

国家知识产权局软科学研究项目

项目编号：

# 职务发明制度研究

“职务发明制度研究”课题组

2012年10月

# 职务发明制度研究

2012年10月

# 摘要

本报告引言部分介绍了报告的整体背景和主要内容。作为基础，“职务发明”在含义上有广狭之分。狭义的职务发明仅指专利法所规定的三种专利，即专利法所称职务发明创造。而广义的职务发明则可泛指所有职务技术成果，主要包括职务发明创造（专利）、职务作品（含软件）、集成电路布图设计、单位商业秘密中的技术秘密和其他与技术相关的职务成果。本课题研究中以狭义的职务发明即专利法所称的职务发明创造为研究重点，同时兼顾其它类型的职务技术成果。

第一章介绍了发明权属制度。我们着重分析了研究职务发明创造权利归属问题的意义、主要国家职务发明创造权利归属的主要模式的比较、我国职务发明创造权利归属的模式及立法体系、我国职务发明创造权利归属的实证分析、对完善我国职务发明创造权利归属制度的几种思路，并对我国职务发明创造权利归属制度的完善提出了自己的建议。从完善制度的角度看，主要有三个方面需要重点考察：关于职务发明人或设计人对职务发明所享有的权利问题；关于职务发明创造的共有制度；关于发明人奖励、报酬制度的细化和落实问题。在上述分析和比较研究的基础上，我们的建议是，在基本保持我国现行立法关于权利归属框架的情况下，通过合理的外部奖励报酬制度及合理的单位内部管理制度来达成人才发展纲要的目标。

第二章介绍了职务发明管理制度。我们对高校、科研机构等事业单位，主导型国有企业，外资企业，中小型企业等的职务发明管理制度分别进行了调研。从中可以发现，我国的职务技术成果相关管理制度中存在的问题主要包括：缺乏对职务技术成果界定的管理规范、奖

励报酬规定难以执行落实、缺乏关于职务发明的相关配套制度等。借鉴比较其他国家和相关企业的经验，我们认为应当在基本维持我国职务技术发明成果权利归属现有原则的基础上，应引导我国各类单位、机构建立与我国职务技术发明相适应的、并能保证相关法律法规和政策落实的单位内部科研管理和成果管理制度，通过相关制度的执行与落实来协调平衡单位与技术发明人利益关系、保障科研活动和成果转化顺利开展，进而促进社会科研创新和创新成果效益的发挥。我国各类型单位都应完善现行科研管理工作的制度体系、健全体制机制，推进并落实相关制度，规范单位内部科研全过程管理，为规范管理单位科研工作、激励知识产权创造、促进科技成果运营营造良好的制度环境。

第三章介绍了职务发明奖励、报酬制度。我们通过调查研究认识到，这是我国目前职务发明制度实施中意见最为集中的问题。其中，报酬的落实问题尤为突出。在比较、分析和借鉴德国、法国、日本、美国等的职务发明奖酬制度的基础上，完善我国职务发明奖励、报酬制度有以下几个方面的问题需要研究：第一，职务发明法定奖励报酬制度；第二，职务发明约定奖励报酬制度；第三，法定或约定奖酬的落实与侵权救济。对于职务发明法定奖酬制度，我们的基本态度是尊重现有立法规定，不作根本性修改；而就职务发明约定奖酬制度，单位就职务发明奖酬所作内部约定或规章制度，应当全面、具体和可操作，真正发挥其相对于法定报酬制的优势。在约定制度和规章制度的制定和实施过程中，要依法、循理、讲程序、重民主，如此才能实现发明设计人与单位利益的平衡，促进以职务发明为企业效益的健康持续发展。此外，我们从宏观和微观两个角度对促进职务发明奖

酬的落实提出了自己的建议。最后我们从规范层面上对现行职务发明奖酬制度的完善提出了立法建议稿。

第四章介绍了职务发明实施转化问题。我国职务发明实施转化方面的法律基本由有关职务发明转化实施的优惠措施、有关职务发明奖酬的规定、有关职务发明实施转化的支持措施、有关职务发明权属的规定等内容构成。而导致我国职务发明转化实施难度较大的原因主要有：国家整体经济结构的重要影响；职务发明实施转化本身的特点；国家基本法律和政策上的偏差；企业发展阶段和经营策略上的问题；国家财政支持的科研机构对职务发明的认识和定位；信息不对称致使职务发明转化实施平台和中介机构发展不充分；专利技术自身的成熟度及于市场的衔接可能等。有鉴于此，我们应当从以下几个方面对促进我国职务发明实施转化作出努力，即制度理念上从发明到转化的改变；科学、公正，尤其是务实的科研成果评价和监督机制的建立；加强职务发明研发单位与实施主体的沟通协作；完善风险投资体系；建立和完善发明创造实施转化沟通平台等。

第五章特别分析了与职务发明有关的争议类型及其纠纷解决机制。现实地看，与职务发明有关的争议主要集中在职务发明成果归属的确认、发明人奖励报的确认及其实现等方面。报告就职务发明奖争议的单位内部解决、行政救济、司法救济和社会救济等提出了自己的观点。

最后，我们整合了前文在立法建议方面的意见，形成了《职务发明创造条例（建议稿）》。此外，配合《职务发明条例》的起草和《职务发明研究》报告的完成，国家知识产权局组织进行了一系列针对性强、覆盖面广的实践调研。这些报告真实、客观，对制度理解和建设

很有意义。我们将其附于文后，作为本文的实证成果，也作为完善我国职务发明创造制度的参考资料。

## 目录

引 言.....	1
第 1 章 职务发明创造的权利归属问题研究 .....	6
一、研究职务发明创造权利归属问题的意义 .....	7
二、主要国家职务发明创造权利归属的主要模式的比较分析 .	10
三、我国职务发明创造权利归属的模式及立法体系分析 .....	22
四、我国职务发明创造权利归属的实证分析 .....	27
五、对完善我国职务发明创造权利归属制度的几种思路 .....	37
六、对我国职务发明创造权利归属的几点建议（附建议条文）	47
第 2 章 我国职务技术成果相关管理制度研究 .....	50
一、我国单位职务技术发明相关制度建设的现状 .....	52
二、我国单位职务技术发明相关制度存在的主要问题 .....	58
三、重要国家和单位的案例借鉴 .....	61
四、完善我国单位职务技术成果相关的管理制度的建议 .....	63
第 3 章 职务发明奖励报酬 .....	68
一、我国关于职务发明奖励报酬制度的述评 .....	70
二、职务发明奖励报酬制度比较研究 .....	83
三、我国职务发明奖励报酬制度的完善之一：法定奖酬制度的完 善.....	93
四、我国职务发明奖励报酬制度的完善之二：约定奖酬制度的建 议.....	102
五、我国职务发明奖励报酬制度的完善之三：奖酬落实 .....	123
六、有关奖励报酬的示范条款 .....	126
第 4 章 职务发明实施转化 .....	135
一、我国职务发明实施转化的制度现状 .....	136
二、我国职务发明实施转化的完善意见 .....	147
第 5 章 职务发明相关纠纷及解决机制 .....	152
一、与职务发明有关的纠纷类型 .....	152
二、完善职务发明纠纷解决机制 .....	173
附件一：职务发明创造条例（建议稿） .....	181

# 引言

2010年6月6日，中共中央、国务院印发了《国家中长期人才发展规划纲要（2010-2020年）》，这是我国第一个中长期人才发展规划，是当前和今后一个时期全国人才工作的指导性文件。其中第十部分“产权保护政策”专门强调了实施知识产权保护政策。主要内容是：推进国家人才发展纲要；制定职务技术成果条例，确保提升我国职务发明的比例，同时提高职务发明的质量，加速职务发明成果的实施转化。建设创新型国家，拥有先进的专利技术是关键。而随着科技进步，个人发明的时代已经成为过去；企业是发明创造的主体，同时也是转化、应用、实施发明创造的主要阵地。事实上，个人发明的质量和水平在总体上相对较低。职务发明创造的质量和数量也就成为衡量一个国家竞争能力和创新能力的重要指标。与此同时，从对现有职务发明制度的调研结果来看，相当一部分企业的发明人对职务发明的利益分配机制存在不同意见。甚至有观点认为，应当改变现有职务发明权属制度的规定。为了妥善协调、平衡发明人和单位之间的利益关系，激发企事业单位技术创新的积极性，进而完成高水平的发明创造，我们有必要完善职务发明制度，克服现有制度中的弊端。

国家知识产权局软科学研究项目《职务发明制度研究》由中国人民大学和国家知识产权局主持，参与人员分别来自国家知识产权局条法司、办公室、中国人民大学法学院、中国科学院计财局知识产权处、中国科学院研究生院法律与知识产权系、浙江省社科院、北京市高级人民法院、厦门大学知识产权研究院等单位的专家学者。项目组于2011年7月至2012年7月间召开了多次企业和科研机构调研会、专题研讨会、小组讨论会等。在这一过程中，我们逐渐形成了对职务发

明权属、管理制度、奖励报酬、实施转化、比较研究、案例梳理等方面的基本共识。进而形成本研究报告。

职务发明作为本报告的关键词，在含义上有广狭之分。狭义的职务发明仅指专利法所规定的三种专利（发明专利、实用新型专利和外观设计专利），即专利法所称职务发明创造。而广义的职务发明则可泛指所有职务技术成果，主要包括职务发明创造（专利）、职务作品（含软件）、集成电路布图设计、单位商业秘密中的技术秘密和其他与技术相关的职务成果。本课题研究中以狭义的职务发明即专利法所称的职务发明创造为研究重点，同时兼顾其它类型的职务技术成果。在没有特别说明的情况下，职务发明一词采广义理解。

就职务发明权属制度而言，我们着重分析了研究职务发明创造权利归属问题的意义、主要国家职务发明创造权利归属的主要模式的比较、我国职务发明创造权利归属的模式及立法体系、我国职务发明创造权利归属的实证分析、对完善我国职务发明创造权利归属制度的几种思路，并对我国职务发明创造权利归属制度的完善提出了自己的建议。从完善制度的角度看，主要有三个方面需要重点考察：关于职务发明人或设计人对职务发明所享有的权利问题；关于职务发明创造的共有制度；关于发明人奖励、报酬制度的细化和落实问题。在上述分析和比较研究的基础上，我们的建议是，在基本保持我国现行立法关于权利归属框架的情况下，通过合理的外部奖励报酬制度及合理的单位内部管理制度来达成人才发展纲要的目标。

就职务发明管理制度而言，我们对高校、科研机构等事业单位，主导型国有企业，外资企业，中小型企业等的职务发明管理制度分别进行了调研。从中可以发现，我国的职务技术成果相关管理制度中存

在的问题主要包括：缺乏对职务技术成果界定的管理规范、奖励报酬规定难以执行落实、缺乏关于职务发明的相关配套制度等。借鉴比较其他国家和相关企业的经验，我们认为应当在基本维持我国职务技术发明成果权利归属现有原则的基础上，应引导我国各类单位、机构建立与我国职务技术发明相适应的、并能保证相关法律法规和政策落实的单位内部科研管理和成果管理制度，通过相关制度的执行与落实来协调平衡单位与技术发明人间利益关系、保障科研活动和成果转化顺利开展，进而促进社会科研创新和创新成果效益的发挥。我国各类型单位都应完善现行科研管理工作的制度体系、健全体制机制，推进并落实相关制度，规范单位内部科研全过程管理，为规范管理单位科研工作、激励知识产权创造、促进科技成果运营营造良好的制度环境。

就职务发明奖励、报酬制度而言，我们通过调查研究认识到，这是我国目前职务发明制度实施中，意见最为集中的问题。其中，报酬的落实问题尤为突出。通过对《专利法》、《专利法实施细则》、《促进科技成果转化法》、《合同法》以及众多中央和地方法律法规、部门规章等的整理和分析，可以发现，我国职务发明相关法律规范在整体上表现出法律层级多、立法部门广、地区差异大的特点，有关奖励报酬制度的内容亦系如此。在比较、分析和借鉴德国、法国、日本、美国等的职务发明奖酬制度的基础上，完善我国职务发明奖励、报酬制度有以下几个方面的问题需要研究：第一，职务发明法定奖励报酬制度；第二，职务发明约定奖励报酬制度；第三，法定或约定奖酬的落实与侵权救济。对此，我们的基本观点是，对于职务发明法定奖酬制度，我们的基本态度是尊重现有立法规定，不作根本性修改；而就职务发明约定奖酬制度，单位就职务发明奖酬所作内部约定或规章制度，应

当全面、具体和可操作，真正发挥其相对于法定报酬制的优势。即法定制度在顺序上是对约定制度的补充。在约定制度和规章制度的制定和实施过程中，要依法、循理、讲程序、重民主，如此才能实现发明设计人与单位利益的平衡，促进以职务发明为企业效益的健康持续发展。此外，我们从宏观和微观两个角度对促进职务发明奖酬的落实提出了自己的建议。最后我们从规范层面上对现行职务发明奖酬制度的完善提出了立法建议稿。

就职务发明实施转化问题，通过分析整理可以发现，我国职务发明实施转化方面的法律基本由有关职务发明转化实施的优惠措施、有关职务发明奖酬的规定、有关职务发明实施转化的支持措施、有关职务发明权属的规定等内容构成。而导致我国职务发明转化实施难度较大的原因可以概括为以下几个方面，即国家整体经济结构的重要影响；职务发明实施转化本身的特点；国家基本法律和政策上的偏差；企业发展阶段和经营策略上的问题；国家财政支持的科研机构对职务发明的认识和定位；信息不对称致使职务发明转化实施平台和中介机构发展不充分；专利技术自身的成熟度及于市场的衔接可能等。有鉴于此，我们应当从以下几个方面对促进我国职务发明实施转化作出努力，即制度理念上从发明到转化的改变；科学、公正，尤其是务实的科研成果评价和监督机制的建立；加强职务发明研发单位与实施主体的沟通协作；完善风险投资体系；建立和完善发明创造实施转化沟通平台等。

最后，我们特别分析了与职务发明有关的争议类型及其纠纷解决机制。现实地看，与职务发明有关的争议主要集中在职务发明成果归属的确认、发明人奖励报的确认及其实现等方面。报告就职务发明奖

争议的单位内部解决、行政救济、司法救济和社会救济等提出了自己的观点。

# 第1章 职务发明创造的权利归属问题研究

## 本章细目

- 一、研究职务发明创造权利归属问题的意义
  - (一) 职务发明创造是技术创新的中坚力量
  - (二) 职务发明创造的权利归属是职务发明创造制度的核心内容
- 二、主要国家职务发明创造权利归属的主要模式的比较分析
  - (一) 雇员优先模式
  - (二) 雇主优先模式
  - (三) 折中模式
  - (四) 三种模式的比较评析
- 三、我国职务发明创造权利归属的模式及立法体系分析
  - (一) 合同法是我国职务发明创造权利归属的核心
  - (二) 《专利法》确定了我国职务发明创造的归属模式
  - (三) 其他法律法规中对职务技术成果权属的规定
  - (四) 国家财政资助的发明创造权利归属的特别规定
- 四、我国职务发明创造权利归属的实证分析
  - (一) 职务发明创造专利申请的数据比较和分析
  - (二) 科研机构职务发明创造创造的调研分析
  - (三) 企业职务发明创造创造的状况分析
- 五、对完善我国职务发明创造权利归属制度的几种思路
  - (一) 思路一：赋予职务发明创造人专利申请权
  - (二) 思路二：建立职务发明创造共有制
  - (三) 思路三：适当调整现行立法的规定，细化并落实对发明人

的奖励报酬

六、对我国职务发明创造权利归属的几点建议（附建议条文）

（一）保持我国职务发明权属模式基本不变

（二）对现有职务发明权属制度进行适当调整

## 一、研究职务发明创造权利归属问题的意义

### （一）职务发明创造是技术创新的中坚力量

发明创造是自然人智力劳动的成果，离开自然人的创造，任何发明创造都不可能产生。因此，作为自然人的个人所完成的发明创造奠定了人类文明的基础，推动了科技革命进步，促进了经济社会快速发展。王永明等发明的五笔输入法，是中国原创性的重大发明；赵章光发明的“章光101”，市场规模很大，产品已销售到美国、日本等世界许多地方；农民发明家李官奇发明的“大豆蛋白纤维”，能把大豆纺成丝、织成布，并实现了产业化；北京退休教授杨世祥发明的“数字液压系统”，实现了数字化精确控制，每年有几千万元的销售额。但是，相对于我国浩如烟海的非职务发明，这些有着巨大经济效益的个人发明仅仅是沧海一粟。同时，从1996年到2004年，非职务发明创造在总量中的比例已经逐年下降，从84.7%降到了72.1%。“非职务发明创造的比例下降代表了发展的大趋向，因为非职务发明创造毕竟没有职务发明创造的强大资金与物质依托”<sup>①</sup>。

发明创造不是凭空产生的，它需要一定的物质条件以及一定的智力集成来完成。随着现代科技的迅速进步，各学科分工越来越细，有

<sup>①</sup> 郑州晚报：非职务发明创造人群体的尴尬 <http://news.sina.com.cn/c/2005-12-15/18418592826.shtml>。

重大影响的发明创造绝大多数都是大兵团作战的结果。凭借个人力量通常难以完成。这类技术成果一般都属于职务发明创造。近年来，职务发明创造成果的权利归属受到各国的普遍重视。职务发明创造制度不仅仅涉及发明人的待遇、企业的利润、发明人的积极性和企业的竞争力，更重要的是这一制度关系到一个国家的科研能力、科技发展水平乃至经济国力，是一个国家核心竞争力的体现。

研究职务发明创造的权利归属并不必然排斥非职务发明创造，因为职务活动与非职务活动的界限有时很难划分，存在一定的灰色区域。如果过多地纠结于职务发明创造还是非职务发明创造，忽视发明创造可能实现价值的途径，并不能达到技术创新的目的。2000年修改后的《专利法》细化了职务发明创造和非职务发明创造的具体界限，进一步保证了发明人及非职务发明创造的专利权人地位；同时引入“合同优先于法律”的制度，确立了对专利权的归属可以由当事人约定的规则，允许发明人对其充分利用单位已有的物质技术条件作出的发明创造，可以与单位进行协商权利归属，扩大了非职务发明创造的范围，为发明创造总量的提升创造了条件。但随着我国专利申请量的迅速递增<sup>①</sup>，专利的数量已经不再成为一个关注的焦点。专利质量、有效专利数量以及专利成果的转移转化成为新的关注点。

职务发明创造依托单位的力量有利于发明成果的转移转化。发明成果的转移转化是一个复杂的系统工程，需要专业分工。一个成果成功推向市场，除了技术本身的原因外，融资、评估、对市场的了解和把握、风险承担能力等都是必不可少的因素，非职务发明创造人个人难以有效完成上述任务。因此，我们需要倡导一种观念的转变，并在制度设计上明确一个原则：非职务发明创造如果不能转化，全部权利

<sup>①</sup> 截至2007年底，我国受理的国内外专利申请总量已突破400万件。

属于发明人并没有实际意义；而职务发明创造如果不能得到有效的转化，成为雇主单位形式上的“财产”，同样对发明人、单位和社会都没有好处。因此，在完善职务发明创造制度建设上，当前突出的重点是实现隶属于单位的发明创造的有效转化，同时又为职务发明创造人提供应有的奖励报酬以促使其有动力创造出更多有市场前景的发明创造，从而形成良性的循环。

## **(二)职务发明创造的权利归属是职务发明创造制度的核心内容**

职务发明创造，在西方国家又称为雇员发明，一般来讲是指劳动者在履行其作为雇员职责中所完成的发明创造。职务发明创造所涉及的利益主体集中体现为发明人和发明人所属单位。因此，对职务发明创造范围大小以及权利归属的界定是否科学合理，将会影响到发明人及其所在单位的利益分配，并可能引起后续一系列的连锁反应。

确立职务发明创造的权利归属是整个职务发明创造制度设计的核心内容。职务发明创造的权利归属模式是确定职务发明创造中雇主和雇员权利义务的出发点。但是，研究职务发明创造权利归属的目的不是单纯地确定职务技术成果归哪一方所有，而是通过研究权利归属找到资源配置的最佳模式。通过研究职务发明创造创造权利归属要达到的目的是：建立一个完备的制度。这一制度既能激发雇员进行职务发明创造创造的积极性，保护其智力劳动成果，而又能促使雇主乐意持续投资于技术创新活动并收回投资，从而能实现雇员和雇主利益的平衡，并不断促进社会科学技术的进步与经济的发展。职务发明创造权利归属实质上是雇主和雇员的利益如何分配，双方是否能达到共赢。职务发明创造权归属于雇主还是雇员，并不能从实质上影响雇主

和雇员的利益分配关系。关键是看不同的权属模式下对双方利益的实现程度。

因此，本课题在权利归属研究中不仅仅研究不同国家权利归属的模式，而是特别关注不同权利归属模式之下利益的分配机制。从而审视我国现有职务发明创造权利归属制度的利弊，进而对完善我国职务发明创造归属制度提出建议。

## 二、主要国家职务发明创造权利归属的主要模式的比较分析

由于世界各国发展水平的不同，以及各自的文化传统和法律制度的差异，对职务发明创造权利归属的制度设计上存在较大差别。归纳主要国家的职务发明创造归属，可以概括为三种模式：以美国和日本为代表的雇员优先模式；以英国、法国和俄罗斯等国为代表的雇主优先模式；德国则采取不同于上述模式的一种折中式模式。如下将对这三种模式的具体立法情况分别进行分析。

### （一）雇员优先模式

所谓“雇员优先模式”又称为“发明人优先”模式。是指职务发明创造专利的原始权利归职务发明创造人，雇主享有专利实施权。这种模式的代表国家是美国和日本。

#### 1. 美国

在雇员优先的制度模式下，职务发明创造专利的原始权利归发明人所有，雇主享有实施权。作为科技和经济强国美国的专利制度可以说是十分成功有效的，其中的雇员发明制度也在很大程度上激励了雇员发明和促进了科技进步，成为很多国家效仿的模板。

(1) 立法规定。按照美国的判例法, 雇员的发明分为三种: 雇主发起的发明 (employer-initiated inventions), 雇主权发明 (shop right inventions) 和自由发明 (free inventions)。自由发明的发明专利属于发明人所有, 这没有什么争议。其中的雇主发起的发明类似于我国的执行本单位任务所完成的职务发明创造, 这种发明的专利权归雇主。雇主权发明是介于雇主发明和自由发明之间的一种发明, 它指的是利用雇主的资源而构思和完成的发明但又不属于职务发明创造。这样的发明由雇员享有专利权, 雇主享有非独占、不可转让的免许可费的实施权。这一点是区别于我国立法中对发明的简单“二分法”, 发明的权利归属只有职务发明创造和非职务发明创造两种情况。

美国是利用宪法为发明创造提供保护的国家, 宪法第 1 条第 8 款第 8 项规定: “国会……为促进科学及有用技术的进步, (国会) 得确保作者和发明人对其作品和发现享有一定期限的独占权。” 该条款体现了立法者的基本理念: 专利制度不仅仅是为了保护发明人, 更是为了经济发展和社会利益。

美国《专利法》第 111 条规定: “申请专利, 除本编另有规定外, 应有发明人以书面向专利与商标局局长提出。” 根据这一条规定, 在美国无论是非职务发明创造还是职务发明创造都只能有发明人提出专利申请, 发明专利的原始权利人也这能是发明人。

## (2) 实践中的做法

虽然有以上关于发明专利的原则性规定, 但美国专利法并没有对雇员发明作出具体规定, 在实践中是通过各州普通法以及雇主与雇员之间的协议来调整的。主要有以下几种情况:

### ①无预先发明转让协议

在无预先发明转让协议的情况下，雇员是否需要将其发明的权利转让给雇主取决于其作出发明时的雇佣状态。如果雇员是受雇发明的，即雇员被雇佣的目的在于从事特定发明或解决特殊问题，当发明完成时雇员必须将其发明的权利转让于雇主。另外，如果不是受雇发明，则其享有发明的所有权，但如果该项发明利用了雇主的时间、设备与材料等资源，根据衡平原则，雇主应享有工厂权，可以无偿非独占的使用该发明，但雇主不得将此权利转让给他人。

### ②有预先发明转让协议

通常情况下，雇主会在雇佣开始时要求雇员签订发明转让协议，同意将其在雇佣期间作出的发明的所有权转让给雇主。还有一些转让协议规定，在雇佣关系结束的一段时间内雇员作出的与雇主业务相关的发明的所有权也要转移给雇主。

此类预先发明转让协议实际上使得雇主对雇员所作出的发明拥有完全的控制权，如果雇员处于弱势地位，将很难拒绝签订此类协议。因此，美国已经有几个州通过立法明确规定，预先发明转让协议不得适用于雇员完全利用自己的时间并且未利用雇主的资源所作出的发明。

### ③利用联邦资助获得的发明

美国国会于1980年通过了《拜杜法案》对联邦资助的发明作出了规定。在该法案通过之前，此类发明的所有权一律归联邦政府，工业界只能取得非独占的许可权。而在《拜杜法案》通过后，大学、小企业以及非营利性机构被允许选择保留联邦资助的发明权利，而保留权利的机构有义务将发明商业化，同时必须与发明人分享许可使用费

并将许可使用费的剩余部分用于教学和研究活动。

## （2）雇员的利益补偿

美国专利制度并未就雇佣关系中雇员之权益归属作出任何规范，其主要原则均源于联邦法院之判决。在一般私营公司中，是否给予雇员报酬以及给予多少报酬，完全由雇员和雇主通过协议确定。由于雇员处于相对弱勢的议价地位，报酬实际上是由雇主决定的。

## 2. 日本

在雇员发明的问题上，日本同样是坚持雇员优先原则的国家。日本的《特许法》第 35 条作了规定：“1、当从业人员、法人的干部、国家公务人员（以下简称“从业人员等”）的发明，就其性质而言属于雇主、法人、国家或地方公共团体（以下称为“雇主等”）的业务范围，而且完成发明的行为属于在雇主等处工作的从业人员等现在或过去职务的发明（以下称为“职务发明创造”）获得了专利，或者是继承了职务发明创造专利申请权者获得了专利时，雇主等对其专利拥有一般实施权；2、对于从业人员等做出的发明，除其发明为职务发明创造外，预先规定雇主等受让专利申请权或专利权、规定为雇主等设立独占实施权的合同，工作规章及其他规定无效；3、从业人员等根据合同、工作规章及其他规定，就职务发明创造让雇主等受让专利申请权或专利权、为雇主等设立了独占实施权时，有权获得适当的报酬；4、对于前款的报酬，在合同、工作规章及其他规定中作了规定时，根据其规定所支付的报酬，要从制定决定报酬之基准时雇主等与从业人员等双方间的协商状况、所制定基准的公开状况、就报酬的计算听取从业人员意见的状况来考虑，必须合理；5、就前款的报酬未做规定或根据其所支付的报酬按照该款规定被认为不合理时，第

3款中的报酬额要考虑雇主等基于该项发明应该获得的利润额、雇主等就该项发明所承担的责任、所做出的贡献及给与从业人员等的待遇及其他情况来决定。

日本作为一个知识产权大国，日本的法律规定雇员可以根据法律获得专利，但在实践中，许多公司在雇佣雇员时大多以劳动合同约定或者公司管理制度规定公司将继受雇员的发明创造。这一事实可以通过日本著名的职务发明创造案例得到证实。在日本“蓝色发光二极管案”中，被告日亚化学工业公司在1985年修订的社规第17号，就职工的发明、创意做了规定。根据该社规，被告与职工之间达成了默契：职工在完成发明等的同时就转让专利申请权。在这种默契之下，职工做出的发明一直是以被告的名义进行申请。而且就该发明申请专利时，原告在转让证书上签了字，存在发明专利申请权的转让行为。

归纳以美国和日本为代表的“雇员优先”的职务发明归属模式，我们发现，尽管看似充分尊重了雇员的利益，赋予其法律上的申请权，但最终雇员利益的获取则取决于雇主与雇员的入职协议的规定以及利益分配的约定。而这两个国家的职务发明的实践表明，很多情况下雇员的“申请权”被雇主通过内部转让规定而归于雇主所有。当然，这种模式下是否可以在签订“转让协议”时通过立法强制性要求雇主在雇员的单独“申请权”转让给雇主的法定时间内，雇主必须支付雇员一定的报酬，同时在法律上为雇员寻求司法救济提供一定的方便？这是这种模式给我们的一点启示。

## （二）雇主优先模式

“雇主优先”模式是指职务发明创造专利归雇主所有，职务发明

创造人具有分享知识产权报酬的权利。这种模式的代表国家是法国、英国。

## 1. 法国

根据法国《专利发明法》规定，职务发明创造被定义为雇员执行一个包含有与其实际职责相应的发明任务的工作合同，或从事雇主明确赋予的研究和开发任务而完成的发明。也就是说，雇员必须是在执行其职责时进行发明，而这个职责本身就是进行发明，或者雇员进行发明不是其职责所在，而是雇主明确赋予的研究和开发任务，这样做出的发明才属于职务发明创造，否则应属于非职务发明创造。因此，法国的雇员发明可以分为两类：任务发明和非任务发明。

### (1) 任务发明

《法国知识产权法典》第 L. 611-7 条第一项规定：雇员在执行包含有与其实际职责相应的发明性任务的工作合同时或者在执行明确委派给他的研究开发任务的过程中所完成的发明归属于雇主。一般而言，任务发明又可以分为两种：一种是雇员的实际职责就包含有研究性的任务。雇员接受了创造性工作任务的证明一般来源于其工作中的条款。另一种是雇员完成的发明来源于临时性的工作任务，这一任务应当是明示确定的，而不能是默示推定的。

交付于雇员的任务可以是持续性的或临时性的。特别是对于在工作合同中确定有常设的发明性工作任务时，立法者为了避免雇主权利的滥用而预先设定了另一个条件，即该任务应当与雇员的实际职责相匹配。工作中的发明性或创造性任务应当与雇员在实际工作中的职责相符合。就雇员发明的类属作出准确的判断要求探寻该雇员实际工作职位所对应的真实内容，而非拘泥于合同条款。

立法者将任务发明的权利归属于雇主，但这并不意味着对雇员权利的漠视。完成任务发明的雇员有获得额外报酬的权利。一方面，额外的报酬意味着对工资的补充；另一方面，额外的报酬应当区别于非任务发明所对应的合适的对价。

## （2）非任务发明

非任务发明指那些既非来源于合同中明确的义务，亦非来源于由雇主所明确交付的包含发明性工作内容的工作任务的发明。此类发明原则上归属于雇员所有。但是，在这些非任务发明中，有些会被法律直接授权于雇主，或者是因为这一发明与雇主密切相关，或者因为雇员完成该发明得益于其工作。因此，非任务发明又可分为两类：可授权的非任务发明和不可授权的非任务发明。

可授权的非任务发明主要包括三种情形：

第一，发明完成于雇员的职能执行过程中，即该雇员并未被委派任何发明性的工作任务，但其在企业中负有行政或生产等其他职能，并在执行这些职能的过程中完成了发明。

第二，发明属于企业经营范围，即便完成相关发明的雇员并不承担任何发明性的工作任务，或没有任何证据证明该雇员承担相关的工作任务，其雇主仍然可能就该发明行使权利，只要这一发明属于企业的经营范畴。

第三，发明的完成基于对企业特有的技术或设施或者企业提供的数据的了解或使用。只要这些技术或能力是企业所特有的，就足以使企业对该发明拥有权利。

## 2. 英国

英国对于什么样的发明是职务发明创造在专利法中有明确的界

定,《英国专利法》第 39 条规定:雇员在执行他的任务中做出的发明,包括该项发明是该雇员正常工作的过程中或在他正常工作之外,但是特别分派给他的工作过程中做出的;或者此项发明是在该雇员的正常工作过程中做出的,并做出此项发明之时,由于他的工作性质而产生的特殊职责,他对促进其雇主事业的利益负有特别的义务。

英国的《专利法》同时规定了雇员的职务发明创造归雇主所有。由此可见,英国在对待职务发明创造的态度上采取的是雇主优先的模式。但是,英国的《专利法》并没有因此而忽视雇员的利益,在这部法律中同时规定雇员所作出的发明除了职务发明创造归雇主所有外,其他的雇员发明归雇员所有。在根据有关协议或约定转让非职务发明创造的专利权后,雇员有权根据约定获得利益,除此之外,雇员还有权利根据该发明专利被转授雇主之后雇主从该专利中所取得的利益或可期望利益要求自己的合理份额。然而,英国专利法并没有规定在职务发明创造专利归雇主所有后应该对雇员的权利给予什么样的保护。

归纳上述以法国和英国为代表的“雇主优先”模式,我们发现,首先明确界定了职务发明和非职务发明的界限。而这一界限的界定与雇员的工作任务密切相关。对“非工作任务”完成的发明创造给予较为灵活的处理。其次,法国法通过“可授权的非任务发明和不可授权的非任务发明”创造了非职务发明转化为职务发明的通道。即使发明看似归属于雇员,但单位有一定的主张权利归属的余地。最后,两个国家的职务发明中都隐含着对雇主的管理责任,即雇主应该明确界定雇员的工作任务,否则如果难以区分任务和非任务,就难以界定发明归雇主所有还是雇员所有。这一点对我国职务发明归属有一定借鉴意

义。

### （三）折中模式

在职务发明创造的权利归属方面，德国采用了一种不同于其他国家的方式。德国制定了专门的法律，即《雇员发明法》来解决企业雇员和企业发明权归属方面的矛盾。《雇员发明法》第四条规定：如果雇员完成的发明创造是在雇用期间做出的，并且源于其在私人企业或者公共机构的工作任务，或者在本质上基于企业或者政府机构的经验或活动，就属于职务发明创造。否则属于非职务发明创造。对于职务发明创造，发明人有义务将完成的发明创造书面向雇主汇报。雇主可以对职务发明创造提出无限制的权利主张或者有限制的权利主张。如果雇主提出无限制的权利主张，职务发明创造人就必须将职务发明创造的专利所有权转让给雇主。如果提出的是有限制的权利主张，则雇主享有非独占许可使用权，专利申请权和专利权依然归职务发明创造人所有，在雇主申请和实施职务发明创造专利的各阶段，发明人可以要求补偿报酬。

雇员向雇主的“报告制度”是德国《雇员发明法》的特色。雇员发明法规定，职务发明创造人必须将发明成果向雇主通报，雇主必须在一定时间内做出是否要求有关权利的选择，如免费的一般实施权、有限期独占实施权、无限期的独占实施权或产权等。如果逾期未做选择，则职务发明创造就归属发明人个人。如果雇主选择要求职务发明创造归属权，则必须申请专利，并向发明人支付报酬。这就迫使雇主认真考虑职务发明创造是否有应用前景，是否能够获得专利，并且只要求获得那些能够实际实施的职务发明创造，从而推动了职务发明创

造转化为现实的生产力<sup>①</sup>。

另外,《雇员发明法》第七条第一款规定:收到无限权利主张时,职务发明创造的全部权利转移至雇主。第二款规定:收到有限权利主张时,使用职务发明创造的非独占权利转移至雇主,即雇主享有非独占性许可使用权。

从这些规定中可以看出,德国法中雇员本职工作中的发明,原始权利属于雇员。只有根据法律规定,雇主提出有限或无限权利主张时,权利才转归雇主所有。这一规定本身并没有刻意剥夺雇员对发明的原始权利。但我们可以看出,德国为了保护劳资关系中的弱者,特地用法律加强了雇员的地位,规定发明的原始权利归雇员,经过一定的程序之后才转归雇主所有,从而使雇员和雇主的地位达到了一种平衡。这一制度的特点是:法律首先承认雇主和发明人在因雇佣关系而产生的专利权的分配上地位是平等的;其次,协商机制的建立为利益的合理分配开辟了一种很好的途径。这种制度的规范的内容与其他国家的法律相比也更为周延。

德国模式从效果上来看,有利于促进了职务发明创造人与雇主双方积极行使权利,调和双方利益,能够形成雇主和职务发明创造人之间的互动,加快社会的进步。

#### (四) 三种模式的比较评析

在职务发明创造权利归属的三种不同模式中,在立法上都围绕着雇主和雇员的利益分配展开博弈。

以美国和日本为代表的“雇员优先”模式中,尊重了发明创造的原始权利人的利益保护,在权利获取的形式上表现为雇员拥有发明的

<sup>①</sup> 曹昌祯、王迁:《改革我国职务发明创造制度的建议》,载《发明与创新》2004年第6期。

申请权。但是，申请权的获得并不代表发明的完整权利的获得。从美国和日本相关的司法实践中我们知道，雇主对雇员的发明享有很大的支配权。雇员对职务发明创造的申请权往往通过雇主和雇员之间的“入职协议”或其他形式的内部管理制度，变相地成为雇主的权利。当然，雇主在申请权变更的同时要承诺给予雇员一定的奖励报酬。如果雇主没有将雇员的发明转化成雇主发明的需求或者认为发明的价值不大，雇员可以自行对该职务发明创造申请权利。这一制度既体现了对雇员权利的尊重，也为雇主提供了一种选择权。

在“雇主优先”模式中，英国是典型的“雇主优先”。即不管双方是否有约定，职务发明创造的原始权利归雇主所有。英国法律明文规定雇员发明属于雇主所有，非职务发明创造属于雇员，但可以协议转让给雇主。当雇员发明属于雇主时，雇主应支付报酬给雇员。而在法国，则特别强调雇主和雇员的约定。即如果没有约定，一般职务发明创造属于雇主，但雇主需要支付给雇员一定的报酬。这些国家的法律规定体现了雇员对雇主的依附关系以及雇主对雇员创造的提供给的保障条件。同时强调雇员对雇主工作的尽职程度。在这种模式下，如果雇主不能为雇员提出硬性的考核指标或较提供充分的奖励条件，对雇员发明的积极性将有一定的影响。

在雇员发明的权属上，德国法开创了一种全新的模式。

首先，德国《雇员发明法》界定了职务发明创造和非职务发明创造的界限，防止雇主对雇员非职务发明创造的侵占。《雇员发明法》规定，源于私人企业或者公共机构雇员的工作任务，或者在本质上基于企业或者政府机构的经验或活动，就属于职务发明创造，雇员的其他发明为非职务发明创造。

其次，最大程度地维护了雇主的利益，雇主拥有选择权。对于职务发明创造，发明完成后，职务发明创造人负有立即书面向雇主汇报的义务。这有利于雇主随时掌控雇员的研究进展。雇主可以对职务发明创造提出无限制的权利主张或者有限制的权利主张。如果雇主提出无限制的权利主张，职务发明创造人就必须将职务发明创造的所有权利转让给雇主。如果提出的是有限制的权利主张，则雇主享有非独占许可使用权，专利申请权和专利权依然归职务发明创造人所有。这要求雇主要对职务发明创造有深入了解，这必将促进雇主加强职务发明创造的制度建设，否则难以在优先的时间内对职务发明创造的价值做出评判。

再次，充分保护了职务发明创造人的利益。表现在两个方面：一方面充分尊重了发明创造原始权利人的法律地位。另一方面如果雇主选择了保留职务发明创造权，就需要对雇员的报酬和奖励进行落实。德国《雇员发明法》比较详细地规定了对发明人的报酬计算方式及数额。该法规定，在雇主做出职务发明创造权利主张之后，雇员有权取得合理的报酬，在无限制权利主张下确定报酬额时，应考虑这项发明的商业适用性，雇员在公司中的职责和所处的位置，企业为发明作出的贡献等因素。如果雇主选择有限制的主张，雇员也可以获得一定的报酬，计算报酬的方式参照无限制权利主张的规定。

但是，我们也必须客观地认识到，德国模式无论从立法本身还是从实际操作上，都存在程序繁琐的突出不足。面对不同的企业类型和不同的成果样态，全面地、强制地推行发明创造报告制度，无疑大大增加了企业的管理成本，也从另一个角度增加了企业资源分配的不确定性。当然，从制度设计的角度，德国创立的职务发明报告制度是很

有借鉴意义的。

### 三、我国职务发明创造权利归属的模式及立法体系分析

我国职务发明创造的权利归属模式可以归为“雇主优先”模式，但具体规定不同于上述国家。我国《专利法》第六条确定了我国职务发明的归属原则。但追溯起来，专利法的规定并不是最早的。我国职务技术成果已经形成了以合同法为核心，以“职责标准”为主。“资源标准”为辅，有条件的“约定优先”的统一的立法体系。

#### （一）合同法是我国职务发明创造权利归属的核心

我国《合同法》第 326 条规定：“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。”

《合同法》326 条第一款规定了职务技术成果权利归属确定的情况下，权利人可以实施的权利及必须履行的义务；第二款是对职务发明创造的归属确定了两个基本的评判标准。一个是职责标准，另一个是资源标准。

