

代表作



吴汉东 著

知识产权精要

制度创新与知识创新

法律出版社

吴汉东
著

知识产权精要

制度创新与知识创新

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

知识产权精要:制度创新与知识创新 / 吴汉东著

— 北京:法律出版社,2017

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1388 - 1

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(2017)第 222635 号

知识产权精要

制度创新与知识创新

ZHISHI CHANQUAN JINGYAO

ZHIDU CHUANGXIN YU ZHISHI CHUANGXIN

吴汉东 著

责任编辑 吴 昉

装帧设计 乔智炜

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印业有限公司

责任印制 沙 磊

编辑统筹 法律教育出版分社

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 33.75

字数 505 千

版本 2017 年 8 月第 1 版

印次 2017 年 8 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)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1388 - 1

定价:68.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



吴汉东 在武汉长大的江西人。现已过耳顺之年，在任中南财经政法大学资深教授、博士生导师、知识产权研究中心名誉主任；兼任教育部社会科学委员会法学学部委员、国务院反垄断委员会专家咨询组成员、国家知识产权战略咨询专家等。27岁上大学前，当过农民、投递员和机关干部。从本科生、研究生到博士生，一直读的都是法学专业。虽有在美国做高级访问学者、到澳门特别行政区任立法会议员顾问的海外阅历，也有在高校从事管理、任职湖北省人大常委会的社会经历，但三十多年来的主要工作是教学与研究。在校期间讲授过民法、罗马法、知识产权等课程，是国家级优秀教学团队“知识产权教学团队”的带头人。著有“当代中国法学家文库·吴汉东法学研究系列”六卷本，另在《中国社会科学》、《法学研究》、《中国法学》等刊物发表学术论文一百五十余篇。专著和论文曾获首届全国优秀博士论文奖、首届中国出版政府奖（图书类）、司法部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等；入选2011年度国家哲学社会科学成果文库，两本著述将以英文、韩文在海外出版。2006年5月，在中央政治局第31次集体学习上为国家领导人讲解“我国知识产权保护的法律和制度建设”。2009年、2011年两次被评为“年度十大全国知识产权保护最具影响力人物”，并于2009年、2011年两度被英国《知识产权管理》（MIP）杂志评为“全球知识产权界最具影响力五十人”。

知识产权法与创新联系在一起。知识产权法源于创新而生,是为财产权制度革新的产物;基于创新而变,当以激励知识创新为价值目标。知识产权法产生、变革和发展的历史,就是科技、文化创新与法律制度创新相互作用、相互促进的历史。可以认为,坚持制度创新与知识创新是知识产权法的历史过程和时代使命。

代序：我的学术人生选择

我与知识产权结下不解之缘，是学术人生的重大选择。

人的一生有很多的选择，求学的选择、职业的选择、家庭的选择、栖居的选择……这些似乎构成了人生命运的选择。我等芸芸众生，不能坐等生活选择自己，而只有自己去选择生活。人生的道路上，无可选择中也有选择，多种选择中只有一种选择，今天的选择决定着明天的生活。

17岁那年，正值“文化大革命”时期，我作为1967级初中毕业生与同时代的大学生、高中生，都卷入了“上山下乡”的洪流之中。大学停办，工厂停招，只能到农村做“知识青年”，这是中国历史命运的安排，作为弱小无助的个体无从选择。在乡村的两年间，我赶车驾辕，插秧割谷，修堤筑坝，度过了一段艰苦的岁月。一年到头，虽有劳作之累和生活之困，但农暇之夜煤油灯下的阅读——读文学、读历史、读政治，就成为自己的一种生活享受。19岁时，我有幸招工进了湖北边城的邮政部门，总算有了稳定的工作和固定的收入，这是没有职业选择中的最好选择。从投递员直到共青团干部，我在那里工作了八年。独居异乡的日子，生活是平寂的，但也有些许色彩，两本读书笔记和一些文学创作是我的青葱年代最重要的收获。借用鲁迅先生的话说，“人家喝咖啡、逛马路的时间，我是用来读书看报的”。感念生活道路的艰辛，在求索中学会选择。

1977年恢复高考，生活让我有了新的选择。时年，我以27岁的“高年龄”，初中两年的“低学历”考取了大学。中南政法（时称湖北财经学院法律系）77级，聚集了不同年龄、不同经历的“新三级学人”。经历过国家动荡的十年，青春荒废的十年，我们渴望走进校门重新学习。对于我们来讲，“为中华崛起而读书”不是一句时髦的口号，而是50位同学的选择。

