

[文章编号] 1009-3729(2015)05-0040-05

# 涉外影视著作权许可使用合同 法律冲突的解决

刘远山<sup>1</sup>, 袁世华<sup>2</sup>, 杨光夏<sup>3</sup>

- (1. 海南大学 法学院, 海南 海口 570228;
2. 海南经和纬律师事务所, 海南 海口 570100;
3. 海南嘉天律师事务所, 海南 海口 570100)

**[摘要]** 随着国际影视版权贸易的热化, 涉外影视著作权许可使用方式也更加多样化, 这导致涉外影视著作权许可使用过程中的法律冲突逐渐增多, 冲突规范在解决涉外影视著作权许可使用合同法律冲突方面发挥着不可或缺的作用。在涉外影视著作权许可使用合同的法律适用上, 大多数国家或地区是区分适用著作权本体、合同自体法规则, 但也有国家或地区适用单一准据法。涉外影视著作权许可使用合同属于合同问题, 可将其归入合同法律适用的问题中进行讨论。在涉外合同的法律适用中, 意思自治原则是合同法律适用的首要原则, 但我国法律适用法对意思自治原则“绝对自由”是有限制的。在当事方选择法律的自由受到限制的领域, “最密切联系原则”暂时位列法律适用法原则的首位。确定合同最密切联系地的方法即为特征性履行方法。在确定涉外影视著作权许可使用合同的特征性履行地时, 应以分割论为指导原则, 具体分析合同的特征性履行行为和行为人, 从而分别确定合同准据法。基于影视作品对输入国文化的深远影响、对许可方和被许可方巨大利润等多方面的利益冲突, 涉外影视著作权许可使用合同法律适用规则应有例外规定设置, 如直接适用保护国法、强制性规则、公共秩序保留原则等。

**[关键词]** 涉外影视著作权; 文化; 许可使用合同; 冲突规范; 意思自治原则; 最密切联系原则

**[中图分类号]** D997.3; G114 **[文献标志码]** A **[DOI]** 10.3969/j.issn.1009-3729.2015.05.007

在全球化环境下, 国家间影视作品的交流频率加大, 在影视著作权涉外利用中许可使用方式尤其多见, 不同国家的不同规定使得涉外影视著作权许可使用发生纠纷后存在法律冲突。但是, 国际统一实体法在解决其法律冲突的效果方面不够理想, 于是, 各国对冲突规范在解决涉外影视著作权许可使用合同法律冲突方面的作用逐渐被重视。冲突规范是指明某一种涉外民商事法律关系应如何适用法律, 有别于能直接确定当事人权利义务的实体规范的法律适用规范。冲突规范的优势恰是其灵活性, 这是国际统一实体法所欠缺的, 如此以来, 一国国内

冲突规范的调整规制可以有效改善国际统一实体法的僵硬、弥补其空白。然而, 统观各个国家或地区的民商事实体法, 延及缔结的区域性条约都没有专门针对影视著作权许可使用(合同)法律冲突解决的冲突规范, 仅存的法律文件所做的规定也仅是将其当作一般知识产权的合同问题来对待。因此, 本文拟从冲突规范的角度依次研究涉外影视著作权许可使用合同的一般冲突法、一般合同法适用原则, 提出“最密切联系原则”是解决影视著作权涉外合同所涉法律适用问题的最佳设计, 以及对涉外影视著作权许可使用合同法律适用规则的例外性规定, 以期

[收稿日期] 2015-07-31

[基金项目] 国家社会科学基金项目(12BFX103)

[作者简介] 刘远山(1963—), 男, 湖北省天门市人, 海南大学教授, 博士, 主要研究方向: 知识产权法、民商法。

更加有效地解决涉外影视著作权许可使用合同法律冲突问题。

## 一、涉外影视著作权许可使用合同的一般冲突法适用

涉外影视著作权许可使用合同,是具有涉外性质的影视著作权本体法律关系与合同法律关系的复合,是一个具有双重性质的问题。在一个特定涉外影视著作权许可使用合同中,欲区分著作权本体法律关系与合同关系,过程是复杂的,结论也是不明显的。然而,在这种综合问题的法律适用上,究竟是适用单一准据法还是区分适用著作权本体、合同自体法规则,一直都处于争议之中。有学者认为,涉外影视著作权许可使用合同应适用同一法律作准据法,既避免了法律适用的复杂性,又避免了对合同内容分割适用法律造成的新法律冲突<sup>[1](P219)</sup>,有一些国家或地区在实践中遵循此种方法。与适用单一准据法相比,区分适用著作权本体、合同自体法规则受到更多学者的欢迎,在大多数国家或地区的法律适用法中占据重要地位。传统上的合同法律适用方法论有“分割论”与“单一论”之别。相比于单一论主张的对合同种类、诸要素不加区分而统一地使用某特定法律的理念,分割论更合理、可操作性更强,原因在于其针对性强。分割论源于意大利注释法学派的巴托鲁斯,其产生的年代较早。巴托鲁斯将合同的形式、合同的履行所应依据的准据法分配于不同地域,即合同形式要件由合同缔结地法律规制,合同的履行在进一步区分内容、违约、争议(程序事项)后,分别适用契约所在地、履行地和法院地法律。

