

# 职员发明财产权利归属正义

何 敏\*

---

**内容提要：**我国以公权理念为基础，在职员职务发明成果财产权利分配方面存在绝对单一归属的问题，违背了智力财产私权性的法律原则和“投资决定产出”的经济公理，挫伤了发明人的创造积极性，影响了我国科技发展的进程。我国的“厚雇主”倾向、美国的“厚雇员”原则以及法国的“折衷”主义均有失偏颇。应当建立职务发明的类型化，以投资作为归属的基本考量，建立以财产权利共享、开发风险共担为核心的职务发明归属制度。

**关键词：**职员成果 职务发明 权利归属

---

在发明成果归属中，财产权利的分配是最基本也是最重要的方面，它不仅影响着发明成果的所有、专利申请权的归属、专利权利的享有及技术利益与财产利益的分配，而且也决定着职员进一步发明创造的积极性以及避免发明创造成果技术风险和市场风险的主动性。

我们之所以要就雇主与雇员之间有关职员发明成果财产权利分配关系加以讨论，是因为当前许多学者及实务界人士对现行制度的合理性提出了质疑，且大量显性或隐性争议已经充分说明现行制度严重桎梏了社会资源中智力资源的开发和科学技术的进步。我们的基本评价是：在职员发明成果财产权利归属与分配制度方面，许多国家的现行制度尚不同程度地存在着正义性缺陷。在自主创新已被列为国策的今天，这一有关权利分配正义的讨论显然是非常必要的。我国新近发布的《专利法修订草案》（征求意见稿）已对专利法有关职务发明的规定作了一些重要调整。我们的分析与讨论将为我国正在起草的《职务发明条例》提供参考。

## 一、资源与制度背景

知识是一种重要的社会资源。随着知识经济时代的到来，社会资源结构已经凸显出令人瞩目的变异，人类生产对社会资源的需求已经发生了极大的变化，智力资源与物质资源相比较，已渐显其稀缺性，成为社会资源中直接决定社会发展和科技进步的最为关键的资源因素。因此，为了实现社会资源的合理配置，人们应当从更加有利于资源开发与配置的角度来重新认识单位与职员之间有关职员发明创造成果财产权利分配的法律关系，并构建一个更为合理、更为公正、更为科学的新职员发明制度。

---

\* 华东政法大学知识产权学院教授。

信息是知识经济时代一项基本的社会元素、知识形态。由于信息在科学技术活动中所体现出的客观必要性,它与物质资源一样是一种不可或缺的社会资源,即信息资源。实际上,随着经济的发展和科技的进步,人们在生产过程中已越来越深刻地依赖于各种信息,尤其是具有创造性的智力信息,它已变成人类进步过程中一种最为重要的资源。信息来源于发明创造者的智力劳动,而智力劳动应该具备两个基本要件:物质投资与智力投资。<sup>[1]</sup>物质投资以物质资本投入为基本形式,而智力投资主要体现为某人提供了一个决定着—项发明创造本质的新的技术方案或设计方案,这类创新性方案体现了专利法所规定的一项专利申请的法定要件——“新的技术特征”。也就是说,由于物质投资和智力投资对于发明创造不可或缺的客观必要性,智力投资与物质投资共同决定了一项具有信息属性的发明创造成果的产生。

因此,在信息时代的今天,以智力资源为核心的信息资源已变成—项与物质资源同等重要的人类资源。这就要求人们不仅充分关注物质投资者的智力成果财产权益,而且关注智力投资者的智力成果财产权益。为此,人们应当充分考虑上述两方面因素,建立能真正体现职员智力成果财产权利归属的正义性、并能有效促进智力资源充分开发和合理利用的新的职员智力成果归属法律制度。然而,目前的职员发明成果财产权利归属制度或者将—项职员发明的财产权益完全赋予单位,或者将其财产权益完全赋予职员发明人。很显然,这种法律制度的缺陷是:要么忽略了物质投资者即单位的财产权益,要么没有考虑智力投资人即发明人的财产权益。

在工业化时代,由于物质资源的稀缺性,当立法者制定—项法律时,尤其在大陆法系国家,他们往往因刺激物质投资者投资积极性的客观需要而过分考虑了物质投资者在法律上的优先性,也就是将—项职员智力成果财产权利完全赋予物质投资者。当前,既然信息已变成最为重要、最为稀缺的社会资源,便意味着立法者仅仅考虑刺激物质投资者投资积极性的时代已经过去,立法者制定法律时应当更加充分地关注智力资源对社会进步的重要作用,采取—种既能充分保有物质投资者投资热情,又有利于充分激发智力投资人创新热情和创造力的立法取向。

在美国,雇员发明的财产权利首先归属于“真正的发明者”即雇员,雇主只享有优先受让权(preemptive right)和不排他使用权(shop right),也就是说雇主只有优先购买此项发明成果的权利和自己使用该发明而不排除他人使用的权利。而在中国,对于—项职务发明来说,其专利申请权完全归属于单位或是国家,发明者只享有获得奖励或报酬的权利。<sup>[2]</sup>在法国,雇员“任务发明(l'invention de mission)”财产权利归属于雇主,雇员“任务以外不可归属雇主的发明(l'invention hors mission non attribuable)”财产权利当然归属于雇员。而对于—项雇员“任务以外可归属雇主的发明(l'invention hors mission attribuable)”来说,雇主有权作出选择,雇主有权将其雇员的发明成果之财产权利或与保护该项发明专利相关的权利的一部分或整体归属于自己。这是目前世界上三种最为典型的归属制度。

事实上,严格说来,世界上有关职员发明的法律制度仅有两种典型模式。第一种以美国的“先

[1] 这里的“智力投资”仅仅是指创造性劳动成果,比如—项技术发明被用于开发时的投资行为。因为发明者的智力劳动包括两个方面:—般智力劳动和创造性智力劳动,其劳动成果也包括—般智力劳动成果和创造性智力劳动成果,两者之间的区别在于创造性智力劳动意味着—项发明的诞生,亦即智力劳动者已经形成了—项创新性的技术方案,这项新的技术方案决定了发明的实质,也从本质上体现了—项发明的财产意义,因此笔者认为此时的智力劳动者是—位创造性智力劳动者。事实上,在—位智力劳动者的创造性劳动过程中,实现其技术方案的过程是—项创造性劳动的过程,开发该项技术方案的过程,对于—位发明者来说,则是—项智力投资的过程。

[2] 事实上,在中国的职务发明制度中,法律并未涉及发明成果本身的财产权利归属问题,而仅仅规定了当—项发明拟申请专利时,其专利申请权归属于单位。就笔者看来,在是我国立法的一个不可忽视的漏洞,应当引起学界及立法者的高度重视。

发明”〔3〕制为代表，它规定一项职员发明成果的财产权利只能原始地归属于雇员发明人。也就是说，在实行这一制度的国家里，一项雇员发明成果的财产权利从该项发明诞生时起便当然地归属于第一个也就是真正的发明者。相反，第二种则是大陆法系国家较多采用的“先申请”制，由于这一制度往往作了专利申请权归属于雇主或者可以归属于雇主的规定，因此这一制度模式实际上是一种雇员发明成果财产权利完全归属于雇主的制度体系，只是其中有雇主“对价支付”与“奖酬支付”的区别而已。过去实行这一制度的德国和日本近年来已先后作了修改，而修改后的制度更加接近于美国。

