

WUHAN DAXUE  
CHUBANSHE

# 国际技术转让法

白映福 Baiyingfu

黄瑞 Huangrui

著

武汉大学出版社

GUOJISHUZHUANRANG

FA



# 国际技术转让法

白映福 著  
黄 瑞

武汉大学出版社

**图书在版编目(CIP)数据**

国际技术转让法/白映福,黄瑞著. —武汉:武汉大学出版社,  
1995. 12

ISBN 7-307-02094-7

I. 国…

II. ①白… ②黄…

III. 国际法:科学技术转让法

IV. D996.5 D(9)96.5

**武汉大学出版社出版**

(430072 武昌 珞珈山)

武汉市汉桥印刷厂印刷

新华书店湖北发行所发行

1995年12月第1版 1996年9月第2次印刷

开本:850×1168 1/32 印张:12.5

字数:320千字 印数:1 001—3 000

ISBN 7-307-02094-7/D·297 定价:12.90元

## 序

国家或地区间的技术转让已有悠久的历史。但是,现代国际技术转让,主要是从第二次世界大战结束以后发展起来的,尤其是近二三十年来得到了迅速发展,并且在加强国际间经济合作、传播科学技术、促进国际贸易的发展,提高各自科学技术水平和促进各国经济发展等方面发挥着不可忽视的作用。

国际性技术转让的方式有非商业性和商业性两类。非商业性技术转让是以政府援助、交换技术情报、学术交流、技术考察等形式进行的,其转让通常是无偿的,或转让条件极为优惠;商业性技术转让是按一般商业条件,以不同国家的企业作为交易主体进行的技术转让。通常,我们所称的国际技术转让就是专指这种商业性技术转让。国际技术转让的方式很多,一般包括:工业产权(专利或商标)和专有技术(亦称技术诀窍)的许可证贸易,各种形式的咨询服务,伴随外国直接投资引进技术的工程承包、合资经营、合作生产,以及补偿贸易等国际交往中引进技术等。目前,工业发达国家之间大多采用单纯转让技术的许可证贸易方式,发展中国家由于受技术经济条件限制,在采用许可证贸易的同时,往往结合国外直接投资和输入设备等综合方式进行。

我国的技术引进工作是从 50 年代开始的,到现在已有 40 多年的历史了,引进技术的方式主要采用“成套设备进口”和许可证贸易两种。在早期,我国是采取以“成套设备”为主的方式引进外国的先进技术,这种引进方式一直延续到 70 年代。1979 年我国实行开放政策,技术引进工作出现了新局面,引进的方式也从成套设备

为主转变为以许可证贸易引进“软件”技术为主；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。随着经济体制改革的进展，我国的技术转让规模和范围还将进一步扩大。

当前，由于各国政治制度、经济体制、技术基础乃至社会发展水平和文化背景的差异，各国调整技术的国际输出和引进的法律制度常常存在种种的不同。加之，目前国际上先进而有实用价值的技术市场仍是卖方市场，包括我国在内的发展中国家受到国内人才不足、信息缺乏和技术经济基础相对薄弱的限制，尤其缺乏国际经济技术交流的经验，在国际技术转让交易过程中，往往面临诸多障碍，处于较弱的地位，而技术引进还是一种涉及范围甚广的风险性投资行为，因此，必须认真总结实践经验教训，重视技术引进有关法律制度和理论的研究，以期提高引进技术的效益和水平。

近年来，我国已有一些国际技术转让法方面的论著问世，白映福、黄瑞两位同志撰写的这本《国际技术转让法》是一本更新的著作。它除了系统地阐述国际技术转让法的基本理论外，并结合实践，指出了在技术转让的各个阶段应采取的策略，着重讨论了许可贸易的一般程序、许可证合同的计价方法、支付方式和合同格式，同时指出了在技术转让的每个环节上，应注意的国际国内法律问题，且大胆地剖析了我国现行的技术转让法规，探讨了当今国际技术转让活动中的诸多“热点”问题。这对于从事国际经济贸易关系理论研究和实际工作的同志具有重要的参考价值。

