

# 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

●金海军\*

**【内容摘要】**“钱钟书书信拍卖案”引发了社会大众的广泛关注,其中涉及的法律问题非常复杂。手写书信上承载着物权、著作权与隐私权。从著作权法角度而言,手写书信可以是文字作品,也可能构成美术(书法)作品。若认定手写书信为美术作品,则美术作品原件的所有人(即收信人或受让人)享有原件之展览权,故其既可作为物权之所有人处分该信件(例如出售、拍卖或赠与图书馆收藏),也可将该信件以展览方式公之于众。若认定手写书信为文字作品,则收信人只能对书信原件进行物权处分,但不得以行使著作权之方式予以公开。对于尚未公开的书信,是否可以隐私权、发表权为由阻止他人的合理使用,值得进一步研究。

**【关键词】** 书信 物权 著作权 隐私权 合理使用

## 一、事件的缘起与法律争议

2013年5月20日,北京中贸圣佳国际拍卖有限公司在其官方网站发布消息,称将于同年6月21日举办名为“《也是集》钱钟书书信手稿专场”的拍卖会,其中拍品为“66封钱钟书亲笔书信和《也是集》手稿,12封杨绛的书信和《干校六记》手稿,以及6封钱瑗的书信,还有沈从文、柯灵等人信件共计110件”。据了解,这些拍品主要为20世纪80年代钱钟书与香港《广角镜》月刊总编辑李国强的往来书信。李国强与钱钟书相识于1979年,此后一直是钱钟书、杨绛夫妇在海外的重要挚友。因钱钟书与女儿钱瑗已去世,杨绛遂通过媒体发表声明,坚决反对拍卖这些私人书信。根据报道,该声明向李国强和拍卖公司提出质问:“完全是朋友之间的私人书信,本是最为私密的个人交往,怎么可以公开拍卖?个人隐私、人与人之间的信赖、多年的感情,都可以当商品去交易吗?”声明也希望有关部门切实履行职责,维护公民的“通信自由和通信秘密”这一基本人权。<sup>①</sup>

同年5月29日,国家版权局版权管理司负责人就此事件涉及的著作权问题发表意见,指出书信作为文字作品,其著作权属于作者,即写信人。拍卖活动的相关行为方在对信件进行处分的时候,未经著作权人同意,不得对书信做任何著作权意义上的利用,否则涉嫌侵害著作权人的合法权益。比如,将书信的全部或部分内容公之于众,就可能涉嫌侵犯著作权人的发表权。<sup>②</sup>

\* 作者单位:中国人民大学法学院。

① 参见央视2013年5月28日“新闻1+1”节目“杨绛称书信如拍将亲上法庭:隐私怎当商品交易”,<http://news.sina.com.cn/c/2013-05-28/000227239896.shtml>,2013年7月8日访问。

② 参见《国家版权局:钱钟书书信拍卖或涉嫌侵权》,<http://news.xinmin.cn/domestic/2013/05/30/20496559.html>,2013年5月30日访问。

与此同时,杨绛委托律师向北京市第二中级人民法院提交诉前禁令申请,请求责令停止侵害著作权。2013年6月3日,法院作出裁定,要求中贸圣佳国际拍卖有限公司不得实施侵害钱钟书、杨绛、钱瑗写给李国强的涉案书信手稿著作权的行为。裁定书认为:“书信作为人类沟通感情、交流思想、洽谈事项的工具,通常是写信人独立构思并创作而成的文字作品,可以成为著作权法保护的作品,其著作权应当由作者即发信人享有。”<sup>③</sup>钱钟书去世后,杨绛作为其唯一继承人,有权依法继承其著作权中的财产权,保护其署名权、修改权,行使其发表权。法院在裁定书中强调,任何人包括收信人及其他合法取得书信手稿的人,在对合法取得的书信手稿进行处分时均不得侵害著作权人的合法权益。在杨绛明确表示不同意将其享有权利的涉案作品公之于众的情况下,中贸圣佳国际拍卖有限公司即将公开预展、公开拍卖涉案书信手稿,以及为拍卖而正在或即将复制发行涉案书信手稿的行为构成了对杨绛发表权及复制权、发行权的侵害,将导致其受到难以弥补的损害。法院据此裁定:“在拍卖、预展及宣传活动中,不得以公开发表、展览、复制、发行、信息网络传播等方式,实施侵害钱钟书、杨绛及其女儿钱某写给李国强的涉案书信手稿著作权的行为。”<sup>④</sup>6月6日,中贸圣佳国际拍卖有限公司在其官网发布声明,决定停止本次公开拍卖活动。<sup>⑤</sup>

事件发展至此,以代表钱钟书一方的胜利而暂告一个段落,社会媒体对此事件的报道与评论也渐渐消退。但热闹过后,也需要一些冷静的思考,围绕本案发生的法律争议,也确有诸多值得进一步研讨之处。本案涉及的标的广泛,除钱钟书书信外,还包括原告杨绛在内的他人书信以及他们的手稿。为讨论便利计,本文仅以钱钟书未发表之书信为讨论对象。从法律上讲,这些书信可能承载三种权利,即物权(载体)、著作权(表达)和隐私权(事实或思想)。然而,上述国家版权局的意见或者法院的裁定,似乎都只偏重于著作权一端,未及于其余两者;即使就著作权而论,其中的裁决理据也不无值得商榷之处。

