

法律移植、法律工具主义与制度异化

——以近代著作权立法为背景

夏 扬

【摘 要】法律移植是现代社会法律发展的一种普遍现象和主要方式。对于法律移植是否可能的讨论仍不绝于耳,之所以会出现如此激烈的争论,是因为学者们普遍忽视了移植中工具主义因素的影响。近世的法律移植往往是由政权进行的主动立法,其中又以东方国家在近代面临西方挑战时对于西方法律制度的移植为典型。在这些移植的实践中,政治的影响或考虑往往超越移植中的其他因素,甚至影响到法律移植的成功与失败。文化经济等其他影响法律移植的因素,也往往通过政治因素表现出来。政治因素确实能促进法律的移植,但也会使移植掺杂法律工具主义的诉求,并且还会导致法律制度的异化,使得表面移植成功的制度实际上内涵并不相同。中国近代著作权立法便是这样一个典型。外来压力转化成政府的动力,并进而体现为移植中的工具主义的盛行,而且还裹挟着经济、文化的影响,最终使得本无社会基础的著作权法移植“成功”,但同时也掺杂进了大量政府对于这部法律的理解,服务于政府对于这部法律的要求。

【关键词】法律移植;法律工具主义;制度异化;著作权法

【作者简介】夏扬,法学博士,北京师范大学法学院副教授。

【原文出处】《政法论坛》(京),2013.4.171~179

【基金项目】本文是司法部国家法治与法学理论研究项目“民国时期国民政府知识产权法研究”(项目批准号 09SFB2013)课题的研究成果。

在讨论法律移植时,经常会出现极为矛盾的观点,甚至同一学者在其前后论述中也存在矛盾之处。^①西方社会对于法律移植的研究也存在许多争论,这是由法律移植的复杂性所决定的。法律制度究竟是自在自为的,还是受到其他因素的深刻影响,莫衷一是。阿兰·沃森反复强调法律精英对法律移植的重要作用,这种作用在东方社会是难觅踪影的。这些国家有法律改革家,但缺乏法律精英以及他们组成的阶层。这些国家往往有强势的政治精英,他们把握着法律移植的话语权并可能最终成为促成法律移植完成的动力。由政治精英们主导的法律移植与由法律精英主导的法律移植是完全不同

的,法律移植不仅仅是为了建立相应的法律制度,而是有着明确的政治目标与任务。法律移植经常作为一种工具来加以使用,并掺杂了大量其他利益的考量,这就很容易导致移植进入的制度与原有的制度实际上并非同一制度。西方学者没有对法律移植中的政治因素作深入挖掘,^②由于东方社会的特殊性,对东方社会的法律移植加以讨论,应当考察的最重要因素就是政治的影响。但在研究东方社会诸如中国的法律移植时,则应充分了解政治因素的作用。笔者选取著作权法作为考察对象,其原因在于中国古代虽有对作者精神权利的保护,但没有著作权法,选择著作权法这样一部“干净”的部门法,更

易探察政治因素的影响。同时,著作权法距离法律移植的中心十分遥远,是偏在一隅的“小法”,影响其移植的因素也许不像其他部门法这么复杂,这反而具有更强的说服力。

一、近代中国著作权立法中的工具主义因素

中国近代著作权立法基本是在移植西方法律制度的基础上完成的,清末只是简单的制度层面的模仿,北洋政府时期开始研究著作权的法理,民国时期著作权法逐渐在法律体系中取得地位,著作权法的移植似乎是成功了。根据法律移植的一般理论,法律移植要取得成功,必须与制度移入社会的文化与社会状况有一定的关联性,制度移入社会的文化与社会状况还必须与该法律制度原生社会的文化与社会状况相似或至少有所关联,这样移入的法律制度才有可能在新的社会环境中仍然发挥着原来所能发挥的作用,能够指引、触发相同或是相似的行为。中国传统社会中存在着尊重智力劳动成果的意识,作者注重对署名、作品完整等权利的保护,这种意识可能就成为著作权法能够植入传统社会的一个铺垫。但西方著作权法并不停止于精神权利层面,追求或保护物质利益才是其主要目的。而利用智识成果赤裸裸地去追求物质利益则为中国传统文化所看轻,甚至与儒家思想“穷则独善其身,达则兼济天下”的品德要求背道而驰,但社会是变化的,弗里德曼关于“法律是由变革所型塑”的论断可以很好地运用到这里。近代之后的大变革也使得传统社会能够接受西方社会的著作权法。

