

# 中美贸易摩擦中的“强制技术转让” 争议及其法理分析

——以技术转让政策南北差异论为分析框架

沈 伟 厉潇然\*

**摘 要：**南北国家科技发展水平的严重不平衡使得技术转让政策的南北差异必然存在，从而导致知识产权争端。虽然中美之间某些领域技术水平对比的反转使中美技术转让政策立场发生某些对调，但总体而言，其仍然符合技术转让政策南北差异的一般规律。因此，中美技术转让政策争议乃至中美知识产权争端的发生是必然的；且在两国整体技术水平存在差距的现状下，对于争议的解决也只能是阶段性的，不可能一蹴而就。就当前阶段的中美知识产权争端而言，中国技术转让政策所具有的促进技术转让的附带效果不应当被认定为具有“强制性”。但是随着国家以及本国企业经济实力与创新能力的提升，以及发达国家对对等待遇的追求，中国技术转让政策背后蕴含的依赖外国技术转让以提升本国水平的思想基础可以有所调整。

**关键词：**强制技术转让 技术转让政策 南北差异 中美贸易摩擦

知识产权保护是国际贸易关系当中一个长期重要的议题，也是2018年上半年开始的中美贸易摩擦的重要议题之一。特朗普政府特别强调经济安全是国家安全，而技术是国家经济安全中重要且不可缺少的组成部分之一。<sup>①</sup>从2017年8月18日起，经过七个月的调查，美国贸易代表办公室（Office of the United States Trade Representative，以下简称USTR）、美国总统行政办公室于2018年3月22日联合发布《根据〈1974年贸易法〉第301条对中国关于技术转让、知识产权和创新的法规、政策和实践进行调查的结果的报告》（以下简称《301调查报告》），<sup>②</sup>指责中国强迫技术转让、实施限制性技术许可、以对外投资牟取技术以及入侵网络盗取商业秘密和知识产权。美国总统特朗普据此指示有关部门采取对中国进口商品征收关税、限制中国企业在美投资并购等措施，并通过世界贸易组织（WTO）争端解决程序就中国四项技术转让法律条款提出磋商

\* 沈伟，上海交通大学法学院教授、博士生导师，英国伦敦政治经济学院博士；厉潇然，英国伦敦大学学院法学硕士。

① 沈伟：《“修昔底德”逻辑和规则遏制与反遏制——中美贸易摩擦背后的深层次动因》，载《人民论坛·学术前沿》2019年第1期，第42—61页。

② See 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, <https://ustr.gov/sites/default/files/Section%20301%20FINAL.PDF> (last visited February 28, 2019).

请求 (DS542)。<sup>①</sup>

2019年4月25日,美国贸易代表办公室发布《特别301报告》,<sup>②</sup>依然将中国列入“优先观察国”名单,并依据美国《1974年贸易法》第306条持续观察。报告正文分为两部分,第一部分概述 USTR 在督促各国保护知识产权方面取得的进展,第二部分则针对36个“优先观察国”和“观察国”作国别分析。中国一章作为第二部分的开篇被重点叙述,重点关注商业秘密、假冒产品、电子商务市场盗版等新议题。<sup>③</sup>

在美国2017年对中国发起301调查并于2018年发布《301调查报告》后,我国法学界已经对该问题有了一些研究成果,出发点和所持意见各有不同。一种观点认为美国对中国技术转让政策违反国民待遇的主张能够部分成立。<sup>④</sup>另一种观点认为中国技术转让政策并不具有强制性和歧视性,美国在《301调查报告》中的主张不能够成立。<sup>⑤</sup>

鉴于中美知识产权争端的不断发展,本文主要讨论和分析技术转让政策南北差异的必然性,以及由技术发达国家主导知识产权争端阶段性发展的特征,并在论述过程中就美国指控中国“强制性技术转让”(forced technology transfer)等相关议题加以法理分析。

## 一 技术转让政策的南北差异

在全球知识经济时代,各国政府为促进本国技术进步,保护本国技术和科技地位,都会结合本国技术、经济、社会等诸多方面的因素建立技术进出口准则,即“技术转让政策”。<sup>⑥</sup>技术转让政策的宗旨既可能包含针对国际技术转让活动的、为促进外国投资者技术转让而制定的“技术转让要求”、为保护本国技术受让人利益而实施的“技术许可要求”的内容,也可能包含限制本国技术对外转让、保护本国技术优势地位的政策措施等。

由于能够对技术转让活动产生影响的来源是多样的,因此技术转让政策的载体也是多样的。这些载体可以被分为两大类,一类是由立法机关制定的、具有强行性的国际技术转让相关法律法规,如专利法、合同法,以及专门的技术转让管制法规等。这些法律法规构成了一国有关国际技术转让的基础性法律规范,即有关专利、专有技术、商标等知识产权的确权、保护和转让等方面的基本内容,成为了技术转让的前提或重要组成部分。另一类是直接或间接对技术转让活动产生作用的政府政策,比如直接发生作用的技术发展政策和间接发生作用的投资政策、环保政策等。

① See China-Certain Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights (DS542), [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds542\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds542_e.htm) (last visited March 5, 2019).

② See USTR, *2019 Special 301 Report*, April 25, 2019, [https://ustr.gov/sites/default/files/2019\\_Special\\_301\\_Report.pdf](https://ustr.gov/sites/default/files/2019_Special_301_Report.pdf) (last visited May 8, 2019).

③ 大成反垄断团队:《美国发布〈2019特别301报告〉,密切关注中国知产领域反垄断执法》, <https://mp.weixin.qq.com/s/nCcediG1PDIXaVRMR1kmOQ>, 最后访问时间:2019年5月6日。

④ 易继明:《构建集中统一的知识产权行政管理体制》,载《清华法学》2015年第6期,第137—155页;张乃根:《试析美欧诉中国技术转让案》,载《法治研究》2019年第1期,第128—140页。

⑤ 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,第176—188页;马忠法、彭亚媛、谢迪扬:《中国“强制技术转让”的法律辨析》,载《国际经济合作》2018年第12期,第86—91页。

⑥ 韩静雅:《技术转让要求规制新趋势下的中国因应》,载《广东社会科学》2017年第3期,第221—229页。

## （一）南北国家技术转让政策差异的必然性

从历史维度来讲，技术转让政策的南北差异是必然存在的。造成这一现象的根本原因在于南北国家之间科学技术发展水平的严重不平衡。知识产权制度与一国的经济发展水平和创新研发能力密切相关，知识产权的法律保护标准是一国科技水平的体现，也是科技发展对知识产权保护需求的体现。如果一国的生产、科研主要靠利用其他国家技术，那么高标准的知识产权保护和赔偿责任，会增加企业的交易成本，伤害本国企业的发展。当政府逐步提高侵权成本、鼓励知识产权保护、实施知识产权强国战略时，即使该国在科技创新领域没有达到引领世界科技前沿的水平，至少显示出该国家的科技创新已经接近或达到了需要知识产权保护的水平。

因此，知识产权制度一定程度上可以看作是国家对本国科研创新水平保护需求的评价指标。科技发展水平的差异决定了南北国家技术保护需求、保护水平和技术保护方式的不同，从而导致南北国家技术转让政策和知识产权保护制度的差异。作为南北国家技术转让政策差异源头的科技水平差异并非是一朝一夕能够弥补。北方国家出于维护本国技术竞争优势的考虑，绝不会乐见南方国家技术进步，甚至知识产权争端本身就是以美国为首的发达国家维护本国技术优势及经济利益、遏制中国等发展中国家技术进步的工​​具之一。因此南北技术转让政策差异具有必然性。

### 1. 北方国家技术转让政策特征

北方国家致力于确保本国技术优势，尤其是其技术优势转化为经济利益的可能性，因而力主对知识产权进行高水平的保护，并通过针对性的政策限制本国技术的对外转让，有意拉开或保持与发展中国家的技术差距。从法经济学的角度分析，运用知识产权创造的价值，即许可使用费，在很大程度上依赖于一国的知识产权保护标准。为持续获得本国领先技术带来的许可费，以及维护本国国家安全利益，美国、欧盟、日本等国均通过国内法对高新技术出口进行严格的控制，<sup>①</sup>其重点在于控制高尖精技术或敏感技术及其相关产品的出口，控制具有重大经济意义尤其是军事价值的先进技术外流，以保证本国对先进技术的垄断地位及其带来的经济和军事上的优势。

美国政府提出其通过控制敏感设备、软件和技术的出口，可以有效地为国家安全提供保障、促进地区稳定，防止大规模杀伤性武器向国际恐怖主义支持者扩散，加强相关领域技术转让的管制，<sup>②</sup>以及遵守国际承诺。<sup>③</sup>其在“9.11”事件后的首个《国家安全战略》中提到“技术”对国家安全的重要性。<sup>④</sup>由国会颁布并经总统签署的《出口管理法》（The Export Administration Act, EAA）、<sup>⑤</sup>《武器出口管制法》（The Arms Export Control Act, AECA）等构成了美国出口管制制度的法律基础，授权总统得以维护国家经济利益、安全利益和推动国家对外政策为理由，对美国的商品和技术数据（Technical data）出口享有巨大管制权，管制手段主要包括出口《美国商业管制

① 马忠法：《国际技术转让合同实务研究：法律制度和关键条款》，法律出版社2016年版，第41页。

② See *Overview of U. S. Export Control System*, <https://www.state.gov/strategictrade/overview/> (last visited March 28, 2019).

