



TOGETHER
for a sustainable future

OCCASION

This publication has been made available to the public on the occasion of the 50th anniversary of the United Nations Industrial Development Organisation.



TOGETHER
for a sustainable future

DISCLAIMER

This document has been produced without formal United Nations editing. The designations employed and the presentation of the material in this document do not imply the expression of any opinion whatsoever on the part of the Secretariat of the United Nations Industrial Development Organization (UNIDO) concerning the legal status of any country, territory, city or area or of its authorities, or concerning the delimitation of its frontiers or boundaries, or its economic system or degree of development. Designations such as “developed”, “industrialized” and “developing” are intended for statistical convenience and do not necessarily express a judgment about the stage reached by a particular country or area in the development process. Mention of firm names or commercial products does not constitute an endorsement by UNIDO.

FAIR USE POLICY

Any part of this publication may be quoted and referenced for educational and research purposes without additional permission from UNIDO. However, those who make use of quoting and referencing this publication are requested to follow the Fair Use Policy of giving due credit to UNIDO.

CONTACT

Please contact publications@unido.org for further information concerning UNIDO publications.

For more information about UNIDO, please visit us at www.unido.org

09401-C

联合国工业发展组织

技术的发展和转让丛书 No. 12

技术转让协定评价准则

Guidelines for evaluation of
transfer of technology agreements.

(Development and Transfer of Technology
Series No. 12)

~~000125~~

000125



联合国

技 术 转 让 协 定 评 价 则 则

联合国工业发展组织
维也 纳

技术的发展和转让丛书 No.12

技术 转 让 协 定 评 价 准 则



联 合 国
纽约, 1979 年

凡本书中陈述的看法均为作者本人的看法，并不一定代表工发组织秘书处观点。

本书中所有材料均可随意引用或翻印，但请说明来源，并请寄送一份刊载有所引用或翻印材料的出版物。

序 言

本卷《技术的发展和转让丛书》的出版，是联合国工业发展组织(工发组织)秘书处做出的一次重大努力，其目的是给发展中国家的政府和工商界提供一份全面的资料，帮助他们处理技术转让的交易事宜。

从某种意义上讲，本卷资料是联合国以前出版的《发展中国家取得外国技术的准则》的增订本。它向读者提供了在草拟和谈判各种技术转让协定方面的大量实际材料。

第一章至第六章详细研究了几种类型的技术协定——技术援助、专利、专门知识、工程服务、商标和专营权，定出了目标，提出了不同方案供许可证接受方以及国家管理部门酌情选择，以便为发展国民经济获取最大利益。同时，对工艺效能的担保问题也给予了相当的注意，并概述了有关的评价方法。

第七章广泛讨论了对技术的报酬问题，对评定其价格提出了一些应有的概念，而且也提出了多种定价方法供接受方选择。第八章给读者扼要介绍了技术转让协定中的法律条款和行政条款方面的资料，并对一些基本条款的行文提出了建议。第九章讨论了选择技术的标准，并对发展中国家的技术选择提出了一些特别重要的问题。第十章是讨论某些产品的定价问题，而这些产品普遍公认的参考价格是不容易找到的。

附件中包括用以评价和鉴定技术转让协定以及报酬条款的一系列核查表。

本研究报告是由文卡塔·R. S. 阿尔尼会同工发组织秘书处技术组人员共同编写的。法因根、亨德森、法拉保、加勒特和邓纳律师事务所的肯尼思·E. 佩恩审阅了本报告，并就其中讨论的法律问题提出了意见，但文内所有评论意见都是作者的意见。

说 明

凡文内提到的元(\$), 如不作特别注明, 均指美元。

一横(-)表示“无”, 或其数值可不计。

本文中使用的简写如下:

组 织

EEC	欧洲经济共同体
FDA	食品和药物管理局(美利坚合众国)
ICC	国际商会
NEMA	全国电器制造商联合会

经济和技术略语

BOD ₅	生化耗氧量(5天的)
psia	每一绝对平方英寸的磅数
DCF	现金流量折扣法
DIN	德意志工业标准
GPOS	单位售价的毛利
IRR	内部收益率
LSLP	许可方在接受方利润中的份额
NPV	净现值
PERT	方案评价和审查技术
POS	产品销售值
PV	现值
ROS	销售的使用费比率

目 录

	页次
导 言.....	1
第 一 章 技术援助协定.....	5
技术援助的内容.....	5
短期服务.....	5
持续服务.....	6
一般特点.....	6
有关持续性服务的保证.....	6
法律上的问题.....	7
第 二 章 专利和专利协定.....	8
专利制度.....	8
专利许可证.....	9
概况.....	9
在发展中国家.....	9
反托拉斯法或竞争法.....	10
第 三 章 专门知识和专门知识协定.....	11
专门知识与专利和技术援助的比较.....	11
专门知识的定义、说明和传授.....	12
专门知识的定义.....	12
专门知识的说明——许可方的义务.....	12
专门知识的传授.....	14
专门知识协定的组成部分.....	15
许可方的观点.....	15
发展中国家政府的观点.....	15
接受方在使用专门知识时的义务.....	16
使用的专有权.....	17
使用领土.....	17
使用范围.....	17
生产场地.....	17
生产量.....	17
转许权.....	18
只限有关人员使用.....	18
保密期.....	18
停止使用条款.....	18
工艺改进——接受方的权利.....	19

	页次
专门知识和工艺改进.....	19
专门知识的性能——许可方的保证义务.....	19
性能的说明.....	21
缺陷的检查和测试.....	22
发生过失和缺陷时接受方可采用的补救方法.....	23
保证和担保.....	23
谈判的责任.....	24
矫正性能缺陷和履行义务.....	25
第四章 工程服务协定	27
各方的相互关系.....	28
责任划分.....	28
监督责任.....	29
设计会议.....	30
支付办法、支付指数和支付保护.....	31
支付办法.....	31
支付指数.....	31
支付保护.....	31
保证和担保.....	32
违约赔偿金.....	32
为需方培训人员.....	33
第五章 商标协定	34
综合协定.....	35
许可方对产品质量的核准.....	36
取消条款.....	36
第六章 专营协定	37
第七章 报酬	39
使用费的概念.....	39
使用费的估定.....	40
增殖价值和使用费.....	41
使用费比率和成本节约.....	45
使用费比率的资本化——净现值估定法.....	46
技术费用的评估.....	47
一次付清与连续支付使用费.....	47
使用费比率的表示法.....	49
最低使用费比率.....	49
结论：考虑使用费比率的准则.....	49
第八章 法律和行政条款	51
仲裁.....	51
协定的序言.....	52

	页次
定义.....	53
保密.....	53
协定的期限.....	51
支付期.....	51
保密期.....	55
责任期.....	55
终止权.....	55
最惠接受方条款.....	56
第九章 技术的选择	57
审查企业主对技术的选择.....	57
市场因素.....	58
投资因素.....	58
现金流量折扣法.....	59
费用-收益分析.....	61
技术因素.....	61
对管理机构的建议.....	62
第十章 产品定价	63
功能代替品.....	63
按照设计、类型和质量定价.....	64

附 件

一. 咨询合同的典型技术条款.....	66
二. (1) 鉴定专利协定或其他协定中专利条款的核查表.....	67
(2) 鉴定专门知识协定或其他协定中专门知识条款的核查表.....	68
(3) 评价报酬条款的核查表.....	71
三. 专门知识协定: 透露工艺资料(许可方的服务).....	72
四. 工程协定: 承包人的服务范围.....	73
参考书目.....	74

表 格

	页次
1. 接受方可盈利性对收入分配的影响	41
2. 收入分配换算表	42
3. 直接交易中许可方在接受方利润中的份额的计算	43
4. 合营企业中许可方在接受方利润中的份额的计算	44
5. 使用费比率和期限	44
6. 增值价值、使用费比率和许可方在接受方利润中的份额	45
7. 使用费的资本化(净现值)	46
8. 技术比较: 投资和经营费用	59
9. 技术比较: 偿还阶段和外汇	61
10. 定价与设计特点	64

导 言

技术是各种技艺的合成，其中包括手工技能（焊接、成型、装配）和概念技能（知识和资料）两种，前者主要是要求手和眼的灵巧工夫，后者主要指运转数据、工程设计、建造、生产和养护等方面。然而，在转让术语中，“技术”之有别于“技艺”，在于它既包含专有性的也包含非专有性的（专门）学问和技能，它的使用可以使人在技术上得到具有竞争能力的或十分优越的地位。某种技术最终总要陈旧过时，或者被吸收到一整套的技艺中去，成为在争相提供技术服务的广大专业人员中唾手可得的东西。

技术的转让不仅使你立即得到先进的生产手段，而且可以立即掌握该生产手段，也就是掌握供应。但掌握了生产手段，并非同时就能掌握技术。只有当构成技术的各种技能、资料和技术秘诀被转到某一企业的本国管理人员、监督人员和工人手中，从而可以把它最终推广到整个经济中时，才达到对技术的掌握。对供应的掌握通常是工业化的直接目标；而另一方面，掌握技术是一项发展的目标。因此，一个国家，特别是发展中国家，其总的工业目标应是同时争取达到上述两种掌握。其后的增长应表现为生产指标数字成倍地增大（扩散），并具有类似的技术，同时应表现为有改进生产技艺的能力和增加产品系列或品种的能力。技术的转让应争取实现这一点。在很大程度上，许可协定可以作为达到这一目标的桥梁。

对技术应用的掌握可以说有“广度”和“深度”两个方面，这对于一个企业来说也许超出了它的兴趣范围。但是，这里所说的“掌握”不同于国家政策的“掌握”，就是说，它指的是对使用已转让的技术的自主权。

掌握的“广度”比“深度”容易达到，它要求某一企业取得对某一产品进入生产之前各阶段的技

术能力。为了取得掌握的广度，可以通过许可协定的条款作一尝试。例如，对于某一企业似乎只是希望组装进口的零件而不是要求自己生产这些零件的转让协定，或者供方只愿意提供组装技术的转让协定，政府可以不予批准。

在设立有技术管理机构、正在按既定方针的精神进行工作的地方，可以对每一协定加以仔细审查，务使该协定的条款中包含能取得这种掌握的条款。关于这方面的合同条款，将在本文后面章节中，特别是在“专门知识的说明”（第12页）题下加以讨论。掌握的广度在经济上的实际意义是要使企业一级获取最大的增殖价值。

就掌握的深度来说，通过合同条款的规定只能达到有限的程度。它既要求把技术秘诀（这是技术的核心所在）传播到一个生产企业的有关部分（该企业中的人）中去，也要求在使用和应用中有管理职权。

掌握的深度只有经过下面三个阶段的全过程才能完全达到：

（一） 第一阶段，或取得阶段。许可方将其技术能力转给一个本地企业时，应做到使该企业并不需要从非企业性质的来源取得任何技术指导，也能达到既定的（担保达到的）设备性能。就是说，即使仍有外国人员进行技术指导，只要不是指靠他们承担整个企业的责任，仍可说是已经进行了能力转让；

（二） 第二阶段，或吸收阶段。在该企业的本国经理人员的技术指导下达到并保持了所担保达到的性能；

（三） 第三阶段，或掌握阶段。本国的接受方取得了应用该技术的自由；为了本企业的利益，他对于从许可方得到的资料有了使用、多样化应用、传播和发展的权利和能力。在这种权利中，

还应包括可以把转让的技术应用到最初的和起始的协定所规定的范围以外。

上述“取得—吸收—掌握”的模式，支配着这本专题报告中论述的很大一部分材料，务请把它记住。

根据上面简述的道理，完全可以认为，完成了每一阶段，就是实现了某种形式的技术转让。但是，只有通过某些工业技术政策或计划才能使上述进展顺序得以实现。就执行而言，该许可协定本身只不过是一个有限的工具。

如果技术上的基础结构较差，则可能很难跨越某一个阶段，比如说，取得阶段。能够实现这一阶段本身的要求，就是一件了不起的事。但是，如果在某项协定中对于达到掌握阶段所需的条件（见第18页）做出明文规定，则许可方可能不愿意转让其技术，或者会抬高使用费或类似费用而使需方企业收不到掌握的全部效益。

上述三个阶段的每一阶段，迄今都是把注重点放在企业方面。鉴于许多发展中国家对发达国家许可方特别是对跨国公司的依赖性，若要在合同上申明准许把转让的资料用于该企业之外或将该资料的支配权交给并非完全属于该企业的某一方，就有可能很难获得合意的技术。最主要的是，完全以支付费用方式得来的资料，应能在该企业内部使用而不受限制。

许可协定是一个正式的文件，它有几方面的作用：（一）它是双方为实现一个共同的、特定的目标而对其企求愿望的一份说明；（二）它是规定双方的权利和责任，保证对双方具有充分商业利益的一份备忘录；（三）它是针对意料中将在某些方面发生利益冲突而订出的一份解决方案；（四）它又是一份法律文件，其中所订条款和据以承担的义务可在其作为根据的国家法律约束下加以执行。

许可协定通常的格式和结构与工业化国家之间订立的或者发达国家同发展中国家之间订立的协定大致相同。它是在技术转让方面带有独特条款的一份普遍性的基本文件。

然而，对于发展中国家来说，许可协定不仅

是一份为合同双方规定好私方利益和私方所承担的风险的文件，它同时也必须符合公共利益。政府的管理政策可要求有关企业对权利和义务进行谈判，这样不仅在协定上可达到掌握的广度与深度，而且对于某些约束和限制不能加以接受。

由于各发展中国家的国家政策、目标和规章并不相同，而且在一个国家也因时代的变迁而有所改变，因此不可能对技术转让问题提出一套共同性的国家方针。有些国家，甚至有些企业，议价能力很强，尽管有条例限制，也能把所需的技术引进来。但是，有些国家的技术基础结构很差，或是市场狭小而且不够先进，那末，在管制十分严格的情况下，这种国家就不一定能够把所需的技术引进来。因此，有必要制订一种符合现实的转让政策。

本报告详细研究了许可协定的基本特点，以便对政府有关管理机构审查技术转让术语的含义时有所裨益。它对具体调整许可方和接受方的义务以适应发展中国家的发展目标，指出了一个新的范围。尽管如此，仍须保持许可协定的基本原则——它必须具体订出一份可行的协议。

从发展中国家的观点来看，许可协定应是实现国家目标和政策的一个工具。但是，由于协定是个法律性文件，是双方之间（不牵涉到发展中国家的政府）订立的，它主要是为了达到接受方企业的目的，因此，国家的观点只能从中得到间接的反映。就是说，在发展中国家，一份许可协定的条文，应从其行文的结构中使国家的观点暗寓其内。要做到这一点，该协定必须：（一）有助于推进国家的规划和发展目标，（二）符合有关章程的要求，以及（三）使该企业能够立足，从而能对国民经济做出必要的贡献。

通过对一份许可协定作仔细的鉴定，就有可能看出它是否符合管理制度的目标。协定中可以有这种明确规定，比如该合同应以该发展中国家的有关法律作为其依据法律。或者，管理上的目标不必明言，例如可以作这样的规定：接受方有权按其意愿将其产品出口到任何国家，不受限制。规章上的目标可以列入国家立法（例如墨西哥的技术转让法律），也可以象印度那样，作为行政法规施行。

然而，对于有关国家计划和发展的条款，对于有关企业生计的条款，不能带着一种固定的框框加以审查。既然该协定的目的是转让技术，后者本身就必须要有助于实现这些目标。

通过审核其是否符合另外三方面的目标，即协定包含的技术上、工艺上和营业上的目标，就能查出该协定是否与更大的目标一致。因此，如果说国家政策是要使该企业获取最大限度的增殖价值(技术上的目标)，则需要对专门知识作出正确的定义和描述(“起点材料”和“产品”——第13页)。如果需要保护一种稀有资源，例如能源，则该协定应能保证规定的能源消耗率(见第21页)。同样，如果国家在某种产品方面的目标是尽量扩大出口，则对于产品规格应有明确的定义(工艺上的目标)。

同样，通过审查接受方的营业目标并确定是否能依靠该协定条款来达到此种目标，我们就可以检验出该企业能否维持和发展。如果接受方正支付大量预支款，他应要求在合同条款上作出保证，这些款项的支付应有银行担保作凭据(第31页)；或者，如果他想在出口市场上取得强有力的竞争能力(营业上的目标)，他应通过谈判得到充分的技术专利权(专利、商标、专有权、销售权)。

因此，本报告也讨论如何能使技术上、工艺上和业务上的目标在许可协定上体现出来。

在一些发展中国家，本国人和外国组织之间订立的技术协定必须呈报特定的管理部门审批。许多其他国家也想这样做。一般的做法是，双方先把协定草案呈送有关机构作初步审核，随后再把正式的协定文件呈报批准和登记。审核的程序，各个国家都很不相同；对于这种协定可以从各种角度去审查——和技术的合适性(印度)、项目的可行性(马来西亚)、该投资在经济和财政上的影响(墨西哥)。经过这样的审核之后，一份协定往往有所修改，随后加以批准。

本报告的研究范围主要包括一种或一种以上的技术专利项目(专门知识、专利、商标)或与技术有关的服务(工程服务、技术援助)的许可协定

(见《国家引进技术的办法》，技术的发展 and 转让丛书(联合国出版物，出售品编号：78.II.B.7)。

草案。其中研究了在发展中国家常用的六种协定，并提出了审查方法，讨论了可供接受方自由选择的的不同方案。有三种协定是涉及工业产权的(专利、专门知识、商标)；两种是服务方面的(工程合同、技术援助)；还有一种是专营。某一题目下的材料也可能适用于另一题目。综合性的协定尤其如此，它可以在一个协定中包括几种工业产权与服务。

因为发展中国家的主要兴趣在于取得技术，尤其是希望取得专门知识这种形式的技术，因此对于这个题目的讨论，用了大量篇幅。这里定出的一些概念，如使用权、使用范围等，在其他问题上也同样适用。

在许可协定中，有两个方面的问题是各种类型的协定所共有的，这就是报酬问题和法律与行政条款。对于这两个方面，本文作了侧重的研究。对许可方的报酬问题，这是一个各国管理机构都特别注意的题目，因此将详细进行讨论。使用费(比率或一次付清)可以看作是许可方在接受方利润中的份额。因此也就有可能定出一些数量方面的原则标准，它与评价技术上的参数，即某一技术交易的技术内容，并无联系。

技术选择是各管理机构经常碰到的一个问题，在这里也作了分析。

这里提供的材料几乎全是面对分析人员和各管理机构的审查部门的，他们每天的工作就是审核各项协定，检查这些协定是否符合公共利益。但是，本报告对于某些商业公司、企业主，特别是对于那些希望在技术效能的担保或充分透露技术资料等方面得到保障的商业公司或企业主，也是有用的。

在三个方面——专利、专门知识和报酬——我们提供了核查表。这几个材料可以用来保证对某项交易的各种关键问题都作出了审核。对这个材料可以作出修改，以适应每个国家的特殊情况。使用这本专题资料，并不要求审核人员或分析人员有特殊的业务水平，但如果先有了一些审核协定的经验，则是很有帮助的。分析人员不一定非得是律师、经济学家、管理学家或会计师，但如果懂得一点专利权转让方面的知识，则是非常有

用的。同样道理，我们并不要求大家对各个工业行业都有很深的技术学识，但也必须有能力评价性能保证以及审查专门知识的传授，这些都是接受方必不可少的责任。他的评价是否恰当，全看他的经验是否丰富、技术上是否内行。然而，本报告的材料并非要提供据以拟订一份许可协定的底稿。

一份合同归根结蒂是一个法律文件。尽管本报告确实论述了专利权转让中使用的一些法律名词，但它并不涉及法律术语的确切性问题，也不想对其含义做出解释，实际上那是许可方和接受方的法律代表的事。除了其中收入一些强制性的条款（如合同应遵守的法律、政府批准后该协定的效力）或排除某些法律限制（限制性条款）以外，大多数发展中国家并不是从法律的确切性或全面性着眼来审核协定的。归根结蒂，对于某一协定的条款的解释是一个司法行为（判例法、法庭纠纷），每个国家的做法都不一样，而且一个管理机构是不能公然过问的。尽管有上述种种情况，管理机构仍可要求法律界人士帮助，以便更改某一协定的文字或加进某些条款。

必须指出，本报告省略了一个重要问题。如果许可方在该企业有重大的经济利益，则他和接受方（合伙人）之间交换的义务在内容上则可能大

大有别于直接转让中所牵涉的义务。他们之间可以通过良好的谈判，订出一套合作办法，许可方大可以承诺向该企业提供管理经验，提供现成的市场，迅速配备人员，等等。所有这些都是事业获致成功的重要条件。在一些发展中国家，政府方面确实很赞成采取这种合作方式引进技术，认为它比单纯的技术转让更好。作为进行这种合作的条件，该协定的内容应通过“很好的谈判”——许可方对该企业在管理上的支配权应符合他的投资比例，而在发展中国家的具体情况下，还应要求在经营该企业的目标问题上，许可方的意见应服从于该国的发展方向。由于这些要求而产生的矛盾，其性质和解决方法都不属于本报告研究的范围。因此，对于许可方据以进行投资的那种技术协定，其评价的方法本文则从略。然而，有必要指出，尽管是有许可方参加合股的情况，一般的做法仍是将技术转让协定作为一个单独的文件，同关于确定企业各股东（签订协定的“为首者”）的公司职务和权利的文件分开。就是说，即使各股东已经有了一份对整个合作做出安排的总协定，仍然有必要另外签订一份技术转让（技术许可）文件，起“君子协定”的作用。这个协定中的合同性条款，一般来说同直截了当的许可协定并无二致。根据这个范围来说，这种协定也可以按照本报告提出的程序进行审查和评价。

第一章 技术援助协定

生产产品需要专门技术资料和服务，这样产品在市场上才有竞争能力。不仅生产，而且分配（例如集装箱技术）和销售（给需方的技术服务）都需要这种服务。有些技术资料（有时技术服务）可能包括商业秘密。这部分技术称之为“具有产权的专门知识”，这是第三章研究的问题。在其他情况下，一个组织除需要专门知识外，还可能需得到专利许可证，这样，该组织制造和出售其产品的权利不会在法庭上受到非难（见第二章）。

这里所说的“技术援助”和“技术服务”仅指专门知识和专利以外的那部分技术资料和服务。发展中国家的机构在生产水泥、木材产品、食用油、玻璃瓶、金属容器、基础无机化学品以及装配工序和其他历史悠久的工业中可能只需要技术援助。

一般选择施工公司，而不是工程公司提供这种服务，这样，需方则可以得到生产和销售两方面的经验。不过，许多施工公司可能没有装配一个制造厂所需要的全部技术。在这种情况下，施工公司可把部分工程分包给工程公司，或者需方直接签订所需服务的分包合同。

除了供方提供原料和机器的情况外，供方的投入基本上分为技术资料投入和管理投入。技术资料投入包括工厂布局、设备清单和说明、产品资料以及销售指南。管理投入包括提供专家服务——培训需方生产管理人员、提供装配工厂所需物资等等。技术资料投入可被看成是可另从公共领域获得的材料，而管理投入则可另从独立的专业人员获得，就是说，提供“所掌握的”资料并不是专门知识许可证所特有的。

技术援助的价值在于供方在某一生产方面拥有经验，因此他就成了这方面一个全面的、方便的、有竞争能力的唯一的技术来源。这种援助使需方既快又省地建起生产设施并有效地开辟市场。

供方的某些服务可能是短期的，如采购设备，而有的服务则可能是长期的、持续的，使需方能发展其人力（培训服务）和逐步改进其生产、销售和商业技术服务的经营。

有的技术援助和技术服务合同用“许可方”和“接受方”指供方和需方。这在仅仅是技术援助的合同中是用词不当，必须避免，因为如果把一个合同视为“许可证”，许可方则必须有某种法律权利，他可将这种权利按照许可证授予许可方。只有在专利方面才有这种权利，根据法律公约（知识产权），专门知识也有这种权利。

分清具有产权的和不具有产权的技术资料从两方面加强了需方的谈判地位：（一）估价技术资料和服务的价格；（二）使用供方的技术资料时所接受的义务。

需方对技术援助协定中具体列举的技术资料和服务要支付费用。这将在“报酬”一章进行讨论，对这种资料可进行估价，定出价格，而不用考虑需方的收入能力和可盈利率。然而，在具有产权的专利证中，接受方交费是为了有权利用许可方的技术资料，支付多少最好依据接受方在市场上的可盈利率进行估价。

技术援助的内容

短期服务

短期服务是关于生产设备的设计和建造。这种服务可分为：（一）咨询服务和（二）工程服务。

咨询服务项目有估价市场、确定产品、分析投资、确保提供原材料、建议厂址、选择技术、鉴定设备用品等等。尽管根据技术援助合同可提供这种服务，但需方本身或通过一个独立的咨询机构也可进行这种服务。附件一列举了一组可根据咨询合同得到的典型服务。

需方承担有关接受这类服务和实施所提建议可能出现的风险。供方只承担业务上的责任，确保“管理、技术和勤奋程度”的水平达到这种服务的一般标准。咨询公司一般设有业务保障保险。根据协定，对未能完成服务，咨询方违反需方的书面说明而造成的亏损或未达到“管理、技术和勤奋程度”的标准，公司都要负责。

工程服务通常是根据一种不同于持续服务协定的协定提供的，因为这种合同是短期的，特点也不同。这种协定往往技术性很强，一般都是与合同各方的工程师一起制定的。除非协定是启钥合同，不然工程协定总是规定需方和供方分担责任。因此，确定各方的工作范围是一项重要任务（见第四章）。

持续服务

一般特点

一旦制造厂建成而且生产符合供方的保证，发展中国家的新企业主就要依赖供方不断提供援助，这样，他就能吸收工厂（和产品）所体现的技术从而能在市场上竞争。例如，企业主要发展能保持工厂最好的经营状况的能力和随着市场情况变化而改变产品组合（产量、质量、品种范围和价格）的能力。随着时间的推移，他可能需要在制造工序和生产特点方面作某些改进和变动。要在市场上站住脚就需要加强顾客服务，即技术服务。获得这种服务的通常办法是在关键职位上雇用供方人员，然后让他们培训当地人员——经营人员、销售人员和管理人员，这样在协定期限内，当地人员可以吸收供方的全部技术。

从大多数方面来说，需方不可能在当地生产——甚至不可能在当地采购到——产品所需要的所有原料、部件和机器零件。因此，技术援助合同可以规定，供方提供他所掌握的项目，并指出其他项目的供应来源。对供方所拥有的预加工原料、小装备品和配件的价格基础，即用以确定合同期间价格的方法或方案，需要作出规定。同样，一个企业在初建期间可能没有检验原材料和成品的全套设施，这样，技术服务合同的承包方则必须进行检验。

因此，持续服务的技术援助协定基本上是列

出供方要实施的所有长期服务项目以及定价基础和得到服务和支付酬金应履行的程序。因为这里没有专利权转让，因此通常对需方使用其所获得的技术资料不加任何限制。因此供方不得限制需方扩大或成倍增加生产过程、扩大销售范围或在所获资料的基础上创造新产品的权利。由于同样的原因，需方没有必要承担义务“回授”改进、保守所获技术资料的秘密或随时退回图纸和文件。事实上，技术援助协定必须视为是机器，例如柴油机的购买合同，购买的含义是有不受限制地使用的权利。

有关持续性服务的保证

既然技术资料的保密在提供技术援助中并不是一种重要问题，需方可要求供方在合同谈判前派人实地参加供方的生产和服务活动（事实上，供方可从这种程序中得到好处）。这样，需方可亲眼看到各种机器设备的运转情况，研究生产工序并观察从原材料到生产成品的全部生产过程。这样，他就能知道问题会出在何处，因而他可要求明确的担保——保证^②，即如果出了问题，由供方负责解决。

在某些方面，由于生产规模降低、原材料有变化、产品组合是否传统的等，需方不可能事先估计出困难。在这种情况下，供方必须明确保证，需方的技术目标——生产率、生产能力、产品质量等必须达到。

供方把让需方事前了解情况看成是缩小和限制其风险的办法。与进行专门知识许可交易的情况相比，担保的范围只是局限在某些方面，是有限的。因为在那种情况下，接受方事前不可能了解专门知识，因此许可方必须提供全面保险（第三章）。

供方的担保通常是对于服务不足之处加以补救，即在他提供特别担保的方面如果有问题，则要加以纠正。不过需方必须承担其一切费用，也许供方人员的费用除外。但是，如果供方对性能作了担保的生产设备所提供的说明有问题或提供的设备本身有问题，他必须负责修理或更换设备

^② 有关“保证”和“担保”的较详细的内容，见第23页。

并承担所需费用。发展中国家的许可证有一条为大家所接受的规定，即对于错误工程要免费提供补偿性工程；如果提供了错误的设备，则应免费更换。

第四章工程服务协定和第三章“专门知识的性能”一节有关一些特别复杂方面的责任的考虑可能是适用的。

法律上的问题

技术援助协定是根据需方的合同法律制定的，类似于购买机器和咨询服务等合同。如果这样一个协定和其他协定，如专门知识许可协定或工程合同协定有关，那么从需方的角度来看，可取的作法是，把这些协定联系起来，在技术援助协定中要提及这些协定，即使各协定的合同各方不同。对于需方来说，这种程序可确保对项目有一个完整的概念。如果这种协调是关键性的，则必须列出协调的具体作法。这也便于需方为协调或弥补缺陷和各方联系。尽管考虑到各方承担的责任可能会有重复而在起草各项协定时明确地避免了，但仍然会产生这方面的问题。参照其他协定能尽量减少以后出现争议。

从技术服务的需方的观点来看，持续服务技术援助合同应包括下列条款：

- (一) 确定产品(产品设计、特点、质量、品种范围，视情况而定)；
- (二) 工厂的生产能力(如化工厂，生产范围)；
- (三) 供方所有服务项目清单和说明，其中包括：

- (1) 许可方提供建造、监督、工厂开工和稳定生产的技术人员；
- (2) 培训(当地和侨居外国的)生产、维修、销售和会计方面的人材；
- (3) 保证供应供方有绝对支配优势的预加工原料、预装配零件、部件；
- (4) 对工厂的生产和维修、产品特点、技术服务指导(供顾客)、销售数据单据提供资料；
- (5) 质量控制程序和厂内检验标准；
- (6) 生产力标准和产品成本的说明；
- (7) 原材料、产品等的国外检验服务；
- (8) 装配图、机械产品或电子产品图；
- (四) 使用侨居国外人员和提供(三)(3)项下的项目的定价基础；
- (五) 产品交流和工艺改进；
- (六) 如果工厂设计和建造涉及独立的第三方工程公司，则要明文规定，提供技术援助的一方应提供监督服务(见第四章)；
- (七) 性能保证；
- (八) 供方承担有关工厂性能问题(如果有的话)的责任；
- (九) 服务的报酬(见第七章)；
- (十) 有关供方技术援助的报酬的规定；
- (十一) 与其他协定的“关系”；
- (十二) 协定的指导法律。

