

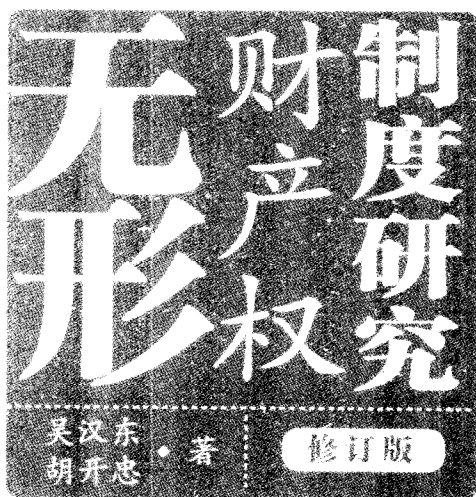
制度研究 财产权 无形

吴汉东 · 著
胡开忠

修订版



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

无形财产权制度研究/吴汉东,胡开忠著.一修订本.
北京:法律出版社,2005.3
ISBN 7-5036-5272-1

I. 无… II. ①吴… ②胡… III. 无形固定资产—
产权—研究 IV. D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 130904 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/刘伟俊

装帧设计/于佳

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京民族印刷厂

编辑/法学学术出版分社
经销/新华书店
责任印制/陶松

开本/787×960 毫米 1/16
版本/2005 年 2 月第 1 版

印张/34.75 字数/469 千
印次/2005 年 2 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术出版分社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939687

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalawbook.com

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65193110

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816/2908

中法图西安分公司/029-85388843

书号:ISBN 7-5036-5272-1/D·4989

定价:46.00 元



再版前言

自20世纪90年代以来,我一直致力于无形财产权制度体系的研究。最早的一篇文章是《无形财产权的若干理论问题》(载《法学研究》1997年第4期),该文初步提出了建立这一制度的构想;新世纪初年,我与胡开忠博士共同撰写了《无形财产权制度研究》,以基本理论构建与具体制度设计为主要内容,对多年研究的成果进行了总成;近年来又先后有两篇论文问世,即《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年第4期)与《论财产权体系——兼论民法典中的“财产权总则”》(即将在《中国法学》2005年第2期发表),则是我对这一问题研究的总结与反思。

在我的著述中,《无形财产权制度研究》与我的博士论文《著作权合理使用制度研究》算是得到学术界关注与好评的两部著作(前者获司法部优秀科研成果一等奖,后者先后获首届全国优秀博士论文奖、司法部优秀科研成果一等奖)。必须承认,《无形财产权研究制度》一书虽读者面较广、销售量较大、引注率较高,但招致学者的争鸣、诘问也较多。在众多的同行评论中,有三位青年学者的意见,至今说来仍不敢忘怀。也许正是这种自由而健康的学术讨论,促使我进一步思考,完成了此书的修订本。

中国人民大学博士周佳念以“新经济狂躁后的理性反思与制度建构——读《无形财产权制度研究》有感”(载《法制日报》2002年4月14日第三版)为题,率先对本书写作的意义和价值作了分析与评价。摒却该文对本书的溢美之词不论,笔者特别关注其中的批评性建议,即文章谈及的无形财产权的理论抽象与制度建构实践之间的关系。周文认为本书的出发点不仅在于建立一种新的概念体系,其价值还在于具有相当的实践意义。最后,他不无担心地写道:“毕竟抽象的程度受制于构建特定制度的成本与目的,盲目的抽象将因缺少操作性或

成本太高而陷于浪漫或无意义。”诚然,笔者不敢沉浸在法学理论研究的浪漫主义与空想主义之中,虽然提出知识产权的上位概念即“无形财产权”,并主张建立一个大于知识产权范围、以包容一切非物质性财产的无形财产权体系,但这种新的理论构想并未破坏我国民法的概念体系,也未改变物权、债权、知识产权的立法体例。对于新的财产权利,笔者建议采取民事特别法另行规制,并在民法典中作出原则规定。为了进一步阐述上述观点,本书修订本增设一章,专门描述了无形财产权与有形财产权以及其他财产权的关系,并讨论了民法典草案的热点问题——财产权总则。

