

学校的理想装备

电子图书·学校专集

校园网上的最佳资源

知识产权与技术贸易



写在前面

现代社会是科学技术飞速发展的社会。当今国际竞争，归根到底是科学技术的竞争。在行将跨入 21 世纪的今天，科学技术对于一国的社会经济发展起着决定性的作用。发展科学技术，除依靠本国的力量外，还要吸收各国的先进技术。世界上不少国家，特别是第二次世界大战以后实现经济腾飞的国家的经验证明，开展国际技术贸易，引进外国的先进技术和管理经验，是发展本国经济，提高本国科学技术水平的捷径。

新中国成立之后，特别是改革开放以来，我国有计划、有步骤地从国外引进大批国家建设所急需的技术。这些技术的引进，对于提高我国的科学技术水平，促进国民经济的发展起到了积极作用。近年来，在技术引进规模不断扩大的同时，我国又开始了技术出口的尝试，技术出口成交额逐年递增。技术贸易已成为我国对外贸易中具有重大潜力的重要组成部分。

本书拟从国际技术贸易的交易对象——知识产权和专有技术入手，对国际技术贸易的产生与发展、法律与实务做一较为全面的论述，力求理论性与实用性并重，学术性与普及性兼顾，并注意介绍国际有关技术贸易立法的最新动向，使读者能够了解和掌握知识产权和技术贸易的相关法律制度和国际惯常做法，提高其实际业务能力。

在本书第 1 章写作过程中，曾英同志给予了协助，在此表示谢意。

作者
一九九三年元旦

序

当今世界，科学技术日新月异，生产力飞速发展，生产社会化、专业化程度越来越高，国际间经济联系越来越紧密，走向国际市场已成为现代生产力发展的客观要求。

纵观国内形势，在邓小平同志南巡重要谈话和党的十四大精神鼓舞下，举国上下再次掀起改革开放新浪潮。特别是党的十四大明确提出建立社会主义市场经济新体制，我国改革开放已进入新的历史阶段。目前的对外开放，东部沿海地区大有更上一层楼之势，并进一步向沿江沿边和省会城市挺进，逐步形成经济特区、开发区和开放城市相结合的多方位、多层次、多渠道的新格局。我国即将恢复关贸总协定缔约国席位，对过去长期处于封闭型计划经济环境中的国内企业来说，既是一个机遇，也是一个挑战。特别是直接处在第一线的对外经贸业务人员和管理工作者，在新的形势下，既需要思想观念上的更新，又需要外经外贸业务知识的武装。

为了具体落实邓小平同志南巡重要谈话精神，适应改革开放和现代化建设需要，满足广大涉外工作者学习的紧迫要求，我们特组织中央对外经贸部门的有关专家学者精心编撰此丛书。

本书融理论性、知识性和实用性于一体，阐明了有中国特色社会主义的经贸理论、国内国外的政策体制、对外交往的礼节礼仪、外经外贸的谈判技巧、国际市场的行销策略、货物买卖的具体实务、通关报验的法律程序、技术贸易的方式方法、利用外资的政策法规、工程承包的做法经验、会计结算的基本知识，以及对外经贸的国际惯例等企业涉外经济活动中所必备的业务知识与操作技巧。在编写过程中，我们力求体现“新、实、精”的原则，即力求采用最新近的资料，突出最实用的内容，浓缩成最精练的文本。

这套丛书是在中央领导同志的亲切关怀和支持下、在国家有关部门的通力合作下产生的。中共中央总书记江泽民同志为本丛书题写书名，国务院总理李鹏同志、对外经济贸易部部长李岚清同志为本丛书题词；诸多专家学者为本丛书撰稿。我们希望本丛书的出版，对于广大企业走出国门，抓住机遇，迎接挑战，促进国民经济更好更快地上新台阶，能起到积极的推动作用。

李祥林 洛桑

1993年8月10日

走向国际市场

第一章 知识产权

国际技术贸易是以技术知识作为交易对象的特殊的国际贸易活动，知识产权则是国际技术贸易的主要客体之一。正确地理解和掌握知识产权的概念、法律特征及其诸项权利内容，对于我们做好国际技术贸易工作是大有裨益的。

一、知识产权的概念及其法律特征

(一) 知识产权的概念

知识产权 (Intellectual Property) 是指法律所赋予的知识产品所有人对其创造性的智力成果所享有的专有权利。

知识产权是一种财产权。财产权是指民事权利主体所享有的具有经济利益的权利。财产权的客体是财产,包括有形的财产和无形的财产。知识产权是一种特殊的无形财产权,其特殊在于其权利客体是人们在科学、技术、文化等知识形态领域所创造的精神产品。

知识产权通常分为两部分,即工业产权和版权。

工业产权 (Industrial Property) 是对专利权和商标权的统称,指法律赋予产业活动中的知识产品所有人对其创造性的智力成果所享有的一种专有权利。依照《保护工业产权巴黎公约》的规定,工业产权的保护对象有“专利、实用新型、工业品外观设计、商标、服务标记、厂商名称、货源标记或原产地名称以及制止不正当竞争”。严格地说,“工业产权”应称为“产业产权”,因为工业产权不仅包括与工业有关的精神产权,而且还包括有关商业、农业、林业和其他产业具有经济利益的精神产权。工业产权一词源于法语中的“propriete Industrielle”。1789年,法国资产阶级在其通过的《人权宣言》中,将思想作为精神财产,视为“自然和不可废除的人权”。根据《人权宣言》的精神,法国国民议会于1791年通过了该国第一部《专利法》。在此之前,英国称专利为“特权”或“垄断权”。法国《专利法》的起草人德布孚拉认为,“特权”或“垄断权”的提法可能会遭致国民议会的反对,因而在《专利法》中采用“工业产权”的概念。“工业产权”一词后来为世界各国所普遍接受。1894年,日本与英国签订《日英通商条约》,在条约的日文本中将法文“propriete Industrielle”译为“工业产权”。我国现在使用的“工业产权”一词是根据日文转译的。

版权 (Copyright),亦称著作权,指著作人依法对科学研究、文学艺术诸方面的著述和创作等所享有的权利。

知识产权所包括的权利内容,根据1967年7月14日在斯德哥尔摩签订的《世界知识产权组织公约》的规定,主要有下列各项:

- (1) 文学、艺术和科学作品;
- (2) 表演艺术家的表演以及唱片和广播节目,
- (3) 人类一切活动领域的发明,
- (4) 科学发现;
- (5) 工业品外观设计;
- (6) 商标、服务标记以及商业名称和标志;
- (7) 制止不正当竞争;以及在工业、科学、文学或艺术领域内由于智力活动而产生的一切其他权利。

需要注意的是,该规定涉及的知识产权的权利内容是相当广泛的,不仅包括工业产权和版权,而且包括科学发现。科学发现是否具有财产权的属性,目前在国际学术界有不同的观点,多数人持否定态度。从各国立法及有关国际公约的规定来看,几乎都毫无例外地将科学发现排斥于法律所保护的排他性的权利之外,不授予科学发现以任何财产权利。

(二) 知识产权的法律特征

知识产权作为一种特殊的财产权，具有不同于普通物质财产权的显著的法律特征。

1. 知识产权具有专有性

知识产权的专有性是指权利人对其智力成果享有垄断性的专有权，非经权利人同意或法律规定外，其他任何人均不得享有使用该项权利。例如，法律对专利或商标的专有权只能依法授予一次，取得该项权利的权利人对有关专利或商标享有独占的使用权。各国法律对于权利人的这种独占或垄断的专有权都实行严格的保护，除依照法律规定的条件和程序通过“强制许可”才能对权利人的专有权加以变更外，任何侵犯专有权的行为均构成侵权。独占性是知识产权最本质的法律特征，也是知识产权制度得以建立并不断完善和发展的动力之一。

2. 知识产权具有时间性

知识产权的时间性是指知识产权仅在法律规定的期限内受到法律保护，一旦超出了法律规定的有效期限，这一权利即自行消失，知识产品即进入公有领域，成为整个社会的共同财富，为全人类所共同使用。知识产权的时间性是知识产权与其他物质财产权的主要区别之一，反映了建立知识产权制度的社会需要。知识产权制度的实质在于，作为对创造发明者公开其智力创造成果的代价和补偿，法律仅赋予权利人在一定期限内的排他性的专有权，从而达到既能够促进科学技术和文化成果的传播，又能够保护智力劳动者合法权益这样一个基本目的。知识产权的时间性协调了知识产权的专有性与知识产品社会性之间的矛盾，既能够鼓励权利人从事发明创造的积极性，又给其享有权利以一定的时间上的限制。使发明创造成果能够从个人的专有财产适时地变为人类共有的精神财富。

根据各种知识产权的性质、特点和本国的实际情况，各国法律对著作权、专利权、商标权规定了长短不同的保护期。商标在一定程度上象征着商品的质量，具有商誉价值，法律应保护其稳定性，因此，商标保护期经注册人申请可无限续展。著作权的保护期限一般是作者终身享有，再加上作者死后 50 年。规定较长的著作权保护期的目的在于，鼓励人们创作流传久远的优秀作品。发明专利的保护期限一般为 15—20 年，实用新型和外观设计专利的保护期则更短，这主要是考虑到技术的发展及更新换代的速度。

3. 知识产权具有地域性

知识产权的地域性是指，按照一国法律获得确认和保护的知识产只在该国具有法律效力。除签有国际公约或双边互惠协定的情况外，知识产权没有域外效力，其他国家对这种利权没有保护的义务。

早在知识产权制度的雏型时期，地域性的特点就同知识产权紧密地联系在一起。在欧洲封建社会末期，原始著作权和专利权、专营权都是作为君主恩赐并作为特许权而出现的，这种权利只能在君主的管辖内行使。进入资本主义时期，知识产权才脱离封建特许权的形式，成为法定精神产权。依照国家主权的原則，各国只对依照本国法取得的知识产权加以保护，不承认根据外国法设立的权利。因此，知识产权的地域性特征仍被保留下来。

自 19 世纪以来，随着国际间技术交流的范围和规模逐渐扩大，地域性已成为阻碍国际技术贸易发展的障碍之一。为此，世界各国开始寻求在知识产权领域内进行国际合作，通过订立双边的或多边的国际条约或协定，加强对知识产权的国际保护。在这种情况下，《保护工业产权巴黎公约》和《保护

文学艺术作品伯尔尼公约》等有关国际公约应运而生。这些国际公约的一个共同特征是，都采用了“国民待遇”原则，从而使得一国承认或授予的知识产权在外国取得保护成为可能。但是，国民待遇原则只是对地域性原则的修正和补充，并没有动摇知识产权的地域性。因为是否授予权利，权利的内容和范围，以及如何保护权利，都要由缔约国依照其国内法来决定。20世纪50年代以后，知识产权的地域性在世界上某些区域范围内开始突破，某些国家通过订立区域性的国际公约确立了知识产权具有国际性效力的原则，例如，1968年荷兰、比利时、卢森堡三国订立的《荷比卢统一商标法》，1977年非洲知识产权组织通过的《班吉协定》，以及1973年西欧国家缔结的《欧洲专利条约》等，其中最有影响的是《欧洲专利公约》。该公约的目标是设立一个单一的专利机构，即欧洲专利局，按照统一的程序和统一的专利条件授予专利。按照公约规定，申请人不必向每个欧洲国家分别提出专利申请，只需向欧洲专利局提出一次申请。如果通过审查，则由欧洲专利局发给欧洲专利证。此证一经发给，就可能转化为申请人在申请书中指定要求给予保护的那些国家的专利证，其专利权由各指定国的法律加以保护，从而使得专利跨出了一国地域，产生了在两个以上国家同时有效的专利，这在一定程度上动摇了知识产权的地域性原则。然而，时至今日，这一状况仅存在于西欧及非洲的法语国家。要实现知识产权保护国际化、统一化的目标，其道路将是漫长的。

二、专 利

（一）专利与专利制度

专利（Patent）是指国家主管当局依法授予发明人的一种专有权或独占权。

英文中的 Patent 源自拉丁文的 Patens，其意思为“公开”。专利最早起源于英国。中世纪的英国十分落后，为了发展国内的产业，英国国王对引进外国技术的个人发给一种专利证（Letters Patent），授予其使用该技术的独占的垄断权。该证书盖有国王的大印，是国王对臣民的告谕，任何人都可以打开看，因此“patent”一词的基本含义有两个，一是公开，二是垄断。随着历史的演进，现代专利制度与中世纪国王的特许已不能同日而语，但专利一词的基本含义仍未改变。现代专利制度要求发明人在获取专利之前，必须首先向专利机关提出申请，由专利机关将申请案向社会公开。发明人在获得专利权后，即可以垄断该项发明的利用。除法律另有规定者外，在专利有效期内非经专利权人的许可，任何人都不得以生产经营为目的使用该项发明，否则即构成侵权。

专利是对人们智力成果的保护，但哪些智力成果属于专利保护的客体？各国法律的规定不一，主要有发明、实用新型、外观设计、植物品种与动物品种等。依照我国《专利法》的规定，专利保护发明创造，包括发明、实用新型和外观设计 8 种。但就大多数国家而言，专利保护的客体主要是转发明，专利与发明几乎是同义词。《巴黎公约》中所指的专利，实际上也只是发明专利。

专利制度是指以专利法为中心而形成的保障发明人的利益，促进发明成果推广应用的制度。专利制度主要包括专利审查制度、公开通报制度、权利保护制度、国际交流制度 4 方面内容。

专利制度的作用在于通过给予发明人在一定期限内利用其发明的专有权，以此换取发明创造对社会的公开，从而鼓励和保护发明创造，避免重复研究造成的人力、财力的浪费，促进科学技术的交流与发展。

“专利制度给天才之火浇注利益之油”，美国第 16 任总统林肯这句名言十分形象地概括了专利制度的本质和作用。

（二）专利授予的实质条件

世界绝大多数国家的专利法都规定，专利仅授予一定范围内的具有新颖性、创造性和实用性的发明。具体来说，授予专利的实质条件包括以下 8 个方面。

1. 专利权仅授予发明，不属于发明的智力创造成果不能授予专利

所谓发明，一般是对特定技术问题所提出的前所未有的解决方案。世界知识产权组织对发明的定义为：发明是发明人的一种思想，这种思想可以在实践中解决技术领域里特有的问题。大多数国家的专利法对于发明并没有下定义，通常只是在专利法中以列举的方式排除不属于发明的内容。例如，专利法一般都规定“科学发现”不属于发明，不授予专利。所谓科学发现，按照 1978 年在日内瓦缔结的《科学发现的国际登记条约》中的定义，是指对物质世界迄今尚未认识的现象、性质或规律能够证明的认识。对于科学发现不授予专利，其原因在于如果对于科学发现赋予专有权的保护，不仅会妨碍科学技术的发展，而且在实践中也难以施行。此外，各国法律通常对属于人们

推理范畴的“智力活动的规则和方法”等，也都不授予专利。

2. 专利仅授予一定范围内的发明，有些发明不能授予专利

依照各国专利法的规定，不能授予专利的发明主要有两类：一类是违反国家法律、社会公德或者妨碍公共利益的发明，如犯罪工具、赌博工具；另一类是出于国家经济利益或产业政策的考虑，对于某些关系到国计民生或涉及到较落后的产业部门的发明不授予专利。例如，我国在1992年《专利法》修改之前，对于药品、食品、饮料和调味品以及化学物质不给予物质专利保护，只对这些物品的制造方法授予专利。

3. 授予专利的发明必须要同时具备新颖性、创造性和实用性 8 个条件

(1) 新颖性 (Novelty) 是指申请专利的发明创造必须具有前所未有的、未被公知的属性。新颖性是各国法律所共同确认的取得专利权的首要条件。对于如何判定新颖性，各国法律均作了详尽的规定，总括起来，主要有以下 4 个方面标准：

a. 技术标准。许多国家在确定新颖性时，使用了“现有技术”的技术标准，作为衡量发明是否具有新颖性的客观参照物。现有技术又称为已有技术、先行技术、技术水平、背景技术等，指那些已经被或已经能够被人们得到的技术。凡是在出版物上公开发表、公开使用或以其他方式进入公有领域或为公众所知的技术均属于现有技术。发明要与现有技术进行比较，以判定其新颖性。

b. 时间标准。对于判断新颖性的时间标准，各国法律的规定不尽相同，主要有 8 种：第一种是以完成时间作为判断新颖性的标准，即只要在发明完成时是新的，尽管在申请时已经成为旧技术，但仍认为该技术具有新颖性。美国专利法采用这一标准。第二种是以提出申请的时间作为判定标准。这个时间不是申请日或优先权日，而是在申请日或优先权日中提出申请的具体时间。日本专利法采用这一标准，第三种是以申请日或优先权日作为判定标准，即只要在申请日或优先权日以前没有公开过，即具有新颖性。德国、法国等加入《欧洲专利公约》的国家都采用这一标准。我国也采用这一标准。

c. 地域标准。从各国法律的规定来看，判定新颖性的地域标准主要有 8 种：第一种是世界新颖性标准，即发明必须要在世界任何地方没有公开过才具有新颖性。德国、法国、英国等加入《欧洲专利公约》的国家采用这一标准。第二种是本国新颖性标准，即发明只要在本国范围内没有公开过，即认为具有新颖性。澳大利亚等国采用这一标准。第三种是混合新颖性标准。

即对于有形出版物的公开采用世界新颖性标准，而对于其他方式的公开，则采用本国新颖性标准。美国和日本等国采用这一标准。我国也采用这一标准。

d. 抵触新颖性的例外。大多数国家的专利法都规定了不影响发明新颖性的几种公开的例外情况，如发明在展览会上展出，在学术会议上发表等。我国《专利法》规定，申请专利的发明创造在申请日以前 6 个月，在中国政府主办或者承认的国际展览会上首次展出的，或者在规定的学术会议或技术会议上首次发表的，或他人未经申请人同意而泄露其内容的，不丧失新颖性。

(2) 创造性 (Unobviousness) 是指申请专利的发明与申请

日以前的现有技术相比，该发明具有突出的实质性的特点和显著的进步。对于创造性的判断标准，各国法律有不同的规定。美国、德国、英国、法国等国从强调专利申请案所具备的技术发明高度出发，把创造性称为“非

显而易见性”，即如果申请专利的内容和现有技术之间的差异甚为微小，以致该项发明对于本专业普通技术人员是“显而易见”的，则不能取得专利。我国《专利法》则侧重申请专利的发明所带来前所未有的技术效果，强调发明具有突出的实质性的特点和显著的进步。

衡量创造性的标准并不是客观标准，对它的判断要由人们的思维来做出。从专利法理论上说，这个人应是具有所属技术领域普通技术人员水平的人。但在实践中，这个人就是专利审查机关的审查员。因而，专利审查同个人的水平在相当程度上影响到对专利申请创造性的审查和判定。

判断创造性的时间标准与判断新颖性的时间标准基本相同，都是将申请专利的发明与申请“关键日”以前的现有技术相比较，创造性判断属于专利实质审查的内容。如果一国专利法采用迟延审查制度，那么，判断发明是否具有创造性的时间可能要比专利申请日晚数月甚至几年。我国《专利法》规定，自申请日起8年内，专利局根据申请人请求对其申请进行实质审查。在这段时间，发明所属的技术领域可能又有了重大突破，或是该领域的普通专业人员的知识又有了新的提高，但是这个“普通专业人员”在判断申请专利的技术是否具有创造性时，不能以他目前所有的知识和技术水平进行判断，而要以他在专利申请日当时所有的知识和技术水平来判断。

判断创造性的技术标准与判断新颖性的技术标准并不完全相同。在判断新颖性时，只有当申请专利的发明的主要特点全部记载于现有技术的某一文件时，该发明才不具有新颖性，即“现有技术”是转某一特定的完整的技术文件、作为对比技术标准文件具有不可分性。而在判断创造性时，现有技术则是指现有的全部的技术信息，可以将分散在不同出版物中的有关零散的技术信息汇总起来，同申请专利的发明相比较，即作为技术标准文件是可分的。

(3) 实用性 (Utility)，又被称为“工业实用性”，是指申请专利的发明必须能在工业领域内制造或者使用，并能产生积极的效果。在这里，工业应作广义的理解，包括手工业、农业、渔业和服务业在内。根据各国专利法的规定，实用性应具备以下8个特征：

a. 可实施性，即该发明不能是纯理论的，它应该是某个技术课题的具体解决方案。例如，硫在加热下能增加橡胶的强度，这只是理论上的发现，只有发明硫化工艺后才能创造出硫化橡胶。这一发明使工业制造硫化橡胶成为现实，具有实用性。当然，可实施性并不是要求在提出专利申请时已用于或立即可用于产业之中，而是仅要求在将来有利用的可能性。同时，发明在产业上的利用也不意味着该发明具有商业价值。一项发明能否取得经济利益，往往取决于诸多社会和经济因素，并不直接与发明的技术价值有关，有些本来属于技术价值很高的基本发明，在发明的当时可能没有商业价值或者价值非常低。例如，贝尔发明的电话于1876年获得美国专利，该发明奠定了现代通讯的基础，但在当时却被第一流的电气技术专家欧尔顿贬低为“无用的专利，连玩具都不如”。

b. 再现性，即该发明能够为所属技术领域的普通技术人员无数次地反复实施，具有多次再现的可能性。如果发明只能在某种独一无二的条件下才能实施，则不能授予专利。

c. 有益性，即该发明能够产生有益的社会效果，对社会的发展、技术的进步或公众的利益具有积极的实际意义。没有实用价值，脱离社会需要，或

是实施后所产生的不利后果远远超过发明的积极效果的发明，均属于无益的发明，不能授予专利权。

（三）专利授予的程序

依照各国法律的规定，一项发明要获得专利保护，除了要具备上述实质条件外，还要通过严格的法定程序，符合法律所规定的程序要求。因此，各国专利法都对授予专利的程序做了具体、详尽的规定，这主要包括专利申请人的资格、专利申请的提出、专利审查的程序以及专利权的授予等几方面。

1. 专利申请人

专利申请人是转有权提出专利申请并在专利审批过程中享受权利和承担义务的人，包括自然人和法人。在非职务发明的情况下，专利申请人就是发明人，或者发明人的合法继承人、发明人的受让人。但在职务发明的情况下。关于专利申请人的资格。各国专利法有不同的规定。我国《专利法》规定，如果属于职务发明，专利申请人应为发明人所属单位，取得的专利权所属单位享有，发明人享有在专利证书上署名的权利和获得适当奖励和报酬的权利。

如果一项发明是两人以上共同构思并完成的，称为共同发明。共同发明人是指两个以上合作进行构思创造并共同完成发明的人。仅属于单纯的管理人员、辅助人员或仅提出一般性建议者，不能作为共同发明人。对于非职务发明，共同发明的申请人属于共同发明人全体。而对于职务发明，共同发明的申请人则属于发明人所在单位。

2. 先发明原则与先申请原则

专利权是一项独占权，对于同一发明仅能授予一个专利，而不能授予几个专利。但是，在实践中经常有这种情况，同一发明是由两个或两个以上的人分别独立完成的，他们都提出了各自的专利申请，这就产生了应将此项发明的专利权授予谁的问题。

对此，世界各国的专利法有不同的规定，主要有先发明与先申请两种原则。

先发明原则，是指两个或两个以上发明人就同一内容分别提出专利申请时，专利权将授予能够证明其发明的完成先于他人的发明人。目前，只有美国等少数国家采用这一原则。

先申请原则，是指两个或两个以上发明人就同一内容分别提出专利申请时，专利权将授予最先提出专利申请的人。世界上大多数国家都实行这一原则。我国也采用这一原则。先申请原则鼓励发明人尽早向社会公布其发明，从而有利于发明创造的尽早推广。该原则也有利于简化专利审查机关的工作程序，专利机关无需查明谁是最先发明人即可进入对第一份申请的审批程序。

与之相比，先发明原则则有许多明显的弊端：（1）先发明原则不利于促进发明人尽早地公开其发明内容。因为对于发明人来说，是否先申请并不重要，即使他人以同样的发明先提出申请或已取得专利，但只要能够证明自己是先发明人，并且未放弃、压制或隐瞒该项发明，则最先发明人最终仍可取得专利。（2）该原则易产生争议，使已获权的专利处于不稳定状态。当一项发明被授予专利后，只要先发明人能够证明其是最先发明人，则可对已获权的专利提出无效诉讼，请求撤销该项专利。（3）先发明原则使专利审查机关的审批程序复杂化。以美国《专利法》为例，美国《专利法》中有一项

特殊程序，叫“抵触审查程序”，该程序专门解决先发明人的问题。如果两个发明人就相同主题的发明向专利局同时先后提出申请，这两件申请将首先进入抵触审查程序，以决定哪一方为先发明人。根据美国《专利法》和有关判例，有两种情况可以产生先发明人。一是首先构思并首先完成发明者；二是首先构思发明而晚于他人完成发明，但先构思人在他人构思之前保持了应有的勤奋，并最终完成发明者。对于后一种情况，要证明是“先发明人”，就需要证明作出发明构思的时间、完成发明的时间，以及是否保持了应有的勤奋等，这就导致了一系列追溯纠纷。美国电视发明申请案就是这方面的著名案例。菲拉·法斯威士和弗拉弟米尔·兹渥利金都独立作出了电视发明，并且都向美国专利局提出发明专利申请。在证明谁是先发明人这个问题上，双方都举出许多事实，最后，由于菲拉的中学老师作证。证明菲拉在16岁时曾告诉过他要发明一种通过空间传送图像的机器，并将菲拉当时在黑板上画的关于电视设想的图依样画下来，这样，菲拉由于最先做出发明的构思而获得电视发明的专利权。

在实行先申请原则的国家中，对于判定先申请的标准，通常采用两种方法，一种是以“日”为标准，另一种是以“时”为标准。我国《专利法》规定，以申请日为标准来判断申请的先后。如果两个以上的申请人同日申请专利，则由当事人协商决定专利申请问题；协商不成，专利机关将不受理专利申请，不授予专利权。

3. 专利申请文件

发明人要获得专利，必须向专利局提交专利申请文件。专利申请文件必须以书面的形式表现出来，不得以口头、电话、电传、录像、胶片或实物等代替。申请文件应包括以下5个部分：

(1) 请求书。请求书是申请人向专利机关表明自己希望取得专利权的声明。请求书的内容主要包括关于发明创造的情况和关于申请人及有关当事人的情况。

(2) 说明书。说明书是申请人对其发明的内容进行具体而详细的陈述的一种文件。其内容包括发明成果的名称，发明所属技术领域的背景资料，发明所解决的技术课题，发明与现有技术相比较的优点，以及实施发明的最佳方案。

(8) 权利要求书。权利要求书是申请人要求给予专利保护的项目的范围的重要文件，也是专利申请文件中的核心部分。一旦专利申请获得批准，权利要求书就是确定专利权范围和判断他人是否侵权的根据。依照我国《专利法》的规定，权利要求书应以说明书为依据，所撰写的权利要求不得超过说明书所描述的技术范围。

(4) 摘要。摘要是说明书和权利要求书的简短提要，扼要地说明发明所属的技术领域，解决的技术问题以及发明的特征、用途等。

(5) 附图。附图是用图形、线条等方式说明技术方案的一种书面文件。当某些发明无法用文字表达清楚时，则用附图进行补充说明。

4. 一发明一申请原则

在专利申请中，各国普遍实行的一项重要原则是一发明一申请原则，或称为申请的单一性原则。该原则是指一项专利申请只能限于一项发明成果或一个总的发明构思有联系的一组发明成果。实行一发明一申请原则的目的是便于对专利申请进行分类、检查和审查，在授予专利权后，也便于专利权

的转让和许可。

按照这一原则，如果有两项以上的发明，原则上必须分别提出申请，而不得把两项或两项以上毫不相干的发明并在一项专利申请案中办理专利申请。但是，按照各国法律及《欧洲专利公约》的规定，这一原则也有例外，即对于几项相互关联能形成一个总的发明构思的一组发明，或者说对于具有相当密切联系的几项发明，可以作为一件申请提出，这种申请被称为合并申请。

5. 审查与批准

世界各国的专利法都规定，专利机关在对专利申请进行授权批准前，要对专利申请进行审查。但关于审查的内容，各国之间存在着较大的差异。总括起来，主要有3种制度。

(1) 形式审查制。或称为登记制，即专利机关只审查专利申请书的形式是否符合法定要求，如申请文件是否完备、填写方式是否符合要求、代理人的委托书是否已经附送以及是否已交纳申请费等，只要这些条件符合法定要求，即准予登记。授予专利权。至于专利申请是否具有新颖性、实用性和创造性，则不予审查。比利时、希腊以及亚洲、非洲和拉丁美洲的少数国家采用这一制度。

(2) 文献报告制。即专利行政机关在接到专利申请后，首先进行形式审查，经审查合格后，将申请案在官方公报上公布，任何人都可以对专利申请提出异议。同时，专利行政机关提出一份有关该申请是否具有新颖性的文献检索报告，将该报告公布于众。但该报告仅是一种资料，不是法律文件，并不直接影响专利权的授予，即使报告表明该发明不能授予专利权，专利行政机关也无权驳回专利申请，而只能对符合法定条件的专利予以登记。对于专利的有效性、新颖性等的鉴定，均要由司法机关来执行。司法机关在判决驳回专利申请时，可参照该文献检索报告。法国自1968年起采用此种审查制度。

(3) 实质审查制。即专利机关不仅审查专利申请的形式。而且审查专利申请的实质条件，只有具备了新颖性、实用性和创造性的专利申请，才授予专利权。目前，世界上绝大多数国家都实行实质审查制。在实行实质审查制的国家中，对于何时进行实质审查，又有即时审查制和延迟审查制两种不同的方式。即时审查制指专利机关在形式审查之后，不需要申请人另行提出实质审查的请求，随即进行实质审查。美国、加拿大等少数国家采用这一制度。延迟审查制又称早期公开延迟审查制，是指专利机关在收到专利申请后，仅对申请案进行形式审查，然后将申请案公开，并规定一定期限，允许申请人在此期间内选择适当时机提出实质审查的请求，专利局根据申请人的要求进行审查。目前，包括我国在内的绝大多数国家采用这一制度。实行这一制度既有利于尽快地将发明公布于众，以促进技术情报交流，也有利于淘汰一部分不成熟的专利申请，减轻专利局进行实质审查的工作负担。

我国《专利法》规定，自发明申请日起3年内，专利局可以根据申请人的请求或依其职权自行决定，对已经公开的申请案进行实质审查。从发明专利申请上起3年内，申请人没有提出实质审查请求的，该申请即视为撤回。

专利机关在对专利申请案进行实质审查后，如认为该申请案不具备专利条件时，有权作出驳回申请的决定；如认为申请案部分不符合专利条件时，有权通知申请人进行修改；如认为申请案符合专利条件，即予以公告，进入

异者程序，或直接授予专利权。公告异议程序的作用是将专利申请内容公开，在一定时期内在本公众意见。如在异议期内有人提出异议，则申请人应予答复，专利机关也要进行审查，如认为异议成立，则驳回申请；如认为异议不能成立，或在异议期内无人提出异议，则授予专利权。我国现行《专利法》不存在异议程序，专利局经过实质审查，如认为申请案没有驳回理由，即授予专利权，并颁发专利证书。自专利局公告授予专利之日起6个月内，任何单位或个人如认为该专利的授予不符合法律规定，可以请求专利局撤销该项专利。专利授权6个月后，可以请求专利复审委员会宣告专利无效。

三、商 标

（一）商标的概念、种类和作用

1. 商标的概念

商标(Trade Mark)是商品生产者或经营者在其生产、经营的商品上所加的特殊标记,以便使自己的商品和他人的同类商品相区别。构成商标的标记,可以是文字、图形,也可以是文字图形的组合体、立体造型,还可以是音响和气味。现在,许多国家也将商标用于服务行业,出现了用以区别本服务组织与其他服务组织所提供服务的服务标记。因此,完整的商标定义为,生产者和经营者在其商品上或其提供的服务中使用的,以视觉、听觉、触觉、嗅觉等方式使之区别于其他竞争者提供的同类商品或服务的特殊标记。

商标是商品生产的产物,并随着商品生产的发展而逐渐发展起来的。在自然经济时期,人们生产产品主要是为了自己消费,因而没有使用商标的必要。随着商品交换的发展,不同生产者制造同类的产品,各自在自己的产品上标上自己的姓名和标记,以便于推销自己的产品。根据考古发现,早在古代就有了商标的萌芽,如在公元前10世纪的古代埃及,工匠就在他们制造的手工业制品上刻上自己的标志。在古代罗马法中,则已开始出现保护商标的法律条文,准许买主向仿冒商标出售货物的卖主提出控告。在我国宋代也出现了比较完整的商标图章。到了资本主义时期,商标被广泛应用,其性质也发生了变化,由区别商品的标志,变成商业竞争的工具。从19世纪50年代起,一些主要资本主义国家相继颁布了有关商标的法律,商标作为工业产权受到保护。

2. 商标的种类

依照不同的标准,可将商标划分为不同的种类。依照商标的构成,可将商标分为文字商标、图形商标、文字图形的组合商标、立体商标、气味商标、音响商标、色彩商标;依照商标是否经过注册,可分为注册商标和非注册商标;依照商标的用途又可分为制造商标、销售商标、服务商标、营业商标、证明商标、防御商标等等。这里仅择其主要介绍几种。

(1) 立体商标。立体商标是平面商标的对称,指以产品的外形或产品包装容器的外形本身构成的商标。例如,美国等少数国家允许酒瓶、香水瓶、饮料瓶以及与商标本身联系紧密的包装注册立体商标。但多数国家法律不承认立体商标,其原因之一在于,如果保护立体商标专用权,由于商标可以无限期地续展,就会形成商标所有人对某一具体外形或容器的垄断。而如果此种产品的外形或容器具有美学或技术的功能,按照外观设计专利保护的原理,则应是有期限的。所以,即使在少数承认立体商标的国家中,为了避免注册立体商标造成对具有美学或技术功能的产品或容器外形的垄断,其法律一般也都规定,只有当产品或容器的外形通过使用具有“显著性”特点时,才准许注册商标。

(2) 制造商标。制造商标是商品制造商所使用的商标,用以表明该种商品由谁生产。

(3) 销售商标。销售商标是制造商标的对称,指经销商推销商品所使用的商标,用以表明该经销商所出售的商品都是经过精心挑选的。

(4) 服务商标。服务商标是服务行业在提供服务时所使用的商标,用以表明该项服务的提供者。近年来,包括我国在内的不少国家的商标法都增加

了保护服务商标的内容。《巴黎公约》也规定各成员国应保护服务商标。

(5) 营业商标。营业商标是以生产者或经营者的企业名称、标志作为商标使用在自己生产或经销的商品上。

(6) 集体商标。集体商标是转由一个社团所有，其成员可以共同使用于商品或服务项目之上的商标。集体商标的作用是告知使用该集体商标的企业属于特定的社团，其商品或服务达到该组织所规定的质量标准。

(7) 证明商标。证明商标是商标使用者用来证明商品的原料、商品的质量或功能达到了一定标准的商标。证明商标的使用目的与集体商标相同。但是，集体商标只能由拥有该集体商标的社团成员使用，而证明商标则可以由符合该确定标准的任何企业使用。证明商标的所有人必须是“有资格确认”有关产品的法人，同时还必须超脱于生产或销售使用证明商标的产品之外。换言之，证明商标所有人不能证明自己生产或销售的产品。

(8) 防御商标。防御商标是转同一商标所有人在不同商品上注册的同一个著名商标。通常，只有著名商标才可申请注册防御商标。通过注册防御商标，著名商标所有人可以防止他人在其他产品上使用其著名商标，以维护其商标的声誉。

3. 商标的作用

商标的作用主要表现在以下几个方面：

(1) 区别功能。商标具有区别功能，能够标明产品的质量或服务的来源，把一个企业的产品或服务同其他企业的同类产品或服务区别开来。这是商标的最基本、最重要的功能。

(2) 间接标示质量的功能。如果一项商标获得一定的信誉，在消费者心中，带有该商标的产品或服务应达到一定的质量标准。这样，商标与其所标商品的质量之间形成了某种固定的联系，商标间接地反映了一个商品的内在质量，消费者可凭商标选购其所希望得到的具有一定质量的商品。

(3) 广告功能。商标是一种具有“显著性”的标志，最易于为消费者所熟悉和掌握，因而商标本身就是一种一目了然的广告。由于商标代表着某种产品或服务的质量，并具有显著性的特点，企业在对产品或服务进行广告宣传中，总是将商标作为广告宣传的核心内容，以达到吸引消费者，扩大市场的目的。

(二) 商标的专用权

从法律意义上说，商标不仅是商品的标记，而且是一项权利。这项权利就是法律所保护的商标专用权，即商标所有人依法对其商标所拥有的排他性的独占权。

1. 商标专用权的确立制度

商标专用权是法律所赋予的一项权利，该项权利的确立取决于相关的法律制度。各国法律对于商标专用权的确立有着不同的规定，主要实行以下两种制度。

(1) 以使用在先确立商标专用权。在这种制度下，商标专用权属于最先使用该商标的人。商标的注册并不能作为取得商标权的凭据，办理商标注册手续只是法律承认现已存在的权利，表明履行了一项手续，而不能产生任何权利。商标权的产生取决于该商标的实际使用。对于已注册的商标，在法律规定的异议期内，一旦最先使用人提出异议，并能够证明其是最先使用人，注册人的权利即行丧失，对于异议期的时限，各国法律规定不一。美国、奥

地利规定为 5 年，西班牙为 8 年。但在异议期满后，任何人将无法再以最先使用人为由提出异议，注册人将成为无可争议的商标权利人。除上述几个国家之外，部分英联邦国家也采用这一制度。

(2) 以注册在先确立商标专用权。在这种制度下，商标专用权属于首先注册人所有，而不属于首先使用人。仅凭使用商标这一事实本身不能产生任何权利。商标经注册后才能取得商标专用权。而且商标注册以申请在先为原则，一般不考虑申请人是否已经使用或首先使用。商标的首先使用人如未能及时注册而被他人抢先注册该商标，首先使用人将无法获得该商标的专用权。商标一旦获准注册，该注册商标可以阻止他人先使用的相同或近似商标在相同或类似的商品范围内继续使用。包括德国、法国、日本在内的世界上多数国家采用这一制度。

我国也采用注册在先制度。依照我国《商标法》的规定，企业、事业单位和个体工商户，对其生产、制造、加工或经销的商品，需要取得商标专用权的，应当向工商局申请注册，两个或者两个以上的申请人在同一种商品或者类似商品上，以相同或者近似的商标申请注册的，初步审定并公告申请在先的商标；同一天申请的，初步审定并公告使用在先的商标，驳回其他人的申请。

2. 确立商标专用权的实质要件

各国商标法大都规定，一项商标注册的申请必须符合法律所规定的实质要件，方能获准注册，取得商标专用权。对于注册商标的实质要件，各国法律规定不尽相同，大致包括以下 3 个方面。

(1) 合法性。商标的合法性，是指作为商标的标记不得带有欺骗性的文字或图案，不得违反公共秩序或道德的要求，不得与法律的有关规定相抵触。不少国家的法律规定，与主权国家名称、国旗、国徽、军旗相同或相近似的文字或图案；与政府间国际组织的旗帜、徽记、名称相同或者相近似的文字或图案；夸大宣传并带有欺骗性的文字或图案；违反公共秩序、有伤社会风化的文字或图案都不得用作商标。

(2) 显著性。商标的显著性，又称为易于识别性，指商标使用的文字、图形或其组合，应当有显著的特征，便于识别，能够起到区别商品的作用，使某一商品在同类商品中特定化。由于商标要求具有显著性，因此各国商标法普遍规定，不能用商品的普通名称或图形作商标；不能以表示商品的质量、原料、功能、用途、重量、数量及其他特点的文字或图形做商标。但是，也有的国家法律规定，对于原来缺乏“显著性”的，但通过使用而获得了显著性的商标，则仍可要求获得保护。例如“Ford（福特）”原本是一个姓名，但它用于汽车商标，经过长期使用，以致公众将该姓名与福特公司生产的汽车联系起来，从而使这一原本不具有显著性的标记具有了显著性，因而该标记可以作为注册商标。

(3) 不得与在先权利相冲突。这里所说的“在先权利”，主要是指他人在相同或类似商品上已注册的商标。各国商标法一般都规定，不得在相同或类似商品上申请注册与他人已经注册商标相同或者近似的商标，如果提出这种申请，则予驳回。此外，在先权利还包括其他企业的名称或者个人的肖像，受到专利法保护的外观设计，以及受到版权保护的艺术作品。这是因为，如果以其他企业的名称注册商标，可能在消费者中引起混淆，同时又侵犯了其他企业的名称权。如果未经许可，以他人肖像或外观设计以及受版权保护的

艺术作品作为商标，也属于侵权行为。因而各国法律一般不予注册；即使获准注册，经利害关系人请求，也可依法撤销。

3. 商标专用权的效力范围

商标专用权是依法确立的，在法律许可的时间范围、地域范围和特定的商品范围内有效。因此，商标专用权的效力范围包括以下 3 个方面：

(1) 时间范围。商标专用权在一定的时间范围内有效。从各国法律的规定来看，对于商标的时间范围，一般都规定若干年为一期的短期效力和依法续展、永久性保持的长期效力。例如，我国《商标法》规定，注册商标的有效期为 10 年，并可以 10 年为一期无限续展。

(2) 地域范围。商标专用权仅在其获准登记注册的国家或地域范围内有效，超出该区域范围，则不受法律保护。

(3) 特定的商品范围。商标专用权包括使用权和禁止权两个方面。从各国法律的规定来看，其对特定商品的效力范围也分为两种情况。商标权人的专有使用权，只限于核定使用的商品，不能用于类似商品。而商标权人的禁止权范围则要宽一些，除包括核定使用的商品外，还包括与核定商品相类似的商品。依照我国《商标法》的规定，注册商标所有人的专有使用权，以核准注册的商标和核定使用的商品为限；注册商标所有人对他人未经许可在同一种商品或者类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标，均享有禁止权。

(三) 商标的注册、续展和商标权的灭失

商标注册、续展与撤销的条件和程序，是商标法律制度中的重要内容，各国商标法对此均做了详尽的规定。

1. 商标的注册

商标注册是指商标所有人为了取得商标专有权，将其商标按照法定程序向商标主管当局提出注册申请，商标主管机关经过审核，依法予以登记注册的法律事实。

各国商标法对商标注册的程序规定不尽一致，就多数国家的法律而言，主要经过申请、初步审定、公告、异议、核准注册等几个方面。商标注册的申请人应向商标主管机关提出申请，填写商标注册申请书，说明使用该商标的产品或服务的名称及其所属的商品和服务类别，按要求数量提交商标图样，交纳申请费或注册费。商标的申请应按照商品或服务的分类提出，凡属一类的一种或数种商品或服务，都可作为一个商标提出申请；凡不属于一类的两种以上的商品或服务则应按类分别申请。目前，世界上许多国家都采用 1957 年订立的《商标注册商品与服务国际分类尼斯协定》所规定的国际分类标准进行分类。该标准将商品分为 34 类，服务项目分为 8 类。我国也采用这一分类标准。

商标主管机关在收到商标注册申请后，即对该商标进行审查。审查包括形式审查与实质审查两个方面。形式审查主要是看商标注册申请人是否具有申请权，商标注册申请文件是否齐备，填写内容是否符合要求，商品分类是否正确，是否交纳了申请注册费等。实质审查主要是看申请注册的商标文字、图形是否合法，是否具有显著的特征，是否与在先权利相冲突，是否与撤销、注销不满可重新注册法定期限的商标相同。目前，世界上有少数国家仅进行形式审查，而不作实质审查。

商标主管机关在经过审查后，如认为符合法律要求，即在官方的商标公

告上予以公布。让公众进行审查，提出异议。异议期一般为公告之日起3个月内。在异议期内，任何人都可以就商标能否注册向商标主管机关或法院申请异议裁定，商标主管机关或法院在收到异议申请后，有权要求被异议人限期答辩，并根据异议及当事双方陈述的事实和理由，依法进行裁定，决定是否准许注册。如果在规定期限内无人提出异议，或异议不能成立。即可准予注册，将该商标载入《商标注册底簿》，刊登注册商标公告，并向申请人颁发注册证。

如果商标注册申请遭到拒绝，申请人可以在法律规定的期限内，向商标主管部门或法院提出复审或上诉。此外，如果商标申请获准注册，但另一在先注册商标所有人认为该商标侵犯了其在先注册商标权，该在先注册商标所有人也有权在法律规定的期限内，向有关主管部门或法院提出复审或上诉。

2. 商标的续展

商标的续展，是转延展注册商标的有效期限。商标专用权具有时间性，超过法定的商标有效期，将失去法律保护。对于商标的有效期，各国法律规定不一，多数国家规定为10年至20年之间。在注册商标有效期届满之前，可以办理续展手续。续展的期限一般与注册的有效期限相等，但也有些国家规定的续展有效期长于注册有效期。例如，英国规定的商标注册的有效期限为7年，而自第二次续展以后的续展有效期却为14年。对于续展的手续，各国规定不一。有的国家规定，商标注册有效期满后，只要继续交纳费用，商标即视为续展，不必办理续展手续。有的国家则规定，商标续展须办理续展手续，经过有关商标主管部门审齐并予公告。

3. 商标权的灭失

商标权的灭失，是指商标注册人对其商标专用权的丧失。根据各国法律，导致商标权灭失的原因是多方面的。例如，由于商标权争议致使法院依注撤销注册商标；商标注册人逾期末办理商标续展手续；商标超过法定的期限一直未使用；商标在贸易活动中变成了它所标示的商品的通用名称，等等。此外，有的国家法律还规定，由于商标注册人擅自改变商标的文字、图形，所生产的注册商标标示的产品质量下降，以及未经批准而擅自转让商标的，也可能导致商标权的灭失。我国《商标法》将商标权的灭失分为注销灭失和撤销灭失两种情况。注销灭失是指商标主管机关根据商标注册人放弃注册商标专用权的事实，依法取消该商标的专用权，从而导致商标专用权的灭失。例如，由于商标注册人在商标到期后不办理续展手续，或是根据商标注册人主动提出的注销其商标的申请，商标主管机关依法注销该注册商标。撤销灭失是指商标主管机关根据商标注册人违反商标管理法规的事实，或是根据对商标争议的处理后果，依法撤销注册商标，从而导致商标权的灭失。依照我国法律，可能导致商标权被撤销的违法行为包括，注册商标人擅自改变商标的文字、图形，注册商标超过8年不予使用，以及商标注册人自行转让注册商标。

四、版 权

（一）版权的概念及其法律特征

1. 版权的概念

版权(Copyright)又称为著作权,是指创作者依法对科学研究、文学艺术创造所享有的专有权。版权保护是随着印刷术的发明和推广而产生和发展起来的。印刷术的发明,使得对于作品的复制变得容易。作品通过大量复制出售,逐渐具有商品的属性,能够给作者和印刷商带来收益。为了保护出版商的利益,防止未经许可的复制和销售活动,自16世纪起,欧洲一些国家的君主,开始以授予特许权的方式对出版商的权利予以保护。例如,1534年,英国出版商首次获得皇家特许的保护,有权禁止外国出版物向英国进口,以便垄断英国的图书市场。这种根据君主的敕令而取得的专有出版权利,被称为“版权”。但在实质上,早期的版权只是一种出版之权,含有作者对其作品的独占和专有的权利的现代版权制度,是资产阶级革命的产物。英国资产阶级革命后,资产阶级要求在财产所有制方面废除一切君主特权。为顺应这种要求,英国下议院于1709年通过了一部有关版权的法律。该法确认作者是法律保护的主体,给予作品自出版之日起21年的保护期;同时规定,如果到期作者仍在世,还可续展14年。该法颁布时,英国女王安娜在位,因此被称为《安娜法》。这是世界上第一部版权法。从18世纪下半叶起,各主要资本主义国家相继制定和公布了版权法。目前,世界上已有140多个国家制定了版权法,版权制度成为各国普遍承认的、保护作者权益的一项重要法律制度。

版权制度的建立,为作者在精神权利和经济权利两个方面提供了保护,鼓励人们进行科学、文学和艺术创作,同时使社会能够最大限度地利用作品,促进了科学文化的交流和社会经济、文化的发展。

2. 版权的法律特征

版权作为知识产权的一项重要内容,具有不同于专利权、商标权的显著的法律特征。

(1) 版权的主体、客体、内容具有广泛性。版权的主体可以是自然人、法人、非法人团体,在特定条件下也可以是国家。版权的客体所包括的范围十分广泛,只要具备独创性,以一定客观形式表现,并能复制的作品均可受到版权保护。版权的内容包括人身权与财产权两个方面,这两方面权利又通过许多专有权表现出来。

(2) 版权的权利和对权利的限制具有多重性。版权作者享有广泛的权利,对其作品拥有各种形式的使用支配权。同时,版权作者在行使这一权利时,又要受到多方面的限制,要求作者合理使用其权利,使公众和社会能够依法加以利用。

(8) 版权保护对象的特殊性。版权只保护作品的形式,而不保护作品的内容。受到版权保护的只是作品主题思想的具体表现形式,而对于作品的主题,作品内在的思想,则不予以保护。

(4) 社会义务的广泛性和侵犯版权行为的多样性。版权作品作为精神产品,对其的使用无需以实际占有和支配为前提。作品一经发表,即可能很快在社会上广为传播,能够为人们所广泛利用。因此,法律要求全体公众承担义务,保障版权作者的合法权益。同时,版权保护主体的复杂性和派生性以

及版权保护内容的广泛性，决定了侵犯版权行为的复杂性和多样性。

（二）版权的主体

版权的主体，是转依法对文学、艺术和科学作品享有版权的人。版权的主体范围十分广泛，可以是自然人，也可以是法人，在某些情况下还可以是国家。就自然人而言，包括有行为能力的人、限制行为能力的人和无行为能力的人。根据不同的标准，可对版权的主体作各种不同的分类：根据版权主体是否直接参加创作，可以分为作者和其他版权所有者；根据版权主体的法律属性，可分为自然人、法人、非法人团体和国家；根据版权主体的国籍，可分为本国的版权所有人和外国的版权所有者；根据版权主体是个人还是集体，可分为个人版权所有者和集体版权所有者；根据取得版权的方式，还可分为原始版权主体和派生版权主体。限于篇幅，这里仅着重介绍原始版权主体和派生版权主体。

1. 原始版权主体

原始版权主体，是指依法直接对文学、艺术和科学作品享有版权的人，通常是指作者。所谓作者，是指付出脑力劳动，直接构思并创作出作品的人。按照一些国家版权法的规定，对于作者的确定，如无相反的证明，在作品上署名的人即为作者。对于作者以外的其他人能否成为原始版权主体，各国规定不一。有的国家规定，只有作者才能作为原始版权主体，作者与他人签订的雇佣合同或服务合同这一事实的存在，并不影响作者作为原始版权主体的法律地位。但雇主或委托方对该版权有优先使用权，并可有条件地限制作者利用其作品。也有的国家法律规定，通过与作者订立雇佣合同或服务合同的雇主或委托人，可以成为原始版权主体。原始版权主体既可以享受人身方面的权利，也可以享受财产方面的权利。

2. 派生版权主体

派生版权主体，是指作者以外的、依据合同关系或继承关系而拥有版权的人。派生版权主体是依法在原始版权主体的基础上形成的。导致产生派生版权的法律事实主要包括：有关创作的雇佣或委托合同；对版权的继承、赠与、转让；对作品的改编、翻译、注释、整理等。因此，在实践中，派生版权主体主要有以下几种：（1）依合同关系而产生的版权主体，包括雇主、委托人等；（2）因继承或受让而产生的版权主体，包括继承人和受让人；（3）因对已有作品的改编、翻译、注释、整理而产生的版权主体，包括改编人、译者、注释者、编辑者等。

（三）版权的客体

版权保护的客体，是指作者创作的、以某种物质形式表现出来的文学、科学和艺术作品。

一部作品包括内容和形式两个方面，版权法只保护形式，并不保护思想内容。受版权法保护的作品形式包括作品的构思、事实安排、文字组合、乐符、形状等。对于作品的思想，作品内在的主题，则不予保护。因为如果版权保护作品的内容，将不利于社会经济、文化的发展，也会给人们带来极大不便。

根据各国版权法的规定，受版权保护的作品，必须符合两个条件：一是该作品必须是作者创造性的劳动成果，而不是抄袭别人的。抄袭的作品不受保护。二是该作品应以某种物质形式表现出来，可为他人感知，并能以某种形式复制，换言之，受版权保护的应是以一定的物质形式固定下来，能供别

人利用的作品。至于还没有以一定的物质形式表现出来的作者的思想，不能作为版权保护的客体。

有关版权法保护的作品范围，各国法律规定不一，总括起来有两种规定方式。一种是概括性的规定，即在版权法中仅使用“文学、艺术和科学作品”等笼统提法，而不对作品予以分类列明。另一种是列举式规定，即在版权法中详细列明受版权法保护的作品的类别。目前，世界上大多数国家采用后一种方式。当然，对作品类别的列举仅是起范例作用，并不排除对法律中未予列明的其他某些形式的作品予以保护。从世界多数国家的法律规定来看，受版权保护的作品一般包括以下几类：（1）图书、书信及其他文字作品；（2）讲学、演说、布道等口述作品；（3）戏剧、曲艺作品；（4）音乐作品；（5）舞蹈作品和哑剧娱乐性作品；（6）电影、电视、录像作品；（7）摄影作品；（8）油画、绘画、建筑、雕刻、雕塑和版画等美术作品；（9）有关地理、地形、工程、建筑和科学的设计图、示意图和草图及立体作品；（10）翻译、改编、注释、整理和其他文学、科学、艺术的派生作品。除上述10类作品外，有的国家还将民间文学、民间艺术、手工艺品也列入版权保护的范畴。

随着科学技术的发展，版权保护的客体范围有进一步扩大的趋势。特别是随电子邮件的广泛应用，一些国家为了弥补对计算机软件保护不足的缺陷，将计算机软件也列入版权保护的范畴。所谓计算机软件，是指计算机程序及共有关文档。计算机程序包括源程序和目标程序。在实践中，计算机是由硬件和软件互相结合而发挥其作用的。在软件进入流通领域后，非法复制行为大量出现，为维护软件开发者的合法权益，促进软件技术的发展，需要采取法律手段，对计算机软件实施保护。1972年11月，菲律宾在其《版权法》中首次确认计算机程序是其保护对象，成为世界上第一个以版权法保护计算机程序的国家。迄今为止，全世界已有40多个国家和地区采用版权法保护计算机软件。对计算机软件实行版权保护已成为国际性的潮流。我国1990年制定的《著作权法》将计算机软件列入版权保护的范畴。根据该法，国务院于1991年5月通过了《计算机软件保护条例》。具体规定了有关计算机软件保护的各项事宜。

尽管版权保护的范畴如此广泛，但是并非所有的作品都能受到版权保护。依照各国法律的规定，不受版权保护的作品主要有以下几类：官方文件，如法律、法令、行政命令以及具有立法、行政、司法性质的文件；新闻报道；常识性作品，如标语、口号、表格、表册、日历、科学定律和公式等；违反国家法律和社会公德及善良风俗的作品等等。

（四）版权的内容

版权的内容，是指版权所有人享有的对其作品的专有权。各国法律对版权的承认和保护程序不同，因而版权的内容也有所不同。从总体上说，包括精神权利和经济权利两部分。

1. 精神权利

精神权利，是指作者对其创作的作品所享有的与作者人身密不可分的各项权利。它是作者人格的延伸和反映，属于作者人身权利的一部分，通常不能转让，不能继承。精神权利主要包括以下几项具体权利：（1）署名权，即作者在其作品上署名或不署名、署真名或笔名的权利；（2）发表权，即作者有权决定作品是否发表，以什么方式发表的权利；（3）修改权，即作者有权修改或授权他人修改已发表作品的权利；（4）保护作品完整权，即作者在其

作品出版时，有权要求保证作品内容完整的权利。此外，有些国家版权法还规定，作者在有正当理由并退回所收报酬的前提下，有权收回其已发表的作品。

2. 财产权利

财产权利，是指作者使用或允许他人使用其创作的作品而获得报酬的经济权利。财产权利主要包括以下几项具体权利：（1）复制权，即复制作品的权利，这是版权中最基本的权利；

（2）表演权，又称公演权、上演权，即对其作品进行表演的权利；

（3）录制权，即对其作品录音、录像的权利；（4）演绎权，即改变作品的语言表现形式或其他表现形式的权利；（5）播放权，即采用视听播放手段传播作品的权利；（6）发行权，即公开出售作品或其复制品的权利；（7）电影权，即将作品控制成影片并放映的权利；（8）展览权，即公开展出作品及其复制品的权利。

（五）对版权的限制

各国版权法在保护版权的同时，也规定了对版权的限制，目的在于协调作者与公共利益的关系，使作品最大限度地为社会所利用。对版权的限制主要表现为以下3个方面。

1. 时间限制

版权中的财产权利要受到法律规定的时间限制，超过法定期限，作品即进入公有领域，处于无版权状态。版权中的财产权利的保护期，一般为作者有生之年加死亡后若干年，或者作品首次发表后若干年。我国及世界上大多数国家的法律都规定，版权的保护期为作者有生之年加死后50年。同时，我国法律还规定，法人或非法人单位的作品，以及职务作品的版权保护期为，自作品首次发表后的50年。

2. 地域限制

版权具有严格的地域性，只在受到确认和保护的国家地域范围内享有专有权。目前，世界各国的版权法都对外国人的版权实行有限的保护，几乎没有一个国家对外国人的作品实行单方面的国民待遇。外国人的作品只有首先在本国发表，或者该外国人所属国与本国订有版权保护双方协定，或者与本国参加同一个国际版权公约，该外国人的作品才在本国受到保护。如我国《著作权法》规定，外国人的作品，只有首先在中国境内发表，才受到中国法律保护。外国人在中国境外发表的作品，根据其所属国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约享有版权。根据我国法律的规定，如果一个外国人的作品，首次发表的国家不是中国，其所属国与我国既没有签订版权保护双边条约，也没有共同参加一个保护版权的国际条约，那么，该外国人的作品在中国就不受保护。