## 二、手写书信作为享有著作权的作品:文字作品与美术(书法)作品

涉案信件完成于20世纪80年代。钱钟书先生作为一代大家,文章与书法俱佳。从所披露的部分图片来看,信件系由作者以毛笔手书,其中自然具有文字意义,但也体现出书家风范。<sup>⑥</sup>从名家书信的收藏、拍卖和展览的角度讲,收藏家或买家自然也是以兼顾这两方面意义的作品为首选。书法,即文字的书写艺术,特指以毛笔表现汉字的艺术。书法既有语言文字所具有的实用价值,也具有欣赏性的艺术价值。<sup>⑦</sup>在中国历史上,书法艺术是从汉字的实用书写中逐渐地、不知不觉地发展起来的。书法成为高度自觉的艺术大约是在魏晋时期。从商代到魏晋,有记载的和流传至今的书法作品,书写的几乎全是实用性的文辞,或者是卜辞,或者是碑铭、信札或文书。书法作品不过是这些书面语言的伴生物。当为欣赏目的而创作的书法作品出现以后,书面语言在书法作品中逐渐退居次要地位。但书法作品录写语言的作品特点始终不曾改变。<sup>⑧</sup>自古迄今,中国不少书法作品正是以书信传世,也是由于书法作品的收藏而使令人得以知晓古代的书信,典型的例子如王羲之的《丧乱帖》、《快雪时晴帖》,从文字内容看,它们就是书信,但从汉字书写形式而论,又都是书法之杰作。<sup>⑨</sup>近代的例子如梁启超,他一生写下的书信(包括函电文稿)总数有4000件左右,字数在100万字以上。这些书信包括与社会各界友人交往的信札,又

③ 北京市第二中级人民法院(2013)二中保字第9727号民事裁定书。

④ 《拍卖公司不得侵害钱钟书杨绛书信手稿著作权》,http://culture.gmw.cn/2013-06/04/content\_7852357.htm,2013年6月4日访问。

⑤ 参见《中贸圣佳拍卖公司声明取消钱钟书书信拍卖》,http://news.163.com/13/0606/12/90MGJ29700014JB6.html,2013年6月6日访问。

⑥ 钱钟书幼承家学,从先生为《英汉大词典》、《英语世界》、《中国翻译》等题写的书刊名称中也可略窥其书法水准。

⑦ 参见《中国大百科全书》精华本,中国大百科全书出版社2005年版,第3652页。

⑧ 参见邱振中:《书法七个问题》,中国人民大学出版社2011年版,第26页。

⑨ 《丧乱帖》现收藏于日本宫内厅三之九尚藏馆,《快雪时晴帖》现藏于台北故宫博物院,两者均为镇馆之宝。

包括写给儿女们的家书。1994年中华书局将这批书信手迹影印出版,名曰《梁启超未刊书信手迹》。<sup>⑩</sup>书信手迹是梁启超传世墨宝的重要组成部分,具有很高的艺术价值。<sup>⑪</sup>

《中华人民共和国著作权法》未对作品作出完整的定义,但以列举作品种类的方式规定了作品的种类与范围。该法第3条规定:“本法所称的作品,包括以下列形式创作的文学、艺术和自然科学、社会科学、工程技术等作品:(一)文字作品;……(四)美术、建筑作品……”《中华人民共和国著作权法实施条例》第4条进一步界定了该法所列举的各类作品,其中,“文字作品是指小说、诗词、散文、论文等以文字形式表现的作品”;“美术作品,是指绘画、书法、雕塑等以线条、色彩或者其他方式构成的有审美意义的平面或者立体的造型艺术作品。”著作权法上的作品分类与文学艺术作品的分类并不完全一致,但它毕竟是对社会实践的基本反映。因此,法律并没有排除同一作品因符合不同要件而被归入不同作品种类的可能性。本案所涉及的钱钟书的手书信件,就可能既是文字作品,也是作为书法的美术作品。

同样都是作品,在法律上区分文字作品与美术作品的意义何在?关键点在于,若为文字作品,不管以何种书写方式表达,也不管其为原件还是复制件,从艺术价值和法律意义上看,均无区别。但若为美术作品,则原件与复制件不仅价值迥异,而且著作权法还对美术作品原件的所有人设有专门规定,以定分著作权与物权的界限。<sup>⑫</sup>

涉案书信既是文字作品也是美术(书法)作品,正是本案的特殊性所在。在当下,书信往往并不构成书法作品,而且由于信件交流方式的变化,尤其随着打印信件与电子邮件的广泛应用,书信将主要呈现出文字作品的特性,而不太可能成为书法作品。但本案所涉及的钱钟书的书信,显然与现今的情形不同。基于本案的特殊事实,当事人和相关部门在处理时自应对之有所考虑,以免顾此失彼。国家版权局相关人士在其对外发表的意见中直指争议书信为文字作品,固然无误,但未注意到它们也可以是美术(书法)作品,就未免有失周全。法院的民事裁定书只是认定涉案信件为享有著作权的文字作品,也存在同样的问题。反之,涉案书信一旦被认定为美术作品,则在著作权法规则的适用上即容或有别。根据《中华人民共和国著作权法》第18条的规定,在保护美术作品著作权人权益的同时,也应维护美术作品原件所有人的权益,甚至需要为此而限制著作权人之利益。

