

枪

李雨峰 著



下的法律

中国版权

史研究



知识产权出版社

枪口下的法律：中国版权史研究

李雨峰 著

知识产权出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

枪口下的法律：中国版权史研究 / 李雨峰著. ——北京：知识产权出版社，2006.8.

ISBN 7-80198-647-4

I. 枪 ... II. 李 ... III. 版权 - 法制史 - 中国 IV. D923.412

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 097558 号

本书的所有版权受到保护，未经出版者书面许可，任何人不得以任何方式和方法复制抄袭本书的任何部分，违者皆须承担全部民事责任及刑事责任。

枪口下的法律：中国版权史研究

Qiangkouxia De Falü : Zhongguo Banquanshi Yanjiu

李雨峰 著

责任编辑：龙 文

版式设计：龙 文 责任出版：杨宝林

出版发行：知识产权出版社

地 址：北京市海淀区马甸南村 1 号

通信地址：北京市海淀区蓟门桥西土城路 6 号 邮编：100088

网 址：www.ipph.cn

邮 箱：longwen@cnipr.com

电 话：010-82000893 82000860 转 8101

传 真：010-82000893

印 刷：知识产权出版社电子制印中心

经 销：新华书店及相关销售网点

开 本：880mm×1230mm 1/32

印 张：8

字 数：234 千字

版 次：2006 年 8 月第一版 2006 年 8 月第一次印刷

定 价：16.00 元

ISBN 7-80198-647-4/D·435

如有印装质量问题，本社负责调换。

作者介绍

李雨峰，山东临清人，法学博士（2004），西南政法大学副教授，中国人民大学法学院博士后（2006），牛津大学访问学者（2006～2007）。代表论文包括：《权利是如何实现的：纠纷解决过程中的司法、策略与传媒》、《枪口下的法律：近代中国版权法的产生》、《著作权的宪法基础》、《理性的宰制：帝制中国版权问题的省思》、《从写者到作者》、《知识产权通则：立法进程中的一种尝试》、《版权法上基本范畴的反思》等，译作包括《不完备法律之挑战与不同法律制度之回应》（《洪范评论》第2卷第1辑）等，与他人合著《著作权法》（厦门大学出版社2006年版）。

目录

序一 直面知识产权法学研究 / 刘春田	3
序二 中国版权史是一门学问 / 周林	9
引言	13
第一章 版权：一个概念的诠释	23
第二章 郑和—李约瑟之谜	61
第三章 枪口下的法律	79
第四章 现代化的尝试	117
第五章 1921—1976：党的版权政策	139
第六章 改革开放时代的版权法	159
第七章 版权的正当性基础	187
第八章 理想与现实之间	215
参考文献	239
后记	249



序一

直面知识产权法学研究

刘春田

说这是一本知识产权法学或民法学著作，不少民法学者并不认同，或许认为它不合“祖制”。本书无论思想、观点、方法、理念，还是表达方式、行文风格，与传统知识产权法学著作相比都判然有别、相去甚远。我们看到，本书作者是秉持一种不守规矩的风格，尝试用自己的心来探索一个“痛并快乐着”的课题。读此书，可以让人直面感受阅读的乐趣，体验思考的力量，享受思辨的愉悦。本书彰显作者内心萌动的不惧传统、冲破禁忌的欲求，从而也注定了这是一本会引起争议并将继续引起争议的书。

自中华人民共和国成立特别是改革开放以来，经过学者们的共同努力，中国的法学研究已经形成了自己的、尽管还显薄弱的传统。有学者经过梳理，把近20年来的法学研究大致分为以“政法法学”、“诠释法学”和“社科学法”为主要特征的三个阶段。^①就知识产权法学研究而言，绝大多数学者着眼于具体条文的建设与法律技术的完善，注意研究现实生活中具体的法律问题，致力于“使法律成为一种实践的话语”。可以说，他们属于“诠释法学”共同体的成员。这种研究进路的参考框架是西方发达国家的知识产权法，认为要完善中国的知识产权法必须参照发达国家的经验。客观地说，这种研究本身对中国的知识产权法律建设贡献卓著。然而，“诠释法学”的研究范式基本上沿袭了概念主义的传统，预设法律是一个确定而且自主的领域，并且预设各个法学学科之间界限的稳定性，因而，他们更愿意在各个法学学科的内部构建其自身的逻辑。值得注意的是，这一预设近年来无论在国内还是在国外的法律研究中都遭遇了挑战。波斯纳从经济学的、文学的、女权的以及社群主义的进路证伪了法律是自我周延的社会思想

