

熟悉外国法律 扩大技术出口

曾 石 艳

根据党中央的决策和我国四个现代化建设的需要,我国的对外贸易必须有一个较大的发展,出口产品的结构也要有一个较大的变化。不仅制成品的出口会日益增多,而且技术出口在整个外贸出口中所占的比例也会越来越大。最近新华社报道了关于我国计算机程序向技术先进国家出口并受到好评的消息。古人云:“见微以知萌,见端以知末”。这则消息无疑是带来了一个好信息:它告诉我们,中国高级技术大量出口的一天已为时不远了。那末,什么样的技术可以出口?出口技术如何在国外取得专利保护?外国(技

术进口国)对进口技术有什么要求?等等,许多国家在诸如此类的问题上已经遇到了不少问题,发生了一些纠纷。为了适应我国外贸出口产品升级换代的需要,为防患于未然,我们深感有必要对这些问题尽早进行深入研究。

本文拟从美国一有关计算机程序(软件)与中央程序装置(硬件)搭配,成功地在美国市场上销售的案例着手,谈谈我国技术出口产品应如何遵守有关国家的法律,进入外国市场,从而达到成功销售的目的。

一、案例简介

本文所引案例是美国纽约州高级法院上诉庭于1982年就美国纽约计算机制造公司(NY Computer Proceedings Corp.)诉美国通用数据公司(The General Data corp. U.S.A)案作出的判决,案件的情况大致如下:

美国的专利法规及许多判例表明,计算机软件,即计算机程序,在美国是不可以取得专利保护的。但美国通用数据公司(以下简称通用公司)将其编制的程序与该公司生产的中央程序装置搭配在一起成套出售。由于通用公司生产的NOVA型电子计算机只能与代号为RDOS型的操作软件(计算机程序)相匹配才能工作,用户在购买该产品时只能将两产品搭在一起买进。加之这批产品在美国一些市场深受用户的欢迎,因此该批产品在美国一些计算机市场占有压倒优势,其他许多计算机制造商的同类产品在这些市场上无法

与之竞争。对此,以美国纽约州计算机程序制造公司为首的一批计算机制造商对通用公司提出诉讼。诉讼的诉因是:第一,通用公司违反专利法,拒绝对其用于中央程序装置的高级技术(机算机软件)发放许可证,限制了高级技术的广泛使用。第二,通用公司违反《反垄断法》(谢尔曼法案第一条,克莱顿法案第三条),利用其特有的经济力量在一些计算机市场实行垄断,影响了大量实际存在商业行为的进行,限制了可应用性高级技术销售中应有的竞争。纽约高级法院上诉庭在判决中认为,尽管作为单一成份的计算机程序是不能取得专利许可的,但专门为了某一产品配套而编制的计算机程序是可以同该产品一起销售,并取得专利法规保护的。同时还认为被告的经济力量确实雄厚,但并未构成有关产品产在一切市场上的垄断,而在一个或几个市

场上较大数量的销售额并未违背《美国反垄断法》，从而作出了明显有利于被告——通用数据公司的判决。

由于美国高级法院的判决常常为后来各

法院判决同类案件时所遵循，因此，这一判例不仅在美国，而且在欧洲一些国家，如西德、法国、卢森堡等国及世界知识产权组织(WIPO)中都引起了巨大的反响。

二、研究上述案例与我扩大技术出口的关系

(一)了解各国对高级技术进出口的法律保护措施

对上述案例，一些国际专利法专家认为“具有历史意义的”，将对各国技术出口产生深远的影响。我国现在已开始出口电子计算机软件即计算机程序，并且将进一步扩大技术出口在整个外贸出口中所占的比例，这是我国外贸出口的方向所在。由清华技术服务公司为日本富士道公司设计的电子计算机软件FORTUNE（即公式翻译语言用户程序的调整系统）已进入日本市场，并深受日本用户的好评（见1983年8月13日上海《文汇报》第一版）。这只是我国技术出口的一个开端。随着我国科学技术的日益发展，计算机及其程序的出口会越来越多，我国的高级技术产品将逐步进入国际市场。随之将产生的问题是我们应该如何保护将取得的市场，使我设计制造的高级技术产品不被外商任意模仿制造，防止他们通过非正常手段轻易获得我产品制造方法与制造权利，从而有效地保护我们已有的和将会有技术出口市场。为此，我们必须对各国有关技术产品保护的法律规定有所了解。