四年大学生活结束后,大多数同学选择了法律实务,日后成长了两位部长、十几位厅局长、几位大律师。一部分同学选择了执教,成就了今天中国法学界的大家,包括王利明(中国人民大学,民法学)、黄进(中国政法大学,国际私法)、余劲松(中国人民大学,国际经济法)、方世荣(中南财经政法大学,行政法)、邵沙萍(中国人民大学,国际法)、李仁真(武汉大学,国际经济法)等。毕业当年,我已过“而立”之年,既没有进入政界,也没有走向京城,而是选择了在本校教书。留校既有家庭之累的考虑,更有职业取向的选择,由此实现了“农民—工人—职员—教师”的人生转型。感念高考制度改革,我等有了选择的机会。

1986年,我完成了研究生学业。由于硕士授权点的限制,我报考的是法学理论专业,师从法理学家章若龙先生;出于对民法学的偏好,又在民法学家李静堂先生和罗玉珍先生指导之下,专攻民法基础理论;最终在老师们宽广的学术胸襟中,我自己选择了知识产权制度作为学位论文。在读期间,时逢中央发布《关于科学技术管理体制改革的决定》(1985年),明确承认技术在商品价值中的作用,肯定了技术作为知识形态商品的属性。我意识到知识、技术创新的重大社会价值,并痛感当时中国知识产权研究基础的薄弱,于是选择以此作为自己的学术努力方向。可以说,我的研究生阶段学习,是以法理学为学科平台,以民法学为专业基础,以知识产权为研究方向。据资料统计,我的硕士论文是新中国第一篇研究知识产权的学位论文(参见杜学亮主编:《著作权研究文献目录汇编》,中国政法大学出版社1995年版)。在三十年前的那篇学位论文中,我提出知识产权客体的“非物质性本质特征”,主体的“有条件国民待遇原则”,权源的“法律事实构成理论”等观点,得到了担任评委的著名民法学家戴镛隆先生、经济法学凌相权先生的好评。感念学术自由的宽松环境,使选择成为创新。

1991年秋,我以“不惑之龄”、有感之心,开始了在人民大学攻读博士学位的学习生活。1992年8月,我即作为教育部委派访问学者前往美国雪城大学(Syracuse University)进修,为期近一年。后来完成的《著作权合理使用制度研究》,即是我访问研究的课题,也是我在国内攻读博士学位的成果。“合理使用”曾被美国和日本学者称为著作权领域的世界性难题。在民法学大家、导师赵中孚先生的悉心指点下,我选择其为题,进行“理论分析、制度分析、规范分析”,“将我国这一问题的研究提升到接近发

达国家和地区的崭新水平”(参见《1999年全国优秀博士论文介绍》,载《中国人民大学学报》2000年第2期)。由著名法学家谢怀栻先生、王立英先生、郭寿康先生、沈仁干先生等组成的答辩委员会对论文给予了高度评价。1999年,经两位著名法学家、法学院院长曾宪义先生和学术委员会主席高铭暄先生的推荐,该文获得首届“百篇优秀博士论文奖”,是唯一一篇获奖的法学论文。感念国外留学的滋润和本土学术平台的涵养,使选择取得成功。

自20世纪80年代初以来,我的学术活动从罗马法到民法都有涉猎,但大部分时间专治知识产权。从某种意义上来说,我是“中国知识产权事业的见证者和推动者”(光明日报语),也愧被媒体称为“中国知识产权研究的先行者”(英国《知识产权管理》杂志语)。80年代,中国知识产权教学与研究刚刚起步,我的工作目标是编写专业教材,构建知识产权体系。我与同学、同事闵锋(后成为执业律师)合著并于1987年出版的《知识产权法概论》是我国第一部知识产权法教材。在该书中,除述及知识产权各基本制度外,我还草创了知识产权“总论”的内容框架。90年代,我则着力于基础理论研究和比较法研究,早期承担的两项国家级课题“西方国家著作权制度比较研究”和“中国区域著作权制度比较研究”以及后期完成的“优秀博士论文作者基金项目”成果《无形财产权制度研究》,是本人在那一时期有代表性的著作。进入新千年以来,凭借教育部人文社科重点研究基地、国家知识产权战略实施研究基地、国家版权局国际版权研究基地、国家文化部知识产权研究基地等学术平台,我又先后主持了三项国家级重大研究项目——“知识产权制度变革和发展”、“科学发展与知识产权战略实施”、“中国特色知识产权理论体系研究”,发表了一批有一定影响力的学术成果,为国家知识产权制度建设和战略实施提供了有益的思想资料。其中,相关著述还获得首届“中国出版政府奖(图书类)”、入选“国家哲学社会科学成果文库”。感念新的时代,使理论创新的选择具有价值。

