

北川善太郎 著

郭慧琴 / 译 渠涛 / 审校

著作权交易市场

信息社会的法律基础

コピーマート 情報社会の法基盤

世界著名**知识产权专家**经典著作
提供**互联网著作权问题**的解决方案

コピーマート

じょうほうしゃかいのほうきばん

著作权交易市场

——信息社会的法律基础

北川善太郎 著

郭慧琴 译 渠涛 审校



湖北省版权局著作权合同登记图字:17-2011-133 号

图书在版编目(CIP)数据

著作权交易市场——信息社会的法律基础/北川善太郎 著 郭慧琴 译 渠涛 审校.
—武汉:华中科技大学出版社,2011.12
ISBN 978-7-5609-7198-8

I. 著… II. ①北… ②郭… ③渠… III. 著作权-贸易市场-文集 IV. ①D913-53
②F713.584-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 134379 号

Copymart Zyoho-Shakai no Ho-Kiban
by KITAGAWA, Zentaro
Copyright (c) 2003 KITAGAWA, Zentaro All rights reserved.
Originally published in Japan by Yuhikaku Publishing Co., Ltd, Tokyo.
Chinese (in simplified character only) translation rights arranged with
Yuhikaku Publishing Co., Ltd., Japan

著作权交易市场——信息社会的法律基础

北川善太郎 著
郭慧琴 译 渠涛 审校

责任编辑:张欣

封面设计:刘卉

责任校对:张琳

责任监印:张正林

出版发行:华中科技大学出版社(中国·武汉)

武昌喻家山 邮编:430074 电话:(027)87557437

录排:华中科技大学惠友文印中心

印刷:华中科技大学印刷厂

开本:710mm×1000mm 1/16

印张:12.5 插页:2

字数:249千字

版次:2011年12月第1版第1次印刷

定价:39.80元



华中出版

本书若有印装质量问题,请向出版社营销中心调换
全国免费服务热线:400-6679-118 竭诚为您服务
版权所有 侵权必究

通向未来的法律世界

——《科技法学论丛》总序

1999年《中华人民共和国合同法》第11条规定:合同的书面形式是指可以有形地表现所载内容的形式,包括合同书、信件和数据电文(包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件)等。2009年《中华人民共和国侵权责任法》第36条关于网络侵权问题,对于网络用户、网络服务提供者的责任分担进行了明确规定。应该说,从大陆法系传统的成文法典看,中国在民法典各编编纂过程中体现了技术进步和社会发展。但是,从实质性研究和法律实践来看,自20世纪60年代开始,西方社会对于科技发展所带来的一些社会问题已经开展了较为广泛的探讨,甚至逐渐形成了法学研究或司法裁判中一道前沿的风景线。之所以如此,不仅是技术引发的社会问题吸引人们的眼球,究其实质,是因为技术进步导致人们传统观念转变、行为模式变迁,引起了社会范式及社会关系的变化。

本来,法律作为一种保守的社会力量,总是在固守一个成熟社会的某些传统观念、行为规范及社会关系。但是,技术进步已然实实在在地改变了人们的行为及交往方式,而探讨由此引发的伦理冲突、价值背离、社会问题(如安乐死、试管婴儿、治疗性克隆、网络安全等)及其法律对策,就成为消弭社会进步与法律传统之间裂痕的重要议题。同时,以经验事实为基础的法律演绎,又成为促进社会进化的催化剂。日本法学家穗积陈重先生有言:“法律既为社会力,则社会变迁,法现象不能不与之俱变。”^①科技发展与社会变迁,自然也引起了法律现象的变化。特别是第二次世界大战以来,科技立法的发展,从某种程度上体现了当代法律发展的新趋向,也引发了传统法律的一些新变化。两者互为表里,又互为因果。

20世纪80年代末期,中国开始了专门的科技立法及其理论研究。以此发端,《中华人民共和国专利法》、《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国科学技术进步法》、《中华人民共和国促进科技成果转化法》等层出不穷,国家一级学会即中国科学技术法学会成立,时任全国人大教科文卫委员会副主任委员胡克实同志出任首任会长,《科技与法律》(第1期试刊定名《科技法学》)杂志社创办,科技立

