

对当前技术进口管理的一些法律思考

陈振福

摘 要:我国目前技术进口管理制度的主要法律依据是2001年国务院颁布的《中华人民共和国技术进出口管理条例》(以下简称《条例》)。但是,由于技术贸易特有的复杂性,基于《条例》的管理体制在实践操作当中还是容易出现一些法律方面的问题。本文结合实践经验在此就一些具体的问题进行探讨。

关键词:技术进口管理;进口管理条例;法律范畴

中图分类号: F 746.17 **文献标识码:** A **文章编号:** 1006-1894(2005)02-0044-04

一、技术进口的范围与定义

根据《条例》第一条的规定,技术进口是指从境外向境内,通过贸易、投资或者经济技术合作的方式转移技术的行为。应当说,这种定义从理论上来讲,与我们通常用越(关)境与否来划分实物是否进口的方法类似,在立法措辞逻辑上不存在问题。但是,在实际操作中如何理解这个定义及该划分标准便是一个难题了。这其中,最关键的原因在于技术贸易^①与实物贸易之间有着不同的特点。作为有形物,要判断实物是否发生了进口,可以通过该实物是否跨越了关境来判断。而作为无形物的技术,要用越境与否来判断是否发生了技术进口则存在不小的难度,有时候甚至根本就不可能。

举个例子,假如某家国内企业向某家外国公司购买该公司的先进技术诀窍(或获得许可),该外国公司将其保留在国外有关该技术诀窍的资料图纸等交付给该国内企业并由其在国内实施,该国内公司向该外国企业支付有关的费用/价款,这是我们通常理解的一种典型的技术进口,需纳入《条例》的管理范围。这里由于技术流动模式与实物进口类似,所以易于理解。但是,假如技术流动的模式与实物进口不相同时,以上这种越境与否的判断标准就会出现问题了。比方说,在上述的案例中,供方的技术资料图纸有可能已经保留在境内,实际交易发生时,并不会出现技术跨境流动的过程。这时这笔交易就反而又不用纳入技术进出口范畴管理了吗?答案显然是否定的。这时,跨境的标准便无法判断是否出现了技术进口。

由于相当一部分技术都将属于知识产权的范畴,而知识产权的一大特征便是地域性,这种地域性特征更使得跨境的标准无所适用。拿专利来说,一种要在中国获得法律承认和保护专利权只有在中国境内才存在,即使是一家外国企业要许可或转让给一家国内企业在境内

^① 本文的“技术贸易”一词包含各种形式的技术贸易、交流和合作,为便于分析,在此统称技术贸易。

使用的专利也只能是其在境内所合法取得的专利权,这种中国的专利权在许可或转让时是不可能发生跨境的流动的,其权利本身始终存在于境内。其实,就《条例》本身来研究、解释何为技术“进口”意义并不大。因为“进口”这个词本身只是形象地借用了有形货物贸易的用语,适用到无形的技术贸易上是必然会出现偏差的。其实从之所以要对技术“进口”进行管理的原因来看,还可以有其他的办法来达到这种管理所要实现的目的,下文详述。

二、技术进口的时间认定

在某些特殊情况下,根据《条例》对技术“进口”的认定除了存在上述空间上(即跨境与否)的难度以外,还可能存在时间上的认定难题。

技术是不断进步和发展的,这也同样会反应在国际间的技术交往上。实践当中很有可能发生一些非典型的技术进口。这时候如何适用《条例》就值得商榷了。举个例子来说,技术回授(grant—back license)是国际技术贸易的一种通常做法,而且往往在技术许可方与被许可方之间是免费的和自动的,即双方有权互相使用对方在所涉及的技术基础上开发的新成果和改进。如果某项技术首先被中国企业“出口”,并且在有关的合同中规定了相应的技术回授条款,那么这种技术出口合同按照《条例》是否又应当同时认定为是一个技术进口合同而相应地要求登记(或必要时审批)呢?这里所涉及的“进口”是一种或然的,尚未发生的将来的“进口”,严格地说在该项技术贸易合同签署的时候,技术进口行为尚未发生,而且将来这种技术(即新成果和改进)是否会有、是什么也尚未可知。这时如果同时按照《条例》把这个合同当作技术进口合同来登记似乎缺乏足够的依据。而要假设其可能会涉及限制类技术而进行审批的话则似乎更加不可能,因为到底届时是不是限制类技术还不得而知。如果不登记的话,会导致一个技术上的难题:《条例》规定允许类技术的进口合同应当于合同签订后3日内登记,也就是说如果届时真的发生了技术回授基础上的技术“进口”的话,那么这个3日期限可能早已过期了,这便导致了对《条例》的违反。尽管《条例》对于违反登记要求并未规定严格的法律责任,但是这无疑是一个依据《条例》尚无法圆满解决的问题。针对这种问题,可能的一种解决方式可以是规定进口方可以自愿对技术贸易合同进行有关的技术进口合同登记,并且一旦出现所涉及技术属于限制进口技术的情况时,则应相应地进行技术进口合同审批。但是,没有技术的存在而进行技术进口登记,这种解决方法严格地说本身在法律依据和逻辑上也是有很大缺陷的。