北京大学博士袁秀挺撰写的长篇书评《正本清源——评〈无形财产权制度研究〉之“基本理论编”》(载易继明主编:《私法》第2辑第1卷,北京大学出版社2002年版),以缜密的思维和流畅的文字对本书作出了评点。十分明显,袁博士感兴趣的是“基本理论编”,他写道:“本书可谓近年来对知识产权制度作出全面考察的少数著作之一(普及性的教科书除外)”,“在知识产权具体制度研究相对成熟,而基本理论研究尚很薄弱的学术背景下,本书尤显得难能可贵。可以毫不夸张地说,‘基本理论编’正是全书的精华之所在。”当然,袁博士批评最多的也是这一部分。他指出,知识产权基础理论研究现状的虚弱与混乱,已是不容回避。惟其薄弱,方需要有识之士投身其中;惟其混乱,则需正本清源。文章以点睛之笔写道,“本书作者的观点可能被证伪、被推翻,但这也正是人类知识产品得以不断累积的必经之途”。袁文的批评意见在不少方面都很有见地,引起本人的反思。但有两个基本观点,有必要进行回应:一是财产与物。笔者是在客体这一始点范畴来论述两者关系的,同时也是在罗马法、法国法的概念意义上对无体物进行阐释的。因此,知识产权的客体不能视之为无体物,将其称作知识产品较为适宜。二是无形财产权体系。并不限于袁文,不少学者也在审视无形财产权归类标准的科学性,质问债权、票据权利为何不在无形财产权之列?我的看法是,债权、票据权利可以作为其他权利客体的无体物,但不能视为权利本体的无形财产权。关于无形财产权与有形财产权的分类,我是在支配性财产权范畴内进行的,债权(票据权利也是一种特殊金钱之债)则不能在此范围内论及。上述观点的诸



多论证都写进了增补的第9章。

吉林大学彭诚信博士是本书的另一位热心读者。我们偶遇于日本北海道大学的国际会议。闲暇之中,彭博士谈到他对本书的两点见解:一是无形财产权应改称为无体财产权,“形”与“体”有所区分;二是具体制度编可分为三个部分,以清楚划分创造性成果权、经营性标记权、经营性资信权。对于后者,本人已在修订版中作了重新安排;而对于前者,笔者却维持了原貌。关于无形财产权,英文“Intangible Property”、法文“*Propriété Incorporelle*”、德文“*Unverletzliche Eigentumsrechte*”等,在本来意义上,都是指非物质性(客体)财产权,即“无形(财产)所有权”,以区别于传统的(有体物)所有权。在中文的法学著述中,非物质性财产权的表述却没有西文那么简单。在罗马法中,无体即为无形;而在近现代法中,无形未必就是无体。台湾学者郑玉波先生列举光源、电力、热能等自然力,虽没有物质性的“形”,但有客观实在性之“体”,是为有体物。本人认为,知识产品是精神产物,既无形,又无体,不属于物质性的客体范畴。从这个意义上来说,称相关权利为无体财产权可能更为合适(在美国学者康芒斯所著《制度经济学》一书中,中译本将此类财产译为“无形体的财产”)。考虑到无形财产权中的“形”意指“非物质性”,这一说法已为多数人所理解,日本学者小岛庸和所著一书,就称为《无形财产权》(日本创成社1998年版)。基于上述原因,修订版仍采用了原有书名。

本书修订版除在内容上作出上述修改外,还在“基本理论编”增列“无形财产权与反不正当竞争”一章,删除原有的“无形财产权评估”;在“具体制度编”,补写了“资信类财产权”中的“形象权”。

