

# 无形财产权的若干理论问题

吴汉东\*

物、财产以至无形财产的概念在我国法学及经济学著述中经常使用,且多在转换意义上使用,因此学者们多存歧义。同时,作为经济学命题的无形资产范畴,已经成为社会的热点问题,但却未得到法学界的足够重视。为此,笔者不揣浅陋,以物与财产为始点范畴,以知识财产研究为重点,以无形财产权体系探索为目标,对理论界存有争议的问题进行探讨,以就教于各位读者。

## 一、物与财产:始点范畴的研究

物在民法上的意义,即是作为民事法律关系的客体。一般认为,客体物在本质上具有以下特征:一是物的客观实在性。客体物独立于民事主体之外,是民事主体以外的客观事物。它是天然生成的,或是劳动创造的;或是已经现实存在的,或是可能现实存在的。二是物的主体对象性。客体物是主体民事活动所指向的对象和目标,正是基于这一目标,主体之间才形成某种社会关系。可以说,它是当事人之间民事权利义务赖以产生的基础,没有某种客观事物作为客体,民事法律关系就无从发生,也无法存在。<sup>[1]</sup>

物是一个历史范畴。在不同的历史阶段,基于社会生产方式和法律文化传统的不同,物的范围和法律意义存在着差异。在民法发展过程中,最初只有动产才可以作为民事权利的客体。早期罗马的“克里维特”所有制,保留着土地公有的外壳,其所有权的客体仅限于妻子、儿子、奴隶、牲畜以及世袭住宅。这些东西在当时的人们看来是重要的财产,因此才作为个人财产权的客体。<sup>[2]</sup>随着奴隶制经济和私有制的发展,不动产诸如土地、森林、牧场等重要的生产资料也逐渐被确认为私权的客体。古罗马的民事客体制度的显著特点是,它不仅将人的本身(如家长对女子、主人对奴隶)作为物件纳入客体物的范畴,而且提出了有体物与无体物的划分。盖尤士认为,有体物是具有实体存在,并且可以凭人们感官而触觉的物,如土地、房屋、牛马等;无体物则是指没有实体存在,而仅由法律所拟制的物,如债权、用益权等。<sup>[3]</sup>罗马法上的无体物具有

\* 中南政法学院教授。

[1] 参见章戈:《小议客体与标的》,《西北政法学院学报》1985年第1期。

[2] 周 等:《罗马法》,群众出版社1983年版,第155页。

[3] 参见周 :《罗马法原论》上册,商务印书馆1994年版,第28页。

以下特点:第一,权利系抽象物,概为人们主观所拟制的某种利益,因此被视为区别于有体物的无体物;第二,法律上的无体物,以能用金钱评价为条件,家长权、夫权、自由权等无财产内容,所以不能看作无体物;第三,所有权虽然系主观抽象而成,但罗马人认为该项权利与物同在,而且是最完整之物权,因此所有权应划归有体物的范围。

客体物制度在资本主义社会得到充分的发展。为了加速生产的集中和资本的积累,使财产的流转更为简便,他们创造了股票、票据等有偿证券,将其作为一种特殊的种类物,列入客体物的范畴;为了刺激科学技术的发展,调整知识形态的产品在生产和使用过程中的社会关系,他们把这种科学技术成果称为知识财产,也作为民事权利的保护对象。一句话,资产阶级大大拓宽了客体的范围。在大陆法系国家中,法国民法沿用罗马法关于物的概念,其所称之物既包括有体物,也包括无体物。1804年法国民法典第529条规定:“以请求偿还到期款项或动产为目的的债权及诉讼……,按法律规定均为动产。”德国民法则否认罗马法以来物的分类方法,提出了“物必有体”的观念。1896年公布的德国民法典第90条规定:“法律上所称之物,仅指有体物而言。”1898年施行的日本民法典只取狭义定义,排斥无体物观念,第85条规定“本法所称之物,谓有体物”。上述定义为大多数大陆法系国家所采用。