第二章 专利和专利协定

专利制度

专利制度在促进发达国家工业实用的发明方面起重要作用。公开公布某项发明的全部资料使关心的公众有可能进一步改进该发明物或寻求替代物,对此,国家根据专利法授予专利所有者(专利权取得者)一定期限的专属权。这种专属权主要是指不许他人在专利公布所在国制造、使用或出售所发明的产品、技艺或工艺。按照专利法,专利权取得者对发明物拥有产权,他本人可以行使这种权利,也可以将这种权利全部或部分地转让给他人(出售或许可)。这就是说,虽然专利技术资料公布了,但专利权取得者有权禁止未经许可者为商业盈利目的使用专利技术资料。国家规定,专利权取得者的权利要予以实施。“制造、使用和出售”权彼此是独立的。专利权取得者授予接受方多少权由他自己决定。根据使用和出售权,专利制度可禁止进口有专利权的产品,某些国家则禁止进口用有专利权的工艺制造的产品。

一旦专利期满,其技术资料则属公众所有,从而任何人都可自由使用,而不必得到专利权取得者的同意。

怎样才算符合专利条件(怎样才算是新颖的)、专利权的种类、专利有效期、必须公开公布的主要技术资料、试验数据或应该向颁发专利的当局示范的典型、登记费用等等,各国不尽相同。由于在授予或实施专利过程中可能出现争议而要在法庭上解决,各国都制定出一套判例法。制定专利许可证的有关人员必须非常熟悉这些判例法。

一国授予的专利一般不能在其他国家实施。为了在别国获得专利,发明物必须符合这些国家的专利条件而且事实上是专利的才能获得。然而,一些国家可以制定统一法令,参加的各国对根据

法令已被接受的专利都予以保护(例如非洲和马达加斯加产权局)。指出下述一点是很重要的,即一批知识的发明者可以是几项专利的所有者,这取决于他得到专利保护的国家的多少以及他的知识得到专利的多少而定。关于这一点,各国的专利结构没有必要一致,由于各国专利法不同而有所不同。

如果某国没有专利法,则不存在专利和专利许可证的问题。因此,这类国家的个人则可在该国为商业盈利目的自由使用(任何地方公布的)任何专利的资料。此外,在A国公布的专利而在B国没有公布,则该专利不得成为B国专利协定的内容(除非有专利的产品是A国进口的产品)。

根据1883年的巴黎公约和以后签订的多边协定,发明者一般从首次向某国申请时起的12个月内可向另一国提出申请。期限从首次申请之日算起。这样,在母国公布的专利不致因为在另一国专利的新颖处以前公布过而失效。

许多国家的专利局在专利申请提出后几个月内公布专利申请书。往往是几年之后授予专利权。有些国家在授予专利前对专利申请的新颖性声明进行仔细调查研究。而另些国家,甚至高度工业化的国家对是否新颖、是否是发明,是否优先很少或根本不进行调查研究。

授予的专利总是在法庭上遭到非难。非难的理由很多,如说技术资料公布不全、专利中的声明太深奥、其他发明者的优先日期或发明早已公布过。如果法庭裁定专利失效,专利许可方从原专利所有者得到的商业权利可能遭到很大损失。

发展中国家初期的专利制度主要不是,其宗旨也不是促进本国的发明。它的双重目的是促进

外国投资和提供进口用其他方法广泛得到专利的产品的办法。人们都知道，有价值的知识的所有者不可能在某国进行投资以使用其知识，除非他认为这种知识能得到专利保护，首先是他能得到禁止未经许可而使用其知识，即侵犯的合法权利。专利也为专利所有人提供法律基础，对于他认为不及他的发明物符合专利条件的其他发明者的专利登记提出异议。

专利许可证

概 况

专利许可证是两方签订的一种法律协定，规定双方进行的专有权以及在行使这些专有权所应受到的限制(根据法律可接受的限制)。从技术上讲，一个合同的指导法可以是合同各方所信任的任一国家的法律。不过，专利许可协定不得写上第三国法律以回避承担违反接受方的专利法、反托拉斯法或竞争法的后果。例如，食品方面的产品或工艺的专利许可证在巴西是行不通的，因为根据该国法律，不得公布这方面的专利。同样，某些地区的专利制度规定强制性许可(例如印度的)，这样，专利的专属权的价值就有限了。

发达国家中，专利是最重要的产权形式之一。因此人们多方设法获得专利许可证。专利所有者(许可方)有权禁止未经许可的使用其专利。这一权利可转让给接受方。该权利是接受方销售能力的主要来源。

在发展中国家

发展中国家签订专利许可协定——或者在综合许可协定中写进与专利有关的条款——一般是许可方主要由于本身的原因所强加的条件。发展中国家的企业主(未来的接受方)一般来说对从专利许可证获得的权利评价并不高，因为这种权利在他的国家起的作用很小，而且本国法律能否保护专利权或在专利发生争议时能起多大作用(即缺乏足够的判例法)把握不大。接受方最需要的是得到技术(专门知识)、技术援助和市场，而不是专利权。

不过，接受方可能需要专利中的某些权利，例

如向某些国家出口的权利，这些国家的许可方享有已获得专利的产品和工艺的专利，或者，接受方可能希望许可方承担在专利发生争议时保护接受方的义务。

另外，许可方可能坚持要将专利条款写进合同，因为他要保护其专门知识，只要可能，他就用专利保护其专门知识，这样就得到了合法权利，禁止未经许可者，包括其他许可方使用他的专门知识或其中的部分知识。

如果要求接受方签订专利许可协定或者接受方为了获得竞争优势而自愿这样作，他应当知道反过来向许可方提出哪些最低条件。

下列条件会对接受方有利：

(一) 许可方明确说明他在协定包括的国内有已登记的专利而且他对协定的内容要负责；

(二) 许可方列出已经公布的专利、其登记日期和有效期；

(三) 特别要列出许可方在接受方已谈妥有出口权利的国家所分布的全部专利；

(四) 许可方明确说明授予接受方根据这种专利可行使的权利，并列出许可的权利(即“制造、使用和出售”权)；

(五) 许可方承担责任禁止在接受方所在国或出口国侵犯专利，进行这种活动由许可方承担费用还是由许可方或接受方分担费用需要协商；

(六) 许可方声称，已得到许可证的专利不得侵犯第三方的专利或权利，如果法庭发现情况正好相反，则部分或全部免除接受方承担(使接受方免于受罚)这种侵犯所引起的经济和其他方面损失的责任(这就是所谓的免于受罚或“认为无害”条款)；

(七) 如果由于某种法律上确定的原因，专利在发许可证的国家停止生效，接受方则免除与专利有关的义务，其中包括实行的使用费；

(八) 许可方同意支付实行的登记费和满足其他法律和行政要求，使所有得到许可证的专利在其整个有效期间得以实施；

(九) 许可方同意授予接受方在专利整个有

效期间使用专利的权利，即使协定期满后仍有权使用；

(十) 许可方同意授予接受方的专利使用费率要比授予与之竞争的其他接受方的费率优惠；

(十一) 同意授予改进的专利权，而不增加专利使用费率。

协定中最好都列有上述条件，但各协定具体制定条款时可能差异很大，这是因为各国专利法不同、各方讨价还价的能力不同、存在着有竞争能力的第三方专利、政府的规章（许可方和接受方所在国的规章，其中包括反托拉斯的考虑）、甚至合同各方的法律技术也不同。

不过，这些条款，特别是在同一国家签订的协定的条款可能大同小异。因此，发展中国家的管理机构应当能逐步定出一套可把上述条款的意思包含进去的标准条款，并为磋商小的变动留有余地。

有时，得到专利许可证有一种特别的好处，因为许可方所掌握的主要技术资料都包括在印制的和出版的专利资料中，这样就会导致在竞争中获得有利地位。譬如，事前就会公布接受方将得到的技术资料。事实上，接受方可对有竞争力的产品的各种专利进行比较，从而可谈出一个有利的合同。另一方面，如果是一个纯粹的专门知识的协定，接受方则处于不利的谈判地位，因为只有签订了合同，接受方才能得到许可方的技术资料（见第三章）。接受方往往愿意签订专利——专门知识许可证，因为专门知识和已公布的专利的技术资料会有关系，因而事前多少可作些估价。

附件二(1)有一份鉴定专利协定或专门知识协定中专利条款的核查表。

反托拉斯法或竞争法

从保护和促进竞争方面的“公共利益”的角度

出发，美国和欧洲经济共同体（欧经共同体）发展了反托拉斯法，这对广泛的商业活动，包括许可证交易（专利、专门知识等）产生了影响。虽然这类法律仅涉及美国和欧经共同体成员国的个人或公司或在这些地区经商的人，但由于这些国家的许可方在某些情况下不能强行规定不合理的限制，甚至对国外许可证也不能这样，所以发展中国家也可从中得到某种保护。

反托拉斯法适用于对商业实行不合理限制因而影响国家经济利益的合同，也适用于有可能通过建立非法的垄断力（如通过增加公司或市场分配）减少竞争的协定。如果这些限制影响外国商业，包括美国或欧经共同体的许可证交易，公众中受侵害的成员或政府本身（美国司法部）有权向法庭或行政机构起诉，控告那些从事非法活动的人。

此外，美国还发展了禁止“滥用专利”的理论。这一理论特别使许可方不能采用不实施其专利的手段来强加给接受方接受其专利范围以外或专利有效期以外的义务。例如，许可方可能滥用其专利，他（一）要求接受方把不需要的专利和需要的专利一起加以接受；（二）要求接受方购买或经营许可方未得到专利的产品；或（三）要求适用的专利（或最重要的专利）期满后仍支付专利使用费。在这些情况下，这种滥用专利的作法也违反反托拉斯法。

估计发展中国家进行许可证交易的代理人或管理机构不可能详细了解美国和欧经共同体的反托拉斯法，因而也就不可能得到保护。不过，和声誉好的许可方进行交易有固定好处的，因为他们在制定协定时总是考虑到反托拉斯法的。

应当指出，发展中国家涉及不合理的或不可接受的限制的法律（例如，墨西哥的技术转让法）往往是针对引进的技术，而美国和欧经共同体的反托拉斯法是关于对内的、对外的或完全是内部的协定。

第三章 专门知识和专门知识协定

目前,对于发展中国家来说,获得技术的最重要的手段是专门知识协定。专门知识转让这一事物的出现,部分原因是专利许可与发展中国家关系不大,部分原因是人们只向竞争能力强、声望高的公司寻求技术,这类公司拥有并使用着它们自己发展出来的秘密工业资料。这类公司大都是巨型跨国公司,拥有发达的广阔国际市场和既成的商标声誉。此外,由于跨国公司为追求经济利益或为维护其市场与投资而进行的研究与发展工作,发展中国家的企业如与它们订立专门知识协定,就有可能获得产品和工艺的改进成果。

专门知识与专利和技术援助的比较

专门知识介于技术援助和专利之间,与技术援助相似的是,它是一套技术资料;与技术援助不同的是,这套技术资料的主要部分是保密的,拥有这种秘密资料的人与使用非保密资料的人相比,在技术上和/或市场上占有某种优势。专门知识与专利相似的是,它也可以拥有所有权;可是与专利不同的则是,专门知识所有人在法律上不能阻止第三方发展和利用未获专利的专门知识的主要内容。这就是说,如果两个公司各自独立地发展出同一种专门知识,那么在法律上双方都不能阻止对方使用这种知识。换句话说,首先发展出专门知识的公司不能象专利制度所规定的那样,凭借法律手段获得重要的专有权。

应当把专门知识看作是未能获得专利的资料(因缺少法律上对新颖性的规定)或者是有意不获得专利的资料。但是,无论是哪一种情况,这种资料的许多成分都是保密的,因此在所有者手中是一份有价值的资产。

专门知识往往是为辅助专利而发展出来的。一个公司若只获得“下巴”专利许可,那么已公布的专利资料一般并不足以使这个公司生产可销售的产品。因此,专门知识是一套在使用专利的实际经验中获得的资料,即在对原料、施工程序、机器、产品和市场进行的试验中获得的资料。

一个企业如果有必要的技术能力,能承担发展的费用和 risk,可以自己发展这种资料,也可以从其他方面寻求这种知识。在发达国家中,有雄厚的技术能力和创业能力,往往是就研制还是许可这两者作出抉择(“制作还是购买决定”)后才购买专门知识的。在发展中国家,一般采用许可的方法较为便利,提供者往往就是专利所有者。

在大多数发展中国家看来,专门知识在技术援助及服务与专利这两者之间,更接近于前者。有时的确也很难把专门知识与技术援助区分开来,这两者都是进行一个项目所需要的成套技术资料。然而从资料购买者和管理技术转让的政府机构的角度来说,明确分清这两者还是有些道理的。

接受方可能需要把他从同一个项目的几种不同的有关契约——如专门知识许可协定、工程服务合同和技术援助协定——中所获得的服务与资料区分开来。有时,如果有几个公司在提供不同的服务,接受方也可能需要担当协调的责任。

另一方面,管理机构可能希望阻止需方接受为保护和利用秘密资料所必需的合理义务之外的义务,付出与专门知识所带来的利益不相称的报酬,洽购不合需方(有时,国家)需要或与之无关的资料。

鉴于需方和政府方面有这些需要,因此应当在协定中对专门知识规定明确的意义。

专门知识的定义、说明和传授

专门知识的定义

各国的法律对于“专利”在范围、期限和权利方面均有严格的定义，然而对专门知识却没有这样明确的定义，即使在判例法丰富的工业化国家里也是如此。基本上说，专门知识的性质、内容和特征只在许可协定中予以规定或确定。按惯例，许可方总是宣称他拥有“新颖的、有价值的、实用的”技术资料，至少他对其中一部分是保密的。接受方则在可能的程度内研究这种说法，然后以合同形式予以接受。在这种声明和接受的过程中，许可方试图利用现有的法律，特别是合同和商业秘密的法律建立专门知识的产权（即所有权）。在这一基础上，许可方声明，接受方在专门知识许可中只获得使用权，^③也就是使用这种资料的租用权。

专门知识的四项要素（实用性、新颖性、保密性和价值）中，后两项要素使接受方承担了一套繁复的义务。在专门知识协定中，除了报酬事项和法律行政事项外，大部分内容都是关于这类义务的。正是在这方面的问题上，发展中国家与发达国家之间存在着很大的分歧。

许可方认为，其专门知识的价值很大一部分在于所保守的秘密中。许可方声明，由于保密，他可以获得商业竞争力——产品优质，投资减少，实际成本降低，等等。接受方既然要得到这种资料，许可方就要求对他所要传授的资料在一定时期内或在这种资料公开以前保守秘密。这样，保密条款就成了专门知识许可协定中的一项基本条款。

在大多数法律中，凡某人在业务上使用的任何公式、款式、设计或资料汇编，如能使其所有者有可能对不知道或不使用这些东西的竞争对手占有优势，均被认为属于商业秘密。

多数国家的法律都承认有商业和工业秘密。有些国家已制定了商业秘密法。例如，墨西哥的

^③而在专利许可中，是对已公布的专利资料给予使用权。

刑法就有一章关于透露秘密的条款。契约法和习惯法也都确认秘密资料的需方有责任保守该项资料的秘密。

然而，需要承担保密义务的资料应当是（也只应当是）：

（一）以书面形式或以其他易于辨认的形式传给接受方的，或虽系口头透露，但后来又以书面形式叙述和确定的；

（二）被征引或指称为机密的；

（三）经需方书面记录表明在透露前不为接受方所知的；

（四）不为公众所知或尚未成为公众所知的；

（五）接受方尚未最终从未向许可方承担保密义务的第三方那里获得的。

无论协定是发达国家的公司之间签订的还是涉及某一发展中国家的一家公司的，这种标准都应是保密条款的基础，并应包含在许可协定中。

专门知识的说明——许可方的义务

在发展中国家订立的合同中，用对新颖性、实用性、价值和保密性的说明来泛泛说明专门知识（如制造聚乙烯的工艺）的范畴，对于接受方来说是不够的。

在发达国家，常发生专门知识的“预先透露”（并另有相应的保密协定，说明这种透露并未给予需方对所透露的资料的使用权）。这种作法使接受方在签订许可协定之前就能审核即将取得的技术，并减少了在协定中对专门知识进行全面说明的需要。但是在发展中国家，由于缺乏审核的技术能力，这种预先透露并不总是有用的。而且许可方不一定愿意在签订协定之前就披露秘密资料，除非确有保证，发展中国家的法律，特别是判例法，能保护商业秘密，使这种资料的滥用者因破坏该法律而受到严厉处罚。

在这种情况下，为了保护发展中国家的接受方，通常的专门知识定义条款应扩充为说明条款（但仍可称为定义条款），因为接受方需要事先了解有关协定签订后所提供的资料类型或服务类型

的情况。这样，获取专门知识的接受方的需要便与寻求技术援助的接受方的需要不同(见第一章)，由于技术援助的非保密性质，客户在商洽合同前可以观看操作情况或讨论有关的技术问题。

专门知识的说明应指明其技术性质，这对接受方和国家都是很重要的。例如，在进行说明时，说某项专门知识对制造烤面包炉是足够的，但是传授过来专门知识却是训练人们如何组装购来的部件，那么，这种说明就不精确了。国家的需要，接受方的需要，可能着重在技术方面。也就是说，接受方想要充分获得许可方关于烤面包炉中技术性很强的各个部件的具体知识(隔热塑料底座、恒温元件、加热线圈、面包出炉机件、电镀技术等等)。从国家的角度说，运用这种专门知识将带来价值的增加。

专门知识的说明不必象确定专门知识的起点(即以工业原料制造机器和其部件，以购进部件装配自动煮饭锅，以活性进口原料配制杀虫剂，以本地中间产品合成药品等等)和确定这些起点材料转变为企业最终产品的关键过程或生产程序(即，……催化氧化液相，……镍籽沉淀硬化，……注射成型和电镀，……装配，……感应熔化和壳体铸造)的作法那样写成专门知识(其技术细节)的技术规格。

对于发展中国家的接受方来说，连这种细节可能都不够。接受方可能需要了解专门知识的传授将以什么形式进行。例如，在一项化学工艺的许可中，专门知识的内容可能有关键的意义：是否有一套设计工厂的公式？是否有一套营建工厂的蓝图？

许可协定固然要简明扼要，但包括一项说明条款并不妨碍一般的法律措辞。

尽管法律措辞可能不同，但我们还是可以举出一个简明而恰当的关于专门知识的定义的例子：

“**专门知识**指一套在工业上实用的、秘密的、新颖的和有价值的资料，以及有关的技术方面和其他方面的资料和技能，为持转让权的**许可方**所合法所有，目前为**许可方**所应用(以下称**两步催**

化同构化工艺)，宜于并足以使**接受方**设计、营建和经营一个利用**所述原料**以指定的**生产能力**和**产品规格**的**产品制造厂**”。(黑体字在合同中另有定义)

这一定义有以下几点应当注意：

(一) 使专门知识在合同中成为有定义的术语；

(二) 说明了全部资料中只有一部分是秘密的，也就是指明，所提供的资料并非全部保密；

(三) 规定在秘密资料之外还提供补充性资料(技术方面和其他方面的资料)；

(四) 规定要提供适宜而充分的资料以实现接受方的技术目标；

(五) 表明所转让的技术将是流行的技术；

(六) 指明“**起点材料**”(“**所述原料**”)；

(七) 把专门知识与**产品**和**工厂生产能力**相联系(应在合同中给出二者的充分定义)；

(八) 指出了生产程序(“**两步催化同构化工艺**”)。如果别处有定义，此处只需称**工艺**即可；

(九) 表明许可方对专门知识拥有许可权(“**所有权**”)，即不是剽窃来的资料，而是合法所有；

(十) 表明专门知识已在工业上应用，并非试验性的，未经试用的；

(十一) 表明自“**合同签订之日起**”，许可方的所有专门知识和资料均将提供(见本章后面的“**工艺改进**”一节)。

在只涉及专门知识的协定中，接受方只偿付专门知识的使用权。第七章(“**报酬**”)将阐明，这种关系是必须确定的，而且是必要的。

在协定中对专门知识给予明确的定义和说明，对发展中国家的接受方和管理机构有以下好处：

(一) 便于与许可方的其他投入内容(如工程投入)或让与的权利(如商标权)区分开来，这些对接受方来说可能是次要的；

(二) 便于理解各种不同服务来源之间,如专门知识与技术援助之间(常常是)难以区分的界限,以便能够进行“交叉管理”和/或对各种资料的独立来源分别进行审核(和定价);

(三) 便于对提供服务的每一阶段和范围确定许可方或服务提供方的责任与义务;

(四) 便于接受方和政府管理机构对收费及其支付规定的合理性作出评定;

(五) 便于编制支付指数(见第31页)。

在论述与专门知识有关的合同问题之前,不妨简略地对比一下专门知识与技术援助,因为这两个术语常被混淆,从而未能正确使用。

专门知识的一部分是秘密的,但其某些组成部分可能是公开的,或为专家所知的。同时,有些是可以从其他工业来源获得的。从专门知识的供方(许可方)那里获得资料的价值在于,这种资料是一种由经过选择的技术数据所组成的可取的最佳技术规程,如按所规定的方式运用,会使其使用者处于有利的竞争地位。

而技术援助(资料和技能)的价值在于,其供方在众所周知的或可以完全从公共领域获得的全面技术资料及有关资料的利用方面具有经验,而且使接受者易于和便于利用这些资料。这是一种专业性的服务,与生产经验密切相关。

以烤面包炉为例,装配其部件的知识可以从一个在装配家庭用具方面富有经验的专业公司那里获得。这就属于技术援助。然而,制造隔热塑料底座的方法可能是保密的资料,运用它可以降低烤面包炉的总制造成本。这种资料就只能根据适用于专门知识许可所规定的条件来取得。

由此看来,技术援助是独立于专门知识的,但又是专门知识的补充服务,而二者的供方可能又是同一家公司。因此,通常可以分别偿付。分别偿付的好处是对供方两种服务上的财务责任可以在协定中分别确定和立约。

如果在前面关于专门知识的定义举例中把“专门知识”一词换成“技术援助”一词,而去掉“秘密的”和“新颖的”两个定语,特别是“秘密的”这一定语,那么这个例子也适用于规定技术援助的

定义。如果接受方的偿付与技术援助有关,则协定应符合技术援助协定的定义。但应当确认的是,这种偿付只是为支付技术援助,即许可方的服务和投入,而不是为支付资料使用权的。

专门知识的传授

在合同上如果对许可方向接受方提供专门知识的义务只作简单规定(即使象前面所论述的那样进行定义),往往是不够的。常常需要对传授专门知识的方式作出具体的说明。例如,发展中国家的接受方可能不需要给他一套计算机程序,要的是更容易消化的资料。在这种情况下,就可以在协定中列入一项“专门知识传授”条款。

下面的例子在有关机械设备(如拖拉机)的合同中可以作为典型的传授条款。(这里假定准备使用现有的铸工、锻造和机械车间设备,其装配情况如有改进,许可方是感到满意的。)

“传授”系指下列含义:

(一) 关于许可方制造的或据其设计而承制的所有部件的以及关于许可方为制造拖拉机而购买的所有零件的详细规格的全套最新的、正确的、清晰的、可复制的制造图纸文件(以公制为计量单位,以英语标注);

(二) 关于安装专用制造机器和装配辅助制造设备(如模具、夹具、铸模、冲模、专用工具、量具)的全套最新的、正确的、清晰的、可复制的厂房标准表单和工程标准,许可方用于拖拉机构件的制造、组装、检验和试验的文件应一式两份;

(三) 铸件图纸,并制铸模图纸和资料,如分线,型芯的位置和大小,冷激部分,流道,冒口和浇口,以及关于浇铸、拆模和整光诸工序的书面说明;

(四) 关于许可方使用的所有黑色及有色金属的热处理工序和工艺说明;

(五) 镀工工艺和漆工工艺的细节,并附镀工工艺所需原料和附属材料的规格;

(六) 拖拉机构件和部件装配图;

(七) 所有机床操作的校准标准,机械配合标准,公差标准;

(八) 全套最新目录, 印制的价目簿, 和许可方通常购买的所有零件的印制的贴现表。

目前所涉及的专门知识是“硬”资料, 即有形的、可用作数据、图纸、图表的资料。然而, 专门知识中还有一部分是无形的, 由知识、组织技能和操作技能综合而成, 体现于人身(如特种焊接技术、计算机技巧等手艺), 这部分知识有时被称为“示范知识”。虽然这种无形的专门知识可能是内部发展出来的, 但一般并不把它当作具有所有权的秘密资料。因此, 许可方的这部分援助不应当特别指出, 而应当列入技术援助条款, 或在专门知识的定义中泛指(前面定义条款例中所谓的“以及其他资料和技能……”, 第13页)。

专门知识应符合三方面的检验标准, 即:

(一) 应当具有工业实用性, 即已在世界某处应用, 并能满足接受方的技术目标;

(二) 其秘密部分应当给予接受方以某种竞争优势, 即能证明或保证有某种技术优势或市场优势(新颖性);

(三) 应当是具有产权的技术资料, 即许可方拥有转让权的资料, 并非剽窃的资料, 也非公共领域的资料。

发展中国家的接受方(或检查技术转让协定的政府机构)往往不具备就上述标准进行审核的条件, 至少不能深入地进行审核。即使发达国家的接受方也难免有这种缺欠。所以许可方应当提供有关实用性、新颖性和所有权的保证。这种保证通常以许可协定中的许可方说明的形式(“鉴于”或陈述性条款——见第52页)获得并部分地在专门知识定义的条款中获得。专门知识协定中总有这类说明。

专门知识协定的组成部分

一般而言, 专门知识协定有四个部分: (一) 陈述性和法律行政条款; (二) 定义, 给予权利和各方义务; (三) 对许可方的报酬以及作为其条件的因素; (四) 专门知识附属服务及事项, 如商标权、专利之类。

除了前面已经论述和后面即将论述其中一些

问题的(二)项以外, (一)项、(三)项和(四)项都已在本文中分别讨论过了。

权利的给予及有关责任问题, 讨论起来很复杂, 是专门知识协定中最重要、最需谈判的问题。然而, 工业先进国家在专门知识问题上形成的一套惯例并不适合发展中国家的需要。因此, 专门知识条款的结构, 特别是在权利的给予和承担的义务方面, 正在迅速改变。单元定义, 如“领土”、“生产能力”, 和定义条款, 如“专门知识”, “秘密”, 是权利的给予和承担的义务的根据。

许可方的观点

在许可协定中, 许可方要使接受方承担一定的义务以保护其专门知识的价值。要求接受方含蓄地或明确地给许可方以限制或规定专门知识使用程度的权利, 就是说, 接受方不能根据自己最大利益自由运用专门知识, 以此来承认专门知识的价值。例如, 接受方不能自由地利用所许可的资料在世界上任何地方建立制造设施; 如果接受方只对单独的一个厂或特定的产品范围支付所许可的资料的使用费, 那么他也不能把这种资料用到与协定所规定的产品无关的产品上。因此, 要求接受方承担的义务就是只能在限定的领土上或规定的产品范围内使用专门知识。

同样, 在专门知识的秘密(机密)问题上, 许可方要接受方承担保密义务, 保证不向未经许可方准许的人透露所许可的资料。

简言之, 许可方对专门知识协定的立场是, 给予接受方的权利是附加一系列条件的。

发展中国家政府的观点

发展中国家政府对接受方有时在协定中承担过分的义务感到关切。他们越来越感到, 对技术不加区别地接受有社会副作用, 洽谈中出现的问题不能仅仅根据接受方的市场和利润的利益来处理。他们认为, 由于对有关许可问题缺乏知识, 接受方往往承担了过多的义务, 结果限制了本来可以利用的市场, 限制了财富的增加(对企业和国民经济而言都是如此), 限制了产品种类的多

样化,限制了不属保密范围的(付报酬的)引进的技能和知识的应有的推广。还有一个越来越广泛的想法是,把专门知识当作租赁品的专门知识使用权这种概念也是不合理的。许多发展中国家的管理机构要求,凡已给予适当补偿的专门知识,应完全转让给接受方企业。

发展中国家采取这种观点的理论根据是:技术转让是超越接受方私人利益的事情,应当为公共利益服务;引进的技术总应向各地推广,以形成新的生产中心和新的企业,同时会使技能得到提高,导致技术的适应和创新。发展中国家政府设立管理机构,首先是想丰富和保护接受方的权益,其次是想为技术知识应有的推广创造条件。所以,审定义务问题是管理机构一项特别的任务。

按照发展中国家政府的观点,许可协定应当规定:

(一) 专门知识和有关技术资料应永久转让给接受方;如并非由于接受方的过失而使合同终止,则不得让接受方停止经营,或限制他在新的领域中运用所得到的知识,或让他不再占有其知识(例如把图纸和工具退还许可方),或禁止他利用这种知识建立新的工业企业;

(二) 接受方获取技术,充分了解其关键的和有竞争意义的方面,无论在合同期间或期满后,都能完全掌握其工厂设备的运转;

(三) 接受方能充分获得许可方的知识,得到许可方的培训并就产品和工艺的保证立约,以便在专门知识的技术运用方面得到充分的保护;

(四) 接受方能经过商洽与市场有关的一切许可方面的问题而在他所选择的市场上自由地、有效地经营;

(五) 接受方能充分获得许可方在产品 and 工艺方面所作出的任何技术改进,以便在自己所选择的市场上保持竞争能力;

(六) 付给许可方报酬的数额和形式应与接受方的获益相适应;这种报酬是为接受方的主要利益而支付的,即在专门知识、专利、商标和服

务的综合协定中,是为专门知识(如果专门知识是接受方最需要的)支付的;

(七) 接受方所承担的保密义务须与专门知识的性质和价值相当,不能太泛,时间也不应过长,以致接受方的雇员难以学到技能,或当这些雇员离开接受方的企业时难以运用其所获得的某些技能。

附件二(2)列出了鉴定专门知识协定或其他协定中专门知识条款的核查表。

接受方在使用专门知识时的义务

由于许可方在接受方所应承担的义务这一问题上的观点可能与发展中国家吸收和应用技术的需要相抵触,许可方和接受方都要进行许多调整,作出许多妥协。因此,在这个问题上不可能有统一的解决方法。

下面讨论有关技术利用的程度问题(这一问题在专门知识协定中通常包括若干项条款)。为了阐明有分歧的问题,首先叙述许可方的传统观点。

许可方对接受方最通常的限制如下(另有合同规定者除外):

