

中美技术转让争端的国际法解决路径

彭德雷

内容提要:在国际技术转让领域,中国实践中采取的“以市场换技术”和“以资本换技术”两种模式,都受到来自美国等发达国家的挑战。一方面,美国通过在 WTO 起诉,认为中国对外国投资者实行强制技术转让,相关国内法违反 TRIPS 协定的国民待遇条款。另一方面,美国等一些国家认为中国有针对性地对外国高科技产业实施的投资项目,实质为“技术采购”,后续将严格审查乃至限制中国投资。国际技术转让争端解决的难点在于其同时涉及贸易和投资议题,因此关键在于对中国相关措施的定性,不应仅从国际贸易规则视角检验中国国内措施的合法性。同时,不应将国际技术转让中的行政规制措施与私法领域的《合同法》进行简单比较,进而认为违反国民待遇条款。技术转让已经成为中美乃至全球经贸投资关系中不容回避的重大敏感议题,对其进行深入研究有助于中国进一步把握国际技术转让法律规制的趋势,更好地应对今后可能发生的技术转让纠纷。

关键词:技术转让 契约自由 中美贸易 中美投资

彭德雷,华东理工大学商学院副教授。

受近期中美经贸关系以及一些重大案件(如中兴遭美国制裁)的影响,中国越来越意识到技术的重要性,并在顶层设计中提出“核心技术乃国之重器”的发展理念。事实上,和征收货物关税相比,围绕国际技术转让的争端更值得关注,因为它是一个长期存在、难以量化却更加紧迫的问题。当前各国越来越意识到技术对各自经济发展和世界地位的决定性影响。事实上,自 2003 年以来,中美以商贸联合委员会为平台围绕知识产权和技术转让问题,一直在进行对话和谈判。^[1] 2016 年在世界贸易组织(WTO)对中国的贸易政策审议中,美国围绕“技术转让”问题就曾问及“中国是否计划修改其国内法,以便在技术转让方面使外国投资者和中国国内企业享有同等待遇”,中国当时的回答是“尚未有修改

[1] 中美商贸联合委员会成立于 1983 年,是中美最早建立的高级别经贸磋商机制之一。2003 年底,两国提高中美商贸联合委员会会议的级别,在其框架下设立贸易、投资、知识产权和工业和信息产业等多个工作组。

技术进出相关立法的计划”〔2〕

2018年3月22日,美国发布“301调查”报告,直指中国存在强制技术转让。基于该调查结果,美国总统指示有关部门采取相应措施,具体涵盖向WTO起诉中国、对中国相关产品征收关税,以及对华在美投资实施限制。3月23日,美国以中国强制技术转让为由,在WTO提起诉讼,使得中美之间长期存在的“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体现之一。〔3〕鉴此,本文将美国在WTO起诉中国强制技术转让为起点,分析美国指控中国涉嫌违法的具体措施及其性质,探讨其是否构成强制技术转让、涉嫌违反哪些国际规则、如何从法律上解释涉案措施和国际法规则,以及中国可能的抗辩路径。与此同时,鉴于技术转让将是中美经贸投资关系中的长期议题,有必要把握当前主要国家对技术转让的规制特征,透彻、深入地理解国际技术转让议题,以应对今后可能产生的技术转让纠纷。

一 中美技术转让争端涉案措施及技术转让的入世承诺

(一) 中美技术转让争端的涉案措施

2017年8月18日,美国贸易代表办公室(USTR)决定对中国发起“301调查”,并于2018年3月22日正式发布调查报告。报告认为中国在知识产权和技术转让方面实施了以下措施:(1)采用所有权限制,例如规定合资和股权限制的要求,以及各种行政审批和许可程序,要求或迫使美国公司进行技术转让;(2)某些技术转让规定促使美国公司对中国企业进行技术转让,且转让基于非市场条件,有利于中国的受让企业;(3)不公平地推进中国企业对美国公司进行一系列收购,以使中国公司获得全球技术和知识产权;(4)从事和支持未经授权侵入美国公司计算机的行为,窃取敏感商业信息和商业秘密。〔4〕针对上述四类措施,2018年3月23日美国选择第(2)类措施,将中国诉至WTO争端解决机构(案号:DS542),指控中国措施涉嫌违反《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPS)第3条(国民待遇)和第28条(授予权利)。〔5〕具体而言,其间涉及以下法律问题。

1. 关于技术侵权责任的强制性认定

《技术进出口管理条例》第24条第3款规定:“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,侵害他人合法权益的,由让与人承担责任。”美国认为上述规定违反TRIPS协定第3条,并单独或与其他条款共同违反TRIPS协定第28.2条。〔6〕美国

〔2〕 Trade Policy Review, China, Minutes of The Meeting Addendum, Trade Policy Review Body, 20 and 22 July 2016, WT/TPR/M/342/Add.1, p. 453.

〔3〕 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, 最近访问时间[2018-11-07]。

〔4〕 USTR, Findings of the investigation into China's Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation under Section 301 of the Trade Act of 1974, March 22, 2018, p. 5.

〔5〕 China-Certain Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights-Request for consultations by the United States, WT/DS542/1.