在英美法中,由于法律传统的差异,极少使用客体物的概念,而普遍采用财产的说法。其实,财产这个术语被人们经常在转换意义上使用,它有时指财产所有权本身,有时也是指所有权客体(即所有物)。<sup>[4]</sup>作为权利客体意义上的财产,可以分为有形财产与无形财产,动产与不动产。在英国法,根据诉讼请求的结果,财产有着“实产”(Real Property)与“属人财产”(Personal Property)的区分,前者即是可请求返还特定物的财产,而属人财产则是可请求给予损害赔偿的财产。属人财产可以进一步划分为诉讼上的财产(即只能通过诉讼请求或予以强制执行的财产)与占有上的财产(即可以通过占有而取得的财产)。在英国法理论中,知识产权即属于诉讼上的财产。

在我国法律用语中,一般认为物是指占有一定空间,能够为人力所支配并能够满足人们需要的物体。这一观点与德国法、日本法关于物的含义相同。我国民法也在不同的意义上使用财产这一概念,如民法通则第五章第一节题为“财产所有权和与财产所有权有关的财产权”,此处的“财产”显然指物。而继承法第3条规定:“遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产”,其“财产”则泛指有体物、财产权利与财产义务。

关于物与财产的关系,学者们有不同论述。但是,如果将物与财产的始点范畴界定在权利客体的基础上,我们不难看出物与财产可以作为同等概念使用。英国法学家梅因在分析罗马法的要式移转物即土地、奴隶及负重牲畜时,猜想出该类商品最初即称为“物件”(Res)或“财产”(Proprietas)。<sup>[5]</sup>当代英国学者编纂的《牛津法律大辞典》在表述权利客体的物(Things)与财产(Property)时,作出了实产或不动产与属人财产或动产的相同分类,这表明两者概念的内涵是一样的。<sup>[6]</sup>法国法学家在述及权利客体时,往往将财产分为动产、不动产和知识财产,并把它们统一概括到“物”的概念之中。《拉鲁斯大百科全书》认为,“凡能构成财产的一部分并可占为己有的财富即为物”。<sup>[7]</sup>这种物既可以是具有体物,即具有实体存在,可以被人们感知的物,包

[4] [6] 参见[英]戴维·M·沃克主编:《牛津法律大辞典》,光明日报出版社1989年版,第729页。

[5] 参见[英]梅因:《古代法》,商务印书馆1984年版,第157页。

[7] 参见法国《拉鲁斯大百科全书》第三卷,载《国外法学知识译丛·民法》,知识出版社1981年版,第168页。

括一切动产和不动产;也可以是无体物,即没有实体存在,而由人们主观拟制的物,它包括与物有关的各种权利(如用益权、债权)和与物无关的其他权利(如著作权、工业产权)。我国学者论及物与财产关系的著述不多。八十年代末曾有著作将财产作出类似物的定义,并认为“财产指的是物”。<sup>[8]</sup>近年出版的《民法学》教材也明确指出,“民法上的物,就是财产”。<sup>[9]</sup>

就物与财产的概念外延来说,只有广义上的物才与财产类似。由于现代社会经济和科学技术的发展,狭义概念的物已不符合实际生活的需要。即使是主张“物必有体”的德、日等国,亦在立法文件中有灵活规定。他们虽明文确认物为有体物,但在担保物权中则规定权利可以为客体。甚至有些日本学者主张,通过对民法关于物的概念的扩张解释,使无体物能够被承认为所有权的客体。<sup>[10]</sup>笔者认为,物为一切财产关系最基本的要素,不仅为所有权之客体,且为其他财产权之客体,因此对物的概念不宜于作过于狭义的解释。但是,应将所有权的客体与他物权以及其他财产权的客体作出明确区分,即是一些学者所强调的那样:所有权的客体原则上应为有体物,而无体物(权利)只能作为另类财产权利之客体。<sup>[11]</sup>

