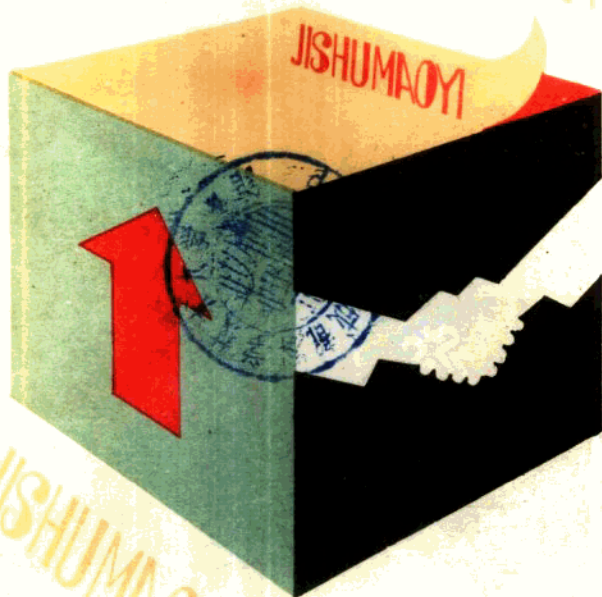


848158

技术贸易

专利·
技术秘密·
商标·

7915
4424



蒋伯华 编
武汉出版社

序 言

技术商品化是和专利制度同步发展起来的。它在国际上已有三百余年历史。第二次世界大战以后，特别在本世纪80年代以来，随着科学技术长足进步，技术的商品地位越来越重要，技术贸易有了巨大发展。目前，国际技术贸易成交额的增长速度远远超过了一般货物交易成交额的增长速度。

在我国，党的十一届三中全会纠正了经济建设工作中长期存在的“左”的偏差，指出我国社会主义经济应该是计划指导下的商品经济，使技术商品化具备了理论基础和实现条件，从此，技术贸易日益受到重视。中华人民共和国专利法、商标法、技术合同法的实施，进一步促进了技术贸易。越来越多的人迫切希望了解什么是技术商品、技术商品有哪些特性、技术贸易同货物买卖有何差别、怎样确定技术商品的价格、在技术贸易中如何保护自己的合法权益等等问题。

蒋伯雄、方放等同志在总结实际工作的基础上，对技术商品化和技术贸易的一些理论进行了初步探讨，编写成《技术贸易》一书，以满足迅速发展技术贸易之急需。该书博采众长，溶技术和法律为一体，从理论与实践的结合上说明了技术贸易中牵涉到的专利、技术秘密及商标等方面的问题，文字简练流畅，内容通俗易懂。它既可作为教学，科研的参考资料，也可作为指导实际工作的手册。我相信本书一定能服务于社会，成为读者的帮手。

邓南生

1988年3月

目 录

第一章 技术商品和技术贸易

第一节 技术市场	1
第二节 技术商品的特点	5
第三节 技术转让和技术贸易	9
第四节 技术贸易的几种主要形式	16
第五节 技术贸易的信息来源	23

第二章 工业产权

第一节 工业产权保护制度概述	29
第二节 专利和专利权	38
第三节 商标	61
第四节 制止不正当竞争	80
第五节 技术秘密	90

第三章 许可贸易

第一节 许可贸易的概念	96
第二节 专利许可贸易	97
第三节 技术秘密许可贸易	102
第四节 商标的使用许可	104

第五节 专利许可的种类.....	114
------------------	-----

第四章 技术使用费的确定与支付

第一节 费用组成.....	120
第二节 技术价格.....	121
第三节 技术使用费.....	124
第四节 支付方式.....	130
第五节 使用费支付方式的比较.....	143

第五章 技术合同谈判

第一节 互利原则.....	150
第二节 许可贸易的可行性问题.....	151
第三节 技术贸易的中介方.....	157
第四节 谈判程序.....	158

