

发展与知识产权委员会 (CDIP)

第十五届会议

2015年4月20日至24日，日内瓦

多边法律框架中与专利有关的灵活性及其在国家与地区立法中的落实 ——第四部分

秘书处编拟

1. 发展与知识产权委员会 (CDIP) 第十三届会议针对发展议程建议 14 进行了讨论，在此背景下，委员会要求秘书处就以下两项与专利相关的灵活性编拟一份文件：

- (a) 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
- (b) 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)。

2. 本文件应上述要求而编拟。

3. 请 CDIP 注意本文件及其附件的内容。

目 录

一、内容提要	3
二、在专利执法中适用或不适用刑事制裁的灵活性	4
A. 导言	4
B. 国际法律框架	4
C. 国家层面的落实	6
(a) 行为	6
(b) 制裁	8
(c) 加重处罚情节	9
三、可能导致限制专利权的与安全有关的措施(即“安全例外”)	10
A. 导言	10
B. 国际法律框架	10
C. 国家层面的落实	11
(a) 有关专利审查的安全措施	11
(b) 有关从可专利性中排除某些内容的措施以及与原子能相关的发明领域的其他措施	13

一、 内容提要

4. 在 2014 年 5 月 19 日至 23 日举行的发展与知识产权委员会第十三届会议上，委员会讨论了有关多边法律框架中专利相关灵活性未来工作的文件 CDIP/10/11，并商定，基于事实汇总且不提出任何建议，为 CDIP 的下届会议编拟一份关于两项新专利相关灵活性的文件，即在专利执法中适用或不适用刑事制裁的灵活性（《TRIPS 协定》第 61 条）；以及可能导致限制专利权的与安全有关的措施（即“安全例外”）（《TRIPS 协定》第 73 条）。

5. 编写本文件所采用的方法沿用了 CDIP 针对专利相关灵活性方面先前工作所采用的方法，即 CDIP/5/4 Rev.、CDIP/7/3 Rev. 及 CDIP/13/10 Rev.。针对专利领域若干非穷尽性的灵活性，本文件对每项灵活性从概念上予以阐述。本文件包括两份附件，以表格形式来对所研究的灵活性和大量司法辖区的法律规定的多个方面加以分类。

6. 本文件分为两部分：

(a) 第一部分针对在专利执法中适用或不适用刑事制裁的灵活性。文件在进行简要介绍后，会提到国际法律框架。根据国际法律框架，文件指出国家层面上是否存在有关刑事制裁的规范性条款。最后，第一部分还对有关此类刑事制裁的现有法律文本的主要特征进行了分类。

(b) 第二部分对在国家层面根据“安全例外”实施有关安全的安全的不同措施进行了说明。

二、在专利执法中适用或不适用刑事制裁的灵活性

A. 导言

7. 为使知识产权制度发挥作用，全球各种知识产权制度都对权利人遭到侵权规定了救济和制裁措施。这些措施大致可以分为三类：民事救济、行政救济和刑事制裁。本文件所针对的是刑事制裁，即违反刑法而带来的后果，刑法将某些行为规定为犯罪行为。

8. 通过刑事制裁来保护某些种类的知识产权已具有长期的传统，譬如美国在 1897 年在《版权法（1790 年版）》中纳入了刑事制裁，其只能适用于有限数量的“蓄意地”和“为获取利润”而进行的侵权行为。在专利领域，发现某些司法辖区倾向于采用刑事制裁¹，而很多国家都已施行刑事制裁²。但是，学术界³和产业界⁴提请人们注意通过刑事制裁来开展专利权维权可能会带来的问题。

B. 国际法律框架

9. 关于国际法律框架，《TRIPS 协定》第 61 条规定，“成员应规定，至少在以商业规模蓄意地假冒商标或版权盗版的案件中适用刑事诉讼程序和刑事处罚”。关于这项规定，世界贸易组织(WTO)在《中国——影响知识产权保护与执法的措施》(WT/DS362/R) (“中国——知识产权”)一案的专家组报告⁵中指出，“应”一词表明，第 61 条对 WTO 成员强加了一项义务，但同时也指出，第 61 条“对于它所规定的义务”确立了“至少四项限制”。亦即，刑事制裁的义务适用于商标和版权，而不是《TRIPS 协定》所涵盖的所有知识产权；其适用于假冒和盗版，而不是其他形式的侵权行为；该义务在假冒商标或版权盗版行为是“蓄意为之”且以“商业规模”时才适用。关于这些限制的第一项，专家组表明，刑事制裁针对除了商标和版权以外的知识产权并不是强制性的。

10. 第 61 条第四句暗含多边层面上针对商标和版权以外的知识产权侵权行为并不存在刑事制裁的义务。第 61 条第四句第一款相比于第一句的强制性质实际上是容许性条款：“成员可以规定将刑事诉讼程序和刑事处罚应用于其他知识产权侵权案件。”在此方面，“中国——知识产权”专家组报告指

¹ 在欧洲委员会编写的提案草案的众多显著特征中，《欧盟刑事制裁指令》介绍了国家层面上针对专利侵权行为的刑事制裁。值得指出的是，在拟议《指令》(2007 年 4 月)的首次审议期间，议会通过了一项决议，做出了重要修正。这些修正明确，刑事制裁仅应适用于假冒和盗版。

² 例如，阿尔及利亚、安哥拉、安提瓜和巴布达、阿根廷、亚美尼亚、巴哈马、巴巴多斯、白俄罗斯、比利时、伯利兹、不丹、博茨瓦纳、巴西、保加利亚、佛得角、柬埔寨、哥伦比亚、科摩罗、克罗地亚、古巴、墨西哥、菲律宾、俄罗斯联邦、瑞典、瑞士、泰国等。更多详情请参见本文件附件一，该附件载有国内和地区法的规定。