## 二、知识产品与无形财产:客体范畴研究

知识产权是一项新型的民事权利,是近代商品经济和科学技术发展的产物。对于该项权利的客体,是难以采用罗马法以来物的理论作出诠释的。近代德国法哲学家黑格尔曾明确地说,精神技能、科学知识、艺术以及发明等,都可以成为契约的对象。他认为,这些固然是精神所特有的内在的东西,但是主体可以通过“表达”而给他们以外部的“定在”,这样就能把它们归在物的范畴之内了。<sup>[12]</sup>但是,诸如技能、知识等是否都可以称为物,却使得黑格尔感到踌躇。他承认,此类占有虽可象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。<sup>[13]</sup>

当代西方法学者通常将财产分为“由可移动物所构成的财产”(动产)、“不可移动的财产”(不动产)与“知识财产”。他们认为,智力劳动的创造物之所以称为“知识”财产,在于该项财产与各种信息有关。人们将这些信息与有形载体相结合,并同时在不同地方进行大量复制。知识财产并不包含在上述复制品中,而是体现在复制品所反映出的信息之中。<sup>[14]</sup>与知识财产相类似的说法是无形财产。在本世纪六十年代以前,知识产权尚未成为国际上广泛使用的法律概念,人们一般将基于创造性智力成果所获取的民事权利称为无形财产权,因此诸如作品、发明等权利客体均视为无形财产。直到现在,有些西方学者仍然使用这一概念。<sup>[15]</sup>

在我国,曾有一段时期,许多学者将关于精神财富所享有的权利称之为“智力成果权”,因

[8] 王晓进:《社会主义财产制度分析》,北京工业大学出版社1989年版,第7页。

[9] 彭万林主编:《民法学》,中国政法大学出版社1996年版,第49页。

[10] 邓曾甲:《日本民法概论》,法律出版社1995年版,第46页。

[11] 参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社1996年版,第80页;钱明星:《物权法原理》,北京大学出版社1994年版,第26页。

[12] 参见黑格尔:《法哲学原理》,商务印书馆1982年版,第43节附释。

[13] 吕世伦:《黑格尔法律思想研究》,中国人民公安大学出版社1989年版,第32页。

[14] 参见世界知识产权组织编:《知识产权纵横谈》,世界知识出版社1992年版,第4页。

[15] 参见刘春茂主编:《中国民法学·知识产权》,中国人民公安大学出版社1997年版,第1页。

而相应将这种权利客体归结为“智力成果”，并且强调其价值不能用货币衡量。应该指出，关于智力成果的传统说法，偏重于这类客体的精神属性，而未能突出其商品属性和财产价值，因此没有反映出知识产权客体的本质特征。还有一些学者基于上述权利是无形财产权的考虑，将其客体表述为无体物或无形物。其实，民法上的无体物已有约定俗成的说法，是为法律所拟制的权利。知识产权本身可以视为无体物，成为物权设定与债权转让的标的。但将知识产权的客体与知识产权的本体都概括为无体物，显然容易造成法律概念上的混乱。

笔者与其他一些学者曾主张建立“知识产品”的理论范畴，即把知识产权的客体概括为“知识产品”。<sup>[6]</sup>这一建议是有着现实基础的。1982 年中共中央《关于经济体制改革的决定》与 1984 年《关于科学技术管理体制改革的决定》，不仅对我国现阶段存在着的商品经济作出了正确的说明，而且第一次明确承认技术已经成为“独立存在的知识形态的商品。”1986 年我国民法通则颁布，正式使用“知识产权”的这一概念，以取代“智力成果权”的传统说法。以上论断和规定为知识产品范畴的建立提供了理论基础和法律根据。其实，关于知识产品的理论范畴已有国外学者作出类似表述，知识产权概念的倡导者、比利时法学家皮卡第曾将知识产权称之为“使用知识产品的权利”。<sup>[7]</sup>笔者认为，知识产品的用语，描述了知识形态产品的外延范围，强调这类客体产生于科学、技术、文化等精神领域，是人类知识的创造物，明显地表现了客体的非物质性；同时，知识产品的本质内涵，突出了它是创造性劳动的产物，且在商品经济条件下具有商品属性和财产性质，从而反映了知识产权所包含的财产权利内容。

