

Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2022.03.001

欢迎按以下格式引用:李雨峰,伯雨鸿.职务发明权属的模式反思与制度重构[J].重庆大学学报(社会科学版),2023(3):224-236. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2022.03.001.



Citation Format: LI Yufeng, BO Yuhong. Reflection on the model and Institutional reconstruction of the ownership of employee inventions [J]. Journal of Chongqing University (Social Science Edition), 2023(3): 224-236. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2022.03.001.

# 职务发明权属的模式 反思与制度重构

李雨峰,伯雨鸿

(西南政法大学 民商法学院,重庆 401120)

**摘要:**我国职务发明制度肇生于计划经济时代,起初专利权由国家所有、单位持有的模式具有较为浓厚的时代特色。2000年《专利法》修改时将该规定删除,并建立了以法定权属规则为主,辅之以约定权属规则的“雇主主义”模式。尽管此次修法在一定程度上与我国的产业变革和技术革新需求相适配,但仍存在转化结构失调、激励机制失效和交易效率失衡等问题。横向考察国际视野下的职务发明权属制度可以发现,现有的雇主主义模式和雇员主义模式两种主要立法例均未臻完善。将专利权完全归属于雇主抑或是完全归属于雇员发明人,势必在二者之间产生职务发明权利分配不公的争议,进而导致雇主与雇员发明人之间的严重隔阂,从而抑制雇员发明人的创新活力或雇主的投资积极性。多数国家的做法是打破绝对的“雇主主义”和“雇员主义”立法路径,采取混合主义的立法模式。我国职务发明权属制度采取“雇主主义”模式是实现职务发明创造转化和运用的根本途径,但对于调动人的创新积极性增加财产总量仍存有不足之处。我国关于职务发明权属制度的改革应当着眼于三个方面:一是采取“执行任务”标准,限缩职务发明类型范围。首先,基于雇员发明人在劳动关系中的人身依附性,将“物质技术条件标准”排除出职务发明的类型范围,为雇员发明人提供更多的自主空间。其次,以“任务标准”为核心的职务发明判定规则可以排除实践中“主要利用”界定标准不统一的司法障碍。最后,以“任务标准”为核心的职务发明判定规则符合降低制度成本、提高效益的现实需求。二是秉持“人本主义”理念,扩张约定权属规制范畴。新职务发明制度将“任务标准”纳入约定优先原则的适用范围内,符合私法自治的法律理念,亦是对国家消解技术垄断、期待社会财富增长的充分回应。三是基于“利益平衡”原则,构筑三维配置结构模式。职务发明权属的制度重构在法定权属规则上对“任务标准”“物质技术条件标准”

**基金项目:**国家社会科学基金重点项目“专利确权机制改革研究”(19AFX016);西南政法大学2021年度学生科研创新项目“驱动知识产权强国战略的职务发明权属制度研究”(2021XZXS-017)

**作者简介:**李雨峰,西南政法大学互联网知识产权治理体系创新研究团队首席专家,博士研究生导师,Email:805171613@qq.com;伯雨鸿,西南政法大学民商法学院博士研究生。

和“非职务发明创造”适用不同的权属模式,从而构筑职务发明制度的三维配置结构模式。

**关键词:** 职务发明; 权属制度; 雇主主义; 雇员主义; 制度重构

**中图分类号:** D923.42    **文献标志码:** A    **文章编号:** 1008-5831(2023)03-0224-13

职务发明,即发明创造人在受雇期间为履行职务或者执行所在单位指令而作出的发明创造<sup>[1]</sup>。2020年10月29日,中国共产党第十九届中央委员会第五次全体会议通过的《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十四个五年规划和二〇三五年远景目标的建议》强调,“健全创新激励和保障机制,构建充分体现知识、技术等创新要素价值的收益分配机制,完善科研人员职务发明成果权益分享机制”<sup>[2]</sup>。在“国家—企业—人才”的逻辑链条下,职务发明权属的制度功能旨在平衡雇主、雇员发明人与社会公众三元主体之间的利益,实现资本要素和创新要素的均衡配置,进而提升雇主的产业竞争力,最终达至促进科学技术进步和经济社会发展的目的。在我国国内专利申请中,职务发明专利申请量的占比从2005年的41%跃升至2020年的90.3%<sup>[3]</sup>。可见,职务发明逐渐占据主导地位。然而,产业中的创新实践在发生变化,用户创新模式、累积创新模式等新出现的创新范式对传统的专利制度设计并不耦合<sup>[4]</sup>。职务发明制度的锚点在于如何在三方主体之间合理地配置权利。专利制度促进创新这一目标是所有专利理论的基石和归途,职务发明专利制度的规范设计合理性与该目标的实现呈现直接的正相关。我国《专利法》第6条采用“雇主主义”的立法模式,建立了以法定权属规则为主,辅之以约定权属规则的职务发明权属制度。在实践中,这种模式引发了发明专利转化率极低、利益的非平衡性等问题,明显增加了市场主体的交易成本,降低了交易效率。与此不同,有的国家对职务发明权属采取的是“雇员主义”模式,但也产生了投入产出不成正比、创新积极性被挫伤等问题。显然,无论是单轨制的雇员主义模式,还是单轨制的雇主主义模式,都增加了职务发明的制度性交易成本,与创新驱动发展战略的基点相抵牾。尽管《专利法》第四次修正对职务发明制度进行了完善,但相关问题仍然存在。因此,在加快知识产权强国建设的中国式现代化背景下,我国应当修改《专利法》相关条款,重新厘清职务发明的本质内涵及建立明确的职务发明权属规则,从而实现社会资源的优化配置。

