

试论商业国际技术贸易的界定与限制性

李有星
阮赞林

明文规定限制性商业条款的《中华人民共和国技术引进合同管理条例》实施已十余年,然而,在技术贸易合同的实践中,限制性商业条款的出现仍相当普遍。究其原因,既有对限制性商业条款本身界定的难度,也有签约人对限制性内容不够熟悉及合同审批机关在管理与控制时不够协调、统一的因素。本文试就国际技术贸易合同中的限制性商业条款的界定、内容及管制等问题作些探讨。

一、限制性商业条款的界定

国际技术贸易中限制性商业条款(简称限制性条款)是指,在技术贸易过程中,技术供方凭借其优势地位对技术受方取得、使用、改进技术以及技术产品的销售等方面提出的损害技术受方利益的各种限制。其法律特征为:

1. 限制性条款是供方以合同形式对受方单方权利的限制或约束 从技术贸易的交易目的看,技术引进方引进技术是为了提高生产管理技术水平,促进本国国民经济的发展,而转让方(尤其是发达国家的跨国公司)转让技术的主要目的是为追求最大限度的利润。为此,供方为了维护其在竞争中的优势,通常不肯将其开发出的最新技术转让给受方,即使转让,往往要以受方接受供方提出的一系列条件为前提。例如,受方必须使用供方提供的原材料和零部件;产品只能由供方或者其指定人员或指定地区销售;受方不得从其他来源获得类似技术或与供方竞争的技术等。另外,技术贸易是通过合同形式进行,而合同认为是双方协商、意思表示一致而达成的协议。限制性条款正是利用合同表面上协商一致掩盖了事实上以强凌弱,也即由于供方一般都具有技术上的优势,而受方则在技术上有求于供方,因此在合同上不得不同意供方提出的种种无理要求。

2. 限制性条款是以专利权的合法垄断或专有技术的一定独占为前提的 从表面上看,专利权受法律保护,在一定时间、一定地域享有独占权,专有技术则在不失密的情况下享有事实上的独占权。限制性条款正是利用了合法的独占权的一面,扩大了其独占的范围,滥用了独占的权利,不仅限制了非法侵犯独占权的行为,也限制了对专利权的合法使用及与专利独占权不相干的其他行为。

3. 限制性条款的目的在于限制技术受方取得、利用、吸收和改进技术以及销售技术产品 技术受方取得先进技术并加以吸收是缩小其与技术供方之间技术差距的有效手段。随着技术差距的缩小,势必导致技术受方技术实力的增加和生产成本的降低,从而使之有可能与技

术供方之间展开竞争。在这个意义上说,技术供方所实施的限制实际上产生了某种反竞争的效果。因此,限制性条款通常表现为供方对受方在技术取得方面、技术使用、改进方面及产品销售方面的多方位约束。通过这些方面的约束,使受方始终处于竞争劣势地位。

4. 限制性条款的后果是导致技术受方利益受到损害 这种损害既包括已经发生的损害,也包括某种潜在的损害影响。

5. 限制性商业条款的确认依据是专门法规的明文规定 从调整范围看,技术贸易合同中由双方当事人订立的、形式上平等实际上不平等的条款不属于合同法或专利法所调整。合同法是调整合同双方当事人权利义务关系以及合同的签订、生效等法律条件的法律规范;专利法是关于发明人或申请人要求取得专利权必须具备哪些条件,以及专利权人的权利义务等法律规范。限制性条款的确认与调整,由专门的法律规范进行。在一些国家是关于技术转让的专门法规,另一些国家则是反垄断法或反托拉斯法。在我国,《中华人民共和国技术引进合同管理条例》及《实施细则》是确认和调整限制性商业条款的依据。法律无明文规定的,通常不得随意推定为限制性条款。

上述法律特征,对于正确界定限制性条款是很有意义的,但限制性商业条款界定的难度首先在于界定的标准。世界各国对于限制性条款的界定标准是不一样的。对于多数发达国家来说,在商业和贸易中,凡是有碍于自由竞争、垄断市场的行为都属于限制性商业行为,其在合同或协议中出现的条款为限制性条款。他们界定技术贸易合同中的限制性条款的出发点仍然是看该条款是否有碍于自由竞争。但鉴于工业产权本身就是在法律授予一定的范围和期限内的垄断权,因而在法律允许的范围内的垄断是合法的,反映技术贸易合同中的法律允许的限制性条款也是合法的,但若此项限制超出了法律允许的范围,则是非法的。广大发展中国家对限制性条款的界定则不仅仅限于某一条款是否有碍于自由竞争,更着眼于某一特定条款是否妨碍了发展中国家发展国民经济和技术的目标。理论上讲,尽管国际技术贸易中的某一条款并不妨碍于竞争,但它如果妨碍发展中国家发展本国经济和技术目标,或产生不良后果,仍被视为限制性条款。实际上,发展中国家在立法和执法上,都留有一定的余地,有时,从全局和长远观点出发,尽管合同中含有为本国法律禁止的限制性条款,只要经国家主管部门特殊批准,该特定限制仍可予以保留。

