

我国国防专利权归属与行使制度分析

张艳丽

(北京理工大学 法学院, 北京 100081)

摘要: 国防专利不仅是专利制度的重要组成部分,同时也是国防科研和生产管理的重要内容。我国立法对国防专利权概念模糊,专利权归属不明,长期存在国防专利权无法充分行使和利用等问题。我国新修《专利法》2009年10月1日实施,新的“专利法实施条例”也即将出台,“国防专利条例”也应当加以完善。在此过程中,明确我国国防专利权的归属,平衡国家和专利权人利益,将有利于我国国防专利权的行使与利用。

关键词: 国防专利权;归属;行使

中图分类号: D923.42

文献标识码: A

文章编号: 1009-3370(2009)06-0005-04

一、国防专利权概念及特征

到目前为止,我国《专利法》中只有保密专利的概念,而没有国防专利的概念,国防专利是从保密专利衍生而来的^①。国防专利一词只是出现在我国国务院《专利法实施细则》第8条和《国防专利条例》第6条中^②。依理而言,国防专利权应当属于专利权,是知识产权的下位概念。专利权是根据法律授予的一种独占权,或者是根据法律授予的一种排他性权利,除了法律规定以外,他人未经专利权人的同意,不得实施专利权人的专利。专利权最终保障专利权人排他性的实现法律认可的特定经济利益,这种特定经济利益一般表现为一种大规模的商业利益。根据国防专利应当属于专利权的前提,必然推定出国防专利权也是一种独占、排他的无形财产权,是一种私权。

但是,国防专利又与国防和军队建设相关,在形式上需要保密,所以,国防专利权是根据专利法和相关法律,对涉及国家利益以及对国防建设具有潜在作用,需要保密的发明专利申请授予的独占性财产权。与一般专利权相比,国防专利权有以下特殊性:

(1)国防专利权的主体多为国防科研机构及其科研人员。国防专利权的主体究竟包括哪些?一般专利权的主体可以是多元的,可以是自然人、法人单位、非法人单位、组织和国家,但是,国防专利不仅关系到武器装备的生产销售和使用,更关系到国家的

稳定与国防的安全,因此,很多国家都对国防知识产权科研机构及其科研人员实行准入制度,在多数情况下国防专利的发明和创造主体是长期和专门从事国防性质工作的国防科研机构及其工作人员。

(2)国防专利权的客体一般只限于发明,不包括实用新型、外观设计等。一般专利权的客体有很多种,包括发明、实用新型、外观设计、职务专利等^③。同时,国防专利权的客体所指的发明也不是所有的发明,而是涉及国家利益或者对国防建设具有潜在作用,并且需要保密的产品,其产业化后形成的产品多为武器装备性军品。对于需要保密的,涉及国家利益或国防建设的具有潜在作用的国防专利权客体范围,各国不同规定^④。例如,《俄罗斯专利法》^⑤规定:国防专利包括:涉及武器装备、军事技术、侦察和反间谍领域的方法及手段的保密发明专利申请,以及规定保密级为“秘密”的发明专利申请。

(3)国防专利权内容受到限制。一般专利具有较强的排他性或独占性,专利权属于专利权人所有,非经权利人许可,其他人不得利用。对国防专利权,其独占性的限制较多,国家对国防专利权实施和转让有一定的干预。其次,在地域上,一般专利可以在授权或注册国家范围内有效,而国防专利考虑到国家安全,对其地域性严加限制,不可突破一国或地区范围。

(4)国防专利权产生和转移的保密性。由于国防

收稿日期: 2009-09-04

作者简介: 张艳丽(1963—),女,副院长,副教授,法学博士。E-mail: zhangyanli@263.net

①参见我国新《专利法》第4条:申请专利的发明创造涉及国家安全或者重大利益需要保密的,按照国家有关规定办理。

②参见我国《专利法实施细则》第8条:发明专利申请涉及国防方面的国家秘密需要保密的,由国防专利机构受理;国务院专利行政部门受理的涉及国防方面的国家秘密需要保密的发明专利申请,应当移交国防专利机构审查,由国务院专利行政部门根据国防专利机构的审查意见做出决定。《国防专利条例》第6条:被授予国防专利权的单位或者个人可以向国防专利机构提出变更密级、解密或者延长保密期限的书面申请。

