

国际技术贸易各方利益之法律分析

——以专利技术为视角

纪新,徐红菊

(大连海事大学 法学院,辽宁 大连 116026)

摘要:国家之间的技术差距推动了国际技术贸易的发展,国际技术贸易的发展促进了该国专利制度的统一化。然而,技术引进国应当意识到在专利一体化环境下,当外国居民专利持有量远远高于本国居民专利持有量时,本国的经济安全将由于过高成本的支出而受到潜在的威胁。通过经济分析的方法,对这种威胁的具体表现进行了阐述,并指出作为技术引进国应当监控外国居民在本国的专利持有量,制定合理的技术贸易制度,以保护本国市场的自由竞争秩序。

关键词:专利保护成本;经济分析;合理性标准

中图分类号:D922.294 F747.17

文献标识码:A

文章编号:1002-3240(2013)05-0089-05

在国际技术贸易中,通常为转让方的发达国家与为受让方的发展中国家之间始终处于博弈胶着的状态,不断加强的知识产权立法态势似乎加剧了这种矛盾,如何规范国际技术贸易中的行为重新成为敏感的问题。发达国家担心受让方国家通过国际技术贸易在技术水平上将超越本国,要求受让方国家制定高保护水平的专利法律制度。作为受让方国家,应当如何制定本国的专利法律制度,又应当如何确定本国的专利法律制度有利于本国经济的发展,成为包括我国在内的新兴经济发展体国家需要考虑的重要问题。本文舍弃传统得以权利义务关系为核心的法理分析,转向以经济分析的角度探索国际技术贸易对于国家积极发展的影响,首先以国际技术贸易基本经济理论入手,通过对一国专利法律制度的经济分析,指出一国运用专利制度的成本与收益的比例,决定了该制度是否能够对本国经济利益产生积极的影响。如果在国际技术贸易中,专利制度的成本低于收益,则该制度可以成功地保障国际技术贸易对本国经济产生积极影响,如成本高于收益,则完全相反。本文的创新之处在于运用经济分析的方法,通过对本国居民与非本国居民专利授权比例的典型案例分析,论述一国专利法律制度对国际技术贸易的影响,最终提出有利于我国经济发

展的警示与建言。

一、确定国际技术贸易制度合理性的途径

“技术”商业化、产权化的发展趋势决定了国际技术贸易竞争的实质是知识产权贸易的竞争,尤其是专利技术贸易的竞争。技术对一国经济、政治发展发挥着重要的作用,各国法律对待技术贸易尤为慎重,往往通过法律干预私有主体间的技术交易。西方国家最初设立专利法律制度的初衷也是出于经济效率上的考虑。国际技术贸易制度在一国通常体现为对本国技术进出口进行管理规范的制度,是技术性特征较强的法律规范,加之知识产权本身的特性,运用经济分析的方法往往能够解决普通法律逻辑思维无法决断的难题。

国际技术贸易制度的难题体现为对行使专利权的限制规范与专利权人合法垄断权之间的交叉点上。专利权是权利人依法享有的合法垄断权,技术交易过程使专利权人行使权利的过程,在这一过程中,专利权人往往会利用其拥有的合法垄断权限制对方当事人的行为。被限制方不满于这种限制,又无法通过其

收稿日期:2013-02-19

作者简介:纪新(1978-),女,辽宁省大连市人,大连海事大学法学院博士研究生,徐红菊(1973-),女,吉林省吉林市人,大连海事大学法学院副教授、法学博士。

他途径取得专利权人独占的技术,就会诉诸于法律,以求公平正义的解决。这种存在于专利权行使与合法垄断权之间的灰色地带模糊了已有的法律判断标准,反垄断法在这一问题面前也显得力不从心。有学者指出,解决此问题应从赋予专利权的立法目的中找寻,专利法赋予专利权人合法垄断权的目的是通过经济回报为了激励发明人创新,从而推进社会整体的技术进步。权利人的垄断权是社会进步过程中必须付出的代价,是必须支付的成本,也正是这种必须支付的成本使得法律要求其他社会公众容忍权利人对技术独占实施权。然而,如何成本的支出都以利益的回报为对价,而且这种利益的回报应当远远大于成本的支出,只有在此范围之内的成本支出才是合理的,才是对社会公众更加公平的反映。这就意味着,专利权的行使必须在社会所能获取价值的范围之内,技术贸易制度要在合法权利行使的必然成本与社会价值之间寻找最佳契合点,经济分析是确定技术贸易制度合理性的重要途径,当限制性行为对自由竞争秩序造成损害时,反垄断法将会对这种行为予以规范。当然,反垄断法并非简单制止限制竞争行为本身,而是阻止权利人不公平地增加自己的市场支配力^[1]。这种合理判断不仅仅决定着当事人之间公平的存在,还考验着国际技术交易制度对于国家利益的维护。

