

## “版权”与“著作权”两个词在日本的来龙去脉\*】

萩原 有里【\*\*】

### Historical research of copyright in Japan

Ari HAGIWARA

#### 前言

“版权”与“著作权”、“コピーライト或者コピライト”【】（即英文“copyright”的日语字母表达），在日语口语中应属于同义词。在实际交易中人们常说“版权”，但是在现行法律条款上根本没有“版权”一词，因为 1899 年制定《著作权法》时放弃使用这个词，而用“著作权”代替“版权”。“版权”与“著作权”原来都是外来语，其实际含义在不同的时间，有不同的含义。

关于版权保护制度，大家所知在世界上有两大系统。一种是实用原则（principles of utilitarianism）而发展的英美法系的版权（以下称为 Copyright）。另一种是依自然法原则（principles of natural）而发展的法国、德国等大陆法系的作者之权利（以下称为 Author's Right）。按照传统的说明，copyright 是为了保护对社会有益的智力成果，给予作者专有权促进社会发展，控制其智力成果的复制，重视经济分配和调整，而 Author's Right 重点在于作者的精神权利，作为表达人格的成果，该作品应当受保护。到今天，在世界全球化面前，按 copyright 和 Author's Right 分别考虑的实际意义不大，因为无论属于哪个系统，大多数国家已经接纳另一个系统的要素，只是其分配重点不同。

在学术上日本《著作权法》属于大陆法系，但现代日语“著作权”的对应英语不是“Author's Right”而是“copyright”【】。大多数人认为当初日本将英语“copyright”翻译为“版权”，而将法语“droit d'auteur”或者德语“Urheberrecht”（即 Author's Right）翻译为“著作权”，可笔者认为实际的情况没有那么简单，以下简要介绍诞生“版权”和“著作权”的来龙去脉，同时概述其权利性质的变迁。

#### 一、印刷出版的历史

\* 本文受到中国社会科学院知识产权中心周林教授的启发和悉心指导，在此谨表示由衷的感谢。当然，本文的一切观点包括汉语的表达，皆由笔者本人承担责任。

\*\* 中国社会科学院研究生院知识产权专业博士研究生。

<sup>1</sup> 如日本社团法人著作权信息中心月刊杂志称为《コピライト》。

<sup>2</sup> 参照社团法人著作权信息中心译：《Copyright Law of Japan》，载 [http://www.cric.or.jp/cric\\_e/cli/cli.html](http://www.cric.or.jp/cric_e/cli/cli.html)，2004 年 11 月 1 日访问。

在今天，人们说起“版权”，首先要提到印刷技术和出版机制。印刷出版和版权历史之间有密切关系。因为世界上法学的主流思想是欧美思想，所以西方知识产权法学者，包括受其影响的东方学者都毫无例外地把古登堡(J. Gutenberg)在欧洲应用活字印刷技术看作版权保护的开始，日本知识产权有关著述也不例外。但是，我们已经知道欧洲的印刷技术无疑是从中国传入的，最早宋代已经出现与现代版权概念接近的禁令<sup>3</sup>。那么可以设想随着印刷技术发展，日本也自然会产生“版权”概念。

回顾日本印刷技术历史，像大家所知那样印刷技术在中国产生，通过朝鲜，传到日本。在日本现存的最早雕板印刷品是《百万经咒》(日文:白万塔陀罗尼)<sup>4</sup>，当初印刷对象主要是佛教经典，其印刷技术还不高。到 14 世纪，出现佛教经典之外的印刷品“五山版”<sup>5</sup>，其内容包括中国古诗、史传、医书等等，非常丰富。一些僧侣来往于中国和日本之间，由于中国印刷技术人员的功劳，形成了印刷样式标准。关于活字印刷技术，1590 年西方天主教耶稣会传教士范礼安(Alessandrio Valignano)<sup>6</sup>带来金属活字印刷技术而印刷了“切支丹版”<sup>7</sup>，可其后随着日本政府迫害天主教，衰微下去。此外，从朝鲜传过来铜活字技术，日本人模仿其铜活字而制作了木活字，印刷了“骏河版”<sup>8</sup>和“伏见版”<sup>9</sup>。很有意思的是 19 世纪末的改进活字印刷技术之前日本没有普及活字印刷技术，17 世纪末以后活字版慢慢地消失，而雕板复活。专家有各种各样的意见，大概有两个大原因：第一，雕板比活版方便得多<sup>10</sup>；第二，雕板比活版便宜得多<sup>11</sup>。

<sup>3</sup> 参见周林《中国版权史研究的几条线索》，载周林、李明山主编：《中国版权史研究文献》，中国方正出版社，1999 年。

<sup>4</sup> 参照 T. F. カーター著，藪内清、石桥正子译《中国の印刷術 1: その发明と西传》，平凡社，1977 年日语版，72 页。卡特(Carter, Thomas Francis)著，吴泽炎译：《中国印刷术的发明及其西传》，商务印书馆，1957 年汉语版。他暗示虽然在日本发现的印刷品，但是其来自仍然是中国，印刷于公元 770 年。

<sup>5</sup> 以京都五山禅院为中心印刷的书籍。

<sup>6</sup> Alessandrio Valignano(1539-1606)，自 1579 年到 1598 年之间三次来日本，1590 年带来西方印刷机和技术。

<sup>7</sup> 为了传教在日本长崎地区等印刷的书籍称为“切支丹版”。1614 年日本政府命令他们逐出国境，随后禁止印刷。如国家重要文物《ドチリーナ・キリシタン NIPPON NO IESVS no Companhia no Superior yori Christan ni soto no cotouari uo tagaino mondo no gotoqu xidai uo vacachitamo DOCTRINA.》日本耶稣会编(1592)是代表作品。

<sup>8</sup> 在日本首次使用铜活字为“骏河版”，1607 年当时幕府将军德川家康隐居时，让林道春(罗山)和金地院崇伝印刷的书籍。如国家重要文物《群书治要》50 卷(唐)魏徵等撰(1616)是代表作品。这是中国唐代的汇编作品，在中国宋代散逸，但传到日本作为治理的理想被尊重。

<sup>9</sup> 当时幕府将军德川家康让足利学校第九代席主三要元信(1548-1612)印刷，自 1599 年到 1607 之间在京都伏见円光寺出版的作品称为“伏见版”。代表作品为《孔子家语》《贞观政要》《三略》《周易》《七书》等等。

<sup>10</sup> 日语文字有三种，是汉字、平假名和片假名。平假名和片假名均属于表音文字。汉字草体变化的音节文字称为平假名，汉字偏旁变化的音节文字称为片假名。平假名和片假名功能有两种：第一是词和词之间的联系。日语属于胶着语，而且词汇顺序比较随便，需要在词和词之间粘连。第二是汉字的读音符号。除了日本自制的汉字以外，一般日语汉字是多音字，一个汉字至少有两种读音，甚至有七、八种读音，一类是从古代中国传过来的吴音、汉音、唐音和宋音等读音，另一类是日语特色读音。按照习惯每个汉字读音变化。因此为识字需要读音符号，日语写字本来是竖写的，在过去汉字旁边有读音符号的书籍不少。随着教育制度的完善，这些习惯发生了改变。到现在除了小学课本等有特殊目的书籍以外，一般书籍里几乎没有读音符号。

<sup>11</sup> 西方和东方的差异在于为印刷一本书籍需要多少活字，活版不一定经济。如“骏河版”和“伏

17 世纪末的雕板流行后，印刷了很多书籍，从此开始商业出版。17 世纪在京都、大坂（现在改为大阪）和江户（现在改为东京）等大城市已经出现出版行会，有记录以一种民间同行制裁开始解决纠纷<sup>12</sup>。如果想做出版商，必须得加入行会而遵守行会纪律，另外，实际出版时还需要该书的“板株”，即有关出版的权利。通过出版行会的同意和地方政府的许可，板株在行会登记之日起生效。板株的特征如下：板株是与印书的雕板有关的概念，没有影响到抄本和活字版；板株可以买卖或转让，非出版商，即个人也可以所有，但非出版商出版时，必须得委托出版商出版该书；即使雕板本身磨耗或者烧毁了，板株仍然存在，叫“烧板”；权利没有有效期；板株所有人可以许可他人出版而收雕板使用费；虽然还没有刻版，但能取得板株，叫“愿株”；板株可以共同出资方式所有，叫“部分株”；作为“部分株”之特殊方式有“留板”，即全书籍雕板中只所有几张雕板。如果未经板株持有人的许可制作与原本内容同一或者类似的雕板而印刷，将受到同行的制裁。虽然是民间限制，但一旦出版商犯错误，就在同行里活不下去，而且政府也尊重这个自治，实际上与法律有同样效果。后来行会也要求地方政府正式承认行会的自治。1698 年京都、大坂等地方政府颁布了与出版有关的命令，明确禁止侵权。出版需要政府批准，如果申请与他人已经有的雕板同样的雕板，将受到惩罚。一般有侵权，板株持有人向行会要求制裁等处理，但也有经过行会的同意，当事人向法庭起诉的情况。由此可见，近代前也存在类似版权保护的机制，可离现代版权或者著作权保护还差得很远，因为由民间制裁或者地方性法规保护，而且这是为保护出版者的机制，不是保护作者的机制<sup>13</sup>。连草稿本身不会产生什么权利，就更没有余地产生作者的精神权利。虽然如此，但我们应该注意板株制度中存在保护作者的萌芽。例如在自费出版，作者自己手里保留一、两张雕板，即“留板”所有的情况下，出版商出版时必须得经作者的许可，作者也能够享有某种精神权利<sup>14</sup>。

