

知识产权基本问题研究

(总论) (第二版)

吴汉东◎著

中国人民大学出版社

21 世纪法学研究生参考书系列

知识产权基本问题研究 (第二版)

(总论)

吴汉东 著

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

知识产权基本问题研究 (第二版) / 吴汉东 著

北京: 中国人民大学出版社, 2008

(21 世纪法学研究生参考书系列)

“十五” 国家重点图书出版规划

ISBN978-7-300-10277-1

I.

II.

III.

IV.

“十五” 国家重点图书出版规划

21 世纪法学研究生参考书系列

首届中国出版政府奖图书奖

首届中国法学优秀成果奖专著类二等奖

知识产权基本问题研究 (第二版) (总论)

吴汉东 著

出版发行	中国人民大学出版社		
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080
电 话	010-62511242 (总编室)		010-62511398 (质管部)
	010-82501766 (邮购部)		010-62514148 (门市部)
	010-62515195 (发行公司)		010-62515275 (盗版举报)
网 址	http://www.crup.com.cn http://www.ttrnet.com (人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	北京山洞国际印刷有限公司	版 次	2005 年 3 月第 1 版
规 格	155 mm×235 mm		2009 年 3 月第 2 版
印 张	66.00 插页 4	印 次	2009 年 3 月第 1 次印刷
字 数	1 106 000	定 价	118.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

作者简介

吴汉东，法学博士，教育部高校人文社科重点研究基地、国家保护知识产权工作研究基地中南财经政法大学知识产权研究中心主任，教授，民商法专业博士研究生导师，兼任教育部社会科学委员会委员、教育部高校法学学科指导委员会副主任委员、中国法学会知识产权法学研究会会长、中国法学会民法学研究会副会长、中国高等学校知识产权研究会副理事长、中国知识产权研究会副理事长、最高人民法院特约咨询专家、最高人民检察院特约咨询专家、中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员。著有《著作权合理使用制度研究》、《知识产权多维度解读》、《无形财产权制度研究》（合著）、《知识产权基本问题研究》（合著）等著作 10 部，另在《中国社会科学》、《法学研究》、《中国法学》等刊物发表文章一百余篇。专著和论文曾获首届全国优秀博士论文奖、司法部优秀科研成果一等奖、第一届中国出版政府奖图书奖、湖北省政府社会科学优秀科研成果一等奖、教育部人文社科优秀科研成果二等奖、全国法学教材与科研成果二等奖、首届中国法学优秀成果奖专著类二等奖等。

前 言

《知识产权基本问题研究》终于定稿、付梓出版了。

20世纪80年代中期，我和闵锋教授合作编著了《知识产权概论》（1986年内部发行，1987年由中国政法大学出版社出版）。当时的法学界将工业产权置于“经济法”，著作权、发明权、发现权归类于“民法”。我们编著的这本小书，有些创新之处，构建了知识产权制度的完整体系，以至于被称为第一部知识产权法的专门教材，并获得司法部优秀教材奖和湖北省青年社会科学优秀成果一等奖。

20世纪90年代初期，我和曹新明教授组织原中南政法学院知识产权专业教师编写了《知识产权法新论》（由湖北人民出版社于1992年出版），从体系到内容，较以往的教材都有明显的变动。这本书曾被一些高校采用，也被选为湖北省的自学考试教材。

自20世纪90年代中期以来，我受相关机构的委托，先后主编了司法部高等政法院校法学主干课程教材、最高人民法院法官培训教材《知识产权法》（中国政法大学出版社，1998年初版，2004年第3版）、北京大学21世纪法学系列教材《知识产权法学》（北京大学出版社，2000年初版，2003年第2版）、全国自学考试指定教材《知识产权法》（北京大学出版社，2000年初版，2003年第2版）以及教育部普通高等教育“十五”国家级规划教材《知识产权法》（法律出版社，2004年出版）。上述教材的编写，承蒙北京大学、中国人民大学、中国政法大学、华中科技大学、西南政法大学、华东政法学院、西北政法学院等高校的知识产权学者加盟，教材水平得以提高，教材应用范围日趋广泛。

新千年伊始，我开始酝酿和筹划《知识产权基本问题研究》一书。时过3年，虽延迟交稿，但总算践约。当然，这本书也是我和我的同事、学生共同研究的成果，其中不少章节已在一些学术刊物上率先发

