



中国知识产权文库 | 刘春田 主编

知识产权的话语与现实

——版权、专利与商标史论

黄海峰 著



华中科技大学出版社

<http://www.hustp.com>



中国知识产权文库 | 刘春田 主编

知识产权的话语与现实

——版权、专利与商标史论

黄海峰 著



华中科技大学出版社
<http://www.hustp.com>

中国·武汉

图书在版编目 (CIP) 数据

知识产权的话语与现实：版权、专利与商标史论/黄海峰著. —武汉：华中科技大学出版社，2011.2

(中国知识产权文库)

ISBN 978-7-5609-6754-7

I. ①知… II. ①黄… III. ①知识产权-历史-研究-西方国家 IV. ①D913.02

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 236790 号

知识产权的话语与现实——版权、专利与商标史论

黄海峰 著

策划编辑：王京图

责任编辑：余良 彭奕菲

封面设计：傅瑞学

责任校对：北京书林瀚海文化发展有限公司

责任监印：周治超

出版发行：华中科技大学出版社（中国·武汉）

武汉喻家山 邮编：430074 电话：(027) 87557437

录排：北京星河博文文化发展有限公司

印刷：湖北新华印务有限公司

开本：710mm×1000mm 1/16

印张：19.5 插页 2

字数：350 千字

版次：2011 年 2 月第 1 版第 1 次印刷

定价：37.00 元



华中出版

本书若有印装质量问题，请向出版社营销中心调换

全国免费服务热线：400-6679-118，竭诚为您服务

版权所有 侵权必究

从经验到理论

《中国知识产权文库》总序

经过几年的努力,《中国知识产权文库》终于问世。《文库》力图反映中国人在知识产权问题上所达到的精神境界,汇集中国知识产权的经验总结、理论与研究与学科建设的重要文献,为逐步构建中国的知识产权法律理论与科学体系打下坚实的基础。《文库》也为中国,乃至世界法律文化的积淀,注入丰富的内涵。

知识产权制度起源于西方创立的工业文明。几百年来,作为一种制度创新,对它功能利弊的褒贬,从其出现伊始,就争议不断。今天,人类已进入新经济时代。无论发达国家,还是发展中国家,都普遍采用了数字技术。当前,技术创新、文化创新、制度创新和知识产权保护,已成为人类进步的基本手段。历史证明,知识产权制度有效地推动了生产力的进步和经济的发展。作为一种复杂的社会现象,它借助于机构、制度的力量,已成为将生产力、经济基础和上层建筑融为一体的系统机制,对它的技术、文化、经济和法律理论分析、历史探究,乃至哲学思考,一再吸引着科学、技术、经济和法律学人的目光。在中国,自晚清起,百余年来,也引起矢志复兴民族,力图融入现代文明的志士仁人对其本质的追问与思考 and 对其社会功能的得失权衡。中国的知识产权制度是世界知识产权体系的一部分。中国知识产权的理论,是以国门开启和不断改革开放、渐进融入世界为背景,在传统与现代接续,西学与国情结合的条件下,以中国乃至世界知识产权的表达与实践为研究对象的产物。遗憾的是,由于历史的原因,尤其受论者心胸狭隘和眼界偏执的局限,对从清末到国民政府时期的情况我们知之甚少,遑论研究,基本没有概念。更无脉络可循,没有资格作任何评断。这是我们必须补上的一课。否则,数典忘宗,没有资格谈论今天。本文暂且略去既往的历史,以新中国改革开放为起点,我以为,中国的知识产权研究,30年间,大体经历了从主要是制度诠释和转入理论建设的两个阶段,其中,前15年大体为第一阶段,第二阶段还处于初期。

第一阶段:理论空白与经验贫瘠背景下的制度诠释。1979年《中美科技合作协定》和《中美贸易协定》的签订,为中国重建知识产权制度奠定了法律基础。随后,知识产权法制建设和研究同步开展。在漫长的知识产权诸法律的初创阶段,中国的法学家集中其学识与智慧,一边学习和引进西方的制度,包括法律文本的研究和实地考察,一边比照变动不居的国情,从知识产权法的指导思想、价值取向、体系设计、制度安排、对外关系等基础问题,乃至具体规范的推

