

知识产权的起源

摘要：知识产权制度最早萌芽于文艺复兴时期的意大利，为了保护技术发明人的权利和吸引更多的掌握先进技术的人才，意大利的著名城市威尼斯在 1474 年出版了世界上第一部专利法，该法规定，权利人对其发明享有 10 年的垄断权，任何人未经同意不得仿造与受保护的发明相同的设施，否则将赔偿百枚金币，并销毁全部仿造设施。这部法律确立了专利制度的基本原则，其影响延续至今。

16 世纪以后，英国早期资产阶级为了追求财富和保持国家经济的繁荣，鼓励发明创造，1624 年颁布了垄断法案，这是世界上第一部具有现代意义的专利法。18 世纪末、19 世纪初，欧洲大陆各国和美国相继实行了专利制度。

在专利制度确立的同时，著作权制度也产生了。随着人类造纸和印刷技术的发明和传播，书籍成为科技知识和文学艺术的载体。1709 年，英国颁布了《安娜女王法》，率先实行对作者权利的保护。《安娜女王法》为现代著作权制度奠定了基石，被誉为著作权法的鼻祖。1790 年，依照《安娜女王法》的模式，美国制定了《联邦著作权法》。在英美强调版权的普通法系确立的同时，以法国和德国为代表的强调人格权的大陆法系也诞生了。1793 年法国颁布著作权法，不仅规定了著作财产权，而且还注意强调著作权中的人格权内容。该法成为许多大陆法系国家著作权法的典范。

对商标和商号的保护制度也在 19 世纪初建立起来，这一制度最早起源于法国。1803 年法国在《关于工厂、制造场和作坊的法律》中将假冒商标按私造文书处罚，确立了对商标权的法律保护。1857 年法国又颁布了《关于以使用原则和不审查原则为内容的制造标记和商标的法律》，这是最早的一部商标法。随后欧美等国家相继制定了商标法，商标保护制度逐步发展起来。

1、特权与私权

知识产权并非起源于任何一种民事权利，也并非起源于任何一种财产权。它起源于封建社会的“特权”。这种特权，或由君主个人授予、或由封建国家授予、或由代表君主的地方官授予。无论联合国世界知识产权组织的教材，国外学者的专著，都是这样叙述的，并有历史材料的支持（即并非国际组织或外国学者想当然地妄言）。这一起源，不仅决定了知识产权（指传统范围的专利权、商标权、版权）的地域性特点，而且决定了“君主对思想的控制”、对经济利益的控制或国家以某种形式从事的垄断经营等等，在历史上，与知识产权的产生并不是互相排斥的。正相反，知识产权正是在这种看起来完全不符合“私权”原则的环境下产生，而逐渐演变为今天绝大多数国家普遍承认的一种私权，一种民事权利。

从下文的论述中，我们可以看到：有的人确实不了解这种起源；有的人则仅仅承认在外国，知识产权起源于“特权”。一涉及中国历史，则许多人固执地把“特权”与知识产权的起源割裂开。在讲及外国第一部专利法（1623年法）之前的历史时，他们也绘声绘色地谈起古代威尼斯由国家去颁授的发明特权、古代德皇、英皇颁授的发明特权。但一讲及中国第一部版权法（1910年法）之前的历史时，却又认为中国古代君主及其代表颁授的任何印刷特权，均与知识产权的起源毫不相干。这种认识是不符合历史唯物论的。它也反映出，我国某些知识产权“研究成果”的滞后。这不仅表现为在研究高新技术带来的新问题研究上滞后，而且表现为对历史的研究也滞后。

2、专利权、商标权的起源

（1）专利权的起源

在中世纪的欧洲，很早就存在着有君主赐给工商业者在某些商品上垄断经营的特权。但这毕竟不同于今天讲的“专利”，到很像我国汉代的盐铁专营，只是汉代那种专营的“利”被国家所“专”，而中世纪的欧洲那种“利”则被工商业者所“专”罢了。我国“专利”一词的语源，也取自同样的意思。《国语》中讲“荣公好专利”，即指一人把“利”都独占了。正是由于这些原因，世界知识产权组织总干事鲍格胥（D.A.Bogsch）曾建议在汉语中也独一个与 Patent（英文“专利”一词）相当的、既有“独占”含义又有“公开”含义的词来代替“专利”，以免引起人们对专利制度的误解。好在经过专利法颁布前几年的讨论与宣传，我国越来越多的人已经了解了它的超出语源的实际含义，所以我们仍旧使用着“专利”这个术语。

而这种与今天“专利”并不相同的权利，实际是一种特权。今天的专利，又确实确实来源于这种特权。1331年，英王爱德华三世曾授予佛兰德的工艺师约翰·卡姆比（John Kempe）在缝纫与染织技术方面“独专其利”。该早期“专利”的授予目的，在于避免外国制造作坊将在英国使用着的先进技术吸引走。这就已经不同于我国汉代“盐铁专营”之类的专利，而逐渐接近现代的专利了。

1421年，在意大利的佛罗伦萨，建筑师布鲁内来西（Brunelleschi）为运输大理石而发明的“带吊机的驳船”，（a barge with hoisting gear）也曾获得类似早期英国的专利。不过这时专利已有了“保护期”（三年）。1474年，威尼斯颁布了世界上第一部最接近现代专利制度

的法律。之所以仍不能把它称为专利（Patent）法，主要因为它的出发点是把工艺师们的技艺当作准技术秘密加以保护，而 Patent 本身则是“公开”意思。之所以称它为“准技术秘密”，是因为威尼斯当时的法律要求，获得专利的前提是：第一，在威尼斯实施有关技术；第二，要把该技术教给当地的相同领域的工艺师，而这些工艺师对外则承担保密义务。据说，威尼斯的这一制度对中世纪的欧洲国家吸引技术人才起到了积极作用，故曾被其他一些国家所效仿。例如，英国在 1561 年到 1590 年，即曾依照上述威尼斯法的同样条件，授出了五十项专利权。