本书的初版与修订版,系由笔者拟纲并修改定稿,其中本人撰写了第一编第1、2、3、6、9、10章以及第四编。胡开忠博士撰写了第一编第4、5、7、8、11章以及第二编、第三编(该部分得到中南财经政法大学引进人才科研启动金资助)。此次修订,承蒙我的博士生杨明、肖志远、硕士生杨冠锋、肖尤丹协助收集资料、整理文稿、处理文字,在此铭记以为致意。

最后,还要感谢国家司法部科研项目和全国优秀博士论文作者基金项目给予的资助,感谢法律出版社的厚爱与支持,感谢法学界诸位

同仁及广大读者的关注与指正。

谨将此书献给中国的知识产权法制建设事业。

吴汉东

2004年10月于武昌南湖



初版前言

当我们站在世纪之交的门坎,回首无形财产权制度的历史轨迹,不难看到 20 世纪法制成就的辉煌与新的财产权利机制对人类生活的影响。好多年前,西方人信奉一句格言:“知识就是力量”。如今,国际社会形成一个共识:“知识就是财富”。从“Power”(力量)到“Wealth”(财富),反映了人们对知识价值的认知在不断的深化。其实,在现代社会中,时代列车的前进无一不是高新技术的牵引,知识的力量犹在;而且,在现代制度的安排下,知识被直接赋予了财产价值,拥有知识即意味着拥有财富。20 世纪初,经济发展的要素主要是资金、资源和劳动力,科学技术对国民经济增长的贡献率只占 5%;但进入 20 世纪 80 年代以来,不少国家依靠科技进步提高生产力的比率达到 50%—70%,其中,美国、德国经济增长中的知识要素更是达到 80%—90%。可以说,在经济发展的诸要素中,有形物质的作用相对降低,知识和智力的作用空前提高。与此同时,社会财富的结构也明显发生变化,无形财产已构成现代社会最重要的财产类型,以技术、信息为表现形式的知识财富成为新一代富豪身价不凡的象征。20 世纪 80 年代初期,世界富豪的前 10 名,几乎全是石油大王、汽车大王等工业经济时代的骄子,而今天稳坐前排交椅的却是电脑奇才、芯片专家这些“知识新贵”。靠知识致富的比尔·盖茨不仅本人连续 5 年排名世界首富,而且他的微软公司造就了超过美国通用汽车公司 3 倍的市场价值以及 2000 多个百万富翁。迎着新世纪的曙光,人们已经看到:知识经济时代的大门已经开启,知识产品的财产价值日益凸现。

知识要成为财富,成为知识创造者个人控制和享有的财富,有赖于国家法律的确认与保护。知识财富的法律化、权利化形态就是知识产权或无形财产权。关于无形财产保护的法律制度,从其兴起到发展至今只有三四百年的时间,但它却极大地促进了社会经济和科学、文

化事业的发展。西方发达国家率先建立和健全了自己的知识产权法律制度,并在世界范围内倡导构建了知识产权国际保护体系。进入 20 世纪下半叶以来,知识产权领域出现了两个引人注目的变化:一是新技术革命的发展,带来知识产权制度的变革与创新;二是新国际经济秩序的形成,带动各国知识产权立法走上一体化、趋同化的进程。知识产权制度的发展与变革,不仅表现为其保护范围不断扩展、权利内容日益丰富多彩,而且表现为新的权利制度陆续产生、旧的权利体系几近打破。换言之,由于现代商品经济的发展与社会财富形态的变化,财产已越来越多地变为无形的、非物质性的,众多的无形财产已不限于是传统的知识产权。鉴于上述情形,作者从 20 世纪 90 年代中期以来,提议建立一个大于知识产权范围的无形财产权体系,以包容一切基于非物质形态(包括知识经验形态、经营标记形态、商业资信形态)所产生的权利,以回应现代科学技术与商品经济发展所带来的法律需求。新的时代需要新的理念勃兴、需要新的制度安排,对此作出些许探索,即是本书作者写作的初衷所在。

