

数字时代版权合同中未知使用方式问题研究： 不完全契约理论的视角

崔立红 梁婉颖

摘要：数字开发日益成为作品的新的利用形式，签订版权交易合同的双方在签订合同之时通常无法预料到版权作品利用的未知使用方式问题，作者没有适当的机制参与到新形式的利用和获利之中，可能导致版权人与传播者利益的失衡。原有的合同需要适应新技术的发展而发生改变，或者当未知的数字利用方式已经包含进原有的合同之中，应当认定未知使用方式授权合同的有效性，对于没有规定未知使用方式的合同，除非在合同存续阶段出现的未知使用方式不能被合同中所授权的版权法定权利所涵盖，否则无需重新协商新的授权合同，但应当在版权法中引入作者变更合同的权利，使得版权人在享有不成比例的收益时，有权要求修改合同约定的报酬，保障版权人公平地参与到作品的数字化开发之中。

关键词：数字时代；不完全契约；版权合同；未知使用方式；合同效力；合同变更

DOI：10.19836/j.cnki.37-1100/c.2021.01.010

一、问题的提出

赋予版权的意义之一是授予作者排他性的专有权利，使其能够获得基于作品创作而产生的价值。版权交易多为用益型交易方式，交易之目的在于通过取得版权，将作品投入传播领域，发挥作品本身的使用价值，以此实现交易的经济目的。无作品则无传播，无交易则无利益，无利益则无激励。作品传播的最佳途径在于版权交易，著作财产权的交易是法定权利与现实利益之间不可或缺的链条，作者要么自行开发利用，要么将作品转让或者许可给具有商业利用目的的公司或者个人。作者一般并非作品的利用者，因此只有通过交易才能实现作品的效用。在创作完成之后，作者通过放弃一部分对于作品的排他控制权来委托他人对其作品进行商业利用。合同中常见的作品利用形式即转让和许可。对于文化创意产业的新进入者来说，权利的转让是很常见的。在作者签订版权转让合同的场合，往往过度转让作者的大量权利，转让的范围有时超过了开发所需要利用的范围，甚至包括版权的整个保护期间、整个行业领域或者延伸到未来出现的使用方式或者未来所产生的作品。也即所谓的买断(buy-out)合同或包揽所有权利(all rights included)的合同，作者将所有的权利转让并取得一笔总付的报酬^①。当版权合同仅仅涉及一本书的出版、视听作品的制作和使用或者唱片的发行时，合同的范围和可预见的使用模式很容易被确定，但实际上由于版权人有限理性以及数字传播技术的迅速发展，作品的开发利用已经变成了一个动态的演变过程，当事人在签订合同之时无法预知到未来可能产生的利用方式，新的作品传播方式的出现，可能产生利益分配上的纠纷，在充满着盗版威胁的数字环境中，这一不平等将会日益加剧，只有少数的创作者能够从自身的创作中获得公平的收入。在作者明确表示对

作者简介：崔立红，山东大学法学院教授，博士生导师(青岛 266237；clhsdu@yeah.net)；梁婉颖，山东大学法学院博士研究生(青岛 266237；lwy100000@163.com)。

^① Severine Dusollier, “EU Contractual Protection of Creator: Blind Spots and Shortcomings”, *The Columbia Journal of Law & the Arts*, 2018, 41(3), p. 446.

未知使用方式授予权利之时,版权法一般对这种转让不加限制。争议通常发生在作者没有明确表达意愿的情形,即当事人使用过于模糊的合同条款,或者在签订合同时根本没有预料到可能产生的未知使用方式。现有的合同是否能够涵盖未明确约定的或者是未知的使用方式,司法实践中意见不一。一种观点主张被许可人或者被转让人应当具有合理目的使用范围内的所有权利。在美国,Boosey 和 Hawkes 诉 Walt Disney 公司案中,法院裁定以任何方式、媒介、形式录制音乐作品的权利包括录制盒式录像带的权利^①,但相反的观点认为,被许可人或者被转让人不应当获得与新媒体有关的意外之财,在 Cohen 诉 Paramount Pictures Corp 案件中,法院裁定虽然被许可人获得授权在电视上播放音乐作品,但是没有条款明确授予在录像带使用音乐作品的权利,即意味着没有授权^②。是否需要重新订立合同还是直接将未知的使用方式纳入到原有的合同授权范围之内,是需要理论上进行探讨的问题。数字技术的发展不断带来新的利用模式和商业模式的变革,在某一个特定的时间点签订的合同随着时间的推移可能造成不公平的结果,包括未知的利用方式可能带来作品新的盈利空间,原有的利益分配可能无法保障作者的公平获酬。如何保障作者在作品价值以及分配发生巨大变化时能够获得公平的报酬是需要解决的问题。本文以不完全契约理论作为研究视角,探求关于未知使用方式授权合同的效力,平衡版权人与作品利用者之间的利益,实现有效率的产权分配。

二、版权合同中的未知使用方式

版权人将版权许可或者转让给商业主体,使得作品成为一种经济资产并且产生收入,版权人可以从权利的许可或转让中获得报酬和认可。对于制作人和出版商来说,希望能够通过利用作者创作的作品获得一些利润,并且承担作品商业化的风险。版权的转让或者许可是受让人承担的投资和风险的合同对价。版权合同是作品开发的基本构成要素,是第一个法律行为,触发作品利用的价值链。在最初签订合同时,作者往往面临着:要么选择移转涉及未知使用方式的权利,获得一笔总付的报酬;要么选择保留作品的未知使用方式,期待作品未来能够实现更高的经济价值。