^① 苏力，也许正在发生[J]，比较法研究，2001(3)。

和行动领域，^①而新制度经济学者卡塔琳娜·皮斯托和许成钢更是直接从法律的不周延起步，探讨执法的效率最优问题。^②在知识社会学上，华勒斯坦等人曾对西方19世纪以来的各学科之间的区分与界限进行了梳理、质疑与反思，而另外一些人则对学科本身的结构方式提出了批判，认为基于传统的学科划分而取得的成就并不那么令人感到乐观。相反，“跨学科”这一退让形式不仅克服了现存学科之独特性的逐渐式微的逻辑，而且，也将这些学科从困境中解救出来，重新确认了它们的合法性。^③意识到法律溢出自己边界的可能性，国内的一些学者，主要是理论法学学者，基于自己的学术偏好或者专业优势开始尝试在法律的外围追寻解释和理解法律的资源，无论这些资源来自社会学、人类学、政治哲学、道德哲学还是来自文学批评、历史学、经济学或者话语理论。庆幸的是，在知识产权法学研究领域，已有学者开始这方面的尝试；^④而国外的同仁们也进行着同样的努力。^⑤不同的是，国外的学者多从其他学科进入知识产权研究领域，而国内的学者则沿袭了相反的路径。本书作者李雨峰从社会史的视角围绕着传播技术、作者地位、中外关系三条线索探讨了中国版权思想的演变，这种打破学科内部既有传统来选题的做法构成了知识产权法学研究方法论反思的一部分。

就内容而言，本书主要回答了下列这些问题：中国宋代是否存在对文字作品的保护？版权作为一个事件，它是如何发生的？中国自古就产生了文字、纸张，并最早发明了印刷术，也就是说英国版权法产生的历史条件在几百年以前的中国早就存在了，为什么中国没有最早

①波斯纳。法理学问题[M]。苏力，译。北京：中国政法大学出版社，2002：441-526。

②皮斯托，许成钢。不完备法律之挑战与不同法律制度之回应[M]。李雨峰，译//洪范评论：第2卷第1辑。北京：中国政法大学出版社，2005。

③华勒斯坦，等。开放社会科学[M]。刘锋译。北京：三联书店，1997：50-51。

④如，刘春田。中国知识产权评论[M]。北京：商务印书馆，2002。冯象。政法笔记[M]。南京：江苏人民出版社，2004。周林，李明山。中国版权史研究文献[M]。北京：中国方正出版社，1999。刘茂林。知识产权法之经济分析[M]。北京：法律出版社，1996。冯晓青。知识产权哲学[M]。北京：中国人民公安大学，2003。

⑤ See ALFORD W P. To Steal a Book Is an Elegant Offense[M]. Stanford University Press, 1995. DRAHOS P. A Philosophy of Intellectual Property[M]. Dartmouth, 1996. LANDES W M, POSNER R A. The Economic Structure of Intellectual Property Law[M]. The Belkap Press of Harvard University Press, 2003.

产生版权法？近代以来，中国的版权法是如何在西方的推动下完成的？在这个过程中，中国是否恒久地处于被动？中华民国时期，国民党政府在进行法律现代化的尝试中为什么没有成功？中华人民共和国成立之后改革开放之前，是什么理念影响了对知识分子保护的态度？党和国家第二代领导人上台之后，中国版权法的发展完善非常迅速，其中的原因是什么？中国乃至世界上未来版权法应当走向何方？应当说，作者所探讨的这些问题脱离了法条、政策等规则，进入了非正式制度的领域。在我看来，作者选择这一题目除了学术上的偏好之外，还基于对这样一个问题的思考：中国著作权法短期内在立法上取得了前所未有的进展，为什么执法中却面临着巨大的困难？除了经济原因之外，还有哪些因素影响中国著作权法的现状和未来走向？

