

# 窃书就是偷

## ——论中国传统文化与知识产权

**摘要** 长期以来，学术理论界流行着一种观点，认为在中国封建社会历史中就已出现了版权的观念和制度萌芽，这种情况甚至比欧洲同样的思想和制度出现得还早。对此，本文提出了不同的见解：在中国，直至清朝末年才首次出现著作权的概念和制度，而在此之前，虽然散见于历史各代的饬令规章确有涉及出版和印刷者，但是，那些不过是封建统治者对社会意识形态的管控举措。本文回顾了中国著作权理论和著作权法所走过的曲折道路，检讨了传统文化以及后来西方版权观念对中国著作权制度的理论与实践所产生的影响，指出影响中国著作权制度发展和运行的因素，主要是来自于蕴含在中国传统文化中的社会观念与从西方移植过来的著作权观念之间的冲突和矛盾。

就近代中国著作权保护的发展过程而言，有两条脉络清晰可辨：其一是深受以美国为首的西方国家的左右；其二是传统文化观念和意识形态的影响。在这两种因素的作用下，尽管著作权保护在改革开放以来取得了很大进步，然而，在夹缝中求生存的著作权法仍然不能获得自己的独立品格。科学技术的飞速发展在后工业社会的资本主义国家的发展带来新的契机。以美国为首的发达国家的知识产品在全世界的倾销为这些国家的资本家带来滚滚财源。对发达国家而言，知识产权保护的意义早已超出知识产权保护自身而演化成为一种经济竞争的手段。

中国著作权观念及其法律制度的发展历程为我们提供了一个有益的警示，那就是中国的著作权法律制度必须摆脱西方国家的无理纠缠，追求自己的独立品格。当然，这并不意味着要排斥外国或国际上合理的理论和经验。制度建设的关键在于立足于中国的国情。就中国的文化传统而言，它

既可能是中国法律的价值源泉，同时也可能成为中国发展现代著作权制度的主要障碍。因此，著作权法律制度必须要建立在对中国政治、经济的深刻理解之上；建立在以权利意识为基础的价值体系之上；建立在与国际标准的合理结合的基础之上。可以相信，培育知识产权保护的那些条件也必然是培育有关知识产权竞争的条件。

鲁迅先生在其小说《孔乙己》中，生动地塑造了一位穷愁潦倒的清末秀才孔乙己的人物形象。孔乙己性格懦弱且好喝懒做，竟至于偶尔偷盗度日。文中酒店顾客和掌柜经常把孔乙己作为调侃的对象：“孔乙己，你脸上又添上新伤疤了！”“你一定又偷了人家的东西了！”“我前天亲眼看见你偷了何家的书，吊着打。”孔乙己迂腐麻木，企图以半懂不懂的文言词来搪塞，“窃书不能算偷……窃书！……读书人的事，能算偷么？”在他看来，“窃”字生僻玄奥，非短衣帮之流所能理解，如此偷换概念便可以掩人耳目，聊以自慰。自此以后，“窃书不算偷”便成为一句广为流传的经典名句。

1995年，美国哈佛大学东亚研究中心的教授威廉·阿尔福特(William P. Alford)以《窃书不算偷——知识产权还是思想控制：对中国古代法的文化透视》为题撰写了一部关于在中国传统文化影响下的知识产权法的论著。<sup>①</sup>该书甫经出版，便在华语世界引起强烈反响。阿尔福特认为，虽然中国是一个历史悠久的文明古国，且创造了举世闻名的四大发明，但是，并未逻辑性地率先在世界上建立起知识产权保护的法律制度。中国古代有过的，仅仅是“帝国控制观念传播的努力”。<sup>②</sup>造成这种状况的原因，除了政治和经济的因素以外，还有儒家传统文化以及后来马克思主义意识形态的影响。儒家思想中的“信而好古”、“学而致仕”等传统为中国古代知识分子的著作权诉求提供了可替代的途径，而出版商人依赖于官僚本身

① 参见 W.P. Alford, 1995, *To Steal a Book Is an Elegant Offence: Intellectual Property Law in Chinese Civilization*, Stanford, California: Stanford University Press.

② 同上书，第7页。

亦无须制度性的权利配置。<sup>❶</sup> 马克思对资本主义条件的知识创造采取的是严厉批判的态度，认为带有知产性质的智力成果与其他雇佣工人所出卖的劳动一样，都是资本主义条件下的异化现象。因此，阿尔福特强调，儒家传统文化与马克思主义的结合，刚好形成了一道排斥知识私有化的思想防线，致使著作权观念与中国传统文化的主流意识格格不入。西方世界在不了解中国传统文化的前提下，主观地将其知识产权的理念强行地加诸于中国，其结果只能是遭遇巨大的抵触。

“窃书不算偷”到底是出自一位封建末期落魄秀才的口误，抑或是中华民族传统文化价值的评断和取向，这不仅关系到一位文学人物的形象问题，更关系到一个民族的文化内涵问题。本文试图在分析中国传统文化对著作权制度在中国的形成和发展所产生的影响的基础上，为这一问题作答。毫无疑问，文学艺术的产权化发展趋势是不以人的意志为转移的历史潮流，其形成和发展有其内在的经济动因。但是，不容否认的是，政治和文化因素的介入会在一定程度上加速或减缓这种过程。具有悠久历史传承和深厚文化底蕴的中华民族，面对现代化的发展趋势，应该如何调整自己，择定正确的价值观及其标准，无论是就著作权的制度建设还是著作权的社会实践，均具有十分重要的意义。

