

著作权合同中作者权益保护的 规则取舍与续造

熊琦*

内容提要：著作权合同规则和集体协商所需中介组织的双重缺失，导致我国作者在著作权合同领域面临诸多不公平待遇时处于无法可依的境地。比较法上作者权益保护的制度安排，又因不同国家相关产业力量对比差异而有不同路径。在缺乏本土基本规则支撑的情况下，更符合我国产业特点的解决路径，一方面是根据比较法经验来重新校准作者权益的保护范畴，避免以事后规则直接保障作者收益，通过事前规则增助作者的自治能力；另一方面是运用法教义学的方法从著作权法合同章和民法典合同编两个领域完成对作者权益保护的解释学续造。应将著作权法合同章中规定的许可或转让的权利种类作为合同成立的“必要之点”，要求合同条款明确列举每项权利的使用范围、目的、期限和版税标准。应在区分无偿和有偿的著作权专有许可合同的基础上，类推适用民法典合同编中合同终止的一般规则和相关有名合同终止权来完成对作者权益保护规则的续造。

关键词：著作权合同 作者权益 合同解除 合同终止

一、问题的提出

著作权合同在法律规制上区别于其他知识产权合同的特点之一，体现在作者权益保护问题上。所有类别的知识产权合同规则的制度目标，都致力于提升知识产权许可或转让的效率，以及如何以合理成本实现权利变动信息的公示，以避免知识产品的经济价值因流转中交易成本过高而减损。相比之下，除实现上述立法目标外，域外著作权法中的著作权合同规则，关注更多的则是如何保障特定一方当事人的权益。^{〔1〕}这种特殊的制度安排乃因版权产业的特点所致。多数作者创作作品的目的，都是通过将作品许可或转让给他人使用而从中获得经济收益或社会声誉，但自印刷术时代至今，作者都必须借助传播者的力量方可能从市场中获得收益。虽然如

* 华中科技大学法学院教授。

本文系国家社科基金重大项目“数字网络空间的知识产权治理体系研究”（19ZDA164）的阶段性成果。

〔1〕 See Alain Strowel & Bernard Vanbrabant, *Copyright Licensing: A European View*, in Jacques De Werra (ed.), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2013, p. 32.

今互联网的普及使作者在技术上获得了独立于传统出版者的传播渠道，但其要想从海量内容中被网络用户关注和选择，仍然离不开网络服务提供者这一新兴传播者的专业化支持。^{〔2〕}特别是在人工智能与互联网深度结合以后，算法逐渐起到了帮助甚至替代网络用户选择和获取内容的作用。^{〔3〕}互联网平台在算法技术的加持下，也已经取得了比传统出版者和广播者更大的优势，^{〔4〕}亦由此被认为在著作权市场中占据了支配地位，并导致作者在合同的缔结与履行过程中遭遇不公平待遇。

在我国著作权市场中，作者难以通过著作权合同获得合理收益的情况不但屡见不鲜，而且由于著作权法中缺乏保护作者权益的基本规则，致使作者无法找到直接的法源基础而难以借助司法手段维权。^{〔5〕}运营网络文学平台的“阅文集团”在2020年为作者拟定的格式合同，就曾因著作权归属和收益分成比例等条款设定得过于苛刻而广受质疑，但众多参与缔约的作者在现行法律框架下却找不到能够明确用来约束平台方的合同限制规则，只能依靠集体“断更”这种“自力救济”的方式表达抗议。^{〔6〕}而在音乐著作权领域，音乐作品的作者无论是面对本应替代自己集中行使权利的集体管理组织还是与之直接缔约的互联网平台，都发现自身利益难获保障。传播者或者要求在全球范围内一次性获得所有权项，使作者丧失了利用作品的其他平台和途径；^{〔7〕}或者直接要求版税收益以被许可方的最终决定为准，作者无从获知作品在著作权市场中的真实价值。^{〔8〕}更为特别的是，我国网络服务提供者与作者的合同关系，大多建立在作者直接授权的基础上，双方皆未优先考虑利用集体管理组织来实现缔约。由于缺乏著作权中介服务机构以集体协商的方式介入著作权交易，分散的作者所面临的缔约地位不平等显得更为突出。

上述问题爆发式增长的原因，在于我国现行著作权合同法律体系缺乏保护作者权益的基本规范。^{〔9〕}虽然知识产权学界对此问题早有关关注和呼吁，但无论是系统性的学术研究还是立法调整都没有全面启动。^{〔10〕}而且更令人难以理解的是，针对著作权合同领域的诸多实质不公平

〔2〕 See Reto M. Hilty & Alexander Peukert, “Equitable Remuneration” in *Copyright Law: The Amended German Copyright as a Trap for the Entertainment Industry in the U. S.*, 22 *Cardozo Arts. & Ent. L. Rev.* 401, 402-403 (2004).

〔3〕 See Amy Kapczynski, *The Law of Informational Capitalism*, 129 *Yale L. J.* 1460, 1468 (2020).

〔4〕 作者在传播技术上的独立，并没有自动转化为传播渠道上的独立。互联网技术普及之初那种认为个人将打破职业化传播者垄断传播渠道的观点，被历史证明并未实现，信息鸿沟没有因互联网形式上的去阶层化而消失。See Julie E. Cohen, *Between Truth and Power: The Legal Constructions of Informational Capitalism*, Oxford University Press, 2019, pp. 42-44.

〔5〕 鉴于论证的篇幅和主题，本文对著作权合同的研究范围主要限于许可和转让合同两类，而不涉及委托、质押等特殊领域的合同类型。

〔6〕 参见陈霄、孟伟：《5·5断更事件：阅文新约引发网络作者大抗议》，《法治周末》2020年5月7日第2版。

〔7〕 网易公司曾在其《音乐作品授权使用协议书》中要求用户对其上传内容授予网易云音乐平台“全球性的免费许可”，使网易公司能够“使用、传播、复制、修改、汇编、改编、再许可、翻译、创建衍生作品、出版、表演及展示此等内容”，由此引发了作者权利被完全剥夺的争议。相关争议条款参见《网易云音乐服务条款》第11条（信息储存及相关知识产权），<https://st.music.163.com/official-terms/service>，2021年3月2日最后访问。相关报道参见任文岱：《独立音乐人权益被平台“绑架”》，《民主与法制时报》2019年5月26日第4版。事实上，类似合同条款在其他数字音乐平台提供的服务协议中也多有体现。

〔8〕 参见蓝方等：《解析中国式集体管理》，《财新周刊》2012年第15期。

〔9〕 即使对于已经得到专门立法的相关主体，如受消费者权益保护法（2013）和劳动合同法（2008）专门保护的消费者和劳动者而言，保护效果也并不乐观。

〔10〕 早期研究这一问题的代表性文献，参见郑成思：《〈合同法〉与知识产权法的相互作用》，《法律适用》2000年第1期。

问题,作者和立法者都较为一致地将注意力放在通过增加或调整著作财产权配置来实现实质公平,却从未考虑在著作权合同领域有所作为。^[11]实践中,也正是因为著作权合同规则的缺位,导致我国产业分工日趋复杂化的著作权市场难以通过合同制度加以规范,产业主体更倾向于寻求政府部门的介入,试图借助公权力来解决本应在私法范围内解决的问题。^[12]相比之下,世界上诸多制度先行国家已经规定了较为全面的著作权合同制度对作者权益加以特别保护。^[13]有鉴于此,有必要从两个方面探寻如何在著作权合同中合理保护作者利益。

首先,何种类别的作者权益需要在著作权合同领域得到特别保护。此处所指作者之“权益”,显然不是著作权法中规定由著作权人享有的著作人格权和财产权,而是针对作者在著作权合同中的“具体人格”所提供的特别保护。^[14]历史上关于著作权合同制度的讨论中,作者权益主要体现于保障作者在缔约后与作品法律关系的延续,包括但不限于限制著作权变动和保护作者从后续收益中合理受偿等。^[15]但上述权益的保障是否合理和必要,域外制度变革过程中的争议一直延续至今。我国需要对现代著作权法三百年来保护作者权益的制度经验加以梳理和甄别,方可界定符合我国产业和制度特色的作者权益范畴,并在我国著作权法中通过法教义学或立法途径加以增补。

