著作公開發表相關問題探討—以事實上及著作人死後之公開發表為主

黃峰榮

摘要

著作之公開發表行為，除關係到著作人權能的發生，以及著作財產權存續期間之認定外，更涉及著作財產權經濟效能之發揮，與社會大眾合理使用該著作之權益。著作權法對於著作人之認定採推定方式，而對於專屬於著作人之公開發表權行使，除其本人親自行使或授權同意他人行使外，為著作之流通與利用考量，亦有推定或視為著作人同意公開發表之權利人，得為合法之公開發表。此乃著作之完成與公開發表均係事實行為，他人難以確知其真實與否，為流通與交易方便，不得不採取之權變制度，當事人如對此事實有所爭議時，再循嚴謹之司法程序尋求裁判解決，以節省社會成本。

因此，有關著作之公開發表，必有權利人認定上之問題存在。當著作可能由非由權利人合法所為，卻使著作有公開發表之事實，因而發生大眾利用「事實上之公開發表之著作」之問題。又公開發表權係著作人格權之一種，不得繼承，如著作人生前未及將著作公開發表，死後其繼承人或取得著作財產權人是否得為公開發表，頗值得探討。

本文認為我國著作權法將公開發表權納為著作人格權之一，又採著作人格權永久存在及保護之立法方式，對於衍生之相關問題無法作合理之規範，建議以修法方式，將公開發表權自著作人格權中刪除，抑或揚棄著作人格權永久存在之觀念，讓其存在與著作財產權之存續期間相同，以平衡與調和著作人之權益及社會公共之利益，讓著作流通，以臻促進國家文化發展之目的。

Issues for the right to publicly release the work -- In fact the publicly released and to publicly release the work after an author has died.

Abstract

The behavior to publicly release the work is not only relates to the copyright and the term of protection for economic rights, but also to everybody. Because it is difficultly to know who creates a work and publicly release the works, be presumed to or deemed to who is an author or the rights holder by copyright act. So, on the issues for works publicly release , it must be exist the problem about to identify who is the rights holders.

Following above problem of the rights holders identifying, to use the “ In fact the publicly released " work. when the work may be have been publicly released by non-legally rights holders in the facts, causing the problem of tort legally that to use the works within a reasonable scope.

The right to publicly release the work is a kind of right of the moral rights, just belong exclusively to the author and shall not be transferred or succeeded. If the work is not publicly released, but the author has died. Whether the work can be publicly released by anybody, is also an importance problem.

It is difficultly to solve these problem. For balancing different interests for the common good of society, and promoting the development of national culture. This paper proposed to amend the copyright act , the right to publicly release removed from the moral rights or tight the term of existence for moral rights, just the same term of protection for economic rights.

Keyword：The authors’ moral rights, Public release, The right to publicly release the work, In fact the publicly released.

關鍵字：著作人、著作人格權、公開發表、公開發表權、事實上之公開發表。

目錄:

壹、前言

一、公開發表的範圍
二、公開發表權之行使
三、公開發表權利人之範圍

貳、相關問題之提出

一、權利人之認定問題
二、「事實上之公開發表」著作之合理使用問題
三、著作人生前未公開發表之著作

叁、權利人認定之問題

一、著作人之認定問題
二、其他權利人之認定問題
三、公務機關著作之公開發表

肆、「事實上之公開發表」著作之合理使用問題

一、使用「事實上之公開發表」著作者與侵害著作人公開發表權者之關係
二、在合理範圍內引用「事實上之公開發表」著作之侵權行為問題
三、未公開發表之著作得否排除合理使用之認定

伍、著作人死亡後之著作公開發表問題
一、繼承人適用著作權法第 18 條但書規定之探討
二、繼承人類推適用著作財產權移轉問題
三、著作財產權存續期間屆滿後他人利用的情形

陸、結語

壹、前言

著作是人類文化精神上所創造的智慧結晶，不論是文學、科學、藝術或其他學術，都是現代人常見之創作。創作著作之人，除在受雇於他人或在他人之出資下完成著作，且約定以雇用人或出資人為著作人外，當著作完成時，即為該著作之著作人，享有著作權人格權，雖不能轉讓、拋棄或繼承，惟不受該著作之著作財產權存續期間屆滿之影響，可隨該著作而永久存在，並受著作權法之保障。

著作權法是為保障著作人著作權益並調和社會公共利益，其保護著作權之目的則在促進國家文化發展，因此除鼓勵著作之創作外，更貴在著作之流通使用，透過交流與分享，始能達成文化創新發展，持續不斷累積成長的目的。而對著作之創作人而言，大多將自己的觀念思想表達出來後，希望讓大眾知悉，是一種成就與滿足，著作權法賦予著作人享有公開發表權[360]，也是基於鼓勵著作人積極投入創作與發表之考量。

著作之公開發表行為，除代表著作人希望將自己在是文學、科學、藝術或其他學術方面的觀念思想表達出來，讓大眾知悉外，另一方面則關係到著作人權能的發生，以及這一著作之相關權利，諸如合理使用與著作財產權存續期間之認定。而著作之公開發表權為著作人專屬之著作人格權之一，雖然不能移轉、拋棄與繼承，但為著作之流通與利用考量，著作權法將例外情況視為著作人同意公開發表，故著作權法將「公開發表」明定為，「權利人」以發行、播送、上映、口述、演出、展示或其他方法向公眾公開提示著作內容，不侷限由著作人為公開發表，只要係有權利者均可為合法之公開發表。

以下擬先就公開發表的範圍、公開發表權之行使與公開發表權利人之範圍先作一說明後，再提出其間涉及之相關問題，進而針對問題作討論。

一、公開發表的範圍

著作權法第 3 條第 1 項第 15 款規定，公開發表指權利人以發行、播送、上映、口述、演出、展示或其他方法向公眾公開提示著作內容。所謂的「公眾」，在著作權法的定義是「指不特定人或特定之多數人。但家庭及其正常社交之多數人，不在此限。」所以，將個人私密的心情日記，改放在網路上的新聞台、部落格或社群討論版，讓大家都可以接觸，是「向公眾公開提示著作內容」，即使是鎖碼或會員制才能接觸或參與討論，只要持有密碼或會員不限於「家庭及其正常社交之多數人」，也都算是「向公眾公開提示著作內容」。

二、公開發表權之行使

著作之公開發表行為，除代表著作人希望將自己在文學、科學、藝術或其他學術方面的觀念思想表達出來，讓大眾知悉外，另一方面則關係到著作人權能的發生

[360]公務員依著作權法第 11 條及第 12 條規定為著作人，而著作財產權歸該公務員隸屬之法人享有者，依同法第 15 條第 1 項但書規定，不能享有之公開發表權。

[361]，以及這一著作之相關權利，諸如合理使用與著作財產權存續期間之認定。基於著作公開發表之結果關係著作人聲譽，著作權法賦予著作人享有公開發表權，著作人有決定該著作要不要發表、何時發表、何地發表、採何種方式發表之權利，亦即著作人可全權考量，選擇最有利之方法，依其意思決定行使之。

公開發表權雖然專屬於著作人，倘若著作人選擇不予行使，或雖將著作之著作產權約定由雇用人或出資人享有，或將享有之著作產權授權或轉讓予他人時，卻遲不行使公開發表權，則有礙他人權利之行使與著作之流通，有違著作權法保障之目的。而且公開發表通常係以發行、播送、上映、口述、演出、展示或其他方法向公眾公開提示著作內容，無非經由重製(出版)、公開演出、公開上映、公開播送等著作財產權之行使途徑，以達成著作之公開發表。換言之，公開發表權必然包含相當之著作財產權之性質[362]，二者在保護利益上亦相互交錯。因此，著作權法第 3 條第 1 項第 15 款明定，公開發表之行為人為「權利人」而不侷限在「著作人」,只要有權利行使者均可為合法之公開發表。又著作人享有之公開發表權，僅限於尚未發表之著作有第 1 次之公開發表權，倘著作已公開發表，則第三人未經權利人之同意即加以再公開發表，其屬於侵害著作財產權之行為，著作人不得再行主張公開發表權。

