

海南高校理论文库

国际技术转让法律问题研究

张丽娜 著



华文出版社
Sinoculture Press

海南高校理论文库

2001 年度海南省社会科学研究资助课题

国际技术转让法律问题研究

张丽娜 著

华文出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际技术转让法律问题研究 / 张丽娜著. —北京: 华文出版社, 2009.12

(海南高校理论文库 / 陈传汉, 颜东主编)

ISBN 978-7-5075-2681-3

I. 国… II. 张… III. 国际法: 科学技术转让法 - 研究
IV. D996.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 066927 号

国际技术转让法律问题研究

著 者: 张丽娜

责任编辑: 刘超平

责任校对: 吴素莲

出版发行: 华文出版社

社 址: 北京市宣武区广外大街 305 号 8 区 2 号楼

邮政编码: 100055

网 址: <http://www.hwcb.com.cn>

投稿邮箱: hwcb@126.com

电 话: 总编室 010-58336255 责任编辑 010-58336202

经 销: 新华书店

印 刷: 海南金永安印刷有限公司

开 本: 850 × 1168 1/32

印 张: 8.875

字 数: 209 千

版 次: 2009 年 12 月第 1 版

印 次: 2009 年 12 月第 1 次印刷

标准书号: ISBN 978-7-5075-2681-3

定 价: 300.00 元(共 12 册)

版权所有, 侵权必究

前 言

当今的社会,是科学技术蓬勃发展的时代。各国在进行经济建设中,只有相互进行科学技术的转让,才能互通有无,取长补短,实现各国的科技进步和经济繁荣。国际技术转让法律正是保障各国之间技术转让顺利进行的重要手段。

由于政治制度、经济制度和科学技术发展水平的差异,各国调整技术转让的法律制度存在着种种的不同,尤其是发达国家和发展中国家之间。过去一段时间,因为国情的需要,我国一直侧重引进国外的先进技术。所以,技术进口方面的法规相对于出口来说也较多,但目前,由于我国科学技术水平的不断提高,技术出口也已初具规模。因此,我国于2001年12月出台了《中华人民共和国技术进出口管理条例》,这对规范我国的涉外技术转让工作将起到十分重要的作用。随着我国加入世界贸易组织,我国的技术进出口法律必将不断地和国际接轨,也将更符合国际惯例的要求。

国际技术转让法律涉及的内容较多,它既包括国内法,也包括国际法;既包括调整国际技术转让标的的法律规范,也包括调整国际技术转让方式的法律法规;既包括对国际技术转让进行管制的法律规范,也包括解决国际技术转让纠纷的法律法规。笔者在写作的过程中对国际技术转让的法律问题进行了较为全面的分析和探讨。因此,本书的内容从总体上来说包括五个部分:第一部分,就是第一章的内容,即国际技术转让概述。主要分析了国际技术转让的概念、国际技术转让的历史发展和现状、国际技术转让的作用和国际技术转让的法律调整问题。第二部分,是第二章的内容,即国际技术转让的标的及其法律问题研究。本章着重对国际技术

转让的标的,即专利、商标、专有技术和计算机软件技术的法律保护及对其中存在的问题进行分析和探讨。第三部分,包括第三章到第八章的内容,这部分主要是对国际技术转让的不同方式中涉及的法律问题进行了论述,它们分别是:国际许可贸易中的法律问题研究,国际技术咨询与服务合同中的法律问题研究,国际合营企业中的技术转让法律问题研究,BOT 投资方式中的技术转让法律问题研究,国际工程承包中的技术转让法律问题研究,国际补偿贸易和合作生产中的技术转让法律问题研究。第四部分,包括第九章和第十章的内容,主要是对国际技术转让的法律管制问题进行了研究,其中第九章是关于国际技术转让的国内法管制问题研究,第十章是关于国际技术转让的国际法问题研究。第五部分,是指第十一章的内容,主要是对国际技术转让的争议解决和法律适用问题进行了研究。

本书是海南省 2001 年度社会科学研究资助课题的研究成果,在该课题的立项和完成过程中得到了海南大学法学院院长谭兵教授的大力支持,在此深表感谢。另外,本书参考和借鉴了一些专家和学者的科研成果(见主要参考书目),在此也谨向作者表示感谢。由于本人的知识有限,写作时间仓促,书中难免有这样或那样的错误,不正确之处,敬请读者批评指正。

