

公開前已審定之發明專利申請案是否續行公開 作業之研究

周光宇*、葉士緯**

摘要

早期公開制度設立之目的就是為了減少專利審查期間較長，造成公眾第三人無法及早獲知相關申請中之專利資訊，可進一步避免衍生重複研發之情事。近來我國發明專利申請案件審結時間逐漸縮短，甚至已有申請案件已於公開前即完成審定，產生後續公開作業是否續行之問題。由於我國現行專利法對於此一問題尚未明定處理規範，本文擬就其他國家專利主管機關之專利相關法規或實務作法進行分析，探討適合我國專利法制之方式，以作為專利法修法之參考方向。綜合各國實務作法，對於公開前已核准審定之發明專利申請案，採行同時公告核准之發明專利案技術內容及公開該案申請時所揭露之技術內容，較符合平衡專利權人與公眾第三人間之利益；至於公開前已核駁審定之發明專利申請案，採行不公開發明專利申請案申請時所揭露之技術內容，可對於申請人有較多之保護，以利其後續研發策略之規劃。

關鍵詞：早期公開、發明專利、公開前審定

* 作者周光宇、葉士緯均為經濟部智慧財產局專利一組專利助理審查官。
本文相關論述僅為一般研究探討，不代表任職單位之意見。

壹、前言

隨著知識經濟時代來臨，企業研發創新活動不斷提升，我國發明專利申請案件自民國 88 年 22,161 件逐年遞增至 97 年 51,909 件，98 年及 99 年均達 45,000 件以上，而經濟部智慧財產局（以下簡稱智慧局）審結能量卻受限於審查人力長期不足之因素下，導致每年申請案件量遠高於結案量，截至 99 年底發明專利待辦案件累增至 153,691 件，平均審結期間延長為 41.04 個月（從提出實體審查申請至發出審定書之平均處理期間）。行政院為加速清理待辦案件，於 99 年 6 月 24 日核定「經濟部智慧財產局清理專利積案計畫」，智慧局自執行以來，成效卓著，截至 104 年 11 月為止，發明初審平均首次通知期間已降至 17.92 個月，發明初審平均審結期間已降至 26.29 個月¹。

然而當積案件數逐漸降低之際，申請案件從程序審查、早期公開審查至實體審查之實務上衍生的相關問題亦隨之受到關注。以發明專利申請案之早期公開為例，依照我國現行專利法規定，智慧局接到發明專利申請文件後，經審查認為無不合規定程式，且無應不予公開之情事者，自申請日或優先權日（有主張優先權者，為最早優先權日）後經過 18 個月，應將該申請案公開之²。過去由於積案量居高不下之因素，開始實體審查時，往往已超過 18 個月，因此核准審定日期及公告日期，必然晚於公開日期。如今由於審查速度加快，申請案件在早期公開前已審定，而獲准或核駁之情形勢必愈來愈多。鑑於我國專利相關法規對於公開前已審定之發明專利申請案，是否應續行公開作業並無明確規定，若依現行專利法規定，申請案雖於公開前已核准並經公告，取得專利權者，仍將於 18 個月後公開；至於雖於公開前已核駁，由於法定不予公開之事由並未包含此一態樣，因此亦仍將於經過 18 個月後公開。現行這種先公告後公開的作法，似乎有違早期公開制度原意；對於公開前已核駁之申請案而言，現行仍予以公開的作法，致使申請人無法選擇其他方式保護其技術避免成為公眾財。再者，如何使制度之設計在專利人權益與公眾第三人利益間取得平衡，是一值得討論的課題。

本文擬就早期公開前審定之發明專利申請案件，是否續行公開作業進行探討，主要藉由世界智慧財產權組織（World Intellectual Property Organization,

¹ 經濟部智慧財產局專利行政系統 104 年 1 至 11 月統計數據。

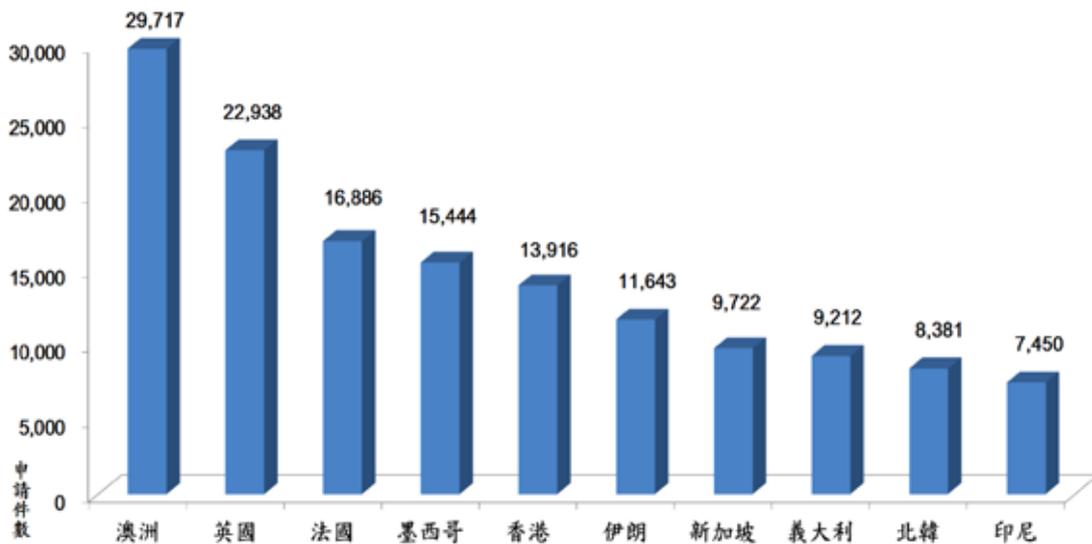
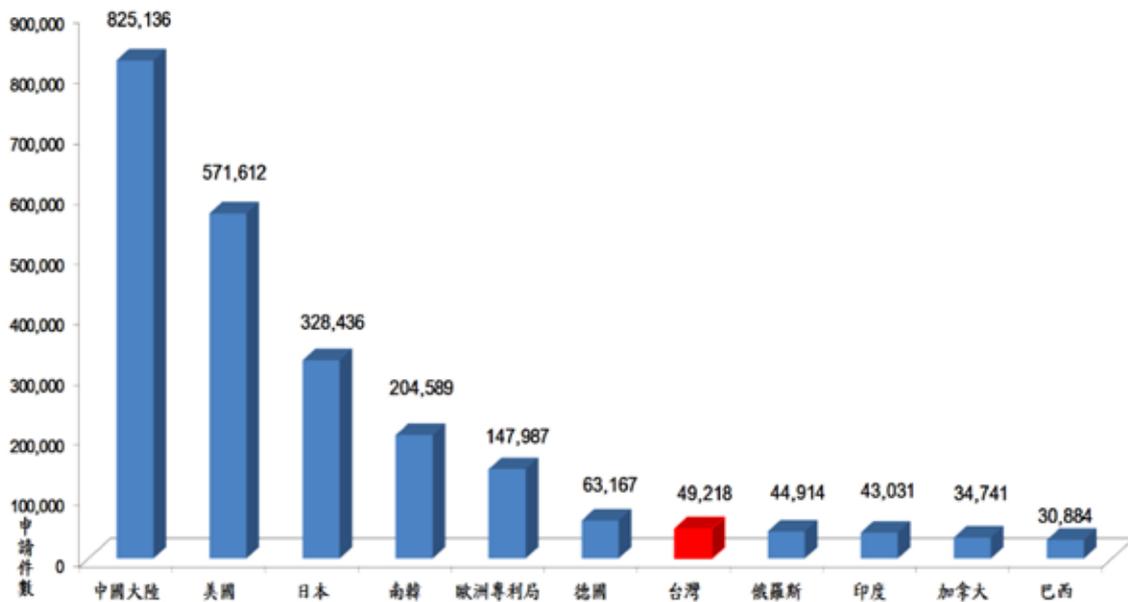
² 參見我國專利法第 37 條。

WIPO) 之專利合作條約 (Patent Cooperation Treaty; PCT) 及中國大陸、美國、日本、韓國、歐洲專利局、德國、俄羅斯、印度、加拿大、巴西、澳洲、英國、法國及墨西哥等專利主管機關 (如圖一)³ 所依據之專利法規，進行研究分析，就其面對於該類案件的作法進行彙整與討論，並進而分析有利我國專利法制作業之可行性方案。

³ 參見世界智慧財產權組織 (WIPO) 「2014 年全球智慧財產權指標 (2014 World Intellectual Property Indicators)」報告 Figure A8，該圖中列舉 2013 年全球發明專利申請量排名前 20 名的專利主管機關，依序分別為中國大陸、美國、日本、韓國、歐洲專利局、德國、俄羅斯、印度、加拿大、巴西、澳洲、英國、法國及墨西哥、香港、伊朗、新加坡、義大利、北韓及印尼。本文僅以中國大陸、美國、日本、韓國、歐洲專利局、德國、俄羅斯、印度、加拿大、巴西、澳洲、英國、法國及墨西哥等專利主管機關所依據專利法規，進行匯整研析。我國雖未列統計圖表之中，惟依智慧局 102 年年報統計，當年度發明專利新申請案合計 49,218 件，介於德國 (63,167 件) 與俄羅斯 (44,914 件) 之間，我國 2013 年發明專利申請量實際排名應為全球第 7 名。

