

“十二五”国家重点图书出版规划

◎ 吴汉东 著

知识产权多维度 学理解读

中国当代法学家文库

吴汉东法学研究系列

Contemporary Chinese Jurists' Library

中国人民大学出版社

“十二五”国家重点图书出版规划

知识产权多维度 学理解读

中国当代法学家文库

吴汉东法学研究系列

Contemporary Chinese Jurists' Library

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

知识产权多维度学理解读/吴汉东著. —北京: 中国人民大学出版社, 2014. 9
(中国当代法学家文库·吴汉东法学研究系列)
ISBN 978-7-300-19931-3

I. ①知… II. ①吴… III. ①知识产权法-研究-中国 IV. ①D923.404

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 211099 号



“十二五”国家重点图书出版规划

中国当代法学家文库

吴汉东法学研究系列

知识产权多维度学理解读

吴汉东 著

Zhishi Chanquan Duoweidu Xueli Jiedu

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)

010-62511770 (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 涿州市星河印刷有限公司

规 格 170 mm×228 mm 16 开本

版 次 2015 年 1 月第 1 版

印 张 47.75 插页 3

印 次 2015 年 1 月第 1 次印刷

字 数 703 000

定 价 128.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换



总 序

我与知识产权三十年

从读书到从教，我与知识产权结伴同行已有三十余年。读书、教书、写书，一直秉持学者本色，自诩中国知识产权法学的研究者和传播者；学法、讲法、立法^①，践行法治理想，是为中国知识产权事业的见证者和推动者（光明日报语）。我是“文化大革命”前的“老三届”毕业生（1967级初中毕业生），亦是恢复高考后的“新三级”学人（1977级本科生），自1982年毕业留校工作以来，教研活动从罗马法到民法均有涉猎，而后转向专治知识产权。从我的第一本教材《知识产权法概论》（1987年）、第一篇文章《试论〈民法通则〉中的知识产权制度》（1986年）乃至新中国第一篇知识产权专题硕士学位论文（1986年）^②开始，我的研究成果多集中于知识产权领域，时至今日已有十多本著作、百余篇论文、近百场讲座。

三十余年来，我致力于知识产权问题研究，专注于两个方面，一是知识产权法律科学的基础理论体系，二是知识产权制度建设的重大现实问题。坚持自由探索与问题导向、坚执学理探究与术用应对、坚守专业研究与学科融通，这是法学

① 笔者曾被选任为湖北省人大常委会委员、湖北省法制委员会副主任委员，参加了一段时间的地方立法工作。

② 参见杜学亮主编：《著作权研究文献目录汇编》，北京，中国政法大学出版社，1995。



工作者应有的学者品格和学术素养。就理论联系实际而言,我认为,知识产权的学术研究,既不能坐而论道,也不能就事论事,而应是学理研究和应用研究两者的结合。著名教育家蔡元培先生将学术解析为“学理”和“术用”。他认为,“学必借术以应用,术必以学为基本”。我的理解是:知识产权学理研究必须以应用为目标,如果纯粹理论探究而失去应用目的,就没有常青的学术生命活力;知识产权术用研究又要以一定的学理为指引,倘若应用研究缺乏深厚的学理,就没有可持续发展的学术生命基础。因此,知识产权学者一定要把学理研究和应用研究紧密地结合起来,既要避免学理研究中的法学浪漫主义、唯美主义和空想主义,也要防止应用研究中的法律机械主义、教条主义和形式主义。

三十余年践行此道,虽谓有果却未有大成。2010年,承蒙中国人民大学出版社不弃,计划将我的著述列入“中国当代法学家文库”。经过两年的整理、加工,计有七部著述将陆续出版,它们是《著作权合理使用制度研究》、《知识产权总论》、《无形财产权基本问题研究》、《知识产权多维度学理解读》(论文集)、《知识产权中国化应用研究》(论文集)、《我为知识产权事业鼓与呼》(演讲、访谈集)、《罗马私法与现代民法》。上述作品涉及知识产权基本理论研究和知识产权主要制度研究,同时包括民法的相关问题;写作的时间跨度从20世纪80年代到21世纪初年,但多为20世纪90年代中期以后的研究成果,反映了我从事知识产权教研工作以及相关法律实务的心路历程。