3. 权能限制

权能限制，是指版权所有人在行使其权利时服从社会文化发展的需要，受到社会利益和公共利益的限制，根据各国法律的规定，权能限制主要有以下3个方面，

（1）合理使用限制。合理使用限制，是指在一定条件下，为了个人学习、研究或者欣赏，或者为了教学活动、学术研究、公共借阅、宗教或慈善性的活动等社会利益，可以在不征求作者同意，不支付报酬的情况下，使用他人已发表的作品。

(2) 法定许可和强制许可的限制。法定许可是指作品使用人依照法律规定，不经版权人同意，在支付报酬的情况下使用版权已经发表的作品。强制许可，是指由于版权人无理拒绝，导致使用者无法与之达成作品使用协议，经使用者申请并经主管机关批准，使用者在支付报酬的情况下，获得对该作品的使用权。法定许可与强制许可的区别在于，法定许可直接由法律规定，无须事先申请或通知版权所有人，强制许可则必须事先申请，并要经过有关部门批准。

(3) 强制收购。强制收购，是转国家依法征收作者的版权。除少数国之外，绝大多数国家均无这一限制。

五、知识产权的国际保护

随着科学技术的发展，国际间经济、技术和科学的交流与合作日益加强，国际技术市场的规模不断扩大，加强对知识产权的国际保护已经成为一个世界性的潮流。

（一）知识产权国际保护的由来和发展

知识产权的国际保护始于 19 世纪末。19 世纪末，欧美各主要国家相继完成了工业革命，科学技术水平有了较大提高，各国对科学技术的需求和依赖性进一步加强，大机器生产为建立国际技术市场提供了可能性。为加强对知识产权的保护。各主要资本主义国家先后制定了有关知识产权保护的国内立法，在本国范围内对知识产权实行保护。由于知识产权具有严格的地域性，因而当时各国面临的一个普遍问题是，如何使本国的知识产品在国外得到保护，这已成为影响国际技术交流的重要因素。为解决这一问题，以便更大规模地开展国际技术的交流与合作，欧洲一些国家首先倡导建立对知识产权的国际保护制度，加强对知识产权的国际保护。

1873 年，奥匈帝国政府邀请各国参加在维也纳举行的发明国际博览会，但响应者却寥寥无几，对外国发明缺乏法律保护，使许多发明人望而却步。于是，奥匈帝国宣布为参加展览会的外国发明、外观设计、商标提供临时保护，并在维也纳召开了第一次国际专利会议，呼吁为专利提供国际性保护。时隔不久。1878 年在巴黎举办的另一个国际展览会期间，召开了第二次国际专利会议。在此次会议上决定组成一个专门委员会，负责起草一份有关保护工业产权的国际公约。1883 年，法国、比利时，意大利等 11 国在巴黎签署了《保护工业产权巴黎公约》，这是第一个，也是迄今为止影响最大的一个有关保护工业产权的国际公约，该公约奠定了工业产权国际保护的基础。此后，随着科学技术的日益发展和国际技术贸易规模的不断扩大，国际间又相继制定了一系列保护知识产权的国际条约，基本形成了知识产权的国际保护制度。

有关知识产权的国际条约，可分为工业产权保护的国际条约和版权保护的国际条约两类。前一类包括 1883 年《保护工业产权巴黎公约》、1891 年《商标国际注册马德里协定》、1925 年《工业品外观设计国际保护海牙协定》、1957 年《商标注册商品与服务国际分类尼斯协定》、1958 年《保护原产地名称及其国际注册里斯本协定》，1961 年《保护植物新品种国际条约》、1968 年《建立工业品外观设计国际分类洛迦诺协定》、1970 年《专利合作条约》、1971 年《国际专利分类协定》，1973 年《商标注册协定》、1973 年《建立商标图形国际分类协定》、1977 年《国际承认用于专利程序的微生物保护布达佩斯条约》。后一类主要有：1886 年《保护文学作品伯尔尼公约》、1952 年《世界版权公约》、1971 年《保护唱片录制者防止其唱片被擅自复制的公约》、1974 年《人造卫星播送载有节目信号公约》、1982 年《避免对版权提成费双重征税马德里多边条约》。除此之外，一些地区性的国际组织还制定了该地区的保护知识产权的公约，如欧共体 1963 年制定的《统一发明专利实体法公约》、1973 年《欧洲专利权授予公约》、1975 年《欧洲共同体专利公约》；中美洲各国 1968 年制定的《中美洲工业产权协定》；非洲国家 1977 年制定的《班吉协定》等等。

（二）《保护工业产权巴黎公约》

《保护工业产权巴黎公约》，简称《巴黎公约》，是迄今为止最广泛、最基本的保护工业产权的国际公约，公约中的基本原则和制度，对工业产权的国际保护产生了深远的影响，被称为工业产权国际保护的母约。

该公约 1883 年订立，1884 年正式生效。公约自订立以来，先后经过 6 次修订，最新修订本为 1967 年斯德哥尔摩文本。公约共 30 条，分为实体与行政两大部分。公约保护工业产权的范围包括发明专利、实用新型、工业品外观设计、商标、服务商标、商号、产地标记、原产地名称，以及制止不正当竞争。到 1992 年 1 月，《巴黎公约》成员国已达 103 个。

1. 国民待遇原则

《巴黎公约》在一定程度上为工业产权提供了国际性保护，这种保护是建立在尊重各国工业产权制度的基础上，并以各成员国相互给予国民待遇为核心。国民待遇，是指在工业产权保护方面，每个成员国法律给予本国国民的权利，也同样给予其他成员同国民，并且在他们的权利遭受任何侵害时，得到同样的法律救济。

国民待遇原则，一方面体现了工业产权的地域性，即仅依照本国法保护其他成员国国民；另一方面，对其他成员国国民给予国民待遇，又使得外国的知识产品在本国获得工业产权保护成为可能，因而在一定程度上突破了工业产权的地域性。

国民待遇原则在实施中有两点例外，一是该原则并不妨碍成员国的国内法给予外国国民以高于本国国民或公约最低标准的待遇；二是该原则并不阻止成员国对其本国法律中有关司法和行政程序、管辖权以及代理人资格的规定声明保留，或为本国发明人提供财政金融等方面支持，而不给予外国发明人以同等待遇。

2. 优先权原则

优先权是《巴黎公约》给予成员国国民的一项基本权利。优先权是指在任何一个成员国首次提出工业产权正规申请后，如果申请人或其权利继受人，在一定期限内又在其他成员国提出相同主题的申请，则其他成员国必须承认首次申请日为在后申请的申请日。首次申请日即被称为“优先权日”。

优先权的前提是申请人必须在某一成员国提交首次正式申请案。正式申请案是指能够确定在有关成员国申请日的申请。但优先权与申请的结局无关，第一个申请的撤回、放弃或被驳回都不影响该申请所产生的优先权。关于优先权期限，发明专利和实用新型为 12 个月，工业品外观设计和商标为 6 个月。超过优先权期限，申请人在其他成员国提出在后申请不再享受优先权，申请日为在该国实际提交申请的日期。

优先权的意义在于，在优先权期限内，权利人自己或者第三人公开发明，或者第三人提出相同申请，都不能影响权利人的在后申请，不会因此否定发明的新颖性；第三人在优先权日后的上述行为也不能产生第三人的任何权利。发明的新颖性的判断和先用权的产生，将以优先权日作为时间的界限。

3. 独立保护原则

独立保护原则实际上是国民待遇原则的延伸，它是指成员国应依照本国有关工业产权的法律决定其他成员国国民应享受的保护，不受其他成员国所给予的保护状况的影响。换言之，成员国国民在不同成员国享有的工业产权，是彼此独立、互不影响的。某成员国批准了一项专利，并不能影响其他成员国对同一申请案的决定；某成员国驳回一项专利申请，也不影响其他成员国

对同一申请授予专利；一项专利在某成员国被撤销或失效，不妨碍同一发明在其他成员国获得的专利继续有效。

独立保护原则对于商标有例外的规定。如某一项商标在其本国获准注册，在通常情况下，它在其他成员国的申请就不应当被随意驳回。《巴黎公约》这样规定的目的，是使同一企业的产品在不同国家能够有相同的商标，以便在国际市场上发挥商标的区别功能。

4. 最低限度保护原则

《巴黎公约》在要求成员国根据其本国工业产权法保护其他成员国国民的工业产权时，还要求必须要满足对工业产权“最低限度”的保护。公约所规定的最低限度的保护，包括以下几个方面：(1) 保护发明人的署名权；(2) 对驳回专利申请和撤销专利的限制，即各成员国不应以国内法的某些不同规定为理由，拒绝对某些发明授予专利权或宣布某项专利无效；(3) 不得以商品性质为由，拒绝给予有关商品所使用的商标注册；(4) 对专利未实施或未充分实施而颁发强制许可或撤销专利必须要符合一定的条件；(5) 对驰名商标应予特别保护；(6) 建立主管机关，以保证本国和外国国民得到应有的保护；(7) 关于对各成员国限制专利的统一规定。由上可见，最低限度保护原则与国民待遇原则是相辅相成的，共同作为公约所提供的工业产权国际保护的主要途径。

(三) 《商标注册马德里协定》

《商标注册马德里协定》，简称《马德里协定》，是根据《巴黎公约》第 19 条的规定制定的第一个保护商标权的专门公约。该公约 1891 年在马德里签订，1892 年生效，以后又经过 6 次修订，现在使用的是 1971 年斯德哥尔摩修订本。参加这个协定的国家，必须首先是《巴黎公约》的成员国。到 1991 年为止，该协定共有 29 个成员国按照该协定规定，申请人必须首先在其本国取得商标注册，才能向本国商标主管部门提交国际注册申请案；本国主管部门核实确认国际申请案的商标与申请人在本国的注册商标完全一致后，转呈该协定的管理组织——世界知识产权组织国际局。该申请案必须使用法语。

国际局就申请进行形式审查，形式审查通过后，该商标就获得了国际注册。但这种注册还不能给予申请人任何实体权利。国际注册只有转为某一成员国国内注册后，才能产生实体权利。国际局将公布该商标的国际注册，并通知申请人所指定的请求保护的国家。该指定国家有权在 1 年内，在说明理由的前提下声明拒绝保护该商标。这些理由包括，该商标与本国已经确立的商标专有权相冲突；该商标在本国市场上缺乏“识别性”；以及该商标可能产生欺骗性后果。如果上述理由不具备，对已获得本国注册的商标，指定国不得拒绝保护该商标。如果 1 年内指定国来表示拒绝，那么，该商标就自动在该国获得注册，申请人即在该国获得商标专用权。

如果已获得国际注册的商标在某一指定国生效，无论该国法律规定商标注册有效期的长短，该国必须为该国际注册商标提供 20 年保护期，并可以无限制续展。每次续展期也是 20 年。

(四) 《保护文学作品伯尔尼公约》

《保护文学作品伯尔尼公约》，简称《伯尔尼公约》，是世界上第一个版权保护的公约，也是迄今为止影响最大的版权保护国际公约。该公约 1886 年在伯尔尼签订，以后经过 5 次修订，现在使用的是 1971 年巴黎修订

本。到 1992 年 1 月止，共有 90 个国家参加该公约。

1. 公约保护的作品

根据公约规定，其所保护的作品主要包括 10 个方面，即图书、小册子；讲课、演讲、布道；戏剧作品和音乐戏剧作品；舞蹈艺术作品及哑剧作品；音乐作品；电影作品及用同类方式表现的作品；图画、油画、建筑、雕塑、雕刻及版画；摄影作品及用同类方法表现的作品；实用美术作品；与地理、地形、建筑、科学有关的示意图、地图、设计图、草图和立体作品。

2. 公约保护的权利

根据公约的规定，所保护的作者权利包括经济权利和精神权利。经济权利包括：翻译权、复制权、公开表演权、广播权、公开朗诵权、改编权。精神权利包括：作者身份权；反对对作品进行歪曲、割裂和篡改权；反对对作品进行有损于作者声誉的修改。

版权保护期为作者有生之年加死后 50 年；电影作品为公映后 50 年，如自作品摄制完成后 50 年内尚未公映，则自作品摄制完成后 50 年期满；不具名作品或笔名作品为合法公开发表后 50 年，著作者身份在此间被披露，则保护期限改为作者有生之年加死后 50 年。

3. 公约的主要原则

公约主要规定有 4 项保护原则：（1）国民待遇原则。凡成员国国民或在成员国有长期住所的人，或在成员国首次发表其作品的人，其作品在其他各成员国内均享有版权保护。此类保护与保护本国作者相同。（2）自动保护原则。作品一旦创作出来，自动受到保护，不必登记注册，不必送交样本或履行其他任何手续。（3）独立保护原则。成员国按照本国版权法保护其他成员国的作品，而不管该作品在其国内是否受保护。但在保护水平有差异时，可适用互惠原则。（4）最低限度保护原则。公约规定了对版权的保护标准，各成员国所提供的保护不能低于这个标准。例如，保护期不得短于作者有生之年加死后 50 年；至少要保证作者享有公约所规定的经济权利和精神权利等。

第二章 专有技术

一、专有技术的概念

在国际技术贸易中，专有技术占有十分重要的地位。然而，对于专有技术本身，至今在国际上尚无一个统一的、能为大多数人所普遍接受的概念。

（一）专有技术一词的由来

专有技术译自于英文中的“Know—How”，即“ I knowhow to do it”的编写，其基本含义为“知道如何去做”。它最早是人们对中世纪手工作坊师傅向徒弟传授的技艺的统称。第一次作为书面用语使用首见于 1838 年 7 月 14 日美国的《纽约》杂志上。而作为法律用语见诸于判例中，则为 1944 年美国纽约州高等法院关于费尔查尔德引擎及飞机公司诉考克斯（Fairchild Engine and Airplane Corp.V.Cox）一案的判决。20 世纪 50 年代后，该词逐渐在商业领域推广。我国 60 年代中期的技术引进合同中，也开始使用“Know—How”这一术语。但是，我们在这一词的翻译上却很不统一，除译成“专有技术”外，还译为“技术秘密”、“技术诀窍”等等，也有的直接音译为“诺浩”。到 80 年代初，1980 年 12 月 14 日财政部公布的《中华人民共和国中外合资经营企业所得税法实施细则》，首次在立法中把“Know—How”称作“专有技术”写进了条文。从此以后，在我国官方的正式文件中，“专有技术”便作为英文“Know—How”的正式译法。从法律的角度看，将“Know—How”译为专有技术是欠妥的。因为与专利相比较，专有技术本身恰恰不是“专有的”，不具有法律所赋予的排他性的专有权利。一项专有技术可能同时被几个人所拥有，他们彼此之间任何人都无权以自己拥有这一技术而排斥他人合法地利用这一技术。所以，“专有技术”这一译名，既不能确切地反映它同专利技术的区别，也不能准确地表明“Know—How”的本质特征。当然，“专有技术”这一称谓已为我国立法所确认，人们使用这一术语也已经习惯于从英文“Know—How”的原本含义去理解和运用它。

（二）专有技术的定义

对于专有技术的定义，长期以来，世界各国的专家学者有过各种各样的见解，一些国际组织也试图对这一概念的内涵进行界定，但时至今日，始终难以统一。从总体上看，在诸多的定义中，大致可以分为狭义与广义两类。

狭义的定义通常把专有技术仅限于工业目的，认为专有技术是指用于工业生产的技术知识，例如设计图纸、工艺流程、配方、公式、生产数据等等。关于这一观点，国际商会和世界知识产权组织的有关文件中对专有技术所下的定义颇具代表性。1958 年 10 月 17—18 日，世界知识产权组织的会议报告中指出：“关于产品制造的方法和技术实施的全部知识、诀窍和经验可以称为专有技术。”1964 年，世界知识产权组织国际局在拟定的《发展中国家发明示范法》中，也将专有技术定义为：“有关制造工序，以及产业技术的使用和知识”。

广义的定义将专有技术的概念扩展到工业、商业和管理 3 个方面，认为除工业技术外，还包括生产管理和商业经营方面的知识。如原苏联学者梅尔尼科夫认为，专有技术通常是指生产所必需的、不享有专利保护的 3 种专门技术，（1）工业技术，指生产已经采用或将要采用的，只限于少数人知道的、不享有工业产权的其他形式保护的生产、装配、维修和经营的秘密，以及其他技术知识和经验；（2）商业技术，指有秘密性状的市场情况，如原料价格、

销售市场和竞争公司的情况等；（3）管理技术，指组织生产的秘密。德国《反竞争限制法》第 21 条对专有技术所下的定义是：“法律上不受保护的发明成果、制造方法、设计、丰富技术的其他成果，以及在植物栽培方面不受保护的种植业成果。”国际商会德国小组在国际商会 1958 年 5 月 27—28 日会议上的发言，对此作了进一步的阐述，提出：“专有技术的含义基本上相当于反竞争限制法第 21 条所下的定义，即未受法律保护的发明成果、制造方法、设计以及其他成果。从反竞争限制法的法理意义上讲，该法第 21 条中规定的‘企业秘密’的含义很广。它不仅包括图纸、配方、技术文件和其他类似的书面记录，而且包括企业拥有的各种制造经验和管理经验的总和，不管是否以文字形式固定下来，或者表现为技术人员的技术和经验。商业知识和经验也可以作为企业秘密加以保护。”前南斯拉夫《技术转让法》则规定：“本法律所指的专有技术包括一切现代化的技术和工艺的诀窍、经验和技能，涉及原料规格、制造和加工标准、加工技术和私人所有的程序秘密、质量控制以及其他用于工业和其他生产的数据。专有技术还包括有关产品的程序、制造、使用和维修的计划或程序的资料说明，也可包括市场调研方法。”

随着科学技术的进步和国际技术贸易的发展，越来越多的人主张对专有技术应作广义的解释。1969 年在布达佩斯召开的保护工业产权国际联盟会议上，匈牙利代表团就专有技术定义提出了一个提案，认为“专有技术是指享有一定价值的可以利用的、为有限范围的专家知道的、未在任何地方公开过其完整形式和不作为工业产权取得任何形式保护的技术知识、经验、数据、方法，或者上述对象的组合。”会议经过讨论，通过了匈牙利代表团的这一提案。这一提案被认为是迄今为止对专有技术所作的较有影响的定义。

我国法律虽然对于专有技术的定义未作过直接明确的规定，但从有关法律规定的基本精神来看，倾向于从广义上来规定专有技术的概念，而不是把专有技术仅限于工业目的。1985 年 5 月 24 日国务院发布的《中华人民共和国技术引进合同管理条例》第 2 条第 2 款规定：“以图纸、技术资料、技术规定等形式提供的工艺流程、配方、产品设计、质量控制以及管理等方面的专有技术。”1984 年 1 月 20 日对外经济贸易部发布的《中华人民共和国技术引进条例实施细则》第 2 条第 2 款规定：“专有技术许可合同是指提供或者传授未公开过的，未取得工业产权法律保护的制造某种产品或者应用某项工艺以及产品设计、工艺流程、配方、质量控制和管理等方面的技术知识的合同。”从这两个法律文件的规定来看，我国着重强调了工业技术和生产管理两个方面，而没有直接包括商业经营，这是与前述的有关国际组织对专有技术所下的广义的定义所不同的。在我国专有技术引进的实践中，主要也是以工业技术和生产管理方面的知识作为合同的交易对象，绝少涉及到商业经营方面的经验和知识。应当提出的是，我国法律的这一规定是着重从技术引进管理的角度来限定专有技术，并不是从法律保护的角度对专有技术所做的十分全面、完整的定义。

随着国际技术贸易的发展，有关专有技术的传统定义面临挑战。在某些国家中，专有技术的法律地位正随着保护专有技术的法律制度的演进而发生

A·A·梅尔尼科夫：《Hoy—Xay 的概念及其转让的法律规定》，《外国法学》1983 年第 2 期，第 54 页。
《Know—How 合同》，（德）赫伯特·施道普夫著，梁华生译，对外经济贸易出版社 1984 年版，第 9 页。

变化，专有技术不受工业产权法律保护已成为历史。除此之外，由于各国科技水平和经济发展水平不平衡，以及各国从事国际技术贸易的政策导向不同，不同国家对于专有技术的范围和某些特性的理解也不尽相同。因此，在现阶段要对专有技术下一个全面的、能为人们普遍接受的定义是相当困难的。对专有技术这一概念，主要应通过对其特征的认识去加以理解。然而，如果仅从国际技术贸易的角度，对在世界上绝大多数国家中存在的专有技术的法律地位和特征加以简单的归纳，对专有技术可定义为，它是指具有动态的实用价值，能够在经济活动中获得经济利益，未在任何地方公开过其全部内容，不受专利法保护的知识、经验或方法，它以生产技术为主，但也包括与生产有关的管理知识和商业知识。

（三）专有技术的表现形式

专有技术属于知识形态，本身是无形的，但其往往是通过一定的有形物质载体表现出来。专有技术的表现形式，主要有以下3种：

1. 以文字图形形式表现的专有技术。这种表现形式是大量的，诸如图纸、资料、照片、缩微胶卷、磁带、软盘等。

2. 以实物形式表现的专有技术。诸如尚未公开的关键设备、产品的样品、模型等。

3. 以口头或操作演示形式表现的专有技术。这主要是存在于少数专家头脑中或私人笔记中的有关生产管理和操作的经验、技巧以及一些关键的数据、配方等等。从技术贸易的角度来看，这种形式的专有技术十分重要，能否掌握它，往往直接影响技术转让的成败。

专有技术以什么形式表现出来，取决于这一技术本身的特性和状态。然而，从实践中看，同一专有技术往往是以不同形式表现出来的，既有文字、图形等有形的形式，也有口头传授或人工演示等无形的形式。随着科学技术的发展，单纯的一种形式表现出来的专有技术将会相对减少，越来越多的专有技术将同时以两种或两种以上的形式表现出来。

二、专有技术的特征

对于专有技术的特征，国内外不少学者从不同角度做了大量论述，众说纷纭、莫衷一是。这里仅对专有技术最基本、最主要的特征做一简要介绍。

（一）知识性

专有技术是人类智力劳动的产物，具有非物质属性。尽管其往往通过图纸、配方、资料等有形的物质形式表现出来，但这些物质形式仅是其物质载体，是外在的表现形式，而不是专有技术自身。专有技术是无形的。

同专利相比较，专有技术的知识性在内容上是相当广泛的，不仅包括全部生产领域的技术知识，而且还包括与之相关的管理知识和商业知识。

从法律角度看，认识专有技术的这一特征，有助于加强对专有技术的保护。

（二）秘密性

秘密性是专有技术区别于专利技术和非专利的一般技术的显著特征，是获得法律保护的关键，也是维系其商业价值和垄断地位的前提条件之一。如果一项专有技术非因申请专利的原因被公开了全部内容，进入公有领域，则任何人都无权无偿使用，无须再通过技术贸易以支付转让费为代价获取这一技术，该项技术将失去作为商品进行交换的价值。因此，秘密性是专有技术赖以存在的基础。正因为如此，无论在国内或国外，都有人索性把专有技术称为“技术秘密”。

但也有学者对专有技术的秘密性提出异议，如德国学者施道普夫认为，笼统地说专有技术一经公开就失去价值，从普遍意义上说是不正确的。其理由是，在工业化国家早已成为工商业常识的技术，在发展中国家仍有很大的价值。发展中国家愿意购买这种技术，以节省自己的研制费用。所以，这类实际上非保密的知识的合同，在很大程度上也可作为专有技术合同。他还引用了联邦德国法院 1975 年 8 月 7 日的一项判决。在该判决中，法院认为，某些企业采用某种公开的方法或加工设备，只要这个企业使用这种方法或设备的方式是秘密的，并由此可获得特殊的效果，就可成为企业秘密的对象。专有技术一般必须具备秘密的特征。只有特殊情况不属此类，但是不允许通过过于严格的专有技术定义的措辞来排除这些例外情况。

我们认为，专有技术具有秘密性特征，应是毋庸置疑的，关键在于如何理解其秘密性。专有技术的秘密性本身并非是一个绝对的概念，在客观上存在着一个范围和程度的问题。垄断程度高的专有技术，其保密程度也必然高，知其秘密的范围也必然小。反之，垄断程度低，甚至在某一区域范围内基本上已无垄断地位而言的技术，其保密程度也必然低，知其秘密的范围必然广。从国际技术贸易来看，发展中国家自发达国家引进在发达国家已经普遍采用并已“公开”的技术的情况是确实存在的。但这些技术仅是在发达国家某一行业的技术专家范围内“公开”，并且公开的通常也只是此项技术的物质表现形式，如图纸、设计原理、工艺流程等等，而不是该技术的全部内容。严格地说，这些技术属于保密程度并不高、并不先进的技术。发展中国家之所以要通过技术贸易引进这一技术，主要是这类技术本身含有对于发展中国家来说仍难以获知的秘密内容。发展中国家单凭公开的图纸、工艺流程等，尚无法利用这一技术，需要许可方提供技术指导和技术服务，传授那些事实上并没有公开的技术秘密，尽管这些技术秘密在发达国家可能并不属于十分先

进的、高精的技术。因此，专有技术之所以能有偿转让，其基础在于秘密性，而这种秘密性具有一个范围和程度的问题，至少对引进方来说，属于他尚不知晓的技术。

（三）实用性

专有技术的实用性，又称为经济性，是指它是可应用于生产实践并能够产生经济利益的技术知识。

实用性是专有技术商品属性的具体体现，也是构成专有技术的一个必要条件。有些国家，例如美国，将专有技术必须具有实用性作为向其提供法律保护的前提条件，法律对不具有实用性的专有技术不予保护。

从理论上说，专有技术的实用性与专利技术的实用性基本相同。但从技术贸易实践的角度看，专有技术的实用性更强。因为作为专有技术转让合同标的的技术，一般都是经过实践证明能够取得良好经济效益的技术。所以在专有技术转让合同中，一般都要求专有技术的许可方提供技术保证，保证其转让的技术能够达到合同规定的技术指标。

与权利保护范围十分明确、固定的专利技术截然不同，专有技术的实用性是处在一个不断发展的变动状态。为了获得更好的经济效益，专有技术总是在不断更新、不断完善，永远不会停留在一个水平，呈现出新旧交替、阶段性发展的演变过程。因此，法律对专有技术的保护也随之扩展到对专有技术的各种改进之上。

（四）可转移性

专有技术能够作为商品，成为国际技术贸易的标的，除了因为其具有前面所述的几个特征外，还因为它具有可转移性。

专有技术的可转移性首先是基于其自然属性，即知识的可传授性。此种知识能够被同等专业人员所掌握，他们应用同样的技术方法能够产生与专有技术所有人同样的结果。所以，与个人的禀赋或生理特点有关的个人的技术、绝招，由于它因人而异，无法转让给别人，不能做为专有技术。

专有技术的可转移性还在于其具有确定性，即通过技术指标、质量标准等参数，能够确定其存在着经济价值。

专有技术的可转移性，要求技术转让的引进方应具有一定的专业知识水平及接受和实施技术的能力。否则，再好的技术也无法实现转移。由于专有技术具有这种特征，所以在专有技术贸易合同中，除要求许可方对转让技术做出保证之外，还要求引进方应承担一定的义务，配合许可方实施技术转让。

三、专有技术的重要作用及其存在原因

随着现代科学技术的发展和国际技术贸易规模的扩大，专有技术在促进各国科学技术进步和经济发展中的作用越来越重要，甚至在一定程度上超过了专利技术。这种重要作用首先表现为专有技术所包括的内容和应用范围十分广泛，几乎涉及国民经济的一切生产方面。在各个生产部门、各个专业技术领域。乃至某一生产工艺的各个环节，都会有专有技术的存在。

专有技术的重要作用还可以从它在国际技术贸易中所占的比例数字中得到证明。据有关资料统计，菲律宾在 1974—1978 年间签订的 281 项国际许可证合同中，涉及专有技术的合同占 92%；而在 1979 年订立的 151 项许可证合同中，涉及专有技术的合同竟高达 96.8%。另据来自日本的调查，在技术转让中，75% 涉及专有技术。我国的情况也是如此，据不完全统计，在我国签订的技术引进合同中，含有专有技术的合同占 90% 以上。

除以上的数量分析外，专有技术的重要作用，还可以从其存在的原因方面得到证明。纵观世界各国，各个技术领域内大量存在着专有技术。究其原因，不外有以下 4 种情况：

1. 技术所有人不能获得专利

不能获得专利的技术主要有以下两类：（1）根据专利法的规定，此种技术被排除在专利授权之外。如我国《专利法》第 25 条规定：“对下列各项不授予专利权：（一）科学发现；（二）智力活动的规则和方法；（三）疾病的诊断和治疗方法；（四）动物和植物的品种；（五）用原子核变换方法获得的物质。”凡属专利法第 25 条所列各项范围内的技术，均无法获得专利权。该项技术的发明人，为保护其技术，通常只能采用专有技术的形式。（2）根据专利法的规定，此种技术不具备专利性或无法通过专利审查程序，无法获得专利权。例如，有的技术因新颖性或创造性不够充分，难以通过专利审查；有的技术本身仅存在于技术人员的头脑中，属于难以用文字、图形等方式表达为专利请求权项的技术成果，无法提出专利申请。凡属于此种类型的技术，该技术所有人通常只能以专有技术的方式保护其技术。

2. 技术所有人不愿申请专利

技术所有人不愿将其技术全部或部分申请专利主要有以下两种情况：（1）申请专利时有意保留。在实际生活中，技术发明人在提出专利申请时，往往把其中核心部分作为专有技术保留下来，其目的在于更加充分地保护其发明。尽管按照多数国家专利法的规定，一项发明在申请专利时必须“充分公开”，并将此作为获得专利的先决条件，但“公开”到什么程度才算“充分”，法律并没有明确具体的规定。实践中各国专利审查机关通常以“同专业一般技术人员能据以实现”为准，而“一般技术人员”的实际判定完全取决于专利审查员自身的水平。所以，专利申请人在提出专利申请时，一般仅以“充分公开”得以获得批准为原则，对不影响获权的核心内容尽可能地保留下来。这种做法甚至已经成为技术发明人有效保护其发明的最佳选择。（2）发明人不申请专利。在实践中有大量的发明，这些发明本身具有专利性，但发明人出于种种考虑而不去申请专利，以术长久地维护其技术的垄断地位。

《国际经济技术合作的若干法律问题》，刘丁著，法律出版社 1987 年版，第 42 页。

（日）盛冈一夫：“专利制度与 Know—How 的保护”《法学译丛》1983 年 6 月号。

就发明人而言，一项具体的发明是选择专利保护的手段，还是选择专有技术的保护手段，通常考虑以下 4 方面因素：a.应考虑其他竞争厂家研制、开发或发明此项目的难易程度。如果其他厂家很容易研制或发明此项目，则一般应及时申请专利，求得专利法保护；反之，如果该项发明即使未申请专利而公开，其他竞争对手亦难以仿制，则可以不申请专利。b.应考虑此项发明作为专有技术保护的可能性。如果发明人利用其发明大量制造产品，而其他竞争对手通过产品，包括通过“反向工程”也无法掌握其发明的技术奥秘的，则可以去申请专利，仅将此项发明作为专有技术保护起来。在实践中，这种专有技术是大量存在的，大到波音 747 飞机制造技术，小到可口可乐的配方。尽管利用这些技术生产的产品已经遍及全球，但其技术内容仍难为他人所知晓。c.应考虑到当一项发明因申请专利而公开后，如果有人非法利用这一技术，发明人能否较容易的发现，并能采取有效的措施予以制止。如果很难发现，或虽然能发现，但难以提出充分的证据，采取有效的措施制止这种侵权行为，则一般不宜申请专利，而应采用专有技术的保护形式。d.应考虑到此项发明的技术状况。如果此项技术的生命周期较短，更新的速度很快，在获得专利审查批准之前可能已被新的发明所取代，则可考虑不去申请专利。此外，技术发明人还应考虑，此项技术是否还被其他人所掌握，以及其他他人提出专利申请的可能性。如果一项专有技术已被其他人所掌握，而且其他人可能会提出专利申请，并且此种申请也可能获得批准，则发明人应尽快提出专利申请，以免此项发明被他人抢先申请专利。

3. 技术所有人在提出专利申请后所获得的技术

技术所有人在提出专利申请后，通常要对其发明进行进一步的研究改进，使其趋于完善。特别是一项发明被授予专利权，并不意味着它具备了投入批量生产或商业运用的条件。要想使此项专利技术得以顺利实施，需要做大量的研究开发工作。在这些过程中，往往会产生许多新的改进和发明，这些改进和发明一般都作为专有技术而保护起来。

4. 作为专有技术的管理技术和商务技术

如前所述，我们这里所讲的专有技术是广义的，包括管理技术和商务技术。管理技术和商务技术本身不具有专利性，无法获得专利权。对于这些管理技术和商务技术，只能以专有技术的方式保护起来。

通过以上分析，不难得出以下结论：专有技术是一种独立的技术形态，从保护技术发明的角度来看，它是与专利制度并行不悖、对技术发明实施有效保护的不可或缺的方式之一。由于专有技术有其特定的保护方法和保护领域，而专利又存在着时间性、地域性以及费时耗资的繁复的审批程序等缺陷，所以，专有技术的重要性既不会因为专利制度的建立而被取代，也不会由于专利制度的发展而被削弱。恰恰相反，随着科学技术的发展，大量的技术发明将会以专有技术的形式保持下来，并以此方式弥补专利保护的不足，与专利技术相互交叉，相互补充，共同促进科技的进步与社会经济的发展。

四、专有技术的法律保护

专有技术作为人类科学技术活动的成果，具有某种财产权的属性，应当受到法律的保护。但与专利权、商标权和版权用比，在绝大多数国家中，专有技术受法律保护的程度要差得多。这不仅表现为它通常不作为法律所赋予的排他性的权利，极少受到专门法律的调整和保护，而且还表现为某些国家法律对发生侵害所采取的救济手段也有所不同。例如，按照欧洲经济共同体《垄断责任免除条例》的规定，如果合同当事人超出许可合同范围利用专有技术，则只须增付使用费，不以侵权论处；如果超出合同范围利用专利，则按侵权论处，对侵权的结果，受侵害一方可以要求停止侵害并赔偿损失。

从世界各国的司法实践来看，迄今为止绝大多数国家还没有制定有关保护专有技术的专门性法律，对专有技术的保护还很不充分，很不完善，因此，目前主要是通过合同法、侵权法、反不正当竞争法以及刑法中的有关规定对专有技术实施间接保护。

（一）合同法的保护

通过订立合同的方式，使保护专有技术作为合同当事人之间的一项义务，这是目前对专有技术保护所采用的最为普遍的一种方式。

从西方国家的司法实践来看，以合同法保护专有技术主要采用以下两种合同形式：一是雇佣合同。即通过雇主与企业内部雇员之间签订雇佣合同，在合同中明确规定雇员在受雇期间或解雇后的一定时期内，对其因职务上的原因所接触到的一切技术秘密，承担保密义务，如有违反，应承担违约责任。二是专有技术转让合同。这是专有技术所有人同作为该项技术引进方的企业之间订立的合同。在此类合同中，一般都订有保密条款，明确合同双方的保密责任，如有违反，也应承担违约责任。

在专有技术未列入工业产权的国家中，合同保护无疑是最为行之有效的一种方式。但是，合同法保护也有其明显的不足，这主要是此种保护的范围仅限于合同当事人之间，无法阻止无合同关系的第三方对专有技术的使用。并且，如果一方违约，受损害一方也只能提出合同之诉，依据合同的规定主张权利。

（二）侵权法的保护

侵权法是各国民法的一部分。利用侵权法对专有技术进行保护，主要是依照民法中有关侵权行为的规定，对非法获取、使用他人专有技术的行为，追究侵权责任。

在大陆法系各国的民法典中，一般都有关于侵权的规定。如《德国民法典》第 823 条规定：“凡因故意或过失对他人生命、身体、健康、自由、所有权及其他权利造成不法侵害者，侵权人必须要承担赔偿责任。”《法国民法典》第 1382 条规定：“任何行为使他人受损害时，因自己的过失而致使损害发生之人，对该他人负赔偿责任。”当专有技术所有人认为其权利受到第三方的非法侵害时，可以援引民法中的侵权原则，提出侵权诉讼。

在英美法系国家中，主要是通过判例保护专有技术。判例法对违反信托或信托关系，利用或泄露他人专有技术的，以侵权行为论。

当然，对于侵害专有技术的行为能否当然地援引侵权原则，各国在司法实践中的处理不尽一致，其原因主要在于，对专有技术是否具有财产性质有不同的理解。德国在此方面持审慎态度。而英美国家的判例法则认为，在某

一工商秘密丧失之前，该项秘密的所有人享有财产权。凡以不正当手段获取他人工商秘密，均属侵权行为，侵权者须负担赔偿责任。

在西方国家的民事诉讼中，专有技术不是“对物权”，而是“对人权”，适用的是“属人法”。如果侵权人所属国与侵权行为地不在同一个国家时，就会发生适用法的法律冲突。因为按照冲突法的一般原则，对人权诉讼适用属人法，侵权诉讼适用侵权行为地法。如果专有技术所有人在侵权人所属国法院提起侵权之诉，该国法院通常依照属人法的原则适用本国法。

援引侵权原则保护专有技术，权利人可以不受合同关系的约束，这在一定程度上弥补了合同法保护的缺陷。然而，专有技术不是法律所赋予的排他性权利，其范围不像专利权那样明确，其核心内容又是处于保密状态，因此，在提起侵权之诉时，权利人要证明自己拥有此种技术，并要证明侵权方非法侵害了自己的权利，这在某些情况下是相当困难的。

（三）反不正当竞争法的保护

不少国家，特别是欧美工业发达国家，为了防止不正当竞争和非法垄断，维持正常的经济秩序，先后制定了反不正当竞争法，有些直接涉及到专有技术的保护。问如德国《防止不公平竞争法》第 18 条规定：“凡以竞争或图自己私利的目的，无正当理由而利用商业交易所获悉的模型、技术文件、特别图纸、塑型、式样、配方、制造方法，或将其泄露者，处以两年以下有期徒刑或并科罚金。”该法第 20 条还规定：“对于引诱他人窃取上述秘密者，亦处以两年以下有期徒刑或并科罚金。”瑞士、奥地利、挪威、丹麦、瑞典等国也有类似德国的法律。按照反不正当竞争法的规定，对于他人为了竞争或谋取私利的目的非法侵害其专有技术的行为，专有技术所有人有权援引反不正当竞争法，对侵害者提出指控；一旦指控成立，侵害者除要赔偿经济损失外，还可能承担刑事责任。

但是，反不正当竞争法对专有技术的保护也存在一定的缺陷，如援引反不正当竞争法必须要满足一个条件，即原告和被告之间须存在着竞争关系，处于竞争状况。此外，并非所有的国家都有反不正当竞争法，即使像日本这样有反不正当竞争立法的国家，其反不正当竞争法也不涉及专有技术的保护。

（四）刑法的保护

由于专有技术在经济发展和市场竞争中的地位日益重要，一些国家为维护该国企业在国际市场的竞争地位，从保护公共利益及稳定社会秩序的原则出发，在刑事法典或刑事判例中，列入了对专有技术保护的内容。例如，法国《刑法典》第 418 条规定：“公司经理、雇员或工人将其在受雇期间了解的秘密泄露或企图泄露给外国人或在外国居住的法国人，判 2—5 年徒刑，并科以罚款 1800—7200 法郎。”美国《联邦刑法典》规定，在国际贸易中，凡盗窃、强占或以诈骗手段获取货物、物品、商品、有价证券、现金，其价值征 5000 美元以上者，即构成犯罪。美国法院的司法判例对此的解释为，工商秘密也包括在货物、物品和商品的范围以内。日本为了加强对专有技术的保护，在其刑法修正案的 318 条中增加了“企业技术秘密泄露罪”。该条规定：“凡企业的管理人员或雇员，无正当理由泄露该企业的生产方法或其他有关技术秘密于第三者，处 3 年以下徒刑或 50 万日元以下罚金。”

需要指出的是，各国对专有技术的法律保护，以民事保护为主，刑法只是作为一种补充性的保护手段。因为刑法对专有技术的保护并不像对一般财

产权的保护那样明确，只有当法律列明属于刑罚制裁的侵犯专有技术的行为，才能得到刑法的保护。

（五）工业产权法的保护

专有技术是否属于工业产权，这是长期以来一直争论不休的问题。自 20 世纪 60 年代起，一些国际组织在这方面做了大量的工作，试图按照保护工业产权法的某些原则，建立一种新的保护专有技术的法律制度。

国际商会于 1961 年制定了有关保护专有技术的草案。世界知识产权组织在 1965 年制定的有关专利权的示范法草案中也涉及到专有技术的保护问题。这两个文件均主张对具有秘密性的专有技术予以保护，对于第三人非法披露、传授、使用他人的专有技术的行为，专有技术所有人有权单独或同时提起非法侵害之诉和损害赔偿之诉。但是，由于这两个文件仅仅是草案，并无法律约束力。

20 世纪 80 年代以来，一些国家的立法机关也在考虑制定专门的专有技术保护法，或将专有技术列入工业产权法之中。1981 年，英国国会授权的法律委员会将其 9 年的研究成果，长达 15 万字的《关于“保护秘密权利法”立法报告》提交国会，该报告建议将专有技术作为一种“特殊产权”对待，对侵犯专有技术的行为予以法律制裁。1983 年，瑞典法律委员会在一场报告中也提出，应制定专门的“商业秘密法”，以改变目前依靠“反不正当竞争法”保护专有技术的状态，使专有技术得到更为充分的保护。加拿大、法国、日本等国的一些法律研究机构，也相继提出制定专门的专有技术保护法的建议，主张将专有技术列入工业产权的保护范畴。

值得一提的是，墨西哥立法机关于 1991 年 6 月 28 日公布了经过修改的《促进和保护工业产权法》，首次将专有技术列入工业产权的保护范围。该法第 3 篇为“商业秘密”，共有 6 条，其主要内容如下：

（1）商业秘密是指任何自然人或法人所持有的、具有秘密特征、能够在经济活动中获得或保持对第三方竞争或经济优势的，并且上述自然人或法人采取充分的手段或方法保守其秘密并限制别人接触的可用于工业的任何信息。构成商业秘密的信息须与产品的性质、特征或目的、生产方法或工艺、促销、市场或提供服务的程序或方法有关。

（2）上述信息由文件、电子或磁性媒介、光盘、缩微胶片、胶片或其他类似的材料构成。

（3）商业秘密的持有人得转让或传授第三方使用其技术。被授权使用的第三方，有义务采取措施使商业秘密不被泄露。在专有技术转让协议中，保密条款是协议的一个重要组成部分，在保密条款中应列明要保密的内容。

（4）任何由于工作、雇佣关系、职务、经营活动等原因接触商业秘密，并被告诫应保守秘密者，非有正当理由并非经商业秘密持有者的同意或授权，不得泄露秘密。

（5）任何自然人或法人，为了获取他人的商业秘密而雇佣人员为商业秘密持有者工作，或雇佣专业人员、顾问为商业秘密持有者提供服务，对由此产生的对商业秘密持有者的侵害，应支付损害赔偿金。任何自然人或法人，以非法手段获得属于商业秘密的信息，同样应支付损害赔偿金。

（6）该法第 223 条还规定，凡未经商业秘密持有人同意，为自己或第三方获取经济利益，或为了达到损害商业秘密所有人的目的，向第三方泄露商业秘密，或是非法盗用他人商业秘密，非法使用他人商业秘密，均属于犯罪

行为，可处以 2—6 年监禁，还可并处罚金。

从墨西哥法律的规定来看，它对专有技术提供了较为充分、较强有力的保护，这是保护专有技术法律制度上的一个突破。

第三章国际技术贸易的概念、 特征及其发展

一、国际技术贸易的概念及其特征

国际技术贸易是第二次世界大战以后迅速发展起来的一种特殊形式的国际贸易，具有不同于普通商品贸易的显著特征。正确认识和理解技术贸易的概念、特征及其历史发展，对于我们顺利开展国际技术贸易是大有裨益的。

（一）技术贸易的标的——技术

技术贸易是以技术作为交易对象的特殊贸易，要全面正确地理解技术贸易，应从对技术的本质和特征的认识入手。

1. 技术的概念

何谓技术，目前在国际学术界尚无一个统一的概念。《辞海》中将技术定义为劳动工具和技能的总和，称技术“泛指根据生产实践经验和自然科学原理而发展成的各种工艺操作方法与技能……，广义地讲，还包括相应的生产工具和其他的物质设备，以及生产的工艺过程或作业程序方法。”¹⁸ 18世纪，法国进步科学家，大百科全书派代表人物狄德罗提出，技术是为同一目的而共同协作组成的各种工具和规则的体系。1987年新编《大不列颠百科全书》认为，技术为“人类活动的一个专门领域。……技术一词出自希腊文 Lechne ‘工艺、技能’与 Logos ‘词、讲话’的组合，意思是对造形艺术和应用技术进行论述。当它17世纪在英国首次出现时，仅指各种应用技艺。到20世纪初，技术的含义逐渐扩大，它涉及到工具、机器及其使用方法和过程。到20世纪后半期，技术被定义为‘人类改变或控制客观环境的手段或活动’。”

人们对技术的不同认识，既反映了人们对这一问题的认识角度不同，也反映了在不同历史时期和经济发展的不同阶段，技术所显示的不同作用。技术产生和发展于人类利用自然、改造自然和发展社会的全过程，任何一项技术都与特定的自然条件和社会条件相联系，都具有明显的时代特征。因此，从本质上讲，技术既是一个自然科学范畴的问题，也是一个社会科学范畴和动态的历史范畴的问题。只有把技术放到自然、社会、科学、历史、经济等大系统中去考察，才能对技术作出正确的理解。基于这一认识，我们认为，技术是指一定时期内，人们根据生产实践和对科学原理的认识而发展的制造某种产品，实现其种生产目的或完成改造其所处环境的工具、方法和技能的系统知识。

2. 技术的种类

依照不同标准，可将技术划分为不同种类：

（1）按照技术的法律地位，可将技术分为：a. 知识产权技术，指受到专利法、版权法等知识产权法保护的具有法定专有权的专利技术、计算机软件技术等。b. 专有技术，指通常不受知识产权法保护，仅靠其秘密性维持其专有权，受到合同法、民法、刑法或反不正当竞争法等法律间接保护的技术。c. 公有技术，指已完全公开，进入公有领域，不受知识产权法保护，任何人都可不受限制地自由利用的技术。

（2）按照技术的表现形态，可将技术分为：a. 软件技术，指智能形态技术，它主要表现为无形的科技人员传授技术的智力劳务行为，以及通过采用

¹⁸《辞海》，上海辞书出版社1980年版，第669页。

¹⁹《新编大不列颠百科全书》，丹青图书有限公司1987年中文版，第7册，第233页。

文件、图表、胶片、磁盘等信息化载体所表现出来的技术。b. 硬件技术，即物化形态的技术，指作为软件技术实施手段，凝固人类智能，含有知识产权或专有技术内容的技术装备，以及通过智能化电脑等仿生载体表现出来的技术。

(3) 按技术的功能，可将技术分为：a. 生产性技术，指产品的生产，制造和设备、装置的操作使用技术，如化工技术、能源技术、机械制造技术等。b. 非生产性技术，指生产性技术之外的其他技术，如科研技术、医疗技术、军事技术等。

(4) 按技术在一定时期的先进及垄断程度，可将技术分为：a. 尖端技术，指在一定时期内处于科学技术研究的前沿，代表该时期科学技术发展水平和发展方向的技术，如现阶段的航天技术、生物工程技术、智能机器人技术等。b. 先进技术，指在一定时期内，在国民经济生产部门，特别是新兴工业部门应用的先进技术，如现阶段的光学技术、电子技术、数控机床生产技术等。c. 传统技术，指在一定时期内，在传统工业部门所广泛采用的垄断程度不高的技术，如现阶段的纺织技术、制革技术、机械制造技术等。

此外，还可根据技术在改造自然界过程中人工化的不同方式，将其分为：机械技术、物理技术、化工技术、生物技术、信息技术等。

3. 技术是一种特殊商品

技术是人类智力劳动的产物，它凝结着物化劳动和活劳动，这些劳动都是人体器官的生产消耗，可以抽象为人类的一般劳动，因而技术具有价值。技术作为一个有价值的实体，可以满足人们的生产和生活需要。但技术作为商品步入商品家族，却是商品经济发展到一定阶段的产物，并与技术的社会化相互联系、相互制约。随着科学技术的进步、商品经济的发展及社会分工的扩大，特别是资本主义国家建立了专利制度之后，技术才逐渐脱离物化产品而独立成为特殊商品。

技术作为商品，具有一切商品所共有的本质特征，即它是一种为了交换而生产的劳动产品。但技术作为一种特殊商品，在生产、交换、流通及消费过程中又有其特定的运动规律，具有明显区别于其他商品的特殊性，这主要表现在以下 4 方面：

(1) 技术商品交易的特殊性。技术商品交易的特殊性表现为交易的对象、交易的条件以及交易后所形成的法律关系均与普通商品交易不同。技术交易的对象为知识形态的技术，技术本身是无形的，技术贸易是无形贸易。这种无形贸易要求与普通商品交易不同的特殊条件，形成了作为技术商品交易法律形式的技术贸易合同的特殊复杂性，使技术贸易合同含有许多普通商品贸易所没有的特殊条款。此外，由于技术贸易受到诸如专利法、商标法、技术合同法等特殊法律规范的调整，交易双方所形成的是一种特殊的法律关系，在一般情况下不发生所有权的转移，仅是使用权的许可。如无特别约定，技术所有人有权对其技术进行多次转让。

(2) 技术商品价值确定的特殊性。普通商品的价值是根据生产该种商品所花费的社会必要劳动时间予以确定的。这种社会必要劳动时间是以简单劳动作为衡量尺度，以供求一致为基本条件，在重复的商品交换中形成的。然而，技术商品不可能像普通商品那样进行批量生产，只能是个别生产。因为在许多情况下，对同一技术商品的重复研究和开发是得不偿失、徒劳无益的。由于技术商品的品种单一性、科学技术的继承性、科学研究的探索性和风险

性，以及逻辑思维加工的特殊性，每一种技术商品所花费的劳动是不同的，无法用统一的社会必要劳动时间去衡量技术商品的价值。对技术价格的确定不能简单地套用“成本+利润”的公式。除此之外，在确定技术的价格时，除了要考虑花费的劳动总量外，还要考虑到产生效益、垄断程度、供求关系、转让的风险等其他相关因素。这些诸多因素导致技术商品在价格确定上的特殊复杂性。

(3) 技术商品使用价值实现的特殊性。技术商品具有使用价值，但技术商品的使用价值并不随着引进方获得技术许可而立即实现。获准技术许可、得到技术资料或技术服务，往往只是实现技术商品使用价值转化过程的开始，引进方要想得到其所引进的技术知识，需要经历对引进技术的消化、吸收过程，在这个过程完结之前，是无法实现其所引进技术商品的使用价值的。而且，这个过程能否顺利完结，技术商品的使用价值能否充分实现，并不完全取决于技术本身，在相当程度上还要看引进方是否具有接受这些技术的能力和条件。只有交易双方相互配合、共同努力，才能完成对引进技术的消化、吸收过程，实现技术商品的使用价值。实现技术商品使用价值的时间视该技术商品自身状况、交易的条件以及交易双方主观努力程度的不同而不同，在实践中少则数月，多则 10 余年不等。

(4) 技术商品使用价值损耗的特殊性。技术商品具有使用价值，但技术商品的使用价值将随着新的技术知识的产生而逐渐损耗，最终完全被新的技术知识所取代，使该技术商品的寿命终结。普通商品的使用价值损耗包括有形磨损和无形损耗两个方面，而技术商品使用价值的损耗则与有形损耗无关，完全取决于无形损耗。因为技术本身是无形的，虽然其物质载体是有形的，但物质载体的有形损耗，无损于其所载技术知识的价值。技术商品使用价值的无形损耗包括自然损耗与商业损耗两个方面，这两个方面是相互联系的，表现为技术商品的自然寿命周期与商业寿命周期。自然寿命周期是指某一技术商品自其产生、发展直至被新的技术所取代的全部过程；商业寿命周期则指某一技术商品从开始使用，经过不断改进日趋成熟，直至实际应用范围不断扩大的过程，一般表现为“导入期、成长期、成熟期、衰退期”这样 4 个阶段。不同行业、不同类别的技术商品的寿命期是不同的，这主要是由于不同技术领域内技术更新换代的速度有所不同。某一技术更新速度快，该技术商品的自然寿命相对就短，对该商品的推销应用速度应加快。否则，随着时间的推移，该技术商品的使用价值将会发生无形损耗，乃至完全丧失。随着科学技术的迅速发展，从总体上讲，技术商品的无形损耗的速度加快，技术寿命周期呈缩短的趋向。

(二) 国际技术贸易的概念及其特征

国际技术贸易是国际技术转让的重要组成部分，因此在介绍这一概念时，只有从国际技术转让这样一个更大的视野出发，才能正确地理解和把握国际技术贸易的概念及其特征。

1. 国际技术转让

国际技术转让(International Technology Transfer)，顾名思义是指国际间的技术交换与交流。

首先，它是一种“国际间”的技术交换与交流活动，具有国际性因素。判定是否具有国际性，并不以许可方与引进方是否属于不同国籍的自然人或法人作为标准，而是看作为转让标的的技术是否跨越国境。将跨越国境的技

术转让作为国际技术转让，这是为国际上多数国家所接受的标准。我国法律对此也有明确的规定。1985年5月24日，国务院公布的《中华人民共和国技术引进合同管理条例》第2条规定：“本条例规定的技术引进是指中华人民共和国境内的公司、企业、团体或个人（以下简称受方），通过贸易或经济技术合作的途径，从中华人民共和国境外的公司、企业、团体或个人（以下简称供方）获得技术。”

其次，它是一种“技术转让”活动。按照联合国贸易与发展会议1981年提出的《联合国国际技术转让行动守则（草案）》中所下的定义，“技术转让是指关于制造产品，应用生产方法或提供服务的系统知识的转让，但不包括货物的单纯买卖或租赁。”

现代国际技术转让可分为非商业性技术转让和商业性技术转让两种。非商业性技术转让是指不以营利为目的的国际技术转让活动。例如，实施政府或国际组织的技术援助计划，国际间的科学技术情报交换及学术交流等。这种技术转让通常是无偿的或是条件极为优惠的。商业性的技术转让是以营利为目的的技术转让，主要通过经济合作途径和贸易途径两种方式进行。通过经济合作途径进行的国际技术转让，是指作为技术许可方的外国合作者，将其技术作为投资股本作价转让给东道国的合作企业，双方共同合作研制或生产某一产品。例如实践中常见的含有技术转让内容的中外合资经营、中外合作经营等均属此类。

通过贸易方式进行的国际技术转让即为国际技术贸易。

2. 国际技术贸易的概念及其特征

国际技术贸易是指一国法人或自然人，通过贸易方式，按照一定的交易条件，将其技术转让给不同国家的法人或自然人的活动。

同一般商品贸易相比较，技术贸易具有以下4个特点。

（1）贸易对象不同。一般商品贸易是以“物质产品”作为交易对象。这些物质产品具有明显可见的形状，可以计量，可以检测。而技术贸易的对象是“知识产品”，这些知识产品很难用直观的有形物体表现出来。尽管为了便于积累、使用和传播。人们往往用文字、图表、磁带等方式将技术记录下来，形成各种技术资料，但这些技术资料并非技术本身，只是反映了技术内容，而且许多技术是根本无法用文字表达出来的。所以，技术贸易被称为“无形贸易”。

（2）贸易条件不同。一般商品贸易的交易条件相对简单，在通常情况下，“钱货两清”，双方的主要合同义务即告终结。技术贸易涉及的问题远比普通商品贸易的范围广，其难度和风险也大，合同执行期一般也较长。合同的内容除支付合同价款和支付设备及技术资料外，还涉及到技术的传授、侵权和保密责任，技术的发展与回授等一系列复杂的法律和技术问题。而且仅就合同价格和支付条款而言，也比普通商品贸易复杂得多。因此，在一般情况下，技术贸易合同的一方交付了技术资料，提供了相关的技术设备，另一方支付了合同价款后，合同关系并未完全解除，双方还要履行各自承担的其他合同义务，这些义务有时会延及到合同有效期满后若干年。

（3）贸易关系不同。一般商品贸易当事双方之间的关系，是商品等价交换的关系，这种关系的后果是实现等价交换条件下的商品所有权的转移。技术贸易当事双方之间的关系并非这种简单的等价交换关系，在一般情况下，也不发生所有权的转移。一项技术从许可方转移到引进方，仅靠简单的

买卖关系是无法实现的，需要当事双方密切合作、相互配合才能完成。通过技术贸易所转让的技术，绝大多数是使用权而不是所有权，如无特别约定，技术许可方仍有权将此项技术再次转让给其他人。此外，由于技术贸易的当享双方往往是同行，许可方在转让技术获得收益的同时，又培养了一个潜在的竞争对手。因此，通过技术贸易所建立起来的当享双方之间的关系，是基于使用权许可基础上的竞争与合作的关系。

（4）受法律调整和政府管制的程度不同。技术贸易的交易对象是技术。在现代社会，技术已成为支撑一个国家经济的主要资源，并与该国的政治、军事利益密切相关。因此，技术贸易本身不仅涉及到有关企业的利益，而且还与有关国家的政治、经济利益有着密切联系。随着国际技术贸易的发展，不少国家相继制定了有关调整国际技术贸易的法律，不同程度地对技术贸易实施国家管理。即使在某些实行“贸易自由”的资本主义国家，国家对于高精技术的出口也实行严格的政府管理。从这一意义上说，国际技术贸易及其合同已不完全是私法调整的范畴。

二、国际技术贸易的主要方式

国际技术贸易所采用的方式主要有技术许可，技术服务、合作生产，以及含有知识产权或专有技术许可或转让的设备买卖。由于对国际技术贸易的概念存在着不同的理解，对国际技术贸易所采用的方式也必然会有不同的看法。这里列举的 4 种方式，是在国际技术贸易中被广为采用的。

（一）技术许可

技术许可是指知识产权或专有技术的所有人或持有人作为技术许可方，通过与技术引进方签订许可证合同，将其所拥有或持有的技术授予引进方，允许引进方按照合同约定的条件使用该项技术，制造或销售合同产品，并由引进方支付一定数额的技术转让费。

对于技术许可的概念和范围，存在着不同的看法，主要是对“专有技术”能否使用“许可”存在着分歧。一种观点认为，技术许可仅适用于属于知识产权的无形财产，而不适用于“专有技术”。对专有技术只能“转让”，不能“许可”。但是多数人认为，技术许可也适用于“专有技术”，至少专有技术可以借用许可这一概念。

