



中国专利促进政策的反思与调整

——目标、机制、阶段性和开放性问题

徐棣枫¹, 陈瑶^{1,2}

(1. 南京大学法学院, 江苏南京 201193; 2. 江苏经贸职业技术学院, 江苏南京 201193)

摘要:中国目前专利申请量的增加与创新能力的表现之间仍然存在较大落差, 近期美国国际贸易委员会报告和欧盟中国商会发布的报告对于中国自主创新政策的分析反映出上述问题。专利促进政策应从偏重“数量”激励转向以“质”为核。既往专利促进政策存在着阶段性定位不清, 超前与滞后并存, 忽视市场机制功能, 存在不合理的计划性思维以及开放程度不高, 过度倾斜保护等方面的问题。构建良性运转的创新制度体系, 必须跨越这些藩篱。

关键词:专利; 促进政策; 质量; 市场机制

中图分类号:DF523.2

文献标志码:A

文章编号:1008-5831(2013)06-0094-07

专利申请量是许多创新能力研究都会考量的重要参数。根据世界知识产权组织的报告, 2011年中国的专利申请量首次超过美国, 跃居世界第一^①。然而创新能力却明显并未与之同步。根据世界知识产权组织(WIPO)和欧洲工商管理学院(INSEAD)共同完成的2012年全球创新指数报告, 中国的创新能力居全球第34位, 2011年列第29位, 2010年为43位, 2009年则为37位^②。从排名的变化可以看出: 一方面中国的创新能力并未形成较为稳定的增长态势; 另一方面, 波动且不高的创新能力排名与世界第一的专利申请量相比, 仍然落差较大。对此, 我们应当予以充分重视: 事物从量变到质变总是需要一定的条件, 大量垃圾专利、非正常专利申请会干扰专利促进社会进步作用的发挥。事实上, 国际社会对中国的创新能力及创新政策也一直非常关注, 主要的贸易伙伴美国和欧盟都曾对中国的自主创新政策进行过调查。2010年中美知识产权保护和执行措施案落幕之后, 美国国际贸易委员会就迅速对中国的知识产权保护和自主创新政策展开了调查, 特别对中国的自主创新政策提出了批评, 认为并不能促成真正有价值的技术的开发和转移^③。2012年8月, 欧盟中国商会(以下简称“欧盟商会”)也以中国的专利政策为调查对象, 推出了题为《创新迷途: 中国的专

收稿日期: 2013-09-20

基金项目: 国家2013年社科基金“专利权的不确定性与专利诱饵的法律规制研究”(13BFX122); 教育部2011年人文社会科学研究项目“企业并购中的知识产权风险研究”(11YJ820002); 南京大学“985”三期项目资助

作者简介: 徐棣枫(1965-), 男, 南京大学法学院教授, 法学博士, 美国威斯康辛大学法学院访问学者(2007年7月-2008年7月), 主要从事知识产权法、知识产权战略与管理研究。

①2011年中国专利局受理的专利申请量达到526412件, 美国为503582件, 日本、韩国和欧盟分列第3、4、5位。参见WIPO: “The global intellectual property indicators - 2012”, <http://www.wipo.int/ipstats/en/wipi/index.html>, p48.

②“The Global Innovation Index”, 2009-2012, WIPO & INSEAD, <http://www.globalinnovationindex.org/gii/main/previous/>.

③“China: Intellectual property infringement, indigenous innovation policies, and frameworks for Measuring the Effects on the U. S. Economy”, November 2010, <http://www.usitc.gov/publications/332/pub4199.pdf>; “China: Effects of Intellectual Property Infringement and Indigenous Innovation Policies on the U. S. Economy”, May 2011, <http://www.usitc.gov/publications/332/pub4226.pdf>.