第六章 许可合同条款

第一节 技术贸易合同概述.....	162
第二节 许可合同条款.....	165
第三节 关于限制性条款.....	191

第七章 工业产权和技术商品的法律保护

第一节 侵权行为的认定.....	195
------------------	-----

第二节 对侵权行为的处理.....	202
第三节 专利侵权的诉讼.....	207
 附录一 技术贸易参考合同	
(一) 技术开发合同.....	219
(二) 专利许可合同.....	223
(三) 技术秘密许可合同.....	229
(四) 商标转让合同.....	238
(五) 技术服务合同.....	240
 附录二 中华人民共和国技术合同法.....	243
附录三 中华人民共和国专利法.....	257
附录四 中华人民共和国商标法.....	270
附录五 武汉市关于制止不正当竞争行为试行办法.....	278
附录六 参考资料索引.....	282
后记.....	283

第一章 技术商品和技术贸易

第一节 技术市场

一、我国技术商品和技术贸易的发展过程

我国是历史悠久的文明古国，其科学技术的发明和生产技术的应用曾在世界上居领先地位，为人类的科技宝库作出过重大贡献。然而，到了近代，由于封建统治阶级的闭关锁国和帝国主义列强的疯狂掠夺，加之国民党反动派的腐败无能，我国的科学技术和经济发展受到了极大地摧残。

解放以后，在党和政府的领导下，我国的科学技术和经济建设都取得了举世瞩目的迅速发展。但是，由于极“左”思潮的干扰，很长一段时间，在指导理论上，不承认社会主义经济是有计划的商品经济，僵化地认为在社会主义条件下只存在劳动的直接交换而不存在商品交换；在管理体制上，我国实行的是统一计划的产品经济体制，科学研究和技术推广由国家出钱、统一安排、指令下达；在法律上没有商品交换应有的地位，因此技术的商品属性长期得不到承认，大量的科技成果不能尽快得到推广应用。

十一届三中全会以后，党中央制订了一系列方针政策，提出了按经济规律办事，使产品经济开始向商品经济转轨变

型，技术成果也相应开始试行有偿转让。1984年，党中央在关于经济体制改革的决定中提出了社会主义经济是有计划的商品经济的论断，指出发展商品经济是社会主义不可逾越的阶段。1985年，党中央制订了关于科技体制改革的决定，对科技拨款方式和科技运行机制进行了重大变革，明确提出开拓技术市场，促进技术成果商品化。中华人民共和国专利法、技术合同法及其它有关法规的颁布实施，给技术贸易提供了法律保证。党的十三大明确提出我国正处在社会主义的初级阶段，这个论断是我国技术商品和技术贸易进一步发展的重要理论依据。

二、开拓技术市场的理论依据

商品是为交换而生产的劳动产品，具有价值和使用价值。技术成果，作为知识形态的产品，与其它商品一样同样具有价值和使用价值。技术商品的使用价值，就是通过运用特定的技术知识或技术构思生产一定商品的功能，或将这种技术知识或技术构思转化为生产力的可能性。技术商品的价值在于任何一项技术成果在研究开发过程中，都凝聚了科技人员大量的脑力和体力劳动。技术的这种商品属性为技术市场的形成奠定了基础。

以公有制为基础的社会主义经济制度，是在马克思、恩格斯所创建的科学社会主义理论指导下建立起来的。它的产生和发展是人类历史发展的必然规律。目前，我国正处在社会主义的初级阶段，必须大力发展社会主义有计划的商品经济，促进生产力的大发展。同时，任何一个国家都不可能闭关锁国地发展经济。因为没有哪一个国家能拥有自己所需的

全部资源和技术，能生产自己所需的一切东西，必然要开展国际间的贸易，这就使得商品生产和商品交换继续存在和发展成为必然。在经济的增长主要地取决于技术进步的当代，技术的商品化，对于加快技术成果向生产领域转移，并迅速转化为生产力有着极为重要的作用。

