

窃书就是偷

论中国传统文化与知识产权

曲三强 著

知识产权出版社

QIESHU
JUSHITOU
LUN ZHONGGUO CHUANTONG
WENHUA YU ZHISHI CHANQUAN

窃书就是偷

论中国传统文化与知识产权

曲三强 著

知识产权出版社

QIESHU
JIUSHITOU

LUN ZHONGGUO CHUANTONG
WENHUA YU ZHISHI CHANQUAN

图书在版编目 (CIP) 数据

窃书就是偷：论中国传统文化与知识产权/曲三强著.

—北京：知识产权出版社，2006.3

ISBN 7 - 80198 - 389 - 0

I. 窃… II. 曲… III. 知识产权 - 研究 - 中国

IV. D923.404

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 013578 号

内容提要

知识产权的发生与发展是社会经济发展到一定历史阶段所产生的法律现象。由于世界经济不平衡，资源配置不合理，以及复杂的政治和历史等因素的综合作用，东、西方国家在知识产权上的地位优劣互见。知识产权保护的意义早已超出知识产权保护自身而演化为一种经济竞争的手段。本书作者，积多年之心得，在充分掌握资料的基础上，从不同的角度对中国知识产权的形成、发展和现状进行了深刻的理论分析和研究，为我们打开了一片新的理论视野。

读者对象：从事法学研究的工作者，高等院校的研究生和本科生，法官、律师及其他对法律和知识产权有兴趣的人。

窃书就是偷

——论中国传统文化与知识产权

曲三强 著

责任编辑：赵林静

责任校对：董志英

封面设计：SUN 工作室

责任出版：杨宝林

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.cnipr.com>

邮 箱：BJB@cnipr.com

电 话：010 - 82000893 82000860 转 8101

传 真：010 - 82000893

印 刷：北京白帆印务有限公司

经 销：新华书店及相关销售网点

开 本：787mm × 1092mm 1/16

印 张：25

版 次：2006 年 2 月第一版

印 次：2006 年 2 月第一次印刷

字 数：355 千字

定 价：36.00 元

ISBN 7 - 80198 - 389 - 0/D·387

如有印装质量问题，本社负责调换。

前 言

(代自序)

“没有皇王之路达到至学”，这是古希腊的名言。“皇王之路”或易行或畅快，必是大众所乐于行走之，而学术之路却是充满荆棘的天涯孤旅。“道则高矣！美矣！宜若登天然，似不可及也。何不使彼为可几及、而日孳孳也？”^①从遥不可及的精神圣殿走入世俗的物质世界，“旧时王谢堂前燕，飞入寻常百姓家”，中国知识产权的发展，如同中国的法治行程一样，在经历了一次又一次的涅槃之后，终于变成浴火的凤凰，开始振翅飞翔了。

从法学青年到法学中年，是我已经走过的路；从法学中年到法学老年，是我正在走的路。不是法学家，法学家是一个很高尚的称谓，我还不够格。不过，用自己的青春和热忱，在时代脉动的牵引下，所铸就的人生历史，却也斑驳陆离。本乎理性而建立起来的信仰，值得用生命去维护。我愿意与大家分享我的感知、我的体认和我的理念，这大概就是成就此书的初衷了。

70年代末，还是春寒料峭的时节，我身背行囊，风尘仆仆地步入梦寐以求的北京大学——中国的最高学府，开始了命途多舛的法学苦旅。刚刚从“文革”浩劫中解脱出来的中国社会，带着满身疮痍步履蹒跚地走向历史的新纪元。余悸未消的法学领域依旧笼罩在传统意识形态的阴影下，并开始了小心翼翼的求证和摸索。“大地微微暖气吹”，虽然寒冬之后的天气依旧冷气袭人，但无论如何，中国毕竟迎来了期盼已久的法

① 公孙丑曰：“道则高矣！美矣！宜若登天然，似不可及也，何不使彼为可几及，而日孳孳也？”孟子曰：“大匠不为拙工改废绳墨，羿不为拙射变其彀率。君子引而不发，跃如也。中道而立，能者从之。”（《尽心章句下》）。