本月專題

公開前已審定之發明專利申請案是否續行公開作業之研究



圖一、2013 年全球發明專利申請量排名比較圖（資料來源：世界智慧財產權組織（WIPO）「2014 年全球智慧財產權指標（2014 World Intellectual Property Indicators）」報告 Figure A8 及智慧局 2013 年年報發明專利申請案數據）

貳、早期公開制度

發明專利申請案公開制度又稱為「早期公開制度」，係指申請案提出後經過一法定期間，即解除其秘密狀態，而使公眾第三人可得知該申請案技術內容之制度。此一制度設計，主要係藉由自專利申請後經過一定期間，經由專利主管機關將該申請案予以公開之方式，使社會大眾得以儘早知悉其申請時所揭露之技術內容，以避免企業活動不安定及重複研究、投資的浪費，並使第三人得因該申請案內容的公開，及早獲得相關技術資訊，進一步從事改良開發之研究，以達到產業提升、增加競爭力的目的⁴。

早期公開制度的設計源起於歐洲，當時大部分的歐洲國家是准予專利後才公告核准專利的技術內容，該時點也是獲得專利保護的起始點⁵。但是隨著發明專利申請案的增加，造成積案數量與日劇增、審查時間不斷延長，使各專利主管機關承受許多壓力，申請人在等候期間得不到專利保護，第三人也因該申請案長期處於保密狀態而有法律上的不確定性⁶。

荷蘭在1964年成為歐洲第一個實施公開制度的國家，其考量點為降低審查工作負荷，同時也解決發明專利申請案因保持秘密狀態而衍生的公眾利益問題，因而縮短不確定狀態的期間⁷。此項制度平衡了申請人與公眾第三人間之利益，而18個月被認為是一個適合的平衡點：一方面，18個月可以讓申請人獲得發明的新穎性評價，使其得以衡酌是否續行申請案，同時也是讓申請人於獲准專利機會渺茫時，可以及時將申請案撤回（放棄）的合理期間；另一方面，對於第三人而言，18個月也是一個獲知新技術資訊的合理等待期間。

此外，早期歐洲各國的專利制度只有核准後的專利才能得到保護，核准前第三人之侵權行為的損失無法獲得補救，18個月公開制度得以藉由申請案暫時性保護機制，使專利權人之發明早日獲得保護，當申請人有需要寄發警告函給侵權者

⁴ 參見經濟部智慧財產局，「專利法逐條釋義」，頁131，103年9月版。

⁵ TEGERNSEE EXPERTS GROUP, STUDY MANDATED BY THE TEGERNSEE HEADS: 18-MONTH PUBLICATION 6 (Sep. 24, 2012), http://www.uspto.gov/sites/default/files/ip/global/18_months_publication.pdf.

⁶ *Id.*

⁷ *Id.*

本月專題

公開前已審定之發明專利申請案是否續行公開作業之研究

時，也可以選擇提早公開其申請案⁸。至於公開後的內容，則不再是保密的狀態，而成為公眾知識的一部分，因而可以促進接續的工業與技術發展。

因此，目前申請案於申請日或優先權日（主張優先權者，為最早優先權日）經過18個月後予以公開，幾乎已為全球多個專利系統及各國專利法制的普遍規則。

但是，18個月公開制並非無任何不利之處，公開後至核准專利之期間，全世界的競爭對手有機會利用公開的資訊去複製或作迴避設計，由於專利積案的問題，致使該等待核准之期間可能相當長；另外，若未在公開前提供申請人足夠的檢索或審查結果資訊，可能無法讓申請人在18個月內合理評估獲得專利保護的可能性，而剝奪申請人撤回申請案，將技術資訊改以營業秘密保護的選擇機會，對個人或中小型企業可能特別不利⁹。

參、我國早期公開制度及其實施現況

我國專利法自91年1月1日正式施行早期公開制度，有關早期公開相關法規見於專利法第37條、專利法施行細則第31條及專利審查基準第一篇第九章，分別就申請案之公開、提早公開或不予公開事由予以規範。

依照我國現行專利法規定，智慧局接到發明專利申請文件後，經審查認為不合規定程式，且無應不予公開之情事者，經過18個月後，應將該申請案予以公開，且得因申請人請求提早公開，而將其申請案之技術內容在18個月期限屆滿前予以公開。由於是否續行專利審查工作是屬申請人的權利，如申請人不欲續行程序，而將其申請案自申請日或優先權日（有主張優先權者，為最早優先權日）後15個月內撤回者，該申請案不予公開。惟目前實務上，為維護申請人之權益，縱然經過15個月始提出撤回，在公開準備工作完成前，智慧局會儘可能使撤回之申請案件不公開。

由於目前申請案只要經過程序審查核定文件齊備，且有請求實體審查並繳納規費者，即可進入實體審查階段。因此，公開的時點，與進行實體審查的時點並

⁸ *Id.* at 5.

⁹ *Id.* at 6.

無先後之關係，也不會影響審定的時間。如果積案量降低後，就可能發生公開前已審定准予或核駁專利的情事，此種情形是否續行公開作業，我國專利相關法規並未明文規範。惟實務上，公開前已核准審定之申請案件，於完成繳費領證之程序後，即予以公告，但該案申請時所提交的摘要、說明書、申請專利範圍及圖式（申請時所揭露技術內容之最大範圍），自申請日滿 18 個月後，仍會予以公開；公開前已核駁審定之案件，因非屬法定不予公開之事由，自申請日滿 18 個月後，該案申請時所提交的摘要、說明書、申請專利範圍及圖式仍會依法予以公開。

肆、其他國家或地區專利主管機關之早期公開制度探討

為探討其他國家或地區之早期公開制度，尤其是對於早期公開前已審定之申請案，其是否續行公開作業之實務作法，本文就世界智慧財產權組織、美國專利商標局（United States Patent and Trademark Office, USPTO）、日本特許廳（Japan Patent Office, JPO）、歐洲專利局（European Patent Office, EPO）、韓國智慧財產局（Korean Intellectual Property Office, KIPO）、中國大陸知識產權局（State Intellectual Property Office, SIPO）、德國專利商標局（German Patent and Trade Mark Office, DPMA）、英國智慧財產局（Intellectual Property Office, IPO）、加拿大智慧財產局（Canadian Intellectual Property Office, CIPO）、澳洲智慧財產局（IP Australia）、俄羅斯智慧財產局（Federal service for Intellectual Property, Rospatent）、印度專利商標局（Office of the Controller-General of Patents, Designs and Trademarks, CGPDTM）、巴西工業產權局（National Institute of Industrial Property）、法國工業產權局（National Institute of Industrial Property, INPI）及墨西哥工業產權局（Mexican Institute of Industrial Property, IMPI）等 15 個專利主管機關¹⁰的專利法規進行比較分析，說明如下。

- 一、早期公開之法定期間計算方式：大致相同，未主張優先權者，以申請日起算；如有主張優先權者，以最早優先權日起算。
- 二、是否得申請提早公開：均允許申請人得申請提早公開。

¹⁰ 同註 2。

本月專題

公開前已審定之發明專利申請案是否續行公開作業之研究

- 三、是否得申請不公開：多數專利主管機關雖未明文規定得申請不公開，惟基於早期公開之基本原則，實務上不會允許發明專利申請案不公開。僅有美國明文規定允許申請人在申請案提出後，保證該申請案揭露之發明，並未亦將不會向另一個採行 18 個月公開制的國家或依專利協定成立的國際專利機構提出申請，當申請人提出保證時，該申請案將不會公開¹¹。
- 四、申請人撤回申請案時，是否續行公開作業：除巴西仍須公開外¹²，其他各國多是以 18 個月期滿前設定一個時間點作為判斷依據，在此一時間點之前撤回者，即不被公開；在此一時間點之後撤回者，仍續行公開，各專利主管機關對於該時間點之規定不盡相同，一般是以公開前準備工作開始時間，或是否已完成公開前準備工作作為切割時間點。
- 五、早期公開前已核准審定之申請案，其是否續行公開的作法，大致可以分為：
（一）同時公告與公開、（二）公告後不公開、（三）公開前審定者須待公開後才公告及（四）公開後才啟動實體審查等四種態樣。
- 六、至於公開前已核駁審定之申請案的處理模式，大致與撤回申請案一致，在完成公開準備工作前被核駁者，該申請案將不予公開。

