

王黎明◎著

最初交锋

中外首次知识产权谈判

知识产权出版社

最初的交锋

——中外首次知识产权谈判

王黎明 著

知识产权出版社

内容提要

中外首次知识产权谈判发生于20世纪初的晚清。在首次的交锋中,中国政府面对陌生的知识产权交涉是如何应对的呢?谈判中关于知识产权的条款是如何达成的?条款背后有着怎样的考量和目的?本书以第一手的史料及大量的案例,探讨谈判的起因,展现谈判起伏跌宕的过程,分析谈判的影响。知史可鉴今,中国目前在知识产权上所面临的种种问题,或许可以从最初的起点——中外首次知识产权谈判中获得一些启示。

策划编辑:吕荣波

责任编辑:刘畅 纪萍萍

图书在版编目(CIP)数据

最初的交锋:中外首次知识产权谈判/王黎明著. —北京:
知识产权出版社, 2008. 6

ISBN 978 - 7 - 80247 - 322 - 5

I. 最… II. 王… III. 知识产权—保护—案例—研究—
中国—清后期 IV. D923. 405

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第080315号

最初的交锋——中外首次知识产权谈判

Zuichu de Jiaofeng——Zhongwai Shouci Zhishichanquan Tanpan

王黎明 著

出版发行: 知识产权出版社

社 址: 北京市海淀区马甸南村1号

邮 编: 100088

网 址: <http://www.ipph.cn>

邮 箱: bjb@cnipr.com

发行电话: 010 - 82000893 82000860 转 8101

传 真: 010 - 82000860 - 8325

责编电话: 010 - 82000860 转 8130

责编邮箱: jppqq@126.com

印 刷: 北京市兴怀印刷厂

经 销: 新华书店及相关销售网点

开 本: 880mm × 1230mm 1/32

印 张: 9.125

版 次: 2008年6月第1版

印 次: 2008年6月第1次印刷

字 数: 250千字

定 价: 24.00元

ISBN 978 - 7 - 80247 - 322 - 5/P · 655 (2359)

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

目 录

导论	(1)
第一章 1902 年以前中外知识产权制度发展状况之比较	(19)
第一节 有形工具与无形资产：商标制度之比较	(19)
第二节 巨大的落差：专利制度之比较	(28)
第三节 迥异的版权理念：版权制度之比较	(51)
第二章 晚清中外首次知识产权谈判之起因	(66)
第一节 专利复兴以及知识产权保护国际化的影响	(67)
第二节 经济竞争及社会发展的客观需求	(70)
第三节 中外知识产权纠纷日益凸显	(77)
第三章 晚清中外首次知识产权谈判之经过及主要内容	(88)
第一节 商标谈判之经过及主要内容	(89)
第二节 专利谈判之经过及主要内容	(137)
第三节 版权谈判之经过及主要内容	(160)
第四章 晚清中外首次知识产权谈判的影响及启示	(187)
第一节 谈判影响分析	(187)
第二节 晚清中外首次知识产权谈判的思考和启示	(232)
结语	(266)
参考文献	(268)
后记	(287)

导 论

一、问题的提出

William R. Ballard 先生在他 1946 年出版的《专利并不神秘》(There is no mystery about patents) 一书的扉页上,以《从孔子故乡来》为题讲述了下面的一个故事:

Y. C. Wen 博士,^①原中国电信部门的电报电话局局长,在与一名著名的美国工程师午餐时被问到这样一个问题:“博士,中国大约在 200 年前就在文化和产品制造领域处于世界领先地位,而近些年来曾经是野蛮部落的西欧却突然在促进生产,以及在生活标准和科技能力上引领了自然科学及其应用的发展,对此您有何见解?”

