## 案例3：专利技术服务合同与专利技术开发合同的区别、不可抗力及鉴定

A科技公司与B钢铁公司关于《技术服务合同》争议仲裁案

**案例综述**[[1]](#footnote-0)**：**

本案纠纷涉及《技术服务合同》与《技术合作开发合同》的性质认定、相关行业整合是否属于“不可抗力”、司法鉴定报告的采信问题，具有典型的参考意义。

申请人A科技公司与被申请人B钢铁公司签订《技术服务合同》，利用申请人的技术针对被申请人的电炉产钢时所产生的烟气余热建立节能减排发电站。合同签订后，申请人如期按约履行了自己的合同义务，但后来国家对钢铁行业进行整合，被申请人一直怠于履行自身的合同义务，且被申请人不再具备履行合同的能力，导致了申请人的经济损失，双方因此产生纠纷。双方的争议焦点集中在：1.《技术服务合同》的性质；2.国家对钢铁行业的整合是否属于不可抗力？3.对司法鉴定报告的不同解读。仲裁庭认为，涉案合同无论从名称还是内容来看均应当认定为技术服务合同；宏观政策的变化并没有直接涉及到被申请人，被申请人没有受到任何国家强制性政策和强制性法律规范的约束，国家对钢铁行业的整合不能构成不可抗力；本案司法鉴定报告中部分鉴定意见符合双方当事人的约定和法律的公正、公平原则，可以作为被申请人赔偿申请人投资损失和利润损失的标准，而另有部分鉴定意见是参照2011年度国有水力发电业的替代方法来计算现金利润，不符合本案的实际情况，本案所涉的“余热发电”，与“水力发电”没有可比性和可参照性，不能适用于本案的处理。

**一、案情回顾**

 2007年申请人与被申请人签订《技术服务合同》，约定申请人运用自己的专利和专有技术，自筹资金为被申请人建设余热电站并为被申请人提供1#、2#电炉余热发电的技术开发服务，并承担项目建设期内的损失，但不包括由被申请人造成的或被申请人未尽到本合同规定的义务而引起的损失，被申请人向申请人支付节能减排技术服务费，同时申请人享受本项目的一切补贴、CDM和优惠政策获益的收益权。合同签订后申请人依约投资建设余热电站，2010年3月工程经过调试运行验收合格，可以交付生产。但被申请人随后通知申请人其将于2010年10月8日起临时停产，并认为钢铁产业结构调整是国家意志，是以产能置换为前提，停产是不可抗力。申请人认为被申请人一直怠于履行自身的合同义务，长时间不生产直至停产，其行为已经构成了根本违约，直接导致了合同根本目的无法实现，造成了申请人的巨额经济损失，应承担全部的赔偿责任。申请人的仲裁请求如下：

 1．裁决解除申请人与被申请人于2007年12月4日签订的《技术服务合同》。

 2．裁决被申请人承担违约责任，赔偿申请人的全部损失共计人民币307,759,059.81元。其中包括：项目投资损失人民币81,650,559.81元；项目投资损失的同期银行贷款利息损失人民币11,625,138.27元（自2010年3月21日起暂计至2012年7月13日）；违约金人民币7,473,500元（自2010年4月1日起暂计至2012年6月30日）；节能减排技术服务费损失人民币207,009,861.73元（按评估结果的91.5%计算）。

 3．裁决被申请人向申请人支付已取得的国家补贴及奖励资金共计人民币138万元。

 4．裁决被申请人赔偿申请人律师费人民币160万元。

 5．裁决被申请人承担本案全部仲裁费用。

**二、双方观点**

**（一）申请人的观点**

1．本案所涉合同是技术服务合同，不是“技术开发合同”。涉案合同就申请人运用自己的专利和专有技术，为被申请人提供电炉烟气能源综合利用的节能减排设备建设及技术服务作了详细的权利义务约定。《中华人民共和国合同法》（下称《合同法》）第330条规定，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”，其侧重点是合同主体对新技术或条件的研究开发。第356条规定，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”。这一合同的侧重点则是一方以其自身技术为另一方提供技术服务，是以另一方接受服务为落脚点。涉案合同无论从订立背景、合同条款的约定和合同订立的根本目的上看都是技术服务合同。