二、影响国际技术贸易制度的经济理论分析

1. 产品周期理论

依据产品周期理论,专利产品存在初期、成长及成熟三个阶段,技术产品在不同的阶段,生产要素密集的特点,所表现出的产品优势也不相同。技术产品的初期阶段技术优势较强,而在成长期阶段,资本优势较强,而成熟期阶段的技术产品则以资本与非技术熟练型劳动的投入为主。这样,处于导入阶段的产品,由于发达国家拥有技术优势,它们将直接生产并出口。当专利产品在发达国家处于成长或成熟阶段,其技术优势不能继续发挥之际,连同技术在内的各种生产要素便可能通过交换流向欠发达或不发达国家,由这些国家利用非熟练劳动的优势专门生产并用以出口返销发达国家。

2. 技术差距理论

技术差距理论认为,能够产生国际技术贸易的根本原因在于不同国家之间存在技术差距,技术上的差距使技术领先的国家具有技术上的比较优势,技术由

具有优势的国家转让到技术不具有优势的国家。技术上的差距直接带动了使用该技术产品的国际贸易,具有技术优势的国家可以凭借技术上的优势,生产技术密集型的产品,从而在国际产品的贸易中取得优势的竞争地位。

3. 学习曲线效应理论

学习曲线效应实际讲述的是“后来居上”的道理,引进技术的发展中国家由于本国的劳动力等成本较低,技术产品的价格也会相应较低,具备扩大技术产品产量的优势。在扩大产量的同时,作为专利技术被许可方的企业因为技术经验逐步成熟,会进一步降低产品的成本,这样就产生了技术许可方企业所不能具备的成本优势。

以上的国际技术贸易经济发展理论说明以下两个问题:其一,只要存在技术差距,国际技术贸易就必然发生于不同技术水平的国家之间;其二,国际技术贸易决定了仅在高技术水平国家存在专利制度保护是不够的,技术劣势国家也必须建立相同或类似的专利保护制度。

也正是追求国际技术贸易所带来的经济利益的原因使发达国家不断督促,并通过国际条约的形式要求发展中国家在短时期内建立了与国际水平一致的专利制度。在专利权制度下思考国际技术贸易的经济本质,会得出这样的结论,发展中国家专利权制度建立并非仅出于本国经济发展的需要,还源于国际技术贸易的需要。

三、技术引进国制度与国家利益的经济分析

(一) 技术引进国专利制度的经济分析

技术国家专利制度是国际技术交易顺利进行的法律保证。仅就内国专利制度设计而言,对专利给予专有权保护的考虑是:知识产品具有公共产品的特征,就使得在没有特别法律保护的情况下,难以阻止他人的不法利用……但,也可能由于限制对财产的使用而减少了产出,为强制实现这一财产权而采取的措施,就成为财产权的成本^[2]。现代专利制度通过将专利权在一定期限内授予权利人,禁止任何人未经其许可实施该项技术,是以限制该项技术的传播为代价的。社会知识是不断积累的,因此知识产权对社会的普遍伤害就在于它提高了获得产品的代价并且限制他人从事进一步的研发^[3]。专利制度设计此种社会成本的付出是以维护专利权人的利益基础上追求未来的社