在如何界定限制性条款的问题上,我国通常采用的是发达国家的“竞争标准”同发展中国家的“发展标准”相结合的界定标准。在具体做法上,同许多发展中国家一样,我国技术引进法在原则规定了合同不应包含的各种限制性条款的同时,也作了某些灵活性的规定,正如《条例》第9条的前款规定:“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,合同不得含有下列限制性条款……”。

二、限制性商业条款的内容

在技术贸易合同中,各种限制性条款名目繁多,结合我国法律规定,这些条款主要有:

1. 技术取得方面的限制 (1)搭售条款。指技术供方向技术受方提供技术的同时,迫使受方购买他不愿意购买的另一项技术或原材料、零配件及中间产品,并以此作为受方获得供方所提供技术的条件;(2)一揽子交易条款。指技术供方直接或间接地迫使受方接受他所不需要的或不想要的专利或其他技术,作为向受方转让所需要的技术的前提;(3)限制受方获得

技术的来源条款。供方要求受方只能从供方获得某类技术,限制受方从其他来源获得类似技术或与之相竞争的同类技术,或者限制受方自由选择从不同来源购买原材料、零部件或设备;

(4) 不质疑条款。指供方在向受方转让含有工业产权的技术时,往往要求受方不得对合同项下技术的工业产权的有效性提出异议。这样,受方在使用供方技术过程中,如果第三者对其中工业产权的有效性提出异议并被法院宣布为无效,受方仍应履行合同规定的义务,不得对使用费支付提出异议。

2. 技术使用方面的限制 (1) 对技术范围和生产规模的限制条款。在某些情况下,一项技术可以同时用于几个工业部门或可以用来生产几种产品,供方在向受方转让技术时,可能要求受方只能将所转让的技术用于合同项下的产品的生产,而不得用于其他领域;在限制受方生产规模上,有时规定最低生产数量或最高生产数量;(2) 对技术改进和研究的限制条款。在某些场合,供方不允许受方按照当地情况对供方的技术加以改进和研究。这种限制,不仅发展中国家不能接受,一些发达国家的立法也不允许;(3) 改进技术的不对等交换条款。供方在合同中要求受方把原有技术基础上改进的技术无偿地或非互惠地提供给供方,同时规定改进技术的所有权属供方,受方对改进技术没有所有权,除了自己可以使用外,只能将改进技术提供给供方而无权向第三人提供;(4) 人员使用方面的限制条款。除为了保护转让和开始使用技术的传授阶段的效率而有此需要外,如果受方已经具备了经充分训练的当地人员或已培训了这种人员时,仍要求受方继续雇佣供方人员或指定的人员时,应视为不合理限制;(5) 工业产权期满后的使用限制条款。工业产权期满,其技术内容就进入公有领域而成为人类共同财富,任何人都可以无偿使用,对已经期满或失效后的专利不需要支付任何费用。供方要求受方支付已经失效的专利的使用费或承担义务是不合理的;(6) 合同期满的技术使用限制条款。对于合同期满后受方能否继续使用供方技术,各国法律规定不一。我国认为,禁止受方在合同期满后继续使用引进的技术条款为限制性条款。

3. 产品销售方面的限制 (1) 限制产品出口条款。发展中国家立法一般反对技术贸易合同中的出口限制条款,我国也如此。限制受方出口方法多种多样,有的在合同中规定禁止产品向任何国家出口;有的只允许向特定国家出口;有的规定禁止向特定国家出口,以及限制出口配额及出口商品价格等;(2) 确定价格权限制条款。技术供方常常要求在合同中保留对受方产品享有的确定销售价格的权利,从而使受方自行确定其产品的价格的权利受约束。采用的方法包括专门确定特定产品价格、确定产品最低或最高销售价格;(3) 包销与独家代理条款。要求受方将合同项下产品的独家包销权或代理权授予供方或其指定人员,受方不得自行销售或与第三方签约销售,其目的在于限制受方销售产品权利。

