

著作权法限制音乐专有许可的正当性

王 迁 *

内容提要：音乐作品的特殊性在于其传播通常需要借助音乐表演的录音。欣赏音乐的主要渠道在前网络时代主要为购买音乐表演的录音制品，在网络时代为点播或下载音乐表演的录音。如果大量音乐作品的权利人对于录制、发行和通过网络以交互式手段传播音乐录音的权利发放专有许可，会影响人们欣赏风格各异的音乐表演，从而损害音乐文化的多样性。通过非自愿许可对此种专有许可进行限制具有正当性。同时，要提供音乐录音的点播和下载，还需要针对表演和录音取得许可。如果各录音制作者向一家数字音乐平台发放数量占绝对优势的音乐录音的专有许可，人们欣赏音乐的主要渠道就会被垄断。基于我国实体唱片市场几乎消亡的现实，对此种专有许可进行干预具有正当性。与设定非自愿许可相比，为表演和录音的专有许可规定法定期限更具有可行性。

关键词：音乐作品 专有许可 制作录音制品法定许可 强制许可

引 言

自2012年著作权法启动修订程序以来，与音乐相关的两次争论均在社会上引起了极大反响。第一次的起因是2012年著作权法修改草案第一次征求意见稿修改了现行立法中的“制作录音制品法定许可”，不再允许音乐作品权利人作出排除法定许可的保留声明，同时规定只有在音乐作品被首次合法录制成录音制品并出版之后的三个月之后，其他录音制作者才可不经音乐作品权利人许可，使用相同的音乐作品制作录音制品。^{〔1〕}对“制作录音制品法定许可”的修改，同时引起了音乐作品权利人和唱片公司（录音制作者）的强烈反对，^{〔2〕}

* 华东政法大学教授。

〔1〕 参见著作权法修改草案第一次征求意见稿第46条，<http://www.fengxiaqingip.com/law/lawzz/jzqfl/20121001/8896.html>，2012年12月1日最后访问。

〔2〕 参见《为了尊严，音乐人继续在战斗》，《中国青年报》2012年4月17日第9版。在2012年4月25日国家版权局（著作权法修改草案的起草单位）召开的“著作权法修改媒体互动会”上，部分音乐作品权利人甚至表示，修改草案中“制作录音制品法定许可”等条款如不修改或废除，音乐人将“死无葬身之地”。参见《谁来为著作权人说话？》，《科技日报》2012年4月26日第1版。

其直接后果是草案第二次征求意见稿不仅撤回了第一稿中对该条款的修改，而且完全删除了已在著作权法中存在于二十余年的“制作录音制品法定许可”，〔3〕但这又引起了学术界的观点分歧。〔4〕第二次是2017年因腾讯公司从全球三大音乐集团（环球、华纳和索尼）〔5〕耗巨资购买了其海量音乐的“信息网络传播权”专有许可，〔6〕且不愿向网易等竞争者发放分许可，〔7〕由此引发了是否应当对涉及音乐的“信息网络传播权”的专有许可施加适当限制的激烈争论。〔8〕

在这两场争论中，各方基于不同理念和利益诉求表达各自观点，均属正常，但被忽视的是音乐作品的特殊性及其限制相关专有许可的正当性。无论是著作权法规定的“制作录音制品法定许可”，还是著作权法修改草案第一次征求意见稿修改后的“制作录音制品法定许可”，以及《伯尔尼公约》和许多国家规定的类似非自愿许可，〔9〕都只适用于使用音乐作品制作录音制品。但能够被制作成录音制品的作品，除了音乐作品之外，还有文字作品等，如将小说朗读后录制成有声书。为什么只允许不经音乐作品权利人许可，使用音乐作品制作录音制品？同样，网络公司为了在激烈的竞争中胜出，不仅对音乐，而且还对小说、电影等作品力争获得专有许可，为什么对小说、电影的专有许可并未引起争议，而只对音乐的专有许可引发了巨大争议？

笔者认为，要解决上述问题，关键在于认识音乐作品有别于其他作品的特殊性。抛开这种特殊性，既不能对我国和其他国家著作权法中的相关规定作出合理解释，又无法面对

〔3〕 1990年著作权法第37条就规定了“制作录音制品法定许可”。

〔4〕 主张保留此项法定许可的代表性观点参见张伟君：《假如王菲不能再翻唱〈传奇〉——浅析制作录音制品法定许可制度的存与废》，《电子知识产权》2015年第4期，第33页以下；梅术文：《制作录音制品著作权法定许可的争论与思考》，《南京理工大学学报（社会科学版）》2013年第1期，第15页以下。主张废止此项法定许可的代表性观点参见管育鹰：《我国著作权法定许可制度的反思与重构》，《华东政法大学学报》2015年第2期，第18页以下；熊琦：《著作权法定许可制度溯源与移植反思》，《法学》2015年第5期，第72页以下。