〔6〕 TRIPs 第28.2条规定:“专利权人也应有权转让或通过继承而转移其专利,还应有权订立许可合同。”

认为上述规定要求转让人(通常为技术进口合同的外国实体)对“侵害第三方合法权益”承担责任,这对转让人与受让人就风险承担进行谈判施加了限制。即使受让人愿意因各种原因而承担风险,各方也不能就此风险的分配进行谈判。美国认为,这对试图转让技术的美国中小企业而言要求过于苛刻,因为它们通常不具备评估和覆盖第三方诉讼风险所需的专业知识或资源。^[7]再者,在侵权责任方面,中国《合同法》第 353 条针对侵害第三方合法权益的责任承担,允许双方约定。^[8]

2. 技术改进后权利主体的强制性认定

《技术进出口管理条例》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改进方。”美国提出,该条款要求所有改进都属于改进方,导致当事人不能通过谈判共享所有权或允许转让人拥有受让人的改进成果。而中国《合同法》第 354 条则规定“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”,因此上述第 27 条涉嫌违反 TRIPS 协定的国民待遇义务。

3. 受让人享有改进技术的权利与改进技术的利用

《技术进出口管理条例》第 29 条规定,技术进口合同中,不得“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”。美国提出,如果中国的受让人对原始发明做出改进,并在中国或其他地方申请专利,这些规定将对美国的转让人非常不利;若中国企业不经美国企业许可改进技术,并阻止美国企业享有改进技术后的成果,可能会对美国企业造成一定损害。^[9]美国认为中国《合同法》在技术转让方面并无类似规定,致使外国权利人在技术转让方面未能享受同等待遇。

4. 技术转让协议到期后的使用权利

美国指控《中外合资经营企业法实施条例》(下称《合营条例》)第 43 条第 4 款(“技术转让协议期满后,技术输入方有权继续使用该项技术”)涉嫌违反 TRIPS 协议第 3 条,并单独或与其他条款共同违反 TRIPS 协定第 28.1(a)、(b)条或第 28.2 条的规定。美国指出,该条使得中国合资企业在技术合同到期后获得永久使用技术的权利,属于非市场条件下的强制性条款,^[10]而中国《合同法》并无上述规定。而关于涉案措施与《合同法》的关系,《合同法》第 355 条规定,法律、行政法规对技术进出口合同另有规定的,依照其规定。由此,外国投资者从事技术转让应适用《合营条例》和《技术进出口管理条例》。因此,美国认为其未能享有中国《合同法》规定的相对自由的技术转让待遇。此外,2018 年 3 月 27 日,美国在 WTO 争端解决会议中再次强调,中国上述法律规定对外国知识产权和技术所有人构成歧视,影响其在市场条件下就技术转让进行自由谈判的权利,属于强制性

[7] USTR, Findings of the investigation into China's Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation under Section 301 of the Trade Act of 1974, March 22, 2018, p. 49.

[8] 《合同法》第 353 条规定:“受让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。”

[9] USTR, Findings of the investigation into China's Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation under Section 301 of the Trade Act of 1974, March 22, 2018, pp. 49 - 50.

[10] USTR, Findings of the investigation into China's Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation under Section 301 of the Trade Act of 1974, March 22, 2018, p. 50.

技术转让,涉嫌违反国民待遇原则。^[11]

(二) 中国对技术转让的入世承诺

事实上,早在中国入世之初,WTO 成员尤其是美国便对技术转让议题表达了极大关注。中国针对技术转让的入世承诺,主要体现在《中国入世议定书》第 7.3 条。根据该条规定,中国应保证国家和地方各级主管机关对进口、进口权或投资权的任何其他批准方式,不以技术转让、出口实绩或在中国进行研究与开发等为条件。^[12] 此外,《中国加入工作组报告书》也指出,某些成员对中国影响技术转让的法律、法规及措施表示关注,特别是在做出投资决定的过程中;WTO 成员认为技术转让的条款和条件,应由投资双方议定,政府不应干预,政府不应将技术转让作为批准投资的条件。^[13] 基于此,中国确认,对其领土内的个人或企业只实施、适用或执行与 TRIPS 协定和《与贸易有关的投资措施协定》不相抵触的法律、法规或措施;有关技术转让的条款和条件,特别是在投资过程中,只需经投资方议定。^[14] 简言之,在对外资审批中,中国承诺不以技术转让作为前提。2012 年,中国政府也再次强调“技术转让和技术合作是企业自主行为,中国不会将技术转让作为市场准入的前提条件”。^[15] 就目前实践而言,中国确实没有相关的法律规定以技术转让作为外资的准入条件,亦未见美国在本次“301 调查”报告中提供相关的书面证据。

本次中美技术争端中另一值得关注的问题是,美国起诉中国的法律依据是 TRIPS 协定,并未以中国上述入世承诺即《加入工作组报告书》和《加入议定书》作为依据。原因之一可能是中国入世承诺主要是针对“准入前”的技术转让规定;而本次争端则主要是针对外资经营者进入中国市场后的技术转让行为,或者说属于“准入后”国民待遇,即美国认为其企业进入中国之后,在经营过程中未能享受到国民待遇。

二 中美技术转让争端涉案措施的法律解释

(一) 文义解释:TRIPS 国民待遇及其例外条款

1. 关于国民待遇条款的法律解释

WTO《关于争端解决规则与程序的谅解》(DSU)第 3.2 条规定,裁判者可“依照解释国际公法的惯例澄清这些协定的现有规定”。此处“解释国际公法的惯例”在实践中通常是指《维也纳条约法公约》,其第 31 条规定“条约应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义,善意解释之”。TRIPS 协定第 3.1 条规定,各缔约

[11] Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body Geneva, March 27, 2018, pp. 14 - 15.