利政策和实践如何阻碍了创新》的报告^④。与前者相比,该报告虽然言辞温和,但内容相似,也提出有关标准、补贴、自主创新政策等应该修正;并且指出,考虑到专利质量整体不高,中国的创新能力或许被高估(overhyped)。所谓“兼听则明”,尽管上述报告各有其立场和研究方法,一些观点也仍存有争议,但指出的问题确实值得我们关注并自省:社会发展究竟需要什么样的创新?什么样的创新是“好”的创新?目前的创新政策是否存在一定的问题?专利政策无疑最具代表性。笔者在此即以前述美欧报告的推出为契机,反思中国既往的专利促进政策,以期引起各界对这一问题的关注,促成中国创新促进政策的有效调整,推动创新能力质的飞跃。

UTILITY MODEL APPLICATIONS FOR THE TOP 15 OFFICES, 2010

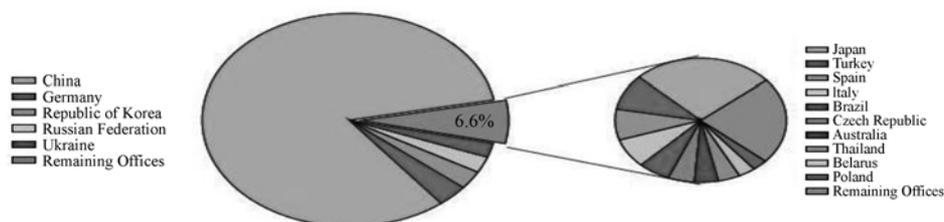


图1 2010年全球排名前15位专利局受理实用新型申请量示意图

来源:WIPO IP Facts and Figures(2012), WIPO, July 2012。

表1 2009-2012中国国内外发明和实用新型专利年度受理量和授权量增速变化表

年份	发明		实用新型	
	年度受理量%	年度授权量%	年度受理量%	年度授权量%
2012	24	26.1	26.4	40
2011	25.7	27.3	42.9	18.5
2010	24.4	5.2	31.9	69
2009	8.5	37	12.3	15.4
平均	14.7	23.9	28.4	44.3

数据来源:根据国家知识产权局文件数据计算, <http://www.sipo.gov.cn/ghfzs/zltjyb/201303/P020130312391031244548.pdf>; <http://www.sipo.gov.cn/ghfzs/zltjyb/jianbao/year2011/a/a2.html>; <http://www.sipo.gov.cn/ghfzs/zltjyb/jianbao/year2011/b/b1.html>。

尽管年度授权量和申请量存在时间差,并非一一对应,但考虑到《专利法》第35条关于自申请日起三年内进行实质审查的规定,比较连续四年的申请量和授权量变化情况能够反映一定的趋势变化。

从图1、表1可以看出,除了2009、2011年度中

一、数量 vs. 质量: 专利促进政策的目标

毋庸置疑,恰当的专利促进政策应当能够推动大量高质量专利的产生,并将其迅速转变为现实的生产力。简而言之,专利“质”与“量”的统一应是专利促进政策的目标。然而,在现实的政策环境中,专利“数量”与“质量”的平衡极难获取,时常给专利促进政策的制定和调整带来困扰。

首先,专利的“数量”与“质量”时常呈现相反的态势。以中国为例,尽管专利数量增速迅猛,然而无论是世界知识产权组织的报告(见图1),还是中国国家知识产权局的统计信息(见表1),均显示,大部分增量仍然来自于实用新型,专利整体的创新程度并不高,与先进国家相比仍有很大的差距。

国发明专利授权量增速高于实用新型之外,多数时期实用新型的申请量和授权量增速均显著高于发明专利:2010年两者授权量增速比甚至接近14:1,平均增速两者之比也接近2:1。显然,就创新层次而言,“数量第一”的盛名之下,确实其“质”难负。欧盟商会的报告据此指出,中国的创新能力有可能被高估,偏重“数量”激励的创新政策并不利于高质量发明专利的生产,应予调整。笔者赞同此处调整偏重“数量”激励的创新政策的建议。因为根据专利竞赛理论,专利的质量比数量更重要^⑤,低质专利数量庞大反而会阻碍社会创新能力的提高。事实上,发达国家也曾经经历过类似的结构调整过程。在20世纪60年代中后期,英、法、德三国的专利政策就经历了由“更多的专利”向“更高质量专利”的过渡,专利申请的数量虽然明显减少,但是质量却得到显著提升^[1]。

其次,包含“数量”在内的专利“质量”评价标准难统一,也给专利促进政策的制定和实施带来困扰。专利“数量”、创新程度都是衡量地区专利整体质量的重要参数。欧盟报告中隐含着发明专利就是高质量专利,重质量的专利促进政策就是促成更多发明

^④Dan Prud' homme, business manager of the IPR Working Group and R&D Forum of European Chamber: "Dulling the cutting edge: how patent-related policies and practices hamper innovation in China", August 2012, <http://www.euccc.com.cn/upload/media/media/27/patentstudy2012%5B766%5D.pdf>, p116-118.