在新制度经济学上，制度包括正式制度和非正式制度，前者包括法令、政策等，后者是指人们的价值观、伦理规范、道德、习惯、意识形态等。制度具有抗拒变迁的品格，按照诺思“路径依赖”的说法就是：一种现存的制度具有一种类似于物理学上的“惯性”，一旦采用了一种制度进入了某种特定的路径，那么，这种制度就可能情不自禁地产生一种惯性，对之前人们的选择产生一种依赖。^①因之，林毅夫先生指出除非新制度安排的个人净收益超过制度变迁的费用，否则，自发的制度变迁是不可能的。在将制度变迁纳入“需求—供给”模型的基础上，林把制度变迁区分为诱致性变迁和强制性变迁。他认为，前者是一群（个）人在响应由制度不均衡引致的获利机会时所进行的自发性变迁，而后者指的是由政府法令引起的变迁。^②借用这样的模型，我们可以认为，目前著作权法领域的立法完善主要是由政府引发的强制性制度变迁，而非群众性的自发性变迁。然而，意识形态、价值观、伦理规范、道德、习惯等这些非正式制度又影响着强制性制度变迁的效用。事实上，正式制度的变迁必须有非正式制度的密切配合。由之，我们可以发现为什么中国著作权在立法上取得重要成就（强制性制度变迁范畴）的前提下，守法上（诱致性制度变迁范畴）却存在着重大

① 诺斯. 经济史的结构与变革[M]. 厉以平, 译. 北京: 商务印书馆, 1999.

② 林毅夫. 关于制度变迁的经济学理论: 诱致性变迁和强制性变迁[M]// 科斯, 阿尔钦, 诺斯, 等. 财产权利与制度变迁: 产权学派与新制度学派译文集. 上海: 上海三联书店, 1994: 371-374.

的问题。中国著作权乃至整个知识产权执法的不利在一定程度可以归结为相应的法律思维这一非正式制度的缺失。^①一如一位社会学者所指出的：“任何一种制度总是要嵌入到特定的社会结构和社会文化之中去。再好的制度创新如果不能成功地嵌入到那个社会的社会结构中去的话，或者说，这种制度的创新在现存的社会结构中长期产生和具有强烈的排异反映，那么，这种制度的创新与变迁最终不可能带来效益，最终也不可能造成这个社会的发展和稳定。”^②事实上，当官方向民间推行其正式制度（包括知识产权在内的法律制度）的时候，它并不总是处于明显的优势地位；相反，民间力量反而会利用自己的情境、地理空间、地理特点与官方力量形成一种界域，在那里，权力的运行是微观的、交互的，没有一方处于永久的优势。^③这是一个博弈的过程，官方可能通过意识形态的培养推行了正式制度，而民间也有可能通过非正式制度影响了包括法律在内的正式制度。本书切入问题的角度与论证问题的方式与上述模型形成了“隐匿的对话”。

柏拉图说，学术是有钱人的休闲。在一个喧闹的时代，作为一个从事与实务有着密切关系的学科的法律人，思考这样一个需要秉持平静心境的题目，要的是淡泊名利、心如止水。“古来圣贤皆寂寞”，真的学问注定不被常人乃至一些“专家”所理解。做学术，必须沉得住气，耐得住神秘的寂寞。真的学者，精神上注定是孤独的。享受迷人的孤独，正是学者的生活乐趣。本书独树一帜的观点和热情激越的文字，不掩作者的智力与才情，显明了作者对学术的热爱。真的学术是刻骨铭心的。爱得越深，就越痛苦。一如作者在后记中所说的：“即使我的研究对现实真的没有指导意义（这在莱辛看来是假命题），也无妨大碍，毕竟这是‘知识增量’的一种努力，尽管这种努力可能没有达到‘知识增量’的结果。为了不使自己落入‘新八股文’的圈套，我带着鲁莽，顶着重重的压力，开始了艰难的跋涉。”但愿有更多的法律人参与到这种学

① ALFORD W P. To Steal a Book Is an Elegant Offense[M]. Stanford University Press, 1995.

② 李汉林. 中国单位社会[M]. 上海：上海人民出版社，2004：110.

③ 福柯. 规训与惩罚[M]. 刘北成，杨远婴，译. 北京：三联书店，1999. 另见，强世功. 乡村社会中的司法实践：知识、技术与权力[M]//王铭铭. 乡土社会中的秩序、公正与权威. 北京：中国政法大学出版社，1997.

