

HE TONG LOU DONG YU FANG FAN SHI WU QUAN SHU

合同漏洞与防范

实务全书

主 编 / 邓 多

合同 / 供电、水、气、热力合同 / 赠与合同 / 借款合同 / 租赁合同 / 融资租赁合同 / 承揽合同 / 建设工程合同 / 买卖合同 / 建设工程设计合同 / 建设工程勘察合同 / 建设工程总承包合同 / 建设工程分包合同 / 建设工程监理合同 / 建设工程咨询合同 / 建设工程项目管理合同 / 建设工程保修合同 / 建设工程保险合同 / 建设工程担保合同 / 建设工程其他合同

买卖合同 / 供用电、水、
供用电、水、气、热力合
同 / 赠与合同 / 借款合同 /

气、热力合
合同/借款合同/
赠与合同/借款合同/
合同/借款合同/租赁合同/
同/融资租赁合同/承揽合同/建
合同/赠与合同/借款合同/租赁合同
赠与合同/借款合同/租赁合同/融资租赁
租赁合同/借款合同/租赁合同/建设工程

合同漏洞与防范 实务全书

· 下 卷 ·

主 编 邓 多

兵器工业出版社

【基本理论】

一、技术合同概述

(一) 技术合同的法制历程

《中华人民共和国合同法》已经第九届全国人民代表大会第二次会议于1999年3月15日审议通过，自1999年10月1日起施行。合同法分总则、分则、附则，共23章，428条，是调整合同法律关系的基本法律。合同法第18章是关于技术合同的规定，在一定意义上讲，它构成了技术创新的法律框架。

1. 技术合同的历史沿革

合同，业称契约，是商品交易的法律形式。它随着商品和市场的产生而产生，又随着商品经济和市场的发展而发展。正如马克思所说：“先有交易，后来才由交易发展为法制，……这种通过交换和在交换中才产生的实际关系，后来才获得了契约这样的法律形式。”技术合同的产生和发展也是这样。

在历史上，技术在不同主体之间的转移可以追溯到遥远的年代。但技术成为合同的标的，其起点在19世纪后期。当时，专利、商标等工业产权制度已经萌生，技术的有偿转让首先是通过以工业产权许可与转让等新型合同进行的。至20世纪初，这类技术合同已逐步成形。由于在工业产权制度诞生初期，专利的保护范围远未覆盖整个技术领域，专利申请文件既非详尽的设计和工艺文件，也不包括制造、使用过程中的全部技术细节。为维护技术优势，专利权人往往将其最佳参数和技术诀窍即所谓 Know-how，作为技术秘密严加保密，从而导致多数专利实施许可合同需要伴随技术秘密的转让。此外，不少不属于专利保护范围的专有技术以及当事人不愿意公开申请专利的技术秘密的转移，也要专门订立技术秘密转让合同。20世纪早期，不少工业化国家相继通过立法赋予企业保护其商业秘密的权利。在司法实践中，技术秘密是商业秘密的一种，技术秘密转让合同成为技术合同的又一形式。

20世纪30年代，美国旦纳实验室开始按照合同为梅尔马克公司提供科技服务，这也许是最早的技术服务合同。1935年，美国著名的巴特尔研究所创造了研究开发合同

的法律形式。依据合同,委托方向研究开发方提出科研课题,提供研究经费;研究开发方按合同完成课题研究,提交研究开发成果。研究开发成果属于委托方所有。未经委托方同意,研究开发方不得公开发表,也不得向第三方转让。这种 R&D 合同,后来发展为科技领域十分常见的合同,成为按照市场机制组织研究开发活动的法律形式。今天,科学技术迅猛发展,并渗透到经济社会的深层。知识经济初见端倪,知识产权制度成为经济秩序的重要组成部分。在一定意义上,技术合同正逐步演变为知识创造和交换的单元,并朝着综合、集成、复杂、多样、交互的方向发展。

我国技术合同制是党的十一届三中全会以后,推行科技体制改革的产物。早在 1979 年,邓小平同志就高瞻远瞩地提出,研制工作要实行合同制。邓小平同志所说的研制,指的是科研和试制。1981 年 12 月 13 日第五届全国人民代表大会第四次会议通过的经济合同法把“科技协作合同”作为 9 类经济合同之一写入法律。《经济合同法》第 26 条规定:“科技协作合同(包括科研、试制、成果推广、技术转让、技术咨询服务等)根据上级主管部门或有关部门的计划签订;没有计划的,由当事人双方协商签订。”尽管由于历史的局限,法律条文本身还保留着传统计划经济的色彩,“科技协作合同”的提法也欠准确,但这是我国法律第一次把合同引入科技工作,其积极意义应当充分予以肯定。1983 年底中央作出把科研单位由事业费开支改为有偿合同制的决定。国家科委、国家体改委提出了推行有偿合同制的试点意见。技术合同制在全国逐步推行。1985 年 11 月,国务院常务会议明确提出,在社会主义商品经济条件下,技术也是商品,决定开放技术市场。1985 年 1 月,国务院发布了《关于技术转让的暂行规定》,明确提出一切有助于开发新型产品、提高产品质量、降低产品成本、改善经营管理、提高经营效益等技术,出让方同受让方都可以按照自愿互利、协商一致的原则进行转让。1985 年 3 月《中共中央关于科学技术体制改革的决定》进一步确定,对于技术开发工作和近期可望取得实用价值的应用研究工作,逐步实行技术合同制。同年 4 月国务院成立了由国家科委等 14 个部门组成的全国技术市场协调指导小组,提出了“放开、搞活、扶持、引导”的方针,引导我国技术成果商品化的历史潮流。我国技术市场出现了蓬勃发展的崭新局面。