^⑤John M. Hartwick: "Patent race optimal with respect to entry", International Journal of Industrial Organization, 1991, 9(2), p197-207, 转引自高山行, 郭华涛:《中国专利权质量估计及分析》,《管理工程学报》,2002年第3期。

专利产生的政策的观点^⑥。对此,笔者并不完全赞同。发明专利的确创新程度较高。然而,评价专利质量却并不能只简单考虑这两方面因素。各国的专利法以及国际知识产权条约都表明,创新的先进性并非现代专利制度追求的全部目标,将创新成果合理地商业化也是极为重要的考虑。而商业化必然与一定社会的经济条件有关。一个发明专利占据绝对高比重,相应实务生产却寥寥无几的社会也不可能是一个创新活跃、健康发展的社会。比如,在特殊历史条件下,以举国之力获取重要行业前沿创新的突破,并不能代表社会整体创新能力的提升。故评价专利的质量,特别是地区整体的专利质量,还需系统考量其他因素。

对于具体的考量因素,尽管各界观点不一,但从主要文献以及政府评价活动选取的考察参数来看,仍然可以归纳出当下理论界和实务界对于高质量专利的基本认识,从而得出一个基本的评判标准。根

据国家统计局经济景气监测中心2005年发布的《中国企业自主创新能力分析报告》,专利指标是创新产出能力的重要参数,具体考察项目包括专利申请数量占全国专利申请比例、拥有发明专利数量占全国拥有发明专利量比重、新产品销售收入占产品销售收入比重等^[2]。由于该报告是政府经济统计中第一次将专利指标作为科技指标的一个重要组成部分^[2],因此,颇具开创意义。国家知识产权局也曾组织过有关专利评价指标的研究,颇具代表性。根据他们的研究,评价专利的优劣,应从申请到授权、实施进行全面考量(见表2)^[3]。各国学者也都对该问题进行过大量的实证研究。比如,前述欧盟商会的报告就采用了一定时期内的专利授权量、无效数量、有效期、引证率等作为考察参数^⑦。目前来看,尽管有不完全一致的认识,但专利引证指标、专利维持水平、专利族大小、权利要求数量等已经是比较成熟的专利质量指标^[4]。

表2 专利质量指标体系

类别	具体指标	
数量类	发明专利申请量	
质量类	发明专利授权量(同年比较)	
	发明专利授权率(同年比较)	
价值类	发明专利实施量、实施率;发明专利许可实施量、实施率; 发明专利转移量、转移率;发明专利质押量、质押率; 发明专利无效请求量、无效请求率	
	广义技术周期实施类	
	周期类	发明专利存活量、存活率、发明专利平均寿命
	对外申请类	发明专利对外申请量、对外申请率

上述情况表明,尽管无法精确描述“高质量专利”究竟应该具备什么样的特质,但是至少新颖性程度较高,有效期较长,且能被较快实施,具有较高的经济价值等是当下各界的共识。以此为专利质量的衡量标准,则“好”的创新促进政策应当尽最大可能促进该类专利的发生。但是,基于实务界披露的情况^[5],以及文章开头所述中国专利申请量和创新能力排名的粗略比照就可以发现,中国如此多的专利申请中有相当部分并非普遍认可的高质专利。与之形成鲜明对照的是:一直以来,中国对专利促进政策,就重视程度而言,不可谓不高;就创新投入而言,也不可谓不大。自2008年国家知识产权战略实施