1602 年，在 Darcy 诉 Allin 一案中，英国法院首次以判例形式保护了一项 1598 年被授予的专利权。十七世纪初期，英国女王伊丽莎白一世又曾多次向发明者授予专利权，不过该时的授予仍是采取钦赐形式。她的继位者詹姆斯一世在位时期，议会中新兴的资产阶级代表开始一次又一次尝试以立法来取代由君主赐予特权的传统。这个目的终于在 1624 年英国实施的垄断法规（The Statute of Monopolies）中实现了（由于它在 1623 年提交英国国会通过并颁布，故许多记载中称之为（“1623 年垄断法规”）。这个法规被认为是世界上第一部现代含义的专利法。它宣布了以往君主所授予的发明人的特权一律无效。它规定了发明专利权的主体、客体、可以取得专利的发明主题、取得专利的条件、专利有效期以及在什么情况下专利权将被判为无效，等等。这些规定为后来所有国家的专利立法划出了一个基本范围，其中的许多原则和定义一直沿用至今。例如其中第 6 条规定的专利权人必须是一项发明的“第一个真正发明人”，就是今天的发明优先权和新颖性条件等等的雏形。不过这个法规毕竟是较原始、简单的。

十八世纪初，资产阶级革命之后的英国，着手进一步改善它的专利制度。专利法中开始要求发明人必须充分地陈述其发明内容并予以公布，以此作为取得专利的“对价”

（Consideration）。这样，专利制度就以资产阶级的合同形式反映出来了。专利的取得成为一种订立合同的活动：发明人向公众公布他研制出的新产品或新技术，似换取公众在一定时期内承认他对研制成果的专有权。按照法律中的这种要求，“专利说明书”出现了。它的出现标志着具有现代特点的专利制度的最终形成；它对于打破封建社会长期对技术的封锁，对于交流和传播科学情报，是具有革命性的一步。当然，专利制度真正在整个社会上起到鼓励发明的作用，时间还要更迟些，这大约开始于十九世纪前期的“工业革命”。从英国的专利申请案的历史记载上可以看到：在十八世纪五十年代，全国平均每年只提交了 10 份申请案；而在十九世纪四十年代，则平均每年提交了 458 份。

继英国之后，美国于 1790 年、法国于 1791 年、荷兰于 1817 年、德国于 1877 年、日本于 1885 年都先后颁布了自己的专利法。到目前为止，世界上建立起专利制度的国家和地区已经超过 170 个。

每个国家所建立起的专利制度，并不是一成不变的。第一，它们必须随着科学技术的发展所提出的新问题而变化。例如，在上一世纪，任何国家的专利法中都不可能提出“对利用原子能的发明、对计算机程序等是否授予专利”的问题，而这类问题现在却是许多国家都必须回答的了。第二，它们必须与国际、国内市场的变化相适应，与本国的经济发展水平相适

应。第三，它们还必须与本国所参加的有关国际公约或者地区性条约不相冲突。所有这些，决定了大多数国家的专利法总处在不断变化之中。与商标法或版权法相比，专利法的修订要更频繁些。国际上一般承认英国 1623 年的《垄断法规》是近代专利保护制度的起点。在我国，“专利”一词虽然可以追溯到 2000 多年前的《国语》，但法律含义上的专利保护，只是 100 多年前才被提到日程上的。因此，有人认为：四大发明产生于我国古代，却未在我国（而是在西方）得到发展，也许应当部分归咎于我国历史上长期对发明创造未进行必要的保护。

1859 年，太平天国领导之一洪人玠（Gan）在他著名的《资政新篇》中首次提出了建立专利制度的建议。他认为：对发明实行专利保护，是赶上西方发达国家的必备条件。他甚至提出了在同一专利制度下分别保护发明专利与“小专利”（或“实用新型”）的设想，提议在专利保护期上有所区别，“器小者赏五年，大者赏十年，益民多者年数加多”。今天法国、澳大利亚等国家，实际上实行的正是这种大、小专利并行的制度。由于太平天国在 1864 年失败，洪人玠的建议没有能真正实现。

1881 年，我国早期民族资产阶级的代表人物郑观应，曾经就上海机器织布局采用的机器织布技术，向清朝皇帝申请专利。1882 年，光绪皇帝批准了该局可享有十年专利，这是较有影响的我国历史上的“钦赐”专利，它已经比西欧国家的类似进程迟了 300 多年。

1898 年，在有名的“戊戌变法”中，光绪皇帝签发了。《振兴工艺给奖章程》，这是我国历史上的第一部专利法，但它并未付诸实施。只是到了 1898 年的这部“法”。“专利”在我国才由“特权”向作为财产权的某种现代民事权利演化了。

（2）商标权的起源

世界知识产权组织在其 1988 年编写、1997 年全面修订的教材中，突出了商标权在古代之作为特权与专利权作为特权的重大区别。

古代曾有把陶工的姓名标示在陶器上的强制性要求，这是作为一种义务而不是权利。这种标识，最早发现于出土的公元前 3500 年的埃及古墓。但这种标识很难说是商标。况且出土的有关陶器在当时也未必就是易货中的商品。

我国西汉宣帝五凤年间留下的瓷器上，则有了以年号“五凤”作标示的例子。不过，这也很难与商标相提并论。倒是尚武的东周时期，兵器中被争相购置的“干将”“莫邪”宝剑之类，已有了指示相同产品的不同来源及其稳定质量的功能，“与后来的商标比较接近了”。

而将一定标识用在商品包装上，有目的地使消费者认明商品来源，不仅有文字记载，而且有实物流传至今的，恐怕仍旧要推我国宋代山东刘家“功夫针”铺使用的“白兔”商标。世界知识产权组织认为：专利在古代作为一种钦赐的“特权”、足以对抗发明人在有关技术领域受其“行会”的传统控制。就是说：享有这种“特权”之人，在特权准许的范围内，不再受行会会规控制。而在商标领域，商标保护则恰恰起源于行会控制。而这种“行会控制”则又被君主或其代表作为一种“特权”加以确认。

应当指出，我国（及许多其他国家）：在古代的商业活动中，重“招牌”、轻“商标”。其基本原因是因为当时还没有大规模的流动销售商品的商业活动。顾客多是从有关商品提供者所处的地点、门面等去识别不同商品的来源的。同样应指出的是：这种靠认供应地点与门

