

# 谈谈

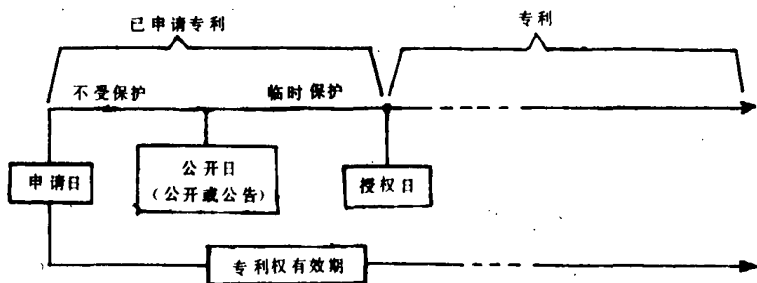
## 已申请专利技术的转让

胡继海

● 对策论坛

随着专利法的实施,大量已申请专利技术进入技术市场。据统计,从1985年4月1日至1988年11月31日止,全国申请专利共89009件,而授权的只有19826件,可见其77.7%属已申请专利。因此研究和探讨已申请专利技术在技术贸易中的有关问题,具有现实意义。

### 一、已申请专利的概念



已申请专利法律保护示意图

一项专利发明提出专利申请,其审查、确定一般都需要一段时间,通常称这段时间内的发明创造为已申请专利。已申请专利也泛指已申请专利技术。

### 二、已申请专利的法律特征

已申请专利处在一种特定的法律状态之中,即正在确定之中。法律不保护从专利申请到公开阶段的专利技术,而专利申请公开后可受到法律的临时保护。(见示意图)

由于目前我国专利知识不普及,在许可贸易中,许多人误以为取得专利申请号,确定了申请日的就是专利,就受到专利法的保护,这是一种错误的理解。

### 三、已申请专利的转让贸易

已申请专利的转让贸易指转让使用或实施已申请专利技术的一种交易,它与专利许可贸易有本质的不同。前者的技术不是专利,其技术拥有者是否对该技术拥有独占实施权尚在确定之中,而后者是专利技术,其技术的拥有者对该技术拥有独占实施

的权力,这种权力受到法律保护。

1 为什么允许转让和实施已申请专利技术

①能使发明创造尽快地转化为生产力,促进科技进步和经济发展。

②专利申请人可尽早地获得经济补偿。

③可在有效的法律保护期内获取更大的经济效益。

2 已申请专利技术转让贸易中的风险及对策

在转让贸易中,风险对于双方都是存在的。

先谈谈出让方的风险及对策:

①已申请专利技术“抢先公开”,可能造成被他人无偿实施或使用的后果。在申请实用新型和外观设计专利中,有的产品结构简单,有的配方和方法没有什么技术诀窍,这样的技术在转让贸易中一旦抢先公开,其技术就容易被他人无偿使用,发生这种情况,申请人没有权利向对方索取使用费。这不但给申请人带来损失,甚至影响申请人获得专利权后的实施许可。例如,一项取得了专利号不久的“农药配方”,其发明人在交易会上大量散发其配方资料,并向公众详细介绍配制方法,这种作法纯属冒险。

因此,出让已申请专利技术时,出让方应认真考虑,避免被他人仿制或无偿实施。可采取的措施是:对那些形状、结构及结合不复杂的产品,不宜过早地参加技术转让贸易或展示

实物：申请了发明专利，对其中某些比较简单的技术方案，没有隐藏着技术诀窍的方法、配方的技术发明，也不宜过早地进行技术贸易或抢先公开其技术发明内容，最好等待申请公开或授予专利权后再进行转让贸易。

② 出让已申请专利技术可能会影响专利权的取得，或者失去选择更好保护形式的机会。当申请人在专利申请公开前，准备主动撤回申请后重新提交申请；或在申请专利的说明书中补交附图而须改变申请日；或专利申请被驳回，须修改后重新申请；如果这些情况均发生在向公众公开该技术之后，就会导致其技术发明新颖性的破坏，而影响专利权的取得。此外，当申请人认为采用技术诀窍更有利时，但由于向公众公开了发明内容，而失去选择这种保护形式的机会。

