

# 论《TRIPS 协议》中的限制性商业条款

张发坤

(江汉大学政法学院法律系,湖北 武汉 430010)

**摘要:**限制性商业条款是技术转让合同中的出让方利用其技术优势强加给受让方的不合理条款,它损害了受让方的利益。《TRIPS 协议》对此进行了规制,并授权各国通过国内立法对其进行规制。我国在立法中对此进行了规制,但存在着立法归属不合理,法律规定不具体的问题,应对限制性商业条款规制的法律规定纳入竞争法或反垄断法,完善我国的立法体系。

**关键词:**《TRIPS 协议》;限制性商业条款;规制

**中图分类号:**F117

**文献标识码:**A

**文章编号:**1001-7348(2005)08-0075-02

## 1 《TRIPS 协议》第 40 条

《TRIPS 协议》第 8 节“在契约性专利权使用中反对竞争性作为的控制”第 40 条规定:

(1)各成员方一致认为,与限制竞争的知识产权有关的一些专利权使用作法或条件对贸易可能产生不利影响、可能妨碍技术的转让和传播。

(2)本协议中无任何规定阻止成员方在其立法中详细载明在特定情况下可能构成对有关市场中的竞争具有不利影响的知识产权滥用的专利权使用作法或条件。如上述所规定,一成员方可按照本协议的其它规定,根据国内有关法律和规定采取适当措施阻止或控制此种作法。这些措施可能包括例如独占性回授条件,阻止否认合法性的条件和强制性的一揽子许可证交易。

(3)若一成员方有理由认为是另一成员方国民或居民的知识产权所有者正在从事违反该成员方关于本节主题事项的法律规章的活动,并希望使该另一成员方遵守此类法规,则在不妨碍两个成员方中任何一方依法采取任何行动和作出最终决定的充分自由的条件下,该另一成员方在接到该成员方的请求后,应与之进行磋商。被请求的成员

方对与提出请求的成员方进行磋商应给予充分的同情的考虑。为此提供充分的机会,并应在服从国内法和令双方满意的关于提出请求的成员方保护资料机密性的协议之最后决定的条件下,通过提供与该问题有关的可以公开利用的非机密性资料和可供该成员方利用的其他资料进行合作。

(4)其国民或居民正在另一成员方接受关于所断言的违反该成员方关于本节主题事项的法律规章的诉讼的成员方,根据请求,应由另一成员方给予按照与上述第 3 款相同的条件进行磋商的机会。

第 40 条的含义包括:

第一,明确了知识产权贸易中存在限制竞争的作法和条件,该作法和条件对知识产权的贸易可能产生不利影响,可能妨碍技术的转让和传播,从而对这些作法和条件予以了否定。

第二,允许各国在其国内立法中列举在特定情况下构成对知识产权的滥用,在有关市场上对竞争有不利影响的作法和条件,并授权各国可根据其国内法采取适当措施阻止或控制此种作法和条件,特别是对独占性回授条件,阻止否认合法性的条件和强制性的一揽子许可证交易等作法和条件。

第三,明确了解决知识产权贸易纠纷的

方法,即提供成员国之间通过磋商的方法解决知识产权贸易中的纠纷,并明确了被请求磋商方对另一方的磋商请求应持积极的态度。

第四,该条反映出受西方发达国家的影响比较大。无论是指导思想、立法体例,还是使用的术语,都反映出了发达国家在知识产权贸易的立法指导思想和西方发达国家法律的影子。

但总的说来,第 40 条的规定有利于发展中国家保护其知识产权贸易中的权益,阻止发达国家滥用其技术优势掠夺发展中国家。

## 2 发展中国家和发达国家对限制性商业条款的认识和分歧

发达国家认为,凡是构成或导致市场垄断,妨碍商业竞争的条款就是限制性商业条款,强调该条款对市场垄断和商业竞争的影响。

发展中国家认为,凡是不利于或妨碍经济发展的条款就是限制性商业性条款,强调该条款对一国经济发展的影响。

从以上分歧可以看出,发达国家侧重于对市场垄断和商业竞争的影响,发展中国家则强调对一国经济的影响。因为发达国家在

知识产权领域具有绝对的优势地位,他们希望通过所谓的公平竞争,最大限度地维护其技术优势地位及由此带来的经济利益。相比之下,发展中国家与发达国家在知识产权领域的差距比其他领域的差距更大,他们不愿意在引进技术的过程中付出过高的代价,从而进一步拉大他们与发达国家经济上的差距。

为了协调发达国家与发展中国家在限制性商业条款认识上的分歧,1980年12月,联合国第35届大会通过了《关于控制限制性贸易做法的多边协议的公平原则和规则》,该原则和规则明确规定,限制性贸易做法是指:“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,或者是通过企业之间的正式或非正式的,书面的或非书面的协议以及其他安排造成了同样影响的一切行动或行为。”该原则和规则是国际上达成的第一个控制限制性贸易做法的国际性文件,并成为后来各国制定本国关于控制限制性贸易做法立法的参照标准。它实际上是将发达国家和发展中国家的观点揉合在一起。

