

# 知识产权制度是创造者获取经济独立的权利宪章

刘春田

**内容提要:** 从哈佛大学安守廉教授的《窃书是雅罪》出发,分析和思考了中国知识产权界应当长期思考和认真研究的四大问题,提出了中国知识产权界学者应有的使命。

**关键词:** 《窃书是雅罪》 创造 劳动 文化产业

创造不同于劳动。创造的独立性是个重大的问题,既是个逻辑问题,更是个事实问题,还可能成为回答知识产权正当性问题的基础。

——刘春田

哈佛大学安守廉 (William P. Alford) 教授的《窃书是雅罪》一书出版于 20 世纪 90 年代。这不是一本大部头的著作,译成中文,不过十万字上下,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(当时书名译作《窃书不算偷》)的部分章节,在笔者主编的《中国知识产权评论》(商务印书馆)第一卷也有刊行。继而,李雨峰教授索性借用了该书第三章标题“枪口下的法律”,作为他的博士论文题目。书中的观点多年来也反复被中国知识产权的论著引用。最近,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。

从一定意义上讲,《窃书是雅罪》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,对中国的这段历史做了经济、政治、文化、法律上的梳理,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,学界对其主要观点也见仁见智,甚至至今一直有对该书的批评。这正好说明安守廉观

点的影响,以及学界对它的重视。但是,从治学的角度,该书所运用的治史方法、治学态度,文中所显示的深刻思想、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,都可以激发读者产生极大的兴趣。仅此就足以显示其思想的力量和学术价值,值得对中国知识产权问题关心的人一读。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当下的中国法治,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。

## 一、四大发明的故乡中国为什么没最早出现知识产权制度

这个问题虽是老生常谈,却难回答。需要通过艰难的考据和科学、理性的分析研究才能作出合理的解释,这显非一日之功。郑成思主张的“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。安守廉则持不同意见,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。这一认识,反映了西方的历史观。按胡适的观点,一分证据说一分话。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

作者简介:刘春田,中国人民大学法学院教授、知识产权学院院长。

工业化的生产体系,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,就是被赞助、被庇护的对象,是权贵与财势的附庸。“食君之禄、死君之命”,一向是士人的忠实信条。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一千三百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。他们与皇权之间经过长期磨合,双方关系趋于平衡和谐。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”的士人任意纵论国事。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,士大夫阶层逐渐失去独立性,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,我们还应当注意到一个重要事实,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。印刷技术是一个历史漫长的发生、发展过程。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,相继出现了木、铜、磁、锡、铅作为材质的活字,并出现了多元活字印刷技术的并存状况,这状况历经数百年。这反映出,在分散的、小农的、非竞争性的经济形态下,这种生产力条件,没有出现统一的、更为先进的工业经济意义上的机械印刷技术。“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<sup>①</sup>。以上述胶泥等材质为活字构成的手工印刷术与西方铅字平板机器印刷技术,分属不同的生产方式。这种生产方式能否催生出现代社会中出版商、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、科学、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出现知识产权制度,都是一项艰巨、长期的任务。

## 二、恰当处理意识形态与发展文化产业的关系

恰当处理二者的关系,为知识产权制度开辟合理的发挥空间,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,笔者曾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,令人印象深刻。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,制作场景,组织表演,并用摄影机将表演记录下来,压缩成胶片,再把经过取舍、剪辑、合成的影片放给观众看,观众一高兴,就把原本他们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”。正如马克思所言:“贩卖矿物的商人只看到矿物的商业价值,而看不到矿物的美和特性;他没有矿物学的感觉。”<sup>②</sup>在发达国家,文化产业是重要的国民经济部门。在我国,按照传统的思维模式,更注意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。文化政治不分,突出政治。把文化与经济对立起来,喜欢“算政治账,不算经济账”,限制了文化产业的发展。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》第四十三条关于

①《中国大百科全书》第二版第10卷,2009年,第397页。

②《马克思恩格斯全集》第42卷,第126页。

“广播电台、电视台非营业性的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”的作法，是这一倾向的突出表现。所幸，这一不当已经纠正。

