

移动互联网时代著作权专有许可限制规则释疑

熊 琦

摘 要 专有许可在我国著作权市场中已成为广泛适用的许可类型,但由于相关合同条款存在争议而被著作权主管部门视为“扰乱市场秩序”的手段,在立法论上引发了关于著作权专有许可合同是否应予限制与如何限制的讨论,在解释论上又呈现出各方皆无法拿出法律依据的悖论,使得由行政约谈和行政处罚促成的限制手段缺乏稳定性和可预期性。在我国互联网产业主导版权产业的背景下,著作权专有许可被著作权人和网络服务提供者在实践中用来代替传统的集中许可,是基于其在交易安全和许可效率上的双重优势。无论是立法论上引进域外限制性规定的建言,还是解释论上的对强制缔约类推适用和滥用市场支配地位的认定,在我国都存在法律体系和商业模式上的双重阻碍,欠缺明晰的合理性和法源依据。因此,既不应增加独立的著作权专有许可限制规则,也不能把禁止专有许可纳入《反垄断法》恢复市场竞争状态的必要措施范畴。

关键词 著作权许可;专有许可;交易成本;市场竞争秩序;数字音乐服务平台;反垄断

中图分类号 D913 **文献标识码** A **文章编号** 1672-7320(2022)01-0157-11

基金项目 国家社会科学基金重大项目(19ZDA164)

专有许可作为我国著作权法体系中明定的许可类型,本是著作权作为私权的应有之意,即使在很多国家的著作权法中并未直接规定,也完全能基于著作财产权的排他属性来推理出结果。对于有体物而言,在许可使用问题上不存在专有和非专有之别,因为有体物竞争性和排他性的物理属性本身就决定了其无法以非专有方式分享,所以有体物的价值实现主要表现为占有使用或权利移转。而作品天然的非竞争共性和非排他性使多人共同使用成为可能,专有许可的设定则非物理属性使然,而是权利人利用法律的强制安排,由此产生专有许可适用的合法性之问。被我国网络服务提供者作为集中作品来源主要手段的专有许可,也因此和相关争议中被视为“资源封锁式的竞争”,行政管理部门则通过从约谈到直接行政处罚的方式(国市监处[2021]67号行政处罚决定书)要求网络服务提供者消除专有许可的影响^①。上述争议虽然暂时随着相关互联网平台“自愿”放弃专有许可而告一段落,但著作权专有许可的合法性问题却仍然缺乏学理和司法上的准确判断。

一、问题的提出

在各种互联网产品皆被倡导共享的今天,相关版权产业主体为何反其道行之,拒绝采用在著作权制度史上被证明行之有效的集体管理组织来实现集中许可,而是将著作权以专有许可的方式授予个别网络服务提供者行使?著作权主管部门又为何一方面接连以“行政约谈”和行政处罚的方式限制私人适用

^① 2021年7月,国家市场监督管理总局以腾讯公司收购中国音乐集团股权时未依法申报而构成违法实施经营者集中为由,对腾讯及其关联公司做出责令解除网络音乐独家版权等处罚。该《行政处罚决定书》依据我国《反垄断法》第48条的规定,要求本案中的相关网络服务提供者不得与上游版权方达成或变相达成独家版权协议或其他排他性协议,已经达成的,须在本决定发布之日起30日内解除。

专有许可,另一方面又在集体管理制度的立法选择上偏好专有许可,规定著作权人向具有市场支配地位的集体管理组织授权时采取专有许可?以上悖论的存在,使得著作权专有许可的合法性在未来面临行政执法和司法上的不确定性,间接对移动互联网时代版权产业商业模式的转型和升级产生消极影响。因此,明确限制专有许可的合法依据和法源基础显得刻不容缓。

首先,著作权许可的立法方向和市场预期的确定,需要依托于对著作权合同限制性规则合法性的正确认识,因而须从立法论层面考察如何实现对专有许可适用范围的限制。依据私权制度的基本法理,专有许可本为私人利用私权塑造商业模式的制度工具,权利人不但可以自由调整权利的配置,而且有权附加著作权法未规定的义务,以满足不同市场情势的需要。但著作权主管部门却认为专有许可可能造成哄抬价格,不利于作品的传播和创造,并将破坏著作权市场秩序^[1](P17)。而且国家市场监督管理总局还直接以行政处罚的方式(国市监处[2021]67号行政处罚决定书)禁止了专有许可合同的适用。调和这种法理和实践上的认知差异,需要基于比较法史和本土制度史两个层面诠释著作权专有许可的法律属性和制度意义,并在此基础上反思是否限制与如何限制。

其次,为促进我国司法裁判和行政执法限制专有许可的规范化,需要明确其法源体系和解释规则,所以应在明晰专有许可合法性基础的前提下检验现行法律施加范围限制的效力认定依据。虽然专有许可在数字技术的帮助下能够呈现更多优势,但其导致特定被许可人独占作品来源的适用效果,必然招致各方认为合同当事人存在滥用市场支配地位或滥用权力的嫌疑。作为行政管理机关介入依据的“维护市场秩序”,能否以私法上的“禁止权利滥用”或者经济法上的“采取必要措施排除、限制竞争效果”作为其法源基础,需要在明确专有许可适用主体、合同内容 and 市场情势的基础上,通过判定权利滥用和市场支配力滥用的构成要件来加以检验。