敲、条文的表述，作出尽可能合理的表述，为我国知识产权法律建设，奠定了重要的基础。这种贡献难能可贵。但是，由于知识产权理论的空白，又缺乏民法精神、理论与制度的涵养，既没有系统的法律体系可以依循，也没有自己的实践经验可供总结。国门初开，计划经济时代的学者，面对西方工业社会的法律制度，囿于学识与眼界，既陌生，又新奇。既无足够的条件深刻理解西方已历时数百年的成熟制度，也难以把握举棋不定、变革中的中国社会走向。早期的知识产权研究，在无理论基础，无历史传统，无实践经验的条件下，既不能对知识产权一般问题进行思考，也难以对具体制度深入研究。所有资讯，咸自西方舶来。所谓研究，不啻学步。主要是按照西方的思维，对国际条约和外国法律制度进行文本介绍，以及对墨迹未干的中国法律文件的粗浅说明。知识产权法的出版物，基本上以各种各样的“解说”、“概论”为主，照猫画虎，生吞活剥、囫圇吞枣。严格的讲，只知其然，不知其所以然，甚至不清楚什么是理论。在学理上，知识产权法既无逻辑起点，又找不到理论归宿，就像离群索居的孤雁，几成法学理论的孤儿。

第二阶段，从制度诠释到理论建设。首先要正视一个事实：中国人不是超人。在知识产权法制建设上，西方二百年的路，中国人并非二十年走过，而是断断续续的走了一百年。遗憾的是，正是这中断的几十年，造成了理论上的真空。因此，无论制度构造，还是理论建设，咸自基本概念开始，从头做起，扎扎实实，一步一跬，才是唯一的出路。上世纪90年代后期，随着我国知识产权法律构架的完成，尤其是向市场经济的过渡，经济与社会生活的逐渐转变，对外交流的繁荣，利益冲突与法律纠纷的频仍，导致实践的召唤和理论供给短缺这一矛盾日趋尖锐。恰是这一矛盾，成了一个突破口，把知识产权研究推进了新的阶段。这阶段的研究逐渐突破了旧有模式的藩篱，摆脱亦步亦趋、鹦鹉学舌的窘境；开始探讨如何运用科学的方法，对知识产权法的问题进行理论思考。在这方面，较为突出的是知识产权的高等教育。以中国人民大学为例：已毕业的40多位攻读知识产权法学的博士和博士后研究人员中，半数以上的论文选题或出站报告属于基础理论研究。他们分别对知识产权的基本概念、法律属性、对象与客体、法律体系建构、价值评估、侵权赔偿、归责原则、专门制度、历史梳理、文化价值乃至哲学基础等知识产权和与知识产权最密切联系的基本范畴问题，进行了探讨。在北京大学、中国政法大学、西南政法大学、中南财经政法大学、华东政法大学、中国社会科学院法学所等诸多的学术机构，有越来越多的博士论文选择基础问题研究。其他学者，也有更多的人把目光投向知识产权的纵深，产生了一批有价值的成果。这一时期，和相对粗陋的制度诠释相比，青出于蓝胜于蓝，是一个质的飞跃。知识产权的研究进入了理论建设的阶段。今天，经过15年左右的积累，知识产权的研究，百花齐放，蔚然成风。这种局面，为《中国知识产权文库》的萌发，提供了肥沃的土壤。