三、我国技术商品和技术贸易的发展趋势

随着我国科技体制改革的深入发展，我国技术市场已成为统一的社会主义商品市场的重要组成部分，成为连接科技与经济建设的纽带；科技成果进入物质生产领域的桥梁。技术商品和技术贸易的发展趋势将主要表现为以下几个方面：

（一）技术商品的数量日趋增大。

1986年，仅全国取得的重大科研成果1.43万多项，比1979年增加4倍，比1985年增加37%。我国专利法实施以来，截止1987年12月底止，专利申请量为58958件，其中已授权的有9973件。随着技术商品数量的增加，全国技术交易额逐年增加。1984年全国技术交易额为7.2亿元，1985年猛增到23亿多元，1986年为20.6亿元，1987年跃升到33.5亿元。不难预见，随着我国社会主义有计划的商品经济发展，技术贸易额逐年将会有较大幅度的增长。

（二）技术贸易正朝着多层次、多形式、多种经营方式并举的方向发展。

从1985年开始，技术市场成了我国市场体系发展最快的组成部分。全国各地、市从事科技开发、经营、咨询服务机构达1万余个。还出现了一大批由科技人员自筹资金、自主经营、自负盈亏的民办技术开发经营机构。技术贸易的方式由

过去单一的技术转让发展为包括有技术服务、技术咨询、技术入股、技术培训、技术承包、技术出口等一整套的技贸方式。通过举办综合性、专业性的科技交易会，兴办常设技术市场，流动技术商店，组建各类科研生产联合体或技术开发集团，行业技术开发中心，在坚持“以技为主、技贸结合、以贸促技”的前提下，实行技、工、贸和产、供、销两个“三结合”。国家重点攻关项目，“星火计划”项目也开始引入市场机制。许多地方的科技部门与银行合作，建立了支持技术发展的基金（包括风险投资）。

（三）技术商品和技术贸易的管理工作将逐步纳入法制轨道。

国家先后制订了一系列法律、法规、政策，及时地给技术贸易中出现的各种社会关系以法律上的调整，维护和鼓励技术贸易的健康发展。国家建立了全国性的技术市场协调指导机构，对技术市场开展调查研究，制订政策法规，协调技贸工作。随着我国保护工业产权制度的建立，技术市场的内涵正在发生变化，专利技术将逐步成为技术市场的主要内容。从我国的历届全国发明展览参展项目及获奖情况表明，在各地选拔推荐参展的项目中，申请专利的项目所占比例逐年上升，1985年为38%，1986年为47%，1987年为85%。从获奖情况来看，在获奖发明的总数中，所占比例还要高一些，并且也是逐年上升，依次为41%、51%和88%，由此可见，技术贸易将逐步走上以专利、技术秘密及商标许可贸易为主体的轨道。

第二节 技术商品的特点

近几年来，随着科技和经济体制改革的进一步深入，特别是我国实施专利法以来，伴随着专利许可贸易的开展，技术市场的商品内容和贸易形式发生了很大的变化，给技术市场的兴起与发展注入新的生机和活力。技术成果作为一种特殊商品，目前在逐渐被人们所认识和重视。但是，对于技术商品的属性、特征等方面，并不是所有的人都很清楚。

什么是技术？技术是泛指根据生产实践经验和自然科学原理发展而成的各种工艺操作方法与技能。是无形的智力成果。例如，电工技术、木工技术、农业技术等。而各种机器、设备、仪表以至飞机、火箭等都反映出技术的存在，但它们只是技术的物质表现形式。书籍、论文、技术说明书及说明技术的文字媒介，录音、录像磁带、缩微胶片、电影胶片等则以声、光的形式说明技术。简言之，技术是可以用于生产实践的知识、设计思想、方法、手段和技能，是无形的物，有的人称之为软件；与其相对应，有形的产品、货物等又称之为硬件。