经过一番沉思后, Y. C. Wen 博士回答道:“在所有因素中,最关键的是中国还没有像你们一样的专利制度。因此,当一个人有了发明或者创造时,他总是想尽量使其处于保密状态,结果就使这些信息只能在家庭内部传递而没有应用于社会中去。”^②

在世界已步入知识经济时代的今天,知识产权日益成为经济发展的指标性因素,一国知识产权拥有状况成为衡量其综合国力和持续发展能力的重要体现,知识产权在推动社会和经济中的地位与日俱增。伴随着经济的全球化,国家间的知识产权争议突显,知识产权的竞争成为最激烈的竞争之一。美、欧、日诸国不断就知识产权保护的问题向中国施压,各国谈判代表的公文包里装满知识产

① 笔者虽查核了《民国职官表》、《辛亥以后十七年职官年表》等,仍无法准确认定文中所指的是哪位局长。

② William R. Ballard, *There is no mystery about patents*, J. M. Barrett Corporation, 1946.

权争端的各种数据和资料，你来我往穿梭于与中国的知识产权谈判中。经济蓬勃发展的中国面临着前所未有的历史机遇，但在知识产权的问题上却困惑了：尽管中国不断地推出知识产权相关的法律、法规，在知识产权保护的问题上也做了很多的努力，但以美国为代表的经济强国好像没有满意的时候。

“人们在变革时代面临的种种现实困难和症结，也只有通过追溯它们的历史渊源才能理解和认识。”^①在此背景下，笔者希望通过回溯一百多年前中外首次知识产权谈判，“从历史的反思中获得前进和超越所必需的智慧、经验和信念，去揭示现实矛盾的秘密”。^②

中西文化在19世纪中期悲剧性交会，中华民族经历了前所未有的苦难和灾祸，民族危机空前深重，时时笼罩在亡国灭种的恐惧中，到19世纪末20世纪初，中国社会更是进入剧烈变动的时期。庚子一役之后，清政府被迫与列强签订了《辛丑条约》，根据该条约的有关规定，自1902年起，中国与英、美、日等国陆续开始了商约谈判。^③“中外所订之商约，对于中国侵损，历年推算，中国所损失远甚于各大战争之赔款。”^④在近代的中西冲突中，商业因素一直处于重要地位，对于西方国家而言更是如此。自鸦片战争起，所有政治条约签订后，一定是在指定时段之内另行议定通商条约，这主要是因为作为战胜国的列强们会在政治条约中规定一些商务特权的要求。而各国打开中国的贸易市场，事事依据商约。此类商约外交之得失，其严重程度不下于割地赔款。^⑤然而，为何列强唯独在1902年开始的商约谈判中提出知识产权保护的要求？中国

① 《书林》编辑部编：《历史：经由我们的眼睛·我和我的书》，知识出版社1989年版，第119页。

② 《书林》编辑部编：《历史：经由我们的眼睛·我和我的书》，知识出版社1989年版，第119页。

③ 该条约第11款规定：“将通商行船各条约内，诸国视为应行商改之处，及有关通商各他事宜，均行议商，以期妥善简易。”参见王铁崖编：《中外旧约章汇编》（第1册），三联书店1957年版，第1007页。

④ 王尔敏：《晚清商约外交》，香港中文大学出版社1998年版，自序。

⑤ 王尔敏：《晚清商约外交》，香港中文大学出版社1998年版，第1~2页。

政府第一次面对陌生的知识产权交涉，是如何应对的呢？这次谈判关于知识产权的条款究竟是如何达成的呢？各方的考虑和目的究竟为何？此次谈判及其达成的知识产权条款究竟对中国有何种影响，尤其是在中国知识产权发展史上的影响？其与中国现代的知识产权制度之形成，又有哪些必然联系？如果晚清商约谈判中没有涉及知识产权的内容，如果没有英、美等国谈判后的步步紧逼，中国会自行产生与西方类似的知识产权制度吗？如果当时的中国没有逐步建立、发展知识产权制度，会有何种影响？对这一系列问题的探究与思考，一方面让我们再次逼近已逝历史的真实；另一方面，让我们站在历史与现实的交会点，进一步探索此一重大历史事件与中国现代知识产权制度形成之历史关联，反思它所带给我们的启示。