(一) 接受方对专门知识没有专有使用权,即许可方在合同所规定的领土和不属合同规定范围的领土中均保留给予他人以许可和自己应用该专门知识的权利。制造、使用、销售或进口的专有权是分散的权利,许可方可酌情授与;

(二) 接受方只能在协定所规定的领土内使用专门知识;

(三) 接受方只能在许可协定所规定的范围内使用专门知识,即不能将所许可的专门知识应用于协定中未作规定的产品(通常是无关产品)的制造上。甚至在发达国家,有时也要到法庭上争讼这一限制的是否合理;

(四) 接受方只能在协定中指定的制造厂地使用专门知识;

(五) 接受方不能在协定准许的生产能力之外利用专门知识生产所许可的产品;未经许可方

的明确准许,接受方也不能利用所许可的专门知识扩大工厂或生产;

(六) 接受方无权将专门知识转许他人;

(七) 接受方只能让协定中指定的人员接触专门知识,即,只能让有关人员使用(接触权和使用权可以定为两种权利);

(八) 接受方和其他获准接触专门知识的人员应立据同意在商定的期限内保守所指定的知识的机密(保密期可超过使用期);

(九) 接受方对专门知识的使用权以协定有效期为限;有效期满,使用权即行停止(如同(三)项,这一问题就是在发达国家也有争论);

(十) 接受方不能正式运用他对专门知识所作的任何改进,除非将其传授给许可方并无偿地(也不索求其他义务)将其使用权转让给许可方。

使用的专有权

在典型的许可交易中,专门知识使用权的授予并不是专有的。这就是说,许可方可将专门知识许给接受方所在国的第三方,并可在接受方领土上使用所许工艺。然而,由于大多数发展中国家市场狭小,许可方也可以不保留这种使用权。接受方可以申请“唯一的和专有的”使用权。若是许可方认为接受方不必扩大生产即可适应市场需要,或是接受方的生产规模太小,他也可以保留在该国领土内再许给他人的权利。在这种情况下,接受方若不付出较高的使用费,或承担其他义务,如购买许可方的材料或把产品卖给许可方,以补偿许可方,则可能得不到专有的使用权。然而,发展中国家政府大概不会接受这种方式。再者,如果国家的目标是鼓励发展多生产中心(或避免许可权垄断),那么不允许使用权专有就可能成为一项管理性政策。

上面所谈的接受方的专有权,是指使用专门知识而言。销售产品的专有权可能就不能同时存在。在许可协定中,应当考虑进口、制造、使用和销售各个方面的专有权情况。例如,国家公司如果获许使用专门知识制造外国许可方所需要的一种零件,那么作为转包商的接受方就无权独立销售。同样,工程公司所接受的专门知识许可权

中,使用权只限于向指定的客户提供工程设计,而工程公司本身无权使用专门知识。再如,在谈判进口许可方产品的专有权时,应阻止许可方独立采取行动在领土内作为竞争者销售许可的产品。所以,接受方预期的业务需要应以明确的法律权利肯定。

使用领土

使用专门知识的领土限制通常是指,把生产权限制在一国领土内。^④如果接受方想用专门知识在他国生产,应另订许可协定。

使用范围

在某些专利制度中,使用范围的限制是专利获得者可以行使的权利。许可方则要利用法律对机密的专门知识行使这种限制权,然而,接受方却要在论理的基础上决定是否接受,在专门知识未获专利的情况下尤其如此。例如,在某化学工艺中,无专利的专门知识与乙醛生产有关,就不能使用这种专门知识制造与之有关的丙醛。然而,如果接受方要用乙醛制造醋酸,就没有限制,因为转化成后者就不在受许可权控制的专门知识之内。

生产场地

在专有性许可中,如果接受方的生产都要缴纳使用费,对生产场地的限制就不应接受了。无论如何,只要限制是在合同期满(在自然期满条件下)后施加的,就是一种额外的义务。但是,许可方也可能为了保护接受方领土上另一个接受方的竞争地位而施加这种限制,在这种情况下,这种限制是可以酌情考虑的。

生产量

如果商定用总付形式支付使用费(见第七章),那么在协定有效期间,对生产能力的限制可能是合理的。如果接受方的全部生产的使用费是随用随缴的,那么就不应限制接受方的扩大生产能力的权利。

^④在专利许可证中,按本国的专利法,可将诸权利限制在本国的领土范围内。

转 许 权

接受方申请转许权，应酌情而行，要考虑到许可方会索取更高的报酬。发展中国家（如印度）的政府认为转许是避免重复进口技术的一个办法，如将使用费表加以调整（见第七章），也能减少外汇外流。

只限有关人员使用

把专门知识的使用限于有关人员是为了保密，从而保护专门知识的价值。这是为了防止一些提供服务的机构，如工程公司（他们为了向接受方提供服务可以接触机密资料），为了自己的商业利益滥用资料。接受方或国家政府不应反对这一限制。

保 密 期

在技术力量短缺的发展中国家，经济成长伴随着人员的流动——人们在一个地方学技能（如设计或兴建工厂），可能以后会在另一个地方被另一个企业所雇用，因为他们学到了这些技能。在这种情况下，要求接受方承担保密义务，就是要求他如果有理由认为那些需要接触资料的人有改换门庭的嫌疑时，就不让他们接触资料。如果保密期限过长，问题就复杂了。接受方只能在短时期内让雇员们实行“背靠背”的保密办法来保护专门知识，因为雇员与接受方之间并无任何约束性的、互益的关系，就象接受方与许可方之间没有这种关系一样。

然而，发展中国家（或发达国家）的企业，无论是否使用受许可权控制的技术，照例都要其雇员遵守的保密规约，这种规约被认为在发展中国家的法制中是行得通的。因此，对于通过团体而渗透的资料来说，接受方对许可方所承担的义务并不比接受方一般要求于其雇员的义务更大。

然而不应忘记，非常有价值的商业性技术，也许只有在承担了在其公诸于世之前永远保密这一义务的情况下才能提供。为判断某些技术所带来的商业利益是否能抵消对于使用或公布所施加的持续限制而造成的损失，就应当区别情况，逐一评价。显然，某些机密技术可以为发展中国家在出口市场上带来无可置疑的竞争优势。

与雇员有关的保密期只是较大问题的一个方面。保密只与机密资料有关（并不涉及所有从许可方那里获得的资料）。因此，保密条款应与“机密定义”条款（见第12页）有关。

专门知识协定正式满期后，有时会产生机密资料的使用问题（保密期往往长于协定有效期）。鼓励为了最大限度的经济利益而利用（付酬）引进的资料和技能，几乎总是发展中国家政府明确的社会目标。虽然接受方承担了保密义务，但应允许他把机密资料用于在最初接受资料时的用途之外的目的。因此，接受方应能把机密资料用于：

在他的控制下扩大设施

在新的生产场地作业

扩大产品种类

发展协定中未规定的产品或工艺

通过研究和发展进行改进

因此，合同应当明确允许把专门知识用于上述活动（在合同所规定的专门知识使用期限到期后），或者保密条款不应当禁止这种使用。这种规定使控制深度增加（第1页）。

停止使用条款

在投资少的发展中国家，如果接受方接受要他在协定满期后停止使用专门知识的条款，就会与政府的政策发生尖锐的矛盾。只有在接受方在合同正式满期前主动废除合同时，才应当允许有这种情况。停止使用专门知识，这种概念本身就是混乱的：学到的技术能吐出来吗？只有在工厂依赖从许可方那里购买有产权的零件时，停用条款才行得通。

在美国和欧经共同体国家中，许多法律决定中都谈到了协定期满后接受方对于专门知识的使用权问题。^⑤

在基本目的是仅仅让某个公司制造为许可方或指定的第三方所使用或转售的产品这样一类事项的转包合同中，停用条款是适宜的。这里的制造公司所提供的是一种服务，正如工程公司提供

^⑤在美国，继续使用机密专门知识的权利由缔约各方自行协商决定。

设计服务一样(基于许可方的专门知识)。在这种特殊情况下,协定的陈述条款应当把协定的有限目的说清楚。

工艺改进——接受方的权利

专门知识的许可方认为,接受方所作的任何改进都是从运用许可方提供的知识的经验中得来的,因此要求接受方把这种改进的所有细节以及使用权都转让给他。作为回报,许可方同意把自己的改进也提供给接受方,以维护接受方的竞争地位。这当然是一种平等互利的关系。

大多数发展中国家的大多数协定中,改进条款都说得很简单。然而,如与(发达国家或发展中国家的)技术复杂的接受方或研究机构订立协定,改进条款就会复杂一些。这方面的各种问题不属本文讨论范围,但可将这方面需经洽谈的问题开列如下:

许可方或接受方所作的符合专利条件的和不符合专利条件的改进;

革命性的改进(如发展一种全新的催化剂);

接触改进成果的方式,即了解和提供改进成果的程序;

商业化和非商业化的改进成果——即许可方或接受方是否需要提供未在市场试用的研究成果;

许可方的其他接受方所作的改进;

第三方作出的而由许可方或接受方所购买的改进的转让(如催化剂的革新);

改进的保密条款;

与专门知识定义的关系(见下节);

使用改进成果的专有的或非专有的权利。

专门知识和工艺改进

在前面关于专门知识的定义(见第13页)中,有一个与专门知识的占有有关的要素未作说明,没有提占有的基准日期。是协定签署之日吗?是专门知识提供之日吗?还是其他某个日子呢?

由于专门知识不是一套静止的知识,因此在

许多生产领域中,日期便具有非常重要的意义。由于有改进,专门知识就发展了,丰富了。再者,专门知识传授给接受方,通常是要经过一段时间的,因为其中可能涉及人员训练,技术的修改以适应发展中国家的需要,接受方的吸收能力等等。这段时间有可能使许可方改进了自己的技术。

由于这种原因,占有的基准日期应表述为协定的签订日期,或专门知识的提供日期,或双方所商定的任何日期。无论如何也需要有一项独立的改进条款。实际上,独立列出一项改进条款是通常的做法。

然而,有时在定义专门知识时也可说它“包括改进在内”(改进另有定义),这样,许可方在协定有效期内就应当提供改进成果。一般情况以采用这种方式为好。

这里要指出的是,在商洽许可协定时,几乎总有权利与限制之间的交易。接受方如果同意进口许可方制造的某些部件,也许就可以获得专有的许可权。同样,接受方如果同意限制在外贸市场上的销售权,可能就能撤销生产场所的限制。因此,如果管理部门不把许可方和接受方之间这种交易预先考虑在内,逐项审核协定中的条款是徒劳的。

然而,上述的限制通常并不认为是限制性做法。

专门知识的性能—— 许可方的保证义务

一个公司若要订约引进一种商业化的、有专利的工艺,有可能选择这样一种方式,即引进“干巴”专利,然后独立地发展有商业价值的必需的专门知识。在这种情况下,专利许可方没有明确的或隐含的义务保证使用和发展这种有专利的资料——这种在法律上公开的东西——会给接受方带来商业利益。^⑥这样,接受方就得承担发展这种工艺(即研试其专门知识)的全部风险和费用。

^⑥然而,专利提出者必须向有资格的公司或内行人提供足够的资料,使之能实行其发明,从而独立地验证其技术自诩;否则专利无效,或不予承认。

在另一方面,如果需方在洽商专利许可时也同时洽商专门知识许可,以保证获得满意的工艺性能,那么许可方应提供某种保证或担保,^⑦保证接受方在正确使用所引进的专门知识时能达到其技术目标。有这一义务是因为接受方在签订协定时通常并不知道专门知识的内容与特点。

上面说的是与专利有关的专门知识许可权交易,直接购买专门知识也有同样的问题。其实,在后一种情况下,许可方的担保应当更周全,因为专利至少还能提供技术的关键性质(专门知识是辅助性的)。

专门知识的性能在某些工业领域中比在其他领域中更重要。对于许多产品,如机电产品、民用电子产品、机械器具、化妆品、五金等,专门知识性能并不是关键问题,原因是:

(一) 接受方在签订合同前就能看到并试验产品原型和商业样品,有些产品,如缝纫机、厨房用具等,还可以分解,以研究其关键技术部分,也就是说,可以确定要害部分(而化学产品、金属铸件之类的产品就不可能);

(二) 国家法律要求这些产品符合国家标准(如电器方面的全国电器制造商协会的标准,电子器件方面的DIN(德意志工业标准)标准,食品方面的食品和药物管理局的标准等),这些标准可以视为许可方应当满足的保证;

(三) 外购零件是产品构成和成本的重要组成部分,许可方只须写出其规格、指明其来源即可,因而外购零件的专门知识不在许可方的专门知识之内,因而无须由许可方担保;

(四) 原料容易指明;

(五) 产品的制造工序分明,在流水作业中,质量缺陷容易查明,而且通常是局部的,一般可用较低的成本矫正。矫正成本往往可以事先大致估计出来;

(六) 制造机械不是许可方制造的,而是由标准机械制造商提供的,机械的性能故障由制造商排除,许可方并不直接负责;

^⑦后面对保证和担保作了区别,虽然通常两者是混用的。

(七) 对于大多数这类产品来说,不必有一套完整的生产体系就能进行生产,渐进的试探性生产可以减少接受方的风险,使其有机会按自己所选择的节奏前进;

(八) 重要的是,对于大多数这类产品(用具、化妆品等)来说,专门知识是附属于商标权的,对于接受方的价值更大,也就是说,专门知识并不复杂,只是为了保证所许可的产品质量划一而已。

然而,对于涉及工艺的工业产品来说——如化学品、塑料、药品、肥料、发酵产品、冶金产品、半导体器件和集成电路一类的电子器件(其工艺流程无法通过拆验成品而查明),接受方则需要得到关于专门知识性能的保证,原因是:

(一) 可选用的原料范围广泛,许可方只对其中几种有经验,因而原料规格(如纯度)对工艺性能有很大影响;

(二) 原料和能源(燃料、电力、蒸汽)消耗率对产品成本有很大影响,因此对接受方在某地的竞争能力也有很大影响;

(三) 由于不大可能在设备的建造过程中测试工艺流程各级的性能,只有在全部工程完工后才谈得上工艺性能的测试;

(四) 关键的设备是定做的,制造商只对其机械性能负责,不对工艺性能负责;

(五) 有很多关于保证设备安全、处理排放物之类的问题,这类问题与场地、原料、工艺和国家法律很有关系;

(六) 经常要用到具有所有权的催化剂之类的材料,其价格取决于其寿命,而其寿命又取决于接受方的原料和许可方的工艺流程;

(七) 渐进的试探性装配生产几乎不可能,预投资很大,是一次性的,风险程度高;

(八) 特别是,专门知识许可方、工程公司、营建公司常常是各自独立的机构,有不同的责任。因此,如果事关几个承包商,对每一方所履行的责任都应确切说明。

接受方对专门知识的提供者通常是有选择

的。有些许可方声誉好，本身也使用所给予许可的工艺，他们的已有定评的工艺一般不大可能有问题。在这种情况下，若过分强调性能担保，并不会给接受方带来什么额外的保护。但是，如果知道原料的来源不一样，所需产品的规格超出许可方的正常范围，工艺中的环节未经试验，或者必须使用许可方所不熟悉的设备（由于政府的坚持），那么，性能担保就很重要了。

如果接受方过分强调担保，许可方在设计工厂时就可能加进去标准过高的安全因素。例如，为了应付一个工厂每年有4万吨产品生产能力的担保，许可方设计的实际生产能力可能要超过20%。超过部分并不一定是可销售的剩余额，其结果只是提高接受方的无利润投资。同样，对工艺方面给予过多担保也是不可取的。因此，对生产能力、产量、回收、能源（电力、蒸汽）消耗、产品规格等样样都作出担保只是徒然使工厂过于复杂、使许可费增高，因为许可方要负担这么多相应的责任，财务开支也就增加了。还应当指出，许可方可能也会同意提供某些不寻常的担保，或完全按接受方的要求给予担保，但实际上他并不作出相应的技术修改以实现这一目的，或没有技术能力这样做，他提供这些保证只不过是应付竞争者，或者只是为了取得接受方的订货。

关于工艺担保，还有一个问题：由谁提供担保。如果一个工程公司对一个它并不熟悉的工艺提供担保，或者在并没有同使用这种工艺的许可方达成“背对背”协议的情况下提供担保，那么，无论这种担保看起来多么完全，实际上是虚幻的，该工程公司是无权、也没有能力提供这种担保的。在这种情况下谈判担保是无意义的。另一方面，在许可方与接受方合营的公司中，如果许可方拥有相当的股权，那么强调技术性能则是没有多少意义的，因为许可方与接受方共同承担了风险。简言之，工艺性能担保虽然重要，但不可能有统一的作法，也并不总是必要的。

只有在补救措施属于下述某一情况时，才需对性能担保进行周密的谈判：（一）、特别贵，（二）、耗时太长，（三）、给接受方带来长期经济劣势（例如，因产品不够标准而售价降低）。

进行性能担保谈判时，接受方所面临的问题及其有关权利如下：

关于规定所期望的性能的方法

对有缺陷的性能的探查与测试

因许可方的过失如何向接受方弥补

矫正有缺陷性能和许可方履行责任的程序

在下面的材料中，我们假定，如果性能出现缺陷，那是由于许可方的过失。为了判明这一点，接受方使用专门知识，必须是正确的。^⑥

性能的说明

由于所承办的项目是为了实现接受方的目标，因此选择许可方所应保证的性能参数是接受方的权利。接受方还应当有权决定哪些参数对他关键的以及轻重缓急的次序。例如，在某化学工艺的许可交易中，接受方可能不愿意产品纯度有太大的差别，但对量的变化则要求不严；他也可能要求耗电量要最小，而对工艺中所投入的原料百分比则不太介意（相对而言）。又如在某机械零件制造厂中，接受方可能要求废品率要低，而对废屑率高一些则不太在乎，等等。

性能的规定往往较难。下面摘取各种工业中的说明或规定作为典型的示例：

^⑥ 在合同条款上，许可方可作如下要求：

（一）接受方应遵守许可方所提供的一切技术标准、技术说明和技术建议；

（二）接受方在产品生产中所使用的机器、工具和设备应符合许可方提供的技术文件中所规定的要求；

（三）接受方在产品生产中所使用的产品和材料应符合所提供的技术文件规定的要求；

（四）接受方在产品生产中所投入的资源和技术力量应与制造类似复杂程度的产品方面有经验的制造商所投入者相同。

显然，发展中国家的接受方达不到这样的条件。如果需要规定这样的条件，就得降低标准，那么许可方所承担的风险就会增大，这只有通过提高使用费一类措施来补偿。

产品质量	醋酸纯度最低 99.8%，Pb 含量小于 5 ppm；“应等于或优于印度标准规格 240 B(1977)”；200 目以下的产品 98%，100 目以下的产品 100%；各方面均与许可方自己生产的产品相同。
产率	单位原料的出产量，每公斤 2 厘米圆棒制出 6,000 个垫圈；输入的气体中，全部氨的回收率至少为 60%；原料苯制成成品 α -萘酚的产率为 85%。
生产能力	每班 8 小时生产 250 只 3 公升容量的自动煮饭锅或 200 只 4 公升容量的自动煮饭锅；每年 8,000 小时生产 20,000 吨纯度为 99.9% 的氢。
能量消耗	每公斤产品不大于 4 公斤 4 巴饱和蒸汽。
废品率	经质量控制试验 Y 的检验，每 100 单位成品中的废品不超过一单位。
废屑率	浇注 100 公斤熔锌，损失不超过 3%。
储存期	在温度为 35°C，相对湿度为 90% 的环境下存放 30 天，每个 100 毫升玻璃瓶有不超过 1% 的挥发物挥发。
排放物	废水中的 BOD ₅ 恒少于 30，但每小时测一次的 24 小时平均值低于 20。
生产率	每小时 85,000 件通过 DIN 标准规格 652。
催化剂消耗量	每公斤新装的催化剂催化 6,000 公斤产品。
机械保证	如果机器 Z 按照操作手册 OM-630 操作并按照保养手册 MM-631 进行保养，机器 Z 所消耗的润滑剂 W 不超过

30 公斤/年；蒸馏皿的 X 点所置的 300 公斤重物不会使 Y 梁在该点的永久性偏斜超过 2 毫米。

以上各因素当然是互相关联的。例如，一接受方可能每年需要 X 公斤产品，纯度为 Y，每个单位产品的汽耗不超过 Z 公斤。对于许可方来说，这就是项目施工的“设计条件”。然而对于担保来说，接受方应当估计到如不合担保条件(如上例中的纯度和汽耗)时他将遭受的经济损失。例如，产品纯度如差 1%，则接受方由于价格折扣而遭受的损失可能每年达 10 万美元；而汽耗量如果高 10%，接受方经营成本的增加额可能只有 3 万美元。所以，接受方对参数标准经过如此一番盘算后，同许可方谈判时，对纯度的要求要比对汽耗更严格一些。这与许可方的责任的关系将在后面论述。

缺陷的检查和测试

在启钥项目中，只有当工厂符合所担保的全部条件时，接受方才接收。在某个时候，接受方的技术代表将视察已竣工的工厂，并按照相互议定的程序(通称“议定书”)在许可方的陪同下进行担保试验。一般地说，许可方公司对交付前试验和试车时所早已发现的缺陷事先应予矫正。

然而，如果在工厂营建中，接受方、许可方和工程公司各自承担了不同的责任，那么对缺陷的检查、测试和判断缺陷的责任就会成为十分复杂的问题，因为在谈判合同时，接受方对专门知识一无所知，也就是说，专门知识尚未向他透露。

例如，对一个生产特种合金钢的冶炼工厂来说，许可方可能负责培训熔炼、浇注、铸造和加工合金钢零件的人员(传授专门知识)，而接受方则负责购置和安装许可方在协定中开列的一切设备，包括一座用特殊耐火材料制成的炉子。根据接受方对参数的要求，许可方就可以(在许可协定中)保证，如炉子的耐火炉衬敷设正确，熔炼操作严格遵守许可方所提供的操作手册，那么炉衬的最低寿命可达 700 炉。

然而，由于这方面的知识是秘密的，接受方不知道什么时候协定生效，他所应当使用的耐火材料类型，以及敷设耐火材料的正确方法。那么，

责任应当怎样划分呢？有了缺陷，如何检查和测试呢？

为解决这种问题，专门知识协定规定，在签订协定后双方应举行“设计会议”以讨论细节。在会议上，专门知识（在上例中就是应使用的耐火材料的类型）可以透露。此外，接受方和许可方各自的作用和责任也详细分定（在上例中，许可方同意监管敷设耐火材料，并检查、验收所购买的耐火材料）。这一议定书就成为有约束力的文件。

至于检查和测试缺陷，协定应规定举行试验程序会议，以确定进行担保试验的时间表。一俟工厂作好准备，就应执行这些时间表（在上例中，可以对耐火材料的寿命进行一次临时的快速试验）。

发生过失和缺陷时接受方可采用的补救方法

仍以铸造为例，假如我们设想，已经发现或判断出了某一个缺陷，例如，炉衬的寿命只能炼550炉，而这一缺陷是由许可方的一些错误和疏忽所致（许可方承认这一点），接受方可采用什么补救方法？

协定中通常预先采取和规定解决这种问题的标准方法是，让许可方尽力纠正这个缺陷。或者，许可方可以将他从专门知识所获取的一部分费用赔偿给接受方，或者也可以决定赔偿进行仲裁后所确定的损失（见第32页的“违约赔偿金”）。根据惯例，许可方可以选择下列各种方法来纠正缺点：补偿一部分预定的补助金，承担一些其他的责任，或者将上述方法搭配使用。

在一些发展中国家中，投入的资金很少而且接受方不完全掌握工业方面的知识（特别是化学工艺知识），让许可方单方面选择是不合适的。即使需要支付更多的使用费，也应在合同上要求许可方始终参加项目，直到改正或几乎消除那些缺陷为止。在纯许可协定中应该特别注意这个问题。^②

比较可取的方法是让许可方同意进行反复的

^② 在联营企业中，许可方的参与几乎是不言而喻的，因为改正缺陷对许可方有利。

努力在接受方所在地改正那些缺陷，如果不这样做的话，许可方须将他因专门知识而获取的全部或部分费用赔偿给接受方（根据协定中的规定）。

对于那些已经承认的错误，许可方可以有多种方式向接受方赔偿，通常采取下列方式之一：

更换有毛病的设备

赔偿违约赔偿金

接受较低的使用费比率

许可方可以提供“保证”，而不是“担保”。但是在争论中起决定作用的则是担保或保证条文的法律解释。

保证和担保

出售方向某一特定公司提供一部机器（作为设备的一例）的时候，可能“保证”（证明）这部机器每小时生产6,000个冠状软木塞。如果达不到这个数字，出售方有责任修理该机器或者更换一部达到所保证的工作能力的机器（修理和更换费用由供方支付）。^③根据保证条款规定，买方没有任何其他权利。但是，如果出售方进行修理（或更换）之后，机器未能达到所保证的性能，这种保证显然是一种虚称，出售方没有任何根据提供这种保证。虽然可以在法院对买方的损失进行裁决或仲裁，但是在出现这种虚称的情况下，买方有正当的理由可以要求赔偿他所认定的一切损失——比如说，一部新机器的成本和招致的利润损失，直到获得并开始使用新机器为止。

但是在另一种情况下，买方提出赔偿损害或更换的要求就完全不同了，例如，在他的要求之下，他目睹了出售方的机器每小时能生产6,000个零件，然而在他自己的工厂里却因为一个与机器生产率有关的因素（比如说，环境温度）不合标准而未能达到这一生产率。

一旦许可方可以表明他的专门知识已经广泛地应用，而且他没有理由认为其性能会有什么问题，那么，他也可以不必提供保证。但是他仍然可以保证（根据保证条款），万一没有达到所称的

^③ 在工艺方面，性能与工艺若干部分的整体工作有关，保证只限于提供修整，因为更换往往并不适宜。

性能,他将更换或修整他提供的机器。因此在这种保证中(对于设备常用这一字眼)对接受方只有有限的几种补救方法。

然而在发展中国家的大多数工艺转让中,有关担保的情况则与那些与设备保证有关的情况大不相同。例如,接受方打算使用的原料可能具有非一般的杂质,但是许可方却确信这种杂质将不会影响许可转让的产品质量(例如合金钢铸造,耐火材料的寿命)。许可方为了获得对其工艺中的信任(或是为了对付竞争),同意对性能参数提供特定的担保。这样做,他就承担了修理的责任,如果不能修理,则对于接受方在使用许可方错误的工艺中可能遭受的损失给予财政上的赔偿。但是对于设备保证来说就很少有这种情况,所以许可方要明确限制用于矫正缺陷或赔偿接受方的货币支出,来限制他的保险范围。

谈判的责任

接受方对于许可方在许可协定中有关性能担保的责任应怎样进行谈判呢?我们在这里建议以临界参数作为决定的标准。下面是典型的例子。

某化学工艺许可交易的五年合同规定一次付清的使用费是一百万美元。这项工艺设计年产5百万公斤的X农药,纯度为99.0%,汽耗率不超过每公斤产品4公斤。决定这三个参数的临界,就是许可方的任务。

现在假定许可方在执行协定时,预期出现下列情况(美元/年):

农药销售值(单价1.29美元/公斤)	6 000 000
蒸汽费用(单价18美元/吨)	360 000
包括劳动力在内的其他生产费用	2 600 000
固定费用,包括10%的折旧(投资为6百万美元)	900 000
产品费用总计	3 860 000
毛利	2 140 000
纳税后的纯利	1 070 000

接受方又估计到,产品纯度的减低会使售价减到1.15美元/公斤。

从上文的数字,可以估算出下列各项(美元):

接受方因生产损耗1%而造成的五年利润损失(产品纯度和汽耗率不变)	760 000
由于纯度降低(仍在可接受范围内)而造成的五年利润损失	625 000
由于汽耗超过10%(仍在可接受范围内)而造成的五年利润损失	80 000
如汽耗超过担保的10%为满足汽耗之需而必须添置另一蒸汽锅炉所造成的损失	1 280 000 (1 200 000 购新锅炉 80 000 汽耗超过部分)

那么,什么是关键参量呢?