2．本案中不存在不可抗力，产业调整并非近期刚刚提出，只是近期刚获得国家批准而已。这是双方合同签订时已经预见到的，并且将已经预见的事实和后果处理明确写入了《技术服务合同》第16条第4款，因此该产业调整不能认定为不可抗力事由。被申请人作为独立的市场主体，对于该产业调整的发生，被申请人并非不可避免或不可克服。况且，产业调整并不一定必然导致现有损失结果的发生，如果被申请人在事情发生时及时通知了申请人，并将项目列入重组谈判之中，也有可能由新的主体来承接原合同权利义务。

1. 申请人不反对按照《司法会计鉴定意见书》第1、2、3.1点意见来处理，但明确反对按照第3.2点意见来处理，认为鉴定意见第3.2点完全脱离了本案的合同约定和客观事实，缺乏司法鉴定的严谨与客观性，鉴定机构不能假定还未发生的事实或不可能出现的风险，并以此进行所谓替代计算方法作出结论，仲裁庭也不可能凭假定为依据作出裁定。

总之，被申请人怠于履行合同义务，长时间停产，导致已建设的节能减排项目技术设备一直闲置，合同目的根本无法实现，依据《合同法》第94条第4款、第97条的规定，申请人有权要求解除合同并要求被申请人承担全部的违约和赔偿责任。

**（二）被申请人的观点**

1. 涉案合同名为“技术服务合同”，实为技术合作开发合同。不同意赔偿申请人项目投资损失，但可分担技术合作开发失败的损失。

（1）申请人不具备完整的、关键的余热发电技术服务能力。

（2）合同内容和实际履行均为“技术合作开发合同”。被申请人以大量的人力、财力承担了投资、建设、技术审定、劳务等法定的技术合作开发义务。反之，申请人却没有成熟的技术知识提供技术服务，只能与多方进行合作开发和实验。

（3）本案项目属于EMC项目，EMC项目的商业惯例是由投资方承担全部法律风险。本案合同中申请人的真实意思表示符合该商业惯例。

（4）技术合作开发失败的原因是多方面的。首先，申请人设计的工艺和除尘技术是试运行节能效果差的主要原因。其次，被申请人因不可抗力停产是技术合作开发失败的根本原因。不可抗力具有不能预见、不能避免、不能抗拒的特点。双方都是国有企业，对行政决策的影响力都深知不能预见、不能避免也不能抗拒。在国家作出对所属钢铁企业具有实质性影响的钢铁重组政策中，被申请人只能接受调整。对此，合同双方签约前不能预见，签约后不能避免也不能抗拒。这是典型的不可抗力，也具备典型的“中国特色”，双方当事人责任应因此而调整。

（5）技术合作开发费用损失，应由双方共同承担。《合同法》第338条规定了因无法克服的技术困难才可以按约定承担风险责任。本案技术合作开发合同的失败主要是不可抗力造成的，双方均可免责，技术合作开发损失由双方共同承担。

2. 被申请人明确反对按照《司法会计鉴定意见书》第1、2点意见来处理，认为仲裁裁决必须以现值为基础，因此必须排除其鉴定结果的第1点和第2点。第3.1意见因未考虑经营风险，鉴定结果显然有失公平。第3.2点意见因不符合基本的会计准则，应不予考虑，如此假设违背了会计原理和经济规律，以之为裁决依据将违背仲裁的合法性原则。

**三、仲裁庭意见**

**（一）关于《技术服务合同》的效力、性质及履行**

1．申请人与被申请人签订的《技术服务合同》，意思表示真实，形式和内容都符合国家法律规定，合法有效，双方当事人都应该依法严格履行合同所约定的义务。

2．关于《技术服务合同》的性质，虽然被申请人存有异议，但是，基于该合同的名称及其相关内容，仲裁庭认为，申请人与被申请人之间的合同完全属于《合同法》第356条第2款所规定的技术服务合同。

