

同等品制度: 中国政府知识产权产品采购的新思路

杨雄文

【摘要】知识产权同等品是指与政府采购规格指定的涉及知识产权产品的性能、技术要求或者特性相似的可替代的产品。知识产权同等品采购制度在践行公平竞争原则、保障采购质量、减轻采购负担、防范侵权盗版、激励创新等方面有重要的制度价值。中国政府采购相关规定尽管考虑了产品可替代性问题,但是没有同等品的概念及其制度的存在,采取竞争性谈判方式作为解决模式。从制度比较优势来看,通过竞争性谈判方式采购知识产品的做法合理性不足,而且知识产权同等品制度较之单一来源采购更有优势。需要从实体要求与处理程序、采购审查方式等方面建立健全中国知识产权同等品采购制度。

【关键词】同等品 知识产权 政府采购 竞争性谈判

【基金项目】华南理工大学中央高校基本科研业务费专项资金项目“知识产权利益平衡的主体性研究”(2015XZD24)

【收稿日期】2016-11-15

【中图分类号】D920.0 **【文献标识码】**A **【文章编号】**1000-5455(2017)01-0142-08

政府采购是国际贸易自由化面临的重要问题之一,是当今世界各国(地区)管理社会经济生活的一种重要手段,也是中国公共财政支出改革的一个重要环节。^①按照中国《政府采购法》的规定,政府采购指各级国家机关、事业单位和团体组织使用财政性资金采购依法制定的集中采购目录以内的或者采购限额标准以上的货物、工程和服务的行为。政府采购的产品包括各种货物、工程和服务。而所谓同等品采购制度,是指在政府采购的过程中,经相关机关审查认定,使用性能、技术要求或者特性相似的其他产品来替代原采购产品的制度。其中,同等品又称为相似品、类似品。台湾《采购法施行细则》第25条规定,同等品为经机关审查认定,功能、效益、标准或特性不低于招标档所要求或提及者。同等品制度是用来辅助说明政府采购招标要求的,不得用来限制供应商及其采用范围。其他国家与地区也有类似的规定。如日本采购法也有关于同等品的规定,而《北美自由贸易协定》(NAFTA)、世界贸易组织《政府采购协议》(GPA)以及加拿大《国内贸易协议》(AIT)都规定政府采购必须允许提供同等品,采购官员必须考虑同等品的供应,并有一些方法来确定所拟议的产品在事实上是否构成同等品。^②

同等品制度对政府采购具有极为重要的调整和辅助作用,特别是其中的知识产权同等品制度,在当下创新时代具有重要性与特殊性,因而受到许多国家和地区的关注与重视。2009年4月欧洲对外关系委员会在其《欧中关系实力审核》的政策报告中强调“中国应向欧盟投资者开放中国的资本市场、服务业、公共采购、基础设施项目,并强化知识产权效力,以便换取中国资本投资欧洲市场的机会。”中国政府在2007年底启动加入GPA谈判并提交首份出价,也在1996年向亚太经济合作组织提交的单边行动计划中明确承诺,将最迟于2020年向各亚太经合组织成员对等开放政府采购市场。然而中国自2003年1月开始施行《政府采购法》以来一直是利用竞争性谈判规则替代同等品制度,今年3月1日起施行的《政府采购法实施条例》对此没有新的举措出台。鉴于中西方对于同等品问题处理方式的不同以及知识产权的重要意义,加强对

① 张照东《政府采购制度研究》,第2页,厦门大学博士学位论文,2003年。

② Public Works and Government Services Canada《4.30.45.1. Equivalent Products》,Government of Canada,2015-07-16,<https://buyandsell.gc.ca/policy-and-guidelines/supply-manual/section/4/30/45/1>。

知识产权同等品制度的深入研究具有重要的理论意义和现实价值, 可以为中国加入 GPA 的谈判策略提供合理的参考, 有助于适应国际惯例, 以开放的姿态迎接国际挑战。

一、知识产权同等品的制度价值

政府采购应当遵循公平竞争原则。^① 一般而言, 政府采购文件应当明确说明招标要求, 以便供应商抉择。在政府采购过程中, 对所需采购物品进行一个标准设置, 达到该要求的产品均可参加公平竞争, 这就促生了同等品采购制度。例如, 招标文件指定要达到“美国 FDA”标准或之上, 而供应商提供的是符合“德国 FDA”标准的采购品, 只要“德国 FDA”标准不低于招标文件所要求的“美国 FDA”标准, 则符合政府采购的同等定义范围, 属于同等品。

知识产权同等品, 即政府采购规格涉及知识产权的同等品, 是指与采购规格指定的涉及知识产权的产品的性能、技术要求或者特性相似的可替代的产品。欧共体公共采购指令对于采购产品无现成标准或者无法客观描述的情形规定, 应在特定产品规格或者制造商后应加上“或同等产品”字样。^② 建立健全知识产权同等品制度对于维护市场的公平竞争、降低采购成本、提高采购效益、尊重知识产权、促进知识产权产业化都具有重要意义与积极作用。

(一) 践行政府采购的公平性与竞争性

政府采购应当依据采购人对于采购产品的功能或效益的需求来订定招标文件。采购人所拟定的对采购产品的要求, 如品质性能、安全、尺寸、符号、术语、包装、标志及标识或生产程序、方法及评估程序等, 在目的及效果上均不得限制竞争。如果这些功能或者效益具有国际标准或国家标准, 当然应该遵从其规定。但是现实中常常出现需采购的产品并无国家标准或国际标准可供参考, 而且采购人也无法以精确方式说明招标要求, 只好转通过指定专利、设计或型式、特定来源地等方式供供应商参考采用, 但是供应商能够自主选择是采用指定的产品还是采用同等品。这是政府采购制度公平性原则的体现——不能在规格上对不同的供应商设定无正当理由的差别待遇。GPA 第 6 条和欧共体公共采购指令都有相似的规定, 以避免对特定技术规格信息所特指的供应商之外的其他潜在供应