科技体制改革深化和技术市场的兴起呼唤着法制。1985 年 6 月 1 日,由国家科委牵头成立的技术合同法起草小组着手草拟具有中国特色的技术合同法(草案)。这项科技立法对我国的成功实践进行科学总结和法律升华,实现了科学思想与法律规范的有机结合。1987 年 6 月 23 日,经六届全国人大常委会第二十一次会议审议通过了技术合同法。自同年 11 月 1 日起施行。10 多年的实践证明,技术合同法的制定和实施,开辟了我国科技立法的先河,推进我国技术市场步入法制的轨道,在我国社会主义法制史具有重要意义。

2. 技术合同的历史作用

改革开放以来,除了经济合同法、技术合同法外,我国于 1986 年还制定了涉外经济合同法。10 多年来,按照不同社会关系适用不同法律的原则,三部合同法分别适用

不同性质的合同,对保护合同当事人的合法权益,维护国内经济、技术和对外贸易秩序,促进经济体制由传统的计划经济体制向社会主义市场经济的根本转变,保障社会主义现代化建设事业的顺利进行,发挥了不可替代的历史作用。我国社会主义市场经济包括商品市场和要素市场。技术市场是最重要的生产要素市场,科学技术是第一生产力。如前所说,适应我国科技体制改革和科技事业发展的客观需要,在改革开放大潮中,在我国迎来科学的春天里诞生的技术合同法,是我国科技体制改革经验在科学与法律结合上的结晶,是技术创新和技术转移的重要保障,是繁荣技术市场、迎接知识经济的重大立法举措。依法界定和规范的技术合同,建立了知识形态商品创造和交换的法律形式,成为实现科技与经济结合的桥梁和纽带。技术合同法作为我国创新体系的法律框架的组成部分,对巩固和发展我国科技体制改革成果,促进和完善科学技术法制建设,推动和保障科教兴国战略的贯彻实施,具有十分重要的现实意义和深远的历史意义。这部法律施行12年来,全国技术交易额从1987年的33亿元上升到1998年的436亿元,遍及全国城乡的技术合同中介机构已初步形成专业化、社会化、网络化的服务体系,成为科技成果转化、推广、应用的有力支撑。在全国人大常委会进行的执法检查中,技术合同法是法律实施情况最好的几个法律之一。

另一方面,技术合同法的立法实践促进我国在技术合同理论和科技法学研究的发展。《中国技术合同制研究》作为我国软科学、管理科学和科技法学研究的重大成果,于1990年获得国家科委科技进步一等奖,于1992年荣获国家科学技术进步二等奖。这项科技法领域的软研究成果,不仅为技术合同法制提供了科技的和法律的决策依据,而且对今后合同法的实施和创新体系的建设亦具参考价值。

3. 合同法的技术合同规范

我国合同法自1999年10月1日起施行,经济合同法、涉外经济合同法、技术合同法将同时废止。合同领域的三法合一,是我国社会主义法制建设进程中的一件大事。我国技术合同法律关系将依据新的合同法的框架予以调整。这是一项法制工程,经过了较长时间的反复讨论。有过若干不同意见,包括尖锐的分歧。但应当实事求是地说,经过科技、经济、法律部门的论证和努力,我国合同法最终较合理地解决了法律合并出现的有关技术合同的调整和技术市场的管理问题,既继承了技术合同法及其实施细则的基本规范,又在总结历史经验的基础上,对若干条文进行了必要修改、补充和提升。三法合一的过程,是构筑新型法律体系,健全合同法律制度的过程,也是进一步完善和发展技术合同法律规范的立法实践。对技术合同来说,其重要意义在于:

(1) 技术合同的法律规范由单行法上升为基本法,实现了法律定位的提升。

我国法律体系是一个由宪法、基本法律、单行法律、国务院行政法规和地方性法规等不同效力等级的法律规范组成的有序结构。自1987年6月23日六届全国人大常委会第二十一次会议审议通过技术合同法以来,我国技术合同一直由单行法律——技术合同法调整。合同法是经九届全国人民代表大会二次会议审议通过的基本法律,是效力等级高于单行法的大法。合同法总则部分共129条,规定了适用各类合同,当然包括技术合

同的普遍的规范。合同法分则第18章技术合同，共4节，43条，涵盖了技术合同法及其实施条例中有关技术合同的特殊规则和技术开发合同、技术转让合同、技术咨询合同和技术服务合同等四类合同的主要规范。这样，我国技术合同法经过实施十多年证明是成功的规范已进入新的基本法律框架，合同法有关合同的共性规则和有关技术合同的个性规范将成为技术合同的基本准则。应当说，不仅原有的技术合同的有关规定上升到一个新的层次，而且技术合同的法律调整也将在更为完备的系统中进行。

(2) 技术合同法律规范从适用我国法人、公民之间的合同扩大到涉外技术合同，实现了调整范围的拓展。

考虑到我国实行技术成果商品化、开放技术市场的历史还不长，有关调整技术合同关系的若干规范还需要经过实践的检验，加之我国技术合同法出台前，涉外经济合同法已适用于中外法人、其他组织之间订立的涉外技术合同，为此，《技术合同法》在第2条明确规定，技术合同法不适用于当事人一方是外国的企业、其他组织或者个人的合同。这样，我国技术合同法排除了对涉外合同的适用，实际上只是一部规范国内合同关系的法律。这次经九届人大第二次会议通过的合同法，作为一部基本法律，按照国民待遇原则和国际交易习惯，可以适用涉外技术合同。《合同法》第18章技术合同的规定和其他规范一样，不仅适用于我国自然人、法人、其他组织相互之间订立的合同，而且可以适用于一方当事人是外国自然人、法人、其他组织的涉外技术合同。

