



中国法律：历史与现实

[美]安守廉 著 李琛 译

中华文化中的 知识产权法

本书认为，我们应当超越书面规则本身，
考虑更为广阔的社会与思想背景，
尤其是孕育法律并充当
法律运作基础的政治文化

(To Steal a Book Is
an Elegant Offense)

窃书为 雅罪

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

中华文化中的 知识产权法

〔美〕安守廉 著 李琛 译



中国法律：历史与现实

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目 (CIP) 数据

窃书为雅罪——中华文化中的知识产权法 / (美) 安守廉著; 李琛译. —北京: 法律出版社, 2010. 10

书名原文: To Steal a Book Is an Elegant
Offense; Intellectual Property Law in Chinese
Civilization

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1245 - 2

I. ①窃… II. ①安…②李… III. ①知识产权法—
法制史—研究—中国 IV. ①D923. 402

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 190746 号

窃书为雅罪

——中华文化中的知识产权法

[美] 安守廉 著

李 琛 译

责任编辑 高 山

装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 787 × 960 毫米 1/16

版本 2010 年 11 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 13.25 字数 169 千

印次 2010 年 11 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号 (100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号 (100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 1245 - 2

定价: 32.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

题 献

本书献给 Daniel Shen Alford 及其祖父母与外祖父母。希望他和祖辈一样拥有可敬的人生。

致 谢

作为一本知识产权著作的序言,我想不出比鸣谢他人的贡献更合适的内容。在此首先要深深地感谢 O' Melvey & Myers 法律事务所为本研究项目提供的资助,这是该事务所为公益事业所作的诸多贡献之一。通过全球遴选,我成为 O' Melvey & Myers 为庆祝百年纪念所设资助的首位获得者,事务所为我提供了学术研究假。在此期间以及此后的时间里,我得以采访公共领域与私人领域的决策者以及侵害行为的受害人与加害人、埋首于国内外陈年的档案资料、为研究“盗版”而穿越偏僻的巷弄;并且通过更为传统的方式完成了作为本书基础的大部分研究资料。在始终保持学术独立性的同时,我也要感谢事务所前任管理合伙人 Warren Christopher、Howard Chao、Gary Horlick、John Stamper、Ko-Yung Tung、已故的 Richard Sherwood 以及 O' Melvey & Myers 事务所其他成员所提供的睿智的建议。

我还由衷地感谢其他许多人的慷慨帮助。已故的 Melville Nimmer 教授曾给予我启发。虽然 Melville 是版权领域的卓越学者,却总是抽出时间帮助年轻的

同事,而且在此方面以及其他许多方面,示范了一个人如何做到德才兼备。我非常幸运地与之共事的院长们——哈佛法学院的 Robert Clark 院长和加利福尼亚大学洛杉矶分校法学院的 Susan Westerberg Prager 院长以及 Carole Goldberg-Ambrose 教授,确实做到了优秀院长们应当做的一切,给予了我真诚的学术鼓励和许多令人感激的物质支持以满足本项目的需要。在本书几易其稿的过程中,Chritine Cervenak、Jau-yuan Hwang、Margot Landman、Ouyang Jehng、Peter Lin、Liang Zhiping、Mark Ramseyer、Arthur Rosett、Shen Yuanyuan、Frank Upham、Lloyd Weinreb、Yin Xiong 和 Yu Xingzhong 都曾慷慨而富有洞见地审阅了文稿的部分或全部。

我的老师 Jerome Cohen 和研究汉学的同事们——包括 Randle Edwards、James Feinerman、Sharon Hom、Andrew Hsich、Philip Huang、William Jones、Nathalie Lichtenstein、Stanley Lubman、Hugh Scogin、Karen Turner、Susan Weld 以及 Margaret Woo,耐心而愉快地帮助我在很大程度上加深了对中国法的了解。Chang Wejen、Susan Cherniack、Eddy Harris、David Ben Kay、Lawrence Liu、Michael Moser、Julia Murray、Shao Chiung-hui 和 Mark Sidel 慷慨地向我提供了有关中国知识产权法的资料。斯坦福大学出版社的 Muriel Bell、Peter Dreyer 和 John Feneron 都是慷慨乐助而且极具文字功底的编辑。Han Deyun、Peter Neumann 和 Franklin Zee 的确是不可多得的研究助理,发掘了大量的有价值的资讯。Cherhl Frost、Margaret Kiever、Susan Salvato、Melissa Smith、Deborah Soares 和 Kathryn Ying 用极度的细心和耐心审阅了我几乎难以辨识的底稿。

