

发展与知识产权委员会(CDIP)

第十届会议

2012 年 11 月 12 日至 16 日, 日内瓦

有关多边法律框架中专利相关灵活性的未来工作

由秘书处编拟

1. 2012 年 5 月 7 日至 11 日举行的发展与知识产权委员会(CDIP)第九届会议讨论了文件 CDIP/9/11。针对该文件第 2(c)段, 委员会讨论了关于专利相关灵活性方面的未来文件中可能加以触及的四个主题。
2. 委员会请秘书处提供关于上述四项主题的信息, 并请成员国于 2012 年 8 月 31 日之前提供其评论意见。
3. 本文件载有所要求的信息和成员国提供的评论意见。
4. 请委员会考虑本文件中所提供的信息。

目 录

引 言.....	3
一、有关专利法常设委员会关于四项专利相关灵活性开展的工作方面的信息.....	4
A. 有关从可专利性中排除植物的范围.....	4
B. 有关可专利性 or 从可专利性中排除软件相关的发明.....	5
C. 关于专利执法中的刑事制裁 (TRIPS 第 61 条)	6
D. 关于国家安全方面的措施 (即 “安全例外”)	7
E. 总 结.....	7
二、成员国于 2012 年 8 月 31 日之前提交的书面意见汇编.....	7
A. 白俄罗斯.....	7
B. 南 非.....	8
C. 美利坚合众国.....	13
D. 乌拉圭.....	13
E. 欧洲联盟.....	13
F. 发展议程集团.....	14
三、经讨论的两项灵活性的简要说明，即在专利执法中适用或不适用刑事制裁的灵活性 和与安全有关的措施 (即 “安全例外”)	18
A. 在专利执法中适用或不适用刑事制裁的灵活性.....	18
B. 与安全有关的措施 (即 “安全例外”)	18

引 言

1. 在于 2012 年 5 月 7 日至 11 日举行的发展与知识产权委员会(CDIP)第九届会议上,各成员国围绕发展议程建议 14 的讨论,对有关灵活性未来工作的文件 CDIP/9/11 进行了讨论。针对第 2(c)段,本委员会讨论了关于专利相关灵活性方面的未来文件中可能加以触及的四个主题。本委员会同意请秘书处提供关于上述主题的信息,并请成员国提供其评述意见。
2. 为回应委员会提出的请求,秘书处
 - (i) 请委员会各成员国在2012年8月31日之前就下列四项专利相关灵活性提交书面意见:
 - 从可专利性中排除植物的范围(TRIPS第27条);
 - 软件相关发明可专利性或排除可专利性方面的灵活性(TRIPS第27条);
 - 在专利执法中适用或不适用刑事制裁的灵活性(TRIPS第61条);
 - 可能导致限制专利权的与安全有关的措施(即“安全例外”)(TRIPS第73条);
 - (ii) 编拟现有文件,说明第(i)段中所列的四项与专利有关的灵活性已在专利法常设委员会(SCP)中得到处理,并就上文第(i)段中最后两点提供进一步说明。截止期限前成员国提交的评论意见表明,第(i)项已经被纳入。
3. 委员会就现有文件的讨论应为秘书处就关于专利相关灵活性的未来文件内容方面提供指导,特别是关于有待解决的灵活性方面。
4. 关于未来工作,特别是专利相关的其他灵活性列表,委员会商定,该列表应作为闭会期间磋商的议题,将于 2013 年举行的 CDIP 第十一届会议应就此作出决定。

一、有关专利法常设委员会关于四项专利相关灵活性开展的工作方面的信息

5. 应委员会的请求，秘书处继续对向 SCP 提交的文件加以分析，这些文件中曾提到在未来可能的专利相关灵活性方面的文件中拟开展研究的四项主题。本文件以下内容介绍了该项研究的成果。

A. 有关从可专利性中排除植物的范围

SCP/12/3 Rev. 2: 有关国际专利制度的报告

6. 这份《有关国际专利制度的报告》(以下简称报告)是由WIPO秘书处为专利法常设委员会(SCP)第十二届会议编拟的一份全面的文件，涵盖了国际专利制度相关的各个问题。在多个章节¹中对从可专利性中排除植物的范围这一问题加以讨论。

文件 SCP/12/3 Rev. 2 经修订的附件 II (SCP/18/2)

7. 文件SCP/12/3 Rev. 2 的附件II得到定期更新²，以提供全面的信息。该表格包含了各国关于规定从可专利主题中排除植物而无需对此类排除的范围作出说明方面的信息。

SCP/13/3: 题为“可专利主题应排除事项以及权利的例外与限制”的初步研究报告

8. WIPO秘书处所编拟的文件SCP/13/3 作为一项关于可专利主题的排除情况以及权利的例外与限制的初步研究报告提交给SCP第十三届会议。从政策目标和作用、国际法律框架³、以及国家和区域法律规定⁴的条款角度，对从可专利主题中排除的主题进行了全面的处理。

¹ 第 V(c) 章提到了《与贸易有关的知识产权协议 (TRIPS 协议)》第 27 条规定的可专利性基本标准以及可专利主题排除情况的优先清单。其指出，由各成员国来确定在其自身法律制度和实践内落实《TRIPS 协议》相关规定的适当方法，该协议为成员国提供了制定其专利制度的灵活性，因为该协议并未对诸如发明的定义之类的一些问题加以解决。第 VI(j) 章说明，《TRIPS 协议》第 27 条第 1 款原则规定，“任何发明”都是可专利主题，而各国立法中对术语“发明”的定义不尽相同，反映了各国的政策选择。因而，该章研究了各国如何在其适用法中对“发明”这一术语加以定义。针对这一背景，通过引用这些条款，列出了在《TRIPS 协议》第 27 条第 2 款和第 3 款中可专利性应排除事项方面的政策选择，包括从可专利性中排除植物。

同时，第 VI(m) 章告诉读者随着新技术的出现，专利法所面临的制度性挑战。该章还说明，在新技术领域，包括生物材料和转基因活体，以及采用软件的商业方法领域，可专利主题并非总是简单明了的。