依据国际私法有关法律适用的原则，涉外技术合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律。当事人选择适用中国法律的，合同法有关技术合同的规定适用该涉外技术合同。涉外技术合同的当事人没有选择，但按照适用与合同有最密切联系国家的法律的原则，应适用中国法律的，《合同法》第18章技术合同的规定将适用该涉外技术合同。此外，根据我国《合同法》第126条的规定：“在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同，适用中华人民共和国法律。”这类合作协议中涉及技术合同的部分，也将适用我国合同法有关技术合同的规定。今后，技术合同的有关规范将广泛适用对外科技、经济合作与交流、高技术及其产品进出口、中外工业产权许可及转让、国际工程设计、技术咨询服务等项目。

(3) 技术合同的一般规范进一步完备、系统，并与其他合同相协调，实现与国际商事规则接轨。

统一合同法的总则部分在总结我国三个合同法的施行经验，并借鉴国际通行规范基础上，从保障合同主体地位平等和意志自治的原则出发，对合同的订立、履行、变更和转让、终止以及违约责任等作了系统的规定，例如，在合同订立方面，明确规定了订立合同的要约与承诺的规则，尽管是否需要将如此多的法理固定为法条，还是一个可以商榷的问题，但要约与承诺规则的条文化，明确了缔约过错的责任，严肃了合同法制，是合同法前进的标志；又如，在合同效力方面，体现了当事人意思表示自治的开放精神和促成合同有效和履行的政策取向，更好地维护了当事人的合法权益，扩大了合同的履行

空间和效益；在合同变更和解除程序方面，建立了迟延履行合同的催告制度，使我国合同制度更加严密和完备，并与国际标准接轨。从这个意义上讲，所有这些在技术合同上的适用，有利于把我国技术合同的一般规范提升到当今国际商事和技术贸易的新的平台。

(4) 技术合同的特殊规则进一步丰富、发展，提高了调整力度和水平，实现了科技法制的历史推进。

合同法在继承和吸收现行技术合同法及其实施条例主要条款的过程中，对原有规范作了若干修改和补充，使之臻于完备。例如，适应技术创新的要求，明确规定当事人之间就具有产业应用价值的科技成果实施转化订立的合同，参照技术开发合同的规定。这样，合同法关于技术开发合同的规定，延伸适用于科技成果转化合同。又如，根据对外开放的需要和参照国际交易习惯，修改了技术转让合同的归责原则，对原《技术合同法》第 42 条关于技术转让合同“受让方按照合同约定实施专利，使用非专利技术引起侵害他人合法权益的，由转让方承担责任”的规定，增加了一个“但书”，允许当事人另有约定。修改后的条文（第 353 条）是：“受让人按照合同约定实施专利、使用技术秘密侵害他人合法权益的，由让与人承担责任，但当事人另有约定的除外”。这将使得该项规定适合国际技术转让的复杂情况，并体现合同法当事人意志自治的原则；再如，原技术合同法规定：“单位应当从使用和转让职务技术成果所取得的收益中提取一定比例，对完成职务技术成果的个人给予奖励。”这一原则是正确的，但随着改革的深化，知识作为要素参与分配在全社会逐步形成共识。奖励和报酬是两个不同的概念。对职务技术成果，一方面，单位应从使用和转让所取得的收益中提取一定比例对职务技术成果的完成者给予奖励；另一方面，职务技术成果完成者也应有权从实施和转让职务技术成果的收益中获得合理报酬。为此，《合同法》第 326 条将单位从实施和转让职务技术成果所取得的收益中提成给付完成该项职务技术成果的个人的部分，定位为奖励或报酬。这一修改体现了政策导向的重要调整。

(5) 技术合同管理的各项规定在合同法施行后将继续有效，实现了技术市场政策的连续和稳定。

技术合同是技术交易的基本环节。经过 12 年来的实践，技术合同法已经建立了由法律、国务院制定的行政法规、部门规章、地方性法规及最高人民法院、最高人民检察院的司法解释构成的法律体系。其中：技术合同法，54 条；技术合同法实施条例 3 个国务院行政法规，180 条；技术合同认定规则第 7 个规章，约 200 条；30 个省、自治区、直辖市根据技术合同法制定了地方性法规。在这些法律法规中，包含了不少有关技术合同管理的规定。中央和地方依据这些规定出台了相应的政策，形成了必要的调控和激励机制。例如，根据《技术合同法实施条例》第 8 章的规定，技术合同经认定登记后，当事人可以凭技术合同登记机构出具的登记证明，就其研究开发投入和技术性收入享受申请科技贷款和减免税收的优惠。此外，还规定了从履行技术开发合同、技术转让合同、技术咨询合同、技术服务合同所获得的收益中，提成奖励技术成果完成者的政策

等。为了保障这些政策的严肃执行, 全国各省、75%的地市、50%的县依法设立了技术合同登记机构, 依法认定技术合同, 核准技术性收入。这些技术合同管理规定构筑了我国技术市场的管理制度, 直接牵动一大批科研机构、高等学校、科技型企业 and 广大科技人员的切身利益。合同法的实施和技术合同法的废止, 倘若不能妥善保留以技术合同法作为依据的一整套技术市场政策和各项技术合同管理制度, 造成政策的断层、管理的真空、技术市场规则的残缺, 势必对我国科技改革与发展带来严重的负面影响。这也是科技、经济战线十分关注的重要问题。

为了保障我国技术市场持续、规范、稳定、有序地发展, 全国人大法律委员会于1998年12月向全国人大常委会所作的关于《中华人民共和国合同法(草案)》修改情况的汇报中重申: “合同法是调整民事权利义务关系的。至于现行的三部合同法废止后, 根据这三部法特别是技术合同法制定的行政法规、地方性法规以及规章中有关行政管理的内容, 在合同法施行后, 不影响其效力”。这是全国人大法律委员会所作的法定解释, 这一说明和解释, 是实事求是的, 是符合技术市场客观需要的, 也是符合我国立法原理和基本精神的。对此, 我们应当这样理解, 合同法施行后, 我国各项技术合同管理制度应继续贯彻执行, 各级技术市场管理机构继续履行其职责, 依照新法进一步推动技术市场蓬勃发展。

