律出版社, 2001, 170-171 其次，根据《国际技术转让行为守则》（草案）的备注，以上 14 种类型中的第 3、8、11、13 种的内容，都没有被标注“仍在考虑”，也达到了较一致的认识。See The United Nations Conference. Draft International Code of Conduct on the Transfer of Technology [1985 version], <http://stdev.unctad.org/compendium/documents/TD.CODE.doc>

“在受方或第三方因供方的技术而造成损害时,免除或减少供方的责任”以及“合同期过长(只要不超过说提供的专利的有效期,即不能认为是“过长”)”这两种。

6

这些做法在国际技术转让中以各种具体表现形式出现,有时经过变形具有一定的迷惑性,而技术转让方往往以严密的条款设置对受让方进行苛刻的限制。由于对限制性商业做法各主要形式的深入认识往往需要借助具体的案例进行探讨,容下文详述。

第二节 我国技术贸易的形势及面临的限制性商业做法

从微观上看,限制性商业做法体现的是技术供方对受方的限制,目的在于巩固现有的技术优势借以排除被许可方及第三方在现实或未来市场中的竞争,并攫取最大的利润;从宏观上讲,限制性商业做法如不加以管控,将影响一国的科技进步、阻碍科技产业的结构升级。

对于积极引进技术,希望逐步增强科技力量的发展中国家,限制性商业做法的危害尤甚。举例来说,某生产电子产品的跨国公司在某发展中国家设立了子公司,并且在协议中特别声明将技术转让给子公司所在国。但是协议约定了原料应该从该跨国公司指定的地区购买,成品则由母公司购买而具有现成的市场。报酬方面,子公司提供的服务由母公司给付费,技术转让的报酬则采取“总付加分期付款”的方式,其中分期付款是按照技术使用收入收取20%的使用费。而且,还有可能存在诸如排他性技术回授等条款。这种协议的结果就是:1.该发展中国家的子公司仅是一个装配厂,由于并不从事电子工业公司的完整生产和管理,其得到的技术仅限于组装环节,即使对就业有所帮助;2.由于固定了原料来源和成品销售地,事实上子公司不能通过选择原料供应地来降低成本,也难以拓广出口销售渠道,从而不能提升利润,如果存在母公司和子公司对于购销的连结条款,那么利润将进一步被压缩(即使能通过税收征管来抑制这一问题,但是发展中国家的政府为了吸引外资和技术转让提供的优惠政策往往使跨国公司轻松从中获利);3.该子公司并不能有效促进外汇收入,因为其中的技术使用费、进口设备和外国技术人员的费用高昂;4.实践中,发展中国家的子公司往往难以获得外国

⁶ 王先林.知识产权与反垄断法——知识产权滥用的反垄断法问题研究:法律出版社,2001.168

的先进技术，更有甚者，在技术尚有利用价值的时候，母公司通过上述手段赚取了足够的利润，一定年限后技术过时或者设备老化了，根据 BOT（建设—经营—移交）的贸易方式，该设备和技术就转让给了子公司所在国政府。⁷总之，由于存在着限制性商业做法，这样的技术贸易对于子公司所在国的技术发展前景和科技产业结构改善是无从想象的。

结合我国的技术贸易形势，据统计，1999-2005 年，我国累计引进技术近 5 万项，合同总金额超过 1000 亿美元。⁸2006 年我国高新技术产品出口额达 2814.5 亿美元，占商品出口总额的比重为 29%，占工业制成品出口额的比重为 30.7%；高新技术进口额为 2473.0 亿美元，占商品进口总额的 31.2%，占工业制成品进口额的 40.9%，以上所列数据都呈增长趋势，并且从 2004 年开始我国高技术产品进出口实现了较微弱的顺差。⁹而从高新技术的进出口国别分析，我国的高新技术产品主要销往香港、欧盟、美国等国家和地区，但是在进口方面却依赖亚洲国家和地区。（见表 1-1、图 1-1、图 1-2）

表 1-1 2005 年 1-12 月份我国高新技术产品主要进出口国别地区统计¹⁰

金额单位：亿美元

国家或地区	12 月进口	12 月出口
美国	16.2	49.7
香港	3.7	71.3
欧盟	19.4	50.7
日本	29.8	16.5
东盟	41.9	17.2
韩国	25.3	6.0
台湾	31.9	5.0
澳大利亚	0.141	2.0
印度	0.177	2.4
加拿大	0.850	1.9
墨西哥	1.083	1.3
巴西	0.038	1.3
俄罗斯	0.094	1.1

⁷ 根据马来西亚的实例改编，参见中国科学技术情报研究所.专利制度对发展中国家的意义：科学技术文献出版社,1981,36

⁸ 商务部新闻办公室.我国七年来累计引进技术近 5 万项.

<http://kjs.mofcom.gov.cn/aarticle/bn/bs/200602/20060201551669,2008,4,15>

⁹ 参见中华人民共和国科学技术部.中国科技统计数据（2007）.

<http://www.sts.org.cn/sjkl/kjtjdt/data2007/2007-5.htm,2008,4,15>

¹⁰ 根据中国商务部科技司数据整理，<http://kjs.mofcom.gov.cn/aarticle/bn/cbw/200601/20060101434167.html>

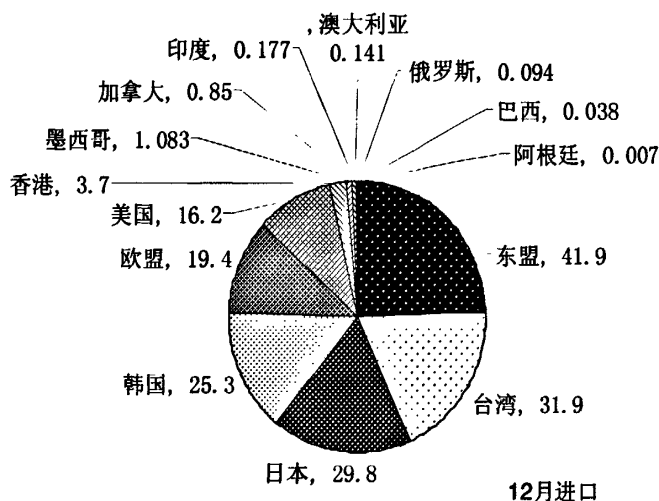


图 1-1

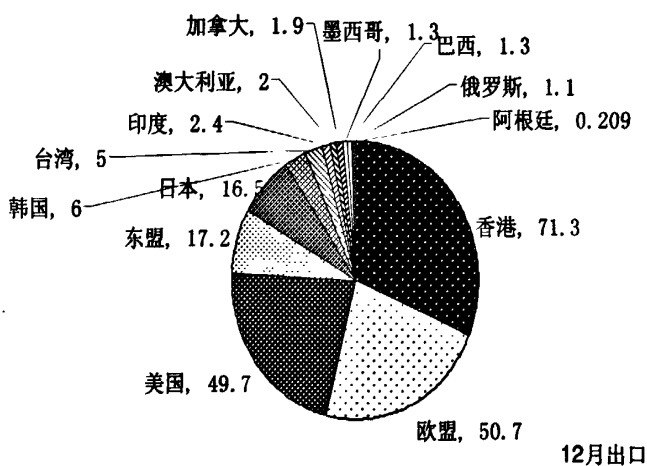


图 1-2

(注：中国对外出口的高新技术产品，也有一部分是外国公司的分公司或者外国独资企业生产的，其使用的技术可能控制在企业内部，并不能体现中国对外转让高新技术或者出口利用有使用权的技术生产出的产品。)

另一方面，我国在国际技术贸易中所处的地位又是如何？以美国 2007 年的数据为例，我国占美国高新技术产品进口的 34.16%，欧盟占 15.97%、墨西哥占 14.74%依次在后；但是在高新技术产品出口方面，我国却仅占不到 4.5%，不到欧盟的 1/8，不及加拿大的 1/3，甚至也不到墨西哥的一半。¹¹仅考查 2004 到 2007

¹¹ 根据美国统计署对外贸易数据统计，

年的数据，美国对中国高新技术产品进出口一直呈逆差态势，而且逆差总计不断扩大，虽然个别项目在 2007 年实现了顺差（其中对华生物科技的顺差是在美国于此项目增长大幅顺差的背景下），但是也有些项目的逆差持续增长，特别在光电技术、信息通信、武器等中国较薄弱的领域逆差明显。（见表 1-2）

表 1-2 2004-2007 年美国对华高新技术产品贸易逆差

金额单位：千美元

高新技术产品	2007 年	2006 年	2005 年	2004 年
(01) 生物技术	15,045	-13,381	-9,830	-4,742
(02) 生命科学	340,418	319,429	469,443	146,673
(03) 光电技术	-5,483,977	-4,131,411	-2,546,796	-1,473,783
(04) 信息通信	-74,494,651	-61,262,445	-50,795,325	-39,218,575
(05) 电子电机	4,179,915	3,679,024	1,560,140	1,648,398
(06) 柔性制造	902,113	685,750	376,342	940,103
(07) 高新材料	114,472	-35	-45,077	-49,565
(08) 航空技术	6,850,293	5,758,469	4,152,315	1,815,251
(09) 武器	-96,487	-97,655	-62,055	-9,794
(10) 核技术	15,383	-31,964	-62,114	-64,839
总计	-67,657,475	-55,094,219	-46,962,958	-36,270,875

从以上数据，我们可以解读出几点：首先，中国技术贸易特别是技术产品贸易在逐步地增长，意味着与各国在技术贸易中因限制性商业做法产生的摩擦可能增多；其次，美欧等技术强国对中国的技术产品贸易逆差的情况，当然不可能说明我国相对于美欧科技的进步，却说明了：

1. 技术发达国家对技术出口中国的管制和歧视仍无明显改善。例如，日本提

出“知识产权立国”的同时限制对华输出新技术。美国目前只许可低水平技术的对华转让，完全封杀可能涉及军事用途的军民两用先进技术的转让。¹²我们可从美国试图利用“瓦森纳条例”说服其他 32 个成员国加强对中国的技术出口限制，指责休斯公司向中国违法转让敏感技术，对以色列施压以终止其同中国所有的军事装备和军事技术联系，以及根据政治形势限制对华输出高速电脑¹³等等案例中窥见一斑。

2. 中国正在成为世界高新技术产品的组装厂。根据维农的产品生命周期理论，产品生命周期分为产品创新阶段、产品成熟阶段和产品标准化阶段。随着技术优势和成本优势对比的变化，理性投资者会选择将处于成熟和标准化阶段的产品转移到原料、劳动力成本更低的国家生产。¹⁴由此得到的推论，一是由于理性投资者将选择成本最低的国家进行生产，一国的比较优势或者说在产品生产链上的位置将决定该国的产业结构，我国则处于生产链上价值最低的组装环节，而研发和销售等高附加值环节却掌握在他国手中¹⁵；二是被转移的技术都是创新性已经不高的技术，而且随着我国入世后关税的降低，某些技术优势明显的产品可以以较低的关税进口而增加引进该技术的难度，即“以市场换技术”的战略将越难以奏效。再加上我国产业技术创新能力不足，“组装厂”这一角色恐难轻易摆脱。

综合技术贸易数据反映的情况，我国正处于类似上述案例中发展中国家的劣势地位，当前的贸易形势正是容易滋生上述限制性商业做法的土壤，而且已经初步显现出了对科技产业结构的抑制作用。在实践中，外国技术转让方不仅凭借事实上的技术垄断优势巧妙制定严苛的限制条款，而且近年来越来越多地主动发布侵权警告从而迫使我国企业接受各种新形式的限制性商业做法。在 DVD、电视机、优盘、光盘、数码相机等领域，外商对我国企业提出了签订技术许可协议征收专利许可使用费的请求，许多厂商迫于诉讼、扣押货物的压力接受了包含限制性商业做法的专利许可协议，导致利润空间下降，产业整体倍受打击。为了避免类似事件的发生，最直接的方式就是在考查各国实践的基础上，建立起适应我国技术贸易形势的法律管控机制。

¹² 国际知识产权战略制定工作领导小组办公室主编.挑战与应对——国家知识产权战略论文集：知识产权出版社,2007,31

¹³ 参见钮键军.日本密谋出台新策遏制中国.财经时报,2002,8,16-22, 转引自张东江.WTO 竞争政策谈判与发展中国家的选择:中国社会科学出版社,2005,162

¹⁴ 参见张望.开放背景下国际技术转移与产业升级抑制机理分析.哈尔滨学院学报,2007,2:36

¹⁵ 2007 年我国出口的高新技术产品当中 90%是贴牌生产，技术对外依存度约 60%。参见新华网.我国技术对外依存度过高亟待突破,http://news.xinhuanet.com/newscenter/2008-02/26/content_7674283.htm

第二章 国际上对技术贸易限制性商业做法的法律管 控

第一节 一些国家和地区对技术贸易限制性商业做法的法 律管控

目前世界上不少国家都建立了独特的管控技术贸易限制性商业做法的法律制度。首先,这些国家的法律传统、法律体制各不相同;其次,由于发达国家和发展中国家在国际技术贸易中的角色不同,所以管控目的和宗旨也有明显的差异;最后,发达国家的管控往往起步早而较为复杂细致,发展中国家的管控起步晚、针对性强而较为笼统。下文将以发达国家的代表——在限制性商业做法的法律管控上较为成熟的国家或地区——美国、欧盟、日本,以及部分发展中国家为例,对各国管控限制性商业做法的立法模式、界定方法以及执行机制做一个宏观但突出特性的考查。

一、立法模式

各国对于管控限制性商业做法的立法通常有以下几类:在专利法中规定具体行为非法;在专利法中规定非出自专利权的限制而强加给被许可人的条款可用一般声明使其无效;制订反垄断法;制订技术转让特别法;通过程序法即甄别程序或协议登记实施管控。¹⁶

(一) 发达国家

在立法模式上,发达国家一般没有专门的技术输入管控立法,而把技术贸易中的限制性商业做法归入反垄断法或者竞争法的范畴,总体上管控较为自由放松,并且谨慎处理其与知识产权法的关系,为此发达国家还出台一些指南、指令、规则进行针对性的管控,但是这些指南、指令、规则的性质在具体的国家却又各不相同。

1. 美国

¹⁶ 中国科学技术情报研究所. 专利制度对发展中国家的意义: 科学技术文献出版社, 1981, 187

美国对限制性商业做法的管控主要来源于合同法以外的法律规定,其中以反托拉斯法以及相关知识产权的权利滥用理论最为基础。而且,由于在美国,一种行为是否被界定为限制性商业做法并进行管控,最终的裁决权掌握在法院,所以大量的判例其实是美国对此问题的最主要的渊源,国会制定的法律规则只是一种指引性的纲领,必须经过法院的运用而使之成为现实中的“法律”,而大量的由执法的行政机构发布的有关准则,只能充当一种建议性质的参考,没有法律约束力,然而执法机关密切注视企业可能违法的行为,一旦有所怀疑即展开调查,进而可能提起诉讼或者责令停止违法行为,¹⁷所以,行政性的“准则”也有一定的价值。

美国的反托拉斯法虽然散落在各法律规则当中,但是最基础的法律是《谢尔曼法》和《克莱顿法》,以及主要规定程序性问题的《联邦贸易委员会法》。《谢尔曼法》的第1条主要管控双方或多方的共同或集体行为,而第2条适用于单个企业所实施的单方行为。而《克莱顿法》则比较充分地涵盖了《谢尔曼法》没有完全涉及的具体行为,如它的第2条管控价格歧视、第3条调整捆绑销售和独占交易、第7条禁止反竞争的合并和收购,第8条禁止竞争者间特定的连锁董事会。1936年《罗宾逊—帕特曼修正案》加强了《克莱顿法》中的价格歧视的管控。¹⁸虽然《克莱顿法》适用的是“商品买卖”,然而在技术贸易中常常也以有形的商品作为载体进行。而且在《谢尔曼法》第6条之(a)规定,在适用于出口贸易时限制《谢尔曼法》的效力,那么也就意味着该法对进口贸易是完全适用的。