该系列的出版,得益于各位同行、学生乃至许多读者的帮助和支持。感谢中国人民大学出版社的各位编辑,他们认真细致的工作态度,有时使我这个学术上较真的人也感到汗颜;感谢我的学生熊琦博士、李瑞登博士以及博士生瞿昊晖、锁福涛、张颖和研究生夏壮壮为本套书的打印、校对、查找资料所付出的艰辛劳动;感谢全国法学界特别是知识产权界同行、读者对本人著述给予的厚爱与关注。

三十余年来,我一直在知识产权园地教书、写作,但“教习”不为晋仕途,“学究”并非稻粱谋。微博言:今天做了明天还想做的是事业,今天做了明天还得做的是职业,我以“学术为志业”(马克斯·韦伯语),有幸将自己所追求的事





业与所喜欢的职业合为一体，因而是苦中有乐，乐此不疲。我的学术生涯还在继续，虽已过耳顺之年，但常常以“60后”自居。以书为伴，书伴人生；与法同行，法行天下；释放知识产权制度“正能量”，发出知识产权事业“好声音”，这就是我——一个中国知识产权学人的光荣与梦想。

吴汉东

2013年7月于武昌



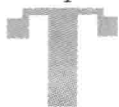
代前言：知识产权研究谈

知识产权研究谈

做研究，写文章，是学者的本分。从教三十余年来，我一直努力践行之。两百余篇论文，一百多万文字，有的忝列于权威学术刊物中（其中发表于《中国社会科学》、《法学研究》、《中国法学》三大刊物共计 24 篇），也有的见诸重要新闻媒体（包括《人民日报》、《光明日报》、《中国知识产权报》、《法制日报》等）。此次收入文库的论文分别为《知识产权多维度学理解读》和《知识产权中国化应用研究》两部，收录了我在学术刊物上发表的大部分论文，是为各个时期的代表性作品，但不包括各大报纸刊载的言论与访谈。这些文章绝大多数以知识产权为题，但也罗列了一些私法专题。写作的时间跨度从 20 世纪 80 年代到 21 世纪当下十年，多为 20 世纪 90 年代中期以后的研究成果，反映了我从事知识产权教研工作的心路历程。

近些年来，不少学生问及知识产权研究方法，讨教所谓的写作“秘籍”。由于职责所在，我只得“好为人师”，对我的研究生、博士生介绍研究知识产权的心得体会。课堂随口而言，录音整理成文，此次略作修改补充，聊作文集的前言。

研究知识产权，是一门学问。它不能偏离民法学的基本原理，但又不能拘泥于传统的民法学框架。它是一门法律学问，讲的是法言、法语，但又不能缺少必





要的相关知识元素。因此，研究知识产权，首先要了解知识产权学问的基本特性。我以为，应注意以下三点：

一是以民法学理论为基础。

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所有权。民法所规定的基本原则和一般规范，应适用于各项私权制度，当然包括知识产权制度。离开了民事权利体系，知识产权就会成为无源之水、无本之木，无法找到其应有的法律归属。因此，知识产权学者亦应是民法学者，知识产权的研究须以民法学为理论基础。我国的一些知识产权学者对民法学表现出不应有的忽视甚至轻视。我们看到，有的知识产权著述离开了民法原理，使得学者之间失去了话语沟通与交流的平台。例如，有些知识产权专家在侵权损害归责原则中，将“停止侵权”、“消除危险”此类物权保护方法，解释为“无过错责任原则”的适用。而在德国学者拉伦茨、我国台湾地区学者王泽鉴看来，归责是指“负担行为之结果”，即损害赔偿，是为债权保护方法。又如，不少文章将知识产权的本质特征概括为无形性，认为独占性、时间性、地域性皆由此派生而来。其实，在罗马私法的理论语境中，客体存在有体物与无体物之分，无体物即拟制之物，即具有财产内容的权利。因此，知识产权与所有权的根本区别，不在于本体内容，而是由客体的非物质性所决定。在这一点，台湾大学曾世雄先生与我在不同研究领域得出了相同结论。在研究中，强调知识产权质的差异性，并不能否认其归类于私权的质的规定性。知识产权的基本范畴，必须置于民法学的语境中，才能得到合理的、科学的解释。

二是以多学科知识为背景。

知识产权是近代商品经济和科学技术发展的产物，在诸多民事权利制度中，唯有知识产权制度最具科技含量，最多知识要素。知识产权制度在其并不太长的历史中，历经从工业革命到信息革命的不同时期，基于科技革命而生，由于科技革命而变，其制度史本身就是一个法律制度创新与科技创新相互作用、相互促进的过程。科学技术领域的革命带来知识产权制度的变革，研究现代化的知识产权，必须了解现代化的科学技术。诸如，与网络技术相联系的“网络版权”、“网