但是在欧洲专利局体制之下的欧洲，人们在“先申请”〔4〕制中也同时实施着欧洲大陆的“国家权利”制度，这就意味着一项发明成果的财产权利依国别既可能归属于雇主，也可能归属于雇员发明者。1973年签署的有关颁发欧洲专利的《慕尼黑协定》第60条确认了欧洲专利权问题。第60条第1款规定：“欧洲专利权归属于发明者或者是他的继受者。如果发明者是职员，其发明的欧洲专利权的归属应当根据雇员实施其主要发明活动所在地的国家法律来决定。”〔5〕从欧洲国家的立法实践来看，欧洲专利局实际上确认了两种雇员发明制度：雇员发明财产权利归属于雇员发明人的制度和雇员发明财产权利归属于雇主的制度。

显而易见，美国的雇员发明成果财产权利归属制度完全忽视了雇主的财产权益，若无合同特别约定，雇主不能享有其雇员的发明成果财产权利，只能享有发明成果财产权利的优先受让权和不排他使用权。然而另一种极端是，中国的职员发明成果财产权利归属制度完全忽视了职员发明者的财产权益，职员发明人只有权要求获得十分有限的奖金（发明专利2000元）。因此，这两种制度都因其财产权利归属的片面性而存在职员发明成果财产权利分配失当的问题。

在法国，尽管法律作了“任务发明”和“任务之外发明”〔6〕的分类，作了“任务之外可归属雇主发明”和“任务之外不可归属雇主发明”的区别，并规定在“任务发明”和“任务之外不可归属雇主发明”的情况下，这些发明成果的财产权利单方面地归属于雇主或者雇员发明人，然而，在“任务之外可归属雇主发明”的情况下，雇主有权选择其雇员发明成果财产权利的归属，也就是说，雇主在支付给雇员发明人一笔“公平价格（le juste prix）”之后便可享有这项发明成果的财产权利。因此，法国的雇员发明成果财产权利归属制度仍然存在着同样的缺陷，那就是：雇员发明成果的财产权利要么单方面归属于雇主，要么单方面归属于雇员发明人。但法国对雇员发明成果财产权利分配作了一种特殊的制度设计，考虑了雇主针对雇员发明成果财产价值的一项“公平价格”的支付，即将“公平价格”作为其成果价值的“对价”支付给雇员发明人，从法理上说，这实际上是将发明成果财产权利分配的归属关系转化成了其财产权利强制或自动转让的交易关系。因此，法国雇员发明成果财产权利归属制度与其它制度相比较疑似略显合理。

尽管美国雇员发明成果财产权利归属制度存在分配的单一性问题，但在上一世纪，其制度仍能有效促进科学技术的进步，这无疑得益于美国社会所拥有的丰富的物质资源，因为在物质资源相对丰富的情况下，人们认为更为重要的是有效激发智力投资人的积极性和创造性，这也是美国法律制度将发明成果的财产权利分配给雇员发明人的重要原因。但是，从雇员发明成果财产权利分配的合

〔3〕 ANDRE BOUJU, *LE BREVET AMERICAIN. Protéger et Valoriser l'Innovation aux Etats - Unis*, JUPITER, Paris, 1988, p. 67.

〔4〕 同上。

〔5〕 ACADEMIE DES SCIENCES, *Les droits de propriété intellectuelle sur les inventions et créations des chercheurs salariés*, TEC ET DOC, Paris, 2001, p. 62.

〔6〕 笔者认为，法国职员发明成果财产权利归属制度中的“任务发明”并不是中国职务发明制度中的“职务发明”，两者之间存在着本质不同。

理性角度看,我们仍不能不说它因忽略了物质投资者的财产利益而存在着严重的权利分配不公平的缺陷。

然而,无论是美国制度还是法国制度,抑或中国制度,其立法理念都彰显了各自的分配正义观。美国在其法典第35编第115条和261条中分别规定:“申请人应宣誓表明自己为某制法、机器、制品或物品的组合,或其改进等请求取得专利的原始而最早的发明人”;“专利权具有个人财产的属性,但应遵守本编的规定”。法国知识产权法典第L. 611—6条和L. 611—7条分别规定:“取得L. 611—1条所述的工业产权证书的权利属于发明人或其权利继受人”;“雇员执行一个包含有与其实际职责相应的发明任务的劳动合同,或从事雇主明确赋予的研究任务和开发任务而完成的发明属于雇主”。我国专利法第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。”三种不同的制度分别反映了三种不同的立法理念,美国强调最初权利取得者发明行为的这一原始性,法国则确认了雇佣契约的优先性,前者的分配正义是基于专利权利的私权保护观,后者的分配正义则是基于人本思想的个人意愿至上观。而我国的立法理念主要是基于社会进步的需要,因而更为关注物质投资人投资利益的保护,其权利归属自然视社会公益为基本正义。

由于上述制度存在雇员发明成果财产权利分配的片面性,其财产权利或者完全归属于雇主,或者完全归属于雇员发明人,因而在雇员发明人与雇主之间势必产生关于成果财产权利分配问题的严重争议,这些争议将导致雇员与雇主之间的严重隔阂,阻碍雇员发明人发明积极性或雇主投资积极性的发挥,也就是说将影响企业的活力。法国最高法院商业、金融和经济庭前庭长让皮埃尔·迪马斯(Jean-Pierre DUMAS)先生在谈到这种隔阂时强调:“这些隔阂既包括雇员和股东之间的隔阂,也包括更加与我们的传统相矛盾的公务人员与私人企业之间的隔阂。但是,鉴于这些,我认为:从求得最大的社会整体的利益出发,未来是属于谙晓促进其自身创造力,并同时敢于冲破其陈旧秩序的企业。这一点是千真万确的。”〔7〕但企业的创造性是来源于失去了发明创造成果财产权利的雇员,因此这种隔阂势必将影响企业的创造力。很显然,如果企业不归还本该属于雇员发明人的那部分发明创造成果财产权利,这些隔阂还将继续扩大。

法国利多哈勒科特多巴勒大学“重振工业与创新”实验室研究员索菲·布迪耶(Sophie BOUTILLIER)教授对“发明成功的因素及发明的创造者”问题进行了专门研究,她在论述十九世纪以来发明者发展经历的基础上,论述了“重振工业与创新”间的关系:“一项发明的成功不仅仅依赖于这项发明的创造者的天资,以及是否申请了专利,而是还依赖于能否有效促进发明扩散的经济、社会和政治等诸多因素的综合作用。在二十世纪期间,研究者们试图寻找到更有步骤的方法来使他们的发明能够增值,但是他们的这些尝试往往会被窒息,因为他们的发明常常会被那些在创新能力方面处于垄断地位的大企业所左右(尤其是通过申请专利的方法)。”〔8〕

## 二、制度问题与成因

尽管世界上三种典型的职员发明制度所确立的职员发明成果财产权利分配关系在内容上因不同的法律文化及社会背景而各不相同,但这些法律规定在职员发明成果财产权利归属的片面性方面却是相似的,存在类似的问题。

〔7〕前引〔5〕, ACADEMIE DES SCIENCES文,第90页。

〔8〕Blandine LAPERCHÉ, *Propriété Industrielle et Innovation - La «nouvelle économie» fausse-t-elle l'enjeu?* L'Harmattan, Paris, 2001, p. 19.