表。该书虽为教材体例，但作者力图反映本领域的最新研究成果，因此有一定的参考价值。

本书由笔者拟纲并修改定稿。其中本人撰写第一编、第五编（杨明博士撰写了该编的部分章节），胡开忠博士撰写第二编、第三编，张今、董炳和博士撰写第四编。博士研究生肖志远、硕士研究生肖尤丹、杨冠锋、卢海君协助整理文稿、处理文字，在此铭记，以为谢意。

最后，还要感谢全国优秀博士论文作者基金项目给予的资助，感谢法学界诸位同仁及广大读者的关注与指正。

中南财经政法大学知识产权研究中心 吴汉东

2004年10月于武昌南湖

第二版前言

自 2005年本书出版以来，作者常怀忐忑之心，深恐拙著篇幅过大，有累于读者。不期承蒙编者与读者错爱，初版印行数千册，一年左右时间即告售罄。又遇首届中国出版政府奖揭晓，该书作为唯一法学类著作入选图书奖（2007年）；更时逢首届中国法学优秀成果奖开评，在30年以来出版的众多学术成果中，该书忝列二等奖（2008年）。如此殊荣，令我等不胜惶恐。为此出版社催之再版，同道者勉励修订。在此激励之下，我等删节谬误，补充新近研究心得，终成二版，奉献于众家。

与初版不同，修订版分为总论与分论两卷，共约九十二万字。其中总论框架变化最大，增补内容最多。知识产权法是一部在理论上有待系统化、成熟化的法律。由于这一制度历史不长，且变动频繁，因而其基本范畴、基本原理、基本问题无一不在探讨之中。二十多年来，我从事知识产权研究，其兴趣之一即是构建知识产权法律基础理论体系。总论部分即是我长期探讨上述问题的思想总结。这次再版，补充了“知识产权制度的文化解释”、“知识产权制度的政策科学分析”、“知识产权制度与反垄断法律”、“《生物多样性公约》与知识产权保护”、“《文化多样性公约》与知识产权保护”等问题。上述章节曾在《法学研究》、《中国法学》、《法商研究》、《月旦民商法杂志》等刊物上发表，写入本书时根据教材体例进行了增删和修订。分论部分则主要考虑网络技术、基因技术、集成电路技术等当代高新技术的影响，着力阐述科技创新与制度创新的关系，对各知识产权制度的最新变革作了一些内容补充和观点修正。诸位作者虽有意于此，仍恐力不从心，知识产权制度的现代化问题研究尚需继续努力。

文章千古事，得失寸心知。本书谓为基本问题研究，既涉及基础理

论的研究,也包含前沿问题的探讨,反映了我和合作者从事知识产权教学与研究工作的历程,在此不拙浅陋而公之于众,恳请各位读者批评与指正。

吴汉东

2009年初春于武昌晓南湖畔

总论目录

第一章 知识产权的一般原理 / 1

引 言 / 3

一、知识产权的概念 / 3

二、知识产权的性质 / 8

三、知识产权的基本特征 / 21

四、知识产权的主体 / 30

五、知识产权的客体 / 36

六、知识产权的利用 / 44

七、知识产权的保护 / 55

结 语 / 67

第二章 知识产权制度的基本问题 / 68

引 言 / 70

一、知识产权制度的历史沿革 / 70

二、知识产权制度的学理基础 / 81

三、知识产权制度的文化解释 / 109

四、知识产权制度的政策科学分析 / 130

五、知识产权制度的价值目标与作用机制 / 144

六、知识产权制度的体系范围 / 153

七、知识产权制度与反垄断法律 / 164

八、知识产权制度的民法定位 / 184

结 语 / 192

第三章 知识产权的国际保护制度 / 194

引 言 / 196

一、知识产权国际保护制度概述 / 196

二、世界知识产权组织管理下的知识产权国际公约 / 215

三、世界贸易组织框架下的《知识产权协定》 / 225

四、知识产权国际保护与国际人权保护 / 231

五、知识产权国际保护的制度创新与发展 / 241

六、《生物多样性公约》与知识产权保护 / 252

七、《文化多样性公约》与知识产权保护 / 277

结 语 / 305

第一章

知识产权的一般原理

引言	3
一、知识产权的概念	3
(一) 知识产权的定义	4
(二) 知识产权与无体财产权	5
(三) 知识产权与信息产权	7
二、知识产权的性质	8
(一) 知识产权的私权本质	9
(二) 知识产权的人权意义	14
(三) 知识产权是私权与人权的统一	18
三、知识产权的基本特征	21
(一) 专有性	22
(二) 地域性	24
(三) 时间性	27
四、知识产权的主体	30
(一) 原始主体	31
(二) 继受主体	33
(三) 外国人主体资格	34
五、知识产权的客体	36
(一) 知识产权客体的概念	36
(二) 知识产权客体的分类	40
(三) 知识产权客体的基本特点	42
六、知识产权的利用	44
(一) 知识产权利用的意义	44

