



公司法律简报

2007年9月17日(总第26期)

注重世界最普遍之法。瀛海交通于今为盛，凡都邑钜阜，无一非商战之场，而华侨之流寓南洋者，生齿日益繁庶，按国际私法向据其人之本国法办理，如一遇相互之诉讼，彼执大同之成规，我守拘墟之旧习，利害相去不可以道里计。是编为振斯弊，凡能力之差异，买卖之规定，以及利率时效等项，悉采用普通之制，以均彼我而保公平。

原本后出最精确之法理。学术之精进由于学说者半，由于经验者半，推之法律，亦何莫不然？以故各国法律愈出后者最为世人注目，义取规随，自殊剽袭。良以学问乃世界所公，初非一国所独也。是遍关于法人及土地债务诸规，采用各国新制，既原于精确之法理，自无鏗枘之虞。

求最适于中国民情之法。立宪国政治几无不同，而民情风俗一由于种族之观念，一由于宗教之支流，则不能强令一致，在泰西大陆尚如此区分，引其为亚欧礼教之殊？人事法缘于民情风俗而生，自不能强行规抚，致貽削趾就履之消。是编凡亲属婚姻继承等事，除与立宪相背酌量变通外，或本诸经义，或参诸道德，或取诸现行法制，务期整饬风纪，以维持数千年民彝于不蔽。

期于改进上最有益之法。文子有言：“君者盘也，民者水也，盘圆水圆，盘方水方。”是知匡时救弊，贵在转移，拘古牵文，无裨治理。中国法制历史大抵稗贩陈编，创制盖寡。即以私法而论，验之社交非无事例，征之条教，反失定衡，改进无从，遑谋统一？是编有鉴于斯，特设债权物权详细之区域，庶几循序渐进，冀收一道同风之益。

主 编：信利律师事务所 章琦律师

主编与投稿邮箱：zq@xinlilaw.com company-lawyer@sohu.com

编者的话：

《公司法律简报》重点介绍公司、外商投资、房产建筑、知识产权、WTO、劳动争议等领域法律动态，旨在传播法律知识，避免法律纠纷，促进共同发展，为中国的法制建设贡献自己的应有之力。

《公司法律简报》对有关法律问题进行的评述，并非本律师正式法律意见。如您需要得到全面的法律帮助并获取详实的法律意见，我们愿意为您提供周到的服务。您如果对《公司法律简报》有任何意见和建议，或对其中的话题感兴趣，请与本律师联系。

导 读

新法解读

- ❖ [物权法系列解读之十三：不动产物权变动登记方可生效](#)
- ❖ [物权法系列解读之十四：满 70 年后住宅建设用地使用权自动续期](#)

法规释义

- ❖ [解读《中华人民共和国合同法》分则 第十八章技术合同](#)

劳动法研究

- ❖ [连续订立两次固定期限劳动合同后订立无固定期限劳动合同的法律适用——《劳动合同法》解读之三](#)

章律师信箱

- ❖ [投资入股是否必然成为股东？](#)

联系律师

❖ 物权法系列解读之十三：不动产物权变动登记方可生效

所谓不动产是指依其自然性质不能移动，或者一经移动必然毁损其经济价值的物。按照有关法律的规定，不动产包括土地以及房屋、林木等地上定着物。而所谓不动产物权变动，就是指不动产所有权以及在不动产上设立的各种用益物权和担保物权，其设立、变更、转让和消灭的总称。具体来说物权设立就是权利人取得了物权。变更指权利内容及客体的发生了变化，比如说一栋房屋其中一间倒塌，显然所有权人的权利客体（房屋）发生了变化，从而使对房屋的所有权发生了变更；再比如，双方在设定一项以通行为内容的地役权后，又协商增加了排水的内容。转让则是权利人直接将其权利通过赠与、买卖等方式转移给他人。而消灭则是指由于权利客体的灭失等原因而导致物权的丧失。例如房屋因为火灾被烧毁，房屋所有权自然也就消灭了。

《物权法》规定，“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，依照法律规定应当登记的，自记载于不动产登记簿时发生效力。”这就是说：

第一，对于在不动产上设定的物权来说，原则上其设立、变更、转让和消灭都要进行登记，才能发生设立、变更、转让和消灭物权的效力。例如，老张把一套房屋卖给小李，双方只签订书面的买卖合同，并不能认为小李就取得了房屋的所有权。必须双方到房屋登记部门办理了移转登记，把房屋所有权移转到小李名下，小李才能真正取得房屋的所有权。如果双方还没有办理移转登记，即便小李已经支付了全部价款，房屋仍然属于老张；假如老张又把房屋卖给老王，且办理了移转登记，小李无权要求老王把房屋交还给自己，而只能要求老张承担违约责任，让他返还价款、赔偿相应的损失。之所以如此，主要是为了维护交易安全、节约交易成本。在上一案例中，如果不把登记作为买受

人取得物权的条件，那就意味着小李只要签完合同就能够取得房屋的所有权，而老王对此通常是一无所知的，他在向老张付款之后可能才发现自己根本无法得到房屋。在这种情况下，人们购买房屋等不动产时就需要花费很大的成本，请人调查这栋房屋究竟是不是出卖人的，从而大大增加交易成本，甚至使交易无法进行。这显然不利于市场的发育。

第二，没有登记只是不能发生物权变动的效果，但是双方之间的合同仍然是有效的。过去法律并未注意这一区别，法院在审理案件时，只要发现法律规定该类合同应当登记而当事人没有登记，就一律认定合同无效。这种做法对于当事人，尤其是上当受骗的一方是十分不利的。比如，上一案例中，虽然小李没有办理移转登记，但是按照《物权法》他只是没有取得所有权，但房屋买卖合同仍然是有效的。如果老张拒绝交房，而这一房屋仍然在老张名下，那么小李完全可以通过法院强制执行，从而获得房屋的所有权；即便房屋已经被老张过户到老王名下，小李虽然不能取得房屋的所有权，但也可以通过违约责任，要求老张返还价款、赔偿相应的损失。但如果合同被宣告无效，即便房屋仍然在老张名下，小李也没法要求法院强制执行。

第三，不动产物权变动只是法律的一般规定，法律也可能作出另外的规定。这主要体现在：1、依法属于国家所有的自然资源，所有权可以不登记。2、因人民法院、仲裁委员会的法律文书，人民政府的征收决定等，导致物权设立、变更、转让或者消灭的，自法律文书生效或者人民政府的征收决定等行为生效时发生效力。3、因继承或者受遗赠取得物权的，自继承或者受遗赠开始时发生效力。4、因合法建造、拆除房屋等事实行为设立和消灭物权的，自事实行为成就时发生效力。之所以如此，是因为登记的功能主要是为了维护交易安全、节约交易成本，而这些情形显然不属于市场交易。

相关法条：

第十四条 不动产物权的设立、变更、转让和消灭，依照法律规定应当登记的，自记

载于不动产登记簿时发生效力。

第十五条 当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。

❖ 物权法系列解读之十四：满 70 年后住宅建设用地使用权自动续期

“住宅建设用地使用权期间届满的，自动续期。”这是将于 2007 年 10 月 1 日起施行的物权法作出的明确规定。

随着住房制度改革，越来越多的城镇居民拥有自己的房屋，而且大量集中在住宅小区内。物权法的这一规定，回答了广大群众关于“70 年大限到期后，我们的住房怎么办”的疑问。

我国现行法律规定了建设用地使用权的最高期限：居住用地 70 年；工业用地 50 年；商业用地 40 年；综合用地 50 年。

我国从上世纪 70 年代末开始改革开放，当时出让的一些土地使用期限较短，一些只有 30 年，很快就要到期。特别是目前绝大多数城市居民都拥有了自己的住房，使土地使用权期满的问题更加引人关注。

虽然物权法关于 70 年后自动续期的规定，给老百姓吃了一颗“定心丸”，但是，不少人注意到，法律并没有对续期的土地使用费支付标准和办法作出明确规定。这个问题将会依靠后人的智慧来解决。

相关法条：

第一百四十九条 住宅建设用地使用权期间届满的，自动续期。

非住宅建设用地使用权期间届满后的续期，依照法律规定办理。该土地上的房屋及其他不动产的归属，有约定的，按照约定；没有约定或者约定不明确的，依照法律、行政法规的规定办理。

法规释义

❖ 解读《中华人民共和国合同法》分则 第十八章技术合同

本章共四节，四十三条。对技术合同的概念、技术合同的内容、职务技术成果的归属、技术合同的无效等作了一般性规定。对技术开发合同、技术转让合同、技术咨询合同和技术服务合同的概念。合同当事人的权利义务、违约责任等内容作了具体规定。

第一节 一般规定 第三百二十二条 技术合同是当事人就技术开发、转让、咨询或者服务订立的确立相互之间权利和义务的合同。

「释义」本条是对技术合同定义的规定。

技术合同是当事人就技术开发、转让、咨询或者服务订立确立相互之间权利和义务的合同。这条的规定，基本保留了原技术合同法第二条规定的内容，但适用主体扩大了，不仅适用国内技术合同，也适用涉外技术合同。

第三百二十三条 订立技术合同，应当有利于科学技术的进步，加速科学技术成果的转化、应用和推广。

「释义」本条是对订立技术合同应当遵循的原则的规定。

技术合同是技术成果商品化的法律形式，实行技术合同的目的，是将技术成果推向市场，创造更大的经济效益和社会效益。因此，当事人在订立技术合同时，应当从推动科学技术进步，促进科技与经济发展出发，确定权利义务，努力研究开发新技术、新产

品、新工艺、新材料及其系统，促进先进适用的科技成果在生产实践中获得应用，使科学技术更好地为社会主义现代化建设服务。规定这一原则的目的，在于鼓励和引导当事人正确运用技术合同这一有效的法律形式，在科研和生产之间架起一座桥梁，促使技术成果尽快向生产领域转移，形成新的生产力。

