



欧共体竞争法对技术转让协议的规制 ——欧共体委员会第240/96号条例解析

撰稿人：张伟君

摘要：本文分析了1996年1月31日欧共体委员会就《欧共体条约》第81条第3款适用于技术转让协议而制定第240/96号条例的背景及其适用范围，并详细解析了该条例对技术转让协议中各类限制性条款（包括地域限制；技术应用领域的限制以及客户的限制；专利权到期或技术秘密公开后仍限制技术实施或要求支付使用费；一揽子许可、搭售以及质量要求；要求对专利有效性或技术秘密的秘密性不提出争议；限制采用竞争技术；要求转让或许可被许可方的技术改进以及其他技术；限制产品数量和技术使用频率；价格限制；限制出口；单方面的终止条款；标识限制；保密、协助等要求；对分许可、转让许可的限制以及最惠条款等）的规制。

关键词：欧共体 竞争法 技术转让协议 限制性条款

一、制定条例的背景及其适用范围

欧共体竞争政策主要体现在《欧洲经济共同体条约》第85条至第92条（现《欧共体条约》第81条至第89条），一般称为“欧共体竞争法”。【1】 欧共体竞争法的实体法可以概括为两个方面：一是禁止企业的限制竞争行为，包括禁止限制竞争协议（条约第81条）、禁止滥用市场支配地位（条约第82条）以及控制企业合并等，统称“欧共体卡特尔法”；二是禁止国家对市场竞争的不正当干预。【2】

《欧共体条约》第81条除了第1款的禁止性规定外，还在第3款规定了限制竞争协议可以得到欧共体委员会“豁免”的条件：能使消费者适当地分享因此产生的利润；能改善商品的生产或销售，促进技术或经济进步；并且为实现上述目的的限制竞争是绝对必要的或者限制竞争不得大到排除市场竞争的程度。【3】 由于根据《欧共体条约》第81条第3款申报的限制竞争协议很多，为了减轻欧共体委员会的工作负担，欧共体理事会1965年通过第19号条例，授权欧共体委员会对某些普遍能够满足《欧共体条约》第81条第3款规定的纵向限制竞争协议给予“集体豁免”，即宣布它们不适用条约第81条第1款的禁止性规定。委员会制定的集体豁免条例必须明确被豁免协议的类型和前提条件，还要明确规定可以得到豁免的限制竞争条款（白色条款）、不能得到豁免的限制竞争条款（黑色条款）以及可能得到豁免的限制竞争条款（灰色条款）。【4】 这些规定都比较详细，具有可操作性，更能给当事人的法律行为提供可预见性。

欧共体竞争法的集体豁免条例中，与技术转让协议有关的主要是1996年1月31日欧共体委员会就《欧共体条约》第81条第3款适用于技术转让协议而制定的第240/96号条例（以下简称“条例”）。

【5】 该条例适用于纯专利或技术秘密许可协议、专利和技术秘密混合许可协议，以及包含涉及商标权、著作权等其他知识产权的条款的专利或技术秘密许可协议。【6】 该新条例还适用于专利和/或技术秘密转让（ASSIGNMENT）协议，但前提是转让人获得的使用费得根据受让人的销售额或生产量而定。【7】 应该注意的是，该新条例不适用于专利或技术秘密共同体（POOL）成员之间的协议、建立合营企业的协议、交叉许可协议、纯销售许可协议和与专利或技术秘密许可无关的协议。

【8】

二、条例对技术转让协议中限制性条款的规范

（1）地域限制

但是这种地域限制要受到“权利用尽原则”的制约。无论是专利产品还是技术秘密产品，一旦首次投入市场，权利人便无权干预其以后在市场上流通，其销售权已经用尽。所以，在许可方的权利已经用尽的情况下，如果许可方对被许可方施加产品销售地域的限制，就不是行使专利法所赋予权利的行为了，而将根据其对市场竞争影响的程度，来决定其是否阻碍了公平竞争并适用竞争法。欧共体法院更明确认为这种做法违反了商品自由流通原则。【10】

地域限制不仅是对被许可人作出的，对许可人也有地域限制。这实际上就是要求授予独占许可或排他许可的情形。这种限制主要是为了保证被许可人在许可地域内独自使用新技术，取得市场竞争优势，从而鼓励企业间的技术转让，推动技术创新，所以具有合理性。欧共体委员会1962年12月关于专利许可协议的通告就认为这样的条款不违背欧共体条约。条例第一条第一款第1、2项更是明确将其列入可以豁免的限制条款中。

无论是对许可人的地域限制，还是对被许可人的地域限制都不应该过度。条例第三条之（7）规定：

“不论是通过独立的协议或者是通过自动延长包含任何新改进的协议的最初期限，要求许可方在纯专利许可协议或技术秘密协议的豁免期限届满后，在该许可地域内仍不得向其他企业许可实施该许可技术；或者要求一方当事人在纯专利许可协议或技术秘密协议以及混合许可协议的豁免期限届满后，仍不得在另一方当事人或其他被许可人的地域内实施该许可技术，”这样的条款属于黑色条款，不能得到集体豁免。