## 一、权利抑或权力：对中国古代法的拷问

印刷术的发明有力地推动了口传文化向读写文化的转变，实现了人类文明历史发展过程中的一次飞跃。印刷术的出现在很大程度上改变了人类记载文化创造成果的方式。诚然，作为人类智慧劳动成果的文明并不以其表现形式的不同而改变其性质，但是，不同的文化承载方式却能极大地影响智慧劳动成果的发挥。根据考证，早在印刷术出现之前，剽窃现象就已经存在了。公元 100 年左右，古罗马的著名诗人马歇尔（Marshall）就曾痛

<sup>❶</sup> 参见李雨峰：“思想控制与权利保护——中国著作权法的历史演变”（西南政法大学博士论文），2003 年。

斥说，剽窃是一种可耻并应受到谴责的行为。几乎处于同一历史时期的诗人马尔蒂阿利斯在一封信中写道：“据说你在背诵我的诗句时总把它们说成是你自己创作的。如果你愿意承认这些诗为我所作，我很愿意把它们无偿地奉献给你，但是，如果你想把它们称为是你自己的诗作，那么，你最好把这些诗买下来，这样它们也就不再属于我了。”<sup>①</sup>显然，在马尔蒂阿利斯的 思想中，已经包含了文学艺术成果的权利观念，并且认为可以将其作为商品进行交换。这种朦胧的产权思想是对当时社会生产行为的一种朴素反映，也是后世著作权意识觉醒以及法律制度形成的原始动因。

约在公元前 400~500 年间，《礼·曲礼》就曾这样劝导人们，撰文时“毋剿说，毋孟同”，其注曰：“剿，犹掣也。取人之说以为己说。”“剿说”的表述既生动又形象，其含义已经接近后来的“抄袭”或“剽窃”。及至唐代，社会经济的高度发展亦带动了文学艺术的繁荣，与此同时，剽窃现象也变得普遍起来。据唐代诗人柳宗元《柳先生文集》中的《辨文子》记载：“其浑而类者少，窃取他书以舍之者多，凡孟管辈数家，皆见剽窃。”显然，这一时期剽窃前人作品的现象已非常严重。有文字记载的第一例剽窃纠纷案是发生在魏晋时期的“郭窃向注案”。不过，当时人们对剽窃他人成果的态度还只停留在道德评价的范畴，并未上升至法律的评判。

印刷术的出现，彻底改变了传统的誉录模式。在西方，有人曾这样评价印刷术对图书出版的影响：“当印刷变成了图书产品的基本手段时，至少在 1480 年的南欧是这样，整个图书业的竞争变得异常激烈，出版商不得不寻求一种新的手段来保护他们的投资。”<sup>②</sup>1981 年联合国教科文组织出版的《著作权的基本知识》（The ABC of Copyright）指出，“有人把著作权的起因与 15 世纪欧洲印刷术的发明联系在一起。但是，印刷术在更早的许多世纪之前就已经在中国和朝鲜存在，只不过欧洲人还不知道而已”。<sup>③</sup>在西方，仅仅采用了雕版印刷，还很难提高图书的出版速度，因为那里使用的是拼音

① 参见吴汉东：《知识产权法》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 29 页。

② 参见 John Feather, *Publishing, Piracy and Politics*, Mansell Publishing Limited, 1994, 10。

③ 参见 *The ABC of Copyright*, Paris: United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, 1981

文字。中文独立的方块字体，在使用了雕版印刷之后，就有可能大规模地出版图书。五代后唐时的国子监应是世界上第一个官办的、以出售为目的而大规模印制图书的“出版社”。根据宋、元的史料记载，自后唐田敏在国子监主持校正及印售《九经》开始，天下书籍遂广。据宋朝罗壁《识遗》记载，北宋曾下令禁止一般人随便刻印《九经》（即“禁擅镌”），如欲想刻印，必先求得国子监的批准。这实质上是在保护国子监对《九经》蓝本的刻印出版的垄断权，这种情形与英国《安娜法》颁布之前，英、法、威尼斯等地的君主或封建统治集团赐给出版商的翻印特权似有类同，但是，却比欧洲的同类特权出现得更早。

印刷术的出现，还改变了人们对文化成果保护的态度。在此之前，图书交易十分有限，出版商只要将其手中的书籍卖掉，就能收回其誊写手稿的投资。在那个没有书籍库存的时代，不可能产生保护长期投资的经济冲动。任何剽窃者都将不得不支付与其他出版商同样多的钱去购买和维持用于侵权的手抄工人，因此，剽窃者不能像现代出版业那样做到低投入和高产出。<sup>①</sup> 印刷术出现之后情况就大不相同了：印刷商不得不在印版上进行投资；不得不去雇用那些熟练的技工；也不得不购买那些耗材的油墨和纸张。所有这些都是一种预先的资本投资，而其资本的回报却相当缓慢。此外，同现代的著作权观念相比，当时的剽窃也未将作品与思想加以区分。事实上，剽窃不仅是指对作品的抄袭，而且还包括对观点的盗用。<sup>②</sup>