可以看出,只要汽耗不超过担保的10%比率,汽耗就不是关键因素。如果超过,蒸汽就是最关键的参量,因为不得不添置一台昂贵的蒸汽设备。

因此可以设计一份赔偿责任表(几个可供选择之一,美元):

(一) 汽耗超过担保标准但尚不需要接受方安装新锅炉则许可方的汽耗赔偿责任:	无
(二) 汽耗超过担保的10%时的汽耗赔偿责任	1 000 000
(三) 产品未达到担保的纯度时的许可方赔偿责任	625 000 ^①
(四) 接受方的生产遭受损失时许可方赔偿责任	
(1) 超过担保水平的99.5%	无
(2) 生产能力在担保水平99.5%以下每1%的损失	300 000
	每1%的损失及其小数 ^②
(一)、(三)和(四)全部总和的最大赔偿责任	850 000
(一)、(二)、(三)和(四)全部总和的最大赔偿责任	1 000 000
根据担保规定的许可方全部赔偿责任	1 000 000

^①由于产品纯度引起的赔偿责任不可能高于625,000美元,因为这是接受方所能遭受的最大实际损失。

^②虽然接受方因生产能力损失最初1%而造成的五年损失纯利估计为760,000美元,但赔偿责任规定仍保持每1%为300,000美元,因为预期接受方在五年期间通过自己的努力,将能提高生产效率。

规定一百万美元为最大赔偿责任水平，因为许可方一次付清的专利使用费是一百万美元。

在这个例子中，可以看到许可方冒着失去全部一次付清的专利使用费收入的风险。这个情况是例外。在专门知识转让中几乎总是有费用的（为接受方设计特殊生产能力、绘制图纸、预约差旅费用、与合同有关的其他费用如卖主和检验服务等）。因此，许可方所冒的最大风险就是他在许可交易的直接业务方面获得的利润。即使如此，接受方未必能谈判得到全部金额，因为许可交易的前提就是，接受方之所以购买专门知识，是由于这样做要比自己去研制要少冒些风险。所以许可方在许可交易业务方面的利润（利润尚待推算）的50%大约是接受方能够谈判的最好基准。^⑨

在农药的例子中，假定一次付清的专利权使用费是适用的。如果合同规定直接交付的专利权使用费为销售值的3%，那又会是什么情况呢？

在“报酬”一章中，我们用净现值的概念说明了使用费率可以变为一次付清，一次付也可以变成使用费率。在例子中，（五年合同的）一百万美元的一次付清使用费，相当于5.36%，就是说是5.5%的销售基数使用费水平。如果销售了600万美元，接受方支付的专利权使用费就是每年330,000美元。生产损失1%（见第24页）相当于接受方每年损失利润760,000美元/5=152,000美元，或是使用费的

$$\frac{152,000}{6,000,000} \times 100 = 2.53\%, \text{ 可算作 } 2.5\%$$

因此，生产每损失1%，接受方就可以把5.5%的使用费基数减少2.5%。

应该由接受方的工程师和商业代表来估算接受方所冒的风险。然而，往往不可能作出准确的估算，因为需要以各种估计作为根据。

矫正性能缺陷和履行义务

许可方如承认专门知识性能中有缺陷，通常

^⑨在所举的例子中，许可方在转让交易中的利润能估算为900,000美元。许可方可以押下450,000美元作为风险钱。如果是这样，每个参数的赔偿责任大体上是半致。

可有以下选择：矫正有缺陷的部分，补偿接受方的违约损失、降低使用费率或同时采取这几种措施。矫正费通常视为许可方为履行义务而支出的费用。如果在所举的合金钢铸造的例子中，许可方以100,000美元的担保责任金来担保炉衬有700炉的寿命，而实际上寿命只有550炉，那么许可方可将其矫正费用计为20,000美元。他愿意承担这笔费用，因为这对他有利益。而如果经过矫正只导致熔炼600炉，而且许可方估计还需再支出30,000美元，再用半年多时间，才能达到熔炼700炉的寿命，则他可能根据自己（不为接受方所知）的估计，决定付给许可接受方80,000美元（100,000美元减去所承担的矫正费20,000美元），对他最为有利。他将支付这笔金额，由于支付了这笔钱，根据协定，他就免除了一切与性能有关的进一步的责任。

然而，对许可接受方而言，多100炉可能意味着每年增加50,000美元的利润，这种情况在发展中国家很可能发生。因此，接受方如果有选择的话，他就会坚持许可方应该花费30,000美元和六个月时间。根据这条理由，正象前面建议的那样，接受方应该进行谈判，许可方应该矫正缺陷；只有在做不到这一点时，才让许可方支付赔偿。

但也可能有这样的情况，许可方愿意花费30,000美元和六个月，但是接受方在计算了余下时间的损失（中断期间放弃的利润）后，可能就不满意了。在这种情况下，应该谈判一项折衷解决办法。

考虑到这些不同的情况，若只从接受方的观点看来，协定应该包括下列规定：

（一）接受方和许可方同意按照在试验程序会议上达成的协议进行性能试验（第23页）；

（二）许可方和接受方在同意进行试验后，性能试验应在a周内完成；

（三）如果在上述的a周内未能达到所担保的性能（不是接受方的过错），则许可方在b周内进行矫正，矫正的一切费用（在下文规定）由许可方负担；

(四) 如在 c 周内, 或许可方花费 X 美元, 经试验并未达到所担保的性能, 接受方可要求许可方采取下列行动之一:

(1) 立即履行赔款责任;

或

(2) 以接受方的费用从事进一步的矫正工作直到性能符合要求或此项工作根据接受方的请求而结束为止。^④

因为这些规定仅仅反映了接受方的利益, 因而在实际谈判中这些规定肯定会有修改。

^④接受方也可承担义务, 如由于接受方的过错造成性能缺陷, 则许可方将以接受方的费用加以矫正(如果可以矫正的话)。

应该简单地提一下矫正“费用”的定义。如果规定许可方的费用不包括当地劳动力的费用和在当地购置材料的费用, 而同时限定许可方按日付给外国人员的工资, 可能是符合接受方的利益的, 尤其是在外汇管制严格的国家。

这一条件使得接受方有机会获得本国得不到的服务和材料, 而且可以抵消许可方的赔偿责任(此项款额将以外汇支付)。这样做的结果, 接受方能从许可方获得更为广泛的“服务范围”, 而这在矫正费用很高的时候是极为有用的。然而接受方的费用也增加了, 因为这一费用定义迫使他提供矫正所需的一切当地材料和服务, 而这是接受方愿意接受的代价。

第四章 工程服务协定

工程服务协定是一种短期合同，上面列有要求工程服务提供方完成的技术工程。除了有非常重大的工程革新(诸如化学工业中的石油裂化装置等)的情况之外，一般说来，供方不象许可方在专门知识协定中所做的那样在厂址、产量、公布改进措施等方面对需方施加很多的限制。甚至在使用专门知识的情况下(比如说，冷藏设备的特殊设计)，协定也只是使需方承担保密的义务，而非限制使用权。

工程协定中非技术性部分通常涉及服务提供方与需方之间的责任划分。及其共同的义务。不过，工程服务协定有时是一种复杂的、篇幅较长的文件。

如果工艺专门知识由A方提供，工程由B方提供，而需方本身也承担某些服务项目，协定就变得复杂化了，在发展中国家中，除了启钥合同之外，这是一种典型的协定。在启钥合同中，工艺许可方(或工程公司)对所有服务项目承担全部责任，并且按合同上确定的日期将已完工并投产的工厂移交给需方。

工程协定的冗长和复杂常常是因为供方的服务范围而造成的。服务项目包括：对原材料进行估价、确定建厂地点并准备工地、招聘工作人员、获得政府和地方的批准、采购建筑材料和设备、检查本国和外国制造的设备、建造厂房、安装机器、培训操作人员以及将工厂交付使用等。

在发展中国家中，考虑到政府对设厂地点、必须在本国获得的服务项目、能够承担的外汇支出额、政府批准进口设备的手续等等要加以控制，所以对于接受方来说，几乎总有一定的工作要做。在这种情况下，甚至连启钥项目也是一种半启钥性的。因此，需方在有些方面承担全部责任，若不尽到责任，则将影响工厂的建设。

通常，需方有权选用工艺许可方或工程公司来承担(半)启钥项目。例如，对二氯化苯厂进行投资的需方，可以请工艺许可方承包工程，或者让在建造化工厂方面富有经验的工程公司承担工厂设计(根据工艺许可方的专门知识)。为此，应当在许可协定条款中载入向工程公司公布部分或全部知识这一意图。需方本身可以负责采办所有国产原料和设备，同时还可以负责设计和建造土木建筑或轻型机械设备以及电力设备。

最普通的情况是，工程公司根据接受方向它公布的从许可方获得的工艺专门知识来设计(也可能建造)工厂的主要部分。典型的情况是，工艺许可方是没有供执行国外工程任务的设备或随时可使用的工作人员的施工公司。

对工程协定的下一步讨论是以下列设想(针对发展中国家的情况)为根据的：(一)工程公司执行设计和建造合同，(二)需方在合同中向工程公司公布从工艺许可方获得的专门知识，(三)而需方直接地或利用本国机构进行所有非专业性工作，并且对其负全部责任，(四)需方分别与工艺许可方和工程公司就它们工作范围有关的履约保证措施进行谈判。

关于这一点，需方的总目标是，按其最初估计的成本、在限定的日期内建成一座能达到一定产量、按一定成本生产并且达到规定的操作标准的产品制造厂。要实现这一目标，需方必须与工艺许可方和工程公司都签订服务范围(责任)是相辅相成而不是互为矛盾的合同。不过，由于预计可能发生差错(包括需方的差错)，需方必须得到保证，许可方和工程公司将为实现这一目标提供补偿性服务。

假定所有重要的采购任务都由工程公司承担(但本章不讨论采购参数)，再假定发展加工工

业(见第20-21页)是需方的目标(这就提供了一个足够复杂的讨论题)。

总的说来,只有在需方审查了通常叫做“前端”工程的初步提议之后才能实施正式工程服务协定。工程公司根据秘密得到的专门知识(部分或全部)在初步提议中明确规定总项目、其主要服务事项(设计、采购、建造、工厂交付使用等)、有关的主要设备、完成项目期限以及估计成本。该文件还要明确说明工程公司应承担的服务事项和需方必须进行的服务事项(需方直接承担、或转包)。初步提议被接受以后就起草正式详细协定。

假如本章讨论撇开协定的技术内容(例如,设计专用设备、提供详图、规定移交工厂设计详图的时间(参见说明性条款中的“专门知识的传授”部分),那么协定的重要内容归纳如下:

有关各方的相互关系以及有关协定

责任划分

监督责任

设计会议

支付、支付指数和支付保护

担保和保证

清偿的和相关的损失

为需方培训工作人员

各方的相互关系

既然在研究的这个情况中工艺许可方和工程公司是两个相互独立的法人团体,那么它们与需方签订的合同也是相互独立的、相互协调的、不提及第三方的,也就是说,工艺许可协定不提及工程合同,反之,工程合同也不提及工艺许可协定。采取这种做法的一个明显原因是,合同签订团体可以把其承担的责任限于它已经答应提供的专业性服务。不过,这样并不符合需方的最大利益。只有当两个公司的努力得到很好的协调才能达到需方的目标。因此,协定必须预计到可能产生需要两家公司之间直接的、或者更多的、通过需方进行协商的问题。例如,为工艺提供方设计的反应

堆芯压力容器设计和提供管子安装的工程公司必须考虑建材的相容性,以避免由于使用几种不同的金属材料而引起腐蚀。

由于这个原因,在工程协定和工艺许可协定中(通常在备考条款中)都提一下第三方是个很好的作法。就是说,工程合同必须承认:需方已经实施了一项与X方订立的工艺许可协定,并且还要求在工艺许可范围内进行工程作业。同样,专门知识协定也必须承认工程合同Y的存在。

如果两种服务由同一家公司提供、而根据的合同却是相互独立的话,也必须相互联系。相互参照含有这样一种意思,即,假如两项协定中最终只完成了其中一项,那么就算没有实现需方的总目标。

承包方方面可能不止一个合同签署者,例如,专门知识许可方和工程公司(按传统习惯是作为一个队进行工作)联合签署一份合同。尽管在这种情况下,各方都自动“相互联系”,还是有可能产生各方应负什么责任的问题。在发展中国家,如果各方都“连带地”负起任何一方在协定中应该承担的全部责任,接受方就可得到更加可靠的保证。当几家公司组成的国际财团担当承方时也可以采用这一做法。

责任划分

工艺许可方用最普通的方式给专门知识(特别是加工工业方面的)所下的定义是:“提供给能胜任的公司(足以按所规定的目标)设计和建造工厂的资料和数据。”于是,需方的职责便成了,用工程公司作为“能胜任的公司”,把可以叫做软件的专门知识资料变成有形的工厂,即硬件。

由于专门知识是具有产权的(秘密拥有的)技术资料,而工程公司对它们可能并不熟悉,所以专门知识许可方应当提供工程公司所需要的所有这类资料。采用“能胜任的公司”这一措词来划分建造工厂尤其必需的资料(专门知识)与专业工程机构通常拥有的资料之间的界线。例如,某家工程公司也许能够根据公布的化学、工程原理以及一般建造经验完全设计和建造出—家氨基化肥厂,然而,氮合成反应器却可大幅度降低投资成

本,那么,这就是工艺许可方提供的特殊资料。

不过,用“能胜任的”这种说法并不总是,也并没有完全能明确地说明工艺许可方和工程公司之间的责任划分。因此,通常的惯例是详细说明工艺(专门知识)许可方的服务范围。

根据公认的常规,专门知识服务的技术内容(在加工工业方面的)是指它的“工业化学”说明。举例来说,氨反应器的工业化学说明可能仅仅指使用催化剂、反应器每单位容量的催化剂用量、温度、压力、浓度及进来的气体进出反应器的流量以及反应器建材(工艺资料)。那么,“能胜任的”工程公司的责任就是设计反应器(即,反应器容积、反应器壁的厚度、放置催化剂方法、反应器阀门安装、支座等)和所有先期、继续和辅助阶段,从而使原料变成符合所需要规格的并达到所要求产量的产品。

工艺许可方力图避开工程方面的责任,把专门知识的服务范围仅局限于工业化学方面。他采取的立场是,只提供可视为是供设计技术实验室用的技术资料的使用权。工艺许可方认为,使这种技术资料变成有形的工厂的工程是一门专业技术,使用权的原则对此不适用,因此不应当属于专门知识范围。

一般地说,工程公司如果没有工艺许可方帮助(服务),要设计专门知识的所有方面是很困难的,尽管它可能是胜任的。例如,具有施工经验的专门知识许可方可能知道:一台采用某种机械构造的设备比采用其他机械构造的设备运转情况要好,或者更经济些。

由于这些原因,专门知识许可方的服务范围往往不仅包括提供工业化学,而且还包括某些“实用工程”。在更为精细的工程范围内,实用工程有时称为“基础工程”。要是工程承包方使用了这种技术资料,就可以进行“精细工程”(除了提供已承包的其他项目服务例如安装等之外)。

此外,需方的工厂与专门知识提供方所采用的完全相同的情况是少有的,在规模、原料规格、产品组合等方面总有些差异。多数时候,也

有一些方面是考虑接受方的特定环境而进行设计的。因此,工艺许可方可以对部分工艺进行重新设计。这部分技术资料是工艺许可方要提供的服务中的一部分。

附件三、四说明了与专门知识有关的服务和工程服务的范围(根据某发展中国家的商业性提议)。这些细目表可以分得更详细些(或者粗略些),某些服务项目随便哪一个公司履行都可以,这取决于所涉及的是哪种工业。

监 督 责 任

凡想搞一体化履约但为达到此目的所负责任又是由两方或两方以上分担,就必须预先估计到“交接”问题。为此,前面已经提到:(一)说明工程所涉及的各方之间的相互联系的协定条款,(二)必须详细制定每一方的工作范围。在工程合同中,交接问题尤其重要。

在有关专门知识的服务和工程服务之间的这种交接中,专门知识包括两个部分:(一)帮助设计和建造工厂的技术资料,(二)有关工厂生产的技术资料。第一个部分的交接主要是在专门知识提供方和工程公司之间进行;第二个部分的交接则主要是在需方和专门知识提供方之间进行。用“主要”这一措词是要说明,在这两种情况下都会涉及到三方,其中有一方起次要作用。

在设计 and 建造工厂的过程中,工程公司可能在某些具体方面要求工艺许可方(直接地或通过需方)审查或批准设计上的某些问题。例如,由于成本关系,工程公司也许设计出一种用单个热交换器取代工艺许可方所建议使用的两个热交换器的装置(按照使用观点设计的成套设备),许可方公司可能认为这种设计潜在着危险性,因此,可能要求许可方审查工程公司所提出的设计方案。同样,在建造过程中,当一种特殊催化剂需装入反应器时,许可方代理人可能必须到场,因为不符合操作规程的装料方法会影响工艺,所以,许可方负有监督责任。在将工厂交付使用时,许可方的责任之一是,要工程公司必须对某一个管道是否能够承受温度的升高,譬如说,超过设计水平5%这件事发表意见。

尽管这种审查、监督和咨询服务通常是由签订合同各方提供的，但各方在将他们同意的意见和提出的建议付诸实施中所要承担的责任程度上会是谨慎的。

要注意的是，协定中有关监督的条款可以包括责任监督。如果有意料不到的违约或疏忽的情况发生，答应负责监督的这一方则可指控为玩忽职守，这是一个具有各种法律含义的很严重的措词。承担监督责任的订约公司在被指控为玩忽职守时一般不能限制或估价其应负的责任，因此，它就要取得保险来承担其风险。但是，甚至在这种情况下，它也不可能取得足够的保险，除非合同上有必要的保障措施（保护监督人）。

因此，需方在要求得到监督服务时应当懂得关于承包方的法律含义。不过，这不是谈判中的复杂问题。一般来说，协定有条款规定，需方对待所同意的意见要有“诚意”，但这些意见对需方没有“约束力”。

在缺乏工业知识的发展中国家，某些问题的产生是因为需要使需方所承担的工作范围和授予承包方的责任和义务取得协调。需方可以请承包方同意其工作范围。不过，假如对责任评定得不当，则承包方就有可能被卷入责任问题。为了消除这种危险，需方可以给予承包方接受或拒绝需方的供应或服务的权利。例如，需方可能已答应提供机械底座。为了检验这些底座是否合格，需方可以向承包方提交底座图纸以供审查。如果该底座遭到拒绝，而需方仍然坚持安装，则承包方应当有权将其反对意见记录在案，从而使需方承担结果可能发生的未完全履约的责任。在发展中国家，需方在遭到否决的项目上很少继续履约。需方在做出的多数决定中，比较注重的是技术的实用性，而不是成本（就是说，需方将出钱重新安排遭到否决的服务或供应）。

责任划分几乎总是意味着：在实施项目的过程中，不管是在花费的资金和时间方面还是在工厂生产可靠性方面，必然有某些损失。责任划分协定实际上是一项需要作出大量互让的折衷方案。在工程服务方面尤其是这样。

设计会议

“有诚意的信用”和“共同目标”是工程服务协定的基本原则，否则，协定就成了一份难以履行的文件。协定中预先就写上承包方的义务，或者规定可能出现的种种偶然事故是行不通的，至少，在实施初级协定时是行不通的。各方应当把协定条款看作是重新调整或调解而作的所有其他种种努力都已失败时在法庭上或通过仲裁解决争端的最终手段。

前面说过，工程协定列出两方都必须履行的所有服务项目，工程承包方还往往详细说明他将履行的和不履行的服务项目。不过，除非订约的双方，特别是双方的专家（电气、机械、土木工程、仪器仪表、控制装置专家以及其他工程师）开会协商，否则就无法定出行将履行的工作细目。此外，在实施项目期间，在时间、成本、可靠性等问题上总是要达成妥协，因为这些问题在签订合同时是无法预先考虑的。而且，除非承包方能确定签订该项合同，他也不会愿意花费力气去作详细说明了。

由于这些原因，在协定中规定举行一次设计会议是有益的（见第三章的“专门知识的性能”），这一会议可在协定生效以后举行，该会议制定项目细目。在专门知识比较复杂而且在专门知识和工程协定未实施以前将不完全公布的情况下，设计会议就尤其重要了。

然而，设计会议不讨论诸如技术人员和管理人员的每日工资、履约担保和大笔支付等实质性问题，因为这些问题都属于初步工程合同的范围。设计会议可以举行多次，不过，其结果可能都是起草经双方专家签字的备忘录，只要备忘录是根据初步协定中所作出的规定拟定的，就对双方都具有约束力。

设计会议对于计算应支付给承包方已完成的服务的报酬也是有益的，对于作出支付调整——常常必须与支付安排成比例（见下节），以及扩大或缩小工作范围就格外有利。

在与承包方的担保不发生矛盾的情况下，设计会议还允许需方暂时验收承包方已完成的那些

阶段的工程。这一程序(暂时验收)使承包方得到部分报酬,同时,他继续对自己所提供的关于其工作范围的保证承担责任。总之,如果设计会议写进初步协定中,就使专家在工作中作出的进度安排有了法律效力。

支付办法、支付指数和支付保护

支付办法

在发展中国家的变化无常的情况下,分担责任的问题使工程承包方难于以固定价格向需方提供服务——不管以什么程度的承诺。出于谈判和工作分工的目的,仍有必要对工作有个估计。为了提出依据,工程公司可以向需方提供估计数,例如,在—项需要30,000人工日的施工任务中,工程设计工作(案头工作)需要大约15,000人工时,工地管理大约需要18,000人工日,这些数字是供合同谈判用的基本数据,不必在合同中提出。另外,根据定价标准,例如,设计制图12美元/人工时,工程设计20美元/人工时,制图和工程设计的管理费用18美元/小时,施工管理(旅费和生活费由需方负担)150美元/人工日,工程公司将其设计和工程总费用定为X百万美元。^①一旦这些数字为需方所接受,合同只要详细说明各种工作事项所需要的利率——上面所说明的人工时比率——即可,同时授予需方以核查工作事项的实际支出的权利。

同样,如果工程公司负有建造责任,则可以作这样一类估计,例如,每吨设备的安装费,每1,000立方米土的挖掘和平整费。

工程公司的费用是实际开支加上一个固定的百分比,即统一数额加上与时间有联系的服务的固定百分比或各种其他组合。

因此,确定工程公司的费用与确定专门知识费用的情况不同,后者涉及到评价问题(参见第七章),而工程公司费用能更合理的确定和管理。更重要的是,不但可以在工程服务方面公开招

^①需方或政府机构可以通过单独估计项目成本和采用一般为项目开支的8-12%这样的工程服务标准来相互核对这种估计。

标,而且需方还能根据或做或买—类的决定,自己承担一些项目任务,如果他认为主要工程承包方提供的服务成本太高。

支付指数

为了建立需方的“有诚意的信用”,也就是为了得到周转资金或者得到已完成的工作的报酬,工程公司可以与需方签订合同让需方定时支付一定数额的款项,比如说,签订合同时支付全部费用(或者估计费用)的30%,90天以后支付20%,180天以后支付40%,等等。这些款项,要么对所承包的工作预先支付——但须以后进行核对(即,根据实际投入设计时数进行估价),要么根据达成的成本标准直接支付,仅在最后作些调整。

对于发展中国家来说,与时间有联系(以时间为指数的)的支付是一种不太理想的控制方法。除了在签订合同时按可靠的信用支付外,比较明智的办法还是采用以工作进度为指数的支付,即,应当按协定中详细列举的各部分工作的完成情况支付报酬。

以工作进度为指数的支付以及前面讨论的设计会议,使需方能够严密地监督工作的进展情况。以工作进度为指数的支付还可以对支付进行调整,如果承包方,比如说,只完成了A部分工作的30%,而同时又提前完成了B部分工作(不然这部分工作安排在A部分之后)的30%。这种情况实际上经常发生。

支付保护

由于需方耽搁了完成其应承担的那部分工作,承包方不能继续进行其B部分工作,这就可能出现停工局面。为了避免这种可能,承包方通常规定与时间和工作进度有联系的指数,例如,在“完成了B部分工作以后,或者说在签订合同38周以后,向承包方支付金额8万美元。”

为了保护需方,这些款项包括签订合同时的预付定金应当看作是预付给承包方的款项。此外,在金额数字很大的情况下,需方有权请承包方银行担保其给承包方的预付款,也就是说,一经要求,承包方即让自己的银行把所承包的未完成的工作的金额退还给需方。

银行担保是承包方银行和需方之间的一种书面协定。银行在协定中同意：一经要求，就应当将规定的金额退还给需方，如果承包方未完成或未在规定时间内完成商定的工作。为了在法律上有效，需方在援引银行担保时必须致函承包方，说明对方未完成合同上承包的工作。

当工艺履约保证涉及财务责任时，银行担保尤其重要。在将工厂交付使用之前，需方可以根据合同要求许可方对所商定的数额提供银行担保。

对于部分完成工程服务来说，可能产生证明履约的问题。就以工程进度为指数的支付而言，通常的做法是由需方证明某一方面的工程业已完成。当需方证明的只是一部分工程，例如，在B和C部分工程尚未完成的情况下证明已完成A部分工程的时候，问题就产生了。尽管这种证明对于部分支付来说是可以接受的，但是从总的项目责任来说，应当把它看作一种暂时的接受。就是说，为部分履约作证不能减轻承包方已经接受的全部责任。因此，如果工厂因为A部分工程的故障（以后发现的）而不能投产的话，那么承包方不能由于需方以前证明过A部分工程已经完成而解除责任。完成并不总是意味着接受。

保证和担保

除了构成工程公司专门知识的技术改革之外，工程合同中并没有说明工艺履约担保。因此，不用数量表示财务责任。不过，作为一个专业机构，工程公司必须保证或担保（参见第三章）：它将使用“最好的实施方法”（工程和建筑规程）；它将按照专门知识提供方明文规定的条件进行施工；但是如果不考虑接受和使用不熟悉的技术资料时有关的标准工程惯例，那么这种施工是不会自动符合条件规定的。

除了有关履约的担保之外，还可以要求工程公司提供有关施工的担保，就是说，公司必须在规定时间内完成一定范围的工作。倘若预支或前端支付了大量款项，而又未得到担保（未得到相应银行的担保），则有关完成的担保就尤其重要。在这种情况下，影响投产可以按规定的违约金予以罚款。

在工程公司同时又是工艺许可方的情况下，其保证或担保办法和它在仅仅是专门知识协定中（第23页）所采取的作法几乎相同。因为这种情况不存在责任再划分的问题，所以这种作法实际上是受欢迎的。

违约金

这是一个复杂问题，主要取决于判例法，因此，各国的情况都不尽相同。不过，既然接受方（需方）应当了解发达国家接受方所拥有的某些权利，那么就对这个问题作一简要介绍。

如果许可方，即供方为某些要素例如，交付技术文件的时间，设备、建造厂房、安装机器等的履约情况作出具体担保，协定则规定违约金，规定的违约金是用财政（赔偿）术语来说明的，并总是以象时间、生产能力或产量这样的具体单位来表示的。因此，某家承诺按时提供工程图纸的工程公司担保，万一它由于公司的过失而不能按期交货，它将按照超过保证的完成期限的天数支付买主规定的每天为X美元的违约金。通常，对这种赔偿金有一个商定的上限。对许可方关于工艺履约因素，如产量或生产能力的罚款规定已在第21页作为一个说明例子讨论过了。在这种情况下，许可方所承担的财务上的责任可以由许可方自己解除，这的确是关于违约金的一种规定。以工艺履约这个具体例子来说，假如许可方不能达到一个较低的但可以接受的水平（只要追偿数额等于或低于规定的违约金），买主则应当有权追偿修正工厂设备所必须花费的开支。关于违约金的规定，特别是关于与时间有联系的服务的规定，通常列在违约金条款下。

要求对因疏忽而造成的损害进行赔偿的权利是买主的一种权利，与协定中是否有赔偿条款无关。只要接受方认为由于许可方/供方工作上的疏忽使他受到损失，他就有权要求法庭（或要求仲裁）判决赔偿。赔偿金问题由法庭在估价了接受方要求是否有效力以后加以决定。不过，证明供方（或许可方）工作疏忽是一项非常困难的任务。仔细草拟协定的明细条款（第52页）往往可以为接受方增加保护。

违约金规定与合同上的价值(供方所收费用)有关,——比如说,按推迟交付的天数算,每天为合同总费用的0.5%——那么对疏忽所应负的责任标准就取决于实际和结果遭受的损害程度,而与供方所收到的费用无关。

在发展中国家的某些合同中,许可方或供方对合同上规定其应承担的总的责任规定一个上限。从上述讨论看,对这种规定应当加以抵制。但是,违约金规定应当写入合同。

为需方培训人员

发展中国家把技术转让不仅看成是获得先进生产技术的捷径,而且看成是教育和培养公民使用技术资料和工作技能的一种办法。诸如印度等国的政府往往要求供方(专门知识提供方或工程服务提供方,或专门知识和工程服务提供方)和需方之间要有责任划分,这样,只有高度专业化

的工作才由外国公司承担。在这样一种分工中,人们无疑都承认:由于本国人在学习中出错的可能性较大,项目成本就会提高(或者项目时间会拖长)。

为了提高本国人的能力,可以促使外国服务提供方吸收本国人参与他们的工作。这种政策通常也有利于服务提供方本身,因为他可以很快获得有关该国和工地条件、现有技术情况以及技术成本等方面的资料。不过,服务提供方会要求限制培训人数,他对受训人员的生活福利应负的责任以及受训人员获得资料的范围。

要将需方的受训权利写入工程服务合同是困难的。如果这样做,需方则须付出更多的费用,或者答应减轻供方的责任,或者采取某些其他折衷办法。然而,在专门知识方面,在许可方工地上进行培训被认为是专门知识转让过程的一部分,因此这是一条正常条款。

第五章 商标协定

商标是某一企业用以标明其经营的商品或提供的服务所采用的视觉上的有时是听觉上的手段、文字或图形(符号),或文字、图形兼用,以便向公众表示该商品或服务是该企业经营的。商标在市场上起着重要作用,因为顾客是借助于商标来区别不同制造商的产品的。商标也用来向公众保证,该商品始终保持着同等的质量。

同专门知识不一样,但同专利权却一样,几乎所有国家都订有专门的章程来管理商标的所有权、注册及其使用。同专利权一样,商标是一种产权。在某些国家,只有在政府建立的商标注册当局接受了以个人或商号的名义的商标注册(经过法律规定的审查程序)时,商标的所有权才得到认可或确认。(在其他一些国家,所有权仅由第一次的使用建立。)在有些国家,最先使用某一商标者,即可取得该商标的所有权。同其他财产一样,商标所有权通常可以转让,但是一般地说(因各国的规章有所不同),此种转让必须在商标注册处登记。

有关章程规定了批准商标注册的标准、商标持有方的“专有权利”(对侵权行为提出起诉的重要权利)、使用商标专有权所适用的领土范围以及商标持有方为保持其注册继续有效所负有的义务。商标权和专利权有一个重要的区别是,只要商标持有方履行其义务,使商标权保持效力,商标一般是没有法定时间限制的。

专利章程的制订,主要是为了保护专利持有方(专利取得方)及其许可证接受方就公开这项发明的交易中所得到的私人利益,而商标法律的主要目的则是防止公众在选择带有商标或牌记的产品和服务时遇到难以辨别真伪的情况。因此,商标的申请和使用是通过法律严加管束的。所以,商标同专利不同,在许多国家,商标的“许可使用者”必须进行登记。在这些国家,商标使用者

获得充分的保护(可对侵权行为单独起诉),但仅以下列为条件:(一)在使用者的领土范围内商标持有方对有关的某一类商品已经取得一个有效的注册商标;(二)通过该持有方自觉的行为,该使用者在该领土内得到了登记。然而,使用者的登记,并非在各国的章程上都是强制性的。在没有强制性登记规定的那些国家,商标的使用权可以进行谈判,商标使用者虽未经登记成为“许可使用者”,也能得到法律保护。

商标转让这个概念,在世界舞台上是比较新的,并且与专利不同,商标并非在所有国家都是可转让的产权。因为商标是某一公司使用的一个标志,用来向公众表明,带有那种商标的商品就是由该公司制造的,因此一些国家认为,向另一方转让商标使用权,不同时转让该公司的信用是不可能的。

在商标许可证上,商标持有方:(一)代表并表明他是某一特定类别的商品在某一领土范围内的商标所有人;(二)允许接受方使用对这类(或其中一部分)商品的商标;以及(三)在可以适用的地方,承担义务使接受方(在该接受方的领土范围内)获准登记,成为该商标对这类商品的“许可(注册)使用者”。

在协定中,许可方可规定,接受方使用该商标时,须经许可方对产品的质量予以核准或监督。事实上,这种监督在许多国家的商标法律上是强制性的。法律规定监督的目的,是使得在公众心目中,接受方的商品与一贯凭许可方商标识别的商品具有相同的性质和质量。