（1）双方当事人签订的合同名称就直接叫做《技术服务合同》。

（2）该《技术服务合同》的“序言”明确表明：是申请人运用自己的专利技术和专有技术，为被申请人提供电炉烟气能源综合利用的节能减排技术服务，自筹资金建设一座装机容量为10MW的余热电站和配套系统，并提供项目设计、设备采购、工程施工、设备安装调试、人员培训及负责余热电站的运营管理……被申请人同意接受申请人的服务，提供项目建设、运营所需用地以及排放的废弃余热，购买电站生产的所有电量。合同目的就是由申请人向被申请人提供技术服务，被申请人接受申请人的技术服务。

（3）该《技术服务合同》第2条第2款还明确约定：项目内容为申请人凭借自己的专利及专有技术，协助被申请人回收并综合利用1#、2#电炉在生产过程中废弃的余热资源，为被申请人提供技术方案，设计建造一座利用废弃排放烟气余热发电的电站，并负责该电站的运营管理，通过收取节能减排技术服务费的方式获得回报。合同所约定的完全属于由申请人向被申请人提供技术服务的项目内容。

（4）该《技术服务合同》第3条明确约定的申请人工作范围为：在实地调查的基础上做出测算，以自己所有的专利技术和专有技术为基础，制定利用电炉烟气余热并发电的技术开发方案；以上述技术方案为依据，设计、建造一座相应规模的电炉烟气余热电站；为余热电站提供按申请人自有专利技术和专有技术生产的设备及其他非标设备；为余热电站采购与专利设备和专有技术设备配套的标准设备；完成本项目设备的安装、调试；提供电站设备，特别是专利设备及专有设备及其使用手册，并就申请人的专有技术应用对电站的运行人员进行培训；筹集提供本项目节能减排技术服务的所有费用及所有必要的融资安排；负责成立项目公司，取得合法的运营资格，负责项目运营。完全属于技术服务合同的工作内容。

（5）该《技术服务合同》第9条所约定的被申请人接受申请人按合同约定提供的服务，包括各种技术方案、人员、本项目的建设、运营管理；按本合同规定的时间和数额向申请人支付节能减排技术服务费；应当按照申请人工作进展及要求，办理与项目有关的建设审批、建设用地审批、消防及安全评价、施工许可证及其他施工的所需证件、批件、停水、停电、中断道路交通、爆破作业等的一切申请批准手续；对1#、2#电炉的余热资源利用进行调查和测算，在合同期内免费提供1#、2#电炉全部的余热资源；协助申请人审定项目实施过程中的各种技术文件；及时为申请人安装余热回收锅炉提供便利，协助申请人安装的余热锅炉完成与1#、2#电炉生产线的正常对接；合同期内，被申请人提供本项目建设、运营用地和余热资源供申请人使用，保证烟气经汽化冷却烟道送至余热锅炉，并保证其不改变或不允许他人改变现场环境以致影响本项目的建造和运行等合同义务，都属于《合同法》第360条规定的“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”。

3．被申请人基于《技术服务合同》第9条所应该履行的上述义务，没有任何内容涉及被申请人与申请人合作开发本案所涉“专利技术和专有技术”。而且，被申请人没有提供任何证据证明其自身具有与申请人合作开发本案所涉“专利技术和专有技术”的能力；没有提供任何证据证明其在本案所涉合同的履行过程中与申请人合作开发出了什么“专利技术和专有技术”。被申请人作为建设单位和接受服务的单位，提供《合同法》第360条规定的接受服务的“工作条件”和“完成配合事项”不属于“合作开发”，更不属于“技术合作开发”的范畴。被申请人有关“合同内容和实际履行均为技术合作开发合同，合同实为技术合作开发合同；被申请人以大量的人力、财力承担了投资、建设、技术审定、劳务等法定的技术合作开发义务；反之，申请人却没有成熟的技术知识提供技术服务，只能与多方进行合作开发和实验”的主张没有事实和法律依据，仲裁庭不能给予支持。

