



中国知识产权文库 | 刘春田 主编

近代中国著作权立法的 困境与抉择

马晓莉 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

近代中国著作权立法的 困境与抉择

马晓莉 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

近代中国著作权立法的困境与抉择 / 马晓莉著. — 武汉: 华中科技大学出版社, 2011. 2
(中国知识产权文库)
ISBN 978-7-5609-6814-8

I. ①近… II. ①马… III. ①著作权法-立法-研究-中国-近代 IV. ①D923.414

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 250773 号

近代中国著作权立法的困境与抉择

马晓莉 著

策划编辑: 王京图

责任编辑: 张影

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: 13.5 插页: 2

字 数: 243 千字

版 次: 2011 年 2 月第 1 版第 1 次印刷

定 价: 26.00 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和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：中国人民大学博士学位论文《知识产权的表达与实践：版权、专利与商标的历史考察》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,两厢不宜作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

序

晓莉的博士学位论文即将出版，作为她的博士指导教师，我感到非常高兴。

或许是以理科高中生报考法学的原因，马晓莉在读硕士研究生时就特别关注知识产权法。2003年考上博士研究生不久，她就告诉我她准备以近代著作权为题材做她的博士学位论文。作为她的指导教师，我表面上虽热情鼓励，内心则是亦喜亦忧。

我一直主张，学史要致用。法制史作为法学的基础理论学科，能够像杨鸿烈、陈顾远、瞿同祖诸大家那样对中国法制的基本精神、原则等给予宏观整体的把握与揭示，其对法制建设的指导意义当然重大。但这非一朝一夕之功，非有长期的积累与思索，难以做到。退而求其次，先选择某一方面、某一领域作一探索，以图就近有裨于法治建设的某一方面，应当是博士研究生比较恰当的选择。马晓莉进校不久即确定了论文选题方向，早作准备，根据我的经验，有益于写出一篇好的博士学位论文。

但是，同样存在我心中的，还有更多的担忧。因为研究近代法制史，往往成为许多人的滑铁卢：面对汗牛充栋的资料，不知怎样选择，不知怎样提炼，最后出来的论文成为资料堆积，让人不知所云。同时，近代史研究也因为政治性强、禁区多而让人闻之色变，稍有不慎即有触线之虞，怎样学术地处理其中的敏感问题，对作文者的学术素养与智慧也是一大考验。更让人担心的是，中国法制的现代化肇始于近代，众多的部门法学者对这一段历史也非常熟悉并多有用心，做出来的论文能否既让法制史学者叫好又让部门法学者认可？

应该说，我的上述疑问，随着马晓莉在人民大学学习的推进而逐渐减少。她不但踏实、细致地帮助我完成了许多学术上的事务性工作，而且以其勤奋的学习、认真的思考而获得了学业的巨大进步。在与她不断的交流过程中，我不仅逐渐消除了自己的顾虑，而且还获得了师生之间教学相长的快乐。当她将定稿的博士学位论文交给我时，我已经毫不怀疑它将是一篇优秀的博士学位论文。

分析众多的史料，马晓莉凝炼出了论文的“近代中国著作权立法的双重二难困境”这一主题：从国际角度看，西方在政治、经济和意识形态上的优势地位，中国要富国强兵、振兴教育进而达到促进民族和社会进步，就需要大量翻译外国的优秀著作，若进行著作权国际保护立法，将会使翻译引进成本大幅增加，不仅会使出版事业受到阻碍，更会影响教育的发达、民智的开启和民族的复兴；但是，从华夷秩序到条约体系的转变使得清政府无法再超然于西方的规则，世界范围内逐渐形成的著作权国际保护的要求和实践同样作用于近代的中国，谈判中的弱势地位和收回领事裁判权等政治外交压力，都迫使清政府不得不考虑进行著作权国际立法。这是近代中国著作权立法的第一重困境。从国内角度来看，中国传统法律文化中，私权观念的淡薄与著作权法彰显作者个体权利的宗旨相矛盾，中国古代统治者，惯常采取的重农抑商政策与著作权法适应发达商品经济的需要而生的情况相矛盾，中国古代法维护统治秩序的工具特质与著作权法是私权保障法的本性多相抵牾，这诸多矛盾使著作权立法困难；但是，科举制的废除，使中国文人失去了通过读书加入到官府成为文人官僚、从而补偿其创造性活动的整体性制度保障，读书人与国家的制度化联系被切断后，不得不流向社会，不得不靠基于对文学艺术作品等的极大需求而产生著作权制度进行补偿，以维系精神产品的生产和扩大再产生。这是近代中国著作权立法的第二重困境。应该说，时至今日，这双重二难困境仍然在很大程度上困扰着我们，这也彰显出了马晓莉博士论文主题的学术价值。