由于实践中涉外影视著作权许可使用合同纠纷案件的产生,必然会伴随涉外影视著作权本体法律关系和许可合同法律关系问题,因此,在讨论法律适用规则之前,亟需厘清与著作权有关的问题和合同方面的问题。

在涉外影视著作权许可合同中,著作权本体法律关系适用于来源国法已经被大多数学者认可,亦被多数国家或地区立法所采纳,但在涉外影视著作权许可合同中合同关系的法律适用方面存在较多分歧。<sup>[1](P221)</sup>因为,在影视著作权或者说著作权权利归属上,总有部分内容实质上属于影视著作权法律关系的构成且与许可合同的成立、效力紧密相关,如影视著作权许可的登记、影视著作权许可使用合同的对抗效力、影视著作权许可合同的实质性要件与形式要件、权利要素的效力等。

Ulmer<sup>[2]</sup>认为,在涉外影视著作权许可合同中存在的一些共性问题为知识产权许可合同所共有的,理应适用统一规范。例如,影视著作权许可使用授权的合法性问题需依保护国法律规范与调整。

在涉外影视著作权许可使用合同的成立与生效及当事人缔约能力问题上,台湾地区法律学者曾陈明汝<sup>[3]</sup>认为,影视著作权许可使用合同的成立要件、效力和当事人之缔约能力的法律适用依据合同之准据法,而只有工业产权如商标权许可合同标的受权利注册、登记成立地法支配。大陆地区法律学者杨长海<sup>[1](P319)</sup>则与曾陈明汝意见相左,认为保护国法是调整知识产权涉外许可合同的实质性与形式性要件的准据法。

鉴于影视著作权独具的特性,涉外影视著作权许可使用合同具有不同于一般涉外民商事合同的特殊性,对于其实质与形式要件的法律适用规则所具有的特殊性也应予以关注。但无论如何,它仍在某种程度上属于合同问题,因此,应当将其归入合同法律适用的问题中进行讨论。

## 二、涉外影视著作权许可使用合同法律适用与一般合同法原则

在涉外合同的法律适用中,法律适用原则贯穿性地起到了指引作用,无论是全球性条约还是区域性条约协定,均认可意思自治原则为合同法律适用的首要原则,中国涉外民事关系法律适用法更是采纳了最密切联系原则作为指导合同法律适用的基本原则<sup>[4](P287)</sup>,其地位与意思自治原则可谓并驾齐驱。在最密切联系原则的具体适用中,确定最密切联系地的方法即为特征性履行方法。涉外影视著作权许可使用合同是兼具多种法律属性与特征,对于构成其法律关系的各要素,应当在合同的适用法律问题基础上条分缕析。

### 1. 意思自治原则在涉外影视著作权许可使用合同中的运用

“意思自治”滥觞于《法国民法典》,自由资本主义形成以来被奉为经济、法律运行的最高准则。在涉外许可合同的法律适用上,多数国家或地区的立法均立于意思自治原则的基础之上。意思自治原则在各国家或地区民商事法律和冲突法中主要表现为期待、允许当事人协商选择合同的准据法。笔者分析其原因为:在全球经济一体化融合的大趋势下,公民的经济自由有时也体现为选择法律的自由,特别是公民有权选择与其本身及其合同无密切联系的法

律。深入而论,在涉外影视著作权许可使用合同的冲突规范指引中,当事人意思自治原则也占首位,如《涉外民事法律关系法律适用法》第41条。

意思自治原则同样体现在《合同法》第126条和《民法通则》第145条。《日本法例》第7条第一款规定,关于法律行为的成立、效力,按当事人的意思确立应以何国的法律为准。《美国冲突法重述·第二次》也确立了意思自治原则。欧共体1980年《合同义务法律适用公约》第3条第一款规定,双方当事人可以自行选择适用于合同的全部或部分法律。泰国、西班牙、葡萄牙、希腊、匈牙利、德国、瑞士、意大利等国,均在其本国的法律中确立了意思自治原则及其地位。<sup>[5]</sup>笔者认为,解决合同的法律冲突与纠纷问题,可以借鉴如下方法:当事方在涉外影视著作权许可使用合同中,将所有与合同有关的纠纷交由某特定国家或地区的实体法律来调整,以避免法律冲突。