另一方面,即使达不到反托拉斯法标准的限制性商业行为也可能落入权利滥用的理论管控之中,法院事实上保留着自由裁量权,然而由于反托拉斯分析经常借助于经济学方法,并有一套广泛权衡的机制,所以没有经过此种分析就以权利滥用为由对某些行为进行管控难免使人产生以臆断代替科学方法的怀疑,所以对于在反托拉斯法之外设定一个“权利滥用”的外围,很多法官是持谨慎态度的。¹⁹将权利滥用原则运用于限制性商业做法的管控,在美国经历了一个“产生——

¹⁷ 王先林.知识产权与反垄断法——知识产权滥用的反垄断法问题研究:法律出版社,2001,106

¹⁸ Jay Dratler, Jr.著,王春燕等译.知识产权许可(上)、(下).北京:清华大学出版社,2003,397-458

¹⁹ 例如波斯纳法官就认为“如果不以传统的反托拉斯原则审查滥用诉求,又以什么原则进行审查呢?我们的法律中并没有丰富的可替代‘垄断性滥用’的概念;试图发展一个此类概念、又能保证专利权人在此过程中免受(权利的)不确定性之苦,为时已晚。”USM Corp. v. SPS Technologies, Inc., 694 F. 2d 505 (7th Cir. 1982),驳回调卷令申请 462 U.S.1107(1983)。转引自 Jay Dratler, Jr.著,王春燕等译.知识产权许可(上)、(下)。北京:清华大学出版社,2003,494

被修正——重新流行——受抑制”的如钟摆式的发展历程。²⁰

在行政性指导方面，美国司法部反托拉斯署在历史上曾经发布过 1988 年的《国际交易反托拉斯准则》（又译作《国际经营活动中的反托拉斯实施指南》，后于 1993 年被撤销），而 1995 年反托拉斯署和联邦贸易委员会联合颁布了《知识产权许可的反托拉斯准则》（Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property，简称 1995 年《许可准则》），该准则至今仍然有较大的影响。新近的指引性文件是 2007 年 4 月由司法部和联邦贸易委员会联合发布的《反托拉斯执法与知识产权：促进创新和竞争》报告，该报告广泛听取了企业界、学术界和法律实务界的意见，贴进最新的形势发展。然而该报告仍然是一种建议性质的文件，而且并非意在取代 1995 年《许可准则》，只是结合新形势的发展和完善。²¹对于这些准则的适用范围，1995 年的《许可准则》中规定“这些法规中描述的反托拉斯分析的原则同等适用于国内和国际许可协议”。²²

2. 欧盟

欧盟管控限制性商业做法的法律主要是以《欧洲联盟条约》（《马斯特里赫特条约》）为基础建立的反垄断法体系。《欧洲联盟条约》中的第 81 和 82 条（即原来《欧共体条约》或称《罗马条约》的第 85、86 条）构成了其中的核心，81 条（1）主要是管控限制贸易的协定和共同行为，而且特别列举了五种禁止的行为：固定价格；限制或控制生产、市场、技术开发或投资；分隔市场或供应来源；歧视性条款；搭售及夸大解释。第（2）款则规定（1）款所禁止的协议等是无效的，第（3）款则规定了对第（1）款的豁免。第 82 条主要是关于企业单独或多个企业联合滥用支配地位的行为，并列举了一些表现：限定“不公平”的价格或条件；“侵害消费者利益的限制生产、市场、技术开发”；歧视；搭售或夸大解释。²³ 2007 年 12 月公布的新修订的《欧洲联盟条约》和《欧共体条约》中，加入了第 97 条 a 和第 188 条 c，其中对知识产权的保护以及商业政策的影响还有待进一步评估。²⁴其次，欧盟理事会制定的关于如何适用第 81、82 条的实施细则，如新近的第 1/2003 号规则是重要的文件。第三类文件就是欧盟委员会根据第 81 条之（3）款

²⁰ 参见郭德忠. 专利许可的反垄断规制: 知识产权出版社, 2007, 204-208

²¹ 王先林, 潘志成. 反垄断执法与知识产权保护之间的平衡——美国《反托拉斯执法与知识产权: 促进创新和竞争》报告述评. 学术论坛, 2007, 6: 10-11

²² Jay Dratler, Jr. 著, 王春燕等译. 知识产权许可 (上)、(下). 北京: 清华大学出版社, 2003, 586

²³ 参见 Jay Dratler, Jr. 著, 王春燕等译. 知识产权许可 (上)、(下). 北京: 清华大学出版社, 2003, 462-465

²⁴ 参见《欧共体条约》和《欧盟条约》作出修改,

http://www.wanhuida.com/chinese_ver/news/pop.asp?InfoID=1429,2008,4,20

规定发布的集体豁免条例，其中大部分是与技术许可有关的，如 1984 年的《专利许可协议集体豁免条例》（《2349/84 号条例》），1988 年的《技术秘密协议许可协议集体豁免条例》（《556/89 号条例》），这两个条例后来经修改合并成 1996 年的《技术许可协议集体适用欧共同体条约第 85 条第 3 款的第 240/96 号条例》，2004 年生效的《欧共同体技术许可协议集体豁免条例》（Technology Transfer Block Exemption Regulation of 27 April 2004，下称新 TTBER）以及《在技术许可协议中适用欧共同体条约第 81 条的指南》是其最新的发展。

在欧盟的限制性商业做法管控中还有一个特殊的问题，即如果欧盟法律和各成员国国内法规定的宽严不同，应根据何者确定。以前这一问题一直处于比较模糊的状态，而欧盟理事会 1/2003 号规则给出了一个较为具体的答案。首先，各成员国被赋予了完整适用第 81 和 82 条的权利。而且在适用国内法时必须同时适用这两条规定，在处理协议、决议或共同行为时，如果具体行为未落入 81 条（1）款或者符合（3）款的豁免条件，那么成员国的执法机构或法院就不应以国内法的更严格规定予以禁止，但是对于单方行为²⁵则允许各成员国适用国内更严格的规定。在这之后有一个较抽象的条款规定：在不违反欧盟法律的一般原则和其他规定的情况下，成员国在适用国内关于合并控制的法律时，以上的同时适用国内法和 81、82 条，以及两者优先情况的处理就不适用，而且（同时适用国内法和 81、82 条，以及两者优先情况这两个原则）也不排除适用国内与 81、82 条立法目标不同的法律。²⁶虽然最后的抽象条款造成了一定的模糊性，但是在一般的情况下，欧盟法以及成员国国内法在这一问题上的适用状况是可以明确的。

3. 日本

日本对限制性商业做法的管控主要依赖 1947 年的《禁止私人垄断及确保公正交易法》和行政性指南。

1947 年的《禁止私人垄断及确保公正交易法》经过了数次修订，最新的版本于 2006 年 1 月生效。不同于美国的是，进行诉讼是日本解决此问题非到迫不得已不会走的最后一步，技术许可协议事先必须提交 JFTC（日本公正交易委员

²⁵ 主要指第 82 条规制的行为。

²⁶ Article 3 of THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, [http://www.jusline.eu/Council_Regulation_\(EC\)_No_1-2003_of_16_December_2002_on_the_implementation_of_the_rules_on_competition_laid_down_in_Articles_81_and_82_of_the_Treaty_\(Text_with_EEA_relevance\)_Langversion.html](http://www.jusline.eu/Council_Regulation_(EC)_No_1-2003_of_16_December_2002_on_the_implementation_of_the_rules_on_competition_laid_down_in_Articles_81_and_82_of_the_Treaty_(Text_with_EEA_relevance)_Langversion.html)

会)审查,那么也就意味着诉讼将被最初的这一系列程序减少,而且JFTC的行政性指南具有揭示其基本态度的重要作用。1968年、1989年和1999年,JFTC分别颁布了《国际许可协议的反垄断准则》、《关于管制专利和技术秘密许可协议中的不公正交易方法的指南》和《在反垄断法之下的专利和专有技术协议的准则》。为了协调日本政府在2002年发布《知识产权战略大纲》和国会通过知识产权基本法所树立起来的“知识产权立国”的国家战略和竞争政策之间的冲突,适应发展中的实践,在借鉴美国、欧盟最新的技术贸易反垄断法管控的基础上,JFTC又于2007年9月颁布了《知识产权利用的反垄断法指南》,取代了1999年的《在反垄断法之下的专利和专有技术协议的准则》,而且把1999年准则的管控范围从专利和技术秘密扩展到除此之外的实用新型、半导体电路布图设计、版权保护的作品、外观设计等等。²⁷而准则中也规定了只要行为对竞争的影响效果涉及到日本市场,那么无论企业的行为是发生在日本之内还是之外,该准则都适用。

28

(二) 发展中国家

发展中国家技术贸易的法律管控可以说是因应逐渐发展起来的本国国际技术贸易实践的需要才制定出来的。由于很多国家是在技术贸易的卖方市场中遭遇一些挫折之后才意识到这一问题的急迫性,所以,大多数发展中国家对限制性商业行为的立法都是针对性的专门立法,并实行严格管控,而且成为本国国际技术贸易法律的主要管控点。

1. 墨西哥

墨西哥和巴西、印度等国一样,属于最早制定技术转让法的国家之一,墨西哥1973年颁布了《技术转让登记及专利商标使用法》,1974年制定了《关于贯彻技术转让法的实施细则》,其中就有关于限制性商业做法的规定,这两部法律就保证了涉外技术贸易合同经过审批而能够符合墨西哥的产业政策。相对于这一阶段的法律仅仅管控了涉外技术转让中过高的要价和某些限制性商业做法,1982年新修订的版本就把视角扩充到吸收高新技术上,通过管控转让中的限制性商业做法以支持墨西哥企业在技术贸易中的地位以及保证健康而持续增长的技术贸

²⁷ 参见王先林,潘志成.反垄断法适用于知识产权领域的基本政策主张——日本《知识产权利用的反垄断法指南》介评.电子知识产权,2008,1:37

²⁸ See Japan Fair Trade Commission. Part 1 Introduction 2(3) of Guidelines for the Use of Intellectual Property under the Antimonopoly Act. http://www.jftc.go.jp/e-page/legislation/ama/070928_IP_Guideline.pdf

易。²⁹1990年墨西哥颁布了新的《技术转让规则》，这一法规意在消除技术进入的障碍。此外，于1991年通过并于1994年修订的《工业产权促进与保护法》（修订后简称《工业产权法》）也有相关规定。³⁰

2. 中国

我国对技术转让限制性商业做法进行管控的历史并不长，1985年的《技术引进合同管理条例》规定技术引进合同必须审批，而且在条例中规定供方不得强迫受方接受不合理的限制性要求，未经审批机关特殊批准，合同不得含有某些限制性商业条款。并于1988年颁布了《技术引进合同管理条例实施细则》进一步管控了新的限制性做法。而1999年《合同法》第329条、334条以及2004年《最高人民法院关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第10条具体解释了《合同法》329条的限制性做法。2002年的《技术进出口管理条例》又取代了《技术引进合同管理条例》及其实施细则。我国入世前根据TRIPs和入世谈判承诺对我国主要的知识产权法进行修改的时候，并没有直接地涉及限制性商业做法的问题，所以在2004年修订的《对外贸易法》中就在借鉴了TRIPs相关制度的基础上通过“与贸易有关的知识产权保护”一章以及32、33、34、37、39、47、48等条款对这一问题进行了相关规定。³¹2007年8月颁布的《反垄断法》第55条也以除外设定的立法方式原则性规定了技术贸易中的限制性商业做法可能落入反垄断法的管控。然而具体的规定仍有待国务院反垄断委员会制定指南。

二、界定方法

界定方法是一个涉及到实质上的界定标准和形式上的界定方式的问题。实质上的界定标准从一个宏观的角度可以概括为发达国家的“竞争标准”和发展中国家的“发展标准”。竞争标准是指以该限制性商业行为对整体竞争的影响衡量，所以一般注重经济学的分析；而发展标准是指即使限制性行为本身并不直接导致垄断削弱竞争，但是显然不利于技术接受方经济和技术发展也构成限制性商业做法。而界定方式则属于标准的体现问题，主要侧重于根据标准怎样具体归类。由

²⁹ See Guillermo Funes Rodríguez. *Public Policy and Technology Transfer: A Mexican Perspective*. *Mexican Studies / Estudios Mexicanos*, Vol. 2, No. 2, *Technology Transfer between Mexico and the United States* (Summer, 1986), pp. 275-298.

[http://www.jstor.org/sici?sici=0742-9797\(198622\)2%3A2%3C275%3APPATTA%3E2.0.CO%3B2-J](http://www.jstor.org/sici?sici=0742-9797(198622)2%3A2%3C275%3APPATTA%3E2.0.CO%3B2-J)

³⁰ See Alejandro Perez Serrano. *Overview Of International Property Enforcement In Mexico*. <http://www.natlaw.com/pubs/spmxi13.htm>

³¹ 参见李顺德.《对外贸易法》修改涉及的知识产权问题.电子知识产权,2004,10:23-26

于具体的“界定标准”需要结合实际情况才能深入，所以下面的讨论将结合这两个方面，并关注从“界定方式”体现出的“界定标准”。

（一）发达国家

发达国家在长期经验积累的基础上，发展出某些节约执法资源的较为简明系统的“类选法”，即将实践中的做法按照违法的可能性区分成几类，一方面便于执法和司法机关判断，一方面也对贸易当事方的行为预期有所帮助。

1. 美国

美国对于限制性商业做法的类选法其实最先发端于反托拉斯法的实践。正如前述，美国的反托拉斯法来源于法院的实践而不是国会立法以及行政指导，法院在实践中运用“本质违法”原则和“合理性”原则进行分析，而本质上合法的原则却由于司法作为“纠错”的机制而从逻辑上不太可能进行事先的归类。所以，“本质上合法”的分类基本是由行政机关来进行指导，在1995年的《许可准则》中就曾创新地提出一种“安全地带”的方案，首先必须符合不能是明显反竞争的行为，其次只要其在本质上是缺少控制市场能力的。市场控制力的判断方式是：如果能够确定相关产品或服务市场，那么许可者和被许可者总共的市场份额不超过整个市场的20%，那么就认为缺少市场控制力；如果上述相关市场不能确定，那么如果在相关技术市场上存在另外的四项或以上的替代性独立控制技术，或者在相关创新市场上存在另外的四个或以上独立控制单位，在这两种情况下都认为缺少市场控制力。至于本质违法的一类，因为一旦确认并经过判例的约束效应，将难以通过反证推翻，³²这对于注重个案分析的法官们来说，就难免引起谨慎考虑而不愿做出此种归纳。而且这一分类正在被“需合理性判断”一类不断地蚕食，2007年的《反托拉斯执法与知识产权：促进创新和竞争》报告体现了更宽松的管控标准和较复杂的分情况讨论，而且它还重申了1995年《许可准则》“知识产权许可总体上是促进竞争的”这一原则，从而倾向于应该在合理性规则下进行分析。³³不仅如此，一直以来美国的类别之间的界限比起欧盟和日本来说是较为模糊的，而且这一界限似乎越来越模糊。

2. 欧盟

³² 在美国认定为“本质非法”的一类不能推翻，这点与欧盟、日本仅是被推定为非法，可以用证据推翻或者豁免有所不同。参见 Jay Dratler, Jr. 著, 王春燕等译. 知识产权许可(上)、(下). 北京: 清华大学出版社, 2003, 581

