

知 识 产 权 保 护 判 解 研 究 从 书
ZHISHICHANQUAN BAOHUPANJIEYANJIU CONGSHU

国际技术贸易与资本化法律的 理 论 与 判 解 研 究

金春卿  主编

 苏州大学出版社

知识产权保护判解丛书

国际技术贸易与

资本化法律的理论 与判解研究

金春卿◎主编

◆ 苏州大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际技术贸易与资本化法律的理论与判解研究/金春卿主编. —苏州: 苏州大学出版社, 2005. 5
(知识产权保护判解研究丛书)
ISBN 7-81090-472-8

I. 国… II. 金… III. 国际贸易: 技术贸易-知识产权-研究 IV. D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 043376 号

国际技术贸易与资本化法律的理论与判解研究

金春卿 主编

责任编辑 蒋 超

苏州大学出版社出版发行

(地址: 苏州市干将东路 200 号 邮编: 215021)

丹阳教育印刷厂印装

(地址: 丹阳市西门外, 邮编: 212300)

开本 720mm×940mm 1/16 印张 21 75 字数 352 千

2005 年 5 月第 1 版 2005 年 5 月第 1 次印刷

印数 1~4 000 册

ISBN 7-81090-472-8/D·28 定价: 28.00 元

苏州大学版图书若有印装错误, 本社负责调换
苏州大学出版社营销部 电话: 0512 67258835



知识产权保护判解研究丛书

技术合同理论与判解研究

商业秘密理论与判解研究

 国际技术贸易与资本化法律的理论与判解研究

数字时代的知识产权保护与判解研究

知识产权权利冲突的理论与判解研究

知识产权保护判解研究丛书

策 划 吴培华 谭筱清 金春卿

丛书编委(按姓氏笔画为序)

王 平 王劲松 王燕仓 冯 毅

刘红兵 汤茂仁 吴 军 吴培华

沈 兵 金春卿 赵建聪 姚兵兵

高国华 凌永兴 裴国伟 谭筱清

本书主编 金春卿

副 主 编 吴晓鹏

序
言

Prologue

人

类正处于知识经济时代,科技的发展、社会的进步离不开相应的游戏规则。知识经济与知识产权密切相关。我国的立法机构为了协调社会生活,融入逐步趋于一体化的世界经济,围绕知识产权做了大量、有序的立法工作。特别是加入 WTO 前后,我国为了达到 TRIPs 协议的要求,信守入世承诺,相应制定和修改了一系列的法律、法规乃至规章,并批准加入了相关的国际公约、条约,从而给知识产权的理论研究和司法实践提供了较为翔实的资料。

我国的法学体系虽在不断地汲取英美法系的精华,但根本上还属于大陆成文法体系。理论来源于实践,没有司法实践也不会产生成熟、完备的司法理论。在我国,立法和作为立法有效补充的最高法院司法解释本身,有时会出现相关法条过于原则、抽象甚至含糊的现象,在具体适用中仍会产生理解上的分歧。这就需要司法实践者基于对涉及的法条特别是法学精神的理解,从倡导诚信、公平原则出发,追求个体利益与社会整体利益的衡平,此谓“造法”(或称“造判例”)。“造法”是一个艰难的过程,不仅需要勇气,更需要科学的方法。古罗马法学的繁荣与当时实证主义法学思维的盛行密不可分,带给人们有益的启迪。

新世纪初,我们接触到知识产权出版社出版的《美国联邦巡回上诉法院专利案件年鉴》时,被该书的内容尤其是该书的体例所吸引。正如该书的翻译者所说的,“虽然美国的司法体系与我国的司法体系具有明显的差别,但他山之石,可以攻玉”,该书科学的体例、严谨的论证给我们

不少启迪,故本套丛书的体例就是参照该书而设立的。最高法院《人民司法》编辑部与中国人民大学民商法研究中心共同推出的期刊《判解研究》,也对本丛书的构思起了指导性作用。在此请允许我们引用王利明老师的表述:理论必须实证,理论研究者应当加强实证分析;而判解是连接理论与实务的桥梁,通过判解研究,可以有效地实现理论研究者的学术活动与裁判者的司法实践的有机结合。