有關各專利主管機關早期公開之相關規定，簡要整理如表一，詳細說明依序彙整於后：

¹¹ 參見美國專利法 35 U.S.C. § 122(b)(2)(B)(i)。

¹² 參見巴西 9279 號工業產權法第 29 條；參見 HARA KENZO World Patent & Trademark, *Information on Developing Countries*, http://www.harakenzo.com/en/rising_nation/brazil.html#3【3.Summary of Patent Applications in Brazil (4)Publication of the Application】（最後瀏覽日：2015/07/15）。

表一、各專利主管機關之早期公開制度比較

項次	公開規定	18個月 公開制	提早 公開	申請 不公開	撤回 申請 而不 公開	早期公開前 核准審定之 專利案件公 開態樣 (備註1)	早期公開 前核駁審 定之專利 案件公開 態樣
1	世界智慧財產權組織 (專利合作條約)	○	○	X	○	無	無
2	美國專利商標局	○	○	○	○	(二)	不公開
3	日本特許廳	○	○	X	○	(一)	不公開
4	歐洲專利局	○	○	X	○	(一)	不公開
5	韓國智慧財產局	○	○	X	○	(二)	不公開
6	中國大陸知識產權局	○	○	X	○	(四)	備註2
7	德國專利商標局	○	○	X	○	(二)	不公開
8	英國智慧財產局	○	○	X	○	(三)	不公開
9	加拿大智慧財產局	○	○	X	○	(三)	備註3
10	澳洲智慧財產局	○	○	X	○	(一)	不公開
11	俄羅斯智慧財產局	○	○	X	○	(二)	備註3
12	印度專利商標局	○	○	X	○	(四)	備註2
13	巴西工業產權局	○	○	X	X	(四)	備註2
14	法國工業產權局	○	○	X	無	(四) (備註4)	不公開 (備註4)
15	墨西哥工業產權局	○	○	X	無	(四)	備註2

備註1：(一)：同時公告與公開(共3局)
 (二)：公告後不公開(共4局)
 (三)：公開前審定者須待公開後才公告(共2局)
 (四)：公開後才啟動實體審查(共5局)

備註2：公開後才啟動實體審查，不會發生公開前核駁審定之後續問題。

備註3：專利相關法規並未說明處理方式。

備註4：法國發明專利申請案未主張優先權者，於公開前會完成初步檢索報告，通知申請人說明，申請人申復後，會於公開時一併公開該初步檢索報告，然後才會進行審定；未申復者，即予以核駁，不予公開。有主張優先權者，則於公開後進行初步檢索報告【請參見本文第節十四、法國工業產權局(二)之說明】。

(資料來源：本表係彙整表中所述專利主管機關之法規規定及實務作法)

一、世界智慧財產權組織

(一) 法規

專利合作條約是 1970 年在華盛頓簽訂，於 1978 年生效的一個多邊國際條約，由世界智慧財產權組織國際局（International Bureau, IB）管理，目前有 148 個締約國¹³，專利合作條約提供單一專利申請程序，以利申請人向多國提出專利申請，並非直接授予國際專利。

專利合作條約之發明專利申請案的公開由國際局負責，原則上在申請日或優先權日起 18 個月期滿後儘快公開，申請人可以請求提早公開¹⁴。

另依專利合作條約細則規定，國際公開的內容包括申請案、國際檢索報告或不建立國際檢索報告之宣告（因發明涉及的主題依規定不進行檢索、說明書不符合要求，以致於無法進行檢索、未在規定期限內提交序列表電子檔等等原因而不進行檢索時宣告），以及依據專利合作條約第 19 條所作的修正內容及聲明，如果公開時國際檢索報告尚未作成，會說明該情況，並於國際檢索報告作成後將之公開¹⁵。

(二) 於早期公開前審定之發明專利申請案件

由於專利合作條約申請案係經由二階段步驟，當國際階段完成後才會依據申請人之需求進入各國國家階段進行審查，是否准予專利由國家階段的各國或地區專利主管機關獨立決定，所以專利合作條約中並未規範早期公開前審定之申請案是否續行公開。另因進入指定局（欲取得專利保護之國家專利主管機關）國家階段之期限依指定局的規定而不同，一般為優先權日起 30 或 31 個月，部分指定局為 20 或 21 個月，均已超過早期公開之 18 個月的期間，原則上並不會產生公開前已審定專利之情形。惟若申請人於國際公開前即申請進入指定局之國家階段時，由於專利合作條約及細則並未規範此種態樣發生時之作法，應係依各指定局之專利法規定處理。

¹³ 世界智慧財產權組織網站，PCT – The International Patent System，<http://www.wipo.int/pct/en/>（最後瀏覽日：2015/7/22）。

¹⁴ 參見專利合作條約第 21 條（2）。

¹⁵ 參見專利合作條約第 21 條（3）、專利合作條約細則第 48 條。

二、美國專利商標局

(一) 法規

依照美國專利法之規定，申請案於最早申請日或優先權日起滿 18 個月後應儘速予以公開¹⁶，申請人得申請提早公開¹⁷。

另外美國的專利制度接受臨時申請案 (provisional application)，申請人可以任意格式提出申請取得申請日，並在申請日起 12 個月內進行非臨時申請案的轉換，惟臨時申請案依照美國專利法規定並不會予以公開¹⁸。

至於較為特殊的制度是申請人可以提出請求不公開其申請案 (nonpublication request)，允許申請人在申請案提出申請後，保證其申請案揭露之發明，並未亦將不會向另一個採行 18 個月公開制的國家或依專利協定成立的國際專利機構提出申請，當申請人提出保證時，申請案將不予公開¹⁹。

申請人在公開前提出撤回其申請案，只要公開前申請案已非存續狀態者，申請案將不予公開²⁰。應注意者，除非在美國專利商標局的作業系統指出該案件已撤回時，該案件才會從公開準備程序中移除，公開準備程序通常從預定公開日期的 4 個月之前開始²¹。

¹⁶ 參見美國專利法 35 U.S.C. § 122(b)(1)(A)、美國專利審查程序手冊 MPEP 1120。

¹⁷ 參見美國專利法 35 U.S.C. § 122(b)(1)(A)。

¹⁸ 參見美國專利法 35 U.S.C. § 122(b)(2)(A)。

(2) EXCEPTIONS.—

(A) An application shall not be published if that application is— (i) no longer pending; (ii) subject to a secrecy order under section 181 ; (iii) a provisional application filed under section 111(b); or (iv) an application for a design patent filed under chapter 16.

¹⁹ 參見美國專利法 35 U.S.C. § 122(b)(2)(B)(i)。

If an applicant makes a request upon filing, certifying that the invention disclosed in the application has not and will not be the subject of an application filed in another country, or under a multilateral international agreement, that requires publication of applications 18 months after filing, **the application shall not be published as provided in paragraph (1).**

²⁰ 同註 18。

²¹ 美國專利審查程序手冊 MPEP 1120。

本月專題

公開前已審定之發明專利申請案是否續行公開作業之研究

(二) 於早期公開前審定之發明專利申請案件

美國專利法細則規定，當申請案件已被公告為專利，並且有足夠的時間由公開程序中移除時，該申請案不公開²²。因此，美國對於早期公開前核准審定之申請案件，就法規而言，原則是公告後不公開。然而在實務上，部分申請案在得到准予專利的通知以後，最終仍有未完成取得專利程序（例如未繳費或撤回而放棄）的可能。因此，一個發明專利申請案，在獲得准予專利通知到被公告之前，其公開準備程序與公告準備程序仍會同時進行，直到已核准之專利被實際公告為止。而當專利公告之際，若無足夠時間可將該申請案由公開準備程序中移除，將導致少部分申請案仍可能會發生專利公告後，其申請時所提交之專利說明書、申請專利範圍及圖式仍被公開的情形²³。

至於早期公開前核駁審定之申請案，因公開前該申請案件已被核駁，非為繫屬審查階段，已非存續狀態將不予公開²⁴。

三、日本特許廳

(一) 法規

依照日本特許法之規定，除已刊登於特許公報者外，申請案於申請日起 18 個月後應予公開，若該申請案有主張優先權，則公開日為優先權日起 18 個月²⁵後。申請人可以提出請求將其申請案提早公開，但是申請後不能撤回²⁶。

若於公開前，申請案業已撤回申請、放棄、處分駁回或確定核駁（不准），原則上不刊載於公開公報。

²² 參見美國專利法細則 37 C.F.R. 1.211(a)(3)。

…(3)The application has issued as a patent in sufficient time to be removed from the publication process; or ….