商构成歧视, 影响竞争程度与公平, 进而促进合理竞争, 维护社会公平, 防止权力滥用与弊案发生。

(二) 保障采购质量, 减轻采购负担

一般而言, 利用知识产权生产出来的产品, 特别是专利产品, 具有创新性, 有较高的质量保证和技术优势, 因此采购人在采购过程中会倾向于购买知识产权产品。尤其当遇到一些用文字描述难以保证采购质量的产品时, 如果能够通过知识产权同等品制度进行采购, 可以更加有效地保证采购标的的质量。

尽管各国因国情不同, 对同等品制度也有不同的规定, 但大多数国家都在维护各供应商合法权益的同时, 努力降低采购成本。采购人在寻求报价或投标时, 通过依法指定知识产权或其产品型号并加注“或同等品”, 把确定相同的或更优品质采购标的的责任转移到投标的供应商身上, 同时又不必承担规格描述的繁琐工作和费用。美国的相关同等品制度也是如此, 它们从代替品的角度出发, 需要在不增加采购方负担的情况下证明该替代品更有优势时方可适用。而且审核有一定的时间限制, 以避免延误采购方的时间。^③

(三) 降低侵权盗版风险, 激励新技术开发

政府采购中难免也会遇到侵权盗版产品。一些地方政府对这样的侵权可能性保持着警惕, 如《杭州市专利管理条例》规定, 政府采购部门在政府采购活动中应当建立专利有效性审查制度, 并在采购合同中落实专利纠纷预防措施, 防止侵权行为的发生。尽管对于采购人与设计单位而言, 进行同等品的审查是件辛苦的工作, 但是知识产权同等品审定机制的建立与完善兼顾了知识产权的审查, 可以大大减少侵犯知识产权的可能性。

根据世界贸易组织的估计, 世界各国平均政府公共采购占其国民生产总额的 10%—15%, 这对于各国经济的刺激与提升、产业的发展具有强大的影

① 按照采购主体的标准, 政府采购可以分为民用采购和军事采购。军事采购不同于民用采购, 因涉及国防安全, 所以不能完全适用竞争和透明度等要求。世界各国也往往将军事采购进行单列。所以本文的研究不涉及军事采购。
② 参见欧共体《服务指令》第 14 条, 《供应指令》第 8 条, 《工程指令》第 10 条, 《公用事业指令》第 1 条第 8—13 款、第 18—19 条。
③ 郑雅友《公共工程同等品制度之研究》, 第 25 页, 台湾“国立”成功大学硕士学位论文, 2004 年。

响力。尽管中国在2011年进一步承诺将自主创新政策与政府采购脱钩,^①不再基于知识产权的权属或形成的地理位置而在政府采购活动中给予不同的待遇,但是政府采购知识产权产品、数量和频率对于创新积极性的直接影响仍是存在的。“目前美国的政府采购就兼顾了多方面的经济和社会目标:落实宏观调控、促进产业发展、鼓励自主创新、扶持中小企业等。”^②知识产权同等品制度能够保障只要新的技术开发满足政府采购的规格要求,就有机会代替之前的产品,这样不但实现了政府采购对于新知识产品开发的激励,也能够促进知识产权的产业化,并可推动政府采购的政策指引,“着重体现在国家投资方向的选择性上,即政府采购未来发展的战略重点领域”^③。

二、中国知识产权同等品采购的处理模式及其评价

采购方式是政府采购的中心环节。中国将其作为保障政府采购目标实现的基本途径,并针对政府采购具体项目的目标和内容的不同,规定了不同的采购方式。中国对于涉及知识产权的政府采购主要分为两种:一种是竞争性谈判的采购方式,另一种是单一来源采购方式。目前,虽然不能够认为中国的政府采购法和招标投标法中对于采购产品的可替代性问题没有考虑,但是确实没有同等品的概念及其制度的存在。

(一) 中国对知识产权同等品采购问题的制度安排

中国《政府采购法》第22条规定,采购人“不得以不合理的条件对供应商实行差别待遇或者歧视待遇”;并在今年施行的《政府采购法实施条例》第20条明确,“限定或者指定特定的专利、商标、品牌或者供应商”属于“以不合理的条件对供应商实行差别待遇或者歧视待遇”。中国《招标投标法》第20条也规定“招标文件不得要求或者标明特定的生产供应者以及含有倾向或者排斥潜在投标人的其他内容。”由此可见,中国法律原则上不允许在政府采购中指定特定的知识产品。这一规定与台湾地区的规定相同。但是对于涉及采购人无法以精确方式说明招标要求的情形的处理却是不相同的:台湾地区采用同等品的方式处理,而中国则没有相应的同等品制度规定,采取竞争性谈判方式作为解决模式。

中国政府的采购方式主要包括公开招标、邀请招标、竞争性谈判和单一来源采购等。其中,由于采购标的的技术含量和特殊性质的原因,采购人不能确定其详细规格或者具体要求的采购任务,如软件开发与设计,中国《政府采购法》将其作为“技术复杂或者性质特殊,不能确定详细规格或者具体要求”的情形,在第30条予以明确,可以“采用竞争性谈判方式采购”。支持该规定的观点认为,“虽然技术复杂或性质特殊的政府采购项目,在制定谈判文件阶段可能存在不能确定详细规格或具体要求的可能性,但通过市场调研、组织专家论证、与供应商谈判等办法修改和完善,详细规格或具体要求最终还是可以确定下来的”^④。在这种思路下,对于知识产权同等品问题的处理,也是采用竞争性谈判的采购方式,采购人或者采购代理机构直接邀请三家以上供应商就采购事宜进行谈判,并顺便解决采购何种知识产权产品的问题。

