

文章编号: 1674 - 5205(2015)06-0133-(011)

论发表权的“行使”

——以发表权的权能构造为切入点

李 杨

(苏州大学王健法学院, 江苏 苏州 215006)

〔摘要〕 发表权的“行使”问题具有重要的现实意义,仍值得深入研究。发表权不同于发表,发表本身不以作者的意思表示为构成要件。从权能构造来看,发表权在积极权能上具有一次性权利作用效力,同时注重积极权能上的“行”和消极权能上的“禁”两方面,故发表权的“行使”应包括双层涵义。发表权“行使”中的一次用尽原则存在语境限制。通过对发表权权能构造的深入认识,可以更好地理解特定作品及视觉艺术作品原件转让产生之发表权限制的法律性质。就遗作而言,应灵活阐释其发表权的归属和行使问题。现行法在遗作发表权“行使”和“保护”的关系处理以及行使主体等设计安排上缺乏逻辑自治性,有必要在著作权法第三次全面修订当中进一步完善。

〔关键词〕 发表权; 权能构造; 行使; 保护; 遗作

Abstract: The in-depth study on exercise of divulgence right still has important practical significance. Divulgence right is different from publication which is not in the author's will expressed as constitutive requirements. From the faculty structure of divulgence right, due to the positive effect of one-time faculty of rights, we should pay attention to the "exercise" of the active faculty and negative faculty on "forbidden" such as these two aspects. So the "exercise" of divulgence right include dual meanings. One-time exhausted principle have contextual restrictions in the "exercise" of divulgence right. With the faculty structure of divulgence right, we can better understand the specific works and the limitative nature of divulgence right caused by the transfer of original visual art work. In terms of posthumous work, we should clarify the relationship between the attribution and exercise about the right of divulgence. The present law regarding the "exercise" of divulgence right of posthumous works about the relationship processing and the exercise on the design of subject exist the logic lost defect, therefore it is necessary to make further adjustment in the revised draft of copyright law.

Key Words: divulgence right; faculty structure; exercise; protection; posthumous works

中图分类号: DF523.1 文献标识码: A

DOI:10.16290/j.cnki.1674-5205.2015.06.015

发表权是作者一项重要的精神权利,即决定将作品是否公开及以何种方式公开的权利^①。“没有精神权利的经济权利是无本之木、无源之水”,发表权等精神权利是著作权永恒的主题,不存在命运式微的问题。^①虽然精神权利理论在科技和经济社会的发展中倍受质疑和挑战,但发表权等在保障作者精神利益中的重要作用却不容忽视。长期以来,国内针对发表权特别是遗作发表权的行使问题似乎已成定论。然而,同为作者之精神权利,《著作权法实施条例》(以

下简称《条例》)对作者死后发表权应如何处理的用词安排上却和署名权、保护作品完整权等其他精神权利存在较大差异^②。《条例》第15条在处理已故作者署名权、保护作品完整权等精神权利中使用的是“保护”,而第17条在处理遗作发表权问题时却使用“行使”一词。这里的“行使”和“保护”两个词有何区别?发表权的“行使”和“保护”究竟是什么关系?发表权

^① 如无特别交待,本文论述涉及的“精神权利”与“著作人身权”、“作者人格权”等系同一概念。

^② 《著作权法实施条例》第15条规定“作者死亡后,其著作权中的署名权、修改权和保护作品完整权由作者的继承人或者受赠人保护。著作权无人继承又无人受赠的,其署名权、修改权和保护作品完整权由著作权行政管理部门保护。”第17条规定“作者生前未发表的作品,如果作者未明确表示不发表,作者死亡后50年内,其发表权可由继承人或者受赠人行使;没有继承人又无人受赠的,由作品原件的所有人行使。”

收稿日期: 2014 - 09 - 24

基金项目: 教育部高校人文社科研究青年基金项目
(13YJC820048)

作者简介: 李杨(1979—),男,江西九江人,法学博士,苏州大学王健法学院副教授。

和作者其他精神权利又有何区别,以致《条例》需要分别设置条款作不同安排?

正值我国全面启动著作权法的第三次修订工作,国务院法制办向社会公开的《著作权法(修订草案送审稿)》(以下简称《送审稿》)第23条、第24条基本承继了《条例》第15条、第17条的条文设计^①。《送审稿》第23条作为保护已故作者署名权、修改权、保护作品完整权的一般规则,适用起来当无疑问。然而,第24条仅将适用条件设置为“死者生前未明确表示不发表”,故在处理遗作发表权“行使”及“保护”问题时,是否就可以此作为法律依据径直适用,值得进一步研究。可见,对上述一系列问题的论证和解答仍具有重要的现实意义。基于此,本文通过对发表权的理论轨迹和构成要件进行考察,尝试以发表权的权能构造为切入点,阐释发表权的行使结构及相关限制的法律性质,厘清遗作发表权“行使”与“保护”的相关问题,进而为《著作权法(修订草案送审稿)》的相关条文设计提供立法完善建议。

一、发表权的内涵及权能构造

(一) 发表权的理论轨迹与构成要件

发表权可以说是著作权最重要的内容。这是因为发表权的行使是实现著作权的最根本途径。只有将作品发表,作者才能实现他所享有的各项财产利益。正如英国大法官 Mansfield 在 1769 年米勒诉泰勒案中阐述的那样“由作者来决定是否以及如何发表作品是恰当的……作者最关心印记(impression)和思想之间的同一性和精确性,印记里嵌入了作者的正直和尊严。”⁽²⁾ 作为一项精神权利,发表权的理论谱系最早可追溯至普鲁士于 1794 年制定的《法令全书》^②。1828 年法国最高法院在巴黎处理的一件案例中首次提出了“发表权(droit de divulgation)”这一概念,该案确立作为债权人的被告不得在债务清偿和破产程序中将债务人未发表的作品作为债务来强制执行。⁽³⁾⁴⁴⁷ 可见,早期的“发表权”主要以债法和合同裁判中的例外规则形式出现。直到 20 世纪一战前,各国著作权法关于发表权的内容仍以混杂形式被碎片化地吸纳进制定法,并未承认发表权作为一项独立权利的地位。⁽⁴⁾⁸⁸ 如我国 1910 年颁布的《大清著作权律》于“禁例”一节第 38 条规定的“未发行之著作,非经原主允许,他人不得强取抵债”,同样将发表权作为著作权法的例外规则对待。发表权是否应设置为一项独立的精神权利在随后 1928 年的《伯尔尼公约》罗马修订会议上引起了较大争议。由于发表权与作品出版合同效力之间的冲突难以调和,发表权的

设立可能对商业投资者的合法权益造成过度干预,英国等判例法国家在有限度地承认精神权利基础上一度抵制公约对发表权的吸纳,这使得罗马会议乃至以后的几次修订会议都放弃了吸纳发表权的讨论。⁽⁴⁾¹¹⁷ 发表权在制定法上由作为著作权法例外规则的消极利益到一项独立之精神权利的成功转型,可以说是法、德等欧陆国家在近 60 年以来推动的成就^③。

现代意义上的发表权是指“作者决定是否首次向公众提供作品以及以何种形式、方式和条件提供作品的权利”。⁽⁵⁾⁶¹ 发表权在国外虽有“披露权”、“公表权”、“首次公开权”等不同称谓,但涵义大致相同^④。尽管我国立法将发表权定义为“决定作品是否公之于众的权利”,但丝毫不妨碍依社会实践进行合目的性的扩充性解释。发表权是一种决定权,一般情况下需体现作者的真实意思表示。发表权有两层涵义:其一,“是否将作品公之于众”的决定权,既可以决定“将作品公之于众”,也可以决定“保留作品不公之于众”。其二,如果决定公之于众,“如何公之于众”的决定权,包括决定公之于众的方式、时间、地点等。⁽⁶⁾ 这里,“如何公之于众”的决定权被视为“是否将作品公之于众”决定权的应然延伸之义,是不言自明的,故我国立法在定义的条文中一直未予列明^⑤。