中国近代法律移植的动因与西方社会大多数法律移植并不同,移植并非是以经济、文化因素为主导。与政治权力有着密切联系的法律,如宪法等部门法,其移植肯定会受到政治因素的强烈影响。如民法等部门法,其法律关系长期存在于传统社会之中,但由于缺乏平等精神下的私法传统,其移植一定程度下也需要政治权力的推动。而此种推动与上述影响宪法的政治因素从本质上来说并无不同。著作权法这样的法律部门,在传统社会原本并不存在,且并非主要部门法,政治因素对其的影响就呈

现为另外一种样貌。

法律制度有着其内在的要求,如追求公平、正义或是一种理性,在西方的文化传统之下,这种内在要求使得法律能够被人们信仰,并进而成为一种自在自为的实体。中国传统文化虽也追求理论的概括和高屋建瓴的豪迈,^③但缺乏思辨与推理,背后往往透露出实用主义的影子。传统文化鄙视工具,但对法律的态度却是不折不扣的工具主义。人们所津津乐道的“刑罚为政教之用,德礼为政教之本”即是一个典型的法律工具主义的宣言。近代法律变革过程中,法律制度出现剧烈变动,斗争和矛盾极其尖锐的情况下,法律的工具主义的态度更为典型。著作权法本身应当有其内在的价值追求以及自成体系的制度规则,但在这些内在的价值追求与制度规则并不为一个社会所理解,也不为这个社会所需要时,这部法律的移植就需要新的理由。

著作权法与其他大多数近代移植的法律面临的状况有很大不同。刑法与民法等新的部门法与传统法律差别虽大,但中国社会的普通民众对其还是有基本的了解,然而他们对于著作权则是一无所知,更谈不上对于著作权制度的信仰。移植著作权法是需要一片蛮荒的土地上建起一座大厦,首先需要开荒,进行相关知识普及。对于一部完全不了解的法律制度的移植,其移植过程肯定只能操持在少数了解的人手中。在缺乏法律精英的情况下,主持这一移植的政治家们能够完全操控移植的过程,并在其中塞进法律自身目标之外的东西。

著作权法移植之初,还发生了是否需要移植的争论,因为著作权法制订之后对于作者权利的保护必然会影响到对作品的利用。在民智初开、急需普及文化知识的情况下,著作权法似乎将起到相反的作用,特别是为借鉴利用外国的文化财富平添了阻碍。争论中反对著作权立法的一派所阐述的理由是有其道理的,这也是实际存在的情况。掌握立法的政治家们自然有着充足的理由停止著作权法的移植。一个可立可不立的法律部门,自然缺乏认真研究的动力与坚定立法的信念。

著作权法是带有私法性质的法律制度,中国传统社会的政治精英们总是对私法缺乏足够的热情,为著作权法的移植进行广泛深入的讨论是不可能实施的。法律只是一个工具,立法的好坏最多只是关乎工具的效率,不可能存在是否能够成功的问题。因此也就不会有人对著作权法进行认真深入的研究。^④著作权法的法理研究的缺乏也为政治家们揉进自己的意图埋下伏笔。

综上所述,著作权法在传统社会中的移植似乎能为沃森的理论所证实,成为他所一直坚持的法律与所移入社会没有必然联系的观点的一个注脚。^⑤需要说明的是,在中国传统社会,沃森所强调的促成移植的法律精英始终是不存在的,代替法律精英而发挥作用的是中国社会中一直占有强势地位的政治精英们。

由于法律移植本身就承载着从国家领导阶层到普通民众的期望,这就造成了移植带有功利主义的色彩,法律改革本身就是为了完成重要的政治任务,如收回领事裁判权、符合列强在华利益等等,立法者已经无暇思考法律移植的效果或与中国传统的关系了。著作权法的移植不完全出于经济的需要或是列强的逼迫,只是移植著作权法是完成这一系列政治目标不可缺少的一个环节。诸如专利以及商标等知识产权法的移植也与此有着非常相似的目的和移植的过程。

法律之于政治本来就是实际生活中联系非常紧密的两种社会现象,两者相互依存相互影响。法律在其长期发展过程中,逐渐形成自身独特的价值追求,逐渐形成能与国家、与政治权力相抗衡的局面。但总体来说,在法律与政治的关系之中,政治往往处于较强势的地位,经常对法律发生影响。在东方社会中,由于没有形成法律的传统,法律只是作为政治的附属而存在,因此政治对法律的影响就更为强烈。