李双元 识

一九九五年三月二十四日

# 目 录

|                             |     |
|-----------------------------|-----|
| 序.....                      | 1   |
| 第一章 国际技术转让概论.....           | 1   |
| 第一节 国际技术转让概念.....           | 1   |
| 第二节 国际技术转让的产生和发展.....       | 5   |
| 第三节 国际技术转让的标的 .....         | 10  |
| 第四节 国际技术转让的法律调整 .....       | 37  |
| 第二章 国际技术转让的一般程序 .....       | 42  |
| 第一节 谈判前的准备 .....            | 42  |
| 第二节 谈判中的策略 .....            | 55  |
| 第三节 合同的执行 .....             | 62  |
| 第三章 国际技术转让的主要方式——许可贸易 ..... | 66  |
| 第一节 许可贸易合同概述 .....          | 66  |
| 第二节 许可贸易合同的内容.....          | 70  |
| 第四章 国际技术转让的其他方式.....        | 109 |
| 第一节 技术咨询与服务合同.....          | 109 |
| 第二节 合作生产.....               | 123 |
| 第三节 国际工程承包.....             | 130 |
| 第四节 合资经营.....               | 147 |

|     |                                |     |
|-----|--------------------------------|-----|
| 第五节 | 补偿贸易·····                      | 153 |
| 第五章 | 国际技术转让中的税费·····                | 161 |
| 第一节 | 与技术转让有关的税种·····                | 161 |
| 第二节 | 双重征税对国际技术转让交易的影响及解决<br>途径····· | 165 |
| 第三节 | 我国技术引进中的涉外税收·····              | 176 |
| 第四节 | 拟定税费条款应注意的问题·····              | 186 |
| 第六章 | 限制性商业惯例·····                   | 188 |
| 第一节 | 限制性商业惯例概述·····                 | 188 |
| 第二节 | 管制限制性商业惯例的立法·····              | 193 |
| 第三节 | 我国技术引进中对限制性商业惯例所采用的<br>对策····· | 206 |
| 第七章 | 国际技术转让的管理与管制·····              | 210 |
| 第一节 | 各国对国际技术转让的管理和管制·····           | 210 |
| 第二节 | 中国对技术进口的政府管制·····              | 230 |
| 第八章 | 国际技术转让中的法律适用·····              | 236 |
| 第一节 | 概述·····                        | 236 |
| 第二节 | 法律选择条款·····                    | 239 |
| 第三节 | 未订立法律选择条款时的法律适用规则·····         | 243 |
| 第四节 | 我国对国际技术转让中法律适用的规定·····         | 246 |
| 第九章 | 争端的解决·····                     | 254 |
| 第一节 | 仲裁·····                        | 254 |
| 第二节 | 诉讼·····                        | 263 |

|                                      |     |
|--------------------------------------|-----|
| 附录: .....                            | 275 |
| 一、国际许可合同格式 .....                     | 275 |
| (一) 专利技术许可合同 .....                   | 275 |
| (二) 专有技术许可合同 .....                   | 281 |
| 二、法规资料 .....                         | 297 |
| (一) 中华人民共和国专利法 .....                 | 297 |
| (二) 中华人民共和国专利法实施细则 .....             | 308 |
| (三) 中华人民共和国商标法 .....                 | 331 |
| (四) 中华人民共和国商标法实施细则 .....             | 337 |
| (五) 计算机软件保护条例 .....                  | 349 |
| (六) 中华人民共和国对外贸易法 .....               | 357 |
| (七) 中华人民共和国技术引进合同管理条例 .....          | 364 |
| (八) 中华人民共和国技术引进合同管理条例<br>施行细则 .....  | 366 |
| (九) 中华人民共和国反不正当竞争法 .....             | 372 |
| (十) 中华人民共和国外商投资企业和外国企业<br>所得税法 ..... | 378 |
| (十一) 中华人民共和国个人所得税法 .....             | 385 |



# 第一章 国际技术转让概论

## 第一节 国际技术转让概念

技术 (Technology)，世界知识产权组织 (WIPO) 1977 年出版的《供发展中国家使用的许可证贸易手册》称“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一项发明、一项外观设计、一项实用新型或者一种植物新品种，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、开办或维修一个工厂或为管理一个工商企业或其活动而提供的服务或协助等方面”。从法律的角度看，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律而公布于众的公开技术，受专利法的保护；在法律规定的地域、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。