面去认商品的情况，至今也并未完全消失（只是不起主要作用了）。也正亚因如此，有信誉的商品或服务提供者的惯常营业地点及（或）其门面，仍能够构成现代商誉的一部分。

“不知何处是他乡”作为酒店的“幌子”，是无法以之区分相同商品来源的，因此在任何时代均不可能被专用。而“杏花村”、“浔阳楼”作为酒店的招牌，则可能区分相同商品的不同来源。

尽管招牌（商号）有时可能与商标重合，我们从总体上仍旧有必要把它们区分开。更何况今天在所有国家里，这二者总是由不同法律去规范的。例如在我国，现行的商标法与《企业名称登记条例》是不同的两个法律与法规。

宋代用于“功夫针”上的“白兔标识”，与提供商品的“刘家铺子”（商号）是分别存在的。故可以认为该“白兔标识”可称为实实在在的商标了。但宋代的商标，与宋代的版权还不相同。在长久的中国封建时代，“商”总是被轻视的；它不像创作作品那样受到重视与鼓励。因此，宋代流传下来旨在保护作者、编者及出版者的作品，禁止抄袭、翻版的官方榜文，今天可以找到不少。但禁止使用他人已使用的商品标识，或“已申上司”（形同注册），不许他人再用的地方榜文或中央政府的敕令，则不仅宋代没有（更确切地讲，至今本书作者尚未见到）、元、明也均没有。只是到清代才有了这样的记载：1736年，苏州府长州县布商黄友龙，冒用他人布疋的“牌谱”，地方政府把禁止这种冒用行为的禁令刻在石头上，以昭示公众。这才相当于版权领域宋代已开始的、对一定专有权的保护。这反映出地方政府对“行会”回归通过权利给予的支持。当然，这已经落后于西方国家许多年了。

在英国，面包房和银匠有义务在自己的制品上标出记号，作为一种强制性规定是出现在13到14世纪。那还称不上“商标”。在德国，开始与商标沾边的，竟然是古登堡采用活字之后的印刷品-看来两种知识产权在西方的起源真有一定缘份。那是由于当时印刷出版者们竞相使用活字印刷术，而印出的同种书籍（如圣经）装帧、质量各异。为了在市场上把自己质高的印刷品与他人质低者分开，以在竞争中处于有利地位，部分印刷出版者开始把一定标识作为其制品书面装饰的一部分，印刷出来。在这里，商标的功能已经显示出来了。1518年，由Aldus of Venice出版的书上印的“海豚与铁锚”装饰被他人假冒，曾引起过早期西方的商标纠纷。

第一个经法院判决，保护商品提供者专用标识的案例，发生在1618年的英国。非常巧，这起纠纷，也是因为一个布商假冒另一布商的标志而引起的。经判例法对商标实施保护，最早出现在工业革命的起源地英国，也是不足为怪的。不过，英国停滞在以判例保护商标的时间比较长。法国作为后起之秀，则在为商标提供注册保护上，占了创始国的地位。1804年法国颁布的《拿破仑民法典》，第一次肯定了商标权应与其它财产权同样受到保护。在这前后的1803年和1809年，法国还先后颁布了两个《备案商标保护法令》。后一个法令再次申明商标权与其它有形财产权相同的地位。这是最早的保护商标权的成文法。1857年，法国又颁布了一部更系统的商标保护法《商标权法》，首次确立了全面注册的商标保护制度。继法国之后，英国于1862年颁布了成文商标法（但仍不是注册商标法，英国的第一部注册商标法颁布于1875年），美国于1870年、德国于1874年先后颁布了注册商标法。在这里有必要提

一句的是：我国的香港地区；作为英国的殖民地，许多法律均来源于英国。但商标法却例外，它早于英国两年（1873 年）直接从欧陆国家引进了注册商标制度，这也许与香港的国际贸易中心的特殊地位是分不开的。

在我国，前文所述 1736 年（清乾隆年间）布业开始专用商标的情况，到 19 世纪进一步得到发展。清代道光年间，上海绮藻堂布业总公所订立过“牌谱”，其中规定：名牌第一第二字，或第二第三字，不准有接连两字相同，并不准接连两字内有音同字异及音形相同之弊，如天泰、天秦，或大成、大盛等字样“。这种管理，目的也在于保护行会商人的权益，防止商标被冒用。这里的”牌“，也就是商标了。因为，当时每家布商都有两个以上的”牌“。如果是商号，则一般每个店铺只有一个。我国以成文法律保护商标专用权，发生在晚清。只是到了这时，商标权作为行会特权才开始向民事权利转轨。

而无论在中、外，版权（著作权）之从特权的起源而演化为现代民事权利的过程，则在几种不同的知识产权中，特别具有典型性。此外，在中国，即使在古代，版权之所以作为特权出现后不久（大约一、二百年）就一度被作为民事权利、作为创作者的特权（而不仅仅是出版者的特权）受到保护，也具有典型性，故下文有必要多费些笔墨。

3、版权的起源

在今天，提起“版权”或“版权法”人们往往联想起“印刷”、“出版”。甚至常常有人把“版权法”同“出版法”相混淆。的确，出版与版权，在历史上曾有过极密切的关系。在版权保护的客体主要是图书，而图书的出版又主要通过印刷的途径去完成时，这种密切的关系就表现为版权与印刷的关系了。世界上第一部版权法在英国颁布时，就连英文中也还没有“版权”一词。这部法律当时的归类，也被归入英国安娜女王时期“印刷法律”中，该法律的标题是“保护已印刷成册之图书法”的意思。

（1）版权在中国的起源

无论东、西方的知识产权法学者，都无例外地认为版权是随着印刷术的采用而出现的。但在过去许多年代里，大多数西方的版权法学专著或知识产权法学论述，又一律把古登堡（J.Gutenberg）在欧洲应用活字印刷书看作版权保护的开始。倒是一些从事印刷科学研究的自然科学领域的西方学者始终肯定地认为欧洲的印刷术是从中国传入的。近些年，西方版权法的著述中，才渐渐对于版权最早产生于欧洲发生了疑问。1981 年联合国教科文组织的专家们在该组织出版的《版权基本知识》中指出：“有人把版权的起因与 15 世纪欧洲印刷术的发明联系在一起。但悬，印刷术在更早的很多世纪之前就已在朝鲜存在，只不过欧洲人还不知道而已。”

