

为何“一次性”的发表权需要期限限制？

——基于发表权的理论逻辑与权利框架的反思

文 / 李雨峰 陈伟

摘要：发表权系决定作品是否公之于众的权利。其理论逻辑在于通过保障作者的意志自由塑造一个以作者自身为目的的独立自主的人格形象，进而解放作者的理性与创造天性，实现作者的自主表达和创作自由，激励其生产性努力。发表权的享有意味着作者有权将作品置于私人的控制之下，不为公众接触甚至知晓。但作品并非作者的私产，作品的创作亦是对共有知识的借用和复制，因此应当对发表权予以限制。对此，《著作权法》设置了发表权保护期制度。发表权保护期限届满，其效力减弱，作者丧失禁止他人将作品公之于众的权利。此时，发表权由法定权利变为自然权利。从这个意义上讲，发表权期限届满不是发表权的消灭事由，而是发表权的限制事由。除非发表权期限届满后，作品被公之于众，发表权才真正归于消灭。这为发表权制度在《著作权法》第三次修改中的存续和完善提供了理论基础。

关键词：发表权；理论逻辑；权利框架；期限限制

一、问题的提出

作品源于作者，是作者思想、情感、意志之体现。¹ 作品一旦公之于众，作者便不可能对其中的思想和情感加以控制，不可避免地成为

公共物品，接受公众地审查和评论。虽然作品的价值在传播中得以体现，但并非所有作者都希望其作品为他人知晓，尤其是关乎作者隐私的作品。为维护作者人格之独立、行为之自由，作者需要从源头上将作品控制于私人领域免于

基金项目：本文系国家社科基金项目《知识产权行政执法机制改革研究》（16BFX139）之阶段性成果；本文受重庆知识产权保护协同创新中心2018年度知识产权专项研究项目《著作人身权在民法典中的体系化表达》（18IP002）的资助。

作者简介：李雨峰，西南政法大学民商法学院院长、教授；陈伟，西南政法大学民商法学院知识产权法专业博士研究生。

1. 一般而言，著作权归属于作者，作者是创作作品的自然人，但我国《著作权法》第11条第2款规定了法人或其他组织为作者的情况。本文探讨的对象仅限于作者为自然人并且著作权归属于自然人的情形，在本文中，作者与著作权人具有同义性。

他人知晓。因此,《著作权法》第10条第1款第1项赋予作者发表权。与此同时,《著作权法》第21条在规定著作财产权权利保护期的同时又规定了发表权的权利保护期。然而,在我国著作权法进行第三次修改之际,关于发表权的独立地位及价值等问题在学界引发了激烈的争论。有学者认为发表权具有保障作者人格利益的功能,具有独立存在的价值,在《著作权法》第三次修改中应当予以保留而不应当废除。²持反对观点的学者认为,“发表作品相当于对作者的隐私进行披露,发表权完全可以通过隐私权的行使而实现,没有必要单独规定发表权”³;另一方面,“作品的发表与著作财产权的行使关系密切,即便取消发表权也不会降低对著作权的保护水平”⁴。这提醒我们,厘析发表权的法理机理,梳理发表权的法律构造及功能是非常重要的。

现有研究成果没有对上述理论问题给予充分、合理的论证。近十年来,学界对发表权的研究主要集中在以下三个方面。第一,发表权的属性、权能、行使及其本质。发表权系决

定作品是否公之于众的权利,属于纯粹的著作人身权而不具有著作财产权的性质。⁵其权能包括积极权能上的“行”和消极权能上的“禁”,⁶“行”分为作为和不作为,作为即以发表的方式行使发表权——将作品公之于众,不作为即以不发表的方式行使发表权——将作品置于私人控制之下不为他人所知。因此,就其本质而言,发表权是对作品是否公之于众的控制权,保护的是作者是否发表作品的意志自由。⁷第二,发表权与隐私权的关系。“从著作权制度的历史看,作者对作品发表权的控制实际上就是隐私权的一种保护方式”⁸,作者发表其作品意味着对隐私保护的放弃。第三,侵犯发表权的民事责任。侵犯发表权不仅可能侵犯作者的精神利益,一定情况下还会给作者造成财产损失,作者不仅可以请求停止侵害、赔礼道歉,还可以请求赔偿损失。⁹在已有的研究中,虽然有学者已经提到发表权保护期限具有平衡公益与私益之功能,¹⁰发表权期限届满其“消极权能丧失不能主张发表权请求权”¹¹,但对其法理机理论证不足。因此,发表权的保护期限问题仍然是一

2. 参见曹伟、赵宝华:《〈著作权法〉修改中有关发表权存废的思考》,载《知识产权》2015年第9期,第3-9页。

3. 参见陈健:《质疑作者精神权利——作者精神权利制度存在的问题及其完善》,载《中国政法大学学报》2015年第5期,第8页。

4. 参见刘胜红、卢玉超:《我国著作权法应取消发表权——从一则案例引发的思考》,载《中国版权》2013年第2期,第32-33页。

5. 参见衣庆云:《对发表权诸问题的再认识》,载《知识产权》2010年第4期,第57-60页;詹启智:《论发表权》,载《三峡大学学报(人文社会科学版)》2014年5月,第65-70页;杨源哲、杨振洪:《发表权若干问题微探》,载《广东海洋大学学报》2014年4月,第47-50页;周晓冰:《公开权性质辨析及行使条件研究》,载《中国版权》2013年第6期,第13-17页。