第三百二十四条 技术合同的内容由当事人约定，一般包括以下条款：（一）项目名称；（二）标的的内容、范围和要求；（三）履行的计划、进度、期限、地点、地域和方式；（四）技术情报和资料的保密；（五）风险责任的承担；（六）技术成果的归属和收益的分成办法；（七）验收标准和方法；（八）价款、报酬或者使用费及其支付方式；（九）违约金或者损失赔偿的计算方法；（十）解决争议的方法；（十一）名词和术语的解释。

与履行合同有关的技术背景资料、可行性论证和技术评价报告、项目任务书和计划书、技术标准、技术规范、原始设计和工艺文件，以及其他技术文档，按照当事人的约定可以作为合同的组成部分。

技术合同涉及专利的，应当注明发明创造的名称、专利申请人和专利权人、申请日期、申请号、专利号以及专利权的有效期限。

「释义」本条是对技术合同条款内容的规定。

订立技术合同的当事人应当在平等、自愿的基础上，协商确定合同内容。技术合同的内容即合同条款是当事人权利和义务的体现，也是当事人履行合同、判明违约责任的主要依据。本条规定，技术合同的条款一般应当包括：

1. 项目名称。一般指技术合同标的涉及项目的名称，当事人应当准确约定。
2. 标的的内容、范围和要求。合同标的，是合同法律关系的客体，是合同当事人双方权利和义务共同指向的对象。不同的技术合同标的，有着不同的技术范围和技术指标要求。因此，当事人在订立技术合同时，不仅要明确技术合同标的，而且还要根据不同

标的的要求，明确该标的的技术范围和技术指标要求。

3. 履行的计划、进度、期限、地点、地域和方式。履行的地点是指合同的履行地。履行地域是指履行技术合同所涉及的区域范围。如利用受让的技术生产商品销售的范围。履行方式是指当事人采用什么样的方式和手段履行合同规定的义务。履行方式根据合同的内容不同而有所不同。对履行方式的具体要求应当在合同中明确规定。

4. 技术情报和资料的保密。有些技术合同的内容涉及国家安全或者当事人的重大利益，需要对技术情报和资料加以保密，对此，双方当事人应当在合同中对保密事项、保密范围、保密期限以及违反保密责任等加以规定。

5. 风险责任的承担。技术合同中约定的内容可能得不到完全实现，甚至完全不能实现，这就是风险。特别是技术开发合同作为一种探索未知的创造性活动，既有成功的可能，也存在着失败的风险。因此，技术合同应当约定风险条款，明确当事人所应承担的风险责任。

6. 技术成果的归属和收益的分成办法。技术合同履行的结果可能创造出一项或几项技术成果，当事人应当在合同中约定其所有权和使用权的归属、分享以及由此产生的利益分成办法。

7. 验收标准和方法。技术合同的履行是否符合合同的约定，需要验收后予以确定。因此，当事人应当在合同中约定技术合同的验收项目、验收标准及验收办法。

8. 价款、报酬或者使用费及其支付方式。技术合同的价款、报酬和使用费，由当事人根据技术成果的经济效益和社会效益、研究开发技术的成本、技术成果的工业化开发程度、当事人享有的权益和承担的责任，协商议定。价款、报酬和使用费的支付方式由当事人约定，可以采取一次总付、分期支付，或者提成支付等方式。

9. 违约金或者损失赔偿的计算方法。违约金是合同一方当事人违反合同约定，向另一方当事人支付的金钱。技术合同的当事人有可能违反合同的约定，给另一方当事人造

成损失。因此，当事人应当在合同中约定违约金、违反合同的损害赔偿的计算办法以及违约金与损害赔偿的关系。

10. 解决争议的方法；当事人双方应当约定合同发生争议时的解决方式，如采取仲裁方式解决，就需要在合同中订明仲裁条款或者签订仲裁协议。

11. 名词和术语的解释。技术合同的内容具有很强的专业性，在合同文本中要使用一些专业名词术语和简化符号，为防止因理解不同而发生争议，对关键性术语和简化符号，需经双方协商作出明确无疑义的解释。

上述技术合同应当具备的条款是指导性条款，不要求订立技术合同的当事人必须采用，也不限制当事人在合同中约定其他权利义务，如当事人可以约定对技术合同的担保等。与履行合同有关的技术背景资料、可行性论证和技术评价报告、项目任务书和计划书、技术标准、技术规范、原始设计和工艺文件，以及其他技术文档，按照当事人的约定可以作为合同的组成部分。

技术合同涉及专利的，还应当遵守专利法的有关规定，合同中应当注明发明创造的名称、专利申请人和专利权人、申请日期、申请号、专利号以及专利权的有效期限。

第三百二十五条 技术合同价款、报酬或者使用费的支付方式由当事人约定，可以采取一次总算、一次总付或者一次总算、分期支付，也可以采取提成支付或者提成支付附加预付入门费的方式。

约定提成支付的，可以按照产品价格、实施专利和使用技术秘密后新增的产值、利润或者产品销售额的一定比例提成，也可以按照约定的其他方式计算。提成支付的比例可以采取固定比例、逐年递增比例或者逐年递减比例。一约定提成支付的，当事人应当在合同中约定查阅有关会计帐目的办法。

「释义」本条是对技术合同价款、报酬和使用费支付方式的规定。

价款、报酬和使用费是技术作为技术合同标的的价金，也是一方当事人获取、使用

技术所应支付的代价。当事人应当根据技术成果的经济效益和社会效益、研究开发技术的成本、技术成果的工业化开发程度、当事人享有的权益和承担的责任，协商议定。价款、报酬、使用费中包含非技术性款项的，应当分项计算。

当事人可以在技术合同中约定采取如下方式支付价款、报酬和使用费：

1. 一次总算、一次总付。这种方式是技术合同的一方当事人在合同成立后，将合同约定的全部价款、报酬或者使用费向另一方当事人一次付清。

2. 一次总算、分期支付。这种方式是技术合同的当事人将技术合同的价款、报酬、使用费在合同中一次算清，一方当事人在合同成立后，分几次付清合同约定的价款、报酬或者使用费。

3. 提成支付。这种方式是技术合同的一方当事人在接受技术成果或者其他智力劳动标的后，从付诸实施所获得的收益中，按照约定的比例提取部分收入交付另一方当事人作为技术合同的价款、报酬或者使用费。

当事人约定提成支付的，可以按照产品价格、实施专利和使用技术秘密后新增的产值、利润或者产品销售额的一定比例提成，也可以按照约定的其他方式计算。提成支付的比例可以采取固定比例、逐年递增比例或者逐年递减比例。由于这种支付方式存在着计算、监督、检查复杂等问题，因此，当事人应当在合同中约定查阅有关会计账目的办法。

4. 提成支付附加预付入门费。这种方式是指接受技术的技术合同的一方当事人在合同成立后或者在取得技术成果后先向另一方当事人支付部分价款、报酬或者使用费（称为入门费或初付费），其余部分按照合同约定的比例提成，并按照合同约定的时间支付。

第三百二十六条 职务技术成果的使用权、转让权属于法人或者其他组织的，法人或者其他组织可以就该项职务技术成果订立技术合同。法人或者其他组织应当从使用和转让该项职务技术成果所取得的收益中提取一定比例，对完成该项职务技术成果的个人给

予奖励或者报酬。法人或者其他组织订立技术合同转让职务技术成果时，职务技术成果的完成人享有以同等条件优先受让的权利。

职务技术成果是执行法人或者其他组织的工作任务，或者主要是利用法人或者其他组织的物质技术条件所完成的技术成果。

「释义」本条是对职务技术成果及职务技术成果财产权归属的规定。

技术成果，是指利用科学技术知识、信息和经验作出的产品、工艺、材料及其改进等技术方案。因技术成果所产生的权益属于知识产权。知识产权包括人身权和财产权。人身权是指与人身相联系或者密不可分的没有直接财产内容的权利。财产权是人身权的对称，指具有经济利益的权利。

技术成果的财产权，即使用和转让技术成果的权利。技术成果财产权的归属要根据技术成果是职务技术成果还是非职务技术成果来决定。

一项技术成果，根据完成技术成果个人的研究开发活动与岗位职责及法人或者其他组织的物质技术投入的关系，可以划分为职务技术成果和非职务技术成果。

职务技术成果是执行法人或者其他组织的工作任务或者主要是利用法人或者其他组织的物质技术条件所完成的技术成果。依据这一规定，确认职务技术成果的标准有两条，一是执行法人或者其他组织的工作任务；二是主要是利用法人或者其他组织的物质技术条件。

执行法人或者其他组织的任务主要是指，承担法人或者其他组织的科学研究和技术开发课题或者履行本岗位的职责。利用法人或者其他组织的物质技术条件是指，法人或者其他者组织提供的资金、设备、器材、未公开的技术情报和资料。但是利用法人或者其他组织提供的物质技术条件，按照事先约定，返还资金或交纳使用费的不在此限。调动工作的人员既执行了原法人或者其他组织的任务，又利用了所在法人或者其他组织的物质技术条件所完成的技术成果，由其原法人或者其他组织和所在法人或者其他组织合理

分享。确认技术成果是否是职务技术成果，并不要求同时具备上述两个条件，只要具备一个条件就可以认定是职务技术成果。

职务技术成果的使用权、转让权属于法人或者其他组织，法人或者其他组织可以就该项职务技术成果订立技术合同。个人未经法人或者其他组织同意，擅自以生产经营为目的使用、转让法人或者其他组织的职务技术成果，是侵犯法人或者其他组织技术权益的侵权行为。