中国的知识产权研究,应当不断进步,从经验走向理论,从感性走向理性,走向科学。目前的研究,大体呈现两条路径:一条主要表现为对理论和制度表达的研究与参悟。面对外部世界,中国人有如婴儿吮吸母乳,贪婪的学习西方的理论和经验。这类主要是文本研究,多出于博士论文。另一条则偏重司法实践中对概念的诠释和具体制度的运用。面对司法实践,深入生活,尽其可能,找到事物的本质,力求为社会纠纷提供合理的解决方案。这类研究基本属于经验总结,主要表现为法官的办案体验。这两类成果,都有相当的建树。所缺者,是从经验到理论,能将两条路径连接起来,形成从实践到经验,再从经验升华为理论,又服务于实践的逻辑链条的成果。这是更接近事物发展的客观规律的知识。知识产权理论,源自社会实践,源自对实践的经验总结。经验是可贵的,在强调经验时,论者常以霍姆斯的观点为据:法律的生命是经验而不是逻辑。又:“历史研究之一页当抵逻辑分析之一卷”(转引自:黄海峰:《知识产权的话语与现实:版权、专利与商标史论》第1页)。但是,简单比较经验与知识的优劣是片面的。“体验和知识是根本不同的概念”。(【德】M.石里克:《普通认识论》,商务印书馆2005年版,第110页)“谁要是接近事物,参与事物活动的方法和运作,他就是在从事生命活动而不是从事认知活动;对他来说,事物展示的是其价值方面,而不是其本质”(同前书,第106-107页)。经验还只是感性认识,只是走向理性认识的一个阶段。“经验使我们得以融入事物或事物得以融进我们之中的直观,但它仍然不构成知识。我们不能通过直观来理解或解释任何东西。通过直观的方式我们能获得的只是对事物的体验而不是对事物的理解。而只有对事物的理解才是我们在科学和哲学中追求知识所要达到的目标”(同前书,第110页)。经验唯有纳入科学思维的体系,才能上升为理性。中西传统,各有所长。与霍姆斯同时代的晚清大儒沈家本持论更显全面、公允,他认为:“大抵中说多出于经验,西学多本于学理。不明学理,则经验者无以会其通;不习经验,则学理亦无从证其是。经验与学理,正两相需也”(沈家本:《历代刑法考》,第四集,2217页)。可见,经验和理论,二者更像“术”和“道”,是辩证的关系,是一个硬币的两个方面,不分伯仲,两厢不宜做价值比较和优劣评断。

在源归民法理论本土的基础上,对知识产权而言,更为重要的研究,或称核心问题,是“寻找自己”。所谓“自己”:

一、在保持私法基因的前提下,划清与物权法、债权法、人格权法的界限,进入知识产权的自我世界、独有空间,寻找一个特殊的自身。知识产权作为绝对权利,和人格权、物权有相通之处;作为财产权利,则与物权“似曾相识”,均属于“对世权”等,但毕竟“知识”不是“物”,对知识产权的研究应当围绕着“知识”进行。参照物权理论对知识产权研究无疑是有益的,但是,知识产权并非“准物权”。以物权类比知识产权,用“准物权”的思维,去套用“知识产

权”，是否可取，值得商榷。人类既可基于对“知识”的支配带来的利益，也可基于对“物”的支配带来利益。但是产生利益的途径，无论范围、方式、手段，都不可同日而语。作为另类的财产形态，论者应当考虑再辟蹊径，寻找知识产权自身的本质与规律。

二、回到原点，全方位认识知识产权。知识创造是资本主义生产方式的先导。“知识产权是资本主义核心规范的一部分”（【美】苏珊·k. 塞尔著：《私权、公法——知识产权的全球化》，中国人民大学出版社2008年版，第24页）私权是知识产权法律性质的基石，但它只是问题的一个剖面。“知识”在其创造、保存、扩散、管理、经营过程中，会发生比其他传统财产权复杂得多的社会关系，这些关系是如何发生、变动和消灭的，由此产生的一系列的知识产权制度是如何构建，又是如何实践的，都值得深入研究。“资本家的企业需要国家为其聚集提供政治和社会条件”（同前书，第41页）。发达国家几百年的经验告诉我们，围绕知识产权问题所建立的体系、机构、制度，远比中国人有限的体验和由此激发的想象要复杂得多。对其中任何一个问题的研究，都不可能一蹴而就，都需要以积极的精神，从容、淡定的态度，全身心的投入。要全方位的认识知识产权，必须回到原点，从头做起。这是知识产权学者的长期任务。

三、在坚实的基础上，运用科学的方法，构建知识产权法的理论体系。用逐渐丰富的理论的营养，反哺与时俱进的制度。与此相对应，还需建立一套理性、科学的知识产权法的知识体系。因此，当代知识产权学人将面临无法穷尽的挑战和永不完结的任务。这正是知识产权理论的魅力所在，也是《中国知识产权文库》不竭的资源所在。