³ Irina Manta 强调说，一方面，一项针对专利侵权规定了刑事制裁的法令预计会要求侵权者具有蓄意的犯罪意图，而另一方面，其也提请注意专利领域刑事制裁在针对蓄意侵权设定门槛方面存在的难度。相比于其他类别的知识产权，如果这一门槛设定的过高，那么只有极少数侵权者会被起诉，从而极大地降低刑事执法的优势。但是，如果这一门槛设定的过低，那么这类制裁就会令人因为担心受到刑事制裁而不去创新。《哈佛法律与技术杂志》2011 年第 24 卷第 2 部，《知识产权侵权刑事制裁迷思》，第 495 页至 498 页。

⁴ 诺基亚知识产权事务部主管 Tim Frain 在对欧盟指令评论时，呼吁关注管理者在决定一项使用给定技术时在授权专利有效性方面会承担怎样的风险。如果挑战该专利存在空间，管理者就会加以推进；但是，如果管理者面临着刑事责任的风险，那么情况就截然不同了。引述自 2005 年 12 月 9 日《纽约时报》刊登 Paul Meller 的文章《专利狱？——拟议欧盟法律令对手结盟》。欧洲仿制药协会(EGA)在针对一项旨在确保知识产权执法的刑事措施的欧洲议会和理事会指令修改提案的最终立场文件(2006 年 5 月)中也表达了类似的观点。

⁵ 专家组报告《中国——影响知识产权保护与执法的措施》(WT/DS362/R) (2009 年 1 月 26 日) (“中国——知识产权”)。

出：“第 61 条第四句让成员能够选择将其他知识产权侵权行为刑事化，特别是当侵权行为是蓄意的和以商业规模来进行时。尽管这类侵权行为潜在危害严重，第 61 条也没有规定将其刑事化的义务。”⁶

11. 由于专利被排除在该项规定以外，因而这意味着WTO成员没有国际义务来对专利侵权行为采取刑事制裁措施。就此来说，第 61 条规定，“成员可以规定将刑事诉讼程序和刑事处罚应用于其他侵犯知识产权的案件，特别是当侵权行为是蓄意的和以商业规模来进行时。”规定刑事制裁可能会对参与在侵犯知识产权基础上开展的商业活动，带来强有力的震慑；而实际上，其还指出“面临刑事制裁的风险往往足以让一家企业远离那些被权利人认为是侵权的行为”⁷。

12. 关于专利权，针对刑事制裁采用了一种与版权和商标不同的方法。若干种解释可以对此加以说明。例如，曾有人认为，商标和版权的侵权者“相比于专利侵权者，会造成更严重的后果和/或需要处以更严厉的处罚，或在产业界为其他类别知识产权(尤其是版权)予以更有力保护进行游说的同时，不同的产业在专利保护的适当水平方面意见不一。”⁸

13. 关于针对专利侵权引入刑事制裁，有观点认为，“刑事化会带来刺激机制，促使蓄意的专利侵权者停止其非法活动(或从一开始就不参与其中)，从而减少专利权人的损失。”⁹也有人指出，刑事诉讼程序相比于民事诉讼而言，是由国家来执行，可能也会为专利权人节省成本¹⁰，因为民事专利诉讼实际上非常昂贵，某些权利人往往无法承担¹¹。

14. 专利侵权民事执法的支持者们提请注意专利权的特性，特别是专利范围和有效性。专利代理人特许协会(CIPA)在对有关旨在确保知识产权执法的刑事措施的欧盟指令项目发表评论时指出，刑事制裁未必适用于专利领域：“尽管专利经过了全面的审查，很普遍的是，在侵权诉讼过程中(专利得到授权后)仍会对专利保护的范围及其是否涉及一个特定产品或方法产生争议；专利有效性也会经受挑战；在许多情况下，这些对双方都会产生影响——竞争对手会认为，其行为并未落入专利的有效范围内。如果刑事制裁适用于专利侵权行为，保护范围和有效性方面的不确定性将有力地震慑竞争对手，使他们连本可能属于专利范围内的活动都不敢考虑。”¹²此外，一些学者¹³也强调，在专利领域过多采取阻碍手段所带来的风险在于对社会而言会较为昂贵，因为对于刑事制裁的忌惮会阻碍新技术的开发，包括在涉及公共利益的敏感行业，譬如公共卫生行业。

⁶ 2009 年 1 月 26 日，WT/DS362/R，第 7.518 段。

⁷ UNCTAD-ICTSD 关于知识产权和可持续发展项目“TRIPS 与发展的资源书”，2005 年，第 621 页。

⁸ Irina D. Manta，参见上文脚注 3，第 472 页。

⁹ Irina D. Manta，参见上文脚注 3，第 493 页。

¹⁰ 《休斯敦商业和税务法杂志》，2005 年，第 197 页，Harold A. Borland 所著《蓄意专利侵权案件中给予应有注意的职责：我们依旧需要》。

¹¹ 美国知识产权协会(AIPLA)最近的一份报告指出，美国的专利侵权案件平均诉讼费用如下：针对一项索赔额可能低于 100 万美元的诉讼要求，平均诉讼费用为 75 万美元。如果 100 万美元到 2500 万美元的总额被认为“存在风险”，那么诉讼总费用可能会高达 280 万美元。针对一项索赔额超过 2500 万美元的诉讼要求，审判的诉讼费用可能达到 500 万美元。这种诉讼的高成本会令众多中小企业(SME)对提起专利侵权诉讼敬而远之(AIPLA 2013 年经济调查报告)。但是，各个司法辖区的费用相差很大，AIPLA 的研究专门针对美国的情况，美国是专利执法成本最高的一个实例。

¹² 特许专利代理人协会，《针对旨在确保知识产权执法的刑事措施的拟议指令和有关加强刑事法框架以打击知识产权侵权的措施的理事会框架决定的初步意见》，第 4 页。

¹³ Irina D. Manta，《哈佛法律与技术杂志》2011 年第 24 卷第 2 部，《知识产权侵权刑事制裁迷思》，第 499 页。

15. 针对不将专利侵权刑事化也提出了不同的政策原因；在此方面，南非最高法院上诉法官尊敬的 Louis Harms 法官先生编写了一份文件并提交给了 WIPO 执法咨询委员会第四届会议¹⁴，其中明确指出：一般而言，刑事法庭不具备处理专利问题的资格；一件特定的专利可能涉及多项“发明”；专利无效往往是侵权行为的辩护理由；根据专利可能无法制造出专利权人的产品；侵权者的产品可能也不是专利权人投入市场的产品的复制品；执法官员和边境官员事实上根本无法确定一件特定产品是否属于侵权产品；专利诉讼成本很高；很大一部分专利在专利诉讼过程中被撤销。