① 与《著作权法实施条例》第 15 条唯一不同的是,由于《著作权法(修订草案送审稿)》第 13 条将“修改权”删除且融入“保护作品完整权”当中,故第 23 条当中并无保护作者死后修改权的相关规定。

② 《普鲁士法令全书》第 1005 条规定的“因情势变更或障碍致使作者不应发表其作品的,作者有权撤销与出版商之间的合同”,实际上可被理解成以出版合同的撤销抗辩来间接承认作者的发表权。See Prussian Statute Book (ALR), § 1005., Berlin (1794), http://copy.law.cam.ac.uk/cam/pdf/d_1794_1.pdf, 最后访问日期为 2015 年 4 月 25 日。

③ 最早设立发表权并规定由作者确定发表方式和条件的成文法是 1957 年《法国文学、艺术产权法》,参见(法)克洛德·科隆贝:《世界各国著作权和邻接权的基本原则——比较法研究》,高凌瀚译,上海外语教育出版社 1995 年版,第 40 页;Raymond Sarraute, Current Theory on the Moral Right of Authors and Artists under French Law, 16 Am. J. Comp. L. 483 (1968)。

④ 如《法国知识产权法典》、《西班牙著作权法》等称之为“披露权”(right of divulgation / right of disclosure),联合国教科文组织编写的《版权法导论》亦采用这种称谓,参见联合国教科文组织《版权法导论》,张雨译,知识产权出版社 2009 年版,第 60 页;《日本著作权法》称之为“公表权”(right of making the work public),参见《日本著作权法(英文版)》第 18 条 http://www.wipo.int/wipolex/zh/text.jsp?file_id=214820, 最后访问日期为 2015 年 4 月 25 日;《巴西著作权法》则从不作为方式的反向角度将“发表权”定义为“保留作品不予发表的权利”(right to keep the work unpublished),更侧重“禁止”层面所体现的防御功能,参见《巴西著作权法(英文版)》第 24 条第 3 项, http://www.wipo.int/wipolex/zh/text.jsp?file_id=125393, 最后访问日期为 2015 年 4 月 25 日。

⑤ 在我国全面启动的著作权法第三次修订过程中,《著作权法》一至三稿及修订草案送审稿均未对发表权的现有定义进行修改,仍保留“发表权即决定作品公之于众的权利”的条文设计。

发表就是将作品首次公之于众,故把握发表权的涵义,关键在于对“公之于众”的理解。大陆法和英美法对构成发表的“公之于众”形式采用不同的标准。英美法国家要求构成发表的“公之于众”应以一定的物质载体形式固定。只有作品出版,才能构成发表。基于此,英语中的“发表”与“出版”都采用 publish 一词表示^①。而以法、德为代表的欧陆法国家,并未要求“公之于众”必须以一定的物质载体形式固定^②。具体而言,“公之于众”具有以下特征:首先,公之于“众”要求作品的公开必须面向“公众”。我国将“公众”限定为“不特定的人”^③,不以人数的多寡作为判断标准^④。这里,“不特定的人”即“对作者没有法定或约定义务的人”,强调公开主体与受众之间没有密切的身份联系。⁽⁷⁾²⁶³所以,作者为了交流思想,在私人场合将未发表作品的手稿提供给几个亲朋好友,不构成“公之于众”。其次,“公之于众”仅要求有公开作品的行为及其事实状态,公众是否知悉作品并不能作为“公之于众”成立与否的判断标准。如作者将未发表的作品上传至个人博客等开放式网络平台,即使很少有人登录浏览,作者的上传行为也构成作品的“公之于众”,“公之于众”不以公众知悉为构成要件。

有不少学者认为发表的成立应包括著作权人有将作品公之于众的意思表示^⑤。2002年最高人民法院颁布的《关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《著作权法适用解释》)第9条亦吸纳了这一观点,这是值得商榷的。根据《著作权法适用解释》第9条的规定,“公之于众”被定义为“著作权人自行或经著作权人许可”将作品向不特定的人公开,但不以公众知晓为构成条件。然而,如果“公之于众”以著作权人“自行或经其许可”的意志为构成要件,未经著作权人许可而向不特定的人披露未发表作品的行为就不构成“公之于众”,即不是“发表”行为,那么权利人又如何提起发表权的侵权救济?可见,未经许可的“公之于众”也应该是“发表”,“公之于众”不应以著作权人的意思表示为构成要件。《著作权法适用解释》第9条之所以将著作权人同意发表的意志作为认定“公之于众”的条件,是因为混淆了“发表”和“发表权”这两个概念。发表权作为权利的一种,应当体现权利人(作者)的意志,以权利人的意思表示为构成要件,否则就不成其为权利。⁽⁸⁾²⁷而构成发表行为的“公之于众”,无论是作为一种行为还是事实状态,都不以权利人的意志为转移,不应将权利人的意思表示或同意发表的意志作为成立要件。为深入理解这一问题,有必要进一步从动态的权利作用方式上对发表权的权能构造展开

探讨。

(二) 发表权的权能构造

权能是权利的作用或实现的方式,“权利的基本权能范畴,是对权利的基本内容与功能的统一概括”。⁽⁹⁾广义来看,私权可分为积极权能和消极权能。权利的积极权能是权利人表达意志,通过一定的行为方式行使权利的权能。而权利的消极权能则是指权利人排除他人违背其意志对权利加以干涉和妨害的权能。民法学界从支配权的角度,较系统地论证了所有权的权能包括积极权能(占有、使用、收益、处分等权能)和消极权能(物上请求权)^⑥。但很少有人对人格权的权能构造展开论述。这或许是传统民法强调人格权“基本上都只具有被动性这一特征,即在受到第三者侵害时请求保护”,主要体现在消极权能上,故少有论及。⁽¹⁰⁾¹⁵在“积极权能—消极权能”二分的权利基础上,日本民法学者提出人格权可划分为主动的人格权与被动的人格权^⑦,这给著作权法的精神权利研究提供了理论启示。实际上,法国学者 Michaelides 早在 20 世纪 30 年代就曾对作者精神权利提出过类似的观点。在 Michaelides 看来,作者精

① 国家版权局组织翻译的《著作权法》(英文本)也未对“发表”和“出版”作出区分,都使用“publish”一词。参见国家版权局版权司:《中华人民共和国著作权法律、法规(中英文)》,商务印书馆 2003 年版,第 27-28 页、第 41-44 页。

② 参见江平、沈仁干等《中华人民共和国著作权法讲析》,中国国际广播出版社 1991 年版,第 177 页;阎东威《谈谈作品发表权的几个问题》,载全国人大教科文卫委员会文化研究室、中国版权研究会秘书处《全国著作权理论研讨会文选》,安徽人民出版社 1996 年版,第 119 页。

③ 参见《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 9 条规定。

④ 与我国不同,日本及我国台湾地区等将“公众”作了扩充性解释,延伸至“特定的多数人”。如《日本著作权法》第 2 条第 5 款规定:“本法所称的公众,包括特定的多数人。”又如我国台湾地区“著作权法”第 3 条第 4 款规定“公众指不特定人或特定之多数人。但家庭及其正常社交之多数人,不在此限。”这是因为著作财产权的权利基础是“公开传播权”,若过度限定“公众”的范围将削弱乃至抽空著作财产权的存在价值。