目前，对计算机软件的法律保护问题，各国的意见殊异。在美国，既可以通过对计算机程序的具体内容保密来维护技术的先进性，也可以通过设计出只能与某型号计算机组合才能工作的计算机软件，并将该软件作为该整机之不可分离的一部分设备，同整机一起获得专利保护。英国在司法实践中，对侵犯获得专利的计算机上专用的程序以侵权论处，按此可推断出计算机软件在英国能在

一定程度上受到专利保护。实际上，在英国计算机程序（软件）一般是受到版权保护的。世界知识产权组织(WIPO)在1977年组织起草了一部《计算机软件保护示范条例》，这个条例将计算机软件的保护放在介乎专利保护与版权保护之间，给予某种法律保护。而在奥地利，绝大多数意见则认为计算机软件不能受到专利法规的保护。

了解了各国法律对技术的保护及其保护程度可以使我们明确，对不同国家出口不同种类的技术能得到何种保护，可能会遇到何种管制，等等。只有熟悉、了解各国法律，才能使我们技术出口大规模进行，遇到问题时能妥善应付。

(二)分清非法垄断与合法的大批销售的界限及划分的具体标准

工业产权除主要指对发明、商标及工业品外观设计的保护外，它还包括制止不正当的竞争。一般认为，所谓不正当竞争是指违反诚实经营的行为，尤其是指可能对于竞争者的企业、商品或其工商业活动发生混淆的、破坏商品生产、销售者之间应有竞争的行为。各国法律，尤其是美国法律，对不正当竞争的处罚极其严厉。

从对美国《反垄断法》和有关案例的分析，不难发现，美国的法律条文对违反《反垄断法》行为的处分规定较为笼统，具体界限难以划分清楚，常常令人感到难以捉摸，往往影响了产品出口与技术出口的大规模进行。但美国判例实践表明，如何判定违反《反垄断法》的界限还是有规可循的，对技术出口要认定计算机软件与硬件搭配销售（或其他技

术性产品搭配销售),大量占领某一市场并因之构成违反反垄断的规定,必须具备五个基本要素:

1.两个分列的产品必须是原来互不相干或原来各自分立的,而被卖方人为地硬性搭配在一起;

2.卖方必须拥有足够的经济力量,可以在有关市场上出售大量的搭配产品以阻止其他搭配产品的应有的竞争;

3.这种搭配行为必须影响到其他原来存在着的具有一定数量的商业行为;

4.其他各方在事实上由于该卖方的搭配行为已受到损失;

5.必须存在拥有充分的商业上的理由,证明存在着非法搭售。

这些条件是美国法院判定诉讼各方是否存在非法搭售以达到控制市场,从而构成违反《反垄断法》的五大要件。严格地说,缺一条件就不构成违反《反垄断法》。对这些要件我们必须进行充分的研究。在技术出口时,如计算机软硬件组合出口,要努力做到操作技术和操作程序与该产品的不可分离性,即硬件与软件的不可分性。换言之,软件一定要成为该硬件的组成部分,并应被视为是该设备不可分割的一部分。技术与设备组合出口,如不全部包含构成上述五大要件的因素,就不会被视为违背美国的有关法律,或者还可以采用事先准备好充足的资料以排除“存在非正常搭售”嫌疑的做法。明确了垄断与大量销售的界限,就可既防范可能受到的意外刁难,又扩大高级技术的出口。因此,熟悉美国的有关习惯做法,了解美国法律和有关规定,努力做到知己知彼,以利积极扩大出口,是各位外贸界和法律界人士的职责之一。