（2）技术应用领域的限制以及客户的限制

每个专利都有各自的权利范围，主要体现在“权利请求”中，这也是专利的技术应用范围，在此范

围内使用技术，属于专利权人的权利。所以，专利许可协议限制专利在一定的技术领域内实施（包括制造、使用、销售等），原则上不属于不公正的交易方法。条例第二条第一款之（8）规定：“要求被许可方实施所许可技术限制在与所许可技术相关的一个或几个应用技术领域，或者限制在一个或几个产品市场上”，是属于白色条款，予以集体豁免。这对于技术秘密许可协议也是如此。

条例第二条第一款之（12）还规定这样的技术应用领域限制也属于白色条款：要求被许可方不得使用许可方的技术为第三方建造设施。不过，在包括支付附加的使用费在内的正常交易条件下，被许可方为了提高自己设施的能力或为自己使用而建造附加设施，就不应对被许可方的权利有损害。

由于技术秘密被用与其它技术领域时，权利人在举证上处于不利地位。条例第二条第一款之（18）还特别规定了允许举证责任倒置条款，即许可方有权要求被许可方证明所许可的技术秘密没有被用来生产许可协议以外的产品或提供许可协议以外的服务。这明显有利于维护许可方的利益。

但是，如果限制的范围与技术应用领域无关，却限制被许可方对所许可产品的销售范围或销售对象，比如，要求被许可方通过许可方或许可方指定的人来销售专利产品，或要求不要销售给许可方指定的人，就不被认为是行使专利法所赋予权利的行为，因为它限制了被许可方选择销售渠道的自由，可能对市场竞争有不利影响。条例第3条之（4）对此严格规定：在协议当事人在授予许可前已经是相互竞争的制造商的情况下，在同一个应用技术领域内或同一个产品市场内，限制其中一方当事人可能服务的客户，特别是通过禁止向某类用户供货、禁止采用某种销售方式（例如，只允许批发销售和禁止零售，或要求只出售给那些使用如门到门销售等特定销售方式的客户）、或者以分割客户为目的禁止使用某种产品包装等，这样的限制条款属于黑色条款，不予集体豁免。【11】

（3）专利权到期【12】 或技术秘密公开后仍限制技术实施或要求支付使用费

专利权是有时间性的，这是专利法对权利人的一种限制。任何人都应能够在专利权到期后自由使用许可技术，即便许可协议的许可方也无权限制有关技术的使用，或强迫他人使用到期的专利技术支付使用费。因此，在专利权已经到期后，许可方仍限制被许可方使用该技术，或者在专利权已经到期后仍要求被许可方支付实施该技术的使用费，这种专利许可协议妨碍了被许可方使用上述技术的自由，是对市场竞争有不利影响的，这些限制非常可能违反竞争法。但是有例外。条例第2条第1款第7项（b）规定：“为了便于支付使用费，要求被许可方在专利有效期后的一段时间里继续支付使用费，”是属于白色条款，予以集体豁免【13】。什么是为了便于支付的情形呢？比如，在属于分期支付使用费或延期支付使用费（专利实施后支付）的情况下，要求被许可方在专利权到期后继续支付使用费，原则上不违反竞争法。

与专利许可类似，在技术秘密许可协议中，该许可的技术秘密由于不应归责于被许可方的原因被公众知悉后，许可方仍限制使用该技术，或要求被许可方为使用上述技术支付使用费，这种限制也非

常可能违反竞争法。但是也有例外。条例第2条第1款第7项（a）规定：“在技术秘密不是由于许可方的行为而被公众知悉的情况下，要求被许可方按协议当事人自由商定的金额、期间和方式，继续支付使用费直到协议终止，而且在技术秘密由于被许可方的违约行为而被公众知悉的情况下被许可方支付赔偿金也没有受到歧视的话，”是属于白色条款，予以集体豁免。欧共体的规定意味着，在由于第三方的原因导致技术秘密泄密的情况下“许可方要求继续收取技术秘密使用费”的特别要求，和在由于被许可方的原因导致技术秘密泄密的情况下“被许可方不得不支付泄密赔偿金”的法定义务之间，达成了一种妥协，使被许可方的法定义务也变得有所松动，即赔偿可以通过一种自由意思约定的方式进行。这也是许可方要实现其特别要求的一种代价。

以上是在许可协议期限届满之前，专利权到期或技术秘密公开后，一般不得限制被许可人使用许可技术或要求其继续支付使用费；但是反过来，在许可协议期限届满之后，只要专利权仍然有效或技术秘密仍为秘密，许可方就可以限制被许可人使用该许可技术，也就是说被许可方要为其继续使用该技术而支付使用费。【14】这实质上是对许可协议中时间限制的一种豁免。