术共同体中来。

同长处一样，本书的缺点也是明显的。尽管作者在引言中指出，不坚持在政治文化决定论的立场上理解中国古代是否存在对文学作品的保护问题；然而，在第二章探讨中国古代为何没有产生著作权法的时候，却有滑入文化决定论的趋势。且不论文化决定论这一立场是否确当，^①作者在论述相关的问题时似乎没有坚持一贯的方法论不能不说是本书的一个遗憾。除此之外，尽管作者移用了一些新兴的史学方法，但仍未能完全克服“宏大话语”的缺憾。在说明中国著作权法的执法方面，作者也有化约之嫌，没有对区位与时段进行认真的“知识考古”。幸好，作者已经意识到了一些不足，并在后记里进行了说明与交代。希望他在以后的研究中能够尽量克服这方面的缺憾。

无疑，这是一本存在争议的书。我在参加作者博士论文答辩时就强烈地感受到了这一点。喜欢的和批评的见仁见智，泾渭分明，以至在答辩委员之间辩论良久，始统一认识。作为答辩委员会的主席，我指出，这篇论文的价值就在于它引人注意，发人思考，一开卷，就让人忍不住要看个究竟。读罢有感而发，可谓欣赏者不吐不快，批评者不言不甘。比之那些平庸得让人找不出毛病，也激不起兴趣的作品而言，这正是它的可贵之处。有学者认为，本书内容不是正宗法学，我有不同看法。鲁迅说过：世上本没有路，走的人多了，也便成了路。面对一个无穷的未知世界，要研究什么，怎么研究，存在着广阔的空间，我们乐见一个多元化的选择。

2004年8月16日

①有学者对这样的方法进行了批评。参见，苏力：《法律文化类型学研究的一个评析[M]》，贺照田，赵汀阳：《学术思想评论：第2辑》，沈阳：辽宁大学出版社，1997年。

序二

中国版权史是一门学问

周 林

我和本书作者相识，完全是因为他的博士论文《枪口下的法律：中国版权史研究》。在接到这篇论文时，作者告诉我，两年前去重庆讲课时，他曾经到课上见过我，询问过关于中国版权史的一些问题。我有这个印象，可是作者究竟是谁？什么模样？却记不清了。原因是，中国版权史是一个“冷门”，虽然我和李明山教授在1999年合编出版了一本《中国版权史研究文献》，那以后不断有中外学生向我征求对研究中国版权史的意见，但我不敢想象很快有一天真的有人写出一部中国版权史来。

可是这一天真的很快到来了，那就是现在摆在读者面前的李雨峰撰写的《枪口下的法律：中国版权史研究》一书！这是我看到的迄今为止研究中国版权史最有分量的一部著作。

作者首先回答了为什么要研究版权史这个问题。作者写道：“从功能的角度讲，梳理版权法的历史轨迹或谱系其意义是不彰自明的。这固然是经由它，我们不但可以加深对版权这一范畴的认识，而且还可以检讨版权作为作者与出版商、作者与读者、出版商与国家之间调整器的功能；同时更为重要的是借此，我们通过透视版权所隐含的价值来衡量当下乃至未来版权法发展趋势的合理性”。或许我还可以做一补充，就功能而言，研究版权法的历史演变，还有助于解决司法裁判难题；在一个立法完善的国家，经由查询立法记录，特别有助于法律实施者弄清某个具体法律条文的意图究竟是什么。还应看到，研究历史的另一重意义，乃是出于学术研究的需要，尤其是面对只有二十余年版权法历史的事实，追根溯源，是学术积累和理论创新必不可少的。

面对浩如烟渺的历史典籍，研究中国版权史究竟从何入手？作者提出，“首先要回答的是版权法是中国自有的还是舶来的”。这个观点，

比起那些仅仅关注寻找版权的最早起源的人来说要高明得多。“已申上司，不许覆板”，这个出自800多年前的一段“牌记”是不容否认的。那种朴素的、直接的诉求更难能可贵。它“也的确证伪了帝国制止盗印的行为仅是‘控制观念传播的努力’的认识”。但是，出于什么原因，一套完整的版权法律制度没有首先出现在中国？这个问题才是真的，才是更值得研究的。