制春天。80年代，改革之风如破竹之势遍及神州；90年代，破茧而出的中国以崭新的姿态展现于世人面前；世纪之初，不断强大的中国更是挟着风雷、裹着闪电，以蓬勃之躯挺立于世界民族之林。置身于这样一场风云激荡的历史大变革中，多年以来，我个人的命运亦飘忽不定。十年寒窗，数载飘零，从未名湖畔的水光山色，到悉尼海湾的船帆幢影，倏忽哉白驹跃隙，失了大地，却得了天空，风雨人生路，说不清今是而昨非。所痛者：平生豪情如逝水，青春难继，徒生多少嗟叹；所幸者：一世心曷似有时，光阴犹在，了却几许离愁。实指望中国的法治之旅能在众人的鼎力撼动下，踏上坦途之途。

具有古代灿烂文明的中国，在近代所扮演的角色充满了悲怆的韵味，每当回顾这段历史，总会令人产生不胜唏嘘的情怀。近代史上，大英帝国统治世界两百年，美国称霸全球亦逾半个世纪，21世纪的中国真能再次崛起于东方，为世界文明的进步与繁荣再造辉煌吗？对此，西方人甚至表现得比中国人自己更具信心，或许是中国自己身临其境更能体会到任务的艰巨与复杂，21世纪的道路并非坦途一片，而是一条充满荆棘的蜿蜒之路。

近代以来，随着资本主义在西方的兴起，整个世界逐渐分化成为两部分：先进的西方和落后的东方。前者已经跨入资本主义时代，后者却仍旧停留在封建时代（甚至是停留在奴隶时代）；前者扮演的角色是强者，后者扮演的角色却是弱者。这种角色的悬殊决定了对立双方不同的历史命运：东方的羸弱落后为西方的强权提供了逞霸的机会，由此而决定了彼此征服与被征服的关系。17世纪前后，亚、非、拉各国纷纷沦为西方列强的殖民地或半殖民地，就连以“东方巨龙”自诩的中华帝国也难逃失陷的厄运，成为西方列强的宰割对象。近代资本主义攻陷中国并非偶然、孤立的事件，而是西方资本主义征服东方封建主义必然过程的组成部分。

值得注意的是，西方对东方的扩张，不只是单纯的军事攻略，而是全方位的入侵：既有军事入侵，更有政治、经济和文化的入侵，所谓

“西学东渐”不过是这种全面入侵的“文明形式”。从某种意义上说，“西学东渐”造成了随后数世纪西方文化对东方文化的思想霸权和文化强暴。借助政治和军事的强势地位，西方列强将其价值体系，包括反映这种价值体系的政治模式、经济模式、教育制度、法律制度、思想意识以及宗教信仰等广义上的文化，加诸给东方国家，用以同化东方文化。对于西方文化，东方列国的反应各不相同：有的国家表现为审时度势调整自己，以积极的态度有选择地吸纳先进文化，变“外来之物”为“为我之物”，将自己融入世界文化的潮流中；有的则是竭力固守自己的传统阵地，当抵御不能时便转而被动地接受，效其皮表而不达内质。

两百多年以前，英国国王乔治三世（George III）曾明确表示欲与中国发展外交和经贸关系的愿望，不过，这种愿望在泱泱中国却遭到冷遇。当时在位的乾隆皇帝在写给英王的信中曾傲慢地表示，他的大清王朝对外国的思想和产品不感兴趣。然而，就在乾隆皇帝的豪言壮语余音未消之际，西方列强就用他们的坚船利炮打开了尘封已久的中国大门，晚清王朝不得不开始采用法律形式去为那些对中国人“毫无价值”的外国产品提供保护。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国家的同情，相反，却使西方列强觉得中国软弱可欺，更加变本加厉起来。19世纪下半叶，西方列强侵略中国，就是以中国司法制度落后为借口来施加他们的“治外法权”。伴随列强的经济和文化的侵略，知识产权观念也被带入中国。