其次,何种保护作者权益的规则类型能够在本土著作权制度体系下发挥作用。著作权合同作为私人创制的作品交易规则,一方面围绕著作财产权法定类型及其限制展开,例如增设“二次获酬权”或者调整职务作品的著作权归属;另一方面直接受合同制度约束,但这种约束主要来自民法典合同编的一般规定,缺乏对著作权合同特殊性的针对性规则。因此,著作权合同的调整方式,也一直采取权利限制和合同限制两种模式。两种模式如何在我国著作权法中取舍,以及任意性规则和强制性规则如何分配,都需要根据本土制度基础的路径惯性加以定制。特别是在著作权合同日益成为塑造著作权商业模式关键工具的今天,合同内容及其效力对作品使用效率已产生决定性影响,^[16]如何避免以保护作者为名不当限制合同自由而阻碍产业发展,也是恰当构建作者权益保护体系的重要前提。

[11] 我国著作权法(2010、2020)在相隔十年的第二次和第三次修订过程中,都曾来自不同渠道的建议,提出从权利限制层面增设“二次获酬权”,但未被立法机关采纳。职务作品著作权归属在2020年三修中的调整则是实现了对“报社、期刊社、通讯社、广播电台、电视台的工作人员”的单列,试图以特定身份设计特别的权利归属规则,但从整体来看意义不大。相比之下,至今在立法和理论上都未有明确动议探索著作权合同限制的可能性。2020年三修通过的著作权法,无论是草案征求意见还是立法审读阶段,都没有调整著作权合同制度的声音。

[12] 例如,在针对数字音乐平台通过著作权专有许可引入“独家版权”的系列争议中,国家版权局和国家市场监督管理总局先后应部分互联网企业的要求介入和干预,最终以“行政处罚决定书”的方式终止了这种专有许可。参见王峰:《争议“独家版权”,国家版权局介入网络音乐平台乱战》,《21世纪经济报道》2017年9月15日第6版;国家市场监督管理总局作出的关于腾讯控股有限公司收购中国音乐集团股权违法实施经营者集中案《行政处罚决定书》(国市监处〔2021〕67号)。

[13] See Lionel Bently et al., *Strengthening the Position of Press Publishers and Authors and Performers in the Copyright Directive*, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 2017, p. 43, https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596810/IPOL_STU%282017%29596810_EN.pdf, last visited on 2021-11-12.

[14] 例如,消费者权益保护法(2013)赋予消费者在经营者与消费者之间的合同中享有知悉商品或服务真实情况、自主选择商品或服务或公平交易等方面的权利。

[15] See William Cornish, *The Author as Risk-Share*, 26 Colum. J. L. & Arts 1, 2 (2002); Reto M. Hilty & Valentina Moscon, *Copyright Contract Law*, in Reto M. Hilty & Valentina Moscon (eds.), *Modernisation of the EU Copyright Rules*, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 17-12, 2017, p. 77.

[16] Robert W. Gomulkiewicz, *Contracts Mattered as Much as Copyrights*, 66 J. Copyright Soc'y U. S. A. 441, 443 (2019).

二、作者权益保护的争议与困境

著作权合同领域对作者权益的特别保护立法有着悠久的历史。自1710年作为现代著作权法开端的英国安妮女王法开始，保障创作者依靠著作权获得经济收益就是著作权法的重要目标，版权法体系和作者权法体系概莫能外。^[17] 学者们普遍认为，如果不保障作者在合同中的合理收益，即使将著作权赋予作者也没有任何意义。^[18] 不过，对于著作权合同领域作者权益保护的范畴和方式，不同法律体系之间的认知和差异则相当明显。^[19] 作者权益特别保护制度的理论预设，建立在作者处于缔约地位劣势的认知基础之上。^[20] 针对这种因社会经济地位导致缔约地位上的不平等，很多版权产业发达的国家在立法和实践中为作者专门增加了特别权益类型，以求弥补作者在缔约地位上的先天不足。这种著作权合同中的作者权益，主要体现在两个方面：第一，与保留著作权相关的规则设定，即保障作者在已有作品的所有著作财产权被许可或转让后仍然能够以一定方式使用作品，以及禁止通过合同许可或转让未来作品的著作财产权；第二，与变更合同内容相关的规则设定，即保障作者在合同生效一定期限或满足一定要件后有权重新获得著作财产权或重新获得收益。然而，上述两类作者权益的合理性和具体安排在历史上始终存在争议。我国著作权法如果考虑引入对作者权益的特别保护，无论在立法还是解释层面都必须充分梳理制度史上的争议及其形成原因。

（一）权利保留的制度安排及相关争议

相比民法典合同编中针对有体物为主的买卖和租赁合同来说，著作权许可或转让合同的对象是无形财产，其非竞争性和非排他性特征意味着同一时空能够同时存在多个使用主体和多种使用方式，这一方面引发合同订立后原作者是否有权继续利用原作品相关元素进行再创作的问题，另一方面，在后续出现缔约时并未出现的使用方式之时，可能产生著作权归属纠纷。我国自文化产业发展进入快车道后，各类型作品的市场价值显著提升，在作者更为关注经济收益分配的背景下，著作权合同方面的不公平问题凸显，实践中被大量适用的著作权格式合同都是概括式的转让或许可，其中的格式条款规定由受让人永久获得全部著作财产权，并禁止原作者使用原作品的主题或元素进行再创作。^[21] 类似合同内容是否损害作者的合法权益，是否需要以

[17] See Lionel Bently & Jane C. Ginsburg, *The Sole Right Shall Return to the Authors: Anglo-American Authors Reversion Rights from the Statute of Ann to Contemporary U. S. Copyright*, 25 Berkeley Tech. L. J. 1475, 1493 (2010). 但从整体上比较，作者权法体系在维护作者权益上的立法安排更为积极和全面。

[18] Martin Senftleben, *More Money for Creators and More Support for Copyright in Society-Fair Remuneration Rights in Germany and the Netherlands*, 41 Colum. J. L. & Arts 413, 421 (2018).

[19] 即使是其中来自民法的部分保护规则，亦因罗马法和德国法传统下的合同规则差异而产生了孰优孰劣的长期争议。参见前引〔1〕，Strowel等文，第29页。

[20] 参见前引〔13〕，Bently等报告，第43页；Silke von Lewinski, *Copyright in the European Communities: The Proposed Harmonization Measures*, 18 Brook. J. Int'l L. 703, 712 (1992)。

[21] 作家张牧野曾因在新作品中使用著作权已被转让的原作品《鬼吹灯》中的人物名称、关系、形象和原作中盗墓禁忌和方法等要素，被著作权转让合同的受让人控告侵犯改编权。参见上海玄霆娱乐信息科技有限公司诉张牧野等案，上海市浦东新区人民法院（2015）浦民三（知）初字第838号民事判决书。这种情况在国外著作权市场中同样存在。See Molly Van Houweling, *Authors Versus Owners*, 54 Hous. L. Rev. 371, 389-390 (2016). 域外代表性判例参见 Metro-Goldwyn-Mayer, Inc. v. Am. Honda Motor Co., 900 F. Supp. 1287, 1298 (C. D. Cal. 1995)。在该案中，原告米高梅电影公司提出其已获得詹姆斯·邦德系列小说的著作权，因此被告本田公司在其汽车广告中出现类似于邦德人物形象的演员和动作场景，构成了对原告著作权的侵犯。案件争议焦点之一即在于米高梅公司是否能在获得作品著作权后禁止他人以原作品元素进行再创作。

及如何在法律上加以限制,各国在历次修法过程中一直存有争议,学理上也尚无定论。

第一,关于是否允许通过著作权合同禁止作者使用原作品元素进行再创作。许多类别的作品在著作权市场中的价值,很大程度上体现在其设定的人物形象和人物关系上。虽然著作权法中早有思想表达二分法来规制这种对原作品的利用,但对人物等相关元素的延续仍会对原作品的市场产生影响,由此导致原作品作者与合同生效后被许可人或新著作权人的利益冲突。合同当事人所禁止的,依思想表达二分原则显然是合法的使用行为。从市场角度判断,专有许可的被许可人或转让合同的受让人取得著作权的意图,在于全面获取该作品的全部经济价值。作者使用“同人要素”虽然并不一定与原作品构成实质性相似,却可能分流原作品的经济收益。但从表达自由的角度观察,既然原作品中的相关元素源自作者本人,那么再次利用这种元素进行新的创作应属于作者不可剥夺的人格权益。这种财产利益与人格利益的对立,致使各国在处理该问题上采取了颇为多样化的解决方案。^[22]