③《俄罗斯专利法》第六章第302条之1规定:对于规定保密涉及级为“机密”或“绝密”的保密发明专利申请,涉及武器装备、军事技术、侦察和反间谍领域的方法及手段的保密发明专利申请,以及规定保密级为“秘密”的发明专利申请,按照其业务归口向俄罗斯联邦政府授权的联邦执行权力机构提交专利申请。其他保密发明专利申请向联邦知识产权执行权力机构提交。

专利权客体属于国防性质的发明创造,所以,与一般专利申请不同,国防专利申请之前、申请后的审查中,被确认后的维持和应用过程中,一般都处于保密状态。世界各国对国防专利权的取得和确认一般都采取特殊程序:①受理条件特殊,国防专利权的发明必须是与国家利益或国防建设有潜在作用的发明创造。②审批过程不公开。③受理部门特殊,申请国防专利权必须有国家法定特殊部门受理,一般是特设的国防专利部门。④代理机构特殊,申请国防专利权一般要委托由国防专利机构制定的代理机构代理。

二、我国国防专利权归属与行使制度及存在问题

自1979年起草《专利法》时开始酝酿建立国防保密专利制度,我国国防专利制度历时20多年。2009年10月1日实施新修改的《专利法》,相关的《国防专利条例》也应随后完善。

涉及国防专利权的法律规定包括:①全国人大及常委会制定的法律,《专利法》、《合同法》、《对外贸易法》、《国防法》、《保密法》等。②国务院制定的行政法规。包括《国防专利条例》、《国防专利实施细则》、《保守国家秘密法实施办法》等。③中央军委及解放军总装备部制定的有关武器装备的军事法律法规中涉及国防专利权内容,以及原国防科工委制定的部门规章和规范性文件和其他部委制定的涉及国防专利权的部分。例如,《国防科工委关于加强国防科技工业知识产权工作的若干意见》、《国防科学技术奖励办法实施意见》等。总的来讲,我国已初步形成了国防专利权法律制度和理论体系,但是,由于国防专利权的涉密性、国家安全、国家利益、国家投入、计划经济等特殊因素,造成我国国防专利与普通专利不同,国防专利权益与国家安全利益的保护存在矛盾,专利权的归属和行使方面都存在的问题^[24]:

1.“国有模式”造成国防专利权归属不清楚

目前,对于国防专利权主体范围有几种观点:一是国防专利权归国家所有,国家是国防专利权唯一主体^[9];二是国防专利权主体与一般专利权主体范围一样,包括个人、法人、非法人组织和国家。很明显,单一的“国有”模式已经不符合目前实际,国防专利权主体应当是多元的,存在的问题是:对于国家投资的国防研发项目中产生的国防专利是国有还是单位所有?如果国防专利属于“国有”,其具体执行主体又是谁?