二、历史考证:专有许可限制规则的生成和适用背景

无论是立法论层面还是解释论层面,专有许可遭遇质疑的根本原因都是源自各方在比较法经验和本土法现实上的认知差异。比较法研究之所以关键,是因为我国著作权法作为特定历史条件下制度移植的产物,其历史意义更多在于借助外来规则来改革当时本土知识产权制度缺失的传统,相关概念和体系乃是知识产权国际化和一体化进程的结果。我国在讨论限制专有许可的合理性依据时,部分支撑观点和制度经验来自于《美国版权法》^[2](P111-117)。《美国版权法》限制专有许可的方式主要有两种,一是对所有许可合同的一般限制(17U.S.C.[2016],§203[a]),立法上表现为对许可期限的强制,即非职务作品的著作权转让或许可在经过35年以后,原著作权人就在之后的5年期限内有权行使一项“撤回权”。著作权人可借此重新获得作品已被让与的著作权,而且该限制并非专门针对专有许可,而是适用于一切许可模式^①。二是对专有许可的专门限制,即在特定情况下要求著作权人必须以非专有许可的方式实施授权行为,在著作权法内部表现为对数字传输方式公开表演录音制品相关权利的限制,在著作权法外部表现为美国司法部和音乐作品公开表演权集体管理组织之间的和解协议(United States v. Am. Soc'y of Composers, Authors, Publishers, No. 41-1395[WCC], 2001 WL 1589999 [S.D.N.Y. June 11, 2001])。这种零散的制度安排,意味着立法者对专有许可的限制并无任何事先设计,而是在不同历史时期针对特定产业和社会环境加以逐一应对。

从一般限制规则看,设定撤回权旨在防止出现以下情形:一是作为创作者的原著作权人因初始授权时约定的版税标准过低而无法在作品增值后得到合理补偿;二是被许可人基于其市场地位优势迫使著作权人接受不公平的交易条件(Harry Fox Agency, Inc. v. Mills Music, Inc., 779 F.2d 35 [2d Cir.1985])。

① 根据该条规定,对于除雇佣作品外的任何作品,无论是著作权转让抑或许可,作者撤回权利的决定可以在转让或许可满35年后的5年内的任何时候生效。在授权终止生效后,所有权利都将重新归属作者、合作作者以及其他根据(a)条款第(1)款和第(2)款所规定的主体。

阻止上述情形的制度目标,都是为使创作者得以在作品市场价值提升后重新获得对作品的控制。这也说明虽然遵循版权法系传统的美国允许著作权全部转让,但仍然从权利取得期限上限制了被许可人或受让人行使权利的自由,相当于赋予了创作者重新控制作品的权利。对于专有许可的被许可人而言,其使用作品权利的期限有可能在35年后被原著作权人终止,所以该条款也可以被视作对著作权许可和转让期限的强制安排。不过,该制度在历史上进入大规模适用之前,就已经遭到诸多质疑^[3](P387)。一方面大部分作品并无持续获得经济效益的能力,因而创作者本人也就没有必要行使这项撤回权;另一方面在大部分许可合同中,约定期限也没有达到35年之久,著作权往往在到期前就已回到著作权人手中,并无该条款适用的空间。

从特殊限制规则看,限制特定领域内的专有许可,旨在抑制相关主体对其市场支配力的滥用。对颁布于1995年的《美国数字录音制品法案》而言,对录音制品交互式数字传输专有许可的限制(17 U.S.C. §106 & §114),乃是美国音乐作品与录音制品权利人之间博弈妥协的结果,并非对某种明确存在的消极行为的限制,而且限制的行为仅限于交互式的录音制品数字化传输,既无关音乐作品著作权,也无关录音制品在非网络环境和非交互式网络环境下的许可^①。当时录音制品著作权人在争取录音制品数字传输权时,参照类比的权利类型就是音乐作品公开表演权,非专有许可也因此被参照设立。与此同时,集体管理组织在音乐作品公开表演权入法前后也随之成立,鉴于其集中了大量著作权,美国司法部即针对两个主要的集体管理组织提起了反垄断诉讼,最后在法院调解下双方达成和解协议,强制要求著作权人与集体管理组织之间,以及集体管理组织与使用者之间都只能以非专有许可的方式建立法律关系。

由上可知,《美国版权法》针对专有许可的两类专门限制规则,是传统音乐产业主体为将规制音乐作品许可上的制度传统延续到数字化录音制品上的结果,而非针对互联网商业模式做出的全新设计。音乐作品公开表演权在和解协议的限制下,很早就只能以非专有许可的方式行使权利。所以在录音制品著作权人争取自己权利的时候,音乐作品著作权人一方面不愿意录音制品著作权人的权利范畴超过自己,另一方面害怕自己受和解协议约束的权利在许可给录音制品著作权人后,又因许可模式不受约束而导致后者拥有市场支配地位,因此在录音制品数字传输权的设计上出现了极其复杂的制度安排。在相关立法文件中,录音制品增加何种权利,或者权利范畴如何调整,目的皆为弥补被数字化传播取缔的前网络时代传统使用方式。质言之,美国版权产业与版权制度始终处于一种相互影响的状态,而且传统版权产业商业模式中的既得利益者为了延续其收益,必然以各种手段迫使新兴产业按照传统商业模式运作,前后立法选择的雷同也因此呈现^②[4](P5-6)。

相比美国版权立法进程中产业主体的充分参与,我国著作权法律体系却因特殊历史原因导致的仓促移植而呈现不同的发展走向。由于在制度生成之初面临理论积累和产业基础的双重缺失,《著作权法》中既无对许可和转让期限的一般约束,也无针对专有许可的禁止性条款,仅仅在法律文本中简单说明允许专有许可。但鉴于当时本土著作权交易形式简单,这种粗糙的安排并未在实践中产生较大的法律争议。随着本土版权产业的迅速勃兴,在传播和交易频率极高的音乐著作权和社交网络等领域,专有许可与转授权相结合的模式已成为网络服务提供商之间保持用户粘性的重要竞争手段,主要表现如下:

① 《美国版权法》第114(d)(3)条中的专有许可限制条款,只限制拥有一千份录音制品以上版权的权利人专有许可期限不得超过12个月,1000份录音制品以下版权的权利人的专有许可期限为24个月,而且在合同到期后13个月内不得再次许可。但如果许可人已根据该法第106(6)条,许可至少5家交互式网络服务提供商以公开表演权,并且(1)授权每家服务商录音制品的数量,不得低于许可人所拥有版权的录音制品数量的10%;(2)每次许可的录音制品不少于50项,或者专有许可他人每项不超过45秒的录音制品,且许可的唯一目的是推广该录音制品,则该许可人不受上述有关授权期限的限制。