²³ 同註 21。

²⁴ 同註 18。

²⁵ 參見日本特許法第 64 條。

²⁶ 參見日本特許法第 64 之 2 條（2）。

（二）於早期公開前審定之發明專利申請案件

日本特許法明訂公開公報之刊載對象，將已刊登於特許公報之發明專利申請案排除在外²⁷。最初，日本特許廳對於早期公開前已核准審定而刊載在特許公報者，採不再續行刊載於公開公報的作業方式。然而，由於前案檢索經常是依據公開之申請案資料，為因應先前技術檢索之需求，日本特許廳於1997年重新審視公報刊載基準。經審視後，現行作法變更不同方式，即使已刊載於特許公報，仍會從行政服務角度將申請時所揭露之最大技術內容範圍刊載於公開公報。

至公開前已核駁審定之案件，日本特許法及審查基準雖未規範是否續行公開作業，惟實務上，會被認為已不再處於存續狀態²⁸，且已喪失可專利性，無公開需要。所以，原則上不刊載於公開公報。

四、歐洲專利局

（一）法規

依照歐洲專利公約之規定，自申請案之申請日或優先權日經過18個月後應儘速將該申請案公開²⁹，若申請提早公開，得早於該日期公開該申請案³⁰。

歐洲專利局發明專利申請案在18個月的期限內、且在公開的技術準備完成之前，若經核駁（refused）、撤回（withdrawn）或視為撤回（deemed to be withdrawn），則不會被公開³¹。

²⁷ 同註25，(1) After a lapse of one year and six months from the date of the filing of a patent application, the Commissioner of the Patent Office shall lay open the patent application, **except in the case where gazette containing the patent has already been published**…；參見日本特許法第184之9條。

²⁸ TEGERNSEE EXPERTS GROUP, *supra* note 5, at 14.

²⁹ 參見歐洲專利公約第93條(1)(a)。

(1) The European Patent Office **shall publish the European patent application as soon as possible (a) after the expiry of a period of eighteen months from the date of filing or, if priority has been claimed, from the date of priority, or**….

³⁰ 參見歐洲專利公約第93條(1)(b)。

(1) The European Patent Office **shall publish the European patent application as soon as possible**….(b) **at the request of the applicant, before the expiry of that period.**

³¹ 參見歐洲專利公約細則第67條(2)。

(2) **The application shall not be published if it has been finally refused or withdrawn or is deemed to be withdrawn** before the termination of the technical preparations for publication.

對於公開的技術準備程序，實務上，係於申請日或優先權日之後 18 個月期限前 5 個星期的最後一天完成³²。若申請人係於該公開的技術準備程序期限日之後，始申請撤回該申請案以避免公開，歐洲專利局對該案之不公開不予保證，但會依個案狀況，盡合理努力使之不公開，該合理努力的標準由歐洲上訴委員會定義為：專利局依公開程序進行之階段，可合理達成者³³（J 05/81, OJ 1982, 155, p. 159）。

（二）於早期公開前審定之發明專利申請案件

依照歐洲專利公約之規定，若發明專利申請案於申請日或優先權日起 18 個月內經審查得授予專利，該申請案之申請時所揭露的技術內容與核准之技術內容將同時公開與公告³⁴。

至於該申請案若在公開的技術準備完成之前被核駁者，依照歐洲專利公約細則規定，則不會被公開³⁵。

五、韓國智慧財產局

（一）法規

依照韓國專利法之規定，發明專利申請案於申請日起經過 18 個月應予以公開，若該申請案有主張優先權，則公開日為最早優先權日起 18 個月³⁶。申請人可以提出提早公開之申請³⁷，提出提早公開之請求後亦可要求撤回該請求，惟僅限申請提早公開後 10 日內可撤回提早公開申請³⁸。

³² 參見歐洲專利審查基準 A-VI, 1.2。

³³ 同註 32。

³⁴ 參見歐洲專利公約第 93 條（2）。

(2) The European patent application **shall be published at the same time as the specification of the European patent when the decision to grant the patent becomes effective before the expiry of the period** referred to in paragraph 1(a).

³⁵ 同註 31。

³⁶ 參見韓國專利法第 64 條（1）、韓國專利審查指南第 5 部，第 1 章，4.2 節。

³⁷ 參見韓國專利法第 64 條（1）。

³⁸ 參見韓國專利法細則第 44 條（3）。

（二）於早期公開前審定之發明專利申請案件

韓國專利法及其細則，對於早期公開前核准審定之發明專利申請案件是否續行公開作業，雖無明文規定，惟公開公報排除已獲准專利，並刊載於公告公報之發明專利申請案³⁹。且韓國專利審查指南進一步說明，申請案如經核准且公告者，將不予公開⁴⁰。由此推定韓國智慧財產局對於18個月到期前已獲准專利並公告之申請案，採不予公開之方式。

至於早期公開前核駁審定之申請案是否續行公開作業，韓國專利法及其細則雖無明文規定，惟實務上，依照韓國專利審查指南之規定，申請案被撤回（withdrawn）、放棄（abandoned）或核駁（decided to reject）者，將不會予以公開⁴¹。

六、中國大陸知識產權局

（一）法規

依照中國大陸專利法規定，發明專利申請案提出後，經初步審查認為符合專利法要求的，自申請日或優先權日起滿15個月進行公開準備，自申請日或優先權日起滿18個月，即予以公開⁴²。另亦可以依申請人的請求提早公開其申請案，發明專利申請人在初步審查合格前，要求提早公開，自初步審查合格之日起進行公開準備，並即時予以公開⁴³。如該申請案已完成公開準備工作後，申請人要求撤回提早公開的申請，申請案仍予以公開⁴⁴。自申請日或優先權日起滿15個月，因各種原因初步審查尚未合格的發明專利申請將延遲公開⁴⁵。

³⁹ 同註37。

...a patent whose registration has already been published in accordance with Article 87 (3), they shall not be subject to the laying-open of the application:...

⁴⁰ 參見韓國專利審查指南第5部，第1章，4.3節。

...the following application, which is in general to be laid open, shall be excluded; an application which omits the statement of claims as prescribed in Article 42 (5) of the Patent Act, an application whose registration is published, or an application which is invalidated, withdrawn, abandoned, or decided to reject...

⁴¹ 同前註。

⁴² 參見中國大陸專利法第34條、中國大陸專利審查指南第五部分第八章1.2.1.1節。

⁴³ 參見中國大陸專利法實施細則第46條。

⁴⁴ 參見中國大陸專利審查指南第一部分第一章6.5節。

⁴⁵ 參見中國大陸專利審查指南第五部分第八章1.2.1.1節。

本月專題

公開前已審定之發明專利申請案是否續行公開作業之研究

申請人可提出聲明，撤回發明專利申請案，撤回該申請案的聲明在完成公開專利申請文件的印刷準備工作後提出者，該申請案文件仍予公開；但是，撤回該申請案的聲明會在之後出版的專利公報上予以公告⁴⁶。

(二) 於早期公開前審定之發明專利申請案件

中國大陸對於早期公開前核准審定之發明專利申請案件是否續行公開作業，並無明文規定。然而依照中國大陸專利審查指南之規定，發明專利申請案須完成公開之後，審查員才能對其進行實體審查⁴⁷。如果申請人想提早獲得審查結果，通常會提早公開其申請案。

此外，審查人員在認為有必要時，可以自行對發明專利申請案進行實體審查，但需要在該申請案公開之後，才開始對其進行實體審查⁴⁸。

中國大陸的實體審查程序，係在發明專利申請案件公開後才啟動，因此審定的案件都已完成公開作業程序，如果在申請日起未滿18個月時就已完成實體審查，並獲得審查結論，例如授權、駁回或逾期未答覆而視為撤回，則該申請案應該已申請提早公開程序，亦即專利權的公告必然是在公開之後。所以，不論核准審定或核駁審定，均會是發生在公開之後，不會衍生早期公開前已審定之情事。

七、德國專利商標局

(一) 法規

依照德國專利法之規定，於申請日或優先權日起18個月後，且該申請案資訊已公開於公報後，任何人得以自由檢核該申請案⁴⁹。雖然德國專利法中未明文規定是否可以提早公開，但是如申請人已向德國專利商標局表示同意，且申請案資訊已公開後，任何人得以自由檢核該申請案之

⁴⁶ 參見中國大陸專利法實施細則第36條。

⁴⁷ 參見中國大陸專利審查指南第二部分第七章6.4.2節。

⁴⁸ 參見中國大陸專利法第35條第2項。

⁴⁹ 參見德國專利法第31條(2)2。

意思推定，申請人應可申請提早公開⁵⁰。

申請案在公開或公告準備工作完成後，始被撤回（withdrawn）、核駁（refused）、視為撤回（deemed to be withdrawn）或是專利無效（has lapsed）時，仍應被公開或公告⁵¹，這是因為德國專利商標局將沒有足夠時間移除公開資訊，其公開準備工作通常在預定公開日 8 週前完成，因此在預定公開日 8 週前撤回的申請案就不會被公開。

（二）於早期公開前審定之發明專利申請案件

德國對於早期公開前核准審定之發明專利申請案件是否續行公開作業，並無明文規定，但若專利說明書已被公告時，就不應刊登公開公報⁵²，由於德國專利法規定在公告專利時應該同時公告專利說明書於公告公報⁵³，因此可推定於早期公開前已審定核准，並公告之發明專利申請案件，將不再公開。

德國專利相關法規雖無明文規定，惟發明專利申請案在公開準備工作完成後始被核駁者，仍應被公開⁵⁴，可推定如果該申請案在公開準備工作完成前被核駁者，應不會續行公開作業。

⁵⁰ 參見德國專利法第 31 條（2）1。

Any person may inspect the files of patent applications if..... 1. the applicant has declared his consent vis-à-vis the German Patent and Trade Mark Office to inspection of the files and has designated the inventor, or..... and information has been published in accordance with section 32 (5).