(一)未知使用方式的出现

作品的开发利用总是随着传播技术的进步而不断发展,数字技术给作品的生成和传播带来了翻天覆地的变化。由于技术的发展,导致在版权合同履行期间,出现了版权合同订立时当事人无法预知的作品使用和传播方式。例如数字化和互联网让作品高效率、低成本地传播成为现实,使得作者对作品的控制权以信息网络传播权的形式出现在作者财产权中。相较互联网出现之前,作品的数字化复制与互联网传播方式对当事人双方来说都是无法预知的使用方式。CD、在线数据库和电子书等新的发行方法给印刷媒体行业带来革命性的变化,电影产业见证了从剧院到电影、电视、录像带、DVD、点播电影、流媒体视频、手机格式等的发展。以音乐产业为例,在印刷技术时代,乐谱的印刷与发行是音乐作品的主要传播渠道。当 1895 年自动卷轴钢琴被发明,以打孔的方式记载音乐的纸卷是否属于对乐谱的复制在当时具有很大的争议,申言之,以自动卷轴钢琴纸卷录制音乐的行为,并未被当时的版权法所界定^③。19 世纪末录音与广播技术的发展带来了不同于复制与发行的利用方式,扩展了音乐作品的利用范围,对音乐作品的机械复制、公开表演和广播行为纳入版权法的保护范畴。未知使用方式的产生不仅包含对于新的作品传播技术的利用,也包括作品载体的创新。在模拟复制技术之下,唱片从自动卷轴钢琴纸卷、黑胶唱片发展到录音磁带和数字 CD;互联网技术和数字技术的帮助,作品得以完全与有形载体分离,出现了数字音乐压缩技术 MP3,通过 P2P 技术、应用软件、音乐网站等新的

^① Boosey & Hawkes Music Publishers, Ltd. v. Walt Disney Co., 145 F. 3d 481 (2d Cir. 1998).

^② Cohen v. Paramount Pictures Corp., 845 F. 2d 851 (9th Cir. 1988).

^③ 熊琦:《数字音乐之道:网络时代音乐著作权许可模式研究》,北京:北京大学出版社,2015 年,第 16 页。

利用方式进行传播。作品传播方式的创新,会产生商业模式的变革和新的盈利空间,并不是所有的未知使用方式都能产生一种新的版权法定权利类型,但经常会产生利益分配上的纠葛。法律对于技术的发展通常具有滞后性,版权法需要及时对于技术的发展与创新做出回应,否则就会陷入落后的状态。

(二)关于未知使用方式的版权合同类型

知识产权法可以随着客体类型和利用方式创设新的权利类型^①。版权每一项新权利产生的根本原因在于出现了新的开发利用作品的方式、方法,且能够带来新的财产权益^②。版权人许可他人使用作品,是获得作品收益的重要手段,转让和许可制度本身兼顾了作者收益的预期性与使用者的利益^③。

1. 一次性买断合同。涉及未知使用方式的合同,在实践中大多体现为买断合同。例如在深圳市品冠知识产权服务有限公司、正途知识产权代理(上海)有限公司与北京搜房科技发展有限公司、上海旌荣信息科技有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案中,第三人天然公司与原告正途公司签订的《版权转让合同》,将“摄影主题作品及其配套的明星动态广告片的版权永久转让给正途公司”^④;在东莞市常平音乐龙餐饮有限公司、深圳市声影网络科技有限公司著作权权属、侵权纠纷案中,新时代公司将“影音版权资源永久且全权独家转让给原告声影网络科技有限公司”^⑤;在惠安县崇武大酒店有限公司、福州大德文化传播有限公司侵害作品放映权纠纷案中,华特公司将“音乐电视作品的放映权、复制权、信息网络传播权等在内的所有与卡拉 OK 经营场所及卡拉 OK 点播设备制造或提供商使用作品相关的权利全部转让给原告大德文化传播有限公司”^⑥;在三珠数码软件开发(上海)有限公司与北京昆仑在线网络科技有限公司、上海晟睿信息工程有限公司计算机软件著作权转让合同纠纷案中,原告昆仑公司将“网络游戏产品的著作权及相关的其他知识产权全部转让给被告晟睿公司”^⑦;在上海乐竹文化传播有限公司与河北明尚德玻璃科技有限公司著作权权属、侵权纠纷案中,原著作权人林宁与本案原告上海乐竹公司签订著作权转让合同约定将“美术作品及全部衍生美术作品的复制权、发行权、出租权、展览权、表演权、放映权、广播权、信息网络传播权、摄制权、改编权、翻译权、汇编权及应当由著作权人享有的其他权利全部转让给乐竹公司”^⑧。在买断合同的场合,版权人一次性转让其所有版权,完全丧失对于作品进行自我利用的权利。在该类完全转让合同中,授权表达方式采取一种不完全的方式进行表述,通常使用“包括但不限于”^{⑨⑩}“等”等字眼,并且声明诉讼权利的一并转让,意图最大限度地转移版权。

版权人也可能将版权进行附期限、附地域限制的转让或者将权利进行部分转让,例如在合同中约定委托创作的所有文章版权全部转让,合同有效期为 10 年^⑪,约定许可地域范围为亚洲、北美所有城

① 熊琦:《互联网产业驱动下的著作权规则变革》,《中国法学》2013 年第 6 期。

② 贾引狮、林秀芹:《互联网环境下版权许可格式合同的兴起与应对》,《大连理工大学学报(社会科学版)》2016 年第 6 期。

③ 冯晓青:《我国著作权合同制度及其完善研究——以我国〈著作权法〉第三次修改为视角》,《法学杂志》2013 年第 8 期。

④ (2016)粤 0304 民初 22771-22788 号判决书。

⑤ (2017)粤 19 民终 4562 号判决书。

⑥ (2019)闽民终 36 号判决书。

⑦ (2017)沪民终 312 号判决书。

⑧ (2018)冀 09 民初 282 号判决书。

⑨ 在深圳市品冠知识产权服务有限公司、正途知识产权代理(上海)有限公司与北京搜房科技发展有限公司、上海旌荣信息科技有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案件中,正途公司通过签订转让合同,获得费加罗主题摄影作品及其配套的明星动态广告片的永久版权,转让合同中声明转让的版权包括但不限于著作权中的复制权、发行权、展览权、信息网络传播权、出租权、放映权、保护作品完整权等。参见(2016)粤 0304 民初 22771-22788 号判决书。

