



中国政法大学

优秀博士学位论文丛书



罗 娇 / 著

创新激励论

——对专利法激励理论的一种认知模式

INNOVATION INCENTIVE THEORY

— A COGNITIVE PATTERN OF THE INCENTIVE THEORY IN PATENT LAW

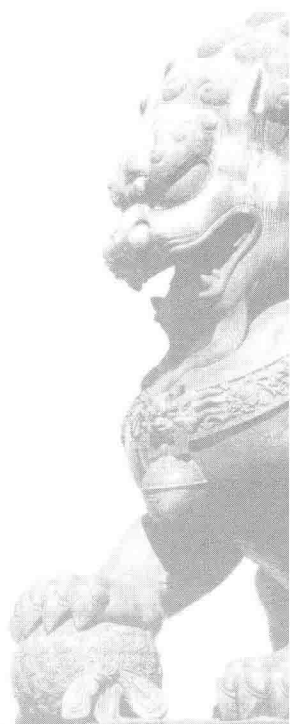


中国政法大学出版社



中国政法大学

优秀博士学位论文丛书



罗 娇 / 著

创新激励论

——对专利法激励理论的一种认知模式

INNOVATION INCENTIVE THEORY

—— A COGNITIVE PATTERN OF THE INCENTIVE THEORY IN PATENT LAW



中国政法大学出版社

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

创新激励论：对专利法激励理论的一种认知模式/罗娇著. —北京：中国政法大学出版社，2017. 5

ISBN 978-7-5620-7058-0

I. ①创… II. ①罗… III. ①专利权法—研究 IV. ①D913. 04

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第125971号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话	010-58908586(编辑部) 58908334(邮购部)
编辑邮箱	zhengfadch@126.com
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	880mm×1230mm 1/32
印 张	9.375
字 数	230 千字
版 次	2017 年 5 月第 1 版
印 次	2017 年 5 月第 1 次印刷
定 价	39.00 元

总 序

博士研究生教育是我国国民教育的顶端，肩负着培养高层次人才的重要使命，在国民教育体系中具有非常重要的地位。相应地，博士学位是我国学位制度中的最高学位。根据《中华人民共和国学位条例》，在我国，要获得博士学位需要完成相应学科博士研究生教育阶段的各项学习任务和培养环节，特别是要完成一篇高水平的博士学位论文并通过博士学位论文答辩。

博士学位论文是高层次人才培养质量的集中体现。要写出好的博士论文，需要作者高端定位，富有思想；需要作者畅游书海，博览群书；需要作者术业专攻，精深阅读；需要作者缜密思考，敏于创新。一位优秀的博士生应该在具备宽广的学术视野和扎实的本学科知识的基础上，聚焦选题，开阔眼界，深耕细作，孜孜以求，提出自己独到深刻创新的系统见解。

为提高法大博士学位论文的整体质量，鼓励广大博士研究生锐意创新，多出成果，法大研究生院设立校级优秀博士学位论文奖，每年通过严格的审评程序，从当年授予的 200 多篇博士学位论文中择优评选出 10 篇博士论文作为学校优秀博士学位论文，并对论文作者和其指导教师予以表彰。

优秀博士学位论文凝聚着作者多年研究思考的智慧和指导教师的思想，是学校博士研究生教育质量的主要载体，是衡量一所大学学术研究和创新能力的重要指标。好的哲学社会科学

博士论文，选题上要聚焦国内外学术前沿问题，聚焦国家经济社会发展基础命题和重大问题，形式上要符合学术规范，内容上要富有创新，敢于提出新的思想观点，言而有物，论而有据，文字流畅。法大评出的优秀博士学位论文都体现了这些特点。将法大优秀博士学位论文结集，冠名“中国政法大学优秀博士学位论文丛书”连续出版，是展示法大博士学术风采，累积法学原创成果，促进我国法学学术交流和繁荣法学研究的重要举措。

青年学子最具创造热情和学术活力。从法大优秀博士学位论文丛书上可以看到法大博士理性睿智，沉着坚定，矢志精进的理想追求；可以看到法大博士关注前沿，锐意进取，不断创新的学术勇气；可以看到法大博士心系家国，热血担当，拼搏奋进的壮志豪情。