技术许可包括专利许可、专有技术许可、商标许可、版权许可（计算机软件许可）等。在技术贸易实践中，一个许可证合同可能包括上述一项内容，如单纯的专利许可，或单纯的专有技术许可；也可能包含上述两项或两项以上内容。由于商标不是技术，依照我国法律，单纯的商标许可合同不作为国际技术贸易合同。

许可证合同是国际技术贸易中使用最为广泛的一种贸易形式。尽管许可证贸易比普通商品贸易产生的时间要晚，但其发展速度十分迅速，对技术知识的传播起了重大作用。我国从 70 年代后期才开始采用技术许可的贸易方式引进技术，但在 1981 年至 1991 年 10 年间，我国在技术引进工作中共签订了 1514 项技术许可合同，总金额达 22.33 亿美元。这些技术许可证合同的签订，对于掌握国外先进技术，提高国家的科技水平和企业的生产能力，起到了积极的促进作用。例如，从 1987 年起，我国先后通过许可证合同的方式，从瑞士、丹麦、联邦德国、日本等国的 5 家公司引进了单机功率从 20 马力到 64000 马力不等的多种型号、300 多个品种的各种用途的柴油机制造技术，使我国的船用柴油机生产技术迅速提高。在投产的引进机型中，有 80% 以上机种的国产化率已由最初的 30%—40% 达到或超过 80%，有的已达 95%，产品技术性能指标达到了世界先进水平，满足了出口船舶、国内用船舶制造配套以及其他方面的需要，并取得了良好的经济效益，为国家节约了几亿美元的外汇支出。

（二）技术服务

技术服务是指技术供方或服务方受另一方委托，通过签订技术服务合同，为委托方提供技术劳务，完成某项服务任务，并由委托方支付一定技术服务费的活动。

技术服务的范围和内容是相当广泛的，包括产品开发、成果推广、技术改造、工程建设、科技管理等各个方面，大到大型工程项目的工程设计、可行性研究，小到对某个设备的改进和产品质量的控制等。技术服务的形式也是多种多样的，如提供咨询，提供信息资料，提供技术培训。从技术服务的合同形式来看，根据提供服务的内容和方式的不同，可分为技术咨询合同、

技术培训合同、信息服务合同、工程服务合同、勘察设计合同、技术援助合同等等。

技术服务的特点之一是，技术供方所提供的主要是属于知识产权和专有技术以外的一般技术，即技术供方主要从事一种技术性劳务活动，如提供的技术属于知识产权或专有技术，一般是通过许可证合同的方式进行。因此，联合国工业发展组织在其编撰的《技术转让协定评价准则》一书中指出，“‘技术援助’和‘技术服务’仅指专有技术和专利以外的那部分技术资料和服务。”

当然，技术服务的这一特点并不排除在某些情况下，提供服务的供方以其所持有的专利或专有技术，完成其服务任务。

某些种类的技术服务合同有其特定的风险责任承担原则，例如技术咨询合同，如果双方没有特别约定，提供咨询服务一方仅是负责提出咨询报告，对实施咨询报告可能发生的风险概不负责，有关风险均由委托方负担。

在技术贸易实践中，提供技术服务的主要是那些掌握丰富技术知识和科技信息的大公司，特别是一些在国际上享有盛名的工程咨询公司。通过技术服务，委托方可以借助服务方的技术知识，以较少的花费并在较短的时间内，掌握某种技术知识或科技信息，制定某种正确的技术方案或作出某种正确的抉择，少走弯路，减少失误。例如，我国第二汽车制造厂委托英国的工程咨询公司改进发动机燃烧室形腔设计，合同生效半年内取得效果。按照咨询公司所提建议改进后的发动机，出力提高 10%，油耗降低 10%，取得了较好的经济效益。

（三）合作生产

对于合作生产，有各种不同的理解。从广义上说，合作生产是指两个以上当事人通过可立的合作生产合同，各自提供生产所需的机器、设备、零部件、原材料、技术、场地、资金等，在合同规定的期限内，共同制造产品，共享盈利的一种合作方式。从国际技术贸易的角度来说，合作生产是指分属不同国家的法人或自然人，通过订立合作生产合同，在合同有效期内，当事一方或各方提供有关生产技术，共同生产某种合同产品，并在生产过程中实现技术转让的一种合作方式。在实施合作生产合同的过程中，作为技术持有者的当享方，将其技术用于合同产品的生产，允许其他合同当事人共同使用，从而使其他当事人获悉并掌握此种技术，在实际上产生了跨越国境的技术转让。作为转让技术的补偿，技术出让方有权获得对合同产品的部分所有权或是有权从销售这些产品中获得收益。

在一般情况下，合作生产合同有两方当事人，一方以提供技术为主，并且还可能提供对技术要求较高的关键部件；另一方提供生产合同产品的场地、设施、人员，或一部分零部件。随着科学技术的发展和科技领域专业化分工程度的提高，已经出现了越来越多含有两方以上技术持有人的合作生产合同。这类合同的当事各方均持有生产某种合同产品的技术，在合作生产过程中通过交叉许可的方式，实现技术转让。

通过合作生产的方式，可以缩短掌握外国先进技术的周期，提高技术引进方的技术能力。在我国的技术贸易实践中，合作生产是被广为采用的一种贸易方式。例如，1984 年中国技术进出口总公司与联邦德国巴马格公司签订了合作制造涤纶高速纺织设备的技术引进合同。依照合同规定，德方向我

方提供生产图纸、技术资料、技术指导以及关键零部件，并逐年提高国产化比例。合同有效期共4年，第1年国产化比例为25%，第2年为50%，第3年为76%，第4年除极少数关键部件需进口外，绝大部分零件实现国产化。通过执行该合同，我方基本上掌握了生产此种设备的生产技术，收到了较好的效果。

（四）含有知识产权或专有技术许可或转让的设备买卖

技术贸易是以非物质形态的技术知识作为交易对象，在实际业务中，在购买设备，特别是关键设备时，有时也会含有知识产权或专有技术许可或转让的内容。此种设备买卖，也属于技术贸易的一种方式。但是，单纯的设备买卖属于普通商品贸易，不是技术贸易。

在技术贸易实践中，含有知识产权或专有技术许可或转让的设备买卖主要有3种，即成套设备、生产线和关键设备的买卖。在这类合同中，技术许可、技术资料、技术培训和技术服务属于合同的软件部分；而作为物化技术的设备，属于合同的硬件部分。技术引进方订立此种合同的目的，不在于单纯获得作为合同硬件的设备，而是要利用设备中所含有的或与设备有关的技术知识，充分发挥这些设备的使用价值，生产出合格的合同产品。而且，在通常情况下，这些设备并不能像普通商品那样直接投入使用，要有一个对设备所包含或附带的技术的吸收、消化或再创新的过程。这是含有知识产权或专有技术许可或转让的设备买卖与普通设备买卖的本质区别。

在发达国家与发展中国家的技术贸易中，此种方式的技术转让占相当大的比重，而且合同硬件部分以成套设备和生产线居多。而在发达国家之间的技术贸易中，则多以软件交易为主，即使是带有设备，也多是单项的关键设备。从根本上说，这是由技术引进方的科技水平所决定的。新中国成立后前30年的技术引进基本上是以成套设备引进为主。近年来，随着我国科学技术的进步和技术引进水平的提高，纯软件的许可证贸易比重增加；即使是在含有硬件的技术引进中，越来越多的合同中的硬件也仅仅是关键设备。

在实践中，此种技术贸易方式也经常用于工程承包合同中，即技术许可方作为某一工程项目的总包，负责该工程的土建、设备采购、安装调试、技术许可、工艺设计、人员培训，直至生产出合同产品的全部责任。

三、国际技术贸易的发展及其动因

(一) 技术贸易的产生和发展

国际间的科学技术知识的交流由来已久，几乎在人类发展的各个时期，都有不同程度的技术转让活动。当然，由于技术转让受社会需求和社会条件的严格制约，在不同时期、不同的生产力和生产关系条件下，技术转让的传播方式、传播手段，乃至传播后所产生的效果都明显不同，具有显著的时代特征。

纵观人类数千年的文明史，可将技术转让划分为 4 个时期：

1. 远古时代的技术转让。由于生产力发展水平的限制，这一时期的技术转让活动仅仅是一些简单的、偶然的的活动，传播的过度相当缓慢，对社会经济发展的影响不大。

2. 中世纪的技术转让。这一时期技术转让的特点是以技术产生地为中心，依照一定的地理方位由近及远，逐渐向四周区域扩散，呈“梯度式”缓慢发展状态。据有关学者统计，这一时期一项技术转让的平均周期为 400 年以上。

3. 工业化社会的技术转让。人类历史上出现的第二次技术转让高潮发端于完成了工业革命、刚刚进入工业社会的欧洲。这一时期包括 17 世纪末到 20 世纪初的 200 多年时间。这一时期技术转让的特点是，技术已成为独立的商品，技术贸易已经成为独立的贸易方式，迅速发展的国际投资是技术转让的重要渠道，技术贸易已从原始的“梯度式”发展到不受地理条件限制，可以直接跨越某一地理区域的“跳跃式”发展状态。但是，这一时期的技术转让活动无论从内容、方式或其规模来看都相对简单、狭小，远不能同现代技术转让相比较。

4. 现代技术转让。现代国际技术转让是以有偿的国际技术贸易为其主要形式的国际间的技术交流。第二次世界大战后，特别是 20 世纪 60 年代以来，技术贸易作为一种新型的贸易方式得到空前的发展，并呈现出以下 4 方面发展趋势。

(1) 国际技术贸易的规模日趋扩大。20 世纪 60 年代以来，国际技术贸易的规模迅速扩大。仅以在国际技术贸易中颇具代表性的以专利、商标和专有技术为内容的许可证贸易为例，1955 年，世界许可证贸易总额为 5—6 亿美元，1965 年增至 25 亿美元，1976 年达 110 亿美元，1985 年突破 400 亿美元。将 1955 年的数字与 1985 年的数字相比较，这 30 年间许可证贸易额增长 66.7 倍，年平均增长率为 15%，按此比率增长，到 20 世纪末将达到 2000 亿美元。而且，这些数字还未包括计算机软件的许可。据不完全统计，仅在 1985 年，全世界购买计算机软件的支出为 225 亿美元，1987 年达 550 亿美元。随着科学技术的高速发展，世界各国对技术贸易的依赖性加强。进入 20 世纪 90 年代，国际技术贸易增长的势头更猛。以 1990 年为例，在这一年中仅以微电子技术、新材料技术和航天工业技术为重点的世界高技术贸易成交额即达 2300 亿美元，如果加上传统技术和一般实用技术的出口贸易，其成交额可能超过 4000 亿美元，远远超过国际普通商品贸易的增长速度。

(2) 发达国家在国际技术贸易领域内的竞争日趋激烈。现代国际技术贸易主要在工业发达国家之间进行。越是工业化程度高的国家，技术贸易额越大。目前，发达国家之间的技术贸易额约占世界技术贸易总额的 80% 以上，

而发达国家与发展中国家的技术贸易额只占世界技术贸易额的 10%左右,余下的不足 10%为发展中国家之间的技术贸易额。在现代技术贸易市场上,美国是最大的技术贸易国,其技术贸易额,特别是技术出口额远远领先于欧洲、日本等其他国家。但从 20 世纪 70 年代中期开始,美国的地位有所削弱,欧共体国家和日本经济技术实力增强,形成了美、日、欧共体三足鼎立的局面。20 世纪 80 年代以后,尽管三足鼎立的基本格局没有改变,然而日本和欧共体的地位已明显增强。

为争夺技术优势,各发达国家在国际技术贸易领域内展开了激烈的角逐。1981 年,美国总统里根入主白宫后,总统的高级政策顾问丹尼尔·格雷厄姆等人向里根总统提交了一份题目为《“高边疆”战略——美国新的国家战略》的报告。该报告的战略意图是,利用美国在高技术特别是航天技术方面的优势,通过在军事、经济和科学方面对宇宙空间的综合开发与利用,达到重新恢复美国在世界政治、军事上的支配地位。高边疆战略包括民用和军用两方面的措施,“星球大战”在其中居首要地位。为实施这一计划,美国重新部署了其科技发展方针,增加了科研经费,以新的姿态迎接日本和欧共体的挑战。

以“科技立国”作为国家发展基本战略的日本,为了谋求在国际政治、经济生活中的重要地位,向国际技术贸易市场展开了激烈的进攻。一方面,日本通过大量引进美国拥有的处于大批量生产前阶段的高技术,通过向美国的硅谷高技术产业提供开发资金,以及向美国的麻省理工学院、哥伦比亚大学等高等学府提供研究资金和购买美国的小型高技术公司,获得美国的最新技术成果。另一方面,日本还加强对国外的技术出口。根据经济合作与发展组织(OECD)的统计,50 年代,日本在该组织的高技术产品的出口额中仅占 1.8%,而到 80 年代初,则上升为 14.5%。与此同时,美国则从原来所占的 35.5%降至 19.9%,下降了 15.6%。1986 年,日本又提出了人类新领域研究计划,据日本前首相中曾根声称,从科学意义和规模上说,这是一个可以与美国“星球大战”计划、西欧“尤里卡”计划相抗衡的战略研究计划。

面对美国、日本的挑战,1985 年 4 月 17 日,法国总统密特朗提出建立一个“欧洲工艺技术共同体”计划,即“尤里卡”计划。按照这一计划,西欧各国将建立欧洲研究协调机构,在高速微电子学、光电子学、大型计算机、高功能激光和粒子表以及人工智能等 6 个领域进行合作,以增强西欧国家集团在高技术领域内同美国、日本的竞争力,缩小它们之间的技术差距。

发达国家在技术贸易领域内的激烈竞争,还表现为这些国家都程度不同地实行了限制尖端技术外流的国际技术保护主义政策。国际技术保护主义,不是一般意义上的对知识产权和专有技术的保护,而是一国政府在技术转让方面所采取的技术垄断和技术保护的手段和方法。第二次世界大战后,形成了社会主义和资本主义两大阵营。以美国为首的西方资本主义国家集团成立了巴黎统筹委员会,对社会主义国家进行技术封锁,实行以政治为目的的垄断性技术保护主义。随着苏联东欧集团的解体,国际技术保护主义已超出了东西方社会制度和意识形态之争的范围,着重表现为发达国家之间以争夺世界经济霸主地位为主要目的的国际技术保护主义。

美国政府在 1986 年 4 月 11 日发表了知识产权保护政策要点,强调要扩大对高、新技术的保护范围,强化对知识产权的保护,以保障美国产业界的国际竞争地位。1987 年 3 月,美国国防部援引出口管理法出面干预日本富士

通公司购买美国施林贝尔格公司所属的一个子公司的活动，理由是该公司是硅谷的一个著名公司，其产品可以用于军事目的。但实际上，美国政府真正的担忧在于，一旦该公司被日本收买，它所拥有的生产供超级电脑使用的高度逻辑元件将被日本获得。由于美国国防部的干预，这一交易没有成功。

日本为了提高其国际技术贸易市场的竞争地位，有效地参与国际竞争，20世纪80年代初，调整了其技术贸易管理的重点，将对技术引进的政府管制逐渐放开，实行“原则自由，例外限制”，但对技术出口则加强了政府管理，防止一流技术无限制外流，以维持其技术上的垄断地位。

(3) 跨国公司是国际技术贸易的重要媒介。第二次世界大战以后，随着生产的发展、资本积累的急剧膨胀以及对外直接投资的迅速扩大，跨国公司得到了前所未有的发展。遍及全球的跨国公司已成为影响世界经济的举足轻重的力量。据联合国跨国公司管理署副署长卡尔·沙万特介绍，到1992年为止，全世界共有3.5万个跨国公司。这些公司在海外共设有15万个子公司，它们在1991年的产品销售额为4.4万亿美元，比当年世界出口总额还多7000亿美元。

跨国公司资金雄厚，技术力量强大，为了获得市场竞争的主动，十分注意研制、开发、吸收和应用新技术，利用技术上的优势，维持其在某一行业内的垄断地位。跨国公司的技术转让活动，通常与资本输出和商品输出结合起来，以占领海外市场为目的，在海外投资建厂，输出资本和技术。据统计，美国的技术贸易收入有80%来自本国跨国公司向其海外子公司的转让。英国本国跨国公司向海外子公司转让技术大约占其技术出口总额的85%。发达国家500家最大的跨国公司垄断和控制了资本主义世界技术贸易的90%。由此可见，跨国公司已成为技术转让的最主要的媒介，是现代国际技术贸易中最活跃、最有影响力的力量。

跨国公司在从事技术转让活动时，常常依仗其在资金和技术上的优势，对发展中国家施加各种不合理的限制，损害东道国的利益。例如，根据1975年的一项有关哥伦比亚、厄瓜多尔和秘鲁的250项技术转让合同的调查报告，其81%的合同列有禁止出口条款，5%列有限制出口条款。又据1972年维特索斯在拉丁美洲的调查，跨国公司在转让技术中定价过高的现象十分普遍，在智利定价过高的程度达30%—70%，在秘鲁为50%—300%，在厄瓜多尔为75%—200%。哥伦比亚医药业与跨国公司技术转让有关中间产品定价过高的程度，竟达136%—8200%。国际技术贸易中的这种不合理现象，已经引起发展中国家的普遍不满，成为影响南北关系的重要障碍之一。

(4) 发展中国家纷纷进入国际技术贸易市场，技术来源呈多极化，随着国际经济朝多极化方向发展，国际技术贸易多极化倾向日趋加强。20世纪70年代以来，墨西哥、巴西、阿根廷、印度等科技发展水平较高的发展中国家步入技术输出国的行列，开始向其他发展中国家输出技术。印度在70年代以许可证贸易、咨询服务以及工程承包等多种方式开展技术出口，取得了较好的经济效益，赚取了近80亿美元的外汇收入。到80年代，发展中国家的技术出口得到进一步发展，输出的技术不仅有中等水平的传统适用技术，而且

摘自1992年11月12日《经济参考报》，第3版。

《创造贫困》，(美)缪勒著，载于(美)《外交政策》1973年秋季号第96—98页，转引自《遍及全球的跨国公司》，叶刚著，复旦大学出版社1989年版，第100页。

还有一些先进技术，出口市场也已扩大到发达国家地区。当然，由于经济发展水平和科技基础的限制，发展中国家的技术出口在整个世界技术贸易总额中所占的比重还很小，而且在所输出的技术中软件的比重也较小，大多是软件和硬件结合在一起出口。

（二）现代国际技术贸易发展的原因

现代国际技术贸易的迅速发展，决非是偶然现象，有其深刻的社会经济背景。具体来说，导致技术贸易迅速发展的直接原因主要有以下 5 个方面。

1. 科学技术的飞速发展，科技成果的大量涌现，为技术贸易的发展提供了大量的技术资源。第二次世界大战后，各国都十分重视科学技术的研制和开发，不惜投入巨额资金。许多生产企业也一改原来的单纯生产加工，而变成科研、生产、销售的综合体，并把研制新产品作为企业生存和发展的命脉。由此导致自 20 世纪 60 年代开始，世界范围内掀起了空前规模的科技浪潮，科技成果大量涌现。据不完全统计，到 80 年代，全世界共有先进技术和专利 3000 多万项，仅美国就持有 100 多万件有效专利。世界科技文献以每年 6000 万页的速度增长。

2. 世界范围内对技术的巨大需求，为国际技术贸易提供了广阔的市场。随着科学技术的发展，技术已成为决定一国经济与社会发展的重要因素。出于经济的、政治的和军事的原因，各国在大力发展本国科技研究的同时，注重从国外引进先进技术，以增强本国的科技竞争力。另一方面，随着科技分工专业比程度的提高，国际商品分工向国际技术分工过渡，科学技术开发超越了一国的范围。任何一个国家都不可能所有技术领域内保持领先地位，都需要从国外引进技术，以节省人力、财力和时间。因此，对先进技术的巨大需求不仅来自发展中国家，更主要的来自发达国家。如日本在 1950—1978 年从国外引进了 3 万项技术，用汇 76.7 亿美元。这批技术的引进，使日本的经济得以高速腾飞，创造了巨大的社会财富。据西方国家估计，日本由此节省了 4 倍的时间和 30 倍的研制费用。目前，世界上除了美国、英国、瑞士这 3 个国家在许可证贸易中保持顺差地位以外，其他国家都是逆差。即使是美国这种科技大国，近年来为了挽救某些夕阳工业，也扩大了技术引进，其技术引进与技术出口之比，已由原来的 1：10 增至 1：8。

3. 越来越多的关税与非关税的贸易壁垒，阻碍了普通商品的国际贸易，助长了国际技术贸易的发展。20 世纪 70 年代以来，资本主义经济危机使得国际贸易保护主义重新抬头，美国等西方国家通过一系列国内立法，制定了各种贸易保护措施，以保护本国市场。在这些名目繁多的保护措施中，非关税措施占据了主要方面。到 70 年代末，诸如进口配额、进出口许可证、外汇管制、进口押金制、各种技术标准、包装要求、卫生检疫等非关税壁垒措施已达 900 多项，涉及 47% 的商品。进入 80 年代，这种趋势进一步加强。这些贸易壁垒，严重阻碍了普通商品的国际贸易。为克服这些障碍，不少国家纷纷调整其出口战略，用技术出口取代普通商品出口，从而促进和扩大了国际技术贸易。

4. 科研成本的提高，技术更新周期的加快，刺激了国际技术贸易的发展。随着科学技术的飞速发展，技术更新速度加快，产品转换周期缩短。德国学者哈根·拜因和恩斯特·施马在合著的《公元 2000 年的世界》一书中，用以下两个表格对此做了说明：

另据美国波音公司技术中心 1990 年的一份研究报告，70 年代末以来，

科学技术以平均每 5 年翻一番的速度发展，在一些经济发达国家，有的先进产品技术甚至还没有投入规模生产，就被更新的技术所取代。80 年代的产品技术平均更新周期由 70 年代的 5—6 年缩短到 4—5 年，而 90 年代可能只有 1.5—2 年。

随着科学研究的深入，其研制和开发费用也越来越高。例如，美国在 40 年代研制成功的“DC—3 型”飞机，耗资仅为 30 万美元，而 80 年代研制成功一种飞机需要数亿甚至数十亿美元。现在研制一种新型汽车需要 20 亿美元，研制一种新型汽车发动机需投资 3 亿美元，即使研制一种新型的变速器也需要投资 1.6 亿美元。

由于技术更新周期的加快，技术开发费用的迅速提高，许多企业在将一项新技术研制成功后，往往将旧的技术转让出去。对于更新周期短、保密程度差的技术，他们甚至在不失去自己竞争优势的前提下，将新技术转让出去，以尽快收回自己的巨额研制开发费用。

5. 迅速发展的跨国公司，为国际技术贸易提供了重要渠道。对于跨国公司在现代国际技术贸易中的作用，前面已经论述，这里不再赘述。

（三）新中国技术贸易的发展

新中国成立以来，我国政府一直重视技术贸易工作。特别是改革开放以后，我国的技术贸易得到了迅速发展，由单一的技术引进国，步入技术出口国的行列。通过开展国际技术贸易，促进了我国国民经济的发展和科学技术水平的提高，缩小了与发达国家之间在经济和科学技术方面的差距。

1. 新中国的技术引进工作。这一项工作大致可以分为 4 个阶段：

（1）建国初期的技术引进（1952—1959 年）。新中国成立后，经过 3 年经济恢复时期，从 1952 年开始执行第一个五年计划，进入了大规模经济建设时期。为获得必要的技术装备，我国从苏联和东欧国家引进 450 个项目，用汇金额为 37 亿美元，主要是“一五”期间苏联同意援建的 156 个项目，其中包括冶金、机械、汽车、煤炭、石油、电力、电讯、化学以及一些军工项目。这个时期的技术引进工作目标明确，措施得力，保证了“一五”计划的顺利完成，为我国的工业化奠定了初步基础。这不到 10 年的技术引进工作，使我国同国外的技术差距缩短了 20 年，科学技术水平提高到国际上 20 世纪 40 年代的水平。

（2）国民经济调整时期的技术引进（1963—1968 年）。1960 年，苏联撕毁合同，撤走专家，使一些技术引进项目中断；再加上我国连续 8 年遭受自然灾害，经济困难，外汇短缺，一度中断了技术引进。到 1962 年，调整国民经济收到了初步的效果，当时迫切需要解决的是人民的“吃、穿、用”的问题，即发展农业、纺织、轻工和化学工业。由于当时国际局势的变化和我国对外关系的发展，我国开始寻求从资本主义国家引进技术。1963 年 6 月，我国与日本签订了维尼纶成套设备合同，之后又从日本、英国、法国、意大利、联邦德国、瑞典、瑞士、荷兰、奥地利、比利时等国引进了石油、化工、冶金、矿山、电子和精密机械等方面的技术和设备共 84 项，累计用汇金额 14.5 亿美元。通过这一时期的技术引进工作，增加了我国化纤、化工原料、塑料、采矿、半导体和重型卡车等方面的生产能力，填补了我国工业的部分空白。但由于“文化大革命”的影响，到 1968 年，引进工作被迫中断，大部分项目也受到严重影响。

（3）70 年代的技术引进（1972—1978 年）。1971 年，我国恢复了在联

合国的合法权利。1972年，中美发表联合公报和中日实现邦交正常化。这一时期，我国对外关系有了新的发展，技术引进出现了新的高潮。1972年，中共中央、国务院批准了用43亿美元引进技术和成套设备的“四三方案”。1972—1977年间，我国先后同日本、联邦德国、英国、法国、荷兰、美国等国的厂商签订了367个项目合同，累计金额达33.5亿美元。引进的项目主要有：13套大型化肥项目、4套大乙烯、1套1.7米轧机设备，以及发电设备、采煤机组、精炼炉设备、斯贝发动机等。由于有一部分项目受到“四人帮”的干扰破坏，“四三方案”未能全面实施。由于1978年的引进规模过大，对外成交金额达64亿美元，超过了国家财力和物力所能承受的限度，一部分项目被迫延期建设，并撤销了部分合同，在经济上造成了很大损失，在国际上也造成了不良影响。尽管这一时期引进工作出现失误，但由于引进方向重点较突出，着重解决人民的“吃、穿、用”问题，使我国的化肥和化纤工业得到迅速发展。此外，从1978年起，我国在技术引进工作中也开始探索和采用许可证、合作生产等多种形式的技术贸易方式。

(4) 改革开放时期的技术引进(1979年以来)。1979年以来，我国开始实行经济体制改革和对外开放的地略方针，我国的技术引进也进入了一个新的历史发展时期。在总结历史经验，特别是1978年引进工作严重失误的经验教训的基础上，全国人大五届四次会议通过了新的技术引进方针，即“主要应该引进技术和进口自己不能制造的单机、关键设备，不要都搞成套设备进口，不要重复进口，不要只进口设备，不引进技术，不要在引进后不加消化和推广。”按照上述方针，从1979年至1991年，我国共签订技术引进合同4447项，成交总额达280.8亿美元。这一时期的技术引进，其深度和广度是前所未有的，技术引进的重点是基础产业、新技术产品开发和与人民生活密切相关的轻纺、服装、家用电器等等。通过这一阶段的技术引进工作，推动了能源、交通、通讯、冶金、有色金属、石化等基础产业的发展，推动了我国企业的技术改造和产品的更新换代，提高了机械、电子等行业的制造能力和技术水平，繁荣和稳定了市场，使我国的某些行业接近和达到了国际先进水平，综合国力大为增强。

2. 新中国的技术出口工作。早在60年代，我国就通过对外经济技术援助和国际经济技术合作向亚洲和非洲的发展中国家输出技术。然而，以对外贸易渠道出口技术则是80年代以后的事情。自1980年至1992年上半年，我国对外出口技术1310项，总金额为43.1亿美元。我国的技术出口大致经历了两个阶段：

(1) 萌芽阶段(1980—1985年)。随着我国对外开放和国内经济，科技体制改革的深入，技术是商品的观念开始树立起来，国内的技术交易也随之逐渐开展，少数技术进入国际技术市场。这一时期，我国共出口技术38项，金额为6761.1万美元，出口地区主要是欧美发达国家。例如，向美国出口的杂交水稻技术，向卢森堡、英国、美国转让的高炉喷煤粉技术和顶燃热风炉技术，以及向瑞士转让的VC二步发酵法技术。出口的技术内容以软件工艺技术为主。这一时期我国的技术出口尚处于萌芽阶段，国家对技术出口没有管理法规，没有鼓励扶植政策，也没有明确的管理部门，因此，技术出口成交基本上处于一种自发的、分散的、无组织状态。虽然每年大约有1000万美元左右的技术出口，但由于缺乏经验，某些合同在价格和转让条件上显然对我方不利，造成一些不必要的经济损失，个别合同没有达到预期的效果。

尽管如此，我国技术出口工作毕竟实现了零的突破，并为今后的技术出口积累了经验。

（2）起步阶段（1985年以来）。1985年9月，中共中央在关于第七个五年计划的建议中，第一次提出了要积极扩大技术出口，把技术出口工作提到日程上。1986年10月，国务院批转了对外经贸部和国家科委“关于开拓国外技术市场，加强技术出口管理的报告”，对我国技术出口的方针、应遵循的原则、管理体系以及促进技术出口措施等作了原则规定，使我国的技术出口进入有组织、有领导的阶段。1986年至1992年上半年，对外签订1272个合同，总金额为42.4亿美元。出口的地区由主要集中于欧美国家，逐步扩大到广大发展中国家。出口的技术商品结构，由单纯的技术出口转向技术带动成套设备出口。1989—1992年，技术带动成套设备出口占这一时期技术出口成交总额的90%以上。尽管我国的技术出口规模还很小，尚处在起步阶段，但由于我国已经建立了比较完整的国民经济体系，具有较强的科研能力，拥有大量的成熟的工业化技术，所以，我国的技术出口具有很大的潜力，只要精心组织，大力开拓，就会在不太长的时间内取得较大的发展。

第四章 技术贸易的政策及其管理

国际技术贸易对有关国家均会产生一定的影响，但其影响的程度是不同的，而且这种影响也并非总是积极的，在某些情况下也会产生消极的不利影响。为了最大限度地发挥国际技术贸易的积极作用，避免其可能产生的对本国政治、经济利益的不利影响，世界各国都根据其具体情况，制定了相应的法律和政策，对技术贸易实施国家管理。由于各国在社会制度、经济体制及社会经济发展水平上存在着差异，不同国家对技术贸易所采取的政策和实施的管理也有所不同。即使就同一国家而言，在经济发展的不同时期，也会采取不同的政策。20 世纪 80 年代以来，由于东西方关系的缓和，国际间的经济技术交流与合作范围的扩大，各国对知识产权保护的加强，世界范围内技术交流的多极化，以及越来越多的发展中国家实行经济上的开放政策，不少国家重新调整了关于技术贸易的法律和政策，在某些方面放松了对技术贸易的管制。在一些国家，对技术引进的国家管理出现了自由化的趋向。

一、各国对技术贸易的政策

各国根据本国的具体情况，对国际技术贸易采取了不同时政策。从总体上看，这些政策主要包括鼓励政策和限制政策两方面。

（一）各国对技术贸易的鼓励政策

对技术贸易的鼓励政策主要有以下 4 个方面：

1. 在税收、财政、信贷等方面采取一系列优惠政策，鼓励企业采用和传播新技术，积极参与技术贸易。不少国家对于企业采用和转让先进技术，给予税收、财政和信贷上的优惠。例如，美国和欧共体国家为了鼓励企业利用新技术，对使用新技术的企业给予减税或免税、加速折旧等财政上的优惠，并提供优惠利率的贷款或财政补贴。日本在 50 年代制定了“引进补助制度”，政府给引进技术的企业相当于引进价格一半的补助费，以鼓励企业引进技术。在此之后，当日本企业具备技术出口能力时，也对技术出口收行奖励政策。凡是出口软件技术，均可享受减税待遇；对于成套设备出口，也给予金融、保险和信息服务等方面的优惠待遇。泰国对经政府主管部门批准的设备进口，免征或减半征收进口税和营业税，专利所得免征法人所得税 5 年。为了调动有关政府研究机构从事技术贸易的积极性，德国政府实行“三分之二”政策，即研究机构可以在出售许可证所得收入中提取 2/3 继续从事技术转让。美国和西欧一些国家还积极扶植跨国公司，利用跨国公司引进或输出技术，对跨国公司在税收、信贷、补贴、科研和投资保险等方面给予支持。

2. 提供信息咨询服务。为促进技术贸易的开展，不少国家在政府部门内设立、或由政府资助成立咨询服务机构。例如，日本政府在科学技术厅下设立了日本科学技术情报中心，通产省及其所属的特许厅也设置了搜集国外最新科技信息的专门机构，这些机构负责为日本企业，特别是广大中小企业提供有关国外的技术信息。印度政府为促进和帮助企业引进先进适用的技术，在科技部下设立了印度国家研究发展公司，负责搜集、传递各国的技术信息，组织技术转让的培训，为引进技术的企业提供可行性分析、技术选型、工程设计等方面的咨询，并向其他国家提供有关印度的技术和企业的情况，促进印度的技术出口。1966 年，印度政府还出资设立了印度投资中心，该中心的主要任务是宣传和促进印度的技术进出口。这些信息咨询部门的设立，为广大企业提供了大量的技术市场信息，避免了技术贸易的盲目性，推动了技术贸易的开展。

3. 大力发展科学和教育事业，提高技术出口和引进消化吸收的潜能。科学技术与文化教育的发展水平是一国从事技术贸易的基础。为促进国际技术贸易的发层，最大限度地发挥其对本国经济发展的积极作用，世界大多数国家，特别是技术贸易开展得较好的国家，都十分重视发展本国的科学和教育事业。例如，作为世界上头号技术贸易大国的美国，为了保持其在国际上的技术优势，大力加强科研和教育工作，努力提高国内的技术势能。美国政府设有国家科学基金会和科技政策办公室，负责协助总统制定科技政策和协调全国的科技工作。许多庞大的科研项目，都由政府亲自主持。为满足科技发展的需要，美国政府逐年大幅度增加科研费用。1950 年科研费用为 50 亿美元，1985 年则达到 1100 亿美元，增加了 20 多倍。美国政府还十分重视人才的培养。1958 年，美国通过了著名的《国防教育法》，该法规定：“任何学生都不应因经济困难被拒绝接受高等教育”。该法还规定，教育的优先领域

是与科技发展密切相关的数学、科学和现代外语。

日本是靠技术引进在第二次世界大战后短短的十几年内创造了经济奇迹的国家，而今日本已成为技术出口大国。日本成功的经验与日本实行的发展科研和教育的政策密切相关。日本在总理府设立科学技术会议机构，该机构有 8 名成员，日本内阁总理大臣担任领导，大藏大臣、文部大臣、经济企划厅长官、科学技术厅长官等日本政府高级官员作为成员。该机构作为制定科技发展政策的最高机构，负责加强科技与经济社会的联系。日本实行官民结合、三位一体的科研体系。全国的科研体系分为 3 大系统，即政府研究机构、大学研究实验机构和民间企业研究实验机构。这些研究机构在研究领域和研究课题上各有侧重，形成了一个层次鲜明、基础研究和应用研究相结合的生产科研体系。与此同时，日本还非常重视本国的教育事业，精心培养本国的科技后备力量，把技术贸易建立在强大的人力资源的基础上。1962 年，日本文部省发表的《日本的经济发展和教育》白皮书，第一次明确提出“教育投资”的概念，把教育经费作为经济投资的一部分，并以此为依据，大幅度提高教育经费。

4. 重视对引进技术的消化吸收。对引进技术的消化吸收是实现技术引进目的，发挥技术引进积极作用的关键。因此，越来越多的国家注意加强对引进技术消化吸收的政策调整。日本从 1950 年到 1975 年这 25 年间，共引进技术大 25700 项，支付技术转让费 57.3 亿美元。这些技术的引进，使日本一跃成为世界经济大国。日本成功的奥秘在于重视对引进技术的消化和吸收工作，政府在不同时期适时地调整有关政策，提供资金，加强科研力量，鼓励企业在消化、吸收的基础上积极开发新技术。除此之外，日本政府还亲自组织一些关键技术的消化吸收。例如，1956 年日本引进晶体管技术后，由政府出面组织、协调消化吸收工作，并在中小企业推广高度晶体管生产技术，结果只用两年时间就制造出晶体管收音机，并迅速占领了国际市场，为日本电子工业振兴打下了基础。

韩国也是通过引进技术而迅速发展的国家。韩国政府通过一系列政策措施促进对引进技术的消化吸收和发展提高。政府通过发起设立民间研究促进会等机构，对企业的技术引进及消化吸收活动进行必要的协调和组织，促进企业尽快实现对引进技术的转化。当企业通过对引进技术的消化吸收已具有国际竞争能力后，政府鼓励和支持这些企业开创新的子公司，并在税收及其他经济政策上予以扶植，以促使其产品和技术出口。

（二）各国对技术贸易的限制政策

对技术贸易的限制政策包括对技术引进的限制政策和对技术出口的限制政策两个方面。

1. 对技术引进的限制政策

不少国家，特别是广大发展中国家，为了最大限度地发挥技术引进的积极作用，防止对本国经济产生不良影响，往往采取一些限制性政策，以保护和扶助本国企业的发展。

马来西亚贸工部根据本国法律的规定，制定了《技术转让指南》，规定了一些对技术引进的保护性政策。如要求许可方不得以任何方式限制引进方在马来西亚国内市场的销售活动；许可方如果要限制引进方在国外市场的销售，必须在合同中列明限制的地区，并报贸工部特批。巴西将科技分为 4 类，分别施行不同的政策：基础工业与基础科学予以重视；传统工业技

术则加速转让；具有发展前途的工业，选择有利的技术；尖端技术部门，慎重考虑，酌情引进。

日本在引进国外技术的过程中，根据不同时期本国经济和技术发展的实际状况，制定了对本国企业的各种保护性措施。1949年至1960年期间，日本政府只允许引进有利于国际收支改善、扶植产业和公共事业发展的技术。对于那些不利于本国中小企业发展，不利于政府保护产业和“自主技术”发展的技术引进，则采取严格的限制措施。政府还积极参与企业技术引进的谈判，防止在合同中订立限制日本企业利用引进技术，向国外出口产品的限制性条件。为保护本国的幼稚工业，日本政府还对外资的引进采取严格的限制措施。凡是可能对日本政府扶植的、尚属幼稚状态的战略产业有压制影响的外资，一律不许入境。在这一时期，日本的半导体、电子、汽车、缝纫机等行业，从国外引进了大量的先进技术，但这些行业严禁外资涉足，以防止这些行业在形成竞争能力之前，受到外资的干扰。1961年以后，随着日本经济技术实力的增强，日本政府调整了对技术引进的限制性政策，在某些领域内，取消了保护性限制措施，逐步实行自由化的政策。

除上述国家之外，墨西哥、阿根廷、委内瑞拉、智利、印度尼西亚等国在70年代以后，也都对技术引进实行过严格的限制性政策。

2. 对技术出口的限制政策

技术出口是一种直接生产能力的出口。因此，尽管通过技术出口能够获得技术转让费，实现技术研制和开发资本的补偿，但由于技术出口培植了一个潜在的竞争对手，可能导致技术许可方失去技术垄断的地位和市场竞争的优势。所以，技术输出国往往从经济利益考虑，尽可能地以输出技术产品取代向国外转让先进技术，以最大限度地维护其经济利益。

技术出口除可能在经济上对技术输出国造成不利的影晌之外，在军事上、政治上也可能对技术输出国带来某种潜在的威胁，特别是当它将某些尖端的或可用于军事目的的技术向非友好国家出口时，更是如此。

因此，世界上一些国家，出于经济上和政治上、军事上的考虑，对技术出口实行一定程度的限制政策。由于世界上绝大部分先进和尖端技术都掌握在少数工业发达国家，对技术出口实行限制政策的也主要是发达国家。

工业发达国家对技术出口限制政策的重点放在防止尖端技术，特别是可用于军事目的的技术外流。第二次世界大战后，由于东西方关系进入冷战状态，西方各国对于向东方社会主义国家输出尖端技术和可用于军事目的的技术一直实行严格的限制。美国在1949年制定了《出口管制法》，该法在1969年又被新的《出口管理法》所取代。依照上述法律，由美国商务部制定有关民用和军民两用技术输出的管制政策，实施对美国向国外直接出口技术资料，或出口利用美国技术制造的产品的管理，并负责协调有关技术出口政策。日本制定了由通产省执行的技术出口审查标准，主要审查出口对象是否是共产党国家，出口的技术是否属于巴黎统筹委员会禁运的项目；同时，也审查价格和支付条件是否合理。西方国家成立的巴黎统筹委员会，是全面负责对东方国家出口尖端技术实施管制的机构。

随着世界经济和科技的竞争日益激烈，各国对技术出口限制政策的经济色彩越来越浓，有关政治上和军事上的传统限制也往往被用于经济目的。西方发达国家在向发展中国家转让技术时，更多地考虑是否会失去市场，失去技术上的垄断地位，如何最大地获取利润。所以，他们一般都采取有节制、

有选择的技术出口策略。日本尽管对于技术出口采取了一系列的鼓励措施，但对于垄断程度高、处于开发和成长期的技术的出口，仍采取慎重态度，以防止招致“飞镖效应”，失去日本企业的市场竞争力。美国在 1985 年对《出口管理法》进行了修改，将技术出口的限制范围扩大到其西方盟国，规定即使是对巴黎统筹委员会的成员国也要从保障国家安全的观点出发，不再出口像电子计算机那样的高技术产品和高技术专利。随着美日贸易磨擦的升级，美国国会和国防部都曾出面干预和制止日本从美国获取高新技术。

一些科技发展水平较高的发展中国家，在其从事技术出口的过程中，出于自身经济和政治利益的需要，也制定了一些有关技术出口的限制政策。

二、各国对技术贸易的管理

随着国际技术贸易的发展，有关各国都程度不同地对本国企业从事国际技术贸易的活动实行管理。由于各国在国际技术贸易中所处的地位和实际利益不同，其管理的侧重也有所不同。发展中国家的管理重点一般以技术引进为主，而西方工业发达国家则多以技术出口为主。但从根本上说，各国对技术贸易实施国家管理的目的是基本相同的，都是为了最大限度地维护本国的政治和经济利益。

（一）各国对技术引进的管理

为了加强对技术引进工作的宏观管理，提高本国企业在技术引进谈判中的地位，防止许可方在合同中施加不合理的限制，保证本国企业能够真正获得所需的先进、适用的技术，世界上不少国家尤其是技术力量和信息手段较弱的发展中国家，在其技术引进的一定时期，大都对技术引进实施较为严格的国家管理，以确保技术引进工作与本国经济发展的总体目标相一致。

1. 管理机构

为了有效地对技术引进实施管理，不少国家设有专门的管理机构、或授权某一部门负责有关管理工作。例如，泰国政府成立了“技术转让中心”，负责制定技术转让的法规和政策，审批各类技术转让合同，监督和管理技术转让合同的执行情况。马来西亚技术转让的管理工作分别由4个政府部门负责，即贸工部、财政部、工业开发署和工业标准研究院。贸工部负责审查和批准马来西亚企业签订的技术转让合同，审批专利申请；财政部负责有关技术引进的税务问题；工业开发署负责审查和颁发开办生产性企业所必需的制造许可证；工业标准研究院协助贸工部和财政部处理有关专利申请和减免税问题，并接受企业的委托，为企业起草技术转让合同，进行项目可行性和价格评估，参加技术转让谈判。菲律宾在工业部下设立了技术转让局，由国家经济发展部、中央银行、国家科学发展局、技术资源中心、投资局和专利局等部门的代表组成，其主要职能是制定有关技术转让的政策，颁布条例，审查技术转让合同。

2. 管理制度

各国有关技术转让的管理制度不尽相同，有的国家实行直接管理，政府参与从立项到订立合同的技术引进全过程；也有的国家实行间接管理，政府仅是利用税收、信贷、财政等经济手段，对技术引进实行间接调控。从总体上说，这些制度主要有以下5个方面：

（1）立项审批制度。对技术引进立项实施审批的目的在于，使个别企业的技术引进活动符合整个国家的经济发展目标和整体利益。因为在某些情况下，引进一项技术，对一个企业来说是有利的，但从国家经济和社会发展全局来看，可能会产生许多不利的影响，例如会引起环境污染，或超出国家的外汇支付能力，或造成重复引进等等。在一个国家经济发展的一定时期内，通过立项管理，可以防止个别企业从事不利于国家经济发展全局的技术引进活动。

印度工业部根据《工业发展调整法》，每年颁布一次《工业管理准则》，对印度的工业发展政策、技术引进政策，以及技术引进的重点行业和部门作出规定。如规定引进的技术必须适合于本国的技术条件，在引进技术时要充分考虑到有利于中国的就业和扩大出口。任何企业若要引进国外技术，必须

事先到政府有关主管部门提出申请，说明引进技术的理由。印度政府的有关主管部门要根据国家有关法律，特别是《工业管理准则》中的规定，决定是否批准。企业只有经过这种立项批准后，才能对外签约。

马来西亚的工业开发署负责对包括技术引进在内的所有新建工业项目的立项审查。凡是要求新建工厂或从国外引进生产项目的企业，均要向工业开发署申请生产许可证。工业开发署依照国家经济发展政策进行审查，对符合条件的发给生产许可证。

目前，对于技术引进实行立项管理的国家不多。在过去实行计划经济管理的国家中，一般都实行严格的立项管理，但随着某些计划经济国家经济体制的改变和经济政策的调整，相继取消了立项管理的制度。

(2) 外汇管理制度。技术引进需要使用外汇，因此一些国家通过国家银行或中央银行，对技术引进的用汇实施管理，以保证国家的外汇平衡和技术引进项目的经济可行性。在许多国家技术引进的一定时期内，通过银行实行的外汇管理是实施政府管理的主要方面。例如，巴西于1958—1970年间，墨西哥于1970—1972年间，菲律宾于1973—1978年间，对于技术转让的政府管理主要是通过银行进行的。迄今为止，世界上仍有相当一部分国家对技术引进实行外汇管理。

葡萄牙1977年制定的《技术转让条例》规定，凡是已批准的技术引进合同所需的外汇，由有关合同当事人向银行提出申请，由银行负责按需批准。负责审批技术引进合同的政府主管当局应与合同有关的支付问题通知银行，银行按此进行支付，并按月向该主管当局提交有关外汇的支付情况。银行有权在其职权范围内发出技术性指示，命令办理外汇与信贷业务的机构办理有关手续。办理外汇与信贷业务的机构在合同未经批准的情况下，一律不得办理外汇支付手续。

根据日本法律，日本国内企业在引进技术时要向银行提出申请，只有经过银行同意，该企业才能通过其开户行将技术转让费汇往国外。日本的《外汇外贸管理法》规定，凡是涉及工业产权和专有技术的技术引进项目，应在合同签字前3个月向作为国家中央银行的日本银行提出申请。日本银行在收到当事人的申请后，分门别类地传送到各有关部门审查。在一般情况下，1亿日元以下的项目可立即得到批准，1亿日元以上的项目需要两周左右才能作出决定。如有关部门经过审查仍不能作出决定，则将有关申请提交日本总理府下的外汇审核委员会进行审查，由该委员会作出最终决定。拟引进技术的企业只有事先经过批准，才能对外正式签约。凡是经过批准的技术引进合同，即可按合同规定对外支付外汇；但如果支付在指定日期后进行，则需向银行另行申请使用外汇的日期。

(3) 税务管理制度。税收是国家的主权行为，任何一个主权国家都有权制订税收法律，依法对在该国从事生产经营活动的本国居民和非本国居民征税。随着国际技术贸易的发展，各国都制定了相应的税收法规，形成了各具特色的技术引进税收法律制度。

各国对技术转让的税务管理主要包括两方面内容。一方面是对从事技术转让的有关当事人依法征税，防止许可方转嫁税收负担或偷漏税行为，以增加本国的财政收入。例如，阿根廷《技术转让法》规定，外国母公司向本国子公司转让技术，受方不得从其纳税申报额中扣除它应支付给供方的款项，而向外国母公司支付的技术转让费应按利润纳税。个别国家，如委内瑞拉，

为了防止外国许可方将技术使用费的税收负担强加给引进方，从而使技术引进费增加，在法律中明令禁止在技术转让合同中由技术引进方代许可方缴纳因技术转让所发生的所得税。对技术转让税收管理的另一方面内容是，根据本国经济发展的总体政策和产业政策的要求，运用税收杠杆的调节作用，对技术引进实行优惠税率，或是对某些行业或某种先进技术给予减免征税的特殊优惠待遇，以创造良好的技术引进环境，鼓励外商向本国转让先进、适用的技术，使技术引进能够满足本国经济发展的需求。

世界上不少国家，尤其是广大发展中国家，为了吸引外国先进技术，都对技术引进给予税收上的优惠待遇。例如，新加坡国会 1967 年通过了《经济扩展奖励（豁免所得税）法》，规定支付给外国公司和个人的专利费、许可证费、技术援助费、研究开发费等，税率从 40% 降为 20%，对于合资企业，这些所得均可免税。80 年代以后，新加坡政府还通过实行各种税收优惠政策，鼓励外商在当地开展科研和技术开发活动。如规定凡为制造业提供研究开发服务，或利用研究开发过程的革新，政府均给予免税：凡进行受批准的研究与实施受批准的发展计划的制造商，其有关研究开发部分的开支可享受双重扣款；凡用于被批准的知识或专利方面的支出，可在 5 年内资本化或摊入成本。马来西亚修改后的《所得税法》规定，凡经马来西亚劳工部批准的科技开发、老厂改造和技术培训项目，只要外商在这些项目建设中提供投资或转让技术，外商的所得部分可以享受减免税的优惠待遇。

各国对技术引进的税务管理，主要由政府的财政或税务当局负责。为了有效地实施管理，其他政府主管当局，如合同的审批机关，也协助财税部门从事这一管理工作。

（4）统计和信息管理制度。对技术引进的统计和信息管理，是技术引进国家管理的一个重要方面。通过对技术引进情况的统计和有关信息的搜集，能够对整个技术引进情况作出客观的综合性的判断，以便国家及时调整有关政策，更为有效地对技术引进实施管理。因此，世界上多数国家都较重视对技术引进的统计和信息管理工作。

日本政府对于技术贸易的统计和信息收集工作主要通过日本银行和大藏省总务厅这两个部门进行。这两个部门在统计的重点、统计方法和调查对象等方面均有所不同。根据日本《外汇外贸管理法》，日本银行主要从国际收支平衡的角度对技术引进进行统计。根据日本《统计法》，大藏省总务厅则侧重于从全面的技术水平和资金投入等方面进行综合统计。在统计方法上，日本银行是根据日本企业或实体引进技术的申请资料进行统计，对于技术出口，日本银行不进行统计，调查和统计对象也仅限于国内从事技术引进的企业或实体。大藏省总务厅进行的是以调查国民财产为目的的整体性统计工作，它侧重于收集日本科学技术的情况，包括技术贸易和技术研究的状况，资金投入等方面的信息。在统计方法上，大藏省总务厅采用问卷方式，对企业或实体的科研状况进行全面调查，这种调查不仅限于技术和成套设备的进口，也包括出口。日本政府对技术贸易的情况进行统计和分析后，定期予以公布。

（5）合同管理制度。在对技术引进实行全面严格管理的国家中，合同管理是诸项管理制度中最重要的一项内容。这些国家实行合同管理的目的是，通过对技术引进合同的审批，加强引进方的谈判地位，防止在合同中出现对引进方自身或引进方国家利益有害的不合理或限制性的条款。当然，合同管

理制度作为一项广为采用的制度，并不仅限于在上述国家中实行。在其他某些对技术引进管理较松的国家中，也存在着合同管理，只是在不同国家中的管理形式和作用不尽相同。就其管理形式而言，主要有事先申请和事后备案两大类。

事先申请制度是转在合同对外正式签定之前，或合同生效之前，合同当事人将合同文本提请有关主管当局审查批准，并以有关当局的批准作为合同对外正式签字或合同生效的前提条件。事先申请制度包括批准签约制度和批准生效制度。

日本对于一部分技术引进合同实行批准签约制度。依照日本法律，对于飞机制造技术、武器技术、炸药类、原子能、宇宙开发技术、电子计算机技术、超大规模计算机用电子元器件、光纤通信技术、新材料技术、非水银法食盐电解技术、海底石油生产技术、皮革及皮革制品技术等 12 个领域的技术引进，拟引进的企业在正式签订合同之前，要提请有关部门事先批准，经过批准才能正式签订合同。

菲律宾、泰国、马来西亚、西班牙、葡萄牙等国都实行合同的批准生效制度。例如，依照菲律宾《技术转让管理条例》，所有技术引进合同均需提请国家技术转让署批准。技术转让署在正式受理后 60 天内，作出批准或不批准的决定。合同一经批准，正式生效。

与事先申请制度不同，享后备案是指在合同签订之后，合同当事人将合同情况向政府有关部门申报备案。此种备案本身并不是合同生效的先决条件，在某些国家中，甚至主要是出于统计的目的。但也有的国家规定，在备案后如发现合同有问题，有关当局有权进行处理。法国、阿根廷、委内瑞拉、韩国等国，对技术引进合同实行享后备案制度。例如，法国政府 1970 年 5 月公布的第 70—441 号法令及其执行法令规定，法国与外国订立的有关工业产权、专有技术和技术服务合同，不论是技术引进还是技术出口合同，都须在合同签订后 1 个月内向工业和科学发展部报告。委内瑞拉 1990 年 1 月修订的《技术转让法》规定，所有技术引进合同在签订之后，都要向外国投资监督委员会登记备案。

3. 审批的内容和程序

在实行批准生效制度的国家中，依照有关法律，对技术引进合同的审批内容及程序主要包括以下 3 个方面。

(1) 申请。申请应由合同的当事人提出。在提出申请时，需提交合同文本及其他申请文件。多数国家的法律规定，提交的合同文本应是已签字的正式文本。但也有国家规定，可在合同正式签字前提交合同草案供审批机关考虑。需提交的其他申请文件一般包括，有关合同当事人的基本情况文件，有关提请审查的合同和项目情况的说明文件；以及与合同标的有关的专利和商标证书等等。

(2) 审查。在当事人提出申请后，审批机关须在法律规定的一定期限内对合同进行审查。审查的期限各国不尽相同，如葡萄牙规定为 90 天，菲律宾规定为 60 天，日本规定为 30 天。逾期未作决定的，合同可自动生效。

审查包括形式审查和实质审查两个方面。形式审查是看有关当事人是否按照法律规定提供了全套完整的审批文件。如果提交的文件不全，审批机关有权要求申请人限期补齐。实质审查主要看当事人所订立的合同在经济、商务、技术和法律等方面是否符合国家法律和经济发展政策的要求，是否含有

限制性条款。

a. 经济方面的审查。主要看所引进的技术是否符合引进方国家经济发展的总体方针和产业政策，是否超过引进方国家的经济承受能力，是否会对引进方国家的经济技术发展产生消极的不利影响。它主要包括产业政策、劳动就业环境保护、外汇支付能力、自然资源的开发和利用等几个方面的审查。

b. 商务方面的审查。主要看技术引进合同是否含有对引进方不利的商务条款，包括合同期限、价格条款、支付方式、合同生效的条件等几个方面，其中重点为价格条件。某些发展中国家为避免本国企业支付过高的技术转让费，在法律中对于提成费的最高限额有严格明确的规定。例如，菲律宾法律规定，技术引进合同的提成费不得超过合同产品批发价格的 5%，单纯商标许可合同的提成费不得超过 2%。

c. 技术方面的审查。主要是看所引进的技术是否是本国所需要的先进适用的技术，合同的技术条款能否保证生产出合格的合同产品，以及能否保证引进方对技术的消化和吸收，是否含有已超过专利保护期的技术和在本国可以获得的技术。依照马来西亚政府的规定，技术引进合同必须详细规定产品的技术保证，以及一旦达不到技术保证时的解决措施，许可方必须确保生产能力、产品规格和产品的质量。为确保引进方能够真正掌握所引进的技术，在技术引进合同中还必须列明培训的内容和预期的效果。

d. 法律方面的审查。主要是看技术引进合同的诸项条款，特别是权利保证、保密、争议的解决和适用法律等法律性条款是否符合本国法律的一般规定，当事双方的权利义务是否基本对等，以及是否存在法律所限制或禁止的限制性商业条款。从各国法律所规定的技术引进管理机关的主要职能来看，法律审查的重点是对于限制性商业条款的审查。至于哪些条款属于限制性商业条款，各国法律的规定不同，一般是指许可方滥用其技术垄断地位，对引进方施加的种种不合理、不对等，影响引进方利用其引进技术的条款。例如，前南斯拉夫《关于联合劳动组织同外国人长期生产合作业务——技术协作和工业产权的获得和转让法》规定，各类技术转让合同中凡含有限制有关联合劳动组织的业务、发展和自治职能，造成不平等或不利的业务条件或导致合同双方不平等，限制社会、经济和技术潜力的利用和发展，或对社会发展目标的完成会产生影响的条款属于限制性条款，凡是含有这类条款的合同，政府不予批准。菲律宾《技术转让管理条例》规定，以下 10 类条款属于限制性商业条款，不得在合同中订立：合同期满后限制使用技术的；专利和其他工业产权已期满或失效，仍需支付费用时；合同有效期内，引进方使用改进技术需要付款的；引进方改进的技术，要求只能提供给许可方的；要求引进方不能对许可方的专利有效性提出异议的；限制引进方从第三方取得技术的；要求向许可方购买原料、零部件的（如价格与第三方相同或更便宜的例外）；直接或间接限制产品出口的；限制引进方生产范围、产量和售价的；限制引进方改进技术和科研活动的。

对技术引进合同的审查是一项政策性很强的工作，各国一般都授予合同审批机关一定的自由裁量权，允许它们在审批合同时，根据合同的具体情况和不同时期国家经济发展政策的要求，采取一些灵活变通的方法。

(3) 批准与登记。对决定批准的合同，审批机关在法律规定的时间内向申请人发出通知，颁发批准证书或给予办理登记注册。申请人可凭这些文件办理对外支付等有关手续。在审批过程中，如审批机关认为合同中的某些条