6. 参见李杨:《论发表权的“行使”——以发表权的权能构造为切入点》,载《法律科学(西北政法学报)》2015年第6期,第134-139页;李杨:《论遗作发表权的“行使”和“保护”——兼谈〈著作权法(修订草案送审稿)〉第24条的立法完善》,载《北京社会科学》2015年第5期,第98-100页。

7. 参见杨源哲、杨振洪:《发表权若干问题微探》,载《广东海洋大学学报》2014年4月,第47-50页;徐修函:《论侵害作品发表权的认定及其民事赔偿责任》,载《河北科技师范学院学报》2014年12月,第54-59页。

8. 参见金海军:《论书信上的物权、著作权与隐私权及其相互关系——从“钱钟书书信拍卖案”谈起》,载《法学》2013年第10期,第69页。

9. 参见徐修函:《论侵害作品发表权的认定及其民事赔偿责任》,载《河北科技师范学院学报》2014年12月,第54-59页;杨延超:《著作人格权侵权赔偿制度研究——以人格和财产的双重视角》,载《法学论坛》2011年第5期,第73页。

10. 参见何莹:《发表权基本问题研究——兼论几类特殊作品的发表权》,载《辽宁行政学院学报》2014年第3期,第26页。

11. 参见李杨:《论发表权的“行使”——以发表权的权能构造为切入点》,载《法律科学(西北政法学报)》2015年第6期,第137页。

个值得深入研究的问题。本文在已有研究成果的基础上,从发表权的理论逻辑出发,以发表权的权利架构为基础,深入剖析了发表权保护期限的必要性、合理性及其法律效果,并对发表权制度在我国《著作权法》第三次修改中的完善建言献策。

二、前提:发表权的理论逻辑

富勒在《法律的道德性》一书中将法律的道德分为内在道德与外在道德。法律的内在道德系法律应当具有的最低限度的伦理标准,法律只有满足这些标准才具有合法性、有效性;法律的外在道德系法律之外的各种实体性目标。¹²权利是法律规定和保障的重要内容,亦如法律一样有其自身的理论逻辑,具体而言包括内在的伦理价值与外在的实体目标。权利的内在伦理价值系权利作为一种手段应当对主体具有善的价值,¹³权利的外在实体目标系立法者通过法律赋予主体权利所应当达到的增进人类福祉的社会功效。这奠定了权利独立存在的价值和意义。任何一项权利均应具备此逻辑,否则不能称其为权利。无疑,发表权亦有其内在的伦理价值与外在的实体目标。

(一)发表权的伦理价值

作品是作者思想、观念、情感之表达,“思

想或见解源于人格,是否发表,如何发表以传达于公众,受舆论的评价,涉及作者人格,应由作者自己决定”¹⁴。因此,发表权旨在保护作者之意志自由。意志自由是人格独立与人格自主的基础性要素。在现代法律体系下,人格独立意味着主体存在的唯一性和非依附性,是主体享有一切权利和利益基本前提;只有在人格独立的前提下,才谈得上其他人格利益。¹⁵人格自主强调人们对涉及自己人格发展事项的自主决定,体现的是以自身为目的的自主意识。¹⁶现代著作权法一方面赋予作者财产权及行使自由以保障作者人格独立和人格自主的物质基础,另一方面又赋予作者以发表权为首的著作人身权,旨在塑造一个以作者自身为目的的独立自主并自负其责且有尊严的人格形象,使作者不仅能够因为创作而享有物质财富,“还能够享有精神生活的自由,并最终作为有尊严的个体获得自由发展”。¹⁷

有学者通过对元代杂剧作者地位及文学功能的研究认为:“当杂剧创作成为艺术演出市场链条中重要环节时,杂剧作家有了在社会生活中安身立命的空间,他们在赢得经济自由的同时,也获得了心灵解放与人格独立。”¹⁸它改变了元代文学创作的基本生态——创作不为立德立言只求自娱娱人,这为明清之际《红楼梦》《三国演义》《西游记》《儒林外史》和《金瓶梅》

12· 参见富勒著:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2005年版,第49-111页。法律之合法性的标准包括:一般性、颁布、不溯及既往、清晰性、不矛盾、不要求不可能之事、在时间之流中的连续性、官方的行为与公布的规则之间具有一致性。