第二,关于是否允许通过著作权合同要求作者让与包括未来作品在内所有作品的全部著作财产权。部分国家通过立法或判例禁止这种转让,目的在于以法定规则保障作者的缔约地位,避免作者在业内尚不具备知名度时过早丧失了对作品的处分权。^[23]而允许作者让与全部作品著作财产权的理由,则在于保障受让人在开发和衍生开发已有作品时已经获得的受众群不会因后续系列作品著作权归属的变化而流失。^[24]特别是对于具有体系性和延续性的作品而言,由于原作者创作的同题材作品显然比其他作品更能影响该系列作品的市场价值,所以能否通过合同确保获得未来后续作品的著作权,对受让人和被许可人来说极为重要。同时,在当今网络环境下,要求作者一揽子许可或转让,已经成为许多互联网平台对网络用户的常态化要求,并体现在几乎所有最终用户服务协议中。这种格式合同条款几乎已经成为行业惯例,是因为网络环境下创作行为具有随时和随机性,且存在大量的转发、转载等行为,如果每次都要求获得事前许可,社交网络等互联网平台将因为巨大的授权成本和侵权风险而无法正常运行。由于本土版权产业与互联网产业力量对比的不同,各国著作权立法在许可效率和传播效率上存在不同偏好,使得对此类条款的合法性认定和立法应对方式都存在极大的差异。

(二) 合同变更的制度安排及相关争议

在著作权合同履行后的较长时间段中,作品的价值可能因满足受众需求而显著提升,也可能因受让人或被许可人怠于行使权利而无人问津。上述问题出现时,作者都希望变更原合同内容,或者加入分享新增收益的新条款,或者收回已许可或转让的著作财产权由自己重新行使。赋予创作者在合同生效后变更合同内容的权利,是使其有机会在一定程度上恢复对作品的支配,解决因缔约时信息不对称和许可期限过长导致的利益失衡问题。在作者权法体系和版权法体系国家的著作权法中,都设置了不同形式的撤回权来应对上述问题,即允许作者在法定事由

[22] 部分国家在学理层面认定不受著作权法保护的作品元素属于公共领域范畴,不能通过合同禁止(See William M. Landes & Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Copyright Law*, 18 J. Legal Studies 325, 349 (1989))。部分国家则采取了以强制规则排除侵权认定的做法,如果作者重复其已转让作品(或特定类型的作品)中的元素或设计进行再创作,该实际复制(actual copying)不构成侵权(See Copyright, Designs and Patents Act 1988, Art. 64; Dutch Copyright Act, Art. 16 (3))。

[23] See Séverine Dusollier, *EU Contractual Protection of Creator: Blind Spots and Shortcomings*, 41 Colum. J. L. & Arts 435, 444-447 (2018)。

[24] See Neil Netanel, *Copyright Alienability Restrictions and the Enhancement of Author Autonomy: A Normative Evaluation*, 24 Rutgers L. J. 347, 392 (1993)。

出现时或法定期间经过后收回著作财产权，从而恢复对作品的支配。^[25]但在权利的具体设定上，作者权法体系与版权法体系存在很大差异。在作者权法体系国家，撤回权范围更广且权利属性多元，并出现在著作权法的不同部分：一为著作人格权范畴中的撤回权，该项权利旨在帮助作者收回已发表的作品进行修改。即便该作品已被转让，作者仍然可以在补偿受让人后解除合同。^[26]甚至当作者涉及原作品的创作理念发生了变化，致使作者不再接受该作品基于原表达被继续传播和使用的，也可以撤回作品。^[27]二为权利限制制度中的撤回权，当被许可人或受让人在法定期限内因怠于或未充分行使所取得的著作权而给创作者的合法利益造成损害，或者合同中确定的报酬与作品使用过程中产生的收益明显不合理时，作者有权撤回转让或终止授权。^[28]相比之下，版权法体系中的撤回权设定就极为直接。美国版权法中的撤回权，被单纯设定为特定期间经过后即可由作者选择是否行使的权利，^[29]并无作者权法体系那样基于作品价值未能实现或者出现创作理念冲突的撤回要件。

对于通过强制规则赋予作者在特定条件下或特定期间经过后撤回转让或授权的制度安排，差异化的立法设计和构成要件要求都显示出立法者对此问题存在不同见解。一类观点从著作权市场中普遍存在的合同条款出发，认为作者从著作权合同中往往只能一次性地获得版税收益，作品在后期传播中因价值提升所带来的增值难以通过合同反哺作者，^[30]所以设计这种不可让与的强制规则有助于在作品市场价值发生变化后使作者再获收益。另一类观点从制度绩效的角度提出了相反的看法，认为制度实践已证明撤回权是一种效率低下的制度安排，这既是因为基于谨慎起见所安排的复杂制度设计，使得作者几乎不可能独立完成满足撤回权要件的所有程序；^[31]也是因为行使要件过于严苛而无法真正起到保障作者利益的作用。^[32]由此可见，反对撤回权的主要原因，在于其适用绩效未能实现其制度设计的原定目标，而且严重影响了受让人或被许可人对作品进行衍生开发的预期，具体体现在三个方面。

第一，作者权法体系中的撤回权设定，其实并未直接帮助作者提高缔约地位，实践中也极少有作者行使该项权利。作为合同相对人的传播者或投资者，往往不愿意与行使撤回权的作者缔约，作者为了在著作权市场中赢得声誉，必然避免行使这种容易破坏传播者市场预期的权利，造成撤回权的有名无实。在进入网络时代后，数字化传播的特点也决定了这种撤回在技术上是不能实现的，作品和载体既然能够被任意分离，已经在互联网上传播的作品事实上已经无法因作者撤回而完全消失。

第二，版权法体系中撤回权的法定期限难以科学设定。根据美国现行版权法的规定，撤回权的有效行使须在权利被转让生效之日起35年后的5年内，然而多数作品在此期限之前可能

[25] 对撤回权的中文表述，国内也有译为收回权，并将其视为著作人格权的一种。参见郑成思：《版权法》，中国人民大学出版社2009年版，第171页。

[26] French Code of Intellectual Property, Art. L. 121 - 4, <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/fr/fr467en.pdf>, last visited on 2021 - 12 - 25.

[27] German Copyright and Related Rights Act, Sec. 42, <https://wipolex.wipo.int/en/text/474282>, last visited on 2021 - 12 - 25.

[28] German Copyright and Related Rights Act, Sec. 41, Sec. 42; French Code of Intellectual Property, Art. L. 132 - 17 - 2 (III).

[29] 17 U. S. C. § 203 (a) (3).

[30] 参见前引 [15]，Cornish 文，第2页。

[31] See Guy A. Rub, *Stronger than Kryptonite? Inalienable Profit-Sharing Schemes in Copyright Law*, 27 Harv. J. L. & Tech. 49, 54 (2013).