大体上说,商标许可证是一份经过登记的使用凭证。在美国是准许转让商标许可证的。但是,应当指出,美国不是按“许可(注册)使用者”的观念进行的。

专利和商标另一个区别是具有指导意义的。如果说有一项专利，其知识早已在B国公开过，那末它在A国，就不会获得专利；但是，在A国，任何时候，任何人都可以获得某一商标的登记，只要该商标的首次使用者（或在B国的商标所有者）尚未在A国获准登记。换句话说，只要某一商标（本应可以登记的）在某一国还没有其他人进行过登记，该国的注册当局就可以给予登记——并授予申请方权利。一旦这样登记了，原商标所有者（在B国的）不得提出要回该商标的要求。^⑨

再说，虽然专利持有者在某一领土范围可有一个或更多的接受方，各接受方都可从利用该项专利中独立地获得利益，但是许多国家的商标章程，则是保证只能有一个商标的“注册使用者”。这对于制成品来说尤其是如此，因制成品得以保证质量的主要贡献来自转让的技术。这里的目的是要避免使公众对商品来源分辨不清。这样一来，如果出现好几家互相独立的软饮料配制和装瓶的公司，其商品贴的是同样的商标，那末这种饮料的售卖权只能归某一家销售公司，即唯一经过注册的该商标的使用者。

由于在商标的转让中接受方是从该商标同该产品之间发生的联系获得商业利益的，因此重要的是，接受方应能获得许可方的保证，由许可方保持商标的效力，而且更重要的是，如发生第三方擅自使用该商标的事件，许可方应承担对侵犯权利行为提出起诉。（对侵犯权利行为的侦查和对权利侵犯者（及其由此而承担的费用）的法律诉讼程序，都是合同上的重要事项。）

同样地，对于商标许可方很重要的一件事情是要保持其商标的“声誉”，不使其受到损坏。所以，许可方可以对其商标的申请利用，给接受方施加一些约束或条件。通常，经订立合同，许可方取得了对产品质量的核准权之后，接受方才得把许可的商标应用到该产品上。此外，许可方可

^⑨如A国的商标所有者是有意盗用该商标者，如同经常发生的那样，则原主的追索权可以随其意愿，或者使该商标盗用者取消其登记，或者将权利转让给原主。在有些国家，如果发生这种非法使用行为，可以通过法律诉讼，取消有关的登记。

要求接受方同意：无论是在产品上面加上该商标或是用来作广告宣传，都应使在公众心目中，带上该商标的产品，其质量是保持不变的。

人们之所以谋求某一商标的许可证可能是（一）由于该商标远近驰名（例如，在软饮料销售方面）；（二）作为技术援助（制造）许可证的一个有用部分，尽管是一个次要的组成部分（例如化工商品）；或（三）作为一项转让方案中的一个重要方面——即，该商标和有关的专门知识几乎具有同等的价值（例如，家庭用具）。除了（一）外，制造协定的期限一般短于接受方希望使用该商标的期限。由于这个理由，以及为使商标在法律方面有别于专门知识或专利，多数商标协定在发达国家都是单独订立的。

综合协定

然而，在发展中国家，有两种情况可能导致产生综合协定。第一种情况是，发展中国家的接受方，外表上看来是在商洽一项专门知识或技术援助协定，但是实际上是在进行着关于商标许可证的谈判，以取得该商标许可证所提供的销售方面的重要利益。发生这种情况有时是因为管理机构一般是不准许某一要求支付使用费的商标许可证的。在这种情况下，这种协定看起来是包含了对技术援助和商标权利的双重费用，但事实上许可方只是在接受转让商标权利的义务。

第二种情况是，许可方往往要延长协定的时间（由此而延长其所得收入的期限），把一个商标转让给对方，否则该商标对该接受方或对产品的销售就没有重要的价值。这样一来，如果一项专利只有短短三年的未到期，许可方就可以把专利许可证与商标权利合在一起订立一个为期十年的综合协定，从而人为地延长专利的时间。同样地，在一个提供技术援助和商标使用权的协定里，许可方可能要求洽谈十年期限的许可证，而事实上“技术援助”可能是为期很短的名义上的服务。

然而，具有更大危险性的问题是，例如，在一个包含有商标和专门知识权利（两者对接受方都同等重要）的综合协定中，使用费是全部为了使

用商标的，而提供的专门知识则是免费的。此中危险在于，如果专门知识的实用效果并不如保证的那么好（例如，达不到设计能力），则许可方可以为自己开脱任何财务赔偿责任，因为许可方表面上并没有从专门知识中获得任何收入。为此，解决这一问题的办法是起草一个单独的商标协定，即使对使用所许可的商标并不收任何费用。

但是，当管理机构审查合同时，应根据这种一揽子技术交易的情况审查这些包含多种权利的条款。在这里，把专门知识、专利和商标合并在一起可能给予接受方巨大的好处。假如企图拆开这么一份专利文件，就算不同国家法律发生冲突，也可能严重危及接受方的经济利益。

许可方对产品质量的核准

商标之所以具有价值在于它的声誉，因此商标章程承认商标持有方有权制止接受方出售佩有其商标但达不到该商标质量的产品。前面已说过，许可方得以行使此项权利，是由于已经使接受方同意由许可方监督产品的质量。

然而，许可方可能滥用这项质量控制权。从发展中国家的观点看，重要的约束条件应是要求做到：（一）作为强制性义务（或含有此义），要求只能从许可方那里购买原料、中间产品和部件，否则许可方将不“核准”其产品使用该商标；（二）限制接受方选择不佩带许可方的商标的某一产品（或部分产品组合）的销售量；（三）制止在商标利用范围以外进行产品销售；（四）制止接受方在应带有许可方商标的产品上使用自己的商标。

在发展中国家，如果技术的吸收并不促进技术改革，或导致企业的扩大和多样化，那末鼓励这种吸收就毫无意义了。诚然，上述目的已包含在“技术的掌握”这个概念中（见第1页），即接受

方为了增加企业的利益，有使用其通过许可协定所获得的资料的权利，包括在原协定未规定的产品种类中从事多种经营的权利。可以设想，由于利用所获得的技术，接受方有可能超出许可方许可范围制造适于当地的产品。用许可方的商标作为这类产品的商标（假定许可方许可这样做）当然是不适当的。但是如果不借助于它，商业上的成功就可能危险，就是说，所吸收的技术可能得不到充分利用。

那末，问题是在于逐步地形成一个有充分信用的新商标。为此，可让接受方自有的注册商标附加在有许可方商标的货物上，直至新商标争取到独立的信誉为止。因此，政府方面最好采取这么一种政策，即建议，一切佩有外国商标（许可方的商标）的商品同时也佩有（或有权佩有）本国自有的注册商标，因为后一种商标的使用权是不受许可方的任何约束的（实际上，许可证接受方一般需要订立这样的合同，要求在获准佩带许可方商标的产品上同时有使用完全是本国注册商标的权利）。

许可方可能会拒绝这种双重商标办法。然而，这种情况常常可以取得缓和，因为（一）可设计以当地语言或符号来表示的商标，但相当于或意义上相等于许可方商标的文字符号；和（或）（二）在使用费和商标使用期限等方面，在合同上作出一定妥协。

取消条款

如果接受方违反合同，许可方的一项重要权利是可以取消对方使用商标的权利。首先同许可方利益攸关的是产品的质量 and 商标的正当使用。但是，接受方也应该得到保护，防止出现可随意取消其权利的条款。

第六章 专营协定

专营是经销商品或服务的一种办法。它常常是同有高度信誉的商标和服务招牌联系着的。按照这种办法，专营许可方支持、训练并在一定程度上控制着专营接受方商品的销售或服务的经营。最早出现的近似专营的方式之一是汽油的经销(零售汽油服务站)；后来出现的较新的形式是旅馆联营，这种形式在发展中国家正在很快地为人们所熟悉。在发达国家，专营是当前许可交易形式中发展得最快的一种。这种形式经过改变，也可能成为发展中国家的一种重要商业方式，因为它把一个大的联营(只由一个大的企业所拥有和经营)和一个独立的小企业各自具有的最大优点都结合到一起了。

最简单的专营是产品专销，在这种体制下，某一发售人(专营接受方)只经销一个公司的产品。例如，专营许可方可能已试制出牌子声誉很好的一套化妆品。专营接受方被允许按专营许可方所设想并加以监督的办法销售这种化妆品。因而，该化妆品商店的门面和布置的风格将以专营许可方的大量经验所证明为最能吸引顾客的形式出现，而且确实符合这种产品式样。专营许可方还可以协助为该化妆品商店选择一个有利的地点。一般说，这种商店的资金全部由专营接受方提供。

专营许可方所担负的一项最重要的工作是为该化妆品作广告并负担部分或全部广告费。专营许可方也要在管理方法方面向接受方传授知识经验，如商品存货管理、价格的制定和帐务管理。然而，专营许可方可要求并监督其接受方承担责任，必须维护专营许可方的商标、服务招牌和信用，即负责改进对顾客的服务质量、商店布置、售货人员的服装和广告招牌。当然，一般还有另外的控制，即在专营许可方核准的地点，专营接受方只能销售专营许可方商标的商品。因此，甚至在经营多种专营的化妆品(有许多独立的专营

许可方)的百货店里，专营许可方也可要求该百货店拨出一个合意的地方作为出售该特定专营化妆品的单独地点。

另一种专营制度是提供服务方面的专营。这种专营制度的形式比产品销售方面的制度更复杂，因为专营接受方可能经销的产品必须是按照与服务招牌相符的或相关的方式予以配制、处理、装配、加工或服务的。因此，在专营的干洗行业方面，专营接受方必须按专营许可方详细规定的方式干洗衣服；或者在一个专营的快餐餐厅，专营接受方所烹调的食品必须具有服务招牌所示的味道和吸引力，并且以某种特定的方式给予服务，例如说，快。

这种更为复杂的专营制度被称为商业格式专营。这里，专营许可方转给接受方的不但是服务招牌的使用权，而且还有烹调、配制和处理的专门知识，以及全套出售产品和服务的商业格式，所有这些联成一体，受专营许可方密切监督和控制。又如，在旅馆联营方面，其整体业务内可包括使用国际预订体制，这对专营接受方来说是十分有利的事。

概括起来，专营协定现有下列几种情况：

(一) 授权使用某一商标或联结着某种服务办法的服务招牌；

(二) 许可方和接受方之间建立长期持续的关系，在这种情况下，发售公司要：

(1) 协助接受方推销产品或提供服务(通过国内或国际的广告宣传和训练接受方的雇员)；

(2) 密切控制经销产品的质量或所履行的服务的风格。

专营是一种销售制度而不是一种生产制度。

它只允许按照商定的统一方式来销售产品或履行服务。

专营协定类似传统的商标使用者协定。它最注重的是商标的使用受到控制以及用规章手段来保护其所有权。然而,如同商标产权持有者一样,专营许可方也可能滥用其控制权,——尽管这种控制权本是法律许可的——要求在协定上加入某些作为附带条件的条款。举例来说,这种附带条件可以是,在干洗专营中必须使用专营许可方供应的干洗溶剂;在冰淇淋专营中必须使用专营许可方的调味;销售或服务单位必须设在属于专营许可方的地点;或者是对专营接受方施加约束性规定,不让他同其他专营许可方签订协定。

给专营许可方的使用费通常是开头全部付清,加上专营接受方的销售价值的某一百分数。但是,如果依据一项协定,专营许可方有向其接受方供应材料的权利,则免费的专营也是可能的,尽管这种做法在许多国家由于可能发生破坏信用的违约行为而可能是危险的。专营接受方可支付另外一笔固定的或不固定的费用充作专营许可方的广告费(在发展中国家旅馆专营接受方可以坚持只支付招徕其特定顾客的广告费)。

在专营协定中有可能引起问题的一点是专营接受方的“领土范围”。在正常的商标许可证交易中,假如连带有制造某一产品的专门知识,许可方不可能依据本国的商标章程,把接受方销售该商标商品的范围限于作为国家地理范围一部分的某一部分领土;就是说,各不同的使用方不能在本国领土范围内使用同一商标(对同类商品)。此外,虽然许可方有可能(有权)限制接受方仅在某一特定地方(由接受方选择)使用该专门知识(如,制造一种产品),但是他(许可方)却不可能管束

可以销售该产品的地区范围。因此,在这种情况下,该商标产品的销售范围就是整个国家的领土。

然而,专营许可是一种经销制度。它使专营许可方有权或有可能指定他所合意的经销者,这就是说,选定将要出售该商标商品的地点,如石油零售站。此外,由于发售人只能在专营许可方可以同意的地点得到“许可使用者”的权利,所以专营接受方的销售点就成为核准的地点。专营接受方的地盘于是完全受市场范围的供应情况所支配,所以它不是一个特许的地理范围。正是这种情形,使得专营许可方有可能划分地盘。然而,专营接受方有可能是一个国营公司(在本国范围内有再转让许可证的权利),在这种情况下不会再引起地盘分配的问题。

通过管理合同,也可以达到专营制度的目的和优点。一般讲,专营协定是一份印好的标准协定,对各专营接受方共同适用。各接受方的权利和义务都是相同的。这就是该制度的实力。然而在管理合同方面,专销客户的权利随其议价力量而有所不同。专营许可方也可能接受单独对某一客户的一些特定义务。尽管如此,专营许可方关于使用其商标和招牌的基本权利仍将同直接的专营协定一样作出全面的表达。如果专营许可方是一家外国公司,发展中国家的政府则更喜欢管理合同这种形式,因为发展中国家的商号(许可证接受方)的需要是受本国经济政策强大影响的,因此这种需要在预先印好的、不考虑国别的文件中是不会得到照顾的。

由于目前只有少数发展中国家订有必要的保护专营的制度,因此关于专营协定的问题,不再进行更多的讨论。

第七章 报酬

无论企业主或管理机构都首先要考虑技术费用，或许可证费用。但是他们的观点和接受条件差别很大。对企业主来说，许可证费用和其他费用，例如贷款利息，都是同样的。只要潜在的成本与收益的关系对他有利，并能使他获得比其他投资更大的利益，他就满意。

可是对管理机构说来，利用外国的技术和专利权会造成直接和间接的影响。其直接影响关系到外汇流出量的多少和许可方与接受方的商业收入的分成，间接影响关系到增殖价值，关系到它对使用费汇款和对技术流入量及应用的社会费用的影响。

估计社会费用和收益的办法是一个复杂的问题，各国都不一样。事实上，这种估计可以为工业发展方案规定优先项目和确定哪种技术可以引进。但是这个问题不属本报告的研究范围。

在以下的大部分的论述中，对许可方的报酬是以这样一种观点去探讨的，即它必须与一个特定的许可协定的具体经济目的有关。这种讲究实效的办法可用于各种形式的许可证交易——专利许可、技术服务、专门知识、商标和专利权，和各种费用——一次付清的和连续支付的使用费、预付定金以及它们的综合方式。这里所推荐的这种办法涉及到决定在一个企业的收入中许可方所占的份额。

虽然在非技术因素，例如商标、招牌的费用的承兑或专利交易的出口权中必然要涉及到裁决问题，但是收入分配的概念为执行这一裁决提供了补充性的数量根据。我们希望目前所做的分析能尽量缩短对付给报酬的批准过程，例如制定固定的专利使用费标准，这种制定固定专利使用费标准的做法在发展中国家似乎相当普遍，但这种办法常常不利于接受方和接受国。

我们建议发展中国家应象看待与扩大外国资本投资有关的税收减让那样看待技术转让(技术秘诀技能、资料的转让)的报酬。这就是说，应该制定报酬(特别是使用费比率)以便通过把许可方的收入和接受方在盈利性和技术能力的增长密切联系起来，从而使制造场地的增殖价值有所增加。

由于使用费是许可协定中常常提到的一个词，在以下的材料中它被用来作为一种合理的概念，并作为对以许可协定的履约参数——销售、生产、费用的节省等为基础(或有关的)规定的任何多次支付的代用词。

使用费的概念

“使用费”最初可能来自国王授予那些为了开发国外领土或国内资源(如矿物)的个人或公司的皇家专营权。专营接受方对从皇家特许中获得的利益支付使用费(或部分收益)给国王；同时，使用费也是他明确承认国王对该领土或资源继续拥有主权的证据。

在下面论述中作为出发点的这种观点，在国内或国外的工业贸易的变革中都沿用了下来，使用费的概念还应用到各种类型的工业财产；要使用这些财产进行支付，这些财产的所有权是由国家制定的法律(专利、商标、版权)，民法(商业秘密)或者国家间的协商一致意见(专门知识)所确认的。

因此，可以认为，由于接受方从工业财产的使用中获得合法的利益，所以在工业财产的许可证交易中才出现支付问题。使用费可以被看成是一种租借支付而不是赠予支付。租借源于下述事实：技术的使用权比许可方提供的任何具体服务或者许可方向接受方保密的技术问题更有价值。

接受方从许可协定中获得的收益并不仅仅来自允许使用的范围(领土、产品组合)、使用的专利和使用的期限。此外,接受方可能并不限于得到许可方的一种工业财产权,也许会扩大到别的内容,或者涉及到技术体系的本身(专利、专门知识、市场或商标等相互有关的结合)。但是接受方一般将有一种等级严格的需要——专门知识先于专利,商标权先于专门知识等等。通常仅仅为了确定这种先后次序,他就得准备支出大量款项。

为了法律上的严密性和可执行性,所做的任何支付都应作为报酬接受(为了专门知识或专利或两者的结合),而且这个报酬从逻辑上说应是接受方选择的。这就是说,使用费支付不应用于不必要的赠款或协定的一般内容;它不同于协定的支付。

有了上述说明,以下论述的焦点就将集中在对使用工业财产的使用费或其他多次支付的费用估价上。但是如果不使用其他的测量器具或标准,这种估价可能仍然无法精确地计算出用于服务(如技术服务或援助)的支付。

使用费的估定

从估定使用费的角度来看,需要提出的问题是:“许可方实际上从接受方对专门知识的应用中得到什么?”而不是“接受方从他的支付中得到什么?”后一个问题的焦点是在技术内容上,这个问题最难估定,而前者主要集中于许可方的适度的收益上。即使对一个许可方来说,他自己应该回答的是这样一个问题:“接受方准备支付多少?”而不是“我的技术值多少?”因为,如果这种技术的确“值得”,那它的价格,不管产量或供应的市场如何,对所有的接受方都是相同的,但事实并不如此。^①

对许可方从接受方在专门知识的使用中能得什么这个问题的最好回答是,它是“接受方收入或利润的一部分”;因为在一项稳定的连续性业务中,使用费应从接受方的总收入中支付。这一

^①改进技术的费用常与“有价值”的技术有关。这笔费用可能是许可方用于研究或发展的费用,或者是接受方单独改进技术所用的另一笔费用。

概念也使许可方可以自由决定对不同的接受方收取不同的费用。因此,使用费可以被看成是许可方和接受方之间一种收入—分配手段。

这一原则已在电影业广为应用。影片发行人知道,电影放映的统一费用无论对他自己或对客户都是不利的,因为(一)电影院的规模(座位数)和每天上映的场次都不一样;(二)地区(城市、农村)不同,客户也不同,这关系到观众的座位价格;(三)上映的期限长短各地不尽相同。由于上述原因,一个影片发行人是按他的影片发行期间的票房收入的百分比来确定他的费用的。

可是,诸如生产一部影片的时间和费用、影片的长短和好坏之类的技术和经济问题对影院的老板来说没有直接利害关系。他的利益来自他“利用”该影片卖座得来的以及他必须支付给影片发行人的卖座收入的份额。

使用费通常是按销售价格或销售价值制定的。这一结构实际上说明了下列利润分成办法:

销售的使用费 $\frac{\text{对许可方的支付}}{\text{产品销售价格}}$

它可以被解释为:

销售的使用费 $\frac{\text{许可方的利润}}{\text{产品销售价格}}$

也可解释为:

$\frac{\text{许可方的利润}}{\text{接受方的利润}} \times \frac{\text{接受方的利润}}{\text{产品销售价格}}$

(在上述乘式中去掉“接受方的利润”)

上述等式可以改为:

销售的使用费比率 $\frac{\text{许可方在接受方利润中的份额}}{\text{接受方的销售利润}}$

因此,一个可以按产品销售值的比率来估计其利润的接受方也可为任何一个确定的接受方销售利润估计其许可方在接受方利润中的份额。

下列实例将说明这个问题。

如果许可方想得到接受方在某种产品上利润20%的份额,该产品的销售价格为5美元/公斤,许可方估计“接受方的利润”为1.5美元,许可方

^②许可方的风险存在于这个估计中。

^③以后再规定利润(见表3)。

可以将6%的使用费比率用于销售价格,实例如下:

实例 A

$$\begin{array}{l} \text{销售的使用费比率} \\ \frac{20}{100} \times \frac{1.50 \text{ 美元}}{5.00 \text{ 美元}} \times 6\% \end{array}$$

当然,一个管理机构同样可以把上述计算法颠倒过来,以便制定一个可以接受的使用费比率。因此,如果一个管理机构愿意让给许可方只得接受方的利润的10%份额,那么可接受的使用费比率将为

实例 B

$$\begin{array}{l} \frac{10}{100} \\ \left(\frac{\text{许可方在接受方}}{\text{利润中的份额}} \right) \times \frac{1.50 \text{ 美元 (接受方的)}}{5.00 \text{ 美元 (销售利润)}} \\ 3\% (\text{销售的使用费比率}) \end{array}$$

这两种计算方法²⁰都表明,对任何指定的使用费比率来说,许可方在接受方利润中的份额取决于接受方企业是否盈利,这是对负责批准使用费比率²⁰的管理机构最重要的问题。

使用费比率作为一种收入分配法是和在一个以分摊投资(自有资本)为基础的联合企业中许可方与接受方之间的利润(红利)分配办法相类似的。在自有资本的概念里,许可方利润的份额经常是接受方利润一个固定的百分比,而绝对收入可能逐年不同。在作为一种收入分配手段的使用费的概念里,收入的分配将随着企业是否盈利而变化,但绝对值可能保持不变(逐年的销售值相同)。

还有另外一个重要的报酬。如果在实例A中,例如销售的使用费比率维持在6%,产品销售价格为5美元/公斤,但是接受方的利润减少到0.5美元/公斤。

²⁰ 为了利用这一联系,只应采用绝对利润或接受方的销售利润。作为投资百分比的利润会导致错误的结论。其他参数的利润通常可转变为接受方的销售利润。

²¹ 本节所做的分析实际上指明了,某些工业集团不顾公司(或工业)是否盈利,任意制定使用费比率的危险性。

许可方在接受方的利润中的份额将为:

$$\begin{array}{l} \text{销售的使用费比率} \\ \frac{6\%}{0.50/5.00} \times 60\% (\text{在实例A中为 } 20\%) \end{array}$$

这就是说,对于任何一定的使用费比率,当接受方利润减少时,许可方在接受方利润中的份额却增加了。换言之,当接受方利润最少时(销售利润),许可方在接受方利润中的份额最大。

利用这一关系:

$$\begin{array}{l} \text{销售的使用费比例} \\ \left(\frac{\text{许可方在接受方}}{\text{利润中的份额}} \right) \times \text{接受方的销售利润} \end{array}$$

构成表1。这个分析的两个含义是:

(一) 当企业可盈利性似乎很小的时候,接受方和管理机构应密切注意使用费比率。下列情况会造成可盈利性较低:

- (1) 在一个项目的初期阶段
- (2) 在出口销售中
- (3) 在技术水平低的工业部门中
- (4) 当竞争激烈时

(二) 对于高利润的行业(如电子产品、设备),使用费高比率是可以接受的,因为这种部门里的收入分配结果并不比可盈利性和使用费比率都低的部门(表1实例A和B)的收入分配少。

表1. 接受方可盈利性对收入分配的影响
(百分比)

合同规定的销售的使用费比率	接受方的销售利润	所得到的有关许可方在接受方利润中的份额的数据
2	10(实例A)	20
	20	10
	30	6.6
3	10	30
	20	15
	30	9.9
5	10	50
	20	25
	30(实例B)	16.5

(当接受方和许可方除了许可协定之外,还进行投资时,许可方在接受方利润中所占份额就会增加,

因为在使用费调整以后利润也分配了。因此许可方拿回了两种支付，第一种是对使用他的资本的支持，第二种是对使用他的技术的支付。)

这种与利润有关的收入分配办法使得一个管理机构可以再次采用一种与处理合营企业中自有资本参与的财政问题的办法相类似的办法来处理使用费问题。这就是说，问题的关键是利润分配的权利，而不是支付款的绝对数额。因此规定使用费的最高限额就等于规定支付款分配的最高数额。

可以看出，当企业利润低时，收入分配有利于许可方。为了防止这种不利的分配情况，使用费应推迟到接受方的可盈利性较高的时候再支付。从理论上说，这一支付可以从一个工厂投产后三、四年开始。如果许可方(不是投资伙伴)不接受这种安排，接受方可以为前三、四年商定一个较低的使用费比率，为以后各年商定一个补偿性的较高的比率。这种条件对许可方来说是应接受的，因为较低部分可以由使用费收入较高的绝对值补偿。

但是，如果是一个从事装配业务的项目(例如装配烘炉)，利润的产生可能要快些，因而很快就可以达到最高利润阶段。所以，生产一开始就支付使用费并不会对收入分配造成不利的影

同样，如果与国内水平相比出口量可能较大，而出口品价格低，那么为出口品规定一个比国内产品低的使用费比率，这是合乎逻辑的(除非挣得外汇是最主要的原因)。

以上论述还为一般地回避接受一次付清的使用费提供了很好的理由，因为这种使用费未能考虑到接受方的可盈利性。

许可方在接受方利润中的份额的概念对于管理机构比对接受方更为重要，因为这个概念为规定的使用费比率的大致限度提供了根据。这种根据是以对不同的工业部门的盈利性的估计为基础的。

使用这些概念的困难在于很难估定一个公司潜在的可盈利性。当提出一个协定要求政府批准时，接受方可能不愿提供，或出于保密的原因不想提供利润数据。此外，利润有多种定义。然而，实际上要准确地规定利润的定义或让企业披露其真正的水平并不重要。需要计量的是收益的最简单和最易确定的部分。因此，总的数字不会造成困难。单位销售价格毛利润是可利用的标准，需要计量的是用于整个工业的，而不是一个公司的正常百分比。没有必要作十分精确的计算。这种细微的调整并不会增加信用，因为商情预测很少可靠。

最好把各工业类别按接受方销售利润的等级分组排列，并使它们与使用费类别相匹配。表2是以这一概念为基础为某国编制的—个5×5换算表。它是根据下列公式组成的：

$$\text{许可方在接受方利润中的份额} = \frac{\text{接受方的销售的使用费}}{\text{销售利润}} \times \text{销售的使用费比例}$$

该表表明，例如耐用消费品工业获准的3-4%的使用费比率(这种工业的单位销售价格毛利是由管理机构估定的，为30-40%)可以得到7-11%的许可方在接受方利润中的份额(视单位销

表2. 收入分配换算表^a
(百分比)

部门 ^a	接受方的销售利润等级	销售的使用费比率等级					
		1-2	2-3	3-4	4-5	5-6	
基础工业	10-20	5-20	10-30	15-40	20-50	25-60	
工业中间产品	20-30	3-10	7-15	10-20	13-25	17-30	
耐用消费品	30-40	2-7	5-10	7-13	10-17	12-20	
非耐用消费品	40-50	2-5	4-8	6-10	8-13	10-15	
高级技术产品	50-60	1-4	3-6	5-8	6-20	8-12	

^a并非本表所需，供说明用。

© 版权——V.R.S. 阿尔尼。

售价格的毛利为30%或40%以及使用费比率是3%或4%而定)。²³

在批准这种使用费比率的过程中,管理机构将考虑把耐用商品引入一国经济带来的好处,来判断许可方的7-13%(或者取中间数10%)的收入份额是否公平合理。²⁴

其实,各种工业类别的接受方销售利润等级可以很方便地从金融机构、工业协会、商会、中央银行和国家统计部门通常公布的统计资料中得到。然而对于那些可能涉及使用费大量外流的项目来说,对企业可盈利性的详尽的估计还须经过审查,除非管理机构能得到这些资料。表3和表4将表明两种企业的获得收入分配资料的办法,一种是以直接许可证交易为基础的,另一种是以联合企业(其中许可方既获得利润又得到使用费)为基础。表3进一步说明接受方销售利润的各种定义。

在表3和表4所作的对接受方销售利润计算类型里,许可方可不公开地假设:

(一) 使用费支付将延续相当长一段时间(工业化国家的协定中一般定为十年或更长的时间);

(二) 工厂的生产能力和预测的可盈利水平很快就能达到,并从生产开始起一直保持下去;

(三) 工厂生产能力(或生产)的估计是为了在合同期间最大限度地利用市场。

这些在工业化国家可能是站得住脚的设想,从许可方的角度来看,在发展中国家却可能是站不住脚的。例如,一个发展中国家的政府可能规定协定的期限、限制工厂的规模以便鼓励竞争,或者对价格进行限制。由于预计到这些限制,许可方在决定使用费时,似乎不考虑这些规定。下面说明许可方是如何计算他所希望的使用费的:

²³但是,如果仅知道销售纯利而不知道单位销售价格的毛利,该销售纯利为30-40%,那么表2表示,当使用费比率为3-4%时,许可方在接受方利润中的份额将为10-20%(见表3)。即,许可方获得接受方纯利的10-20%。

²⁴在审批过程中,应考虑到接受方所得到的赠与(专用权、自由使用商标、出口权等等)以及它们对国民经济造成的影响。

接受方在接受国内十年期间总市场份额 (许可方对销售额的估计)	100,000 单位
每单位50美元的产品销售价格	5,000,000 美元
许可方对接受方十年期间纳税后利润的 估计	1,500,000 美元
协定期间按接受方纳税后利润20%计算 的许可方希望的利润份额	300,000 美元

表3. 直接交易中许可方在接受方
利润中的份额的计算

(千美元)

基数: 销售的使用费比率3%; 使用费免税
固定投资 = 2,000,000 美元
折旧率 = 每年10%
公司税 = 50%

项目	用常规办法 计算的数额
1. 净销售值	2,000
2. 材料成本	700
3. 其他费用和开支	700
4. 总生产费用(2+3)	1,500
5. 扣除使用费前的毛利(1-4) ^a	500
6. 生产利润(6-5) ^b	500
7. 折旧	200
8. 应纳税的利润(6-7)	300
9. 纳税后利润(纯利)	150
10. 许可方利润, (1)项的30%	60 ^c

(许可方在接受方)毛利 利润中的份额	60	12%
(许可方在接受方)应纳税 利润中的份额	60	20%
(许可方在接受方)纯利 利润中的份额	60	10%
(接受方销售利润)毛利	500	25%
(接受方销售利润)应纳税 的利润	300	15%
(接受方销售利润)纯利	150	7.5%