(三)研究技术出口市场的占有与保护问题

在上述案例中,美国纽约高级法院上诉庭多次提及案件中各方提出的市场占有率问题。如何进行市场占有率的分析,以辨明案

件各方在某一或某几个市场上所拥有的经济力量和各方的经济实力雄厚程度是一个颇为棘手的问题。美国法庭处理这个问题的传统做法是适用推定原则,检验的标准是“有关产品目前所具有的在本行业中处于中等以上水平的技术标准”。

1977年,美国有一对著名案件——福特那企业公司(Fortner Enterprises Inc.)诉美国案和美国诉福特那企业公司案,就是采用上述传统做法审理的典型案。而且,通过此案的审理,形成了一套被美国各法院在以后判定有关案件时基本上都采用的“美国诉福特那企业公司案”中形成的判定各方经济力量的标准:

1.案件各方在销售市场上占有份额的大小;

2.产品在其独特性方面是否拥有标新立异的作用及其表现形式;

3.销售企业在法律、经济或物资方面所拥有的特别有利于卖主的地位;

4.除了因为卖主的经济力量外,别无其他理由可以解释买主为什么大量购买卖主的某一产品,并愿意与卖主合作。

这四条标准说明,关于案件各方的经济力量,美国法院主要是注重卖主在某一市场上对某货物的生产、销售及行使某种限制是否在相当程度上具有排他效果。换言之,即卖主在某一市场上是否拥有一种其他竞争者无法充分享有的利益。在这种情况下,原告必须提供充足的有关某一市场买卖双方及他方的各种情况,诸如市场物价、交易额等市场情况给法院,并要为这些情况提供证明,以使法院查明被告的竞争对手确已被排斥在日益发展的具有竞争性的交易之外;同时原告有义务提供与案件有联系的关于产品销售的足够证据,以使法院有机会查明确有限制交易的事实存在。然而,要做到这些是十分困难的。

首先,搜集大量证据绝非轻而易举之事。加之“足够证据”这一要求的范围大小难

以确定,不同的调查会发现不同的证据,不同的证据可以产生不同的理解。

其次,调查有关“限制交易的事实存在”几乎是无据可依。迄今为止,未见美国法学界和法院有一条明确标准来判定“限制多少笔交易,限制多少金额的交易,限制达到何种程度才构成违法”。我们认为,只要一个产品的出口不具有过份明显的排他效果,不在美国垄断某一市场,美国的法院是不可能对之过份计较的。美国的许多法院判例也证明了这一点。除非一种产品在市场上的占有率达到过份排他的程度,否则就不存在“其他竞争者无法充分享有利益”这一论断产生的前提。

再者,在一个市场或几个市场具有占优势的销售量和销售能力,是否就可以认定是一种由于足够的经济力量而产生的垄断?回答是否定的。在美国即使原告竭尽全力试图寻求用被告控制产品物价和被告产品由于无人与之竞争而使被告成为独一无二的受益者等作为证据来确定被告的经济力量,但法院更多地却是注重被告是否同时在主要市场和各分市场对大量的买主都显示出具有足够强大的经济影响力。美国法院认为,要估量一公司产品在所有市场的卷入程度或所有买主对某一产品价格的敏感程度是颇为艰难的。在许多情况下,这甚至是不可能的。而且,即使

某制造厂商在某一市场或某几个市场的销售占有优势,但由于各个分市场占有所有市场的比例很小,对一分市场的优势地位的取得并不能随之就推断出该卖主已明显地限制了在主要市场各竞争者之间应有的竞争。因为分市场只是总体市场之一部份,而远非全部,而且从实践意义上来看,分市场的存在就是竞争的结果。了解了这一点,对于我们技术产品在外国大胆进行竞争销售是具有指导性意义的。