各国家或地区总是基于具体的文化传统、法律理念和国情,对当事方自主选择法律的行为予以相应的限制。参考各国民事立法、法律适用法和司法实践可以发现,意思自治原则所赋予当事方的选法自由并不是绝对的,其发挥功能的空间也不是全覆盖的。中国法律适用法在拟定、修改及定稿的过程中,吸收和借鉴了国际条约和发达国家的立法技术,其关于意思自治原则的法律适用及限制,可以透出国际条约和国外法律相关规定的影子。中国法律适用法关于意思自治原则“绝对自由”的限制,主要体现在以下五个方面:一是当事人选择法律的初衷是善意的,行为是合法的;二是不得违反公共秩序;三是当事人协议变更所选择法律的时间须在一审法庭辩论终结前,亦不得影响合同形式上的有效性和对第三人权利造成不利影响;四是不能选择外国的法律适用法;五是特定合同直接适用中国法,当事人无权选择,已做选择也无效<sup>[6]</sup>。在当事方选择法律的自由受到限制的领域,最密切联系原则可上升至法律适用法原则的首位。

## 2. 最密切联系原则与特征性履行方法

很多许可合同之所以未就法律适用条款达成一致,是因为合同双方在棘手的实质性问题上的谈判选择法律的更多。<sup>[2](P102)</sup>产生这一问题的主要原因在于:基于对对方当事人国家法律不熟悉的考虑,害怕适用对方法律会对己方利益造成损害(或潜在损害),从而承受不可预知的风险。因此,如何处理涉外影视著作权法律关系双方对涉外影视著作权许可

使用合同准据法未约定的情况(或约定无效的情况),是各个国家或地区法律适用法及其司法解释需要规制的问题。通过研读部分国家或地区法律适用法的立法,笔者发现,最密切联系原则是在法律实践中解决此问题的主要方法。

最密切联系原则是指,当涉外合同当事方未选择或未有效选择合同所应适用的准据法时,则应将与其有最密切联系的法律作为准据法的原则。即使是粗略地研究最密切联系原则也会发现,最密切联系原则在合同领域里是作为当事人意思自治原则的辅助而存在的。这项发轫于美国法中的原则已经被大多数国家或地区的法律所选择和移植,更在有些民商事国际条约中有所体现。

E. Bartin<sup>[7]</sup>曾主张,涉外知识产权许可合同适用合同签订地法律,笔者认为此观点存在不合理之处。因为,合同的缔结方式有多种,在涉外合同的签订方式中传真、邮件等方式的应用已很普遍,双方谈判过程也可能异地、异国进行,如此以来,合同签订地的确定就具有了复杂性。假使择当事方任一所在地确定为合同签订地,也未必合理,因为双方可能是通过信函或者网络沟通好后而另行选择的一方便地。<sup>[8]</sup>

确定合同最密切联系地的方法应依据最具特征的义务履行行为来确定,即特征性履行方法。<sup>[9]</sup>依据特征性履行方法确定涉外影视著作权许可使用合同的准据法具有简单、高效的特点。涉外影视著作权许可使用合同的法律适用问题较为复杂的原因如下:首先,许可使用合同是持续性合同,影视著作权人与被许可人之间的法律关系在一段时间内是存续不变的;其次,在影视著作权人和被许可人法律关系维系期间,双方权利义务的稳定状态中又夹杂着不确定因素;再次,有专有许可和非专有许可之别,专有许可下又有独占许可与排他许可之分,影视著作权人与被许可人在合同中所承担的义务难以一刀切地定量。鉴于上述原因,在确定涉外影视著作权许可使用合同的特征性履行地时,应当以分割论为指导原则,具体分析合同的特征性履行行为和履行人,从而分别确定合同准据法。

就特征性履行方法而言,依其确定的最密切联系地不止一个,因此所应适用的国家法律亦存在多种可能。例如,影视著作权人可以主张如果没有其名下的影视作品,涉外影视著作权许可合同关系下的各种附随关系及经济报偿即无从谈起,由此,其所在地是最密切联系地。然而,被许可人会主张著作

权人所获得的经济回报是基于其对目标影视作品及著作权的运作,因此被许可人所在地是最密切联系地。除当事方的上述主张外,涉外影视著作权许可合同的实际履行实施地,以及作为目标影视著作权的利用实施所在国,也与其具有最密切联系。