[32] 前引 [17]，Bently 等文，第1498页。

早已丧失了再次开发的價值。但如果縮短該法定期間，又必然損害受讓人或被許可人衍生開發作品的誘因，使其擔心作品在獲得市場成功後被作者撤回，已投入的傳播成本變成沉沒成本的消極後果。^[33]

第三，如何認定“合理報酬”以及採取何種手段實現合理報酬，難有定論。合理報酬本來就是根據市場情勢不斷變化的，特別是對於無形財產而言，其經濟價值的確定具有相當的偶然性和不確定性，同樣的作品經不同傳播者的開發，完全可能收穫不同的市場價值。因此有觀點認為，作者之合理報酬，本應是著作權市場供求關係和價格信號的真實反映。作者收益不足可能更多是出於作品質量問題或不受使用者認可，因此並不存在實質不公平的結果，也不需要法律在收益標準上的強制介入。^[34]

綜上可見，與權利保留制度相比，由於合同變更制度對合同內容的“矯正”乃是在合同生效後實施，並且需要通過一系列配套制度來認定和計算何謂合理的分配標準，這導致其所面臨的爭議更為突出。如果說權利保留是在合同締結前根據“具體人格”彌補弱勢締約者的不足，那麼合同變更則是對締約結果的介入和修改。這種對契約自由原則的限制和調整方式，植根於部分國家所持“作者須全程參與作品經濟開發”的理念，^[35]而這種全程參與的立法目標如何與私人自治相協調，自該項規則入法之日起即處於不斷爭論的狀態，以至於立法者不得不引入“集體協商”來佐證合理報酬是否達致。^[36]由此可見，立法傳統與既有制度積淀對規則設計起到了不可忽視的作用，域外著作權合同中作者權益保護規則的立廢和調整，體現的事實上是不同立法傳統中的著作權法與合同法對私人自治原則的不同定位。

三、我國保護路徑的調整與取舍

與域外專門的著作權合同限制規則相比，我國在保護著作權合同領域的作者權益方面基本處於空白。從著作權法的角度看，作為著作權法中最簡單的部分，“著作權許可使用和轉讓合同”一章僅有6條，不但基本上由倡導性和引致性規範組成，^[37]相關規定與民法典合同編、物權編和合同基礎法理重複，而且並無任何針對著作權合同特殊性的制度安排，由此造成著作權合同領域很多涉及作品收益分享的特殊問題皆處於純粹的“契約自由”狀態，完全由當事人自行約定。^[38]從民法的角度看，民法典的相關規則亦難實現對著作權合同中作者的有效保護。特別是在被許可人和被轉讓人在作品傳播過程中對作品的增值貢獻普遍存在，以及作品價

[33] See Frank R. Curtis, *Protecting Authors in Copyright Transfers: Revision Bill 203 and the Alternatives*, 21 Copyright L. Symp. 165, 212-217 (1971).

[34] Maureen A. O'Rourke, *A Brief History of Author-Publisher Relations and the Outlook for the 21st Century*, 50 J. Copyright Soc'y U.S.A. 425, 437 (2002).

[35] 參見前引〔2〕，Hilty等文，第413頁。

[36] See German Copyright and Related Rights Act, Sec. 36.

[37] 著作權法第三次修改完成後，全國人大法工委編寫的“著作權法釋義”中明確將列舉著作權許可使用合同主要內容的第27條認定為“提示性、指導性的”條款，“如果雙方簽訂的著作權許可使用合同包括的條款與本條規定不一致，不會必然導致該著作權許可使用合同無效”。而對於第30條關於付酬標準的規定，“釋義”則基本援引2014年《使用文字作品支付報酬辦法》（國家版權局、國家發展和改革委員會令第11號）來說明。參見黃薇、王雷鳴主編：《中華人民共和國著作權法導讀與釋義》，中國民主法制出版社2021年版，第161頁，第176頁以下。

[38] 參見熊琦：《著作權合同實質公平規則形塑》，《法學》2020年第6期，第47頁。

值在著作权市场中具有高度不确定性的情况下,^[39]无论是民法典总则编中的“显失公平”规则还是合同编中的“情势变更”规则,都无法用来解决作品在基于合同的传播过程中出现的争议。^[40]我国著作权法和民法在该领域的双重缺位,导致作者权益无法在著作权合同的订立和履行阶段得到必要的保护。“永久且免费许可”和“所有权利一并转让”这样的条款在网络环境下的著作权格式合同中颇为常见,网络服务提供者借此以极低成本且无限制的方式集中了大量作品的著作权。^[41]如无特别约定,作者无任何法定渠道参与分配作品在合同履行后所持续获得的收益。^[42]

虽然其他国家的著作权法在权利保留和合同变更两个领域设计了诸多制度,试图解决作者在著作权合同中因缔约地位劣势导致的不公平问题,并保障作者能够取得合理报酬,但在漫长的制度运作过程中仍然出现了诸多争议。对于我国而言,著作权合同制度中基本没有任何有针对性的特殊规则,但实践中已经遇到了与发达国家相同的问题,因此如何从本土既有著作权规则体系出发解决作者权益保护问题,是著作权比较法上的一个关键议题,即如何在本土既有规则体系和产业背景基础上取舍各国著作权法上的立法和解释经验。著作权合同中的作者权益保护问题,需要一个体系化的应对手段,不可能通过孤立的制度或者解释移植来实现,上述域外制度在适用中的诸多争议,也说明单纯和单项制度移植并非万能灵药。因此,如何保护本土著作权合同领域的作者权益,既需要梳理比较法上的历史经验,更需要考量本土产业的特殊发展模式,以此来重新校准作者权益的保护范畴,使其符合著作权法激励创作与传播的立法本旨。

(一) 作者自治与权利保留制度的取舍

权利保留的立法本意,在于帮助著作权初始分配的对象有能力对抗权利集中带来的弊端。通过法定安排将一部分权利以不可让与的方式留存于作者手中,权利保留规则旨在使作者在授予专有许可或转让权利后仍然能够在特定范围内保持对作品的控制力,以维护作者对作品的自治性。维持这种自治的意义,旨在回应对作者创作自由的保障,并增助其独立选择传播渠道和方式的能力。^[43]但是,反对这种制度安排的理由同样充分。以强制规则保障作者自治所带来的代价,是损害了著作权合同相对人的自治。权利保留制度使作者拥有部分受法律强制规则保护的权益,且能够在作品被许可或转让后继续行使,导致受让人和被许可人无法不受限制地行使合法获得的著作财产权,最终使作品在传播过程中始终存在出现权属争议的可能,影响受让人和被许可人对交易安全的预期。

当作品被视为商品在市场中传播和交易时,其与一般商品相比的特殊之处在于其与作者人格利益的关联。如果作者可以利用其中不属于独创性表达的相关元素继续进行创作,新作品必然会在市场上与已被许可或转让的作品形成竞争甚至替代关系,从而影响受让人或被许可人对已获取权利的作品的发展和利用。同理,受让人和被许可人要求作者让与所有甚至未来作品的著作财产权,也是为了避免同一作者的同类型作品因归属上的差异而在著作权市场中出现竞

[39] 参见前引〔23〕, Dusollier文,第435页。

[40] 根据民法典第151条的规定,对显失公平的认定须以民事法律行为成立之时为准,但著作权合同领域作者利益保护的相关争议,相当一部分是在合同履行过程中出现的。民法典第533条关于情势变更的规定,排除商业风险导致的重大变化,同样难以适用于收益变动显然属于商业风险的著作权市场。

[41] 参见祝文明等:《网络文学风光无限,版权合同有待规范》,《中国知识产权报》2015年7月8日第9版。

[42] 参见李夏至:《“盗墓”改编混乱,沦为糊涂账》,《北京日报》2019年6月20日第11版。

[43] 参见前引〔24〕, Netanel文,第350页以下。

争。例如，在文字作品改编为电影作品的过程中，制片者须为电影作品的制作和发行投入大量资本。如果作者将含有相同元素的作品继续推向市场，并授权或转让给其他制片者，则必然分流原有作品及其改编作品的受众，对后者的潜在市场造成消极影响。制片者作为著作权合同的相对人，最不希望看到的当然是自己制作的电影作品因同系列的作品授权他人而出现著作权争议。如果存在这样的著作权风险，权利保留制度显然会降低传播者从作者那里获得授权的激励。

可见，权利保留制度的取舍，建立在激励作者还是激励传播者的价值位阶判断上。权利保留制度的立法目标是以激励作者为先，作者能够借助不可让与的权益保障，继续创作同题材作品，或保有除合同可预期目的外的其他权利以向其他传播渠道和授权对象提供。反之，不安排权利保留的制度设计则更多考虑对传播者的激励，使传播者能够通过合同更为充分地获得利用作品的权利。这种权利具有稳定性，可以促使传播者增加向作品创作和传播领域的经济投入，进而实现著作权法的制度目标。在此前提下，如何在著作权合同领域确定激励作者和激励传播者的价值位阶，需要回到著作权初始配置的基础理论上。从权利配置的视角出发，虽然在交易成本较高的情况下法律应将权利配置给使用价值最高者已为实践所证明，^[44]但作者和传播者谁更能够发挥客体的使用价值，却难以客观标准衡量。特别对于作品这种交易成本较高的对象，权利配置极难通过交易实现事后调整，因此著作财产权的初始分配选择就显得更为重要。