13· 参见王方玉:《权利的内在伦理解析——基于新兴权利引发权利泛化现象的反思》,载《法商研究》2018年第4期,第86页。

14· 参见王泽鉴著:《人格权法:法释义学、比较法、案例研究》,北京大学出版社2013年版,第276页。

15· 参见王康:《人格独立的法律内涵及其损害赔偿——以“冒名上学”案和基因风险情势为视角》,载《河北法学》2015年1月,第127-128页。

16· 参见李新天、孙聪聪:《人格伦理价值的民法保护——以体系化视角界定人格权的内涵》,载《法商研究》2014年第4期,第106页。

17· 参见李新天、孙聪聪:《人格伦理价值的民法保护——以体系化视角界定人格权的内涵》,载《法商研究》2014年第4期,第104页。

18· 参见傅秋爽:《从经济自由到人格独立和创作鼎新——元代杂剧作家地位以及文学功能的重新定位》,载《南开学报(哲学社会科学版)》2013年第1期,第125页。

等名著的产生奠定了历史基石。¹⁹自近代著作权制度诞生以来,著作财产权将作品推向市场,使创作成为一种谋生的手段,实现了作者的经济自由。人不只是物质的存在还是精神的存在。经济自由不代表人格能自主,作者之人格只有在自主决定是否公之于众、是否接受舆论审查的自由下方能得以安放。没有此种自由保障的创作无异于作茧自缚,这使作者在创作之时便心生余悸——创作完成是否会给自己带来某种不利?这种不利意味着创作存在风险,基于理性人的考量,任何人都会采取适当的措施降低风险从而预防事故的发生,停止创作或不创作便是措施之一。发表权通过保障作者的自主决定权,间接地保障了作者的创作自由,这种自由在最大限度上保障了作者的自主表达,“即便这类表达在客观上无助于推进社会福利的最大化和公共政策的最优化”²⁰,但它依然尊重了作者的自主选择,从而构成了作者自我实现的关键性要素。

(二)发表权的生产性功能

现代制度经济学认为,人在追求自己利益的过程中必须进行努力。这种努力分为生产性努力和分配性努力。生产性努力即一个人为了获得收入而进行的创造新财富的活动。²¹例如,人类因发明创造、作品创作、产品制造、货物运输等途径创造的精神财富和物质财富。“在其他人的情况不变的条件下,一个人生产性努力的结果是社会总财富的增加(正和)。分配性努力即一个人将别人已有的财富转变为自己的财富的活动。”²²例如,通过盗窃、抢劫、诈骗、假冒他人商标、未经许可实施他人等方式获得他人财富的行为。在其他人的情况不变的条件下,

一个人的分配性努力使得社会总财富不增加、甚至减少(零和或负和)。²³努力意味着闲暇的减少,当通过努力获得的财富抵偿不了牺牲闲暇的价值时,人们就选择闲暇。²⁴从社会整体来看,分配性努力和闲暇均不能创造新财富,它只能通过生产性努力创造出来。在社会财富总量一定的情况下,一些人因分配性努力获得的财富就是另一些人未能获得的其生产性努力所创造的财富的某一部分。社会若想促进财富的持续增长,就必须鼓励生产性努力、抑制分配性努力。获得财富或者某种利益即是鼓励生产性努力的方式之一。一个人的收入越是接近其生产性努力所创造的财富,激励作用就越大,当收入等于生产性努力所创造的财富时,对生产性努力的激励达到最大值,此时我们将其收入称之为正当利益。

为了保障作者的正当利益,著作权法赋予了作者著作财产权。其意义在于对创作作品这一生产性努力所创造的财产价值给予制度上的规定,使作者能够依托于市场通过平等主体间的谈判达成交易从而获得收入。这个交易能够顺利实现依赖于两个前提:其一,作者有权占有其生产性努力创造的成果;其二,交易之合意乃当事人的真实意思表示。即便如此,交易价格的总和依然小于作者应得的正当利益。因为作者不仅是肉体的存在还是精神的存在,作者基于其作品的正当利益不仅包括物质利益还包括精神利益,作者之精神利益无法通过交易予以实现。以发表权为首的著作人身权恰好保障了作者基于其作品的精神利益,从而补足其正当利益。

19. 参见傅秋爽:《从经济自由到人格独立和创作鼎新——元代杂剧作家地位以及文学功能的重新定位》,载《南开学报(哲学社会科学版)》2013年第1期,第129-130页。

20. 参见尤杰著:《在私有与共享之间——对版权与表达权之争的哲学反思》,上海交通大学出版社2014年版,第100页。

21. 参见盛洪主编:《现代制度经济学》,北京大学出版社2003年版,第228页。

22. 参见盛洪主编:《现代制度经济学》,北京大学出版社2003年版,第228页。

23. 参见盛洪主编:《现代制度经济学》,北京大学出版社2003年版,第228页。

24. 参见盛洪主编:《现代制度经济学》,北京大学出版社2003年版,第228页。

发表权系决定作品是否公之于众的权利，旨在保障作者对作品的控制。这种控制不仅包括事实上的控制还包括法律上的控制，前者意味着他人不能强迫作者将作品公之于众或不公之于众，后者意味着他人将作品公之于众应当取得作者的同意。因此，“在委托创作的情况下，委托人不能强迫受托人交出其作品，因为作者享有发表权，如果强迫其交出，将会对创作者的艺术自由构成严重的侵犯”²⁵；即便被迫交出，委托人也不能正常利用该作品，因为作品的公开往往伴随着作品的使用而得以实现，未经作者同意的公开是对发表权的侵犯。可见，发表权通过保障作者的意志自由维护了作者的艺术自由、表达自由和行为自由。自由是个体最重要的精神财富，只有在个体自由获得充分保护的情况下，才能最大限度地解放其理性和创造的天性。理性和创造性是个体从事创作这一生产性努力的基本条件。个体是社会经济生活的基本单位，无视他的自由，就会抑制其理性和创造性，从而抑制其生产性努力，最终使社会减少一份收入。也许正是基于此，帕特里克·亨利才在弗吉尼亚州议会上喊出“不自由，毋宁死”的宣言。