职务技术成果的财产权虽然属于法人或者其他组织，但是，职务技术成果凝聚了技术成果完成者的创造性劳动，应当对完成职务技术成果的完成者给予相应的奖励和报酬。同时，还应当根据使用和转让该项技术成果所取得的经济收益，给予一定的奖励和报酬。合同法规定，法人或者其他组织应当从使用和转让职务技术成果所取得的收益中提取一定的比例，对完成职务技术成果的个人给予奖励或者报酬。这里所称的奖励，是指法人或者其他组织根据使用职务技术成果和通过履行技术开发合同、技术转让合同、技术咨询合同、技术服务合同所获得的收益，按照国家有关规定发给技术成果完成者的奖金。该项奖励费用从实施技术成果所获得的利润和使用、转让技术成果所获得的价款、报酬或者使用费中列支，不计入法人或者其他组织奖金总额。合同法起草过程中，有的同志提出，当前，我国科技体制改革的一个关键环节，是正确落实科技人员对其完成的科技成果的财产权中应得的份额，使尊重知识、尊重人才在利益上得到体现。职务技术成果的完成人应在法人或者其他组织转让和实施该项技术成果中享有一定的比例收益，这是职务技术成果完成人应得的报酬，不同于一般的科技奖励，合同法应当将对个人奖励的数额作比较明确的规定。考虑到技术成果涉及的领域广泛，使用、转让技术成果存在着差异，由此产生的收益也不尽一致，故合同法除规定法人或者其他组织应当从使用、转让职务技术成果所取得的收益中提取一定比例，对完成该项职务技术成果的个人给予奖励外，还明确规定要给予报酬。此外，合同法还规定法人或者其他组织订立技术合同转

让职务技术成果时，职务技术成果的完成人享有以同等条件优先受让的权利。

第三百二十七条 非职务技术成果的使用权、转让权属于完成技术成果的个人，完成技术成果的个人可以就该项非职务技术成果订立技术合同。

「释义」本条是对非职务技术成果财产权归属的规定。

未执行法人或者其他组织的工作任务，也未利用法人或者其他组织的物质技术条件所完成的技术成果，是非职务技术成果。非职务技术成果的财产权即非职务技术成果的使用权、转让权属于完成技术成果的个人。完成技术成果的个人有权就该项非职务技术订立技术合同，有权获得因使用或者转让该项技术成果所取得的收益。法人或者其他组织擅自以生产经营目的使用或者转让属于个人的非职务技术成果，是侵犯个人合法权益的行为。

第三百二十八条 完成技术成果的个人有在有关技术成果文件上写明自己是技术成果完成者的权利和取得荣誉证书、奖励的权利。

「释义」本条是对技术成果人身权的规定。

技术成果的人身权，即在有关技术成果文件上署名以及取得国家荣誉证书、奖章和其他奖励的权利。这一权利与完成技术成果的完成者人身紧密相联，因此，这一权利应当属于对完成技术成果作出了创造贡献的个人。因技术成果产生的人身权利专属于完成该项技术成果的个人，其他任何人无权分享。本条中所称的完成技术成果的个人，是指对技术成果单独作出或者共同作出创造性贡献的人。不包括仅提供资金、设备、材料、试验条件的人员，进行组织管理的人员，协助绘制图纸、整理资料、翻译文献等辅助服务人员。本条中所称的技术成果文件，是指专利申请书、科学技术奖励申报书、科技成果登记书等确认技术成果完成者身份和授予荣誉的证书和文件。

第三百二十九条 非法垄断技术、妨碍技术进步或者侵害他人技术成果的技术合同无效。

「释义」本条是对无效技术合同的规定。

合同的无效，指合同虽然已经成立，但因其违反法律、行政法规或社会公共利益而被确认为不具有法律效力。合同法在总则第三章对哪些合同是无效合同作了详细规定。除此之外，还根据技术合同的特点在本条中规定了技术合同无效的两种情形，即非法垄断技术，妨碍技术进步或者侵害他人技术成果的技术合同无效。

非法垄断技术，妨碍技术进步，指合同的一方当事人通过合同条款限制另一方当事人在合同标的技术的基础上进行新的研究开发，限制另一方当事人从其他渠道吸收技术，或者阻碍另一方根据市场的需求，按照合理的方式充分实施专利和使用技术秘密。侵害他人技术成果，指侵害另一方或者第三方的专利权、专利申请权、专利实施权、技术秘密使用权和转让权或者发明权、发现权以及其他科技成果权的行为。

无效的技术合同，从订立时起就没有法律约束力。但是，技术合同的部分无效，不影响其余部分的效力，其余部分仍然有效。技术合同被确认为无效后，对合同无效负有责任的一方应当赔偿因合同无效给另一方造成的损失，当事人双方对合同无效均负有责任的，各自承担相应的责任。技术合同无效的法律后果，具体依照合同法关于合同无效的有关规定办理。

第二节 技术开发合同 第三百三十条 技术开发合同是指当事人之间就新技术、新产品、新工艺或者新材料及其系统的研究开发所订立的合同。

技术开发合同包括委托开发合同和合作开发合同。

技术开发合同应当采用书面形式。

当事人之间就具有产业应用价值的科技成果实施转化订立的合同，参照技术开发合同的规定。

「释义」本条是对技术开发合同定义和种类的规定。

一、技术开发合同的概念技术开发合同是当事人之间就新技术、新产品、新工艺和

新材料及其系统的研究开发所订立的合同。

新技术、新产品、新工艺或者新材料及其系统，一般指当事人在订立技术合同时尚未掌握的产品、工艺、材料及其系统等技术方案，但在技术上没有创新的现有产品改型、工艺变更、材料配方调整以及技术成果的检验、测试和使用的除外。

订立技术开发合同，应当有必要的研究开发经费、基础设施、技术情报资料等条件。当事人在订立合同前应当进行必要的、全面细致的可行性论证，广泛收集有关的技术信息，选择适当的研究开发方案，尽量避免重复研究和开发。就列入国家计划的科技项目订立技术开发合同，必须符合计划和项目任务书的要求；就其他项目订立的技术开发合同，应当符合有关技术政策。

技术开发合同的内容由双方当事人在平等、自愿的基础上协商确定。合同的内容一般应当具备下列条款：1. 项目名称；2. 标的技术的内容、形式和要求；3. 研究开发计划；4. 研究开发经费或者项目投资的数额及其支付、结算方式；5. 利用研究开发经费购置的设备、器材、资料的财产权属；6. 履行的期限、地点和方式；7. 风险责任的承担；8. 技术成果的归属和分享；9. 验收的标准和方法；10. 报酬的计算和支付方式；11. 违约金或者损失赔偿额的计算方法；12. 技术协作和技术指导的内容；13. 争议的解决办法；14. 名词和术语的解释。列入国家计划的科技项目订立的合同，应当附具计划书、任务书以及主管机关的批准文件。

与其他合同相比，技术开发合同的内容较多，如研究开发经费及利用研究开发经费购置的财产及权属、技术成果的归属等；技术开发合同是一项探索性活动，履行期长，涉及风险责任的承担；技术开发合同标的比较复杂，涉及研究开发行为及研究开发行为的对象，因此，本条规定当事人订立技术开发合同应当采用书面形式。

二、技术开发合同的种类技术开发合同包括委托开发合同和合作开发合同。

委托开发合同，是指当事人一方委托另一方进行研究开发所订立的合同。即委托人

向研究开发人员提供研究开发经费和报酬，研究开发人员完成研究开发工作并向委托人交付研究成果。委托开发合同的特征是研究开发人员以自己的名义、技术和劳务独立完成研究开发工作，委托人不得非法干涉。

合作开发合同，是指当事人各方就共同进行研究开发所订立的合同。即当事人各方共同投资、共同参与研究开发活动、共同承担研究开发风险、共享研究开发成果。合作开发合同的各方以共同参加研究开发中的工作为前提，可以共同进行全部研究开发工作，也可以约定分工，分别承担相应的部分。当事人一方仅提供资金、设备、材料等物质条件或者承担辅助协作事项，由另一方进行研究开发工作的合同，是委托开发合同。

第三百三十一条 委托开发合同的委托人应当按照约定支付研究开发经费和报酬；提供技术资料、原始数据；完成协作事项；接受研究开发成果。

「释义」本条是对委托开发合同的委托人主要义务的规定。

委托人的主要义务：

第一，按照合同的约定，支付研究开发经费和报酬。

研究开发经费，是指完成研究开发工作所需要的成本。除合同另有约定，委托人应当提供全部研究开发工作所需要的经费，包括购买研究必需的设备仪器、研究资料、试验材料、能源、试制、安装以及情报资料等项费用。研究开发经费是委托开发合同履行所必需的费用，一般应当在合同成立后，研究工作开始前支付，也可以根据研究的进度分期支付，但不得影响研究开发工作的正常进行。当事人应当在合同中约定研究开发经费的结算办法。合同约定按照实际支付的，研究开发经费不足时，委托人应当补充支付；研究开发经费剩余时，研究开发人员应当如数返还。如果合同中约定研究开发经费包干使用，那么结余经费应当归研究开发人员所有，不足的经费由研究开发人员自行解决。如果合同中没有约定研究开发经费结算办法，可以按照包干使用的办法，处理使用研究开发经费。

委托人向研究开发人支付的报酬，是指研究开发成果的使用费和研究开发人员的科研补贴。与研究开发经费不同，它是研究开发人获得的劳动收入。合同约定研究开发经费的一定比例作为使用费和科研补贴的，可以不单列报酬。