此外，立法技术的瑕疵也会破坏法律的系统性，成为影响文化产业发展的原因。最近，为执行世界贸易组织争端解决机构的裁决，2010年2月26日对《著作权法》第四条第一款这本来不属于著作权法的规定做了修改。原法第四条第一款规定：“法律禁止出版传播的作品，不受本法保护”。有意见认为，1989年12月国务院常务会议通过的提交全国人大常委会审议的《中华人民共和国著作权法草案》原本没有第四条第一款，是在人大常委会审议阶段被提出，并经反复讨论，修改以后被加上去的，国内外各界对该条款一向争议不断，也给立法、行政、司法界乃至法律教育界带来各种困扰。鉴于2001年2月已颁布了《出版管理条例》，国家已经有了系统规范作品出版、发行的法规，为免争议，妥善的办法就是索性删除第四条第一款。但2010年2月26日修改为：“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。”放弃容易令人产生歧义的规定，无疑是一种文明，是法律的进步，对国内国际社会释放了善意。但是新的表述则不免令人困惑，就规定的内容而言，天经地义、无可厚非。但是依然把有关行政管理的条款放在民事权利法中，是否妥当，令人质疑。这一倾向被曲解的后果之一，是理论上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。这些情况如不能妥善解决，会阻碍文化产业的发展，进而必然制约科技创新产业的发展。改革开放三十年，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；放弃重物重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年才在政府文件中出现了“文化产业”这一概念，但是发展潜力巨大。可以预见，注重科学发展，平衡科技创新与文化创新的关系，发掘文化产业的潜能，有条件成为中国经济增长的新手段。

### 三、创造与劳动的关系

如安守廉在《窃书是雅罪》第一章指出的，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，在过去的三十年中，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。法律制度若缺乏理性解析的关怀，往往造成公众对法律的疏离，法律的权威性也会被质疑。该书提及的创造者的法律地位，创造与劳动的关系问题，就是知识产权制度中令人困惑的问题之一。安守廉在该书第四章开篇就以“中国文革时期（1966—1976年）的流行语”，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，我们鲜有理性思考。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，可用来诠释邓小平最终把知识分子划成工人阶级一部分的政策。但是，这是否符合人类工业文明社会以来

的历史事实,值得怀疑。初步研究认为:创造既不属于剥削,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。我们历来崇尚劳动,所以把一切认为美好的事物都粉饰以劳动。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,确有张冠李戴之嫌。按照马克思的观点,就劳动成果而言,无论劳动方式的差别大小,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,是劳动产品所需要的社会必要劳动时间。可见,劳动是既定行为的重复;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,从社会方面正好领会他所给与社会的一切。他所给与社会的,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与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”<sup>③</sup>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。劳动技能固然有简单复杂之分,但不会因复杂而改变其劳动的性质。比如,在故宫博物院、国家档案馆以及像荣宝斋等传统文化部门中,至今活跃着一批手艺高超、身怀绝技的能工巧匠,很多人终生从事文物古迹、历史档案的传统仿真制作工作,各有“绝活”,其成果无论艺术价值,还是经济价值,都弥足珍贵。但终因其制作的东西是已有真品的再现,其行为局限于体

力与技艺,只能归于劳动。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,不可通融。创造成果是唯一的,创造不可再现。创造不是一种技艺,无法再现。描述表达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”。创造与劳动有密切的关系,创造必须借助于表达的技术形成结果,技术属于劳动的能力与方式,表达的过程既是创造的过程,也是劳动的过程,二者虽然相伴、可同日而语,但它们却是本质不同的两回事。由于创造不是劳动,完成创造成果所凝结的劳动量,也只是创造成果的劳动成本,并非创造成果的价值。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,并没有一个与劳动相对应的所谓创造领域的“价值规律”。创造成果本身无价值,却有使用价值,其使用价值是通过交易实践,由市场价格体现的。其价格完全取决于社会的认知情况、欣赏程度和需求范围,千锤百炼的科学专著,因无人问津,或许一文不值。一挥而就的通俗文学,籍人云亦云,可能价值千金。人类创造的目的在于满足物质或精神需求,每项创造成果都可以为我们提供一种新的生活方式。生活是有代价的,无论物质的,还是精神的。按照资本所创造的市场法则,谁接受和享用别人创造的生活方式,都须付出物质的对价。实践告诉我们,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无法解释的。通过以上简单的比对,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、金蝉出壳、化蛹为蝶的质变结果,是飞跃。劳动成果是质变基础上的量变,是由此及彼,积少成多的量的扩张,属于复制的结