愿法大优秀博士学位论文丛书成为法学英才脱颖而出的培育平台，成为繁荣法学学术的厚重沃土，成为全面推进依法治国的一块思想园地。

李曙光

中国政法大学研究生院院长、教授、博士生导师

序

从一般意义上讲，创新是主体在一定环境下为满足其需要、通过利用自身拥有的资源与外部条件所进行的开发具有新价值、新效应、新用途的思想与方法的活动中，其中新颖性、效用性、异质性是创新的共同特点。创新在人类社会的不同领域均存在，在经济学意义上则是指依靠制度变革和技术进步来推动社会经济发展和生产力的提高。从人类历史发展的角度看，整个社会发展历程就是一个不断创新的历程。创新是人类社会发展的基本动力，是一个国家兴旺发达的不竭动力，也是经济社会发展和经济增长的主要推动因素，特别是知识和技术上的创新已成为当代经济增长的第一位因素。在市场经济环境下，创新特别是技术创新还是市场经济主体开展市场竞争，获取市场竞争优势的重要手段。市场经济的发展离不开创新以及由此而带来的技术进步。创新既是市场经济主体的一种自发行为，更是其应对竞争的需要而作出的行为。

知识产权制度属于制度创新范畴，它是激励创新和保护创新成果基本的法律制度。在市场经济中，知识产权制度是法律、技术和经济高度结合的产物，与市场经济、技术创新之间具有内在联系。知识产权制度不仅为技术创新提供法律保障，而且是激励创新的基本动力机制。2008年6月5日国务院发布的《国家知识产权战略纲要》明确指出：“知识产权制度通过合理

确定人们对于知识及其他信息的权利，调整人们在创造、运用知识和信息过程中产生的利益关系，激励创新，推动经济发展和社会进步。当今世界，随着知识经济和经济全球化深入发展，知识产权日益成为国家发展的战略性资源和国际竞争力的核心要素，成为建设创新型国家的重要支撑和掌握发展主动权的关键。国际社会更加重视知识产权，更加重视鼓励创新。发达国家以创新为主要动力推动经济发展，充分利用知识产权制度维护其竞争优势；发展中国家积极采取适应国情的知识产权政策措施，促进自身发展。”该纲要很明显地强调了知识产权制度之激励创新和在此基础上促进经济社会发展的意旨。由于专利制度是知识产权制度的重要组成部分，认识专利制度之激励创新功能及其内在运行机制，可以从其上位概念知识产权制度激励创新的功能方面加以理解。

根据新经济增长理论，一个国家的技术进步和知识创新对于其经济增长具有核心驱动作用。新增长理论的贡献是：“改变了我们关于增长途径和公共政策的思维方式。如果技术水平不同是导致各国生活水平差异的主要原因，且假定技术是一个可以重生出来的要素，那么关于经济增长的政策就应该着重研究：国家怎样才能提高技术水平。”^{〔1〕}该理论属于制度经济学范畴，将知识作为生产要素纳入经济增长理论模型中，认为在经济活动中投入知识这一生产要素能够取得经济效益。新经济增长理论强调知识和技术对经济增长的特殊贡献和作用，因而它与当前凸显的“以知识为基础”的知识经济一脉相承，甚至如经济合作与发展组织（OECD）报告所说，这一新的经济形态即知识经济。新增长理论试图揭示产生技术变革的过程，这种理论强

〔1〕〔美〕保罗·萨缪尔森、威廉·诺德豪斯：《宏观经济学》（第16版），萧琛等译，华夏出版社1999年版，第176页。

调技术变革是一种容易引起严重市场不灵的产出，因为技术是一种公共品，创造成本昂贵而复制却很低廉。政府正在不断地加大力度来保障那些研究新技术的知识产权”。^{〔1〕}从新经济增长理论，可以在一定程度上理解技术进步、技术创新与知识产权在经济社会发展中的重要作用。