所谓的职责标准是指“执行法人或者其他组织的工作任务”，是与雇员的岗位职责密切相关的。具体包括三种情况：（一）在本职工作中作出的发明创造；（二）履行本单位交付的本职工作之外的任务

所作出的发明创造；（三）退休、调离原单位后或者劳动、人事关系终止后 1 年内作出的，与其在原单位承担的本职工作或者原单位分配的任务有关的发明创造。

资源标准是指技术成果的完成利用了“法人或者其他组织的物质技术条件”。“本单位的物质技术条件”是指本单位的资金、设备、零部件、原材料或者不对外公开的技术资料等。此外，2004 年《最高人民法院关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第二条规定：主要利用法人或者其他组织的物质技术条件，是指职工在完成技术成果的研究开发过程中，全部或者大部分利用了法人或者其他组织的资金、设备、器材或者原材料，或者该技术成果的实质性内容是在该法人或者其他组织尚未公开的技术成果、阶段性技术成果或者关键技术的基础上完成的。但对利用法人或者其他组织提供的物质技术条件，约定返还资金或者交纳使用费的除外。

现行《合同法》已经体现了发明人与单位之间的协议性质。《合同法》326 条是对原《技术合同法》的修正。原《技术合同法》第 6 条规定：“执行本单位的任务或者主要是利用本单位的物质技术条件所完成的技术成果，是职务技术成果。职务技术成果的使用权、转让权属于单位，单位有权就该项职务技术成果订立技术合同。单位应当根据使用和转让该项职务技术成果所取得的收益，对完成该项职务技术成果的个人给予奖励。”本条规定对职务技术成果的归属作出了硬性规定，两个标准下获取的职务技术成果无一例外地归属于单位，发明人不能通过任何措施获得发明的归属。而《合同法》326 条的规定与《技术合同法》第 6 条比较，在文字上只有较小的变化，但在职务发明创造归属的确定上却有很大的不同。合同法 326 条使用了“职

务技术成果的使用权、转让权属于法人或者其他组织的”，法人和其他组织才可以按照职务发明创造行使权利。其中的一个“的”，明示了并不是所有的职务发明创造都的使用权和转让权都归属于单位。此外，现行合同法 326 条将职务发明创造归属的划定标准置于行使权利之后，笔者理解其中有弱化职务发明创造强制性的用意。合同法 326 虽然没有明确规定在职务发明创造的权利归属上采用“合同优先”原则，但实际上已经为“合同优先”原则在其他法律上的适用打下了伏笔。

## （二）《专利法》确定了我国职务发明创造的归属模式

我国 2000 年修改后的《专利法》第六条规定：“执行本单位的任务或者主要是利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造为职务发明创造。职务发明创造申请专利的权利属于该单位；申请被批准后，该单位为专利权人。”这其实是界定职务发明创造的职责标准与资源标准两条标准的具体体现，从而体现了我国职务发明创造的权利首先归属于单位所有的模式。第六条第三款又规定：“利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造，单位与发明人或者设计人订有合同，对申请专利的权利和专利权的归属作出约定的，从其约定。”这一款体现了专利法对于职务发明创造权利归属规定的“合同优先”原则，是职务发明归属单位所有的补充。即职务发明创造权归属于单位是原则，但在此原则之上，若发明人同单位之间的合同对此作了不同的规定，那么法律尊重双方之间的协议，优先按照协议确定权利归属。此外，《促进科技成果转化法》第十四条规定：“科技成果完成人和参加人在不变更职务科技成果权属的前提下，可以根据与本单位的协议

进行该项科技成果的转化，并享有协议规定的权益。”这是“合同优先”原则在成果转化奖励报酬中的具体体现。

### （三）其他法律法规中对职务技术成果权属的规定

《合同法》和《专利法》对职务发明创造归属作出了原则性的规定，从而确定了我国以“职责标准”为主，“资源标准”为辅，允许合同优先的职务发明原则。这一权利归属模式和原则在我国其他知识产权法律中也有体现。我国一些行政法规、部门规章和其他规范性文件还分别对职务作品、单位商业秘密和其他职务技术成果的权利归属作了规定。

#### 1. 计算机软件

2002年的《计算机软件保护条例》第十三条规定：“自然人在法人或者其他组织中任职期间所开发的软件有下列情形之一的，该软件著作权由该法人或者其他组织享有，该法人或者其他组织可以对开发软件的自然人进行奖励：

- （一）针对本职工作中明确指定的开发目标所开发的软件；
- （二）开发的软件是从事本职工作活动所预见的结果或者自然的结果；
- （三）主要使用了法人或者其他组织的资金、专用设备、未公开的专门信息等物质技术条件所开发并由法人或者其他组织承担责任的软件。”

#### 2. 集成电路布图设计

2001 年的《集成电路布图设计保护条例》第九条规定：“由法人或其他组织主持，依据法人或其他组织的意志而创作，并由法人或其他组织承担责任的布图设计，该法人或其他组织是创作者。”

### 3. 植物新品种

1997 年的《植物新品种保护条例》第七条规定：“执行本单位的任务或者主要是利用本单位的物质条件所完成的职务育种，职务新品种的申请权属于该单位。”根据 2008 年实施的《植物新品种保护条例实施细则》（农业部分）第七条的规定：“《条例》第七条所称执行本单位任务所完成的职务育种是指下列情形之一：（一）在本职工作中完成的育种；（二）履行本单位交付的本职工作之外的任务所完成的育种；（三）辞职、退休或者调动工作后，3 年内完成的与其在原单位承担的工作或者原单位分配的任务有关的育种。《条例》第七条所称本单位的物质条件是指本单位的资金、仪器设备、试验场地以及单位所有的尚未允许公开的育种材料和技术资料等。”

1999 年的《植物新品种保护条例实施细则》（林业部分）第五条规定：“《条例》第七条所称的职务育种是指：（一）在本职工作中完成的育种；（二）履行本单位分配的本职工作之外的任务所完成的育种；（三）离开原单位后 3 年内完成的与其在原单位承担的本职工作或者分配的任务有关的育种；（四）利用本单位的资金、仪器设备、试验场地、育种资源和其他繁殖材料及不对外公开的技术资料等。”

#### （四）国家财政资助的发明创造权利归属的特别规定

我国《科技进步法》第二十条规定，利用财政性资金设立的科学

技术基金项目或者科学技术计划项目所形成的发明专利权、计算机软件著作权、集成电路布图设计专有权和植物新品种权，除涉及国家安全、国家利益和重大社会公共利益的外，授权项目承担者依法取得。

2003 年科技部印发了《关于加强国家科技计划知识产权管理工作的规定》第 11 条：科研项目研究成果及其形成的知识产权，除涉及国家安全、国家利益和重大社会公共利益的以外，国家授予科研项目承担单位。项目承担单位可以依法自主决定实施、许可他人实施、转让、作价入股等，并取得相应的收益。

2010 年 7 月 1 日科技部等四部门颁发了《国家科技重大专项知识产权管理暂行规定》在第四章专门规定了知识产权的归属和保护，对重大专项中的知识产权归属予以细化。第二十二条规定：“重大专项产生的知识产权，其权利归属按照下列原则分配：（一）涉及国家安全、国家利益和重大社会公共利益的，属于国家，项目（课题）责任单位有免费使用的权利。（二）除第（一）项规定的情况外，授权项目（课题）责任单位依法取得，为了国家安全、国家利益和重大社会公共利益的需要，国家可以无偿实施，也可以许可他人有偿实施或者无偿实施。项目（课题）任务合同书应当根据上述原则对所产生的知识产权归属做出明确约定。属于国家所有的知识产权的管理办法另行规定。牵头组织单位或其指定机构对属于国家所有的知识产权负有保护、管理和运用的义务。”

#### 四、我国职务发明创造权利归属的实证分析

上述对国内外职务发明创造归属模式和立法的分析，还难以对我国职务发明创造归属制度作出客观的评析。一个制度的优劣，需要实践的检验和分析。如下将通过专利数据、典型科研机构的调研数据以

及部分司法案例来对现行我国职务发明创造归属制度的实施情况予以分析。

### （一）职务发明创造专利申请的数据比较和分析

#### 1. 职务发明创造专利的受理数据及分析

表 1: 1985 年以来全国职务发明创造受理数据的变化及国际比较

年 份	1990	1995	2000	2002	2005	2008	2009	2010
历年累计比例	32.9%	29.8%	32.4%	34.0%	36.7%	41.5%	44.0%	46.8%
当年受理比例	31.8%	28.9%	38.0%	39.5%	41.5%	50.8%	55.0%	59.4%
增加值	-1.1	-0.9	5.6	5.5	4.8	9.3	11	12.6
国外同期	93%	93%	95%	95%	96%	97%	96%	96%

数据来源：国家知识产权局网站 1990-2010 《国内职务、非职务发明创造专利申请受理量》

数据表明，1990 年我国职务发明创造的比例是 31.8%，2010 年 12 月职务发明创造申请的受理比例是 59.4%。20 年来职务发明创造申请的受理比例提高了 27.6%。期间经历了中国专利制度从无到有，逐渐发展的重要阶段。同期，国外在中国申请的职务发明创造的受理比例 1985 年为 90%。2008 年最高为 97%，提高了 7%。从 1990 到 2010 年 20 年间基本保持在 95%左右。

#### 2. 职务发明创造专利的授权数据及分析

表 2: 1985 年以来全国职务发明创造授权数据的变化及国际比较

年 份	1990	1995	2000	2002	2005	2008	2009	2010
历年累计比例	36.2%	33.1%	36.0%	36.4%	38.4%	41.1%	43.1%	46.1%
当年受理比例	31.8%	28.9%	38.0%	39.5%	41.5%	50.8%	55.0%	59.4%
当年授权比例	35.0%	31.6%	37.9%	37.0%	41.7%	48.0%	52.3%	57.0%
增加值	-1.2	-1.5	1.9	0.6	3.3	6.9	9.2	10.9
国外同期	90%	86%	94%	95%	96%	97%	96%	96%

数据来源: 国家知识产权局网站 1990-2010《国内职务、非职务发明创造专利申请授权量》

数据表明, 在职务发明创造授权方面, 20 年来职务发明创造申请的授权比例提高了 22%。同期, 国外在中国申请的职务发明创造的授权比例是从 1990 年的 90% 提高到 2008 年的 97%, 20 年提高了 7%。

### 3. 有效职务发明创造的数据及分析

有效专利是指截止到报告期末, 专利权处于维持状态的专利。专利的有效状况, 特别是发明专利的有效状况, 是衡量企业、地区或国家自主创新能力和市场竞争力的重要指标。2006 年开始, 国家专利信息中汇总了有效专利的数据 (见表 3)。

表: 3: 2006 年以来国内职务发明创造专利有效量的数据变化及国际比较

年份	2006	2007	2008	2009	2010
当年比例	45.2%	50.0%	51.1%	54.8%	56.9%
比上一年增加		4.8	1.1	3.7	2.1
国外同期	96%	95%	97%	97%	97%

数据来源：国家知识产权局网站 2006-2010《国内职务、非职务发明创造专利有效量》

从专利的申请到专利的授权，再到专利有效性的考察，是衡量专利质量的重要指标。从上面的数据中我们发现，不论是职务发明创造的申请受理比例、授权比例，还是有效发明专利的比例，国内职务发明创造与国外在中国申请的比例均有较大的差距。同期国外职务发明创造的比例保持在 96% - 98% 之间。这一明显差距容易让我们产生“快马加鞭”追赶的冲动，也很自然会批评我国现行的职务发明创造权利归属的制度。但是，我们需要结合其他原因对上述数据进行冷静分析，才能有助于我们提出有建设性的意见。

(1) 我国专利法的发展历史还不到 30 年。从新中国第一部专利法颁布以来，我国专利的申请和授权量已经取得令世人瞩目的成就。公民的知识产权意识和知识产权在社会生活中的作用已经明显提升。但是，要在短期内赶上国外发达国家的知识产权的发展步伐，并不是一件盲目跃进的事，尚需要有一个合理的积累过程。

(2) 重成果和论文轻专利的现象依然没有得到根本扭转。科研单位重成果和论文轻专利的现象依然比较明显。一些项目承担单位重评奖、重鉴定、轻专利，成果完成后不是积极采取专利新颖性的审查等措施，而是首先发表论文或参加评奖，丧失了取得专利的良好时机；二是在项目申请、立项、执行、验收以及监督管理中没有对知识产权提出明确要求。没有很好地处理好论文和专利的关系。三是目前的考核评价机制多专利的申请没有很大的激励性；四是对专利实施后发明人的权益落实不到位，导致研究人员对专利申请的积极性不高。这些原因都是我国职务发明创造专利比例偏低的原因。

(3) 我国职务发明创造的地区差异比较明显。2009 年和 2010 年, 职务发明创造比例最高的上海分别达到 89.8%和 90.5%, 已经接近国外职务发明创造的比例。但我国各地差异明显。与上海高达 85% 以上的职务发明创造相比, 同期最低的省份的比例低于 25%(浙江 26% 和西藏 19.4%)。具体地区差别见表 4。

表 4: 中国内地 2007-2010 职务发明创造授权位列前九的地区(城市)

地区	年	2007	2008	2009	2010
		职务发明	职务发明	职务发明	职务发明
北京		61.1%	67.3%	74.5%	78.5%
天津		71.4%	74.6%	79.9%	82.1%
上海		87.3%	86.3%	89.8%	90.5%
重庆		61.4%	62.3%	68.1%	64.9%
深圳		57.3%	68.6%	71.1%	72.7%
西安		58.0%	73.3%	77.4%	83.1%
青岛		71.0%	65.7%	66.2%	71.2%
南京		71.7%	77.8%	81.8%	83.0%
武汉		58.6%	63.3%	72.4%	74.5%

数据来源: 国家知识产权局网站 2007-2010 《国内职务、非职务发明创造专利申请授权量》

上述数据说明, 四年来排名前十位的城市基本上属于我国经济较

发达的城市或地区。除重庆有小幅回落外，其他地区职务发明创造的比例都有比较稳定的增长。增长幅度最大的西安四年来增长了25.1%。这些地区尤其是职务发明创造增长迅速的地区是否采取了特殊的激励措施，目前我们还没有调查。但可以肯定的是，经济发展以及地方对知识产权的重视是促进职务发明创造较快增长的主要原因。这说明，现有职务发明创造归属的制度并不是制约了职务发明创造的增长，而是稳步促进了职务发明创造的增长。

(4) 需要对“国外职务发明创造”进行分析。在国家专利局统计的国外职务发明数据是目前我国国内很多学者经常用来与我国职务发明创造状况进行对比的数据。但笔者认为这种比对存在一定的问题。

第一，这里的“国外职务发明创造”的数据是具有涉外性质的，这种申请不同于当事人在其国内的申请（当事人在各国国内的申请数据不详）。涉外申请相对来说比较复杂，不仅需要一定的财力，还有人力的因素（如代理人和翻译等），这种申请需要带有一定的组织支持。这种情况下，职务发明创造较个人发明就体现了其优越性，单位对上述事务的承担能力优于个人。因此在我国申请的发明创造以职务发明创造为特点有合理的理由。

第二，国外发达国家或较发达国家的企业知识产权意识比较强，所以申请外国专利的动机比较强。这一状况也使得国外专利申请的职务发明创造比例非常高的原因。因此，以我国目前的知识产权管理状况以及拿我国的国内申请与国外的涉外申请进行对比，是不具有可比性的。由此更不能认为我国目前的职务发明创造比例远远低于国外的职务发明创造比例。

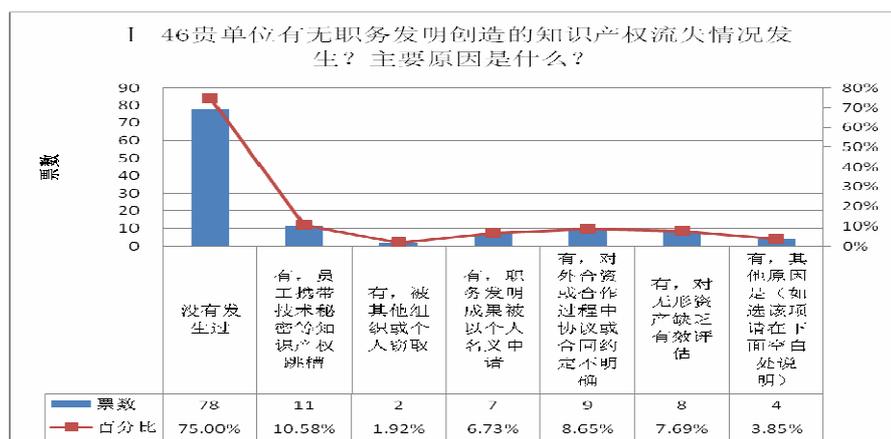
综上所述，笔者认为，目前专利统计数据显示了我国职务发明专利的发展势头，同时从一定层面上说明现有职务发明权属制度并不存在明显问题。

## （二）科研机构职务发明创造的调研分析

科研机构是创新成果的重要生产者，是我国当前自主知识产权的重要发源地。职务发明创造归属在科研机构中是否存在明显的缺陷？了解这一问题可以从现有科研机构对知识产权流失的情况（含职务发明创造）、科研创造组织对科研成果的产生和转化环节存在的突出问题及转化收益中得到部分体现。如下将以中国科学院“十二五知识产权推进计划”调研的部分问题<sup>①</sup>为例，考察了目前我国国立研究机构知识产权管理中职务发明创造的状况。

### 1. 研究所对本单位知识产权流失情况的认知

如果职务发明创造归属存在问题，应该能从研究所知识产权流失的情况得到部分体现，见图示 1。



图示 1：研究所对本单位知识产权流失情况的认知

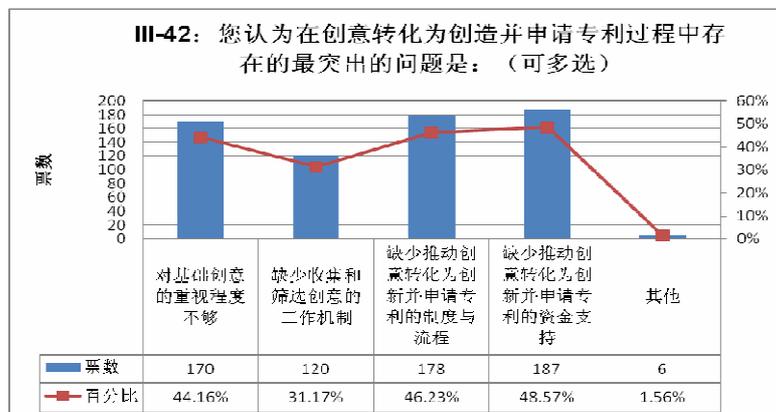
<sup>①</sup> 2011 年 5 月 16 日至 6 月 10 日，中国科学院在全院范围内开展了大规模的问卷调查工作。本次调查问卷共针对四类对象，分别是：研究所、研究所主管领导、课题组负责人、普通科研人员。表格中的 I、II 和 III 分别代表不同的问卷。

图示 1 显示，在受访的 104 个研究所中，有 78 个研究所没有发生过知识产权流失的情况，占受访总数的 75%；有 11 个研究所有知识产权流失的情况，原因是员工携带技术秘密等知识产权跳槽，占受访总数的 10.58%；有 9 个研究所有知识产权流失的情况，原因是对外合资或合作过程中协议或合同约定不明确，占受访总数的 8.65%；有 8 个研究所有知识产权流失的情况，原因是无形资产缺乏有效评估，占受访总数的 7.69%；有 7 个研究所有知识产权流失的情况，原因是职务发明创造成果被以个人名义申请，占受访总数的 6.73%；有 4 个研究所是其他原因，占受访总数的 3.85%；有 2 个研究所有知识产权流失的情况，原因是被其他组织或个人窃取，占受访总数的 1.92%。

这些数据显示，职务发明创造成果被以个人名义申请权利的比例不足 8%，说明在国立研究机构中，职务发明创造权利归属并不存在明显的问题。

## 2. 课题组负责人对创意转化为创造过程中困难的认知

课题组是我国科学研究和科技创新的基本组织形式，也是国家认可的科研单元。课题组对科研过程中影响科技人员创造性的认识，能部分地反映出当前职务发明权利归属制度的实施状况，见图示 2。

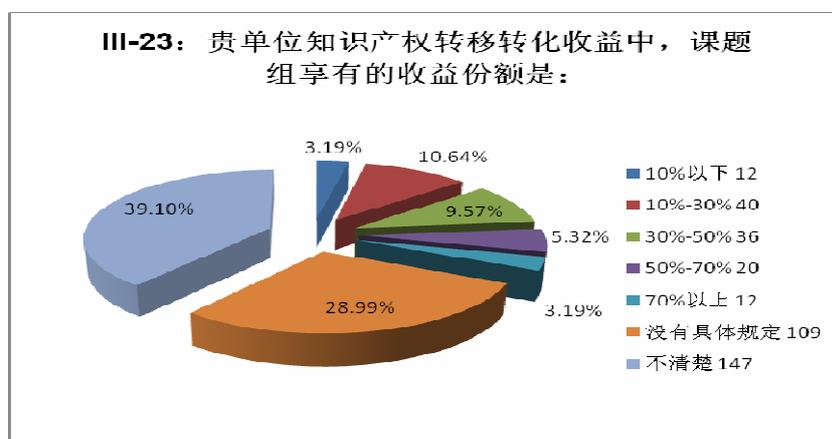


图示 2: 课题组负责人对创意转化为创造过程中困难的认知

当前职务发明创造的归属制度是否是而影响创意转化成创造的障碍？图示显示，在调研的 385 位课题组负责人中，认为缺少推动创意转化为创新并申请专利的资金的占 48.57%；缺少推定创意转化的制度与流程的占 46.23%；对基础创意的重视程度不够占 44.16%；另外，缺少收集和筛选创意的工作机制，占 31.17%。制度障碍（含职务发明创造权属）可能对创意转化成创造有影响，但并不是主要的障碍。

### 3. 在单位知识产权转移转化中，课题组享有的收益份额状况

发明创造转移转化的收益是影响创造的主要原因。在对 376 位课题组负责人对获取单位知识产权转移转化收益的份额问题的回答中可以发现一些问题，见图示 3。



图示 3: 课题组在转移转化中享有的收益份额状况

调查数据表明，占 39.10%的 147 位课题组负责人不清楚本课题组应获得的收益份额；占 28.99%的 109 位课题组负责人认为该收益份额没有具体规定。这两个选项所占比例超过 65%。这说明，如果说目前我国职务发明创造比例还比较低，但制约的因素不是权利归属而是对发明人收益的落实。因而，制定符合国情的奖励报酬机制并设计

科学合理的管理制度建设是解决职务发明问题的关键。

### （三）企业职务发明创造的状况分析

企业是国家科技创新的主体。企业的职务发明创造状况对现有制度的影响意义重大。数据表明，我国企业的职务发明创造的比例尽管低于同期国外申请者，但该比例在所有职务发明中所占的比例则相对比较高。1985年12月至2010年12月二十五年间，我国企业职务发明创造的平均比例在所有职务发明创造中占81.9%，近年来这一比例还在不断上升。尤其是经济比较发达的地区这一比例正在逐渐接近国外职务发明创造的比例。见表5。

表5：2007-2010年企业职务发明创造授权比例位列前七的省份或城市

份 地区	年	2007	2008	2009	2010
		职务发明 创造	职务发 明创造	职务发 明创造	职务发 明创造
深圳		98.3%	98.5%	98.5%	98.4%
宁波		96.0%	92.5%	94.6%	95.3%
广东		94.5%	94.7%	94.6%	95.0%
厦门		92.6%	88.8%	88.4%	92.4%
福建		89.7%	87.1%	89.9%	92.6%
青岛		88.4%	86.2%	86.9%	87.6%
安徽		83.0%	82.8%	89.6%	91.9%
国外同期		96%	97%	96%	96%

数据来源：国家知识产权局网站 2007-2010《国内职务发明创造专利申请授权量》

分析表 5 数据，我们发现，深圳、宁波和广东省企业职务发明创造的比例已经接近或超过了国外职务发明的比例。当然，我们也不能对这些数据盲目乐观。笔者认为对表 5 数据要有一个理性的分析。上述数据并不能得出目前我国企业职务发明创造状况良好的结论。也不能说明上述城市或地区的企业知识产权发展程度高。这是因为：第一，表 5 的数据是在全国内地所有的职务发明创造中企业所占的比例。但从图表中我们没有发现四个直辖市。这并不是说这些城市企业职务发明状况不好，一个重要的原因是因为这些地区的大学和科研机构较多，大学和科研机构职务发明创造的比例相对较高，相应的企业的职务发明创造比例低。第二，深圳、宁波、厦门、青岛等开放城市中合资企业的数量较多，合资企业对职务发明创造的重视和申请率提升了这一比例。

尽管存在上述原因，但表 5 数据仍然可以有力地说明，目前我国职务发明创造权利归属制度并不是严重制约了企业职务发明的提升。只要有适当的环境和氛围，并给予一定的时间积累，我国企业职务发明创造的比例以及全国职务发明的比例将会有重大提高。

## 五、对完善我国职务发明创造权利归属制度的几种思路

基于我国专利法等所建立的职务技术成果权利归属模式，现实中存在着一定的争议，这与“执行单位任务”和“利用单位物质技术条件”等的模糊性有关，也与企业类型多样、成果特征不同的现实情况有关。针对我国职务发明创造归属的立法和实践现状，理论界对职务

发明创造归属的问题进行了积极的探索，大概可以归纳为三种主要的思路。如下将对不同的思路进行简单介绍并进行相应的评析。

### （一）思路一：赋予职务发明创造人专利申请权

这种观点的理论支持是“劳动价值论”，劳动是商品价值的唯一源泉，发明人付出了创造性劳动，理应享有职务发明创造的原始权利。美国和日本等国的“雇员优先”的模式为这种观点提供了域外经验支持。

持这种观点的学者认为，目前我国职务发明创造的比例和职务发明创造的实施转化率都远远低于国外。<sup>①</sup>造成这种状况的主要原因是，发明人没有原始产权，发明人对于“一奖两酬”只有被动地接受，付出得不到相应的回报挫伤了发明人创造和实施的积极性；另一方面，单位领导缺乏对发明人重要性的认识和追求新技术的紧迫感，从而对发明人应得的“一奖两酬”不积极兑现，对职务发明创造这种无形资产往往也疏于管理、怠于实施。而现行职务发明创造制度中“合同优先”原则的虽然似乎可以弥补将权利归于单位的缺陷。但是，在市场经济并不发达、产权制度尚不健全、劳动还是一种谋生手段的中国，存在雇佣关系的单位与发明人的地位不可能是平等的，单位出于自身利益考虑必然剥夺发明人的某些权利，发明人迫于生存和就业的压力不得不接受某些不平等条件，这样签订的合同很难真正反映发明人的自由意志。因此，职务发明创造权利归属于单位的规定是现行职务发明创造制度的致命伤。

这些学者认为，只有赋予发明人原始的权利，弱勢的发明人才能

<sup>①</sup> 参见蒋小慧：《职务发明创造权利归属的理论探讨》，载《商场现代化》2007年5月下旬刊；张岩：《国外雇员发明制度对中国的启示》，载《江苏科技信息》2011年第3期。

与强势单位相制衡。当然，平衡单位和职务发明创造人的利益的办法是，单位为职务发明创造的完成给予了技术、资金、设备等要素的支持，应参与职务发明创造收益的分配，赋予单位无偿的非独占的实施权和优先受让权，以与发明人利益形成均衡之势。归结一句话，职务发明创造的原始权利人是发明人，反映在专利法上即：专利申请人必须是发明人或其受让人。关于发明申请权，我国的规定与世界上众多国家是不一样的。我国没有规定发明人享有申请权，也没有赋予发明人与单位的转让权，单位法定享有申请权，单位以其强者的姿态拥有了发明的申请权。由于拥有申请权，单位也就自然成为专利权人。这表明立法更注重单位的利益，而忽视了发明人的权益。此外，产权是利益的核心，科研人员在得不到权益保障的情况下，出现职务发明创造沉睡甚至逃逸的现象，其实质是发明人意在拥有产权。

因此，只有将职务发明创造原始权利归于发明人，才能从产权的角度彻底保护发明人的利益，才能对已经过度膨胀的单位权力形成一种制约；也只有在这个前提下，单位与发明人间签订的合同才是平等主体间的合同，才能真正体现双方的自由意志。

**评价：**这种观点深受美日等国家的影响。虽然考虑了我国发明人权益难以落实的事实，但将希望给予在通过产权界定来完成的想法与我国目前的制度相差比较远，实施起来难度较大。<sup>①</sup>

更为重要的原因是，如果按照目前的做法，以我国发明人的知识产权意识不强、发明人对发明转移转化的能力很弱的状况，势必会产生发明人不积极行使权利或怠于行使权利的突出问题。这种权利归属模式的变革不仅不会增加职务发明创造的比例，反而可能降低职务发

<sup>①</sup> 这种观点不仅从根本上要对我国知识产权的权利归属体系产生震荡，而且还涉及大量的国有资产（无形资产）的权利转移的敏感问题。

明创造的比例。况且，如果不从根本上改变单位的强势地位<sup>①</sup>，单位完全可以像美日等国家的一些做法，通过入职协议强行规定将发明申请权授予单位所有，这样的产权改革在大动干戈后将流于形式。

此外，特别应当引起注意的是，尽管我们充分认识到发明人在职务发明中的核心地位，但是，职务发明较之于自由人发明或者非职务发明，其基本特征恰在于其是以劳动关系为背景的。换言之，职务发明的产生基础就是劳动附庸关系，发明人的个人创造依托于并服务于单位的整体发展规划。所以，尽管从自然权利观或曰劳动成果观出发，职务发明的原始权利似以归属于发明人为上，但是一方面，有关专利的假说很多，劳动关系说只是其中之一，而且目下有被多元观念取代的趋势；<sup>②</sup>另一方面，从制度设计的角度，即便认可劳动权利观，在职务发明的特定背景下，即劳动者的创造性活动是服务于其所隶属的单位整体任务规划的，职务发明的所有权直接归属于单位，也并非有失公允——当然，这也要求我们在此基础上充分保障发明人的权益。而如果从效率的角度，则职务发明由单位所有，则更具优势。

此外，从课题组的调研实践来看，现代企业职务发明呈现出规划性强、团队性强的特点，在这种大背景下，赋予发明人以职务发明的专利申请权无疑会面对更多的操作上的繁复与不便。所以，我们并不建议采纳此种做法。如果说职务发明专利申请权径行由单位享有会导致对发明人权益保障的不力后果的话，那即便赋予发明人以专利申请权，发明人的切身利益之实现同样需要依托于相应的制度设计，同样不能一劳永逸。所以，基于我国实践中存在的职务发明人权益保障不力的现实而提出以彻底改变职务发明归属制度从而实现发明人权益

<sup>①</sup> 关于我国单位是否较发明人更强势，也可能是先入为主的观点。至少目前在一些科研院所和大学，发明人并不是一直处于弱势地位。

<sup>②</sup> 参见刘春田主编：《知识产权法》，中国人民大学出版社2009年8月版，第160页。

的做法，是不现实的。

## （二）思路二：建立职务发明创造共有制

早在1996年，我国就有学者就提出了建立“职务发明创造共有制”的观点<sup>①</sup>，并就实施职务发明创造共有制的优越性进行了论述。该观点认为，“职务发明创造共有制”是指发明创造者及其单位共同拥有其专利申请权及申请获准后的专利权。“共有”一般分“共同共有”和“按份共有”，最好采用“按份共有”，具体“份额”，应由发明创造者与单位共同协商确定。尽管此后有学者对职务发明创造的可行性提出质疑<sup>②</sup>，但至今仍然有学者坚持认为共有制是改善我国职务发明创造归属制度的重要措施<sup>③</sup>。持这种观点的学者认为，专利权属共有符合发展潮流。发达国家赋予发明创造人更多的权利以吸引优秀人才，作为提高国家创新能力的手段。我国专利法“合同优先”原则的规定，允许科技人员和单位通过合同约定专利权属，为高校实施专利权属共有提供了法律依据。共有制的好处是：

第一，鼓励高校师生与高校在专利权属方面共有，符合高校人才流动性大的特点，也有利于学生毕业、教师离职后对原有专利知识产权的实施。第二，现有实践证明其存在生命力。2000年3月，中南大学颁发了《关于落实国家以高新技术成果作价入股政策的实施办法》。办法规定：科技人员办企业，其技术类无形资产作价入股，作价入股总额的70%给予技术持有者；横向科研课题的结余经费入股科技型公

<sup>①</sup> 参见许义文：《职务发明创造共有制——对我国职务发明创造专利权归属的思考》载《研究与发展管理》1996年第1期。

<sup>②</sup> 参见邓志新、黄金火：《职务发明创造专利权共有制可行性质疑》，载《科技进步与决策》2007年第2期。

<sup>③</sup> 参见潘志浩：《关于高校实行职务发明创造专利权属共有的思考》，载《中国高校科技与产业化》2010年第7期。

司时，课题组成员持有入股金额的70%。在不到一年时间里，由于“两个70%”的激励作用，学校的专家教授还有学生，提出了100多个创新创业项目，注册了27家高科技公司，数年后，很多公司获得了成功甚至上市。“中南大学现象”恰恰说明了只要有恰当的股权激励政策，必将推进和加速高新技术成果的转化。第三，高校专利技术的价值完全属于国资，发明人只有用现金进行投入参股方能体现发明人个人股份，发明人实施技术转移的积极性受到打击。专利权属共有可以避免这方面的担忧，在专利申请前，即约定专利权属分配比例，专利授权后，其价值的比例从法律上也得到确认，如果进行技术转移需对此专利进行评估，在参股企业中，发明人的股权也就可以得到体现。

**评析：**我国《专利法》第六条关于主要利用单位的物质条件完成的发明创造可以通过约定方式确定专利权的归属，但这只是发明创造归属单位所有的一种补充形式。现行专利法的规定是使得职务发明创造可能产生“共有”的依据。不能以专利法没有约定“共有的份额”而推定法律没有规定，目前法律只是没有细化的规定，而具体的细化工作可以指定部门规章或单位内部的规定来确定，专利法不能也不能规定得过于详细。因此，以建立“职务发明创造共有制”来作为完善专利权属的主要措施或大肆宣传“共有模式”，显然并不能解决根本问题，在国际上也没有相应的先例。“共有制”的核心内容还是解决职务发明创造人从其职务发明创造中受益，以解决职务发明创造人创造热情不足、转化实施专利技术不积极的问题。但是，财产共有制存在本身不可克服的弊端，在知识产权制度下共有制还可能造成一系列的问题。突出表现在“共有”状态下并不利于产权的快速流转。众多的职务发明创造人及其雇主能通过协商就专利许可实施达成一致，但

在技术更新速度日益加快的时代，很可能会贻误市场先机，为新一代技术所取代。从本课题组进行的职务发明相关调研成果来看，共有制也是绝大多数企业着力避免的情况。从经济学的角度视之，产权分散必然会影响其利用效率，而专利制度的特点即以公开换取有期限的独占，决定了职务发明共有制这种无疑会大大影响职务发明利用效率的制度不能成为常态和基本的制度类型。

### **（三）思路三：适当调整现行立法的规定，细化并落实对发明人的奖励报酬**

前已述及，以自然权利观为基础设计的职务发明专利申请权归属于发明人的理论，只是有关专利制度的假说之一。而除此之外，尚有同样以权利本位为基础提出的报酬说、契约说和以社会本位为基础提出的发展经济说等。当然，上述学说也都面临各种的弊端与质疑。<sup>①</sup>但毋庸置疑的是，职务发明专利申请权归于单位，而充分保障发明人权益的基本制度模式，是与晚近社会本位的民法观念相适应的。

从另一个方面讲，前已述及，现代发明类型已经由单打独斗转变为兵团作战的模式，在这种模式下，团队的组建、经济基础的支持，对于发明成果的实现具有重要价值。另一方面，现代科技成果的复杂性、尖端性、周期性提升了物质技术条件对于绝大多数具有突破意义的发明的重要意义。我们的调研实践也充分证明了在现代企业中，尤其是计算机、通信、生物等领域，这种特点十分明显。再者，职务发明成果与其转化利用之间已经不是绝对的承继关系，而是应当整体规划、通盘考虑。基于上述经济角度的分析，职务发明成果归属于发明

<sup>①</sup> 参见刘春田主编：《知识产权法》，中国人民大学出版社2009年8月版，第160—161页。

人，既存在操作上的难度，也存在经济上的不合理性。而以单位为职务发明成果的申请人，建立起基本的职务发明制度，既有内在合理性，也有实践角度的相当优势。

另一方面，不管哪种职务发明创造权利归属模式，单位和发明人之间的利益分配是一个永恒的话题。从我们的调研成果来看，现实中对我国职务发明归属制度的争议并不多，尤其是在建立了约定优先的制度之后，我国职务发明基本制度框架是受到比较广泛的认可的。现实中存在较多争议的是有关利益分配的问题。我国专利法及实施细则已经对职务发明创造人获得的奖励报酬做了原则的规定。但我国职务发明奖励报酬的落实长期以来备受诟病。很多学者提出观点来改变这种状况，甚至有学者对发明创造奖励报酬的最适边界进行了探索<sup>①</sup>。概言之，从制度建设的角度，非有充分条件不应当动辄改变制度设计基本模式；另一方面，即便我们改变了现有职务技术成果有关归属基本模式的规定，也依然要面对利益分配的调整问题。

由于我国的专利法对职务发明创造人的报酬规定只是给出了百分比的范围与绝对值数而没有指出相应的计量方法，因此其也是远远不能适应目前之科技创新情况的变化；尤其是对于来之于不同渠道的科技成果，在转化后的收益分配上基本上都采取同一种收益分配政策，这也就更体现出了其本身的非科学性与非合理性。其实，借鉴相关国家的成功经验，我们认为：在我国，对于国防科技项目与来自国家计划项目的科技成果，其收益就应大部分归国家与单位；而对来之于横向联合开发的发明收益则应向研制者倾斜，实践中应切忌“一刀切”。此外，在发明人的报酬问题上，我们还应维护发明人的合法权益，尤其是要允许其通过法律途径来保障其收益权以及降低相关的交

<sup>①</sup> 参见蒋满元：《职务发明创造收益权分配的最适边界问题探讨》，载《科技管理研究》2007年第5期。

易费用。

我国专利法规定职务发明创造的单位拥有专利的申请权，专利申请经批准以后，专利申请人拥有专利权。发明创造的发明人除了享有报酬权与奖励权以外，不再享有任何其他的权利，我国专利法是通过专利许可实施和通过实施专利所取得利润来计算专利报酬权的。但是，如果专利权人放弃专利权，专利的发明人就不能取得报酬权了。因而，我们建议我国专利法规定，如果专利权人想放弃专利权，专利的发明人可以享有受让权，原专利权人可以免费实施专利权。这种处理办法与授予职务发明创造人“专利申请权”不同，这种规定旨在督促单位实施专利，并对职务发明创造人及时履行通过专利实施获取的利润，这样就在两者之间建立了一种利益平衡，达到双赢的目的。

**评析：**从严格意义上说，奖励报酬的落实并不属于职务发明创造权利归属的问题。但这一问题的解决却是理解并有效维护现行职务发明创造权利归属制度的关键。因为目前学者们提出的“发明人的创造积极性不高”以及存在转移转化效率低的主要原因归为“产权缺陷”。所以试图通过建立职务发明人的发明申请权或者是扩大并建立共有制的方式，来解决发明人的积极性和转移转化的问题。实际上，调动发明人的积极性和成果的转移转化是一个古老而又恒久的话题，这一点可以从美国拜杜法的立法过程及作用中得到体现。

美国拜杜法案颁布后国家权利归属于项目承担者而引发了转移转化率的提高。这种权利“下放”似乎同样适用于职务发明创造的权利由单位下放给“发明人”个人。且不谈美国拜杜法至今仍然存在一些立法后争议，就是在美国以及效仿拜杜法的国家，也没有将国家权利直接下放给发明人而是授予了项目承担者，但拜杜法在发明人和研

究实体之间建立了利益共享和风险共担的责任方式。科技创新中必须重视发明人在职务发明中的作用。这是因为，发明人在职务发明创造中不仅决定了成果产出的数量，同时对成果质量（可商业化的）予以保障；此外，发明人还是寻找市场的重要利益攸关者，是发明创造转移转化中的技术提供者。拜杜法规定了受资助机构获得的商业化收入必须和发明者共同分享。拜杜法颁布后，很多大学制定了具体程序落实该法案，特别是在利益分配办法方面。根据 1998 年美国审计总署（General Accountability Office）的报告，美国几乎所有大学都制订了与发明人或其所在部门分配许可使用费的程序和办法。因此，拜杜法看似表现为权利归属，实则正在成果的创造产出和转移转化。