到了20世纪之初，知识产权的侵权问题变得更为严重。大多数中国侵权者将目光投向外国进口的畅销品以及外国公司在中国生产制造的产品。与此同时，国际社会亦开始关注对知识产权的法律保护。1883年的《巴黎公约》就是专门针对专利和商标的国际公约，1886年达成了针对版权问题的《伯尔尼公约》。在这种气候下，西方国家的商人期望他们在自己本国所拥有的知识产权同样也能在中国获得保护。怀着这样的企图，他们不顾当时的中国既不是前述两个公约的缔约国，更未加入任何知识产权国际公约的事实，硬是把一系列根据国际公约而发生的保护

知识产权的义务强加给中国。对此行径，就连西方自己的学者都不无赧然地说，西方只是一味地将他们的法律观念强加给中国，而对赖以保护他们知识产权的中国法律制度本身则毫无兴趣。这种做法充分暴露了西方国家对中国法律制度的普遍轻蔑态度。

西方列强所热衷建立的是他们认为合适的国际贸易环境。他们强迫中国政府取消当时通行的税例，建立全国通行的货币，修订法律管制矿业和合资企业，保护知识产权。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重新厘定关税，并答应限制鸦片进口，甚至还可以考虑待中国法制状况改善后取消“治外法权”。怪哉，“进口鸦片”和“治外法权”本来就是西方列强强加给中国的屈辱条件，到头来却变成西方列强换取更多在华利益的筹码！在对待知识产权保护的问题上，晚清政府和西方列强可以说是各怀异志。晚清政府之所以配合西方国家进行知识产权的法律建设，目的在于满足西方列强的要求，以换回列强在中国取消“治外法权”的承诺。当事实证明西方列强毫无诚意取消“治外法权”时，晚清政府便明确表示拒绝加入《伯尔尼公约》，认为那样做只会伤害中国的经济和教育制度。

20 世纪 80 年代初期，中国再次奋起保护知识产权的热情，开始了法制的重建工作。就重建的意义而言，与其说是来自知识产权保护自身的需要，毋宁说是由于外来经济和政治压力的结果。亨瑞·威尔（Henry J.H. Weare）的一段话道破了问题的实质：“中国引进知识产权法的根本动机是来自对外开放政策的驱使，中国需要对外贸易，吸引外资以及从西方获取迫切需要的技术和设备。”在这种背景之下，知识产权制度的建立与发展不可能不是被动的，且带有强烈的功利色彩。风雨苍黄一百年，回顾中国知识产权保护的发展过程，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；其二是传统意识形态及政治的影响。由于上述两种因素的交互作用，尽管知识产权保护在最近 20 多年中取得了很大进步，然而，在夹缝中求生存的知识产权法却仍然不能获得自己独立的品格。

科学技术的快速发展为后工业社会的资本主义国家带来新的契机。以美国为首的发达国家的知识产品行销世界，并为这些国家带来滚滚财源。对发达国家而言，知识产权保护的意义远远超出知识产权保护本身而演化成一种经济竞争的手段。伴随知识产品的跨国销售，美国人不仅把他们的知识产品送到地球的每一个角落，而且还将他们的文化观、价值观、法律理念和行为准则统统兜售给其他国家。为了保证在这些国家中的经济利益，美国积极推动关贸总协定乌拉圭回合谈判，并力主缔结一个与贸易有关的知识产权公约。乌拉圭回合谈判进行得颇为艰苦，就发达国家尤其是美国而言，由于在提供技术密集型产品上具有优势而积极主张自由化措施；而对发展中国家而言，其竞争优势在于劳动密集型产品，因此，劳务贸易的自由化对其较为有利。发达国家与不发达国家的对立非常尖锐。在持续数年的谈判过程中，以美国为代表的西方国家软硬兼施，迫使不发达国家接受了西方国家所提出的基本条件，关贸总协定《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPS 协议)就此而诞生。

问题的关键是，如果将知识产权保护作为谈判筹码，则势必要去迎合西方国家的需求，如此，则不可避免地要牺牲中国知识产权法应有的独立品格。在这种状态下诞生的法律制度，其功用如何连许多西方学者都不免怀疑。他们会问：以美国为代表的西方价值观与现时中国的法律制度混合在一起究竟能够创造出多大的使用价值？当然，有一点是可以确定的，在西方国家的压力之下，中国的知识产权保护从立法、司法、行政管理到教学研究都发生了许多积极的变化，在客观上改善了中国知识产权保护的记录。然而，令人堪忧的是，在中国立法、司法以及学术研究领域存在着一种普遍倾向，就是要想方设法地提高中国知识产权保护的标准，以适应以西方国家为主导的国际社会对中国知识产权保护的要求。从某种意义上说，由于这种心理作祟，助长了目前中国立法与司法、理论与实践脱节的趋势，致使法律运作过程中产生许多难以解决的问题。