三、公開發表權利人之範圍

針對合法公開發表之行為人，即著作權法第 3 條第 1 項第 13 款所謂之權利人，指除著作人本人或其主動同意授權之人外，尚有因同法第 15 條第 2 項推定與第 3 項視為著作人同意公開發表其著作者，茲分述如下：

（一）推定著作人同意公開發表其著作者

1.著作人將其尚未公開發表著作之著作財產權讓與他人或授權他人利用者。

由於公開發表權之行使往往與著作財產權之行使相重疊,例如當著作人將其尚未公開發表著作之重製權讓與他人或授權他人利用，他人行使或利用重製權的結果，勢將該著作出版或讓不特定的多數人能了解其著作之內容，等同將該著作公開發表。如仍嚴禁受讓人或被授權人不得公開發表，則不合乎實情需要，因此，除非著作人有其他反對之證據[363]，否則法律推定著作人同意公開發表其著作。

2.著作人將其尚未公開發表之美術著作或攝影著作之著作原件或其重製物讓與

[361]法國現行流行學說採修正之二元論，認為著作創作時，並不當然發生一切屬於著作人之權能；析言之,若著作人仍未將著作公開發表,即尚未具有利用權,著作權尚處於著作人之人格領域中，未具經濟上之財貨特性，不能違法律上交易之標的。經濟及法律上利用權之發生，乃繫乎著作人自主決定是否公開發表而定。在公開發表後，著作即得成為交易處分之標的，脫離秘密階段，不再是一種潛在之權能。依法國學者 Desbois 及 Gavin 之見解，法國現行 1957 年著作權法第 1 條及第 7 條及係採修正之二元論。羅明通，著作權法論【I】,三民書局，2009 年 9 月，7 版，頁 100-101。

[362]同上註，頁 105。

[363]為避免當事人間之爭議，建議在約定著作財產權讓與或授權利用時，應以書面契約方式為之，並將雙方之約定內容，特別是權利義務之關係明文記載

他人者。

由於美術著作或攝影著作具有藝術創作之特性，著作人將其著作原件或其重製物讓與他人時，雖非將著作財產權全部讓與，但依商業交易習慣，受讓人得將該原件或重製物公開展示，與一般大眾分享欣賞，因此，受讓人以其著作原件或其重製物公開展示時，法律乃推定著作人同意公開發表其著作。此種特外特別之規定，有以「物權優先」稱之[364]。

3.依學位授予法撰寫之碩士、博士論文，著作人已取得學位者。

碩士、博士論文為文學、科學、藝術或其他學術領域的創作，依著作權法規定於著作完成時，著作人即享有著作財產權及著作人格權；但基於學術流通的目的，依學位授予法撰寫之碩士、博士論文，著作人已取得學位，為便利大眾能易於參考其研究結果，除非該碩士、博士生(著作人)不簽署授權國家圖書館將其論文置於全國碩、博士論文資料庫中[365]，並於送存學校及國家圖書館的論文上明確標示聲明謹供典藏，不得公開發表[366]。否則，依著作權法第 15 條第 2 項第 3 款規定，著作人依學位授予法撰寫之碩士、博士論文，已取得學位者，推定其同意公開發表其著作，則他人自得公開發表之[367]。法律乃推定著作人同意公開發表其著作。

（二）視為著作人同意公開發表其著作者

1.雇用人自始取得尚未公開發表著作之著作財產權者

依著作權法第 11 條第 1 項與第 2 項規定，受雇人於職務上完成之著作，契約未作特別約定時，係以該受雇人為著作人，其著作財產權則歸雇用人享有，即雇用人自始取得該著作之著作財產權。為便利雇用人對於其著作財產權之讓與、行使或利用，受雇人(著作人)針對該著作的公開發表不能有反對意見，故著作權法第 15 條第 3 項規定，此情況下視為著作人同意公開發表其著作。

2.出資人自始取得尚未公開發表著作之著作財產權者

同理，出資聘請他人完成之著作，依著作權法第 12 條第 1 項規定，以受聘人為

---

[364]章忠信，著作權法逐條釋義，五南書局，2010 年 9 月，3 版，頁 61。

[365]至於學校是否有權將博碩士論文上傳至國家圖書館之疑義，按上傳論文涉及「重製」及「公開傳輸」之行為，應依碩士、博士生與學校就該論文之利用範圍所作之約定定之，若並未授權重製、公開傳輸該論文，則學校及國家圖書館均不得為之，惟著作權法第 48 條之 1 規定，中央或地方機關、依法設立之教育機構或供公眾使用之圖書館，就已公開發表，依學位授予法撰寫之碩士、博士論文，著作人已取得學位者，得重製該等論文所附之摘要，因此，學校及國家圖書館無需獲得同意就可以重製該論文所附之摘要，但是必需註明出處。另以「全國博碩士論文資訊網」網頁為例，其所顯示之各項資訊，其中研究生姓名、論文名稱、指導教授、校院名稱等項資料因未涉及論文內容，所以不受著作權法保護；「論文目次」，由於並沒有具體完整的創作內容，所以不受著作權法保護；「參考文獻」，因為僅有著作名稱、著作人姓名、出版單位及出版年份，與著作之定義未合，亦無法受著作權法之保護。詳情請參考經濟部智慧財產局 2007 年 3 月 16 日電子郵件字第 960316b 號。

[366]國內各校系所或有個別規定，碩士、博士論文口試前，須先行在系所或校內辦理論文發表，如有碩士、博士生將其論文內容提供給與會人士，而達公開發表者，由於著作權法僅保護著作人第一次的「公開發表權」，所以該碩士、博士生即無法再主張侵害其「公開發表權」，而要求禁止任何人之公開發表行為，除非其公開發表行為，另有侵害著作財產權之行為時，始得由著作財產權人依法主張其權利。

[367]經濟部智慧財產局 2012 年 8 月 23 日電子郵件字第 1010823 號。

著作人，而依契約約定將其著作財產權歸出資人享有，出資人自始取得該著作之著作財產權者。在這種情形下，受聘人(著作人)亦不能反對因該著作財產權之讓與、行使或利用而公開發表該著作。

3. 出資人非著作人亦未享有著作財產權而得利用該著作者

出資聘請他人完成之著作，出資人依著作權法第 12 條第 1 項與第 2 項規定，既非著作人也未享有著作財產權知情況下，因出資人為該著作投入資金，基於公平合理的考量，應保護其利益，依著作權法第 12 條第 3 項規定，出資人得利用該著作。由出資人於利用該著作而公開發表，亦應準用出資人自始取得尚未公開發表著作之著作財產權者之規定，受聘人(著作人)自不能再表示不同意之餘地。

綜合上述，公開發表之權利人包括著作人本人及其授權人、美術著作或攝影著作原件或其重製物之所有權人、自始取著作財產權之雇用人或出資人，以及取得利用著作之出資人。此外，碩士、博士論文之著作人已依學位授予法取得學位者，推定對於其碩士、博士論文之著作，著作人同意公開發表其著作。