³³ See U.S. Department of Justice & Fed. Trade Commission. Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition (2007). <http://www.usdoj.gov/atr/public/hearings/ip/222655.pdf>

欧盟的“类选法”始于1962年较为简陋的《关于专利许可协议的官方通告》，由于其宽松的语气被称为“圣诞节指示”，后来被真正首次出现“三分法”的《2349/84号条例》取代，该规则第1条是可以包含的条款，第2条是即使会受到《欧盟条约》81(1)禁止也不会损坏豁免的限制性做法，第3条是所谓的“黑名单”。³⁴尽管“需要合理性判断”一类并不明确，然而在实践中却可以确定有这一类别。至于管控技术诀窍许可的《556/89号条例》也采取了类似的归类。1996年的TTBER将之划分为白色条款、灰色条款和黑色条款，并进行了清单式列举。³⁵欧盟这种一度为美国、日本借鉴的清晰的三分法却最终被2004年的新TTBER所弱化或者抛弃。新的TTBER中没有了白色条款，而是以竞争关系和市场份额作为参照标准。竞争关系的不同影响到市场份额标准和核心限制的种类。而市场份额标准的作用类似于美国1995年《许可准则》的市场支配力认定，低于一定标准的可能可以直接豁免。而黑色条款中的“核心限制”则被保留，这类绝对禁止的限制性条款会导致整个协议得不到豁免。³⁶

3. 日本

日本1989年《关于管制专利和技术秘密许可协议中的不公正交易方法的指南》进行了类似欧盟白、灰、黑三种条款的分类：合法的限制、由合理性规则指导的限制，以及推定为非法的限制。³⁷在日本最新的《知识产权利用的反垄断法指南》中，也如欧盟一般放弃了清晰的三分法，在第2部分关于适用反垄断法的原则中，提出了分析行为对竞争的影响应该考虑的种种因素。而且之后又对可能对竞争产生主要影响的情况以及对竞争影响视为可以忽略的情况进行区分，前者分为“竞争者之间的行为”和“技术有影响力”这两种加重限制竞争怀疑的情况，而后者区分了产品市场和技术市场，将低于特定市场特定20%份额的情况下的限制性做法视为对竞争很少有影响，当然也排除了一些严重的限制性做法。³⁸可以说，日本的这一指南对欧盟新TTBER界定方式的借鉴十分明显，整个思路十分

³⁴ 参见 Jay Dratler, Jr. 著, 王春燕等译. 知识产权许可(上)、(下). 北京: 清华大学出版社, 2003, 600-602

³⁵ 更详细的内容可参见王晓桦. 欧共体竞争法. 中国法制出版社, 2001, 197-212

³⁶ See THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. COMMISSION REGULATION (EC) No 772/2004 of 27 April 2004 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of technology transfer agreements. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:123:0011:0017:EN:PDF> 另参见郑友德, 胡章怡. 欧盟知识产权滥用的反垄断问题研究——以欧盟新修订的《技术许可协议集体豁免条例》为中心. 法学评论, 2006, 6: 72

³⁷ 参见徐士英. 反垄断法在日本实现“本土化”的启示. 法商研究, 1999, 4: 111

³⁸ See Japan Fair Trade Commission. Part 2. 3-5 of Guidelines for the Use of Intellectual Property under the Antimonopoly Act. http://www.jftc.go.jp/e-page/legislation/ama/070928_IP_Guideline.pdf.

“发展标准”。⁴¹

2. 中国

中国也是列举型立法的国家,而且我国的立法基本都借鉴制定期间有关的国际文件,我国1985年的《技术引进合同管理条例》就是借鉴1981、1983年起草的《国际技术转让行为法》,其中列出了应该加以限制的九种限制性做法:(1)要求受方接受同技术引进无关的附带条件,包括购买不需要的技术、技术服务、原材料、设备或产品;(2)限制受方自由选择从不同来源购买原材料、零部件或设备;(3)限制受方发展和改进所引进的技术;(4)限制受方从其他来源获得类似技术或与之竞争的同类技术;(5)双方交换改进技术的条件不对等;(6)限制受方利用引进的技术生产产品的数量、品种或销售价格;(7)不合理地限制受方的销售渠道或出口市场;(8)禁止受方在合同期满后,继续使用引进的技术;(9)要求受方为不使用的或失效的专利支付报酬或承担义务。在1999年3月15日通过的《合同法》中,将其内容概括包容在第355条中:“法律、行政法规对技术进出口合同或者专利、专利申请合同另有规定的,依照其规定。”2002年的《中华人民共和国技术进出口管理条例》将上述九种限制性条款改为七种:“技术进口合同中,不得含有下列限制性条款:(一)要求受让人接受并非技术进口必不可少的附带条件,包括购买非必需的技术、原材料、产品、设备或者服务;(二)要求受让人为专利权有效期限届满或者专利权被宣布无效的技术支付使用费或者承担相关义务;(三)限制受让人改进让与人提供的技术或者限制受让人使用所改进的技术;(四)限制受让人从其他来源获得与让与人提供的技术类似的技术或者与其竞争的技术;(五)不合理地限制受让人购买原材料、零部件、产品或者设备的渠道或者来源;(六)不合理地限制受让人产品的生产数量、品种或者销售价格;(七)不合理地限制受让人利用进口的技术生产产品的出口渠道。”而且去除了1985年《条例》的“未经审批机关特殊批准”的字眼,不再赋予审批机关过大的认定权力。2004年新修订的《对外贸易法》第30条列出了三种限制性商业做法:阻止被许可人对许可合同中的知识产权的有效性提出质疑、进行强制性一揽子许可、排他性返授,但是要求“并危害对外贸易公平竞争秩序”,这一规定明显不同于之前的绝对禁止,而借鉴了TRIPs第40条的规定。此外还有散落在外资企

⁴¹ “发展标准”从另一个角度讲,就是所谓的“新经济秩序模式”, See Muchlinski, Peter T. (1999) *Multinational Enterprises and the Law*. 2d ed. Oxford, 447-48.

类似，特别是基于竞争关系的标准以及对产品市场和技术市场的区分

综上发达国家的界定方法，可以发现其发展路径是从一开始的何“三分法”（特别是美国 1995 年《许可准则》对欧盟、日本做法的模渐地转回了并不十分清晰甚至是“三缺一”的界定方法，而且以市场份界定的思路。其中最根本的就在于更注重借助经济学方法对限制性做法性分析，而且有向“豁免为主”转变的趋势。

（二）发展中国家

发展中国家对限制性商业做法的具体界定由于意在保护本国受让多的限制从而影响国家的经济独立和发展，所以在早期的立法中主要是式的方法明确禁止某些限制性行为，这种界定方法比发达国家更严格、

1. 墨西哥

墨西哥在 1973 年《技术转让登记及专利商标使用法》规定了严格禁种限制性做法：(1)规定允许技术许可方直接或间接控制或干涉技术受让营管理的；(2)规定技术回授条款的，但互惠或有偿者除外；(3)限制技术发展和研究技术的；(4)规定技术受让方只能从某个固定来源购买设备、零部件或原材料的；(5)引进的技术服务或进口的商品因违背国家利益，准许或应予限制的；(6)规定不准使用辅助性技术的；(7)规定受让方必品销售给许可方指定的人的；(8)规定必须长期雇佣许可方指定的人的；(9)受让方的产量，或强行规定受让方内外销售的价格或转售的价格；(10)规方必须与许可方签订包销或经销合同的，但如果许可方在推销商品方面确方地位优越，且经受让方同意和工业发展部部长认可者除外；(11)规定合后，仍须保密的；(12)未明确规定当技术转让引起对第三方侵权时，由许方责任的；(13)许可方对技术的质量及效益不予保证的。³⁹而在 1974 年《贯彻技术转让法的实施细则》中，严格禁止的内容减少为 6 类，其中有几类跟年《技术转让登记及专利商标使用法》的 (3)、(4)、(8)、(9)、(10) 款增加了限定技术来源、限定出口产品或劳务，还有 8 类一般禁止的内容。⁴⁰90 年代墨西哥对技术转让的管制已经明显地放宽，而且基本放弃了这种严

³⁹ 谢邦宇,张劲草.国际经济法原理.芒果图书出版公司,1992,264 转引自刘丽.国际技术贸易中限制性商法及其法律规制. 硕士论文.西南政法大学.21.2007

⁴⁰ 王玉清,赵承璧主编.国际技术贸易: 技术贸易与知识产权.对外经济贸易大学出版社,2005,465

业法、中外合资经营企业法、中外合作经营企业法和相关实施条例中的规定。新颁布的《反垄断法》由于对知识产权垄断的规定过于原则，在具体的实施细则出台之前仍没有很大的借鉴意义。

三、执行

发达国家对限制性商业做法管控重视对技术输入的事后监督，重点在协议的实际履行，其执行以及该执行对技术转让当事人以及合同的影响基本适用反垄断法的制度。而发展中国家则注重防范于未然，主要通过主管机构事先的针对性审查以禁止限制性商业做法，如果包含了这类条款除了导致事后认定合同整个无效或者部分条款无效外，最常见的就是合同根本得不到事先批准。

（一）发达国家

1. 美国

美国主要是通过私人诉讼、反托拉斯署因损害或者禁令救济提起诉讼和联邦贸易委员会提起诉讼的方式执行对限制性商业做法的管控。法院可能宣布所涉及到的合同，包括所涉及的专利权不可实施。私人诉讼可能使得原告获得三倍损害赔偿还有诉讼费加律师费，而且还能够申请禁令救济；反托拉斯署既可以通过民事诉讼获得禁令和三倍损害赔偿，也可以提起刑事诉讼，并且反托拉斯署与被告的这一诉讼的判决或裁定可以成为之后的私人诉讼的初步证据；联邦贸易委员会无权发动刑事诉讼以及损害赔偿之诉，但是却有权对尚未确认的限制性做法发布制止令。⁴²此外，美国还通过反垄断法的域外适用以及美国贸易法中的“特殊 301 条款”加强管控涉外限制性商业做法的宏观执行。其不仅在案例中长期确立着“效果理论”的反垄断法域外适用，而且还在 1982 年出口贸易公司法、美国司法部出台的反垄断法指南中加以成文化。⁴³

2. 欧盟

欧盟对这一问题的执行在《1/2003 号条例》颁布前主要是作为欧盟执行机构的欧洲委员会的职责，而各成员国的执法机构和法院虽然可以适用《欧盟条约》第 81（1）和第 82 条，但是却不可以直接适用第 81（3）的豁免，而且欧洲委员会不仅可以制定集体豁免，还可以根据申请作出个别豁免（包括豁免证明、豁免

⁴² 参见王先林.知识产权与反垄断法——知识产权滥用的反垄断法问题研究：法律出版社,2001,105-106

⁴³ 参见伊从宽,姜姗译.国际反垄断政策的发展态势.外国法译评,1997,3:17-18

以及安慰信等措施)。但是《1/2003 条例》赋予了各成员国直接适用第 81 (3) 的权力,⁴⁴而且对 81 (1) 规定的禁止和 81 (3) 规定的豁免都无需事先决定。新 TTBER 也取消了欧洲委员会个别豁免的做法,而企业欲取得集体豁免则需根据新 TTBER 的新界定方法进行自我认定,并提交评估报告。当然执行方式的变更,是考虑到长期实践中各国与欧洲委员会以及欧洲法院的认识已经渐趋一致有实行的基础,而且为了提高欧洲委员会的效率、简化程序以及提供一个更清晰简明的指导,但是也有学者对这种做法欲达到法律确定性的成效提出怀疑。⁴⁵而且根据《1/2003 号条例》委员会的处罚权加大,不仅可以以行为救济或结构救济的方式作出终止决定、接受保证、采取临时措施还可以处以经济处罚。而成员国给予损害赔偿或给予禁令救济的权力在之前就一直存在了。

3. 日本

日本《禁止私人垄断及确保公正交易法》第 6 条 (2) 款要求在合同形成的 30 天内将国际专利许可合同向日本公平交易局 (JFTC) 报告,而 1968 年的《报告国际协议的规则》要求日本的被许可人必须在合同生效的 30 天内上交一份通知报告以及一份协议文本,而委员会将进行审查,在 90 天内如果委员会没有任何行动,调查或质疑就不可能发生。⁴⁶而且还存在一个“澄清体系”允许将协议提交 JFTC 来决定其中有关条款的合法性。当事人可以通过 JFTC 事务总局交易部的咨询指导室及各地方法务所的交易课进行许可合同的事前咨询,对于前来咨询的合同一般不会因为此时违反了禁止垄断法的规定而对其采取强制性措施,但是如果所咨询的合同与实际不符或者在实施的过程中违反了 JFTC 回答时的附加条件等, JFTC 仍将采取行动。⁴⁷如果有什么限制性的做法遭到委员会的质疑,也会采用内部商讨或者协商解决,所以正如在立法模式中提到过的,诉讼只是最后的一步。

(二) 发展中国家

⁴⁴ See THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty. [http://www.jusline.eu/Council_Regulation_\(EC\)_No_1-2003_of_16_December_2002_on_the_implementation_of_the_rules_on_competition_laid_down_in_Articles_81_and_82_of_the_Treaty_\(Text_with_EEA_relevance\)_Langversion.html](http://www.jusline.eu/Council_Regulation_(EC)_No_1-2003_of_16_December_2002_on_the_implementation_of_the_rules_on_competition_laid_down_in_Articles_81_and_82_of_the_Treaty_(Text_with_EEA_relevance)_Langversion.html)

⁴⁵ 参见郑友德,胡章怡.欧盟知识产权滥用的反垄断问题研究——以欧盟新修订的《技术许可协议集体豁免条例》为中心.法学评论,2006,6:76

⁴⁶ 参见罗玉中,彭志刚.美国、日本和欧盟法律对知识产权国际许可反垄断管制的比较研究.江西财经大学学报,2004,4:68

⁴⁷ 国家知识产权局知识产权发展研究中心组织编写.规制知识产权的权利行使:知识产权出版社,2004,289-290

发展中国家由于缺乏专门的反垄断执行机制，所以对国际技术贸易中限制性商业做法的管控一般都附属于其对外贸易管制，主要是事先审查的方式，但是缺乏对违法后果的明确规定，以下仅以中国的做法为例：

首先，中国在 2002 年出台的《技术进出口管理条例》中取消了审批机关过大的批准限制性商业做法的权力，但是没有对含有限制性商业做法的协议的效力作出明确的规定，也没有规定是否进行处罚、对受害方的救济等等，只是在 2004 年《对外贸易法》中与此相关的第 30 条、32 条规定了“国务院对外贸易主管部门可以采取必要的措施消除危害”。《对外贸易法》建立的新的对外贸易调查、对外贸易救济制度对这个问题规定了一个框架性的做法，而且提供了更积极的解决思路：“国务院对外贸易主管部门可以自行或者会同国务院其他有关部门，依照法律、行政法规的规定对下列事项进行调查：……知识产权权利人有阻止被许可人对许可合同中的知识产权的有效性提出质疑、进行强制性一揽子许可、在许可合同中规定排他性返授条件等行为之一，并危害对外贸易公平竞争秩序的”，而后根据调查结果，提出报告或者作出处理裁定，并发布公告；根据对外贸易调查结果，可以采取适当的对外贸易救济措施；政府有权要求有关国家或者地区政府采取适当的补救措施，并可以根据有关条约、协定中止或者终止履行相关义务；国务院对外贸易主管部门依照本法和其他有关法律的规定，进行对外贸易的双边或者多边磋商、谈判和争端的解决。⁴⁸但是对于其中的细节以及对于没有引起这么严重关注的个别限制性商业做法的解决都有待完善。