回答这样一个问题显然是作者感兴趣的。作者引述了青年学者刘茂林对宋代的“翻刻现象”所持的一种思想控制的观点，刘认为，那时不存在版权保护，只是产生了版权保护的要求。面对宋代的印刷术发展与商业革命，刘提出了中国为何没有产生版权法的疑问，并将这一疑问称之为“郑和一李约瑟之谜”。本书作者借用“郑和一李约瑟之谜”的提法，详细论述了帝制中国没有产生版权法的原因。作者把这个原因归结为“法律治理术的性质、知识分子的依附状态及商人受制于国家机构这些文化要素的结合”，作者进一步分析道：“在没有外力的推动下，注定了中国版权法一直处于蛰伏状态的命运”。

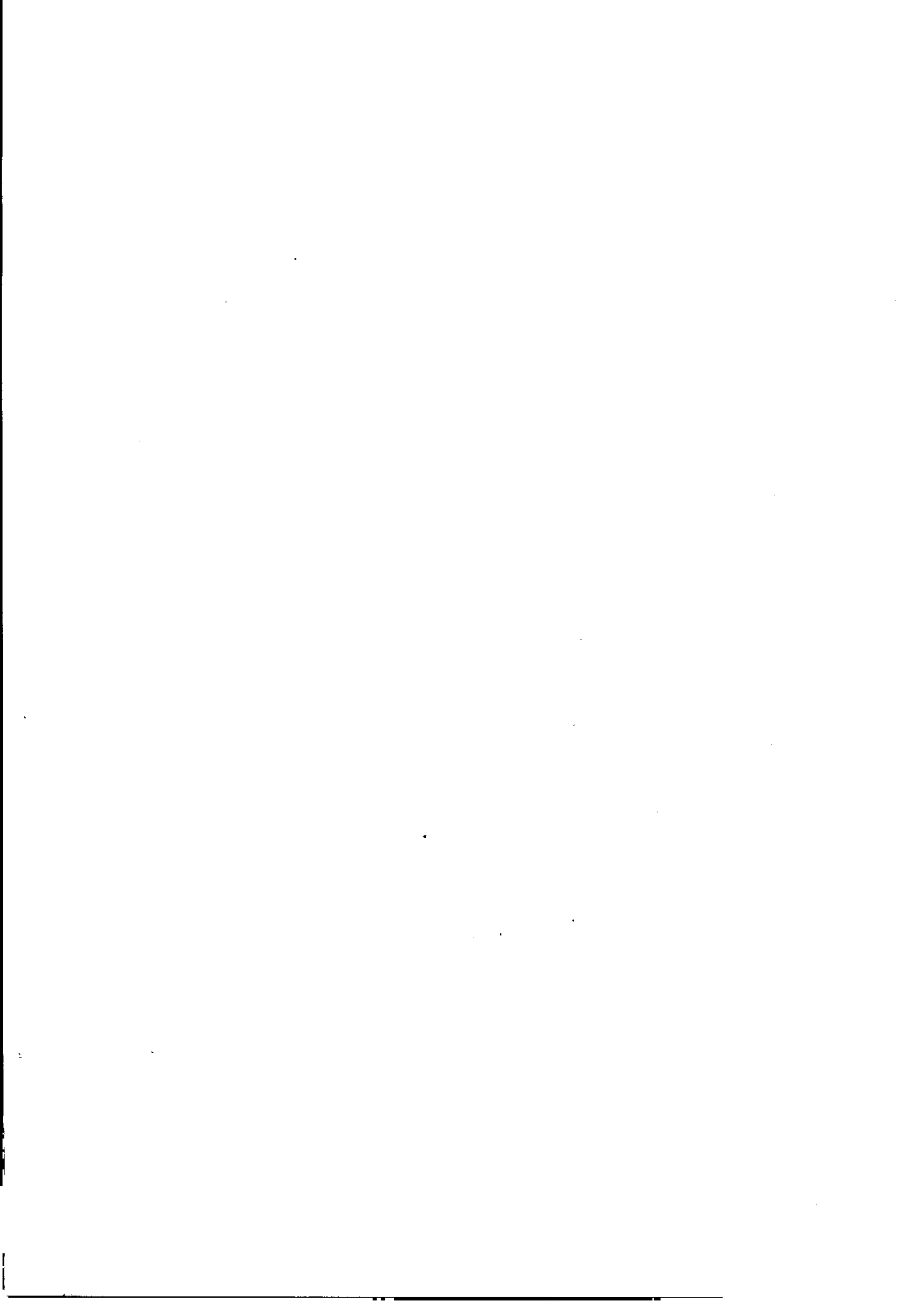
书中专门有一章“枪口下的法律”论述了这样一个观点：对于中国人来说，版权是一种迫不得已的选择，版权法则是在“在中国现代化的焦虑中”诞生的，而“这正是中国的悲剧所在。将属于私法领域的版权法作为一种工具来使用背离了其原来的目的”。这是一种独到的冷静的结论性判断。也许有一些人不会接受这种观点，因为看到过太多的对所谓“本土资源”的津津乐道，太多的对新版权法的溢美之词，而全然不顾“外来因素”具有决定性影响的事实，更不愿面对作者权利大部分落空的现状。