⁵¹ 參見德國專利法第 32 條（4）。

⁵² 參見德國專利法第 32 條（2）。

...The first publication of the application shall not be published if the patent specification has already been published.

⁵³ 參見德國專利法第 58 條（1）。

The grant of the patent shall be published in the Patent Gazette. The patent specification shall be published at the same time. The legal effects of the patent shall ensue upon publication in the Patent Gazette.

⁵⁴ 同註 51。

八、英國智慧財產局

(一) 法規

依照英國專利法及其細則之規定，除非發明專利申請案於公開準備完成前已被撤回 (withdrawn) 或核駁 (refused)，所有申請案均於申請日或優先權日經過 18 個月以後儘速公開⁵⁵。若該申請案於公開準備完成後才撤回，由於專利法並未規範是否續行公開作業，依前述法規可推定仍會續行公開作業。

申請人亦得依照英國專利法之規定，申請提早公開其申請案⁵⁶。

(二) 於早期公開前審定之發明專利申請案件

英國專利法、細則或審查基準對於早期公開前核准審定之發明專利申請案，雖未明定是否續行公開作業之相關規範，惟實務上，若該申請案在早期公開前已核准審定，審查人員會等待申請案公開後至少 3 個月，才會予以核准 (此即 3 個月規則；3-month rule)，以便第三人提交可專利性意見書 (但是有 2 個例外：一是若為進入英國國家階段之 PCT 申請案，則延至再公開 [re-publication] 後 2 個月；二是若為分割後之申請案，申請專利範圍已見於其母案之公開內容，且公開之母案已提供第三人至少 3 個月時間提交可專利性意見書，則 3 個月期間可以完全省略⁵⁷)。

因此除了母案已公開至少 3 個月之分割案之外，對於在早期公開前，已核准審定之申請案，其公告必然是在公開之後。

至於早期公開前核駁審定之申請案，依照英國專利法之規定，在公開準備完成前該申請案被核駁者，將不予公開⁵⁸。反之，可推定如在公開準備完成後始被核駁者，將可能公開。

⁵⁵ 參見英國專利法第 16 條 (1)、英國專利法細則第 26 條 (1)。

⁵⁶ 參見英國專利法第 16 條 (1)。

⁵⁷ TEGERNSEE EXPERTS GROUP, supra note 5, at 10.

⁵⁸ 同註 56。

九、加拿大智慧財產局

(一) 法規

依照加拿大專利法之規定，發明專利申請案文件在超過 18 個月的保密期限之前，不應公開給公眾查核⁵⁹，該 18 個月保密期間自申請日或優先權日起算，申請人得要求提早公開⁶⁰。

另依照加拿大專利法細則規定，若為避免申請案公開給公眾查核，申請人應該在申請日或優先權日起 18 個月的保密期限 2 個月之前將該申請案撤回，或是在公開準備工作能被中止之前撤回⁶¹。

(二) 於早期公開前審定之發明專利申請案件

對於早期公開前核准審定的發明專利申請案，加拿大專利法及其細則雖未明訂如何進行公告及公開的作業，惟審查基準中說明，加拿大發明專利申請案於早期公開前即得開始審查，但是審查人員在公開前將不會核准該申請案，必須等到案件公開後才能做出核准審定⁶²。此外，依照加拿大專利法細則之規定，符合加速審查條件之發明專利申請案，必須在公開給公眾查核後始得申請加速審查⁶³。由此可知其審定的發明專利申請案應該都已經過公開程序，亦即公告的時間點是在該申請案公開之後。

至於早期公開前核駁審定之專利申請案是否續行公開作業，在加拿大專利法、細則及審查基準中並未明文規範。

⁵⁹ 參見加拿大專利法第 10 條 (1)。

⁶⁰ 參見加拿大專利法第 10 條 (2)。

⁶¹ 參見加拿大專利法細則第 92 條。

For the purposes of subsection 10(5) of the Act, the prescribed date is the day that **is two months before the date of expiry of the confidentiality period** referred to in subsection 10(2) of the Act or, if the Commissioner is able to stop technical preparations to open the application to public inspection at a subsequent date before the expiry of the confidentiality period, that subsequent date.

⁶² 參見加拿大專利審查手冊 MOPOP 13.04。

...Note that an application for which examination has been requested may be examined prior to being laid open to public inspection under section 10 of the *Patent Act*, but **an examiner will not approve an application for allowance until it has been laid open**...

⁶³ 參見加拿大專利法細則第 28 條 (1)：加拿大專利審查手冊 MOPOP 13.03.03，

In order for an application to qualify for the PPH, the PPH request must be received before examination has begun and the application in question **must be open to public inspection**.

十、澳洲智慧財產局

(一) 法規

依澳洲專利法與細則規定，專利說明書尚未公開提供公眾查核之發明專利申請案，該申請案於專利說明書送件日或最早優先權日（以較早者為準）起滿 18 個月後⁶⁴，應於專利公報公開專利說明書提供公眾查核⁶⁵（AU-A publication⁶⁶），除非專利申請案件已失效（lapsed）、核駁（refused）或被撤回（withdrawn）⁶⁷。申請人亦得申請提早公開⁶⁸。

如同美國的專利制度，澳洲亦接受臨時申請案（provisional application），由於其專利法僅規定一般完整的發明專利申請案文件要公開，所以推定澳洲並不會將臨時申請案予以公開⁶⁹。

(二) 於早期公開前審定之發明專利申請案件

由於澳洲專利法規定，在核准發明專利申請案時，必須在專利公報公告該申請案之核准通知⁷⁰（AU-B publication⁷¹），此時如果該申請案及其專利說明書尚未公開者，則公報的核准通知應包括該核准案申請時之專利說明書，提供公眾第三人查核⁷²；核駁的案件則必須在公報上公告該申請案之核駁通知⁷³。

⁶⁴ 參見澳洲專利法細則第 4.2 條（3）。

⁶⁵ 參見澳洲專利法第 54 條（3）。

⁶⁶ 參見澳洲專利申請程序，<http://www.ipaustralia.gov.au/get-the-right-ip/patents/patent-application-process/standard-patent-application-process>（最後瀏覽日：2015/08/27）。

⁶⁷ 同註 65。

⁶⁸ 參見澳洲專利法第 54 條（1）。

⁶⁹ 參見澳洲專利法第 56 條（1）。

⁷⁰ 參見澳洲專利法第 49 條（5）。

⁷¹ 同註 66。

⁷² 參見澳洲專利法第 49 條（6）。

If the patent request and complete specification have not already become open to public inspection, the notice mentioned in paragraph (5)(b) must include a statement to the effect that the patent request and specification are open to public inspection.

⁷³ 參見澳洲專利法第 49 條（7）。

Where the Commissioner refuses to accept a patent request and complete specification relating to an application for a standard patent, the Commissioner must notify the applicant in writing of the reasons for the refusal and publish a notice of the refusal in the *Official Journal*.

由此可知，對於早期公開前審定之發明專利申請案件，於核准時將同時公告並公開該案申請時之專利說明書；於核駁時該申請案件則僅公告核駁通知，不會公開其專利說明書。

十一、俄羅斯智慧財產局

（一）法規

俄羅斯並無專利法，而係將智慧財產保護的相關規定於民法中規範（第 1225 條至第 1551 條）。依其民法規定，通過形式（formal）審查的發明專利申請案，於申請日起經過 18 個月後，應將該申請案資訊公開於公報中⁷⁴。申請人雖可申請提早公開，惟其民法明定限制申請時點，應於申請日起 12 個月內為之⁷⁵。

至於申請案於申請日起 12 個月內被撤回或視為撤回者，則不予公開⁷⁶。

（二）於早期公開前審定之發明專利申請案件

俄羅斯民法對於早期公開前核准審定之發明專利申請案件僅規範，申請案於申請日起 12 個月內獲准專利者不公開⁷⁷。惟於申請日起 12 個月之後至 18 個月之前獲准專利者，因未進一步規範是否公開，僅能推定可能是考量已進入公開準備程序而採續行公開作業之方式。

至於早期公開前核駁審定之申請案件，尚未進一步規範是否續行公開作業。

⁷⁴ 參見俄羅斯民法第 1385 條第 1 項第 1 款。

⁷⁵ 參見俄羅斯民法第 1385 條第 1 項第 3 款。

⁷⁶ 參見俄羅斯民法第 1385 條第 1 項第 4 款。

Publication shall not be made if before the expiration of twelve months from the day of filing the application for the invention it was withdrawn or recognized as withdrawn or if on its basis the registration of the invention was effected.