## 一、我国职务发明权属制度面临的困境

“雇主主义”模式是我国职务发明权属制度采取的规则设计。简言之,雇员发明人仅享有获得奖励和报酬的权利,而将申请专利的权利及专利权本身配置给雇主。在前现代社会,技术发明过程普遍依赖于个人的实践经验,人口规模及个人发明数量在此阶段是技术发明率的主要决定因素。从以经验为基础的发明方式到基于科学和实验的创新方式的逐步转变,是职务发明创造制度创设的根本缘由<sup>[5]</sup>。物质资源和智力资源的主体分离使得技术成果的权属规则发生异化,不再局限于“发明人主义”的原则性规定。出于上述要素考量,如何权衡雇员的创造行为与雇主的资源投入从而确定职务发明的权利归属,对于激励创新及促进职务发明成果的转化运用具有重要意义。在我国,职务发明权利配置模式曾历经一次实质性修改,即《专利法》在第二次修法过程中将约定权属规则融入了职务发明权属制度。尽管此次修法在一定程度上与我国的产业变革和技术革新需求相适配,但其失衡的权利归属模式仍然给技术成果的研究开发与转化运用市场带来桎梏,导致效率低下。

### (一) 转化结构的失调

我国专利法以法定权属规则为主,辅之以约定权属规则。根据我国现行《专利法》第6条的规定,在界定职务发明创造的本质内涵时存在以下两种标准:其一是“任务标准”<sup>①</sup>,强调雇员基于对本单位任务的执行而产生的发明创造,此为典型的职务发明创造;其二是“物质技术条件标准”<sup>②</sup>,强调雇员完成的发明创造主要是基于所在单位物质技术条件的支持,该发明创造同样应归于职务发明创造范畴<sup>[6]</sup>。约定权属规则目前仅能适用于“物质技术条件标准”,雇主与雇员可以对此类职务发明创造申请专利的权利、专利权等财产权益进行约定。如此一来,约定权属规则只能在小范围内为部分试图通过意思自治来配置职务发明权利归属的市场主体提供制度空间,法定权属规则仍然占据上风。在实践中,约定优先模式能够更好地适配不同主体、不同行业的差异性需求,其根据特定场景下雇主与雇员之间的利益诉求来推动科技成果的转化运用<sup>[7]</sup>。法定权属规则作为我国职务发明权属配置的主要模式,在很大程度上扼杀了雇员与雇主的自由意志,制约了职务发明成果的研究开发与转化运用,严重影响智力成果转化市场的有效运转。另外,抛开可以适用约定权属模式的“物质技术条件标准”不谈,着眼于我国职务发明的法定权属规则,法律强制性规定基于职务发明成果衍生的所有专利权都直接单一地分配给雇主所有,仅将标明发明人身份及获得奖励和报酬的权利配置给雇员发明人。此权利配置模式过于简单和生硬,未能在雇主与雇员之间形成合理权益机制,形成双方利益严重失衡和彼此对立的困境<sup>[8]</sup>。由此,雇员在与雇主的交往过程中,往往会刻意规避法律的强制性规定,采取利己措施获得技术成果的所有权,例如雇员私下将职务发明隐藏,不向雇主报告真实的创新成果,使得技术成果的转化运用受到更大阻碍,技术市场“闲置”空间亦随之增加。即便雇员基于其角色定位通常处于劣势处境,其取得技术成果所有权的难度系数较高,但为最大可能实现“帕累托最优”,也应当在制度上为知识财产的低效运用提供足够的规避空间。

### (二) 激励机制的失效

公民权利与义务相一致的原则在我国宪法得以明确规定。也就是说,权利与义务相互依存,互为表里。然而,社会存在分工,自然人角色的差异性使社会关系呈现出复杂性和多样性,每一个角色扮演者被定位在这个社会关系网络中某一个或某几个坐标上,从而产生社会预期。在实践中,处于社会关系网络中的行为模式又通常与权责一致的基本精神相悖,映射到职务发明权利配置的现实,即雇主在合同或规章制度中多规定雇员发明人的义务而鲜有规定其权利,如霸占雇员发明人“署名权利”,抑或是不依法履行支付奖励、报酬的义务等现象频频发生。究其本质都源于雇主对职务发明权利的过度倾斜和对义务的刻意规避。处于被动角色的雇员发明人,在与雇主签订合同时对权益的博弈往往没有话语权,更何况基于趋利避害的本性,雇主作为理性经济人往往会在既有的法律规则约束下,选择能使自身效益最大化的理性行为,从而忽视和侵害雇员发明人的相关权益<sup>[9]28-29</sup>。我国专利法对职务发明的权属配置采取“雇主主义”模式,在制度设计上倾斜于在就业市场中本就具有优势地位的雇主。在缺乏制度保障的情况下,雇员发明人的积极性将受到一定程度

①参见《专利法实施细则》第12条第1款:“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)在本单位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。”

②参见《专利法实施细则》第12条第2款:“……专利法第六条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。”

的挫伤,在相当程度上直接影响到知识生产效能的整体提升,甚至会致使一国的信息产业发展和国际竞争力受到严重阻滞。由此,在坚持权利义务合一性和保障权利义务对等性的基础上,有必要完善相关法律规范,对职务发明权属进行模式反思和制度重构,最大限度激发雇主与雇员发明人在各自领域的创新活力。

### (三) 交易效率的失衡

专利制度作为技术与法律互动的产物,其内核不应该停留在权利要求书的撰写层面上,应该付诸专利制度的实施和运用层面,使专利技术实现真正的商品化和产业化。职务发明的权利归属模式在一定程度上决定了相关主体在专利实施运用过程中支付的交易成本和交易效率,并影响职务发明创造的转化率。一方面,单轨制的“雇主主义”法定权属模式不能满足市场创新机制的差异性需求,将专利权统一归属于雇主并不能完全避免反公地悲剧。在实践中,职务发明专利技术方案的落地成为一个难题。鉴于此,我国《专利法》在2000年引入约定权属规则,作为对法定权属规则的补充,部分解决了单轨制的“雇主主义”法定权属模式在职务发明专利交易市场带来的阻滞。但是约定权属规则的适用范围难免具有局限性,只能在一定范围内降低专利实施和运用过程中的制度性交易成本。另一方面,单轨制的“雇员主义”法定权属模式给专利的实施和运用带来更大的难题。大部分“雇员主义”模式国家纷纷扩大约定权属规则在职务发明权利归属中的适用范围,并且使约定权属成为确定职务发明权属的主要方式<sup>③</sup>。究其缘由,多数国家普遍依赖于意思自治原则实质上是基于经济理性的考量。在满足物质技术条件和市场营销模式的前提条件下,雇主能够解决专利实施渠道不通畅、技术市场不健全的困境,能够有效转化职务发明技术成果,实现专利技术的商品化和产业化。倘如某新产品需要聚合多项发明专利,而这些发明的专利权分配在不同雇员发明人的手中,雇主若要实施运用该新产品专利,就需与不同的雇员进行权利转让或者许可。申言之,在职务发明权属转让过程中,雇主与雇员发明人的交易成本不可小觑,特别是雇员参与机会主义的意愿,增加了权属转让的制度性交易成本,最终将导致交易过程呈现出一种低效的状态,进而使职务发明的高质量转化和运用成为一个痛点<sup>[10]</sup>。

