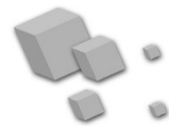




專利申請之保密管制



謝祖松*

壹、前言

「專利」為國家授與之排他權，享有特定期間之保護，例如發明專利權人享有之排他權為20年。此排他權得使專利權人對仿冒者進行訴訟以為保護，並得以授權或讓與等方式進行商品化。專利保護發明，專利權人藉專利始能穩定地實施該發明，但其對價（*qui pro quo*）為須「揭露」該發明內容。

「國防科技」指涉及國防事務之科技技術，其可能具機敏性，例如軍用特殊材料及武器研發產品之製造技術等。因此，若該申請專利之標的為國防科技，則該技術內容亦須揭露於公眾，而各國基於國防科技之機敏性考量，認為申請專利將致洩露國防機密，多有保密管制，故發展國防科技，必須審慎考量國防科技在充分揭露及保密管制間之權衡，且就保密管制之原則應是凡涉及國安及國防相關資訊除了不應對「國內」，更不應對「國外」公開或公告。

身處敵國環伺之以色列，其國營的以色列航空工業公司（Israel Aerospace Industries Ltd., IAI）為該國國防科技重鎮，歷年發展出相當數量之發明技術，並申請多國專利。例如，其IAI公司研發出攔截飛彈之發明，該發明除可攔截火箭外，另可攔截一般飛機、無人飛機及巡弋飛彈等。此發明顯然是以色列重要國防科技，該發明藉「專利合作條約」（Patent Cooperation Treaty, PCT）向多國申請並獲准「攔

DOI : 10.3966/221845622017040029005

收稿日：2017年2月25日

* 銘傳大學法律學系教授、專利師。

截飛彈及其彈頭」專利（如圖1），¹換言之，以色列及多國之專利將公告該國防科技內容，為何以色列允許國內及國外公告國安及國防相關資訊？其所持政策值得探討。

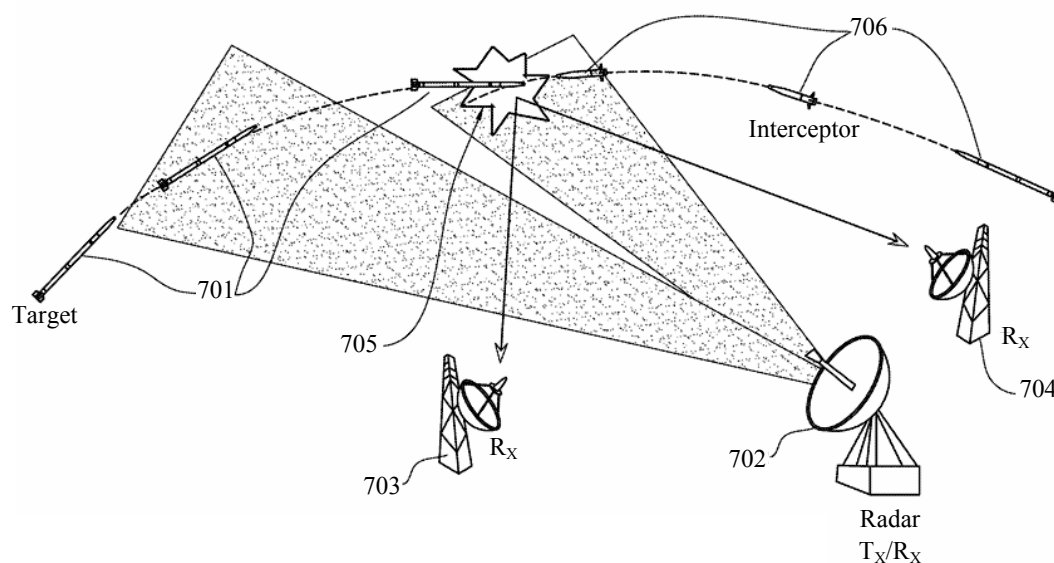


圖1 「攔截飛彈及其彈頭」專利之圖式

查我國亦有以空對地飛彈偵測目標之發明，向國內及國外申請並獲准「空對地飛彈雷達偵測方法及系統」專利（如圖2）之例，²茲以此專利檢驗我國專利法相關機制，然後與前述以色列之例作一比較法研究。

¹ PCT專利名稱：「攔截飛彈及其彈頭」（Interception Missile and Warhead Therefor），專利公告號：WO2015/102001，公告日：2015年7月9日，發明人：Jacob Rovinsky，申請人：Israel Aerospace Industries Ltd.；另申請並獲准有美國、新加坡、西班牙，及韓國專利。

² 中華民國專利名稱：「空對地飛彈雷達偵測方法及系統」，申請案號：096136878，公告號：I337664，申請日：2007年10月02日，發明人：杜博仁；江簡富，申請人：臺灣大學；另申請並獲准有美國專利，名稱：Method and System for Predicting Air-to-surface Target Missile，申請日：2007年12月20日。發明人：Po-Jen Tu；Jean-Fu Kiang，申請人：National Taiwan University。

