

周子亚 主编

国际法与技术转让



国际法与技术转让

周子亚 主编

上海翻译出版公司

(上海武定西路1251弄20号)

新华书店上海发行所发行 苏州师专印刷厂印刷

开本787×1092 1/32 印张4.25 字数92,700

1987年3月第1版 1987年3月第1次印刷

印数1—5,000

统一书号: 6311·4 定价: 1.10元

编 者 的 话

国际技术转让一般是在不同国家的自然人或法人之间进行的，它涉及到两国或两国以上的法律，还涉及到工业产权的国际保护，有关国际公约等一系列国际法问题。资本主义强国的垄断企业往往利用1883年《保护工业产权的巴黎公约》（简称《巴黎公约》）中的某些不合理制度，並以其经济和技术的优势，在与发展中国家的企业签订技术转让协议时，强使对方接受一些不合理的限制性条款，並片面主张一定要适用技术出口国的法律。发展中国家对此普遍表示不满，曾多次在有关国际会议提出修改《巴黎公约》的要求，並指出国际技术转让中的不平等关系，使发达国家攫取巨额利润，这是不合理的，不公平的。同时，发展中国家通过有关国际组织（联合国贸发会议）正在拟订一套符合国际经济新秩序精神的《国际技术转让行动守则》，以对抗发达国家所拟订的方案（两个方案的译文附于《从国际法观点论技术转让》一文之后，以供比较研究）。贸发会议专家组综合了各方面的意见，汇成《国际技术转让行动守则草案》进行讨论，但由于技术转让问题涉及各国政治、经济等各方面的利益，在讨论过程中，各国意见不一，分歧甚大，至今还不能达成协议。这也是新旧国际经济秩序斗争的一个方面，我们站在第三世界国家的立场，对发展中国家这一正义斗争表示支持。

技术转让分为两类：一类是有工业产权的技术，如专利

权、商标权、外观设计等，这类技术都在一定国家办理过登记批准等法律手续，受这些国家工业产权法的保护；另一类是无工业产权的技术，主要是指技术诀窍或称“专有技术”，包括制造工艺、材料配方，以及经营、管理的秘诀等。技术诀窍与专利不同，有人以为技术转让就是“买专利”，这是不全面的，它应该包括上述两种内容，还有技术合作。

技术引进工作在我国方兴未艾，掌握技术转让的有关国际法知识，对保卫我国主权与利益以及促进四化建设大有裨益。为此，我们选译了有关这一问题的西方国家代表著作六篇（四篇是专著，两篇是论文），以“书摘”形式发表（有的全文译出），提供研究这一问题的理论工作者和实际工作者参考。由于我们水平有限和时间匆促，错误不足之处在所难免，还请读者予以指正。

编 者

1985年5月

目 录

编者的话

从国际法观点论技术转让..... 1

(摘译自威廉·克韦尼格:《国际法与国际经济合作》)

附录1 关于编制国际行动守则的技术转让修正草案
大纲包括国际技术转让指导准则在内的行动
守则大纲.....18

附录2 关于编制国际性技术转让行动守则的修正草
案大纲.....30

技术转让的国际法渊源、发展趋势及其冲突因素.....46

(摘译自P·纳尼恩亚·塔基拉姆布代:《国际法与
技术转让》)

跨越国境的技术转让.....84

(摘译自唐纳德·T·威尔逊:《国际贸易交往》)

国际经济法与技术转让..... 105

(摘译自多米尼克·卡罗等:《国际经济法》)

欧洲共同体的技术转让问题..... 113

(摘译自《共同市场杂志》1982年第253期)

技术转让行动守则中的法律适用和争议的解决..... 120

(摘译自《世界贸易法杂志》1983年9、10月号)