16. 经验表明，在众多司法辖区内都在国家层面上落实了专利权执法的刑事制裁¹⁵。在地区层面，除了建立非洲知识产权组织的《班吉协定》，由于欧盟的讨论已停滞，因而也没有其他的实例¹⁶¹⁷。此外，在国际层面上也没有实例，因为最近在执法领域所通过的条约——《反假冒贸易协议》(ACTA)——并未涉及专利侵权的刑事制裁。

C. 国家层面的落实

17. 一些国家已决定针对专利侵权案件不采用刑事制裁¹⁸，而其他国家则决定采用。在采用刑事制裁的国家中，专利侵权刑事制裁的落实工作也不尽相同。譬如，一项研究¹⁹表明，尽管欧洲在此领域并没有任何欧盟规范，但也只有六个成员国没有规定针对专利侵权的刑事制裁；日本在 1959 年制定《专利法》时引入了专利侵权刑事制裁，2006 年修订时加强了对侵权的震慑效力，将处罚从最高 5 年徒刑提高到最高 10 年徒刑，并将罚款从 500 万日元提高到 1,000 万日元；全球各个地区的众多发展中国家都已将专利侵权刑事化²⁰。尽管无论在专利法还是在刑法的法律条款方面仍存在着显著差异，但是一些共同的要素值得关注。

(a) 行为

18. 实质性犯罪行为由与未经专利权人授权而利用发明相关的行为构成²¹。一些成员国对犯罪行为有更具体的规定²²。

¹⁴ WIPO/ACE/4/3 第 15 页。

¹⁵ 参见上文脚注 2。

¹⁶ 对有关旨在确保知识产权执法的刑事措施的欧盟指令(即 IPRED2，因为其旨在对规定知识产权执法的民事制裁的第一项执法指令予以补充，因此该指令是第二项)发表评论意见的一名作者指出，“议会最普遍的修订意见便是其将专利排除在该指令的范围之外”。Lisa Peets 所著《刑事制裁依然错综复杂》，发表于《版权世界》第 173 期第 14 页。

¹⁷ 来自多个欧洲国家的顾问团队应欧洲委员会的要求开展的一项研究强调指出，欧盟成员国之间在知识产权刑事制裁方面存在着差别。该研究表明，跨国犯罪所引发的问题表明“欧盟各成员国的刑法需要协调”。关于专利，该研究强调指出，只有六个成员国没有规定刑事制裁，但是尽管如此，其并不建议将专利侵权的刑事化作为未来工作之一。《有关旨在确保知识产权执法的刑事措施可能的修改建议研究》，JLS/2009/A1/FWC/023。

¹⁸ 例如，澳大利亚、玻利维亚、加拿大、智利、中国、爱沙尼亚、格鲁吉亚、洪都拉斯、马来西亚、新西兰、新加坡、南非、联合王国、美利坚合众国等。更多详情请参见本文件附件一，该附件载有国内和地区法的规定。

¹⁹ 参见上文脚注 17。

²⁰ 该研究所分析的 159 个国家的法律中，99 个国家的法律在专利领域落实了刑事制裁。

²¹ 阿根廷《专利法》采用“defraudacion de los derechos del inventor”（骗取发明人的权利）以及“delito de falsificación”（伪造罪）这两种表述，而比利时《假冒和剽窃知识产权处罚条例（2007 年 5 月 5 日）》第 8 条第 1 款指出“porter atteinte avec une intention méchante ou frauduleuse aux droits du titulaire d’un brevet d’invention（出于恶意或欺诈的意图损害专利权人的权利）”。

²² 例如，巴西《专利法》第 184 条规定如下：“以下任何人的行为构成了对一项发明或实用新型专利的犯罪行为：1、出于经济目的而出口、销售、展示或许诺销售、库存、隐藏或接收通过侵犯一件发明或实用新型专利而生产的或通过专利方法或工艺而获得的产品的人；或 2、出于上一条款所规定的目的，进口一种属于一件发明或实用新型专利客体的产品或通过在该国获得专利的方法或工艺而获得的产品，且该产品尚未被专利权人或经其

19. 几乎总会明确提到犯罪/违法的蓄意心理因素²³，因为蓄意侵权构成了提出刑事制裁的基础。实际上，如果侵权行为是在无意侵犯专利权的情况下做出，那原则而言，只能要求民事救济。在此方面，国家层面的立法者采用了不同的表述：“故意地进行/开展(……)的人”²⁴；“任何非法且有意地进行(……)的人”²⁵；“出于恶意或欺诈的意图”²⁶；“任何有意或蓄意进行(……)的人”²⁷；“任何欺诈性地使用(……)的人”²⁸；“蓄意进行的(……)人”²⁹；“有预谋的侵权/违法”³⁰；“有意侵权者”³¹；“故意侵权(……)”³²；“故意或有意进行(……)的人”³³；“有意侵权行为”³⁴；“蓄意侵犯(……)”³⁵。

20. 值得指出的是，一些国家的专利法不仅提到了有意行为，即故意为之的行为或希望通过某种行为获得结果的行为(故意过失)，同时也提到了严重的疏忽行为，将刑事制裁的适用范围扩大到某些并非有意侵犯专利权的行为³⁶。例如，萨摩亚和瑞典专利法中对严重的疏忽行为作出了解释，而丹麦规定，如果侵权行为是由于严重的疏忽而导致，则只能适用罚款(但是，进行侵权的意图构成了加重处罚情节，从而能够适用监禁处罚)。