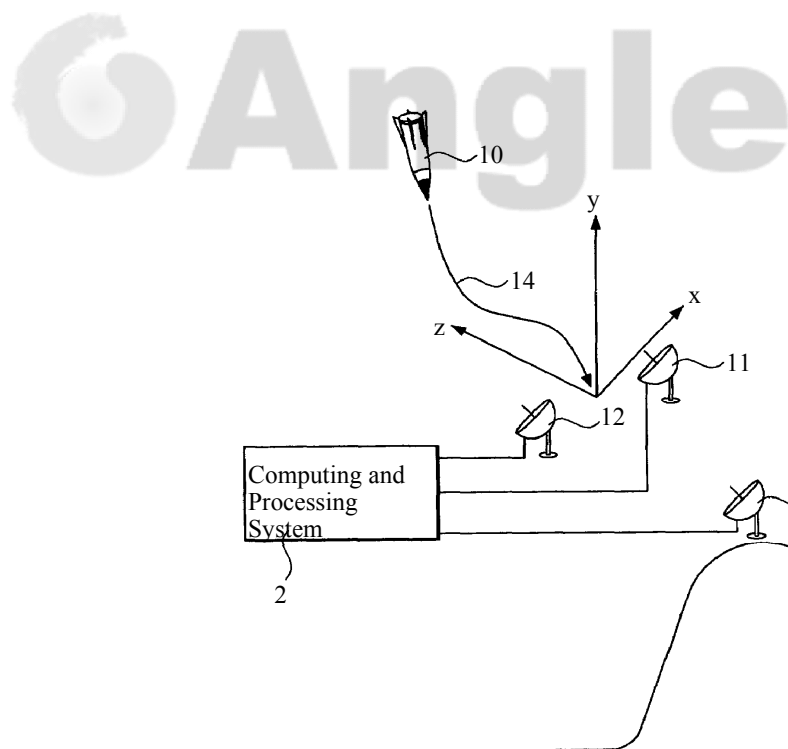


圖2 「空對地飛彈雷達偵測方法及系統」專利之圖式

本文第貳章先就專利申請之充分揭露進行說明，繼之第參章比較我國與以色列對專利申請之保密管制，於第肆章縮小討論範圍，擴大討論對象，針對其他國對申請「外國」專利之保密管制進行廣泛比較，於第伍章分析我國申請外國專利保密管制之法規欠缺，與保密管制與經濟發展之權衡等議題，第陸章為結論。

貳、專利申請之充分揭露

專利權乃發明人之所欲，但非無對價，當發明人提出專利申請時，政府要求其須揭露該發明技術為授與專利權之對價，此立法目的在使該發明技術能經政府公告給公眾後，使公眾瞭解此新穎發明，能進一步進行改良，如此將形成促進產業發展之良性循環，也就是「站在巨人肩膀上」來累積智慧成果之實踐。是以，各國專利法均定有揭露要求之規定。

我國專利法第26條第1項規定，說明書應明確且充分揭露，使該發明所屬技術

領域中具有通常知識者，能瞭解其內容，並可據以實現。³

以色列亦不例外，其專利法第12條(a)規定，說明書應揭露至使該發明所屬技術領域中熟習該項技術者能據以實現的程度。其中，「所屬技術領域中熟習該項技術者」(Person Skilled In The Art, PSITA, 「熟習該項技術者」)為一擬制之人，在此作為判斷是否達到充分揭露的標準。⁴

世界其他各國多有類似該條之規定，其又可再細分包括三項子要求，一是書面敘述要求(written description)，一是致能要求(enablement)，一是最佳實施例要求(the best mode)。就「熟習該項技術者」而言，致能要求為三者中最重要者。

依美國Atlas Powder Co. v. E.I. Dupont de Nemours & Co.案，判斷其是否滿足致能要求之要件有二：一是「具有通常技術者」能製造及使用系爭發明，另一是「具有通常技術者」實施系爭發明所須之實驗程度。⁵既然，致能要求之對象並非「不具技術的門外漢」(unskilled layperson)，而是「熟習該項技術者」，故此要求程度不低。因為，發明人應於專利申請案中充分揭露明確之資訊，才能使該發明所屬技術領域中「熟習該項技術者」，能瞭解其內容，並可據以製造及使用該發明。

試想，若發明標的是國防科技，為獲專利保護，須揭露至敵國看到其內容後能瞭解該技術，並可據以製造及使用該國防科技，此專利是否仍得申請，值得斟酌，並應予管制。

參、我國與以色列對專利申請之保密管制

一、以色列之保密管制

對於申請以色列「國內」專利之保密管制，其專利法第94條規定，國防部長得視國安需要，包括國防機密考量，經洽詢司法部長，頒布如下命令：(一)禁止專利申請人進行申請程序，或延後申請程序；(二)禁止或限制申請案或相關訊息之公開

³ 專利法第26條第1項。

⁴ 以色列專利法第12條(a)；另參謝祖松，美國專利法上「具有通常技術者」之探討，臺北大學學論叢，2010年12月，76期，43-94頁。

⁵ Atlas Powder Co. v. E.I. Dupont de Nemours & Co., 750 F.2d 1569, 1576 (Fed. Cir. 1984).