从国际法观点论技术转让

1981年在联邦德国石勒苏益格——荷尔斯泰因州首府基尔(Kiel)召开了有关技术转让的学术讨论会。与会者对技术转让的原则、方法及有关问题进行了讨论,并对发展中国家的和工业发达国家的两份有关技术转让的《行动守则》草案发表了评论性的意见。在这次讨论会上,本文作者联邦德国的著名国际法专家威廉·A·克维尼希作了题为“从国际法的观点论技术转让”的报告。在报告中,克维尼希对“技术转让”这个词,从它的产生一直到它所包含的意义作了解释和论述。他指出“技术转让”如今已成了政治、经济和外交的研究对象,而且在全世界,包括工业国家和发展中国家在内,已越来越引起人们的关注。在报告的第二部分,克维尼希根据目前所存在的两份(即工业国家的和“发展中国家”的)有关技术转让的《行动守则》草案着重地分析了它们在原则、适用范围及限制和保护专利权等方面所存在的意见分歧,并发表了评论性意见。克维尼希认为,因为工业国家和发展中国家为了各自的利益而制订的两份有关技术转让的《行动守则》意见分歧较大,所以双方虽然经过多次谈判,但至今没有达成协议制订一份国际技术转让的《行动守则》。

近几年来,有一些实际问题从表面上看来显得模糊不

清，但在实质上它们都一直是外交、政治、科技领域的研究对象，由于这些问题为数繁多和层次复杂，因而使每个致力于研究“国际经济新秩序”的人都感到眼花缭乱，惊骇不已。1981年在联邦德国举行了基尔（联邦德国石勒苏益格——荷尔斯泰因州首府）学术讨论会，与会者对一些题目进行了讨论，但是从全部问题深度与广度来看，这些题目给人的印象是不深刻的。今天我想就讨论的全部问题谈一点看法。迄今为止，这种看法几乎没有引起国际法学界的注意。在这方面围绕着重建国际经济新秩序问题，在旧世界与新世界间展开了一场激烈的争论，而在争论中“技术转让”则成了最重要的中心问题之一。

首先得解释一下“技术转让”这个词的含义。所谓“技术转让”就是指技术知识的转让。如今人们可以从广义上来理解技术知识，其中包含了主要是来自自然科学领域的科学知识，同时也包括将这些知识有目的地运用于实践的方法，换言之，技术转让既包含了有实用性的科研成果，又包括与此相关的必要的“技术”和操作过程，因为人们对“技术”或“工业技术”的理解十分广泛，所以技术转让的具体方法也多种多样；其中有出售工业产品和关键性工业设备，签订交钥匙协定(Turnkey agreement)^①，建立子公司或联合企业或出售专利权、许可证、商标乃至小发明（指那些受法律保护，但无专利权的发明），与此同时，技术转让还包括从管理合同与咨询协议，一直到交流情报和培训技术工人等方面的内容。在现实中，技术转让可分为两方：“技术出口国”与转让企业是一方，即供方，“技术进口国”与接受企业则为另一方，称需方。

^① 由技术供方提供机器等全套设备和一切技术，并负责安装和试车，直到运转正常，能够正常生产时。再移交给需方的合同。——译者

无论是在高度发达的工业国家之间，还是在这些国家内部的企业之间，如今人们经常地、普遍地使用这种广义的技术转让。当然，要是在联合国里谈技术转让问题，那么人们就得从狭义上来理解这个概念。对这个概念的理解是：发达的工业国家对第三世界的工业与经济发展应作出人们所期望的贡献。技术转让的一般概念被保存下来，但事实上是指工业国家向发展中国家转让技术知识。然而，在技术转让过程中会产生哪些困难呢？因此，在以后必须对此加以论证。例如，联合国就民族自决和民族自尊概念问题进行了讨论，而国际法工作者从这些讨论中也认识到了可同这种情况相类比性的困难。