人类不能创造物质，但是在精神和道德的世界里，他是可以创造新思想的。²⁶作品是思想的表达，思想以作品为载体流传于世，惠泽公众。当作品流传于世时，我们未见发表权有多么重要。可一旦作者缺乏发表权的庇佑，它对生产性努力的抑制是显而易见的。因此，发表权具有鼓励生产性努力的功能。

三、基础：发表权的权利架构

发表权的理论逻辑从宏观上阐释了其独立存在的价值。仅此一点还不足以使规范中的权利变成实践中的权利。实践中的权利存在于权利的行使、保护甚至法院的判决中，它依赖的不是宏观的价值而是微观的权利要素。因此，有必要从微观的角度对发表权予以解构。从《著作权法》的立法框架来看，任何一项权利的权利架构都是依据其内容、行使、效力而搭建的。其中，内容是权利内在构成要素，因而笔者称其为权利的**内部构造**；行使及效力是权利实现的手段及保障，它体现了权利与相关制度的勾连关系，因而笔者称其为权利的**外部构造**。

（一）发表权的内部构造

发表权系决定作品是否公之于众的权利。自作品创作完成之日起著作权即告产生，在著作权产生之时，是否将作品公之于众是权利人首先考虑的问题。可见，“是否公之于众”是发表权的核心内容。从逻辑构成上分析，“是否公之于众”包括三项权能，第一，公之于众；第二，不公之于众；第三，禁止他人公之于众。有学者根据这三项权能的特点分别将其概括为：作为权、不作为权和禁止权。²⁷一般而言，作品源自于作者，只有作者才是作品底稿持有者，是否将作品公之于众完全处于作者的掌控之中，不可能为他人公之于众。但从司法实践观之，侵害发表权之常见情形不是阻止作者将作品公之于众或强迫作者将作品公之于众，而是未经作者授权擅自公开其作品的行为。²⁸为何？主要原因在于，作品为无体物，乃具有一定价值的可复制的信息，无法为权利人或权利人以外的

25· 参见吴汉东等著：《知识产权基本问题研究（分论）》，中国人民大学出版社2009年版，第93页。

26· 参见马歇尔著：《经济学原理》，刘生龙译，中国社会科学出版社2007年版，第135页。马歇尔认为，人类之所以不能创造物质是因为：当谈到物质生产时，事实上它仅产生了效用而已，换句话说，人的努力和牺牲只是改变了物质的形态或排列，使该物质能更好的满足人类的需求。

27· 参见宋慧献著：《版权保护与表达自由》，知识产权出版社2011年版，第217页。

28· 参见吴伟光著：《著作权法研究——国际条约、中国立法与司法实践》，清华大学出版社2013年版，第211页。

任何人所占有。²⁹在作品创作完成之际,作者基于思想、观点的交流或未来商业合作之需要及其它缘由将作品与对方分享,从此作者便丧失了对作品事实上的控制,一旦对方不遵守合同约定或不履行相应的注意义务将作品传播于公众,发表权之禁止权能即受到侵害。此时,作者只能以发表权之禁止权能受到侵害为由启动司法救济程序。因此,发表权是公之于众、不公之于众和禁止他人公之于众三项权能的统一体,缺一不可。

(二) 发表权的外部构造

从权能构造上来看,发表权包括积极权能上的“行”与消极权能上的“禁”。³⁰“行”即决定作品公之于众、不公之于众以及授权他人将作品公之于众。其中决定作品公之于众及授权他人将作品公之于众乃以发表的方式行使发表权,决定作品不公之于众乃以不发表的方式行使发表权。

以发表的方式行使发表权由决定(授权)和实施两个要素构成。决定(授权)旨在强调权利人之意志,实施旨在强调将作品公之于众的行为。因此,以发表的方式行使发表权应当体现权利人的意志,以权利人具有将作品公之于众的意思表示为要件,否则不产生作品发表之法律效果——法人作品、视听作品、摄影作品的保护期限不能开始计算,对作品的合理使用也不能成立。³¹这充分解释了权利人将作品与好友分享的行为不是发表作品的行为,因为权利人将作品与好友分享并不具有将其公之于世人的意思表示。权利人将作品公之于众并不以公众实际知晓为要件,只要求将作品置于公众

可获取的状态即可。

以不发表的方式行使发表权是指著作权人将作品至于自己的控制之下,不将其公之于众也禁止他人公之于众。“作品通常是作者思想的表达,与作者的精神和人格有着紧密的关系,作品的公之于众对作者影响巨大,可能会对作者带来精神上甚至是人身上的损害。”³²从这个意义上讲,维持作品不发表是权利人的一种自我保护。发表作品是作者自担风险的行为。正如富勒所说:“在人间事务中,风险伴随着所有创造性的努力,而一个从事创造性活动的人不仅应当承受他的角色所承载的风险,而且应当欣然面对这种风险,这是正当的、善好的。”³³是否将作品公之于众取决于作者之意志自由,“与自由是每个社会成员不可或缺的生存条件一样,发表自由乃是作者不可或缺的创作条件”³⁴。

