

许可贸易

相重光

一、许可贸易的含义

许可贸易是技术贸易的主要方式。许可 (Licensing) 贸易是技术输出方将其技术使用权通过许可协议 (Licensing-Agreement) 或合同出售给技术引进方的交易。在许可交易中, 授权的一方即技术输出方或称许可方 (Licensor); 技术引进方则为受权方 (Licensee)。

从 “License” 的字义看, 有 “许可” 的含义。“许可” 的概念源于工业产权。工业产权具有所有权的主要特性。由于工业产权受到法律保护, 不容侵犯, 只有拥有工业产权者将使用权授予另一方, 对方才能使用该项技术来制造和销售该产品, 这就是 “许可” (License) 的来源。这个概念推广到技术贸易中, 即成为 “许可贸易”。作为技术贸易中的特定名词, 在许多文章和一些书籍中已被译为 “许可证贸易”, 实际上非但没有 “证”, 而且一般对许可证的概念, 是行政管理机构发给企业, 准予经营的权益。而这里的 “许可” 是一个企业将某种权益转让给其它企业的一种协议书。因此, 如译为 “许可证” 则易与政府为实施进出口管制所发的许可证发生混淆。所以, 我倾向于采用 “许可贸易” 一词。

二、许可贸易所转让的技术内容

许可交易的标的物主要是受工业产权法保护的专利、商标和不受工业产权法保护的专有技术的使用权。通过许可协议, 许可人允许被许可人取得他所拥有的专利、商标或专有技术的使用权、产品制造权和销售权。应强调说明的是, 在许可贸易中, 许可人所出售的并不是他所拥有的商标权、专利权或专有技术的本身, 而是在一定条件下, 只将其使用权转让给被许可人。例如, 专利所有人保留专利的所有权, 仅允许被许可人根据协议规定的条件, 在商定的期限内, 通过支付一定的报酬, 使用他的专有技术, 因此, 专利所有人所转让的仅仅是专利权的使用权。专利所有人既保留有专利权, 那末, 他仍可利用该项专利技术从事产品的制造和销售, 上述在一定条件下, 将其使用权转让给被许可人, 这里的 “在一定条件下” 系指时间、空间 (或地区) 以及转让双方的权利与义务等而言。从时间概念看, 如专利的保护期有时效的限制。从空间概念看, 许可协议中往往有有关地区条款的规定。关于地区条款的作用将在下面予以说明。此外, 从双方权利义务看, 许可人除须承担向被许可人提供有关技术资料外, 往往还要负责为被许可人培训生产操作人员, 派遣技术人员到被许可人的现场对生产和质量控制进行技术指导, 并须保证使生产达到协议规定的经济技术指标。被许可人则须支付一定的费用和报酬, 并须承担技术秘密及其它有关义务等, 双方的权利义务应根据双方的具体情况及协商的结果在许可协议中订定。

三、许可的种类与运用

许可的种类因划分的角度不同而有不同的分类方法与名称。

1. 按法律保护内容分, 许可的种类可分为: 专利许可、商标许可、专有技术许可等。

2. 按许可授权的范围分, 通常有以下几种:

(1) 普通许可 (Common License 或 Simple License)

这种许可是指技术引进方在协议有效期限内, 享有在技术协议规定的条件和范围内使用技术输出方所转让的技术, 制造和销售产品的权利。但对技术输出方则没有限制, 技术输出方仍保留其使用权。他仍具有使用该项技术, 在该地区制造和销售协议中规定的产品以及将该项技术转让给第三者的权利。

(2) 排他许可 (Sole License)

这种许可是指技术输出方和引进方在协议有效期限内都可在一定条件下、具有在规定的地区内使用该项技术, 制造和销售产品的权利。但技术输出方不得将该项技术再转让给第三者。

所谓一定条件是指技术输出方对技术引进方在使用权方面的限制条款, 如禁止产品出口, 只能在引进方国内销售; 或只允许向规定地区出口; 规定产品必须由技术输出方的销售机构销售; 限制所转让的技术只能为技术引进方所使用或只能在一定的部门使用; 以及规定销售限额或产品的最高产量等等。