款与法律规定不符时，可要求有关当事人限制修改，待修改后再报审批机关，由审批机关决定是否批准。逾期不作修改的，不予批准。修改的期限各国规定不一。菲律宾法律规定，当事人应在 5 日内作出修改，审批机关在收到修改的合同文本后，应于原审批期限未了的期间内或 45 天内作出批准或不批准的决定。阿根廷法律规定，修改期限为 60 天，在修改期内，审批机构的审批期限暂时中止。

（二）各国对技术引进管理的自由化趋向

近年来，世界各国对技术引进的管理出现了一种新的自由化的趋向，不少国家修改或消除了有关对技术引进实行严格管理的法律，放宽了对技术引进的限制，给技术引进合同当事双方以更大的自主权，实行较为自由宽松的技术引进管理政策。

韩国从 1978 年开始，对其技术引进管理制度进行较大的调整，取消了技术引进的批准制度，实行技术引进自由化措施。对机械、造船、电子、电气、金属、化学、纤维等 7 个部门的技术引进，凡是合同期限在 3 年以内、技术入门费在 3 万美元以下和提成费占销售额的 3% 以下，或一次总付金额在 10 万美元以下的合同，均可由主管官员自行批准，不需提交技术引进审查委员会审查；凡是合同期限在 3—10 年，提成费占销售额的 3% 或一次总付金额为 10 万美元以下的合同，在听取有关部门意见后，可在 20 天内获得经济企划院长官的批准或半批准。1979 年，韩国政府又规定，除原子能和国防工业外，所有产业部门对其合同期限在 10 年以内、入门费在 50 万美元和提成费为销售额 10% 以下者，均可自行批准。1982 年，则完全取消了合同有效期限和技术费用的限制，所有合同均由“科学技术处”自行批准。1984 年，又完全废除了批准制，改为备案制，引进技术的企业只要到有关当局备案即可。

委内瑞拉于 1990 年 1 月对其《技术转让法》进行了修改，取消了旧法中许多限制性的决定。例如，除母公司与子公司之间所签的技术转让合同的固定提成费不得超过净销售价的 5% 外，取消了旧法中对于固定提成费的一切限制。修改后的法律还规定，废除合同的批准生效制度，改为向外国投资监督委员会备巴西工业产权协会于 1991 年 2 月 27 日发布了有关技术转让的第 20 号决议，取代了以前有关的法律和政策。该决议放宽了对技术贸易的限制，给予合同当事人以更大的自主权。例如，废除了巴西联邦财政部有关技术转让提成费最高不得超过 5% 的限制性规定，允许合同当事双方按照国际市场的公平价格自由商定。该决议还简化了对技术引进合同的审批手续，废除了提请批准前的事先咨询协商的程序。

日本国会于 1991 年通过对《外汇外贸管理法》的修正案，对技术引进管理的“事先申请制度”改为“事后备案制度”。规定自 1992 年 1 月起，除某些特殊领域外，对于技术引进项目无须事先批准即可对外签约，待签约后再将合同送交有关部门备案。

印度、印度尼西亚、阿根廷、智利、墨西哥等许多第三世界国家也都对本国的技术贸易管理的法律和政策作了修改。墨西哥自 1980 年起，进行了两次大规模的立法修改工作。1991 年 6 月 28 日生效的新的《促进和保护工业产权法》，几乎完全废除了对技术引进的政府管理，政府对合同的具体内容不作任何干预，合同的订立完全取决于当事双方的意愿，合同的生效也无须经过政府批准。

技术引进管理自由化趋向的出现，有其深刻的国际和国内政治、经济背

景。具体说，主要有以下 4 个方面的原因。

(1) 随着国际政治关系的缓和，世界经济格局也发生了变化，和平与发展已成为当今世界的主流。发达国家利用其拥有先进技术的优势，在国际技术贸易中占据了主动地位。任何一个国家，特别是技术实力较弱的广大发展中国家，为了获得先进技术以发展本国经济，只能放松对技术引进的限制政策，创造更为宽松的引进环境。

(2) 随着国际知识产权保护的加强，特别是关贸总协定“乌拉圭回合”谈判最终达成“与贸易有关的知识产权保护协议”，使得对知识产权的保护成为世界各有关国家应承担的一项国际义务。为此，各国需要参照国际标准，调整和修订有关技术转让和知识产权保护的立法。

(3) 许多国家为迅速发展经济，实行开放的经济政策，提倡市场竞争。这种开放的经济政策要求取消政府和技术引进管理中对本国企业的消极的保护措施，把本国企业推向国际市场。

(4) 许多国家通过总结以往从事技术引进的经验，认为对技术引进实行严格的国家管理，在技术发展的一定时期是必要的；但若长此以往，特别是当本国企业已经具有一定的独立开展技术引进的能力后，仍坚持实行“家长式”的严格管理，施行过多的行政干预，将不利于调动技术引进双方的积极性，不利于吸引国外先进技术，不利于本国经济的发展。另一方面，严格的国家管理，往往使得有关主管当局拥有过大的自由裁量权，增加技术引进中的不确定因素，使外国技术输出方感到转让的风险太大，从而提高技术转让费，或拒绝转让技术。

(三) 各国对技术出口的管理

技术出口管理是技术出口国时技术输出所采取的一种法律控制手段，其目的在于保证本国的政治、经济和军事利益不因技术出口而受到损害。从世界各国的情况来看，各技术输出国都程度不同地对技术出口实施管理，其中既包括一个国家单独实施的管理，也包括几个国家共同实施的管理。美国是世界上最大的技术输出国，有一套严密的有关技术出口的管理措施，颇具代表性。巴黎统筹委员会是世界上最有影响的对技术出口实施管理的多边国际组织。因此，下面着重介绍美国和巴黎统筹委员会对技术出口的管理情况。

1. 美国技术出口管理的法律机构和原则

美国对技术出口的管制始于第二次世界大战时期。为适应战争的需要，美国国会于 1940 年 7 月 2 日通过了美国第 703 号公法，授予美国总统管制重要军事物资和技术出口的权力。第二次世界大战结束之后，由于东西方关系进入冷战状态，美国国会决定将战时的临时特别权力固定下来，遂于 1948 年正式制定了美国第一部出口管制法，即《1949 年出口管制法》。该法的目的是控制一些具有军事用途的产品和技术出口到共产党国家。该法实行了 20 年，1969 年被国会通过的《出口管理法》所取代。《出口管理法》是迄今仍在实行的、在美国出口管理制度中最为重要的法律。除《出口管理法》之外，美国的其他一些法律或条例也涉及到技术出口管理问题，如《武器控制法》、《原子能法》、《进出口物资管制法》、《运输法》等。依照这些法律，美国商务部是从事技术出口管理的主要机构，直接负责全部民用和军民两用的商品和技术的出口审批。除商务部之外，美国国务院、国防部、司法部、能源部、农业部、内务部、原子能管理委员会、专利商标局等部门也都在其管辖的范围内，参与技术出口管理。例如，国务院负责对外政策，并

直接负责发放军事用途商品的出口许可证。国防部负责国家安全，并负责制定有关军用和军民两用技术出口管理政策，审议制定军用和军民两用商品管制清单。

依照《美国出口管理法 1988 年修正案》的规定，美国对技术出口的管理主要遵循以下 3 项原则：（1）国家安全管理原则，即为了防止对美国国家安全产生不利的影 响，限制对其他国家或国家集团出口具有重大军事潜力的商品和技术。（2）对外政策管理原则，即为了有效地进一步加强和推动美国的对外政策和履行美国承担的国际义务，限制某些商品和技术出口。（3）稀缺物资管理原则，即为了防止某些短缺物资过多外流和减少因国外需求造成的通货膨胀，限制某些商品和技术的出口。

依照上述原则，美国政府并非是对所有的技术出口都实行管理，而只是对于影响国家安全和对外政策，或是可能产生物资短缺的商品和技术出口，才通过法定程序施行管理。从实践中看，美国对技术出口实行管理主要是援用国家安全管理原则和对外政策管理原则，极少援用稀缺物资管理原则。

2. 美国出口管理的内容

美国政府对其出口的商品和技术实行分类管理，对不同类别的商品和技术采取不同的管理政策。其分类的依据主要是商品和技术的用途和贸易方式。

按照商品和技术的用途，将实行管理的商品分为 3 类：（1）民用商品和技术资料；（2）既可民用又可军用的双重用途的商品和技术资料；（3）纯军事用途的商品和技术资料。按照此种分类，美国政府将全部商品和技术编入两个商品管制清单，一个是民用及军民双重用途的商品管制清单，另一个是军事用途的商品管制清单。

前一个清单，几乎包括除技术资料以外的所有的非军事用途的商品和技术，共分为 10 类，即：金属加工机械；化工和石油设备；电和发电设备；通用机械；运输设备；电子和精密仪器；金属矿产及其制品；化学品、类金属、石油产品及有关材料，橡胶和橡胶制品；其他商品和技术。

在美国商务部制定的《出口管理条例》中，列有该清单的全部内容。该清单共有 6 个纵栏，第 1 纵栏列有各类出口商品的控制编号，第 2—5 纵栏分别标明根据每一商品控制编号该商品应适用单一有效许可证或特别许可证的国别分类组号，实行管理的法律依据及其他有关许可的规定。在某些商品控制编号后，还有建议性的解释，说明某些分类组的国家获得该商品许可证的可能性。

关于军事用途的商品管制清单，依照美国《武器出口管制法》，授权美国总统制定。根据美国政府公布的该种清单，将军事用品和技术分为 22 类，几乎包括从步枪、刺刀到核武器的全部军事用品及相关技术。

按照商品和技术的交易方式，美国政府将管制的商品和技术分为 4 类：（1）美国商品和技术直接从美国出口；（2）外国将美国原产的商品和技术转口；（3）外国出口本国生产的或转口其他国家生产的含有美国原产零件的商品；（4）外国出口或转口使用美国技术生产、制造的商品。按照这一分类，美国对技术出口的管理不仅限于美国直接从事的商品和技术的出口，而且还包括上述（2）至（4）类中所转的外国所从事的与美国商品和技术有关的商品和技术的再出口或转口。

3. 美国技术出口管理的国别分类组

为推行其国别政策，美国政府对不同的国家实行不同类型的出口管理。对共产党国家和从事、支持国际恐怖主义的国家，主要以国家安全管理为主；对其盟国和其他发展中国家，则主要以外交政策和稀缺供应管理为主。按照美国商务部制定的《出口管理条例》，美国将除加拿大以外的所有国家分别编入了7个国别组。根据美国商务部1985年8月30日的列表，以及依照实施管制的严宽程度的顺序，这7个组分别为：Z组：古巴、柬埔寨、朝鲜、越南；S组：利比亚；Y组：阿尔巴尼亚、保加利亚、捷克斯洛伐克（原称）、老挝、蒙古、苏联（原称）；W组：匈牙利；Q组：罗马尼亚；T组：除古巴以外的北美、中美和南美国家，百慕大和加勒比国家；V组：其他不在上列的国家。

美国对Z组管制最严，几乎是全面禁运。对于属S组的利比亚，除可出口药品、医疗用品、食品和农产品以外，对其他所有的商品和技术的出口和转口都实行全面管制。对于Y组，允许非战略物资出口，禁止与军事用途有关，或有助于美国国家安全的商品和技术的出口。W组与Q组总的管理原则与Y组相同，只是W组受限制略小于Q组。对于T组国家管制较松，总的管理原则与V组基本相同，只是向这些国家出口用于犯罪管制、侦察设备、军用车和用于军事设备的某些专门设计的商品和技术出口，一律需要有效出口许可证。对于V组管制最松，但在具体实施出口管制时，则是对于该组中的不同国家，实行不同的政策。例如，中国虽然被列入V组，但中国实际上仍不能享受与V组其他国家同等的待遇，向中国出口潜在军事用途大的商品和技术还要受到多方面的限制。

4. 美国技术出口管理的许可证制度

美国对技术出口的管理是通过发放出口许可证具体实施的。根据《1979年出口管理法》的规定，除了向加拿大直接出口的多数商品和技术资料外，美国对世界上任何国家出口的一切商品和技术都必须获得美国政府的出口许可证。美国的出口许可证共分为3种类型：

（1）普通许可证（General License）。它实际上是一种例外程序，即只要符合或满足普通许可的条件，出口商就可以无需许可证而自由出口。根据美国《出口管制条例》的规定，对于一些不重要的、或是金额和数量都很小的商品和技术，或是向美国盟国出口的商品和技术，出口商不必事先提出申请，美国商务部也无须发放任何书面批准文件，海关仅凭出口商填写的“出口申报单”放行，但出口商需在货物上注明“无须许可证”的字样。依照美国法律的规定，普通许可证仅适用于美国商务部管辖范围内的商品和技术。目前，美国政府公布的适用于普通许可证的商品和技术共有22种，每一种都有明确的含义和范围，并注有特别的符号，以便于出口商在办理出口业务时参照执行。

（2）单一有效许可证（Individual Validated License）。又称普通核准许可证（General Validated License），是美国商务部发放的仅适用于一种商品和技术出口的官方文件。单一有效许可证是涉及范围最广的一种出口许可证，除适用于普通许可证和特别许可证之外的一切商品和技术的出口，均需获得此种许可证。单一有效许可证详细列明了所出口商品或技术的名称、数量、最终用途及买主或引进方，有效期通常为1年。在《美国出口管理条例》的“商品管制清单”中，详细列明了需要申领单一有效许可证的范围及编号，出口商在商品或技术出口之前，须按照法律的有关规定逐项申

请。在获得批准后，也须按照许可证上所载明的条件执行。

(3) 特别许可证 (Special License)。它是美国政府为了区别对待，方便出口，提高工作效率而签发的一种特殊优惠的许可证。它与单一有效许可证性质相同，都需要出口商向美国商务部提出申请，由美国商务部核准后签发。所不同的是，它比单一有效许可证优惠，通常包括 1 项以上的商品或技术，并可多次使用，一般可替代若干个单一有效许可证。特别许可证有 4 种类型，即：经销许可证 (Distribution License)、项目许可证 (Project License)、核定普通许可证 (Qualified License) 和提供服务许可证 (Service Supply License)。

5. 美国对技术资料出口的管制

由于技术资料的出口比其他商品的出口更难掌握，美国《出口管理条例》对技术资料出口作了专门规定。

依照美国法律，技术资料是指任何可用于设计、生产、制造，利用或改进各类物品或物质的专门知识。技术资料可以是有形的，如模型、原型、蓝图或操作手册。也可以是无形的，如技术服务。

技术资料的出口不仅包括这种资料被运送或转移到美国境外，而且也包括技术资料以泄露的方式出口和将技术资料运送或转移到外国的意图和倾向。依照美国法律，以下 3 种情况属于技术资料以泄露的方式出口：外国人对美国生产的设备或设施的直观考察；在美国或国外通过口头交换技术情报；将在美国获得的个人知识或技术经验用于国外。

为了对技术资料有效地实施管理，美国法律将技术资料分为 8 类：

(1) 可通过普通许可的程序，不受限制地向一切目的地出口，简称为 GTDA (General License GTDA: Technical Data Available to All Destinations)。这类资料一般指曾以任何公开形式公开过的技术资料，如在公开的会议、展览会或公开出版物中公开的技术资料；与设计 and 生产无直接关系的科学和教育方面的技术资料；专利申请中已包括的技术资料。

(2) 在一定限制条件下可通过普通许可程序出口的技术资料，简称为 GTDR (General License GTDR: Technical Data Under Restriction)。这类资料包括操作技术资料与销售技术资料。限制条件为：技术资料的类型，如该资料是否属于军品管制清单中列明的技术资料；技术资料转达的目的地，如是否属于向 Q、W、Y 组的国家出口；担保信，依照美国法律规定，出口商只有收到进口商作出的不将该技术资料直接或间接地输往其他受限制的国家书面担保信后，才能向 T 组和 V 组国家具体实施适用普通许可证的 GTDR 的技术数据的出口。

(3) 上述以外的其他技术资料。这些技术资料均需申领导美国商务部签发的出口许可证才能出口。

美国法律对于以美国原始技术为基础而开发的技术资料能否再出口的问题也作了规定。根据《美国出口管理条例》的解释，由于美国的原始技术资料在被使用，或在外国与其他技术相混合时并不失去其原始性，因而任何以美国原始技术而发展起来的技术资料欲在国外使用，同样应受到美国法律的管辖，其中包括在申请再出口以前获得美国商务部的批准。依照美国法律，任何外国的法律、条例或授权，都不能免除任何人为了技术资料的出口或再出口而须向美国出口管理当局获得出口许可的责任。

6. 巴黎统筹委员会

巴黎统筹委员会，是目前世界上最有影响的从事技术出口管制的多边国际组织，其正式名称为“多国出口控制协调委员会”(CoCoM: Coordinating Committee for Multilateral Export Controls)，因其设在巴黎，故得此名，简称为“巴统”。

“巴统”是第二次世界大战后，东西方关系进入冷战状态的产物。它于1950年1月1日正式成立，迄今为止共有17个成员国，它们是美国、英国、法国、意大利、荷兰、比利时、卢森堡、挪威、丹麦、加拿大、德国、葡萄牙、日本、希腊、土耳其、西班牙、澳大利亚。“巴统”是非正式的自愿组织，成员国之间没有条约，没有章程，其活动对外保密。它的日常工作由秘书处负责，秘书处设在美国驻法国的使馆内。

“巴统”成立的根本目的是，防止和限制西方的战略物资、高技术及其产品流入社会主义国家。其具体工作任务主要有：制定向社会主义国家出口的禁运清单；审议免除禁运的申请；协调和监督禁运政策的实施。

“巴统”对出口的管制主要是通过制定禁运清单实现的，其制定的清单主要分为3大类：(1)国际军品武器清单。(2)国际原子能清单，包括核反应设备及原材料、零件。(3)国际工业和商业清单，这类清单又分为3级：一级为禁运项目，非经特殊批准不得出口；二级为出口数量受控制的项目；三级为可获得批准，但出口国应对进口商的最终用途进行定期监督和检查的项目。

“巴统”一般每隔三四年对管制清单重新审核一遍，依照技术的发展情况，对原清单作适当的增删调整。凡属于清单内的项目，“巴统”成员国必须向“巴统”提出申请。此种申请一般由出口国政府向“巴统”秘书处提交，由秘书处翻译和分发给各成员国，最后在各成员国代表团参加的每周例会上逐项进行审批。通常情况下，总的审批时间需要60至90天，但对某些特殊情况，则需要大大延长。所有项目须得到全体成员一致同意才能获得批准，此种批准可以是附条件的，如要求降低技术档次。

美国作为西方盟主，在维持“巴统”管制过程中起着重要的主导作用。“巴统”关于确定控制战略的重点，对民用项目的鉴定等许多方面的决定，实际上都是按照美国提出的建议，并依靠美国的技术进行评估。

1990年以来，由于世界政治、经济形势的变化，特别是由于东欧的演变和苏联的解体，“巴统”开始大幅度地调整其出口管制政策，放宽了对东欧各国家和原苏联的出口管制，削减了原国际工业和商业清单中1/3的管制项目。

中国是“巴统”管制的对象之一，目前在巴黎审议的项目中，有相当一部分是有关向中国出口的项目。例如，1984年提交到“巴统”的全部出口申请中，向中国出口的申请占80%左右。自1983年起，“巴统”开始放宽对中国的限制，把中国同原苏联和东欧国家区别对待，并简化对我国的审批手续。1989年6月之后，“巴统”宣布中止对华放宽尖端技术产品特别计划的实施。近年来，虽然有所松动，但“巴统”仍在许多方面对向我国出口商品和技术产品实行严格的限制。

三、中国的技术贸易政策和管理

技术贸易是我国对外贸易的主要组成部分。从宏观上讲，国家对技术贸易的政策和管理同整个对外贸易的政策和管理是一致的。但技术贸易是一种特殊的对外贸易形式，因此，国家根据不同时期的具体情况，对技术贸易实行某些特殊的政策和管理措施。

（一）我国对技术引进的政策

我国对技术引进的政策是随着国家技术引进业务的发展而不断完善，并根据不同时期国民经济和社会发展规划的要求而适时地调整补充的。

我国现阶段的技术引进政策可概括为以下 8 点：

1. 注重技术引进的先进性与适应性相结合，注重技术引进的经济效益和社会效益。引进的技术应具有较强的生命力和竞争性；应高于国内现有的技术水平，并与国内的技术水平相适应，能够尽快被消化、吸收，取得经济效益。

2. 技术引进首先要保证国家经济发展急需的项目，同时又要结合经济体制的改革，搞活大中型企业。除少数新建项目外。重点是为现有企业技术改造服务，并注意加强引进技术的消化吸收与创新，完善已引进项目的配套工作，做到统筹安排，综合平衡，提高综合经济效益。

3. 提倡以多种方式引进技术，特别是要注重以许可证贸易、技术服务、顾问咨询、合作生产、合作设计以及关键设备的引进等方式开展工作，增加引进项目中技术软件的比重，控制成套设备的进口。同时，提倡通过开办合资经营与合作经营企业的方式吸引国外的先进技术和管理经验。

4. 加强对技术引进的宏观管理，弱化微观管理，并注意管理的科学性，防止盲目引进和不必要的重复引进。

5. 利用多渠道资金引进技术。多种渠道的资金包括中央外汇、地方外汇、企业留成外汇、我国银行的外汇贷款，以及多种形式的外国政府和国际金融组织的贷款。在资金安排上，为技术引进项目落实配套人民币，并实行优惠利率。

6. 进一步完善技术引进的市场战略，坚持多方位引进技术。除注重从欧美日等发达国家引进技术外，还要积极开拓新的市场，特别是开拓独联体、东欧国家的市场。

7. 运用税收杠杆，对技术引进实行税收优惠政策。为鼓励引进软件技术和有关能源开发、交通运输、农村牧业生产等领域的技术，给予这些技术引进项目以减免税的优惠待遇。

8. 提倡在平等互利的基础上，参照国际技术贸易惯例开展技术引进工作，注意对知识产权的保护，重合同，守信用，维护合同当事人的合法权益。

（二）我国对技术引进的管理

为进一步扩大对外经济技术合作，保障技术引进工作健康、顺利地发展，满足国家经济和社会发展的需要，我国对技术引进工作实行全面的国家管理。

为了有效地对技术引进贸易实施国家管理，我国相继颁布了一系列有关技术引进的法律、法规和条例。其中主要的是《专利法》、《商标法》、《著作权法》、《涉外经济合同法》、《外国企业和外商投资企业所得税法》、

《个人所得税法》、《技术引进和设备进口工作暂行条例》、《技术引进合同管理条例》、《技术引进合同管理条例施行细则》、《计算机软件保护条例》、《关于加强技术引进管理的若干规定》、《关于利用税收优惠，促进技术引进结构优化的暂行规定》等等。

上述法律、法规、条例是对技术引进实施管理的基本法律依据。依照这些法律，我国对技术引进的管理机构是国家计划委员会、对外贸易经济合作部、国家税务局和国家外汇管理局等政府部门。

2. 管理的内容

对技术引进的管理内容包括：计划管理、合同管理、税务管理和外汇管理这4个方面。

(1) 计划管理。指国家通过计划来指导、组织、监督技术引进的执行，使之符合国家经济和社会发展的总体要求。根据统一规划、分级管理的原则，技术引进的项目计划，按照项目规模的大小和隶属关系，分别纳入国家计划或地方计划。国家计划委员会是国家技术引进项目的管理机关，负责编制国家中长期和年度技术引进计划，确定技术引进的重点和规模，监督国家技术引进计划的执行，组织论证和审批500万美元(人民币3000万元以上)的技术引进项目。各省、自治区、直辖市、计划单列市的计划委员会为地方技术引进计划的管理机关。

(2) 合同管理。指国家对技术引进合同进行审查、批准，使合同的内容符合国家法律和技术引进计划的要求，维护合同当事人的合法权益。按照项目的外汇资金来源和规模的大小。技术引进的合同管理实行分级审批管理制度。对外贸易经济合作部是技术引进合同的管理机关，负责审批使用中央外汇的引进合同，以及使用其他外汇的金额在500万美元以上的引进合同。对外贸易经济合作部授权各省、自治区、直辖市，计划单列市、沿海开放城市、经济特区的对外经济贸易管理机关，审批使用其他外汇的金额在500万美元以下的引进合同，并对这些地方审批机关的工作给予管理、监督和指导。

(8) 税务管理。指国家依照税法，对技术引进合同的有关税收实施管理，以确保国家的财政收入和对技术引进的鼓励政策得以实施。国家税务局是有关技术引进合同税务的管理机关，负责拟定有关技术引进的涉外税收政策，指导、监督和管理各地方涉外税务机关对技术引进合同的税收征管工作。除国家税务局之外，有关技术引进合同进口环节的关税，由海关总署负责管理。

(4) 外汇管理。指国家对有关技术引进的外汇使用实施监督和管理，以确保技术引进合同的外汇使用符合国家外汇管理的规定。国家外汇管理局是有关技术引进合同外汇的管理机关，负责根据国家有关政策、法规，拟定外汇管理的具体政策和管理办法，管理外汇计划调拨，监督外汇计划的执行。

3. 合同审批程序

依照我国法律规定，凡属技术引进合同，无论合同许可方的国别和地区，引进费的资金来源和偿付方式，均应向审批机关办理审批手续。

合同的引进方应在自合同签订之日起15日内，向审批机关提出审批申请，并报送下述文件：合同报批申请书；合同副本，如系外文本，应当附合同中文译本，签约各方的法律地位证明书或其复印件；项目可行性研究报告的批准文件或其他批件。

我国对技术引进合同实行分级审批制度。凡由国务院各部、委和各直属机构批准可行性研究报告的技术引进项目，其合同由对外贸易经济合作部审

批。凡由省、自治区、直辖市、计划单列市、沿海开放城市和经济特区的人民政府或其授权主管机关批准可行性研究报告的项目，其合同由同级授权审批机关审批；如果该合同系委托跨地区的其他对外公司签订的，在征得委托方所在地的授权审批机关同意后，可以由签约地的授权审批机关审批。合同批准后，签约地的授权审批机关应当将合同批准证书复印件送委托方所在地的授权审批机关备案。

审批机关应在收到申请书之日起 30 日内决定是否批准。逾期未作答复的，视为合同已获得批准。审批机关有权要求合同当事双方修改合同。凡审批机关提出修改的合同，其审批期限自收到修改后的合同文本之日起计算。合同自批准之日起生效，由审批机关颁发对外贸易经济合作部统一印制和编号的《技术引进合同批准证书》。

《技术引进合同批准证书》是技术引进合同经国家认可正式生效的法律凭证。在执行合同过程中，凡办理有关银行担保、信用证、支付、结汇、报关、纳税手续时，必须向有关机关出示批准证书或复印件：不能出示的，银行、海关、税务机关有权拒绝受理。合同引进方向国家有关部门申请享受技术引进优惠待遇的，也须出示该批准证书及其复印件。

（三）我国对技术出口的管理

我国的技术出口尚处在起步阶段，有关技术出口的国家管理也处于探索时期。为了有效地实施国家管理，国家近年来制定了一些有关政策和条例，其中主要的有《关于开拓国外技术市场，加强技术出口管理的请示》、《鼓励技术出口的暂行办法》以及《技术出口管理暂行办法》。这些政策和条例是从事技术出口管理的基本依据。

1. 基本方针和基本原则

我国技术出口的基本方针是，解放思想，积极鼓励，努力开拓，加强管理，稳步前进，讲求实效。

为贯彻这一基本方针，维护国家的政治和经济利益，我国技术出口应遵循以下基本原则：（1）技术出口要严格遵守国家的法律，符合国家安全的需要和外交政策，不得危害国家安全和公共利益。（2）技术出口的重点是成熟的工业化技术，并以技术出口推动成套设备、技术产品和劳务的出口，应力求使技术出口同承包工程及多种形式的经济合作结合起来。（3）注意协调技术出口与一般商品出口之间的关系，保护一般商品出口的市场。对于可能影响一般商品出口的技术出口项目，应从严掌握。（4）控制实验室技术出口。实验室技术原则上应首先在国内开发，待形成了生产能力之后，再以成熟的工业化技术和产品形式出口，禁止具有重大经济价值的传统工艺技术的出口。（5）保护知识产权，严格禁止已承担不出口义务的引进技术的再出口。（6）技术出口要符合我国的外贸和科技政策。有利于促进我国对外贸易的发展和科学技术的进步，以及国际经济技术合作。

2. 管理机关

我国对技术出口实行统一归口、分级管理的管理体制。

（1）国家归口管理机关。对外贸易经济合作部和国家科学技术委员会是技术出口的国家归口管理部门。其主要职责是，贯彻执行国家有关技术出口的政策和法规，负责重大技术出口项目的审查，研究拟定有关技术出口的法规，组织和协调有关技术出口的重要涉外活动。对外贸易经济合作部负责审批重大技术出口合同，监督检查这些合同的执行。国家科学技术委员会负责

重大技术出口项目的保密审查。

(2) 国务院各行业部门的管理机构。国务院各部委、直属机构是本部门技术出口的管理机构，负责根据国家有关政策、法规，组织协调本部门的技术出口工作，并负责本部门管理范围内的一般出口项目的审批。

(3) 地方管理机构。各省、自治区、直辖市，以及计划单列市的对外经济贸易主管部门和科委负责组织协调本地区的技术出口，并负责本地区一般技术出口合同审批或项目的技术、贸易审查。

3. 合同审批程序

依照我国法律规定，凡属技来出口合同，均应向合同审批机关办理审批手续。

技术出口合同的中方当事人，应当在自合同签订之日起 30 日内，向审批机关提出审批申请，并报送下述文件：合同报批申请书；技术出口项目批准文件，包括技术审查和贸易审查批准书，如属国家秘密技术，还应提交国家秘密技术出口批准书；合同副本，如系外文本，应当附中文译本；合同各方法律地位的证明文件。

我国对技术出口合同实行分级审批制度。凡由对外贸易经济合作部和国家科委联合批准的控制出口的技术项目、国防军工技术出口项目、国务院有关部委、直属机构批准的技术出口项目，其技术出口合同报对外贸易经济合作部审批。凡由各省、自治区、直辖市，以及计划单列市人民政府批准的技术出口项目，其合同报送当地经贸主管机关审批。凡委托跨地区有技术出口经营权的公司签订的技术出口合同，在征得委托方所在地经贸主管机关同意后，由签订技术出口合同的公司所在地的经贸主管机关审批。合同批准后，签订合同的公司所在地的经贸主管机关，应当将合同批准文件的复印件送委托方所在地经贸主管机关备案。

审批机关应当在收到合同报批申请的全部文件之日起 30 天内作出是否批准的决定。逾期未作决定的，视为该合同已获得批准。审批机关有权对合同文本提出修改意见，要求合同当事方修改合同。凡审批机关提出修改的合同，其审批机关自收到修改后的合同文本之日起计算，经批准后的合同自批准之日起生效，并由审批机关发给批准文件。

技术出口合同批准文件是技术合同经国家认可正式生效的法律文件。在执行合同过程中，凡办理有关银行和海关手续时，应向有关机关出示该批准文件。如属国家秘密技术，报关时应当同时出示国家秘密技术出口批准书。

第五章 技术贸易的基本程序

国际技术贸易是一项复杂的系统工程，涉及经济、法律、商务、技术等多方面、多学科的复杂问题。为保证技术贸易的工作质量，需要遵照一定严格、科学的业务程序。根据我国法律的有关规定，参照技术贸易业务的惯常做法，一项完整的技术贸易业务程序主要包括技术的选择、项目的可行性分析、合同的订立以及合同的执行这 4 个方面。

一、选择技术

选择适当的技术，是技术引进工作首先要解决的问题。技术如能选择得当，则可能以最少的花费，获得最大的收益，取得事半功倍的效果。反之，如果选择不当，或选择失误，轻则可能造成花费多、吸收慢、效益差，重则可能导致技术引进的失败。在这方面，曾有过深刻的教训。所以，技术选择的好坏，直接关系到技术引进的成败。

选择引进技术总的原则是“经济、有效、先进、适用”，在符合国民经济和社会发展总体要求的前提下，以最少的投入，获得最大的效益。具体说，在选择引进技术时，应注意协调好以下3方面的关系，坚持以下8项标准。

（一）宏观与微观相结合

选择技术，首先要从宏观与微观两个方面考虑，力求作到宏观与微观相结合。

宏观上，应从国家和社会的整体利益出发，看所选择的技术会对整个国家的经济和社会发展产生何种影响。在通常情况下，从宏观上至少应考虑以下5方面因素：（1）所选择的技术是否符合国民经济和社会发展的总目标和总政策。（2）是否符合国家的产业政策或科技发展政策；是否有利于科学技术水平的提高和行业的技术改造，有利于克服国民经济的薄弱环节，有利于本国产业的发展。（3）是否有利于利用国内资源，包括人力资源的利用，能否对劳动就业产生不良影响。（4）是否有利于国民经济的综合平衡，特别是外汇收支平衡。（5）是否会对环境产生不利影响，是否会带来环境污染。

微观上，应从本部门或本企业的角度出发，看所选择的技术是否适合于本企业的现有条件，能否有利于本部门或本企业的发展。在一般情况下，从微观上应注意以下4方面因素：（1）本企业在技术和管理上是否有接受和消化吸收的能力，水电、通讯、交通运输设施是否能满足要求，资金、技术人员、原材料和配套件的供应能否解决。（2）该项技术是否属于投资少、见效快、收益高的技术；是否能够提高劳动生产率，降低成本或消耗；能否有助于提高产品质量和档次，提高企业在市场上的竞争能力。（3）该项技术的先进程度和寿命周期如何，是否有良好的推广应用前景，（4）引进该项技术的风险程度如何，是否有能力避免或消除这些风险造成的不利影响。

（二）先进性与适用性相结合

选择技术，应注意先进性与适用性相结合，切忌偏重一个方面而忽视另一个方面。

先进性，是指所选择的技术应当高于本行业或本企业现有的技术水平，具有较长的生命周期和应用前景。

先进性本身是一个相对的概念，就某一项具体的技术而言，不同国家可能会有不同的理解。因为各国经济技术发展水平不同，其制定技术先进与否的标准也就不同。经济技术发展水平较高的国家的某一项并不十分先进的应用技术，对经济技术水平较低的国家来说，可能就是属于先进的技术。所以，技术引进中的先进性，绝非一概地指在世界上具有先进性，而是针对某一个国家的某一个行业的现有技术水平而言。

适用性，是指所选择的技术适合于引进方具体环境和条件。能够为引进方所接受，产生使经济、技术水平得以提高的积极效果。

适用性同样也是一个相对的概念，因为任何一项技术都是在特定的环境

中研究出来的，都需要一定的条件才能使之投入运用，不存在任何地区、任何条件下都可以使用的万能技术。由于各国的具体条件不同，所具有的生产要素禀赋存在着差异，其对技术适用性的标准和要求也就不同。在实践中有时会发生这种情况，在一个国家很先进适用的技术，在另一个国家却根本无法使用。即使是经济技术发展水平相似的国家，在引进同一技术时，其产生的结果也往往是截然不同的。

因此，在选择技术时，应注意先进性与适用性两者之间的协调统一。在一般情况下，技术的先进程度越高，对该技术实施的条件要求也就越高，该技术的转让费往往也会随之增高。如果忽视技术的适用性，一味地追求先进性，往往会白白支付高昂的技术转让费而达不到充分消化、吸收、利用的效果，从而导致引进的失败。另一方面，适用的技术绝非是落后的技术，而是要有一定的先进性作为基础，否则就失去了引进技术的意义。强调技术的适用性，并不排斥选择那些在世界范围内具有先进性的尖端技术。恰恰相反，只要主客观条件允许，并且在经济上是有利的，应力求引进具有世界先进水平技术，以尽快缩短同世界先进技术之间的差距。

为了保证选择技术的先进性和适用性，我国法律对此作了明确规定。1985年5月24日国务院颁布的《技术引进合同管理条例》第8条规定：“引进的技术必须先进适用，并应符合下列一项以上的要求：（1）能发展和生产新产品；（2）能提高产品质量和性能，降低生产成本，节约能源或材料；（3）有利于充分利用本国资源；（4）能扩大出口，增加外汇收入；（5）有利于环境保护；（6）有利于安全生产；（7）有利于改善经营管理；（8）有助于提高科学技术水平。”

（三）经济标准与技术标准相结合

企业在选择技术时，应从经济标准和技术标准两个方面统筹考虑，注意协调和处理两者之间的关系。

经济标准，是指如何以最小的投入，获得最大的产出。它一般包托引进技术的技术转让费、投资规模、投资回收期、技术产品的生产成本等诸方面因素。

技术标准。是指如何通过技术引进，使技术水平大大提高，使产品更新换代，生产出高档次、高质量的产品，它一般包括技术的性能指标、技术参数、生产工艺的先进程度，以及产品的质量指标等诸方面因素。

在许多情况下，这两个标准是相互联系、相辅相成的。因为企业引进技术的目的是提高经济效益，而经济效益的提高在很大程度上又取决于企业生产水平的提高。但在某些情况下，这两者又是不尽一致的。在不同行业和某一技术的不同发展阶段，有时宜采用技术密集型的技术或生产工艺；有时宜采用劳动密集型的技术或生产工艺，有时以引进技术水平不甚高但易于消化吸收，能够尽快收回投资的技术为最佳选择；有时则以引进投资大，回收期较长，但能够推动整个行业经济技术水平的提高，或能够增强企业长远发展后劲的技术为最佳方案。这需要根据不同行业、不同技术的发展状况，以及本部门、本企业的具体情况，从经济和技术这两个方面统筹考虑，综合判断。实践证明，无论是偏重技术标准，还是偏重经济标准，都有可能对企业或对社会产生不利的影响，导致经济效益的下降，或影响企业技术水平的提高。所以，在选择技术时，既不能不计成本，单纯就技术论技术，也不能急功近利，不考虑企业发展后劲。要正确处理局部利益与全局利益、近期利

益与长远利益之间的关系，既讲求经济效益，尽量作到投资少、收益快，也要注重技术水平的提高和产品的更新换代，力争通过技术引进，使本部门、本行业的生产技术水平有较大的提高。总之，要力求做到企业的现实经济效益与长远经济效益相统一，单一经济效益与综合经济效益相统一，经济效益与社会效益相统一。

二、可行性研究

技术引进的可行性研究是技术引进工作中极为重要的一环。通过采用科学的技术经济分析方法对拟引进技术的先进性、适用性与经济合理性进行分析，有助于提高技术引进工作的科学性，减少盲目性，避免技术引进失误。一项完整的可行性研究，包括机会研究、初步可行性研究，正式的可行性研究 3 个阶段。

（一）机会研究

机会研究 (Opportunity Study)，是在一个特定的生产技术领域或部门内，以自然资源、生产技术条件、市场预测、社会条件为基础，选择建设项目，寻找最有利的投资机会。简言之，机会研究主要是从项目的背景、基础、条件等方面进行一般性的调查研究。机会研究所应论述的基本问题是：发展工业的政策，生产要素的成本与可能性，自然资源、产品品种等。机会研究阶段的研究是比较粗糙的，其目的是分析可能的投资方向。

机会研究可分为一般机会研究和项目机会研究两种。

一般机会研究由中央和地方政府部门制定，提出具体的投资建议。这种研究包括 8 方面内容：(1) 地区研究，主要是研究验证一个地区的有利条件，确定该地区的发展方向。(2) 部门研究，主要是研究验证某一行业的投资机会，确定该行业今后的发展方向。(3) 资源研究，主要是研究验证资源优势 and 开发利用这些资源的投资机会。

项目机会研究是由中央或地方政府部门，在一般机会研究的基础上，将对本地区或本行业发展有重要影响的项目落实到具体企业。项目机会研究的研究重点在于，把项目设想转变为概略的投资建议。这种投资建议一般包括选择拟生产的产品和确定生产此种产品拟采用的工艺、技术及相关设备。

机会研究对拟引进项目的研究精确应为 $\pm 30\%$ ，所需费用约占投资总额的 $0.2\%—1\%$ 。

（二）初步可行性研究和项目建议书

初步可行性研究是对技术引进作可行性研究的第 2 个阶段。在这一阶段，除要确定是否有必要进行正式的可行性研究外，还要编制项目建议书，并报请有关部门批准。

初步可行性研究 (Preliminary Feasibility Study)，是指在机会研究的基础上，通过对引进项目进行初步的技术经济分析，确定是否有必要进行正式的可行性研究，以及需要对哪些问题进行辅助性的专题研究，并对拟引进的项目寻找经济、合理的选择方案。

初步可行性研究是介于机会研究与可行性研究的一个中间环节。它与正式可行性研究的结构基本相同，区别仅在于研究结果的详细程度和精确程度不同。如果机会研究比较细致，也可省略初步可行性研究，直接进入正式可行性研究阶段。

初步可行性研究对拟引进项目的研究精确度为 $\pm 20\%$ ，所需费用约占投资总额的 $0.25\%—1.5\%$ 。初步可行性研究之后，应向有关部门提交 1 份初步报告，即项目建议书。如果没有经过初步可行性研究阶段，在机会研究之后，也须向有关部门提交项目建议书。

编写项目建议书并报送有关部门审批，是技术引进工作不可缺少的一个重要环节。项目建议书是拟引进技术的单位或部门向国家有关主管部门提交

的，请求给予批准立项的初步建议。同时也是进行详细可行性研究的前提和基础。项目建议书应从宏观上分析研究项目的必要性，初步分析项目的技术来源及技术工艺、引进方式、资金来源、原料供应，以及技术产品市场需求的可能性等。项目建议书经主管部门批准后，即成为对该项目进行各项准备工作和在年度计划里安排有关工作和费用的依据，也是国家主管部门进行综合平衡的依据。

国务院于 1981 年通过的《技术引进和设备进口工作暂行条例》对项目建议书的编制、报批等作了具体明确的规定。依照该条例的规定，所有技术引进项目，都要编制项目建议书。项目建议书一般应包括以下内容：（1）项目名称、项目的主办单位及负责人。（2）项目的内容与申请理由。说明拟引进的技术名称、内容及国内外技术差距和概要情况；进口设备要说明拟进口的理由、概要生产工艺流程和生产条件，主要设备名称和简要规格、数量，以及国内外技术差距和概要情况。（3）进口国别与厂商。要把拟探询的国别、厂商名称写全，包括外文全称。（4）承办企业的基本情况。说明工厂是新建、改建或扩建，工厂地点及其他基本情况。（5）产品名称、简要规格与生产能力及其销售方向（国内销售、出口外销）。（6）主要原材料、电力、燃料、交通运输及协作配套等方面的近期和今后要求具备的条件（如为矿山、油田等，要说明资源落实情况）。（7）项目资金的估计与来源。包括 a. 项目的外汇总用汇额。其中：准备工作阶段的用汇额及用途（均折算为美元，以万元计算，使用非美元外汇的要注明折算率）。b. 外汇资金的来源（申请国家拨付现汇或延期付款、利用外资贷款、补偿贸易、自筹外汇等）与偿还方式（国家统一偿还，企业自偿自还）。c. 国内费用的估计与来源。（8）项目的进度安排。（9）初步的技术、经济分析。（10）附件：a. 邀请外国厂商来华技术交流计划。b. 出国考察计划。c. 可行性研究工作计划，包括负责可行性研究的人员安排。如聘请外国专家指导或委托咨询的，要附计划书。

项目建议书编制完成之后，应按照项目的投资规模和所属行业，分别向国家计划委员会、国务院各部门或各地方的计划管理部门报批。项目建议书经批准后，引进单位即可为编制正式的可行性研究报告而开展进一步的调查研究工作，包括出国考察，邀请外商到我国进行技术交流，向外商提出非正式询价，以及研究落实国内原材料、能源、配套资金等方面的问题。由于项目建议书被批准，仅意味着该项目被允许开展各项准备工作，而不是得到正式的立项批准，所以，在这一阶段，不得同国外厂商签订任何有约束力的协议。

（三）可行性研究及可行性研究报告

可行性研究是技术引进项目投资决策研究的最后一个阶段。通过对拟引进项目在经济和技术上的论证，除确定该项目是否可行外，还要编制可行性研究报告，报请有关部门批准。

1. 可行性研究的意义

可行性研究（Feasibility Study），是指通过从技术、经济、市场、环境、法律等各方面对拟引进的技术项目进行全面的研究和分析论证，确定项目投资是否可行，并从各种可行的方案中选择最佳方案。可行性研究的基本任务是进行方案规划、技术论证、经济核算和分析比较，为项目决策提供可靠的依据和建议，以减少投资风险，避免决策失误，保证技术引进能够取得预期的经济效益和社会效益。

可行性研究原本是 20 世纪 30 年代美国为开发田纳西河流而采用的一种

分析研究的方法，以判定拟实施的工程项目是否“可能”或“可行”。后来，这一研究方法在世界范围内得到迅速推广，日益得到各国的普遍重视，发展成为一门专门的技术经济学，其研究的对象、内容、方法也日臻详尽完备。联合国工业发展组织在总结许多国家和企业运用可行性研究的方法和经验的基础上，曾于 1978 年制定了《编写工业可行性研究手册》，推荐给各国参考使用，并提出可行性研究是每个投资项目准备阶段中的最主要的内容。联合国贸易法委员会在其制定的《关于起草建造工厂国际合同的法律指南》中也专章介绍了可行性研究的重要作用，将它称为合同订立之前“购买方必要的决策工具”。并告诫每个投资者应重视可行性研究工作，特别是不要因为节省开支而限制可行性研究的范围，以免“造成资料不全或不准，从而导致作出不明智的投资决定，或者在施工期间不得木更改工程设计或施工方法，以求适应事前所不了解的或错误预测中未考虑到的情况。这最终会使购买方的费用增加。”

我国也十分重视可行性研究工作。国家计委于 1983 年 2 月发布了《关于建设项目进行可行性研究的试行管理办法》。国务院颁布的《技术引进和设备进口工作暂行条例》，也专门规定了有关技术引进项目的可行性研究的目的、内容和方法。可行性研究已成为基本建设和技术引进程序中一个十分重要的环节。

2. 可行性研究的组织

为保证可行性研究的质量，依照我国法律的有关规定，可行性研究必须由项目的主办单位组织专门的工作班子负责进行。

这种工作班子，必须包括从事工业经济和市场分析的经济专家。如工业管理专家、财务专家、土木工程师以及有关的科技人员。在必要时，也可聘请外国专家转导，或是委托外国咨询公司就其中某些专题提出建议，但一般不采取委托外国公司进行全部可行性研究的方法。

在一般情况下，聘请外国专家进行可行性研究时，应避免聘请将来有可能成为技术引进合同的许可方的外国公司。因为这些公司为拿到这个合同，往往会提出过于乐观的报告，以促成该项目上马。但另一方面，在某种情况下，如果参与可行性研究的外国公司在以后的技术引进合同中负责项目的设计或是提供咨询服务，对引进方来说，也有有利的一面。因为这些公司对整个项目的前期项目较熟悉，不必长时间再去详细审查引进方在合同订立之前所作的某些研究或设计，从而可以节省时间，降低费用。当然，如果拟引进的项目属于非常专门的领域，或是属于独家拥有的技术，在聘请外国公司参与可行性研究时，则往往只能聘请潜在的技术许可方。总之，在确定外国公司参加可行性研究时，应根据不同项目的具体情况，从多方面统筹考虑。在委托外国公司进行专题研究时，我方一般也要派人参加，与之合作进行。

3. 可行性研究的内容

可行性研究的内容主要包括以下 4 个方面：

(1) 项目的总体分析。项目的总体分析是对项目的背景、概况、目的、意义以及总体设计所作的分析和评价，其目的是从总体上说明该项目的可行

《编写工业可行性研究手册》，见联合国出版物，出售编号 E.78· · B.5。

《关于起草建造工厂国际合同的法律指南》，联合国国际贸易法委员会编，对外经济贸易出版社 1990 年版，第 4 页。

性和合理性。对项目的总体分析主要包括以下几个方面内容：a.项目的背景和项目历史的陈述，包括叙述项目的内容、项目的主办单位、项目的历史发展，以及作为项目指导原则的主要参数，如产品和产品组合，有关的国际经济、工业、金融政策，该项目注重的市场及原料等。b.地点和厂址选择的分析，包括对项目所在地的具体条件，厂址的运输及通讯设施，能源供应及成本，原料供应地及市场距离，用水供应及质量，土地供应及成本，税收、气候和水文地质条件，以及厂址对环境的影响等方面的分析。c.项目的总体规划和总体设计的分析，包括项目的总体布局，最佳的项目范围，生产过程，项目执行的时间安排，供应商的情况，建筑及土木工程，公用设施。“三废”处理等方面的确定。d.人员、组织及企业管理的确定，包括确定机构的设置，人员的配备，经营管理战略和目标，经营管理费用等。

(2) 市场需求与生产能力分析。市场需求是可行性研究的主要因素。项目的可行性研究一般是从市场入手，通过对市场的调查和预测，确定市场有效需求的规模和组成情况，以便估计产品未来的市场占有率，并以此为基础确定项目工厂的生产规模。可行性研究的质量高低，在很大程度上取决于对市场需求与生产能力的分析是否精确，只有对此作出正确的研究，才有可能对技术引进项目的经济效益作出正确的评估。

市场需求与生产能力分析通常包括以下8个方面：a.市场调查。包括对现有市场的调查，未来潜在市场的调查，以及产品寿命期、价格、广告、销售渠道、售后服务、促销手段等相关因素对市场销售活动影响的调查。b.市场预测。包括对市场需求量，市场需求结构，其他潜在供应者的情况，市场需求发展趋势以及产品预计销售状况的预测。c.生产规模的确定。包括生产计划，正常生产能力与最高名义生产能力，效益最佳的规模经济与保证基准收益的最小经济规模的确定。

(8) 技术分析。对于技术引进项目的可行性分析来说，技术分析同样是一个十分重要的问题，因为只有拟引进的技术具有先进适用性和经济合理性，实施该引进项目才具有实际意义。技术分析主要包括以下4个方面：a.技术水平及技术产品的分析。包括对拟引进技术的先进程度、可靠程度，该项技术的性质和状况，拟生产的技术产品的规格、品种及各项技术性能的分析。b.生产工艺及相关设备的确定。包括确定生产工艺、生产原料的质量性能，供应来源，相关设备的规格、型号、数量及其零备件的来源。c.技术来源及引进方式的确定。包括确定可供选择的潜在的技术供方的范围、条件及其理由，确定是全部引进还是部分引进，以及采用何种方式引进。d.技术效果的分析，包括似采用何种措施吸收、消化引进技术，对该项技术转让费的估算，以及对引进后在技术上所产生的积极效果和可能出现的不良后果的分析。

(4) 财务和经济分析。对技术引进项目的财务和经济分析，是在完成了前述诸项分析并获得了有关数据的基础上，最终从财务和经济角度判定该项目是否可行。对引进项目的财务和经济分析是一个较为复杂的过程，涉及到许多方面的问题，这里仅就其主要方面作一扼要介绍。

a. 总投资费用的估算。总投资费用为固定资本加流动资金。固定投资包括土地和场地清理费用，建筑物和土地工程，工厂和机器设备及辅助设备，以及其他纳入固定资产的资金。流动资金包括原料、备件库存品及库存现金。除此之外，在估算总投资费用时，还应包括技术转让费和在投资之前的一些

预备性费用。

b. 生产总成本测算。生产总成本是企业用于生产某种产品所需费用的总和，包括人力、原材料、技术引进费，以及各种管理费用和固定资产的折旧费用等。

c. 资金筹集的确定。包括确定资金的来源，外汇及配套人民币的落实情况。d. 投资利润率测算。投资利润率是指在技术引进项目投产之后，每年所获得的净利润与技术引进项目总投资额的比率。企业净利润，是指产品的市场销售价去掉成本和包装费、运输费、保险费、贷款利息，以及各种商业佣金、折扣和税收后的净利润。投资利润率可用以下公式表示：

$$\text{投资利润率} = \frac{\text{引进技术投产后平均年净利润} \times 100\%}{\text{技术引进的总投资额}}$$

e. 投资回收期的测算。投资回收期是指技术引进项目的总投资，从其投产之日算起，需要多长时间才能全部收回。一般来说，投资回收期不应超过该项技术的寿命期。

f. 盈亏平衡点分析。盈亏平衡点，又称为保本点或临界点，是指由企业的销售额、成本和利润三者之间关系决定的企业盈利的起点。盈亏平衡点说明企业的销售额等于总成本。销售额高于盈利平衡点，企业可以盈利，反之则发生亏损。这种分析是通过成本、利润、数量之间因果关系的分析，确定最低保本的销售量，预测引进项目投产后的盈亏状况。

g. 净现值分析。净现值指项目在一定时期内，将全部收入与支出的资金，按每年固定的折扣率扣减的数值。净现值分析，是在考虑货币时间价值的基础上，对项目整个寿命期中各年现金的流入与流出，用贴现的方法化为现值，以便全面地评价项目的经济效果。净现值用公式表示为：

现值

在公式中：A 为未来年份的收入；r 为折扣率，或贴现利率；n 为未来的年份。

h. 内部收益率分析。内部收益率是指在引进项目建设和生产期间，当以净现值计算的净现值等于零时的折扣率。内部收益率分析是对净现值分析的补充，其目的是求出项目总投资支出的实际利润率。内部收益率用公式表示为：

内部收益率

在公式中：i₁ 为低贴现率；i₂ 为高贴现率；PV 为采用低贴现率 i₁ 时的净现值；NV 为采用高贴现率 i₂ 时的净现值。

i. 敏感性分析。是指对技术引进项目执行过程中对收益影响较大的诸项关键因素，如价格、成本、销售量等进行分析，测定当这些因素变化时，对项目收益的影响变化程度，预计可能出现的最佳和最差的结果，并且找出影响敏感性强的诸因素产生的原因，采取相应的对策，从而降低项目的风险，提高项目的安全系数。

可行性研究对拟引进项目的研究精确度为 ± 10%，所需费用约占投资总额的 1%—8%。可行性研究之后，应向有关部门提交一份可行性研究报告。

4. 可行性研究报告的内容

《技术引进和设备进口工作暂行条例》对可行性研究报告的内容作了具体规定。可行性研究报告一般应包括如下内容：

(1) 总说明。包括项目名称；项目的主办单位负责人。可行性研究工作

的主要技术负责人和经济负责人名单；项目建议书的审批文件；可行性研究的概况、结论与建议。

(2) 承办企业的基本情况与条件。

(3) 生产规划。包括产品的名称、规格、技术性能与用途；国内需要情况的调查、研究与预测，如历年有大量进口的，附最近 10 年来的进口统计；国外市场情况的调查、研究与预测，进入国际市场的设想与措施（无外销出口可能的产品，本项可省略）国内（外）产品销售价格的调查、研究与分析；分年的国内（外）需要估算；产品生产能力的选定，说明几个可供选择方案的比较与论证，以及选定的理由；分年的产品产量与国内（外）销售规划。

(4) 物料供应规划。包括原材料、半成品、配套件、辅助材料、维修材料、电力、燃料以及其他公用设施等的使用、来源、价格；物料选用的几个可供选择方案的比较与论证，选择的理由；分年的物料供应量规划，其中的进口部分的情况。

(5) 厂址选择。包括厂址的自然、经济、社会、交通运输等条件的概述，几个可供选择方案的比较与论证，选定的理由。

(6) 技术与设备。包括技术选定的几个可供选择方案的比较与论证，选定的理由；技术来源的国别与厂商（写明外文全称）；技术转让费用的估算；设备的选定，主要生产设备及辅助设备的名称、型号、规格、数量，几个可供选择方案的比较与论证，选定的理由，设备的国内外分交方案和与外国厂商合作制造方案，进口设备来源的国别与厂商（写明外文全称），设备费用的估算。

(7) 生产组织，劳动定员和人员培训计划。

(8) 环境污染的防治。

(9) 项目实施的综合计划。包括询价、谈判、签订合同、工程没什、技术与设备的支付、工程施工、调试与试生产进度以及正式投产年月；建筑安装工程内容和工作量。施工力量的安排与施工组织规划。

(10) 资金的概算和来源。a. 项目的总用汇额。包括准备工作阶段的实际发生费用（均折算为美元计算，使用非美元外汇的要注明折算率）。b. 外汇资金的来源（申请国家拨款、利用外汇贷款、延期付款、补偿贸易、自筹外汇等）与偿还方式（国家统一偿还、企业自行偿还）。c. 国内资金的概算（均按人民币万元计算）。d. 项目的全部资金需用额及来源，包括基本建设的投资。

(11) 经济分析。包括生产成本与销售收益的估算，分年的现金流量；分年的损益计算表和资金平衡表，根据分年的现金流量，计算投资回收年限（包括外汇回收年限）与投资回收率；根据分年的现金流量，按“现值”法计算的“净现值”与内部回收率，以及折现率的依据；项目的敏感度分析和盈亏分析；其他技术经济指标的分析。

附件包括：(1) 聘请外国专家计划；(2) 出国培训计划；(3) 外汇资金的分年、分用途用汇计划；(4) 国内资金的分年、分用途用款计划；(5) 国家外汇管理局对于外汇资金来源的安排的审核意见书；(6) 财政部或省、自治区、直辖市财政厅、局对国内资金来源和安排的审核意见书；(7) 利用外资贷款或补偿贸易项目的本息偿还或补偿计划；(8) 厂址选择报告，(9) 矿山、油日等项目的资源储量报告。(10) 有关主管部门对主要原材料、电力、燃料、配套件等供应来源落实情况与供应可能的意见书；(11) 国家

科学技术委员会对拟引进的技术的审核意见书；（12）由国家机械工业主管部门组织有关机械制造部门提出对进口设备和设备分交、合作制造方案的审定意见书；（13）有关外国厂有的基本情况资料，（14）与外国厂商技术文流及非正式探询价格的有关资料，（15）预审报告；（16）工程项目一览表。

5. 可行性研究报告的审批

可行性研究报告编制完成之后，应按照项目的投资规模和所属行业，分别向国家计划委员会、国务院各部门或地方的计划管理部门报批。在报批前，应由国务院主管部或省、自治区、直辖市人民政府，或其指定的单位组织预审。预审时必须邀请有关设计、研究机构、企业和有关方面的专家参加，广泛听取意见，写出预审报告，一起报批。

