

论限制性贸易 与知识产权保护

周卫民 李 萍 著

中国商务出版社

论限制性贸易与知识产权保护

周卫民 李 萍 著

*

中国展望出版社出版

(北京西城区太平桥大街4号)

北京理工大学印刷厂印刷

开本 787×1092 毫米 1/32 印张 4.875 插页 0 字数 104 千字

1990年9月北京第1版 1990年9月 第1次印刷

ISBN7—5050—0976—1/F·428 定价:3.80元

前 言

随着世界科技和高技术产业的飞速发展,国际贸易的方式和内容日趋多样化。除商品的进出口贸易外,国际技术贸易越来越占有重要的地位。国际经验表明,国际技术贸易已成为发展中国家赶超发达国家的一条捷径。国际技术贸易的主体形式为国际技术许可贸易,而限制性贸易做法则处于国际技术许可贸易中的核心地位。限制性贸易做法与知识产权保护法密切相关,限制性贸易做法是从知识产权的权利中派生出来的,其不能超出各个知识产权的权利范围。因此,本书从知识产权保护法的角度,以权利内容为中心,通过全面系统地研究世界各国特别是发达国家的知识产权保护法,来进一步研究国际技术许可贸易中的限制性贸易做法。

本书在导论后分上下二篇共十章。导论阐述了国际技术贸易与知识产权保护之间的相互关系,并以日本经济成功作为例证,提出我国发展外向型经济必须引进先进技术,同时还介绍了本书研究的主要问题与范围。本书上篇为知识产权保护的法律问题,主要研究和介绍了世界各国特别是发达国家的知识产权保护法。本篇分为七章,第一章研究专利法,主要介绍了专利权的权利范围及专利权的保护问题。第二章研究实用新型法和外观设计法,主要探讨了实用新型和外观设计的权利范围及实用新型、外观设计与专利三者之间的区别,介绍了秘密外观设计制度和类似外观设计登记制度。第三章研究专有技术的法律保护问题,重点介绍了保护专有技术的四种法律形式。第四章研究商标法,主要介绍了商标的种类、商标的权利范围及商标权的保护。第五章研究计算机软件保护

法。主要论述了计算机程序的版权所有人所具有的权利范围、权利的产生及如何判定程序的侵权问题。第六章研究集成电路配置设计保护法,重点介绍了世界上第一个有关法律即美国的半导体芯片保护法,给出了掩膜制品所有人的权利范围。第七章研究知识产权国际保护法,重点介绍了巴黎公约、伯尔尼公约、世界版权公约、专利合作条约、保护商标权的国际性条约及集成电路保护条约。

下篇为国际技术许可贸易中限制性贸易做法的研究与分析。本篇包括第八、九、十章。第八章重点介绍了国际许可合同的概念、法律特征及国际许可合同的种类。第九章研究限制性贸易做法的法律调整,主要介绍了几种典型的限制性贸易做法及西方发达国家的反垄断法。第十章研究国际技术许可合同中限制性贸易做法的法律调整,主要探讨了专利和专有技术许可合同中白色、灰色、黑色三类限制条款,并对我国关于调整限制性条款的法律与实践进行了评价。

在几年的工作与研究中,北京新技术开发区办公室的胡昭广主任、王思红副主任、赵凤桐副主任、王素菊部长、赵鼎玉副部长一直给予作者可贵的鼓励,并在工作安排、时间和物质条件等方面大力支持和帮助,特别是公派作者去日本学习进修,这些都对本书的完成起了不可估量的作用,作者在此向他(她)们表示真挚的感谢。

作者还要感谢京都大学法学部北川善一郎教授、关西大学法学部村井正教授、神户大学法学部根岸哲教授、立命馆大学法学部木棚照一教授、大板大学法学部江口顺一教授、京都产业大学法学部清河雅孝教授、大江桥法律事务所石川正律师、小野法律事务所小野昌延律师、青山特许事务所伊藤晃、松井诚、河宫治三位律师、神户学院大学法学部辰巳直彦

副教授、大板大学法学部潮见佳男教授、武田药品工业岩田弘特许部长、松下电器法务部野一色勋参事、美能达法务课板东正男课长,特别是感谢京都比较法研究中心事务局次长守野正藤先生。作者在日本学习期间,他们不但亲自授课,而且为本书的完成给予了大量的、具体的、卓有成效的指导和帮助,同时还向作者提供了许多有价值的资料,在此,谨向我的日本老师们表示崇高的敬意。