21. 值得指出的是，心理因素、特别是专利侵权的蓄意性在只规定了民事救济而未规定刑事制裁的国家很重要。例如，在美利坚合众国，蓄意的专利侵权会提高惩罚性赔偿金额，而在比利时，侵

[脚注接上页]

同意直接投入国外市场的人。”安哥拉、克罗地亚、厄瓜多尔、埃及、危地马拉和尼加拉瓜都采用与此类似的犯罪行为结构(即列举出一系列可构成专利侵权的行为)。

²³ 例如，安道尔、安提瓜和巴布达、巴巴多斯、伯利兹、不丹、博茨瓦纳、柬埔寨、哥伦比亚、丹麦、赤道几内亚、芬兰、法国、肯尼亚、摩洛哥、挪威、圣基茨和尼维斯、以及坦桑尼亚共和国。更多详情请参见本文件附件一，该附件载有国内和地区法的规定。

²⁴ 安提瓜和巴布达、不丹、柬埔寨、加纳、利比里亚、萨摩亚、塞拉利昂。参见本文件附件一。

²⁵ 巴林《2004年第1号专利和实用新型法》，最近由2006年第14号法加以修订。

²⁶ 比利时《假冒和剽窃知识产权处罚法(2007年5月5日)》(最近于2011年2月25日修订)第8条第1款。

²⁷ 例如：伯利兹《2000年6月21日专利法- Cap. 253》(最近于2005年由第40号法案修订)第63(1)条；博茨瓦纳《工业产权法(2010年第8号法令)》第134(6)条；圣基茨和尼维斯《2002年12月31日专利法(Cap. 18.25)》第62(1)条。

²⁸ 哥伦比亚《刑法典》(于2006年6月22日进行最新修订)第306条。

²⁹ 例如参见：科摩罗《专利法(05/07/1844)》第41条。

³⁰ 例如参见：刚果民主共和国《1982年1月7日第82-001号工业产权法》第88条；吉布提《2009年6月21日第50/AN/09/6th L号工业产权保护法》第200条；印度尼西亚《2001年8月1日第14号专利法》第130条；摩洛哥《2000年2月15日第97-17号工业产权保护法》(最近由第31-05号法修订)；以及荷兰《1994年12月15日专利法案》第79条(文本适用时间：2009年6月3日)。

³¹ 例如参见：赤道几内亚《1980年4月3日刑法典》第534条；芬兰《1967年12月15日第550号法案专利法案》(由第101/2013号法案进行最新修订)第57条；冰岛《第17/1991号专利法案》(由第126/2011号法案进行最新修订)第57条；挪威《1967年12月15日第9号专利法案》(于2010年7月1日由第8号法案进行最新修订)第57条；塞舌尔《2014年第7号法案工业产权法》第119条；瑞士《1954年6月25日专利法》(2012年1月1日起)第81条；以及坦桑尼亚共和国《1995年专利(注册)法案》第217章第70条。

³² 法国《知识产权法典》第L615-14条(2014年1月1日起统一编写)。

³³ 伊朗(伊斯兰共和国)《2007年10月29日专利、工业品外观设计和商标注册法案》第61(1)条。

³⁴ 例如参见：肯尼亚《2001年7月27日工业产权法》第109条；南苏丹《1971年第58号专利法》第50条；以及苏丹《1971年第58号专利法》第50条。

³⁵ 西班牙《刑法典》第534条。

³⁶ 例如参见：丹麦《2012年1月24日第108号统一专利法案》第57条；卢旺达《2009年10月26日第31/2009号知识产权保护法》第261条；以及瑞典《专利法案(1967:837)》(于2011年7月1日进行最新修订)第57条。

权者的恶意在确定民事救济中也发挥作用³⁷，此外，在联合王国，如果侵权行为并非有意为之，则可降低需支付的赔偿金额³⁸。

22. 根据某些国家的法律，开展商业规模的侵权属于犯罪的一种要素³⁹，而在其他一些国家，其构成了加重处罚情节。

(b) 制裁

23. 专利侵权所适用的制裁措施通常为金钱上的处罚(罚款)或限制人身自由的处罚(监禁)。这些制裁措施可以结合使用⁴⁰；也可相互独立(即单独适用)⁴¹，或首先施以罚款，再仅根据存在加重处罚情节而施以监禁⁴²。

24. 各国间对制裁的金额规定也不尽相同。相关的罚款金额范围从较低的 100 欧元⁴³到 10 万欧元不等，甚至高达 20 万欧元⁴⁴。另一种计算罚款金额的方法是考虑被诉侵权者的每月最低非法收入的金额⁴⁵。关于监禁，可能的刑期各不相同；例如从六个月到三年⁴⁶、从五年到十二年⁴⁷。其他制裁措施包括公开判决⁴⁸、销毁侵权商品⁴⁹、从商业市场上撤回侵权商品或强制劳动⁵⁰。

³⁷ 参见比利时《专利法案》，其规定出于恶意的情况下民事救济金额会更高：“[...] § 4. Sans préjudice du § 6, la partie lésée a droit à la réparation de tout préjudice qu'elle subit du fait de la contrefaçon. § 5. Lorsque l'étendue du préjudice ne peut être déterminée d'aucune autre manière, le juge peut de manière raisonnable et équitable fixer un montant forfaitaire, à titre de dommages et intérêts. Le juge peut, à titre de dommages et intérêts, ordonner la délivrance à la partie demanderesse des biens contrefaisants, ainsi que, dans les cas appropriés, des matériaux et instruments ayant principalement servi à la création ou à la fabrication de ces biens, et qui sont encore en possession du défendeur. Si la valeur de ces biens, matériaux et instruments dépasse l'étendue du dommage réel, le juge fixe la somme à payer par le demandeur. En cas de mauvaise foi, le juge peut, à titre de dommages et intérêts, ordonner la cession de tout ou partie du bénéfice réalisé à la suite de l'atteinte, ainsi qu'en reddition de compte à cet égard. Seuls les frais directement liés aux activités de contrefaçon concernées sont portés en déduction pour déterminer le bénéfice à céder. § 6. En cas de mauvaise foi, le juge peut prononcer au profit du demandeur la confiscation des biens contrefaisants, ainsi que, dans les cas appropriés, des matériaux et instruments ayant principalement servi à la création ou à la fabrication de ces biens, et qui sont encore en possession du défendeur. Si les biens, matériaux et instruments ne sont plus en possession du défendeur, le juge peut allouer une somme égale au prix reçu pour les biens, matériaux et instruments cédés. La confiscation ainsi prononcée absorbe, à concurrence de la valeur de la confiscation, les dommages et intérêts.”(重点后加)。