审批机关经过审查，如认为该技术引进项目符合技术先进、适用的要求，能够与国内配套能力、消化吸收能力、外汇支付能力相适应，则予以批准。至此，技术引进项目被正式列入年度技术引进计划，最终完成了项目的立项工作，引进单位可以据此对外正式发出询价，进行合同谈判，准备签定合同。

三、技术引进合同的谈判与订立

技术引进合同的谈判与订立，是技术引进工作的一个重要环节。一项技术引进合同，一般需要由当事双方反复磋商才能最终达成一致。谈判的过程是当事双方消除分歧、求同存异的过程。谈判后所形成的技术转让合同，是技术转让过程中双方都要遵循的法律文件，对双方均有约束力。谈判既是一门科学，也是一门艺术，作好技术贸易的谈判工作，订好技术转让合同，对于顺利开展技术引进工作具有特别重要的意义。

（一）合同谈判前的准备

为保证合同谈判的质量，在合同谈判开始之前，需要从组织上、技术上，以及商务和法律上进行周密细致的准备。

1. 组织准备

技术贸易是一种特殊的贸易方式，涉及到经济、技术、商务、法律等多学科的专业知识。为顺利进行合同谈判，保证谈判质量，需要建立一个由有专业知识或外贸工作经验的人员组成的、精明强干的工作班子。工作班子应包括以下几方面人员：（1）项目主持人。项目主持人是整个项目的总负责人，应对引进项目的技术问题、经营核算问题、商务问题，以及国家有关政策法规规定有一个清楚全面的了解，并全面负责合同的对外谈判。（2）技术人员。技术人员应对拟引进技术的工艺流程，技术设计、技术指标或技术性能有较为全面的了解，并负责项目的技术谈判。（3）商务人员。商务人员悠具有一定的从事国际技术贸易的经验，熟悉国际技术贸易的商务问题，负责对外商务谈判。（4）法律人员。法律人员应精通有关国际技术贸易的法律和惯例，为合同谈判提供顾问咨询。此外，还应配备一定的翻译人员。

谈判班子的人员应相对稳定，特别是项目主持人不要轻易更换，以保证谈判的质量。

依照我国现行的外贸管理体制及我国法律的有关规定，技术引进合同只能由有对外技术引进经营权的公司、企业对外签订合同；没有对外技术引进经营权的公司、企业或团体拟引进技术时，应委托有经营权的公司对外签约。因此，如果引进单位自身没有技术引进经营权，在对外谈判或对外签约之前，应与外贸公司订立委托代理合同，明确各自的分工及权利义务，以便在对外工作中各负其责，分工合作。通常技术谈判以项目单位为主，商务谈判以外贸公司为主。

2. 技术准备

技术准备是报通过出国考察，同外商进行技术交流，以及对有关技术信息的分析，对拟引进技术的来源有一个较为清楚、全面的了解，弄清楚潜在的技术许可方的技术特色和主要技术参数等，并根据以上情况，确定技术谈判方案。

3. 商务和法律准备

商务准备主要是了解潜在的技术许可方向其他厂家转让此种技术的情况和条件，或是了解持有类似技术的其他公司从事技术转让的条件和情况，并根据引进单位的成本和利润估算，确定合同的价格和其他商务条件的谈判方案。

法律准备主要是了解有关国家知识产权法、税法，以及其他有关技术转让的法律规定，拟定关于合同中授权、侵权、保证、保密、违约赔偿，以及

适用法、仲裁等法律条款的谈判策略，并据此准备合同文件。

（二）谈判的程序

从原则上说，技术贸易的谈判顺序是先技术谈判后商务谈判；先谈合同其他条款，再谈合同价格条款。由于合同的技术问题与商务问题，价格条款和其他条款有着内在的联系，因而上述划分不是绝对的，在谈判中往往会有交叉。同时，有些工作在正式谈判开始前即着手进行。从技术贸易合同的完整的谈判程序来看，主要经过以下几个阶段。

1. 探询。指技术引进方在对技术来源进行初步调查研究的基础上，向其选择的潜在的技术供方就转让技术的可能性进行试探性的询问。探询的目的主要是了解愿意转让技术的外商的范围，以及这些外商对转让技术的大致态度和条件，从而确定下一步的技术交流和技术谈判的对象。在项目建议书批准之后，即可进行探询工作。

2. 技术谈判。在探询的基础上，邀请有意转让技术的外商到合同工厂参观，或是派人到外商工厂进行进一步的技术考察。相互交流技术转让的内容和要求。通过技术谈判，基本明确引进技术的范围，引进的方式，以及外商承担技术保证的范围、条件、程序及主要技术指标。

在技术谈判阶段，外商为说明其技术的特性，往往不得不披露某些技术细节。为保证其披露的技术秘密不被泄露，外商通常要求引进单位同他们签订一个初期保密协议，保证在合同未能达成的情况下，引进单位有义务在一定期限内，对从外商那里获得的一切技术秘密予以保密。

3. 询价。指技术引进方向其选择的潜在的许可方正式询问转让技术的价格和其他交易条件，并要求其给予答复的报价邀请。询价是一项严肃的工作，应认真对待。在询价书中，应将合同工厂现场情况和要求外商在报价中明确答复的技术条件与商务条件完整准确地写清楚。技术条件至少应包括技术内容、生产规模、工艺要求、产品方案、“三庄”处理，商务条件应包括技术转让方式、使用货币、支付方式、价格的分项要求，报价的份数及使用的文字等。同时，应注意选择适当的询价对象。询价的范围不能太宽，也不宜过窄。因为外商在接到询价后，要组织相当的人力，花费大量的时间和财力去准备报价，发得过多，不仅会增加引进方的工作量，还会增加外商的负担，易引起外商的不满。另一方面，如果发得太少，范围过窄，起不到“货比三家”的作用，会影响到以后的比价和合同谈判工作。为维护引进方的信誉，应在可行性研究报告得到正式批准、外汇和配套人民币已全部落实的情况下，才对外正式发出询价。

4. 报价。外商在接到询价后，一般要向引进方正式提出报价，以表示其有签订合同的意愿和转让技术的条件。报价是一种法律行为，在报价有效期内，提出报价的外商要受报价内容的约束。因此，在报价中除要详细规定引进技术的内容、条件、价格和双方的主要权利义务外，还要规定报价的有效期，以明确报价人受其约束的时间范围。在一般情况下，外商在报价中所提出的条件都是略高于他所实际能够接受的条件。这样做的目的在于为将来合同的谈判留有回旋余地，争取谈判的主动。

5. 商务谈判。商务谈判是在研究、分析对方报价的基础上，并在技术谈判的主要方面已基本确定的情况下，对技术引进合同条款进行逐条讨论，以最终确定合同的全部条款。

为争取谈判积极主动、有条不紊地进行，在谈判之前应制定一个周密的

谈判计划，包括谈判时间和地点的安排，谈判中的策略，谈判拟争取达到的最高目标和让步条件。同时，还要准备合同文本，并力争以我方提出的合同文本作为双方讨论签定的技术转让合同的基础。

在谈判中既要坚持原则，又要讲求谈判策略和谈判艺术，注意统一对外，充分利用竞争，货比三家，择优引进。在坚持法律和国家利益的基础上，按照平等互利、协商一致的原则，有理、有力、有节地进行谈判工作，争取最佳的商务条件和技术条件。

（三）签订合同与合同生效

经过技术谈判和商务谈判之后，当事双方应将所达成的全部内容整理成合同的最后文本。合同文本包括正文和附件两大部分。正文为合同的商务条款和主要技术条款；附件主要是技术附件，如设备和技术资料清单，技术考核的标准和技术产品规格，技术服务范围和待遇条件等，同时还包括合同的银行保函或信用证格式。

在确定合同文本时，应注意合同文本内容完整，用词准确，切忌使用含糊不清、模棱两可的语句和文字。同时要注意合同条款之间，合同正文与附件前后一致，不能互相矛盾，自相冲突。

合同签字之后，应在规定的时间内报请双方主管机关批准。

并以最后一方政府主管当局的批准日为正式生效日。如对方国家不需要批准，则以我国主管机关的批准日作为合同的生效日。

四、技术引进合同的执行

技术引进合同的执行与普通商品合同的执行有很大不同，它不仅包括技术资料及相关设备的交付和合同价款的支付。而且包括技术的传授与接受的过程。所以，技术引进合同的执行要比普通商品合同的执行复杂的多。

为执行好技术引进合同，首先应熟悉合同的内容，严格遵守合同的各项规定，同时要坚持作好执行合同的记录，及时处理执行合同中出现的问题。

这里仅就技术引进合同执行过程中的几个主要环节作一扼要介绍。

（一）严格履行合同的支付义务

支付几乎贯穿于合同执行的全过程。合同一开始执行，立即会发生预付的问题；随着合同执行的进度，还会有其他分阶段的支付。如合同采用提成或支付的方式，在整个合同有效期的若干年内，也都会有提成费的支付。要做到严格履行合同的支付义务，应注意以下 8 方面的问题。

1. 认真审单。认真审单是正确支付的前提。在审单时，首先应审核单据是否齐全，看外商是否按照合同规定的内容和份数提供了全套单据。特别是加合同规定要附有银行保函时，是否提供了保函。除此之外，还要审核单据是否准确，如商业发票与即期汇票的金额与合同规定应付的金额是否一致，商业发票上所列货物名称、数量和价格与海运提单或空运单是否一致。另外，还要审核提单是否清洁，以及各种单据的真伪。

2. 按期支付。在审单无误后，应按合同规定的期限对外承付。在一般情况下，既要防止过早支付，也要避免迟延支付。过早支付显然会发生利息损失，于我不利；迟延支付则要承担违约责任，还可能因人民币对外币汇率变化而造成汇率损失。

3. 准确支付。在对外支付时，应按照支付单据所载的正确金额对外支付。如采用提成支付，应按照合同规定的方式核查帐目，准确地计算提成费支付金额。在支付时还要注意核查是否将预提所得税或许可方应承担的违约赔偿金扣除。为防止错付、漏付或重复支付，应熟悉合同的支付条款，对合同规定的付款时间和金额要胸中有数，并建立详细的支付明细记录。

（二）认真做好技术资料的验收和合理转化工作

在技术引进合同的执行过程中，技术资料具有特别重要的意义，能否及时得到正确的技术资料，往往关系到合同能否顺利执行。因此，引进方在收到技术资料后，首先应按照合同的规定，及时进行清点、检查，重点是看所交付的资料是否清晰、完整，有无残损短缺，是否使用了双方约定的文字。如发现有问题，应迅速通知许可方，要求许可方限期补寄或更新。在此之后，还要根据项口的要求和技术资料的具体情况，对许可方国家所惯常使用的与我国不同的技术图纸的绘制方法，或技术资料的编制方法，进行合理的资料转化工作，如补加设计图纸或拉术条件，或是将生产工艺作适当的调整补充，以适应实施引进技术的要求。

（三）及时接收和检验设备

对于成套设备技术引进合同，或其他含有硬件的技术引进合同，在合同执行过程中应做好硬件的接收和检验工作。检验标准为合同所确定的国际标准、国家标准或制造厂标准。对重大或关键的设备，引进方有权按照合同规定，派遣技术人员到设备制造厂进行最终的试验或检验。当然，在制造厂的检验是以许可方为主，引进方仅是监督，而且这种检验不能代替设备抵达合

同工厂后的检验。设备抵达合同工厂后，引进方应及时进行设备的接收和检验工作。现场的检验一般应邀请外商参加，如果合同没有规定外商派员参加或外商明确表示不参加，引进方有权自行检验。依照我国《商检法》的规定，成套设备属于法检商品，应在国家商检机构的主持下进行，在检验过程中如发现设备有残损短缺，或包装、质量与合同不符，商检机构将依法出据证明；引进方也应详细记录，并由合同双方代表签字确定。

（四）认真组织设计联络会议

在成套设备技术转让合同中，一般都有设计联络的内容。在合同生效后，引进方应按照合同规定，认真组织好设计联络会议。会前，引进方技术人员应对许可方提出的技术标准进行认真研究，对会议上要研究解决的问题作好充分的准备。在会议过程中，如许可方提出的设计方案涉及到对供货范围的修改，引进方应慎重考虑，在进行合同比价后再作答复，以免在价格上造成对我方不利。对于设计联络会上所确定的设计方案，应与合同中的有关商务条款协调，以保证合同的顺利进行。

（五）做好技术服务和技术培训

技术服务和技术培训是技术引进合同的重要内容，也是引进方了解和掌握所引进技术的主要环节。引进方应按照合同规定，按时派人到许可方的工厂接受培训，实地学习工艺技能，掌握操作方法。在选派培训人员时，要有明确的目的，坚持高标准，要求所选派的人员具有较强的专业技术能力和一定的外语基础，能够根据项目的要求，了解并掌握许可方的技术。许可方要保证按照合同的规定提供实习场所，认真传授技术。培训结束后，受训人员应根据各自所学专业，负责项目有关岗位的工作。为了保证合同的顺利执行，要保持受训人员相对稳定，不要轻易调换其工作岗位。

在合同执行过程中，引进方还要安排好许可方人员来华进行技术服务，协助外方专家办理出入境手续和在华居留手续，提供居住、工作、生活、交通等方面的便利。许可方应按照合同，及时派遣健康称职的人员到现场提供服务，详细讲解执行合同过程中的有关技术问题，帮助引进方尽快掌握引进技术。引进方应注意控制外方技术人员在现场的工作时间，如外方技术人员需延长工作期限，要根据现场工作需要和外汇落实情况予以决定。

（六）认真搞好合同产品的考核验收

合同产品的考核验收是对许可方转让的技术及相关设备的质量、性能的全面检验，因而要严格按照合同的规定，认真搞好。

在考核验收前，双方应商定考核所需的工具、工装和校准仪器仪表。为便于引进方尽早实现合同产品的国产化，考核验收应尽可能地采用国产原材料、辅料、元器件和零部件，其质量水平可由许可方确认。根据合同的内容及合同产品的性质，考核的数量可以是1台、1批，也可以是几合或几批。

考核时应有双方代表在场，由双方人员组成的考核小组主持进行。在考核过程中要认真做好记录，并由双方代表在记录上签字。考核时若有不合格的情况发生，可按照合同的规定重新进行考核。但在每次考核前应分清各方承担的责任，查明失败的原因。在一般情况下，合同中规定的考核次数不应超过3次。如果考核的结果符合合同规定的各项指标，即为考核成功。双方应在考核验收证书上签字；如几次考核均告失败，应根据过错原则，由违约方承担责任。

五、技术出口的基本程序

技术出口与技术进口同是国际技术贸易一个问题的两个方面，其基本程序是大致相同的。但是，由于我国对技术引进与技术出口的政策和管理方针不同，我方在技术贸易中所处的地位不同，所以考虑问题的角度和侧重点也必然会有所不同。这里仅根据我国法律及技术出口实践中的惯常做法，对技术出口工作的主要环节作一扼要的介绍。

（一）选择出口技术

选择可供出口的技术，这是开展技术出口工作首先应解决的问题。在确定出口技术时，应注意考虑以下3个标准。

1. 法律标准。我国法律依照国家安全原则、经济和社会效益原则以及技术的状况，将出口技术分为禁止出口、控制出口和允许出口3类。

凡是出口后将危及我国国家安全的技术；我国特有的，具有重大经济利益的传统工艺和专有技术；以及我国对外承担不出口义务的引进技术，均为禁止出口的技术。凡是在国际上具有首创或者领先水平的技术；具有潜在军事用途或者具有较大经济、社会效益，尚未形成工业化生产的实践技术；出口后将会给我国对外贸易带来不利影响的技术，均属于限制出口的技术。上述两种技术以外的其他技术为允许出口的技术。在选择出口技术时，应依照法律的有关规定，慎重行事，一般应把重点放在允许出口的技术范围内。如选择技术属于限制出口技术，应向有关部门说明情况，经有关部门特殊批准后方能对外开展工作。在任何情况下都不得选择国家禁止出口的技术。

2. 技术标准。技术标准主要是考虑拟出口的技术是否处于适宜出口的最佳阶段。任何一项现代技术都具有其特定的发展周期，都要经历从系统的构思设想，到实验室验证，工厂试制生产，批量生产，在新开拓的市场中广为扩散，直至被新的技术所取代，最终退出市场这样一个发展过程，即通常人们所说的经历“开发期、成长期、成熟期和停滞期”这4个时期。在一般情况下，应尽量选择其产品已在新开拓的市场中广为扩散的技术，或是选择已经批量生产产品的技术，即选择处于成熟期的中后期的技术，以求获得最大的经济效益。当然，其产品在新开拓的市场中广为扩散的技术，必须要具有其种先进性和垄断性，具有可供转让的商业价值，而不是已经过时的或完全失去垄断地位，没有任何市场需求的技术。

3. 经济标准。经济标准主要是考虑拟出口的技术能否带来更高的经济效益，会不会对国家或企业的经济发展产生不和的影响。在一般情况下，选择的技术应是能够产生以下诸项效果之一的技术，即能够使该技术的研制开发费用迅速得到补偿；有利于扩大企业的产品市场，或是有利于带动设备、材料、零部件和劳务的出口；有利于树立企业在该地区的良好形象，能够推动企业在该地区的发展和投资。在选择出口技术时，应注意尽可能地延长技术的垄断时效，避免对产品市场产生不利的影响。防止“飞镖效应”的出现。

（二）出口项目审批

由于技术出口涉及到国家的政治、经济利益，我国对技术出口实行出口项目审批制度。未经批准的技术出口项目，不得对外进行实质性的技术交流和商务活动。

依照我国法律的有关规定，任何企业、单位、组织和个人均可通过贸易或经济合作的方式出口技术。但技术出口人必须事先填写技术出口项目申请

书。该申请书是审批机关审批的依据，也是技术出口人在项目获得批准后进行技术和商务谈判的重要依据。

项目申请书主要包括以下内容：项目名称；申请单位（人）；技术所有权单位（人），技术简介（主要介绍技术的内容和特征，技术的先进性和成熟性，技术的应用情况和经济效益），技术是否来源于引进技术，或是中国政府出具最终用户证明的说明，技术和产品出口情况和销售前景；拟出口的方式和国别。

技术出口人应按照隶属关系，将申请书报送有关项目审查机关批准。我国对技术出口项目的审查，实行按技术的性质和技术所有人的隶属关系分级归口进行。凡是国家法律允许出口的技术，按照技术所有人的隶属关系，由国务院有关部委、直属机构或者由各省、自治区、直辖市以及计划单列市人民政府的经贸主管机关和科委审批，报贸经部和国家科委备案。凡是国家控制出口的技术，按技术所有人的隶属关系，由国务院有关部委、直属机构或者由各省、自治区、直辖市以及计划单列布人民政府的经贸主管机关和科委分别进行贸易和技术保密审查后，报贸经部和国家科委审批。

贸易审查，主要是审查该技术出口项目是否符合我国对外贸易政策，是否影响我国对外贸易的发展，是否违反我国对外承担的义务。

技术和保密审查，主要是审查该技术出口项目是否符合我国的技术政策，是否影响我国发挥技术优势，是否符合国家技术保密政策。此外，属于国家秘密技术出口项目的保密审查，依属《国家秘密技术出口审查暂行规定》办理。

审查机关经审查后，如认为属于允许出口的技术项目，国务院有关管理部门或地方技术出口管理机关做出书面审批意见；如认为属于控制或禁止出口的技术项目，则签署意见后报贸经部和国家科委审批。贸经部和国家科委应在收到上述报告后 30 日内决定是否批准。在规定时间内未作答复的，视同批准。

（三）建立委托关系，寻找外国厂家

出口项目在得到批准后，技术出口人即可正式对外开展工作。

依照我国法律有关规定，只有有技术出口经营权的公司或企业才能经营技术出口。因此，没有技术出口经营权的技术出口人，一般应在对外正式开展工作之前，至迟在对外正式签约之前，要将出口项目委托具有技术出口经营权的外贸公司代理出口。这种委托是通过技术所有人与外贸公司订立委托代理合同的方式建立的。委托代理合同应明确授权的范围，以及双方各自的权利和义务。

技术出口人应和外贸公司密切合作，通过国内外各种渠道。寻找外国厂家，开拓国际技术市场。具体方式包括组织和参加各国技术贸易展览会，派遣推销小组，在国外建立代理网点，以及通过我驻外商务机构协助开展对外宣传工作，寻找贸易机会。

当有外商提出要购买我方技术时，应对该外商的资信及公司状况和技术能力进行调查。同时，还要了解外商所在国的政治、经济的稳定程度以及有关技术转让的法律规定，判定技术转让的风险，为下一步合同谈判准备条件。

（四）合同谈判和订立合同

合同谈判是技术出口工作的重要环节。为保证谈判的顺利进行，应由商务人员、技术人员和法律人员组成谈判工作小组，负责技术出口合同的谈判

工作。

在合同谈判时应注意，决不能机械地套用技术引进经验，把技术出口合同简单地看作是技术引进合同的翻版。要根据交易的具体情况及相关国家的法律规定，灵活地处理合同谈判过程中出现的各种具体问题。在谈判中，对于授权问题、税费问题、侵权问题和保密问题，以及保证问题要给予特别的注意，以维护许可方的合法权益。整个技术出口合同应做到内容完备，繁简适宜，前后协调，严谨准确。

技术出口合同经双方授权代表签字后，中方当事人应依照我国法律规定，将合同提请有关合同审批机关批准。技术出口合同经有关政府机关批准后生效。

第六章 技术贸易合同

技术贸易合同是当事双方为实现技术转让特定目的而缔结的规定双方权利义务关系的法律文件。从概念上说，技术贸易合同是由多种合同形式组成的集合体。在国际技术贸易实践中，实际应用的技术贸易合同的形式是多种多样的，例如技术咨询合同、技术服务合同、合作生产合同、成套设备合同、许可证合同等等。然而，在众多的技术贸易合同形式中，许可证合同是最为典型、最为普遍的一种形式。在我国的技术贸易实践中，除许可证合同外，成套设备合同、技术服务合同也是广为采用的合同形式。为此，本章着重介绍上述 3 种合同形式，特别是着重介绍许可证合同。

一、许可证合同的概念和种类

（一）许可证合同的定义

许可证合同，通常又称为“许可证协议”，是技术贸易合同主要的和基本的形式。

所谓“许可证”，是从英文“License”一词翻译而来。它的基本含义是指根据法律规定得到允许后才能从事的行为。在技术贸易实践中，许可证合同是指技术的供方以合同的方式，允许技术的受方使用其技术，实现特定技术转让目的的一种协议。合同中提供技术的一方称为许可方（英文为Licensor），接受技术的一方称为引进方（英文为Licensee）。

从法律角度说，许可证合同实质上是一种“授权”协议，即技术所有者或持有者授予技术受让方在特定的范围内利用其技术的一种授权协议。当然，这种授权是有条件的，条件之一是引进方作为回报而支付酬金。

（二）许可证合同的范围

许可证合同主要是以技术作为交易对象的合同，其范围是由作为合同标的的技术或权利的性质决定的。对于哪些技术或权利可以作为许可证合同的标的，各国有不同的法律规定，因此，在不同国家内，许可证合同的范围也不尽一致。从世界大多数国家的情况看，许可证合同的范围主要包括以下4种。

1. 专利许可合同。它是以专利技术作为合同标的的许可合同。专利许可合同的目的是许可使用专利保护的发明，所涉及的专利是以授予该专利的国家名称和它的序号来识别的。按照通常的做法，在专利许可合同的序言或定义条款中，要将许可的专利技术内容予以简要的说明，如许可涉及到不同国家颁发的多种专利时，往往要在合同附件中专门列有一专利清单。

从法律上说，一项专利权包含着一系列法律所赋予的排他性的专有权，如对专利技术的使用，利用专利技术制造产品和销售专利产品等。这些排他性的专有权都可作为专利许可合同的内容。在专利许可合同中，只要没有明确排除或限制上述排他性的专有权，即意味着授予引进方利用所有这些专有权的权利。

专利许可可以是独占许可，或独家许可，也可以是普通许可。

2. 商标许可合同。它是以商标作为合同标的的许可合同。这种许可是对商标使用权的许可，指商标所有人在合同规定的范围内允许被许可人在支付一定费用的条件下使用其商标。大多数国家的法律都允许商标权人将其商标的使用权授予他人。但要求遵守某些条件，其中核心的条件是要求商标的被许可人必须达到许可方使用同一商标产品的质量标准，不得在达不到许可方质量标准的产品上使用许可方的商标，以保护消费者的利益。因此，在商标许可合同中，一般都订有质量监督条款，规定被许可方可以在保密的基础上获得许可方的所有说明书、技术数据或者专有技术；许可方有权查看被许可方的工厂和仓库。有权对被许可方的生产方法、使用的材料、成品的存放和包装实施监督，有权制止在不符合质量标准的产品上使用其商标，以保证被许可方对其商标的使用能够符合规定的质量标准。

在商标许可合同中，一般都对使用许可商标的地域范围予以明确的规定，如规定禁止被许可方在合同规定的区域范围以外使用，或是规定许可方不得在实施独占许可的地域内使用。在我国的许可证贸易实践中，商标许可

的方式是多种多样的，例如：单独使用外国商标；将外国商标同我国企业的商标结合，形成联合商标（Combinedtrademark）或联结商标（Associatedtrademark），在外国商标下标明“由中国××工厂制造”或“按××国××公司的许可证制造”。

3. 专有技术许可合同。它是以专有技术作为合同标的的

许可合同。由于专有技术具有特殊法律性质，某些国家在法律中不承认专有技术能够许可，而认为仅可以转让。因此，他们将专有技术许可合同均称为专有技术转让合同。但无论是称为“许可”，还是称为“转让”，这主要是称谓上的不同，从各国专有技术贸易的实践来看，其合同的基本结构和主要内容并无太大差别。

专有技术许可合同与专利许可合同有许多相似之处，都是有条件的使用权的转让，所以，这两种合同的结构大致相同。而且在实践中，专有技术和专利技术往往交织在一起。一项专利许可合同往往包含有专有技术的内容，因而人们经常把这两种合同混淆起来。但是，由于专有技术与专利技术是性质不同的两种技术，专有技术许可合同和专利技术许可合同的侧重点是不同的。单纯的专利许可合同是一种典型的“授权”合同，许可方只是将其所拥有的专利权授予引进方使用，通常对于引进方使用后的技术效果不予负责。因为专利技术是公开的，引进方应该在订立合同之前充分了解专利的内容，判定其实施后的技术效果，自行承担技术上的风险。专有技术许可合同除含有许可方授予引进方使用其专有技术的内容外，一般还规定许可方要负责技术的传授及实施后达到一定的技术标准。如果同单纯的专利许可合同相比较，专有技术许可合同的结构要复杂一些，包含有通常的单纯专利许可合同所不含有特殊条款，如保密条款、技术保证条款以及有关技术传授和考核验收的条款。

4. 计算机软件许可合同。指被许可方为获得计算机软件使用权或复制权而与计算机软件的许可方签订的合同。对于计算机软件的法律地位，各国法律的规定不同，分别受到专利法、版权法的保护，或按照专有技术予以保护。计算机软件许可合同与专利许可合同有许多相似的地方，主要是解决授权的问题。

计算机软件许可合同主要有两种：一种是使用许可合同，另一种是生产许可合同，使用许可合同是指许可方允许引进方使用其由软盘、资料及说明书等组成的、封装的软件的授权协议。生产许可合同是指许可方允许引进方复制并封装其某一软件的授权协议。由于计算机软件的特殊性质，计算机软件许可合同也含有某些特殊的条款，如对于软件包的功能叙述，对软件环境和软件性能の説明，对硬件环境的叙述，以及软件支持和检验验收等条款。

在技术贸易实践中，一项许可证合同可能包含两项以上的技术或权利，如既包括专利技术，也包括专有技术和商标使用权，此种许可证合同被称为一揽子许可合同（Package License）。

（三）许可证合同的种类

许可证合同是授权协议，按照授权的性质，许可证合同可以划分为以下几种类型：

1. 独占许可（Exclusive License）。指在合同规定的期限和地域范围内，引进方对转让的技术具有独占的使用权；许可方不仅不得再将此项技术转让给第三方，而且自己也不得再利用此项技术制造和销售产品。如果发生侵权行为，引进方有权以自己的名义起诉，但一般应与许可方作为共同诉讼

人。所以，在许可合同规定的范围内，独占许可的引进方几乎获得了与权利所有人相同的权利。从某种意义上说，这种许可近乎是一种权利的转让，所以这种许可的转让费最高。

2. 独家许可 (Sole License)。指许可方在合同规定的期限和地域范围内，允许引进方利用其技术，许可方不得再将此项技术转让给第三方，但许可方自己保留利用此项技术的权利。所以，独家许可的特点是仅排除第三方，而不排除许可方。这是仅次于独占许可授权范围的一种许可。

3. 普通许可 (simple License)。指许可方在合同规定的期限和地域范围内，允许引进方利用其所转让的技术；同时，许可方自己仍保留使用的权利，并有权再向第三方转让。普通许可是许可方授于引进方权限最小的一种授权，因此，这种许可证的转让费比较低。按照国际许可证贸易的惯例，如果在许可证合同中没有特别指明是什么性质的许可，则视为是普通许可。

4. 分售许可 (Sub-License)。指许可方在合同规定的期限和地域范围内，除允许引进方自己利用所转让的技术外，还允许引进方再将此种技术全部或部分地转告第三人。在通常情况下，只有独占许可或独之许可的引进方才获得分售许可的授权。原引进方基于分售授权而与第三方订立的许可合同与原分售许可合同，是两个独立的合同，第三方与原许可方并无合同关系。但是，原引进方仍要对原许可方负责，例如要承担保密义务，要保证正确地使用原许可方的技术，不得对技术工艺任意改动等等。

5. 交叉许可 (Cross License)。指合同当事双方方式当事各方，均以其所拥有或持有的技术，按照合同所约定的条件交换技术的使用权，供对方使用。交叉许可常见于原发明的专利权人与派生发明的专利权人之间，后者要实施其发明难免要侵犯前者的利益，因此要得到原发明专利权人的许可；而前者要更新其专利产品时须采用后者的派生专利技术，也要得到派生发明专利权人的许可。除此之外，合作开发、合作制造合同，以及技术贸易合同的反馈条款，也都有可能致交叉许可。

二、许可证合同的主要内容

国际许可证合同的范围较广，种类较多，各类合同的内容不尽相同。这里仅以含有专利、专有技术和商标的一揽子许可合同为基础，着重介绍各类许可合同所共有的通用条款。

（一）合同序言

在许可证合同编有序号的正式条文之前，一般都有简要的序言。序言是合同的重要组成部分，主要规定以下内容；

1. 合同名称和编号。合同名称要确切地反映合同的内容和合作的方式，使人们对合同的性质和特征一目了然，例如，“××专利许可合同”，“制造××产品技术许可合同”等等。合同编号是识别合同的特定符号，它反映出许可方的国别、引进方的名称和部门、签约的时间等。合同编号的作用是便于立卷存档、便于查阅、便于合同的执行。在合同执行过程中的来往信函、议付单据、包装标记上都将以合同编号作为识别某一合同的特定符号。

2. 当事人名称和法定地址。当事人的名称要确切地反映当事人的法律地位，如应说明当事人是自然人还是法人，是在某一国家注册的何种性质的法人。如果合同的许可方或引进方是由两个以上的自然人或法人共同组成，除要在合同中明确他们各自的责任外，还应明确谁作为该合同的主要对外负责人。在合同中应明确写明当事人的详细地址。为便于通讯联络，还要将双方的电话、电传及传真号在合同中详细写明。在实践中，也有的合同将当事人的通讯地址在合同的最后条款中设专款列明。在合同执行过程中，一旦发生仲裁或诉讼，当事人的法定地址也是确定法院管辖权和适用法的依据之一。

3. 签约时间和地点。签约时间是决定合同何时生效，合同的各项义务何时开始履行的起算点。签约地点与合同适用法的选择密切相关，在合同没有规定适用法的情况下，签约地往往也可能成为确定合同适用法的重要依据之一。如果合同当事双方的签约日期和地点不同，一般以最后一方签约的时间和地点作为合同的签约日和签约地。

4. 鉴于条款。鉴于条款是一种叙述性条款，通常用以说明当事双方订立合同的意图和理由，陈述许可方及引进方的背景，表明许可方对技术或权利的拥有情况，以及引进方接受技术的经验或能力，表达双方进行合作的目的和愿望。鉴于条款是对整个合同的背景和目的的总体性的说明，因此将来一旦发生争议，仲裁庭或法院往往根据鉴于条款中的陈述，对合同中的其他条款进行解释。

（二）定义条款

为使合同的内容更加清楚、明确、简洁，在合同中一般均专列定义条款，对合同中反复使用、容易混淆或关键性的名词、术语的含义作出明确、具体的规定，以防止双方理解不一，在解释上发生分歧；同时也可以使合同的文字简明扼要，避免合同中重复使用冗长、繁琐的表达方式。在合同中需要下定义的词语主要有以下4种：

1. 与合同标的有关的重要名词和术语。如专利、专有技术、商标、合同工厂、合同产品、技术资料、技术指导、技术培训、考核产品等。

2. 各国的法律或惯例有不同的理解或容易产生歧义的重要的名词和术语。如净销售价、滑动公式、提成率、改进技术、生效日、主管当局、会计年度等。

3.重要的专业性技术术语。如聚合物、反应器、催化剂、投料试车等。

4.合同中多次出现，需要加以简化的名词和术语。如许可方、引进方、第三方、设备、材料、散件等。

对于某个名词或术语的定义，可以按照有关法律的规定加以表述，也可以由双方按照共同的理解予以约定。但合同中所下的定义，不应与法律规定相违背。例如，对于“生效日”的定义，不能规定为“合同签字日作为合同生效日”，因为这违反了我国法律有关技术贸易合同需经批准方能生效的规定。除此之外，所有下定义的名词、术语在整个合同中的含义应当一致，不应再有其他不同的解释，否则，将会造成合同执行中的分歧或争议。

（三）合同的标的

合同的标的，即合同的内容和范围，这是整个合同的核心部分，是确认双方权利和义务的基础。在合同标的条款中，一般应包括以下几项内容：

1.许可方提供技术或排他性权利的内容。在合同中应明确规定许可方转让的技术或权利的类别或内容，明确是一项技术，还是几项或一个系列技术；是专利、商标、计算机软件，还是专有技术。如果提供的是专利技术，应出具专利证明文件。对于在外国取得专利权，而在中国专利局没有获权的技术，一般应作为非专利技术对待；但如果合同产品要出口到许可方已获得专利权的国家，则此类技术可作为专利技术对待。如果许可方提供了商标使用权，许可方也应提供该商标的注册证明。在确定技术内容时，应根据引进方的实际需要，有选择地引进急需的或有重大发展潜力的关键技术。应注意防止不计费用、动辄引进全套技术的贪多求全的倾向。

2.转让的方式与范围。转让的方式与范围是许可证合同的核心内容之一，具有特殊重要性。在技术贸易实践中，在相当一部分许可证合同将这一内容单独列出，作为合同中独立的“授权条款”。

在许可证合同中，应对转让的方式与范围分别作出明确的规定，合理地确定授权的性质、授权的范围以及对该技术的使用目的或用途。

授权的性质，主要包括独占许可、独家许可、普通许可、交叉许可、分售许可等几种类型。在确定合同的授权性质时，要对该种技术的应用范围、市场前景、转让的状况、生命周期等诸多经济技术因素进行综合考虑，同时还要考虑到不同性质授权之间的价格差别。按照国际技术贸易的惯常做法，如当事双方对于授权的性质没有作出其他特殊明确的约定，此种授权即被视为普通许可。因此，如果合同当事方要求普通许可以外的其他性质的授权，应在合同中作出明确的规定。

授权的范围包括使用权、制造权、销售权以及使用这些权限的时间范围和地域范围。

使用权、制造权、销售权是相互联系、不同层次的授权。使用权是指许可方授予引进方为某一特定目的利用其所转让技术的权利，它是一项最基本的授权。制造权是指许可方授予引进方利用其技术制造某种技术产品的权利，它是引进方所要求的最主要的一项权利。销售权是指许可方授予引进方在特定范围内销售其所生产的技术产品的权利。销售权的内容是技术产品，而不是所转让的技术，这一权利包括国内销售和出口两个方面。

地域范围是指许可方允许引进方利用其技术的特定的区域范围。就一项具体的技术而言，不同层次授权的地域范围往往不同。在没有分售许可的情况下，使用权和制造权的地域范围较窄，通常仅限于合同工厂。而销售权的

地域范围则较宽，就多数合同而言，引进方有权在其所在国的地域范围内进行销售，有的合同还规定有外销权的条款，即将销售权的地域范围扩展到其他国家，在确定地域范围时，出口销售地区往往是当事双方争论的一个焦点。为减少因转让技术可能产生的市场损失，许可方总是尽可能地限制引进方的出口销售地区，甚至将禁止合同产品出口外销作为转让技术的前提条件。与之相反，引进方则往往力争合同产品的外销权，以扩大其产品销售市场。有些发展中国家的法律甚至规定，许可方对合同产品的出口限制属于限制性条款，凡含有此类内容的合同，政府一般不予批准。按照国际技术贸易的惯常做法，许可方对于出口销售地区的“合理的限制”是可以接受的。所谓合理的限制是指，作为引进方传统市场的国家和地区，许可方实施了独占许可、独家许可或独家代理的国家和地区。

在确定地域范围时，如果许可方所转让的是一项以上工业产权，或是将工业产权与专有技术同时转让，应将它们分别列明。因为它们分受不同的法律调整，使用的方式和领域有所不同，如专利技术、专有技术用于生产领域，商标用于销售、服务领域。同时，它们登记注册的状况和可转让的程度也可能不同，不宜不加区别地笼统规定，否则将会给合同的执行造成困难。

时间范围是指许可方允许引进方在乡长时间内利用其技术或权利。所转让的技术或权利的类型不同，授权的时间范围也不尽相同。一般来说，专利、商标授权的时间范围通常与合同的有效期一致，但不能超过其权利的有效期；专有技术的时间范围要长，通常在合同期满后引进方仍有权继续使用。因此，如果合同没有特殊约定，对专有技术授权的时间范围可以理解为是无限期的。

在合同中还应对该技术的使用目的和用途作出明确的规定。就一项技术而言，其使用目的和用途可能是多方面的。例如，核辐射技术既可以用于工业，也可以用于农业和医疗卫生行业，计算机技术既可用于军事，也可民用。技术的使用目的和用途不仅与许可方所在国的政治、经济利益密切相关，而且直接影响合同的价格。在一般情况下，使用范围广，可用于多种行业和多种领域的技术，其转让的价格较高。

3. 许可方提供的技术资料。在合同中应明确规定许可方提供资料的范围，如有关设计资料，工艺资料，质量标准，合同产品的技术规范、配方、图纸、数据、使用和维修资料等。在专有技术许可合同中，应明确技术资料的先进性与可靠性，要求许可方提供其正在使用的成熟的技术资料。技术资料应用中文、英文书就，如用其他文字，应考虑到引进方的翻译能力。技术资料中的设计单位应为公制，在含有硬件的许可证合同中，可将技术转让的资料与设备的资料进行合理划分，分别列明，以便于缴纳税费。详细的技术资料清单应列入合同附件。

4. 技术培训与技术服务。为保证引进方能够尽快地掌握其引进的技术，应在合同中对技术服务和技术培训的内容、范围、目的、要求以及双方的权利、义务作出明确的规定。在合同条款中，一般仅对技术服务和技术培训的范围和目的作原则的规定，有关的详细规定多是单列一专门条款，或在合同附件中予以规定。

（四）合同的价格

支付价款是引进方最主要的义务，价格条款是许可证合同的重要内容之一。价格条款主要包括计价方法、合同金额和使用货币等内容。

许可证合同的价格有固定价与滑动价之分，我们在实践中多采用固定价，在技术引进业务中，为减少外汇风险，引进方应根据货币汇率变化的趋势，尽量选择软货币计价。当以软货币计价时，一般不接受货币保值条款。如合同双方对选择货币争执不下，可选择用一硬一软两种货币计价，或是选择美元计价。

合同应列明分项价格。分项价格一般包括专利使用费、专有技术使用费、商标使用费、计算机软件使用费、技术服务费、技术培训费、技术资料费等。

对于价格条款的详细内容，将在本书第7章中予以论述。

（五）支付条款

支付与价格密不可分，同样是许可证合同的一个重要而又十分复杂的条款。

许可证合同的支付条款包括支付工具、支付方法、支付条件等内容，如合同采用提成支付，还要规定查帐的程序和方法。

有关支付条款的详细内容，将在本书第7章中详细论述。

（六）技术资料的支付

技术资料的交付是技术转让的重要环节。许可方要借助技术资料表达和说明其技术内容，引进方也要通过技术资料获得和掌握技术知识。因此，技术资料是传播技术知识，实施技术转让的重要媒介。许可证合同中的技术资料交付条款主要包括以下几项内容：

1. 技术资料的支付计划和交付时间。技术资料的交付计划，应根据引进方的项目进度以及引进方自身的消化和吸收能力来安排。可以规定一次交齐，也可以分批支付。在合同中应明确规定技术资料的支付时间，并注意与迟交罚款的规定相协调。如采用空运的方式支付技术资料，一般以指定机场空运单的到港印戳日期为实际交付日期。

2. 技术资料的交付方式和地点。技术资料一般以空运的方式在引进方指定的机场交付。许可方在技术资料发运后24小时内，应将合同号、空运单的日期和号码、技术资料名称、件数、重量、航班号以电传通知引进方，并在48小时内将空运单和技术资料清单用航空挂号邮寄给引进方。在一般情况下，交付的技术资料应为一式两份。在技术引进实践中，对于技术资料的风险转移，一般规定为在技术资料抵达指定的目的地机场后方从许可方转移至引进方。这样规定的目的在于保证一旦技术资料在运输途中发生毁损灭失，许可方能够尽快补寄，合同的执行不至受到太大影响。

除空运之外，如果对合同履行进度不会产生影响，也可采用海运或陆运的方式。在某些情况下，合同当事双方还可能约定技术资料由许可方派人随身携带入境，直接送文引进方。凡以这种方式交付技术资料，需注意办妥技术资料出入境的全部手续。

3. 技术资料的包装。为防止技术资料在运输途中发生毁损灭失，在合同中应对技术资料的包装作出明确规定。技术资料应具有适合于长途运输，多次搬运，防雨、防潮、防散失的坚固包装。包装内应附详细清单一式两份，标明文件序号、图号、名称、页数和总页数。包装外应以中文和外文标明合同号、收货单位和收货人、目的地机场、唛头、重量、件号、发运机场名称。

4. 技术资料残损短缺的补救方法。在合同中应规定，引进方收到技术资料后，应对技术资料进行清点、核查，如发现有残损短缺或其他方面与合同

的规定不符，应立即通知许可方。许可方应在接到通知后若干天内，免费将技术资料航寄给引进方。对于在风险转移之后不是由于许可方的原因造成的技术资料的毁损灭失，许可方也应尽快将技术资料补寄。

（七）技术服务与技术培训

技术转让本身含有技术传授的过程，要顺利地实现这一过程，单凭技术资料的移交往往是不够的。因为在许多情况下，许可方交付的技术资料并不能包括其所转让技术的全部内容，特别是无法包括许可方技术人员头脑中的技术经验和诀窍。这些经验和诀窍需要通过技术人员的操作演示和现场指导才能表达出来，而且这些经验和诀窍往往涉及到所转让技术的核心内容，直接影响技术传授的效果。所以，在许可证合同中，技术服务与技术培训是一项重要的内容。

在技术服务和技术培训条款中，应明确规定服务与培训的目的、范围、要求，双方各自应提供的条件和履行的义务，以及费用的负担等内容。

对于技术服务，在合同中应规定，许可方须派遣称职的、健康的、有经验的技术人员到合同工厂提供技术服务，并将这些人员的服务任务、服务时间、技术专业和专业级别，以及验收的标准予以明确规定，以保证服务的质量。对于技术服务费，一般按每个人/日的单价计算。计算服务费的时间，通常从技术人员抵达合同工厂所在地至离开该地止，有薪节假日不扣除。但是，除了日工资和必要的加班费外，技术服务人员不应再有其他任何形式的补贴。技术服务费与技术服务人员的实际所得不是同一概念，在通常情况下，引进方向许可方支付的技术服务费要高于许可方技术人员的实际所得。对于技术引进合同中技术服务费的标准，国家已有明确的规定，在实践中可以参照执行。在合同中还应规定何种情况属于加班，以及加班费的计算方法。在一般情况下，每加班1小时，按1.5小时计付费用。对于许可方派遣人员的食宿交通费用，也应在合同中予以明确。通常引进方可免费提供自住宿地至现场的交通工具。

对于技术培训，在合同中应就培训的内容与场所，培训的形式与条件，以及培训的时间、期限、次数、语言及各种费用的分担等予以详细规定。在合同中应规定，许可方应保证引进方人员到正在使用其所转让技术的合同工厂进行培训，全面传授合同规定的技术与管理方面的知识，并为之拟定行之有效的计划。为保证培训工作的质量，在合同中应对许可方培训人员的资格和引进方接受培训人员的条件予以规定，并根据项目需要，安排一定时间的实习操作。许可方应向培训人员提供实习所需的仪器、工具、技术资料和防护用品，对于培训费用，应注意与合同价格条款和支付条件相呼应，同时在合同中要对培训过程中所发生的食宿交通、医疗、保险等项费用的负担作出明确规定。

为保证技术服务和技术培训工作的顺利进行，合同当事双方均应协助对方人员办理入境签证或劳动许可，采取措施保障对方人员的人身安全，并为对方人员在生活、工作、交通、通讯、医疗等方面提供便利。双方派遣人员在对方国家期间，均有义务遵守对方国家的法律和有关工厂的规章制度。在合同中，还应对发生人身伤亡事故的责任和费用负担作出规定，总之，应注意“技术培训”与“技术服务”两部分内容的协调，凡涉及到当事双方义务的，应做到条件对等。

由于技术服务和技术培训的内容较多，在实践中通常将详细的服务内容

和培训安排放在合同附件中予以规定。

（八）专利条款

这里所说的专利条款，是指有关专利许可的特有条款。其内容主要包括维持专利有效性，不得反控和使用专利标记。在实践中，上述内容一般表现为 3 个独立的条款。

1. 维持专利有效性条款。绝大多数国家的专利法规定，为了维持专利权的效力，专利权人必须缴纳费用，而且必须按年缴纳。这笔费用被称为专利维持费或专利年费。逾期不纳，将依法丧失其专利权。因此，在合同中一般应规定，许可方有义务按照法律规定缴纳专利维持费，以维持专利的有效性。未交专利维持费而导致专利失效的，专利许可合同也将因此而解除，引进方将不再支付专利许可费用。

在有些许可证合同中，专利有效性条款还包括要求许可方对其专利权承担持续有效性的保证。如果该项专利被宣布无效，引进方不仅有权宣布该许可证合同无效，而且还有权向许可方索回已支付的许可证费。通常许可方拒绝承担这种保证，其理由是超出了其所能控制和合理预见的范围。

2. 不得反控条款。不得反控，又称为权利不争，是指引进方在获得了许可方的专利技术后，在整个合同有效期内，不得对许可方所转让的技术提出异议或进行无效诉讼。对于此种条款的效力，在法律上一直有不同的看法。某些发展中国家有关技术转让的法律规定，不得反控条款为限制性条款，凡是含有此类条款的合同，政府不予批准。美国最高法院于 1969 年在“利尔公司诉阿德金（Lear Inc. v. Adkin）”一案的判决中认为，即使合同中订有这种条款，实施专利的被许可人仍可对该项专利提出无效，禁止反悔原则应当对公共利益让步。美国最高法院的这一判决，在国际上影响较大。某些国家在向美国转让技术时，已不再订立此种条款。但是，此种条款在一些国家中属于合法，受到法律的保护。例如，按照德国《反对限制竞争法》第 20 条第 2 款第 4 项的规定，专利许可合同的获得者或被许可人有责任不攻击法律所保护的专利权。

3. 使用专利标记。作为专利所有人的一项权利，他有权在其使用专利技术生产的产品上标明专利标记，如“××国专利，专利号××”，或“×× Pat, NO. ×××”。专利标记的作用，主要是表明该产品系专利产品，以此抬高该产品的地位，同时也起着告诫作用，警告他人不得仿造，否则将构成侵权。美国、西欧以及日本等国的法律都规定，在使用专利技术的产品上，应尽量标明专利标记。按照美国法律，专利权人只能对发生警告后所造成的损失要求赔偿。如果在专利产品上不加专利标记，专利权人不能在任何侵权诉讼中要求赔偿损失，除非他能证明侵权人曾经接到过警告并且继续侵权。

由于专利标记的这些特殊作用，在许可证合同中往往列有专门条款，规定专利标记的使用。

（九）商标权条款

在国际技术贸易中，单纯的商标许可合同较少，在多数情况下商标是同专利技术、专有技术或计算机软件的许可结合在一起，在这种一揽子许可合同中，除在合同标的条款中对商标权的授权问题予以规定外，一般还列有专门的商标权条款，对商标使用的形式、质量控制、商标标识的管理等内容予

以规定。

1. 商标使用的形式。引进方使用许可方商标的形式，主要有以下 4 种：

(1) 单独使用许可方的商标。即对许可方的商标不作任何改动，将商标直接标在引进方所生产的产品上。这种方式虽然有利于引进方借助许可方商标的声誉迅速打开销路，但却不利于引进方独立地建立自己产品的信誉和市场。例如，巴西曾引进德国西门子公司的“Siemens”商标，用于其所生产的电动机，并把这些产品迅速推销到墨西哥、韩国等国，使西门子的声誉大大提高。当许可证合同期满后，巴西无权再使用此种商品。虽然还是巴西生产的电动机，却推销不出去。因此，一些发展中国家对于这种商标使用方式持否定态度。

(2) 使用许可方商标，同时注明生产国家和生产厂家。例如，我国引进美国可口可乐公司的“Coca-Cola”商标生产可口可乐饮料，在“Coca-Cola”商标下边注明“中国××省××工厂制造”。从实际效果上看，这种使用方式与上一种基本相同。

(3) 联结商标。即将许可方商标和引进方商标有代表性的特征联结起来，组成一个新的商标。例如，我国福建某彩色胶片公司引进美国柯达公司的技术和商标权，联结组成“FUDA”商标。需要注意的是，联结商标的所有权应属于引进方。

(4) 联合商标。即将许可方的商标与引进方的商标并列使用，因此又称为“双重商标”。例如，我国上海汽车制造厂引进德国大众汽车有限公司的技术和商标，在其所生产的汽车上使用“上海-Santana”商标，联合商标的优点在于既可以利用许可方商标的信誉打开销售渠道，又可以建立自己的产品信誉。当许可证合同期满后，引进方仍可使用自己的商标，而不会对产品的销售产生太大的影响。

2. 质量控制。商标所有人订立商标许可合同之后，为防止引进方在质量低劣的产品上使用其商标，往往在商标条款中订立质量控制条款，以维护其商标的信誉。此外，为保护消费者的利益，许多国家商标法都要求商标所有人在订立商标许可合同时，应将质量控制作为一项重要内容予以规定。

质量控制条款的内容主要是确认许可方的质量监督权，明确许可方在多大范围内，有权采取何种措施保证引进方有关产品的质量不低于许可方生产的产品。许可方质量监督权的内容，视不同的产品而有所不同，一般包括以下几方面：许可方有权提产品的样品或技术指导，要求引进方采用同等的材料或工艺，达供到相同的质量标准；许可方有权对引进方的产品进行抽查，或是要求引进方定期提供一定数量的样品以供检查；许可方有权对引进方的生产活动进行监督，如果发现不合格时，许可方有权要求引进方立即予以改正，并不得在不合格产品上使用其商标。如果引进方逾期不改，许可方有权终止商标许可合同。

需要注意的是，在技术引进实践中，某些许可方利用其拥有名牌商标以及相关生产技术的优越地位，提出一些苛刻的条件，施加许多不合理的限制。例如，要求引进方必须使用许可方提供的材料或零部件，必须雇佣许可方的技术人员从事关键岗位的工作，许可方人员有权随时对引进方的生产进行检查，一经发现不符，有权要求立即停止生产，等等。这些限制性条件严重影响引进方对其所引进技术的消化和吸收，妨碍其自主地组织生产，并且超出了商标许可人维护其商标声誉所应采取措施的合理范围，属于滥用质量控制

权。对于这些苛刻条件，引进方不宜接受。

3. 对商标标识的管理。商标标识是指由文字、图形或者组合构成的商标图样的物质实体，例如商标标牌、商标纸，以及附有注册商标的包装、装璜、容器等。在商标条款中，对商标标识的管理主要包括以下 8 项内容：

(1) 商标标识的获得。在技术贸易实践中，商标标识可以由商标许可方提供，也可由引进方印制，在多数情况下是由引进方印制。引进方在印制许可方商标时，一般应严格按照许可方提供的商标的式样、图形、色彩，保证商标标识的质量。为防止商标侵权的发生，引进方应对商标标识妥善保管。

(2) 商标标识的使用。许可方有权对引进方使用其商标标识进行严格的管理，以维护其商标的信誉。引进方在其生产的载有许可方商标标识的产品首次出售之前，一般应得到许可方的书面确认。不合格的产品，不得使用许可方的商标标识，或是不得销售。如果已经销售，引进方应负责追回，并承担由此而产生的费用和损失。

(3) 合同终止后对商标标识的处理。在合同期满或合同因其他原因终止后，引进方应停止使用许可方的商标。对于库存的尚未使用的商标标识，应予销毁，如许可方同意，也可作价转让给许可方或许可方指定的第三方。对于合同终止日之前引进方已经生产完毕的载有许可方商标的产品，双方可以具体商定处理办法，在通常情况下，应允许引进方继续销售。终止日前尚未生产完毕的产品，不得再使用许可方的商标；如已载有，引进方应负责消除。

(十) 技术的改进与发展

技术的改进与发展条款主要包括技术的改进、技术的发展，以及相互提供改进或发展技术的条件。

关于技术的改进和发展的定义，各国法律并无明文规定。世界知识产权组织在其编著的《供发展中国家使用的许可证贸易手册》中，对专利技术的改进和发展规定为，改进是指在作为该项专利的主题的一项发明或外形设计上并无反映的任何技术进步，但这项进步一经利用，便会产生减少制造成本、增加销售量、减少应用工艺费用的效果。发展是指和该项产品或工艺有关系的任何技术进步。它不是作为一项专利或专利申请的主题的改进，同时也不反映在技术情报内的任何技术进步。按照上述定义，改进是指在不改变已有技术本质的基础上，对已有技术的工艺、性能进行非本质性的、局部的完善和提高。发展则是指超出了原有技术的本质和主题，使原有产品或工艺发生了实质性的进步。

在许可证合同中，对技术的改进和发展主要应明确以下两方面内容：

1. 改进和发展技术的所有权归属。在技术贸易实践中，关于改进和发展技术的所有权归属，一直有不同的观点。某些许可方认为，由于改进和发展的技术是基于许可方原有的技术，因此，一切改进和发展的技术，包括引进方所作的改进和发展，均应属许可方所有。与之相反，引进方则坚持认为，对原有技术的改进和发展是其独立研制的成果，理应归其所有。

如果根据法律的公平原则来判定这一问题，应该说，许可方的上述观点显失公平。因为这一观点的实质是不合理地扩大了其对现有技术所有权的范围，抑制了引进方进行技术创新的积极性，剥夺了引进方应享有的智力成果权。所以，一些国家在法律中明确规定，引进方对引进技术的改进和发展，

其权利归引进方所有。对于含有许可方专享一切改进和发展技术所有权的合同，政府不予批准。在技术引进实践中，应坚持在合同中明确约定，对于作为合同标的的技术的改进和发展，其所有权归改进和发展一方所有。

2. 当事双方交流改进和发展技术的条件。在合同执行过程中，许可方和引进方都有可能对作为合同标的的技术进行改进和发展。相互提供这种改进或发展的技术，有助于加强双方之间的技术合作。通常将规定许可方向引进方提供改进和发展技术的条款称为“继续提供技术援助条款”，将引进方向许可方提供改进和发展技术的条款称为“技术回授条款”。但在某些情况下，也将这两个条款的内容并为一条，统称为“对技术的改进和发展交流条款”。在合同中，应按照对等互惠的原则，将双方交流改进和发展技术的内容和条件予以明确规定，这包括权利对等、费用互惠、交换期限一致等。

权利对等是指在双方约定的期间内，双方均承担向对方提供其改进和发展技术的使用权。双方给予对方使用其技术的授权性质和条件应是相同的，而且这种授权的性质在原则上应与主合同中许可方给予引进方授权的性质相一致。

费用互惠是指双方均应无偿或有偿地向对方提供其所改进和发展的技术。在一般情况下，对改进技术应是无偿提供的；对发展技术可以是无偿的，也可以是有偿的。即使是有偿的，双方也应给予对方以对等的优惠条件。

交换期限一状是指双方均应在相同的时间内，按照互惠的原则，向对方提供改进和发展的技术。在多数情况下，这个时间应与合同的有效期相一致，或是略长于合同的有效期。

除上述内容之外，引进方对引进技术的修改权也是许可证合同的一项主要内容。技术的修改，不同于对技术的改进。它是转引进方为实施许可方转让的技术，在基本不改变该项技术的性能、工艺和内容的前提下，对该项技术所作的个别的调整，以使该技术能够适应引进方现有的技术设施或技术条件。例如对工艺文件的转化，对工艺流程的完善，或是对设计图纸的补充等。

引进方能否对许可方提供的技术进行修改？这是合同当事双方经常争论的一个问题。引进方往往提出，为使许可方的技术适应其自身条件，它有权对许可方的技术进行修改，许可方应当对此提供协助，并对此仍承担技术上的担保责任。许可方则认为，为保持其技术的完整性、安全性或可靠性，引进方不得自行对引进技术进行修改；如若修改，必须事先征得其同意，否则，它对由此而产生的一切后果概不负责。从根本上说，双方分歧的焦点在于对技术修改后所产生的风险和责任由谁负担看法不同。