^① [日]穗积陈重:《法律进化论(法源论)》,黄尊三、萨孟武、陶汇曾、易家铨译,北京,中国政法大学出版社1997年12月第1版,第53页。

法与科技法学研究呈现出一派繁荣的景象。但是,无论是在科技发展自身,还是在法制建设(包括科技法制建设)方面,我们毕竟都是后来者。我国科技法学倡导者、华中科技大学法学院首任院长罗玉中教授曾经有过一个提法,认为科技法学是“墙内开花墙外香”,指称《中华人民共和国科学技术进步法》颁布之后,日本、越南等纷纷借鉴并出台相应的法案,中国台湾也出台了台湾地区的有关规定。按照这种说法,中国似乎是科技法学的首倡之地。诚然,环顾当今世界,似乎只有中国依然固守部门法体系,并且从这一体系出发来看待科技法或科技法学问题。但是,从一种研究角度分析,科技法学是一门开放性的学问,研究对象是与科技相关的法律问题。从这一视角看,其实“墙外”早已“花开花香”,自有其万千气象。在中国,过去由于科技远离大多数普通老百姓的日常生活,立法者和法学家也往往将注意力集中在那些社会转型所必需的基本法律制度设计上,“科技法学”或者“科技与法律”的议题,总是被一种异样的眼光所怀疑或者端详;至少,在相当长的一段时间内,此种议题没有引起人们的足够重视。

中国法学界——无论是科技法学界还是这一学科的外围学者们,首先在传统部门法体系的分析框架之下,进行了所谓的“科技法”与“科技法学”的区分。这种学科分类方法,继受原苏联,围绕着国家立法和行政构架体系进行划分,在20世纪80年代前期,曾经引发了一场大规模的讨论。^①不过,在90年代后期,学者们开始进行深刻反思。例如,李林教授就提出过一个问题:“毋庸置疑,将法律体系划分为若干个‘部门’,在学习、研究和实践上,都有一定的方便之处。但是,它也有一些令人不解之处。例如,为什么环境法、劳动法、社会保障法、权利保护法、知识产权法、科技法等是或不是一个独立的法律部门?”^②此种情形之下,在对待“科技法学问题”上,中国法学界呈现出了“先天不足”与“后天营养不良”的现象。所谓“先天不足”,正如“经济法”或“经济法学”一样,看似以“经济”而起,在部门法思维之下获得了一亩三分地,但迟早也会因为部门法思维下的“调整方法”、“调整对象”或“社会关系”上的不周延性,将渐次丢失殆尽。罗玉中教授倡导科技法或科技法学时,就是从这个角度进行分析的:“从部门法的角度看,科技法的调整范围比较窄一些,尤其是科技法与环境法调整范围的划分,至今还是探讨中的问题。”^③有些学者对于将科技法或科技法学作为一个部门法持否定态度,认为它同“经济法”概念一样,只

① 参见:张友渔《法学理论论文集》,北京,群众出版社1984年版。

② 李林《中国特色社会主义法律体系的构成》,载刘海年、李林(主编)《依法治国与法律体系建构》,北京,中国法制出版社2001年3月第1版,第1~32页。

③ 参见:罗玉中《科技法基本原理》,北京,中国科学技术出版社1993年11月第1版,第64~72页。不过,近年来,笔者与罗玉中教授交流,发现先生的相关学术观点也在修正和发展之中。

是“一个领域法律规范系统”，是“法学理论新概念的引入”。^① 另外一种折中的意见认为，科技法或科技法学是一个相对独立的部门法。王家福先生认为，“所谓科技法，是指国家调整因科学技术所产生的各种社会关系法律规范的总称”。他认为，科技法是“一个相对独立的包括科技行政法、科技民法、科技刑法、科技劳动法在内的综合法律”。^② 其实，以部门法视角进行分析，虽然使得科技法学科获得了一定的地位，特别是在行政架构中获得了科技行政系统的一些资源，但动摇其根基的，也在于此。因为部门法思维下，除了刑事、行政和民事三种手段之外，别无他途；而与科技行政体系结合之后的科技法或科技法学，必然与行政法或行政法学有着千丝万缕的联系，且得益于行政资源也必将受制于行政管理，最终使得科技法或科技法学理论研究沦为纯粹的政策性或对策性研究，无法获得独立的学术发展与学科认同。当然，最为重要的原因是，这种以科技法“必须有”或“必然有”抑或“根本无”所谓部门法属性的分析方法，实际上会消减我们分析和理解法律问题的能力，让我们在固有的部门法分析框架下失去把握社会和适应社会变迁的能力。