四、厘清普遍真理和具体实践的关系，从中国的社会实践中找到自我。一方面，我们应当承认，人类世界存在着普世价值。这是大家可以相互理解、相互交通，共同生活在一个星球上的理由。当今我们生存的这个星球上，任何一种独特生活方式，都不是单一的，都是多种元素的组合。每种元素，都可能来自不同的地区、国家、种族。所谓独特，不过是特定的组合。另一方面，“世界上没有放之四海和古今皆准的绝对、普适真理。任何理论都有它一定的历史和社会背景，都得通过当时的环境来理解”（黄宗智：《经验与理论》，中国人民大学出版社2007年版，第527页）。我们还有各自的历史、文化和传统，还有基于传统、现实、交流和全球化背景而形成的各自生活方式。中国人必须在自己的社会生活中找到特殊之处，找到它特殊的质、特殊的生成及其运动规律。

文章千古事，社稷一戎衣。中国的知识产权研究，总体上讲，恰似少年。正因为年轻，才蛰伏着无穷的潜力，蕴藏着无限的生机与希望。希望《文库》，以及一切有益的成果，成为中国知识产权理论建设的历史写照。

《文库》欢迎优秀的知识产权学术成果加盟，同时也吁请学界同仁，尽其所能，整理优秀的历史成果，再现给学界与社会。相信，从历史中走过的中国的知

识产权研究，必有辉煌的未来。

最后，我特别要感谢华中科技大学出版社，感谢他们的眼界、识见、大度和包容。众所周知，科学研究不图回报，是学者推崇的风范。但是，对出版者而言，营利是它名正言顺、天经地义的企业道德。当代，不计回报，倾力扶助学术的出版社，已不多见。在华科社身上，我看到了张元济辈中国传统出版家的影子。法律分社王京图社长对待《文库》，彰显了出版家的情怀。他心态平和，目光悠远，看到的不是眼前的数字码洋、营利业绩，而是学术的未来。与他合作，十分愉快。

刘春田

2010年9月28日于人大明德楼

目 录

导 论	1
第一章 版权(上)	4
第一节 印刷技术的应用和图书贸易的革命	4
一、印刷技术应用前欧洲的图书贸易	4
二、印刷技术的发明与传播	5
三、图书贸易的变革	7
第二节 印刷专利的兴废	9
一、印刷专利的起因	9
二、印刷专利的种类	10
三、印刷专利的争论	11
第三节 伦敦书商公会：一部官商合流史	15
一、宗教斗争与言论控制	15
二、伦敦书商公会	16
三、习惯法上书商的“版权”	17
第四节 《安妮法》：走向共和	20
一、英国图书审查与许可制度的兴衰	21
二、垄断之争与《安妮法》的颁布	23
三、《安妮法》的内容与意义	26
第五节 书商之战：“有关文学的财产权问题”	27
一、书商之战的缘由	28
二、 <i>Millar v. Taylor</i> ：暂时成功	29
三、 <i>Donaldson v. Beckett</i> ：最终挫败	30
四、书商之战的意义	32
第六节 浪漫作者观念的兴起与版权法表达的转向	33
一、从写者到作者：作者观念的浪漫化	33
二、从作者到作品：法律控制的客观化	37
第七节 余论：19—20 世纪英国版权法的发展	38
第八节 结语	39

第二章 版权（下）	50
第一节 美国初期版权制度的确立	50
一、建国初期各州版权条例的颁布	51
二、美国宪法版权条款的确立	53
三、1790 年美国版权法	56
第二节 作者观念、商人诉求与版权法的发展	57
一、作品概念的成熟	58
二、作品范围的扩大	61
三、事实作品：美国版权法的困境	66
四、受雇作品：作为幽灵的浪漫作者观念	72
五、小结	79
第三节 法院合理化努力与版权法原则的确立	79
一、版权法定原则	80
二、思想表达二分原则	82
三、版权穷竭原则	84
四、合理使用原则	86
第四节 技术挑战、行业谈判与版权法的修订	90
一、《1909 年版权法》	91
二、《1976 年版权法》	93
三、数字版权立法	95
四、几点观察	98
第五节 跨国版权保护与美国贸易政策的改变	99
一、19 世纪的英美版权保护运动：消极孤立	100
二、20 世纪后期版权贸易政策的改变：积极干预	102
第六节 结语	105
第三章 专利（上）	125
第一节 欧洲渊源：专利制度的萌芽	125
第二节 英国专利制度的产生：产业政策与垄断之争	127
一、君权行使与引进外商	128
二、独占经营的盛行：商人游说与政府重商	128
三、专利的滥用与“可恶的垄断”	130
四、《反垄断法》的颁布：专利制度的新起点	132
第三节 英国专利制度的演变：从君王权力向商人权利的过渡	136
一、从枢密院到普通法院：专利管辖权的过渡	137
二、发明专利的公示要求：专利说明书的出现	138