另外值得注意的是,《政府采购法实施条例》第27条明确的“因货物或者服务使用不可替代的专利、专有技术,或者公共服务项目具有特殊要求,导致只能从某一特定供应商处采购”的货物或者服务,属于《政府采购法》第31条第一项规定的“只能从唯一供应商处采购”的情形,可以采取限制性招标,“依照本法采用单一来源方式采购”,如邀请两家以上供应商比价或仅邀请一家供应商议价。但这并不是知识产权同等品制度,同等品是可以替代的,而不是如该条款所限定的“不可替代”的知识产品。需要指出的是,知识总是在不断进步之中,技术也不断在更新,因此专利、专有技术的“唯一性”并不是指其是“不可替代的”,也不能僵化认为其“没有竞争、处于一对一、不存在其他任何合理的选择或替代的情况”。从台湾的经验来看也是这样,除了一些程序性引发的情形之外,他们在实体方面

- ① R. Kirk. 2011 National Trade Estimate Report on Foreign Trade Barriers. Office of the United States Trade Representative, 2011-03-01. <https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/gsp/speeches/reports/2011/ntr/NTE%20Final%20Printed%203.29%20mmw.pdf>. (p.88)
- ② 尹彦、张晓瑞、冯永琴《政府采购社会政策功能理论初探》,载《标准科学》2015年第2期。
- ③ 杨蔚林、杨诗媛《新形势下政府采购发展的战略重点及其相应对策》,载《中国政府采购》2014年第12期。
- ④ 韩孟玉《九步避开竞争性谈判“陷阱”》,见《政府采购信息报》2007-04-25。

限制性招标主要是针对独家制造或供应、艺术品、秘密咨询、无其他替代标的等专属权利,属于这些专属权利的采购可不经公告程序,邀请两家以上厂商比价或仅邀请一家厂商议价。相对而言,我们的相关规定却是在这种限制性招标的类似程序中强调专利、专有技术,存在明显不足,因为政府采购强调功能和效果,对于专利或专有技术之中的技术手段并不需要过多关心。

一般而言,如果某知识产权产品所具有的功能还有其他产品可以满足的可能性,或者仅在外观设计及非重大功能上具有专利,就应当按公开招标方式进行。亚太经合组织《政府采购非约束性原则》对于透明度的要求是鼓励更多的供应商参与竞争,为采购人提供更多的选择机会并促进竞争。^①目前中国单纯利用竞争性谈判的采购方式处理知识产权产品采购的合理性及效益性有待商榷。

(二) 竞争性谈判方式采购知识产品的合理性不足

从政府采购法的立法目的来看,不可能排斥包括知识产权产品在内的产品竞争,不管是采用同等品的方式还是其他方式,如竞争性谈判。尽管竞争性谈判可以解决部分采购项目的详细规格或具体要求的确定问题,但实际采购操作中如何认定知识产权同等品以及某些特殊专利是否会存在同等品等问题往往还是难以解决。“这种采购方式选择谈判供应商不具有公开性,其竞争也非常有限,给采购人有很大的自主空间,容易导致舞弊行为的发生。”^②特别是在邀请有限的供应商竞争性谈判的情况下,采购人实质上是按照自己的固有的知识与经验来选择谈判商的,这实际上已经将其他潜在的供应商排除在外。这也就意味着,竞争性谈判其实已经涉嫌以不合理条件限制或者排斥潜在知识产权同等品的供货商。从采购学观点来看,采购标的规格将决定何种“资格”的供应商能以何种“价格”来参与投标竞争,因此一旦知识产权产品的规格受到不当限制,将会影响符合资格的供应商的数量,最后也会影响得标的价格。本来邀请招标是作为一种特殊的采购方式存在,属于有限竞争的一种,以期解决政府采购过程中出现的一些特殊问题,“但是这种方式既费时,又费力,还不受招标人待见”^③。

对于同等品特别是知识产权同等品在功能、效益与价格方面的认定,事实上是不可能做到全然客观的,并且知识产品具有的独占性以及技术上的专

业性导致采购人难以实现采购的标准化和一致性,而被邀请谈判竞争的供应商的趋利性本质,使他们更可能从自己的规格标准或者至多从参与该谈判的小团体所拥有的规格标准出发去确定采购产品的标准,甚至设定具有限制性、倾向性、排他性的技术指标,并体现在招标文件中,阻止其他供应商进入政府采购市场。而采购人往往会自觉不自觉地受此影响,定出有利于现有受邀谈判供应商的功能与效益的招标标准,甚至发生不当限制进而出现绑标的情况,从而影响市场的公平竞争和正常的交易活动。这样的做法在利益和情感上造成了与政府采购中相互竞争的各方妥协或对抗,严格来说是不符合现代法治“自然正义”法则关于“回避制度”的精神的,难免会引发最终所谓的招标条件是为特定厂商量身定做而涉嫌绑标图利的猜疑。

(三) 知识产权同等品制度较之相对单一来源采购更有优势

在进行知识产权产品的采购时,需要有一个技术性的比对过程,这就对采购人员提出了更高的要求,他们不仅要熟悉采购的方法和流程,还要对采购产品的相关专业知识有所了解,以准确判断供应商产品是否符合采购要求,是否属于知识产权同等品。但是,政府采购人员很难具有足够的相关专业知识,这也就使得政府在通过竞争性谈判方式来采购知识产权产品时,需要另行聘请具有相关技术知识的人员进行是否构成同等品的分析判断。这不仅增加了采购成本,而且相对而言增加了工作量,因为比较两种产品是否构成同等品相对容易,而要从多种产品中选取最优的采购标的一般来说则相对复杂,特别是对于知识产权产品的技术复杂性而言更是如此。实际上,简化采购手续、提高采购效率、降低采购成本仍然是各国政府采购制度改革的主要目标。

另外,建立知识产权同等品制度,可以使采购人在市场上有性价比更高的产品出现时及时验证适用,降低采购成本,也能够降低可能发生的因现

① Peter Trepte. Transparency, APEC GPEG Seminar on Non-Binding Principles on Government Procurement, Kuantan, Pahang, Malaysia, 6-7 Sept. 1998. 2015-01-07. <http://www.apsec.org.sg>.