2. 专有技术 (know-how)。这类技术属于技术拥有人私有，不受法律保护，而靠发明者的个人保密手段加以维护，因而又叫“技术秘密”、“技术诀窍”。

3. 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。

技术转让。联合国贸易发展组织 (UNCTAD) 1981 年起草的《国际技术转让行动手册 (草案)》称“技术转让是关于制造一项产品、应用一项工艺或提供一项服务的系统知识, 由转让方向受让方的转移。”技术转让的含义有狭义和广义之分。从狭义上说, 它是指在商业基础上进行的科技知识的转让。如专利或其它工业产权的转让或许可、工艺流程、配方、产品设计、质量控制、菌种培养、植物栽培、动物饲养等方面的专有技术、人员培训、工程监督、技术方案审查、可行性研究等。从广义上说, 技术转让不仅包括科技知识的转让, 而且包括与科技知识结合在一起的商品和劳务的转让。正如世界知识产权组织编写的《技术贸易手册》中所指出的: “商业性的技术转让实际上也包含有机器、设备、其它资本货物或原料、中间货物、备件或其它部件, 以及有关资料的出售和进口。从某种意义上讲, 这样的出售和进口就是技术转让的交易, 有关这些出售和进口的协议, 有时是和工业产权许可证或诀窍协议相关连的。在某些事例中, 在工业产权许可证或诀窍协议中, 都可找到有关这种出售和进口的规定。”

《中华人民共和国技术引进合同管理条例》第 2 条规定, 我国引进技术的范围包括: (1) 专利权或其他工业产权的转让或许可; (2) 以图纸、技术资料、技术规范等形式提供的工艺流程、配方、产品设计、质量控制以及管理等方面的专有技术; (3) 技术服务。

技术转让的方式主要有以下两种: 一种是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、技术考察等形式进行的技术转让, 这种转让通常是无偿的, 或转让条件极为优惠。另一种是商业性的技术转让, 它是指不同的企业、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。通常我们所说的技术转让就是指这种平等者之间所进行的有偿的技术转让。

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不同<sup>①</sup>:(1)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,这些只能是技术的使用权而不是所有权,因此,出售技术的一方只是出售了技术的“使用许可”(Licence)。(2)技术转让经历的时间长,比商品贸易要复杂。技术转让通常是一种产品(或工艺)的整个生产过程或部分生产过程,涉及到施工、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,这些因素不仅来自技术的受让方,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。(3)各国政府对技术贸易比商品贸易管理更为严格。其内容既包括对技术引进的管理,也包括对技术出口的管理。在发展中国家,由于技术引进与国家的发展战略和国民经济的发展密切相关,以及受到国内人才不足,信息缺乏和技术经济基础相对薄弱的限制,在国际技术转让交易过程中,往往面临诸多障碍,处于较弱的地位,因此政府对技术引进的管理比较严格,许多国家的政府都制定了技术引进的法规。这些法规常明确规定,具体的技术引进协议必须呈报政府主管部门审查、批准或登记。各国对技术出口的管理一般都着眼于保护本国技术在世界上的领先地位,防止具有战略意义的技术流入敌对国家。

国际技术转让是指出让方将技术越出国境转让给受让方的一

---

① 参见B·尼古拉斯(Nicholuc)著:《罗马法导论》(《An Introduction to Roman Law》)1967年英文版,第105~123页。

种经济技术活动。目前，发达国家和发展中国家对国际技术转让的内容存在着很大的分歧：由发展中国家组成的 77 国集团认为国际技术转让的定义应包括三项内容：（1）被转让的技术必须是跨越国境的技术；（2）技术的出让方和受让方不居住在同一国之内；（3）出让方和受让方如同居于一国之内，则其中有一方系外国公司的子公司、分公司或受外国公司控制的公司。

西方工业国家只承认跨越国境的技术转让属于国际技术转让，不承认外国公司设在技术引进国内的分支附属公司与技术引进国内的法人或自然人之间的技术转让（即上述第（3）项内容）也属于国际技术转让。工业发达国家的理由是第（3）项内容实际上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，这些子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坚持要把第（3）项内容纳入国际技术转让定义范畴的理由是这些国家目前法制不健全，甚至根本就没有管理子公司的法律，一些国家的经济命脉又几乎控制在这些子公司手里，如果国际技术转让的定义不包括第（3）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活动中更会为所欲为，垄断和控制发展中国家。

近年来，由于科学技术的发展日新月异，技术在生产中的地位日益重要，许多国家都把取得新技术作为发展本国经济，增强本国在国际市场上竞争地位的一种重要手段。而许多国家经济发展的道路也充分说明，引进外国先进技术并使之本国化确实是提高本国生产技术水平，加速本国企业现代化，缩短与世界先进国家技术差距的有效途径。当前，技术已成为企业在市场上竞争成败的关键，拥有高、精、尖技术，能够开发技术密集型产品并制造和出口高技术产品的企业才能在市场上占据优势地位；另一方面，发展高技术产品，并在市场上占据优势地位，已超出单一企