如果认真考察则不难发现造成这种状况的原因：首先，中国提出保护知识产权的主张，从出发点到归宿都是在知识产权保护之外的。其

次，在知识产权保护问题上，忽视了对中国数千年文化传统和道德习惯的研究。知识产权自身的多重性格，加上知识产品经销商人为制造的产品与成本之间的巨大间隙，对知识产品假冒和知识产权侵权的违法行为造成极大的诱惑。“付钱使用”的知识产权观念不仅在于付不付钱和付多少钱上，而是透露出文化和道德的价值倾向。美国学者伯斯坦在其《决战资讯高速公路》一书中指出，资讯产品进入中国大陆市场，最主要的障碍并不是书报审查制度（Censorship），而在于中国人不觉得有出钱购买知识产品的必要。美国刚一上市的电脑软件，就被发现在北京、上海和广州的街头巷尾公开兜售。正如伯斯坦所言，中国大陆境内规模宏大的盗版活动（Pirate Activities）所涉及的道德问题远不像西方人想像的那么简单。“毕竟中国人从未采用与美国人相同的私有财产观念，更不用说知识产权了。再者，他们会说，西方国家什么时候为了使用属于中国的发明，从火药到纸张，付过一分一毛的费用？一、二百年间被你们西洋人掠走，现在大摇大摆地放在博物馆中的中国陶瓷国宝，西方人又何尝提起过‘有偿使用’的问题？”

中国知识产权法律保护的百年历程为我们提供了一个有益的警示：那就是中国知识产权保护的法律制度必须摆脱西方国家的无理纠缠，去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，制度建立的关键是要立足于中国的国情。早在半个多世纪以前，R·庞德（Roscoe Pound）就对当时中国的法律制度和思想状况发表了许多颇有见地的评说。在他看来，中国法治建设与发展一定是一个缓慢的渐进过程。中国应在以本国国情为依据的前提之下，吸收西方合理的法律思想和制度经验，建设具有中国特色的法治系统。庞德认为，解释和应用法律时，必须要把从英美法借鉴过来的法律制度同大陆法律制度融合起来，并由此达到一种和谐与平衡。对于中国而言，在引进西方法律思想和借鉴西方法律制度时，不能囫囵吞枣般地食而不化，而应该在充分立足于中国国情的基础上，有选择地融入。庞德最担心的是中国法学教育的薄弱，由于缺乏良好的法学教育，很有可能会消极地影响到

其他许多方面。

庞德的判断无疑是正确的，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知识产权制度的一个主要障碍。因此，知识产权制度必须建立在对中国经济社会和传统文化的深刻理解之上，建立在以权利意识为基础的价值体系之上，建立在与国际社会标准的合理衔接的基础之上。中国法律不仅需要使各种各样的个人和实体利益在法律上确定化，而且还要提供一种明确的方式，通过这种方式展开公平的竞争。应该相信，培育知识产权的条件也必然是培育知识产权竞争的条件。

发端于西方社会的知识产权观念，是在一幅十分尴尬的历史背景中走进中国这块饱经风霜且灾难深重的土地。近代以来，摆在中国领导者面前的首要任务就是求得民族的独立和国家的富强，所以，从西方移植过来的知识产权观念，从一开始就表现出民族主义的特点，即对个人财富的尊重与实现国家富强所必需的集体行动之间的巨大张力。无论从哪个角度接受知识产权观念的中国人，都无法回避如何才能使中国走向独立富强的历史命题。无论是在政治、经济和文化的层面上，还是个人生活的层面上，西方的知识产权观念均与民族图强的历史诉求紧密相连，并且表现为一种调整国家与民族内部不同个人和团体相互关系的法学理念与个人的行为准则。为此，清朝末年的有识之士曾把对中国命运的关注，转换成一个能够适合当时历史语境要求的社会与个人之间的权利安排，这种对知识产权的另类处置，从一开始就表现出对“西方知识产权”难以适应中国水土的深沉忧思。如此沉重的历史命题，加上语境上的差异，使知识产权观念在中国从一开始就有着先天不足的历史性贫瘠。后继的民国政府，仍然沿着清王朝类似的思路，以极为矛盾的心态看待知识产权观念在中国的传播。