## 1. 现行法律制度剥夺了本应当享有发明成果财产权利的两方当事人中一方当事人的财产权利

任何一项发明都是通过明确的技术方案和确定的技术特征加以表现的。技术方案是发明的表现形式，技术特征是其技术机理的创新性成分，其创造性技术机理是人的创造性劳动成果，是发明人前期教育投资、社会保障投资、机会成本投资等投资活动的产物，即智力投资的结果。从经济规律角度看，如果投资是一项发明成果财产权利归属的决定性因素，如果人们认为一项新的技术方案的产生也是一项智力投资的结果，当这项新的技术方案被用于实现一项发明时，这一使用本身也是一项投资活动，即一项智力投资活动，也就是说这项技术方案也应当是一项智力资本，那么，智力投资者也应当享有发明的财产权利。因此，在职员职务发明情况下，由于职员发明人和其单位都是该项发明活动的投资人，所以笔者认为这项发明成果的财产权利理所应当同时归属于职员发明人和单位这两位投资者。

然而，根据一些国家现行的职员发明成果财产权利归属制度，一位职员发明人，即一位智力投资人，是不能当然享有他自己创造的发明成果财产权利的，换句话说，他被法律剥夺了本该属于他的那部分发明成果财产权利。因此，尽管发明者能因自己的发明创造从他的单位得到一定的奖金或报酬，但他们仍会因失去财产权利而失去继续发明和创新的热情。他们也许会产生极大的困惑：为什么自己用多年研究心血凝练出的发明依照法律却突然变成他人财物？为什么完全利用自己创造的技术方案所开发出的一项发明成果，其财产权利却完全归属于单位？为什么自己对自己的发明成果进行继续开发依照法律却应该由别人来决定？而在另一些国家，由于职员发明成果财产权利原始地归属于职员发明人，单位也会提出类似的或相反的问题：为什么一项发明的物质投资者不能享有自己投资的产物——发明成果的财产权利？

事实上，这也是法律的困惑，同一社会现象为何有两种截然相反的归属制度？对于职员发明成果财产权利的归属，现行的法律制度几乎是完全相悖的。对于职员发明创造及成果这一特定的社会现象，客观的财产规律应当只有一个，而现行的制度及规定却如此相左，这本身就反映了这些制度中所存在的非公正性、非合理性和非科学性。

## 2. 现行法律制度用合意转让关系掩盖了客观上的归属关系

在现行的职员发明成果财产权利归属制度中，几乎都有确认当事人间发明成果财产权利归属的契约具有优先性的规定。<sup>[9]</sup>但是，这种契约关系实质上只是表达了一种职员发明成果财产权利的转让关系，然而，根据前面的分析，在职务发明情况下，当事人之间的法律关系并不是一种财产权利的转让关系，而是发明投资活动的所有当事人，即职员发明人与单位之间一种有关职员发明成果财产权利的分配关系。契约关系仅仅只是为当事人设定了一种可能性，当事人中的一方可以通过契约将属于自己的那部分发明成果财产权利转让给其他当事人。尽管在现行职员发明法律制度中，规定了有关职员发明成果财产权利归属的契约具有优先性，但这些规定并没有充分体现现实中所实施的职员发明成果财产权利分配制度的合理性。即使是转让，也应当是财产权与财产权价值的“对

[9] 参见《CODE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE》，4e édition, DALLOZ, 2004, p. 279. Art. L. 611 - 7: "Si l'inventeur est un salarié, le droit au titre de propriété industrielle, à défaut de stipulation contractuelle plus favorable au salarié, est défini selon les dispositions ci-après." (如果发明者是一位职员，在没有更有利于职员的契约规定的情况时，发明的工业财产权利由……确定。) 2001年专利法第6条增加了一个新的条款：“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。”依日本专利法规定，“（职务发明）第35条……2. 对于从业人员等做出的发明，除其发明为职务发明外，预先规定的授以使用者专利权或继承专利权或者为了使用者设定专用实施权的合同、工作规章用其他所定条款无效。3. 从业人员等根据合同、工作规章及其他规定，就职务发明授以使用者等专利权或继承专利权，或者为了使用者等设定专用实施权时有获取相当的等价报酬权。”参见杜颖、易继明译：《日本专利法（特许法）》，法律出版社2001年版。

价”关系，而不是财产权与物质奖励间的“对价”，因为财产权利与物质奖励之间并不构成“对价”体系。

因而，人们迫切需要通过法律确认一种新的职员发明成果财产权利分配关系，这一分配关系不能仅仅是一种发明成果财产权利的转让关系，因为对于职员发明成果财产权利归属来说，简单的转让关系不可能反映智力投资和物质投资都是形成一项职员发明成果财产权利分配关系的决定因素这一客观规律，也无法体现职员发明成果财产权利分配的自然性、正义性和合理性。

另外，在发明成果财产权利归属单位的职务发明制度之下（或者在“任务发明之外可归属单位”的职员发明制度之下），<sup>[10]</sup>涉及职员发明成果部分财产权利转让的契约只是反映了单位单方面的意愿，因为双方投资人在法律地位上往往是不平等的，所有事务往往都由单位单方面的意愿所决定。在发明成果财产权利完全单方面地归属于职员发明人的职务发明制度之下，其意愿也往往是由职员单方面来决定的。因此，我们说现行的职员发明成果财产权利归属制度是一种不利于双方当事人发明创造性和积极性发挥的制度。

### 3. 现行法律制度忽略了经济发展的客观要求

就资源优化配置而言，目前，经济发展对智力资源相关法律制度的客观要求主要表现在两个方面。

一是，既然智力资源已经变成社会进步最为重要的资源，那么，现行的法律制度就应该优先考虑智力资源的有效开发。但是，由于现行制度并不利于职员发明人积极性与创造性的发挥，甚至阻碍了智力资源可期待的有效开发，因此，这一制度有违经济发展的客观需要。

二是，在当前的社会经济活动之中，企业产权结构多元化被广泛认为是一种更为合理的企业经济结构，那么，现行的法律制度也应当有利于这种企业经济结构的形成。倘若人们能遵循“投入决定产出”这一客观经济规律，即遵循所有投资者都应享有职员发明成果之财产权利的分配理念，那么单位与职员发明人都将是一项发明创造成果的财产权人。这不仅能够有效激发职员发明人的创造性、有效实现智力资源的充分开发，同时也能有效促进企业产权结构的多元化。然而，由于现行制度的片面归属性，它仍将保持企业产权结构的单一性、将继续在职员与单位之间导致有关职员发明成果财产权利归属的争议，并将继续扩大职员与单位之间的隔阂。