基于当今世界产业化的著作权运作体系，传播者无疑是连接作者和使用者的关键纽带。优先激励传播者，通过使其稳定保有基于著作权合同所获之权利，促使其在产业链上游提高对作品创作的资助，在产业链下游提升对作品市场价值的开发，最终起到连接作者和使用者的目的。事实上，版权法体系一方面在法人作品、职务作品等权利归属制度安排上向传播者和投资者倾斜，另一方面较少安排权利保留制度限制著作财产权的许可和转让，使传播者在权利初始分配和再分配阶段皆可顺利取得著作财产权。^[45]但传播者主导的弊端，则在于使创作丧失了独立性，作者成为传播者和投资者的依附。^[46]如此一来，作品内容将完全由传播者根据已知的市场需求来决定，试图独立创作的作者则可能因不符合既有市场的预期而不被传播者所认可。^[47]因此，基于保障创作独立和多元化的目的，激励创作应优先于激励传播。将权利配置偏向于传播者虽然能够最大程度地发挥资本的优势，以产业化的方式使产业链上游的作者获得市场收益的反哺，但作者也从此依附于特定传播者的意志。反之，如果以特定方式将权利保留于作者之手，虽然会损害传播者开发作品的激励，但作者得以获得更大的独立性，可以自主通过其他渠道利用作品，并摆脱了特定传播者在传播渠道和经济上的控制。

综上，为了保障作品创作的独立和自由，我国著作权法应采取激励创作优于激励传播的立法价值位阶，以现行法为基础吸收权利保留制度，并使其成为作者能够通过其他渠道利用作品的制度保障。即使从产业链的分工来看，作者也是直接进行创作的主体，权利保留制度将特定

[44] See Robert Cooter & Thomas Ulen, *Law and Economics*, 6th ed., Addison-Wesley, 2012, pp. 91 - 93.

[45] 甚至可以认为，从世界范围内现已成形的著作权法体系来看，其自产生时起就是一个由传播者直接获益的体系，作者仅能通过合同间接获得收益。See Oren Bracha, *The Ideology of Authorship Revisited: Authors, Markets, and Liberal Values in Early American Copyright*, 118 *Yale L. J.* 186, 255 - 256 (2008).

[46] 简明的原因分析参见 Robert P. Merges, *Autonomy and Independence: The Normative Face of Transaction Costs*, 53 *Ariz. L. Rev.* 145, 147 - 153 (2011)。

[47] See Jane C. Ginsburg, *The Concept of Authorship in Comparative Copyright Law*, 52 *DePaul L. Rev.* 1063, 1090 (2003)。

权利留存或归还到作者手中，相当于把作者视为最能达致创作目标的权利配置对象，使其在著作财产权被许可或转让后，仍然能够对如何利用作品保留一定程度的自治能力。从权利配置上看，这种优先激励创作的权利保留规则，应建立在充分考虑我国互联网产业主导版权产业的前提下。在作品已全面以数字化形式传播的今天，网络服务提供者通过权利集中所带来的传播效率优势已是不可或缺的产业基础，因此域外权利保留制度中那种一概禁止作者转让全部作品著作权财产权的强制性条款难以在全面数字化的环境中得到认同和引入。但禁止作者使用原作品元素再创作的问题，则可以通过基于本原则的合同解释来实现。在立法论层面，由于我国著作权法中已经存在针对图书出版合同的终止权设计，^[48] 存在将该权利范围扩大到一般著作权合同的可能性。这种以特定期间经过或特定条件满足为构成要件的权利保留安排，并非合同缔结后的再调整，而是合同成立前即已存在的权利限制，不会给传播者的预期增加不确定性，符合保障传播效率的前提。

（二）交易安全与合同变更制度的取舍

收益保障可以说是著作权合同中作者最关心的问题，一切作者权益保护规则的最终目标都体现在作者经济收益的增长上。但收益的公平性又是最难以通过客观标准衡量的，缔约各方几乎不可能在这一问题上达成一致意见。^[49] 另外，合同变更制度作为最直接的保障手段，对私人自治的干预也最强。无论是法定期间经过后的撤回权还是由于未支付合理报酬产生的撤回权，都以合同履行后出现的事由为成立要件，意味着受让人和被许可人在通过著作权合同取得权利后面临丧失权利的交易风险。鉴于以上两个原因，合同变更制度一直是著作权合同领域最具争议的安排，也是在比较法研究中需要谨慎对待的部分，应在介入目标和介入方式两个方面结合我国产业环境加以考量。

从介入目标看，设定合同变更制度旨在避免作者无限期地受到不利合同条款的约束，但根本目的还是恢复作者的自治能力，使作者保有选择利用作品的其他渠道或途径的权利。^[50] 然而，多数实现合同变更的撤回权的构成要件，都是建立在作者创作理念转变、被许可人或受让人怠于充分利用作品或收益不公平等主观性较强的标准之上，其结果是使作者能够以上述要件掩盖其他目的。创作理念究竟是否改变，难由作者以外的人证成或证伪，缺乏起码的客观判定标准。作者完全可能因为作品在被许可或转让后出现显著增值而动用该条款收回权利，即使法律要求其补偿受让人或被许可人的损失，作者仍然可能从中获利。而怠于利用或收益不公平的要件，在著作权市场中同样缺乏令人信服的考量标准，前者关系着难以衡量的权利行使程度，后者本身就是不确定概念，两者都需要根据特定的市场情势由裁判者认定。这显然与民法中的显失公平规则以“订立合同时”为判断时点不符，更没有加入对缺乏选择自由这一重要前提的考量，使得合同变更的原因纯粹建立在结果导向的基础上，导致裁判结果充满不确定性，脱离了显失公平应归于意思表示不真实或不自由的体系范畴。^[51] 如果在我国著作权合同领域引入此类规则，相当于将介入目标从抽象的恢复自治转变为具体的创作理念调整和收益标准提

[48] 参见著作权法（2020）第34条。

[49] See Séverine Dusollier et al., *Contractual Arrangements Applicable to Creators: Law and Practice of Selected Member States*, European Parliament, 2014, p. 36.

[50] Tim Wu, *On Copyright's Authorship Policy*, 2008 U. Chi. Legal F. 335, 351-352 (2008).

[51] 关于民法上显失公平构成要件的法律基础解释，参见李宇：《民法总则要义：规范释论与判解集注》，法律出版社2017年版，第613页以下。

升,违反了应恪守抽象性规则的基本私法法理,会使法院在裁判中陷入商业判断的无尽争议之中,而且事后根据市场运行结果来倒推事前合同定价的公平性,也违背了私人自治的自己责任要求。

从介入方式看,各类撤回权的设计脱离了我国的产业和社会实际。无论是著作人格权还是著作权限制领域的撤回权设计,前提都是存在一套繁复但各方相对认可的定价机制和程序,使得撤回权在实施前能够测算出合理补偿或合理收益。如德国等欧盟国家的著作权法中,都设计了成熟的版税争议协调机制来界定合理收益的范围。^[52]当各方就合理报酬的认定出现争议时,可以借助第三方仲裁机构或相关作者团体保障收益标准的公平性。^[53]然而,上述公平完善的协商和计算程序,极大地依赖于专业著作权中介服务组织的指定和运作。作者权法体系国家的著作权法之所以能在合同变更制度中依赖对合理报酬的判定,主要在于其国内作者行业协会和集体管理组织的完备和高效,作者以集体的方式与传播者缔结合同,迫使传播者与该领域多数作者进行集体协商,自然能明显改善作者的缔约地位。但在我国著作权中介服务组织缺失且缺乏权利人直接参与的情况下,作者直接面对网络服务提供者成为常态。特别是在数字音乐、网络文学等领域,我国主流网络服务提供者已经全面进入内容生产行业,并借助其渠道优势获得了实质上的缔约优势地位。而我国现有的集体管理组织,无论是主体设立还是制度安排,都是行政主管部门主导的结果,著作权人并未实际控制和运作集体管理组织。^[54]这一方面导致本应代表作者与传播者进行集体协商的集体管理组织在我国现阶段缺乏代表性,不但未能真正代表作者从传播者那里获得合理报酬,反而出现著作权人退出集体管理组织的情况,著作权交易方式被权利人恢复成为最为传统的直接授权许可或转让,集体管理制度在最需要许可效率的互联网环境中被弃用。另一方面使得我国缺乏独立的第三方机构来完成版税标准的争议调解和仲裁,实践中也难以形成市场主体认可的合理价格标准。有鉴于此,如果将撤回权纳入我国著作权法,其可能更多成为作者不当影响合同效力的工具。由于缺乏集体管理组织和第三方仲裁机构在实践中协助形成合理报酬的习惯,作者只能更多根据自己的主观判断或单纯比较合同收益与作品市场收益来衡量是否未能获得公平收益,并因此频繁行使撤回权。面对这种情况,传播者必然会在产业上游和下游两个环节减少投入,不仅不敢在已取得的作品上投入太多成本,而且更偏好通过委托合同和雇佣合同完成作品创作,最终将同时影响激励创作和激励传播两方面的目标。^[55]