⁷⁷ 同前註。

十二、印度專利商標局

(一) 法規

依印度專利法及其細則規定，發明專利申請案在申請日或優先權日（以較早者為準）起 18 個月後公開⁷⁸，通常會在 18 個月期限屆至後 1 個月內公開⁷⁹。不涉及國防或原子能主題者，申請人可以在申請日或優先權日起 18 個月內任何時間請求提早公開⁸⁰，並且自請求日起 1 個月內公開該申請案⁸¹。

申請人若放棄申請（亦即未能在臨時申請書送件日起 12 個月內，補送完整說明書者），或是在申請日或優先權日起 15 個月內撤回者，則該申請案不公開⁸²。

(二) 於早期公開前審定之發明專利申請案件

印度專利法及其細則，雖對於早期公開前核准審定或核駁審定之發明專利申請案件是否續行公開作業，並無明文規定。然而依印度專利法細則規定，申請案必須在申請日或優先權日起 48 個月內請求實體審查，而印度專利商標局在接到實體審查請求後，應該在審查請求日或該申請案公開日（以較晚者為準）起 1 個月，將該申請案、專利說明書及其他相關文件指派給負責之審查人員⁸³。因此推定，除非案件已公開且已提出實體審查請求，否則將不會對該申請案進行審查⁸⁴。

⁷⁸ 參見印度專利細則第 24 條。

The period for which an application for patent shall not ordinarily be open to public under sub-section (1) of section 11A shall be eighteen months from the date of filing of application or the date of priority of the application, whichever is earlier.

Provided that the period within which the Controller shall publish the application in the journal shall **ordinarily be one month from the date of expiry of said period, or one month from the date of request for publication** under rule 24A.

⁷⁹ 同前註。

⁸⁰ 參見印度專利法第 11A (2)。

⁸¹ 參見印度專利審查手冊 Manual of Patent Office Practice and Procedure 04.02。

⁸² 參見印度專利法第 11A (3)、印度專利審查手冊 Manual of Patent Office Practice and Procedure 04.01。

⁸³ 參見印度專利法細則第 24B 條 (2) (i)。

⁸⁴ 參見印度專利審查手冊 Manual of Patent Office Practice and Procedure 08.01。

結合印度專利法細則及審查手冊之說明，可進一步推定印度的實體審查程序，在其發明專利申請案件公開後才啟動，因此審定的案件應該都已完成公開程序，亦即專利權的公告必然是在該申請案公開之後。

十三、巴西工業產權局

（一）法規

依巴西 9279 號工業產權法規定，發明專利申請案自申請日或優先權日（如主張複數優先權，為最早優先權日）起 18 個月為保密期間，經過此一期間後即應公開⁸⁵，申請人亦得請求提早公開⁸⁶。

雖然依照巴西 9279 號工業產權法規定，申請人可申請撤回其申請案，且必須在申請日或優先權日起 16 個月內提出，但撤回或放棄的申請案仍將會續行公開作業⁸⁷。

（二）於早期公開前審定之發明專利申請案件

依據巴西 9279 號工業產權法之規定，自發明專利申請案公開日起 60 天內不會啟動審查，亦即申請案的審查程序，係在該申請案件公開 60 天後才啟動，因此審定的案件應該都已經完成公開的程序，亦即專利權的公告必然是在該申請案公開之後⁸⁸。

十四、法國工業產權局

（一）法規

依法國智慧財產權法規定，發明專利申請案自申請日或優先權日起經過 18 個月即公開⁸⁹，亦可依申請人之請求而予以公開⁹⁰。

⁸⁵ 參見巴西 9279 號工業產權法第 30 條。

⁸⁶ 同前註。

⁸⁷ 參見巴西 9279 號工業產權法第 29 條。

⁸⁸ 參見巴西 9279 號工業產權法第 31 條。

After publication of the application and up to the end of the examination, interested parties may submit documents and data to assist the examination.

Sole Paragraph. The examination shall not begin before 60 (sixty) days from the publication of the application.

⁸⁹ 參見法國智慧財產權法第 R612-39 條第 1 項、第 L612-21 條。

⁹⁰ 參見法國智慧財產權法第 R612-39 條第 1 項。

在公開準備程序完成前，若申請案被核駁（rejected）或撤回（withdrawn）者，該申請案將不會予以公開⁹¹。至於公開準備程序所需時間，則明定為 6 週⁹²。

（二）於早期公開前審定之發明專利申請案件

法國對於早期公開前核准審定之發明專利申請案件是否續行公開作業，並無明文規定。惟工業產權局完成初步檢索報告（preliminary search report）後會通知申請人，對於初步檢索報告中專利要件的疑議部分進行說明⁹³，未於要求的 3 個月期間內提出說明申復者，該申請案將予以核駁⁹⁴。申請人申復後工業產權局會於公開申請案時一併公開初步檢索報告，以提供公眾檢視表示意見⁹⁵，並依據檢索報告之內容判斷是否符合可專利要件。實務上，未主張優先權者，初步檢索報告將會於申請日後 9 個月內完成並通知申請人；如有主張優先權者，會於優先權日後 2 年請申請人檢送該申請案之先前技術相關資料，然後才會進行初步檢索報告⁹⁶。因此可推定會先公開，然後才會做出核准審定。

如前所述，原則上，多數的申請案應該會先完成公開的程序，才會進行審定。但若申請人收到初步檢索報告後，未於要求的期限內進行說明申復，該申請案即會發生公開前被核駁之情形，對於早期公開前核駁審定之發明專利申請案件是否續行公開作業，依照法國智慧財產權法規定，在公開準備程序完成前，發明專利申請案被核駁（rejected）者，該申請案將不會予以公開⁹⁷。

⁹¹ 參見法國智慧財產權法第 R612-39 條第 4 項。

⁹² 參見法國智慧財產權法第 R612-40 條；法國專利審查指南第 I 部第 D 章，For technical reasons, the official **publication requires a period of six weeks**. During this period, the applicant is informed of the publication of his request indicating the date and number Official Bulletin of the Industrial Property matching。

⁹³ 參見法國智慧財產權法第 R612-56-4 條第 1 項。

⁹⁴ 參見法國智慧財產權法第 R612-56-4 條第 3 項、R612-59 條。

⁹⁵ 參見法國智慧財產權法第 R612-62 條。

⁹⁶ See CABINET BEAU DE LOMÉNIE, THE FRENCH PATENT SYSTEM (May 2007 – December 2013), http://www.bdl-ip.com/upload/Etudes/uk/bdl_the-french-patent-system.pdf.

⁹⁷ 參見法國智慧財產權法第 L612-21 條。

十五、墨西哥工業產權局

(一) 法規

依墨西哥智慧財產權法規定，發明專利申請案自申請日或優先權日起經過 18 個月即公開⁹⁸。反之，只要申請案是處於公開期限內之狀態，則應予維持保密⁹⁹。另，在自申請日或優先權日起 18 個月之內，亦可依申請人之請求而予以提早公開¹⁰⁰。於早期公開前存續狀態下被撤回、視為撤回或被拋棄者，是否續行公開作業，並無相關明文規定。

(二) 於早期公開前審定之發明專利申請案件

對於早期公開前核准審定或核駁審定之申請案件是否續行公開作業，並無明文規定。惟當申請案公開後，並繳納規費，審查人員即可進行實體審查¹⁰¹，因此可推定公開的時間點係早於核准審定或核駁審定。

⁹⁸ 參見墨西哥智慧財產權法第 52 條。

⁹⁹ 參見墨西哥智慧財產權法第 38 條第 2 項。

¹⁰⁰ 同註 98。

¹⁰¹ 參見墨西哥智慧財產權法第 53 條第 1 項。

伍、早期公開前核准審定案件之公開可行作法

一、各專利主管機關作法分析

參照以上各國專利主管機關法規研究分析，其對於早期公開前已審定准予之申請案，是否續行公開作業的作法，依其公告與公開間時間點之相互關係，可歸納出 4 種態樣（如表二）：

表二、各專利主管機關早期公開前核准審定案件之作法分析

態樣	專利主管機關	優點	缺點
(一) 同時公告與公開	日本、歐洲專利局及澳洲	對於公眾第三人而言，能得知申請時的技術內容，將可獲得更充分的先前技術資訊	對申請人而言，被刪修的申請時之技術內容部分，將變成公共財
(二) 公告後不公開	美國、韓國、德國及俄羅斯	對申請人而言，被刪修的申請時之技術內容部分，將不用變成公共財	對於公眾第三人而言，無法得知申請時的技術內容，致獲得的先前技術資訊不完整
(三) 公開前審定者須待公開後才公告	加拿大及英國	同態樣（一）	專利權之權利保護的起始點，必須等到公開之後
(四) 公開後才啟動實體審查	中國大陸、印度、巴西、法國及墨西哥	同態樣（一）	專利權之權利保護的起始點較態樣（三）更為延後