如果人们试图在南北对话中对迄今为止的技术转让的重要性进行估价的话，那么人们就可以确定七十年代是个转折点。在过去的年代里，技术转让是作为词目突然出现在国际会议的议事日程上。在这方面可以作为例证的是1963年联合国召开了“有益于不发达地区的科学与技术会议”，并于同年由联合国经济与社会理事会（简称“经社会”）设立了常驻的技术和顾问委员会。尽管技术转让的重要性是明显的，但是还要举行国际会议讨论技术转让问题，而且这种枯燥无味的讨论一直延伸到七十年代初期。直到1973年在智利首都圣地亚哥召开的第三次联合国贸易与发展会议上，情况才有所改变。从那时起，在围绕着建立所谓国际经济新秩序的争论中渴望加强技术转让才成了第三世界的核心要求。

由于时间关系，我对南北对话中的有关技术转让问题不再详细描述。专家们一致认为：关于技术转让的讨论现在可归纳为三点。本人也有这种看法。在联合国贸易和发展会议的第四次关于技术转让会议的报道中写道：

1. 采取加强发展中国家技术力量的措施；

2.在一种行动守则的基础上确定技术转让，並在此基础上规定技术转让的方式和方法；

3.联合国贸易和发展会议在国际专利系统的经济、商业的发展方面，以及在继续修改这系统的过程中应该采取的措施。

在内罗毕，人们着重地讨论了“加强自己的技术力量”、“行动守则”、“国际法专利权的审核”等问题，並以压倒多数而通过。关于“行动守则”的〔IV〕第89号决议要求加速制订一部这样的守则，並建议联大于1977年底召开一次国际会议来通过这部守则。

在上述三点意见中还存在着许多问题；尽管如此，人们还是接受了这三点意见。

现在请允许我对“专利权的改革”提两点肤浅的看法。第一，直到前几年大多数工业国家还在竭力反对有关修改现行的法律制度的讨论。它们把现行的专利权看作是一种“天赋人权”，並以此来代替法律，而不是从内部去摧毁现存的国际经济秩序。除了重大的经济利益之外，也许要将竭力反抗每一种改革思想的责任归咎于这种情况：即在工业国家方面，讨论完全是受经济代表和专利权专家任意摆布的，而对法律专家来说，一般在对现状作定义时，他们才有发言权。

第二点意见是针对“一种强烈和不利的反应”而讲的，这种反应反对任何一种改革至少有一部分是被迫的，而且目前这种反应已经倾向另一边，即支持发展中国家把保护专利权贬低成一种剥削工具。在联合国贸易与发展会议内广为流传的观点至少是同维护现行的制度一样是鼠目寸光，没有远见。我觉得非常重要的是，在这场已有很大进展的改革讨论当中，必须考虑到：对发明者应当加以关心和保护，对他们

不能只用那种已经过了时的“精神鼓励”，或者对他们只强调个人对社会所应尽的义务，而更为重要的是还应当继续采取行之有效的经济措施来保护他们的经济利益。如果人们想鼓励发明者继续搞创造发明，并将发明运用到实践中去，而有益于公众，那么就要更加明确地保护发明专利权，而这样做，决不是搞什么不合理的特权。

“行动守则”这个词也是一条词目，在下面我想就“行动守则”问题集中地谈一些看法。在这方面我觉得首先要谈的是那些必须注意的，并且是法律工作者直接或间接特别感兴趣的问题。

目前没有统一的条文可供进一步讨论的基础。与此相反，却有两份“行动守则”草案作为讨论的基础。所谓七十七国集团的专家们提出了一份草案（A方案），而工业国家的专家却制订了另一份草案（即B方案）。两份草案都提交给联合国贸易和发展会议，并成立一个工作组来制订一部“行动守则”的草案，从基本的形式上来看，这两个草案是符合内罗毕的讨论情况的。从那时起，专家工作组于1976年11月，1977年3、4月间，以及于同年6月在日内瓦举行过三次会议。但是有关会议的结果却没有详细的情报。至今还没有将一份共同草案的较大部分的内容制订出来。正如我所证实的一样，这并不使人感到意外。

在制订这部守则的过程中专家们对“行动守则”的法律性质展开了讨论，而且一开始这个问题就成了发展中国家与工业国家之间争论的主要焦点之一。工业国家一开始就声称，如果“行动守则”要成为不受法律约束的国际工具的话，那么他们就放弃原来对行动守则所作的保留意见，并一起参加制订行动守则的工作，而发展中国家则一再强调，