⑩ (2017)京 0105 民初 4683 号判决书。

⑪ (2018)粤 73 民终 2133 号判决书。

市^①,约定转让信息网络传播权及向公众传播权^②。在完全转让或者部分转让的情形下由于转让范围的模糊性都可能产生关于是否包含未知使用方式的争议。

2. 概括许可合同。许可合同通常包括许可使用的权利种类、许可使用的权利是否专有、许可使用的地域范围和期限、付酬标准和方法、违约责任等。根据许可使用范围具体程度的不同可以分为具体许可和概括许可。具体许可中版权许可协议通常详细规定许可的行为类型,甚至明确声明版权人自身需要保留的权利^③。概括许可协议通常未明确指出授权的每一种具体行为方式。例如,在杭州夏天岛影视动漫制作有限公司与杭州翻翻文化传媒有限公司、杭州一翻风瞬文化创意有限公司著作权权属、侵权纠纷一案中,被告翻翻公司与原告签署的《著作权使用许可合同》中约定被告享有漫画作品的优先改编权,包括但不限于动画片、电影等各类作品形式,但是须于各项目转授权合同签订之前告知所有授权内容,并且获得著作权人的正式书面同意^④。在约定概括性许可时,就有可能产生未知使用方式的分配问题。

实践中所产生的纠纷大多是由于现有的合同没有具体声明某种具体使用行为的授权或者禁止,由此产生的使用此种方式是否超出了原有的授权范围的争议。一是约定了某项财产权利的转让或许可使用,在该项财产权利之下的某种行为的合法性,例如传记作品版权人与制作方签订合同,授予影视公司电视连续剧拍摄权,双方就所拍摄的电视连续剧是否只能作为电视节目在电视台播映以及影视公司将电视剧制作成 VCD 销售是否超越原有合同中所授权的发行权的范围产生争议^⑤。二是约定了某项权利的转让或许可使用,但出现了未知的使用方式,是否能将其纳入到现有的财产权利体系中存在争议。北京市朝阳区人民法院受理的欢瑞世纪(东阳)影视传媒有限公司(以下简称“欢瑞世纪公司”)诉徐磊著作权许可使用合同纠纷一案,合同约定徐磊将小说《盗墓笔记(1-9册)》的电视剧改编权独占许可给欢瑞世纪公司使用,双方就欢瑞世纪公司进行网络剧改编及其制作的行为是否属于原有的授权范围发生争议,目前案件还在审理中^⑥。法院通常将著作财产权利实现的行为方式都认定为原有的授权权利范围之内,只要协议中没有明确的限制,不认定为构成侵权^⑦。只要是属于该类财产权利的实现方式,申言之,只要没有超过权利本身所能涵盖的行为类型,未超出原有合同授权许可的范围,就不能认定为构成侵权。

3. 格式合同。如今,越来越多的创作者放弃传统的纸质化的出版模式,转而直接寻求在互联网空间发布和传播作品。以互联网服务提供者为代表所提供的用户协议或者许可协议等,多采用格式合同的形式要求版权人完全转让或者放弃版权,便于最终用户的自由使用,服务于用户数量的增加和用户黏性的增强。例如快手的用户服务协议规定授予快手及其关联公司、承继公司全球范围内免费的、非独家使用、可再许可的权利。网易公司的用户许可协议规定用户在提供内容时将授予网易公司一项全球性的免费许可,允许网易公司使用、传播、复制、修改、再许可、翻译、创建衍生作品、出版、表演

① (2016)粤 0303 民初 13014 号判决书。

② (2017)沪 0115 民初 63121 号判决书。

③ 陈凤兰:《版权许可基础》,北京:中央编译出版社,2011年,第5页。

④ (2018)浙 0110 民初 17952 号判决书。

⑤ 董国瑛、夏国琼、夏国璋、夏大名与中路公司、海润公司、大恒出版社、谢晋著作权合同纠纷案,(2002)沪一中民五(知)初字第144号判决书。

⑥ 内容来源于“朝阳知产”公众号。https://mp.weixin.qq.com/s/OkTmUC77nG_V8Zl2zKIVQA,访问日期:2020年1月10日。

⑦ 在董国瑛、夏国琼、夏国璋、夏大名与中路公司、海润公司、大恒出版社、谢晋著作权合同纠纷案中,法院认定将拍摄而成的电视连续剧制作成 VCD 销售也是电视连续剧作品著作权人实现其著作财产权的一种方式,文字作品的著作权人或者与该著作有关的权利人除了可以对署名权及相关合同约定报酬之外,无权再限制电视连续剧作品的具体使用方式。参见(2002)沪一中民五(知)初字第144号判决书。