为了解决著作权涉外合同所涉的法律适用问题,各国家或地区曾为此做出过积极努力,设计了诸多制度安排,专家学者也著书立说提出了多种立法设计。但经过理论论证和实践检验,最终最密切联系原则被认为是最佳设计。<sup>[10]</sup>除此之外,笔者还总结了其他三种主要解决方法。一是主张著作权人惯常居所地与涉外著作权许可使用合同联系最密切,应适用该地所在国家的法律,其理论根据为著作权人所在国家是影视作品或者影视著作权来源地,也是涉外影视著作权许可使用合同内容的来源地。例如,《瑞士联邦国际私法》就肯定了知识产权权利人习惯居所地法律作为合同准据法的理论。而Ulmer<sup>[2](P102)</sup>则认为,仅在特定情况下,即在许可合同性质为非专有许可合同,或者是专有许可合同但被许可人分布于多个不同国家之时,可以适用目标著作权人所在国家法律。二是主张涉外影视著作权许可使用合同适用被许可人惯常居所地(主营业或者总部所在地)之法,其理论根据在于涉外影视著作权合同的“利用”理论。在涉外影视著作权许可使用合同签订之后,被许可人的运作、经营影视作品和影视著作权的合同义务被认为是最重要的,被许可人的“利用”是达成双方缔结合同目的的关键。虽然著作权人也负有部分合同义务,如监督、技术援助等,但是这些都是附随义务。因此,被许可人的履行是最具合同履行特征的,其惯常居所地国法律应该被适用。该主张在《奥地利联邦国际私法》第43条中也有所体现。此种观点也有其缺漏之处。假设,被许可人并不是在与其具有最密切联系地国而是在第三国利用经营、运作目标影视著作权,此时与影视著作权涉外许可合同有最密切联系地应是影视著作权实际实施利用地,该国的法律应被适用。三是主张适用保护国法律。在国际法上,保护涉外当事人权利的程序中普遍适用着“用尽当地救济”原则。影视著作权的实际实施地最可能成为保护国,适用该国法律意味着合同所涉全部法律关系受到同一法律的调整。持不同意见者则认为,适用保护国法模式有可能造成新的法律冲突,即当著作权人授权同一被许可人在多国使用的情况下,则存在多个与合同有最密切联系地,而这些地区的法律很可能

互相冲突。如果遇见这种存在多个与合同有最密切联系地的,则应以被许可人惯常居所地法作为准据法。

### 三、涉外影视著作权许可使用合同法律适用规则的例外性规定

#### 1. 直接适用保护国法

涉外知识产权合同的一般法律适用法,无关合同的形式要件与实质要件的特别规定,均与其他合同事项受同一法律调整。涉外影视著作权法律适用规则的例外性规定,是基于影视作品对输入国的文化的影响。涉外影视作品的输入国,无论是想加以利用还是抵制所引入影视作品对其国内的社会或是民众的文化、潮流、思想所产生的影响,其主要手段都是以法律的形式控制涉外合同的形式与内容。

Beier<sup>[11]</sup>认为,涉外知识产权合同的特殊形式应适用保护国法律,因为,只有先满足保护国关于被保护知识产权的形式要件,才会有获得该国法律保护的可能,而且各个国家或地区法律关于程序性事项和形式要件之规定都是强制性的。我国学者杨长海<sup>[1](P338)</sup>也认为,保护国法中关于知识产权合同的形式与实质性的特殊规定应构成例外规则,合同当事人须首先满足保护国法律关于形式要件的规定,其次才是关于实质要件的规定。

笔者认为,制定影视作品著作权涉外利用的例外规定是有必要的,因为与其他知识产权相比,影视作品隐含的作者众多,同时也造成了精神权利的复杂性,此外,还可能导致不同国家或地区文化间的矛盾冲突。其特殊性可致使其合同诸要素的法律适用规则部分地背离一般合同的国际私法规则。如Ulmer<sup>[2]</sup>就认为,著作权涉外许可使用的对抗效力属于程序事项,具有公法效力,应适用保护国法律而非合同的准据法。通过考察目前大部分国家或地区的立法和司法实践,笔者发现,涉外知识产权合同的形式要件一律适用合同的准据法的制度占主流,对世界知识产权法律适用论影响颇为深远的《美国冲突法重述·第二次》也采纳了此种立法安排。但对于涉外影视著作权许可使用合同形式要件效力而言,其实质要件效力受保护国规制的更加紧密。由于各国家或地区法律大多没有否定涉外影视著作权许可使用合同的当事人可自由就合同应适用的准据法作出约定,这使涉外知识产权合同当事方所选择的准据法与保护国法律之间存在发生冲突的可能。<sup>[12]</sup>