知识产品是一种无形财产，是独立于传统意义上的物的另类客体。无形财产之无形是相对于动产、不动产之有形而言的。在人类的生产活动中，作为商品的劳动产品<sup>[8]</sup>可以分为两类：一类是人类在物质生产过程中创造出来的物质产品，不仅有外在的形体，而且具有价值与使用价值；另一类是人们在精神生产过程中创造出来的知识产品，它没有外在形体，但具有内在的价值与使用价值，这类产品具有非物质性。非物质性的特征表明了它与物质产品具有不同的存在与利用形态。第一，不发生有形控制的占有。由于知识产品不具有物质形态，不占有一定空间，<sup>[9]</sup>人们对它的占有不是一种实在而具体的占据，而是表现为认识与感受。质言之，权利主体无法象管领有形财产那样有效地控制自己的精神产物；第二，不发生有形损耗的使用。由于知识产品必须向社会公示、公布，人们从中得到有关知识即可使用，而且在一定时空条件下，可以被若干主体共同使用。上述使用不会象有体物使用那样发生有形损耗。信息是不能拒绝的，无权使用人利用了他人的知识产品，亦无法承担恢复原状的责任；第三，不发生消灭知识产品的事实处分与有形交付的法律处分。知识产品不可能有实物形态消费而导致其本身消灭之情形，它的存在仅会因期间过程产生专有财产与社会公共财富的区别。同时，有形交付与法律处分并无必然联系，换言之，他人有可能不通过法律途径去“处分”自己并无实际“占有”的知识产

[6] 参见吴汉东、闵锋编著：《知识产权法概论》，中国政法大学出版社 1987 年版，第 34 页；钱明星：《物权法原理》，北京大学出版社 1994 年版，第 26 页；张和生：《知识经济学》，辽宁人民出版社 1992 年版，第 294 页。

[7] [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》，知识出版社 1980 年版，第 12 页。

[8] 知识产品是精神产物，是智力创造性劳动的成果。为了叙述的方便，此处仅对知识形态的产品与物质形态的产品作一比较。有形财产所有权的客体除生产劳动创造的有体物外，尚应包括天然形成的有体物。

[9] 知识产品虽具有非物质性特点，但它总要通过一定的客观形式表现出来，这种表现形式通常被称为“载体”。知识产品的物化载体体现的是有形财产权而不是知识产权。

品。

上述特征确立了有形财产所有权与知识产权的原则界限。有些学者认为,知识产权与其他财产权利的根本区别在于其无形性,而其他法律特征即独占性、时间性、地域性等皆由此派生而成。严格地讲,权利作为主体凭借法律实现某种利益所可实施行为的界限与范围,概为无外在实体之主观拟制。正是在这个意义上,从罗马法学家到近代民法学家将具有一定财产内容的权利视为无体物。因此,知识产权与相关权利的本质区别,不是所谓该项权利的无形性,而在于其权利客体即知识产品的非物质性特征所决定的。