络商标”、“网络不正当竞争”问题，以生物工程技术为基础的“基因专利”问题，以及基于现代种植技术所产生的植物新品种权、基于集成电路技术所产生的布图设计权等问题，这些已无法简单沿用传统的理论来诠释，也不宜套用传统的制度来解决。知识产权制度具有与时俱进的时代先进性。熟悉新的科学技术，探讨新的法律问题，是知识产权学者所应具备的科学精神。此外，还应看到，现代知识产权是一个庞大的制度体系：著作权发生在文化创作领域，与文化创新、文化产业息息相关；专利权产生于技术应用领域，与科技创新、科技产业紧密相连；商标权则运作于工商经营领域，涉及商品销售、市场贸易诸多问题。在知识经济的时代条件下，知识产权关系到一国的经济发展、科技进步、文化与教育的繁荣；而在经济全球化的国际背景中，知识产权保护又事关国际政治、国际经贸、国际文化与科技的交流和合作关系。在这种态势下，从法学理论出发研究知识产权，当是题中应有之意；而结合政治学、社会学、伦理学、经济学、管理学以及政策科学等理论，多视角、全方位来考察知识产权，也显得非常必要。

三是以基本理论问题和实践问题为对象。

知识产权是一种理论上有待系统化、成熟化的法律。由于这一制度历史不长，且变动频繁，其基本范畴、基本原理、基本问题无一不在探讨之中。有的学者讲，知识产权没有自己的理论，其意思一谓其太艰深，二谓其多歧见。笔者不以为然，正因为如此，知识产权研究才表现出有别于传统财产权研究的理论魅力，才向知识产权学者提出了理论创新与制度创新的学术要求。同时，知识产权也是一种实践性很强的法律。知识产权每一个制度，每一个条文，都有着深厚的社会生活基础，体现着创制者深刻的立法意图。歌德讲，“理论是灰色的，而生活之树常青”。我们可以说，知识产权法条是枯燥的，但知识财产世界是丰富多彩的。运用知识产权规范，解决知识的生产、传播、运用、保护等法律问题，是知识产权学者面临的学术任务和社会责任。基于上述考虑，我认为，作为研究对象的知识产权问题，包括三类：首先是理念层面，涉及知识产权法律价值、法律功能、法律原则等问题；其次是规范层面，包括知识产权法律制度、法律规则、法律技术等问题；最后是操作层面，关系到知识产权法律解释、法律适用、法律





活动等问题。

三十余年来，我国的知识产权研究在与西方法学思潮的交流和碰撞中，已经从单纯的借鉴和移植走向自立和创新，初步形成具有中国特色的知识产权学说思想，为知识产权的制度建构、政策运行、战略实施提供了重要的思想基础。我国学者致力于知识产权的学理研究和应用研究，取得了长足的进步：对知识产权基础理论的建构，历经 20 世纪 80 年代的初探，90 年代的反思至 21 世纪初的再认识，已渐趋成熟；对知识产权国际化趋势的关注，聚焦于 TRIPs 协议实施所引发的东西方利益失衡、知识产权与人权冲突和传统资源保护带来的制度变革等问题，愈见主动；对知识产权现代化诉求的回应，直面网络技术和基因技术对现行知识产权制度的各种挑战，渐显及时；对知识产权战略化工程的推动，涉及战略制定与实施的各个环节，着力跟进；对中国知识产权制度完善和法律适用，有立法建议，也有学理解释，更是积极参与。

我国知识产权学者在关注外国先进法律理念，进行本土理论创新的同时，还努力探寻适合中国语境和文化背景的法律解释和政策适用方法，从而形成包括多种分析工具的方法论体系。“工欲善其事，必先利其器”。了解和掌握知识产权研究中的分析工具是非常重要的。根据本人的体会与他人的经验，在此我提出以下三对主要的分析方法：

一是历史分析的方法与逻辑分析的方法。

历史分析方法，就是运用科学的历史观，对法律制度的产生、发展与变革的一般规律进行纵向分析和动态考察。在历史分析中，我们主要探讨法律制度的历史类型、社会基础、时代背景，尽可能在这种历史分析中寻找一些规律性且趋势化的东西。知古通今，以史为鉴。在知识产权研究中，有些原理、规则的分析，往往追溯到古代罗马、涉猎近代英国和现代美国。这种历史分析是必要的，也是能够说明问题的。如前文所言，一些知识产权学者将侵权责任的“责”作广义理解，认为“禁止令”不以过错为条件，是为无过错原则。其实，损害赔偿之债才涉及过错与无过错的问题。从罗马阿奎利亚法到近代民法，奉行的都是过错责任原则。到了工业革命时期，为了填补不幸损害，才产生了无过错责任原则。如果