西方知识产权观念在中国近代以来所遭遇的尴尬境遇，亦与中国社会结构的历史演变不无关系。自古以来，宗法制度及其精神弥漫整个中国社会和政治生活领域的各个方面。在这种社会结构之下，个人不过是庞大社

会网络中的一分子，整个社会的宗法等级制度以及社会本位主义的价值取向，严重地压抑并湮灭了个人作为自然人所拥有的人格和利益，并在极大程度上抑制了个人的创造积极性，以及对智力成果的权利主张。

在可以预见的将来，知识产权观念不可能成为中国占主流地位的思想潮流。其主要原因，除中国国情因素的限制以外，更有知识产权观念的内在基质所起的作用。一方面，中国的市场经济进程才刚刚拉开序幕，中国社会还缺乏一个能够欣赏和接受西方知识产权观念的较大规模的社会基础。另一方面，由于西方知识产权观念特别强调的一些基本原点，如尊重个人人格，尊重个人财产，尊重个人自由等，都使之缺乏强制性动员社会进行大规模行动的能力。在人类思想文库中，西方知识产权观念只是一种有着一些基本共识的思想观念的集合体。在这种观念的主旨下，既不主张强迫别人接受自己的观点，也不主张采用强制手段组织大规模的社会行动。因此，西方知识产权观念是一种较为缺乏社会行动能力的意识。然而，正是这样一种观念，在迭经冲击之后非但没有丧失其在政治、经济和社会生活各领域中的固有地盘，而且还演变为西方意识形态和贸易霸权的借口，而成为西方文化渗透和经济盘剥的工具。在世界经济一体化大潮的裹挟之下，西方知识产权观念一定会在中国占有重要的一席之地，尽管这绝不会是一蹴而就的事情。

我向来反对蒙昧主义（Obscurantism）、偏狭主义、独断专行的教条，然而，我却肯定理性、自由、民主和仁爱的积极价值。不仅如此，我还相信惟有这些才是人类生存的恒久价值，因此，我始终一贯地将这些观念浸润在我的文章中。然而，最近一段时间我却深切地感受到：任何有关知识产权的学说和制度，如果没有道德理念作支撑，如果不受伦理规范的制约，都有可能被利用，都是非常危险的，都有可能会走向事物的反面。法治（Rule of Law）不同于法制（Rule by Law），显然，前者的境界高于后者。法治作为制度而言，有其优先的重要性。一切政治、社会和经济都必须在合乎法治原则的框架内运行，关系到政治、社会和经济运作的法律必须按照法治原则安排并贯彻执行。即使集权国家有时也会

注意到法制的好处，尽管实行法制的国家不一定能够改进或演化成为法治之下的民主。谈到法律，以“合乎法治原则”加以限定，这样的表述本身就意味存在着不合法治原则的法律。法治原则应包括：首先，所有法律都不能违反其上位法，而最高阶位的法律就是宪法；其次，宪法不能违反“法律后设原则”（Meta-legal Principle），该原则是自欧洲中古时期至英美宪政的历史过程中发展起来的共同规范：即（1）国家有义务保障境内所有人的基本人权；（2）国家的行政权、立法权和司法权均需经由法律设定并受到限制；（3）法律必须平等地适用于任何人，且法律不能为任何团体或个人的具体目的服务；（4）经由法律程序通过的宪法，如不符合“法律后设原则”，则仍属违宪。将知识产权纳入法治的轨道，就是要用民主的精神去铸就法律的灵魂，惟其如此，法律才能找到其赖以生存的土壤和条件，才富有生命力。