## 二、职务发明权属的模式反思

### (一) 雇员主义模式

雇员主义模式,也即职务发明的专利权优先配置给雇员发明人的权属模式。这一模式是日本、德国、美国等“发明人主义”国家通常采取的路径,应与个人创意在这些国家的地位具有一定的联系。要而论之,除了日本在创设职务发明制度的初期略有不同外,这一模式普遍历经两个阶段。在第一阶段,即便雇员基于其与雇主之间劳动关系的紧密性,美国、德国及日本均将职务发明的权属原始配置给雇员发明人,一概排除雇主的原始权利取得。1790年,美国的第一部专利法得以颁布。基于该法设定的先发明原则,易推断出由雇员发明人享有职务发明的初始所有权的立法本意。日本1909年的《特许法》首次明确规定了职务发明制度,采用“雇主主义”模式。然而,这种权属模式与日本专利制度采用“发明人主义”原则<sup>④</sup>的立法基础相抵触。于是,日本于1921年对《特许法》进

<sup>③</sup>例如美国、日本均规定了预先转让制度,通过单独订立协议或者在劳动合同中设定相关条款的方式,将雇员在未来受雇期间完成的职务发明的权利转让给雇主。

<sup>④</sup>“发明人主义”是指申请专利的权利原始归属于可工业应用的发明的发明人。参见《日本特许法》第29条第1款的规定。

行了修订,采取与“发明人主义”原则相契合的“雇员主义”模式,即雇员享有职务发明的专利权及专利申请权,雇主无偿享有职务发明的普通实施权,从而有效化解法律规则之间的冲突。同时,该法还规定了关于职务发明的预约继承制度,雇主与雇员可事先通过合同、劳动规章等形式达成一致的意思表示,约定将来由雇主来继承职务发明的专利权等财产权益,但是该规则不适用于非职务发明。德国1936年修订的《专利法》引入了发明人原则,明确规定雇员发明人享有其所创造完成的发明的权利。在第二次世界大战新兴技术发展的强烈需求和第三次工业革命发展背景下,高投入和高风险趋势使得雇主对发明创造的权利需求愈发强烈。由此,为保护雇主的合法权益,德国对雇员发明进行了单独立法,于1957年正式制定德国《雇员发明法》,填补了将职务发明权属配置给雇主的制度空白。该法将雇员发明划分为职务发明和自由发明,职务发明只是雇员发明的下位概念。在二分法的制度结构下,德国《雇员发明法》对职务发明制度进行了具体细化,特别增设了权利报告制度和权利主张制度。根据相关规定,雇员发明人应当向雇主书面报告职务发明,在申报后4个月内雇主可以通过单方宣告对职务发明进行积极主张,但无权对自由发明提出主张。雇主根据自身经营策略和客观需要,可以提出有限主张和无限主张。前者使雇主仅享有职务发明的非独占的普通实施权,雇员通常享有适当的报酬请求权;后者使雇员将职务发明的财产权益转让给雇主,雇主可以将此发明申请专利或者实用新型保护,雇员发明人保留职务发明的署名权。但4个月的权利主张期限为雇主设定了较高的注意义务,通常使得德国中小企业错失机会而无从主张本应获得的职务发明权益。不难看出,该制度亦是发明人原则下职务发明制度“重雇员主义”价值取向的延续<sup>[11]</sup>。

在第二阶段,美、德、日原则上仍坚持采取雇员主义路径,但均从强调对雇员发明人利益的倾斜保护向对雇主利益进行相对保护的方向发展。美国在判例法中逐步形成了职务发明权属判定的基本原则,第一步是在司法实践中基于禁反言原则和默示许可原则为雇主创设了“工场权”(shop right),即雇员在雇佣期间的发明创造经由试验、实施且取得专利后,雇主享有免费的普通许可实施权,雇员则享有专利的所有权。但是雇主只能非排他性实施职务发明,不能向第三人许可或转让该专利权。后来,雇佣关系被法院认定为工场权的正当性基础<sup>[12]</sup>。即雇主在发明中作出了相应的贡献,且购买了发明人的劳动,其理应通过雇佣关系基础获得相关发明的实施权<sup>[13]</sup>。第二步是为雇主创设职务发明所有权,即从事特定类型发明活动的雇员与雇主签订的雇佣劳动合同,隐含着将发明成果转让给雇主的意思表示。随后,在实践中,预先转让协议也是常用的一种明确职务发明权属的手段,雇主与雇员通过单独订立协议,或者在劳动合同中设定相关条款的方式,将雇员在未来受雇期间完成的职务发明的权利转让给雇主<sup>[14]</sup>。在雇主不断错失良机的被动局面下,2009年德国对《雇员发明法》进行修订,规定倘若雇主在申报后的4个月期限内未作出任何意思表示,则推定雇主对该发明主张所有权,有效降低了雇主的注意义务。该程序性规定在一定程度上呈现了厚雇主主义的价值倾向,有效排除雇主因权利主张瑕疵而丧失职务发明推定权益的风险,保障了企业的产业竞争力。与此同时,日本2015年《特许法》新增了事先转让制度,通过赋予雇主与雇员关于职务发明权利配置的事先选择权,允许双方主体在合同或规章制度中进行约定,在满足雇员报酬请求权的前提下,职务发明的所有权或独占实施权可以原始分配给雇主。