周卫民撰写本书的导论、第五章、第六章、第七章的第六节、第八章、第九章、第十章;李萍撰写本书的第一章、第二章、第三章、第四章、第七章的第一、二、三、四、五节。

本书对高新技术企业从事国际贸易、中外合资及其知识产权保护工作的同志大有裨益,同时也可供科研、教学部门及广大管理人员、科技人员、法律工作者、技术引进人员参考。由于作者水平有限,本书错谬在所难免,敬请读者批评指正。

作 者

1990年6月于北京

目 录

导 论	1
第一节 国际技术贸易与知识产权保护	1
第二节 国际技术贸易的重要性 ——日本经济成功的例证	2
第三节 我国发展外向型经济与引进技术	5
第四节 我国国际技术贸易关联法体系	6
第五节 本书研究的主要问题与范围	9

上篇 知识产权保护的法律问题

第一章 专利法	16
第一节 专利权	16
第二节 专利制度的理论基础	18
第三节 取得专利的条件	19
第四节 不能取得专利的发明	23
第五节 专利的申请和审查程序	25
第六节 专利的强制实施	28
第七节 专利权的期限、终止与保护 及秘密专利制度	30
第二章 实用新型法和外观设计法	35
第三章 专有技术的法律保护问题	40
第一节 专有技术的概念及特征	40
第二节 专有技术的法律性质	43
第三节 专有技术与专利和工商秘密的关系	45
第四节 专有技术的法律保护	50

第四章 商标法	61
第一节 商标的概念、功能及种类	61
第二节 商标注册制度和注册条件	64
第三节 商标注册审查方式	70
第四节 商标专用权及其保护	71
第五章 计算机软件的法律保护	77
第一节 计算机软件法律保护的客体与范围	78
第二节 计算机软件法律保护的权力	81
第三节 计算机软件的侵权与法律救济	85
第六章 集成电路配置设计保护法	87
第七章 知识产权的国际保护	93
第一节 保护工业产权巴黎公约	94
第二节 保护文学艺术作品伯尔尼公约 和世界版权公约	98
第三节 专利合作条约	101
第四节 区域性专利条约	102
第五节 保护商标权的国际性条约	103
第六节 集成电路知识产权保护条约	105
下篇 国际技术许可贸易中限制性 贸易做法的研究与分析	
第八章 国际许可合同的概念、法律特征及种类	114
第一节 国际许可合同的概念	114
第二节 国际许可合同的法律特征	117
第三节 国际许可合同的种类	123
第九章 限制性贸易做法的法律调整	126
第一节 限制性贸易做法的概述	126

第二节	西方发达国家有关管制 限制性贸易做法的法律.....	133
第十章	国际技术许可合同中 限制性贸易做法的法律调整.....	139
第一节	专利许可合同.....	141
第二节	专有技术许可合同.....	148
第三节	计算机软件及集成电路配置设计 许可合同.....	153
第四节	我国关于调整限制性条款 的法律与实践.....	155

论限制性贸易与知识产权保护

导 论

第一节 国际技术贸易与知识产权保护

国际技术贸易是指一国与外国间的技术转让或技术许可贸易。众所周知，技术的创造需要花费人们大量的时间、资金和精力，而大量技术的不断涌现和技术开发热情的高度维持，恰为社会和产业发展的发动机。为了鼓励技术开发这一智力创作，并对创造者的创造予以回报，必需给予技术的创造者以独占性权利等法律上的保护。这就自然产生了知识产权的保护问题。

所谓知识产权，最新观点认为一般包括四部分，即 1) 工业产权；2) 著作权（版权）；3) 工业版权即计算机软件和集成电路配置设计；4) 专有技术（know-how）和工商秘密（trade secrets）。工业产权狭义上仅指专利、实用新型、外观设计、商标，广义上还包括服务商标、商号、原产地表示和不公正竞争的防止等。专有技术和工商秘密是否属于知识产权，学术界尚有争议，因此有些学者称其为有争议的知识产权。知识产权除创造者之外，是不能自由利用的，法律上只有在例外的情况下才被允许利用，即通过转让合同或许可合同这一技术贸易方式。也就是说知识产权的利用原则上是有偿的。