⑤ 参见徐海《论发表与发表权》,载中国版权研究会《全国著作权理论与实践研讨会论文集》,湖北教育出版社 1992 年版,第 77 页;阎东威《谈谈作品发表权的几个问题》,载全国人大教科文卫委员会文化研究室、中国版权研究会秘书处《全国著作权理论研讨会文选》,安徽人民出版社 1996 年版,第 120 页;吴汉东《知识产权法学》,北京大学出版社 2000 年版,第 94 页;韦之《知识产权论》,知识产权出版社 2002 年版,第 37 页。

⑥ 参见史尚宽《物权法》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 62-66 页;江平《民法学》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 355 页;王利明《民法》,中国人民大学出版社 2005 年版,第 309 页。

⑦ 在五十岚清看来,美国隐私权的理论重心已转向“自我决定的自主权”,实为一种主动的人格权。他虽然认为人格权可划分为被动的人格权与主动的人格权,但坚持人格权法主要研究被动的人格权,参见(日)五十岚清《人格权法》,〔日〕铃木贤、葛敏译,北京大学出版社 2009 年版,第 15 页。

精神权利包括积极和消极两部分,积极内容(如创作权、发表权、修改权和收回权)随着作者的死亡而终结,而消极内容旨在预防和排除他人对作者声誉进行破坏,可以转由继承人行使。⁽¹¹⁾⁵¹⁷⁻⁵¹⁸西班牙著作权法专家 Lypzic 也持这种观点,认为精神权利可以区分为绝对权利和相对(或防御性)权利:绝对权利是主动的精神权利,旨在作出决定并采取积极行动,包括披露权(即发表权)、修改权以及收回权;而相对(或防御性)权利是一种阻止权或由他人的克制做法体现出来,属于被动的精神权利,例如表明作者身份权和保护作品完整权等受尊重权。⁽¹²⁾¹¹⁵⁻²²⁰我国有学者从作者精神权利的双重性出发,论证发表权属于精神权利的积极权利之一,也是对这一观点的承继。⁽¹⁾

发表权与作者的精神利益密不可分,体现著作权法对作者意志的充分尊重。与此同时,发表权也是与著作财产权联系最为紧密的一项精神权利。发表权通常与著作财产权的行使联系在一起,如果作品未被公之于众,著作财产权也就无从实现。基于此,发表权与表明作者身份权、保护作品完整权等虽同为精神权利,但其权能结构的侧重点却不相同。表明作者身份权、保护作品完整权属于被动(或防御性)精神权利,侧重于对他人妨害、破坏作者与作品之间精神联系的保护和防御。而发表权在重视消极权能的同时,更强调积极权能的发挥,即通过作为或不作为的一定行为方式表达作者的意志,使之产生一定法律效力。如作者决定是否将作品公之于众以及决定将作品如何公之于众等,都是在行使发表权的积极权能^①。这恰恰说明发表权为什么是“决定”作品是否公之于众的“决定权”。除此之外,积极权能在发表权权能结构中的重要意义还表现在以下方面:由于发表作品与利用作品的方式常常联系在一起,故作者在以作为的行为方式“积极行使”发表权的时候,实际上也是为进一步实现著作财产权提供准备和基础^②。另外,也只有作者决定并以作为的方式“积极行使”发表权,才能进一步确立作品在著作权法意义上的“已发表”作用力,进而对法人或视听等作品的财产权保护期的起算、合理使用和法定许可使用的成立与否等产生法律效果。

有学者认为“知识产权作为专有权利、排他权利或禁止权,本质上即禁止他人实施某种行为的权利,而与‘自用权’无关……摄影师享有‘发表权’,只意味着可以阻止他人,包括被拍摄者本人,以发表等方式利用该摄影作品。”⁽¹³⁾⁹这一观点值得商榷。首先,知识产权的专有权属性除在消极权能上以禁止他人实施某种行为的方式得以体现以外,还需要在积极

权能上通过自行或许可他人实施某种行为的自由方式体现出来。否认知识产权包括积极权能意义上的“专用权”,难以解释权利人以何为基础来排除他人对其自由实施某种行为的妨害^③,更无法解释权利主体为什么能够许可他人实施某种利用行为(如签订许可使用合同)并获取报酬^④。其次,就发表权而言,与其说是“禁止权”,毋宁说是“控制权^⑤”或“决定权”,并不仅限于在消极权能上排除或阻却他人未经作者同意擅自发表其作品,更体现在作者决定自行或许可他人以一定方式来“积极行使”发表权。这是因为发表权的实现仅产生一次性的权利作用效力。发表权是“一次性使用完毕的”,未公开作品只能由作者自行或许可他人以作为的一定方式使用一次。⁽⁶⁾⁹⁴当作者决定自行或许可他人以作为的一定方式使用作品首次“公之于众”时,作品才会发生“已发表”的法律效力。正是在这个意义上,言及“发表”的成立要件应当包括作者有将作品公之于众的意思表示,实际上是想说只有作者本人或作者许可他人的发表才会产生作品“已发表”的法律效力。换言之,发表权的实现即发表,作品始产生“已发表”的法律效力,而发表本身并不等于发表权的实现,如他人未经作者许可

① 需要说明的是,有学者将发表权的积极权能理解成以作为的方式(如以出版、展览、朗诵等方式)行使发表权,将发表权的消极权能理解成以不作为的方式(如保留作品不公之于众)行使发表权,这是有问题的。依此逻辑,所有权的消极权能只能是所有权人以不作为的方式放弃行使占有、使用、收益、处分等权利的权能,这和民法通说所理解的物上请求权,即所有人在遭受侵害时对所有权进行保护的权力背道而驰。参见宋贻珍《论发表权》,载《中山大学学报论丛》2003年第6期,第264页。

② 这并不意味着发表权具有财产权属性,因为发表权本身并无财产权内容,伴随作品的发表而获得的经济利益是著作权人行使相关著作财产权的结果,而非实现发表权的结果。

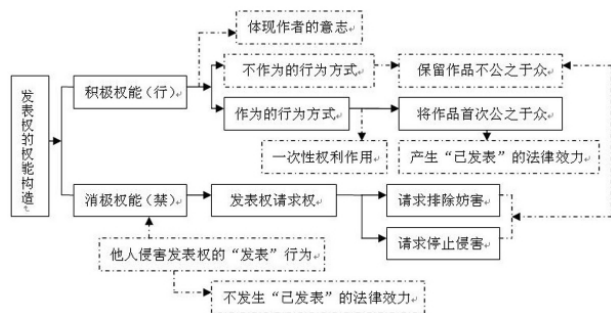
③ 在高丽娅诉重庆市南岸区四公里小学著作权纠纷一案中,重庆市一中院认定被告遗失原告教案手稿的行为使作品随之灭失,导致原告教案的著作权无法实现,构成对原告著作权的侵害。这一观点即从积极权能上认可作为“自用权”的著作权。参见重庆市第一中级人民法院(2005)渝一中民初字第603号民事判决书。

④ 知识产权主体之所以有权以许可使用合同的形式许可他人实施一定行为,其权利基础是作为本体权能的“自用权”,而非消极权能的“禁止权”。在我国全面启动的著作权法第三次修订工作中,二稿和修订草案送审稿均将广播电台、电视台享有的权利由“禁止权”修改为“许可权”,恰恰是对这一思路的贯彻。参见国家版权局《著作权法(修改草案第二稿)》第41条、《著作权法(修订草案送审稿)》第42条。