② 揭晓萍《政府采购下的采购方式选择》,载《金融经济》2015年第3期。

③ 冯君《政府采购邀请招标缘何沦为“鸡肋”》,载《中国招标》2015年第1期。

有采购产品短缺无法出货而产生的风险,同时又不会因为采购专利侵权产品而使采购人陷入纠纷。如政府采购消防车,在采购过程中未发现其发动机涉及他人专利,但招标完成后,中标供应商开工生产时被专利权人起诉,此时中标供应商就不能生产或购买。而采取竞争性谈判方式采购知识产权产品意味着在采购合同签订之前已经确定了采购标的,忽视了政府采购程序的阶段性和事物的发展变化性,在面对更好的替代产品时也无能为力。就算是为应对这种情势变更而在采购合同中增加可以变更采购项目的约定,但是这也意味着之前所做的竞争性谈判在一定程度上失去了正当性的基础,而且对于没有竞标成功的其他参与谈判的供应商,以及其他没有参加谈判的潜在供应商而言,都是不公平的,因为中标供应商在投标中据以中标的基础已经失去。这在某种意义上与房地产开发商在中标之后通过提高容积率获取巨额利益的做法存在相似之处。

有人担心同等品的制度规定会加大政府在采购中可能面临的纠纷风险。其实不然。以日本为例,其采购法对于同等品的规定中即要求供应商不得利用自己在交易中的有利地位指定产品或者材料,损害采购方的利益;而且因其采用品质标准验收产品,一般不指定供应商,所以同等品方面发生的争议并不多。反倒是2003年河北省农业厅网络工程采购纠纷一案中,采购人以技术标准排除思科以外的产品,但对于该不良行为的定性分析却“从《政府采购法》中找不到明确的现成答案”^①。

建立知识产权同等品制度,对政府采购的运行程序与模式进行变革,展开知识产权产品政府采购的流程再造,“并对它们进行彻底的重新设计”^②,有助于强化政府采购行为的整体性、连贯性和灵活性。

三、中国知识产权同等品采购制度的设计

知识产权同等品制度的直接目的在于找出最适合政府使用的、性价比最高的知识产品,但也间接承担着激励创新的政策影响职能。“美国的政府采购程序从合同签订到执行合同,从供应商的资格审查到事后的采购救济,都为政府采购激励自主创新创造了空间。”^③知识产权同等品制度能否有效发挥促进公平竞争与创新的作用,一方面需要认真检视其运作是否符合政府采购法公开、公平的宗旨,另一方面还有赖于相关实体规定与处理程序的

设计。

(一) 知识产权同等品的实体要求

对于仅仅注明“或同等品”,但并不考虑“是否真的无法以精确方式说明招标要求”的做法,不能被认为符合同等品制度的要求。另外,根据台湾《政府采购法》第11条的规定及其运作经验,政府应当建立采购资讯中心,统一采集同等品分类的资讯,并建立相关资料库,提供各机关采购预算编列及底价订定的参考资料;除了保密部分之外,这些资料也应无偿提供给各供应商。

1. 知识产权同等品的范畴

招标文件所确定的供不特定供应商竞标的知识产权的技术规格,应该以满足采购人对于采购标的的功能、效益或特性等方面的需求为限。对于采购人所采用的知识产权产品规格在目的或效果上是否存在限制竞争的判断,应该以是否有超过采购人所必需的规格要求进行认定,而不能够以符合该规格的供应商数量的多寡作为判断的依据。

根据各国(地区)政府采购的立法与实践经验,同等品制度中的知识产权主要包括专利权、著作权、集成电路布图设计权、商业秘密或其他已立法保护的知识产权,但不包括品牌或商标。尽管日常商品采购中采购人非常依赖供应商的诚信与商业信誉,但不会冒太大风险去尝试新产品。台湾在现行《政府采购法》修订之前也曾经支持采用品牌或商标描述方法去采购同等品,但是后来发现使用品牌或商标将会产生对特定供应商的过度依赖,限制潜在竞争供应商的数量,错过由竞争供应商带来的可能的改善优势,而且“商标……系表彰物品的来源及信誉,政府采购系以‘功能’角度所为采购,两者亦不相容”^④。因此现阶段各国或地区基本上都已经摒弃了商标或者品牌同等品的规定,转而依靠提供确切的品质指标或技术说明来对供应商提出要求。

鉴于标准与知识产权有着密切的关系,因此拟定采购标的规格时要遵循国家(地区)标准或者国际标准,而不宜以其他国家或者地区的标准为采购要求,如

- ① 包月阳《政府采购法遇到的挑战》,见《中国经济时报》2003-02-11。
- ② [美]拉塞尔·M.林登《无缝隙政府——公共部门再造指南》,第39页,中国人民大学出版社2002年版。
- ③ 陈星宇《美国政府采购激励创新的经验及启示》,载《市场研究》2015年第3期。
- ④ 潘秀菊《政府采购法》,第86页,新学林出版股份有限公司2009年版。

2007年11月30日台湾“呼吸照护病房民间参与招商案”的招标文件中,需求规范说明书要求供应商所提供的仪器设备必须通过FDA(美国食品药品监督管理局)认证及台湾卫生署之审查。但台湾主管机关认为在规格中仅采列美国FDA认证,在目的及效果上可能会造成限制竞争,因此要求应加注“或同等”字样。