² 最新更新的信息载于文件 SCP/18/2。

³ 在对现有国际规则进行分析时，该初步研究报告第 II(d) 章就诸如《保护工业产权巴黎公约》、《专利合作条约 (PCT)》和《TRIPS 协议》等国际条约如何来对可专利主题应排除事项、包括排除植物的问题加以解决作出说明。

⁴ 第 II(e) (iii) 章节题为“与动植物有关的发明”，对动植物相关的可专利主题应排除事项方面的国家和区域法律加以概览，包括对此类排除情况的范围加以分析。

SCP/15/3: 有关可专利主题应排除事项和权利的例外与限制的专家研究报告

9. 该研究报告针对各国和区域法律所规定的各类排除事项和例外情况开展了全面的分析和讨论，包括对此类排除/例外的国际框架的分析。从可专利性中排除植物以及其他生命形式的问题已在该文件名为“生物技术”的附件III中得到解决，该附件由Denis Barbosa和Karin Grau-Kuntz两位教授编撰。这两位作者同时还对《TRIPS协议》第27条所规定的排除事项进行了研究，对各国和区域法律中规定的涉及到人类、动物和植物的各类排除事项进行了调查，并对专利和植物品种权利两种制度之间的复杂关系进行了探讨(譬如针对农民的例外情况方面(即农民特权))⁵。

10. 由Richard Gold和Yann Joly两位教授编写的研究报告附件VI第II章对可专利性排除事项如何对研究产生影响加以应对。因而，已针对国际法律框架 - 特别是《TRIPS协议》第27条、区域协议和国家法律开展研究，包括植物、植物新品种和制造植物必需的生物工艺方面的排除事项相关的规定和判例法。

SCP/16/3 Rev.: 有关专利权例外与限制的调查问卷草案; SCP/17/3: 有关专利权例外与限制的调查问卷的反馈; 以及 SCP/18/3: 调查问卷反馈概览

11. 关于调查问卷的第一部分，向SCP提交了73份已完成的反馈意见，每份反馈均表明适用法律是否将植物从可专利性中排除出去，如果是，那么这种排除的范围如何。

SCP/14/4 Rev. 2: 题为“技术转让”的初步研究报告

12. 该初步研究报告主要对技术转让问题加以解决。针对这一背景，其对诸如政策挑战、专利制度在技术转让中的作用、法律框架和专利制度中技术转让方面可用的灵活性等各类问题进行了研究。因而，第VII(d)(i)章简要地指出，目前的国际框架提供了将某些技术排除在可专利主题之外的灵活性，由于这些灵活性，许多国家将植物、动物或计算机程序排除在可专利主题之外。

B. 有关可专利性或从可专利性中排除软件相关的发明

SCP/12/3 Rev. 2: 有关国际专利制度的报告

13. 在该报告第VI(j)章中针对术语“发明”的范围所开展讨论的框架内，其指出各国法律在该术语方面的差异之一在于，在大多数国家，发明的概念包括某种形式的技术特征或技术概念，而在另一些国家，技术性并不是可专利主题的一项要求⁶。

⁵ 此外，附件I第I.B章中，Lionel Bently教授在第I章B部分提供了排除事项和国际与区域标准化的历史发展有关的看法。因而，他对《TRIPS协议》第27条第1、2和3款进行了分析，并就国家和区域法律标准化方面的条款中规定的各项灵活性的效力作出结论。

⁶ 关于采用软件的发明，除了现有文件第4段所提出的观点以外，第VI(m)章还提供了关于软件的专利保护对该领域竞争的效用以及开源模式开发的讨论情况。

文件 SCP/12/3 Rev. 2 经修订的附件 II (SCP/18/2)

14. 附件II中的表格包括了从可专利性中排除软件相关发明的国家有关的信息⁷。

SCP/13/3: 题为“可专利主题应排除事项和权利的例外与限制”的初步研究报告

15. 除了现有文件第(8)段所提出的观点之外,在对有关排除事项的现有国际规则的分析中,PCT 不允许国际单位(国际检索单位或国际初步审查单位)对某类主题不进行任何国际初步审查和国际检索,这些主题包括该国际单位不具备条件来针对此类程序检索现有技术或开展国际初步审查的计算机软件。

SCP/15/3: 有关可专利主题应排除事项和权利的例外与限制的专家研究报告

16. 软件相关发明的可专利性主要在本文件题为“计算机软件作为可专利主题排除事项”的附件 II 中加以解决,该附件 II 由 Brad Sherman 教授编写。该作者同时还对从可专利主题中排除计算机程序的理由进行了审查,对这类计算机程序和使用计算机的发明的特性进行了研究,并对各个不同的司法管辖区用于从可专利主题中排除计算机程序的各种模式进行探索。此外,第 I.B 章中,Lionel Bently 教授解释说,尽管第 27 条规定了一项义务,需要使专利覆盖到所有技术领域,但是“技术”这一术语并未加以明确。因而,作者对是否能够根据某些主题是“科技的”、“技术的”或“发明”来将某些主题从可专利性中排除出去这一问题进行了研究,并就《TRIPS 协议》该项条款应如何得到解读提出了自己的看法。

SCP/16/3 Rev.: 有关专利权例外与限制的调查问卷草案; SCP/17/3: 有关专利权例外与限制的调查问卷的反馈; 以及 SCP/18/3: 调查问卷反馈概览

17. 调查问卷的反馈表明适用法律是否将软件相关发明从可专利性中排除出去,如果是,那么这种排除的范围如何。

SCP/14/4 Rev. 2: 题为“技术转让”的初步研究报告

18. 触及到该问题的章节是第 VII(d)(i)章“可专利主题的排除事项”。

C. 关于专利执法中的刑事制裁(TRIPS第 61 条)

19. SCP尚未对该问题加以讨论。但是,在向执法咨询委员会提交的一些文件中提到了这项内容⁸,尽管这一问题尚未得到具体处理,且并未对执法的政策选择加以解决。

⁷ 此外,文件 SCP/12/3 Rev. 2 的附件 II 提供了关于将数学和/或方法和规则及智力活动方法排除在可专利主题之外的国家有关的信息。在不同的司法管辖区,这些术语的含义可能有所不同,因此在某些司法管辖区内,某些计算机程序可能被排除在外,因为其落入到这些术语的范围之内。