³⁸ 有关蓄意性规定的更多信息，请参见刊登于 2005 年《休斯敦商业和税务法杂志》、Harold A. Borland 所著《蓄意专利侵权案件中给予应有注意的职责：我们依旧需要》。

³⁹ 尼加拉瓜《2000 年 11 月 21 日第 354 号专利、实用新型和工业品外观设计法》(于 2007 年 9 月 13 日由第 634 号法进行最新修订)第 132(a)条；以及塞舌尔《2014 年第 7 号法案工业产权法案》第 118(1)条。

⁴⁰ 例如参见：安哥拉《1992 年 2 月 28 日第 3/92 工业产权法》第 68 条；阿根廷《专利和实用新型法》第 75 条；和法国《知识产权法典》第 L615-14 条。

⁴¹ 例如参见：安提瓜和巴布达、亚美尼亚、巴西、古巴、捷克共和国、罗马尼亚采取这种方式。参见本文件附件一。

⁴² 例如，在埃及，基本的制裁是罚款，但是累犯的情况下，侵权者会面临最长两年的监禁。参见本文件附件一。

⁴³ 比利时《假冒和剽窃知识产权处罚法(2007 年 5 月 5 日)》(于 2011 年 2 月 25 日进行最新修订)第 8 条第 1 款。

⁴⁴ 法国《知识产权法典》第 L615-14 条(自 2014 年 1 月 1 日起统一编写)。

⁴⁵ 例如，哥伦比亚和俄罗斯联邦采用这种计算罚款金额的方法。参见本文件附件一。

⁴⁶ 例如：在安提瓜和巴布达以及法国，最长刑期为三年；在阿根廷、马达加斯加、菲律宾和乌拉圭，刑期从六个月到最长三年；在亚美尼亚和瑞典，最长刑期为两年；在古巴和罗马尼亚，刑期从六个月到两年不等；在瑞士和斯威士兰，刑期最长为一年。参见本文件附件一。

⁴⁷ 在伯利兹，刑期为五年至十二年。参见本文件附件一。

⁴⁸ 德国《专利法》(于 2009 年 7 月 31 日修订)第 142 章。

(c) 加重处罚情节

25. 可能导致提高罚款金额的情节包括：侵权行为是通过公共在线通信网络来实施；侵权行为涉及到危害健康、人类或动物安全的产品⁵¹；累犯⁵²；侵权行为以商业规模开展⁵³；或侵权行为导致了有形的收入(对侵权者而言)或损失(对权利人而言)⁵⁴；以及侵权者具有特定的身份⁵⁵。

[脚注接上页]

⁴⁹ 例如，法国和印度尼西亚规定了此类制裁。参见本文件附件一。

⁵⁰ 俄罗斯联邦《1996年6月13日第63-FZ号刑法典》(于2012年3月1日进行最新修订)第147条。

⁵¹ 例如在法国，如果侵权行为是通过公共在线通信网络来开展，或如果侵权行为涉及危害健康、人类或动物安全的产品，那么制裁将增加到五年徒刑(而不是三年)以及50万欧元(而不是30万欧元)罚款。参见本文件附件一。

⁵² 例如在法国，在这种情况下，制裁会翻倍。参见本文件附件一。

⁵³ 例如在德国，在这种情况下，监禁会延长至五年。参见本文件附件一。

⁵⁴ 例如在塞尔维亚，“如果第一段中所指的违法行为导致的有形收入或损失金额超过一百万第纳尔，那么被告应被处以一年到八年的有期徒刑”。参见本文件附件一。

⁵⁵ 例如，如果侵权行为由有组织犯罪集团实施，或如果涉案人员是专利权人的雇员或专利被许可人的雇员。

三、 可能导致限制专利权的与安全有关的措施(即“安全例外”)

A. 导 言

26. 国家主权的概念是国际法的核心；其表明每个国家都有相互平等的主权⁵⁶，且在其领土范围内具有最终决定权。某种意义上而言，这一概念表明，每个国家在职能上具有相对于其他国家的排他独立性⁵⁷。然而，由于全球化和更加深入的经济一体化，国际监管有所增强⁵⁸。

27. 国际贸易和国家安全之间的相互关系可以上溯到 1947 年出现的《关税与贸易总协定(GATT)》⁵⁹。与国家安全有关的专利相关条款也往往会出现在双边⁶⁰、地区⁶¹和国际协议中⁶²。

B. 国际法律框架

28. 有关专利的多边协议特别关注保持缔约国的必要自由，使之采取其认为恰当的措施来保护国家安全利益。在 WIPO 管理的条约中有这类规定，如《专利合作条约》(PCT)、《国际承认用于专利程序的微生物保存布达佩斯条约(布达佩斯条约)》及《专利法条约》(PLT)，此外在《TRIPS 协定》中也有所规定。

29. 关于PCT，第 27(8)条规定，条约中没有一项规定会限制任何缔约国“为维护其国家安全而采用其认为必要的措施”；此外，《PCT实施细则》第 22.1(a)条规定，根据有关国家安全的规定，可以阻止受理局将国际申请的登记本传送给国际局。因此，根据PCT的规定，缔约国有基本的灵活性在其国内专利法中作出规定，以保护国家安全，如可规定允许专利局作为国际申请的受理局在主管国家机构予以准许之前不传送登记本⁶³。