(二) 技术合同的基本概念

1. 合同与技术合同

合同是商品生产和交换的法律形式。在经济意义上, 合同是生产、流通、分配和消费的基本单元, 是市场经济的细胞。我国《合同法》第2条规定: “本法所称的合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议”。这一规定准确给出了合同的定义和合同法的调整对象。随着经济技术的发展, 合同种类不断增多, 形式和内容日趋多样, 合同法在分则中列举的15种合同只是部分基本类型。技术合同是现代合同中十分重要的一种。技术合同本身又分若干类型, 而且新的技术合同还在破土萌生。从这个意义上讲, 科技革命正猛烈冲击传统的法律, 提出新的课题, 新的挑战, 也拓宽新的发展天地。

什么是技术合同? 《合同法》第322条的界定是: “技术合同是当事人就技术开发、转让、咨询或者服务订立的确立相互之间权利和义务的合同”。对此, 我们应当这样理解:

(1) 技术合同也是作为平等法律主体的自然人、法人、其他组织相互之间的协议。主体与客体是一对哲学范畴, 也是两个法律概念。主体在法律关系中, 是能动的、意识的、享有权利和承担义务的要素。合同主体, 归根结底是人, 包括自然人和人格化的组织——法人和其他组织。“平等法律主体”的涵义在于, 在技术合同当事人之间, 法律地位一律平等, 任何一方没有超越法律规定和合同约定的特权。否则, 不成其技术合同。

(2) 技术合同也是有关民事权利和义务关系的协议。合同法调整的民事法律关系包括存在于平等法律主体之间的广泛的财产关系和人身关系,但不包括婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议。技术合同的民事法律关系,其主要内容是因科技成果和知识产权产生经济权利和精神权利关系。这些法律关系在知识经济时代,日甚一日地提升为整个社会关注的新型社会关系。

(3) 技术合同是就技术开发、技术转让、技术咨询、技术服务达成的民事法律关系的协议,是技术成果商品化、产业化、国际化的法律形式。技术合同发生在研究开发、成果转化、推广应用以及利用科技知识、信息、经验为经济建设和社会发展提供的咨询服务活动之中。技术合同的标的是知识形态的商品和技术密集的服务。技术合同的权利与义务关系不只是围绕财产所有权和与财产所有权有关的债权债务关系,而且突出表现在知识产权和技术权益由谁享有、如何使用和转让,以及由此产生的权益怎样分享之上。

2. 技术合同的基本类型

在总结我国亿万人民开拓技术市场经验的基础上,根据科学技术发展规律和当事人权利义务的特点,合同法将技术合同分为技术开发合同、技术转让合同、技术咨询合同和技术服务合同等四类,从而构筑起具有中国特色的技术合同体系。这四种合同都属于科学技术实践,共存于科学技术由知识转化为商品,由潜在生产能力形成现实生产能力的创新发展链上。它们构成技术成果商品化的有机整体。但这四种技术合同又分别存在于科学研究、技术开发和创新发展的不同阶段,是技术创新和成果转化的不同环节,有共性,又有个性。四种技术合同关系的客体,本质上是作为知识形态商品或技术密集服务的技术。但是,由于在不同技术合同中,科学技术知识和信息以不同内容和形式进入流通领域,因而产生了不同的权利义务关系,需要分别予以规范和调整。一句话,这四类技术合同是一个相互区别、相互联系的有机体。

(1) 技术开发合同区别于其他技术合同的特征在于,它是当事人就新技术的研究开发所达成的权利与义务的协议。合同标的是当事人之间尚待研究开发的技术成果。研究开发成果的创新程度如何把握?知识产权如何分享?研究开发风险如何承担?这些问题是技术开发合同所要解决的重点与难点。

(2) 技术转让合同是当事人就现有的、特定的、并且知识产权化的技术成果的转移所达成的权利与义务协议。合同标的是订立技术合同时已经存在的技术成果,包括已经拥有工业产权的发明创造或有效拥有和控制的技术秘密。换言之,技术转让合同是就特定的专利权、专利实施权或者技术秘密使用权、转让权的转让所订立的合同。

(3) 技术咨询合同是当事人之间为科学技术的决策提供服务所订立的合同。合同的标的是咨询项目。依据合同提交的成果是对技术项目的分析、论证、评价、调查和预测的报告。技术咨询合同的工作成果应达到约定的科技水平,有相应的参考价值。但履行技术咨询合同的成果属于软科学研究范畴,通过评价、验收合格后,提供咨询的一方不再对委托方的决策产生的后果负责。

(4) 技术服务合同则是当事人之间为通过专业技术工作解决特定技术问题, 提高经济效益和社会效益订立的合同。当事人之间就提供专业技术培训、技术中介服务等特殊的社会服务, 为实现预期的经济、技术目的所订立的合同也属于技术服务合同。从十多年的经验来看, 技术服务合同量大而广, 情况各异。它与技术转让合同的区别在于, 技术服务合同的标的是解决实际技术问题的服务, 是专业技术工作。就技术服务合同而提供和转移的知识、技术和信息, 不含专利权、专利实施权或技术秘密成果的公开、使用和转让。

(三) 技术合同的主体

1. 技术合同主体的范围

我国合同法的一个重要原则是确认了全国主体的多元性。与其他合同一样, 技术合同的主体具有广泛性。这体现在两个方面:

(1) 合同法第 18 章关于技术合同的规定, 适用于平等主体的自然人、法人和其他组织相互之间订立的技术合同。

(2) 根据合同法规定和国际私法有关法律适用的原则, 下列涉外技术合同将适用我国合同法: 一是当事人选择处理合同争议所适用的法律为中国法律的; 二是当事人没有选择适用法律, 但根据适用与合同有最密切联系国家法律的原则, 应当适用中国法律的; 三是我国法律明文规定应当适用中国法律的技术合同。因此依照我国合同法, 技术合同的主体包括外国自然人、法人和其他组织。

