

技术引进中限制性条款的法律调整

杨为国 钟长欣

(华中科技大学 管理学院 湖北 武汉 430074)

摘 要 随着全球经济的迅速融合以及我国涉外技术经济关系的发展,技术引进在我国对外交往中占据了举足轻重的地位。相应地,如何规范技术引进活动以促进我国技术贸易的健康发展已成为普遍关注而又十分棘手的问题,其中限制性条款更是技术引进许可合同中的焦点问题。从分析限制性条款的概念入手,研究国际组织以及发达国家、发展中国家对限制性条款的不同法律调整方法。鉴于技术引进所借助的法律形式均为签订技术引进合同,而借鉴国际立法经验,竞争法(反垄断法)则是调整技术许可问题中有关条款的重要途径,因此可以将两者结合起来,为确定我国对限制性条款的判断标准、救济途径提供依据。

关键词 技术引进 限制性条款 合同法 竞争法

中图分类号 F746.17

文献标识码 A

文章编号 :1001-7348(2006)06-0020-03

技术引进是发展中国家加快科技进步的重要手段。然而,我国众多企业在参与技术引进工作时由于引进技术心切、法律意识淡薄等原因常常受制于人:即一方面在我国企业与外国技术供方所签订的技术引进合同中存在着某些不合理的限制性条款,使我方蒙受不同程度的损失;另一方面,有些企业因拒绝接受技术供方的一切限制性条款,最终导致合同价格成倍提高,同样使我方付出极高的代价。

1 限制性条款的定义

何谓限制性条款,目前国际上尚无统一定义,不同国家对限制性条款的认识也存在差异。对限制性条款定义最具影响的表述来自1980年12月5日联合国第35届大会通过的《关于控制限制性贸易做法的多边协议的公平原则和规则》,该规划指出:“凡是通过滥用或者谋取滥用市场力量的支配地位,限制进入市场或以其它方式不适当地限制竞争,对国际贸易,特别是对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,或是通过企业之间的正式的或非正式的、书面的或非书面的协议以及其它安排

造成了同样影响的一切行动或行为。”^[1]

2 限制性条款的国际立法

1948年的《哈瓦那宪章》作为首次对国际许可协议中“限制性商业措施”进行专门规定的国际立法,尽管最终胎死腹中,但宪章第46-52条详细规定了包括磋商程序、调查程序、限制性商业措施、成员的义务、合作救济制度、国内措施等在内的限制性商业行为规则。如宪章第50条规定:“各成员方应按其宪章或法律制度和经济组织的规定,采取一切可能措施,以保证在其所辖区内,不从事(限制性商业措施)……并协助国际贸易组织制止这类措施”^[2]。

1975年,一些国家提出要制定一个国际技术转让的行动守则,然而由于各国利益、观点不一致,于是出现了两个行动守则。一个是以日本为代表的工业发达国家提出的《关于编制国际行动守则的技术转让修正草案大纲包括国际技术转让指导性原则在内的行动守则大纲》,另一个是以巴西为代表的77国集团(发展中国家)提出的《关于编制国际性技术转让行动守则的修正草案大纲》。这两个行动守则在限制性条款中出现

了较大的差异,发达国家提出了8条,而发展中国家则提出了40条,反映了世界两大集团之间的利益冲突。后来联合国试图从中协调,提出了《国际技术转让行动守则草案》,其中将限制性条款综合为20条,但这一草案至今还未能通过。然而,长达近10年的谈判所达成的一些共识也对各国制订本国的相关法律以及WTO《与贸易有关的知识产权协定》的有关规定的起草产生了一定的影响^[3]。

有关限制性条款的最新国际讨论来源于2005年6月26日30多个最不发达国家的贸易部长在赞比亚旅游城市利维斯顿通过的《利维斯顿宣言》。宣言要求发达国家立即向最不发达国家的所有产品在长期和可预见的基础上提供免关税和免配额的准入,不得施加任何限制性条款。据悉,该宣言将成为最不发达国家在12月世界贸易组织第六次部长级会议上的共同立场。

限制性条款作为不正当竞争行为的表现方式,损害了国际正常的技术贸易活动,各国在对用法律调整或管制限制性条款上的态度是一致的,但由于各国调整限制性条款的目的不同,评定限制性条款的标准也不