(二) 知识产权利用的对象	47
(三) 知识产权利用的类型	49
七、知识产权的保护	55
(一) 知识产权的保护范围	55
(二) 知识产权侵害行为的对象与属性	58
(三) 知识产权损害赔偿的归责原则	59
(四) 侵犯知识产权的法律救济	63
结语	67

引言

知识产权是一种新型的民事权利，是一种有别于财产所有权的无形财产权。民法所规定的基本原则与一般制度，应适用于各项权利制度，包括知识产权制度。但是，知识产权作为知识类财产的权利形态，与有形动产和不动产为表现形式的所有权有着明显的差别，从而产生了在权利本体、权利主体、权利客体、权利利用、权利保护等方面的自身特点，即知识产权有别于所有权的质的差异性。

一、知识产权的概念

在民事权利制度体系中，知识产权的用语是与传统的财产所有权相区别而存在的。英文“Intellectual Property”、法文“Propriété Intellectuale”、德文“Gestiges Eigentum”，其原意均为“知识（财产）所有权”或“智慧（财产）所有权”。将一切来自知识活动领域的权利概括为“知识产权”，最早见于17世纪中叶的法国学者卡普佐夫的著作。后来，这一概念被著名比利时法学家皮卡第所发展。皮卡第认为，知识产权是一种特殊的权利范畴，它根本不同于对物的所有权：“所有权原则上是永恒的，随着物的产生与毁灭而发生与终止；但知识产权却有时间限制。一定对象的产权在每一瞬息时间内只能属于一个（或一定范围的人——共有财产），使用知识产品的权利则不限人数，因为它可以无限地再生。”^① 知识产权学说以后在国际上广泛传播。自1967年《成立世界知识产权组织公约》签订后，知识产权这一概念得到世界上大多数国家和众多国际组织的承认。在我国，法学界曾长期采用“智力成果权”的说法。^② 1986年《中华人民共和国民法通则》颁布后，开始正式采用“知识产权”的称谓。我国台湾地区则把知识产权称为“智慧财产权”。

① [苏] E. A. 鲍加特赫等：《资本主义国家和发展中国家的专利法》，载《国外专利法介绍》，2页，北京，知识出版社，1980。

② 代表性著述有已故著名法学家、中国人民大学教授佟柔先生主编的《民法原理》，该书曾作为全国统编教材，由法律出版社于1983年出版。

（一）知识产权的定义

关于知识产权的定义方法，主要有“列举主义”与“概括主义”两种。“列举主义”的方法，通过系统地列举所保护的权项，即划定权利体系范围来明确知识产权的概念。“概括主义”的方法，通过对保护对象的概括抽象的描述，即简要说明这一权利的“属加种差”来给出知识产权的定义。

多数国家的法学著述、立法文件以至相关国际公约都是从划定范围出发来说明知识产权概念。英国剑桥大学 W. R. Cornish 教授所著的知识产权教科书，没有直接对知识产权下定义，但列举了“保护技术发明和设计的专利权”、“保护文学艺术创造的著作权”、“保护经营标记的商标权”，并将它们合称为知识产权。^① 美国著名学者米勒与戴维斯在《Intellectual Property: Patents, Trademarks and Copyrights》一书中，基于抽象财产概念的考虑，以知识产权的名义列举了专利、商标和版权三个法律领域。^② “列举主义”的方法广泛见于知识产权国际条约。按照《成立世界知识产权组织公约》第 2 条第 8 款规定的知识产权定义，下列权利构成知识产权：著作权与邻接权、专利权或（和）发明权、发现权、外观设计权、商标权及其他标记权、反不正当竞争权以及其他由于智力活动产生的权利。《知识产权协定》第一部分第 1 条规定，本协定所保护的知识产权是指该协定第二部分第 1 至 7 节中所列举的著作权与邻接权、商标权、地理标记权、外观设计权、专利权、集成电路布图设计权、商业秘密权。“列举主义”的方法，表述清楚、明确，但用以说明概念，则失之烦琐；此外，由于知识产权是个动态的、开放的法律制度体系，列举式难免有遗漏之处。

我国法学界主要采取“概括主义”方法来说明知识产权的概念。20 世纪 90 年代中期以前，学者们基于知识产权保护对象即为智力创造成果的抽象认识，多将知识产权定义为人们对其创造性的智力成果所依法享有的专有权利。^③ 90 年代中期以后，有些学者认为，以知识产权名义

① See W. R. Cornish, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, fourth edition, London, Sweet & Maxwell, 1999, p. 3.