[12] 参见《中国加入议定书》第 7 条(非关税措施)。

[13] 参见《中国加入工作组报告书》第 48 段。

[14] 参见《中国加入工作组报告书》第 49 段。

[15] 《陈德铭就所谓“强制性技术转让”等问题接受彭博新闻社书面专访》,http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/ai/201202/20120207959737.shtml,最近访问时间[2018-11-07]。

方在知识产权保护方面,在遵守《巴黎公约》、《伯尔尼公约》、《罗马公约》和《关于集成电路知识产权条约》中各自规定的例外的前提下,每一成员给与其他成员国民的待遇不得低于给与本国国民的待遇。美国正是以该条款为依据,指控中国国内法违反上述国民待遇条款。关于国民待遇的法律适用,在 WTO“美国诉欧盟保护农产品和粮食的商标和地理标志案”中,专家组提出判断成员违反国民待遇主要考察两个关键要素:一是该成员的措施属于“知识产权保护”的范畴,二是该成员给与其他成员的待遇“低于”本国国民。^[16] 由于存在先例解释,各方对国民待遇条款本身的解释应该分歧不大,在此不做重点分析。

2. 关于国民待遇例外条款的解释

尽管 TRIPS 协定本身没有类似于 GATT1994 第 20 条那样的独立的例外规定,但 TRIPS 第 3.2 条却涵盖了一定的例外情况。该条款规定,各成员可利用第 1 款允许的在司法和行政程序方面的例外,但是这些例外应为保证遵守与本协定规定发生不相抵触的法律和法规所必需,且这种做法的实施不会对贸易构成变相限制。具体到技术转让,则涉及 TRIPS 第 3.1 条所指的《巴黎公约》。其中《巴黎公约》第 2 条(国民待遇)规定了关于行政程序的例外规定,即“每一国家法律中关于司法、行政程序和管辖权、以及指定送达地址或委派代理人的规定,工业产权法律中可能有要求的,均明确地予以保留”。例如,《合营条例》第 43 条第 4 款中关于技术转让的规定由于涉及转让协议的审批,就与《巴黎公约》所规定的“行政程序”相关。

但问题在于,《巴黎公约》有自身的适用范围,其第 1 条规定工业产权的保护对象包括专利、实用新型、工业品外观设计、商标等。然而《技术进出口管理条例》和《合营条例》中涉及的技术转让不仅包括工业产权,还涉及其他专有技术(如商业秘密),比《巴黎公约》例外规定所涉及的范围要广。^[17] 例如,《技术进出口管理条例》第 2 条第 2 款规定:“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。”^[18] 因此,如果中国援引例外规则,无疑只能在《巴黎公约》涵盖的范围内进行。

3. 关于国民待遇的先例解释

尽管 WTO 并未确立先例的法律约束力,但为了保证裁判的权威性和可预期,WTO 司法裁判中先例的作用不言而喻。^[19] “美国、日本和欧盟诉印度尼西亚汽车工业案”便涉及国民待遇条款的解释。该案中,美国提出印度尼西亚的“国家汽车项目”(National Car

[16] WTO Panel Report, European Communities-Protection of Trademarks and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs, WT/DS174/R, Mar 15, 2005, para. 7. 125. See also WTO Panel Report, European Communities-Protection of Trademarks and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs, WT/DS290/R, Mar 15, 2005, para. 7. 175.

[17] 《中外合资经营企业法实施条例》(2001 年修订)第 22 条规定:“合营者可以用货币出资,也可以用建筑物、厂房、机器设备或者其他物料、工业产权、专有技术、场地使用权等作价出资”。

[18] 参见《技术进出口管理条例》第 2 条。

[19] 根据笔者对 WTO 案例数据库的查找,目前仅有少数案例涉及到 TRIPS 第 3 条国民待遇的解释,尚无直接涉及第 28.2 条解释的案例。

Programme)中关于汽车产业的“商标取得”政策违反 TRIPS 协定国民待遇条款,^[20]理由是印度尼西亚规定任何商标想申请获得“国家汽车”(national motor vehicle)这一称号,必须是印度尼西亚的汽车公司或者与其合资的公司。^[21]专家组认为判断是否违反国民待遇,主要应审查印度尼西亚的法律和实践是否符合“在知识产权保护方面,给其他成员国民的待遇不得低于给与本国国民的待遇”。专家组最后裁决认为,本案中美国的诉求缺乏证据支持,因为在“商标取得”的法律适用上,印度尼西亚汽车商和其他成员的汽车商并无差别;在“国家汽车项目”背景下,有些商标可以申请“国家汽车”这一称号,有些不可以,这属于商标的使用范围问题,而非 TRIPS 第 3 条所涉及的“商标取得”问题(属于知识产权保护的范畴)。^[22]因此,关于商标权的取得,印度尼西亚并未违反国民待遇原则。专家组在本案中适用严格的文义解释,而未对其内涵进行扩张,这对中国的抗辩是有利的。