（4）一揽子许可、搭售以及质量要求

许可协议中许可方如果强迫被许可方接受与某个特定技术一起进行的许可、以及接受许可方自己或指定的人的其它技术的许可，致使被许可方选择技术的自由受到限制或其与竞争企业交易的能力受到限制，并可能对市场竞争带来不利影响的话，这种要求就属于违反竞争法。这种做法实质上就是“搭售”的一种，TRIPS第40条第2款也明确将这种限制列为滥用知识产权的情形。

不过，一揽子许可并不是必然违法的。条例第四条第二款(a)只将其列为灰色条款，通过个别申请也有可能豁免，而且规定这种一揽子许可“对于所许可技术的实施在技术上达到令人满意的程度或保障被许可方的产品符合许可方和其他被许可方所要求的质量标准来说是没有必要”的情况下，才属于禁止的对象。

另一种搭售是要求被许可方从许可方或其指定的人采购原材料、零部件等，因为被许可方选择其原材料、零部件等的自由受到了限制，而且使得其他生产或销售原材料、零部件等的企业不易于得到替代客户或与其交易的机会，这种限制可能对市场竞争具有不利影响并违反竞争法。【15】但是，在为了保证被许可技术的效果或维持商标信誉的必要限度内，或者在为了保护被许可技术秘密的秘密性的必要限度内，许可方要求被许可方从指定渠道采购原材料、零部件等，则不在此限。这里，为了“维持商标信誉”的考虑，与欧共体对于要求从许可方或其指定的企业采购商品或服务的豁免条件【16】，其意图是一样的，都在于维护许可方和其他被许可方的产品声誉。

条例第2条第1款第5项将“质量要求”原则上列入可豁免条款。欧共体还把“允许许可方进行有关质量检查”的要求，列入可以集体豁免的范围。但欧共体对质量要求的豁免也限定了条件，如果要求

被许可方在生产中遵守最低质量规范（包括技术规范），那么只有这些质量规范对于（1）在技术上正确实施所许可的技术，或（2）保证被许可方的产品符合许可方和其他被许可方采用的最低质量规范来说是有必要的时候，才符合豁免条件。

（5）要求对专利有效性或技术秘密的秘密性不提出争议（不争条款）

专利法一般都规定了专利无效异议制度，任何人认为授予的专利权不符合专利法规定的条件的，都可以请求有关机构宣告该专利权无效。宣告无效的专利权视为自始即不存在。因此，专利许可协议如果禁止被许可方对所许可专利权的效力提出异议，如要求不对某发明专利提出反对，或不请求作出无效判决等，以此延续对原本不能取得的专利的权利，就超越了专利法所赋予专利权人的权利，并可能对市场竞争带来不利影响，是违反竞争法的。TRIPS第40条第2款也明确将这种限制列为滥用知识产权的情形。条例第四条第二款(b)则将其列为灰色条款，必须通过个别申请才有可能豁免，所以当事人一般也不敢订立这种风险较大的条款。

同样，由于秘密性是维持技术秘密有效性的关键，所以在技术秘密许可协议中，如果所许可的技术秘密已经为公众知悉，许可方还禁止被许可方对技术秘密许可协议提出异议的话，也将适用竞争法对此进行规制。欧共体的规定更为严密，如果许可方禁止对技术秘密的“实用性（substantiality）”提出异议，也是无法获得集体豁免的。

（6）限制采用竞争技术

在专利或技术秘密许可协议中，若许可方禁止被许可方制造、使用、销售竞争产品或采用竞争技术【18】，因为这既限制了被许可方选择生产产品或采用技术的自由，从而影响其将来在商品市场或技术市场上的竞争能力，又限制了其他与许可方的技术相竞争的第三方的交易机会，从长远看对竞争是有不利影响的。从专利法的角度看，许可方只能限制所许可技术的应用领域，却不能将限制不合理地扩大到其他技术的应用上，这已经构成对权利的滥用，条例也作出了禁止性规定。【19】

上述对限制竞争的禁止也不是绝对的。有时候，许可协议中的使用费的支付是基于专利产品的产量或者销量来计算的，所以，为了使许可方保证获取基于被许可方产品的产量或者销量的使用费，法律一般允许许可方对被许可方作出如下限制：“被许可方有义务尽最大努力来制造和销售许可产品”【20】。但是，既要求被许可方尽力使用许可技术，又鼓励被许可方尽力采用竞争技术，这两者之间实际上是有矛盾的。在此情形下，条例第3条第2款明确规定不得对前者“有歧视”，实际上是倾向于牺牲后者，目的主要在于维护许可方的利益。

另外，技术许可协议分为独占许可（exclusive license）和非独占许可（non-exclusive license），后者又包括普通许可（simple license）和独家许可（sole license）【21】。在独占许可的情形下，只有

被许可方有权在一定地域内实施所许可的技术，其他任何人包括许可方自己都不能实施，所以被许可方拥有很强的独占权，许可方只能通过收取使用费获得收益。这时就也有必要要求独占被许可方集中力量实施所许可的技术，制造、销售协议产品，而不再采用其它（包括被许可人自己）的竞争技术或生产、销售其它竞争产品。这种限制也就成了禁止限制竞争的例外，以便在许可方和独占被许可方之间达成一种利益的平衡。