收稿日期 2005-08-29

同,这就使得各国在限制性条款的法律调整和控制上有很大的差异,而这种差异主要体现在发达国家和发展中国家之间。

	附表	
	发达国家	发展中国家
判断标准	妨碍自由竞争即不合理限制性条款	只要是对引进方国家或引进企业产生不利影响即是不合理的限制性条款
法律调整方式	反垄断或公平贸易法	制定专门的法律法规

3 限制性条款的国内立法

建国 50 多年以来,我国作为发展中国家,许多产业都是在引进和模仿先进国家科学技术的基础上逐步发展起来的。对限制性条款的法律调整,则主要集中在改革开放以后建立的各项法律法规,归纳起来,分为以下几个阶段:

(1) 1985 年以前:早在 1981 年,国务院颁布了《技术引进和设备进口工作暂行条例》,随后在 1983 年制定了《技术引进和设备进口工作暂行条例的实施细则》,同年发布的《中外合资经营企业法实施条例》规定合营企业订立的技术转让协议不得含有我国的法律、法规所禁止的不合理限制性条款。其间国家科委与其它部委联合颁布了《技术引进工作审查暂行办法》,对限制性条款的规制以管理机构对技术引进合同实行审批制而初现雏形。

(2) 1985-2000 年:1985 年国务院颁布《技术引进合同管理条例》,其中对限制性条款的规定坚持原则性与灵活性相结合的原则,供方不得强使受方接受不合理的限制性要求,未经审批机关特殊批准,合同不得含有其后列举的 9 条限制性条款。实质上,该条款正属于之后对外经济贸易部发布的《实施细则》第 18 条规定的不经修改不予批准的两类情况,即第一类:违反国家现行法律和法规、损害社会公共利益的;或第八类:合同各方的权利、责任、义务的规定不够明确、对等、合理的。1990 年为了更好地执行《技术引进合同管理条例》及其《实施细则》,使签订与审批技术引进合同逐步规范化,对外经济贸易部拟定了《签订与审批技术引进合同指导原则》。其中,明确指出审批机关应按国家法律、方针、政策和有关规定从技术、经济、法规的不同角度全面审查合同,合同中是否包含我国法律所禁止的各种限制性条款就是审批的主要内容之一。1994 年制定实

施的《中华人民共和国对外贸易法》第 27 条规定了对外贸易经营者在对外贸易经营活动中不得有下列行为,其中不得“以不正当竞争手段排挤竞争对手”也应理解为包括涉及滥用知识产权的限制竞争行为^[2]。

(3) 2000 年至今:为规范技术进出口管理,维护技术进出口秩序,2001 年 10 月国务院通过了《中华人民共和国技术进出口管理条例》。条例一改之前赋予管理机构灵活审批技术引进合同的做法,直接以列举方式指出技术进出口合同中不得含有的 7 条限制性条款。2002 年颁布的《技术进出口合同等级管理办法》则对技术进口合同的生效、审批作了更详尽的规定。

4 合同法对限制性条款的法律调整

早在 1985 年颁布的《技术引进合同管理条例》中,就明确指出受方和供方必须签订书面的技术引进合同。既然双方交易的开展靠执行合同条款来实现,对技术引进合同进行管制也是一国政府管制技术引进最便捷而有效的方式,因此,有必要探讨合同法对限制性条款的法律调整。

(1) 合同法对限制性条款的调整。回顾合同法对限制性条款的调整方式,是从 1985 年颁布的《涉外经济合同法》开始的,其中并没有专门针对限制性条款的规定,只是提到“违反中华人民共和国法律或者社会公共利益”的合同无效。合同中的条款违反中华人民共和国法律或者社会公共利益的,经当事人协商同意予以取消或者改正后,不影响合同的效力。^[3]到了 1999 年颁布的《合同法》,虽然也没有对限制性条款的直接规定,但第 349 条已将技术转让合同让与人保证自己是所提供技术的合法拥有者作为转让方的法定义务之一,以减少因受让方实施合同技术侵犯第三人技术权益产生纠纷。另外显失公平或非法垄断技术,会被予以撤销或认定无效。合同法对专利实施许可合同总的处理原则是合同中约定的个别不合理限制性条款被认定无效或被撤销时,不影响整个合同的效力。