(二) 上下文解释:其他涉及技术转让的国际规则

《维也纳条约法公约》第 31 条还规定,在进行条约解释时,“应与上下文一并考虑者尚有:(c)适用于当事国间关系之任何有关国际法规则”。事实上,针对技术转让,其他一些相关国际法规则或规则草案对此也有规定,主要体现在以下方面。

1. WTO 规则体系下对技术传播和技术援助的鼓励

除了上文所言的 TRIPS 协定鼓励创新和技术传播外,WTO 其他协定也在一定程度上反映出对技术转让的提倡。首先,《服务贸易总协定》第 4 条(发展中国家的更多参与)规定“增强其国内服务能力、效率和竞争力,特别是通过在商业基础上获得技术”,并专门强调发达国家成员应尽可能设立联络点,以便利发展中国家成员的服务提供者获得与其各自市场有关的“服务技术”。其次,《技术性贸易壁垒协定》亦强调发达国家向发展中国家转让技术的精神,如在序言中规定“认识到国际标准化在发达国家向发展中国家转让技术方面可以作出的贡献”。第 11 条(对其他成员的技术援助)规定,各成员应采取合理措施,对其他成员尤其是发展中国家成员在“建立管理机构或技术法规的合格评定机构以”等方面,提供技术援助。上述规定都表明,缔约方当初已经考虑到国际技术对发展中国家的重要性。

2. 《联合国国际货物销售合同公约》中的知识产权瑕疵担保责任

《联合国国际货物销售合同公约》(下称《公约》)中含有一项有关知识产权的保证条款,其与《技术进出口管理条例》第 24 条中关于“侵害第三者责任”的规定类似。《公约》第 42 条规定,“卖方所交付的货物,必须是第三方不能根据工业产权或其他知识产权主张任何权利或要求的货物,但以卖方在订立合同时已知道或不可能不知道的权利或要求为限”。与《技术进出口管理条例》第 24 条稍有不同的是,卖方的知识产权担保义务并非绝对,而是以卖方所知道或不可能不知道者为限。可见,《公约》对卖方(转让方)知识产权的瑕疵担保责任比《技术进出口管理条例》更加灵活。据此,美国可能提出中国《技术进

[20] WTO Panel Report, Indonesia-Certain Measures Affecting the Automobile Industry, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, Jul 2, 1998, para. 14. 263.

[21] Indonesia-Certain Measures Affecting the Automobile Industry, para. 14. 267.

[22] Indonesia-Certain Measures Affecting the Automobile Industry, para. 14. 268.

出口管理条例》的规定过于严格。在 2016 年 WTO 对中国的贸易政策中,美国就第 24 条曾向中国提出过关切,问及“中国是否就第 24 条做出影响评估,尤其是对华技术转让的意愿方面”;中国的答复是“因涉及具体案例,有待掌握进一步信息”,双方并未达成一致。^[23]

3. 世界知识产权组织(WIPO)关于技术许可的相关规定

2015 年 WIPO 发布了一份名为《成功技术许可》的出版物,其中在谈及技术转让中涉及的“履行保证责任承担”时,指出对此没有统一答案或者标准适用于所有情况。^[24] 这一判断间接认可了各国在国内立法方面的自主权。但该出版物只是 WIPO 的一个指南,并不具有法律约束力,只能作为辅助性的论证。

4. 《国际技术转让行为守则(草案)》的技术转让规定

国际社会对技术转让的立法相对滞后,当前并无统一的国际技术转让规则。1974 年 5 月,第六届特别联大提出“制定一项符合发展中国家需要和条件的关于技术转让的国际行为守则”。1985 年 6 月 5 日拟定的《国际技术转让行为守则(草案)》规定了一些有利于发展中国家的技术转让条款,如序言规定“认识到需要促进充分的技术转让和技术发展,以加强所有国家、特别是发展中国家的科技能力”,以及“帮助发展中国家选择、取得和有效使用适合它们需要的技术,以便逐步提高经济水平,改善生活条件”。但该守则谈判历经 10 年,最终未能生效。

(三) 目的解释:TRIPS 协定的精神和宗旨

首先,TRIPS 协定的主要宗旨除了保护知识产权,同样鼓励创新、技术转让和技术传播。TRIPS 协定提出,知识产权的保护和实施应有利于促进技术革新、技术转让和技术传播,有利于生产者和技术知识使用者的相互利益,保护和实施的方式应有利于社会和经济福利,并有利于权利和义务的平衡(第 7 条)。因此,TRIPS 协定兼顾知识产权所有人和缔约方政府的权利,注重整个社会福利的提高。其次,TRIPS 协定亦强调,为了防止权利所有者滥用知识产权,影响国际技术转让,缔约方可以采取适当的国内规制措施,前提是这些措施与 TRIPS 协定的规定相一致(第 8.2 条)。再次,TRIPS 协定明确指出,该协定的任何规定均不得阻止各成员在立法中明确规定在特定情况下可构成对知识产权的滥用并对相关市场中的竞争产生不利影响的许可活动或条件(第 40 条)。这说明,TRIPS 协定赋予各国在知识产权和技术许可中的一些规制权利,旨在保护知识产权和促进创新、技术传播之间达成平衡,这一立法宗旨对尚处于技术学习阶段的发展中国家(包括中国)无疑是有利的。