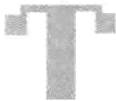


知识产权学者的上述观点能够成立的话，那么民法史、侵权法史就得改写了。因此，历史分析的方法是一个有效的论证工具。

逻辑分析方法，是对法律规范进行概念的限制、区别、划分和排列，对法律现象进行发现、解释、论证和系统构造。逻辑分析是我们经常采用的分析工具，主要有以下几种：第一是定义。法条中、文章里的诸多概念，是我们研究的起点，是知识产权研究的起始范畴。第二是区别。包括对词语、事物、意义的区别。第三是划分。包括对词语、事物的划分，分析它们的相同点、不同点。第四是论证。也就是我们通常所说的大前提、小前提以及结论。第五是划归和归纳。例如对主要原因和次要原因的判断，问卷调查以及所作出的结论。逻辑分析是一种非常重要、经常运用的研究方法，它对于某个制度内部结构的解析，或者对某个制度体系的构造都是有幫助的。换言之，对知识产权的体系化构建，须以权利位阶性的认识为基础。以网络信息传播权的归类为例，即在位阶上可表现为：网络信息传播权——著作财产权——著作权——知识产权——财产权——民事权利。此外，历史分析方法与逻辑分析方法往往是融通的。例如，近代知识产权制度的产生，存在一条联结科技、经济、法律一体化发展的轨迹，即社会生产的科技化→科技成果的商品化→知识商品的产权化→权利制度的体系化，这些就是历史与逻辑的统一。

二是规范分析的方法和实证分析的方法。

规范分析方法，是依某些规范和理论对法律进行定性分析，研究法律活动应该是什么以及社会法律问题应该怎样解决。这是一种应然性分析。在规范分析中，首先要提出一定的价值判断作为基础，并把这种价值判断作为法律理论的前提和制定政策的依据。在这里，先要有一个价值判断，设定一个准则。例如，法律的价值目标，过去从法哲学意义上来说，首要是法律正义。然而法经济学认为，在正义目标之外，还有效益目标。如何实现法律效益，经济学家有很多标准，其中最有影响的是帕累托标准，即“在交易中，至少使一方受益，同时不使他人受损”。在交易中，当事人有三种选择：一为损人不利己，这是最笨的；二为损人利己，这是不可取的；三为最好的方法，即利己不损人，或者双方有利，





这就是我们通常所说的“双赢”或者“多赢”。知识产权法奉行“保护创造者权利与促进知识传播”的立法宗旨，其实是正义与效益双重价值目标的体现。规范分析的方法不仅可以用于分析一种法律行为本身、法律活动过程，还可以分析法律制度的设计和构建。

实证分析方法，是运用某些技术、方法对法律进行定量分析，它的任务是描述法律现象以及社会法律问题实际上是如何解决的。这是一种实然性分析。在这种分析中，要用事实来检验理论和规则的合理性、正确性、科学性。实证分析不但要求有一个规范性的指导思想，更重要的是要将具体问题量化，包括基本数据采集、数学模型分析等，使我们的分析精确可靠。在法律研究中，实证分析是一个非常薄弱的环节。朱苏力教授写的《送法下乡》，陈小君教授主编的《农村土地法律制度研究》，都体现了实证分析的魅力，根据调查数据所产生的研究结论有很强的说服力。在知识产权研究中，实证分析亟待加强。例如，发明专利实施的绩效分析、软件音像盗版的比率分析、侵权行为中法定成本与非法所得的比例分析等，都需要利用实证分析的工具。