在实践中，由于许可方和引进方各自国家的设计方法、技术规范或工艺装备会有差别，引进方在得到许可方的技术资料后，几乎都要不同程度地进行修改和完善，以使这些技术资料适应其自身的条件。所以，从原则上说，引进方提出的对引进技术的修改权属合理的要求，许可方应予接受，并积极协助，以保证该项技术的顺利实施。但应注意的是，引进方的修改权决非是对引进技术的任意修改，而必须要具有合理性，并应维护许可方技术的安全性和完整性。特别是对于涉及到高压、高温、强电、易燃、易爆的技术，或是工艺复杂，稍加改动就有可能增加许可方的保证责任范围或增加其工作量的技术，引进方应谨慎行事。对于这类技术的修改，一般应事先征得许可方的同意，由双方商定修改方案，或经过充分试验、验证后，再行实施。否则，许可方有权拒绝承担由此产生的风险和保证责任。

（十一）考核与验收

考核验收是对许可方是否按照合同规定交付技术资料，提供技术服务，正确有效地履行合同义务的最终检验。考核验收条款包括考核验收的程序、考核的内容，以及对验收后果的处理办法。需要说明的是，并非所有的考核验收条款都含有上述内容；也并非所有的许可证合同都订有考核验收条款。单纯的专利许可合同可以不订考核验收条款，即使订立验收条款，也主要是对支付的专利资料的验收。

考核验收可以在引进方的合同工厂进行，也可由合同当事双方分别在各自的工厂对合同产品进行检测。在我国的技术引进实践中，大都在引进方的合同工厂进行。在引进方合同工厂进行考核验收时，引进方应按照合同规定提供考核验收所需的原材料、辅料、零部件、元器件及检测设备等一切必要的条件。为使合同产品尽快实现国产化，引进方应尽量使用国产材料、零部件、元器件。引进方国产的部分原材料、辅料、零部件或元器件的质量确实不能符合生产要求的，也可由许可方提供或从其他国家进口。在使用引进方所提供的或由其他国家进口的原材料、零部件或元器件进行考核的同时，合同双方可对引进方提供的其国内所能生产的质量接近的材料或部件进行对比测试。但在通常的情况下，对比测试的目的仅在于找出适合于国产材料或零部件的改进方法，而不作为确定考核结果的依据。技术是否合格，应以使用符合合同规定的原材料、辅料、零部件或元器件所得出的考核结果为准。

考核时应有双方人员在场，由双方人员组成的考核验收小组主持进行。考核验收的具体方案可由许可方提出，经引进方确认。根据不同技术的特点，考核的产品可以是随机抽样的一台或几台，也可是一批或几批。在合同中可以规定，对由于引进方的原因，致使考核工作在最后一批技术资料到达合同工厂后或许可方人员完成技术服务工作后的若干月内仍不能进行，则视为该项技术已为引进方所验收。如果由于许可方的原因，例如许可方不能在合同规定的时间内派人参加考核验收，则引进方有权按照合同规定的标准单独进行考核，考核的结果以引进方出具的证书为准。在这种情况下，并不解除许可方应负的责任。

经考核达到合同规定的技术标准，即属于验收合格，双方应联合签署考核验收证书。如果达不到合同规定的标准，可重新进行考核，但通常最多不超过3次。在每次考核前，双方应共同分析原因，采取改进措施。对于重新考核所支出的材料费、人员费、修理费等相关的费用，应按照过错责任原则，由一方或双方合理负担。

如果经过3次考核仍未能达到合同规定的标准，则按以下办法处理：（1）责任在引进方，引进方应予接收。但许可方有义务在引进方负担费用的前提下，协助引进方采取改进措施，消除障碍，使合同产品达到规定的标准。（2）责任在许可方，许可方应按照合同索赔条款的规定，承担违约责任。（3）双方均有责任，则按照过错责任原则，依其过错的比例承担相应的责任。

（十二）保证条款

许可证合同的保证条款包括权利保证和技术保证两项内容。

权利保证主要是指许可方应保证其所转让技术的合法所有者或持有者，有权进行技术转让，并且此种转让在合同规定的地域范围内没有侵犯任何第三方的权利。

技术保证包括对技术资料的保证，技术服务的保证，合同工厂安全运行

和合同产品性能的保证。如果许可证合同中含有硬件，还包括对硬件的质量和交货期的保证。

有关保证条款的详细内容，将在第 8 章中论述。

（十三）违约补救与索赔条款

为保证合同的顺利履行，在许可证合同中都订有违约补救与索赔条款，详细规定一旦出现违约的情况，受损害一方在多大范围内有权采取哪些救济手段。在技术贸易实践中，由于引进方承担的风险要大于许可方，因而违约补救与索赔条款主要是针对许可方的一种限制，重点是明确许可方的违约责任和引进方的索赔权限。对于引进方所造成的违约后果及其救济手段，通常在合同的其他条款，如支付条款、保密条款、考核验收条款中予以规定。

当许可方违约时，引进方可以采取以下救济手段：

1. 对于许可方拒不提供合同所规定的技术资料、技术服务或技术培训的根本性违约行为，引进方有权解除合同，要求许可方退还已付的技术转让费，并按合同规定支付违约金或赔偿引进方的实际损失。

2. 如果许可方未能按照合同规定的时间提供技术资料，引进方可要求许可方支付一定比例的迟交罚款。迟交时间越长，罚款比例越大。迟交罚款一般可按以下标准掌握：迟交 1-4 周，每周按合同总价的 0.2%-0.3% 计算；迟交 5-8 周，每周按合同总价的 0.3%-0.5% 计算；迟交 8 周以上，每周按合同总价的 1% 计算。资料迟交不足 1 周时，按 1 周计算。许可方在支付迟交罚款之后，并不解除其继续按合同规定交付技术资料的义务。为避免合同的风险成本过大，对迟交罚款可以规定最高限额、通常以不超过合同总价的 5% 为上限。当许可方迟延交付技术资料超过若干时间，或已对引进方的项目执行产生重大影响，引进方有权解除合同，并要求许可方赔偿其实际经济损失。

3. 如果许可方违反技术保证义务，提供的技术未能达到合同所规定的技术标准，则根据所转让的技术成合同产品的具体情况，参照以下几项指标，详细规定不同的赔偿办法：（1）合同产品的生产能力每低于保证值 1%，降低合同总价的 $\times \times \%$ ；（2）合同产品的合格率每低于规定标准 1%，降低合同总价的 $\times \times \%$ ，（3）合同产品的污染指标每超出规定标准 1%，降低合同总价的 $\times \times \%$ ；（4）合同产品的能耗或物耗每超出规定的保证值 1%，降低合同总价的 $\times \times \%$ ；（5）合同产品的综合指标每低于规定的保证值 1%，则降低合同总价的 $\times \times \%$ ；（6）合同产品中的化学有害物质每超出规定值的 1%，降低合同总价的 $\times \times \%$ 。当实测值低于双方约定的最低指标，致使引进方完全不能投产时，引进方有权解除合同，要求许可方退还引进方已支付的合同价款并赔偿其实际损失。对以提成方式支付的合同。可以根据考核指标降低的程度，规定降低提成率或不支付提成费。

4. 如果许可方违反其权利保证责任，使引进方遭致第三方的侵权指控或受到第三方侵权行为的干扰，许可方有义务采取措施，排除干扰，保证引进方能够顺利实施其引进的技术。如若侵权指控成立，许可方应承担由此产生的经济和法律的责任。引进方有权解除合同，或是修改合同的有关条款。

对于引进方的违约责任及许可方的救济手段，在合同的有关条款中也可作出如下规定：

1. 引进方违反支付义务，迟延向许可方支付技术转让费，许可方可以要求引进方支付一定比例的迟付罚金，并可要求相应推迟许可方履行合同义务

的期限。如果引进方迟延支付超过一定时期，或是拒绝支付，已构成根本性违约，许可方有权解除合同，要求引进方退还已获得的技术资料并赔偿其实际损失。

2. 引进方违反了合同的授权条款，扩大了对许可方技术的使用范围，许可方有权要求引进方停止侵害行为，并支付一定全额的赔偿金，直至解除合同。

3. 引进方违反了合同的保密义务，致使许可方的技术秘密泄露，许可方有权要求引进方立即停止违约行为，并按合同约定赔偿许可方的实际损失。

（十四）保密条款

对于含有专有技术和计算机软件的许可证合同，应订立保密条款。对于保密条款的具体内容，将在第 8 章中详细论述。

（十五）税费条款

对于税费条款的具体内容，将在第 8 章中详细论述。

（十六）不可抗力条款

对于不可抗力条款的具体内容，将在第 8 章中详细论述。

（十七）争议的解决

许可证合同的执行期较长，贸易关系相对复杂，在执行过程中难免产生这样或那样的争议。为顺利解决可能发生的合同争议，需要在合同中将解决争议的方式和程序作出明确的规定。

1. 解决争议的方式。在国际技术贸易实践中，对于合同争议可通过协商、调解、仲裁、诉讼 4 种方式解决。

（1）协商。协商是指在发生争议之后，争议各方当事人在互谅互让的基础上，通过友好协商，各自作出一定的努力和让步，共同寻求一个彼此均可接受的解决方案，达成和解，从而使争议得到解决的一种方式。用协商的方式解决争者，既有利于争议尽快得到解决，又有利于促进双方之间的谅解与合作。因此，当争议出现之后，争议双方应首先寻求通过友好协商的方式加以解决。在许可证合同的争议解决条款中，通常也都规定：“一旦发生争议，双方首先应通过友好协商寻求解决。”

协商的形式比较灵活，没有定式。当事双方可以当面谈判，也可以通过电函进行磋商，还可以委托律师出面交涉。在许可证贸易实践中，协商是解决争议的主要方式之一，大多数争议都是通过这种方式解决的。

（2）调解。调解是指在第三方的主持下，通过第三方对合同争议各方的说服、劝导，促使他们在相互谅解的基础上自愿达成协议，使争议得到解决的一种方式。作为主持调解的第三方可以是仲裁机关、法院，也可以是其他为争议各方所信赖、主持公道并有能力进行调解的其他机构甚至个人。

调解的优点在于，它是在第三方介入的前提下由当事双方自愿达成协议，因此其处理结果可能会更全面、更公平一些，争议双方一般也都能严格遵守。我国的人民法院和涉外仲裁机构都把调解作为解决争议的一种重要方式。

（3）仲裁。仲裁是指当双方之间发生争议时，根据争议双方之间的仲裁协议或其他有关规定，将争议提请无利害关系的第三方按照一定程序进行裁决，从而使争议得到解决的一种方式。

国际商事仲裁是在当今国际贸易实践中广为采用的一种解决争议的方式。这种方式本身具有适合于国际贸易特点的许多优点。首先，它是在当事

双方完全自愿的基础上进行的，能够充分体现当事双方的地位平等。其次，仲裁同一般由精通国际贸易的专家担任，有助于保证仲裁裁决的公正性。第三，仲裁程序相对简便，通常没有司法诉讼中繁复的上诉程序，可节省时间，减少费用，使争议尽快解决。第四，仲裁的审理和裁决一般都不予公开，这有助于保守当事人的商业秘密，维护败诉方的商业信誉。第五，仲裁裁决通常比司法判决易得到外国的承认和执行。由于仲裁本身所具有的这些优点，因而在许可证合同中大都订有仲裁条款，将仲裁作为解决争议的最终手段。

(4) 司法诉讼。司法诉讼是指当争议发生后，当事人一方到法院起诉，请求法院通过诉讼程序使争议得以解决的一种方式。由于司法诉讼的程序较复杂，拖延时日，费用较高，再加上涉及到不同国家的司法管辖权，因而在国际许可证贸易实践中，采用司法诉讼解决争议的情况并不多见。但司法诉讼也具有其独特的优点，主要是司法判决是以国家强制力作为后盾，如果败诉方在管辖法院的所在国有可供执行的财产，法院的判决易于得到执行。因此，在许可证合同中，不能一概地排斥以司法诉讼作为解决争议的手段，而是要根据具体情况，区别对待。在技术引进实践中，如果许可方在中国拥有可供执行的财产，也可选择以司法诉讼作为解决争议的最终手段。

需要说明的是，仲裁和司法诉讼这两种解决争议的方式不能同时使用。根据绝大多数国家法律的规定，合同当事双方订立的仲裁协议具有排斥法院司法管辖权的作用。如果合同当事双方在合同中有效地订立了仲裁条款，选择了仲裁方式，则有关国家法院将无权对该合同项下产生的合同争议行使管辖权。

2. 仲裁协议。如果当事双方选择以仲裁作为解决争议的最终手段，应在合同中订立仲裁协议，或称为仲裁条款，作为将来提请仲裁的依据。仲裁协议应包括以下4方面内容：

(1) 提交仲裁事项。双方在订立仲裁协议时首先应明确，哪些争议应提交仲裁解决。在许可证合同中通常规定，双方因执行许可证合同所产生的一切争议，如友好协商不能解决，均应提交仲裁机构进行裁决。

(2) 仲裁机构。应选择在国际上享有一定声誉的常设仲裁机构。为便于参加仲裁活动，首先应力争在中国国际经济贸易仲裁委员会进行仲裁；如果争取不到，也可选择第三国的仲裁机构。或是被诉国的仲裁机构。

在选择第三国的仲裁机构时，要考虑到该仲裁机构的声誉、程序规则和所在国的冲突规范及相关的实体法。同时还要考虑该机构的地理位置、使用的语言和费用标准等。目前，在国际上较有影响的仲裁机构有：英国伦敦国际仲裁院、瑞士苏黎士商会仲裁院、瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院，巴黎国际商会仲裁院。目前，我国还不是国际商会成员国，因此不宜选择巴黎国际商会仲裁院为仲裁机构。除上述机构之外，还可选择日本国际商事仲裁协会和香港国际仲裁中心。

在选择被诉国的仲裁机构时，要考虑到对方国家是否有在国际上具有一定声誉，或是较为公正的常设仲裁机构。

与仲裁机构有关的一个问题是仲裁地点。按照一些国家的有关规定，仲裁可在仲裁机构所在地进行，也可在双方指定的其他地方进行。对于仲裁地点的选择，要考虑到合同的具体情况，一般应选择仲裁机构所在地。

(3) 仲裁程序。仲裁程序是指仲裁机关依法审理案件过程中，仲裁庭、当事人及其他仲裁参与人从事仲裁活动所遵循的一定的顺序、准则和形式。

仲裁程序一般要通过法律或规则的形式予以确定，这种法律或规则即通常所说的仲裁法或仲裁程序规则。

在仲裁协议中，一般应明确规定仲裁时所遵循的仲裁程序规则。为避免选用的仲裁程序规则与仲裁机构所在国的法律相冲突，通常应选择该仲裁机构的仲裁规则或该机构所在国的仲裁法律。按照多数国家有关仲裁的法律规定，如当事双方在仲裁协议中没有规定仲裁所适用的程序规则，仲裁机构将按照本机构的仲裁规则或该机构所在国的有关仲裁程序立法进行仲裁。

(4) 仲裁裁决的效力和仲裁费的负担。一般应规定，仲裁是终局裁决，对双方均有约束力。仲裁费用除仲裁机构另有规定外，由败诉方负担。

3. 适用法律。这里所介绍的适用法律，是指仲裁中所适用的实体法。它是仲裁庭在仲裁活动中据以确定合同当事双方权利、义务的法律。对于实体法的选用，迄今为止，世界上尚无法找到一个能令当事双方满意的解决办法。通常对实体法的选择采用以下两种方式：

(1) 在合同中明确约定。除少数国家之外，各国法律一般都承认当事人在合同中选择适用法的有效性，并逐渐形成一个在国际上流行的法律原则，即“当事人意思自治原则”。这一原则又通过两种具体形式体现出来，一是当事双方选择双方国家中的某一国法律为适用法；二是双方约定第三国的法律为适用法，在实践中，该第三国通常为仲裁机构所在国。

(2) 仅在合同中约定在某一国家或地区的仲裁机构进行仲裁，但不具体规定仲裁适用哪一国家的实体法，留待仲裁机构根据其所在国家的冲突规范予以确定。许多国家的国内法对于仲裁的适用法律问题作出规定，形成了各自的法律冲突规范。虽然各国规定的法律冲突规范不尽一致，但在一些主要问题上却是基本相同的。如各国的法律冲突规范一般都强调“根据与合同有最密切联系的原则”来确定合同所适用的准据法。所谓“与合同有最密切联系”的法律通常是指合同签订地的法律、履行地的法律、标的物所在地的法律以及仲裁机构所在地的法律。

在技术贸易实践中，原则上应首先力争适用我国法律。如果争取不到，可以回避冲突，即在合同中不订合同所适用的实体法，留待将来发生仲裁时，由仲裁庭根据其仲裁机构所在地的冲突规范确定。需要注意的是，在采用这种回避冲突的方式时，应根据合同的性质及签约、执行的情况，结合仲裁机构所在国的仲裁规范，进行法律上的预测，以免发生不利的法律后果。因为在仲裁协议中不规定适用法律问题，并不等于排斥适用当事人所本国的法律。在许多情况下，仲裁机构根据“最密切联系原则”确定实体法的结果，可能会导致适用合同当事另一方所在国的法律。

总之，对适用法的问题要根据具体情况，灵活掌握。不能简单地主张适用某一国法律或是反对适用其一国法律，关键是看适用法律的具体内容。无论选择适用哪一国法律，均应事先对该国法律作必要的了解，看这一法律是否与我国法律相冲突，是否会产生对我方不利的后果。

(十八) 合同的最后条款

在许可证合同的最后条款中，通常将其他条款所不包括的有关合同文本自身的各项内容予以规定，包括合同的生效、期限、变更与终止、合同文字、合同正文和附件的关系等。

1. 合同的生命。在合同中应明确规定，许可证合同须经双方政府的批准方能生效，以最后一方的批准日期为合同的实际生效日期。如外方所在国政

府不需要批准，则以我国政府的批准日为实际生效日。除政府批准外，在合同中也可以同时规定其他生效条件，如贷款协议生效，另一相关合同生效，或许可方政府颁发出口许可证等。

在实践中有的外商提出，要以其公司董事会对合同的审批作为合同的生效条件，对此不能接受。因为政府批准是法律规定的程序，与公司内部的审批在性质上完全不同。合同一经双方代表正式签署，即视为已得到双方的最终确认。至于是否还须经过该公司董事会的审批，完全是该公司的内部问题，不能以此为由要求修改或撤销对外正式签署的合同。否则，将会失去合同的严肃性，损害另一方当事人的利益。

合同经批准后，获批准一方应立即以电传通知对方，并用挂号信件确认。

2. 合同的期限。在许可证合同中，应将合同的期限予以明确规定。合同的期限应根据技术的状况和引进方掌握技术所需要的时间而定。对于专利许可合同，合同的有效期限不能超过专利的有效期限。此外，对于引进方来说，以提成费方式支付的合同，在提成率已定的情况下，其有效期限应尽量短。在确定合同期限时，要考虑到有关国家法律的规定，不能与之相冲突。

3. 合同的变更与终止。对合同的任何修改和补充，都须经过双方代表签署书面文件，作为合同的组成部分，并具有同等效力。对合同的标的、价格、期限及保密期等重要内容的修改，应报请原审批机关批准。

任何一方未经对方同意，均不得将合同项下的权利、义务转让给任何第三方。

合同终止分为两种情况，即合同期满自然终止和合同期满之前因一方违约或因不可抗力事件及双方同意的其他情况而提前终止。无论何种原因导致合同终止，双方的债权债务不受影响，债务人应对债权人继续偿付未了债务。

4. 合同文字。合同可用中文或为中方较熟悉的外文书就。通常使用的外文为英文。如合同采用中外两种文字书就，两种文本应具有同等效力。

5. 合同的正文和附件。许可证合同通常由正文和若干附件组成，合同附件是合同不可分割的组成部分，与正文具有同等效力。

三、成套设备合同

在我国的技术贸易实践中，含有技术转让内容的成套设备合同所占的比重最大。所谓成套设备，是转由若干机器设备、仪器仪表及相关的装置、备件、附件等按照一定的技术和工艺要求而相互配套、结为整体的设备系统。成套设备是技术设备和技术知识相结合的产物，其价值和效能主要在于其所包含的技术工艺、技术设计以及含有专利或专有技术内容的关键设备。

（一）成套设备交易的基本方式

在技术贸易实践中，经常使用的成套设备交易方式主要有以下 8 种：

1. 交钥匙合同 (Turn Key Contract)。指成套设备的出口方负责成套设备的设计、制造、运输、保险、安装、试车，提供相关的技术资料、技术服务及技术许可，保证合同工厂能够生产出合格的产品，并能在交接验收之后，安全稳定地运行一段时间。在有的交钥匙成套设备供应合同中，还规定出口方负责合同工厂土木工程的勘察、设计和施工。

2. 半交钥匙合同 (Semi-Turn Key Contract)。指成套设备的出口方仅负责承担合同工厂建设的一部分工作，其余的工作则由进口方或进口方委托的第三方承担。在实践中，出口方主要负责重要设备的制造、交货，指导设备的安装、调试，并提供相关的技术资料和技术服务；进口方则负责厂房及其他土建工程项目的设计、施工，提供一部分通用设备，并负责在出口方转导下安装、调试设备，组织试生产。

半交钥匙合同与交钥匙合同的区别在于，出口方不负责产品的试生产责任，只要机器设备能够正常运转，即履行了其合同义务。但这种方式又不同于单纯的销售机器设备，其区别主要在于它含有工业产权或装有技术转让的内容，出口方要提供相关的技术许可、技术资料和技术服务。

3. 与合作制造相结合的成套设备合同。在实践中，无论是以交钥匙合同方式，还是以非交钥匙方式销售成套设备。都可能与合作制造相结合。在这种合同中，出口方除提供主要的和关键的设备外，还要向进口方提供该成套设备中的一台或部分设备的制造技术或关键部件，由进口方负责生产、加工、组装。这种合作制造与通常所说的“设备分交”不同，进口方制造的设备是出口方提供的成套设备的一个组成部分，是严格地在出口方的技术指导和监督下生产的，出口方仍要对设备总体负技术责任。而设备分交则是由出口方提出技术标准，由进口方独立地制造并承担技术责任，所“分交”的设备一般都是较简单的或通用的设备，可独立于出口方提供的设备之外。

（二）成套设备合同的主要内容

成套设备合同主要包括工程设计、技术服务、设备和许可证 4 部分内容。这 4 部分可以分别签订 4 个独立的合同，也可并入一个总的合同。在我国的技术贸易实践中，通常将上述 4 部分内容并入一个总的成套设备合同中。

同许可证合同一样，就一个具体的成套设备合同而言，其合同条款可分为商务条款、技术条款和法律条款 8 大类。

商务条款主要包括合同的绪言条款、定义条款、合同标的条款、授权条款、价格条款、支付条款、专利条款、商标条款、包装和标记条款、设备和技术资料交付条款。

技术条款主要包括设计和设计联络条款，标准和检验条款，技术服务和人员培训条款，安装和调试条款，考核和验收条款，保证和索赔条款。

法律条款主要包括侵权和保密条款、税费条款、不可抗力条款、争议解决条款以及合同的最后条款。

由于上述条款中的多数内容在本书其他章节已经介绍，下面仅介绍成套设备合同所特有的包装与标记、设备的交付、安装与调试这 8 个条款。

1. 包装与标记。在国际成套设备交易中，设备要经过长途运输，为确保设备完好无损地运抵目的地，需要对设备加以适当的包装。在合同中应规定，出口方所提供的货物应具有适合远洋和内陆多次运输、装卸的坚固包装，并根据设备的特点和需要，加上防雨、防潮、防震、防腐蚀的保护措施。对包装箱和捆内的散装部件均应系加标签，注明合同号、主机名称、部件名称、图号、装配图中的位号、零件号。备件与工具除注明上述内容外，尚需注明“备件”、“工具”字样。每件包装箱内应有详细的装箱单、质量检验合格证、设备的技术图纸和文件。裸装货物要加金属标签。

出口方应在每个包装箱 4 个邻接侧面，用不褪色的油漆以英文或中英文印刷以下标记：合同号、收货单位和收货人、唛头、目的港名称、设备名称及项号、箱号/件号、毛重/净重、尺码（长×宽×高）。对于 20 公吨以上的大件货物，应以国际贸易运输常用标记和图案标明重量及挂绳位置，以便装卸搬运。根据货物的特点和装卸、运输上的不同要求，应在包装箱表面明显地印刷“轻放”、“勿倒置”、“防雨”等字样以及相应的国际贸易通用的标记图案。

凡因出口方对设备包装不善或没有加附适当的标记，致使货物遭到损坏或丢失的，出口方应承担赔偿责任。

2. 设备的交付。在成套设备交易中，由于各个合同的具体情况不同，其交货的条件和运输方式也有所不同。这里仅就我国成套设备进口中常用的 FOB 条件为例，对设备交付条款的主要内容予以说明。

当事双方应在合同中规定初步的设备交付计划，包括交货时间、地点、批次、有关费用的划分、交付设备的总毛重和总体积的估算。全部设备可以一次交清，也可以分批交付。在分批交付时，应注意按单机成套交付。交货的批次和时间顺序应和项目的安装计划相协调。同时，每批交货应将安装设备的专用工具、材料、易损件随主机发运。

在合同生效后不迟于 6 个月内，出口方应向进口方提供详细的最终交货计划，包括合同号、批次、设备名称、型号、规格、数量、单价、总价、总重量、总体积、交货时间、交货港。对于超大超重设备，出口方应单独列出长、宽、高尺码以及体积和毛重。对于危险品、易燃品、易爆品，应列出在运输、保管方面的特殊要求和注意事项。不能拆卸的单体设备重量最大限度为 20 公吨，体积最大为长 15 米，宽 3 米，高 3 米。除合同中已有明确规定外，凡超过此限度的货物，出口方应在合同生效后两个月内向进口方提供草图，经进口方同意后方能制造。

出口方应在每批货物备妥待运前两个月内，以电传通知进口方下述内容：合同号，货物备妥待运日，货物总体积、总重量，总包装数量，装运港口名称，超重超大件每件毛重和体积、名称。出口方在以电传通知进口方上述内容后，应于 48 小时内将下述详细资料一式 × 份航寄进口方：（1）发运设备的详细清单，包括合同号、序号，设备和材料的名称、规格、型号、数量、单价、总价、单重、总重、单体积和总体积，每件货物的外形尺寸（长×宽×高），总件数和装运港口名称。（2）超重超大件设备外形包装草图。

(3) 易燃品和危险品的品名、性质、特殊防护措施以及事故处理方法说明书。
(4) 对温度、震动等环境条件有特殊要求的设备，在运输、装卸过程中应注意事项的说明。上述文件的另一份航寄目的港的进口方的货运代理，作为进口方安排运输和装卸工作的依据。

进口方应在合同规定的设备装载船只抵达交货港口前 15 日内，将船名、预计抵达日期、船舶代理人以及其他有关装船的必要事项以电传通知出口方。如果出口方未能在合同规定的进口方安排的船只抵达交货港时备妥装船货物，出口方应赔偿进口方因此而蒙受的空舱费、船只滞期费等损失。如果出口方在进口方船只预计抵达日期已将货物备妥，而进口方船只未能在预计受载日期后的一定时间内抵达交货港口，由此而发生的仓储费、保险费由进口方负担。同时，出口方也不为此向进口方支付迟交罚款。

出口方应在设备装船后 48 小时内将海运提单日期、号码、船名、合同号、设备和材料名称、总价、总重、总体积、总件数等内容以电传通知进口方，对超大、超重设备，应逐件列明品名、金额、毛重、尺码（长×宽×高）。在将货物装到船上后，出口方应将每批货物的整套交货文件的副本随船在指定港交给进口方的货运代理，这些文件一般包括海运提单，商业发票、装箱单和质量证明书的副本，每种各一份。

3. 安装与调试。由于成套设备的交易方式不同，安装与调试条款的具体内容也有所不同。在交钥匙方式的成套设备合同中，设备的安装与调试是出口方的责任，由出口方独立或在进口方协助下完成。在半交钥匙的成套设备供应合同中，设备的安装与调试通常是在出口方的技术指导下，由进口方负责组织实施。除此之外，也有成套设备合同规定，出口方仅提供有关技术资料，安装调试工作由进口方独立完成。

在我国的技术引进实践中，成套设备的安装与调试大都是由双方共同完成。凡属这种情况，在合同中应明确规定双方的责任和分工，要求出口方承担技术上的责任。在合同中应规定，在安装工作开始前，出口方人员应详细介绍安装的方法和要求，提供有关的图纸、说明书和技术资料。在安装期间，出口方的技术人员应对安装工作进行技术指导，并参加所有设备安装质量的检验和试验。出口方技术人员的重要指导意见应以书面方式提出。安装完毕后，双方应按照合同技术文件、图纸及出口方提供的技术标准对安装、试车进行质量检验和试验。安装试车达到合同规定的标准后，双方签署安装试车证书一式两份，双方各执一份。但应注意，此证书不能免除出口方按照合同规定，在设备考核验收和质量保证期内应承担的责任。

四、技术服务合同

技术服务也是我国技术贸易实践中较为普遍采用的一种技术贸易方式。技术服务的范围和内容是相当广泛的，其形式也是多种多样的，各类不同形式的技术服务合同内容也各不相同，难以制定一个可适用于各种形式技术服务的标准合同。但一般来说，技术服务合同主要包括以下几方面内容。

（一）合同标的

无论何种技术服务合同，双方均应明确规定项目名称、服务内容和最终要解决的问题或要达到的技术要求。有关详细的服务内容和技术要求，通常在合同附件中予以规定。

（二）服务的要求及形式

在该条款中，应明确规定服务方派遣技术人员的人次、等级、资历，完成任务的时间、地点和待遇条件，委托方接受培训人员的数量、资格、培训时间、地点、方式和待遇条件，服务方提供资料或报告的时间、地点和方式，以及完成技术服务的时限。

（三）服务方的责任

服务方的责任主要是尽其最大努力，按照合同规定的期限、质量或数量完成技术服务工作；未经委托方同意，不得擅自改动合同中注明的技术指标和要求；如发现委托方提供的技术资料、数据、样品、材料或工作条件不符合合同规定时，应在约定的期限内通知委托方更换或改进；服务方应对委托方提交的技术资料和样品妥善保管，如合同中有保密条款时，不得将有关技术资料、数据、样品或其工作成果擅自引用、发表或提供给第三人。

（四）委托方的责任

委托方的责任主要是按照合同规定支付费用：提供合同约定的技术资料、数据、样品、材料或工作条件，并完成有关配合事项：按期接受对方的工作成果。

（五）技术服务费的计价和支付

由于技术服务的方式不同，服务费的计价和支付也有所不同。

就费用的计价依据而言，可以按实际工作量计价，也可以按件计算。按实际工作量计价时，双方在合同中约定一个估算的技术服务工作总量，确定不同等级技术人员的人/日或人/时的收费标准，并依据此标准按实际工作量支付。按件计算可以按照项目的估算或实际工程费用的一定百分比计价，也可以按其他标准确定一个固定的一揽子技术服务费的金额。

就费用的计价内容而言，可以区分为直接费用、间接费用、专家费用和酬金。直接费用是服务方为提供技术服务而实际发生的费用，包括资料成本费、专家差旅费、通讯费等。间接费用是指服务方的经营管理费，包括提供技术服务的公司管理人员的工资、办公费、固定资产折旧费，以及营业税和营业费。专家费是指实际支付给技术服务人员的工资、津贴和补助费等。酬金是指提供技术服务的公司的所得。

对技术服务费可以一次支付，也可按服务的工作进度分期支付。支付方式可以用汇付，也可采用托收。托收一般多采用即期付款交单的方式。

（六）保证和担保

对于提供一般技术咨询、技术培训的技术服务合同，可以不规定保证和担保条款，实行委托方自担风险原则。服务方只是提出建议，是否采纳以及

采纳后的风险，均由委托方自行决定和承担。

对于提供工程设计、产品开发等技术服务合同，可要求服务方对其服务项目承担担保和保证责任。如未能达到合同约定的标准，服务方应承担赔偿责任。

（七）验收

对于服务方承担担保和保证责任的合同，可规定验收条款。双方应在合同中详细规定验收的标准、验收的时间和程序。验收可以由双方共同进行，也可由委托方单独验收或委托第三方验收。

（八）违约赔偿

任何一方未按照合同规定履行其义务，均应承担违约赔偿责任。双方应在合同中明确规定违约赔偿的范围和程序，以及违约金或赔偿损失额的计算方法。

除上述内容外，还应根据每个技术服务合同的具体情况，规定其他一些必要的内容，如对技术服务成果的所有权或使用权的归属，对技术咨询报告或工程设计的讨论程序，对有关技术信息的保密等。除此之外，诸如仲裁、不可抗力、税收、合同的生效与终止等法律条款，也是每个技术服务合同应包括的内容。

第七章 技术的价格与支付

在国际技术贸易中，技术的价格与支付是一个相当重要而又十分复杂的问题。说其重要，是因为价格条款是合同的核心条款之一，直接关系到当事人的切身利益；说其复杂，是因为技术作为一种特殊商品，有其特定的计价原则和支付方式。价格与支付条款，几乎毫无例外地成为每一技术贸易合同谈判争论的焦点之一，当事人双方能否在此问题上达成一致，往往成为合同能否缔结的关键。技术贸易合同包括硬件与软件两大部分，这里仅着重介绍有关软件价格的评估定价及支付方式。

一、技术价格的组成

技术贸易合同中的价格，是指引进方为获得技术而向许可方支付费用的货币表现。在技术贸易实践中，这种货币表现可称为价格（Price），也可称为酬金（Remuneration）、使用费（Fee）、补偿（Compensation）等。

在含有许可证内容的技术转让合同中，技术价格通常由以下 3 部分组成：

（一）许可证费

许可证费（License Fee），是指引进方为得到许可方授予其利用所转让技术的权利而支付的报酬。就其内容而言，它既是许可方从事技术研究和开发费用的分摊，也是对许可方因转让技术而在特定范围内失去其技术产品市场的利润补偿。这笔费用包括技术的基本设计、生产流程、质量控制程序、产品检测方法等方面的研制开发和实施转让的费用。许可证费是技术价格中的主要部分，通常占整个技术价格的 2/3，也是许可方获取利润的主要部分。由于一项技术通常是研制开发者首先使用，并且可以多次转让，所以在一项具体的技术贸易合同中，许可方通常只能要求引进方对技术的研制开发费用支付一定比例的补偿。

（二）技术资料费

技术资料费是许可方为实施技术转让而向引进方提供的项目设计资料、技术说明书，安装图纸、维修操作手册等方面资料的费用。在一般情况下，技术资料费大约占技术价格的 10% 左右。

（三）技术服务费

这里所说的技术服务费，既包括许可方派人到合同现场提供安装调试、技术指导等项服务的费用，也包括许可方为培训引进方人员所需的技术培训费，同时还包括许可方在合同执行过程中从事项目联络所支付的费用。这些费用大约占技术价格的 1/4 左右。

二、影响技术价格的因素

按照政治经济学的一般原理，一切商品的价格都是价值的货币表现，即价格形成的基础是价值。但对于技术这样一种特殊商品，其价格形式的基础是否就是价值，学术界众说纷纭，莫衷一是。有的学者坚持认为，价值规律是商品经济的基本规律，技术商品也不应例外，一切技术商品交换的价格都围绕其价值上下波动。另有一些学者则提出使用价值决定论、垄断价格决定论或经济效益决定论等其他主张。有关技术价格形成的基础，目前尚无定论。但在技术贸易实践中，合同当事双方在进行合同价格谈判确定技术价格时，通常考虑以下诸项因素。

（一）所转让技术自身的状况

所转让技术自身的状况，包括以下几个方面：

1. 技术开发成本。技术开发成本包括直接成本与间接成本。直接成本是指与开发该技术商品直接有关的成本，例如调研费、资料费、材料费、试验费、加工费、测试研究费、加工费、专用仪器或设备费等。间接成本是转技术开发者在研究开发技术时所需支付的某些固定费用，如经营管理费、固定资产折旧费等。

需要说明的是，由于技术商品只能是个别生产，无法用统一的社会必要劳动时间去衡量技术商品的价值，因而技术开发成本与其价格往往不是绝对的正比关系。研制成本高的技术不一定价格就高；研制成本低的技术，也不一定价格就低。技术开发成本通常仅作为技术价格的下限临界值。而且，由于技术开发成本往往要通过开发者自己数次实施或数次转让才能得到全部补偿，所以就一项具体的技术转让合同而言，其合同价格可能会低于该项技术的开发成本。

2. 技术的成熟程度。技术的成熟与否直接关系到该项技术

能否被引进方在短期内消化、吸收、创造价值，因此，技术的成熟程度对技术的价格有很大影响。一项技术的发展通常要经过3个阶段，即发展阶段、成熟阶段和衰退阶段。一般来说，处于发展阶段的技术，属于试验室技术，尚未进入商业化生产，价格不高；技术成熟，进入商业化生产阶段后，其价格最高；当技术进入衰退阶段，即将被新的技术所淘汰时，其价格也必然随之越来越低。

3. 技术的法律状态和更新周期。一项技术发明，可能处于不同的法律状态，既可以作为专有技术保存下来，也可申请专利，请求获得专利法的保护。同一技术处于不同的法律状态，其价格会有所不同。在一般情况下，受知识产权法保护的技术的价格，要高于同类的专有技术。

技术商品的寿命对技术价格也有影响。技术寿命长，对许可方来说，可以在较长时间内选择适宜的对象，多次进行转让，从而使平均分摊的研究开发费用降低；对引进方来说，也可以有较长的时间利用此项技术，易获得较好的经济效果，使技术投资的利润率增加。

4. 技术转让的次数。在通常情况下，技术转让的次数与技术价格呈反比关系。技术转让的次数越多，其价格就越低，特别是在合同当事双方之间多次进行转让时，尤其如此。这是因为，随着转让次数的增多，不仅会使该项技术的垄断程度降低，而且还会导致使用该项技术生产的产品的市场缩小，使引进方利用该项技术的权利受到限制，收益受到影响。

5. 技术所属行业的利润状况。对于不同行业、不同领域的技术，由于其平均利润状况不同，技术的价格也就有所不同。在通常情况下，市场前景广阔、适用范围广的技术，其行业平均利润要高于那些市场或适用范围有限的技术所属行业的平均利润，因此，其转让价格要高于后者。即使在某种情况下，前一类技术转让价格中所含有的许可方利润分享比例，要低于对后一类技术转让价格中的比例，但由于该行业平均利润高，计算利润分享比例的基数大，因而其实际价格也仍可能高于后者。

（二）转让主体的情况

转让主体，即作为技术贸易合同当事方的许可方与引进方。转让主体自身的情况对技术的价格也会产生影响。

1. 转让主体从事技术贸易合同谈判的经验。合同当事方从事技术贸易合同谈判的经验和能力，对于技术价格的确定有着十分直接和明显的影响。在通常情况下，无论是许可方报价，还是引进方还价，双方都留有一定的讨价还价的余地，有时这种余地的幅度是相当大的。引进方总是希望在许可方可以接受的最低价格上成交，许可方则希望在引进方能够接受的最高价格上成交，双方的底价往往不在同一价格水平上。谁能在价格谈判中占据主动，在对方的底价或接近底价的基础上成交，在很大程度上取决于其从事技术贸易合同谈判的经验和能力，这包括当事方对有关技术市场信息的了解和掌握程度，谈判的经验与艺术，以及在谈判过程中应变和决策的能力等。

2. 引进方接受技术的能力。引进方接受技术的能力，一方面而取决于其技术水平和管理经验，另一方面也要受到其所处的地理位置、交通通讯设施，以及原材料供应和水文地质条件的制约。就同一技术而言，针对不同的引进方，许可方制订的转让技术的价格往往不同，这不仅是由于许可方所要花费的实际转让成本不同，更主要的是因为许可方所承担的技术转让风险不同。对于接受技术能力差的引进方，许可方通常要提高转让技术的价格以补偿其转让的成本，减少转让的风险。

3. 转让主体的预期收益。合同当事双方在从事技术转让之前，通常要对转让的收益或经济效益进行预测，根据预测的结果确定各自的技术价格方案。

对于许可方来说，由于转让技术本身树立了一个竞争对手，缩小了其商品市场的份额，因而许可方预测的着眼点是确定因转让技术而造成的市场损失或销售利润损失。在进行预测时，许可方除要对其未来销售量进行估价外，也要对该项技术的寿命进行预测，并参照该技术的行业平均利润率，确定其利润损失额。当然，这种预测的结果很难做到十分精确，因为任何市场预测都无法准确地估计未来可能发生的某些意外事件的影响。许可方作出的这种预测均留有一定的余地，考虑到意外风险因素的影响。这种预测是许可方决定其技术转让费的重要参考因素之一。在通常情况下，许可方所能接受的技术转让费不低于其所预计的销售利润损失。

引进方预测的重点是使用该项技术所能产生的经济效益，即通过引进技术可节省多少研究开发费或研究开发所需的时间，以及在将来利用该项技术时可获得的收益。在实践中，相当一部分企业是根据引进技术所产生的经济效益来确定其所能接受的最高的技术转让费。

转让主体对技术转让预期收益的分析，是影响技术价格的最主要因素之一。由于许可方和引进方在确定其预期收益时的角度和基点不同，从而导致

了双方对转让技术价格的估算结果不尽一致。为争取最佳的合同价格，在从事技术贸易时，除要根据自己的情况进行正确的可行性分析、预测外，也要对对方的情况有所了解，这样才能做到知己知彼，胸中有数，作出客观、合理、正确的判断。

（三）转让的条件

转让的条件是指当事双方基于何种条件从事此种技术转让，双方为转让而付出的代价或承担的责任，以及由此而确立的权利、义务关系。规定转让条件的法律文件是当事双方所缔结的技术转让合同，因此，技术转让的条件主要是指合同条件。对技术价格产生影响的转让条件，主要有以下3个方面。

1. 转让的方式。转许可方以何种方式，在多大范围内允许引进方利用其所转让的技术。转让的方式取决于合同授权条款所规定的授权的性质与授权的范围。基于不同的使用目的，在不同的时间和地域范围内，以独占或非独占等不同的方式转让同一技术，其价格会有相当大的差别。根据国际许可证工作者协会公布的资料，独占许可的技术转让费要比普通许可高出66%—100%。国际许可证工作者协会日本分会对独占许可合同和普通许可合同的提成率进行了统计研究，认为独占许可要比普通许可高出20%—50%。当然，这些仅是平均统计数字，就个别合同而言，有时会远远高于以上数字。

2. 合同其他条件。除授权条款外，合同其他条件对价格也有很大影响。可以说，合同的任何条款都与价格相联系，特别是保证和索赔条款、支付条款、税费条款、保密条款等与当事双方承担的责任和风险密切相关的条款，对合同价格的影响更大。

3. 转让的直接成本。转让的直接成本与转让的条件密切相关，对技术价格也有直接的影响。转让的直接成本是指许可方为缔结和实施技术转让合同所实际支出的费用。这些费用通常包括两大部分：一部分是缔约前制定转让方案，准备报价资料，参加合同谈判和从事其他一些必要准备工作的费用；另一部分是在合同执行过程中提供技术资料，从事技术服务及其他与执行合同有关的费用开支。对于缔约前准备工作的费用，虽然一般在合同价款中并无明确体现，但实际上许可方在准备报价资料、确定价格方案时，已将这些费用摊入合同总价之中。

（四）转让的环境

任何技术转让活动都是在特定的政治、经济和法律环境中实施的，宏观的社会环境对技术的价格也有影响。

1. 有关国家法律和政治环境。引进方国家法律和政治环境对技术价格的影响是十分明显的。如果引进方国家政治动荡、社会不稳，或是法律中对技术转让合同规定了许多苛刻的限制条件，或是主管当局拥有过大的直接干预合同谈判与执行的自由裁量权，许可方就将承担很大的风险。为减少这些风险带来的损失，许可方通常要加大合同的风险成本，从而使所转让技术的价格提高。

另一方面，许可方国家的法律和政策对技术价格也有影响，诸如政府实行的国别政策，严格的技术出口管制，对技术特定使用目的的限制等，都会使技术转让的难度和风险加大，使许可方的责任加重，从而导致合同的风险成本提高。

在法律环境中，税收法律制度对于技术价格的影响最为直接，也最为明显。无论是许可方还是引进方，在确定其价格方案时都会考虑到税收问题。

在实践中，许可方在报价时往往把税费作为一项，单独列出。通常税费至少要占技术价格的 10%。

2. 市场环境。技术市场的供求关系对所转让技术的价格也有直接影响，这种影响在一定程度上是由与之相对应的技术产品的供求关系所决定的。凡是垄断程度高的技术，特别是在技术市场上属于独家供应的技术，技术许可方总是要力争获得最高的垄断利润，因而其价格一般订得较高。而那些垄断程度不高，有多种技术供应来源，甚至是供大于求的技术，许可方的定价一般都较低。因为许可方在订价时不得不考虑竞争的因素，为拿到合同，在竞争中获胜，势必要降低其技术价格。

三、定价的基本原则

如前所述，影响技术价格的因素是多方面的，许可方和引进方在确定其价格方案时考虑的侧重点有所不同，技术的价格总是在许可方所能接受的最低限额与引进方所能给付的最高限额之间浮动。然而，无论影响技术价格的因素有多少，无论合同当事方各自的底价差别有多大，当事双方最终能在技术价格上达成一致，总是依循着利润分享这样一个基本原则，即实施转让技术所产生的利润，由当事双方共同分享。

利润分享原则，在国际上被称为 LSLP 原则，它是英文“Li-censor's Share of Licensee's Profit”的缩写，其含义为许可方取得的技术费用应占引进方利润的一定份额。用公式表示为：

$$\text{LSLP}(\%) = \frac{\text{许可方所得费用}}{\text{引进方利润}} \times 100\%$$

引进方利润

LSLP(%) 为利润分享率，或称为利润分成率。

根据上式，可得：

$$\text{技术价格} = \text{利润分享率} \times \text{引进方利润}$$

利润分享原则是国际上公认的确定技术价格的一个原则。在适用这一原则时，应确定利润分享率与引进方利润这两个构成价格的基本因素。

对于利润分享率，目前尚没有统一的计算方法。一般认为，许可方在引进方的利润中占 1/4 左右的份额较为合理。此种观点的理论依据为，利润是资金、组织、劳动和技术这 4 个相等因素的综合成果，因而技术应占利润的 1/4。联合国工业发展组织在对印度等发展中国家引进技术的价格进行分析后，也认为利润分享率一般在 16%—27% 之间较为合理。当然，对于利润分享率的合理确定，要根据该项技术实施后所产生的利润率以及其他相关因素进行综合考虑，具体掌握。对于引进方利润率高的技术，利润分成率可适当降低，而对于技术水平高、社会效益好或转让条件优惠的技术，利润分成率可适当提高。在正常情况下，将利润分享率控制在 15%—30% 之间均属合理。

引进方的利润是较难确定的一个因素，因为技术转让是一项稳定的连续性的业务，在实施技术的过程中由于各种条件或因素的影响，引进方的利润是逐年不同的。对于不同时期可能出现的利润变化，当事双方在价格谈判时无法进行精确的测算。除此之外，在实际交易过程中，出于保守商业秘密的考虑，引进方也不愿意提供利润数据或允许许可方查帐；即使同意许可方核查，由于对利润的解释不一，许可方也难以查到确切的引进方的利润值。所以，对引进方实施技术所获得的利润只能进行大致的估算，这种估算难免会出现偏差。为解决这一问题，在实践中一般是采用一种较为简便的变通方法，即双方确定一个与产品销售价或产品产量相关的百分比例数，用这个比例数替代对引进方利润额的精确计算，并通过这个比例数与技术价格之间的关系，求出许可方在引进方利润中的实际份额。这个比例数即为提成率(Royalty Rate)。提成率计算公式为：

$$\text{提成率} = \frac{\text{提成费}}{\text{产品销售价}} \times 100\%$$

产品销售价

在该公式中，提成的基础为产品销售价，因此该公式的提成率为技术产品销售价与提成费的比率。在实践中，也可用产品的产量、利润作为提成的基础。提成费即许可方得到的技术转让费，也就是技术的价格。如果将该公式带入 LSLP 的公式，则为：

$$\text{提成率} = \frac{\text{引进方的利润} \times \text{LSLP}}{\text{产品销售价}}$$

通过这后一个公式，可以确定许可方所得的技术转让费在引进方利润中所占的比例。例如，如果许可方想得到引进方生产某种技术产品利润的 20% 的份额，该产品的销售价为每台 5 美元，许可方估计每台引进方可获利 1.5 美元，通过上边公式计算，许可方可将提成率定为 6%，即：

$$\frac{1.5 (\text{引进方利润}) \times (\text{LSLP} \%) }{5 (\text{每台销售价})} = 6\% (\text{提成率})$$

5 (每台销售价)

要说明的是，在这里，许可方提出的引进方的利润额仅是一个假定的估算数额，许可方要承担估算的风险。

如果引进方认为许可方所占的利润分成率太高，要求许可方降到 10%，那么，根据上述公式计算，引进方可要求将提成率降至 3%。该 3% 提成的计算过程为：

$$\frac{1.5 (\text{引进方利润}) \times (\text{LSLP} \%) }{5 (\text{销售价})} = 3\% (\text{提成率})$$

从上述公式中也可以看出，在提成率固定不变的情况下，许可方的利润分享率与引进方的利润呈反比关系。引进方的利润越高，许可方的分享利润的份额越小；引进方的利润越低，许可方分享的份额越大。例如，提成率维持在 6%，销售价维持在 5 美元 1 台，但引进方的利润减少到每台 0.5 美元，那么，根据上述公式计算，许可方在引进方利润中所占的份额将变为 60%。其计算过程是：

$$\frac{6\% (\text{提成率})}{0.50 (\text{引进方利润} \times 5 (\text{销售价}))} = 60\% (\text{LSLP} \%)$$

对于许可方利润分享率与引进方之间的关系，可用公式表示为：

$$\text{提成率} = \text{LSLP} (\%) \times \text{引进方利润}$$

这一公式清楚地表明，提成率固然是确定技术价格的一个重要参数，但它仅是一个表面数字。单就提成率本身而言，它既不能反映出使用费金额的大小，也不能说明许可方分享利润的份额是否合理。因而，在实际价格谈判过程中，对于提成率的确定，必须要考虑到引进方的利润和许可方在引进方利润中所占比例这两个重要因素，并在许可方合理的利润分享率基础上确定实际的提成率。对于提成率与引进方的利润及许可方的利润分享率的关系，可通过下表给予进一步的说明

提成率	引进方利润	许可方利润中的份额
2	10	20
	20	10
	30	6.6
3	10	30
	20	15
	30	9.9
5	10	50
	20	25
	30	16.5

:

该表及上述有关公式可参见联合国工业发展组织编制的《技术转让协定评价准则》。

四、计价与支付方式

技术的价格与支付方式密不可分。对于合同当事各方来说，在技术转让费的数额已定的情况下，通过采用不同的支付方式，其各自所得到的实际经济利益会有较大的差别。因此，在计算技术价格时，应与相应的支付方式一并考虑。在国际技术贸易实践中，技术价格的计算与支付方式通常有3种，即一次总付、提成支付以及入门加提成支付。

（一）一次总付

一次总付（Lump—Sum Payment），是转合同当事双方在订立合同时，将所有合同价格一次算清，在合同中规定一个固定的总金额，由引进方一次或分期支付。在采用一次总付的方式时，当事双方除要在合同中规定合同总价外，通常还要具体订明各个分项价格，如技术服务费、技术资料费、专利使用费、商标使用费等。如合同含有硬件的转让，还应将硬件的分项价格一一列明。

一次总付并不等于一次付清。在采用一次总付的支付方式时，双方可以约定将全部价款一次付清，也可采用分期支付的方式。在实践中，绝大多数合同是采用分期支付的方式。

在采用分期支付时，当事双方应在合同中明确规定分期支付的时间和支付的比例。从原则上讲，支付的时间和比例应同许可方完成的工作量相一致，能够体现按劳付酬的合同对价关系。在我国技术引进实践中，分期支付的比例大致如下：

1. 软件部分。合同生效后30天内预付5%—15%；技术资料全部到齐后支付60%—50%；技术指导、技术培训完毕支付20%左右；合同产品考核验收完毕支付15%左右。

2. 硬件部分。合同生效后30天内预付5%—15%；凭全套设备装运单据支付75%—65%；合同产品考核验收完毕支付10%—15%；保证期满支付10%—5%。

需要注意的是，对于许可方提供其生产的标准设备，可以不付预付款。凡是引进方支付预付款时，均应要求许可方提供指定银行开具的、不可撤销的、与预付金额相同并以引进方为受益人的保函，以确保在许可方不履行合同时，引进方能追回预付款。

采用一次总付的方式对于合同当事双方来说，既有利也有弊。其有利之处在于，此种方式价格固定，不受产量、提成年限等因素的影响，便于进行比价，便于进行资金准备，可以避免在执行合同过程中因通货膨胀而使合同价格发生变化，并可避免繁琐的核查帐目工作。一次总付方式也有其些不利之处，特别是对引进方来说，不利之处更多。例如，在合同工厂实际生产之前，引进方要支付大笔费用，从而增加引进方的财务负担；在实际生产过程中，全部收益风险均要由引进方承担，即使生产销售不好，也要照付合同价款；由于许可方不承担技术和市场的风险，许可方往往不愿意向引进方提供改进技术或不能积极支持引进方的生产经营活动，等等。

按照国际上某些技术贸易专家的意见，一次总付的方式多用于为取得全部工业产权或专有技术的技术贸易活动，而且作为合同标的的技术可以立即转移，能够被引进方全部消化吸收如果所转让的技术不是尖端的工业产权技术或专有技术，同时引进方既不要求许可方继续提供有关技术进步或产品推

销方面的技术信息，也不要继续提供技术服务或协助，这种方式对引进方来说也是可取的。

由于一次总付对引进方有许多明显的不利之处，世界上某些国家的法律对于此种方式施加了许多限制，包括限制此种方式的使用范围，要求总付的金额必须根据预计的销售额计算，不能超过预计销售额的一定比例，以及需要得到政府主管部门的授权或批准等等。

（二）提成

提成 (Royalty) 是指引进方在合同规定的一定期限内，按照技术实施后所产生的实际效果向许可方支付一定比例的费用，作为对许可方转让技术的补偿。提成的特点是当事双方在订立合同时，仅约定提成的年限，提成的比例、提成的基础以及提成的方式，一般不确定提成费的具体数额，许可方的实际所得需由引进方实施技术所产生的经济效果决定。

1. 提成的年限。指许可方收取提成费用的期限。从根本上说，提成年限的长短是由所转让技术的性质决定的。普通技术提成年限较短，高、精、尖技术的提成年限较长。从技术的发展情况来看，大多数技术的更新换代周期均不超过 10 年，电子计算机、家用电器的换代周期仅为 2—5 年。所以，在通常情况下，提成年限为 2—10 年之间，最长不超过专利的有效期。在技术贸易实践中，提成年限多为 5—8 年。

除此之外，提成年限与提成率也有一定的关系。在提成费总额不变的情况下，如果将提成率提高，提成年限可相对缩短；若将提成率降低，则提成年限应适当延长。在确定提成年限时，除要考虑所转让技术的性质外，还要考虑提成率的因素。

2. 提成率。即提成的比例，指许可方收取的提成费在引进方实施技术所生产的产品的销售价、产值或利润中所占的百分比。提成率以多少为合适，目前在国际上没有统一的标准，它与技术的复杂程度、产品的产量、销售额、提成年限或利润的高低有直接的联系，不同技术领域、不同交易条件，其提成率必然不同。一般说，技术越先进，产量或销售额越大，提成率就越高；反之则低。所以，对于提成率的高低没有一个统一的标准或绝对的数字，而仅有一些经验数字。根据 1975 年国际许可证工作者协会日本分会的研究结果，美国各个行业最普遍的提成率为净销售价的 5%，其中：化学工业 2%—5%；石油化学工业 < 1%；木材加工业 4%—5%；光学、电子产品 5%；汽车工业 5% 及以下；消费品工业 2%。德国各行业的提成比例占净销售价的情况为：电器工业 0.5%—5%；机械制造业 0.33%—10%；化学工业 2%—5%；制药工业 2%—10%。

联合国贸易和发展组织对各国技术贸易合同的提成率作了大量调查统计工作，认为提成率一般在产品净销售价的 0.5%—10% 之间，绝大多数是按 2%—6% 提成。其中：石油化学工业 0.5%—2%；日用消费品工业 1%—2.5%；机械制造业 1.5%—3%；化学工业 2%—3.5%；制药工业 2.5%—4%；电器工业 3%—4.5%；精密仪器工业 4%—5.5%；汽车工业 4.5%—6%；光学和电子产品 7%—10%。

在我国的技术引进实践中，如以净销售价作为提成基础，提成率一般不应超过 5%。

为保证引进方的利益，某些国家的法律或政策对于提成率的上限作了限制性规定，非经政府特殊批准，不得超过一定的比例。

3. 提成的基础。在国际技术贸易实践中，计算提成费的基础包括按产量、按价格和按利润 3 种。

(1) 按产量提成。指以实施转让技术所生产产品的单位量为基础计算提成费。按照不同的产品，产品的单位量可以是数量单位，如每件、每台；重量单位，如每吨、每公斤；容量单位，如每加仑、每公升；或其他相称单位，如功率、马力等。

按产量提成的特点是，只凭每一单位产品付给规定的金额，这一金额不随成本和价格的变动而变动，不受通货膨胀因素的影响，无论该产品的销售状况如何，是否有利润，均固定不变。所以，与其他提成方式相比，按产量提成的计价和支付均较方便。

在采用这一方式时应注意，要审慎地确定提成的单位金额，将与所转让技术无关的零部件、原材料或其他来源的技术所造成的产量增加量从提成费的计算中扣除。同时，要确切地规定单位产品的衡量标准，选择某一产品中最具代表性的单位量。

(2) 按价格提成。在国际技术贸易实践中，按价格提成是较为普遍的一种方式。任何一种商品都有多种价格，如成本价市场销售价、净销售价、离岸价、到岸价、零售价、批发价等等。这些不同价格条件之间有着较大的差别。所以，在按照价格提成时，应明确约定以何种价格条件作为提成的基础。在实践中，提成基价主要有以下 3 种：

a. 净销售价。净销售价是指生产成本加上合理的出厂利润，但要扣除利用许可方技术以外的其他特定项目的成本和价值，以及与生产产品无关的一切费用。确定净销售价的意义在于，它能够较真实地反映利用转让技术制造产品所获得的增值。以此作为提成基础，易于较合理地实现对使用技术的价值补偿。所以，以净销售价作为提成的基价，已成为国际上公认的、并被广为采用的一种提成方式。