根据“投资者共享发明成果财产权利”这一分配理念，我们不仅能够实现职员发明成果财产权利的归属正义和财产权益的分配合理，还能够构建起一种掌握技术实质的职员发明人与掌握物质条件的单位共同承担发明成果开发风险的制度，这是单一财产权利归属制度体系之下难以实现的“利益共享、风险共担”的机制。也就是说，当一位职员发明人享有一项发明成果的部分财产权利时，他也应当承担与其财产权利份额相当的这项发明成果的部分风险。这样一种风险体制，使得职员发明人也被纳入到发明“研究与开发”的风险机制之中，因而他会更为积极、努力地去实现这一发明及其财产利益。

依笔者所见，之所以现行制度会出现上述问题，是因为目前人们对职员发明成果财产权利分配关系的理论认识尚存在一些混淆。

#### 1. 关于“发明成果财产权利”与“发明成果专利权利”的混淆

事实上，对于一项职员发明来说，其成果权与专利权是两种不同的权利形式，尽管两者都具有财产权利属性，但前者体现了财产的自然性，而后者则体现了财产的授权性。无论财产的自然性与授权性如何，财产的归属与分配关系都是必然的。也就是说，我们需要通过法律加以明确的问题，

[10] 这是鉴于物质投资和智力投资间所形成的职员发明成果财产权利归属关系的双向性而论。

不仅仅涉及到具有特别授权财产性的发明成果专利申请权及专利权的归属问题，而且还涉及到这项具有自然获权财产性的发明成果的归属问题及财产权利的分配问题。但是我国现行立法实践却仅仅考虑了有关职务发明专利申请权及专利权的归属问题，而对于发明成果本身的归属问题并无相应规定，以至于混淆了本该区别的两种相邻的权利：“发明成果财产权”与“发明成果专利（申请）权”。

“发明成果财产权”以发明成果为客体，而“发明成果专利权”依目前较为流行的知识产权学理则是以“专有权”为客体，<sup>[11]</sup>这种以权利为权利客体的理论疑似“二律背反”，客观上也使这一理论无法诠释许多实践问题。由于专利权并非因生产原因而产生，而是因国家与发明人之间所建立的“公开发明”以换得“专有使用”的契约关系而形成，专利权与发明成果之间并不存在必然的因果关系，尽管发明成果是专利权的必要条件，但专利权并非发明成果的必然结果。“发明成果专利权”带有明显的公权干预性，这与具有纯粹私权性特征的“发明成果财产权”形成了鲜明的对比。因此，尽管这两个概念有着必然的逻辑关联性，但在实践中，对这两个概念进行原则区分仍然是必要的。

## 2. 关于“任务发明”与“职务发明”的混淆

法国职员发明制度中的“任务发明”和中国职务发明制度中的“职务发明”之间存在着本质不同。

在前者，职员与单位之间除了劳动合同、集体协议等一般契约关系之外，单位还应就一项个别的发明计划给职员提出一个具体的、明确的发明任务，而这一任务应当是一项载明了新的技术方案或设计方案的任务，职员根据这项任务所做出的发明属于“任务发明”，其发明成果的财产权利归单位所有。而后者的法定条件仅仅建立于单位与职员之间所签订的劳动合同，劳动合同中规定了职员的职业范围、业务领域和工作职责，只要该职员的发明成果属于该职业范围、业务领域和工作职责之内，这项发明成果便属于职务发明成果，其发明成果的财产权利便归属于单位所有。

笔者认为，由于一项新的技术方案或设计方案决定着—项发明的本质，而这一技术方案或设计方案体现了智力投资性，如果它与物质投资均源于单位，职员当然无权参与发明成果财产权利的分配；如果这一技术方案（或设计方案）源于职员，而物质投资源于单位，法律应当赋予职员发明人主张部分发明成果财产权利的权利。因此，从职员发明的客观规律来看，区别“任务发明”与“职务发明”是非常必要的，也就是在同一个职员发明制度体系之中，应该同时建立“任务发明制度”和“职务发明制度”，以区别两种不同性质的劳动及其成果。这将有利于更为合理、公正地进行职员发明成果财产权利的分配，若将两个概念混同起来，或者择其一，都势必将影响职员发明成果财产权利分配的公正性与合理性。

## 3. 关于“职务发明”与“岗位发明”的混淆

尽管—项“职务发明”和—项“岗位发明”的技术方案或设计方案都来源于职员发明人，职员并没有接受—项源于单位、载有决定发明本质的新技术方案或新设计方案之劳动任务，但由于职员依劳动合同或集体协议负有职务上的义务，他所应当履行的劳动职责是尽力作出某—或某些技术领域的发明，或者说当他做出某项属于他工作职责范围内的发明时，这项发明便是一—项“职务发明”。<sup>[12]</sup>

[11] “知识产权的客体是指基于对知识产权的对象的控制、利用和支配行为而产生的利益关系或称社会关系。”刘春田：《知识产权法》，高等教育出版社、北京大学出版社2003年版，第6页。实际上此处的“利益关系”或“社会关系”，从法律上说，也就是一—项以“专有权”为基本内容的权利义务关系。

[12] 当然，对于“职务发明”来说，还有另外—些原因，诸如物质条件、未公开的技术资料、企业数据以及仪器设备等等。

然而,对于一项“岗位发明”来说,其发明并不属于职务的范围,但此项发明是职员在其工作期间利用工作条件所为,也就是说,职员发明人在其工作岗位上,利用岗位工作时间和岗位物质技术<sup>[13]</sup>条件实现了一项利用自己的新的技术方案或设计方案所做出的发明创造,这项发明既不是“任务发明”,也与“职务发明”有着极大不同。因此,不仅在制度设定法定要件时应当有所区分,其财产权利的归属也应当予以原则区别。

对这两种发明进行区别的重要意义在于职员发明成果财产权利归属的不同,对于一项“职务发明”来说,依笔者所见,发明成果的财产权利原则上应当归属于职员发明人和单位共同所有,但由于职员发明人与单位之间存在劳务合同,因而,职员发明人与单位之间存在发明成果部分财产权利转让合同关系,发明成果财产权利归单位所有,职员发明人有权获得转让部分财产权利的“对价”支付;而对于一项“岗位发明”来说,应当考虑两方面因素:一是并不存在转让合意;二是双方都有投资。因此,“岗位发明”职员发明成果财产权利应当归属于职员发明者和单位共同所有。

#### 4. 关于“发明成果财产权利”与“发明成果精神权利”之间的混淆

实际上,精神权利也是发明成果财产权利所有当事人的一项不可忽略的基本权利,但是,对于不同的发明成果来说,其精神权利的归属也应当是不一样的。例如,对于一项“任务发明”来说,因为任务发明中的任务应当是一项能够实现的、具体完整的、决定发明本质的新的技术方案或设计方案,所以当这项新的技术方案或设计方案实现之后,由于这项发明的技术方案或设计方案来源于单位,因此其发明人应当是单位,而不是仅仅从一般技术上加以实现的职员,其精神权利也应当归属于为职员具体、完整地提供了一项新的技术方案或设计方案的单位。<sup>[14]</sup>