作者权益的正确保护方式,应致力于通过制度实现作者自治地位的恢复。无论是介入目的还是介入方式,合同变更制度都是依赖于事后主观标准,使得受让人或被许可人陷入到极大的不确定性中,显著损害了著作权合同的交易安全。在产业化的环境中,传播者和投资者其实

[52] 德国采取了集体协商的方式探索合理报酬的标准。如果相关作者团体与传播者之间就版税标准达成协议,著作权法就倾向于将该版税标准视为合理报酬,且作者无权再以报酬不合理为由请求变更合同。See German Copyright and Related Rights Act, Sec. 32 (2) (1), Sec. 36 (1) (1)。

[53] 即使如此,此类制度的适用频率也极为有限,究其原因还是在于程序过于复杂,各方均需要付出极高的交易成本,且权利和收益归属长期处于不确定的状态。参见前引〔13〕,Bently等报告,第58页以下。

[54] 参见熊琦:《著作权集体管理制度本土价值重塑》,《法制与社会发展》2016年第3期,第103页。

[55] 现阶段著作权法中的法定许可,其实可视为这一立法模式的前车之鉴。法定许可自我国著作权法颁布之日起即存在,但因为中介机构和定价程序的缺失,使得法定许可在我国并未发挥应有的作用。国家版权局相关负责人曾在著作权法第三次修改过程中表示,著作权法中的法定许可在我国“形同虚设”。参见王峰:《应对互联网冲击〈著作权法〉第三次修订》,《21世纪经济报道》2014年9月26日第2版。

承担了巨大的市场风险，前期组织和投资创作过程中的沉没成本，中期发行和传播过程中的协商和监管成本，以及后期以各种方式演绎作品所产生的各项新增交易成本，每项都需要传播者和投资者事先的资金投入，而且还要面临因市场变化或预期错误而无法收回成本的可能。因此，所获著作财产权的稳定性对传播者和投资者而言具有重要意义。历史亦证明，即便在设定上述制度的国家，这种撤回权安排其实仅仅是一种威慑性的存在，实践中极少适用，而常态化的作者团体和较为成熟的版税裁决机制也保障了合同变更不会脱离双方的预期和合同目的。

综上，在我国著作权相关领域的行业协会和集体管理组织等中介服务机构欠缺独立性和基本市场接受度的现阶段，引入过分依赖合理报酬认定程序的相关合同变更制度，只会进一步危害本已脆弱的产业结构和作者权益。围绕撤回权构建的著作权合同变更制度，对作者权益的保护从恢复作者自治提升到了直接干预收益，但以破坏交易安全为代价。从著作权合同履行的最终结果来看，转让或许可收益其实取决于市场受众的需求。作者接受著作权合同所订立的收益方式和标准，更多是基于风险分配的考量。对于市场需求不明的作品，采取一次性付酬的方式可以同时降低作者和传播者的收益风险，使作者能够在早期获得固定收益，也赋予了受让人和被许可人更多的利用作品的自由。相比之下，特定撤回权中以强制性比例分配为特征的构成要件，导致作者虽然可以在后续使用中获得利益分享，但传播者仍然能够通过压缩作者早期收益比例的方式降低成本，反而造成作者整体收益的减少。因此，突破否定式的规则设计而加入肯定式的立法来构建结果正义，事实上是不顾信息的分散性强制进行收益再分配，并非科学的制度选择。

四、我国著作权法与民法相关规则的衔接与续造

无论我国著作权法还是民法，都缺乏针对著作权合同中作者权益保护的专门条款。究其原因，并非因为著作权合同的特殊性不足，而主要在于历史上我国作者和传播者长期处于公有制经济的体系下，并不按市场经济的交易模式完成权利变动。在我国出版和广播电视行业转型为产业形态之前，出版社、广播电台电视台等传播者都是事业单位，作者往往是事业单位的雇员，作品创作本就是职务行为，出版社和广播组织则不属于营利性法人，根据当时著作权法的规定，上述组织使用作品可以既未经许可也不支付报酬。^[56]我国出版行业产业化转型之前，作者与传播者之间并非作为平等主体进行交易，也均非直接基于作品的使用效率获得收益，因为前者有稳定的工作收入，后者则由国家财政拨款，两者之间并未形成私法上的法律关系，所以既无作者缔约地位或实质不公平的问题，也无法以市场标准判断收益是否合理。著作权行政管理部门也更多采用行政管理的方式来调整作品使用和归属方面的纠纷，选择通过上级主管部门而不是诉讼的方式解决问题。由于没有需求，著作权法在规定了最基本的规则后，对著作权合同部分没有作出任何特殊的制度安排，但这种制度缺位在当今产业环境下的市场交易中却面临严峻挑战。

制度上的空白无法通过照搬他国制度来填补。除需梳理域外制度适用的经验和教训之外，

[56] 参见《图书、期刊版权保护试行条例》（文出字〔84〕第849号）第16条第2款。1990年著作权法仍然延续了这一权利安排，其第43条曾规定广播电台电视台非营业性播放已经出版的录音制品，可以不经著作权人、表演者、录音制作者许可，不向其支付报酬。直到我国为加入世界贸易组织而第一次修改著作权法时，上述内容才被调整为法定许可。

更要考量我国的产业特色。与域外著作权市场相比,我国著作权合同领域的作者保护问题需要更多关注作者与网络服务提供者之间的关系。著作权合同领域的作者权益保护问题,发生在作者与传播者之间,属于著作权产业链的第一个环节。^[57]随着互联网产业的介入和移动互联网的普及,著作权产业的诸环节迅速合并和调整,以至于有学者很早即提出,互联网时代的到来已使得作者和传统出版者的身份同一化,作者可以借助自媒体直接向网络用户传播作品,一方面职业传播者在渠道上的重要性被削弱,另一方面作者能够在著作权的保留上掌握更多主动。^[58]然而,实际情况并非如此。虽然技术上作者可以脱离职业传播者这个环节直接面对网络用户,但在海量信息的冲击下,网络用户其实和前网络时代的受众一样,需要职业传播者通过专业知识对内容进行组织和筛选,使其呈现出一种便于网络用户获取的状态,只是与前网络时代的作品传播模式相比,传播者的功能更多体现在作品的筛选排序而非获取的便利上。

可见,互联网时代的作品传播虽然具备了显著的“去中间化”特征,作者在技术上能够直接面对欣赏作品的最终用户,但产业化的内容传播仍然必须依赖网络服务提供者及其商业模式。传播者即使在作者能够直面最终用户的时代也有着不可替代的作用,只是网络服务提供者替代了出版者,这相当于在作者与出版者之间原有矛盾延续的基础上,更增添了作者与网络服务提供者之间的矛盾。^[59]互联网的作品传播模式引发了收益分配的变化,网络服务提供者借助第三方支付巨大优势,能够向用户提供大量免费内容,促使公众获取作品的渠道已全面转向网络,同时导致传统媒体收益的大幅下降。^[60]特别对于我国而言,互联网产业在兴起之时缺乏有效的法律规制,导致市场化不久的出版产业因作品数字化后通过互联网渠道自由传播而遭遇难以承受的侵权损失。虽然随着法律与执法的健全,著作权保护逐渐步入正轨,但互联网产业在我国已形成统领版权产业的经济形态,因此在著作权合同的规制上必须更多考虑如何发挥互联网传播效率的优势。前已述及,权利保留制度应作为我国保障作者权益的主要制度选择,这种选择需要运用法教义学的方法,结合著作权法中的合同规则和民法典合同编的相关规定来引入和续造。