第二，按照合同的约定，提供技术资料、原始数据、完成协作事项。

委托开发工作是研究开发人根据委托人的要求进行的，只有委托人提供完备的技术资料、原始数据以及研究开发人所要求的必要的技术背景资料和数据，并作好必要的协助工作，研究开发人的研究开发才能更好地满足其要求。因此，合同成立后，委托人负有按照合同约定提供研究开发工作必要的技术资料、原始数据并完成协作的义务。但是，委托人为研究开发人提供有关资料、数据，完成协作工作，只是为开发工作提供的辅助性劳动，不能因此认为是参加了开发研究，将委托开发合同变为合作开发合同。在研究开发过程中，委托人还应当应研究开发人的要求，补充必要的背景资料和数据，但应以研究开发人为履行合同所需要的范围为限。

第三，按期接受研究开发成果。

委托开发合同履行后，委托人享有接受该项研究开发成果的权利。这也是委托人的义务。委托人应当按期接受这一成果。当事人可以在合同中约定委托人接受研究开发成果的方式、时间或者期限，便于合同及时履行。

第三百三十二条 委托开发合同的研究开发人应当按照约定制定和实施研究开发计划；合理使用研究开发经费；按期完成研究开发工作，交付研究开发成果，提供有关的技术资料和必要的技术指导，帮助委托人掌握研究开发成果。

「释义」本条是对委托开发合同的研究开发人主要义务的规定。

研究开发人的主要义务：

1. 按照约定制定和实施研究开发计划。

委托开发合同是委托人委托研究开发人进行研究开发的一种合同。为保证研究开发

成果符合委托人的要求，研究开发人应当进行必要的可能性论证，并根据合同的要求，选择适当的研究开发方案，制定切实可行的计划，并积极组织实施。

2. 合理使用研究开发经费。

研究开发经费是专为研究开发工作使用的，开发人应当按照合同的约定，本着专款专用的原则，根据开发项目的实际需要，合理有效地使用委托人支付的研究开发经费，不得擅自挪作他用。委托人有权检查研究开发经费的使用情况，但不能妨碍研究开发人的正常工作。当事人可以在合同中约定研究开发经费使用、检查等有关事项。

3. 按期完成研究开发工作，交付研究开发成果，提供有关的技术资料和必要的技术指导，帮助委托人掌握研究开发成果。

研究开发人应当按照合同的约定，按期完成研究开发工作，并及时将研究开发成果交付委托人。研究开发人可以采用下列一种或者几种方式提交研究开发成果，但其数量不能超过合理的范围。（1）产品设计、工艺规程、材料配方和其他图纸、论文、报告等技术文件；（2）磁带、磁盘、计算机软件；（3）动物或者植物的新品种、微生物菌种；（4）样品、样机；（5）成套技术设备。

研究开发人按照合同约定，完成研究开发工作并交付工作成果时，还应当向委托人提供有关的技术资料，并给予必要的技术指导，帮助委托人掌握该技术成果，使之尽快在生产实践中应用。

研究开发人也不得在向委托人交付研究开发成果前，将研究开发成果转让给第三人。

第三百三十三条 委托人违反约定造成研究开发工作停滞、延误或者失败的，应当承担违约责任。

「释义」本条是对委托人违反委托开发合同违约责任的规定。

委托人违反约定造成研究开发工作停滞、延误或者失败的，应当承担违约责任。这是对委托人违反约定应当承担责任的一般规定。具体讲：委托人迟延支付研究开发经费，

造成研究开发工作停滞、延误的，研究开发人不承担责任。委托人逾期不支付研究开发经费或者报酬的，研究开发人有权解除合同，委托人应当返还技术资料，补交应付的报酬，赔偿因此给研究开发人造成的损失。

委托人按照合同约定提供技术资料、原始数据和协作事项或者所提供的技术资料、原始数据和协作事项有重大缺陷，导致研究开发工作停滞、延误、失败的，委托人应当承担责任，委托人逾期不提供技术资料、原始数据和协作事项的，研究开发人有权解除合同，委托人应当赔偿因此给研究开发人造成的损失。

委托人逾期不接受研究开发成果的，研究开发人有权处分研究开发成果。所获得的收益在扣除约定的报酬、违约金和保管费后，退还委托人。所得收益不足以抵偿有关报酬、违约金和保管费的，有权请求委托人赔偿损失。

第三百三十四条 研究开发人违反约定造成研究开发工作停滞、延误或者失败的，应当承担违约责任。

「释义」本条是对研究开发人违反委托开发合同违约责任的规定。

研究开发人违反约定，造成研究开发工作停滞、延误或者失败的，应当承担违约责任。这是对研究开发人违反委托开发合同应当承担责任的一般规定。具体讲：研究开发人未按计划实施研究开发工作的，委托人有权要求其实施研究开发计划并采取补救措施。研究开发人逾期不实施研究开发计划的，委托人有权解除合同。研究开发人应当返还研究开发经费，赔偿因此给委托人造成的损失。

研究开发人将研究开发经费用于履行合同以外的目的的，委托人有权制止并要求其退还相应的经费用于研究开发工作。因此造成研究开发工作停滞、延误或者失败的，研究开发人应当支付违约金或者赔偿损失。经委托人催告后，研究开发人逾期未退还经费用于研究开发工作的，委托人有权解除合同。研究开发人应当返还研究开发经费，赔偿因此给委托人造成的损失。

由于研究开发人的过错，造成研究开发成果不符合合同约定条件的，研究开发人应当支付违约金或者赔偿损失；造成研究开发工作失败的，研究开发人应当返还部分或者全部研究开发经费，支付违约金或者赔偿损失。

第三百三十五条 合作开发合同的当事人应当按照约定进行投资，包括以技术进行投资；分工参与研究开发工作；协作配合研究开发工作。

「释义」本条是对合作开发合同各方当事人主要义务的规定。

在合作开发合同中，当事人各方的主要义务是：

1. 按照合同的约定进行投资，包括以技术进行投资。

共同投资是合作开发合同的重要特征，也是合作开发合同各方当事人的主要义务。

合同当事人各方应当依照合同的约定投资。这里的投资，是指合作开发合同当事人以资金、设备、材料、场地、试验条件、技术情报资料、专利权、技术秘密成果等方式对研究开发项目所作的投入。采取资金以外的形式进行投资的，应当折算成相应的金额，明确当事人在投资中所占的比例。

2. 按照合同约定的分工参与研究开发工作。

合作开发合同的各方当事人虽然都要出钱，进行投资，但各方还必须出人直接参与研究开发工作。所以参与研究开发工作是合作开发合同的特征。参与研究开发工作，包括按照约定的计划和分工共同进行或者分别承担设计、工艺、试验、试制等研究开发工作。当事人一方提供资金、设备、材料等物质条件，承担辅助协作事项，另一方进行研究开发工作的合同，不属于合作开发合同，应当按委托开发合同处理。

3. 协作配合研究开发工作。

合作开发是以双方的共同投资和共同劳动为基础的，各方在合作研究中的配合是取得研究开发成果的关键。因此，合作各方可以在合同中约定成立由双方代表组成的指导机构，对研究开发工作中的重大问题进行决策、协调和组织研究开发活动，保证研究开

发工作的顺利进行。

第三百三十六条 合作开发合同的当事人违反约定造成研究开发工作停滞、延误或者失败的，应当承担违约责任。

「释义」本条是对合作开发合同当事人违约责任的规定。

合作开发合同的当事人违反约定造成研究开发工作停滞、延误或者失败的，应当承担违约责任。假如：当事人一方逾期不进行投资或者不履行其他约定的义务，另一方或者其他各方当事人有权解除合同。当事人一方应当赔偿因此给另一方或者其他各方造成的损失。

第三百三十七条 因作为技术开发合同标的的技术已经由他人公开，致使技术开发合同的履行没有意义的，当事人可以解除合同。

「释义」本条是对解除技术开发合同条件的规定。

合同的解除，是指合同有效成立后，当具备合同解除条件时，因当事人一方或者双方的意思表示而使合同关系消灭的一种行为。

合同法第九十三条、第九十四条规定了解除合同的条件。根据技术开发合同的特点，合同法又规定了技术开发合同可以解除的另一种情形，即作为技术开发合同标的的技术已经由他人公开，致使履行技术开发合同没有意义，当事人可以解除合同。

在委托开发合同中，如果研究开发人明知受委托的技术开发合同的标的是已有技术，应改为技术转让或者技术服务合同。

在合作开发合同中，合作开发的各方当事人有义务将自己知道技术开发的标的已经公开的情况及时通知另一方当事人，以减少或避免不必要的损失。

第三百三十八条 在技术开发合同履行过程中，因出现无法克服的技术困难，致使研究开发失败或者部分失败的，该风险责任由当事人约定。没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，风险责任由当事人合理分担。

当事人一方发现前款规定的可能致使研究开发失败或者部分失败的情形时，应当及时通知另一方并采取适当措施减少损失。没有及时通知并采取适当措施，致使损失扩大的，应当就扩大的损失承担责任。

「释义」本条是对技术开发合同风险责任的规定。

技术开发是一项探索性活动，蕴藏着开发不出来的危险。在研究开发过程中，如果当事人一方或者双方已尽了最大努力，但仍因科技知识、认识水平或试验条件等客观因素的限制，出现无法克服的技术困难，致使研究开发全部或者部分失败，未能取得合同约定的预期目的，即为技术开发合同的风险。

一项技术开发的失败或者部分失败属于风险，应当具备以下各项条件：1. 课题本身在国际和国内现有技术水平下具有足够的难度。2. 研究开发方尽了主观努力；3. 该领域专家认为研究开发失败属于合理的失败。

由于技术开发存在着的风险，风险一旦出现，将使技术开发合同无法履行，给当事人造成损失。因此，当事人应当在订立合同时明确约定风险责任的承担。如果当事人没有约定或者约定不明确，风险发生后，当事人可以协议补充风险责任。不能达成补充协议的，可以按照合同的有关条款或者交易习惯确定，仍不能确定，风险责任由当事人合理分担。