然而,对于“职务发明”来说,依照现行法律,尽管其发明成果的财产权利归属于单位,但精神权利仍然应当归属于职员发明人。因为在此种情况下,并不存在源于单位的一项具有创造性的新的技术方案或设计方案,而是职员创造并实现了一项新的技术方案或设计方案,因此职员是这项发明成果的真正发明者,其精神权利自然应当归属于职员发明人。现行制度的这一归属逻辑显然是正确的,但是由于中国并未设立“任务发明”制度,因而排除了发明成果精神权利归属于单位的可能。当然对于一项“岗位发明”<sup>[15]</sup>和“自由发明”来说,精神权利自然应当归属于职员发明人。

精神权利的归属理由应当是:由谁提出了一项能够实现的、具体的、决定发明本质的新的技术方案或设计方案,其发明成果精神权利便应归属于谁。但事实上,我国现行的职员发明成果归属制度并未针对不同的发明成果作出严格的“发明成果精神权利”的归属规定,这是值得商榷的。

### 三、分配关系的正义性及其学理阙如

我们研究的一个关键问题就是职员发明成果财产权利分配的正义以及实现这一正义的制度方面的原则、方法与手段。我们以为,职员发明创造成果财产权利分配的正义是应该实现一个基本的财

[13] 国家知识产权局2006年7月31日发布的《中华人民共和国专利法修订草案》(征求意见稿)中,建议将除“技术秘密”之外的物质技术条件不作为“职务发明”的判断依据。这至少将导致四方面问题:一是将损害物质投资人的财产权益;二是将滋长“私活”现象;三是将使“职务”与“非职务”的边界更为模糊;四是举证将十分尴尬与困难。

[14] 此时,职员并不是一个发明者,他并未做出任何新的发明创造,他只是完成了一项非创造性的任务,只是按照单位提供的具体的发明思路,按照现有的技术方法及技术规范,实现了源于他的单位的一项新的技术方案,因此单位才是真正的发明者。

[15] 为了使职员发明成果财产权利分配得更为合理,笔者建议建立“岗位发明”制度,这种制度所指明的发明,在法定条件方面类似于法国职员发明制度中的“任务之外不可归属于单位的发明”,尽管“岗位发明”成果的财产权利归属于职员发明人,但鉴于其在职员岗位上所作出的与其职务不直接相关的发明,应当为他的单位设定类似于美国职员发明制度中的“优先受让权”或(和)类似于日本职员发明制度中的“不排他使用权”。



产分配目标：所有针对这项发明的投资者，既包括物质投资者，也包括智力投资者，都应当享有主张这项发明创造成果财产权的权利。从当前的社会现实看，这项权利的确认既符合经济规律的客观必然性，也具有促进社会发展的客观必要性。

一项投资被看成是这项投资所产生的成果的财产权利分配的根据，应当是一项无可争议的经济规律。就法律而言，为了实现财产权利分配的正义性，符合经济规律无疑是体现其正义性的考量要素。从文明社会看，既没有不符合经济规律的法律公平，也没有脱离社会现实需要的分配正义。<sup>[16]</sup>

因此，如果一位发明者是一项发明创造的智力投资人，尽管他是一位职员，根据“投入决定产出”这一基本的经济规律，他也应当与物质投资人一样是这项发明创造成果的财产权人。发明创造成果财产权利归属的基本原则除了应当符合客观经济规律之外，还应当符合社会整体的利益取向，应当体现更大的社会效益，并更加有利于减少社会成本。<sup>[17]</sup>从当今社会整体利益取向来看，确认职员发明创造者发明成果（部分）财产权利，对于发明创造成果的研究开发、降低风险、提高效益都具有十分重要的现实意义。

“发明技术方案”与“创造设计方案”<sup>[18]</sup>是一项基于新的设计理念、设计思路，利用新的技术原理、技术方法、技术手段、技术工艺以及表达方法、手段、形式、效果，而形成的一项新的技术方案或设计方案。一般来说，一项“发明技术方案”或一项“创造设计方案”，一方面来源于发明创造者过去学习及职业培训过程中的不断积累，另一方面也来源于过去工作经历中研究心得、工作经验的悉心总结。发明创造者的学习与职业培训是通过他们的教育投资来实现的，其工作成果及研究心得首先是其教育投资的后续成果。其次，由于其工作能力及工作经验是发明创造者产生技术方案或设计方案的过程因素，而工作成果和研究心得实际上是工作能力和工作经验的必然结果，因而这项“发明技术方案”或“创造设计方案”实际上是发明创造者的教育培训投资、社会保障投资以及机会成本投资的产物。

一项成熟的技术方案或设计方案是一项能为人所控制与支配、并具有使用价值的无形财产，是一项能够占有、使用、收益和转让，并能作为一项财产实体抵押或质押于其他当事人的无形财产。既然一项成熟的“发明技术方案”或“创造设计方案”是一项财产，人们就应该考虑到，当它作为一项智力投资被投入到一项发明或创造活动中去，并产生发明创造成果时，这一投资本身就应该是享有这项发明创造成果财产权利的根据，而这一智力投资人，即职员发明创造者，就不仅仅因为其做出了这项发明创造成果而获得了要求奖励或报酬的权利，而应当是这项发明创造成果财产权利的主张者。

在某些领域，在一定的经济结构和社会资源条件下，立法者为了优化社会经济结构、更加有效地分配与使用社会资源，往往会在立法活动中形成一定的立法倾向，这在特定的历史时期、特殊的社会条件之下是必要的。但目前，有鉴于智力资源对社会发展所具有的越来越重要的经济意义以及发明者着力开发智力资源的积极性与创造性对于社会进步所发挥的决定性作用，人们应当在不损害物质投资人的投资积极性的前提之下更加关注智力投资人——发明创造者的积极性与创造性的发

[16] “社会不是以法律为基础的。那是法学家们的幻想。相反，法律应以社会为基础。法律应该是社会共同的、由一定物质生产方式所产生的利益和需要的表现，而不是单个的个人肆意横行。”《马克思恩格斯全集》第6卷，人民出版社1952年版，第291页。

[17] 这些成本包括非交换性经济成本、交换性商业成本、非讼性争议成本和诉讼性争议成本（司法成本），严格说，还应考虑因制度的原因所导致的社会创造力下降所形成的社会成本。

[18] 在法文著作里，L'idée d'invention 和 l'idée de création 是两个含义相当丰富的词语，用“发明技术方案”与“创造设计方案”实在难以深刻、全面及精确表达它们的实际寓意，现为称谓方便，笔者在此只能暂用“发明技术方案”与“创造设计方案”代之。

挥。至少在现阶段,立法者在制定法律时,应当在一定程度上形成有利于发明创造者努力实现其创造能力最大化的立法倾向,这应当是立法的一个基本原则,根据这一立法原则或立法倾向所制定的法律不仅将有效促进发明创造智力投资人的创新积极性,同时也将充分保障发明创造物质投资人的投资热情。这一立法倾向,并不是脱离法的本质去追求一种失去平衡的新秩序,而恰恰是为了改变目前职员发明创造成果财产权利分配的失衡,实现职员发明创造成果财产权利分配的正义。实现这一正义需要解决的唯一问题就是应当依照投资规律实现发明创造成果财产权利在职员发明人与单位之间进行合理、公平的分配。分配正义是立法者所应当遵循的基本原则。严格地说,法律正义首先就体现为财产及财产权利的分配正义。