	三、发明专利的新颖要求：从相对新颖到绝对新颖	141
第四节	专利制度与英国工业革命	143
	一、问题和观点	143
	二、工业革命时期的专利实践	144
	三、小结：专利制度与工业革命的关系	152
第五节	19 世纪的“专利问题”：存废之争与立法改革	153
	一、问题缘起：专利改革的发动	153
	二、存废之争：思想交锋	154
	三、组织游说与立法改革	157
	四、小结：路径依赖与制度想象	158
第六节	结语	159
第四章	专利（下）	170
第一节	美国专利法制的确立	170
	一、各州专利实践	170
	二、宪法专利条款的确立	171
	三、《1790 年专利法》的通过	173
	四、《1836 年专利法》的修订	173
第二节	发明人观念、商人利益与专利权属规则的演变	175
	一、作为专利法表达的“发明英雄”观念	175
	二、发明活动的职业化与作为雇员的发明者	176
	三、发明人的所有权与雇主的使用权：从禁反言到 雇佣关系	177
	四、从使用权到所有权：特别雇佣关系与雇主 所有规则	178
	五、从专利法到契约法：跳出发明人观念的意蒂牢节与 商人所有权的确定	179
	六、左右为难的立法改革	181
	七、小结	182
第三节	技术发展、商人控制与专利对象的扩张	183
	一、设计专利	183
	二、生物专利	184
	三、医疗方法专利	187
	四、软件专利与商业方法专利	189
	五、小结	190
第四节	专利权利范围的扩张与限制：私益与公益的平衡	191

一、等同论的确立和发展：从禁止相同到禁止等同	191
二、法院的合理化努力与专利权的限制	194
三、小结	198
第五节 专利上诉法院的建立：利益诉求与制度变迁	198
一、建立过程	199
二、实际效果	200
三、小结	202
第六节 结语	202
 第五章 商标	218
第一节 商标的早期历史	218
一、古代：商标的萌芽	218
二、中世纪：商标的广泛应用	219
三、英国商标法的产生：从商事习惯法到普通法	225
四、美国商标法的确立：商人推动与法律回应	228
五、小结	229
第二节 浪漫消费者观念的兴起与衰落：从反混淆到反淡化	230
一、反混淆原则的确立	231
二、反混淆原则的扩张	232
三、商业广告运动的兴起与商标功能的变化	236
四、反淡化原则的确立及其影响	238
第三节 商标事项范围的扩张与产品特征的商标保护	243
一、包装、设计或构造	243
二、色彩	245
三、气味或声音	246
四、小结	247
第四节 法院合理化努力与商标权的限制	247
一、通用化原则	248
二、功能原则	249
三、合理使用原则	251
第五节 结语	254
 结 论	276
参考文献	280
后 记	302

导 论

霍姆斯尝言：“历史研究之一页当抵逻辑分析之一卷”^[1]，其主旨在于强调，对于理解与解释当前法律的现状，历史的考察与研究较之于纯粹的逻辑分析与推理将更具说服力。基于同样的认识，本文试图从历史的角度追寻知识产权在西方特别是在英美法系的产生与发展，以期增进对知识产权政策、原则及规则的思考与批判。