所谓技术商品，是指科研工作者或者说脑力劳动者，为适应社会需要而生产的一种知识产品，是人类智慧的结晶，是独立存在的无形商品。它主要包括：专利、非专利技术（包括技术秘密）和商标。所有这些，称为软件技术，属于知识形态的技术商品。

技术既然是商品，就有商品的属性，具有价值和使用价值。在我国有计划的商品经济中，客观上存在着两类不同的

商品，即物质商品和技术商品，它们既有共同的属性，但又有各自的某些特性。

一、技术商品是无形的知识财富

原来意义上的商品，“首先是一个外界对象、一个靠自己的属性来满足人们某种需要的物”（《资本论》第一卷第47页）。即物质商品是具有一定的形态，占有一定的空间，可为人们所感知的劳动产物；而技术商品是人类智慧的结晶——技术成果，是一种可以转化为物的知识，一般表现为信息状态，存在于图纸、资料之中，甚至存在于人的大脑里。如生产方法、设计方法、技术工艺、材料配方、工艺操作程序等。

二、技术商品价值量的计算方法不同于一般商品

专利和技术秘密这类技术商品价值量的确定与物质商品不同，虽然二者都遵循价值规律，但对于物质商品的价值可根据生产这种商品所需要的社会必要劳动时间来决定。“社会必要劳动时间是在现有的正常的生产条件下，在社会平均劳动熟练程度和劳动强度下制造某种使用价值所需要的劳动时间。”（《资本论》第一卷第52页）这里讲的社会必要劳动时间是个别劳动时间的平均值。而专利和技术秘密这类技术商品，其价值是根据生产这种商品所花费的劳动量（包括物化劳动和活劳动）来确定。其中活劳动创造的价值计算较为复杂，因为这是一种新技术，还没有别的单位开发这种技术，生产出这种“独一无二”的技术成果所需活劳动时间只有一个数字，那么，它的平均值就是它本身。因此，它没有横向可比。

三、技术商品的寿命只取决于无形磨损

技术商品和物质商品一样，是有寿命的，但其决定的因素不同于物质商品。物质商品的寿命是由有形磨损（物质消耗）和无形磨损（技术落后，设备式样陈旧或价格变动而造成的价值消耗）两种因素决定的；而技术商品的寿命完全取决于无形磨损。它包括两种寿命的概念：一种是自然寿命，另一种是商业寿命。所谓自然寿命，是指从这一技术商品的诞生到被第二代新技术商品所取代这一段时间。所谓第二代新技术商品有两类：一是替代技术，即新一代技术和上一代技术原理不同；另一类是极限技术，即两代技术的基本原理虽然相同，但其参数向极限发展，高参数技术的出现会使原有低参数技术贬值。所谓商业寿命，是指从这一技术商品的诞生到全面推广这一段时间。因为全面推广以后该技术商品便失去了竞争价值，其商业寿命亦相应终止。一般来说，自然寿命长于商业寿命。但也有例外，如某些商业寿命较短的技术在全面推广之前就被比它更先进的第二代技术取代。通常是物质商品的寿命越长，其经济效益就越好。技术成果的寿命越短，说明技术进步越快，经济发展速度越高，技术商品这一特征决定了科技成果不能积压，也决定了对发明创造的保护要有适宜的期限，其上限就是科技成果的商业寿命。

四、技术贸易中的所有权问题不同于物质商品贸易

物质商品的所有权包括占有、使用、收益处分权，其交换是财产在不同主体之间的转移，它是以客体和主体相分离为

特征的,而技术商品的专利权属于工业产权范畴,指人掌握、使用和向他人传授以及许可他人使用的权利。除专利申请权或专利权的交换同物质商品相同外,技术商品的交换可采取专利或非专利技术许可贸易、技术承包、技术入股、技术咨询和技术服务等多种形式,即是一种知识传递过程。技术商品的许可方不会因此而失去对该技术的知识,这里发生的只是使用权的产生、变更和消灭而已。此特征决定了技术商品还可以多次许可(独家许可和独占许可除外),而物质商品只能出售一次。