(3) 独占许可 (Exclusive License)

这种许可是指: 在协议有效期限内, 在规定的地区内, 技术引进方对所转让的技术享有独占使用权。即使技术输出方虽然仍拥有技术的所有权, 但在协议有效期限内, 亦不得在该地区使用所转让的技术制造和销售产品, 更不能将该项技术转让给第三者。就技术引进方而言, 独占许可在技术使用权上的独占性比排他许可更进了一步。

许可协议条款中, 关于地区条款的规定, 表面上是对技术使用权在地区范围大小方面的限制, 实质上是反映对国际市场的争夺和划分。如许可方要保护其原有市场, 不愿意在已占领的市场内发生竞争。此外, 他还可能希望通过技术转让, 实行国际经济合作, 进而开拓新市场、新地区。按照规定地区的约定, 假使该地区有订户向输出技术的公司订货, 输出技术的公司应将该批订货转给技术引进方。

与独占许可不同的许可是非独占许可 (Nonexclusive License), 如上述普通许可、排他许可均属非独占许可。

(4) 分许可 (Sublicense)

这种许可指技术引进方有权将其所取得的权利转让给第三者。分许可一般都属于普通许可, 不具有技术使用权的独占性。

(5) 交换许可 (Cross License)

这种许可是指双方相互交换各自的专有技术或专利权, 因此, 一般是不收费的。双方的权利可以是独占的, 也可以是非独占的。

以上各种许可反映了技术引进方对技术使用权的独占的程度不同, 因此, 所付的代价也不一。一般讲, 普通许可所付的报酬最低, 排他许可较高, 对独占许可所付的代价最高。

在实际业务中，具体采用哪一种类型的许可，通常考虑的因素有：①潜在的市场容量；②技术的性质；③双方当事人的意图。一般认为，对容量不大的市场，采用独占许可较为合适，以免相互竞争，使产品价格下跌，尤其是在按使用技术所获得的经济效益计算许可报酬的情况下更是如此。对于市场容量大，亦即能大量生产、大量销售的商品，则以采用普通许可为宜。因为，即使存在竞争，也不致影响产品的销售和授权人的收益。从技术引进方看，普通许可所付报酬最低。技术新颖，或属于尖端技术者，技术拥有者必然要索取较高的转让费。求过于供者，其价必贵；反之，必然较廉。凡此种种都是选用何种类型的许可时必须考虑的因素。因此，究竟采用哪种类型的许可，就要把各种因素结合起来考虑。

四、许可协议的主要条款

许可协议 (Licensing Agreement) 亦称许可合同 (Licensing Contract)。它是具体规定双方权利义务的法律性文件，也是双方转让技术、支付费用等的商务性文件。

有如上述，许可协议的标的主要为：(1) 专利使用权；(2) 商标使用权；(3) 专有技术使用权。一般讲，在当前的许可协议中，单独以专利、商标或专有技术为标的的许可协议较少，多数把专利与专有技术订在一起，把商标与专利或专有技术结合在一起订立许可协议。这种许可协议称为混合协议 (mixed Agreement)。

可以这样说，尽管国际技术转让的途径多种多样，但祇要涉及专利、商标或专有技术的转让，都要签订许可协议。国际间许可贸易虽日趋发达，但由于具体技术对象不同，技术要求各异，支付报酬方式不一等原因，所以，许可协议至今世界上尚无统一的标准格式。以下仅就许可协议中的主要条款，略举数条，简述如下。

1. 有关专利的条款

毫无疑问，许可协议中必须详列专利的申请日期、申请国家、有效期限以及发明的名称等。

(1) 关于侵犯专利权问题

在许可协议有效期内，有可能发生第三者侵犯许可项下的专利权问题；或是第三者对许可项下的专利权提出异议或指控。对于此类情况，双方应在协议中对如何处理作出明确规定。一般的处理方法有：

