

# 知识产权法基本功能之重解

李琛

**内容提要：**通说认为知识产权法的基本功能是鼓励创造，鼓励创造说既无法在逻辑上证立，又无法充分说明知识产权法的具体规则。知识产权法的基本功能是分配基于符号表达产生的市场利益，这一重解具有理论与实践意义，尤其是对知识产权正当性论证和我国知识产权战略的实施有启示意义。

**关键词：**知识产权 基本功能 正当性 知识产权战略

**Abstract:** The received doctrine describes the fundamental function of intellectual property law as stimulating creation, while failed to be proved logically and to be supported by the intellectual property rules. The fundamental function of intellectual property should be interpreted as distributing the market benefits based on the property in form of symbolic expressions. Such new interpretation is meaningful both in theoretic and practical aspects, especially for the justification of intellectual property and the implement of Chinese National Intellectual Property Strategy.

**Key Words:** intellectual property; fundamental function; justification; intellectual property strategy

法学理论与其他理论一样，具有两大功能：解释与预测<sup>①</sup>。解释，是对已经发生的现象给出说明、提炼规律；预测是以解释的结论为基础对未来进行预测。法学理论应当解释已有的社会关系与制度发生、发展的规律，并据此对制度的未来进行预测。由于解释通常是采用归纳法，制度的发展又是历史性的，基于历史局部作出的解释可能是不全面的，因此理论需要不断地被检验和修正。如若不然，就可能对实践产生误导。

对一项制度基本功能的描述，显然是关于该制度的重要理论。需要说明的是，本文所称的“基本功能”，是指某制度之所以产生、存续的最主要的功能指向，即决定某制度之必要性的功能依据，而非泛指某制度所具有的客观效果。一项制度确立之后，客观上会具有很多效果，但最具有理论和实践意义的是：该制度的何种功能，使得该制度必不可少、无可替代？这项功能即制度的基本功能。例如，物权制度的基本功能是规范物质财富的归属关系，虽然其客观上能够起到鼓励创造财富的效果，但物权制度的基本功能并不表述为“鼓励创造财富”，因为“鼓励

创造财富”不是物权制度产生、存续的主要功能依据。

通说认为，知识产权法的基本功能是鼓励创造。毫无疑问，鼓励创造是知识产权法具有的客观效果之一，知识产权法确立之后，创造成果可以成为权利的对象，为创造增设了一重动力。但是，把知识产权法的基本功能表述为“鼓励创造”，尚欠缺足够的解释力。对知识产权制度的批评，主要也是针对鼓励创造说，知识产权理论通说并没有很好地正面回应这些批评。另一个相关的结果是，知识产权法虽为显学，“知识产权的正当性”依旧是知识产权理论的话题之一，而物权理论早已不讨论物权的正当性问题，这说明关于知识产权的正当性还没有形成共识。虽然知识产权的正当性是价值判断，知识产权法的基本功能是事实判断，但欠缺有说服力的基本功能描述，毫无疑问影响了知识产权的正当性论证。知识产权正当性学说中的工具主义理论，其实就是鼓励创造说的翻版。没有事实判断的支撑，价值判断永远只能是见仁见智。相反，如果知识产权法的基本功能被认为是必要的，且制度设计本身

作者简介：李琛，中国人民大学法学院教授，博士生导师

① [德]魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社2005年版，第12页。

是合理的,一个必要且合理的制度是正当的,事实判断就可能转化为价值判断。可见,作为事实判断的知识产权法的基本功能,是澄清诸多理论分歧的前提。从实践角度而言,只有认清了知识产权法的基本功能,才能知晓该制度的主要作用指向,知其可为与不可为之处。因此,认清知识产权法的基本功能,既关乎知识产权理论的解释力与预测力,又关乎知识产权制度的实际运用。

