

国际经济法学系列专著

国际贸易法学

(下册)

总主编 陈 安
本卷主编 单文华
撰稿人 (以撰写章节先后为序)
单文华 杜震农
肖 伟 黄木荣
钟兴国



A0947651

北京大学出版社
北 京

目 录

第三编 国际技术贸易法律制度

第十三章 国际技术贸易法概论	(605)
第一节 国际技术贸易概述.....	(605)
一、技术	(605)
二、技术转让与技术贸易	(610)
三、国际技术贸易	(613)
四、国际技术贸易的发展	(615)
第二节 国际技术贸易法律框架.....	(617)
一、国际条约	(618)
二、国际惯例	(620)
三、国内法	(621)
第十四章 国际技术贸易的标的	(627)
第一节 专利.....	(627)
一、专利	(627)
二、专利权	(632)
三、专利权的国际保护	(637)
第二节 专有技术.....	(642)
一、专有技术	(642)
二、专有技术的法律保护	(647)
第三节 计算机软件.....	(653)
一、计算机软件	(653)

二、国外对计算机软件的法律保护	(655)
三、我国对计算机软件的法律保护	(659)
第十五章 国际技术贸易的方式	(665)
第一节 国际技术许可合同	(666)
一、“许可合同”与“许可证合同”	(666)
二、许可合同的种类	(667)
三、许可合同中可能出现的几种特殊情形	(669)
四、许可合同的基本内容	(672)
五、许可合同双方的主要权利与义务	(685)
第二节 国际技术贸易的其他方式	(691)
一、国际投资经营	(691)
二、国际工程承包	(696)
三、国际补偿贸易	(697)
四、国际合作生产与合作研究	(699)
五、国际技术咨询服务	(701)
六、国际 BOT	(702)
第十六章 国际技术贸易的国内法管理	(705)
第一节 外国对国际技术贸易的管理	(705)
一、外国对技术引进的管理	(705)
二、外国对技术输出的管理	(721)
第二节 中国对技术引进的管理	(723)
一、我国对技术引进的管理范围和审批机构	(723)
二、我国对技术引进的审批	(724)
第十七章 联合国国际技术转让行动守则(草案)	(729)
第一节 守则草案的主要内容	(730)
一、序言	(731)
二、定义和适用范围	(732)
三、目标和原则	(733)

四、国家对技术转让交易的管制	(735)
五、限制性惯例	(736)
六、当事人各方的责任和义务	(739)
七、对发展中国家的特殊待遇	(741)
八、国际协作	(743)
九、国际性体制机构	(744)
十、法律适用与争端解决	(745)
第二节 守则草案中的主要争点	(745)
一、守则的法律性质	(745)
二、守则的适用范围	(746)
三、限制性条款	(747)
四、法律适用和争端解决问题	(751)
第十八章 与贸易有关的知识产权协议	(753)
第一节 知识产权协议概述	(753)
一、知识产权协议的背景	(753)
二、知识产权协议的宗旨	(756)
三、知识产权协议的基本原则	(757)
四、《知识产权协议》的过渡性安排	(758)
第二节 知识产权协议中的主要实体规则	(759)
一、版权及相关权利	(759)
二、商标	(761)
三、地理标志	(762)
四、工业设计	(763)
五、专利	(764)
六、集成电路的布图设计	(766)
七、未披露信息的保护	(767)
八、许可协议中的限制竞争行为的控制	(768)
第三节 知识产权协议中的主要程序规则	(769)

一、一般执行义务	(769)
二、民事和行政程序	(770)
三、临时措施	(772)
四、有关边境措施的特殊要求	(773)
五、刑事程序	(775)

第四编 国际服务贸易法律制度

第十九章 国际服务贸易法概论	(777)
第一节 服务的概念与分类	(777)
一、服务的概念	(777)
二、服务的分类	(778)
第二节 国际服务贸易的概念与特征	(780)
一、国际服务贸易的概念	(780)
二、国际服务贸易的特征	(782)
第三节 国际服务贸易的发展	(785)
第四节 国际服务贸易壁垒	(787)
一、数量限制及相似的非价格限制措施	(788)
二、收费、税收及相关的价格措施	(789)
三、行政惯例、技术标准及调控制度	(789)
四、政府政策	(790)
第五节 国际服务贸易法	(791)
第二十章 国际服务贸易的双边法制	(793)
第一节 美国—以色列的“服务贸易声明”	(793)
第二节 加拿大—美国自由贸易协定	(794)
一、国民待遇原则	(794)
二、服务原产地规则	(794)
三、保障机制	(795)