此外，公務員受雇或受聘時所為之職務上著作，依著作權法第 11 條及第 12 條規定為著作人，而著作財產權歸該公務員隸屬之法人享有者，因該公務員不適用公開發表權之規定，而有學者認為，基於公務之推動，該著作是否發表，如何發表應由機關決定[368]，惟筆者認為，該公務員隸屬之機關僅因前述雇用人或出資人自始取得尚未公開發表著作之著作財產權，基於著作財產權之讓與、行使或利用之地位而公開發表該著作，雖為公開發表之權利人，但並非著作人，並未享有公開發表權，當第三人如為公開發表之行為，除有侵害著作財產權而由機關依法追究其責任外，該公務員及其隸屬機關自無法主張公開發表權。

貳、相關問題之提出

我國著作權法採創作保護主義，著作人於著作完成時享有著作權，不必作任何註冊或登記程序[369]，即產生該著作之著作財產權及著作人格權，除非依第 11 條及第 12 條之規定，可由雇用人或出資人原始取得著作權外，係由著作人享有著作財產權及著作人格權，而著作財產權得拋棄、繼承及任意轉讓，著作人格權則專屬於著作人本身，不得拋棄、繼承及轉讓。

創作係一事實行為，創作人如何完成著作，其是否屬於雇用與出資之關係中之職務上所完成之著作，如是其間關於著作權歸屬之約定又如何，皆非一般人所能了解與辨別。因此，當我們接觸一項著作時，將面臨這著作是否已合法公開發表的潛在問題，首先需認定究竟何者為其權利人？其中涉及真正之著作人及其他權利

[368]章忠信，前註 5，頁 61。

[369]其實向政府主管機關所為之註冊或登記程序，並非著作權取得之要件，僅屬存證性質。亦無法證明登記者享有著作權之效力。

人之認定問題，始能進而確認該公開發表是否合法。
其次，我們經常接觸到以流通在外的各種著作，當無法確認權利人是否將著作公開發表之事實下，卻因從事學術研究、教學或其他合理用途，有利用該等著作的需求時，勢必發生「事實上之公開發表」著作之合理使用問題，是否因而侵害著作人之公開發表權，影響層面甚廣。
又公開發表權既為著作人格權之一種，專屬於著作人一身，不得轉讓、拋棄與繼承。當著作人生前因各種原因而未將著作公開發表，當其身故之後，因著作人死亡已無法行使公開發表權，是否讓該著作永遠埋沒於世間。而當其繼承人因繼承該著作之著作財產權，或是該繼承人於繼承著作財產權後將之轉讓予第三人，該繼承人或受讓之第三人，得否因而成為權利人再將之公開發表，讓該著作能與世人共享，延綿人類文化傳承，亦是存在的問題，值得探討。
綜合上述，關於著作公開發表之相關問題，本文擬針對下列三項問題，作進一步之探討分析：
一、權利人之認定問題
二、「事實上之公開發表」著作之合理使用問題
三、著作人生前未公開發表之著作
有關著作人生前未公開發表之著作，其著作財產權繼承人或其他所有權人得否可將該著作公開發表？

叁、權利人認定之問題

著作公開發表之權利人，通常以著作人(包含其授權人)為原則，而雇用人、出資人或著作財產權人及其其授權人等為例外。然而，已如前述，著作完成為一事實行為，而著作權又大多採創作保護主義，著作一旦完成，即產生著作人及其著作人格權、著作財產權，但是其事實卻難為外界所發現或認知，法律為便利著作之流通，雖採用著作人推定原則，讓一般大眾從著作之外觀表示，知悉何者為著作人。不過，這種法律推定制度並非以事實為基礎，當有反證出現，經法律卻認為事實後，即可推翻原先之推定，簡言之，因事實認定讓這種制度存在著不穩定的問題。謹分述如下：

一、著作人之認定問題
一般大眾對於著作人之認定，大多由著作之原件或其已發行之重製物上，或將著作公開發表時，所表示著作人為之。惟著作人享有姓名表示權，在著作公開發表或流通時，除以真實姓名表式外，尚可選擇筆名或別名等假名，甚至決定匿名、不具名或軼名[370]，如此讓一般大眾難以從外觀形式上，認定該著作之發行是否係

[370]著作人選擇以不具名方式發表，除尊重其個人主觀自主之意願外，亦有受其他政治、社會等外在客觀因素之限制，而被迫不敢或不願在著作上具名，以避免不必要麻煩。但此種軼名著作，將

權利人所為，甚至欲進一步去查證時，亦非易事。

(一)著作人之推定

伯恩公約第15條[371]亦明定，於著作人姓名或名稱已為表示，或別名不致對著作人身份產生疑義，在無反證之情形，即足資認定係該著作之著作人（第1項）；在電影著作上以通常之方法表示個人之姓名或法人團體之名稱者，如無反證，即推定為該著作之製作人（第2項）；3.於不具名著作及別名著作，出版人的名字出現在著作上，如無反證，即視為代表著作人，並因此具資格而有權保護並主張該著作人之權利。本項規定，於著作人揭示其身份，確定其對該著作著作人地位之主張時，即停止適用（第2項）；於著作人不詳之特定未發行著作，會員國得以法律指定主管機關為著作人代表，行使該著作人之權利。

我國則於著作權法第13條規定，將推定著作人之範圍限縮在著作之原件或其已發行之重製物上，或將著作公開發表時，以通常之方法表示著作人之本名或眾所周知之別名者。似較上述伯恩公約之規定保守，當著作人使用不是大眾熟悉之筆名或別名時，即無從以此推定著作人，對於匿名、不具名或軼名發表者，更須等待真正的著作人揭露本名，始能確定。

由於推定乃便利認定擬制之初步(表面或基本)證據效力，本身欠缺穩定性，而每遇有事實反證之提出，即得推翻此推論而失其效力。有些國家著作權法，除著作

使一般大眾無從知悉著作人及著作財產權人，也因而在著作利用時，無法與權利人洽商授權事宜，形成孤兒著作，反而不利於著作的流通與使用。

[371]Article15[RighttoEnforceProtectedRights:1.Whereauthor'snameisindicatedorwherepseudonymleavesnodoubtastoauthor'sidentity;2.Inthecaseofcinematographicworks;3.Inthecaseofanonymousandpseudonymousworks;4.Inthecaseofcertainunpublishedworksofunknownauthorship]

(1)InorderthattheauthorofaliteraryorartisticworkprotectedbythisConventionshall,intheabsenceofproofto thecontrary,beregardedassuch,andconsequentlybeentitledtoinstituteinfringementproceedingsinthecountriesoftheUnion,itshallbesufficientforhisnametoappearontheworkintheusualmanner.Thisparagraphshallbeapplicableevenifthisnameisapseudonym,wherethepseudonymadoptedbytheauthorleavesnodoubtastohisidentity.

(2)Thepersonorbodycorporatewhosenameappearsonacinematographicworkintheusualmannershall,intheabsenceofproofto thecontrary,bepresumedtobethemakerofthesaidwork.

(3)Inthecaseofanonymousandpseudonymousworks,otherthanthosereferredtoinparagraph(1)above,thepublisherwhosenameappearsontheworkshall,intheabsenceofproofto thecontrary,bedeemedtorepresenttheauthor,andinthiscapacityheshallbeentitledtoprotectandenforcetheauthor'srights.Theprovisionsofthisparagraphshallceasetoapplywhentheauthorrevealshisidentityandestablisheshisclaimtoauthorshipofthework.