## 一、对“鼓励创造说”的质疑

### (一) 创造是否需要额外的制度刺激

心理学和哲学理论认为,创造是人的基本天性之一,有学者称之为“精神本能”,“因为人类天性极其爱好创造,或者说,对于人类,创造最具魅力。”<sup>②</sup>人类与动物进化的一个重大不同,在于动物不断增强适应力以被动地迎合自然,而人类主动地创造出一个新的非自然环境以迎合自己的需求。“动物的理性是为达到某种稳定和确定的目的而寻找最好的手段,人类的理性则是用来达到确定的目的,同时也是用来达到新的、不确定或非特定的目的。”<sup>③</sup>鸟儿筑造的巢穴无论多么高明,都只是为了满足栖息的本能需求,一旦找到了满足本能的形式,鸟巢的形式就不再翻新,也绝不会存在中式或欧式的区别。而人类的建筑却不断地翻新,甚至模仿鸟巢创造出建筑作品。卡西尔指出:“人的突出特征,与众不同的标志,既不是他的形而上学本性也不是他的物理本性,而是人的劳作(work)。正是这种劳作,正是这种人类活动的体系,规定和划定了‘人性’的圆周。语言、神话、宗教、艺术、科学、历史,都是这个圆的组成部分和各个扇面。”<sup>④</sup>卡西尔所称的“人的劳作”,其实就是创造性活动。人的两大需求是创造的强劲动力。一是物质需求。它刺激着人类无止境地改造自然、创造新的产品和环境,以不断地提高生活

的舒适程度。物质需求是技术创新的主要动力。二是精神需求。人们需要表达情感、实现自我价值、博得他人的肯定。精神需求是文学艺术创造和技术创造的共同动力。

制度是有成本的。从逻辑上讲,尽管创造行为是社会所需要的,鉴于天性是强大的制度外动力,法律无须再提供额外的制度刺激。当然,逻辑上有一种可能:天性推动的创造不能满足社会的需求,所以需要制度刺激予以补充。但这一解释是很难证明的。我们难以证明社会到底需要多少创造,以及天性推动的创造是否足够。所以,当有人提出“创造并不依赖知识产权”时,赞同者与反对者各执一端,无从评判。“事实上,我们没有充分的信息来判断谁对谁错。”<sup>⑤</sup>

### (二) 知识产权法对创新也有负效应

知识产权法对创新的负效应,历来是知识产权批判者的主要理由。创造是延续性的,在后创造总是依赖在先创造。知识产权法在创造成果之上设置权利,事实上增加了在后创造的成本。这种负效应与刺激创造的正效应之间何者为大,很难量化以比较。贝尔纳把专利称为“严重干扰科学成果的应用过程的因素”,“在实践中,除了常见的弊端之外,专利经常不能奖赏原来的发明家而且妨碍而不是促进发明的进展。”<sup>⑥</sup>波斯纳法官认为,“作者本身作为一个团体可能更喜欢较少的版权保护……”<sup>⑦</sup>

尽管主张“知识产权对创新的负效应超过正效应”的观点也很难证明,以上争议至少表明,用“鼓励创造”来描述知识产权法据以产生和存续的基本功能,欠缺足够的说服力。有学者指出,知识产权法通过限制当下对智力成果的获取、以增加未来的智力创造和对智力成果的获取,是一个悖论。如果知识产权的正当性在于刺激智力创造以满足社会需要,就应该采用一种既能刺激创造又不限制公众使用的机制,而不是现在的独占权模式。<sup>⑧</sup>换言之,即使知识产权对创

② 赵汀阳:《论可能生活》,中国人民大学出版社2004年版,第159页。

③ [西]费尔南多·萨尔瓦特:《哲学的邀请》,林经纬译,北京大学出版社2007年版,第65页。

④ [德]恩斯特·卡西尔:《人论》,甘阳译,上海译文出版社1985年版,第87页。

⑤ [美]威廉·费歇尔:《知识产权的理论》,黄海峰译,载刘春田主编:《中国知识产权评论》第一卷,商务印书馆2002年版,第18页。

⑥ [英]J.D.贝尔纳:《科学的社会功能》,陈体芳译,商务印书馆1995年版,第219页。

⑦ [美]波斯纳:《法律与文学》,李国庆译,中国政法大学出版社2002年版,第528页。

⑧ Edwin C. Hettinger, Justifying intellectual property, Philosophy & Public Affairs, Vol.18, No.1(Winter,1989), p31-52.