会预期利益为条件,且只有当所追求的社会利益大于社会成本的付出时,该项法律制度的设计才是正确的。

如果说发达国家专利法律的制度的建立是出于本国经济发展的需要,而近几十年发展中国家专利法律制度的仓促建立则是一种被动的模式。知识产权对于发展中国家而言是一种制度“舶来品”,是被动移植,知识产权立法不是基于自身国情的制度选择,往往是受到外来压力的影响。1995年正式生效的《与贸易有关的知识产权协定》将发展中国家专利权制度的保护水平有力地向前推进了一步。在短期内,作为世界贸易组织成员的发展中国家成员与发达国家一道将本国的知识产权保护水平提升到协定要求的水平,在这过程中,忽略掉了本国经济水平与专利权制度适应程度的考察。以印度专利法历史为例,印度议会1994年否决了国大党提出的关于修正专利法的提案,美国向世贸组织起诉印度,要求印度履行其世贸组织成员国的义务,开放药品市场。印度在这场官司中败诉,被世贸组织责成修订相关法律。作为与WTO机制接轨的一个重要方面,印度《专利修正案》1999年4月19日正式实施。该法案参照1994年乌拉圭回合《关贸总协定》中《贸易相关知识产权保护协定》的有关条款,对其原有《专利法》(1970年)作了重要修订^[4]。我国专利法律制度也有着类似的经历。发展中国家建立专利权制度当然不完全是由于发达国家压力所致,而是同样考虑到了专利权制度的经济激励作用,但是,尽管在经济激励理论中对专利保护制度推进技术创新的作用做了论断,但同样对一项具体的专利制度是否会实现社会成本付出小于该项专利技术所创造的社会利益也尚无确切的答案^[2]。

(二)技术引进国国家利益的经济分析

1.技术引进成本的增加

在引进适用技术后,引进国节省了本国技术的研发时间与资本投入,但需要支付技术所有人所愿意交换的对价,即技术使用费。与专利权制度建立之前相比较,技术引进国显然加重了技术引进的成本。除需要支付技术使用费之外,其他增加的成本表现在:(1)专利权人限制性要求增大成本。在专利权制度建立后,技术的所有人排斥任何其他通过努力取得同样技术成果的所有人,被许可方只能从专利权人处取得所需技术,这种技术市场的卖方垄断特征,使得权利人可能在国际专利许可过程中增加各种限制性条件,如搭售等。引进国企业接受限制性要求增加了引进国技术引进的整体经济成本。(2)技术传播受阻成本。专利权的独占性限制了专利技术在引进国的传播与改进,

由此增加社会成本。(3)法律制度建立与修改成本。技术国建立或修改专利权制度活动本身所发生的成本;(4)专利权维持成本。专利权为无形财产权,具有无限复制、重复使用的特性,制止侵权行为的发生需要国家支付更多的成本。以上所列成本不能否定专利权制度本身的价值,但当专利权制度的经济激励并非囿于本国范围之内时,国家成本的支出就必须纳入考量范围之内。

2.外国居民专利拥有量与引进国经济利益

专利权具有地域属性,外国居民在其本国申请到专利权之后,到其他国家申请专利权的动机主要有销售专利技术产品、将专利技术在该国许可或投资等,以保持技术的垄断地位。为了顺利开展国际专利技术贸易,无论是本国居民还是外国居民在一国取得专利授权,就会受到同等的保护。但显然,过多地在国内保护外国居民所拥有的专利权,不仅说明该国对于国外技术依赖程度较高,也使技术引进国承担了更大的成本支出。当外国居民专利拥有量超过本国居民的专利拥有量时,除表示技术引进国家不具有技术优势外,引进国还面临成本可能高于支出的危机。

一国对专利制度给予保护是出于经济效率的考虑而进行的人为制度设计,美国普兰特教授认为,知识产权创造稀缺,有体物的财产权管理稀缺,这也同样决定了知识产权趋向于比物质财产的权利有更大的成本^[4]。几乎所有为维护专利权人利益而必须支付的社会成本却完全出自于权利人将专利权进行许可的地区。当外国居民申请获得专利授权的比例大于本国居民时,技术创新价值就没有在技术引进国实现,而相应成本却必然支出。付出社会成本制定专利权制度之地却并非收益收获之地,被激励进行创新的国外发明人往往并不会将新技术首先适用在引进国,尤其是当权利人母国与该国有着同样保护水平的情况下,这一结果就更加明显。该国未来所预期获得的利益就会小于目前已经支付的专利保护成本。因此,技术引进国应当关注外国居民在本国申请专利的数量,将其与本国专利授权数量的比例控制在合理的范围之内,才能有益于本国利益。