四、国民待遇原则的例外	(795)
五、争端解决机制	(796)
六、政府采购	(796)
七、金融服务	(796)
第三节 澳大利亚—新西兰进一步密切经济关系与 贸易协定	(798)
一、约束范围	(799)
二、非歧视原则	(800)
三、公平贸易原则	(800)
四、原产地规则	(801)
五、服务提供方式	(801)
六、资格认证及特许权	(802)
七、争端解决机制	(802)
第二十一章 国际服务贸易的区域性法制	(803)
第一节 北美自由贸易协定	(803)
一、NAFTA 中关于服务贸易规定的综合性	(803)
二、非歧视原则	(804)
三、政府采购的原则	(805)
四、争端解决机制	(806)
五、原产地规则	(806)
六、适用部门	(807)
七、专业服务	(808)
八、运输服务	(809)
九、电信服务	(810)
十、金融服务	(811)
第二节 欧洲联盟关于国际服务贸易的规定	(812)
一、人员流动的自由	(813)
二、资本流动的自由	(813)

三、统一标准,相互承认·····	(813)
四、共同外交与原产地规则·····	(814)
五、争端解决机制·····	(814)
六、保障条款·····	(815)
第三节 发展中国家区域性协定中关于服务贸易 的规定·····	(815)
一、阿拉伯国家海湾合作委员会·····	(817)
二、西非国家经济共同体·····	(818)
三、加勒比共同市场·····	(820)
四、中美洲共同市场·····	(821)
五、安第斯条约组织·····	(822)
六、东南亚国家联盟和拉丁美洲一体化联盟·····	(823)
第二十二章 服务贸易总协定 ·····	(825)
第一节 服务贸易总协定的缘起·····	(825)
一、乌拉圭回合前·····	(825)
二、乌拉圭回合·····	(826)
第二节 服务贸易总协定的框架体系·····	(836)
一、服务贸易总协定的组织体系·····	(836)
二、服务贸易总协定的规范体系·····	(837)
三、服务贸易总协定本文的构成·····	(839)
第三节 服务贸易总协定的内容·····	(841)
一、服务贸易的范围与定义·····	(841)
二、一般义务和原则·····	(843)
三、具体承诺义务·····	(849)
四、服务贸易的逐步自由化·····	(852)
五、服务贸易的争端解决机制·····	(853)
六、服务贸易的原产地规则·····	(853)
七、协定的加入、退出、协定专门用语的定义	

及附件	(854)
八、服务贸易总协定几个附件的最新进展	(854)
第四节 对服务贸易总协定的评估	(860)
一、服务贸易总协定的意义	(860)
二、对服务贸易总协定中的几个主要问题的评价	(861)
第二十三章 中国的国际服务贸易立法	(871)
第一节 中国国际服务贸易立法的发展	(871)
一、第一阶段(1949 - 1978)	(871)
二、第二阶段(1978 - 1994)	(872)
三、第三阶段(1994 -)	(873)
第二节 中国国际服务贸易立法的原则	(874)
一、中国国际服务贸易立法的一般原则	(874)
二、中国国际服务贸易立法的特别原则	(875)
第三节 中国国际服务贸易管理的法律措施	(879)
一、中国《对外贸易法》所规定的国际服务贸易 管理措施	(879)
二、中国其他立法所规定的国际服务贸易 管理措施	(883)
第四节 中国国际服务贸易的管理体制	(885)

第五编 国际贸易争端解决制度

第二十四章 国际贸易争端解决制度概述	(889)
第一节 国际贸易争端	(889)
一、国际贸易争端的概念	(889)
二、国际贸易争端的分类	(890)
第二节 国际贸易争端的解决方法	(891)

一、国际贸易争端解决方法的种类	(891)
二、国际贸易争端的非法律解决方法	(892)
第二十五章 国际商事仲裁法	(899)
第一节 国际商事仲裁概述	(899)
一、仲裁	(899)
二、国际商事仲裁	(899)
三、国际商事仲裁的性质	(902)
四、国际商事仲裁的特点	(905)
五、国际商事仲裁的法律渊源	(908)
第二节 仲裁协议	(911)
一、仲裁协议的概念	(911)
二、仲裁协议的有效要件	(912)
三、仲裁条款的独立性问题	(916)
四、仲裁协议的基本内容	(918)
五、仲裁协议的效力	(921)
第三节 仲裁庭	(924)
一、仲裁庭的组成	(924)
二、仲裁员的资格	(925)
三、仲裁员的指定	(926)
四、仲裁员的异议与更换	(928)
第四节 仲裁程序	(930)
一、仲裁程序规则的确定	(930)
二、仲裁程序规则的基本内容	(931)
三、补充性的程序规则	(934)
四、我国《仲裁法》关于仲裁程序的基本规则	(939)
第五节 仲裁实体法的确立	(941)
一、当事人选择仲裁实体法	(941)
二、当事人未选择时仲裁实体法的确定	(944)