新的正效应与负效应无法权衡,假如知识产权法主要是为了刺激创造,最好的选择是采取一种对创造毫无负效应的制度模式,那就不应该采取独占的知识产权模式。

### (三)“鼓励创造说”无法解释知识产权法的具体规则

知识产权法的基本功能,属于知识产权总论的范畴。在形式逻辑上,总论应该能够下辖分论,不能与分论的内容有冲突。但是,“鼓励创造说”与知识产权法的具体规则之间有明显的矛盾,主要体现在以下两方面:

#### 1.“鼓励创造说”无法统辖知识产权的类型

在知识产权体系中,与“创造”相关的权利仅为智力成果权的一部分。知识产权划分为智力成果权和商业标记权,商业标记并不是智力创造成果,无法用鼓励创造来解释商业标记法的功能。

在智力成果权领域,保护对象也包含一部分非创造性的智力成果。例如,邻接权的保护依据就不是对象的创造性,这是邻接权独立于狭义著作权的原因。<sup>⑨</sup>从制度现实来看,通过设置特别权利和反不正当竞争法的规制,知识产权法中非创造性的对象有不断增加的趋势。知识产权法的价值原则日益趋向于“禁止掠人之美”,而无论他人的利益是否基于创造性成果。日本学者田村善之把知识产权法的机制划分为“支援型激励机制”和“创设型激励机制”,只有后者才是针对创造成果的。“支援型激励机制”是为了修复市场竞争中的先机机制被破坏的情况,与鼓励创造无关。在一般情况下,市场占先者具有时间优势,即使其他人模仿,时间差也会保证占先者获得足够的利益,即占据先机。但有的掠夺他人市场利益的行为会从根本上消除先机,需要法律予以“支援”。例如,日本反不正当竞争法禁止在一定时间内“高仿(dead copy)”他人商品形态,此时不考虑被模仿的对象是否具有创造性。<sup>⑩</sup>

#### 2.“鼓励创造说”无法解释知识产权的权属

在知识产权的权属制度中,创造仅仅是取得权利的依据之一。知识产权的分配制度不仅考虑

创造,也考虑投资和效用因素,以确定由谁取得知识产权最有利于创造成果的市场化。除创造者之外,雇主、电影制片人、委托创造人都可能成为原始权利人,这些非创造者的共同身份是出资人。因此,在客观效果上,知识产权法也鼓励投资,选择性地把客观效果之一——“鼓励创造”表述为知识产权法的基本功能,不够全面。如果任意一个客观效果可以等同于基本功能,在逻辑上,知识产权法的基本功能也可以表述为鼓励投资。

综上,鼓励创造说只能解释知识产权法的部分规则,作为制度功能的总体表述,欠缺充分的解释力。

## 二、知识产权法基本功能之重解

人类历史就是一部创造史,而知识产权史不足400年。知识产权制度确立之时,与创造相关的社会关系发生了什么变化?为什么这种变化无法靠人的天性来调节?这应该是探求知识产权法基本功能的主要线索。