封建君主（或通过代表君主的地方政府）发布禁令，提供给国家（或国家控制）的印刷出版部门特殊的垄断权，为私人刻印出版的书籍提供特殊保护。在宋代毕升发明活字印刷术的 100 多年之后，这样的禁例确实出现过。<sup>③</sup> 宋代以后的一些地方官员曾发布过檄文，禁止对某些图书的盗印。从法律意义上讲，这类檄文和禁令所确立的到底是权利（Right）呢，抑或是

<sup>①</sup> 参见保罗·爱德华·盖勒：“著作权的历史与未来：文化与著作权的关系”，载郑成思（编）：《知识产权文丛》（第 6 卷），中国方正出版社 2001 年版。

<sup>②</sup> 参见罗素·英]：《西方哲学史上册》商务印书馆 1963 年版，第 320 页。

<sup>③</sup> 晚清出版的版本学家叶德辉所著的《书林清话》中有较详细的记载，该书第二卷的“翻版有禁止例始于宋人”中有一则宋代的“著作权标记”，两例宋代保护著作权的官府榜文和一项宋代国子监禁翻版的“公据”。

权力 ( Authority) , 对此, 在东西方学者中存在着不同的观点。

坚持是民事权利的观点认为, 中国自宋代起确曾出现过对作者 ( 而不是出版者 ) 的创造性劳动成果的保护, 即著作权保护。❶ 在其看来, “ 帝国控制传统观念的努力 ” 可以不顾《京都事略》中的 “ 已申上司, 不许复版 ” 的牌记,❷ 但是, 却不能解释同样是宋代留下的史实。宋代段昌武《丛桂毛诗集解》三十卷在国子监登记的 “ 禁止翻版公据 ” 云: “ 先叔以毛氏诗口讲指画, 笔以成编。本之以东莱诗记, 参以晦庵诗传, 以至近世诸儒。一话一言, 苟是发明, 率以录焉 …… 先叔刻志穷经, 平生精力, 毕于此书。倘或其他书肆嗜利翻版, 则必窜易首尾, 增损意义 …… 今备牒两浙福建路运司备词约束, 乞给据为照 …… 如有不遵约束违戾之人, 仰执此经所属陈乞, 追版劈毁, 断罪施行。 ” 这里保护的编辑收录活动的成果, 是 “ 以一本, 参照其他 ” , 即有自己的 “ 劳动、判断及投入 ” ( Labour Judgement and Investment——现代构成作品原创性 Originality 或著作权性 Copyrightability 的要件) , 这种保护不能归入 “ 帝国控制观念传播的努力 ” 。宋祝穆在 1238 年编写的《方輿胜览》自序后的 “ 两浙转运司录白 ” 云: “ 据祝太傅宅干人吴吉状: 本宅见雕诸郡志, 名曰《方輿胜览》及《四六宝苑》两书, 并系本宅贡士私自编辑, 数载辛勤。今来雕版, 所费浩瀚, 窃恐书市嗜利之徒, 将上件书版翻开, 或改换名目, 或以《节略輿地纪胜》等书为名, 翻开搀夺, 致本宅徒劳心力, 枉费钱本, 委实切害。照得雕书, 合经使台申明, 乞行约束, 庶绝翻版之患。乞给榜下衢、婺州雕书籍去处张挂晓示, 如有此色, 容本宅陈告, 乞追人毁板, 断治施行。奉台判, 备榜须至指挥。右令出榜衢、婺州雕书籍去处张挂晓示, 各令知悉。如有似此之人, 仰经所属, 陈告追究, 毁版施行, 故榜。嘉熙贰年十二月榜。衢、婺州雕书籍去处张挂。转运副使曾口台押。福建路转运司状, 乞给榜约束所属, 不得翻开上件书

❶ 参见郑成思: “ 知识产权的起源 ” , <http://www.private-law.com.cn/new2004/shml/20040530-203654.htm>。

❷ 宋光宗绍熙年间 ( 1190 ~ 1194 年 ) , 四川眉山人王氏, 将北宋九朝之事采编编辑, 撰写出一百三十卷的《东都事略》。据该著作记载, “ 眉山程舍人宅刊行, 已申上司, 不许覆版 ” , 该段描述为许多学者所引述, 以论证中国古代社会的著作权保护早已有之。

版，并同前式，更不再录白。<sup>①</sup>该书编写人“一生灯窗辛勤所就，非其他剽窃编类者比”，而“近日书市有一等嗜利之徒，不能自出己见编辑，专一翻版”，故由“两浙转运使司、浙东提举司给榜禁戢翻刊”，如遇有人翻版营利，则祝氏有权“陈告、追人、毁版、断冶施行，庶杜翻刊之患”。这里，究竟是制止翻版“营利”者的侵权行为，还是“帝国控制观念传播的努力”？这一类的史料史实，还可以举出不少。从历史上的时间顺序看，更接近于现代著作权保护的禁例，出现在宋代发明活字印刷术之后，而不是隋唐发明雕版印刷术之时。但是，就宋代来讲，已发现的禁例所保护的客体，仍旧是雕版印刷品。