③ i. e. nonproliferation regimes and UN Security Council sanctions and UNSC resolution 1540, See *Overview of U. S. Export Control System*, <https://www.state.gov/strategictrade/overview/> (last visited March 28, 2019).

④ The National Security Strategy of the United States of America, 2002, <https://www.state.gov/documents/organization/63562.pdf>, (last visited March 28, 2019).

⑤ 《出口管理法》已经失效，但其中关于商业出口管制的基本制度得以保留。参见方建伟、乔亦眉：《美国出口管制制度与企业合规建设》，<http://www.zhonglun.com/content/2017/03-16/1109532901.html>，最后访问时间：2019年3月28日。

清单》(又称“禁运清单”(The Commerce Control List, CCL)、<sup>①</sup> 国别归类制度(Country groups)、<sup>②</sup> 许可证制度以及设立不同层次的出口管理机构及制订相应的出口计划审批程序。<sup>③</sup> 其中,航空器、战舰、导弹、枪支等用于军事或防务目的的装备、专用物资、技术的出口管制由美国国务院负责,其颁布了《武器国际运输条例》(International Traffic in Arms Regulations, ITAR)规定具体操作规范,其中的《美国防务目录》(United States Munitions List, USML)规定了具体受管制的产品类别。<sup>④</sup> 商业部的工业和安全局(Bureau of Industry and Security, BIS)制定《出口管理条例》(Export Administration Regulations, EAR)以管制商业和军事“双用途技术”,主要包括核、生化、电子设备等敏感物项和技术的出口和转口。<sup>⑤</sup> 2018年美国制裁中兴事件中,BIS就是根据EAR签发了出口限制令。在国别归类制度当中,美国也对中国予以特别关注,BIS对中国部分大学(如北京航空航天大学)签发了出口限制令;<sup>⑥</sup> 在2015年又对中国四个超级计算机中心禁运所有超算相关产品。<sup>⑦</sup> 2018年8月1日,BIS又将中国8个实体和36个附属机构加入EAR的实体清单(Entity List),原因是这44家企业不利于美国国家安全或不符合美国外交政策利益。<sup>⑧</sup>

欧盟、日本等在控制技术出口方面采取与美国相同的态度,如日本于1981年出台了《关于修改外汇管制与外贸管制的法律》,规定企业向外国转让专利或专有技术,特别是具有重要战略意义的尖端技术时,必须经大藏省或通产省批准。

## 2. 南方国家技术转让政策特征

南方国家经济发展水平、科学技术水平以及创新研发能力均较为落后,知识产权保护需求和保护水平较低,因而知识产权制度也较为落后。为了降低知识产权的使用成本、增加本国技术发展空间、维持继而扩大科技后发优势,而倾向于维持本国知识产权制度的“欠保护”水平。对于北方国家的知识产权保护标准,南方国家往往是被迫接受,甚至是持抗拒态度的。

在国际技术转让领域,南方国家意图通过种种倾向性的技术转让政策,吸引和鼓励技术进口,提升本国技术发展水平,因而重视技术引进政策的设计;而作为技术主要输出国的发达国家则对技术出口行为加强管理,格外重视对本国核心技术的出口行为的管理。这种发达国家对本国

① BIS通过CCL对出口产品进行分类管制,主要包含十大行业:0)核及核相关;1)材料、化学、微生物及毒素;2)材料加工;3)电子;4)计算机;5)通信;6)传感器与激光;7)导航与航空电子设备;8)潜艇;9)航空航天与推进产品,这十大行业的产品和技术又细分为五类:A)系统、装备和组件;B)测试、检测及生产设备;C)料;D)软件;E)科技。其中,BIS对中国的禁运清单包含有超过200个商品项目。See <https://www.bis.doc.gov/index.php/regulations/commerce-control-list-ccl> (last visited March 28, 2019).

② BIS通过“国家清单”(Commerce Country Chart)与“实体清单”(Entity List)对特定对象进行出口限制,针对不同的国家采取不同的禁运产品及许可标准,并针对特定的国家、社团组织、公司或个人签发限制令。

③ 郭寿康主编:《国际技术转让》,法律出版社1989年版,第144页。

④ See *International Traffic in Arms Regulations: U. S. Munitions List Categories I, II, and III*, <https://www.federalregister.gov/documents/2018/05/24/2018-10366/international-traffic-in-arms-regulations-us-munitions-list-categories-i-ii-and-iii> (last visited March 28, 2019).

⑤ 徐红菊:《国际技术转让法学》,知识产权出版社2012年版,第199页。

⑥ 参见方建伟、乔亦眉:《美国出口管制制度与企业合规建设》, <http://www.zhonglun.com/content/2017/03-16/1109532901.html>, 最后访问时间:2019年3月28日。

⑦ 包括国防科大超算中心、长沙超算中心、天津超算中心及广州超算中心。参见方建伟、乔亦眉:《美国出口管制制度与企业合规建设》, <http://www.zhonglun.com/content/2017/03-16/1109532901.html>, 最后访问时间:2019年3月28日。

⑧ Sandler, Travis & Rosenberg Trade Report, *Exports of EAR-Regulated Goods to Chinese Entities Restricted*, Aug. 1, 2018, <https://www.strtrade.com/news-publications-entity-list-BIS-export-EAR-goods-080118.html> (last visited March 28, 2019).

技术出口的国家安全管制与发展中国家的技术引进需求形成了对立。基于不同发展理念的技术转让政策之间势必会发生冲突。

在实施有利于促进技术转让的政策的同时，南方国家出于保护本国弱势企业议价谈判权的考量，也会对技术转让活动作出某些规制。尤其是大型跨国公司具有技术优势，十分容易借技术优势实施垄断行为，操控、扭曲或限制国际贸易。为对抗跨国公司的此类限制性商业惯例，发展中国家包括中国必须为本国弱势企业的议价谈判权提供一定的外部支持，例如制定法规以防止本国弱势企业受欺骗或胁迫而接受不合理条款。此类政策是南方国家技术转让政策与北方国家技术转让政策的又一差异，不可避免地会对发达国家投资者利益产生不利影响，导致发达国家投资者乃至政府的不满，成为知识产权争端发生的重要原因之一。

## （二）技术发达国家主导知识产权争端阶段性发展

南北国家在技术转让政策方面的差别难以调和，势必导致南北国家之间产生知识产权保护制度方面的争端。从历史发展的角度考察，技术转让政策的南北差异具有必然性，知识产权争端的发生也具有必然性、持续性和长期性。然而，知识产权争端的具体议题并非是一成不变的。随着国际经济形势的变化和各国科技的发展，南北国家的利益和政策冲突的重点也会发生改变，北方国家对南方国家的知识产权制度，包括技术转让政策的不满与要求也在不断更新。因此，往往由发达国家主导知识产权争端议题的走向，发展中国家不断被动回应，总体呈现阶段性发展的规律。

典型例证即在中美之间知识产权争端的发展进程中，基本由美国掌握主导话语权，不断转移、更新具体争议议题，而中国只能就美国的要求作出被动性、回应型的应对。在中美建交初期，中美知识产权互动客观上倒逼了中国的知识产权制度建设和执法改进。<sup>①</sup> 在当前中美贸易摩擦中，美国政府又通过2018年《301调查报告》指责中国的“强制技术转让”政策、歧视性技术转让规则、网络盗窃技术、中国制造2025计划、产业政策等新问题，<sup>②</sup> 与以前的知识产权争议不尽相同。中国对美国的要求或关切作出应对后，美国又在2019年发布的《特别301报告》中将关注的重点转向了假冒商品和电商售假问题、中国《著作权法》修订、“安全可控”政策等新议题，对中国的知识产权制度提出新要求。<sup>③</sup>

① 参加易继明、李春晖：《美对华启动301调查与我国的应对措施》，《西北大学学报（哲学社会科学版）》2018年第1期，第65—81页。

② 《301调查报告》有六个部分的内容，除第一部分“概述”之外，第二到第五部分分别论述了一项对中国技术转让政策或实践的指责。其中，报告第二部分“中国对在华美国公司实施不公平的技术转让制度”中指责中国的“强制技术转让要求”，即政府采取外资所有权限制以及各种行政审批程序和许可要求以迫使美国公司进行技术转让，或通过政策目标向产业领域施加压力从而导致中国企业向外国投资者提出技术转让的要求。第三部分“中国的歧视性许可限制”指责中国的“歧视性技术许可限制”，即中国《技术进出口管理条例》和《合资企业法实施条例》的一些技术转让规则具有歧视性，受到了中国政府的干预和扭曲。See 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.