业的科技力量和资源能力,越来越需要开展国际间的合作研究、合作生产等带有技术转让内容的经济技术交流形式。加之,当前国际上贸易保护主义抬头,直接出口产品往往会遇到很大困难,而利用转让技术迂回进入他国市场常常可以达此目的。因此,国际间的技术转让发展很快,其发展的速度已经超过了有形商品贸易发展的速度,技术转让在国际贸易中所占比重逐步扩大,所占地位日趋重要。

目前,在工业发达国家之间,技术转让的主要内容是纯技术买卖,而在工业发达国家与发展中国家之间的技术转让,则往往是纯技术与有关的机器、设备等硬件同时进行的交易。这些不同的技术转让形式同一个国家的工业技术水平是相互关联的。工业技术水平落后的国家,只引进纯技术(软件),还不能自行制造有关的机器设备,而必须同时引进相应的设备。但随着这些国家工业制造能力和科学技术水平的提高,其技术引进中的软件与硬件的比例会发生变化,软件的比重会越来越大,而硬件的进口则将逐渐减少。

## 第二节 国际技术转让的产生和发展

国际技术转让有着极为悠久的历史。早在公元6世纪时,我国的养蚕织丝技术就通过丝绸之路传到了中亚、西亚和欧洲地区。公元13世纪意大利发明了眼镜技术,到16世纪就传到了日本。当时,由于交通工具的限制,技术转让的速度非常缓慢,例如,中国的造纸、火药、印刷术从我国传到欧洲花了五六百年的时间。17世纪以前,国际技术转让活动的主要特点是以技术的产生地为中心,自然地 toward 四周逐渐扩散和传播。在这个阶段,技术转让的平均周期在400年以上。

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也应运而生。1624年英国国会通过的垄断法是第一部有系统地授予专利权的法律，该法的基本原则为后来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、德国于1877年、日本于1885年相继建立了专利制度。专利制度的建立为各国间进行大规模的技术转让活动奠定了重要基础：一方面，对发明创造授予专利，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，为技术转让提供丰富的源泉。这两方面缺一不可，没有法律保护，发明创造者的正当权益得不到保护，他们自然就不愿意申请专利，技术也就不能得到公开，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，无从寻找自己所需要的技术，技术贸易活动也难以开展。因此，专利制度与技术转让是紧密联系在一起的。专利制度在全球范围内的普遍建立，大大地推动了技术转让活动的发展。

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，使工农业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、轮船和现代化的电讯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。随着科学技术的发展，发达国家在发展各种尖端行业方面需要大量复杂的技术和资本投资。而一些高度技术密集型工业，如巨型飞机和航天工业、新型汽车、原子能发电站、大型集成电路计算机等的设计和研制都不是一个厂商，甚至有的也不是一个国家能单独完成的，而要依赖于若干国家进行国际经济技术合作。例如，美国的波音 747 飞机，共有 4 507 个零部件，它是由 6 个国家、11 000 家大企业和 15 000 家中小企业协作生产的。

但是，现代科学技术在各个国家和地区的发展是极不平衡的，正如非官方组织罗马俱乐部在 1976 年的一份报告中所讲的：“工业化国家和第三世界国家之间的差距，没有再比它们在科学技术的发展这一领域里的差距更明显了。虽然在人类迄今为止所出现过的技术专家和科学家中，百分之九十的人至今仍活着，但其中百分之九十以上都是在工业化国家工作。他们的活动，百分之九十以上是倾全力为富人世界从事研究，并把他们的研究成果转变成受保护的技术工艺。就这样，少数富人控制了绝大部分的科学发展。”科学技术发展的不平衡，加剧了各国之间在工艺技术、劳动生产力、知识结构、技术人员的素质、可利用的原料和燃料以及经营管理等方面的差异。另外，战后国际分工深入发展，各国从战前部门间的分工发展到了部门内部的分工，资本主义国家产业内贸作用日益加强，发达国家与不发达国家部门间贸易不断扩大，这就使得一国越来越离不开其他国家而闭关自守地发展本国经济。如果一国不积极参加国际经济技术合作，甚至只注重国际间的商品流通而忽视利用外资和引进先进技术，那么，该国经济的发展速度也会跟不上整个世界经济发展的步伐。科学技术革命使各国的相互依存性日益加强，它具体表现在国际间的技术转让、资本和劳务流动的迅速增长等方面。据联合国有关资料统计，60 年代中期全世界技术贸易总额为 25 亿美元，70 年代中期为 120 亿美元，80 年代中期为 500 亿美元，平均每 5 年翻一番。在