### 三、书信上的物权与著作权

#### (一)书信上物权与著作权的相互独立性

书信通常是写给他人的,表现为作者与收件人的分离,因此,若非作者明确要求返还信件或明确授予权利,通常的结果就是,物权与著作权各归其主:写信人保留书信之为作品的著作权,而收信人享有书信之载体(即信件)的所有权。有学者对书信在著作权法上的特征归纳如下:其一,它们类似于委托作品,即书信的创作通常是为特定接受方而为;其二,它们的功能决定了书信必须要对作品载体转移占有;其三,它们的内容通常被认为在发信人与收信人之间是保密的。<sup>⑬</sup>

据此特征,著作权法对待书信的一般规则是,书信作者保留其著作权,而收信人获得书信作品之载体的所有权。这就导致了某种奇怪的权利二分法(dichotomy of rights)。<sup>⑭</sup>收信人享有绝对的权利,可以将书信销毁,或保留并允许其被他人有限地观看,或将之转让他人。书信的作者享有著作权,从而可以允许或者阻止他人(包括收信人)对书信进行复制并发表。当然,这是在书信作为文字作品的情况下可适用的规则。但正如前文所指出的,如果书信兼具美术作品之特征,则书信原件的所有人拥有的权利将更多,其价值也将更大。

<sup>⑩</sup> 参见金玉甫:《梁启超与中国书法》,河南美术出版社2010年版,第38页。

<sup>⑪</sup> 同上注,第161页。

<sup>⑫</sup> 具体内容参见本文第三部分的论述。

<sup>⑬</sup> See Melville B. Nimmer, Nimmer on Copyright, Matthew Bender, 2003, § 5.04.

<sup>⑭</sup> 同上注。

## (二) 书信上物权对著作权的限制

针对美术作品、摄影作品以及在少数情况下的建筑作品,多数国家的著作权法设有专门规定,以解决这些作品的著作权与载体物权之间互相分离与冲突的问题。整体而言,法律一般规定物权优先,从而限制著作权人的部分权利。

### 1. 展览权

一般认为,当知识产权与物权发生冲突时,知识产权通常要让位于物权。比如,在著作权保护期内,在一幅绘画上的物权与著作权是并存的。当绘画的物权转让时,基本上不影响原有的著作权关系。在物权与著作权分别属于不同权利人的情况下,著作权的实现定然受到物权的制约。如果著作人行使权利,须以接触或使用作品原件为前提,有赖于物权人的许可,这势必和物权发生冲突。当两个权利人不能就此达成一致时,尽管两种权利并无高下、优劣、尊卑、先后之分,但基于物权人依法享有对该绘画实物的独占、排他的支配权,往往导致著作权会因物权的对抗而难以实现。<sup>⑮</sup>《中华人民共和国著作权法》第18条规定,“美术等作品原件所有权的转移,不视为作品著作权的转移,但美术作品原件的展览权由原件所有人享有”,也正是上述观念的体现。

其他国家也有类似的立法例,而且在展览权的权利范围上较我国著作权法的规定为宽。<sup>⑯</sup>先来看大陆法系国家的情况。《德国著作权法》第18条所规定的展览权,即指“将未发表的美术著作,或者未发表的摄影著作的原件或者复制件公开展示的权利”;该法第44条第2款规定:“美术或者摄影著作原件即使从未发表过,其所有人也有权公开展示该著作,除非著作权人在让与著作原件时明确表示对此予以禁止。”《日本著作权法》第45条第1款规定:“美术作品或者摄影作品原件的所有权人或者经其许可的人,可以公开展览该美术作品或者摄影作品的原件。”《俄罗斯民法典(著作权部分)》第1291条规定:“在作品专有权未转归其原件获得者的情形下,获得者有权不经作者同意,不向其支付报酬,而展示所得并归自己所有的作品原件,在针对其收藏品的展览会目录和出版物的目录中复制该作品原件,并将该作品原件转至他人组织的展览会上展示。”《韩国著作权法》第11条第3款规定:“如果作者将艺术作品、建筑作品或摄影作品(以下简称艺术作品等)的原件进行了转让,受让方有权以展览方式公开作品。”

英美法系国家也有同样的规定,并且展览权的调整范围更广。《美国版权法》第106条第(5)项规定了展览权(public display right),其对象是“文学、音乐、戏剧、舞蹈作品、哑剧及绘画、图形或雕塑作品,包括电影或其他视听作品的单个图像”。有意思的是,虽然法律规定的内容如此广泛,然而自1976年《美国版权法》创设该种权利以来,截至2001年,在美国发生的涉及展览权的案件只有8起。<sup>⑰</sup>有学者分析,此类案件之所以罕见,主要原因在于《美国版权法》第109条。该条规定了著作权法的首次销售原则(first sale doctrine),即对合法取得作品原件或复制件的物权所有人而言,无需征得著作权人许可即可自由处分其财产,包括将该财产予以公开展示。<sup>⑱</sup>《美国版权法》第109条C款明确规定:“虽有第106条第(5)项的规定,依本编合法制作的特定制件(particular copy lawfully made under this title)的所有人或该所有人授权的任何人,有权不经著作权人许可而直接地或者一次放映不超过一个图像向该制件所在地的观众公开展出该制件。”这一规定正是对著作权人所享有的展览权的限制。需要指出的是,这里的“copy”很容易被理解为“复制件”,但它实际上包括了复制件和原件,故笔者将其译作“制件”。可资作为直接证据的是,该法第101条有关“copy”的定义就包括将作品首次固定于其中的载体(即原件)

<sup>⑮</sup> 参见刘春田主编:《知识产权法》,高等教育出版社、北京大学出版社2010年版,第23页。

<sup>⑯</sup> 以下所引用外国著作权法的条文,除特别说明外,均引自《十二国著作权法》翻译组:《十二国著作权法》,清华大学出版社2012年版。

<sup>⑰</sup> See R. Anthony Reese, The Public Display Right: The Copyright Act's Neglected Solution to the Controversy over RAM "Copies", 2001 U. Ill. L. Rev. 104 (2001).