## 2. 强制性规则

强制性规则是直接适用法之一种,是指涉外案件不必经冲突规范的指引,而由一国法律规定强制适用于特定案件的规则。直接适用法多数情况下存于民法典或者国际私法之中。由于知识产权法律具备“公法性”特征,著作权法除具备公法性质外,还关乎一国的文化传承,因此,涉外影视作品著作权许可使用合同也受到更多的强制性规则的规制,这从中国引进国外电影、电视剧必经国家新闻出版广电总局的审批可见一斑。强制性规则不仅排除了特定冲突规范的适用,更排除了当事人自主约定准据法的选择权。

## 3. 公共秩序保留原则

我国《民法通则》中的公共秩序被定义为中华人民共和国的社会公共利益,在国际私法领域被称为公共秩序保留原则,在英美法中被称为公共政策(public policy)<sup>[2](P89,47)</sup>,在德国被称为保留条款或排除条款<sup>[13]</sup>。公共秩序保留原则是一种否定性的强制性规则,是当我国法院认定,若适用当事人选定的准据法或者国际惯例将会损害本国的基本政策、利益、道德时,受诉法院有权排除其适用,迳而适用中国法律的一种保留制度。<sup>[14]</sup>我国《民法通则》第8章规定,“依照本章规定应适用外国法律或者国际惯例的,不能违背中华人民共和国的社会公共利益”,《涉外民事关系法律适用法》第5条规定,“外国法律的适用将损害中华人民共和国社会公共利益的,适用中华人民共和国法律”。因此,当我国引进外国影视作品时,在该涉外法律关系所依据的准据法、应适用的国际惯例将危害本国的公共利益时,一旦出现纠纷,纠纷的受诉法院可以直接依据我国法律认定将要适用的准据法等无效,而直接适用中国法律。

## 四、结语

涉外影视作品著作权许可使用合同冲突规则,即使从世界范围看,也仍然处于发展的初步阶段,但基于影视作品对输入国文化的深远影响、对许可方和被许可方的巨大利润等多方冲突,很难简单地适用

哪一种冲突规范是最恰当的。对于影视作品产业并不发达但快速发展的中国来说,应从他国涉外影视著作权许可使用合同法律适用的实践中汲取经验教训,求同存异,总结、完善和发展可行的规则,重视例外规定的设置,建立符合中国国情的涉外影视作品著作权许可使用合同法律冲突的冲突法规范。

## [参 考 文 献]

- [1] 杨长海. 知识产权冲突法论[M]. 厦门: 厦门大学出版社, 2011.
- [2] Eugen Ulmer. Intellectual Property Rights and the Conflict of laws[M]. Deventer: Kluwer, Law and Taxation Publishing Division, 1978.
- [3] 曾陈明汝. 国际私法原理[M]. 台北: 台湾三民书局, 1993: 278 - 281.
- [4] 齐湘泉. 《涉外民事关系法律适用法》原理与精要[M]. 北京: 法律出版社, 2011.
- [5] The European Max Planck Group Conflict of Laws in Intellectual Property. Conflict of Laws in Intellectual Property: Principles for Conflict of Laws in Intellectual Property[M]. Oxford: OUP Oxford, 2011.
- [6] 曲三强. 论影视作品的著作权[J]. 中外法学, 2006(2): 54.
- [7] Bartin E. Principles De Droit International Privet[M]. Paris: Dormat-Montchrestien, 1930: 69.
- [8] 刘仁山. 国际合同法律适用中“意思自治原则”的晚近发展[J]. 环球法律评论, 2013(6): 44.
- [9] 李冠群. 国际私法系统视野下的最密切联系原则[D]. 大连: 大连海事大学, 2010.
- [10] 谢宝朝. 合同冲突法的当代发展及我国的立法完善[D]. 上海: 华东政法大学, 2012.
- [11] See Beier. Conflict of law problems of copyright license agreement[J]. IIC-International Review of Industrial Property and Copyright Law, 1982(2): 178.
- [12] 齐爱民, 何培育. 涉外知识产权纠纷的法律适用——兼评《涉外民事关系法律适用法》相关规定[J]. 知识产权, 2011(2): 34.
- [13] 肖永平. 法理学视野下的冲突法[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2002: 7.
- [14] 马德才. 国际私法中的公共秩序研究[M]. 北京: 法律出版社, 2010: 77.