## (二) 雇主主义模式

雇主主义模式,也即职务发明的专利权优先配置给雇主的权属模式。这一模式是英国、法国通

常采取的路径,应与资本效益在这些国家的地位具有一定的联系。具言之,任何发明创造都离不开发明人的创造性智力劳动,但基于技术研发的高投入和高风险趋势,以及雇主对发明创造成果日益增强的掌控需求,部分地域的法律逐渐转向“雇主主义”模式。在法国,职务发明规则的构建集中于《法国知识产权法典》“工业产权”部分第611-7条。按照是否执行工作任务标准,可以将一项雇员发明成果区分为“任务发明”和“任务之外发明”。“任务发明”是指雇员在执行任务的过程中所完成的发明,只要该任务属于劳动合同明确规定的职务内容或雇主明确赋予的研究开发工作;而“任务之外发明”是指雇员在上述情形以外所完成的发明。按照是否可以归属于雇主的标准,立法者继续将“任务之外发明”类分为“任务之外可归属雇主的发明”和“任务之外不可归属雇主的发明”。前者是指雇员发明人主要依赖于雇主专有技术、设备、资料等所完成的发明创造;后者则是指雇员自主完成的其他可专利的发明。在具体的权利配置中,立法者将任务发明的专利权等相关财产权利直接归属于雇主,任务之外不可归属雇主的发明成果的财产权利则单方面归属于雇员发明人,雇主或雇员发明人对这些发明成果拥有完全的控制力和处置权。然而,对于一项任务之外可归属雇主的发明而言,立法者赋予了雇主选择权,也就是说,雇主可以要求雇员转让或许可实施部分乃至全部发明专利权。倘若雇主对此发明成果作出了权利要求,则应当根据发明的市场价值和双方当事人各自贡献来支付给雇员一笔“合适对价”。由此,为实现该制度安排的正常运行,法国在程序规则上设计了职务发明报告机制,以便于雇主在满足法定条件和期限的前提下行使就任务之外可归属雇主的发明的选择权<sup>⑤</sup>。英国的雇员发明财产权利配置制度相较于法国更具备操作性和便捷性。按照《英国专利法》第39条规定,一项雇员发明若满足以下两种情形,其财产权利应被认定归属于雇主:其一,雇员在正常任务或特别委派任务过程中可以合理预期作出的发明;其二,雇员在正常任务过程中作出了发明,且根据该任务的性质和由该任务的性质产生的特定责任,他对雇主产业利益的增进负有特别义务。反之,雇员作出的任何其他发明,其权利应当被认为归属于雇员所有<sup>⑥</sup>。可以看出,相较于我国职务发明权属规则设计,英国专利法的特殊之处在于附加了“合理预期”“特定责任+特别义务”等判断要素。基于劳动法律关系中雇主与雇员之间的不对等性,英国、法国等均在职务发明约定权属规则中设定了有利于雇员发明人的限制条款,以避免雇主对雇员发明人合法权益的过度倾轧<sup>⑦</sup>。

### (三)小结

在开放式创新的新范式下,知识财产的生成愈发离不开智力资源和物质资源的双重投入,创新范式的变迁对专利具体制度的实施产生严重的挑战。基于文化因素、法律传统等方面的迥异,各国关于职务发明的权利配置结构也大相径庭,通常可以区分为两种模式,一种是雇员主义模式,将职务发明的专利权等财产权益原始分配给雇员发明人,雇主通常享有普通实施权和优先购买权,如美国、德国、日本。另外一种雇主主义模式,由雇主原始享有职务发明的专利权等财产权益,雇员发明人则享有署名权和适当的报酬请求权,如法国、英国、中国。雇员主义模式产生了一系列积极效应,从个人视角出发,将职务发明的专利权配置给雇员有利于保障雇员发明人的合法权益,充分激发雇员发明人的创新潜能;从社会视野出发,该权属制度设计为知识信息生产提供了理想激励,有

<sup>⑤</sup>参见《法国知识产权法典》第L611-7条的规定。

<sup>⑥</sup>参见《英国专利法》第39条的规定。

<sup>⑦</sup>参见《英国专利法》第42条、《法国知识产权法典》第L611-7条的规定。

利于创新的持续勃发,由此推动经济繁荣和社会进步。但是雇员主义模式也相应地产生了严重的负面效应,雇主对物质资源的投入并不能产出对应的价值回报,将阻碍雇主投资积极性的发挥;在职务发明权属转让过程中,雇主与雇员的交易成本不可小觑,特别是雇员参与机会主义的意愿,增加了权属转让的制度性交易成本,最终将导致交易过程呈现出一种低效的状态。雇主主义模式在一定程度上节省了职务发明权属转让的制度性交易成本。同时,相较于职务发明的生成过程,职务发明专利技术的转化和运用过程更具风险性和复杂性。就专利技术商业化而言,拥有市场控制能力和产品运营能力的雇主更适合于作为无形资产运营者的角色扮演。但其不足在于利益的非平衡性,基于雇主在劳动法律关系中的主导地位,雇主往往会滥用其优势地位,无节制地限缩雇员发明人的各项合法权益。基于对结局的预判,多数情况下雇员会蓄意将职务发明转化为非职务发明,易致使企业职务发明成果的流失。