汉字“板”和“版”之间有密切的联系，在古汉语里属于同义词<sup>15</sup>。顺便说一下，当时“出版”这一词还不存在，这不是传统的汉语，而是 19 世纪的翻译造词<sup>16</sup>。当时日语藏板（版）的“板（版）”是指用于印书的雕板，“藏板（版）”是指雕板所有，尤其是指非出版商的雕板

---

見版”使用 10 万汉字。

<sup>12</sup> 关于当时的出版机制，参见蒔田稻城著：《京阪书籍商史》，1929 年，临川书店，1982 年复刻版。作为基本史料，参照大阪府立中之岛图书馆编：《大坂本屋仲间记录》1-18 卷，清文堂出版，1975-93 年；宗政五十绪·朝仓治彦编：《京都书林仲间记录》1-6 卷，ゆまに书房，1977-80 年。

<sup>13</sup> 参照稻冈胜：《藏版，偽版，板権—著作権前史の研究》，载《東京都立中央图书馆研究紀要》，第 22 号，55 页。他指出，按照当时的实际出版情况，没有纪录保护作者的经济或者精神权利、藏板人的权利为“永久其人之利”，即无限，在此没有现代著作权概念。参照伊藤信男：《出版権の历史（上）》，载《コピーライト》杂志，1971 年 10 月，4 页。他指出当时一般没有习惯给作者支付稿酬，连畅销作者的稿酬也非常低。

<sup>14</sup> 参见伊藤孝夫：《近世日本の出版権関係とその解体》，载《法学论丛》第 146 卷 5、6 号，126 页。

<sup>15</sup> 均是指印刷的木板。参照《古代汉语词典》，商务印书馆，1998 年。

<sup>16</sup> 日本从古代开始学汉语，所以日语里头有很多汉语词汇。另一方面，日本使用汉字制作很多日式汉语（如人权、艺术、图书馆等等）或者借用古汉语作为欧美词语的翻译词（如知识、发明、民法等等），随后近代中国也纳入了这些日语，因此，判断某个词来源是否中国，一般以最早出现的文献来判断，如果出处是中国古籍的话，那么该词汇的来源应该是中国。笔者还不知道“出版”一词的来源，关于这一点有两个不同的看法。按照刘正炎、高名凱、麦永乾编：《汉字外来语词典》，（上海辞书出版社，1982 年），“出版”来自日本；按照松井利彦著：《近代汉语辞書の成立と展开》，（笠间书院，1990 年，355 页），因为英华字典已有“出版”一词，所以日本借用中国清代的翻译新词。

所有<sup>17</sup>，对其开版（出版）持有排他性权利。笔者认为“藏板（版）”一词来自中国<sup>18</sup>。近代初“版权”在一定的程度上有可能受到“藏板”概念的影响。但因为板株与现代著作权概念有所区别，17 世纪的出版机制在日本法学界被公认为与现代著作权制度没有联系，现代版权或者著作权概念是从西方直接过来的，因此，一般知识产权课本没有详细提到前时代的机制。笔者认为，虽然现代关于 copyright 的概念包括立法模式是从西方引进的，但基本思想不能说是完全照搬的，从非出版商的雕板所有的形态，即“藏板”一词的用法中我们可以看到，近代日本也存在某种保护作者的意识，只不过是未形成有效的对作者的保护制度。

## 二、《出版条例》（1875 年修改文本）

目前，大多数人相信是在日本首次介绍 copyright 的福泽谕吉<sup>19</sup>的著述《西洋事情·外篇》卷之三<sup>20</sup>首次出现“版权”一词。首先我要说明这完全是误会。前人研究成果能够证明这不是事实。他在著述里介绍外国私有财产理论，谈到无形财产时，首先介绍“发明之免許”（即发明专利），然后涉及到英国“copyright”。他将 copyright 翻译为“藏版之免許”。日语“免許”表达为行政机关的某种许可或者批准。他说“藏版之免許（copyright）是指著作人制作用于印书的版本，应当获得其专卖利益”。

福泽谕吉借用英国经济书<sup>21</sup>的内容，著述了《西洋事情·外篇》卷之三，即翻译该书后作些补充，增加了美国《新美国百科全书》<sup>22</sup>中的 copyright 解释<sup>23</sup>。对于福泽谕吉的 copyright 思想是否与现代 copyright 概念相同，专家之间没有统一的意见。大多数的观点是福泽谕吉只主张以藏板实现的独占出版权，即与前时代的“藏板之权”概念同样<sup>24</sup>，但也有其他看法，即福泽谕吉认为依私有财产原则，作者对自己精神劳动成果应当获得报酬<sup>25</sup>。英国 1710 年后已经没有出版许可制度，这不是国王赋予特权，而是依成文法受保护。福泽谕吉首次翻译

<sup>17</sup> 薄利书籍，一般作者藏版，作者委托出版商自费出版。佛典等古籍，一般寺庙、贵族等藏版，出版商给他们使用费出版。藩校（地方政府为子弟教育开的学校）藏版的出版也常见。

<sup>18</sup> 现代汉语“藏板（版）”和现代日语“藏板（版）”的含义差不多。因为牌记“某某藏板”在 12 世纪中国古籍上已有，日本基本上学习中国的印书样式，因此有可能这词汇也是传过来的。

<sup>19</sup> 福泽谕吉（1834-1901），思想家、教育家。19 世纪末，1860-1861 年作为政府使节的翻译去欧美。1867 年明治维新后，他不愿意在政府工作，在民间继续从事教育，创设庆应义塾大学。

<sup>20</sup> 参见福泽谕吉著：《西洋事情·外篇》冈田屋嘉七等书肆，初版 1868 年（1867 已经印好了，但是实际出版晚一点）。有些近代著述已经进入共有领域，通过日本国立国会图书馆近代数字图书馆，可以看，<http://kindai.ndl.go.jp>，2004 年 11 月 1 日访问。

<sup>21</sup> Political Economy, for Use in Schools, and for Private Institution, London & Edinburgh, 1856 年, (Chambers' s Educational Course)。

<sup>22</sup> Ripley, G. & Dana, C. A. (Ed. by):The New American Cyclopaedia, 16 vols, N. Y., 1866-1867 (D4-4-16)。

<sup>23</sup> 富田正文：载庆应义塾编：《福泽谕吉全集》第一卷，岩波书店，1958 年，后记，615 页。关于《西洋事情》的蓝本和福泽的思想研究，参见饭田鼎：《黎明期の经济学研究と福泽谕吉》，载《三田学会杂志》65 卷 11 号，1972 年，689-695 页，673-675 页；杉山忠平：《福泽谕吉における经济的自由》，载《明治启蒙期の经济思想》，法政大学出版局，1989 年，158-164 页；长尾正宪著：《福泽屋谕吉の研究》，思文阁出版，1988 年，268 页。

<sup>24</sup> 参照大家重夫著：《著作権を確立した人々》，成文堂，2004 年，40-41 页。

<sup>25</sup> 参见长尾正宪著：《福泽屋谕吉の研究》，思文阁出版，1988 年，269 页。他比较自己的翻译与福泽谕吉的翻译，详细分析福泽的思想。

copyright 时，选择了“免許”一词，这意味着他认为为了受保护一定需要政府批准，还是只是找不到相应的日语，没有明确的解释。大多数专家指出，因为《西洋事情》依据他人的作品，所以其内容不一定表达福泽谕吉个人的观点。