本书的作者大部分是来自知识产权审判第一线的法官。有的法官可以说是我国知识产权审判的开拓者,属于伴随了知识产权审判设立以来整个发展过程的资深法官,其中不少案件为其亲自承办;也有在大学或科研院所里已经充分汲取了知识产权理论营养,学有所成后投身知识产权审判的学者型法官,他们通过其自身的不断努力,已经将所学的理论 with 司法实践紧密地结合起来,正在成为专家型法官;还有担任了相应的职务后,仍然对知识产权审判痴迷不悔的领导者。大家相聚在一起,致力于探索有中国特色的知识产权判解研究之路。

书中收集的不少案例本身就在全国范围内有一定的影响。作者力图通过对专门召集的专家论证会的总结,特别是对于相关的法律、法规和规章以及最高法院司法解释,甚至是国际公约能否适用该案件的评析,阐述了法官“造法”(“造判例”)的依据,带有法官特有思维方式的深深烙印。尽管有时观点不够全面,甚至偶尔有失偏颇,但相信能够开阔大家的思路。

知识产权的案例选集已为数不少,但围绕主题对典型案例展开系列的判解研究,本套丛书属开先河之作。丛书围绕权利冲突、数字时代的知识产权、商业秘密、技术合同、国际知识产权保护等多个专题展开。

本套丛书的出版,相信能够对国内的知识产权实证研究起推动作用,对知识产权的理论研究与司法实践的有机结合能有所裨益。

是以有序。

“知识产权保护判解研究丛书”编委会

2003 年 12 月

提高法官素质 保证执法质量

(代 绪 言)

近年来,培养“学者型法官”的工作已经被许多法院列入议事日程。在司法审判第一线工作的法官,尤其是青年法官们,也把提高专业修养与素质,争取成为理论功底厚实、实践经验丰富的法律专门人才当作自身进步与发展的目标。至少在知识产权领域,法官们撰写的学术论文、案例分析、研究报告等已经可以在案头的出版物中随时找到。

大约一年前的这个时候,北京市高级人民法院的程永顺法官曾为其五卷本《知识产权裁判文书集》的出版而邀请我为其写一份前言。一年后的今天,江苏省高级人民法院的谭筱清、汤茂仁法官又给了我一次机会,让我在他们精心编撰的“知识产权保护判解研究丛书”前面写几句话。虽仍不免有些惶恐,但我还是壮着胆子接下了这个重任。

根据两位法官的介绍,“知识产权保护判解研究”将以系列出版物的形式面世,围绕“权利冲突”、“数字时代的知识产权”、“商业秘密”、“技术合同”和“国际知识产权保护”五个专题,主要以江苏法院系统近年来审理的知识产权案件为基础,对其中涉及的法律关系进行深层次的分析 and 研究。按照事先的设计,每一篇文章又包括五个部分,即“内容提要”、“基本案情”、“争议焦点”、“法院裁判”和“判解研究”,其中最后一部分是文章的重点,一般要占到整篇文章的三分之二。

在整体构思及撰写过程中,作者参考了近年来出版的一些较为成功的案例分析类出版物,力图使该系列出版物成为众多同类出版物中有鲜明特色及更大参考价值的一部分。但在我看来,能够将自己参与审理的案件及案件审理过程的思路公之于众,接受公众的审查,这种做法的价值可能远比每一篇文章及其所传递的信息的价值要高。

中国的改革开放已经过去了四分之一世纪。在这一过程中,法律制度的完善逐渐成为人们关注的焦点问题之一。多年来的实践表明,法律体系与规范的建设虽然是法律制度完善的基础,但却不是最终的决定性因素。相比之下,执法者的执法过程与结果则在相当大的程度上决定着整个法律制度的影响与作用。这就意味着,法官的素质已经成为决定中国法律制度能否真正完善的核心因素。