### 三、我国职务发明权属的制度重构

创新活动离不开制度的保障。正如诺贝尔经济学奖得主西蒙·库兹涅茨(Simon Kuznets)所言,若要使技术得到高效和广泛的运用,必须对制度作出调整,才能实现合理利用人类知识达到部分生产要素的革新<sup>[15]</sup>。《专利法》的第四次修正增设了单位对职务发明创造的处置权及鼓励被授权单位实行产权激励,以促进单位将创新成果予以产业化的实践拓展。然而,此次修法仍未完全回应职务发明权利配置的制度失灵问题,也就是说,单一赋予雇主处置权仅能提升流通过程中的利用率,并未从源头上解决我国职务发明权属制度面临的困境<sup>[16]</sup>。就专利技术的后续转化和利用而言,适宜的权利配置模式是达致知识财产高效转化的重要途径之一。鉴于我国《专利法》关于职务发明权利归属的立法设计存在着理论上的偏颇和实践上的流弊,本文建议对专利法的相关条款作必要的修改,并通过这种修改健全以增加知识价值为导向的分配制度,促进知识产权价值实现,建立具有中国特色的职务发明权属模式<sup>[17]</sup>。

#### (一) 职务发明权属制度的重构理念

从国际视野看,多数国家在职务发明权利归属这一问题上,并未自始至终采取非此即彼的态度,而逐渐遵循的是混合主义进路。随着企业创新环境的发展变化,立法者意识到职务发明权利配置的片面性,将专利权完全归属于雇主抑或是完全归属于雇员发明人,势必在二者之间产生职务发明权利分配不公的争议,进而导致雇主与雇员发明人之间的严重隔阂,从而抑制雇员发明人的创新活力或雇主的投资积极性<sup>[18]</sup>。由此,严格的“雇主主义”和“雇员主义”立法路径被打破,多数国家在构造职务发明权属规则过程中,均力图兼顾雇主和雇员的利益诉求。区别在于,美国、德国、日本等遵循雇员主义模式的国家均配套了一系列措施实现职务发明财产权益向雇主的合法移转;英国、法国等遵循雇主主义模式的国家均在职务发明约定权属规则中增设了有利于雇员发明人的限制条款,以避免雇主对雇员发明人合法权益的过度倾轧。不难看出,严格的雇员主义模式和雇主主义模式均产生了一定问题。我国职务发明权属的雇主主义模式脱胎于计划经济时代,彰显了公有制属性和集体主义分配理念。当下中国正在致力于开放型经济环境的优化,智力资源的稀缺性意味着激励雇员发明人创新热情的必要性,但物质资源仍然是目前立法者的优先级考量。我国职务发明权属制度采取雇主主义模式是实现职务发明创造转化和运用的根本途径,但对于调动人的创新积极性以增加财产总量的水平仍有较大提升空间。为此,我国职务发明

权属制度的整体基调保持不变,但仍需进一步修正,重新配置职务发明的财产权益。

## (二) 职务发明权属制度的重构路径

### 1. 采取“执行任务”标准,限缩职务发明类型范围

廓清职务发明与非职务发明的边界是修正职务发明权属制度的逻辑起点。通过对职务发明判定标准的重新明晰,以及对职务发明产权的优化配置,从而实现对职务发明各方参与主体的激励效应。对于职务发明的判定规则,应当以“任务标准”为核心,将“两类划分”限缩为“单一划分”,即仅将“执行本单位任务所完成的发明创造”认定为职务发明,而将“主要利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造”排除出职务发明的认定范围,从而使“利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造”成为与职务发明创造、非职务发明创造并列的概念类型。

首先,基于雇员发明人在劳动关系中的人身依附性,将“物质技术条件标准”排除出职务发明的类型范围,为雇员发明人提供更多的自主空间。在知识经济时代,一项发明创造成果通常来源于两个面向的基本要素,即智力投资和物质投资,且投资者实现了由单一主体向多元主体的转变。也就是说,物质资源的投入与创造性劳动的付出一样共同构成知识产品诞生的必要条件,由此,职务发明制度应运而生。各国立法者试图根据当地经济体制和资源结构来配置雇主与雇员对于发明创造成果所享有的权益,进而促进智力资源的充分开发及物质资源的合理利用。具体到我国而言,自改革开放以来,出于物质资源的优先级考量,立法者倾向于将“主要是利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造”囊括在职务发明创造类型范围内,以此刺激物质资源投资者的积极性。然而,“创新驱动发展战略”的实施目标业已彰显智力资源的相对稀缺性,因此保障雇员发明人的合法权益更能确保职务发明制度的有序运转。况且,雇员发明人往往在劳动关系中处于相对弱势地位,倘若将“物质技术条件标准”认定为非职务发明创造,可以从立法设计上给予雇员发明人更多的主动权,进而实现制度运行中雇主与雇员之间的利益平衡,提升专利技术转化运用的效率。诚然,职务发明创造的类型并不必然影响专利技术的实施运用,但在界定职务发明类型范围时应当以有利于专利技术的实施运用为考量标准。

其次,以“任务标准”为核心的职务发明判定规则可以排除实践中“主要利用”界定标准不统一的司法障碍。从“任务标准”的法律适用来看,其判断因素相对比较明确,易于认定;而“物质技术条件标准”中的“主要利用”表达则存在诸多法律冲突和司法适用困境,我国大部分地方法院适用“物质技术条件标准”时采取较为宽松的解释态度,“主要利用本单位物质技术条件”与“非主要利用本单位物质技术条件”的划分界限模糊不清,致使职务发明创造的内涵与外延被不适当地扩大<sup>[6]</sup>。将“主要利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造”排除出职务发明的类型范围可以在立法上预先突破“主要利用”认定标准不统一的司法壁垒。强行保留“物质技术条件标准”有失公平,限缩了雇主与雇员发明人之间在职务发明权利归属方面的自主空间,不利于激励雇员发明人在“任务标准”情形外投入创造性劳动。法国将一项雇员发明成果作了“任务发明”“任务之外可归属雇主的发明”和“任务之外不可归属雇主的发明”的类分。对于一项“任务之外可归属雇主的发明”而言,立法者赋予了雇主一定的选择权,否则权利归属于雇员发明人,此种权属模式在实践中避免了不必要的纠纷,兼顾了雇主与雇员之间不同的利益诉求,值得我国予以借鉴。

最后,以“任务标准”为核心的职务发明判定规则符合降低制度成本、提高效益的现实需求。职务发明创造类型范围的界定密切关涉现代社会的职务发明权属制度,合理的权属模式应当以对智