在研究开发过程中，当事人一方发现可能导致研究开发失败或者部分失败的情况时，应当及时通知另一方并采取适当措施减少损失。合同法明确规定这是技术开发合同当事人的义务。如果当事人未能及时通知对方当事人，也未能及时采取措施，制止损失的扩大，应当就扩大的损失承担责任。

第三百三十九条 委托开发完成的发明创造，除当事人另有约定的以外，申请专利的权利属于研究开发人。研究开发人取得专利权的，委托人可以免费实施该专利。

研究开发人转让专利申请权的，委托人享有以同等条件优先受让的权利。

「释义」本条是对履行委托开发合同完成的技术成果的归属和分享的规定。

委托开发合同的当事人可以在合同中约定委托开发完成的发明创造的权利归属。如果当事人在合同中没有约定或者约定不明确，那么，委托开发完成的发明创造，申请专利的权利属于研究开发人，但研究开发人取得专利权的，委托人可以免费实施该专利。研究开发人转让专利申请权的，委托人可以优先受让该专利申请权

第三百四十条 合作开发完成的发明创造，除当事人另有约定的以外，申请专利的权利属于合作开发的当事人共有。当事人一方转让其共有的专利申请权的，其他各方享有以同等条件优先受让的权利。

合作开发的当事人一方声明放弃其共有的专利申请权的，可以由另一方单独申请或者由其他各方共同申请。申请人取得专利权的，放弃专利申请权的一方可以免费实施该专利。

合作开发的当事人一方不同意申请专利的，另一方或者其他各方不得申请专利。

「释义」本条是对履行合作开发合同完成的技术成果的归属和分享的规定。

技术开发合同的当事人可以在合同中约定合作开发完成的发明创造的权利归属。如果当事人在合同中没有约定或者约定不明确，那么，合作开发完成的发明创造，申请专利的权利属于合作开发的当事人共有。当事人一方不同意申请专利的，另一方或者其他各方不得申请专利。当事人一方转让其共有的专利申请权的，其他各方可以优先受让其共有的专利申请权。当事人一方声明放弃其共有的专利申请权，可以由另一方单独申请或者由其他各方共同申请。申请人取得专利的，放弃专利申请权的一方可以免费实施该专利。

第三百四十一条 委托开发或者合作开发完成的技术秘密成果的使用权、转让权以及利益的分配办法，由当事人约定。没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，当事人均有使用和转让的权利，但委托开发的研究开发人不得在向委

托人交付研究开发成果之前，将研究开发成果转让给第三人。

「释义」本条是对履行技术开发合同产生的技术秘密的归属和分享的规定。

合作开发合同的当事人可以在合同中约定，因履行技术开发合同产生的技术秘密的使用权、转让权的归属以及利益的分配办法。如果当事人没有约定或者约定不明确，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同的有关条款或者交易习惯确定；仍不能确定的，当事人各方对技术秘密都有使用和转让的权利，但委托开发的研究开发人在向委托人交付研究开发成果前，不得擅自将研究开发成果转让给第三人。

第三节 技术转让合同 第三百四十二条 技术转让合同包括专利权转让、专利申请权转让、技术秘密转让、专利实施许可合同。

技术转让合同应当采用书面形式。

「释义」本条是对技术转让合同定义和范围的规定。

技术转让，就是某一主体将其所有或者掌握的技术让与另一主体使用的行为。技术转让是技术成果进入市场，实现技术成果商品化的重要方式。合同法为保障科技成果转让有法可依，对技术转让合同作了明确规定。

本条所称的技术转让合同包括专利权转让合同、专利申请权转让合同、专利实施许可合同和技术秘密转让合同。

1. 专利权转让合同。专利权是依法批准的发明人或其权利人对其发明成果在一定年限内享有的独占权或专用权。专利权转让合同，是指专利权人作为让与人将其发明创造专利的所有权或者持有权移交受让人，受让人支付约定价款所订立的合同。

2. 专利申请权转让合同。专利申请权是发明人或者设计人对其专利技术享有的一定专属权利，这种专属权利象专利权一样，可以转让。发明人或设计人在就其发明创造成果申请专利前，可以通过订立专利申请权转让合同，将其申请专利的权利转让给受让人并收取一定的价金。专利申请权转让合同，是指让与人将其就特定的发明创造申请专利

的权利移交给受让人，受让人支付约定价款所订立的合同。

3. 技术秘密转让合同。技术秘密，是指不为公众所知悉的技术，即专利技术以外的技术，包括未申请专利的技术、未授予专利权的技术以及不受专利法保护的技术。技术秘密转让合同，是指让与人将拥有的技术秘密成果提供给受让人，明确相互之间技术秘密成果使用权、转让权，受让人支付约定使用费所订立的合同。技术秘密的使用权是指以生产经营为目的使用技术秘密的权利。转让权是指通过合同向他人提供和转让技术秘密的权利。

4. 专利实施许可合同。专利实施许可合同，是指专利权人或者其授权的人作为让与人许可受让人在约定的范围内实施专利，受让人支付约定使用费所订立的合同。专利法第十二条规定，任何单位或者个人实施他人专利，除国家法律明确规定有关单位或者个人可以强制实施的以外，都必须与专利权人订立书面实施许可合同，向专利权人支付专利使用年费。被许可人无权允许合同规定以外的任何单位或者个人实施该专利。专利实施许可合同转让的是专利使用权，转让后，受让人有权在约定的范围内使用专利。

技术转让合同应当转让特定和现有的专利权、专利申请权、专利实施权、技术秘密使用权和转让权为内容，不包括尚待研究开发的技术成果或者传授不涉及专利或者技术秘密知识、技术、经验和信息订立的合同。

技术转让合同的内容复杂，涉及转让技术的范围、转让的对象、受让人使用转让技术的范围和方式、技术的保密、使用费的支付，以及对使用技术产生的新的技术成果的归属等，技术转让合同涉及专利的，还要明确专利申请日、申请号、专利号和专利权的有效期限，因此，当事人应当采用书面形式订立技术转让合同。

第三百四十三条 技术转让合同可以约定让与人和受让人实施专利或者使用技术秘密的范围，但不得限制技术竞争和技术发展。

「释义」本条是对技术转让合同限制性条款的规定。

一切技术，只要是能够促进经济建设和社会发展，都可以依法转让。但属于国家机密的技术，其转让应当经主管部门批准；涉及国家安全和社会公共利益的，由有关部门指定单位实施的技术、国家实行许可证制度的技术，其转让应当符合主管部门的规定；违反法律和社会公共利益的技术，不得转让。

技术转让合同可以约定让与人和受让人实施专利或者使用专利技术的范围。实施专利或者使用专利技术的范围，是指实施专利的期限、实施专利或者技术秘密的地区和方式。但是，技术转让合同的当事人不得以合同条款限制技术竞争和技术发展，包括：1. 不得通过合同条款限制另一方在合同标的技术的基础上进行新的研究开发；2. 不得通过合同条款限制另一方从其他渠道吸收技术，或者阻碍另一方根据市场的需求，按照合同的方式充分实施专利和使用技术秘密。

第三百四十四条 专利实施许可合同只在该专利权的存续期间内有效。专利权有效期限届满或者专利权被宣布无效的，专利权人不得就该专利与他人订立专利实施许可合同。

「释义」本条是对专利实施许可合同有效期限的规定。

专利实施许可合同只在该项专利权的存续期间内有效。根据专利法的规定，发明专利权的期限为二十年，实用新型专利权和外观设计专利权的期限为十年，均自申请日起计算。在专利权有效期限终止或者专利权宣布无效后，专利权人不得就该项专利与他人订立专利实施许可合同。

专利实施许可合同的让与人应当在合同有效期内维持专利的有效性。在合同有效期内，专利权被终止的，合同同时终止，让与人应当支付违约金或者赔偿损失。专利权被宣布无效的，让与人应当赔偿由此给受让人造成的损失。

第三百四十五条 专利实施许可合同的让与人应当按照约定许可受让人实施专利，交付实施专利有关的技术资料，提供必要的技术指导。

「释义」本条是对专利实施许可合同让与人主要义务的规定。

专利实施许可合同让与人的主要义务是，第一，保证自己是所提供的专利技术的合法拥有人，并且保证所提供的专利技术完整、无误、有效，能够达到合同约定的目的。第二，按照合同的约定，许可受让人实施专利，交付实施专利有关的技术资料，提供必要的技术指导。第三，承担保密义务。第四，排他实施许可合同的让与人不得在已经许可让与人实施专利的范围内，就同一专利与第三人订立专利实施许可合同。独占实施许可合同的让与人不得在已经许可受让人实施专利的范围内实施该专利。独占实施许可合同，即让与人将在一定地域或期限内实施专利技术的权利授与被让与人后，自己不再享有在该范围、该期限内实施专利技术的权利，不再享有向第三人发放实施许可该项专利技术的权利。排他实施许可合同，即让与人在授与受让人实施专利技术的范围、期限内，同时保留自己实施该项专利技术的权利。

第三百四十六条 专利实施许可合同的受让人应当按照约定实施专利，不得许可约定以外的第三人实施该专利；并按照约定支付使用费。

「释义」本条是对专利实施许可合同受让人主要义务的规定。

专利实施许可合同受让人的主要义务，第一，按照合同的约定，支付价款。第二，按照合同约定的范围、方式、期限等实施专利技术，并按照约定支付使用年费。第三，未经让与人同意，不得许可合同约定以外第三人实施该项专利技术。第四，承担保密义务。

第三百四十七条 技术秘密转让合同的让与人应当按照约定提供技术资料，进行技术指导，保证技术的实用性、可靠性，承担保密义务。

「释义」本条是对技术秘密转让合同让与人义务的主要规定。

技术秘密转让合同让与人的主要义务是，第一，保证自己是所提供技术的合法拥有者，并且保证所提供的技术完整、无误、有效，能够达到合同约定的目标；第二，按照合同的约定，提供技术资料，进行技术指导，保证技术的实用性、可靠性；第三，承担