知识产权法起源于近代。随着经济与技术的发展,创造在近代发生的最深刻的变革,是从个体闲暇之余兴转变为产业的要素。知识产权或类似的安排并不是立法者有意鼓励创造的制度发明,而是产业发展自然演化的结果。据西方学者考证,专利的制度雏形与采矿业相关。早期的习惯法规定,最先发现矿藏之人拥有开采权。当地表的矿藏逐渐采完、开采深入地时,矿井的排水问题成为困扰。为排水通道融资的人可以得到一份事先商定好的矿藏股份,设计排水设备的人也有同样的特权。法律规定,适用于“第一个发现矿井的人”的规则,也适用于“第一个发明排水设备的人”。<sup>⑪</sup>这表明,当排水设备成为采矿业的产业要素,创造成果(排水设备)之上形成的新的利益关系就需要法律的分配。众所周知,第一部著作权法《安妮法》的诞生是出版商推动的结果。当作品成为出版业的要素之后,同样产生了利益分配问题。“版税”之类的事物并不是

<sup>⑨</sup> 也有观点认为邻接权的对象实际上有创造性。至少在实定法中,邻接权的取得不需要证明对象的创造性。

<sup>⑩</sup> [日]田村善之:《日本知识产权法》(第4版),周超等译,知识产权出版社2011年版,第12~14页、第24页。

<sup>⑪</sup> [奥]伊利奇·考夫:《专利制度经济学》,柯瑞豪译,北京大学出版社2005年版,第2~4页。



法律的发明,而首先是市场的智慧。在著作权法产生之前,有的出版商已经开始承诺未经作者同意绝不印刷第二版,如果加印,需另付稿酬。<sup>⑫</sup>可以想见,这是作品较为畅销、谈判能力较强的作者通过合同创设的规则。知识产权不是创造之因,而是创造与资本结合之果。

作为产业要素的创造成果,必然与资本相结合,资本的本性就是逐利的。创造可以靠天性推动,投资则无法靠天性的愉悦来推动,它需要制度的保障。现在我们可以回到前面的问题:如何证明天性推动的创造不能满足社会的需求?答案是:天性不能推动创造成果之上的投资。越是仰仗投资的创造,越需要额外的制度动力。《西方世界的兴起》的作者已经意识到这一点:“创新可能并确曾在历史上、在没有所有权保护创新者的社会里发生过。不过,发生的只是成本(或损失的风险)小得使个人收益率超过了它的那种创新。”<sup>⑬</sup>这里所用的“成本”、“收益”等概念表明所探讨的“创造”本身就是一种逐利行为,而非怡情悦性之举。这就回答了前面提出的另一个问题:为什么不放弃知识产权模式,采取一个对创新毫无负效应的刺激机制(例如奖励制度)?替代制度或许可以解决创新刺激,但无法带来投资动力。这不仅因为创新本身可能需要大量投资,更重要的是创新投入市场的过程需要投资,如果没有一个明晰的财产权保障,无法提供产业化的动力。经济学家意识到,“如果没有专利保护的话,很难想象瓦特以及那些为他出资的人愿意开始我们今天称为研发的过程。这样说来,当英国国会公开同意将瓦特的专利权延至1800年时,专利制度的目标在18世纪便已经不只包含了激励发明,并且包含了激励投资”<sup>⑭</sup>。

综上,如果仅针对智力成果权而言,知识产权法的基本功能应该表述为“分配基于智力创造成果形成的市场利益”。这种表述首先解释了知识产权的历史性,何以知识产权是近代产物?

因为只有当智力创造成果产生的市场利益重要到一定程度时,才需要法律的调整,这种重要性是由近代的技术与市场结构带来的,前提是创造成果的产业化。其次,它解释了为什么知识产权法不能由天性等制度外因素替代。天性可以带来创造,却无法刺激投资,也无法分配投资者、创造者以及其他相关主体的利益关系。所以,知识产权法的功能指向不是一般的创造,而是被产业化的创造。