他接着介绍英国版权历史上很有名的纠纷。按照年号和内容，我们可以判断该案件为 1769 年 4 月 20 日 (Millar v. Taylor) 案件<sup>26</sup>，首次承认作者享有普通法上的 copyright，即依自然法作为创作者的作者获得的经济权利，是永久之权利。本判决导致“依自然法享有的作者之权利”和“copyright”的混淆。1774 年以后，英国 copyright 理论又发生变化，否定永久之权利。Copyright 内容大概如下：如果作者占有其作品的话，依普通法享有经济权利，即与一般的所有权同样，是永久之权利；如果作者卖掉或者转让其作品，没有占有的话，作品进入共有领域，但是作者应当受保护，成文法给作者或者受让人排他性独占权。成文法 copyright 自注册时起自动产生，如果没有注册的话，其保护受限制。Copyright 无论是在普通法上还是在成文法上，都仅保护经济权利，不包括精神权利。福泽谕吉 1860 年去美国，1861 年去欧洲，当时 copyright 不仅仅是保护出版者，也涉及到作者。

另外，作为盗版对策，福泽谕吉在他的著述《西洋旅案内》的结尾上写“每部以此印为藏版之证”，盖了“Copyright of 福泽氏”的章<sup>27</sup>。

后来福泽谕吉提出建议将 copyright 翻译为“出版之特权”或者其缩称“版权”，因为福泽谕吉有点后悔有关 copyright 译文中曾经使用过“免許”、“官许”等与行政许可有关的词语。他将 copyright 定义为“著述人出版时，对该版享有排他性独占权利，不让他人模仿”，还说，“著述等写文章的行为本来是‘要怎么做，就怎么做’的，不应该作出什么限制，剽窃他人著述除外”，“政府任务只在于为了保护权利，防止侵权”<sup>28</sup>。他回顾说，“没有 copyright 相应的日语…(略)没有人知道私有权的意思，例如著作发行的名誉权利应当归属于作者的，因此我将 copyright 直译为版权，创造了一个新词”<sup>29</sup>。按照历史纪录，他自己也是版权受害者<sup>30</sup>，通过欧美思想和版权纠纷，福泽谕吉对 copyright 的理解随着时间的推移越来越深。他的观点与现代著作权概念很接近，但是也存在着突出的问题。首先，出版者和作者的权利分不清。从福泽谕吉著述里可以看得出来他认为 copyright 是私权，但找不到他明确提到作者的精神权利的材料。其理由可能在于福泽谕吉自己成了私人出版商，即他自己承担作者兼出版者，他根本没有必要特别主张“作者”。福泽谕吉从出版者的立场向政府提出打击盗版意见，好像他认为暂时通过保护出版者，能使作者的权利得到保护。其次，他的打击盗版活动中有点过分的是，福泽谕吉对小学老师为学生教育做的适当的部分复印，也向政府要求惩罚，得到不让复制的目的。最后，福泽谕吉特别主张翻译人的权利保护。福泽谕吉在《西洋事情》中没有记载出处，不符合适当的引用，大胆地说，该书应属于未经许可翻译或者擅自改变而

<sup>26</sup> 参见 (1769) 4 Burr. 2303, 98 Eng. Rep. 201.

<sup>27</sup> 原载福泽谕吉著：《西洋旅案内》，初版 1867 年，转引自土桥俊一：《福泽谕吉と版权》，载《图书》杂志 230 号，岩波书店，1968 年 10 月，49 页。

<sup>28</sup> 1873 年 7 月 15 日东京府收《1872 年美国出版ジョン・ハフウィルス氏法律韵府第一册 363 页“コピライト”の条抄译》注释。转引自土桥俊一：《福泽谕吉と版权》，载《图书》杂志 230 号，岩波书店，1968 年 10 月，50 页。

<sup>29</sup> 《福泽谕吉全集》第一卷，时事出版社，初版 1888 年，序言，转引自庆应义塾编：《福泽谕吉全集》第一卷，岩波书店，1958 年，10 页。

<sup>30</sup> 参照《中外新闻》1868 年 4 月 10 日第 12 号。他向公众需求通知未经他的许可复制他的著述的人的姓名、地址等等信息。他在报纸上声明“未经许可复制是万国普遍严禁的事”。

出版的译书。难道他不用尊重他人的 copyright 吗？福泽谕吉一直认为，一般人根本不了解翻译人许多年来历经千辛万苦，终于翻译完成了一本书，翻译工作不是单纯的语言调换，而是要求很多知识的，费时间相当于费钱。虽然译书为社会做出很大贡献，但翻译这种智力劳动得不到恰当的评价和报酬<sup>31</sup>。

日本《出版条例》的制定受到福泽谕吉等知识分子的打击盗版活动的影响。日本在 1875 年修改《出版条例》时采用了福泽谕吉的意见，作为法律用语首次使用“版权”一词。1875 年修改的《出版条例》(以下简称出版条例)第二条规定，“在著作图书或者翻译外国图书而出版的情况下，可以给予三十年专卖权。版权是指在此所说的图书专卖权。但注册版权与否由当事人自己决定。因此希望申请注册版权的人应当为请求批准提交申请书。即使没有申请注册版权的人也可以出版”。使翻译人头痛的是原文没有写清楚版权归属。到底国家给谁版权？作为一个国家法律条款是非常拙劣的。作者或者出版者享有版权，还是他们两个都可以？出版者和作者的关系如何理解？都从字面上看不出来。按照 17、18 世纪的出版习惯，权利归属于作者或者承担出版费用的人，或他们的双方共有。按照《出版条例》1869 年文本和 1872 年修改文本的字面如实地理解，得到专卖利益的人是出版者。《出版条例》其名称明确表达确实与出版有关的法规，该条例所说的“版权”是指独占出版销售权。该条例主要目的在于政府检查作品而管理出版，出版者以提供作品换取专卖权利。由于出台《出版条例》，出版行会和“板株”自然消失了，可实际上出版商将原有的“板株”注册版权，可以想象出版界的变化没那么大。在修改《出版条例》的过程当中，日本参照英美和法国法律，仔细考虑后倾向于英美法<sup>32</sup>。日本学者一般判断《出版条例》将出版取缔管理规定和私权规定混在一起，当时还没形成现代版权或者著作权概念。

此外，1876 年颁布《照片条例》，希望取得照片版权的，经过政府批准后取得 5 年的专卖权。

### 三、《版权条例》(1887 年敕令第 77 号)、《版权法》(1893 年法律第 16 号)<sup>33</sup>

1887 年《版权条例》是日本首次颁布的与版权保护有关的独立法规。日本学者一般认为以《版权条例》为起点日本真正开始保护 copyright 或者 Author's Right。那时，出版取缔管理规定和私权规定分开了，分别制定为《新闻纸条例》(敕令 75 号)《出版条例》(敕令 76 号)与《版权条例》(敕令 77 号)。此外制定了《剧本乐谱条例》(敕令 78 号)和《照片版权条例》(敕令 79 号)。

《版权条例》第一条规定“凡出版文章或者图画且专有其利益之权利，称为版权”。版权明确归属于作者(第七条第一款)，与过去的出版者的权利有所区别。版权的主体为作者、讲话人、翻译人，汇编人以及其继承人，还有法人等组织也可以成为版权主体。《版权条例》所规定的保护客体只是文章和图画。但同年另制定《剧本乐谱条例》和《照片条例》。依据《出

<sup>31</sup> 参见 1868 年 10 月福泽谕吉向政府提出的申请书《翻译书重版の义に付奉愿候书付》，载《图书》杂志 230 号，岩波书店，1968 年 10 月，51 页。

<sup>32</sup> 参见《出版ノ仪ニ付文部省ヨリ正院ヘ伺》，1872 年政府文件。载日本音乐著作权协会编：《日本音乐著作权史》，日本音乐著作权协会，1990 年，10 页。

<sup>33</sup> 参照附件。

版条例》或者《版权条例》剧本和乐谱出版而享有版权。《剧本乐谱条例》第二款规定，将戏剧剧本或者乐谱出版而持有版权的人在其版权保护期内，同时持有其商业演出权（原文：兴行权，即为了利益向公众表演的权利）。但在剧本或者乐谱上应当记载“兴行权所有”五个汉字。《照片版权条例》与《版权条例》独立的条例，照片的版权属于摄影师，由于委托摄影的照片版权属于其委托人，版权所有人向摄影师可以要求得到原板。

取得版权必须取得申请注册，否则不受保护。应该注意的是《版权条例》所规定的申请注册不是通过行政机关的审批而产生的，只要符合法律所规定的要件，就能被注册。《版权条例》所给予的版权不属于恩宠特权之类，真正成为作者之权利。过去书籍上常见的是“某某藏版，不许伪版”等等表示，从《版权条例》起开始记载“版权所有”，因为这表示也是保护要件。