D. 关于国家安全方面的措施(即“安全例外”)

文件 SCP/12/3 Rev. 2 经修订的附件 II (SCP/18/2)

20. 附件 II 中的表格包括了从可专利性中排除核方法和/或产品的国家有关的信息。

SCP/13/3: 题为“可专利主题应排除事项和权利的例外与限制”的初步研究报告

21. 该初步研究报告的第 II(e) 章列出了许多国家中被排除出可专利主题的某些种类的主题。它还讨论了国家/区域法律所规定的这些排除事项的范围。该章节的第(iv)段题为“影响国家安全的发明”，该段宽泛地提到，在一些国家中，影响国家安全的发明、或更为具体地，涉及到核方法与产品的发明被排除在可专利主题之外。

SCP/15/3: 有关可专利主题应排除事项和权利的例外与限制的专家研究报告

22. 第 I.B 章节中，Lionel Bently 教授谈及《TRIPS 协议》第 73 条，他引用了该条款，并列出了规定核方法和/或产品相关的排除事项的国家。

E. 总结

23. 总而言之，SCP 已部分地对所建立的前两条灵活性加以处理，而后两条灵活性则完全未得到解决。

二、成员国于 2012 年 8 月 31 日之前提交的书面意见汇编

A. 白俄罗斯

24. 根据 2002 年 12 月 16 日的《白俄罗斯共和国发明、实用新型和工业品外观设计专利法》(下称 2002 年 12 月 16 日法)，不应以发明形式授予植物品种以法律保护。但同时，植物育种方法可作为发明来申请专利。

25. 此外，白俄罗斯共和国可在特别立法框架下 - 特别是 1995 年 4 月 13 日的《白俄罗斯共和国植物品种专利法》——对植物品种(种类)授予法律保护。根据该项法律，如果一项植物品种是新的、有区别的、不变且稳定的，那么其应得到法律保护。对一项植物品种的权利应得到国家的保护，并被授予专利证书。专利有效期应为自该品种进入白俄罗斯共和国可受保护植物品种国家注册系统之日起 25 年。对一项品种的法律保护的 范围应由白俄罗斯共和国可受保护植物品种国家注册系统中所包含的其正式说明书来加以明确。

[Footnote continued from previous page]

⁸ 下列文件中具体提到了关于专利的刑事制裁：WIPO/ACE/4/3 第 15 和 16 页、WIPO/ACE/5/6 第 21 页、以及 WIPO/ACE/5/10 第 11、20 至 23 页。后者的编拟考虑到 WIPO 发展议程建议 45。

26. 根据 2002 年 12 月 16 日法，算法和计算机程序不应被视为发明。因此，只有在在一件专利申请本质上仅涉及此类主题的情况下，才应排除将此类主题纳入发明的可能性。

27. 关于专利申请方面的灵活性在于，一个程序算法可能通过发明的途径得到保护。因而，该算法必须不可以计算机语言呈现，而应以用以编写其的程度。每个此类算法必须通过其编写的流程图或图表来支持。

28. 根据《白俄罗斯共和国刑法典》，对一项工业产权主题的非传播或其他非法使用若发生在针对此类侵权或获取大额收入相关的行政制裁强制执行的 12 个月内，应通过社区工作、罚款、限制自由至多三年或剥夺自由至多两年的方式对其加以处罚。无论是由群体通过在先协议还是由官员在执行公务过程中造成的此类重复侵权，以及造成重大损失的侵权，都应处以罚款或最高至六个月拘留、限制自由至多五年、或剥夺自由类似时期。

29. 根据已有程序被认定为保密的为发明、实用新型或工业品外观设计授予法律保护的程序、以及处理保密发明、实用新型或工业品外观设计的程序应由 2003 年 7 月 2 日《白俄罗斯共和国部长理事会第 900 号法令》所批准的《保密发明、实用新型和工业品外观设计细则》来规定。根据这些细则，如果决定向保密发明、实用新型或工业品外观设计的作者授予保密发明、实用新型或工业品外观设计申请以专利权，应向作者授予证书，作者据此应有权得到补偿和酬劳。针对保密发明、实用新型或工业品外观设计授予专利权应中止一段申请中所包含信息和申请人相应告知的信息的传播限制有效期。决定将一件发明、实用新型或工业品外观设计中所含信息以及一件保密发明、实用新型或工业品外观设计的使用纳入国家机密的被授权机构应规定限制此类信息传播的有效期。一件保密发明、使用新型或工业品外观设计的申请人或作者或其法定继承者，若其专利授权被中止，针对在申请所含信息传播的限制实施所带来的损失，其应有权得到补偿、以及得到保密发明、实用新型或工业品外观设计的使用酬劳。

30. 因而，根据 1994 年 4 月 15 日在 Marrakesh 缔结的《与贸易有关的知识产权协议 (TRIPS)》第 27、61 和 73 条的规定，白俄罗斯共和国的立法规定了一些专利相关的灵活性。

B. 南非

从可专利性排除植物的范围 (TRIPC 第 27 条):

31. 根据 1978 年的南非《专利法案 57》，可授予专利权的发明的范围根据该《法案》第 25 条规定的排除内容来确定。下文给出的以粗体显示的第 25 条部分内容涉及植物：

“可授予专利权的发明

25. (1) 根据本条款规定，可授予任何具有创造性并能够使用或应用于贸易或产业或农业的新发明一项专利权。

(2) 以下任何：

(a) 发现；

(b) 科学理论；

- (c) 数学方法；
- (d) 文学、戏剧、音乐或艺术作品或任何其他的美学创造；
- (e) 用于开展智力活动、进行游戏或买卖的方案、规则或方法；
- (f) 计算机程序；或
- (g) 信息的呈现，不应成为本《法案》规定的一项发明。