出于现实需要，知识产权领域的学术研究向来关注纸面的法律条文或层出不穷的新问题，而严肃认真的历史思考则在很大程度上付诸阙如。其实，即便在倡言全球化与信息技术革命的今天，历史的维度对于当前中国知识产权法的研究亦尤为必要。首先，知识产权非中国固有制度，作为继受国家中国并无知识产权的传统，因此时至今日人们对知识产权的学习与研究总不免有隔岸观花之感，于制度构建上亦常有“夫子步亦步，夫子趋亦趋”的情形。其次，放眼世界，近二三十年来，知识产权法变动不居，包罗万象，其发展与扩张呈不可阻挡之势，各种话语与实践亦令人眼花缭乱，因而追溯其起源并在此基础上了解其来龙去脉显得更为重要。历史研究的价值，则在于表明知识产权的现有规则并非当然如此，而是有其特定的发生原因和发展过程并且在此过程中存在各种复杂性与可能性，从而增强今人理性认识批判及变通创新的能力。

作为历史研究，本文并不试图全面综述知识产权发展过程中的大小事件，而是力求透过历史事件观察、分析和评价过去数百年来推动知识产权产生和发展的各种社会力量。本文研究的中心问题是，为什么知识产权制度（传统上包括版权、专利及商标）会在西方产生以及何种力量在推动知识产权法的发展？

从历史研究的角度观察，本文将提出如下命题：

其一，知识产权作为一项社会构造，最初源于资本主义兴起后贸易政策上规制商业竞争的需要，并非出于现如今所谓的保护创造者劳动进而促进公共知识的增长及提升社会福利的目的。

其二，商人始终是知识产权制度产生与发展一如既往的推动者，也是知识产权保护的最大受益者，而所谓创造者包括作者与发明人多时充任此种制度设计的媒介和附带受益人。

其三，知识产权制度的实质，在于有限垄断的创设与执行，在于限制竞争、规制商业贸易从而确立商人对于某一贸易形式为独占经营的权利。而国家的干预与支持，乃是此种知识产权制度得以确立与存续的必要条件。一国知识产权制度的确立及强弱保护的政策，多是基于政治的决定，而非出于或仅出于经济的考量。

其四，为说服国家与社会支持并接受知识产权诸制度，商人运用种种措辞策略，在话语上建构浪漫作者观念、浪漫发明人观念及浪漫消费者观念。经由立法及法院的合理化努力，上述种种浪漫观念已逐渐深入人心并成为版权、专利与商标等制度的正当性基础。

其五，在话语上名为知识产权法律主体的作者、发明人及消费者，在现实中则往往成为知识产权制度规制的对象。而未有组织的社会公众，在立法过程中不足以发出响亮的声音，在司法过程中又无力抗衡于财力雄厚的商人，从而往往缺席于知识产权制度的日常博弈。

最后，知识产权的未来发展，应当努力恢复和实现创造者、商人和公众之间的最佳平衡。论者常谓知识产权法应在保护创造者和实现公共利益之间寻求平衡，而有意或无意地忽视了现实中商人在知识产权权利布局上的实际位置。实际上，知识产权作为一束权利包含了不同主体对于特定对象的支配和使用权利，即创造者创造使用的权利、商人商业使用的权利和公众私人使用的权利。知识产权的目的，当是在保障商人不受不正当竞争之虞的同时，确保未来创造者创造使用的权利和扩大公众私人使用的范围和空间。

本文在研究立场上秉持现实主义的观点，即认为法律发展倾向于反映当时社会成员的需要和愿望，同时法律并非政治中立，必然以一部分人的利益为代价而偏向另一部分人的利益。解释、执行和表达法律的法律人，包括法官，同样是在当时社会力量的影响下而建构法律的整体内容并左右法律的发展方向。正如一位早期美国最高法院大法官斯托里所言：“法律必须适应时代的需要和精神。”^[2]正是基于此种研究立场，本文将考察知识产权法话语和表达之外的现实与实践，并探寻不同社会力量对于知识产权相关法律发展的作用和影响。

经由历史研究，本文将凸显知识产权法的商法功能。知识产权法的产生和发展，源于商人的需要和推动。从其功能角度观察，知识产权法的规范目的在于限制竞争，规制商业贸易，满足商人对于某一贸易形式为独占经营的需要从而保障商人的投资预期和利润盈余。因此，本文认为，如果不从传统民法的角度，而改从贸易规制法的角度看待知识产权法，则更为符合知识产权法的历史与现实，许多现有的理论难题也都能得到合理的解释。