② 即使在备受瞩目的美国《音乐现代化法案》(Music Modernization Act 2018)中,摆脱传统立法路径依赖的努力也仍然没有成功。法案中所谓的增加集体管理组织,并非如诸多音乐产业主体长期呼吁的那样,先废除被实践证明低效且不符合互联网传播的法定许可,再通过重建集体管理组织概括许可的授权模式来解决数字时代许可效率低下的问题,而是采取更为保守的立法策略,在保留法定许可的基础上再增加对法定许可的集体管理,成立一个“机械复制权许可协会”(Mechanical Licensing Collective),相当于各方希望废除的限制规则其实仍然在新的领域被延续。

第一,专有许可在本土实践中被广泛用来替代本应由集体管理组织实施的集中许可,在交易效率和安全的塑造上有着难以替代的作用。与美国在音乐作品和录音制品两个领域同时限制专有许可不同,一方面由于我国特殊的制度史和产业史,音乐作品和录音制品领域的信息网络传播权皆由著作权人自行行使;另一方面则是因为集体管理组织与著作权人之间的协商过程困难重重,著作权人不愿意将权利交由集体管理组织集中许可。在著作权人也不可能以合理成本自行许可的情况下,只能通过专有许可的手段向网络服务提供者授权,实质上是由后者承担类似集体管理组织的功能。

第二,我国专有许可适用既无任何来自《著作权法》的专门限制,也难以通过类推适用合同法的方式寻找限制依据。与美国行政机关介入方法不同,我国不存在像美国那样行政执法机关和产业主体之间的和解协议(35 B.C.J.S. Federal Civil Procedure § 1149 [2015])(United States v. ITT Cont'l Baking Co., 420 U.S. 223, 95 S. Ct. 926, 43 L. Ed. 2d 148 [1975]),著作权主管部门无需向法院起诉,其与市场主体之间也不存在订立和解协议的传统,而是围绕市场调控的管理与被管理关系^①。由于《著作权法》本身并未明确这种“行政管理权”的范围和程序,著作权管理机关在行使管理或执法权时,事实上并无直接法律依据来明确其范围,只能以维护“良好市场秩序”和“产业健康发展”等理由作为合理性前提^[1](P17)。又鉴于传统民法中并无专有与非专有合同之别,因而也难以从合同法中找到直接法源,只能尝试类推适用相关限制规则来应对。我国民法体系中对合同自由的限制主要建立在形式限制和内容限制两个方面。形式限制表现为《民法典(合同编)》和《消费者权益保护法》等对格式合同要件和效力的特殊安排。虽然上述法律对格式合同的规定可直接适用于专有许可,但并非特别为许可对象的唯一性所设,难以解决许可对象单一所可能出现的特殊问题。内容限制则体现在《民法典(总则编)》和《民法典(合同编)》对缔约内容显失公平的纠正。然而,与形式限制条款相同,专有许可内容的争议性并非表现在对违约金、免责条款或特殊主体等之上,而是专有许可对作品传播范围和其他潜在被许可人所可能造成的消极影响。

综上所述,在现有私法体系中,涉及法定要求扩大缔约对象的规则只有强制缔约制度。然而,强制缔约制度的目标,是基于社会保障或维护市场开放而强制商品或服务提供方与相对人缔约,因此仅存在于公共产品的提供上,《著作权法》规制的作品显然不在其中。这说明对我国著作权专有许可合同而言,无论是比较法上的经验还是本土既有规则都难以直接应对实践中的争议。

三、合法性反思:专有许可限制规则解释立场重述

何谓市场竞争秩序或市场乱象,市场秩序与市场竞争之间又是什么关系,必须首先从概念上加以澄清,然后再考量其合法性问题。否则,各方认可的市场秩序并非在同一语境下,甚至都以市场秩序为旗号,却行私利之实,显然不利于版权产业的发展。

(一) 基础概念澄清

行政管理部门之所以将专有许可与市场秩序相关联,原因乃是专有许可有可能造成排除、限制竞争的效果而影响潜在被许可人和消费者的合法利益。专有许可的存在意味着该领域的其他使用者无法获得许可,进而相当于给予了专有许可被许可人以市场支配地位。由于担心该被许可人存在滥用该市场支配地位的可能,管理部门以维护市场秩序为由来干预专有许可的实现。但从另一角度看,专有许可乃著作权人基于特定市场情势所选择的竞争工具。一般而言,著作权人或被许可人选择专有许可,旨在通过选择单一许可来源和渠道来实现特定目的,属于当事人自行安排的法律关系范畴。对于上述强制与自治之间的边界争议,只有首先在概念上对专有许可和市场秩序进行正确的法律描述,之后才能找准限

^① 美国在相关立法和司法判决中已明确认定,司法部与著作权集体管理组织之间的和解协议应该被视为一种合同,对其解释亦应遵循相关主体的交易习惯。相比之下,我国《著作权法》和《著作权法实施条例》已明确规定了国务院著作权主管部门和各省、自治区、直辖市人民政府著作权主管部门的行政管理权和行政执法权,但无论是立法还是司法解释却始终未能拿出明确细化的规则供执法者参考。

制或非限制的合法性基础。

首先,从专有许可行为的特点看,其区别于非专有许可的重点在于被许可人可以获得准著作权人的身份。对于通过著作权许可合同安排的权利内容,我国在司法裁判中都会认定为相对权,其效力仅能约束缔约方。根据立法者的解释,著作权许可和转让被视为两种不同的权利流转方式,但两种权利流转方式的本质区别为何,却并无明确表述。但现行《著作权法》对专有许可合同的效力提供了明确解释,即允许专有许可合同的被许可人排除第三人以同样方式使用作品^①。这种制度安排的意义,在于使专有许可在法律属性和效力上区别于非专有许可。根据《著作权法实施条例》第24条的规定,专有许可的被许可人有权“排除包括著作权人在内的任何人以同样的方式使用作品”。由此可推定,专有许可合同中存在基于法定著作权能的绝对权设定,应该认为当事人之间除了具备受合同约束的合意之外,还存在以法定著作财产权规定的方式使用作品的“无形财产用益权”。