随着知识经济时代的到来，知识产权一方面成为国际竞争中突破贸易壁垒、增强核心竞争力的重要武器；另一方面知识产权本身也越来越成为一种壁垒。在知识产权已成热门议题的今天，知识产权理论、策略、保护模式、纠纷处理等各类专题研究层出不穷，但对于中国知识产权史的研究则相对冷清，更鲜有学者对本课题进行全方位的研究。依笔者拙见，本课题的研究具有相当的历史意义与现实价值，因晚清中外知识产权谈判发生在中国史无前例之剧变时期，在这次中外知识产权的谈判中，商标、专利、著作权都成为双方谈判的重要议题。尽管谈判是在列强的压力下不得已而进行的，但自此开启了中国现代知识产权法律制度建立与发展之先河，也为后来的知识产权制度建设提供了可资参考的蓝本。中国现代知识产权法律制度自此次条约谈判而起始，谈判的过程与结果、围绕谈判引发的争议及讨论，不仅影响了社会舆论及思想观念，对中国现代知识产权法律制度的建立，也发挥了催生与引导的作用。更为重要的是，知识产权的法律原则被基本确定了方向，现代知识产权思想开始形成，知识产权制度开始构建，知识产权立法开始起步，并且本次知识产权谈判所留下的印记，对于随后中国知识产权法律制度的变迁发展产生了深远的影响。

知史可鉴今，今天中国在知识产权上所面临的种种问题，或许

可以从最初的起点——晚清中外首次知识产权谈判中获得一些启示。

二、相关学术史

自1624年英国实施第一部专利法至今，专利制度，这项人类伟大的“发明”，已经经历了将近400年的发展历程，而商标法、著作权法在西方也经历了长期的发展完善过程。可以说，到19世纪末20世纪初，知识产权制度在西方世界是被普遍接受的基本制度。但是，在当时的中国，人们认识知识产权还只是刚刚起步，而知识产权真正受到重视，也不过是近些年才开始的。

伴随着中国汇入经济全球化浪潮的脚步，知识产权的重要性越来越凸现。过去的十多年间，中国史学界、法学界有一些学者把视野投向晚清中外首次知识产权谈判相关的研究，一批研究成果也相应出现。现笔者就近年来学界与此专题相关的研究状况试做一简略回顾。

（一）直接涉及本课题的研究

以笔者能查阅到的资料，直接针对本课题的研究尚未见专著出版，有论文数篇，以下予以分别概括：

（1）张宁的《首次中美知识产权交涉述论》一文，在交涉背景的部分，提及了19世纪下半叶以来的知识产权保护国际化，中外经济交往的深化及随之而来的仿冒等状况；对于谈判过程的记述资料主要来源于《辛丑和约签订以后的商约谈判》；在对该次交涉的评价上，从经济发展、知识产权立法、知识产权宣传教育几个方面来阐述本次谈判的作用和影响，尤其是对于超过自身发展水平提供知识产权保护所可能带来的危害，也有所提及；在余论中更认为中外交涉是了解中国知识产权保护史的一条线索，而要把握这条线索，必须从商约谈判始。^① 尽管该篇论文在史料的掌握上尚有局

^① 张宁：“首次中美知识产权交涉述论”，载《知识产权》1999年第1期，第26页。

限，且对于交涉背景及评价可能是限于篇幅，只是点到为止，未深入展开，尤其是对于官督商办专利的垄断特权性质，及其与现代专利的本质区别，认识上仍有偏差，^①但这仍是笔者所见到的涉及本课题的比较全面的研究成果。