《版权条例》第八条规定版权可以买卖或转让，这是“版权”是指经济权利的证据。另外《版权条例》特别关注作者之精神权利。《版权条例》第十九条规定作品完整权，第二十二條规定发表权。如果侵害这些权利，其后果以伪板（即未经许可翻刻）来处理。法律对精神的侵害视为财产的侵害，完全承认同等价值。应该注意的是《版权条例》第二十八条规定“不享有版权的文章或者图画”也受保护。《版权条例》要求申请注册版权，否则不能受到经济权利的保护，但是即使没有申请注册版权也受精神权利的保护，注明了处罚金。确实这是天赋权利。当初在英国出现以作者的名义要求保护版权实际上是出版商的主意<sup>34</sup>，根本没有保护作者的意图，而《版权条例》的关心在于真正尊重作者的智力劳动。假如，未经许可，对某个没有人知道的作品加以修改更好并翻刻，加上向公众免费提供的话，这里没有经济上的损害，而有精神上的损害。无论谁手里有版权，作者的精神上的财产仍然归于作者，并且无论有没有版权，作者也应当被尊重。日本《版权条例》所规定的精神权利受到法国的二元论的影响，直到现在仍维持该理论。1893 年《版权法》基本上沿用《版权条例》，规定美术作品的书画版权属于原版所有人（第七条第五款），有注册版权的文章或者图画作品里的为该作品专门拍的照片与该作品一起受版权保护（第十二条第二款）。

当时日本比欧美法律制度落后，日本根本没有欧美的法律概念，尽管没有平台还是纳入外国法律要素，结果没有始终如一。例如日本最早是 19 世纪初已经开始准备完善《民法典》，1890 年颁布了法国式民法的试行法案，可是等不到 1893 年的正式实施，陷入无限延期状态，原因在于保守的日本人不能接受先进的法国民法，法学界发生了“民法典论争”。日本立法历史最早从中国律令制度学习，但适用范围和实际效果没那么大。1868 年明治政府建立以前，依据各个地方习惯法或者固有规范，进行审理。建立明治政府之后，除了国家特别法令以外，一般性纠纷仍然按照以前的方式来进行审理。根据 1875 年太政官布告 103 号，“如果没有法律和习惯法的，应当依据条理进行审理”。日本放弃法国式民法后，重新起草民法，1895 年受德国影响的民法颁布了。法国理论和德国理论直到今天仍在日本民事法中引起内在的逻辑矛盾<sup>35</sup>。在版权（著作权）法领域，英美法、法国和德国的要素混在一起，每个条款的来源很复杂。因为该题目太广而复杂，此处不赘述。

<sup>34</sup> 参见 (1769) 4 Burr. 2303, 98 Eng. Rep. 201.

<sup>35</sup> 参照北川善太郎著：《日本法学の历史と理论—民法学を中心として》日本評論社，1968 年，30-33 页。民法来自法国和德国，今天星野英一教授（1926-）等有些教授指出过去学者按照德国理论来理解受到法国影响的规定，由法国和德国理论之间有齟齬产生很多矛盾。

#### 四、旧《著作权法》（1899 年法律第 39 号）<sup>36</sup>

根据普通日语概念，“著作”是指著作、著述或者其文章本身<sup>37</sup>。“著作”根本不包括其他创作活动。为何将与 copyright 或者 Author's Right 有关的法律名称称为“著作权法”呢？虽然日本使用过一百余年“著作权”一词，但不仅仅是外国学者，日本学者也总觉得这一点有些不好理解。到底怎么回事？顺应当时国际潮流，为什么不改成“作者之权利法”？过去日本人相信《著作权法》起草人水野炼太郎<sup>38</sup>首次使用“著作权”一词，可是，二十世纪末研究版权历史过程当中，出现另一种观点。为了了解这个问题，我们必须得了解 1899 年出台旧《著作权法》前后的日本在国际社会的情况。

从 1858 年 6 月日本与美国签订《日美友好通商条约》起，日本与英国、德国等其他国家不得不签订不平等条约。政府向外国一直要求废除治外法权（领事裁判权）。外国向日本提出废除裁判权的条件就是版权保护，1897 年日本终于成功完成所有的谈判，答应在签订《日英条约》的五年后、即 1899 年 7 月 17 日前加入《伯尔尼公约》而保证外国作品的版权保护。当时日本为了学习外国的先进知识，完全依靠译书。因此，学者、政治家等有些人对加入《伯尔尼公约》操尽了心，因为不能随便翻译出版外国文章的话，对社会影响非常大。日本政府认为只有重新立法，才能实现《伯尔尼公约》所要求的保护水平。水野炼太郎起草法律条款中，遇到最头痛的问题就是“版权”一词。后来他在自己著述的《著作权法要义》开头说“著作权是指著作者对其著作物<sup>39</sup>享有的权利，过去我国称为版权。一说版权，就使人误解仅仅是指出版权，新法保护对象包括雕刻、模型、照片，还包括以剧本或者乐谱进行的商业演出权。如果这些权利总称为版权的话，觉得可能使人误导狭义理解。因此，在该法中称为著作权”。

以上是在过去日本知识产权法学界的一般提法，而且拥有有说服力的证据，水野炼太郎自己也相信他创造了“著作权”一词<sup>40</sup>。到二十世纪末，万没想到发现新的事实、证据，即水野炼太郎立法前已经存在“著作权”一词。1886 年出版的《天然法》<sup>41</sup>中，在与无形财产有

<sup>36</sup> 因为 1970 年通过全面修改颁布现行《著作权法》，所以日本人将 1899 年《著作权法》称为《旧著作权法》。

<sup>37</sup> 参照《广辞苑》第五版，岩波书店，1998 年。

<sup>38</sup> 水野炼太郎（1868—1949）官僚出身的政治家、法学博士。版权或者著作权法和地方自治法的权威。

<sup>39</sup> 参见水野炼太郎著：《著作权法要义》，明法堂 / 有斐阁，1902 年 5 月，9 页。中国知识产权专家所知日本《著作权法》将作者表达为“著作者”，将作品表达为“著作物”。依据水野炼太郎的观点，“著作物是指相当于英语 work, 法语 oeuvres, 德语 werke, 无论无形有形，通过人的精神劳动获得的一切制作物”。笔者个人看法，日本人讨厌“作品”的理由为一般作品是指艺术程度非常高，怕使人误解没那么高水平的成果不受保护。日语一般所说的“物”含义比汉语含义广，虽然《民法》第 85 条规定“本法所称的物是指有形物”，但各个法律所称的“物”是不一定有形物，以人感官可能感觉到的某个对象也称为物。因此，每个法律有自己的定义或者拟制规定（如《刑法》第 245 条电气视为财物、《特许法（即发明专利法）》第 2 条物包括计算机程序等等），尽管如此，日本法学者心理中没有矛盾。还不想修改“著作权”和“著作物”的理由所在。

<sup>40</sup> 参见水野炼太郎讲演录，《法学协会》杂志，21 卷 7 号，1903 年；《著作权法起草の前后》，载《改造》杂志，1939 年 7 月号。

<sup>41</sup> 原作者为法国 Boistel, Alphonse Barthelemy Martin（1836-1908），笔者查不到原著书名等信息。在此“天然法”意味着 natural law。黑川诚一郎翻译：《天然法》，司法省，1886 年 4 月出