② 参见 [美] 米勒、戴维斯著，周林等译：《知识产权法概要》，4 页，北京，中国社会科学出版社，1997。

③ 参见吴汉东、闵锋编著：《知识产权法概论》，北京，中国政法大学出版社，1987；郑成思主编：《知识产权法教程》，北京，法律出版社，1993；黄勤南主编：《新编知识产权法教程》，北京，中国政法大学出版社，1995。

统领的各项权利，并不都是基于智力创造成果产生。1992年国际保护工业产权协定（AIPPI）东京大会将知识产权划分为“创造性成果权利”与“识别性标记权利”，显见知识产权并非全是“智力创造成果”之权。有鉴于此，学者们对定义对象作出了新的概括，代表性的观点主要有三种：（1）“知识产权是基于创造性智力成果和工商业标记依法产生的权利的统称”^①。（2）“知识产权是人们对于自己的智力活动创造的成果和经营管理活动中的标记、信誉依法享有的权利”^②。（3）“知识产权是民事主体依据法律的规定，支配其与智力活动有关的信息，享受其利益并排斥他人干涉的权利”^③。上述定义方法，对知识产权的属性及对象进行了抽象与概括，虽表述不一，但反映了知识产权的概念特征：第一，知识产权是区别于传统所有权的另类权利，是产生于精神领域的非物质化的财产权，即基于智力成果、经营标记或知识信息所产生的权利。第二，知识产权不等于智力创造性成果权，以知识产权名义所统领的各项权利并非都是来自知识领域，亦非都是基于智力成果而产生。从权利来源来看，主要发生于智力创造活动与工商经营活动；从权利对象来看，则由创造性成果、经营性标记、信誉以及其他知识信息所构成。第三，知识产权是法定之权，其产生一般须由法律所认可。换言之，并非所有的知识产品，都可以成为知识产权的保护对象。在不同历史时期的不同国家，受经济、科技、文化等因素影响，知识产权的范围也有所差异。“概括主义”的方法高度抽象，表述简要，但其问题关键在于概括是否准确恰当，且具有最大包容性。目前，对知识产权的“概括主义”定义尚未形成完全一致的看法。

（二）知识产权与无体财产权

在精神领域的民事权利范围中，无体财产权（或无形财产权，Intangible Property）是知识产权的另一称谓。1875年，德国学者科拉率先提出“无体财产权”的概念，批判了以往的学说将无形物品的权利说成是一种所有权的错误，而将其概括为区别于有体财产所有权的另类权利，即“无体财产权”（Immaterial Güterrecht）^④。在一些西方国家，

① 刘春田主编：《知识产权法》，3页，北京，高等教育出版社，2000。

② 吴汉东主编：《知识产权法学》，1页，北京，北京大学出版社，2000。

③ 张玉敏主编：《知识产权法教程》，1页，重庆，西南政法大学印行，2001。

④ [日] 吉藤幸朔著，宋永林、魏启学译：《专利法概论》，405页，北京，专利文献出版社，1990。

相关立法与学说曾以无体财产权来概括有关智力创造性成果的专有权利。自1967年签订《成立世界知识产权组织公约》后，知识产权的概念开始在国际上广泛使用，但有些西方学者仍继续沿用无体财产权的说法。由于现代商品经济的发展与社会财富形态的变化，“财产越来越多地变为无形的和非物质的”^①，知识产权一词在众多无体财产面前已显得力不从心。我们可以看到：在财产形态中，确实存在着具有非物质化特性但又不能归类于知识产权范畴的某些权利；并且随着社会生活的发展，还可能出现其他一些新的无体财产形式。参照国内外经济界关于“无形资产”的类别划分^②，法律制度意义上的无体财产权可以包括以下三类：一是创造性成果权，包括著作权、专利权、商业秘密权、集成电路布图设计权、植物新品种权等。二是经营性标记权，包括商标权、商号权、产地标记权、其他与制止不正当竞争有关的识别性标记权等。三是经营性资信权^③，包括信用权、商誉权、商品化（形象）权等。