在经济学上，技术创新和制度创新是创新的基本形式，都是社会经济主体选择适应性行为的产物，它们共同对于经济增长和发展起到关键作用。其中，制度创新侧重于制定一定的规则，采取法律的、经济的手段激励创新，促进创新的发展。制度创新的理论则源于美国经济学家兰斯·戴维斯（L. E. Davis）、道格拉斯·诺斯（Douglass C. North）在1971年出版的《制度变革与美国经济增长》（Institutional Change and American Economic Growth）提出的观点。新制度经济学将制度纳入经济学的研究范畴，并将其视为内在的经济变量考察其对经济行为包括技术创新的影响，使其在当代的西方经济学中占据重要地位。

关于制度创新和技术创新之间的关系，经济学家和其他科学者存在不同的观点，如诺贝尔经济学奖得主道格拉斯·诺斯（Douglass C. North）认为，促进经济增长的决定性因素是建立一种刺激创新和提供适当的个人激励的产权制度。“如果没有制度因素的保证和对个人经常的刺激，私人的产业及其收入就没有保障，近代工业就不可能发展起来”。^{〔2〕}制度创新和技术创新两者存在十分密切的联系，具有相互依赖的关系，都是社会发展的重要驱动力和稀缺资源，经历了从外生变量到内生变

〔1〕〔美〕保罗·萨缪尔森、威廉·诺德豪斯：《宏观经济学》（第16版），萧琛等译，华夏出版社1999年版，第176页。

〔2〕柳适等：《诺贝尔经济学奖得主讲演集（1969-1997）》，内蒙人民出版社1998年版，第534页。

量的演化过程。不过，从生产力决定生产关系、经济基础决定上层建筑的马克思主义原理来说，技术创新应当是处于主导作用的，它最终不能由制度创新所决定，但制度创新依然对技术创新具有巨大的促进或者阻碍作用，对技术创新的影响十分巨大。制度创新只有符合技术创新的要求才能极大地促进而不是阻碍技术创新的发展。因此，如果现有的制度不适合于技术创新，就需要以“制度变迁”或者说制度创新的形式予以改革，重新调整涉及技术创新的利益关系。

如前所述，知识产权制度属于制度创新的范畴。根据产权经济学的观点，产权保护制度的建立和完善是经济史中的结构和变迁的主要表现形式。在产权经济学上，知识产权属于产权的范畴，知识产权制度则属于产权制度的范畴。知识产权制度界定了知识产品所有者与知识产品之间的归属关系，以便其能够在行使权利的基础上既能弥补知识创造的成本，也能获得必要的利益。从产权理论的角度看，产权的基本功能是激励和约束，前者主要通过产权界定来确定产权使用人的活动空间，为人们获取预期收益提供了激励，后者主要通过产权制度的内部约束和外部监督，保障产权的行使不损害他人的利益。知识产权制度是一种以建立和完善知识产权法律为基础与核心，激励知识创造、鼓励与促进知识创造成果广泛传播与利用、协调知识创造成果利益关系的法律制度。知识产权制度是市场经济的产物，直接为市场经济服务。从促进技术创新的角度看，知识产权制度是基于市场经济中的创新实践而产生的一种保护和调整知识财产的法律制度，是激励自主创新、保护创新成果、促进知识生产、协调利益关系的重要的法律制度。换言之，知识产权制度立足于市场经济土壤，调整创新成果和知识财产的归属、使用和利益分配，是市场经济条件下保障创新成果参与生

产要素分配的基本形式。知识产权制度源于市场经济，以对知识成果产权界定和有效保护为基本形式。知识产权制度既重视保护创新成果和创新利益，也重视创新成果的转化和扩散及其相应的利益分配。从国家创新系统的角度看，知识产权制度也是一个国家创新系统中的重要组成部分，甚至是核心组成部分。知识产权制度运行于国家创新系统的各个环节和部分中，成为保障国家创新系统正常运转的法律机制。