此次中美技术转让纠纷如果进入到专家组程序,就法律解释而言:其一,根据以往 WTO 裁判的解释实践,裁判者将首先适用文义解释。在文义解释方面,对于 TRIPS 中“国民待遇”条款本身的理解,由于之前已有大量判例,因此各方争议不大;针对“国民待遇”的例外规定,TRIPS 第 3.2 条所涵盖的例外规定仅仅涉及工业产权,比《技术进出口管理条例》和《合营条例》中技术范围要窄。其二,在涉及上下文解释时,根据以往判例实践,

[23] Trade Policy Review, China, Minutes of The Meeting Addendum, Trade Policy Review Body, 20 and 22 July 2016, WT/TPR/M/342/Add.1, p. 453.

[24] WIPO, Successful Technology Licensing, 2015, http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/licensing/903/wipo_pub_903.pdf, pp. 27-28, 最近访问时间[2018-11-07]。

除了上述论及的 WTO 体系下的《服务贸易总协定》可能被纳入上下文解释的范畴外,裁判者援引适用其他国际规则应该会相对谨慎、可能性较小,只能作为一种辅助性的说理。其三,根据 WTO 条约解释的一般实践,尽管目的解释基于前两种解释方法之后,但从诉讼技巧和准备的角度而言,仍然应该认真运用,因为 TRIPS 不仅强调知识产权保护,也鼓励技术转让和传播。

三 当前国际技术转让争端的应对路径选择

(一) 几种可能的抗辩观点及其可行性

1. “准入前”契约自由能否作为抗辩理由

一种可能的抗辩是,中国法律并未剥夺外国投资者“准入前”的契约自由权利。换言之,中国的上述法律措施已经公布,外国投资者在进入中国市场前已知晓该法律,如果其认为相关法律不符合自身利益,完全可以拒绝签订合同。换言之,外国投资者拥有是否签订合同的绝对权利。这种解释看似有一定道理,但契约自由不仅仅体现在“准入前”,还包括“准入后”的各阶段,因此在法律上难以经受国民待遇条款的检验。

2. “以市场换技术”能否作为抗辩理由

自上世纪 70 年代以来,一些发展中国家包括中国在内,获取技术往往是以“市场”为交换,即以“市场换技术”。^[25] 因此,另一种可能的抗辩是外方应该在技术上做适当的让步,以保证各方权利义务对等。从宏观背景分析,这无疑合理的,但在法律上同样难以得到支持;并且中国在 2001 年入世之后开放市场是入世谈判时的承诺,并不存在交换一说。此外,中国企业进行海外投资时同样获得了其他成员的市场,而其他成员并未对中国投资者的技术转让做出上述类似要求。

3. “有偿使用”能否作为“继续使用”的抗辩

还有一种可能的抗辩理由是,《合营条例》第 43 条第 4 款虽然规定技术转让协议到期后受让方可继续使用技术,但并未说是免费使用。因此,如果受让方同意支付费用以继续使用该技术,则应得到支持;反之,如果完全剥夺受让方的继续使用权则有失公平,因为如果丧失继续使用技术的权利,则意味着该企业可能面临破产。这种解释尽管看似合理,但在美国看来依然没有从根本上满足投资者自由谈判的权利,因为实践中即便是有偿使用,转让方仍然可以拒绝受让方的要求。

4. “平等保护”能否作为抗辩理由

正如有学者所言,当前关于技术流动的国际规则存在严重失衡,其中之一便是只有约束政府政策的国际经济法规则,而对跨国公司技术垄断行为的约束却不足。^[26] 如果政府不加以规制,则可能导致在具体实践中,技术引进方或者说合营企业属于弱势地位。在实

[25] Thomas J. Holmes, Quid Pro Quo: Technology Capital Transfers for Market Access in China, Revised February 2015, <https://minneapolisfed.org/research/sr/sr486.pdf>, p. 1, 最近访问时间[2018-11-07]。

[26] 参见崔凡:《对强制技术转让应有明确界定》,《国际商报》2017年8月29日A3版。

践中,的确存在发展中国家在面临跨国公司技术垄断时的无能为力。例如,一些外资方利用技术和法律专业优势,在合同中规定中方企业改进的技术也属于外方。^[27] 因此,中国在具体应对时,可以在此方面提供具体证据,以对抗辩起到一定的辅助作用。不过,问题在于双方的地位是否平等需要个案分析,因为美国或许提出,当中国合资方是国有大型企业时很难确定谁更强势。