本书尝试构筑无形财产权制度的理论基础(参见上编),建立创造性成果权、经营性标记权、商业性资信权等新的权利体系(参见下编),力图在“历史”与“现实”的交汇点上聚集相关法律法规的变革与发展,在“理论”与“实际”的结合上设计新的法律制度与规则。

本书系笔者主持的国家司法部科研项目,并得到全国优秀博士论文作者基金的部分资助。全书由本人与胡开忠博士共同完成,杨明硕士撰写了第二十二章的初稿。本人负责全书框架设计并修改定稿。由于学识所限,书中不妥之处甚多,恳请各位读者多加指正。

吴汉东

2000 年岁末于武汉寓所



目 录

第一编 无形财产权基本理论

第一章 无形财产权制度的历史变革	/ 3
一、古罗马财产制度的萌生	/ 3
二、近代社会财产制度的发展	/ 6
三、现代社会财产制度的变革	/ 12
四、当代无形财产制度的发展与变化	/ 17
第二章 无形财产权的基本理论范畴	/ 24
一、财产与物	/ 24
二、知识财产、无形财产与知识产品	/ 28
三、知识产权、无形财产权与无形资产	/ 33
第三章 无形财产权的客体、主体与客体	/ 41
一、无形财产权的性质	/ 41
二、无形财产权的基本特征	/ 45
三、无形财产权的主体	/ 54
四、无形财产权的客体	/ 60
第四章 无形财产权的利用	/ 65
一、无形财产权的实现途径	/ 65
二、无形财产权的利用对象分析	/ 74
三、无形财产权的约定使用	/ 77

四、无形财产权的许可使用	/ 79
五、无形财产权的转让	/ 82
六、无形财产权的质押	/ 87
第五章 无形财产权的限制	/ 95
一、私权与公益的平衡:无形财产权限制产生的必然	/ 95
二、无形财产权均衡机制的构建	/ 106
三、影响无形财产权限制的诸因素	/ 108
四、无形财产权限制的规范分析	/ 111
五、对无形财产权限制的反限制	/ 122
第六章 无形财产权的保护	/ 134
一、无形财产权的保护范围	/ 134
二、侵犯无形财产权行为的概念与特征	/ 138
三、侵犯无形财产权行为的归责原则	/ 142
四、侵犯无形财产权的法律救济	/ 148
第七章 无形财产权的制度体系	/ 155
一、两大法系国家有关无形财产权立法体系的建构	/ 155
二、国际组织拟定的无形财产权立法体系	/ 164
三、创建我国无形财产权立法体系的设想	/ 165
第八章 无形财产权与反不正当竞争	/ 174
一、反不正当竞争与无形财产权保护的关系	/ 174
二、我国反不正当竞争法在知识保护上存在的 缺陷及其完善	/ 178
三、数字环境下反不正当竞争法面临的 无形财产权保护问题	/ 187
第九章 无形财产权与有形财产权以及其他财产权	/ 193
一、财产权利形态及其分类标准	/ 193



二、财产权类型扩张与制度变革	/ 196
三、财产权体系:有形财产权、无形财产权、其他财产权	/ 203
四、财产权立法与民法典编纂	/ 209
第十章 无形财产权的经济分析	/ 214
一、产权界定与无形财产权的制度选择	/ 214
二、产权交易与无形财产权的利用	/ 221
三、产权保护与无形财产权的法律救济	/ 229
第十一章 无形财产权的管理	/ 236
一、无形财产权管理制度设定的始因	/ 236
二、无形财产权的授权管理	/ 240
三、无形财产权的利用管理	/ 245
四、无形财产权的行政保护	/ 249
 第二编 创造性成果权	
第十二章 著作权	/ 253
一、著作权制度的历史沿革	/ 253
二、著作权的性质和特点	/ 259
三、著作权的内容概述	/ 262
四、现代著作权内容的发展变化	/ 275
五、网络时代著作权制度的新展望	/ 278
第十三章 专利权	/ 288
一、专利制度的起源与发展	/ 288
二、专利制度的现代化与一体化	/ 297
第十四章 集成电路布图设计权	/ 312
一、集成电路布图设计之含义	/ 312
二、集成电路布图设计保护之由来	/ 314