⑤ 有学者认为发表权是作者享有控制发表其作品的权利,这种控制权包括两方面:一是作者有权决定作品的发表,二是不经作者同意他人不得擅自发表其作品。参见刘春田《关于我国著作权立法的若干思考》,载中国版权研究会《版权研究文选》,商务印书馆1995年版,第36页。

将作品“公之于众”,作品不发生“已发表”的法律效力^①。可见,发表权不同于其他的作者精神权利,既注重消极权能上的“禁”,又强调积极权能上的“行”。

综上所述,发表权不同于传统民法之人格权,也有别于表明作者身份权、保护作品完整权等其他精神权利。具体图示如下:



发表权的权能构造示意图

由上图可见,从权利作用或实现的方式来看,作为一项主动的精神权利,发表权的权能构造“焦点”同时注重积极权能上的“行”和消极权能上的“禁”两方面。发表权的“禁”以“行”为基础,而“行”又以“禁”为保障。

其一,发表权的积极权能——“行”。积极权能的发挥除法律规定的特殊情形外,需体现作者的意志,既包括决定以不作为的方式保留作品不公之于众,又包括以作为的一定行为方式,决定将作品首次公之于众。当作者决定保留作品不公之于众,作品一直处于“未披露”的意志控制状态^②。当作者决定以作为的一定行为方式“积极行使”发表权时,作品只有达到“向不特定的人公开”的事实状态,才能产生“已发表”的法律效力^③。发表权的积极权能应侧重于权利人以作为的行为方式“积极行使”发表权,这是由发表权实现中的一次性权利作用效力——即作品产生“已发表”法律效力的首次“公之于众”在符合作者意志的基础上只能发生一次——决定的,这一点恰恰表明发表权与表明作者身份权、保护作品完整权等精神权利之间存在着显著性区别。

其二,发表权的消极权能——“禁”。当发表权受到他人的侵害或妨害之虞时,作者可以主张发表权请求权,有权要求侵权人排除妨害或停止侵害。如同所有权对应的物上请求权,抑或人格权对应的人格权请求权,发表权请求权也是发表权在消极权能上的一种本体性权利,不同于因发表权侵权行为而产生的债权——侵权救济请求权。^[14]作者依据发表权请求权可以请求他人排除妨害或停止侵害,进而从消极权能上对发表权给予保护。发表权请求权始于他人可能实施侵害发表权的不法行为,止于作品发生“已发

表”的法律效力。他人未经作者同意所实施的“发表”行为,作品虽在事实状态上已构成“公之于众”,但不发生“已发表”的著作权法效力,作者仍有权以一定行为方式行使发表权,依发表权请求权在消极权能上保护发表权。

二、发表权的行使及限制

厘清发表权静态的权利内涵与动态的权能构造之后,有必要对发表权的行使及相关限制规定的法律性质展开探讨。

所谓权利的行使,即权利内容的具体实现。在史尚宽先生看来,“广义的权利之行使,包括权利的主张,即权利的行使受妨害或有受妨害之虞时,对于特定人使承认其权利存在之行为”^④。发表权内容的实现,则集中体现在发表权的“行使”上。发表权的行使是指作者或其他合法行使人就作品是否公之于众以及如何公之于众作出决定,其实质是要确定作品的未来状态。由发表权的前述权能构造可知,发表权的“禁”以“行”为基础,而“行”又以“禁”为保障。故从广义上理解,发表权的“行使”应有两层涵义,既涵括作者在积极权能上以一定行为方式“行使”发表权,又指涉作者在消极权能上以请求他人排除妨碍或停止侵害的方式“保护”发表权。所以,将发表权一次用尽原则表述为“发表权行使一次就穷尽”^{[15]75}、“发表权只能行使一次”^{[13]105}等是有语境限制的,仅指权利人以作为的一定行为方式“积极行使”发表权一次,使作品公之于众,发生“已发表”的法律效力,发表权才穷竭。否则,当他人未经作者同意而重复将作品“公之于众”时,我们无法解释作者何以能持续请

① 他人未经作者许可将未公开作品“公之于众”的行为,虽构成“发表”的客观事实状态,但作者的发表权不会穷竭,不会使作品发生“已发表”的法律效力,这是因为发表权是一种“决定权”,一般情况下需体现作者的意志,以维护作者的精神利益。

② 需要指出的是,作者决定以不作为的方式保留作品不公之于众的这项积极权能本身不会产生作品“已发表”的法律效力,其更侧重于通过发表权消极权能上的“禁止权”来保障和实现,从这一点来说,作者以不作为的方式保留作品不公之于众的权能属性更接近于被动的精神权利,并不是发表权发挥积极权能的主要权利作用方式。

③ 这进一步说明作者积极行使发表权并不意味着他的作品就一定能够被发表,除达成合意外,他人对作者行使发表权并无积极作为的法义务,如期刊社可以拒绝对投稿作品进行刊发。在谢丽君诉慈溪中兴网络信息广告有限公司发表权纠纷一案中,法院判定作为网络论坛版主的被告删除原告发帖的行为不构成对原告发表权的侵犯。法院认为原告虽对自己的作品享有发表权,但无权要求他人为作品的发表而积极作为。被告因帖子不符合版块主题将其删除,符合论坛审核的正常规则,并未干涉作者行使发表权。参见浙江省慈溪市人民法院(2007)慈民二初字第1005号民事判决书。

④ 史尚宽先生认为“权利就是为某事或不为某事之法律上之力。此力之现实化,即为权利之行使。”参见史尚宽《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第31-32页。

求他人排除妨碍或停止侵害,其依据的是发表权,恰恰是从消极权能上依发表权请求权来“保护”发表权,行使发表权。言及发表权是一种“禁止权”,也是从发表权这一消极权能意义上理解的。可见,发表权的“行使”在不同语境下有不同涵义:一旦作者决定保留作品不公之于众,当他人未经作者同意而实施可能侵害发表权的不法行为时,作者即有权阻却或排除,通过“保护”来行使发表权。此外,作者还有权决定将作品以一定行为方式公之于众,通过发表权的“积极行使”,使作品产生“已发表”的法律效力。

发表权虽然是一项作者精神权利,但如果作者无限制地行使自己的发表权,就有可能干扰作品的正常使用。^{[16]61}为了最大限度地实现作品的价值,维持私人利益和公共利益、作者与他人相关利益的平衡,各国著作权法都规定了一些对发表权的限制。通过对发表权的权能构造和“行使”结构的认识,可以更好地帮助我们理解发表权以下限制规定的法律性质:

首先,视觉艺术作品的原件转让所产生的发表权限制。为了充分发挥视觉艺术作品原件以展览方式体现的物权效用,一般认为,作者将未公开的美术、摄影作品原件转让给他人,原件所有人可以展览该原件,不构成对作者发表权的侵犯^①。依据发表权的权能构造和行使方式,这一限制规定应理解为:未公开的美术、摄影作品原件转让之后,作者不得以享有发表权为由,阻止原件所有人将作品原件以展览的方式公之于众。对此,法国法甚至规定当原件所有人明显滥用原件物权妨碍作者发表权的“积极行使”时,法院有权采取一切必要措施予以排除^②。日本著作权法对此却采取不同的处理方式:当作者将视觉艺术作品的原件转让给他人,推定作者同意原件所有人发表其作品,即作者已经行使了发表权^③。实际上,日本法在这一问题上为了追求法的效率性而有可能偏离公正性。当视觉艺术作品原件转让的时候,为了充分发挥作品原件的物权效用,作者以原件展览方式将作品首次公之于众的决定权就应当受到限制,但以其他方式将作品发表的决定权不能被剥夺,否则可能会严重违背作者的意志,侵害其精神利益。换言之,视觉艺术作品原件的物权转移,仅应限制作者对原件所有人行使发表权的“禁”权能,而不应延伸至原件展览之外其他公开作品方式的“行”。