总之,尽管上述观点具有一定合理性,但都只是一种合理性判断或者说宏观解释,难有法律上的说服力。如果案件进入审判程序,裁判者更多是围绕 TRIPS 协定中的条款以及中国的措施进行解释,上述观点恐怕只能作为一种背景分析,进行辅助性论证。

(二) 国际投资规则下的抗辩及其可行性

此次美国发布的对华“301 调查”报告与以往不同,重点集中在投资领域。中国在抗辩时或可考虑另一路径,即从总体上论证报告所指控的四项措施并非纯粹贸易问题,而是涉及投资议题,而主权国家在投资制度设计上具有相应的自主权。

1. 关于《技术进出口管理条例》的法律属性

尽管《技术进出口管理条例》涉及技术进出口,但并不仅仅涉及贸易议题。首先,技术进出口不仅涉及贸易,还包括投资和经济技术合作。例如该条例第 2 条规定:“本条例所称技术进出口,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。”其次,在合资企业技术转让协议中,技术转让往往表现为一方的资本出资。例如该条例第 22 条规定:“设立外商投资企业,外方以技术作为投资的,该技术的进口,应当按照外商投资企业设立审批的程序进行审查或者办理登记。”这正好说明技术转让是作为出资的一种形式。再次,当技术进口仅仅涉及贸易时,法律赋予了双方进行约定的权利。例如,该条例第 24 条规定,“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” 这表明当技术作为贸易合同中的交易对象时,在技术的使用上,中国法律给予了双方充分的自由谈判权,对技术使用正是按照约定优先的原则,而非强制技术转让。

2. 关于《合营条例》的法律属性

首先,《合营条例》是对《中外合资企业法》的细化,因此整个条例具有投资规制的属性。例如,该条例第 22 条规定了合营者的出资方式,包括货币、工业产权、专有技术和场地使用权等;第 25 条规定了作为外国合营者出资的工业产权或者专有技术,必须满足的具体条件。其次,涉案措施属于对企业合资行为的规制,具有投资属性。例如,该条例第 43 条第 4 款是对合营企业订立技术转让协议的规定。这进一步表明,在技术转让协议中,外商投资者实质上是合营者,或者说代表的是股东身份。

此外,《合营条例》第 40 条规定,引进技术包括合营企业从第三者或者合营者获得,这从主体上区分了技术获取的两个来源。第一,若外方技术出让人本身是作为合营者之

[27] 在笔者所作调研中,据一位专业人士介绍,其代理咨询的中国无锡某公司与外方签订的技术转让合同中,就存在这样的情况。即便中国法律对技术改进的归属进行了规定,但很多中小企业并不清楚有上述规定。在实践中,可能就按照合同约定,默认将改进后的技术成果权利归属给外方。

一,将技术作为股份出资(如折合股份为 $x\%$),则技术转让具有投资性质(如图2)。此外,保证技术出资的稳定,有助于合资企业持续健康发展,否则更像是公司法律制度中的抽逃出资,使合资企业难以存续。第二,若技术是合营企业以合同形式直接从第三者处获得,则不涉及企业合营,属于国际技术贸易,适用上文提及的《技术进出口管理条例》第24条,即基于商业自由,由双方约定技术使用,并不存在强制。以下是实践中两种较为典型的技术转让方式。

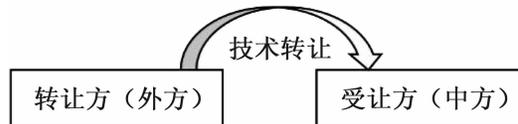


图 1

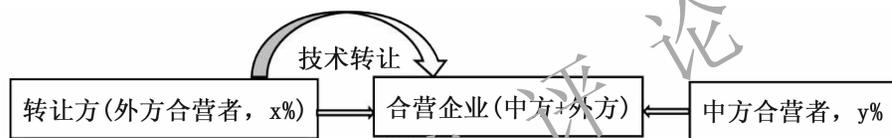


图 2

3. 建议裁判者审慎裁判

首先,由于涉案措施具有很强的投资属性,主要涉及投资议题,中国在抗辩时可建议裁判者行使司法经济原则,对涉案措施进行审慎裁判,防止因扩大解释给成员产生额外义务。其次,《技术进出口管理条例》和《合营条例》都具有一定的公法属性,属于行政性措施,不能和私法领域的《合同法》进行简单比较,进而认为中国违反国民待遇原则。尽管WTO在一定程度上也规制成员的行政措施,但其主要规制“与贸易有关”的行政措施;涉及投资领域的技术转让纠纷应该通过双边投资协定或者自由贸易协定来解决。事实上,早在2005年“技术转让”便被列为联合国贸发会《国际投资协定:关键问题》报告的议题之一。^[28]因此,中国抗辩的关键在于对上述措施的定性。

四 中美技术转让争端的影响与后续关注

(一) 客观看待本案的影响并做好应对

首先,即使WTO裁定中国相关措施需要做出适当修改,也应客观看待其带来的后果。一般而言,技术转让协议到期后(一般是10年),很多技术进入公共领域可供他人使用。例如在中国,根据统计专利平均寿命只有7.3年。^[29]另外,即使部分裁判最终对中国不利,从商业实践而言,受让方考虑到技术使用期限只有10年,则在支付转让费时,必

[28] UNCTAD, *International Investment Agreements: Key Issues III*, Chapter 23, Transfer of Technology, p. 29.