(3) 第(2)款的规定应仅在一件专利或一项专利申请涉及此类情形的情况下防止任何出于本《法案》目的的发明。

(4) 以下情况不应授予专利权：

- (a) 发明的公开或利用通常预期会鼓励冒犯或不道德行为；或
- (b) 任何动物或植物品种或任何生产动物或植物的生物工艺，非微生物工艺或此类工艺的产品。

(5) 如果一项发明不构成该发明优先权日期之前的现有技术的一部分，其应被视为具有新颖性。

[1997 年第 38 号法令第 s. 31 (a)所替代的 s. (5)]

(6) 现有技术应包含所有以书面或口头表述方式、通过使用或任何其他方式向公众(本国内或别处)公布的事项(相关的产品、工艺、信息或其他任何事项)。

(7) 现有技术应包含一件接受公众意见的专利申请中所含的事项，尽管该申请仍在专利局并在相关发明的优先权当日或之后接受公众意见，如果：

- (a) 该事项包含于同时存于专利局并接受公众意见的申请中；以及
- (b) 该事项的优先权日早于该发明的优先权日。

[1997 年第 38 号法令第 s. 31 (b)所替代的 s. (7)]

(8) 一项在本国内秘密且商业规模使用的发明也应被视为出于第(5)款目的的现有技术的一部分。

(9) 在一项发明包含有通过手术或治疗对人体或动物的治疗方法中或用于人体或动物的诊断所用的一种物质或组合物的情况下，该物质或组合物构成该发明优先权日之前的现有技术的一部分，这一事实不应防止对该发明授予专利权，条件是该物质或组合物在任何此类方法中的使用并不构成该日期之前的现有技术的一部分。

[1997 年第 38 号法令第 s. 31 (c)所替代的 s. (9)]

(10) 根据第 39(6)款规定，一项发明如果对本领域技术人员并非显而易见的，那其应被视为具有创造性，同时注意到根据第(6)款规定的任何形成该发明优先权日之前现有技术一部分的事项(无需顾及第(7)和(8)款)。

[1997 年第 38 号法令第 s. 31 (d)所替代的 s. (10)]

(11) 通过手术或治疗对人体或动物的治疗方法或用于人体或动物的诊断的发明应被视为无法用于或应用于贸易或产业或农业。

(12) 第(11)款不应防止含有被视为能够被用于或应用于贸易或产业或农业的物质或组合物的产品，仅仅因为其发明用于此类方法。”

32. 但是，南非还实行一种专门立法来保护植物品种，即《1976年第15号植物育种者权利法案》：

“2. (1) 本《法案》应适用于每种新的、有区别的、不变且稳定的规定植物品种。

(2) 第(1)款所述的品种应被认为是 -

(a) 新的，如果繁殖材料或其收获材料未曾被育种者或经育种者同意出于利用该品种的目的出售或消耗 -

(i) 在本国内，不超过一年；以及

(ii) 在一公约国或协议国，如果是下述情况 -

(aa) 藤蔓或树的品种，不超过六年；或

(bb) 其他品种，不超过四年，

在植物育种者权利申请提交之日前；

(b) 有区别的，如果在植物育种者权利申请提交之日，其与当日公知的植物种类相同的其他任何品种明显不同；

(c) 不变的，如果通过其繁殖特征可能获得的变体与该品种的特征具有足够的相同点；

(d) 稳定的，如果在重复繁殖后或特定繁殖周期情况下的每个此类周期末，其特征保持不变。

(3) 如果本《法案》的适用范围扩展到本《法案》或任何法律发现其之前并不适用的植物种类，局长可认为此时所存在的此类植物品种按照第(2)(a)款所规定是新的，尽管繁殖材料或其收获材料在该条款所提及期间已经出售或消耗。

(4) 如果在任何国家，一项授予植物育种者关于一个品种或正式注册品种的权利的申请实际上导致了授予植物育种者在一个国家关于一个品种或正式注册品种的权利，自申请之日起，根据第(2)(b)款，该品种的存在也应被视为是一种公知的事项。

[1980年第5号法令第2条所替代的以及1996年第15号法令第s. 2所替代的S. 2]”

33. 关于《植物育种者权利法案》，育种者权利的例外是私自使用该品种并用于非商业目的、实验目的、以及培育其他植物品种。受保护的品种能够不经植物育种者权利持有人的授权而被用于这些目的。农民也被允许在其自有土地上将其用于繁殖目的，其通过在其自有土地上种植受保护品种而收获所得的产品：

“ (1) 尽管有第 33 (a) 款规定，植物育种者在所获得品种方面的合法权利不得扩展到：

(a) 任何出于私有或非商业目的对该品种所作行为；

- (b) 任何出于实验目的对该品种所作行为；
- (c) 任何关于用于培育其他品种目的的品种的行为，除了第 6(3) 款所适用的情况，任何在此类其他品种方面符合第 6(1) 款和(2) 款的行为；或
- (d) 一名农民在其所有土地上使用该土地上种植的用于繁殖的品种所收获的材料，只要该收获材料并未被任何其他人用于繁殖目的。

(2) 第(1) (d) 款的规定不应适用于营养性繁殖作物且仅适用于所规定的情况。”

可专利性方面的灵活性，或从可专利性中排除软件相关发明(TRIPS 第 27 条)

34. 《法案》第 25 条规定了从可专利性排除软件程序。下文给出的以粗体显示的第 25 条部分内容涉及该排除事项：

“可授予专利权的发明

25. (1) 根据本条款规定，可授予任何具有创造性并能够使用或应用于贸易或产业或农业的新发明一项专利权。

(2) 以下任何：

- (a) 发现；
- (b) 科学理论；
- (c) 数学方法；
- (d) 文学、戏剧、音乐或艺术作品或任何其他的美学创造；
- (e) 用于开展智力活动、进行游戏或买卖的方案、规则或方法；
- (f) **计算机程序；或**
- (g) 信息的呈现，

不应成为本《法案》规定的一项发明。

(3) 第(2) 款的规定应仅在一件专利或一项专利申请涉及此类情形的情况下防止任何出于本《法案》目的的发明。

(4) 以下情况不应授予专利权：

- (a) 发明的公布或利用通常预期会鼓励冒犯或不道德得行为；或
- (b) 任何动物或植物品种或任何生产动物或植物的生物工艺，非微生物工艺或此类工艺的产品。

(5) 如果一项发明不构成该发明优先权日期之前的现有技术的一部分，其应被视为具有新颖性。

……”