及展示此等内容。这些授权协议中将作者的永久的、全球范围内的版权都转让给网络服务提供商,包含着现有的作品利用方式,也包含着将来可能出现的未知的使用方式。

(三)涉及未知使用方式的版权合同性质:不完全契约

古典契约理论和新古典契约理论均强调契约的完全性特征,即完全契约,指基于一系列的理性预期假设,认为契约必须对当事人之间的权利义务关系做出明确的规定,能够准确地描述未来可能情境下的合同关系^①,但却忽略了经济外部性问题以及现实中可能出现的当事人之间地位不平等情形。不完全契约理论应运而生,它主张应该与现实的经济活动相契合,由于有限理性、经济活动的复杂性、不可验证变量等因素的存在,完全契约的情形很难发生。不完全契约理论假设在没有第三者能在事后对代理人之间相互作用的一些变量的真正价值进行验证时,对代理人的未来行动签订完全契约是不可能的。例如,对于一件商品的转让合同,假定商品的本质是不确定的或者是依赖于一种有待实现的自然状态,在理想世界中,交易各方将签署一份状态依存合同,准确规定每一种状态下交换的商品。但是如果状态的种类非常多,确定完全合同的成本会变得非常高昂^②。因此,双方签订不完全合同,当自然状态实现时,会进行合同的再谈判。不完全契约的本质是研究不同的财产权分配对剩余盈余在代理人之间分配的影响以及激励他们投资的问题^③。当契约中的一些变量是不可观察时,契约是不完全的^④,由于契约是不完全的,必然会导致再谈判的出现^⑤。尽管初始合同是不完全的,但是一旦自然状态实现,就会导致合同双方对原有合同进行重新修订或再谈判^⑥。双方当事人签订版权授权合同之时,由于版权合同存在一个较长的存续期间,长期契约的不确定性使得契约双方当事人无法预料到将来技术的发展所带来的作品使用方式的变革等情形,对于未来的不完全预期以及契约信息对第三方的不透明,签订合同时不可能考虑到所有关于作品的利用可能产生的交易量以及确定最佳事前投资水平,从而可能导致机会主义行为的产生。如果一份版权合同没有规定在未来出现不可预见的或者新的作品使用方式时合同关系会发生什么样的变化,则该版权合同被认为是不完全的。即使一份版权授权合同规定了未知使用方式以及利益的分配机制,由于不可预测性等因素当事人之间也会产生争议,同样具有不完全性的特征。

不完全契约通常表现为两种方式,一种是买断合同,版权人将版权有效期限内的所有版权转让给受让方;另一种是版权合同中仅仅授予了部分权利,并且没有对未来可能出现的使用方式做出权属和利益分配上的约定。这两种情形下,当事人双方所订立的版权合同均没有明确未来可能出现的作品新的使用方式时,双方如何进行利益分配或者是否需要重新谈判。需要特别说明的是,通常认为,在版权人对于其版权进行整体转让的前提下,自然包含作品的已知和未知的所有使用权利,版权人排他性的财产权利都完全转让给受让人。但应当给予买断合同一定的限制机制,版权人的完全转让应当受到一定规则的制约,阻止作者在没有认识到作品真正价值之时,转让其作品的未知使用方式。如下文所述,对于未知使用方式的授权应当采取书面形式,并且明确约定作品的转让中包含未知使用方式的转让时,这种转让才能被认定为是有效的。因此,本文仍然将包揽所有权利的买断合同认定为一种规定未知使用方式的不完全契约,在买断合同的情形下,同样会产生未知使用方式的问题。

① 丁志国、郭婷婷:《理性的约定:现代契约理论发展综述》,《学习与探索》2018年第3期。

② 奥利弗·哈特等:《不完全合同、产权和企业理论》,费方域、蒋世成译,上海:格致出版社·上海三联书店·上海人民出版社,2016年,第148页。

③ 埃里克·布鲁索、让·米歇尔·格拉尚编:《契约经济学:理论和应用》,王秋石等译,北京:中国人民大学出版社,2011年,第8页。

④ 埃里克·布鲁索、让·米歇尔·格拉尚编:《契约经济学:理论和应用》,王秋石等译,第9页。

⑤ 余滔:《不完全契约视角下场外衍生产品的履约机制研究》,《法学》2019年第10期。

⑥ 奥利弗·哈特等:《不完全合同、产权和企业理论》,费方域、蒋世成译,第182页。

三、涉及未知使用方式版权合同的效力认定

技术的发展瞬息万变,如果在合同存续期间出现未知的作品使用方式,如果一律要求重新协商新的合同,会产生非常高的交易成本,也会危害合同关系的稳定性,从长远来看不利于授权协议的达成和对作品投资的增加。应当区分涉及未知使用方式的授权合同类型,法院依据我国原《合同法》第36条^①、37条^②、52条^③、54条^④之规定进行版权授权合同的有效性审查,在不违反合同和版权法律规定的前提下认定原有合同继续有效,除非出现的未知使用方式不能涵盖在现有的版权法定权利类型之中,否则不应当重新协商订立新的授权合同。

(一)重新订立合同交易成本高

1. 授权协议的协商效率低。允许和禁止授予未知使用方式的法律制度之间的差异是,后者将不可避免地导致合同的重新制定,实际上是强制版权所有者与商业利用者之间重新磋商新的版权转让或者许可协议,可以被认为是一种对于版权授予合同的重新评估机制。如果禁止对于作品未知使用方式的授权,作者对于自身作品价值的预期会降低,而较低预期价值将降低作者的出售意愿。未来新媒体的发展可能导致授权市场的分化,这种不确定性会降低出版商现时支付的意愿。同时,双方对于新出现的使用方式的权利归属可能会发生争议,诉讼的不确定性也会影响双方的谈判空间。在谈判最初协议的过程中,预期的执行费用也可能会压低出版商的保留价格,同时提升作者的保留价格,妨碍双方协议的达成。

2. 不完全契约中的“敲竹杠”问题。当一份合同没有规定未来可能出现的使用方式时,被认为是不完全的。如果发生了未知的情形,双方必须重新协商合同,抑或是在版权授权合同的执行过程中出现了不公平的结果时,双方也可以利用重新评估机制来谈判新的合同。倘若一方在重新进行谈判之前进行了专用性投资(relationship-specific investments)^⑤,并且依赖于合同关系的延续来收回投资时,另一方可能以终止合同相威胁,投资方为了避免终止合作,尽可能地减少利润损失,从而接受另一方所提供的不利条件,这种情形被认为是不完全契约中的敲竹杠问题(hold-up problem)^⑥。以报纸出版商为例,在重新进行合同谈判之前,出版商已经在技术研发、评估市场、推销产品等事项上产生了投资成本,准备将报纸采用数字化的形式进行发行,出版商就需要通过后续的合作来收回投资成本,这种合作需要重新获得所有权利人的许可,但是每一个权利人都有可能通过威胁终止合作的方式来