以不同的方式行使发表权,其效力各不相同。以发表的方式行使发表权意味着权利人依其意志将作品置于公众可知晓的状态,既然公众已然知晓,发表权就失去了其存在前提——作品不为公众所知或不依权利人的意志为公众所知。皮之不存毛将焉附,发表权归于消灭。以不发表的方式行使发表权乃权利人依其意志持续性的将作品置于其私人控制之下,并不为他人所知晓。此时权利人持续性地享有发表权。因此,发表权一次用尽有其特殊的语境限制,即权利人以发表的方式行使发表权。权利人发表作品意味着对发表权的行使,但行使发表权并不一定通过发表的方式为之,维持作品不发表亦是发表权的行使方式之一。作品的发表往往伴随着作品的首次传播而实现,从这个意义

29. 参见郑媛媛:《论著作权的易受侵害性——以民法中的“占有”理论为视角》,载《知识产权》2015年第2期,第51页。

30. 参见李杨:《论发表权的“行使”——以发表权的权能构造为切入点》,载《法律科学(西北政法大學學報)》2015年第6期,第133页。

31. 参见李杨:《论发表权的“行使”——以发表权的权能构造为切入点》,载《法律科学(西北政法大學學報)》2015年第6期,第138页。

32. 参见吴伟光:《著作权法研究——国际条约、中国立法与司法实践》,清华大学出版社2013年版,第210页。

33. 参见[美]富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2005年版,第10-11页。

34. 参见曹伟、赵宝华:《著作权法修改中有关发表权存废的思考》,载《知识产权》2015年第9期,第5页。

上讲,发表权缺乏其独立性及独立存在之价值,但维持作品不发表却是尊重作者意志保障作者人格及精神利益的重要方式,这奠定了发表权的独立地位和存在价值。

四、反思:发表权的期限限制

作品源于作者但并非作者的私产。任何作品的创作均建立在前人作品的基础之上,某一作品的创作只不过是整个创作链条中的一环。法律在赋予作者著作权发挥其生产性功能的同时,又给予其期限限制从而保证作品回归公有领域。从这个意义上讲,著作权制度旨在鼓励创作与维护公共利益之间达成一种动态平衡。³⁵发表权的诞生似乎即将打破这一动态平衡,因为它赋予了作者主导作品命运的控制力——作者可依其意志随意决定作品是否回归公有领域。为了维护著作权制度应有的价值与理性,维护鼓励创作与公共利益之间的动态平衡,《著作权法》必须对发表权予以期限限制。

(一)永久还是暂时:发表权保护期制度的正当性

著作人身权与著作财产权针对同一对象,可以兼容而不存在权利内容冲突,但著作人身权可能限制作品的使用,尤其是在著作财产权保护期限届满之后,著作人身权可能干扰作品的社会利用。³⁶为何与发表权同作为著作人身权的署名权、保护作品完整权与修改权没有期限限制?其根本原因在于它们对公众正常使用作品的影响异质。

署名权系表明作者身份在作品上署名的权利。一般而言,在没有证据证明相反的情况下,公众依靠署名来推断作者的身份。作者之署名

在一定意义上公示了著作权的归属以及作品与作者人格之间的关联。常言道字如其人,“传世之作多半是人格高尚者之呕心沥血之作”³⁷。在作品上署名是作者的自由,它为作品使用人设定的唯一义务就是在使用他人作品时应当注明出处或指明作品来源。这对作品的正常使用影响甚微。如果署名权亦有期限,对作品正常使用的才是巨大的。使用他人作品不注明出处或将他人之创作“窃”为自己之创作,这一行为在割裂作品与作者联系的同时也构成对公众的欺骗。这种欺骗误导了公众对“窃”者的信赖,如果公众知晓真相他们很可能不会选择此作品而选择被“窃”之作品。³⁸保护作品完整权系作者保护作品不受歪曲篡改的权利,其内容包括两个方面:其一,作品本身被改动;其二,作品本身没有被改动但对作品的利用损害了作者的精神利益。³⁹保护作品完整权在保护作者精神利益的同时,保障了作品信息传播的完整性以及作品使用语境的正当性。对保护作品完整权的尊重是作品使用人应当履行的义务,这一义务并没有限制对作品的使用,反而使作品的使用更规范、更符合作者和社会公众的利益。从署名权和保护作品完整权的设定来看,它们并没有限制作品的正常使用,反而促进了作者和社会公众的福利。其永久性对作品的正常使用符合“在没有任何人境况变坏的情况下,使得至少一个人变好”的帕累托最优状态。因而署名权和保护作品完整权不受期限限制实属正当。修改权系作者自己修改或者授权他人修改作品的权利。若修改权的行使阻碍了作品的正常使用并对使用人造成了损害,权利人应当对使用人遭受的损失予以赔偿。著作权法通过修改权行使成本内化于权利人的方式有效维持了