力成果转化运用的效率为考量标准,职务发明转化运用的效率能够保障雇员发明人的财产增量及雇主的技术优势,进而推动发明创造的投入与产出。也就是说,廓清职务发明与非职务发明的边界并不必然激励物质与智力的投资,但至少应当保证职务发明的划分标准清晰明晰,避免不必要的争议。科斯定理可以作为一种解释路径,即在一个交易成本为零的世界里,不论如何选择法律规则,也不论如何调配资源,只要满足交易自由的前提,就会产生高效率的结果。而在现实交易成本不为零的情况下,为了提高经济效率,能使交易成本降为最低的法律就是最适当的法律<sup>[9][20]</sup>。在职务发明权属制度的安排上,最重要的考量要素是效率。明确的权属规则是有效实施职务发明创造的前提,而这有赖于明晰而具实践操作性的界定标准,这样既降低职务发明成果产业化前的制度成本,也能够大幅度提升智力成果转化效率。

## 2. 秉持“人本主义”理念,扩张约定权属规制范畴

我国职务发明制度肇生于计划经济时代,起初专利权由国家所有、单位持有,公有色彩浓厚。然而,在技术方案的完成过程中,作出突出贡献的主要是单位的技术人员。这些技术人员在完成发明的过程中,依赖的技术条件、先期的技术背景比较复杂。更重要的是,为了鼓励技术创新积极性,2000年《专利法》修改时将该规定删除,并建立了以法定权属规则为主,辅之以约定权属规则的权属模式<sup>[19]</sup>。职务发明约定权属规则是契约自由在职务发明权利配置过程中的合理体现,即允许雇主与雇员通过灵活的意思自治来替代严格的法定权属规则,有效协调各方日益多元化的利益诉求,最大限度促成职务发明专利权等相关财产权利的合理配置,实现职务发明的高效技术研发与转化运用<sup>[7]</sup>。然而,约定优先原则只适用于“利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造”,难以符合当前世界创新模式多元化的普遍诉求。由此,本文建议应当以“人本主义”为“元理念”,逐步扩张约定权属规则适用范畴,将“任务标准”纳入其中,与“物质技术条件标准”共同适用约定优先原则。

扩张约定权属范畴符合私法自治的法律理念。知识产权作为无形财产权,其本质上是一种民事财产权利,因此其应当遵循私法制度的构建逻辑。在私权范畴领域,平等的民事主体在参与民事活动过程中更强调双方权利主体的意思自治,普遍以合同约定的形式合理确定各自的权利义务。在职务发明领域,有限的意思自治原则不能最大程度地起到产权激励作用,引入契约机制能够凸显基于人本主义理念的个人意愿至上观。“人”是职务发明制度体系的核心,一切制度安排都应当以调动人的创造性、主观能动性及投资积极性为首旨<sup>[20]</sup>。当然,约定权属优于法定权属并不是说当事人之间的合意可以超越法律,而是指雇员与雇主可以在法律确定的形式和范围内以“自治”的方式来确定权利归属与利益分配。在私法自治的约定权属模式下,雇主与雇员可以自由约定职务发明的权利归属问题,既可以建立雇主与雇员对职务发明成果的共有制度<sup>[21]</sup>,也可以适当分割专利实施权和专利所有权,形成分权制衡机制<sup>[8]</sup>。针对职务发明活动中的不同情事,法律赋予雇主与雇员更多的自主权,从而采取灵活的职务发明权利配置,旨在使职务发明的财产权益得到有效分配,从而提高雇主物质资源及雇员智力资源的利用率。

扩张约定权属范畴亦是对国家消解技术垄断、期待社会财富增长的充分回应。首先,扩大约定权属规则范围能够有效消解技术垄断,以此促进社会的创造力。法律制度设计者借助于国家权力实现对社会资源的分配,强化了物质资源和智力资源的融合和分化。制度是一国社会发展成功与否的根本原因。美国学者鲁宾逊与阿西莫格鲁提出存在两种不同的制度,即包容性制度(inclusive

institution)与攫取性制度(extractive institution)<sup>⑧</sup>。强制性的法定权属规则建立在企业对劳动者财富的压榨之上,他们对职务发明成果的垄断维护了自身利益,但却抑制了劳动者的智力输出,由此形成了一种反向的反馈循环,最终阻滞了全社会的创新能力。适用意思自治优先原则有利于消解技术垄断,引发创造性破坏并推动创新的勃发,由此形成物质资源和智力资源优化组合的利益格局。其次,专利制度通过鼓励创新来实现社会财富的最大化。企业的技术创新不仅是振兴国家产业的关键因素,也是提高其市场竞争优势的关键所在。然而,雇员发明人的智力投入是根本性条件和决定性因素,雇主的成长主要依赖于雇员发明人的技术创新及其产业化、商业化。单一的法定权属规则桎梏了职务发明成果的生成和转化运用,技术创新的激励不足对雇员发明人的智力投资形成掣肘。反之,约定权属规则能够有效激发雇员发明人参与技术创新活动的积极性与能动性。同时,遵循约定优先原则有效回应了知识社会里出现的多元诉求,能够充分满足雇主与雇员之间日益复杂化的利益分配关系。特别是,引入契约机制能够在一定程度上避免雇员发明人难以参与到职务发明产业化决策的尴尬境地。不论是传统的创新范式,还是创新范式发生了变革,技术创新都仅仅是第一步,技术创新的扩散才是实现社会财富增长的关键因素<sup>[22]</sup>。