知识产品的本质特征还说明:作为知识产权客体的无形财产与民法传统意义上的无体物并非同类事项。两者虽同为人们主观所创制,且具有稀缺性及效用性,但其根本区别在于:第一,客体性质不同。无形物所涉及的权利,是一种制度产品,是“能够帮助人们形成在他与他人进行交易时的合理预期的一种社会工具”。<sup>[20]</sup>无形财产所包含的知识产品,是一种创造性思想及其表达方式以及识别性标记的精神产物,是社会财富的组成部分,包括“已经取得权利和尚未取得或不能取得权利的智慧性成果”;<sup>[21]</sup>第二,客体对象不同。客体的对象性表明,一定类型的客体总是同一定类型的权利联系在一起,或者说是某类权利所指向的目标。当无体物(权利)作为客体时,主体对此所生的是财产权,包括物权、债权等,该项权利往往通过法律行为才能取得。而作为无形财产的知识产品,是知识产权的客体,主体对此所生权利包括财产权与人身权的双重内容。知识产权的取得条件有二,一是凭借智力创造性活动的事实行为,二是依赖国家主管机关依法确认的特别途径。

综上所述,知识产权的客体即知识产品是一种无形财产,知识产权亦可视为无体物(权利)而作为其他财产权的客体。

### 三、知识产权与无形产权:制度范畴研究

在民事权利中,知识产权或无形财产权是与传统意义上的财产所有权相区别而存在的。知识产权(Intellectual Property),如果不失原意翻译的话,应为“知识(财产)所有权”;而无形财产权(Intangible Property)循上述规则,似可译为“无形(财产)所有权”。

知识产权与无形财产权虽有“产权”意蕴,但与西方法律经济学家所倡导的产权概念是有区别的。在法律经济学著作中,产权被视为是一组权利,包括“占有、使用、改变、馈赠、转让或阻止他人侵犯其财产”的权利,<sup>[22]</sup>或是指“一个社会所强制实施的选择一种经济品的使用的权利”。<sup>[23]</sup>从上述简要的定义,尚难以把握其确切的法律涵义。不过从科斯所描述的产权界定,我们不难看出,产权已不仅仅是不同主体对有形财产的排他性归属问题,而且包括侵权损害责任由何方承担的问题。采用法律语言表述的话,英美法背景下的产权,涉及到独占支配的所有权、分享利益的他物权以及获得赔偿的救济权。依照我国的法律传统,知识产权或无形财产权所表述“产权”,是无法包容上述全部内容的。此外,知识产权或无形财产权,也不能简单沿用传统民

[20] 参见 H·登姆塞茨:《关于产权的理论》,载《财产权利与制度变迁》,上海三联书店 1994 年版,第 97 页。

[21] 刘茂林:《知识产权法经济分析》,法律出版社 1996 年版,第 2 页。

[22] [美]罗伯特·考特、托马斯·尤伦:《法和经济学》,上海三联书店 1994 年版,第 125 页。

[23] [美]R·科斯等:《财产权利与制度变迁》,上海三联书店 1994 年版,第 166 页。

法的财产权理论进行解释。在大陆法系国家,财产权也是一个内容丰富的概念,它既包括自物权,也包括他物权,亦涉及债权以至继承权。知识产权或无形财产权仅是指主体就其智力创造的成果所依法享有的专有权利,与所有权一样是具有绝对性、排他性特征的财产权。

知识产权是一项重要的民事法律制度。将一切来自知识活动的权利概括为“知识产权”,主要是著名比利时法学家皮卡弟提出的。他认为,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人(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。’<sup>[24]</sup>这一学说后来广泛传播,得到许多国家和国际组织的承认。现在,知识产权已成为国际上通用的法律术语。关于知识产权的用语,有广狭义之分。狭义上的知识产权,主要包括著作权、专利权、商标权。对此,法学界意见尚属一致;而广义上的知识产权,则包括著作权、专利权、商标权、发明权、发现权、商业秘密权、商号权、产地标记权、植物新品种权、集成电路布图设计权以及禁止不正当竞争方面的权利等。对于这一范围的概括,学术界颇有歧见。笔者认为,以知识产权名义统领下的各项权利,并非都是来自知识领域,亦非都是基于智力成果而产生,“知识”一词似乎是名不符实。从权利本源来看,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,则由创造性知识及商业性经验、信誉所构成。此外,广义上知识产权难以描述出所属权项的共同特征,除客体的非物质性外,诸如独占性、时间性、地域性的特点不可能在每一项权利中表现。例如,发现权不具有独占性,商业秘密权不具有时间性等。因此,以客体的非物质性为权利分类标准,在制度体系方面,无形财产权较之知识产权具有更大的包容性。