(一) 基于著作权法合同章解释的体系续造

相较于民法典中规定的有名合同,著作权交易客体的无形性使得已有的合同规制方法难以直接适用,所以作为专门法的著作权法合同章应首先成为主要应对作者权益保护问题的法源基础。我国著作权法合同章(第三章著作权许可使用和转让合同)仅有6个条文,其中真正具有裁判功能的更少。第26条和第27条规定的是著作权许可和转让合同应具备的内容和形式,属于倡导性条款而无强制效力。^[61]第28条关于著作权出质的规定仅指明了登记机关,其他内

[57] 第二个环节为传播者与最终用户之间的使用者合同,属于传播者基于其所获权利再向公众传播的环节。See Estelle Derclaye & Marcella Favale, *Copyright and Contract Law: Regulating User Contracts: The State of the Art and a Research Agenda*, 18 J. Intel. Prop. L. 65 (2010).

[58] See Molly Shaffer Van Houweling, *Author Autonomy and Atomism in Copyright Law*, 96 Va. L. Rev. 549, 615 - 616 (2010).

[59] 欧盟《数字化单一市场版权指令》(Directive on Copyright in the Digital Single Market)第15条“新闻出版者邻接权”这样极具争议的规定,是在欧盟国家传统版权产业的力量远强于本土互联网产业的背景下出台的,其目的在于使传统出版者得以分享网络服务提供者获得的收益。也正是因为欧盟国家传统出版产业的极力推动,即使该条款遭到欧洲主流学界的反对,仍然得以通过。而在互联网产业发达的中国和美国,这样的立法就基本没有通过的可能。反对增设新闻出版者邻接权的代表性文献,参见前引[15], Hilty等文,第79页以下。

[60] 参见前引[13], Bently等报告,第13页。

[61] 参见前引[37], 黄薇等主编书,第161页。

容其实能够为民法典物权编权利质权条款所涵盖，第30条是关于未约定付酬标准适用的补充性任意规范，这两条皆属于引致性规定。^[62]第31条关于行使权利不得侵犯作者精神权利的强制性规范，其实也与著作权法第10条中不得许可或转让著作人格权的规定相重复，可以基于著作人格权不得转让、不可消灭的基本法理推导出来。真正具有独立裁判功能的，只有第29条关于禁止扩大解释的规定。无论是引致性还是倡导性条款，都无法完成保护作者权益的任务，上述规则也与权利保留或合同变更皆无关联。在著作权合同章基本体系难作颠覆性调整的前提下，应从既有条文的规则属性和解释路径上实现对权利保留制度的落实。

首先，基于对著作权合同内容表达方式的规范，应从解释路径上对两个分别列举许可和转让合同内容的倡导性条款进行法教义学改造，将合同成立与合同内容相关联。通说认为，列举著作权许可和转让合同内容的规范目的在于“规定使用他人作品或权利转让应当遵循的原则和合同应当包括的主要内容”。^[63]类比民法典第470条对合同内容的列举，其目的在于告知当事人合同一般应具备的条款。^[64]从合同成立的构成要件看，通说认为并非列举的所有内容都达成合意才能认定合同成立，而是仅需在必要之点上达成合意即可，对于非必要之点可以通过合同解释或事后补充来填补。^[65]但哪些条款应被视为必要之点，合同编并未明示，原因主要在于合同类别无法穷尽，不同合同的主要条款不同，法律也不可能对各种合同的主要条款作出统一规定。^[66]因此，应根据合同类型的差异来认定该类合同的必要之点，以保障合同能充分反映当事人的自主意思，这也是过去合同法和现在民法典皆无法将其法定化的原因。既然必要之点代表的是合同的本旨，那么针对著作权合同，在作者与传播者之间存在信息不对称的情况下，可以将许可或转让的权利种类作为著作权合同的“必要之点”，当事人必须明确约定许可或转让的权利类型，合同方能成立。这相当于在一般合同成立要件之外增加了新的要件，在不改变既有立法的前提下，实现了将德国与法国著作权法中要求著作权合同明确权利范畴的规则引入我国。如此安排的意义，除了立法成本的最小化，避免因利益分歧和立法争议导致的久拖不决，更重要的是没有亦步亦趋地引入域外那些已在数字时代陷入全面争议的禁止全面许可或转让规则，使得发挥互联网传播效率优势所必须的著作权集中不会因此受到阻碍。

其次，从提示作者权利变动的范围和效果的角度出发，应将第29条“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”认定为强制性规定，并借助司法解释对其中的“明确”予以细化。应将“明确”解释为要求合同条款明确列举每一项权利的使用范围、目的、期限和版税标准，禁止在合同中以概括性条款的方式笼统地要求作者转让或许可所有权利，亦不得将所有被转让或被许可权利的版税不加区分地以总数来表示，而应按权项分别计算，使作者充分知晓自己的作品在著作权市场中的真实价值。同时，法院在解释

[62] 我国民法典第440条在可以出质的权利类型中已经把“可以转让的注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权”列入，第444条也规定了出质的登记问题，延续了之前物权法第223条和第227条的相关规定。著作权法合同中出质和付酬标准的规定，仅起到了引入适用民法典和2014年《使用文字作品支付报酬办法》的作用。

[63] 全国人大法工委在新旧版本的著作权法释义中都持此观点。参见胡康生主编：《中华人民共和国著作权法释义》，法律出版社2002年版，第117页，第121页；前引〔37〕，黄薇等主编书，第161页。

[64] 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典合同编理解与适用》，人民法院出版社2020年版，第56页以下。

[65] 参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社2018年版，第103页。

[66] 参见郭明瑞：《合同法通义》，商务印书馆2020年版，第43页。

所有类型的著作权许可或转让合同时，不得超出合同订立时的许可目的，使现今被部分传播者滥用的一揽子著作权转让协议中的相关内容被认定为无效。针对未来创作的作品上的权利，以及实践中新出现的使用方式，都必须纳入本条中未明确许可或转让的权利的范畴，须重新与作者订立合同，禁止通过现有合同中的开放式列举来涵盖，防止处分未来作品的著作财产权或通过模糊的权项条款涵盖所有权利这样的约定。采取如此解释路径，并非为了禁止一次性地许可或转让所有类别的著作财产权，只要所有权项明确清晰地合同中加以明示，第29条并不能禁止此种法律行为。如前所述，出于保障互联网产业主导的全面数字化作品传播模式，以及发挥互联网平台作为中介组织的许可效率优势，单纯的权利集中不应在限制范围内。因此，将第29条认定为强制性规范，旨在实现两个目的：其一，是要求合同（特别是格式合同）当事人在订立合同时尽可能预先确定作品的使用方式和范围，而不是借助其经济地位优势一次性获取所有权利。从缔约成本出发，这种对合同内容和缔结方式的强制性安排，相当于把成本内化于格式合同的起草者，迫使实践中时常利用这种概括式许可或转让的传播者必须考虑这种做法的法律风险，这亦符合优先保障作者利益的价值初衷。其二，是使作者通过合同条款充分了解著作财产权变动的意义，并警示其在授权或转让后将产生的法律效果。同时，这种解释方式仅是强制规定合同应当明示的项目，相当于要求当事人细化权项类型和其他使用条件，并迫使其尽量以标准化的方式列入合同，避免了交易成本的显著提升。^[67]