### 3. 基于“利益平衡”原则,构筑三维配置结构模式

权利配置作为确定职务发明活动中财产利益分配制度的核心,在协调各方主体之间的利益冲突,实现资源利用率最大化方面发挥着中流砥柱的作用。职务发明制度,涉及社会公众、雇员发明人和雇主三方主体,呈现出主体多元的样态。如何使各方主体的利益达到共存和共享的最优状态是职务发明制度的利益平衡机制所追求的价值取向。在法律层面上配置权利,不仅仅是使雇主与雇员发明人之间的利益趋向于平衡的法律技术问题,更是涉及国家层面上促进科技进步与社会经济发展的政策导向问题。保护企业和创新者的私人权益固然重要,大力推动科技成果的转化和运用更具战略性意义。职务发明制度的最终价值即在于实现社会资源合理配置的基础上,激发雇主与雇员的创新活力,从而促进一国的科技进步与创新<sup>[23]</sup>。也就是说,职务发明制度以实现雇主、雇员及社会公众的三重价值为趋向,既要保障职务发明成果权利分配的正当性,也要满足职务发明活动的经济效率需求。我国《专利法》自1984年出台以来,对职务发明权利归属规则采取“雇主主义”的立法模式,即将职务发明申请专利的权利和专利权等财产权益配置给雇主,将获得奖励和报酬的权利则配置给雇员发明人。在此前提下,对“任务标准”和“物质技术条件标准”采取不同的权属模式,前者适用严格的法定权属规则,后者适用约定权属优先,法定权属兜底的配置模式。

如前所述,采取“雇主主义”模式是实现职务发明创造转化和运用的根本途径,但目前专利法对于调动人的创新积极性以增加财产总量的水平仍有较大提升空间。为此,我国职务发明权属制度的整体基调不变,在此基础上进一步修正相关条款,重新配置职务发明的财产权益。就“执行本单位的任务所完成的发明创造”而言,此类发明创造属于职务发明创造范畴之内,相较于雇员的智力资本投入,雇主的物质资本投入占有更大的比重,应当继续沿用原有的“雇主优先”权属规则。但

<sup>⑧</sup>包容性制度通过保持财产权、开放个人成长与发展的机会、激发人的创业冲动使“创造性破坏”得以可能并导致创新的勃发,由此推动了经济的繁荣和社会的进步。攫取性制度建立在精英阶层对其他阶层财富的榨取之上,他们通过垄断权力和资源等维护了统治精英的利益,但却抑制了社会的创业冲动,“创造性破坏”被遏制,创新也就难以出现,由此导致经济的凋敝乃至国家的失败。See Daron Acemoglu & James A. Robinson, *Why Nations Fail: the Origins of Power, Prosperity, and Poverty*, New York: Crown Publishers, 2012, pp. 71-80. 转引自魏波《社会共享机制初探》(《中国特色社会主义研究》, 2013年第5期,第61页)。

是,现行专利法并未引入契约机制来代替单一的法定权属模式,将“执行本单位的任务所完成的发明创造”的权益完全归属于雇主,自然难以符合当前世界创新模式多元化的普遍诉求。鉴于此,有必要在引入约定权属规则的同时,将职务发明的兜底权利配置给雇主,从而实现对约定权属规则失效时的有效补充。就“利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造”而言,此类发明创造与职务发明创造、非职务发明创造并列,在继续沿用原有的约定优先原则的同时,有必要对其权利归属作出相应的立法调整,即将此类发明创造的权属模式从“雇主优先”调整为“雇员优先”,从而将兜底权利配置给雇员发明人。就“非职务发明创造”而言,继续沿用原有的单一法定权属规则,将权利直接配置给雇员发明人。一方面,新职务发明制度在采取“雇主主义”模式的整体基调上,在法定权属规则上对“任务标准”“物质技术条件标准”和“非职务发明创造”适用不同的权属模式,在充分衡量雇主、雇员及社会公众的三元价值基础上,构筑职务发明制度的三维配置结构模式。另一方面,新职务发明制度扩张了约定权属规制范畴,将“任务标准”纳入约定优先原则的适用范围,有效降低了职务发明活动过程中的交易成本。

综上所述,以当前《专利法》第6条为基础,建议修改该条文如下:(1)执行本单位的任务所完成的发明创造为职务发明创造。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。没有约定的,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。该单位可以依法处置其职务发明创造申请专利的权利和专利权,促进相关发明创造的实施和运用。(2)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。(3)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。没有约定的,申请专利的权利属于发明人或者设计人。

## 四、余论

职务发明权属制度折射出的保障资源分配与促进科技创新的问题,影响到知识产权强国建设乃至国家科技强国战略的布局。“创新是一个系统工程,科技创新、制度创新要协同发挥作用,两个轮子一起转”<sup>[24]</sup>。针对日益复杂和多元化的创新模式,本文通过正视现有职务发明权属制度出现的问题,及横向考量国际视野下的职务发明权属模式,将职务发明权属规则定位为“雇主主义”模式,并实现法定权属规则和约定权属规则的妥当配置,进而构筑起职务发明权属的三维配置结构模式,目的在于打通职务发明制度创新与国家科技创新的通道,为实现“两个轮子一起转”提供理论进路。在社会和经济生活中,理性行为人会对自己的行为进行规划。从功能主义视角看,法律作为一种带有预期性的结构,其必须具有长期的稳定性,才能使计划成为可能<sup>[25]</sup>。技术研发活动和技术应用环节共同组建成技术创新过程,集中发明创造活动的物质资源和智力资源的优势,实现社会资源的互补,保障职务发明权利配置的效率与公平,这也是我们建设知识产权强国一个题中应有之义。

### 参考文献:

- [1] 马一德. 专利法原理[M]. 北京:高等教育出版社,2021:87.
- [2] 中共中央关于制定国民经济和社会发展第十四个五年规划和二〇三五年远景目标的建议[EB/OL]. (2020-11-03) [2021-09-30]. [http://www.gov.cn/zhengce/2020-11/03/content\\_5556991.htm](http://www.gov.cn/zhengce/2020-11/03/content_5556991.htm).