③ 2019年《特别301报告》第二部分将中国一章作为开篇，共分十节叙述。其中，第八节继续关切中国在技术转让、知识产权和创新方面的相关行为、政策和做法。除此之外，第一、二节主要简述中国知识产权保护的问题与发展，第三节至第五节依次探讨对商业秘密保护、假冒商品和电商售假问题的规制，第六节指出中国应当通过健全的专利和相关政策促进创新，第七、九、十节分别就中国《著作权法》修订、技术转让与知识产权创新、“安全可控”政策以及包含地理标志保护、正版软件使用在内的其他议题表达看法。See USTR, *2019 Special 301 Report*, April 25, 2019, [https://ustr.gov/sites/default/files/2019\\_Special\\_301\\_Report.pdf](https://ustr.gov/sites/default/files/2019_Special_301_Report.pdf) (last visited May 28, 2019); 大成反垄断团队：《美国发布〈2019特别301报告〉，密切关注中国知识产权领域反垄断执法》，<https://mp.weixin.qq.com/s/nCcediG1PDIXaVRMR1kmOQ>，最后访问时间：2019年5月6日。

南北国家之间的知识产权争端基本遵循上述规律。由于美国的经济实力与科技水平总体而言仍然领先中国——2019年4月全球市值前十大公司中的八家都是美国公司，美国科技企业更是包揽前五，<sup>①</sup>因此在未来相当长一段时期，美国仍将主导知中美知识产权争端议题的发展。

### （三）中美技术转让政策差异的特殊性

分别作为南北方的代表国家之一，中美间的技术转让政策差异一直以来同样符合技术转让政策南北差异论的一般规律。然而，近年来中国在某些科技领域的领先发展为这一差异规律添加了一定的特殊性。在5G网络技术、金融科技以及某些独角兽产业等领域，中美之间的科技实力对比发生反转，在技术转让政策方面的立场也随之对调。此时中国更能够占主导地位，美国反而以国家安全为由“闭关锁国”，设置市场壁垒并采取各种手段压制中国相关技术的发展。

美国近来在5G网络技术领域的一系列政策清晰地体现了其立场及政策。随着5G商用不断加速，美国产生了争夺5G领先地位的焦虑感和紧迫感。无线网络技术先行国家将能够制定标准和规范，获得先发优势，产生巨大的商业价值、市场竞争和安全影响。其他国家则将不得不采用领先国家的标准、技术和架构，从而丧失新一代无线技术的开发能力和技术潜力。由于中国在5G技术领域的领先地位，曾经由美国主导的4G无线生态系统将被打破，不仅将影响美国相关的工业产业，甚至可能危及美国的通信安全，美国商业部对于无线技术的部署工作和国防部的运作环境也将改变。在这一背景下，对内，特朗普签署《关于制定美国未来可持续频谱战略的总统备忘录》，开始强调政府对5G技术发展的领导；<sup>②</sup>对外，美国对5G支持设备和装置大型制造商和销售商——中兴和华为进行制裁、设置市场壁垒。美国商务部于2019年5月15日在官方网站上发布信息，工业和安全局把华为公司加入实体清单。这将阻止外国实体以可能破坏美国国家安全或外交政策利益的方式使用美国技术。该行政当局自成立以来，根据1962年贸易法第232条对进口对国家安全的影响进行了五次调查。此类措施比中国的相关国家安全措施有过之而无不及。还有美国学者提出美国国防部应倡导积极保护美国技术知识产权以减缓中国电信生态系统的扩张，利用出口管制来减缓西方供应商的市场损失率，以及继续鼓励伙伴国家保护自己的供应链，拒绝接触销售5G产品的中国国有企业（SOEs）。<sup>③</sup>

中美之间在5G领域立场和态度的对调反面论证了技术水平对技术转让政策甚至是知识产权制度的深刻影响。然而，中国的技术发展水平仅在少数几个领域领先美国。总体而言，中美之间的技术转让政策对立仍然符合南北差异的一般规律。只要南北国家之间的技术水平差异依然存在，两者的技术转让政策乃至知识产权制度侧重点的差异就会存在，知识产权争端就会呈现阶段性发展规律。

① 参见 <https://mp.weixin.qq.com/s/FrV-m3pxpp8ep7wnjT47jg>，最后访问时间：2019年5月7日。

② Whitehouse, *Presidential Memorandum on Developing a Sustainable Spectrum Strategy for America's Future*, October 25, 2018, <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/presidential-memorandum-developing-sustainable-spectrum-strategy-america's-future> (last visited May 28, 2019).

③ See Milo Medin and Gilman Louie, *The 5G Ecosystem: Risks & Opportunities for DoD*, Defense Innovation Board, April 3, 2019, [https://media.defense.gov/2019/Apr/03/2002109302/-1/-1/0/DIB\\_5G\\_STUDY\\_04.03.19.PDF](https://media.defense.gov/2019/Apr/03/2002109302/-1/-1/0/DIB_5G_STUDY_04.03.19.PDF) (last visited May 28, 2019).

## 二 中美“强制技术转让”争议

知识产权保护是当前中美贸易争端的重要议题之一，中美之间正处于最新阶段的知识产权争端当中。如前所述，从2018年《301调查报告》到2019年《特别301报告》，当前中美知识产权争端正在美国的主导下阶段性地发展。“强制技术转让”是美国在2018年《301调查报告》阶段对中国的一项主要指责。

### （一）美国“强制技术转让”指责

《301调查报告》声称中国政府主要通过两方面措施“强迫”对中国投资的美国企业转让技术：一是针对“外资所有权”进行限制，二是通过行政审批程序以及行政许可来向美国企业施加技术转让压力。

首先，《301调查报告》指责中国通过对外资所有权的限制强迫外资企业进行技术转让。外资所有权限制主要包括两个方面的内容：合资要求和外资股权比例限制。根据《外商投资产业指导目录》以及相关的法律法规，美国企业在某些特定产业进行的投资必须与中国公司合作，且在其中的某些行业被要求将投资比例限制在特定水平，或中方必须是控股股东。《301调查报告》称，由于中国企业必须参与合资企业的组建或在限制外商投资产业中控股，因此中国企业处于更强势的地位。尤其在中方合作伙伴是国有或国营企业的情况下，外国投资者在谈判中的杠杆作用有限。由于这种谈判力量的不平衡，外国投资者面临着要么将技术转让给在中国设立的新合资企业，要么将世界上增长最快的市场让给其他竞争对手的困境。因此，外国投资者有理由将中方合资者在商务谈判中提出的技术转让要求解释为达成交易的必要条件。正是外资所有权限制设置了事实上的技术转让要求。<sup>①</sup>

其次，《301调查报告》认为中国利用行政审查和许可程序强制外国投资者披露敏感技术信息，从而实现强制技术转让目标。<sup>②</sup>《301调查报告》指出，中国的行政审批程序规定模糊、流程不透明，行政部门和政府官员具有高度的自由裁量权，其以歧视外国投资者的方式适用措辞含糊或未公布的规则或要求，强加超出书面法律要求的特定交易条件，要求外国投资者转让技术以换取在中国经营所需的许可证。另外，一些行政审批要求披露敏感或关键技术信息或商业信息，在专家组审查过程中上述信息存在被泄露的危险，并且没有确保信息不被滥用的保障措施。<sup>③</sup>

《301调查报告》也承认，自2001年加入WTO以后，中国承诺不再将技术转让作为批准投资或进口的条件。但其认为从那时起，中国的技术转让政策和实践变得更为隐蔽，不再书面提出技术转让要求，往往以口头指示和非正式“行政指导”的方式进行。

在2019年《特别301报告》阶段，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。其认为国家经济发展的阶段不能作为中国知识产权制

<sup>①</sup> See 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. 24 – 27.

<sup>②</sup> 刘晓春、付扬：《详解美国301调查报告中的知识产权问题》，载《中国对外贸易》2018年第5期，第48—50页。

<sup>③</sup> See 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. 37 – 42.