在知识产权类型中,智力成果权的产生先于商标权,所以早期的知识产权理论把知识产权等同于智力成果权。商标权出现之后,由于商标与智力成果在形态上都属于符号表达,人们将这一类财产归入同一个法律体系,独立于传统的财产权类型(物权),统称为知识产权。<sup>⑮</sup>当商业标记权进入知识产权体系之后,鼓励创造说在解释知识产权法的整体功能时,缺陷更加明显。为了更符合制度现实,知识产权法基本功能的表述可以修正为:分配基于符号表达所形成的市场利益。在传统民事权利中,与知识产权关联最密切的是其对象可以符号形式外在化的人格权,例如肖像权、姓名权,有学者称之为“标表型人格权”。<sup>⑯</sup>有知识产权理论提出所谓的“形象公开权(right of publicity)”,即对姓名、肖像、声音等符号型人格要素进行商业性利用的权利。逻辑上的解释是,这些利益的对象在形式上也是符号,所以人们感知到这些利益与知识产权的共性。<sup>⑰</sup>当今知识产权的统合基础,不在创造,而在对象形态。

### 三、重解知识产权法基本功能的理论意义

#### (一) 维持知识产权理论的解释功能与预测功能

如前所述,鼓励创造说无法下辖知识产权法的具体规则,导致知识产权总论与分论形成明显

⑫ [法] 费夫贺、马尔坦:《印刷术的诞生》,李鸿志译,广西师范大学出版社2006年版,第157页。

⑬ [美] 道格拉斯·诺思、罗伯特·托马斯:《西方世界的兴起》,厉以平、蔡磊译,华夏出版社1989年版,第169页。

⑭ 同注释⑪,第26页。

⑮ 对知识产权对象统一性的深入探讨,参见李琛:《论知识产权法的体系化》,北京大学出版社2005年版。

⑯ 张俊浩:《民法学原理》(第三版),中国政法大学出版社2000年版,第146页。

⑰ 所谓“形象公开权”究竟是人格权还是知识产权,仍值探讨。如果对象是人格要素,只能是人格权。人格权的行使在事实上带来财产利益,不改变人格权的本质。如果对象原本是人格要素,但转化为可外在于主体的独立符号存在,则是知识产权。例如将肖像用作商标、将姓名用作商号产生的权利。

的矛盾，破坏了理论的解释力。如果把知识产权法的基本功能表述为“分配符号表达所形成的市场利益”，则可以说明全部的知识产权类型，既包括创造性符号表达（创造性智力成果），也包括非创造性符号表达（非创造性智力成果与商业标记）。同时还可以说明知识产权的权属为何不是单一地归属创造者，因为市场利益的分配不能只考虑创造。重解后的表述并不否定知识产权法具有鼓励创造的效果，因为对于创造性符号表达而言，创造行为是取得权利的依据之一。

在预测功能方面，重解之后的理论可以对知识产权法的未来趋向作出两点预测：

**1. 知识产权会继续以对象形态为统合基础，只要是符号表达上产生的市场利益<sup>⑮</sup>，都会纳入知识产权法调整，无论该符号表达是否属于创造性成果**

知识产权与物权属于同一个逻辑层次，知识产权与物权的区别，是以对象形态为依据的，财产的来源区分（创造或非创造）没有法律意义，正如物权不考虑“物”系劳动所得或非劳动所得。而且，已经存在的智力成果随着市场的发展，一旦有新的利益产生，也可能产生分配的需求。最典型的例子是传统族群对流传已久的族群文学艺术作品和传统知识的利益诉求，这些诉求用鼓励创造说根本无法解释，因为这些知识已经被创造出来了。可以预言，新的知识产权一定会基于符号表达的新的市场利益而产生，这种符号表达本身可能是新的，也可能是已存的。

**2. 知识产权法的价值原则会继续奉行“不掠人之美”。只要不是自由竞争所必需，原则上不得分享其他市场主体独立发掘的市场利益，除非该主体在事实上有足够的市场先机（其美不可掠）**

迄今为止，知识产权法一直在沿着这个方向发展。反不正当竞争法对“搭便车”的禁止，就是典型的体现。这一制度隐含的价值取向是：市场主体独立发掘的利益归其所有，他人原则上不得分享。发掘的手段可能是创造，也可能仅仅是