如果版权确实是随着印刷术的采用而出现的，它就应当最早出现于中国。

1907 年，英国人斯坦因（Aruel Stein）从中国的敦煌千佛洞中盗走了一部唐懿宗咸通九华（即公元 868 年）四月十五日由王玠印成的汉字本《金刚般若波罗密经》（即《金刚经》，现存于伦敦大英博物馆）。在许多年里，这一直被认为是世界上第一部雕板印刷书籍。从图画的印刷品来看，中国最早的雕版印刷品（即印在上述金刚经扉页上的）“佛祖与长老须菩提及诸比丘、比丘尼”扉话，比现存欧洲最早的雕版印刷画（也是欧洲最早的雕版印刷品），

1423 年的“圣克利斯道夫像”，要早 500 多年。1966 年，在韩国的庆州佛光寺释迦塔内，又发现了唐武后长安四年至玄宗天宝十年之间（即公元 704-751）印成的汉字雕版印刷品《无垢净光大陀罗尼经咒》，把印刷品的出现时间提前了 100 多年。

人们大都认为，无论在日本还是在朝鲜发现的唐代印刷品，都是自中国传入、或是中国早期雕板印刷术影响下的产物。这里插一句题外话：在无其它任何史料作支持的情况下，韩国学者仅以在韩国发现一件印刷品而断言印刷术起源于朝鲜，是不科学的。雕板印刷术的采用，在中国最早可以追溯到隋朝。

在西方，仅仅采用了雕版印刷，还很难提高图书的出版速度。因为那里使用的是拼音文字。在中国，情况就不一样了。各自独立的方块文字，使得采用了雕板（而不是活字）印刷，就有可能大规模地出版图书。宋徽宗时期邵博著的《见闻后录》、孔平仲著的《珣璜新论》，以及元仁宗时期王桢著的《农书》，都记载了这样一段史实：五代后唐长兴二年（即公元 932 年），经宰相冯道、李愚等建议，朝廷命田敏在国子监主持校正《九经》（即《易》、《诗》、《书》、《周礼》、《仪礼》、《礼记》、《左传》、《公羊传》、《谷梁传》），并且“刻板印卖”。可以认为当时的国子监使世界上第一个官办的，以出售为目的而大规模印制图书的“出版社”。根据宋、元的史料记载，自田敏校正及印售《九经》开始，“天下书籍遂广”。“校正”的目的是防止作品中的遗漏和错误，校者在其中要花费较多的智力劳动；印、售则为了扩大作品的传播范围，收取成本费并进而取得利润。这些因素，使版权保护在当时已有了客观上的需要。

据宋代新安人罗壁所著《识遗》记载，在北宋神宗继位（公元 1068 年）之前，为保护《九经》监本，朝廷曾下令禁止一般人随便刻印这部书（即“禁擅镌”）；如果想要刻印，必须先请求国子监批准。这实质上是保护国子监对《九经》监本的刻印出版的一种专有权，它与英国第一部版权法颁布之前，英国、法国、威尼斯等地的君主或封建统治集团赐给印刷出版商的翻印特权很相似，但比欧洲的这类特权早出现近 500 年。

有些研究中国历史的外国学者，以及少数以外国学者论断为依据研究本国历史的学者，均从五代产生的“特权”出发，延继下去看待在其之后的中国历史上出现的版权保护。他们并未想到要提出这样的问题：如果君主对国家所有（获国家控制）的印刷出版部门给予的特殊保护继续扩大，延及君主（或代表君主的地方政权）发布禁令，为私人刻印出版的书籍提供特别保护，那么就同近代的民事法律关系更接近，与今天“版权”的概念更接近了。在宋代毕生发明活字印刷术的 100 多年之后，这样的禁例确实出现过。

晚清出版的版本学家叶德辉所著《书林清话》，对这样的禁例作了十分详细的记载。仅在该书第二卷的“翻版有禁例始于宋人”一段中即载有一则宋代的“版权标记”，两例宋代保护版权的官府榜文和一项宋代国子监禁止翻版的“公据”。在《书林清话》及许多古籍中，“板”与“版”是相通的，经常交替使用；在叙述同一史实时，往往前文使用“翻板”、“复板”，后文又用“翻版”、“复版”。这也是“版权”与“刻版印刷之权”或“翻版之权”密切相联系的一个旁证。

在这些禁例中，都包含禁止原刻印出版（或编辑兼刻印出版）者之外的其他人“嗜利翻

板”的内容，已经反映出版权保护中对经济权利加以保护的因素。其中引述了南宋时期刻印的《东都事略》一书有一段牌记云：“眉山程舍人宅刊行，已申上司，不许复板”。它简直可以被看作今天多数国家图书版权页上的“版权标记”的前身了。《世界版权公约》要求成员国国民在享有版权的作品上，必须注明出版者或作者（版权所有人）姓名、出版年份及版权保留声明。在南宋的这条牌记中，出版者为“眉山程舍人”、版权保留声明为“不许复板”，出版年份虽不见于牌文中，但已见于书中其他明显部位。而且，“已申上司”表明，出版者的版权保留声明是依法做出的（当然不是什么成文法，而是履行了向地方政府登记的法律手续）。

《书林清话》还引述了宋代一则官府榜文中对违反“不许复板”的禁令所规定的制裁措施，即“追板劈毁”等。今天，一些发达国家对于盗印他人有版权作品者的制裁，也不过如此。例如 1956 年英国《版权法》在第 21 条第（9）款中就明文规定：对擅自复制他人版权作品者，将没收其侵权所得并销毁铅版、纸型等等。

《书林清话》中引述的《丛桂毛诗集解》上所载宋代国子监有关禁止翻板的“公据”，更值得重视，“公据”中提到：该书刻印者的叔父当年在讲解“毛诗”时，投入了自己大量的精神创作成果，可以说是“平生精力，毕于此书”。刻印者把这个事实当作要求禁止他人翻板的主要理由。这就说明，此时受保护的主体已不限于刻印出版者本人，而且延及作者（或作者的合法继承人）。人们之所以公认英国的 1709 年《安娜法》是世界上第一部成文版权法，主要原因之一也是该法把受保护主体从印刷出版商扩大到了包括作者、印刷出版商在内的一切版权所有人。