度缺陷的借口，中国提出的对法律和监管措施修订未能采纳美国的改革建议，政府官员高调的支持知识产权和创新的言论无法替代真正解决中国知识产权制度的结构性变革。<sup>①</sup>

## (二) 中国“技术转让要求”辨析

回应美国的“强制技术转让”指责，首先应当明确美国所谓“强制技术转让要求”所指为何。我国目前关于国际技术转让的法规较为零乱，除专门的技术转让管制法规如《技术进出口管理条例》外，还散见于知识产权法、对外贸易法、外商投资企业法以及民法、民事诉讼法和仲裁法中的涉外部分（见表1）。然而纵观国际技术转让相关条文，并不存在任何强制外国投资者转让技术的规定。在改革开放初期，中国曾为引进先进技术管理经验，而通过立法的方式在三资企业法中鼓励外方以先进技术出资。但由于中国技术转让的强制性规定频繁受到他国指责，因此在加入WTO之初，中国便已依据WTO规则和中国的人世承诺对涉外经济法律法规进行了全面的清理和修订，删除了涉及技术转让等方面的强制性要求。<sup>②</sup>就官方态度而言，中国反复强调坚决不允许强制转让技术，并在保护知识产权的问题上对内外资企业一视同仁。<sup>③</sup>

表1 中国国际技术转让相关法律法规

法规类型	法规名称	涉及内容
国际技术转让及合同专门规则	《技术进出口管理条例》	实体和程序上对技术进出口合同的范围、审查、登记、合同管理以及具体的审批登记程序和审查标准等进行规定。
	《技术进出口合同登记管理办法》	
	《禁止进口限制进口技术管理办法》	
	《禁止出口限制出口技术管理办法》	
	《合同法》(技术合同章)	涉外技术合同之成立要件、合同条款、合同履行与法律适用等
	《反不正当竞争法》	商业秘密保护、限制性商业行为
知识产权基础性法律	《专利法》及《专利法实施细则》	商标、 <sup>④</sup> 专利、计算机软件等知识产权的转让、许可相关规定 <sup>⑤</sup>
	《商标法》及《商标法实施条例》	
	《著作权法》及《著作权法实施条例》	
	《计算机软件保护条例》	
	《知识产权海关保护条例》	

① See USTR, 2019 Special 301 Report, April 25, 2019, [https://ustr.gov/sites/default/files/2019\\_Special\\_301\\_Report.pdf](https://ustr.gov/sites/default/files/2019_Special_301_Report.pdf) (last visited May 28, 2019); 大成反垄断团队:《美国发布〈2019 特别 301 报告〉, 密切关注中国知识产权领域反垄断执法》, <https://mp.weixin.qq.com/s/nCcediG1PDIXaVRMR1kmOQ>, 最后访问时间: 2019 年 5 月 6 日。

② 中国政府网:《陈德铭就所谓“强制性技术转让”等问题接受采访》, [http://www.gov.cn/gzdt/2012-02/09/content\\_2062548.htm](http://www.gov.cn/gzdt/2012-02/09/content_2062548.htm), 最后访问时间: 2019 年 3 月 1 日。

③ 人民网:《李克强: 进一步加大知识产权保护力度 决不允许强制转让技术》, <http://ip.people.com.cn/n1/2018/1108/c179663-30388278.html>, 最后访问时间: 2019 年 3 月 1 日; 中国政府网:《李克强: 中国将采取更严格的知识产权保护制度》, [http://www.gov.cn/guowuyuan/2018-08/29/content\\_5317372.htm](http://www.gov.cn/guowuyuan/2018-08/29/content_5317372.htm), 最后访问时间: 2019 年 3 月 1 日。

④ “商标往往与专利以及专有技术一起成为使用许可合同的内容, 从而与国际技术转让具有不同程度的关系。”参见郭寿康主编:《国际技术转让》, 法律出版社 1989 年版, 第 13 页。

⑤ 我国立法上的技术之“转让”是狭义的, 仅指技术所有权的转移, 与“许可”即技术使用权的转移相分离。学者观点认为技术转让是指技术成果所有权或使用权的转移和让与或过渡, 且技术贸易实践中真正所有权转移的情况十分少见, 以技术许可交易为主要形式。参见马忠法:《国际技术转让合同实务研究: 法律制度和关键条款》, 法律出版社 2016 年版, 第 16 页。本文采取学者观点。



续表

法规类型	法规名称	涉及内容
涉外贸易及投资基础性法律	《对外贸易法》	确立技术进出口基本原则;限制、禁止进出口技术、互惠待遇等
	《中外合资经营企业法》	企业设立条件、出资方式、引进技术等技术转让相关规定
	《中外合资经营企业法实施条例》	
	《中外合作经营企业法》	
	《中外合作经营企业法实施细则》	
	《外资企业法》	
《外资企业法实施细则》		
法律适用及争议解决规则	《民法通则》	涉外民事法律关系法律适用、涉外民事诉讼的特别程序
	《民事诉讼法》	
	《仲裁法》	
已失效规则	《涉外经济合同法》(1999年失效);《改进技术进步工作的若干暂行规定》(2001年失效);《技术引进合同管理条例》(2002年失效);《技术引进合同管理条例施行细则》(2002年失效) <sup>①</sup>	

而《301调查报告》所指责的所谓“隐蔽”的“技术转让要求”实际是指外资准入或经营阶段对技术转让产生促进影响的相关政策或行政程序等所带来的附加影响。相关国家政策例如:(1) 外资准入政策,如《外商投资产业指导目录》;(2) 技术发展政策,如《中共中央、国务院关于加强技术创新发展高科技实现产业化的决定》,此后财政部、国家税务总局、教育部、环境保护总局、建设部、工业和信息化部先后印发相关决定或通知;(3) 投资政策,如《国务院关于鼓励外商投资的规定》《关于加强和利用外资工作的指示》等;(4) 产业政策,如《中国制造2025》,以及针对具体行业的《页岩气发展规划(2011—2015)》等;(5) 税收政策,如财政部、国家税务总局关于贯彻落实《中共中央、国务院关于加强技术创新,发展高科技,实现产业化的决定》有关税收问题的通知针对技术引进规定了税收优惠政策;(6) 环保政策,如《可再生能源中长期发展规划》等。行政程序则包括行政审批和许可要求,前者如(1) 商务部与地方政府商务部门的外商投资审批;(2) 国家发展和改革委员会与地方政府发展和改革委员会的项目审批;(3) 商务部的外商投资国家安全审查;(4) 商务部的反垄断审查;(5) 地方政府场地审批等;后者则指企业获得从事特定行业的许可证才能开展经营,具体许可要求和批准时限因所涉行业的不同而差异很大。<sup>②</sup>

上述国家政策和行政程序可能会在实践中产生技术转让促进作用,但大多数情形下,这种促进作用均并非是政府在政策设计之时所刻意追求或事先预料的,如行政审批和许可要求之目的在于保护本国经济安全,只是由于某些官员的不正当操作而使其非正常地具有了技术转让促进作用。当然,也存在政府专门设计的技术转让促进政策,或保留了某些政策的技术转让促进作用。

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,2019年4月23日,全国人大常委会修订《行政许可法》,明确规定行政机关及其工作人员不得以转让技术作为取得行政许可的条件;不得在实施行政许可的过程中,直接或者间接地要求

① 参见郭寿康主编:《国际技术转让》,法律出版社1989年版,第13—14页。

② 刘晓春、付扬:《详解美国301调查报告中的知识产权问题》,载《中国对外贸易》2018年第5期,第48—50页。

转让技术。<sup>①</sup>而“外资所有权”限制以及《中国制造2025》等产业政策的技术转让促进作用之强制与否，则处于争议之中。

### 三 中国技术转让政策强制性分析

对于“强制性”的技术转让要求的禁止来源于技术转让履行要求禁止规则。被该规则所禁止的技术转让要求为“强制性”的技术转让要求，<sup>②</sup>因此对于美国的强制技术转让指责，关键在于判断中国的相关政策是否具有“强制性”。有学者分析强制技术转让要求应旨在增加国内外技术转让的政府政策，且削弱了外国技术的专有性，<sup>③</sup>将技术转让安排中的议价能力从外国公司转移到中国公司。<sup>④</sup>中国技术转让政策所隐含的技术转让促进能力，或者说所具有的促使外国投资者转让技术的附带效果是否构成技术转让履行禁止要求规则中的“强制技术转让要求”尚存在疑问。但整体来看，认定中国技术转让政策强制性处于一种“灰色地带”。

#### （一）技术转让政策的技术转让促进能力

外国投资者在华投资，不仅需要符合法律规定的实质要件，还应当遵守《外商投资产业指导目录》的相关规定，并通过审查机关的批准。在此过程中，实际上是隐含技术转让压力的。例如，《外商投资产业指导目录（2017年修订）》规定汽车整车、专用汽车制造中方股比不低于50%，<sup>⑤</sup>使得希望进入中国市场的外国汽车企业必须与中国企业合作设立合资企业，为国内合作方提出技术转让要求提供了谈判筹码。因此《外商投资产业指导目录》实际上向外国投资者就技术转让施加了市场准入的压力和股权比例的压力。另外，在行政审批过程中，外国投资者向审批机关提交投资准入申请时必须同时报送合同信息，包含有技术转让条款的合同更能获得审批机关的重视而易于被批准通过。因此，外国投资者可能会为获得市场准入机会而主动或被动选择技术转让，中国的技术转让政策的确实会产生促进技术转让的效果。

除市场准入的压力、股权比例的压力、行政审批实践中的压力以及产权保护的壓力之外，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。首先，国家的产业支持将会使中国大型市场的吸引力进一步增强。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刺激了对相关产业产品和服务的强劲需求；某些不以促进技术转让为目的的、非技术转让领域的政策也可能与技术转让政策产生综合作用，间接促进技术转让。例如，根据工业和信息化部2017年最新发布的《新能源汽车生产企业及产品准入管理规定》附件一“新能源汽车生产企业准入审查要求”，在涉及开发能力方面要求申请准入的新能源汽车生产企业理解和掌握所生产的新能源汽车的开发和制造方面的

① 参见《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国建筑法〉等八部法律的决定》（中华人民共和国主席令第29号），[http://www.gov.cn/xinwen/2019-04/23/content\\_5385561.htm](http://www.gov.cn/xinwen/2019-04/23/content_5385561.htm)，最后访问时间：2019年5月8日。

② 韩静雅：《技术转让要求规制新趋势下的中国因应》，载《广东社会科学》2017年第3期，第221—229页。

③ Dan Prud'homme, Max von Zedtwitz, Joachim Jan Thraenc and Martin Bade, “‘Forced Technology Transfer’ Policies: Workings in China and Strategic Implications”, (2018) 134 *Technological Forecasting & Social Change*, pp. 150–168.