<sup>⑱</sup> See Julie Cohen et al., Copyright in a Global Information Age, Aspen Publishers, 3d ed., 2010, p. 422.

的内容。<sup>⑩</sup>

## 2. 基于特定目的有限复制权

部分国家的著作权法还进一步规定,作品原件或复制件的所有人在依据规定行使展览权或处分权时,还可因此实施有限的复制权。例如,《德国著作权法》第58条规定:“(1)本法允许举办人复制、发行和公开提供公开展览的,或者用于公开展览,或者公开出售的特定美术著作和摄影著作,以制作促进举办活动所必需的广告。(2)本法还允许公众可达的图书馆、教育机构或者博物馆复制与发行本条第1款所称著作,以出版在内容和时间上与展览或者馆藏文献有关,且不谋求独立的营利目的的目录。”《日本著作权法》第47条规定:“公开展览美术作品或者摄影作品原件的人,在不损害第25条规定的权利的情况下,在为了向参观者解说、介绍这些作品而制作的小册子上,可以登载该美术作品或者摄影作品。”日本在2009年修订著作权法时还增设了第47条之二,规定为了美术作品等的许诺销售也可以进行复制或者向公众传播。《韩国著作权法》第35条第3款也规定:“根据第1款展览艺术作品的人或者意图销售艺术作品原件的人,可以为了解释和介绍作品的目的而在手册中复制、发行作品。”

我国著作权法没有类似的规定。因此,美术作品原件的所有人虽然有权展览或拍卖原件,但没有明确的法律依据可以复制该作品。不过,从展览、拍卖的惯例来看,多有在限定范围内印制宣传海报或拍卖图录的做法。因此,若依惯例,此类复制行为是否一定构成侵权,恐怕不能一概而论;当然,今后若能参酌前述国外立法例而对著作权法作相应修订,则必然有助于解决类似争议。值得注意的是,此类复制行为须以实现拍卖、展览之目的为限,且需严格控制复制的对象、方式、范围等,以免对著作权人的复制权、发行权和潜在的市场构成实质性损害。

## (三) 书信上著作权对物权的限制

### 1. 接触权

大多数国家的著作权法为作品原件或复制件的所有人设有特别规定,以克服其行使物权之障碍,但从另一个角度看,在著作权人无法获得原件的情况下,其著作权的行使也会面临障碍。对于后者,有一些国家规定了著作权人对于作品原件或复制件的接触权。但此类立法例相对较少,且限制较多。也有些国家否定此项权利。

承认接触权的立法例有德国、巴西、俄罗斯等国的著作权法。《德国著作权法》第25条的标题就是“对著作物的接触”,其中分设两款:“(1)如果为制作其著作复制件或者改作之必要,且不损害占有人的合法利益,著作人得要求占有其著作原件或者复制件的占有人使其接触该原件或者复制件。(2)占有人无义务将原作或者复制件提供给著作人。”《巴西著作权法》第24条规定了著作人身权,除了规定发表权、署名权、保护作品完整权之外,还专设一款规定著作权人对作品载体的接触权:“如果作品唯一或稀有的复制件为第三人所合法占有,作者为了保留对作品的记录,有权接触该复制件;对作品的接触应当以对占有者造成最少不便的摄影或类似方式或视听手段进行,如果占有者因此而遭受任何损害,应当获得赔偿。”《俄罗斯民法典(著作权部分)》第1292条也规定了“接触权”:“(1)造型艺术作品的作者有权要求作品原件所有人提供行使自己作品复制权的机会(接触权)。但是,不能要求作品原件所有人将作品交给作者。(2)合同未作另外规定的,造型艺术作品的作者有权要求作品原件所有人提供对作品摄影和录像的机会。”

有的国家虽规定了接触权,但同时限定其行使方式,尤其在当事人无法协商一致时,应由法院裁决是否给予接触。例如,《法国知识产权法典》第L.111-3条第2款规定:“这些权利只属作者及其权利继承人本人,但作者及其权利继承人不得要求原件所有人交出原件供其行使权利之用。但原件所有人明显滥用权利妨碍发表权的行使时,大审法院可根据第L.121-3条的规定采取一切适当之措施。”

包括我国在内的大多数国家没有规定接触权。此外还有个别国家则否定此类权利。例如,《埃及

<sup>⑩</sup> 另参见孙新强“译者的话”,同前注<sup>⑩</sup>,《十二国著作权法》翻译组书,第710页。

《知识产权保护法》第 152 条第 2 款规定：“原件受让人不受强迫命令以实现作者对该原件的复制、转让或者展览；当事人另有约定的除外。”

## 2. 追续权

追续权是指作品的著作权人享有从作品原件的再销售中获得收益的权利。<sup>⑩</sup>显然，这是对原件所有人物权的一种限制。此项权利在典型的大陆法系国家有规定，而在英美法系国家则无。例如，《法国知识产权法典》第 L. 122 - 8 条、《德国著作权法》第 26 条针对美术作品原件设立追续权。而《俄罗斯民法典（著作权部分）》第 1293 条规定的追续权不仅针对美术作品原件，也包括作品的亲笔手稿。该条第 2 款规定：“依照本条第一款规定程序，作者同样享有对文学和音乐作品创作手稿（亲笔手稿）的追续权。”