[29] Yongzhong Qiao (ed.), *Maintenance Time and the Industry Development of Patents, Empirical Research with Evidence from China*, Springer Press, 2017, p. 32.

然以 10 年作为计算的基准;而此前由于受到第 43 条第 4 款的限制,转让方考虑到 10 年后受让方可继续使用技术,一开始便可能提出以较高的价格转让技术。同时,关于企业合资中的技术转让问题,近期国务院专门发布《关于积极有效利用外资推动经济高质量发展若干措施的通知》,其中规定“严格履行世界贸易组织承诺,外商投资过程中技术合作的条件由投资各方议定,各级人民政府工作人员不得利用行政手段强制技术转让”。^[30]这再次突显出中国政府防止出现强制技术转让行为的决心。

其次,鉴于技术转让协议的最初约定极为重要,为了维护广大中小企业的利益,行业协会等可考虑制定技术转让示范性合同供中小企业参考,以顾及许多中小企业在法律资源和法律能力方面的不足,防止其处于不公平的地位。特别是在实践中,一些中小企业在面临跨国公司滥用知识产权时,可能遭遇各种救济困难。由于目前并没有统一的国际投资法律制度,各国在投资方面都具有较大的裁量权。近日,一份题为《建设性解决中美贸易冲突》的中美联合报告中亦指出,“当前有些争端无法通过 WTO 得到解决,最具代表性的便是技术转让,因此必须制订相关新的协议”。^[31]

(二) 进一步关注当前国际投资中技术转让的规制模式

下一步中国还应该关主要国家对技术转让的国际规制模式,以应对今后涉及技术转让的各类问题。主要国家和地区的技术转规制模式和条款,很可能成为中国今后与其商谈技术转让相关协议时的基础性谈判文本。

概而言之,美国在投资协定中主要采用禁止“强制技术转让”模式。例如《2012 年美国双边投资范本》第 8 规定:“任何缔约方对外国投资者投资的设立、收购或其他投资方式等,不得要求将特定技术转让给其境内的人。”^[32]《美国—卢旺达双边投资协定》、《美国—韩国自由贸易协定》等均采用上述禁止强制技术转让模式。此外,《外国投资风险评评估现代化法》已于 2018 年 8 月 13 日经美国总统签署生效,该法案的重大变化是美国外国投资委员会(CFIUS)将有权进一步审查美国关键技术公司以其知识产权向外国公司进行的任何出资,包括合资等安排。

加拿大、日本和韩国则多采用“一般”与“例外”的混合模式。如《2004 年加拿大双边投资范本》第 7 条规定,任何缔约方均不得强制要求外国投资者将特定技术、生产过程或其他专有知识转让给其境内的人,除非法院、行政机构或竞争管理机构实施强制要求或承诺,以救济涉嫌违反竞争法的行为,或者以一种不违反本协定的方式来执行相关措施。^[33]2017 年《日本—以色列双边投资协定》第 6 条规定,在投资活动中,任何一方不得采取或强制技术转让,除非这些强制要求的采取与 TRIPS 协定相一致。^[34]2009 年《韩国—印度全面经济伙伴协定》和 2005 年《韩国—新加坡自由贸易协定》中也都含有例外条款。^[35]

[30] 《国务院关于积极有效利用外资推动经济高质量发展若干措施的通知》,国发(2018)19 号,2018 年 6 月 15 日。

[31] 该报告由“中国四十人论坛”和美国彼得森国际经济研究所共同发布。参见哈继铭、Adam Posen:《中美贸易争端的经济真相》,《2018·CF40-PIIE 联合报告》,2018 年 5 月 12 日。

[32] 2012 U. S. Model Bilateral Investment Treaty, Article 8, Performance Requirements.

[33] 2004 Canada Model Bilateral Investment Treaty, Article 7, Performance Requirements.

[34] 2017 Japan-Israel BIT, Article 6, Prohibition of Performance Requirements.

[35] 2005 Korea-Singapore FTA Article 10.7, Performance Requirements.

不过,2012年《中日韩三边投资协定》和2015年《中国与韩国自由贸易协定》仅规定,“任何缔约方均不得在其领土范围内,就技术出口或技术转让的业绩要求,对另一缔约方投资者的涵盖投资采取任何不合理或歧视性措施”,其中并未含有例外条款。^[36]

而相比其他国家,欧盟更强调“平衡合作”模式,鼓励技术传播和合作的特征更加明显。例如,2015《欧盟与哈萨克斯坦合作协定》^[37]、2012年《欧盟与越南伙伴与合作协定》^[38]等强调在环境友好型技术^[39]、信息通讯技术^[40]、能源技术^[41]等领域,实现技术转让和合作。与此同时,欧盟签订的一些协定还强调知识产权权利人利益与公共利益的平衡。例如,2012年《欧盟与哥伦比亚、厄瓜多尔、秘鲁贸易协定》强调知识产权权利人利益与公共利益的平衡^[42]并在技术合作和技术转让方面提出了具体合作机制。^[43]同美国相比,欧盟对技术转让体现出更大的包容性以及对双方权利义务的平衡。同时必须看到,与发达国家不同,广大发展中国家尚处于技术学习追赶阶段,其寻求外国投资的重要目标之一是获得外国先进技术,因此更强调技术转让的必要性,转让方与受让方之间的潜在冲突仍将存在。^[44]