35·参见李雨峰著:《中国著作权法:原理与材料》,华中科技大学出版社2014年版,第109页。

36·参见何怀文:《我国著作人身权与著作财产权协调的法律原则》,载《知识产权》2015年第9期,第12页。

37·参见闵家胤:《人格的意义》,载《文化学刊》2017年第5期,第142页。

38·参见[美]理查德·波斯纳著:《论割窃》,沈明译,北京大学出版社2010年版,第23页。

39·参见李雨峰:《中国著作权法:原理材料》,华中科技大学出版社2014年版,第80页。

作品的正常使用与修改权行使之间的平衡,从而使修改权对作品正当使用的影响最小化。这为修改权的永久性奠定了正当基础。

一般而言,著作权只能存续有限的时间,当某一作品的著作权过期之后,它就进入了公有领域,任何人都可以复制,而无需承担法律责任。⁴⁰但发表权的诞生使该问题变得复杂化了。正如英国法官约瑟夫·耶茨在1769年的米勒诉泰勒案件中所言:“(文学财产)仅存在于作者的头脑之中,除了智力性占有或者理解,不可能有任何其它的取得方式或者受益方式;由于其非物质性而变得既安全,又不会受到侵害;没有任何侵入行为可以触及他们,没有任何侵权行为可以影响他们;没有任何欺诈骗或暴力行为使之减少或者受损。”⁴¹不发表的作品尤其如此。发表权是作者控制作品进入公有领域的第一把钥匙,如果作者以发表的方式行使发表权,作品不可避免地成为公共物品造福大众;如果作者始终以不发表的方式行使发表权意味着作品的公共属性被作者肆意掠夺并完全沦为作者的私产,它只能在黑暗中被作者珍藏且不为公众知晓。若人人如此,势必造成公共资源枯竭,智识产品短缺,创作链条断裂,著作权生态毁灭。所以,必须切断发表权的永久性使其仅存于有限的期限内,这在《著作权法》上表现为发表权的权利保护期制度。

(二) 消灭还是限制:发表权期限届满的法律效果

著作权制度是多重利益相互博弈的结果,亦是公益与私益的辩证统一,公益是私益之基础,私益是公益之实现手段。为了维护公益,著作权法设置了合理使用和法定许可等权利限制制度。《著作权法》以作品的使用方式构筑了严密的著作财产权体系,若他人未经许可使用作品之方式落入著作财产权的控制范围,行为

人构成著作权侵权,权利人可以启动司法程序要求停止侵害、消除影响,若造成了经济损失还可以要求赔偿。可见,行为人构成著作权侵权应当满足两个要件。第一,行为人使用作品的方式落入著作财产权的控制范围;第二,行为人使用作品的行为未体现权利人之意志,即未取得权利人的许可。对著作财产权的限制是法律基于特定利益的考量对落入著作财产权控制范围的作品使用行为的宽宥,具体表现为行为人使用作品的行为即便落入著作财产权的控制范围依然可以不经权利人的许可。因此,对著作财产权予以限制的实质乃是对权利人意志的限制。

发表权的期限限制亦是如此。以发表的方式行使发表权,一次即灭,不存在限制的问题,但作者之作品势必要面对读者的评价,因此法律允许作者以不发表的方式行使发表权。如果作者能够控制可以一直不发表,这种可控的情形不受任何限制,因为任何人均不能强迫他人发表其作品。保护期届满后,若第三人以合理的方式将作品公之于众,权利人即不能主张该发表行为未体现其意志而不产生发表之效力,亦不能主张停止侵害、赔偿损失。因为此时他人将作者珍藏于黑暗中的作品公之于众未尝不是对公众的一种馈赠,我们有何理由说他侵犯了作者的发表权?这也就意味着发表权保护期限届满,其效力减弱,作者对作品是否公之于众的控制仅为事实上的控制,法律不再为这种控制方式提供法律救济。从这个意义上讲,发表权期限届满不是发表权的消灭事由,而是发表权的限制事由,限制的是权利人决定作品是否公之于众的意志而非行为,即只要作品公之于众无论是否体现作者之意志均产生发表之法律效果。因为发表权保护期届满后作者仍然可以不将作品公之于众,只是不能以未体现其意

40. 参见[美]理查德·波斯纳著:《论剥夺》,沈明译,北京大学出版社2010年版,第16页。

41. 参见[澳]布拉德·谢尔曼、[英]莱昂内尔·本特利著:《现代知识产权法的演进——英国的历程(1760-1911)》,金海军译,北京大学出版社2012年版,第28页。

志为由请求公权力救济,进而阻止第三人以合法方式将作品公之于众甚至主张不产生发表之法律效果。此时,发表权由法定权利变成自然权利。之后,只有他人将作者未公之于众的作品公之于众,作者才从事实上和法律上都丧失对作品的控制,发表权真正归于消灭。

五、修正:在私有与共享之间的修法进路

作品与人格的关联是作者有权控制作品的理念基础。该理念把作品的创作看作是一个高度个性化的过程或行为。这种观点就其本体论的基础而言具有某种个人主义色彩,它强调个人的理性与独立性,认为个人的创造力来自于个人而非集团、历史的力量、制度以及其它因素。⁴²按照这种观点,作品之创作“是个人为其自身利益而作出的另外行为”⁴³。上述观点忽略了传统的重要性。创作是与传统紧密相连的。“作家、作曲家、音乐家和科学家的活动都在影响他们或他们所抗争的传统和文化中进行着。同样,如果将创作看成是传统或其他社会力量的产物,那就忽视了个人超越社会规范的力量。”因此,认识创作最好的方法是承认作者在创作过程中的双重角色:一方面,当创作完成时,作者是天才、思想革新者、时代引领者等诸如此类的角色;另一方面,传统和创作之间的联系表明,在创造过程中,个人扮演的是另一个角色——借用者或复制者。⁴⁴作品的诞生常常使