上述分析在由国家知识产权局主持进行的“职务发明创造制度实施情况及完善”调查问卷中得到了印证。调查问卷对我国职务发明权属及其衍生问题进行了详细研究。从调查结果来看，针对我国专利法中关于职务发明申请专利的权利归单位、发明人享有署名权、获得奖励和报酬的权利的制度设计，41.50%的被调查者认为很合理，无需调整，11.32%的被调查者认为应该由发明人享有申请专利的权利，单位享有免费实施权，也就是借鉴日本的做法；24.52%的被调查者认为应该由单位与发明人通过合同约定权利义务，没有约定的，归单位；另有 22.64%的被调查者认为应该由单位与发明人通过合同约定权利义务，没有约定的，归发明人。统计结果反映的基本取向是，近百分之七十的被调查者对于我国职务发明权属设计是持肯定态度的，从根本上改变职务发明制度，即将专利申请权授予发明人的做法，有讨论的可能，但尚不为被调查者的多数所取。

当然，我国现有的权利归属制度规定，尚不能很好解决职务发明

人的奖励报酬问题。因此，笔者认为，在保持我国现行立法关于权利归属框架基本不变的情况下，需要通过合理而完善的奖酬制度及单位内部制度来完成人才发展纲要的目标，即提升我国职务发明的比例，同时提高职务发明的质量，加速职务发明成果的实施转化。

## 六、对我国职务发明创造权利归属的几点建议（附建议条文）

### （一）保持我国职务发明权属模式基本不变

如下以《专利法》为例，分析我国目前关于职务发明与非职务发明的界限及权属规定。

专利法第六条一共三款。第一款对“职务发明”的范围进行了界定。这是根据“职责标准”和“资源标准”两个标准确定的。笔者建议弱化“主要是利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造”标准。同时，对“执行本单位的任务”标准进行细化，并且建议增加对单位不履行职务发明权利时，职务发明人获得发明申请权的规定。

第二款是对非职务发明的确定。结合《专利法》第七条“对发明人或者设计人的非职务发明创造专利申请，任何单位或者个人不得压制”，说明我国立法对非职务发明人的权利给予了明确的立法保护。职务发明和非职务发明的界定采取了类似的推定制度，即一项发明创造不符合“职责标准”或“资源标准”的要求就会落入非职务发明的范围。建议明确要求单位加强对职务发明的制度建设和流程管理，不能将在职人员的所有发明创造都推定为“职务发明创造”。

第三款是我国专利法在职务发明制度中体现“合同优先”原则的

条款。而不管是主要利用还是非主要利用本单位的“物质技术条件”，本款均允许单位和发明人通过合同进行约定。这一条款也决定了我国确定职务发明自 2000 年后采取的是完全的“职责标准”和半“资源标准”的制度。而此处的合同约定也是本课题认为需要在立法中适当增加内容细化的地方。

## （二）对现有职务发明权属制度进行适当调整

如前，从我们的实证调研结果和理论分析可见，我国职务发明权利归属制度的基本模式是没有显见问题的，或者说是可以保持的。但另一个方面，有关职务发明奖励报酬制度的规定还比较笼统，现实中这方面的争议还比较多。基于以上分析，我们建议对专利法条文的补充调整如下：

1、《专利法》第六条第一款：执行本单位的任务或者主要是利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造为职务发明创造。职务发明创造申请专利的权利属于该单位；申请被批准后，该单位为专利权人。

增加第二款：单位应该通过内部制度明确本单位任务的具体内容。内容不明确或没有其他证据证明的，由单位负举证不能的责任。

自职务发明创造完成人提交技术方案之日起 月内，没有客观原因，单位没有申请专利的，也没有就此进行任何书面解释，职务发明创造完成人可以自己的名义提出专利申请。申请被批准后，发明人为专利权人。本单位获得对该项专利非独占的免费实施权。

2、《专利法》第六条第二款：非职务发明创造，申请专利的权利属于发明人或者设计人；申请被批准后，该发明人或者设计人为专利权人。

增加一项：与本单位有雇佣关系的发明人或设计人完成的非职务发明创造，非职务发明创造完成人可以在该项发明创造完成之日起或申请被批准之日起，向本单位提出转让本项专利的要约，单位在同等条件下，可以获得优先购买权。

3、第六条第三款：利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造，单位与发明人或者设计人订有合同，对申请专利的权利和专利权的归属作出约定的，从其约定。

## 第2章 我国职务技术成果相关管理制度研究

### 本章细目

- 一、我国单位职务技术发明相关制度建设的现状
  - (一) 高校、科研机构等事业单位
  - (二) 企业
- 二、我国单位职务技术发明相关制度存在的主要问题
  - (一) 缺乏对职务技术成果界定的管理规范
  - (二) 奖励报酬规定难以执行落实，
  - (三) 缺乏关于职务发明的相关配套制度
- 三、重要国家和单位的案例借鉴
  - (一) 美国企业
  - (二) 科研机构
- 四、完善我国单位职务技术成果相关的管理制度的建议
  - (一) 制度完善
  - (二) 建议条文

发达国家有关职务发明的配套制度特别是单位知识产权管理制度的完善对职务发明的比例的高低有直接的影响。<sup>①</sup>通过比较欧美等发达国家不同的职务发明归属模式，可以看出：第一，美国、日本和德国等发达国家发明专利权的原始权利人是发明人，雇主享有对雇员职务发明申请权的转移优先权，立法以权利归属的方式确保发明人利

<sup>①</sup> 参见李刚：《完善我国职务发明权属制度刍议》，载《厦门科技》2007年第4期。

益；第二，发达国家赋予发明人的收益比例远高于中国专利法，而且通过一定的措施予以落实；第三，发达国家单位与发明人的权益分配方式是产权，雇主从发明人手中以一定代价获取易于转化的专利权，从而避免科技成果与市场脱节；<sup>①</sup>上述国家在职务发明权属中都比较注重保护雇员的利益，关注“职务”双方的利益均衡。同时发达国家的创新主体企业和科研机构基本都建立了比较完善的研发和运作管理制度，以使双方都愿意积极投入到发明创造活动中去，从而有利于整个国家的科技创新。

因而，如果对我国职务发明创造权利归属原则不做重大调整的基础上，建立与我国职务技术发明相适应的、保证相关法律法规和政策落实的、平衡与协调单位与技术发明人利益关系的制度规范体系并贯彻落实就显得尤为重要和实际。本部分研究主要针对我国当前职务发明制度建设的实际，利用部分实证调查结论<sup>②</sup>，对比研究发达国家的相应管理制度，并对完善我国职务技术成果的制度管理提出几点建议。作为前置，本文所称的“与职务发明创造相关的制度建设与规范”，是指以促进社会的创新和创新成果的运用实施、平衡单位与职务发明人的利益分配、避免雇主与雇员产生权属利益矛盾、保证科研创新成

<sup>①</sup> 美国的奖励报酬规定：美国联邦技术转移法规定——国家实验室的技术通过许可企业实施或转让专利权所得的收入，70%给发明人，30%归实验室。美国华盛顿大学的技术转移的收入在扣除15%给技术转移室之后，余额在1万美元以下的，100%归发明人；余额在1万以上，4万以下的，50%归发明人，25%归院(系、所)，25%归大学；余额在4万美元以上的，30%归发明人，20%归院(系、所)，50%归大学。日本的奖励报酬规定：在2005年4月1日以后的新《专利法》中，日本增加了企业可依据雇佣合同、有关雇员规则等公司规则来确定职务发明奖励标准的规定，并规定了判断报酬是否合理的程序性要求，以此保障法律的良性实施<sup>①</sup>。日本通产省工业技术研究院规定，国立科研机构的研究人员自1996年12月起，如在任职工作期间的研究成果主要是利用了单位的物质技术条件并且属于其本职工作范围内的，发明创造人除可获得高达300万日元的补助金外，还可取得50%的专利权。

<sup>②</sup> 为了全面掌握中国科学院院属单位知识产权工作管理运行机制、人员队伍、转移转化等基本情况，2011年5月16日至6月10日，中国科学院“推进计划课题组”在全院范围内开展了大规模的问卷调查工作。本次调查问卷共针对四类对象，分别是：研究所、研究所主管领导、课题组负责人、普通科研人员。其中，针对研究所的调查问卷，共实际回收有效问卷104份；针对研究所领导的调查问卷，共实际回收有效问卷80份；针对课题组负责人的调查问卷，共实际回收有效问卷385份；针对普通科研人员的调查问卷，共实际回收有效问卷836份。以下分别简称为“研究所问卷”、“研究所领导问卷”、“课题组问卷”以及“科研人员问卷”。

果发挥重大效益为最终目的，相关单位应该建立并完善的内部制度建设和规范体系。这里的“制度建设”主要是指单位与职务技术成果相关的具体制度、管理机构和人员、管理流程、管理中利益分配机制以及转移转化实施等制度。

## 一、我国单位职务技术发明相关制度建设的现状

自 2008 年我国实施国家知识产权战略以来，经过宣传培训与环境营造，全国范围内的创新氛围和知识产权意识有明显提高，专利、版权、植物新品种、软件等数量增长迅速，但是单位主体中仍然程度不同地存在对创新科研工作不够重视、体制制度建设欠完善、研发过程控制不力、管理制度执行不到位、知识产权管理力度和水平有限等问题，导致我国社会的科研创新动力不足、科学技术成果与应用脱节，巨大的科研投入对社会经济贡献有限等。这些在知识产权管理过程中存在的共性问题直接影响了我国职务技术成果的应用和发展。如下分别对高等院校、科研机构 and 不同类型的企业的知识产权管理制度状况进行分析。

### （一）高校、科研机构等事业单位

近年来，我国高等院校和部分科研机构在科研和成果转化等科技管理方面进行了诸多有益探索。比如，中国科学院上海生科院建立了独立的知识产权与技术转移中心（类似美国高校的 OTT）负责生科院整体的知识产权评估、申请、转化等业务，效果显著；还有部分科研机构建立科研成果贡献期权制度，对研发人员在职务技术成果中的贡献度进行评估，折算成期权并约定兑现方式与期限，这种方法对研发人员的激励和队伍稳定都起到了很好的效果，是新形势下探索研发激

励的有益尝试。

然而，从总体上来说，我国高校和科研单位等事业单位的科研任务和经费主要来自于国家拨款项目，其单位和科研人员重要的运作动力来源于对基础研究和科研创新的追求。因为很多单位并不直接参与市场竞争，研发的目标没有明确的市场化目标和前景，对于科研成果的转化运用缺乏动力与压力。由此直接导致高校和科研机构等事业单位的科研管理体制松散、管理制度缺乏、职务技术成果存在闲置或流失现象，大大影响了其科研工作对产业和市场的支撑作用。主要表现如下：

### 1. 科研立项制度

部分科研课题的立项缺乏明确的知识产权创造目标、转移转化要求和产业前景分析。表现为制度建设的缺失或者配套制度的严重欠缺。

在中国科学院“研究所问卷”有关研究所知识产权管理制度和规划建设情况的调查中，在 104 个受访研究所中，只有 16 个研究所制定了知识产权创造的目标规划，占受访总数的 15.38%。此外，在中国科学院“课题组问卷”有关创意转化为创造过程中困难的认知中，在 385 名受访者中，缺少推动创意转化为创新并申请专利的资金、制度与流程、对基础创意的重视程度以及缺少收集和筛选创意的工作机制分别占 48.57%、46.23%、44.16%、31.17%。

### 2. 科研组织形式与管理制度

我国高校和科研机构现在比较通行的是大学教授或课题组长负责制，科研项目课题组为主要承担单元，这种分散式的项目承担体制导致了科研管理比较分散且欠缺规范。

第一，科研管理缺乏系统性和规范性，许多必要的管理机制和规范缺失，对单位的知识产权缺乏掌控和管理基础。表现为科研记录登记制度落实不到位，职务技术成果申报制度基本欠缺，对科技成果管理没有建立起基本的评估评价和分类管理的制度规范。由此导致比较严重的后果：如我国理论上倾向于对单位实施保护的职务技术发明的权利归属，由于在实际操作上由于没有具体制度的保护，使得从信息掌握方面，发明人具有绝对的优势并最终决定成果的应用方式和效果，单位基本无法获得成果信息、控制转化过程并最终推进成果的运用。这不仅会影响单位投入科研的积极性、增大单位进行科研的风险，同时还不利于将研发成果进行最有效的转化利用。

第二，对职务技术发明归属的认知偏差制约规范管理。由于现行科研经费与知识产权费用的管理使用方法导致一些职务发明人对职务技术发明、知识产权的归属认知模糊。不少科研人员往往混淆发明人和专利权人的区别，将专利的所有权当做发明者个人的，不愿单位或者相应下属技术转移机构介入，这导致部分单位的职务技术发明成果流失，且由于发明人的个人推进应用的能力所限影响成果的大规模转化与使用效果。

第三，科研技术成果的知识产权保护缺乏策划。专利申请目的初级，注重短期效应，保护手段单一，专利申请策略设计仍停留在比较落后甚至根本没有考虑的阶段。关于申请专利的目的，在中国科学院“科研人员问卷”调查中尽管有 69.98%的科研人员选择了申请专利是为了使研究成果获得法律保护；但也有 50.60%的选择了完成课题考核要求，还有 35.29%的选择了完成研究所考核标准的选项。专利申请的被动性倾向还是比较明显。

单位在注重科研投入的同时，对于科研成果的运营管理缺乏足够力度。对知识产权的质量没有很好的控制，大多数发明在初始披露时要求的权利范围过窄，商业价值和可转化性大打折扣。

第四，国际科研合作中存在危险。在与国外单位进行科研合作中，由于缺乏知识产权认识和经验、科研管理体制欠严密，有可能产生科研成果流失情况发生。

随着世界范围对知识产权重视程度的加强，对外科技合作活动中知识产权已经成为谈判中不可或缺的内容，有些合作中的知识产权条款对合作能否成功起着决定性作用。中科院调查数据表明，院属单位目前对知识产权合同的谈判特别是知识产权条款的谈判缺乏必要的甄别能力，我们没有收集和汇总一定的成熟的类似合同，谈判中的合同绝大多数由对方提供。在中国科学院“研究所问卷”调查受访的104个研究所中，仅有12个研究所表示其科技合作合同文本的最初来源基本上由本单位提供，占受访总数11.54%。

### 3. 归属和收益

国家拨款项目支持所产生的科研技术成果的权利归属，根据《科技进步法》规定授予项目承担单位所有，但是同时在国有资产管理体制中又规定无形资产转化产生的收益需要上缴国库的管理办法和审计备案等问题，这些规定也大大影响了单位对职务技术发明成果进行规范管理和转化应用的积极性和动力。

### 4. 我国高校和科研机构普遍存在重知识产权创造，轻管理和运营的现象

大部分单位没有设立相应专业机构进行职务技术成果的管理与运营，同时知识产权管理运用人才严重缺乏，管理能力严重不足，影

响了所创造技术成果和知识产权的实际应用价值。

在中国科学院“研究所问卷”调查中，仅有17%的研究所设有专门的知识产权机构；有35%的研究所既无知识产权专门机构，也无知识产权专职人员。这一点，与研究所领导的期望差距较大，有34%的研究所领导希望设立知识产权专门机构，另有45%的所领导认为即使没有知识产权专门机构，但亦应有知识产权专门人员。在“研究所领导问卷”受访的80位研究所领导中，有44位所领导认为知识产权工作中的主要困难是缺乏知识产权专业人员，占受访者总数的55%。研究所目前急需具有法律与理工科背景，同时具备知识产权申请、评估与合同谈判、侵权纠纷解决等综合素质的专业人才。

除了机构和人才制度建设外，在管理观念上也急需更新。不少单位对知识产权运营的考核机制还存在误区，存在急功近利的想法，认为知识产权与有形资产一样能够很快产生效益。实际上，知识产权运营并非能够短期见效、一蹴而就，其见效需要一个比较长的周期，需要长期投资和能力建设，但现在我国高校和科研机构对其运营的相关机制和评价支撑不足，不利于长期积累成长。

### 5. 奖励与报酬制度难以落实

国家相关法律法规与各部门的政策之间有不相匹配或者操作矛盾之处，如：对职务技术发明成果的发明人很难进行股份奖励；对国家投资形成或国有的高校、研究机构等事业单位进行职务科技成果的转化利益分配没有进行充分的授权，同时对发明人和对转移转化的实际贡献者的奖励比例没有明确的决定机制和决定机构，难以落实；并且在单位与职务发明人间产生矛盾时，没有矛盾解决的机构和机制等。种种法律政策的不协调性影响了职务技术成果的创新热情、管理

规范和转化效果。

中科院数据调查表明，现行奖励措施侧重于发给一次性奖金，尚不能很好地调动科研人员创新积极性。关于何为有效的知识产权奖励措施问题，研究所和课题组负责人均首选让研发贡献人享受技术入股中一定比例的股份。这一点说明研究所和课题组负责人更加重视通过长期回报的方式激励创新。但科研人员享有职务发明创造技术入股中的一部分股份，由于涉及多方面的利益关系和法律规范，所以对此问题还需进行一定的深入研究。

## **（二）企业**

在企业职务技术成果管理制度上，不同类型的企业在管理制度上不完全相同。

### **1. 大型、垄断性国有企业**

我国的大型垄断性国有企业在职务技术发明成果方面存在的主要问题是，由于其垄断地位保证其在市场上的强势和巨额利润的产生，由此导致其创新动力不足，而且对企业内部创新的激励和管理严重滞后，与其大型企业的体量与实力严重不适应，也不利于其在市场竞争环境下的长期、健康发展。

另外，在与其他单位进行科研合作时，大型垄断性国有企业利用其市场垄断地位在职务技术成果的权利归属和利益分配上极为强势，缺乏对科研创新工作的尊重，这会严重影响科技合作的实际效果和后续开展。

### **2. 中小型企业**

我国的企业在多年的市场竞争中逐渐发展壮大，部分国际化的企

业，如华为、联想等企业，由于其市场领域特点和参与国际市场竞争的要求，非常重视科技创新和成果的运用，对知识产权的管理比较规范和完善，接近国际先进水平。

同时我们也看到，我国大部分的中小型企业在市场上征战，生存步履维艰，竞争压力极大。大部分的企业没有足够的精力投入到科研创新工作中，而且其现代企业管理的先进理念认识不足，很少能够建立起比较健全的管理制度和进行规范的管理，以及保护和鼓励发明人的创新积极性。在如今国际化的竞争环境下，这些创新主体的竞争力和前景堪忧。

### 3. 外资企业

随着我国市场逐步开放的吸引力加大、科研水平逐步提高以及科研成果的竞争优势明显，促使国际跨国企业蜂拥而至，并逐渐在华设立研发中心，且研发层次不断提升，大量吸引了中国的高水平科研人员。跨国公司在科研管理和成果管理方面有很规范的制度和流程，同时对我国的科研人员进行了非常严密的保密措施，其科研“溢出效应”有限，而“虹吸效应”明显<sup>①</sup>。如何保障我国科研人员在跨国企业中创造的研发技术成果的利益分享，也是值得我们研究的课题。

基于以上简单的分析，我国各种不同的单位主体在职务技术发明方面处于不同的阶段、面临着不同的问题，需要采取不同的措施进行引导，确定相对适应于单位特点的制度规范要求，着重于创新激励与成果的运用。

## 二、我国单位职务技术发明相关制度存在的主要问题

概括来说，我国的职务技术成果相关管理制度中存在的问题主要

<sup>①</sup> 新华社自主知识产权系列调研成果《跨国研发中心加速来华，“虹吸效益”需警惕》，2011年6月。

包括:

### (一) 缺乏对职务技术成果界定的管理规范<sup>①</sup>

在现实生活中,往往由于单位对工作职责和物质技术条件等约定不明确,管理制度跟不上,容易造成职务技术发明的权属不清,难以区分职务发明和非职务发明而造成纠纷。专利法规定本单位的任务或者主要是利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造是职务发明,那么哪些是执行本单位任务,哪些不是执行本单位任务,或者利用多少单位的物质条件才算是主要的呢。在现阶段,由于没有一个量化标准,这些问题往往难以把握,实际操作起来经常会造成一些专利纠纷。

### (二) 奖励报酬规定难以执行落实<sup>②</sup>

虽然我国的《专利法》、《专利法实施细则》、《促进科技成果转化法》和《关于促进科技成果转化的若干规定》等法律法规均规定单位对于做出创造发明的科技人员以一定金额或按一定的收益比例予以奖励,即通常所称的“一奖两酬”<sup>③</sup>,但实务中常因下列问题的存在制约了创新者收益权的满意度获取。

<sup>①</sup> 盛济川:《高校职务发明的现状、原因及其对策》,载《知识产权》2005年第7期。

<sup>②</sup> 杨晨、董莹:《企业职务发明专利创新者的利益激励机制研究》,载《科技管理研究》2006年第11期;杨晨、董莹:《企业职务发明专利创新者的利益激励机制研究》,载《科技管理研究》,2006年第11期;杜军:《论我国职务发明契约化的可能性与必要性》,载《金卡工程·经济与法》2010年第7期;曹昌祯、王迁:《改革我国职务发明制度的建议》,载《发明与创新》2004年第6期;安迪言:《我国职务发明奖励制度缺乏科学性和可操作性》,载《电子知识产权》2009年第11期。

<sup>③</sup> 中国的报酬规定:对于职务发明人、职务科技成果完成人的报酬,我国现行法律、法规有明确规定。我国《促进科技成果转化法》第二十九条明文规定了单位应当从转让职务科技成果所取得的净收入中,提取不低于20%的比例奖励对该项科技成果完成及转化做出重要贡献的人员。其第三十条第一款规定单位应当连续三至五年从自行实施职务科技成果之新增留利中提取不低于5%的比例,奖励对该项科技成果的完成及其转化做出重要贡献的人员。我国《专利法实施细则》第七十五条规定国有企业事业单位在实施发明创造专利后,每年应当从实施该项职务发明或者实用新型专利所得利润纳税后提取不低于2%或者从实施该项外观设计专利所得利润纳税后提取不低于0.2%,作为报酬支付职务发明人或者设计人;或者参照上述比例,发给职务发明人或者设计人一次性报酬。其第七十六条又规定国有企业事业单位许可其他单位或者个人实施其职务专利的,应当从许可实施该项职务专利收取的使用费纳税后提取不低于10%作为报酬支付职务发明人或者设计人。

第一，领导层理念有待突破；第二，奖励金额基准难确认，计算报酬的方法不够具体，缺乏可操作性和合理性，也未对单位出售发明或专利时如何向发明者支付报酬的情况做出规定；第三，约束机制欠缺，缺乏相应的执行措施及有关报酬争议的解决途径，这使得有关报酬的规定很难落实。

在中科院“科研人员问卷”的数据调查表明，关于科研单位建立的奖励制度，42.82%的普通科研人员选择了不能很好调动创造的积极性，24.28%的选择了未建立完整的奖励制度，25.36%的选择了足够调动积极性。综合分析得出半数以上的研究单位没有建立完整的奖励制度或者建立的奖励制度不足以调动积极性。而从职务发明制度有关调研实践来看，有关奖励报酬制度的相关争议也是重中之重。因此，完善并落实奖励制度是解决职务发明激励机制的关键。

### （三）缺乏关于职务发明的相关配套制度<sup>①</sup>

有一套明确的好的配套制度，不仅可以有效的保护现有的职务发明，而且可以通过制度规范与落实来激励科研人员来从事职务发明，而这正是我国单位所缺乏的。从国家层面来说，国家是相当重视高校、科研院所的知识产权工作的，但整体也缺乏与职务发明相关的各种配套政策与细则。具体到各个单位而言，也是有相当大的差距的，有的机构相继建立了知识产权保护相关制度，成立了形如知识产权领导小组的相关行政机构，而有的单位还是一片空白。同时制度建设内容不完整、管理标准待建立、以及贯彻执行不到位。

总体而言，我国目前的职务发明相关规定与制度使得单位和发明人的权利失衡，对发明人的创新积极性和单位的管理应用积极性都有

<sup>①</sup> 盛济川：《高校职务发明的现状、原因及其对策》，载《知识产权》2005年第7期。

所制约，不利于刺激创新；也导致了相当的职务发明的非职务化流失；同时，由于在职务发明权属制度中缺乏与产业相关的刺激与引导，最终也不利于职务发明的产业化。我国的职务发明的管理制度建设已经在一定程度上制约了国家创新与技术转移。

### 三、重要国家和单位的案例借鉴

#### （一）美国企业

美国的各大公司基本上有比较完善的关于职务技术发明的管理制度，从雇员入职的合同协议开始，到科研、R&D 的立项流程到最终的成果应用推进的全过程贯彻始终。比如员工申请建议课题研究，一定是通过企业内部相应流程评估批准，只有通过了才有经费和人力资源来进行相应课题研究，同时课题进展也要定期地汇报，申报成果。

如下将列举几个美国企业在职务发明管理制度方面的例子。

第一，签署合同。在美国，雇员入职时需要签订明确的合同协议，雇主严格按照协议内容进行管理。合同或协议一般明文规定雇员申请专利必须通过单位，包括职务发明与非职务发明。单位同意下，雇员可以申请非职务发明（与工作单位无关）。否则一旦查出未经单位同意的专利申请，单位有权得到发明的 FULL ASSIGNMENT，并对雇员有一定的惩罚措施。在规定惩罚措施的同时，也规定了对雇员的奖励措施。企业有明确的标准，对于发明人给予名誉与物质上的奖励。

第二，成果申报管理的电子化流程。跨国企业基本都建设有发表科研文献的“publication approval”的系统进行科研成果的管理。任何雇员若要发明文章，必须要通过这样的一个系统，通过这个系统的管理有两个好处：一是表明待发表文章本身足够高的水平；二是若

是新发明，系统能及早发现，并提醒先申请专利，再让发明人发表文章。

这个系统的具体流程是：

(1) 发明人在系统中申报要发表的文章，包括文章的题目，作者，内容，预计要发表的杂志或者会议等，大约发表日期等等，附上文章。

(2) 系统会自动把这个申请内容送到下一位审批人：比如课题组长，研究所的科研处等，主要看看内容是不是合适发表，提出审核意见。

(3) 之后系统要送到知识产权管理部门，审核发明是不是新发明，有没有价值申请专利。如果有，他们就会跟发明人联系，要求一起把专利申请写出来，文章会被留下来做参考。如果审核认为可以发表文章，系统会自动送到下一位审批人，比如研究所的所长办公室等，审批后文章就可以送出去进行发表了。

通过电子化的管理流程一方面促使所有的科研成果的材料被很好地存档，以备查询和利用；另一方面也很好进行了成果申报的流程化管理，一旦发现雇员没有通过这个系统而擅自发表文章或者使用相关成果进行运营行为，可以采取相应的措施并进行可能的补救。

## **(二) 科研机构**

由于国外大学和科研机构的组织形式和管理模式上存在较多的差异，与企业相比在制度建设上会呈现多样化，但是还有较多的共性。

(1) 科研管理制度规范，对权属分配规则清晰，并且执行落实到位；

(2) 人员入职的合同协议比较完备,对权利归属、利益分配和保密义务等都规定齐全;

(3) 科研成果管理与运营体系相对健全,如设置集中式的技术转移办公室(OTT)或多家机构联合建立技术转移许可部(OTL),推进职务技术发明成果的转化和应用;

(4) 职务技术发明成果的转化收益分配,单位有比较充分的自主决定权和灵活度,而且在收益分配原则方面有比较成文的规定,并且有利于调动发明人、转移转化人员和单位各方的积极性。

#### 四、完善我国单位职务技术成果相关的管理制度的建议

##### (一) 制度完善

与职务发明权利归属制度不同,有关职务发明管理制度在本质上是企业内部制度建设问题,其制度建设进程、模式,更多地是以市场经济的逐步完善为背景,并依托于企业的自身实际情况。从规范设计模式上,这方面的法律制度规范应当以倡导性规范而非强制性规范为主。

当然,以促进社会的创新和创新成果的运用实施、平衡单位与职务发明人的利益分配、避免雇主与雇员产生权属利益矛盾、保证科研创新成果发挥重大效益为最终目的,单位应该建立并完善的内部制度建设和规范体系。在对我国职务技术发明成果权利归属原则不做重大调整的基础上,应引导我国各类单位机构建立与我国职务技术发明相适应的、保证相关法律法规和政策落实的单位内部科研管理和成果管理制度,通过相关制度的执行与落实来协调平衡单位与技术发明人间利益关系、保障科研活动和成果转化顺利开展,大力促进社会科研创

新和创新成果发挥重大效益。

建议我国各类型单位完善现行科研管理工作的制度体系、健全体制机制，推进并落实相关制度，规范单位内部科研全过程管理，为规范管理单位科研工作、激励知识产权创造、促进科技成果运营营造良好的制度环境。

1、建立健全权属明晰的人事制度与绩效考核制度，完善人员聘用合同管理，明确职务技术发明成果权属，确定单位与聘用人员的权责，规范研发人员的日常管理和队伍建设。

2、完善并落实科研工作的科研记录与登记制度，建立职务技术发明成果的申报制度<sup>①</sup>，明确申报流程及各级权限、义务、责任和管理标准等。还应规定对于科技人员完成职务成果后隐瞒不报、将职务发明创造变为非职务发明创造，以及违反有关约定等行为的制裁措施。另外建议逐渐推行电子化的流程管理系统，高效规范的进行科研成果的流程化管理。

3、建立科研成果和知识产权的评价评估制度，允许单位通过授权或合同形式与发明人进行权利归属和利益分配方式的约定。单位经过评估评价，有权决定或通过合同协议确定科研成果的权利最终归属，若为发明人所有，则单位仍享有有限或者免费的使用权，促进发明人的推广积极性。

4、健全科研工作保密制度和档案制度，从管理制度和规范的执行上解决职务技术发明成果信息不对称、单位无法进行顺利管理的问题。

---

<sup>①</sup> 发明人有报告义务。发明人在完成一项职务发明后，应在法定时间内向所在单位报告并提交全部技术资料；对于职务发明以及职务发明专利，单位享有不可撤销、不可转让的免费实施权。但应在法定时间内做出只保留免费实施权，或要求拥有无限期或有限期的独占实施权、专利申请权和专利权，以及作为单位技术秘密处理的选择决定。

## 5、规范国际科研合作中的知识产权相关工作。

随着我国科研实力的日益提升，国内外科技合作日益频繁和深入，其中知识产权的风险与机遇共存。为了充分发挥科技合作对双方的共赢作用，避免技术成果的泄露和知识产权的流失，必须规范科技合作中，尤其是国际科技合作中的知识产权管理。

第一，认真研究各类科研合作，尤其是各类国际科技合作中的知识产权问题、风险，出台相应的政策，引导规范合作行为；

第二，摸清家底，全面掌握我国各级各单位设立或承担与开展的各项科研工作的总体情况，对于重要的技术领域，应设立“防火墙”制度，加强信息保密及知识产权保护机制，强化对核心技术的管理；

第三，分级管理，国家设立专门的技术审核部门，引导并规范科研合作行为。

第四，规范我国大学、科研机构等单位进行科研合作中的知识产权管理：在系统研究我国大学、科研机构等单位参与开展科研合作中各类知识产权问题的基础上，逐步开发规范的科研合作谈判流程和各类合作的协议合同的指导模板，推广全国，规范我国在各种科技合作中的知识产权管理行为。

6、建立和完善奖励报酬管理办法，确定关于职务技术发明成果的奖励报酬流程、决定责任主体和权力义务等事项。建议单位制定明确的关于职务技术发明成果创造的奖励标准和成果应用转化的报酬参考标准，同时明确商议决定奖励报酬相关的责任主体、权限额度，以及纠纷解决途径等重要事宜。鉴于职务发明奖励报酬制度在实践中的重要性，我们将在下文中详述。

## （二）建议条文

具体建议条文：

### 第 条 【单位的总体制度建设】

职务技术成果完成单位应当完善劳动人事管理制度，以合同方式明确职务发明人的工作职责以及职务技术成果的权利归属，法律行政法规另有规定的除外。

职务技术成果完成单位应当设立专门的机构和专职人员负责本单位职务技术成果的管理工作，对职务技术成果实行创造、运用、保护和实施全过程管理。

职务技术成果完成单位应当建立科研记录与登记制度，建立职务技术发明成果的定期申报制度，明确申报流程及各级权限、义务、责任和管理标准。

职务技术成果完成单位应当健全科研工作保密提醒制度和档案管理制度。

### 第 条 【单位的奖励制度—入股】

职务技术成果完成单位应当明确建立职务技术成果奖励制度。职务技术成果完成单位应当对定期完成成果申报的科研人员给予物质或精神奖励。

职务技术成果完成单位以职务技术成果作价入股后，应当按入股技术成果所占股份的 20%至 30%，将股权分配给职务技术成果完成人持有，职务技术成果完成人依所持股份分享收益。

前款具体比例的确定，持股超过 30%的，由职务技术成果完成单位的权力机构讨论确定；属于国有企事业单位的，由职工代表大会讨论决定。

### 第 条【单位的奖励制度—实施转化】

职务技术成果完成单位将职务技术成果转化或者实施转化后，应当从所得收益中按一定的提成方式和比例分配给职务技术成果完成人。

职务技术成果完成单位应当对职务技术成果转让或者实施转化的财务进行专项核算，并向职务技术成果完成人如实提供会计核算数据。

职务技术成果完成人有权了解职务技术成果转让或者实施转化的情况，查询有关的会计核算资料。

### 第 条【单位的奖励制度—转让】借鉴 P393

职务技术成果完成单位转让职务技术成果的，应当从转让该技术成果的净收入中提取不少于 20% 分配给职务技术成果完成人，并在转让资金到位后 30 日内付清。

### 第 条【单位的法律责任】

职务技术成果完成单位没有按规定实现对职务发明人的奖励的，除非职务发明人放弃权利，职务发明人有权要求职务技术成果完成单位支付不低于奖励（报酬）金额的 5% 的违约金。

## 第3章 职务发明奖励报酬

### 本章细目

#### 一、我国关于职务发明奖励报酬的法律述评

##### （一）有关职务发明奖酬的法律体系

##### 1、法律、行政法规的有关规定

##### 2、其它中央部门规章、政策

##### 3、地方性法规、地方政府规章

##### 4、我国职务发明法律制度的理论梳理

##### （二）我国职务发明奖励报酬制度存在的主要问题

##### （三）完善我国职务发明奖励报酬制度的思路

#### 二、职务发明奖励报酬制度比较研究

##### （一）德国职务发明报酬制度

##### （二）法国职务发明报酬制度

##### （三）日本职务发明报酬制度

##### （四）美国职务发明报酬制度

#### 三、法定奖酬制度的完善

##### （一）关于职务发明奖励数额

##### （二）关于职务发明报酬基准

##### （三）关于职务发明报酬比例

##### （四）关于职务发明奖酬的法律协调问题

#### 四、约定奖酬制度的建议

##### （一）职务发明奖酬约定方式

##### 1、关于职务发明奖酬强制缔约的讨论

2、职务发明奖酬的约定方式

3、职务发明奖酬约定程序

(二) 职务发明奖酬约定内容

1、职务发明奖酬内部约定的宏观要求

2、职务发明奖酬内部约定的具体内容

五、奖酬落实与侵权救济

(一) 奖酬落实

1、职务发明奖酬制度的落实现状及原因

2、促进职务发明奖酬落实的建议

(二) 侵权救济

1、单位内部救济

2、行政救济

3、司法救济

4、社会救济

六、有关奖励报酬的示范条款

(一) 《职务发明条例》奖励报酬有关规定建议稿

(二) 单位职务发明奖励报酬规章制度建议稿

“有国有家者，不患寡而患不均，不患贫而患不安。”随着市场经济的发展和法律意识的提高，尤其是对职务发明带来的现实利益的认识，有关职务发明奖励报酬的争议也日益增多。根据国家知识产权局条法司进行的“职务发明创造制度实施情况及完善”专题调研，对我国目前职务发明制度及其实施情况意见最为集中的就是职务发明奖励报酬问题，尤其是奖酬的落实问题。而从比较法的视角观之，各

国对职务发明的定性、权属等并不相同，却都存在适用可能，究其原因也在于，在保障发明人表明身份的权利之基础上，职务发明权属本身并不是引起争议的根本，关键问题乃在于由职务发明带来的利益如何分享和落实的问题。

## 一、我国关于职务发明奖励报酬制度的述评

历史地看，在我国，对于职务发明人是否应该获得工资以外的报酬，曾经存在两种不同观点，一种观点认为，职务发明是基于劳动合同关系在发明人履行职务过程中产生的，雇员根据被雇佣的目的从事特定发明任务或解决特殊技术问题的发明成果归属于雇主，雇主已经付出了工资，因此，职务发明人不应该享有另外的报酬。另一种观点则认为职务发明人与单位之间尽管存在雇佣关系，但这种雇佣关系并不是占有其全部智力劳动的理由，当职务发明归单位时，单位应该支付一定报酬给职务发明人。从我国法律规定和世界各国的多数选择来看，后一种观点即在正常工资之外给予职务发明人、设计人以奖励和报酬的观点得到了广泛接受。<sup>①</sup>

我国现行法律制度中涉及职务发明奖励的法律、法规、部门规章以及地方性法规、规章、规范性文件很多，呈现出层次不一、规定不同、缺乏体系与整合的基本情况，这也是制定统一的《职务发明条例》，对包括奖励报酬在内的有关制度进行统一梳理的缘由。

### （一）有关职务发明奖励的制度规范

我国规定职务发明奖励的基本法律和行政法规是《专利法》及《专利法实施细则》，在此基础上，法律层面的《促进科技成果转化法》

<sup>①</sup> 参见张晓玲：《论职务发明人的报酬》，载《科技与法律》2006年第3期。

《合同法》对其有所补充，而较低位阶的部门规章、地方性法规、地方政府规章等多在《专利法》及《专利法实施细则》所确立的基本规则与立法模式的基础上进行具体化。罗列如下：

## 1. 法律、行政法规的有关规定

### (1) 《中华人民共和国专利法》

第十六条 被授予专利权的单位应当对职务发明创造的发明人或者设计人给予奖励；发明创造专利实施后，根据其推广应用的范围和取得的经济效益，对发明人或者设计人给予合理的报酬。

### (2) 《中华人民共和国专利法实施细则》

第七十六条 被授予专利权的单位可以与发明人、设计人约定或者在其依法制定的规章制度中规定专利法第十六条规定的奖励、报酬的方式和数额。

企业、事业单位给予发明人或者设计人的奖励、报酬，按照国家有关财务、会计制度的规定进行处理。

第七十七条 被授予专利权的单位未与发明人、设计人约定也未在其依法制定的规章制度中规定专利法第十六条规定的奖励的方式和数额的，应当自专利权公告之日起3个月内发给发明人或者设计人奖金。一项发明专利的奖金最低不少于3000元；一项实用新型专利或者外观设计专利的奖金最低不少于1000元。

由于发明人或者设计人的建议被其所属单位采纳而完成的发明创造，被授予专利权的单位应当从优发给奖金。

第七十八条 被授予专利权的单位未与发明人、设计人约定也未在其依法制定的规章制度中规定专利法第十六条规定的报酬的方式和数额的，在专利权有效期限内，实施发明创造专利后，每年应当从

实施该项发明或者实用新型专利的营业利润中提取不低于 2%或者从实施该项外观设计专利的营业利润中提取不低于 0.2%，作为报酬给予发明人或者设计人，或者参照上述比例，给予发明人或者设计人一次性报酬；被授予专利权的单位许可其他单位或者个人实施其专利的，应当从收取的使用费中提取不低于 10%，作为报酬给予发明人或者设计人。

### （3）《中华人民共和国促进科技成果转化法》

第十四条 国家设立的研究开发机构、高等院校所取得的具有实用价值的职务科技成果，本单位未能适时地实施转化的，科技成果完成人和参加人在不变更职务科技成果权属的前提下，可以根据与本单位的协议进行该项科技成果的转化，并享有协议规定的权益。该单位对上述科技成果转化活动应当予以支持。

科技成果完成人或者课题负责人，不得阻碍职务科技成果的转化，不得将职务科技成果及其技术资料和数据占为己有，侵犯单位的合法权益。

第二十九条 科技成果完成单位将其职务科技成果转让给他人的，单位应当从转让该项职务科技成果所取得的净收入中，提取不低于百分之二十的比例，对完成该项科技成果及其转化做出重要贡献的人员给予奖励。

第三十条 企业、事业单位独立研究开发或者与其他单位合作研究开发的科技成果实施转化成功投产后，单位应当连续三至五年从实施该科技成果新增留利中提取不低于百分之五的比例，对完成该项科技成果及其转化做出重要贡献的人员给予奖励。