除了上述名字,我还要感谢许多曾经接受采访的国内外人士。他们中的大多数要求我不要公开姓名,因此,通过采访获得的资料只标注时间和地点,而没有注明被采访者。

此外,我还要感谢下列机构:哈佛大学法学院及其东亚法律研究项目、哈佛—燕京图书馆、哈佛费正清东亚研究中心图书馆、蒋经国国际学术交流基金会、加利福尼亚大学洛杉矶分校法学院院长基金、加利福

尼亚大学洛杉矶分校国际研究与海外项目、加利福尼亚大学洛杉矶分校学术评议会研究委员会、加利福尼亚大学洛杉矶分校法律图书馆与鲁道夫东方藏书；台湾地区“内政部”及“法务部”、台湾地区“中央”研究院、中国国家图书馆、中国版权局、中国人民大学知识产权中心、中国贸促会、中国专利代理（香港）有限公司；Baker & Mckenzier；Lee & Li；Paul, Weiss, Rifkind, Wharton & Garrison ；IBM 公司（日本）；Lockheed 公司；Universal/MCA；美国贸易代表处办公室；美国专利商标局；美国版权局和美国驻华及驻韩使馆。

我也要感谢下列高等教育机构，使本书的部分内容以论文形式得以发表，包括：亚利桑那大学法学院、波士顿大学法学院、凯斯西储大学、哥伦比亚大学法学院、康涅狄格大学法学院、哈佛法学院、路易克拉克大学西北法学院、中国台湾大学、华盛顿大学以及圣路易斯大学。同时感谢《中国法杂志》，曾在 1993 年第 7 卷第 1 期发表了本书第二章的早期版本。

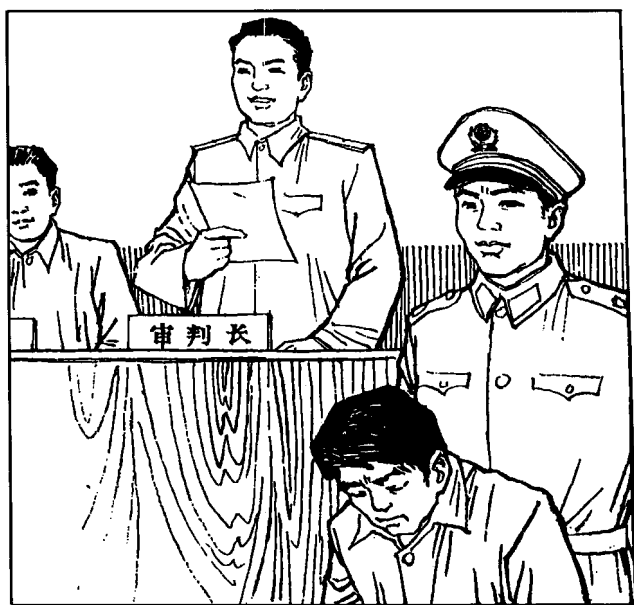
最后，我要感谢我的父母 Hyman 和 Rose Alford、我的妻子沈远远、我最亲爱的朋友 Jonathan Kempner，感谢他们曾经付出并仍在付出的一切。

我把中文的名字和术语标注为拼音，除非有可能引起误认（如台北还是用“Taipei”）。若无特别说明，所有的翻译都是我个人成果。

尽管诸多人士与机构为我提供了慷慨的帮助，但书中的观点与谬误之责仍由本人承担。

W. P. A.

插图说明



这是1985年吉林省工商行政管理局制作的“中华人民共和国商标法图示”宣传画,配套的文字注明:“第40条假冒他人注册商标,包括擅自制造或者销售他人注册商标标识的,除赔偿被侵权人的损失,可以并处罚款外,对直接责任人员由司法机关依法追究刑事责任。”立于法官席者为审判长。

译者说明

书名“To Steal a Book is an Elegant Offense”据原著说明,系出自鲁迅的《孔乙己》,应为“窃书不算偷”之英译。原著作者愿以《窃书为雅罪》为题,故尊重其意思。