(4)(a)Inthecaseofunpublishedworkswheretheidentityoftheauthorisunknown,butwherethereiseverygroundtopresumethatheisanationalofacountryoftheUnion,itshallbeamatterforlegislationinthatcountrytodesignatethecompetentauthoritywhichshallrepresenttheauthorandshallbeentitledtoprotectandenforcehisrightsinthecountriesoftheUnion.(b)CountriesoftheUnionwhichmakesuchdesignationunderthetermsofthisprovisionshallnotifytheDirectorGeneralbymeansofawrittendeclarationgivingfullinformationconcerningtheauthoritythusdesignated.TheDirectorGeneralshallatoncecommunicatethisdeclarationtoallothercountriesoftheUnion.

人推定之規定條文外，輔以限制性、鼓勵性條文，或有以著作人登記[372]，藉以鼓勵著作人揭露本名。然而，著作人登記僅為推定之補強措施，二者均建立在「無反證時」之前提下，法律效力均相同，一旦反證事實確鑿，此種著作人之登記或推定效力即消失。

(二)著作人之事實認定

由上述說明，無論著作人之登記或推定效力如何，其關鍵仍在著作人之事實認定，當有不明或爭議時，並無法由法律推定之規定或主管機關之登記，即能據以認定，此種著作人之事實認定，屬私權爭議，猶待司法機關依事實作個案之判定[373]。特別在下列場合更是難以認定：

1.共同著作

在共同著作的場合，一著作存有二位以上之複數著作人，由於著作人格權並非財產權，無法依民法共有之規定，因此，每位著作人均個別享有著作人格權；但是，關於著作人格權之行使，須經著作人全體同意[374]，才能行使。雖然，著作權法規定各著作權人無正當理由者，不得拒絕同意，亦得於著作人中選定代表人行使著作人格權，且各著作權人對於代表人之代表權所加限制，不得對抗善意第三人，以減低共同著作之著作人格權行使得不便，不過當我們從已發表著作外觀所表示之共同著作人，亦難以解其公開發表是否為全體著作人同意之行為。

2.捉刀代筆之著作

在現實社會中，有為朋友或長官（出名者）捉刀代筆之創作情形，由於雙方間並無任何金錢對價，僱用或出資之關係不存在，縱使雙方約定由出名者享有著作權，仍屬無效，代筆者仍應是該著作之著作人並享有全部之著作財產權。惟實務上，由於著作之原件或其已發行之重製物上或著作公開發表時，既以朋友或長官之名為之，依著作權法第 13 條規定，推定出名者為該著作之著作人。且因雙方有友誼之情或長官部屬之隸屬關係維繫中，並未發生爭議，外人無法得知真相，然而他日或有雙方關係生變交惡時，代筆者可能舉證推翻此推定，並主張自己為真正的著作人，待法院確定判決後，外界始能確認該著作之著作人。

---

[372]例如西德 1985 年著作權法第 76 條規定，著作人未表示本名或筆名者，其著作權保護期間縮短為發表後 70 年，如於 70 年期間內揭露本名、筆名或辦理著作人登記者，則著作權保護期間恢復常態：美國 1976 年著作權法第 101 條亦作類似規範。施文高，比較著作權法制，1993 年 4 月初版，三民書局，頁 223-225。我國著作權法第 32 條規定，別名著作或不具名著作之著作財產權，存續至著作公開發表後 50 年，屬限制性條文，至於著作人如嗣後揭露本名或眾所周知之別名，則未予明文規定，筆者認為在法理上，其著作權保護期間應可恢復常態，惟因涉及其揭露方式與善意使用者信賴其著作公開發表時不具名之事實，如發生爭議或有侵權之虞時，仍待法院個案認定之。

[373]智慧財產法院民事判決 99 年度民著訴字第 36 號中指出，著作權人之舉證責任，在訴訟上至少必須證明著作人身分，因證明著作人身分，藉以證明該著作確係主張權利人所創作，此涉及著作人是否有創作能力、是否有充裕或合理而足以完成該著作之時間及支援人力、是否能提出創作過程文件、獨立創作證明，非抄襲他人者，藉以審認著作人為創作時，未接觸參考他人先前之著作，及著作完成時間，即以著作完成之起始點，決定法律適用準據，確定是否受著作權法保護。

[374]依經濟部智慧財產局 2997 年 3 月 5 日智著字第 09600017780 號函釋，共同著作人之「事前允許」或「事後承認」，均屬「同意」之範疇。

3.影子作家之著作

近年來，出版社或經紀公司常以「影子作家」之經營模式，媒介安排「影子作家」為知名的公眾人物代筆創作，並讓雙方建立著作權法第 12 條之出資聘人完成著作關係，約定以該公眾人物為著作人，並享有著作人格權及著作財產權，再由該公眾人物以讓與方式，使出版社或經紀公司取得著作財產權。此種方式符合著作權法之規定，應屬適法之行為。惟如出版社或經紀公司直接與該公眾人物約定，由自己之職員或外包專業寫手扮演「影子作家」，訪談公眾人物後，以該公眾人物為著作人發表作品；由於「影子作家」與公眾人物之間，並無受雇或受聘關係，以該公眾人物為著作人之約定，應屬無效[375]。

也有出版社先預定好特定的筆名，再與不同的「影子作家」約定，要求他們所完成的作品均使用該筆名，並禁止他們再使用該筆名於其他非該出版社出版的作品，以此多名「影子作家」共同使用同一筆名，來建立創作品牌或系列作品。本文以為，此經營模式在法律上並無禁止之規定，而出版社與「影子作家」之間如成立出資關係，其約定以出版社所指定之筆名，可視為出資人（出版社）之別名，應符合著作權法第 12 條之規定，故其約定應屬有效。

不論以何種方式為之，實務上，社會大眾亦從著作之原件或其已發行之重製物上或著作公開發表時所表示之名，依著作權法第 13 條規定，推定其為該著作之著作人，至於其中的法律關係如何，難以為外人道。

二、其他權利人之認定問題

前述著作權法第 15 條第 2 項推定與第 3 項視為著作人同意公開發表其著作，除著作財產權人、被授權人、著作原件或重製物所有人行使權利時，即推定或視為著作人同意公開發表其著作[376]外，在雇傭與出資關係中，雇用人與出資人自始取得尚未公開發表著作之著作財產權，或者出資人非著作人亦未享有著作財產權而得利用該著作，視為著作人同意公開發表其著作。因著作權法歷次修正，對於當事人未約定時，對於著作人（著作人格權）及著作財產權之認定歸屬不同，易使在認定時容易發生混淆：

（一）雇傭關係

自 1928 年著作權法頒布實施後，至 1992 年 6 月 10 日著作權法修正以前，對於僱傭關係中所完成著作之著作權[377]歸屬，並未明文加以規定。如係在故此受雇期間所完成之著作，不論是否於職務上所完成，原則上，可依當時規定向主管機關申請註冊登記之著作人，以認定其著作權之歸屬；如未經登記之著作，除能證明被繼承人與其雇用人間有特別約定，將該著作之著作權歸屬於雇用人者外，該著

[375]惟實務運作上，出版社職員或外包專業寫手已銀貨兩訖，基於行業慣例，並不會出面主張其權利，或無足夠證據推翻，故也就未被外界所重視。

[376]經濟部智慧財產局 2011 年 10 月 13 日電子郵件字第 1001013c 號。

[377]因當時之著作權法並未將著作人格權與著作財產權二者明確區分，故其著作權係包括二者在內。

作屬受雇人之著作，而享有著作人格權與著作財產權。

1992 年 6 月 10 日修正之著作權法，將「僱傭關係」與「出資聘人」之情形加以區分，並改以保護受雇人利益為主。但是，所謂僱傭關係卻僅界定在法人與受雇人之間，且其於職務上之著作，必須在法人之企劃下所完成；簡言之，受雇人在其法人之企劃下，進行並完成之著作，除非契約約定以法人或其代表人[378]為著作人者外，係以該受雇人為著作人，享有著作人格權與著作財產權[379]。至於法人並未指示或規劃，而由受雇人主動完成之著作，以及自然人之受雇人所完成之著作，不論與其受雇之職務關係究竟如何，並未適用上述之規定。如未以契約約定者，其著作仍應以該受雇人為著作人，並享有著作人格權與著作財產權。