五、技术商品的计量、检验和鉴定复杂。

技术商品不象物质商品那样可以用体积、长短、重量及成份含量等实物单位进行计量,技术商品的检验和鉴定也比物质商品复杂得多。更为复杂的是,它的使用价值不仅与其本身的内涵“质量”有关,而且还与接受者知识水平、物质、技术和生产条件等因素有关,往往这两种因素的主次难以区别。技术商品的这一特征还决定了它在流通中对技术的审核、鉴证和仲裁是至关重要的。

六、技术商品的交易过程一般时间较长

在技术贸易中,买方获得技术后,还得靠卖方给予技术指导或进行技术培训后,才能使技术转化为现实的生产力。例如,专利技术往往只是一种技术构思或设计方案,实际应用于工业生产还需要进行开发研究、工业性中间试验或扩大试验。在此过程中,买方往往需要卖方给予技术指导。这一点也说明技术商品交易过程一般时间较长和在实施过

程中有一定的风险性。这些特点决定着技术交易是一种长期的合作关系，要以签订技术贸易合同的方式来进行。而物质商品的交换形式就简单多了。

第三节 技术转让和技术贸易

一、技术转让的基本概念

技术转让又称技术转移，是指技术持有方（发明人、所有人）向技术的需求方转让关于制造某项产品，使用某种技术方法或提供某项技术服务的系统的技术知识。

技术转让大体可分为两类：一类是非商业性的技术转让，也称无偿技术转让；另一类是商业性技术转让，也称有偿技术转让，即我们所指的技术贸易。大量的，各种形式的科学技术书籍、期刊等出版物，每天都在起着传递科技信息和情报的作用，就是一种无偿技术转让；政府和企业之间以技术援助方式提供技术，也是一种无偿技术转让。有偿技术转让即技术贸易，则是将技术作为一种商品进行交易。目前，国际上的技术转让绝大多数是通过技术贸易的方式进行的。随着我国对外经济、文化、科学技术交往不断增强，为了适应我国四化建设事业的需要，80年代以来，我国陆续制订了一些有关保护工业产权和技术转让的法律和法规，为正常进行技术贸易创造了条件。

技术贸易的对象主要有：受到工业产权法保护的专利、商标；非专利技术以及技术咨询和技术服务。

我国受到工业产权保护的对象有发明专利、实用新型

专利、外观设计专利与注册商标。所谓非专利技术主要是 Know-how，通常被称为技术秘密、技术诀窍或专有技术。已经公开发表或公开使用，无秘密可言或缺乏实用性的一些技术不应包括在内。技术咨询和技术服务，是拥有技术知识、技能或经验的专家（包括工人）所提供的一种脑力劳动服务。

二、技术转让的发展史

技术转让是自有人类社会以来就存在的一种社会现象。但在原始社会相当长的历史时期，生产力低下，人们只是在氏族和部落内传授一些经验或技能。随着人类社会生产力不断提高，逐渐产生萌芽状态的科学和技术，在保证人们最基本的生活需要的情况下，开始有可供交换的剩余物品，人口迁移和战争等因素扩大了人员往来和文化交流，部落之间、地区之间出现商品交换。随着商品交换、人员往来、文化交流以及战争等因素，技术发明在国家内部和国家之间得到传播。我国古代的四大发明：指南针、火药、造纸技术和活版印刷技术，很早就从东方传到西方。公元6世纪左右，我国养蚕、丝织和其他一些技术，沿丝绸之路传到中亚、西亚和欧洲。古代西域的良马驯养繁殖，农作物品种及其栽培技术（如芝麻、蚕豆、黄瓜、石榴、葡萄、菠菜等）也传入了中国。从公元1世纪到18世纪，我国科学技术先后传到欧洲和其他地区去的不下30余项。古代的埃及、巴比伦、印度、希腊、罗马也有技术发明传播到别的国家。