原著采用尾注,为了便于阅读,译文改为脚注。

原著引文采用缩略形式,在参考文献中方标明著述的完整名称。例如“law, law, What Law?: Why Historian and Social Scientists of China Ignore Its Law”,在注解中仅用“Law, Law, What Law?”。译文照录,请读者注意对照“参考文献”部分查对文献的完整标题。原著对中文文献也同样处理(用拼音),例如“一部具有中国特色的专利法”缩略为“一部具有中国特色”,鉴于此方式不合乎中国人阅读习惯,译文完整译出。

论文后面标注的页码通常是所引内容在刊物中的页码,由于原著的脚注有时会省略刊物名称,故读者应结合“参考文献”查找出处。

为了便于中国读者的检索,对原著所引的中文文献的英译,译者尽力找到了中文出处,按中文原貌呈

现。个别之处未能确证的,标注“转译”字样。原著对中文文献名称和中国人名采用拼音标注,若按音译,则出入甚大。译者尽了最大的努力核对出处,但精力所限,个别较生僻文献的作者人名未能查实,照录拼音。

所引英文文献原则上照录。为了便于读者的继续研究,凡有固定中文名的著名外国汉学家,注释中均采中文名(例如费正清、白凯),首次出现时加注英文原名。无固定中文名者,译法依据新华通讯社译名室编著的《英语姓名译名手册》(商务印书馆 2007 年版)。对原著所引的华人学者的英文名,译文中绝大多数已查出中文原名,仅有个别实难查对,只好按英文照录,请读者谅解。作者姓名的中英文对照参见“参考文献”部分。对著名的外文报刊(例如《华尔街日报》)也直接使用固定中文译名。

原书中有一些注解系针对西方读者(例如“文化大革命”、“任建新”),对中国读者无太大必要,故而略去。为了便于读者对照原书,注释编号仍然保留,在注解处标明“(略)”。

原著中所引的法律文件有些已失效或修订,请读者留意所引法规的颁布时间。

中译本序

哈佛大学安守廉(William p. Alford)教授的《窃书为雅罪》一书,最近由李琛教授译成。她嘱我作序。

《窃书为雅罪》出版于20世纪90年代,当时作者曾送书给我。这不是一本大部头的著作,译成中文,不过10万字上下,但是对中国学界的影响却很大。书甫问世,就引起强烈反响,安守廉在中国也因此声名大噪。先是郑成思教授撰文商榷,批评安守廉否定中国宋代出现著作权保护的论点。随后,梁治平教授翻译了该书的部分章节,在我主编的《中国知识产权评论》(商务印书馆)第1卷也曾有刊行。继而,李雨峰教授索性借用了该书第三章的标题“枪口下的法律”,作为他的博士学位论文题目。书中的观点多年来也反复被中国知识产权的论著引用。今天,法律出版社又延请李琛妙手再造,出版该书的全译本,足见中国法学界对该书学术价值的肯定。

从一定意义上来讲,《窃书为雅罪》是一部中国知识产权制度的历史论纲。安守廉从一位西方法学家的角度,洞若观火,对中国的这段历史作了经济、政

治、文化上的梳理,正面提出了自己的评论,甚至对某些有违法治的现象旗帜鲜明地提出了批评。中国的读者对书中持论可能不尽赞成,但是对作者的治学方法、治学态度,对该著作所显示的深刻思想、追求事实的科学精神,以及理性的力量,特别是有关知识产权的理论、历史、制度及其实践问题,都表现出极大的兴趣。安守廉提出的问题具有基础性、全局性、纲领性,对它们的回答关系着中国法治,乃至整个社会的未来。我认为,至少以下几个问题值得中国的学术界长期思考和认真研究:

(1)四大发明的故乡——中国为什么没最早出现知识产权制度。这个问题是老生常谈,却难回答。需要通过艰难的考据和科学、理性的分析研究才会作出合理的解释,这显非一日之功。郑成思主张“版权伴生于印刷术的发明”,并坚持中国宋代就有著作权制度的观点,有其合理的一面。遗憾的是,他生前未及作出系统论证。安守廉持不同意见,认为脱离当时社会的基本背景,仅靠印刷术这一因素,或古代典籍中的只言片语,不能断言唐、宋有著作权保护。平心而论,知识产权制度形成的条件是复杂的,除去印刷术这一生产力要素外,生产关系和上层建筑也是重要的决定因素。古代中国,既没有形成工业化的生产手段,也未出现与之相适应的生产关系和上层建筑,更不曾形成有独立经济地位和诉求的创造者阶层。作为中国知识分子原始型态的“士”,自古以来,就是权贵与财势的附庸。如果说变化,充其量是由豪门权势分散“包养”的“食客”,转为主要是被专制皇权通过1300年的科举制统一“包养”的“士大夫”。“士大夫”阶层原本是皇权为遏止魏晋以来世家大族的豪强专权,在隋唐之际,通过科举制这一政治体系而形成的。作为精英政治的形式,“士大夫”的力量在两宋时期达到顶峰。他们和皇权之间经过磨合,双方关系达致平衡和谐。元代以降,上述平衡被打破,“士”的地位大变,沦落到“七娼、八丐、九儒”的地步。明、清之际,皇权陡增,高度专制,不容自诩“以天下为己任”“家事国事天下事,事事关心”的士人任意纵论国是。科举制也成了皇权压制思想的工具。理学

的兴起,束缚了“士大夫”阶层的思想,使之逐渐失去独立性,发展成为皇权的附庸阶层。尽管16世纪后的中国社会出现了以资本主义的萌芽,但是资本主义生产方式并没有发生,中国仍然是典型的农业社会。虽然一些士人无望“宣室”,而弃儒业贾,但是他们的主体仍被科举制度所束缚,无法摆脱专制皇权设置的伦理窠臼。农业社会耕读持家,“万般皆下品,唯有读书高”的信条是天经地义的立世之本,科考功名是读书人亘古不变的人间正道。此外,我们还应当看到一个重要事实,笼统的“印刷术”一语,用以界定产生著作权制度的技术条件是有困难的,是不充分的。活字印刷技术的发明以及成熟,有一个渐进和“升级、换代”过程。毕昇的技术发明于1041~1048年间,其活字用胶泥制成。在实践中,相继出现了以木、铜、磁、锡、铅为材料的活字,这一过程历经数百年。“虽然中国很早就发明了活字印刷术,但始终未能脱离手工劳动方式,近代铅活字机器印刷技术是从西方输入中国的”(《中国大百科全书》(第10卷),2009年第2版,第397页)。以胶泥或木质材料为活字构成的手工印刷术,和铅字机器印刷技术分属不同的生产方式。这种生产方式能否催生出市场社会中出版商、工人和作者这三个独立的经济主体,令人存疑。所以,要为中国是否在唐宋时代就存在过著作权制度作出理性的、科学的、令人信服的说明,乃至解释生产能力曾长期领先于世界的中国何以没有首先产生知识产权制度,是一项艰巨、长期的任务。

(2)恰当处理意识形态和发展文化产业的关系,为知识产权制度开辟广阔的发挥空间,才能促进社会物质生产与文化生产的平衡发展。改革开放的核心任务是解放生产力。未来的竞争是技术、文化创新能力的竞争,为此,必须调整与生产力发展不相适应的制度与观念。早些年,我们到好莱坞考察美国的电影产业。哥伦比亚电影公司首席律师的几句话,让我印象深刻。他说,好莱坞是个生产快乐的大工厂。我们花钱请人写剧本、定导演、选演员,用摄影机将表演记录下来,压缩成胶片,再把经过取舍、剪辑的影片放给你看,你一高兴,就把原本你口袋里