如果只给本国的知识产权提供法律上的保护，不给外国的知识产权提供相应的保护，那么，外国的技术就可能在本国无偿的自由利用，因为从理论上讲，知识产权作为一种无体物，只要知其内容，就可能随时随地被无偿利用。随着国际上通信、交通、通商的高度发达，如果不给外国的知识产权在一定程序上的和实体法上的法律保护，就会产生模仿他人的智力创造，而形成自由无偿的利用知识产权这样一种放任自流的严重格局。如此，新的、创造性的优质畅销技术就不会从外国输入到国内来，同时，国内所开发的技术在国外也不会受到保护。因此，鼓励智力创造，促进产业发展的法律目的就难以实现。一百年前有关知识产权的巴黎公约，有关著作权的伯尔尼公约就已经诞生了，这些条约的初衷就是知识产权在各国均应受到保护。

总之，技术输入国与输出国的知识产权保护法始终处于国际技术贸易的核心地位，也就是在这个意义上讲，国际企业界开始认识到知识产权是继人力、物力、资本之后的第四种经营资源。

第二节 国际技术贸易的重要性

—日本经济成功的例证

日本是当今世界公认的仅次于美国的第二大经济强国，1985年、1987年、1988年的人均国民生产总值（人均GNP）分别为11,300美元，19,642美元，23,300美元，而美国1988年的人均GNP为19,900美元。1988年日本

人均 GNP 首次超过美国，成为国际经济社会的一大新闻，国际经济界普遍认为未来的二十一世纪将是日本的世纪。

日本经济成功不是偶然的，它有着深刻的内容逻辑。1950 年日本人均 GNP 只有 300 美元，1966 年达 1000 美元，1976 年达 5000 美元，1982 年首次突破 10,000 美元大关，达到 10,030 美元，进入世界经济超级大国的行列。50 年代，日本倡导“外贸立国”，日本的纺织品大量出口，日本政府通过外汇管制，将纺织品出口所创外汇用于引进欧美的钢铁、化肥、合成纤维、塑料制品方面的先进技术，并加以消化吸收和再创新、再开发；60 年代，日本实现了“外贸立国”到“技术立国”的战略性转变，通过纤维制品的大量出口，又从欧美引进了汽车规模生产和电子等新兴产业技术，实现了战后恢复期到高速成长期的跃进，成为日本经济高速成长的支撑力量；进入 70 年代，经过 1973 年和 1978 年二次石油危机，日本独立开发了省资源、省能源的新技术与及防止公害相关的新技术，在此基础上，日本企业更加注重积极地导入外国技术，并改善所导入的技术，以最大限度地达到尽可能多地获取专利等工业产权的目的；进入 80 年代，日本企业开始把注意力转移到优质畅销的尖端技术开发，以及在战略上能成为企业核心力量的技术专利的取得和利用上，这一关键性转变是基于积极地进行国际技术贸易，对于增强日本企业在国际上的竞争是最为重要的一种认识上的；90 年代，日本企业更加积极地导入对未来有战略性作用并有巨大市场潜力的尖端技术，以期在新的一轮经济角逐中立于不败之地。

回顾日本经济的发展历程，日本企业积极从事国际技术贸易，从国外大量导入先进技术并加以消化吸收、发明创

造，是日本经济成功最重要的原因。50年代初日本工业技术比世界先进水平落后20年，但日本从1950年到1978年通过支付200亿美元引进技术和进口设备，其中引进技术3万项，支付技术引进费76亿美元，使得日本只用30年的时间就换来了世界其它先进国家用70多年的时间花费2000多亿美元所开发出来的绝大多数先进技术，从而使日本当时在技术领域已经基本赶上了美国和西欧，在某些方面甚至已经超过了它们的水平。也就是说通过引进技术，日本节约了2/3的时间和9/10的经费。直到现在日本仍然是作为技术的净引进国，判断的依据是日本历年的技术贸易收支比（即技术出口收入与技术进口支出的比）一直小于1，详见图1、2、3，但日本也同时是世界上最大的技术开发国。评价技术开发最重要的指标是专利申请数，据日本专利厅年报1987年版统计，1985年，世界各国在日本申请专利的总数为302,995件，其中外国人的申请数只有28,622件，只占总申请数的9%，美国人在日本申请数为12,637件，仅占4%，而日本本国人申请数高达274,373件，占91%；与此相对比，世界各国在美国申请专利的总数为117,006件（明显少于日本），其中外国人的申请数为53,132件，高达总申请数的45%，日本人在美国申请数为21,431件，占总申请数的18%，而美国本国人申请数为63,874件，只占55%。另据日本的《日刊工业新闻》1989年1月31日报道，在美国取得专利数的前20名的公司中，有9家为日本的公司，而且前三名全被日本公司所囊括，详见表1。可见日本公司已经独占了美国和世界主要发达国家的专利市场，日本在技术开发和技术贸易方面正日趋世界的主导地位。