在专利执法中适用或不适用刑事制裁的灵活性(TRIPS 第 61 条)

35. 1978年《第57号专利法案》并未规定专利侵权案中的刑事制裁。

可能导致限制专利权的与安全有关的措施(即“安全例外”)
(TRIPS 第 73 条)

36. 1978年《第57号专利法案》的下述规定与上述主题相关:

“1978年《第57号专利法案》第XIV章

国家获取发明和专利权

国家获取发明或专利

78. 部长可以根据一致同意的规定和条件代表国家获取任何发明或专利。

将某些专利转让给国家

79. (1) 如果国防部发出号召,与1968年《武器开发和生产法案》(1968年第57号法案)第1条所规定的任何武器相关的发明的所有者应将所获得的发明或专利或即将获得的发明转让给代表国家的国防部长。

(2) 该转让以及其中所含的任何协议都应有效,并可由国防部的名义通过适当的程序加以实施。

(3) 如果一项发明被转让,国防部长可向局长发出书面通知,指示该发明及其实施方法都应保密。

(4) 关于第(3)款规定的通知所涉及的任何发明,局长应封存专利局受理的每件申请、说明书、说明书修改或附图,未经国防部长的书面同意不应泄漏该申请、说明书、附图或其他文件的内容。

(5) 任何此类发明的专利可以所有者的名义撰写并封存,但是此类专利应授予国防部长而不是所有者,并应成为国有财产,撤销程序不适用于此类专利。

(6) 向国防部长或其授权研究该发明的任何人发送的任何此类发明的通知书、以及此类人员出于查询目的所做出的任何行为均不应被视为对此发明的公布或使用,以免对该发明专利权的授予或有效性产生影响。

(7) 国防部长可向局长发出书面通知以作出指示,任何应保密的发明无需继续加以保密,其说明书和附图可得到公布。

(8) 所述部长应向发明或专利的所有者支付合理的补偿,补偿金额可经协商,或以默认协议通过仲裁确定,或在各方同意的情况下,由局长确定。

部长可要求发明在某些情况下得到保密

80. (1) 如果部长认为，出于国家利益，一件涉及任何发明的申请、说明书、附图或其他文件都应得到保密，他可命令局长将该发明保密，并通知相应的申请人，而如果任何政府部门期望代表国家获得此类发明，应酌情适用第79条规定，而为此目的在第79条中所提到的国防部长应被视为所述政府部门。

(2) 在部长根据该条款签署的任何命令得到撤销的情况下，任何根据该《法案》所下命令之日期之前针对该命令所针对的申请所采取的任何行动以及由于该命令而被中断的任何行动可加以继续，该中断可视为未发生，局长收到该命令之日与其撤销之日间所持续时间在计算由本《法案》或根据本《法案》规定的任何时间期限时应加以考虑。

(3) 如果一项发明的所有者由于第(1)款规定的命令使发明保密而遭受损失或损害，部长应向其支付合理的补偿，补偿金额可经协商，或以默认协议通过仲裁确定，或在各方同意的情况下，由局长确定。”

C. 美利坚合众国

37. 美利坚合众国感谢秘书处编拟四项专利相关灵活性清单，并请各成员国对此发表意见。

38. 我们希望重申，我们支持WIPO应发展议程建议14明确要求，为向发展中国家和最不发达国家就“权利和义务以及《TRIPS协议》中所含灵活性的理解和使用”提出可用建议所付出的努力。但是，委员会应确保，关于灵活性的任何未来工作不被重复，并尊重其他委员会的主题专业知识以及CDIP的独特任务授权。

39. 关于所提出的由CDIP开展研究的所列四项灵活性，其中至少两项(即TRIPS第27条所涉的两条)在专利法常设委员会(SCP)上已经得到了广泛的研究⁹。

40. 美利坚合众国赞同，就WIPO业已在主题委员会中提出的灵活性开展研究和提供资源，并使这些研究和资源更加容易获取，并将鼓励秘书处将这些研究报告转交给CDIP。

D. 乌拉圭

41. 乌拉圭重申，其希望WIPO继续根据发展与知识产权委员会所作决定就《TRIPS协议》中所含灵活性开展一项广泛、严格而细致的研究。

E. 欧洲联盟

42. 欧洲联盟支持《TRIPS 协议》中规定的各项规则和灵活性得到有效落实和使用。

43. 我们认为，世界贸易组织是讨论 TRIPS 规则和灵活性的应用的相关论坛，任何此类讨论至少应与世界贸易组织相关并与其磋商。

⁹ 请至少参见下列文件：SCP/13/3；SCP/15/3 附件 1、2 和 3；以及 SCP/17/3。

44. 同样值得回顾的是，很大程度上，目前所要求提供的信息已通过《TRIPS 协议》第 63 条所规定的通知机制所提交的数据被 WTO 所公布。

F. 发展议程集团

45. 根据发展与知识产权委员会(CDIP)第九届会议的结论，发展议程集团(DAG)希望为下列四项专利相关灵活性方面的讨论提交其意见：(a)从可专利性中排除植物的范围(TRIPS第27条)；(b)可专利性方面的灵活性或从可专利性排除软件相关发明(TRIPS第27条)；(c)在专利执法中适用或不适用刑事制裁的灵活性(TRIPS第61条)；以及(d)可能导致限制专利权的与安全有关的措施(即“安全例外”)(TRIPS第73条)。DAG保留在CDIP下届会议上进一步提交其意见的权利，因为该四项专利相关灵活性仍将有待讨论。

46. CDIP在知识产权制度灵活性的讨论中发挥着重要的作用。由于其跨部门的性质，CDIP有资质促进关于知识产权灵活性的广泛而实质性的辩论。这就是为何DAG支持加强关于知识产权制度中灵活性的工作计划，该计划不仅包括了就该问题所开展的各项研究，还包括一些非常具体的行动，诸如开发收集各国在落实此类灵活性方面经验的数据库。针对知识产权制度中灵活性所开展的工作应尽可能的广泛和有效。这对于确保一个兼顾各方利益和有效的知识产权制度很重要。