在以净销售价作为提成基价时，如果销售价中包含了一些与技术无关的项目，或是包含了一些虽与技术有关的项目，但这些项目是由许可方或其他第三方所提供的，他们已经从引进方所支付的费用中取得了这些项目的利润，那就要将这些项目的费用或成本扣除。在实践中，可考虑的扣除项目主要有：包装费、运输费和保险费；普通商业折扣；退回的货物：出口税、进口税、海关关税、商业税或销售税；在产品使用地的安装费用；由许可方或其他第三方供应的原料、中间货物、零件或部件的价格；为产品中应用许可方所提供技术的那一部分而购入的设备的价格；产品价格中反映提成费的部分；引进方为维持专利或商标的效力而付出的费用。

在按净销售价提成时，究竟要扣除哪些项目，要视产品的构成、交易的性质、产品的销售状况以及有关国家的法律等情况，综合考虑，具体掌握。

b. 实际销售价。实际销售价即发票价格，指产品在正常交易中的实际价格。由于净销售价要扣除产品成本中的许多项目，对于这些项目的具体金额，许可方很难准确地获知，因而许可方往往主张以实际销售价作为提成基价，以避免检查帐目、计算成本等繁琐的财务手续。显然，这种方法对于许可方是十分有利的，但对引进方则包含着某种不利因素。因为它所依据的不但有利用许可方提供的技术制造的部分产品的价格，而且还有不属于这一部分的

产品的价格。在某些情况下，后一部分产品的价格甚至要远远高于前一部分产品的价格。所以，在采用这一方式时，应根据产品的构成情况，相应地降低提成率；或是在发票价格的基础上打一定的折扣，作为实际的提成基价。

c. 市场公平价。市场公平价是以公平的市场价格作为基础的净销售价，即在引进方向与其没有特殊关系的第三方所达成的实际销售价格的基础上，扣除与转让技术无关的价格因素后的净销售价。

在技术贸易实践中，许可方有时会担心引进方将合同产品以低价卖给与其有特殊关系的第三方式其子公司，从而使提成基价降低，提成费收入减少，因而提出以“公平的市场价格”或“现行的国际市场价格”作为确定提成基价的标准。

在确定公平市场价格时，没有统一的标准，通常由当事双方在合同中规定以下一种或几种计算标准或方法。一是自由价格法。即以向一个与引进方没有特殊关系的产品购买者提出的报价，或达成的成交价，或类似产品的成交价作为公平市场价格。二是转售价法。即以引进方产品的买主在转售此产品时的价格作为基础，扣除该买主在转售时的加价部分，从而求出引进方实际销售的市场价格。三是成本加利润法。即根据引进方生产产品的成本，再加上一定的百分比或固定金额的利润，作为提成基础的公平市场价格。

(3) 按利润提成。指按照引进方实施技术后所产生的实际利润提取技术转让费。按利润提成将引进方的利润与许可方的收益紧密联系起来，无论引进方由于消化吸收能力还是由于市场原因，只要其没有利润，许可方就没有收益。显然，这种方式对引进方较有利，而许可方则要承担较大的风险。因此，在实践中许可方一般不愿接受这种提成方式，除非引进方处于十分有利的谈判地位，或是由许可方直接控制经营，并且对于实施技术后的收益前景充满信心。

在实践中，对于“利润”有各种不同的解释，如毛利、净利、税前利润、税后利润等。在采用这一方式时，应将“利润”的概念在合同中作出明确规定。

4. 提成方法。在通常情况下，提成多采用固定提成的方法，提成费的计算表现为几个相关因素的乘积，用公式表示为：

$$\text{提成费总额} = \text{提成率} \times \text{提成基础} \times \text{提成年限}$$

需要注意的是，在技术贸易实践中，还经常采用下述一些辅助性的提成方法。

(1) 滑动提成。滑动提成(Sliding Royalty)是指在整个提成期限内，提成率随着提成基础的变化或提成期限的推移而逐渐变化。

按照国际技术贸易的通行做法，提成率通常随着提成基价或提成产品产量的增加而变小，或是随着提成年限的推移而递减。前者如规定，净销售价在100万美元以内，提成率为5%；100万—500万美元，提成率为4%；500万—1000万美元，提成率为3%。后者如规定，第1—3年按净销售价的5%提成；第3—5年按净销售价的4%提成；第5—6年按净销售价的3%提成。

在国际技术贸易实践中，滑动提成的方向总是使提成率趋于变小，因此，滑动提成又称为递减提成(Graduated Scale Royalty)。

滑动提成这一提成方法较为合理，既考虑到技术逐年老化的因素，也使因产品产量或销售额增加所产生的利益得到均衡。

(2) 最低提成。最低提成(Minimum Annual Royalty)是指当事双方

约定在一定的期限内，无论引进方的生产销售情况如何，是否有盈利，均须向许可方支付一定数额的最低提成费。

规定最低提成的目的是减少许可方转让技术的风险，给予许可方一定程度的保障，促使引进方积极设法利用所引进的技术，防止引进方在以独占许可方的方式获得技术后，将技术搁置不用，损害许可方的利益。

在技术贸易实践中，当事双方在约定最低提成费的同时，往往还在合同中规定其他一些相应的措施。例如，当引进方未能交付最低提成费时，许可方有权终止合同，或是将合同由独占许可改为非独占许可：引进方在支付最低提成费后，有权决定该合同是否继续执行，等等。

由于最低提成的规定是对许可方的一种保护，因而有些国家，特别是一些发展中国家的法律不允许在合同中含有此种规定，否则，政府将不予批准。

(8) 最高提成。最高提成 (Maximum Royalty) 是指当事双方约定，在一定时期内当提成费达到一定金额时，即使作为提成基础的产量、销售额或利润增加，提成费也不再增加。

在国际技术贸易实践中，最高提成的规定多适用于市场前景广阔、产品销售可望稳步上升，或是市场的扩大与利用许可方技术并无关系等情况。如果市场容量有限，或是引进方消化吸收能力较差，产量或销售均不可能大幅度增加，则规定最高提成并无多大实际意义。由于最高提成的规定有利于引进方，在实践中它也经常作为引进方针对许可方最低提成要求的对等条款。

(三) 入门加提成支付

入门加提成支付 (Initial Payment and Royalty) 是一次总付与提成支付两者相结合支付方式。在采用这种支付方式时，引进方须在合同生效后向许可方支付一笔费用，这笔费用被称为入门费。入门费既有定金的含义，也是对于许可方转让技术所支出的直接费用和披露技术秘密所给予的经济补偿。入门费只是技术转让费的一部分，在合同工厂投产后，引进方还要按照双方的约定支付提成费。

入门加提成的支付方式经常作为引进方和许可方相妥协的一种产物。收取入门费，可使许可方转让技术的风险减少；而采用提成方式支付其余的技术转让费，又能使引进方按照实施转让技术的实际效果支付费用，加重许可方的责任。

在采用这种支付方式时，应在合同中明确规定入门费的金额和提成费的计算方法，以及入门费与提成费在合同总价中所占的比例。一般来说，入门费的比例不宜过高，大致应相当于许可方转让技术的直接成本。当然，作为引进方来说，通常总是希望尽可能低的入门费比例。实际上，在技术价格不变的情况下，入门费与提成费呈反比关系。对于入门费与提成费之间的关系，可用入门费还原提成费的方法计算。例如，在某一技术贸易合同中，如果引进方不付入门费，以 5% 的提成率支付，假若许可方要求 20 万美元的入门费，该合同提成期限内共销售产品 2 万台，相当每台要分摊 10 美元，每台净销售价为 1000 美元，则 20 万美元的入门费相当于提成率 1%。其算式为：

$$\text{提成率} = \frac{10}{1000} \times 100\% = 1\%$$

因此，如果许可方要求 20 万美元的入门费，在不考虑利息因素的情况下，提成率应从原来的 5% 降至 4%。

在支付入门费时，可以一次付清，也可按照合同的进度，分期支付。在

我国技术引进实践中，入门费通常按下述比例分期支付：合同生效后 30 天内，支付 5%—15%；技术资料全部到齐，支付 60%—50%；技术指导、技术培训完毕支付 20%左右；考核验收完毕支付 15%左右。

(四) 提成费的净现值估定

净现值 (Net Present Value, 简称 NPV) 是指对于一定时间后的货币金额，按每年固定的贴现利率或折扣率折减后的数值。在估算技术价格时，除了要考虑影响技术价格的其他因素外，还要考虑到货币的时间价值，进行净现值估定。只有将不同合同规定的提成年限内的历年提成金额折算成签约时的现值额，才能按同一货币价值标准正确地进行合同的比价。

计算提成费的净现值，通常可采用净现值法。该法用公式表示为：

$$\text{净现值系数} = \frac{1}{(1+r)^n}$$

r 为货币的贴现率或折扣率，n 为从货币收入当年算起的年数。

依照这一公式，如果现在存在银行 0.9091 美元，银行利率为 10%，1 年以后可得 1 美元。因此，1 年后收入的 1 美元的净现值现在为 0.9091 美元，折扣率为 10%。如果两年的银行利率均按 10% 计算，那么，两年后收入的 1 美元的净现值现在为 0.8264 美元。

现假定某一技术转让合同按提成支付方式支付技术转让费，提成期限为 6 年，提成率为 3%，贴现率为 10%，提成基价为净销售额，1993 年为合同工厂投产支付提成费的第 1 年，合同的提成费在 1993 年的净现值如下表：

年份	预计产品净 销售额(美元)	提成费 (美元)	净现值 系数	使用费收入 1993 年净现值(美元)
1993	100000	3000	1.0000	30000
1994	100000	3000	0.9091	2727
1995	150000	4500	0.8264	3719
1996	250000	7500	0.7513	5635
1997	350000	10500	0.6830	7172
1998	650000	19500	0.6209	12109
总计	1600000	48000		34362

上表说明，按 6 年分年度支付的 48000 美元提成费与在 1993 年一次付清的 34362 美元是等值的。从理论上说，假若许可方同时报出这两种价格，其实际价格是相同的。当然，这只是一种抽象的理论计算，没有涉及汇率、利率和通货膨胀率变化的风险因素，也没有考虑在不同支付条件下引进方所承担的技术和市场风险。因此，在国际技术贸易实践中，在净现值相同的情况下，引进方往往倾向于选择提成支付。因为这不仅可以减缓一次总付的财务负担，而且可将利用引进技术的实际效果与支付价款联系起来，有助于加强当事双方的技术合作，加重许可方传授转让技术的责任，有利于引进方对引进技术的消化、吸收与利用。

需要注意的是，在计算净现值时，不能将净现值公式中的 r 项简单地理解为银行利率或银行贴现率，要考虑到上述的提成支付可能产生的各种风险因素，并根据投资市场上一般可获得的投资利润率予以确定。

依照净现值法的原理，同样可以把一次总付换算为合同执行期间的平均

提成率。其计算公式如下：

$$P = P_0 (1 + r)^{nR} = \frac{P + P_0}{S \times 2}$$

R 为平均提成率；S 为 n 年的合同期内合计的销售值；P₀ 为现在实缴的使用费；r 为折扣系数；P 为到第 n 年时应交的技术使用费总值。

假定许可方报价一次总付为 34362 美元，合同执行期为 6 年，6 年中产品的净销售价为 160 万美元，平均年贴现率为 10%，带入这一公式，可求得第 6 年应支付提成费为 60865 美元。其计算过程为：

$$p = 34362 \times (1.10)^6 = 34362 \times (1.771) = 60855 \text{ 美元}$$

由此得出，如果采用提成支付，在 6 年的净销售价为 160 万美元和贴现率为 10% 的情况下，到第 6 年支付提成费为 60855 美元，平均的年提成率为 2.976%。其算式为：

$$\frac{60855 + 34362}{1600000 \times 2} = 2.976 = 3\%$$

这里所得出的平均提成率 2.976% 的数字与前面“正算”例子中的 3% 提成率十分接近。由此可以得出这样的结论，按一次总付方式支付 34362 美元，与按 3% 提成率在 6 年内分期支付的金额大致相同。

五、价款的清算

价款的清算，是转合同当事人按照技术贸易合同的规定，运用某种手段实现合同价款的实际清偿。价款的清算包括帐目的保持与核查、清算工具、清算方式 3 方面内容。

（一）帐目的保持与核查

在采用提成方式支付时，由于提成费的高低与引进方生产合同产品的产量、销售量或利润密切相关，因而在合同中应对帐目的保持以及查帐的时间、地点、程序及相关费用的分摊作出明确的规定。

引进方应建立有关利用引进技术生产经营方面的记录、案卷及帐册，其内容应真实、准确，能够满足计算提成费和许可方查帐的要求。为准确地确定提成费金额，许可方有权在合同有效期内或合同终止后的 6 个月内对上述记录、案卷或帐册进行核查，并有权选用双方都能接受的、独立的注册会计师代他进行检查。会计师的费用可由许可方负担，也可由双方分担。但依照通常的做法，如果查出计算方面的误差超过实际应付金额的一定比例时，例如少付了 3% 以上的费用，则该项检查费用应由引进方负担。

提成费可以按年结算，也可半年或接季结算。在每个结算日后的 10 天内，引进方应以书面形式向许可方提交该提成期间内合同产品的产量、销售量或利润的情况，以及应付的提成费金额。如许可方对引进方提供的情况或金额有异议，需要进行核查时，也应在接到该情况报告后的 10 天内通知引进方。

（二）清算工具

在国际技术贸易实践中，合同价款的清算工具包括货币和汇票两种。

1. 货币。国际技术贸易合同的价款结算，可以采用引进方国家的货币，也可采用许可方国家的货币或第三国的货币。究竟采用何种货币，要从汇率变化的走势及合同产品潜在的出口市场等方面综合考虑。一般来说，引进方总是希望选择软货币，许可方则希望选择硬货币。作为双方的一种妥协，可在合同中规定一种以上货币，实行软、硬货币搭配，或是规定货币保值条款，以均摊汇率风险。在技术引进合同中，不要轻易接受许可方提出的货币保值条款。

在技术贸易实践中，有时合同中所采用的计算价格的货币和实际支付的货币是两种不同的货币，即有通常所说的债务货币与支付货币之分。

对于债务货币的选择，在一次总付的情况下，可采用许可方国家的货币，也可采用引进方或第三国的货币。在提成支付的情况下，如果提成费是与销售相联系的，可以选择引进方国家货币或出口销售地的货币；如果提成费是与利润相联系的，可选择引进方合同工厂所在国的货币；如果提成费是与产量相联系的，则既可以选择合同工厂所在国货币，也可以选择第三国货币。对于技术服务费，一般应在专家所属国或服务所在国的货币之间进行取舍。但专家在引进方国家的生活费和医疗保险及其他福利方面的费用，可用引进方国家的货币支付。此外，有些国家的法律规定，债务货币必须是引进方所在国的货币。凡合同的执行涉及到此种法律时，应注意有关法律的规定。

至于支付货币的选择，既可采用与债务货币相同的货币，也可选择其他货币。在选择支付货币时，应考虑到所选货币发行国的通货膨胀率，该种货币在国际市场上的稳定性以及汇率的走势。当所选用的支付货币与债务货币

不同时，应在合同中规定折换率的年款，确定是用官方汇率、商业汇率，还是两种汇率的平均汇率。

2. 汇票。在国际技术贸易中，相当一部分合同采用汇票结算的方式。汇票是由一个人签发给另一个人的无条件书面命令，要求受票人在见票时或以以后某一规定的或可以确定的时间，将一定数额款项支付给某一特定人或其所指定的人或持票人。

汇票按出票人不同，可分为商业汇票和银行汇票；按是否随附单据，分为光票和跟单汇票；按付款时间不同，又可分为即期汇票和远期汇票。

在我国的技术贸易实践中，多使用跟单的即期商业汇票。

（三）清算方式

国际技术贸易合同价款的清算方式，包括汇付、托收和信用证 3 种方式。

1. 汇付（Remittance），或称汇款，是债务人或付款人通过银行，将款项汇交债权人或收款人的结算方式。汇付的方式有电汇，信汇和票汇 3 种。电汇是由汇款人委托汇出行用电报、电传等电讯工具通知汇入行，委托它将款项解付给指定收款人的一种汇款方式。信汇与电汇相类似，只是它用的信汇委托书或支付通知书是通过邮政用信件通知汇入行的。票汇是以票据作为结算工具的一种汇款方式，通常是指汇出行应付款人的申请开立的以其分行或代理行为付款人的银行即期汇票，列明收款人名称、汇款金额等，交由汇款人自行寄给收款人，由收款人凭票直接向付款行或委托当地银行通过其在付款行所在地的分行或代理行向付款行取款的一种汇款方式。

在国际技术贸易实践中，多采用电汇的方式。在以汇付结算时，许可方应提交的议付单据有商业发票、即期汇票、交付技术资料或相关设备的货运单据、考核验收证书等。在支付预付款时，一般还要提交许可方政府当局出具的有效出口许可证影印件，或有关当局出具的不需要出口许可证的证明文件，金额为合同总价的形式发票，以及许可方银行出具的与预付款金额相等的银行保函。

2. 托收（Collection），是许可方委托当地银行转托其在引进方所在地的分行或代理行向引进方收款的方式。托收可分为光票托收与跟单托收两种。光票托收是指金融单据的托收，不附有商业单据或仅附有发票等不包括运输单据的一般商业单据，即所谓“非货运单据”的托收。跟单托收是指附有包括运输单据在内的商业单据的汇票的托收，以及不带有汇票的包括运输单据在内的商业单据的托收。按照向引进方交付运输单据的条件不同，跟单托收可分为付款交单和承兑交单两种，其中付款交单又可分为即期付款交单和远期付款交单。

在我国技术贸易实践中，较少采用托收方式支付。

3. 信用证（Letter of Credit），是开证银行根据开证人的请求和指示向受益人开立的在一定金额和一定期限内凭规定的单据承诺付款的凭证。

信用证可根据其付款依据分为跟单信用证和光票信用证；根据其保证性质可分为可撤销信用证和不可撤销信用证；在不可撤销信用证中，按其是否有另一家银行参加负责保证兑付，又可分为保兑信用证和不保兑信用证；根据信用证项下汇票的付款期限，可分为即期信用证、远期信用证、迟付信用证和预付信用证；根据信用证的权利能否转让，还可分为可转让信用证和不可转让信用证。

在技术贸易实践中，单纯的软件许可合同较少采用信用证支付，信用证

一般用于含有硬件转让的技术贸易合同。在采用跟单信用证支付时，许可方需提交的议付单据与汇付结算的单据相似，主要包括商业发票、商业汇票、货运单据、考核验收证书，以及许可方政府当局出具的有效出口许可证影印件或不需要出口许可证的证明文件等。

第八章 技术贸易合同中应注意的几个问题

一、保密问题

保密是技术贸易合同的特有条款，也是技术贸易中的一个重要问题。订立好技术贸易合同中的保密条款，正确处理技术转让中的保密问题，对于我们做好技术转让工作至关重要。

（一）负有保密义务的主体

负有保密义务的主体是指在合同关系中，合同规定保密义务的直接承担者。从理论和实践上说，由于技术贸易合同的形成是基于许可方将其所拥有的或持有的技术转让给引进方，合同中的保密主要是对作为合同标的的许可方所转让的技术保密，所以，技术贸易合同中的保密义务的主体主要是指引进方。或者说，对作为合同标的的技术予以保密是引进方承担的一项义务，同时也是许可方的一项权利。从各国的法律制度来看，为了维护技术所有者的合法权益，加重引进方承担保密义务的责任，保障在公平竞争的基础上从事技术贸易，不少国家还在法律中明确规定引进方的保密义务。如美国、日本等国的法律规定，除非许可证合同明文规定排除引进方的保密义务，否则，即使许可证合同中对引进方的保密义务没有作出明示的规定，但在法律上也可以认为引进方负有默示的保密义务。我国《技术合同法》第15条规定，当事人订立技术合同应包括对“技术情报和资料的保密”。第39条规定：非专利技术转让合同的受让方的主要义务之一是承担合同约定的保密义务。第4条第3款规定，受让方“违反合同约定的保密义务的，应当支付违约金或赔偿损失”。

需要研究的是，在技术贸易合同中，引进方是否是承担保密义务的唯一主体，许可方有无保密义务。在某些关于技术转让的论著中，只是把保密作为引进方单方面的义务，忽略或否认了许可方应承担的相应的保密义务。这种看法是片面的。我们认为，在技术转让过程中，许可方的保密义务至少表现在以下3个方面：

1. 许可方对引进方提供的合同工厂的厂址情况、水文、地质资料、生产能力、产品种类、经销渠道等生产经营情况应承担保密义务。这是因为，合同工厂的厂址环境、生产经营情况等属于该厂的重要经济情报或商业秘密，一旦泄露，势必碍于该厂在商业上的竞争地位。特别是某些在国家经济、国防建设中具有重要意义的合同工厂，上述情况属于国家的重要经济情报，泄露出去可能直接危害该国的经济利益。因此，许可方在转让技术的同时，必须对引进方合同工厂的有关情况承担相应的保密义务。在我们对外签订的技术引进合同中，一般也都坚持写明“许可方应对引进方提供的合同工厂的厂址情况、水文地质情况、生产经营情况等承担保密义务”。

2. 许可方在订立合同后，一般也应对其转让的技术予以保密，不得以危害引进方为目的将其技术公开。这是因为，在许可方和引进方建立了合同关系之后，引进方获得了利用许可方技术的合法权利。为了最大限度地从其购买的技术中获得利润补偿，引进方同样需要许可方对其所转让的技术予以保密，以防一旦泄露或公开，增加其竞争对手，或者丧失该技术的商业价值，给自己造成损失。特别是当引进方掌握了购买的技术并形成了生产能力之后，由于这时引进方已经为利用该技术投入了大量的人力、财力，花费了大量的时间，这种保密尤为重要，它直接影响到引进方的利益。所以，在某些情况下，尤其是在引进方同许可方订立独家许可或独占许可合同时，引进方

为了维护自身的合法权益，同样要求把保密作为合同双方的义务，以期共同遵守。

3. 在引进方将其发展的技术回授给许可方时，许可方应承担保密义务。技术转让合同一般都订有回授条款，规定双方对于作为合同标的的技术有所发展时，应无偿或有偿地传授给对方。当引进方将其所发展的技术回授给许可方时，许可方必须要对引进方回授的技术予以保密。因为此种技术虽然是在许可方原有技术的基础上发展起来的，但按照国际技术贸易的惯常做法，其所有权应属引进方所有。引进方为了维护其对回授技术的所有权，必然要求许可方在使用这一技术时承担相应的保密义务。

（二）保密的客体

保密的客体是指保密义务人承担保密义务的对象，即需要由保密义务人予以保密的技术情报。在技术转让合同中，并非所有的作为合同标的的技术资料都是保密对象，能够作为保密对象的通常仅限于那些未进入公有领域，保密义务人从对方直接获得的核心技术秘密。

首先应该明确，不是所有的技术转让合同都要订立保密条款，更不是所有的被转让的技术都要作为保密的对象。作为保密对象的技术只是限于没有公开的、非专利技术，即法律上所说的“没有进入公有领域的技术秘密”。对于以专利技术为内容的技术转让合同，可以不订保密条款，对专利技术一般不应保密。因为专利的特点就是公开性，任何技术一旦申请了专利，即要被专利主管机关公诸于众，任何人都可以查阅专利文献，不存在保密问题。在实践中，确有某些名为专利技术转让的合同中订有保密条款，这通常表现为两种情况：一种是作为合同标的的技术尚未获得专利权，也未进入公告程序，只是刚刚提出专利申请，这时的技术还是处于秘密状态，严格地说尚属于专有技术。然而，由于它已经提出了专利申请，并获得了专利申请号，在订立合同之后很可能获得专利权，所以，人们对于此种技术转让合同有时采用专利合同的方式订立。另一种是已获取的专利技术中包含有未公开的专有技术。专利技术同专有技术经常是密切相关的，某些发明者为了最大限度地保护其发明，往往在申请专利时，将其中核心技术保留下来。人们在利用这一发明时，单凭专利文献中公布的技术资料并不能掌握和运用这一技术，还必须掌握没有公布的技术秘密。这样，人们在购买某一专利技术的许可证时，需要同时购买与之相关的专有技术，由此导致在专利许可合同中出现了保密条款。但事实上，这种保密条款予以保密的对象决不是已公开的专利技术，而是未公开的专有技此外，在技术转让合同中，当事人承担保密义务的技术，通常只限于直接从对方获得的技术秘密，当事人对于从其他途径获得的合同相对人的技术，一般不承担对相对人的保密义务。例如，甲和乙签订某一技术转让合同，甲方向乙方提供生产某种化工产品的系列技术，包括配方 1 至 8，共 8 个配方，并要求乙方对此保密。在此之前，乙方已经从其他途径获悉配方 4 的全部内容。所以，乙方对甲方所承担的保密义务将不包括配方 4。当然，乙方对配方 4 不向甲方承担保密义务，并不等于说乙方可以随意扩散配方 4 的技术；如果配方是从丙方获得的，丙方要求乙方对此应负保密义务，乙方则对丙方承担配方 4 的保密义务。

需要强调的是，在技术转让合同中，引进方对许可方承担的保密义务，并非是对其所接受的全部技术情报而言，而只是针对那些最有价值的核心技术。就某一项专有技术来说，其所包括的范围可能是相当广泛的，可能包括

配方、公式、工艺设计和工艺流程、经验、数据，以及操作、维修、保养的技术等等。从形态上看，不仅包括有形的表现形式，如图纸，技术资料等，也包括无形的，如在专家和工程技术人员头脑中的知识和经验。合同的保密条款不可能也没有必要囊括这么多内容，不能要求对许可方提供的一切技术情报都给予保密。所要保密的应限于许可方提供的全部技术资料中书面的核心技术秘密。许可方技术人员口头传授的，或通过实际操作演示的技术情报，一般不作为保密的对象。为了明确保密义务人的责任，在技术贸易实践中，合同当事双方通常在合同的保密条款中列明作为保密对象的技术资料的范围。例如，某一专有技术转让合同的附件一至三是许可方提供的技术资料中的清单，附件一和附件二分别是配方和工艺流程图的清单，附件三是相关设备的安装图和使用说明书的清单，附件三不属于技术秘密。该合同的保密条款中则规定：“引进方对于从许可方获得的，本合同附件一、二中所规定的技术资料予以保密。”

联合国工业发展组织在其所制定的《技术转让协定评价准则》中，对引进方需要保密的技术资料作了明确的规定。该文件规定：“需要承担保密义务的资料应当是（也只应当是）：1.以书面形式或以其他易于辨认的形式传给接受方的，或虽系口头透露，但后来又以书面形式叙述和确定的；2.被征引或指称为机密的；3.经需方书面记录表明在透露前不为接受方所知的；4.不为公共所知或尚未公共所知的；5.接受方尚未最终从未向许可方承担保密义务的第三方那里获得的。无论协定是发达国家的公司之间签订的还是涉及某一发展中国家的一家公司的，这种标准都应是保密条款的基础，并应包含在许可协定中。”

（三）保密的地域范围

保密的地域范围是指保密义务人承担的不向任何第三方泄露所负责保密的技术的区域范围。

保密的地域范围取决于保密的客体和合同的性质或者说授权的性质。对属于合同工厂水文、地质及生产经营情况一类的技术情报所负的保密义务是没有地域范围限制的，许可方在世界任何一个地方都不得泄漏上述技术情报。对于作为合同标的的技术秘密所负保密义务的地域范围，则取决于合同的性质，更确切地说是取决于该合同授权条款中规定的授权性质。如果该合同授权条款规定的授权是属于不可转让的普通许可，那么，该合同引进方承担保密义务的地域范围则应理解为是无限的，即在世界上任何区域内都要承担保密义务。如果合同中的授权是一种分许可的授权，引进方有权依照合同规定将许可方转让的技术向其他第三方转让，那么，引进方承担不向第三方泄密的保密义务的地域范围就是有限的，不包括合同规定的分许可地区。因为引进方在其获权进行分许可的地域范围内，有权按照合同规定向任何第三方转授许可方的技术秘密。需要明确的是，向第三方泄露、转授技术秘密，并不等于“公开技术秘密”，它们之间有着质的区别。从后果上看，向特定的第三方泄露技术秘密，并不影响该技术的商品属性，它们仍可以进行有偿转让，至多是扩大了了解、使用该技术的范围，影响使用该技术的可得利润。公开技术秘密，则是从根本上动摇了该技术具有商品属性的基础，可能导致该技术失去进行有偿转让的商业价值。因此，从某种意义上说，技术转让合

同中的保密义务，主要不是指引进方不得将对方的技术予以公开，而是指不得将该技术向第三方泄露。因为不得将对方提供的技术秘密任意公开，本身是商业道德的要求之一。在技术转让实践中，即使不属于合同保密对象的技术资料，或者是合同规定的保密期已经届满的技术资料，按照商业道德的要求，引进方也不得随意将它们公诸于世。

（四）对什么人保密

对什么人予以保密，这是保密条款中的一个重要问题。在国际技术转让实践中，如果一项许可证合同不含有分许可的授权内容，该合同的保密条款一般都规定“对合同当事人以外的第三方予以保密”。但是，“第三方”的确切含义是什么，究竟是什么范围，却往往为人们所忽略，在合同中很少提及。按照通常的理解，第三方应是指合同当事人双方以外的任何一方。如果“望文生义”，严格地按照字义解释，第三方的概念也似应如此。然而，这种理解和解释如果用来说明具有特定内涵的保密条款中的“第三方”，在许多情况下就很不确切，很不合理。因为在某些实行外贸管制的国家中，按照法律规定，技术贸易合同必须通过有外贸经营权的公司对外签订。即使在不实行外贸管制的国家中，实际引进方出于各种考虑，也往往委托某一公司或商社代其对外订立技术转让合同。这些外贸公司或商社在合同中是作为许可方或引进方，但是合同的许可方并不是技术的所有者或持有者，合同的引进方也不是技术的实际使用者。合同中的许可方和引进方只是作为实际上的转让方和受让方的代理人进行签约活动。在这种情况下，如果把合同保密条款中的“第三方”解释为合同许可方和引进方以外的任何一方，那么，合同将难以实施，至少作为引进技术的实际使用者能否合法地利用其引进的技术就成为问题。所以，在技术转让实践中，应根据合同的具体情况对予以保密的第三方作出明确的规定。

我们认为，在通常情况下，合同保密条款中的“第三方”应是指合同许可方、引进方以及他们的被代理人以外的任何一方。在我国技术引进实践中，有时也出现这种情况。国内的外贸公司以引进方的名义对外签约，国内用户在合同中并不出现，合同的保密条款明确规定我方要对“合同当事双方以外的第三方保密”。这种规定是很不严谨的，应注意纠正。在技术引进工作中，如果国内用户没有作为合同一方在合同中规定下来，合同保密条款中的第三方的提法就应作相应变动，改为“对引进方以及合同工厂（国内用户）以外的第三方予以保密”。

在技术转让合同中，除了要明确“第三方”的内涵，还要合理地划定“第三方”的具体范围，即明确哪些人应包括在内，哪些人应被排除在外，可作为第三方以外的人，获准合法地接触、利用作为合同标的的技术秘密。由于确定第三方的范围与合同的授权条款密切相关，直接涉及对合同所转让的技术的利用程度，因而引进方和许可方对此都特别注意。我们认为，在确定第三方的范围时，应根据合同的授权性质，技术的高精程度，以及合同其他商务条件等多方面因素综合考虑，区别不同情况，采取不同策略。

在技术引进工作中，应注意防止外商无限制地扩大第三方的范围，影响我们利用、吸收、消化所引进的技术。在实践中经常有这种情况，外商为了避免其技术泄密，在合同条款中提出各种苛刻条件，尽可能地限制我方接触其技术秘密的人员。例如，一家外国公司在向我转让一种化工配方时，要求在合同的保密条款中明确规定：只有引进方的总工程师和两各主管工程师可

以在许可方指定的地点查阅配方资料，接触配方的 3 名技术人员要保证不得向其他任何人扩散此项技术，否则引进方应承担违约责任。这种条款实际上把第三方的范围扩大到引进方 3 名技术人员以外的其他人员，显然会直接影响我们利用许可方的技术，失之过宽。因此，对于这种条款一般应予拒绝。

在技术出口工作中，应注意对外商利用我技术的机构和人员施以必要的限制，合理地划定保密条款中第三方的范围，以维护我方的权益。在我们同外国公司签订合同之后，对方就获得了按照合同规定利用我方技术的权利，保密条款中第三方的范围是不包括同我们直接缔结合同的公司的。但实践中也往往会出现这种情况，同我们缔约的是一家跨国公司，或者是某一跨国公司的子公司，他们要求在其公司内部的任何机构都可以“合法”地利用我方技术，即将他们的跨国集团排斥于保密条款中规定的第三方之外。对于外商的这种要求，我们应根据外商的出价、该技术的状况、市场前景等因素综合考虑。如果外商出价合理，技术和市场条件允许，可以接受，但是需要明确规定有权利用我方技术的外国公司或集团的具体含义与范围，给予必要与合理的限制，不宜不加区别地笼统接受。例如，有一个技术出口合同规定“引进方在本集团系统内部可以利用许可方的技术”，“只对引进方集团系统以外的第三方保密”。显然，这种规定易导致对我方不利的后果。因为“集团系统”本身是个含糊的概念，在法律上并无确切的含义，许多大的跨国公司机构设置十分庞杂，除本身有许多子公司、控股公司、分公司外，还有其他的投资公司、联营企业等等。在这些机构中，有些冠以该集团公司的称谓，但与它只是一种松散的联合，该集团仅在其中占有很少的一点股份。如果我们只是使用“集团系统”这一概念，对此不予明确，不加限定，难免会扩大外商利用、扩散我方技术的范围，给我方造成损失。一般来说，如果外商要求在其集团内部使用我方技术，我们应坚持在合同中明确规定，只能是在该公司及其分公司（Branch）或子公司（Subsidiary）范围内使用，并要求引进方承担不得向除上述机构以外的任何第三方泄露我方技术资料的保密义务。

（五）保密期

在技术贸易中，保密期也是合同当事人双方十分关心的一个重要问题。对许可方来说，为了维护对其技术的垄断地位，总是最大限度地争取尽可能长的保密期。而对于引进方来说，对引进技术的保密是它的一项义务，为缩短其承担保密义务的期限，它总是力争尽可能短的保密期。所以，技术转让合同谈判中，保密期往往会成为双方争论的焦点之一。

如何确定合同的保密期？我们认为，合同保密期的确定不应是当事人随心所欲的主观臆断，而是要根据技术寿命和法律规定予以确定。首先，要根据所保密的技术的寿命确定对该项技术的保密期限。如果此项技术属于独家垄断的高精技术，在一个时期内不可能有新的技术取代它，对该技术的保密期限可以长一些。如果某项技术已处于更新换代的边缘，很快会被新的技术所取代，那么，其保密期限则不宜过长。当然，不同时期、不同行业技术的寿命有所不同。根据某些外国专家在 20 世纪 70 年代的研究结果，专有技术的寿命一般为 5—10 年，少数较尖端的技术寿命可能会更长一些。20 世纪 90 年代，某些行业技术更新换代的速度进一步加快。从我们对外签订的技术

贸易合同来看，大多数合同的保密期为5—10年。实践表明，只有根据所转让技术的实际寿命确定其保密期，才能公平合理地规定双方的权利义务。其次，在确定合同的保密期时，还要考虑有关的法律规定。目前，世界上不少国家对技术引进合同的保密期有限制性规定。例如，马来西亚政府规定，合同的保密期一般不得超过5年。我国法律对技术引进合同的保密期也有规定。我们在从事国际技术转让工作时，应注意遵守我国及有关国家的法律规定，在法律许可的范围内合理地确定保密期。

所谓保密期的续展，是指在技术贸易合同的执行过程中，由于某种情况的发生，合同当事双方同意将合同原定的保密期予以延长。在技术贸易合同中，一般都订有技术的改进与发展条款，规定当事人双方在使用这一技术时，如此项技术有新的改进和发展时，应将新发展的技术提供给对方。如果许可方在合同有效期内根据合同规定，将其新发展的专有技术提供给引进方，保密期的续展也就随之发生。一般来说，续展的时间为该合同已经实际执行的时间。例如，某一合同规定的保密期为10年，当合同执行到第5年时，许可方将新发展的技术提供给引进方，引进方对新发展的技术的保密期也同样为10年，自引进方收到许可方提供的新发展的技术资料之日起计算，该合同的保密期的续展时间为5年，我国法律对技术引进合同中保密期的续展问题有明确规定。我国《技术引进合同管理条例实施细则》第12条规定：“合同规定供方在合同有效期内向受方提供其发展和改进技术的，受方可以在合同期满后继续承担保密义务，保密期限自供方提供该项技术之日起算，但该期限不得超过原规定的期限。”

以上所述，只是对作为合同标的的技术资料的保密期，并不包括对引进方提供的合同工厂的水文、地质资料及生产经营情况的保密期。引进方合同工厂的水文、地质资料的保密期应不同于许可方提供的技术资料的保密期。一般应理解为前者是无限的，至少要长于后者。因为合同工厂的水文、地质等情况基本上是恒定的，在一定时期内不会发生变化。同时，各国法律所限制的也只是许可方提供技术的保密期，对合同工厂的水文、地质及生产经营情况的保密期限不作任何规定，完全可以由双方当事人自由约定。所以，尽管在实践中，对合同工厂的保密期一般规定都不予明确，只是在合同中规定许可方应对引进方的合同工厂的水文、地质及生产经营等情况承担保密义务，但是从国际技术贸易的惯常做法以及商业道德角度来理解这种规定，这种保密义务应是无限期的。

（六）保密的方式

这里讲的保密方式，是转保密义务人为履行其保密义务所采取的具体措施、方法等。在我们对外签订的大多数技术贸易合同中，对保密义务人以何种方式实施其保密义务，并不作规定，完全由保密义务人根据具体情况自行决定。但在实践中有一部分技术贸易合同，主要是以转让高精技术为内容的技术贸易合同，许可方为确保其转让的技术不被泄露，在合同中除一般性地规定引进方有义务阻止发生违反保密条款的情况外，还具体规定引进方履行义务购具体方式，要求他必须按照合同规定的方式实施其保密义务，否则即构成违约。根据以往的实践，保密条款中规定的保密方式主要有以下几种：

1. 限定接触核心技术秘密的人员。如在合同中规定，在整个保密期内，引进方能够接触许可方提供的核心技术秘密的人员，仅限于某些具体执行该合同的技术人员。凡是接触技术资料的人，都要同引进方或许可方签订保密

协议。除此之外，非经许可方的同意，引进方的其他人员不得接触许可方提供的核心技术秘密。

2. 限定资料存放地点和存放器具。如在合同中规定，凡属核心秘密的技术资料须放置在具有良好安全防护措施的房间的保险箱内。在实践中，甚至有这种情况，许可方在转让某种配方技术时，并不把配方技术资料文给引进方，而是将它存放在许可方设在引进方国家的办事处的保险箱内。引进方在使用配方资料时，只能到许可方的办事处去查阅。

3. 限定使用技术资料的方式。如合同中规定，引进方不得复制许可方提供的技术资料，在合同执行完毕，或是因故不能继续执行时，引进方应将许可方提供的某些秘密资料退回。此外，某些合同还规定，引进方应详细记录其每次使用技术资料的情况，以备许可方检查；许可方有权对引进方的保密工作实行监督。

（七）违反保密义务的责任

违反保密义务的责任是保密条款的一项重要内容。它通常包括承担违约责任的条件、方式，违约赔偿的范围，以及违约金的数额等等。

在合同中规定承担违反保密义务的违约责任条件，实际上是规定不承担违约责任的“例外情况”，即免除条件。哪些情况可以作为免责的“例外情况”，这由双方约定，一般仅限于由于保密义务人自身以外的原因，使继续履行保密义务成为不必要或不可能等情况。例如，作为保密对象的技术资料已经被第三方泄露或被许可方公开，进入公有领域；或者是由于第三方对引进方承担保密义务的技术提出转控而发生诉讼，引进方为了诉讼目的或为了履行法院所要求的举证责任，须向法院提供这些技术资料。在通常情况下，保密义务人不承担保密义务的免责条件需要在合同中列举规定。除合同中明确规定的免责情况外，保密义务人对其他一切泄密的行为都要承担违约责任。

承担违约责任的办法包括：立即停止违约行为，将非法所得交给对方；按照对方的要求停止合同的继续执行，退还全部技术资料；赔偿对方损失，等等。

确定违约赔偿的范围是个复杂的问题。违反合同保密义务的后果同违反其他合同义务的后果不尽相同，其实际后果很可能是使转让的技术秘密失去“商业价值”。所以，确定失密的违约赔偿范围直接或间接地涉及到确定该技术的“可得利益”的损失。而“可得利益”是未来可能获得的利益，对它的确定更是一个复杂的问题，涉及人们对该项技术的使用价值、应用范围、技术寿命、市场前景等诸多经济技术因素的测算和评价，其中也难免包括测算人的主观因素。因此，对“可得利益”的计算只能是一种相对合理的估算，而无法精确地计算。这也就给确定违反保密义务的赔偿范围带来了一定困难。为了避免一旦发生违约，在赔偿范围问题上纠缠不清，应尽可能地在合同中对违反保密义务的赔偿范围及计算方法作出明确的规定。由于保密条款主要是对引进方的一种限制，所以在我们以往的技术引进实践中，合同的保密条款尽可能订得简略，对此问题一般是略而不提。在技术出口工作中，为维护我方的合法权益，则不能回避这个问题。我们认为，在出口合同中应对违反保密义务的赔偿问题予以明确，根据合同的不同情况规定不同的方式和内容。可以考虑在合同中概括性地划定赔偿范围，即在合同中规定“引进方如违反合同规定的保密义务，应当赔偿由此给许可方造成的一切损失。”也

可以在合同中明确规定赔偿的数额，即在合同中规定：“引进方如违反合同规定的保密义务，应向许可方支付总额为 $x \times$ （单位）的违约金。”

（八）初期保密协议

在专有技术转让谈判的过程中，许可方为了说明自己所转让技术的先进性和可行性，难免要涉及一些技术细节，披露一些技术秘密。为了防止一旦谈判失败，无偿地丧失某些技术秘密，许可方往往要求在合同签字之前，甚至在合同正式谈判开始之前，先同对方签订一个初期的保密协议，以此约束对方，维护自身的利益。

为维护技术所有方的合法权益，在合同签约之前订立初期的保密协议，是国际技术贸易中的惯常做法，不少国家还在法律中对此作出了相应的规定。例如，德国、美国等国家的法律制度中实行所谓“缔约前的过失原则（*Culpa in Contrahendo*）”。这一原则适用于技术贸易活动的法律意义为：“在技术贸易中虽然当事人双方最终未能达成交易。但是当事人双方在谈判过程中存在的相互信任关系，导致了作为合同谈判的引进方对其从对方所获知的技术秘密须承担保密义务。”依照这一原则，双方在进行涉及技术秘密的谈判时，可以首先签订一项初期的保密协议，规定各自的权利义务以及未尽保密义务所应承担的责任。

初期保密协议的具体内容，由双方商定，通常包括以下几个方面：首先应明确规定引进方有义务对从对方获得的一切技术情报予以保密，未经对方许可，不得利用，不得扩散，否则要承担经济上和法律上的责任。其次，应规定协议的保密期限为多少年，协议的保密义务不因合同谈判的失败而解除。再次，如果有必要也可以在协议中规定一定数额的保证金，即要求引进方在初期保密协议签字后立即支付给许可方一笔款项作为其履行保密义务的保证。在正式签订合同时，这笔保证金作为合同的预付定金从引进方支付的合同价款中扣除。如果未能签订合同，许可方在一定时期内全部或部分地退回这笔保证金。在此期间，如对方违约，许可方则没收这笔保证金，同时追究对方的违约责任。当然，保证金的数额应根据对方所获得的技术秘密的价值和程度来决定，多少要适当，既要能够起到保证作用，又要使对方能够接受。

二、保证问题

保证，从合同法律关系来看，是指当事一方向另一方承担的允诺和义务。因此，从广义上讲，凡是合同义务都暗含着一种保证，例如保证按期、按质、按量交货，或按期付款。我们这里所说的“保证”，是指在技术贸易合同中居突出地位，甚至已成为专门用语的许可方对于其所转让技术的合法性、可靠性和有效性所提供的保证。这种保证包括许可方的权利保证和技术保证两个方面。

（一）许可方权利保证

1. 许可方权利保证的含义。许可方权利保证的含义，很难用一句话概括。因为交易的技术内容不同，授权的性质不同，许可方权利保证的含义与内容也就不同。但就国际技术贸易中最为常见的，以非独占许可方式的技术转让合同而言，许可方权利保证的含义一般是指：（1）许可方是其所转让技术的合法的所有者或持有者。（2）许可方有权进行转让，并在合同所确定的范围内保证此种转让没有侵犯任何第三者的权利。（3）如果发生第三方侵权的指控，得悉侵权指控的一方应立即通知对方。许可方应按照双方的约定进行处理，或配合引进方处理，并按照约定承担相应的费用 and 法律责任。

由于法律上和技术上的原因，在技术转让合同的执行过程中，经常发生第三方对引进方使用该项技术提出侵权指控。一旦这种指控成立，引进方利用其所转让的技术将受到限制，并有可能蒙受重大经济损失。因此，权利保证问题成为直接关系到合同当享双方利益的一个重要问题。同时，由于各国立法对于这一问题缺乏统一的、明确的规定，也使得对这一问题的处理变得十分复杂。在技术贸易合同谈判中，保证问题往往成为双方争执不休的焦点之一。

发展中国家和发达国家，技术引进方和技术许可方对这一问题在理解上和概念上，以及在司法实践或贸易活动中，掌握的尺度是不同的。在发达国家某些公司的标准合同中，许可方的权利保证实际上是权利不保证条款，其规定的内容和目的，主要是限制和排除许可方因发生第三方的侵权指控所要承担的责任。而在某些发展中国家，其法律规定和实际做法都要求许可方对其所转让的技术的有效性、合法性承担保证责任，保证引进方不受干扰地获得此项技术。从某种程度上说，这些差别，反映了各自经济利益的不同。发展中国家由于其所处的技术引进国的地位，以及其经济、技术和信息手段上的落后，必然要求许可方对其转让的技术承担绝对的权利保证责任。

我国属于发展中国家，我国法律对这一问题有着明确的规定。1988年1月20日公布的《中华人民共和国技术引进合同管理条例实施细则》第11条规定：“供方应当保证自己是所提供技术的合法拥有者，或者保证自己有权转让或者许可该项技术。受方使用转让或者许可的技术生产或者销售产品如被第三方指控侵权，应当由供方负责应诉；如被第三方指控的侵权成立，受方的经济损失由供方负责赔偿。”

我们认为，我国法律的这一规定，对于许可方来说，失之过严。随着我国对外开放的日益扩大，法律的这种规定似有修改和完善的必要。

2. 许可方权利保证的内容。许可方权利保证的具体内容由合同双方约定。通常包括时间范围、地域范围和责任范围3个方面。

（1）时间范围。转许可方承担权利保证的时间界限。从广义上说，时间

范围包括相互联系的两方面内容：一方面是许可方在什么时间内对第三方的侵权指控负责，通常这个时间界限至少不少于合同的有效期；另一方面是指许可方对于何时生成的第三方据以提出侵权指控的权利承担责任。换言之，许可方是对第三方基于任何时间所取得的权利而提出的侵权指控均应负责，还是只对该第三方在合同订立之前即已拥有的权利提出的侵权指控承担责任。

(2) 地域范围。指许可方承担权利保证的区域界限，即许可方是对任何国家或地区的第三方提出的侵权指控均应负责，还是只对特定国家或地区的第三方提出的侵权指控负责。

(3) 责任范围。指许可方对于因第三方侵权指控所产生的法律后果是否承担责任，以及在多大范围内承担责任。

在技术引进的合同谈判中，双方经常围绕着权利保证的范围争论不休。有的外商提出，只对在中国发生的第三方侵权指控承担责任，而对中国之外的第三方侵权指控概不负责；也有外商提出，可以对第三方提出的侵权指控承担责任，但仅以合同价格的一定比例为限，这个比例最高不超过合同总价，个别外商甚至提出，以合同总价的 10% 为限；还有的外商干脆回避权利保证问题，在合同中只字不提，不作任何承诺；另外也有外商提出只对第三方基于合同订立前已经存在的权利提出的侵权指控负责，对以后所发生的权利则不承担责任。与此相反，我国的一些外贸公司往往要求外商承担绝对的、无限的担保责任，即无论何时，任何第三方提出的侵权指控，均应由许可方负责，引进方不承担任何经济上和法律上的责任。

究竟如何看待这一问题？我们认为，在技术贸易合同中，许可方的权利保证不仅是必要的，而且也是合理的，关键在于如何公平合理地划定许可方权利保证的范围。从世界各国的情况看，尽管各国立法对这一问题的规定各不相同，国外的一些知名学者也是观点不一，但都只是在担保范围上的看法不同，均未否认权利担保的必要性。德国学者赫伯特·施道普夫在《Know-How 合同》一书中提出，Know-How 合同的许可方与专利合同的许可方一样，对于权利保证不足应当承担责任。如果引进方因第三方侵权指控而被剥夺了使用权，他可免除支付 Know-How 使用费的义务。但要紧迫地建议，在这个问题上要限制责任，否则就可能导致许可方承担很重的赔偿义务。

在实际合同谈判确定许可方权利保证内容时，既要要求许可方承担一定的保证责任，也要合理地限定保证范围，不能要求毫无限制的、绝对的权利保证。事实上，在许多情况下，许可方很难保证其技术不侵犯任何第三方的权利。因为在现代科技条件下，一种技术产品可能使用数十种、甚至数百种技术，除非许可方耗费巨额资金、时间和人力，否则是不可能弄清生产该产品的技术是否侵犯了别人的权利。即使花费了大量的时间、资金和人力，也很难预知这些技术在将来是否会构成侵权。特别是如果许可方转让的是专有技术，或是含有专有技术的技术，由于专有技术所有人对其技术不具有法律所赋予的排他权，仅是通过保密而维持的事实上的权利，因而可能同时有若干人掌握这一技术，只要其中一人申请了专利，就可能导致其他人侵权。所以，任何情况下都要求许可方无条件地、绝对地承担第三方侵权保证责任，显然超出了许可方所能预见和控制的范围，因而不合理的。

3. 处理许可方权利保庄应注意的问题。技术贸易实践中，许可方权利保证问题突出表现为以下两个方面：

(1) 引进方要求过分的权利保证。即引进方要求许可方保证在世界范围内不会发生任何第三针对引进方利用转让技术伪侵权指控，如果发生，概由许可方负责，引进方不承担任何经济上和法律上的责任。如果第三方的侵权指控成立，许可方不仅要对该第三方所提出的各种权利主张承担经济上和法律上的责任，如合同因此而中止，还要赔偿由此而给引进方造成的损

从引进方的角度看，这种规定似乎是一种最佳条款，排除了可能发生的因第三方侵权指控招致的风险。但从实际效果看，过分的权利保证，未必总是能够获得良好的经济的和法律的效果，有时甚至适得其反，易产生如下不良后果。

a. 过分的权利保证易阻碍许可方向引进方转让技术。由于这种规定，许可方承担了过大的风险，往往会因此而拒绝转让技术，特别是当许可方拟转让独立技术时，尤其如此。

b. 过分的权利要求，易使技术转让费增加。在一般情况下，技术贸易合同的风险与价格成正比，风险越大，价格越高。许可方权利保证条款属于风险敏感性很强的条款，许可方对此承担的责任大小，直接影响合同的价格。如果引进方要求许可方承担过重的权利保证责任，引进方势必将技术转让费大幅度提高。例如，在某电子引进项目中，外商提出，如他仅对在中国境内发生的第三方侵权指控承担责任，许可证费为 250 万美元；如他对全世界范围内的第三方侵权指控承担责任，许可证费为 800 万美元。由此可见，如果一味坚持让许可方承担过分的权利保证责任，引进方也要为此付出高昂的代价。

c. 过分的权利保证不利于我国的技术出口。随着我国科技水平的提高和外贸事业的发展，我国技术出口的规模将逐步扩大。如果我们在技术引进合同中过分要求许可方承担过重的保证责任，我们在技术出口时难免也要面临同样的问题。目前，我国有的企业在技术引进和技术出口时采用不同的标准文本，这种做法决非长久之计。从长远来看，无论是从事技术进口，还是从事技术出口，都应按照国际上通行的准则，采用同一标准。

(2) 许可方承担的权利保证不足。这里所说的许可方权利保证不足，是指许可方利用其拥有技术的优越地位，千方百计规避其应承担的保证责任，从而对引进方利用其引进的技术构成不合理的限制。它通常表现为，许可方对于其所转让的技术的合法性、有效性只是在极小范围内提供保证或根本不予保证，或是对由于第三方侵权指控所产生的法律后果仅在极小范围内承担责任或不承担任何责任。许可方权利保证不足，使得引进方承担过重的商业风险，使其难以获得预期的引进目的。

权利保证不足多发生在许可方所转让的是独家的或尖端的技术转让项目中，但有时也见诸于技术内容并不复杂的技术转让合同中。究其原因，除了许可方确实出于法律上和技术上的考虑外，有时是因为引进经验不足，或急于引进某项技术而忽略了这一问题。在实践中，权利保证不足的后果主要有以下两个方面：

a. 限制了合同产品的出口。权利保证不足的后果突出地表现在对引进方出口外销其合同产品予以限制。例如，我国某厂家为了使其产品升级换代，并拟将一部分产品打入国际市场，从国外引进了生产某电子产品的技术及相

关生产线。在合同谈判时，外商明确提出，他只对在中国发生的第三方提出的侵权指控承担责任，对外销产品时可能发生在中国以外的第三方侵权指控不承担责任。最后经过协商，外商在形式上作了些退让，同意对引进方拟外销合同产品的国方和地区内发生的侵权指控承担责任，但要求引进方在出口前要事先通知许可方，经许可方批准后方可出口。否则，一旦发生侵权指控，许可方不承担责任。外商这种要求的实际后果是限制了引进方出口其合同产品的权利，使引进方无法充分实现其引进的目的。

b.增加了引进方的风险和费用。由于许可方未能对其转让的技术提供必要的保证，引进方在利用其引进技术的过程中，将有可能不得不承担本属于许可方责任范围内的风险。对于引进方来说，这种风险不仅为一旦发生第三方提出的侵权指控，将难以不受干扰地利用许可方的技术，更为严重的是，如果第三方提出的侵权指控成立，他将无法继续使用所引进的技术，或是将支付额外的费用。例如，我国某企业引进A国技术生产某种产品，待合同产品打开销路之后，B国某厂商指控该企业所售产品中有一个部件侵犯了其专利权，要求该企业停止该部件的销售。由于在技术引进合同中，作为许可方的A国厂商对此未提供保证，该企业只得同B国厂商协商，最终以每生产一个部件支付给B国厂家5美元提成费为条件，了结了该侵权纠纷。纠纷虽然解决，但该企业却为此付出了巨大的代价。

为了公平合理地处理和解决技术贸易实践中许可方的权利保证问题，可参照我国法律及联合国国际贸易法委员会所制定的一些公约、文件中所确立的原则，区别不同情况予以处理。这里着重介绍联合国国际贸易法委员会制定的两个文件。

第一个文件是，1987年8月由联合国国际贸易法委员会第20届会议通过的《关于起草建造工厂国际合同的法律指南》的有关规定。该“指南”第6章规定：“购买方似宜在合同中列入承包商的一项保证，即保证使用所转让的技术将不会导致因这种技术可能使其工业产权受到侵犯的第三者向购买方提出权利的要求。……由于对有无任何第三者对所转让的技术拥有工业产权，很难进行世界范围的调查，供应人一般仅保证：使用所转让的技术将不会侵犯具体指定国家中的第三者的权利。当事各方可能希望规定如有第三者声称其工业产权受到侵犯或声称当事各方的工业产权无效时应遵循的程序，则当事各方应在得悉任何这种权利要求时立即通知对方。如因转让技术向技术的受让人提起诉讼，供应人应在受让人进行辩护方面提供帮助。例如，承担辩护费用，提供法律咨询，或者出示供应人工业产权有效性的证据。……他们还可以规定，如果第三者胜诉，而且供应人违背了他作出的使用所转让的技术不侵犯第三者权利的保证应停止支付专利使用费，已经支付的使用费应退还，或者应提供经过修改的技术。这种技术不侵犯第三者的权利，也不影响合同规定的工厂运转能力。”

从该文件的上述规定中，我们可以得出以下结论：许可方应在技术转让合同中对其转让的技术的合法性作出权利保证；许可方的此种保证是有限度的，一般仅保证所转让的技术不会侵犯具体的、指定国家中的第三方的权利；在发生第三方提出的侵权指控时，双方应立即通知对方，并互相配合。在受让方受到指控的情况下，许可方应提供协助。包括承担辩护费用，提供法律

咨询，提供证据等等。

第二个文件是联合国国际贸易法委员会于 1980 年在维也纳召开的外交会议上通过的《联合国国际货物销售合同公约》。该公约第 42 条规定：“（1）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，而且这种权利或要求根据以下国家的法律规定是以工业产权或其他知识产权为基础的：（a）如果双方当事人在订立合同时预期货物将在某一国境内转售或做其他使用，则根据货物将在其境内转售或做其他使用的国家的法律；或者（b）在任何情况下，根据买方营业地所在国家的法律。（2）卖方在上一款中的义务不适用于以下情况：（a）买方在订立合同时已知道或不可能不知道此项权利或要求；或者（b）此项权利或要求的发生，是由于卖方要遵照买方所提供的技术图样、图案、程式或其他规格。”

该项规定主要强调了两点：一是卖方应保证其销售货物没有侵犯第三人的知识产权，但是卖方的此种保证是有限度的，即有时间上和地域上的限制；二是卖方对于买方甘冒风险，以及依照买方提供的技术图纸、图型或规格生产制造货物而引起的侵权指控，不承担任何责任。

我们认为，上述规定基本上是合理的，对于我们处理许可方的权利保证问题具有借鉴意义。

为了妥善处理技术引进实践中的许可方权利保证问题，在拟定合同的权利保证条款时，应注意以下几个问题：

（1）应坚持要求许可方承担一定的权利保证义务，并在合同中明确规定许可方权利保证义务的范围，以免一旦发生第三方的侵权指控，合同当事双方的责任不清，使引进方承担过大的风险。