采用股份形式的企业，可以对在科技成果的研究开发、实施转化

中做出重要贡献的有关人员的报酬或者奖励,按照国家有关规定将其折算为股份或者出资比例。该持股人依据其所持股份或者出资比例分享收益。

#### (4) 《中华人民共和国合同法》

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。

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。

## 2. 其它中央部门规章、政策规定

除了以上《专利法》《专利法实施细则》《促进科技成果转化法》《合同法》,我国很多中央部门规章、政策等对职务发明奖励报酬问题都有所涉及。必须承认的是,这其中的部分政策性文件并不具有直接的裁判效力,但基于我国目前的国情与法律制度安排,其无疑会对职务发明奖励报酬有关内容产生实质影响。限于篇幅,这里仅作标识:

(1) 国家建材局局属单位知识产权保护有关规定(1997年12月31日 国家建筑材料工业局发布),第十二条;

(2) 高等学校知识产权保护管理规定(1999年4月8日 教育部令第3号)第五章“奖励与扶持”,第二十五至二十八条;

(3) 卫生部关于印发《卫生知识产权保护管理规定》的通知(卫科教发〔2000〕230号)第六条,第十二条,第三十六条;

(4) 科学技术部关于印发《关于加强科技有关的知识产权保护和管理工作的若干意见》的通知(国科发政字[2000]569号),第二节,第三节;

(5) 科技部、教育部关于充分发挥高等学校科技创新作用的若干意见(科技部、教育部 二00二年六月二十八日),第8条;

(6) 国家科学技术部关于印发《关于加强国家科技计划知识产权管理工作的规定》的通知(国科发政字[2003]94号),第十一、十二条;

(7) 财政部、科技部关于印发《中关村国家自主创新示范区企业股权和分红激励实施办法》的通知(财企〔2010〕8号),第二十二条、第四十二条;

(8)《国家科技重大专项知识产权管理暂行规定》第四章“知识产权的归属和保护”;

(9) 国务院办公厅转发科技部等部门关于促进科技成果转化若干规定的通知(1999年3月30日 国办发(1999)29号)第一节“鼓励高新技术研究开发和成果转化”;

(10)《国务院办公厅转发科技部、财政部关于 国家科研计划项目研究成果知识产权管理若干规定的通知》(国办发[2002]30号)第一、七、八条;

(11)《国务院办公厅转发财政部、科技部关于国有高新技术企业开展股权激励试点工作指导意见的通知》(国办发[2002]48号)第四、五、六条;

(12)《中共中央国务院关于加强技术创新发展高科技实现产业化的决定》，第13条“加强对知识产权的管理和保护”；

### 3. 地方性法规、地方政府规章

如前所述，对职务发明奖励报酬作出具体规定的除了上述法律、法规、部门规章和中央政策以外，尚有地方性法规和地方政府规章等。根据笔者统计，并经既有研究资料表明，我国几乎所有的省、市、自治区及有地方立法权的省以下的城市，还有数以百计的相关地级市甚至县级市，都先后制定了涉及职务发明奖励报酬量化规范的《技术市场条例》、《科技进步条例》、《专利保护条例》等一类地方法规和相关的地方行政规章与政策。宏观看来，关于奖励制度，地方性法规、规章有几个比较突出的特点：

其一，以现行《专利法》和《专利法实施细则》等为基本依据。例如，《天津市专利促进与保护条例》第十四条规定，“被授予专利权的单位应当对职务发明创造的发明人或者设计人给予奖励。发明创造专利实施后，根据其推广应用的范围和取得的经济效益，对发明人或者设计人给予合理报酬。奖励或者报酬给付的方式和数量，当事人有约定的，从其约定。没有约定的，应当按照下列规定执行：（一）自专利权公告之日起三个月内发给发明人或者设计人奖金，所发奖金不得低于法律、法规规定的最低标准……”

其二，对奖励的规定往往比较集中，就奖励的数额、方式等作出集中性规定，不像中央立法那样分散，一般系将《专利法》《专利法实施细则》《促进科技成果转化法》等一系列法律法规中的相应规则进行总结规定，例如，《天津市专利促进与保护条例》第十四条基本上综合了《专利法》十六条、《专利法实施细则》七十六至七十八条

和《促进科技成果转化法》二十九、三十条的规定。

其三，就地区立法的奖酬力度看，有两个特点，一个是往往等于或高于《专利法》的标准，一个是不同地区之间确实也存在一定差异。例如，《天津市专利促进与保护条例》规定，专利实施取得经济效益后，应当在专利权有效期内每年从实施该项发明专利或者实用新型专利的营业利润中提取不低于百分之五（高于《专利法实施细则》的2%的规定）或者从实施该外观设计专利的营业利润中提取不低于百分之一（高于《专利法实施细则》的0.2%的规定），作为报酬支付发明人或者设计人，或者参照上述比例，发给发明人或者设计人一次性报酬。专利技术转让或者许可他人实施的，应在获得转让、许可收益后三个月内从收取的转让费、使用费用中提取不低于百分之三十（高于《专利法实施细则》的10%的规定）的比例，作为报酬付给发明人或者设计人。而《安徽省促进科技成果转化条例》规定，以技术转让或者许可使用方式提供给他人实施转化的，从转让或者许可使用所得净收入中提取不低于20%的比例用于一次性奖励。此比例高于《专利法实施细则》的规定，而低于天津市的上述规定。

其四，一些地区立法较之于中央立法或其他地区立法还规定了更为具体的内容。例如，《安徽省促进科技成果转化条例》第二十七、二十八条中，有关奖励兑现期限、主要贡献人员奖励数额等的规定就是《专利法》等中央立法所没有的，也不为所有地区立法共有。

当然，地区立法的适用效力有待商榷，其是否可以作为裁判依据，以及如何解决跨地区企业间的协调问题，值得从司法角度观察。此外，地区立法已经形成的集中性规定的特色，及其可以考察的实施效果，可作为制定《职务发明条例》的重要参考。

#### 4. 我国职务发明法律制度的理论梳理

综上所述，我国职务发明奖励报酬制度系以《专利法》《专利法实施细则》为基础加以构建，《促进科技成果转化法》和《合同法》对此有所变更和补充。在此基础上，其它部门规章、地方性法规、地方政府规章等涉及到职务发明奖励报酬制度的文件对此有两种主要的规范方式，

一种是实质性地引用专利法及其实施细则的规定，如《科学技术部、国家发展和改革委员会、财政部、国家知识产权局关于印发〈国家科技重大专项知识产权管理暂行规定〉的通知》、《贵州省专利保护条例》；

一种是参照专利法及其实施细则的基本框架，但是从内容上对其有所变更或者补充，例如：《国务院办公厅转发科技部等部门关于促进科技成果转化若干规定的通知》、《江苏省专利促进条例》。

需要补充的是，地方性法规、规章及规范性文件，对奖励问题多有规定，其对于《专利法》及《专利法实施细则》之基本规定的态度亦不一致，当然，采后一种态度的居多。以及，对《专利法实施细则》采更改和补充方式的立法例中，具体的更改或补充内容，以及更改数额、比例等亦不相同。

#### （二）我国职务发明奖励报酬制度存在的主要问题

我国职务发明法律依据呈现法律层级多、立法部门广、地区差异大的特点，有关奖励报酬制度的内容亦系如此。面对纷繁复杂的法律依据，不仅一般民众莫衷一是，职务发明人也往往难于取舍，这也是我们主张以专门规定系统解决职务发明奖励制度的原因之一。<sup>①</sup>而尽

<sup>①</sup> 与这种由于部门、地区差异带来的同一问题不同对待的不合理性，其实在职务发明与计算机软件类职务

管部门规章、地区法规等对其规定各不相同，其体系构建毕竟《专利法》及《专利法实施细则》的规定为基础，采取变更、补充模式的规定也在另一个侧面折射出《专利法》及《专利法实施细则》的不足所在，理应为统一立法所参照。综合各方观点，我们认为我国有关职务发明奖酬内容的规定存在以下问题和值得讨论之处：

1、如果将专利法实施细则规定的报酬的计算方法用公式简单表述，则为：营业利润 $\times$ 2%（发明专利）或营业利润 $\times$ 0.2%。这个计算方法存在两个问题。

其一，计算基准不甚明确。何所谓“营业利润”，是实施某项专利的毛利润还是净利润？不明确。更重要的是，实施某项专利的利润一则难于计算，因为多数专利并不是独立实施的，或者说很多情况下某一产品或工艺中往往包含了多项专利，特定专利在其中的作用不好估算；二则，企业的利润问题往往不为特定的职务发明人所知，未有争议之时发明人的知情权难于实现，而争议发生之后发明人欲其职务发明的利润所得，亦往往多受掣肘。

其二，计算标准比较单一。尽管专利法实施细则规定的是2%或者0.2%的比例仅具有先无约定情况下的指导意义，以及，从立法规定来看，这只是下限，即“不低于”。但毋庸置疑这个规定即便对约定情形也具有参考价值，况且，在争议发生之时，单位一定会主张这一最低限度的报酬比例，而不会更高，由此足见上述公式的重要价值。但这一计算标准中，比例因素未免过于简单化，由此导致的后果会是，

---

作品的对比中也有体现。职务发明与计算机软件类职务作品应当同属《合同法》所称“职务技术成果”，但相较于《专利法》等确立的职务发明奖励报酬制度而言，计算机软件职务作品的奖励报酬则明显缺失或不足。《计算机软件条例》第十三条仅仅规定自然人在法人或者其他组织中任职期间所开发的软件符合与职务发明相类似的三种情形的，该软件著作权由该法人或者其他组织享有，但该法人或者其他组织只是“可以”对开发软件的自然人进行奖励，且无报酬的规定，这是知识产权法领域一个明显的体系矛盾。另外，《集成电路布图设计保护条例》对单位内设计人的奖酬、《植物新品种保护条例》对职务育种人的奖酬则全无规定。

不论何种领域、何种情形，在所谓营业利润的基准之上，所参考的比例因素往往都只有法定的 2% 和 0.2%。但事实上，现实地影响到专利产品利润的因素很多，比如产品数量、营销手段等等，而不同专利对于产品的市场价值也往往大相径庭，在同一产品中并存的诸项专利如此，不同领域中不同专利对该领域产品的意义更是纷繁复杂。上述计算标准对诸项弹性因素有所忽视。2%、0.2% 的计算比例之外，我们至少需要考虑特定专利对产品的经济贡献，以及营销手段等因素。

2、现实中，某一项职务发明的发明人往往为多人，当此之时，合作发明人之间的利益如何分配，没有规定。相比之下，《安徽省促进科技成果转化条例》则规定，在研究开发和成果转化中作出主要贡献的人员所得奖励份额不低于奖励总额的 50%。

3、交叉许可、无偿转让等更加难于计算职务发明人的应得奖酬数额的情况。以及，《专利法实施细则》中许可的 10% 的规定，《促进科技成果转化法》中转让的 20% 的规定与一些地区立法的规定存在较大差异。

4、有关奖励尤其报酬的性质需要讨论明确。从立法表述来看，很容易将报酬的性质理解为劳动报酬。<sup>①</sup> 职务发明奖酬与劳动者劳动报酬的关系需要明确，这关系到职务发明奖酬争议是否遵循劳动纠纷仲裁前置，以及，职务发明奖励报酬在职务发明人死亡以后得否继承

<sup>①</sup> 有学者论及，“在权利观念日益增强的今天，单纯将职务发明设计人报酬作为一种劳动报酬的先天不足日渐突出：第一，劳动报酬在绝大多数情况下由单位单方确定，发明设计人没有与单位进行协商的自由，从而极有可能出现最后被确定的报酬与发明设计人应当得到的回报相去甚远，由此严重侵犯其合法权益的后果。这也是实践中纠纷最多的问题。第二，按照一般法理，劳动报酬具有专属性因而不能适用移转与继承，这既严重限制了发明设计人对职务发明设计人报酬处分的自由，又不利于保护相关主体（尤其是发明设计人的继承人）的利益。第三，将职务发明设计人报酬定性为劳动报酬，使发明设计人向单位进行追索时必须遵循劳动法的规定，而根据我国《劳动法》第 79 条，对于报酬给付等劳动争议应当首先提交仲裁，对仲裁结果不服方能提起诉讼。而提起劳动争议仲裁的时限为 60 日，远远短于民事权利救济的一般时效 2 年，而劳动仲裁程序的繁复无疑加大了权利人权利救济的成本。”引自黄东东、李仪：《职务发明设计人报酬性质探析》，载《法学杂志》2007 年第 6 期。

的问题。<sup>①</sup>

5、有关奖酬争议的解决方式及其落实有待明确。《专利法实施细则》第八十五条规定，“除专利法第六十条规定的外，管理专利工作的部门应当事人请求，可以对下列专利纠纷进行调解：……（三）职务发明创造的发明人、设计人的奖励和报酬纠纷。”从现实情况来看，奖酬争议解决至少有以下需要讨论的方面，其一，专利法实施细则的规定过于简单，而且现实地，所谓管理专利工作的部门往往无暇调解此类纠纷，况且，所谓的调解亦并无法律效力，从而使这一规定流于形式；其二，需要讨论职务发明奖酬争议是否遵循劳动纠纷仲裁前置程序。

6、实践中，奖酬纠纷被诉至法院的并不多。而从诉至法院的有限案例来看，多数亦发生在职务发明人退休、离职的情形下。这其中有两个需要值得注意的方面，其一，职务发明的奖励报酬并不是职务发明人从单位获得收入的唯一来源，甚至也不是最重要的。对于某些特定人员而言，其正常工资收入已经足以补足其职务发明收益，相当一部分人员的高收入原因恰恰因为其提供职务发明的可能。这也是很多国家如德国在确定具体的职务发明奖酬数额时考虑发明人在单位内地位的原因。其二，即便在发明人确实收入不足，而单位提供的职务发明奖酬又不足且无约定的情况下，当事人也未必就敢于提起诉讼。所以我们在思考职务发明奖酬制度之时，固然不能胡子眉毛一把

<sup>①</sup> 有学者论及，“在权利观念日益增强的今天，单纯将职务发明设计人报酬作为一种劳动报酬的先天不足日渐突出：第一，劳动报酬在绝大多数情况下由单位单方确定，发明设计人没有与单位进行协商的自由，从而极有可能出现最后被确定的报酬与发明设计人应当得到的回报相去甚远，由此严重侵犯其合法权益的后果。这也是实践中纠纷最多的问题。第二，按照一般法理，劳动报酬具有专属性因而不能适用移转与继承，这既严重限制了发明设计人对职务发明设计人报酬处分的自由，又不利于保护相关主体（尤其是发明设计人的继承人）的利益。第三，将职务发明设计人报酬定性为劳动报酬，使发明设计人向单位进行追索时必须遵循劳动法的规定，而根据我国《劳动法》第79条，对于报酬给付等劳动争议应当首先提交仲裁，对仲裁结果不服方能提起诉讼。而提起劳动争议仲裁的时限为60日，远远短于民事权利救济的一般时效2年，而劳动仲裁程序的繁复无疑加大了权利人权利救济的成本。”引自黄东东、李仪：《职务发明设计人报酬性质探析》，载《法学杂志》2007年第6期。

抓，但也必须考虑职务发明人的整体工作与收入背景，探索真正的维系利益平衡之道。毋庸置疑，法律的触角是有限的，法律不可能渗透到所有的利益分配领域，也不是调整职务发明利益纠纷的唯一路径。事实上，市场调节、人才流动在维系职务发明相关利益平衡方面也有其价值。但市场调节所能实现的，只是宏观和流动的平衡，市场不关注个案正义，而后者正是法律价值的实现路径。所以我们依然需要讨论，如何完善有其便利职务发明纠纷中当事人的权利救济。当然，诉讼不是这里的唯一救济方式。

此外，如果我们从广义的职务技术成果的角度来看，则可以发现，专利法和植物新品种条例等所建立的广义的职务技术成果奖励报酬制度是不统一的。例如，植物新品种条例并未就植物育种做出明确的规定，而仅仅在第四条规定，“完成关系国家利益或者公共利益并有重大应用价值的植物新品种育种的单位或者个人，由县级以上人民政府或者有关部门给予奖励”，显然带有计划经济时代奖酬制度的色彩。而《集成电路布图设计保护条例》、《计算机软件保护条例》则并未就职务技术成果完成人的奖酬做出规定。<sup>①</sup>所以，我国职务技术成果有关奖酬的规定有待于统一和完善。

### （三）完善我国职务发明奖励报酬制度的思路

基于以上对我国职务发明奖励报酬制度的考察和分析，我们认为，职务发明奖酬问题的根本性制度障碍在于两点：

其一，这根源于发明本身与奖励报酬之间的属性与联系。判断专利成立与否的标准是专利法律所规定的“三性”等内容，而奖励报酬

<sup>①</sup> 当然，从体系化的视角出发可见，此类成果是可以申请专利并由完成人就此依照专利法等的规定获得奖酬的。

则属于经济价值方面的判断，即便“三性”中与经济价值相对形似的实用性，也完全不等同于经济价值。一项专利的经济价值尽管不是不可以预期和衡量的——这也是专利质押等制度的依据所在，但其实现结果却并不完全取决于专利本身。所以在内在逻辑上，职务发明奖励问题之所以难于解决，与专利质押问题的深层次原因是有共性的。而相较于权利质押，职务发明问题更为复杂。影响到某一职务发明的经济价值实现之因素，不仅包括专利本身的价值，还在于此种价值是否通过产业转化、市场营销等手段得以最大化。换言之，职务发明法定奖励报酬制度存在统一规定与复杂现实之间的矛盾。

其二，约定优先与法定数额之间的关系，即，如何衡量单位内部规定或者单位与发明人达成的约定的合理性。虽然各国立法的基本理念是首先依照合同排除争议可能，但这毕竟仅仅是将核心争议转嫁于当事人约定，也就是进行了问题的转移而非解决。从我国职务发明约定奖励制度来看，法律法规对约定奖励制度的重视更是不足。总之，职务发明约定奖励报酬制度尽管以合同方式具备了具体问题具体商议之可能，较之法定奖励制度存在灵活性、针对性从而更加合理且为各国法律实践所倡导，但约定奖励制度同样存在形式争议与实质正义间冲突的风险，奖励报酬合同的订立、内容、履行、救济程序与普通民事合同或劳动合同尽管不无共性，但同时也是存在较大差异的。在尊重合同自由的同时，如何真正实现自由意志下缔结的合同对于职务发明奖励报酬的规定和分配，是约定奖励制度方面需要完善之处。

此外，无论法定还是约定数额比例，都存在制度落实的问题。职务发明奖励报酬不是一个独立的存在，职务发明尽管与普通劳动存在很大不同，其时间、质量都存在不确定性，但这一不确定性存在于确

定的、稳定的劳动关系中，职务发明奖酬合同从而也就与一般意义上的合同制度或技术开发合同等存在很大不同。职务发明奖酬的落实是存在体系影响的。单位能否合理、及时支付职务发明奖酬对劳动者的择业取向有影响，而发明人对奖酬的索取或救济也会影响其在单位内的生存和发展。这就造成了职务发明奖酬一旦产生纠纷，就往往比普通的技术开发合同纠纷或劳动合同纠纷都更具复杂性。从我们的调研成果来看，就职务发明制度诸多问题中反映最为强烈的乃是奖酬制度，而奖酬制度中发明人最关心的首先是法定或约定奖酬数额比例的落实。换言之，不论法定奖酬制度的规定如何趋向具体与合理，亦不论约定数额比例是否能真正体现职务发明的价值，如上法定或约定数额比例的落实才是发明人最关心的问题。如何约束单位履行法定或约定的职务发明奖酬支付义务，以及在争议发生时为发明人提供便捷、有效的救济途径，是完善职务发明奖酬制度的另一个基本问题。

综上所述，完善我国职务发明奖励报酬制度有以下主要思路：第一，职务发明法定奖励报酬制度的完善；第二，职务发明约定奖励报酬制度的完善；第三，法定或约定奖酬的落实与侵权救济。而在展开上述三个角度的分析之前，我们有必要从比较法的视角考察各国的职务发明奖酬制度，从而为更好地解决我国职务发明奖酬制度的上述问题提供经验。

## 二、职务发明奖励报酬制度比较研究

对于同一问题的解决，不同国家基于历史传统等因素可能大相径庭，这在知识产权领域很是常见。而且，某一法律问题尽管可以进行横向比较，但具体到特定法律体系下，我们需要充分考虑体系制约因素。但通过考察不同国家的立法模式，我们至少可以发现中国问题之

解决的可参考经验。

### （一）德国职务发明报酬制度<sup>①</sup>

德国协调职务发明相关事项的法律是 1957 年 7 月 25 日制定的《雇员发明法》。该法规定属于职务发明范围的发明和职务发明之外的发明都属于雇员所有。雇员在完成发明之后应告知雇主，雇主可以通过有限要求和无限要求两种方式做出对职务发明的要求。无限要求是指与职务发明有关的一切权利都转让给雇主；有限要求是指职务发明的非独占许可使用权转让给雇主。在雇主做出职务发明要求之后，雇员有权取得合理的报酬，在无限要求下确定报酬额时，应考虑这项发明的商业适用性、雇员在公司中的职责和所处的位置、企业为发明做出的贡献。有限要求下计算报酬额的方式参照无限要求的规定，并在此基础上作必要的修改。计算报酬的具体方法和数额在雇主做出要求之后的合理时间内由雇员和雇主之间的协议决定。

1959 年德国劳动部颁发了指导规则规定职务发明报酬的计算。该法提供了三种计算报酬的方法：第一种方法是许可费计提法，雇主把专利许可给第三方使用，并获得许可费，雇员取得许可净收入的一定比例。这种方法是目前为止德国使用最多的一种。第二种方法是雇主在公司内部使用了发明，从而节约了成本，雇员可得到所节约成本的一定比例作为报酬。这种方法通常用于和制造有关的发明，这种发明不改变最终的产品，但可以在公司内部提升产品的生产方式。第三种方法是在交叉许可等没有实际许可收入或销售收入时，发明者和雇主共同估计发明的价值，雇员取得估计价值的一定比例。

<sup>①</sup> 参见刘向妹、刘群英：《职务发明报酬制度的国际比较及建议》，载《知识产权》2006 年第 2 期。本文对职务发明奖励报酬的比较法研究对该文多有引用，特此说明。

以德国实践中最为常用的许可费计提法为例。在用许可费计提法计算职务发明报酬时，大致可以表示为：职务发明报酬=销售额×许可费率×发明比例（如果是合作发明）×发明者的贡献度。

德国劳动部制定了各个行业的合理许可费率，例如电子行业 0.5%~5%，机械制造业 0.33%~10%，化工行业 2%~5%，制药行业 2%~10%。当销售额超出一定数额后，雇员所能获得的许可费率将降低。当销售额超出 300 万德国马克时，许可费率减少到原来的 90%，当产量超出 1 亿德国马克时，许可费率减少到原来的 80%。需要指出的是，这里的销售额不是年销售额，而是从使用这项发明时起的累积销售额。举个例子：在机械行业，当销售额为 200 万德国马克时，雇员所能获得的许可费比例为 4%，当销售额为 400 万德国马克时，雇员所能获得的许可费比例为 3.6%，当销售额为 1.2 亿德国马克时，雇员所能获得的许可费比例为 3.2%。

德国劳动部指导规则对发明者贡献度的规定相当具体。主要由以下几个因素决定：（a）雇员为提出和发明相关的问题所做出的贡献；（b）雇员为解决发明问题所做出的贡献；（c）雇员在公司中的位置和职责。雇员为提出和发明相关的问题所做出的贡献越大及为解决发明问题所做出的贡献越大，在计算报酬时，发明者的贡献度越大。但雇员在公司中的位置越低，和发明相关的职责越小，发明者的贡献度反而越大。做出同样的发明，一个清洁工的贡献度远大于一个专业从事研发人员的贡献度。这是因为德国劳动法非常强调社会平衡，该法认为专职从事发明的工作人员有相当的报酬已经体现在他们的工资中。

德国《雇员发明法》第二章第五条规定，当雇主和雇员之间关于

职务发明存在任何争议时，都可以向仲裁委员会提出仲裁，并详细规定了仲裁的各相关事项。第二章第六条规定，当作出仲裁后，任何一方对仲裁决定不服的，都可以向法院起诉，并对起诉的相关事项做出了详细规定。

德国职务发明报酬制度是所有国家中最详细的，这有利于公平合理的解决和职务发明报酬有关的问题，但因为规定过细，执行的成本很高。

德国雇员发明法个性突出，且深刻地影响到欧洲乃至世界上很多国家的职务发明立法。德国模式的最大优点在于职务发明的认定简捷，有关职务发明的最大问题得以解决。就奖励报酬问题而言，德国立法就奖励比例的确定等，亦有诸多优势之处。德国模式值得我们考虑的优势如下：

(1) 首先，考虑发明的商业适用性，雇员在公司中的职责和所处的位置，企业为发明做出的贡献，这显然较之我国专利法上一刀切的报酬比例要灵活得多。

(2) 计算报酬的具体方法和数额在雇主做出要求之后的合理时间内由雇员和雇主之间的协议决定。换言之，就一般情形而言，在德国职务发明奖励尽管采用约定方式，但却是在职务发明作出之后进行议定。这就能排除较早约定奖励比例乃至由公司内部规定进行分配所导致的约定数额可能与发明实际价值差距过大的问题。当然，这一做法利弊兼有，在社会整体法律意识不足的情况下，这种事后的约定方式可能难于达成一致，而且单位往往借助于其优势地位侵犯发明人设计人的合法利益。

(3) 1959年德国劳动部颁发的指导职务发明报酬计算的规则所

提供的三种计算报酬的方法即许可费计提法、雇主在公司内部使用了发明从而节约了成本的计算方法、在交叉许可等没有实际许可收入或销售收入时的计算方法，尽管也不全面，但至少考虑情形远比我们要周全。这种针对不同情形的周密考虑，从宏观结构与具体内容上看，值得参考。

(4) 德国劳动部制定了各个行业的合理许可费率，这一点非常值得我们借鉴。同时，对于某一职务发明，其奖励比例并非一成不变，而采依据销售额梯度的浮动比例，此一规定的理论模型乃是有关知识产权的损失补偿模式与利益分配模式之争，是否妥当或可否采用并非定论，但值得我们在立法过程中加以考虑。

(5) 德国劳动部指导规则对发明者贡献度的规定相当具体。主要由以下几个因素决定：(a) 雇员为提出和发明相关的问题所做出的贡献；(b) 雇员为解决发明问题所做出的贡献；(c) 雇员在公司中的位置和职责。除了计算基准之外，计算比例的确定最重要的因素就是发明者贡献度，即发明者在特定产品发明价值乃至经济价值中的贡献，德国在这方面的精致探索很有意义。据此思路，我们既可以讨论职务发明对于某一产品或工艺产生的经济价值的贡献，又可兼及合作职务发明中不同发明人之间的贡献考察。

(6) 德国《雇员发明法》第二章第五条规定，当雇主和雇员之间关于职务发明存在任何争议时，都可以向仲裁委员会提出仲裁，并详细规定了仲裁的各相关事项。第二章第六条规定，当作出仲裁后，任何一方对仲裁决定不服的，都可以向法院起诉，并对起诉的相关事项做出了详细规定。相较而言，我们有关争议解决的规定过于粗糙。

## （二）法国职务发明报酬制度

1978年7月13日制定实施的法国发明专利法的第1条第3款规定了职务发明的内容。雇员的工作合同规定了他的发明任务，且他的职务与此发明任务相符。雇员在执行此合同过程中做出的发明属雇主所有；雇员从事明确委托给他的设计或研究工作时做出发明也属雇主所有。雇员是此项发明的主要从事者，可得到补充报酬，但报酬要根据集体合同、企业协定和个人工作合同确定。上述规定外的一切发明属雇员所有。但雇员发明是在完成本职工作过程中或在企业活动范围内做出的，或者由于考察或使用了企业专有的技术、设备、资料等，则雇主按行政法院法令规定的条件期限，有权将发明的工业产权归为已有，或者享受部分乃至全部保护雇员发明的专利权。雇员则应获得合理酬金。

在执行任务过程中产生的发明（第一类发明），报酬最初是在集体劳动合同中做一规定，给研发人员以额外的报酬，报酬以工资为计算基础。2000年11月21日法国最高法院判定这种方法并不合法。2003年2月21日，法国国家科研中心公布了一项决议，就职务发明人、软件开发者、植物（新）品种获得者和成果推广获得的利益作为补充报酬的计算公式做出明确规定。<sup>①</sup>

当对职务发明报酬数额存在争议时，法国专利法的第68条第2款指定了由劳资协调委员会或大审法庭来确定。这些法律机构将权衡

<sup>①</sup> 具言之，对于每一项职务发明，个人收益（职务工资外的补充报酬）取决于以下因素：（a）计算的基数（B）=当年获得的转让费和特许费—当年尚未扣除的国家科研成果推广署的资助金额（当年的直接费用和前几年尚未扣除的直接费用）；（b）限额（s）=每年薪水总额—当年12月31日标准确定的与两类补助金相当的数额；（c）百分比（P）=以基数100%计算的发明人之间商定的转让费分配比例。当发明者所能获得的职务工资外的补充报酬低于或等于限额（s）时，计算公式如下：每年获得的补充报酬=B×0.5×P；当补充报酬高于限额（s）时，计算公式如下：年毛报酬=S+（B—2S/P）×0.25×P；这个公式的含义是当补充报酬收入高于雇员的净年薪，也就是限额时，高出的部分乘以系数25%。因为限额S=Y×0.5×P（Y表示当补充报酬刚好为s时的基数），则Y=2S/P。

向他们提出的各种原委，特别是雇主和受雇人提出的原委，以便根据这两者原有贡献大小和发明本身的工业、商业实用性，计算受雇人应得的合理酬金。

### （三）日本职务发明报酬制度

日本专利法第 35 条规定了职务发明的内容。用人单位在获得其从业者属于用人单位的业务范围内、且发明的行为属于从业者的现在或过去的职务范围内的发明（以下称职务发明）的专利时，或者职务发明专利权继承人在获得职务发明专利时，拥有该专利的通常实施权。从业人员根据合同、工作规则及其他规定，让雇主享有、获得或者继受专利权利、或者把独占实施权转让给雇主时，有获取相当等价报酬的权利。其报酬额根据雇主通过该发明得到的利益及其为发明所做出的贡献程度而定。

过去，报酬额是按每个雇主自己的政策决定的。通常在发明申请日给付固定的数额（7400 日元），在授予专利权日给付 16 000 日元。随后，按照专利给公司利润和业务带来的贡献，给付在 3.5 万到 60 万日元之间的数额，上限通常是 100 万日元。日本目前没有具体指导计算职务发明报酬的公式，但可以从日本法院的一些判例中看出日本职务发明报酬的大概数额。<sup>⑤</sup>随着日本终生雇佣制的日趋弱化，很多研发人员在离开原来的公司后，纷纷对以前的报酬提出诉讼，而日本

<sup>⑤</sup> 例如，1994 年大阪地方法院关于真空瓶制造方法的判例，发明者要求 1.5 亿日元，法院判决给予 640 万日元。法院在判决时是按照雇主所获得的利润和雇主在其中的贡献而定的。雇主的利润不是指雇主出售使用了发明的产品所获得的全部利润，而是指利用或独占专利权所带来的直接利润。在该发明中许可费比例为 2%，雇主做出贡献 80%。1994 年大阪高级法院关于制造聚乙烯对苯二甲酸酯纤维方法的判例，发明人要求 1635 万元，法院判决 166 万日元。在该发明中，许可费比例是 2%，雇主为发明做出的贡献是 60%。2001 年 8 月，美国加州大学中村修二教授向法院提起诉讼，请求原任职的日亚化学工业给付 200 亿日元，作为其蓝光发光二极管发明专利的合理报酬。该案是日本最高法院做出的第一个关于职务发明的判决。中村修二教授在日亚化学工业仅获得了 2 万日元的报酬，最后法院判决的结果是 20 亿日元的报酬，相差极其悬殊，在日本企业界引起了极大的轰动。

在职务发明报酬计算方法上尚缺乏详细的规定，只做出“给予合理的补偿”的规定，这种模糊的规定导致近年来针对职务发明报酬的诉讼大量增加。

为了满足知识产权立国战略的需要，日本各界对日本专利法中职务发明的相关规定展开了广泛讨论，对原专利法第 35 条的修改法案已于 2005 年 4 月起实施。“合理报酬”成为此次修改的核心内容，此次修改突出了报酬标准的自决性和程序性，明确了法院对合理报酬的最终司法审查权。日本对职务发明中雇主和发明人的利益分配设计如下：

(1) 职务发明归于发明人，雇主享有非独占的实施权和优先受让权。<sup>①</sup>日本将职务发明归于发明人的原因是为了激发发明人发明创造的动机，鼓励发明创造活动，振兴日本经济。权利归了发明人，进行风险投资的雇主呢？无偿的非独占实施权是雇主利益的最低保障；另外雇主可以通过合同、公司规则等继受权利，因为公司投资研发活动的目的是发明成果的商业化，是为了获得经济效益，优先受让权使雇主获得职务发明有了保证。

(2) 雇主有雇佣权，发明人有报酬制定权及诉讼权。一般情况下，公司规则、规章等是由雇主单方面制定的，雇员的意愿不必反映在其中，那么在雇主行使优先受让权时，雇员的利益如何保护？在此次修订中，立法者充分考虑到了这一点。雇主取得职务发明的专利权是一个权利转让的过程，买卖的对价应由当事人双方确定，所以雇主制定报酬标准时必须与雇员磋商，向雇员公开，并听取雇员意见；当

<sup>①</sup> 日本专利法有关职务发明的规定经历了一个曲折的过程。1888 年的《专利条例》实行的是谁发明谁拥有专利权的原则。1899 年开始顾及雇主利益，发明者可以将其专利申请权转让给单位。1909 年的《专利法》基于“企业职工流动过于频繁”而将职务发明归于雇主。一战使日本从欧洲进口产品的通道受阻，日本为实现技术国产化，保护发明和发明者的政策被作为一种国策提上了议程，于 1921 年颁布的专利法中职务发明的权利又从归属于雇主改变为归属于职工，此后专利法虽经多次修改，但此点没有改变。

雇员认为报酬不合理时有要求合理报酬的权利，合理报酬由法院最终裁定，从而保证了雇员在程序上获得救济。

(3) 法院有最终裁定权，但程序合理时排除法院决定报酬。虽然法院最终裁定权的明确可以避免企业侵害发明人利益，但同时也给公司研发成本增加了不确定性，从而影响公司的投资热情，所以此次修订时规定，法官首先要审查从报酬标准的制定到报酬支付的全过程是否符合程序要求，若程序合理，法官将直接认定报酬是合理的；只有程序不合理时才由法院来决定报酬数额。依原法律，法官直接依据雇主从发明中取得的利益和雇主的贡献来确定报酬数额，依据新规定，法院确定合理报酬不但要考虑雇主取得的利益和雇主的贡献，还要考虑雇员从发明中取得的利益及其它因素，如雇员已经享受到的额外的待遇，如高薪和高职等。可见，此次修改充分兼顾了两者的利益。

日本模式值得我们考虑的典型问题在于：

(1) 日本有关职务发明归属的问题在立法上曾经多有反复，就其目下选择而言，且不论将发明归于雇主对于发明的促进价值，但就奖酬问题的解决，也是很有意义的。所以，我们确实需要讨论是否需要通过改变权属规定的方式系统解决有关职务发明争议的问题。

(2) 法院有最终裁定权，但程序合理时排除法院决定报酬。这一程序设计非常值得我们考虑。

#### **(四) 美国职务发明报酬制度**

美国专利法中没有关于职务发明的规定，只有商务部经济署对政府雇员的发明做出了规定。雇用条件下专利权归属的问题由各州的法律及判例规定，州法律及判例优先于联邦法。在判例法下，雇员的发

明原则上属于雇员。在美国，雇员受雇于某公司前，如果涉及到发明创造，雇员和雇主之间会签订一个有关发明的协议，协议规定了和发明的归属及保密有关的内容。当雇员做出的发明属于雇员和雇主协议范围之内时，获得专利的权利属于雇主所有。如果所做出的发明不在协议范围内，但和其工作有关的、在雇主业务范围内，并且使用了雇主的设备，则获得专利的权利属于雇员，雇主有权获得发明的非独占使用权，而无需付出额外的报酬。在签订发明协议时，本着合同意思自治的原则，在合同里事先对发明的转让做出规定，雇员可以查看规定，决定是否受雇于该公司或者续签劳动合同。有些州还规定了可转让发明的范围。在发达国家有关职务发明奖励报酬的问题中，美国是与众不同的。美国采用这种制度的主要理由是：职务发明是基于劳动合同关系在发明人履行职务过程中产生的，雇员根据被雇佣的目的从事特定发明任务或解决特殊技术问题的发明成果归属于雇主，雇主已经付出了工资，因此，职务发明人不应该享有另外的报酬。在美国，法律上没有对雇员所作发明的奖励做出具体规定，但美国公司一般有自己的奖励制度。1990年的一项调查显示，美国公司基本上有雇员发明转让合同，半数公司给予员工工资外的货币奖励，但大部分是固定数额。曾有议员就职务发明报酬提出议案，认为这种制度不能很好地激发员工的创造性，需要改变现有的职务发明报酬制度，但没有获得国会通过。

但是，美国法律在司法实践中极力压缩职务发明的范围，其职务发明的范围与其他国家相比是最窄的。美国的判例法将职务发明的范围，仅仅限于合同约定有发明任务的情况，仅与雇主的业务相关联的发明和使用了雇主的设备等资源的发明，企业只有无偿的普通实施

权。以此产生的制度性压力是，企业雇员作出的发明，很可能被法院判决为非职务发明，即使是职务发明，企业也可能只有店主权而无完全的专利申请权和专利权。面对产于企业、对企业有用的这些发明可能产生的巨大利益，企业只有与职工协议达成额外报酬，或者通过分享利润或者收益、股权激励等全面薪酬制手段解决报酬和待遇问题，才能拥有和实施该发明。加之美国优良的工会传统和对劳动者薪酬等权利一以贯之的有力保护，美国职务发明人的权益保护状况是比较乐观的。

### 三、我国职务发明奖励报酬制度的完善之一：法定奖励制度的完善

需要首先提出的是，在现状分析与完善进路的展开中，笔者系采先讨论职务发明法定奖励制度再分析约定奖励制度的方式，原因有二：其一，尽管职务发明约定奖励制遵循合同自由的基本原则，但毋庸置疑，法定数额和比例现实地对职务发明约定内容具有一定的参考价值，而在具体争议过程中，如果双方对既存约定内容存在歧义，约定奖励数额和报酬比例同法定数额比例的比较，应当成为法官衡量合同本身合理与否的重要依据。所以，至少在合同意识尚不普遍的当下，重视法定数额比例的探讨是有体系影响的。其二，从既有法律制度和研究成果来看，我们对约定奖励制度的重视确实不足，首先针对制度本身和理论层面都相对而更有基础、更有材料的法定制度进行研究，继而就目前制度确实、研究贫乏的约定奖励制度进行论述，提出我们的完善意见，符合先易后难的逻辑。

### （一）关于职务发明奖励数额

职务发明奖励报酬实际包括两个方面，即奖励和报酬。《专利法》第十六条规定，“被授予专利权的单位应当对职务发明创造的发明人或者设计人给予奖励。”《专利法实施细则》第七十六条规定，“被授予专利权的单位可以与发明人、设计人约定或者在其依法制定的规章制度中规定专利法第十六条规定的奖励、报酬的方式和数额。”《专利法实施细则》第七十七条规定，“被授予专利权的单位未与发明人、设计人约定也未在其依法制定的规章制度中规定专利法第十六条规定的奖励的方式和数额的，应当自专利权公告之日起3个月内发给发明人或者设计人奖金。一项发明专利的奖金最低不少于3000元；一项实用新型专利或者外观设计专利的奖金最低不少于1000元。由于发明人或者设计人的建议被其所属单位采纳而完成的发明创造，被授予专利权的单位应当从优发给奖金。”

从实践反映来看，职务发明奖励和报酬中，奖励一项无论从法定或约定本身而言，还是从奖励的落实来看，都是争议相对较小的，其原因主要在于奖励数额较之于报酬数额比较小，尽管法定奖励数额在《专利法》及《实施细则》修改过程中进行了提高，但企业一般能够轻易承受，不会存在拖欠的情况。此外，较之报酬，奖励的规定也更为明确，不会存在弄虚作假的情况。

所以，职务发明奖励报酬制度中，奖励一项的讨论必要和余地很小，法定奖励数额就更不用作过于具体的规定，发明专利3000元、实用新型专利和外观设计专利1000元得法定奖励数额，大致合理，调研显示异议也较少。职务发明奖励制度的可能性完善措施存在于约定奖励制度中，下文述之。