坚持是帝王权力的观点认为，虽然中国是一个具有悠久历史的文明古国，且在历史上创造了举世闻名的四大发明，但是，却并未逻辑性地率先在世界上建立起知识产权保护的法律制度。有的学者基于文化论的立场，认为中国古代曾出现过的，不过是“帝国控制观念传播的努力”，而绝不能把这当作著作权来对待。<sup>②</sup>帝制中国时代皇家给予某些图书印制的垄断进而对盗印这些图书的现象加以制止的行为，乃是帝国控制思想流传的一部分，而不能认为是对知识产权的保护。其主要理由在于，中国古代还没有智慧成果私有的观念，而且国家制止盗印也缺乏相应的民事救济措施，帝制中国并没有把对图书盗印的现象当作私权的内容。<sup>③</sup>造成这种状况，除了政治和经济的原因以外，最主要的是儒家传统文化以及后来马克思主义意识形态的影响。儒家传统文化与马克思主义的结合，形成了一道排斥知识私有化的思想防线，致使知识产权观念与中国传统文化的主流意识格格不入。

自宋代以降，以禁令形式维护刻印出版领域秩序的情形随时有断续，却始终未曾停止过。直到元代，宋代所创立的禁例仍被沿用。晚清出版的

① 引自周林、李明山主编：《中国著作权史研究文献》，中国方正出版社 1999 年版，第 3 页。

② 参见 W.P. Alford, *To Steal a Book Is an Elegant Offense: Intellectual Property Law in Chinese Civilization*, 1995, Stanford, California: Stanford University Press, 10.

③ 同上。

版本学家叶德辉所著的《书林清话》中举出元刻本《古今韵会举要》一书为例，书中有如下记载：“……窃恐嗜利之徒，改换名目，节略翻刻……已经所属陈告，乞行禁约。”不过，无论以君主敕令或地方禁令的形式保护翻印专有权的情况，在明刻本的书中却很少见到。这至少表明在明代，类似的禁令形式有过中断。上海古籍出版社1962年出版的《中国古代史籍校读法》中，曾描述过明代时期出版界秩序混乱的情况。尽管如此，在中国历史上，却一直未曾形成系统全面的法律对之进行调整。直至1903年之前，即清政府与美国签订《中美通商行船续订条约》，才首次在中文中使用“著作权”一词。光绪皇帝曾为保护《九通分类总纂》（汪甘卿著，文澜书局印行）的翻印专有权而颁发过敕令。由此可见，将中国著作权形成的历史上溯至宋代乃至五代，认为现代中国著作权制度乃至现行中国著作权法均来自宋代，似乎缺乏说服力。《大清著作权律》主要以英、美、日等著作权法为借鉴，而现行的中国著作权法则主要以《伯尔尼公约》为样板，现代中国著作权制度主要是从西方移植的历史事实难以否认。

## 二、法权：根生于社会经济的政治现象

就著作权的起源而言，将其归结为“并非起源于任何一种民事权利，也并非起源于任何一种财产权，而是起源于封建社会的‘特权’。这种‘特权’，或由君主个人授予、或由封建国家授予、或由代表君主的地方官授予。这一起源，不仅决定了知识产权（指传统范围的专利权、商标权、著作权）的地域性特点，而且决定了‘君主对思想的控制’、对经济利益的控制或国家以某种形式从事的垄断经营等等，在历史上，与知识产权的产生并不是互相排斥的。正相反，知识产权正是在这种看起来完全不符合‘私权’原则的环境下产生，而逐渐演变为今天绝大多数国家普遍承认的一种私权，一种民事权利”。<sup>①</sup> 这样概括未免过于简单化，不尽科学，因为任何

<sup>①</sup> 参见郑成思：“知识产权的起源”，<http://www.private-law.com.cn/new2004/shtml/20040530-203654.htm>。

一种法权都不可能来源于另外一种法权。如果两种法权之间确实存在着承继关系，那么，充其量前者也只能是后者的初级形态或模式，而不能成为后者的源头。按照历史唯物主义的观点，任何法律制度以及与之相对应的社会意识形态都只是其相对应的社会物质生活方式的反映。换句话说，法权是根生于社会经济的政治现象，不可能被凭空造就出来，即使是帝国君王也不行。

诚然，发生在历史上的许多事实不容否认，在 1910 年《大清著作权律》（中国历史上第一部著作权法）颁布之前的中国古代君主及其代表确实在不同场合曾颁授过各种形式的印刷特权。不过，如果将这些特权与著作权联系起来，并认为它们就是著作权的源头，那就错了，因为这里所争议的不是史实的考证问题，而是对特定历史现象的认识问题。确如所见，在中国传统文化的语境中很难找到类似于国家权威与个人权利，或国家权威与市民社会的相关范畴。从表面上看，封建社会的地方官吏制定“陈告、追人、毁板”等措施以惩戒剽窃或盗用行为的理由是念及出版商的“私自编辑，数载辛勤，今来雕版，所费浩瀚”，“恐书市嗜利之徒辄将上件书版翻开，或改换名目，……致徒劳心力，枉费钱本”。<sup>①</sup>但是，从实质上看，这些措施所追求的目的仍然是维护封建国家的舆论专制，保障文字作品出版和交易的秩序。

在中国古代社会，如同其他民族一样，人们也有着因生存本能而产生的以占有为核心的原始的权利观念，只是我们的古人并未像古罗马人那样以法律语言将“此物是我的”的观念固定于法律制度中，加上以“礼”为“法”的观念逐渐成为人们判断行为的标准，导致“权”与“利”被不同的行为规则所诠释。“权”往往用来特指“官方权威和权力”，这种现象在古代立法中表现得淋漓尽致，如晋、北魏的刑法志中的“权制”、“权道”，其“权”字突出了官府权力的意义。虽然“利”字较频繁地出现于封建国家的典籍中，但是，在多数场合下受到冷落。特别是在儒家思想中，“利”经常被看作与“义”“礼”不合，并遭到所有儒学大师们的严厉批判，正所谓