保密义务；第四，承担受让人按照约定使用技术秘密侵害他人合法权益的责任；第五，使用技术秘密不得超出约定的范围；第六，不得擅自许可第三人使用该项技术秘密。

第三百四十八条 技术秘密转让合同的受让人应当按照约定使用技术，支付使用费，承担保密义务。

「释义」本条是对技术秘密转让合同受让人主要义务的规定。

技术秘密转让合同受让人的主要义务是，第一，按照合同的约定使用技术，支付使用费；第二，未经让与人同意，不得擅自许可第三人使用该项技术秘密；第三，使用技术秘密不得超越合同约定的范围；第四，承担保密义务。

第三百四十九条 技术转让合同的让与人应当保证自己是所提供的技术的合法拥有者，并且保证所提供的技术完整、无误、有效，能够达到约定的目标。

「释义」本条是对技术转让合同让与人保证义务的规定。

技术转让合同让与人订立技术转让合同的主要目的是通过转让技术，收取报酬。因此，向受让人转让技术是技术转让合同让与人的基本义务。让与人转让的技术不能是剽窃、冒充、仿造的，必须是自己合法拥有的，也就是说，让与人应当保证自己是所提供技术的合法拥有者，或者保证自己有权转让或者有权许可、使用、实施该项技术。让与人在转让技术时，还应当保证所提供的技术或者文件资料的完整、准确、有效，能够达到合同预期的目标。受让人使用让与人转让或者许可的技术生产或者销售产品，如果被第三人指控侵权，应当由受让人应诉；并承担责任；如果被第三人指控的侵权成立，受让人的经济损失由让与人负责赔偿。

第三百五十条 技术转让合同的受让人应当按照约定的范围和期限，对让与人提供的技术中尚未公开的秘密部分，承担保密义务。

「释义」本条是对技术转让合同受让人保密义务的规定。

技术转让合同的让与人对受让人转让的技术，有的是处于保密状态的技术、有的技

术虽已公开，但是相关的背景材料、技术参数等未曾公开，这些技术及相关材料有可能涉及国家利益或者让与人的重大经济利益。因此，受让人对让与人提供或者传授的技术和有关技术资料，应当按照合同约定的范围和期限承担保密义务。对超过合同约定范围和期限仍需保密的技术，受让人应当遵循诚实信用的原则，履行合同保密的附随义务。

第三百五十一条 让与人未按照约定转让技术的，应当返还部分或者全部使用费，并应当承担违约责任；实施专利或者使用技术秘密超越约定的范围的，违反约定擅自许可第三人实施该项专利或者使用该项技术秘密的，应当停止违约行为，承担违约责任；违反约定的保密义务的，应当承担违约责任。

「释义」本条是对技术转让合同的让与人违约责任的规定。

1. 违反专利权转让合同的责任。让与人不履行合同义务，迟延履行专利权移交手续，未提供有关的技术资料，转让的专利不是让与人合法拥有的专利或者违反保密义务的，应当返还部分或者全部使用费，并且应当承担违约责任。

2. 违反专利申请权转让合同的责任。让与人不履行合同，迟延提供技术情报和资料的，或者所提供的技术情报和资料没有达到使该领域一般专业技术人员能够实施发明创造的程度的，应当承担违约责任。违反保密义务的，应当承担违约责任。

3. 违反专利实施许可合同的责任。让与人未按照约定转让专利技术，应当返还部分或者全部使用费，并且承担违约责任；使用专利技术超越约定的范围，违反约定擅自许可第三人使用该项专利技术，应当停止违约行为，承担违约责任；违反保密义务的，承担违约责任；承担受让人按照约定使用专利技术侵害他人合法权益的责任。

4. 违反技术秘密转让合同的责任。让与人未按照合同约定转让技术秘密的，应当返还部分或者全部使用费，并且承担违约责任；使用技术秘密超越合同约定的范围，违反约定擅自许可第三人使用该项技术秘密，应当停止违约行为，承担违约责任；技术秘密成果达不到合同约定的技术指标，承担违约责任。违反保密义务，泄露技术秘密，使受

让人遭受损失的，承担违约责任。承担受让人按照约定使用技术秘密侵害他人合法权益的责任。

第三百五十二条 受让人未按照约定支付使用费的，应当补交使用费并按照约定支付违约金；不补交使用费或者支付违约金的，应当停止实施专利或者使用技术秘密，交还技术资料，承担违约责任；实施专利或者使用技术秘密超越约定的范围的，未经让与人同意擅自许可第三人实施该专利或者使用该技术秘密的，应当停止违约行为，承担违约责任；违反约定的保密义务的，应当承担违约责任。

「释义」本条是对技术转让合同的受让人违约责任的规定。

1. 违反专利权转让合同的责任。受让人未按照约定支付价款，应当补交并按照约定支付违约金，不补交价款或者支付违约金的，应当停止实施专利，交还技术资料，承担违约责任；违反保密义务的，承担违约责任。

2. 违反专利申请权转让合同的责任。受让人不履行合同，迟延支付价款的，承担违约责任。未按照约定支付价款，应当补交并承担违约责任；不补交价款或者不支付违约金的，应当返还专利申请权，交还技术资料，并承担违约责任。违反保密义务的，承担违约责任。

3. 违反专利实施许可合同的责任。受让人未按照约定支付使用费，应当补交使用费并按照约定支付违约金；不补交使用费或者支付违约金的，应当停止使用专利技术，交还技术资料，承担违约责任；使用专利技术超越约定范围，未经让与人同意擅自许可第三人使用该专利技术的，应当停止违约行为，承担违约责任。违反保密义务的，应当承担违约责任。

4. 违反技术秘密转让合同的责任。受让人不按照合同约定支付使用费的，应当补交使用费并按照约定支付违约金；不补交使用费或者支付违约金的，应当停止使用技术秘密，交还技术资料，承担违约责任；使用技术秘密超越约定的范围，未经让与人同意擅

自许可第三人实施使用该技术秘密的，应当停止违约行为，承担违约责任；违反保密义务，泄露技术秘密，给让与人造成损失的，应当承担违约责任。

第三百五十三条 受让人按照约定实施专利、使用技术秘密侵害他人合法权益的，由让与人承担责任，但当事人另有约定的除外。

「释义」本条是对技术转让合同转让人侵权责任的规定。

技术转让合同的实质是科学技术知识、信息和生产实践经验在不同法律关系主体之间的传递和扩展。这种传递和扩展同时也是技术权益的转移，即采用合同形式把专利权、专利申请权、专利使用权和技术秘密的使用权转移给受让人。让与人转让的是某一项技术成果，不是利用公知的技术知识为对方提供咨询服务。因此，转让人有义务保证受让人按照合同约定实施专利、使用技术秘密不会导致侵害他人的合法权益。如果受让人按照合同约定实施专利、使用技术秘密引起侵害他人合法权益的，该侵权责任由让与人承担，但是合同当事人另有约定的除外。

第三百五十四条 当事人可以按照互利的原则，在技术转让合同中约定实施专利、使用技术秘密后续改进的技术成果的分享办法。没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，一方后续改进的技术成果，其他各方无权分享。

「释义」本条是对技术转让合同中后续改进技术成果分享办法的规定。

后续改进，是指在技术转让合同有效期内，一方或双方对作为合同标的的专利技术或者技术秘密成果所作的革新和改良。技术转让合同的订立和履行，不仅实现了现有技术的转移、推广和应用，而且也是当事人进行改良、革新和进行新的研究开发的基础。合同订立后，当事人一方或者双方在技术转让合同标的的技术的基础上作出创新和改良是常见的现象。这种创新和改良推动了科学技术迅速发展。

本条规定首先明确了，实施专利、使用技术秘密后续改进的技术成果属于完成该项后续改进的人。其次，技术转让合同的当事人双方可以按照互利的原则，在合同中约定

实施专利、使用技术秘密后续改进的技术成果的股份办法。没有约定或者约定不明确，当事人可以协议补充，不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定。按照合同有关条款或者交易习惯仍不能确定，一方后续改进技术的技术成果，其他各方无权分享。

互惠使用后续改进的技术，当事人应当另行订立合同。

第三百五十五条 法律、行政法规对技术进出口合同或者专利、专利申请合同另有规定的，依照其规定。

「释义」本条是对技术进出口合同的规定。

我国境内的自然人、法人或者其他组织从国外引进或者向国外输出技术与技术输出国或者技术引进国的当事人订立的合同，称为技术进出口合同。

专利权转让、专利申请权转让涉及专利问题，因此，当事人订立专利权转让合同或者专利申请权转让合同，不仅要遵守本章的有关规定，还要遵守专利法等其他法律、法规的规定。

第四节技术咨询合同和技术服务合同第三百五十六条 技术咨询合同包括就特定技术项目提供可行性论证、技术预测、专题技术调查、分析评价报告等合同。

技术服务合同是指当事人一方以技术知识为另一方解决特定技术问题所订立的合同，不包括建设工程合同和承揽合同。

「释义」本条是对技术咨询合同和技术服务合同定义的规定。

1. 技术咨询合同技术咨询合同，是指科技人员作为受托人运用自己的科学技术知识和技术手段，对委托人提出的特定技术项目进行可行性论证、技术预测、专题技术调查、分析评价等活动，委托人支付咨询费的合同。故本条规定，技术咨询合同包括就特定技术项目提供可行性论证、技术预测、专题技术调查、分析评价报告等合同。