(a) 通知的义务。被许可人如发现上述情况，应及时通知许可人，以便其采取相应对策。也可规定，双方都有相互通知对方的义务。

(b) 起诉或应诉的义务。一般规定为：许可人有义务对第三者提出的起诉，或对第三者的控告出庭应诉。

(c) 关于诉讼期间提成费的支付。一般规定，在专利诉讼期间，被许可人有权暂时停止支付提成费，或只按约定的百分比支付提成费。

(2) 关于交纳专利费问题。为了维持专利的有效性，许可协议中一般都规定，许可人(即专利权所有权人)有义务交纳法律规定的专利维持费。

2. 有关商标的条款

商标问题的关键在于如何使用许可人的商标。被许可人使用许可人的商标的好处是，利用其名牌商标，易于进入国际市场，打开销路；不利之处是，被许可人长期使用许可人的商标而不使用自己的商标，客观上是给许可人的商标扩大影响，而自己的商誉却建立不起来。一旦协议期满，或许可人终止协议，被许可人即必须改换商标。这样，在一段时间内产品的销路必然要受影响。

一般的解决办法有三：（1）采取联合商标(Combined Trade Mark)的办法，即把外国商标与本国注册的商标联合在一起使用，以防止对外国商标的依赖；（2）联结商标(Associated Trade Mark)，按双方商标的特点，设计成联结在一起的新商标，商标上应使用引进方国家的文字和符号，或带有某些外国文字；（3）在开始阶段用联合商标，经过一个阶段后，外国商标从联合商标中退出，仅用本国注册的商标，也就是采取让外国商标“逐步退出”的办法来建立本国商标的信誉。

3. 专有技术的保密

前已述及，专利不同于专有技术，专利基本是已公开的发明，受专利法的保护。

而专有技术及其它保密的技术资料，则不能享受工业产权法的保护，所以需加强保密。因专有技术和秘密的科技情报，其价值主要取决于保密，不容泄露，为此，许可协议中对专有技术的保密问题往往作出具体规定。

应该认为对引进技术承担保密义务是技术转让中共享技术、共享利益的基础，问题是：

①在多大范围内保密；②保密的期限。

（1）保密的范围又可分为两个方面

（a）对确是大家不知道的技术应予保密，至于一般技术资料则无需保密。不应把保密的范围扩大到所提供的全部技术资料。因此，区别保密不保密的范围，需要技术专家的仔细判断。

（b）保密的地区范围也有两种情况：一是不得向本国以外的地区泄露，这样就可在国内扩散；二是只限于技术引进方如某工厂，不得向第三方透露，这样就限制了引进技术在国内的扩散。

（2）保密的期限

保密的期限，一般是和协议有效期相一致。

技术输出方有时要求在协议期满后，对保密期再延长若干年。否则，他们对改进技术将于协议期满前一、二年停止提供。对于这种情况应以对方技术发展的能力来衡量。如对方技术发展能力较大，引进方接受对方延长保密期的要求，多承担一、二年保密义务，也许有可能多获得一些新的改进技术。

在许可协议中，若只签订“协议终止后仍应保密”的条款，而未规定保密的具体年限，这无异要技术引进方承担长期保密的义务。在科学技术日新月异的今天，显然对技术引进方是不利的。

有的技术输出方要求在协议终止后收回技术资料，这也是不合理的限制性条款。

如果在保密期内，而该项技术已被人“解密”，那末，技术引进方当然不再承担保密义务。至于提成费按理可不再支付，最低限度也应重新谈判，减少提成费。

4. 交换改进技术

在协议有效期内，双方都有可能所转让的技术基础上，加以改进提高，发展为更先进的技术，生产更好的产品。技术转让的双方都有义务彼此提供各自取得的发展和改进，这已是国际惯例。因此，在许可协议中应加以明确规定，技术输出方向引进方提供新的发展和改进。通常对这种行为称为技术继续援助 (Technology Continuing Assistance)。反之，引进方也应将其在原有技术上的改进和发展提供给输出方，这通常被称之为技术反馈 (Grand Back)。