学术人生的过程必有选择。从谋生的选择到职业的选择,从学业的选择到专业的选择,我的人生过程与学术人生就行走在不断的选择之中,但布衣学者是为底色。对自己而言,漫漫人生道路上其实并没有多少机遇可以挥霍,从草图到画卷,从初排到演出,我最初的选择几乎就是最后的选择。在缤纷变换的几十年里,我练就了一种职业惯性和学术定力。记得

20世纪90年代初，一些同事不忍清贫走出校门，在南方闯出一番天地。在这股被称为“胜利大逃亡”的浪潮中，我选择了坚守；21世纪初，时逢高校管理体制改革之际，有中央部委和司法部门领导对本人表示延揽之意（此处略去一百字，以避标榜之嫌），自以为志趣在学术江湖以远，不敢高攀于庙堂之上，我选择了坚持。自己大半辈子都在知识产权园地耕耘，职业、专业与事业得以相通相融。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，我有幸将自己能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。

学术生命的意义在于选择。奥地利心理学家维克多·弗兰克说道，“一切自由、一切真理和一切意义都依赖于个人作出并予以实施的选择”。在学术活动的过程中，选择是方向，也是兴趣使然。只有选择了自己感兴趣并适合自己的东西，才愿意为之付出努力，这就是选择。厘定长期的研究方向并形成自己的研究风格虽非易事，但非常重要，这些无一不在选择之中。三十余年来，我致力于知识产权问题研究，专注于两个方面：一是知识产权制度的基础理论研究，其研究方法和内容包括但不限于法学，间或涉及经济学、管理学、社会学、政治学等领域；二是知识产权制度的重要现实问题研究，其研究注重社会需求和问题导向，或立法，或司法，或战略实施，或知识创新，或产业发展等。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，这是知识产权学人应有的学者品格和学术素养。我自诩学术中人，是为学术共同体的成员。按照马克斯·韦伯的说法，学术共同体的成员，必须以“学术为志业”。在这里，学术是一种存在方式，学术是一种事业追求，学术甚至是一种精神境界。自己人生道路的学术选择，不以仕途为图，不因稻粱所谋。我已过耳顺之年，但学术生涯还在继续，在此有两句感言：“读书、教书、写书，不卖书，以书为伴；学法、研法、立法，不违法，与法同行”。这就是我的选择。

《知识产权精要：制度创新与知识创新》是在责任编辑吴昉女士的热情要约和严格要求中完成的，本人心存感激。做研究，写文章，是为学者的本分。从教三十五年来，我一直努力践行之。除十多部著作、教材外，还有两百余篇论文、一百多万文字，有的忝列在权威学术刊物（其中发表于《中国社会科学》、《法学研究》、《中国法学》三大刊共计26篇），也有的见之于重要新闻媒体（包括《人民日报》、《光明日报》、《法制日报》、《中国知识产

权报》等)。在众多的著述中,摘取知识产权研究的“精要”,是件困难的事情,不同的学者对此可能有着不同的认识。但我以为,知识产权的“精要”之处应归结为“创新”。“创新”这一概念,既是对知识经济全面而深刻的解读,也是对知识产权法价值灵魂的精要概括。知识产权法的创新意义,表现为其本身的制度创新和所追求的知识创新两个方面,概言之,创新是知识产权法的历史过程与时代使命。基于此,此部代表作以“制度创新与知识创新”为主题,选择了二十多篇有较高引注率和影响力的学术论文,集中表现了作者关于知识产权的主要学说思想。文集虽是精选,但不敢妄称精品。编选成书时,对原来的论文标题做了适当修饰,力图聚焦主题、形成体系并便于阅读。

谨向学术界奉献我的选择,期待各位读者审视和指正。

吴汉东

2017 年元旦于武昌

目 录

壹	学科属性与研究范式	001
	知识产权研究的多元视角	
贰	私权本质与政策维度	021
	知识产权制度的目标功能	
叁	无体物与概念工具	041
	知识产权制度的罗马法渊源	
肆	正当性与形而上学	053
	知识产权制度的哲学思想	
伍	合理性与知识价值	071
	知识产权制度的经济学思想	
陆	价值理性与工具理性	081
	知识产权制度的价值分析	
柒	法律文化与创新文化	105
	知识产权制度的文化分析	
捌	经济属性与效益目标	131
	知识产权制度的经济分析	
玖	政策理论与政策实践	151
	知识产权制度的政策科学分析	
拾	制度风险与法律控制	173
	知识产权制度的社会学分析	
拾壹	知识财产与无形财产	195
	知识产权制度的类型化、体系化	