“钱是有灵魂的，将一纸钱币撕碎，每一片碎屑都会长成完整的钱。它们像病毒一样无限蔓延，每到一处都会产下亿万个体，沾上人血就会自动孵化，然后到处钻，到处拱，到处撕咬；它们无孔不入，无限扩张，侵略每一寸土、每一根草、每一滴水，所有的神灵都闻风而逃；它们遮蔽天空，灭绝物种，吸于每一具尸体的血……”这是作家慕容雪村说过的一段话，因为太过偏激，听上去有点毛骨悚然，不过，他却道出了事物发展的客观规律，“推动这世界运转的不是爱，而是金钱。事实上，在一个渐渐失去信仰的世界里，钱才是惟一的上帝。它磨牙吮血，挥舞着尖利的手爪，一切言论均出于此，一切荣耀均出于此，一切罪恶均出于此。普天之下，悠悠万事，惟此为大”。知识产权的不断扩张，已经与其建立之初的目标渐行渐远，甚至走向其反面。市场经济正张开血盆大口不断吞噬着原本不属于商品的一切物质和精神的东西。然而，“青山遮不住，毕竟东流去”，无论你喜恶如何，社会都会按照其自身的发展规律前行。我们能够改变世界，却不能改变世界的发展规律。

曲三强

二〇〇六年春于昆明五华山

目 录

- 1 窃书就是偷——论中国传统文化与知识产权 / 1
- 2 传统财产权理论对知识产权观念之影响 /33
- 3 历史唯物主义与知识产权观念 /73
- 4 被动立法的百年轮迴——论中国知识产权保护的发展历程 /95
- 5 论影视作品的著作权 /104
- 6 论图书馆的著作权法地位 /128
- 7 商标侵权损害赔偿的经济透视 /144
- 8 地理标志与商标权保护 /159
- 9 从公权走向私权的转变——论地理标志在知识产权法中的地位 /173
- 10 论平行进口与知识产权保护 /193
- 11 专利侵权归责的等同原则 /220
- 12 契约自由原则的适用和限制——以知识产权许可合同为客体 /242
- 13 当禽流感给人类健康亮起红灯的时候——论公共健康与药品
专利强制许可 /265
- 14 论商业秘密的法律保护 /285
- 15 知识产权立国——二十一世纪日本富国强邦的梦想 /302
- 16 入世后中国企业所面临的国际知识产权的挑战 /317
- 17 A TORTUOUS ROAD FOR CHINA TO DEVELOP ITS COPYRIGHT
SCHEME /329

CONTENTS

- 1 To Steal a Book Is an Offence——Chinese Traditional Culture and Intellectual Property /1
- 2 The Influence upon the Perception of Intellectual Property by Traditional Property Theory /33
- 3 Historical Materialism and Intellectual Property /73
- 4 A Century Cycle of Passive Legislation——On the Course of the Development of IP Protection in China /95
- 5 On the Copyrights of Cinematographic Work /104
- 6 The Legal Position of Library in Copyright Law /128
- 7 Towards an Understanding of Compensation for Damages for Infringing Trademark /144
- 8 Geographical Indication and Protection of Trademark /159
- 9 The Shift from Public Power to Private Right——On the Position of Geographical Indications in Intellectual Property Law /173
- 10 On Parallel Importation and Protection of Intellectual Property /193
- 11 Doctrine of Equivalents in Attribution of Liabilities for Infringing Patent /220
- 12 The Application and Limitation of Free Contract——As Far as Licensing Contract of Intellectual Property Is Concerned /242
- 13 When Birdflu Turns on the Red-light against Human Health——On the Public Health and Compulsary Licensing of Patented Medicine /265
- 14 On Legal Protection of Trade Secrets /285
- 15 Establishing the Nation by Intellectual Property——A Dream

- for Japanese to Power Their Country in 21st Century /302
- 16 Chinese Enterprises Facing up the Challenge from International
Intellectual Property after Its Entering into WTO /317
- 17 A Tortuous Road for China to Develop Its Copyright Scheme /329

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，为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。^①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”。^②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 Offense: Intellectual Property Law in Chinese Civilization*, Stanford, California: Stanford University Press.

② 同上书，第7页。