或公告。⁶

對於申請「外國」專利之保密管制，同法第98條規定：凡以色列國民、具永久留權者，或任何對國家負效忠義務者，不得以武器、彈藥或其他具軍事價值之發明申請外國專利，除非(一)其獲有以色列國防部之核准，或(二)其先於國內申請，並於申請後之六個月內，以色列國防部未為禁止之命令，或該禁止令已失效。⁷

由前述規定觀之，以色列對其國防科技申請國內及國外專利均訂有限制，其中，對申請國內專利之保密管制與其他國家相似，並無特別之處。而其對申請外國專利之保密管制的限制對象在身分上是以「國民」、「具永久留權者」，及「任何對國家負效忠義務者」(any other person who owes allegiance to the State)為準；在限制之創作標的上是以「武器、彈藥或其他具軍事價值之發明」為管制標準，適用範圍較廣。⁸

所以，應不致有專利公報揭露其國防科技。然前述「攔截飛彈及其彈頭」專利

⁶ 以色列專利法第94條：

(a) The Minister of Defense may, by order, if he deems it necessary so to do in the interests of National security, including the protection of defense secrets, and after consultation with the Minister of Justice—

(1) order the Registrar to refrain from performing any act which he is required or permitted to do under this Law on a certain application, or to postpone its performance;

(2) prohibit or restrict the publication or release of information concerning a particular application, or in connection with the information in it.

(b) A copy of the order of the Minister of Defense shall be delivered to the applicant.

⁷ 以色列專利法第98條：

An Israel national, a permanent resident of Israel or any other person who owes allegiance to the State shall not submit any application abroad for a patent for an invention the subject of which is weaponry or ammunition, or which is otherwise of military value, or for an invention with which section 95 deals, and he shall not—directly or indirectly—cause a said application to be submitted, unless one of the following applies:

(1) he received written permission from the Minister of Defense in advance;

(2) he submitted an application in respect of that invention in Israel and within six months after that application was submitted the Minister of Defense did not make an order on it under section 94, or he made such an order, but it is no longer in effect.

⁸ 對照本文第肆章，以色列專利法已涵蓋其中大部分不同種類之管制標準。

卻顯示以色列似乎允許國內及國外專利公報公告國安及國防相關資訊，其所持政策值得探討。

二、我國之保密管制

我國專利法有關國安規定最早制定於1944年，其第40條僅規定：「有關國防之發明，不予公告，其呈請書件，不予陳列」。另，該法第5條對於尚未獲准專利之「發明於軍事上有秘密之必要者」，規定「其應得專利之權利，得由政府收用，給以相當之報酬」。又另，該法第72條對於已獲准之專利者規定，若「政府因軍事上之利用，或國營事業之需要，得限制或徵用專利權之一部或全部。但應給予專利權人以補償金」。

1959年之修法，前述三條條文僅就文字酌為修正，並無重大變更。直至1993年之修法，將前述三條條文合併規定於第48條，其文義沿用至今，現行法即建立於此架構上。⁹2003年之修法，該條條號變更為第50條，並增列「國家安全相關機關」規定，作為是否涉及國家安全之諮詢對象，餘僅酌為文字修正。2011年之修法，該條條號變更為第51條，餘亦僅酌為文字修正。

現行我國專利法第51條僅規定對於申請「我國」專利之保密管制，因為提出國內申請案之「發明經審查涉及國防機密或其他國家安全之機密者」，¹⁰應諮詢國防部

⁹ 專利法第48條（1993年版）：

發明經審查有影響國家安全之虞，應將其說明書移請國防部諮詢意見，認有秘密之必要者，其發明不予公告，申請書件予以封存，不供閱覽，並作成審定書送達申請人、代理人及發明人。

申請人、代理人及發明人對於前項之發明應予保密，違反者該專利申請權視為拋棄。

保密期間，自審定書送達申請人之次日起為期一年，並得續行延展保密期間每次一年，期間屆滿前一個月，專利專責機關應諮詢國防部，無保密之必要者，應即公告。

就保密期間申請人所受之損失，政府應給予相當之補償。

申請人對於第一項之審定有不服時，得於審定書送達之次日起三十日內，依法提起行政救濟。

¹⁰ 依國家機密保護法第2條及施行細則第2條之規定，本法所稱之國家機密係指：(1)軍事計畫、武器系統或軍事行動；(2)外國政府之國防、政治或經濟資訊；(3)情報組織及其活動；(4)政府通信、資訊之保密技術、設備或設施；(5)外交或大陸事務；(6)科技或經濟事務；(7)其他為確保國家安全或利益而有保密之必要者，並經核定機密等級者。

或國家安全相關機關意見，認有保密之必要者，申請書件予以封存；其經申請實體審查者，應作成審定書送達申請人及發明人」。¹¹且其「保密期間，自審定書送達申請人後為期一年，並得續行延展保密期間，每次一年」，¹²即逐年檢驗此國內申請案之保密必要性，且於「期間屆滿前一個月，專利專責機關應諮詢國防部或國家安全相關機關，於無保密之必要時，應即公開」。¹³而該「發明經核准審定者，於無保密之必要時，專利專責機關應通知申請人於三個月內繳納證書費及第一年專利年費後，始予公告；屆期未繳費者，不予公告」。¹⁴「就保密期間申請人所受之損失，政府應給與相當之補償」。¹⁵