1998 年著作權法修正後，為調和雇用人與受雇人間之利益，區分著作人格權與著作財產權作分別之歸屬，亦即受雇人於職務上完成之著作，若當事人未另有約定時，以該受雇人為著作人，但只享有著作人格權，而其著作財產權歸雇用人享有。

（二）出資關係

在 1992 年 6 月 10 日修正著作權法第 12 條規定之前，出資聘人完成之著作，在當事人間未有以契約特別約定之情況下，以著作權歸出資人享有為原則[380]。1992 年 6 月 10 日所修正之著作權法第 12 條規定，受聘人在出資人之企劃下完成之著作，除為法人之受雇人適用同法第 11 條規定外，以該受聘人為著作人；但契約約定以出資人或其代表人[381]為著作人者，從其約定。

1998 年 1 月 23 日以後出資聘請他人完成之著作，其著作財產權之歸屬，除係受雇人於職務上完成之著作適用著作權法第 11 條規定外，依同法第 12 條之規定，原則上當事人得透過契約約定予以認定[382]。如雙方未約定時，則由受聘人為著作人並享有著作財產權，而出資人得在出資的目的及範圍內利用該著作。

三、公務機關著作之公開發表

---

[378]本文以為，法人之受雇人，職務上所完成之著作，如因法人投入相當成本，而以契約約定由法人為著作人，有其對等代價之基礎，尚屬合理；惟如將之約定由法人之代表人（自然人）為著作人，除法人與其代表人分屬不同主體，而法人之代表人與受雇人間並無對等代價之基礎，不合裡外，著作人為法人或自然人二者之著作財產權之存續期間不同，影響著作之流通，實有不妥。

[379]依 1992 年 6 月 10 日修正之著作權法第 11 條規定：法人之受雇人，在法人之企劃下，完成其職務上之著作，以該受雇人為著作人。但契約約定以法人或其代表人為著作人者，從其約定。

[380]參考 1928 年訂定之著作權法第 17 條規定、1964 年修正之著作權法第 16 條規定及 1985 年修正之著作權法第 10 條規定。

[381]在 1992 年 6 月 12 日至 1998 年 1 月 22 日期間，出資聘人完成之著作，得以契約約定由出資人之代表人（契約當事人以外之第三人）為著作人或享有著作財產權，係一特別之規定，讓與創作無關者亦能成為著作人。

[382]出資聘人完成之著作，出資人與受聘人通常立於較平行之地位，與前條雇用關係完成之著作，其受雇人係利用雇用人提供之軟、硬體設備、領受薪資職務上完成者，迥不相同。故所完成著作之著作財產權歸屬，原則上應由雙方當事人依其出資、受聘目的訂立個別契約決定之；如當事人間未約定者，由於出資人出資目的通常僅欲利用受聘人完成之著作，故著作財產權應歸受聘人享有，而出資人得利用該著作。1998 年 1 月 21 日修正著作權法第 12 條條文之立法理由，法源法律網 http://db.lawbank.com.tw/FLAW/FLAWDOC01.asp?lsid=FL011264&lno=12，上網日期 2012 年 9 月 30 日。

公務機關常因推動政策或法令需要，而以雇傭或出資關係完成著作，其受雇人或受聘人為著作人時，因是否具有公務員身分，其能否享有公開發表卻有所不同。當受雇人或受聘人不具公務員身分時，其著作人之認定及著作財產權之歸屬，適用上述雇傭或出資關係之規定。如受雇人或受聘人具公務員身分時，除於職務上草擬之文告、講稿、新聞稿及其他文書等，依著作權法第 9 條之規定，仍不得為著作權之標的，即無法享有著作權外，公務員在職務上所完成之著作，自 1998 年 1 月 23 日以後以公務員為著作人者，因基於公務員之特定身份，及公務員在職務上所完成之著作，具有供政府機關或民眾利用之公益性質，著作權法第 15 條第 1 項但書規定，排除其著作人格權中「公開發表權」權利之行使。

因此，公務機關在其官網或辦公服務場所公開發表或陳列之著作，吾儕或可信賴公務機關為權利人之合法公開發表行為，而依其授權或合理使用方是利用之，不過此並非必然情形，其間仍存有公務機關如非著作人，而著作人又非其隸屬之公務員時，亦須徵得著作人之同意始得公開發表該著作。又如公務員為著作人，依法不適用公開發表權之規定，但該公務員或授權第三人所為之公開發表，社會大眾將信賴其著作人之身分，更無法瞭解其公開發表係由非權利人所為之。

綜上所述，由於著作人或權利人之認定，存有事實潛在不確定之因素，吾等從外觀或有限資訊所及，所謂「已公開發表」僅為「事實上之公開發表」而已。本文認為，在著作利用上，承認「事實上之公開發表」之著作是不得不然之結果，如將「已公開發表」拘泥於確實由合法權利人所為合法公開發表之行為，將不切實際。至於是否在合理使用範圍內，因承認「事實上之公開發表」之著作，將使之權利浮濫或有鼓勵非法公開發表行為，損及著作人之公開發表權，將於下文討論之。

肆、「事實上之公開發表」著作之合理使用問題

對於一般大眾而言，接觸或使用之著作，其公開發表與否，大多從其已流通在外之事實，以及著作外觀所表示之著作人或發行人加以判斷，至於該著作之公開發表行為合法與否，則無從查證或認定。因此，在這樣的環境下，可能隱含著事實上之公開發表著作存在之可能，亦即這些著作可能由非權利人所公開發表，並不符合著作權法之公開發表要件，但卻已流通在外，讓一般人相信它是已公開發表之著作，除非是著作人出面主張其公開發表權遭非權利人侵害，否則無法分辨。從前述權利人認定問題之討論可知，在利用著作時，我們面對是「事實上之公開發表」著作，而無法確定是否符合著作權法第 3 條第 1 項第 15 款規定之「已公開發表」。特別是引用著作權法第 46 條第 1 項[383]、第 47 條[384]、第 48 條第 1 款[385]、

[383]著作權法第 46 條第 1 項規定：依法設立之各級學校及其擔任教學之人，為學校授課需要，在合理範圍內，得重製他人已公開發表之著作。

[384]著作權法第 47 條規定，為編製依法令應經教育行政機關審定之教科用書及其輔助用品，或教育行政機關編製教科用書及其輔助用品者，在合理範圍內，得重製、改作或編輯他人已公開發表

第 48 條之 1[386]、第 51 條[387]、第 52 條[388]、第 53 條[389]、第 54 條[390]及第 55 條[391]等規定，其使用之著作必須為已公開發表者。

倘若使用者在不知情或無從查證下，利用之著作為非權利人所公開發表之著作，是否不能適用上揭著作權法各相關條文之規定，不受合理使用之保護，因而認定其有侵害他人之著作財產權，甚至有侵害著作人公開發表權之情事，謹討論如下：