4．在《技术服务合同》签订后，申请人完全按照合同的约定，运用自己的专利技术和专有技术，为被申请人提供电炉烟气能源综合利用的节能减排技术服务，自筹资金建设了一座装机容量为10MW的余热电站，通过了72小时的试运行，并获得了供电局同意并网的意见，和《省电力工程质量监督中心站质量监督检查签证书》，切实履行了自己的合同义务，是《技术服务合同》的守约方。

**（二）关于本案的“不可抗力”**

仲裁庭认为，本案不存在不可抗力，被申请人有关本案存在不可抗力的主张没有事实依据和法律依据，仲裁庭不能给予支持。

1.《合同法》第117条第2款明确规定：“本法所称不可抗力，是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。”

2.《技术服务合同》第22条第1款也明确约定：“不可抗力”是指“由于战争、地震、水灾、火灾、暴风雪或国家法律变化及其他类似的不能预见并且对其发生和后果不能避免也不能克服的意外事件的发生，继续履行合同必然对事件承受方极为不公平而有悖于诚实信用原则的，由此而致合同不能履行或不能完全履行的，不追究事件承受方的违约责任”。本案当事人没有遇到“战争、地震、水灾、火灾、暴风雪”，更没有遇到“国家法律的变化”。

3. 本案当事人所遇到的也不是“不能预见并且对其发生和后果不能避免也不能克服的意外事件”。国家产业政策的调整并不只是这两年才有的，而且这种宏观政策的变化并没有直接涉及到被申请人，并没有直接要求被申请人与其他公司合并。被申请人也当庭确认，被申请人并没有收到任何必须与其他公司合并的强制性文件。

4. 双方当事人在《技术服务合同》第16条第4款第1项明确约定：在本合同有效期内被申请人被关闭或撤销、停产或停业、转产或与其他单位合并或分立，或者其他公司收购对被申请人的股权时，则本合同对发生此种变化后的被申请人或其继承者仍然有效；发生此种情况时，被申请人应提前30日书面通知申请人，并将此条件列入新的实体之中。很显然，本案当事人所遇到的情况不仅早在签订合同之时就已经预见到，而且还做了非常明确的约定。

5. 被申请人直至申请人提起本案仲裁程序之前，并没有主张不可抗力情况的发生，更没有如合同所约定的“遇有不可抗力事件的一方应立即将详细情况告知另一方，并在不可抗力情况发生15个工作日内提供事件详情的有效证明文件”。

6. 被申请人也没有提供证据证明“其他类似的不能预见并且对其发生和后果不能避免也不能克服的意外事件的发生，继续履行合同必然对事件承受方极为不公平而有悖于诚实信用原则，由此而致合同不能履行或不能完全履行”的情形发生。

7. 钢铁集团有限公司向市国资委出具的标题为《关于授权集团公司代替履行B公司董事会职权处理B公司债务事宜的请示》的集团有限公司文件，不能证明被申请人确实遭遇到了不可抗力。集团有限公司“根据省委省政府关于省钢铁产业结构调整的战略部署，以及最终确定的YY重组的基本思路，集团有限公司关停B公司和某基地，将产能提供给Z钢铁项目使用”的行为完全属于集团有限公司自行决定的市场行为和商业行为，没有受到任何国家强制性政策和强制性法律规范的约束，不能构成不可抗力。

**（三）关于《司法会计鉴定意见书》**

 基于以下理由，仲裁庭确认应该按照《司法会计鉴定意见书》中第3.1点鉴定意见来确定申请人的投资损失和利润损失。

 1. 双方当事人对鉴定所出具的《司法会计鉴定意见书》的真实性、关联性和合法性都予以确认。

2. 对于鉴定机构提出的1、2、3.1、3.2等这4点鉴定意见，申请人不反对按照前面3点，即第1、2、3.1点鉴定意见来处理，但明确反对按照第4点，即第3.2点鉴定意见来处理。而被申请人则明确反对按照前面2点，即第1、2点鉴定意见来处理，认为后面2点，即第3.1、3.2点鉴定意见可以考虑，但主张按照第3.1点鉴定意见来处理。很显然，双方当事人都并不坚决反对或者说最能够接受的是按照第3点，即第3.1点鉴定意见来进行处理。

