



东方法学

Oriental Law

ISSN 1674-4039, CN 31-2008/D



《东方法学》网络首发论文

题目: 论强制技术转让
作者: 单晓光
DOI: 10.19404/j.cnki.dffx.20201016.001
网络首发日期: 2020-10-16
引用格式: 单晓光. 论强制技术转让. 东方法学.
<https://doi.org/10.19404/j.cnki.dffx.20201016.001>



网络首发: 在编辑部工作流程中, 稿件从录用到出版要经历录用定稿、排版定稿、整期汇编定稿等阶段。录用定稿指内容已经确定, 且通过同行评议、主编终审同意刊用的稿件。排版定稿指录用定稿按照期刊特定版式(包括网络呈现版式)排版后的稿件, 可暂不确定出版年、卷、期和页码。整期汇编定稿指出版年、卷、期、页码均已确定的印刷或数字出版的整期汇编稿件。录用定稿网络首发稿件内容必须符合《出版管理条例》和《期刊出版管理规定》的有关规定; 学术研究成果具有创新性、科学性和先进性, 符合编辑部对刊文的录用要求, 不存在学术不端行为及其他侵权行为; 稿件内容应基本符合国家有关书刊编辑、出版的技术标准, 正确使用和统一规范语言文字、符号、数字、外文字母、法定计量单位及地图标注等。为确保录用定稿网络首发的严肃性, 录用定稿一经发布, 不得修改论文题目、作者、机构名称和学术内容, 只可基于编辑规范进行少量文字的修改。

出版确认: 纸质期刊编辑部通过与《中国学术期刊(光盘版)》电子杂志社有限公司签约, 在《中国学术期刊(网络版)》出版传播平台上创办与纸质期刊内容一致的网络版, 以单篇或整期出版形式, 在印刷出版之前刊发论文的录用定稿、排版定稿、整期汇编定稿。因为《中国学术期刊(网络版)》是国家新闻出版广电总局批准的网络连续型出版物(ISSN 2096-4188, CN 11-6037/Z), 所以签约期刊的网络版上网络首发论文视为正式出版。

论强制技术转让

单晓光*

内容摘要:中美贸易战实质是知识产权战、科技战,强制技术转让问题正成为这场知识产权战役的前沿阵地。所谓强制技术转让,是指责中方诱迫外方转让其技术给中方企业的不公平和歧视性法律、政策乃至与商业策略融合的全过程。强制技术转让是一个不确定的开放概念,随着国际经贸形势的变化而不断发展。就法律层面而言,强制技术转让包含国际经济法、反垄断法、行政许可法等方面的内容,而反垄断法规制技术转让合同中限制性条款的内容又是其中的重中之重。颁布外商投资法、修改技术进出口管理条例等法规,基本满足了中美经贸协议有关强制技术转让方面的诉求,但更艰巨的任务是相关反垄断法的适用。既要符合中美经贸协议,也要依据国际准则和惯例,以切实维护我国国家利益。

关键词:国际贸易规则 中美经贸协议 强制技术转让 技术转让合同 限制性条款 反垄断法

一、问题的提出

突如其来的新冠病毒大流行没有减缓,反而加大了中美之间贸易战的紧张关系,尤其是2020年5月30日特朗普宣布了一系列攻击中国的新政,比如以保护美国知识产权为名,限制和禁止中国部分人员入境美国。美方日益加剧限制中方的单方举动,使得国际社会非常担忧将打破中美之间本已脆弱的贸易休战。但无论国际风云如何波涛汹涌,2020年5月22日,国务院总理李克强在十三届全国人大三次会议上的政府工作报告重申了共同落实中美第一阶段经贸协议的决心。中美经贸协议已被写入政府工作报告,释放出中国在当前复杂国际形势下坚持对外开放的明确信号。

与以往历次中美经贸摩擦不同,在这次中美贸易战中,中美双方几乎都公认,贸易战是表面的,实质还是知识产权战、科技战。随着2020年1月15日《中美第一阶段经贸协议》(以下简称《中美经贸协议》)的签署,这个观点更为引人注目。普遍认为,即使中美贸易战休战,知识产权和科技战也不会停止,将会是一场长期的持久战。特别值得注意的是,这次中美知识产权战的内容有了一个明显的新变化,也就是出现了所谓的强制技术转让问题,即有关中国强制将美国技术转让给自己的本土企业的争议。《中美经贸协议》第二章就用了一整章来规范技术转让,强调指出:“双方确认确保按照自愿和基于市场的条件开展技术转让的重要性,并认识到强制技术转让是一项重要关切。”美国还尝试量化侵犯知识产权和强制技术转让造成的损失,据称每年达到数百亿甚至数千亿美元。并认为,知识产权保护不力只是问题的一部分,不容忽视的是,中国还采取了一系列旨在迫使外国公司向中国本土企业转让战略敏感技术的政策。这些政策是中国将目前处于关键技术前沿的西方企业替换为中国国家龙头企业的长期雄心的关键组成部分。⁽¹⁾为此,2017年8月美国宣布对中国发起“301调查”,并据此发动了这次影响空前的中美贸易战。需要注意的是,2019年4月25日,美

* 同济大学上海国际知识产权学院教授、博士生导师。

本文系国家社科基金重大项目“基于知识产权密集型产业的强国战略路径研究”(项目批准号:17ZDA140)的阶段性研究成果。感谢同济大学上海国际知识产权学院候选博士研究生周兰轩婕和硕士研究生楚楚,他们协助作者收集整理了相关文献并提出了对本文有价值的意见。

(1) See Lee G. Branstetter, *China's Forced Technology Transfer Problem—And What to Do About It*, in Peterson Institute for International Economics, PB 18-13 June 2018.

美国贸易代表办公室发布的《301 特别报告》，⁽²⁾ 依然将中国列入“优先观察国”名单。美国承认中国在知识产权机构改革和法律修订方面存在进展，但并未根本改变中国知识产权格局。美国贸易代表办公室 2020 年 4 月 29 日发布的《301 特别报告》，⁽³⁾ 再次将中国列入“优先观察名单”，并声称，中国需要避免强迫或施压技术转让，从根本上进行结构性加强知识产权保护和执法力度，实施修订知识产权措施，向外国投资开放中国市场，允许市场在资源的配置中起决定性作用。

尽管美国的指责存在数据错误、主观偏见等因素，但为了消除国际上对于我国技术转让方面法律政策的误解，促进和保障《中美经贸协议》的顺利签署与落实，更为了优化营商环境，我国开始了新一轮以加强和同等保护为导向的对专利法、著作权法等知识产权法规的修订，还颁布了外商投资法与外商投资法实施条例（以下简称外商投资条例），并对技术进出口管理条例（以下简称技术进出口条例）、行政许可法等法律法规也进行了相应的修订。几乎一致的观点是：这些法律法规的颁布和修订，既有以往相关法律法规自身规定的相互矛盾、不适应优化营商环境等方面的原因，也有为了回应美国对我国技术转让法律政策的指责而进行的修订和调整。不仅有利于外国企业向中国企业转让技术的积极性，还将有效促进中国企业向外国企业转让技术。因此，厘清强制技术转让问题的来龙去脉，探析其本质，准确分析和解读外商投资法、技术进出口条例、行政许可法等法规的相关内容和适用规则，对于理性落实《中美经贸协议》，进一步完善相关法律制度，保障国际科学技术交流，把握新一轮科技革命的机遇，建设知识产权和科技强国，无疑具有紧迫的现实意义。

二、强制技术转让问题的缘起

（一）政治经济背景

美欧有关强制技术转让的抱怨是有迹可循的，最早始于我国提出和实施自主创新政策。加入 WTO 以来，我国经济高度依赖外国技术，但自 2006 年以后，开始转向注重自主创新。事实表明，不同于历史上历次几乎都与我国无关的科技革命，犹如第二次和第三次科技革命的发生发展与美国的独立强盛的历史契合，全球化浪潮和新一轮科技革命与中国的改革开放与和平崛起也有着机遇耦合，我国的科技力量和知识产权实力在世界的地位发生了令人瞩目的变化。⁽⁴⁾ 2017 年 12 月，欧洲专利局联合德国商报研究所发布《专利与第四次工业革命——数字转化背后的发明》。⁽⁵⁾ 报告指出，欧洲、美国和日本是第四次科技革命的领导者，但中国和韩国是迅速的追赶者。虽然韩国和中国在几十年之后才开始开发第四次科技革命的创新，但发展速度却远超过其他地区。2020 年 3 月欧洲专利局发布的《2019 年专利指数》⁽⁶⁾ 更是显示，2019 年中美欧三方几乎均分了第四次科技革命标志性技术之一——数字通讯技术的专利申请。与此相应的是，随着改革开放的力度不断加大，国际科技交流日益广泛，技术进出口活动频繁活跃，⁽⁷⁾ 知识产权对我国的科技发展、经济建设和国家竞争力等方面产

(2) https://ustr.gov/sites/default/files/2019_Special_301_Report.pdf.