第三节 我国发展外向型

经济与引进技术

我国要实现经济的起飞和长期稳定增长，并在世界经济舞台上占有重要席位，就必须大力发展外向型经济。但是，随着以大量生产、大量消费为基础的粗放型成长期的国际市场环境到以个性时代、多样化的需求结构为特征的安定型成长期的国际市场环境的转换，企业的技术开发方向也在不断转换，已经由追求“规模效益”的欧美式“重厚长大”型技术转为“多样化效益”的日本式的“轻薄短小”型技术。

处于安定型成长期的今天，我国发展外向型经济的国际竞争环境异常严峻，由于资源、能源、运输受到限制，管理水平不高，企业经营机制不灵活，消费需求多样而又多变，因此，企业要维持稳定的经营并非易事，销售的增长、产品价格的提高由于市场竞争的约束，既不能随心所欲，而成本的下降也自有其限度。在这种情况下，企业要求生存、求发展、求增强产品的国际市场竞争力，只有采用先进的适用技术和新的生产线、作业线，通过提高产品质量、功能和技术含量才能增大产品的附加价值，通过生产过程的合理化来降低成本和提高材料的利用率和成品率。

采用新技术和新的生产线、作业线，有两种途径，要么企业自主研究开发，要么通过国际技术贸易方式从国外导入。而前者需要：1) 拥有优秀的、足够数量的研究开发人员；2) 配置先进的研究开发设备；3) 支付庞大的研究开发

经费；4) 高度的技术管理与组织协调方式；5) 耗费大量的时间。这里时间因素最为重要，丧失时间就是丧失市场机会和市场竞争能力。即使上面五项条件均具备，也不能保证自主开发技术一定成功，国际上风险投资的成功率一般均低于10%就是例证。国际经验表明，为了提高技术开发的效率，在市场生命周期和技术开发竞争允许的时间内，除了自己拥有技术开发比较优势的部分自主开发外，其他部分应考虑从外部引进。必须指出，从开发经费与开发时间的缩减，避免重复开发、重复投资，完善欠缺的技术，回避投资风险，开拓新领域、新市场等方面着眼，通过国际技术贸易方式从国外导入新技术，以消化吸收和创新导入的新技术为杠杆，来增强我国企业的国际市场竞争力，这是我国发展外向型经济可供选择的最佳途径之一。而导入新技术、新的生产线、新的作业线、消化吸收、发明、创新及国产化工作都与知识产权密切相关，由此自然引发出在国内和国外，我国企业既要保护自己的知识产权不受侵害，同时也不构成对他国知识产权的侵害这一富于挑战性的现实课题。

第四节 我国国际技术贸易关联法体系

1982年我国颁布的新宪法确立了在经济上实行对外开放、对内搞活的基本方针，这是我国国际技术贸易关联法的指导思想和应当遵循的基本原则。在该法颁布前后，为适应对外开放以及引进国外先进技术和外国资本的需要，又颁布了一系列调整与国际技术贸易相关联的各种行为关系的专门法律和行政法规（包括与法律相配套的实施条例、细则

等), 初步形成了一个以宪法为指导, 民法通则为基础, 涉外经济合同法为核心, 专利法及实施细则、商标法及实施细则、技术引进合同管理条例及施行细则、中外合资经营法实施条例、我国参加的与国际技术贸易和知识产权相关联的多边或双边条约(如保护工业产权巴黎公约、商标国际注册马德里协定、承认及执行外国仲裁裁决公约等)等为补充的较为完善的国际技术贸易关联法体系。