2. 知识产权同等品的规格

采购人设定规格,以便采购活动在严格的设定规格的基础上进行。采取规格说明采购需求是最常见的描述方法。事实上,规格为政府采购规范要件中极为重要的内容。实践中发生的弊害与履约争议多与规格有关,故规格的拟定是政府采购技术中最关键的地方。

产品规格描述可以采用一种、多种或不同方式组合,其中“或同等品”是规格描述方法之一。^①常见的有物理或化学特征的规格说明、材料与制造方法的规格说明等。这种描述产品的模式在技术类知识产权申请中也是可用的,如发明、实用新型、植物新品种、商业秘密等。以发明专利为例,发明专利虽然因为具有技术独占性特点而导致每个专利的内容都不一样,但这并不妨碍其专利同等品具有相似的功能和作用。只要认定某产品并不影响采购协议中对原来专利产品的整体功能要求,该产品即可作为同等品参与竞争。可见,生产出符合一定功能标准的产品,每个生产厂家使用的技术手段可能并不完全一样,但如果从整体产品的效果相同来考量,这些同等品是符合采购要求的。因此,在政府采购中应以该发明专利产品的主要实用功能和采购实际用途为依据,对于满足该要求的类似产品予以检验,在其不输于原产品的条件下作为同等品予以使用。

要注意,拟采购的知识产权产品与其同等品的使用性能、技术要求或者特性等不同的内容方面是不能进行相互折衷或补偿的,意即知识产权产品的某项功能受到的负面评价不会因为其拥有的其他功能的优良表现而得以被忽略。例如,一种电脑在CPU方面的低分表现,不会因为其具备高画质的显示屏而能够予以通融。其次,招标公告所要求的接受评估内容都有一个可接受的区间,所提供的知识产权产品及其同等品的各项性能、技术要求或者特性的水平都应当在该对应区间之内,才可能被接受。

3. 专利同等品与专利等同侵权的异同

专利等同原则与知识产权同等品制度都利用了“equivalent”这样的概念,手段接近但目的却是背道而驰,前者是为了扩张权利保护的文义范围,相对有利于专利权人,后者是为了扩张参与竞争的范围,相对不利于专利权人。专利权是专利权人对特定的发明创造在一定期限内依法享有的、具有排他效力的专属性权利。那么如何理解其同等品呢?

实际上,对于专利等同侵权的判定是采用技术手段、功能、效果等三个标准,通过综合观察判断被诉侵权技术方案是否有一个或者一个以上技术特征与权利要求中的相应技术特征实质相同来确定是否侵权。如果实质相同,则以侵权产品论处。而对于专利的同等品的判定,是以功能和结果是否可以替代为主,而对于技术手段则不应限制或要求,否则会导致只有一个专利符合要求的结果,限制了公平竞争,违反采购法的相关规定。当然,此时要构成同等品还需要具备符合采购要求的属性项目,且各个属性项目需要不低于评估的基准值。^②

以“技术手段”的不同来认定专利同等品有其合理性,但是在实际判断时对于技术手段与效果的区分存在差异,同样的内容在不同的招标中会有不同的作用。比如采购投影仪,那么采购人首先会对其所需要的投影仪的功能、价格、外观等做出要求,如果此时要求的是采购标的的同等品,那么就会有不同品牌和型号的投影仪符合采购要求;但是如果采购要求的是投影仪的专利,那么不可能对所有和投影仪有关的专利进行描述,而只能是对投影仪的一个或几个专利点进行要求,例如要求投影仪的节能专利,此时节能的专利同等品可能根本就无涉投影仪。

4. 知识产权同等品采购的表述

采购人与供应商对产品规格正确、清楚的描述都是非常重要的,因为两者之间存在着相互沟通的必然需求。在无法以精确方式说明知识产权产品的招标要求,而又必须要求或提出特定的知识产权产品时,应加以注明“或同等品”字样,而且所列知识产权产品的表述及其含义应当符合以下的要求:

- ① 潘诗章《国际采购中产品规格的描述方法与标准》,载《跨国采购》2007年第5期。
- ② 卢宥霖《政府采购规格涉及专利之同等品范围问题研究》,第202页,“国立”台湾大学科际整合法律研究所硕士学位论文,2011年。

(1) 所列知识产权产品仅供参考,不得限制供应商必须使用。政府采购监督管理部门对于采购人以不合理条件限制或者排斥潜在投标人的行为,应该进行调查,对于违反规定的应进行处罚,并责令其改正。

(2) 所列知识产权产品目前有制造与供应,容易取得,价格合理,能确保质量,且无代理商或经销商独占或联合行为。正常来说,平等互利的条件是政府采购双方实现双赢的前提和基础,只有实现采购人与供应商双赢的采购制度才具有生命力。“采购与供应关系中出现主导方,就会伴随着出现许多的弊端,比如不正当竞争、腐败等问题,使交易不能在较为公平的条件下进行。”^①毋庸讳言,现实中一般情况下采购人占据着主导地位,“使政府采购作为一个买方市场,形成最有利于政府采购人的局面,最大程度地实现政府采购的目标”^②。但实践中也存在代理商或经销商独占或联合行为,形成事实上的供应商资源垄断情形。如前面提及的2003年河北省农业厅网络工程采购纠纷一案中,采购人以商务条件排除思科直接授权其以外的公司,具体手段是当投标供应商要求思科公司开具授权书时,“没有任何理由地被拒绝”^③。由此代理商或经销商会依仗自身条件的优势,在采购与供应关系中占据主导地位,并进而转化为在招投标过程和价格谈判中的话语优势,在价格谈判中不会轻易承诺降低价格,或者排除其他竞争者,以追逐自身利益最大化。