其次,委托作品的发表权限制。受委托创作的作品,其著作权的归属由当事人约定,无约定或约定不明的,著作权属于受托人——作者。可见,作品的著作权基于意思自治原则可以由受托人转让给委托人。由于作者精神权利的不可转让性,故这里可以转让的

“著作权”主要是指著作财产权,精神权利仍为作者保留。然而,发表权通常和著作财产权一起产生法律效力,我们不能说作者将著作财产权转让给委托人,自己还保留发表权。所以,受托人同意将著作权转让给委托人,可以推定作者以同意委托人将作品首次公之于众的方式,已经“积极行使”了发表权这一决定权,委托人有权公开使用作品。

再者,视听作品的发表权限制。为了有效发挥视听作品的市场价值,现行著作权法径直规定视听作品的著作权由制片者享有。由此可知,作者的发表权因著作财产权的归属而受到限制,只能推定为由作者以外的人行使。⁽¹⁷⁾⁵⁹实际上,视听作品的作者并非制片者,而是表达主要创作意志的导演、编剧等人,发表权等精神权利仍应由作者享有。《送审稿》第19条对视听作品的著作权归属问题作了较大调整,确立导演、编剧等人的作者身份,仅规定著作财产权和报酬取得权的归属可由制片者和作者约定,具有积极意义。据此,当制片者和作者约定著作财产权转让给制片者时,应推定作者因同意制片者公开使用视听作品而已经“积极行使”了发表权;当双方无约定或约定不明时,为了充分、有效地发挥作品的财产价值,《送审稿》直接规定著作财产权由制片者享有,可以推定发表权转由制片者“积极行使”。

最后,特殊职务作品的发表权限制^④。《送审稿》第20条对职务作品的著作权归属也作了相应调整,同样采用约定优先原则^⑤。同委托作品一样,著作权的归属可以约定的也只能是著作财产权,单位和职工一旦达到著作财产权归属的合意,即应推定职工以同意单位发表的方式,已经“积极行使”了发表权。在当事人无约定或约定不明的情况下,一般职务作品的著作权由作为作者的职工享有,故发表权应当由职工享有、行使,而因为特殊职务作品的著作权依法由单

① 参见《著作权法(修订草案送审稿)》第22条的修订内容。

② 《法国知识产权法典(法律部分)》L.111-3,参见十二国著作权法翻译组《十二国著作权法》,清华大学出版社2011年版,第64页。

③ 因为发表权是体现作者意志的一种“决定权”,故日本法推定作者同意原件所有人发表作品,等于推定作者以许可他人发表的方式行使发表权。参见《日本著作权法》第18条第2款,参见十二国著作权法翻译组《十二国著作权法》,清华大学出版社2011年版,第371页。

④ 这里的特殊职务作品是指职工在职期间为完成工作任务所创作的工程设计图、产品设计图、地图、计算机程序和有关文档,以及报刊社、通讯社、广播电台和电视台的职工专门为完成报道任务创作的作品。参见《著作权法(修订草案送审稿)》第20条第2款。

⑤ 在这一点,职务作品不同于法人作品。根据《著作权法》第11条第3款的规定,法人或非法人单位被视为法人作品的作者,故法人或非法人单位享有著作权,发表权应由单位享有和行使。

位享有,为了充分、有效地发挥作品的财产价值,故推定特殊职务作品的发表权转由单位“积极行使”^①。

需要说明的是,发表权通常只能由作者享有和行使,但在特定情形下,可以由作者以外的人行使。发表权的精神权利属性只决定发表权专属于作者且不能被转让,表明发表权只能由作者“享有”,但这并不意味着发表权不可以由作者以外的人“行使”。德国法学家 Gierke 不仅提出了以作者人格权为核心的著作权一元论,还对著作权本身和著作权的行使展开了区分性论证。在 Gierke 看来,作者人格权(如首次出版权)在出版合同中不得转让,但作者人格权的行使是可以转移的。⁽¹⁸⁾²⁷ 为了解决著作权运用中的实践问题,作者有时不得不将发表权转交他人行使。对此,德国著作权法学者 Reh binder 曾一针见血地指出:“著作权法不允许作者通过人格方面的各种权能的转让而彻底放弃这些权利,但人们必须认识到这样一种情况:法律既不能排除权利在行使方面的继承,也不能排除在权利客体上‘第三人权利’(即‘与本权相联系的权利’)的设定。”⁽¹⁹⁾³⁶¹ 可见,虽然作者以外的人不能享有发表权,但为了维护公共利益,最大化地发挥作品发表后的市场流转价值,著作权法在难以考察作者真实意愿的特殊情形下,可以规定或推定由他人行使发表权。依据《送审稿》的相关内容,具体包括:第一,前述视听作品的著作权归属无约定或约定不明的,由制片者行使发表权。第二,前述特殊职务作品的著作权归属无约定或约定不明的,由单位行使发表权。第三,作者身份不明的未公开作品,由作品原件的所有人行使发表权。当作者身份确定后,发表权转由作者或其继承人、受遗赠人行使。其四,如果作者生前未明确表示不发表作品,在作者死后的50年内,作者继承人、受遗赠人可以行使发表权;在无继承人、受遗赠人的情形下,发表权由原件所有人行使。

三、遗作发表权的“行使”和“保护”

我国关于发表权行使的法律条文除隐含在一些法律推定的特别限制规定之外,主要表现在《条例》第17条(即《送审稿》第24条)对遗作发表权的处理上。下面就遗作发表权的“行使”问题展开进一步阐释。

(一) 遗作发表权的归属和行使

在探讨遗作发表权的“行使”问题时,首先要澄清遗作发表权到底是誰的权利?是否可以继承?对此,主流观点有两种:一种观点认为,虽然精神权利在一般情况下不可转让,但遗作发表权是可以发生继承的。作者死后,发表权随著作财产权一并依遗嘱或法

律由作者的继承人继承。“如果不允许发表权继承的话,继承人取得的著作财产权实际上也无法行使”,⁽²⁰⁾⁴⁴⁻⁴⁵ 故应当承认发表权是“继承人”的权利。另一种观点则不同,主张遗作发表权只能是“作者”的权利,仅可由继承人或受遗赠人等代为行使,这是由精神权利的专属性和不可转让性所造成的。⁽²¹⁾¹¹⁴

前者为德国通说,其问题在于,如果认同发表权能够随著作财产权一并转由他人继承,成为“继承人”的权利,就需要承认继承人依独立意志享有是否公开作品的决定权。然而,《条例》第17条设定作者以外的人“积极行使”遗作发表权的必要条件是“作者生前未明确表示不发表”。当作者生前明确表示不发表的,继承人应充分尊重作者的意志,并不能“自由决定”是否行使发表权。换言之,“凡作者明确表示不准发表的作品,作者去世后的著作财产权保护存续期间,他人不应违背作者意志发表”。⁽¹⁵⁾⁷⁵ 可见,发表权的可继承性与发表权的决定权性质相悖。若遗作发表权可依继承的方式转移给他人,成为“继承人”的权利,将在论证逻辑上有一定缺陷。