在独占许可的情形下，被许可方实际上拥有等同于权利人的独占权，甚至排除了许可方的实施权，这时他就可能反过来限制许可方以及第三方对于竞争技术的采用以及竞争产品的制造和销售，因为他往往可以凭借其取得的独占实施权对他人发出侵权指控。因此条例第3条第2款对于禁止限制竞争的规定是适用于许可协议的任何一方的，这是该规章严谨性的一个体现。正因为上述情形的存在，欧共体规定了一个禁止限制竞争行为的例外，即“当被许可方在研发、生产、使用或销售竞争产品方面与许可方、许可方的相关企业或其他企业在共同体市场内形成了竞争的时候，许可方有权终止授予被许可方的独占许可，并停止将技术改进许可给他。”【22】 笔者以为，这个规定看起来似乎是为阻止被许可方与他人的竞争，与鼓励竞争的原则相矛盾，但允许许可方终止独占许可，实际上是为了制止被许可方对许可方、许可方的相关企业或其他企业生产、使用、销售竞争产品的限制，所以是有利于竞争的。

限制竞争行为的还有一种表现是，在许可协议中，许可方限制被许可方的研发活动，或者限制被许可方与第三方从事有关所许可技术或其竞争技术的联合研发，这种限制影响了被许可方以及第三方通过研发与许可方进行竞争的能力，从长远看对竞争也是有不利影响的。由于许可方实施这样的限制一般没有合理的理由，所以就很可能违反竞争法【23】。

（7）要求转让或许可被许可方的技术改进以及其他技术

在专利或技术秘密许可协议中，许可方可能要求被许可方将其对许可技术的任何改进或新应用的权利全部或部分转让（assign）给许可方或授予许可方独占许可。一方面，这种要求限制了被许可方自己应用其新获得的技术改良的可能性，也限制了被许可方授予第三方许可的可能性，阻碍了新技术的开发应用，可能对市场竞争有不利影响。另一方面，它可以导致许可方在相关产品或技术领域的影响力的加强，并进一步降低被许可方参与研发的积极性。许可方实施这样的限制一般没有合理的理由，TRIPS第40条第2款也明确将这种限制列为滥用知识产权的情形。

条例第三条之（6）虽然只将要求被许可方“转让”技术改进或新应用的行为列入黑色条款，不予集体豁免，但是从其第2条第1款第5项对“许可”技术改进或新应用的规定来看，以“独占许可”的方式回授的，也不是可以得到集体豁免的，而只有“非独占许可”方式的回授才有可能得以集体豁免。至于“独家许可”方式的回授，条例第2条第1款第5项的有关规定意味着在“被许可方可以自由使用其自己的改进技术”（独家许可）的情况下，是可以符合集体豁免的条件。

所以，并非所有非独占性回授都是必然可以豁免的，条例第2条第1款第5项也对非独占许可的回授规定了严格的条件：（1）在改进技术可以（与许可技术）分离的情况下，被许可方可以自由使用其自己的改进技术或许可给第三方，但又不至于泄露许可方告知的尚在秘密状态的技术秘密。（2）许可方同意将其自己的改进技术以独占或非独占许可的方式授予被许可方。即“非独占”与“对等”两个条件，缺一不可。问题是：如果许可方授予独占许可，按照“对等”的要求，被许可方似乎也应该授予独占许可，但这样又与“非独占”的要求矛盾。笔者以为，无论许可方授予的是独占还是非独占许可，都不能要求被许可方授予独占许可。这里，“对等”是对许可方的要求而不是对被许可方的要求，许可方给予独占回授并不意味被许可方也必须给予独占回授，而且对等地互相独占回授并不有利于技术的传播和应用。

上述欧共体的规定还意味着，在可能导致“泄露许可方告知的尚在秘密状态的技术秘密”的情况下，就不能将改进技术许可给第三人。但是，这并不意味着在此情形下就可以授予许可方独占许可性的回授，而最多只有独家许可方式的回授才能得到允许。因为“不得许可给第三人”与“只能许可给许可方”之间是不能划等号的。

（8）限制产品数量和技术使用频率

为了避免被许可方与自己竞争，许可方在技术许可协议中往往会规定数量限制。对此，欧共体立法的态度有一个转变的过程。1984年欧共体的专利许可协议集体豁免条例第3条之（5）规定关于协议产品的任何数量限制都是不允许的。但是，与不转让技术相比，带有数量限制的技术转让总是扩大了新技术产品的市场供应，所以在经济上还是利大于弊。而且，数量限制本身也是属于知识产权专有的组成部分，德国的反对限制竞争法就明确规定，实施工业产权的数量限制没有超出保护范围是合法的。【24】因此，欧共体的新条例的态度有所转变。