我始终认为,法官的首要素质是忠实于法律,严格按照法律的本意去解决一切诉诸法院的案件。这就要求法官必须认真、深入地研究每一个法条,甚至法条中每一个字的来源及其真实含义,而不能仅凭自己的文字学、语言学及逻辑学素养任意解释法律,更不能为了支持事先设定的某种裁判结果而刻意寻找某些学术理论以否定现有的法律规范。当然,忠实于法律并不等于一字不差地引用法条,因为每一个法条背后都有着深刻的背景,而且不论多么复杂的法条都不可能穷尽所有法律关系的细节。为此,在遇到前所未有的新案件时,或者发现过去的案件裁决有问题时,对法条的内涵甚至外延作出新的解释,使之更加适合于具体的案情,当然就成了法官独立行使裁判权的一部分。这就意味着,法官虽然不能“造法”,但却可以“造判例”。在法律没有赋予判例特定法律地位的情况下,法院在审理案件时不但可以参考本院及上级法院的生效判决,而且还可以参考其他法院甚至是下级法院的生效判决,从而使“判例”的实际效果变得更宽、更广。

法官的第二项基本素质是能够通过审判活动维护法律的尊严。除了自己要忠实于法律之外,法官还应通过自己在审判活动中的言行举止展示法律工作者的人格形象,维护法律的尊严。这要求法官必须严格按照法律规定的程序与形式开展审判活动,并严格、准确地适用实体法律规则对依法认定的事实作出裁判。

法官的第三项基本素质是能够以推动法律的完善为己任。社会永远处于发展与进步的过程中;作为社会成员行为规则的法律也必然要不断地完善自己,以适应社会发展与进步的要求。从理论上说,推动法律的完善是每一个社会成员的责任,而法律规则的条文化则是立法机构的职责,但无论如何,作为执法者的法官才是使法律规则走向完善的最有力的推动者。之所以这样说,理由有四:(一)现有规则可能存在的谬误之处将

由法官在执法过程中最终确认；(二) 现有规则的欠缺或对新问题的准备不足也只能通过法官的案件审理过程加以证明；(三) 社会发展要求法律与之相适应的趋势将最先通过法官对案件变化趋势的研究予以发现；(四) 法官审理案件所得的经验与教训是法律修改、补充及完善的直接依据。

有鉴于此，法官们必须认识到，其所审理的每一个案件虽然都是“个案”，可能不会对法律及社会产生明显的影响，但将一段时间内所有的个案联系在一起，就构成了可供独立审视的法律形象。此时，每一个“个案”的裁判过程与结果都成了显示法律制度是否完善的标志。因此，法官应将完善法律制度的意识贯穿于审判活动的始终，并将其通过审判活动发现的任何反映或影响法律制度完善的事项加以归纳，再通过适当方式告知社会公众或相关部门。当然，通过个案的裁判直接补充法律的漏洞也是法官职责与权限范围内的事项。

另外，站在政策的高度去解释和适用法律也是法官应有的基本素质。微观的法律条文是全体社会成员的行为规则；宏观的法律制度则是一个国家整体发展与治理方略的一部分。法官的执法过程既是在案件当事人之间适用行为规则的过程，同时也是执行国家政策的步骤。就适用具体的行为规则而言，法官并不是救死扶伤的医生，不可能悬壶济世；就执行整体的政策而言，法官则应像知途识路的向导，通过案件的审理与裁判为社会成员指引正确的行动方向和路线。站在政策的高度执法，要求法官必须时刻了解国家总体发展状况及相应的政策，并在审判活动中加以体现。具体地说，就是要求法官通过其自由裁量权的行使，在法律允许的范围内适当把握特定法律条文在个案上适用的程度与细节，重点保护政策鼓励的活动，抑制甚至打击违反政策的活动。法律是严肃的，但不是死板的；是严厉的，但不是冷酷无情的。法官的自由裁量权就是法律赋予其在合法的范围内基于个人和集体的认识、推理与判断而在不同程度、不同意义上适用法律条文的自由，问题在于法官应如何运用这项法律赋予的自由。对国家政策的贯彻与体现或许就是给予这个问题的最佳答案。