(3) Ibid.

(4) 据 2020 年 4 月 7 日世界知识产权组织 (WIPO) 消息，2019 年，中国通过 WIPO 的专利合作条约 (PCT) 系统提交了 58990 份申请，成为世界第一名，结束了自 1978 年 PCT 开始运营以来美国 (2019 年为 57840 份申请) 作为 PCT 系统最大用户的统治，载世界知识产权组织网，https://www.wipo.int/pressroom/en/articles/2020/article_0005.html，2020 年 4 月 7 日访问。

(5) [http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/17FDB5538E87B4B9C12581EF0045762F/\\$File/fourth_industrial_revolution_2017_en.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/17FDB5538E87B4B9C12581EF0045762F/$File/fourth_industrial_revolution_2017_en.pdf).

(6) Digital technologies take top spot in European patent applications in: <https://www.epo.org/news-issues/news/2020/20200312.html>.

(7) 2017 年中国的知识产权进口额为 290 亿美元，而知识产权出口额为 50 亿美元左右 (为进口额的 17%)。但与中国签订技术进口合同的地域集中度非常高，逾一半的海外研发采购金额集中流向三个国家——美国 (31%)、日本 (21%)、德国 (10%)，参见麦肯锡全球研究院：《中国与世界：理解变化中的经济联系》(2019 年 7 月) 第 3 页。

生了积极影响，贡献巨大。⁽⁸⁾近年来，新一轮科技革命赋予我国的机遇效应不断显现，美欧等传统发达国家开始尝到了从未尝过的来自中国的竞争味道。特别是在5G网络技术、金融科技以及某些独角兽产业等领域，中国与美欧之间的科技实力对比发生一定程度的反转，引起了美欧的担忧。美欧更不满的是，中国在引进技术同时还开始独立自主创新，倡导双边和多边贸易，为许多第三世界国家提供新范本和注入新技术，使其面临的全球竞争压力与日俱增。由此，美国开始以国家安全为由，力主与中国“脱钩”，对中国进行科技封锁。⁽⁹⁾美欧针对中国，乃至对于整个新兴经济体在内的强制技术转让忧虑随之而生。

此外，欧洲专利局提供的数据⁽¹⁰⁾显示，2011年至2016年，全球共有25家公司在欧洲专利局分享了有关第四次科技革命颠覆性技术的专利申请，前十名分别是三星、LG、索尼、诺基亚、华为、高通、黑莓、飞利浦、英特尔、松下公司等。但核心技术主要由少数专注于信息和通信技术的大公司领导，应用技术和应用领域的发明集中度较低，这些领域的顶级申请人来自更广泛的行业。由此可见，不同于以往由单个或少数几个国家主导的科技革命，新一轮科技革命呈现出了多主体性。可以肯定的是，新科技革命导致各国科技发展更加相互依存，技术转让活动在新科技革命的发展过程中将是一种更为活跃的新常态。因此，国际上对技术转让的关切也必然有增无减。

(二) 问题的描述

1. 国际法上的来源

2017年8月美国宣布对中国发起“301调查”，2018年3月公布了“301调查”的报告《基于1974年贸易法301条对中国关于技术转移、知识产权和创新的相关法律、政策和实践的调查结果》，⁽¹¹⁾提出四项指控：1. 不公平的技术转让制度：使用各种手段，包括不透明和自由裁量的行政审批程序、合资企业要求、外资股权限制、采购以及其他机制来监管或干预美国公司在中国的业务，以要求或迫使向中国公司转让技术和知识产权。模糊和不成文规则，以及与国家规则不同的地方规则，政府官员以选择性和不透明的方式实施这些规则，以施压技术转让。2. 歧视性许可限制：中国政府的行为、政策和做法剥夺美国公司在与中国公司进行许可和其他与技术有关的谈判中设定市场条款的能力，并削弱美国公司对其在中国技术的控制。例如，《技术进出口管理条例》规定的进口技术的赔偿和技术改进所有权的特殊条款，以及其他一些在许可和技术合同中规定的非市场条款。3. 境外投资：中国政府指导和/或不公平地促进中国公司对美国公司和资产的系统投资和/或收购，以获得重要行业的尖端技术和知识产权，并进行大规模的技术转让。4. 侵入美国商业计算机网络，并通过网络盗窃知识产权和敏感商业信息：中国政府正在进行或支持未经授权侵入美国商业计算机网络，或通过窃取知识产权、商业机密或机密商业信息。依据这份报告，特朗普发起了这次对中国的贸易战。几乎与此同时，美国在WTO起诉中国(DS542)。⁽¹²⁾而且，时隔7个月，2018年11月20日，美国贸易代表办公室又发布了301调查报告的更新版《关于中国与技术转让、知识产权和创新有关的行为、政策和做法的最新情况》。⁽¹³⁾更新的报告认为：“尽管美国一再努力与中国接触，国际社会也对中国的技术转让政策发出警告，但中国没有做出

(8) 知识产权密集型产业对经济的贡献，已经日益成为国际上广为认可的测度和表征知识产权经济贡献的重要标志。2020年3月13日，国家知识产权局、国家统计局联合发布的《2018年全国专利密集型产业增加值数据公告》显示，2018年全国专利密集型产业增加值为107090亿元，占国内生产总值(GDP)的比重为11.6%。载中国政府网，http://www.gov.cn/xinwen/2020-03/13/content_5490747.htm，2020年3月13日访问。

(9) 参见沈伟、厉潇然：《中美贸易摩擦中的“强制技术转让”争议及其法理分析》，载《国际法研究》2019年第5期。

(10) <https://www.epo.org/news-issues/press/releases/archive/2017/20171211.html>。

(11) <https://ustr.gov/sites/default/files/Section%20301%20FINAL.PDF>。

(12) DS542: China — Certain Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds542_e.htm。

(13) <https://ustr.gov/sites/default/files/enforcement/301Investigations/301%20Report%20Update.pdf>。

建设性的回应，也没有采取任何实质性行动解决美国的关切。”紧步美国后尘，2018年4月，欧盟、日本等也要求加入美国在WTO就中国知识产权问题提出的磋商请求。此外，2018年6月欧盟还单独向WTO就中国的某些技术转让措施提交了磋商请求(DS549)。⁽¹⁴⁾令人惊异的是，在美欧日向WTO提出的这些磋商请求中，均将取消中国所谓的强制技术转让法律政策作为了主要诉求。