作者忘记他们所扮演的角色的双重性,而倾向于把自己完全视为创造者,要求保护作品并不让他人复制、借用、接触。正如彼得·达沃豪斯和约翰·布雷斯韦特在《信息封建主义》中所描述的那样:“过分强化知识产权保护将导致由于知识产权过度垄断而带来的成本问题。而削弱知识产权保护则会引起过度自由搭乘现象,以及由此引起的在创新领域减少投资的情况。任何立法的难点就在于在占有规则和传播规则之间找到一种平衡。”⁴⁵发表权的保护期即发挥着这样一种平衡功能。一方面,当创作完成时,作者基于发表权完全可以将作品当作自己的私产,禁止他人传播、使用,甚至接触。另一方面,当发表权保护期限届满,作品的私产属性便消失于实证法的视野,从而摆脱私人之控制回归社会共享。

从实证法的角度来看,有关国际公约及作者权体系国家对发表权制度的规定,使其平衡功能得以具化。⁴⁶如《伯尔尼公约》第6条之二第1款规定:“不受作者经济权利的影响,甚至在经济权利转让之后,作者仍保有要求其作品作者身份的权利,并反对对其作品的任何有损其声誉的歪曲、割裂或其他更改,或其他损害行为。”⁴⁷这款虽然没有明确列举发表权,但并不意味着发表权游离于《伯尔尼公约》之外,因为对发表权的侵犯属于该公约第6条之二第1款规定的“其他损害行为”。紧接着,该公约第7条规定了著作权的保护期限,其中第一款、第

42·参见[澳]彼得·德霍斯:《知识财产法哲学》,周林译,商务印书馆2017年版,第94页。

43·参见[澳]彼得·德霍斯:《知识财产法哲学》,周林译,商务印书馆2017年版,第94页。

44·参见[澳]彼得·德霍斯:《知识财产法哲学》,周林译,商务印书馆2017年版,第95页。

45·参见[澳]彼得·达沃豪斯、约翰·布雷斯韦特著:《信息封建主义》,刘雪涛译,知识产权出版社2005年版,第13页。

46·与其他作者权体系国家相比,法国对发表权的限制具有一定的特殊性,其对发表权的限制并非采用权利保护期制度,而是诉请法院采取适当之措施。《法国知识产权法典》L·121-3条规定:“L·121-2条中所指已故作者的代表人明显滥用或无故不行使发表权的,大审法院可采取一切适当之措施。代表人意见不一,或没有已知权利所有人,或无人继承、或继承人放弃继承亦时同。负责文化的部长尤其可以诉请法院采取措施。”参见中国人民大学知识产权教学与研究中心、中国人民大学知识产权学院编译:《十二国著作权法》,清华大学出版社2011年版,第67页。

47·参见中国人民大学知识产权教学与研究中心、中国人民大学知识产权学院编译:《知识产权国际条约集成》,清华大学出版社2011年版,第23页。

二款规定：“本公约给予的保护期限为作者有生之年及死后的50年内。但就电影作品而言，本同盟成员国有权规定在作者同意下自作品公之于众后50年期满，如自作品完成后50年内未公之于众，则自作品完成后50年期满。”⁴⁸这意味着，《伯尔尼公约》针对不同类别的作品设置了不同的保护期。对于一般作品而言，发表权的保护期为作者终生及死后50年；对于特殊作品而言，发表权的保护期为自作品创作完成后的50年。这奠定了两种不同的发表权保护期的计算方式，前者笔者称之为死亡起算主义，后者笔者称之为创作完成起算主义。《与贸易有关的知识产权协定》第12条也作了类似的规定。⁴⁹主张著作权一元论的《德国著作权法》亦规定了发表权，⁵⁰并在第64条不区分作者精神权利和财产权利直接规定“著作人死亡七十年后著作权归于消灭”。⁵¹与《伯尔尼公约》对发表权保护期的规定类似的是，《德国著作权法》第66条亦对特殊作品与一般作品之发表权保护期的计算方式作了区分。⁵²与德国相比，俄罗斯对发表权的期限限制在其立法中表现得更为明显。《俄罗斯联邦民法典》第1268条第1款和1281条

第1款分别规定了作者享有发表权和作品专有权利的保护期为作者终生及死后70年。⁵³紧接着，《俄罗斯联邦民法典》第1282条规定：作品不论发表与否，其专有权保护期限届满即转变为公共财产，并且“任何人都可以发表已经转变为公共财产的未曾发表的作品”。⁵⁴