采取上述解释方法的目的,在于避免绝对化地将许可使用局限在负担行为(北京新华先锋文化传媒诉王某文案,北京市海淀区法院[2010]海民初字第18989号民事判决书)的框架之内,出现无形财产许可所特有的效力冲突。由于同一作品上完全可以成立多个许可合同而不会出现任何的“事实履行不能”,许可合同会因其负担行为属性而无法区分效力位阶。如果著作权人先后与多个相对人之间设立专有许可,那么所有专有许可合同皆有效力,导致任何被许可人都无法真正实现排他;如果著作权人先后设立的是专有许可与非专有许可,对非专有许可人而言,亦因专有许可人有权直接排除其合同效力而显失公平。同时,合同相对性也意味着一旦著作权人设定的合同条款超出法定著作权类型,将无法约束除许可合同相对人之外的第三人。随着数字化传播成为主流,载体与作品的分离成本几乎可忽略不计,著作权人实际上已无法约束使用者对作品的再传播,合同的相对性使得数字化作品通过网络传播后的使用方式脱离了权利人的控制,进而破坏了著作权人所期待的作品使用方式。将专有许可视为包含处分行为的合同类型,可以使著作权人在行使权利过程中更为自由,也更具保障。那么由此得出的结论,则是对著作权专有许可的限制不仅仅是一项合同限制规则,而是涵盖了对著作财产权本身的限制,因此这种限制行为的合法性判断应加以更谨慎的考量。

其次,从对市场秩序的认知看,其内涵应涵盖当事人之间交易的公平性以及超越私人利益的公共利益两层目标。市场秩序的私法法源,可以归于《民法典(总则编)》第一章中的“公平原则”和第五章中的“禁止权利滥用原则”。前者旨在要求存在意定法律关系的主体之间的权利义务内容必须公平合理,后者则旨在要求权利的行使不得以损害国家、社会和其他人权益为目的。如果仅从限制专有许可这一目标出发,管理部门以市场秩序为由提出限制专有许可,显然不是为了维护许可合同缔约当事人之间的公平,而是防止专有许可行为对潜在第三方被许可人造成的损害,可视为禁止权利滥用原则在著作权许可领域的具体化。市场秩序的经济法法源,则应归于《反垄断法》总则中要求的“保护市场公平竞争”。对于互联网平台而言,反垄断规则的适用,并非是直接认定凭借高科技取得的垄断地位是违法的,而是要看是否存在平台以维护其市场势力为目的而不合理地排除和限制竞争^[5](P52-53)。如果仅以专有许可的适用为对象,那么市场秩序的维护仅在于排除专有许可对竞争的不合理限制。

有鉴于此,可以发现我国现有立法对专有许可的规制体系,存在于作为私法一般法的《民法典》和作为国家干预经济发展形态的《反垄断法》两个层面上,且两者皆只针对专有许可的适用是否会对第三人或者公共利益产生不法的消极影响,而不涉及合同当事人内部的不公平问题。概言之,以维护市场秩序为理由限制著作权专有许可的适用,只有证明许可合同缔约方构成权利滥用或市场支配地位的滥用方能成立。另外,在《反垄断法》的领域内,专有许可所可能对应的,更多应该是“纵向非价格垄断协议”(对应狭义的专有许可问题)或者“无正当理由拒绝与交易相对人进行交易”(对应转授权问题),而不是经营

^① 我国现有的关于著作权许可使用合同争议的判决中,都将许可合同的订立视为纯粹设立债权的负担行为。

者集中。所以不但维护市场秩序或消除市场乱象本身并不能直接作为限制著作权专有许可的法源基础,限制专有许可也不应该被纳入恢复竞争秩序的必要措施范畴内。市场秩序或乱象本来就容易与导致优胜劣汰的市场竞争产生混淆,特别是在竞争失败一方的语境中,正常的市场竞争更容易被错误地视为市场秩序的混乱,导致主管部门以缺乏明确界定的用词代替法律概念来判断产业主体的市场行为。

(二) 传播技术变革与专有许可限制证伪

专有许可作为授权许可的一种类别,乃是著作权人与使用者之间的直接许可,区别于由集体管理组织作为中介机构实施的集中许可。从两种许可模式的关系来看,传统专有许可由于局限于合同当事人之间的直接协商,因此在应对大规模许可问题上一般需要依赖集中许可。所以在相当长的历史时期里,商业价值最大的著作权交易都是通过集中许可实现的。到了网络时代,数字技术的快速更迭大幅降低了作品权利归属认定和作品使用频率计算等方面的交易成本,原本因大规模许可交易成本过高而不得不被放弃的直接许可再度回归,并在数字环境下被视为更有效率的许可模式^[6](P521-527)。在新传播手段的帮助下,专有许可授权一个使用者而导致的传播效率劣势已被克服,而在交易安全和版税定价机制上的优势则能够最大程度发挥。

专有许可作为最便捷的直接许可类型,是一种兼顾交易效率和交易安全的选择。首先,专有许可仅涉及特定的被许可人,因此交易中的协商成本和监管成本等交易成本皆在著作权人本人可承受的范围内。一方面,著作权人得以最大程度控制作品的使用和收益,另一方面,也不会出现因多人同时使用作品所造成的利益冲突和版税计算难题。特别是与集中许可相比,专有许可能够最大程度地根据市场实际确定版税标准,而适用集中许可的集体管理组织则须借助复杂的计算公式和海量的市场调查来模拟著作权市场中的供求关系,更何况这种模拟效果也一直不为著作权人和使用者所认可^[7](P200-203)。可以认为,集中许可制度虽然能够有效解决许可效率问题,让作品得以在最大范围内为使用者所获取,但由于需要向不同条件和类型的被许可人收取版税,且根据作品使用频率的不同向著作权人支付,所以始终无法克服许可效率低的问题,同时,版税标准不合理和版税分配不公平一直饱受诟病(Pandora Media, Inc. v. Am. Soc. of Composers, Authors & Publishers, 785 F.3d 73 [2d Cir. 2015])。进入互联网时代后,虽然交易成本中许可内容的协商成本仍无变化,但合同缔结后的监管成本却因数字化技术显著降低,作品传播范围、复制次数和接触频率等信息能够以极低的成本被收集。因此,著作权人在新技术条件下如果回归直接许可,只需解决协商成本和监管成本即可同时提高传播效率和许可效率。