条例第3条之（5）虽然规定“一方当事人生产、销售许可产品的数量或者实施许可技术的操作次数受到限制”的条款属于黑色条款，不得集体豁免，但是它又规定了两种例外。第一，在上述数量是由被许可方自由决定的前提下，根据被许可方在制造自己的产品中所需要的数量以及在销售所许可产品时所需要的数量（所许可产品仅作为构成他自己产品所必需的部分或他自己产品的替代部分，或者与他自己产品的销售有关），来限制被许可方生产所许可产品的数量，这样的要求是可以豁免的。【25】因为这种数量限制应该属于具有合理的方式和目的。第二，由于授予许可，使得在所许可地域内的客户可能拥有第二条供应渠道，这时要求被许可方向某个特定的客户只能供应有限数量的许可产品，就属于可以集体豁免的白色条款。这个规定也适用于以下情况，即该客户就是被许可方，而且为提供第二条供应渠道而授予的许可中规定由该客户（被许可方）自己或者分许可合同一方来制造所许可产品。【26】笔者以为，这个规定的目的在于避免被许可方对原先已经在一定地域销售许可产品的许可方自己或者其他被许可方（包括普通许可被许可方）造成竞争（争夺客

户)或损害。如果其他被许可方是独占或独家被许可方,就更应该做出这种限制甚至禁止其销售了。欧共体的规定扩大了许可方进行数量限制的自由,虽然说在一定程度上限制了竞争,但总体上更有利于技术转让的实现和技术的扩散和应用。

与上述对最高数量的限制相反,还有一种数量限制是在许可协议中要求被许可方维持许可产品的最低产量或对许可技术的最低使用次数,以及要求被许可方在生产、销售许可产品方面做最大努力。如果做出这种限制的目的在于保证许可方获得最低使用费收入,原则上是不违法的。【27】这同前面阐述“限制竞争”中,关于要求被许可方尽力生产、销售所许可的产品,理由是一样的。

但是应该注意的是,条例第2条第1款第9项并没有对做出最低数量限制的豁免设定“保证最低使用费”的前提,这说明欧共体是把最低数量限制看作权利人的权利范围的内容,是知识产权人行使自己权利的组成部分,完全可以得到豁免。这是一个观念上的很大的不同。而且,欧共体还明确把“要求支付最低使用费”本身作为最低数量限制的一种予以集体豁免。

(9) 价格限制

对于价格限制,欧共体反垄断法一直都是将它列入严格禁止的对象,甚至适用自身违法的原则进行处理。在技术许可协议中也是如此,限制所许可产品的转售(再销售)价格,无论是限制最高价还是限制最低价,都会导致价格竞争的减少或停止,对市场竞争有不利影响,也损害消费者利益。在欧共体属于黑色条款。【28】

条例第三条之(3)规定:“限制一方当事人决定所许可产品的价格、价格构成或折扣”的条款属于黑色条款,不予集体豁免。这个规定详细列举了价格限制的形式包括限制价格构成和折扣,因为这都是制定价格所必须考虑的因素,与限制价格本身没有本质差异。另外,这个规定也意味着价格限制并不仅仅是许可方做出的,被许可方也可能对许可方的定价做出限制,而这同样是要禁止的。

(10) 限制出口

在专利或技术秘密许可协议中,许可方有时会限制被许可方的出口地区、出口价格或出口数量,或者强制要求通过许可方指定的人来出口。这些有关出口业务的限制理论上可以按照有关地域限制、价格限制、数量限制以及限制客户的规定来处理。

但在欧共体,由于其目的在于建立共同市场,因此各国间商品自由流动原则是欧共体条约的一个最基本原则。而知识产权的地域性特征使得权利人可以在各国控制未经其许可的实施(包括销售),而这必然影响到知识产品的出口及其在欧共体市场上的自由流动。所以欧洲法院在其判例中发展出了欧共体范围内的“权利用尽”原则,即知识产权产品一经权利人本人或经其同意在共同体市场上

销售，其销售权就告用尽，不能再阻止该产品的出口到其他欧共体国家以及在共同体市场销售。

【29】

与此相呼应，条例第3条之（3）也将有关限制出口的许可协议条款列为黑色条款，不予集体豁免。其规定如下：“在没有任何客观正当理由的情况下，要求协议当事人一方或双方：（A）拒绝满足欲在共同体市场内的其它地域销售产品的用户或批发商在其各自地域内的订货要求；（B）使用户或批发商难以从共同体市场内的其他批发商处获得产品，特别是通过行使知识产权或采取措施，阻止用户或批发商从外部获得产品或者阻止他们在许可地域将产品投放市场，而该产品已经被许可方自己或经其同意合法地投放到共同体市场中。或者协议当事人这样做是由于他们一致行动的结果。”

要求（A）的目的是限制第三方出口协议产品。被许可方可以在许可的地域范围内销售协议产品，许可方也可以在自己的地域范围内销售产品，这本来是天经地义的，任何一方不应该对此进行限制，除非在某些允许限制客户的情形下。但是，有时批发商采购协议商品的目的是为了“在共同体市场内的其它地域销售产品”，这时协议一方往往会根据专利的地域性，说这样有可能侵害他在其他地域的专利权，从而要求协议当事人拒绝批发商的订货要求。从这个角度看，这样的要求也有一定合理性。但是，由于欧共体认为销售权一旦在一国已经行使，也就意味着在其它成员国用尽，所以这种要求的“客观正当性”也就不存在了。因此，条例将此要求列为黑色条款，当然其目的在于疏通批发商向其它成员国市场出口协议产品的渠道，与前面禁止“限制客户”的目的不同。