关部分，黑川诚一郎<sup>42</sup>翻译如下：“以自己的良心和知识，随意变更、增加、修改或者停止今后的发行，就是著作权的大略。此外，由著作获得的金钱上的利益也是作者之权”<sup>43</sup>。一般他在其翻译文里，将作者的精神权利翻译为“作者之知识上之权利”，将作品的经济权利翻译为“作者之金钱上之权利”，文章里常见“作者之权利”一词，只在上述部分翻译为著作权。因为没有注释，也没有原文标记，笔者还没有查明其理由。这一节小标题为“文章所有 (propriétés littéraires<sup>44</sup>)、艺术所有 (propriétés artistiques<sup>45</sup>)”<sup>46</sup>。虽然标榜著作与艺术财产，却没出现与“艺术”有关的词汇。此外，版权所有人表达为“书册所有者”<sup>47</sup>。可以说，在黑川诚一郎翻译的《天然法》中“著作”概念包括其他类创作活动。总之他强调“作者”之权利。后来 1886 年瑞士政府邀请日本参与创设《伯尔尼公约》会议时，日本以为时尚早为由，决定延期正式加入，派遣黑川诚一郎以旁听人员身份参加会议。黑川诚一郎接到的派遣令如下：“命令作为委员参与在瑞士国伯尔尼召开的创设《文学及巧艺上著作权保护条约》<sup>48</sup>会议”<sup>49</sup>。参与会议前后的日本政府内部文件对“oeuvres artistiques (艺术作品)”没有固定的说法，有“技术上之发明”、“美术<sup>50</sup>上之发明”、“工艺上之发明”等等乱七八糟的说法<sup>51</sup>，也出现“美术上之著作权”。依据日本著作权历史专家吉村保的观点，在日本政府和瑞士政府之间的外交文件（日本农商务省 1884 年 5 月 16 日文件）上由无名政府官员首次使用“著作权”一词。虽然出版黑川诚一郎译《天然法》是 1886 年，但 1884 年 4 月 10 日已经申请版权，意味着 1884 年 4 月前黑川诚一郎已经写完该书，有些政府人员接触黑川诚一郎的翻译而常用该词。因此，吉川保推定黑川诚一郎发明“著作权”一词<sup>52</sup>。旁听 1886 年伯尔尼会议的黑川诚一郎的笔记如下：“auteurs 作者（也总称为文章巧艺）；auteurs littéraires 著作者；auteurs artistiques 巧作者<sup>53</sup>，ouvrage——作物（总称）；ouvrages littéraires 著作物；ouvrages artistiques 巧作物；droit d’auteur littéraires 著作权；droit d’auteur artistiques 巧作权”<sup>54</sup>。在此黑川诚一郎严格地使用“著作”一词，与

版，1882 年 4 月 10 日申报版权。

<sup>42</sup> 黑川诚一郎（1849—1909），官僚、学者，在司法省、外务省工作。1870—1874 年法国留学，1880 年参与《民法典》的起草制定工作。1886 年在意大利罗马公使馆从事外交工作之间，以旁听人员身份参与《伯尔尼公约》会议。

<sup>43</sup> 参见黑川诚一郎翻译：《天然法》，司法省，1886 年，211 页。

<sup>44</sup> 在这里，propriétés 不应该翻译“所有”，应该翻译“财产”。

<sup>45</sup> 在这里，propriétés 不应该翻译“所有”，应该翻译“财产”。

<sup>46</sup> 参见黑川诚一郎翻译：《天然法》，司法省，1886 年，191 页。

<sup>47</sup> 按照文章的前后，笔者估计这是 17 世纪前还没有 copyright 一词时候，英语所说的“have a Book”之类的表达，是指对版本有权利的人。也许这“书册所有者”一词引起了“著作”的滥用。

<sup>48</sup> 现在日本政府正式使用的《伯尔尼公约》名称为《文学的及び美术的著作物の保护に関するベルヌ条約》。

<sup>49</sup> 原载 1886 年 6 月 10 日官报。参见苍田喜弘：《著作权の軌跡(14)》，载《コピーライト》杂志，1978 年 5 月，5 页。

<sup>50</sup> 在近代日语“美术”包括音乐（如参照 1899 年《著作权法》第一条），在 20 世纪中发生变化分别使用，即“艺术”包括美术和音乐。现行《著作权法》（1971 年 1 月 1 日实施）第 10 条 1 款举例作品中独立存在音乐作品。

<sup>51</sup> 参见日本音乐著作权协会编：《日本音乐著作权史》，日本音乐著作权协会，1990 年，17 页。

<sup>52</sup> 参见吉村保著：《发掘日本著作权史》，第一书房，1993 年，12 页。

<sup>53</sup> 现代日语没有“巧作”一词。也许它也是创造新词。日语汉字“巧”包括艺术或者技术的文雅表达。

<sup>54</sup> 参见日本音乐著作权协会编著：《日本音乐著作权史》，日本音乐著作权协会，1990 年，28 页。

汉语所说的含义一致，可是随后日本法将 droit d' auteur 即作者之权利又表达为“著作权”如何理解？artistiques（艺术）到底哪里去了呢？

后来日本政府废止《版权法》、《剧本乐谱条例》及《照片版权条例》，统一立法《著作权法》。1899年3月4日颁布《著作权法》，同年7月15日实施。1899年4月18日日本加入《伯尔尼公约》，签订了《伯尔尼公约》巴黎增订文本，同年7月17日在日本生效。那时在日本国民之间根本没有对音乐作品的权利保护意识。到1908年《伯尔尼公约》柏林修改公约，日本政府慎重考虑在国内国民对音乐作品的意识<sup>55</sup>，对翻译<sup>56</sup>和乐谱演奏提出保留。鉴于上述的情况，有一种可能性，即在日本社会上保护对象主要是与著作有关作品，对艺术的意识慢慢地淡化，“著作”概念慢慢地侵蚀其他概念，最后在广义的著作概念上增加了权利的概念，诞生了具有日本特色的“著作权”。无论谁首次使用“著作权”一词，总之，当时“著作权”一词是知识分子容易想到的词语。水野炼太郎起草时，曾考虑“创作权”<sup>57</sup>一词，那时如果日本选择这个词可能更好一些。到底为什么日本没有考虑“作者之权利法”，依笔者个人看法，因为日语常常省略主语<sup>58</sup>，而且在语法上没有问题，所以认为作者享有权利是理所当然的，没有必要加上“作者”一词。可能想表达为“作者对其某个成果享有的权利之法”，但不知道“某个成果”该怎么表达。

由此可见，日本政府非常着急加入《伯尔尼公约》，而且时间很紧张，无论如何有必要完善 copyright 法或者 Author's Right 法，以便覆盖《伯尔尼公约》所要求的客体。应该注意的是，虽然在法律用语上“版权”和“著作权”属于同义词，但著作权法所采用的结构完全变化了，只有通过作者的保护，才能实现权利保护。

1899年的《著作权法》第一章标题为“著作者之权利”。第一条规定“属于文章、口述、图画、雕刻、模型、照片和其他文艺学术或者美术（包括音乐）的著作物的著作者，专有其复制权”<sup>59</sup>。旧著作权法起草人水野炼太郎说“1899年《著作权法》目的在于保护以精神劳动获得的作品，报答其努力”<sup>60</sup>，“作者享有对自己的作品控制复制的独占权，反过来说，他人不得复制其作品。没有涉及到发行权的理由是只要控制复制，就不需要规定发行，参考

<sup>55</sup> 根据《伯尔尼公约》巴黎增订文本，如果作者没有宣明未经作者许可不得演奏等表示，可以随便演奏。虽然日本制定著作权法，可从1908年《伯尔尼公约》柏林会议一直提出保留对音乐作品演奏权，在1928年《伯尔尼公约》罗马会议，日本决定放弃该保留。

<sup>56</sup> 参照1908年5月21日、1909年2月25日在于法理研究会水野炼太郎讲演录，《他山之石》清水书店，1909年177页、208页。根据1896年《伯尔尼公约》巴黎增订文本，如果一件作品在首次发行后十年以内，作者或者他人还没有翻译发行，著作权人在该国丧失了翻译权，即可以随便翻译。《伯尔尼公约》柏林修改草案改为翻译权在著作权保护期内仍然有效。1908年日本在《伯尔尼公约》柏林会议向外国勉强地辩解而主张“翻译的自由”，即“为了西方和东方的沟通，对文章的翻译应当宽容一点，翻译的自由对大家都有好处”、“因为欧洲国家有互相联系，而且语言差异没那么小，而日本情况与欧洲不太一样，罗马字母和汉字完全不一样”等等。当然政府人员也明明知道这些主张没有法理依据。虽然日本1910年批准柏林文本，但提出巴黎增订文本的十年制的保留。现行《著作权法》的《伯尔尼公约》保留措施对1971年前发行的作品暂时适用，1981年1月1日起撤废该规定。

<sup>57</sup> 关于“创作权”，当时学术界有争议，著作者之权利是否保护作者的对美术价值有关权利。参见半田正夫著：《著作权法の研究》，一粒社，1971年，177页。

<sup>58</sup> 总之日语语言本身暧昧，专家均指出如果某个条款很难翻译英文的话，那么条款本身有毛病。

<sup>59</sup> 关于举例保护客体，在1910年修改时增加了建筑，在1920年修改时增加了演奏和歌唱。

<sup>60</sup> 参见水野炼太郎著：《著作权法要义》，明法堂/有斐阁，1902年5月，3页。

德国和比利时法律”<sup>61</sup>。水野炼太郎对作者的精神权利观点是“向世人发表自己作品，作者享有无形之快乐。他人剽窃或者模仿其作品时，即使没有经济上的损害，仍然有感情上的损害”<sup>62</sup>。