作者

2002 年 8 月于海口

目 录

前言	(1)
第一章 国际技术转让概述	(1)
第一节 国际技术转让的概念	(1)
第二节 国际技术转让的发展和现状	(6)
第三节 国际技术转让的作用	(11)
第四节 国际技术转让的法律调整	(15)
第二章 国际技术转让的标的及其法律问题研究	(20)
第一节 专利及专利权的法律保护	(20)
第二节 商标及商标权的法律保护	(38)
第三节 专有技术及专有技术的法律保护	(54)
第四节 计算机软件及计算机软件著作权的法律保护	(65)
第三章 国际许可贸易中的法律问题研究	(77)
第一节 国际许可合同概述	(77)
第二节 国际许可合同的内容	(86)
第三节 国际许可合同中的限制性条款	(104)
第四章 国际技术咨询与服务合同中的法律问题研究	(125)
第一节 国际技术咨询合同	(126)
第二节 国际技术服务合同	(136)
第五章 国际合营企业中的技术转让法律问题研究	(146)
第一节 国际合营企业概述	(146)
第二节 国际合营企业中的技术引进问题	(150)
第三节 国际合营企业中的技术资本化问题	(152)
第六章 BOT 投资方式中的技术转让法律问题研究	(157)
第一节 BOT 投资方式概述	(157)

第二节	BOT 项目投资中应注意的问题	(163)
第三节	完善我国调整 BOT 投资的法律制度	(167)
第七章	国际工程承包中的技术转让法律问题研究	(174)
第一节	国际工程承包概述	(174)
第二节	国际工程承包合同	(182)
第三节	国际工程承包中的技术转让问题	(192)
第八章	国际补偿贸易和合作生产中的技术转让法律问题研究	(195)
第一节	国际补偿贸易	(195)
第二节	国际合作生产	(204)
第九章	国际技术转让的国内法管制问题研究	(212)
第一节	发展中国家对技术进口的法律管制	(212)
第二节	发达国家对技术出口的法律管制	(219)
第三节	我国对技术进出口的法律管制	(226)
第十章	国际技术转让的国际法问题研究	(239)
第一节	联合国国际技术转让行动守则的内容	(239)
第二节	各国在技术转让行动守则谈判中的主要分歧	(247)
第十一章	国际技术转让争端的解决及其法律适用	(252)
第一节	国际技术转让争端的解决	(252)
第二节	国际技术转让中的法律适用	(267)
主要参考书目	(276)

第一章 国际技术转让概述

第一节 国际技术转让的概念

一般来说,对于国际技术转让这个概念,可以从三个层次进行分析。首先说明什么是技术,进而说明什么是技术转让,最后再说明什么是国际技术转让。

一、技术(Technology)

“技术”一词的汉语意思有两个,一个是操作的技巧,另一个是指人类在利用自然和改造自然中积累起来的经验和知识,以及体现这些知识和经验的物质设备。

但是在国际技术转让中,“技术”一词有其特定的含义,世界知识产权组织(World Intellectual Property Organization,简称WIPO)在1977年出版的《供发展中国家使用的许可证贸易手册》中曾给技术下过这样的定义:“技术是制造一种产品的系统知识、所采用的一种工艺或提供的一种服务,不论这种知识是否反映在—项发明、—项外形设计、—项实用新型或者—种植物新品种,或者反映在技术情报或技能中,或者反映在专家为设计、安装、开办或维修—个工厂或为管理—个工商企业或其活动而提供的服务或协助等方面。”这个定义是迄今为止国际学术界给“技术”这个概念规定的比较全面和完整的定义,虽然文字较长,难于记忆,但给技术划定了一个范围。这个范围包括三项主要内容:—是指制造—种产品的系统知识;二是指—项工艺的系统知识;三是指—门服务的系统知识。也就是说,在产品制造、工艺设计、管理服务中都涉及大量的技术。

从法律保护的角度看,当今世界上的技术可以分为以下几种:

1. 专利技术(Patented technology)。这类技术是根据有关国家的专利法而公布于众的公开技术,受专利法的保护。在规定的地域、期限内,专利权人享有制造、使用和销售该项专利产品和专利方法的专有权。未经专利权人同意而擅自使用其专利技术的就构成侵权行为。超过时间和地域的限制,这种技术就进入公有领域,成为全社会的财富。

2. 专有技术(Know - how)。这类技术属于技术拥有人私有,不受专利法的保护,而靠发明者的个人保密手段加以保护,因而又叫“技术秘密”、“技术诀窍”。

3. 计算机软件(Computer software)。计算机软件是与计算机硬件相对而言的,它是指计算机程序、计算机程序说明书以及一些辅助材料。这类技术通常是由计算机软件法或著作权法加以保护。

4. 普通技术(Ordinary technology)。这类技术既不受工业产权法的保护,也不属于专有技术的范围,由超越时效的专利技术和公开的专有技术组成。它既公开可见,又可自由传播。

二、技术转让(Technology Transfer)

联合国贸易发展组织(United Nations Conference on Trade and Development,简称 UNCTAD)1981年起草的《联合国国际技术转让行动守则(草案)》中给“技术转让”下了一个比较完整的定义:“为制造某种产品、应用某种工艺流程或提供某种服务而转让系统的知识,这种转让活动称为技术转让。”

技术转让和技术转移不同,技术转让是指技术使用权在一定的时间和范围内发生变化,有时所有权也会发生变化,它会涉及两个或两个以上的主体。而技术转移不强调使用权和所有权的变化,它只强调标的物在时间和地点上的变化,只须一个主体就可以完成。

技术转让和技术贸易也存在一定的区别,技术转让包括无偿的技术转让和有偿的技术转让两种方式。前者是指非商业性的技术转让,即是指以两国政府技术援助、交换技术情报、学术交流、技术考察等形式的技术转让;后者是指不同的企业、经济组织或个人之间,按照一般商业条件所进行的技术转让,即技术贸易。本书中要讨论的技术转让是指后者,也就是技术贸易,但由于在联合国各个组织及国际上其他国家的文件、文献和著作中,通常采用的都是“技术转让”,而很少使用“技术贸易”这个概念。因此,“技术转让”已经是约定俗成的专用术语。^①

有偿的技术转让是一种买卖活动,买卖的标的“技术”虽然也是商品,但这种商品与机器设备等有形商品是有区别的。这种区别主要表现在以下几个方面:

1. 在有形商品的买卖中,出售商品的一方叫卖方(Seller),购进商品的一方叫买方(Buyer)。在技术转让中,我们称呼出售技术的一方叫出让方(Licenser),对于购进技术的一方则叫受让方(Licensee),而不能称他们为卖方和买方。

2. 在有形商品的买卖中,卖方把商品交付后由买方付款,买方就取得了商品的所有权,因此,有形商品的买卖活动是物权的转让;而无形商品的买卖与有形商品的买卖有本质的不同。在无形商品的买卖中,购买技术的一方虽然把钱交付给了技术的持有人,但技术持有人仍然掌握着这种技术,因为技术是装在持有人的头脑里的,购买技术的一方得到的是一些图纸资料,是如何应用这种技术的方法,这只是技术的使用权而不是技术的所有权。因此,出售技术的一方只是出售了技术的“使用许可”(License)。

3. 技术转让经历的时间较长,比商品贸易要复杂。技术转让

^① 曹建明主编:《国际经济法》,中国政法大学出版社,1999年1月版,第508页。

通常是一种产品(或工艺)的整个生产过程或部分生产过程,涉及施工、投产、运行、产品销售、盈亏等多个环节。磋商一个技术项目要考虑政治、经济、商务、技术、法律等各方面的因素,这些因素不仅采自技术的受让方,而且还可能产生于技术的供让方,因此,洽谈一个技术项目常常需要半年甚至几年的时间。

4. 各国政府对技术贸易的管理比对商品贸易的管理更为严格。尤其是发展中国家,它们既对技术进口进行管理,也对技术出口进行管理。

根据《联合国国际技术转让行动守则(草案)》的规定,技术转让的交易安排包括以下的主要内容:

1. 工业产权的转让和使用许可。指涉及发明专利权、实用新型专利权、外观设计专利权以及商标权的转让或者许可合同,但不包括单纯的商标、服务标记和商号名称这三种工业产权的转让和使用许可。因为,这三种工业产权的单独转让和使用许可,并不具有转让技术的含义。

2. 以可行性研究、计划、图表、模型、说明、手册、公式、基本或详细工程设计、培训方案和设备、技术咨询服务和管理人员服务以及人员培训等方式,提供专有技术和技术知识。

3. 提供工厂和设备的安装、操作和运用以及交钥匙项目所需的技术知识。

4. 对于将要或已经购买、租赁或依其他方式获得的机器、设备、中间产品或原材料,提供取得、安装和使用所需的技术知识。

5. 提供工业和技术合作安排的技术内存。

三、国际技术转让(International Technology Transfer)

国际技术转让是指这种技术转让具有国际性,或者说带有国际因素。概括而言,国际技术转让是转让方将技术跨越国境转让给受让方的行为。目前,发达国家和发展中国家对国际技术转让的内容的理解存在着较大的分歧。

发展中国家认为,“国际技术转让”的定义应包括下面三项内容:A. 被转让的技术必须是跨越国境的技术;B. 技术的出让方和受让方不居住于同一国家之内;C. 出让方和受让方如同居住于一国之内,则其中有一方系外国的子公司、分公司或受外国公司控制的公司。

而发达国家则认为,“国际技术转让”的定义只包括上面的 A 项和 B 项内容就够了,没有必要把 C 项内容放进去。发达国家的理由是 C 项内容实际指的是跨国公司在海外的子公司,这些子公司虽然在经济上与跨国公司总部有联系,但从法律上讲,这些公司也是独立的经济实体,是在其东道国登记注册的法人,应遵守东道国的法律,而不应把它作为一个超国籍的实体来对待。发展中国家,特别是非洲和拉美地区经济比较落后的国家则坚决反对发达国家的意见。它们的理由是经济比较落后的国家目前法制不健全,有的根本没有管理子公司的法律,有的国家的经济命脉几乎控制在这些子公司手里,如果不包括 C 项,就等于这些子公司不受任何法律约束,在将来的国际技术转让中更会为所欲为,垄断和控制发展中国家。

从上面的分歧中,我们可以看到这种争论不是讨论定义的学术之争,而是一场垄断与反垄断,控制与反控制的争论。我国属于发展中国家,在国际技术转让中,是站在发展中国家一边的。但也应该注意,2001 年 12 月我国国务院颁布的《中华人民共和国技术进出口管理条例》第 2 条规定:“本条例所称技术进出口,是指从中华人民共和国境内,或者从中华人民共和国境外,通过贸易、投资或者经济技术合作的方式转移技术的行为。”从这条规定中可以看出,我国在国际技术转让立法中也没有单独考虑子公司的问题。

以上从实质内容上阐述了国际技术转让的概念,在实际生活中,国际技术转让的表现形式则是多种多样的。国际技术服务、国

际技术咨询、国际合作生产、国际工程承包、BOT 投资、国际补偿贸易、国际合营企业、国际先进设备采购都不同程度上包含有国际技术转让的因素。但是,国际技术转让中最重要,也是最普遍应用的形式则是国际许可合同或协议(international licensing contract or agreement)。

第二节 国际技术转让的发展和现状

一、国际技术转让的历史发展

在人类发展史上,具有实质意义上的技术转让乃至国际技术转让,应该说早就已经存在了。6 世纪时,我国的养蚕织丝的技术就通过丝绸之路传到了中亚、西亚和欧洲地区。13 世纪,意大利发明了眼镜技术,到 16 世纪就传到了日本。这一时期的国际技术转让有两个主要的特点,其一是由于交通工具的限制,技术转让的速度非常缓慢。比如我国古代的四大发明从我国传到欧洲花了五六百年的时间。其二是技术转让活动以技术的生产地为中心,自然地向外扩散和传播。

17 世纪,欧洲爆发了工业革命,封建社会开始解体,资本主义制度逐渐确立。随着资本主义经济的发展,以鼓励发明创造和保护发明创造者权利为宗旨的专利制度产生了,1624 年英国颁布了垄断法,这是第一部系统地授予专利权的法律。^① 这部法律的基本原则后来为许多国家制定专利法提供了借鉴。继英国之后,美国于 1790 年、法国于 1791 年、俄国于 1812 年、西班牙于 1820 年、德国于 1877 年、日本于 1885 年,都相继建立了专利制度。专利制度的建立是各国间进行大规模技术转让活动的重要前提:一方面