(2) 刘保刚的《近代以来中外关于保护知识产权的谈判》(《史学月刊》2002年第9期)一文，从近代国人对知识产权保护的认识，以及中外关于专利、商标、版权保护的谈判过程两个角度，对谈判进行了研究，认为本次谈判是中国与国际接轨、走向世界的一部分，各方通过谈判达到了一个互赢的结果。由于篇幅所限，论文对专利、商标、版权三个方面的谈判过程没有深入展开。

(3) 任满军的《晚清修订商约中的版权交涉》(《中国版权》2006年第2期)一文，围绕版权谈判所涉议题的争论，高度评价了中方谈判代表在谈判中的表现，认为谈判所达成的成果初步架构了中国近代版权的基本制度。尽管在史料的整理使用上似有待完善，但其对晚清商约版权交涉的意义分析独到，见解深刻。

(4) 冯秋季分别就伍廷芳与中美专利交涉、张之洞与中外版权交涉进行了研究。《伍廷芳与中美专利交涉》(《郑州大学学报》哲学社会科学版，2005年第2期)一文，围绕伍廷芳在专利条款谈判中的独特作用及他与张之洞的分歧而展开，对谈判过程中中方代表针对专利条款的讨论、交涉进行分析研究，着墨颇详。文章认为此次谈判的成果起到了“法律导向的作用”，但认为伍廷芳与张之洞由于认识的差异、内心服务对象及目标不同(张之洞是为了保全满清的统治，而伍廷芳是为了中国社会的发展及将来考虑)，而对专利持有不同的态度，并依据伍廷芳在民国时期推动专利立法的努力，认为伍廷芳的认识更现实，眼光也较张之洞更为长远。但笔者拙见，得出此种结论依据似有不足，对伍廷芳与张之洞做此评价也缺乏说服力。《张之洞与中外版权交涉》(《韶关学院学报》社

① 张宁：“首次中美知识产权交涉述论”，载《知识产权》1999年第1期，第26页。

会科学版, 2004年第1期)一文, 围绕国内外在版权保护议题上的激烈争论, 通过张之洞在不同阶段所提出的意见, 来说明张之洞在谈判中的决策性作用。上述两篇文章在史料的整理上都颇具水准。

(二) 与本课题相关的研究

1. 对晚清商约谈判进行综合性考察的研究

在这方面代表性的论著有王尔敏的《晚清商约外交》(香港中文大学出版社1998年版)。尽管该专著中基本没有涉及知识产权的内容, 但对晚清10年间中外商约交涉的全貌, 有详尽的展现, 正如其自序中所言: “我所辑史料, 亦非并世著作所能及者, 宗旨用于建立恒久性参考价值。”^① 李永胜的《清末中外修订商约交涉研究》(南开大学出版社2005年版)一书, 有约两节专门论述谈判中的知识产权内容, 是至目前为止笔者所能看到的资料最为丰富、翔实的研究, 该书认为知识产权保护是谈判的主要问题之一。另有崔志海的论文《试论1903年〈中美通商行船续订条约〉》(《近代史研究》2001年第5期), 该文也认为知识产权保护问题是中美商约谈判的主要内容之一。认为在一定程度上, 相互保护知识产权的条款内容体现了中外所享有的权利的对等, 较诸以前的不平等条约有所改进; 美方同意由中国政府设立注册局所及专门机构, 以及由中国官员负责管理商标、专利的注册及申请事宜, 这些规定不但部分地挽回了中国的主权, 而且在维护中国利益方面也起到了一些积极的作用。

2. 历史背景及官督商办专利的探讨

对中国知识产权制度产生的历史背景及专利思想的源头活水, 一些学者在论文中有所涉及。其中, 吴钦缘在《晚清“十年专利”的产生及其法律特征》(《研究与发展管理》2000年第4期)一文中, 将鸦片战争作为“十年专利”产生的时代背景, 认为鸦片战争的失败促使封建官僚们从注重事务扩大到夷务, 为今后国人仿