在了解上述技术贸易中限制性条款内容时,应注意下列情况不认为是限制性的:(1) 为保证产品质量而要求受方购买特定原材料和设备的条款,不认为是搭售条款;(2) 以提成价格计价时,技术供方要求在合同中规定最低年产量或产品最低售价的条款以及价格的“保底”和“封顶”条款;(3) 供方对受方在供方已签订独占许可合同或独家代理合同的国家和地区实施的出口限制条款,包括供方提出在该国家和地区的产品出口、数量或出口渠道等限制;(4) 对于包含多个专利的产品或技术,且专利的期限又长短不一,在技术价格一揽子计算中,涉及对部分已失效的专利使用费而难以区别计算时的条款;(5) 保密义务条款。对于专有技术而言,没有专门法律保护,主要靠保密来维护其专有性,技术供方要求受方本身及其雇员均不得泄密的条款,包括技术泄密的特别责任条款,等等。

三、限制性商业条款的管制

限制性条款的存在,严重阻碍了国际间正常的经济、技术贸易往来,特别是不利于发展中国家发展民族经济的努力,不利于国际经济新秩序的建立。因此,各国对限制性条款均实行严格的管理和控制,将其视为无效、非法,不予登记或不予批准。我国法律规定,未经审批机关特殊批准,合同不得含有下列限制性条款:即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;限制受方自由选择从不同来源购买原材料、零部件或设备;限制受方发展和改进所引进的技术;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;双方交换改进技术的条件不对等;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;不合理地限制受方的销售渠道或出口市场;禁止受方在合同期满后,继续使用引进的技术;要求受方为不使用的或失效的专利支付报酬或承担义务。

在实践中,为加强对技术贸易合同中限制性条款的管制,以下几方面工作值得注意:

1. 加强国家立法,健全管制规范 通过立法,以法律的形式明确我国技术引进的方针政策,明确限制性商业条款的界定标准、内容、形式以及国家管制的办法。这不仅便于我方利用法律武器与技术供方进行有利的谈判,使外商(供方)对自己行为和要求有一定的指导和约束作用,也使审批机关在审批时有章可循,从而使对限制性条款的管制科学化、合理化、法制化。我国颁布实施的《条例》及《施行细则》历经十余年后的今天,有些内容尚需补充、修改。例如,在对限制性条款的界定标准上,坚持“发展”与“竞争”标准相结合的同时,可充分注意到“竞争”标准。在立法技巧上可以考虑对限制性条款的列举与概括式的结合。又如,在与国际限制性惯例的接轨问题上,根据《联合国国际技术转让行为守则(草案)》的立法情况看,各国在独家经销、包销和独家代理协议,共同专利或交叉许可证协议及其它安排这三方面的限制达成共识,对其余11条基本达成了协议。据此,我国立法也有必要考虑。再如,对于不予批准的条款与限制性条款的界限应明确,如技术使用费条款,通常认为将不减少提成费或提成费歧视定义为限制性条款,但我国《细则》将技术价格和支付方式的不合理规定为不予批准条款。

2. 加强执法的协调统一,避免自由裁量权的滥用 同其他许多发展中国家一样,我国技术引进法原则上规定了合同不应包含的各项限制性条款的同时,赋予了审批机关特别的权利,即经过审批机关特别批准的合同中,可以保留限制性条款的内容。实质上,这就给我国的技术贸易合同审批机关在执法中留下了余地,使执法机关能自由裁量限制性条款的接受与否定。现在的问题是,由于各审批机关对限制性条款认识不一、掌握的紧松程度不一以及对自由裁量权的滥用等因素,出现的现象是相同或类似的限制性条款在相同或类似的合同情形下,有的被批准,有的不予批准;有的前一次未被批准,而后一次则被批准;有的在地区不被批准,在另一地区则被批准。这给人感到执法很不严肃,弹性太大。因此,加强执法的统一,避免自由裁量权的滥用是重要的。

3. 具体分析,区别对待限制性条款 在近年来开展的国际技术贸易的实践上,我国受方在谈判技术引进合同的过程中,常常遇到来自供方的种种先决条件。在处理这类条款时,必须以我国法律为依据,适当参照国际惯例,从公平交易和维护双方当事人合法权益出发,既不能损害我国的利益,同时也要考虑供方的实际情况。凡是有损我国主权、有损我国经济利益和明显不合理的限制性条款,我们坚决不能接受,要据理力争,迫使对方放弃不合理的要求。如