与前网络时代相比,现今著作权人更多选择专有许可的原因,一方面,网络服务提供者可以借助数字技术手段精确计算作品使用情况和控制对作品的接触,为版税收益的精确计算奠定了基础;另一方面,著作权人以专有许可的方式将许可对象局限于某个特定网络服务提供者,解决了前期协商和后期监管带来的交易成本问题,使作品许可效率得以提高。换言之,专有许可的适用是建立在交易成本由著作权人转移到网络服务提供者,同时网络服务提供者借助技术优势逐步替代集体管理组织的社会背景之下。长期以来,和解协议约束下的集体管理组织,在实施集中许可时经常需要由一个机构来裁定许可版税是否“合理”^[8](P312),但无论采取何种方法,这种定价结果必然落后于时刻变化的著作权市场。然而,受制于无法承受大规模许可带来的事前协商和事后监督成本,著作权人仍然选择集体管理组织以集中许可的方式实现授权,从而不得已接受和忍受定价效率过低的问题^[9](P21)。既然集体管理久拖不决的版税收取和分配标准这一历史问题可以通过技术手段克服,那么集中许可较之于直接许可的优势也不复存在,专有许可的“去中间化”优势得以发挥。国家市场监督管理总局2021年就数字音乐市场经营者集中所下发的《行政处罚决定书》,就未能充分考虑上述技术手段对版税定价效率的提升,而是未经详细论证就直接将版税收益基于市场供求关系变化带来的合理提高等同于“变相提高竞争对手成本和排除、限制竞争”的“高额预付金”。

从比较法的角度观察,自2010年始,美国诸多集中掌握大量作品的著作权人也在尝试将音乐作品著

作权中涉及网络传输的许可从集体管理组织手中撤出,转由本人向使用者直接许可,旨在摆脱集体管理和解协议中的非专有许可条款,并避免在版税标准出现争议时适用效率低下的版税裁判庭(rate court)来干预定价。版税裁判庭无法克服的弊端,在于只能基于既有市场交易数据进行“总结和回顾”,无法考虑正在或即将发生的市场情势变更^[10](P635)。特别是对网络环境下的使用行为而言,各方几乎难以达成一致,导致由作为定价机构的版税法庭决定版税标准已成为著作权人不得已接受的常态^[11](P35)。同时,集体管理组织也积极配合著作权人的需求,一方面修改与著作权人的合同,允许著作权人将涉及“网络环境下使用作品许可”的相关授权撤回,另一方面向美国司法部提出修改其约束集体管理组织的和解协议,请求排除和解协议要求著作权人向集体管理组织全面授权的条款设定^[12](P8)。相较而言,我国著作权人也同样倾向于选择以专有许可的方式实现网络环境下的传播,但与美国著作权人不同的是,我国信息网络传播权作为2001年新设权利类型,晚于我国第一个集体管理组织“中国音乐著作权协会”的成立时间(1992年),因此,除少数再次与集体管理组织缔约的主体外,大部分音乐作品著作权人的信息网络传播权仍控制在自己手中,不存在从集体管理组织中撤出的难题。同时,随着数字音乐服务平台的规范,网络服务提供者也争相选择专有许可作为获取优质作品的方式,期望以此获得内容上的竞争优势。

综上可见,效率的提高和成本的下降,让专有许可在数字时代得以帮助著作权人创制新的商业模式,并逐步对传统的集体管理模式形成替代。因此在判断制度孰优孰劣时,应清醒地认识到既有商业模式中的既得利益者会以其抵触情绪而非市场效率来看待专有许可。而且特别需要注意的是,专有许可对作品传播效率的提高,本来就体现在著作权人版税收益的提升上。然而,在行政部门的认知中,这种相较于传统集体管理和普通授权许可的“高额版税”,却被视为变相提高竞争对手成本,并错误地导致禁止专有许可被纳入恢复市场竞争状态的必要措施(国市监处[2021]67号行政处罚决定书)。

四、制度回归:专有许可适用限制的诠释规则

即使专有许可在数字环境下展现出诸多优势,但实践中仍因为“维护市场秩序和市场竞争”的目标而遭遇限制。这种限制是否合法与合理,不但是发挥专有许可制度优势的重要前提,更关系到我国版权商业模式的塑造。在如今的产业现状下,不应将限制专有许可设定为常态性制度,而应允许产业主体借助合同实现私人创制,并仍然将限制规则限定在禁止滥用权力和禁止订立垄断协议的传统规制手段上。

(一) 专有许可限制的专门立法批判

从著作权制度发展史看,针对特定主体取得市场支配地位而设计的相关限制早有先例。20世纪早期录音制品法定许可制度的产生原因,就是当时立法者认为个别的音乐作品使用者将凭借对音乐作品的垄断而取得市场支配地位^[13](P219)。著作权法定许可制度的创制,就是为了使音乐作品著作权人首次许可他人制作录音制品后,再无权阻止其他使用者在满足法定条件的基础上以同一音乐作品制作和发行录音制品,避免由某一家使用者垄断所有音乐作品的来源。法定许可作为一项权利限制制度,旨在取消著作权人对交易条件的决定权,将音乐作品排他性的复制权和发行权弱化为非排他性的报酬请求权^[14](P3)。20世纪末互联网兴起后,录音制品制作者与网络服务提供者之间,延续了之前音乐作品著作权人与录音制品制作者的商业模式及法律关系。这种延续性首先体现在了权利范畴的设定上,基于著作权人与录音制品制作者之间的利益博弈,最后达成的妥协是允许立法创设的新权利仅局限于被网络传播所取代的使用行为。这意味着音乐作品著作权人作为上游作品提供者,仍是通过立法博弈限制产业下游的录音制品制作者权利扩张,最后导致录音制品制作者享有权利的范围小于音乐作品著作权人。