关于侵权规定，应该注意的是日本没有采用自动保护原则，虽然著作权是自动产生的，不需要任何手续，但如果沒有申请注册，就不能提起侵权诉讼，注册是对第三者的对抗要件<sup>63</sup>。法律没有规定申请注册著作权的期限，可以随时申请，甚至发现侵权时，仍然可以进行申请注册。法律规定申请注册有可能是为了避免到时候很难判断是否有侵权的情况。

虽然日本在 1899 年以后，作为法律用语的“版权”一词消失了。但在过渡时期，不仅是在口头上，甚至在正式文件中也使用过“版权”一词。例如 1903 年 11 月 24 日，中国清朝和日本之间签订的《中日通商行船续约》第五条规定如下：“中国政府约定，为了防止中国国民侵犯日本国民所享有的注册商标，制定必要的法规并忠实履行。同时，关于以中国语编写的、尤其是为了中国国民使用制作而提供的书籍、书册、地图和海图，为了保护日本国民享有的注册版权（原文如此），中国政府制定必要的法规并忠实履行。为了有效地保护商标和版权（原文如此），中国政府设立登记局，依据将来制定的有关保护商标和版权（原文如此）的规定，应当登记由中国国家受保护的外国商标和版权（原文如此）。日本政府保证，根据日本有关法律规定，在日本合法注册的中国商标和版权（原文如此）也同样受保护。凡日本国民或者中国国民，如果是危害中国治安的出版物的作者、所有人以及销售人，作为抗辩不得援用本条款”<sup>64</sup>。为何汉语文本将“版权”翻译为“印书之权”（汉语原文），有的日本学者以这个事实认定日本政府曾经将“版权”和“著作权”分别使用过，即作为“出版”的表达使用过“版权”一词<sup>65</sup>。笔者不能同意这个观点，因为在此列举的书籍等客体都是《著作权法》实施前的客体，所以有可能日方没有作为出版的表达意图而使用“版权”一词。可是对这样的客体的复制方法主要是印刷出版，中方为了对自己有利将“版权”（copyright）的意思改为“印书之权”。在这种情况下，可以说条约的汉语文本和日语文本之间有差距。如果那时日本政府所要求的保护客体包括立体作品或者无载体作品的话，笔者认为日本政府不会使用“版权”一词，也不会允许在汉语文本使用“印书之权”一词。《中日通商行船续约》互换前一天在华盛顿互换的《中美续议通商行船条约》从谈判开始中方一直使用“版权”一词，美国要求的保护客体比日本多一些，还包括印件、译书、铸件<sup>66</sup>。笔者在此无意否定其他可能性<sup>67</sup>，因为没有能够直接解释该问题的书面材料，确凿的旁证也不够，只不过是推论而已，敬请指教。

<sup>61</sup> 参见水野炼太郎著：《著作权法要义》，明法堂 / 有斐阁，1902 年 5 月，13 页。

<sup>62</sup> 参见水野炼太郎讲演录：《他山之石》，清水书店，1909 年，157 页。

<sup>63</sup> 旧《著作权法》第 15 条。参见水野炼太郎著：《著作权法要义》，明法堂 / 有斐阁，1902 年 5 月，66 页。

<sup>64</sup> 依据笔者的了解，日语原文翻译成现代汉语。原载日本《官报》，1904 年 1 月 20 日，转引自东亚同文会编：《东亚关系特种条约彙纂》增补第 4 版，丸善，1912 年，附录第二 15 页。参照《光绪条约》卷第 68，1903 年，转引自周林，李明山主编：《中国版权史研究文献》，中国方正出版社，1999 年，80 页。

<sup>65</sup> 参照吉村保著：《发掘日本著作权史》，第一书房，1993 年，8 页。

<sup>66</sup> 周林，李明山主编：《中国版权史研究文献》，中国方正出版社，1999 年，80 页。

<sup>67</sup> 如果谈判在 1903 年以前已经开始，则有可能参与谈判的中日代表人员不习惯使用“著作权”一词。

1910 年中国《大清著作权律》作为法律用语采用“著作权”一词，但其立法模式与日本旧《著作权法》不同。《大清著作权律》第一条“著作权”的定义与日本《版权条例》或者《版权法》“版权”的定义很相似，区别在于《大清著作权律》接着举例保护客体。日本《版权条例》或者《版权法》第一条规定：“凡出版文章或者图画且专有其利益之权利，称为版权”，日本旧《著作权法》第一条规定：“属于文章、口述、图画、雕刻、模型、照片和其他文艺学术或者美术（包括音乐）的著作物的作者，专有其复制权”。《大清著作权律》第一条规定：“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”。从《大清著作权律》整个法律结构来看，笔者认为该法律受到日本《版权条例》或者《版权法》的影响，而没有接纳日本旧《著作权法》的立法模式。

## 五、现行《著作权法》（1970 年法律 48 号）

严格地说，现行《著作权法》不是作者之权利法，因为其内容还包括邻接权。虽然现代日语所说的“著作权”一词的用法有各种各样的含义，但依据现行《著作权法》的法律条款，只有作为作者的经济权利表达时可以使用，是与作者的精神权利（原文：著作者人格权）和传播者之权利（原文：著作邻接权）有所区别的用语。作者的精神权利和作者的经济权利（原文：著作权）总称为“作者之权利”（原文：著作者之权利）<sup>68</sup>。作者之权利包括经济权利和精神权利，而传播者中享有精神权利的仅限于表演者<sup>69</sup>。最广义的“著作权”概念（原文：著作权等）包括所有的作者之权利和传播者之权利<sup>70</sup>。应该注意的是有时“著作权等”不表达为上述的意思，根据具体情况确定包括什么权利或者排除什么权利。这一点与中国《著作权法》不同，根据中国《著作权法》第十条规定，“著作权”一词包括人身权和财产权。

旧《著作权法》由作者之权利、出版权<sup>71</sup>、侵权（原文：伪作）、罚则和附则一共五章组成，没有独立规定邻接权的一章。以 1900 年初发生的一件纠纷为契机，旧《著作权法》开始考虑保护邻接权。当时在日本流行“浪花曲”<sup>72</sup>，流行说书先生“桃中轩云右卫门”转让德国贸易商 Richard Wadamann 著作权，德国贸易商在唱片上录制他的说唱故事并销售。可是该制品盗版横行，1912 年德国贸易商以侵犯著作权为由，向东京地方法院请求追究刑事责任并责令损害赔偿。东京地方法院和高等法院均支持德国贸易商，1914 年 7 月 4 日大审院（相当于现最高法院）认定，根据原有的梗概说唱、没有固定旋律的“浪花曲”那样的低级表演不符合《著作权法》所说的作品。因为“桃中轩云右卫门”不享有著作权，唱片制作者德国贸易商也没有受让任何权利，因此德国贸易商败诉<sup>73</sup>。该纠纷争议在于说书表演本身是否是受

<sup>68</sup> 参照现行《著作权法》第 17 条标题。

<sup>69</sup> 2002 年 10 月 9 日 WPPT 在日本生效，按照 WPPT 第 5 条，日本《著作权法》第 90 条之 2 和第 90 条之 3 规定表演者的精神权利。WPPT 的要求仅限于音乐表演者，日本法比 WPPT 保护对象广，覆盖视听表演者。

<sup>70</sup> 参照现行《著作权法》第 2 条第 1 款第 21 项。

<sup>71</sup> 依据 1934 年法律第 48 号增加了。

<sup>72</sup> 使用日本弦子伴奏的说唱故事，没有乐谱。

<sup>73</sup> 大审院大正 3（1914 年）年 7 月 4 日刑录 20 周辑 1360 页。日本爱知大学法科大学院伊藤博文教授的 calS (Computer aided Legal Studies) 项目网站免费提供该判决书全文。参见

<http://cals.aichi-u.ac.jp/products/cases/Taishinin/KumoemonJiken.TXT>, 2004 年 11 月 1

保护的作品，当时没有录音制品制作者应该享有邻接权的概念。虽然大审院认为盗版属于违背正义的行为，应该制止，但以没有法律依据为由，不得不认定没有侵权，结果盗版十分猖獗。为了纠正这种不合理的判决，1920 年旧《著作权法》对侵权认定部分作出新规定“在专门复制声音的媒介体上录制他人作品的，视为侵权”。令人惊讶的是，按照修改后旧《著作权法》，进行演奏或者歌唱的表演者享有著作权<sup>74</sup>，即作为作者受保护，录音制品制作者也对录音制品享有著作权<sup>75</sup>，即作为作者受保护。法律将邻接权者视为作者，利用作品的行为即表演也成为作品，录制表演的媒介体也成为作品。传播者可以成为权利主体是没有疑问的，但传播者可以成为作者是有问题的。虽然他们应该拥有利用该作品的权利，但不能说是该作品的作者，法律对传播者视为作者在理论上没有依据。日本专家承认该立法方式有问题<sup>76</sup>。采用这个方式的原因在于旧《著作权法》是“作者对其某个成果享有的权利之法”，被认为只有成为作者，才能实现权利保护。