④ Thomas J. Holmes, Ellen R. McGrattan, Edward C. Prescott, “Quid Pro Quo: Technology Capital Transfers for Market Access in China”, (2015) 82 (3) *Review of Economic Studies*, pp. 1154–1193.

⑤ 参见《外商投资产业指导目录（2017年修订）》（中华人民共和国国家发展和改革委员会、中华人民共和国商务部令 第4号），[http://www.ndrc.gov.cn/zcfb/zcfbl/201706/t20170628\\_852857.html](http://www.ndrc.gov.cn/zcfb/zcfbl/201706/t20170628_852857.html)，最后访问时间：2019年3月9日。

技术，且该项属于否决项，即为准入条件中所必须的。<sup>①</sup> 有调查表明，为满足上述要求，一些外国企业选择向合资企业分配一些核心知识产权并将相应的专有技术转让给中国伙伴。然而也有一些外国公司认为这些要求严重削弱了他们对于技术的专有性，因此没有遵守这些条件，这意味着他们在中国的合资企业将不会获得新能源汽车产品制造许可证、政府采购和生产补贴。由于上述政策所发挥的巨大的杠杆作用，他们考虑在未来遵守这些要求。<sup>②</sup> 再如，为保护环境、应对气候变化、建设资源节约型社会等，2007年中国国家发展和改革委员会制定了《可再生能源中长期发展规划》，对非水电可再生能源发电规定到2020年的强制性市场份额目标，从而建立了持续的市场需求；设立可再生能源发展专项资金，并运用税收政策对风能、太阳能、地热能等可再生能源的开发利用予以支持，对可再生能源技术研发、设备制造等给予适当的企业所得税优惠。这将提升大型风电项目领域技术转让需求。<sup>③</sup>

此外，还存在其他市场固有因素产生的强化力量。例如在强大的市场吸引之下，企业之间的竞争，特别是外国企业之间的竞争，是促使外国企业向中国转让技术的重要因素之一。如果外国投资者不向合资企业转让技术，其合资企业将会在该行业失去竞争力，尤其当有其他外国公司向中国转让该项技术；外国中小企业和大型跨国公司就前沿技术进行竞争时，可能促使从中小企业为取得胜利而率先转移先进技术等。由于中国技术转让政策隐含促进技术转让的能力，且这一能力经其他因素的影响而被强化，因此确实最终对外国投资者造成了技术转让压力，甚至极有可能产生强制技术转让的负面影响。

《301报告》对中国技术转让政策的强制性举出了两个实例进行论证。其一是在汽车制造和新能源汽车领域，根据《中国制造2025》的要求，到2025年中国自主新能源汽车的市场份额应达到80%以上，使希望获得中国市场的外国汽车制造商不得不选择在中国建立公司而非向中国出口成品汽车。然而若要建立合资公司，根据工信部2017年发布的市场准入规则，外国制造商必须选择合资形式且所有权不超过50%，事实上造成了强迫外国公司向合资公司转让核心技术的效果；其二是在飞机制造业，中国通过强大的政府购买力，要求外国飞机制造商在成立合资企业进行本地化生产，以换取向中国国有航空公司销售商用飞机和向中国飞机制造商销售飞机零部件的机会。其中又以C919中国首个本土大型商用飞机为例，指出中国国有企业——中国商用飞机公司明确表示，参与C919关键组件和系统的投标必须与中国供应商合资。

据统计，在中国汽车产业经审批通过的合资经营合同一般都具有技术转让要求条款。<sup>④</sup> 虽然中国外资股比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，但如果参照美孚诉加拿大案的仲裁结果，<sup>⑤</sup> 中国技术转

① 工业和信息化部：《中华人民共和国工业和信息化部令第39号》<http://www.miit.gov.cn/n1146295/n1652858/n1652930/n3757018/c5466114/content.html>，最后访问时间：2019年3月10日。

② Dan Prud'homme, Max von Zedtwitz, Joachim Jan Thraenc and Martin Bade, “‘Forced technology transfer’ Policies”, pp. 150 – 168.

③ 国家发展和改革委员会：《国家发展改革委关于印发可再生能源中长期发展规划的通知》，[http://www.ndrc.gov.cn/zcfb/zcfbghwb/200709/t20070904\\_579685.html](http://www.ndrc.gov.cn/zcfb/zcfbghwb/200709/t20070904_579685.html)，最后访问时间：2019年3月10日。

④ See Terence P. Stewart, *China's Support Programs for Automobiles and Auto Parts under 12th Five-year Plan*, Washington: Law Office of Stewart and Stewart (2012), <http://www.stewartlaw.com/Content/Documents/S%20and%20S%20China%20Auto%20Parts%20Subsidies%20Report.pdf>. (last visited May 28, 2019).

⑤ 2012年美孚投资加拿大股份有限公司和墨菲石油公司诉加拿大仲裁案。See *Mobil Investments Canada Inc. and Murphy Oil Corporation v. Government of Canada*, ICSID Case No. ARB (AF) /07/4, Decision on Liability and on Principles of Quantum (redacted), 22 May, 2012.

让政策的执行实践最终导致了迫使技术转让的后果，似乎就可以认定中国的技术转让政策具有强制性。而若参照美林公司（Merrill & Ring）诉加拿大案，<sup>①</sup>“中国技术转让政策并非自动强制外国投资者进行技术转让，外国投资者实际上对于转让技术与否具有灵活、自主的选择权，技术转让政策与其附带的技术转让压力负面影响之间的联系是间接的。因此，不能认为中国存在强制技术转让行为。因此，参照不同的判断标准，仲裁实践中中国技术转让政策的强制性认定存在不确定性。从该意义上讲，中国技术转让政策的强制性认定处于一种“灰色地带”。

## （二）美国“强制性”指责的非合理性

虽然中国技术转让政策具有促使外国投资者转让技术的附带效果，但是美国简单地依据技术转让政策实施的“附带负面影响”来认定其强制性是缺乏合理性的。首先，《301报告》第二部分的主张均建立在是否“对己方造成不利影响”的价值判断之上，缺乏依据国际技术转让规则进行的“合法性”分析。投资准入政策和政府审批权限，并非中国所独有的政府措施，也并不必然违反国际规则。中国技术转让政策鼓励技术转让、保护本国企业之目的是完全正当的。若其符合国际规则的要求，没有造成扭曲市场影响，就应当属于本国自主决策的范围。不能够因为其背离了美国政府和企业完全不受限制的利益最大化愿望，而对其横加指责，甚至进行制裁。

其次，《301报告》对于中国“强迫技术转让”行为的认定，尤其是将第一方面的措施“外资所有权限制”带来的技术转让压力归责于中国政府，基本是建立在企业与政府之间存在紧密联系，甚至直接受政府操控的基础之上的。报告提出，美国投资者面临的一个特殊挑战是中国私营部门与政府之间的复杂关系，这种关系为政府向外国投资者施加压力提供了间接机制，即认为来自中国合作伙伴的技术转让要求实际上是由中国政府主导的。<sup>②</sup>实际上，企业具有独立的法人资格，为自己的行为独立承担责任。中国遵守在《议定书》和相关投资条约中的承诺，不对外商投资施加技术转让履行要求。但这些承诺仅规制政府行为。对于与外国投资者合作的中国企业自主提出的技术转让要求，中国政府无权进行干预，更不应当为此承担责任。“中国没有任何一部法律强制外国投资者转让技术。具体的企业合作过程中可能会出现类似的情况，那属于企业之间的市场行为，完全没有政府的干预。”<sup>③</sup>若中方企业滥用市场支配地位限制、扭曲或拒绝正常交易行为，外国投资者可以寻求以《反垄断法》为依据的诉讼解决。

《301报告》将对中国政府指责的重要部分置于外国投资者的感受和美国政府的揣测基础之上，已不仅仅是论证的不严谨，而是对企业行为和政府行为故意混淆，展露出了美国意欲遏制中国技术升级的真实目的。然而，在外国投资者的中国合作伙伴是国有大型企业之时，这一抗辩或难以被采纳。例如上述《301报告》所举飞机制造业实例当中的中国商用飞机公司。一方面，国有大型企业往往具有更强的企业实力和更优的市场地位，在与外国投资者的谈判中更可能处于优势地位。相比较于一般中国企业作为技术受让方在谈判中面临外国大型跨国企业的强势力量压

① 2010年 Merrill&Ring 林业公司诉加拿大案。See *Merrill & Ring Forestry LP v. Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/07/1, Award, 31 March 2010.