劳动和投资。制止不正当竞争在知识产权法中的作用，就是为了弥补通常以创造性为保护要件的设权规则的不足。知识产权法所保护的利益，并不必然建立在创造的基础之上。

应该承认，知识产权法的这一趋向与早期立法和理论有很大的区别。知识产权最初被称为“合法的垄断”，是作为非法垄断的例外而存在的。如果知识产权是例外，则价值原则应当倒过来：除非能够证明对相关主体造成损失（或者说，除非能够证明影响了创造的动力），对符号表达原则上可以共享。知识产权法价值原则的转变，反映出知识产权已经完全地适用私权的原理（私权被剥夺乃是例外），表明知识产权的法律地位不断上升。

**（二）为知识产权的正当性论证提供新思路**

知识产权法的基本功能是事实判断，知识产权的正当性是价值判断。但二者并不是截然分离的。制度正当性的论证不能背离制度的现实功能，如果一个制度必要且合理，则同时也是正当的。

经典的知识产权正当性理论有两大路向：一是自然权利论；二是工具论<sup>⑯</sup>。工具论基本上是鼓励创造说的翻版，认为知识产权提供了刺激创造的动力，是增加社会福祉的手段，前面对鼓励创造说的质疑同样适用于工具论。

自然权利论借用洛克的劳动财产权理论或黑格尔的人格理论，试图从“智力成果是创造者的劳动产物”或“智力成果反映创造者的人格”的角度论证知识产权的正当性。这一路向的最大缺陷在于，智力成果是创造者的行为（劳动或创造）产物或是人格反映，<sup>⑰</sup>只是主体与外物的关系，而不是人与人的关系。正如拉德布鲁赫的批判所言：劳动理论只能回答“谁是所有者？”但没有回答“应该是私有财产吗？”<sup>⑱</sup>主体与外物有特别的联系，只能够论证权属。如果我们同意

<sup>⑮</sup> 因为知识产权法是财产法，所以其对象不包括作为人格要素的符号表达。

<sup>⑯</sup> 详细论述，参见李琛：《著作权基本理论批判》，知识产权出版社2013年版，第4～17页。

<sup>⑰</sup> 本文此处不涉及劳动与创造的区别问题。如果把“劳动成果”修正为“创造成果”，本文的批判依旧成立，创造成果与创造者的关系，依旧是人与外物的关系。

<sup>⑱</sup> [德] G·拉德布鲁赫：《法哲学》，王朴译，法律出版社2005年版，第138页。

在某外物之上设权，基于主体与外物的特别强烈的联系，使该主体成为权利人具有正当性，但是没有论证“为何要在此外物之上设权”。经济学家斯密德也批判了洛克的观点：“有关产权基础的一个流行观点是约翰·洛克的解释，他把财产看成是一种自然和技术的产物。……作为一种被赋予了某种权利的劳动，总是一种社会的选择。反之，就不可能区别清楚鲁塞尔‘拖曳行进’油画中印第安人从牛仔的牛群中掳杀一头牛的劳动。如果这也是劳动，那么行窃或战争也是一种劳动，由此，在森林中采集坚果的劳动与随后把坚果偷走的行窃劳动就不能区分开来。”<sup>②</sup>

如前所述，知识产权法的基本功能是分配符号型财产的利益。当技术与经济的发展使得符号表达之上的市场利益变得极其重要时，需要制度进行分配，否则会引起社会秩序的混乱。知识产权法确定创造者或投资者作为利益的原始取得人，此分配方案没有造成重大不公平，整体上为社会所认可。因此，知识产权法必要且合理，具有正当性。这是从社会认可的角度，即人与人的关系角度论证知识产权的正当性。