由于知识财产权领域内研究对象的复杂性与多变性,知识财产法学理论也必须随着社会经济结构的变化及科学技术的发展在理论的科学性、系统性及广延性方面有所进步,以求该理论在阐释新的社会现象时,能够更加客观、深刻和全面。<sup>[19]</sup>

由于现有的知识产权理论<sup>[20]</sup>要么在认识观上从公权的角度过分强调知识产权的垄断性、国家授予性、公权力的干预性和强制性,要么在认识观上从私权的角度过分夸大了知识产权的私有性、个人支配性和智力因素完全决定归属的片面性,直接导致了职员发明成果财产权利分配的不合理。之所以产生上述认识上的矛盾与冲突,一个重要的理论认识上的阙如是不可忽视的,那就是有关发明成果本身的物性、财产性及知识财产权利客体的实体性与实在性的认识。<sup>[21]</sup>

现有的知识产权理论在认识方面存在这些基本的,然而又是十分重要的学理阙如,也导致对职员发明成果财产权利分配制度至今仍缺乏一个一致的、科学的、系统的解释。所幸的是,目前,无论是法国等国的智慧财产法学领域,还是中国的知识产权法学领域,人们已开始试图从物和财产的角度来看待智力成果问题,也开始对知识产权客体是权利的认识观提出质疑,<sup>[22]</sup>并阐释了一些新的观点和认识。

社会存在和社会行为是决定法律制度的两个基本要素,由这两个要素所决定的社会关系是法律所需要调节的重要对象,因此,对于所有社会存在的观察以及对所有社会行为的洞悉,自然也就是立法者所必须考量的两个基本方面。发明创造是一种社会行为,但发明创造的成果则是一种社会存在,虽然它目前尚不直接地、当然地表现为一项财产,但智力成果首先具有存在的客观实在性与实体性,其次也具有广泛的社会价值性与稀缺性,再次还具有可支配性与可控制性,显然它体现了客观“物性”及客观“财产”性。由于其特殊的“物性”与“财产性”,由此所衍生的财产权规律已完全不可能由现有的单纯的所谓“专有权”理论来加以统筹,因为这种以权利作为财产权利客体的“非物论”的认识观已无法体现和阐释智力成果作为一种自然物而存在、因为一类特殊的法律关系而形成的财产规律。

一方面,智力资源已经变成成为一项最为重要的社会资源,另一方面,发明创造者的创造积极性

[19] “当前法学界对无形财产及财产权的研究比以往任何时候都更为急迫,尽管有形财产权理论体系的构建和其物权立法任务在我国还远未完成,但法学界一些卓有远见的学者已开始将财产法的研究视角从有形财产权转向无形财产权。”参见马俊驹、梅夏英:《无形财产的理论 and 立法问题》,《中国法学》2001年第2期。

[20] “总体审视我国无形财产权理论研究,笔者认为尚未形成一整套科学的理论体系,其基本范畴定位尚不清楚、基本理论挖掘不到位、欠丰富,从这个意义上讲,无形财产权理论研究是我国民法领域一块亟待开发且开发价值极大的‘开发区’。”参见南振兴、刘春霖:《知识产权学术前沿问题研究》,中国书籍出版社2003版,第3页。

[21] “遗憾的是,受古罗马法由来的‘无形财产即所有权之外的财产权’的理论的影响,我国刚刚开始无形财产权基础理论研究目前也在基本范畴上陷入了这一难解的悖论之中,其表现是物与财产不分、财产权本体与客体‘同化’和无形财产权客体的迷失。”同上书,第5页。

[22] “法国学者佛鲁尔(J·Flour)和罗倍尔(J·Aubert)针对财产与权利不分问题批评道:‘物和权利具有完全不同的性质,将之放在同一范畴里进行论述是毫无道理的’。”尹田:《法国物权法》,法律出版社1998年版,第55页。

已经直接地影响着人类社会科学技术的进步,甚至可以说影响着整个人类社会的发展。<sup>[23]</sup>因此,对于法律和经济的研究者们来说,至少下述几方面问题是值得学界和实务界的同仁们重新认识的,这些问题形成了一个完整且具有递进关系的认知体系:1. 发明创造物的存在形式及其“物性”;2. 发明创造的技术方案与设计方案的资本性;3. 发明创造物或成果的财产性;4. 发明创造成果财产权与知识产权;5. 知识财产权利客体的客观实在性;6. 无形物及无形财产权的内涵与外延;7. 无形财产的“物权性”;8. 知识财产权利的私权性与公权性;9. 知识财产权利分配的合理性与公正性;10. 体现职员发明成果财产权利归属与分配正义的制度。

经济效益、社会公平与分配正义是上述问题的基本精神。然而,如果我们从上述三方面来检验现有的知识产权理论体系,就会发现,至少在职员发明成果财产权利的归属制度方面,当前的理论体系存在着明显缺陷。为了认识新的“社会存在”、从事新的“社会行为”以及调整新的“社会关系”,人们确有必要重构一个能够更加充分体现经济效益、社会公平和分配正义的理论体系。

对于中国职务发明制度来说,除了发明成果财产权利片面归属于单位之外,另一个重要问题在于法律所界定的“职务发明”的范围过宽及发明创造的奖金过少,也就是说体现了过于明显的“重单位主义(厚雇主主义)”的立法倾向,因此,这一制度已经严重桎梏了发明创造活动中智力投资人的投资积极性,导致了单位与职员发明人之间的财产利益冲突。相反,由于美国的职员发明制度将职员发明成果财产权利原始地、单方面地归属于职员发明人,因而又明显忽略了发明创造物质投资者的财产权益,尽管立法为单位设定了“优先受让权(preemptive right)”与“不排他使用权(shop right)”,但这也无法改变单位只能优先购买与其职员共同投资所形成的发明创造成果的财产权利和非排他实施这项发明的权利,而不能原始参与享有该项发明创造成果财产权利这一事实。因此,美国制度也同样存在着制度缺陷,体现了过于明显的“重职员主义(厚雇员主义)”的立法倾向,这亦将阻碍发明创造活动中物质投资人的投资积极性,同样将导致单位与职员发明人之间的财产利益冲突。法国的职员发明成果财产权利归属制度则显得较为“折衷”,因为它体现了更为有利于单位与职员发明者双方当事人利益的制度特点,它的“对价”制度至少让发明人有更大的利益满足。但它客观上仍存在着单位与职员发明人之间财产权益的冲突,因为它并没有从根本上解决单位与职员发明人之间有关财产权利公平分配的问题。

事实上,单位与职员发明人之间的利益冲突集中反映在制度没有依投资规律来决定发明创造成果财产权利的归属,忽略了发明创造活动中智力投资与物质投资的共同作用。一项发明创造成果是物质投资和智力投资活动共同作用的产物,那么,所有投资者,既包括物质投资者也包括智力投资者,都有权主张他们共同投资所形成的发明创造成果的财产权利,因此,法律的正义性就应该充分体现在对他们这种符合财产规律的权利主张的法律保障。