“行动守则”必须是受法律约束的国际法工具。在这个问题上，双方发生了争执，而且至今没有达成协议。1976年11月谈判开始时，B方案的专家（即工业国家）再次宣布：他们对草案的内容进行讨论已作好了准备，因为他们的出发点是使这部“行动守则”在其最后形式上只具有介绍的性质。根据目前的讨论情况，关于这部守则是否要受法律约束的这个问题，将由“国际法典编纂会议（即国际法委员会）”来决定。联合国贸易与发展会议的89号（IV）决议也明确地考虑了这种情况。

现在我想就工业国家在同发展中国家的谈判中经常使用的行为模式再补充几点评论性意见。工业国家的行为模式是：它们对发展中国家所提出的要求，先是反对，而后在一些协定中再或多或少地满足这些国家的物质上的要求。如果联大或其他国际组织以推荐的方式而提出发展中国家的物质上要求的话，那么相对来说，工业国家与发展中国家之间的矛盾会缓和些，因为那些以推荐方式所提出的要求，是无关大局的，而且它们既不受法律约束又不负国际法的法律责任。

当然，谁也不否认，多边协定比联大的推荐更有“危险性”。最近，克里斯蒂安·图莫沙特在一篇关于国家经济权利义务的文章中指出：在实现国际化标准时，同技术需方国进行有效的合作是很重要的。在此“大胆地”提出了这种论点，“国际法条约是否受法律的约束，这是无关紧要的，因为在现实中，法律的约束力仅仅表现在形式上面，而在具体执行过程中由于存在阻力，这种形式上的约束力也往往不起任何作用”。我完全赞成这个观点，但我还要补充的是：国际经济法是一个广阔的领域，它不是一种法官的法律，而是实践家的法律。在此，什么是“有效的”，什么是应当遵守的，

在相当大的程度上都是由那些最重要的活动家亲自决定的。

工业国家和发展中国家就技术转让问题各制订了一部“行动守则”的草案。现在我们将各个章节中的一些最重要的观点作一些分析与比较。

发展中国家草案的序言写得很长。在序言里不仅详细地记述了“行动守则”的历史，而且还提出了许多希望和要求。在此有两个要求成了人们注意的中心：它们象一根红线贯穿在整个草案之中。在序言的第五款和第八款中都提到了这两个要求。在第五款中首先谈到了所有国家应当承担技术转让的义务。在此选用了“义务”这个词，不仅把发展中国家的政治要求解释成是工业国家应尽的义务，而且将这种义务提高到一个非常高的——至少是政治道德的等级之上。比如在第五款中谈到了技术转让应尽可能在价格和其他方面照顾发展中国家的利益，此外，还要按照民族的经济发展规划实行技术转让，并给予优先权。

人们从草案前言的第七条款中得到了这样一种印象：发展中国家力图在国际上加强和巩固其贸易地位。就贸易地位而言，那种认为发展中国家一般要比工业国家弱的看法未必正确，而且与事实也不相符，更不能把它当作真理，对此也不必再作什么具体的论证。在工业国家的，即B草案里，特别是在第一条第二款和第三条第二款中，都清楚地提到了“要重视双方的合法权益”，而且还特别地指出：如果技术转让确实是在大家所希望的范围内进行的话，那么就要使双方都获得利益。除此之外，在B草案的序言里着重地强调了两点：第一，首先要有一个私人的法律主体，但是这个法律主体不是由那个向发展中国家或企业提供技术的国家担任的。第二，一种正常的技术转让是以鼓励作为前提的，无论