的钱放进我们的口袋。事情到此,已经全部结束。至于其中是否有艺术存在,对我们来说,纯属意外。我们关心的是市场,这就是娱乐产业。在我国,按照传统的思维模式,片面强调文化的意识形态属性,长期不接受“文化产业”的概念,习惯于把意识形态抬高到政治的高度,突出政治,把政治和经济对立起来,动辄把“要算政治账,不算经济账”作为强调文化工作重要性的口头禅。在立法上,有私法公法化的倾向。2001年11月27日修改前的《著作权法》第43条关于“广播电台、电视台非营业性地播放已经出版的录音制品,可以不经著作权人、表演者、录音制作者许可,不向其支付报酬”的做法,和2010年2月26日修改前的《著作权法》第4条第1款“法律禁止出版传播的作品,不受本法保护”的规定,是这一倾向的突出表现。(本次修改主要是执行世界贸易组织纠纷解决机构的裁决。现改为:“著作权人行使著作权,不得违反宪法和法律,不得损害公共利益。国家对作品的出版、传播依法进行监督管理。”放弃原规定,无疑是文明的进步,对国内国际社会释放了善意。但新的表述则不免令人生疑,是否多少意味着对修改的不情愿?)与这一倾向相呼应,理论上则出现了迎合上述诉求的“知识产权的私权公权化趋势”的观点。这些情况,阻碍了文化产业的发展,进而必然制约科技创新产业的发展。改革开放30年,手段特殊、成果巨大。今后发展的唯一出路是创新,尤其须加强文化创新。国家应当改变以往重科技、轻文化的产业政策,调整重理、轻文的教育结构,放弃重物质财富、轻知识产权的传统观念。发达国家的经验表明,科技和文化是推动社会进步发展的车之两轮、鸟之两翼,文化产业在经济、社会发展中的作用日益突出,甚至出现了超过传统制造业的趋势。我国虽然2000年才在中共中央的文件中出现“文化产业”概念,但是发展潜力巨大。可以预见,注重科学发展,平衡科技创新和文化创新的关系,发掘文化产业的潜能,将成为中国经济增长的新手段。

(3) 创造与劳动的关系。如安守廉在第一章所指出的,研究知识产权法的困难之一,“在于思考基础合理性以及视野开阔的论著过于稀少”。

作为知识产权制度的继受者,在过去的 30 年中,我们更关注实用,对知识产权的基础理论,以及该制度形成的深刻原因,几无研究。本书提及的创造者的法律地位问题,创造与劳动的关系问题,也在其中。安守廉在本书的第四章开篇就以“中国‘文革’时期的流行语(1966~1976)”,引用了“钢铁工人在本职工作中铸成的钢锭上有必要署上他的名字吗?如果没有必要,为什么一个知识分子就该享有在劳动成果上署名的特权呢?”接着,该章第二段又引述了青年马克思 1844 年的一段话,作为上述观念的理论注解:“甚至当我从事科学工作时,即从事一种很少同别人直接交往的活动时,我从事的也是社会活动,因为这是人的活动。不仅我的活动所需要的材料,甚至思想者使用的语言本身,都是作为社会产品赋予我的。我本身的存在就是一种社会行为。因此,我自身的成果,是我为社会所劳作,并且意识到我是作为一个社会存在体而劳作。”二者灵犀相通,无异于把但丁“放歌”《神曲》,雨果“描绘”《悲惨世界》的行为,等同于钢铁工人铸造钢锭。对这一问题的回答,也可用作知识产权正当性的答案。对此,我们也鲜有思考。长期以来,我们把劳动和剥削作为经济活动两个基本范畴,经济活动的参与者非此即彼。“创造”从来没有独立的地位,而是劳动或剥削的附庸,“居无定所”,在“剥削”与“劳动”之间徘徊,有时被尊为劳动,有时被贬作剥削。资产阶级和工人阶级各自占有剥削者和劳动者壁垒分明的两大阵营,是两张“皮”;主要以创造(或创作)为生计的知识分子,被认为是附在皮上的“毛”。创造者要么属于资产阶级,要么属于工人阶级,“皮之不存,毛将焉附”,没有独立的社会地位。这一逻辑,可用作邓小平最终把知识分子划成工人阶级一部分的理论诠释。但是,这并不符合人类工业文明社会以来的历史事实。我的初步研究认为:创造当然不属于剥削,但也不隶属于劳动。创造是一个与二者并列的,或许是更为重要的概念。我们崇尚劳动,所以把一切认为美好的事物都粉饰为劳动。当我们给创造者“落实政策”时,所能给予的最高奖励,就是以“劳动”的名义。其间虽然充满善意和溢美之词,但是称创造为劳动,确实是张冠李戴了。