事实上，从国际经济法的角度来看，美国在2018年3月向WTO提出的磋商请求(DS542)中开始正式指责我国的技术转让法律政策：在技术转让合同终止后，拒绝外国专利权人对中国合资方主张其专利权，还强制规定了歧视和不利于进口外国技术的不利合同条款。他们因此得出结论认为：中国剥夺了外国知识产权人在中国保护其知识产权的能力，也剥夺了他们在许可协议和其他技术相关合同中自由谈判基于市场条款的能力。具体包含这些规定的法律法规有：对外贸易法、技术进出口条例、中外合资经营企业法、中外合资经营企业法实施条例、合同法等。该磋商请求提出，技术进出口条例独立地或与上述法律法规一起违背了TRIPs协议第3条（国民待遇原则）或（和）第28条2款（专利权人还应有权转让或以继承方式转移该专利并签订许可合同）：给予外国知识产权权利人的优惠少于中国权利人。比如，第24条第3款要求进口技术合同的许可人承担被许可人因实施转让的技术而遭受的侵权责任；第27条要求引进技术的任何改进归属于改进方；第29条第3项禁止进口技术许可合同限制中方改进技术或者使用改进技术。该磋商请求还指出，中外合资经营企业法实施条例也独立地或与上述法律法规一起违背了TRIPs协议第3条（国民待遇原则）或（和）第28条1款（a）（产品专利权人的权利）和（b）（方法专利权人的权利）或第28条2款：与中国知识产权权利人相比，中外合资经营企业法实施条例第43条对外国知识产权权利人给予的优惠较少，还剥夺了外国专利权人的独占权。比如，第43条第4项规定，中国合营方有权在合同期满后继续实施技术转让合同转让的技术。特别值得一提的是，尽管在这份磋商请求文件中并未直接出现“强制技术转让”的表述，但普遍认为，美国这次在WTO提起的诉讼，使得中美之间长期存在的强制技术转让争议最终浮出水面，成为当前双方经贸摩擦的重要表现之一。⁽¹⁵⁾这或许也是强制技术转让问题的法律争议的最早国际经济法上的来源。

在2018年6月欧盟向WTO就中国的某些技术转让措施提交的磋商请求文件(DS549)中，欧盟特别指称，我国的一些法律和法规不公平地限制外国知识产权权利人在技术合同中自由谈判基于市场的条款，并实施强制性技术进口合同，这种做法歧视外国知识产权持有人，并对他们不利。这里出现了“强制技术进口合同”的表述，因此更值得分析。欧盟认为，我国实施和管理这些措施的法律法规以及政策，除了美国在其磋商请求中列出的以外，还包括《技术进出口合同登记管理办法》《知识产权对外转让有关工作办法（试行）》《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》、反不正当竞争法、反垄断法、《工商行政管理机关禁止滥用市场支配地位行为的规定》《关于禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》《国务院关于印发〈中国制造2025〉的通知》、科技进步法、《关于鼓励技术引进和创新，促进转变外贸增长方式的若干意见》《关于加快科技服务业发展的若干意见》等。欧盟还特别强调，技术进出口条例单独或与上述法规一起，违反了TRIPs第3条或（和）第28条1款（a）和（b），第28条2款，第39条1和2款（未披露信息的保护）。类似的还有《中外合资经营企业法实施条例》，比如其中的第43条。欧盟在这份请求的最后还抱怨，不可忽视的是，中国似乎正在运用和管理其有关技术转让的法律法规和其他措施，以诱使外国技术转让到中国，而这违反了我国根据GATT1994第X.3（a）条和《中华人民共和国加入世贸组织议定书》第2（a）2款，是对其法律、法规和其他措施的不公正合理的适用和管理。

(14) European Union files WTO complaint against China's protection of intellectual property rights, https://www.wto.org/english/news_e/news18_e/ds549rfc_06jun18_e.htm.

(15) 参见彭德雷，《中美技术转让争端的国际法解决路径》，载《环球法律评论》2018年第6期。

特别重要的是,《中美经贸协议》第二章《技术转让》首先申明,双方确认确保按照自愿和基于市场的条件开展技术转让的重要性,并认识到强制技术转让是一项重要内容。在第2.1条总则中还强调:一、一方的个人应能够有效进入对方管辖区,公开、自由地开展运营,而不会受到对方强迫或压力向其个人转让技术;二、双方个人之间的技术转让或许可应基于自愿且反映双方个人同意的市场条件;三、一方不得支持或指导其个人针对其产业规划所指向的领域和行业,开展以获取外国技术为目的、导致扭曲的境外直接投资活动。这应该是中美双方认可的有关强制技术转让表述的最为正式的法律文件了。

结合中美贸易战发生的背景,在这里应该特别警醒的是,不同于美欧对我国的专利法、著作权法等知识产权法的一直不满,尽管上述涉及技术转让的法律法规多年来几乎没有变化,美欧对此也几乎没有什么公开的异议。但2017年以来,在美欧就我国知识产权问题向WTO提出的磋商请求和双边谈判中,这些法律法规中有关技术转让的规定开始遭受他们非议,值得深思。强制技术转让似乎已成为全球化的新一轮科技革命背景下,老牌发达国家普遍“关心”我国科技发展的一个突出新问题。

2. 产业界的来源

要准确理解和把握有关强制技术转让问题国际经济法上来源的丰富表象和深层内涵,离不开对产生这一问题的产业和实务界的溯源。无疑,对于强制技术转让的指责,直接的始作俑者是美欧的产业界。同时,美欧的许多智库也发表了不少相关研究报告,归纳列出了强制技术转让主要表现:⁽¹⁶⁾

(1) 通过市场准入政策要求外国公司向中方公司转让技术,例如传统汽车和高速列车,大型发电涡轮机以及新能源汽车等产业的准入政策。

(2) 监管批准程序中,要求过度披露商业秘密,尤其是在制药、化学品领域。

(3) 技术进出口条例的某些规定不合法,例如有关后续改进、要求外国许可方承担因使用许可技术而发生的侵权责任等规定。

(4) 某些有关知识产权和反垄断措施,以及知识产权和技术标准的规定不合理,例如繁重的标准、标准必要专利披露要求和可疑的许可条款。

(5) 偏向中国公司的知识产权不公平司法裁决。

特别值得关注的是,美欧几乎都认为,通过双边谈判无法解决这些问题,因为中国对强制技术转让的要求并没有明显的法律规定,而是通过法律执行和法律以外的手段实施的,也就难以违反WTO的规定寻求救济。

对于反制措施,不少美国智库献计献策,有针对性地推出了一些法律和法律以外的举措,应该高度重视。特别是有智库认为,不加区别地征收关税,两败俱伤,甚至胜负难料。为了有效打击中方的科技竞争力,美方应该对直接参与侵犯知识产权和强制技术转让的中国实体实施有针对性地制裁。更有人建议,美方应该调整移民、签证等政策,控制中美之间的科技学术交流,并呼吁,单方面努力加强美国在关键领域的技术领导地位,应该采取一些措施来加强其技术领导地位。⁽¹⁷⁾这或许暴露出其发动知识产权战的初衷。

(三) 性质分析

首先要指出的是,强制技术转让似乎是一个在知识产权和技术转让领域新近出现的术语,而且主要针对新兴市场国家,当然中国是枪打的“出头鸟”。分析和确定强制技术转让的性质,究竟是一个权利之争的法律诉求,还是一个“修昔底德陷阱”式的经济和政治宣示,或者兼而有之,是解决这一问题的起点。

从上述对强制技术转让问题的法律与实务界来源的追寻,结合《中美经贸协议》,可以得出,这里的强制技术转让,是指中方诱迫外方转让其技术给中国本土方的不公平和歧视性

(16) Supra note (1) .

(17) Supra note (1) .