① 王尔敏:《晚清商约外交》, 香港中文大学出版社1998年版, 自序。

效、学习西方科学技术，用专利的形式保护民族工业奠定了思想基础；孙羽、宋子良的《从洪仁玕到〈振兴工艺给状章程〉》（《科技与法律》1998年第2期）一文中，叙述了自19世纪40年代起，外国侵略者凭借雄厚的资本和先进的大炮，以及与晚清政府签订的不平等条约，一步步打开中国的大门，专利思想及制度也随之逐步在中国萌芽。文中介绍了以林则徐、魏源为代表的先进知识分子，面对民族危机，逐渐认识到要挽救中国，只有学习西方先进的科学技术。魏源最早提出了培养新式科技人才的设想，以及鼓励科技人才的措施。本书对于太平天国的洪仁玕及其所设计的专利制度的内容，有较详细的介绍与高度评价。张东刚、冯素杰的《近代中国知识产权制度的安排与变迁》（《中国人民大学学报》2004年第3期），刘建军、甘向阳的《中国近代科技奖励制度建立的曲折历程》（《科学技术与辩证法》第21卷第1期，2004年2月）也对洪仁玕在《资政新篇》中所建议的专利制度做了介绍。

另外，关于上海机器织布局“十年专利”的研究，无论在范围、视角上都要广泛深入的多。围绕着“十年专利”是保护了技术革新，维护了民族工业的发展，还是起了阻碍作用，以及由此引申出的如何评价以“十年专利”为代表的“官督商办专利”的问题，学者们展开了激烈的争论。毛华敬在《应积极评价李鸿章的十年专利》（《文史哲》1998年第2期）一文中，从“十年专利”的缘起入手，批驳了认为“十年专利”具有封建垄断性，扼杀民族工业发展，并为扩大资本主义国家对中国的经济渗透开道路的观点。认为“十年专利”不仅使中国民族资本从事机器棉纺织业得以产生并奠定了初步发展的基础，而且有力地阻止和抑制了外国资本对这一领域的渗透，结束了洋纱洋布独霸中国的历史，实现了“稍分洋商之利”的夙愿。徐柳凡在《论洋务运动的进步性》（《安徽机电学院学报》1994年第1期）文中也认为洋务企业实行专利垄断，在当时的历史条件下，对已兴办起来的新式企业的发展，具有保护作用，也在一定程度上抑制了外国资本主义插手中国矿厂事务。与此相反，林平汉曾撰《“十年专利”与近代中国机器

织布业》（《学术月刊》2000年第10期）一文，认为在“十年专利”的规定中，李鸿章基于政治目的，歪曲专利的内涵，凭借封建权势垄断机器生产，阻碍了国人投资兴办棉纺织业，限制了民族资本主义的发展，也没有起到抵制外国资本主义侵略的目的。李玉的《制约清末公司制度的非经济因素》（《四川师范大学学报》社会科学版，1995年第3期）一文，也认为清政府的这种专利制度实际上是一种地方性垄断经营权，其实际结果“不但不能拒敌洋纱、洋布来源之盛，而恰是与本国人争利”。杨华山在《中国早期现代化建设的二难困境》（《安徽史学》2002年第2期）中，以燧昌火柴厂的实例说明，这种划分势力范围的垄断性专利，名为保护专利权，实为对中国现代化进程的变相阻碍，其消极作用愈到后来愈大、愈明显。

在对“十年专利”的法律特性的认识上，也有完全不同的观点。吴钦缘在《晚清“十年专利”的产生及其法律特征》（《研究与发展管理》2000年8月）一文中认为，“十年专利”具有专有权、地域性、时间性，基本具有现代专利的法律特征，已经构成了现代专利的雏形。而孙羽、宋子良在《从洪仁玕到〈振兴工艺给状章程〉》一文中则认为，“十年专利”与西方专利在内容及性质上有本质区别；是形似而质异，两者在保护的主体、对发明创造的界定、获取专利权的方面完全不同。西方专利制度是为了促进科技进步，推动资本主义经济发展；而“十年专利”是封建垄断，排斥自由竞争，压制与扼杀民族资本主义的发展。