47. 我们认为，该工作计划的成果将会有助于发展议程建议14的落实，因为这些成果将为WIPO在关于《TRIPS协议》所含灵活性的使用的技术援助方面所开展工作提供支持和相应的导向性。其还将有助于成员国校准其国家知识产权制度，以便使其专利制度基本保持平衡，从而保证给定产品或方法获得临时独占权，以促进而非抑制创新。

48. 除了秘书处关于四项专利相关灵活性和针对其所提交的意见的文件之外，文件CDIP/9/11继续构成工作计划的讨论的依据。针对该四项专利相关灵活性的讨论应在文件CDIP/9/11拟议内容的框架内开展。

49. 我们注意到，CDIP第九届会议期间所确定的四项专利相关灵活性并非涉及到所有的专利相关灵活性。此外，文件CDIP/9/11也并不仅限于专利相关灵活性，CDIP应对其他的知识产权灵活性进一步加以考虑。成员国就文件CDIP/9/11中的其他内容达成一致也很重要。DAG打算为此讨论作出建设性的贡献。

(a) 从可专利性排除植物的范围(TRIPS第27条)¹⁰

50. 《TRIPS协议》第27条规定涉及可专利主题。这是《TRIPS协议》专利保护方面最重要的规定之一，因为其规定了专利保护的一般性方向。鉴于专利保护的重要性和影响，第27条并不仅规定了一些起限定作用的因素，还提供了此类保护落实中的一些重要的灵活性，特别是涉及成员国可从可专利性中排除的事项。

51. 《TRIPS协议》第27条第3(b)款允许各国从可专利性中排除除了微生物之外的动物和植物以及除了非生物和微生物工艺之外的制造植物和动物的必要生物工艺，但是其还要求各国通过专利或一种有效的专门制度来为植物品种提供保护。尽管许多司法管辖区都根据《TRIPS协议》第27条3(b)款从可专

¹⁰ 第 27 条。

利性中排除了植物，但是各国对于这类排除的范围的规定不尽相同。相反地，其他一些司法管辖区允许授予植物专利权。此外，尽管此类植物可能从可专利性中得到排除，专利仍可涉及细胞和亚细胞部分，包括基因和植物品种。因此，从可专利性中排除植物的问题需要得到广泛的审视，以便使其不仅包括植物可专利性的问题，还能涉及植物部分的可专利性，包括植物品种和基因、以及用于制造之物的方法。

52. 有关排除事项、例外与限制的SCP专家研究报告(SCP/15/3)的生物技术保护部分对这项灵活性进行了研究，其作者是Denis Borges Barbosa和Karin Grau-Kuntz两位教授。

可专利主题

1. 在符合本条下述第2款至第3款的前提下，一切技术领域中的任何发明，无论产品发明或方法发明，只要其新颖、含创造性并可付诸工业应用，均应有可能获得专利。(5) 在符合第65条第4款、第70条第8款及本条第3款的前提下，获得专利及享有专利权，不得因发明地点不同、技术领域不同及产品之系进口或系本地制造之不同而给予歧视。

2. 成员可从可专利性中排除发明，有必要在其国境内防止这些发明的商业利用，来保护公共秩序或道德，包括保护人类、动物或植物生命或健康或避免严重危及环境，条件是此类排除不仅仅是因为其法律禁止其利用。

3. 成员还可以将下列各项排除于可获专利之外：

(a) 诊治人类或动物的诊断方法、治疗方法及外科手术方法；

(b) 除微生物之外的动、植物，以及生产动、植物的主要是生物的方法；生产动、植物的非生物方法及微生物方法除外。但成员应以专利制度或有效的专门制度，或以任何组合制度，给植物新品种以保护。对本项规定应在《建立世界贸易组织协定》生效的4年之后进行检查。

5. 本条所指的“创造性”及“可付诸工业应用”，与某些成员使用的“非显而易见性”、“实用性”系同义语。

该研究报告是进一步增进关于该主题的讨论的良好基础。但是，因为该研究报告总结，“在就生物技术发明方面的专利和植物品种保护及从中排除、例外与限制的发展层面作出结论之前，需要开展经验研究。”需要着重指出的还有，SCP正在进行的关于例外与限制的调查仅限于农民特权和/或育种者例外。其并未解决从可专利性中排除植物的问题。考虑到这些因素，DAG认为，CDIP未来就此问题开展工作的范围不应与SCP已经或正在开展的工作相重复。我们注意到，这是一项非常重要的灵活性，可能对诸如粮食安全这样的关键发展问题产生影响。

53. 因而，鉴于CDIP的目标，有必要针对第27条3(b)款采取更为全面的方法。排除植物的范围这一问题应与第27条3(b)款的其他内容一道加以分析。因而，其建议，CDIP提供各国如何在国家和区域层面落实该条款的计划(适当情况下)。该分析还应提供关于第27条3(b)款的其他相关信息，以用于专利

审查指南、司法裁决和解释、行政机构(如专利局)作出各类决定。随后应开展第27条3(b)款的发展影响方面的经验研究。

(b) 有关可专利性的灵活性、或从可专利性中排除软件相关的发明(TRIPS第27条)

54. 有关排除事项、例外与限制的SCP专家研究报告(SCP/15/3)的“从可专利主题中排除计算机程序”部分也对可专利性方面的灵活性、或从可专利性中排除软件相关的发明(TRIPS第27条),其作者为Brad Sherman教授。正如其所广泛承认的,《TRIPS协议》在何为计算程序或软件的可专利性方面的解释是具有灵活性的,因为其留给各方来确定构成可授予专利权的发明的内容。国家立法通过各种不同的方法来对这一问题加以解决。一些国家以专利来保护此类程序。其他一些国家则以版权作品的形式来加以保护。而另外一些国家甚至将两者加以结合,为每种保护设定了具体的标准。正如文件SCP/15/3所强调指出的,根据立法倡议和司法裁决,提出了各种不同的方法。以任何形式存在的问题在于哪种形式的保护能够最适于促进软件部门的创新。