<sup>①</sup> 参见郑成思：《著作权法》，中国人民大学出版社 1990 年版，第 6~8 页。

“君子喻于义，小人喻于利”。自唐、宋以降，“讳言利”逐渐成为整个社会的道德倾向。<sup>①</sup>在以“礼”为核心的传统文化中，作为私权的任何诉求都很难找到其生存和发展的空间。在个人与国家、个人与社会的关系中，权利与个人利益保护没有必然的逻辑关系，而且在家庭关系中，即使是父母的权利也始终以“特权”形式出现。这种特权恰恰是以剥夺不具有父母身份的人的权利为存在的前提。因此，在中国古代社会，“权利”不是来源于人的自由意志，而是基于预设的身份。“一切都是由身份规定的，这样一来，人们便无须去做无谓的努力，只有耐心地‘等’到取得该种身份的时候，‘权利’也就顺理成章地获得了。”<sup>②</sup>支撑这种“权利”意识的思想基础是“只求人身控制和宗法统治的有效”。<sup>③</sup>这与西方国家的“权利”即属于“个人的正当利益”的理念恰好背道而驰。<sup>④</sup>

如果说在中国古代社会对作者利益完全采取漠视的态度，则是不客观的。虽然中国历史上未曾出现过“私权”概念，但是，在长期的社会生活中人们还是逐渐培养起不少权利归属的意识，并由此形成了许多“有所为，有所不为”的行为规范。不过，总的说来，这些规范的强制力是来自儒家的“礼教”和“德教”，而不是源自国家的法律和规范。可以说，非法律制度规范性的“权利”的存在是中国清朝以前整个封建社会的普遍现象。直至清朝末年《大清著作权律》出台之前，中国历史上还从未有过对作者利益赋予权利的制度化保护，仅以官府的对当事人的个别请求给予有限的个案救济，使得作者、出版商或印刷商的利益在一定程度上获得间接的保护，并不能说明现代著作权制度的发轫如斯。

从法律意义上说，法权是利益的集中体现，因此，关乎权利的法律制度的形成和建立都是因应利益的驱动。利益包括物质利益和精神利益：在

① 参见梁启超著、范中信编：《梁启超法学文集》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 29 页。

② 参见程燎原、王人博：《权利及其救济》 山东人民出版社 1998 年版，第 111 页。

③ 参见江平：《互助与自足——法与经济的历史逻辑通论》，中国政法大学出版社 1994 年版，第 231 页。

④ 参见费安玲：“论著作权的正当性——历史的透视与权利要素理论的思考”，载《科技与法律》 2004 年第 4 期。

多数情况下物质利益是以有体物为载体的形式出现；精神利益不是直接通过物质载体表现的，而是从道德、伦理或哲学等层面对人格认知所产生的观念影响。任何法权的建立，都是人们基于一定的社会物质生活条件所产生的诉求，是人们的物质生活需要的自我反映，是人们对利益保护的主观追求。在 15 世纪前后，中国的印刷术被传入欧洲，以此为基础德国人又进行了技术改造，从而完成了欧洲印刷术的革命，并极大地推动了欧洲出版业的繁荣和发展。出于对自身利益的维护，印刷商和出版商要求建立相应的法律规范以保证他们的出版利益，并维护整个出版业的经营秩序。15 世纪的英国以法令的形式赋予印刷商和出版商以各种形式的特许，并将这些特许法权化。未经特许者如果想要出版书籍，就必须在出版之前将相应的文稿和资料呈送官府进行审查登记。未经许可而进行的图书印制和发行，均会构成违法，将被交付星法院进行惩处。<sup>①</sup>

尽管唐、宋时期中国的经济发展已经走在了当时世界的前列，“那些被经济学家和历史学家认作是产生了 18 世纪英国工业的所有的主要条件，在 14 世纪的中国几乎都已存在了”<sup>②</sup>，但是，在中国的封建历史中却没有逻辑性地产生像欧洲大陆那样的知识产权保护制度。<sup>③</sup>为什么在中国古代没有发展出像英国 18 世纪所出现的版权法？回答这个问题须从以下两个方面入手：

首先，在中国封建社会，商品经济十分不发达。中国在唐代以后生产力发展开始停滞，至清代则已远远落后于西方。由于封建专制国家的高度集权严重地压抑了自由经济的发展，未能有效地培育和发展起像欧洲那样的规模化产业，当然也就没有形成与产业化相对应的阶级人群。社会的政

<sup>①</sup> 参见梁启超：“乐利主义泰斗边沁之学说”，载《梁启超法学文集》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 29 页。

<sup>②</sup> 参见林毅夫：《制度、技术与中国的农业发展》，上海三联书店、上海人民出版社 1994 年版，第 244 页。

<sup>③</sup> 最早提出类似疑问的是英国的中国问题专家李约瑟，他在研究中国的历史时发现，早在中国的宋代就已经具备了后来英国工业革命的基本条件，而中国为什么没有发生工业革命呢？就知识产权而论，一般中国学者都认为印刷术是催生著作权法的直接原因。但是，只有一部分学者坚持认为，宋代的“翻版盗印”是一种帝国的思想控制，认为那时不存在著作权保护，只是产生了著作权保护的要求。参见刘茂林：《知识产权法经济分析》，法律出版社 1996 年版。