3. 版权及商标史的研究

对于版权史的研究，李明山先生可谓硕果累累。主要的研究成果、专著方面有：《中国近代版权史》（河南大学出版社2003年版），该书分为11章，第1~5章详述了《大清著作权律》产生的曲折过程，第6~11章阐述了民国时期版权法律制度的发展进程，是版权史研究的重要著作。论文方面：诸如《19~20世纪之交日本关于中国实施版权制度的论争》（《出版发行研究》2002年第10期）一文，围绕世纪之交发生在日本的关于中国实行版权保护制

度的论争，将日本国内对此问题的两种不同的态度进行了剖析；《20世纪初中国版权问题论争》（《近代史研究》1999年第1期）一文，又叙述了当时在商约谈判中涉及版权条款的问题时，中国国内各阶层甚至东邻日本所开展的激烈论争，认为这成为了清末著作权立法的前奏；《张百熙与中国近代的版权保护》（《韶关学院学报》2001年第4期）一文中，分析了张百熙对于廉泉、严复要求在国内实施版权保护的支持态度，以及在中国与美国、日本商约谈判中坚决反对版权条款入约的立场，指出这看似矛盾但实际上是顺理成章的问题本质；《北洋官报局盗版与晚清版权律的制定》（《南通大学学报》社会科学版，2001年第3期），文中通过详述晚清著名的文明书局与北洋官报局著作权纠纷案的起因及过程，说明此案在促进版权立法、激发版权保护意识等诸方面的意义。除上述论文外，李明山先生尚有多篇相关论文，在此不一一列举。

周越、吴丽杰、田才的《试述我国古代、近代的版权保护》（《中华医学图书情报杂志》2001年第5期）一文，论述了中国古代版权保护意识的萌芽、版权保护的主要模式及近代保护制度的产生，分析了中国版权保护落后的原因，认为以禁例方式进行版权保护长达700年没有突破，是中国版权保护史的最大特征。李静在《我国近代版权保护思想的确立及其影响》（《青海师范大学学报》哲学社会科学版，2006年第2期）一文中认为，版权保护制度的建立是以特定历史时期物质层面、制度层面和观念层面的文化变革作为基础的，中国历史上尽管版权思想萌芽早，但版权立法却经历了漫长的历史时期直至近代才得以实现，版权保护制度的创设除了具有社会层面的价值，也同时尊重及保护了著作权人的权利，肯定及激励了其创造能力。冯秋季在《近代中国版权制度产生的社会原因分析》（《郑州航空工业管理学院学报》社会科学版，2004年第2期）一文中，分析了《大清著作权律》产生的原因，包括时局危压下各界的吁请，各协约国外交压力的敦促，以及清政府维护统治的考虑等。综之，各层面的研究已具有相当的深度及广度。

对商标史部分的研究，上海市商标协会会员左旭初先生取得重

大研究成果，其《中国近代商标简史》（学林出版社 2003 年版）是中国第一部近代商标史专著。全书 30 万字，分 4 章 12 节，主要介绍了中国近代商标机构情况、近代商标法律起源、近代商标注册制度以及新中国成立前之清末北洋政府、国民政府、伪满和解放区各个政府商标管理的工作概况等。此书还涉及中国近代著名实业家与商标、近代名牌商标沿革、商标与国际形势变化等内容。左旭初的《中国商标法律史》（近、现代部分，知识产权出版社 2005 年版）一书，系统地论述了中国近现代商标法律发展史，以详细的史料为基础，全面展示了 1840 ~ 1949 年商标法律发展的状况；从清政府制定商标法律概况、中外签订保护商标的条约、《商牌挂号章程》的拟定、修订和补充、《商标注册试办章程》的颁布及修订等方面，较全面地展示了清政府时期的商标法律史。