(2) 合同法调整限制性条款的宗旨。合同法对限制性条款没有原则性限制,一方面是因为我国作为发展中国家,有专门的技术引进条例;另一方面,合同法奉行的意思自

治原则,使其对于自愿达成的合法条款几乎没有限制,即便条款本身具有限制性也不例外。这一总原则既适用于合同条款,也适用于限制性许可做法。依合同法,只要双方自愿同意并载以书面形式,限制性许可条款就有效,并具有可强制执行性。

(3) 政府监督机制下对合同法倡导意思自治原则的冲击。建立在西方自由市场经济理论上的古典市场理论认为,竞争自由的市场会自动地、最合理地分配资源,保证竞争自由的前提就是契约自由。自由主义经济理论则从竞争角度出发,认为独立主体之间的自由竞争,可自发形成个人利益与社会经济关系之间的平衡。合同双方通过自由协商订立的民事契约,被看作是私权,一律排斥行政机关干预。19 世纪,更以意志自由为哲学基础,奠定了以放任自由为经济根据的近代契约最高原则,认为自由契约本身即是达到公正和满足社会利益的必要因素。

传统契约自由原则的经济根据实际上是完全意义上的自由竞争,价值规律和供求关系法则能对社会经济平衡起近乎绝对意义的支配作用,这实际上是一个比较理想的状态。但在现代社会中,契约自由原则不能必然地取得和保证社会公正。社会公正和个人自由发生分离的事实说明它们之间不再有必然的统一。合同所确定的当事人之间的权利义务关系,在无外来干涉时,体现谈判力量较强一方当事人的意志。尤其是在技术引进合同中,作为受让方往往基于对技术的需求,处于劣势地位,这也是转让方可以加强限制性条款的重要原因。

政府对技术引进合同进行审批,正是以行政手段对合同法倡导意思自治原则的干预,可以把它看成是“契约即公正,即社会利益”公理的倾斜。根据 2001 年《中华人民共和国技术进出口管理条例》的规定,引进技术被分为限制进口技术和自由进口技术。属于限制进口的技术,国家实行许可证管理,未经许可不得进口,进口合同自技术进口许可证颁发之日起生效,即以政府的批准为生效要件,对属于自由进口的技术,实行合同登记管理,但不以登记为合同生效的条件。当然,不管是何种引进技术,其合同中都不能含有条例中涉及的限制性条款。

(4) 合同审批制下对限制性条款法律调整的缺失。尽管现行法律明确指出技术引进

合同不能含有其列举的7条限制性条款,但可以料想实践中的引进合同会出现并非条例中涵盖的限制性条款。于是,政府对合同审批时的监督成了唯一的救济方法。从另一方面来看,这使得合同生效受到合同中各种因素的影响。尤其是在保证国家整体利益不受侵害的前提下,如何避免商业行为成为政府行为的附属,避免市场条件在政府行为的干预下变得过分扭曲,这些都是对限制性条款无明确判断标准所造成的法律确定性的缺失。

5 竞争法(反垄断法)对限制性条款的法律调整

借鉴国际立法经验,竞争法(反垄断法)是调整技术引进合同中限制性条款的重要途径。作为对合同法的补充,竞争法(反垄断法)以公力对本属于当事人协商好的、看似平等的限制性条款进行规制,以防止技术转让方的权利滥用。

(1)竞争法(反垄断法)对限制性条款的调整。从1985年开始,我国出台了一批地方性竞争法规,如上海、天津、武汉纷纷制定反对不正当竞争暂行条例,1993年12月开始正式施行《反不正当竞争法》。纵观《反不正当竞争法》,其明显缺陷是没有对“不正当竞争行为”从内涵上进行界定。该法采用封闭式立法结构,第2条第2款称:“本法所称的不正当竞争,是指经营者违反本法规定,损害其他经营者的合法权益,扰乱社会经济秩序的行为。”除全文列举的11种不正当竞争行为外,并未依循往常的立法通例,即在详细列举后添附“兜底条款”以免疏漏。这样,我国法律承认的所谓不正当竞争行为仅为该法所列11种,诸如禁止搭售或附加不合理条件销售等常见限制性条款是否适用于技术引进,尚难定论。