(1)是“国有”还是单位和个人所有?法律、法规、政策不协调。《国防法》第37条出于维护国防利益考虑,规定:“国家为武器力量建设、国防科研生产和其

他国防建设直接投入的资金、划拨使用的土地等资源,以及由此形成的用于国防目的的武器装备和设备设施、物资器材、技术成果等属于国防资产。”同时,国防资产是归国家所有,等于确定了由国家直接投入资金形成的用于国防目的的技术成果也归国家所有。此条规定与《合同法》第339条关于“委托开发完成的发明创造,除当事人另有约定以外,申请专利的权利属于研究开发人”的规定相矛盾,同时,也与新《专利法》第8条:“一个单位或者个人接受其他单位或者个人委托完成的发明创造,除另有协议的以外,申请专利的权利属于完成或者共同完成的单位或者个人”的规定不协调。在部门法规和政策层面上,国务院和中央军委1987年的《武器装备研制暂行办法》第15条规定:“研制武器装备的技术成果归国家所有”,规定了单一的“国有”模式。而2002年由科技部和财政部颁发的《关于国家科技计划项目研究成果知识产权管理的若干规定》第1条:“科研项目成果及其形成的知识产权,除涉及国家安全、国家重大利益和重大社会公共利益以外,国家授予科研项目承担单位。”此条“例外”规定又与单一“国有”模式”矛盾。2003年,由原国防科工委发布的《国防科工委关于加强国防科技工业知识产权工作的若干意见》第18条规定:“执行国家国防科技计划项目形成的智力成果的知识产权,属于完成单位。但以保证国家安全或者重大利益为目的,并由合同明确约定的除外。”此条规定确定了“合同约定原则”,但是,在实践中,由国家投资的研发项目,发明创造或完成者的权利主体地位仍然难以保证。以上法律、法规、政策的不协调规定,造成国防专利权究竟是国有还是单位或个人所有权属不明,以至于实践当中有时归属不清。

(2)“国有”国防专利权具体执行主体缺位。国家能否作为国防专利权的主体?如果确实存在国家行使“国防专利权”的情况,那也一定是由特定的法人或非法人组织具体执行,因为现行法律没有规定所谓“国家”的主体地位,法律当中空泛的“国家所有”并没有特别规定代表国家行使专利权的主体。名义上的国家所有,而实际上可能还是由承担单位所有,这样就使得“国有”国防专利权存在责权利不明的情况。“国有”的国防专利不仅挫伤了承担和完成单位和科研人员将科技创新和成果转化的积极性,而且可能出现对“国有”国防专利谁都不管的现象,造成国有资产流失。无法明晰的“国有”模式,是造成国防专利权归属问题复杂化的主要原因。

2.国防专利权得不到充分行使

一般专利权独占性的充分行使包括两个方面:

一是除法律另有规定之外,专利权人有权阻止其他任何人实施其取得的专利发明创造;二是专利权人可以许可其他人实施其专利发明创造,以获取经济利益。国防专利权也应当是一种独占权,但是,因为国防专利权的特性和国家利益的需要,国防专利权的行使受到一定限制。

(1)无权阻止国家主管部门的指定他人实施和使用专利权。《国防专利条例》第22条规定:国务院有关主管部门、中国人民解放军有关主管部门,可以许可其指定的单位实施本系统或者本部门内的国防专利。这种指定实施不一定要经过专利权人同意,其强制性比《专利法》规定的普通专利强制许可要强,实际上是否定了国防专利权人阻止其他任何人实施其取得专利的权利。

(2)自己实施专利需要获得审批。国防专利权人许可国外单位或个人实施其国防专利的,应当确保国家秘密不被泄漏,保证国防和军队建设不受影响,并且向国防专利机构提出书面申请,由国防专利机构初审后,及时报送国务院国防科学技术工业主管部门、总装备部审批^①。有一些特殊的国防专利,还必须由国家特别授权部门实施,例如,私人或一般企业制造枪支是违法的,新式武器发明或制作武器新方法在取得专利后,只能单独许可给国家指定的国防企业实施。

(3)转让权受到一定的限制。国防专利申请权和国防专利权只可以向国内的中国单位和公民转让,禁止向国外的单位或者个人及国内的外资企业和外国人转让。同时,国内的转让也要经过上级主管部门的批准^②。

(4)不能得到指定或许可使用费用^③。国防科技项目合同完成方不能得到充分的经济补偿和产权分享。军方不允许完成方在转让合同使用权用于武器装备时收取使用费。完全限制了完成者得到经济补偿可能。尤其是实施上级拨款完成的发明专利,权利人几乎得不到使用费^④。