江苏法院的不少法官已经作出了他们的思考与尝试，并且正在给我们展示他们的成果及设想。在这个时候，作为同一领域的学者，把自己的体会与想法传递给他们，并明确表达与他们走向同一目标的意愿，也是在

写上面这段文字时一直支配我的主导思想。“知识产权保护判解研究丛书”的出版肯定会影响我所主编的《知识产权研究》的稿源,甚至因购买力的限制使我们的一些读者不得不作出购买哪一种出版物的选择。好在我们的出版物本来就不都是可盈利的商品,而是传播知识与信息、传递思想和观念的介质。只要共同的目标实现了,选择哪一种,都是对我们作者、编辑、出版者群体的认同与支持。

中国社会科学院知识产权中心秘书长 唐广良
2004 年 1 月

理论联系实际

注重案例研究

“科 学技术是第一生产力”这个命题在我们这个时代和国家已经是一个毋庸置疑的伟大命题了。其实,在许许多多的科学领域,科学技术也是被频繁设计的研究课题,法学的领域也不例外。

对在技术贸易和技术投资中涉及的法律问题进行理论与实践相结合的研究,无疑符合现时社会发展的迫切需求——据统计,1999年到2003年五年间,我国引进国外技术折合现金总额752亿美元,占改革开放以来引进技术总额的42%^①。甚至其研究成果本身也可以算是一种“KNOW-HOW”,可以作为一种实践中的操作指南。所以,从这些意义上说,本书的主创人员可谓是在做一件有相当社会价值的工作。

技术贸易与技术投资的中国法律规则,经过本书主创人员的研究、汇总,可以让人清晰地看到其脉络。这些法律规则,由行政法规范和私法规范组成,涉及合同、侵权、外汇、税收、进出口许可、海关、外商投资、公司、审计评估、支付结算、反垄断、纠纷解决等法律门类,把交易全过程中可能涉及的问题都系统地串了起来。

有趣而且值得注意的是,这是一本由法律实际工作者为主体的作者团队撰写的作品。他们结合自己多年的国际技术法律服务工作经验,选取了国际技术转让和技术在国际环境下的资本化为两个核心内容,以自

^① 见商务部副部长魏建国于2004年10月20日在苏州电博会上的演讲《科技兴贸战略是实现贸易强国的必由之路》。

己的工作经验为基础作了一系列有益的探讨,是典型的、比较值得赞成的理论联系实际的尝试。

阅遍这些文章,读者一定能充分地感受到本书的“实用”特色。律师和法官从实践中发生的案例出发,从现实中已有的法律条文出发,进行研讨。即便是本书的理论文章,在致力于一定的理论深度的同时,也不忘说明实际的情况与规则。他们给读者的是一幅以中国为主的现实世界的法律图景,读者们完全可以将其作为一种实践指导。

作为一个耕耘多年的法学理论工作者,我曾有机会了解大陆法系和英美法系的法学教育状态,尽管这两大法系下的法学教育各有千秋,但是,我注意到,它们之间有一个共同的、十分突出的亮点,那就是以案例教学法为主要手段的实证的法学教育方式。这种教育方式的最大社会功能便是极大地拉近了理论和实践的距离。中国的教育界一直在呼唤“素质教育”,而实证的法学教育方法和研究方法可能是在我国法学教育领域实现素质教育的重要解决方案之一。

本书的主要写作人员来自方本律师事务所和方本会计师事务所,他们的从业人员长期以来从事专业性较强的涉外业务。该所合伙人和律师们颇像技术人员,展现出一种低调、务实和实用的工作风格。因此,我觉得由他们主创这本书,是再恰当不过的了。而当他们将最终的创作成果展现在大家面前时,相信大家与我一样,都会对本书作者们的成就报以热烈的评价。

在此,我还希望本书的作者们在进一步加强研究之后,在适当的时候写出一部类似内容和体例的英文著作;我相信那样的作品除了我们今天能够感受的意义之外,还可以起到介绍中国法律、中国司法的状况,促进中国对外开放事业的一举多得的功效!