是对基础的研究还是转让出口技术的发明都要进行鼓励，而主要的鼓励之一就是有效地保护财产权。

因此，发展中国家和工业国家的草案序言，在阐述的观点和内容方面存在着意见分歧。

行动守则的第一章，在A草案里标题叫“目标与原则”，在B草案里称“原则”。

在A草案中总共有四个目标，其决定性的标准是强调“发展中国家的特殊需要”。在阐述自己的目标时，A草案则要求有关的发展中国家从整个“行动守则”上作一些政治上的让步。如果在（第三章）第1.1节中写上：行动守则应该有“增加对所有国家，特别是发展中国家解决与识别特殊疑难问题的技术项目”的条文的话，那么作为草案特点之一的“双重标准”就清楚了。在下面的一些章节中还写道：尽管不是在所有情况下，但是在所有参加技术转让协定的双方之间会产生利益上的矛盾，因此要尽力合理解决这些矛盾，并一再地强调发展中国家的利益，给予无条件的优惠。

但是在B草案的原则这一章中，对行动守则的基本思想所作的阐述，与A草案是不相同的。

在B草案的“原则”中写道：

为了使签署国际技术转让协议的各方均获得最大利益，下列原则至关重要。

因此，在这里着重地强调了双方的利益，并在技术转让的领域里把它作为交易关系的基础。

在发展中国家的草案里提出了四项政治原则：

1)应该从“公正合理的价格和费用，一直到直接或间接支付费用”等方面来完善技术转让的进口问题(I)；

2)应该消除一切由于技术转让而引起的或者同技术转让有关的竞争方面的限制(Ⅰ);

3)应该促进“一揽子交易”，或者换言之，应当促进技术交易的修正(Ⅱ);

4)应该扩大有利于供方与需方的保证履行协定的供应，当然，“还要考虑到发展中国家需方企业的弱势地位”(Ⅳ)。

如果人们把发展中国家草案的这“四项原则”与B草案的原则目录进行比较的话，那么就可以得出如下的印象：发展中国家在A草案里提出了“公正合理的价格与费用”的要求，而工业国家在B草案里则主张“实行技术转让应当以双方同意的期限、条件和价格作为基础”，因此就形成了两种对立的观点。B草案认为所谓的“公正合理价格与费用”的要求在内容上是含糊不清的，例如，由谁按什么标准来确定价格？何谓“合理的价格”？因此B草案没有提出“在国际技术交易中应当怎样商定价格”的具体建议，而只是介绍了一种直接商定价格的方法：就是通过参加交易的双方进行谈判来确定价格。

就A草案提出有关“消除与技术转让有关的竞争限制”要求来说，在序言里B草案提出了两条明确的界限：1)按照此项建议只有那些在下一章节中详细所列举到的竞争限制才应该加以避免；2)只有当竞争限制损害技术转让时，才可以要求取消竞争限制。

在B草案的序言里工业国家对发展中国家的第三条要求，即在技术转让中的“一揽子交易”没有采取相反的立场，而是提出了签订协定的自由权，并把它作为一种“答复”。

关于“发展中国家要求考虑需方企业的弱势地位”的问

题，工业国家的回答是：应当“根据具体的情况和各方面的因素”来考虑这种弱势地位，同时还指出：因为每一种技术转让都是一项单独的交易活动，所以不同的情况应该不同对待。因此，从两个草案的“原则”这一章来看，发展中国家和工业国家对技术转让存在着较大的意见分歧。

在第二章里A草案选用了“应用范围”而B草案则加上了“概念与应用范围”的标题，因此也出现了不同的看法。在此，我不想对两个草案的不同标题的细节再作进一步的探讨，但是我觉得在此还要谈三点具体的意见：

1)从行动守则的具体规则的应用范围来看，两部草案还是有其共同点的：双方都同意不论是签署技术协定的双方，还是有关国家的政府，都要对运用行动守则的规则负责任。2)两个草案的共同点还表现在它们对技术转让的概念，及其应用的范围，从内容一直到工艺技术与技术知识的转让——包括采用什么样的形式——等方面签署合同或协定，在原则上取得一致性意见。但是在第三点上两个草案却产生了意见分歧：发展中国家的草案要求，在某一个国家内的两个企业之间达成交易或进行技术转让的交易，而工业国家的草案在对“技术转让”下定义时则把行动守则的规则的运用范围限制在技术进出口方面，按照工业国家的看法，国际的超越国境的技术转让是被包括在行动守则之中的。因此，在考虑发展中国家中的一些跨国企业的经营活动时，这个差别点显得特别重要，因为在发展中国家中，跨国企业的子公司在同一个国家内与其他企业进行技术转让交易时是按照A草案，而不是根据B草案来签订交易合同的。