这种技术改进的相互交换，应明确以下两点：

(1) 双方交换技术改进的条件必须是对等的、互惠的，不能只要求一方实行技术反馈，而不要求另一方继续进行技术援助。交换的价值、独占性程度及使用地区等方面，应根据完全对等的原则。如技术转出方对技术继续援助收取了一定的提成费，那末，技术引进方的反馈也不能免费；如技术继续援助不是独占性的或排他性的，那末，反馈的技术改进也不能是独占性的或排他性的；如技术输出方规定引进方只能在国内使用继续援助，则反馈技术也应限定对方在其本国使用等等。

(2) 改进技术的所有权应属于改进方，对方在任何国家都无权申请专利或转让给第三方。

5. 价格与支付

(1) 评定技术价格的因素

评定某项技术的价格是一项复杂而困难的工作，应根据具体情况，把各种因素结合起来，综合考虑。

影响技术价格的因素很多。例如：

(a) 技术的经济效益大小，能获得利润的多少是评定技术价格的首要因素，不能按成本加利润来评定技术的价格。

(b) 研制费用浩繁，这往往是技术输出方所强调的。但这不等于技术的转让价格，只能说明其成本，说明研究和试制该产品的生产技术所花的社会劳动的费用。技术开发者总得逐步回收技术研究和开发费用。实际上，技术开发者自己使用该项技术就在回收其研制费。因此，一般讲，研制费在技术转让费中不起主要作用，只能视技术转让的内容酌量分摊。

(c) 技术的水平，最新的、可以垄断的技术，技术所有人往往是不肯轻易转让的；即使转让，要价也很昂贵。

(d) 市场的大小，销售量的多少，能销售多少年，这些都与获得利润和支付的价格有关。

(e) 垄断与竞争，供给与需求，这些影响价格的因素，无疑，同样适用于技术价格。独家掌握的技术，价格必然会高。提供技术的厂家较多，就会形成竞争，价格必然较廉。反之，如技术引进方急于引进，为对方摸透，也会提高报价。再如，技术引进方在使用权方面的独占程度亦为影响技术转让价格的因素。

价格是技术转让磋商过程中的关键问题之一。在谈判前既要弄清该项技术的工业产权情况与技术情况，在谈判过程中更要善于掌握双方讨价还价的力量对比，并进行多种对比分

析，合理定价。

(2) 支付方式

技术贸易有一套专门的计价和支付方式，国际上通行的主要有以下三种。

第一种，一次总算 (Lump Sum)。

技术输出与输入双方，在签订转让协议时，按估计可能获得的经济效益，一次确定技术转让的全部费用。支付方式可以是一次支付，也可采用分期支付的办法。因从技术引进到投产需时较长，所以，可根据协议履行的不同阶段，分期偿付。分期支付，有的计算利息，有的不计利息。

第二种，提成 (Royalty)。

提成支付的一个重要特点是，对所引进的技术先不作价，而是按投产后使用该项技术的实际经济效益计算，定期提成，按期支付。提成费的计算方法有：按产量计算，按产值计算，按销售额计算以及按利润计算之别。采用提成支付法就要规定偿付期和提成率。提成率的大小与偿付期的长短有密切的联系。一般是偿付期长的，提成率较小；偿付期短的，提成率较大。

提成率的规定办法有三：

①固定提成 (Fixed Royalty)。它又分固定提成率和固定提成费两种：固定提成率是在协议的有效期间，按固定不变的提成率支付提成费；固定提成费是按单位产品支付固定的提成费。

②滑动提成 (Sliding Royalty)。这种方法亦称递减提成，是按产品的产量或销售额的不断增加而逐渐降低提成率。

③最低提成 (minimum Royalty) 和最高提成 (maximum Royalty)。最低提成是规定在一定时期(一般为一年)内，无论引进方的生产或销售情况如何，是否盈利，都须支付最低提成费。最低提成费显然是技术输出方为其自身利益提出的。最高提成是指每年提成费用支付到一定金额时，即使产品、产量或销量再增，也不再增加提成费用。