围绕着近代中国著作权立法的双重二难困境，马晓莉充分运用史料、渐次给我们揭示了美、日等西方发达国家与清政府及民国政府之间，出版者、作者以及立法、司法等多种力量之间的博弈与争论。在国际环境中，主要围绕着是否同意以及在多大程度上参加著作权的国际保护这两个问题展开；在国内环境中，近代中国著作权立法选择问题，主要围绕着是否制定和如何制定著作权法律以及如何实施著作权法这两个问题展开。马晓莉试图用著作权立法“西方化”与“本土化”相互作用，来从理论上解释近代中国著作权立法选择的过程。她认为：著作权立法的西方化，表现在国际环境中是著作权保护条约的签订，表现在国内环境中是著作权法律的制定。著作权立法的本土化，表现在国际环境中是国际条约中的著作权保护条款在内容上不同于西方的通例，表现在国内环境中，是根据本国国情对具体条文作了变通规定。西方化与本土化的合力的结果就是中国著作权立法近代化的过程。这一解释是否完全科学合理，还有待于专家学者的认可。我特

别感到满意的是，在分析近代中国著作权立法这一特别“纠结”的问题的过程中，马晓莉并没有囿于意识形态上政治定性，没有作出非对即错、非好即坏的结论，而是进行充分的个案分析，让我们看到了在具体的利益权衡后面还体现出了人们对国家与民族利益、人类精神文明的传播与发达的考虑。可以说，在今天及以后相当长一段时间内，包括著作权在内的知识产权方面的立法仍然会是一个十分艰难的抉择，可能还会有“小偷”与“强盗”、“爱国”与“卖国”这样的争吵与辩论。套用狄更斯“最好的时代”与“最坏的时代”的说法，我们是否也可以说：这不是一个最好的选择，这不是一个最坏的选择。

时光荏苒，转眼间距清政府颁布中国第一部《著作权律》已是百年之远。我不知道马晓莉当初选择以近代中国著作权法律为题材做博士论文，是否有意在做“百年回眸”。但是，刘春田教授将它纳入其主编的“中国知识产权文库”出版，不仅是部门法学者对马晓莉论文的认可与奖掖，更重要的是体现出了大家的见解。因为，雅斯贝斯曾告诉我们：“我们思考历史的方式决定我们潜力发挥的限度。”

是为序。

赵晓耕

庚寅年冬于北京西郊

前 言

纵观当代中国的著作权保护，有两个方面的问题令人困惑，值得关注。一是从世界大环境看，发达国家和发展中国家各有自己的利益所在：发达国家试图在世界范围推行高水平的著作权保护，以利用其著作权上的优势地位获得较大的经济利益；而发展中国家，希望保持低水平的著作权保护，以便于能用最小的支付代价去获得发达国家的最多优秀作品。如何立足于利益平衡这一基本原则，协调保护发达国家著作权的相对优势和保留发展中国家合理的发展空间已经成为国际著作权保护的难题。中国，作为一个发展中国家，同样面临着如何从容应对这一难题的困惑。二是从中国国内环境看，中国著作权法律制度的建设水平在世界范围内已经是相对较高的，但与这种较“先进的”著作权法律制度并存的，是不容乐观的著作权法律实施状况。尽管相较于以前，中国著作权保护有了很大进步，但更多的情况是，人们不得不直面这样的现实：社会上盗版现象依旧严重。一方面，盗版商为利益所驱而大量盗版，销售商堂而皇之地在公共场所售卖；另一方面，消费者也泰然自若，心安理得地购买盗版产品。在这样的情况下，有的著作权人选择了对簿公堂，但更多的著作权人面对自己著作权被侵犯的现实，无可奈何，选择了保持沉默。也就是说著作权保护的法律制度与民众法律观念仍存在着不小的差距。