综合上述比较分析可知，书信原件的所有权与书信的著作权通常分属不同主体，他们各自享有权利，各行其是，相互独立。如果书信仅仅作为文字作品，则原件所有人可以通过出售、出借等方式处分该信件，但不享有任何著作权；若信件同时也构成美术作品的，则原件所有人不仅可以出售、出借，而且享有原件的展览权；即使作品尚未发表，原件所有人亦可借此行使发表权，将作品公之于众。我国著作权法规定了美术作品原件所有人享有展览权，但对于原件所有人能否为拍卖、展览等目的而进行有限的复制，未予明文规定；对于接触权和追续权，则完全没有规定。

由此再来看“钱钟书书信拍卖案”，法院的相关认定恐有不当。该民事裁定书要求书信原件所有人的受托人（即拍卖公司）在拍卖、预展及宣传活动中，不得以公开发表、展览、复制、发行、信息网络传播等方式实施侵害涉案书信手稿著作权的行为。但是，如果依前文分析，涉案书信可以被认定为美术作品的话，则“公开发表、展览”等方式恐怕并不属于侵害书信著作权的行为。

## 四、书信上的隐私权与发表权

书信，尤其私人书信，通常涉及写信人与收信人之间未对外公开的交流，很容易让人想到隐私权的问题。在“钱钟书书信拍卖案”中，原告还提出保护“通信自由与通信秘密”这一基本人权。我们先来看后者。《中华人民共和国宪法》第 40 条规定的通信秘密是指在公民与他人通信或打电报、电话的过程中，任何组织或者个人不得偷听、偷看或者涂改其内容。显然，通信秘密更多的是为了防止与限制公权力对于公民私权的侵犯。因此，我国宪法、刑法、刑事诉讼法均设有专门规定。<sup>⑪</sup>第三方干涉通信双方的通信秘密的，可能构成民事侵权，但是，通信秘密权并不涉及通信双方的行为。换言之，即使收信人自愿将通信内容公开，只可能涉及侵犯隐私权或著作权，而不可能违反宪法关于通信自由与通信秘密的规定。

接下来需重点讨论的是，收信人是否有权将尚未发表的书信内容予以公开。这涉及未发表作品的发表权与隐私权以及它们之间的关系。

### （一）对未发表作品合法行使发表权即表明作者放弃隐私权

根据《中华人民共和国著作权法》第 10 条，在一般情况下，著作权人享有发表权，即决定是否以及如何将作品公之于众的权利。如果作品的著作权人与作品原件的所有人为同一人，则著作权人行使发表权，即表明其放弃自身的隐私保护。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。英美法早期曾经普遍承认对未发表作品的普通法上的著作权（common law copyright）。隐私权研究的开山之作，即沃伦与布兰代斯 1890 年发表在《哈佛法律评论》上的《论隐私权》一文，就是从英美法的普通法著作权保护引申出保护隐私的原则。“强调著作权法对个人思想和情感的保护只不过是保护个人的一项更加普遍的权利，即独处权（right to be let alone）。著作权法对个人作

<sup>⑩</sup> 同前注<sup>⑩</sup>，Julie Cohen 等书，第 398 页。

<sup>⑪</sup> 参见许崇德主编：《中国宪法》，中国人民大学出版社 1996 年版，第 419 - 420 页。

品的保护,不仅是保护私人财产,而且是保护个人人格神圣不受侵犯。保护个人作品、智慧和情感,这一原则正是隐私权的根据。”<sup>②</sup>该文也强调,隐私权不禁止发表涉及公共和普遍利益的报道。当个人自愿发表自己的情况或同意他人发表时,隐私权即不复存在。<sup>③</sup>因此可以认为,在决定予以发表之前,作品属于作者的隐私。<sup>④</sup>

从书信的发表权与隐私权的关系可见,如果书信由作者自己发表、许可他人发表或者根据法律规定而由他人发表的,作者即放弃其隐私权主张。由前文分析可知,书信若同时为美术(书法)作品的,书信原件的所有人依法享有原件的展览权;而发表权通常不能单独行使,需和其他著作财产权的任何一种一起行使。作者不可能在将其他财产权转让出去的情况下,自己还保留发表权。<sup>⑤</sup>既然根据法律规定,收信人可由此获得原件的展览权并因此得行使发表权,就表明作者即写信人已经放弃其隐私权。当然,如果书信涉及第三人隐私的,则作者并不能因此而放弃他人隐私权。写信人与收信人均对此负有保护之责,除非第三人自己放弃或者具有法定免责情形。不过,这是另一重法律关系,本文暂不予讨论。

如果书信仅作为文字作品,那么情况又将如何?收信人对此不享有任何的著作权,发表权仍保留在写信人手中。收信人或书信原件的合法所有人若擅自发表该书信,不仅涉及侵犯发表权,也可能侵犯隐私权。然而,这里需要进一步追问的是,对于尚未发表的作品,他人可否以合理使用来对抗著作权与隐私权。

## (二)未发表作品的合理使用与隐私权保护

所谓“合理使用”(fair use),是指著作权人以外的第三人无需征得同意就可以合理方式使用其作品的一种特权(privilege)。<sup>⑥</sup>我国《著作权法》虽未采用“合理使用”这一术语,但其第22条通常就被认为是有关合理使用的规定。<sup>⑦</sup>需要注意的是,在该条所列举的12种情形中,合理使用的对象几乎都被限定为“已经发表的作品”。因此,按照我国现行法律规定,对于未发表作品进行合理使用,恐怕不太可能。大陆法系其他国家的著作权法也大多没有“合理使用”制度之设,而是规定了具体的“著作权的限制与例外”。同样地,所谓的对著作权限制的对象,也通常是指已发表的作品。而在英美法系,合理使用制度源于衡平法,更具有包容性与开放性。以下分别述之。