② 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. 20.

③ 新华社：《商务部回应美贸易代表指责：中国无任何一法律强制外商转让技术》，[http://www.xinhuanet.com/world/2017-09/21/c\\_1121703362.htm](http://www.xinhuanet.com/world/2017-09/21/c_1121703362.htm)，最后访问时间：2019年3月11日。

迫,大型国企作为技术受让方之时的双方力量对比很有可能被逆转。另一方面,如今政企分离改革目标尚未完全实现,在他国政府及企业眼中,中国国企很大程度上受到中国政府的操控,至少会受到中国政府鼓励技术转让政策驱动的影响。面对国企的技术转让要求,外国投资者受到的技术转让压力将强于来自一般企业的技术转让压力,且这种情况下难以将国企行为与政府行为完全分割开来。

最后,技术转让本质上是一项交易,需通过合同来完成;这一交易标的是无形的,是一种待实现的价值,要实现其最终利益还需要与诸多条件相结合。<sup>①</sup>技术转让往往经历一系列技术研发、技术试验、技术改进的过程,而非一次性交易。由于技术转让的当事双方的信息不对称,技术受让方对技术转让方的信息并不能完全掌握,即使外国投资者受强迫而必须作出转移技术的行为,技术受让方也很难判定被提供的技术信息是否充分、技术核心是否得到了分享。因此若非技术转让双方达成合意,技术的强迫转让是难以实现的。另一方面,在合资企业中,以先进技术创新价值需要中外合资双方长期的合作,没有外国企业的合作,即使获得了技术转让,也不可能收到预期的效果。所以,从技术转让的特性而言,强制转让技术实际在操作上并不具有可行性。

#### 四 中国技术转让政策落入“灰色地带”释因

如上所述,仲裁实践中中国技术转让政策的强制性认定处于一种“灰色地带”。中国在制定技术转让政策之时基于种种理论基础和现实需要,而倾向于鼓励、引导外国投资者技术转让以及保护本国弱势企业。鼓励技术转让是发展中国家技术转让政策的重要特征,也是南北国家的冲突所在。这种鼓励、引导倾向与中国的强市场吸引力相结合,对外国投资者的作用力度加大。在国际技术转让多边规则缺失的背景下,随着国内外形势变迁,尤其是中国经济和科技水平的提升,中美技术转让政策冲突被进一步强化,从而引发了现阶段的中美知识产权争端。

##### (一) 国际技术转让多边规则缺失

国际社会对于技术贸易规则有着迫切的现实需求,但当前正式、统一的国际技术转让多边规则还未形成。联合国相关机构就该问题主持起草了一系列技术转让指南、示范法、准则,<sup>②</sup>但缺乏实际约束力;历经十年谈判形成《国际技术转让行动守则(草案)》,却最终因发达国家与发展中国家分歧太大而没有获得通过。<sup>③</sup>当前国际技术转让在国际层面的法律规则是由世界知识产权组织(WIPO)、<sup>④</sup>联合国体系中WIPO之外的其他机构,<sup>⑤</sup>以及WTO三方管辖下的各种技术转

① 马忠法、彭亚媛、谢迪扬:《中国“强制技术转让”的法律辨析》,载《国际经济合作》2018年第12期,第86—91页。

② 例如联合国世界知识产权组织主持起草的《发展中国家许可证贸易指南》和《技术转让合同管理示范法》、联合国贸易和发展大会主持起草的《对发展中国家开展技术转让的研究准则》、联合国工业发展组织拟定的《发展中国家以技术许可证合同形式引进外国技术指南》和《技术转让合同评价指南》等。参见张晓都:《郑成思知识产权文集:专利和技术转让卷》,知识产权出版社2017年版,第642—674页。

③ 古祖雪:《论国际技术贸易中的知识产权限制》,载《当代法学》2005年第2期。

④ WIPO管辖下的技术转让法规包括:《保护工业产权巴黎公约》《专利合作条约》《专利法条约》《实体专利法条约》(草案)与《保护文学及艺术作品伯尔尼公约》。

⑤ 联合国及其他机构制定的技术转让相关法律文包括:《国际技术转让行动守则》(草案)、《跨国公司行动守则》(草案)、《联合国海洋法公约》等一系列多边环境保护条约等。

让相关法律文件共同构建的。<sup>①</sup>此次中美知识产权法律争端发生于WTO框架之下，WTO框架下的《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPs)与《与贸易有关的投资措施协议》(TRIMs)中均存在相关规则。

然而，技术转让履行要求禁止规则尚未被明确确立。“强制技术转让政策”属于东道国设置的“技术转让履行要求”——为尽快弥补自身的技术劣势，发展中国家往往将技术转让作为外资准入的条件之一，即“技术转让履行要求”。但是TRIPs与TRIMs对于技术转让履行要求禁止的规定均较为模糊：(1) TRIPs中技术转让相关规定多以原则的形式或间接的方式设置，制度设计更加灵活，且与公共利益这个不确定且具有限制性的语境相联系，扩大了各成员国在该问题上的自由裁量权，削减了制度的功能性，增加了援引技术转让履行要求禁止的例外的难度，针对具体案件的解决仍有赖于争端解决机构的解释。<sup>②</sup>(2) 对于TRIMs而言，由于其适用范围限于与货物贸易有关的投资措施，且除第2条一般性规定与当地成分要求、数量限制要求间接涉及技术转让，其似乎并未明确禁止强制性技术转让履行要求。因此，技术转让要求是否包含在TRIMs禁止的投资措施范围之内尚有争议。

由于WTO规则中的技术转让履行要求禁止存在与否尚存疑问，因此迫切希望提高知识产权保护水平的美国首先在本国签订的贸易及投资协定中设置明确的技术转让履行要求禁止规则，以强化其基于技术而确立的市场竞争优势地位，制约发展中国家“以市场换技术”的做法，为本国投资者提供一条TRIPs框架之外的救济途径。美国1994年即在《北美自由贸易协定》(NAFTA)中采纳了技术转让履行要求禁止规则。2012年《美国范本》以相当高的标准对转让履行要求禁止规则进行了强化和细化。总体来说，东道国在外资准入阶段以技术转让作为市场准入的前提条件以及在经营阶段的其他强制性技术转让要求均被禁止。<sup>③</sup>由此可见，由美国率先确立的技术转让履行要求禁止规则主要内容即禁止强制性的技术转让要求。

与当地成分、数量限制等传统的履行要求不同，大多数传统双边投资协定并未对技术转让履行要求作出规制。<sup>④</sup>在2000年之前，除美国和加拿大外，很少会有国家在双边投资协定中添加履行要求禁止条款。<sup>⑤</sup>随着技术转让活动的增多，越来越多的国家开始重视对技术转让活动的规制以及对本国投资者或技术转让与人的保护，尤其发达国家更加希望避免本国先进技术向发展中国家扩散。美国之后，加拿大、日本等国家也在其双边投资协定中确立了与《美国范本》类似的技术转让履行要求禁止规则。此外，新世纪以来一些主要经贸国家之间缔结的贸易协定的投资章节，也多包含了技术转让履行要求禁止规则，如2012年《美国—韩国自由贸易协定》、2014年《加拿大—欧盟自由贸易协定》等等。<sup>⑥</sup>技术转让履行要求禁止规则的确立已经成为国际技术转

① WTO管辖下的技术转让相关法规包括：《与贸易有关的知识产权协议》《与贸易有关的投资措施协议》《实施动植物卫生检疫措施协议》《贸易技术壁垒协议》《贸易服务总协定》《TRIPs与公共健康的宣言》《关于TRIPs第66.2款的执行决定》与《执行多哈宣言关于协议与公共健康第六段决定》等。

② 何艳：《技术转让履行要求禁止研究——由中美技术转让法律争端引发的思考》，载《法律科学》2019年第1期，第146—155页。

③ 参见刘笋：《投资条约中的“履行要求禁止规则”》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2001年第6期。

④ See Suzy H. Nikiema, *Performance Requirements in Investment Treaties*, <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/best-practices-performance-requirements-investment-treaties-en.pdf> (last visited May 28, 2019).

⑤ Lukas Vanhonnaeker, *Intellectual Property Rights As Foreign Direct Investment: From Collision to Collaboration*, (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2015), p. 129.