当事人可以就下列技术项目的预测、分析、论证、预测和调查订立技术咨询合同：

(1) 有关科学技术与经济、社会协调发展的软科学研究项目。(2) 促进科技进步和管理现代化,提高经济效益和社会效益的技术项目。(3) 其他专业性技术项目。

当事人一方委托另一方就解决特定技术问题提出实施方案、进行实施指导所订立的合同,是技术服务合同,不适用有关技术咨询合同的规定。

2. 技术服务合同 技术服务合同是指当事人一方以技术知识为另一方解决特定技术问题所订立的合同,不包括建设工程合同和承揽合同。

技术服务合同中所称的特定技术问题,是指需要运用科学技术知识解决专业技术工作中有关改进产品结构、改良工艺流程、提高产品质量、降低产品成本、节约资源能耗、保护资源环境、实现安全操作、提高经济效益和社会效益等问题。

符合下列条件的,可以认定是技术服务合同:(1) 合同的标的是运用专业技术知识、经济和信息解决特定技术问题的项目; 2. 服务内容是改进产品结构、改良工艺流程、提高产品质量、降低产品成本、节约资源能耗、保护资源环境、实现安全操作、提高经济效益和社会效益等专业技术工作;(3) 工作成果有具体质量和数量指标;(4) 技术知识的传递不涉及专利和技术秘密成果的权属。

下列合同不属于技术服务合同:(1) 以常规手段或者为生产经营目的进行一般加工、定作、修理、修缮、广告、印刷、测绘、标准化测试等订立的加工承揽合同和建设工程的勘察、设计、安装、施工合同。但以非常规技术手段,解决复杂、特殊技术问题而单独订立的合同除外。2. 就描晒复印图纸、翻译资料、摄影摄像和体验等所订立的合同。

(3) 计量检定单位就强制性计量检定所订立的合同。(4) 理化测试分析单位就仪器设备的购销、租赁及用户服务所订立的合同。

第三百五十七条 技术咨询合同的委托人应当按照约定阐明咨询的问题,提供技术背景材料及有关技术资料、数据;接受受托人的工作成果,支付报酬。

「释义」本条是对技术咨询合同的委托人主要义务的规定。

技术咨询合同的委托人应当全面履行合同约定的各项义务：第一，按照合同的约定，阐明咨询问题，提供技术背景材料及有关技术资料、数据；第二，为受托人进行调查论证提供必要的工作条件；第三，除合同另有约定，承担受托人进行调查研究、分析论证、试验测定的经费；第四，应受托人的要求及时补充有关资料和数据；第五，应受托人的要求，对受托人提供的技术资料和数据予以保密，只有在合同没有约定的情况下，可以引用、发表和向第三人提供；第六，按照合同约定的期限和方式接受受托人的工作成果，及时支付报酬。

第三百五十八条 技术咨询合同的受托人应当按照约定的期限完成咨询报告或者解答问题；提出的咨询报告应当达到约定的要求。

「释义」本条是对技术咨询合同的受托人主要义务的规定。

技术咨询合同的受托人应当全面履行合同约定的各项义务：第一，对技术项目进行调查、论证；第二，发现委托人提供的技术资料、数据有明显错误和缺陷的，应当及时通知委托人补充、修改；第三，利用自己的技术知识和人才优势，按照合同的约定完成咨询报告或者解答问题；保证咨询报告和意见符合合同约定的要求；第四，应委托人的要求，对委托人提供的技术资料和数据予以保密，只有在合同没有约定的情况下，可以引用、发表和向第三人提供；第五，按时合同约定，承担调查研究、分析论证、试验测定的经费；第六，维护委托人的技术、经济权益。在合同有效期内，就同类技术项目与委托人的竞争者订立技术咨询合同的，应当征得委托人的同意。

第三百五十九条 技术咨询合同的委托人未按照约定提供必要的资料和数据，影响工作进度和质量，不接受或者逾期接受工作成果的，支付的报酬不得追回，未支付的报酬应当支付。

技术咨询合同的受托人未按期提出咨询报告或者提出的咨询报告不符合约定的，应当承担减收或者免收报酬等违约责任。

技术咨询合同的委托人按照受托人符合约定要求的咨询报告和意见作出决策所造成的损失，由委托人承担，但当事人另有约定的除外。

「释义」本条是对技术咨询合同当事人违约责任和涉及决策风险责任的规定。

1. 违约责任技术咨询合同的当事人违反合同约定，应当依照合同约定的违约条款以及合同法有关违约责任的规定，承担违约责任。

(1) 委托人违反技术咨询合同的违约责任。

委托人未按期支付报酬的，应当补交报酬，并承担违约责任；未按照约定提供必要的数据和资料，或者所提供的数据、资料有严重缺陷，影响工作进度和质量的，已支付的报酬不得追回，未支付的报酬应当支付。给受托人造成损失的，应当承担违约责任。委托人逾期不提供或者不补充有关技术资料、数据和工作条件，导致受托人无法开展工作的，受托人有权解除合同，委托人承担违约责任。但合同另有约定的除外。委托人接受或者逾期不接受工作成果的，向受托人支付的报酬不得追回，未支付的报酬应当支付，并且还应当支付受托人因保管工作成果所支出的费用。

(2) 受托人违反技术咨询合同的违约责任。

受托人迟延提交咨询报告和意见的，应当减收或者免收报酬，并承担违约责任；提供的咨询报告和意见不符合合同约定条件的，应当减收或者免收报酬，并承担违约责任；不提交咨询报告和意见，或者所提交的咨询报告和意见水平低劣，无参考价值的，应当免收报酬，并承担违约责任；受托人在接到委托人提交的技术资料和数据后，不进行调查论证，委托人有权解除合同，受托人应当返还委托人已付的报酬，并承担违约责任，但是合同另有约定的除外。

2. 技术咨询合同涉及的决策风险责任当事人可以在技术咨询合同中约定对咨询报告和意见的验收或者评价办法。合同没有约定的，按照合乎实用的一般要求组织鉴定。咨询报告和意见经验收合格后，合同即告终止。委托人是否采纳以及如何采纳受托人作出

的咨询报告或者意见，由委托人自行决策。受托人对委托人实施咨询报告或意见所受到的损失，不负赔偿责任，除非合同另有约定。这就是技术咨询合同涉及的决策风险责任。这是因为：

第一，技术咨询合同的受托人为委托人完成的咨询建议、设计方案、分析调查结论以及可行性报告等，是受托人根据自己掌握的技术知识、信息和经验对技术项目进行的分析、论证和预测，只供委托人决策时选择参考，不是直接可以付诸实践的技术研究成果。

第二，技术咨询合同的履行具有滞后性，委托人是在受托人提交咨询报告或意见后，经过鉴别和取舍后才实施的。而社会客观情况是复杂多变的，此时的咨询报告或意见是否还能适应实际情况，起到指导实践的作用，尚有待于实践的检验。

第三，正确的咨询报告或意见付诸实施后，还要根据实际情况采取相应的措施，有时要作必要的修改和补充，而技术咨询合同的受托人一般不参加委托人对技术项目的决策和实施，因此，受托人对委托人按照咨询报告和意见作出决策并付诸实施所发生的损失不承担责任。但是，合同另有约定除外。

本条关于技术咨询合同涉及的决策责任的规定，目的是为了鼓励受托人积极向委托人提供咨询意见，但是受托人不能因此对委托人委托的技术项目不作调查研究，对咨询报告和意见不负责。如果受托人提供的咨询报告和意见没有科学依据，或者有明显的缺陷甚至错误，应当承担违反合同的违约责任。

第三百六十条 技术服务合同的委托人应当按照约定提供工作条件，完成配合事项；接受工作成果并支付报酬。

「释义」本条是对技术服务合同的委托人主要义务的规定。

技术服务合同的委托人应当全面履行合同约定的义务：第一，按照合同的约定提供工作条件，完成配合事项；第二，按照合同的约定，承担受托人完成专业技术工作，解

决技术问题需要的经费；第三，应受托人的要求，在约定的期限内补充、修改或者更换已提供的，不符合合同约定的技术资料、数据、样品、材料或者工作条件，并及时通知受托人；第四，在履行合同期间，对受托人因发现继续工作对材料、样品或者设备等有损坏危险，而中止工作的通知以及处理建议，在约定的期限内作出答复；第五，接受工作成果并支付报酬；第六，对受托人完成的工作成果承担保密义务。

第三百六十一条 技术服务合同的受托人应当按照约定完成服务项目，解决技术问题，保证工作质量，并传授解决技术问题的知识。

「释义」本条是对技术服务合同的受托人主要义务的规定。

技术服务合同的受托人应当全面履行合同约定的义务：第一，按照约定完成服务项目，解决技术问题，保证工作质量，并传授解决技术问题的知识；第二，除合同另有约定的以外，承担完成专业技术工作。解决技术问题的经费；第三，发现委托人提供的技术资料、数据、样品、材料或者工作条件不符合合同约定的，应当及时通知委托人在约定的期限内补充、修改或者更换；第四，在履行合同期间、发现继续工作对材料、样品或者设备等有损坏危险时，应当中止工作，并及时通知委托人或者提出建议；第五，对委托人提供的技术资料、数据、样品承担保密义务。

第三百六十二条 技术服务合同的委托人不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，影响工作进度和质量，不接受或者逾期接受工作成果的，支付的报酬不得追回，未支付的报酬应当支付。

技术服务合同的受托人未按照合同约定完成服务工作的，应当承担免收报酬等违约责任。

「释义」本条是对技术服务合同的当事人违约责任的规定。

技术服务合同的当事人违反合同约定，应当承担违约责任：

1. 委托人的违约责任委托人不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，影响工

作进度和质量，不接受或者逾期接受工作成果的，支付的报酬不得追回，未支付的报酬应当支付。具体讲：委托人未按照合同约定提供有关技术资料、数据、样品和工作条件，影响工作质量和进度的，应当如数支付报酬。委托人逾期不提供约定的物质技术条件的，受托人有权解除合同，委托人应当支付违约金或者赔偿由此给受托人造成的损失。