① 原《合同法》第36条规定:法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同,当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务,对方接受的,该合同成立。关于合同成立的现行规定详见《民法典》合同编第490条第2款。

② 原《合同法》第37条规定:采用合同书形式订立合同,在签字或者盖章之前,当事人一方已经履行主要义务,对方接受的,该合同成立。关于合同成立的现行规定详见《民法典》合同编第490条第1款。

③ 原《合同法》第52条规定:有下列情形之一的,合同无效:(一)一方以欺诈、胁迫的手段订立合同,损害国家利益;(二)恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益;(三)以合法形式掩盖非法目的;(四)损害社会公共利益;(五)违反法律、行政法规的强制性规定。关于合同无效的现行规定详见《民法典》第一编第六章民事法律行为第146条、第153条、第154条。

④ 原《合同法》第54条规定:下列合同,当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销:(一)因重大误解订立的;(二)在订立合同时显失公平的。一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下订立的合同,受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。当事人请求变更的,人民法院或者仲裁机构不得撤销。关于合同撤销的现行规定详见《民法典》第一编第六章民事法律行为第147-151条。

⑤ 关系专用性投资是指企业为特定的合作项目而专门投入的资产,当合作对象改变或合作关系终止时,该资产会大幅度贬值甚至失去价值。See Lin C W, Wu L Y, Chiou J S, “The Use of Asset Specific Investments to Increase Customer Dependence: A Study of OEM Suppliers”, *Industrial Marketing Management*, 2017, 67, pp. 174-184.

⑥ Kate Darling, “Contracting about the Future: Copyright and New Media”, *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*. 2012, 10(7), p. 525.

阻止出版商利用新媒体发行作品。出版商如果事先预料到这种机会主义行为,就会在事前减少对于新技术发行方式的投资。

3. 容易出现“反公地悲剧”的现象。权利主体和使用人的分散性以及不确定性使得数字环境下作品的交易成本畸高,出现了“反公地悲剧”的现象,众多且分散的权利人的存在,导致社会期望的积极结果难以实现。在版权交易许可制度下,出现越来越多的权利碎片化现象,一个作品上可能承载着诸多权利和权利主体,使用作品需要获得多个人的授权,基于权利的不断拆分和分化以及并无强制的登记制度,很难寻找到版权人和相关权利人,即使可以搜寻到,相关的成本也极高。如一家网站想要播放一首音乐,可能会涉及音乐作品、录音制品或者表演。又如一个纪录片包含众多的视频片段、音乐、照片等,将其制作成电影或者以数字的形式重新发行这部电影,授权成本非常高。《美国印象》这部著名的纪录片,最初开发者被授予的版权只包含无线广播权,开发者重新以 DVD 格式进行发行,仅仅进行权利的识别工作就花了 20 年的时间。此外,在合作作品中,任何一个对作品具有实质性贡献的权利人都可以通过拒绝许可来给作品的新的利用带来阻碍。高昂的许可成本,会造成一部分出版商未经许可便以新的形式出版作品,还会导致作品无法被以新媒体的形式加以利用,作者、消费者都无法分享技术的发展所带来的经济利益。

4. 诉讼风险增大。未知使用方式的范围很难界定,具有极大的法律上的不确定性,每一项新技术的发展都可能导致诉讼风险的增加。在德国的司法实践中,与以往的录像带技术相比,DVD 是否构成一种新的发行方式的争议持续了 20 多年,直到 2005 年,德国联邦法院才做出判决认定 DVD 是一种完全不同的新的发行方式^①。这清晰地表明,技术的发展日新月异,每一种新媒介的出现都可能在非常长的一段时期之内成为法院诉讼的对象。

综上所述,重新协商新的授权协议会产生诸多的交易成本,如果新产生的所有的交易成本的总和超过了协议的预期价值,商业利用主体要么降低其为作品支付的价格来抵消这些成本,要么会转而投资风险系数较低的项目,投向不确定性较少以及可能产生新的盈利空间的作品。相应地,作者达成版权协议的机会以及从版权协议中的收益会减少,不利于将利益再分配给作者的立法意图的实现。在成本非常高的情形下,作者可能会错过签订后续合同的机会。产权理论提供了对于不完全契约的新的解决方案,产权的边界会影响当事人的盈余分配以及当事人专用性投资的激励^②,立法机关通过法律允许授予未知使用方式的话,视为将未知使用方式的权利转让给出版商;如果禁止授予新的使用方式,就是将权利保留给作者。为了避免产生投资不足的现象,可以将产权转让给更有可能进行投资的一方,即开发利用者,促使社会投资达到帕累托最优,从而避免再协商新的合同所产生的高交易成本。

(二)未知使用方式授权合同符合合同规范

在版权合同约定未知使用方式的分配和利益分享机制时,只要符合合同成立的要件并且依据《民法典》等相关法律规定进行版权授权合同的有效性审查,原则上都应当认定未知使用方式授权合同有效,可以在契约自由原则下,遵循当事人之间的意愿,按照原有的版权授权协议执行。合同法律保护的一般原则和规则可以规制未知使用方式授权合同,除非具有《民法典》民事法律行为一章所规定的无效或者可撤销情形。议价能力的的不平等并不是合同无效或者被撤销的法定情形。通常,合同保护主要关注在合同订立阶段的不公平行为,对于事后由于情势的发展而产生的不公平行为一般不进行干预。情势变更通常是指自然灾害、标的物的灭失、法律制度的变更等情形,一般的商业风险和当事人事先能够预料到的情形等不在其列。

^① Kate Darling, “Contracting about the Future: Copyright and New Media”, *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, 2012, 10(7), p. 520.

^② Sanford J. Grossman & Oliver D. Hart, “The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration”, *Journal of Political Economy*, 1986, 94(4), p. 691.