法国主流观点持第二种观点。但反对意见认为,作者死亡将导致权利能力丧失,权利主体资格也一并消灭。这样的话,他人又怎么会行使“作者”的发表权?客观上,著作权的特殊制度设计决定了精神权利在作者死后的可延续性。在遗作发表权的归属问题上,如果机械、笼统地套用民法理论,精神权利在实践运用中的诸多问题将难以解释。正因为这样,有学者主张作者死后就不应该谈精神权利的归属主体问题,而应从整体利益考量有利于精神权利行使的权利状态问题。⁽¹²⁾²²¹ 在不明显违背作者意志的基础上,著作权法需要对民法传统理论的适用作出相应变通,承认他人可以行使遗作发表权^②。发表权无法像财产权那样,能够实现继承人的自身利益进而转移至继承人,而是“为了在作者死后,持续性地维护作品中的作者人格和印记才授权给继承人行使”。⁽¹⁸⁾⁹³ “人格权的不可转让性本应成为保护作者的一道屏障,而非一道障碍。”⁽¹⁹⁾³⁸⁷ 在遗作发表权的归属和行使问题上,有必要以权利行使为目的将作者精神权利委托给第三人代为行使。这里,第三人在作者死后享有一种

① 当事人无约定或约定不明的情况下,由于精神权利的不可转让性,特殊职务作品的署名权、保护作品完整权都应由职工享有,职工有权以排除他人不法侵害的方式来“保护”作品完整权。

② 例如《日本著作权法》在“作者死亡后人格利益的保护”条款中对“作者人格权的人身专属性”作出但书设计,规定“应当像作者在世一样”处理,这是将已故作者拟制为具有主体资格的权利主体,推定已故作者仍享有包括发表权在内的各项精神权利,只不过由其继承人或执行人代为行使。相关规定参见《日本著作权法》第60条第1款。

以行使发表权等精神权利为目的的“功能性权利”(functional right)。⁽²²⁾²¹⁷

(二)“行使”与“保护”之惑: 遗作发表权条文设计的逻辑缺陷

在近期备受关注的杨某诉中贸圣佳国际拍卖有限公司、李某侵害著作权及隐私权纠纷案(以下简称“钱钟书案”)中,一、二审民事判决书都依据《条例》第17条认定杨某作为钱钟书先生的配偶,“依法行使其著作权中的发表权”^①。在法官看来,《条例》第17条所使用的“行使”一词,显然既指涉权利人对遗作发表权的“积极行使”,又包括从消极权能上“保护”发表权。继承人或者受遗赠人在作者死后50年以内可以从上述两个层面来“行使”发表权,被理解为法条的应有之意,是合目的性的一种立法解释。然而,当深入考察《条例》第17条的整个法条语境之后,将发现这一认识不无疑问。

首先,由《条例》第17条规定的前半句得出“可由继承人或者受遗赠人行使发表权”这一结论的必要条件是“作者生前未明确表示不发表”,通常指涉作者生前未以遗嘱、书信等书面形式明确反对过发表遗作^②。《条例》第17条并未径直回应“如果作者生前明确表示不予发表的,应对死者发表权的行使及保护事宜如何处理”的具体操作问题,甚至从该条前半句一般可以反推出“如果作者生前明确表示不予发表的,继承人或受遗赠人不得行使发表权”的结论。⁽¹⁵⁾⁷⁵作者生前明确表示不予发表遗作的,当他人对发表权实施侵害时,继承人或受遗赠人有权从消极权能上“保护”遗作发表权,这构成著作权法的应有之义。如果第17条前半句中的“行使”同时包括积极权能和消极权能上的行使,等于说“如果作者生前明确表示不予发表的,继承人或受遗赠人不得保护遗作发表权”,逻辑上是说不通的。此外,如果这里的“行使”包括消极权能上的“保护”,条文在“作者未明确表示不发表”的限定条件下就不应当采用“可”由继承人或受遗赠人行使”的措词安排。由此可知,《条例》第17条前半句中的“行使”当指遗作发表权的“积极行使”。

其次,要解答《条例》第17条规定的“行使”是否同时包括积极权能和消极权能上的两层涵义,还应当结合《条例》第17条的后半句内容进行综合判断。依据第17条后半句条文的表述,“当没有继承人或受遗赠人的,由作品原件的所有人行使”。这一规定设置的必要条件也应限于“作者生前未明确表示不发表”。⁽¹⁷⁾⁵⁹如果该条后半句中的“行使”包括上述两层涵义,这等于认同除了继承人或受遗赠人,由作品

原件所有人来保护死者的发表权是最合理的选择。但是,正如钱钟书案一样,手稿所有权与遗作发表权的价值取向往往不同,指望原件所有人如同作者继承人或受遗赠人那样对遗作发表权给予充分保护,从常理来看是难以成立的。可见,第17条后半句中的“行使”也应当排除遗作发表权在消极权能上的“保护”,实指遗作发表权的“积极行使”。

再者,《条例》第17条主要是从效用主义原则出发做出的一种法律推定,立法本意是为了最大化地发挥遗作发表后的社会价值。为了实现作品的市场价值和传播价值,当作者生前未明确表示不予发表的,该条文就推定由继承人或受遗赠人乃至作品原件所有人来“积极行使”发表权。可见,如果从立法目的考察的话,《条例》第17条规定的“行使”主要是指发表权的“积极行使”,并未包括消极权能上的“保护”。该条文也并非遗作发表权如何行使的一般性规则,而是针对“作者生前未明确表示不发表”这一特殊情形做出来的立法技术安排。就钱钟书案而言,即便法院认定钱钟书对这些书信作品“生前未明确表示不发表”^③,依《条例》第17条也不能径直得出可以由继承人或受遗赠人从消极权能上来“保护”发表权的结论。而在没有继承人或受遗赠人的情况下就认定由手稿所有人来保护钱钟书遗作的发表权,就更难说通了。

综上所述,钱钟书案一、二审法官将《条例》第17条作为杨某有权保护钱钟书遗作发表权的适用依据是有问题的。现有条文在遗作发表权的“行使”和“保护”问题的设计上存在逻辑上的失洽性,有必要在著作权法第三次全面修订中进一步调整、完善。

(三) 无主遗作发表权的行使主体困惑

^① 参见北京市第二中级人民法院(2013)二中初字第10113号民事判决书、北京市高级人民法院(2014)高民终字第1152号民事判决书。

^② 如《俄罗斯民法典》(第四部分)第1268条第3款规定“作者生前没有发表的作品,如果发表不违背作者以书面形式(在遗嘱、信件、日记或类似形式中)明确表达的意愿,则可以在其死后由对作品拥有专有权的人发表。”参见张建安《俄罗斯知识产权法——〈俄罗斯联邦民法典〉第四部分》,知识产权出版社2012年版,第32页。

^③ 在钱钟书案中,诸多事实材料实际上可以推证钱钟书先生生前已经明确表示不希望发表这些书信。如钱钟书先生在1981年的信中曾谈到《红楼梦》的英译本“因思及Hawkes近以其新出译本第三册相赠,乃细读之,文笔远胜杨氏夫妇(指杨宪益与戴乃迭),然而此老实话亦不能公开说,可笑可叹。”此外,钱钟书还在一些信件缝隙中以很小的字体写着“阅毕请毁之”等,另钱钟书配偶杨某在钱重病期间写给李某的一封信中曾提到“近有不肖之徒,因钟书久病,无视著作权法,不择手段,攫取大量钱钟书书札墨宝等,擅出《传记》多种,向我们身上泼脏水。你手中的书稿信札等务请妥为保藏,勿落此辈人手。”这些内容皆可以推导出钱钟书等并不希望公开发表这些书信内容。参见北京市第二中级人民法院(2013)二中初字第10113号民事判决书。

基于上述论证,有必要进一步澄清以下两个问题:作者生前未明确表示不发表遗作的,当没有继承人或受遗赠人时,为什么由原件所有人来“积极行使”遗作发表权?此外,当没有继承人或受遗赠人时,又应当由谁来“保护”遗作发表权?