^a在正常的会计业务中,使用费应从计算总利润和其他利润额的总收入中扣除(见表4)。如果表3中的数字也是这样,那么总利润中的许可方在接受方利润中的份额、应纳税的利润和纯利就分别为13.6%、25%和50%。

^b见表4,其中营业利润的计算各不相同。

^c在一个五年为期的合同里,许可方的总收入(60,000美元×5)应等于接受方一年的总利润——第8行。这种定量办法可作为批准使用费的标准来使用。

表4. 合营企业中许可方在接受方利润中的份额的计算
(千美元)

基数: 与表3相同, 另加下列几点:
50:50 自有资本股份
固定投资 = 股本
股息无税

项目	数 额	
	许可方估计的	按常规会计法计算的
1. 净销售值	2,000	2,000
2. 材料成本	800	800
3. 其他费用和开支	700	700
4. 总生产费用(2+3)	1,500	1,500
5. 付使用费前的总利润(1-4)	500	500
6. 使用费开支(许可方收入)	见第11项	60 - 见第11项
7. 生产利润	500	500
8. 折旧	200	200
9. 应纳税的利润(7-8)	300	210
10. 纳税后公司利润(50%)	150	120
11. 与使用费相对的许可方在接受方利润中的份额(纳税后公司利润的40%(许可方的要求) = 3%接受方的销售利润)		
12. 申报的股息		120
13. 许可方股息份额		60
14. 许可方总收入(6+13)		120

许可方总收入与公司利润的比率(14)/(10) = 1:1
许可方使用费收入(技术支付)与公司利润的比率
(6)/(10) = 50%

现在许可方可以把 300,000 美元这个数额作为一次付清的使用费(预先支付的费用), 而不管生产量和支付期限, 或者他可以重新提出用于各种不同期限和产量组合的使用费比率。表5的每一种情况就是根据接受方的选择, 使许可方希望的收入维持在 300,000 美元的最小计算值。

表5. 使用费比率和期限

每年产量(单位数)	期限(年)	许可方要求的使用费比率
A. 10,000	10	5,000,000 美元销售值的 100,000 个单位为 300,000 美元 = 300,000 美元 / 5,000,000 美元 = 6% 销售的使用费比率
B. 7,000	7	2,450,000 美元销售值的 49,000 个单位为 300,000 美元 = 300,000 美元 / 2,450,000 美元 = 12% 销售的使用费比率
C. 20,000	10	10,000,000 美元销售值的 200,000 个单位为 300,000 美元 = 300,000 美元 / 10,000,000 美元 = 3% 销售的使用费比率

所以, 使用费比率是一个表面的数字, 而许可方实际上希望的才是确实的数字(视国家情况而定)。举例说, 表6的实例B中的 12% 的使用费比率看来是一个很难商定的数字。可是它可以很容易地更改 130,000 美元的预付定金(或技术费), 使用费比率改为 7%, 这样并不影响 300,000 美元的绝对数额。

应该指出, 所列的这些数字反映了许可方的期望。如果销售价格达不到预期的水平, 那么任何使用费战略, 除了一次付清的支付以外, 都会损害许可方的利益。这就是许可方在接受按比率支付补偿时所担的风险。

因此可以得出结论: 在考虑使用费比率时如不管协定的支付期限和产量, 是不会有结果的。所以在批准使用费比率时, 任何一个管理机构至少应考虑下列四个因素: (一) 使用费比率的数额; (二) 支付期限(可以比协定期限短); (三) 年产量; 以及(四) 整个协定期间接受方在全部投产前和全部投产期间的潜在利润。

增值价值和使用费

在发展中国家批准使用费比率时, 应慎重考虑一个企业的增值价值。所以一个国家可能宁愿制造一台锅炉的部件而不愿意进口部件来装配。因此审批使用费的机构不仅应考虑上述四个因素, 还应考虑进口部件的增值价值。

使用费支出和增值价值的比率可以作为判断使用费比率的一个标准。表6表明这种计算方法。实例B中的使用费比率比较高(许可方在接受方利润中份额也较高),但可能被批准,因为其增值价值也高。为了得到这种增值价值,接受方就得增加投资和生产费用,因而毛利就会大量减少(对于这种减少,一个发展中国家的政府可以通过较低的营业税或允许较高的销售价格的保护性关税来抵消)。

某些国家政府(如印度和马来西亚政府)通常采取的立场是,在计算使用费时应从销售价值中扣除进口部件的费用(到岸价格)^②。如果表6中的实例A(其经批准的主要使用费比率为7.5%)

表6. 增值价值、使用费比率和许可方在接受方利润中的份额
基数: 10个销售单位
(美元)

项目	实例 A	实例 B
本国原料费用 ^a	30	90
进口部件费用 ^a	80	30
劳动力费用	10	13
直接费用	120	133
固定费用	20	30
总费用	140	163
销售价格 ^a	200	200
进口材料的增值价值	200 - 80 = 120	200 - 30 = 170
接受方毛利	60 (200 - 140)	37 (200 - 163)
使用费开支 (假设的)	15	21.25
<hr/>		
(许可方在接受方利润中的份额)		
毛利	25%	57.43% (21.25/37)
销售的使用费比率	7.5% (15/200)	10.62% (21.25/200)
使用费支出与增值价值的比率	0.125 (15/120)	0.125 (21.25/170)

^a在企业一级是指进入企业大门时的实际费用和出门时的销售价格。这样就可以避免由于各个供应人和分销人所加的差价而造成的混乱(如果有的话)。

^②包括初步经过加工的子配件、经过预处理的材料,但不是原材料(矿石等)。

按这样做的话,许可方在接受方利润中的份额将减少到15%,许可方的有效使用费比率(实际使用费收入与产品销售价值的比)将降至4.5%。这就是通常称之为“按部件调整的使用费制度”。

这种使用费计算办法似乎可以鼓励许可方提供制造部件的技术。进口品越低级,其使用费比率就越高。(此外,当许可方自己提供部件时,这种办法还可以避免隐蔽的使用费,即过高价格的部件。)

使用费比率和成本节约

在上述的各种算法中都假设:(一)有某种产品出售,(二)可以随时决定该产品的价格。可是有一些加工技术与这两种假设都没有关系。例如,改变一个化学加工过程的催化方式可能减少原材料的消耗。或者改变溶解方式可能减少能量的消耗。由于这些情况,成本节约可以成为评估使用费比率有关的标准。

因此,在应用催化系统时,增加100,000美元的投资和每年购买催化剂增加20,000美元的循环费用将会每年减少原材料费用60,000美元。这种技术的价值是什么呢?总成本全面增加为30,000美元,也就是说投资折旧10%和每年用于催化剂20,000美元,这是很容易计算出来的。但是这一点可以由每年节约的原料60,000美元来平衡——因而可以净节约30,000美元。许可方可以要求这一数额的50%作为每年的使用费,即使如此接受方仍可获利。

成本节约也是选择技术时的一项标准。假设以3%的销售的使用费比率提供A项技术。但是B项技术可以比A项技术在100,000个生产单位上降低的费用(增加接受方的收入)为30,000美元,其售价为2,000,000美元。按许可方在接受方利润中的份额50%计算,接受方可为B项技术支付的增加的使用费将是100,000个生产单位,为15,000美元(等于销售2,000,000美元),或者每个生产单位增加使用费0.15美元,或者等于7.5%的增加的 sales 的使用费比率(15,000/2,000,000)。这就是说,B项技术可在10.5%达成许可证交易,并对接受方有利。

使用费比率的资本化 ——净现值估定法

许可方常常宁愿表示，他们希望使用费能以一次付清的使用费形式或一次付清和连续支付相结合的办法来支付。

为了实行统一的使用费比率政策，把使用费比率和总数额进行对比的最简便的办法是把表5、表6中的方法颠倒过来。这种方法一般是不被接受的，因为这段时间里货币收入的贬值被忽略了。净现值办法可以克服这个毛病。

通常用于有关项目支出和收入(见第59页)的财务分析的净现值概念也可用于使用费。净现值估价的目的是通过按当前的币值(现值)来给未来的收入打折扣，使定期的收入资本化。使用费支付的定期数量表可以正向地编入一次付清的净现值表；一次付清的支付又可以反向地缩小为整个协定期间的平均使用费比率。

尽管净现值的计算十分简单，研究一下还是有助于理解这些概念的。未来货币收入的净现值小于其未来的名义值。如果现在存入银行0.9091美元，一年以后按10%的利息可得1美元。因此一年前收入的1美元的净现值现在为0.9091美元，折扣为10%。如果两年按10%计算，那么(从现在算起)两年前收入的1美元的净现值现在为0.8261美元。这些比值是用复利公式计算出来的：

$$\text{比值} = 1 / (1 + r)^n$$

r 为货币折扣率， n 为从货币收入当年算起的年数； r 不是通货膨胀率或单利率。 r 代表按资本市场的风险因素调整而积累的资本(资金的需求和供应)费用，因为它们影响公共资本、银行贷款等的有效性。利率是这些因素之一。金融机构通常为它们自己的项目评估方案确定折扣率，它们有最好的资料来源。

在专利交易中，目前(1978年6月)在美国 r 为12%。按比较方便的10%的比率，可以容易地求出折扣系数：

年	净现值系数
0	1.0000
2	0.9091
3	0.8261
4	0.7513
5	0.6830
6	0.6209

表7说明了净现值的使用，1978年为投产的第一年，为了获得1978年的净现值，1979-1983年期间每年的收入都打过折扣。

表7. 使用费的资本化(净现值)

年份	估计的货物销售值(美元)	使用费收入(美元)	净现值系数	使用费收入的1978年净现值(美元)
1978	100	3,000	1.0000	3,000
1979	100	3,000	0.9091	2,727
1980	150	4,500	0.8261	3,719
1981	250	7,500	0.7513	5,635
1982	350	10,500	0.6830	7,172
1983	650	19,500	0.6209	12,109
总计	1,600	48,000		34,362

表7说明，18,000美元分为六年或34,362美元作为一次付清的使用费是等值的，因此支付办法的选择取决于接受方的现金状况或一个国家的外汇状况。

同样，与一次付清的数额相对应的协定期间的平均使用费比率可以通过把上述程序颠倒过来求得：

其中

$$P = P_0(1 + r)^n = RS$$

R 为平均使用费比率

S 为 n 年的合同期内合计的销售值

P_0 为实缴费用

r 折扣系数(如果比率是10%为0.10)

因此，如果许可方为某种技术提出34,362美元的一次付清总额，六年中这种技术的产品销售值为1,600,000美元(接受方或管理机构的估计)，那么该公式可以改为：

$$P = 34,362 \times (1.10)^6 = 34,362 \times (1.771) = 60,855 \text{ 美元}$$

也就是说, 0年(现在)支付 34,362 美元等于第 6 年支付 60,855 美元。如果进一步假设, 为 1,600,000 美元的销售费在 6 年里支付 60,855 美元, 那么每年的支付将为 10,142 美元或为 $10,142/266,700 = 3.8\%$ ($266,700 = 1,600,000/6$)。更为合理的是平均数

$$\frac{34,362 + 60,855}{2 \times 6} = 7,935 \text{ 美元}$$

作为合适的年数额, 把 2.97 (~3%) 作为使用费比率。

由于求平均数值, 这个 3.8% 的比率和净现值概念中的“正向”计算中的 3% 不同。

为了对使用费比率和一次付清的费用进行比较, 更有用的办法是把使用费比率资本化, 而不是象上述说明的那样把复利公式颠倒过来。

技术费用的评估

在专门知识和专利的转让中, 如果不管发展技术的费用, 许可方承担的费用就很少了。如上述所述, 许可方为其租用工业财产申报的费用是以其在接受方收入中所占份额的概念为基础的。

但是, 在技术转让过程中, 许可方确实常常要承担某些与许可证有关的费用。这些费用包括商定许可证的费用、为接受方准备具体文件(即传授专门知识)的费用、许可方的旅差费、电报费等, 以及有时某些分摊的费用, 例如在许可方训练接受方业务人员的费用。为了收回这些费用, 换句话说, 为了准备流动资金, 许可方可以申报一笔固定费用。有时这笔费用也可作为向许可方的诚意支付, 例如, 向他保证接受方不会无意地泄露或错误地使用他的专门知识。因此一个许可证可包括两部分费用, 预付定金和经常性的使用费。这个办法也可用于连续性的技术援助, 这种援助在其他方面与工业财产的使用没有什么关系。

我们更关心的是用于估计短期服务的费用, 并不涉及使用权。估计这种技术费用的合理性要比估计使用费更复杂, 因为供方要付出大笔意外的和分摊的费用, 这些费用又受到所承担的服务

内容的影响, 而这些服务又随着需方所能承担的责任和分量不同而各不相同。

最常见的情况是, 由于得到或者可以得到如工程公司等专业组织提供的服务, 竞争性的投标可以有助于决定费用是否合理。

用于估计这种费用, 以致核查竞争性的投标的比较稳妥的办法, 是不要从所提供的服务来分析, 而是以提供这些服务所要做的努力和每项服务的比率来分析, 这就意味着应当考虑所提供服务的工时。当然服务的质量多种多样。一个制图员的人工时费用可能比较低, 而现场管理的实用工程的人工时费用则可能很高。在大多数情况下, 在一定期限内这些服务的比率是统一的。但是附加于这些服务的行政管理费用各有不同。因此, 用于制图的费用可能是每人工时 12 美元 + 20%, 用于行政管理费, 而用于实用工程的费用可能为每人工时 40 美元 + 60%。

在正常情况下, 一个服务合同要列出供方的人工时比率和行政管理费百分比, 以及完成各种必要服务所需要的估计人工时。需方有权检查, 或委托一独立的咨询公司来检查供方的日程表。

但是这种估定需要有经验。所以在一个化工厂用于发展中国家的工程服务可能为电池限幅器投资的 14-16%。服务投标是按照这类经验来审定的。同样, 工程人工时与建筑人工日的大约比例在这种工业中是广泛采用的, 它可以用来进行单独的核查。为了保护发展中国家的需方, 要求供方(在协定中)说明用于服务的最大开支和需方查对日程表的权利, 这是有益的。

一次付清与连续支付使用费

在工业财产的转让中, 一次付清使用费是用来代替连续支付使用费的一种支付办法, 但它与用于所要承担的专业服务费用不同。因此, 接受一次付清使用费的许可方应承担与接受连续支付使用费的许可方同样的义务, 这一条件应在许可协定中加以说明。

但是, 尽管一次付清和连续支付使用费在概

念上是相同的，而且在计算上也相等，但是还有各种理由来选择这种形式而不选那种。

一次付清使用费(有时短期内可以分期支付)的有利条件如下：

(一) 可以提前知道技术的费用(或外汇负担)；

(二) 可以避免许可方检查接受方的帐目，一般情况下许可方有权检查接受方的帐目；

(三) 当地通货膨胀因素所造成的销售价格上涨不会使许可方的收入增加；

(四) 有可能对许可的报价进行比较，因为不涉及那些诸如期限、产量之类的麻烦问题；

(五) 由于某些原因，一次付清使用费的绝对费用可能比连续支付使用费的净现值要低。

但也有不利条件：

(一) 在一次付清的协定中，许可方不承担收入的风险，而这是许可交易中一项重要的考虑；

(二) 许可方在接受方企业中的利益在协定的期限内很难维持，因为他已事先接受了对他的支付；

(三) 接受方无法通过许可方的参与——例如改进工艺——来扩大其市场，因为市场的扩大并不会给许可方带来更多的收入；

(四) 许可方可与该国另一竞争的公司以不同的使用费比率达成许可交易，从而危及接受方的收入和市场。

同样，连续支付使用费也有有利条件和不利条件，其有利条件为：

(一) 许可方要分担接受方的风险；

(二) 如果接受方的产量满足不了市场需求的增加，许可方可以通过连续减少使用费比率来刺激接受方的市场；

(三) 如果许可方不履行协定的规定，可以停止支付使用费；同样，如果接受方破产，使用费支付予以终止；

(四) 使用费可以改善接受方的现金流量状况(或外汇流量比率)；

(五) 如果订有最惠接受方条款(第56页)，向其他公司提出的减少使用费可以立即适用到接受方，因为说明这种减少很简单；

(六) 对于进口和出口市场等等应采取不同的使用费比率，而且可以随时间改变而缔约修改；

(七) 一个许可合同的使用费可以随时改为一次付清的使用费(只要许可方同意)，这样就限制了以后的支付责任；

(八) 经过调整的使用费比率是可行的，即在计算使用费基数时可以从产品销售值中扣除进口部件的费用(按部件调整的使用费办法是可行的)；

(九) 如果专门知识应用失败，使用费比率应重新调整(第25页)。

这一比率概念的不利条件是：

(一) 由于当地通货膨胀或资本投入的税款所造成的产品价格的上升，会使许可方的收入增加，但他对该企业并无任何贡献；

(二) 对许可方在合同期间的收入无法做出肯定的估计。

显然，连续支付使用费比一次付清使用费有更多的有利条件。这说明为什么这种办法受到广泛的欢迎。由于使用费比率类型的协定必须由净现值概念进行估计，它们甚至在发展中国家也广泛受到欢迎。

可以把一次付清支付办法和连续支付办法结合起来，这样较为有利。这样做的最好办法之一是，在协定中规定一个最终不可超过的费用额，即规定一个累计数额，超过这个数额，许可方就不再得到使用费收入。另一种办法是，在(以使用费为根据的)许可协定中得到在协定期限内任何时候选择用一次付清费用代替使用费的权利。这是一种比前一种更灵活的办法。

使用费比率的表示法

正如常常提到的那样，许可方希望从接受方对商标、专利、专门知识等使用权中得到支付。可是在许可协定中，不必指明对任何事物，如销售和生 产，但是可以仅仅作为每年的支付义务加以说明。但是以履约为基础的指数(即每个生产单位的使用费)清楚地表明接受方所选择的计量单位。

生产指数是表示每个生产的(或销售的——这个定义很重要)的产品的单位的支付。如果一个工厂仅仅生产一两项产品，那么生产指数就很简单。如果大量的产品组合，或者产量无法用单位来衡量时，即一种产品包含几种质量(例如在不同市场上出售的不同质量的肥皂)时，这个指数是个大概的基数。但是指数的有利条件是，市场价格的变化(即通过通货膨胀)不会影响接受方的使用费责任。

销售价格指数是一个十分通用的基数，它最宜用于不生产相同产品的地方，例如传统的铸造厂、医药配方。可是象处理生产指数一样，处理销售价格指数的一种办法是，在合同中规定一个最高额或用来计算使用费的固定的销售价格。

无论在生产指数或销售指数中，都可以为超过某种价值的生产或销售规定逐步减少的使用费比率。它们通常被称做“伸缩性”使用费比率或“按质分类向下调整”的使用费方案。这种办法可以刺激接受方去扩大市场。

累积使用费可以代替年度“伸缩性”使用费。在这种情况下使用费比率随着从投产的那一天开始累积的销售额而变化。它们可以作为生产和销售 的指数。累积的使用费情况如下：

第一个 100,000 个生产单位为 3%

下一个 200,000 个生产单位为 2%

再往下的 600,000 个生产单位为 1%

超过 1,200,000 个生产单位时无使用费

(为了鼓励出口，可以制定刺激性的使用费；其绝对使用费比率随产量的增加而增加——为上述方案的颠倒)。

如果能适当地制定一个累积使用费日程表，那么就没有必要在协定中规定支付期限。

利润指数对接受方来说是一种最有利和最合理的使用费形式，因为如果他不获利，他就不承担支付责任。这种办法对管理机构也是有用的，因为它可以方便地算出许可方在接受方利润中的份额。可是它不是一种常用的方式，因为决定一个企业的利润是不容易的，例如，在一个生产多种产品的公司里，许可方的技术只是所使用的技术的一种。如果不能采纳全部按利润指数规定的使用费，可以规定组合使用费，例如 1% 的销售值加上 2% 的利润(利润是由一种商定的办法决定的)。

最低使用费比率

许多发展中国家的管理机构不允许有最低使用费，理由是它们认为许可方应分担接受方的市场风险。可是，当许可协定规定预付定金时，很难把它和最低使用费区别开来。事实上，首批预付定金只会成为未来最低使用费的资本化。

有人建议，如果许可方有适当的理由坚持最低额费用，可以采用这种办法，但是应在互惠基础上进行；这就是说，如果规定了最低使用费，接受方应有对任何会计年度的使用费流量规定一个最大限度的互惠权利。

结论：考虑使用费比率的准则

下列各项原则可作为考虑使用费比率的准则：

(一) 使用费应被认为是对工业财产的使用权的支付，而不是对许可方的服务或技术内容的支付；

(二) 由于某些原因，使用费一般应对协定中所规定的接受方有利，而这种利益应是接受方所选择的(专门知识、商标、专利等)；也就是说，使用费不应分散地用于协定的内容，而应与接受方的各种不同需要有关(例如，专门知识比商标更为需要)。情况许可时，可以对技术专利(如，商标、专门知识的专利)的各个部分分别给予支

付。不应使主要的技术专利部分看起来好象没有支付使用费，补偿只与全部许可交易中的非主要部分有关：

(三) 使用费与技术转让(技术秘诀、技能和资料的转让)的关系应和财政刺激与资本投资的关系一样。使用费比率应能作为对许可方的一种自动调节的刺激，使他能尽量扩大在国内企业中的增殖价值，如果没有这种增殖价值，付给许可方的使用费将成为主要使用费比率(即按部件调整的使用费)的一部分：

(四) 使用费比率的收入分配方式应加以承认；也就是说，使用费比率应作为许可方和接受方之间的一种收入分配办法，它代表企业利润中许可方的份额：

(五) 收入的分配取决于接受方利润的多少。对某种使用费说，当接受方利润减少时，许可方在接受方利润中的份额会增加。所以应按公布的或估计的企业利润来对使用费比率做出评估：

(六) 作为以上各条的必然结果，在高利润的营业中，所允许的使用费(以销售值为基础)可以很高，但许可方不会得到不相称的高额收入，而在低利润生产中，或在一个企业最大盈利前的阶段中，任何水平的使用费在收入分配中都会对许可方有利：

(七) 任何对使用费比率的估价都应考虑进

口部件的增殖价值，这样做会有助于充分重视下列比例：增殖价值/使用费支出：

(八) 批准使用费比率应考虑支付的期限和有关产品的数量：

(九) 为了在批准使用费时能有最大的灵活性，政府应鼓励潜在的许可方—接受方集团联合提出供选择的支付方案(一次付清费、连续支付使用费或某种组合式的)，最后由政府做出决定：

(十) 一次付清使用费应看成是连续支付使用费的资本化，因此可以把它们作直接对比。净现值技术应用来比较连续支付和一次付清使用费：

(十一) 任何一次付清使用费都应在许可协定中作为“代替连续支付使用费”的支付办法加以说明，以便明确转达给许可方，在整个协定有效期间他对接受方负有某种责任：

(十二) 连续支付使用费比一次付清使用费更可取，因为它在整个协定有效期间把许可方的收入和风险与接受方的收入和风险连结在一起：

(十三) 还应从许可方所许可的内容——专利权、推销区域、商标的使用、进入市场——来考虑，这些东西对接受方和接受国都是重要的：

(十四) 对技术服务、工程、咨询等的支付应尽量作为对这种技术所需的努力的支付，而不是作为对所提供的服务的支付。

附件二(3)包括评价许可协定中报酬条款的一览表。

第八章 法律和行政条款

某些标准的条款,也可称为“硬性条款”,是各种许可协定都包含的,现就其最重要者讨论如下。

某些条款与其说是商业性的倒不如说是法律性的条款。它们是:

对缔结该协定的各方作明确说明,包括或不包括其分支机构

协定有效期间的可分派性、可转让性和可分性

不可抗力

正式通知——信件、通知、支付费用等的投寄地址;帐单来往的安排;通知的有效日期

仲裁

合同的主管法律;政府批准

取消

协定的生效日期

货币的可兑换性

各种税收和政府费用

单一的谅解,即与其他协定无关系

非放弃(自动放弃对违约情况的任何权利并不等于放弃任何其他权利)

协定签署者的权限

还有一些标准条款既带有商业性质又具有法律性质。它们是:

协定的序言

定义

保密

协定的期限

许可方的最佳努力

第三方的违约(见“专利”)

终止权

最惠接受方

上列第一组条款中除仲裁外,其他各项将不予讨

论,因为就发展中国家的角度而言它们并没有特殊的应讨论之处。

仲 裁

在一份国际协定中,由于缔约各方的国籍不同,其文字措词经常是各方意见的折中,对它可以作不同的解释,因此最好在协定中包括解决争端的程序。而且,在商业合同中,例如在技术许可交易中,能迅速解决争端的程序对双方都有利。如果协定中没有仲裁条款,出现争端时,则必须通过法院来解决,法院的证据规则和调查程序等十分麻烦而且花费金钱。

在大部分国家,仲裁是法律公认的一种程序,在许多问题上,它可以用来取代法律诉讼。协定中的仲裁条款可以强制缔约各方对某些不属政府政策的问题采取仲裁方式来解决。采取仲裁的结果可以做出决定而不是做出判决。除非法院批准,仲裁决定不是强制执行的。因此所规定的仲裁程序必须同(应规定在协定内的)该协定的主管法律相关联,而且它必须考虑应由哪一个法院作出判决。

协定可详细制订应予遵循的仲裁程序,或者可以简单地规定使用某一公认的仲裁协会,如巴黎国际商会的方便条件。仲裁条款通常规定缔约双方各委派一个仲裁员,两个仲裁员选定一个第三者为首席仲裁员,如果双方无法取得一致,可以做出规定,由某一法院指派首席仲裁员。仲裁规则可以参照国际商会的规则作出具体规定。通常还应说明,任何两个仲裁员的共同决定都应是最后的和具有约束力的决定。

发展中国家需要考虑的几个重要问题是:

举行仲裁的地点

议事语言

仲裁费用的负担 批准该裁决的法院

虽然上述几点也适用于发达国家内各种组织间订立的协定，但是外汇对发展中国家有特别的影响。例如，如果仲裁地点在许可方国家（或者在第三国），发展中国家能为接受方的代表以及首席仲裁员的旅费和生活费用批准外汇吗？如果仲裁地点在接受方国家，那么接受方难道不会因为反正在费用上是不利于许可方而动辄提出需要仲裁的争端吗？另外，如果某一争端的解决会导致在财政上不利于接受方的结果，该发展中国家会愿意承担这种外汇开支吗？因此，仲裁条款必须考虑到这些可能发生的问題。

通常的规定是，如果争端由一方提出，仲裁地点将是在另一方的国家。这一规定的目的是防止随便提出仲裁要求（然而，这并不能解决外汇问题）。一个极端的解决办法是不要仲裁条款，要求把所有的争端都提交接受方国家的法院解决。

协定的序言

序言包括陈述性的（“鉴于”）条款。这里申述了协定的目的。许可方和接受方均作一些陈述。虽然从条款的结构看好象纯粹是为了法律上的需要，但是在这些方面仔细琢磨一下还是极为重要的。

在序言部分，必须清楚地说明订立该协定的目的，必须把该企业主以及该发展中国家的目标都包含进去（第22页）。在这里，还必须检查一下几个方面的问题。这一目的或这些目的是由接受方确定的吗？签署该协定的目的是要制造和出售一套产品，还是要得到某些权利（如，专利、商标），还是两者都要？其目的是要获得许可方国家的工艺和技术，得到生产和销售方面的援助，还是要获得制造和出售一种专利产品的权利？

同样，序言部分应对某些事实作清楚的阐述。许可方是否拥有或控制着许可的专利、专门知识、商标、专有机件等？如果没有，他是通过什么办法得到作许可证交易权利的？许可方对使用该协定主要涉及的工艺有经验吗？该许可产品

是否已在市场上销售？对于关系到安全性的产品（如电气元件）、对于关键在于使用方法的产品（药品^②和杀虫药剂），上述问题尤其重要——在这些领域中，有些国家可能还没有形成一套标准。这些方面的阐述实质上是许可方应该作出的保证，一旦发生纠纷，需要由法院判决或仲裁决定时，将对追究许可方的责任起重大作用。同样，如果许可方是在提供服务，例如工程服务和咨询服务，那末，他是否表明他在这些方面很熟练和富有经验呢？另外，许可方是否了解发展中国家的情况呢？他到过接受方国家和筹划中的生产场地吗？他提出过初步的技术方案吗？许可方是否知道接受方计划建立的工厂其建设期要比发展中国家通常需要的时间更长一些。

由于上述考虑的重要性，现将陈述性的段落提供格式如下（其法律性文字可根据具体情况有所不同）：

鉴于许可方在整个欧洲从事列入表A中产品的制造和销售，并具有技术生产知识，秘密专门知识和与之有关的市场销售资料以及为生产上述产品而兴建工厂的经验；及

鉴于许可方有向他人透露上述专门知识的合法权利；及

鉴于许可方拥有或控制着列入表B的专利和设计，并在印度和澳大利亚拥有注册商标夏普牌，以及具有发放使用上述专利、设计和商标的许可证的权利；及

鉴于接受方希望获得在印度制造表A所列产品的独营许可证和获得利用许可方的专利在澳大利亚和印度销售上述产品的专有权和在印度和澳大利亚使用“夏普牌”商标的专有权；及

鉴于接受方希望得到上述专门知识，获得销售资料，并要求许可方给予技术援助，以便在本协定的四年有效期内，在印度罗哈建成一个生产表A所列产品的工厂，具有每班生产每种产品一万件的生产能力；及

鉴于许可方代表访问了罗哈，并同接受方一起了

^②发展中国家不应成为许可方并非普遍销售的麻醉剂和药品的试验场。

解了工地情况以及有可能得到的熟练工人、非熟练工人和管理人员的情况；及

鉴于许可方愿意提供上述权利，愿意提供专门知识、技术和建设援助，接受方愿意接受上述权利和援助，

为此考虑到这些前提条件以及其他方面，双方谨订立协议如下：……

定 义

定义是为了描述和限定协定的范围的。对所许可的技术的描述通常需要使用到与产品、工厂、生产力、质量和专门知识的细节有关的技术术语。精心确定技术术语的定义对起草效能保证部分的陈述是至关重要的，这是发展中国家所关心的问题。限定性的定义适用于象专有权、专利、商标这样的问题，对于这些问题通常都有标准的定义，常常写在有关的章程上或者在判例法中有公正的解释。然而，某些限定性的定义可能是该协议所特定的，如专利和商标，销售的地区和产品销售价值(使用费基数)。这些定义需要精心确定。

“产品”的含糊定义，如“杀虫药剂”；“生产能力”的含糊定义，如“每年一万瓶”；“专门知识”的含糊定义，如“非专利资料”；或“使用费”的含糊定义，如“产品销售价值的6%”；这些都可能在执行某一项目时引起争端。杀虫药剂可能只不过是拿进口的基本原料作配制；“一万瓶”可能不是指每班的生产力(因此，也不指可行性)；非专利的专门知识可能只不过是大家都不难得到的资料，“销售价值”可能把包装费用和货物运费也包括在内，要求计算使用费，如此等等。