## （二）关于职务发明报酬基准

前已述及，关于职务发明报酬制度的基本问题之一是报酬的计算基准。《专利法实施细则》第七十八条确立的计算基准是“营业利润”和“许可使用费”，即在专利权有效期限内，实施发明创造专利后，每年应当从“实施该项发明或者实用新型专利的营业利润”中提取不低于2%或者从实施该项外观设计专利的营业利润中提取不低于0.2%，作为报酬给予发明人或者设计人，或者参照上述比例，给予发明人或者设计人一次性报酬；被授予专利权的单位许可其他单位或者个人实施其专利的，应当从收取的使用费中提取不低于10%，作为报酬给予发明人或者设计人。《促进科技成果转化法》确立的计算基准为“转让科技成果的净收入”和“新增留利”，即科技成果完成单位将其职务科技成果转让给他人的，单位应当从转让该项职务科技成果所取得的净收入中，提取不低于百分之二十的比例，对完成该项科技成果及其转化做出重要贡献的人员给予奖励。企业、事业单位独立研究开发或者与其他单位合作研究开发的科技成果实施转化成功投产后，单位应当连续三至五年从实施该科技成果新增留利中提取不低于百分之五的比例，对完成该项科技成果及其转化做出重要贡献的人员给予奖励。

上述《专利法实施细则》和《促进科技成果转化法》的规定中有几个需要注意的方面，其一，这两部法律的立法宗旨存在不同，进而导致奖励报酬的定性不同。《专利法》中规定的“奖励”和《促进科技成果转化法》中规定的奖励实际是不同的，后者综合了《专利法》中奖励和报酬的内容。《促进科技成果转化法》中确立的“奖励”，比《专利法》中的奖励规定方式更为灵活、规定数额也更大，但其三至

五年的奖励期限，又与《专利法》和《专利法实施细则》中确立的报酬期限不同，后者应当是在专利有效期内和专利实施的整个过程中。其二，二者的奖励对象不同，《促进科技成果转化法》中年度奖励比例显然高于《专利法实施细则》的规定，但其奖励对象不仅包括了《专利法》的奖励对象即发明人、设计人，还有在转化实施过程中做出贡献的人员，由于不同工作分工的存在，此类人员很可能并不是发明人和设计人本人。

现实地看，所谓的“许可使用费”和“转让科技成果的净收入”尽管计算方法不同，后者需要剔除科技成果的研发和转让成本，但此二者歧义较小，不存在计算方面的难题。真正容易引起歧义的是“营业利润”和“新增留利”，二者尽管表述不同，但基本内涵其实是一致的，理论上讲都指的是实施某一项专利成果带来的实际利润额。但这一计算基准不同于前述“转让科技成果的净收入”，不是简单的减法运算结果，因为企业的各项产品和服务往往交错叠加，具体与实施某项专利的营业利润首先存在需要从其他营业利润中加以剔除的难题。另外，企业的单项服务或产品的营业利润并不容易计算，员工一般情况下就具体数额也不得而知，即便赋予员工就营业利润的知情权，这一知情权也往往流于形式，难于监督到位。

为此，有观点认为，专利法实施细则以营业利润作为计算报酬的基数不具有可操作性，因此建议以专利产品的销售收入为基数计算报酬。持这种观点的学者的理由在于，用税后利润作为计算报酬的基础，会造成单位和发明者之间利益不平衡。税后利润的影响因素很多，企业极有可能通过做账、调低账面利润等方式，少支付或不支付发明人报酬。在这方面发明人和企业的信息是不对称的，发明人处于不利的

地位。如果把计算基础改为销售额，则能减少舞弊的可能性。<sup>①</sup>但是笔者以为，这仅仅是进行了问题的转移而非解决。如此一来，确定报酬比例的过程中就必须考虑营业利润的因素，否则有可能导致企业亏损而发明人或设计人得利的极端情况。从一般的分配原理来看，分配对象当然是利润所得这一可分配对象而非销售收入这一与利润所得并不存在正比例关系的对象。一言以蔽之，我们认为，以营业利润为分配基础尽管操作上比较难，但至少具备合理性，而以销售收入作为计算基准，尽管操作上比较简单，但合理性尚不足。以销售收入为计算基准，至少不应为法定报酬数额所取，否则下面将要提到的报酬比例将更难于确定。而如果企业内部的约定报酬制以此为基准，则合理性比较突出。因为其便于确定和查询，而一般而言企业对于其产品或服务的盈利能力是更加容易确定的，不存在法律上“一刀切”的风险。

### （三）关于职务发明报酬比例

除了计算基准上的困难，职务发明报酬的计算比例也争议颇多。简言之，专利经济价值与其他得利因素如营销策略等的权重是一个只能大致估算而难于定论的问题，就具体产品而言，其中可能涉及的专利又往往不止一项，各种专利之间的权重也难于权衡。现实地看，人们即便对《专利法实施细则》和《促进科技成果转化法》所确立的报酬比例持不同意见，这种意见也一定是具体的而非宏观的，试图以一个固定的比例解决所有的报酬分配问题，其实只有“合法性”，而无

<sup>①</sup> 参见黄东东、李仪：《职务发明设计人报酬性质探析》，载《法学杂志》2007年第6期。持此观点的学者进一步认为，当计算基础改为销售额后，提取比例相应改到0.2%，为原来的10%，这主要是考虑到社会的平均利润率大约在10%左右。从比较法的角度考察，这种观点与德国的做法相近。在德国的职务发明报酬指导纲要中，许可费的计算方法也是采用销售额乘以许可比例。我国企业实施该项发明或实用新型，可以看成是企业给自己的非独占许可使用权，所以可以参照德国以销售额做计算基础的方法。

合理性，法律本身不能严格证成，反驳意见也同时难于自圆其说。归根结蒂，职务发明报酬比例是一个“法律不能”的问题，《专利法实施细则》和《促进科技成果转化法》等的规定，其实是一种“聊胜于无”的无奈之举。而这也是我们倡导奖酬约定制的根本原因。

从对现有法制的完善角度观之，有两种基本思路：

其一，尊重现有立法确定的比例，不对报酬比例作改动。尽管我们不能为现有立法找到科学合理的根据，但同样也找不出现有立法比例确实不合理的理由。需要注意的是，《专利法实施细则》等就报酬比例所作的规定，都是一种最低限度的规定。就具体案件，发明人与单位完全有理由根据特定情势作高于法律的区别对待，在涉诉案件中，法官也应当针对具体案件确定合理的报酬比例。此外，我们认为，从法律解释的角度，所谓“实施该项发明或者实用新型专利的营业利润中提取不低于 2% 或者从实施该项外观设计专利的营业利润中提取不低于 0.2%”的报酬，是一个针对所有发明或实用新型的比例。这是因为某一产品所包涵的有效专利很可能不止一项，对知识密集型高科技产品而言更是如此。倘或每项专利都给予 2% 或 0.2% 以上的报酬比例，显然不可能。2% 或 0.2% 的报酬，是就专利因素与其他因素比如市场策略、人力投入等的权衡而言的，而不是专利之间的比较结果。对于多项专利的集合产品，其在营业利润中的总体比例，很可能依据个案事实高于乃至显著高于 2% 或 0.2% 的比例，而就专利之间如何具体分配各专利发明人或设计人所得，则也是一个具体分析个案认定的问题。此外，有学者建议，在《专利法实施细则》第 76 条和 77 条之间，增加一条：“在计算报酬时，应结合发明的商业实用性，发明者在发明中所做出的贡献以及发明者在公司的职位，”并制定专门的指

导规则，用以指导职务发明报酬的计算。本文亦认为，在维持现有法定奖励比例的基础上，有必要增加具体职务发明报酬数额在确定过程中的考量因素，以为行为规范和裁判指导。

其二，通过对不同行业、不同部门等的比较，借鉴德国法上的做法，进行具体指导。相较于一刀切的笼统比例规定，这一方式可能更有合理性。但这一比例确定过程本身需要进行系统的、大量的实证调查，非一日之功。而且即便针对到行业和部门，也依然存在具体情况具体认定的必要。基于以上理由，我们认为这一具体比例规定的方式尽管在具体认定过程中可以作为一种分析和说理方法，但操作难度过大，同时其实际意义也比较有限，而且如此具体的问题，也不是法律所应该而且能够关注的。即便要规定，也应当由行业协会等来从事更显合理。故我们认为，改变《专利法实施细则》等的笼统规定奖励比例的方式，进行具体列举和规定的做法，可以进行理论探讨和实践考察，但目前不具备纳入立法进程的基础。另外，德国法上还有一个比较有特色的制度即梯级费率制度，前已述及。笔者认为这一制度也可供立法考虑，当然，在理论论证尚未成熟之前，可暂为职务发明约定制度尝试。

此外，需要指出的是，有观点认为，我国《专利法实施细则》等确立的闭口比例方式，即只规定了职务发明报酬比例的最低限的做法，是存在一定不足的，这使职务发明单位难以把握提成或奖励的标准。持这种观点的学者认为，也许立法者本意是想通过不规定上限的方式给予职务发明人获得更多成果收益的机会，但是这实际上赋予了单位在支付职务发明人报酬方面更大的自由裁量权。一些单位素质较低的领导可能故意抬高职务发明人报酬，并从中渔利，损害国家利益，

使国有资产大量流失。因此，学者建议在《专利法实施细则》中明确规定职务发明人报酬比例幅度。<sup>①</sup>我们认为，《专利法实施条例》等法律法规中对报酬比例最低限度的规定已经比较难，而最高比例限额的确定，则更是因时因事而异，即便要作此规定，也必须经过充分的实证调研，不可理论假设。在我国职务发明制度尚不成熟的情况下，不宜就此细节作强制性规定。而就学者所谓领导故意提高职务发明人报酬损害国家利益的行为，则并不属于专利法有关职务发明奖励报酬的规范目的所在。换言之，专利法律有关职务发明奖励报酬的规定，重在协调单位与个人的利益平衡，上述情形应当由行政监督类法律进行调整，非专利法所能为之。

#### （四）关于职务发明奖酬的法律协调问题

前已述及，我国职务发明奖励报酬制度存在法律、行政法规、部门规章、地区法规、地方政府规章等以报酬比例为重点的不同规定，这种做法的合理性是值得质疑的，同时也给法律适用带来了一定困难。但是前已述及，很多学者认为《专利法实施细则》与《促进科技成果转化法》在报酬比例上存在冲突，这种观点显然没有注意到二者在报酬对象上是不同的。通过法律解释，二者之间的在比例上的规定的“矛盾”是可以理解的。在此基础上，位阶低于法律、行政法规的部门规章、地区法规、地方政府规章等在专利法规定的最低比例之上确定报酬比例，是不违背立法法的规定。当然，更为合理的做法是，地区立法在提高比例的过程中适度考虑单位的承受能力和地区经济科技发展的现实，不可仅仅以报酬比例的提高作为象征地区科技成果进步的标志，或者仅仅试图以提高比例的方式激励发明人、设计人从

<sup>①</sup> 参见张晓玲：《论职务发明人的报酬》，载《科技与法律》2006年第3期。

事职务发明。必须认识到，发明人、设计人最终能否得到合理的奖励和报酬，并不取决于法律本身的规定，而更加依赖于职务发明成果的转化实施，在这一过程中，企业所起到的作用是主要的。如果制度设计过分强化发明人、设计人的利益，则有可能会挫伤单位在职务发明研发和实施中的积极性，阻碍职务发明的实施转化，发明人、设计人也就无从得利，结果适得其反。

综上所述，对于职务发明法定奖酬制度，我们的基本态度是尊重现有立法规定，不作根本性修改。

### （五）关于非职务发明职务技术成果的奖励报酬

前已述及，职务技术成果中不仅包括职务发明，或者说职务技术成果中有相当一部分是未申请或者不能申请专利的，关于这部分成果的报酬问题，是目前理论和制度建设中的一个盲区。在建立了职务发明奖酬制度的基础上，我们面临的两难选择是，如果不将其它成果纳入法定奖酬制度的范畴，有失公允，毕竟发明人在非专利性职务技术成果中付出的劳动并不一定比申请专利的成果少，以及，非专利性职务技术成果对单位和社会的有益性也未必比专利差。况且，有相当一部分未申请专利的职务技术成果并不是不具备申请专利的条件，而是由于经营策略等理性或者非理性原因导致。但是，如果一概对此规定法定的奖酬，其标准将难于把握，落实上也有更大的难度。概言之，即不规定则“不公”，欲规定而“不能。”

对此，我们的观点是，对于与专利性质相近的即具备一定期限的垄断权的植物新品种权，应当借鉴专利法的奖酬模式，一并加以规定。但对于非由单位垄断的职务技术成果，我们不建议将其纳入法定奖酬

的范围内。归根结底，无论是技术创新还是利益分配，基本上都是社会经济主体自主权之内的事宜，国家应当进行的是宏观调控和指引，而不是以最大限度地进行干预为要。包括奖酬在内的专利制度设计的初衷是形成良善、规整的社会运行机制。鉴于专利权的私权属性，以及社会经济运行的自身规律，国家在专利制度运作中应当保持必要的克制态度。

再者，从专利制度建立的模式也可以看出，在某一特定成果是否满足申请专利的条件的判断中，最为核心的“创新性”判断，其实不是一个“是”与“非”的问题，而是一个程度性判断。这一基本模式决定了，专利制度对社会创新的鼓励模式是以一定程度之上的创新鼓励为模式的，而不是凡有创新必有奖励。所以，对于未达到专利程度的职务技术成果不作法定奖酬规定，我们认为也是合理的。

而对于通过商业秘密、防御性公开等进行利用的其它职务技术成果，在单位向成果完成人表明确定的利用方向而非将职务技术成果闲置的基础上，我们认为对其利益分配应当以企业自主决定和市场自发调整为主。当然，从法律制度完善的基础上，可以考虑以倡导性规范规定单位对于有突出贡献的职务技术成果完成人应当给予适当的奖励和报酬。但就此我们的基本态度是，法律不能也不应进行强制性干预。

#### **四、我国职务发明奖励报酬制度的完善之二：约定奖酬制度的建议**

通过对职务发明法定奖酬制度的深度讨论，我们也容易看到，不论法律如何规定——宏观把握或者具体规定，职务发明法定奖酬制度都存在一定的制度作用穷尽，即法定数额和比例难于实现与具体情形

的契合，尽管简单划一，但难免僵化。相较而言，职务发明约定奖酬制度较之法定奖酬具有预见性、灵活性、明确性等优势，故各国普遍规定了约定优先制。即，当事人就职务发明奖酬制度所作合法约定可以排除职务发明奖酬的法定分配数额和比例，且法律对约定的内容不做强制干预。

我国职务发明约定奖酬制度经过了一个发展演变的过程，最终确立了职务发明奖酬约定优先的制度。但是，《专利法》和《专利法实施细则》对职务发明约定奖酬制度的规定到此为止。当然，限于《专利法》及《专利法实施细则》的规范目的，其不应亦不便就职务发明约定奖酬制度作出进一步的规定。<sup>①</sup>但是，职务发明奖酬作为劳动成果的性质，以及职务发明无论从行为的角度抑或结果的角度与劳动法及劳动法律关系不可分割的联系，又确定地要求我们不能将其简单付诸于合同自由而不加规范或倡导。当然，我们对职务发明奖酬合同的探讨是建立在合同自由的基础上的。在此基础上，我们有必要从合同缔结的程序上和内容上就职务发明奖酬合同进行讨论。<sup>②</sup>

此外，现实地看，就职务发明奖酬作内部规定的，并不一定是一对一的劳动合同或个别合同，一对多的内部规章制度或集体合同的可能性其实更大一些。而尽管无论劳动合同或者内部规章制度，尽管往往对《专利法》和《专利法实施细则》等的制度框架有所借鉴，但其规定方式无疑更加具有针对性，也更加灵活。表现在特定劳动合同与规章制度可能而且可以就奖励数额、报酬比例、报酬方式等作出灵活

<sup>①</sup> 这不仅因为奖酬制度是专利领域已经比较细化的一个问题，还在于，专利权毕竟是私权，就此而言，《专利法》的强制性规范已经较多，复就职务发明奖酬合同进行深度规范，有干预合同自由的嫌疑。

<sup>②</sup> 有学者亦建议专利法以法律义务的方式要求，单位在组织职务发明创造时，必须与参加发明活动的员工进行协商，签订雇用合同或其他书面文件，明确员工的工作职责，并对单位特别交待的工作任务以及离职后发明创造成果的归属等作出约定。否则，由单位承担不利的后果。参见傅剑清、李艺虹：《我国专利法对职务发明规定之不足与完善——由一起专利纠纷案引发的思考》，载《知识产权》2006年第5期。

规定。职务发明奖酬从专利法的视角是一个维系发明人与专利权人之间利益平衡的法律问题，但从更广阔的视野观之，则涉及到劳动合同制度、企业人力资源制度等方方面面。<sup>①</sup>所以，以下讨论将基于但不限于《专利法》所确立的奖酬制度基本框架和基本内容。

### （一）职务发明奖酬约定方式

职务发明奖酬约定方式涉及到的主要问题有：对于职务发明奖酬强制缔约的讨论，职务发明奖酬约定的诸种方式即个体合同、集体合同、内部规章制度的选择及其关系，职务发明奖酬制度的约定程序等内容分述之：

#### 1. 关于职务发明奖酬强制缔约的讨论

从字面上来看，《专利法实施细则》等确立的给予发明人和设计人的“报酬”与《劳动合同法》上的“劳动报酬”其核心术语是一致的。尽管对职务发明奖酬的性质认识存在各种不同观点，但如果我们遵循体系解释的方法，则我国现有法律框架内对发明设计人的奖酬应当作为劳动报酬的一种来认识。最高人民法院在谈到职务发明设计人报酬时也认为，“许多单位将因职务发明创造的实施给单位带来的经济效益而给发明人或者设计人奖励外报酬视为一种奖励，没有认识到其实际更应当是发明人或者设计人的劳动报酬，这种状况不利于充分调动科技人员进行技术创新的积极性。”<sup>②</sup>有学者进一步认为，对于法定奖酬应当作为劳动报酬来认识，而约定奖酬则应作为合同债权来认

<sup>①</sup> 一方面，获得奖励或报酬是职务发明人或者设计人的法定权利，另一方面，适当的奖励措施，也是单位人力资源激励计划的组成部分之一。参见陈晓峰编著：《企业知识产权法律风险防范》，中国检察出版社 2007 年 10 月版，第 77 页。

<sup>②</sup> 参见最高人民法院民事审判第三庭：《如何理解最高人民法院关于专利法(2001)法释字第 21 号司法解释（一）》，载中国民商法律网，网址：<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=10319>，最后访问时间：2011 年 12 月 10 日。

识。<sup>①</sup>但笔者认为,在劳动合同制度已经强制建立的情况下,劳动报酬本身即是债权的一种。尽管现行劳动法律体制下,将职务发明报酬作为劳动报酬来认识可能带来很多落实上的困难或不公,但妥当的应对策略应当是通过对现有劳动法律体制进行完善,或者通过专利相关法律对奖酬这种特殊劳动报酬加以个别规定,而非本末倒置,以操作层面的困难否定奖酬作为劳动报酬之一的本质。

前已述及,将职务发明报酬作为劳动报酬的一种进行认识,会导致两个显见的问题。其一,按照一般法理,劳动报酬具有专属性因而不能适用移转与继承,这既严重限制了发明设计人对职务发明设计人报酬处分的自由,又不利于保护相关主体(尤其是发明设计人的继承人)的利益。<sup>②</sup>具体到法律规定上,则体现在《继承法》第三条对遗产范围的规定,即遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产,包括:(一)公民的收入;(二)公民的房屋、储蓄和生活用品;(三)公民的林木、牲畜和家禽;(四)公民的文物、图书资料;(五)法律允许公民所有的生产资料;(六)公民的著作权、专利权中的财产权利;(七)公民的其他合法财产。此外,《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第3条规定,公民可继承的其他合法财产包括有价证券和履行标的为财物的债权等。前述规定中没有“劳动报酬”,这显然是因为劳动报酬不同于带有补偿性质的死亡救济金等,其纯粹属于劳动者与用人单位之间的人力与资金交换,通俗讲可

<sup>①</sup> 参见第一,劳动报酬在绝大多数情况下由单位单方确定,发明设计人没有与单位进行协商的自由,从而极有可能出现最后被确定的报酬与发明设计人应当得到的回报相去甚远,由此严重侵犯其合法权益的后果。这也是实践中纠纷最多的问题。第二,按照一般法理,劳动报酬具有专属性因而不能适用移转与继承,这既严重限制了发明设计人对职务发明设计人报酬处分的自由,又不利于保护相关主体(尤其是发明设计人的继承人)的利益。第三,将职务发明设计人报酬定性为劳动报酬,使发明设计人向单位进行追索时必须遵循劳动法的规定,而根据我国《劳动法》第79条,对于报酬给付等劳动争议应当首先提交仲裁,对仲裁结果不服方能提起诉讼。而提起劳动争议仲裁的时限为60日,远远短于民事权利救济的一般时效2年,而劳动仲裁程序的繁复无疑加大了权利人权利救济的成本。”引自黄东东、李仪:《职务发明设计人报酬性质探析》,载《法学杂志》2007年第6期。

<sup>②</sup> 参见黄东东、李仪:《职务发明设计人报酬性质探析》,载《法学杂志》2007年第6期。

以比作“一手交钱一手交货”。所以普通劳动报酬或所取劳动报酬的权利是当然不能作为继承对象的。但职务发明报酬的特殊之处在于，它是一项“一劳永逸”报酬，在专利由单位实施的情况下，非有特别约定，则专利有效期内专利权人拥有对报酬的期待权或一次性支付的权利，这就是《专利法实施细则》的规定，即“专利权有效期内，实施发明创造专利后，每年应当从实施该项发明或者实用新型专利的营业利润中提取不低于 2% 或者从实施该项外观设计专利的营业利润中提取不低于 0.2%，作为报酬给予发明人或者设计人，或者参照上述比例，给予发明人或者设计人一次性报酬”。所以，在年度支付的情况下，如果出现发明人或设计人死亡的情况，继承人当然有权要求单位继续依照约定或法律规定进行年度支付，或一次清结。当然，在单位已经一次性支付报酬给发明设计人，或在专利转让、许可情况下单位已经一次性支付报酬给发明人时，职务发明的报酬显然已经归入上述遗产的“收入”一项中，而对于年度支付的情况，未支付报酬则可作为《继承法》中公民的其他合法财产或《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》中履行标的为财物的债权来的对待，由劳动者继承。<sup>①</sup>

其二，将职务发明设计人报酬定性为劳动报酬，使发明设计人向单位进行追索时必须遵循劳动法的规定，而根据我国《劳动法》第 79 条，对于报酬给付等劳动争议应当首先提交仲裁，对仲裁结果不服方能提起诉讼。而提起劳动争议仲裁的时限为 60 日，远远短于民事权利救济的一般时效 2 年，而劳动仲裁程序的繁复无疑加大了权利人权利救济的成本。<sup>②</sup>对此，我们有两项认识。首先，《劳动法》中规

<sup>①</sup> 这也体现出我们将劳动报酬作为债权的一种来加以认识是合乎体系解释的。

<sup>②</sup> 参见黄东东、李仪：《职务发明设计人报酬性质探析》，载《法学杂志》2007 年第 6 期。

定的劳动仲裁程序现实地已经广受批评，换言之，整个劳动争议仲裁程序其实都是存在较大不合理性的，非独职务发明报酬如此。劳动争议仲裁是立法论角度考虑，《劳动法》所需要着力改善的一个问题。第二，就职务发明报酬而言，我们至少可以通过特别立法的方式，排除劳动仲裁前置程序在此类争议案件中的适用。现实地看，有关职务发明奖酬的争议当事人也都是直接向法院提起的，法院并没有以劳动争议前置为由拒绝受理。

所以，将职务发明报酬作为劳动报酬来认识，纳入劳动报酬的整体制度框架，而非完全独立出，是合乎法律体系的，也是符合法律经济原则的。当然，针对职务发明报酬相对于整个劳动法律体制的特殊之处，则应当且可以通过特别立法的方式加以例外规定，我们以为这种认识思路是可取的。

最后的问题是，根据劳动法的规定，用人单位在拟定劳动合同具体条款的过程中，应当严格依据法律的规定进行。《劳动合同法》第十七条规定：劳动合同应当具备以下条款：“（一）用人单位的名称、住所和法定代表人或者主要负责人；（二）劳动者的姓名、住址和居民身份证或者其他有效身份证件号码；（三）劳动合同期限；（四）工作内容和工作地点；（五）工作时间和休息休假；（六）劳动报酬；（七）社会保险；（八）劳动保护、劳动条件和职业危害防护；（九）法律、法规规定应当纳入劳动合同的其他事项。劳动合同除前款规定的必备条款外，用人单位与劳动者可以约定试用期、培训、保守秘密、补充保险和福利待遇等其他事项。”换言之，上述九项必备条款，用人单位必须在劳动合同中明确约定。除必备条款之外的其他条款，用人单位可以根据实际用工情况决定是否写入劳动合同。《劳动合同法》

第八十一条规定，“用人单位提供的劳动合同文本未载明本法规定的劳动合同必备条款或者用人单位未将劳动合同文本交付劳动者的，由劳动行政部门责令改正；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。”换言之，用人单位不仅有与劳动者订立劳动合同的强制缔约义务，还有就必备条款进行约定的缔约义务。既然将职务发明报酬作为劳动报酬来加以认识，那有无将职务发明报酬纳入《劳动合同法》的上述强制缔约对象之必要？

首先需要解释的是，职务发明报酬从性质上是一种特殊的劳动报酬，而《专利法》及《专利法实施细则》等中的相关规范，相对于《劳动合同法》而言是特别法，目前《专利法实施细则》所确立的规则是，发明设计人和单位可以约定职务发明报酬，也可以不约定而按照法定奖酬数额。尽管从立法论上来看，我们有必要强化职务发明奖酬的合同意识，鼓励和引导双方尽可能通过合同约定解决职务发明奖酬问题，但现有法律框架内，发明设计人与单位不事先约定职务发明报酬，即排除《劳动合同法》中就劳动报酬的强制缔约义务，是合法有据的。那问题在于，有没有改变《专利法实施细则》就职务发明奖酬所作合同自由规定的必要，即同样规定单位就职务发明奖酬的强制缔约义务？

## 2. 职务发明奖酬的约定方式

职务发明奖酬约定方式，涉及到对于职务发明奖励报酬这一特定内容以何种方式加以约定的问题，具言之，是约定于与劳动者签订的具体劳动合同中、集体劳动合同中还是单位内部的规章制度中，以及三者可能出现重叠或矛盾时，如何认识和解决的问题。

所谓劳动合同，根据《劳动法》第十六条，即劳动者与用人单位

确立劳动关系、明确双方权利和义务的协议。

所谓集体合同，根据《劳动法》第三十三条，即企业职工一方与企业可以就劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利等事项，签订集体合同。集体合同草案应当提交职工代表大会或者全体职工讨论通过。此外，《劳动合同法》第五章“特别规定”第一节“集体合同”中就集体合同的订立和内容、专项集体合同、行业性和区域性集体合同的内容等作出了详细规定。

而所谓规章制度，则并无法律明确定义。《劳动法》第四条规定，“用人单位应当依法建立和完善规章制度，保障劳动者享有劳动权利和履行劳动义务。”《劳动合同法》第四条同时规定，“用人单位应当依法建立和完善劳动规章制度，保障劳动者享有劳动权利、履行劳动义务。用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。”《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第十九条规定，用人单位根据《劳动法》第四条规定，“通过民主程序制定的规章制度，不违反国家法律、行政法规及政策规定，并已向劳动者公示的，可以作为人民法院审理劳动争议案件的依据。”

所以，具体劳动合同、集体合同、规章制度，三者之间是由具体到一般的逻辑关系。在具体适用上，应当首先寻求具体劳动合同的规定，继而寻找集体劳动合同的内容，最后付诸单位内部的规章制度。这一适用顺序也有法律上的支持。《劳动合同法》第十一条规定，“用

用人单位未在用工的同时订立书面劳动合同，与劳动者约定的劳动报酬不明确的，新招用的劳动者的劳动报酬按照集体合同规定的标准执行；没有集体合同或者集体合同未规定的，实行同工同酬。”该法第十八条规定，“劳动合同对劳动报酬和劳动条件等标准约定不明确，引发争议的，用人单位与劳动者可以重新协商；协商不成的，适用集体合同规定；没有集体合同或者集体合同未规定劳动报酬的，实行同工同酬；没有集体合同或者集体合同未规定劳动条件等标准的，适用国家有关规定。”更为明确的是，《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(二)》第十六条规定，“用人单位制定的内部规章制度与集体合同或者劳动合同约定的内容不一致，劳动者请求优先适用合同约定的，人民法院应予支持。”上述规定体现出先适用劳动合同，再适用集体合同或规章制度的顺序。究其原因，乃在于，劳动合同形成于劳动者与用人单位双方，是双方协商一致的结果，根据特殊优于一般的法律效力原则，用人单位与劳动者在劳动合同中的特殊约定的法律效力高于规章制度的一般规定。而对于单位内部的规章制度，如果规章制度本身是依照法定或约定程序制订的，且规章内容合法合理，<sup>①</sup>同时就争议问题规定了具体内容，则应当对单位和劳动者具有约束力，当无异议。

就职务发明奖励报酬实务来看，则多是以单位内部规章制度的方式制订的，在单位与发明人或设计人的具体合同中，可能对规章制度的内容加以变更，或直接引用。<sup>②</sup>无论在哪一种情况下，我们都建议单位尤其个人不仅主张确立职务发明奖酬的比例，更要注重明确奖酬

<sup>①</sup> 规章的合法性比较容易认识，换言之即规章不能违背的法律的强制性或禁止性规定。但单位内部的规章制度同时应当具备合理性，否则其也会被认定为全部或部分无效。参见周丽霞：《HR 全程法律顾问：企业人力资源管理高效工作指南》，中国法制出版社 2011 年 4 月版，第 54—55 页。

<sup>②</sup> 参见国际知识产权局条法司《“职务发明创造制度实施情况及完善”调查问卷分析报告》。

的准确核算、及时发放和有效救济，尤其是职工对相关账簿的知情权及其保护问题。在前一种情况下，就具体利润分配直接适用合同约定，在后一种情况下，则存在几点需要注意的方面。其一，应当避免将规章制度作为劳动合同的附件。实践中，很多企业将单位的规章制度作为劳动合同的附件，要求劳动者在签订劳动合同时确认接受该规章制度。这种做法表面上看起来很规范很严谨，但实际上劳动合同和规章制度之间虽然是密切相关的，但又是相互独立的，其制定和修改程序、侧重规定的内容和法律对其的要求均不相同。企业将规章制度作为劳动合同的附件，导致的最大问题就是，对规章制度的修订也必须适用劳动合同变更的程序，换言之，任何修改都必须经过和单个劳动者的协商一致，如果某个劳动者不同意的话，企业还必须按照原规章制度继续履行，这将使得规章制度的修改甚为麻烦。其二，在制定或修改规章制度时，避免和劳动合同已经明确约定的内容出现冲突或不一致。<sup>①</sup>

### 3. 职务发明奖励约定程序

对于劳动合同与集体劳动合同而言，其制定程序要遵照《合同法》的一般原则和《劳动合同法》的特殊规定，法律对违反法定程序制定的劳动合同的评价是准确而完善的。而对于单位内部的规章制度而言，由于不同单位制定的规章制度从内容上来看很不相同，详略不一，尤其是不少劳动者对规章制度的性质认识还很不到位，忽视了劳动者在规章制度的修改过程中具有的参与者地位。而单位则往往试图借助规章制度实现自身或少数人利益的最大化，从而导致规章制度与劳动者利益冲突的现象广泛存在。如前，很多规章制度内容是具体的，也

<sup>①</sup> 参见周丽霞：《HR 全程法律顾问：企业人力资源管理高效工作指南》，中国法制出版社 2011 年 4 月版，第 57 页。

是具备对劳动者的约束作用和劳动争议过程中的裁判依据地位的，故突出单位规章制度的制定程序，尤其是明确劳动者的参与地位和监督权利，是很有必要的。

《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第十九条规定，“用人单位根据《劳动法》第四条之规定，通过民主程序制定的规章制度，不违反国家法律、行政法规及政策规定，并已向劳动者公示的，可以作为人民法院审理劳动争议案件的依据。”这里体现的法律对于规章制度的生效要件是：内容合法、程序民主、依法公示。内容问题下文有述，这里关注程序和公示的问题。事实上，依法公示也可以纳入程序角度的考察。

所谓的民主程序，主要体现在《劳动合同法》第四条第2、3款的规定，即用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。在规章制度和重大事项决定实施过程中，工会或者职工认为不适当的，有权向用人单位提出，通过协商予以修改完善。这里的“规章制度”应作广义理解，是指企业为了加强劳动关系管理，在企业内部试行的规范劳动者义务和保障劳动者权利的全部行为准则，包括劳动合同管理制度、岗位职责制度、绩效考核制度、薪酬福利制度、考勤制度、休假制度、奖励与惩罚制度和培训制度等，即凡涉及到劳动者切身利益的规章制度都应遵循民主程序。进言之，这里的民主程序要遵循讨论程序和协商确定程序两个步骤。但是，如果规章制度经过“平等协商程序”无法达成一致，则企业应当是有最

终决定权的。<sup>①</sup>如果该规章制度违反法律法规的规定，给劳动者造成损害，劳动者可依据《劳动合同法》第八十条的规定寻求救济，用人单位直接涉及劳动者切身利益的规章制度违反法律、法规规定的，由劳动行政部门责令改正，给予警告；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

此外，公示制度与民主协商程序相区分而独立出来，是有其实际意义的。作为企业内部的规章制度必须经过对其适用的人员的公示，未经公示的内部规章制度，对员工不具有约束力。而关于如何公示、公示的方法及形式，法律并无明文规定。实践中可作为公示或告知的手段很多，如很多企业将规章制度张贴在公告栏中进行公示，还有一些企业利用内部网络进行公示，或发送“公共邮件”等。但是这些方法存在举证困难的问题，也不能切实保证劳动者就一定知道公示内容。为此，有建议认为用人单位选择发放员工手册的方式作为公示手段，即将企业的规章制度汇编成册并融合进企业的员工手册中，让员工签收。

必须承认的是，原则上，未经过民主程序制定和公示的规章制度对劳动者不具有约束力，企业不能援用相关规定对劳动者进行处理。但实务中，对于未经过民主程序或经过平等协商仍然无法达成一致而制定的规章制度“网开一面”，即只要其内容不违反法律法规的规定，则往往被认定为可以作为企业管理的工具。所以，如果劳动者确实对用人单位制定的符合法律规定的规章制度无法认同，则似乎只能考虑离职。市场经济下人才的自由流动机制，应当说是劳动者最后的砝码。而具体到职务发明领域，则劳动者在选择用人单位的过程中及后续的

<sup>①</sup> 参见周丽霞：《HR 全程法律顾问：企业人力资源管理高效工作指南》，中国法制出版社 2011 年 4 月版，第 50—51 页。

劳动过程中，对劳动合同之外的可能涉及到包括奖励在内的职务发明有关内容的规章制度予以关注，慎重选择并及时提出自己的意见。而从法律角度，则需要考虑从内容、程序两个方面严格要求单位的规章制度或其与发明人、设计人的合同约定，注重保护发明人利益。

## （二）职务发明奖励约定内容

前已述及，实践中对职务发明奖励内容作出规定的主要是单位的规章制度，这是因为规章制度具有公示性、稳定性、激励性，劳动者本人及劳动者之间对各自或互相职务发明的权益分配机制能有比较直观和充分的了解；相较于单个的劳动合同而言，规章制度也更加稳定，从而构成企业整体知识产权战略乃至整个发展规划的一部分；规章制度的这些特点使其较之于劳动合同更能吸引和激励劳动者投身发明创造，发挥个人价值。当然，企业倾向于通过规章制度解决包括报酬在内的职务发明问题，与常用的格式合同一样，也有经济便利原则的考量，且不排除规章制度较之劳动合同更为单位所控制的因素。而无论如何，约定方式是职务发明奖励问题解决的根本之道，而规章制度又现实并很可能长期地成为就职务发明奖励问题单位内部进行约定的主要方式。同时，研究规章制度对奖励的具体约定内容，对愿意选择劳动合同方式进行约定的单位和个人也同样具有参考价值的。由此，及为论述之便利，下述分析主要以单位内部就职务发明奖励所作规章制度这种约定方式作为分析对象。

### 1. 职务发明奖励内部约定的宏观要求

就职务发明奖励所作单位内部规章制度，需要遵循单位内规章制度制定的一般要求，同时又要体现职务发明奖励这一特定问题，尤其

是重视真正解决奖酬问题可能存在的争议，以充分发挥内部规章制度对于公平合理地预防和解决争议的重要价值。

从规章制度制定的一般要求来看，除了前述程序方面的民主程序和公示制度之外，还要遵循内容方面的合法合理的要求。用人单位的规章制度，其内容必须符合《劳动法》、《劳动合同法》及相关法律法规，不能发生抵触，否则会导致规章制度部分或整体无效。《劳动合同法》第四条规定，企业的规章制度要依法制定，这里的“依法”应当作广义理解，是指依据所有的法律、法规、规章等。依法制定规章制度，是保证其内容合法的基础。法律有明文规定的，用人单位可以根据法律的规定，制定出符合本企业实际情况的细化、具体的规章制度，对于没有相关法律规定及法律没有禁止性规定的，用人单位可以依据劳动法律立法的基本精神以及公平合理原则制定相应的规章制度。<sup>①</sup>就职务发明奖酬而言，尽管《专利法》和《专利法实施细则》建立的是约定优先的制度，从法律解释的角度，《专利法实施细则》所确立的法定奖励金额和报酬比例，不应当对用人单位制定的规章制度产生实质约束，换言之，尽管多有观点认为，约定金额和比例不能低于《专利法实施细则》的规定，但这种观点很可能是对《专利法实施细则》就约定和法定报酬比例的误解。但需要注意的是，《促进科技成果转化法》给予专利发明人和转化人的奖励，则未作出约定优先的规定，以此而论，即便内部规章制度规定了相关内容，也不应低于法律的强制性规定。当然，这种就同一至少类似问题所作不同规定，更多地体现出现有法律就职务发明奖酬所作规定的体系矛盾，需要在立法论的角度予以克服。对此，从尊重《专利法》和《专利法实施细则》

<sup>①</sup> 参见周丽霞：《HR 全程法律顾问：企业人力资源管理高效工作指南》，中国法制出版社 2011 年 4 月版，第 49 页。

作为职务发明奖酬制度基本法律规定的精神出发，参酌比较法上的立法意见，不应强制性要求单位内部规章制度就奖励金额和报酬比例一定要等于或高于法定金额比例，否则无异于限制了约定制度相较于法定制度之优势，单位也将没有就奖励报酬进行内部约定的动力，或这种约定仅仅是法定金额比例的简单重述，没有实际价值。当然，前已述及，单位内部规章制度不仅应当具备合法性，还应有合理性，体现到职务发明奖酬的内部规定上就是，若无充足理由，单位内部就此所作规定不能显著低于法定金额和比例，否则将有违公平原则。

而就职务发明奖酬制度而言，除了上述合法性与合理性的一般要求，则有几点宏观层面的要求需要特别注意，概言之即，就职务发明奖酬制度所作内部规章制度，一定要全面、具体、可操作。(1)以《专利法》和《专利法实施细则》所建立的基本精神和基本框架为基础，内部规章应当就包括奖酬在内的职务发明有关内容进行尽可能全面的规范，就奖酬制度而言，则应当就奖酬对象、奖酬情形、奖酬内容、支付时间和方式、监督检查、权利救济等作出全面规范，定纷止争。尤其需要强调的是，尽管在研究职务发明奖酬制度的过程中，我们依照现有的法律制度规定，将相关讨论集中于奖励尤其报酬的内容。从报酬的形式上，也局限于现金和股权的方式。但有关职务发明奖酬的内容，实际地是企业整体薪酬制度的一部分。所以，在思考建立完善约定奖酬制度的过程中，不仅要就职务发明奖酬这一特定问题全面考察，更要将其放入企业的整体薪酬制度乃至整个内部管理制度中去评价和完善，树立全面的观念。(2)而具体，则是指就每项约定内容而言，应当通俗、明确、一目了然，不能泛泛而谈过于笼统，仅仅具有象征性意义而无实际的行动原则和裁判准则之功能。(3)可操作指的

是各项制度要简便易行,尤其是有单位内部的实施机关和制度作为支撑,方便奖励分配、监督检查和权利内部救济。只有全面的、具体的、可操作的规章制度,才能真正发挥职务发明约定奖励制度的优势,实现定纷止争的作用。