是为序!

杨海坤

2004年岁末于姑苏

目
录

Contents

第一部分：理论研究

1. 论中国的国际技术贸易管理制度 金春卿 汤文哲/3
2. 国际技术资本化问题探讨 王义勇 杨相宁/15
3. 略论国际技术转让中的限制性条款 金春卿 刘宏伟/29
4. 国际技术贸易中的知识产权担保问题研究
蒋俊荣 陈 生/38
5. 论国际技术贸易下的法定损害赔偿问题
金春卿 吴晓鹏/49

第二部分：案例研究

1. 国际技术贸易合同的有效性以及外汇管制、国际税收等重大问题
——欧洲某国 T 公司与我国 S 省 C 公司“技术支持、商标许可
和成本分担协议”非诉讼案 金春卿 李圣学/65
2. 国际技术贸易下的支付结算
——境外甲公司与我国乙公司专有技术转让采用信用证支
付的非诉讼案 吴晓鹏/75

3. 国际专利许可合同期间的第三方侵权问题研究
——无锡某公司与日本某公司共同诉宁波某公司专利侵权案
陈 生/82
4. 国际技术贸易下的知识产权保护
——外方诉中方不正当竞争及侵犯商业秘密案
柏宏忠 吴晓鹏/94
5. 技术贸易中的商业秘密保护与竞业禁止
——A 公司诉 B 公司及王某侵犯商业秘密和违反竞业禁止案
蒋俊荣/101
6. 国际技术贸易纠纷的管辖
——云梦县牧工商公司诉香港加港维信有限公司、谭其武、赵晓林、Michel Lewicki(迈克)、湖北省嘉鱼农工商总公司、湖北维嘉牧业设备有限公司侵犯商业秘密案
汪 文 吴晓鹏/111
7. 我国进口货物特许权使用费计入海关完税价格的理解与适用
——国内企业进口国外企业产品商标使用及技术许可费估价案
杨相宁/118
8. 国际技术贸易中的限制性商业惯例
——中国某技术设备公司诉德国某公司技术引进合同无效案
王綏润/128
9. 技术受让方引进的技术是否构成商业秘密
——北京仪表机床厂诉北京汉威机电有限公司侵犯商业秘密纠纷案
吴晓鹏/139
10. 国际技术转让中的技术评估与作价
——美国某公司与中国某集团违约纠纷案 莫 莉/145
11. 与技术贸易挂钩的独家销售问题
——荷兰 B 公司申请 A 公司违反独家销售协议赔偿纠纷仲裁案
吴晓鹏/157
12. 技术资本化过程中的法律限制
——深圳 A 公司认定其与外国 B 公司订立的投资合同无效案
王义勇/163

13. 违反技术出资义务时的违约责任
——上海某公司要求法国某公司实际履行出资仲裁案
陈 生/168
14. 技术转让过程中的作价原则和支付方式
——大陆 B 企业引进香港 A 公司非高新技术出资导致
企业巨额亏损案
王义勇/175
15. 以技术作为出资有效性的判定
——甲公司诉乙公司违反出资义务案
吴晓鹏/179
16. 国际技术贸易合同中的法律选择
——美国四班公司与中国航卫公司工厂用四班软件模块
买卖及技术服务合同纠纷案
刘宏伟/187
17. 国际技术贸易合同的解除与撤销
——甲公司诉乙公司实际履行技术转让合同案
吴晓鹏/198

第三部分：国际技术许可实务指导

1. 国际技术许可实务指导
石 磊 朱 元/207
2. 示范合同
223

附录：法律、法规、司法解释及国际公约、条约精选

- 一、相关法律
249
- 二、法规、规章
258
- 三、司法解释
276
- 四、国际公约、条约
305

第一部分



理

lǐ

论

lùn

研

yán

究

jiū