四、小结——两种管控机制的比较

综上对一些国家限制性商业做法管控机制的考查，可以总结出无论在立法模式、界定方法还是执行方面，作为主要技术进口国的发展中国家和主要技术输出国的发达国家都存在显著的差异，根本的原因在于两者的贸易地位不同：

1.立法目的：发展中国家需要借助法律手段加强本国受方的谈判地位，而发达国家没有必要特意采取强化一方优势的措施；发展中国家需要保障对输入技术的吸收利用，而发达国家着眼于维护竞争从而促进国内技术市场的效率提升。

2.立法宗旨：发展中国家希望通过法律手段纠正事实上的本国受方弱势地

⁴⁸ 参见李顺德，《对外贸易法》修改涉及的知识产权问题.电子知识产权,2004,10:27

位，从而突破了以形式上的公平竞争界定限制性商业做法，而且更强调本国的国家利益，通过严格列举非法行为强行干预协议双方的“意思自治”。

3.管控方式：发展中国家由于重视技术输入，所以在执行机制方面倾向于在事前采取积极主动的态度，以早日评估对本国的实际影响；发达国家则侧重事后的监管，比较被动放松，评估的重点在于对国内竞争的影响以及法律上的平等。

49

第二节 技术贸易中限制性商业做法的国际立法

国际上已经达成了一些较为成功的立法，但主要限于区域性国际立法，例如法语非洲国家 1977 年关于建立非洲知识产权组织的《班吉协定》、英语非洲国家 1984 年关于建立知识产权组织的《哈拉雷协议书》，以及拉丁美洲的安第斯集团对外国投资以及技术输入实行管制的共同立法《卡特赫纳协定》。⁵⁰然而囊括发展中国家和发达国家的具有更普遍意义的国际立法却由于两者管控的法律机制存在着巨大的差异，特别是立法目的以及宗旨的南辕北辙，造成了统一管控的艰难，双方难以调和的矛盾贯穿着国际立法谈判的始终，导致目前达成的成果有限，仅有部分具参考性的国际文件，而真正具备法律约束力的文件则较为笼统且管控不够有力。

一、规定了限制性商业做法管控的相关内容，但最终夭折的国际文件

1.早在 1948 年国际联盟通过的《哈瓦那宪章》（《国际贸易组织宪章》）。其中第五章指出：缔约国必须采取适当的措施，并与本组织合作，管制国际贸易中限制竞争的商业行为，如分割市场或增强垄断势力，而不论它们是由私人企业还是由国营企业所为。最终宪章没有生效，后来 GATT 也没有沿用这一规定。

2.1951 年 9 月联合国经社理事会起草的国际反垄断法协议草案，进行了国际限制性商业行为的实际调查，后来包含上述草案和调查建议的报告书未能通过；而且 1972 年该理事会对跨国公司的研讨中也包含了限制性商业行为的问题，最

⁴⁹ 参见姚梅镇主编.比较外资法：武汉大学出版社,1993,687-692

⁵⁰ 参见姚梅镇主编.比较外资法：武汉大学出版社,1993,664-669

终也没有通过。

3.联合国贸发会 1979 年完成的对发展中国家的限制性商业行为的国内管控“法律范本”以及 1977 年对于跨国公司的行动守则（其中包含限制性商业做法的规定）最终都未获正式通过。

二、虽获得通过，但仅具有参考意义的国际文件

1.前述提及的 1980 年联合国贸发会草拟、联合国大会通过的《一套多边协定的控制限制性商业惯例的公平原则和规则》。确定了限制性商业做法的定义，而且在执行方面还规定了应考虑国内法的适用以及给予发展中国家优惠待遇或差别待遇，可以说对于发展中国家比较有利，然而该文件虽经大会通过，但是由于大多数发达国家没有批准，仍然没有法律约束力。

2.世界知识产权组织在 20 世纪 80 年代制定的《技术转让合同管理示范法》。

3.1974 年联大《建立新的国际经济秩序宣言及行动纲领》、《各国经济权利及义务宪章》都有关于加强对国际限制性行为管制及政策协调的原则宣示。⁵¹

三、尚未获得通过，但具有指导性意义的国际文件

《联合国国际技术转让行动守则》（草案）是联合国大会在 1975 年授权起草的，并历经数次会议讨论，反复修改一直到 1985 年仍未获正式通过的文件。该守则草案集中体现了各国关于技术贸易中限制性商业做法管控的分歧，这种分歧之大导致历时十年的谈判最终破裂。

首先，对于守则的法律性质，发展中国家主张应达成一份有普遍约束力的法律文件，而发达国家则不希望使公约具有普遍约束力，其实施应该有待于各国立法解决。发达国家作为技术贸易中占据优势的一方，一旦守则具有了法律约束力，意味着自身管控标准必须趋严，对本国技术供方是十分不利的。

第二，守则的管制范围包不包括跨国公司，如跨国公司在海外的子公司在其所在国境内进行的技术转让是否适用守则的问题也引起激烈的争论。发展中国家认为子公司受母公司控制必须加以管控，而发达国家则主张应以国境来作为“国际”技术贸易的标准。

⁵¹ 参见王先林.知识产权与反垄断法——知识产权滥用的反垄断法问题研究：法律出版社,2001,162-171

第三,对于守则最重要内容的限制性商业做法的具体内容,发达国家不仅力图从标题上对其性质加以中性化从而减轻管制,而且坚持大多数限制性商业“惯例”通常是合理的,应该以“竞争”的标准来衡量,并要求草案的所有限制性商业做法的具体条款都必须冠上“不合理地”的字眼。⁵²发展中国家则倾向于明确这些限制性商业做法必须在技术贸易中避免,并且反对以美国式的竞争法理念来指导这部分规定,主张竞争并不应是守则的着眼点。其中,对于限制性商业做法的具体种类,由原先的20条经过积累的谈判被缩减为14条,而且对于实践中广泛存在的出口限制由于涉及发达国家的重大国际市场利益而遭到发达国家的保留。对于母子公司之间的“连结”条款是否适用限制性商业做法的管控,发达国家基于作为跨国公司利益既得者的考虑,主张这种母子公司间的“各司其职”只要合理化通常可以接受。

第四,由于对限制性商业做法发展中国家与发达国家的法律管控机制大相径庭,技术贸易合同的法律适用和争议解决方式自然成为争议的焦点。发展中国家为了防止技术供方借强势通过选择适用法律、挑选法院或仲裁地等来规避技术受方国家的限制性商业做法管控,极力主张抑制双方选择法律和争议方式的自由,主张应在触及受方所在国公共利益的时候强制由当地法院或行政当局根据当地法律解决。⁵³

四、通过并具有广泛影响的国际文件

目前国际上关于限制性商业做法真正具有较强拘束力的国际文件只有世贸组织的TRIPs协议。

关于这一问题的规定集中在协议第二部分——“关于知识产权的可获得性、范围和行使的标准”中专门的一节“对许可合同中限制竞争行为的控制”,而相关的规定仅有一条即第40条。⁵⁴该条首先以综述宗旨的方式表明了对限制性商

⁵² See The United Nations Conference. Draft International Code of Conduct on the Transfer of Technology [1985 version], <http://stdev.unctad.org/compendium/documents/TD.CODE.doc>

⁵³ See The United Nations Conference. Draft International Code of Conduct on the Transfer of Technology [1985 version], <http://stdev.unctad.org/compendium/documents/TD.CODE.doc> 并参见黎学玲.中国涉外经贸法:北京大学出版社,2004,185-187

⁵⁴ 该条的规定是:“1.全体成员一致认为:与知识产权有关的某些妨碍竞争的许可证贸易活动或条件,可能对贸易具有消极影响,并可能阻碍技术的转让与传播。2.本协议的规定,不应阻止成员在其国内立法中具体说明在特定场合可能构成对知识产权的滥用,从而在有关市场对竞争有消极影响的许可证贸易活动或条件。如上文所规定,成员可在与本协议的其他规定一致的前提下,顾及该成员的有关法律及条例,采取适当措施防止或控制这类活动。这类活动包括诸如独占性返授条件、禁止对有关知识产权的有效性提出异

业行为性质的认定以及所持的态度,其次对于限制性商业做法的管控方式给予各国一定的选择权,并对需加以限制的限制性商业做法进行了某些举例,该协议最特殊的地方在于规定了一国对限制性商业做法管控的执行程序事项。总的来说,由于WTO协议及入世承诺对于各国具有较强的约束力,协议的达成的确提供了对限制性商业做法在国际法律层面上的较有效管控,对于消除限制性行为的部分不利影响是很有意义的。另一方面,尽管该协议规定了对于发展中国家执行协议的过渡性安排,但是它其实没有充分地顾及发展中国家的利益⁵⁵,具有较大的消极性:

第一,对于从联合国贸发会上连年争论的限制性商业做法的定义以及标准问题,TRIPs协议从小节的标题就开宗明义地给出了答案:是对合同中“限制竞争行为”的控制,而且在第一款的定义中明确了具有消极影响的是“妨碍竞争”的许可条件。定义标准直接导致协议对许多损伤发展中国家技术受方利益的行为不能列入国家立法管控的范围,事实上直接减弱了该协议对限制性商业做法管控的里程碑意义,而且此例一开,或将影响以后对此问题的谈判方向,恐怕使某些重大的限制性行为免于国际立法监控。

第二,虽然第二款实际上承认了各国国内法采取不同管控机制的自由,部分地是出于当前各国管控机制差异过大的折中方式,然而又通过“在特定场合”、“对竞争有消极影响”等等具有倾向性的限定词汇对国内法的管控机制进行了限定,对于发展中国家目前采取的与协议不同标准的管控机制造成了一定的软约束。

第三,协议对现存的限制性商业做法进行简单而少量的列举,虽然部分原因可能在于独占性返授条件、禁止对有关知识产权的有效性提出异议的条件、强迫性的一揽子许可证这三种行为的合法性在采取竞争标准的有关国家是需要经过“特定场合”的合理化分析的,所以只能简单列举。然而对于某些重大的限制性

议的条件、或强迫性的一揽子许可证。3.如果任何一成员有理由认为作为另一成员之国民或居民的知识产权所有人正从事违反前一成员的有涉本节内容之法规的活动,同时前一成员又希望不损害任何合法活动,也不妨碍各方成员作终局决定的充分自由,又能保证对其域内法规的遵守,则前一成员应当根据前一成员的要求而与之协商。在符合其域内法律,并达成双方满意的协议以便要求协商的成员予以保密的前提下,被要求协商的成员应对协商给予充分的、真诚的考虑,并提供合适的机会,并提供与所协商之问题有关的、可公开获得的非秘密信息,以及该成员能得到的其他信息,以示合作。4.如果一成员的国民或居民被指控违反另一成员的有涉本节内容的法律与条例,因而在另一成员境内被诉,则前一成员应依照本条第3款之相同条件,根据后一成员的要求,提供与之协商的机会。”世界贸易组织协定中《与贸易有关的知识产权协议》(1994年)。http://lad.ccpit.org/zhishiCQ/zhengceFG_info.aspx?newid=517

⁵⁵ 朱崇实,贺绍奇.经济全球化与国际反垄断法——在建立新的国际经济秩序中发展中国家面临的新挑战.厦门大学学报(哲学社会科学版),2001,2:50

行为甚至在采取竞争标准的国家也被视为绝对违法、列入“黑色清单”、排除豁免的诸如价格约束、禁止出口、过度的地域限制等条款却没有体现在条文中，越是抽象、越是语焉不详的限制性做法种类列举，越是对严格管控不利，也使协议的管控范围更不全面。⁵⁶

第四，面对目前各国对限制性商业做法的管控执行模式，究竟是采取事先审查、事先申报还是事后监督，协议似乎采取了回避而放任的态度，但协议针对执行的特殊规定实际上也对发展中国家的事先审查、申报的执行方式造成不利，容易受到技术供方国家的干预。虽然表面上看，协议规定的协商是双方都可以提出的，也强调了“各方成员作终局决定的充分自由”、“双方满意”、“保证对其域内法规的遵守”，但是众所周知，发达国家主要是通过完善详细的国内立法实行事后监管，而发展中国家则多采取行政性的事前技术输入限制，立法不甚完备，这就为发达国家干预留存了空间。

权衡了 TRIPs 协议对限制性商业做法管控的正反两面，无怪乎有学者认为历经国际社会长期的艰难谈判，其结果是以全面采纳发达国家的立场而告终。⁵⁷笔者认为，TRIPs 协议确实在关键的概念上全面有利于发达国家，也加进了一些特殊的执行限制，但离真正实施还有距离，事实上类似的协商程序规定早在 GATT1960 年的第 17 次大会上就存在了：“缔约国由于另一缔约国提出受其贸易侵害而要求进行关于限制性商业行为备忘录的协商时，应当参加”以及“接受要求的缔约国应予以理解给予考虑，力求达成双方都能满意的结论。”但并没有实际按这一程序实施的实例。⁵⁸如果没有最终的执行机制保障，TRIPs 的规定就同样不具有实际的操作意义，进而可以说真正统一的国际管控限制性商业做法的法律机制并没有建立起来。

第三节 对国际间管控立法“趋同化”的反思

有些学者认为当前在管控限制性商业做法方面国际上有了“趋同化”。⁵⁹正

⁵⁶ 参见上先林.知识产权与反垄断法——知识产权滥用的反垄断法问题研究：法律出版社,2001,173

⁵⁷ 尹新天.TRIPs 协议与制止知识产权的滥用.科技与法律,2000,2:50

⁵⁸ 伊从宽,姜姗译.国际反垄断政策的发展态势.外国法译评,1997,3:15

⁵⁹ 例如就宏观而言的“世界各国的反垄断法不仅在原则上基本相同，而且细节上也有趋同的倾向。”参见王晓桦.竞争法研究：中国法制出版社,1999,485 以及针对限制性商业做法管控法律而言的“在对知识产权领域的垄断行为进行规制的具体方式上，各国或地区的作法有渐趋同一的倾向。……尤其是各国专门执法机关指定的……具体指南……在指南的具体规制内容和方式方面，各国也都存在相似的情形。”参见上先林。

如之前对主要发达国家的分析所证实的,不仅各主要发达国家的立法越来越偏重各种“指南”,界定标准也越来越重视合理性分析以及借助经济学方法,总的趋势是对于限制性做法的管控力度较为放松,甚至一些发展中国家也逐步放弃了原先的管控模式,转而采取合理性分析、虚化原有的事行政性审批等执行方式。⁶⁰然而是否就意味着国际对限制性商业做法的管控立法会朝着“趋同化”方向发展呢?笔者认为,各国立法形式上可能相近,但达到实质上的“趋同”尚且为时过早。

首先,各国的经济利益和产业政策冲突,特别是立场相反的发展中国家和发达国家双方不可能在短期内达成一致的立法宗旨。这一点从国际社会迟迟难以达成竞争政策,特别是限制性商业做法的可操作性一致决议可以反映出来。即使主要的发达国家间也存在立场的区别,美国基于反垄断法的域外效力以及“特殊301条款”自认为足以应付外国的限制性商业做法,所以没有迁就其他国家达成折衷协议的必要,欧盟由于内部的法律统一带动则比较积极主张。虽然美国早在20世纪70、80年代就已经与德国、澳大利亚和加拿大签订了关于限制性商业做法的双边合作协定以及其他多边合作协议,其中包括信息交流、程序合作协调、积极礼让和消极礼让等等,⁶¹但是据称这种合作并没有真正交换机密信息⁶²。至于发达国家与发展中国家的分歧在多次就此问题的协商中暴露无疑,并且发展中国家的立场也各有差异。所以《国际反垄断法典》(草案)没有成功,《国际技术转让行动守则》(草案)没有通过,世贸谈判关于竞争政策争执不下最后干脆没有纳入2005年的香港部长级会议内容,根本的一点就在于各国的经济利益和产业政策冲突。早在世贸的美国西雅图部长级会议的议程拟定中,欧盟委员会副主席布里坦曾表示应提出一些限制垄断以促成成员间合作的基本原则,而美国司法部副部长克雷恩则认为世贸谈判必须“建立在经验和承诺的基础上,而不是基于希望和模糊的概念。”⁶³这虽然代表了美国一方的立场,但也可谓道出了国际竞争秩序协调的状况。

其次,TRIPs协议的达成并不意味着发达国家的“竞争标准”已经压倒了发

知识产权与反垄断法——知识产权滥用的反垄断法问题研究:法律出版社,2001,178-179

⁶⁰ “发展标准”从另一个角度讲,就是所谓的“新经济秩序模式”, See Muchlinski, Peter T. (1999) *Multinational Enterprises and the Law*. 2d ed. Oxford, 447-48.