要求（B）中，要阻止批发商从其它成员国市场获得产品，意味着协议当事人能够控制协议产品在其它成员国市场的销售。但是，即便这样，若该产品一旦合法投放到该成员国市场，无论许可方还是被许可方都再也无法对该产品的销售进行控制。这时，阻止批发商从该市场获得产品，本身已经违反知识产权法。也许有人会说，如果因为权利用尽而无法阻止批发商从其它成员国市场获得产品（进口），却仍可以通过行使在批发商本国存在的知识产权来阻止他在本国市场的销售，从而间接地阻止这种进口，应该合法。但是由于欧共体内实行销售权国际用尽的原则，在他国用尽也就意味着在本国用尽，所以这种做法也是行不通的。至于要阻止批发商在许可地域投放协议产品，意味着该批发商已经从共同体市场内获得了产品。无论从批发商本国市场获得，还是从他国市场获得，由于销售权国际用尽的原则，谁都无法阻止其将产品投放市场，即便协议当事人在该许可地域市场仍享有知识产权。因此，条例将这两种要求列为黑色条款。

总之，欧共体对限制知识产权产品向成员国出口的控制是很严格的，这是与欧共体大市场的要求相一致的。但是应该注意的是，欧共体的立法中并没有简单地禁止对知识产权产品出口的限制，起码没有说在许可协议中限制向非成员国出口的条款是违反竞争法的，而只是在上述两种情况下才予以制止。这实际上是回避了欧共体在共同体内部实行知识产权国际用尽的原则，而在共同体以外却实行国内用尽的原则的矛盾。这种政策对于其它国家的借鉴意义并不在于其所宣称的国际用尽原则，而在于不能轻易地规定限制出口的条款就是不合法或无效的。

笔者以为，在专利成立的他国销售专利产品，其专利权原则上只在该国用尽，但是只有许可方明确不允许出口到某个地域才能确保其进口权的实现，如果不对出口地域加以限制，就意味着放弃进口权而不能再阻止平行进口。要制止平行进口的关键在于许可方限制协议产品的出口渠道。这种限制如果是限于专利权人行使其在各个地域范围内的专利权的话，不应该视为违法。如果限制出口到其没有专利权的地域，则属于权利滥用，应予以禁止。

（11）单方面的终止条款

按照合同法的一般原则，要终止（解除）协议必须经协议当事人协商一致，或者按照协议约定的解除条件成就时解除合同。除非法律特别允许，一般是不能单方面终止（解除）协议的。因此，在专利或技术秘密许可协议中，当许可方强迫被许可方订立不利的许可终止条款，比如，许可方可以在任何时候单方面无理由地终止许可协议或可以在没有适当通知时立即终止该协议（不是由于不可抗力等原因），而上述终止条款是为了限制竞争的目的或具有限制竞争的效果的话，该终止条款违反竞争法。但是条例对此规定了三个例外：

第一，“如果被许可方对所许可的技术秘密的秘密性或实质特征提出争议，或对所许可专利在共同体市场内属于许可方或与其有关企业的有效性提出异议，许可方可以保留终止协议的权利。”

【30】 本来，被许可方对所许可专利或技术秘密的有效性提出争议，是无可厚非的，竞争法一般也禁止许可方订立不争条款。但是，被许可方一旦提出这种争议，也就意味着许可协议岌岌可危，许可方和被许可方之间的信任已经荡然无存。被许可方既然认为该专利或技术秘密是无效的，自然不再需要经过许可方的允许才能实施该专利或技术秘密。但是在提出争议后，到最后被认定确实丧失有效性之间是需要一段过程的。而且最后是否必然无效，在一开始也是无法得知的。那么在这段过程中，如果被许可方继续实施该专利或技术秘密，在是否应该继续支付使用费的问题上，必然与许可方会有矛盾。即便被许可方还能继续支付使用费，但是如果许可方坚信自己的专利或技术秘密是可靠的，而被许可方提出这种争议是没有道理的，基于双方的信任已经不存在，就应该允许许可方终止该许可协议，以制止被许可方继续实施该许可。这主要是为了防止被许可方动辄提出无效争议来威胁许可方，使许可方也有一定的自卫权利，以便在许可方与被许可方的权利之间达成平衡，既要允许被许可方提出争议，也要允许许可方终止许可。所以这种单方面的终止协议条款就得以集体豁免。