由此可以得出一个结论,一种产品大量出口(本文主要指技术出口),在一个或几个分市场上占有一定的比例,有时甚至占较大的比例,在美国也不应当被视为违反《反垄断法》,我们认为有这样几个理由:

1. 主要市场与分市场数量众多,占领一个市场在任何意义上都不意味着占领了某类产品的全部市场。

2. 依当今交通之便利,人们见识之渊博,物质之丰富,要想靠单一经济力量控制市场是很难做到的。一个产品能否成功销售,取决于该产品的适销性和社会需求性。

3. 除了产品的独特性和适用性之外,产品的销前销后服务,卖主对其经销产品的责任性,产品的质量,价格的竞争力及有关的法律规定等,都是影响产品销售的极其重要因素。

三、几点看法

综上所述,只要我们注意做到以下几点,我国技术不仅可以大量出口,还可以而且应该在进口国取得法律保护。

首先,产品应分多市场销售。销售量在一个或几个市场占有较大比例是完全合法的。但注意不要显示出过份明显的排他性和独占性。

其次,高级技术申请法律保护,最好能同与之组合的设备同时申请专利保护,防止产生硬性搭配的现象。

再次,除了注意产品的适销性与社会需求性外,还应注意产品的销前销后服务,加强对产品质量的责任性,这样即使产品价格很具竞争性,也不容易受到外国法律的制约。

现代广告作品的

素质

方 朴

是青春健美的象征。广告从内涵与外形上，将苹果、姑娘、健美三者有机地合为一体，令人由物及人、由人及物、浮想联翩，从而对苹果的优质与效用，留下美好深刻的印象。试想，如果画面上只是孤零零的一只苹果，恐怕是不会产生如此强烈的艺术感染力的。

广告作品是广告主花钱制作和刊出的。他们希求的是有更多的人看广告，信广告，买商品并且能牢牢记住他们的企业、产品和服务。这同以供人观赏为目的的造型艺术作品(油画、国画、雕塑等)截然不同，因此要求广告作品必须具有特别的素质，这便是：表现力，说服力和个性化。

(一)

瑞典“皇冠牌”啤酒的一幅广告：一杯啤酒的特写彩照占据了整个画面。看那升腾满溢的泡沫，那黄澄澄的透明酒液，那一串串颤动流淌的水珠，给人以新鲜、清凉的观感。通过视觉传到味觉、嗅觉，令人仿佛嗅到了淡淡的酒香，品尝到清凉爽口而稍带苦感的酒味，简直催人流涎——这便是饮料广告艺术表现力的一种魅力所在。

当然，表现力强的作品，不仅在于对产品逼真的直观表现，如彩色特写照片等，巧妙有趣的寓意，往往给人的感受更深。西德一家水果公司的苹果广告，画面上是一颗硕大鲜嫩的苹果，同时又是一位姑娘红润健美的脸蛋。苹果的清香与姑娘的芳容溶为一体，引来一只蜜蜂留恋其上，广告语是短短的一行：“一天一个，健康快乐”。使人看了不禁叫绝。“姑娘红润的脸蛋像苹果”这是大家熟悉的生动比喻；苹果利于人体健美，姑娘乃

表现力强的作品，会像磁石般地吸引人的眼睛，会给人以逼真的感受与情绪上的感染，会给人以信任感与难忘的好印象，让人从中获取知识与信息。广告作品的表现力，是广告作品成败——被人注意与否的决定性要素，是第一位的东西。

如何增强广告作品的表现力呢？其一，表现的内容，应该是产品最为动人之点，同时又是买主最为关心的；其二，作品要有新奇的立意与动人的艺术表现。以上二者的关系，就是内容与形式的完美统一的关系。

(二)

广告的说服力，就是广告要令人信服，让买主相信你所说的一切，所表现的一切都是真实的，可以兑现的。没有这种信赖感，广告说得天花乱坠，只会导致相反的效果。下述之例，则说明广告的说服力与广告的表现力二者之间是相互依存、相辅相成的。