三是比较分析的方法与注释分析的方法。

比较分析方法，是以不同国家、地区的法律制度为对象，对不同法律制度的类型、传统、理念、原则、原理、规范进行的比较研究，其中包括法律制度异同的分析，相关法律制度冲突以及解决途径的分析等。比较分析是学术研究中的常用方法。沈宗灵先生在《比较法总论》一书中谈到，在 19 世纪第一次民法典编纂高潮中，形成了比较研究的高潮。欧洲大陆的民法学者对不同国家的民事法律制度进行考察和比较，其研究成果推动了 1804 年《法国民法典》和 1896 年《德国民法典》的形成。当代知识产权制度出现了一体化、国际化的潮流，表明这一制度的基本原则和主要规则在全球范围内的普适性。但是一体化、国际化，并不等于知识产权在保护内容、保护标准、保护水平等方面的全球规范的统一化。而且应注意，知识产权制度在不同类型的国家有着不同的命运。其中不仅有制度选择所涉及的法律价值、法律形式、法律内容的科学性和合理性，而且有制度实施所涉及的社会发展水平、政策体系、文化环境的协调性和相适应性。对于这些问





题的研究，比较分析也许是最有益的工具。

注释分析方法，是以法律文献作为研究对象，对法律精神、法律原则、法律规范的阐释、说明和分析。根据罗马法学家的分类，注释分析包括文义解释和论理解释。从历史上看，注释分析方法始于 12 世纪，当时的意大利学者最先对罗马法文献采取了注释研究的方法。早期的注释法学派，对罗马法进行逐章、逐段、逐句的解释，更多的是一种文义解释，难免陷入形式主义和机械主义。后期的注释法学派采取论理解释的方法，注重探讨法律制度、法律规范的真意。我想，这两种解释方法，在知识产权研究中都是有益的。

其实，法律研究的方法很多，在这里我仅列举了三对范畴共六种方法。从事知识产权研究，应具有严谨的治学态度，同时也要掌握高明的治学方法。对研究方法的研究，这里所涉的不过是一种探讨和体会。三十年来，我心欲往，却未践行有果，写出来供各位同仁参考。



目 录



第一编 知识产权基础理论研究

知识产权的多元属性及其研究范式	3
关于知识产权本质的多维度解读	23
知识产权基本理论范畴研究	
——以无体物、无形财产、无形财产权为主要研究对象	43
关于知识产权若干理论问题的思考	60
简论知识产品的特点	69
关于知识产权本体、主体与客体的重新认识	
——以财产所有权为比较研究对象	73
罗马法的“无体物”理论与知识产权制度的学理基础	90
财产权客体制度论	
——以无形财产权客体为主要研究对象	101
关于知识产权私权属性的再认识	
——兼评“知识产权公权化”理论	125
法哲学家对知识产权法的哲学解读	136
知识产权法价值的中国语境解读	153





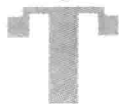
试论知识产权限制的法理基础	177
知识产权保护论	189
知识产权国际保护制度的基本原则	208
中国知识产权法学研究 30 年	225
知识产权学理研究与应用研究的并进发展	251

第二编 知识产权前沿问题研究

财产的非物质化革命与革命的非物质财产法	257
科技、经济、法律协调机制中的知识产权法	277
知识产权法律构造与移植的文化解释	311
知识产权的制度风险与法律控制	336
文化多样性的主权、人权与私权问题分析	357
知识产权的私权与人权属性	
——以《知识产权协议》与《世界人权宣言》为对象	384
知识产权 VS. 人权：冲突、交叉与协调	404
知识产权限制制度的法律变革	414
试论反不正当竞争中的知识产权问题	425
无形财产权的若干理论问题	439
知识产权国际保护制度的变革与发展	450

第三编 著作权基本理论研究

中国传统文化与著作权制度略论	479
关于中国著作权法观念的历史思考	491
“著作权”、“版权”用语探疑	502
关于著作权若干问题的探讨	507





著作权客体论	516
关于“著作权保护思想的表现形式”理论的辨析	528
网络环境下的版权热点问题与思考	535
网络版权风险控制与网络社会管理创新	542
从电子版权到网络版权	555

第四编 私法理论问题研究

社会主义商品关系与民法平等原则	589
试论全民所有制内部所有权与经营权的分离	599
论特殊侵权行为的民事责任	615
试论社会主义商品经济运行机制中的法律调控体系	625
试论市场竞争机制的法律环境	635
论传统文化的法律保护	
——以非物质文化遗产和传统文化表现形式为对象	647
论财产权体系	
——兼论民法典中的“财产权总则”	672
关于遗传资源客体属性与权利形态的民法学思考	696
试论人格利益和无形财产利益的权利构造	
——以法人人格权为研究对象	707
电子眼监控与隐私权的利益冲突	719
企业经营权法律模式的评价与选择	725
罗马法的传播与法律科学的繁荣	734
法律的道德化与道德的法律化	
——关于法制建设和道德建设协调发展的哲学思考	738