一方面,针对未知使用方式授权合同,即使事后由于技术的变迁,作者的盈利空间发生了变化,导致作者和传播者利益存在不公平的情形,也很难被认定为情势变更,对授权合同的履行基础没有形成实质影响,不能带来重新谈判合同的法律后果。总之,传播技术的变革、当事人议价能力和地位的不平等所造成的利益分配变动,无法成为情势变更的事由。另一方面,针对版权合同中约定未知使用方式的情形,则存在不同的处理方式。当出现新的使用方式不能被原有合同中所授权的法定权利类型所涵盖时,版权利用者与版权人必须重新进行谈判,获得版权人的授权。当出现的新的作品使用方式能够被原有合同中所授权的法定权利类型所涵盖时,应该认定原有合同的效力,按照约定的利益分配方式进行。

(三)域外立法:认定未知使用方式授予合同有效

美国一般允许版权的整体转让,在完全转让的情形下,无论是已知的使用方式还是未知的使用方式,都转让给受让人。在转让或者许可特定的专有权时,美国法律允许将版权保护作品的未知使用方式自由转让^①。在2008年改革之前,德国《著作权法》明确禁止对未知使用方式进行许可,第31条第4款规定,对未知的使用类型授予使用权以及与之相关的任何义务均不具有法律效力^②。德国通过转让目的规则来解释不明确的合同条款,因此双方在订立合同时没有设想的用途将不属于许可使用的范围,受让人只享有在合同中明确授予的权利,或者为了实现合同的共同目的而必须享有的权利。尽管如此,出于对作者从其创作中获得公平经济利益的考虑,在2008年德国著作权法改革中放开未知使用方式的授予制度,废除第31条第4款,正式允许转让或者许可作品的未知使用方式。最初立法将当事人的契约自由限制在版权作品的已知使用方式之内,主要是出于公平的理念,目的是保证将作品的经济回报分配给作者。

四、版权合同中对未知使用方式的规制

作品传播的最佳途径在于版权交易,版权交易是法定权利与现实利益之间不可或缺的链条,版权人在交易中是理性经济人,从事交易活动使得自身的利益最大化,加速智慧成果转化为财富^③。在理想的情境下,任何一个权利主体都会试图最大化应用自己掌控的资源,将自己享有的权利效能极致化。但是权利客体效能的最大化与权利主体行为能力有限化之间存在着固有的矛盾,事实上,没有任何的权利主体能够做到充分的理性。版权人通常在合同谈判中处于劣势地位,版权人获取公平报酬的权利得不到保障。一项研究显示,尽管数字环境中的文化产品消费呈现指数级增长,文化产业也获得了相关利益,但是欧洲国家作者并没有因此而富有^④。英国前10%的创作者获得了大约60%到80%的创作收入^⑤。如前文所述,认定未知使用方式授权合同的有效性,以及在未知使用方式能够被原有合同中授予的权利所涵盖时,将未知的使用方式也纳入到授权范围之内,意味着受让人或者被许可人可以无需再经过版权人的授权,直接利用未知的使用方式。这会打破版权合同的原有平衡,《民法典》中有关合同的规定以及版权法律规则需要进一步对版权合同予以规制,以实现合同双方利益的

^① Neil Netanel, "Alienability Restrictions and the Enhancement of Author Autonomy in United States and Continental Copyright Law", *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 1994, 12(1), p. 70.

^② 德国秉持著作权的一元论的理论,认为著作权由一项权利构成,精神权利与经济权利相互交织,不允许著作财产权的转让。

^③ 来小鹏:《版权交易制度研究》,北京:中国政法大学出版社,2009年,第188页。

^④ Severine Dusollier, "EU Contractual Protection of Creator: Blind Spots and Shortcomings", *The Columbia Journal of Law & the Arts*, 2018, 41(3), p. 435.

^⑤ Martin Kretschmer, et al., "The Relationship Between Copyright And Contract Law", A Research commissioned by the UK Strategic Advisory Board for Intellectual Property Policy (SABIP), 2010(04).

再平衡。

(一)德国的规制模式:合同变更

德国在2008年改革之后,允许作者转让或者许可作品的未知使用方式,但是为了保障作者能够获得合理的收入,德国在2002年《著作权法》修订中引入了“适当报酬”(adequate remuneration)的原则^①,规定作者应当公平分享其作品的利润或获得适当的报酬;在作者享有不成比例的收益时,有权要求修改合同约定的报酬;并且规定在合同中应当指明报酬及其计算方式,对受让方施加监测和报告义务,告知作者作品产生的收入。从2017年3月开始,德国《著作权法》授权作者每年向其签约伙伴和后续受让人索取此类信息,调查谁从其作品中获利以及在第三方获得利润的数额。有关薪酬的规定虽然对于保障作者公平分享其作品所产生收益至关重要,但在实践中的执行效率却不尽如人意。“作者的报酬不公平和明显不成比例”的标准仍不清楚,因为这些标准无法整齐划一,只能对每一个特定的协议做出判定。根据德国《著作权法》修正案的解释性说明,不确定的因素可能包括市场条件、传播者的投资和风险、印刷的份数和预期的收入。但是即使提供更详细的标准,也不能消除这种不确定性。

(二)美国的规制模式:合同终止

美国《版权法》对于作品未来价值不确定性问题的解决机制是赋予作者终止权(termination rights),1976年的美国《版权法》授予作者及其继承人35年之后对于合同的终止权利^②,在终止生效之日,已授予的一切权利,包括作品未知使用方式的权利都将返还作者,版权人可以决定是继续与原合同对方当事人续订合同还是选择新的合同缔约方订立新的合同,给予作者在一定期限之后重新谈判协议的机会,尤其是对于作品获得显著成功的作者而言,具有更深远的意义。然而终止权的行使存在着任意性等一系列的问题。终止权不可能可靠地解决预测问题,作者的救济前景完全取决于作品在终止日期的价值。哪怕是最受欢迎的作品,也不可能永远盈利,而那些在重新获得权利之前就失宠的畅销书作者也无形中被剥夺终止权可能提供的任何救济。无论采取多长的具体年限,终止权的任意性将继续存在。面对版权法中为版权人明文规定的终止合同的权利,传播者的预期回报会降低,支付意愿也会降低,作者初始获得的报酬可能会被削减,作者通过重新收回版权或者重新谈判达成更好的协议来抵消这种影响的前景预期,对大多数人来说永远不会成为现实^③。终止权的真正受益人仅仅是畅销书的作者,实质上是把收入从最需要的人转移到最少需要的人。