同理,在许可制度立法上,这种录音制品制作者权限不得超过音乐作品著作权人的立法思路也得到了延续。在音乐作品领域,公开表演权许可可由集体管理组织以集中许可的方式行使时,已经受到来自著作权主管部门“和解协议”的约束,因此录音制品领域立法中禁止在交互式数字化传输权上设立专有许可,完全移植了要求音乐作品公开表演权许可限于非专有许可的安排。历史上音乐作品公开表演权虽

然一直是排他性权利,但由于著作权人无法真正行使,所以一般由集体管理组织代为行使权利。为避免集体管理组织因为权利集中而滥用市场支配地位,美国司法部在经过一系列诉讼后与集体管理组织达成稳定的和解协议,一方面明确规定了非歧视性原则,要求集体管理组织同等对待规模和境况类似的著作权人和使用者;另一方面要求集体管理组织无论对著作权人还是使用者都不得要求或实施专有许可。基于上述音乐作品著作权许可模式上的传统,录音制品著作权在20世纪90年代实现网络环境下的权利扩张时,也模仿音乐作品的权利体系,避免权利范围扩张过大而引起音乐作品著作权人的不满^[15](P128-130)。由此可见,音乐作品著作权人作为传统商业模式的创制者和既得利益者,利用种种手段强行在新的传播技术领域推行有利于自己商业模式的权利体系。专有许可在立法上的限制,其实并无任何绝对的正当性或合理性,而是为延续既有权利配置格局和在特定技术条件下协调新旧产业主体的矛盾所设。

相较而言,在互联网环境下认定垄断和市场支配地位就更为特殊。互联网产业主体的商业模式更多建立在用户粘性和用户规模的基础上,因此该领域呈现出明显的自然垄断现象,即因高度规模化经济导致的提供商品或服务的能力集中于少数主体。作为典型的规模经济,互联网产业的突出特点在于,网络用户往往因为平台效应而集中选择一到两家内容或服务提供者,而且集中相较于分散而言显然更有效率。从产业运作的效果看,互联网产业确实类似于如水电、交通和电信等提供公共产品的产业领域,经济效率往往在网络效应形成后才能体现。但从形成路径看,互联网领域的自然垄断却建立在行业充分竞争的基础上,是网络用户对多数内容或服务提供者进行比较和选择的结果,而不是政府主导或管制的产物。从经济效率的角度出发,相关主体选择适用专有许可,更多是因为这种许可模式符合规模经济的特性,即对于作品在网络环境下的传播和使用而言,以集中方式许可的效率要远高于由多个主体自行许可,而且专有许可乃是著作权人自行权衡网络市场情势后的判断。在“法不禁止即自由”的私法原则下,专有许可乃著作权人和网络服务提供者根据市场情势自由选择的结果,只要不违反法律的强制性规定或公序良俗,就不存在任何干涉当事人之间自由缔约的合法性基础。在现行《著作权法》禁止权利专有的限制制度中,涉及录音制品和音乐作品的部分,主要是以制作、发行录音制品为目的使用音乐作品,以及广播电台、电视台播放录音制品两类,而且还不适用于任何网络环境下的使用,原因就在于前网络时代的诸多“市场失灵”已被互联网所克服,无论是权利来源的确认还是使用频率的调查,在网络时代都能以极低的成本实现,因而无论是权利人还是使用者,都不会因上述交易成本过高而导致交易失败。

相反,如果通过专设强制规则来限制专有许可,不但会弱化网络服务提供者之间的竞争,更会因作品传播渠道的单一化而损害著作权人的利益。从使用者的角度看,强制安排非专有许可并不会增加使用者获取作品的机会或渠道,因为专有许可的对象并未限制使用者通过其网络平台获取作品,不存在人为限制特定网络用户接触作品的情况。从著作权人的角度看,如果任何平台都能通过转授权或其他方式来获得授权,那也就意味着平台为优质和稀缺的内容支付更高版税的动机不复存在。而高标准的使用费,恰恰又是专有许可带给著作权人的积极收益。非专有许可带来的内容同质化,也将使网络服务提供者丧失发掘上游优质内容的动力,最终影响作品的创作和传播。本土产业实践中,无论是线上还是线下都已存在相当数量的专有许可,文字作品、电影作品和音乐作品等领域的专有许可已成常态。著作权人与出版者之间,音乐作品著作权人、录音制品制作者与网络服务提供者之间,以及制片者和网络服务提供者之间,都普遍选择缔结专有许可合同,也并未出现某个著作权人或专有许可的被许可人在特定领域真正取得并滥用市场支配力。所以对网络环境下作品和著作权集中的担忧,和20世纪初怀疑自动卷轴钢琴生产者形成垄断而设定法定许可别无二致,但立法者应该反思当年法定许可立法的教训,无需为不会出现的消极结果提前立法。与此同时,历史证明技术创新带来的商业模式变革也会不断颠覆既有市场,使得自然垄断无法长时间延续。

(二) 专有许可限制规则的解释路径调整

从解释论出发,我国尚无规定可作为限制著作权专有许可的依据。如前文所述,我国著作权主管部

门针对专有许可的执法依据是“维护市场秩序”,而且维护市场秩序的法源,主要体现在民法体系和《反垄断法》体系两个层面的规制上。其中基于民法体系的限制,需要从《民法典(总则编)》中的禁止权利滥用条款延伸到合同编中的强制缔约规则,基于《反垄断法》的限制则需证明专有许可存在排除、限制竞争的效果。但无论追究哪个层面的法源,最后都无法直接认定合同当事人存在滥用市场支配地位的行为。