将知识产权贸易纳入WTO谈判议题后,如何拟定知识产权贸易条款,发达国家与发展中国家的意见不完全一致。美国、日本、欧盟、瑞士等发达国家提出,要在世界范围内建立一个对知识产权提供“充分有效”保护的最低标准。其具体建议是:第一,缔约方有避免因对知识产权的过度、不充分或缺乏保护而导致贸易扭曲的义务;第二,在知识产权方面避免给予外国产品较低待遇和不在缔约方之间实行差别待遇的义务;第三,实施对知识产权适当保护的义务。印度、巴西、阿根廷、南斯拉夫等发展中国家则认为,关贸总协定关于知识产权谈判的主要任务是澄清关贸总协定关于知识产权的规则和条款,并依具体情况制定旨在减少对国际贸易扭曲和障碍的新规则和纪律。

经过艰苦的谈判,特别是在谈判过程中美国不断对印度、巴西等发展中国家施压,发展中国家考虑到乌拉圭回合协议作为一揽子协议,包括了发展中国家所希望得到的一些东西,作为一种交换,接受了《TRIPS协议》,它实际上是发展中国家妥协的结果。

《TRIPS协议》第40条所用术语是“反竞争性行为”和“对竞争的影响”,基本上采纳了发达国家的观点,发展中国家所提的对经济影响没有提及。

### 3 完善对限制性商业条款的法律管制

根据《TRIPS协议》第40条第2款的规定,各国有权在其国内法中对可能构成对有关市场竞争具有不利影响的知识产权滥用的专利权使用作法和条件详细载明,并可采取适当措施阻止或控制此种作法和条件。

在我国立法实践中,关于知识产权许可合同中限制性商业条款的规定主要是我国1999年颁布的《合同法》和有关的行政法规。《合同法》第329条规定:“非法垄断技术、妨碍技术进步或者侵害他人技术成果的技术合同无效”。第334条规定:“技术转让合同可以约定让予人与受让人实施专利或者使用技术秘密的范围。但不得限制技术竞争和技术发展”。第335条规定:“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。”

根据《合同法》第335条的规定,国务院1985年颁布的《中华人民共和国技术引进合同管理条例》和对外经济贸易部1988年颁布的《中华人民共和国技术引进合同管理条例实施细则》等有关的行政法规在《合同法》生效后仍然有效。《中华人民共和国技术引进合同管理条例》第9条规定:“技术引进合同的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:①要求受方接受与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、材料、设备或者产品;②限制受方自由选择从不同来源购买材料、零部件或者设备;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者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限制受方利用改进的技术生产产品的数量、品种或者销售价格;⑦不合理地限制受方的销售渠道或者出口市场;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者失效的技术支付报酬或者承担其它义务;《中华人民共和国技术引进合同管理条例实施细则》第14条规定:“未经审批机关批准,

合同中不得含有限制受让人利用引进技术生产的产品出口的条款。但属下列情况之一的除外:①供方已签订独占许可合同的国家 and 地区;②供方已签订独家代理合同的国家 and 地区。”第15条规定:“未经审批机关批准,合同中不得规定禁止受让方在合同期满后继续使用技术的条款。合同期满时,引进技术所涉及的专利尚未期满的,应当按照《中华人民共和国专利法》的有关规定办理。”

上述关于我国对限制性商业条款的立法虽然对规制限制性商业条款起了一定的积极作用,使之有法可依,但仍需要进一步的完善。

首先,我国关于限制性商业条款的规定主要体现在合同法中,包括技术引进合同管理条例及其实施组织,都属于合同法的范畴。虽然从合同法的角度来规制限制性商业条款没有违反《TRIPS协议》,但从《TRIPS协议》第40条的用语来看,它隐含着关于此类规定最好是在竞争法中的意思。从其他国家的立法实践看,英国、德国、加拿大、瑞士、荷兰、日本等发达国家都是在竞争法或反垄断法中进行规制的。再从知识产权的性质和特点来看,知识产权的本质为垄断权,带有垄断性,专门性。这种垄断权是一种相对垄断权,而不是绝对垄断权,是一种法定权利。因此,一旦知识产权人滥用法律授予的垄断权,即背离了法律授权的初衷,法律即可采取相应的措施对其进行规制。因此,无论是从与《TRIPS协议》的规定保持一致,与国际接轨,还是从知识产权本身的性质和特点来看,对限制性商业条款在竞争法和反垄断法中进行规制更为合适。

其次,有些法律规定比较抽象,缺乏可操作性,如《合同法》第329条规定的“非法垄断技术、妨碍技术进步”中的“非法”和“妨碍”没有进一步地、具体地解释。什么是“非法”,什么构成“妨碍”,实践中缺乏可操作性,一旦引起纠纷,极易遭致其他成员方对我国立法中的类似规定提起缺乏“透明度”的诉请。因此,我国在立法中应用具体、明确的规定代替原则性和含糊的规定,提高法律的“透明度”和可操作性,使之更有效地实施,更好地维护我国和我国企业的合法权益。

(责任编辑:赵贤瑶)