从经济学理论看，知识产权制度建立的合理性在于知识产权保护的知识产品的非竞争性、非排他性以及知识的外溢性特征。在缺乏对知识产权保护的情况下，知识产品一旦被公开，他人可以自由使用而不用承担开发知识产品的成本。换言之，知识产品这类公共产品存在的外部性使得市场失败成为现实，因为知识产品的生产者需要承担创造的成本和风险，而一旦该知识产品流入市场，市场中的任何人却不用承担这些成本和风险，而可以坐享其成。虽然从静态的角度看，将知识产品置于不受法律保护的公共产品地位可以最大限度地、最快地实现技术和信息的扩散，但由于这一不受限制的扩散行为将极大地损害创新者的经济利益，这必将损害知识产品投资者和创造者投身知识创造的积极性。为了鼓励和保护知识创新，通过法律手段赋予知识创造者对其知识产品的专有控制权因而具有必要性。制度经济学中的产权安排和产权结构理论也可以用于理解知识产权制度的合理性。例如，产权学派创始人科斯探讨了私有产权环境下产权配置与安排对市场经济主体交易成本的影响，得出的结论是产权制度安排与资源配置的使用效率直接相关，而保护私人财产权的知识产权制度由于能够优化知识资源配置的使用效率而具有合理性。

知识产权制度的本质是赋予知识产权人对其知识创造成果

以垄断性的专有权利，以此激励其从事发明创造、创作等知识创造的积极性，为从事创新活动和对创新活动的投资提供了巨大的激励。知识产权制度运行的基本模式是，确认知识产权的归属，赋予知识产权人对知识产权享有的专有权利，以此促进经济发展、科技和文化进步。同时，它通过一系列制度设计和安排，协调知识产权人利益与社会公众的利益，促进知识创造成果的充分运用和转化，维护市场机制的正常运转。知识产权制度的宗旨具有双重性，即保护知识产权人的利益与在促进知识创造和传播基础上的社会公共利益。上述通过保护知识产权来促进知识的创造和传播从而促进社会进步和发展这一知识产权法宗旨的实现，需要通过一系列机制予以实现，包括激励机制、保障机制、调节机制、平衡机制等。激励机制是知识产权法的基本机制，因为知识产权法的立足点在于赋予知识产权人在一定时间内对知识产品享有专有权，以此激励知识产权人以及潜在的创造者创造出更多更好的无形财富。这种专有性具体体现于禁止他人擅自使用知识产权人的知识产品，并在制度设计上不允许有两个或者两个以上同一属性的知识产权并存。^{〔1〕}保障机制也是知识产权法的重要机制，整个知识产权法就是立足于对知识产权进行保护（障）的法律，即规范知识产品使用行为、保障围绕知识产品而产生的权利义务的实现。就调节机制而言，知识产权法与其他任何法律一样，以调整一定的社会关系为己任。它调整的是围绕知识产品的生产、传播、使用、保护而产生的各种社会关系，本质上则是一种利益关系。^{〔2〕}

〔1〕 吴汉东：《知识产权制度基础理论研究》，知识产权出版社2009年版，第16页。

〔2〕 冯晓青：《知识产权法利益平衡理论》，中国政法大学出版社2006年版，前言3页。

知识产权制度激励知识创新和知识创造，为技术创新源头提供源源不断的智力资源和财产，为技术创新提供内在动力机制。推动技术发展的主要力量是有利于创新的制度安排。^{〔1〕}根据制度经济学理论，制度性因素和技术性因素一样都是经济增长的重要因素。其中激励技术创新的制度对于促进经济增长具有关键作用。一项资源实现其价值需要满足边界清晰和产权明确等条件。知识产权制度主要目的是保护知识创新者对知识利用的专有性控制，并试图建构知识共享和知识垄断之间的平衡机制。通过赋予和确认私权，知识产权制度激励和保护了创新者的创新。运用知识产权制度，可以激励知识创新和知识创造，为技术创新源头提供源源不断的智力资源和财产。知识产权制度为创新提供了一种内在的激励机制和动力源，有利于加速技术创新的进程，对技术创新的发展和实现具有巨大的推动作用。这种激励机制和动力源主要是通过技术创新主体的内在作用机制实现的。知识产权制度以垄断性利益获取为激励要素，为激励技术创新主体投入创新活动提供了内在动机。这种动机指引的对象不仅表现于正在进行技术创新活动中的人，也表现于尚未参与技术创新活动的主体，以及对创新活动进行投资的主体。技术创新活动本身具有较高的风险性、不确定性，但企业的投入却较高。如果不能从技术创新活动中获得必要的回报，人们从事创新的积极性就会受到打击。知识产权制度则因其赋予知识产权人对其创新成果以专有使用的权利，能够激励创新的投入。从经济学看，创新本身的动力机制来源于创新成果商业化带来的利润。在技术创新中需要投入生产要素，如何从技术创新活动中收回成本并获得必要的利润，需要建立一种长效