2. 技术合同主体的类型

技术合同主体的认定涉及当事人之间利益关系。为此, 有必要做以下解释:

(1) 自然人

自然人包括具有我国国籍的公民, 也包括具有外国国籍的人和无国籍人。技术合同属于内容比较复杂的合同。当事人订立技术合同, 当然应具有民事行为能力。我国《合同法》第 47 条的规定: “限制民事行为能力人订立的合同, 经法定代理人追认后, 该合同有效。”但在现实生活中, 这类情况很少发生。

这里需要强调的是, 自然人, 即个人是技术合同的重要主体之一。我国宪法规定, 公民有从事科学研究的权利。其研究成果有一个如何推广和使用的问题。《专利法》第 6 条规定, 非职务发明创造, 申请专利的权利属于发明人或者设计人。申请被批准后, 专利权归申请的个人所有。这些发明需要由发明人或者设计人通过技术合同许可他人实施。此外, 改革科技体制以来, 我国放宽科技人员政策, 放活科技人员管理, 允许科技人员在做好本职工作和不侵犯本单位的技术权益、经济利益的前提下, 业余兼职从事科技工作。鼓励离休、退休专业技术人员继续发挥作用。此外, 高等学校科技人员每年可有一定时间走向社会从事科技成果转化工作, 允许科技人员走出院所创办高技术企业。所有这些, 都需要通过技术合同的法律形式明确相互权利与义务, 维护当事人的合法权益。合同法明确规定自然人是技术合同的合法主体, 十分必要。自然人作为技术合同主

体的合法资格,原则上讲,不受其职业、地位、民族、性别、学历、专业的限制,但个人作为一方当事人订立技术合同是一项政策性强、涉及面广、社会责任大的活动,应当遵守国家法律、行政法规,尊重社会公德,不得扰乱社会经济秩序,损害社会公共利益。

(2) 法人 法人是指在商品生产和交换中具有民事权利能力和民事行为能力,依法独立享有民事权利、承担民事义务的组织。法人是社会组织的人格化。大陆法国家根据组成法人的成员不同,将法人分为社团法人和财团法人。社团法人是指以人的集合形成的具有主体资格的法人,其社员或会员是自然人。财团法人是仅以财产的集合而组成的法人。财团法人是为一定目的捐献财产组成的社会组织,多为公益法人。英美法国家作为民事主体的社会组织主要有公司、非营利机构和合伙组织。

根据民法通则,我国法人包括机关法人、事业单位法人、企业法人和社会团体法人。这四种法人都可以作为技术合同的合法主体。四种法人的概念和含义如下:

1) 机关法人,亦称国家机关法人,是指国家依法设置的行使国家管理职能的中央和地方权力机关、行政机关、司法机关和军队机关。机关法人的职能依据国家“三定”方案,经费来自国家预算,工作人员列入国家行政编制。机关法人应是有确定职能、编制和独立支配的经费的行政实体,如科学技术部、信息产业部、省人民政府、中国人民解放军总后勤部等,不包括机关内部设置的厅、司、处、室等。机关法人订立技术合同以国家预算承担民事责任。就列入国家指令性任务的科技攻关项目和高技术研究开发项目,国家计委、科学技术部下达任务后,一般由项目主持部门,如农业部、信息产业部等与研究开发单位订立技术合同,或者由科学技术部授权的项目主管单位与中标的研究开发单位订立技术合同。因此,机关法人也是技术合同的重要主体。

2) 事业法人,亦称事业单位法人,是指依靠国家拨款或者自有资金从事非生产经营活动的组织。我国事业法人由中央及地方编制委员会办公室批准成立。事业单位的经费过去由国家或者地方事业费开支,工作人员列入事业编制。中国科学院及其所属的独立研究所、北京大学等高等学校均为事业法人。随着改革的深化,我国科研事业单位法人将逐步转化为企业,或者实行企业化经营,实行经费自理。在1998年国务院机构改革中10个部改局的中央机构所属的274个大院大所于1999年6月底前全部转变为科技型企业或企业集团,除少数为直属中央的企业外,改为按属地原则,由地方管理。今后,其他科研机构也将向这个方向发展。在转制的过渡阶段,这些科技型企业兼有事业单位法人和企业法人的双重身份。同样,事业法人不包括事业单位的内部职能机构。事业单位法人订立技术合同,以其事业费和自有资金承担责任。

3) 社会团体法人,是指公民根据宪法所赋予的自由结社的权利依法成立的全国性和地方性群体组织。中国科学技术协会,各省、自治区、直辖市科学技术协会,中国科技法学会等是我国科技战线上的社会团体法人。根据国务院《社会团体登记管理条例》,我国建立了社会团体登记制度。在科学技术活动中,由科学技术工作者按自然科学、工

程技术科学、科技管理和科技普及业务成立的学会、协会、研究会等社会团体，经向民政机关核准登记，可以取得社会团体法人资格。社会团体法人订立技术合同，以其所有的财产承担责任。

4) 企业法人是指独立核算、自负盈亏、自主经营的经济实体。根据所有制性质不同，企业法人分为全民所有制企业法人即国有企业法人、集体所有制企业法人、私营企业法人、股份合作制企业以及由不同所有制单位联营成立的企业法人。按企业的组织形式分有限责任公司、股份有限公司、中外合资经营企业法人、中外合作经营企业法人、外资企业法人。企业法人订立技术合同，以其所有的财产承担责任。改革开放以来，适应科技经济一体化发展的需要，我国涌现出一大批由科技人员创办或领办的民营科技型企业。这些企业实行自筹资金、自愿组合、自主经营、自负盈亏的方针，走科技创新和科技产业化道路。多数民营科技型企业采取集体所有制的组织形式，有些已注册登记为有限责任公司、股份有限公司，有些开始向跨国公司的方向发展，形成一支科技成果商品化、产业化、国际化的有生力量，也是技术合同的重要主体。