全世界技术贸易总额中，工业发达国家约占世界技术贸易总额的80%，在工业发达国家中又以美国、英国、德国、日本、法国五个工业强国的比重最大，这五个国家的技术贸易总额占了发达国家总额的90%以上。近20年来，发展中国家为了加速本国的工业化过程，摆脱贫穷落后的经济状况，也十分重视引进技术。1975年发展中国家的技术贸易总额为15亿美元，1985年增加到60亿美元，平均每年增长率为18%左右。但是，由于历史的原因，发展中国家几乎完全是技术的受让方，技术输出所占的比例很小（近年来，一些发展中国家如印度、阿根廷、墨西哥、中国已开始出口技术，其中墨西哥自本世纪70年代以来，已有18%的出口技术以发展中国家为对象<sup>①</sup>）。为了引进技术，发展中国家需要支付大量的外汇，从而给它们带来了沉重的债务负担，正如联合国大会的一份文件中所指出的“技术进步带来的好处并没有为国际大家庭的所有成员分享”<sup>②</sup>。

1949年中华人民共和国成立后，我国开始从国外引进技术。在50年代，我国从苏联贷款78亿旧卢布（当时折合19亿美元），引进了156个大型项目，这156个项目对于奠定我国的工业基础，填补工业空白发挥了重大作用。1950年和1951年，我国还与前苏联联合主办中苏新疆石油股份公司、中苏新疆有色及稀有金属股份公司、中苏民用航空公司和中苏大连造船公司四个合资经营企业，股份各占50%，到1954年，前苏联政府将上述四个合资企业的苏方股份转为贷款，提前结束合营。60年代初，苏联政府撕毁合同，撤走专家，停止了与我国的经济技术合作。此后，随着我国对外关系的发展，我国开始从西方工业国家引进一些化纤、化工、石油、冶金、矿山、电子和精密机械等方面的设备和技术，

---

① 参见《世界经济导报》，1984年11月10日。

② 《建立国际经济新秩序宣言》，1974年联合国大会特别会议，第3201号决议。



1960—1966年共计用汇2.8亿美元。70年代，同我国建立经援关系的国家达到70多个。这一时期，我国从西方国家引进了化肥、化纤、石油、化工、轧钢、采煤、水电、机械制造等成套设备和技术，到1977年底，成交总额39.6亿美元。随着我国经济的发展，尤其改革开放以来，技术引进工作出现了新局面，1979—1984年间我国利用多种外资和以许可证贸易方式引进技术533次，技术的引进不仅规模扩大，而且在技术引进的方式、外汇资金来源和引进重点上都发生了重大变化，主要表现在：（1）采用了技术许可、顾问咨询、技术服务、合作生产、成套设备、关键设备等多种方式引进技术，改变了基本上依靠成套设备进口的简单方式，而且技术引进方向已开始从过去的引进设备为主转向引进“软件”技术为主，实现了历史性转移；（2）利用多种外汇资金，如国家外汇、地方外汇、国内外各类外汇贷款等引进技术，改变了基本上依赖国家外汇引进技术的局面；（3）明确技术引进的重点是支持基础产业的发展、现有企业的技术改造和为扩大出口服务；（4）国家先后颁布了《商标法》、《专利法》、《涉外经济合同法》、《技术引进合同管理条例》及《实施细则》和其它有关法律、法规，为引进技术提供了法律保障。

近几年来，我国还改变了只引进不出口技术的局面，积极通过贸易渠道出口我国开发的技术。1980—1990年上半年，共出口技术474项，金额为14.84亿美元，出口项目涉及机械、冶金、化工、轻工、航天、电子、农业、医药等行业，其中有软件出口、软件带设备出口、新技术产品出口以及技术服务。今后，我国技术出口的主要方向是出口能带动产品和成套设备的工业化技术和传统工业技术，国家也将加强制订有关技术出口的法规，对技术出口的方针、政策、审批原则等作出明确规定。