一、使用「事實上之公開發表」著作者與侵害著作人公開發表權者之關係

關於「公開發表」，依著作權法第 3 條第 1 項第 15 款規定，如從文義解釋來看，特別強調必須係由權利人所為之行為，始為著作權法所規範之公開發表；反之，若非權利人所為之行為，並不構成著作權法之公開發表。然而，誠如前文所述，在現實生活上，我們面對的是「事實上之公開發表」之著作，利用著作者通常不會與著作人接觸，亦無法得知著作人是否已行使其著作公開發表權，只能信賴已在社會中傳播流通之形式事實，亦即公開發表之結果。

承認「事實上之公開發表」並不是使非法之「公開發表」產生「公開發表」之法律效果，而是配合著作權法對於著作人之推定，以及對著作人推定或視為同意公開發表其著作之規定，所為之推定而已。若公開發表屬非權利人所為之行為，必須是著作人等合法權利人始能知悉，在權利主張上，亦只有著作人本人或其身故後依著作權法第 86 條所定之人，始能依法請求救濟。況且，著作權人所享著作權，屬私權之範疇，其與一般私權之權利人相同，對其著作權利之存在，自應負舉證之責任，在訴訟上[392]至少必須舉證證明系爭著作之著作人身分、獨立創作證明及著作完成時間等事項。諸如此類事實證明，應存在於著作人與涉及侵害其公開發表權者之間的問題，除非利用者本身即為侵害著作人公開發表權之人，否則

之著作（第 1 項及第 2 項）。而依法設立之各級學校或教育機構，為教育目的之必要，在合理範圍內，得公開播送他人已公開發表之著作（第 3 項）。

[385]第 48 條第 1 款規定，供公眾使用之圖書館、博物館、歷史館、科學館、藝術館或其他文教機構，應閱覽人供個人研究之要求，重製已公開發表著作之一部分，或期刊或已公開發表之研討會論文集之單篇著作，得就其收藏之著作，每人以一份為限重製之。

[386]著作權法第 48 條之 1 規定：中央或地方機關、依法設立之教育機構或供公眾使用之圖書館，得重製下列已公開發表之著作所附之摘要：

一、依學位授予法撰寫之碩士、博士論文，著作人已取得學位者。

二、刊載於期刊中之學術論文。

三、已公開發表之研討會論文集或研究報告。

[387]著作權法第 51 條規定，供個人或家庭為非營利之目的，在合理範圍內，得利用圖書館及非供公眾使用之機器重製已公開發表之著作。

[388]著作權法第 52 條規定，為報導、評論、教學、研究或其他正當目的之必要，在合理範圍內，得引用已公開發表之著作。

[389]著作權法第 53 條主要係專為視覺障礙者、學習障礙者、聽覺機能障礙者或其他視、聽覺認知有障礙者等特殊需要能以其所適合方式使用已公開發表之著作，所為之特別規定，以保護渠等亦能與一般人一樣利用著作。

[390]著作權法第 54 條：中央或地方機關、依法設立之各級學校或教育機構辦理之各種考試，得重製已公開發表之著作，供為試題之用。但已公開發表之著作如為試題者，不適用之。

[391]著作權法第 55 條：非以營利為目的，未對觀眾或聽眾直接或間接收取任何費用，且未對表演人支付報酬者，得於活動中公開口述、公開播送、公開上映或公開演出他人已公開發表之著作。

[392]參考最高法院 92 年度臺上字第 1664 號判決及智慧財產法院 99 年度民著訴字第 36 號民事判決。

一般使用大眾係在被公開發表後之使用行為，並非侵害著作人公開發表權之情事，應無被課予負侵權之法律責任之理由。
而在一般情況下，一般大眾在使用著作時，不但未與著作人聯繫，與公開發表之其他權利人亦不會作接觸，因此，「事實上之公開發表」並不致有鼓勵非法公開發表行為。又利用著作時，除經授權外，必須符合合理範圍之條件，引用著作部分內容，始能主張合理使用，亦不會因而造成使用者之權利浮濫現象。

二、在合理範圍內引用「事實上之公開發表」著作之侵權行為問題
不可諱言地，事實上之公開發表，自然包括侵害著作人公開發表權之非法公開發表情事在內，如讓使用者亦可主張合理使用，似有對於著作人之公開發表權保護極備不周，損及其權益，顯有不公平。不過，著作人既然不願意即時公開發表其著作，應會採取必要的保管或保護措施，不致使該著作讓人輕易接近或取得，而造成非法公開發表之情事。因此，除非是著作人被迫或著作被竊外，發生非法公開發表之行為，與著作人疏於注意自己享有之私權有關。
換言之，著作人權益之受損，與行為人之侵權行為有因果關係，亦與著作人自己怠於權利行使或保護之過失有關，而非善意之使用者主張合理使用，始損及其權益，善意之利用人係以合理使用之方式，僅引用內容之一部分，應不屬於公開發表著作之行為，亦難以構成侵權行為之要件。

三、未公開發表之著作得否排除合理使用之認定
尊重著作人之意願，為保護著作人格權必要前提，著作人享有公開發表權，自得不具任何理由，有選擇暫時不公開發表自己著作的權利；遇有未依自己意思而遭人瓢竊，所為之非法公開發表行為，則有法律提供之各項救濟途徑，以維護自己的權利。如著作人認為其著作被非法公開發表之當下，仍無公開發表之意願，亦得於對非法之侵權行為人提起訴訟時，同時主張禁止該著作再繼續流通[393]。
學者認為，著作之合理使用原則上係指著作財產權之合理使用，並不及於公開發表權之合理使用[394]；但本文認為，著作權法立法目的，本來就不是絕對保護著作人權益，必須調和社會公共利益，以及促進國家文化發展[395]，著作權法既已提供著作人權亦諸多保障措施，對於使用者在合理範圍內，引用「事實上之公開發表」著作，可採平衡之態度。
其次，著作遲不公開發表，無法讓社會大眾了解其內容，對於社會公共利益以及國家文化發展而言，實無任何助益。我國法院判決指出，著作權與合理使用之規範目的均在於鼓勵知識與資訊之傳遞、交流與共享，促使人類智識文化資產之永續性、豐盈化與優質化[396]。筆者認為，正如孤兒著作得由主管機關加以強制授權

[393]依著作權法第 84 條規定，著作權人對於侵害其權利者，得請求排除之，有侵害之虞者，得請求防止之。
[394]羅明通，前註 1，頁 435。
[395]參考著作權法第 1 條規定。
[396]智慧財產法院民事判決 98 年度民著訴字第 8 號。

之立法考量[397]，在合理範圍內引用「事實上之公開發表」著作，亦可作如是之思考。

美國國會為解決在1986年間報紙媒體刊載當時之福特總統尚未發行自傳「A time to heal: the autobiography of Gerald R. Ford」一案，引發利用他人未發行著作是否得主張合理使用之爭議問題，通過修正著作權法第107條後段，規定在考量合理使用因素時，如著作尚未公開發表者，並不當然排除合理使用之認定[398]。我國現行著作權法並未對此作明文之規定，如有個案發生則待法院判決認定。基於「事實上之公開發表」著作之普遍存在，類似爭議問題必然發生，本文認為，應可納入修法以求解決。

伍、著作人死亡後之著作公開發表問題

依著作權法第21條規定：「著作人格權專屬於著作人本身，不得讓與或繼承。」，以及民法第1148條第1項規定：「繼承人自繼承開始時，除本法另有規定外，承受被繼承人財產上之一切權利義務。但權利義務專屬於被繼承人者，不在此限。」著作之公開發表權專屬於著作人本身，不得繼承；則當著作人逝世之後，除依著作權法第15條第2項規定推定及第3項視為著作人同意公開發表其著作之權利人外，即沒有人能夠行使其公開發表權。如以此觀點，將使得著作人生前未公開發表之著作，永遠無法公開發表，繼承人繼承此類著作之著作財產權亦無法行使其權利。