三、非国内规则及其适用	(946)
第六节 仲裁裁决	(949)
一、仲裁裁决的作出	(949)
二、仲裁裁决的撤销	(952)
第七节 仲裁裁决的承认与执行	(955)
一、外国裁决的界定	(956)
二、承认与执行外国仲裁裁决的程序	(957)
三、申请执行外国仲裁裁决的条件	(960)
四、拒绝承认与执行外国仲裁裁决的理由	(961)
五、仲裁裁决在我国的承认与执行	(963)
第二十六章 国际民事诉讼法	(970)
第一节 国际民事诉讼法概述	(970)
一、国际民事诉讼	(970)
二、国际民事诉讼法	(971)
三、国际民事诉讼法的基本原则	(974)
第二节 外国人的民事诉讼法律地位	(977)
一、外国人民事诉讼法律地位的概念	(977)
二、民事诉讼国民待遇	(978)
三、诉讼费用担保制度	(980)
第三节 国际民事诉讼管辖权	(983)
一、国际民事诉讼管辖权概念	(983)
二、确定国际民事诉讼管辖权的一般原则	(985)
三、国际民事诉讼管辖权的冲突及其解决	(987)
第四节 一般国际司法协助	(990)
一、司法协助概述	(990)
二、域外送达	(992)
三、域外取证	(993)
第五节 外国法院判决的承认与执行	(995)

一、概述	(995)
二、承认与执行外国法院判决的条件	(1001)
三、承认与执行外国法院判决的方式	(1006)
四、承认与执行外国法院判决的程序	(1008)
第二十七章 世界贸易组织的争端解决机制	(1011)
第一节 世界贸易组织争端解决机构	(1011)
一、世界贸易组织争端解决机构的组成	(1011)
二、世界贸易组织争端解决机构的受案范围	(1014)
第二节 世界贸易组织争端解决程序	(1017)
一、协商	(1019)
二、斡旋、调解和调停	(1020)
三、专家组审议并裁决	(1021)
四、上诉机构复审	(1024)
五、争端解决机构批准并监督执行	(1026)
第三节 世界贸易组织争端解决机制的意义	(1029)
一、积极务实地解决争端, 保证各方利益平衡 ...	(1029)
二、高效迅速地解决争端以使世界贸易组织正常 运转	(1031)
三、完善严密的司法裁决, 保证各项协定的贯彻 执行	(1031)
主要参考书目	(1035)

下 册

第三编 国际技术贸易法律制度

第十三章 国际技术贸易法概论

第一节 国际技术贸易概述

一、技术

据考证,汉语中的“技术”一词出自《汉书》,是在记载汉代名医淳于意的医术时首次使用的。^①从此以后,“技术”在我国就被理解为“专门的技艺”。作为汉语“技术”的对应词,英语中的“technology”则源自古希腊文中的“techno 与“logy”二词。前者原意为“(应用于工业的)实用科学”,后者原意为“系统的学问(或理论)”。^②现代意义的“技术”(technology)含义十分广泛。按世界知识产权组织出版的《发展中国家许可证贸易指南》与联合国贸易与发展会议制定的《国际技术转让行动守则草案》,“技术”指制造某种产品、实施某种工艺或提供某种服务的系统知识,不论这种知识是否体现为一项发明、外观设计、实用新型或一种动、植物新品种,也不论它是否反映在技术情报、技能技巧中,或是反映在专家所提供的设计、安装、建立、维持一个工厂或管理一个工商企业而提供

① 参见郑成思:《国际技术转让法通论》,中国展望出版社1987年版,第1页。

② 同上。

的服务或援助之中。这一定义可以说是国际上比较公认的关于“技术”的界定。

从这一定义可以看出,“技术”具有如下三方面的特征。^①首先,技术是人们从事生产经营活动的知识、经验与技能,具有“生产性”。这里的“生产经营活动”包括制造产品、实施工艺与提供服务三大内容,那些关于非生产性活动的知识,如人们在衣、食、住、行和文体活动中的经验与技能,虽然有时也被称为“技术”,但一般不包含在上述“技术”,即可贸易、可转让的技能范围之内。事实上,正是这种“生产性”决定了技术的价值,决定了它的“商品”属性。其次,技术是一种无形的知识,具有无形性。技术固然可以用文字、数据、图表、公式和配方等有形形式记录下来,经验与技能也可以储存在人的头脑中,但这种知识与有形的商品仍有明显的质的区别。一台彩电,作为有形财产,其所有人行使权利出售、出借或出租它,标的均为该彩电本身。但一项专利技术,作为一种无形商品,当它的所有人行使权利转让它时,标的可能是使用制造该专利的产品的“制造权”,或者是销售某种使用该专利的产品的“销售权”,而不是专利技术本身。最后,技术还是系统的知识,具有系统性。这种系统性通常包括从产品设计、生产实施、生产管理乃至市场开拓、经营销售等各个环节的知识、经验与技能,而不仅仅为某一点“点滴”的知识。根据知识的内容不同,可以把技术划分为产品技术与管理技术两大类。前者包括产品的原理和设计、制造方法和工艺、使用方法和维修,等等;后者指生产的组织和管理方法,包括产品发展的研究、生产计划的制订、各部门的协调以及质量管理、成本管理和经营销售,等等。