以来,促进自主创新早已成为中国经济政策的一个重点,各级政府的“十二五”规划都将创新作为一项重要的战略目标,并采取一系列措施,力图从资金、人才等各个方面加以推动。投入方面,根据国家统计局发布的数据,全国科研投入经费也是增速迅猛,2009年为5802.1亿元,2011年为8687亿元,年均增长率达23%^⑧。如此的重视程度和如此巨额的投入,如果不能有高质量的产出,势必造成惊人的资源浪费,在全球市场竞争由资本竞争向技术竞争转化的大背景下,将贻误提升国家竞争力的良机。

综上,目前的专利促进政策确需从偏重数量激

⑥Dan Prud' homme, business manager of the IPR Working Group and R&D Forum of European Chamber: "Dulling the cutting edge: how patent-related policies and practices hamper innovation in China", August 2012, <http://www.eucc.com.cn/upload/media/media/27/patentstudy2012%5B766%5D.pdf>, p116-118.

⑦Dan Prud' homme, business manager of the IPR Working Group and R&D Forum of European Chamber: "Dulling the cutting edge: how patent-related policies and practices hamper innovation in China", August 2012, <http://www.eucc.com.cn/upload/media/media/27/patentstudy2012%5B766%5D.pdf>, p37-61.

⑧国家统计局:“第二次全国科学研究与试验发展(R&D)资源清查主要数据公报”(第一号),2010-11-22, http://www.stats.gov.cn/tjgb/rd-pcgb/qgrdpcgb/t20101122_402684868.htm;“2011年全国科技经费投入统计公报”,2012-10-25, http://www.stats.gov.cn/tjgb/rdpcgb/qgrd-pcgb/t20121025_402845404.htm.

励转为以“质”为核。促成更多的发明专利产生只是可能性之一,更需推动有效专利的实施率、转移率、存活量等的增长,真正促成大量适应社会发展需要的高质量专利的产生,实现专利“质”与“量”的统一。

二、计划 vs. 市场:专利促进政策的机制选择

专利促进政策还存在作用机制选择的问题。对于中国目前的实践而言,一个重要的问题就是计划与市场如何恰当取舍。其实,这一问题一直伴随中国经济体制改革的进程,但时至今日,中国的诸多实践仍然与对这两者关系的认识偏颇有关,在专利促进政策中也有非常突出的反映。专利制度尽管是通过政府赋权的方式来保障权利人的利益以及假想的创新的积极性,本质上仍然是基于市场而运作:是否申请专利、申请费的缴付、专利申请中的实质审查要求、以及授权后的许可、专利维持等都由权利人自身根据需要决定。事实上,现代专利制度所保护的乃是一种将创新成果商业化的权利,故所有的制度设计都应基于市场规则之下的某种平衡而发生。政府赋权不过是进行了法律上的“确认”,认可其私权的地位。只有为避免少数应当享有权利之人因为弱势而失权,或者为维护某些公共利益,才有必要进行非市场化手段的特殊激励。因此,政府干预于专利的运作而言,应当是一种例外,而不是常态。其目的在于“超越科学和技术本身,强调刺激商品创新、带动竞争、建立规范钻石体系的互动功能”^⑨。故在考虑政府干预的时机和方式时,应避免破坏专利制度本身所蕴含的市场激励功能,否则有可能出现创新能力倒退的局面。

以专利申请费制度为例。这一制度本身以成本为经济杠杆,通过影响专利倾向,影响专利申请行为,进而影响创新,蕴含着丰富的市场调控原理:较高的费用会抑制低质量的专利申请,从而促进技术创新,较低的专利审查费用会刺激低质量的专利申请,从而阻碍技术创新。目前,西方主要专利局都将其作为应对专利申请剧增的手段之一:如美国专利商标局在2002年、2004年和2007年,欧洲专利局在2008年、2009年以及2010年都分别提高了专利费用的额度^[6]。中国目前的专利促进政策却反其道而行之,广泛给予各种专利申请补贴。此种做法抵消了市场机制之下正常的选择激励,人为构造了一个非正常的盈利空间,严重影响这些机制市场调节功能的发挥:即便是毫无意义的创新,也会想方设法去申请专利,即便已经没有太多商业价值的专利,也会