那么，中国古代是否保护过作为民事权利主体的版权人呢？这个问题，我本以为在我 1987—1988 年发表于香港的《中国专利与商标》杂志上的论文中已经解决了。更早一些，应当说在朱明远先生于 1985 年在国家版权局的《版权参考资料》上发表的“略论版权观念在中国的形成”一文中，就已解决了，所以，无论在我 1990 年于中国出版的《版权法》（第一版）中，还是在我 1991 年于澳大利亚出版的 Copyright Law In China 一书中，都没有进一步探讨这个问题，而只是把它当作中国古代确曾有过的事实去重述。但自 1992 年以来，国内外就不断有不同意见发表，认为朱明远先生及我的文章中所提及的中国于宋代之后的某些“保护”，充其量只是对出版者特权的保护，只相当于英国玛丽女王时代的“法”，而与安娜女王时代的保护到创作者的法毫不相干。集这种看法之大成的，可推美国哈佛大学东亚研究中心教授安守廉（William Alford）1994 年的研究成果《窃书不算偷》一书的第二部分。该部分总的意思时说：从中国至今人们知识产权意识淡薄的事实，可推知中国自古就未曾有过知识产权（尤其是版权）的保护；中国古代有过的，仅仅是“帝国控制观念传播的努力”。绝不能把这当作版权来对待。该研究成果存在两个理论上的重要问题和一个史实方面的重要欠缺。至少，在这三点上是可以进一步商榷的。首先，“窃书不算偷”，如果作为鲁迅笔下“孔己己”的话，是为“好喝懒做”而遭打做自我解嘲。在“孔乙己”这一特例中，其“窃书”确是为了出售换钱，可以说起某种程度“商业目的”。而在大多数情况下，古代及今天个别“知识分子”偷书自认为“不算偷”主要是为的自己去阅读，并非出于“商业目的”。《窃书不算偷》

一书在第一层就把上述两种情况混淆了，把大多数以“窃书不算偷”为信条者放在商业目的下去进行讨论。当然，在第二层上，错误就更明显了。因为，无论以什么目的去“窃书”行为者的目标均是他人的有形财产，而不是知识产权。除了我们可以另外专门讨论一下在版权领域“客体（作品）、载体（例如图书）与权利”的区别这一知识产权的基本问题外，在这里只要提示一下美国现行版权法第 202 条就够了。应把载体与权利进行区分的最明显一例是：今天一大部分有版权法的国家（以及 20 世纪 80 年代上半叶前绝大多数有版权法的国家）均把为个人阅读、学习而未经许可复印一份他人享有版权的作品，视为“合理使用”；而无论今天还是 80 年代之前，上述这些国家的财产法（Property of Law）或刑法均不可能将未经许可而拿走别人的一部图书（无论去阅读还是去出售等等）视为“合理使用”。所以说，《窃书不算偷》-“知识产权还是思想控制：对中国古代法的文化透视”这部书似乎从立论开始就犯了一个版权理论上的根本错误。第二，无论朱明远的文章、我的文章或专著，乃至更早一些，邹身城 1984 年在《法学研究》第 2 期上的文章“版权始于何时何国”，均没有断言过中国古代存在过通行全国的“版权制度”，而只讲了有过一定的版权保护。至于这种保护究竟为什么没有发展成为英国 18 世纪那种“版权法”？这确实是个可以深入研究的问题。但似乎不应当因其终究未发展起来，就断言其未曾存在过。

在古代，中国的商品经济也始终未得到充分的发展，但历史学家们从未否认过《诗经》（3000 多年前）中记述的“抱布贸丝”确实是某种商品交换的活动。中国古代的版权保护没有发展起来，乃至知识产权制度未曾发展起来（更进一步可以说，其保护私权的整个民事法律制度没有发展起来），是与其商品经济的不发展直接关联的。可以说，这后一种“不发展”是前一种“不发展”的主要和直接的原因。而这二者的不发展，又都与中国在宋代之后，生产力的发展开始滞后、至清代已远远落后于西方这一总的事实相联系。只有当生产力发展到一定程度，才会与它向来在其中发展的生产关系（或不过是法律上表现出的财产关系）发生冲突；在冲突的解决中，经济基础（从另一个角度去表述的“生产关系”）才被推进。马克思在《政治经济学批判》序言中所阐述的这一理论，虽然已多年不被人提起，但我仍旧认为它是对的。在史料的引证上，不仅该书中常转述的墨子、老子、荀子等古代哲学家的理论对中国古代是否有过版权保护毫不相干，而且著书不为营利，而为“藏之名山，以待后世”这种曾有过的哲学，也对论述版权问题无济于事。因为这句由司马迁在《报任少卿书》中转述的作为中国古代文化传统的哲学信念，连同先秦哲学家们的言论，统统是在印刷技术发展起来、于是“天下书籍遂广”之前上千年的事，亦即在版权保护产生的客观条件出现之前上千年的事。中国目前虽有个别文章谈到了汉代之前的“版权观念”，但无论中国大陆的主要论著（前文已引），还是中国台湾的主要专著，均只认为中国的版权保护自宋代开始。无论人们认为中国古代所谓版权保护只是对出版者的保护，还是认为只是“帝国控制传统观念的努力”，他们可以不顾《京都事略》中的“已申上司，不许复版”的牌记，但必须解释下列同样是宋代留下的史实。宋代段昌武《丛桂毛诗集解》三十卷前的在园子监登记的“禁止翻版公据”云：“先叔以毛氏诗口讲指画，笔以成编。本之以东莱诗记，参以晦庵诗传，以至近世诸儒。一话一言，苟是发明，率以录焉……先叔刻志穷经，平生精力，毕于此书。倘或其

他书肆嗜利翻版，则必窜易首尾，增损意义……？今备牒两浙福建路运司备词约束，乞给据为照……如有不遵约束违戾之人，仰执此经所属陈乞，追版劈毁，断罪施行。”这里保护的编辑收录活动的成果，是“以一本，参照其他”，即有自己的“劳动、判断及投入”