通过法律移植来接受域外法制是一个长期的过程,可能会影响这一过程的因素将会很多。在此过程中,不适应的法律制度被淘汰,适应的被留了

下来。^{[1][P.63]}这种适应肯定在某些情况下指的是适合政治的需要,如果不能适应特定历史条件的政治需求,某个特定的法律制度要么不能被移植,要么在移植后长期得不到发展。所以,法律在近代东方社会的移植是有选择、有目的的进行的,掺杂进的不仅是社会的意志,甚至完全不是社会的意志,更多的是国家和政治家们的意志。这不仅是宪法、刑法等公法制度,私法的移植同样不能逃脱政治家的干扰,而大陆法的传统更容易受到法律工具主义的影响,因为政治权力在法律制定过程发挥着重要作用,不可避免会将其意图渗透到所移植的法律制度之中。

伯尔曼在谈及法律与国家的关系时曾经精辟地指出:“在一个既定的政治社会之内有多个自治的法律体系和管辖权并存和竞胜,这种情形有助于造成法律在这一社会内部的至上地位。”^{[2][P.154]}但在中国社会中,这种情形从来没有出现过。政治力量的角逐并未导致一股高于这些力量的势力的出现。中国社会只存在一位最强者,并不存在众多势均力敌的强者,从而使得这些势力会去寻找一个独立于他们之外的力量以平衡各自的力量。因此,法律是无关紧要的东西,只能是作为那位最强者手中的玩物和工具。

二、法律工具主义影响下移植的异化

法律移植若是在社会以及经济的需求下进行,则所移植的制度能够很好地保持其原本特征,发挥其本来的作用。特别是这种需求在该社会中早已存在、甚至已经生长出类似制度时,这种特征就更为明显,这是追求法律价值本身的结果。若出自其他原因的移植,如出自法律工具主义的需要,虽可以大体保持被移植制度的一些基本特征,但往往会在一些不为人所注意的方面出现制度的异化,甚至发挥着与被移植制度完全不同的作用。上述情况姑且可以称为法律移植中的制度同构与异化。

(一)同构的条件与表现

社会以及经济发展的终极要求,才使得法律移植得以顺利进行,并保持法律制度原来的风貌。进

入近代社会之后,复制技术的发展使得相应的社会关系也出现了变化。社会与经济的要求促使了这部分制度的移植。在这种条件下移植的著作权法,能够与西方著作权法保持一致,体现的是著作权法原本的价值,《大清著作权律》的具体内容可以印证这一点。与所移植的西方国家著作权法相比,该部法律没有明显的不同,至少有创新之词。该法第1条规定“凡称著作物而专有重制之利益者,曰著作权。称著作物者,文艺、图画、帖本、照片、雕刻、模型等是”,参照西方著作权法的规定将“照片、雕刻、模型”等作为著作权法保护的作品,虽然在当时的中国社会,照片、雕刻、模型等客体不过是少数人的玩物,并不是经济生活中以及法律关系中的重要标的,这些作品引起的纠纷少之又少。基于社会和经济需要而移植的制度具有一定的普适性和互通性,因此能够不加变化而运用于中国社会。事实也确是如此。此后北洋政府以及南京国民政府的著作权法,与《大清著作权律》相比在实质上并无太大的制度创新,但当时的社会已不是清末社会所能比拟,社会已经赶上了“先进”的法律。

当然,更深层次意义上制度同构应当包括该制度能够引发相同的行为。知识分子看重通过著书立说求得晋用、获得衣食供给,最重要的是能扬名于身后。保护与自己创作的作品之间的关联是传统社会普遍的意识,这与西方著作权法中精神权利的保护十分相似。进入宋朝之后,科举制度的大众化、教育的普及以及“知书达理”人数的增加,书籍的需求量也不断增加,经济利益由此产生,对于书籍的翻刻、盗印的活动也随之出现,这必然会造成作者或出版者的利益损失。对于任何一个有着公平意识的社会来说,这显然是不公平的。政府以告示的方式加以禁止,这种告示就是对“盗印”这种行为的谴责,并逐渐形成了在著作权问题上的是非对错的观念。^{[3][P27]}正因为如此,传统社会也增加了著作权移植的可能性,并最终保障了著作权制度的同构。

社会与经济的要求也会促使政治家们在移植制度的过程中不对制度加以修改,政治家们在实现

其政治目的之时,附着着也有可能发现其所移植的法律的内在科学性,也因此期望通过适用相同的制度来起到相同的效果,这是法律移植的一般目的反映到有着自主意识的政治家头脑中所形成的观点。为了达到原来制度所能达到的效果,法律的移植者们当然会尽可能地保持移入制度与原有制度的一致性,希望通过这种保持发挥其原有的作用。这是制度保持同构的最一般原因。中国近代的法律改革虽充满理想主义色彩,但不可否认,希望通过移植西方的法律达到与西方同样强盛的目的也是一种朴素的追求。有此目的,当然不会胡乱地修改似乎可以藉此而获得“强盛”的法律。此种目的虽不能说完全出自于对法律本身的欣赏,但多多少少是对法律价值的一种认同。