55. 因此,DAG认为,文件SCP/15/3是对此具体灵活性加以讨论的良好依据。但是,我们认为,对此问题仍有空间进一步加以研究。应通过CDIP能够提供的研究报告加以解决的一个重要问题在于,对从可专利性中排除软件如何有助于各国软件产业的发展加以分析。

(c) 在专利执法中适用或不适用刑事制裁的灵活性(TRIPS第61条)

56. 根据《TRIPS协议》第61条¹¹，“成员应至少针对有意假冒商标或以商业规模进行版权盗版的情况规定刑事程序及刑事处罚。”因而,TRIPS规定的最低义务是应规定这种刑事程序和处罚,但是其可限于有意假冒商标(而不是任何形式的商标侵权)和商业规模的版权盗版的情况。该项灵活性为《TRIPS协议》各方提供了空间,来决定是否要针对其他诸如侵犯专利这样的知识产权侵权行为适用刑事程序或处罚。相同条款还通过承认其应仅包括商业规模的故意侵权规定了在知识产权侵权案件中适用刑事制裁方面的其他一些重要的起限定作用的因素。

57. 因此,根据《TRIPS协议》,没有规定对专利侵权案件适用刑事制裁的义务。此外,对该条款的理解还应结合《TRIPS协议》第41条的规定。特别是,TRIPS第41条第5款指出TRIPS的执法条款(包括第61条)并未规定设立与一般性执法体系不同的知识产权执法司法体系的义务,TRIPS第41条第1款和第41条第2款指出执法程序“应用方式应避免造成合法贸易的障碍,同时应能够为防止其滥用提供保障”并“应是公平合理的”。

58. DAG认为以更广泛的视角来对这一具体的灵活性与适用于专利的《TRIPS协议》第三部分(“知识产权执法”)相关的其他非常重要的灵活性一起加以分析非常重要。因此,在第41条之外,对各方如何

¹¹ 第61条 - 成员应至少针对有意假冒商标或以商业规模进行版权盗版的情况规定刑事程序及刑事处罚。可采用的救济应包括处以足够起威慑作用的监禁或罚金,或二者并处,以符合适用于相应严重罪行的惩罚标准为限。在适当情况下,可采用的救济还应包括扣留、没收和销毁侵权商品以及任何主要用于从事上述犯罪活动的原料及工具。成员可规定将刑事程序及刑事惩罚适用于侵犯知识产权的其他情况,尤其是有意侵权并且以商业规模侵权的情况。

落实第44条第2款¹²加以讨论将会非常重要，该条款在这方面也提供了一项非常重要的灵活性，该灵活性允许成员对将禁令用作救济加以限制。

(d) 可能导致限制专利权的与安全有关的措施(即“安全例外”) (TRIPS第73条)

59. 第73条¹³规定的灵活性遵照与《关税及贸易总协定(GATT)》第XXI条和《服务贸易总协定(GATS)》第XIV条之二相同的原理。研究报告SCP/13/3(“可专利主题应排除事项和权利的例外与限制”)对此已经有所探究。一些立法从可专利性中排除了影响国家安全的发明，更具体地，根据第73条排除了那些涉及核方法和产品的发明。

60. 尽管该项灵活性很重要，DAG认为，鉴于CDIP的性质和目标，其将更优先地对其他灵活性加以研究。这就是为何我们认为对这些会直接影响社会经济发展的灵活性加以讨论更加有实效，如《TRIPS协议》第27条第1款、第27条第2款、第27条第3(a)款、第30条和第31条。CDIP还应就各国在利用专利相关灵活性实现诸如产业发展、获取药品和粮食安全等发展和公共政策目标中的国家经验方面开展研究。还应开展研究来确认各项法律、制度和行政方面的限制，包括在专利相关灵活性的落实和使用中所遇到的挑战和障碍，以促进发展和公共政策目标。这类信息将会积极地有助于各成员国以兼顾各方利益的方式履行其知识产权相关的义务，也有助于WIPO为其成员国提供技术援助。WIPO世界学院向CDIP提供其关于专利相关灵活性的培训资料，这也将非常有所帮助。因而，成员国可针对WIPO在针对此类中问题所开展的培训活动中所提供的材料提供评论意见和相应的指导。

61. 最后，如果能有一项研究来对这四项目专利相关灵活性的落实方面的国家经验加以分析，并对这些主题进行书面审议，将会非常有益。DAG成员国打算提供其国家经验来做出贡献。

¹² 第44条：禁令：

1. 司法当局应有权责令当事人停止侵权，尤其有权在海关一旦放行之后，立即禁止含有侵犯知识产权的进口商品在该当局管辖范围内进入商业渠道。对于当事人在已知、或有充分理由应知经营有关商品会导致侵犯知识产权之前即已获得或已预购的该商品，成员无义务授予司法当局上述权力。

2. 不论本部分的其他条文如何规定，在符合第二部分规定的无权利持有人许可的政府使用或政府授权第三方使用的条件下，成员可规定：针对这类使用的救济仅限于依照上文第31条(h)款，支付使用费。在其他情况下，则应适用本部分所规定的救济，或如果这类救济不符合国内法，则应作出确认权属的宣告并给予适当补偿。

¹³ 第73条：安全例外 不得将本协议中任何内容解释为：

(a) 要求任何成员提供在它认为是一旦披露即会与其基本安全利益相冲突的信息；或

(b) 制止任何成员为保护其基本安全利益而针对下列问题采取它认为是必要的行动：

(i) 涉及可裂变物质或从可裂变物质衍生的物质；

(ii) 涉及武器、弹药及战争用具的交易活动，或直接、间接为提供军事设施而从事的其他商品及原料的交易活动；

(iii) 在战时或国际关系中的其他紧急状态时采取的措施；或

(c) 制止任何成员为履行《联合国宪章》中有关维护国际和平与安全的义务而采取任何行动。

三、经讨论的两项灵活性的简要说明，即在专利执法中适用或不适用刑事制裁的灵活性和与安全有关的措施(即“安全例外”)