第三种，入门费或披露费加提成费 (Initial Payment or Disclosure Fee and Royalty)。

这种支付方式是指：协议签订后先付一笔入门费，投产后再支付一定年限的提成费。这实际上是第一种和第二种支付方法的合成。

从以上所述，可以看出，一次总算是固定计价法；提成则是变动计价法。它随引进方的产量、产值、销售额或盈利的变化而变化；显然，提成支付的方式在一定意义上，含有促使技术输出方不得不关心和帮助技术引进方迅速、顺利地掌握技术的作用。入门费则含有定金的意思。入门费在国际上有少要，甚至不要的趋向。

6. 税收问题

在技术转让中，所遇到的税收问题，主要是预提税问题，或者说，双重课税 (Double Taxation) 问题。

所谓预提税是指技术引进国对于技术转让费即软件费用要征收一定的所得税。所征收的所得税是从技术转让费中先扣下来，再将余额支付技术输出方的，所以叫做预提。世界各国都这样做，我国也采取同样办法。

所谓双重课税问题是因技术引进国已预提所得税，但技术输出方还得向其本国政府交付

所得税。这样，就要交两笔税，因此，就发生双重课税问题。

有的国家如美国税法规定对预提税可向税务当局申请抵免，因此，从美国引进技术就不存在双重课税问题。日本、英国、西德原则上也是如此，所以，也不存在这一问题。但是，很多国家却不能抵免，譬如法国就是如此。在不能抵免的情况下，技术输出方，无疑，就要提高价格，将税务负担转嫁到技术引进国的企业。如提价不成，就会影响业务的开展。

解决的办法是两国签订免除双重税收的协定，如我国已与美国签订了避免双重税收的协定。

从这点，我们也可看到，要做好技术转让工作还必须注意研究对方国家的有关法律，包括税法。

7. 出口限制问题

技术转让中的出口限制问题就是技术输出方限制技术引进方利用其技术所生产的产品对某些地区出口。技术输出方的目的，显然是为了维护其自身利益，防止技术引进方成为其竞争对手，来争夺市场。

对于这个问题，双方应在谈判时，根据具体情况协商解决。不过，这是一个很重要的权利条款，因为在协议中必须规定可以到哪些国家和地区销售，所以，我们在引进技术时要争取尽量大一些的出口市场。

8. 合同适用的法律问题

合同适用的法律涉及到一系列问题，如合同的成立、合同的执行、合同的解释、争议的解决等问题。因为，一个技术转让合同执行的地点不是一个国家，至少在两个国家，或者更多的国家。各国的法律不同，合同是不是成立，双方签字后在什么条件下合同才算成立，各国的规定不一。我国规定，应由国家批准的合同获得批准后，合同才算成立。有的国家则规定合同签字就有效。因此，签订合同时，要写明签订合同的地点，因为它往往涉及适用签订合同所在地国家的法律。所以，我们希望能在中国签。可见，各国法律不一样，发生争议时各国的解释也不一样。执行的地方不一样，就发生了大家所依据的法律不一样，这就产生了法律冲突。为了避免法律的冲突，双方就必须商定适用哪国的法律，并在合同中予以明确规定。这就叫合同的适用法律问题。

关于合同适用的法律，在具体签订合同时，应根据 1985 年 3 月 21 日第六届全国人民代表大会常务委员会第十次会议通过的《中华人民共和国涉外经济合同法》的规定来订定。

总之，许可贸易合同（或协议）是技术输出方与引进方经过充分磋商的结果，是双方当事人履行义务、解决纠纷的依据，具有法律意义。它的内容是非常丰富的。以上仅就其主要条款略加说明。具体签约时，合同条款务要明确、具体权利、义务要分清，绝不要简单、空洞。合同必须合乎法律的规范才能得到法律的保护，并受到法律的约束，即必须具有合法性。

许可贸易只是技术转让的方式之一。一方面因为技术转让内容的需要；另一方面，它也有比其他方式转让技术较快的优点。所以，许可贸易是技术转让中的一种主要方式。但是，要运用好这种方式必须做好以下两项工作：一要做好技术情报工作，以便引进的是先进的适用的技术以及及时地获得对方的技术继续援助；二要有足够的技术力量来消化所引进的技术，使其能较快地形成生产力，进而走创新的道路。