两个草案的第三章标题是“关于达成技术转让交易方面的国家之规章”。当然，人们对这种规定不必再补充什么言

词，就两个草案的唯一的标题共同点就表现在这一章里。

但是，正如在这一章前言的定理中所表明的一样，几乎在每一条定理中都明显地存在着不同的“哲学观点”，而有关的合同草案就是根据这种不同的“哲学观点”来制订的。在此，我可以引两段原文。在A草案中写道：在行使制定法规、政策或技术转让规章等权力时，国家机构可以采取诸如确定价格、洽谈、注册、签订协定的谈判和签署技术转让协定等一系列措施。与此相反，在B草案里则主张：供方和需方国的政府在确实可行的国际法、条约和协议中拥有进行立法、修改法律和制定技术转让的权力。

因此，在这一章的开头就显示出了两篇草案的不同观点。尽管在用词上几乎是相同的，但是在观点上存在明显的差别：A草案着重强调了参加技术转让交易的国家有权通过立法的和其他的措施来控制技术转让的全部范围，而B草案则通过选用“‘拥有……权力’代替‘在行使权力过程中……国家或许可以采取……的措施’”的表达方式就使人们明白易懂。因此B草案对此感到满足的是，对技术转让提出有关的职权范围，而A草案则象提出一种要求一样来执行这些有关技术转让的职权。

最后在A草案中没有提出一部有效的，限制国家行动范围的（特别是在合同与条约的形式方面）国际法，而B草案对此却很明确。因此根据这条唯一的定理，人们可以清楚地看到，对于A草案的制订者来说——很显然是依靠墨西哥或巴西的，也就是安第斯条约成员国的经验——他们的指导思想是制订一些尽可能详细的技术转让的规章制度，而B草案却针锋相对地强调了国家的权力应受国际法的限制。

A草案的第四章标题和B草案的第五章标题是关于竞争

限制的问题。在此有必要引两段原文。在A草案的第四章前言里写道：在商定技术转让交易时不应该提出那些直接或间接限制民族经济发展的条款或惯例。与此相反，B草案提出了如下的相应原理：在考虑到所有国家的要求与需要时，特别是在考虑到那些由于带有限制性的技术转让交易而引起的会影响经济和社会发展的不利因素的情况下，参加技术转让交易的各方应该在使用专利和技术许可证，以及使用商标许可证(包括专利技术)方面禁止那些带有限制性的交易活动。

在消除技术转让中的竞争限制的问题上，A草案提出了坚决消除竞争限制的主张，并列出了40种禁止竞争限制的具体情况。

与此相反，在有关的章节中，B草案则持非常审慎的态度。它对实际的运用范围不仅划了一个明确的界限，而且要求各有关的合同签署国不得耍花招。从列举的总共有八个例子的目录中清楚地表明了，根据B草案国家的看法，只有当竞争限制属于“无理由的”或“不合理的”情况时，才应该制止这些竞争限制。

在关于竞争限制的章节中，A草案国家和B草案国家都明确地阐述了各自的不同利益。A草案直言不讳地提出一些明确的禁止标准，试图保护发展中国家的利益，而在B草案中重点是捍卫工业国家的利益，但与此同时也强调了兼顾到发展中国家的利益。

A草案的第五章标题是“保证”，B草案的第四章标题叫“供方与需方企业的职责”。在A草案中这章共有三段：第一段是探讨了由供方企业所提出的保证问题，第二段是讲需方企业所承担的义务，而第三段的原文是：技术需方国的政府可以特别要求在技术转让的协定里也包括以下保证的内容。