香港一家涂料公司的广告，是一幅颇富表现力与说服力的作品。画面上部一大一小两幅照片。大幅中的地毯上，几颗似在滚动的汽水滴十分引人注目，与邻近小幅中的一滩滩难看的水渍印形成强烈的对照，令人产生一个悬念：两块地毯，一块全然吸水，一块却滴水不进，是何原因呢？看了广告内容，使你豁然明白，原来这是涂料的作用！这几滴水珠，既有很形象的表现力，又有事实

胜于雄辩的说服力，加上对比的画面，使这种表现力与说服力得到了进一步的加强。

研究广告作品对人发生作用的过程，一般不外这几个方面：生理的、心理的、思想的和感情的。上述的啤酒广告，让人望而生津，主要是由感官刺激而引发生理上的反映；上述的苹果广告，使人见而思绪浮动，心理反映是主要的。相对而言，常见的服装与化妆品广告，则多诉诸人们的爱美感情；工业机床与医疗器械之类，则多数诉诸人的思想与理智。了解这些，对于加强广告作品的表现力和说服力是十分必要的。

另外，必须了解的是，印刷广告的表现力和说服力，不仅来自艺术的渲染，而且来自科学的证见——统计资料、试验报告等等；不仅来自图像，而且来自文字。而文图的巧妙结合，艺术与科学的有机配合，则是广告达到以情动人、以理服人之最佳效果的关键。

(三)

武松、李逵、鲁智深，他们为什么能被人牢记不忘而又不会相互混淆，是由于《水浒》的作者，将他们刻画得各有鲜明个性的缘故。同样，只有个性化了的商品广告，才会为人注意，以至见而不忘。

现代广告对于个性化的强调，是由以下两大因素决定的：一是消费者对于商品人格化与个性化的追求。在高消费的国际市场上，盛行时尚风。衣食住行用，无不标志着一个人的社会地位与“身价”。“人的商品化”与“商品的人格化”，二者是很难截然分开的；二是激烈的市场竞争——产品竞争与广告竞争。在同一个市场上，来自不同国家地区的不同牌子的产品，少则数十种，多达几百种在竞争着；新产品层出不穷。如在美国，每年新上市的新型食品即有一千二百多种。没有个性的产品，不但不能投消费者之所好，而且在同类产品中也不会有“出线”

的机会。加上浩如烟海的广告环境（如在美国，各种日报、晚报、晨报、活页报等，有近九千份，中文报也有三十份；纽约时报，星期日版的广告即达300多页），没有个性的广告，也是不会从广告海洋中跳出来而被人注意的。而不被人注意的广告，不过只是白花钱的无效广告而已。

对广告作品个性化的要求，包括以下两个方面：其一，作品的表现内容要充分展现产品的个性特征；其二，作品的艺术表现形式要有与众不同的风格特征。上述二者互为表里，只有二者完美的结合，方可获得最佳的宣传效果。

在现代国际广告作品中，不少是以巧妙的构思、别致的构图、与众不同的风格，显露出鲜明的个性来。曾见日本蝶理公司的时装广告，由十幅照片组成，展示了十种风格各异的服装。所用模特儿的气质风采，与其所着服装的格调是那样地协调吻合，表现出各自鲜明的个性。又如美国“万宝路”香烟广告所用人物，始终是一位美国西部地区的骑士：或骑马驰骋，或夜卧山林，强悍、骁勇、奔放，一付男子气概和骑士风度。骑士形象与该牌香烟联在一起，令人产生一种“骑士型”香烟的强烈印象。人们一看到这一个性化的骑士画面，便知是“万宝路”香烟了。