另一方面,我国反垄断法至今尚未出台,一旦出台,诉讼的复杂性也会制约其对限制性条款的调整效力。

(2)竞争法(反垄断法)对限制性条款调整的局限性。纵观已制定反垄断法的国家,可以发现单纯地用反垄断法对限制性条款进行法律调整是有局限性的。

以美国为例,对限制条款的限制源于反托拉斯法及相关的权利滥用理论。国会在理论上提供作为总指导纲领的详细法律规定,

限制性许可由大量和日益增长的判例法调整^[9]。行政性准则虽然存在,但它只能帮助法律意向的形成,不具有法律强制力,最终决定仍由法院自主完成。应在个案中去弥补法律的不足,使反托拉斯法始终处于不断发展和完善之中。对于随之而来的不确定性问题,极大地增加了双方的交易成本。因为如果交易主体希望得到关于法律的明确解释,就必须诉诸最高法院,别无其它选择。于是出现了针对长期存在的不合理贸易限制的本身违法规则,其产生的部分原因正是为了避免不确定性。

欧盟和日本由于缺乏普通法发展所保持的遵循判例的传统,决定了它们对限制性条款的调整更多地依赖于行政规则和准则,即源于竞争法和反垄断法。但是所有这些法律和规则共同面临的一个基本问题是:不存在已经获得广泛接受的判断限制性条款合法性的原则^[10],也不存在确定此项原则被广泛接受的理论。

6 在合同法所确定的意思自治原则下协调其与竞争法之间的关系

如前所述,以合同法或是竞争法(反垄断法)对限制性条款进行单独调整都存在一定的局限性,如何在合同法所确定的意思自治原则下协调其与竞争法之间的关系成了调整限制性条款一个可供参考的模式,这其中需要考虑的问题包括:

(1)限制性条款判断标准的确立。文中第二部分已提到不同国家对限制性条款的判断标准是不一样的,发达国家认为妨碍自由竞争即不合理限制性条款,而发展中国家则采取更为苛刻的态度,认为只要是对引进方国家或引进企业产生不利影响就是不合理的限制性条款,因此确定一个合理的判断限制性条款的标准是极为重要的。我国可借鉴1996年欧洲委员会制定的《技术转让条款豁免条例》。该条例采取一般禁止与豁免程序相结合、单独豁免和集体豁免相结合的体制,使当事人、执法机关和法院能清楚地知道法律许可、禁止和豁免何种行为,增强了法律的可操作性和可执行性,简化了执法程序,降低了执法成本。其次,该规章将技术转让许可合同条款分为基本豁免条款、白色条款、黑色条款和灰色条款。这种定性分类、区别对待的处理方式,可以提高合同当事人对

其法律行为后果的可预见性,有利于推动技术贸易及经济发展。类似的规定在美国反托拉斯法中表现为本身违法原则的确定,它将一些行为作为本身违法对待,是行政管理的实际需要,从经济角度考虑是为了避免不确定性风险和诉讼成本增加的需要。当然对于这种本身违法行为的确立,建立在行政机关大量的管理实践中,即该类行为恒定地被认定为不合法。

另外,是否可考虑在确立限制性条款判断标准的基础上,将类似的白色条款、黑色条款、灰色条款与可撤销合同、无效合同或效力待定的合同认定相挂钩,用合同法的一些基本理论来解释限制性条款,从而避免竞争法调整限制性条款时的诉讼复杂性。

(2)合同因限制性条款被认定无效时的利益赔偿。1985年颁布现已废止的《涉外经济合同法》第11条规定:“当事人一方对合同无效负有责任的,应当对另一方因合同无效而遭受的损失负赔偿责任”。1999年颁布的《合同法》也有类似规定:“合同无效或者被撤销后……有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失……”。对应到技术引进合同中,考虑到合同需经政府行政机关审批,对于那些因为技术转让方强加给受让方限制性条款而致使合同未能批准的情况,受让方应该向受让方赔偿一定的损失。

我国作为一个发展中国家,在相当长的时期内还将处于技术引进方的地位,通过协调合同法与竞争法之间的关系,对限制性条款进行调整将会对我国的技术引进工作起到积极的促进作用。

参考文献:

- [1] 胡充寒.国际技术转让法专论[M].长沙:湖南科学技术出版社,1995:168.
- [2] 赵小平.国际许可协议中的限制性条款研究[J].山西大学学报(哲学社会科学版)2004(1).
- [3] 美 Jay Dratler Jr..知识产权许可[M].王春燕译.北京:清华大学出版社,2003:396.

(责任编辑:高建平)