(三)我国对版权未知使用方式的合同规制

1. 合同的明确性要求。对于许可或者转让的权利在合同中需要予以明确,否则版权人的排他性权利可能会因为合同的履行行为而被架空。因此,应当适当确定转让权利的范围和条件,禁止签订空白合同,阻止作者在没有清晰认识到版权价值的时候放弃权利或者转让其作品未知利用方式的权力。必须在合同中明确约定将作品的未知使用方式转让或者许可给合同相对人,合同的效力不受影响。这种明确性的要求,既可以是概括的表达方式,规定将未来可能出现的使用方式全部转让给开发利用方;也可以是具体的表述方式,将未来可能出现的某一种使用方式与现有使用方式一并授予给开发利用方。对于版权人意愿不明确的情形,应当适用有利于较弱地位的版权人的解释规则,不应该解释为暗含版权人尽可能授予最广泛的作品使用权利的意图,而将未知使用行为也包含进授权的范围之内。

^① Martin Senftleben, “More Money for Creators and More Support for Copyright in Society-Fair Remuneration Rights in Germany and the Netherlands”, *The Columbia Journal of Law & the Arts*, 2018, 41(3), p. 413.

^② 17 U. S. C. § § 203, 304 (2006).

^③ Kate Darling, “Occupy Copyright: A Law & Economic Analysis of U. S. Author Termination Rights”, *Buffalo Law Review*, 2015, 63(1), p. 166.

全国人大常委会于2020年11月11日通过,自2021年6月1日起施行的《著作权法》第29条^①规定,许可使用合同和转让合同中著作权人未明确许可、转让的权利,未经著作权人同意,另一方当事人不得行使,但对于明确性的要求并没有具体清晰的规则。需要指出的是,明确性的要求并不需要非常明确地指出每个未知使用方式的具体类型以及利益分配的方法,因为具体的未知使用方式在当事人签订合同之际可能完全不存在,或者是完全无法预料的,因此不可能定义出未知使用方式的类型和范围,否则在实践中就会出现因宽泛的条款无法满足明确性的要求,被认定为授权无效的结果,实质上禁止作者处置未知使用方式上的权利。总之,对于未知使用方式的明确性要求,只需要版权人指出对于全部版权的永久性转让或者对于作品可能出现的未知使用方式一并进行转让即可。

2. 合同的一般原则。除去只适用于有形物交易或者服务交易之外的原则外,合同的一般原则也同样可以适用于版权合同,有助于作者对不公平的版权转让或许可合同提出质疑,对于构建版权保护的具体规则具有一定的启发和借鉴意义^②。比如诚实信用、公平、平等原则可以规定、补充或者创设一些义务,也可以减少一些被认为不公平的合同条款。具体言之,基于合同法律规范的诚实信用、公平等原则可能产生版权利用者的提示义务,强制报告义务以及说明义务。在合同签订的过程中,尤其是由版权开发者提供格式合同的情形,版权开发者应当对于未知使用方式的授权、免除或者限制的条款等进行充分的说明。在合同履行过程中,如果约定版权人的收入是按照销售额的一定比例支付,版权人应当享有对于作品所获得利润的知情权,并且可以要求开发者对其财务情况进行报告,以防止出现具有信息优势的商业开发主体对处于信息劣势地位的版权人的获益进行不当限制。版权开发者应该在指定的时间内将报酬支付给版权人,版权人对于应支付的与实际支付的报酬之间存在的差额超过一定比例时享有检查开发利用者账户的权利。

由于常见的合同原则或者规则并不是专门为保护作者而设计的,可能与作者保护方法不一致,甚至可能妨碍特定的版权保护。因此,适当考虑作者相对弱势地位的版权法具体保护规则将比不适合解决作者保护需要的一般合同原则更可取。

(四)关于未知使用方式的版权法保护

1. 规定版权人享有变更合同的权利。当数字开发成为作品的新的利用形式时,原有的合同需要适应新技术的发展而发生改变,数字环境下的开发仍然处于一种不断变化的模式之下,收入流、利润率以及薪酬方面都存在着巨大的不确定性和不可预测性,很难评估和确定作者的公平报酬标准。签订合同之时,要求合同双方当事人约定所有未来可能产生的情形是难以实现的。尤其当合同双方当事人对于自然状态的描述不够详细时,合同是不完全的。交易者订立协议之时知道可能遗留了一些不确定因素,并且能够认识到对于未来发生此种事件之后,仍需进行事后处理。除了避免谈判成本、搜寻成本、估量成本之外,对于作品未知使用方式以及利益分配方案是无法在合同中得到明确说明的,即使能够明确进行说明并且能够成为强制执行的依据的话,必然产生极大的成本。应当赋予交易双方当事人灵活的机动权,而不必由法院来强制执行书面协议上的僵化条款,法院执行的过程通常要经过一个特别耗时的契约解释程序,以确定当事人是否违反了契约共识,并且进行合理量罚。合同双方在知晓有关收益和成本的信息之后,可以把一种修订交易条款的机制引入合同,从而在一定程度上弥补合同的不完全性^③。因此,可以在版权法中引入版权合同的变更条款,数字经济的基础是作者的独创性作品,作者应当参与作品的开发利用,有权决定开发的范围和形式,并在其作品的经济价值每

^① 对应2010年《著作权法》第27条。

^② Severine Dusollier, "EU Contractual Protection of Creator: Blind Spots and Shortcomings", *The Columbia Journal of Law & the Arts*, 2018, 41(3), p. 441.