在考察长时段历史的基础上，本文尝试提供一种分析框架，力图揭示版权、专利与商标保护的共同特质，并就知识产权制度发展过程中的种种问题作一整体的思考。同时，本文试图倡导一种发展的而非僵化的知识产权观，即认为知识产权观念与内涵并非一成不变，而是在不同时间与空间有不同的意义。知识产权法

制的正当性，不在其是否与所谓国际通行规则接轨，或是否与某一特定定义或范畴相符，而在于其是否因应当时的社会现实需要而提供为不同社会力量所能接受的合理制度安排。

具体而言，本文的研究目的如下：

其一，描述知识产权制度产生发展过程中的主要事件，包括立法、争讼及社会运动等，说明其前因后果，解释为何事件如此发展而非朝另一个方向发展，从而增强问题意识和具体历史感。

其二，重温过去的经验，以同情之心设身处地理解前人的思考。本文研究的目的不仅在于展现过去发生的事件，而且试图探寻导演这些事件的历史代言人的想法，从而努力实现视界的融合和跨历史的理解。

其三，展示知识产权发展过程中的复杂性和偶然性，释放被压制的制度想象的空间。知识产权的产生是特定时间特定社会各种因素相互作用的结果。历史上人们亦讨论过或者实践过其他制度形式，而这些制度形式或其他可能的制度安排或许在某些方面能够更好地负载知识产权的社会功能。

最后，凸现知识产权法现有的种种问题，实现知识产权法发展的未来转向。在知识产权的框架下，创造者、商人和公众分享一块蛋糕，其间权利可能此消彼长。而从历史与现状来看，商人的利益已有充分体现，创造者与公众的利益在某些方面却未能得到足够的表达和保障。如何重构权利布局，当是未来知识产权法发展的重要课题。

本文将结合运用三种历史研究方法，即情境分析、文本研究和小事件分析。所谓情境分析，即是考察具体事件发生的特定社会环境，分析各种社会因素可能的作用和影响。文本研究，则是着眼于特定的文本，研究文本本身的修辞与表达及其对社会实践的影响。而小事件分析，则是聚焦特定的常为人所忽略的事件或人物，从中透视促使变革的行为方式、思考逻辑和社会动力。

此外，需特别指出的是，本文所用“知识产权”一词，并无任何特定意义，仅作为版权、专利和商标的统称。从历史的角度而言，所谓“知识产权”与知识或者智慧并无必然的联系，同时在性质上是否可等同于传统意义上的财产权也是颇有争议的问题。将版权、专利和商标等与智慧或知识相联系，同时视其为财产权，这本身即是一种措辞。因此，本文仅出于论述和行文的方便考虑使用“知识产权”这一统称。

[注释]

[1] 原文为“A page of history is worth a volume of logic”，源自 New York Trust Co. v. Eisner, 256 U. S. 345, 349 (1921)。

[2] 原文为“it is obvious, that the law must fashion itself to the wants, and in some sort to the spirit of the age”。R. Kent Newmyer, *Supreme Court Justice Joseph Story, Statesman of the Old Republic* (Chapel Hill, N. C., 1985), 页 305。

第一章 版权（上）

通常认为，版权制度始于印刷技术的发明与使用。这一命题并无错误，但并不确切。实际上，由于印刷技术的应用，引发了图书制作与销售的结构调整，方才产生对于版权制度的需要。

在印刷技术发明使用之前，图书贸易久已存在。其从业人员通常包括抄写员、装帧工、装订工和销售商等，相互分工协调，共同完成图书的制作与销售。然而，由于印刷技术的应用，印刷数量增多，所需资金投入亦相应提高，而且由于大量图书的销售尚需时日，回收投资成本的商业风险亦随之而来。因此，具有雄厚资本实力的商人从销售商中独立出来成为出版商，注入资金，聘用和协调印刷商、装订商和销售商，统筹兼顾整个图书的制作与销售过程。在此种情况下，新兴的出版商必然要求规制图书贸易的自由竞争，阻止其他商人印制发行同一甚至同类图书，从而降低商业风险，实现投资的回收和利润的盈余。适应此种需求的早期版权制度故而应运而生。