⁶¹ 参见张东江.WTO竞争政策谈判与发展中国家的选择:中国社会科学出版社,2005,27-28

⁶² 参见张东江.WTO竞争政策谈判与发展中国家的选择:中国社会科学出版社,2005,60

⁶³ 参见王传丽主编.国际贸易法.第2版:法律出版社,2004,547

展中国家的“发展标准”。一方面，由于前文论及的 TRIPs 协议仍不具有可操作性，一份抽象的原则性立法对于各国国内法的“趋同”以及各国在国际行动上的协调并无太大意义。虽然有学者指出发展中国家在国际竞争谈判中采取由对峙到适当妥协是一种明智的选择。⁶⁴但是，随着 TRIPs 等协议的签订，越来越多的发展中国家发现为了加入国际贸易“俱乐部”以享受更多的公平和便利，他们已经做出了很多实质性的让步和承诺，发达国家在多方面都取得了突破性的利益收获，甚至在履行乌拉圭回合承诺等方面搞双重标准，而发展中国家却没有获得想象中的回报。所以，发展中国家对于进一步的竞争性谈判可能抱持着越来越大的戒心，追求国际间的竞争秩序还远没有成为一种潮流。很难说国际社会在短期内还能就 TRIPs 的基础上进一步朝着“竞争标准”这一“趋同化”谈判路径走下去，对于历来利益冲突激烈的限制性商业做法管控问题，发展中国家自然希望采取迂回的战略各自为政。

综上，笔者认为，对于管控限制性商业做法的各国和国际立法的考查确实有助于我们明确各方立场以及从各国的法律实践汲取养分，但是，目前还难以得出国际上对于限制性做法的管控将朝着“趋同化”发展这样的结论。

⁶⁴ 张东江.WTO 竞争政策谈判与发展中国家的选择:中国社会科学出版社,2005,92

第三章 技术贸易限制性商业做法管控的实例分析

以上对一些国家及国际立法的考查,我们发现各国对于限制性商业做法的管控各有侧重,美、欧、日等国具备以经济分析为基础的完备管控立法,而一些发展中国家对于本国实践中常见的限制性做法也明确列举予以严控,其中对研究的限制等几项已经普遍地被各国承认,成为“核心限制”或者排除豁免的条款,有些甚至导致整个协议无效。然而,商业实践总是发展迅速,诸如行业标准的制定会否伴随新的限制性商业做法,现今大量的通讯、计算机、数字技术、生物化学、遗传工程、制药等等专利联营中是否存在限制性商业做法,如果不结合这些新形势进行分析,那么一国的管控必定不能有效、全面。特别对于中国这种尚无实力成为专利联营成员的发展中国家,面对国际上盛行的行业标准是否追随,如何制定本国的国家标准,如何管控潜在的严重威胁,是一系列具有重大意义的理论与实践问题,不能不引起重视。下文将以 DVD 专利联营系列案件为例对当前新的技术贸易形式可能存在的限制性商业做法作一番分析,由于我国及主要的发展中国家仍较缺乏有效的管控实践经验,所以分析将在借鉴、批判美日等国较为成熟的管控方式的基础上进行。⁶⁵

DVD 专利联营系列案件始于 2000 年,中国 DVD 企业和行业协会先后与 DVD 专利联营 6C、3C、1C 等就专利许可费进行谈判,由于对专利联营方式的不了解,中国 DVD 企业向以上专利联营缴纳了每台 DVD 16 到 19 美元的专利费,最终导致利润下降、产业萎缩。随后中国某些 DVD 企业向美国地区法院起诉 3C。2005 年底又有学者向国家专利复审委员会申请 3C 专利联营中属飞利浦公司的某专利无效,最终双方以和解的方式结案并发表联合声明,飞利浦决定将争议专利从专利联营中撤出。⁶⁶

⁶⁵ 由于欧盟新 TTBER 并不适用于专利联营,虽然其中某些基本意见可以适用,比如将专利联营整体作为一方当事人跟被许可人形成双方关系。以下的分析主要建立在美国和日本对专利联营的规制上。See Ritter, Cyril. *The New Technology Transfer Block Exemption under EC Competition Law. Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 31, No. 3, p. 169, September 2004. <http://ssrn.com/abstract=726703>

⁶⁶ DVD 专利联营系列案的始末是:1999 年 6 月,6C(包括日立、松下、JVC、三菱、东芝、时代华纳)宣布“DVD 专利联合许可”声明,要求世界上所有生产 DVD 的厂商必须向他们购买“专利许可”。2000 年 11 月,6C 又出台“DVD 专利许可激励计划”,并开始与中国 DVD 企业就专利费缴纳进行谈判。2002 年 1 月 9 日,深圳普迪公司出口到英国的 3864 台 DVD 机,被飞利浦通过当地海关扣押,依据是未经专利授权;2 月 21 日,德国海关也扣押了惠州德赛公司的 DVD 机。2002 年 4 月 19 日,6C 与中国电子音响工业协会达成协议,中国公司每出口 1 台 DVD,将支付 4 美元专利使用费。2002 年 11 月,6C 联盟再次提出要求:明年中国的内销 DVD 也得交专利费,要价每台 12 美元。随后,该协会又与 3C 签订每出口 1 台 DVD 播放机向其支付 5 美元的专利使用费协议。其他专利使用费支付情况是:1C 汤姆逊收取每台售价的

专利联营即 Patent Pool, 其产生通常是因为生产某种标准化产品需要运用多项专利。⁶⁷专利联营的存在有其合理性: 首先, 它通过克服“专利灌丛”的阻力使被许可人更容易拿到全部的许可, 防止被某个专利权人拒绝授予导致功亏一篑; 其次, 可以减少谈判的成本; 最后, 由于专利联营本身是一种交叉许可的协议, 可以减少分散的专利权人之间的侵权诉讼。所以, 专利联盟成了新科技推广扩散的重要机制。⁶⁸但是专利联营对单个专利的联合使分散的垄断力量结合起来并成倍加强, 很容易形成对相关市场的支配力, 甚至控制整个行业, 它的强大市场支配力以及特殊的运作方式有可能包含某些限制性商业做法。

2%(最低 2 美元)的专利使用费, 杜比每台收取 1 美元的专利使用费, MPEG-LA 每台收取 4 美元的专利使用费(2002 年调整为 2.5 美元)。每台高达 16~19 美元的专利费, 让前几年还在央视争夺广告标王的 DVD 厂商沦为代工, 国产品牌大量消亡。随着 DVD 市场的成熟, 价格大幅下降, 没有调整的专利费成为中国企业头上越来越紧的枷锁。中国企业出口一台售价 32 美元的 DVD 只能赚取 1 美元利润, 而交给国外企业的专利费却高达 60%。同时, 飞利浦等专利联盟在与国内企业签订的协议中共有近 3000 项专利, 在普通 DVD 里有用的不到 10%。这种在出卖专利时不加细分, 捆绑收费的做法, 引起了国内 DVD 业界的不满。2004 年 6 月, 在国内多家骨干厂商的支持下, 无锡多媒体正式在美国圣地亚哥市的加州南方地区法院递交起诉书, 状告 3C(索尼、先锋、飞利浦)专利联盟, 指控其日前针对中国 DVD 企业的征收专利费行为, 违反美国的《谢尔曼法》以及加州垄断法等法律, 并要求判决 3C 专利无效以及无法执行, 并追偿超过 30 亿美元的专利收费。在 2004 年, 中国台湾地区的两家碟机企业, 也曾以同样的理由起诉 3C 联盟获得胜诉。无锡多媒体有限公司称: 第一、3C 的固定专利价格违反了专利费要根据体系的浮动进行调整的法律条款; 第二、包含大量非必要专利的专利分析报告证实了 3C 违反专利池只能包含必要专利的基本原则; 第三、连续对于无锡多媒体有限公司申请的无理拒绝, 造成不公平授权的使用; 第四、集体垄断市场, 高授权或不授权, 违反垄断法。同年 12 月 28 日, 无锡东强数码科技有限公司以同样诉讼理由状告 4C(加上 LG), 并修正诉状, 代表满足一定条件的 DVD 播放机生产商、销售商进行集体诉讼。在诉讼压力下, 2005 年 3 月 10 日, 6C 专利联盟突然近期表示将降低中国 DVD 专利费 1 美元, 但是中国企业并不领情。尽管两个企业在美国起诉 4C 联盟一案并没有被法院立案受理, 中国企业由中国知识界出面, 在本国又展开了维权行动。2005 年底, 五位教授针对 3C 专利池中以飞利浦公司为权利人的“编码数据的发送和接收方法以及发射机和接收机”中国发明专利向国家知识产权局专利复审委员会提出专利权无效宣告请求。2006 年 12 月 10 日, 五位教授与飞利浦公司签署联合声明, 飞利浦决定将该项专利从 3C DVD 专利联营许可协议之专利清单中撤出, 并表示对此项中国专利不再主张权利, 五位教授同意撤回对该项专利的无效宣告请求。双方还就保护知识产权、维护公平竞争发表了联合声明。参见国家知识产权战略网·中外十大知识产权纠纷案例。http://www.nipso.cn/gnwzscqxx/zlss/t20070606_85560.asp, 2008,4,15

⁶⁷ 关于 patent pool 有几种定义的方式, 第一种定义: Patent pooling is an agreement between two or more patent owners to license one or more of their patents to one another or third parties. 见美国专利商标局白皮书。http://www.uspto.gov/web/offices/pac/dapp/opla/patpoolcover.html, 这种定义的缺陷在于以专利权人作为主体, 因为专利权人可将转授的权利授予其他人而使其获得专利联营主体的资格; 第二种定义: patent pool is an Arrangement among multiple patent holders to aggregate their patents .A typical pool makes all pooled patents available to each members of the pool. Pools also usually offer standard licensing terms to licensees who are not members for the pool. In addition, the typical pool allocates a portion of the licensing fees to each member according to a preset formula or procedure. 见 ROBERT P. MERGES, INSTITUTIONS FOR INTELLECTUAL PROPERTY TRANSACTIONS: THE CASE OF PATENT POOLS, University of California at Berkeley(Boalt Hall) school of law, August, 1999, 转引自国家知识产权局知识产权发展研究中心前引书, 第 52 页; 第三种定义: Patent pools generally are created when a group of patent holders each decides to license its respective patents to each other and to third parties collectively. 见 U.S. Department of Justice & Fed. Trade Commission. Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition (2007).http://www.usdoj.gov/atr/public/hearings/ip/222655.pdf:64

⁶⁸ U.S. Department of Justice & Fed. Trade Commission. Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition (2007). http://www.usdoj.gov/atr/public/hearings/ip/222655.pdf:65

第一节 强制性一揽子许可

强制性一揽子许可是指授予被许可人一项或几项所需的许可时要求被许可人必须同时接受一项或多项不需要的许可。

美国的司法实践对这个问题主要关注是否“有选择自由”即关注两点：一、是否强迫以及二、经济支配力如何，如果不是缺乏选择的自由而只是受当时看起来是一个有利商机的吸引，那么就不应被认定是限制性的做法。日本和欧盟除了关注强制性之外，还加入技术必要性的考虑。⁶⁹

但是在专利联营的背景下，这个问题有了进一步的发展。专利联营中所包含的专利包括核心（必要）专利，即指某产品若符合标准规格书则必然侵害的专利，或者实施上没有实际可回避专利的替代专利。⁷⁰而按专利之间的关系可以分为互补性专利⁷¹或者替代性专利⁷²。由它们的定义可知，核心（必要）专利之间的关系必然是互补性的，而且意味着在专利联营内外都不存在替代性的专利。⁷³也就是说，如果专利联营中包含可替代性专利，那么就有强制性一揽子许可的可能。专利联营组织主要是通过聘任第三方专家对专利的必要性进行评估。但是首先，评估的标准有灵活的空间，3C认为，专利只要是对DVD标准“实用的必要”，就可以进入3C专利联营，这显然低于美国司法部“没有替代专利”的标准，所以司法部在对3C的事前商业操作审查意见信中表明这样的标准“容易受主观解释的左右，过分的自由解释将会导致把替代技术专利纳入标准之中”，当然美国关注的是对竞争的损害问题，即将破坏替代性专利之间的相互竞争。其次，由于

⁶⁹ 参见 Jay Dratler, Jr. 著, 王春燕等译, 知识产权许可(上)、(下), 北京: 清华大学出版社, 2003, 652

⁷⁰ 参见国家知识产权局知识产权发展研究中心前引书, 第79页。但是3C和6C定义的核心专利是, 除了实施标准必然侵害专利的情况, 而且是没有现实存在的其他替代方案的情况, 下文将要提及的标准实际上就关涉该定义的问题, 因为如果技术进一步演进, 可能发生实施标准却不侵害所定义核心专利的情况, 原先被认定为核心专利的专利则不再是核心专利而应该被替换, 3C、6C设置的专利退出机制, 事实上也部分说明了专利联营对核心专利的定义并不周延。同前引, 第110页。

⁷¹ 专利互补关系指的是在没有取得另一家公司的另一件专利权时, 没有一件专利能被使用, 则这些专利彼此之间具有互补关系。这可能有两种情形: 1. 申请专利范围重叠: 参与专利联合授权的授权专利彼此之间处于控制与从属关系, 而分别称为控制专利与从属专利, 如果实施了从属专利, 此时必然侵害控制专利, 则此两(多)件专利具有互补关系; 2. 申请专利范围不重叠: 以标准规格书为例, 假设其中包含五种条件分别被五件专利所涵盖, 目的都是制作符合DVD标准的产品, 则这五件专利彼此之间具有互补关系。同上引, 第30页。

⁷² 专利的替代关系是从发明所能达到的功能来看, 当两专利所申请的发明具有相同的功能, 则两专利彼此互相称为替代专利。当替代专利存在, 也就是其他选择存在时, 授权专利就不符合3C或6C在授权契约所定义的核心专利。同上引, 第30页。

⁷³ Ritter, Cyril. The New Technology Transfer Block Exemption under EC Competition Law. Legal Issues of Economic Integration, Vol. 31, No. 3, p. 182, September 2004. <http://ssrn.com/abstract=726703>