(3) 其他组织 作为技术合同主体的其他组织，是指不具备法人资格，但具有民事权利能力和民事行为能力的经济组织，包括在不实行法人制度的英美法等国家中相应的民事主体。为了明确法律界限，1995年1月最高人民法院、国家科委《关于正确处理科技纠纷案件的若干问题的意见》中规定，下列依法成立、有一定的组织机构和财产，但不具备法人资格的组织，可以作为当事人订立技术合同，并作为该技术合同的主体参加诉讼：

- 1) 经向民政机关核准登记，领取社会团体登记证的科技型社会团体；
- 2) 依法登记领取营业执照的非法人中外合作经营企业、外资企业法人；
- 3) 法人设立的领取营业执照的分支机构；
- 4) 依法登记领取营业执照的个体经济组织、合伙组织、股份合作制组织和民营科技组织；
- 5) 依法登记领取营业执照的私营独资企业、私营合资企业、合伙型联营企业；
- 6) 符合法律法规规定的其他组织。

3. 关于主体合法性的说明

(1) “纵向”合同的主体问题

机关法人可以作为技术合同的主体。对此，应当这样理解：国家主管部门、项目主持部门及其授权的机关就列入国家计划的重大科技项目同研究开发单位订立的技术合同，适用技术合同法。人们通常把这类合同称为“纵向”合同，而把非计划项目订立的合同称为“横向”合同。因此，技术合同法既适用于“横向”合同，又适用于“纵向”合同。

国家重大科技项目包括指令性任务和国家定货任务实行技术合同制，通过公开招标，订立技术合同予以落实，是适应社会主义市场经济规律，使科技计划管理工作由过去主要依靠行政手段转为主要依靠法律手段，由国家直接管理为主变为间接调控为主的

重要措施。1998年12月31日朱镕基总理主持国家科教领导小组会议决定,进一步改革科技计划管理体制,科研开发实行招标制。对国家科技计划项目,科研机构和企业联合投标的,优先给以支持,通过技术合同落实,这是我国深化改革的重要内容。应当指出,计划项目实行技术合同制以后,国家主管部门、项目主持部门的法律地位将发生变化,它们既是一个行政主体,又是一个民事主体。在行政管理工作中,它们是行政主体,承担行政职能;但在技术合同法律关系中,它们又是民事主体,是与研究开发单位缔结技术合同的一方当事人。合同当事人双方的法律地位平等,任何一方没有超越法律规定和合同约定以外的特权。在实际生活中,不少科技计划项目所订立的技术合同,从形式到内容与合同法的要求相差较远,有的只是原来的项目任务书冠以“技术合同”的名目。在我国科技计划项目执行上,全面贯彻合同法,加强科技计划项目的技术合同的规范管理,还要从思想观念、管理体制和运行机制上来一个大的转变。

(2) 关于事业单位的签约能力问题

事业单位自中央和地方编制委员会办公室批准成立时起,具备事业单位法人(亦称事业法人)资格,可以以自己的名义订立技术合同,享有权利,承担义务。科研院所、大专院校等事业单位订立技术合同,从事技术开发、技术转让、技术咨询、技术服务活动,无须登记为企业法人,也无须领取营业执照,科研事业单位可以生产中试产品、销售中试产品,无须办理营业执照。所谓中试产品指在实验室阶段取得成功后,为验证和补充技术数据,确定和完善技术规范,解决商品化、工业化规模生产的关键性技术环节而进行试生产的产品。当然,如果科研事业单位依合同进行特定产品的生产、经销、服务等经营业务的,应当按国家有关企业法人登记的规定,向有关工商行政管理机关申请核发营业执照,或者另行成立科技型企业,实行技工贸、技农贸一体化经营业务。改革开放以来,为了促进高技术及其产品出口,提高我国出口产品的技术档次和技术附加值,外经贸部会同科学技术部已授予我国280多个科研机构自营科技产品的外贸经营权。这些科研机构已成为涉外技术合同的重要主体。

(3) 关于社会团体法人的签约能力问题

社会团体的行为能力是由民政部门批准的章程所决定的。社会团体应当根据其章程所确定的宗旨和业务范围开展活动。有资格作为一方当事人订立技术合同的社会团体,是指按照国家法律、法规和政策允许其从事技术开发、技术转让、技术咨询、技术服务的社会团体,主要是科技社会团体,即科技工作者根据宪法赋予的结社自由就自然科学、工程技术、科技管理、科技普及等领域和专业成立的全国性和地方性学会、协会、研究会等。

从实际情况来看,科技社会团体按法律地位不同,分为三类。一类是依法成立,有必要的财产或者经费,有名称、组织机构和场所,并能独立承担民事责任,具备法人条件,取得社会团体法人登记证的科技社会团体。这类团体可以按其章程规定,以自己名义订立技术合同。第二类是依法成立但不具备法人条件,核准登记取得社会团体登记证的科技社会团体。这类社会团体的业务范围原则上包括技术开发、技术转让、技术咨询

和技术服务，只要有独立支配的财产，能独立承担民事责任，也可以以自己的名义订立技术合同。三是既不具备法人资格，也未取得社会团体登记证的科技社会团体，包括一些学会、协会、研究会的分会，企事业单位内部的科协、职工科协等。这类科技社会团体不是具有民事行为的实体，不具备订立技术合同的资格，不应以其名义订立技术合同。