（Labour Judgement and investment-现代构成作品原创性[Originality]或版权性[Copyrightability]的要件），是保护到了“创作者”还是仅仅“出版权”？这种保护是否能归入“帝国控制观念传播的努力”？宋祝穆编写的《方輿胜览》自序后的“两浙转运司录白”云：该书尔编写人“一生灯窗辛勤所就，非其他剽窃编类者比”，而“近日书市有一等嗜利之徒，不能自出己见编辑，专一翻版”，故由“两浙转运使司、浙东提举司给榜禁戢翻刊”，如遇有人翻版营利，则祝氏有权“陈告、追人、毁版、断治施行，庶杜翻刊之患”。这里，究竟是制止翻版“营利”者的侵权行为，还是“帝国控制观念传播的努力”？这一类的史料史实，还可以举出不少。可惜《窃书不算偷》的作者均未引用，而只引用了有利支持“中国古代无版权、只有观念控制”的史料。我并不否认中国古代帝王主要实施的是“观念控制”。但这与“有限的版权保护”并不是绝对排斥的。绝不是一个存在，就说明另一个不可能存在。该作者引用史料上的这一重大缺陷，主要源于形式逻辑上的差错，即从一开始即把结论当成了出发点。故在论述中尽量避开了达不到已定终点的那些史料。最后，我们不能认为在没有民法的时期或环境中，就不存在民事权利。依刑法或行政管理（控制）法规、法令、敕令等等，在古代，在现代，都产生过并继续产生着一定的民事权利。美国《商业秘密法》即仅通过刑事制裁来保护政府机构就商业秘密享有的私权（当然，不仅仅保护到私权为止）。英国在1988年前的表演者权也仅仅通过刑法产生。中国在1982年的商标法出台之前，“商标专用权”也仅仅是依刑法产生的。古代及今天的公法中产生私权的事实，古代“帝国控制”的主旨之下客观保护了某些私权的事实，是不应否认的。综上所述，我认为我在1987年《中国专利与商标》上陈述（后又多次重述）的观点，是站得住脚的。就是说，中国自宋代确曾出现过对作者（而不仅仅是出版者）的创作性劳动成果的保护，即版权保护。

在这里应当说明的是：从历史上的时间顺序看，更接近于现代版权保护的禁例，出现在宋代发明活字印刷术之后，而不是隋唐发明雕板印刷术之时；但就宋代来讲，已发现的禁例所保护的客体，仍旧是雕板印刷品。这种现象应当从下面三个方面来解释：第一，立足于象形、会意、假借等的方块汉字与拼音字母不同。仅仅雕板印刷方式就足以大大加快它的印刷速度。从而扩大汉字作品的传播。西方一些学者甚至认为：中国发明印刷术，应当从雕板印刷开始算，而活字印刷只是它的附加技术；欧洲则不能把活字印刷的发明看得这样轻，正相反，唯有活字印刷才是印刷史的开始，而雕板印刷仅仅是准备阶段的一个步骤。东、西方之所以这样地不同，主要原因是方块字与拼音字的差异。第二，从雕板印刷术到活字印刷术，无疑是印刷技术的发展；技术的发展在法律概念中引起变革和增加新的内容，是必然的。至于在古代，新技术成果的体现物（如活字印刷品）在一段时期内不直接受到随它而产生的法律的保护，则可能要等到考古学中的新发现才能作出满意的回答。第三，宋代发明了泥活字，虽然从理论技术角度看，是印刷术上的一大飞跃（尤其对拼音文字是如此）；但从实用技术角度看，字型用泥作成，然后烧结，仍显得不很方便，它的推广可能是困难的。至迟在元代

中期以前。中国已开始应用木活字。在王桢的《农书》中，对木活字印刷术已有详细介绍（并附有图解）。这说明木活字的应用要广泛得多。在中国的敦煌石窟中，曾发现过元代制成的维吾尔文的木活字（维吾尔文是拼音文字）。所以，可以认为；宋代虽发明了活字印刷术，但当时占主导地位的，仍旧是雕板印刷术。

此外，雕板印刷术之对于汉字作品并不比活字印刷差。中国目前在江苏扬州的“广陵古籍刻印社”近年已出版了 50 多种、近 10 万册保留古籍原貌的图书，全部使用的是木雕板印刷术。在韩国（仅以在该国发现的一例最早非活字印刷品为依据即）宣称是古代朝鲜而并非中国发明了印刷术的 1996 年，潜心认真严肃的科学研究活动的中国社会科学院民族研究所的史金波等研究人员，在整理与宋代并行的我国西夏出土古籍时，发现了世界上最早的泥活字印刷品《维摩诘所说经》5 卷以上，以及一批木活字印刷品。这对于我国版权史的研究，将有着难以估量的重大意义。宋代的版权保护禁例，到元代仍被沿用。《书林清话》中举出元刻本《古今韵会举要》一书为例，书中有如下记载：“……窃恐嗜利之徒，改换名目，节略翻刻……已经所属陈告，乞行禁约”。不过，无论以君主敕令或地方禁令的形式保护翻印专有权的情况，在明刻本的书中却很少见到。这至少表明在明代版权保护有过局部的中断。上海古籍出版社 1962 年出版的《中国古代史籍校读法》中，曾描述过明代乱刻印、乱翻板的现象。今天爱好古籍的人购置古书；也都愿意寻找元刻本或清刻本（宋本书毕竟太稀少）。这也从反面说明，在印刷术发展起来之后，一旦缺少了对翻印专有权的保护，会在文化领域产生怎样的不良后果。中国以禁令形成保护刻印出版者（个别情况下延及编、著者），在历史上一直未曾被成文法的全面版权保护所代替，即没有建立过通行全国的版权保护制度。直至 1903 年之前，即清政府美国签订《中美通商行船续订条约》，从而在中文里首次使用“版权”一词之前，光绪皇帝仍为保护《九通分类总纂》（文澜书局印行，汪甘卿著）的翻印专有权下过敕令。当然，将中国版权起源上溯到宋代乃至五代，并不是要说明现代中国版权制度乃至现行中国版权法均来自宋代。《大清著作权律》主要以日、美等版权法为蓝本。现行中国版权法主要以伯尔尼公约为样板。就是说，现代中国版权制度主要是“引进”的，正如其他民事法律一样。但这并不妨碍我们回顾自己历史上曾有过的东西。正如不能因为我们引进了发达国家的导航技术，就必须同时否认中国古代首先发明过指南车、司南一样。