专家主要是受雇于专利联营，所以其鉴定的可信度有问题。⁷⁴再次，除了受雇于专利联营的专家外，缺乏其他的实质性审查机制，包括美国司法部的事前商业操作审查意见信也未直接审查授权专利内容，而是从专家大概可以独立审查而推论出专利间的互补关系。⁷⁵最后，关于退出机制的问题，3C 的授权合约第 2.07 条规定了“不时”的修正必要专利的范围，并把不符合的专利排除出去，6C 则规定了四年一度的必要专利盘查。⁷⁶综合以上几点，专利的互补关系并不能通过专利联营的专家独立审查的制度设计得以有效保证，再加上如果专利联营不尽告知义务说明专利联营中包含的具体专利，⁷⁷在海关扣留相关产品威胁的情况下，⁷⁸与中国 DVD 企业签订协议，授予无必要的专利许可（如查证属实），那么即使根据美国的“是否有选择自由”的标准，也很可能构成限制性的商业做法。

第二节 对无效专利收费

专利联营中除了存在不必要专利外，正如中国五位教授起诉飞利浦案所涉争议专利，还有可能存在无效专利。而 3C、6C、1C 进行许可的格式化许可协议中无一例外的都不保证其许可专利的有效性，对任何第三方可能提出的专利侵权和

⁷⁴ 虽然美国司法部对 3C 的事前商业操作审查意见信中认为：专家中立，虽受雇但薪水与判断结果无关，所以专家的判断不致偏颇；对 6C 的事前商业操作审查意见信中认为：专利联合授权所取得的权利金是根据各个授权人有多少专利作为必要专利，据以累计所有授权人之授权专利总数，依各授权人的授权专利除以上述授权专利总数，即为各授权人得分配的权利金比例，依上述计算方式，每位授权人会因为排除他人的非核心专利，而能分配较多权利金，因此有较强的诱因促使专家对其他授权人的专利严格审查。显然这两份审查信有自相矛盾之处，既然专家是中立的，而后为何能有强烈的诱因使其受影响？其次，权利金的分配并不是各权利人影响专家审查的唯一诱因，既然专利联营具有带动行业标准的特性，为促成行业标准的风行，各专利授权人有彼此合作的必要与动机，所以在这种情况下并不能确保专家的中立性以及专利的互补性关系。参见国家知识产权局知识产权发展研究中心前引书，第 63-66 页。

⁷⁵ 如前引案例中提及的飞利浦等专利联盟在与国内企业签订的协议中共有近 3000 项专利，在普通 DVD 里有用的不到 10%，以及飞利浦决定将该“编码数据的发送和接收方法以及发射机和接收机”中国发明专利从 3C DVD 专利联营许可协议之专利清单中撤出的案例，还有台湾学者以专利联营声称之核心专利美国专利第 5410530 号、第 5831966 号、第 6370102 号专利，与松下非专利联营之核心专利美国专利第 5263011 号进行实质性分析，得出三件核心专利非实时标准所必要，且该四件专利显示的两种方法有替代关系，见国家知识产权局知识产权发展研究中心前引书，第 78-101 页。这些例子都说明了专利联营核心专利缺乏必要的实质性审查。

⁷⁶ 参见国家知识产权局知识产权发展研究中心前引书，第 37 页。

⁷⁷ 参见国家知识产权战略网. 中外十大知识产权纠纷案例。

http://www.nipso.cn/gnwzscqxx/zlss/t20070606_85560.asp, 2008, 4, 15 此外，专利联营组织往往不具体指出 DVD 厂商侵犯了哪些专利，而是根据“按标准实施必定侵犯专利”的推定指控侵权，据台湾学者考查台湾“公平交易委员会”对 CD-R 专利联合授权的处分，光盘专利联合授权“未提供详实的专利资料、未叙明产品与专利侵害的关系”，参见国家知识产权局知识产权发展研究中心前引书，第 73-74, 333 页。

⁷⁸ 如欧盟委员会第 3295/94 号法案规定，光驱专利权人得就进入欧洲海关的货物必须由合法授权的制造商制造，否则将依法扣押。很多制造商迫于对客户商业信誉，而且未能获得详细的处理信息，因此仓促签订授权合约。同上引，第 50 页。

专利无效，专利权人均不承担任何责任和义务。⁷⁹这样的条款使得专利权人在一旦专利被宣告无效后可以免于承担违约责任以及最终的赔偿责任。根据美国的法律，首先是假定专利是有效的，因为国会在专利许可协议上没有创设任何默示的效力担保条款。这一做法有一定的合理性：基于技术问题的复杂以及专利发明披露状况的查明困难，当然不可能保证事前通过审查的专利百分之百地有效，而专利侵权所引起的法律后果却可能是巨额的赔偿，为了鼓励发明创造促进技术进步，如果该技术具有实用性而又非许可人明知专利无效，并意在误导技术受让方，受让方合理地相信了转让方误导性陈述的情况下，要求转让方承担全部专利无效的违约责任存在不妥。但是，这也从反面说明了存在转让方承担违约责任的可能（即技术无实用性、技术转让方误导等情况下），对于因专利无效造成对第三方的侵权责任，转让方更不是无论如何不承担责任。在专利联营的情况下，还必须无效专利退出的纠正机制。美国 2007 年的《反托拉斯执法与知识产权：促进创新和竞争》报告中指出无效专利限制了本应存在的竞争，除此之外还会使专利联营成为一种固定价格的机制。有建议指出应该建立一种机制排除被法院认定为无效或不可执行的专利，以保证专利联营中的许可只包含有效专利。而且还有学者指出在将专利纳入专利联营或者解决此类争议时，可以由中立的专家对专利的有效性进行评估。在美国司法部对 3C 和 6C 事前商业操作审查意见信中只是提到了对专利是否必要的评估，却没有涉及专利的有效性以及可执行性。⁸⁰那么如果一个专利联营没有有效的无效专利退出机制，却要求被许可人对有效性可疑并可能不断累积的此类专利付费，显然是不合理的。

第三节 收费标准不合理

收费标准本来是一种商业判断，只要有足够的市场竞争，当事人就可以通过谈判获得合理的解决，即使是发展中国家也只是在早期的规定中有涉及对这方面的管控。但是，在专利联营的情况下却并非如此简单，因为理论上专利联营的收费应该比单独取得许可的收费低，再加上之前所论述的专利联营对克服“专利灌丛”的好处，那么即使可以从各个专利权人单独获取授权，被许可人也会选择从

⁷⁹ 国家知识产权局知识产权发展研究中心组织编写. 规制知识产权的权利行使: 知识产权出版社, 2004, 117

⁸⁰ U.S. Department of Justice & Fed. Trade Commission. Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition (2007). <http://www.usdoj.gov/atr/public/hearings/ip/222655.pdf>: 78

专利联营获得，事实上专利联营处于控制地位，具有相对于分散的被许可方强大得多的谈判力。

考查 DVD 案中的专利联营，它们宣称对全球采取统一的专利许可费标准：

(表 3-1)⁸¹

表 3-1

联合许可组织	包含专利权人	垄断专利费标准	备注
3C	飞利浦、索尼、先锋	售价 3.5%最低 5 美元/台	2002 年 7 月 1 日起，履约者最低 3.5 美元/台
6C	东芝、日立、松下、三菱、时代华纳、JVC	售价 4%，最低 4 美元/台	后 IBM 加入
1C	汤姆逊	售价 2%	最低 2 美元/台
杜比	杜比公司	约 1 美元/台	累进费率
MPEG-LA	16 家公司	4 美元/台	2002 年 1 月 1 日起调整为 2.5 美元/台

虽然表面看起来是跟售价挂钩，然而都是有最低价限制，而根据这几家专利联营与我国企业的谈判情况，这种跟售价挂钩以及最低售价的调整并不能及时、如实地反映现实市场价格的波动，这样必然导致位于专利联营和下家中间的中国生产企业利润空间的压缩。

其次，在多个专利联营同时收费的情况下，即使个别专利联营分别收取的许可费合理，产品最后累积必须支付的费用常常畸高。对于磁盘生产商，通常要获得 MPEG、DVD3C、DVD6C 等专利联营的许可，其中一个联营的许可费或许是合理的，但是三者相加是否合理却有疑问。⁸²例如之前讨论过的专利联营中不能存在替代性专利，在多个专利联营同时叠加在一个产品的时候，对于替代性也必须重新考察，否则对非必要性专利收费即为不合理。

在美国司法部对 DVD 事前商业操作审查意见信中，曾经指出：只要提成费占售价的比例很小，那么就不容易对下游售价形成统一控制；即使提成费占售价的比例很大，也需要有其他迹象表明专利联营对下游售价形成统一控制，司法部才会进一步调查。⁸³根据这样的审核意见，3C、6C 分别收取每台 DVD4-5 美元的专利许可费，但市场上每台 DVD 的出厂价早就低于 25 美元，专利许可费占

⁸¹ 参见国家知识产权局知识产权发展研究中心组织编写. 规制知识产权的权利行使: 知识产权出版社, 2004, 117

⁸² 张平. 专利联营之反垄断规制分析. 现代法学, 2007, 29 卷 3: 100

⁸³ U.S. Department of Justice & Fed. Trade Commission. Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition (2007). <http://www.usdoj.gov/atr/public/hearings/ip/222655.pdf>: 83

的比例已经高达 36%，占 DVD 平均净售价的 20%，⁸⁴对于 DVD 生产商造成的控制已经超出了合理的地步，也达到了美国对该问题关注的重点——是否足以影响市场秩序。鉴于该审查意见信发布的当时（1998 年）对于这样的情况发展缺乏预见性，美国 2007 年的《反托拉斯执法与知识产权：促进创新和竞争》报告中提到某些专家组成员建议许可协议的条款应该不时进行评估，对下游售价确定一个合适的提成比率或者确定一个合理的最高价。然而，司法部却认为它一般不会去评估提成费的合理性，它只会关注专利联营的结构或者权利人之间的协议会不会容易导致专利联营提价或者限制相关市场的产出。

而日本最新的《知识产权利用的反垄断法指南》有关于此的管控也只是在联合定价、限制产量上。⁸⁵

第四节 回授

回授条款是指许可协议要求被许可人应通告许可人对许可的技术作出某些改进，并授予许可人在此种改进上的某些权利。对于回授的改进技术的范围，有些许可人可能会将之广泛地定义为“与许可专利主题有任何联系的发明”，甚至是与许可技术完全无关的发明。⁸⁶回授可能是独占性的，即被许可人不可将此种改进授予其他人，也可能是非独占性的，即被许可人可以自由将此改进授予第三方。

回授可能是一种限制性商业做法，具有市场支配力的权利人通过独占性回授条款不断获得新的专利和改进专利，从而使权利人将自身的市场支配力延伸到原知识产权的保护期限以后。⁸⁷即使是非独占性回授，在美国 *Transparent Wrap Machine Corp. v. Stokes & Smith Co.* 一案法官的附带意见中指出：“通过回授，基本的专利拥有者在基本专利期满后很久仍可长期控制一个工业。可以排除竞争者

⁸⁴ Second Amended Class-Action Complaint, Wuxi Multimedia, Ltd., Orient Power (Wuxi) Digital Technology, Ltd, V. Koninklijke Philips Electronics, N.V., Db a Philips Intellectual Property and Standards, Sony, Pioneer, Lg Electronics, (United States District Court Southern District Of California Case No. 04 Cv 1136 Dms (Blm)) p.27. <http://www.handal-litigation.com/pages/Wuxi%20v.%20Philips%20Second%20Amended%20Complaint.pdf> 转引自国际知识产权战略制定工作领导小组办公室主编. 挑战与应对——国家知识产权战略论文集: 知识产权出版社, 2007, 34

⁸⁵ See Japan Fair Trade Commission. Part 3.2(1)b of Guidelines for the Use of Intellectual Property under the Antimonopoly Act. http://www.jftc.go.jp/e-page/legislation/ama/070928_IP_Guideline.pdf

⁸⁶ U.S. Department of Justice & Fed. Trade Commission. Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition (2007). <http://www.usdoj.gov/atr/public/hearings/ip/222655.pdf>: 80

⁸⁷ 王先林, 潘志成. 反垄断执法与知识产权保护之间的平衡——美国《反托拉斯执法与知识产权：促进创新和竞争》报告述评. 学术论坛, 2007, 6: 8

和实行、维持一个工业垄断。通过专利联营或多方许可协议的应用，一个工业的全部发明成果就可以系统地汇集到原始专利权人的手中。”而在 *Unite States v. Aluminum Company of America* 案中，第二巡回法院认为“在许可中废除非独占性回授条款将使得先前的垄断者变成两个独立竞争者；回授条款提高先前垄断者的统治地位，它可以获得其他三个公司给予的回授许可的利益，而其他的竞争者只能从自己的改进中获益。”⁸⁸而且回授可能减少被许可人研究开发的积极性，从而使创新市场受到影响。虽然回授可以减少专利权人将专利授予有较强研发能力的竞争者的顾虑，以及减少将来的改进者坚持不授权的情况，促进随后的专利授权，而且专利联营还将回授专利的范围限制在已申请（存在）专利而且仅限于必要的、互补性的专利，⁸⁹但是与美国 2007 年的《反托拉斯执法与知识产权：促进创新和竞争》报告中体现出来的对专利联营回授的正面倾向评价不同，司法实践中强调正方两方面的因素仍然应该在合理性标准下衡量。日本最新的《知识产权利用的反垄断法指南》对回授（share the rights）的关注也在于是否减少了被许可人研发的激励，以及限制了被许可人处分自己的发明的自由，如果它有损害公平竞争的趋势那么就有可能构成限制性商业做法。至于被许可人的发明必须基于先前授予的专利的实施，而将回授作为一种补偿的事实，只是不妨碍到“公平”地竞争，却对判断是否减少被许可人研发的激励没有影响。⁹⁰可以看出，日本将回授作为“不公平交易做法”下的管控对象，更强调公平地对待被许可人，特别是对其研发的激励。这恐怕跟日本是一个通过改进引进技术的基础上有所创新而发展起来的科技大国不无关系，对于有同样目标的中国来说，对待这种可能的限制性商业做法应该特别谨慎。

此外，在专利联营中，还可能存在排他性交易等限制性商业做法，由于 DVD 标准的定义事实上否认了替代性技术，而且标准一旦确立就产生了信息产品的网络化聚集效应，对于新标准的进入障碍很高。在美国司法部出具 DVD 事前商业操作审查意见信审查时，DVD 还没有大规模发展，而在案件发生时 DVD 已经是具有重大市场影响的商品和技术，其排他性效应也迅速扩大。然而，基于标准化产品的特殊规律（通常一旦确立标准即“赢者通吃”直到另一新标准完全取代前

⁸⁸ 参见 Jay Dratler, Jr. 著, 王春燕等译, 知识产权许可 (上)、(下), 北京: 清华大学出版社, 2003, 662

⁸⁹ U.S. Department of Justice & Fed. Trade Commission. Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition (2007). <http://www.usdoj.gov/atr/public/hearings/ip/222655.pdf>:81

⁹⁰ See Japan Fair Trade Commission. Part 4.5(8) of Guidelines for the Use of Intellectual Property under the Antimonopoly Act. http://www.jftc.go.jp/e-page/legislation/ama/070928_IP_Guideline.pdf

标准), 认定专利联营构成排他性交易需要结合具体形势进行更周密的考量。再者, 专利联营中可能存在的限制技术改进条款如前所述已经被几乎所有国家的法律所禁止。另有些学者指出, 专利联营的格式许可协议中常常限制了司法管辖, 这也有反竞争的嫌疑。⁹¹这一问题在《联合国国际技术转让行动守则》(草案) 已经有过争论, 发展中国家一般采取公共利益以及强制性法律规范保留的方法对其管制, 并不迫切需要通过专门的限制性商业做法管控来实现。