(一) 同時公告與公開，例如日本、歐洲專利局及澳洲

公告資訊通常是經實體審查刪修後之技術內容，其範圍通常不大於公開資訊，被刪修的技術內容通常與公告技術相關，但不具可專利性之技術特徵；然而對於公眾第三人而言，若能得知被刪修的技術內容，將可獲得更充分的先前技術資訊。以日本為例，儘管日本特許法明定，已公告之發明專利申請案件不公開，然而為因應先前技術檢索之需求，自 1997 年起，即使已刊載於特許公報之發明專利核准案，仍然會從行政服務角度，將該核准案申請時之技術內容刊載於公開公報。

權衡對專利權人權益之影響，與充分揭露先前技術所能帶來的效益，對於早期公開前已審定，准予發明專利之申請案，同時公告其核准之技術內容及公開其申請時之技術內容，似乎是一種合理可行的作法。

（二）公告後不公開，例如美國、韓國、德國及俄羅斯共 4 局。

公告核准案後不公開該案申請時之技術內容，應是最接近在早期公開制度尚未形成之前的專利公告作法，由於公告時，即表示申請專利之發明技術已被揭露，且申請人可自專利公告日起行使其權利，因此該申請案件似乎沒有再被公開之必要。

然而在實務上，基於部分申請案在得到核准通知後，最終仍有可能因為未繳費領證或撤回而放棄等因素，導致無法完成取得專利證書的程序。因此，採行公告不公開的專利主管機關，當申請案在准予專利通知到被公告之前，其公開準備程序與公告準備程序仍會同時進行，直到專利權被公告為止。當公告之際，若無足夠時間可將該核准案申請時之技術內容由公開準備程序移除，則還是有少部分申請案仍可能會發生專利公告後，其被公開的情形。

（三）公開前審定者須待公開後才公告，例如加拿大及英國 2 局。

以英國為例，若申請案在早期公開前已審查可准予專利，專利主管機關會延後至該申請案公開後至少 3 個月才核發准予專利的通知（即 3 個月規則；3-month rule），也就是申請人最快在申請日或優先權日起 21 個月後才能獲得核准通知。其優點是可以等待第三人提交可專利性意見書，減少後續專利無效之爭議；缺點則是專利權保護的起始點，可能是在申請日或優先權日起 21 個月以後，縱然英國在早期公開前已審查認為具有可專利性，也無法因此提早取得專利權。

（四）公開後才啟動實體審查，例如中國大陸、印度、巴西、法國及墨西哥等共 5 局。

對於之申請人而言，提出申請到取得專利的期間越短，對其越是有利。若法令明文規定公開後才啟動實體審查，即排除了公開前被核准審

本月專題

公開前已審定之發明專利申請案是否續行公開作業之研究

定的可能性。一方面對於專利主管機關而言，如果發明專利申請案件數量下滑，致使案件審查速率加快，可能導致審查速率延緩；另一方面對申請人而言，取得專利權之保護起始點，因此被迫延後至申請日或優先權日起 18 個月以後。此外，若提早審查尚未公開的案件，亦將衍生出適法性的問題。

僅就數目上，若排除公開後才啟動實體審查之專利主管機關，採行公告後不公開的作法屬最多。然其餘專利主管機關均未因公告而不公開，僅是因啟動公開之時間點差異。

在早期公開制度尚未形成之前，申請案通常是在准予專利後才公告，專利權人的權利也從此開始生效。因此對申請人而言，若申請案件在短時間內能夠審定，似乎可以排除公開的必要性。相反的，對公眾第三人而言，除了藉由知道核准專利之技術內容範圍，避免侵權外，更希望知悉該案申請時所揭露之技術內容最大範圍，期能避免重複研發，因此則無法排除公開的重要性。

二、適合我國可行作法之分析

依我國現行專利法規，申請案雖於公開前已核准並公告於專利公報，取得專利權者，該案申請時之技術內容仍將自申請日或最早優先權日後經過 18 個月刊載於發明公開公報。由於專利相關法規並無明確規定，致現行這種先公告後公開的作法，似乎與早期公開制度原意不一致。

若將前述 4 種態樣作法引進我國，何種作法較為妥適，分析如下（如表三）：

表三、各專利主管機關早期公開前核准審定案件之態樣
導入我國之法制作業調整可行方案分析

態樣	與我國現行專利法之差異	可行方案
(一) 同時公告與公開	<ol style="list-style-type: none"> 1. 如採歐洲專利局之「同時公告與公開」作法，係分別進行公告及公開作業，還是要求公告與公開的時間點一致？此種方式可能產生法律解釋上之爭議 2. 如採澳洲之「公告時應包含申請時之說明書」作法，可能係採在公告時一併包含申請時之說明書、申請專利範圍及圖式，惟須另將我國現行專利法細則規定之專利公告項目予以調整 	增訂此種態樣為專利主管機關得依職權予以提早公開之事由，而分別進行公告及公開作業，減少法律解釋之爭議
(二) 公告後不公開	<ol style="list-style-type: none"> 1. 可能發生核准專利案未完成領證程序而並未公告，因此該案仍會續行公開作業 2. 亦可能發生因為該案件已完成公開準備程序後，才完成繳費領證程序，造成少數案件產生公告後會再公開 	增訂不予公開之事由，可能須參考俄羅斯之作法，明定一合理充裕的公開準備時間點進行管制，以減少公告後又再公開之情事
(三) 公開前審定者須待公開後才公告	英國專利法明定在發明專利申請案公開後，至核准專利前，公眾第三人均可向英國智慧財產局提出該申請案不具可專利性之意見。如果在早期公開前就已審定之申請案，因尚未公開，所以會等該案公開後至少3個月的期限，如果沒有第三人提供意見，則會續行公告作業	增訂允許「公開後至公告前」之第三人提供不具可專利性之意見外，還須參考英國專利法增訂早期公開前審定之「3個月規則（3 months rule）」
(四) 公開後才啟動實體審查	<ol style="list-style-type: none"> 1. 僅有巴西明定申請案公開後才啟動實體審查，其餘4局未明定 2. 法國申請案在公開前，申請人可取得該案之初步檢索報告，並可藉由初步檢索報告之評價，決定是否續行審查。在該申請案公開準備程序完成前，如果撤回申請案，或未提出申復而被核駁，可以不被公開 	不僅須於專利法明定早期公開後始進行實體審查之規定外，可能還須參考法國工業產權局之作法，增加早期公開前提供初步檢索報告予申請人之程序，改變我國現行檢索報告作業方式

(一) 同時公告與公開

歐洲專利局及澳洲係於專利法中明定此種態樣產生時，應於公告時一併將該案申請時之技術內容予以公開，歐洲專利局是採行「同時公告與公開¹⁰²」，而澳洲則是採行「公告時應包含申請時之說明書¹⁰³」。由於我國現行專利法並未予以明定，如要採行同時公告與公開之作業模式，則修法之可行方向：

其一是參照歐洲專利局及澳洲之方式，於專利法第 37 條增訂條文，直接明定此種態樣發生時應「一併公告與公開」或「公告時應包含申請時之說明書」。如採歐洲專利局之「同時公告與公開」作法，解釋上可能係分別進行公告及公開作業，但儘可能在最接近的時間點，而不會解釋要求公告與公開的時間點一致，惟此種方式仍有可能產生法律解釋上之爭議。如採澳洲之「公告時應包含申請時之說明書」作法，解釋上可能係採在公告時一併包含申請時之說明書、申請專利範圍及圖式，而不再於公開作業時辦理該案申請時之技術內容的公開，因此須另將我國現行專利法細則規定之專利公告項目¹⁰⁴予以調整。惟此一作業方式將徒增額外的法制調整及公告、公開準備作業，尚難具有其實益。

其二是將此種態樣明定為專利主管機關得依職權予以提早公開之事由，雖然歐洲專利局、澳洲及日本均非採行此種立法方式，惟採行此種模式，將可避免日後衍生條文解釋上是否要求公告與公開的時間點一致之爭議。

¹⁰² 同註 34。

patent application **shall be published at the same time as the specification of the European patent when the decision to grant the patent.**

¹⁰³ 同註 72。

the patent request and complete specification have not already become open to public inspection, **the notice mentioned in paragraph (5)(b) must include a statement to the effect that the patent request and specification are open to public inspection.**