62. 委员会商定，对第九届会议讨论的两项专利相关灵活性给出初步的说明。

A. 在专利执法中适用或不适用刑事制裁的灵活性

63. 关于专利侵权案件中的刑事制裁，应注意的是，WIPO 所辖条约还是《TRIPS 协议》都未规定在此方面的承诺。《TRIPS 协议》第 61 条规定的实施刑事制裁和处罚的义务限于“商标假冒”和“版权盗版”。

64. 因此，在《TRIPS 协议》的落实过程中，在涉及众多司法管辖区的情况下¹⁴，各成员有自由借助于其他措施来实施专利，如通过民事诉讼和/或行政措施。实际上，刑事制裁通常被认为是一种极端手段，意味着只有当其他保护方式，尤其是民事诉讼被证实无法保护一项具体权利时，法律才允许借助刑事制裁。《TRIPS 协议》第 61 条规定，“成员可规定将刑事程序及刑事惩罚适用于侵犯知识产权的其他情况，尤其是有意侵权并且以商业规模侵权的情况”，这已促使众多成员将刑事制裁用于商标和版权之外的知识产权执法中，包括专利¹⁵。

65. 关于专利相关灵活性的未来文件中对这一主题加以解决的目的在于，明确地表明成员国在设立其自身专利法律制度特别是执法条款时可采用的选择，对该问题在全球范围内的趋势加以分析，并对现有情况加以确定。

B. 与安全有关的措施(即“安全例外”)

66. 经验已经表明，各国在国家层面已经采用了不同的方法来在专利法或在相关立法框架下采取措施，以对可能被视为对国家安全利益至关重要的发明进行详细审查。就此而论，一些专利法规定了在主管机构给出准许之前禁止公布发明，而在某些情况下，这项规定还伴随着强制申请人在获得准许之前不得在海外提交申请的义务；在其他的情况下，这类条款不仅意味着对专利申请的审查得到拖延——特别是公开，而且还意味着将所有权转让的义务——特别是将经济权利转让给政府机构，同时得不到足够的补偿。其他的一些法律从专利保护主题中排除被认为对国家安全利益敏感的事项，如核裂变材料。

67. 关于被认为与国家安全相关的专利相关问题的条款在双边¹⁶、区域¹⁷和国际协议¹⁸中也经常见到。有关专利的多边协议也已经特别注意到，有必要保护国家安全利益。PCT、《TRIPS 协议》和 PLT 中都规定了此类条款。这些条款的撰写非常谨慎，以确保在策略上留出最大的空间。

¹⁴ 诸如美利坚合众国、加拿大、印度和联合王国。

¹⁵ 诸如日本和巴西。

¹⁶ 参见 1956 年 5 月 18 日在安卡拉签署的《美利坚合众国政府与土耳其政府促进出于防务目的的专利权和技术信息交换的协议》、或 1956 年 3 月 22 日在东京签署的《美利坚合众国政府与日本政府促进出于防务目的的专利权和技术信息交换的协议》。

68. 关于PCT，请注意第 27 条第(8)款和第 22 条第 1(a)款，第 27 条第(8)款明确指出，该条约并不限制任何缔约国应用“认为保护其国家安全所必需的措施”的自由，而第 22 条第 1(a)款认可，根据国家安全方面的规定，可防止受理局将国际申请登记本发送给国际局。因此，PCT规定了一项基本的灵活性，缔约国能够采取一些旨在在其国家专利法中保护国家安全的规定；譬如，一些使作为国际申请受理局的专利局防止在得到主管国家机构的准许之前发送登记本¹⁹。

69. 另一方面，《TRIPS协议》针对被视为对国家安全利益至关重要的事项规定了一般性例外情况；如果一个成员国认为信息一旦披露会与其基本安全利益相冲突，则起无需提交任何信息。此外，为保护其可裂变物质或从可裂变物质衍生得到的物质、武器、弹药及战争用具的交易、直接或间接为提供军事设施而从事的其他商品及原料的交易活动或在战时或国际关系中的其他紧急状态采取的措施等方面的基本安全利益，其可采取其认为必要的任何行动或在战时或其他国际关系紧急情况下所采取的任何行动。其还可根据《联合国宪章》规定的义务采取任何行动来维护国际和平与安全²⁰。

70. 关于 PLT，以非常广泛的方式对所谓“安全例外”(PLT 第 4 条)加以调整：“本《条约》和《细则》不应限制缔约方采取任何其认为必要的行动来保护基本安全利益的自由”。

71. 在有关专利相关灵活性的未来文件中对该主题加以处理的目的在于说明成员国为在专利制度框架内实现其自身国家安全利而已落实的不同机制，并分析允许在国家和区域层面落实这些政策的多边法律框架中可用的灵活性。

[文件完]

[Footnote continued from previous page]

¹⁷ 亚美尼亚、阿塞拜疆、白俄罗斯、格鲁吉亚、哈萨克斯坦、吉尔吉斯斯坦、摩尔多瓦共和国、俄罗斯联邦、塔吉克斯坦、乌克兰和乌兹别克斯坦之间签署的《关于发明的法律保护领域国家间机密相互保护协议》。

¹⁸ 参见《北约保障防务相关发明的保密性协议》(1974 版)。

¹⁹ 鉴于 PCT 没有规定在优先权日起第 13 个月届满前没有将登记本发送给国际局的情况下中止根据国家安全措施的程序，因此国际申请被视为撤回。

²⁰ “第73条：安全例外。不得将本协议中任何内容解释为：

(a) 要求任何成员提供在它认为是一旦披露即会与其基本安全利益相冲突的信息；或

(b) 制止任何成员为保护其基本安全利益而针对下列问题采取它认为是必要的行动：(i) 涉及可裂变物质或从可裂变物质衍生的物质；(ii) 涉及武器、弹药及战争用具的交易活动，或直接、间接为提供军事设施而从事的其他商品及原料的交易活动；(iii) 在战时或国际关系中的其他紧急状态时采取的措施；或

(c) 制止任何成员为履行《联合国宪章》中有关维护国际和平与安全的义务而采取任何行动。”