为避免上述情况发生，专利申请人在进行技术贸易前，应注意三个问题：一是尽可能在专利局公开专利申请后参加技术贸易；二是如果要在专利局公开前进行技术贸易，则出让方不要详细透露技术发明内容，即使签订转让合同，也应在合同中订立有关保密条款，约定受让方对受让的技术严格保密。三是选择好保护其技术发明的形式，如果考虑要改用技术诀窍的形式，就不要在专利局公开专利申请前匆忙进行技术贸易或公开自己的技术发明。

③ 出让已申请专利技术可能导致侵犯他人专利权或其他技术所有者的权益。我国专利保护采用的是先申请原则。在我国，申请实用新型专利和外外观设计专利，都没有关于新类型检索的严格规定。因此对已申请专利技术，是否有人在先申请，是否是已有技术，都不得而知，所以申请人在申请专利未公开前转让技术，很可能导致侵犯他人先申请的专利权，也可能导致侵害其他技术所有者的权益。

针对以上情况，出让方在进行已申请专利技术贸易时，应进行认真的查新检索，对那些新颖性可靠，“三性”较强的已申请专利可考虑进行技术贸易，而那些新颖性把握不大的，应根据专利局审查情况决定，避免侵犯他人专利权和其他技术所有者权益。

再谈谈受让方的风险及对策：

① 受让已申请专利技术可靠性差、盲目性大。由于已申请专利没有经过审查、确定，其技术可行性和可靠性相对专利技术和技术诀窍差。如一项只完成了发明构思的“水动力汽车”专利申请，其生产技术即使在实验室里获得了成功，但还存在一个工业化生产问题。如果受让方没有全面了解这些技术发明的详细内容和技术的完善程度，盲目受让这

类已申请专利技术，就可能导致实施该技术的失败。

为此，受让已申请专利技术应选择技术成熟、工艺可靠、性能稳定的技术。但对一些确有经济效益的已申请专利技术，在做好工业化生产可行性分析的基础上，也可受让实施。因此项技术一旦获得专利权就可大规模实施，从而获得较大经济效益。另外可选择那些“短平快”的已申请专利技术进行交易和实施。

② 受让的已申请专利技术可能是一般技术或“三性”（新颖性、创造性和实用性）不强的技术，有的还可能是申请人无意重复了他人的研究成果，有的甚至可能是他人技术的改头换面。另外有些已申请专利技术可能最终未被授予专利权，使受让方面临许多竞争对手，使生产经营受到损失，并因支付使用费而吃亏。

针对这一情况，受让方在进行已申请专利技术时，应多做调查研究，特别注意受让那些“三性”强的技术实施。应首先选择那些隐含着技术诀窍的、开发前景大的已申请专利技术实施，对这类技术，即使没有授予专利，但由于实施该技术须得到相关的技术诀窍，因而不易形成多家无偿使用的局面。同时对已申请专利的新颖性、创造性、实用性进行调查了解，分析研究，以确定其使用、实施价值。要特别警惕是否是他人技术的改头换面。在受让国外这类技术时，更要格外注意这方面工作，避免吃亏上当。

③ 受让已申请专利技术，可能被卷入纠纷之中。在专利申请公开前，申请专利的发明创造是否是共同发明，是否是非职务发明都不十分清楚。在这种情况下，一旦发生纠纷，受让方将被卷入，势必影响该合同的履行，甚至使受让方的利益受到损害。

为避免以上情况，在进行技术交易时，受让方在取得了有关部门的证明和确认后，再签订技术转让合同。

④ 受让已申请专利技术容易受让“假冒专利技术”、“侵权技术”和“专利未获批准的技术”，而使受让方吃亏。在技术贸易中，部分交易的双方常把已申请专利作为专利技术进行交易，并反映到技术转让合同中。其原因是对专利知识缺乏了解，但也有少数人假冒专利，使受让方吃亏。

因此，在已申请专利技术转让中，受让方应注意签订好技术转让合同。例如在合同中规定，不能将已申请专利技术作为专利技术进行交易；对是否假冒专利要作出担保，对能否批准专利问题在合同中约定处理条款，并约定与此相关的使用费标准及支付方式的相关变化。权力与义（下接第60页）