首先,作为私法领域限制手段的强制缔约制度,是禁止权利滥用条款在合同法上的体现。我国著作权主管部门“约谈行为”的效果,就是限制专有许可,法律效果上类似于强制缔约在著作权合同领域的类推适用。但我国现行合同法中强制缔约制度并非作为普适性的合同限制规则存在于《民法典(合同编)》通则中,而是仅适用于第二分编中运输合同的特殊条款,所以在解释学上其实无法实现著作权合同领域的类推适用。强制缔约作为合同自由原则的例外,只能局限于具有市场支配地位且提供公共产品的主体和普通消费者之间。换言之,将缔结合同作为法定义务,本质上是对作品提供方自主决定和谁签订合同的自由的侵犯,这种“侵犯”只有在保护需要获取公共产品或公共服务的合同当事人时,才例外地被视为合理^[16](P32),而著作权专有许可却并不符合上述任何条件。在客体属性上,作品不属于任何关系到基本生活或生存保障的公共产品;在合同类型上,著作权专有许可主要适用于著作权人和网络服务提供者之间,属于B2B类别的合同,缔约主体不包括普通消费者。所以在消费者权益保护领域的那种“消费者处于事实上弱势地位”的预设,在著作权专有许可领域并不成立。

如果回到“禁止权利滥用”条款本身,专有许可的适用也无法满足其构成要件。权利滥用虽然在外观上具备合法性,但权利人行使权利的主观意图必然是损害他人合法利益,且违背了法律赋予权利的本旨。该主要要件要求权利滥用的成立,必须存在行使权利的主体有损害他人合法利益的意图,即权利的行使既没有给权利人带来益处,又给相对人带来了损害。然而,著作权人选择专有许可显然不是为了损害潜在的被许可人,而是在著作权市场缺乏基本配套制度和第三方中介组织服务情况下的最优选择。在现今集体管理组织难以满足著作权人的要求,作品定价争议又无法通过各方认可的裁决程序解决的情况下,专有许可的确是著作权人利用网络服务提供者技术优势实现收益最大化的最佳途径。解释学上无论是类推适用还是扩张适用,都缺乏限制著作权专有许可的制度依据。

其次,《反垄断法》中具有市场支配地位经营者的专有许可是否产生排除、限制竞争效果,要看其是否构成在相关市场内设置市场准入壁垒或者排挤潜在竞争者和现存竞争者的纵向垄断协议,也是对私法调节手段的补充。与私法领域的强制缔约制度以法定条款列举不同,是否违反反垄断法更多需要通过抽象构成要件来判断,而且与其他垄断行为的判定方法相同,适用专有许可是否属于滥用市场支配地位,同样要从界定相关市场的范围,经营者在既定的市场语境下是否具有市场支配地位,以及具有市场支配地位的经营者是否存在法律禁止的滥用市场支配地位的行为等方面来判断^[17](P270-273)。对于著作权专有许可来说,相关市场和市场支配地位的认定都存在特殊之处。从相关市场看,作品的独创性意味着每个作品都是独一无二的,每个作品在经济学上的需求弹性都极低,从而不具有可替代性。但如果把同类作品都纳入相关市场范围,那作品的需求弹性又会被无限放大而具备相当的可替代性。同时,由于著作权限制制度的存在,模仿的自由度要远大于专利和商标,这也是纯粹著作权领域的反垄断案件极少的原因,毕竟创作自由意味着任何人都无法限制新的作品进入市场,只要有新作品不断进入,相关市场的需求弹性就永远存在,因此并不可能出现所谓通过专有许可提高相关市场进入壁垒的情况。再从市场支配地位看,由于数字传播技术的冲击,诸多领域的作品都出现了大规模集中的情况,全球唱片公司由原来的五家进一步缩减为环球、索尼和华纳三家,电影作品在著作权市场中也高度集中。换言之,在并未普遍采取专有许可的领域,经营者集中也已普遍存在。鉴于互联网产业的特点,网络服务提供者因为自然垄断而具备市场支配地位乃是数字经济时代的常态。无论是前者还是后者,这种市场支配地位一般都是通过创新和竞争所取得,而且这种市场支配地位也同样容易被下一代产品迅速替代。所以著作权领域市场支配地位与垄断之间的关联性其实更弱,具有市场支配地位的主体是否以此实施垄断

行为才是认定垄断的重点^①。但从专有许可实施的目的和社会背景看,此类行为显然不应归于滥用行为,而应视为正当理由范畴。

从实施效果观察,专有许可是将特定类型的著作财产权由著作权人在一定条件下移转到了被许可人之手,而权利本身的性质或范畴都没有发生任何调整。既然仅仅是权利的行使者发生变化,那么从许可本身出发即不存在滥用之嫌。另外,在我国网络传播侵权现象尚显突出,再各方尚未形成标准化的作品使用统计规范的情况下,著作权人依靠一家网络服务提供者完成作品传播的可能性和安全性显然更高。《美国版权法》对专有许可仅有的几处限制(17 U.S.C. §803 [b]),都是建立在已有完备的第三方版税调整机制的前提下。对于音乐作品公开表演权的集体管理而言,美国司法部的和解协议也明确要求集中许可协议的版税标准必须合理。集体管理组织在收到使用者的缔约申请后,应根据申请内容来确定版税标准(United States v. Am. Soc'y of Composers, Authors, Publishers, No.41-1395[WCC], 2001 WL 1589999)。一旦最终确定,集体管理组织就必须对相似的使用者适用相同价格。即使如此,著作权人仍然不满意上述机构所裁定的版税标准,所以才出现了在网络授权交易成本显著降低的情况下,著作权人从集体管理组织撤回权利自行许可的选择。相比之下,我国音乐作品和录音制品都在许可条件和定价标准上缺乏制度化的保障程序,因此从现阶段的版权生态看,我国著作权人选择专有许可,很大程度是建立在集体管理组织缺乏广泛代表性,且数字音乐版税无法独立支撑网络服务提供者运营的情况下,所以专有许可的实施乃基于保障交易效率的正当理由。无论是网络服务提供者还是著作权人,可能出现的市场支配地位乃技术创新或市场竞争的结果,在特定时期内代表了更高的许可效率和传播效率,专有许可的适用则是在传播技术消除交易成本瓶颈的情况下克服集体管理制度缺陷的选择,不应被认定为具有排除或限制竞争的效果。