而所谓“后天营养不良”，就是因为在一个尚未完成基本法治秩序建构的社会里，基础性法制建设依然是法律人的主要任务。20世纪70年代末、80年代初，中国提出“经济建设”与“民主法制”两手都要抓，时至今日三十有年，中国特色社会主义法律体系也只能说基本形成。制度转型、治理模式转换及观念变迁，那是何其艰难的事情！此间，基本法律制度尚未构建，譬之若婴幼儿身体尚待发育、体格尚未健壮，谈不上心智健全，自然也无法让其领略毕加索油画的艺术魅力。因此，20世纪80年代后期，提出“科技立法”、“科技法”或“科技法学”范畴之时，中国尚缺乏相应的制度环境。同时，由于民用科技在当时没有普及，技术也没有切实地影响到人们的现实生活，也即缺乏相应的社会需求。事实上，90年代中期，对于中国的普通居民来说，发一封电子邮件还是一件很奢侈的事情。所以，彼时的社会，迫切需要解决的，就是如何促进科技进步、如何促进科技成果转化问题。于是乎，我们的科技基本法，被旗帜鲜明地定名为“科学技术进步法”，我们也制定了中国独有的《中华人民共和国促进科技成果转化法》。及至90年代后期，国务院学位办进行法学二级学科重新规划与整合，将科技法（即科技法学）主体纳入行政法学范畴，也就是情理之中的事情了。

① 参见：陈仲、张勇健《科技法性质新探——法学理论新概念的引入》，载《科技法学》（现更名《科技与法律》）1990年第2期。

② 参见：王家福《为科技法学的繁荣而奋斗》，载《科技法学》（现更名《科技与法律》）1989年第1期（总第1期）。与王家福教授的这种分析不同，罗玉中教授明确提出，这种“认为科技法部门是由科技基本法、科技行政法、科技民法、科技劳动法、科技刑法等构成的”观点，是欠妥当的。又参见：罗玉中《科技法——一个新兴的法律部门》，载《科技法学》（现更名《科技与法律》）1990年第2期。

然而,科技发展一日千里。即便如此,我们却也无法拒绝技术进步与社会发展,我们也不能总在别人后面亦步亦趋。当代西方社会今天所感受到的冲击,也就是我们正在面临或者至少明天必须面对的问题与挑战。许霆案、人肉搜索、网络赌球、新疆7·5事件等告诉我们的不仅仅是技术平台的价值中立,它们还提出了一个重大命题:技术时代中的法律如何切入并进行有效的社会治理?因此,我们在进行基础性法制建构的时候,必须同时将“科技”元素纳入进去。更何况,科技对人类影响如此之深入与彻底,在压缩我们生存的时间和空间的同时,又在拓展它,并在这两个时空维度上深刻地改变着我们的生活方式。其实,只要我们稍微观察一下就会发现,无论是在东京还是在马拉喀什,人们对全球气候变化、对知识产权保护、对核试验的后果、对新能源与新材料的开发与利用、对外层空间技术和深海技术的运用与规制、对人体器官移植、对胚胎干细胞及“克隆人”的伦理与法律基础、对电子商务的开展、对个人隐私和信息安全问题等等,都在进行广泛而热烈的讨论。在法律的忧虑与科技的乐观倾向之中,一切都在冲突中磨合、交融与融合。世界性的舆论共识和法律理性,正在为我们地球村搭建一个一体化的社会生活平台。因为单靠科技,它只是为我们生活(特别是以全球一体化为样态的生活)提供了某种“物理性质”的可能性,而且,有时还会附带着某种“离心力”。因而,要构建一个“有机的”(相对于原始的物理性质来说)现代性社会形态,这就有赖于法律和教育(包括直接涉及科技方面的)。这也是当代法国社会学家阿兰·图海纳(Alain Touraine)在谈论“现代性”的时候,试图向我们强调指出的问题。^①

尽管我们很容易理解技术对于现代社会的意义,并可以简单地将现代性特征赋予技术社会,但是,技术社会“有机性”的形成,有其社会学的理论动因。社会学理论中的批判结构主义(critical structuralism)是解释技术社会有机性形成的第一个因素。技术进步及其运用,对于普罗大众来说,首先是被动地接受技术的某种安排,正如网络技术对人的生存方式的影响一样,我们被技术操纵、扭曲和恣意妄为,首先表现为单纯的应对性。科学技术作为生产力,构成了社会的经济基础,我们个体行动者成了“由历史之线操纵的木偶”^②。但是,构成“历史之线”又是双重的:当下的技术进步与往昔制度设计中的个体的利益表达或追求。由于人们总是不满足于被动地被技术安排,因而统合在“历史之线”中的两方面,始终处于博弈之中。这就牵扯出了影响技术社会有机性之形成的第二个因素,即功利主义(utilitarianism)。功利主义在第一层次中所表达的是马歇尔的“需求”、个人欲望