（二）基于民法典合同编解释的体系衔接

实践中存在大量包含“永久”“免费”许可条款的著作权专有许可合同，意味着作者一旦完成缔约，就可能被长期束缚在合同中，与个人的自主决定权相冲突。^[68]特别是当今大量著作权合同都以完全在线的方式签订，作者简单点击“同意”就代表缔结了合同，很多作者甚至没有时间（也不愿意花时间）读完全部合同条款，却因此依据合同免费让与了全部著作财产权。^[69]然而，基于合同制度鼓励交易的基本法理，又不可能将此类合同一概视为无效，所以只能通过赋予作者终止权的方式来避免实质不公平。如果不允许在一定条件下撤回授权或终止合同，作者将难以恢复对作品的控制并根据作品市场价值的变化获得合理收益。从比较法的角度出发，合同变更制度中关于合理报酬的条款虽然未能取得预期效果，但其关于权利撤回的规定仍有值得肯定之处。然而，我国现行著作权法中并没有允许作者撤回授权或终止合同的明确规则，仅在第34条规定，“图书脱销后图书出版者拒绝重印、再版的，著作权人有权终止合同”，适用范围狭隘地局限于图书出版合同。在立法没有调整之前，该条无法适用于其他类别的著作权合同，需要从民法典合同编中寻找保护作者权益的法源基础。

鉴于未约定期限的著作权专有许可合同在履行期间和给付方面的不确定性，我国在法教义学层面可以采取合同内容补充与合同终止规则来应对，同时也可以避免因全面立法的复杂性和争议过大而延误对版权产业问题的及时调整。

根据民法典第510条的规定，合同内容没有约定或者约定不明确的，可以允许当事人协议补充，不能达成补充协议的，可以按照合同有关条款、合同性质等予以确定。因此，对于未约定期限的著作权专有使用合同而言，如果能够达成补充协议，或者根据合同所针对之作品的著

[67] See Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, *The Property/Contract Interface*, 101 Colum. L. Rev. 773, 805 (2001).

[68] 参见王文军：《继续性合同研究》，法律出版社2015年版，第188页。

[69] See BJ Ard, *Notice and Remedies in Copyright Licensing*, 80 Mo. L. Rev. 313, 327-331 (2015).

作权市场交易习惯确定合同期限，则应按照该规则在原合同中加入履行期限。在既没有约定又无法根据交易性质或习惯确定期限的情况下，则应将未约定期限的著作权专有许可合同认定为不定期继续性合同。根据民法典第 563 条第 2 款的规定，以持续履行的债务为内容的不定期合同，当事人可以随时解除合同，但是应当在合理期限之前通知对方。这里的解除应认定为仅面向未来具有效力而不溯及既往，所以应和一般意义上的合同解除相区分，视其为合同终止，^[70]属于民法典新增的一般性规定。^[71]正是因为随时终止条款的一般化，使其得类推适用于著作权合同领域。但需要注意的是，当随时终止规则具体到不同有名合同中时，由于需要具体衡量特定合同领域的利益分配问题，其合法性基础和构成要件应有差别。对于著作权专有许可合同而言，随时终止规则应区分无偿不定期专有许可和有偿不定期专有许可。

针对无偿不定期著作权专有许可合同，民法典第 563 条第 2 款的随时终止权可以直接适用而无须附加其他要件。这是因为，被许可人在获取作品相关权利时并未支付任何对价，不存在传播者因履行合同产生的额外成本，所以应允许作者在给予对方合理期限的前提下终止专有许可合同。如此安排的另一层意义，在于不设其他条件的随时终止权可以防止传播者在无偿获取作品权利后进行商业开发和利用。由于衍生开发需要提前投入相当的资本，一旦作者有权终止合同，传播者可能因这种不确定性遭遇损失，这将迫使其在需要商业利用时选择与作者重新签订合同，以避免作者行使随时终止权。特别是对于当今以此大量获得用户内容的网络服务提供者来说，既需要保证网络服务提供者能够通过格式合同一次性扫清用户创作的内容在其平台上自由传播的障碍，确保互联网传播效率的发挥，同时也要防止作品由此渠道被网络服务提供者任意利用，导致作者无法获得合理收益。

针对有偿不定期专有许可，随时终止权就须类比同类别的有名合同来设定其他要件。鉴于被许可人支付了合同对价，所以对于因终止合同而给被许可人造成的直接损失和可获利益，除不可归责于作者的事由外，作者应当赔偿，但法定期限内被许可人未按合同约定使用作品的除外。

至于无固定期限著作权专有许可合同能够被作者终止的法定期限，其实既无客观标准，也必然随市场情势随时调整，只能在通过立法听证的程序广泛征求相关主体的意见后方能确定。

上述制度安排的原型，一是民法典第 933 条关于委托合同终止权的规定，将有偿和无偿合同的构成要件加以区分；二是民法典第 566 条关于合同解除后的责任承担规则，将是否涉及已履行部分的恢复原状建立在对合同性质及其履行情况的具体考量上。此种解释进路的意义，在于借助对民法典合同编中合同终止的一般规则和类似有名合同终止权两者的类推适用，填补著作权合同领域的规则空白，运用法教义学的方法解决作者权益保护无法可依的情况。

结 论

我国著作权合同领域作者权益保护规则的空白，使得实践中大量实质不公平的合同条款处于无法可依的状态，并导致我国版权产业链创作环节的发展面临诸多不确定性。域外虽在较长

[70] 关于以持续履行的债务为内容的继续性合同解除不必溯及既往恢复原状的解释，参见朱虎：《解除权的行使和行使效果》，《比较法研究》2020年第5期，第102页。

[71] 如合同法第206、232、376、391、410条等，都曾在不同的有名合同中规定了随时终止权。但在民法典第563条颁布前，上述条款都无法类推适用于其他合同领域。

历史时期的版权产业与制度互动过程中构建起了复杂多元的保护体系，并积累了丰富的运作经验，但仍然存在合理报酬难以客观认定和撤回要件无法统一等诸多争议。与此同时，域外这种制度运作是建立在专业化的著作权中介机构的基础之上，亦为版权产业与互联网产业多年博弈妥协的结果。而我国现阶段缺乏高效的著作权中介机构的支持，版权产业与互联网产业也呈现出利益失衡的格局，互联网产业主导版权产业已成为产业发展最突出的特点。相比之下，我国一方面缺乏从零开始构建完整著作权合同制度体系的产业土壤，另一方面也缺少中介组织和集体协商的产业经验。

这种差异化的产业格局，意味着即使没有沉重的制度路径依赖，我国也无法整体移植域外著作权合同规则，更难以在制度安排的选择上达成一致意见。鉴于这种分歧可能长期存在于我国版权产业实践中，通过立法论来专门设计应对著作权合同实质公平缺失的规则恐难有突破，因此只能更多选择运用法教义学的方法，结合现有著作权法中有限的合同规则和民法典合同编的终止规则进行类推解释，来构建著作权合同领域保障作者恢复自治能力的解释体系。解释和续造的基本结论是，著作权转让或许可合同的受让人和被许可人不得设定超越合同目的的著作财产权变动条款，同时，在区分有偿和无偿专有许可的基础上，作者可依民法典合同编中的合同终止规则终止不定期专有许可合同，保障作者不会不合理地受持续性著作权合同关系的约束。

Abstract: The absence of both copyright contract rules and intermediary organizations required for collective bargaining has led to a situation where Chinese authors have no law to rely on when face many unfair treatments in the field of copyright contract. Meanwhile, the institutional arrangements for the extraordinary protection of the author's rights in comparative law have taken different paths due to the differences in the strength of relevant industries in different countries. In the absence of the support of basic local rules, the solution in conformity with the characteristics of the industry in China is firstly to recalibrate the protection scope of authors' rights on the basis of comparative law experience, and avoid direct protection of authors' profits by *ex post* rules, but instead increasing the authors' capacity for autonomy through *ex ante* rules and, secondly, to apply legal dogmatics as the main method to achieve the judicial explanation on the basis of the contract chapter in the Copyright Law and the Contract Part in the Civil Code. The types of rights licensed or transferred in the contract chapter of the Copyright Law are regarded as the "necessary points" for the establishment of the contract, and the contract clauses are required to clearly list the scope of use, purpose, time limit and royalty standard of each right. Meanwhile, based on the differences between onerous and gratuitous contracts, general rules of contract termination should be applied by analogy to make sure that authors are not unreasonable restricted by continuous contract.

Key Words: copyright contract, author's rights, contract rescission, contract termination