竭力维持之,因为自己不用承担所有的费用,若能争取得到项目奖励,那将更是划算。有研究者已经注意到,中国鼓励专利申请的费用补贴政策下,专利申请的费用成本大大降低,激励出了大量低质量的坏申请,增加了专利局的审查负担和犯错率,减损了专利审查效益,最终产生阻碍技术创新的效应,进而提出取消地方政府各种专利申请补贴,提高专利审查费用标准的政策改进建议^[6]。年费补贴存在同样的问题。

又如,欧盟商会报告中提到的标准政策^⑩,尽管一些观点仍有待商榷,但确有警醒之用。无论基于技术安全还是经济发展的考虑,的确需要发展自身的标准,然而,在当前通信、计算机、半导体行业部分国际标准已经成熟的情况下,就不能不考虑自身标准与国际标准的差异和兼容问题,即需要考察这些“自主创新标准”真正的技术、市场价值如何,而不是简单地“计划”推出“新标准”,随意给予其巨额资助。

显然,上述专利补贴、标准资助制度的不合理安排均有违市场机制,本质上并没有脱离计划经济下政府直接投资和靠垄断资源,用房子、职称、工资待遇、编制等推动创新的思想窠臼。实际上,并非不能为专利和标准的研发提供各种形式的补贴,问题在于在什么环节、以什么方式提供。若要发挥专利制度促进发展的作用,就必须尊重其固有的市场调节功能。对于申请费、年费,笔者认为可以资助,毕竟就中国目前而言,大量创造发明者的经济状况并不令人满意,通过提供部分资助,还可以发挥政策导向作用,推动急需发展的重点行业的创新,但其额度以及资助对象应有所区别。比如,对于发明和实用新型的资助力度进行区分,变事前的申请资助为事后的资助,维持年限越长,销售量越大,资助力度也越大^⑩。对于标准,其认定程序应当进一步透明,必要专利的披露应进一步严格要求,并设置异议、撤销、变更程序,通过制度解决信息安全与公平参与之间的关系问题,避免集团利益、行业利益的过度干扰。总之,应当让各种促进政策尽快回归市场机制的出发点,才能真正促成有生命力的创新的生长。

当然,呼吁专利和标准的资助政策回归市场机制,并非不重视权利人与公共利益之间的平衡。事实上,市场机制的完整理解本身就包含在尊重市场规律之上对公共利益的维护。因此,专利和标准的资助政策除了商业价值方面的考虑之外,也应当重

^⑨[美]迈克尔·波特:《国家竞争优势》,华夏出版社2000年12月版,第617页。在该书中,波特将国家竞争优势描述为劳动力教育水平、基础设施建设等要素条件、市场需求条件、相关产业支撑条件以及公司战略四个方面,组成一个四边形,被称为国家竞争优势的“钻石理论”。政府在整个体系中的功能在于建立、维持、协调一定的秩序。

^⑩Dan Prud' homme, business manager of the IPR Working Group and R&D Forum of European Chamber: "Dulling the cutting edge: how patent-related policies and practices hamper innovation in China", August 2012, <http://www.eucc.com.cn/upload/media/media/27/patentstudy2012%5B766%5D.pdf>, p100-103.

点考虑那些能够较大程度满足公共利益需求的创新。换言之,资助政策应将创新成果的社会价值本身纳入考量范围,而非仅仅考虑成果本身的技术价值。

三、超前 vs. 适度:专利促进政策的阶段性定位

理想的专利促进政策应当促进具有高质量的创新成果产生。但是什么样的成果才是高质量的结果?前述欧盟中国商会的报告将创新分为“突破性发明”(breakthrough innovation)和“增量发明”(incremental innovation)。这些创新成果所申请的专利,被进一步细分为合格专利(quality patent)、高质量专利(high-quality patent)和低质专利(low-quality patent)^①。高质量专利不仅满足授予专利权的条件,对突破性研究还应具有持续的促进作用^②。报告指出,总体而言,中国的实用新型大都是低质专利,无效率高。所谓高质量专利绝大部分都是发明专利;但是,中国发明专利的总数量、有效期、研发投入比仍然与其他国家有着很大的差距^③,整体的专利质量并不高。这样的分析思路固然有可取之处,的确发明专利总数、有效期等会影响突破性创新的产生,但不能忽视的现实是一国的整体创新能力具有阶段性,不可能在短短几年内产生大量突破性的创新。而且,就各国技术进步的历史来看,没有大量中等程度、一般性的创新,也难以产生大量的高层次创新成果。是故,专利促进政策与专利法本身一样,也应当具有阶段性,应与一国的经济和科技发展水平相适应。能够投入现实的社会生产,带来较好的经济和社会价值,就应当是高质量专利。一方面,如果不考虑社会整体创新能力的现状,超前、片面鼓励追求高、精、尖,并不能达到提升社会整体创新能力之目的,反而可能导致产业结构过度失衡。另一方面,如果只停滞于一般性创新的鼓励,过于保守,则有可能形成过于短视的发展思路,给社会发展带来负面影响。因此,“好”的促进政策应当在社会既有发展水平之上,对高精尖之攻克与一般性创新两方面进行恰当协调,保持适度。