（2）版权在欧洲的起源

在欧洲，“版权”的最初、最基本内容-“翻印权”（CopyRight）-也几乎与在中国一样，是随着印刷术从雕板发展到活字而出现的。现存的有时间记载的最早欧洲印刷品，是雕板印刷的圣克利斯道夫（St Christopher）像，它制成于 1423 年，如果细研究起来，还不能把它与公元 868 年我国唐代的金刚经中附图相类比，因为它是以图为主，只在图下有两行无关紧要的警句（“无论哪一天你见到圣克利斯道夫像，你都能在那一天避免死亡的威胁”）；而金刚经中的附图则是文字印刷品主件的附加物。研究欧美印刷术史的学者认为：雕板印刷在欧洲的发展分为三个阶段：（1）无文字的雕板图画印刷；（2）图下有少许文字的雕板图画印刷；（3）文字雕板印刷。中国的最早图画印刷品实际应当同欧洲发展到第三阶段的雕板印刷品相类比。可惜欧洲注明了出版年份的这类印刷品，几乎没有留存。在英文中，Graphic Works

或 Engravings，一般均指图画的雕板本身，或图画的雕板印刷品，而不是我国古代“雕板印制的书籍”（Block Printing Books）的相应词汇。而且，联合国教科文组织的《版权基本知识》一书也认为：在活字印刷术引进欧洲之前，雕板印刷品在欧洲是非常罕见的。雕板印刷不像在中国那样持续了上千年，至今仍没有完全丧失其实用价值。由于拼音文字的特殊要求，这种印刷术只在欧洲持续了很短的时间，而且只是作为活字印刷的准备阶段存在的（大英百科全书认为：欧洲首次采用活字印刷的人，最初是一位雕板印刷工人）。在这段时间，也没有“翻板之权”产生的客观条件。至今尚无人发现过欧洲历史上有类似于我国五代时期大规模采用雕板印刷术，印刷并出售文字作品的记载。公元 1455 年，古登堡在梅茵茨（Mainz，今联邦德国西南城市）第一次采用活字印刷术印出《圣经》。这项技术很快传到英、法等其他欧洲国家。欧美学者认为：中国的造纸术传入欧洲并在古登堡时期（或稍迟一点）很快被推广，是使活字印刷术在发展起来的必要条件之一。据记载，古登堡所印的《圣经》，每册要用 300 张羊皮纸。如果没有一种更便宜的纸张供印刷使用。活字印刷术会很快在欧洲夭折。这时中国造纸术的传入，正是万事俱备后的“东风”。保护印刷商的翻印专有权的必要性，很快在欧洲显得突出了。但保护“作者权”的要求则还没有出现。原因是欧洲采用活字印刷术之初，绝大多数印刷品的付印原稿是古人作品的手稿或抄本。例如，1455 年的第一部活字印刷品是《圣经》，自然没有存活的“作者”去要求权利；1476 年在比利时由布鲁日（Bruges）印出的较早的活字印刷品，是记载古代特洛伊包围战的一部史书；1477 年在英国首次用活字印出的作品，也是古代哲学家的一部言论集。

15 世纪末，威尼斯共和国授予印刷商冯·施贝叶（J? von Speyer）在威尼斯印刷出版的专有权，有效期 5 年。这被认为是西方第一个由统治政权颁发的、保护翻印之权的特许令。在此之后，罗马教皇于 1501 年，法国国王于 1507 年，英国国王于 1534 年，都曾为印刷出版商颁发过禁止他人随便翻印其书籍的特许令。这些，与中国五代及北宋神宗之前，禁止翻印《九经》监本等古书的禁令，是同一类型的保护方式。据已故美国版权法学家乌尔默（Ulmer）考证，在欧洲第一个要求享有“作者权”，亦即第一个对印刷商无偿地占有作者的精神创作成果提出抗议的，是德国宗教改革的领袖马丁·路德（Martin Luthet）。他在 1525 年出版了一本题为《对印刷商的警告》的小册子，揭露某些印刷商盗用了他的手稿，指责这些印商的行为与拦路抢劫的强盗毫无二致（直到今天，西方国家仍旧把盗印他人作品的图书版本称为“海盗版”）。在这之后，德国艺术家杜勒（Durer）曾于 1581 年获得过纽伦堡地方仲裁院关于保护其艺术品不被复制的禁令。这就与我国宋代《丛桂毛诗集解》的编、印者从国子监得到的禁令很相似了。不过，德国直到 19 世纪末尚未形成一个统一的国家，再加上一些其他原因，这块西欧第一次采用活字印刷术、又第一次要求作者权的土地上，并没有产生出世界上第一部版权法。早在 1483 年，即在英国引进活字印刷术之后不久，英王查理三世曾颁布过鼓励印制及进口图书的法令，其中毫无禁止随便翻印的意思。可见当时还没有产生保护翻印权的实际需要。50 年之后，情况发生了巨大变化。1534 年，英国取消了图书进口的自由。同时，英国出版商第一次获得了皇家的特许，有权禁止外国出版物向英国进口，以便垄断英国图书市场。1556 年，印制图书的自由被取消。当时对新教徒进行迫害的英王玛丽一世，为了

控制舆论而颁布了《星法院法》，批准成立了钦定的“出版商公司”（Stationers ‘Company’），规定一切图书在出版之前，必须交该公司登记；非该公司成员则无权从事印刷出版活动。对于违反这项法令的，将交给“星法院”惩办。从 1556 年到 1637 年的 80 年间，英国前后颁布了 4 个《星法院法》，内容都是授予出版商公司以印刷出版特权，以及限制图书的自由印制。克伦威尔时期的英国资产阶级革命扫除了“星法院”，但并没有同时取消出版商公司享有的特权，只是以议会颁发许可证的形式代替了原有的《星法院法》。英王查尔斯二世复辟后，对这种许可证制度给予了承认。1662 年，英国颁布《许可证法》，该法规定：（1）凡印刷出版图书，必须在出版商公司登记并领取印刷许可证；（2）凡取得许可证者，均有权禁止他人翻印或进口有关图书。当时的《许可证法》必须每隔一段时间（从几年到十几年不等）就通过议会续展一次，才能继续有效。这部法律在 1679 年和 1685 年分别续展过。到 1694 年，该法按规定应当再度续展时，却未能够在议会通过。在这之后的一段时间里，英国盗印图书的活动曾一度猖獗。因此，出版商们强烈要求能通过一部不需要续展的、长期有效的成文法，以保护他们的翻印专有权。与此同时，要求保护作者权的呼声在英国也与日俱增。1690 年，英国哲学家洛克（J.Locke）在他的《论国民政府的两个条约》中指出：作者在创作作品时花费的时间和劳动，与其他劳动成果的创作人的花费没有什么不同，因此作品也应当像其他劳动成品一样，获得应有的报酬。从英国出版商与作者当时的要求中，反映出资产阶级革命后，“财产权”这个总概念已发生了深刻的变化。虽然在所有制上仍旧是私有制，但毕竟从封建社会的私有转变为资本主义社会的私有了。在无形财产权方面也是一样。仍旧沿用封建社会的“特许”形式，不能再适应新的生产关系。因此可以说，当时版权法作为成文法律的产生，以代替旧的皇家特许（或议会特许）的形式，已经在客观上有了需要。