法律、政策乃至商业策略的融合的全过程。显然，这里的技术应该是指专利、商业秘密技术等知识产权。而这里技术转让的法律含义主要包括权利的转让和许可两种形式，但在技术转让的实践中，形式多样，⁽¹⁸⁾ 但主要以许可形式为主。

从技术转让的法律特性而言，强制转让技术在实际操作上是不具有可行性的。需要说明的是，在专利法等知识产权法中还有强制许可制度安排。依据 TRIPs 协议，世界多数国家的专利法都规定，在出现权利人滥用、国家紧急状况、公共危机等情形时，政府可以采取强制许可的方式让特定的企业或主体实施权利人的专利技术。简言之，强制许可是指在专利权的私权与公共利益发生冲突时，在这些法定情形下，可以不经专利权利人同意，法律迫使专利权人将其发明或实用新型专利许可给被许可人实施。这是国际知识产权制度公认的平衡公共和私人利益的制度安排，它有力地保障了知识产权制度设立的平衡私人 and 公共利益的初衷。这种“强制”是因法律规定而必须做的，强制性的，但却是合法的 and 合理的。而美欧耿耿于怀的强制技术转让中的“强制”则是被迫的、不得已的、勉强的意思，隐藏着违法、违规或不合理等含义，显然不是指专利法意义上的强制许可。

结合前面的分析，从产业的角度可以归纳出三类最易受指责的强制技术转让法律政策：

(1) “丧失市场”法律政策，是指不公平的以满足技术转让要求为前提的市场准入法律政策。比如，外国公司要想获得制造许可、获得政府采购和新能源汽车补贴，必须首先向与中国合资的企业转让核心技术。(2) “别无选择”法律政策，包括不公正的知识产权诉讼裁决，以及过度披露商业秘密的要求以获得监管部门批准。(3) “违反法律”的法律政策，主要是指相关法律法规存在歧视性问题，涉及技术进出口，反垄断与知识产权、知识产权与技术标准等法律政策。

由此可见，这里除了“别无选择”法律政策之外，外国公司实际上有一定灵活性来决定是否要遵守中国的技术转让法律政策。因此，美欧专家也承认，使用“强制”一词可以说是“用词不当”。⁽¹⁹⁾ 不可掉以轻心的是，美欧还认为，中国的“吸收、消化和再创新”“技术换市场”等创新和产业政策也是一种强制技术转让政策。对强制技术转让这种超出了法律范畴，泛政策化，乃至政治化的解读，应该慎重对待。⁽²⁰⁾ 可以预测的是，惧于我国在新一轮科技革命中不同以往的表现，美欧会更加过敏这种所谓的强制技术转让，通过立法、设立监测机构等措施，采取更多貌似合法的非关税等手段限制高新技术，限制乃至封锁中国与世界的科技学术的交流合作，即所谓的与中国“脱钩”。⁽²¹⁾ 因此，从政治和经济的角度来看，强制技术转让似乎是一个无解的问题，答案只能在双方持久的博弈和合作之中去寻找。

总之，这里的强制技术转让本意，更有不痛快、不乐意、勉强转让的含义，很难完全与法律概念等同起来。其内涵十分广泛，是一个不确定开放的概念，会随着国际经贸形势的变化而不断发展。可以概括为，受让方诱迫让与方转让其技术给受让方的不公平和歧视性法律、经济和政策等的融合及其执行的全过程。至少包含两个层面的含义：广义的政治经济与狭义的法律政策层面。而仅就法律政策层面而言，又可再区分为广义和狭义两个亚层次：歧视性

(18) 民法典第 863 条规定，技术转让合同包括专利权转让、专利申请权转让、技术秘密转让。技术许可合同包括专利实施许可、技术秘密使用许可等合同。技术进出口条例第 2 条规定，本条例所称技术进出口，是指从中华人民共和国境外向中华人民共和国境内，或者从中华人民共和国境内向中华人民共和国境外，通过贸易、投资或者经济技术合作的方式转移技术的行为。前款规定的行为包括专利权转让、专利申请权转让、专利实施许可、技术秘密转让、技术服务和其他方式的技术转移。

(19) See Dan Prud'homme, Max von Zedtwitz, Joachim Jan Thraen, Martin Bader, *Forced technology transfer policies: Workings in China and strategic implications*, 134 *Technological Forecasting & Social Change* 150, 152(2018).

(20) See Dan Prud'homme Max von Zedtwitz, *Managing "forced" technology transfer in emerging markets: The case of China*, *Journal of International Management*, Vol.25, p.2(2019).

(21) 参见《美国限制 AI 软件出口背后的中美科技战，贸易战外另一战役？》，载 <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1654805849242957008&wfr=spider&for=pc>; IP COMMISSION 2019 REVIEW OF PROGRESS AND UPDATED RECOMMENDATIONS.

许可限制、知识产权与标准必要专利等有关反垄断法的方面；不公平的市场准入条件、外资所有权限制等涉及行政许可法的方面；以及知识产权、商业秘密保护等有关一般知识产权法的广义法律范畴。狭义的范围则包括歧视性许可限制、知识产权与标准必要专利等有关反垄断法的方面和不公平的市场准入条件、外资所有权限制等涉及行政许可法方面。鉴于强制技术转让问题的广泛和复杂性，笔者将主要聚焦强制技术转让的狭义法律政策，兼顾其他，而对技术转让合同中限制性条款的反垄断法规制的分析又是其中的重中之重。当然，这只是相对地划分，过于极端狭窄的解析都必然是片面的。

三、技术进出口条例的修订与相关反垄断法的适用

（一）技术进出口条例及其修订

我国国内关于技术转让的法律法规建设最早始于20世纪80年代改革开放初期的技术转让暂行条例，随后又有技术合同法，统一合同法，直至刚颁布的民法典中的合同编第20章技术合同。而最早调整技术引进的行政法规起步于国务院于1981年和1985年先后制定的《技术引进和设备进口工作暂行条例》和《技术引进合同管理条例》。为适应加入WTO，促进国民经济和社会发展，国务院进一步规范了技术进出口管理，根据对外贸易法及其它有关法律，又制定了技术进出口条例，并于2002年1月1日开始实施，《技术引进合同管理条例》及《技术引进合同管理条例施行细则》同时废止。

技术进出口条例将进出口的技术分为三类：一是自由进出口技术，相关的技术进出口合同实行备案管理，且合同不以是否备案作为生效的要件；二是限制进出口技术，相关的技术进出口合同以审批作为合同生效的条件；三是禁止进出口技术，不得进行交易。技术进出口条例第2条规定，技术进出口是指从中国境外向中国境内，或者从中国境内向中国境外，通过贸易、投资或者经济技术合作的方式转移技术的行为，包括专利权转让、专利申请权转让、专利实施许可、技术秘密转让、技术服务和其他方式的技术转移。技术进出口条例有关技术进出口合同的规定主要集中在第24条、第27条和第29条，引发外方极大顾虑的是这里的不公平规定。它的主要内容包括：第一，为让与人⁽²²⁾设定了瑕疵担保义务，强制性认定技术侵权责任；第二，技术改进成果属于受让方；第三，技术进口合同不得含有限制性条款。为了消除中美贸易战的分歧，更为了进一步加大改革开放力度，还在《中美经贸协议》签署之前，我国就开始了一系列法律法规的修改。在2019年初的国务院关于修改部分行政法规的决定中，技术进出口条例就名列其中，涉及修改的内容有：

删去了由让与人承担侵权责任的规定。技术进出口条例原第24条第3款规定，技术进口合同受让方按照合同约定使用让与方提供的技术，侵害他人合法权益的，由让与方承担责任。这一规定实际上要求进口技术的转让人或许可人承担受让或被许可人由于实施转让技术而导致的侵权责任，包括知识产权侵权责任及其他方面的侵权责任。但是，合同法（现民法典第874条）第353条规定的技术合同让与人侵权责任与技术进出口条例的规定并不一致。合同法体现了契约自由精神，规定让与人按照约定实施专利、使用技术秘密侵害他人合法权益的，由让与人承担责任，但当事人另有约定的除外。即技术转让合同双方对于因实施技术导致侵害他人合法权益的责任承担方式可由合同双方自行约定。显然，技术进出口条例的原规定明显有利于中国企业，有违意思自治原则之嫌。实践中，该规定往往导致外国企业顾虑，担心在实施技术的过程带来难以预料的赔偿责任，是美欧指责的歧视性技术转让规定的主要表现之一。这次的修订不仅体现了国民待遇原则，也符合国际惯例，有利于技术转让，于中国于世界都得改。