30. 关于WIPO管理的其他条约，情形如下：一方面，《布达佩斯条约》第 5 条规定，根据本条约保藏或将要保藏的微生物自条约缔约国领土输出或向其领土输入时，在某些情况下因国家安全原因，可对此类输出或输入进行限制⁶⁴，而另一方面，PLT包含有笼统起草的“安全例外”(第 4 条)：“本条约和实施细则的任何内容均不得限制缔约方采取它认为是为保护基本安全利益所必需采取的任何行动的自由。”

31. 最后，《TRIPS协定》第 73 条规定了针对被认为事关基本国家安全利益的事项的一般性例外⁶⁵。该条规定了安全例外的三种依据，即限制披露违反国家基本安全利益的信息；采取被认为对保护基本

⁵⁶ 刊登于《Fordham Environmental Law Review》第 8 卷第 1 部第 7 篇(2011)第 133 页，Royal C. Gardner 所著《尊重主权》。

⁵⁷ 参见 *Island of Palmas (U.S. v. Neth)*, Hague Ct. Rep. 2d (Scott) 83, 92。

⁵⁸ 例如参见 David Held 所著《变化中的国际法结构：主权的变化》In: Held, David and McGrew, Anthony, (编)。《全球变革读者：全球化辩论的介绍》，Polity Press, 2003, Cambridge, UK, 第 163 页。

⁵⁹ GATT 第 XXI 条和《服务贸易总协定(GATS)》第 XIV 条之二。

⁶⁰ 在此背景下，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间为防务目的促进专利权和信息技术互换的协议》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间为防务目的促进专利权和信息技术互换的协议》。

⁶¹ 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间签署的《发明法律保护领域国别间相互保密协议》。

⁶² 在此背景下，参见《北约国防相关发明保密协议》(1974 年版)。

⁶³ 由于 PCT 没有规定根据国家安全措施在国际阶段中止程序，因此如果在适用的时间期限届满前没有向国际局传送登记本的话，那么国际申请将被视为撤回(参见 PCT 第 12(3)条和实施细则第 22.3 条)。

⁶⁴ 该条款的独特之处通过以下措辞来加以强调：“只有在涉及国家安全时，本条款才是必要的。”

⁶⁵ “第 73 条：安全例外。本协议的任何规定均不得被解释为：(a) 要求任何成员提供任何其认为公开将会损害其基本安全利益的信息；或 (b) 阻止任何成员针对下述事项采取其认为对保护其根本安全利益来说是必要的任何行

安全利益而言是必要的行动；以及成员履行联合国宪章所赋予的义务，为维护世界和平与安全而采取的行动。

32. 关于哪些内容可被视为“基本安全利益”，一些作者认为，每个WTO成员国可自行判断，确定何为“基本安全利益”⁶⁶。因此，其建议，这不应成为WTO争议解决谅解(DSU)的依据，即后者不适合用来决定成员国根据第 73 条采用安全措施的理由是否确实符合“基本安全利益”。WTO并未被广泛视为处理这类争议的论坛⁶⁷，与GATT 1947 一样⁶⁸。

C. 国家层面的落实

33. 根据《TRIPS 协定》第 73 条规定，成员国可决定是否在其国内立法中引入所谓的“安全例外”。特别是关于专利立法，此类措施存在着不同的方面：一方面，涉及有关专利审查的安全措施，而另一方面，则涉及有关从可专利性中排除某些内容的措施以及与原子能相关的发明领域的其他措施。

(a) 有关专利审查的安全措施

34. 在某些国家，国内立法规定可以宣布一件专利申请为“保密申请”⁶⁹。总体而言，这意味着，无论是专利申请还是最终的专利文件都不能公开。

35. 在有些国家，专利法赋予专利局将与国家安全有关的信息予以保密的权力⁷⁰，而在其他一些国家，专利局将专利申请转交给主管机构，以核实该发明是否与国防或国家安全有关。各国负责对此类发明的“保密”特征进行审查的机构不尽相同；例如，在埃及⁷¹，主管机构应该是国防部、军品部、内政部还是卫生部，这取决于发明主题。而在阿尔巴尼亚、荷兰与新西兰，负责将发明定级为“国家机密”的主管机构为国防部。在联合王国，主管审核申请的公开或相关信息的公开或通信是否会危害国家安全或公共安全的机构为国务秘书。

36. 考虑到成员国有权力来确定何为“基本安全利益”以及可采用哪些措施来保护此类利益，各国的法律和做法都不尽相同。一些共同的特征可探究如下：必须予以保密的发明；延迟/避免公开上述专利申请的要求；因国家使用或向国家转让而给予专利申请人的补偿；以及在别国申请保密专利的限制。

[脚注接上页]

动：(i)有关核裂变物质或由其获得的物质；(ii)有关受到管制的武器、弹药和装备的贸易，以及其他直接或间接用于提供军事设施的货物和材料贸易；(iii)在战时和处于其他国际关系紧急状态所采取的行动；或(c)阻止任何成员履行联合国宪章所赋予的义务，为维护世界和平与安全而采取的任何行动。”

⁶⁶ UNCTAD-ICTSD 关于知识产权和可持续发展项目“TRIPS 与发展的资源书”，2005 年，第 804 页。还请参见 Kiyoun Sohn 和 Taek Dong Yeo 所著《国际贸易是否有助于增强国家安全？》，链接：https://faculty.washington.edu/karyiu/confer/sea05/papers/sohn_yeo.pdf。

⁶⁷ 自 WTO 设立以来，没有专家组就国家安全问题编写过任何报告。

⁶⁸ 只有四起案件达到正式争议解决的水平，参见 UNCTAD-ICTSD 关于知识产权和可持续发展项目“TRIPS 与发展的资源书”，2005 年，第 806 页。

⁶⁹ 但这一术语不尽相同：例如，前马其顿共和国《工业产权法》和越南《工业产权法》都采用“机密发明”和“机密专利”。

⁷⁰ 瓦努阿图《2003 年第 2 号专利法案》第 15 条规定，“如果审查员认为，该申请(……)包含的信息可能危及：(a)瓦努阿图的国防；或(b)公共安全；那么审查员可禁止或限制该信息的公开”。