(5)专利权转化和运行机制不良^⑤。国防专利发展趋势是增加对民用技术和民间商业的依赖,我国目前未能合理地解决国防专利与普通专利制度衔接与转化问题,其中,解密程序可操作性不强是其主要原因。《国防专利条例》涉及了国防专利的解密,但是,没有建立完备的国防专利解密程序,对于国防专利的解密原则、标准、程序、审查机构等没有进行规定,这直接影响了国防专利解密工作的开展,有碍于

国防专利向民间转移,长期的保密状态损害了发明人的积极性和利益。专利成果的转化多依赖行政命令,缺乏自主性和自发性,同时,国防专利转化缺乏市场机制。

三、我国国防专利权归属与行使制度的完善

如前所述,我国国防专利权的归属与行使,受到我国计划经济体制、上级主管机关、国家政策等因素的影响和干扰。要明确国防专利权的归属,并使其得到有效行使,应当完善以下制度:

1.在专利法中确定国防专利地位,明确国防专利权概念

首先,要在专利法中规定国防专利,明确国防专利权的概念。国防专利是专利法律制度的重要组成部分,国防专利权对于国家安全和国民经济建设起着重大作用。而我国现行修订的《专利法》中只是少数几个条文涉及保密专利,并没有明确国防专利概念,国务院的《专利法实施细则》和《国防专利条例》属于法规系列,法律阶位较低,不利于国防专利的保护。建议参照《俄罗斯专利法》的做法,将国防专利内容在专利法中单独列章规定^④。另外,要在《国防法》、《保密法》中增加有关国防知识产权地位、国防知识产权定义、管理机构、侵犯国防知识产权的法律责任等内容,便于国防知识产权的保护和实施。

2.协调国防专利权归属有关法律^⑥

如前所述,国防专利法律制度和我国目前其他现行法律存在冲突和矛盾,例如与《合同法》、《对外贸易法》、《保密法》之间的矛盾。我国新的《专利法》第6条已经适用了“合同优先原则”,即“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。”所以,对国防专利权利归属与《合同法》和其他法律的协调,建议在新修订《专利法实施条例》和《国防专利条例》中作配套的完善和规定,以利于国防专利权责权利明晰。

3.确立国有国防专利权执行机构

如前所述,根据《国防法》规定,由国家直接投入资金形式用于国防目的的技术成果归国家所有,但是,应当明确由哪个具体的国家机构代表国家所有和行使国家国防专利权。建议参考《俄罗斯联邦专利法》经验,确立专门的国有国防专利权执行机构——独立的法人实体,代表国家行使国防专利的各项权利。俄罗斯联邦司法部下成立了“为军用、专用和两

①参见《国防专利条例》第24条。

②参见《国防专利条例》第7、8条。

③参见《国防专利条例》第25条。

④参见2003年《俄罗斯联邦专利法》第六章新增的保密专利管理内容。俄罗斯保密专利包括国防保密专利和普通保密专利。

用智力活动成果提供法律保护的联邦局”专门处理俄罗斯联邦所有的智力活动成果有关的事宜。国有国防专利权执行机构的主要职责是:行使国防专利权及其产业化的支配权;对专利权提供法律保护;签署许可国防专利权产业化合同;行使部分国防专利权所有权继承人的职能等。

4. 确立国防专利权的归属原则

如前所述,我国新的《专利法》第6、7、8条和其他相关的法律法规政策已经对单一国家所有模式有所调整和改正,很多规定已经明确国防科技计划项目虽然由国家出资,但是,其成果应当属于完成单位和个人。因此,在将《国防法》与《专利法》和《合同法》相协调基础上,关于国防专利权的归属应坚持一个原则:有约定的应当首先考虑合同约定,对于约定不明确或没有约定的,一般来讲,其专利权应当属于具体完成项目的单位、个人所有。除了为了国家安全和重大利益,法律另有规定的除外。这些合同约定包括:委托开发、合作开发、职务开发等约定。

