

枪口下的法律----近代中国版权法的产生 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E6_9E_AA_E5_8F_A3_E4_B8_8B_E7_c122_485755.htm 引言 知名的中国研究专家柯文指出，鉴于中国的区域性与地方性的变异幅度，在研析近世中国的变迁时，应将鸦片战争之后的中国分为判然有别而又自成一体的两个组成部分??沿海与腹地。这种界分给我们的启发是：若深刻把握中国第一部成文版权法的成因，绝不能在观念上把中国对西方的反应理解为是一体的。事实上，与内地不同，正是在沿海，在与外商的贸易中，中国人真正意识到了知识财产的经济价值；也正是在与中国的通商中，外商意识到了给中国施加一个知识产权法律体系的必要性。

一、中西贸易与知识产权问题的凸现 尽管列强西方强遇中国是帝国主义扩张的结果，但仍不能否认他们与帝制中国的最早接触是从贸易开始的。乾隆皇上打发马嘎尔尼的那一长久以来证明中国闭关锁国的事件，也被后现代主义史学家指出，乾隆皇帝所拒绝的与其说是对英贸易，毋宁说是在礼仪过程中经由英国制成品和礼物所体现的过分狂妄。事实上，马嘎尔尼回国之后，双方原有范围内的贸易仍在继续。英国意欲通过主权国家的观念将中英之间的贸易关系以条约的形式确立下来，它意欲控制商业的政治干涉风险，将商业的运作置于规则的统治之下。而晚清更关注的是“商业活动的社会和政治含义”。在他们看来，贸易将导致个人的贪婪，支解帝国的秩序观念。中英两国这种对贸易态度的截然不同在很大程度上影响了日后中国应否建立知识产权法律体系的根本立场。至十九世纪下半叶，西方经济开始在中国膨

胀，知识产权问题逐渐凸现。与现代知识产权制度接近的纠纷是1897年英商对汕头鸦片加工者的控诉，其理由为后者在销售鸦片时使用了英商商品的名称。知识产权事件在中西关系中的突现除了攀依于中国与西方世界日益扩张的贸易这一因素之外，尚有两个制度上的背景：知识产权的国际保护日益制度化；晚清帝国由朝贡体制向条约体制的过度。可以坦率地说，那时中国对知识产权的法律保护是不足的。由于中国没有现成的知识产权制度，由于外商不能借助治外法权来运用其所属国家的知识产权法，更由于外商无法企及地方官员的行政保护管道，他们不得不向本国政府驻当地的代表求援。事实上，在十九世纪以来，外国领事已经开始登记本国的商标并转交清廷海关衙门。但这些措施收效甚微。

二、版权论争与谈判

同时，知识产权制度却越来越倍受关注。西方人逐渐意识到在中国传播近代版权法的重要性。这方面，传教士起了一定的先驱作用，以美国的林乐知影响最巨。林氏以《万国公报》为阵地，发表了《版权通例》、《版权之关系》等著名的文章，从版权的性质、功能、基础乃至具体制度方面比较系统地阐发了自己的版权观念和版权主张。他秉承英美国家版权法的哲学传统，明确指出版权是一种财产的观念；要求报社之间转载文章“不掠人美，不夺人利”，为当时版权思想的东渐做出了重要的宣传工作。《辛丑条约》第11款为外国出版商乃至外国政府敦促清廷对版权加以制度性保护提供了一个合法性的理由。条约列强希冀建立一个可以从事国际商务的环境，毕竟内地税、管理矿业与合营企业法律以及相关知识产权法律的缺乏阻碍了他们进入中国四亿人口的巨大市场。同时，列强宣布，如果清朝政府作出这种

妥协，他们会同意清廷海关衙门重定关税、再禁止鸦片，并且如果中国的立法与执法状况得到保证的话，他们甚至乐意放弃治外法权。这一尊重中国主权与国家安全的承诺引起了清廷的兴趣。于是，有关商务条约的谈判就这样在美、日等列强与清朝政府之间开始了。商约的内容涉及加税免厘、通商口岸等问题，最令中国谈判人员迷惑不解的是列强竟然对包括版权在内的知识产权问题表现出了极大的兴趣与热情。对版权保护要求最切的是美国和日本。美、中于1902年6月27日始进行了五次会谈，其间，对版权的保护问题展开了激烈的争论。无论如何，中美在《续议通商行船条约》第11款专列了有关保护版权的内容。然而，这并不意味着列强就是铁定的赢家。透过权力的微观物理学，我们可以窥晓不同于大历史观的有关中国版权法产生乃至之后法律遵守的另一个侧面。显然，中美商约代表之间的谈判是中美两个大国在地处中国的谈判桌上就中国的问题各自运用权力资源试图征服对方的场景性较量。中方运用的知识资源是当时中国的法律产品的市场、民间对版权法的信仰程度、民间对版权是否应当加以保护的争辩性话语??这一话语体现了国人的近代化要求，它深层的含义是如果违反这一要求，即使在条文上规定了权利种类，同样在实践中得不到尊重。美方运用的知识资源乃是对于版权??对中国而言它是个新事物??的科学性认识，其隐含的内容是在美中的交谈中，对于是否保护版权、如何保护版权、在多大程度上保护版权等问题上应该遵从于美国的立场，因为美国国内有成熟的版权法律制度和经验操作背景。显然，在这一较量中，任何一方都垄断着自己所熟悉的一部分知识，都没有使对方处于绝对的支配地位。1902年9月修