就目前而言,当下中国各级政府的专利促进政策超前与滞后两种情形并存。有的地方行政规范性文件未进一步区分资助对象的创新程度,只要提交了专利申请就可获得财政支持;授权专利,无论是发明,还是实用新型,也都可以获得几乎同样的资助。有的地区的行政规范性文件则似乎过分关注于发明专利,对中小企业,特别是处境困难的独立发明人的有

效扶持却被忽视。比如,河北省《2011年专利申请资助办法》就只针对发明专利的申请和授权以及PCT专利申请^④。总体上,两种做法都反映出专利促进政策体系不够全面、完整。事实上,目前中国正经历着由中低层次创新向高层次创新转变的特殊过程。专利申请量的大幅增长不仅体现为实用新型申请量的迅速增加,发明专利申请量也在快速增长。根据WIPO的报告,2011年中国国家知识产权局受理来自国内外发明专利申请526412件,超过美国2万多件,中国递交的PCT国际申请数量,也增长最快^⑤。2012年1-10月,中国国内发明专利授权量同比增长超过30%,有效发明专利国内所占比例已超过50%^⑥。这些数据和整体创新能力排名并不高的事实足以表明:目前中国需要一个整体上偏向于促成高层次创新,但又能巩固有效的中等水平创新的促进政策体系。之前侧重一般性创新,不分创新高低层次的保守型,或者只重发明不考虑实用新型及其他一般性创新的超前发展思路都需要调整。而且,由于各地区社会发展不平衡,前述创新成果的地区分布也相当不平衡。故应该允许各省根据自身情况调整适合不同发展阶段的专利促进政策。这也有助于促成创新成果的跨地区流动。中等层次的创新成果更倾向于流向技术欠发达地区以获得更大力度的资助,事实上一般也更适合该地区的发展。总之,国家层面必须对有关的政策导向作出指导性意见,改变目前重数量轻质量,爆炸式申请的局面。

四、倾斜 vs. 平等:专利促进政策的开放性定位

开放性是当前中国专利促进政策面临的另一个迫切的问题。目前,该领域主要涉及政策的透明度以及对非本国当事人的非歧视待遇问题。这些都可能演变为WTO等国际争端解决机制中的案件。对于透明度问题,中国在入世议定书和工作组报告中都做了有关透明度的承诺,TRIPS协议第63条也对成员措施的透明度问题提出了要求。但是,中国目前的一些专利促进政策,特别是有关的行政审批程序,仍然存在标准不明晰、措施公布不及时、争议裁决理由释明不充分等问题。比如,有关各种创新产品、创新企业的评选标准、评委的遴选、争议的解决等往往缺乏详细规定。如前述河北省《2011年专利申请资助办法》中提到对重大发明专利、本地区知识产权优势培育单位优先受资助,但是,有关这两项的认定标准却并无明确规定。这就有可能涉及

① Dan Prud'homme, business manager of the IPR Working Group and R&D Forum of European Chamber: "Dulling the cutting edge: how patent-related policies and practices hamper innovation in China", August 2012, <http://www.eucc.com.cn/upload/media/media/27/patentstudy2012%5B766%5D.pdf>, p1-36.

② http://www.hebipo.gov.cn/E_ReadNew.aspx?E_typeid=2&E_BigClassID=&NewsID=1717.