^① 白映福、黄瑞著:《国际技术转让法》,武汉大学出版社,1995 年 12 月版,第 6 页。

对发明创造授予专利权,以保障发明创造者的正当权益;另一方面将发明创造的内容向社会公开传播,为技术转让提供丰富的源泉。这两方面缺一不可,没有专利法的保护,发明者就不愿意公开自己的技术,技术传播就成了一句空话;没有技术的公开传播,需要技术的受让方就难以获得技术的信息,无从寻找自己所需的技术,技术转让活动就难以开展。因此,专利制度的建立与技术转让活动是紧密联系在一起,专利制度在全球范围内的建立大大推动了技术转让活动的进行。

18世纪60年代到19世纪60年代,以工具机械的发明和蒸汽机的应用为代表的新生产技术获得了惊人的发展。英国、美国等国家相继发生了产业革命。产业革命使人类生产从手工工具时期跃进到机器大工业时期,使工农生产和交通运输业亦得到空前发展,国际技术转让可以不受地理条件限制,通过飞机、火车、轮船和现代化的电信传输手段在很短的时间内直接把技术从出让方转移到受让方,技术转让的平均周期已缩短为10年左右。如美国1882年发明的电灯,到1892年就传到了日本。

从19世纪70年代开始,美、英、法、德等国相继发生了以电力的应用为代表的科技革命。这次科技革命的成功,极大地推动了社会生产力的发展,使人类进入了电力时代。生产力的巨大发展,提高了生产的社会化程度,加强和扩大了各国之间的经济联系,也引起了资本主义各国生产关系的相应变化,推动了资本主义从自由竞争向垄断阶段过渡。第二次世界大战以来,特别是20世纪60年代以电子、空间、原子能为标志的第三次科技革命,使科学技术日新月异。所以,国际间的技术交流与转移也有了进一步的发展。据文献记载,世界上最早的以许可合同为标志的技术贸易,出现在18世纪。到了19世纪下半叶,许可合同形式的技术贸易在一些国家内部日益发展。但是,国际技术转让到19世纪末和20世纪初才逐渐开始发展,在两次世界大战中曾遭到了严重的破坏,

到了第二次世界大战结束以后,特别是从 20 世纪 50 年代中期以来,以许可合同为标志的技术转让才得到了广泛而迅速的发展。

二、国际技术转让的现状

20 世纪 90 年代的高新技术的飞速发展与良好的国际环境,为国际技术转让提供了更广阔的舞台和更多的机遇,因而国际技术转让出现了崭新的面貌。当今的国际技术转让有以下几个主要特点:1. 国际技术贸易额在国际贸易总额中的比重加大。目前它已超过了国际贸易总额的 1/2,而在 80 年代末只不过占 1/3。2. 国际技术贸易的年增长速度不断加快,1994 年技术贸易额与 1974 年相比,20 年间增长了 25 倍。3. 国际间的技术转让已经与产品贸易紧密结合在一起,技术密集型产品额已上升到 1000 多亿美元,占总额的 70%。4. 技术转让与资本输出进一步结合。例如,美国的技术输出额中 30% 的对象是美国在海外的技术企业。5. 国际技术贸易的范围更广,地域更大,差不多已遍及世界上所有的国家、地区和地球的每一个角落。

当前,不论是发达国家,还是不发达国家都很重视国际技术转让,但主要的技术进出口国家是美国、英国、法国、德国和日本等发达国家,其中美国占世界技术贸易额的一半以上。从西方国家的技术出口地理分布上看,美国的技术几乎遍及世界各个国家和地区。其他国家的技术主要在发达国家之间进行交易,除此之外,德国主要向东欧输出技术,法国多向非洲发展中国家出口技术,日本的技术出口则主要集中在亚洲,尤其是东南亚国家和中国。工业发达国家不仅是世界技术的主要出口国,也是世界技术的主要进口国。这些国家每年都购买外国技术,利用其他国家的科技成果,以发展出口,通过利用外国技术创造世界市场需要的一流产品。