〔1〕 参见吴敬琏：“制度高于技术”，载《中国中小企业》2001年第5期。

的保障机制。知识产权制度则正是一种激励创新的法律制度。事实上,关于知识产权制度对创新的激励功能和作用,国内外均进行过大量的实证研究,证明该功能和作用是积极的。

专利制度是一种“以垄断换公开”的法律制度,构成知识产权制度的重要组成部分。前述关于知识产权制度之激励创新秉性自然适用于专利制度。不仅如此,在激励创新、保障创新成果推广运用方面,较之于其他知识产权制度,专利制度更具有典型性。难怪制度经济学家诺斯曾指出:人类在过去不断发展新技术,但速度非常慢,并且时断时续,主要原因在于发展新技术的刺激偶尔才发生。一般而言,技术都可以毫无代价地被别人模仿,也不需要付给发明者或者创新者以任何报酬,技术变革缓慢的主要原因在于直到晚近未能创新一整套所有权。^{〔1〕}

然而,专利法在其数百年的实践中,出现了一些抑制创新而非激励创新的负面效应。例如,在“原始发明”和“改进发明”之间,如果“原始发明”的专利保护范围越大,则为改进发明预留的空间就越小,越有可能阻碍改进发明的研发自由,从而难以实现专利法激励技术改进的立法目的;如果对“原始发明”的保护范围过小,则又对“原始发明”不能形成有效的激励和专利保护。再如,由于专利申请文件描述语义不可避免的模糊性,导致最终的专利授权范围在多个发明者之间存在重叠的情形,多个发明者可能就相同的思想申请了不同版本的专利,以致每一个发明人的专利范围都具有了不确定性,相关的专利产品投放市场后,专利之间相互制约的风险随即增大,遭遇诉讼的风险也因此增加。

在理论上,专利法的激励理论也受到了一些质疑。例如,

〔1〕 转引自林艳:“论技术创新与知识产权相互作用研究”,载《经济师》2008年第10期。

专利难以有效激励非市场主体发明活动，尤其对于政府机构和其他非营利机构，其组织科研活动的目的与方向取决于政策倾向或机构的设立宗旨，专利权对他们的激励作用有限。又如，只有在市场经济条件下完全按照市场规则行事时，专利才能对有意地投入资发明创造的活动发挥激励作用，而偶然性出现的发明并不需要专利的激励。再如，专利对研发经费需求巨大的发明活动激励作用有限，尤其是难以激励那些即昂贵又没有明显的商业价值，但是对人类的科技发展却又极其重要的基础性研究活动。此外，专利产品高昂的垄断价格、专利制度高昂的运行成本高，以及日益凸显的专利纠纷的维权难度大、维权成本高等问题，也引起了人们对专利法存在之正当性的思考。

笔者欣喜地看到，罗娇博士广泛学习与吸收了知识产权哲学与经济学分析的相关成果，不仅对上述问题做了中肯的分析和回答，而且立足于专利制度之法律秉性，全面、系统而深入地探讨了专利制度激励创新之本质属性和内在缘由。她从人类创新激励制度的发展历史开始，依次从蒙昧时代零激励、野蛮时代的“政府采购式”、古希腊时期的“集资研究式”、中世纪时期的“产学结合式”，到工业革命时期至大科学时代的专利、奖赏和赞助“组合式”创新激励机制的发展历程，总结了专利制度出现的历史必然性——通过对研究的补偿，来激励人们从事创新活动。对于既存的专利法如何激励创新，本书作者认真研习了功利主义学者的经典激励理论。在激励的对象上，梳理了激励发明理论、激励发明公开理论和激励创新理论三种不同理论的发展历程，认识到技术与资本相结合的“创新”，才是专利法应当激励的对象。在激励的方法上，总结了“竞争创新理论”“前景理论”“协调激励理论”“反公地理论”“专利丛林理论”各自的利弊，并对专利法的经典激励理论提出了一系列独