关于音乐作品的表演或者播送，日本在 1928 年《伯尔尼公约》罗马会议上，决定放弃对音乐作品的演奏权的保留，但实际上不仅仅是在老百姓之间，甚至在有些法学人士之间也没有著作权的保护意识，在餐厅、咖啡厅、剧院、广播电台等等可以常见对外国作品的侵权行为。1931 年，作为欧洲著作权组织代理的德国人 Wilhelm Plage 博士<sup>77</sup>在东京开始代收著作权使用费后，日本人之间渐渐普及著作权的保护意识。在 1932 到 1941 年与 Plage 博士活动有关的在出版、广播等行业的恐慌状态称为“Plage 旋风”。因为 Plage 博士的活动给日本社会带来严重的影响，甚至有些日本人提出建议日本应该退出《伯尔尼公约》。为了对付 Plage 旋风，1934 年旧《著作权法》增加了第三十条第一款第八项的规定，以商业演出或者广播为目的，在专门复制声音的媒介体上合法录制的作品的利用行为不构成侵权。此外 1939 年日本制定与著作权集体管理组织有关的《著作权仲介业务法》<sup>78</sup>，通过集体管理组织，努力实现作者、作品传播者与社会利益的平衡。

关于有关邻接权的国际条约，1961 年在罗马缔结了《保护表演者、录音制品录制者与广播组织公约》（以下简称《罗马公约》）。日本考虑是否加入《罗马公约》，但以时尚早为由，决定在一段时间内观察其他国家动向，而在 1971 年出台的现行《著作权法》，分别规定作者之权利和传播者之权利，法律给予表演者、录音制品制作者、有线广播组织和无线广播组织邻接权。日本版权法（著作权法）立法历史，从参考英美法起，其后接受法国理论，然后转移到德国理论，最后还是按照日本自己的情况，调整法规。现行《著作权法》新设邻接权一章时，作者概念排除了邻接权者。现行《著作权法》第九十条规定邻接权与作者之权利独立的权利，邻接权内容对作者之权利没有任何影响。到 1989 年日本正式加入《罗马公约》，同

---

日访问。

<sup>74</sup> 参照日本旧《著作权法》第 1 条 1 款。

<sup>75</sup> 参照日本旧《著作权法》22 条之 7。

<sup>76</sup> 参照半田正夫：《わが国著作権制度の特色》，载半田正夫・纹谷畅男编：《著作権のノウハウ》第六版，有斐阁，2002 年，12 页。

<sup>77</sup> Dr. Wilhelm Plage (1888-1969)。1912 年在东京德国大使馆担任翻译，1913 年在长崎领事馆担任翻译，1914 年在美国德国大使馆做工作，1917 年回德国，1920 再来日本继续在德国大使馆做工作。大使馆辞职后，1922 年在松江开始做德语老师，1925 年回德国在汉堡大学获得法学博士学位。1928 年第三次来日本做德语老师，1931 年 8 月在东京开著作权代理机构，开始有关著作权代理收费、诉讼等等。

<sup>78</sup> 1939 年法律 617 号。2000 年 11 月 21 日废止《著作权仲介业务法》，2001 年 10 月 1 日实施《著作权等管理事业法》。

年 10 月 26 日起在日本生效。此外，针对盗版录音制品的问题，1971 年在日内瓦缔结了《录音制品公约》，1978 年日本正式加入该公约。

综上所述，日本“著作权法”名称本身已经不能表达其法律内容。但由于在日本社会作为 Copyright 或者 Author's Right 的表达长时间使用“著作权”一词，因此其实际含义庞大，日本老百姓并不特别反感该词语。

## 结语

由于自古以来日本经常借鉴国外先进思想或者技术来发展自己。因此在日语里头有很多外来语。坦率地说，甚至原来汉字也是外来语，长时间使用变成日语，有些词汇有日本特色的发展。本来日语不属于汉语语系，其语法与汉语完全不同，但日本人觉得汉字是很方便的文字表达方式，而且有文化、雅格，舍不得抛弃。在日本首次介绍过来的“版权”是指“作者制作用于印书的版本，依国法应当获得的其专卖利益”，《出版条例》受其影响，但还没有形成作者之权利。《版权条例》明确规定版权属于作者。虽然《版权条例》所说的“版权”是指作者等主体享有的经济权利，但是该条例的保护对象不仅仅是经济权利，也涉及到作者之精神权利。《版权法》沿用《版权条例》。虽然旧《著作权法》没有明文规定，但明明“版权”和“著作权”属于同义词，“著作权”一词表达为广泛的客体，绝不能以汉字作狭义理解。依据现行《著作权法》所说的“著作权”是指作者的经济权利。最广义的“著作权”概念，即“著作权等”还包括传播者之权利。无论哪国都有自己的立法历史，会两种语言很容易，但享有两种文化却很难做到，只有了解立法背景，才能理解某国法律。日本按照自己的需要，每次立法时引进欧美理论，然后按照国情，走自己的路。目前，从法学角度来看，不合适的法律用语不少<sup>79</sup>。作为 copyright 的表达，不用说“著作权”确实有点奇怪，而“版权”也不太合适，因为在今天的日本仍然使人想起版权等其它概念。在日本出版界作为习惯用语，包括报道、广告中使用“版权”的情况大概有四个<sup>80</sup>：第一，漫画、动画片角色等的使用许可。作为所谓商品化权的同义词使用；第二，侵权报道，尤其是对出版物的侵权报道。因为语感很好听，所以有些媒体表达为“版权侵害”；第三，将取得外国小说等的翻译权或者出版权表达为“版权取得”；第四，有时出版社自己称为“版权产业”。虽然有的日本学者认为将 Copyright 翻译为“版权”在语言学上是准确的<sup>81</sup>，但不敢使用，与中国学者恰好相反。笔者认为，既然如此，日本就不应该返回到将 copyright 表达为版权。我们应该顺应时代的潮流，发明创造新的词语来代替它。

<sup>79</sup> 如日本长时间作为 Intellectual property 使用“知的所有权”，在 2002 年 7 月 3 日出台的《知的财产战略大纲》终于改为“知的财产”。参照以下网页，<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki/index.html>, 2004 年 11 月 1 日访问。关于过去签订的条约等，因为政府公式翻译不能随便修改，现在仍然使用不合适的名称。如将《TRIPs 协议》表达为“知的所有权的贸易关连の側面に関する协定”。

<sup>80</sup> 参见丰田さいち：《暧昧语“版权”》，载《出版ニュース》杂志，2001 年 4 月上旬号。

<sup>81</sup> 参照三宅正雄著：《著作权法杂感》，发明协会，1997 年，102 页。

## Historical research of copyright in Japan

Ari HAGIWARA

“Hanken”, “chosakuken” and “copyright” are synonyms in verbal Japanese. “Hanken” is used by the contract negotiation, However, we can not find the word of “hanken” in law books. Because a good alternative “chosakuken” to the word of “hanken” is available, “hanken” is not used now.

Japan has always learned a lot of ideas and technology from developed country. Some of Kanji (one of the Japanese characters) are originally from old Chinese, and a lot of modern Japanese words are used in China. Japanese grammar is different from Chinese, but Japanese continue using a kanji because kanji is very useful, intellectual and elegant.

The word of copyright introduced to Japan for the first time was “the monopoly interest that authors share for print, and it is protected by national law”. “Publishing Regulations” first used “hanken”, but it did not mean the author’s right, and it was right to publish. “Hanken regulations” provided that authors are copyright owners. “Hanken” means economic right in “Hanken regulations”, but it should be noted that the law provided about moral right of authors. “Hanken Law” took over “Hanken regulations”. When Japan drafted a new Act for implement commitment of Berne Convention, the word of “chosakuken” was coined. “Hanken” and “chosakuken” are different terms having the same meaning, and object of copyright is extended. In existing Copyright Law “Chosakuken Law”, “chosakuken” is the economic right of the copyright holder, and in a broad sense, it includes the neighboring rights. It is not correct to translate the word of “copyright” into “chosakuken” or “hanken”, because the Japanese connect the word of “hanken” with the right to publish.

Therefore, I think that Japan should not step back to the word of “hanken”. Moreover, Japan should get on a flow of the time, it is desirable to coin another technical term.