删去了对改进技术成果归属的规定。这也是备受指责的涉及歧视性技术转让规定重要形式之一。技术进出口条例原第27条规定，在技术进口合同有效期内，改进技术的成果属于

⁽²²⁾ 结合技术进出口条例、民法典合同编和国际惯例，如果未作特别说明，这里的“让与人”是指转让人或许可人，而“受让人”则是指受让人或被许可人。

改进方。该规定实际的效果是：改进方在实施相关技术时对其进行改进的成果均属改进方。这也与合同法的规定不同，合同法同样以意思自治为原则。合同法第 354 条（对应民法典第 875 条）规定，当事人可以按照互利的原则，在技术转让合同中约定实施专利、使用技术秘密后续改进的技术成果的分享办法。没有约定或者约定不明确，依照本法第 61 条⁽²³⁾的规定仍不能确定的，一方后续改进的技术成果，其他各方无权分享。但在国际技术转让的实践中，合同双方为了合适的利益，经常会协商改进技术成果为双方共有，共同申请专利；或者由一方所有，同时另一方获得技术许可等多种情况。显然，技术进出口条例原第 27 条限制了对改进技术成果的各种商业分享模式。由于技术发展的传承性，在技术开发中大量高质量的知识产权来源于后续改进技术。为此，外方企业纷纷采取各种规避措施，减损了技术转让的积极性。实际上，从让与方或许可方的角度来看，至关重要加强互惠性，并允许受让方或被许可方获得改进。显然，修改后第 27 条既满足了国民待遇原则，又与国际惯例相通，也是各国反垄断法普遍关注的问题。

技术进出口条例修改的重头戏是删去了规范技术进口合同限制性条款的原第 29 条。⁽²⁴⁾这里要注意的是，技术进出口条例原第 29 条大部分规定与合同法第 329 条（对应民法典第 850 条）⁽²⁵⁾以及《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》（以下简称《司法解释》）第 10 条⁽²⁶⁾是基本一致的。在技术进出口条例删除原 29 条后，对于技术进出口合同中限制性条款是否有效的判断，应综合考虑合同法 329 条（现民法典第 850 条），《司法解释》第 10 条以及相关反垄断法。与前述条款的修改一样，删除技术进出口条例原第 29 条，同样实现了内外技术转让适用法律的统一，当然符合国民待遇原则。但以后如何执法，仍需要审慎对待，更是落实《中美经贸段协议》的重要问题和难题之一。在国际商业实践中，技术转让合同的双方既有合作，又有利益冲突。技术让与人为了保护自身的利益，有时候会对受让人施加一定限制，是否合法应结合合同法第 329 条（现民法典第 850 条）及反垄断法来判断。

这里要注意的是，实施垄断行为，限制或者扭曲国际贸易，抑制创新，这些情况在国际上也大量存在，这些行为被称为限制性商业惯例。事实上，技术进出口条例原第 29 条等涉及限制性条款的规定也是借鉴了国际惯例，并且符合 TRIPS 协议第 40 条的原则。尤其要强调

〔23〕合同法第 61 条现改为民法典第 510 条（合同约定不明的补救）：合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款、合同性质、合同目的或者交易习惯确定。

〔24〕技术进出口条例第 29 条规定：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。

〔25〕民法典第 850 条（对应合同法第 329 条）规定，非法垄断技术或者侵害他人技术成果的技术合同无效。

〔26〕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 条规定：下列情形，属于合同法第 329 条所称的“非法垄断技术、妨碍技术进步”：（一）限制当事人一方在合同标的技术基础上进行新的研究开发或者限制其使用所改进的技术，或者双方交换改进技术的条件不对等，包括要求一方将其自行改进的技术无偿提供给对方、非互惠性转让给对方、无偿独占或者共享该改进技术的知识产权；（二）限制当事人一方从其他来源获得与技术提供方类似技术或者与其竞争的技术；（三）阻碍当事人一方根据市场需求，按照合理方式充分实施合同标的技术，包括明显不合理地限制技术接受方实施合同标的技术生产产品或者提供服务的数量、品种、价格、销售渠道和出口市场；（四）要求技术接受方接受并非实施技术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、服务以及接收非必需的人员等；（五）不合理地限制技术接受方购买原材料、零部件、产品或者设备等的渠道或者来源；（六）禁止技术接受方对合同标的技术知识产权的有效性提出异议或者对提出异议附加条件。

的是，原第 29 条的内容还来源于德国、欧盟和美国的经验。因此，删除并不是否定，而在注意国民待遇原则基础上一视同仁地适用反垄断法，这是边界。

早在 1981 年，《联合国贸易和发展会议拟订的联合国国际技术转让行动守则（草案）》的第四章第 2 节列举了 14 种应予禁止许可合同的限制性商业条款。尽管这个《联合国国际技术转让行动守则（草案）》最终未能通过，但是对我国《技术引进合同管理条例》产生了重要影响，我国 1985 年在《技术引进合同管理条例》第 9 条中参照该草案也列出了 9 种禁止的限制性商业条款，后又被 2002 年技术进出口条例原第 29 条所吸收。⁽²⁷⁾令人遗憾的是，迄今为止，仍然没有能够约束跨国公司技术垄断行为的国际竞争规则，发展中国家有些政策是在面临跨国公司技术垄断行为的情况下的无奈之举。⁽²⁸⁾因此，双边和多边经验就非常宝贵。

这里值得介绍的是，自 20 世纪 50 年代以来，德国反对限制竞争法对知识产权许可合同限制性条款作了与时俱进的规范，1999 年 1 月 1 日经第 6 次修订后施行至 2005 年 6 月 30 日的德国反对限制竞争法第 17 条规定：⁽²⁹⁾

(1) 有关转让或许可已授予或已申请专利或实用新型、半导体拓扑图形或植物新品种权的合同，如果该合同给受让方或被许可方在商业交易中施加了超出保护权⁽³⁰⁾内容的限制，是禁止的。关于实施保护权的方式、范围、技术应用的领域、数量、地区或时间的限制不能超出保护权的内容。

(2) 第 1 款不适用对受让方或被许可方的限制约束，只要这些限制没有超出所获得或被许可的保护权的有效期：1. 如果这些限制约束所基于的转让方或许可方对技术上最佳利用保护权客体的利益是正当的；2. 这些限制约束使受让方或被许可方承担经验交换或提供改进或应用发明的非独占性许可义务，只要相应地转让方或许可方承担同样的义务；3. 不允许对被许可的保护权提出异议；4. 在一个最小的范围内使用被许可的保护权或支付最低使用费；5. 以一种不排除标明生产者的方式来标示许可产品。

(3) 经申请，第 1 款所列合同类型可以从第 1 款的禁令得到豁免，如果受让方或被许可方或其他企业的经济活动的自由没有受到不公平的限制，而且市场上的竞争并没有因这些限制的规模而受到实质上的损害。如果卡特尔局未在申请提出 3 个月内的期限内予以驳回，则这些合同从第 1 款的禁令得到豁免。

与此相应，现行的《欧盟运行条约》第 101 条（原《欧共同体条约》第 81 条、第 85 条）和第 102 条（原《欧共同体条约》第 81 条）对与知识产权行使相关的法律行为进行了规范。针对技术转让这一特定领域，欧盟委员会还先后通过了《欧盟技术转让集体豁免条例》（以下简称《欧盟技术转让条例》）和《技术转让协议适用条约》第 81 条指南（以下简称《欧盟技术转让指南》）。《欧盟技术转让条例》设定了考虑反竞争影响的“市场份额门槛”，对未达到横向和纵向许可协议最低市场份额的参与方，可以享受豁免的“安全港”。欧盟技术转让条例将限制性条款分为三类：（1）核心限制性条款，即协议整体不享受豁免的严重限制竞争条款；（2）被欧盟技术转让条例排除的限制性条款，例如，独占性回授、不质疑、限制许可人改进技术条款将被认为无效，但协议其他条款依然有效；（3）委员会可以依据个案决定是否撤回豁免的条款。

2014 欧盟委员会年对欧盟技术转让条例和欧盟技术转让指南都进行了修订，采用更加严格的规则，审查知识产权转让、许可和实施对竞争的影响。对限制性条款也采用了更加严格标准审查，其几点变化是：第一，非竞争关系的当事人之间，所有限制被许可人被动销售