无形财产权不能等同于经济学意义上的无形资产。无形资产是我国经济界的热点问题,其资产项目多涉及各类知识产权。从法律的角度特别是运用无形财产权理论,研究无形资产问题,对于实现相关学科的沟通与对话是大有裨益的。关于无形资产的概念,经济学界尚无统一的定义,一般多用指定无形资产包括的内容来表述无形资产的概念。不过,就无形资产的非实物形态的认定而言,各国大体相同。美国会计界认为,无形资产是非实物的经济资源。日本会计界强调无形固定资产是同有形固定资产相对立的概念。<sup>[25]</sup>我国经济界学者在描述非实物形态时,有的表述为“某种权利、特权或优势”,<sup>[26]</sup>有的则概括为“某种特殊权利和技术知识”。<sup>[27]</sup>就对象的非物质性来讲,法学上无形财产权与经济学上的无形资产有着共通的认定标准,但在构成范围方面,无形资产的划定却难以在无形财产权理论上得到认同。一般认为,无形资产包括:专利权、商标权、著作权、技术秘密、特许经营权、租赁权、土地使用权、商誉等。<sup>[28]</sup>上述无形资产的类别主要涉及到知识产权,但并未涵盖知识产权类别的全部。同时,无形资产的范围也不能等同于无形财产的权利体系。不宜作为无形财产权的主要有:一是租赁权。虽然其权益是无形的,但其对象的表现形式是有形的。举凡金融租赁、使用租赁、维修租赁,其经营对象一般是生产工具,换言之,租赁权的客体为有形物;二是土地使用权。土地资源不同于智力资源,在企业资产中类似于有形固定资产,该项权利不能视为非物质形态的财产权。正是基于上述理

[24] 前引 [07], E·A·鲍加特赫等文。

[25][26] 参见蔡吉祥:《无形资产》,海天出版社 1996 年版,第 1 页;第 2 页。

[27] 何清政等编著:《国有资产评估》,中国标准出版社 1993 年版,第 102 页。

[28] 参见何盛明主编:《财经大辞典》,中国财经出版社 1990 年版,第 1431 页。

由,有些经济学者也主张将该类权利从无形资产中分离出去。<sup>[29]</sup>

根据上述情况,笔者建议:参照无形资产的类别,在民法学研究中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、商业信誉形态、经营资格形态)所产生的权利。该无形财产权包括以下三类:

一是创造性成果权。包括著作权(含著作邻接权、计算机软件权)、专利权(含发明专利权、实用新型专利权、外观设计专利权)、集成电路布图设计权、商业秘密权(含技术秘密权、经营秘密权)、植物新品种权。该类权利保护的对象都是人们智力活动创造的成果,一般产生于科学技术、文化等知识领域。客体一定程度的创造性是其取得法律保护的必要条件。

二是经营性标记权。包括商标权(含服务商标权)、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。该类权利保护的对象概为标示产品来源和厂家特定人格的区别标记,主要作用于工商经营活动之中。可区别性是这类客体的主要特征,法律保护的目的即是防止他人对此类标记的仿冒。

三是经营性资信权。包括特许经营权、特许经营资格、商誉权等。该类权利保护的对象系工商企业所获得的优势及信誉,这种专营优势与商业信誉形成了特定主体高于同行业其他一般企业获利水平的超额盈利能力。权利客体所涉及的资格或能力,包含明显的财产利益因素,但也有精神利益的内容。

[29] 参见蔡吉祥:《无形资产》,海天出版社1996年版,第99页。