⁹¹ 参见张平. 专利联营之反垄断规制分析. 现代法学, 2007, 29 卷 3:101

第四章 我国管控限制性商业做法的法制完善

第一节 明确管控立法的宗旨——维护国家利益

对限制性商业做法的管控首要的是明确宗旨,笔者认为我国必须以维护国家利益为重,而不能强调所谓的维护竞争原则。这是由国际技术贸易的特殊性决定的,国际技术贸易限制性商业做法法律管控偏向于贸易政策的范畴,而不是像国内管控那样单纯考虑一国的竞争政策以及知识产权保护,而必须在维护自由竞争的价值之外考虑国家的技术产业等利益。面对我国技术产业和贸易的形势,对国际技术贸易限制性商业做法的法律管控恐怕不是像发达国家那样单纯强调竞争所能解决⁹²。我国在技术引进中实际的劣势地位以及产业升级的压力,是我国不得不考虑的具体国情。

首先,一国的管控立法总有多重需要维护的利益,但是各种利益应该有轻重缓急,适当的管控方式应该根据形势考虑政治、经济、文化等诸多因素加以调整。在我国当前,根据本国在技术贸易中所处的地位来确定立法宗旨这才是理性的选择。以日本为例,1968年JFTC出台的《国际技术引进协议准则》就是根据当时日本的国情主要用来严格管控从外国的技术进口,直到1986年前后日本在技术进出口贸易中逐渐向技术供方转变,所以JFTC于1989年出台了修改的准则,其中提到:“旧准则只对那些日本方面是被许可人且限制性条件加诸在日本方面的协议适用。旧准则是用来保护本国公司免于遭受强势国外公司的侮辱行为。但新准则则明确提出要平等对待国外公司和本国公司。”⁹³可以说,日本在技术贸易中的地位变化是其立法宗旨变化的直接原因。又如欧盟,在20世纪90年代以后,欧洲发现其在雇佣、出口市场的份额、研究开发和创新方面的竞争地位相对于美国和日本来说受到了削弱,所以为改变欧洲的企业在全球贸易中不利的地位,欧盟在1994年的一份文件指出,欧洲有必要采取措施促进科学技术的研究开发工作,并为企业之间,特别是中小企业之间的技术转让提供便利条件,所以这也是欧盟当时《240/96号条例》扩大了“白色清单”范围并相应缩小“黑色清

⁹² 有些学者认为“限制性条款方面,主要是竞争问题,故将其放入公平竞争法或反垄断法内似更恰当”,参见马忠法.试论我国向外转让专利权制度的完善——兼论制定我国统一的《技术转让法》.复旦学报(社会科学版),2007,5:95

⁹³ 王先林.知识产权与反垄断法——知识产权滥用的反垄断法问题研究:法律出版社,2001,127

单”范围的部分原因。⁹⁴其次，一国的管控法律发展不能仅仅看重法律的共性而排斥法律的个性，也不能以国际化为由来消弭本土化因素。⁹⁵有些学者认为当前在管控限制性商业做法方面国际上有了“趋同化”，那么中国是否也应该顺应这样一股“潮流”呢？支持者认为经济全球化使资源在全球范围内重新配置，只坚持一国的产业政策往往忽略市场的作用，虽然顺应潮流中有所失，但是毕竟也从中得到了好处，为了实现全球的竞争秩序，必须有所妥协。⁹⁶笔者认为，正是资源在全球范围内的重新配置使得“组装厂”这种产业抑制现象得以产生，而且当前的国际形势远没有和谐到停止对后进国家限制技术转让，正如前文的结论，国际上的立法离实质上的“趋同化”还有一段遥远的距离，所以无论从经济规律还是从政策形势考虑都不足以使我国乐观地去追求全球的竞争秩序。

综上所述，我国管控国际技术贸易限制性商业做法的立法宗旨应建立在维护国家利益的基础上，强调公平而不着重竞争。不应该片面地追求趋同化、盲目地信奉“竞争标准”根据欧美主流经济学分析界定行为的合法性，而应该切实考虑处于劣势的我国技术产业的利益，提供一种公平的保护。

第二节 以“公平”标准立法的必要性与可行性

一旦强调维护我国技术产业的利益，随之而来的问题是：处于优势地位的交易对方会不会买账？从严管控限制性商业做法，有可能减少技术持有者提供技术的动力。另一方面，认定一些行为对技术受让方构成“不公平”实际上可能在代替技术受让方进行商业判断，如果相对于引进高新技术的吸引力，受让方觉得这种“不公平”是可以忍受的，那么由法律代替交易方去做法律并不擅长的商业衡量可能是不合理的。这两种情况就可能使强调公平的管控方针成为技术贸易的障碍。而且这种忧虑也成为某些发展中国家，如墨西哥、印度、巴西，放弃以“发展”的严格标准管控技术贸易中的制限制性商业做法的原因。⁹⁷

强调“公平”的管控究竟还有无必要而其可行性又如何？首先，如果技术持有者以提供技术为要挟，并不意味着受让方可以不惜任何代价地接受对方的限制

⁹⁴ 尹新天. TRIPs 协议与制止知识产权的滥用. 科技与法律, 2000, 2: 46

⁹⁵ 国家知识产权局知识产权发展研究中心组织编写. 规制知识产权的权利行使. 知识产权出版社, 2004, 208

⁹⁶ 张东江. WTO 竞争政策谈判与发展中国家的选择. 中国社会科学出版社, 2005, 92-94

⁹⁷ See Davis, Kevin E.. Regulation of Technology Transfer to Developing Countries: The Relevance of Institutional Capacity. Law & Policy, Vol. 27, No. 1, pp. 6-32, January 2005. <http://ssrn.com/abstract=639770>

性做法，必须有国家社会利益的底线以及利弊的衡量；其次，即使法律不能代替受让方做商业判断，也不意味着所有的受让方都考虑完备而不可以由法律法规进行一定的指引。除了严重损害国家社会利益的限制性商业做法必须予以禁止以外，“公平”的管控可以广泛地考查现实存在的做法并进行利弊分析，以帮助弱势交易方辨别情势做出理性的选择。而可行性的关键就在于有透明的原则性指引之余也有可把握的灵活性。例如，日本关于管控技术转让协议中不公平贸易惯例的很多规定都留有余地，而且技术转让双方必须在技术转让协议生效前向 JFTC 汇报预先取得认可并由 JFTC 保留变动的权力，而在产生纠纷或者违法怀疑时协商解决。事实证明，这种灵活性的做法在维护日本技术贸易方面的利益是成功的。在世贸组织关于竞争政策的谈判中，各国都意识到竞争政策的原则性以及个案解决的重要性，所以都强调应该有较高的透明度，而大多数发展中国家都要求给予发展中国家适当的灵活性，例如印度就认为，透明度在竞争政策方面不能理解成这些规则应该被准确格式化的以至于只承认一种解释。⁹⁸这种灵活性方便执法机关或者交易方根据具体的交易把握标准的宽严性，避免执行过于严格的“公平”标准对技术贸易形成障碍。

第三节 建立多重管控模式——前事申报与事后监督相结合

合

目前我国对技术贸易中限制性商业做法的管控停留在单一的模式，即主要以事前的申报、批准为主，而且多头立法，有些已经不合时宜而缺乏系统的整理。而且由于对非限制性的技术进口采取备案制度，当技术贸易协议已经生效履行时才发现或者发生的限制性商业做法，目前的立法缺乏明确的管控规定，其操作程序、法律后果也没有明确，缺乏执行、判定的根据，事实上相当不利。笔者认为，我国应当建立多重的管控模式，实行事前申报与事后监督相结合的办法，双管齐下，严密监控。

⁹⁸ 参见张东江.WTO 竞争政策谈判与发展中国家的选择:中国社会科学出版社,2005,63

一、事前申报

由于事前的申报属于一种行政管控手段，所以可以采取灵活的方式，弹性设定违法标准。如我国台湾地区的做法就较为成功，其《公平交易法施行细则》界定了“事业设立或事业所提供之商品或服务进入特定市场，受法令、技术之限制或有其他足以影响市场供需可排除竞争能力之情事者，虽有前二项不列入认定范围之情形，中央主管机关仍得认定其为独占事业”，这一规定事实上解决了台湾“公平交易法”和“专利法”为代表的知识产权保护法律之间的法条冲突。这样的条文就可以在事实上有理有据地实现对前述“公平”标准的倡导，同时也不会落下知识产权保护不力、法律制度不透明的口实。台湾地区通过巧妙地引入了“公平交易”这一原则，事实上避免了在知识产权滥用方面其《公平交易法》的监管不能。⁹⁹另一方面，由于过大的行政灵活性容易产生官僚机制的弊端，也容易成为外方的把柄，进行适度的限制性立法规定以增强透明度也是十分必要的。

二、事后监管

对于我国缺失的事后监管，必须从多方面入手加紧构筑。我国新颁布了《反垄断法》，其中采取了类似台湾等地区的除外性原则规定，¹⁰⁰这为我国通过反垄断法对限制性商业做法进行事后管控埋下了伏笔。根据反垄断法的条文内容，很多具体的规定仍有待国务院出台具体的行政性法规规章细化，所以学者们普遍认为将来会出台相关的反知识产权滥用规定对技术贸易中限制性商业做法进行具体管控。然而根据美、欧、日立法的经验以及我国的现实国情，分别出台一个有法律约束力的行政法规和一个对法规进一步细化的指南是比较完善的办法。¹⁰¹第一，出台行政法规的意义在于使反垄断法的原则性规定更具有可诉性。我国的事后监督方式除了由尚未确定的反垄断法执行机构执行外，较有可行性的执行方式就是通过企业等的私人诉讼。我国企业已经面临而且可能面临更多的来自其他国家的知识产权之诉，这时应当提供其通过本国的诉讼来管控外方的限制性商业做法的渠道。第二，出台没有法律约束力的指南，一方面便于采取灵活的管控标准，

⁹⁹ 国家知识产权局知识产权发展研究中心组织编写. 规制知识产权的权利行使: 知识产权出版社, 2004, 320

¹⁰⁰ 《反垄断法》第五十五条规定: “经营者依照有关知识产权的法律、行政法规规定行使知识产权的行为, 不适用本法; 但是, 经营者滥用知识产权, 排除、限制竞争的行为, 适用本法。”

¹⁰¹ 参见郭德忠. 专利许可的反垄断规制: 知识产权出版社, 2007, 238

另一方面对于我国目前严重缺乏的法律实践也具有重大的指导意义。出于对我国技术受方利益的维护，行政法规中的管控应该采取严格标准，在借鉴欧盟等将限制性商业做法进行类选的基础上，扩大“黑色清单”的范围，弱化甚至不设“白色清单”。为了便于衡量技术供方、受方以及我国的产业经济利益，以及为了应对在特殊情况下急需引入技术的情况，指南中可以经济分析或者其他方式预先提应该加以考虑的种种因素，对尚缺乏该方面法律经验的大多数法官提供详细指引，而且由于指南并没有法律效力，所以也并不会导致法律适用标准不一的质疑。

另外，我国的《专利法》等法律对于限制性商业做法的规定、某些限制知识产权滥用等方面仍处于空白。由于《专利法》在入世之前进行修订的目的在于实现我国入世的承诺，所以对于知识产权的保护可以说已经过于充分，甚至超过了 TRIPs 的要求，而对于实践中广泛而存在严重威胁的限制性商业做法等知识产权滥用情况则没有直接涉及，导致在《专利法》这一基本立法上的管控真空。当前我国正在酝酿再一次修改《专利法》，这一现状应该尽早改变。

第四节 “内外” 标准差异化

对于将来出台的管控技术贸易中限制性商业做法的具体行政法规及指南，应否存在“内外”标准的不同是一个值得关注的问题。在 TRIPs 协议第 40 条第 2 款规定：“本协议的规定，不应阻止成员在其国内立法中具体说明在特定场合可能构成对知识产权的滥用，从而在有关市场对竞争有消极影响的许可证贸易活动或条件。如上文所规定，成员可在与本协议的其他规定一致的前提下，顾及该成员的有关法律及条例，采取适当措施防止或控制这类活动。”也就是说，TRIPs 允许各国保留判定和管控限制性商业做法的一定自由，但是其中“与本协议的其他规定一致的前提”包不包括国民待遇原则，即可否对内外技术转让采取宽严不同的管控，从 TRIPs 的字面中找不到明确的答案。事实上，在世贸组织多哈回合谈判关于竞争政策的讨论中，是否适用非歧视的国民待遇就有一番争论，例如欧盟赞成非歧视；瑞士认为在特殊情况下应允许一国实施基于公众利益的产业政策，但是必须程序透明合法；日本在承认国民待遇义务的例外之余提议应该建立核心原则的最低标准以保证透明度，同时建议研究在何种情况下给予发展中国家

特殊待遇；而印度则认为应采纳不同方法对待能力不同的国家。¹⁰²总之，各国对内外标准应否一致没有达成共识，这一灰色地带也基本仍属于各国独立自主行使监督权力的范围。“对内”技术转让限制性商业做法的管控实际上更适合运用“竞争标准”，因为此时要平衡的只是限制技术持有者的市场势力以及激励技术转让和创新的矛盾，对发展中国家来说考虑的侧重跟“对外”的技术贸易有很大不同，导致两者的标准难以统一或者说最好不统一。

笔者认为，对限制性商业做法的事前管控方式由于主要是“对外”的，所以在保障透明度的前提下甚至可以由执法部门制定管控国际技术贸易方面的规章来体现“内外”管控标准的不同，但是对于“事后监管”的方式体现“内外”标准不同应该尽量谨慎，一方面借助有说服力的经济分析作为差别对待的理由（例如市场势力、技术可替代性等），一方面可以通过上述没有法律约束力的指南进行指导。

在中国对国际技术贸易限制性商业做法的法律管控方面，还有许多尚待解决的问题，例如如何在具体立法中规定各种限制性商业做法，笔者认为在确立了前面四个基本问题的立场后可以借鉴发达国家的界定方式，设定“黑色”、“灰色”等类型，并有选择性地参考其界定标准，增强管控的说服力与透明度。其中日本从一个主要靠引进技术的国家向技术输出国转变的经验是尤其值得研究和借鉴的。另外，正如新颁布的反垄断法也尚未解决的执行机构和机制的问题，也将成为我国管控限制性商业做法面临的又一难题。现有的规则制定和执行机构（笔者建议将该执行机构作为事前管控的主体）是否面临着反垄断法执法机构的挑战，或者两者如何协调？在执行机制方面，除了借鉴欧盟的通知异议程序、日本的事前咨询程序外，还能否进一步改善？在管控立法以及执行中应否以及如何引入更多专家提供建议和协助？如何改善信息获取和发布？如何增强执法的透明度、权威性以及执法监督机制的建立和完善……都是我国法律管控急需解决的现实性问题。最后，虽然当前的国际管控限制性商业做法的立法难以取得实质性的“趋同化”，但是我国不应放弃进行国际协调的努力，而应该积极参与国际谈判，争取我国利益的最大化。同时，对于 TRIPs 等国际公约，从我国立法的某些偏颇（如对知识产权保护过强）可以看出我国对国际协议未能吃透，协议赋予的灵活性以及某些公法资源事实上没有得到重视，这也需要加强研究并加以利用。

¹⁰² 参见张东江.WTO 竞争政策谈判与发展中国家的选择:中国社会科学出版社,2005,64

结语

随着技术贸易的发展，特别是技术标准化的盛行、专利联营方式的泛滥，各种形式的限制性商业做法仍将以新的面貌对技术贸易当事方造成严苛的限制，并将严重危害我国的技术贸易及科技产业，对于国际技术贸易限制性商业做法的法律管控具有现实的紧迫性。针对以上问题，本文综合运用实证分析和比较分析等方法，在以下几方面进行研究并取得一定的创新成果：