(27) 参见李顺德：《〈对外贸易法〉修改涉及的知识产权问题》，载《电子知识产权》2004 年第 10 期。

(28) 参见崔凡，《对强制技术转让应有明确界定》，载《国际商报》2017 年 8 月 29 日，第 A3 版。

(29) 参见单晓光、刘晓海，《德国〈反对限制竞争法〉对知识产权许可合同的调控》，载《知识产权研究》第 15 卷。

(30) 保护权在这里是指专利、实用新型、半导体拓扑图形或植物新品种权等涉及技术的知识产权。

的条款都不能适用于安全港原则；第二，不论回授的改进技术是可分割的还是不可分割的，安全港原则都不适用于豁免所有类型独占性回授许可；第三，在被许可人质疑知识产权有效性情况下终止协议的条款将不会自动豁免；第四，安全港原则将扩大到对搭售非许可零部件技术许可协议的适用范围，只要搭售的产品与被许可的技术直接相关，即使签订许可协议的主要目的是销售捆绑的产品，也会被安全港豁免；第五，欧盟技术转让条例将不再对研发等特殊领域许可协议适用。这些修订反映了欧盟委员会对技术许可协议的严格规制趋势，一些条款不再自动适用安全港原则，而是要经过个案评价。

与欧盟加强监管知识产权许可协议倾向相反，美国允许许可协议双方自由设定限制性条款，原则上认为限制性条款本质上是促进竞争的。美国主要通过司法部和联邦贸易委员会1995发布的2017年更新的《知识产权许可的反托拉斯指南》（以下简称《美国指南》）规制知识产权许可协议的限制性条款。《美国指南》反映了美国对知识产权许可协议反垄断问题的基本态度：首先，知识产权许可或转让能够更高效地激励创新。许可协议中限制性条款可以保护被许可人不被其他被许可人或许可人对其投资搭便车，从而具有促进竞争的作用。其次，对于许可协议的限制性条款评估采用弹性的合理原则分析。总之，《美国指南》将知识产权协议的限制性条款普遍视为是促进竞争的，即使存在反竞争影响，也要结合其促进竞争影响的综合效果去定性一项看似反竞争的限制性条款。

由此可见，美欧在对限制性条款控制与倾向方面有着很大的不同，这或许是落实《中美经贸协议》，维护国家利益，规范技术转让合同限制性条款的重要回旋空间。

不过就以往的国内技术转让合同而言，如前所述，与技术进出口条例原第29条具有相同作用的是合同法第329条（对应民法典第850条）和《司法解释》第10条。但在据不完全统计的国内30余个司法案例中，法院并未最终从反垄断法上考虑经营者是否具有市场支配地位、达成的协议是否造成排除竞争效果等因素，而是直接适用《司法解释》第10条列举的六种情形来判断协议条款是否无效。这种对国内技术转让合同中有关限制性条款在适用法律上的准则，是否在《中美经贸协议》签署后继续保持，还是借鉴国际经验，对中外技术转让合同一视同仁地考虑经营者是否具有市场支配地位、达成的协议是否造成排除竞争效果等因素来适用反垄断法，是一个值得重视的问题。

这里还值得一提的是，改革开放以来签署的大量技术进口合同表明，我国由此获得了巨大技术和经济红利，但在司法实践中却鲜有因涉及限制性条款的技术进口合同诉讼纠纷，原因耐人寻味。一方面，或许正如一些外商所说，近二十年来，由于技术进出口条例、合同法等一些规定的不完全一致，适用相关法律在技术进口合同的起草和谈判中引起了混乱，影响了企业预期，在一定程度上减少了签署技术转让合同的积极性，但尚未上升到司法纠纷的层面。另一方面也间接说明，并没有真正法律性质上的强制技术转让合同争议，美欧指责的强制技术转让的非法律意义更大，更多的是其经济和政治层面的难言之隐。不过从完善营商环境的角度来说，虽然应对限制性条款的法律政策仍然可以坚持，约束强制技术转让的同时也应约束技术垄断行为，但同时也可以根据国际经验和惯例来完善。

（二）规范技术进出口合同限制性条款的法律框架与相关反垄断法的适用

多数观点认为，技术进出口条例在本次修订后，相关合同内容就留给了当事人自由协商，当事人能否在合同中取得类似技术进出口条例被修订前的效果完全取决于当事人的谈判能力和地位。在不违反反垄断法的情况下，属于商业问题。目前，我国现行法规中规范涉及技术进出口合同中限制性条款以及相关反垄断法的法律法规有：

1. 修订后技术进出口条例第24条规定，技术进口合同的让与人应当保证自己是所提供技术的合法拥有者或者有权转让、许可者。技术进口合同的受让人按照合同约定使用让与人提供的技术，被第三方指控侵权的，受让人应当立即通知让与人；让与人接到通知后，应当

协助受让人排除妨碍。第 27 条规定，技术进口合同期满后，技术让与人和受让人可以依照公平合理的原则，就技术的继续使用进行协商。

2. 合同法第 329 条（对应民法典第 850 条）规定，非法垄断技术或者侵害他人技术成果的技术合同无效。合同法第 343 条（现民法典第 864 条）规定技术转让合同“不得限制技术竞争和技术发展”，合同法第 344 条（现民法典第 865 条）规定“专利实施许可合同只在该专利权的存续期间内有效。专利权有效期限届满或者专利权被宣布无效的，专利权人不得就该专利与他人订立专利实施许可合同”。而《司法解释》第 10 条还列出了六种属于合同法第 329 条（现民法典第 850 条）所称的“非法垄断技术”情形。由此可见，合同法第 329 条（现民法典第 850 条）以及司法解释第 10 条将是规范技术进出口合同中限制性条款的主要法律渊源，但其法理基础仍是反垄断法。

3. 2004 年，为适应加入 WTO 的形势，全国人民代表大会常务委员会修订了 1994 年通过的对外贸易法，增加了“第五章：与对外贸易有关的知识产权保护”。⁽³¹⁾ 依据 Trips 协议第 40 条，对外贸易法第 30 条规定：“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，国务院对外贸易主管部门可以采取必要的措施消除危害。”直至今日，这条规定未有任何改动，并与《司法解释》第 10 条相关内容基本保持一致。但第 32 条强调：“在对外贸易经营活动中，不得违反有关反垄断的法律、行政法规的规定实施垄断行为。在对外贸易经营活动中实施垄断行为，危害市场公平竞争的，依照有关反垄断的法律、行政法规的规定处理。有前款违法行为，并危害对外贸易秩序的，国务院对外贸易主管部门可以采取必要的措施消除危害。”由此可见，对“危害对外贸易公平竞争秩序”的判定，反垄断法审查是基本准则。

4. 如前所述，被删除的技术进出口条例原第 29 条的条款，往往是一种商业行为，是否违法需要依据反垄断法判定，而反垄断法第 55 条指出，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，不适用反垄断法；但是，经营者滥用知识产权，排除、限制竞争的行为，却要适用反垄断法。也就是说，反垄断法有关垄断协议、滥用市场支配地位和经营者集中的规定均可能适用于知识产权。2015 年 4 月原国家工商行政管理总局依据反垄断法发布了《关于禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》（以下简称《规定》）。

《规定》主要规制的是技术类知识产权反垄断问题，包括专利、软件著作权、集成电路布图设计等，几乎不涉及商标权、地理标志以及软件以外的著作权。相关主要内容有，禁止经营者之间利用行使知识产权的方式达成垄断协议，同时规定了安全港规则。禁止具有市场支配地位的经营者在行使知识产权的过程中滥用市场支配地位，明确了相关认定和推定规则，对具体滥用行为做了禁止性规定。明确界定了专利联营、标准中行使知识产权行为可能构成垄断行为的具体情形。