与《俄罗斯联邦民法典》对发表权制度的规范相仿，我国《著作权法》第10条第1款第1项亦规定了发表权并在第21条明确了发表权的保护期限。不足之处在于，《著作权法》第21条第2款、第3款之规定，即法人或者其他组织的作品、著作权（署名权除外）由法人或者其他组织享有的职务作品、电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品、摄影作品，其发表权及著作财产权的权利保护期为五十年，截止于作品首次发表后第五十年的12月31日，但作品自创作完成后五十年内未发表的，本法不再保护。这两款规定表明：法人作品、电影作品等特殊作品的发表权保护期为作品首次发表后的50年。这违背了发表权一次用尽的基本原理，也即是说作品首次发表后其发表权归于消灭，何来50年的保护期？当下，正值我国

48. 参见中国人民大学知识产权教学与研究中心、中国人民大学知识产权学院编译：《知识产权国际条约集成》，清华大学出版社2011年版，第23页。

49. 参见中国人民大学知识产权教学与研究中心、中国人民大学知识产权学院编译：《知识产权国际条约集成》，清华大学出版社2011年版，第343页。

50. 参见中国人民大学知识产权教学与研究中心、中国人民大学知识产权学院编译：《十二国著作权法》，清华大学出版社2011年版，第149页。《德国著作权法》第12条规定：“著作人有权决定是否、如何发表其作品。如果著作人委许可发表其著作或者其实质内容或者对著作的介绍，公开报导或介绍著作内容的权利亦由著作人保留。”

51. 参见中国人民大学知识产权教学与研究中心、中国人民大学知识产权学院编译：《十二国著作权法》，清华大学出版社2011年版，第169页。

52. 参见中国人民大学知识产权教学与研究中心、中国人民大学知识产权学院编译：《十二国著作权法》，清华大学出版社2011年版，第169页。例如《德国著作权法》第66条第1款规定：“匿名作品和假名著作的著作权自发表起70年后归于消灭，著作在此期限内未发表的，自著作创作完成起70年后归于消灭。”

53. 参见中国人民大学知识产权教学与研究中心、中国人民大学知识产权学院编译：《十二国著作权法》，清华大学出版社2011年版，第437、442页。

54. 参见中国人民大学知识产权教学与研究中心、中国人民大学知识产权学院编译：《十二国著作权法》，清华大学出版社2011年版，第443页。《俄罗斯联邦民法典》第1282条规定：“无论是发表还是未发表的科学、文学或艺术作品，其专有权保护其届满后，都会转变为公共财产。已转变为公共财产的作品，可以不征得任何人的同意和不支付著作报酬，为任何人自由使用。在这样的情形下，作者身份、作何署名和作品不可侵犯性受到保护。任何人都可以发表已经转变为公共财产的未曾发表的作品，而作品的发表不得同作者以书面形式（遗嘱、书信、日记等）所明确表达的意志相矛盾。”

《著作权法》第三次修改之际,有关发表权制度的争议不断。通过对其法理机理、法律构造及制度功能的分析,我们不难发现发表权有其独立的价值与地位,应当继续存续于我国《著作权法》之中,并从立法的高度对其制度予以修订、完善。上述国际公约及域外立法对发表权及其保护期的规范正为我国发表权制度的修正提供了有益的参考。基于此,笔者建议:参考《伯尔尼公约》第6条之二、第7条、《与贸易有关的知识产权协定》第12条、《德国著作权法》第66条,区分一般作品与特殊作品之发表权保护期的计算方式,前者适用死亡主义起算方式,后者适用创作完成主义起算方式;分离特殊作品之发表权与著作财产权的规范表达。具体条文如下。

“第XX条:公民的作品,其发表权、著作财产权的权利保护期为作者终生及其死亡后五十年,截止于作者死亡后第五十年的12月31日;如果是合作作品,截止于最后死亡的作者死亡后第五十年的12月31日。

法人或者其他组织的作品、著作权(署名权除外)由法人或者其他组织享有的职务作品、电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品、摄影作品,其发表权的权利保护期为五十年,截止于作品创作完成后第五十年的12月31日;其著作财产权的权利的保护期为五十年,截止于作品首次发表后第五十年的12月31日,但作品自创作完成后五十年内未发表的,本法不再保护。”

Why Does Disposable Disclosure Right Require Time Limit? ——Self-examination the Right of Disclosure Based on Its Theoretical Logic and Right Framework

Abstract: The right of disclosure is the right to decide whether the work is to be made available to the public. Its theoretical logic is shaping an independent personality image aiming at the author's own purpose by guaranteeing the will freedom of the author, thus liberating the rational and creative nature of the author, and realizing the freedom of independent expression and creation of the author, and inspiring their productive efforts. The enjoyment of the right of disclosure means that the author has the right to place the work under private control without public contact even knowledge. However, the work is not the private property of the author, and the creation of the work is also the borrowing and reproduction of the common knowledge, so the right of disclosure shall be restricted. In this regard, Copyright Law establishes the time limit for protection the right of disclosure. After the legal term, its effectiveness is reduced, the author loses the right to prohibit others from disclosing his work to the public. At this time, the right of disclosure transformed from legal rights to natural rights. In this sense, the legal term is not the elimination of the right of disclosure, but the restriction of the right of disclosure. After the expiration of the term, the work is to be disclosed to the public, the right of disclosure is truly extinguishing. It provides a theoretical basis for the existence and perfection of the publication right system in the third revision of Copyright Law.

Key words: Right of Disclosure; Theoretical Logic; Right Framework; Time Limit