## 2. 职务发明奖励内部约定的具体内容

前已述及,职务发明奖励是企业整体薪金制度的有机组成部分,作为奖励报酬制度的一种,其制定完善应当遵循企业奖励计划所要容纳的一系列考虑因素,包括业务整合、绩效要素、财务来源、计算公式、绩效标准、奖励周期、奖励机会等。<sup>①</sup>

从比较法的角度观之,具有国际竞争力而在知识产权方面卓有成绩的大企业多制定了各具特色的奖励措施,激发员工的积极性,概言之,主要有积分制、等级奖励制和各种各样的表彰制度。<sup>②</sup>针对上述

<sup>①</sup> 参见胡蔚、陈炳泉、陈智斌、农晓莉编著:《人力资源管理咨询权方案》,广大经济出版社2008年1月版,第544—559页。所谓业务整合,即奖励计划必须对公司的远景实现有促进作用,要有助于公司战略的实现,换言之要具备奖励的合理性,这一点职务发明奖励的意义自不待言。绩效要素要保障奖励计划能直接推动组织的关键绩效要素的实现,具体到职务发明奖励制度即职务发明人要获得奖励,必须保证其所从事发明能成功申请专利,而要获得更高额度的报酬,则要努力追求发明专利与企业整体发展战略的契合,重视专利实施转化的可能性,并着力推动之。财务来源要考察用于奖励的资金从何而来的问题,包括利润或超额利润、员工薪酬、奖励基金库。计算公式的明确则有利于员工明白自己获得奖励的计算方法,并且能体现公司传递的奖励信息。绩效标准就是如何来衡量和判定绩效结果的依据。奖励周期就是从奖励计划执行开始到奖励兑现的时间距离。奖励机会则关系到什么样的人有机会获取奖励的问题。所以我们看到,完整的职务发明奖励制度其实是现代薪酬奖励计划的一个经典缩影,而且代表了当代薪酬奖励计划制度的发展方向。当然,基于对职务发明奖励制度现有法律法规和单位实践做法的尊重,我们在下文论述中仍旧以现有职务发明奖励制度的一般框架为思路展开,但这只是体系和表述上的区别,从实质上说,其需要综合考察和落实现代薪酬奖励计划的方方面面,则是确定的。

<sup>②</sup> 日本东芝公司对发明的奖励分为几个阶段,提出专利申请给予5000—6000日元的奖金,专利获准后再视技术使用情况给予奖励,最高奖金一年可达60万—100万日元。富士通公司给予员工发明创造的奖励也分为申请时即授权后两种情形,并实行登记奖励制,最低的奖金为一件发明4000日元。该公司每年花在奖励员工发明创造的资金多达10亿多日元。美国IBM公司为激励发明而创造了累积积分制,即对申请专利的发明人给予计分,1项专利为3点,同时可获1200美元奖励;点数累计达12点,再加1200美元奖励。刊载在技术公报的发明或发表论文,也计为1点。发明人若是在第一次申请即获专利,则可获首次申请奖,奖金1500美元。至于第二次以后被采用时,则每次发500美元的奖金,称为发明申请奖。上述制度在总公司及子公司都共同实行。另外,如专利权对整个公司有重大的贡献时,该发明人还可依其贡献程度的大小得到若干的奖金,此称为特别功劳奖。此外,公司每年举办一次盛大的科技发明奖颁奖仪式,100名获奖员工将分享300万美元的奖金。IBM总裁亲自颁奖,在精神和物质上鼓励发明者。仪式后,发明者可以度假3至4天,费用全部由公司承担。日本三菱公司实行对员工的终生多次奖励制度,三菱公司员工完成的职务发明依契约有义务转让给公司,此时可获得公司给予的“让渡补偿”,每件发明可得日元4500元;在申请专利后到获准之前,只要是好的发明,不论获准与否,公司给予“优秀发明表彰”,颁发奖金和奖状;如果这项发明获得专利并在公司内部实施,公司会给予发明人“实绩补偿”,每年至少3万日元,实施至何时即给到何时,如果这项发明被许可给其他公司实施,公司也会依所获得的权利拨出一定比例作为发明人的“实绩补偿”;如果一项发明同时在公司内外实施,则发明人的“实绩补偿”一年最高可以拿到日元100

职务发明法定奖酬制度的不足尤其是其制度实效穷尽之处，我们认为，企业在具体制定内部有关职务发明奖酬的规章制度之时，应当尽可能地具体就以下内容作出安排：

其一，奖酬对象，应当明确区分职务发明的发明设计人和在发明转化实施过程中作出贡献的人。奖励对象的设定代表了奖励机会。当然，尽管就奖酬问题和转化实施问题我们可以分开研究，但从单位内部的奖酬制度构建来说，二者可能要相提并论，但就其各自奖酬的计算和分配，应当在制度设计之初即予以区别。此外，应当规定就同一职务发明作出贡献的多个发明设计人之间如何进行利益分配，是等分还是区别对待，倘是后者，那依据怎样的考核标准。团队协作是职务发明较之个人发明一个显见的特点，而在现代薪酬管理制度中，一个重要的趋势即是关注薪酬与团队的关系。在职务发明这样的以团队为基础展开的项目中，强调团队内协作的方式日益流行。

其二，奖酬情形，要就单位就职务发明自主实施、许可他人实施、转让、交叉许可、无偿转让等情形下发明人设计人的利益分配予以规定。当然，在非自主实施的情况下，制度设计可以大为简化。

其三，要特别重视对奖酬基准的规定和落实。尤其需要强调的是，尽管《专利法实施细则》等确立的是以营业利润为基准的报酬计算方式，但单位内部完全可以针对本单位的具体情况，变更为有观点所倡导的销售收入为基准的计算方式，以简化由营业利润作为计算基准带来的后续繁琐。当然，无论以何者作为奖酬计算基准，都需要在明确基准的基础上规定基准的核算方式，尤其是发明设计人的知情权，具

---

万元；发明人离职后仍能领取“实绩补偿”，甚至死亡后其继承人也可以领取，直到公司不再使用或不再许可他人使用这项专利为止。此外，三菱公司还设有累计专利件数的“登记表彰”，员工所获得国内专利件数达到一定数量时，即给予一定数额的奖金。各厂、事业本部和三菱公司的社长也设有“工厂长表彰”、“本部长表彰”和“社长表彰”，奖励方式由厂长、本部长和社长自行决定。参见企业知识产权战略与工作实务编委会编著：《企业知识产权战略与工作实务》，经济科学出版社2007年5月版，第77—78页。

言之即查阅有关账簿、获得准确数据的权利。

其四，关于报酬比例的确定。倘或单位仍然以营业利润作为基准，则要规定在实施专利的产品或服务的营业收入中，某一特定专利整体与其它盈利因素如何权衡、不同专利之间的绩效对比、特定专利在营业利润中的具体比例为何。当然，采以销售收入为基准的做法，在比例确定过程中仍然要考虑特定专利贡献率与其他因素的权衡。在这一比例的确定过程中，是采单位整体一致的方法，或采前述德国法上的梯级比例制度，乃至实行个案商榷的方式，均无不可，关键要规定到位，定纷争于未然。在这一比例的制定过程中，应当尤其重视民主程序发挥的作用。因为事实上尽管单位在制定奖酬比例的过程中较之于法定数额比例更为具体，更为准确，但其就营业利润所作分配也只能是相对公平的。而法律领域消弭此种无法客观实现之实体正义基本方式即保证程序正义。对于奖酬比例的精确确定，不唯宏观的法律设计无法做到，具体的内部规章制度也无可奈何，甚至个案所作具体认定也不足为信，究其根本，试图以完全妥当的标准来分配职务发明带来的利益，都面对事实不能的窘状。当此之时，唯有就无穷延展的问题进行适度切割，才能避免徒劳之功。就报酬比例而言，切割途径就是在规章制度的预先设计中或在具体分配的商榷过程中，充分行使民主的、协商的程序。当然，现实很可能是企业基于其优势地位，强加意志于个人，所以个案认定其实尽管更加逼近公平，但我们更倾向于双方预先在规章制度中约定基本的奖酬比例。此外，对于以股权代替现金的奖酬方式，就股权比例而言，也应当遵循上述要求，自不待言。

其五，关于支付时间和支付方式。《天津市专利促进与保护条例》规定，在无约定情形下，应当在自专利权公告之日起三个月内发给发

明人或者设计人奖金，专利技术转让或者许可他人实施的，应在获得转让、许可收益后三个月内从收取的转让费、使用费用中提取不低于百分之三十的比例，作为报酬付给发明人或者设计人。此类规定的目的，旨在限制单位支付奖酬的时间，避免拖沓。而单位内部所作奖酬支付的规定，理应有所借鉴，此不待言。当然，需要注意的是，对支付时间的规定并不意味着职务发明奖酬的支付以现金形式、一次性支付为优。相反地，雇员激励长期化、薪酬股权化正是现代薪酬管理的重要趋势之一，<sup>①</sup>这一点在《专利法实施细则》中对年度支付方式的列举、《促进科技成果转化法》中对将职务发明奖酬这算为出资比例或股权的方式的认可中都有体现。激励长期化、薪酬股权化的目的，从企业角度看，是可以留住关键的人才和技术，稳定员工队伍，从员工一方讲，也并非纯粹是一种约束，对于发展前景良好的企业或者实施前景广阔的职务发明，职务发明人的实际利润所得很可能高于一次性现金支付的手段。实际而言，对于职务发明报酬而言，在单位自主实施职务发明的情况下，某一发明未来的市场前景是很难预期的，采用周期支付方式较之一次性支付而言，也更具合理性。当然，奖酬支付的股权化和长期化要与约定的支付方式和期限结合起来，避免出现有名无实，乃至以股权方式、长期支付手段束缚发明设计人或者侵害其利益的情况。有学者认为，《促进科技成果转化法》虽然规定了奖励形式可以是提成、股份或出资比例，但奖励形式的选择权在单位而非受奖人，故而建议在《专利法实施细则》等法律法规中首先规定职务发明人拥有职务成果转化的收益分享权而不仅仅是受奖励权，然后直接规定他们报酬的形式，如可以将收益折算为股份或出资比例，由

<sup>①</sup> 参见胡蔚、陈炳泉、陈智斌、农晓莉编著：《人力资源管理咨询权方案》，广大经济出版社 2008 年 1 月版，第 496—499 页。

该持股人依据其所持股份或出资比例分享收益。同时，法律还应该赋予成果完成人“选择”收益分享形式的权利，而不能由单位单方面决定分配形式。<sup>①</sup>但是我们认为，必须认识到，股权模式尽管优点突出，但也并不尽善尽美。现实地看，发明人设计人可能希望得到直接的物质奖励，而不是期权，在单位整体股票前景不明朗的情况下更是如此。而单位由于其经营策略等的规定，或者基于《公司法》等的强制性规定，并不愿或不能任意将物质性奖励报酬转换为股权。所以，股权这种奖励形式只有在单位与发明人、设计人双方协商一致的情况下才能发挥其优势，单位不可强制性地以股权代奖励，而法律也不应赋予个人以选择股权形式奖励的权利。

其六，关于监督检查和权利救济。单位内部设有执行和监督职务发明奖励的机构与程序，并尽可能地提供争议的内部解决机制。当然，关于奖励的落实和权利救济，单位内部的动力可能比较有限。在现阶段我国工会组织起到的作用十分有限、单位与劳动者地位极不均衡的情况下，职务发明奖励制度的落实更大程度地依赖于外力主要是法律的规制，这也是下文将要述及的问题。

前已述及，现代薪酬管理的重要趋势之一即是整体薪酬观点的不断深入，在这种观念下，薪酬既不是单一的工资，也不是纯粹货币形式的报酬，而且包括精神层面的激励，比如优越的工作条件、良好的工作氛围、培训机会、晋升机会等，这些方面应当很好地融入薪酬体系中去，即物质和精神并重。对员工有激励作用的制度不止纯粹的奖励和报酬，企业员工的激励制度是丰富多样的，单位规章制度应当重视建立多元的员工激励制度。实际地看，薪酬管理已经成为现代人力资源管理的重要内容之一，职务发明制度可能存在的问题，归根结底

<sup>①</sup> 参见张晓玲：《论职务发明人的报酬》，载《科技与法律》2006年第3期。

还是单位与职工利益的协调问题。而所谓的薪酬，其实不仅仅局限于工资、福利，它可以囊括一切反映企业或组织对其员工劳动的认可和回报。从整体上看，薪酬可以包括薪金、福利、职业发展和文化四个较大的方面。具言之，薪金可以包含基本工资、短期奖励、特别奖励、延期的现金奖励、股票奖励计划；福利包含保护、假期、教育、工作和生活计划、额外津贴等内容；职业发展包括工作内容、学习新技能、工作挑战、职业发展、培训机会等；文化包括领导能力、被尊重的感情、同事、资讯、工作环境等方面的内容。<sup>①</sup>而现有职务发明奖励制度多将其作为薪资中的特别奖励或股票奖励计划中。

作为制定法上的法定奖励制度不可能事无巨细，而在企业内部的约定奖励制度中，则可以充分整合薪金制度，将对职务发明之发明人和设计人的奖励纳入整个薪金制度中去，换言之，对职务发明人的激励不仅应当局限于现金或股权等简单形式，而应当从物质奖励和精神奖励两个大的方面考量，在上述教育、职业发展、工作环境等内容中，完全可以将职务发明作为重要的考量因素。职务发明奖励作为单位内部绩效薪酬的典型体现，弹性很强，鲜明地反映出知识经济背景下企业薪酬制度的发展和完善方向，应当纳入企业整体薪酬制度中完整考察。

总之，单位就职务发明奖励所作内部约定或规章制度，应当全面、具体和可操作，真正发挥其相对于法定报酬制的优势。在规章制度的制定和实施过程中，要依法、循理、讲程序、重民主，如此才能实现发明设计人与单位利益的平衡，促进以职务发明为内容的企业效益的健康持续发展。

<sup>①</sup> 详见胡蔚、陈炳泉、陈智斌、农晓莉编著：《人力资源管理咨询权方案》，广大经济出版社 2008 年 1 月版，第 496—499 页。

## 五、我国职务发明奖励报酬制度的完善之三：奖酬落实

前已述及，奖励报酬难于落实是调查中发明设计人就职务发明奖酬乃至整个职务发明制度反应意见最大的问题。奖酬落实其实与前述奖酬的支付时间有一定关系，即便是约定的支付周期过长，也不利于发挥职务发明奖酬制度的积极意义。而倘或超过约定支付时间乃至至于违背法律规定或内部约定，拒绝职务发明奖酬的支付，则更危害到职务发明制度乃至劳动关系的稳定。

### （一）职务发明奖酬制度的落实现状及原因

前已述及，从对职务发明制度及其实施情况的调研来看，我国职务发明奖酬制度的落实情况不容乐观，尤其对于职务发明报酬，发明设计人对此多有意见。我们认为，造成我国制度发明奖酬制度难于落实的原因是复杂的，既有制度设计上的原因，也有制度实施过程中的不足，具言之，造成我国职务发明奖酬制度实施状况不容乐观的原因有以下几个方面：

其一，职务发明法律制度的不足。如前所述，尽管法律、法规、部门规章、地方政府规章等对职务发明奖励报酬制度多有规定，且包括奖酬在内的职务发明制度成为从中央到地方大力号召的一项方略，但我国职务发明奖酬法律制度呈现出多而杂，重复和矛盾突出，而法律完整性、体系性、具体性不足的特点，职务发明法定奖酬制度未能发挥其作为约定奖酬制度之示范的作用，其本身的规定也存在上述缺点。从本质上说，职务发明奖酬制度就是一项利益分配机制，而我国目前法律法规所建立的这套利益分配机制从基准到比例，从奖励方式到落实时间，都还有很大的提升空间。法律制度的矛盾与漏洞是造成

职务发明奖酬难于落实之现状的基本原因。

其二，制度实施监督机制和争议解决路径不足。实施监督机制和争议解决机制从宏观上看可以作为制度角度认识职务发明奖酬落实情况不善的一个方面，同时又具有独立的价值。现实地看，被调查者对我国职务发明奖酬制度在数额比例和基准等方面的意见还是相对较小的，而对于奖酬的落实机制和权利救济机制的批评更甚。从法律经济学的角度视之，如果侵权的成本较小，则行为人将没有依法循章的动力。对奖酬制度的监督实施不足，便捷、高效的争议解决路径的缺失，是造成职务发明奖酬制度落实情况不善的实践原因。从督促单位积极履行职务发明奖酬支付义务的角度出发，有学者建议我国有必要制定法律措施，对不执行职务发明制度的企业实行惩罚，维护员工的合法权益，从而提高员工从事职务发明的积极性，可供立法参考。

①

第三，宏观经济和就业形势方面的原因。制度的良好运作是需要特定的社会经济环境的，职务发明制度作为工业社会末期的产物，其价值的最大发挥则是在知识经济时代。而一方面，我国的经济结构还处于产业链的中低位阶，真正发挥科技和知识价值的部门和企业还相对较少，这就造成了用人单位对高质量知识成果的长期依赖和重视不足，从而对发明设计人对企业核心竞争力的认识不足。<sup>②</sup>另一方面，目前我国的就业形势总体上依然紧张，人才流动性不合理，在劳动关系中单位一方依然处于绝对优势地位。尽管在涉及到职务发明的领域这种情况可能相对较少，甚至不排除某些单位高精尖人才缺失、人员流动性异常频繁之情况的存在，但宏观上看，企业的优势地位也是造

<sup>①</sup> 参见刘向妹、刘群英：《职务发明报酬制度的国际比较及建议》，载《知识产权》2006年第2期。

<sup>②</sup> 参见张勤、朱雪忠主编：《知识产权制度战略化问题研究》，法律出版社2010年11月版，第266页。

成其忽视职务发明奖酬落实的重要原因。

第四，法律意识的缺失。尽管《专利法》等法律颁布实施已经有一段时间，国家对尊重人才、尊重创造的观点的号召也越来越深入人心，但必须承认的是，社会整体法律意识和法治观念的培养还有很长的路要走。具言之，无论用人单位还是发明设计人，其尊重法律制度或内部规章制度约定、依法或依约支付或索取职务发明奖酬的意识还很不足。进言之，现实中的职务发明人设计人多为理工科背景的人才，无论对法律制度的认识抑或其依法维权的能力，都比较不足。这也就导致相对处于优势地位的单位可能通过约定方式以低于法定奖酬制度标准制定内部规章，而发明设计人由于不知情或误解等原因失去维权基础等情况的发生。

## （二）促进职务发明奖酬落实的建议

促进职务发明奖酬的落实，有宏观和微观两个角度的思考方向。宏观上，提升社会整体法治观念，改善就业环境，培育尊重知识、鼓励创造的整体文化氛围，当然是长远之计。微观角度而言，则是要针对法定奖酬制度与约定奖酬制度的不足，从预防和救济两个角度实现职务发明奖酬制度的落实。事实上，前述对职务发明法定奖酬制度和约定奖酬制度的完善，归根到底就是为了实现奖酬的公平确定与依法依约落实，自不待言。所以从国家层面，要重视完善包括专利法和劳动法等在内的职务发明相关法律体系，努力保障劳动者权益，完善劳动争议解决制度。而从企业角度观之，则是要充分认识到职务发明奖酬的依法依约支付，不仅是自身的一项法律义务，更是促进企业持续发展的必要战略。职务发明奖酬作为单位内部最有活力的薪金制度的

一种，不仅是维系公平争议的需要，也是招揽和维系人才、提升企业竞争力的必要激励措施。

当然，获得和争取职务发明奖酬，最直接的是要以来发明人设计人自身法律意识的觉醒，尤其是在职务发明从创意到转化的整个过程中自觉地主张和捍卫合法权利的能力。作为可能从事职务发明工作的劳动者，在就业之初就应当着力了解《专利法》等相关法律法规的规定，确定单位内部有关的规章制度。在签订劳动合同的过程中，不仅要注意工资、福利等传统事项，更要提前关注职务发明奖酬制度的约定内容，防患于未然。在从事职务发明的过程中，要注意以工作日志等方式保存相关证据。职务发明成果完成后，要及时跟踪发明的实施或转化情况，依法合理关注和主张自己的职务发明奖励报酬。在可能的争议发生时，理性、谨慎进行单位内部维权，确有必要之时，要按照法律法规规定，依法维护自己获得奖励报酬的权利。

## 六、有关奖励报酬的示范条款

### （一）《职务发明条例》奖励报酬有关规定建议稿

第 X 条 【职务发明奖励报酬制度一般规定】被授予专利权的单位应当对职务发明创造的发明人或者设计人给予奖励；发明创造专利实施后，根据其推广应用的范围和取得的经济效益，对发明人或者设计人给予合理的报酬。

企业、事业单位给予发明人或者设计人的奖励、报酬，按照国家有关财务、会计制度的规定进行处理。

说明：本条系摘引《专利法》第十六条的规定，不作改动。

第 X 条 【约定职务发明奖酬优先】单位应当建立和完善职务发明奖励报酬规章制度。鼓励单位和发明人或者设计人以合同方式协商确定职务发明奖励和报酬的有关事项。上述规章制度和合同约定内容包括但不限于本条例第 X 条至第 X 条规定的内容。

单位未就职务发明奖励和报酬作出专门规定，而就单位内奖励和报酬制度作出统一规定的，有关职务发明奖励和报酬的数额、比例、支付等内容，应当参照施行。

单位职务发明奖励报酬制度的建立和实施情况，应当作为有关部门考核和评价单位的重要标准。

说明：本条是职务发明奖励报酬约定制度优先的规定，主要参考《专利法实施细则》第七十六条的规定。

第 X 条 【法定职务发明奖酬制度的适用范围】在下述情况下，单位和发明人、设计人就职务发明奖励报酬不能协商一致的，双方应当依照本条例和相关法律法规解决有关职务发明奖励、报酬争议：

有关职务发明奖励报酬的规章制度或单位与职务发明人、设计人就职务发明奖励报酬的合同约定违反法律强制性规定的；

约定内容明显不合理的；

无前述规章制度或合同的；

前述规章制度或合同未约定或者约定不明的。

单位所在部门或者地区对职务发明奖励报酬作出特别规定的，应当优先适用相关法规或者规章的特殊规定。

说明：本条是职务发明法定奖酬制度的总则性规定。

第 X 条 【职务发明奖励】被授予专利权的单位未与发明人、设计人约定也未在其依法制定的规章制度中规定职务发明奖励的方式

和数额的，应当发给发明人或者设计人奖金。一项发明专利的奖金最低不少于 3000 元；一项实用新型专利或者外观设计专利的奖金最低不少于 1000 元。

由于发明人或者设计人的建议被其所属单位采纳而完成的发明创造，被授予专利权的单位应当从优发给奖金。

说明：本条系摘引《专利法实施细则》第七十七条有关职务发明奖励的规定。

第 X 条 【单位自主实施职务发明情况下报酬的确定】被授予专利权的单位未与发明人、设计人约定也未在其依法制定的规章制度中规定职务发明报酬的方式和数额的，在专利权有效期限内，实施发明创造专利后，每年应当从实施该项发明或者实用新型专利的营业利润中提取不低于 2% 或者从实施该项外观设计专利的营业利润中提取不低于 0.2%，作为报酬给予发明人或者设计人，或者参照上述比例，给予发明人或者设计人一次性报酬。

【单位转让职务发明情况下报酬的确定】被授予专利权的单位转让专利的，应当从收取的转让费中提取不低于 10%，作为报酬给予发明人或者设计人。单位无偿转让专利，或以明显不合理的价格转让专利的，发明人或者设计人有权要求从专利实际实施所得利润中参照本条第一款的比例获得报酬。

【单位许可职务发明情况下报酬的确定】被授予专利权的单位许可其他单位或者个人实施其专利的，应当从收取的使用费中提取不低于 10%，作为报酬给予发明人或者设计人。被授予专利权的单位与其他单位交叉许可所获专利权，或者以明显不合理的价格许可其他单位或个人实施其专利的，发明人或者设计人有权要求从专利实际实施所

得利润中参照本条第一款的比例获得报酬。

【职务发明报酬确定的参考因素】在确定职务发明的发明人、设计人的过程中，还应当遵循公平原则，考量职务发明在营业利润中的贡献度、发明人或者设计人在发明中的贡献以及发明人或者设计人在单位内的职位等因素。

说明：本条系综合《专利法实施细则》第七十八条，《促进科技成果转化法》第二十九条、第三十条，《合同法》第三百二十六条等的规定。

第 X 条【职务发明奖励入股的规定】采用股份形式的企业，可以经发明人或者设计人同意，按照国家有关规定并参考上述职务发明报酬比例将职务发明奖励和报酬折算为股份或者出资比例。发明人或者设计人可以依据其所持股份或者出资比例分享收益。

说明：本条系参考《促进科技成果转化法》第三十条的规定。

第 X 条【职务发明人、设计人的知情权】发明人或者设计人有权查询与上述实施发明创造或者外观设计营业利润、转让费、许可费等相关的单位内部信息，单位应当予以配合。

说明：本条为对职务发明人、设计人的知情权的保护规定。

第 X 条【职务发明人、设计人的优先申请权、优先受让权】

职务发明成果完成两年以内，单位不将职务发明成果申请专利，也不作商业秘密等其它经济用途使用的，或者职务发明成果完成后，单位明确表示不作经济性使用的，职务发明人、设计人享有对职务发明成果的专利申请权。<sup>①</sup>

<sup>①</sup> 参见张晓玲：《论职务发明人的报酬》，载《科技与法律》2006年第3期。美国1986年《联邦技术转移法》规定：联邦机构实验室若决定不提出专利申请，或不计划对该发明商业化时，可以准许发明人行使专利申请权；美国《贝杜尔法》也规定：如果研发单位因该发明价值不大或因市场潜力与费用的考虑，而选择拒绝保留该发明的专利权，那么提供经费的联邦机构可以准许发明人取得其发明的权益，但申请专利的费用由发明人开放给受雇人享有，受雇人可就该发明用自己名义在国内外申请专利。我

单位转让、许可职务发明的情况下，应当及时通知发明人或者设计人。单位转让职务发明的情况下，发明人或者设计人享有以同等条件优先受让的权利。

说明：本条系参考《合同法》第二百三十六等等的规定。本条也可作为职务发明实施转化方面的条文规定。

第 X 条 【职务发明人、设计人获得精神奖励的权利】发明人或者设计人有在有关技术成果文件上写明自己是发明人或者设计人的权利和取得荣誉证书、奖励的权利。

说明：本条系参考《合同法》第二百三十八等等的规定。

第 X 条 【不同职务发明人之间奖酬的分配】职务发明发明人或者设计人为多人的，应当按照不同职务发明人或者设计人在职务发明中的贡献分配职务发明奖励和报酬。

不同职务发明人或者设计人在职务发明中的贡献难以确定的，应当平均分配职务发明奖励和报酬。

说明：本条为不同职务发明人之间奖酬分配的条款。

第 X 条 【职务发明奖励报酬的发放时间】被授予专利权的单位未与发明人、设计人约定也未在其依法制定的规章制度中规定职务发明奖励和报酬的支付时间的，职务发明奖励应当在自专利权公告之日起 3 个月内发放给发明人或者设计人，职务发明报酬应当在单位会计年度后半年内发放给发明人或者设计人。

单位逾期发放职务发明人奖励和报酬的，发明人或者设计人有权要求单位支付奖励或者报酬金额的同期银行利息。

说明：本条系参考《专利法实施条例》第七十七条等等的规定。

第 X 条 【职务发明奖励报酬争议的解决方式】单位与职务发明

人、设计人，或者职务发明人、设计人之间就上述职务发明奖励报酬事项产生争议的，可以依据单位内部规章制度或者单位与发明人、设计人之间的合同约定，协商解决。

协商不一致的，可以请求当地管理专利工作的部门进行调解，或者请求当地劳动争议仲裁部门参照劳动法律有关规定进行劳动争议仲裁。

当事人可以不经调解或者仲裁，直接就职务发明奖励报酬纠纷向当地受理知识产权争议案件的人民法院提起诉讼。

说明：本条是有关职务发明奖酬争议解决方面的规定。

## （二）单位职务发明奖励报酬规章制度建议稿

如前所述，单位内部应当建立和完善职务发明奖励报酬有关制度。在建立该规章制度的过程中，应当遵循依法、合理、程序、公示的基本原则，参考《职务发明条例》的有关规定，同时可以依据本单位实际情况作出调整。

需要注意的是，不同单位在单位性质、盈利模式等方面可能存在巨大差异，在不违背法律强制性规范的情况下，单位有权依据具体情况就职务发明奖励报酬制度作出不同于法律法规的内部规定，单位之间也可以而且必然不完全相同。现实地看，有关职务发明奖励报酬的内容往往与职务发明其他制度的内容乃至单位整体奖励报酬制度一起规定，并不独立。所以下述建议仅以“某企业”为假想主体，所列建议仅供参考。

### 《某企业职务发明管理规定》

第 Y 条 企业对专利的发明人或设计人在专利申请受理后给予

奖励。奖励金额为：发明专利××元/件，其他专利××元/件。

企业对授权专利依据专利评级的结果给予奖励。奖励金额为：一级专利××元/件、二级专利××元/件。

由于发明人或者设计人的建议被其所属企业采纳而完成的发明创造，企业给予发明人或设计人以奖励。奖励金额为：XX元。

说明：本条是对职务发明奖励金额的规定，约定制度中不仅可以包括法定奖酬制度中的约定对象，也可以包括在专利申请受理后即给予一定奖励。此外，就奖励数额等也可以因时因地而异。

第Y条 企业在专利权有效期限内，实施发明创造专利后，每年从实施该项发明或者实用新型专利的营业利润中提取2%或者从实施该项外观设计专利的营业利润中提取0.2%，作为报酬给予发明人或者设计人，或者参照上述比例，给予发明人或者设计人一次性报酬。

企业转让专利的，从收取的转让费中提取10%，作为报酬给予发明人或者设计人。

企业许可其他企业或者个人实施其专利的，应当从收取的使用费中提取10%，作为报酬给予发明人或者设计人。

企业可以依据上述职务发明报酬比例将职务发明奖励和报酬折算为股份或者出资比例。发明人或者设计人可以依据其所持股份或者出资比例分享收益。

说明：本条是对职务发明奖励情形的约定。

第Y条 企业同时采取物质奖励与精神奖励相结合的方式，对职务发明人进行一次或多次奖励。

企业进行物质奖励采取以下方式：

（一）奖金；

- (二) 工资晋升;
- (三) 效益提成;
- (四) 股权分配;
- (五) 享受企业级技术(管理)专家待遇;
- (六) 实物奖励;
- (七) 其他。

企业进行精神奖励采取以下方式:

- (一) 产品(技术)命名;
- (二) 荣誉称号;
- (三) 光荣榜;
- (四) 晋升职称;
- (五) 进修深造;
- (六) 疗养休假;
- (七) 载入企业史志;
- (八) 其他。

说明: 本条是对职务发明奖励方式的约定。

第 Y 条 发明人或者设计人可以按照企业申请程序向企业 Z 部, 查询与上述实施发明创造或者外观设计的营业利润、转让费、许可费等相关的企业内部信息, 发明人或设计人应当按照企业规定对有关信息予以保密。

企业转让、许可职务发明的情况下, 企业由 Z 部及时通知发明人或者设计人。企业转让职务发明的情况下, 发明人或者设计人可向企业 Z 部提请优先受偿。

说明: 本条是对职务发明人、设计人知情权和优先受让权的规定。

第 Y 条 职务发明发明人或者设计人为多人的，企业按照不同职务发明人或者设计人在职务发明中的贡献分配职务发明奖励和报酬。发明人或设计人也可协商分配职务发明奖励和报酬。

说明：本条是对多个职务发明人利益协调的约定。

第 Y 条 职务发明奖励在自专利权公告之日起 3 个月内发放给发明人或者设计人，职务发明报酬在企业会计年度后半年内发放给发明人或者设计人。

说明：本条是对职务发明奖酬支付期限的约定。

第 Y 条 发明人、设计人对企业职务发明奖励报酬制度或职务发明奖励报酬金额等有异议的，应当向企业 Z 部门进行申诉。

说明：本条是对职务发明奖酬争议纠纷内部争议解决方式的约定。

## 第4章 职务发明实施转化

### 本章细目

#### 一、我国职务发明实施转化的制度现状

##### （一）我国职务发明实施转化的制度现状和主要问题

##### 1、我国职务发明实施转化的制度现状

##### 2、我国职务发明实施转化的问题及原因

##### （二）职务发明实施转化的比较法考察

#### 二、我国职务发明实施转化的完善意见

##### 1、制度理念上从发明到转化的改变

##### 2、科学、公正，尤其是务实的科研成果评价和监督机制

##### 3、加强职务发明研发单位与实施主体的沟通协作

##### 4、建立和完善发明创造实施转化沟通平台

##### 5、完善风险投资体系

严格说来，职务发明实施转化问题并不是一个法律问题。形象地说，发明的实施和转化，是一个“把蛋糕做大”的问题，这一问题的解决更多地依赖规范管理、市场运作、技术水平等，甚至具有一定的偶然性。法律依据固然是转化实施过程中不可缺少的，国家的政策引导和激励也十分重要，但职务发明之实施转化归根结底要尊重市场经济规律，发挥企业作为发明成果实施转化的核心作用。法律所应该而且能够关注的，则是“把蛋糕分好”的问题，即所谓“定纷止争”。所以，在对职务发明实施转化问题的讨论中，我们要以对法律法规的制度性基础作为前提，并适当进行管理层面、政策层面的讨论。

## 一、我国职务发明实施转化的制度现状

### （一）我国职务发明实施转化的制度现状和主要问题

#### 1. 我国职务发明实施转化的制度现状

从法律制度本身来看,《专利法》第一条规定:“为了保护专利权人的合法权益,鼓励发明创造,推动发明创造的应用,提高创新能力,促进科学技术进步和经济社会发展,制定本法。”但是纵观《专利法》及《专利法实施细则》,其中鲜有涉及专利转化的内容。只有《专利法》第十四条规定,国有企业事业单位的发明专利,对国家利益或者公共利益具有重大意义的,国务院有关主管部门和省、自治区、直辖市人民政府报经国务院批准,可以决定在批准的范围内推广应用,允许指定的单位实施,由实施单位按照国家规定向专利权人支付使用费。此外,专利法第六章规定了专利实施的强制许可,但以上内容都不是通常所谓专利转化问题。所以,尽管推动发明创造的应用被《专利法》表述为立法宗旨之一,但就法律应当具有的价值和实际法条内容看,《专利法》毕竟只是规定专利申请和保护的一部法律,是一部有关专利申请等的程序法和专利权保护与限制法,而不是规定专利如何应用到工业实际,如何积极转化为现实生产力的法律。专利“三性”中的实用性,其实质要求中并无过高的实用价值判断因素。

真正对推进技术进步和技术转化有明确规定的两部法律是《科学技术进步法》和《促进科技成果转化法》,尤其是后者。而无论对于科技进步,还是成果转化,立法起到的作用都必然是间接和有限的。从手段上讲,主要集中在财政资金支持和税收优惠等方面,而从法律

责任的角度，法律没有规定成果转化不足的后果，事实上也很难做出这方面的规定。从归根结底，法作为以惩戒也就是法律责任为最终保障手段的一种社会治理工具，其填平或者惩戒的作用不言而喻，但其促进技术进步、成果转化乃至经济社会发展的作用不能过分放大和依赖，且这种作用的实现往往是间接的。

前已述及，我国职务发明制度整体上呈现出法律依据繁多，部门和地区立法突出的现状，这一点在职务发明实施转化问题的规定中也有突出体现。除了前述《专利法》《科学技术进步法》《促进科技成果转化法》等的规定，《国务院办公厅转发科技部、财政部关于国家科研计划项目研究成果知识产权管理若干规定的通知》（国办发〔2002〕30号）、《国务院办公厅转发科技部等部门关于促进科技成果转化若干规定的通知》（国办发〔1999〕29号）、《国家科技重大专项知识产权管理暂行规定》、《国家科学技术部关于印发〈关于加强国家科技计划知识产权管理工作的规定〉的通知》（国科发政字〔2003〕94号）《科技部、教育部关于充分发挥高等学校科技创新作用的若干意见》（科技部、教育部二〇〇二年六月二十八日）、《科学技术部关于印发《关于加强科技有关的知识产权保护和管理工作的若干意见》的通知》（国科发政字〔2000〕569号）等对此都有所规定。除了中央层面的法律和相关指导意见，各省市也都制定了相应的科技成果转化促进措施。不难看出，我国有关职务发明实施转化的法律法规是非常庞杂的。

综合上述法律、法规、规章等对职务发明实施转化的规定，可以大致总结我国职务发明实施转化方面的法律框架：

第一，有关职务发明权属的规定。如《科学技术进步法》第二十条第一款规定，“利用财政性资金设立的科学技术基金项目或者科学

技术计划项目所形成的发明专利权、计算机软件著作权、集成电路布图设计专有权和植物新品种权，除涉及国家安全、国家利益和重大社会公共利益的外，授权项目承担者依法取得”。<sup>①</sup>《促进科技成果转化法》第十四条规定，“国家设立的研究开发机构、高等院校所取得的具有实用价值的职务科技成果，本单位未能适时地实施转化的，科技成果完成人和参加人在不变更职务科技成果权属的前提下，可以根据与本单位的协议进行该项科技成果的转化，并享有协议规定的权益。该单位对上述科技成果转化活动应当予以支持。科技成果完成人或者课题负责人，不得阻碍职务科技成果的转化，不得将职务科技成果及其技术资料和数据占为己有，侵犯单位的合法权益。”以上两部法律基本构建了我国职务发明实施转化的基本制度框架，通过国家、单位、个人之间的权属配置与制约监督，促进职务发明成果的实施转化。

第二，有关职务发明转化实施的优惠措施。如《促进科技成果转化法》第二十二条规定，“国家对科技成果转化活动实行税收优惠政策。具体办法由国务院规定。”

第三，有关职务发明实施转化的支持措施。支持措施与优惠措施相对应，如果说优惠措施是“减免义务”的方式，则支持措施即以“增加权利”的方式支持科技成果的转化实施。如《促进科技成果转化法》第二十三条规定，“国家金融机构应当在信贷方面支持科技成果转化，逐步增加用于科技成果转化的贷款。”该法第二十四条规定，“国家鼓励设立科技成果转化基金或者风险基金，其资金来源由国家、地方、

<sup>①</sup> 该法第二至第四款继续规定，“项目承担者应当依法实施前款规定的知识产权，同时采取保护措施，并就实施和保护情况向项目管理机构提交年度报告；在合理期限内没有实施的，国家可以无偿实施，也可以许可他人有偿实施或者无偿实施。项目承担者依法取得的本条第一款规定的知识产权，国家为了国家安全、国家利益和重大社会公共利益的需要，可以无偿实施，也可以许可他人有偿实施或者无偿实施。项目承担者因实施本条第一款规定的知识产权所产生的利益分配，依照有关法律、行政法规的规定执行；法律、行政法规没有规定的，按照约定执行。”

企业、事业单位以及其他组织或者个人提供，用于支持高投入、高风险、高产出的科技成果的转化，加速重大科技成果的产业化。科技成果转化基金和风险基金的设立及其资金使用，依照国家有关规定执行。”

其四，有关职务发明奖酬的规定。前已述及，职务发明奖励报酬的规定，是促进科技成果转化的动力之一，《促进科技成果转化法》第二十九、三十条的规定即是基本规定，此不赘言。

## 2. 我国职务发明实施转化的问题及原因

我国专利申请转化现状存在以下几个值得重视的特点：其一，职务发明较之个人发明为少，职务发明在授权专利中所占比例远低于发达国家；其二，授权专利转化率低，高申请量并不等于高生产力。其三，发明专利，尤其具备高新科技特征而又能够即时为生产所用的专利少之又少。概而言之即，我国专利实际仍然呈现出研究力量分散、转化比率低下、发明质量不高的特点。并且，此三者之间有很大关系。以企业为研究力量载体的发明创造，一般不存在转化方面的问题，因为此种专利申请直接服务于企业生产和竞争实际，企业相较于其它主体也更有力量和动力支持较高质量的发明创造。发明质量不高也会对转化率低产生影响，故而尽管我国已经是专利申请和授权大国，但依然是技术弱国。

前已述及，我国职务发明实施转化制度存在的主要问题即是发明成果的市场化不足。如据国家科技部的一项研究表明，我国每年有省部级以上的科技成果 3 万多项，但是能大面积推广产生规模效益的仅占 10%—15%；每年的专利技术有 7 万多项，但专利实施率仅为 10% 左右；科技进步对经济增长的贡献率为 39% 左右，其中高新技术