⑥ 韩静雅：《技术转让要求规制新趋势下的中国因应》，载《广东社会科学》2017年第3期，第221—229页。

让规则发展的新趋势，但其具体内容尚没有得到国际公认的确立。

同时，中国的人世承诺是否应当包括鼓励性技术转让措施也在一定程度上存在疑问。如前所述，中国并无任何“强制性”的技术转让措施。但“鼓励性”的技术转让措施是否也具有“强制性”或者是否符合中国的人世承诺，是此次中美贸易摩擦的争议重点。技术转让是中国加入 WTO 之时受到 WTO 各成员尤其是美国极大关注的议题之一。<sup>①</sup> 根据中国在《中国加入 WTO 议定书》（以下简称《议定书》）以及《中国加入世贸组织工作组报告》（以下简称《工作报告》）中的承诺，中国将不以技术转让作为外资审批的前提。<sup>②</sup> 在技术转让要求是否为 TRIMs 所禁止尚存在争议的情形下，中国入世承诺“不对外资的审批施加技术转让要求”实际已经超出了 TRIMs 的标准，不宜再通过解释将中国的义务扩大化。虽然 TRIMs 附件解释清单中禁止的投资措施同时包括强制性措施和鼓励性措施，但是严格遵照条文的表述，将中国入世承诺解释为“不对外资的审批施加强制性技术转让要求”为宜，不宜将其扩张至“鼓励性”的技术转让政策。但这一解释并未被正式确认，因此对中国“鼓励性”技术转让政策的质疑也使得中国技术转让政策落入“灰色地带”。

## （二）中国技术转让政策设计意图

### 1. 利用高科技“不确定性”的战略机遇期实现跨越式追赶

在某一领域的技术尚未完全成熟，或者存在更新可能之时，技术的领先地位存在高度的不确定性。<sup>③</sup> 此时进入壁垒较低，但一些在职者或者企业仍然倾向于保持他们主导的技术。换言之，“技术不确定性”广义上指的是缺乏关于未来某个行业中具体技术的共识。这为开发新技术提供了很大的空间，这些新技术可以引导行业的发展轨迹走向各种方向。<sup>④</sup> 在技术不确定的行业中，未来基于技术的竞争的境况比更成熟或更不先进的技术已经饱和的行业更难预测。技术不确定性越高，企业越容易创造新的技术路径，甚至可以跳过现有领先技术持有者的技术发展阶段，有利于实现跨越式追赶。<sup>⑤</sup>

当前最前沿、最具有竞争力的高技术含量行业正处于这样的高“技术不确定性”。因此，中国根据国际国内形势判断当前对中国来讲是重要的战略机遇期。重要战略机遇期在 2002 年党的十六大被正式提出，指出 21 世纪前 20 年是影响整个国家或社会全局和长远发展的重大机会和时机：现阶段国际环境的新变化的三大趋势之一是科技进步日新月异，世界经济史的发展经验表明，很多国家都是把握生产力革命性突破的时期实现了后来居上，占据新一轮发展的制高点。当代生产力正处于这样一个革命性的历史关头，中国必须抓住新的历史机遇，加速以新的生产力代替落后生产力的进程，实现跨越式的发展。

① 参见《中国加入世贸组织工作组报告》第 48 段。

② 参见《议定书》第 2 条“贸易制度的实施”（A）款“统一实施”、第 7 条“非关税措施”，《工作报告》第 48 段、第 49 段、第 203 段。

③ Dan Prud'homme, Max von Zedwitz, Joachim Jan Thraenc and Martin Bade, “‘Forced Technology Transfer’ Policies”, pp. 150 - 168.

④ Giovanni Dosi, “Technological Paradigms and Technological Trajectories: A Suggested Interpretation of the Determinants and Directions of Technological Change”, (1982) 11 (3) *Res. Policy*, pp. 147 - 162.

⑤ Keun Lee & Chaisung Lim, “Technological Regimes, Catching-up and Leapfrogging: Findings from the Korean Industries”, (2001) 30 (3) *Res. Policy*, pp. 459 - 483.

基于对未来需求变化和技术发展趋势的科学判断,2010年起中国大力培育战略性新兴产业(Strategic Emerging Industries, SEIs),将有着重大技术突破和重大发展需求的SEIs摆在经济社会发展更加突出的位置,其发展目标之一是“一批关键核心技术达到国际先进水平”。<sup>①</sup>中共十九大再次确认中国发展仍处于并将长期处于重要战略机遇期。国务院发展研究中心副主任隆国强在2019年国研智库论坛的演讲中提到,战略机遇期内涵的内涵之一即为加速推进的新一轮技术革命和产业变革,发展中国家若想实现跨越式增长必须把握这一机遇。<sup>②</sup>国务院于2015年发布的实施制造强国战略第一个十年的行动纲领——《中国制造2025》即为国家在此“新一轮科技革命和产业变革与我国加快转变经济发展方式形成历史性交汇,国际产业分工格局正在重塑”的重大历史机遇之下实施的一项重要政策。<sup>③</sup>

一方面,这些重要政策是中国利用高“技术不确定性”的重要战略机遇期实现跨越式追赶理念的直接反映;另一方面,其作为该理念的书面载体也直接为其他国家提供了研究中国技术转让政策理论基础的文本依据。最直观的表现即为美国在《301调查报告》中通过对《中国制造2025》等产业政策之基本原则、战略目标、重点发展领域进行分析,认为其要求中国对技术转让活动进行大量的干预、提供金融及其他支持,以实现中国和技术领域的世界领先地位。而此类导致不公平的产业政策与中国庞大的、由政府指导的投资监管政策相结合,使外国投资者处于极为不利的地位。同时美国通过找寻中国技术发展领域来自政府的驱动力,来论证政府政策对强制技术转让行为的深度影响,以此将企业的强制技术转让行为与政府行为联系起来,成为其指责中国政府强制技术转让行为的重要依据。

## 2. “以市场换技术”的政策取向

发展中国家要想实现跨越式追赶,提升本国技术后发优势,需要大量先进技术的支撑。在自主创新门槛高且耗时长久的现实情形下,技术转让成为发展中国家的迫切需求。经济全球化趋势也使得技术转让成为发展中国家经济追赶的重要方式之一。但受限于本国经济实力,其难以通过交易的形式获取大量前沿的技术。因此,发展中国家往往以本国市场的吸引力为支撑提出技术转让要求。

中国采取同样模式,即以向外国产品出让国内市场份额以换取国外先进技术来提高国内技术水平——“以市场换技术”。<sup>④</sup>“以市场换技术”理念最初在中国的汽车行业开始进入实践。在改革开放初期,面临汽车行业严重缺乏自主开发技术与资金的局面,国务院汽车工业部经过慎重选择推出了“以市场换技术”的产业政策,开放中国市场允许外国汽车企业来华经营,外国汽车企业需要向中方转移一定的技术以协助中国汽车企业独立发展。<sup>⑤</sup>

经过汽车行业的试点,中共中央、国务院1983年正式下发《关于加强和利用外资工作的指

① 《国务院关于印发“十二五”国家战略新兴产业发展规划的通知》(国发〔2012〕28号), [http://www.gov.cn/zwggk/2012-07/20/content\\_2187770.htm](http://www.gov.cn/zwggk/2012-07/20/content_2187770.htm), 最后访问时间:2019年2月27日。

② 人民网:《把握战略机遇期,开辟高质量发展新局面》, <http://theory.people.com.cn/n1/2019/0202/c40531-30608086.html>, 最后访问时间:2019年2月27日。

③ 《国务院关于印发〈中国制造2025〉的通知》(国发〔2015〕28号), [http://www.gov.cn/zhengce/content/2015-05/19/content\\_9784.htm](http://www.gov.cn/zhengce/content/2015-05/19/content_9784.htm), 最后访问时间:2019年3月19日。

④ 李晓华:《对加入WTO后“以市场换技术”的思考》,载《中国工业经济》2004年第4期,第21—26页。

⑤ 财新网:《“以市场换技术”的得与失》, <http://opinion.caixin.com/2014-07-25/100709184.html>, 最后访问时间:2019年2月28日。



示》，指出利用外资、引进先进技术，对加快中国社会主义现代化建设具有重要的战略意义<sup>①</sup>。实践证明，对外开放有力促进吸收了先进技术和管理经验。<sup>②</sup>在这种实践背景下，中国技术转让政策展现出一种以国内市场吸引力促进外国投资者技术转让的倾向。

但需要明确的一点是，虽然中国的“以市场换技术”模式最初是由政府同意并检验的，但并未就此作出强制性规定。在其后的投资实践中，中外合作伙伴的合作关系是由双方企业的自主选择决定的，外方当事人在获取中国庞大市场带来的利益与进入中国场所需的代价之间进行衡量，根据成本收益分析的结果理性、自愿地选择了中国市场。因此“以市场换技术”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。