上述的例子并非极端的纯理论分析,在实践中的确已经出现。在目前越来越多的国内企业已经有能力向外输出技术的情况下,当他们采纳这种国际间通行的技术贸易做法时,上述问题就会出现。而且这个问题换个角度看的话,对技术出口而言“反之亦然”。

三、基于合同的管理模式

在立法的基础上借用行政的力量来对国际技术贸易当中存在的事实上的不平等现象进行适当的干预和调整,维护国内技术引进方的权益,这对于我们这样一个发展中国家来说是完全必要的。应当说,这是我国实行技术进口管理制度的一个重要原因。从这个出发点切入,我们不难发现这种管理所要针对的其实是国内企业与国外企业的技术贸易关系,而

这种技术贸易关系最直接的法律载体便是国内企业与国外企业之间的技术贸易合同。因此,从管理的角度来说,在具体的缔约主体以及合同的基础上,而不是在技术进口这个抽象概念的基础上,对技术贸易进行判断和管理,应当是有利于实践操作的。在《条例》出台之前,旧的《中华人民共和国技术引进合同管理条例》(以下称《旧条例》)采用的便是这种管理模式,即通过缔约主体(境内受方与境外供方之间)来定义规范对象。这种模式的好处就在于有助于在实践操作中为辨别规范对象提供一个基本的判断标准。《条例》不知为何放弃了旧的定义模式,而采取了更为抽象的“跨境流动”的概念。笔者猜测可能部分原因是为了将技术进口与技术出口纳入同一部法规中所导致。由于技术出口与技术进口的管理侧重点并不一样,勉强将二者纳入一个更泛的共同概念中容易产生实践中的误解。因此,在立法体例上还是有必要通过进一步的实施细则对操作层面上的一些问题进行细化和区分,重新采用基于合同关系基础上的传统管理模式。

鉴于《条例》出台时正值中国加入WTO,是否当时取消行政干预色彩比较浓的合同管理模式是为了与WTO接轨?对此笔者不得而知。但是目前WTO的相关协议以及中国加入WTO的法律文件中并未对此有特别的规定和要求,因此单从这个角度来讲重新采用基于合同的旧管理模式并不存在障碍。

当然,本节分析建立在一个前提之上,即对技术进口关系运用国家行政权力进行干预还是必要的。如果这个前提对于某些种类的技术进口来说不存在了,那么这种技术上的改进针对这些种类的技术来说也就没有必要了。

四、与其他法律衔接的问题

《条例》一出台就涉及到与其他有关法律法规相衔接的问题。例如在涉及到技术引进合同的限制性条款内容上,《条例》与《中外合资经营企业法实施条例》(《合资条例》)就存在不同的规定。《合资条例》规定合资企业签定的技术引进协议不超过10年。类似的规定在《旧条例》中曾存在过,但是在《条例》中已经不再要求了。对于其他一些限制性条款的要求,二者的规定也不完全一样。

虽然说《条例》的第22条规定了外方以技术出资设立外商投资企业时的技术进口应当按照外商投资企业设立审批的程序进行审查或者办理登记,这在某种程度上为二者的衔接提供了依据。但是《合资条例》第41条明确规定了《合资条例》的适用范围还包括合资企业通过接受出资之外的方式获得的技术转让。这样的话,同样的一个非作为出资的单独技术转让协议,对于合资企业来说,便会出现可适用的法规相互冲突、审查适用标准不清的现象。虽然在实践中,目前采取的解决办法似乎是合资企业设立审批时提交的技术转让协议全部适用《合资条例》,设立之后的适用《条例》,但是这种做法并无明确的法律依据,不利于体现法制的严肃性和一致性。因此,在进一步的立法工作中,对这一点进行协调和修订是非常必要的。