物权的正当性之所以较少地受到质疑，一个重要原因是基于物权与经验事实——物的占有是一致的，而知识产权似乎是反经验的，知识产权的对象在事实上不可占有。但这只是一种表象上的区别。前面已述，在专利法和著作权法产生之前，产业界已经出现了就智力成果的收益进行分配的规则，占有或非占有，只是利益享有的具体方式的差别，是由对象（物或符号表达）的差异形成的利用方式的差别，但都是一种经验事实，都构成法律设计的原始素材。“财产最初是习俗的产物，司法与立法不过是在数千年里对它做了发展而已……”<sup>③</sup>这句话同样适用于知识产权。物权与知识产权都是财产权，物既是生产资料，也是生活资料，而知识产权的对象主要是生产资料（技术等事实上可作为生活资料，但没必要禁止他人使用，决定着知识产权成为必要的乃是生

产资料属性）。所以知识产权是市场经济发展到一定程度的产物，其历史远远短于物权，重要性也是逐步地为人所识。知识产权的正当性与物权一样，主要是基于秩序、安定等价值追求，而非“创造”。

#### 四、重解知识产权法基本功能的实践意义

##### （一）正确认识知识产权法产生的历史必然性

鼓励创造说过分地强调了制度设计的主观意图，容易使人误解为这是一种有意而为的制度安排，所以知识产权法常常被赋予过于浓厚的政策色彩。基于同样的思路，反对的观点会基于知识产权法对创新的不利后果，而主张废除知识产权制度<sup>④</sup>。也就是说，当知识产权法被仅仅视为鼓励创造的政策杠杆时，至少在逻辑上，可以根据该制度对创新的影响而决定存废。

重解之后，我们意识到知识产权法是产业结构近代化的必然产物。只要以资本为主导的市场经济模式依然存续，只要符号表达依然被资本吸收之后成为产业要素，知识产权就会存续。如同贫富悬殊带来的不合理并未从根本上颠覆所有权，只是催生出新的二次分配制度增加社会公平，可以预言，知识产权制度在相当长的时间内也是如此。“资本的扩张性逻辑渗透进了大范围的人类劳动和行为，包括知识和艺术创造。所以，当它进入了信息和文化的领域，资本的逻辑推动了对所有知识和艺术创造的具体形式加以无休止的利用，只要创造行为可以在一个具体的形式中得以表现，就称之为知识产权，推向市场。”<sup>⑤</sup>知识产权的具体规则会不断调整以最大程度地促进社会公平，但知识产权作为一种私权形态不能被任意废除。鼓励创造说最大的缺陷，就是容易使人们忽视知识产权所调整的社会关系的客观性，从而忽视知识产权的历史范畴。

从小农经济到市场经济，生产资料的价值日益重要，知识产权在社会财富中的比重不断增

<sup>②</sup> [美] A. 爱伦·斯密德：《财产、权力和公共选择——对法和经济学的进一步思考》，黄祖辉等译，上海三联书店、上海人民出版社1999年版，第36页。

<sup>③</sup> [英] F.A. 哈耶克：《致命的自负》，冯克利、胡晋华等译，中国社会科学出版社2000年版，第36页。

<sup>④</sup> 在不少国家兴起的盗版党，其主张之一是废除专利权。

<sup>⑤</sup> [美] 罗纳德·V. 贝蒂格：《版权文化——知识产权的政治经济学》，沈国麟、韩绍伟译，清华大学出版社2009年版，第34页。



长,当年被作为“垄断例外”的知识产权,不仅逐渐取得了与物权一样的私权地位,而且法律对其重视程度、在保护方面的制度成本投入,甚至超过了物权。至少在国际保护层面,知识产权的重要性超过了物权,根本原因就在于知识产权是国际贸易的市场要素。

## (二) 知识产权战略的主体是企业,而非政府

虽然知识产权战略是一项国家战略,但必须意识到知识产权是创造的市场化之果,市场的主体——企业才是知识产权战略的主体。知识产权法的基本功能是合理分配企业创造的财富,政府不能过于强调知识产权的政策杠杆功能而忽视知识产权与市场的联系。