《规定》第 4 条指出，经营者之间不得利用行使知识产权的方式达成反垄断法第 13 条、第 14 条所禁止的垄断协议。但是，经营者能够证明所达成的协议符合反垄断法第 15 条规定的除外。据此，参考《司法解释》以及技术进出口条例的规定，下列协议存在被国务院反垄断执法机构认定为《反垄断法》第 13 条第 6 项和第 14 条第 3 项“其他垄断协议”的风险：

⁽³²⁾（1）限制当事人一方在合同标的技术基础上进行新的研究开发或者限制其使用所改进的技术，或者约定无偿的排他性回授；（2）限制当事人一方从其他来源获得与技术提供方类似技术或者与其竞争的技术；（3）明显不合理地限制技术接受方实施合同标的技术生产产品或者提供服务的数量、品种、价格、销售渠道和出口市场；（4）要求技术接受方接受并非实施技术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、服务以

(31) 参见前注(27)，李顺德文。

(32) 吴鹏、任清：《解读知识产权领域反垄断新规：企业合规的视角》，载《中伦视界》2015 年第 3 期。

及接收非必需的人员等；（5）不合理地限制技术接受方购买原材料、零部件、产品或者设备等的渠道或者来源；（6）禁止技术接受方对合同标的技术知识产权的有效性提出异议或者对提出异议附加条件；（7）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。《规定》第5条是“安全港”规则，即当市场份额低于特定门槛或者存在若干替代性技术，则原则上不会被认定为“其他垄断协议”。

《规定》第7至11条分别规定了拒绝许可、限定交易、搭售、附加不合理条件、差别待遇等5种具体的滥用市场支配地位行为。特别需要注意的是《规定》第10条规定，具有市场支配地位的经营者没有正当理由，不得在行使知识产权的过程中，实施下列附加不合理限制条件的行为，排除、限制竞争：（一）要求交易相对人将其改进的技术进行独占性的回授；（二）禁止交易相对人对其知识产权的有效性提出质疑；（三）限制交易相对人在许可协议期限届满后，在不侵犯知识产权的情况下利用竞争性的商品或者技术；（四）对保护期已经届满或者被认定无效的知识产权继续行使权利；（五）禁止交易相对人与第三方进行交易；（六）对交易相对人附加其他不合理的限制条件。

5. 此外还需要关注的有：国务院反垄断委员会办公室2017年3月23日发布了《关于滥用知识产权的反垄断指南（征求意见稿）》（以下简称《指南》）。《指南》包括可能排除、限制竞争的知识产权协议（独占性回授、纵向限制、联合研发、专利联营）；涉及标准必要专利的知识产权行使行为（收取不公平的高价许可费、附加不合理的交易条件、滥用禁令救济）等六个部分。该《指南》将削减反垄断法第55条造成的司法不力，并将优化我国的技术转让法律制度。^[33]为进一步完善反垄断法律制度体系，市场监管总局起草了《〈反垄断法〉修订草案（公开征求意见稿）》，2020年1月2日已经现向社会公开征求意见。

这里要注意的是，反垄断法、《规定》与《指南》中均设置了“没有正当理由”作为行为违法的前提，但是对“正当理由”的解释，迄今既没有司法解释，也没有相关案例支撑。是否会成为指责“强制技术转让”的“把柄”呢？

此外，技术转让中涉及的标准必要专利问题，是所谓强制技术转让涉及的另一个重要方面，亦是反垄断法高度关注的议题。^[34]例如，美欧一直指责国家标准委、国家知识产权局发布的《国家标准涉及专利的管理规定（暂行）》对标准必要专利的强制许可的规定模糊不清，甚至被认为是故意不清楚给出“必要”专利的确切定义，并对公平、合理和非歧视性（FRAND）原则的高度主观理解。此外还指责中国标准组织（SSO）存在歧视性做法，比如，向参与SSO的外国公司施加压力，威胁取消在SSO中的投票权，迫使它们不合理地披露其知识产权战略，并向本土公司发放标准必要专利许可。结果导致中国国内企业拒绝为外国企业的标准必要支付许可费，并声称这些企业滥用其市场支配地位。原国家工商行政管理总局的《规定》中引入广泛的“必要设施原则”，被视为可能限制外国创新的专有权，并可能迫使技术转让。这类问题如何应对？犹如回应知识产权保护不公平、商业秘密保护不得力等等指责一样，只能在一视同仁地强化知识产权保护的大环境中去完善了。

至此，我们可以发现，所谓强制技术转让问题，在很大程度上是涉及技术转让合同的相关反垄断法问题。理性落实《中美经贸协议》有关规制强制技术转让的内容，借鉴国际和发达国家的反垄断法规制技术转让合同的相关经验，为国家竞争力提升夯实国际准则的法律基

[33] 马忠法、吴青曜：《论我国技术转让法律制度的完善——以美欧在WTO相关诉告为背景》，载《知识产权》2020年第4期。

[34] 近年来，我国法院受理的涉及中外双方当事人之间的标准必要专利纠纷案件呈逐渐增多的趋势，表明世界各国的无线通信企业在中国市场竞争非常激烈。我国法院审理的标准必要专利纠纷案件主要涉及3种类型：停止侵害发明专利权纠纷、垄断纠纷、许可使用费纠纷案件等。在这3种类型的案件中，垄断纠纷案件数量最多。参见祝建军：《标准必要专利滥用市场支配地位的反垄断法规制》，载《人民司法》2020年第13期。

础是硬核之硬核。为此，健全和完善相关反垄断法，培育和发展与发达国家一样成熟的反托拉斯法及相应的执法能力，已是迫在眉睫的新任务了。

四、外商投资法行政许可法的实施与市场准入

（一）外商投资法的实施

1979 年的中外合资经营企业法是我国改革开放初期，为了引进外国资本与先进技术最早制定的涉及技术引进的法律。与中外合资经营企业法相应的实施条例 1983 年获得通过，有多条涉及技术转让的条款，其中第 43 条有关限制性条款的规定⁽³⁵⁾ 非常类似《技术进出口条例》原第 29 条。同样值得一提的是，虽然实施条例历经了 1986 年、1987 年、2001 年、2011 年和 2014 年 5 次修改，但第 43 条基本不变。如同技术进出口条例的遭遇一样，2018 年以来的中美贸易战也使得中外合资经营企业法开始受到责难。为了积极促进外商投资，推动形成全面开放新格局，2019 年 3 月 15 日，十三届全国人大二次会议通过了外商投资法，自 2020 年 1 月 1 日起施行。外商投资法第 42 规定，自 2020 年 1 月 1 日起，中外合资经营企业法、外资企业法、中外合作经营企业法同时废止。此外，2019 年 12 月 12 日国务院通过了外商投资法实施条例，自 2020 年 1 月 1 日起生效。

外商投资法第 22 条明确宣布禁止强制技术转让，这是我国从立法上首次提出了强制技术转让的概念。它规定，保护外国投资者和外商投资企业的知识产权，保护知识产权权利人和相关权利人的合法权益。对知识产权侵权行为，严格依法追究法律责任。鼓励在外商投资过程中基于自愿原则和商业规则开展技术合作。技术合作的条件由投资各方遵循公平原则平等协商确定。行政机关及其工作人员不得利用行政手段强制转让技术。技术进出口条例的相应修订就是对此的一种回应。更重要的是它解释了，与技术进出口条例的修订类似，第 22 条重申的是一种“不干涉”做法，即允许当事人在没有地方保护主义干预的情况下自由订立合同，而且还规定在外商投资过程中“国家应鼓励基于自愿原则和商业惯例的技术合作”。关于第 22 条中可能构成强制技术转让的内容，外商投资法实施条例第 24 条和第 25 条有了进一步的阐述。⁽³⁶⁾ 与美欧指责的不公平和歧视性措施并非完全对应，这里规制的强制技术转让行为至少包括两个方面的内容：非法的行政手段，亦即行政机关及其工作人员不得利用实施行政许可、行政检查、行政处罚、行政强制以及其他行政手段，强制或者变相强制外国投资者、外商投资企业转让技术和非有效的保密措施。也就是说，应采取有效措施保护履行职责过程中知悉的外国投资者、外商投资企业的商业秘密。