订商约会议记录第3号、4号、5号、6号等记载了当时双方的各自态度。史料表明，列强在保护版权问题支配中国的企图并没有完全实现，在权力的末梢，它的控制力减弱了。围绕着中国应否给予版权保护这一核心，清廷大臣、在野文士都纷纷登场，发表己见，阐述自己的见解与立场，由此引发了中国历史上第一次版权问题的论争。持反对意见的包括官方的张百熙、民间的蔡元培等，他们认为当时各国深望中国变法维新，相期共进文明、广开民智、兴办教育才是其中的道理。如果保护外书版权，则不能随意翻译东西书籍，久而久之，阅读西书者日渐甚少，这样，反而与西方诸国的愿望相悖。与此相反，早年留学英国的理论家严复和陶保霖却积极提倡版权的保护，力主应当通过国家立法对中外作品给予平等的保护。

三、版权法的产生 应予注意的是，中国应否给予版权立法保护的争论进程是内生性因素与外部力量共同勾连的。近世以来，为图中华文明不被淘汰，更为富强寻求畅通之径，时人一致认为广开民智、译介西书乃一步骤。著译者多为在海外见过世面之人，他们不仅选择了外文书籍，同时也吸纳了西方意义的版权观念。正是由此，他们第一次背离了文人不言利的传统，而理直气壮地主张对自己的劳动给予报酬，这些观念潜伏在西方思想的背后静悄悄地展开，构成了影响中国版权法的一种内生性力量。上海的出版家为保护自身的利益曾联合发起成立了书业公所和书业商会，强烈呼吁版权立法。1902年上海官书局将《创设万国同盟保护文学艺术美术著作条约》及续增条款和修订条款的中文本予以发行，借以宣传版权理念。同时，美、日两国也在向中国商订续议商约的过程中，将他们的版权主张推至中国官方面前，

如果淡化他们侵略者的阴影，我们不难发现他们的一些建议也较为合理。更为重要的，他们力主将知识产权问题纳入商约的行为意外地在中国引发了一场有关中国版权发展方面的争议，由此，在中国本地推动了西方版权观念的形式。在这样的背景之下，民政部将著作权法草案及其立法理由于1910年上奏资政院，资政院在1910年11月16日的《奏准著作权律折》中指出，该草案经过了一读、二读、三读之程序，“经修正议决其各条中，意义字句互有增损，仍定为五章五十五条。”是年，《大清著作权律》颁布，次年，民政部发出布告了包括过度性内容的《民政部为将著作权呈报注册出示晓谕》。这部法律在立定之初参考了美、匈、德、比等国较为先进的经验。一经颁布即引起了国际上的密切关注，在1911年4月3日的学部为著作权律已引起外国出版界重视致民政部的呈文中指出，外国政府曾函致中国公使将此项译成德文或者法文予以传播。

四、历史的未来脚步

近世中国有关版权立法的论争与谈判始终是围绕着建构民族国家这一近代化主题而展开的。1840年之后，鼓吹自强成了当时朝野上下的议论主题。在鼓吹自强的过程中，始终存在着“是否师法西方”和“如何师法西方”的论辩，当第一个问题解决之后，第二个问题又凸现出来，有时候，这两个问题又是缠绕在一起。中国若要富强，首先面对的是民族国家与国家主权的构建问题。这是一个近代化的过程。当中美商约代表在谈判桌上论争是否应当进行版权保护时，双方都运用了这样的话语。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。版权原是随着个体权利意识的增强、作者群地位的独立以及经济发展水平的提高等引起

的社会结构的变动而逐渐完善的。由此，它产生了一个这样的结果：正是版权的保护促进了作品的创作与提高。在笔者看来，版权法是在保护个人权利的过程中同时促进作品的传播的，而今版权法只关注后者，却不具备保护前者的条件，因此，产生了一种立法与守法的二难背反。尽管美、日等强加给了中国一个陌生物，但他们并未得到理想的结果。事实上，他们在运用权力的同时，并没有细致地了解这种权力所要影响的对象；或者说，他们尽管有了比较充分的了解，却不愿遵循这种权力的运作轨道。的确，列强制造了一个版权保护的话语实践，然而他们却忽略了这种话语实践所赖以生存的非话语实践。事实上，就守法而言，列强对中国的支配关系已经发生了流变，它的控制力减弱了。出于一种功利主义目的，版权法在中国现代化的焦虑中诞生了。但它将版权保护最起码的个体意识的难题留给了后人，或者恰当地说，它将个体权利意识得以生育的政体机制的改革工作留给了后人，从而注定了中国版权秩序的任重道远。无论中国的知识分子赞成还是反对版权保护，他们的理由都是中国的、非西方的。这种将具有自身意义的权利改造为一种实现现代化的工具并对权利现象的语境加以置换的做法，其后果是消解了版权法文本的价值。这就是问题之所在。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com