在以蒸气机为标志的第一次技术革命以前，各个国家大都处于封建社会阶段，以农业生产为主。当时的技术传播有

下面一些特点：

第一，大量的技术以经验、技能或认识的形态体现在特定的工匠或艺人身上；或者是以结构、形态、工艺的形式转化在产品中。这些技术没有得到普遍总结，很难独立、完整地转让。因此，技术随商品的交易和人员流动得到传播是当时技术转让的最主要形式。我国造纸技术的外传通常是分两个阶段进行的：先是纸或书、信、画等纸制品被带往国外逐渐把纸作为商品与外国进行交易；然后，使用者体会制纸的优越性，开始仿制和学习中国造纸法。造纸术是在公元4世纪后传入朝鲜，当时我国去朝鲜人员带了纸写本的佛经，并且有懂得造纸技术的随行人员，以后，朝鲜开始自己造纸，并在公元6世纪左右将造纸技术传到日本。公元8世纪，阿拉伯人建立的大食国与我国唐朝发生战争，大食国俘虏唐军几千人，其中就有不少从军的手工业工匠，包括造纸工匠在内。这次战争，客观上起到把中国造纸术向西传播的桥梁作用。

第二，缺乏必要的交通工具和信息收集、传输手段，货物运输、人员往来和信息传播都十分困难。

第三，对技术缺乏有效的保护措施，而人们从实践中体会到技术的巨大作用，认识到其价值和使用价值，从而采取了自我保护和技术封锁的作法。封建时期，各国对有经济价值的技术，普遍存在严禁外传的现象，偷窃技术也成为技术传播的重要方式。中国古代严禁蚕外传，东罗马帝国皇帝查士丁尼就曾派遣传教士偷窃蚕种和养蚕技术，当时未能得逞，后来是君士坦丁堡的几名印度僧人完成这项任务，欧洲的养蚕业才开发和兴旺起来。

上述因素，在很大程度上限制了技术转让的规模和范围。

18世纪后期，英国发生了以蒸汽机为标志的第一次技术革命，极大地提高了生产力，进而促进了资产阶级革命在各国陆续取得胜利。这个时期的技术发明日益增多，当时比较发达的国家已经意识到保护发明创造的重要性，开始制订专利法，实行专利制度。专利制度不仅使本国的技术发明得到保护，发明人受到尊重，而且外国的新发明也源源不断流入，寻求保护。1791年1月法国第一部专利法就明确规定：

“首先将外国先进技术带进法国的任何人都可享受发明者应享受的一切优惠。”专利制度有利于科学技术的传播，同时将技术成果作为财产给予保护，为技术有偿转让奠定了基础。

真正的技术贸易，即有偿的技术转让，是在19世纪末才出现的。这一时期，发生了以电力为标志的第二次技术革命，涌现了一大批新技术。随着资本主义的发展，生产社会化有了巨大进展，科学研究与技术开发从生产过程分离出来，形成独立的部门。1876年爱迪生在美国新泽西州孟洛花园建立世界上第一个工业研究实验室，将发明成果通过有偿转让方式交给一些大公司。各个公司也经常廉价收买一些发明的专利权，以便在竞争中实现垄断技术，追求最大利润的目的。列宁在《帝国主义是资本主义的最高阶段》一文中就揭露过德国制瓶厂主卡特尔收买美国人欧文斯发明的制瓶机的专利权，进行垄断，获取暴利。专利制度和其他保护工业产权的措施从法律上保证了技术发明这种特殊商品的流通，主要的资本主义国家在这个时期都已建立了专利制度，这大大加速了技术转让进程，并逐渐形成技术转让的最主要形式——商业性技术转让，即技术贸易。美国在19世纪开始工业化的时候，从英国引进蒸汽动力，炼铁技术，铁路运输，机器制造