治结构仍然是铁桶一般的等级制度。占人口绝大比例的农民被牢牢地束缚在封建主的土地上，比例极少的手工业者和自由职业者，基本上游离于各阶级之间，并且在很大程度上依附于封建主和官僚士绅，其本身不能形成一定规模的阶级或阶层，因此也就不能提出作为某种社会力量才可以提出的政治和法律诉求。

其次，与封建统治生死攸关的舆论和媒介受到严格控制。纸张和印刷术的出现，在客观上极大地提高了文字作品的传播能力。印刷术所导致的印刷品的广泛传播动摇了封建皇权意识形态的稳固地位，因此，国家开始加强对书籍传播的控制。从国家禁止某类书籍的私刻刊行到对某些书籍授权禁止他人翻刻，虽然其间确实产生过某种程度的变化，但是，封建统治者严格控制舆论宣传的实质却从未改变。在这种情况下，封建国家所欲控制的是书籍的发行，而不是盗印，因为对观念和意识形态的控制，是封建国家治理社会的无可替代的手段。可能正是借用了国家对那些不能容忍的书籍传播的控制，一些作者或书坊才能借机或者偶然地获得了书籍专刻的授权，以禁止他人翻版盗印行为。不过，“翻刻必究”的实质仍是国家公权力对违法私刻的个人行为的追究，而非公民之间的私权侵害。国家禁止某些书籍流通的目的仍在于思想控制，因为翻版盗印行为不仅会破坏图书市场的秩序，而且直接威胁到封建国家的意识形态。

### 三、冲击与回应：中国著作权蹒跚起舞

包括著作权法在内的中国知识产权法的最早立法是在英、美、日等列强国家的压迫之下完成的。中国的著作权是从西方舶来的观念。与西方知识产权制度走过的历程相比，中国的著作权制度所经历的发展道路既曲折又艰辛。中华文明自成一脉而显赫于世，四大发明产生于中国古代，却未能在中国而是在西方开花结果。

尽管早在太平天国时期，洪仁玕就在《资政新篇》中提到了知识产权，然而，在鸦片战争之后的十余年内，知识产权问题并没有在中、西方之间的关系中凸显出来。至 19 世纪下半叶，西方经济对中国的入侵开始加剧，

随之而产生的擅自使用外商企业名称和商标的现象逐渐增多。最初这些行为主要表现为中国商人为逃避内地税（外商无须负担）或者为了获准在内地的通行而不正当地对外商企业名称的使用。根据记载，1897年英商就曾对广东汕头的鸦片加工者提出过指控，理由是这些加工者在销售鸦片时使用了英商的商品名称。

正如威廉·阿尔福特所指出的那样，中国早期开始的知识产权保护“是中國人在西方国家的枪口下开始学习法律”。<sup>❶</sup>虽然这句话听起来有些刺耳，不过，它却道出了历史真实。

早在两百多年以前，英国国王乔治三世（George III，1736~1796年）就曾提出，希望与中国发展外交和经贸关系。在乾隆皇帝过80岁寿辰的时候，乔治三世委派特使前来贺寿，并提出欲与大清国通商的要求。可是，当时的乾隆皇帝却摆出一幅夜郎自大的姿态，一口回绝了英王的要求。在写给英王的信中，乾隆皇帝曾傲慢地表示，他的大清王朝对于外国的思想和产品不感兴趣。“我们拥有所有的东西。我们历来认为那些新奇和人造的东西毫无价值。我们也认为你们国家生产的物品对我们毫无用途。”<sup>❷</sup>然而，历史现实却无情地粉碎了大清王朝的狂妄自大。就在乾隆皇帝的豪言壮语余音未落之际，西方列强就用他们的坚船利炮打破了中国封闭了几千年的大门。在西方人枪口的逼迫下，中国不得不开始学习用法律的形式去为那些“对中国人毫无价值的外国产品”提供保护。<sup>❸</sup>

在那个强权就是公理的海盗时代，中国的忍让并未换来西方列强的同情，相反，却使西方列强觉得中国软弱可欺，更加变本加厉地推行他们的帝国主义政策。他们竟然向满清政府提出所谓“治外法权”的要求，反对

❶ 参见 John Fairbank, *Trade and Diplomacy the China Coast: the Opening of Treaty Ports*, 1953, Cambridge Mass: Harvard University Press.

❷ 转引自 Edwards, *Canton System* 245。

❸ 事实上早在鸦片战争以前，西方国家就开始表现出他们对庞大而羸弱的中国的兴趣。面对四面环伺的西方列强，就连曾经傲慢不可一世的乾隆皇帝亦不得不降旨“抚恤夷情”，宣布清朝允许外国人短期进入广东和澳门从事商贸活动。对西方国家采取绥靖策略。参见 John Fairbank, *Trade and Diplomacy of the China Coast: the Opening of Treaty Ports* 1953, Cambridge Mass: Harvard University Press.