3.《技术服务合同》第4条明确约定，在本合同有效期满和被申请人付清本合同约定的全部款项之前，该项目及与项目有关的全部设备、技术文件的所有权均属于申请人。但是，被申请人在本合同有效期满后1个月内，按规定付清给申请人应得的全部款项之后，无偿取得该项目及有关设备、技术文件的所有权；同时，被申请人无偿获得本项目所涉及的所有专利技术在本项目的使用权；即余热电站的所有权属于被申请人。

 4. 在第1点鉴定意见中的前一种情况，即“余热电站正常运行”不符合本案的实际情况，本案的实际情况是余热电站因为被申请人停产而不能正常运行；不考虑“运营成本和管理费用”也不尽合理，所以，基于这些条件下得出的“2010年4月至2026年3月最低节能减排技术服务费为人民币370,676,670元”的鉴定结果不宜适用于本案的处理。对于申请人要求按照这一鉴定结果来进行裁决的主张，仲裁庭不能给予支持。

 5. 在第1点鉴定意见中的后一种情况，即“被申请人停产”符合本案的实际情况，“余热电站的所有权属于被申请人”也符合《技术服务合同》的约定。有关“2010年4月至2026年3月节能减排技术服务费为人民币289,276,670元”的鉴定结果与第3.1点鉴定意见的结果基本相同。

6. 在第2点鉴定意见中，如果摊销折旧，申请人经营余热电站中合同约定或者预期的2010年4月至2026年3月会计利润为人民币207,626,110元，如果不摊销折旧，申请人经营余热电站中合同约定或者预期的2010年4月至2026年3月现金利润为人民币289,276,670元。因为本案所涉余热电站在申请人经营的16年期间，所有权归属于申请人，“摊销折旧”和“不摊销折旧”涉及的只是申请人直接投资款人民币81,650,559.81元的回收方式问题。两者的结果实质上相同，而且，实质上都同样与第3.1点鉴定意见的结果基本相同。

 7. 第3.2点鉴定意见参照2011年度国有水力发电业的全行业资本收益率良好值9.1%替代方法来计算现金利润，既不符合双方当事人在《技术服务合同》中所作的明确约定，也不符合本案的实际情况，本案所涉的“余热发电”，与“水力发电”没有可比性和可参照性。所以，在《技术服务合同》对相关问题作了明确约定的情况下，这一鉴定结果没有任何参考价值，不能适用于本案的处理。

8. 第3.1点鉴定意见确定，在未考虑责任划分和运营风险的情形下，合同约定或者预期项目利润（未摊销折旧）人民币289,276,670元于2012年12月31日的现值为人民币208,966,098元。余热电站的所有权属于被申请人，完全符合双方当事人在《技术服务合同》所作的约定和法律的公正、公平原则，完全可以作为被申请人赔偿申请人投资损失和利润损失的标准。被申请人基于其单方违约行为，应该赔偿申请人的投资损失和利润损失于2012年12月31日的现值，共计人民币208,966,098元。

**（四）关于申请人的仲裁请求**

1. 基于以下理由，对于申请人要求“裁决解除申请人与被申请人于2007年12月4日签订的《技术服务合同》”的第一项仲裁请求，仲裁庭给予支持。

 （1）《技术服务合同》第11条第1款第2项明确约定，被申请人违反在本合同中的一项或多项义务，则申请人有权选择单独或合并采取以下方式要求被申请人承担违约责任：第一，按被申请人实际违约的天数顺延项目的建设期；第二，要求被申请人赔偿申请人因此造成的全部损失；第三，解除合同，要求被申请人赔偿全部损失；该损失包括但不限于：申请人的直接损失、项目利润、律师费用和与项目相关的其他费用。

 （2）仲裁庭认定是因为被申请人母公司与案外人的合并停止了电炉冶炼，致使余热发电机组处于停运状态，整个项目处于中止状态，设备处于封存状态，无法进行竣工验收，并导致《技术服务合同》不能继续履行，被申请人构成根本违约。