对于上述两方面的问题，笔者曾试图在当代法律的框架内进行分析，但总感觉脱不出“不识庐山真面目，只缘身在此山中”的尴尬。鉴于此，笔者进而将研究视野前移至近代，希望能鉴古知今。经过初步考察，笔者惊喜地发现近代中国在著作权立法保护方面，同样蛰伏着中国与西方、制度与观念的冲突与互动。这一发现是极其令人振奋的，于是我将研究对象定位于近代中国著作权立法的困境与抉择，目的是探求如何有效地平衡著作权国际保护中发达国家与发展中国家的利益。如何更好地对待著作权法律制度与法律观念的脱节问题。希望果真能如梁启超所言，“历史的目的是将过去的真事实予以新意义或新价值，以供现代人活

动之资鉴。”^①

事实上，中国古代也存在诸如“禁擅镌”的告示，以保护刻印者的利益。但是这种保护并没有形成惯常的、大规模的情势，更没能促生出旨在保护作者利益的著作权法。这种状况一直持续到20世纪初才开始改变。1902至1903年，根据《辛丑条约》的规定，美、日等国分别派代表在上海与清政府谈判修订商约事宜。在此过程中，美国、日本向清政府提出要在商约中加入版权条款，以保护其国的著作权。这引发了朝野上下有关版权保护的一系列论争与实践。可以说，中国著作权立法的近代化自此肇始。之后又围绕着是否加入《伯尔尼公约》、是否制定本国的著作权法展开了理论争鸣与立法实践。

但问题在于：近代中国在进行著作权国际、国内立法时，并不具备一个水到渠成的宽松环境，而是在尚未来得及寻觅到一条属于自己的版权保护之途时，主要在西方的外力推动下进行的。可以说，在进行立法选择时，近代中国是处于一种国际、国内的双重的二难困境中。对国际环境中的著作权立法困境与抉择进行分析，有助于解决作为发展中国家的当代中国如何更好地应对与发达国家的著作权利益平衡问题。对国内环境中的著作权立法困境与抉择进行分析，有助于当代中国更好地处理著作权法律制度与观念的关系问题。

在篇章体例的设置上，除导论外，本书共有四章。

第一章是“近代中国著作权立法的二难困境”。本章首先回顾了在西方较具代表性的、世界第一部版权法“安娜女王法”在英国的诞生历程，并进行规律总结；而后又对中国古代的版权保护状况进行梳理分析，目的是发掘出近代中国著作权立法前的历史积淀。在此基础上，指出并深入分析近代中国著作权立法时所面临的国际、国内环境中的双重二难困境。

第二章是“国际环境中近代中国著作权立法的选择”。本章的目的是探索面对着国际环境中著作权立法的二难困境，近代中国作出了何种选择。主要围绕着两个方面展开：一是是否同意和在多大程度上同意美、日在《中美续议通商行船条约》和《中日通商行船续约》中加入版权保护条款的要求；二是是否在英、法等国的压力下，加入著作权的国际保护公约——《保护文学艺术作品伯尔尼公约》。本章的重心是：耙梳时人对是否在续议商约中加入版权保护条款的理论争鸣与相关实践。

^① 梁启超：《中国历史研究法补编》，参见《中国历史研究法》，上海古籍出版社1998年版，第148页。

第三章是“国内环境中近代中国著作权立法的选择”。本章的目的在于追寻面对着国内环境中著作权立法的二难困境，近代中国作出了何种选择。主要从四个方面展开：首先探析著作权法律公布前近代中国著作权保护的思想与实践。其次，对近代的三部著作权法律的制定颁布及其主要内容进行剖析。又次，求索政府实施著作权立法的举措。最后对民间践行著作权立法的样态进行考察。