五 结 论

由于中美之间尚未签订双边投资协定,因此美国将技术转让争端提交至WTO在预料之中。综合上文论述,可以得出如下两点结论。

首先,针对本轮中美技术转让争端,对中国而言关键在于对相关措施性质的认定,以及美国后续提出的证据是否充分。对此,有两种应对思路可供参考:一是在贸易法范围内研究对中国有利的法律条款和解释,包括援引例外规则、借助目的解释和先例等;二是主张相关措施主要涉及投资议题,建议WTO裁判者采用司法经济原则,将该问题留待今后的投资谈判中解决。同时,由于中国上述涉案措施涉及行政规制,美国将其与私法属性浓厚的《合同法》进行简单比较,有待商榷,因为针对技术转让的行政规制并不等同于强制技术转让。

其次,应当正面客观看待本案其影响,把握国际技术转让规制的大势。当前各国纷纷实施“再工业化”战略,以加速推进新一轮全球贸易投资新格局。^[45]美国出于保护技术的

[36] 2012 China-Japan-Korea Trilateral Investment Agreement, Article 7, Prohibition of Performance Requirements; 2015 China-Korea FTA, Article 12.7, Prohibition of Performance Requirements.

[37] 2015 EU-Kazakhstan EPCA, Article 63, Transfer of technology.

[38] 2012 EU-Viet Nam Framework PCA, Article 13, Trade Development.

[39] 2012 EU-Viet Nam Framework PCA, Article 30, Environment and Natural Resources.

[40] 2012 EU-Viet Nam Framework PCA, Article 40, Cooperation on Information and Communication Technologies.

[41] 2012 EU-Viet Nam Framework PCA, Article 42, Energy.

[42] 2012 Colombia-Ecuador-EU-Peru Trade Agreement, Title VII Intellectual Property, Chapter 1 General Provisions, Article 197, General Principles.

[43] 2012 Colombia-Ecuador-EU-Peru Trade Agreement, Chapter 5 Transfer of Technology, Article 255.

[44] 参见何艳:《双边投资协定中的技术转让履行要求禁止规则研究——兼论我国在中美双边投资协定谈判中的立场》,《当代法学》2014年第4期,第154-156页。

[45] 参见《国务院关于印发〈中国制造2025〉的通知》,国发〔2015〕28号,2015年5月19日。

需要,今后将对中美之间的技术转让更加警惕。特别是,美国下一步可能通过国内法限制中国对美投资,尤其是对高科技型企业的并购,对此中国要有所准备。对于今后的技术发展,一方面,由于短期内中国仍然处于追赶学习阶段,因此欧盟的“平衡模式”更符合中国当前的发展需要,后续可加强与欧洲国家(如德国、瑞士)以及日本、韩国等在高科技领域的合作。另一方面,加强自我核心技术的研发是关键。“市场换不来核心技术,有钱也买不来核心技术”,^[46]“以市场换技术”和“以资本换技术”都无法实现“制造强国梦”。近期中美之间在核心技术领域的一些纠纷,如中兴事件,教训十分深刻。就此而言,对当前国际技术转让争端和主要国家技术转让规制模式进行深入研究,有助于中国应对后续技术转让中可能遇到的相关问题,使“中国制造”沿着合规的道路健康发展。

[本文为国家社会科学基金专项课题“世界贸易组织中国涉诉案例的裁判生成与指导制度”(14CFX05)的研究成果。]

[**Abstract**] In the field of International technology transfer (ITT), the current “quid pro quo” and “capital for technology” modes adopted by China have been challenged by the US and other developed countries. On the one hand, the US has brought China to WTO for measures relating to forced technology transfer, which it considers inconsistent with the national treatment of the TRIPS. On the other hand, the US and some countries argue that some investment projects from China are aimed at buying high-technologies, which are in essence “technology purchasing”, and that they will conduct much more strict examination on Chinese investments in the following years. The difficulties of the dispute over international transfer of technology lies in the fact that it involves both trade and investment issues and therefore the key to its solution is not to examine the legitimacy of relevant measures taken by China from the perspective of international trade rules. Moreover, it is also not appropriate to make simple comparison between the administrative regulatory measures in international transfer of technology and the Contract Law (private law) and determine on the basis of such comparison that these measures are inconsistent with the national treatment of the TRIPS. Technology transfer has become a major sensitive issue between China, the US and other countries in the world, so the study on the regulatory pattern of technology transfer between main WTO members will help China to better understand the trend of regulation of technology transfer, and resolve the dispute over and participate in negotiations regarding technology transfer.

(责任编辑:廖 凡)

[46] 习近平:《在网络安全和信息化工作座谈会上的讲话》,《人民日报》2016年4月19日第2版。