按照马克思的观点,就一件劳动成果而言,无论劳动的具体方式差别、劳动的技术含量高低、劳动复杂程度如何,在质上,无一例外是人类无差别的智力与体力的综合支出的凝结;在量上,是具体劳动各自所花费的社会必要劳动时间。可见,劳动是可以重复的行为;劳动作为技能,可以通过传承、学习、训练获得;劳动成果中所包含的劳动量,可以用同为劳动的尺度来计量;劳动成果可以重复再现;不同劳动成果之间可以比较、交换。从分配上看,马克思为理想社会设计的最佳原则是按劳分配,按照该制度,“每一个生产者在作了各项扣除之后,从社会方面正好领回他所给予社会的一切。他所给予社会的,就是他个人的劳动量。例如,社会劳动日是由所有的个人劳动小时构成的;每一个生产者的个人劳动时间就是社会劳动日中他所提供的部分,就是他在社会劳动日里的一份。他从社会方面领得一张证书,证明他提供了多少劳动(扣除他为社会基金而进行的劳动),而他凭这张证书从社会储存中领得和他所提供的劳动量相当的一份消费资料。他以一种形式给予社会的劳动量,又以另一种形式全部领回来”(马克思:“哥达纲领批判”,载《马克思恩格斯选集》第3卷,人民出版社1995年第2版,第304页)。可见,循此原则,劳动者获得报酬的标准是劳动的质和量,即由技术含量、繁复程度和力量强度所决定的劳动的质,和由时间为尺度来衡量的劳动的量。反观创造,截然不同。创造与劳动之间,不同的创造之间,都是异质的,不具可比性。在经济价值上,相互之间没有可以交换的共同基础。创造成果是唯一的,创造不可再现。展现创造成果的技能可以学习,但是创造本身是无法训练和传承的。梁漱溟认为,创造乃“凭空而来,前无所受”。创造所需要的表达的技术无疑属于劳动技能,表达的过程也可以归于劳动,但是创造本身不是劳动。完成创造成果所花费的劳动量,也不等于创造成果的市场价格。从利益分配上看,创造者的获酬法则也与按劳分配不同。他们不是按照表达创造成果所运用的技术复杂程度和所消耗掉的时间来衡量,和所谓的价值规律无关。因其不是劳动成果,创造成果没有价值可供衡量,只有市场价格。其价格完

全取决于社会的认知、欣赏和需求,并没有与劳动相对应的所谓创造领域的“价值规律”。总之,创造是无价的。千锤百炼的,或许一文不值;一挥而就的,可能价值千金。创造的成果实际上是我们提供了一种新的生活方式。按照创造物的市场法则,谁接受和享用该生活方式,就有付费的义务。创造者的一次行为所结之果,不但可以直接进入市场,还可以对之二度、三度、再度创造,并将所得成果市场化。它们一旦进入市场,获取财产回报的方式、机会和数额难以估算。哈里·波特一面世,就风靡全球。罗琳不仅暴富,而且惠及子孙。这种现象是按劳分配的原则所无法解释的。通过以上简单的对比可以看出,创造与劳动的关系是:创造成果是汇万物以升华,从无到有、聚沙成器的质变的结果,是飞跃;劳动成果是从此及彼,积少成多的量变,是质变基础上的量的扩张,属于复制的结果。按照这个初步研究结论,对“文革”流行语所提问题的回答是:署名是一种标记。标记的功能,是市场的参与者对自己提供的交换对象负道德和法律责任的表征。这是商品社会的法则。钢锭同样需要表征,但表征的具体方式有别。目的是为鉴别它的质量是否符合既定的标准,以保证产品的功能和用途。同时也是考察劳动者行为是否符合既定的技术规范的手段。这种做法,古已有之,如果谁偶尔有幸见到被拆毁的北京明城墙砖,你会触目惊心地发现,每方城砖的侧面,都刻有砖窑的名号。明城墙之所以屹立数百年坚不可摧,每块砖的质量是它的基本保证。所以,劳动者署名,是为自己求同排异、袭制守成的产品负责。创造者署名,是为自己与众不同、标新立异的贡献负责。二者虽无高低贵贱之分,行为性质却迥然不同。顺便提及,历史事实是,“文革”中知识分子并无上述流行语中说的那样幸运,他们从未被当作劳动者对待。即便是批判、改造对象,也不被正眼看待,只是被当作剥削阶级的附庸,称作“资产阶级”知识分子。按照当时流行的说法,是排在地主、富农、反革命、坏分子、右派、叛徒、特务、走资派后面的“臭老九”。

(4)中国知识产权学者的遗憾。安守廉是美国著名的中国法专家。