1709 年，英国议会通过了世界上第一部版权法-《安娜法》。《安娜法》这个名称只是后人为了简便而冠之以当时在位的英国女王安娜的名字，而不是该法的原名。该法原名很长，从意思上译为中文，就是《为鼓励知识创作而授予作者及购买者就其已印刷成册的图书在一定时期内之权利的法》。从这部法律的内容里可以看到，“购买者”在这里指的是从作者手中购买了一定无形产权的人，亦即印刷商与书商，并不是指一般的图书购买人（读者）。《安娜法》在序言中明确指出：颁布该法的主要目的，是为了防止印刷者不经作者同意就擅自印刷、翻印或出版作者的作品，以鼓励有学问、有知识的人编辑或写作有益的作品。在该法正文的第 1 条中，也指出作者是第一个应当享有作品中的无形产权的人。这部法律讲明了印刷出版者或书商与作者各自应享有的不同专有权：印刷出版者或书商将依法对他们印制与发行的图书，享有翻印、出版、出售等专有权；作者对已印制的书在重印时享有专有权；对创作完成但尚未印制的作品，也享有同意或禁止他人“印刷出版”的专有权，亦即“版”权。也是从《安娜法》开始，在受法律保护的专有权的有效期如何计算方面，体现出“作者”这个因素了；该法第 11 条规定：一般作品的保护期从出版之日起 14 年，如果 14 年届满而作者尚未去世，则再续展 14 年；对于该法生效日（1710 年 4 月 1 日）前已出版的作品，一律保护 21 年（自法律生效日算起），不再续展。在可以续展的情况下，展期内一切权利都将回归作者；作者可以把这些权利重新转让给任何出版商或书商，也可以自己保留。欧美的知识产权

法学者们普遍认为，从主要保护印刷出版者转为主要保护作者，是《安娜法》的一个飞跃，也是版权概念近代化的一个突出标志。不过，《安娜法》除了在第1条中规定作者对于是否发表自己的作品有权决定之外，整个法律把立足点放在维护作者及其他权利人的经济权利方面，并没有强调对作者的精神权利（也称为“人身权利”）的保护。同时，《安娜法》从标题到内容，仍旧把“印刷”当作版权的基础，把翻印之权作为一项首要的版权。这个特点，在100多年后某些西方国家的版权法中仍旧很明显。例如，西班牙在1834年颁布的该国第一部版权法，就叫作：Royal Law on Printing（“皇家印刷法”）。18世纪末叶，法国大革命时期诞生出的版权法，把版权保护制度推向了一个新的阶段。1791年，法国颁布保护作者权利之一的《表演权法》，1793年，又颁布了全面的《作者权法》，使版权法从标题到内容离开了“印刷”、“出版”等专有权的基点，成为保护作者的法律。这一时期以及后来的法国版权法，都首先强调作者的精神权利（人身权）受保护，亦即作者享有发表权、署名权、更改权、保持作品完整权等等，然后才谈得上经济权利。在经济权利中，虽然翻印权在当时仍旧占重要地位，但这项权利的第一个享有人（“原始权利人”）只能是作者，而不能是印刷出版商或其他人；版权法中只规定作者享有什么样的权利，至于出版商的权利，则由作者另行通过合同转给他们。在法国之后建立起版权保护制度的大多数大陆法系国家，都从法国版权制度中把“作者权”的概念沿用过去，作为与英文中的“版权”（Copyright）相对应的术语了。法文中的Droit de Auteur，德文中的Urheberrecht，意大利文中的Diritto, d'Autore，俄文的Авторское право 均是实例。日本在引进了全部德国民事诉讼法和大部分德国民法时，同样引进了德国的“作者权法”；不过，该法在日文中却表达为“著作权法”。它的日文实际含义是“著作人的权利法”，也就是“作者权法”。在这些概念里，已经找不到与翻板、印刷等等有直接联系的因素了。而且，在法国大革命中，“表演权法”产生在先，立法者们认为“表演”是作品的直接传播形式，而“印刷”、“出版”不过是作品的间接传播形式。这也说明，在当时，印刷出版作者的作品，已不被看作利用作者无形产权的首要途径。于是，随着印刷技术而产生的版权，开始与印刷分离了。与“印刷”几乎同义的“版”，已显得不再适合于作为这项无形产权的名称。很早就引进了中国印刷术的日本。原先也并非不打算以“版权”概念来表示作者精神创作成果中的产权。明治八年（1875年）及明治二十年（1887年），日本也曾先后制定过两个《版权条例》；而且在1898年还颁布过《版权法》。这些，都说明日本也曾把印刷出版与作者的权利紧密地联系在一起。不过，日本的立法者们在不久之后又认为，如果与当时的国际潮流合拍，那么应当被强调的，是著作人的权利。1899年，即日本参加《保护文学艺术品伯尔尼公约》的同年，日本修改了过去的《版权条例》、《版权法》，颁布了《著作权法》。不过，读者应注意的是：在日本，在今天，“版权”与“著作权”也已经成为同义语。决不像完全不了解国外情况的著述“介绍”给中国读者的那样，似乎在日本，“版权”仅仅指“出版之权”：“著作权”才广而及于作者的其他权利。例如；以创作“铁臂阿童木”而著称的日本“手塚株式会社”，其保护本公司著作权的部门，即称为“版权部”（日文）。