第一节 印刷技术的应用和图书贸易的革命

一、印刷技术应用前欧洲的图书贸易

在印刷技术发明和应用之前，图书的制作与销售在早期欧洲即已广泛存在。最初的书籍即是手稿，常以卷轴（scroll）的形式流传，但在公元前1世纪至公元3世纪之间，这种卷轴书逐渐为装订成册的抄本（codex）所取代。^[1]

现有研究表明，早在古代雅典与罗马即有图书贸易的存在——书商（bookseller）聘请抄写员（scribe）为个别顾客复制抄本以便在友人之间传阅或者作营利销售。^[2]西罗马帝国在5世纪后逐渐衰落，手稿的抄写也便退而成为修道院僧侣的专门活动。修道院通常设有专门的缮写室，抄写圣经或其他经典以备礼拜所用，或用来装饰修道院的图书馆。直到12世纪，大学在欧洲兴起，为满足随之而来的对书籍的需求，附属于大学并以指定教科书为固定业务的书商才又在巴黎和欧洲其他主要城市相继出现。至15世纪初叶，大学之外的图书贸易则

已变得非常活跃。威尼斯、佛罗伦萨和米兰由于其得天独厚的地理位置而成为图书贸易的中心,与此同时,在法兰克福和诺丁根(Nordlingen)定期举行的商品展销会上图书的交易也时常参与其中。^[3]

相关的研究表明,到14世纪,英国的图书贸易也已经有相当的发展。在伦敦,图书抄写员已经成立独立的行会。这些抄写员有时直接受雇于某些富人以满足其对某一特定图书的需要,有时则为图书销售商所聘为购书者提供一定数量的图书复本。此时的销售商作为中介人,时常周旋于抄写员、装帧工(illuminator)与装订工(bookbinder)之间,提供原材料,协调其工作。也有证据显示,某一抄写员也可能直接为作者所用,在其指导下将其新作复制若干馈赠朋友或赞助人。此外,图书的制作与销售并不仅限于伦敦,在牛津和剑桥很多书商在为大学服务,同时在约克和其他城市也已有图书贸易的存在。^[4]

一般而言,早期图书贸易的从业人员多为技工,其间只有劳动的分工,并无投资与控制关系。图书制作仅为满足特定顾客包括富人、大学或者销售商的需求,交易方式常为订购,因而并无图书的大量库存,商业风险较低。于制度上,契约法即可满足商业交往中风险控制的需要。

作者在早期图书贸易中的角色与地位则是另外一个值得关注的问题。事实上,作者与早期图书贸易并无利益联系,因此图书贸易的图景中通常并无作者的位置。首先,早期图书大多为圣经或其他相关典籍,这些图书并无作者,但由于源源不断的社会需求,因而成为图书贸易的重要部分。其次,传统上赞助制度(patronage system)的存在,使得作者不必仰赖图书的买卖。通行的实践是,作者将其作品献与赞助人(通常为公侯伯爵或富有者),赞助人在获得荣誉和地位的同时给与作者以物质的资助。^[5]因此,早期作者并不为了销售的目的而写作,作者将其作品付梓的目的在于馈赠赞助人、亲友从而使之流传于世。最后,作者对其手稿的所有权通常得到承认,法律通常禁止未经作者许可而发行其手稿的行为。对于某些不得不以卖文为生的作者来说,这种对手稿的所有权制度在当时即足以保障其获利的需要。作者通常也并不关心手稿转让后的使用和销售问题,因为那是商人的事情。^[6]

二、印刷技术的发明与传播

中国人向来认为毕升首先发明活字印刷术,但德国金匠约翰·古登堡(Johann Gutenberg, 1397—1468)却被视作欧洲活字印刷术的先驱。由于所有西方语言均为23个或26个拉丁字母的不同排列组合,因而古登堡认识到若要印刷书籍,每个字母必须分开且能移动,同时为了能够耐压,绝不可用柔软的木材,而须用坚硬的金属。于是曾为金匠的古登堡为每个字母和每个符号制作一个钢模,压在铜块上形成铜模,然后把铅锡合金注入铜模,铸造大量的铅字。这就是古登堡活字印刷术的基本原理。^[7]