第二，“如果被许可方提出所许可专利是不必要的要求，许可方可保留终止该专利许可协议的权利。”专利许可协议订立后，在被许可方实施该专利技术过程中有时候会发现该专利技术对于生产产品是不必要的，这时被许可方可能提出该专利是不必要的，并没有在生产中实施该专利，所以生产产品也就不需要支付专利使用费。这时即使许可方对此有不同看法，甚至认为该产品生产就是利用了专利技术，在协议终止前最多只能请求被许可方支付使用费，而不能告他侵权，这对于许可方

来说是比较被动的。为了制止被许可方动辄以此拒绝支付使用费，应该允许许可方终止协议。这时被许可方继续生产该产品的话，许可方如果认为其侵犯了自己的专利权，就可以提出侵权诉讼。这样双方的利益就得以平衡。所以这种单方面的终止协议条款是可以集体豁免的。

第三，“当被许可方在共同体市场内对许可方以及与其有关的企业或其它企业在研发、生产、使用、或销售竞争产品上构成竞争时，许可方可保留终止授予被许可方独占许可，并停止将改进许可给他的权利。”【32】这个规定看起来似乎是为阻止被许可方与他人的竞争，与鼓励竞争的原则相矛盾，但允许许可方终止独占许可，实际上是为了制止被许可方对许可方、许可方的相关企业或其他企业生产、使用、销售竞争产品的限制，所以是有利于竞争的。

（12）标识限制

这里的标识有两种，一是技术方面的标识，一是商业标识。

技术方面的标识，一是表明技术的所有人或发明人，一是表明是否为专利技术。在专利法中，虽然专利权的内容并不包括专利权人的标识权（不同于版权），但是一般也规定专利权人有权在其专利产品或其包装上标明专利标记和专利号，其他人冒用这种标识，则会构成假冒他人专利【33】。为了表明作为技术所有人的身份以及专利技术的真实性，有必要作出这种标注，这也有利于消费者和用户。因此，在技术许可协议中，“要求被许可方在所许可产品上标注许可方名称或被许可专利的标记”【34】，应当不属于限制竞争的行为。

但是，在商业标识的限制上，通过限制被许可方选择商标的自由，或通过强制被许可方接受连同技术许可一起的商标许可，要求被许可方在所许可产品上使用许可方指定的商标，如果这个限制对市场竞争有不利影响，是违反竞争法的。但是在这种案件中，如果被许可方可以表明制造者身份的，上述限制就不至于违法。条例第一条第一款第7项规定：“在被许可方自己作为所许可产品制造商的识别上并未受到阻碍的前提下，要求被许可方仅使用许可方的商标或尽力使所许可产品得以区别”，这种限制是可以豁免的。因为这种商标强制许可也有利于消费者对于用相同技术制造的同一种产品的识别，标注不同的商标反而会引起消费者的误解，以为是用不同技术制造的产品。所以只要能够标明真实的制造者，这种限制对于维护市场秩序是有利的。

（13）保密、协助等要求

秘密性是技术秘密得以存在的基础。作为被许可方不泄露许可方提供的技术秘密，是技术秘密许可得以进行的前提；否则没有人会将技术秘密许可给他。所以，技术秘密许可协议要求被许可方对所许可技术秘密在协议期间内以及协议终止后保守秘密（包括不将该技术秘密披露给第三者），原则上不属于限制竞争行为，而是权利人正常行使自己的权利。【35】事实上，现代合同法已经将保守

商业秘密作为一项法定的附随义务加以规定，无论合同成立与否、终止与否都不能泄露商业秘密。作为技术秘密的被许可方更应该保守秘密。

另外，条例第2条第1款第（6）项规定：“要求将盗用技术秘密或侵犯所许可专利的情况通知许可方；或要求对上述盗用或侵权行为提起或协助许可方提起法律诉讼”的协议条款，不属于限制竞争条款，予以集体豁免。要求实施专利的被许可人对第三者侵犯专利权的行为提起或参与诉讼，有时候是必要的。因为制止侵权的结果不仅对权利人有利，对于被许可方也是有利的。

（14）对分许可、转让许可的限制以及最惠条款

一般只有在授予独占许可的情形下，才会发生被许可方授予第三人分许可或转让许可的情况；而普通许可的被许可方一般是不允许授予分许可或转让许可的。因为普通许可的被许可方取得的只是一种债权性质的合同标的物（专利或技术秘密【36】）的使用权（实施权），并不具有近似于权利人的地位，自然不能授予分许可，更谈不上转让许可了。否则许可方（权利人）向其他人授予普通许可的利益就得不到保护了。在独占许可的情形下，如果被许可方转让许可，实际上是把与许可方的独占许可法律关系中产生的全部权利和义务转让给第三方，属于合同法中权利义务概括转移的情形，按照大多数国家民法的规定，应该取得合同相对方，即许可方的同意。因此，在普通许可协议中限制被许可方分许可或转让许可，以及在独占许可协议中限制被许可方转让许可，都不至于违反竞争法。