另外，左旭初的《我国第一部商标法规诞生始末》（《中华商标》2004 年第 4 期）一文，详细地叙述了中国第一部商标法——1904 年 8 月 4 日清政府颁布的《商标注册试办章程》的酝酿及产生过程，以及该章程试行后在国内外要求下修订的经过。对于该章程，白大华在《中国近代商标法律制度的形成——兼评〈商标注册试办章程〉》（《中国工商管理研究》1994 年第 12 期）一文中对其主要内容做了归纳，在突出它是中国历史上第一部商标法律的地位后，作者详细论述了该章程的“半殖民地半封建的性质”。对于近代中国商标法规酝酿萌发的研究，蔡晓荣、王国平合著的《晚清时期的涉外商标侵权纠纷》（《学术研究》2005 年第 9 期）做了精彩分析。文章指出，在 1894 年甲午战争以后，华洋商人之间的商标纠纷问题逐渐彰显，并成为清末华洋交涉的焦点之一，这些涉外商标侵权纠纷某种程度上折射出当时中国商标立法和商标保护在制度层面的缺失，以及民间商贾系统对商标观念之淡漠。但从更深层次观察，这些纠纷反映出当时西方商人意图借商标问题压迫中国民族企业和垄断中国市场的一种表征。同时，纠纷的产生与解决，在相当程度上推动了中国早期的商标立法活动，并对近代中国民间形成商标法制观念起到了一定的促进作用。

总体而言，专门研究晚清知识产权的成果相对较少，近年来逐渐有相关论述见诸各类文字。但值得注意的是，很少有知识产权界的学者涉猎此领域的研究。

（三）国外学者的研究

国外学者涉及当时的中国知识产权状况研究的，比较有代表性的如哈佛大学安守廉（William P. Alford）教授在《窃书不算偷》（《To steal a book is an elegant offense-Intellectual property law in Chinese civilization》，William P. Alford, Stanford University Press, 1995）一书中，对本次谈判及当时中国的知识产权状况有较多涉及。在谈到此时期中国的知识产权状况时，非常传神地以“枪口下学习知识产权法”（“Learning the law at gunpoint”）为题展开论述。他认为，西方国家寻求一个适合的国际贸易环境是这次谈判的主要目的；而具有讽刺意味的是，一些中国官员也相信在西方和日本存在一个所谓20亿元的市场在等待着中国的产品。^①中方代表将维护皇权、废除治外法权作为首要的任务，由于对知识产权了解有限，要完成与知识产权相关的谈判议题对他们来讲充满了困难。商标保护是谈判所涉及知识产权议题中的核心部分，在就该问题签署的相关条约中，除了要求向中国政府将要为此目的而设立的机构缴纳合理费用，并经过中国相应的职能机构调查，以确认符合相应法律后进行注册之外，没有明确在何种情形下注册将被启动。而且由于中国当时没有商标法，条约也没有解决如何对国外商标实施保护的问题。同样的，专利及版权的协议也没有回答类似的关键问题。虽然缔约国关于被中国厂商侵权的问题并不那么容易被改善，但条约还是推进了中国知识产权立法的进程。^②

彭罗斯（Edith Tilton Penrose）在《国际专利制度的经济学研究》（*The economics of the international patent system*, Greenwood

① William P. Alford, *To steal a book is an elegant offense-Intellectual property law in Chinese civilization*, Stanford University Press, 1995, p. 37.

② William P. Alford, *To steal a book is an elegant offense-Intellectual property law in Chinese civilization*, Stanford University Press, 1995, pp. 34 - 39.