③马克思:《哥达纲领批判》《马克思选集》第三卷,人民出版社1995年第二版,第304页。

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。钢锭同样需要表征来源,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技术规范的手段。这种作法,古已有之,如果谁偶尔有幸见到的被拆毁的北京明城墙砖,你会发现,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,是雷同的保证,是为自己求同排异、袭制守成的产品负责。创造者署名,是宣示差别,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。可见,创造不同于劳动。创造的独立性是个重大的理论问题,既是个逻辑问题,更是个事实问题,还可能成为回答知识产权正当性问题的基础。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”。

#### 四、中国知识产权学者的遗憾

安守廉是美国著名的研究中国法的专家。他对中国友好,致力于中美法学交流。近20年来,在历次中美知识产权问题发生冲突之际,几乎都可以听到他的声音。在波士顿的书斋里,作者博览群书、学识淹灌,站在宏观历史的立场,看待作为世界历史一部分的中国历史。写历史无疑是一种冒险,写别国的历史更是冒险,写一个与美国迄今利益纠葛剪不断、理还乱的中国知识产权历史,尤其冒险。在《窃书是雅罪》中,作者不但要甘冒在美国人看来的偏袒中国之嫌,还要承担可能冒犯中国的双重风险。作者直抒所见,所思、所愿,拿给我们一部有根据、有见地、持论允当的学术专著。这需要的不止勇气,还要有治史必备的深厚扎实的学养、敏锐而精湛的理论穿透力和驾驭历史走向的大局观。尤其评论中国知识产权状况,这样

一个事关吾土传统、吾民心理,容易触发国人神经的敏感话题,更是不容易把握。无论对材料的取舍、事实的描述,还是评价的拿捏,以及历史脉络的逻辑梳理,都是一件不容易的事情。书中彰显了西方学者在治学方法上客观理性的心理优势,虽然不能免于欧美汉学家固有的冷漠口吻,但对中国还是释出了真诚与善意。除了个别人有被外人闯入自家领地的感觉外,中国的知识界乐见这样的著作。这反映了中国社会在大规模改造中的成就,显示了中国人应有的自信与宽容。若是早二十几年,赶上意大利导演安东尼奥尼拍摄《中国》的时代,《窃书是雅罪》肯定被拒绝。同理,早几天在上海世博会新闻中心向世博局官员提出世博吉祥物侵权的美国记者,笃定会被宣布为不受欢迎的人。

知识产权与工业文明一样,都不是中国的固有文化,却与后发的中国工业文明历史形影相随,相继发生,这是不可抗拒的历史逻辑。中国知识产权制度随着社会的变迁,起起伏伏、断断续续,也已历经百年。这一百年,开启了中国这个老大帝国数千年未有之变局。知识产权制度的历史,既可以从一个侧面反映维系专制统治两千余年的中国宗法社会形态的解体过程,还可以从另一个侧面提醒我们,用以保障我们走向现代国家之路的、新的社会体系的重新构造工程,是何等的宏大,民主与法制建设的过程,是何等的漫长、繁复与艰辛。现实告诉我们,这一历史使命仍任重道远。按照钱穆先生“不知一国史则不配作一国国民”的逻辑,说不清楚中国知识产权历史的人,就是不合格的知识产权学者。令人尴尬的是,帮助中国人厘清知识产权制度历史脉络的第一部有影响的学术著作,却出自哈佛学者之手。反观中国,读者若想对知识产权问题借鉴本土的著作,却不见端倪。既没有千锤百炼的煌煌巨著,也未闻令人信服的一家之言。联想到来自英伦三岛的世界名著《中国科学技术史》,纽约赫逊河畔畅言中国大历史的鸿篇巨制,长盛不衰的敦煌显学,拔得头筹者,不是东西洋学者,就是海外游子。无论这种现象出自何种原因,都足以令中国的读书人汗颜。历史研究的目的,在于借古省今,为未来指明方向。为无愧于当代,不愧对后人,希望看到中国人自己书写的中国知识产权法律史。这是学者的使命。■