但是，如果把知识产权看成一个“准物权”，独占许可在一定范围内已经起到了物权转移的作用，独占许可的被许可方实际上取得了近似于权利人的地位。因此，如果被许可方以普通许可证【37】的形式授予分许可证，实际上已经包含在独占许可的被许可人的权利范围之内。这时限制被许可方实施分许可似乎显得不近合理。但是，条例仍然将这种限制视为可以豁免的对象【38】。理由是：被许可方只取得使用权，而没有处分权。而且对技术秘密来说有一个保密义务的问题。此外，许可方在授予许可时，往往要考察被许可人的条件、既有许可协议的数量以及地域分布等，而分许可有可能违背许可人的意愿【39】。显然，许可方的利益在这里得到了更多的照顾。

但是也不能一味偏袒许可方。条例第二条第一款之10就给予了被许可方一个“最惠国待遇”：在协议订立后，如果许可方给予他人以任何更优惠的条件，许可方有义务给予被许可方——这个对许可方的限制不被认为是限制竞争。

注释：

【1】王晓晔：《欧共体竞争法》，中国法制出版社2001年6月第一版，自序、P6-9。

【2】 王晓晔：《欧共同体竞争法》，中国法制出版社2001年6月第一版， P12。

【3】 学者对此的理解并不完全一致。有的认为这里是四个条件，参见王晓晔：《欧共同体竞争法》，中国法制出版社2001年6月第一版， P129。有的是认为三个条件，参见[德]库尔特·马尔克特：《美国反托拉斯法的现状和发展趋势》，邵建东译，载于《美国和德国的经济与经济法》，爱里克·松尼曼编，法律出版社1991年10月第一版， P175注释8。笔者认为三个，“限制竞争是绝对必要的”或者“限制竞争不得大到排除市场竞争的程度”是并列的，是一个问题的两个方面。

【4】 王晓晔：《欧共同体竞争法》，中国法制出版社2001年6月第一版， P134。

【5】 合并了关于专利转让协议的1984年第2349号条例，关于技术秘密许可协议的1989年第56号条例这两个条例。

【6】 参见条例第1条第1款。

【7】 参见条例第6条。

【8】 参见条例第5条第1款。

【9】 王晓晔：《欧共同体竞争法》，中国法制出版社2001年6月第一版， P202。

【10】 王晓晔：《欧共同体竞争法》，中国法制出版社2001年6月第一版， P202-203。

【11】 但是，条例第1条第1款之（7）和第2条第1款之（13）规定的集体豁免不受此影响。

【12】 不是指专利权被宣告无效。

【13】 有的学者认为欧共同体规定在“支付一个数额较低的技术使用费”时，可以豁免，参见王晓晔：《欧共同体竞争法》，中国法制出版社2001年6月第一版， P206。笔者对此有不同理解。

【14】 参见条例第2条第1款第3项。

【15】 但是，欧共同体对于搭售的范围不限于有形产品，还包括服务，参见条例第四条第二款(a)。

【16】 该条件与对质量要求豁免的条件是一样的，即对于（1）在技术上正确实施所许可的技术，或（2）保证被许可方的产品符合许可方和其他被许可方采用的最低质量规范来说是有必要的。

【17】参见条例第2条第1款第5项。

【18】竞争产品是指与所许可产品处于竞争关系的类似产品或替代产品，它可以是用第三方或被许可方的专利技术或技术秘密生产的。竞争技术是指与所许可的方法专利以及技术秘密相竞争或相类似的技术。参见[日]川井克倭：《技术引进合同与反垄断法》，魏启学译，中国展望出版社1983年6月第一版（原版1978年11月20日初版），P86。

【19】参见条例第3条之（2）。

【20】参见条例第2条第1款第17项（属于白色条款）。

【21】郑成思：《知识产权法》，法律出版社1997年7月第一版，P66-67。

【22】参见条例第2条第1款第18项（属于白色条款）。

【23】参见条例第3条之（2）。

【24】王晓晔：《欧共同体竞争法》，中国法制出版社2001年6月第一版，P203。

【25】参见条例第1条第1款第8项。

【26】参见条例第2条第1款第13项。这个规定也是禁止“限制客户”的一个例外。

【27】参见条例第2条第1款第9项。

【28】参见条例第三条之（1）。

【29】但是，欧共同体对于搭售的范围不限于有形产品，还包括服务，参见条例第四条第二款(a)。

【30】参见条例第2条第1款第15项。

【31】参见条例第2条第1款第16项。本条款的翻译得到了同济大学知识产权学院教授单晓光博士的指正。

【32】参见条例第2条第1款第18项。

【33】 参见我国专利法第15条、专利法实施细则第84条。

【34】 参见条例第2条第1款第11项。

【35】 参见条例第2条第1款第（1）项。

【36】 各国已经趋向于把技术秘密看成一种财产权了。

【37】 如果以独占许可形式，就等于转让许可了。

【38】 条例2/1/2。

【39】 许光耀：《欧共体竞争法研究》，法律出版社2002年6月第一版，P176。

© 版权所有 同济大学知识产权学院

地址：上海市四平路1239号 邮编：200092 电话/传真：021--65988843 E-Mail: tongjiipi@yahoo.com.cn