(3) 所列知识产权对应产品的价格、功能、效益、标准及特性都要适宜,不能与采购人的要求或者产品的市场表现相差太远。

需要指出的是,在不存在“无法以精确的方式说明招标要求”的情形下,就算是注明“或同等品”字样,也属不当行为。

(二) 知识产权同等品的处理程序

有关办理知识产权同等品程序的设计,应当立足于预防绑标或产生争议,在规划、设计、招标、决标、订约以至施工各阶段,遵守专业审议的有关规定,保障供应商选择同等品的权益。当然,对于知识产权同等品是否满足采购要求的评判需要经过政府相关部门的审查认定,不能仅由供应商单方面主张。

1. 基本流程

第一,规划、设计阶段。在设计阶段,规划设计单位为达到采购对象所具备的实质功能或效益需使

用特定知识产权产品时,为避免发生绑标事件,应当最迟在提出招标文件之前,先报请采购人说明其必要性,并建议取得或处理相关知识产权的方式,不应隐瞒。采购人在必要的时候可以邀请相关专家共同审查,以认定招标文件的规范性,确认相关信息的专业性。与此相对应,采购人在委托办理采购对象的规划设计时,应在委托服务的合同中添加对于规划设计方案中隐藏知识产权的相关处罚条款。

第二,招标订标阶段。一般性公开招标中,采购人若需要提示知识产权表明符合其设计功能与效益的产品时,应在招标文件中明确不限制投标供应商提出同等品。投标供应商可以提出符合招标文件中功能、效益及规范的知识产权同等品进行投标,并将同等品相关资料提交给采购人或其代理人进行审核。采购人依据招标文件目的,对投标供应商所提供同等品进行考核,其所需材料检验的费用原则上由供应商负责。若考核通过,采购人或其代理人需出具相关“采用说明文件”,作为投标供应商取得的同等品参加竞标凭证。否则采购人或其代理人应出具相关审查说明报告,说明不能同意参与投标的具体事由。

第三,施工阶段。在施工阶段,也可能出现知识产权同等品的问题。如出现原拟定产品缺货,或者规格涉及的知识产权产品有了更优越的同等品出现,按照采购合同规定,可以提出符合设计功能、效益与规范的新的知识产权同等品,经核准后可以替代。采购人专业审核所需时限可以不计入原采购合同所约定的工期。

2. 同等品提出的时间节点与审查要求

供应商可以主动提出知识产权同等品的时间节点有两个。

第一,如果招标文件允许供应商提出同等品,并规定应于投标文件内预先提出,那么供应商应当在投标文件内说明同等品对应的商号、价格及功能、效益、标准或特性比较表等相关数据,以供审查。经审查为同等品者,才能使用。

① 余建春、黄冬云《政府采购中的采购与供应关系分析及风险防范》,载《中国政府采购》2014年12期。

② S. L. Schooner. *Desiderata: Objectives for a System of Government Contract*. Law School of The George Washington University, Public Law and Legal Theory Working Paper, 2002(37): 3.

③ 包月阳《政府采购法遇到的挑战》,见《中国经济时报》2003-02-11。

第二,如果招标文件允许投标供应商提出同等品,但未规定应于投标文件内预先提出,那么中标供应商可以在使用同等品前,依采购合同的规定向采购人提出符合功能、效益、说明及规范的同等品报告书及相关资料,如产品型录、检验报告以及与原设计产品的规格比较表等,必要时需提供样品或到制造商、供货商处进行现场检验,以证明其符合政府采购法对于同等品的认定规则,经审核批准后方可使用同等品。

不论是在哪个时间节点的情形,供应商不得以知识产权同等品资料送审的影响为由,提出履约延期等任何要求。而供应商在履约过程中使用的产品与采购合同中知识产权同等品约定不相符的时候,供应商应在合同约定的履行期内更换,一般不应另外给予宽限期。

3. 知识产权同等品的更新及价差处理

知识在不断更新,知识产权产品亦不可避免发生变化。在台湾地区,对于经过认定的知识产权同等品,如果其价格比采购合同约定金额低,一般应扣除差价;而与知识产权同等品有关的税金、利润或管理费等项目,依同等品价格与原采购合同约定金额之间的比例对应扣减;如果其价格比采购合同约定金额要高的话,一般应以原约定的价格为准,不另加价。这样的处理方式不能被认为合理,首先同等品价差扣除这样的规定,除了欠缺请求权的基础与公平性外,也增加了采购人在处理同等品程序时的困扰,况且“知识产权价值评估结论的得出只能建立在相关市场情况的分析和预测基础上”^①,这意味着在很多时候斟酌知识产权同等品价格是一件费神不讨好的事情。当然,如果在投标须知或采购合同中约定同等品替代及其价差处理方案,这属于契约自由,也是一种契约风险分担的处理。

(三) 知识产权同等品采购审查方式

台湾地区对于同等品采购的审查采取三种方式:(1)自行审查,由采购人或其授权人员核定是否为同等品;(2)开会审查,由采购人或其授权人员召开审查会议,并邀请专家学者、供应商代表、原规划设计者参会提供意见,以确认是否为同等品;(3)委托审查,由采购人委托原规划设计者、专业供应商、专家学者等审查确认是否为同等品。与此类似,中国建立知识产权同等品制度的时候,也可采用上述审查方式进行审查,但在审查过程中要注意知识产

权的特殊性。

针对知识产权同等品认定困难的问题,应设立由该知识产权相关人员组成的专门的审查部门,处理在采购过程中出现的知识产权同等品的认定问题,以设计人和政府专门机关联合审查方式为优。针对不同的知识产权,需要进行对应的相关专业咨询,以此来保障知识产权同等品采购审查的专业化。

然而,不论同等品的金额大小或占采购协议金额比例的高低,均采用复杂的审查程序,对采购人而言是件繁重的行政负担。因此,可以考虑根据使用知识产权同等品的项目占采购金额的比例进行分级,适度减少知识产权同等品的审查数量,这样可使同等品制度之运作更有效率。