五、登记的效力问题

针对允许类技术来说,目前的《条例》与《旧条例》相比,一个重要的区别就是《旧

条例》下实行的严格审批生效制度被《条例》下的事后登记制度所代替,而且合同的生效并不是以这种登记为要件。这不能不说是放宽管制方面的一大进步。

但是,合同不以登记为生效要件,这无疑大大削弱了这种登记的可执行性。《条例》中并未规定不进行技术进口合同登记的相应法律后果或处罚,这无疑就暗含着一种理解,即不进行允许类的技术进口合同登记并不会导致相应的法律后果。在实践操作当中,因技术进口而导致的购汇问题其实是企业进行技术进口合同登记的最大动力。那么对于那些不涉及进口购汇的技术进口合同(例如说交易对价是以其他方式存在的合同)来说,不进行合同登记也将不会导致合同无效或者招致行政处罚,这就使得《条例》中规定的“应当”进行登记的法律效力大打折扣,导致其不具有相应的可执行性。

六、限制性商业措施的禁止

从《条例》中规定的几种针对限制性商业措施的禁止性条款中可以看出目前政府对于技术进口合同内容进行干预的意愿。但是,目前这种干预最大的软肋在于《条例》中并未规定在违反这些禁止性规定的情况下相应的法律后果,即假如真的出现违反的情况,那么结果是导致该技术进口合同无效(或这些条款无效)呢?还是导致对技术进口方的行政处罚?《条例》并未就此提供答案。对于还实行审批制的限制类技术来说,行政机关可以在审批时要求删除这些条款从而进行干预。可对于允许类技术来说,由于《条例》实行的是事后登记制度,因此要贯彻《条例》中的这些禁止性规定存在很大的难度,《条例》在这方面的作用难以发挥。那么结合其他法律的规定是否可以为上述难题找到可行的解决方法呢?例如《民法通则》规定违反法律的民事行为无效,并且《合同法》规定订立合同应遵守法律和行政法规,这些规定似乎都可能为干预上述违反《条例》的规定提供法律依据。但是,参照《合同法》和《条例》的规定,一个技术引进合同不必然适用中国法律(实践中大部分技术引进合同的约定准据法通常是谈判地位较强的国外输出方所选定的外国法),在这种情况下,是否可以完全基于“公序良俗保留”之类的一般性法律原则来否定有悖于《条例》规定的限制性商业措施约定似乎还缺乏直接的明确肯定的法律规定。应当说,这个问题的根源在于《条例》本身在责任制度构筑方面存在的缺陷。是否这类问题能在其他的强制性竞争法律(例如草拟中的《反垄断法》)中找到解决方法则有待观察了。

(作者单位:对外经贸大学)

参考文献:

- [1] 车丕照,张瑞萍.国际技术转让法[M].长春:吉林大学出版社,2000.
- [2] 庾国庆.国际技术转让法律与实务[M].北京:人民法院出版社,2000.
- [3] 李强,杨帆.国际技术贸易法[M].北京:中国人民公安大学出版社,2003.
- [4] 张良顺.国际专有技术转让实务[M].北京:对外经济贸易出版社,1993.
- [5] 陈宝春,等.专有技术转让合同[M].兰州:兰州大学出版社,1992.
- [6] 赵承璧.国际技术转让实务[M].大连:东北财经大学出版社,1991.
- [7] 清华大学管理学院.国际技术转让与管理[M].北京:清华大学出版社,1992.
- [8] 郑成思.知识产权通论[M].北京:法律出版社,1986.
- [9] 肖响,魏耀荣,郑淑娜.中华人民共和国合同法释义[M].北京:中国法制出版社,1999.
- [10] 乔世明.合同仲裁实务与案例评析[M].北京:人民法院出版社,2001.
- [11] 国家外汇管理局经常项目管理司.经常项目外汇业务指引(2003)[M].北京:经济科学出版社,2003.