⁷¹ 埃及《2002 年第 82 号法》第 17 条规定，“必要时，专利局应在完成审查之日起十日内，将涉及到国防、军事产品、或公共安全的专利申请或具有军事、安全或卫生价值的专利的副本以及此类申请的附件发送给国防部、军品部、内政部或卫生部”，以及“如果具体主管的部长认为专利申请涉及国防、军事产品或公共安全事务或该申请具有军事、安全或卫生价值，那么该部长在宣布收到该专利申请后可对继续授予专利予以反对”。

(i) 必须予以保密的发明

37. 各国对必须予以保密的发明类型⁷²规定不尽相同。在一些国家，保密发明为那些涉及国家安全的发明⁷³、影响国家防务利益的发明⁷⁴、或涉及国防目的的发明⁷⁵。例如，波兰《专利法》规定了有关国防和国家安全的发明的明确定义⁷⁶，而另一些国家提到有关公共安全的发明⁷⁷、其披露可能会危及国家安全的发明⁷⁸、或同时危及国家安全和公共安全的发明(如卢森堡、黑山和肯尼亚)或危及国家利益或安全的发明(马来西亚)。

38. 本着同样的思路，一些国家的立法提到与武器相关的发明；例如，孟加拉国和加拿大的法律提到与战争器具或军需品改进相关的发明。同样，丹麦《专利法》提到“与战争材料和战争材料的制造方法相关的发明”。

39. 某些国家引入了一套有关保密发明的更加具体的规定：例如，保加利亚《专利法》第 24 条说明，“保密发明系包含有涉及《保密信息保护法》第 25 条所规定的国家秘密的保密信息的发明”。后一条条款规定，“国家秘密系表 1 所示的信息，未经授权获得此类信息会威胁或危害保加利亚共和国与国家安全、防务、外交政策或保护宪法秩序相关的利益”，与此相关，表 1 载有一份会被视为保密发明的详细的长清单⁷⁹。其他一些国家的法律采用了一种更宽泛的方法：例如，刚果民主共和国《工业产权法》规定“对于国家利益具有特别利益的(……)发明和发现可宣布为秘密。这些发明可能涉及任何领域，特别是那些国防和国家安全相关的领域”。

(ii) 延迟/避免公开上述专利申请的要求

40. 在一些司法辖区⁸⁰，如果专利局认为，一件发明涉及国防或国家安全，那么主管机构可继续对专利申请的公开会否危害国防等利益作出评估。在某些情况下，这种公开是被居先禁止的⁸¹。经分析，各国法律对一件发明应当保密的时间期限的规定有着很大不同，例如美国法律规定，“一件发明不应受令保密，申请的公开或专利的授权应保留超过一年的期限。在收到提出发布该命令的部门主管或机构首席官员的通知后，即出于国家利益考虑决定依旧需要保密，专利局长应在期限届满时或在延长期届满时将此项命令延长一年”⁸²。

⁷² 此外，俄罗斯规定，提交了专利申请的保密发明和提交了实用新型或工业品外观设计申请的保密发明之间有所区分：实际上，俄罗斯的专利立法认为，有可能只授予保密专利，而不授予保密实用新型或保密工业品外观设计。但是，俄罗斯《民法典》第 72 章第 1390(5)条规定，“在实用新型申请审查过程中，如果联邦知识产权主管机构认为，其中所含的信息构成国家机密，那么就应根据正式保密立法规定的程序将申请文件列为保密级别。在这种情况下，应告知申请人，其可以撤回实用新型申请或将其并入保密发明申请中”。

⁷³ 这一类的国家有巴西和中国。

⁷⁴ 例如参见：拉脱维亚《2007 年 2 月 15 日专利法》第 11 章。

⁷⁵ 例如参见：印度《1970 年专利法案》(由 2005 年第 15 号法案进行最新修订)第 35 条。

⁷⁶ 《2000 年 6 月 30 日工业产权法》(于 2007 年 6 月 29 日进行最新修订)第 56 条规定：“1、一件由波兰国民作出的发明，如果其涉及国防或国家安全，就被视为保密发明。2、以下各项尤其属于涉及国防的发明：新型武器或军事装备以及战斗方法。3、以下各项尤其属于涉及国家安全的发明：经授权的民事服务开展行动和侦察行动所采用的技术手段，以及新型装备和物资，及所述民事服务所采用的方法。”

⁷⁷ 例如参见：文莱达鲁萨兰国、新加坡、联合王国等。

⁷⁸ 例如参见：美利坚合众国《专利法》35 U.S.C 第 181 条(自 2014 年 5 月起统一专利法)。

⁷⁹ 第 25 条表 1 包含一份长清单，包含有“被定级为国家机密的信息类型”(超过 64 项信息类型，被分为三类：I. 与国防相关的信息；II. 与国家外交政策和国内安全相关的信息；以及 III. 与国家经济安全相关的信息)。

⁸⁰ 例如：澳大利亚、比利时、巴西、古巴和美利坚合众国等。

⁸¹ 例如参见：瓦努阿图《2003 年第 2 号专利法案》第 15 条。

⁸² 美利坚合众国《专利法》35 U.S.C 第 181 条(自 2014 年 5 月起统一专利法)。

(iii) 因向国家转让而给予专利申请人的补偿

41. 在某些国家，如果一件发明被列为保密，那么其就会被转让给国家⁸³。挪威《专利法》规定，“在战争或战争威胁以及与此相关的危机情形下，国王在认为必要的时候可以规定，发明的权利应转让给政府或由国王指定的另一方”。

42. 在发明及其权利转让给国家的情况下，会向专利申请人支付补偿金。一些国家的立法较其他一些国家对补偿概念规定了更多的限制，其规定补偿应当是合理⁸⁴、公平的⁸⁵，或与发明的市场价值成比例⁸⁶。荷兰法律规定，国家应针对保密发明专利申请人因保密发明相关法律规定而遭受的损失支付补偿金。类似地，美利坚合众国《专利法》则采用“因保密令和/或政府使用发明而遭受的损失补偿金”⁸⁷这样的表述，而其他一些国家则采用“补偿”这一表述⁸⁸。