然而著作權法第30條第2項復規定：「著作於著作人死亡後四十年至五十年間首次公開發表者，著作財產權之期間，自公開發表時起存續十年。」似乎隱喻著，著作人死亡後之著作仍可公開發表。究竟本項規定僅適用在上揭依著作權法第15條第2項規定推定及第3項視為著作人同意公開發表其著作之權利人而已，抑或亦適用於繼承著作財產權之繼承人。換言之，著作財產權之繼承人得否將著作公開發表，值得探討。另如著作未於其著作財產權存續期間內公開發表，是否任何人即得利用而公開發表之，亦頗富思考之價值，筆者不揣淺陋，將一併試申之。

一、繼承人適用著作權法第18條但書規定之探討

[397]為解決著作財權人不明，即所謂孤兒著作，經濟部依文化創意產業發展法第24條第5項規定，於2010年9月24日以經智字第09904605970號令訂定發布「著作財產權人不明著作利用之許可授權及使用報酬辦法」。而日本著作權法第67條第1項亦有類似規定：「已公開發表之著作，或其已經相當期間被提供或提示於公眾之事實明顯之著作，因著作權人不明或其他理由，而有政令所定之經相當之努力仍無法與著作權人連絡之情形者，得經文化廳長官之裁定，並為著作權人提存文化廳長官所定之相當於通常使用費數額之補償金，而依其裁定之利用方法利用該著作。」

[398]參考經濟部智慧財產局之世界主要國家著作權法規網頁 http://www.tipo.gov.tw/ch/Download_DownloadPage.aspx?path=3670&Language=1&UID=9&ClsID=35&ClsTwoID=261&ClsThreeID=0&Page=2，上網日期2012年10月8日。

關於著作人死亡後，繼承人繼承其著作財產權，如依一般財產權利之行使，不論是自己利用收益或將所有權轉讓，無疑地均以經濟價值為考量，而利用著作大多以重製發行、公開播送、公開上映、公開口述、公開演出、公開展示等方式，為著作法所規定容許之利用行為，此亦為公開發表之行為，卻為著作人一身專屬之著作公開發表，又因著作人之公開發表權不得繼承，如此又有扞格之處。

繼承人行使著作財產權而有公開發表之行為，是否有侵害著作人之著作人格權，如從著作權法第 18 條但書規定，係可尋求解套之途徑之一。依該但書之規定，如其利用行為之性質及程度、社會之變動或其他情事可認為不違反該著作人之意思，即不構成侵害。至於其實質認定如何，或因個案之不同，如有爭議又須由法院判定，且容本文不予申述之。惟縱使能引為適用，亦只主張不侵害著作人格權而已，並不能因而取得其公開發表之權利人地位，其公開發表是否合法，仍無法獲得解決。況且，有學者主張，如被繼承人有不公開發表其著作之遺言，其繼承人自不得公開發表[399]；如準此說，所繼承之著作財產權是必成為傳家之寶，世人難以分享該著作。

二、繼承人類推適用著作財產權移轉問題

著作人生前將其尚未公開發表著作之著作財產權，美術著作或攝影著作之著作原件或其重製物，轉讓給他人，或者是將著作財產權授權他人利用時，因著作財產權之行使、利用而公開發表，或是受讓人以美術著作或攝影著作原件或其重製物公開展示，依著作權法第 15 條第 2 項推定著作人同意公開發表著作。此推定之規定，得否類推適用有關繼承之規定，亦即著作經繼承，即推定著作人同意公開發表。對此可能有正反不同的見解：

（一）持反面意見者，可能認為下列理由而不適用推定著作人同意公開發表著作之規定：

1. 現行著作權法係以著作人對其著作仍享有公開發表權，由於著作人本人將其著作財產權或著作原件及其重製物轉讓與他人，或經其授權使用，將導致該著作因利用或展示之公開發表結果，應可預見或得知，但因著作並未對此表示同意與否，遂以法律明文推定著作人同意公開發表著作。而繼承則非本人之移轉或授權行為，更無公開發表之意思表示，難以類推適用推定之規定。

2. 著作公開發表權專屬於著作人本身，不得繼承，繼承人即無將著作公開發表之權利，自不能再適用推定規定。

3. 如果「著作經繼承，即推定著作人同意公開發表」，將使本法第 18 條規定失其意義[400]。

[399] 羅明通，前註 1，頁 435。

[400] 參考經濟部智慧財產局 2012 年 2 月 22 日第 2 次著作權審議及調解委員會會議紀錄(案由四)，網址：
http://www.tipo.gov.tw/ch/Download_DownloadPage.aspx?path=4230&Language=1&UID=9&ClsID=96&ClsTwoID=299&ClsThreeID=0，上網日期 2012 年 10 月 12 日。

（二）持正面意見者，可能認為

1. 繼承係因被繼承人死亡事實而發生，著作財產權一經繼承，即發生權利移轉之法律效果，與著作財產權之讓與或授權他人利用之情形相同，基於著作財產權行使之實際需要，自應得推定為著作人同意公開發表。況且，繼承人繼承著作財產權後，可將其再轉讓或授權第三人利用，受讓或貝授權之第三人，亦應得推定為著作人同意公開發表，始能發揮著作財產權之經濟效用，符合著作權法之精神。

2. 著作公開發表權專屬於著作人本身，雖然不得繼承，然而著作權法第 30 條第二項規定，「著作於著作人死亡後四十年至五十年間首次公開發表者，著作財產權之期間，自公開發表時起存續十年。」，此「著作人死亡後首次公開發表」之情況，除著作人生前已為同意或立遺囑表示同意公開發表著作，以及依同法第 15 條第二項、第三項規定之權利人外，亦應將著作人生前未及公開發表，而由繼承人繼承或受遺囑贈與人取得著作財產權後，繼承人、其他讓受人或經渠等授權利用人，首次公開發表之情況，全部涵蓋，始為周延。

3.按著作人死後之著作人格權受侵害時，係由著作權法第 86 條規定之遺囑指定人及依第一至第六款順序之親屬[401]，依同法第八十四條及前條第二項規定，請求救濟。惟以實務面而言，縱使繼承人或其他受讓人無法行使著作人之公開發表權，如經繼承人全體或多數之同意公開發表，則上揭維護著作人格權者較多為繼承人，因此可能無人提出救濟。再者，即使不承認繼承人或其他受讓人之繼承或受讓，即推定著作人同意公開發表，但他們逕自而為著作之公開發表後，縱使著作人之法定親屬，依著作權法規定而救濟時，行為人亦得主張其利用行為之性質及程度、社會之變動或其他情事，並不違反著作人之意思，依同法第 18 條但書規定並不構成侵害著作人之著作人格權。

綜合上述，在現行著作權法規定下，無論正反不同的見解各有所依，但均各有其不足。持反面意見者，以公開發行係著作人專有、不得繼承，以及推定或視為著作人同意公開發行著作之權利人，限於著作權法第 15 條第二項與第三項所定者，固可維護著作人格權之永久保護精神，保障著作人著作權益；然而，如此著作人生前未發表之著作，永無公開發表之日，將使其著作永遠埋沒，難以兼顧著作權法為調和社會公共利益及促進國家文化發展之目的。

反之，持正面意見者，基於著作財產權實際行使之必然結果，主張讓著作能得公開發表，以收著作流通之效，達到調和社會公共利益及促進國家文化發展之目的；不過，繼承人或其他受讓人並非著作公開發表之權利人，如為行使自身之著作財產權而予以公開發表時，難免有侵害著作人公開發表權之虞，易使永久保護著作人格權之規定失去意義，未能保護著作人之權益。