我国论著对第一个问题的解释大多语焉不详,仅强调是“法律规定”或“一般意见认为”。⁽⁶⁾⁹⁶只有极少数学者就此作出进一步解释“如果某人持有某一作品的原件,说明其与作者或多或少有一定的关系。……如果能够鼓励其积极将作品发表的话,对于社会总体收益来说,总不是一件坏事。因此,为了调动物品原件持有人的积极性,以便其将所持有的作品尽可能向社会公开,《条例》作出了相应规定。”⁽²⁰⁾⁴⁵该解释从表面来看符合情理,但在实际操作中却有不小的问题。根据我国《继承法》第32条的规定,如果作者生前不属于集体所有制组织的成员,那么无人继承又无人受遗赠的,包括著作财产权在内的遗产应当归国家所有。当著作财产权归国家所有时,遗作以任何方式首次被公开所产生的财产利益就应当由国家支配和管理^①。基于此,《条例》第17条虽认同原件所有人可以行使遗作发表权,但原件所有人却不能享有公开遗作所产生的经济收益,进而很难调动物品原件所有人发表遗作的积极性。可见,《条例》第17条能够激励原件所有人公开传播遗作的这一说法难以成立。

实际上,《条例》第17条规定由原件所有人来“积极行使”遗作发表权,其原型可追溯至文化部于1985年颁布的《图书、期刊版权保护试行条例实施细则(已失效)》(以下简称《图书版权细则》)。根据该细则第12条的规定,如果已故作者没有合法继承人,遗作原件所有人在经出版主管部门批准后,可以出版的方式公开发表遗作^②。值得注意的是,该细则是在《图书、期刊版权保护试行条例(已失效)》(以下简称《图书版权条例》)认可原件所有人与继承人共有遗作著作财产权的基础上作此规定的^③,进而具备推助原件所有人公开发表遗作的激励条件。而令人遗憾的是,《条例》第17条和《继承法》第32条之间未能像文化部《图书版权细则》、《图书版权条例》那样做到体系衔接,仅规定“由原件所有人行使发表权”并不能产生激励遗作传播的实际效果^④。

对这一问题,可考虑以下两条解决路径:其一,借鉴日本和我国台湾地区著作权法的立法设计,即规定著作财产权在存续期间内,因著作权人死亡依法应归国家所有的,视同著作财产权因存续期间届满而消灭^⑤。这一法律拟制虽认可著作财产权在无人继承又无人受遗赠的情况下本应归国家所有,但为了促进

作品的自由传播,视著作财产权因期限届满而消灭,进而使每个人都可以自由利用该作品^⑥。法律之所以限定保护期,旨在平衡著作权人和社会公众之间的利益关系。当著作权人的相关利益不存在时,对作品的控制就失去意义,社会公众也就没有必要受到限制。⁽²³⁾在作者生前未明确表示不发表遗作的前提下如此设计,使遗作流入公共领域,任何人都可以发表遗作,也就不会出现遗作发表权应当由“谁”积极行使的问题。其二,在前述基础上,还可以考虑为发表人设立因首次公开遗作而享有一定发表方式上的财产权益^⑦。发表人通常是合法持有遗作原件或复制件的物权主体,为发表人设置一定期限的财产权益,就可以激励原件或复制件所有人披露遗作,进而有利

① 这一问题曾在“溥仪《我的前半生》著作权纠纷”一案中出现,引起了学界的激烈讨论。司法实务界的观点认为:在这种情况下,国家作为著作财产权的主体,在管理著作权、发许可证时就是一个民事主体,任何出版者在征得国家版权主管部门同意的基础上才可以出版利用作品。参见钟楚《情理与法理——〈我的前半生〉著作权问题学术研讨会论点摘编》,载《中国出版》2007年第12期,第13-19页。有学者正是在此立论基础上,认为遗作发表权应由国家行使和保护,参见刘波林先生起草的《中华人民共和国著作权法(2007年修订稿)》(内稿)。该修订稿第17条之三规定“作者生前未发表的作品,除美术、摄影作品外,作者未明确表示不发表的,作者死亡后五十年内,发表权由继承人或者受遗赠人适当地行使和保护;无继承人和受遗赠人的,由国家适当地行使和保护。”

② 根据1985年文化部《图书、期刊版权保护试行条例实施细则(已失效)》第12条的规定“作者生前未曾发表过的作品,如果作者没有遗嘱说明不愿意发表,……作品(原件)由非合法继承人保存,应经作者合法继承人同意方可发表;如作者无合法继承人,……经省级出版管理机构或文化部出版事业管理局批准,作品亦可发表。”

③ 根据1985年文化部《图书、期刊版权保护试行条例(已失效)》第12条的规定“如作品(原件)由非合法继承人保存,经作者的合法继承人或文化部出版事业管理局同意后发表,则上述权利(指著作财产权,笔者注)应由作品(原件)保存人与作者的合法继承人共同享有;如作者或作者的合法继承人无法确定,则由保存人享有。”

④ 需要指出的是,1990年颁布的《著作权法》曾专门赋予图书出版者对出版发行的作品享有出版专有权,实际上发挥着推动出版者以首次公开的方式发表、传播遗作(无人继承又无人受遗赠)的激励功能,但由于出版专有权的范围和正当性曾饱受诟病,故2001年修改后的《著作权法》取消了出版者的出版专有权,转而限定为一种“版式设计权”。这就使出版者原先发挥的激励遗作传播功能受到限制。

⑤ 《日本著作权法》第62条第1款规定“著作权人死亡后,其著作权根据民法第959条(无主财产归国库所有)的规定应当归属国库时,著作权消灭。”台湾地区“著作权法”第42条规定“著作财产权人死亡,其著作财产权依法应归属国库者,视同著作财产权因存续期间届满而消灭。”

⑥ 台湾地区“著作权法”第43条规定“著作财产权消灭之著作,除本法另有规定外,任何人均得自由利用。”

⑦ 如《德国著作权与邻接权法》第71条规定“将未发表的遗作在著作权消灭之后合法地首次出版或公开再现的,享有25年利用作品的专有权”,参见范长军《德国著作权法》,知识产权出版社2013年版,第111-112页。《俄罗斯联邦民法典(著作权部分)》则专设“科学、文学及艺术作品发表人的权利”一节,第1337条至1344条为发表人(公布者)规定了25年的“作品发表人(公布者)专有权”,参见张译文《俄罗斯知识产权法——〈俄罗斯联邦民法典〉第四部分》,知识产权出版社2012年版,第65-67页。

于遗作的公开传播。当然,这种财产权益可以设置成一定发表方式上的经济收益权,不能排除他人以发表以外的其他方式自由利用作品,这样才能充分兼顾到遗作接触和使用自由的公共利益诉求。

至于“作者死后没有继承人或受遗赠人的情况下,当由谁来保护遗作发表权”的问题,需要依作者生前意思表示的不同作区分对待。当作者生前以遗嘱、书信等书面形式明确拒绝公开遗作的,除依社会环境的变化或公共利益支撑的强制许可等特殊情形以外,应充分尊重作者的意志,由继承人或受遗赠人保护遗作发表权不受侵犯。当没有继承人或受遗赠人时,发表权在存续期间内应考虑由国家保护^①。由此反推出以下结论:当作者生前未明确表示不发表遗作的,没有继承人或受遗赠人的,著作财产权依《继承法》第32条应收归国有,推定由国家主管部门(如国家版权局)从积极和消极两层权能上“行使”发表权。但值得注意的是,如果无主遗作因拟制处理而被视同著作财产权消灭的话,这时遗作就流入公共领域,故任何主体都可以公开传播和自由利用遗作,“发表权应当由谁来保护”这一问题也就无从谈起。