到的见解，包括认为专利权的意义并不在于彰显主体所享有的自然权利，而在于强调法律所赋予的排他权利，即使专利权上包含了一部分自然权利，但其大部分制度仍属于实现激励创新这一公共政策目的的“工具”，“创新激励”才是专利法的灵魂。在激励创新理论的框架下，不同的分支理论，无论主张激励发明行为还是主张激励投资行为、主张垄断激励创新还是主张竞争激励创新、主张权利应当集中还是主张权利应当分散，其激励机制的迥然差异在于相应理论的假设前提各自不同：越是风险越大、成本高的创新，越需要保护力度较强的专利来补偿研发，否则过强的专利保护可能会阻碍创新；越是基础性、产业相关度高、溢出效应大的创新，越需要保护力度较强的专利，否则过弱的专利保护会打击人们对创新的投资热情；越是累积性的创新，越需要缩减其保护，否则初始发明容易威胁到改进发明……

在理论分析的基础上，罗娇博士提出以财产权激励为核心、以减少交易成本与促进技术扩散的制度为配套的“三位一体”的专利法“创新激励”机制，借助诺德豪斯的专利模型，分析了财产权制度如何使专利权人从新技术的排他使用中获得垄断利润，从而激励企业投资研发、公开新技术、进行技术的市场交易，从具体制度上阐释了专利权的授予与效力、期限与范围、侵权行为的认定与损害赔偿、权利的利用与限制等相关制度中所蕴含的创新激励机制，也指出了这些激励机制虽然具有相当的进步性，但也存在不可避免的局限性而需要结合其他措施予以改善，包括通过竞争法来规制资本逻辑所推动的权利滥用之现象、通过司法政策杠杆来调节产业差异之问题、通过多方位的创新政策综合发力来解决专利法激励的创造主体有效之问题。

可以说，知识产权的哲学基础既是一个经典的研究课题，

也是一个极富挑战性和充满学术魅力的研究课题。以往知识产权学者对该领域的研究倾注了不少心血，也取得了不少可喜的成果。罗娇博士从专利制度的角度提出的创新激励论，无疑丰富了这一领域的研究，是我国在专利法基础理论研究乃至整个知识产权法基础理论研究方面的一部力作。作者的博士学位论文获得中国政法大学优秀学位论文奖，本书就是基于作者的博士学位论文经修改而成的成果。该书逻辑结构严密、写作规范、视眼开阔、文笔顺畅、观点具有创新性和启发性，体现了作者非常扎实的法学基础理论功底、宽广的专业知识结构以及勇于探索的科研作风。作为作者的博士研究生导师，我认为该成果是一部质量颇高的知识产权法学专著，值得一读。

是为序。

冯晓青

中国政法大学教授、博士生导师
中国知识产权法学研究会副会长

摘 要

我们为什么需要专利法？我们需要什么样的专利法？这是专利法得以存在的本源性命题，也是对专利法正当性的思考。鉴于数百年的运行历史中，专利法的负面作用逐渐涌现。这一命题的提出与研究，试图提炼整个专利制度的设计精髓并找寻专利规范的设计灵魂，后者犹如灯塔一般，为专利制度的有效运行指明方向。本书在前人研究的基础上，以创新激励理论为切入点展开探索。

自然权利与功利主义拥趸者均从各自的角度对专利制度正当性进行解读，但均存在理论上的难以自洽之处。在自然权利论者的眼里，或是因为劳动，或是源于人格，人们对自己创造的思想享有自然法上的权利，但自然权利论难以回答这类追问：为何思想会被“盗窃”却无法“返还”；为何专利权是自然权利却有保护期限；为何发明都能体现人的意志却不能都成为专利的客体。在功利主义论者的眼里，专利及专利法的存在，或者为了激励发明，或者为了激励发明的公开，或者为了激励创新。即使激励的对象有所差别，功利主义解释似乎因均可回避自然权利论者无法回避的理论缺陷而更具有解释力。然而，经验性的分析始终无法找出确切的实证证据用来证明激励理论的逻辑证成，功利主义论也不断受到质疑与挑战，伴随着“反专利运动”“开源运动”的逐渐扩散，激励理论陷入专利危机论