委托人逾期不支付报酬或者违约金的，应当交还工作成果，补交报酬，支付违约金或者赔偿损失。

委托人迟延接受工作成果的，应当支付违约金和保管费。委托人逾期不领取工作成果的，受托人有权处分工作成果，从所获得的收益中扣除报酬、违约金和保管费后剩余部分返还委托人，所获得的收益不足抵偿报酬、违约金和保管费的，有权请求委托人赔偿损失此外，委托人还应当承担在接到受托人关于提供的技术资料、数据、样品。材料或者工作条件不符合合同约定的通知后，未能在约定的期限内补充、修改、更换或者不按期作出答复的责任；承担在履行合同期间，接到受托人因发现继续工作将对材料、样品或者设备等发生损坏危险而中止工作或者处理建议的通知后，未在约定的期限内作出答复的责任；承担违反保密义务，泄露受托人完成的需要保密的工作成果的责任。

2. 受托人的违约责任技术服务合同的受托人未按照合同约定完成服务工作的，应当承担免收报酬等违约责任。具体讲：受托人迟延交付工作成果的，应当支付违约金。受托人逾期不交付工作成果的，委托人有权解除合同，受托人应当交还技术资料和样品，返还已付的报酬，支付违约金或者赔偿损失。

受托人的工作成果、服务质量有缺陷，委托人同意利用的，受托人应当减收报酬并采取适当补救措施；工作成果、服务质量有严重缺陷，没有解决合同约定的技术问题的，受托人应当免收报酬，支付违约金或者赔偿损失。

受托人对委托人交付的样品、技术资料保管不善，造成灭失、缺少、变质、污染或者损坏的，应当支付违约金或者赔偿损失。

此外，受托人还应当承担发现委托人提供的技术资料、数据、样品、材料或者工作条件不符合合同约定，未能及时通知委托人的相应责任；承担在履行合同期间，发现继续工作会对材料、样品或者设备等有损坏危险而中止工作后，不及时通知委托人并未采取适当措施的相应责任；承担违反保密义务，泄露委托人提供的需要保密的技术资料、数据、样品的相应责任。

在实际生活中，有些技术服务合同的工作成果、服务质量，在短期内难以发现缺陷，需要经过较长时期的实践检验，对此，技术服务合同的当事人可以在合同中约定保证期。在保证期内发现服务质量缺陷的，受托人应当负责返工或者采取补救措施。但因委托人使用、保管不当引起的问题除外。

第三百六十三条 在技术咨询合同、技术服务合同履行过程中，受托人利用委托人提供的技术资料和工作条件完成的新的技术成果，属于受托人。委托人利用受托人的工作成果完成的新的技术成果，属于委托人。当事人另有约定的，按照其约定。

「释义」本条是对技术咨询、技术服务合同履行过程中产生的技术成果的归属和分享的规定。

技术咨询合同履行过程中，受托人在对委托人提供的数据、资料和背景材料进行研究分析、论证时，可能会产生新的技术成果；委托人根据受托人提供的咨询报告，在分析、论证的基础上，也可能会开发出新的技术成果。同样，技术服务合同的受托人有时会基于委托人提供的有关背景材料、技术资料、数据、样品和工作条件等派生出新的技术成果。委托人也可能在取得受托人的技术服务成果后，进行后续研究开发，利用所掌握的知识。创造出新的技术成果。

新的技术成果是指，技术咨询合同或者技术服务合同的当事人在履行合同义务之外派生完成的或者后续发展的技术成果。处理这类技术成果的归属和分享基本原则是，第一，谁完成谁拥有；第二，允许当事人作特别约定。故合同法在本条规定，技术咨询合

同、技术服务合同履行过程中，受托人利用委托人提供的技术资料和工作条件完成的新的技术成果，属于受托人。委托人利用受托人的工作成果完成的新的技术成果，属于委托人。当事人另有约定的，按照其约定。

依据这一规定，当事人可以在技术咨询合同或者技术服务中约定这种可能产生的技术成果的归属和分享办法。当事人对履行技术咨询合同、技术服务合同所产生的新的技术成果的归属和分享办法的特别约定，优于法律的一般原则规定。如果当事人在合同中对新产生的技术成果的归属和分享办法没有约定，或者约定不明确，那么，受托人利用委托人提供的技术资料和工作条件完成的新的技术成果，属于受托人。委托人利用受托人的工作成果完成的新的技术成果，属于委托人。另一方无权参与分享新的技术成果。

第三百六十四条 法律、行政法规对技术中介合同、技术培训合同另有规定的，依照其规定。

「释义」本条是对技术中介合同和技术培训合同的规定。

技术中介合同，是指当事人一方以知识、技术、经验和信息为另一方与第三方订立技术合同进行联系、介绍、组织工业化开发并对履行合同提供服务所订立的合同。

技术培训合同，是指当事人一方委托另一方对指定的专业技术人员进行特定项目的技术指导和专业训练所订立的合同，不包括职业培训、文化学习和按照行业，单位的计划进行的职工业余教育。

科技部（原国家科委）曾发文，对什么是技术培训合同、什么是技术中介合同，这两类合同应当具备的主要条款、双方当事人的权利义务、违约责任以及其他有关内容等都作了详细的规定，当事人在依照合同法订立、履行技术培训合同或者技术中介合同时，可以参照这一规定。

❖ 连续订立二次固定期限劳动合同后订立无固定期限劳动合同的法律适用 用动合同的期限——《劳动合同法》解读之二

《劳动合同法》第十四条规定：无固定期限劳动合同，是指用人单位与劳动者约定无确定终止时间的劳动合同。

用人单位与劳动者协商一致，可以订立无固定期限劳动合同。有下列情形之一，劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，应当订立无固定期限劳动合同：

（一）劳动者在该用人单位连续工作满十年的；

（二）用人单位初次实行劳动合同制度或者国有企业改制重新订立劳动合同时，劳动者在该用人单位连续工作满十年且距法定退休年龄不足十年的；

（三）连续订立二次固定期限劳动合同，且劳动者没有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形，续订劳动合同的。

用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。

其中第（三）项规定连续订立二次固定期限劳动合同，且劳动者没有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形，续订劳动合同的，应当订立无固定期限劳动合同。

关于对第（三）项规定，有两种理解：

理解一：只要连续订立二次固定期限劳动合同，且劳动者没有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形，劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，应当订立无固定期限劳动合同，用人单位不得拒绝，简单的说，就是只要满足了“二次”这个条件，且无法定的否定情形，劳动者一提出，

用人单位就必须签订，这也是大多数人的理解。

理解二：为了便于直观的理解，笔者将法条顺序调整一下：“连续订立二次固定期限劳动合同，且劳动者没有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形，续订劳动合同的，劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，应当订立无固定期限劳动合同。”该条规定在“劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同”之前需具备三个条件，即：

- 1、连续订立二次固定期限劳动合同；
- 2、劳动者没有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形；
- 3、续订劳动合同的；

第（一）项，第（二）项均无“续订劳动合同的”这个条件，只要达到十年则可直接签订，第（三）项中增加了“续订劳动合同的”这个条件，根据法条前后文意思应当是指前面二次固定期限劳动合同终止后，再次决定续订劳动合同的，劳动者提出要求，则应当签订无固定期限劳动合同。如果用人单位不愿意再次“续订劳动合同的”呢，则双方劳动关系终止，因为缺乏“续订劳动合同的”意思表示，即使劳动者提出要求，也因不符合该条规定的条件而无法达到目的。

两种不同的理解，结果却天壤之别，从立法精神看，第一种理解更能保护劳动者的利益，从条文文意看，第二种理解也不能说错误，看来，此条将是实务操作中富有争议的条款。

✉ 章律师信箱

❖ 投资入股是否必然成为股东？

我朋友张某与人合伙开办了一公司，后因公司缺资金周转，2003年初，张某找到我借款，我们约定：我的10万元作入股资金，不管张某公司是否亏损，我每年可分得红利3000元。因张某的公司亏损，张某未支付我红利。我找到张某要求其偿还入股资金10万元及拖欠的红利4500元，张某认为该10万元钱是投资款，不能归还，而且我应共同承担亏损责任。请问，我能要回这10万元钱吗？

根据你介绍的情况，简要回答如下：

本案取决于一个关键事实，即这10万元钱是否属于投资款。如果是投资款，你不能收回；如果仅是借款，你则有权收回。

要确定你是否向张某的公司投资了10万元钱，首先要看张某公司的内部文件。如张某公司是否有关于吸纳你加入公司的董事会决议，股东会是否以2/3以上的表决权表决通过了你加入公司的决议，张某公司是否向你签发了出资证明书，并在修改后的公司章程或者修正案中将你纳入公司的股东名单。

其次要看张某公司是否进行了股东和注册资本的变更登记。如果张某的公司吸纳你成为它的股东，它应该向工商局提供相关的股东会决议、修改后的公司章程或者修正案、会计师事务所关于张某的公司已经实际收到你的投资款的验资报告、以及一些其它相关文件，进行相关的股东和注册资本的变更登记。

再次要看你在张某的公司是否实际行使了股东权利。如是否以股东身份参与了公司经营决策等。

当然，并非一定要满足上述全部的三个条件，在进行了工商登记或者张某公司内部的文件都能够表明你已经实际被吸纳为公司股东的情况下，依然可以认定你是张某公司的股东。



联系律师：



信利律师事务所 北京 上海 广州

C & I PARTNERS 深圳 青岛 新加坡

章 琦 律师 法学硕士

上海分所：中国上海浦东南路 256 号华夏银行大厦 602 室 邮编：200120

电话：(8621)63518888-859 传真：(8621)63503008

手机：13817713185

E-mail: zq@xinlilaw.com

— END —