本文認為，其癥結在於我國著作權法將公開發表權列入著作人格權之內容，且永

[401]著作權法第 86 條規定之親屬，依順序為配偶、子女、父母、孫子女、兄弟姊妹、祖父母。此與民法(第五編繼承第一章遺產繼承人)第 1138 條規定之遺產繼承人，為除配偶外，依直系血親卑親屬、父母、兄弟姊妹、祖父母之順序及範圍，有所不同。

久保護之；解決之道，宜由修法為之。

三、著作財產權存續期間屆滿後他人利用的情形

著作人未公開發表之著作，其著作財產權存續期間屆滿後，任何人得否因利用而公開發表該著作？按著作財產權之存續期間，以著作人之生存期間及其死亡後五十年為原則[402]。而法人為著作人之著作或攝影、視聽、錄音及表演等著作，其著作財產權存續至公開發表後 50 年，但著作在創作完成時起算五十年內未公開發表者，其著作財產權存續至創作完成時起五十年[403]。著作財產權因存續期間屆滿而消滅，著作即進入公共領域中，成為公共財產，任何人均得自由利用[404]。
從上述規定中，不難發現，任何著作之著作財產權均有其一定之存續期間，不論著作是否公開發表，存續期間一旦屆滿，其著作財產權均消滅，而任何人都可以利用。而利用著作大多以重製發行、公開播送、公開上映、公開口述、公開演出、公開展示等方式，為著作法所規定容許之利用行為，此亦為公開發表之行為，卻為著作人一身專屬之著作公開發表，如此又有侵害著作人格權之疑義。
一般而言，如著作人生前未將著作公開發表，且其他權利人亦為在著作財產權存續期間內行使權利，其他人並無法接觸到該著作，但只要該著作存在而未被銷毀，總有被人發現而利用的可能。本文認為，當任何人利用此等著作時，應與其他已公開發行之著作般，均得在不以侵害著作人名譽之方法，並標示著作人姓名、出處等資料，自由地利用該著作。至於因而有公開發表之行為部分，因得適用著作權法第 18 條但書規定，不應再以侵害著作人之公開發表權追訴，否則有失著作權法「調和社會公共利益」以及「促進國家文化發展」之精神與目的。

陸、結語

我國著作權法關於著作人格權之保護，將公開發表權列為著作人格權之內容，較國際主要公約所列內容廣泛。惟由於著作人係事實認定問題，著作權法採推定方式為之，而著作之公開發表除由著作人行使公開發表權實施外，著作權法亦採推定方式，推定著作財產權人或原件及其重製物所有權人等權利人，取得著作人同意公開發表其著作；然而，有無相反事證足以推翻著作人與其同意權利人公開發表之推定，非一般大眾能力所及。因此，吾儕所接觸已在社會上已公開流傳者，其是否為權利人合法之公開發表行為，有潛在不確定性，本文認為與其說是已公開發表之著作，不如承認它是事實上之公開發表之著作，故其中如有非法之公開發表侵權情事，因著作人格權係法律賦予著作人獨享之私權，須由著作人本身自

[402]如為共同著作者，則存續至最後死亡之著作人死亡後五十年，參考著作權法第 30 條及第 31 條規定。
[403]參考著作權法第 33 條及第 34 條規定。
[404]參考著作權法第 43 條規定。另本條文中「除本法另有規定外」，指例如第 79 條製版權登記，經濟部智慧財產局 2010 年 4 月 29 日電子郵件字第 990429b 號。

行依法主張其權利，不能課責於信賴法律所推定而循合理使用方式利用之一般大眾者，亦即合理使用已公開發表之著作，應適用於事實上之公開發表之著作，而不拘泥於確實合法之已公開發表之著作，始符合著作權保護之本意，亦能兼顧著作公開傳播與大眾利用之目的。

又公開發表權為著作人格權之一種，專屬於著作人一身，不得轉讓或繼承，當著作人於生前未公開發表其著作，造成著作人逝世後，該著作得否公開發表之疑義。本文認為，著作權法雖將公開發表權專屬於著作人本人，但對於公開發表之行使，並未將之繫於著作人一人而已，除了著作人或其授權行使者外，尚有推定與視為著作權人同意之其他權利人，均得將著作為公開之發表。以著作使用者之角度來看，本文傾向把「公開發表」當作一種事實狀態來看待，而不是將其限制在必須為權利人行使公開發表權的結果，始為「已公開發表」，蓋普羅大眾所接觸到公開發表之著作，究竟是否為「權利人」所為之公開發表？吾等實無法得知，更無從查證，如任何一項著作均俟法院確認為「已公開發表」之著作後，始能利用該著作，恐影響著作之流通，也悖離著作權法保護著作權益之宗旨。

著作人死亡後，其本人已無意思能力，無法對著作是否公開發表再表示意思。不論是否特別針對著作公開發表與否立下遺囑，當著作人死亡後而社會環境的變遷或社會大眾之期待時，如仍堅持須再探就其本意，則顯無任何意義；況衡平其著作財產權人之所需，行使權利之結果即為著作之公開發表，更無保護其著作公開發表權之必要。

我國著作權法，將公開發表權列入著作人格權之內容，且著作人死亡或消滅後，其著作人格權之保護仍視同生存或存續，使得著作人格權之保護恆久不滅，並非國際公約保護著作人格權之初衷[405]。而如此之規範，當著作人身故，如由其繼承人繼承未公開發表著作之著作財產權，所衍生之繼承人得否公開發表著作之爭議，無論正反意見均無法兼顧著作權法「保障著作人著作權益，調和社會公共利益，促進國家文化發展」之意旨。參照其他國家，如美國、英國、澳洲著作權法之著作人格權未包括「公開發表權」[406]，或是加拿大與大陸著作權法規定著作人格權保護期限與著作財產權存續期間相同之立法例，修正我國著作權法「公開發表權」或其保護期間之規定，才能根本解決此類問題。

參考文獻:

[405]國際公約如伯恩公約、羅馬公約、與貿易有關之智慧財產權協定（TRIPS）、世界智慧財產權組織「表演及錄音物條約」（WPPT）及「著作權條約」（WCT）等均未規範著作人享有公開發表權，而對於著作人格權之保護亦僅規範不得少於著作財產權之存續期間即可。

[406]洪雅涔，私法上關於著作人格權保護之探討--以我國及美國法制為中心，世新大學法律學系碩士論文，2009 年 1 月，頁 114。

1.章忠信，著作權法逐條適意，五南書局，2010 年 9 月，3 版。
2.施文高，比較著作權法制，1993 年 4 月初版，三民書局。
3.洪雅涔，私法上關於著作人格權保護之探討--以我國及美國法制為中心，世新大學法律學系碩士論文，2009 年 1 月，頁 114。
4.羅明通，著作權法論【I】，三民書局，2009 年 9 月，7 版。

相關網站

1.法源法律網
http://db.lawbank.com.tw/FLAW/FLAWDOC01.asp?lsid=FL011264&lno=12
2.經濟部智慧財產局之世界主要國家著作權法規網頁
http://www.tipo.gov.tw/ch/Download_DownloadPage.aspx?path=3670&Language=1&UID=9&ClsID=35&ClsTwoID=261&ClsThreeID=0&Page=2
3.經濟部智慧財產局 2012 年 2 月 22 日第 2 次著作權審議及調解委員會會議紀錄（案由四），網址：
http://www.tipo.gov.tw/ch/Download_DownloadPage.aspx?path=4230&Language=1&UID=9&ClsID=96&ClsTwoID=299&ClsThreeID=0