在知识经济时代,我们应当区分职员的一般性智力劳动和创造性智力劳动,因为创造性智力劳动是一种直接产生新的技术方案或设计方案的创新活动,相反,一般性智力劳动仅仅是一个用常规技术或方法实现他人创新性技术方案或者设计方案的劳动过程。因此,这两种行为之间存在着本质的不同。由于一项发明创造以创新性技术特征为其基本实质,因此是否具有创造性便自然为两种智力劳动相互区分的标志。

既然存在两种不同性质的智力劳动,那么这两种不同性质的智力劳动所产生的劳动成果也必然有所区别,一般性智力劳动者辅助发明创造者实现发明创造,而创造性智力劳动者则发明创造出一种新的发明创造成果。自然,不同劳动者的社会回报也应当是不一样的,如果智力劳动者是职员的

[23] 我们这里并没有忽视政府、企业及市场等方面因素对于社会进步的重要作用。

话,一般性智力劳动者应当获得单位的奖励或报酬,而成功的创造性智力劳动者则因其产生了创造性技术方案或设计方案而应当参与享有发明创造成果的财产权利。

对于一项雇佣劳动合同来说,在职员与单位签订这项合同时,双方当事人并不可能预见到这一创造性技术方案或设计方案的诞生,它的产生具有极大的随机性和射幸性,尽管人们可以根据某些设想有目的地进行某些研究和探索,但一项创新性发明创造成果的诞生仍然是一种小概率事件。如果将这样一种极不确定的小概率事件作为合同义务,势必会造成当事人间成本、收益与风险分配关系的极端不公平,造成双方当事人间法律关系的极端不稳定。因此,当一项发明创造成果尚处于设想与规划阶段时,它不可能也不应该成为雇佣劳动合同的客体,发明一项期待的技术方案不能成为雇佣劳动合同的义务。笔者不赞同立法确认针对尚未客观存在的智力成果进行财产权利分配的射幸性合同的合法性。但在实践中,往往会有人将一项尚不存在的发明创造,或者说一种推定的、可能出现的技术方案或设计方案作为一项合同的客体,将完成这项发明创造的预期作为一项合同义务,这往往会导致合同义务不能履行。即便如此,这项合同义务也不应该直接包含这项发明创造成果的财产权利的原始归属,因为一项发明创造成果财产权利原始归属的依据只能是智力劳动的创造性与投资性,关于发明创造财产权利归属的合同义务也只能是其财产权利分配之后的契约形式的财产让渡。

#### 四、一种新的制度

既然物质投资和智力投资两者都是主张职员发明创造成果财产权利的根据,那为什么我们不能依据这一客观根据确认所有投资人都能共同享有这项投资成果的财产权利呢?对于这种“不能”,只可能有一种可以理解的理由,那就是由于发明创造成果技术价值评价上的困难而难以准确进行财产权利的分配。因而,人们在立法技术上尚不能实现两方投资者共同享有发明创造成果的财产权利,只能单方面地把职员发明创造成果的财产权利赋予单位或者职员发明人一方。而这并非客观规律上的不应该。

在前一个世纪,由于发明创造成果本身的复杂性,其技术价值的准确评估的确是相当困难的,因而也导致了发明创造成果财产权利份额分配的困难。并且发明创造成果在市场化之前将经历许多阶段,每一个阶段,发明创造成果又都处于不同的状态。一项发明创造成果的实质是一项富有创新性的技术方案或设计方案,而这项技术方案或设计方案的状态首先表现为一项合理构思,继而表现为一项完整方案,然后表现为一项成功发明的实质内容,再后便表现为一项产品的技术特征,当获得知识财产权利之后,这项发明创造成果还将表现为一项专利权的客体。因此,在进行发明成果财产权利分配时,对处于不同状态下的技术方案或设计方案,一直存在两大立法技术方面的困难:一是发明成果“技术特征”认定的困难;二是发明成果技术价值评估的困难。面对这些困难,最为简单的办法当然就是通过立法赋予一方当事人发明创造成果的财产支配利益,而赋予另一方当事人发明创造成果的物质货币利益。事实上,由于法律要求每一项专利申请案都应具有明确的技术特征,因此在审查实践中,认定技术特征的困难将随着申请案的增加即技术特征审查量的增加而逐渐减少,而评估技术价值的困难也将随着无形资产评估技术的提高而逐渐降低。因此,这两项法律判断上的困难现已不应当再成为采纳单一归属制的理由了。

在知识经济时代,一方面为了建立一个公正的职员发明创造成果财产权利分配制度,另一方面也为了更加有效地促进社会发展中起着决定性作用的智力资源的开发,我们应该就单位与职员发明创造人之间有关职员发明创造成果财产权利的分配关系建立一种新的法律制度,这一制度的合理

性、公平性和科学性集中体现在单位和职员发明创造人根据各自对发明创造活动的投资份额，按照一定的百分比率共同享有职员发明创造成果的财产权利，即一种职员发明创造成果共有财产权利制度。

这一职员发明创造成果共有财产权利制度的实质主要包含五个基本方面：首先，职员发明创造成果的财产权利依照一定的比例原始地归属于单位和职员发明创造者；其次，职员发明创造成果共有财产权人共同根据双方当事人投资份额的多少及对该项发明创造成果的贡献大小协议决定双方当事人享有发明创造成果财产权利的比例；再次，由发明创造成果财产权利的份额的多少来决定有关财产权利的占有、使用、收益及处分等最终起支配作用的意志；还次，双方当事人保留不当损失请求权；最后，所有职员发明创造成果共有财产权人依照各自的财产权利份额共同承担发明创造成果的风险。

关于这一职员发明创造成果共有财产权利制度的具体立法建议，其核心内容主要包括职员发明创造成果的分类与成果财产权利的共有关系两个方面。

第一，关于职员发明创造成果划分的建议。由于现行的知识产权职员发明归属制度中的发明类型的划分，无论是美国的单一划分，还是我国的两类划分，抑或法国的三类<sup>[24]</sup>划分都存在着发明类型划分的偏颇性，因此我们主张根据发明的不同性质对职员发明创造成果重新进行分类。

比较各国职员发明分类的立法实践，如果我们把“职务发明”理解成职员在其工作任务及职责范围之内或利用岗位物质技术条件所做出的发明的话，将职员发明分为下述四种基本类型较为恰当：1. 任务发明；2. 职责发明；3. 岗位发明；4. 自由发明。这样的四种类分首先实现了两个基本客观事实的区分：一是区分了投资性智力劳动与一般性智力劳动在财产分配意义的不同；其次是区分了职责原因产生的职务成果与物质原因产生的职务成果在权利及利益的归属与分配上的相异。

职员为完成一项单位给予的明确载有技术方案、技术方法、技术路线或工艺流程的工作任务所作出的发明属职务发明，<sup>[25]</sup>该项职务发明称之为“任务类职务发明”（简称任务发明）。任务类职务发明的财产权利归属于单位，职员享有获得劳动报酬和物质奖励的权利。