（2）应合理地确定许可方权利保证的范围。这里所说的合理，首先是指在特定的、具体的交易条件下，从整个合同内容乃至合同价格来看，权利保证条款对当事双方来说是相对公平的，权利义务是基本对等的，既不使许可方承受过大的风险，也不会使引进方利用其引进的技术受到不合理的限制。合理还表现为，引进方既不要无原则地退让，也不要花钱买条款，切忌为了追求合同条款形式上的完美，不切实际地要求许可方承担许多不必要的权利保证义务，以免为此支付额外的风险费用。从这一意义上说，权利保证条款作为一种潜在的保证，其保证范围以适用为原则。在某些情况下，要求过度的权利保证条款，不仅无益，反而有害。

（3）应区别不同的交易情况，具体确定权利保证条款的内容。由于技术贸易合同所交易的技术内容与转让方式不同，许可方权利保证条款的内容也应有所不同。例如，对于以转让专利技术为内容的普通许可合同，许可方一般仅提供补偿保证与现实有效性保证，即保证其提供的专利是现实有效的，不会发生第三者的权利；如果引进方因实施专利而侵犯了第三者的权利，许可方保证补偿引进方的损失。但对于以独家许可方式的专利许可合同，许可方还应承担排除侵权的保证。保证在引进方实施此项专利技术时，如果发生第三者侵犯此项专利权时，许可方有义务阻止并排除第三者违法侵权行为。

除上述几方面外，在合同中还应注意约定通知与协助的义务。一般应规定，无论哪一方得知侵权事件发生，均应尽快以书面形式通知对方；在处理侵权纠纷的过程中，双方应互相配合，许可方有责任提供证据，出庭作证，以利于争议的解决；任何一方在未得到对方同意的情况下，均不得同第三方

私下达成和解协议，以维护对方的合法权益。

（二）许可方技术保证

许可方的另一项保证义务是，对其所转让的技术及相关设备的性能和质量提供保证。合同中规定这一保证内容的条款称为技术保证条款，它是技术贸易合同的核心条款之一，也是引进方的权利和许可方义务的集中体现。引进方花费大量外汇引进技术的目的，就是要得到符合合同规定性能和质量标准的技术和设备。从技术贸易合同执行的情况看，发生问题、产生争议也主要是源于技术保证条款。因此，订立好技术保证条款直接关系到合同能否顺利执行。

1. 技术保证的内容。在技术贸易合同中，技术保证条款的内容依照所转让技术的类别和交易方式的不同而有所不同。例如，单纯的专利许可合同，许可方一般仅是保证提供正确、清晰的技术资料，而专有技术合同的许可方则还要保证技术的实用性、可靠性。又如，在以交钥匙方式提供成套设备、营造合同工厂的技术转让合同中，技术供方要对整个合同执行过程中的全部技术问题承担保证责任，不仅保证合同工厂能够顺利试车投产，生产出符合合同规定的产品，而且还要保证在一定时期内整个合同工厂能够安全稳定地运行。但在一般技术咨询合同中，技术供方仅是保证派遣称职的人员，并尽其努力提出解决问题的理想方案，能否实施，完全由委托人自行决定，实施的后果也由委托方自行承担。在我国国际技术贸易实践中，最为常见的合同是既含有技术许可，又含有相关设备的技术转让合同。本文所介绍的技术保证，也是指该种合同项下许可方应承担的技术保证责任，这种保证责任主要包括以下4个方面：

（1）对技术资料的保证。许可方应保证按照合同规定的时间和内容交付技术资料；保证提供的技术资料是符合合同规定的先进的和适用的资料，或是许可方实际使用的最新资料；保证提供的技术资料是符合合同规定的完整的资料，该资料是正确的和清晰的，并符合合同规定的文字要求。如许可方支付的资料内容有误或数量短缺时，许可方应保证按期更换或补齐；即使不是由于许可方的原因而使技术资料发生毁损灭失，许可方也应尽快补供。

（2）对技术服务和技术培训的保证。许可方保证按照合同规定派遣称职的、健康的技术人员提供技术服务和技术培训工作；保证其技术人员能够认真负责地传授技术，努力完成技术服务工作；保证向受让方提供合同规定的培训内容，以及培训所需的资料、仪器、设备以及其他一切必要的设施。在合同中还可规定，许可方应保证在合同规定的时间内完成技术服务和技术培训工作，由于许可方原因未能及时完成的，许可方应承担由此而发生的费用和责任。

（3）对相关设备的保证。许可方应保证其提供的设备是全新的，质量是优良的，保证设备和材料的选型均符合工艺、安全运行和操作，以及长期使用的要求，能够达到合同规定的各项质量标准；保证按照合同规定的时间、批次交付设备，如有残损短缺时，应按期更换或补齐，即使不是由于许可方的原因而发生毁损灭失，许可方也应尽快补供。此外，在合同中还可规定，在合同签订后的若干年内，根据引进方的要求，许可方保证以优惠价格提供为合同工厂正常运行所需的备品备件。

（4）对合同工厂运行和合同产品性能的保证。许可方应保证引进方在正确使用许可方提供的技术和设备后能够生产出符合合同规定的产品；保证合

同工厂能够在一定时期内安全稳定地运行，保证在合同产品或合同工厂运行达不到合同规定时应与引进方友好协商，共同分析原因、采取措施、消除缺陷，并承担由自身原因所引起的费用和责任。

需要进一步说明的是，在确定许可方对合同工厂运行的保证期限时，至少应考虑以下 4 方面因素：该合同工厂的性质，特别是安装许可方所提供设备的复杂程度；引进方发现缺陷的困难程度，以及此类合同工厂易出现问题的周期长短；许可方所转让技术的复杂程度，以及该项技术的成熟状态，特别是该项技术是否曾在与合同工厂条件相似的其他地区成功地进行转让；国际贸易的惯常做法对此种合同工厂或与之类似的合同工厂一般规定的保证期限长短。此外，对于大型复杂的技术转让项目，也可根据合同工厂各部分的技术状态和技术复杂程度，规定不同的保证期。

总之，保证期的确定应以合理、适度为原则，既不要太短，也不宜过长。太短起不到保证的作用，过长则势必增加许可方的风险费用，使合同价格增加。在实践中，我国大多数技术引进合同的保证期为合同工厂交接验收后的 1 至 2 年，个别项目也有不足 1 年或 2 年以上的。

保证期通常以合同工厂交接验收之日起开始计算。但合同中往往又同时规定，如果由于引进方原因未能按时交接验收，则保证期自设备到港或到达现场后的一定期限后开始计算。这种规定主要是为了避免许可方的保证义务无限期地延长。

在保证期内，如果由于许可方原因，未能保证合同工厂按照合同规定的条件安全稳定地运行，则保证期应相应延长。如果整个合同工厂的各个部分均有问题，延长整个合同工厂的保证期；如果仅是合同工厂的某一部分有问题，而且该部分在技术上具有一定的独立性，也可只延长这一部分的保证期。当然，此种延长应有一个上限，不能无限制地延长。当许可方在一定时间内仍不能排除缺陷，保证期可以终止，但应赔偿由此而造成的损失。

2. 技术保证义务的限制。在技术贸易合同中，任何一项义务都是有一定的范围或限度的，同时又往往以对方的作为或不作为，作为履行该项义务的前提条件。许可方的技术保证责任也是如此。许可方技术保证责任的范围受到两方面的限制：一是如果引进方在一定时期内未能按照合同规定履行其合同工厂基础设施的建设，或未能完成设备的安装，或未能提供合同工厂试车和验收所需的必要条件，则许可方承担合同工厂运行保证期内的技术保证义务将被免除；二是在合同工厂运行保证期内，由于下述原因致使合同工厂未能按合同规定正常运转时，许可方亦不承担责任：（1）引进方或其雇佣的人员未能按照许可方的正确指示进行操作、维修和保养；（2）引进方或其雇佣的人员，未经许可方同意，擅自对合同工厂的设计、工艺流程或设备进行不恰当的改动；（3）引进方提供的设计、设备或材料有缺陷；（4）许可方按照引进方的错误指示行事，并且引进方事先已明确表示对此承担责任；（5）合同工厂设备的正常磨损；（6）发生造成合同工厂毁损灭失的事件，而按照双方明示或暗示的约定，此种毁损灭失的风险是由引进方承担的。

3. 订立许可方技术保证条款应注意的几个问题。从技术贸易的实际工作中看，当事双方因技术保证而发生争议的原因是多方面的，其中有相当一部分是由合同中技术保证条款自身的不完善而造成的。主要表现在以下 3 方面：

（1）漏订技术保证条款或技术保证条款规定得过于空泛，形同虚设。在

某些技术引进合同中，虽然规定许可方应向引进方提供某项先进技术，然而对该项技术应达到何种技术指标未作任何具体规定，结果造成在执行合同过程中，双方各执一词，产生争议。例如，我国某企业与A国某公司签订一化学技术引进合同，共引进对方18个配方。合同规定：“许可方将向引进方提供其研制、开发的，用于××民用项目上的18个配方，并保证这些配方能够达到附件B中规定的技术标准。”但在该合同附件B中仅规定：“许可方保证其所提供的下述18个配方是其独立研制的，用于××工业的最新的、具有先进性的配方。”除此之外，该附件B只罗列了18个配方名称的清单，并无其他任何技术指标。该合同执行后，引进方认为许可方提供的18个配方中有17个是不合格的。与之相反，许可方则认为，其所提供的18个配方有17个是合格的，仅有1个配方不合格。双方观点尖锐对立，导致争议。争议的焦点在于对这些配方应达到的技术标准有各自不同的理解，而合同中仅有“最新的”，“先进性”这类空洞的规定，缺乏明确的标准。

另外，在某些合同中，外商在转让技术的同时又提供了一些单机或散件。出于逃税或逃避技术保证责任等目的，外商要求仅按照普通货物买卖的内容和格式订立合同，在合同中不出现任何技术转让和技术保证的字样，甚至合同的名称也被称为“××单机或××散件供应合同”。中方由于缺乏经验，或为了求得较低的价格，也同意了外商的这些要求。结果，当引进的技术达不到预期的技术标准时，中方难以有效地向外商提出索赔。

(2) 技术保证条款缺乏对合同产品整体性或合同工厂稳定运行的保证。在某些技术引进项目中，我方同意在合同中规定许可方保证其技术具有先进性、实用性，保证能够按时提供技术资料和技术服务，保证能够按照合同规定交付相关的设备。但对于合同产品的整体性能或合同工厂安全稳定地运行则不予保证。其理由是，产品的整体性能和合同工厂的稳定运行取决于多方面的因素，包括非外方所能控制的中方人员素质、原材料、配套设施、生产环境等诸多因素，因而无法作出保证。在许可方技术保证义务的4项内容中，合同产品性能保证或合同工厂稳定运行的保证是最基本、最重要的一项，是许可方诸项技术保证义务的集中体现，因此，许可方对此不承担保证往往会造成其所承担的其他技术保证责任落空。特别是在许多情况下，合同产品达不到规定的性能标准或合同工厂不能安全稳定地运行，是由多方面复杂的技术原因造成的，很难在技术上简单地判定责任在哪一方。因此，如果许可方对于合同产品性能或合同工厂稳定运行不承担保证责任，引进方将要承担过重的技术风险。一旦发生问题，双方难免会各执一词，发生争议。许可方甚至会以此为借口，推卸责任。

(3) 合同中的技术指标规定的不完整、不准确、不现实。合同中规定的诸项技术转标，是判定许可方是否履行了其技术保证责任的重要依据之一。在某些技术引进项目中，由于合同中的技术指标规定的不完整、不准确、不现实，合同执行后，双方不得不就技术指标的修订问题进行谈判。许可方往往会借机降低指标或抬高合同价格，使引进方蒙受损失。

在技术出口合同中，有时也会出现这种情况。我们的企业为了拿到合同，接受了外方提出的苛刻的技术标准，在实际执行时又难以做到，不得不要求修改合同的技术指标，外方声称要提出索赔，并借机大大压低价格，使我方蒙受重大损失。

订立技术贸易合同的技术保证条款应该注意以下几方面问题：

(1) 技术保证条款要完整。所谓完整，是指在合同中要将与合同执行有关的诸项技术指标、检测方法、保证期限以及对许可方技术保证的排除事项全面详尽地列明，使双方的权利义务明确，以免在执行合同过程中发生争议。在技术引进合同中，应根据合同的具体情况，注意将许可方应承担的诸项技术保证义务全面地作出规定。特别是要注意将许可方对合同产品的性能保证或合同工厂稳定运行的保证详尽地作出规定。在技术出口合同中应注意将许可方不予保证的排除的事项，即对技术保证的限制详细地作出规定。

(2) 技术保证条款要准确。所谓准确是指对技术保证条款的诸事项要表述清楚、规范、适当和正确，不能含糊不清、模棱两可、前后矛盾。在技术进口合同中，许可方的技术保证既要适当、正确，还要确定和可行，应尽量避免因技术保证条款难以实施而不得不对其修改的情况发生。在技术出口合同中，应注意根据中方的实际能力，实事求是地规定技术保证的内容，能做到多少写多少，不能为了拿到合同而虚定标准，应在合同文本中留有余地。在一般情况下，应尽量避免使用“优良的、先进的、第一流的”等笼统的词句，应有明确的量的概念，以利于合同的执行。

(3) 技术保证条款要宽严得当，繁简适宜，具有合理性。要根据合同的具体情况确定其宽严繁简程度。一般来说，在不含有商标许可的技术转让合同中，引进方一般希望技术保证条款应尽量订得严。因为在这类合同中，技术保证条款主要是针对许可方的，是对许可方的限制。但要注意的是，“严”要有一定的限度，要具有合理性。不能把许可方很难做到或本不属于许可方技术保证范围内的事项强加给许可方。例如，不能要求许可方承担长达 50 年的性能保证期，或是保证合同工厂生产的合同产品会获得商业上的利润。提出不合理的、过于苛刻要求的结果，将会导致许可方拒绝转让技术，或是大幅度提高风险成本，最终还是对引进方不利。至于技术保证条款的繁简程度，主要取决于所转让技术的类别和具体的交易方式。例如，专利许可合同的技术保证条款通常比专有技术或计算机软件许可合同的技术保证条款要简单；单纯的软件许可合同，比含有硬件的技术转让合同的技术保证条款要相对简单些。

总之，许可方的技术保证条款是技术性很强的条款，对此应由国内有关厂家的技术人员起草，或是由他们提出具体的标准、参数、方法、指标等，外贸公司只负责在文字上加工。在对外谈判时，也应由有关技术专家参加。此外，技术保证条款与技术贸易合同的其他条款有着密切联系，在拟定这一条款时，应注意协调好与其他合同条款之间的关系。

三、税费问题

税费问题是技术贸易中的一个重要问题，它与合同价格密切相关，直接涉及合同当享人的切身经济利益。税费问题处理得好坏，直接影响技术贸易合同的执行。这里所说的税费问题，是指技术贸易合同执行过程中有关生产环节的税费问题，即以合同许可方作为纳税义务人的税费问题，而不涉及进口环节的税费问题。

（一）与技术引进有关的涉外税种

依照我国现行的涉外税收法律制度，在技术引进业务中，主要涉及以下3个税种：

1. 外商投资企业和外国企业所得税。这是对在我国境内的外商投资企业、外国企业生产、经营所得和其他所得所征收的一种税。

1991年4月9日，全国七届人大第四次会议通过了《中华人民共和国外商投资企业和外国企业所得税法》。同年6月30日，国务院公布了《中华人民共和国外商投资企业和外国企业所得税法施行规则》。依照上述法律规定，外商投资企业和外国企业所得税的纳税义务人为：在中国境内设立的中外合资经营企业、中外合作经营企业和外资企业，以及在中国境内设立机构、场所，从事生产、经营和虽未设立机构、场所，而有来源于中国境内所得的外国公司、企业和其他经济组织。

外商投资企业的企业所得税和外国企业就其在中国境内设立的从事生产、经营的机构、场所的所得应纳的企业所得税，按应纳税的所得额计算，税率为30%，再加上应纳税所得额3%的地方所得税，累计税率为33%。

设在经济特区的外商投资企业，在经济特区设立机构、场所从事生产、经营的外国企业和设在经济技术开发区的生产性外商投资企业，减按15%的税率征收。设在沿海经济开放区和经济特区、经济技术开发区所在城市的老市区的生产性外商投资企业，减按24%的税率征收。设在沿海经济开放区和经济特区、经济技术开发区所在城市的老市区或者设在国务院规定的其他地区的外商投资企业，属于能源、交通、港口、码头或者国家鼓励的其他项目的，可以减按15%的税率征收。

外国企业在中国境内未设立机构、场所，但取得来源于中国境内的利润、利息、租金、特许权使用费和其他所得，或虽设立机构、场所，但上述所得与其机构、场所没有实际联系的，都应当缴纳税率为20%的预提所得税。为科学研究，开发能源，发展交通事业、农林牧业生产以及开发重要技术提供专有技术所取得的特许权使用费，经国务院税务主管部门批准，可以减按10%的税率征收，其中技术先进或者条件优惠的，可以免征预提所得税。

所谓特许权使用费是指在中国境外的企业，提供在中国境内使用的各种专利权、专有技术、商标权、版权等所取得的收入。

所谓预提所得税，简称预提税（Withholding Tax），是指对没有在我国境内设立机构的外国公司、企业和其他经济组织来源于我国的利润、股息、利息、租金、特许权使用费或者其他所得征收的所得税。它本身不是一个独立的税种，属于外商投资企业和外国企业所得税的一部分。之所以称为“预提税”，主要是因为其纳税方式上，不是由纳税义务人自己向税务机关交纳，而是由支付单位在向纳税义务人支付时，将税款预先扣除，并代为交纳，支付单位成为预提税的代扣义务人。

预提税是国际上通行的一个税种，也是技术贸易主要涉及的一个税种。我国法律规定预提税的税率为 20%，这在国际上是偏低的。根据有关资料统计，国际上多数国家的预提税的税率在 20%—30% 之间，有些国家更高一些。例如英国为 34%，法国为 33%，意大利为 35%，新加坡、印度等国高达 40%。

2. 个人所得税。这是对居住在我国境内的个人所得征收的一种税。

1980 年 9 月 10 日全国五届人大第三次会议通过了《中华人民共和国个人所得税法》；同年 12 月 10 日，经国务院批准，财政部公布了《中华人民共和国个人所得税法施行细则》。按照上述法律规定以及实际执行中对法律的解释，个人所得税的纳税义务人分为两类：一类为居民；另一类为非居民。居民与非居民的判定标准为时间标准和意向标准。时间标准是看该个人在中国居住是否满 1 年；意向标准是看他是否有在中国长期居住的意向。凡在中国居住满 1 年，或有意向在中国长期居住的个人，即为居民。对于居民，其从中国境内和境外取得的所得，都要依法缴纳个人所得税；对于非居民，只就其从中国境内取得的所得，缴纳个人所得税。

个人所得税的纳税范围包括个人的工资、薪金所得、劳务报酬所得、特许权使用费所得、利息、股息、红利、财产租赁所得以及财政部确定的其他所得。个人工资、薪金所得，按月计算应纳税所得额，800 元为起征点，税率为 7 级超额累进税率，详见下表：

个人的劳务报酬、特许权使用费，财产租赁费所得，每次收入不满 4000 元的，减除 800 元费用后，4000 元以上的，减除 20% 的费用后，就其余额部分按 20% 的比例税率计税。利息、股息、红利以及其他所得，根据每次的收入额，按照 20% 的比例税率纳税。

为进一步吸引外稍投资，根据国务院 1987 年 8 月 8 日发布的《关于对来华工作的外籍人员工资、薪金所得减征个人所得税的暂行规定》，对来华工作的外籍人员的工资、薪金所得减半征收个人所得税。

3. 工商统一税。这是以产品生产和劳务活动收入为征收对象的一种流转税，它是将 1958 年以前工商企业缴纳的货物税、商品流通税、营业税及印花税合并而成的一个综合税。

工商统一税作为一个综合性税种，原本适用于在我国境内从事工商业活动的中国及外国的一切企业和个人。1958 年 9 月 11 日，全国人大常务委员会第 101 次会议原则通过《中华人民共和国工商统一税条例（草案）》。同年，财政部公布《中华人民共和国工商统一税条例施行细则（草案）》。按照上述法律的规定，凡是从事工业品生产、农产品采购、外货进口、商业零售、交通运输和服务性业务的单位和个人，都是工商统一税的纳税义务人，都应依法缴纳工商统一税。

1972 年，财政部制定了《中华人民共和国工商税条例（草案）》，经国务院批准从 1973 年 1 月起在全国范围内试行，同时废止《中华人民共和国工商统一税条例（草案）》。《中华人民共和国工商税条例（草案）》只是经国务院批准内部试行，并未正式对外公布，对外不具有法律效力。所以，工商统一税对国内企业虽已废止，但对外依然有效，成为只适用于在我国境内从事工商活动的外国企业 and 个人的专门税种。

1983 年 6 月 2 日，财政部在（83）财税字第 88 号文中，重申工商统一税的对外法律效力，规定外国公司、企业和其他经济组织同我国公司、企业

合资经营的企业、合作生产的企业及独资开办的企业或在我国境内从事工业品生产、农产品采购，外货进口、商业零售、交通运输和服务性业务，都应缴纳工商统一税，从而把工商统一税的适用范围扩大到外商投资企业。

工商统一税共有 108 个税目，141 个比例税率。最低税率为 1.5%，最高税率为 69%。就技术贸易合同而言，凡是外商派人来华提供和转让与专有技术无关的技术服务，包括监督管理、咨询等劳务性服务，均应按技术服务费的 3.03% 缴纳工商统一税。

（二）避免双重征税协定

在我国的涉外税收法律制度中，避免双重征税协定是其中的一个重要组成部分，正确地理解和运用税收协定，对于我们正确处理技术贸易中的税费问题具有十分重要的意义。

1. 避免双重征税协定的概念。避免双重征税协定的全称为“对所得和财产收益相互避免双重征税和防止偷税和漏税的协定”，它是国家之间为解决双重征税问题而缔结的旨在协调国际税收方面权利义务关系的一种书面协议。其作用主要是通过对当事国家征税权的确定，避免和消除双重征税，避免税收歧视，实行税收的无差别待遇，减少纳税人的税务负担，防止跨国偷漏税行为。

随着我国对外交往的日益扩大，1983 年至 1992 年 10 月底，我国相继同日本、美国、法国、英国、比利时、前联邦德国、马来西亚、挪威、丹麦、新加坡、芬兰、加拿大、瑞典、新西兰、泰国、意大利、荷兰、前捷克斯洛伐克、波兰、澳大利亚、前南斯拉夫、保加利亚、巴基斯坦、科威特、前苏联、塞浦路斯、西班牙、罗马尼亚、奥地利、巴西、蒙古等 30 多个国家签订了避免双重征税协定。

2. 双重征税的产生及其解决办法。双重征税是指一个纳税人的同一笔所得，由两个以上的国家同时征收同一或类似税种的税。双重征税，主要是由税收管辖权的重叠引起的，或者说是由国家税收管辖权的冲突造成的。

税收管辖权是国家的主权，任何主权国家都有权自主地决定其税收管辖权的范围。至于每一个国家究竟采取哪些税收原则，国际法上并无统一的规定。从各国的税收制度来看，各国行使的税收管辖权主要有 3 类，即收入来源管辖权、居住管辖权，公民管辖权。

目前，世界各国均无一例外地行使“收入来源管辖权”，即从源征收。同时，大多数国家还兼行“居民管辖权”；少数国家实行的是“从源征收兼公民管辖权”。

由于各国行使税收管辖权的重叠，产生了国际双重征税。例如，在中国境内提供专有技术转让的瑞士公司，中国作为所得来源国对该公司的特许权使用费征收预提税；同时，瑞士税务当局根据居民税收管辖权对该公司的同一笔收入征收公司所得税。国家之间的双重征税，不仅加重了纳税人的负担，而且严重影响了国际资本的流动，阻碍了国家间的经济合作和科学技术的交流。

税收管辖权的冲突，最为普遍、最为主要的是居民税收管辖权与从源税收管辖权的冲突。对这一冲突，主要通过以下两种方式解决：一是通过国内立法确立这样一个原则，对同一笔所得，收入来源国可先行征收，而后居住国考虑到纳税人已在来源国纳税这一事实，采取免税、抵免或扣除这样 3 种措施，减轻纳税人的负担能力。二是通过居住国与来源国签订条约的方式，

改变它在上述方式中的被动和不利地位，对来源国征税权的行使设定一定的限制。例如，在协定中将来源国的税率限定在一定的百分比上，从而保证其居民管辖权不致落空。在多数情况下，这两种方式是相互关联的。实行这两种方式的结果是，承认从源往收优先，但不是独占，从而既避免了双重征税，又考虑到不同国家的经济利益，均衡了国家之间的税收分配。

国际间的避免双重征税协议最早出现于 19 世纪，第二次世界大战后发展很快，到 1980 年，已有 130 个国家签订了 400 多个双边或多边的避免双重征税协定。不仅如此，协定本身的内容和形式也日趋成熟和规范，一些国际组织相继制定了协议的范本，其中最有影响的是 1977 年经济合作与发展组织制订的《经济合作与发展组织关于避免对所得和财产双重征税的协定范本》和 1980 年联合国制订的《联合国关于发达国家与发展中国家间双重征税的协定范本》。

3. 避免双重征税协定中与技术贸易有关的主要内容。避免双重征税协定只适用于所得税和财产收益，具体到技术贸易，主要有以下 4 项内容：

(1) 缔约国一方的居民，包括自然人和法人，向缔约国另一方提供专利、专有技术、商标、版权等所收取的特许权使用费，缔约国双方都有征税权。但该缔约国另一方有优先征税权，即从源优先征收。例如，美国公司向中国企业转让技术取得来源于我国的使用费，中美两国都有征税权，但我国可以优先征收预提税。同时，美国税务当局对于美国公司在我国缴纳的税费应准予从其在美应纳税额中抵免。

(2) 缔约国一方的居民向缔约国另一方提供技术所收取的特许权使用费，在纳税时享受优惠税率待遇，限制税率为 10%，其中属于出租工业、商业或科学设备所收取的特许权使用费，按照中美、中英、中德税收协定的规定，限制税率仅为 7%。

(3) 缔约国一方居民在向我国转让技术时，无论是按税收协定规定的优惠税率纳税，还是获得我国税务机关批准减免税优待的，该缔约国要视同已征税给予税收抵免。例如，按照日本国说法规定，预提所得税的税率为 20%，日本公司在向我国企业转让技术并收取转让费时，无论该日本公司按照中日税收协定向中国税务当局交纳了税率为 10% 的预提税，或是该公司获得我国税务当局的免税批准，在中国没有纳税，日本税务当局对该公司征税时，都视为已按 20% 的税率纳税予以抵免。这种对减免税视同已征税给予抵免，也称饶让抵免。

(4) 缔约国一方居民临时来华从事技术服务时，如果在一个历年内或任何 12 个月中在华停留连续或累计不超过 183 天，其从境外雇主取得的工资、薪金所得免征个人所得税。

(三) 技术贸易中的几个税收实务问题

税费问题是技术贸易中一个十分复杂的问题，这里仅就实际业务中经常遇到的几个主要问题做一扼要介绍。

1. 技术引进合同的税费条款问题。依照我国有关法律、政策的规定，我国技术引进合同中完整的税费条款应包括以下 3 项内容：(1) 根据中华人民共和国现行说法，中国税务当局对许可方征收的与本合同有关的一切税费应由许可方负担；(2) 根据中华人民共和国现行税法，中国税务当局对引进方征收的与本合同有关的一切说费应由引进方负担；(3) 在执行本合同过程中，在中华人民共和国境外所发生的一切税费应由许可方负担。这 3 条是我国技

术贸易实践中通常使用的税费条款，从原则上说可适用于任何形式的技术引进合同。此外，如果合同涉及预提税的征收，也可在合同中将预提税的代扣问题予以明确。一般可在上述第(1)条中加入如下内容：“许可方应缴纳的预提税，由引进方在支付时予以扣除，并代向中国税务当局缴纳。引进方应向许可方提供中国税务当局出具的税款收据正本一份。”

在实践中，外商往往要求对上述各条进行某些修改。对外商提出的修改要求，应视不同情况决定是否接受。

有的外商提出，要在上述第(1)条中加入“避免双重征税协定”的字样，即改写成“根据中华人民共和国现行税法及中国政府同××国政府签订的避免双重征税协定，中国税务当局对许可方征收的与本合同有关的一切税费应由许可方负担。”对此，只要该外商所在国确已同我国签订了避免双重征税协定并且该协定已经正式生效，我们是接受的。但应注意，不要只写“避免双重征税协定”而不写“中国现行税法”，因为税收协定仅仅涉及到所得税，而不包括其他税种。

也有的外商提出把上述税费条款改写为包税条款，即将上述3条改写为“在中国境内发生的税费由引进方负担；在中国境外发生的说费由许可方负担”。对此我们是绝对不能接受的。按照财政部1982年3月29日发布的(82)财税字第102号文的规定，凡是这种包税条款，一律无效。

2. 技术出口合同中的税费条款问题。就税费条款而言，技术出口合同应不同于技术进口合同。技术进口的税费条款要求外商依照我国法律履行纳税义务，技术出口的税费条款则是我们在不违反进口国家法律的前提下，合理确定税费负担，维护我方的合法权益。因此，在技术出口合同中，以下几方面问题应予注意。

(1) 在技术出口合同中应订税费条款。税收是国家的主权行为，税法是国家的法律。任何一个主权国家都有权依法对在该国从事生产经营的厂商征税。商务合同必须服从法律。因此，合同中是否订立税费条款并不影响有关国家税务当局依法征税。通过磋商、约定合同中的税费条款，可以合理地划定税费负担原则，预知合同中的税费风险，防止合同的实际价格过低或在合同执行过程中承担过重的税费负担。所以，在技术出口合同中切忌忽视税费问题，漏订税费条款。

(2) 在确定税费条款的具体内容时，应力争包税条款。按照我国税法的规定，严禁包税条款，订立的包税条款属无效条款。但是，我国税法的这种规定仅是针对技术引进合同而言，对技术出口合同则无限制。同时，世界上绝大多数国家的税法对包税条款一般也不限制。所以，在技术出口合同中，这种包税条款对于对出口国税法不甚了解的许可方来说，是一种较为简单、安全的条款。需要注意的是，出口合同中的包税条款与前述的进口合同中的包税条款略有不同，一般可写成以下3条：中国税务当局对许可方所征收的与执行本合同有关的一切税费由许可方负担；在引进方国家所发生的与执行本合同有关的一切税费由引进方负担；凡与执行合同有关的上述两项之外的一切税费由引进方负担。

在争取不到包税条款的情况下，我们也可以接受规定我方承担在引进方国家缴纳税费义务的条款，但是这种条款一定要明确、具体、严谨。在技术出口工作中会遇到这种情况，外商出于某种考虑坚持不接受包说条款。对此，我们应慎重行事，要时引进方国家的税法进行细致的了解，也可要求外商提

供该国现行税收法规以及应由许可方缴纳的税种和税率。可将税费条款写成“在执行本合同过程中，除了按照引进方国家现行说法所缴纳的税率为 $\times \times$ 的 $\times \times$ 税由许可方负担外，其余一切税费均由引进方负担。” 税费条款一般不宜开口式的，即不宜笼统地写成“引进方国家税务当局依照该国税法对许可方征收的税费均由许可方负担”。

3. 技术贸易中适用避免双重征税协定的几个问题。

(1) 税收协定与国内涉外税法之间的关系。税收协定与缔约国国内涉外税法之间存在着相互补充、相辅相成的关系。税收协定的执行有赖于国内税法，国内税法不得违背税收协定的规定。从效力上说，由于税收协定的生效经过国内立法机关的批准。具有缔约国国内立法的法律效力。然而，税收协定是国家间的政府协议，它所体现的不是单方面的国家意志，因而在具体执行时，当缔约国国内税法与税收协定的规定不一致时，以税收协定为准，即通常所说的实行协定从优原则。

但是，税收协定本身并不能取代一国的涉外税法。这是由于税收协定的许多原则规定有赖于国内立法的具体规定才能实施。例如，对营业利润征税，税收协定只是作出了常设机构和利润归属等项原则规定，但对于适用的税率以及损益计算方法和成本开支等则未作规定。缔约国一方的税务当局在具体征税时。要按照本国涉外税法的有关规定予以办理。除此之外，税收协定的运用范围有限，仅是对所得和财产征税，没有包括缔约国涉外税种的全部，对于税收协定本身没有包括的税种，如我国涉外税法中的工商统一税，缔约国有权按照国内税法予以征收。

因此，我们在适用税收协定时，应充分认识到税收协定与国内税法之间的这种关系，注意国内税法中的有关规定。

(2) 常设机构的判定。常设机构 (Permanent Establishment) 是避免双重征税协定的专门用语，指企业进行全部或部分营业的固定场所。税收协定中设立这一概念的目的，是协调税收管辖权，限定所得来源国家对营业利润的征税范围。依照税收协定的规定，缔约国一方的企业除在缔约国另一方设有常设机构外，都不能被视为参与了缔约国另一方的经济活动，缔约国另一方无权对其征税。具体到技术贸易，判定常设机构的意义在于它直接关系到许可方在引进国家纳税义务的范围和程度。

有关常设机构的判定，税收协定的原则规定为，对于建筑工地、安装、装配、勘探以及为这些项目进行的咨询劳务，一般是以是否越过 183 天为限。如超过 183 天，则构成常设机构；如不超过 183 天，则不构成常设机构。日期的计算有两种方法，一种是在一个历年内连续或累计是否超过 183 天；另一种在任何 12 个月内连续或累计是否超过 183 天。起算是以执行合同的人员到达现场之日起计算，只要工程不结束，中间的任何停工都照常计算。例如，在技术引进合同的执行过程中，如果外方稍依照合同规定派人来华提供技术服务，则自该外商技术服务人员进入现场之日起，至最后一名技术服务人员撤离现场之日时止，只要按照有关协议的规定在 t 年中连续成果计超过 183 天，即使因合同安排或工程停工期间有一段时间外商技术服务人员并没有在现场，该外商也应被视为在中国设有常设机构，对其有源于中国的所得应征收工商统一税和企业所得税。

除上述原则规定外，我国与某些国家签订的税收协定中还有一些例外的规定。根据中法税收协定议定书中的规定，只有技术服务周期达到 183 天以

上，并且技术服务费金额的比例超过合同总价 5%以上，才能认定为常设机构。中日税收协定议定书中规定，对于提供与销售或出租机器设备有关的咨询劳务，无论时期长短，均不视为构成常设机构。在中英税收协定中，技术服务费被称为“技术费”。该协定规定，即使技术服务的周期不到 183 天，对提供服务厂商所收取的技术费也应收取预提所得税，税率为技术费总额 70%的 10%，如技术服务周期超过 183 天，则按 33%的税率征收企业所得税。

如果构成常设机构，提供技术服务的技来人员则被视为受雇于该常设机构而提供服务，属于非独立个人劳务，应缴纳个人所得税。如果项目的执行不构成信设机构，技术服务人员个人是否缴纳个人所得税，则应按照协定中的独立个人劳务和非独立个人劳务条款判定。在项目未满足 183 天的情况下，如技术服务人员个人不缴纳个人所得税，必须同时满足以下 3 个条件，即个人在任何 12 个月内连续或累计停留不超过 183 天 ;其报酬不是由项目工程度主或代表雇主支付的，其报酬不是由项目工程负担的。

四、不可抗力问题

国际技术贸易是一种特殊的国际贸易，其特殊性不仅表现在合同所交易的对象不同，而且还表现在合同交易条件较为复杂，执行期较长，受政府管制等外来因素影响也较多，因而在技术贸易合同的执行过程中，不可抗力事件时有发生。正确订立技术贸易合同中的不可抗力条款，妥善处理技术贸易合同中的不可抗力，就显得尤为重要。

（一）不可抗力的法律含义

在国际贸易实践中，经常有这种情况，合同当事人不能履行合同，或不能全面履行合同是由当事人无法预见、无法控制和无法克服的意外事件造成的，当这种意外事件发生之后，依照法律规定，或当事人双方约定，不履行一方不承担违约责任。这种意外事件就是国际贸易中通常所说的不可抗力事件。就国际技术贸易乃至整个国际贸易而言，不可抗力制度有两种表现形式，一是各国法律及有关国际公约中关于不可抗力的法律规定；二是合同当事人在合同中约定的不可抗力条款。这两者是相互联系的、前者是后者的依据，后者又是前者的具体运用。从法律规定来看，不可抗力是一项历史悠久的民事法律制度。早在古巴比伦王国的《苏美尔法典》中就可见其雏形，近代的《拿破仑法典》，首次对此作了明确规定。此后，各国立法以及有关国际公约都相继对此作出规定。但迄今为止，世界各国对于不可抗力尚无统一规定，各国法律通过不同的概念对这一制度加以表述。这些不同的概念的内涵与外延，以及所依据的理论均不尽相同，如商业落空，情势变迁、免责，不可抗力等等。尽管如此，这些概念都具有一个共同特征，即都承认受不可抗力阻碍的当事人可以免除其履约责任。

“商业上的落空”（Commercial Frustration）是英美法的原则。所谓商业上的落空是指在订立合同之后，如果出现合同当事人事先预想不到的意外事件，致使合同的履行从商业上看已经成为不可能的事情，则合同当事人得解除其履行合同的义务。英美法认为，构成商业上的落空的关键是，意外事件的影响程度扩大到足以造成一种根本不同的情势，而不是任何意外事件都符合落空的标准。根据英美法的判例，下列情况可作为落空处理：（1）标的物的毁坏或无法利用；（2）违法；（3）合同一方的死亡或无法履行；（4）罢工。但并非所有的罢工都属于商业落空。英美法主要掌握两个原则，一是看是否属于有雇佣关系的罢工，二是看是否使用了暴力。如果是非雇佣关系的罢工或非暴力的罢工，则不构成商业落空。在大陆法中，与此种情形相对应的概念被称为“情势变迁”（Clausula Rebus Sic Stantibus）。所谓情势变迁是转合同订立之后，作为该合同的基础情势，由于当事人以外的原因，发生了订约时预料不到的变化，使仍然坚持原来法律的效力将产生显失公平的效果，有悖于诚实信用的原则。因此，应当对原来的合同作相应的变更，或解除合同的履行。

《联合国国际货物销售合同公约》专章规定了不可抗力问题，称之为“免责”。依照公约第79条的规定，当事人对其不履约的行为，如果能够证明此种行为是由某种他所不能控制的障碍所造成的，而且他对于这种障碍没有理由在订立合同时能考虑到或能够避免或克服，则不承担违约责任。

我国法律对不可抗力亦有明确的规定。《中华人民共和国合同法》第24条规定：“不可抗力事件是指当事人在订立合同时不能预见，对其

发生和后果不能避免并不能克服的事件。”

依照我国法律的这一规定，不可抗力事件应同时具备以下 3 个条件，（1）该事件须是当事双方在订立合同时不能预见的。从法律上说，衡量能否预见的标准应是客观的，即在当时的科技水平条件下。作为一个有理智的商人，能否合理地预见。当事人对于其应当预见但由于疏忽而未能预见的，不得援引不可抗力条款。（2）该事件须是在事后发生的并且当事人不能避免的。判定能否避免，也应客观地考虑当时当地的科学技术发展水平及其手段，以及当事人的能力。如果当事人可以避免而没有采取措施加以避免，则不能援引不可抗力条款。（3）该事件须是当事人无法克服的。现代国际贸易的商人应被认为既具有相当程度的预见性，也有相当的能力采取商业上的防范措施，避免或克服意外事件可能对商业合同产生的不利影响。如果当事人对于所发生的意外事件虽不能预见，也不能避免，但有能力克服，即有能力采取措施排除意外事件对合同的履行产生的影响，亦不得援引不可抗力条款。

应当转出，我国法律所规定的不可抗力，同英美法中的“商业落空”并非是完全相同的概念。英美法认为，构成合同落空的关键是意外事件影响的程度足以扩大到造成一种根本不同的情势。然而，意外事件的范围是相当广泛的，既包括水灾、旱灾、飓风、政府行为、战争等通常合同不可抗力条款所列举的事件。也包括材料短缺、劳动力缺乏、劳资纠纷等难以列入不可抗力条款的事件，而且判定意外事件的影响“足以扩大到造成一种根本不同的情势”本身是一个弹性较大、较为抽象的概念，缺乏一个统一的明确的标准。在西方国家的司法实践中，这往往要由法官去判定。所以，商业落空是一个比不可抗力范围更为广泛，而且弹性较大的法律概念。

不可抗力与情势变迁也有所不同。情势变迁虽然也强调了当事人无法预料的、当事人以外的原因的变化，从而使原来的合同得以解除或作相应的变更、但它的侧重点与不可抗力不同。不可抗力所强调的主要是变化所造成的后果使原合同无法履行；而情势变迁主要强调变化所造成的后果虽使当事人能够按时、按质、按量全面履行，但履行的后果会造成当事人缔约目的不能实现或双方的权利、义务显失公平。

由于构成不可抗力的意外事件的范围很广，各国立法又存在一定的差异，为避免一旦发生意外事件当事双方在解释上发生争议，合同当事双方通常在合同中可立一个专门条款，明确规定究竟哪些情况属于可以改变合同履行的不可抗力事件。此种合同条款即人们通常所说的“不可抗力”条款。依照我国法律，参照国际贸易中的商业惯例，我们认为，不可抗力是指：在合同签可之后，发生了合同当事人在订立合同时不能预见、无法事先采取预防措施加以避免或克服、致使合同不能履行的意外事件。遭受不可抗力影响的一方可以免除履行合同的义务或延期履行合同，另一方亦无权要求其履行合同或赔偿损失。

不可抗力包括“自然力”和“社会力”。自然力是指由自然力量所引起的事件，例如严重的水灾、火灾、飓风、地震、火山爆发等等；社会力是指由社会力量所引起的事件，例如战争、政府禁令、敌对行为等等。

（二）不可抗力的法律后果

不可抗力所引起的法律后果，从各国立法规定来看，主要有两大倾向。

英美法认为，按照合同“落空”理论，不可抗力的发生应终止或解除合同，而下对合同的内容予以调整。有关当事人对因不可抗力影响而未能履行

合同，不承担违约责任。对此，英国著名法官西蒙曾有过精辟的论述：“当法律意义上的落空发生时，它不仅给一方在对方提起的诉讼中，提供了抗辩的理由，它消灭了合同本身，并且自动地解除了双方当事人的奇任。”英国学者施米托夫认为：“从不可抗力事件发生之日起，该合同即告无效。有关当事人对于尚未履行的合同义务即告解除，剩下的事情就是要对解除义务以前就该合同所产生的双方的权利与义务进行清理。”¹属于大陆法系的法国，在此问题上同英美法系的观点一致，也主张不可抗力的救济手段仅仅是宣告解除合同而不能对合同义务作变更调整。

大陆法则认为，合同执行过程中发生了不可抗力，影响了交易的基本目的，既可解除合同，也可以根据公平、诚信原则变更合同。对因不可抗力影响而不能履行合同义务的人，免除其责任。例如，希腊 1940 年《民法典》第 338 条规定，“当当事人间在考虑到善意的规则和商业惯例的情况下，订立了双务合同后，如情势因不可预见的原因而发生变迁，而由于此种变迁，使合同义务的履行与相对的义务对照变为对义务人过分的艰巨，则义务人可请求法官裁量将义务酌情减少至适当程度，或者解除全部合同或其未履行的部分。”德国、意大利、瑞士、西班牙等国的法律也有类似的规定。

我国法律的规定与大陆法系相近似。当不可抗力事件发生后，既允许当事人解除合同。也允许对原合同作出某些调整，延长合同履行的期限，而不承担任何责任。《中华人民共和国合同法》第 24 条规定：“当事人因不可抗力事件不能履行合同的全部或者部分义务的，免除其全部或者部分责任。当事人一方因不可抗力事件不能按合同约定的期限履行的，在事件的后果影响持续的期间内，免除其迟延履行责任。”

由上可见，依照我国法律规定，不可抗力的法律后果主要是免责，包括免除其迟延履行合同的责任和解除合同的责任。然而，需要强调的是，免责的范围是受到严格限制的。所能免除的责任仅限于当事人没有过错，完全因不可抗力影响而未能履行的合同项下的责任。如当事人有过错，虽有不可抗力的影响，当事人亦应对其过错承担相应的责任。此外，免责也不意味着当事人在任何情况下都可以援引不可抗力条款而解除合同。只有在不可抗力的影响使合同确实无法履行，或虽能履行但会发生显失公平的后果时，才能要求解除合同。因此，当发生不可抗力事件后，合同的当事人不能不顾及不可抗力的影响程度，而当然地认为可以解除其全部的履约责任。

因不可抗力影响而解除合同，与合同自始无效的解除有所不同。它解除的只是当事人尚未履行的合同义务，对由此而造成的损失，只能由各方自负。但是，对于已经履行的部分，则应予以返还或给予补偿。如在合同解除前收到款项的当事人已经为该合同的履行支付了一定的费用，提供一定的服务，或交付了一些货物，则可在拟退回的款项中予以扣除。

（三）如何拟定不可抗力条款

如前所述，各国法律及有关国际公约对不可抗力的规定较为抽象，并且在事实上也很难规定得完整、具体，所以，各国法律都允许并尊重当事人对此问题在合同中作出的约定。

从国际贸易的实践来看，一个完整的不可抗力条款主要应包括以下 3 方面内容：

¹《出口贸易》，（英）施米托夫著，对外贸易教育出版社 1985 年版，第 140 页。

1. 确定不可抗力的范围。对在合同中如何确定不可抗力的范围，目前在实践中主要有以下 8 种方法：

(1) 概括式规定。即在合同中不具体订明哪些事件属于不可抗力，而仅仅概括性地约定构成不可抗力的条件。如规定：“在本合同执行过程中，如发生了在订立合同时双方不能预见，对其发生不能避免，对其后果不能克服的不可抗力事件，致使合同无法履行时，双方均不承担责任。”

(2) 列举式规定。即在合同中不涉及不可抗力的概念，而仅约定可作为不可抗力的具体事件。如规定：“在本合同执行过程中，如果由于严重的水灾、人灾、地震、飓风、战争的影响，致使合同不能履行时，双方对此均不承担责任。”

(3) 综合式规定。即采用概括式和列举式综合并用的方式。如在合同中规定：“在本合同执行过程中，如果发生了在订立合同时双方不能预见，对其发生不能避免，对其后果不能克服的事件，包括严重的水灾、火灾、地震、飓风、战争以及其他双方一致同意的不可抗力事件，致使合同不能履行时，双方对此均不承担责任。”

从上述 3 种方式来看，概括式规定过于抽象，难以掌握，在对具体的不可抗力事件的解释上容易产生纠纷。列举式方式虽然明确、肯定，但很难列举得十分全面、合理，难免会有疏漏，而一旦发生未列举的事项，当事人就难以援引不可抗力条款免除其责任。相比之下，综合式规定更为具体、全面、合理一些，它既不像概括式规定那样抽象，也不像列举式方式那样死板，便于在实践中灵活适用。

2. 约定通知和证明的程序。通知与证明是确认和处理不可抗力事件的一个重要程序。当不可抗力事件发生后，遭受不可抗力影响的一方，要将事故的发生和自己的决定及时通知对方，并尽快提供有关机构出具的证明。否则，对方可以违约为由提出索赔。对此，我国法律有着明确规定。《中华人民共和国合同法》第 25 条规定：“当事人一方因不可抗力事件不能履行合同的全部或者部分义务的，应当及时通知另一方，以减轻可能给另一方造成的损失，并应在合理期间内提供有关机构出具的证明。”

在国际技术贸易实践中，应依照我国法律的有关规定，正确地约定通知与证明的程序。一般在合同中应规定：“受不可抗力影响的一方，应尽快将发生的不可抗力事故情况以电传或电报通知对方，并于一定时间内以航空挂号信件将有关当局出具的证明文件寄交给另一方确认。”邮寄确认证明文件一般应在通知电传或电报发出后 14 日。有关当局的证明文件，对于中方当事人来说，一般由中国公证机关或中国国际商会出具；对外方当事人来说，则由不可抗力发生地点的商会或注册的公证人出具。

3. 对后果的处理。对于后果的处理，主要是约定当不可抗力事件的影响延续到一定时间以后，应如何商定合同是否履行及解除合同后有关问题的处理。

如前所述，不可抗力的发生并非当然地引起合同解除的法律后果，只有不可抗力的影响已达到相当程度，继续履行合同已变得不必要或不可能时方可解除合同。如果事件只是暂时阻止合同的履行，则只能暂时中止合同，推迟合同履行的时间，待不可抗力事件消除后，应继续履行合同。就技术转让合同而言，由于引进方为引进技术需要做大量的基础性工作，包括合同工厂基础设施的建设，配套设施的生产和安装等，如果因不可抗力事件导致合同

解除，必然会使引进方蒙受重大损失。因此，在一般情况下，对引进方来说，应尽量避免合同的解除。当然，如果许可方所转让的技术是带有成套设备或其他相关设备一起销售的，而且这些设备均非通用设备，是专门为引进方合同工厂设计和制造的，合同的解除对许可方也同样会发生严重的损失后果，亦应尽量避免。

为妥善处理不可抗力发生的后果，依照我国法律和国际技术贸易的通常做法，当事人双方应在不可抗力条款中约定：“当不可抗力事件的影响超过一定时期后，双方应通过友好协商解决关于合同的继续履行问题。”这样规定的目的是为当事双方提供一个共同努力的机会，以争取在延缓合同执行的时间内消除不可抗力的影响，使合同能够继续执行。当然，由于不可抗力属于法定的免责事项，协商程序并不能替代一方由此而产生的解除合同的权利，合同是否能继续履行，除双方努力外，最终基要看不可抗力的影响程度。不能认为规定了友好协商程序，就剥夺了一方要求解除合同的权利，一切都要待双方协商一致才能决定。至于何时开始协商，应视具体项目的不同而有所不同，一般至少要60天，最长不应超过180天。在技术贸易实践中，一般为90—120天。

（四）处理不可抗力应遵循的原则及几个特殊问题的处理在技术贸易实践中，不可抗力的情况是纷繁复杂的，无论是在对不可抗力条款的谈判中，还是在合同执行过程中，对不可抗力事件的处理都会涉及许多复杂的法律问题。当事双方的看法也往往尖锐对立，难以统一。为妥善处理实践中的不可抗力问题，应遵循以下原则：

1. 合法性原则。我国法律及我国参加的国际公约对不可抗力问题均有规定。这些规定是我们处理不可抗力问题的基本准则。合同当事方应依照法律确定的原则拟定不可抗力条款，处理解决合同执行中的不可抗力问题。对不可抗力事件的处理，既要体现当事双方的意志，维护双方的利益，也要充分考虑到国家和社会的利益，考虑到法律的基本目的。

2. 免责原则。因不可抗力影响，当事人无法履行其合同义务，只要当事人没有过失，就可免除该当事人的违约责任。

3. 合理性原则。不可抗力事件发生后，当享双方对于合同尚存利益的调整和变更，应依照合理性原则，公平合理地确定合同部分履行、延期履行或全部解除，不能只顾一方利益而损害对方的利益。特别是对因不可抗力影响已经或可能产生的损失，双方均应积极采取措施，最大限度地减少损失。

4. 损失自负原则。对于因不可抗力影响所造成的损失，合同当事双方应当各自承担所遭受的损失，不得将此种损失转嫁对方，或要求对方予以补偿。判定标的物毁损灭失风险承担的界限，应以该物的风险转移为基准。

上述4项原则是相互联系、相互贯通的有机统一体。在处理不可抗力问题时，对于这四项原则应同时兼顾，不可偏废。

在技术贸易实践中，对下述几个不可抗力问题应给予特别的注意：

1. 罢工问题。在技术引进谈判中，外商经常要求将“罢工”作为不可抗力事件列入不可抗力条款，对此中方又难以接受，双方经常为此而争执不休，对这个问题，应区别不同情况，合情合理地予以解决。

（1）不宜笼统地将罢工作为不可抗力事件列入不可抗力条款。其原因在于，罢工征国外具有一定的普遍性和经常性。在西方国家，每年都会发生因政治的、经济的和社会的等方面原因而举行的各种规模的罢工，特别是由劳

资之间纠纷引起的罢工更是经常发生。这种罢工的起因往往是为了增加工资或改善劳动条件。对于这种罢工的发生，雇主方是有能力避免或克服的。由于技术贸易合同的执行期较长，如果不加区别，将任何种类和规模的罢工均作为不可抗力事件，就很难保证技术贸易合同的顺利执行。

(2) 在合同的不可抗力条款中不列明“罢工”，并不等于一概否认罢工可作为不可抗力事件。在合同执行的过程中，如发生了罢工，则根据罢工的性质和程度区别对待。如果罢工确属于外商无法避免的或无法克服的，则应予以承担。例如，由于发生了运输行业的全国性罢工，外商无法将设备按时发出，则此种罢工应破视为不可抗力事件，外商可以免除其迟交货的责任。

(3) 如果外商执意要将罢工写入不可抗力条款，中方为了换取其他商务上或技术上的条件，亦可接受，但应在“罢工”前面加上诸如“非当事双方能够避免或克服的”、“全国性的”、“双方同意可作为不可抗力的”等限制词，以保障合同的顺利执行。从西方国家的立法和判例来看，也都对“罢工”区别对待，将存在着雇佣关系的罢工排除在外，把可作为不可抗力事件的“罢工”限制在一定的范围内。前面所述的美国法中的有关规定，就是显例。

2. 许可证问题。技术贸易是以技术作为交易内容的特殊贸易，所交易的内容往往涉及一些可直接或间接用于军事目的的尖端技术，因此，各国对技术出口都程度不同地予以控制，施行国家管理。出口许可证是国家管理的一个重要手段。在技术引进实践中，出口许可证有时会成为阻碍合同履行的主要障碍之一。例如，有的技术引进合同在生效之后，因领不到出口许可证而拖延执行；有的合同因许可方所在国政府拒发出口许可证而使合同被迫解除。

许可方申领了到出口许可证，致使合同无法履行，能否属于不可抗力事件？对此，各国法律的规定不尽一致。有的国家法律规定，申领不到出口许可证，不得作为不可抗力；有的国家法院判例确认政府下发出口许可证可作为不可抗力。

对这一向题，应区别不同情况，具体分析和处理，并应考虑以下几种情况：

(1) 合同当享双方在合同中对许可方申领出口许可证是否有明确的约定。如果双方明确约定许可方有义务申领出口许可证，那么，许可方就不得以申领不到出口许可证为由请求免责。反之，如果双方在合同中明确约定，许可方申领不到出口许可证属于不可抗力事件，或是约定许可方履行其合同义务，以获得政府许可证为条件，那么，只要许可方尽其努力去申领，即使申领不到，许可方对于未能获得出口许可证，从而导状合同无法履行的后果也不承担责任。

(2) 如果当享双方对于申领出口许可证的问题在合同中没有明确约定，则可参照合同中所使用的贸易术语，根据贸易术语中有关申领出口许可证义务的划分，判定许可方是否应承担违约责任。按照国际商会《1990年国际贸易术语解释通则》的规定，在EXW工厂交货和FAS启运地船边交货的贸易条件中，买方有义务自负风险和费用获得贸易进出口许可证或其他官方授权书，卖方仅是应买方要求给予协助。而在FCA、FoB、CIF和CFK等其他11种贸易条件中，申领出口许可证则是卖方的责任。如果当事双方在合同中选择了适用该术语解释通则，则按通则的上述规定处理。

(8) 许可方申领不到出口许可证是否属于诸如法律变更、政府禁令等其他不可抗力事件的直接后果。如果在合同订立之后、由于法律的变更或政府禁令,使得继续履行合同成为非法,从而导致许可方不可能获得出口许可证,可作为不可抗力事件,免除许可方的责任。

3. 分包商不履约能否构成不可抗力问题。在含有技术转让的成套设备合同中,合同的卖方往往又作为总包商,把合同的一部分义务转包给一个或若干个分包商。在此类合同的谈判中,外方往往要求把分包商的不履约作为不可抗力事件列入不可抗力条款。从原则上说,一般不宜接受外商的这种要求。因为分包商不履约的原因是多种多样的,其中包括分包商自身能力不足,如财力不足、技术欠佳等。对于诸如此类的问题,外商作为总包,在发包时应能够预见得到,选择这些厂家作为分包商本身就是总包商的过失。因此,外方总包商不能把分包商的不履约作为不可抗力事件而要求免责。

然而,对于在合同执行过程中所发生的分包商因受不可抗力事件影响而未能履行合同,则要根据实际情况具体分析。对此,可以参照《联合国国际货物销售合同公约》的有关规定。该公约第92条第2款规定,如果当事人不履行义务是由他所雇佣履行合同的令部或一部分规定的第三方不履行义务所致,该当事人只有在以下情况下才能免除责任:(1)他能够证明第三方不履约是由于非他所能控制的障碍,而且对于这种障碍,他在订立合同时是无法预见的,对其发生或后果是无法避免或无法克服的。(2)假如这一规定也适用于他所雇佣的这个人,这个人也会同样免除责任。

需要说明的是,上述公约中所说的“第三方”是指某项合同中的分包商,而不是原材料或贸易的供应商。后 记

本丛书是在国务院经贸办副主任李祥林同志,共青团中央书记处书记。中国青年企业家协会会长洛桑同志主持下编撰的。副主编有国务院经贸办外贸司司长孟宪刚同志,对外经贸部贸管司司长周可仁同志,我国著名经济学家、对外经贸大学彭玉书教授、邱年祝教授,以及负责常务工作的彭建国同志。从书的作者主要是国务院经贸办、对外经贸部、中国银行、国际贸促会、中国技术进出口总公司、海关总署、对外经贸大学及中国人民大学等有关单位的专家学者。中国青年出版社对本丛书的编辑出版给予了大力支持,做了大量的组织协调和文字加工工作。在丛书编撰过程中,中国银行国际部总经理柏士珍同志、国际贸促会法律部部长程德钧同志、国务院经贸办朱建平同志、团中央翟青同志做了许多工作。中国人民大学顾学荣教授、戴宏久教授也提出了许多宝贵意见,在此一并致谢。

编者

1993年3月