¹⁰⁴ 參見專利法施行細則第 83 條。

（二）公告後不公開

美國、韓國、德國及俄羅斯對於早期公開前已審定核准之專利，僅公告核准之技術內容而不公開申請時所揭露之技術內容，主要考量的因素，推測應係認為早期公開 18 個月的保密期限，是公眾第三人合理的等待期間，既然若能於保密期限屆至前就能核准並公告專利，公眾第三人即可知悉該專利的保護範圍，因而無需再將申請時之技術內容予以公開。實務上，以美國為例，此種方式由於可能發生核准專利案未完成領證程序而並未公告，因此該案仍會續行公開作業，但亦可能發生因為該案件已完成公開準備程序後，才完成繳費領證程序，造成少數案件產生公告後會再公開。俄羅斯在專利法中明定自申請日後 12 個月內核准之專利案，才不公開申請時之技術內容，推測可能基於前述美國此種特例因素，而採行類似延長公開準備期間之作法，可以使核准之發明專利案在完成繳費領證程序前，仍未完成公開準備程序，避免發生公告後再公開之情事。

因此，如果我國欲採行此一作業方式，必然亦會產生相同無法避免之現象，除了必須於專利法第 37 條增訂不予公開之事由，甚至可能須參考俄羅斯之作法，明定一合理充裕的公開準備時間點進行管制，以減少公告後又再公開之情事，惟此一作業方式將徒增額外的法制調整及公開準備作業，尚難具有其實益。

再者，當申請案可以無須將申請時之技術內容揭露予公眾第三人知悉，不僅使第三人減少公眾審查之相關資訊，更容易造成無法獲知何種先前技術於申請時提出，導致產業技術重複投資，無法及早進行改良創新，不利產業發展。

（三）公開前審定者須待公開後才公告

英國及加拿大對於早期公開前已核准之專利，採行先辦理公開後再續行公告之原因，因為英國專利法明定在專利申請案 18 個月公開後，至核准專利前，公眾第三人均可提出該申請案不具可專利性之意見。因此，如果在早期公開前就已審定之申請案，因尚未讓公眾第三人進行公眾審

查，所以考量第三人之利益，會等該案公開後至少3個月的期限，如果沒有第三人提供意見，則會續行公告。

我國在92年1月3日三讀通過之專利法廢除異議制度以前，設有異議制度，即將核准專利公告後3個月期間內公告，第三人如發現不具可專利性之事由時，可提出異議。惟英國「公開後至公告前」之第三人檢視制度，與我國舊有之異議制度不盡相同。由於我國現行專利法並未具有此種「公開後至公告前」之第三人檢視制度，因此，如果欲採行此一作業，則不僅要增訂允許「公開後至公告前」之第三人提供不具可專利性之意見外，還須參考英國專利法增訂早期公開前審定之「3個月規則（3 months rule）」，惟此一作業方式勢將增加法制調整及公開準備作業之複雜度，尚難具有其實益。

（四）公開後才啟動實體審查

中國大陸、印度、巴西、法國及墨西哥，僅有巴西明定申請案公開後才啟動實體審查，其餘4局並未明定，而係藉由相關細則或審查基準內容推定其採行公開後才啟動實體審查。由於該5局採行此種作業方式的本意可能不盡相同，但此種作業方式似乎最符合早期公開制度的原意，可使公眾第三人獲取申請案取得申請日之相關技術資訊。以法國為例，申請案在公開前，申請人可取得該案之初步檢索報告，並可藉由初步檢索報告之評價，決定是否續行審查程序，在該申請案公開準備程序完成前，如果撤回申請案，或未提出申復而被核駁，可以不被公開。

因此，我國如欲採行此一作業方式，則不僅要於專利法明定早期公開後始進行實體審查之規定外，可能還須參考法國之作法，增加公開前提供初步檢索報告予申請人之程序，如此不僅能提供第三人充足的申請案相關資訊，也能讓申請人有足夠資訊判斷是否續行審查。惟此一作業方式亦將徒增法制調整及公開準備作業之複雜度，並改變我國現行檢索報告作業方式，尚難具有其實益。

經由前述分析，考量專利權人權益與公眾第三人利益，對於早期公開前已核准審定之發明專利申請案，其是否續行公開作業之可行作法，主要有「核准之發明專利及其申請案同時公告與公開」，或是「發明專利公告後，不公開其發明專利案」等兩種方式。二者主要之差別，在於前者可使公眾第三人獲得更充分之先前技術資訊；後者所揭露之資訊範圍通常不大於公開資訊，而致公眾獲得較少之先前技術資訊。

另外就智慧局目前公開與審查實務而言，當申請案程序審查齊備後，即進入早期公開審查階段，如無不予公開事由，並賦予國際分類號後，即已完成公開前審查，若有提早公開需求，隨時可以進入公開準備程序；而有申請實體審查的申請案在完成公開前審查後，亦同時進入實體審查階段。

若採行同時公告與公開，即發明專利公告日期在其申請案公開日之前，其公開可採行提早公開模式，使申請案提前與公告同時公開，以減少後續爭議；若採行公告後不再公開，則須比照申請案撤回模式，在公告之際，公開準備工作完成之前，將該申請案從公開準備程序移除，惟若無足夠時間由公開準備程序移除，則還是有少部分申請案仍可能會發生公告後仍被公開的情形，如此專利權人權益仍有可能受到影響，徒增爭議。

對專利權人而言，被刪修的技術內容通常是與公告技術相關，但不具可專利性之技術特徵，因此採行類似歐洲、澳洲或日本等同時公告與公開之作法，其充分揭露先前技術資訊所能帶來的效益，應大於對專利權人權益可能之影響。惟我國現行專利法對於提早公開之事由尚未包含「公開前核准審定者」，因此於專利法第 37 條中增列提早公開之事由，將可避免日後衍生適法性之問題。

陸、早期公開前核駁審定案件之公開可行作法

一、各專利主管機關作法分析

參照前述各國法規規定，其中公開前啟動實體審查的專利主管機關，如美國、日本、歐洲、韓國、德國專、英國、澳洲及法國等局有相關規定可供參考，其對於早期公開前已核駁審定之申請案，是否續行公開作業，似乎多數均採不予公開的處理方式。雖然多數專利主管機關原則採不予公開，惟考量 18 個月保密期限時間點之前均有可能發生核駁審定，為有利於公開作業管制，均以是否完成公開準備程序作為切割時間點，在完成公開準備作業程序前已核駁者不予公開；完成公開準備作業程序後，始核駁審定，則仍續行公開作業。澳洲雖會在公報上公告核駁通知，但不公告專利說明書之技術內容。

二、適合我國可行作法之分析

對於早期公開前已核駁審定之發明專利申請案是否續行公開作業，本文所列舉各國規定，其作法大致上與撤回申請案件的處理模式一致，亦即在公開準備工作完成前被核駁者不會公開。這可能是基於保護申請人的觀點考量，因為核駁之申請案公開後，其申請時之技術內容將成為公共財變成任何人都得使用，申請人將喪失其技術以營業秘密保護之可能性。然而若是由公眾第三人利益的觀點來考量，將核駁之申請案公開後，將可使其他申請人對該技術的未來進展與可專利性，在資訊充足的情況下提早作出決定，例如是否繼續研發類似技術，而使研發投資更有效率，這就產業整體發展來說，是有其助益的。

雖然對申請人而言，其申請案被核駁之前，通常已可藉由檢索報告及審查意見通知，衡酌是否續行或撤回。但考量核駁案件之內容已不具可專利性，對第三人利益的影響相對較小，因此早期公開前已核駁審定之申請案，可採行多數國家基於保護申請人利益之觀點，於公開準備作業程序完成前被核駁者，不予公開；但於公開準備作業程序完成後始被核駁者，仍續行公開之方式。惟我國現行專利法對於不予公開之事由尚未包含「公開前核駁審定者」，因此於專利法第 37 條中增列不予公開之事由，將可避免日後衍生適法性之問題。

柒、結論

各國鑑於發明專利申請數量增長幅度遠大於審結速度之因素，無不想盡辦法修改作業模式或是增加審查人力，無非希望能減輕審查人員的負荷，儘早審結積案。各國審查之速度有快有慢，因此專利審查的制度從逐案實體審查制演變至延緩審查制，再進一步發展成結合延緩審查與早期公開的制度，或是結合延緩審查、初步檢索報告與早期公開的制度等不同組合的方式。我國目前結案量與審查速度已大幅提升，開始衍生早期公開前審定之案件是否續行法定公開作業的相關議題。雖然各國並無一致性的作法，惟仍藉由彙整分析其不同型態，作為我國此一議題處理方式之參考，並進而提供專利法增修之可行性方向。

採行同時公告及公開之作法，較符合平衡專利權人及第三人之利益；至於公開前已核駁審定之申請案，採行完成公開準備工作前則不予公開之方式，一方面維護申請人之權益，使其申請案的技術內容不致因公開而成為公共財，申請人有機會改以營業秘密方式保護，另一方面由於核駁之案件與公告技術相關，但不具可專利性，對於公眾第三人亦不至於造成重複研發，產生不確定性之問題。

基於專利制度不僅要考量國內產業及制度需求，還須審酌與其他國家間的專利調和，更要配合不同時空背景下經濟發展各項要件機動調整，才可能兼顧保護本國產業研發及吸引國外技術進入我國申請專利，進而維持永續經營發展。