① 参见:〔法〕阿兰·图海纳《我们能否共同生存——既彼此平等又互有差异》,狄玉明、李平泓译,北京,商务印书馆2003年6月第1版,第170~179页。

② 〔澳〕马尔科姆·沃特斯《现代社会学理论》,扬善华等译,李康、扬善华校,北京,华夏出版社2000年4月第1版,第11页。

或目标；而帕累托的学说则阐释了一个问题，即对个人满足的追求能否生发出集体性的安排。这一问题，直接将个人利益表达与社会制度联系起来，在“我”与其他行动者之间、在个体与社会制度之间，建立了某种关联性。这一认识，构成了功利主义思想的第二层次。后续的功利主义者如霍曼斯等人，沿着第二层面思想和研究路径，致力于表明这样一个观点：从寻求实现各自目标的行动者之间的互动当中，可以形成稳定的、制度化的关系。^①从这种意义上讲，结构主义是从社会是一个整体出发的，带有浓厚的集体主义倾向；而功利主义则从个体出发，具有鲜明的个人主义特质。然而，在对功利主义的进一步追问中我们发现，没有“他者”的个体是不存在的，也是不可能实现或满足自己的欲望、利益的。这样，在客观意义上，批判结构主义和功利主义是一个问题的两极。

从功利主义出发，个人在技术调试中，往往会运用传统的生活理念。比如，本人两三年前曾在 263.net 网站开设了个人收费邮箱，但 2008 年 10 月 28 日进入邮箱时，弹出一个对话框，对话框称：本收费邮箱今天到期，需要续费；如果 12 月 28 日之前没有续费，将删除原邮箱所有的内容。同时，就在当天，本人已经不能进入这个邮箱了。毫无疑问，这是技术对人们生活的强制。两三年前购买的一个收费邮箱，按照网络生活的常识，我们不会去关注两三年之后的某一天会被突然关闭。显然，263.net 网站应该被赋予提前告知义务，或者需要在期限届满之后提供一个适当的延展期。本人打电话给 263.net 网站的工作人员，告知正如网站不能在今天突然解雇他，他也不能在今天突然辞职不干一样，网站的这种义务是必须的。我们假设一下：263.net 网站为了让原客户续费，继续采取了这种“突然袭击”的方式；而我本人因不满 263.net 网站这种营销网络邮箱的方式，改投其他网络服务商；但其他网络服务商均采取 263.net 网站模式。这样，我们对网络生存环境就有了一个不好的评价：技术及技术垄断的暴力。

显然，无论是个人还是网络服务商，在此都是一个个体，而整个网络生活环境和秩序，却具有整体性。那么，随之而来的问题有两个：第一，这种网络生活环境是我本人或网络服务商所要构建的吗？第二，这种网络生活秩序符合我们技术进步的初衷吗？第一个问题涉及建构主义（constructivism）；第二个问题涉及功能主义（functionalism）。建构主义因素是从个体主观出发的。无论是邮箱购买者（网络用户）还是网络服务提供者，他们都是网络社会的行动者，他们参与网络生活，有着自己主观上的动机和期待，都在积极主动地创造或者建构网络社会。而功能主义因素则是从整体的客观效果进行分析的。如果技术所构筑的网络生活环境在客观上背离了我们的初衷，那就使得我们在主观上与网络社会越来越疏离，乃至产生排

① 参见：〔澳〕马尔科姆·沃特斯《现代社会学理论》，扬善华等译，李康、扬善华校，北京：华夏出版社 2000 年 4 月第 1 版，第 10 页。

斥心理。不过,建构主义在社会心理学上建立起了一种沟通理论,即米德的“符号互动论”(symbolic interactionism)。而功能主义分析在利益互惠与渗透中重塑了关系社会理论。而在“主观”与“客观”之间、在“整体”与“个体”之中完成“链接”的,就是那些裹挟了历史与文化的法律。从这个角度说,通向未来的技术世界,不仅仅是一些技术规则,更多地,是需要法律去构筑的。