本书作者对于现行版权政策的反思是从执政党诞生之日起开始的。早年的中国共产党从失败中吸取教训，认识到要想夺取政权，必须深入农村。“正是这种经由农村包围城市的战略，这种重视农村的革命理念在之后的社会建设中很大程度地影响了党与知识分子的关系，以及未来中国知识产权法的走向”。我很惊奇作者的这些独特而冷静，看似平淡，实则新颖的评价性观点。这些观点的提出不仅需要扎实的学养做基础，更需要超凡的勇气迎接挑战。

大约 15 年前我开始接触版权，版权从何而来，向何而去，尤其是版权主体——作者的命运，人的命运，始终占据着我思我行的大部。作者的这本书给了我许多新的启示。如果有可能的话，建议作者可以继续讨论有关一些问题，例如：“版权”一词最早究竟是何时进入汉语词汇的，“版权”与“著作权”的用法究竟有怎样的不同，我不认为这些问题仅仅具有版权史上的意义。

还有一个需要进一步思考的问题，那就是新技术对版权法的影响。版权因新技术（印刷复制）而生，也可能因更加发展的技术（例如互联网技术）而亡。在网络时代，传统版权理论中一些内容已经不能很好适用，例如合理使用制度中的对成本的考虑就已经过时。对传统理论的批判和扬弃，需要我们付出更大的勇气和更多的智慧。

2004 年 8 月 18 日



引言

有用有什么用？

——莱辛

对版权法的历史演变进行探讨是在该领域的一次冒险，其原因不仅在于除了一本有关版权史文献的著作和零星的文章外，它基本是版权法领域的一块空地，当然后者对这一课题的推进起了不可估量的作用；同样重要的是，知识产权法学是一门非常务实的学问，因此，这一课题带给人们的疑问便是：在互联网时代，它有什么价值？它对当前的社会运作有何意义？

为自己贴上了向前看标签的实用主义者只愿关注问题的有用与有效性，而对事物的历史置若罔闻——过去的就让它过去吧。^①在他们看来，一个事物或观念的意义就在于而且仅仅在于它对现实世界的影响力，套用霍姆斯的话说：“活着就是要发挥作用。”^②“历史有什么用？”这一智问曾使多年从事史学研究的法国年鉴大师马克·布洛赫面对儿子时幽现了犹疑与窘迫。与此相反，清高的莱辛却不以为然，他反问道：“有用有什么用？”在笔者看来，“历史有什么用”这一问题本身是值得商榷的。事实上，作为一种学术研究和学术方法，史学和历史方法本身应是自足自立、自我周延的，正是这种自足与周延构成了市民社会的一部分。^③布洛赫认为对于个人而言（着重点为笔者所加），“历史有什么用”永远都是个假问题，因为历史对于个人应该完全是一种令人销魂的爱好，是兴趣聚集酝酿的源泉，在他那里，历史纺织了个人选择的艺术。^④对于群体而言，历史则远非个人选择的艺术。正如论者所言，即使在无可非议的客观性中，历史知识也绝不是一堆可有

①波斯纳：《超越法律》[M]，北京：中国政法大学出版社，2001：4。

②转引自，苏力：《送法下乡》[M]，北京：中国政法大学出版社，2000：214。

③希尔斯：《市民社会的美德》[M]//邓正来，亚历山大：《国家与市民社会》，北京：中央编译出版社，1999。

④参见，杨念群：《中层理论——东西方思想会通下的中国历史研究》[M]，南昌：江西教育出版社，2001：自序。