（3）事实上，被申请人结合本企业生产经营实际，已经于2010年10月初实施临时性停产，2011年3月初实施全面停产，并着手组织企业处置工作。

（4）被申请人在第二次开庭的庭审程序中，鉴于本案的实际情况，也明确同意解除合同。

2. 对于申请人第2项仲裁请求，即请求“裁决被申请人承担违约责任，赔偿申请人的全部损失共计人民币307,759,059.81元，其中包括：项目投资损失人民币81,650,559.81元；项目投资损失的同期银行贷款利息损失人民币11,625,138.27元（自2010年3月21日起暂计至2012年7月13日）；违约金人民币7,473,500元（自2010年4月1日起暂计至2012年6月30日）；节能减排技术服务费损失人民币207,009,861.73元（按评估结果的91.5%计算）”，仲裁庭根据双方当事人在《技术服务合同》第11条第1款第2项中有关“被申请人违反在本合同中的一项或多项义务，则申请人有权要求解除合同，要求被申请人赔偿全部损失；该损失包括但不限于：申请人的直接损失、项目利润、律师费用和与项目相关的其他费用”的约定，以及仲裁庭前述意见，只能支持被申请人应该赔偿申请人的全部损失于2012年12月31日的现值，共计人民币208,966,098元。其他请求仲裁庭不能给予支持。

 3．因为被申请人抗辩称项目经费总额人民币100万元并没有落实到被申请人处，被申请人并没有收到该笔人民币100万元的项目经费，申请人也没有提供证据证明被申请人收到了该笔费用，所以，对于申请人要求被申请人支付其中人民币30万元的仲裁请求，仲裁庭不能给予支持。

4．因为有《技术服务合同》第7条第5款的约定，更加上被申请人的明确同意，对于申请人请求被申请人支付其已经取得的国家财政部奖励资金人民币108万元的仲裁请求，仲裁庭给予支持。

5. 考虑到仲裁庭委托司法会计鉴定机构所作出的鉴定结果与申请人原来提供的鉴定结果并不完全相同，基于仲裁庭支持申请人仲裁请求的比例，对于仲裁庭委托鉴定所进行司法会计鉴定而发生的会计鉴定费人民币12万元，由申请人承担30%，即人民币3.6万元，由被申请人承担70%，即人民币8.4万元。

6. 考虑到本案仲裁程序的发生，是由于被申请人的单方违约行为所致；而且，申请人的大部分仲裁请求都得到了仲裁庭的支持；此外，《技术服务合同》第11条第1款第2项还明确规定：被申请人违反在本合同中的一项或多项义务，则申请人有权要求被申请人赔偿全部损失；该损失包括但不限于申请人的直接损失、项目利润、律师费用和与项目相关的其他费用；所以，申请人要求“裁决被申请人赔偿申请人律师费用人民币160万元”的仲裁请求，仲裁庭给予支持。

虽然申请人只向律师事务所支付了律师费人民币30万元，但是，申请人与律师事务所于2011年11月18日订立的《委托代理合同》第4条明确约定：“参照广东省律师收费标准，经协商，申请人应向律师事务所支付律师费人民币160万元”；而且，“自申请人与被申请人节能减排服务合同纠纷案仲裁程序终结（裁决、调解、案外和解或撤诉）之日起10日内申请人应向律师事务所支付剩余律师费人民币130万元。”很显然，向律师事务所支付另外人民币130万元的律师费是申请人已经确定的义务，只是因为《委托代理合同》所约定的支付时间未至而没有实际发生。

 7. 考虑到本案仲裁程序的发生，是由于被申请人的单方违约行为所致；同时，也考虑到申请人的部分仲裁请求没有得到仲裁庭的支持，所以，对于申请人要求“裁决被申请人承担本案全部仲裁费用”的仲裁请求，仲裁庭不能完全给予支持。基于被申请人的违约事实和仲裁庭支持申请人仲裁请求的比例，本案仲裁费由申请人承担30%，由被申请人承担70%。

1. 本案仲裁庭：首席仲裁员谢石松先生，仲裁员周成新先生和朱茂元先生。

 本案例责任编辑：深圳国际仲裁院（华南国际经济贸易仲裁委员会）陈思维先生。 [↑](#footnote-ref-0)