此外,还有一点也将导致法律的同构。东方社会的法律移植是政治家们参与下的移植,是缺乏法律精英参与的移植,政治家们往往缺乏对于法律的足够了解。因此,他们对于移植来的制度是何物,为何要移植此制度并没有深入的认识,并没有能力对制度作出修改或干预制度的实施,这就为制度的同构创造了条件。由于著作权法的特殊性质,最初移植该法律之时,恐怕无人能对其有所了解。

(二)著作权法移植中的制度异化

一般来说,所移植的法律制度与政治家们的日常活动关系愈密切,则移植中受到影响的可能性就越大,宪法、行政法以及刑法即是如此。相反,民商事法律制度受工具主义的影响明显较小。罗马法之所以能在全世界受到尊崇,与其私法的性质有着直接的关系。著作权法虽设定的是私权,但带有浓重的行政性质,这是与其他民商法律部门很不相同之处,这也使得其易于受到法律工具主义影响。民国建立之初,内务部还专门就著作权法的适用颁布通告,其原因就是著作权法与行政权力的密切关系,这是与其他私法部门的典型不同。^⑥

在中国古代,书籍很早就成为政治家们关注的对象。这并非出于保护作者的利益,相反却是限制作者通过这些书籍传播其思想。“焚书坑儒”便是典

型之举,历朝历代范围广泛的“禁书”更是这一现象的最好说明。孙家鼐感叹:“学会、报馆,在西国已成习俗,在中国则为创见;是以开办之始,动遭疑阻。”^{[4]P.45}因此,即使是官书局,也以小心为上,“至印送各路电报,只选择有用者照原文抄录,不加议论。凡有关涉时政,臧否人物者,概不登载,以符总理衙门原奏”。^②社会经济的发展为著作权法移植提供了土壤,但在土壤中移植栽种的法律制度却为政治家们所曲解。

清末的第一部著作权法原本由商部负责拟定,此后交由学部起草,最后由民政部制定完成,由民政部请旨颁行,并由民政部负责具体实施。著作权法起草部门的频繁变动以及民政部在著作权立法中的地位的确立,反映了政治家们对于著作权法定位的不断调整。政治家们用他们更为熟悉的眼光来看待他们不得不移植的这样一部法律,因此,著作权法很快就与《大清律例》“造妖书妖言”的犯罪连通了起来。

商部是清末促进商业发展的重要部门,其与立法相关的职掌包括起草商务相关法律、颁发专利文凭、审查注册商标等。由商部负责制定著作权法,毫无疑问是将著作权法定位于维护个人私权、促进商业发展之上。商部于1905年5月将法案拟出,但不久著作权法起草工作却交由刚刚成立的学部接手,著作权法的定位发生了些许改变。学部的职掌主要是教育,当时被盗印的书籍多为教科书,由学部起草著作权法,似也在情理之中,但政府的实际意图并不在于此。学部大部分职责实为教育行政,教育行政重要内容包括审定全国各级学校所用教科书,此审定权此后还扩展至文化、技艺、学术等各个方面^{[5]P.16-19}。可以看到,改由学部起草著作权法,其重点已不在保护私权,意在强调对书籍乃至思想的审查和控制。而清政府将起草著作权法之事交由民政部,这就更直接地体现了政府对于著作权法移植的诉求。清末民政部的职责为治安、警察、巡防等,在这些职责中,“又以集会、结社、新闻、著作数端为最要”,^③民政部所负责的与著作有关之事,多是行使

其拥有的警察和治安的公共权力,并以此加强对书籍的管理。由民政部起草著作权法,使该法成为对思想控制的附属法律。

清政府在光绪三十二年(1906年)六月,曾颁布有《大清印刷物专律》。值得注意的是,该部法律是由商部、巡警部以及学部会同制订。巡警部是民政部的前身,由巡警部参与该律的制定确是符合该律的性质。该律第1条规定:“所有关涉一切印刷及新闻记载,均须在本局注册。”^{[6]P.312}而《大清著作权律》也有着几乎相同的内容。^④相同的规定以及实际生活中相同的操作,使得普通百姓无法搞清两种法律的区别,为此有学者还专门著文加以解释。^[7]