5. 限制国家对国防专利的权力范围

如前所述,国家对国防专利权的干预不可避免,但是,从保护国防专利权人利益角度出发,法律要在国家利益和权利人利益方面寻求平衡。国家对国防专利的权力范围不应当扩张,应当受到必要的限制。一般来讲,其固有的权利应当包括:指定使用权、监督权和外贸管制权。尤其是要限制国家指定使用权。国家有权指定其他单位为了国防目的使用专利权,但是,这种使用不应当是无偿的,而应当给与专利权主体使用或补偿费用,同时,这种指定只能是特殊情况下为了国家和国防利益为前提条件。立法也应当为这种强制使用设立严格的程序,提出申请被批准以后方可实施,同时,为保护国防专利权人利益,必须规定相配套的行政和司法救济措施。

6. 保障国防专利权人获得使用费

国防专利权人的利益,最为重要的是获得使用人支付的专利使用费。我国《国防专利条例》第25条规定:实施使用国家直接投入的国防科研经费或者其他国防科研经费进行科研活动所产生的专利,符合产生该国防专利的经费使用目的的,可以只支付必要的国防专利实施费。由此可见,享有国家投资的国防专利权人,其专利使用费的权利得不到充分保障。应当清楚,国家投入的经费只是给专利权人提供了必备的科研条件,其不应当属于专利使用费的构成,既然承认国防专利权人的专利地位和权利,在不涉及国家安全和保密情况下,就不应当剥夺专利权

人的合法收益权,与一般专利一样,国防专利也应当贯彻有偿使用原则。

7. 建立和完善对国防专利权人的补偿制度

如果对国防专利权的限制是必然的,例如,为了保密制度,国防专利权人不能像一般专利权人一样,随意自己实施专利、许可他人使用或转让其专利,那么,国家就应当给与此类专利权人一定的经济补偿。其补偿的原则应当是:实施限制与补偿协调一致,这样才能保证国防专利发明人的积极性。我国《国防专利条例》第27条虽然规定了对国防专利权人的补偿制度,但是,存在的问题是:补偿制度的法律位阶低,效力不高;只进行一次性的补偿;权利人对补偿数额不服时,没有相应的救济措施和程序;《国防专利补偿办法》等级评定、金额确定等规定已不合时宜。建议:在专利法中明确国防专利补偿制度,并在实施细则或条例中加以规定;同时,建立对专利补偿制度配套的行政和司法救济程序。

8. 建立和完善国防专利权的司法救济制度

获得司法救济是任何权利主体应当享有的宪法权利,国防专利权人也不例外。《俄罗斯专利法》第30条和《德国专利法》第50条都规定了国防专利权人享有司法救济权,权利人在一定期限内可向法院起诉。国防专利可能产生民事纠纷和行政纠纷,在我国目前国防专利制度下,更需关注的是对国防专利行政纠纷的司法救济。这种司法救济主要包括:对国防专利机构保密、解密决定、复议决定、宣告专利无效决定等不服的司法救济;对国防专利权实际利益损失的司法救济,例如,专利权人对不服补偿费用的司法救济。

9. 建立国防专利侵权的例外规定

专利侵权一般是在侵权人知道专利权利存在,而故意实施的对专利权的侵犯行为。但是,由于国防专利的保密性,在很多情况下,行为人可能并不知晓国防专利的存在,从而实施和使用了专利。对此,为了充分保护国防专利权人经济利益,《俄罗斯专利法》规定:不知道,在合法的基础上也无法知道这种发明专利存在的人使用授予专利权的保密发明,不视为侵犯保密发明专利权人的独占权。但是,当发明解密之后或专利权人告知此人这种发明专利的存在,此人应当终止使用授予专利权的发明,或与专利权人签订许可合同^①。此条规定考虑到了国防专利保密性给国防专利权人利益带来的冲突,为了充分保护国防专利权人利益,建议我国专利立法建立国防专利侵权的例外规定。

