

“十二五”国家重点图书出版规划
全国优秀博士论文作者基金项目结项成果
司法部优秀科研成果一等奖

◎ 吴汉东 著

无形财产权基本 问题研究

中国当代法学家文库

吴汉东法学研究系列

(第三版)

Contemporary Chinese Jurists' Library

“十二五”国家重点图书出版规划
全国优秀博士论文作者基金项目结项成果
司法部优秀科研成果一等奖

无形财产权基本 问题研究

中国当代法学家文库
吴汉东法学研究系列

(第三版)

Contemporary Chinese Jurists' Library

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

无形财产权基本问题研究/吴汉东著. —3 版. —北京: 中国人民大学出版社, 2013. 8
(中国当代法学家文库. 吴汉东法学研究系列)
ISBN 978-7-300-17794-6

I. ①无… II. ①吴… III. ①无形固定资产-财产权-研究 IV. ①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 208801 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

全国优秀博士论文作者基金项目结项成果

司法部优秀科研成果一等奖

无形财产权基本问题研究 (第三版)

吴汉东 著

Wuxing Caichanquan Jiben Wenti Yanjiu

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	涿州市星河印刷有限公司	版 次	2001 年 9 月第 1 版 2013 年 9 月第 3 版
规 格	170 mm×228 mm 16 开本		
印 张	34 插页 3	印 次	2013 年 9 月第 1 次印刷
字 数	500 000	定 价	98.00 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

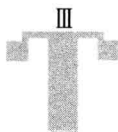




业与所喜欢的职业合为一体，因而是苦中有乐，乐此不疲。我的学术生涯还在继续，虽已过耳顺之年，但常常以“60后”自居。以书为伴，书伴人生；与法同行，法行天下；释放知识产权制度“正能量”，发出知识产权事业“好声音”，这就是我——一个中国知识产权学人的光荣与梦想。

吴汉东

2013年7月于武昌



第三版前言

我对无形财产权制度的思考与研究，几近二十年。2000年完成的《无形财产权制度研究》是本人所获“全国优秀博士论文作者基金项目”的结项成果。初版与修订版，系由本人拟纲并修改定稿，并由我与胡开忠博士共同撰写。此次中国人民大学出版社组织的“中国当代法学家文库”，决定收录本人的几本著述，本书即定名为《无形财产权基本问题研究》，其体例与结构、内容与观点均有所调整和更新。为尊重著作权，所有文稿均由本人独立完成，以别于原著的初版与再版。

秉持对读者负责、对学术负责的理念，本人不敢懈怠，虽是旧书新修，但依然费力甚多，2012年暑假及长假、周末几乎都用于书稿修订。感谢胡开忠博士在原著中所给予的精诚合作，感谢熊琦博士以及张颖、张继文、夏壮壮等同学所付出的劳动，感谢中国人民大学出版社的厚爱与支持。

吴汉东

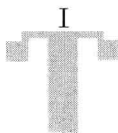
2013年7月于中南财经政法大学文泓楼

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》2004 年第 6 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，《无形财产权制度研究》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。摈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的新的概念体系，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，但不能视为作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论述的，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九章。

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。我国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，称相关权利为无形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。此次修订，承蒙我的博士生肖志远、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 7 月于武昌南湖



● 2019 年 12 月 1 日起, 凡在 2019 年 12 月 31 日前, 取得 2019 年度《高新技术企业证书》的高新技术企业, 其 2019 年度企业所得税预缴申报时, 可按照 15% 的税率预缴。



公司造就了超过美国通用汽车公司 3 倍的市场价值以及 2 000 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显。

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。关于无形财产权保护的法律制度，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传统的知识产权。鉴于上述情形，作者从 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

第一章 无形财产权的基本理论 3

上编 无形财产权基本理论

第一章	无形财产权的制度沿革	3
第二章	无形财产权的基本理论范畴	24
第三章	无形财产权的客体、主体与客体	41
第四章	无形财产权的利用	66
第五章	无形财产权的限制	90
第六章	无形财产权的保护	116
第七章	无形财产权的制度体系	138
第八章	无形财产权的相关权利关系	159
第九章	无形财产权的民法理论分析	181
第十章	无形财产权的经济理论分析	203
第十一章	无形财产权的管理理论分析	225

下编 无形财产权基本制度

第十二章	著作权	241
------	-----------	-----





第十三章 专利权	278
第十四章 集成电路布图设计权	299
第十五章 商业秘密权	319
第十六章 植物新品种权	339
第十七章 商标权	356
第十八章 地理标志权	377
第十九章 商号权	394
第二十章 域名权	411
第二十一章 形象权	427
第二十二章 商誉权	449
第二十三章 信用权	468
第二十四章 特许经营权	485
参考文献	511