本條並無違反時之罰則規定，僅要求「申請人、代理人及發明人對於該發明應予保密，違反者該專利申請權視為拋棄」。¹⁶若前述之例發生在國內，僅可依刑法第109條第1項，¹⁷或依國家機密保護法相關規定處理。¹⁸

但依我國專利法第51條，國防科技申請「外國」專利管道卻是門戶洞開，因為「認有保密之必要者」似僅須依規定將該「申請書件予以封存」，並未禁止該發明續向外國申請專利，甚至，若該發明直接先向國外申請專利，該條也無從管制。按國防或國安資訊之洩漏，並無向國內或向國外洩漏之區別，因為在此資訊發達時代，資訊一經洩漏，及可無遠弗屆之傳遞出。

本例及清楚顯示，其中華民國專利之申請日為2007年10月2日，美國專利之申請日為2007年12月20日，期間僅2個月又18日，若啟動諮詢程序，應不及在美國專利申請日前獲得國防部或國家安全相關機關諮詢意見。而且，即便「認有保密之必

¹¹ 我國專利法第51條第1項。

¹² 同前註，第3項前段。

¹³ 同前註，第3項後段。

¹⁴ 同前註，第4項。

¹⁵ 同前註，第5項。

¹⁶ 同前註，第2項。

¹⁷ 刑法第109條第1項：洩漏或交付關於中華民國國防應秘密之文書、圖畫、消息或物品者，處1年以上7年以下有期徒刑；刑法第109條第4項：預備或陰謀犯第1項或第2項之罪者，處2年以下有期徒刑。

¹⁸ 國家機密保護法第32條至第35條參照（如對國家機密之洩漏、交付、刺探、收集、毀棄、損壞、隱匿等行為，可分別處1年以上、7年以下之有期徒刑、拘役或科或併科新台幣20萬元以下罰金，且該等行為並罰及過失犯）。

要者」，似也無法管制其續向外國申請專利。更何況，本例已直接「先向外國申請」專利，就保密管制而言，已出現明顯漏洞，實有可議之處。

肆、其他國家對申請外國專利之保密管制

由前述以色列與我國之專利保密管制比較後，顯見我國對申請「外國」專利之保密管制有法規欠缺現象，本章進一步縮小討論範圍，擴大討論對象，針對其他國對申請「外國」專利之保密管制進行廣泛比較。茲以基於國安考量之國際申請，例示五類管制標準：一、「發明在該國完成」，二、「申請案具國家機密」，三、「申請人為該國住民」，四、「申請人為該國居民」，及五、「發明在該國或外國由該國國民完成」等，¹⁹進行比較，並值得注意其彼此間之關係並非互斥，而是及／或，例如前述以色列專利法實則即包含其中數項管制機制。

一、以「發明在該國完成」為管制標準

(一)美國相關規定

美國聯邦政府基於對科技揭露可能造成國防及經濟狀況之威脅，長久以來亟欲管制之。於第一次世界大戰期間，美國國會授權美國專利商標局（the United States Patent and Trademark Office, USPTO）得對與國防有關之專利予以列記機密等級，此作法僅實施於該大戰期間；但復因預期將發生第二次大戰，於其前之1941年10月恢復該規定，並持續實施至第二次大戰結束。

1951年制定之「發明機密法案」（The Invention Secrecy Act of 1951），²⁰規定與國防有關之專利得長期列為機密並受管制，即除對外國宣戰或國家緊急狀況時外，須每年審查管制之必要性。依該法規定，「國防機關」（defense agency）提供專利商標局一份「專利安全範圍審查清單」（Patent Security Category Review List, PSCRL），其中明列相關應受管制之機敏性科技。至於，何謂「國防機關」乃由總

¹⁹ 參WIPO官網之「國際申請案及國家安全考量」，http://www.wipo.int/pct/en/texts/nat_sec.html，最後瀏覽日：2017年2月21日。

²⁰ The Invention Secrecy Act of 1951 (codified at 35 U.S.C. §§ 181-188).

統指定，一般包括陸、海、空軍、國安局（National Security Agency）、能源部、航太總署，甚至，司法部亦曾包括在內。²¹

美國專利法第181條規定，若因公開、公告而致揭露政府所有之發明時，該發明所屬之政府機關主管認為將有可能影響國安，則專利商標局局長於接獲通知後，應命該發明保持於秘密狀態，並停止公開或公告該發明。²²

依同法第184條規定，凡在美國所完成之發明，在向美國提出專利申請後的六個月內，除非獲得美國專利局核發的「外國專利申請許可」（Foreign Filing License），任何人不得在「外國」提出、致使或授權他人提出發明、新型或設計專利申請。²³

依同法第186條規定，任何人在依第181條規定被命令其發明應保持秘密狀態，且應暫停核發專利權之期間內，知悉該命令而且未經授權即故意發表或揭露其發明，或授權或致使該發明或主要內容遭發表或揭露者；或故意違犯第184條規定，就美國所完成之任何發明提出、致使或授權他人提出發明、新型或設計專利申請或模型之登記者，應處兩年以下有期徒刑，或科，或併科1萬元以下罰金。²⁴

²¹ Raymond E. Vickery, Jr., *Symposium on the Law and Outer Space: the Laws and Outer Space: Intellectual Property*, 4 J.L. & TECH. 9, 10 (1989).