(4) 关于企业法人签约能力问题。企业法人可以作为技术合同的合法主体。在过去一段时间，有些地区和机关把企业法人核准登记领取营业执照核定的经营范围，与企业订立技术合同涉及的领域混同起来，认为企业法人只能在依法核准登记的经营范围范围内订立技术合同。这是一个认识的误区。对此，我们必须弄清，企业的经营范围和企业从事科学研究和技术开发活动的领域是两回事。我国《民法通则》第42条规定：“企业法人应当在核准登记的经营范围范围内从事经营。”这是国家从总体上对经济发展进行宏观控制，对企业的生产经营活动实行有针对性的监督，维持经济秩序的必要措施。但企业的经营范围在任何意义上都不是指企业从事科学技术活动的领域和范围。例如，一个轴承厂，其经营范围是生产和经销某些型号的轴承产品，但它可以从事钢材、铸造、锻造、车削、热处理、磨削、清洗、检测、计量、自动化以至计算机程序设计等各个环节进行研究开发，可以在各个专业领域通过技术合同进行科学研究、技术开发、成果转让、咨询服务项目，不受经营范围的限制。我国正处在新旧体制交替的关键时刻，传统的计划经济体制下的某些制度，需要适应社会主义市场经济发展进行修改以至废止。不能把在计划经济体制下管理生产流通领域的企业经营范围的概念，生搬硬套到技术合同管理上来。用所谓经营范围来把企业科技创新活动管死，不仅是错误的，而且是缺乏科技和经济常识的。有些地区按所谓“经营范围”把合法的技术交易说成“非法经营”，随意宣布“合同无效”等，是错误的，应予彻底纠正。鉴此，最高人民法院在1995年1月的司法解释中明确规定：企业法人、依法登记领取营业执照的合伙型联营企业及其他非法人经济组织订立技术合同，不受核准登记的经营范围的限制。

(5) 关于以内设机构名义订立的技术合同的处理问题

在实际生活中，有些技术合同的一方当事人为机关、企事业单位的某一内设职能机构，如处、科、室等，发生争议后，司法机关、仲裁机构以及当事人之间对技术合同是否成立、是否有效以及由此产生的权利与义务由谁承担等分歧很大。合同法对这类主体不明确的合同的处理未做规定。我们认为这类问题，要从两方面来看：第一，机关、企事业单位除声明授权其某个内设职能机构对外订立技术合同外，一般不得以内设职能机构名义订立技术合同。技术合同登记机构发现后，不予登记，这类合同不能成立。第二，以法人的某一内设职能机构订立的技术合同已经履行并已发生了债务的，为保护债权人的利益，可参照合同法的有关规定处理。如债务人的法人机关知道其职能机构对外订立合同未予制止的，该法人应直接对有关债务承担民事责任。倘若法人机关不知道其内设职能机构对外订立技术合同的，法人机关不直接对此承担民事责任，但应对其内设

职能机构的行为负领导责任。内设职能机构有部分偿还债务能力的,应责令其清偿债务。不能清偿的债务部分,可以要求该法人承担责任。法人对该技术合同发生的债务承担责任后,有权对该内设职能机构的负责人请求追偿。

针对我国实际生活中存在的问题,最高人民法院1995年1月通过司法解释明确了下列界限:

1) 法人的内部职能机构订立的技术合同,有下列情形之一的,视为以其所属的法人一方当事人订立技术合同,由该法人参加诉讼,承担责任:一是法人授权该机构以其机构名义对外订立技术合同的;二是法人的章程或其有关文件载明该机构有直接对外洽谈和订立技术合同权限的;三是法人对其职能机构对外订立的技术合同认可或参与履行的。

2) 以从事研究开发的课题组名义订立的与该课题有关的技术合同,有关民事责任按以下原则处理:一是课题组由科研单位、大专院校、企业等法人单位设立的,由其法人单位承担民事责任;二是课题组由两个以上的法人单位共同设立的,其订立技术合同经有关法人授权或认可的,由该两个以上法人单位共同承担民事责任;三是课题组由两个以上的科技人员自行成立的,由该课题组成员共同承担民事责任。

3) 企业法人的工会、技协组织订立技术合同,按下列原则承担民事责任:一是工会、技协组织的财产属于或者主要属于企业法人单位的,由企业法人承担民事责任;二是工会、技协组织的财产属于或主要属于其上级工会、技协的,由其上级工会、技协承担民事责任;三是工会、技协组织与所属企业法人单位和其上级工会、技协组织都有经济关系的,由其所属企业法人单位和其上级工会、技协组织共同承担民事责任。

(四) 技术合同的客体

1. 技术合同的客体本质上是技术

技术合同的客体,即技术合同的标的,是指技术合同当事人权利义务共同指向的对象。在传统民法学中,合同的客体包括物和行为。世界贸易组织将国际贸易分为商品贸易与服务贸易。在知识经济初见端倪的今天,我们可以把技术贸易视为具有高技术含量和高技术附加值的商品贸易和服务贸易,也可以将技术贸易作为以科学技术及其知识产权为交易标的的知识型贸易的法律形式,技术合同已日甚一日地成为现代合同重要组成部分。从本质上讲,技术合同的客体是知识形态的商品和技术密集型服务——技术。在不同的技术合同中,作为合同标的之技术,表现为不同的形式:技术开发合同的标的,是合同约定的尚待研究开发的技术成果,合同内容表现为科技创新;技术转让合同的标的,是合同约定的现有的、特定的、权利化的技术成果,合同内容表现为技术转移;而在技术咨询合同、技术服务合同中,合同的标的,分别是利用技术知识解决科学决策的咨询课题和解决特定专业技术问题的技术服务项目,合同内容表现为知识和技术的深度应用。