也正因如此,我们不愿看到未来世界里的法律的缺位(果如是,那是一个充满技术暴力、人被物化的社会),自2005年便组建《科技法学论丛》编委会,先是集海峡两岸学者,在北京大学出版社出版了他们的一些研究成果。随后,我们还计划依托科学出版社、华中科技大学出版社等,向汉语世界之外拓展,形成一系列的研究成果,为构筑未来的法律世界贡献绵薄之力。这里,除了向那些潜心的研究者致以敬意之外,谨向杨立范、邹记东、徐蕊等编辑致谢——正是在获得他们的支持之后,我们编委会的这些设想,才逐渐能够变成现实。

易继明

2010年7月

于北京颐和山庄寓所

中文版序言

数字技术创设出的互联网正在给以往的法律制度带来冲击。著作权制度也不例外。此前,著作权问题在我们的社会中只是部分性的法律问题,但现在它完全变了,即使说在数字技术和互联网统治的信息社会中著作权问题已经变成了社会整体的问题也并不过分。从这层意义上说,解决著作权问题对于我们大家来说是一个共同的根本性问题。

著作权是知识产权的一种,是私权,而且是可以排斥著作物被擅自利用的强有力的私权。正因为著作权是私权,所以权利人可以自由处分著作权。著作物的利用也是一样,如果著作权人与利用人之间达成合意当然也是自由的。这是著作权交易的原点。这一点在互联网著作权问题上也是一样的,或者说,现在的著作权问题只有重新回到著作权与著作权交易的基本点上,才能找到解决路径。

本书提倡的“著作权交易市场”(copymart)正是基于这个基本点的构想。在互联网上,著作权人可以与世界上的任何利用人个别地沟通。这种事情在以往,别说在世界上,就是在国内与某一位利用人就著作物交易个别达成合意,作为著作权商务是较困难的,就是在日常生活上也是不可想象的。因此,作为著作权商务的主流并不是个别的合意,而是由著作权管理团体负责的集中处理的方式。这种方式是,由法律承认的团体,即作为针对每个著作权的著作权管理团体,将作为该团体会员的著作权人的著作物提供给利用人。这种方式到今天也还是主流。

然而,在互联网开创的信息社会中,并不限于有形的著作物利用,无形著作物的在线利用得到普及,著作物变成一种作为数字数据条码化了的信息财产。在这里,著作物的利用形态变得多样化。所谓“one source, multi use”(多目的利用)变得容易。因此,这种作为信息财产的著作物的利用,如果有一种著作权人可以个别与利用人达成合意的交易场所,著作物的各式各样的利用便成为可能。这种交易场所的法律模型就是“著作权交易市场”。

本书所提倡的是为解决著作权问题的法律模型论。这个法律模型是组合著作权的种类、著作权人、利用人、交易条件等的原型,进而构成著作权商务的原型。因此,作为这个法律模型的研究领域,与理论同步的还要有应用实例的实证实验。本书从若干应用实例的实证实验出发,对于作为原型的著作权交易市场的应用可能性也进行了考察。现在也在向着这个方向推进。

此次在华中科技大学法学院院长易继明教授和中国社会科学院法学研究所渠涛教授的帮助下,本书的中译本已经决定在华中科技大学出版社计划的外国法学

译丛系列中出版。2007年11月收到译者郭慧琴小姐要翻译出版本书的邮件,并提到有渠涛教授的介绍,由此我同渠涛教授开始联系,这是此事的开端。此后,华中科技大学出版社和有斐阁之间就出版达成协议,翻译工作又因得到渠涛教授审校得以顺利展开。

在学术出版日趋严峻的情况下,承蒙各位鼎力推荐和努力,本书能够被介绍到中国,这对于我这个从比较早的时候就开始关心中国民法典编纂的学者来说,实在是喜出望外。在此,谨呈上我对为此书出版尽力的各位衷心感谢之情。

北川善太郎

渠涛 译

2009年11月3日

作者简介

一、简单经历

北川善太郎,1932年生于日本京都,1956年于京都大学法学部毕业,并通过司法考试后进入京都大学大学院(研究生院)开始专攻民法学。

1961年大学院博士课程毕业后留校任助教,翌年取得法学博士学位并升任副教授,1970年升任教授;1981年任京都大学法学部部长(1年)并兼任京都大学大学院法学研究科科长(2年);1996年从京都大学退休后,取得京都大学名誉教授;此后到名城大学法学部和大学院任教授,于2006年退休^①。