不可否认, 我国正朝着进一步完善知识产权保护法, 进而形成完善的国际技术贸易关联法体系的方面发展。在完善我国知识产权保护法的立法过程中, 我们始终处于“两难”境地: 一方面, 我国作为发展中国家, 经济尚不发达, 技术特别是民用高技术还很落后, 外汇保有量有限, 因此我国的立场必然是希望能以尽可能小的代价最大限度地获取外国的知识产权, 而这在具有完善的知识产权保护法体制下又难以实现, 这在客观上必然就要求放慢我国知识产权保护法的立法进程; 另一方面, 我国要实现经济的起飞和长期稳定的增长, 必须从国外引进大量的新技术, 同时, 随着我国经济的发展, 我国自主开发的新技术也将越来越多, 因此, 如果我国不尽快建立完善的知识产权保护法制度, 提高对知识产权的保护程度, 外国就不会将大量的新技术向我国输入, 与此相对应, 我国的知识产权在国外也不会受到充分、有效、及时的保护, 因为越来越多的国家实行“对等互惠保护”原则, 即两国间对知识产权以相互对等的原则进行保护, 一方是否给另一方保护以另一方是否给该方提供相应的保护为前提条件。

1984年美国总统曾发布行政命令, 鼓励在签订美国与外国科技合作协定时, 签订保护知识产权的附件。中美科技

合作协定顺利执行了十年，并于 1989 年 1 月 31 日期满，1987 年美方就提出必须签订保护知识产权附件，并把签订知识产权附件与科技合作协定的续签挂钩，为此，中美双方曾进行多轮谈判，由于美方指责我国对知识产权的保护不够，美方的意见是：1) 我国未建立物质专利制度，如我国专利法第二十五条规定对食品、饮料、调味品，药品和用化学方法获得的物质，动物和植物品种不授予专利权；2) 我国尚未颁布著作权法（版权法），尚无对计算机软件保护的法律规定；因此中美双方始终未就保护知识产权附件达成协议。此外，“美国 1988 年贸易与竞争综合法”中“超级 301 条款（Super 301）”规定，凡未对美国知识产权给予充分有效保护的国家的国家将被列入重点国家名单，美国贸易代表可以决定对上述重点国家进行调查和采取贸易报复措施。1990 年，美国已将我国、巴西、印度等 35 个国家列入重点国家名单，美国商务部高级官员已向我国政府提前发出了警告。

鉴于以上态势，笔者认为，一方面，我们要坚持原则，拒理力争；另一方面，关于知识产权保护，有法比没法好，早立法比晚立法主动。这样在国际技术贸易中，既可使技术提供方放心，也可降低技术转让和使用费。很长一段时间以来，由于我国知识产权立法不健全或保护得不充分，外商在转让或许可技术时往往把技术的对价大幅度提高，使我方在经济上蒙受巨大的损失。因此，对于保护知识产权的立法，我们应权衡利弊得失，选择对我们有利的长远战略，再不要搞权宜之计。目前我国的著作权法、计算机软件保护条例、集成电路配置设计保护法的草案已经完成，正在有关部门讨论，预计今明两年将出台，另外我国专利法的修改工作也在积极的酝酿中。

第五节 本书研究的主要问题与范围

如前所述，国际技术贸易的跨国性活动会引起各种矛盾和冲突，并产生许多复杂的法律问题，这些跨国性的法律问题既涉及到国际法领域，又涉及到国内法领域，既包括公法内容也包括私法内容，由于这些问题的广泛性和复杂性，本书不可能从学说、判例、立法等方面进行全面系统的研究。因此，本书仅从知识产权保护法的角度，研究限制性国际技术贸易即国际技术许可贸易中的限制性贸易做法。

国际技术贸易的主体形式是国际技术许可贸易，而国际技术许可贸易需通过国际技术许可合同来完成，国际技术许可合同中主要涉及合同标的物的范围与内容、标的物的价格、支付方式、考核与验收、保证与索赔、双方的权利与义务、违约责任、争议的解决以及限制性贸易做法等问题，其中限制性贸易做法贯穿于国际技术许可合同的始终，限制性贸易做法的宽严直接影响与决定着国际技术许可合同中的标的物的范围与内容、标的物的价格、双方的权利与义务等一系列极为重要的问题，因此限制性贸易做法已成为国际技术许可贸易中的核心问题。

国际技术贸易在我国出现只有近 10 年的历史，而对国际技术贸易的理论研究历史则更短。从我国理论界对国际技术许可贸易中的限制性贸易做法的研究来看，主要存在两方面的问题：一是重视不足，没有认识到限制性贸易做法在国际技术许可贸易中占有核心地位；二是研究水平低，其表现在：1) 对限制性贸易做法没有紧密结合知识产权保护法特