43. 在一些司法辖区，保密发明的利用会得到限制，在这种意义上，在利用或转让发明之前，专利权人必须告知政府机构以便获得其准许⁸⁹。与此类似，保加利亚《专利法》规定，“应由部长理事会的决定来确定谁有权使用和处置保密专利”⁹⁰。

(iv) 在他国申请保密专利的限制

44. 因国防或国家安全考虑，保密发明需要采用一种不同的程序，因此国家会对其公民或居民在国内和国外的专利申请活动进行监控。这也解释了在某些司法辖区内，居民在未经国家机构明确或默示许可之前，不能在他国申请专利的原因。通常主管机构会有一段时间来对专利申请加以分析，然后专利申请人会收到在国外申请的授权。根据一些成员国的专利法，不尊重这条规则就意味着违法和犯罪和/或民事制裁⁹¹。在可以对保密专利予以授权的国家，权利人不能在国外提交专利申请⁹²，或必须请求得到准许⁹³。

(b) 有关从可专利性中排除某些内容的措施以及与原子能相关的发明领域的其他措施

45. 在某些国家，针对必须予以保密的发明是不能授予专利权的⁹⁴。例如，新西兰《专利法》规定，如果专利局局长被告知发明属于与国防目的相关的类别，那么就不得授予专利权⁹⁵。俄罗斯联邦规定，保密发明可通过专利来予以保护，但不可通过实用新型来保护⁹⁶。最后，必须指出的是，马达加

⁸³ 例如参见：南非《1978年第57号专利法案》（于2005年由第20号法令进行最新修订）第78章。

⁸⁴ 参见大韩民国《1961年12月31日第950号专利法案》（于2013年由第11690号法案进行最新修订）第41条。

⁸⁵ 例如参见：沙特阿拉伯《2004年12月26日专利、集成电路布图设计、植物品种和工业品外观设计法实施细则》第49(2)条。

⁸⁶ 波兰《2000年6月30日工业产权法》（于2007年6月29日进行最新修订）第59(2)条。

⁸⁷ 美利坚合众国《专利法》35 U.S.C 第183条（自2014年5月起统一专利法）。

⁸⁸ 例如参见：巴西、意大利和法国。在法国，“indemnité(补偿)”金额由高等法院裁定。参见本文件附件一。

⁸⁹ 例如参见：巴西《1996年5月14日第9.279号工业产权法》（于2001年2月14日由第10.196号法进行最新修订）第75条。

⁹⁰ 参见保加利亚《1993年第27/2号专利和实用新型注册法》（于2007年7月20日进行最新修订）第24(8)条。

⁹¹ 例如新加坡、联合王国、美利坚合众国等。

⁹² 例如参见：巴西《1996年5月14日第9.279号工业产权法》（于2001年2月14日由第10.196号法进行最新修订）第75条；保加利亚《1993年第27/2号专利和实用新型注册法》（于2007年7月20日进行最新修订）第25条；古巴《2011年11月20日第290号发明、工业品外观设计和实用新型法》第88条。

⁹³ 例如参见：阿尔巴尼亚《2008年7月7日第9977号工业产权法》第31条；丹麦《2012年1月24日第108号统一专利法案》第70条；印度《1970年专利法案》（最近于2005年由第15号法案修订）第39条；肯尼亚《2001年7月27日工业产权法案》第28条；以及巴基斯坦《2000年第LXI号专利条例》第26条。

⁹⁴ 马来西亚、摩洛哥、新西兰和波兰。

⁹⁵ 新西兰《2013年第68号专利法案》第132条。

⁹⁶ 参见俄罗斯联邦《民法典》第72章第1349(3)条。

斯加《专利法》规定，在涉及包括国防在内的重大利益的情况下，可将某些种类的发明排除在可专利性范围之外。

46. 有关原子能的创新，一些国家，如印度和斯里兰卡，采用了一种专门的立法，其规定与原子能⁹⁷相关的发明不可授予专利。特别是，印度《1960年原子能法案》第20(i)条规定，“自本法案实施之日起，对于中央政府认为有助于或与原子能的产生、控制、使用或处置或任何指定物质或放射性物质的勘探、开采、提取、生产、物理和化学处理、制作、浓缩、封装或使用或确保原子能操作安全性相关的发明不应授予专利权”。类似地，斯里兰卡《知识产权法案》则规定，对可用于原子能武器中特定核物质或原子能的利用的发明不应授予专利权⁹⁸。

47. 美利坚合众国《核监管立法》第151条规定，“a. 对于可单独用于原子武器中特殊核物质或原子能利用的发明或发现此后不应授予专利权”以及“b. 此后授予的专利不应赋予有关任何可用于原子武器中特殊核物质或原子能利用的发明或发现任何权利”。此外，该法律条款还规定，“已经或此后作出可用于生产或利用特殊核物质或原子能的发明或发现的任何人，都应向局长提交一份报告，对其作出完整的说明，除非这类发明或发现已经在向商务部主管知识产权的副部长兼美国专利商标局局长提交的专利申请中有所说明(……)”。

48. 与此类似，加拿大《专利法》规定，“如果局长认为，任何发明专利申请涉及到核能的产生、应用或使用，则应(……)由局长传送给加拿大核安全委员会”⁹⁹。

[后接英文附件]

⁹⁷ 关于这个问题的一些立法也提到了核能。区别在于原子能涉及到整个原子，而核能仅仅涉及原子核。“原子是物质的最小可辨别单位。其有一个原子核，原子核包含有一个或多个质子和在外层沿轨道运动的一个或多个电子。‘原子弹’中的原子一词涉及或与一个或多个原子核相关，”参见 <http://dictionary.reference.com/help/faq/language/d39.html>。

⁹⁸ 《2003年第36号知识产权法》第62(3)(e)条。

⁹⁹ 《专利法案》第22条(R.S.C., 1985, c. P-4)(于2006年9月21日进行最新修订)。