除上述正职外,北川先生还有如下诸多社会性兼职。

1997年至2009年,在日本国际高等研究所历任理事、副所长等职。

1998年,创设著作权市场名城大学研究所,2003年至今,特定非营利法人著作权市场研究所理事长。

2011年,上海交通大学凯原法学院法与社会研究中心学术顾问。

在此期间曾历任大阪工业大学大学院知识产权研究科、京都产业大学大学院法务研究科、华盛顿大学、哈佛大学、慕尼黑大学、马尔堡大学、中国人民大学等学校的客座教授。

在政府等部门的相关兼职有:国民生活审议会消费者政策部会会长、产业构造审议会委员、著作权审议会会长、司法考试审查委员、国家公务员考试委员、法治审议会委员、WIPO仲裁调停中心专门委员等。

北川先生取得的荣誉有:松永赏、朝日学术奖励赏、西博尔德奖^②、德意志联邦

^① 在日本,从国立大学退休后的教授一般都会转到私立大学继续任教,因为在退休年龄的限制上私立大学要比国立大学迟6~9年。

^② 授予者为德意志联邦共和国总统,对象为日本籍学者,每年从各个学科领域各选出一名。关于该奖项详见:http://de.wikipedia.org/wiki/Philipp_Franz_von_Siebold-Preis。

共和国功劳勋章一等十字勋章、紫绶褒章^①、扎伊博尔特奖^②、皇居讲学^③。

二、主要学术成果

北川善太郎先生的学术著作可谓汗牛充栋。现择其主要成果介绍如下。

1) 著作类

《契約責任の研究》(有斐閣, 1963 年)

《日本法学の歴史と理論》(日本評論社, 1968 年)

Rezeption und Fortbildung des europäischen Zivilrechts in Japan (Alfred Metzner Verlag, 1970)

《現代契約法 I・II》(商事法務研究会, 1973 年、1976 年)

《消費者法のシステム》(岩波書店, 1980 年)

《民法の理論と体系》(一粒社, 1987 年)

《民法入門》(有斐閣, 1988 年)(李毅多、仇京春译《日本民法体系》, 科学出版社, 2003 年)

《技術革新と知的財産法制》(有斐閣, 1992 年)

《民法講要 I～VI》(有斐閣, 1993～2004 年)

《民法講要 CD-ROM》(有斐閣, 1997 年)

《近未来の法モデル——近未来から現代を考える——》(高等研選書 5, 1999 年)

《産学連携高等研モデル》(高等研報告書, 2003 年)

《コピーマート 情報社会の法基盤》(有斐閣, 2003 年)

Copymart: The Product and Its Prospects(編著)(高等研報告書 0323)

《JALO 民法講要》(CMI, 2006～)

Z. Kitagawa & K. Riesenhuber, The Identity of German and Japanese Civil

① 日本有一整套奖励制度,其中最负盛名的是勋章和褒章。日本褒章制度制定于 1881 年 12 月,奖励对社会做出特殊贡献的人,如对置自身安危于度外,甚至不惜献出生命搭救他人者,授予红绶褒章;对品德出众者,授予绿绶褒章;对社会福利、公共事业做出杰出贡献者,授予蓝绶褒章。1918 年,日本政府追加了对把私有财产奉献给公共事业者,授予青绶褒章。据 1955 年 7 号政府令,对精通业务者授予黄绶褒章,对在学术、艺术领域有发明创作者授予紫绶褒章。

② 授予者为德意志学术振兴会(Deutsche Forschungsgemeinschaft; DFG),对象为为日德之间学术交流做出过突出贡献的德国和日本学者,从各个学科领域每两年选出一名。关于该奖项详见: <http://de.wikipedia.org/wiki/Eugen-und-Ilse-Seibold-Preis>。

③ 原文为“講書始進講”。其内容为每年从人文、社会、自然三领域中各选一名学者在新的一年里到皇居(即皇宫)为天皇和皇后讲学。北川先生的“进讲”在 1999 年。这虽然不是一种奖项,但在日本则被作为对学者的一种荣誉。

Law in Comparative Perspectives (De Gruyter Recht, 2007)

Kitagawa (editor), Doing Business in Japan 7 Vols. (Lexis Nexis, 1980~)

2. 论文类

《关于最近之未来的法律模型》，载《民商法论丛》第六卷(1996年)第282~311页(李薇译)；

《日本民法学の歴史と理論——研究者の視点から——》，收录于新井誠、山本敬三编《ドイツ法の継受と現代日本法——G・リース教授退官記念論文集》(2009年)第1~33页；

《市場経済社会における民法典とビジネス法のシステム設計》，载《民商法杂志》第143卷第1号(2010年)第1~43页；《交大法学》第1卷(2010年)第30~58页(顾祝轩译)。