对经济增长的贡献率仅为 20%，远远低于发达国家 60% 的贡献率，这无疑是对科技资源的一种巨大浪费。<sup>①</sup>我国的职务发明依据其与企业的关系可以分为两类，一类是由企业自主支持研发的职务发明，一类是国家主导、企业作为职务发明的继受人的发明成果。在前一种情况下，基本不存在职务发明转化实施的问题。也不是职务发明转化实施制度的讨论对象，因为这主要取决于企业的自主经营权，法律不可能干预每一个企业的职务发明实施转化制度。更主要的是，此类职务发明成果往往从着手或申请专利开始，就已经以市场化为首要目标，故其即便难于最终实现市场化或者实施转化的情况不佳，也往往是基于职务发明所涉产品或者服务的市场运作等经济因素。而在后一种情况下，由于职务发明在发明和申请专利之初，其目的并不是服务于实施转化，而是服务于国家财政支持的课题项目等非经济因素，故成果本身是否符合实施转化的需要，是否能够与市场顺利对接，则相对比较复杂。这是我们认识所谓职务发明转化实施问题必须首先明确的前提。在此基础上，我们认为我国职务发明转化实施相关问题主要有以下方面：

第一，国家整体经济结构的重要影响。谈到科技成果转化实施困难的问题，必须首先认识到我国目前的经济结构其实并不利于科技成果的转化实施。不可否认的是，我国目前的经济结构还很不合理，尽管我国已经是制造业的大国，但基本处于产业链的低端环节，即劳动密集性产业发达而科技密集型产业不足。而在为数不多的科技密集型企业中，又存在自主研发不足，对国外高新技术依赖度较高的情况。这就造成了我国企业一方面没有自主研发的能力，另一方面也缺少开

<sup>①</sup> 参见马忠法：《对专利的本质内涵及其制度使命的再思考——以专利技术转化率低为视角》，载《科技进步与对策》2010 年 10 月。

发和实施职务发明的动力的问题。整个社会经济结构对职务发明实施转化率低的影响是显而易见的。

其二，职务发明实施转化本身的特点。职务发明实施转化是一个复杂和带有风险性的过程。如前所述，职务发明本身所要考虑的是技术问题，而职务发明成果实施转化则需要考虑技术与市场的对接。在这一过程中，必然需要持续和大量的追加投资。而即便具备充分的转化实施条件，也未见得就能产生较好的市场效益。所以，具备市场化动力的企业往往因为资金短缺而无能力或者不敢冒风险进行技术实施转化。而国家财政支持也难于在众多职务发明成果中有所选择进行实施转化方面的支持，更重要的是，国家财政支持的科技成果的研发是比较客观的，而实施转化则风险较大，国家财政本身的性质使得其并不适合投入风险较大的实施转化过程，这是职务发明实施转化面临的客观问题。而职务发明实施转化的这一特点，必须要求国家或企业将有限的人力物力投入到前景广阔的优势发明中去，关注优势发明从研发到专利申请，再到专利技术实施转化的全过程，而不是将有限的资金分散到参差不齐的发明成果中，从而导致仅仅关注一项职务发明成果的研发本身的问题。

其三，国家基本法律和政策上的偏差。迄今为止，我国法律制度和政策层面对职务发明的主要促进手段依然是较为简单和粗糙的。国家科研经费投入主要集中在研发资金的支持层面，对实施转化的支持不足。这就造成了与国家财政相关的职务发明往往将发明本身的完成或专利权申请本身作为最终目标，而不关注所从事职务发明的经济价值，或其是否能够与市场对接。换言之，国家目前的财政支持方式还是以“扶贫式”的奖励性支持为特点，没有将自身的支持或优惠措施

纳入职务发明市场化的整体运作框架中。从长远计，科技成果转化应更多利用管理学中的市场原则来解决，而不应过多地依赖政府的优惠政策。企业和民间资本应当成为职务发明实施转化的主导力量。<sup>①</sup>

其四，企业发展阶段和经营策略上的问题。众所周知，知识产权是一项锦上添花的制度，企业知识产权战略的实施，首先要依赖于比较雄厚的经济基础、科学合理的管理制度，而这两项目前国内企业还相对不具备。专利技术转化的高技术、高投入、高效益、高风险的特性，决定了其投资是一种高风险和高收益的中长期投资，与此相关风险投资体系尚未建立。

其五，国家财政支持科研机构对职务发明的认识和定位。无论政府财政支持，还是现有的科研单位评价体制，都存在重数量、轻质量，重研发、轻转化的问题，这是非企业主导的职务发明之所以转化困难的重要原因，现有的评价机制不改变，就很难克服此类职务发明转化实施率极其低下的问题。目前各地政府普遍实行的对申请专利实行政府补贴政策，调动了专利发明人申报专利的积极性，近几年专利申报数量增长迅速。但对于如何促进专利技术的转化还缺少政策支持，结果导致大量专利申报后深藏闺中，造成科技资源的极大浪费。促进职务发明成果的实施转化，必须改变重研发轻转化，乃至为申请而申请的问题。以高校为例，在现有高校教师科研评估指标体系中，专利等知识产权的产业化或转让指标在其中所占比重很小，成果鉴定、论文、获奖等仍是教师职称评定时的重要参考依据，在不少高校中横向的成果转化、专利实施等根本不算教师的科研工作量，更不作为职称评定

<sup>①</sup> 有学者指出，我国对专利申请资助的法规或政策在现实中并没有带来预期的效果，相反却导致了大量垃圾专利和专利泡沫现象的出现，并给专利技术转化带来人为障碍。对此，我们应反思现行专利资助政策的得失，结合专利作为商业工具的性质，不盲目鼓励高校或企业申请专利，把市场的事情让市场规律去决定；即使对专利给予资助，也要有选择地给予，而非普遍给予，以便从源头为专利技术转化创造条件。参见马忠法：《专利申请或授权资助政策对专利技术转化之影响》，载《电子知识产权》2008年12月。

的考虑要素。在这种政策导向下，高校的科技人员在科研和课题研究过程中，埋头自我研究者多，关心课题知识产权保护和转化者少；重论文发表、轻专利申请和实施，重成果鉴定、轻技术转化的现象较为普遍。不少科研成果取得进展时，研究人员出于职称评定和职位升迁等利益的考虑，便匆忙将其研究方法和取得的成果以论文形式发表，由此因丧失新颖性或被披露而不能得到法律保护，造成国家和高校科技成果资产和权利的严重流失。<sup>①</sup>

其六，信息不对称，职务发明转化实施平台和中介机构发展不充分。我国目前研发机构数量庞大，成果交易过于分散，导致拥有成果的一方市场力量不足，而且市场信息严重不对称，投资者很难找到所需要的技术。有学者认为，研究单位由于体制问题而缺少激励，每个研究院所又面临交易数目庞大的市场。这些因素是制约科技成果转化和交易的根本原因。而造成信息不对称的原因除了在职务发明成果完成过程中企业作为市场主体的参与度低的问题，还在于缺少有效的科技成果信息交流平台，也就是科技成果中介结构。与此同时，国家财政支持也应当向信息中介渠道进行倾斜，有发明人反映，“技术交易会高达数千元的场租费，令很多参展者望而却步。某市曾举办过多次专利技术交易会，有时参展者仅有数十人，参会者二三十人，且一届不如一届”，没有便捷的信息沟通渠道，

其七，专利技术自身的成熟度及于市场的衔接可能。现有的科技成果研发和评价体系下，科研单位和个人的终极目标是职务成果本身，而非发明成果完成或者授予专利后的实施转化。以此为背景的职务发明往往呈现出分散、盲目、低端的特点。众所周知，现代科学技术日益高端化、体系化，专利成果之间往往存在递进和契合关系，由

<sup>①</sup> 参见马忠法：《专利申请或授权资助政策对专利技术转化之影响》，载《电子知识产权》2008年12月。

此才能形成有利于实施转化的、符合生产需要的高新技术成果。而我国目前科研体制下的“学究型”的职务发明，则仅有职务发明之名，而从本质上仍然是单打独斗式的个人或小团体研究成果。专利技术自身的成熟度欠缺，难于实现与市场的衔接。总的来看，目前相当一部分专利项目存不够成熟，工业化程度太低，与生产实际严重脱节，其产品市场前景欠佳或者投资回收期长缺少，而又一时难于找到相应对口的企业。必须注意的是，专利制度不等于科学研究，对于科学研究项目尤其是真正具有重大价值的基础性项目，“风物长宜放眼量”，但此类项目不仅需要国家财政的特别支持，同样需要科学的评价和监督体制，不能有重大项目之名而无其实。目前的状况是，相当一部分职务发明技术含量太低，含“金”量不足，回报率太低，缺乏竞争力，此类牵强附会的发明根本无长远科技效果可言，同样也不具备进行专利制度运作的可能，国家财政支持其进行研究，甚至扶持其申请专利，徒劳无益。

专利制度规定的内容总体上可以分为两个阶段：第一阶段是申请和授权阶段，此为基础和前提，核心任务是确权，以为保护和转让创造条件；第二阶段是实施和使用阶段（促进国家经济发展），其中也离不开保护，此为专利制度的目的和归宿，是实现专利制度价值的最终落脚点。而这一点，恰恰是我国专利制度所忽略的。<sup>①</sup>

## （二）职务发明实施转化的比较法考察

如前所述，我国职务发明实施转化的主要问题实际是对专利性质的认识问题。专利权归根结底是私权，专利的申请和转化过程中，公

<sup>①</sup> 参见马忠法：《对专利的本质内涵及其制度使命的再思考——以专利技术转化率低为视角》，载《科技进步与对策》2010年10月。

权力可能的介入空间应当仅仅在专利审查的过程中。除此之外，即便公共机关作为权利申请的主体或帮助者，也应当是以市场竞争主体而非公权力主体的身份出现。而我国无论从社会观念、政府部门还是企业本身，都对专利赋予了太多不切实际的意义。就职务发明而言，其中涉及到的政府、企业、个人三方主体中，政府的作用是基础性的、引导性的、间接性的，企业和个人人才分别是职务发明的组织者和实践者。仅从字面上也不难看出，所谓的“职务发明”中，“职务”指的是个人从事的单位任务，所谓的“职务”性质，除了少数涉及到国防安全、高精科技需要国家组织和主导的之外，更多地应当是市场经济下的企业基于竞争需要和发展战略而组织和实施的工作内容，应当面向市场，服务应用。这不是说我们要忽视那些需要长期投资、没有短期效益的发明创造，而是在于，此类发明创造更多地应当由国家政策性引导，或者由企业内部作为特别项目对待，此类对象不为职务发明制度所关注。职务发明必须面向市场，这是我国职务发明制度从法律本身到制度建构再到具体实施中都应当引起重视的一个基本取向。

以比较法上的德国为例，近几十年来，德国经济一直走在世界前列，其中一个重要的原因就是德国企业有效地运用知识产权制度。进入新世纪，德国政府更加致力于推进知识产权工作，形成了较为成熟的政府、企业、员工三位一体的知识产权战略管理和法律保护体系，积极实施了以企业为主体、以专利为重点的知识产权战略。德国企业积极推动知识产权工作主要来源于三大动力，即：在技术上领先的需要、其产品占领市场的需要、应对竞争对手的需要。德国企业普遍重视知识产权工作是着眼于企业自身发展的需要，它们将知识产权战略作企业整体发展战略的重点加以制定和实施，其高层次和高水平的运

作有效地推动了德国整个国家知识产权工作的需要。<sup>①</sup>

美国宪法规定国会通过立法“保障著作家和发明家对各自著作和发明在限定期限内的专有权利，以促进科学和工艺的进步”。这一原则性的规定通过其专利法来加以落实。其专利法“联邦政府资助之发明的权利”一章详细规定了国会制定专利法之政策与目标，是通过专利制度以推动联邦政府所资助的研究和开发之成果的应用，并且鼓励中小企业全力参与联邦政府资助的研发活动；推动商业团体与包括大学在内之非营利组织间的合作；确保非营利组织与中小企业所完成的发明，系用以促进对未来研发不构成阻碍的自由竞争及自由创业；再用以推动美国产业及劳工所完成的发明创造之全面商品化和公众之使用；确保政府获得由其所资助的发明之足够权利以满足政府之需，并保障大众免于受不施行或不正当使用该发明之损害；最后尽可能降低施行该方面政策所需的成本。该部分内容是1980年12月12日增加的，并于2000年11月进行了修改。显然美国的专利法制定之初以保护为核心任务，但到了上世纪80年代之后，明确了其政府资助的专利发明之目的在于推动应用和商业化。这样原则性的规定，为美国此后20多部有关技术转让法律的制定和颁布提供了依据。<sup>②</sup>

《日本专利法》（2008年修改）明确规定：本法的目的是通过保护与利用发明，鼓励发明，以推动产业的发展。很清楚，其目的不是保护，保护与利用一样，只是手段，其目的在于“鼓励发明，以推动产业的发展”，即将专利技术应用于产业之中，以实现商业价值。德国专利法规定“创新以发明步骤为依据、且可供产业利用的发明，得受新型专利之保护”。可以看出，如果发明不可产业化，是不受专利

<sup>①</sup> 参见王瑜、王晓丰编著：《公司知识产权管理》，法律出版社2007年11月版，第230—231页。

<sup>②</sup> 参见马忠法：《对专利的本质内涵及其制度使命的再思考——以专利技术转化率低为视角》，载《科技进步与对策》2010年10月。

法保护的；亦即专利制度设立的目的不是保护，而是产业化；而这需要转化或转让才可以完成。

## 二、我国职务发明实施转化的完善意见

如前所述，造成职务发明转化难的原因是复杂的，从根源上讲，培育现代企业意识，提升中国企业整体经济、科技水平乃是根本之道。我们必须认识到，在现代市场经济模式下，专利实施、转化的最普遍主体一定是直接从事生产活动的企业，专利价值的最终评价者乃是消费者。专利转化过程中遇到的困境，无非达致源于两个方面的原因：其一，专利本身不符合企业生产要求，不为市场所认可；其二，专利到达企业生产环节的中间途径受阻，专利的实际持有者与潜在需求者之间信息不对称；其三，由于资金、政策等问题，企业对科技成果转化无能为力。我们认识职务发明转让过程中的问题，也离不开对以上原因框架的采纳。

同时，特别需要指出的是，在我国，科技成果转化实施困难的问题需要一分为二的对待，除了企业方面的原因，国家财政支持类职务发明转化实施困难的原因有其特殊性，需要专门对待，尤其是在完善相应评估制度方面努力。必须正视的是，专利自其诞生以来，它本身就是一个商业化的现象：对权利人而言就是以商业化为目的，其代价是公开技术和缴纳维持费；对于国家和社会而言，就是以分享技术为宗旨，其代价是给予权利人一定时期的商业垄断权，在该期间内要想使用该技术就需要付出相应代价即转让费或许可费。这是一种国家和个人之间的商业交换，即是一个纯粹的商业现象，其投入、产出和商业化运作，在很大程度上属私人行为。而我国在专利制度设计和落实初期，将专利的申请量本身作为从国家宏观目标到具体指标的一个要

件，导致了“为专利而专利”而非“为转化而专利”的畸形现象，这是在促进职务发明实施转化的过程中必须予以明确的。专利是创新的成果，但创新本身并不是一件与普通劳动相比有着多么突出的光荣性的事情，只有通过实施转化，真正发挥对人类的有益性，创新本身的价值才能得以体现。当然，这不是说不以短期的实施转化为目的的基础性研究等不重要，但此类研究与普通意义上的职务发明有着本质上的差别，其制度运行机制也不是依赖商业化的运作，而是需要国家予以特别政策扶持。而一般的职务发明成果则不应当在国家财政支持的外壳下，进行实际上并无长远价乃至没有实用价值的无谓申请，这无论对国家财政资金、对科研人员的努力抑或对于专利制度本身而言，都不是一种健康的机制。所以，在充分认识到包括专利权在内的知识产权是一项私权的过程中，厘清国家财政支持在职务发明制度中应当担负的正常角色，是我们必须清醒认识的问题。

在此基础上，我们认为可以考虑从以下角度完善职务发明成果的实施转化：

### 1. 制度理念上从发明到转化的改变

各级政府和有关单位应转变观念，从各个环节认真有效地推进实施国家知识产权战略，不根据专利数量而依据专利的质量来评定个人、单位或地方的工作业绩，不受无谓的形象工程或形式主义的政绩所影响，应当更为积极、系统地奖励、资助各种自主创新性技术，将目前的各种奖励资助政策与自主技术创新和产业化或转化、转让联系起来，从而为建设创新型国家积极扫除法律上的障碍。

### 2. 科学、公正，尤其是务实的科研成果评价和监督机制

为避免科研成果大量浪费，我们应当从制度层面对高校、科研院所的科研及专利技术进行正确的引导，或调整方向，如不鼓励高校申请专利，而由与其合作的企业申请。市场和商品的东西应交由市场和商品规律去决定，国家资助应当尝试性投向企业，而不能过多投入到不能产生社会效益的机构或部门中，当然但基础研究、重大的理论研究除外。同时，对国家财政支持科研成果的评估、科研人员职称晋升、政府项目的资助等不能以机械、静态的专利数量作为考核的标准，而应以专利的质量、创造的社会效益等为主要参数，以利于提高申请率和专利技术转化率，提高高校自身发展水平，对社会、企业发展产生积极影响，对国家创新作出贡献。<sup>①</sup>所以，我们建议在国家财政支持项目相关制度上做出调整，将专利技术的产业化或转让状况与科研业绩和个人晋升挂起钩来，将其作为有关评估体系的重要指标。以申请专利数量和授权数量来衡量科研能力和综合实力是形式主义的表现，它在我国造成的危害之教训已够深刻。有关部门不应仅仅以专利数量作为考量企业、学校或科研单位科研绩效的标准，更要考量专利的内涵、质量和实效，如转化率、创造的社会财富等指标，特别是应当注重专利的质量及其在转化为现实生产力方面的表现和业绩。<sup>②</sup>

### 3. 加强职务发明研发单位与实施主体的沟通协作

造成我国职务发明实施转化困难的重要原因即是缺少有效的信息沟通转化渠道，为此有两种主要的完善进路。目前来看，就科研机构而言，目前的专利技术转化管理机构是如高校等的科技处等部门，

<sup>①</sup> 参见马忠法：《对专利的本质内涵及其制度使命的再思考——以专利技术转化率低为视角》，载《科技进步与对策》2010年10月。

<sup>②</sup> 参见马忠法：《专利申请或授权资助政策对专利技术转化之影响》，载《电子知识产权》2008年12月。对专利申请或授权资助应当有所选择，不盲目资助所有专利的申请或授权。在有关当事人申请专利资助前进行把关或论证，将可转化率作为资助的前提或标准，转化率低或转化成本高、时间长的不予资助，以杜绝恶意申请专利、骗取专利申请资助和制造垃圾专利的现象。

其功能单一，人员结构简单，不能适应现代市场经济的要求。所以，科研机构应当建立、健全专利技术转化机构，通过建立高校与企业互动的技术研发网络，加强与产业界的合作，促进专利技术转化。为此，应当加强科研单位与企业的沟通合作，具体而言就是在科研单位从事职务发明的过程中即加强与企业的沟通交流，由此不仅能够带来资金等方面的便利，更能在合理的利益分配机制基础上，减少职务发明面临的有专利而无价值的风险，即兼顾职务发明的创新性与实用价值，并且能够保证职务发明以最快的速度进行转化。当然，对于条件成熟的科研机构，也可以考虑自行建立实施转化机制，即成熟的校企、科研院所附属企业等等，均无不可。<sup>①</sup>

#### 4. 建立和完善发明创造实施转化沟通平台

相较于研发单位与企业的直接合作，比较间接的方式，即在职务发明创造本身未有企业参与的情况下，借助于信息沟通渠道实现实施转化，具言之，就是要法理培育和发展知识产权中介组织，并且建立和完善制度化、规模化、类型化的技术交流展览。特别需要指出的是，现有的技术交流展览仅从数量上看并不在少数，但其明显存在形式化、政绩化的特点。此外，在信息技术发达的当代，有必要由政府引导、企业和科研机构参与，建立和完善多元化的、多媒体的科技信息交流平台。

#### 5. 完善风险投资体系

在科技研发和转化资金投入不足的情况下，完善风险投资机制应成为我国目前从科研机构到企业的经费渠道、实现成果转化的必然选

<sup>①</sup> 有学者认为，专利技术转化率低的一个重要原因是转化渠道单一。以高校为例，高校应合理配置资源，引导规模较大的校办企业建立现代企业制度。创办校办企业的根本宗旨是促进高校专利技术产业化，增强高校的科研实力。可以通过如下途径完善职务发明的转化：一是通过高校衍生企业实施转化，二是通过建立转化中心实施转化，三是通过科技中介机构实施转化，四是通过国际合作实施转化，参见宋东林、付丙海：《高校专利技术转化的法律制度建设研究》，载《科技进步与对策》2011年4月。

择。有学者建议，可采取以下渠道健全投资体系：一是设立国家专利技术转化基金，将其用于高校专利技术转化；二是鼓励民间投资建立高校专利转化资金；三是通过产学研联盟获取企业支持资金，并设立高校专利转化担保基金。我们对此表示赞同。

## 第5章 职务发明相关纠纷及解决机制

### 本章细目

#### 一、与职务发明有关的纠纷类型

##### （一）职务发明的权利归属问题

##### （二）涉及报酬奖励的有关问题

#### 二、完善职务发明纠纷解决机制

##### （一）单位内部制度建设

##### （二）行政监督与救济

##### （三）司法救济

##### （四）社会监督机制

我国《专利法》第七章专门规定了“专利权的保护”。从内容上看，主要涉及到专利权的保护范围和相应的纠纷解决机制。从我们的调研实践来看，现有的职务发明制度中反映较为突出的问题即职务发明奖励报酬得不到保障的问题其实可以分为两个方面，一方面是企业未制定相关的政策，也不按照法律的规定数额进行奖励；另一方面是发明人明知自己的权益受到了侵犯，但是却无从实现权利救济。这里首先总结和分析与职务发明密切联系的几类争议纠纷，然后就完善职务发明奖励制度的纠纷解决机制提出我们的建议。

### 一、与职务发明有关的纠纷类型

我国专利法和专利法实施细则奠定职务发明制度的基本框架，<sup>①</sup>比如职务发明与非职务发明的界限、发明的权利归属、发明人或设计

<sup>①</sup> 主要规定在专利法第六条、第十六条，专利法实施细则第十二条、第十三条等。

人的报酬奖励原则、发明人或设计人身份的确定等，但实践中存在的涉及发明权利归属及报酬奖励问题的案件反映出来的情况多种多样，需要有具体的规则加以规范。我们搜集了北京、上海、广东、浙江等地法院 2004 年以来涉及职务发明的有关裁判文书，归纳总结了其中反映的问题。在此基础上，可以从以下角度认识我国实践中已经和可能出现的与职务发明有关的纠纷：

### （一）职务发明的权利归属问题

专利法第六条第一款规定，执行本单位的任务或者主要是利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造，为职务发明创造。职务发明创造申请专利的权利属于该单位；申请被批准后，该单位为专利权人。专利法实施细则第十二条规定，专利法第六条所称执行本单位的任务所完成的职务发明创造，是指：（一）在本职工作中作出的发明创造；（二）履行本单位交付的本职工作之外的任务所作出的发明创造；（三）退休、调离原单位后或者劳动、人事关系终止后 1 年内作出的，与其在原单位承担的本职工作或者原单位分配的任务有关的发明创造。本单位，包括临时工作单位；本单位的物质技术条件，是指本单位的资金、设备、零部件、原材料或者不对外公开的技术资料等。

实践中就上述条款的适用，存在以下问题：

#### 1. 董事、经理、法定代表人等管理人员的工作职责与其发明创造的归属

董事、经理、法定代表人等管理人员通常并不从事具体的业务、技术工作，而是从事行政或管理性工作，但因其法律地位的特殊性，其发明创造基本上与本单位的生产技术问题挂钩，或者可以利用本单

位的各种物质技术条件，因此在确定权利归属方面有一定的争议。

在北京首拓汽车滤清器制造有限公司（简称首拓公司）与刘军专利权权属纠纷案中，刘军系首拓公司的法定代表人，首拓公司使用了其股东北京瑞欣莱茵汽车滤清器厂（简称瑞欣滤清器厂）的一项“机油滤清器外壳”实用新型专利，使用期间刘军又申请了一项“机油滤清器外壳”实用新型专利，比在先专利权利要求 1 多了一项“端头带有内孔，内孔为多边形孔”的技术特征。首拓公司以后一专利系职务发明创造、刘军就该专利申请在首拓公司领取了“专利审核费”等理由主张该专利应归属于首拓公司。但二审法院认为，首拓公司的证据不足以证明后一专利系首拓公司研究开发。虽然刘军以“专利审核费”的名义在首拓公司领取了相关费用，但该费用与后一专利是否应认定为职务发明创造并无直接的因果关系。故首拓公司的证据不足以支持其关于后一专利系刘军执行本单位的任务或者主要是利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造应属于职务发明创造的主张。<sup>①</sup>

在北京天科伟业环境科技有限公司（简称天科伟业公司）与董建国、刘鹏专利申请权权属纠纷案中，董建国是天科伟业公司的副总经理，负责产品销售及有关公司的管理工作，在董建国等提出“整体双电机”实用新型专利申请后，天科伟业公司认可董建国为该申请专利的设计人，但主张该申请专利的技术为职务发明创造，专利申请权应当归天科伟业公司享有。法院也认为，董建国受聘于天科伟业公司，为天科伟业公司的职工。就本案专利申请涉及的“整体双电机”技术而言，应当是董建国利用单位提供的工作条件包括技术和物质条件完成的职务发明创造。<sup>②</sup>

<sup>①</sup> 北京市第二中级人民法院（2007）二中民初字第 216 号民事判决书，北京市高级人民法院（2007）高民终字第 1554 号民事判决书。

<sup>②</sup> 北京市第二中级人民法院（2005）二中民初字第 15207 号民事判决书，北京市高级人民法院（2006）高

在吴林祥、陈华南诉翟晓明专利权纠纷案中，翟晓明是第三人常州一匙通数码锁业有限公司（简称一匙通公司）的执行董事、总经理，其以个人名义申请了“一种由钥匙提供电源的微功耗电子锁具”发明专利和实用新型专利，吴林祥、陈华南作为一匙通公司的股东认为上述技术为职务发明创造，其专利申请权归属应一匙通公司。法院认为，一匙通公司就“一匙通数码智能锁”向地方科技局提交的科技发展计划申报材料，以及该公司与地方科技局签订的科技项目合同、科技项目拨款凭证等证据，均表明涉案发明创造系由一匙通公司独家研发和实施，且该项目的研发负责人为翟晓明。此外，一匙通公司2005年3月给常州市新区工商局的《申请报告》中记载，该公司自注册成立两年来，投入大量的财力和人力开发自主知识产权的“一匙通数码智能锁”。根据上述证据，可以认定研发涉案发明创造是一匙通公司的一项主要任务，涉案发明创造的研发完成主要利用了一匙通公司的物质技术条件。<sup>①</sup>

上述案例表明，管理人员申请的发明创造并非当然属于职务发明创造，确定是否属于职务发明仍应依照专利法及其实施细则的相应规定进行。管理人员在利用单位物质技术条件方面有较大的便利性，法定代表人对本单位事务有全面代表性，很多单位将其发明创造的技术负责人或发明人确定为法定代表人，容易导致法定代表人以自己名义申请专利，在情况下，由那一主体提出职务发明的争议申请等问题都需要有一个细化、明确的规定。建议规定如下：在没有其他证据予以推翻的情况下，单位的法定代表人或相关负责人申请的发明创造为职

民终字第351号民事判决书。类似的案例还有，刘宗来与新乡市瑞丰化工有限责任公司发明权纠纷上诉案，河南省高级人民法院（2010）豫法民三终字第2号民事判决书；刘宗来与郭春萱等专利权权属纠纷上诉案，河南省高级人民法院（2009）豫法民三终字第126号民事判决书。

<sup>①</sup> 最高人民法院公报2008年第1期。

务发明创造。

## 2. 劳动合同与本职工作

职务发明中本职工作要求体现了发明人或者设计人与单位的关系，通常，职务发明人或设计人与本单位之间存在劳动合同关系，但是劳动合同并非认定本职工作的唯一标准。劳动合同的签订虽然有一定的强制性要求，但并不是所有的劳动合同中都会约定劳动者的工作职责范围，有时劳动者岗位改变而劳动合同未重新签订的也不能仅仅依据劳动合同来确定工作职责，除此之外还有临时工作单位、外聘、离职、退休等不同情况，而且劳动合同还或多或少的存在自主协商的范围。因此，法律不可能要求所有的劳动合同中都必须明确劳动者的工作职责，这对于确定本职工作范围造成一定的困难，建议可以考虑将确定本职工作的有关因素和证据予以列明，以便指导当事人维持自己的权益。

在北京恒福思特科技发展有限公司（简称恒福思特公司）与曲文才专利权权属纠纷案中，恒福思特公司是“微博手术刀”等专利的专利权人，曲文才是该公司的股东和发明人之一。2005年，曲文才将其在该公司的股份转让给他人，在该公司中负责售后服务工作。2009年，曲文才提出“高效微波手术刀”的实用新型专利申请并获得授权。恒福思特公司主张该专利为职务发明。法院认为，根据双方签订的劳动合同的约定，曲文才的本职工作是售后服务，并未约定技术开发内容，恒福思特公司主张该公司较小，并未设置专门的研发部门，其售后服务和研发并未作严格的区分，曲文才实际上也承担了与售后工作密切相关的研发任务。但从生活常识来看，研发工作和售后服务并非一类工作，且双方之前签订的合作协议中明确排除了曲文才

从事研发、及生产管理的工作内容，劳动合同中也明确写明曲文才的本职工作是售后服务，故曲文才的本职工作并不包括进行发明创造，恒福思特公司关于本专利为职务发明的主张依据不足，不予支持。<sup>①</sup>

在宁波奥柯汽车空调有限公司（简称奥柯公司）、奉化市宏发液压件制造有限公司（简称宏发公司）诉邬烈腾专利权权属纠纷案中，邬烈腾与奥柯公司签订的《劳动合同》反映，邬烈腾担任绘图、网管工作，邬烈腾则申请了名称为“轧钢用润滑油过滤器滤芯”的实用新型专利并获得授权，奥柯公司和宏发公司认为上述专利是邬烈腾在执行本单位的工作任务期间完成的职务发明创造，专利权应当归属于两公司所有。法院认为，在邬烈腾与奥柯公司签订的劳动合同中，邬烈腾承担的无论是生产、管理工作或是绘图、网管工作，均未明确表明与技术研发工作相关联，也无其他证据证明诉争专利的研发及相关工作属于其本职工作范畴。诉争专利相较于现有技术，其主要的创新和改进即在于增设了解决现有技术缺陷的关键设置，即过滤层装卸板和防脱构件，两公司认可直至邬烈腾申请该专利，才知晓该发明创造，从另一角度说明两公司既未明确在生产研发过程中遇到的技术缺陷，也未明确具体的研发方向，亦未就相关技术问题立项，组织人力物力进行技术攻关，并验收技术成果等。另，邬烈腾从奥柯公司领取不足 2000 元的月薪，仅因其系在研发中心任职，而将其在工作期间的发明创造即推定为职务发明创造，显然有悖于价值的平衡。<sup>②</sup>

从上述案例中可以总结出本职工作认定需要考虑的几个因素：劳动合同关于工作职责的约定，单位是否就争议的技术方案进行过立

<sup>①</sup> 北京市第二中级人民法院（2010）二中民初字第 12779 号民事判决书。

<sup>②</sup> 浙江省宁波市中级人民法院（2009）浙甬知初字第 362 号民事判决书，浙江省高级人民法院（2010）浙知终字第 105 号民事判决书。

项、研发，单位是否实施过争议的技术方案、是否对发明人或设计人给予相应的报酬、奖励等。

另需要指出的是，虽然目前发明人与其单位相比仍处于弱势地位，但已经有一些独立发明人出现，这些人手里已经有初步成型的技术方案，但缺少资金、技术、实力等进行测试和实验以使技术方案成熟化，由此加入某一单位，由单位进行测试、实验并申请专利，也可以由单位负担专利申请费和维持费。但是，目前这种合作模式上处于发展阶段，双方对权利义务的约定较为模糊，一旦合作破裂，如果未约定职务发明的权利归属，往往导致，权属争议。对这种情况应当予以考虑作出示范性规定。

在刘金山与宁波诚年药业有限公司（简称诚年药业公司）、石磊专利权权属纠纷案中，刘金山于1996年与石磊、北京诚年科技有限责任公司（简称诚年科技公司）开始合作，将其长期行医形成的验方交给石磊，诚年科技公司拟将刘金山的验方开发成新药，后由北京诚年兆业科贸有限公司（简称诚年兆业公司）接手继续进行临床研究。1996年山东省医药工业研究所（简称医工所）受刘金山与诚年科技公司委托开始进行人知降糖胶囊的临床前研究。1998年医工所完成临床前研究工作，经刘金山同意，医工所与诚年科技公司共同申请临床研究，其间刘金山两次作为处方发明人参加专家评审会。自1999年3月起至2007年3月，刘金山在诚年兆业公司等处领取报酬。诚年科技公司与医工所就人知降糖胶囊共同申请临床研究，其间诚年兆业公司、医工所、诚年药业公司、诚年科技公司进行了人知降糖胶囊的相关研究及申报工作。2004年6月，诚年兆业公司与诚年药业公司签订协议书，由诚年药业公司承担专利权申请保护工作，人知降糖

胶囊的专利权归诚年药业公司。2006年4月4日，诚年药业公司申请了名称为“一种降糖中药制剂”的发明专利，于2007年12月12日获得授权，专利权人为诚年药业公司，发明人为石磊、刘金山，该专利共9项权利要求，1-6项为产品权利要求，7-9项为方法权利要求。刘金山的验方内容与涉案专利权利要求3内容一致，专利权利要求1、2是权利要求3中所限定的药物组分选择范围的扩大。刘金山主张其为该专利的独立专利权人和发明人。法院认为，刘金山在1996年之前即完成了该验方，该验方为涉案专利的重要组成部分，也是人知降糖胶囊项目进行的基础，故刘金山是对涉案专利的实质性特点做出了创造性贡献的人，且在此阶段刘金山并未利用诚年药业公司、石磊及其关联公司的物质技术条件。但是涉案专利是基于人知降糖胶囊项目所取得的技术成果而申请的，该项目是由诚年兆业公司、诚年科技公司、医工所、诚年药业公司等单位联合开发，然后由诚年兆业公司出资取得项目所有权，然后再将该项目成果申请专利的权利让与给诚年药业公司。该专利内容不仅包括刘金山提供的验方，还包括扩大的药物组分范围及药品的制备方法，且自1999年3月起至2007年3月，刘金山在诚年兆业公司等处领取报酬。故涉案专利的技术内容分为两个阶段，第一阶段，由刘金山独立完成了验方等内容；第二阶段刘金山参与了以诚年兆业公司、诚年科技公司、医工所、诚年药业公司等为主体进行的研发；涉案专利所涵盖的技术内容包括上述两个阶段的内容。故刘金山与诚年兆业公司、诚年科技公司、医工所、诚年药业公司等共同开发了涉案专利技术。鉴于诚年兆业公司取得该项目的所有权并将申请专利的权利让与诚年药业公司，故应认定刘金山、诚年药业公司为涉案专利的共有专利权人。<sup>①</sup>

<sup>①</sup> 北京市第二中级人民法院（2010）二中民初字第3089号民事判决书，北京市高级人民法院（2011）高民

### 3. 职务发明与当事人约定

专利法第六条第三款规定，利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造，单位与发明人或者设计人订有合同，对申请专利的权利和专利权的归属作出约定的，从其约定。从该款规定的字面含义来看，能够约定专利归属的仅限于利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造，不包括执行本单位的任务所完成的发明创造，合同的当事人是单位和发明人或者设计人。有观点认为约定的内容无非三种可能，一时归本单位，二是归发明人或者设计人，三是双方共有，<sup>①</sup>但是否存在其他可能，如约定专利权归其他人，比如单位的上级机关或子公司，发明人或者设计人的亲属等？另外这种合同是否必须是书面合同，能否口头约定，或者能否通过单方陈述或单方声明的形式完成，对约定的范围是否做扩大解释等等？

在中国人民解放军第二〇三医院（简称二〇三医院）与吴铁林、北京顺达四海生物药业有限公司（顺达四海公司）专利权权属纠纷案中，吴铁林系二〇三医院检验科技术人员，1989年底离休。二〇三医院于1986年开始涉案技术的研发工作，吴铁林是涉案技术的负责人和主要研发人员之一。涉案技术于1989年形成成熟的技术成果并于当年6月通过了军队的技术成果鉴定。二〇三医院于1992年7月16日获得采用涉案技术申报的新药“整肠生”胶囊的新药证书。1992年11月30日，二〇三医院就涉案技术提出发明专利申请。1996年5月16日，吴铁林持本人签字并盖有二〇三医院公章的《声明》到国家专利局办理了著录项目变更手续，将申请人由二〇三医院变更为其个人。该《声明》的日期为1996年3月13日，写明：“中国专利局，

终字第283号民事判决书。

<sup>①</sup> 尹新天：《中国专利法详解》，第80页，知识产权出版社2011年3月第一版。

1992年11月申请的发明专利，发明名称为：地衣芽孢杆菌生态制剂的制备方法，申请号：92113318.9，申请日为92.11.30。该项专利技术是由吴铁林同志离休后研究完成的，属于非职务发明，因此将申请人由中国人民解放军第二〇三医院变更为吴铁林。”吴铁林确认该《声明》文字内容为其亲笔书写。二〇三医院称该《声明》上的公章是吴铁林采用非法手段加盖的。法院最终认为，涉案技术是二〇三医院自1986年开始立项、1989年完成的一项发明创造。项目的研究人员是由二〇三医院配备，所需研究经费、物质技术条件等，也是由该院提供。吴铁林当时系该院检验科的技术人员，是负责并参与涉案技术研制的主要人员，其所从事研制工作的性质是执行本单位的任务，因此，系职务发明创造。1996年5月16日，吴铁林持其本人签字并盖有二〇三医院公章的《声明》到国家专利局办理了著录项目变更手续，将申请人由二〇三医院变更为吴铁林个人。首先，该《声明》的落款日期1996年3月23日，为周六。二〇三医院称，周六医院行政部门休息，不可能加盖公章。对此，吴铁林未作出合理解释。其次，《声明》载明涉案技术“是由吴铁林同志离休后研究创造，属于非职务发明”显然与事实不符。二〇三医院作为军队医院，在处置自己的无形资产时，除须履行申报、审批手续外，还须经过本单位领导的讨论及决定。现没有证据证明1996年5月涉案发明专利申请人的变更已经履行了申报、审批等手续，二〇三医院的上级单位也已确认1996年5月涉案发明专利申请人的变更没有经过申报审批。因此，涉案发明专利的专利权仍应归属二〇三医院所有。<sup>①</sup>

在李思敏与北京山贝电子技术有限公司（简称山贝公司）专利

<sup>①</sup> 北京市第二中级人民法院（2007）二中民初字第11181号民事判决书，北京市高级人民法院（2008）高民终字第162号民事判决书和（2009）高民再终字第3035号民事判决书。

申请权权属纠纷案中，1998年，山贝公司与李思敏签订《有关联合开发生产新型 BSIT 系列器件协议》、《有关申请新型 BSIT 系列器件专利的协议》、《“有关申请新型 BSIT 系列器件专利的协议”的补充说明》，该三份文件就山贝公司提供试验、生产资金，李思敏提供技术联合开发生产新型 BSIT 系列器件的事宜约定了双方的责任和权利、利润分配、如何申请专利等问题做出了约定，其中 BSIT 中文名称为“双极型静电感应晶体管”。2008年，山贝公司提出名称为“宽槽型多晶硅联栅晶体管”专利申请，李思敏主张涉案专利申请为 GAT(中文为联栅晶体管)技术，山贝公司对此没有明确认可，其称涉案专利权的技术结合了双极型静电感应晶体管的特点，但未提供证据加以证明，同时也认可涉案专利申请权的技术结合了联栅晶体管的特点。李思敏与山贝公司就另案另案中均确认双极型静电感应晶体管与联栅晶体管属于两个不同领域。李思敏主张其应当为该专利申请的申请人。法院认为，李思敏主张《有关联合开发生产新型 BSIT 系列器件协议》等协议只是针对双极型静电感应晶体管的研发工作，不能规范其研发联栅晶体管的行为；山贝公司也主张双方的合作是以上述协议为基础，合作框架下的劳动关系，而上述协议中约定双方为联合开发关系；故本院认为《有关联合开发生产新型 BSIT 系列器件协议》的内容不能规范涉案专利申请的归属。<sup>①</sup>