### 1. 未发表作品的合理使用:“塞林格案”与《美国版权法》第107条的修订

美国版权法在上世纪后期对此问题进行了重大调整,体现了由完全不承认对未发表作品的合理使用到逐步予以承认的过程。未发表作品的典型例子是书信,而与书信之合理使用相关的典型案件就是“塞林格诉兰登书屋案”。<sup>⑧</sup>

该案原告塞林格是小说《麦田守望者》(The Catcher in the Rye)的作者,他由此而在美国乃至世界文坛享有盛名。但在这部小说于1965年出版之后,作者选择隐居生活,这更增加了人们对其私生活的关注。与兰登书屋签约的一位独立作家未经允许,研究并撰写了有关塞林格的传记。该传记有多处直接引用或以改写方式引用塞林格致他人书信的内容,而这些信件当时由几家大学的图书馆收藏,并未公开发表。该案争议的核心问题是,该作家在研究撰写传记时能否合理使用主人公的这些未发表的书信。一审判决由纽约南区法院的勒瓦尔法官(Pierre N. Leval)所撰,他同意合理使用的抗辩理由,从而驳回了原告即书信作者的初步禁令请求。上诉法院(美国第二巡回上诉法院)的纽曼法官(Jon Newman)则

<sup>②</sup> See Samuel D. Warren and Louis D. Brandeis, The Right to Privacy, 4 Harv. L. Rev. 193 (1890).

<sup>③</sup> 参见邱小平:《表达自由——美国宪法第一修正案研究》,北京大学出版社2005年版,第213页。

<sup>④</sup> 参见张俊浩主编:《民法学原理》,中国政法大学出版社1997年版,第482页。

<sup>⑤</sup> 同前注<sup>④</sup>,刘春田主编书,第75页。

<sup>⑥</sup> See Paul Goldstein, Goldstein on Copyright, Aspen Publishers, 2011, Vol. II, 12:1.

<sup>⑦</sup> 该条规定:“在下列情况下使用作品,可以不经著作权人许可,不向其支付报酬,但应当指明作者姓名、作品名称,并且不得侵犯著作权人依照本法享有的其他权利。”

<sup>⑧</sup> See Salinger v. Random House, Inc., 811 F.2d 90 (1987).

不认可合理使用的主张,裁决授予初步禁令。

上诉法院判决的主要依据是美国最高法院不久前所作的“哈泼出版社诉《国家》杂志案”判决,<sup>②</sup>特别是关于未发表作品是否适用合理使用原则问题的裁判理由。在“哈泼出版社案”中,美国最高法院认为“合理使用在传统上并不是对尚未发表作品进行复制的一种抗辩事由”,但是,这项“绝对规则”因“合理使用原则的衡平法性质而在实践中有所缓和”。<sup>③</sup>美国最高法院指出,根据1976年《美国版权法》,<sup>④</sup>著作权所保护之全部权利,包括首次发表权(right of first publication)在内,都受到合理使用原则的约束。但是,美国最高法院明确拒绝了被告《国家》杂志所提出的合理使用之主张,以此表明“在一般情况下,作者控制其首次将作品公之于众的权利优先于合理使用”。<sup>⑤</sup>美国第二巡回上诉法院在“塞林格案”中指出,在涉及未发表信件时,尤其应当强调最高法院在“哈泼出版社案”中所强调的这种观念,即未发表的书信一般有权免受合理使用式复制。<sup>⑥</sup>

在塞林格案以及两年之后的“新时代出版公司诉亨利公司案”<sup>⑦</sup>中,法院的判决均不利于被告对未发表作品提出合理使用的抗辩主张,这就引起了美国学术界与出版界的高度警觉。他们认为,按照这些判决,任何对于未发表作品的复制都可能难以被法院列入合理使用的范围。<sup>⑧</sup>他们转而寻求国会的立法支持,遂有1992年对《美国版权法》第107条的修订,即在该条前两款规定合理使用的目的以及判断是否合理的四个要素的基础上,增设第3款规定:“作品未发表这一事实本身不应妨碍对合理的认定,假如该认定系考虑到上述因素而作出的。”由此,根据《美国版权法》,作品即使尚未发表,也可以构成合理使用,只要该种使用符合该法第107条的所有考量因素。

“塞林格案”在20世纪80年代名噪一时,而且其判决思路一直影响至今。该案的两位主审法官事后也分别撰文,介绍其判决并探讨关于未发表作品的著作权、合理使用以及隐私权保护等更为广泛的问题。<sup>⑨</sup>纽曼法官的观点是,对于未发表的信件,可以而且应当考虑隐私权,并且以著作权法予以保护。勒瓦尔法官则不同意此种观点,他进一步提出这样的主张,即《美国版权法》第107条所具体列示的关于合理使用认定的四项标准是法院所应当考虑的因素,从而应排除将隐私权作为合理使用的的一个额外考虑因素;他同时认为,应当排除以著作权保护为手段而保护隐私权。从后来的发展看,《美国版权法》第107条的修订实际上采纳了勒瓦尔法官的主张。有研究者因此提出,著作权不是保护隐私权益的适当手段。但是,如果在主张著作权保护背后的主要动机是为了保护隐私,那么,著作权人诉讼背后的这一动机就只是考虑合理使用的一个因素。对于未发表作品而言,尤其如此。与纽曼法官的意见相反的是,对于未发表的作品,如果著作权人的动机是为了保护其隐私,那么,这一点应当不利于著作权人而有