三、本人了解的北川善太郎

记得是在1992年的一次学会上，经时任北海道大学法学部教授五十嵐清教授的引荐，我初识北川善太郎先生。这两位同是民法学专家，也同是比较法学专家，只是前者更在比较法学领域，而后者更在民法学领域得到学界的高度认同。而我当时只是刚刚进入博士课程的研究生，他们对我来说真可谓是“须仰视才见”的大家。但令我做梦也没有想到的是，就在我1994年有幸到名城大学法学部工作后的第二年，北川先生从京都大学退休后来到了名城大学法学部工作，而且研究室就在我的隔壁。当时先生的授课安排在周三和周四，一般是周二晚上从京都来名古屋，周四晚上回京都，而我有幸经常在周四傍晚得到先生的召唤与他共进晚餐，然后送他到附近的地铁站或名古屋车站。在1998年辞去名城大学回国工作之前的两年间，正是通过这样的形式得以频繁地近距离接触先生，聆听教诲，受益良多。先生为人亲和，思维独特，喜欢挑战新事物、研究新领域，尤其是他那慈眉善目和耐心帮助引导后学的神态，每每想起，一种无比崇敬的心情溢于言表。

北川先生可以熟练使用英语和德语，在民法比较法方面，尤其在日德之间的民法制度和学说的比较研究以及两国的法学交流方面做出了突出的贡献。在日本的民法教科书和司法考试参考资料上可以大量见到“北川说”，特别是由北川先生提出的日本民法的“学说继受”^①更是日本民法学者的必备常识。

日本近代编纂民法典以来，民法学的顶尖学者初期主要集中在东京，其代表者是民法起草委员穗积陈重、富井政章、梅谦次郎，其后不久便形成了东京与京都，即东西两大学术阵营。日本现代民法学上就有诸如“东有我妻荣西有末川博”的说法。按此一说法，时至今日就应该是“东有星野英一西有北川善太郎”。

^① 关于日本的学说继受，参见渠涛《日本民法编纂学说继受的历史回顾》，载《环球法律评论》2001年秋季号。

然而,北川先生并没有满足已取得的学术地位,他对著作权市场的研究正是开始于他的晚年。我还记得在他筹建著作权市场名城研究所时,不仅我们的同事中没有人理解这种研究的价值所在,而且整个日本学界也很少有人对它表示理解,更不用说是评价。但是,正是在这样的背景和环境起步的著作权市场研究,今天取得了丰硕的成果,北川善太郎先生也因此成为了这一研究领域的第一人。

本书正是北川先生研究著作权市场法律制度轨迹的记录。这一研究是以崭新的视角展开,针对著作权保护中存在的问题,以交易市场的建立为中心设计了一套行之有效的规则。本书收录的论文展示了这一规则从初步设想的提出到逐步趋于成熟的过程。迄今为止,这项研究不仅在日本,而且在欧洲很多国家乃至美国也都得到了高度评价,更为难能可贵的是,这一研究成果已经在欧洲、日本得到运用。我认为,作为一名学者,倾其毕生能作出一项此等研究成果足矣!

此次,得到北川善太郎先生信任,负责本书审校工作,既感到荣幸也感到责任重大,翻译过程中如有疏漏错误之处,敬请各位前辈、同仁、后学不吝指正。

谨借此机会向各位读者作如上介绍。

渠 涛

2011年8月25日

前言

1. 本书是对本人 1988 年萌生的创意及其后围绕创意展开工作的总结。它的主题是著作权交易市场(copymart)这个法律模型。

数字技术创造出来的互联网正在不断地撼动着以往的各种制度。著作权制度也概莫能外,即数字技术和互联网正在对著作权制度产生深不可测的影响。在此之前,不论著作权问题多么严重,它都只是我们这个社会的部分问题;但是随着数字技术和互联网的发展,情形为之一变。在今天,即使说,在数字技术和互联网支配下的信息社会中,著作权问题已经由社会的部分问题转变为社会的整体问题也不为过。现在,任何人都可以依托数字技术向世界上的任何人提供语言、照片、画像等作品。互联网是 24 小时开放的著作权社会。这就是我们正在体验着的现实,它意味着极具魅力的社会的出现。但随之而来的是在著作权的管理、实施和保护等方面正在遇到非常麻烦的问题。因为以往的著作权交易无法充分应对数码技术和互联网。今天的著作权面临的被任意复制的威胁,其规模要远远超出复印时代的水平。在互联网上,个人可以利用个人电脑迅速而廉价地拿到准确无误的复印件。因为文档格式交换软件(Napster 和 Gnutella)的出现以及互联网资产管理技术的不发达等原因,更加剧了著作权相关问题的混乱。进言之,数字技术的发展会对互联网上页面交易业务不断明晰著作权的问题,而这些问题往往又不能得到明确的解答。由此,在网络著作权社会中,权利人方面因为对现状的不安和不满而要求更有力地保护著作权,利用人方面的一部分人则毫不掩饰对给互联网上信息的流通和利用形成壁垒的著作权表现出反感。著作权社会便因此而更加不稳定。