四、完善我国技术贸易制度的法律思考

(一)国家安全例外原则的适用

当外国居民专利持有量过度超过本国居民专利持有量时,表明该国的国际技术贸易呈现逆差,技术引进

量远远大于输出量。此种情形将导致该国专利制度无法服务于激励本国技术创新的初衷,相反,会由于过多保护国外专利而损害本国利益,因而,一国随时对外国居民在本国的专利持有量进行监控极为必要。

世界贸易组织在規定了一系列基本原则的基础上,作出了一些例外安排以免除所应承担的义务,这就包括“一般例外”与“安全例外”。国家安全例外原则是指在WTO框架下,当国家处于安全的考虑时,可以不履行成员WTO国际条约中的有关规定,这一原则规定在《1994年关贸总协定》第21条的“安全例外条款”之中。国家安全例外原则在国际投资、国际金融等领域已有运用,那么,在知识产权领域可否适用国家安全例外原则呢?如果可以适用,则当外国居民专利持有量远远高于本国居民持有量,并对本国经济安全造成损害或者存在造成损害的威胁时,技术引进国可以在外国居民专利权保护等方面暂时放弃给予国民待遇以维护本国经济安全。国家安全例外原则可以适用于知识产权领域,首先,国家安全例外原则是世界贸易组织框架下的一项基本原则,其目的就是在促进成员间贸易的同时,维护成员国家安全。这一基本原则确立之初,GATT并未对该原则的适用领域加以限制,当然也就并未将知识产权领域排除在外,只要涉及国家安全问题,在任何领域中均可适用;其次,在知识产权领域适用“安全例外”有国际法依据。这一法律依据体现在《与贸易有关知识产权协定》的规定之中,依据TRIPs协定第73条之规定,不得将本协议中任何内容解释为制止任何成员为保护其基本安全利益而采取它认为是必要的行动……当然,单纯外国居民专利持有量高于本国居民专利持有量的数据并足以认定构成对本国经济的损害,但这种潜在的威胁时技术引进国应当加以重视的。外国居民专利持有量在何种程度上已经构成对引进国国家经济安全的损害或者威胁,仍然需要实际的占据加以证明,包括对本国发明的阻碍程度,本国市场竞争的垄断程度等。由于从经济成本分析的角度可以退出其可能对本国经济造成的负面影响,无论这种损害是否已经实际发生,技术引进国应当加强对该数据的监控,当确实发生存在对安全的重大威胁时,利用安全例外原则放弃国际义务的承担。

(二)专利权行使行为的合法性判断

专利权行使行为是进行技术交易的行为,在这一过程中,专利权实现技术的价值,并希望保有技术的垄断地位,为此,在权利行使过程中通常施加一系列的限制性行为。早在上个世纪的70年代,世界各国已

经开始对限制性商业行为的表现加以规范,在国际层面的举措是80年代《国际技术转让行动守则》(以下简称《守则》)的制定。《守则》中列举了二十条限制性行为的表现,但不同类别的国家对是否构成国际技术贸易中的限制性行为态度迥然不同,分歧激烈,使《守则》最后未能生效。随后,关于限制性行为合法性的判断转为国内法的规范内容。对于限制性商业行为的构成标准,发达国家与发展中国家有着不同的观点,发达国家认为凡对市场竞争造成影响,妨碍自由竞争的行为就是限制性商业行为,到目前为止,这仍然是发达国家所主要采纳的判断标准;而发展中国家则采取发展的标准,认为凡显然不利于技术受让方国家经济、技术发展的行为,就是限制性商业行为。到目前为止,关于限制性行为的合法性判断在各国间仍然没有取得一致的进展。发展中国家在本国相关立法中,对是否为限制性条款加以列举,但往往缺乏有说服力的分析。限制性行为也随着经济的发展而不得不随时调整。

我国在1985年颁布的《技术引进合同管理条例》中,曾规定了9种限制性商业条款,但在2001年10月通过的《中华人民共和国技术进出口管理条例》中规定属于限制性商业惯例的有七种,并调整其中三种行为规范的措辞,增加了“不合理的”进行限制,即这三种行为是否构成不合法的限制性行为,还需要司法机构根据个案进行合理性分析,而对于判断“合理性”的标准则没有进一步的司法解释。限制性行为主要体现在国际技术贸易合同中的限制性条款,就其本质而言,属于私法调整的范畴,应当适用私法中的契约自由原则。只要双方当事人自由达成合意,除非条款损害国家及他人合法权益,法律不应调整具有私法属性之契约。但专利权人可借助其合法垄断权,以限制性条款的形式施加限制,危害国家自由竞争秩序,就需要国家进行强行干预。