打开我们的报纸，所见广告多数是大同小异，面目一般。若是化妆品，就画上几个盒子瓶子，加上一位女郎的笑脸；若是补酒，也是依法行事，瓶瓶罐罐，换上一位笑呵呵的老人；若是机械，则施展制图法，将一部部机器一一画上……，这些都是图解式的广告。它们使人想起老式照相馆里拍人像：正襟危坐，似乎很标准，但太呆板，隐没了人的性格、气质和神采。广告作品中的产品或衬托，都不应变成一般化的图解。一般化的图解，使广告作品失去了应具备的根本素质——对产品或服务的表现力，对买家与消费者的说服力，及其自身独树一帜的个性特征。

（下转第40页）

备将各种信息作最快速的传递；而且还能迅速、便利地检索电脑贮存的资料。如美国的Dialog情报检索服务社和 ORBIT即“文献提要资料分时联机检索”服务部就是这样。这两个科技文献资料系统拥有包含美国以及有关国家的数量庞大的科技和经济资料，前者有167个数据库，191个文档，有5500万条记录；后者有84个数据库，88个文档。如包括一百多万户工商企业(雇员10人以上)的详尽资料(地址、产品、财务、销售；国营、私营；工业、商业)，35个国家的市场预测资料，18万多条描述美国贸易的出口机会(产品规格、数量、买主、国家、日期)的记录，等等。我国在信息处理方面基本上还处于手工阶段，电脑处理还属萌芽状态，因而需要迎头赶上，积极创造条件，有计划有步骤地利用电脑来处理信息。在对外经济贸易方面，应该先在北京和上海国际经济信息机构装置电子计算机及其终端设备，联结国际通讯卫星与发达国家的文献资料系统建立关系，作为我国索取国外经济情报的一条重要渠道。中国海外建筑工程公司于1980年在香港设置电子计算机终端，联结美国的 Dialog 和 ORBIT 这两个资料系统，三年来索取的资料已经扩大到政府文件、专利、标准、国际行情和经济预测等。这种方式是值得借鉴和运用的。

四、加强国际经济信息工作的协作

对外经济贸易的信息工作要能有效地开展，关键在于从上到下建立起全国性的和地区(或口岸)的国际经济信息机构，组成严密的、强有力的、高效率的情报网络，管理好全国的经济信息工作，从根本上克服长期以来分散乏力的局面。在国际经济信息工作的开展上，必须加强协作。当前可以做好以下几点：

第一，协调和交流各个信息机构的工作规划，包括年度计划和中长期规划，按照分工范围，明确协作项目，做好计划衔接，尽量避免工作重复或疏漏。

第二，及时交流信息资料，打破地区之间、部门之间的封锁，在符合国家保密规定的前提下，尽量迅速、准确地相互提供信息资料，使我们掌握的有限的经济信息发挥应有的作用。

第三，各个信息机构可以合作从事国际经济贸易的发展趋势预测，并使这种预测工作的开展和协作制度化。

第四，由全国的或主要口岸的信息机构牵头，组织专题讨论会，邀请国内的有关单位和驻外机构参加；同时也可共同组织赴国外考察小组，有计划地对世界各个地区进行实地调查，以逐步提高经济信息工作的质量。

第五，开展咨询业务，为各个方面和企业提供国际市场的信息资料(如商品、设备、技术、价格等)，协助选择经济技术合作(包括利用外资、引进技术、劳务合作等)的最优方案，并为开拓对外贸易牵线、搭桥，发挥信息机构的“耳目”和“参谋”的作用。

(上接第21页)

运动员水平的提高，离不开运动素质的加强；广告作品质量的改进，则与提高广告作品素质息息相关。纵观我国广告作品，其总的水平不高的原因，也正在于此：表现产品，言必称“首创”、“第一”，但观其画面与内

容，却并未见什么能够打动、或说服人的具体形象，往往给人以“咀尖皮厚腹中空”的印象。大力克服当前广告作品中的空泛、老式与公式化，切实增强广告的表现力、说服力和个性特征，是提高我国广告作品水平的关键性课题。