著作权专有许可的意义,既是保护著作权人不许可的自由,也是著作权市场合规竞争和实现优胜劣汰所应有之意。禁止专有许可,实际上剥夺了著作权人排他性权利的特定权能,乃自治与强制协调中的不恰当安排。专有与非专有的差异化安排,就是让著作权人在不同情势下得以选择最能实现作品价值的方式。在没有强制缔约情形和反垄断规则适用条件的情况下,以行政手段限制甚至禁止专有许可,显然违背了著作权人和网络服务提供者的自由选择,这既是对私人自治精神的违反,也干扰了著作权市场竞争的结果。所以,著作权专有许可的适用,应被视为我国互联网产业主导版权产业这一特殊产业形态前提下的合理竞争手段。以维护市场秩序为名所施加的限制,不能简单地以取消必不可少的交易博弈和市场竞争为手段,也不应混淆市场乱象和市场竞争之间的差别。在如今《著作权法》和《民法典》皆缺乏配套制度保障的情况下,对专有许可的限制既不宜盲目和孤立地引进国外立法,也不应纳入恢复市场竞争状态的必要措施范畴,反而应该把专有许可视为弥补现阶段著作权中介机构和配套制度不足的重要自治工具,并有效利用网络技术的交易成本优势来实现许可效率的提升。

参考文献

- [1] 张贺.国家版权局负责人:音乐版权不应搞独家授权.人民日报,2017-10-26.
- [2] 王迁.著作权法限制音乐专有许可的正当性.法学研究,2019,(2).
- [3] David Nimmer, Peter S. Menell. Sound Recordings, Works for Hire, and the Termination-of-Transfers Time Bomb. *Copyright Society of The USA*, 2001, 49(2).
- [4] U.S. House of Representatives. House Report 115-651 on Music Modernization Act, 115th Congress 2nd Session. The Congress, 2018-04-25. [2021-07-12] <https://www.congress.gov/congressional-report/115th-congress/house-report/651/1?q=%7B%22search%22%3A%5B%22Music+Modernization+Act%22%5D%7D>.

^① 2021年2月国务院反垄断委员会发布的《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》中,也删除了原征求意见稿中对排他性协议可能构成纵向垄断协议的表述,仍然将垄断协议限定于商品价格和数量方面,由此可见立法者对于干预排他性协议的谨慎态度。

- [5] 王晓晔. 数字经济反垄断监管的几点思考. 法律科学, 2021, (4).
- [6] Brontë Lawson Turk. "It's Been a Hard Day's Night" for Songwriters: Why the ASCAP and BMI Consent Decrees Must Undergo Reform. *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, 2016, 26(2).
- [7] Michael A. Einhorn. The ASCAP and BMI Consent Decrees: Is Partial Withdrawal Wise. *Copyright Society of the USA*, 2014, 62(1).
- [8] Daniel A. Crane. Bargaining in the Shadow of Rate-setting Courts. *Antitrust Law Journal*, 2009, 76(1).
- [9] 周豫. 音乐人单靠版税难以生存. 南方日报, 2012-11-27.
- [10] Joan M. McGivern. A Performing Rights Organization Perspective: The Challenges of Enforcement in the Digital Environment. *Columbia Journal of Law & the Arts*, 2011, 34(4).
- [11] Todd Brabec, Jeffrey Brabec. Online Music Licensing: From PROs, AOL, and MobiTv to SoundExchange, AT&T, and the CRB. *The Berkeley Journal of Entertainment & Sports Law*, 2011, 29(2).
- [12] U.S. Dep't of Justice. Antitrust Consent Decree Review. U.S. Department of Justice, 2014-08-06. [2021-06-10] <http://www.justice.gov/atr/cases/a-scap-bmi-decree-review.html>.
- [13] Howard B. Abrams. Copyright's First Compulsory License. *Santa Clara Computer and High Technology Law Journal*, 2010, 26(2).
- [14] William J. Roberts, Jr. Compulsory Video Licenses of Title 17, Hearing Before the S. comm. on Courts, Intellectual Property, and the Internet comm. on the Judiciary, U.S. House of Rep., 113th U.S. Cong., 2nd Sess. (2014). U.S. Copyright Office, 2014-05-08. [2021-09-10]. <https://www.copyright.gov/regstat/2014/wjrstat05082014.html>.
- [15] Jenna Hentoff. Compulsory Licensing of Musical Works in the Digital Age: Why the Current Process is Ineffective & How Congress is Attempting to Fix It. *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, 2008, 8(1).
- [16] 本德·吕特斯, 阿斯特丽德·施塔德勒. 德国民法总论. 于馨森译. 北京: 法律出版社, 2017.
- [17] 刘贵祥. 滥用市场支配地位理论的司法考量. 中国法学, 2016, (5).

Copyright Exclusive License and Its Controversies In the Era of Internet

Xiong Qi (Huazhong University of Science and Technology)

Abstract Copyright exclusive license has been broadly accepted in China copyright market, but it was defined as a disruption of market order and refused by the administrative department. Whether exclusive license should be restricted and how to restrict are now discussed on legislative level. However, there are no rules in current copyright law or antitrust law that can be used to restrict copyright exclusive license as adopted by copyright owners and internet service providers in the present situation. As the outcome of exclusive rights, exclusive license has its advantages on transaction security and efficiency, which is the reason to replace collective license in a certain scope. Meanwhile, communication technology restrains the disadvantage that exclusive license use to have. Whether China should borrow external exclusive license law or implement a forced recognition of contract and misused operation of market encounters double obstacles in the legal system and business mode in our country. Therefore, copyright exclusive license should not be considered to be restricted whether by current law system or administration.

Key words copyright license; exclusive license; illegal collective management; transaction costs; competition order; antitrust

■ 收稿日期 2021-04-26

■ 作者简介 熊琦, 法学博士, 华中科技大学法学院教授、博士生导师; 湖北 武汉 430074。

■ 责任编辑 李媛