²² 35 U.S.C. 181: Whenever publication or disclosure by the publication of an application or by the grant of a patent on an invention in which the Government has a property interest might, in the opinion of the head of the interested Government agency, be detrimental to the national security, the Commissioner of Patents upon being so notified shall order that the invention be kept secret and shall withhold the publication of an application or the grant of a patent therefor under the conditions set forth hereinafter.

²³ 35 U.S.C. 184 (a): Except when authorized by a license obtained from the Commissioner of Patents a person shall not file or cause or authorize to be filed in any foreign country prior to six months after filing in the United States an application for patent or for the registration of a utility model, industrial design, or model in respect of an invention made in this country. A license shall not be granted with respect to an invention subject to an order issued by the Commissioner of Patents pursuant to section 181 without the concurrence of the head of the departments and the chief officers of the agencies who caused the order to be issued. The license may be granted retroactively where an application has been filed abroad through error and the application does not disclose an invention within the scope of section 181.

²⁴ 35 U.S.C. 186: Whoever, during the period or periods of time an invention has been ordered to be

值得注意者，若直接先向外國申請專利，美國專利法施行細則第5.13條規定，沒有在美國國內提出國內或國際申請案者，在申請「外國專利申請許可」時，須附呈直接先向外國申請專利之申請案副本。²⁵此規定應可相當程度產生管制作用。

(二)大陸相關規定

中國大陸專利法規定，申請專利之發明創造涉及國家安全或者重大利益需要保密的，按照國家有關規定辦理。²⁶該法細則規定，涉及國防利益或需要保密的專利申請稱為國防專利申請，將涉及國防利益以外的國家安全或者重大利益的申請，稱為保密專利申請。²⁷

對於申請「大陸」專利之保密管制，該法細則規定，專利申請涉及國防利益需要保密的，由國防專利機構受理並進行審查；國務院專利行政部門受理的專利申請涉及國防利益需要保密的，應當及時移交國防專利機構進行審查。經國防專利機構審查沒有發現駁回理由的，由國務院專利行政部門做出授予國防專利權的決定。²⁸國務院專利行政部門認為其受理的發明或者實用新型專利申請涉及國防利益以外的國家安全或者重大利益需要保密的，應當及時做出按照保密專利申請處理的決定，並通知申請人。保密專利申請的審查、復審以及保密專利權無效宣告的特殊程序，

kept secret and the grant of a patent thereon withheld pursuant to section 181, shall, with knowledge of such order and without due authorization, willfully publish or disclose or authorize or cause to be published or disclosed the invention, or material information with respect thereto, or whoever willfully, in violation of the provisions of section 184, shall file or cause or authorize to be filed in any foreign country an application for patent or for the registration of a utility model, industrial design, or model in respect of any invention made in the United States, shall, upon conviction, be fined not more than \$10,000 or imprisoned for not more than two years, or both.

²⁵ 37 CFR 5.13: If no corresponding national, international design, or international application has been filed in the United States, the petition for license under § 5.12(b) must also be accompanied by a legible copy of the material upon which a license is desired. This copy will be retained as a measure of the license granted.

²⁶ 中國大陸專利法第4條。

²⁷ 中國大陸專利法施行細則第7條。

²⁸ 同前註，第1項。

由國務院專利行政部門規定。²⁹

對於申請「外國」專利之保密管制，中國大陸專利法規定，任何單位或者個人將在中國大陸完成的發明或者實用新型向外國申請專利的，應當事先報經國務院專利行政部門進行保密審查。³⁰單位或者個人根據有關之國際條約提出專利國際申請者，應當遵守前述規定。³¹對違反該規定向外國申請專利的發明或者實用新型，在中國大陸申請專利的，不授予專利權。³²

所稱在中國大陸完成的發明或者實用新型，是指技術方案的實質性內容在中國大陸境內完成的發明或者實用新型。³³任何單位或者個人將在中國完成的發明或者實用新型向外國申請專利的，應當按照下列方式之一請求國務院專利行政部門進行保密審查：1.直接向外國申請專利或者向有關國外機構提交專利國際申請的，應當事先向國務院專利行政部門提出請求，並詳細說明其技術方案；2.向國務院專利行政部門申請專利後擬向外國申請專利或者向有關國外機構提交專利國際申請的，應當在向外國申請專利或者向有關國外機構提交專利國際申請前，向國務院專利行政部門提出請求。³⁴向國務院專利行政部門提交專利國際申請的，視為同時提出了保密審查請求。³⁵