四、结 语

《政府采购协议》(GPA)明确了政府采购基本原则,包括国民待遇、非歧视性待遇与透明度原则。随着近年来政府采购对象的复杂化,同等品制度,特别是知识产权同等品制度的建立与完善对于规范政府采购行为、提高政府采购资金的使用效益、维护国家利益和社会公共利益和保护政府采购当事人的合法权益起着重要的作用。政府采购对于同等品问题应有一套严谨制度以回应实践的需求,然而中国政府采购相关法律规定对此却付之阙如,实乃不当。

知识产权同等品制度可以提升政府采购效率、鼓励新技术开发以及节省采购费用与精力,但其中涉及采购人需求、专业技术、产品差异化竞争与供应商利润追逐等方面的相互冲突而容易引发争议。因此,知识产权同等品制度的建立与完善,应当在审标或评选阶段的审标或评选标准及方式上,以及在判断程序、判断标准等方面避免对供应商施行差别待遇,这样才能充分发挥政府采购效益性,有助于预防与惩罚不法行为。

(作者简介:杨雄文,湖南平江人,法学博士,华南理工大学法学院教授,知识产权与企业发展研究中心主任。)

【责任编辑:肖时花;实习编辑:杨孟葳】

^① 杨雄文《知识产权评估基础理论解析》,载《知识产权》2010年第1期。

gressing step by step in the transformation of governmental functions are also discovered from the analysis.

Key words: transformation of government functions; the work reports of government; key function; function mode

An Analysis of the Legitimacy of Government Purchasing Services from Social Organizations: From the Perspective of Public Policy Legitimacy (by XU Jia-liang , WU Jing)

Abstract: The problems presenting in the government purchase of service from social organizations has led to its legitimacy crisis. According to the general logic of the legitimacy of public policies ,the legitimacy of government purchasing services from social organizations contains three aspects: the legitimacy of value ,the legitimacy of procedure and the legitimacy of subject. With the practice of government purchasing services from social organizations in H district of Shanghai ,we can find that there are differences in the requirements and realizing degree of the aspects of legitimacy. To improve the legitimacy of government purchasing services from social organizations ,we should strengthen the institutional construction based on the law ,encourage local innovation and explore the safeguard mechanisms of participating subjects.

Key words: public policy; legitimacy; government purchase

The “Dilemma Proposition” of Sunk Cost in Government Purchasing Services and Its Solutions (by CHU Ying)

Abstract: Nowadays ,our country has stepped into the transformation period ,and the public service field is also experiencing the marketing transition. However ,there are many problems showing up during the marktization. According to the theory of transaction cost ,it is the “dilemma proposition” of sunk cost in Government purchasing services that caused the troubles. On the one hand ,the consignees are troubled by the restricted assets and the lemon market ,which led to the sunk cost. On the other hand ,to solve the consignees’ troubles ,the government adopts long term contracts and market intervention ,which makes it suffer from the incomplete contract and path dependence. Therefore ,the sunk cost is not removed by the government intervening into the market that it is just transferred from the consignees to the consigners. By analyzing the causes of this problem ,we can find the wrong choice of the government that it uses the administrative means instead of the governing means ,which is the symptom of the problem. And the deeper cause of this problem is that the government pulls down the double-layer structure of consignor-agent relationship ,simplifying the original “public-government-consignee” structure to single structure of “government-consignee”. As a result ,the public cannot attend the governance of the market ,and the administrative means taken by the government is not fit for marketized situation of the public service field. Consequently ,the “dilemma proposition” of sunk cost in government purchasing rises. To solve this problem ,the government shall promote the reform from three aspects including society ,market and law ,so as to make a new triple-structured public service governance system.

Key words: government purchasing services; marketization; restricted assets; lemon market; transaction cost

Barriers and Measures of Outsourcing Public Services in China (by HAN Jun-kui)

Abstract: With outsourcing public services in China developing rapidly in recent years ,three goals are required to be reached: improving the efficiency of governmental financing ,promoting public participation and solving the problems of unbalanced public services. Compared with outsourcing public services in western developed countries ,the Chinese government is facing more challenges ,e.g. the insufficient undertaking organizations ,the institutional barriers which reduced the efficiency of financing ,the inadequate public participation ,etc. To overcome the difficulties ,Chinese government should pay attention to many aspects including training undertaking organizations ,improving purchasing mechanisms ,establishing communication platforms and increasing the capital usage efficiency.

Key words: outsourcing public services; non-profit organization (NPO) ; particularism; instrumentalization; public participation

Politics of Recognition: Research on the Development of Social Organizations in the Pearl River Delta (by ZENG Ling-fa , YANG He-yan)

Abstract: Since the reform and open up policy ,social organizations have obtained certain development space ,which plays an important role in the construction of modern governance system. Pearl River Delta ,as the forefront of reform and open up policy ,has been actively exploring new ways for the development of social organizations. From the perspective of the politics of recognition ,social organizations in the Pearl River Delta have been recognized in identity ,rights and the main body action mode ,however ,the recognition is limited. For the further development of social organizations ,it is necessary to realize the redistribution of public space and activity resources ,and ensure the equal right to participation based on no difference recognition.

Key words: social organization ,politics of recognition ,redistribution ,equal participation

On Automatic Monitoring of Pollution Sources: From the Perspective of Law-based Government (by YUAN Wen-quan , CAO Jin-gen)

Abstract: The automatic monitoring of pollution sources is indispensable for the modernization of environmental management. At present ,there exist some disputes on the legitimacy and the legal status of automatic monitoring system ,and the legal validity of automatic monitoring data. From the perspective of law-based government ,the paper firstly analyzes the legitimacy of public power intervention in private rights ,the application of automatic monitoring data ,the mandatory verification of automatic monitoring equipment ,the validity check of monitoring data ,and the insufficiencies of automatic monitoring in legislation ,law enforcement ,judicial adjudication and law-abiding. Then according to the analyzation ,it is proposed that we should improve the sets of automatic monitoring laws and establish an efficient law enforcement system ,so as to realize the modernization of automatic monitoring management system and management abilities.