拾贰	无体财产权与有体财产权 财产权体系中的知识产权	207
拾叁	法律创新与制度发展 从知识产权到无形财产权	231
拾肆	私权属性与人权蕴意 知识产权的国际公约视角	247
拾伍	文化主权与文化产权 知识产权的国际公约解读	269
拾陆	国际变革与本土发展 知识产权制度演变的基本态势	297
拾柒	历史过程与时代使命 知识产权制度创新的本质及目标	325
拾捌	科技创新、经济发展与制度变革 知识产权制度的运行机制	349
拾玖	法制评价与制度反思 知识产权制度的中国道路	375
贰拾	科学发展与战略实施 知识产权政策的中国实践	409
贰拾壹	链接入典与专门法典 知识产权法典化的中国愿景	423
贰拾贰	集体人权与集体产权 传统文化保护的中国选择	445
贰拾叁	权利保护与保护措施 知识产权侵权责任的归责原则	471
贰拾肆	侵权诉讼与举证责任 知识产权侵权责任的证据规则	491
贰拾伍	侵权损害与司法裁判 知识产权损害赔偿的认定规则	507

壹

吴汉东
代表作



学科属性与研究范式^{*}

知识产权研究的多元视角

在诸多民事权利制度中,唯有知识产权最具科技含量,其知识要素最多。一般认为,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、市场贸易等诸多问题。在知识经济的时代条件下,知识产权的制度实施效果,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、国际经济贸易、国际文化与科技的交流与合作。在这种情势下,从民法学理论出发研究知识产权属性,当是题中应有之义;而结合人权理论、经济学、管理学以及政策科学,多视角、全方位来考察知识产权功能,也显得非常必要。这些理论分析,有助于在不同学科层面揭示知识产权的基本蕴意,保持知识产权研究中的问题导向及其方法上的开放性。

一、私人财产权:知识产权的民法理论分析

知识产权为私权,是民法学界对知识产权属性的基本认识。知识产权是一种有别于动产与不动产所有权的知识财产所有权。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。

公权与私权的划分,是我们识别知识产权民法属性的理论工具。关于

^{*} 原载《中国社会科学》2011年第5期,题名为“知识产权的多元属性及其研究范式”。

公权与私权的划分,可以追溯到罗马法。在古罗马,市民享有一种专属性的权利,即“市民权”(status civitatis),其内容包括公权和私权。其中,公权是指市民法所规定的选举权(参与议会制定法律和选举官吏的权利)和被选举权(被选举为官吏或议员的权利);私权则包括婚姻权、财产权、遗嘱能力和诉讼权。¹后世学者关于公权与私权的划分导源于罗马法理论,但其分类标准不一。其主要观点有:第一,利益说。即公权是关于社会公益的各种权利,私权则是关于私人利益的各种权利。第二,关系说。即公权是关于国家与公民之间的权利,私权则是公民相互之间的权利。第三,法律说。即公权通常是公法上所确定的权利,私权通常是私法上所确认的权利。知识产权归类于私权,在于它具备私权的一般确认标准:首先,它是私人的权利,即“关于平等主体相互之间的权利”;同时,也是私有的权利,即“关于私人利益方面的各种权利”;当然,更是私法上的权利,即“私法上所确认的权利”。²

知识财产私权化,是罗马法以来财产领域“非物质化”革命的结果。在古罗马法中,罗马人以“物”作为客体范畴,并以此为基础设计了以动产和不动产为保护对象的物权制度。罗马法的物与物权制度是一个物质化的财产结构。有体物即为客观实在之物,自不待言;即便无体物,也具有强烈的“似物性”。³罗马法的物化财产结构,缺乏包容非物质财富的权利形态和制度空间,具有不可避免的历史局限性。但是,罗马法留给后代的最大财富是罗马人的私法观念和原则,他们所创制的“无形财产”学说为近代的“财产非物质化革命”提供了关键性的概念工具和思想资料。⁴知识财产是为知识产权的客体,不同于物权所保护的“物”(动产和不动产)。近代德国哲学家黑格尔曾说,诸如精神技能、科学知识、艺术以及发明都可以像物那样进行交易并缔结契约,但它又是内部的精神的东西,所以理智上对于它的法律性质感到困惑。⁵黑格尔之惑给我们以下启示:第一,知识财产是区别于有形财产的另类客体,将其归类于物的范畴似有不当,这也正是黑格尔的“踌躇之处”。但是,知识财产同有形财产一样可以成为交换的标的,这也正是黑格尔的理智之见。第二,知识财产是精神内在的东西,但可以通过一定形式的“表达”而取得外部的定在,即精神的东西可以有“直接性”或“外在”的表现。在这里,黑格尔揭示了知识财产的非物质性与其表现形式的客观性。根据民事客体理论,客观性是权利标的一般特