#### 4. 与发明人身份有关的问题

##### (1) 发明人表明其身份的权利

《专利法》第十七条第一款规定，发明人或者设计人有权在专利文件中写明自己是发明人或者设计人。对此，理论上存在的争议是，专利法的所谓“有权”是否等于赋予了发明人或设计人一项法定权

<sup>①</sup> 北京市第二中级人民法院(2010)二中民初字第5142号民事判决书。

利？如果答案是肯定的，那这种权利的性质是什么、具体说其是否属于专利权的内容？对此，学说上的分歧很大。<sup>①</sup>追根溯源，这一争议其实可以上升到知识产权的属性，乃至作为上位的权利体系的划分问题。鉴于本文命题，这里不详究深层次的理论争议。从有权利即可能侵权，有侵权则应当受到救济的一般视角，进行分析。从表述便利的角度，这里将上述权利概括为“表明发明人身份的权利”。

从我们的调研实践来看，现实中侵犯表明发明人身份的权利的情况是极其常见的，主要表现为未从事实际创造活动即不符合发明人身份的单位负责人与实际发明人一起在专利文件上署名，乃至负责人取代发明人署名两种主要类型。实际地看，单位负责人的这种行为除了虚荣心理，是有一定的经济考量的，主要是防止在发明人离职等情况下保证单位无形资产的稳定性。但是我们说，职务发明制度归属于单位的基本制度设计已经足够实现这种保障，而表明发明人身份的权利实际上是发明人借以维持其博弈地位的基础，从制度设计的角度也就是，藉此实现发明人身份的确认，才能保障发明人获得奖励报酬的权利的实现，实现单位与发明人之间利益的平衡。换言之，表明发明人身份的权利实际上是对职务发明归属于单位的基本制度的平衡机制，也是发明人享受精神和物质利益的基础，是比较重要的。

当然，我们也需要充分认识到，现实中造成非发明人在相关文件上署名的情况很多，不排除有的发明人主动请非发明人在文件上署名的情况，法律对此无法也不应积极干预。但是对于他人违背发明人意志，在相关文件上署名的行为，法律应当提供相应的救济机制。除却单位内部制度的构建之外，发明人得以登记错误为由，向专利行政部门申请变更登记，或者直接提起行政诉讼。而至于发明人得否以错

<sup>①</sup> 参见刘春田主编：《知识产权法》，中国人民大学出版社2009年8月版，第212—123页。

误登记人为被告申请民事诉讼的问题，笔者认为，由于《专利法》赋予了发明人或设计人以在专利文件中写明自己是发明人或者设计人的权利，发明人得以错误登记人为被告，提起形成之诉，从而消灭错误登记的法律状态，恢复法律对发明人身份的确认。

## （2）与署名顺序有关的问题

作为补充，尚可能存在的争议是有关多个发明人或设计人在专利文件上的署名排列顺序的问题。现实地看，此类争议在著作权领域更为广泛，但是我们在调研实践中也确实遇到过此类疑问。概言之，与此相关的问题主要表现在，一方面，署名顺序是否应当纳入法律调节范围，另一方面，如果答案是肯定的，那么这种调整的法律基础是不是《专利法》的规定？

《专利法》规定的表明发明人身份的权利的内容中不包括署名顺序权。无论是否承认《专利法》赋予了发明人以“署名权”，我们必须认识到，《专利法》的前述规定旨在以法律的方式肯定发明人与技术成果之间的事实产出关系，但《专利法》对这种创作关系的调整是有限的。前已述及，只有在发明创造完成过程中对发明创造的构思以及构思的具体化提出了创造性见解的人才能被称作发明人，这种实际的创作事实的有无是法律判断范畴之内的。但在此基础之上，于合作发明的情况下，共同为发明创造的实质性特点作出了创造性贡献的诸发明人对于创造的贡献，则不是《专利法》第十七条的调整范围，因为第十七条只规定了创造关系的有无，而无进一步判断其贡献大小的因素。而且现实地看，并不是所有的创造活动都可以明确界分诸合作发明人之间的贡献大小，同时实践中专利文件上诸发明人的排列顺序也并不定然依照其贡献大小。从我们的调研实践来看，合作发明人

之间排名先后，多数是发明人之间合意的结果。

但是我们又必须客观地承认，在部分领域和部分观念里，发明人的署名先后，确实会影响到发明人的创作贡献评价和其利益分配。尽管无论在专利领域还是著作权领域，我们都以弱化署名先后的贡献意义为要，但在目前的社会现状下、尤其是发明人确有证据证明其贡献大小、而贡献大小又确实能够影响其利润分配的情况下，一概拒绝受理相关争议，并不妥当。但是，发明人得否提起变更专利文件上发明人署名顺序的诉讼，我们认为确有讨论余地。但如发明人能够证明其贡献大小，而署名顺序又影响其利润分配的情况下，同时又有证据证明发明人之间的署名顺序系以贡献大小为依据，则发明人提出相应的利润主张，则至少是应当受理的。当然，此类争议的解决，应当以协商一致或者事先约定为上，法律应当倡导署名先后并不代表贡献大小的一般观念，而对相关争议持必要的克制态度。

## （二）涉及报酬奖励的有关问题

### 1. 案例概览

实践中关于职务发明的报酬奖励问题已经发生的的具体案例较少，因为争议的问题主要在是否是职务发明，对职务发明的发明人或者设计人给予报酬或奖励并非争议的焦点，至于报酬奖励的数额多少，专利法实施细则第七十六条至第七十八条有详细的规定，促进科技成果转化法第二十九条也规定，职务科技成果转化中，将转让费的20%奖励给完成该项科技成果及转化做出重要贡献的人员，如果当地有关于分成规定的，可参照其规定。

在吕适如与北京万东康源科技开发有限公司（简称万东康源公司）支付专利报酬纠纷案中，2001年8月8日，万东康源公司与万东医疗公司签订《技术转让合同》，万东医疗公司支付350万元受让万东康源公司血液回收机的产品技术及其蠕动泵装置技术。吕适如于2001年8月到万东康源公司工作。2002年7月10日，名称为“血液回收机的蠕动泵装置技术”的实用新型被国家知识产权局授予实用新型专利。该专利的专利权人为万东医疗公司，设计人为王晓庆、吕适如、魏西广、赵广江、李宝明。2003年6月11日，名称为“超声检测装置”的实用新型被国家知识产权局授予实用新型专利。该专利的专利权人为万东康源公司，设计人为李宝明、赵广江、吕适如、魏西广、李群、王晓庆。2003年6月25日，万东康源公司与万东医疗公司签订《专利技术使用权转让合同》，万东医疗公司支付240万元受让万东康源公司研发的BW-8100A自体血液回收机中的超声检测装置技术的独家使用权。万东医疗公司享有该专利技术使用权直至该专利权终止。吕适如因此主张上述两项专利转让和使用权的相应报酬19万元。法院认为，吕适如在进入万东康源公司工作期间，参与研发了涉案两项实用新型专利，是该两项实用新型专利证书中明确载明的设计人之一。万东康源公司分别将涉案之“血液回收机的蠕动泵装置技术”实用新型的专利权以及“超声检测装置”实用新型的直至专利权终止的独家使用权转让给万东医疗公司，并分别收取了转让费350万元、240万元，其应当从转让收入中提取一定比例对包括吕适如在内的专利设计人员给予奖励。故吕适如现主张万东康源公司从涉案二项实用新型专利转让收益中提取共计19万元作为报酬的诉讼请求，符合上述法律规定，应予以支持。<sup>①</sup>

<sup>①</sup> 北京市第一中级人民法院（2005）一中民初字第7696号民事判决书。

在翁立克与上海浦东伊维燃油喷射有限公司（简称伊维公司）、上海柴油机股份有限公司（简称上柴公司）职务发明设计人报酬纠纷案中，翁立克自 1995 年 12 月 15 日伊维公司成立之日起一直担任该公司的总工程师，2005 年 3 月退休。2001 年 4 月 17 日，上柴公司申请了名称为“喷油泵挺柱体滚轮锁簧装置”和“矩形截面柱塞弹簧喷油泵”实用新型专利，2002 年后的授权，专利证书上所列设计人均均为翁立克。涉案两项专利权已于 2005 年 12 月 23 日被宣告无效。法院认为，在翁立克没有证据表明该两项专利仍处于有效法律状态的情况下，只能要求伊维公司支付专利权被宣告无效前基于专利许可使用费的收取所应提取的相应报酬。上海市《关于实施〈上海中长期科学和技术发展规划纲要（2006-2020 年）〉若干配套政策的通知》规定：

“切实保障专利发明人或设计人的权益。专利权所有单位在专利转让或许可他人实施后，可在税后收益中提取不低于 30% 作为发明人或设计人的报酬。其中，专利权所有单位为高校和科研院所的，可提取的比例不低于 50%。或可参照上述比例，实行发明人或设计人的技术入股。”前述规定使用了“可以”这样的指导性文字，均不能直接计算提取比例。因此，计算涉案发明人或设计人的报酬数额应当结合案情全面分析。翁立克提起本案诉讼不久，案外人即向专利复审委宣告涉案专利权无效，从伊维公司在收到涉案专利无效宣告请求审查决定后 3 个月内未能采取有效措施挽救专利权的消极行为来看，涉案专利的无效直接致使翁立克不能根据涉案专利在专利权期限届满之前继续被推广应用所产生的经济效益而主张报酬。综合考虑全案各项因素，将提取比例酌定为 30%。<sup>①</sup>

<sup>①</sup> 最高人民法院公报 2009 年第 1 期。

从上述案例中可以看出，专利权人因懈怠履行义务导致专利被无效或撤销的，应当适当提高发明人或者设计人获得报酬、奖励的比例。另外，对于同一职务发明有多个发明人，其中一个在诉讼时效期间内起诉要求报酬，其他人的诉讼时效期间已经过的应当如何保障也是一个问题。我们认为，将共同发明人或设计人的报酬、奖励请求作为共同诉讼处理，可能有利于最大限度的维护发明人或者设计人的权益。

在王晓庆与万东康源公司职务发明创造设计人报酬纠纷案中，王晓庆是前述吕适如一案的共同发明人，其称，并不了解国家规定作为职务发明创造的主要设计人员，有权要求单位从该技术成果转让收益中提取相应比例的报酬；只是在吕适如、魏西广、赵广江处得知上述三人通过诉讼，要求被告支付专利报酬，并最终得到了法院的支持，事后万东康源公司也支付了其应得的专利报酬。因此起诉万东康源公司要求支付专利报酬。法院认为，王晓庆分别于2001年8月8日和2003年6月25日已经知道万东康源公司与万东医疗公司签订《技术转让合同》和《专利技术使用权转让合同》，其请求获得相应职务技术成果报酬的诉讼时效期间为2年，王晓庆于2008年7月起诉已然超过了诉讼时效。王晓庆声称其尽管当时知道上述转让事实，但并不知道法律规定作为职务技术成果的主要设计人员有权要求单位从该技术成果转让收益中提取相应比例的报酬。但促进科技成果转化法于1996年5月15日公布，自1996年10月1日起施行，法律自施行之日起视为公众已经知晓，王晓庆所称对于上述法律规定的不知晓并不能作为诉讼时效起始日计算的依据。因此，驳回了王晓庆的诉讼请求。

①

## 2. 争议分析

① 北京市高级人民法院（2008）一中民初字第9506号民事判决书。

关于职务发明奖励报酬纠纷的诉讼解决方式，有几个需要注意的问题。

(1) 发明人、设计人为多人时的特殊问题。

首先是，部分发明人起诉时其他发明人的地位问题。这里有几种不同的做法，即追加未提起诉讼的其他发明人为共同原告；法院根据提起诉讼的原告的申请，追加其他未提起诉讼的发明人作为原告参加诉讼；第三种是法院通知其他未提起诉讼的发明人为第三人参加诉讼；最后一种做法是法院不通知其他为提起诉讼的发明人参加诉讼，只就提起诉讼的当事人的诉讼请求进行审理。有学者认为，由于部分发明人提起的诉讼中法院要计算报酬总额，而报酬总额的计算以及各发明人之间报酬的分配与其他发明人有利害关系，因此，可以将其他发明人可以作为第三人通知其参加诉讼。在诉讼中，该第三人可以就报酬总额的计算和个发明人之间的分配发表意见并提供证据，但该第三人并没有实体的权利和义务。一旦通知第三人参加诉讼后，该第三人再就该专利提起职务发明奖励报酬诉讼，法院就可以按照前一判决确定的标准认定该第三人应当得到的数额。

此外，在有的发明人放弃了权利时，我们认为，基于发明人之间的按份债权的关系，不应当由其他发明人得到报酬总额，自无疑问。而如多个发明人、设计人提起诉讼，法院可以根据当事人的主张，判决支付报酬总额给多数原告，也可以依照其请求确定每个人的报酬额。从原则上讲，法院是可以不平均分配奖励报酬的。但如果按照各个发明人的贡献率来确定奖励报酬的分配比例，遇到的基本困难是证据问题和标准问题。就证据而言，即使发明过程的证据是完备的，也很难确认具体哪个技术是由谁来完成的；就标准而言，则每个发明都

有自己的特点，很难有贡献率的标准。在具体案件中，如果证据确实充分，而贡献率又能合理确定，则法院就可以按照不同比例分派奖励。所以，主张不平均分配奖励的当事人，应当承担证明责任，在此情况下，法院是可以不平均分配奖励报酬的。

## （2）职务发明奖励报酬纠纷的诉讼时效等问题。

在职务发明奖励报酬纠纷中如何使用诉讼时效的问题，我国法院存在两种做法：一种是只要专利仍在有效期内，法院就认为没有超过诉讼时效。第二种做法是适用两年诉讼时效，但原告可以主张起诉日前两年的报酬。前已述及，职务发明奖励报酬是一种债权请求权，应当受到诉讼时效的限制。对于奖励而言，由于《专利法实施细则》规定了明确的支付时间，其诉讼时效应当从单位应当支付奖励并且发明人知道或者应当知道可以得到奖励时开始计算。单位许可他人实施专利时，发明人就许可费中获得的报酬，应当从单位得到许可费并且专利权人知道或者应当知道之日起开始计算。而对于单位实施专利而支付的报酬，应当从单位实施专利取得收益并且发明人知道或者应当知道之日开始计算。对于起诉日两年之前的报酬，专利权人可以以超过诉讼时效提出抗辩。

关于计算报酬的开始时间，一个有争议的问题是，发明人、设计人能否就专利授权日前单位实施专利或许可他人实施专利而主张报酬的问题。我国《专利法实施细则》规定的报酬是“在专利权有效期限内”，我国专利法规定的专利的期限是从申请日开始计算的，从申请日开始，申请人已经可以实施其发明，他人已经不可能就同样的发明创造再申请专利，因此，在很多情况下，专利申请人在专利授权前就已经实施了专利。所以，有学者建议将“在专利权”的有效期限内

理解为专利申请日开始到终止日，发明人就可以主张从申请日开始计算报酬。当然，对于专利授权前职务发明的报酬，由于只有在专利授权后才明确专利保护的范同，也才能明确单实施的是否是该专利，对专利授权前的职务发明报酬，发明人应当在专利授权后提起诉讼。

对于计算报酬的截止时间。关键问题在于，如果诉讼期间专利尚未到期，发明人能够一并主张判决之后的报酬？从法院的判决看，法院计算报酬截止时间时最多计算到判决日，没有出现将判决日后的报酬一并计算并判决的案件。这是因为，法院作出判决的依据应当是确定的，而判决日后的报酬数额是难以确定的。计算职务发明的报酬必须有两个前提，即专利有效和专利权人从专利中取得收益。在判决之后，专利可能被宣告无效，也可能被专利权人放弃，即使专利仍然有效，也有可能出现新的技术使专利失去市场价值。即使通过评估和鉴定，也很难计算出相对准确的数额。因此，除非双方当事人就后续报酬达成一致意见，法院不应当支持后续报酬的诉讼请求。

### （3）关于职务发明报酬额的计算问题。

首先，对于并非以职务发明奖励报酬名义发放的奖金，在诉讼中应当由专利权人方进行举证。由于企业情况各异，企业给技术人员的奖励和激励措施也呈现多样化的趋势。如果不将其他形式的奖励计为职务发明奖励，会制约企业运用多种形式奖励调动职工积极性的动力。所以诉讼中，企业可以主张已经通过其他形式对发明人、设计人进行奖励，但必须要有充分证据证明替代形式系与特定的职务发明成果直接且唯一相关。

对于营业利润的证明问题。由于企业往往不对单一产品进行独立核算，要计算企业使用专利技术的利润额是很困难的。对此，法院应

当根据不同的情况确定计算利润的方法，而对于利润的举证责任，按照一般的举证责任分配规则，应当由原告举证，但原告很难就被告的利润举证。因此，对于利润额应当合理分配举证责任。原告应当证明被告使用了涉案专利。在此基础上，被告应当就其利润额举证。如果被告不举证，法院可以根据平均利润率等推定被告的利润额。即便被告举证的利润额为负数时，法院应审查其扣除的成本、费用等是否合理，并以其真实的利润额作为计算依据。即使被告的利润额为负数，法院也不宜驳回原告的诉讼请求。因为被告使用专利总会带来一定的收益，或者养活了亏损，法院应当根据情况酌定原告的报酬额。在没有现成的利润额可以作为依据时，根据产品的成本和销售价格计算利润，不失为一种科学的方法。

#### （4）发明人、设计人流动、死亡情况下的奖酬问题

《专利法实施细则》规定，专利权有效期限内，实施发明创造专利后，每年应当从实施该项发明或者实用新型专利的营业利润中提取相应比例作为报酬给予发明人或者设计人，或者参照上述比例，给予发明人或者设计人一次性报酬。在采取年度而非一次性支付的情况下，则存在在发明人、设计人流动情况下和死亡情况下的奖酬问题。

年度支付的情况下，发明人、设计人所拥有的获取报酬的权利，来源于单位对职务发明成果の利用。这种基于发明事实和利用事实的获取报酬的权利，并不因为劳动关系的改变而消失。所以，在发明人离职的情况下，发明人仍然有权要求单位按年度支付相应的报酬，或者一次性清结。但是从我们的调研实践来看，在发明人离职的情况下依然依法给予发明人报酬的情况并不多，这与很多单位以内部规章制度或者合同约定的方式就有关内容进行了特别约定有关，也与单位和

发明人对职务发明奖酬的性质认识不清、法律定位不准确有关系。

同时，前已述及，在年度支付的情况下，如果出现发明人或设计人死亡的情况，继承人当然有权要求单位继续依照约定或法律规定进行年度支付，或一次清结。当然，在单位已经一次性支付报酬给发明设计人，或在专利转让、许可情况下单位已经一次性支付报酬给发明人时，职务发明的报酬显然已经归入上述遗产的“收入”一项中，而对于年度支付的情况，未支付报酬则可作为《继承法》中公民的其他合法财产或《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》中履行标的为财物的债权来的对待，由劳动者继承。

作为补充，我们认为，在发明人离职的情况下，其依然负有就相应职务发明成果的利用向原单位提供说明、帮助的义务，否则原单位有权适度减少其离职后的报酬支付。而在发明人死亡的情况下，如继承人不能提供与发明人一致的技术帮助，单位也可以适度减少向继承人支付报酬的数额。此外，在以上两种情况下，如果该发明系集体发明，留职于原单位的发明人尽管不能完全剥夺离职或者死亡发明人的权益，但如有充分证据证明其为相关发明的利用做出了较大贡献，则依照合同约定或公平原则在报酬分配上适度向留职发明人予以倾斜，也是合法合理的。

## 二、完善职务发明纠纷解决机制

前已述及，便捷、有效的的侵权救济途径与完善的行为规范一道构成促进职务发明制度之落实的基本路径。我国职务发明制度的确实不仅表现在行为规范方面的不足，在侵权救济方面也存在很大提升空间。从宏观上看，就是要建立多元化的职务发明纠纷解决机制。在我国市场经济不断发展和各项改革深入进行的过程中，包括职务发明奖

酬正义在内的社会利益关系日趋复杂，利益冲突比较尖锐，这客观上需要多元化的纠纷解决机制与其对应，为争议双方提供可选择的、多元化、多层次的纠纷解决方式。<sup>①</sup>为此，我们应当着力从以下几个方面完善至职务发明争议纠纷的解决机制：

### （一）单位内部制度建设

在司法和行政成本日益增加的今天，重视争议的非诉解决十分重要。从单位的内部规章制度来看，不仅要重视规定职务发明收益非分配，也应当为职务发明人的合理诉求提供内部的救济路径，争取将可能的争议予以内部解决。

完善单位内部的救济途径，不仅可以节省司法和行政资源，以及为职务发明人提供最简单和直接的救济方式，对单位本身而言，也是具有重要意义的。在当代社会，合乎法律、尊重人才的规章制度，已经成为衡量一个企业的软实力的重要因素，是企业培育自身文化、实现长远发展的必要措施。具体到职务发明领域，为职务发明人可能的利益诉求制定妥当的内部救济途径，可以起到“家丑不外扬”的实质作用，防止由于案件争诉等造成的对企业声誉的损害，也有利于企业节省诉讼成本。所以，重视规定和完善单位内部救济途径，不仅于国家社会有益，不仅能促进职务发明人权益的实现，对单位自身而言也是具有重要价值的。

从我们的调研实践来看，相当一部分在内部规章制度方面卓有成效的企业都制订了完善的内部争议纠纷解决机制，有关职务发明的归属、转化、奖酬等内容都具备完整、有效的内部解决制度，从而最大限度地保障了发明人合理诉求的实现，同时又为企业减少了可能的应

<sup>①</sup> 参见江伟主编：《民事诉讼法学关键问题》，中国人民大学出版社2010年6月版，第6页。

诉成本和风险。而且，鉴于职务发明制度的专业性，企业内部纠纷解决机制在有关职务发明的问题上，不仅应当充分考虑解决一般单位内部纠纷所需要的民主性、效率性，而且需要突出专业性。在内部申诉机制中，处于监督、裁断地位的责任人中应当吸收具有相应专业技术基础的内部人员。

当然，如果推而广之，我们可以认识到，不论采取何等样的职务发明制度设计，其都不可能从根本上改变职务发明人相对于单位而言在一般意义上的弱势地位。而实现发明人与单位公平博弈的重要制度基础应当是工会制度的完善和工会在维护职工合法权益方面所实际发挥的重要作用。《劳动合同法》第七十八条规定，“工会依法维护劳动者的合法权益，对用人单位履行劳动合同、集体合同的情况进行监督。用人单位违反劳动法律、法规和劳动合同、集体合同的，工会有权提出意见或者要求纠正；劳动者申请仲裁、提起诉讼的，工会依法给予支持和帮助。”但是我们必须客观承认，我国的工会制度还存在很大的不完善之处，工会在实际维护发明人权益方面所发挥的作用还是十分有限的。从制度整体及全局考量，应当积极完善工会制度，充分发挥工会在维护包括发明人在内的劳动者合法权益方面所应当具有的重要积极意义。

## （二）行政监督与救济

众所周知，从世界范围来看，行政部门在整个专利制度运作中有着不可取代的重要地位。行政部门在职务发明制度实施过程中的具体作为方式主要有两种，一种是积极的监督检查，另一种是消极的纠纷裁决。

## 1. 完善有关职务发明制度的行政监督机制

《劳动合同法》第七十三条第一款，第二款规定，“国务院劳动行政部门负责全国劳动合同制度实施的监督管理。县级以上地方人民政府劳动行政部门负责本行政区域内劳动合同制度实施的监督管理。”而该法第七十四条规定，“县级以上地方人民政府劳动行政部门依法对下列实施劳动合同制度的情况进行监督检查：（一）用人单位制定直接涉及劳动者切身利益的规章制度及其执行的情况；（五）用人单位支付劳动合同约定的劳动报酬和执行最低工资标准的情况”。而与职务发明有关的规章制度以及职务发明奖酬的落实情况无疑是该条所谓“规章制度”和“劳动报酬”的应有之义。换言之，劳动行政部门是在一定程度上负有监督落实职务发明制度的落实情况的。

与此同时，《劳动合同法》第七十六条规定，“县级以上人民政府建设、卫生、安全生产监督管理等有关主管部门在各自职责范围内，对用人单位执行劳动合同制度的情况进行监督管理”。同时，《专利法》第三条规定，“国务院专利行政部门负责管理全国的专利工作；统一受理和审查专利申请，依法授予专利权。省、自治区、直辖市人民政府管理专利工作的部门负责本行政区域内的专利管理工作。”所以，专利行政部门作为主管全国专利事务的部门，应当具有监督企业落实国家法律法规和与劳动者依法达成的劳动合同以及本单位内部依法成立的规章制度对于职务发明有关内容的落实情况，尤其是切身关系到发明人表明其发明者身份的权利、奖励报酬的及时和足额发放等内容。

前已述及，尤其是涉及到与奖酬有关的内容，发明人的权益之所以得不到有效保障的重要原因即在于其对单位内部相关资料、文件掌

握的不足。单位在监督检查的过程中，应当有权查阅与职务发明相关的单位内部规定、集体合同等内容，单位应当就上述内容及与其事实有关材料等依法向行政部门提供。但是，我们也必须确实注意到，与单位内部技术成果相关的内容很可能是涉及技术秘密的，对于职务发明制度的落实情况进行的监督检查不能涉及到这类商业秘密相关的内容。

## 2. 完善职务发明争议行政解决机制

《专利法实施细则》第八十五条规定，管理专利工作的部门即由省、自治区、直辖市人民政府以及专利管理工作量大又有实际处理能力的设区的市人民政府设立的管理专利工作的部门，应当事人请求，可以对职务发明创造的发明人、设计人的奖励和报酬纠纷进行调解。按照劳动法的规定，实际地看当事人也可以选择以劳动争议仲裁的方式解决职务发明相关争议，而现实地看，我国的劳动争议仲裁具有一定的行政仲裁性质。当然，基于职务发明的专业性，劳动争议仲裁在解决职务发明争议方面的优势并不明显，这也是我们坚持职务发明争议不适用劳动争议仲裁前置的原因。

从行政救济的角度，解决职务发明争议一个可以考虑进一步完善的行政救济方式即前述管理专利工作的部门。如同法律表述的那样，这些部门具有专利管理经验，同时具备处理能力，理应成为发明设计人寻求权利的重要途径。现实地看，我国专利管理部门在解决职务发明争议方面发挥的实际作用还比较有限。从立法论的角度，我们觉得可以考虑德国法上的经验，在专利管理部门内部规定专门处理此类争议的部门，切实发挥行政途径在解决职务发明争议方面的积极作用。当然，机构设置必须经过科学分析和广泛论证，避免画蛇添足的无效

臃肿。<sup>①</sup>此外，相关裁决的执行力及其与司法执行的衔接，也是需要考虑的内容。

### （三）司法救济

与一般争议案件相同，职务发明争议最终的解决方式是司法途径，主要是诉讼方式。以奖励报酬为例，虽然我国1984年《专利法》就规定了对职务发明人的奖励，1985年《专利法实施细则》规定了“专利权持有单位”对发明人的奖励和报酬，但该实施细则并没有规定产生纠纷时的处理途径。因此，在专利制度实施之初，对职务发明人的奖励只是对国有单位的一种倡导，并没有成为可诉的法律义务。1993年《专利法实施细则》规定了单位不支付奖励报酬时，发明人或者设计人可以请求上级主管部门或者单位所在地的专利管理机关处理。而1985年《最高人民法院关于开展专利审判工作的几个问题的通知》规定的专利纠纷案件的收案范围并不包括职务发明奖励纠纷。2001年7月1日实施的《最高人民法院管理审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》将职务发明奖励报酬纠纷案件作为人民法院受理的专利纠纷案件的一类。自此，职务发明奖励报酬纠纷案件正式成为一类案件。当然，从2001年7月至今，我国法院受理的职务发明奖励报酬纠纷案件并不多，相对于上百万案件的职务发明而言，只有极个别的职务发明专利因奖励报酬纠纷诉至法院。但必须注意的是，职务发明奖励报酬纠纷案件之所以绝少被诉至法院，其原因是复杂的，尤其在现在就业形势紧张的情况下，发明人、设计人即便明知自己的权益受到了侵害，也未必就会将所在单位诉至法院。<sup>②</sup>但是，

<sup>①</sup> 参见吴欣望：《知识产权——经济、规则与政策》，经济科学出版社2007年9月版，第223页。

<sup>②</sup> 参见闫文军：《我国职务发明奖励报酬纠纷分析研究》，载国家知识产权局条法司编：《专利法研究》（2009），知识产权出版社2010年7月版。

从日本的经验可以看出，随着人才流动性的不断加强和法律意识的提高，职务发明奖励报酬纠纷被诉至法院的可能性将逐步增加。为此，除了搭建合理的职务发明奖励报酬实体制度，我们有必要从程序上为公平合理地解决纠纷从而定纷止争以至防患于未然，是十分必要的。

#### （四）社会监督机制

最后，我们特别强调职务发明争议的社会救济方式。这里的社会救济方式，指的是上述行政和司法主体以外的可以帮助实现职务发明制度落实的方式。首先，我们认为，工会组织作为劳动者权益的代表，应当发挥在帮助劳动者取得职务发明报酬方面的积极作用。现实地看，我国的工会组织在维护劳动者合法权益方面的作用还十分有限，而单个发明设计人显然相对于单位处于弱势，改变这种不均衡的力量对比，工会应该而且能够有所作为。其次，要重视培育和发挥行业协会的作用。基于发明设计人的社会分工和地位，其往往与相应的社团协会有一定关系，我们认为，诸如中国知识产权协会等在内的以知识产权事业为内容的行业协会，有义务在维护职务发明人合法权益方面进行努力。最后，舆论监督应当成为维护职务发明人权益的重要手段。现代社会多种媒体并存，以包括专利在内的知识产权为核心的传统媒体和新兴媒体也不在少数。除了进行法制宣传、传播理论知识，相关媒体应当关注包括职务发明奖酬落实中在内的制度实践，以客观中立的态度反映职务发明奖酬纠纷。

强调职务发明的社会救济，不是要弱化前述司法、行政等救济方式，更不是否定专利法律制度。相反地，社会救济不仅在个案中可能起到前述司法行政救济方式所达不到的个案效果，更有其所不具备的

社会价值。通过职务发明争议的社会救济，可以起到更为广泛的示范作用，培育尊重知识、依法守约的社会氛围，从而为包括职务发明制度在内的知识产权制度提供更加有力的社会环境。

# 附件一：职务发明创造条例（建议稿）

## 第一章 一般规则

### 第 1.1 条【宗旨】

为鼓励发明人、设计人及其所在单位从事发明创造活动，合理调整发明人、设计人与其所在单位的利益关系，促进技术进步与经济发展，根据《中华人民共和国专利法》和其他相关法律，制订本条例。

### 第 1.2 条【发明人、设计人、单位的定义】

本条例所称发明人指的是发明、实用新型等发明创造成果的完成人。本条例所称设计人指的是外观设计成果的完成人。

本条例所称单位，指的是依法与发明人、设计人签订劳动合同的单位，包括临时工作单位。

### 第 1.3 条【劳动合同和单位内部规章制度】

单位应当建立劳动合同制度。劳动合同可以约定职务发明人或者设计人的工作任务、职务发明创造的权利归属，以及职务发明创造的奖励和报酬等。单位与发明人、设计人就职务发明有关内容所订立的合同必须符合合同法、劳动合同法等法律法规的规定。

单位可采取内部规章制度等方式就职务发明人、设计人的工作任务、职务发明创造的归属，以及职务发明创造的奖励和报酬等作出规定。规定上述内容的单位内部规章制度的制定程序及其内容必须符合法律规定，并且告知发明人、设计人并取得其同意。

## 第二章 职务发明创造的归属

**第 2.1 条 【职务发明创造的定义与权利归属的一般原则】**

执行本单位的任务或者主要利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造为职务发明创造。

职务发明创造申请专利的权利属于该单位，申请被批准后，该单位为专利权人，单位与发明人、设计人另有约定的除外。

**第 2.2 条 【单位任务的具体内容及单位的证明义务】**

本条例所称执行本单位的任务所完成的职务发明创造，是指：

- (一) 在本职工作中作出的发明创造；
- (二) 履行本单位交付的本职工作之外的任务所作出的发明创造；
- (三) 退休、调离原单位后或者劳动、人事关系终止后 1 年内作出的，与其在原单位承担的本职工作或者原单位分配的任务有关的发明创造。

单位应当通过劳动合同、任务书或其他方式同明确单位任务的具体内容。发明人、设计人与单位之间就单位任务的内容发生争议的，单位应当举证证明单位任务的具体内容。

**第 2.3 条 【单位物质技术条件的具体内容及单位的证明义务】**

本条例所称本单位的物质技术条件，是指本单位的资金、设备、零部件、原材料或者不对外公开的技术资料等。

发明人、设计人与单位之间就单位的物质技术条件发生争议的，单位应当举证证明发明人、设计人完成发明创造主要利用了本单位物质技术条件。

**第 2.4 条 【职务发明创造的申报】**

发明人、设计人应当依照单位规章制度、工作流程或以其它合理形式，按期、如实向单位汇报职务发明成果。

#### 第 2.5 条 【非职务发明创造的申报】

单位可以与发明人、设计人约定就非职务发明创造发明人、设计人应当向单位申报发明创造基本情况。

发明人、设计人就非职务发明创造申请专利的，应当自专利授权日起三个月内向与其有劳动关系的单位说明专利基本情况。

#### 第 2.6 条 【职务发明人、设计人的代位申请权】

职务发明成果完成后两年以内，单位不将职务发明成果申请专利，也不作商业秘密等其它经济用途使用的，职务发明人、设计人有权向单位提出职务发明成果申请专利或者使用的申请，单位无正当理由仍然不予申请专利或者使用的，或者或者职务发明成果完成后，单位明确表示不作经济性使用的，发明人、设计人享有对职务发明成果的申请专利或作其它利用的权利。

在本条第一款的情况下，专利申请被批准后，发明人、设计人为专利权人，单位享有对该项专利非独占的免费实施权。

#### 第 2.7 条 【职务发明人、设计人的优先受让权】

单位转让职务发明，发明人、设计人有以同等条件优先受让的权利。

### 第三章 职务发明创造的奖励与报酬

#### 第 3.1 条 【职务发明人、设计人的精神奖励】

发明人、设计人有权在有关技术成果文件上写明自己是发明人、

设计人，有权依照单位规章制度取得荣誉称号或证书的权利。

非发明人、设计人不得在有关技术成果文件上署名。

### 第 3.2 条 【职务发明人、设计人的物质奖励】

被授予专利权的单位未与发明人、设计人约定也未在其依法制定的规章制度中规定专利法第十六条规定的奖励的方式和数额的，或者合同约定或内部规章制度规定不明确的，或者合同的缔结或规章制度的制定违反法律、法规的规定的，应当依法给予职务发明人、设计人以奖励。

在本条第一款规定的条件下，单位应当自专利权公告之日起 3 个月内发给发明人或者设计人奖金。一项发明专利的奖金最低不少于 3000 元；一项实用新型专利或者外观设计专利的奖金最低不少于 1000 元。

由于发明人或者设计人的建议被其所属单位采纳而完成的发明创造，被授予专利权的单位应当从优发给奖金。

### 第 3.3 条 【职务发明人、设计人的报酬】

被授予专利权的单位未与发明人、设计人约定也未在其依法制定的规章制度中规定专利法第十六条规定的报酬的方式和数额的，或者合同约定或内部规章制度规定不明确的，或者合同的缔结或规章制度的制定违反法律、法规的规定的，应当依法给予职务发明人、设计人以报酬。

在专利权有效期限内，实施发明创造专利后，每年应当从实施该项发明或者实用新型专利的营业利润中提取不低于 2% 或者从实施该项外观设计专利的营业利润中提取不低于 0.2%，作为报酬给予发明人或者设计人，或者参照上述比例，给予发明人或者设计人一次性报

酬。

**第 3.4 条 【职务发明人、设计人从许可费中获取报酬的权利】**

单位许可其他单位或者个人实施发明创造专利的，应当从收取的许可费中提取不低于 10%，作为报酬给予发明人或者设计人。

被授予专利权的单位与其他单位交叉许可所获专利权，或者以明显不合理的价格许可其他单位或个人实施其专利的，发明人、设计人有权要求从专利实际实施所得利润中参照前款的比例获得报酬。

**第 3.5 条 【职务发明人、设计人从转让费中获取报酬的权利】**

单位转让职务发明创造专利的，应当从转让该发明创造的收入中提取不少于 20%，作为报酬给予发明人或者设计人。

单位无偿转让专利，或以明显不合理的价格转让专利的，发明人、设计人有权要求从专利实际实施所得利润中参照前条第一款的比例获得报酬。

**第 3.6 条 【报酬转股份】**

采用股份形式的企业，可以经发明人、设计人同意，按照国家有关规定将职务发明报酬按一定比例折算为公司股份。

**第 3.7 条 【发明人、设计人之间的奖励和报酬分配】**

同一职务发明创造的发明人、设计人为多人的，发明人、设计人应当按照单位内部规定、合同约定或者协商一致确定各自的奖励和报酬数额。

无内部规定、合同约定，又无法协商一致的，发明人、设计人应当按照对职务发明成果的贡献确定各自的奖励和报酬数额。

无法确定各发明人、设计人的对职务发明成果的贡献的，各发明人、设计人应当平均分配各自的奖励和报酬数额。

### 第 3.8 条 【发明人、设计人的知情权】

单位应当及时就职务发明成果的实施、许可、转让等利用情况通知发明人、设计人。

发明人、设计人有权查询与上述实施发明创造相关的的营业利润、许可费、转让费等信息，单位应当予以配合。

### 第 3.9 条 【费用支付的时间和方式】

职务发明奖励应当在职务发明创造被授予专利权之日起 3 个月内支付，单位与发明人、设计人另有约定的除外。

职务发明报酬应当在单位会计年度后半年内支付，单位与发明人、设计人另有约定的除外。

## 第四章 监督检查及争议解决

### 第 4.1 条 【专利行政部门的监督检查】

国务院专利行政部门负责管理全国的专利工作，省、自治区、直辖市人民政府管理专利工作的部门负责本行政区域内的专利管理工作。

专利行政部门有权对以下单位的职务发明制度制定和实施情况进行监督检查，单位和个人应予配合：

- （一）单位的职务发明归属制度及其实施情况；
- （二）单位的职务发明奖励、报酬制度及其实施情况，特别是在单位实施、许可、转让情况下对发明人、设计人的奖励报酬落实情况；
- （三）单位不实施职务发明情况下发明人、设计人的权益保障；
- （四）其它有关职务发明制度的内容。

专利行政部门进行监督检查过程中应当依法、合理，并对与单位商业秘密有关的内容进行保密。

#### 第 4.2 条【发明人、设计人表明身份权利的保护】

非发明人、设计人不得在职务发明成果的专利文件等证明上表示发明人、设计人身份。

职务发明人、设计人为多人的，发明人、设计人不得侵犯他人在专利文件等证明上表明身份的权利。

#### 第 4.3 条【单位未履行义务的法律 responsibility】

单位应当依照与发明人、设计人的协议或者法律规定，及时、足额支付发明人、设计人的奖励、报酬。

单位没有给予职务发明创造的发明人、设计人的奖励或报酬的，除当事人间另有约定，或者职务发明创造发明人、设计人以明示的方式放弃其权利外，职务发明创造的发明人、设计人有权要求单位在支付奖励、报酬金额及其同期银行利息的基础上另行支付不低于奖励或报酬金额的 5% 的滞纳金。

#### 第 4.4 条【发明人、设计人隐匿职务发明的法律 responsibility】

发明人、设计人不得隐瞒职务发明成果，也不得将职务发明成果作为非职务发明成果申请专利或者进行其它利用。

因发明人、设计人侵占职务发明成果给单位造成损失的，发明人、设计人应当承担赔偿责任。

第三人明知发明人、设计人侵占职务发明成果而为其实施和利用提供帮助的，应当承担连带责任。

#### 第 4.5 条【职务发明争议的解决方式】

单位与职务发明人、设计人，或者职务发明人、设计人之间就上

述职务发明归属、奖励和报酬等事项产生争议的，可以依据单位内部规章制度或者单位与发明人、设计人之间的合同约定，协商解决。

协商不一致的，可以请求当地管理专利工作的部门进行调解，或者请求当地劳动争议仲裁部门参照劳动法律有关规定进行劳动争议仲裁。

当事人可以不经调解或者仲裁，直接就职务发明奖励报酬纠纷向当地受理知识产权争议案件的人民法院提起诉讼。

## 第五章 附则

### 第 5.1 条

本条例自 年 月 日起施行。