明确的定义可以加强协定各条款间的相互关系。因此，使用费比率必须是同所许可的产品、同专门知识等发生关系；其中，专门知识和产品销售价值的定义十分重要。专门知识的定义在第三章已作了详尽的论述。销售价值将在下面加以讨论。

在许多协定中，许可方希望按照接受方的销售额来确定使用费(即使用费基数)。接受方销售

额的定义，每个协定都大不相同，如果规定不当，可以成为该国政府的一大负担(通过接受方进行支付)，打乱早先对所建议的使用费率的可接受性(第42-44页)所作的判断。

当然，产品销售价值是以所销售的产品数量乘以销售价格。但是价格之中包含许多组成因素：进口原料和本国原料的成本、劳动力、折旧、利息、利润等，还包括使用费。价格还可以包括产品的有关税收(销售税和货物税)、货物运往各销售地点的费用、包装费等。价格还可以是“表列价格”，即扣除现金和商业折扣等以后的价格。下面提供的关于产品销售价值的定义(相当复杂，但它说明接受方可有不同的选择)可以最大限度地减少误解，并便于迅速作出计算。

产品销售价值是指接受方由销售所许可的产品的收入中在扣除了下列各项目以后的净收入：正常和按照惯例的现金贴现和商业折扣、产品成本回收和接受方支付的运费、直接加给接受方并由接受方支付的对所销售产品的销售税和货物税；对净收入的规定还可作如下调整：

- (一) 从许可方购买的、用以制造所许可的产品的各种部件的到岸运费应从如上所述的净收入中扣除；
- (二) 接受方把获得许可的产品出售给其控制的子公司所获得的收益应按净收入的百分之X计算；
- (三) 如增加出口包装费用，在计算净收入时应扣除。

保 密

保密适用于合同性安排的许多方面，即：

- (一) 作出的技术透露；
 - (二) 所提供的关于销售和竞争方面的材料；
 - (三) 已订立的协定的总内容；
 - (四) 带领参观者在工厂内参观等。
- (二)和(三)可适用于所有类型的协定，(一)

只在透露保密的专门知识时才有关系。(同“保密”一起,保密的“期限”也应列明)(见下一节)。

在专门知识协定中,保密范围不能扩大到许可方所提供的全部技术资料中去。因此,应确定非属保密范围内的资料(见第12页)。

许可方向接受方(或者反过来)提供的有关销售和竞争的保密数据,会大大有助于对方。与技术资料不同,鼓励传播这些材料通常对国家没有利。因此,对这些材料的保密是可以的。

要求对协定中涉及的材料,即协定的内容保守秘密,这在发展中国家是一个敏感的问题。通常的许可协定并不包括这样的规定,因此应当避免作这种规定。

另外,正常的协定并不禁止偶而带领来访者到工厂进行参观。如有必要,对该问题可以协商规定明确的权利。

协定的期限

许可协定的期限对发展中国家有特殊的影响。它通常通过许可方和接受方之间的谈判加以确定,但政府的管理机构也经常参加意见。管理机构往往是对所有各种技术协定统一规定出一个标准的最大期限。采取这种政策的原因通常是:

- (一) 它可以限制使用费流出的时间;
- (二) 它有助于确保接受方不承担过分的保密责任(专门知识的有用期经常是有限的);
- (三) 它告诫接受方应该在允许的期限内掌握好所需技术(因为在满期后,他就无法得到许可方的指导)。

然而,对许可协定统一规定一个最长期限是否可取,还应从另一方面来考虑,即它可能对接受方有不利的后果。它可能不利于接受方,因为它可能阻止或影响到:

- (一) 他在打开出口市场方面得到许可方援助;
- (二) 他得到那些只有通过许可方才可能得到的部件、材料和特定的服务;

(三) 工艺改进的流入,例如,除非许可方得到某种好处,否则在协定的最后几年他将不一定愿意透露这方面的改进;

(四) 引进从保密的专门知识中得到的高级技术。

应该指出,在有管理系统的发展中国家,对许可协定规定了三种时期或期限。其中含义有必要加以了解。这三种期限的内容是:

- (一) 接受方有责任支付使用费(或其他定期费用)的期限——支付期;
- (二) 接受方必须对透露给他的技术资料保守机密的期限——保密期;
- (三) 许可方和接受方的一般责任的有效期限(例如,许可方给予的出口援助或双方互相回赠技术改进资料)——责任期。

这三个期限可能相差很大,但是,如果在某些情况下能协商出一个能包括该许可的所有方面的一个统一期限,许多混乱情况就可以避免。

但是保守秘密的期限经常比其他两个期限长,对不属专利保护的“高级技术”尤其如此。

支 付 期

如果接受方完全同意了该许可的费用(见“报酬”),支付期是最容易协商的。使用费比率和使用费支付的期限是许可方和接受方都关心的事。但是从接受方的观点看,如果费用的支付期拖长一些,就可以更加有效地保持许可方的责任,专门知识方面的一次总付协定未在本文中介绍的原因之一,亦在于此。

另外,以收入分配法来分析使用费时,已经表明许可方在接受方利润中的份额只有在接受方的盈利达到最大可能时才是公平的(从接受方国家的观点看)(第40-42页)。而且,从接受方的观点看,使用费最好是从所得利的利润中支付而不是从盈利前各年的收入中支付。如果支付期太短,在这期间接受方的企业达不到最大的盈利可能。则许可方所收到的全部费用就可能使他得到过多的好处。

保 密 期

管理机构在这一方面面临着最大的困难。只有凭判断来决定这一期限。将引进的技术质量如何,确定这个问题才能最后解决许可方和发展中国家互相冲突的要求。然而,也必须考虑到许可方的可以理解的立场:只有把他的秘密保持住,他的资料才继续有价值,对他有用,即,他可以继续许可给其他人,保护他拥有的企业或者在同一个国家同两个以上的接受方做交易。

责 任 期

对于主要是相互履行责任的这段时间,必须作特别的审查。应使接受方有足够的时间,以便:

(一) 吸收所转让的技术,使工厂达到最大效率和发挥全部生产能力;

(二) 确信他可以在没有许可方人员帮助的情况下经营该工厂并达到上述条件(技术转让顺序的吸收阶段,第1页);

(三) 改造和发展技术,以适应当地情况,或者在所学到的技术和知识上作出革新(技术转让顺序的掌握阶段);

(四) 使自己能立足于得到许可的出口市场(即,许可方同意支持接受方努力获取的市场)。

三个期限中的每一个期限都应明确地确定。除开头的支付款外,支付期一般应从该工厂生产水平约达到其生产能力的三分之一时开始。^②保密期应从许可方透露秘密资料时正式开始。责任期通常从协议的生效日期算起。

若用五年时间作为责任期的基准,则在下列各种情况下该期限更长一点是合适的:

(一) 出口市场有待于发展和得到支持;

(二) 许可方依靠接受方供应物质投入;

(三) 该项目涉及在许可方援助下实现拟议的前向的或后向的一体化;

^② 该工厂达到其生产能力的三分之一以前积欠许可方的使用费应同第一批使用费付款一起支付。

(四) 按部件调节的使用费比率是支付的基数。

在下列各种情况下订立短期限的协定是有利的:

(一) 该协定涉及的技术是可以迅速吸收的低水平技术(如,装配工业);

(二) 不管是否明言,该协定的目的主要是要获得商标或其他销售上的权利(在国内市场),而不是技术的使用;

(三) 许可方不能接受按部件调节的使用费基数;

(四) 所许可的专利,其效用和重要性均属可疑;

(五) 许可方在接受方的工厂有大量投资;

(六) 技术援助和工程援助构成主要的投入。

对各期限的法律措词和安排可能会引起问题。因此建议在通常的“协定期”标题下,写入以下一段:

除根据……条款(关于使用费率和和使用费交付期限的支付条款)和……条款(关于保守秘密期限的条款——一般称为**保守机密条款**)的规定外,本协议各条款均自本协议**生效之日起**五年后停止生效,除非在该期限期满之前重新谈判决定。

终 止 权

如果并无任何一方违反条款规定,或者尽管发生过违约之事但已得到解决,合同通常在所规定的一段时间(履行责任期)之后即告终止。在工业化国家,协定的终止即意味丧失了按照许可证所应有的权利——使用专门知识、带有专利的制造或销售、使用商标、专有权、接收有关的改进和取得销售某商标商品的市场等。

发展中国家通过明确规定终止权,试图延长某些权利的使用,其中最重要的是要得到继续使用专门知识而不必付款的权利(除非对该协定重新谈判)。如果专门知识受某一专利保护,而专

利的有效期又超过该协定的期限,发展中国家可要求接受方通过谈判取得在专利仍然有效之年继续使用专门知识的明确权利,即使许可方要求得到更高的初期使用费。另外,还要从保密责任的角度对终止权进行审查。有关秘密图纸、设计等的产权还要退回许可方吗?如果不泄露秘密,接受方能使用该专门知识来扩大非有关产品的生产吗?

最惠接受方条款

最惠接受方条款是,许可方将修改现有的许可证,使它与后来给予另一方的、在同一问题上带有更优惠条件的许可证相同,而优惠条件通常

是指使用费比率(连续支付使用费),因为要修改所有条件是不切实际的。现提供这种条款的格式如下:

许可方同意直到任何此类更优惠的许可证开始生效之前,将不把此处规定的专门知识许可证以低于在本协定中给予接受方的使用费率发给任何个人、商行或公司,因而使接受方得不到同等的利益;如果许可方发放了这种更优惠的许可证,他将立即将此情况通知接受方,并向接受方提出关于修改本许可证的使用费比率的意见,但双方达成谅解,本许可证的任何其他条款将不因此而更改或放弃,本协定的其他方面也丝毫不受影响。

第九章 技术的选择

发展中国家的财政资源匮乏，能源等其他资源有限，这两种资源都必须用于最需要的地方，管理机构往往面临的任务是，要从所提供有关某一产品(或加工范围)的一系列竞争性技术中选择一种技术，也就是说，管理机构必须从提供竞争性技术的企业主之间作出选择。

在大多数情况下，政府对本国企业主和拥有技术的外国所有人之间的协作安排进行登记的程序，就表示了对某种技术的同意。而同意由私营公司使用某种技术，不象同意企业主(可接受的投资者)接受这种技术及其与许可方订立的条件那样，是政府明确认可的。大家承认，在这种程序中，使用技术的同时带来几乎由企业主独自承担风险的因素。风险并不总是由于技术不佳或不适应，倒可能是由于需要不足、投资偏低、法律限制(例如，侵犯专利)或类似因素造成的。而在公营部门，却有该部门一个单位将要使用的技术得到政府默许的同意。管理机构批准技术交易是进行一种有限的作法。提出投标的企业主早已对竞争性的技术方面的报价进行过审核。企业主承担的风险大小可能也不同于政府官员所承担的，因为对投资水平、市场、产品组合、产品规格、预期的利润率等的主观估计都起作用。

政治和社会因素也会影响对技术的选择。由于捐款国提出的附带条件的贷款，需方可能同意那种采用捐款国所供应的制造设备的技术申请者。或是由于社会政策的原因，来自特殊种族阶层或社会集团的企业主可能被接受，即使使用他所选择的技术没有给国家(例如马来西亚)带来最大的利益。财政上的考虑还可能同意一种特别技术，因为想要使用这种技术的公司可能获得经济上所需要的高额外国资本的投入；或是与这种倾向相反，可能欢迎某种不受资本参与所约束的技术。

正由于这些原因，管理机构的作用只能按下列解释：

(一) 审查企业主据以选择某种具体技术的过程；

(二) 通过审议资源的限制条件(能源、外汇、技术熟练程度)，除另有可以接受者外，要在竞争的技术(竞争的企业主)之间作出选择；

(三) 依据本国经济的条件审查技术，应考虑到：

- (1) 本国基础结构对该项技术是否适合；
- (2) 该项技术对经济所产生的增殖价值和其他贡献；
- (3) 吸收和使用该项技术的需方的生产能力；
- (4) 该项技术的成本；
- (5) 技术来源和有关证据(专利、商标)；
- (6) 控制使用该项技术的条件(即许可协定的条件)。

审查企业主对技术的选择

制造和加工产品的全部可以分为三个大类(见第20-22页)和三个子类如下：

大 类

- 一、以采掘为主的工业——矿石、矿产、煤、石油等。
- 二、以装配或设计为主的工业——汽车、机械、器械、家具等。
- 三、以加工为主的工业——金属、冶炼、化学制品、提炼制品、制药等。

子类(基本上属于第三类)

1. “成形产品”工业——铸件、钢条、塑料模铸件等(三类单项产品的外形变换)
2. 合成产品工业(油漆、化妆品、食品等)
3. (1)和(2)的结合(服装、服饰等——使用各种加工材料的成形产品)

作出这一分类是为强调一部分工业部门,使管理机构能集中注意于有关技术因素而便于审查。

发展中国家很难为第一类和第三类的主要工业选择最好和最合适的技术,因为技术因素往往从属于其他因素,如政府规划、基金来源、厂址和出口市场等。至于第二类,技术仍是从属性的其他因素,尤其是有关的管理体制。而子类中的各项技术,由于选择错误而造成的困难(投资失败、外汇浪费或损失等)对国家的后果可能并不严重。此外,最大量的私营部门的工业单位是在这一部门建立的;因而管理机构在这一领域最容易遇到技术选择问题。下边的讨论主要是关于这个领域。

必须指出,技术同投资和市场处于一种三角关系之中,而不是直线关系,即一项接着另一项的关系。企业主的任务是选择一项在投资和市场方面风险最小的技术。这是管理机构能进行有益审查的选择程序。

市场因素

市场因素影响技术的选择,主要是在技术对产品数量、产品组合和产品质量的作用方面。

选定的技术应能使一笔基本货物量,也就是说,使企业主在成熟的市场条件下所占市场份额得到适当的财政收益。而在技术倾向于与基本货物量相称时,这种技术应该允许预期的变动高于和低于该基本货物量。按最低货物量计(企业主的风险估计),选定的技术所产生对投资的收益应等于或高于折扣率(参见下文关于现金流量折扣法的论述)。当然,最高货物量取决于工厂的设计生产能力。因此,可以举例说明,一个工厂使

用所选择的技术,产生的适当收益率,譬如说,是对每年10,000单位的基本货物量或经营量的基本投资的16%,但这样将能掌握货物量增长20%(即工厂的设计能力)和最低的70%的货物量(在这一点上,投资的收益为12%,得失相抵,折扣率)。

至于产品组合,一个选定的组合产品应能推动经济运转。也就是说,组合的变动不应导致生产平均成本或原材料消耗率的急剧上升。换言之,技术应该充分灵活和随时适应考虑中的产品组合,并应事前了解(改变组合的)“相反”后果。

技术的选择还受到所希望的产品质量的影响。严格的产品规格(这一点在发展中国家的国内市场通常来说意义不大)能确实要求使用复杂的技术。投资费用和经营费用因而会急剧上升,也会使投资收益受到威胁。总的说来,发展中国家更普遍的问题是要使工厂和技术不要太尖端,而工厂技术的改正同发达国家的高级市场相适应的。

提高产品质量后面的目的之一,经常是为在剧烈的竞争环境中减少用户费用和增加用户的便利。较低的产品价格或较好的包装和推销办法,常能有效地代替超尖端化的水平,并能在技术选择中起权衡作用。

投资因素

技术的选择深刻地影响着投资和经营费用。例如,A项技术可能比B项技术的固定投资低30%,但是就经营费用(除掉贬值的生产费用)而言,B项技术可能低40%。在这种通常遇到的情况下选择技术,就是要设法确定能够得到何种财政资源并估计其经济收益。有一种情况,因为资金有限和外汇缺乏,企业主可能选择A项技术,而同时接受经营费用高的不利条件。另一种情况是,关税优惠可能使一项需要大量投资的工程具有吸引力,但必须做到使经营费用降低(B项技术)。

一个简单而直接的对比方法,多少有些武断,就是对被认为是只包含直接费用和折旧(折旧包

括技术费用的勾销)这两个因素的“生产费用”进行比较。

表 8 显示两种技术的投资和经营费用。

表 8. 技术比较: 投资和经营费用
根据: 市场规模 85,000—95,000 单位/年

项 目	A 项技术	B 项技术
1. 工厂最大生产能力 (单位)	120,000	110,000
2. 固定资产投资(千美元)	2,000	3,000
3. 技术费用(千美元)	500 ^a (连续支付 使用费)	300 (一次付清 金额)
4. 每年按80%生产能力的 直接费用(千美元)		
材料	1,400	1,100
能源	700	400
劳工	100	200
总计	2,200	1,700
5. 折旧——10年内收回 的固定资产投资(千美元)	200	300
6. 技术费用——10年内 收回(千美元)	50	30
7. 每年生产费用, (4) + (5) + (6)(千美元)	2,450	2,030
8. 每单位生产费用 (7) / (1)(美元)	25.52	23.06

^a10年期间连续支付使用费的现值(见第46页)。

虽然购买 A 项技术会减少企业主的投资, 并使他每年承担较低的使用费(因为采用流动使用费), B 项技术由于生产费用较低而更受欢迎。

这种类型的大体分析能由管理机构很容易进行, 因为所需数据是直接的, 能随时得到, 而且一般来说, 不需要企业主透露机密材料。然而这样一种估计没有考虑到时间对工程进行的影响、现金流量、市场的增长率等, 还有重要的是, 没有考虑到货币价值。

对项目加以对比的最有效方法是现在广泛采用的现金流量折扣法。同表 8 所示的方法相比, 现金流量折扣法计算的着重点在于把项目投产当作一个整体, 而不是把着重点放在使用一种特殊技术的优点上。换言之, 好技术的潜力可能受到

项目完工时间、分阶段支付等差别的掩盖, 除非这些差别得到纠正。

现金流量折扣法

现金流量折扣法估计所根据的原则是货币有时间价值。现在收到的一百美元经过一年时间其价值超过 100 美元, 因为在此期间如把钱存入银行可挣得一笔收益(利息)。也就是说, 今年投资 100 美元, 按 10% 计算, 一年时间就会产生 110 美元。因此, 未来金额的现值将上述程序倒过来即可估算。于是, 从现在起一年后收到的 110 美元的现值, 即今天值 100 美元。同样地, 从现在起两年后收到的 121 美元, 今天也是值(即现值)100 美元。换言之, 121 美元两年时间按 10% 折扣, 其现值为 100 美元。

折扣率为 r 的未来收入的现值可从以下公式求得

$$\text{现值} = \frac{\text{未来收入}}{(1+r)^n} \quad (1)$$

其中 n 是指预期收到该项收入的未来年份。

如有下列情况, 将这一分析再推进一步:

	收 入 (美元)
第一年年底	600
第二年年底	200
第三年年底	1,000

按 10% 利息(折扣)率, 则该项收入的现值是

$$\begin{aligned} \text{现值} &= \frac{600}{1.1} + \frac{200}{(1.1)^2} + \frac{1,000}{(1.1)^3} \\ &= 545.4 \text{ 美元} + 165.3 \text{ 美元} + 751.9 \text{ 美元} \\ &= 1,462.60 \text{ 美元} \end{aligned}$$

而未折扣金额是 1,800 美元。

另一方面, 如果三个年度收入是 400 美元、300 美元和 1,000 美元, 则现值是

$$\begin{aligned} &363.6 \text{ 美元} + 247.9 \text{ 美元} + 827.1 \text{ 美元} \\ &= 1,438.60 \text{ 美元} \end{aligned}$$

因而, 如果采用未来收入折扣法作为计算标准, 按前一种支付顺序收入的 1,800 美元是受欢迎的。

然而在项目审核中,既有支出(支付)又有收入(收款),而这些都具有资本和收益的性质。现金流量折扣法不考虑这种帐目上的差别。在现金流量折扣法的计算中,必须估计到资产的寿命;这是由工程师决定的。

一个工程公司在三年内建造一座高层建筑物,可能预期为一台起重机和一些其他资本项目(资产寿命为三年)花费 800,000 美元,但一切其他设备则拟租用。它可能预料到下列支出和收入的模式(美元):

	第一年年底	第二年年底	第三年年底
资本支出 ^a	-600 000	-100 000	-100 000
对劳工支出	-1 200 000	-3 350 000	-1 000 000
服务支出	-300 000	-400 000	-600 000
	-2 100 000	-3 850 000	-1 700 000
收到的款项	1 800 000	4 200 000	1 750 000
净收入	-300 000	350 000	50 000

^a项目完工后转售出起重机的价格作为零。通常有些资产会有出售余值。该余值计入预计收到年份的“收到的款项”内。

按九折计的净收入,未来收入的现值是

$$-272,730 \text{ 美元} + 289,240 \text{ 美元} + 37,565 \text{ 美元} \\ = 54,075 \text{ 美元}$$

这被认为是净现值,因为它考虑到资产寿命的净折扣收入。

工程公司可能借入和贷出款项以进行项目和支付税款。这些流入和流出的费用——利息和税款——应该作出预计和打折扣。任何项目的净现值如按假定的 10% 折扣率计高于零(正数),这个项目就是有利的。

净现值的分析允许在项目之间作出选择,而以较高的净现值项目中选。项目对比(不同的技术)中通常没有把利率和税款包括在内。折旧不是净现值分析的因素。而维修和更新费用是包括在内的。现金流量折扣法仅仅注意于货币的收支,也就是说现金的收入和支出。因此现金流量折扣法是现金流量的估计数。数量不计入现金流量折扣法之内(比较表 8)。实际上,现金流量分析法表明:“按 X% 折扣率计的净现值为零或大于零的任何项目都是可以承办的。”

现金流量折扣法分析的基本假定是:(一)采用的折扣率是正确的;(二)这个比率在整个项目存在期间保持不变。但是为什么要采用某一特定的折扣率呢?

折扣率是存在于企业以外的因素,不预计通货膨胀的情况。它表明提高各种类型资本(股份、贷款等)费用在基金需求和供应以及环境风险因素方面的净影响。对通货膨胀因素作单独考虑(参见下列材料)。

然而,了解某一项目的净现值,譬如说是一百万美元,这并不表明该项目是否接近可接受的幅度。对此需要采取另一项可获得利润的措施。这是要通过计算内部收益率,也就是计算项目收益来提供的。

现金流量折扣法能用来决定内部收益率,后者可同一项具体工业或经济中已接受的收益标准进行比较。项目 A (使用 X 项技术)的净现值可能高于项目 B (使用 Y 项技术)的净现值;但是为了达到接受标准,项目 A 也必须有高于现行收益率的内部收益率。计算收益也允许在具有相同净现值的项目之间进行选择。

将净现值定为零并计算方程(1)的 r 来计算内部收益率。因此,内部收益率是使支出相等于收入的比率。

在上文所述的工程公司例子中,通过解方程

$$0 = \frac{-300,000}{1+r} + \frac{350,000}{(1+r)^2} - \frac{50,000}{(1+r)^3}$$

求 r , 即可计算出内部收益率。通过反复摸索,得出大约为 26%, 如果工业的收益率是 15% (譬如说,主要股本红利的期望值), 这就是极有吸引力的事业。

这些计算都假定没有通货膨胀。如考虑到通货膨胀, 则未来收入的现值应是

$$\text{现值} = \frac{n \text{ 年的收入}}{(1+r)^n (1+i)}$$

其中 r 是折扣率, i 是预计的 n 年通货膨胀率, 而 n 是收到收入的年份。如果在上述例子中, 将通货膨胀作为每年 20% 不变, 则内部收益率将略高于 8%, 按现行的 15% 的收益率来说, 那就是不

具吸引力的项目了。然而，通货膨胀的考虑不适用于选择技术。

因此，在审核技术的选择时，项目收益应是主要的财政标准。净现值和内部收益率都需要进行比较，而技术与项目的联合安排应该最大限度地增加所选定技术的净现值。

除了现金流量折扣法的分析外，管理机构也应该考虑质量因素，如技术领域的可能缺陷(输入和输出的质量)；管理技术(这些方面的缺点能严重推迟项目的投产或者使生产能力利用率降低)和利用经济资料(在竞争环境中资产寿命估计或价格)的有效性。

费用 - 利益分析

在发展中国家，劳动力过剩而资本短缺，必须权衡使用资本的社会利益和费用，外汇和劳动力。有了某些假定，才可能确定社会收入和社会费用的数量，才可能在一定期间对两者进行估价，得到可供选择的各技术的社会现值(相当于工业研究中的净现值)。这样的评价考虑到产品值、进口的投入费用、使用当地的材料和劳动力，并将这些因素同政府的收入(关税、直接税)以及对其他经济部门的影响联系起来。这种类型的分析不属于本文的范围。

从有关社会费用和利益的研究中得出来的一种简单方法，可用来选择技术。下文提到的例子是用外汇作为选择标准。评价程序要求，既要使用明显的因素(在技术决定中总是适用数字因素的)，又要使用含蓄的因素(对一个特殊的数字比率是否能为发展中国家的情况所接受而进行主观的估计)。

例如，通过在一台挖土机上花费 100,000 美元，发展中国家的客户可能在劳动力方面节省挖土费用相当于 200,000 美元的本国货币(2:1 比率)。然而，如果仅利用劳工挖土，虽然工程项目不一定耐久可靠，但是除非好处是 4:1 (或类似比率)这样一种含蓄的因素，客户(或国家)就可能不同意这样的更换。这种选择(“交替使用”)标准当然取决于对投入的估价。因此，对进口的

机械而言，含蓄的交替使用因素可能是 1.5:1，因为本国的设备不一定有效。

影响技术选择的一个明显因素是偿还阶段，对此有标准计算方法。表 9 显示对两种技术的评价，以说明含蓄的和明显的两种因素的用法。

表 9. 技术比较：偿还阶段和外汇
(等值美元)^a

项目	A 项技术	B 项技术
工厂费用的差别		
进口含量		35,000
本国含量	+ 70,000	—
	70,000	35,000
每年节省的经营费用 ^b		
进口原材料	—	11,000
本国原材料	12,000	—
偿还阶段的计算 ^c		
对本国含量的偿还	70,000	—
	12,000	
	- 5.83 年	
对外国含量的偿还		35,000
		11,000
		2.5 年

^a按官方汇率。

^b除去折旧。

^c“明显的因素”是偿还阶段的标准计算。含蓄的因素是考虑究竟对外汇支出的较快偿还，是否比用本国货币的长期偿还，对国家更有价值。

技术因素

上文论述的市场和投资因素本身就含有对技术应如何选择的意思。然而，某些技术上的考虑(以及由这些考虑引起的经济上的考虑)可以用来支持基本决定。

选择技术时应该考虑的重要技术事项是：

工厂每年投产时数

保养要求

生产能力的增加或减少对产品质量以及对材料和能量效率的影响

重要的或限制性资源(如石油燃料)的最低消耗

一次生产对连续生产以及它们对生产费用、工厂维修、产品质量及产品组合的影响
可能的污染影响
工人和公众的安全
生产温度的高低和压力对投资费用、工厂维修特别是对工厂寿命的影响
创造发明的费用

由技术因素引起的经济考虑就是因改正未完全履约所需的费用。这种费用涉及到投资和时间因素，两者可以净现值分析法加以评价。

应该审查那些可能导致缺点的技术领域(见第24-25页)。工厂的生存能够由于生产能力、原材料、能量效率和产品质量不足或缺陷而受到削弱。这些常常是能够订正的，但是要花一笔费用。可以指望许可方的财务赔偿责任(对履约保证所表明的)，但是要订正缺陷的全部费用还是不足的。

假定生产能力(或产量或质量等)可能出现10%的不足，技术分析员应能查明A项和B项技术中导致这一缺陷的关键的设备或工艺阶段，然后估计改正所需的近似费用(和时间)以及随之

而来的对进口品的依赖程度(如果有的话)。另外也可采用灵敏度分析。

在灵敏度分析中，企业主利润损失的计算，是按每个单位生产能力损失的百分比。对于质量缺陷(较低的市场价格)、材料消耗的增长率等，也要作这种估算。这类因素中最紧要的——可能导致重大损失的因素——则按其改正所需的费用来对待(许可方可能必须提供所必需的资料)。当然，进行改正所需的费用应该低于所得的利益。

对管理机构的建议

如果没有熟悉的市场、技术和投资分析方法的大批工作人员，管理机构要进行数量上的技术比较，将会感到十分困难。此外，即使该机构的工作人员具备这样的资格，他们也可能在可采用的折扣率、资产寿命、许可方资料的信用、项目完成时间等主观的假定方面与企业主有不同的意见。

表8和表9说明的具体方法可能是最适合管理机构采用的方法。为了证实这些方法，本章考虑的各种因素的质量含义都可以应用。

第十章 产品定价

产品定价和进行许可交易的内容的关系可以从产品定价与使用费率的关系中看出，而这两者的关系是通过企业可盈利率所表示的。这一关系曾在前面(第10页)做了如下表示：

$$\frac{\text{销售的使用费率}}{\text{许可方在接受方利润中的份额}} \times \text{接受方的销售利润}$$

为批准一个使用费率或方案，管理机构必须确定许可方在接受方利润中的份额，而该份额取决于本国企业主宣称的可盈利率，可盈利率当然又与企业主对其产品预期得到的价格密切相关。因此，管理机构需要某些标准来了解所宣布的定价办法。

确定发展中国家的产品价格要比确定世界市场上一种新产品的价格容易些。这是因为通过技术转让而生产出的大多数产品是进口代替品，这些代替品可能有参考价格——或者有国际价格，或者有许可方在国内市场上的出售价格。然而，由于价格取决于接受方在其新兴市场上产品的销售量——它小于在工业化经济国家中的产品销售量——故发展中国家的价格可能高于参考价格。其他几种因素，如使用的原料开支、名牌产品的商标、关税壁垒、专利垄断和专门知识的专属权也能影响价格。

在很多情况下，国内价格并非仅仅取决于企业家的作用。如果在国内市场上有相似产品的竞争，那么就要有“市场价格”，高于这个价格，企业家的产品就销售不出去。与此相仿，如有关税保护(但无进口限额)，则产品能够销售的最高价格，取决于进口产品的到岸价格(到岸价格和关税)。