國務院專利行政部門收到依照本細則第8條規定遞交的請求後，經過審查認為該發明或者實用新型可能涉及國家安全或者重大利益需要保密的，應當及時向申請人發出保密審查通知；申請人未在其請求遞交日起4個月內收到保密審查通知的，可以就該發明或者實用新型向外國申請專利或者向有關國外機構提交專利國際申請。³⁶國務院專利行政部門依照前款規定通知進行保密審查的，應當及時做出是否需要保密的決定，並通知申請人。申請人未在其請求遞交日起6個月內收到需要保密的決定的，可以就該發明或者實用新型向外國申請專利或者向有關國外機構提交

²⁹ 同前註，第2項。

³⁰ 中國大陸專利法第20條第1項前段。

³¹ 同前註，第2項。

³² 同前註，第4項。

³³ 中國大陸專利法施行細則第8條第1項。

³⁴ 同前註，第2項。

³⁵ 同前註，第3項。

³⁶ 中國大陸專利法施行細則第9條第1項。

專利國際申請。³⁷

違反前述向外國申請專利規定，洩漏國家機密者，由所在單位或上級主管機關給予行政處分，構成犯罪的，依法追究刑事責任。³⁸

值得注意的是，對直接先向外國申請專利，中國大陸專利法及其施行細則對此有所規範，即應當事先向國務院專利行政部門提出請求，並詳細說明其技術方案。³⁹如此，應可相當程度產生管制作用，雖然美國及中國大陸之相關條文均未限制須先在國內提出申請。⁴⁰

二、以「申請案具有國家機密」為管制標準

德國專利法第52條第1項規定，專利申請案依刑法第93條定義為具國家機密者，若欲申請「外國」專利，應獲聯邦最高主管機關書面核准始得為之。前述書面核准得附條件。⁴¹而刑法第93條第1項所定義之國家機密指，僅有特定範圍人士能接觸，必須不讓外國知悉以避免發生德意志聯邦國安問題的相關事實、事項，或知識。⁴²同條第2項規定，任何人提出專利申請違反前項前段規定，或違反前項後段所附條件者，應處五年以下有期徒刑，或科罰金。⁴³

德國此項規定與其他國家不同之處，在限制「申請案具有國家機密」為管制標準，並不論究申請人為國民或居民身分，此外，其附有罰則。

³⁷ 同前註，第2項。

³⁸ 中國大陸專利法第71條。

³⁹ 中國大陸專利法第20條第1項前段；中國大陸專利法施行細則第8條第2項。

⁴⁰ 論者Dennis Crouch認為中國大陸之相關條文規定須先在國內提出申請之見解似有誤，見Dennis Crouch, *Considerations for International Inventions—Foreign Filing Licenses*, October 22, 2014, available at <http://patentlyo.com/patent/2014/10/considerations-international-inventions.html> (last visited Feb. 21, 2017).

⁴¹ 德國專利法第52條第1項：A patent application containing a state secret (Section 93 of the Criminal Code) may only be filed, outside the territory to which this Act applies, with the written consent of the competent highest federal authority. Consent may be given subject to conditions.

⁴² 德國刑法第93條第1項。

⁴³ 德國專利法第52條第2項：Any person who 1. files a patent application in violation of the first sentence of subsection (1) or 2. acts in violation of a condition under the second sentence of subsection (1) shall be liable to imprisonment not exceeding five years or to a fine.

三、以「申請人為該國住民」為管制標準

韓國專利法第41條第1項第1款規定，凡「住民」得申請專利。⁴⁴同法第41條第1項規定，如為國防之必要，政府得命發明人、申請人或代理人不得向相關「外國」專利局提出專利申請案，或得命將該發明保持為秘密。但前述人等如經政府許可，則可向外國專利局提出申請案。⁴⁵同條第2項規定，如向韓國智慧財產局提出之發明經認定屬國防所必要，政府得拒絕授予專利，並得為國防之理由，如戰時、暴動或其他類似緊急狀況，沒入該發明得獲得專利之權。⁴⁶若政府採取前述第1及2項行為時，應予合理補償。⁴⁷

如違反第1項禁止向外國專利局提出專利申請案或應維持秘密性之命令，得獲准專利之權視為拋棄；⁴⁸違反同項維持秘密性之命令，請求對於因維持秘密性所致損失為合理補償之權，均視為拋棄。⁴⁹

韓國此項規定與其他國家不同之處，在限制對象之身分是以「住民」為準，適用範圍較「國民」為廣。

四、以「申請人為該國居民」為管制標準

英國專利法第23條第1項規定，凡英國「居民」，除非獲得智慧財產局局長之核准，若其申請案具軍事科技或任何其他可能影響國家安全或公共安全之資訊，不得向外國申請或致使該發明被申請專利，但若在向外國申請後再不少於6周期間曾向英國專利局提出國內申請，或未曾獲本法第22條之通知，或該通知已被撤銷者，不在此限。⁵⁰

⁴⁴ 韓國專利法第41條第1項第1款：Any person desiring to obtain a patent shall file a patent application with the Commissioner of the Korean Industrial Property Office stating the following: (i) the name and the domicile of the applicant (in the case of a legal entity, the title, place of business and the name of its representative).