对于限制性行为在何种情形下构成对于自由竞争秩序的危害,不适合采用列举的方式进行规定,从欧美最新颁布的法律文件看,美国与欧盟在规范方式上采取了大体一致的方式,即通过经济分析的方法加以确定。美国司法部和联邦贸易委员会在1995年公布了《知识产权反托斯指南》,2007年在此基础上公布了《反托拉斯执法与知识产权:促进创新和竞争》^[5],对知识产权权利行使行为的反垄断法规范也加以了明晰。在指南中提出了“safety zone”(安全地带)的概念,即当权利人本质上缺少相关的市场控制能力时,其所签订的限制性条款处于安全地带,可以免于反垄断法的调查。判断的方法是经济分析的方法,当相关

产品或服务市场确定许可贸易金字塔所占份额不得超过整个市场份额的 20% ,或者相关技术或创新市场上竞争者的数目——有四项以上的独立控制技术或独立控制单位(许可协议中包括的除外)时 ,即处于安全地带。欧盟关于专利许可的反垄断法规范主要体现为一系列指令 ,欧盟在 2004 年颁布了新的《关于技术转让协议适用条约第 81 条第 3 款的 772/2004 号条例》^[6] ,对反垄断法如何调整技术转让协议作出了新的规范。新规范侧重以经济分析的方法作为分析限制性行为构成的基础 ,引进了许可当事人之间竞争者与非竞争者的概念 ,并将占有的市场份额作为需要豁免时考虑的重要因素。条例规定竞争者之间的技术转让协议 ,双方当事人和相关技术市场和产品市场的合计份额不超过 20% 时 ,可适用豁免 ,即不作为非法的限制性行为。对于非竞争者之间的协议 ,只有当事人各自在相关技术市场和产品市场的份额不超过 30% 时 ,才

[1] MARTYN D.TAYLOR.International Competition Law: A New Dimension for the WTO [M].Cambridge University Press,2006.19.
[2] (美)威廉·M·兰德斯,理查德·A·波斯纳,金海军.知识产权法经济结构[M].北京大学出版社,2005.23;序言部分.
[3] ROBERT P.MERGES,PETER S.MENELL,MARK A.LEM-LEY,THOMAS M.JORDE, 齐筠, 张清.Intellectual Property in the New Technology Age 《《新技术时代的知识产权法》》[M].中国政法大学出版社,2003.14.

适用所提供的豁免。

随着我国市场经济的发展 ,采用经济分析的非法判断限制性行为的合法性是一种可行的途径。从判断标准角度看 ,判断限制性行为的危害主要侧重于对社会整体效率的危害 ,并保证社会支出的代价处于所获价值之内 ,那么 ,判断限制性行为合法性的依据亦应着眼于对于国家整体利益的影响 ,而不应局限于限制性行为的表现自身。从可行性角度看 ,我国依据初步建立起市场经济的运作模式 ,并逐步获得国际社会的认可 ,具有确定市场份额的能力 ,完全可以运用经济分析的方法来确定限制性行为的合法性。从可取得成果角度看 ,利用经济分析的方法判断限制性行为的合法性 ,可以消除我国市场目前存在的外国投资者对本国市场形成垄断的威胁 ,消除垄断行为 ,维护健康的市场竞争秩序。

[4] 张力.专利法修改与印度经济的国际接轨[J].南亚研究季刊,2001,(增刊);26.
[5] U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission [A].Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights [C].Promoting Innovation and Competition,2007 (04).
[6] COMMISSION REGULATION(EC) No 772/2004 of 27 April 2004 on the Application of Article 81 (3) of the Treaty to Categories of Technology Transfer Agreement.

[责任编辑 周玉林]

本刊声明

近来,不断有作者来电向我刊反映,一些中介组织和个人冒用《社会科学家》杂志社名义征稿,收取相关费用,欺诈投稿人,严重损害了我刊名誉。在此,我刊严正声明:从未委托和授权任何机构和个人进行组稿、征稿。同时,我刊将保留追究有关人员法律责任的权利。特此声明!

本刊收稿邮箱:glxj@163.com; glxj@sina.com
咨询电话:0773-2898542

社会科学家杂志社