不过，在很多情况下，即使有参考价格，也不能直接使用，即，如果：

(一) 进口受到禁止(或相当于被禁止)时，这样，当地公司就获得它所能得到的最好价格；

(二) 在能够使用功能代替品时(例如糊墙纸可以和油漆相互代替)；

(三) 某一产品(如肥皂)有各种质量或某一产品(如服装或晶体管收音机)有多种设计，多种式样；

(四) 产品是一个组件(如一个汽化器组件)，比较价格或参考价格就不能成立；

(五) 制造某一产品是采用分包的办法，即全部工厂生产的一部分产值包给分包人；

(六) 产品是某种没有代替品的重要医药或农药，其用途在一个国家的社会生活中是必不可少的。

根据可采用的价格来处理(二)和(三)两种情况是比较容易的，其他几种情况则需要大量技术，这些只有在本研究报告里才能说明。

功能代替品

糊墙纸和油漆都可以起到保护表面的作用；一条聚氯乙烯管道和一条聚乙烯管道在相同压力下，可将同种液体输送同样的距离；一只白炽灯泡和一个荧光管灯能够把某一范围照耀得一样明亮，等等。在这种情况下，直接进行价格比较是不会得出什么结果的，不过，价格是否恰当可以根据价格对用户的最终开支和节省开支的影响来考虑。

因此，1,000平方米的糊墙纸可以和15公斤油漆覆盖同样大小的面积，耐用时间是油漆的两倍，但要多用30%的劳力。把这些变成经济参数，新产品(糊墙纸)代替现有产品(油漆)所依据的盘算价格就可以用普通的算术方法计算出来。

在荧光灯管对白炽灯泡的例子中，用户节省的开支可用作制定价格等惠的标准。有某种规格

的照明强度，能照明同一范围的荧光灯的成本费用(折旧费)和生产费用(所需能量)必须和白炽灯的这两项开支相比较。例如，如果在五年多的时间里，使用十支荧光灯管可节约100美元，那么把每支荧光灯管的价格定得比每支白炽灯泡高5美元，也还是合理的；客户在五年多的时间里，仍比使用白炽灯泡节省5美元(见第15页，这一节省的概念亦用于制定技术价格)。

类似的办法可以用在两种类型的塑料管道。然而，这里我们还可以另外做些比较，产品的单位数量价格和产品的单位重量价格可分别与国际价格比率进行比较。

实际上，比率概念在许多情况下可用来确定价格。假定水泵普遍使用的功率范围为5-15马力，现要采用20-40马力的水泵，那么就可以根据国内参考价格，按每马力合多少美元的计算价格的方法，检验所提出的对新功率范围的定价(实际上，有两种参考价格可采用——功率范围为5-15马力的国内价格，以及范围为20-40马力的进口价格)。确定价格的标准是，新功率范围内的单位马力的价格，不应与现有功率范围的单位马力价格相差太大(实际上，由于规模因素的原故，前者还应低一些)。因此，如果功率范围为5-15马力的水泵，其价格范围为每马力40-50美元，那么可以断定，新水泵的每马力价格将低于40美元。

与此相仿，一个国家的经济体系只生产结构钢，如要采用薄钢板，即使这两种当中任何一种产品的国内参考价格大大高于国际参考价格，单位重量的薄钢板价格对单位重量的结构钢的价格比例与相应的国际比率应当大致相同。在波兰和苏维埃社会主义共和国联盟，机床、钢铁制造机械等，实际上都是按其重量进行定价和销售的，只要设备的复杂程度大体相同。

应该指出的是，在上述估价价格是否适宜时，生产费用不作为考虑因素。

按照设计、类型和质量定价

一家公司会在设计或质量方面冒险投资进行竞争。因此，一家电子公司可能认为，采用一种重量更轻、频带更宽、设计(式样)不同于现有收音机的二波段晶体管收音机是有利可图的。或者，一家公司也许认为，一种泡沫多而耗量少少的香皂能够争夺整个肥皂市场的一部分。在这些情况下，根据功能(油漆之于糊墙纸)、节省开支或比率制定价格的方法就未必有何关系。

我们可以换一种方法，采用“确定价值”的标准。表10说明了与现有收音机相比较来检查设计的新型收音机(设计和质量方面均有改变)的价格情况：

表10. 定价与设计特点

用户鉴定的因素	设计特征对于用户的有关价值(%)	制造商对与特点有关的价格的分配(美元)	制造商确定其新产品性能(%)	对新产品的估价(美元)
体积和重量	20	12.00	+10 ^a	13.20 ^b
消耗电量	15	9.00	-15	7.65 ^b
频率响应范围	25	15.00	+15	17.25
音量(瓦数)	10	6.00	-15	5.10
式样和美观	15	9.00	+25	11.25
价格范围	15	9.00	-5	8.55
	100	60.00		63.00
		= 目前销售的收音机价格		= 提出的新收音机的价格

^a新型收音机的制造商认为，用户应为他设计的、经改进的体积多支付10%。

^b13.20美元=12.00美元× $(\frac{100+10}{100})$ ；7.65美元=9.00美元× $(\frac{100-15}{100})$

第63页上的(一)、(四)、(三)和(六)几种情况的定价标准可能更为复杂。

在(一)例中的垄断情况下,制造商趋向于用降低产量的方法提高价格,管理机构不可能查实制造商需要减多少。尽管国际价格可作为参考价格,可以预料到,本国制造商还会获取不正常利润。因此,批准使用费率而制定的许可方在接受方利润中的份额标准,使用时必须十分谨慎。

国际或国内参考价格对(四)和(五)两种情况,并不是普遍适用的。然而,通过考虑国内生产的增殖价值,在某种程度上还是能够确定价格的。这就是,如果分包项目是汽车的发动机体的一部分,其价格与增殖价值的比例(市场价格要低于购买材料的开支)能够与增殖价值(和复杂的因素)大致相同的另一种产品,例如一部发电机的价格与增殖价值的比例进行比较(现有的国内产

品的增殖价值通常可以从公司的损益计算书中得到)。如前边所谈过的,还应算出重量比率、马力比率等等,以得出确认数据。

在(六)的情况中——即医药和农药——有许多复杂的因素,如果产品只能从受控制的来源中获得,情形尤其如此。这种情况还是由于专利制而造成的。因专利取得者有合法权利,同一医药品的价格各国可能相差很大。从确定价格的观点来看,由于无法弄清的原因,发展中国家的价格往往高于发达国家的价格。在这些情况下,只能大致估计价格。有一种方法是可用的——专利取得者有时确实考虑到这种方法——这就是把,例如某国家的一种农药的潜在的销售总值与其国民经济生产总值相比(或与可支配的收入相比),并将所得比率与其他有专利权的农药的相应比率进行比较。

附件一

咨询合同的典型技术条款

工作方案

阶段 A. 市场调查；原料调查； 初步的现场研究

市场调查

市场调查应包括以下几点：

1. 对过去调查工作中的各项调查结果（如果取得了任何调查结果的话）的审查和概述
2. 过去十年的市场数据及对今后十年的预测，说明所做的各种设想；供应方和消费方之间特定会谈的摘要；该项调查还包括
 - 主要产品分类的消耗量
 - 最后使用申请书
 - 主要客户，及其设备和设施
 - 市场的地理分布
 - 主要的批发商，进口商和零售商
3. 有关下列各项的质量要求
 - 最后使用申请书
 - 国内和进口的竞争产品
 - 出口需求量
 - 现有产品质量中的缺陷
4. 分等级的价格记载和预测（以及所采用的各种设想）
5. 所采用的推销和分配方法和这些活动的费用，其中包括
 - 顾客服务
 - 仓库存货
 - 运输和交货
6. 支付条件，贴现表，贸易津贴
7. 竞争者个人简历；商标名称
8. 各种工业捐税
9. 价格额的敏感性

66

10. 政府的各项政策
11. 进入出口市场
12. 工业结构

原料调查

原料调查中应包括的几个问题：

1. 对可得到的研究报告的审查和概述
2. 对各项原料要求的预测
3. 审查可否获得原料及对进口品的需要
4. 审查质量和规格
5. 供应的地理位置
6. 当前的利用方式
7. 各项原料要求
8. 运输是否适当及其薄弱环节
9. 交货费用
10. 各种捐税等
11. 原料的合同条款
12. 政府的各项政策

现场调查

现场调查应该对下列情况进行估价：

1. 与市场区域和原料有关的可供选择的地点
2. 可得到的土地，所有权和费用
3. 场所的适合性；发展费用
4. 可得到的基本设施——运输，燃料，水，电力，通路，交通等
5. 可得到的劳动力

阶段 B. 几个供选择方法的详尽研究报告; 生产设施; 投资分析

根据对可供选择的方法所做出的决定, 这些研究报告应该:

1. 查明客户所占的市场份额, 推荐产品组合并扩大需求量; 查明原料来源
2. 完成以下各项的详细现场研究报告
 - 现场范围
 - 获得产品的费用
 - 有关基础条件的地形情况
 - 公用事业和废水处理所需的安排和费用
 - 铁路和公路系统
 - 获得建筑服务和设备的途径
3. 规定各项生产设施:
 - 制定流程表
 - 工厂、厂房和机器的布局
 - 详细说明主要的工艺设备
 - 列举可供选择的供方
 - 草拟安全要求

4. 规定完成时间; 为主要事项制定程序评审法图表
5. 规定人力要求; 建造, 生产, 检验和质量检查; 保养; 销售和分配; 管理
 - 审查工业和地域范围内的工业关系
 - 规定各种社会享受——人员服务, 住房, 卫生, 运输, 训练
6. 推荐技术来源, 工程和建造服务
7. 资本费用和投资的研究报告:
 - 估计资本费用(土地, 建筑物, 机器)
 - 估计非建造费用(财政和法律开支, 人员培训, 许可证和工程服务费用, 建造期间的利息)
 - 制定现金流量报表(预测收入, 费用和利润)和项目收入(现金流量折扣法等)
 - 提出财政计划, 查明财政来源, 利率, 偿付贷款的宽限期, 偿付表
 - 规定贷款合同条款
 - 提出五年损益计算书和决算表
 - 推荐各种财政政策

附件二(1)

鉴定专利协定或其他协定中专利条款的核查表

- | 是 | 不是 |
|---|---|
| <p>1. 专利许可证是一份单独的文件吗?</p> <p style="text-align: center;">或</p> <p>该项协定是否有与专利有关条款?</p> | <p>7. 专利是否具有很长时间的有效期?</p> |
| <p>2. 专利许可证是否为专门知识提供了证据, ——即, 它是否对使用专门知识是必要的?</p> | <p>8. 专利(多项专利)是否关系到并且规定:</p> <ul style="list-style-type: none"> (可能涉及到一个或更多的方面) 产品 工艺或技术 设计或模型 方案 其他 详细说明: |
| <p>3. 接受方是否明确请求给予专利许可证?</p> | <p>9. 是否有与专利有关的费用或专利权使用费?</p> |
| <p>4. 专利许可证中是否有若干专利?是否逐项列出?</p> | <p>10. 接受方是否已得到已公布的专利?</p> |
| <p>5. 是否已在接受方的市场区域公布了各项专利?</p> <ul style="list-style-type: none"> 国内 出口 | <p>11. 接受方是否已谈妥下述各种权利(或准许):</p> <ul style="list-style-type: none"> 制造 |
| <p>6. 是否有一项“最重要”或“基本”的专利?</p> | |

- | | 是 | 不是 | 是 | 不是 |
|--|---|----|---|----|
| 使用 (只要适用)
销售 | | | | |
| 12. 出口区域是否有类似的权利? | | | 20. 在协定失效后和专利失效前,接受方是否能操作工艺,制造和销售产品? | |
| 13. 接受方是否就是国内(本国)唯一的专利接受方? | | | 21. 接受方是否有责任从许可方那里购买有专利权的____无专利权的____产品或部件? | |
| 14. 是否能让接受方以外的某一方进口特许的产品(或是通过特许的工艺生产的产品)? | | | 22. 许可方是否有责任使所有许可的专利有效? | |
| 15. 许可方是否表示许可的专利不侵犯第三方的专利?
(“否认”将是不能允许的) | | | 23. 该协定中是否编入了一项最惠接受方条款? | |
| 16. 是否能保障接受方免受第三方对于侵犯专利的索赔?
(“否认”将是不能允许的) | | | 24. 是否提出了以下任何一种限制,如果提出的话,是否为接受方所接受?
生产地点
生产额
产品价格
分让专利权
销售区域
产品组合(使用范围)
强迫使用许可方的人员 | |
| 17. 谁有发觉侵犯许可的专利的责任?
许可方 _____
接受方 _____
双方 _____ | | | 25. 接受方是否将享有许可方给予的今后在使用范围内的专利权(特别是,关于改进的专利)? | |
| 18. 许可方的专利一经受到侵犯,由谁来承担这一事件的诉讼费用?
许可方 _____
接受方 _____
双方 _____ | | | 26. 接受方是否接受取消专利许可证的各项规定(如有该项规定的)? | |
| 19. 专利协定中是否明确谈到许可方应负的全部财政责任? | | | 27. 是否规定了协定的期限? | |
| | | | 28. 该项合同(不是转订合同)所遵循的规律是否是接受方国家的?
(一般来说“否认”是不允许的) | |

附件二(2)

鉴定专门知识协定或其他协定中专门知识条款的核查表

- | | 是 | 不是 | 是 | 不是 |
|---|---|----|----------------------------------|----|
| 1. 专门知识是不是许可证协定所取得的主要收获?既然是主要的收获,则为之一定付出了大量的付款并且这些专门知识中大部分一定是保密的。如果不是这样,则只审查下列带星号的问题。 | | | 术方面的服务,或者这些服务是否分别承办? | |
| *2. 专门知识协定是否包括诸如工程或技 | | | 3. 专门知识是否为一项专利许可证提供了证据?(见第29项问题) | |
| | | | *4. 是否规定专门知识部分或全部都是机密资料? | |

是 不是

是 不是

- *5. 该协定中是否有一项可接受的保密条款?(见第 12 页)
6. 接受方是否想在市场区域(为每一个市场区域)获得下述权利:
- 制造产品权?
- 使用工艺权?
- 销售产品权?
- 分让专门知识权?
- 制造、使用、销售专有权?
7. 专门知识是否具有以下各种具体特点(从接受方的观点来看):
- 关于竞争性技术是否投资中有储存?
- 关于竞争性技术是否生产费用非常低?
- 对其他当地生产者的产品来说,这些产品是否具有价格上的有利条件?
- 主要资源(原料, 电力, 外汇, 劳动力)是否有储备?
8. 能否将专门知识说成是:
- 几乎涉及整个工厂?
- 仅限于几个主要方面?
9. 该协定是否规定了(见第 13, 54 页)
- 产品?
- 工艺?
- 生产能力?
- 始用原料?
10. 是否充分详细说明了专门知识?(查看第 13 页(一)-(十一)项)
- *11. 接受方是否已得到事先公布的专门知识?
- 如果没有得到, 是否有一项专门知识说明条款?
- 不适用的
- 不重要的
12. 是否在协定中将专门知识规定成为:
- 许可方在签订协定之日所有的专门知识?
- 许可方在某一特定日期或活动(即, 工厂开始投产)中所有的专门知识?
- 许可方目前所有的专门知识以及协定期间即将成为许可方所有的工艺改进?
- 何时向接受方公布专门知识?
13. 专门知识是否将包括:
- 书面资料?
- 在国外培训人员?
- 在现场培训人员?
- 组织建议?
- 上述所有情况的综合?
- 详细说明,
14. 是否详细说明了专门知识的传授?(见第 14 页)
15. 许可方是否在以下几个方面对接受方加以任何限制, 就费用、市场等情况而论这些限制是否合理?(见第 16-19 页)
- 许可方可否在接受方领土上(国内和出口)制造_____使用_____销售许可的产品? 这种权利是专有的_____非专有的
- (1) 使用范围
- (2) 销售区域(包括出口)
- (3) 制造地点
- (4) 生产额
- (5) 工艺改进
- 流出_____
- 流入_____
- (6) 产品质量
- (7) 协定期满后专门知识使用权
- (8) 强迫购买许可方的技术或原料
16. 是否从下列时间来规定协定的期限(见第 54 页)
- 开始执行协定之日?
- 某一规定日期?
- 开始生产之日(是否全部投入生产?)
- 协定期是否足够吸收技术?

是 不是

是 不是

- *17. 保密期是否比协定期的时间长?
如果是的话, 是否能被接受?
18. 协定期满后接受方可否使用专门知识进行较高级的生产? 可否在新的场地等等? (见第 18 页)
- *19. 是否明确规定了付给许可方的报酬?
(见附件二(3))

(3) 接受方是否可以在接受损害或是要求许可方负责改正工艺两者之间进行选择?

* (4) 合同是否规定, 如果工艺或产品不能在许可方赔偿责任的范围内得以改正, 则许可方矫正缺陷将由接受方支付费用?(见第 25 页)

专门知识的性能

20. 许可方是否对工艺(或产品)能提供保证书/担保单?(见第 19-21 页)
21. 许可方是否对有缺陷的性能负财政方面的责任?
22. 协定中是否有一份性能说明书?
23. 下列各项目如已给予保证或担保则记上 W 或 G 的记号
- 每年/每班的生产额
 - 产品产量/生产率/原料效能
 - 产品纯正度/产品规格
 - 公用设施消耗量
 - 催化剂寿命/模具寿命/耐火材料寿命
 - 机械担保单
 - 污染和其他法律章程
24. 协定中是否规定召开一次设计会议和试验程序会议?(见第 23 页)
- 不适用_____
25. 专门知识协定中是否详细说明了接受方对于各种错误和缺陷可采取的补救方法?(见第 23 页)
26. 接受方是否详细说明了测量性能的参数临界值?(见第 24 页)

*28. 是否有通过仲裁解决各种技术问题的具体条款?

*29. 如果专门知识未得到专利许可证的证实, 一旦专门知识侵犯第三方专利, 许可方是否赔偿接受方?

专门知识服务

30. (1) 许可方是否同意培训接受方的,
- 工厂操作人员?
 - 销售员?
 - 管理人员?
- (2) 培训是否在下述地点进行:
- 许可方所在地?
 - 接受方所在地?
 - 许可方和接受方两地?
- 培训是否包括保养工作?
- (3) 许可方是否同意在接受方所在地提供人员以便进行专门知识的传授?
- (4) 如果同意的话, 接受方在批准许可方人员的资格和经历时是否有选择的余地?
- (5) 许可方是否将提供下列服务:

- 工厂操作手册?
- 工厂保养手册?
- 专有的材料?
- 在协定有效期内? 期满之后?
- 质量检查标准?
- 接受方所在地的产品检验设施?
- 工厂投产的各种服务?
- 销售支助

承担赔偿责任

27. (1) 许可方在对有缺陷的性能承担赔偿责任时是否为自己留有选择的余地?(见第 25 页)
- (2) 合同是否规定什么时间和/或什么阶段许可方能够承担赔偿责任?

是 不是

是 不是

产品资料
客户的技术服务?

专门知识费用中是否包括上述这些服
务费用?

31. 该协定是否打算扩大接受方的设备?
是否规定了进一步获得许可方服务及
其付款的适当条款?

工 艺 改 进

32. 是否有一项说明工艺改进的条款及其
相应的使用权利条款?
33. 接受方是否能得到许可方的改进?
如果得到,怎样详细说明这一“得到”?

34. 接受方是否仅仅获得那些已由许可方
变为商品化的改进?(否认则可能意
味着将公布所有的改进。)

接受方是否将获得具有专利权的改
进?

是否有一笔改进的公布费用?

35. 是否有相互交流资料的条款和接受方
给予许可方使用权利的条款?

36. 在整个合同有效期内,是否双方相互
交流这些改进?

37. 是否将培训接受方的人员采用工艺改
进?

在哪儿进行培训?

38. 谁承担这笔培训费用?

附件二(3)

评价报酬条款的核查表

是 不是

是 不是

1. 许可方是否接受下列各项的报酬:

专门知识

专利 _____ 最重要的专利 _____

商标

技术服务或援助

工程技术

咨询

上述各项的综合(如果接受,则详
细说明)

2. 每一项赠款和服务是否都单独有报酬?
3. 如果不是这样的话,接受方付款是否与
其需求量有关?(见第 40 - 41 页)
4. 短期服务是否有单独的付款?
如果有的话,见第 21 项问题。(见第
5 页)
5. (专门知识, 专利, 商标, 连续的技术
服务)报酬有以下几种形式:
(1) 连续支付专利使用费?
(协定期间比率是否改变?)

(2) 一次付清的费用?

(3) (1)和(2)结合的形式?

6. 协定的期限(偿付期)有多长? _____
年。
7. 接受方是否可以在 5 (1), (2) 或 (3)
中进行选择?
8. 如果可以,数量是否通过净现值分析而
相互产生联系?(见第 45 - 46 页)
净现值对固定投资的比率是多少?
_____%
这种百分率可以接受吗?
9. 接受方对销售利润的估价是多少?
(如果未提供这方面情况,制订规章机
构的估价是多少?)(见第 40 页)
_____%
百分率
10. 考虑到下列关系(见第 40 页)
销售的使用费比率 = $\frac{\text{许可方在接受方} \times \text{产品销售值}}{\text{利润中的份额}}$
许可方在接受方利润中的份额是多少?

是 不是

是 不是

- _____百分率
它是不是许可方公平的收入份额?
11. 接受方的工作何时将达到利润偿还期?
 协定期的头三分之一时间里
 协定期的第二个三分之一时间里
 协定期的最后三分之一的时间里
12. 考虑利润偿还期对收入份额的影响, 经过计算的许可方在接受方利润中的份额是否可以接受? (见第 41 页)
13. 接受方的工作是否包括:
 兑换基本原料?
 装配工作?
 一次或两次加工和包装作业(即, 一项杀虫剂的配制)?
14. 考虑第 13 个问题, 支出的使用费与增值的比率是多少?
 这种比率是否可以接受? (见第 44 页)
15. 是否有单独的原料供方或制成品的唯一分配方?
16. 如果有的话, 重新考虑第 10 个问题, 然后回答是否在制造业一级利润增加到了最大限度。
17. 使用费率的根据是什么?
 商品的销售价值?
 如果是的话, 是否规定了销售价值? (见第 53 页)
- 生产单位(出售的产品)?
 原料的使用?
 接受方的利润(一致同意的利润定义)?
18. 是否对许可方采取了有关使用费的最髙限额? (见第 48 页)
 如果是这样, 它的根据是什么?
 固定的或最大限度的产品售价
 累计专利权使用费
 合同期间对全部收入的上限
19. 是否有最少量的专利权使用费?
 如果有的话, 是否在某一特定年限中对许可方的收入采取相互的最髙限额?
20. 重新考虑第 13 个问题。项目调整后的使用费比率(见第 48 页)是否将导致价值增值有所改进?
 主要的使用费比率是否足以导致增值价值?
21. (1) 短期服务(见第 5-6 页)是否有:
 固定费用?
 可变费用(根据各项服务的固定比率)?
 (2) 许可方是否已在协定或其他指定的地方提供了工作量(即劳动日)?
 (3) 各项服务的全部费用是否与项目固定投资形成令人满意的比例?

附件三

专门知识协定: 透露工艺资料(许可方的服务)

1. 建议的年产 10,000 吨工厂的工艺, 其中包括鉴定所有出现的重要物理和化学反应的书面说明书
2. 达到表 X 中列举的制成品各等级的化学工艺过程和条件
3. 显示工艺流程、流率、合成物、物理性能、温度和压力, 功率均衡的工艺和材料平衡流程图
4. 原料, 催化剂和产品规格
5. 公用设施的需要(蒸汽, 空气, 燃料, 冷冻, 电力, 氮); 原料的效能; 催化剂和辅助化学药品的消耗量
6. 工厂布局平面图
7. 主要设备明细单和示意图, 其中包括特殊的机械特

- | | |
|---|---|
| <p>征(如果有的话); 建筑材料; 允许腐蚀度; 关键性设备所需遵循的设计规则</p> <p>8. 主要仪表, 控制环路和特殊报警器说明书</p> <p>9. 符合法定要求或深为人们所知的习惯做法的处理废水简图</p> <p>10. 重要工艺阶段的操作手册</p> | <p>11. 有关安全问题的报告</p> <p>12. 工艺管理, 制成品和原料分析的重要分析过程</p> <p>13. 工厂投产援助(包括许可方提供开始投产的工程师)</p> <p>14. 为电池范围内的项目制定的工程技术设计的非强制性审查</p> |
|---|---|

附件四

工程协定: 承包人的服务范围^②

- | | | |
|---|--|---|
| <p>1. 显示所有主要设备的位置和高度的详细布局图</p> <p>2. 管道和仪表流程图, 其中包括:</p> <p style="margin-left: 20px;">(1) 表明管路数目, 尺寸, 规格, 起端和终端及绝缘要求的管道一览表;</p> <p style="margin-left: 20px;">(2) 安全阀, 安全膜, 过滤器, 蒸汽排水阀, 推顶器等一览表;</p> <p style="margin-left: 20px;">(3) 仪表一览表, 其中包括压力和温度计, 传感器, 记录器/控制器, 说明类型, 已推荐的制造方, 建筑材料, 作用和方法, 有效范围等等。</p> <p>3. 工程报告中将详细说明下列有关的主要设备:</p> | <p>蒸馏塔</p> <p>加工过程中的容量</p> <p>设备基础</p> <p>电机</p> | <p>已推荐的盘状塔, 塔盘空隙和支撑环, 操作时关键的喷嘴位置和方向塔内装置, 仪表和安全阀接头</p> <p>完整的说明书, 其中包括示意图, 规模, 建筑材料, 通风和压力额</p> <p>动力荷载和静荷载分布的数据</p> <p>单线图解; 地面网详图</p> |
| <p>泵</p> <p>直接烧的加热器</p> <p>热交换器</p> <p>鼓风机和压缩机</p> | <p>类型和速度, 起动机, 密封, 联轴节, 安装凸缘, 润滑和特殊性能——如果有的话</p> <p>加热器的类型, 压力落锤, 安全特征, 符号的要求, 耐火材料, 绝缘材料</p> <p>完整说明书, 其中包括按美利坚合众国使用的每一个标准的机械功率</p> <p>类型和速度, 起动机, 密封和包装, 联轴节, 动力荷载, 润滑</p> | <p>4. 对于顾客指定制造的进口设备, 可在适用的地方提供各种说明书, 轮廓图, 服务要求和线路图。只要国外的设备供方(与工程公司无关)将这些设备正常地提供给当地的顾客, 就可以供给上述各项的数据。(当地需要详细的机械图纸, 客户可以通过向愿意放弃自己的设计图样的供方支付额外付款获取这些图纸。这些付款——实际上——也将成为客户的费用。)</p> <p>5. 所有主要设备的机械设计将在_____(国家)进行(但是不提供有关建造的详细情况/或制造图)</p> <p>6. 列举显示每一种使用的数量、质量、供料定量的主要工艺设备的使用要求</p> <p>7. 当地和国外的主要设备采买服务</p> <p>8. 主要设备方面的施工管理(将在设计会议召开以后详细规定)</p> <p>9. 对撰写操作手册的援助</p> |

^②此处未详细说明的工作设想由客户来完成。

参 考 书 目

- 布雷泽尔, E. 埃德蒙, 《许可权贸易核查表》, 汉普, 哈
范特, 马松。
- 芬尼根, 马库斯·B. 和罗伯特·戈德谢德, 《许可权贸易
的法律和业务》(修订版), 纽约, 克拉克·包德曼,
1977年。
- 费希尔, 托马斯·E., 《对外许可权贸易核查表》, 《商标
导报》, 1961年, 51: 570-477。
- 对外业务局, 《合同与协定》(3卷), 康涅狄格, 埃塞克
斯。
- 梅尔维尔, L. W., 《知识产权、国际许可权贸易的形式与
协定》(修订版), 纽约, 克拉克·包德曼, 1977年。
- 全国工业理事会, 《对外许可权贸易状况的鉴评》, 纽约,
1969年。(商业政策研究, 128)
- 《关于对外许可权贸易协定-合同的谈判与管
理》, 纽约, 1959年。(商业政策研究, 1959年)
- 《对外许可权贸易协定——鉴评与规划》, 纽约,
1958年。(商业政策研究, 86)
- 《工业中的专利委员会》, 纽约, 1964年。(商业
政策研究, 112)
- 帕尔曾, 盖茨和乔治·布朗芬, 《国际许可权贸易协定》, 印
第安纳, 印第安纳波利斯, 包波斯-麦立耳, 1965年。
- 联合国, 《发展中国家取得外国技术的准则》。
出售品编号: 73.II.B.1
- 《国家引进技术的办法》。(技术的发展与转让丛
书)
出售品编号: 78.II.B.7
- 《专利在向发展中国家转让技术中的作用》。
出售品编号: 65.II.B.1
- 美国商标协会, 《商标管理: 商人指南》, 纽约, 1955年。
- 怀斯, 艾伦·N., 《世界商业秘密和专门知识》(修订版),
纽约, 克拉克·包德曼, 1977年。
- 世界工业产权组织, 《发展中国家许可权贸易指南》, 日
内瓦, 1977年。(编号: 620E)
- 《若干国家商标法的主要条款》, 日内瓦, 1977
年。(编号: 113E)

工发组织技术与转让丛书

- *No. 1 《国家引进技术的办法》(ID/187)
出售品编号: E.78.II.B.7
定价: \$ US 8.00
- No. 2 《工发组织技术转让文摘》(ID/189)
- *No. 3 《发展中国家廉价车辆的制造》(ID/193)
出售品编号: E.78.II.B.8
定价: \$ US 3.00
- No. 4 《纺织工业仪表测试与质量控制手册》(ID/200)
- *No. 5 《太阳能利用技术》(ID/202)
出售品编号: E.78.II.B.6
定价: \$ US 10.00
- No. 6 《工业视听技术》(ID/203)
- No. 7 《来自发展中国家的技术(I.)》(ID/208)
- No. 8 《磷肥工艺》(ID/209)
- No. 9 《氮肥工艺》(ID/211)
- *No. 10 《制砖业剖视》(ID/212)
出售品编号: E.78.II.B.9
定价: \$ US 4.00
- No. 11 《钢铁工业技术剖视》(ID/218)
- No. 12 《技术转让协定评价准则》(ID/233)

在欧洲、北美和日本,以上各书除标有星号(*)者外均免费提供;标有星号者另有售品版按所注定价出售。在欧洲、北美和日本以外,以上各书均免费提供。

索取免费版书籍,请提供书名和ID号,与《工发组织通讯》编辑部联系。通讯处: the Editor, *UNIDO Newsletter*, P. O. Box 300, A-1400, Vienna, Austria.

索取售品版书籍,请提供书名和售品号,与联合国出版物的代销商联系,或与下列机构之一联系:

欧洲读者: 联合国日内瓦办事处销售科

通讯处: Sales Section
United Nations Office
CH-1211 Geneva 10
Switzerland

北美和日本读者: 纽约联合国销售科

通讯处: Sales Section
United Nations
New York, New York 10017
United States of America

Printed in China
May 1988 - 1,000

ID/238

C-514



81.06.12