⁴⁵ 韓國專利法第43條第1項。

⁴⁶ 同前註，第2項。

⁴⁷ 同前註，第3項及第4項。

⁴⁸ 同前註，第5項。

⁴⁹ 同前註，第6項。

⁵⁰ 英國專利法第23條第1項：Subject to the following provisions of this section, no person resident

同條第2項規定，前述第1項規定，不適用於第一次申請為在外國提出，且申請人為居住在國外者。⁵¹

英國此項規定與其他國家不同之處，在限制對象之身分是以「居民」為準，適用範圍較「住民」為廣。

五、以「發明在該國或外國由該國國民完成」為管制標準

希臘「國防發明法」第1條第1項規定，凡在希臘或「外國」由該國國民完成之發明或發現，若與希臘國防、互相締結同盟國家之國防，或希臘參與同盟組織中某一國家之國防有關者，則不得將該發明或發現之內容傳遞，或揭露給「任何國家」之自然人或法人，即便該發明或發現尚未依該法第2條及第3條定義為機密。同樣地，禁止任何與該發明或發現有關之技術資訊以任何方式進行傳遞或揭露。⁵²

in the United Kingdom shall, without written authority granted by the comptroller, file or cause to be filed outside the United Kingdom an application for a patent for an invention if subsection (1A) below applies to that application, unless - (a) an application for a patent for the same invention has been filed in the Patent Office (whether before, on or after the appointed day) not less than six weeks before the application outside the United Kingdom; and (b) either no directions have been given under section 22 above in relation to the application in the United Kingdom or all such directions have been revoked.

(1A) This subsection applies to an application if - (a) the application contains information which relates to military technology or for any other reason publication of the information might be prejudicial to national security; or (b) the application contains information the publication of which might be prejudicial to the safety of the public.

⁵¹ 英國專利法第23條第2項：Subsection (1) above does not apply to an application for a patent for an invention for which an application for a patent has first been filed (whether before or after the appointed day) in a country outside the United Kingdom by a person resident outside the United Kingdom.

⁵² Law No. 4325/1963 on the Inventions Concerning the National Defense, Art. 1 Para. 1 (All inventions and discoveries developed in Greece or in a foreign country by Greek nationals concerning Greece's national defense, an ally's national defense or this one of a group of allied countries of which Greece is part, may not be transmitted to any domestic or foreign legal or natural entity or disclosed in any way whatsoever in any country, even before such invention or discovery is classified as secret according to articles 2 and 3 herein. Similarly, it is prohibited to transmit or disclose any technical information that can be related in any way whatsoever with such

希臘此項規定與其他國家不同之處，在其完成該發明之地點不限定在希臘國內，甚至擴及「國外」，此將完成發明所在地延伸至國外之規定，可能衍生司法管轄問題，與前述英國專利法第23條第2項規定，排除申請人為居住在國外者之適用，有所不同。

伍、分 析

一、申請外國專利保密管制之法規欠缺

現行專利法對申請「外國」專利之保密管制有法規欠缺現象，目前只得依刑法相關規定處理。換言之，若前述之例乃對外國申請時發生，可依刑法第109條第2項規定處理。⁵³若提出外國專利申請，但審查後被核駁，得以未遂犯處理。⁵⁴若已完成外國專利申請之準備，但未提出申請者，也得以預備或陰謀犯處理。⁵⁵另，亦可依國家機密保護法相關規定處理。⁵⁶

但援引刑法或國家機密保護法相關規定僅能提供事後處罰，沒有事前預防的機制。如前述，若本例直接「先向外國申請」專利，就保密管制而言，將發生法規欠缺之情況，實有可議之處。

前述第參及肆章有關各國對申請外國專利之保密管制規範中，不論是以「發明在該國完成」、「申請案具國家機密」、「申請人為該國住民」、「申請人為該國居民」，或「發明在該國或外國由該國國民完成」為管制標準，其中以美國及中國大陸相關規定應屬較為周延及嚴謹。

就限制對象之身分而言，美國專利法規範「任何人」，⁵⁷中國大陸專利法規範

inventions or discoveries.).

⁵³ 刑法第109條第2項：洩漏或交付前項之文書、圖畫、消息或物品於外國或其派遣之人者，處3年以上10年以下有期徒刑。

⁵⁴ 同前註，第3項：前二項之未遂犯罰之。

⁵⁵ 同前註，第4項：預備或陰謀犯第1項或第2項之罪者，處二以下有期徒刑。

⁵⁶ 國家機密保護法第32條至第35條參照。

⁵⁷ 35 U.S.C. 184(a).