### （三）中国经济及科技水平提升

中国的技术转让政策长期以来逐渐确立并持续存在的。虽然这些政策也受到过质疑，但并未像此次中美贸易争端般被如此强力地抵制。盖因彼时中国经济实力较弱、技术发展落后，更多的是被动接受投资，不仅不会构成对西方国家经济发展的挑战，反而能够提供一个巨大的市场。因此实际在某种程度上，当时中国的“以市场换技术”是被接受的。中国市场经济日益占据主导地位，同时技术转让在国际投资中的重要性越发提升，<sup>③</sup>“以市场换技术”对投资者的吸引力已远远不及改革开放早期，越来越受到外国投资者的诟病，也逐渐受到外国政府的抗拒。面对中国经济实力和创新能力的增强，西方国家开始追求贸易与投资方面的平等待遇，反对继续对中国实施优惠和宽容政策，力图为本国在华投资争取更加宽松自由的环境，进一步巩固和扩大本国投资者在海外投资市场的技术和知识产权优势。

一方面，随着改革开放的日益深入，中国经济实力不断上升，一跃成为了美国在国际贸易和投资活动中的重要对手。另一方面，随着中国科技的迅猛发展，已一改过去技术完全落后的输入国角色。在引进他国技术的同时，中国先进技术也正走出国门，在某些领域成为技术输出方，例如高铁行业、5G技术等。中国技术转让政策在制定之时并未面临这样的情状，很多规定或措施的确具有贸易保护的影子，这也是在此次中美知识产权争端中受到美国指责的原因之一。此外，中国的五年规划、SEIs、《国家中长期科学和技术发展规划纲要》《中国制造2025》等发展政策对中国的技术发展给予了高度重视，使得外国企业产生受威胁感，<sup>④</sup>美国政府对此十分警惕。<sup>⑤</sup>因此美国更为迫切地希望遏制中国技术创新的发展，以维护自己的既得利益。

中国的发展中国家地位并没有发生变化，但在很多方面，包括在技术创新方面开始形成与西方国家的竞争态势。而相较于中国的对外投资能够更好地利用国际规则和外国法律环境，在外国投资希望进入中国之时，中国的技术转让政策在巨大的经济体量和市场吸引力的强化下，对外国投资者

① 人民网：《1983年9月3日中央指示要加强引进外资工作》，<http://www.people.com.cn/GB/historic/0903/2878.html>，最后访问时间：2019年2月28日。

② 人民网：《温家宝在第十二届全国人大第一次会议上的政府工作报告》，<http://cpc.people.com.cn/n/2013/0318/c64094-20827343.html>，最后访问时间：2019年2月27日。

③ See Keith E. Maskus, “The Role of Intellectual Property Rights in Encouraging Foreign Direct Investment and Transfer”, (1998) 9 *Duke Journal of Comparative and International Law* 109, pp. 109 – 161.

④ See Dan Prud’homme, “Forecasting Threats and Opportunities for Foreign Innovators in China’s Strategic Emerging Industries: a Policy – based Analysis”, (2016) 58 *Thunderbird Int. Bus. Rev.* 103, pp. 103 – 115.

⑤ See Section 301 Report, pp. 10 – 18.

在华投资活动的影响不断增强。例如像《301 报告》所提到的那样，美国认为“虽然这些政策和实践不一定是新的，但它们对外国公司及其技术的实际和潜在影响已变得更加严重。”<sup>①</sup>“在较小的发展中经济体中可以容忍的不公平的贸易、安全和产业政策，现在正与中国庞大的、政府主导的投资和监管政策相结合，使外国公司处于劣势。”<sup>②</sup> 尽管这一认识不尽正确，但能够清晰地反映出以美国为首的发达国家的警惕态度。近年来，美国从倡导“自由贸易”转向强调以“绝对对等的开放”为核心的“公平贸易”，即各国在每个具体行业的市场准入与每个具体产品的关税水平方面都与美国完全一致。<sup>③</sup> 美国总统特朗普也多次强调其追求贸易条件的完全“对等”（Reciprocal）。

WTO 考虑各国发展阶段的差别，提倡互惠互利原则，使得发展中成员得以在 WTO 框架下享有差别和更优惠的待遇，从而有利于适度保护发展中国家产业、促进其产业良性发展并推动其市场扩大，反过来又会为发达国家提高更多商业机会。这是一种实质的“国际公平”。相较于美国所主张的“公平贸易”，WTO 的互惠互利原则与差别优惠待遇原则无疑更有利于真正意义上公平的实现。但不可否认，面对中国这样庞大的经济体及其不断增长的经济竞争力，发达国家的平等待遇诉求也具有一定程度的合理性。

## 五 结语

南北国家技术水平决定技术转让政策差异的必然性，因而中美贸易摩擦及知识产权争端是必然的，也将是持续的、长期的。另外，中美两国知识产权争端具有“阶段性”特征——争议议题将不断转移。虽然中美正在进行经贸磋商并取得了一定成果，但只有在双方科技水平持平之时才真正具备达成完善的、长久的知识产权协议的条件。在中美技术水平存在差异之时，现阶段的知识产权协议只能更多满足美国提出的具体要求，中美之间仍然会因为美国新的要求而产生争端；在协议的履行过程中，也可能产生新的争端。本次中美贸易摩擦的初因是美国政府意图降低巨额贸易逆差。但是解决中美贸易逆差也可以通过放宽美国高新技术出口的方式解决，但是这一方案并没有被美国接受，也没有作为双方谈判内容而出现在谈判清单上。因此，即使中美就当前争端达成协议，也并非代表着两国之间就知识产权保护制度的分歧和矛盾被完全化解，中国在知识产权方面的诉求得到尊重和解决。总体而言，中美之间的知识产权争端的解决不可能一蹴而就。

就当前阶段的中美知识产权争端而言，虽然中国并未强制外国投资者技术转让，但技术转让政策的背后存在着依赖外国技术转让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技术转让压力。而随着国家以及本国企业经济实力与创新能力的提升，实施类似强制性规定已无太大的必要。中国的技术转让政策面临着现实转型和更新。很多改革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当前的发展现状，对吸引投资、鼓励技术转让以及真正提升我国的技术创新水平不再产生积极作用。由于发达国家对平等待遇的追求，中国也将越来越难以援引差别优惠待遇等保护性原则来为自己抗辩。2019年3月15日表决通过、将于

① See Section 301 Report, p. 17.

② See Section 301 Report, p. 17.

③ 参见国务院新闻办公室：《〈关于中美经贸摩擦的事实与中方立场〉白皮书》，<http://www.scio.gov.cn/zfbps/32832/Document/1638292/1638292.htm>，最后访问时间：2019年3月7日。

2020年1月1日起实施的《中华人民共和国外商投资法》加强对外商投资合法权益的保护，明确禁止强制技术转让，体现出中国的外国投资保护以及知识产权保护水平不断提升。

进入21世纪以来，随着世界经济发展模式的转变，科技实力逐渐成为经济发展的主导。中美贸易摩擦无异于最好的清醒剂，暴露了中国在科技创新、高端制造、关键核心技术、法治建设等领域跟美国的巨大差距。<sup>①</sup>更重要的是，中国正面临全球新一轮科技革命与产业变革的重大机遇与挑战。经济发展的趋势要求国家强化科技同经济对接、创新成果同产业对接、创新项目同现实生产力对接、研发人员创新劳动同其利益收入对接。知识产权的低资本价值使科技与金融不能有效融合。不发达的知识产权资本化市场，导致中国在科技研发领先的领域并没有实现应有的盈利。在知识产权资本化、证券化趋势下，被动等待提升知识产权保护水平、推动知识产权的运营，等待形成知识产权资本化市场，已经难以契合科技发展对金融资本的需求。

在国际倒逼力量与本国发展需求的共同动因下，创造更加友好的创新型营商环境已刻不容缓。法律的构建也应当同时重视增强科技进步对经济发展的贡献度与资本市场对技术创新的支持。因此，中国必须进一步完善知识产权保护与技术转让制度、加快实施创新驱动发展战略，尽快建成知识产权强国。

## **Forced Technology Transfer in the China-US Trade Friction and the Jurisprudential Analysis in an Interpretative Paradigm of North-South Divide in Technology Transfer Policy**

*Shen Wei and Li Xiaoran*

**Abstract:** There exists a North-South divide in technology transfer policy due to the imbalance of technological development between the two groups of countries, which often triggers disputes over intellectual property rights. Although there have been some changes to the equilibrium between China and the US owing to China's new technological developments in some fields, the disputes between China and the US over the intellectual property rights basically conforms to this South-North divide. Seen from this angle, it is not a surprise to see the ongoing China-US trade friction involving the issue of forced technology transfer. Given the gap between the two countries in technological development, any resolution to the disputes over intellectual property rights between the two countries would be temporary and short-term. Along with China's technological development and economic growth, the underlying logic of China's technology transfer policy would experience some changes in the future.

**Keywords:** Forced Technology Transfer, Technology Transfer Policy, North-South Divide, China-US Trade Friction

(责任编辑:李庆明)

<sup>①</sup> 参见任泽平:《中美贸易摩擦背后更深层次的是“改革战”》, <https://mp.weixin.qq.com/s/NyQycKJeF4jcJTpdY1J-w>, 最后访问时间:2019年4月4日。