制度化不仅表现在著作权法的定位以及制定机关的变化上,还表现在著作权法的内容上。19世纪之后的西方著作权法一般均将作者的著作权作为私权对待,除了如法律、新闻、政府的文告等特殊性质为满足公共利益需要的作品之外,不会以内容来决定该作品著作权的有无。但著作权法移植至中国社会之后,却出现了著作权由作品内容决定的规定。北洋政府著作权法第24条规定:“依出版法之规定,不得出版之著作物,不得享有著作权。”很显然若作品内容不能符合出版法的要求,不能出版,则该作者就无法享有著作权。南京国民政府1928年著作权法以注册作为享有著作权的必要条件,^⑤并同时规定:“内政部对于依法令应受大学院审查之教科图书,于未经大学院审查前,不予注册。”同部法律第22条还规定:“内政部于著作物呈请注册时,发现其有下列情事之一者,得拒绝注册。一、显违党义者。二、其他经法律规定禁止发行者。”这些规定均是法律移植过程中移植者的创造,与著作权法的基本原则并不相符,显然是一种制度的异化。^⑥

三、异化对移植的不同影响

有学者认为,法律移植可以分为主动移植和被动移植:“在主动移植中,被移植方对移植效果的影响比较大。……在被动移植的条件下,移植方对移植后果的影响比较大。”^{[8]P.20}在法律移植的过程中,

制度的异化可能是一种较为普遍的现象,也正是异化才最终促成了世界上大多数法律移植的实现以及成功。

在中国近代社会,法律制度的移植可以成为革命的前导,也可以成为革命的成果,但不能成为承担革命任务的主要力量,这便是工具主义移植观的最直接的影响。法律制度只是作为革命的一种工具,而并非革命本身。只能促成革命,而不能代表革命。因为法律本身的价值始终得不到这个社会的承认和欣赏。虽然如此,世间事物总是具有普遍联系的,法律移植中工具主义也能发挥积极的作用,至少可以帮助认识法律的价值,进而在传统社会逐步确立对法律的信仰。

法律制度同构或是异化是法律移植的基本因素,古今中外的法律移植都曾经出现过这种异化,只是异化的原因不同而已。法律移植是否成功实际上也存在多种判断标准。政治精英们的标准肯定与法律精英们的标准不同。在东方社会,工具主义在法律移植中确实发挥着一定的作用。在法律工具主义操作下法律制度的异化可以不同的形式表现,因此也表现出了不同的作用。

(一)促进制度的移植

在西方法哲学理念中发展壮大的著作权法在中国传统社会中很难找到适宜生长的土壤,政治家们的推动对于移植的成功有着积极的作用,甚至决定着这部法律的移植过程。1910年颁布的《大清著作权律》有着较大的影响,1915年北洋政府著作权法以及1928年南京国民政府著作权法均在此基础上制定,奠定著作权法在法律体系中的地位。三部著作权法的移植十分迅速,并很快发挥了作用。同一时期还移植有专利法和商标法,由于政治家们兴趣不大,缺乏工具主义的推动,这两部法律的移植均是步履蹒跚。

专利法的移植早于著作权法,但真正颁布实施则较晚。1898年光绪皇帝变法时就曾颁布《振兴工艺给奖章程》,因为变法的失败而未能实施。直至1912年12月5日,北洋政府才颁布了《奖励工艺品

暂行章程》。法律虽制定,但其实施也是颇费周折,甚至重新上演清末的设厂专利之争。^⑩商标法的移植更是艰难。在商标法的移植过程中,政府一直抱有抵触情绪。1904年间清政府曾制定有《商标注册试办章程》,因遭到西方列强反对而未能实施,但清政府自此再不积极立法,商标法的移植从此停滞。北洋时期重新讨论商标法,振兴经济是移植的主要目的,但仍然缺乏推进的动力。虽然1913年还曾派员去日本学习,以作为移植的准备,但很快又被搁置。1917年再次提出制定商标法,竟然被政府认为是琐碎之事而驳回。一直到1923年5月3日,在国内经济发展的强烈要求之下,商标法才最终出台。^⑪

在传统的贱商社会中,很难想象政治家们能够单纯从保护私权或促进经济的发展出发作出移植法律的决定。就法律的性质来说,著作权与专利、商标并无明显差别。如果仅仅是从经济发展的内在需求去考虑,著作权法的移植不可能很快实现。著作权法与出版物管理的行政法律相似,才是促进其移植的真正原因。

(二)较好适应本国的需求

出于政府需求的移植,大多会依照政府的意图进行法律的裁剪,渗透着政府的意识。这种意识能够帮助制度更好地适应植入国的社会环境,并使得该项制度实施有着内在的推动力,使得移植进来的法律更容易获得成功。正是有着著作权法内容上的这些变化,著作权法才更适应中国社会。