2. 技术合同的标的涉及知识产权广阔领域

知识是人类共同的财富,发展科学技术是国际性的事业。但是,在市场经济和知识经济条件下,科学技术成为经济增长的主要因素,成为第一生产力。知识和技术的商业应用划分了边界,确认了法权,这就是知识产权。知识产权是依法产生的法权,是为社会承认的无形资产,也是企业、科研机构以至国家参与市场竞争的工具和手段。从一定意义上讲,技术合同是就与知识产权有关的债权债务关系订立的合同。如果说专利法、商标法、著作权法是关于各类知识产权获得的条件、程序和权利性质的规定,是权利的静态设立,那么合同法的技术合同规范则是知识产权进入市场进行交换的规则,是权利的动态运行。

在传统意义上,知识产权包括版权和工业产权。后者又分为发明专利、实用新型、商标、服务标记、外观设计、厂商名称、原产地名称、反不正当竞争等。而今,科学技术的突飞猛进和经济全球化浪潮正引进知识产权的深刻变化。依据世界贸易组织的《关于与贸易有关的知识产权包括制止假冒商品的协议》(简称 TRIPS),知识产权包括:版权与有关权、商标专用权(商品商标和服务商标)、工业产品外观设计权、地理标志权、发明专利权、集成电路布图设计权、植物新品种权、未公开信息专有权等广泛的内容。这些都与技术合同的客体密切相关。

3. 技术合同客体——技术的定义

什么是技术?这是一个难题。因为对“技术”无论是作出科学定义还是哲学定义都是棘手的。有人称“技术是利用自然规律作出的创造”;有人称“技术是利用客观规律改造世界的工具和方法”;有人称“技术是大自然的人工化”、“科学的子系统”等等。合同法没有从立法上对技术作定义,也没有从指导法律实施的角度加以解释,这是因为技术是一个内容丰富和不断发展的动态概念。为了正确掌握技术合同的客体,我们可以对作为合同标的之技术建立以下基本认识:

(1) 知识性与实用性

技术是人类创造性劳动的产物,是知识、经验和智慧的结晶。但技术不同于一般知识,它作为技术合同的客体,首先在于它可以应用于生产实践。《合同法》第 349 条要求技术转让合同的让与人保证所提供的技术完整、无误、有效,能达到约定的目标。

一方面,知识的创造、技术的开发都需要物质的投入和智力的注入;另一方面,技术的实用价值与研究开发成本之间又没有必然的、成正比例的关系。从偶然的机会中接受了大自然透露的信息,或者启发了发明创造的灵感,可能作出价值巨大的成果;倘若决策错误,经过数年的努力和花费昂贵的投资,也可能结局十分悲惨。技术的价值取决于它付诸实施所产生的经济效益和社会效益。

(2) 构思的无形性和载体的多样化

技术作为知识,其构思是无形的,但技术通过市场流通,又必须依附于一定的载体。当事人之间可以采取多种形式提交研究开发成果,包括:技术文件,磁带、磁盘、计算机软件,动物胚胎、植物品种、微生物菌种以至特定的基因,样品、样机,成套技

术设备, ATM、CAD、CIMS、MEMS 等高科技系统, 所有这些是技术的载体。随着知识经济的兴起和经济全球化、网络化进程的不断加快, 国际互联网络成为知识和技术新的重要载体。

(3) 一次开发与多方占有

技术的开发只需一次性劳动, 不仅不存在物质形态商品周期性生产问题, 而且应当避免重复研究和开发, 加强科技成果的应用和推广。但一项技术可以同时为多个法律主体掌握和使用, 这就使得对技术的占有和对财产的占有很不相同。对技术的占有, 只意味着掌握了这种知识并且获得了使用技术的权利。技术可以向多个主体转移, 每次转移不存在物质财产处分时所发生的主体与客体相分离的现象。技术的价值是在多次实施、多次转移中实现的。

(4) 内涵的深化和外延的扩展

现代科学技术的发展使技术领域越分越细, 专业和学科高度分化, 又高度综合。计算机技术、信息技术、生物技术、新材料技术、新能源技术以至人类科学技术等高技术以群体崛起。新科技革命的大潮正在涌动, 并且向广泛的经济建设和社会发展领域转移。我们要从当代科技进步的潮流、动向和水平出发, 正确认识技术的外延和内涵。

(5) 基本性质的特定性与内容形式的多样性

如前所说, 技术合同的标的物——技术, 就其性质而言, 在本质上是知识和信息, 是智力劳动的产物, 是知识形态的商品和服务。而作为合同标的, 它又以多样性的内容和形式出现在各类技术合同之中。有单纯的知识产权的许可, 有技术秘密成果的转让, 有专利、技术秘密、成套设备的交钥匙工程, 还有科技成果转化连同科技企业投资创建的一揽子协议。

4. 技术合同客体的范围

这是一个实际的问题, 我们可以从实际操作的角度回答:

(1) 从权利化程度区分, 技术合同的标的可以是获得发明、实用新型、外观设计专利权的发明创造, 可以是拥有计算机程序等版权的作品, 可以是取得植物新品种权的植物新品种, 也可以是拥有者的技术秘密。这是指不能从公开渠道获得的、对拥有者具有现实的或潜在的商业价值的、拥有者采取了适当的保密措施并且未曾约定保密义务前提下将其提供给他人的技术信息。

(2) 从专业领域区分, 技术合同的标的可以是工业、农业、医疗卫生、环境保护、交通运输、通信、建筑、国防等国民经济各个部门的技术和自然科学各个领域的技术。

(3) 从载体性质区分, 技术合同的标的可以是记载于图纸、论文、报告等技术文件上的产品设计、工艺规程, 可以是记录于磁盘、磁带、CD 光盘、LD 光盘、CD-ROM 光盘和 DVD 等数字光盘和计算机硬盘及软件等物质载体, 可以是存在于国际互联网络 and 局域网络中的技术信息, 可以是作为新技术载体的动植物品种、微生物菌体、动植物基因, 也可以是与样品、样机、成套技术设备和工艺融为一体的技术。

(4) 从技术水平区分, 技术合同的标的, 可以是世界新颖的技术、国内首创的技