把在广州和澳门犯有谋杀中国人或实施其他犯罪的外国人交由中国法庭审判。提出如此要求的理由既荒谬且蛮横，当时英国东印度公司代表曾说：“中国的法律不仅是专横的，而且司法也腐败，在许多方面与欧洲的平等和公正的理念相悖。”<sup>①</sup>可见西方列强的专横霸道达到了无可理喻的地步。事实上，这样的论调并不新鲜，法国的伏尔泰（*Alias Voltaire*）<sup>②</sup>早就发表过同样的意见，在他看来，中国法是建立在最神圣的自然原则之上，依仗的是“家长式”的权威<sup>③</sup>。从总的精神方面“与欧洲的人性或公正相抵触”。<sup>④</sup>当西方列强在19世纪下半叶对中国的政治、经济和主权大举侵犯的时候，就是假借“中国司法制度落后”的借口来施加他们的“治外法权”。<sup>⑤</sup>没有比西方列强的逻辑更为荒谬的，他们口口声声倡导平等，却把一系列的不平等条约强加给中国。

19世纪下半叶，西方国家加紧对中国的经济施加影响。伴随西方经济向中国市场的渗透，侵犯知识产权的案件频繁发生。一些中国商人和企业在生产和销售过程中盗用外国企业的名称和商标。造成这种状况的主要原因有两个：第一，中国商人盗用外国公司的名称既可以逃避清朝政府专为中国商人设置的税例，而且资金和商品周转起来也比较方便；第二，使用外国公司的名称可以不受或少受地方官吏假借执法之名而实行的刁难和

① 参见 Edwards, *Canton System*, 245。

② 伏尔泰（1694~1778年）是18世纪法国资产阶级启蒙思想家、作家、哲学家。原名弗朗梭阿·马利·阿鲁埃（*François-Marie Arouet*），伏尔泰是他的笔名。他在启蒙运动中占有重要位置。伏尔泰代表18世纪法国大资产阶级的利益，反对当时的封建专制制度，主张由开明的君主执政，并强调资产阶级的自由和平等。他揭露了天主教会的黑暗和腐败，把一部教会史看作是一连串的迫害、抢劫、谋杀和胡作非为的肮脏史。在哲学上，他批判笛卡儿的“天赋观念”，嘲笑莱布尼茨的“前定和谐”学说，认为物质世界是客观地存在着的，人们的感觉反映客观存在，感觉经验是认识的惟一源泉。但他片面地强调感觉的作用，不理解感性认识和理性认识的辩证关系。重要哲学著作有《哲学通信》（因抨击封建制度曾遭禁售）、《牛顿哲学原理》、《形而上学论》、《哲学辞典》等重要文学作品还有悲剧《查伊尔》、《穆罕默德》长诗《奥尔良少女》、《查第格》、《老实人》和《天真汉》等。

③ 参见 Bernald Louis, *Gabriel Ambroise, Vicomtede, Melanges Littéraires*, 1952, Paris: A Le O-lene, 213。

④ 转引自 Edwards, *Canton System*, 245。

⑤ 参见 *The International Relations of the Chinese Empire*, (reprinted in Taipei, 1966) I, III, 7。

勒索。<sup>①</sup>

及至 20 世纪初，侵权问题变得更为严重。中国的侵权者将目光投向从外国进口的畅销品和外国公司在中国生产的名牌产品。与此同时，国际社会也开始对知识产权保护给予前所未有的关注。1883 年签订的《巴黎公约》（Paris Convention for the Protection of Industrial Property）就是专门针对专利和商标的一项国际公约。1886 年又达成了针对著作权问题的《伯尔尼公约》（Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works）。在这种气候下，西方商人希望他们在自己本国注册的商标和申请的专利同样能在中国受到法律保护。<sup>②</sup>西方列强希望在中国建立起一个以他们的价值标准和利益关系为准则的贸易环境。他们迫使中国政府取消当时通行的税例，建立全国统一货币，修建法律管制矿业和合资企业，以及保护知识产权。<sup>③</sup>他们允诺，如果中国政府答应上述条件，他们将命令帝国海关（Imperial Maritime Customs）重新厘定关税，他们还许诺限制对中国的鸦片进口，甚至可以考虑待中国立法与执法状况得到根本改善的时候愿意放弃在华的“治外法权”。<sup>④</sup>这真是滑天下之大稽的“互惠”条件！“进口鸦片”和“治外法权”本来就是西方列强强加在中国人头上的东西，到头来却成为西方列强换取在中国获得政治和经济利益的砝码。

然而，无论如何这样的承诺还是对清政府具有诱惑力的。嗣后，英、美、日便与清朝政府展开了一系列商务条约的谈判，其内容涉及关税、通商口岸、矿务、外交体制、海关用人等问题，而其中最令清朝政府不解的是西方列强希望中国对包括著作权在内的知识产权给予足够的重视和保护。在谈判中，在对待著作权的问题上，中、西方之间产生了重大分歧。中方认为，如果保护外国人的著作权，那么，中国的穷人便买不起书了，这样

① 参见郝燕平：《中国十九世纪的商业革命》，上海人民出版社 1971 年版，第 265 页。

② 参见 Morse, *International Relations of Chinese Empire* (reprinted in Taipei 1966) Chapter III, 378。

③ 关于缺乏统一国家货币的问题，参见 King Frank & Henry Holland, *Money and Monetary Policy in China, 1965*, (Unive # ), 113。

④ 参见 Feuerwerker Albert, *China's Early Industrialization, 1958*, Cambridge Mass, Harvard University Press。