中国作为一个后发展的国家,在现代化道路上采取的是政府推进的模式。在政治功利性思想的影响下,法律发展的模式一般是照搬西方的法律,忽略本民族的传统文化背景,导致法律与社会实践的脱离。直到今天,著作权法的实施都存在较大的问题,但异化的制度能够很好地起到一种桥梁的作用,在实践着政治家们所期望的功能时,不断地宣传和促进着该部法律固有的价值,一定程度上推进了该部法律实质内容的移植。借用伯尔曼的话就是:“国家的法律已经开始扮演父母和教师的角色,

培养官方认为是符合社会期望的态度。”(2)(P.174)

政治家们为了保障自己所期望的功能的实现,有可能会对法律作出适应社会的变化。清政府在移植著作权法时,曾就一些具体制度与外方据理力争,在推动著作权法移植的同时,也维护了因著作权法移植而给著书立说者带来的实际利益。如清政府提出,著作权保护应当只限于沿江沿海各省,而边远省份则不承担保护的义务。出版物受到保护的期限应当以五年为宜,超过则不再保护。经过中国人删改过的图书,不应再享有版权^{[9](P.2623)}。这些在移植过程中的裁剪确实有益于本国的利益,只是这些要求都与著作权法的基本理论和原则相距太远,同时因遭到外方的激烈反对无从辩驳而只得放弃。但经中方谈判代表的据理力争,有一条原则最终被外方接受,并成为日后在著作权法中存续较长时间的内容。该原则是中方提出的“专备为中国人民所用”的原则,即只有专为中国人民创作的作品,才能得到中国著作权法的保护。此条原则虽与著作权法的一般原则不甚符合,但至少可以从享有著作权保护的客体的限定上来加以理解。外方同意了此条原则,并最终订入条约之中。该原则很快便发生了作用,1911年曾发生了一起美国出版商于会审公廨中控告商务印书馆之事,商务印书馆便据此条赢得诉讼。^{[10](P.178)}虽然条约义务与内国制定的法律并不相同,但前者对后者肯定是有影响的,并体现在法律之中。^④

(三)规制着移植的方向

法律移植中的工具主义倾向有着极强的惯性,即使政权更迭,也不会影响某种工具思想引导下的制度移植,视之为当然,并进而由此形成本国的特色制度。因为影响法律移植的工具主义本身是在传统文化影响下形成的,政权更迭并不能影响政治家的头脑中被传统文化固定的思想。

清末以民政部作为负责著作权事务的机关,主要目的是加强对于著作出版物的管理,同时兼顾著作权法的实施,^⑤这一做法被此后的政权所继承。南京临时政府时期设有内务部,该部职责与前清民政

部职责相似。其下辖有警务局,主要掌管警政、聚会、结社、新闻出版等,著作权法事项也属其管辖。内务部还为著作权法的适用而专门发布《著作物呈请注册暂照前清著作权律分别核办通告文》,重申其所拥有的著作权法管理之责。北洋政府成立之后,仍设内务部,其职能没有太大变化,将警务司改称为警政司,所管新闻出版及著作权事务不变。南京国民政府时期,内务部名称改为内政部,但该部同样负责警政与治安,著作权法事务仍由其负责管理。^⑥

北洋政府内务部及国民政府内政部对于著作权法的管理,从立法到具体实施,权力十分广泛。此种权力也在1915年北洋政府著作权法以及1928年国民政府著作权法中加以明确规定。^⑦正是由于著作权法以及出版法均由内务部或内政部进行管理,普通民众甚至混淆了两者的区别。北洋政府还专门颁布指示,就著作权法与出版法的不同性质进行澄清。^{[11](P.142)}

违禁作品不得享有著作权的规定也成为中国著作权法移植中的一大特色,并长久地保留在此后多部著作权法之中。在清末著作权谈判之中,清政府便向外方提出,受到著作权保护的图书应当只限于“有切于用而无违背中国礼法者”。美方马上对此加以反驳:“美系民主之国,报律甚宽,非他国可比。报纸常有诋毁美总统之事。亦并无大罪。”^⑧同处于东方的日本虽理解此种想法,但为防清政府提出更多的借口也并不同意在条约中作出此种规定,只是提议:“若违背礼法之书,彼国决不给予版权。挂号时,中国政府亦可不予注册。”^⑨不知为何,《大清著作权律》中对此并没有作出直接规定,但此后的北洋政府1915年《著作权法》第24条以及南京国民政府1928年《著作权法》第22条均对此作出了规定。成为中国著作权法的一大特色。^⑩