四、立法完善建议

通过以发表权的权能构造为切入点,我们详细阐释了发表权的行使及相关限制的法律性质,进而澄清了发表权特别是遗作发表权的“行使”和“保护”关系。基于此,笔者建议《送审稿》可在以下三个方面对发表权的行使问题给予完善:

首先,为了避免发表权行使与发表之间的认知混淆,《送审稿》应澄清“发表”的涵义,区分事实意义和法律意义上的“发表”;同时,明确除法定情形以外,只有作者积极行使发表权之后,表达或符合作者意志的发表行为——即法律意义上的“发表”,才会使作品产生“已发表”的法律效力。《送审稿》可以考虑增设以下规定“作品的发表是指作品向不特定的人公开,但不以公众知悉为构成要件。除本法另有规定外,未经作者同意(或许可)向不特定的人公开的作品,不视为已发表的作品。”

其次,明确发表权行使限制的特别规定性质。一般情况下,只有作者在表达意志的基础上“积极行使”了发表权之后,发表行为才会使作品产生“已发表”的法律效力。但在著作权依法或约定由作者以外的自然人或组织享有时,不受此限。如根据意思自治原则,作者将委托作品或视听作品的著作权依约定转让给他人,应视同作者因同意(或许可)受让人公开利用作品而已积极行使了发表权,一旦著作权人将

作品公之于众,作品即产生“已发表”的法律效力;当法律规定某些作品(如视听作品、特殊职务作品等)的著作权由作者以外的自然人或组织享有时,应推定由作者以外的著作权人行使发表权。基于此,《送审稿》可以考虑增设以下规定“作者依约定将著作权转让给他人,视为作者已行使发表权;法律规定由作者以外的人或组织享有著作权的,推定由著作权人行使发表权。”

再者,整合《送审稿》第23条、第24条,处理好遗作发表权“行使”和“保护”之间的关系。从前述论证可知,《送审稿》第24条(即《条例》第17条)中的“行使”实指遗作发表权的“积极行使”,并未包括消极权能上的“保护”。该条文也并非“遗作发表权如何行使”的一般性规则,而是针对“作者生前未明确表示不发表”这一特定情形所做出的立法技术安排。为了协调遗作发表权“行使”和“保护”之间的关系,可考虑如下两种调整方案:其一,在《送审稿》第23条(即《条例》第15条)的“保护”规定中吸纳发表权“保护”的相关内容,可作这样的调整“作者死亡后,其著作权中的署名权和保护作品完整权,以及发表权在作者死亡后五十年内,由作者的继承人或受遗赠人保护。著作权无人继承又无人受遗赠的,由著作权行政管理部门保护。”同时,将《送审稿》第24条作以下修改“作者生前未发表的作品,如果作者未明确表示不发表,作者死亡后五十年内,其发表权可由继承人或受遗赠人积极行使;没有继承人又无人受遗赠的,经过著作权行政管理部门的核准^②,他人可以一定方式发表作品。”其二,《送审稿》可借鉴日本和我国台湾地区的做法,增设无主遗作的著作财产权消灭条款,同时规定遗作发表权随著作财产权一并消灭。如规定“著作财产权在存续期间内,因著作权人死亡依法应收归国有的,视同著作财产权和作者的发表权因存续期间届满而一并消灭。”在此基础上,同时将《送审稿》第24条修改为“作者生前未发表的作品,作者死亡后五十年内,其发表权由继承人或受遗赠人保护。如果作者生前未明确表示不发表的,作者死亡后五十年内,其发表权可由继承人或受遗赠人积

^① 这种处理方式在我国可追溯至文化部于1985年制定的《图书、期刊版权保护试行条例实施细则(已失效)》。依该细则第11条的规定,包括发表权在内的精神权利在作者去世之后,当作者无合法继承人或作品的版权已收归国有时,由文化部出版事业管理局保护其不受侵犯。

^② 这种情形下,由于无主遗作的著作财产权归国家所有,故经过著作权行政管理部门的核准,实际上可以视同作为著作权主体的国家已“积极行使”发表权,他人可以被核准的一定方式将作品公之于众。

极行使;没有继承人又无人受遗赠的,他人可以自由 在实际操作中的合理性和可行性。
发表作品。”比较而言,笔者更认同第二种调整方案

参 考 文 献

- (1) 李莉. 论作者精神权利的双重性 (J). 中国法学, 2006, (3): 83-92.
- (2) Millar v. Taylor (1769) 4 Burr. 2388, 98 Eng. Rep. 220.
- (3) Calvin D. Peeler, From the Providence of Kings to Copyrighted Things (and French Moral Rights), 9 Ind. Int'l & Comp. L. Rev. 423 (1999).
- (4) Cyrill P. Rigamonti, The Conceptual Transformation of Moral Rights, 55 Am. J. Comp. L. 67 (2007).
- (5) 联合国教科文组织. 版权法导论 (M). 张雨泽, 译. 北京: 知识产权出版社, 2009.
- (6) 谢怀栻. 著作权的内容 (M) // 最高人民法院著作权法培训班. 著作权法讲座. 北京: 法律出版社, 1991.
- (7) 宋贻珍. 论发表权 (J). 中山大学学报论丛, 2003, (6): 263-269.
- (8) 毕荣建. 论发表权 (D). 长春: 吉林大学博士学位论文, 2009.
- (9) 菅从进. 论权利的救济机能及其发展 (J). 河北法学, 2008, (8): 57-62.
- (10) [日]五十岚清. 人格权法 (M). [日]铃木贤, 葛敏, 译, 北京: 北京大学出版社, 2009.
- (11) William Strauss, The Moral Right of the Author, 4 Am. J. Comp. L. 506 (1955).
- (12) [西]德利娅·利普希克. 著作权和邻接权 (M). 联合国教科文组织, 译. 北京: 中国对外翻译出版公司, 2000.
- (13) 王迁. 知识产权法教程 (第三版) (M). 北京: 中国人民大学出版社, 2011.
- (14) 杨立新, 袁雪石. 论人格权请求权 (J). 法学研究, 2003, (6): 57-75.
- (15) 刘春田. 知识产权法 (第四版) (M). 北京: 高等教育出版社. 北京大学出版社, 2010.
- (16) 李明德, 许超. 著作权法 (第二版) (M). 北京: 法律出版社, 2009.
- (17) 韦之. 著作权法原理 (M). 北京: 北京大学出版社, 1998.
- (18) Edward J. Damich, The Right of Personality: A Common-Law Basis for the Protection of the Moral Rights of Authors, 23 Georgia Law Review 1 (1988).
- (19) [德]M. 雷炳德. 著作权法 (M). 张恩民, 译. 北京: 法律出版社, 2005.
- (20) 董涛. 《中华人民共和国著作权实施条例》释义 (M). 北京: 法律出版社, 2003.
- (21) 沈仁干. 著作权权利的行使、转移和限制 (M) // 最高人民法院著作权法培训班. 著作权法讲座. 北京: 法律出版社, 1991.
- (22) Adolf Dietz, The Moral Right of the Author: Moral Rights and the Civil Law Countries, 19 Columbia-VLA Journal of Law & The Arts 199 (1993).
- (23) 李琛. 论无人继承之著作财产权的处理 (J). 电子知识产权, 2008, (1): 10-11.

(本文责任编辑 焦和平)