不可否认的是，虽然我国立法上并无明显的强制技术转让规定，但技术转让政策的背后存在的依赖外国技术以及保护本国企业的思想基础，其实施与执行不可避免地会导致外方转让技术的压力。而随着创新能力的提升，这些改革开放初期制定的法律规则以及倾向于依赖技术转让的行政政策已经不适应我国发展趋势，对吸引投资、鼓励技术转让以及有效提升我

(35) 中外合资经营企业法实施条例第 43 条规定：合营企业订立的技术转让协议，应当报审批机构批准。技术转让协议必须符合下列规定：（一）技术使用费应当公平合理；（二）除双方另有协议外，技术输出方不得限制技术输入方出口其产品的地区、数量和价格；（三）订立技术转让协议双方，相互交换改进技术的条件应当对等；（四）技术输入方有权按自己认为合适的来源购买需要的机器设备、零部件和原材料；（五）不得含有为中国的法律、法规所禁止的不合理的限制性条款。

(36) 第 24 条规定：行政机关（包括法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织，下同）及其工作人员不得利用实施行政许可、行政检查、行政处罚、行政强制以及其他行政手段，强制或者变相强制外国投资者、外商投资企业转让技术。

第 25 条规定：行政机关依法履行职责，确需外国投资者、外商投资企业提供涉及商业秘密的材料、信息的，应当限定在履行职责所必需的范围内，并严格控制知悉范围，与履行职责无关的人员不得接触有关材料、信息。

行政机关应当建立健全内部管理制度，采取有效措施保护履行职责过程中知悉的外国投资者、外商投资企业的商业秘密；依法需要与其他行政机关共享信息的，应当对信息中含有的商业秘密进行保密处理，防止泄露。

国的技术创新能力不再会有明显的积极作用。外商投资法加强对外商投资合法权益的保护，明确禁止强制技术转让，体现了中国开放力度的持续加大。⁽³⁷⁾

(二) 行政许可法的修订

为了补充新的外商投资法以及禁止强制技术转让，2019年4月23日，行政许可法也进行了相应修订。修订的第5条规定，未经申请人同意，行政机关及其工作人员、参与专家评审等的人员不得披露申请人提交的商业秘密、未披露信息或者保密商务信息，法律另有规定或者涉及国家安全、重大社会公共利益的除外。此外，大概是为了限制上述例外情况所造成的不确定性，第5条紧接着规定，行政机关依法公开申请人前述信息的，允许申请人在合理期限内提出异议。亦即，申请人可以反对在这种例外情况下分享其信息。第5条还规定，申请人享有平等的行政许可权，国家不得歧视申请人。此外，对于可能存在的行政人员不正当行使权力、利用行政手段强制外国投资者转让技术问题，修订后的第31条也相应规定，政府机关及其工作人员不得将技术转让作为行政许可的前提条件，在管理许可过程中，不得间接或者直接要求申请人转让其技术。

这里要回答的一个典型性问题是：市场准入限制是否属于外商投资法和行政许可法所指的行政手段？美欧认为，我国技术转让制度的问题一个主要方面是：政府利用所有权限制，如合资企业、外国股权比例限制等方式强制外国公司向中国公司转让技术；还指责对部分领域的外商投资强制要求成立合资公司，在另一些领域采取不成文的技术转让规定，形成了事实上的强制技术转让。

首先要说明的是，通过立法对禁止强制技术转让做出的国际承诺应该明确承诺的范围，不宜将这一概念泛化。在此基础上，对外方关切的一些问题，也可以在维护本国利益的前提下协商解决。例如，对于外资股权限制过多的问题，完全可以进一步推出开放措施，优化营商环境。此外，在坚持这一承诺的同时也应该注意，禁止强制技术转让是有特定含义的。对于中方企业与外国企业在谈判中提出的技术转让要求，法律无权禁止。⁽³⁸⁾比如，在具有技术优势的外商销售设备给中方企业以后，中方由于不掌握设备的某些技术，不得不长期以高价购买设备提供方的技术服务和零部件。在这种情况下，中方要求外方转让部分技术，否则就放弃购买而使用其他替代设备。这种技术转让要求完全是企业正常商业谈判要求，如果外方认为中方企业具有滥用市场支配地位拒绝交易的行为，应该通过反垄断法途径加以解决。

⁽³⁹⁾

另外也要强调的是，投资准入政策和政府审批权限，并非中国独有的政府措施，也并不必然违反国际规则。合资或股权要求是中国与世贸组织成员方加入世贸组织谈判的结果，属于市场准入规则。这不仅符合世界贸易组织的相关要求，也是多数国家都采用的通常做法，不应被混淆为强制技术转让。而且，外资股权限制以及行政审批程序的目的是保护国家安全和本国经济的正常发展，技术转让压力只是其附带、间接地带来的负面效果。

“吸收、消化和再创新”“市场换技术”等创新和产业政策亦是受到指责的强制技术转让措施之一，但普遍的观点认为，这些政策本质上也是外企基于经济利益而转让技术，是典型的市场行为，并非强制交易技术。事实上，中国并无任何强制性的技术转让政策措施，但“鼓励性”的技术转让政策措施是否属于市场准入政策，是否也具有“强制性”或者是否符合中国的入世承诺，也是此次中美贸易战的争议重点之一。事实上，的确有人抱怨说，除市场准入、股权比例、行政审批以及知识产权保护的压力之外，技术转让政策的技术转让促进能力还会受到其他因素的影响而被强化。比如，政府采购、基础设施投资、专项扶持资金、税收和其他优惠政策等。因此，确实会最终对外国投资者造成技术转让压力，甚至极有可能

(37) 参见前注(9)，沈伟、厉潇然文。

(38) 参见前注(28)，崔凡文。

(39) 参见前注(28)，崔凡文。

产生强制技术转让的负面影响。不过，需要强调的是，尽管在某些领域，“吸收、消化和再创新”“市场换技术”等并非一定是成功的产业政策，但也并不违反 WTO 规则，而且也没有强制性规定。在实践中，中外合作伙伴的合作是由双方自主选择决定的，外方企业在获取中国庞大市场带来的利益与进入中国市场所需的代价之间进行衡量，依据成本收益分析的结果，理性、自愿地选择中国市场。因此“吸收、消化和再创新”“以市场换技术”等理念虽然对中国技术转让政策产生一定影响，但并不具有法律强制性。⁽⁴⁰⁾

结语：任重而道远

时至今日，为了回应中美贸易战以及国际上关心的强制技术转让问题，更具体来说，是为了积极落实《中美经贸协议》，我们不仅颁布了外商投资法，还修订了技术进出口条例，开始了新一轮以强保护和同保护为导向的知识产权法规的修订，等等。那么，这些举措是否满足了《中美经贸协议》呢？是否解决了强制技术转让问题呢？为此，必须结合中美贸易战的深层动因，仔细研磨，谨慎应对。从法律层面上看，就所谓的不公平和歧视性的技术转让法律规定问题，美欧向 WTO 提起磋商请求的依据似乎已不复存在。但万万不能麻痹庆幸地认为，大功业已告成。历史的经验和复杂多变的国际政治经济形势不断告诫我们，这次的中美科技和知识产权战只不过是中美一轮又一轮贸易冲突中的一个新阵地。我们应该清醒的是：解决强制技术转让问题的秘诀，不是为争取权利的说理与抗辩，而是为维护利益的博弈与合作。有法律政策之解，更有经济政治之答案。单方满意不是解决强制技术转让问题的终解，最终方案必须是皆大欢喜，互利双赢的结果。因此，任重而道远。

但值得提倡的观点是，落实《中美经贸协议》的过程，也是全面深化改革、进一步推动生产要素市场化、全方位扩大开放的过程。唯有紧紧抓住新一轮科技革命的机遇，优化科技创新体制，强化创新能力，建设真正的知识产权和科技强国，强制技术转让问题才可能最终消失在中国参与的全球治理框架内。

(40) 参见前注(28)，崔凡文。