结论

法律移植是一种有意识的立法活动,正如法律本身可以价值理论的观点对其进行评价一样,立法活动本身也可以有不同的价值取向。超出价值取向

要求的纯工具性立法,才是法律工具主义的表现。价值与实用本身就是法律的两个不同的表现,立法者以及法学者的侧重点本身也不同。^⑨因此,单纯诟病法律的工具主义本身就是不适当的进路。这一点也为大多数法律学者所认同。梅因指出:

当我们追溯一下法律变更的经过时,我们就可以发现这些变更都是出于一种要求改进的、有意识的愿望,或者无论如何,是出于一种具有一定目的的有意识的愿望^{[12]P.13}。

法律移植本身就是后发的立法行为,主观意识在此种立法形式中占据着极重要的位置。既然是一种有目的的有意识的过程,立法就不再单纯。在东方政治为上的社会,法律工具主义有着更大的认同程度并发挥着更重要的作用。大陆法系是成文法国家,制度的异化往往更易出现。日本移植西方法律是一个很好的例子,中国近代的法律移植也是很好的例子,充分体现了大陆法移植的工具主义倾向以及制度异化的结果。“一个规则的意义,并不完全由规则本身所提供,规则从来都不是完全不证自明的。”^{[13]P.79}所以,对于法律制度移植的研究,可能更应当深入至制度的背后,只有适应法律文化的移植才有可能成功这一论断显然是太过简单了。政治因素的影响、法律工具主义的特征以及所造成的制度异化并非坏事,这在一定程度上推进了法律的改革和法律的进步。对于著作权法移植的认识,也可以在这个方法下有新的理论建树。

注释:

①如苏力说过:“关于法律移植,我确实认为法律移植不大可能”,见于苏力:《送法下乡——中国基层司法制度研究》,中国政法大学出版社2001年版,自序第III页,但又说:“不可能有任何国家要能或有必要完全依靠本国的法治,因此法律移植不可避免”,见于《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第34页。再如,著名的对法律移植持反对意见的塞德曼夫妇,也作了如下表态:“我们说的国家A不能照搬国家B的法律和制度并不是说其政策制定者不能学习B

国的经验。”见安·塞德曼、罗伯特·塞德曼《发展进程中的国家与法律——第三世界问题的解决与制度变革》,冯玉军、俞飞译,法律出版社2006年版,第52页。

②甚至有如卡恩·费罗因德等西方学者基于这个认识来谈政治因素的影响,他们认为政治因素的影响是巨大的,所以在移植法律之前,不仅要考察输出国的法律制度,还要努力去接受输出国的政治制度,这样才能保证法律移植的成功。这实际上也是另一种法律移植适应论的体现。这种理论也不能贴合大多数国家特别是东方国家法律移植的现实。在近代东方国家所进行的法律移植中,虽然确实有许多国家同时进行了政治改革,但法律移植往往是先行或同时进行的,甚至政治改革往往通过法律改革实现的,并非专为实现法律移植而进行的政治改革。法律改革往往是政治改革的一部分,而不是相反。因此为法律移植的成功而改革政治制度根本无从谈起。

③如《道德经》中所叙述的“人法地,地法天,天法道,道法自然”以及朱熹对于“理”的理论的阐述,实际上都有了对于法律本质的认识,但只是没有发展成独立的法学理论。

④目前仅见的较完整的研究就是秦瑞玢的《著作权律释义》,由商务印书馆于1911年出版,但其研究总体也是介绍和评述性质。

⑤沃森认为,法律与特定的社会并不存在必然的联系,法律的移植也无需考察特定社会的适应性。这种观点倒是与近代中国社会法律移植的很多方面相吻合。

⑥民国元年(1912年)内务部曾通告《著作物呈请注册暂照前清著作权律分别核办通告文》,参见前引周林书,第133页。民国初年适用前清的法律一般是通过袁世凯所颁《暂行援用前清法律及新刑律令》获得法理根据,但如内务部针对著作权法专门颁布适用法规,并不多见。

⑦“官书局奏开办章程”,载张静庐:《中国近代出版史料初编》,群联出版社1953年版,第47页。该章程指导书局的一般日常事务,是书局的行动指南。

⑧《民政部为拟定著作权律清单请旨交议事奏折》,参见“清末修订著作权律史料选载”,载《历史档案》1989年第4期,第47页。

⑨《大清著作权律》第2条:“凡著作物归民政部注册给照。”第4条:“著作物经注册给照者,受本律保护。”

⑩此为南京国民政府1928年著作权法第1条的规定:“就下列著作物,依本法注册,专有重制之利益者,为有著作权。”