<sup>②</sup> See Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, 471 U. S. 539 (1985). 这是美国版权法上合理使用的典型案例。其核心争议是,被告杂志社未经同意,将原告即将出版的福特总统自传的一小部分(约300多个单词)在其杂志上先行引用刊载,是否属于合理使用。

<sup>③</sup> 同上注,第551页。

<sup>④</sup> 1976年《美国版权法》将以往由法院在判决中所形成的判断合理使用的要素予以法典化(参见该法第107条第1款与第2款的规定)。See 17 U. S. C. § 107.

<sup>⑤</sup> 同前注<sup>②</sup>,第555页。

<sup>⑥</sup> 同前注<sup>②</sup>,第95页。

<sup>⑦</sup> See New Era Publications Int'l. ApS v. Henry Holt and Co., Inc., 873 F.2d 576 (1989).

<sup>⑧</sup> 在此两案之后,美国《新闻周刊》记者针对传记作家和历史研究者在面对未发表作品而不得使用时的困境,撰文指出如此判决是否将导致“历史的终结”,因为若不构成合理使用,“图书出版者开始做自我审查”以免构成侵权,而“写作者则试图解决如何在身受束缚的情况下书写历史”。See David A. Kaplan, The End of History?, Newsweek, Dec. 25, 1989, p. 80. 对此诘问,负责审理塞林格案的纽曼法官撰文《并非历史的终结:第二巡回法院与合理使用的纠结》予以反驳,认为“塞林格案与新时代出版公司案产生了相当大的争议……不过,令人遗憾的是,一些批评者对这些案件反应过度,并且得出草率而错误的结论,以为我们法院的立场就是完全反对使用未发表的作品。”See Jon O. Newman, Not the End of History: The Second Circuit Struggles with Fair Use, 37 J. Copyright Soc'y U. S. A. 12 (1989); John B. Gaffney, The Fair Use of Unpublished Works: Where Privacy and Copyright Collide, 34 Conn. L. Rev. 233 (2001), note 62.

<sup>⑨</sup> See Jon O. Newman, Copyright Law and the Protection of Privacy, 12 Columbia - VLA Journal of Law & the Arts 459 (1988); Pierre N. Leval, Toward a Fair Use Standard, 103 Harv. L. Rev. 1105 (1990).



利于使用作品并主张合理使用抗辩的一方。<sup>③⑦</sup>

## 2. 大陆法系国家对于未发表作品(尤其是书信)的隐私权保护

与美国法相比,大陆法系国家的著作权法对于“合理使用”规定得较为保守,通常不同意对于未发表作品的合理使用。这在一定程度上反映出美国与欧洲大陆国家在表达自由与隐私保护之关系处理上的分歧。有学者在比较大西洋两岸欧美国家对隐私保护的差异之后指出,欧洲大陆法系国家认为隐私权的核心是个人肖像、名字和名誉的权利以及德国法所称的信息自决权(informational self-determination);美国法上的隐私权的核心则更多的是对国家或他人侵入其家庭的防御,而不是对媒体利用资讯的禁止。<sup>③⑧</sup>因此,一般而言,美国人对于表达自由给予更广阔的空间,而大陆法系国家的法律更注重对隐私权的保护。

在德国,包括著作权法在内的法律承认并保护“在信件、日记以及其他私密表述上的权利”。尽管这些表述大部分并没有达到智力作品的构成条件,但其受到一般人格权的保护。“根据一般人格权,人们可以推导出法律为撰写人所提供的保护,这种保护使得撰写人可以对抗那些对自己的表述非法予以发表以及作出修改的行为。这种保护使得撰写人有权决定是否、何时以及以何种方式将自己的书面表述予以发表。这些书面表达的所有权人(比如收信人)在没有相应的约定的情况下也无权将它们予以发表。”<sup>③⑨</sup>德国对于私人书信之类的私密表述给予法律上的特别保护。由于受到《德国基本法》第19条第2款以及第1条第1款的保护,即使在存在重大公共利益的情况下,人们也不能对其实施干预。而且,文化方面的利益也通常不能构成对知名人士的私人信件或者日记进行发表的辩解理由。当然,在一些个案中,由于涉及重大的公共利益或者私人利益,法律允许将那些不属于不可干预的私生活领域的某些私人的表述在一个较宽的范围内被人们查询。<sup>④⑩</sup>

在法国,法院早在19世纪80年代就对未发表信件的保护形成了这样一项原则,即保密信件的收信人在未经写信人同意时不得将信件公开。法国在传统上之所以视“手书信件”的秘密有别于其他秘密,在很大程度上是从文学与艺术所有权的角度来考虑的。即使收信人因信件的转移而享有所有权,但公开(发表)信件的权利,是一种属于原作者的文学作品权利。<sup>④⑪</sup>法国曾有这样一个案例:罗曼罗兰写给另外一位知名作家的一些信件不知何故落到一个生意人手中,他想拍卖这些信件,并在拍卖目录上刊载了这些信件的摘要。法院认为,这些信件中只有一封属秘密的信件而不能被拍卖,其他信件反映的是罗曼罗兰已在一些书和文章中公开发表过的观点,所以这些信件可以拍卖,但是被告在拍卖目录上印刷信件的摘要是错误行为,故责令被告赔偿2000法郎。<sup>④⑫</sup>此外,如果当事人具有正当的理由,例如在法庭上出具信件作为证物,那么,他可以不经写信人同意而公开其信件。<sup>④⑬</sup>