## 版权条例（1887 年勅令第 77 号）

萩原 有里 译<sup>\*\*\*</sup>

朕批准版权条例, 特此公布。

御 名 御 玺

明治二十年十二月二十八日

内阁总理大臣 伯爵 伊藤博文  
内 务大臣 伯爵 山县有朋  
司 法大臣 伯爵 山田显义

第一条 凡出版文章或者图画且专有其利益之权利, 称为版权。伪版<sup>82</sup>是指未经版权所有人许可, 翻刻其文章或者图画。

第二条 依《出版条例》出版文章或者图画的人, 依本条例可以受版权保护。

第三条 希望受版权保护的人, 应在出版之前, 向内务省交纳相当于六本所要出版的作品的价格, 并申请版权注册。

第四条 如果政府部门出版文章或者图画, 需要注册版权的, 应当向内务省申报其理由。

第五条 在版权保护的有效期内, 在已注册版权的文章或者图画上, 应当记载“版权所有”四个字。未记载的, 视为其注册失效。

第六条

- (一) 内务省设置版权登记簿, 登记每个注册申请, 并颁发注册证书。
- (二) 已注册版权的文章或者图画, 内务省在公报上及时公布。

第七条

- (一) 版权归作者所有, 作者死亡后, 版权由其继承人享有。
- (二) 以记录讲义或者演讲内容而形成的书, 版权属于其演讲者。经演讲者许可, 记录

<sup>\*\*\*</sup> 本译文受到北京市高朋天达律师事务所宫晓燕律师的帮助, 译者在此谨致谢忱。

<sup>82</sup> 作为侵权的表达, 在十八世纪日本使用“重板(版)”一词, 进入明治时代, 开始使用“伪板(版)”一词, 旧《著作权法》采用了“伪作”一词。按照相关政府部门的文件, “伪作”一词作为侵害著作权(an infringement of copyright)的表达使用。在现行法律条款上重板(版)、伪板(版)和伪作均不使用。因为译者对这些有关侵权术语的含义变迁还不太了解, 并且译者的汉语能力有限, 因此, 在此只能使用日语原文。

者出版該書籍的，版權屬於該記錄者的，記錄者死亡後，版權屬於其繼承人。

- (三) 翻譯書籍的版權屬於翻譯者，翻譯者死亡後，版權屬於其繼承人。
- (四) 政府、學校、公司或者協會等以該組織的名義出版的文章或者圖畫的版權屬於該組織。
- (五) 將數個人的著作、講義或者講演匯編所形成的版權屬於匯編人，匯編人死亡後，版權屬於其繼承人，但匯編人、原作者、演講者或者他們的繼承人之間的法律關係依照約定。

第八條 版權可以付條件或者無條件地買賣或轉讓。

第九條 如果版權註冊證毀損或者遺失的，可以向內務省申請補發。申請補發時，應在申請書上記載其理由，並支付五十錢<sup>83</sup>的手續費。

第十條

- (一) 版權保護期間為作者生前及死後五年。如果將版權註冊之月至作者死亡之月的時間再加上五年，不足三十五年的，版權的保護期為自版權註冊之日起三十五年。
- (二) 合著作品的版權保護期以最後死亡的作者為準計算。
- (三) 政府、學校、公司、協會等以該組織的名義出版的文章或者圖畫，以及作者死亡後出版的文章或者圖畫的版權保護期為自版權註冊之月起三十五年。

第十一條

- (一) 以期刊的形式，按期出版的文章或者圖畫的版權保護期為，自各期出版之月起計算，但每出版一期應當按照本條例第三條的規定，辦理相關手續。
- (二) 雜誌類圖書的出版，經內務大臣許可後，可以省略辦理本條例第三條所規定的手續。

第十二條 版權保護的內容包括，不得擅自對該文章或圖畫進行修改或增刪、增加注釋、圖畫或附錄、修改版式、以及分冊或者合冊。

第十三條 對社會特別有益的文章或者圖畫，並且在版權保護期內所取得的收益尚不足以償還為該作品出版所支付的勞動力和費用的，根據版權所有人的申請，內務大臣可以將該版權有效期延長十年。

第十四條

- (一) 在文章或者圖畫版權的保護期內版權所有人死亡的，他人確信該版權所有人無繼承人，並且希望出版該文章或者圖畫的，應當在官方報紙以及東京四家以上有重要影響的報紙和版權所有人居住地報紙上登載七天以上的廣告。如果自廣告登載

---

<sup>83</sup> “錢”是指舊貨幣單位之一，一錢是一日元的百分之一。根據日元的價值變動，當時的一日元相當於現代的 7000 日元。

的最后之日起，六个月内没有出现版权继承人的，经内务大臣许可，他人可以出版该作品而受版权保护。

(二) 作者不明或者无继承人的作品，并且尚未出版的，依照前款规定，他人可以出版该作品而受版权的保护。

#### 第十五条

(一) 在报纸或者杂志上连载两次以上的评论文章或者小说，自该作品发刊之日起二年内，只有经该编辑者许可，才能将其汇编成书并出版该作品。

(二) 即使还没经过二年，已经成为一本书籍注册版权的，仍然不得汇编该原作品。

第十六条 对享有版权的文章或者图画制作伪版的人，应当对版权所有人承担损害赔偿 responsibility。以销售伪版作品侵犯版权的人也同样承担该损害赔偿 responsibility。

第十七条 在伪版之诉提起之前，根据起诉人的申请，法官可以责令其停止销售、发行等侵权行为，但经审理后认定没有伪版行为的，起诉人应当赔偿由于停止侵害而给对方造成的损害。

第十八条 因伪版而产生的损害赔偿 responsibility 可以责令伪版人的继承人承担。

#### 第十九条

(一) 未经版权所有人许可，对享有版权的文章图画进行翻译或者增删、加注、附录或者绘图等、或续写未完成的文章，并且出版的，以及违反了本条例第十五条的，视为伪版。

(二) 未经演讲者许可，对讲义或者演讲进行记录的人出版该文章，依据前款的规定处理。

第二十条 虽然翻译文章的版权属于该翻译人，但该人不得向其他翻译同一原作品的人提出伪版之诉，但能够证明该翻译系剽窃已出版的翻译作品的情况除外。

第二十一条 故意为欺骗公众，假冒、模仿享有版权的文章或者图画的题目或者作出与该作品题目类似的姓名、企业名称、商号等标记，妨害他人的版权的，视为伪版。

第二十二条 未经作者或其继承人许可，出版未出版的文章或者图画或者翻刻非买的文章或者图像的，视为伪版。

第二十三条 以摄影的方式侵犯文章或者图画版权的，视为伪版。

第二十四条 将在国内享有版权的文章或者图画在国外做成伪版，然后进口或者在国内销售的，视为伪版。

第二十五條 在偽版之訴中，難以判定是否有偽版行為的，受理該案件的法院應選擇三名以上的鑑定人可以进行鑑定。

第二十六條 與偽版有關的損害賠償責任的時效為至其原作品的版權保護期滿後的第三年。

第二十七條

- (一) 對偽版人和明知偽版而進行印刷或者銷售的人，處以一個月以上一年以下的徒刑<sup>84</sup>或者二十日元以上三百日元以下的罰金，但只有受害者自行起訴後，方能追究其違法行為。
- (二) 任何人擁有與偽版有關的刻版和翻印本，都應當沒收。已銷售的，應沒收其銷售所得，並將所得交付受害者。

第二十八條 即使不享有版權的文章或者圖畫，不得擅自進行下列行為：改變該作品侵害作者的原意、改變作品標題、隱匿作者姓名、或者假冒他人作品的方式，翻刻該作品。如果違反本規定，處二日元以上一百日元以下的罰金，但只有在作者或者發行人自行起訴後，方能追究其違法行為。

第二十九條 未履行本條例第三條所規定的手續，出版標有“版權所有”文字的文章或者圖畫的，處十日元以上一百日元以下的罰金。

第三十條 對違反本條例的人，不適用《刑法》所規定的自首減輕、累犯加重、並合罪的規定。

第三十一條 本條例的公訴時效為二年，自認定犯罪成立的文章或者圖畫最後銷售或發行日起計算，但未銷售或發行的，自最後印刷之日起算。

第三十二條 按照現行出版條例已取得許可的版權保護期限，按照現行條例計算。

---

<sup>84</sup> 原文為“重禁錮”，舊《刑法》規定的刑罰之一。雖然稱為禁錮，但重禁錮並不是拘禁，是在禁錮的地方必須服勞役。依據《刑法施行法》（1908年3月28日法律第29號）第19條的規定，舊刑法所規定的重徒刑、輕徒刑和重禁錮改為有期徒刑。