⑪有必要区别著作权法的变化与异化。法律移植有时法律制度内容确实会发生一些变化,这种变化并不是制度异

化。著作权法移植时同样也出现了此种情况。著作权法中曾有这样的规定,专备为中国人民所需而创作的外国作品才能得到保护。如中华民国17年(1928年)所颁著作权法施行细则第14条规定:“外国人有供中国人应用之著作物时,得依本法呈请注册。前项外国人以其本国承认中国人民得在该国享有著作权者为限。”而此前适用此原则均以条约义务作为根据,见于1903年的《中美续议通商航海条约》第11款以及1903年的《中日通商行船条约》第5款。

⑫设厂专利并非近代西方意义上的“专利”,但拥有对某一行业垄断经营的权利。西方专利法移植进来之后,人们一直还在这种“设厂专利”的概念上理解西方专利。

⑬商标法的移植过程更具有典型意义。社会对于商标法是有需求的,这是经济的要求,但政府方面明显缺乏动力。甚至在列强的不断要求之下,商标法都一直没有制定完成。

⑭1928年南京国民政府《著作权法》继承了这一原则,该法第14条规定:“外国人有专供中国人应用之著作物时,得依本法呈请注册。前项外国人,以其本国承认中国人民得在该国享有著作权者为限。”

⑮该项由法律直接规定,1910年《大清著作权律》第2条便规定:“凡著作物归民政部注册给照。”

⑯内政部下设有警政司,其职掌之一是图书版权之登记保障及出版物之检查事项,见1928年《国民政府内政部组织法》,见于徐白齐:《中华民国法规大全》,第一册,商务印书馆1936年版。

⑰北洋政府1915年著作权法第2条规定,“著作权之注册,由内务部行之”,1916年所颁《著作权法注册程序及规费施行细则》第9条规定:“凡著作物依本法之规定稟请注册时,由内务部给予执照,并于政府公报公布之。”国民政府1928年著作权法第2条规定:“著作物之注册,由国民政府内政部掌管之。”1928年所颁《著作权法施行细则》第7条也是此类规定。1944年著作权法仍是如此规定。

⑱前引《吕海寰盛宣怀致外部与日本订约保卫商牌版权条文电》。

⑲同上。

⑳该条的真正废除应当延至2010年2月26日第十一届全国人民代表大会常务委员会第十三次会议审议通过并作出的修改《中华人民共和国著作权法》的决定,该修改的《中华人民共和国著作权法》于2010年4月1日起施行。修改了的法

律第四条删除了“依法禁止出版、传播的作品,不受本法保护”这一规定,但加入了“国家对作品的出版、传播依法进行监督管理”这一规定。

㉑“苏力诸文深深浸润着美国式的实用主义取向,强调法律运作的‘社会成本’等项。但过于强调这一切,而无价值追求为导向,亦颇有问题。”见许章润:《法治及其本土资源》随谈,载《比较法研究》1997年第1期,第110页。

参考文献:

[1]何勤华等:《外国法与中国法:20世纪中国移植外国法反思》,中国政法大学出版社2002年版。

[2][美]伯尔曼:《法律与宗教》,梁治平译,中国政法大学出版社2002年版。

[3]叶德辉:“翻版有禁例始于宋人”,载《书林清话》,上海古籍出版社2008年版。

[4]孙家鼐:“官书局开设缘由”,载张静庐:《中国近代出版史料初编》,群联出版社1953年版。

[5]“学部官制草案”,载朱有瓚等编:《中国近代教育史资料汇编·教育行政机构及教育团体》,上海教育出版社1993年版。

[6]秦瑞玠:“著作权律与警察法令之差别”,载秦瑞玠:《著作权律释义》,上海商务印书馆1911年版。

[7]“大清印刷物专律”,载张静庐:《中国近代出版史料初编》,群联出版社1953年版。

[8]王立民:“古代东方法文化的移植问题”,载《法学》1999年第10期。

[9]“吕海寰盛宣怀致外部与日本订约保卫商牌版权条文电”,载王彦威纂辑、王亮编、王敬立校:《清季外交史料》(卷163),书目文献出版社1987年版。

[10]“美商金公司版权交涉案”,载周林等编:《中国版权史研究文献》,中国方正出版社1999年版。

[11]“内务部通咨各省解释著作权法与出版法之差异请转饬切实办理文”,载周林等编:《中国版权史研究文献》,中国方正出版社1999年版。

[12][英]亨利·梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年版。

[13][意]D. 奈尔肯、[德]J. 菲斯特编:《法律移植与法律文化》,高鸿钧译,清华大学出版社2006年版。