- [3] 2020 年国家知识产权局年报[EB/OL]. (2021-04-27) [2021-09-30]. <https://www.cnipa.gov.cn/col/col2616/index.html>.
- [4] 梁志文. 论专利公开[M]. 北京:知识产权出版社,2012:101.
- [5] 林毅夫. 制度、技术与中国农业发展[M]. 上海:格致出版社,2014:197.
- [6] 向波. 职务发明的判定及其权利归属问题研究:兼论《专利法修改草案》第6条的修改和完善[J]. 知识产权,2016(9):12-20.
- [7] 刘鑫. 职务发明权利归属的立法变革与制度安排:兼评《专利法修订草案(送审稿)》第6条[J]. 法学杂志,2018(2):132-140.
- [8] 张宗任. 职务发明的权利归属和报酬问题研究[J]. 知识产权,2014(10):72-77.
- [9] 理查德·A·波斯纳. 法律的经济分析(上)[M]. 蒋兆康,译. 林毅夫,校. 北京:中国大百科全书出版社,1997:28-39.
- [10] MERGES R P. The law and economics of employee inventions[J]. Harvard Journal of Law and Technology,1999,13(1):14-15.
- [11] 鲁道夫·克拉瑟. 专利法:德国专利和实用新型法、欧洲和国际专利法[M]. 单晓光,张韬略,于馨,等译. 北京:知识产权出版社,2016:479-517.
- [12] FISK CL. Removing the ‘fuel of interest’ from the ‘fire of genius’: law and the employee-inventor, 1830-1930 [J]. The University of Chicago Law Review,1998,65(1127):1147-1158.
- [13] 王重远. 美国职务发明制度演进及其对我国的启示[J]. 安徽大学学报(哲学社会科学版),2012(1):135-140.
- [14] EVELYN D,PISEGNA-COOK. Ownership rights of employee inventions;the role of preinvention assignment agreements and state statutes[J]. The University of Baltimore Intellectual Property Law Journal,1994,2(163):163-164.
- [15] 柳适. 诺贝尔经济学奖得主讲演集[M]. 呼和浩特:内蒙古人民出版社,1998:66-68.
- [16] 伯雨鸿. 我国《专利法》第四次修正之评析[J]. 电子知识产权,2021(3):39-48.
- [17] 新华网. 中共中央 国务院印发《知识产权强国建设纲要(2021—2035年)》[EB/OL]. (2021-09-22) [2021-12-01]. [http://www.news.cn/politics/zywj/2021-09/22/c\\_1127889618.htm](http://www.news.cn/politics/zywj/2021-09/22/c_1127889618.htm).
- [18] 何敏. 职员发明财产权利归属正义[J]. 法学研究,2007(5):75-89.
- [19] 尹新天. 中国专利法详解[M]. 北京:知识产权出版社,2012:51-63.
- [20] 何敏. 新“人本理念”与职务发明专利制度的完善[J]. 法学,2012(9):65-74.
- [21] 杨林瑞. 关于建立职务发明专利权共有制的法律思考[J]. 辽宁大学学报(哲学社会科学版),2000(1):100-102.
- [22] 梁志文. 论专利制度的正当性[J]. 法治研究,2012(4):44-55.
- [23] 何敏,叶龙荣. 论职务发明制度内部利益的平衡[J]. 科技与法律,2021(2):51-58.
- [24] 习近平. 为建设世界科技强国而奋斗——在全国科技创新大会、两院院士大会、中国科协第九次全国代表大会上的讲话[M]. 北京:人民出版社,2016:13-14.
- [25] 彼得·德霍斯. 知识产权法哲学[M]. 周林,译. 北京:商务印书馆,2017:183-185.

## Reflection on the model and institutional reconstruction of the ownership of employee inventions

LI Yufeng, BO Yuhong

(School of Civil and Commercial Law, Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120, P. R. China)

**Abstract:** China's employee inventions system was born in the era of planned economy, and the initial patent right was owned by the state and held by the unit with strong characteristics of the times. This provision was deleted when the Patent Law was amended in 2000, and an “employerism” model was established with the

statutory ownership rules as the main basis, supplemented by the agreed ownership rules. Although this amendment is to a certain extent compatible with the needs of industrial change and technological innovation in China, there are still problems such as disorder of transformation structure, failure of incentive mechanism and imbalance of transaction efficiency. Through a horizontal examination of the system of ownership of employee inventions from the international perspective, the two main legislative examples of the existing employerism model and employeeism model are not perfect. Whether the patent right is fully attributed to the employer or to the employee inventor will inevitably give rise to the dispute of unfair distribution of the right of invention in office between the two, which will lead to a serious gap between the employer and the employee inventor and thus inhibit the innovation vigor of the employee inventor or the investment enthusiasm of the employer. The approach of most countries is to break away from the absolute “employerism” and “employeeism” legislative paths and follow the path of mixed doctrine. The adoption of “employerism” mode in China’s employee inventions system is the fundamental way to realize the transformation and application of employee inventions, but there are still shortcomings in mobilizing human innovation to increase the total amount of property. The reform of China’s system of ownership of employee inventions should focus on three aspects. Firstly, it adopts the standard of “performing tasks” and limits the scope of types of employee inventions. Firstly, based on the personal dependence of employee inventors in labor relations, the “material and technical conditions standard” is excluded from the scope of types of employee inventions, providing more autonomy for employee inventors. Secondly, the “task standard” as the core of the rules for determining employee inventions can exclude the judicial obstacles of the inconsistent standards for defining the “main use” in practice. Finally, the “task standard” as the core of the rules for determining job inventions is in line with the realistic demand of reducing system costs and improving efficiency. Secondly, it upholds the concept of “humanism” and expands the scope of agreed ownership regulation. The new job invention system incorporates the “task standard” into the scope of application of the agreement priority principle, which is in line with the legal concept of private law autonomy, and is also a full response to the state’s dissolution of technological monopoly and expectation of social wealth growth. Thirdly, based on the principle of “balance of interests”, the three-dimensional configuration structure model is constructed. The improvement of the ownership system of employee inventions applies different ownership modes to “task standards”, “standards for material and technical conditions” and “non-employee invention” in the legal ownership rules. Thus, the three-dimensional configuration structure of the system of employee inventions is constructed.

**Key words:** employee inventions; the ownership system; employerism; employeeism; institutional reconstruction

(责任编辑 胡志平)