三、集成电路布图设计权之立法比较	/ 318
------------------	-------

第十五章 商业秘密权	/ 329
-------------------	-------

一、商业秘密权的保护历程	/ 329
二、商业秘密权的保护对象之界定	/ 331
三、商业秘密权的性质与内容之分析	/ 334
四、商业秘密权的保护与社会公益之协调	/ 339

第十六章 植物新品种权	/ 345
--------------------	-------

一、植物新品种权产生的历史必然	/ 345
二、植物新品种权的保护模式	/ 348
三、植物新品种权的内容	/ 351

第三编 经营性标记权

第十七章 商标权	/ 361
-----------------	-------

一、商标的含义、特征及其功能	/ 361
二、商标权保护的历史进程	/ 364
三、商标权的性质与特征	/ 367
四、商标权的内容分析	/ 369
五、商标权制度的发展与变化	/ 374

第十八章 货源标记或原产地名称权	/ 388
-------------------------	-------

一、货源标记或原产地名称权之界定	/ 388
二、货源标记或原产地名称之功能评价	/ 391
三、货源标记或原产地名称权的保护趋势	/ 392
四、关于货源标记或原产地名称的保护模式的评价	/ 395
五、我国对货源标记或原产地名称的保护	/ 396

第十九章 商号权	/ 400
-----------------	-------

一、商号制度的历史沿革	/ 400
-------------	-------



二、商号权的概念及性质辨析	/ 402
三、商号权的取得	/ 406
四、商号权的内容	/ 410
五、商号权的法律保护	/ 414

第二十章 域名权 / 415

一、域名的含义及功能	/ 415
二、域名保护的现状及域名权的提出	/ 418
三、域名权的取得	/ 422
四、域名权的内容	/ 428

第四编 经营性资信权

第二十一章 形象权 / 433

一、知名形象:形象权的保护对象	/ 433
二、制度比较:形象商品化的权利形态	/ 438
三、无形财产权:形象权的基本属性	/ 444
四、形象权的基本范畴:内容、限制、期限与保护	/ 449

第二十二章 商誉权 / 454

一、商誉的性质、特征以及与相关概念的区别	/ 454
二、商誉权的性质、特征与内容	/ 459
三、商誉权制度的产生与发展	/ 464
四、商誉权的侵害及其民事救济	/ 468

第二十三章 信用权 / 473

一、信用:偿债能力的社会评价	/ 473
二、信用权:资信利益的法权形态	/ 478
三、信用权的法律保护:制度选择	/ 483

第二十四章 特许经营权	/ 489
一、特许经营的概念探析	/ 489
二、特许经营权的历史追溯	/ 495
三、特许经营权的界定	/ 498
四、特许经营权发展的制度背景	/ 499
五、特许经营权的本质、法律属性及特征	/ 501
六、特许经营权的客体	/ 509
七、特许经营权的内容	/ 512
八、特许经营权的法律定位及其保护模式	/ 515
九、特许经营权的法律保护与限制	/ 522
参考书目	/ 536

第一编

无形财产权基本理论

- 第一章 无形财产权制度的历史变革
- 第二章 无形财产权的基本理论范畴
- 第三章 无形财产权的客体、主体与客体
- 第四章 无形财产权的利用
- 第五章 无形财产权的限制
- 第六章 无形财产权的保护
- 第七章 无形财产权的制度体系
- 第八章 无形财产权与反不正当竞争
- 第九章 无形财产权与有形财产权以及其他财产权
- 第十章 无形财产权的经济分析
- 第十一章 无形财产权的管理