一来便不能开发民智，这与西方列强要求中国早日进入文明之邦的愿望恰好背道而驰。而在西方看来，如果不保护外国人的著作权，那么，许多外国的优秀作品就不能进入大清帝国的市场，这样才会阻碍中国迈入现代化国家的进程。固执于这样的理念，西方列强不顾当时的中国既不是前述两个公约的成员国，更未加入任何有关知识产权国际公约的事实，将一系列根据国际条约而发生的保护知识产权的义务强加给中国。<sup>①</sup>对于西方列强的行径，就连他们自己的学者都看不过去，他们批评西方政府只是一味地把他们的价值观念强加给中国，却对赖以保护他们的知识产权的中国法律制度毫无兴趣。这充分反映了西方人对其毫无所知的中国政治法律制度所采取的普遍轻蔑的态度，事实上，他们从未给予中国法律以一丝一毫的尊重。<sup>②</sup>

最后，在与美国、日本签订的《续议通商行船条约》和《通商行船续约》中，清政府承诺对外国作品给予一定的保护。并在此基础上，依照英国、美国和日本等国家的著作权法的蓝本，制定了中国历史上的第一部著作权法——《大清著作权律》。显然，中国著作权法的产生是在西方列强的压力之下完成的。在清政府看来，保护外国作品不过是一种权宜之计，而其真正的目的在于挽回“治外法权”，以建设一个独立主权的国家，与西方列强抗衡。

“治外法权”是西方法律侵入中国的重要形式。从列强的立场看，知识产权保护乏力的局面对经济上占优势的西方国家而言是不利的。为了保护他们在华的知识产权利益，西方国家不断地给清政府施加压力，并围绕知识产权保护问题，展开了一系列的双边谈判。谈判的结果出人意料，西方国家竟然撇开清政府于不顾，径自达成协议，即在它们之间建立一种司法合作关系。譬如，一个在意大利已经注册商标的美国人，可以向意大利驻中国的领事法庭起诉控告另外一个受该法院管辖的人，反之亦然。如此一来，中国政府连最起码的尊严都被剥夺殆尽了。

应该承认，由于西方法律思想及其制度的侵入，冲破了长期封建统治

① 参见 Morse, *The International Relations of Chinese Empire* (reprinted in Taipei 1966), 1, III, 7.

② 参见 F.L.Hawks Pott, *A Sketch of Chinese History*, 1923, Shanghai: Kelly and Walsh, 34 ~

53. 又见 MacGowan, *Sidelight on Chinese Life*, 272 ~ 296.

的精神枷锁，使沉闷、闭塞的中国法领域呼吸到了一股清新的气流。它迎合了 19 世纪末一些有识之士的见解，并得到了他们的支持和欢迎。就连保守主义改革家们也发出由衷的感叹，“我们已经习惯了多少世纪以来的陈腐和愚昧，早已忘却了法律创制者们的初衷。如果我们再不思改革，则难免法亡政息，流弊依存”。<sup>①</sup>

在鸦片战争前及鸦片战争刚刚开始的头十年里，在中国与西方国家的交往过程中，知识产权问题并未被提到议事日程上来。颇有意思的是，同一时期出现的太平天国运动，却尝试着把知识产权的专利制度作为一项重要制度规定到他们的法律中去。<sup>②</sup>然而，可怜的清政府却奈何不得西方列强的刁蛮和贪婪，被迫先后与英国、美国和日本分别签订了一系列商务条约。商标保护成为这一系列条约的核心内容。根据《中英商务条约》的规定，中国政府必须为英国的商标提供保护，防止中国人对其侵权和仿制。<sup>③</sup>在 1903 年《中美商务条约》中规定，中国政府必须为在美国法律制度下获得专利的专利人提供国民待遇，即为那些获经美国批准专利的权利人提供一个保护期限，而这个保护期限不得低于中国法律对其本国公民所提供的专利保护的水平。<sup>④</sup>1903 年，中国在西方国家的指导下开始了商标立法并出台了一部商标法草案。<sup>⑤</sup>然而，由于列强之间的经济冲突，以及清王朝部门间的矛盾，该商标法草案一直未能付诸实施。随后不久，从 1906 年至 1908 年，清政府陆续颁布了一些关于印刷业和报刊业的法律，不过，这些法律都是旨在控制媒体和宣传，却无意于著作权保护。

在 20 世纪初叶，从中央到地方，中国政府官员对知识产权的保护基本处于懵懂无知的状态。尽管朝野上下不乏有识之士对此问题深表关切，然

① 参见《戊戌变法》，上海人民出版社 1972 年版，第 160 页。

② 在该时期的太平天国运动中，洪仁玕曾尝试在太平天国的法律制度中建立专利制度。

③ 参见 *The Mackay Treaty*, (reprinted in *Aleman*). *Protection of Trademark*, Article 7.

④ 参见 *The 1903 Treaty between China and the United States* . . . (reprinted in *MacMurray*). (ed.) *Treaties and Agreements*.

⑤ 在 1904 年中国外交事务部邀请帝国海关（于 1854 年由外国列强根据条约建立）参加起草商标法。在英国官员和商人的积极参与下，起草了一个商标法草案。该草案基本上照搬了英国法的内容，当然照顾英国利益的地方多。其中最明显的地方是，在中国使用的外国商标即使它们在中国境内或境外均未获得注册，也有权获得保护。