「任何單位或者個人」，⁵⁸實質上已涵蓋「住民」、「居民」、「國民」、「具永久居留權者」，甚至可及於在該國之「外商」或「外國人」；就限制標的而言，美國及中國大陸專利法均對申請案具有國家機密者進行規範，另該標的須在該國完成乃規範標的所在地在國內，避免如希臘將所在地延伸至國外可能衍生之司法管轄問題。故本文建議應仿效美國專利法第184條規定，建立類似「外國專利申請許可」，如此方能防杜「先向外國申請」專利之情事發生。

此外，違反專利申請保密管制者，不論其為向國內或國外申請，影響層面往往及於國安，在國際普遍有專利法除罪化之趨勢時，仍有多國針對此部分保留刑事罰則。例如，前述中國大陸專利法第71條即明文「構成犯罪的，依法追究刑事責任」，然因尚須引用刑法規定，不若美國專利法明定「應處兩年以下有期徒刑，或科，或併科一萬元以下罰金」，可消除不同法源於適用時可能產生之隔閡差異，故建議應仿效美國專利法第186條規定，於專利法上建立罰則。

二、保密管制與經濟發展之權衡

如前述，以色列專利法明定有關國防科技申請外國專利之限制，但是其相關國防科技仍可見於其所申請之外國專利中，此乃因其對於機敏性資料之認定較為務實，有以致之。

實則，因為應用型科技多屬改良，並非先鋒技術之突破，所謂致洩露國防機密之顧慮，並不切實際；但在獲有專利保護之情況下，軍民通用之國際貿易得以順利進行，此將有效促進經濟發展。

二次大戰後，國防科技研發同時亦帶動民間科技發展。時至今日，學者仍證實，國防支出對經濟成長有正面效果，因為國防之支出能藉由如下幾種方式增加國家整體生產力：提升該國技術人員素質，建構相關硬體設施，藉由研發提升科技水準，以及協助產生新興企業等。因為，國防科技之發展會連帶產生「溢出效應」（spillover），得協助民間企業同步發展。⁵⁹

⁵⁸ 中國大陸專利法第20條第1項前段。

⁵⁹ Dan Peled, Defense R&D and Economic Growth in Israel: A Research Agenda, Science, Technology and the Economy, Samuel Neaman Institute for Advanced Research in Science and Technology, at the Technion-Israel Institute of Technology (2001).

以美國為例，其國防科技研發之GPS系統（Global Positioning System），除了在戰場上掀起革命性影響，亦對民間產生莫大實益，另該技術對於人造衛星導航、通訊等亦產生重大幫助。其國防科技之研發，另亦帶動電腦革命，例如，資料庫之建立、網際網路、計算機科學理論、神經網路，及虛擬實境等技術。⁶⁰

值得注意者，以色列之國防研發工作，不但提振該國之科技水準，以及提升該國技術人員素質，在政策上更有縝密之規劃及積極之貫徹。首先，以色列有5家公司名列世界前百大軍火製造商，即除了前述的IAI公司及RAFAEL公司外，另尚有Koor Industries, Tadiran, and Elbit Systems等。其中，IAI公司2013年之淨收益（net income）為7,500萬美元。整體而言，其國防工業占該國工業之比例為25%，所僱員工占該國員工之比例為20%。

再者，以色列之國防工業與其經濟發展與民間企業有密切關係，例如，以色列國防科技致力研發資訊科技（Information Technology, IT），除了其乃現代化部隊不論戰略或戰術均不可或缺之一環，此種科技亦有軍民通用之效用。從其軍民利益均霑角度來思考，即不難想見其積極發展國防科技之理由。

按發明獲證專利後，若確實有促進產業發展之潛力，得獲他人之引證。統計證實，一公司之特定專利所獲之引證若超過該領域發明所獲引證之中位數（median number），即能顯著提升該公司之市場價值；或者，每獲他人一次引證，該專利之市場價值將提升該公司3%的市場價值。⁶¹由此觀之，亦不難想見其積極申請多國專利以予保護，乃具市場經濟上之前瞻規劃。

陸、結 論

現行專利法對申請「外國」專利之保密管制有法規欠缺現象，目前只得依刑法或國家機密保護法相關規定處理，但此做法僅能提供事後處罰，沒有事前預防的機制，若申請人直接「先向外國申請」專利，實無保密管制。

⁶⁰ Bronwyn H. Hall, Adam Jaffe & Manuel Trajtenberg, Market Value and Patent Citations, *available at* <http://www.haas.berkeley.edu/groups/iber/wps/econ/E00-277.pdf> (last visited Feb. 21, 2017).

⁶¹ *Id.*

有關各國對申請外國專利之保密管制規範中，不論是以「發明在該國完成」、「申請案具國家機密」、「申請人為該國住民」、「申請人為該國居民」，或「發明在該國或外國由該國國民完成」為管制標準，其中美國及大陸相關規定應屬較為周延及嚴謹。

故本文建議應仿效美國專利法第184條，建立類似「外國專利申請許可」，如此方能防杜「先向外國申請」專利之情事發生。此外，違反專利申請保密管制者，影響層面往往及於國安，故建議應仿效美國專利法第186條規定，於專利法上建立罰則。

由以色列國防科技申請多國專利保護觀之，可知其不但理解應用型科技多屬改良，非先鋒技術，突破充分揭露與保密管制的矛盾，在獲有專利保護之情況下，軍民通用之國際貿易得以順利進行，有效促進經濟發展。該國掌握自二次大戰後，藉國防科技研發帶動民間科技發展，並促進經貿實益的趨勢，此決策使其獲取了最佳利益，

本文倡議我國專利法制除了應建立對外國專利申請之保密管制規範，在漢翔公司已民營化，及國家中山科學研究院已行政法人化之時，國防事業更應效法以色列之作法，有系統地布局國際上相關各國之專利，以利獲取最佳之國防及經濟利益。