我国的知识产权国家战略实施以来,地方政府又纷纷制定相应的地方战略,这一方面反映了政府对知识产权的重视,但另一方面又要防止知识产权战略过分地蜕变成“政府战略”,成为一种上行下效的跟风流弊。毫无疑问,知识产权能够增加创新动力,但知识产权本身不能提供创新能力,知识产权的主要作用是在法律上固定企业

的技术与市场优势,而技术与市场优势本身不是知识产权带来的。缺乏技术与市场优势支撑的知识产权,没有真正的商业价值,政府不能滥用政策杠杆,误导企业追逐知识产权的申请量与注册量。采用知识产权或是其他市场手段(例如占据先机)进行竞争,是企业自身的选择。要提升创新能力,政府不仅要关注知识产权,更要重视教育、文化等创新的源泉。

创新的主体必然是具有独立精神的主体,在知识产权战略的推行过程中,政府必须节制公权力的使用,不可压抑企业的独立市场人格。我国新《商标法》禁止企业用“驰名商标”字样做广告,这一规定堪称中国特色,因为以“驰名商标”做广告乃中国特色之举,其深层原因在于我国企业欠缺独立市场人格,把公权力的评价看得重于市场评价,商标法以规制企业行为作为解决之道,而问题的症结实在于企业与公权力的扭曲关系。

知识产权不是公权力为刺激创造而给予的赏赐,乃是一种新的财富形态出现之后,法律遵照市场规则设计的分配机制。■

李琛，中国人民大学法学院教授，法学博士，博士研究生导师，联合国教科文组织版权与邻接权教席主持人。中国人民大学知识产权学院学术委员会秘书长，中国知识产权法学研究会常务理事，中国知识产权研究会理事，中国文字著作权协会理事，中国法律咨询中心专家委员会委员，江西财经大学法学院兼职教授。

从1997年开始任教于中国人民大学法学院，一直致力于知识产权法的教学与研究，曾当选中国人民大学“十大教学标兵”，并在搜狐教育频道发布的“2010年中国高校最受欢迎教授榜”中，入选“法学专业最受欢迎十大教授榜（211院校部分）”。



李琛教授

潜心于知识产权基础理论研究，积极提倡并推动知识产权法学的体系化。已出版专著4部，独立译著1部，发表论文50余篇，参与编写教材多部。代表作有：1. 专著：《论知识产权法的体系化》，这是国内首部以知识产权法的体系化为专题的研究成果，借用符号哲学探讨知识产权统合的逻辑基础，引起学界关注，被刘春田教授称许为“使知识产权研究走向一般，走向哲学”；《著作权基本理论批判》，对知识产权的对象、性质、历史、正当性等诸多基本问题提出了反思性观点。2. 论文：《质疑知识产权之“人格财产一体性”》和《“法与人文”的方法论意义——以著作权为模型》，两篇论文均发表于《中国社会科学》。前者澄清了知识产权的纯粹财产性，后者沟通了知识产权与法学方法论之间的联系。

研究风格兼重法学的科学性与人文性，在关照知识产权法学自身概念和体系的同时，拓展学术视野，善于融合知识产权法学与哲学、美学等其他人文知识。并且坚持学术个性，不盲从通说，对知识产权的概念、性质、历史、基本功能等问题均提出了创新见解，在知识产权学界获得良好反响，在青年学者中引领了新学风与新文风。科研成果所获奖励主要有：北京市第十届哲学社会科学优秀成果二等奖、中国法学会民法学研究会优秀科研成果奖、首届董必武青年法学成果提名奖等。因科研成绩突出，任副教授期间被中国人民大学破格评为博士生导师。

积极参与学术研究实践，在国家知识产权战略的“保护与禁止滥用知识产权”课题中，以及《中华人民共和国著作权法》第三次修订专家建议稿（中国人民大学课题组）的起草中，均承担了主要研究任务。