Press, 1973) 一书中, 对 19 世纪西方国家在专利制度存废问题上的激烈论战进行深入分析时, 以当时贫穷落后且没有建立专利制度的中国作为一个负面的例子, 来论证专利制度的价值。除了类似比较多的在论著中对中国知识产权状况稍有涉及外, 未发现有专门研究本专题的作品。

综览近年来学界对中国近现代知识产权史的研究状况, 我们不难看出尽管已有部分论著对本专题有所涉及, 但置喙此专题的学者确实不多, 研究的范围及深度有限, 尚无学者对本专题做针对性、系统性的全面研究, 根据笔者个人掌握的资料, 至目前为止国内外尚无专著问世。一些重要的问题, 如近现代专利、商标、版权管理机构的设置运行, 主要知识产权法规的实施绩效评估, 制约中国知识产权制度发展的各种因素分析, 近现代的知识产权历史遗产对新中国第一部专利法、商标法或版权法的出台各有何种影响等一系列颇具学术价值及现实意义的问题尚乏人问津, 这与知识产权在当今社会中所具有的重要地位及作用是极不相称的。晚清中外首次知识产权谈判, 是中国走向现代知识产权法的开端, 也是中国现代知识产权制度形成和诞生的起始, 理应成为中国知识产权史研究的重点。

三、研究方法、写作原则及资料综述

本书尽可能地采用第一手史料, 运用“大处着眼, 小处着手”的实证方法, 从晚清中外知识产权谈判的事件, 探求知识产权制度在中国建立及变迁背后的启示; 从知识产权制度所蕴涵的深层次的价值观的对比, 揭示中国知识产权问题的特殊性; 通过谈判人物与当时时势的交互作用, 对谈判过程及结果详细再现, 力图全面展现晚清中外首次知识产权谈判的全貌; 并且运用比较法学、法律文化学、法社会学等研究方法, 着重从法律背景层面, 分析西方知识产权理念与中国传统观念的落差, 从多个角度分析谈判可能的起因, 通过大量的案例论证谈判所带来的影响, 并结合今天知识产权发展的现状, 观察百年来历史脉动的内涵, 总结出谈判所带来的一

些思考及启示。

在写作范围上，以与中国最终达成生效条约的国家同中国的谈判为研究目标，包括中国与英国、美国及日本之间的谈判，尤以中美之间的谈判为中心，这是因为美国是唯一全面涉及专利、商标、版权三方面谈判的国家；对其他未能达成生效条约，但也与中国进行了相关知识产权谈判的国家，如德国、意大利等国的谈判内容，略有涉及。而之所以将这一系列的谈判界定为“首次”，是因为这是中国与其他国家第一次在正式的国与国间的条约谈判中，涉及了知识产权的内容，签订了包含知识产权条款的条约。

进行本课题的研究，最关键的是如何尽可能地发现关于本次谈判的第一手资料，如谈判的记录，各方谈判代表及幕后人物的报告、日记、往来信函等，各方政府的正式及非正式记录。对于中方资料的收集，除了《清季外交史料》、《辛丑和约签订以后的商约谈判》等大量近代史料汇编外，笔者还收集了包括中国社科院近代史研究所保存的中美商约谈判的部分记录；北京大学历史系资料室收藏的商约谈判相关资料；中国第一历史档案馆保存的商约谈判的相关档案资料、有关知识产权的奏折及批复、当时报纸杂志刊载的与谈判相关的资料；张之洞、盛宣怀、吕海寰、伍廷芳等谈判代表的个人史料等。

运用外方资料时，鉴于美国在知识产权领域特殊的地位，笔者以富兰克林·皮尔斯法律中心（Franklin Pierce Law Center）、哈佛大学图书馆（Harvard University Library）、美国国会图书馆（The Library of Congress）、美国国家档案馆（The National Archives and Records Administrative）所收藏的相关资料为主要目标，收集了大量与本专题相关的资料。主要有美国专利商标局自1880年至1920年的年度报告及专利商标局公报；美国参、众两院1890~1910年间关于商标、专利、版权的立法活动的档案资料；1890~1910年间美国参与签订的知识产权国际条约的资料；自1902年至1922年期间以美国《专利商标评论》为主的核心知识产权期刊资料；美国国家档案馆相关的档案资料，包括美国政府对谈判代表的指示电