2002 年,继知识产权战略会议制定了“知识产权战略大纲”之后,日本制定了知识产权基本法(平成 14 年(2002 年)法第 122 号)。如果要给这部法律一个定位,应该说它是将重点放在发明专利上,而没有体现出对已构成社会整体问题的著作权的理解和接受。然而,如果它不能扩展到互联网上著作权交易的领域,特意提起的“知识产权战略”本身则难以得到应有的发挥。

2. 那么,应该怎么办呢?在互联网上有没有别的能取代著作权制度保护创作人利益的方法可用呢?肯定的答案是不正确的。因为 Linux 系统的普及就是以著作权为前提的。如果要用一种替代著作权的模型来运作互联网上页面上的交易,必须将世界上多数国家加盟的 WIPO 条约和 WTO 条约推倒重来,而这又是不现实的。

且不论知识财产远景如何,现在要寻求的是以现行著作权法律制度框架为前提的变革,进而构建可供灵活处理互联网上著作权交易的新型法律框架。也就是说,需要一种从著作权法律制度内部来解决问题的方法。

本书论述的著作权交易市场正是为达到这一目的而提供的法律模型。它是以著作权为原点展开的构想。著作权是私权,受私法自治原则支配,只要著作权人许可利用人利用其拥有的著作权就可以了。这就是原点。著作权交易市场正是灵活利用互联网的特性,为著作权人与利用人提供在互联网上直接交易的场所。著作权交易市场涉及三方契约当事人,即著作权人、利用人与著作权交易市场的主宰者。著作权交易市场的主宰者提供互联网上的著作权交易场所,但交易是在著作权人与利用人之间个别地、直接地进行的。著作权人在著作权交易市场上注册预埋有他们自己决定的著作权许可条件的数字著作物,利用人同意那些条件就可以利用该著作物。著作权交易市场的交易单位是预埋有著作权内容的著作物,我将它称之为“知识单位”。因为著作权交易市场是能够使数字技术与著作权有机结合的契约模型,所以它会成为今后信息社会的法律基础。

3. 在这里我想回顾一下这个构想得以成型的过程。1963年,我的专著《契约责任研究——构造论》付梓。这是我的第一本研究专著。这本书试图针对民法学领域中“为什么会这样”的疑问从法理上论证“可以怎么做”,并在论证的基础上考虑“怎么做好”。后来,我的研究经过与电脑系统相结合产生了“系统契约”论,继而到达了今天的著作权交易市场。在构造论方面,将民法体系论、法律解释以及人工智能的作用分担研究也融入著作权交易市场。从这种意义上看,著作权交易市场实际上也是针对“为什么会这样”的疑问而探究“可以怎么做”,进而考察“怎么做好”的产物。

但是,仅仅限于这些研究恐怕还不足以产生著作权交易市场的构想。这些研究之所以能扩大到著作权以及知识财产领域,是它与其他领域偶遇并合流的结果。20世纪80年代,在日美之间围绕软件产生大规模纠纷的前后,在文化厅和通产省组织下成立了相关的审议会,研究对计算机程序和集成电路的法律保护问题,我当时任该审议会的委员。由于这层关系,我有机会多次参加过与软件保护相关的赴欧美考察和国内外的专题研讨会。我在被卷入这个漩涡后,作为一名研究工作者,当时曾为如何面对与传统著作权截然不同的数字著作权问题所困扰。为此,我在财团法人比较法研究中心与产业界合作,就软件及其相关技术进行了跨学科研究。围绕如何对计算机程序和集成电路进行法律保护而展开的课题,涉及敏感的政治性、政策性、经济性、国际性的各种问题,这些问题得不到解决,所谓法律保护只能是一句空话。尽管靠个人的能力无法解决这个问题,但作为研究工作者也不能将其束之高阁。