③ WIPO: "World Intellectual Property Indicators - 2012 Edition", December 11, 2012, http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/en/iptproperty/941/wipo_pub_941_2012.pdf.

④ http://www.sipo.gov.cn/yw/2012/201212/t20121213_780213.html.

GATT1994 第 10 条有关透明度的规定,以及《中国加入工作组报告书》第 324、334 段有关国内措施公布和获取的规定。而且,新近的一些双边、区域投资协定中,许多条款也都涉及透明度问题。比如,美国新颁布的 2012 双边投资协定范本第 11 条关于透明度问题的规定竟然多达 8 个小节,可见其重视程度。因为多数投资协定都将知识产权等包括在投资定义范围内,故这些条款也将对专利资助政策产生约束力。

对于非歧视待遇,目前一些促进政策仍然具有明显的倾向性。比如有关软件产业的进口替代问题。根据《上海市软件和信息技术服务出口重点企业认定管理办法》(沪商服贸[2012]497号)第6条第(5)项、第12条的规定,可以享受若干扶持政策的出口重点企业条件之一是上年度出口额不低于400万美元。这显然属于WTO《反补贴协定》(SCM)第3.1(a)条所述视出口实绩为多种其他条件之一的情形,有可能被诉构成SCM义务之违反。

事实上,对于专利促进政策的开放性问题,最为棘手的是如何处理国际组织、国际条约,如WTO带来的外来压力和本国自身实际情况之间的矛盾。从应对WTO案件技巧的角度,故意拖延,以时间换空间固然有合理的成份,但终究不是长久之计。尤其是中国这样的贸易大国,其他WTO成员,特别是美国等,绝不会等闲视之。前述美国国际贸易委员会和欧盟商会有关中国自主创新政策的调查报告都证明了这一点。而且,目前,中国正在进行中美、中欧投资协定的谈判,相关问题也必然会涉及。美国2012年新修改的投资协定范本就明确增加了有关标准制定的参与权、有关协议方的采购政策不得与本国技术含量要求挂钩的条款^⑤。对此,中国是否接受,如果接受,国内有关专利政策必然要做修正;若不予接受,则又如何解决未来可能的WTO、ICSID等机制下的争端。

对此,笔者认为,应当尽早采取一些补充性、修正性措施。对于透明度问题涉及的标准制定问题,事实上美国、欧盟目前所反映的也是程序性问题居多,未能允许外方提出意见,未提供参与机会等。至于实体方面的问题,国际标准的采用与否,TBT协议本身也并非没有灵活适用的余地,如第5.4条有关合格评定程序不适用国际标准的理由,以及第12条对发展中国家成员的特殊和差别待遇等。尽管这些条款,基于国际社会现实的实力差距,适用起来也并非易事,但是,承担国际义务本身也是在发挥国际影响力,为行使话语权积累资本。何况程序上的透明、

非歧视本身对国内规制体系的科学化发展,对国内当事人也有着十分重要的意义。因此,专利促进政策在当前形势下,也应立足于开放性的定位。即当前亟需的不是不开放,而是尽快补充、完善有关资助条件、资助方式以及公共利益、国家安全等的审查标准、程序、救济。过度的倾斜保护,不考虑国际义务,一味靠拖,而不是利用规则(国际和国内)本身力量的状况,不利于真正创新能力的生成。

况且,对于美、欧报告提出的自主创新政策问题,笔者认为我们自身的解释也并不占优势:尽管已经习惯性地使用“自主创新”、“自主知识产权”的说法许多年,至今也没有一个统一的界定,无论理解为中国人所有的或是依据中国法律享有知识产权的都有可能构成反补贴协定中所述的法律上或事实上的进口替代。实际上,“自主创新”本身并不是一个严格定义的法律用语。事实上,中国的诸多政策性用语都存在类似的问题,使用多年,却没有考虑自身在逻辑上是否自洽,是否与WTO等国际规则相符。这也从另一个角度说明了政策开放性的重要。

当然,政策开放性的定位不等于不保护本国利益,而是更加强调要通过规则本身的力量,不是依靠垄断、封闭市场,而是更加有效地利用国际规则,纠正国内有关规则并灵活运用之,实现自身利益最大程度的维护。