Key words: automatic monitoring; legitimacy; legal status; sets of laws; government responsibility

On the Intellectual Property Equivalent in Government Procurement System (by YANG Xiong-wen)

Abstract: Intellectual Property Equivalent(IPE) refers to the alternative products that are similar to the products described by the purchasing spec-

ification designated for government procurement involving in performance ,technical requirements or features. The IPE procurement system has great value in fulfilling fair competition principle ,guaranteeing the efficiency of government procurement ,preventing piracy ,stimulating innovation and so on. So far ,although realizing the problem of alternative products ,there is still no the concept or the system of the Equivalent existing in Chinese government procurement regulations ,instead ,the competitive negotiation purchase is taken as a solution. From the point of system comparative advantage ,the rationality of purchasing intellectual products through competitive negotiation way is not enough ,and IPE has more advantages than single source procurement. Therefore ,it is necessary to establish and improve the system of IPE in China from substantive requirements ,processing procedures and procurement examination.

Key words: equivalent; intellectual property; government procurement; competitive negotiation

Public Art and Urban Cultural Space Construction

(by LI Jian-sheng)

Abstract: Public art is the art for the public in the urban public space ,which is both art expression and the urban cultural space production. It embodies and interprets the ideology ,aesthetical discourse ,public consciousness and cultural value in the urban public space. Public art build the complex cultural relations between art and city in its special way ,depositing the city civilization ,creating new public realm and public space ,constructing urban spirit ,and finally shaping our life world or the life of the human world.

Key words: public art; urban culture; space production; cultural interpretation

New Urban Space: Function Convergence and Culture Interaction

(by XU Miao-miao)

Abstract: The creation and self-adjustment of culture provide the main force for driving urban space to be more active and to break the globalization. The different ways of space integration are based on different locations and time ,and they influence the creation of urban space. The urban spaces which appeared in the beginning of new millennium are comparably new ,because they emphasize on following the tradition. However ,the newer ones use whole new title ,isolated location and comprehensive function ,emphasizing on “absolutely new”. Although Beijing new urban space fails to avoid the problems of fractured meaning chain and divided social classes ,it still has some advantages as a “later comer”. It offers ways to upgrade the lower social classes ,to promote culture convergence and to reunite families. The urban space culture can be used to fulfill the rationalized demanding of the capital as well as to help the new space enter the modern urban context in a more humanized way. What’s more ,it interprets the roles that space plays in modern cities and tries to mitigate some social problems.

Key words: new urban space; convergence; interaction; urban culture

Public Cultural Space: The Space Dimensionality of Urban Public Cultural Service Construction

(by ZHENG Jia-wen)

Abstract: The isolation of public space and interpersonal communication resulting from city development essentially makes people’s passion to public cultural space be hidden under the superficial phenomena of diverse values and the lack of social publicity. Only evaluating the construction of public cultural facilities from the physical level cannot solve the problem of social public spirit forging ,which is the cultural governance effect needed to be realized. Therefore ,the introduce of the space dimensionality will help promote the multi-dimensional implementing of urban public cultural service construction.

Key words: public space; public culture; public cultural service; public cultural space

The Image-Sound Narration and Its Aesthetic Construction in Modern Visual Art

(by ZHANG Wei)

Abstract: Sound ,as an ancient ideographic pattern ,breaks through the limitations of traditional ideographic field under the support of modern technology media. The intertextual pattern formed by sound and image becomes a new scene of modern visual art representation strategy. To image narration ,sound has functions in naming and locating ,information bridging ,conversion of time and space and the construction of emotion ,which provide a development platform for the modern transformation of sound narration. What’s more ,exophasia ,music and audio ,as the three forms of sound narration ,build coupling relationship with image in the visual text ,which deepens the intertextuality of sound and image. And the poetic representation and aroma reversion of modern visual art resulting from the deepening can trigger more rational thinking.

Key words: modern visual art; sound narration; image-sound intertextuality; expression

Paris “A Capital of Modernity” in the Perspective of Aesthetics

(by CHEN Ding-jia)

Abstract: For tourists ,Paris is a paradise of historical and aesthetic art. In Balzac’s view ,Paris is a hell full of filthy mire. In Baudelaire’s Poems ,Paris is a “shameless prostitute”. Wonderful words travel on the streets of Paris and correspond with each other ,constituting an intertextual Paris that you are in me and I have you. Benjamin holds infinite hopes on Baudelaire and understands him deeply ,and his special writing style and the tone of Paris together make up a fantastic intertextual relationship with hidden meaning.

Key words: Paris; modernity; Balzac; Baudelaire; Benjamin

Lu Er Ping Bo——A Study on the Taiwan Image of *Ten Views of Min*

(by CHEN Duan)

Abstract: *Ten Views of Min* is an album of paintings with the subject of the wonderful scenery of Fujian Province in the Qing dynasty ,including the painting *Lu Er Ping Bo* which depicts the landscape of Lu-er Portal in Taiwan. In this article ,through interpreting the political background and regional and cultural information of the painting ,and analyzing the internal logic of choosing the scenery ,we can get the image information ,art ideology and political cultural meaning contained in *Lu Er Ping Bo*. Based on the understanding ,we can further understand the evolution of scenery Lu-er Portal in the scenery-culture composition in Fujian and Taiwan ,discuss the social mental and cultural communication between Fujian and Taiwan ,and analyze the formation and development of the common regional cultural ideology of Fujian and Taiwan.

Key words: *Ten Views of Min* ; cultural implication; Lu-er Portal; Eight Views of Taiwan; regional culture of Fujian and Taiwan