当职员并没有预先接受上述发明任务或研究任务，一项发明是由职员在执行其劳动合同所规定的工作职责过程中所完成，该项发明属职务发明，称之为“职责原因非任务类职务发明”（简称职责发明）；若该项发明虽不直接属于职员劳动合同所规定的职责范围，但职员发明者在发明过程中较大程度地使用了单位的物质技术条件或未公开的技术数据资料，虽既无任务又无职责，但利用了单位为其岗位所提供的物质技术条件，其发明仍应属职务发明范畴，称之为“物质原因非任务类职务发明”（简称岗位发明）。

由于“职责发明”与“岗位发明”的技术实质及技术特征是由职员发明人创造性地提出，因此这是职员发明人的一项智力投资行为，但对于“职责发明”来说，由于此项发明成果在聘用合同所规定的职责范围之内，可视为单位与职员之间存在着有关发明成果财产权利属职员发明人部分的在先让渡合意，因此其发明成果财产权利归属于单位，但单位应当支付相应的技术“对价”予职员发明人；对于“岗位发明”，由于此项发明成果并非聘用合同之预期，鉴于这项发明成果是智力投资

[24] 尽管从形式上说，法国职员发明知识产权制度中发明的类型分为四种：任务发明（l'invention de mission）、任务之外可归属单位的发明（l'invention hors mission attribuable）、任务之外不可归属单位的发明（l'invention hors mission non attribuable）和自由发明（l'invention libre），但“任务之外可归属单位的发明”与“任务之外不可归属单位的发明”从类型上说应同属于“任务之外发明（l'invention hors mission）”，所以法国职员发明成果的分类实际上应当是三类：任务发明、任务之外发明和自由发明。

[25] 对于一项“任务类职务发明”来说，法定条件中的“工作任务”应当是一项清晰地包含了发明成果的技术特征的任务，它应当载有一项可以实现、并反映发明本质的创新性技术方案。

和物质投资所共同形成,其财产权利应当根据一定的比例由单位和职员发明人共同享有,技术及开发风险也应当由双方当事人共同承担。

所有其他的发明都是“自由发明”。自由发明成果的财产权利当然应当归属于职员发明人。

第二,关于职员发明成果财产权利共有关系的建议。我们建议在物质投资者与智力投资者之间建立一种新的职员发明成果财产权利分配原则,并确认一种新的单位与职员发明人之间的权利义务关系。

在没有其他规定的情况下,职员发明人与单位依据双方当事人协商一致的比例共同享有“职务发明”成果的财产权利。如果当事人未就发明成果风险责任的承担达成特别协议,该项发明的风险责任的分担应当与发明成果财产权利的分享份额相一致。当事人应当在协商一致的前提下行使各项发明成果共有财产权利,实在难以达成一致意见的,可以依财产权利份额的多少来决定共有财产权利的行使,由于发明成果的风险与财产权利份额正相关,双方当事人应依协议及共有财产权利的份额共同承担风险责任。但在没有其他约定的情况下,对于由于行使共有财产权利者的主观过错所导致的其他当事人应承担的正常发明风险之外的损害,该当事人可保留向行使共有财产权的共有人主张适当补偿的请求权。

拟放弃或转让发明创造成果财产权利份额的共有财产权人不能对发明创造成果利益的实现及其他人财产权利的行使构成损害,并应该事先书面通知其他发明创造成果共有财产权人。当某方当事人放弃其发明创造成果财产权利的份额时,其他当事人依与各自财产权利份额相当的比率自然继受该当事人所放弃的财产份额;当某方当事人转让其发明创造成果财产权利的份额时,其他共有财产权人享有优先购买权。

在发明创造成果所有共有财产权人协商一致的情况下,当事人可以为其他当事人设定排他或不排他开发许可,也可以将发明创造成果的财产权利部分或全部转让给其他当事人。所有当事人都有权向其他人实施非排他许可,但在未达成有关“排他开发许可”的协议时,关于排他开发许可的许可决定可以由享有较大财产权利份额的当事人做出,由这项许可所产生的利益应当属于所有共有财产权人;在未达成有关发明创造成果转让的协议时,任何共有财产权当事人都不能转让该项发明创造成果。在没有其他规定或约定时,共有财产权人享有独立或共同在其享有共有财产权利的发明创造成果的基础之上进行进一步开发的权利。共有财产权当事人应当在规定期间内实施“通知义务”和履行“保密义务”。共有财产权当事人应当基于共有财产权人的共同利益、以共有财产权人的名义对他人提起起诉。

我们通过从理论上对智力成果财产权利分配关系的合理性与正义性进行系统的分析,在一些重要方面提出了我国职员发明成果财产权利分配制度的立法方案。笔者认为发明成果“共有财产权”制度是一种更为合理的体制,因为它更加符合社会发展的客观规律和社会需求。

## 五、结 语

从我们当前所处的时代来看,国外工业发达国家制度变迁的事实已警示我们,我们需要清醒地思考一个重大问题:怎样通过制度创新来提高一个国家的自主创新能力、来激发一个民族的发明创造热情。这也是我国未来发展的必由之路。

为此,人们首先应该重新认识作为一种无形物的智力成果及其物的本质性,进而构建起有关非物质性客观物、智慧产物、创造性无形财产、智力成果财产权利分配及职员发明成果财产权利分配制度等问题的新的认识及相应的新的理论体系,只有在此基础之上,法律制度才有可能体现智力劳

动成果财产权利分配的正义性、职员创造性智力成果财产权利分配的合理性、社会智力资源有效利用的科学性。这不仅符合社会发展的客观规律，同时也符合信息时代的客观要求。

在西方，人们在法学思潮中不断诠释着新的“人本思想”，他们不仅关注着人的外部法律环境的规制，还关注着内化于人的主观行为取向的法律规范的构建。难怪乎法国著名民法学家菲利普·马洛黑（Philippe MALAURIE）和洛珩·埃奈斯（Laurent AYNES）会在他们2005年版《民法》系列丛书《财产》一书的封底写道：“财产权利是一项有关财富的权利。如果没有财产权利，就既没有自由也没有繁荣。但若过分强调财产权利，这几乎是不可避免地将降低人的价值；从可持续发展来看，西方的未来在于智慧财产权和非物质财产权；财产权利的学者试图找到符合可持续发展规律和生态规律的财产权利制度，这并不太容易，但也并非是咬文嚼字的空想。”〔26〕

---

**Abstract:** Based on the idea of public right, our employee's invention property right distribution system is absolutely unilateral. It violates legal principles and economic rules, bruises the invention enthusiasm of inventors and blocks up the progress of our science and technology. All the tendency of our "giving preference to employer", the American principle of "giving preference to employee" and the "eclecticism" of France have defects of partiality. The way of distributing such property right should be classified, and a new system should be constructed based on the account of investment and centered on property right co-ownership and risk co-burden.

**Keywords:** employee's invention, office's invention, the attribution of right

---

---

〔26〕 Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, *DROIT CIVIL 2004—LES BIENS, DEFRENOIS*, Paris, p. 7. "Le droit des biens est celui de la richesse. Sans propriété, ni liberté, ni prospérité. Mais dès que la propriété est démesurée, elle dégrade presque fatalement la personne. L'avenir de l'Occident se trouve dans les propriétés intellectuelles et l'immatériel, en perpétuelle évolution. Le droit des biens essaye de trouver la voie de l'écologie et du développement durable, non sans mal ni beaucoup de verbalisme."