五、结语

专利促进政策是整个国家创新体系中十分重要的内容。事实上,不仅是中国,连一向被视为创新样板的美国也在进行着有关促进政策的调适,力图向“拥有发明新颖性信息的各方创造激励因素和机会”^[7]。2011年奥巴马政府发布了《美国创新战略》,为未来美国的创新竞争力勾勒了一幅恢弘愿景^⑥。根据该计划,从2012到2017财年,将连续向国家科学院等重要机构提供巨额投入,并改革许多专利激励措施。其中,专门提到要促进以市场为基础的创新(market-based innovation)^⑦。诚然,美国有成熟的市场机制为背景,政策考量以此为基础为必然。但是,专利制度作为不同社会几百年来各自不约而同作出的选择,基本规律方面的共性仍然大于其差异性。既然承认其是私权,其运作的基础就应当是市场,如何让市场供给更多真正有价值的专利,如何让权利人更好地通过市场化机制获益,都不是简单地通过政府的直接施舍就能实现的。制度的设定和功能是决定创新体系效率的关键,简单化的脱离市场机制的考虑不仅会破坏原有的设计精巧的功能体系,而且将距离真正的目标越来越远,甚至出

^⑤Article 8:3(e), Article 11:8, 2012 U. S. Model Bilateral Investment Treaty, <http://www.ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>.

^⑥“A Strategy for American Innovation: Securing Our Economic Growth and Prosperity”, <http://www.whitehouse.gov/innovation/strategy>.

^⑦“A Strategy for American Innovation: Securing Our Economic Growth and Prosperity”, <http://www.whitehouse.gov/innovation/strategy/appendix-b>.

现倒退。

“没有什么比率先引入一个新秩序更困难”^[8], 社会治理如此, 专利促进政策亦然, 尤其在目前各种问题交织, 压力汇聚的情况下。然而, 即便困难重重, 进退之间, 也必须作出选择。以“质”为核, 市场机制定位、开放性定位、阶段性定位问题, 是中国当下朝着良性运转的创新制度体系迈进必须跨越的藩篱。

参考文献:

- [1] 高山行, 郭华涛. 中国专利权质量估计及分析[J]. 管理工程学报, 2002(3): 66-68.
 [2] 黄迎燕, 张伟, 周湘陵. 上市公司创新能力的专利评价[J]. 知识产权, 2008(4): 43-47.

- [3] 黄庆, 曹津燕, 瞿卫军, 等. 专利评价指标体系——专利评价指标体系的设计和构建[J]. 知识产权, 2004(5): 25-28.
 [4] 万小丽, 朱雪忠. 国际视野下专利质量指标研究的现状与趋势[J]. 情报杂志, 2009(7): 49-54.
 [5] 文家春. 政府资助专利费用引发垃圾专利的成因与对策[J]. 电子知识产权, 2008(4): 25-28.
 [6] 文家春. 专利审查行为对技术创新的影响机理研究[J]. 科学学研究, 2012(6): 848-855.
 [7] 勒纳. 创新及其不满[M]. 罗建平, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2007: 164.
 [8] 尼利洛·马基雅维里. 君主论[M]. 方华文, 编译. 西安: 陕西人民出版社, 2006: 40.

Reflection and Adjustment: The Aim, System, Stage and Opening-up of Chinese Patent Promotion Policies

XU Difeng¹, CHEN Yao^{1,2}

(1. School of Law, Nanjing University, Nanjing 201193, P. R. China;

2. Jiangsu Institute of Commerce, Nanjing 201193, P. R. China)

Abstract: There still exists a great gap between the increase of patent applications and the innovation performance in China as reflected in the reports of USITC and Europe Chamber for Chinese indigenous innovation policies. China's patent promotion policies should be redirected from focusing on "quantity" to surrounding the core of "quality". Presently and in the past, China's patent promotion policies have some problems: dulling the stages, over-advancement or far-behind; negligence of marketing-system rules with improper "planning" thinking of ways; lower level of opening-up with excessive slant for protection etc. . These are barriers we have to step over to establish an operating-well innovation system.

Key words: patent; promotion policies; quality; marketing system

(责任编辑 胡志平)