对技术的分类有多种多样,从法律上看,最有意义的是公有技

① 参见沈金英:《国际技术贸易》,南京大学出版社1995年版,第1—2页。

术与私有技术的分类。^① 这是根据技术的所有权属所作的划分。

“公有技术”指进入了公有领域的技术。有学者认为,公有技术包括从来就属公有的技术与由专有(或私有)转为公有的技术两类。前者如数学运算法,后者如过了保护期的专利。在我们看来,任何技术在最初都是以某种形式“私有”着的,只有当他通过某种途径公之于众,放弃其私有权利时,这种技术才会变成“公有技术”。数学运算法的发明人如不将他的算法公布于众、任凭大家采用,则这种技术仍为私有技术,所以,这种区分似乎并无必要。

一般来说,“进入公有领域不可逆转”是知识产权法的一条普遍原则,所以,通常只存在私有技术向公有技术的正向转化,而不存在公有技术向私有技术的“逆转”。^②

作为国际技术贸易的标的的“技术”,通常只能是私有技术,即未进入公有领域的技术,而不是公有技术。私有技术又可以具体地分为下列几种:

1. 专利技术。专利技术就是取得了专利的技术。它是可转让的技术的主要构成部分。按各国专利法,专利权人在法定的期限内,对制造、使用、销售(不少国家还包括进口该项专利产品或使用这一专利方法生产的产品)其专利产品,或使用其专利方法享有专有权。其他人要实施上述行为、必须取得专利权人的同意,否则将构成侵权。专利技术具有专有性、时间性和地域性等特征。^③

2. 专有技术。英文为 know-how 或译技术诀窍、技术秘密、技术秘诀、秘密技术,等等,在我国法律中则多译作“专有技术”。事

① 按所有权属状况将技术分为“公有技术”与“专有技术”,这一区分自有其合理性,但其一则易与对“know how”的传统译法(专有技术)相混,二则以“私”对“公”似无不妥,所以本书中用“私有技术”对应“公有技术”。

② 这只是通常情况,个别特殊情况下也会出现从公有领域向私有(或专有)领域的逆转。如在特定情况下,过期的专利可能被延续了保护期,或被判无效的专利又被重新恢复效力,这时可能会有上述的逆转情况。

③ 关于专利技术,详见本书第14章第1节。

实上,专利技术也是一种“专有技术”,故以“专有技术”对译“know-how”显然不十分贴切,但由于这种用法由来已久,相沿成习,不便遽然更改,故在本书中仍沿用这一通译。“专有技术”(know-how)一般是指未向社会公开的技术、知识与经验,往往表现为可供实施的,关于产品设计、工艺程序、操作方法以及生产管理与商业经营方面的秘诀。实际上,不少专有技术是生产某种专利产品实施某种具有专利权的生产方法所必须的最关键部分的技术,这使得专利技术与专有技术往往相伴而进行贸易与转让。

3. 计算机软件。尽管对采用什么法律保护计算机软件这一问题,各国尚未达成一致见解,但软件许可贸易在蓬勃发展已是不争的国际事实。据《欧洲知识产权》杂志的统计(1984年第7期),早在80年代初,全世界计算机软件贸易总额即已达500亿美元。而据联合国的统计,1993年世界计算机软件的许可贸易量为2,500亿美元,约为前十年世界计算机软件许可贸易量的总和^①。计算机软件的许可是指许可方在被许可方支付使用费并满足其他一定条件的情况下,允许被许可方在一定时间与范围内使用其软件。计算机软件是一种新兴的高能技术,软件贸易已成为国际技术贸易的重要组成部分之一。

商标算不算是技术?对此我国法学界似乎是有不同见解的。有学者主张,作为技术转让标的的“技术”限于上述三类,而不包括商标^②,多数关于国际技术贸易(转让)的近著则主张将商标纳入其中。^③我们认为,商标不能算作是一种技术,因为商标本身不具有生产性,既不能直接用来制造商品、应用工艺,也不能直接用以

① 参见江前良:《国际技术转让法律与实务》,法律出版社1995年版,第5页。

② 例见郑成思:前引《国际技术转让法通论》,中国展望出版社1987年版,第2—7页。

③ 例见白映福、黄瑞:《国际技术转让法》,武汉大学出版社1995年版,第10—19页;周汉民:《国际贸易法》,上海教育出版社1995年版,第349页。