^③ 奥利弗·哈特等:《不完全合同、产权和企业理论》,费方域、蒋世成译,第181页。

次被利用时,获得公平的报酬。

在作者享有不成比例的收益时,有权要求修改合同约定的报酬。欧盟《数字单一市场版权指令》于2019年3月26日获得欧洲议会批准,其中也规定了合同调整机制,即当最初约定的报酬被证明显著地低于从作品或表演开发利用中产生的所有后续相关收入时,作者和表演者或其代表有权向与其订立开发利用合同的对方当事人或其继承人主张额外的适当合理报酬。不公平或者明显不成比例的报酬也将视作者的具体行业、工作类型和收入领取办法等因素而定。这些因素在不同的作者之间会有所不同,应当制定合理的报酬标准。当双方无法达成一致时,由法院来评估版权合同报酬的公平性。变更合同不会对新技术的发展产生阻碍,也不会阻碍开发者利用新的方法来发行和利用作品,开发者在原有权利类型的授权范围内不需要对作品的新媒体开发获得新的许可,只需要支付合理的报酬即可。

2. 鼓励制定集体协议(collective arrangement)。作者在与开发者进行谈判的过程中处于弱势地位,而由作者的代表与开发者的代表进行集体协商,谈判和确定版权转让或者许可的范围和方式,可能会达致一个更加公平的交易,并且可能最终会被法律规范所吸收。根据德国《著作权法》的规定,作者享有合同约定的公平报酬的权利。如果报酬不公平,当事人可以请求修改合同^①。如果报酬符合商业中的“惯例和公平”,或者符合集体报酬协议,就被认为是公平的。作者协会和版权作品的传播者可以协商集体报酬协议,以确定报酬是否公平,其目的是促使作者通过集体谈判来抵消结构上的不平等,并通过制定可接受的报酬标准来增加确定性。集体协议可以通过集体谈判确定明确的合同条款和公平的报酬,并且可以规定相应的利用义务等。集体行动也可能有助于加强作者的合同权利,在合同谈判中为作者提供充分的独立性^②,个人诉讼对于作者来说是困难的,应当允许对侵犯作者权利的行为提起集体诉讼。

五、结语

版权合同约定的内容界定了版权转让或许可的范围、条件和方式。版权人转移版权的合同相对人——作品的合法使用者,一般是经过法定程序设立,经有关主管部门批准享有某种经营权的组织。版权合同的约定体现了当事人的真实意思,应当遵循契约自由的原则,认定版权授权合同的有效性,即使是在概括性转让所有财产权利的情形,除非具备合同无效的法定事由,版权合同依然有效,因重大误解或者在订立合同时显失公平的以及符合情势变更适用事由的,一方当事人才可以主张予以变更或者撤销。数字技术的发展导致作品的传播方式日新月异,需要认定在合同存续期间出现的未知使用方式的性质,决定能否将未知使用方式纳入到原有的合同法律关系之中。作者由于缺乏足够的信息、资金等在合同谈判过程中处于弱势地位,议价能力低,很容易达成对于作者利益不公平的条款,并且所达成的不公平的合同条款在相当长的一段时间内支配着双方的权利义务关系,版权转让和许可合同签订的期限越长,越需要对于未来可能出现的未知使用方式进行合理分配,平衡版权人和传播者之间的利益。法律的发展相对于技术的发展通常具有滞后性,法律需要及时对技术的发展与创新做出回应,否则就会陷入落后的状态。现有《民法典》和版权法(包括2010年《著作权法》和2021年6月1日开始实施《著作权法》)并不能为作者公平报酬的实现提供依据,版权的合同保护应当是一个动态的过程,从合同的协商、合同的订立直到合同的履行和终止等阶段都应当受到一定程度的制约。应当在版权法中引入一项版权人变更合同的权利——在合同履行过程中如果版权人获得的报酬显失公

^① German Copyright Act, ss 32(3) and 32a(3).

^② Severine Dusollier, “EU Contractual Protection of Creator: Blind Spots and Shortcomings”, *The Columbia Journal of Law & the Arts*, 2018, 41(3), p. 443.

平,可以要求修改相应的合同条款,对于解决未知使用方式的分配与利益分享、作品利用不足、作者报酬的不公等一系列问题都具有重要意义。

**A Study on the Problem of Unknown Usage Modes in Copyright Contracts in the Digital Age:
From the Perspective of Incomplete Contract Theory**

Cui Lihong Liang Wanying

(Shandong University, Qingdao 266237, P. R. China)

Abstract: Digital development has increasingly become a new kind of usage of works. Both parties that sign the copyright contract are generally unable to anticipate the unknown usage mode of copyrighted works when the contract is signed. As a result, there is not an appropriate mechanism for the author to participate in the new modes of exploitation and rewarding, which might result in the imbalance between the copyright owners and the disseminators. The original contract needs to adapt to the development of new technology, and the unknown digital usage has already been included in the original contract, so the effectiveness of the contract authorized by the unknown usage mode shall be affirmed. As for those contracts that have no rules for the unknown usage mode, it is not necessary to re-negotiate the new authorized contract unless the unknown usage mode occurring in the term of contract could not be covered by the copyrighted legal right authorized by the contract. However, it is necessary to introduce the author's right to change the contract into the copyright law so that the copyright owner could have the right to amend the remuneration as agreed in the contract when the copyright owner has a disproportionate share of the gains so as to ensure that copyright owners could fairly participate in the digital development of works.

Keywords: Digital age; incomplete contracts; copyright contract; unknown usage mode; validity of contract; modification of contract

[责任编辑:林 舒]