第四章是“二难困境下近代中国著作权立法选择的多维思考”。本章是对前三章的归纳总结和法理层面的进一步追索。具体是：首先概括出二难困境下近代中国著作权立法的路径选择；然后探究促使近代中国作出这种选择的深层原因；继而分析该选择有何利弊得失。在此基础上，指出二难困境下近代中国著作权立法选择的实质，并对著作权立法近代化过程中中国与西方、制度与观念的关系进行法理探索。在文章的最后，得出本书结论。

作者

2010年10月

目 录

导 论	1
一、概念之交代	1
二、内容提要	6
三、创新与方法	10
 第一章 近代中国著作权立法的二难困境	12
第一节 域外寻根：世界第一部版权法在英国的诞生	12
一、版权法在英国诞生的过程梳理	12
二、版权法在英国诞生的规律探求	17
第二节 域内觅踪：中国近代以前版权保护考	21
一、安守廉与郑成思之争：中国古代有无版权保护	21
二、以“出版者”为线索的探求	25
三、以“作者”为线索的尝试	30
四、结论：中国古代没有真正意义的版权保护	32
第三节 国际环境中近代中国著作权立法的二难困境	34
一、近代中国著作权立法的“立”之难	34
二、近代中国著作权立法的“不立”之难	39
第四节 国内环境中近代中国著作权立法的二难困境	46
一、近代中国著作权立法的“立”之难	47
二、近代中国著作权立法的“不立”之难	54
 第二章 国际环境中近代中国著作权立法的选择	58
第一节 续议商约中加入版权条款的社会舆论与谈判实践	58
一、续议商约中加入版权条款的社会舆论	60
二、续议商约中加入版权条款的过程分析和规范评析	69

第二节	续议商约中加入版权条款后的案例解析	73
一、美国经恩公司控告商务印书馆翻印		
《迈尔通史》案		74
二、清末民初涉外版权纠纷的特点		79
第三节	续议商约中版权条款的被修改	83
一、续议商约中版权条款被修改的原因背景分析		83
二、《中美友好通商航海条约》版权条款的规范剖析		85
三、《中美友好通商航海条约》版权条款订立后的		
社会评价		86
第四节	《保护文学艺术作品伯尔尼公约》与近代中国	87
一、清末中国首遇《保护文学艺术作品伯尔尼公约》		88
二、民初中国是否加入《保护文学艺术作品伯尔尼公约》		
的论争		89
第三章	国内环境中近代中国著作权立法的选择	97
第一节	著作权法律公布前著作权保护的思想与实践探析	97
一、著作权法律公布前晚清政府保护著作权的措施		97
二、出版界关于著作权保护的思想与实践		99
三、作者关于著作权保护的思想与实践		104
第二节	近代中国著作权法的制定颁布及其主要内容剖析	106
一、清政府《著作权律》的制定颁布及其主要内容		106
二、民国北京政府《著作权法》的制定颁布及其		
主要内容		113
三、南京国民政府《著作权法》的制定颁布及其		
主要内容		115
第三节	近代中国政府实施著作权立法的举措探索	118
一、近代中国政府实施著作权立法的配套机制的设置		
情况概览		118
二、近代中国政府实施著作权立法的实践梳理		119
三、近代中国政府对著作权立法的破坏行为回顾		131
第四节	近代中国民间践行著作权立法的样态考察	137
一、近代中国著作权立法理论研究管窥		137

二、近代中国受著作权法保护的主体对著作权立法的回应	141
三、近代中国守法主体违反著作权立法的状况素描	146
第四章 二难困境下近代中国著作权立法选择的多维思考	150
第一节 近代中国著作权立法选择的路径总结	150
一、近代中国著作权立法总体上选择了“立”	150
二、近代中国著作权立法对“立”予以一定程度的变通	154
三、近代中国著作权立法个别情况下选择了“不立”	157
第二节 近代中国著作权立法所作选择的原因及得失	159
一、近代中国著作权立法所作选择的原因分析	159
二、近代中国著作权立法所作选择的得与失	164
第三节 近代中国著作权立法选择的法理思考	171
一、近代化：二难困境下近代中国著作权立法选择的实质	171
二、博弈：著作权立法近代化过程中的中国与西方	176
三、互动：著作权立法近代化过程中的制度与观念	181
四、结论：路漫漫其修远兮——从实际出发寻找出路	188
参考文献	189
后 记	198