(下转第18页)

^①参见《俄罗斯专利法》第30条,保密发明的独占权之5的规定。

参考文献:

- [1] 郑允展,钟育周,等. 广东省广州市中级人民法院(2008)穗中法刑二重字第2号刑事判决书,2008-03-31.
- [2] 李飞. 许霆案之法律症结与肯要, http://www.fatianxia.com/blog_list.asp, 2008-04-23.
- [3] 刘明祥. 在ATM机恶意取款不应定盗窃罪[OL]. <http://www.criminallaw.com.cn/article/default.asp?id=1547>, 2008-04-22.
- [4] 张明楷. 刑法学[M]. 法律出版社, 2007: 735.
- [5] 赵秉志. 刑法新教程[M]. 中国人民大学出版社, 2001: 670.
- [6] 李金明. 刑法[M]. 中国政法大学出版社, 2008: 235.
- [7] 宗禾. 许霆案重审控辩五大交锋[OL]. http://www.yangtse.com/gn/200802/t20080223_412029.htm, 2008-04-22.
- [8] 张东锋. 国外有人恶意取款13万英镑被判1年[OL]. http://www.gznet.com/news/society/shwx/200712/t20071221_423997.html, 2008-04-22.

An Analysis of Xu Ting Case in the View of Criminal law

LI Jin-ming

(School of Law, Beijing Institute of Technology, Beijing 100081)

Abstract: Xu Ting's behavior that he use the banking failure of ATM to remove excessive cash wantonly does not constitute embezzlement, nor a credit card fraud, but a theft. Because, Xu Ting, subjectively with illegal possession of purpose, objectively transferred the bank funds to his own peacefully, his behavior is viewed as a phenomenon of "theft of financial institution and the amount especially greatly". But owing to the great temptation of money caused by the bank's fault, the possible anticipation of Xu Ting's choice to remove excessive cash is reduced greatly. Therefore, Xu Ting's subjective malignant degree is lower than average. According to paragraph 2, article 63 of the Criminal Law, punishment on Xu Ting should be mitigated. However, mitigation of punishment can only be made below the statutory minimum sentencing range, and should not mitigate willfully.

Key words: crime of theft; theft of financial institution; mitigation of punishment

[责任编辑:箫姚]

(上接第9页)

参考文献:

- [1] 刘春田. 知识产权法[M]. 北京:高等教育出版社, 2000:152.
- [2] 吴海斌. 国防专利法律制度研究[D]. 南京理工大学硕士学位论文, 2007.
- [3] 桂立昌,李建成. 国防知识产权概念的探讨[J]. 中国国防科技信息, 1997(3):52.
- [4] 曾慧. 我国国防知识产权交易制度分析[J]. 经济问题探索, 2007(12).
- [5] 徐治立,陈海秋. 国防科技知识产权配置策略[J]. 山东科技大学学报(社科版), 2008(6).
- [6] 陈昌柏,任自力. 国防科技工业知识产权归属与分享政策研究[J]. 科技与法律, 2002(4).

On the System of Adscription and Exertion of the National-Defense Patent Right in China

ZHANG Yan-li

(School of Law, Beijing Institute of Technology, Beijing 100081)

Abstract: The National-Defense Patent Right is not only an important part of the Patent Right System, but also the significant content of the National-Defense research and production management. In China's legislation, the concept of the National-Defense Patent Right is obscure, the adscription of patent right is not clear, and the National-Defense Patent Right can not be taken full advantage of, which is a long-standing problem. In October 1st 2009, the new Patent Law has been put into practice in China, a new "patent right enforcement regulation" is also forthcoming, and "the National-Defense Patent Right regulation" should be improved. During this process, making adscription of the National-Defense Patent Right in China and balancing benefits between nation and patent holders will be in favor of the exertion and use of the National-Defense Patent Right in China.

Key words: the national-defense patent right; adscription; exertion

[责任编辑:孟青]