笔者自20世纪90年代以来即主张建立一个大于现行知识产权范围的无体财产权体系，以包容一切基于非物质形态所产生的权利。^④笔者认为，诸如商誉权、信用权、形象权等，都是一种具有非物质属性但又不能归类于知识产权范畴的财产权；随着社会生活的日益发展，还可能出现一些更新的无体财产权。因此可以考虑，以客体的物质性与非物质性为分类标准，在支配性财产权领域概括出有体财产权与无体财产权。在这里还有必要论述的是财产权的“无体”问题，即“无体”指的是作为客体看待的权利（无体物），还是作为客体看待的精神产品。青年学者袁秀挺博士曾撰文评述笔者的无体财产权理论，其中的许多观点都颇有见地，但是他将无体财产权的范围扩充到债权、票据权利的看法^⑤，笔者不能苟同。其理由是：第一，有体财产权与无体财产权的分野，是在支配性财产权利范畴内进行的。按照德国民法学家拉伦茨的观点，该

① [美] 罗纳德·波斯頓：《美国财产法的当前发展趋势》，载《外国法译评》，1994（3）。

② 参见蔡吉祥：《无形资产》，深圳，海天出版社，1996。

③ 详细内容参见第二章“六”。

④ 参见吴汉东：《无形财产权的若干理论问题》，载《法学研究》，1997（4）；吴汉东：《无形财产权制度研究》，北京，法律出版社，2001；吴汉东：《财产的非物质化革命与革命的非物质财产法》，载《中国社会科学》，2003（4）。

⑤ 参见袁秀挺：《正本清源——评〈无形财产权制度研究〉之“基本理论编”》，载《私法》，第2辑第1卷，北京，北京大学出版社，2002；袁秀挺：《知识产权在财产权体系中的定位》，载《华中科技大学学报（社会科学版）》，2003（2）。

类权利的客体是为第一顺位的权利客体，包括有体物与无体的精神产品，而债权、票据权利（特别债权）等概为请求性财产权利。另一德国学者梅迪库斯认为债权与请求权无实质区别。^① 因此，有的中国学者将债权作为无体财产权看待，实际上是将支配权与请求权混为一谈。第二，债权、票据权利本身在作为权利客体时，可以视为无体物。有体物与无体物是罗马法、法国法关于客体物的分类，无体物特指除所有权以外的财产权利；德国法规定的物仅为有体物，该国学者有时将精神产品也称为无体物，但强调此类客体应由知识产权法规范，而不由物权法规范。^②

由此可以认为，在罗马法、法国法那里，债权等可以以无体物名义作为另类权利（如继承权、股权）的客体，但关于这种无体物（即权利客体）不能得出是无体财产权（即权利本体）的结论；在德国法那里，债权等则不能视为无体物，因为无体物特指无体的精神产品。总之，对知识产权与无体财产权进行区分，并对上述权利的客体属性作出界定，是非常必要的。

（三）知识产权与信息产权

在当代信息社会里，知识产权的范围有向“信息产权”扩充的趋势。以微机革命、网络革命和通信革命为主流的新技术革命，将人类社会推进到一个信息化时代，信息本身成为促进经济、技术及社会发展的重要资源，也成为人们不可或缺的无形财产。知识产权所涉及的对象可视为非物质形态的知识信息。专利法保护的“新的技术方案”提供了某一领域最新技术的信息；商标法保护的“识别性标记”，本身就是区别不同商品或服务的信息；而著作权法保护的“独创性表达”，通过报刊、书籍、广播电视、电脑网络等各种媒介的传播，成为人们最主要、最广泛的信息源。在这个意义上说，知识产权法可以称为信息保护法。^③ 但是，知识产权并不能简单地等同于信息产权。在信息财产中，有三种类型：一是作为著作权、专利权、商标权所保护的知识信息；二是原处于非专有领域的公共信息；三是未公开披露而通过保密实现其价值的商业

① 参见 [德] 迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，68 页，北京，法律出版社，2000。

② 参见孙宪忠：《德国当代物权法》，3 页，北京，法律出版社，1997。

③ 参见 [日] 中山信弘：《多媒体与著作权（一）》，载《电子知识产权》，1997（5）；冯晓青：《知识产权法基础理论若干问题研究》，载《湘江法律评论》，第 4 卷（2001 年）。