第一，对国际上管控技术贸易限制性商业做法的法律机制进行考查，并根据美国、日本等新近的政策立法进行实例分析，从而对主要国家的法律管控内在机理有较全面的认识，避免了以往研究中片面强调发展中国家的立场而反对发达国家的管控机制，有利于我国法律管控机制加以扬弃。

第二，在考查主要国家立法及国际社会立法的基础上，对当前管控的“趋同化”进行反思，提出这种“趋同化”即使在可见的未来也是形式上的，同时指出当前相关研究中基于“竞争标准”追求立法“趋同化”存在忽略国际贸易政策与一国竞争政策宗旨差别的不足。而且由于国际统一立法的非实质性“趋同化”，事实上为我国合法合理地利用国际协议的灵活机制进行法律管控留存了有益的空间。

第三，通过以上的比较研究，本文还进一步结合我国当前的技术贸易和科技产业形势发展，针对限制性商业做法的最新表现尝试提出适合我国国情的较系统的法律完善建议。明确了我国的法律管控应以维护我国科技产业利益为宗旨、以“公平”而非“竞争”为标准，并对建立事前申报与事后监督相结合的多重管控机制进行了初步构想。

当然，国际技术贸易限制性商业做法的法律管控涉及的内容庞杂，不仅应深入研究技术贸易、知识产权、反垄断的相关法律制度，还必须结合经济学甚至技术领域的知识，目前急需进一步研究并具有较重要现实意义的论题还有：针对各种限制性商业做法如何在立法中具体规定，管控的机构及其职能分工、管控的具体机制如何完善，与反垄断法的各项制度如何联系协调等等。

参考文献

著作类:

- [1] Jay Dratler, Jr. 著,王春燕等译.知识产权许可(上)、(下).北京:清华大学出版社,2003
- [2] 王传丽主编.国际贸易法.第2版:法律出版社,2004
- [3] 陈安主编.国际经济法学.第3版:北京大学出版社,2004
- [4] 国家知识产权局知识产权发展研究中心组织编写.规制知识产权的权利行使:知识产权出版社,2004
- [5] 张东江.WTO 竞争政策谈判与发展中国家的选择:中国社会科学出版社,2005
- [6] 联合国国际贸易中心、英联邦秘书处著,赵维加译.世界贸易体系商务指南.第2版:上海财经大学出版社,2001
- [7] 王玉清,赵承璧主编.国际技术贸易:技术贸易与知识产权:对外经济贸易大学出版社,2005
- [8] 郭德忠.专利许可的反垄断规制:知识产权出版社,2007
- [9] 王先林.知识产权与反垄断法——知识产权滥用的反垄断法问题研究:法律出版社,2001
- [10] 国际知识产权战略制定工作领导小组办公室主编.挑战与应对——国家知识产权战略论文集:知识产权出版社,2007
- [11] 国家知识产权局条法司.《专利法》及《专利法实施细则》第三次修改专题研究报告(上卷)、(下卷):知识产权出版社,2006
- [12] 吴汉东主编.中国知识产权蓝皮书:北京大学出版社,2007
- [13] 黎学玲.中国涉外经贸法:北京大学出版社,2004
- [14] 王传丽主编.国际技术贸易法:中国政法大学出版社,2004
- [15] 中国科学技术情报研究所.专利制度对发展中国家的意义:科学技术文献出版社,1981
- [16] 姚梅镇主编.比较外资法:武汉大学出版社,1993
- [17] 商务部外贸发展局组织编写,韩立余等.美国对外贸易中的知识产权保护:知识产权出版社,2006

- [18] 胡光志主编. 欧盟竞争法前沿研究: 法律出版社,2005
- [19] 商务部外贸发展局组织编写,张旗坤等.欧盟对外贸易中的知识产权保护: 知识产权出版社,2006
- [20] 李学勇. 经济全球化背景下的中国知识产权保护: 人民法院出版社,2005
- [21] 王晓桦. 欧共体竞争法: 中国法制出版社,2001

论文类:

- [1] 王先林,潘志成.反垄断执法与知识产权保护之间的平衡——美国《反托拉斯执法与知识产权: 促进创新和竞争》报告述评.学术论坛,2007,6
- [2] 郑友德,胡章怡.欧盟知识产权滥用的反垄断问题研究——以欧盟新修订的《技术许可协议集体豁免条例》为中心.法学评论,2006,6
- [3] 徐士英,郑丙贵.欧盟竞争法的新发展及对我国的启示.法学,2004,8
- [4] 郭寿康,万勇.中国外贸法限制知识产权滥用措施制度研究.法学家,2005,5
- [5] 罗玉中,彭志刚.美国、日本和欧盟法律对知识产权国际许可反垄断管制的比较研究.江西财经大学学报,2004,4
- [6] 王先林,潘志成.反垄断法适用于知识产权领域的基本政策主张——日本《知识产权利用的反垄断法指南》介评.电子知识产权,2008,1
- [7] 张平.专利联营之反垄断规制分析.现代法学,2007, 29 卷 3
- [8] 伊从宽,姜姍译.国际反垄断政策的发展态势.外国法译评,1997,3
- [9] 李顺德.《对外贸易法》修改涉及的知识产权问题.电子知识产权,2004,10
- [10] 马忠法.试论我国向外转让专利权制度的完善——兼论制定我国统一的《技术转让法》.复旦学报(社会科学版),2007,5
- [11] 张望.开放背景下国际技术转移与产业升级抑制机理分析.哈尔滨学院学报,2007,2
- [12] 对外经贸大学国际科技与金融战略研究中心课题组.全球技术贸易格局中的中国技术贸易政策.中国科技论坛,2006,2
- [13] 彭纪生,刘伯军.论入世对中国技术引进的影响——以跨国公司对华投资策略变化为视角.世界科技研究与发展,2003,6
- [14] 王晓桦,陶正华.WTO 的竞争政策及其对中国的影响——兼论制定反垄断法

的意义.中国社会科学,2003,5

[15] 马忠法.论经济全球化下的国际技术转让法律协调制度. 博士论文.复旦大学.2005

[16] 刘丽.国际技术贸易中限制性商业做法及其法律规制. 硕士论文.西南政法大学.2007

[17] 吴桂凤.美国对华技术出口管制以及对中美贸易的影响. 硕士学位论文.对外经济贸易大学.2007

[18] Ritter, Cyril.The New Technology Transfer Block Exemption under EC Competition Law . Legal Issues of Economic Integration, Vol. 31, No. 3 , p. 182, September 2004. <http://ssrn.com/abstract=726703>

[19] Davis, Kevin E.. Regulation of Technology Transfer to Developing Countries: The Relevance of Institutional Capacity.Law & Policy, Vol. 27, No. 1, pp. 6-32, January 2005. <http://ssrn.com/abstract=639770>

[20] Guillermo Funes Rodríguez. Public Policy and Technology Transfer: A Mexican Perspective. Mexican Studies / Estudios Mexicanos, Vol. 2, No. 2, Technology Transfer between Mexico and the United States (Summer, 1986), pp. 275-298. [http://www.jstor.org/sici?sici=0742-9797\(198622\)2%3A2%3C275%3APPATTA%3E2.0.CO%3B2-J](http://www.jstor.org/sici?sici=0742-9797(198622)2%3A2%3C275%3APPATTA%3E2.0.CO%3B2-J)

[21] Alejandro Perez Serrano. Overview Of International Property Enforcement In Mexico. <http://www.natlaw.com/pubs/spmxi13.htm>

电子文献类:

[1] 国家知识产权战略网.中外十大知识产权纠纷案例.

http://www.nipso.cn/gnwzscqxx/zlss/t20070606_85560.asp

[2] 商务部新闻办公室.我国七年来累计引进技术近 5 万项.

<http://kjs.mofcom.gov.cn/aarticle/bn/bs/200602/20060201551669>.

[3] THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty.

[http://www.jusline.eu/Council_Regulation_\(EC\)_No_1-2003_of_16_December_2002_on_the_implementation_of_the_rules_on_competition_laid_down_in_Articles_81_and_82_of_the_Treaty_\(Text_with_EEA_relevance\)_Langversion.html](http://www.jusline.eu/Council_Regulation_(EC)_No_1-2003_of_16_December_2002_on_the_implementation_of_the_rules_on_competition_laid_down_in_Articles_81_and_82_of_the_Treaty_(Text_with_EEA_relevance)_Langversion.html)

[4] THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. COMMISSION REGULATION (EC) No 772/2004 of 27 April 2004 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of technology transfer agreements.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:123:0011:0017:EN:PDF>

[5] Official Journal of the European Union. Guidelines on the application of Article 81 of the EC Treaty to technology transfer agreements(2004/C01/02).

http://europa.eu/eur-lex/pri/en/oj/dat/2004/c_101/c_10120040427en00020042.pdf

[6] Japan Fair Trade Commission. Guidelines for the Use of Intellectual Property under the Antimonopoly Act.

http://www.jftc.go.jp/e-page/legislation/ama/070928_IP_Guideline.pdf

[7] U.S. Department of Justice & Fed. Trade Commission. Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition (2007).

<http://www.usdoj.gov/atr/public/hearings/ip/222655.pdf>

[8] United Nations. THE UNITED NATIONS SET OF PRINCIPLES AND RULES ON COMPETITION. <http://www.unctad.org/en/docs/tdrbpconf10r2.en.pdf>

[9] The United Nations Conference. Draft International Code of Conduct on the Transfer of Technology [1985 version] ,

<http://stdev.unctad.org/compendium/documents/TD.CODE.doc>

[10] 中国科技统计网站. <http://www.sts.org.cn>

[11] 中国商务部科技司网站. <http://kjs.mofcom.gov.cn>

[12] 国家知识产权战略网. <http://www.nipso.cn>

[13] 美国统计署网站. <http://www.census.gov>

后记

随着论文写作接近尾声，一直被事情追着跑、如有巨石压心的感觉仍没有散去，种种追忆似水年华的离愁别绪就悄然游荡在康园的氛围中，大概所有的事情忙碌过后这种对学生时代的缅怀就更会甚嚣尘上吧。

面对着完稿的毕业论文，遥想当初的雄心壮志，眼前却化作些许的遗憾。一开始兴致勃勃地选择了金融方向的论题，结果由于与其他科研项目时间冲突，所以只得将一直在某学校“毁人不倦”的备课心得转化为论题的方向，随后在涉外经济法的专题中继续加以研究，最终确定了“国际贸易限制性商业做法的法律管控”这一选题。在研究写作的过程中，虽然也曾搜肠刮肚、绞尽脑汁，也曾废寝忘食地挑灯夜战，无奈水平有限，又缺乏实践调查研究，成文实在不尽如人意，也远远难以达到自我的完美要求。然而在金融风暴的阴影下，学术研究的浪漫情怀难免被繁复的俗事所累，想来这种特殊的情境或将成为我们这届毕业生的一个命运标记，不免感慨。

两年的研究生、四年的本科生，其间的收获也许不能由短短的一篇文章完全呈现。中大的六年时光提升了我的智识、塑造了我的价值观、熏陶了我的气质，是这六年时光中经历的事、邂逅的人，使我成为现在的我。这些记忆中的人和事记录在这里，铭刻在心中：

首先是我敬爱的导师，还记得本科时我旁听老师讲的每个案例和每件趣闻，记得得知老师招收我为保送生时我一路上的狂喜，也记得指导本科论文时在导师严厉的批评中强忍住的眼泪，还有导师在我生病时关切的安慰……一想起导师不顾身体熬夜批改而成的“红灿灿”的 word 文档，敬佩、感激、愧疚的心情就涌上心头。说到导师，就不由想起了师母，从本科时起就一直聆听着师母的教导，也从导师口中得知了师母对导师的默默支持，作为一个事业有成而顾家的智慧女性，师母将成为我学习的榜样。

除了导师和师母，法学院的几乎每一位老师在我脑海中都有说不完的故事：慈祥而威严的程信和老师，他在康园中锻炼的身影已经成为中大的—道风景，还有他沉醉的诗词古文使我重新找回了被法律严谨逻辑磨损的浪漫诗情；温和耐心的王红—老师，在我们合作课题的期间，她不仅教给我一套研究写作的方法，还

忍受着我经常拖稿的恶癖，也只能在此一再表达我的感激和抱歉；温柔慈爱的李挚萍老师，也许她不知道在我完成专题时她对我的赞许给了我多大的鼓励；风趣幽默的杨小强老师，很难想象一个勤奋读书治学严谨的老师不论在课上还是课下都微笑地传播着他的俏皮话；认真负责的刘国臻老师，正是他上得满满当当的研究生课“灌输”的知识为我的房地产项目研究奠定了基础；才华横溢的谢晓尧老师，他不仅思维活跃功底深厚，而且最让我印象深刻的是他专门用了两节课的时间教导我们学术研究应有的认真和严谨，对于这两点我至今仍深感惭愧；威严而豪爽的周林彬老师，当我展示完专题研究走下讲台的时候，一句“准备得很充分嘛”迎接着我，周老师的肯定让我的忐忑烟消云散；干练的黄巧燕老师，她亦师亦友的亲切让我在法律诊所值班期间学到了许多劳动法律知识和待人处事的技巧；严格认真的黄建武老师，忘不了黄老师对我课堂上的探讨提问所做的细致耐心的解答，以及我上课迟到时他的叹气批评；平易近人的丁利老师，他甚至对一个完全陌生的学生都愿意倾心而谈、倾囊相授，难忘他提供的外文资料检索指引、赠送的书籍、跟我一起啧啧谈论的经济学和古典音乐等等有趣的话题……列举总是挂一漏万的，那些经常在校道上偶遇的本科时期教导我的法学院的老师，他们中有些热情地回应我的问好，有些甚至还能认出我、叫出我的名字，让我泛起阵阵的感动。学生们如我终将离开，而这些可敬可爱的老师则继续在康乐园里孜孜不倦地刻苦研究、教书育人，在此我一并致以衷心谢意与祝福！

有了老师的教导，如果没有师兄姐的殷殷垂询、同学室友的同舟共济，我六年的大学时光必定不能如此充实、快乐。当然还有家中父母作为我坚强的后盾，使我面临无论怎样的困境都能欣慰于我有一个信任我、包容我的家。

回眸那逝去的时光，不免眷恋，然而始终得带着心中的迷茫与惶恐从此步入社会、发轫四方。胡适曾在1932年的一篇《赠与今年的大学毕业生》的文章中告诫道：“学生的生活是一种享有特殊优待的生活，不妨幼稚一点，不妨吵吵闹闹，社会都能纵容他们，不肯严格的要他们负行为的责任。现在他们要撑起自己的肩膀来挑他们自己的担子了。在这个国难最紧急的年头，他们的担子真不轻！……毕业之后……堕落的方式……约有这两大类：第一是容易抛弃学生时代求知识的欲望。第二是容易抛弃学生时代理想的人生的追求。”即使在今天看来，这种担忧仍完全适用，毫不过时。我将时刻提醒自己谨防这两种堕落的危险，带着师长的殷切嘱咐与期盼，将对学术的执着推及至将来的事业和今后的人生。

最后，仅以我最欣赏的一首苏轼的词送（暂）别我的学生时代：

念奴娇 赤壁怀古

大江东去，浪淘尽。千古风流人物。故垒西边，人道是，三国周郎赤壁。乱石穿空，惊涛拍岸，卷起千堆雪。江山如画，一时多少豪杰！

遥想公瑾当年，小乔初嫁了，雄姿英发，羽扇纶巾，谈笑间，檣櫓灰飞烟灭。故国神游，多情应笑我，早生华发。人生如梦，一尊还酹江月。

陈艳玫

2009年4月19日于中大康乐园