《意大利著作权法》对于涉及书信、肖像的著作权与隐私权、肖像权之间的关系设有更加专门而具体的规则。该法第93条规定:“凡具有机密性质或者涉及个人生活隐私的书信、书信集、家庭和个人便笺及性质类似的书写物,未经作者及收信人的许可,不得发表、复制或者用任何方式公之于众。作者或者收信人死亡的,应当经其配偶或者子女的许可;如无配偶及子女的,应当经其父母的许可;如无配偶、子女或者父母的,应当经其兄弟姐妹的许可;如无兄弟姐妹,应当经其第四亲等的尊亲或者卑亲的许可。如前款所述人员为两人以上并发生争执时,司法机关在听取检察院意见后作出裁判。死者的遗嘱用书

<sup>③⑦</sup> 同前注<sup>③⑤</sup>, John B. Gaffney 文,第234~235页。

<sup>③⑧</sup> See James Q. Whitman, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity v. Liberty*, 113 *Yale L. J.* 1162 (2001).

<sup>③⑨</sup> 参见[德]M·雷炳德:《著作权法》,张恩民译,法律出版社2005年版,第550页。而关于撰写人死后的权利保障问题,该学者认为应当类推适用肖像权的有关规定。在德国,肖像人格权的保护期为肖像者本人终生加上其死后10年。

<sup>④⑩</sup> 同上注,第551页。

<sup>④⑪</sup> 参见[法]弗朗索瓦·泰雷、菲利普·森勒尔:《法国财产法》,罗结珍译,中国法制出版社2008年版,第111页。

<sup>④⑫</sup> 转引自李先波、杨建成:《论言论自由与隐私权之协调》,《中国法学》2003年第5期。

<sup>④⑬</sup> 同上注。

面文字表述的,在任何情况下都应当获得尊重。”这一条尽管规定繁复,但其意思很明确:书信涉及个人隐私的,通信双方(而非写信人单方)有权决定是否发表、复制或以其他方式公之于众,在其去世之后,继承人有权决定是否发表,但须尊重死者的遗嘱规定。同时,该法第94条规定:“为民事诉讼或者刑事诉讼,或者为维护有关个人或者家庭尊严、声誉而需要得知上述书写物内容时,无需经前条所述人员的许可。”其第95条还规定,即使该书信已进入公有领域,上述规定仍予适用。

## 五、结论

本文从“钱钟书书信拍卖案”切入,意在通过个案厘清书信作者与收信人之间的法律关系,并进而探讨私法上的一般问题,即未发表书信的物权、隐私权与著作权的关系,以及未发表作品的合理使用问题。通过上述分析,笔者认为大致可以得出如下结论。

首先,本案所涉及对象为作者用毛笔手写的书信,故它们既可以属于文字作品,也可能构成美术(书法)作品。这种文字与书法合一的情形,既是历史现象,也是客观事实。这也正是本案的特殊性所在。如果这些书信可以被认定为美术(书法)作品,那么,根据《中华人民共和国著作权法》第18条,美术作品原件的所有人(即收信人或受让人)享有原件的展览权。这实际上是对写信人著作权的一种限制。因此,收信人既可以作为物权所有人处分这些信件(例如出售、拍卖或赠与图书馆收藏),也可以将信件以展览原件的方式公之于众。当然,如果涉案书信只被认定为文字作品,那么,收信人只能对书信原件进行物权处分,并不能行使展览权。

其次,如果涉案书信构成美术(书法)作品,从而原件的所有人有权公开展览作品原件的,那么,这种展览权可以对抗作者的隐私权主张。通常,一旦发表权依作者意愿或法律规定而行使,从而将尚未发表的作品公之于众的,即意味着作者放弃了隐私权。故在涉案书信构成美术作品的情况下,收信人享有原件的展览权,其当然可以将作品公之于众,而写信人不得因此主张自己的隐私权。当然,如果涉案书信只被认定为文字作品的,收信人未经许可不得将信件公之于众,因此,收信人若擅自公开信件,既可能侵犯发表权,也可能侵犯隐私权。当然,就本案而言,钱钟书已经去世,其隐私权已经消灭,而其继承人能否主张隐私权,恐怕存在问题。这或许也是本案原告方面只以侵犯著作权为由提起诉讼的原因。

最后,即使涉案书信只是作为文字作品,收信人是否未经许可即不得以任何方式行使著作权?这涉及未发表作品的完全保护与合理使用的问题,争议颇多,也有待深入探讨。因为事涉公民人格尊严、隐私保护(私人利益)与表达自由、言论自由(公共利益)等重大宪政原则,因此,无论英美法系国家还是大陆法系国家,在处理这一问题时均较为慎重。就美国版权法的判例与立法演进历史来看,其已经承认对于未发表作品也是可以合理使用的。这就突破了以作品尚未发表和保护作者隐私为由对此类作品予以完全保护的“绝对规则”。大陆法系国家虽然仍偏重于隐私保护,对于未发表作品基本不予合理使用,对保密信件的发表施以严格要求,但是,其立法与司法实践同样留有若干例外,允许可以不经许可而对信件予以公开或使用。这些规定与实践对于本案的处理也具有启示意义。

(责任编辑:洪 玉)