发展中国家在技术转让中主要扮演技术受让者的角色,有些国家虽然也已开始出口技术,但规模有限。发展中国家多数经济发展水平较低,贫困落后仍然是其主要特征。在资本主义国际分

工体系中,发展中国家很大程度上处于原材料供应者的地位。为摆脱贫困,必须建立和发展自己的民族工业,因此大多数发展中国家迫切需要国外的先进技术。据有关资料记载,发展中国家为引进技术而支付的费用以每年 15% 至 20% 的速度增长,相当于发展中国家出口总收入的 5%。发达国家的跨国公司在发展中国家技术市场上占统治地位,控制了发展中国家技术贸易的 90% 左右。

世界国际技术转让格局的突出的不平衡性的主要原因在于技术出口依托于技术资源,技术进口取决于经济条件与技术基础的承受力。当今世界,工业发达国家拥有大量的科技成果,技术资源占绝对优势。同时它们还具有引进技术的雄厚资金条件和很强的吸收消化能力。因此,无论是世界上的技术出口还是技术进口,大部分集中在工业发达的资本主义国家中。可以预料,随着国际技术转让在国际贸易中发挥越来越重要的作用,如何打破这种不平衡的格局已是当务之急。

三、我国技术进出口情况

(一)我国技术进口情况

新中国成立以后,党和国家在自力更生的基础上,一贯重视对国外先进技术的引进工作,但由于众所周知的原因,我国技术引进工作经历了一个曲折发展的过程,总的来说呈现出以下主要特征:

50 年代,全盘引进。第一个五年计划期间,我国以 156 项重点工程建设为主体,签订技术引进合同 459 多项,用汇约 27 亿美元,这个阶段我国从国外引进技术主要是通过进口“成套设备”,进口来源主要是苏联和东欧社会主义国家。

到了 60 年代,情况发生了变化,自力更生与引进结合,并以自力更生为主。由于苏联片面撕毁合同、撤走专家,中苏关系恶化,技术进口不再主要来自苏联和东欧国家,我国转向日本和西欧等国引进石油、化工和电子等技术和设备,其间共签订合同 84 项,技术引进金额 2.8 亿美元。这一时期仍以进口“成套设备”为主。

70年代,大规模成套设备进口。这期间由于受到林彪、“四人帮”的严重干扰破坏,使我国的技术引进工作停滞不前,但其中有两次高潮:一次是70年代初,由于外交关系上有所突破,我国向美、日、西德等国家引进化肥、石油、农业、轻纺等技术和设备,达30亿美元;另一次是1978年的“洋冒进”,当时由于错误的思想影响,有些项目规模过大,远远超过我国的实际可能,造成经济上的重大失误。这个阶段签订各类合同约400项,合同金额达120亿美元。

80年代,我国技术引进工作出现了新局面,引进技术的方式也从成套设备为主转变为以许可贸易为主,把技术引进工作转移到主要为现有企业的技术改造和为技术进步服务的轨道上来。

进入到90年代以后,我国技术引进工作有了长足的发展。1991年,经国家和省市两级经贸部门审批的技术引进合同共计359项,合同总成交额34亿多美元;到1993年,签订的技术引进合同已达493项,合同总金额超过了60亿美元。可以相信,随着我国经济的不断发展,我国技术引进活动还将大幅度地增长。

(二)我国技术出口情况

技术转让工作包括技术引进与技术输出两个方面。但长期以来,我国的技术转让工作形成了只进不出的局面,这是由我国比较落后的生产力水平和科技水平决定的。经过努力,近年来已有很大改观。据有关资料统计,1972—1976年的5年内,我国共出口技术不足50项,但到了1987年,我国技术出口创汇已达1.61亿美元,超过了1979—1986年技术出口额的总和。1990年我国技术出口总额近9.89亿元,是1986年的49倍。

从目前的情况看,我国技术出口的途径是多种多样的,主要有:1. 专利技术和专有技术的转让,如我国向瑞典出口乳化炸药的专利技术,向美国出口杂交水稻种子及栽培技术;2. 技术服务,如中国长城公司为美国公司提供卫星发射服务等;3. 生产线、成套设