〔5〕 三大音乐集团同时拥有全球排名前三的音乐出版公司和唱片公司。由于海外音乐作品作者通常在出版版权时将音乐版权交由音乐出版公司管理，同时音乐的表演者大多隶属于唱片公司，通常会将表演者权转让给唱片公司或给予其专有许可并允许发放分许可，因此三大音乐集团拥有从词曲版权到表演者权、录制者权的完整权利链，在全球音乐市场占据主导地位。据2015年度的统计，它们在芬兰、西班牙和丹麦的音乐销售收入占比超过80%，在加拿大、英国、瑞典、比利时、意大利、荷兰和瑞士的音乐销售收入占比超过70%，在法国、德国、巴西、澳大利亚和美国的音乐销售收入占比超过60%。See Worldwide Independent Network (WIN), *Worldwide Independent Market Report: The Global Economic & Cultural Contribution of Independent Music*, at 28, <http://winformusic.org/files/WINTEL%202015.pdf>, 2017年12月10日最后访问。

〔6〕 从相关新闻报道看，腾讯公司同时获得了对音乐作品、表演和录音进行信息网络传播的专有许可，而且许可费用十分惊人，“以前国内音乐平台每次续签版权支出都是百万美元级别，现在都是上亿美元”。参见《音乐版权疯涨，赢家只有国际唱片三巨头》，《第一财经日报》2017年8月29日第A01版。

〔7〕 据报道，网易与腾讯公司达成的版权战略合作于2017年8月结束，“环球音乐、索尼音乐和华纳唱片全球三大唱片公司以及其他部分词曲版权公司、音乐公司旗下的大量音乐版权，均不再转授权给网易云音乐”。参见《网易云音乐版权之困的背后》，《北京商报》2017年11月24日第A01版。

〔8〕 认为无需限制专有许可的观点参见张丰艳：《独家版权是推动音乐正版化良药》，《光明日报》2017年5月5日第2版。认为应当限制专有许可的观点参见《网络音乐版权，向“跑马圈地”说不》，《新华日报》2017年11月1日第15版。国家版权局也曾明确表态反对专有许可。参见《国家版权局负责人：音乐版权不应搞独家授权》，《人民日报》2017年10月26日第17版。

〔9〕 “非自愿许可”是“法定许可”和“强制许可”的统称。法定许可是指使用者可根据法律规定，不经权利人许可，直接使用作品并向权利人付酬，无需向主管当局申请获得许可。强制许可则指使用者需要向主管当局申请许可，由主管当局给予许可后才能使用作品，并向权利人付酬。See World Intellectual Property Organization, *Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO and Glossary of Copyright and Related Rights and Terms*, WIPO Publication No. 891 (E) (2003), pp. 277, 298, 312.

互联网的迅猛发展和音乐传播的新形态,进而对著作权法的修改提出适当建议。

一、音乐作品的特殊性与“制作录音制品法定许可”的正当性

我国著作权法第40条第3款规定了“制作录音制品法定许可”,其内容为:“录音制作者使用他人已经合法录制为录音制品的音乐作品制作录音制品,可以不经著作权人许可,但应当按照规定支付报酬;著作权人声明不许使用的不得使用。”根据该规定,在录音制作者取得了音乐作品权利人许可,聘请表演者演奏或演唱该音乐作品并录制成录音制品发行后,其他录音制作者就可自聘表演者演奏或演唱相同的音乐作品,录制为新的录音制品并发行,无需经过音乐作品权利人的许可,但应向其支付报酬。将对音乐作品的表演录制在物质载体上,属于对音乐作品从无载体至有载体的复制。将对音乐作品的录音从原始载体(业界称为“母带”)中批量翻录至其他载体,当然也属于复制。由此形成的众多录音带或CD均为音乐作品的复制件。向公众出售这些复制件,则属于发行。因此,该项法定许可针对的是制作和发行录音制品所涉及的音乐作品权利人的复制权和发行权。

(一) 泛泛而论的“反垄断说”无法解释“制作录音制品法定许可”

专有许可意味着只有被许可人才能使用双方约定的音乐作品制作并发行录音制品,音乐作品权利人不得向其他录音制作者发放相同的许可,音乐作品权利人自己也不得以相同方式使用作品。^[10]但根据“制作录音制品法定许可”,只要有一家录音制作者获得了音乐作品权利人的许可,并利用其音乐作品制作、发行了录音制品,其他录音制作者就可径行将相同的音乐作品录制为新的录音制品发行,无需经过音乐作品权利人许可。换言之,音乐作品权利人丧失了阻止他人利用相同音乐作品制作录音制品并发行的权利。音乐作品权利人与录音制作者为使用音乐作品制作和发行录音制品而签订的专有许可协议失去了意义。

著作权是私权,^[11]权利人应当有权决定向谁发放使用其作品的许可以及使用的方式。正因为如此,著作权法第24条第1款明确规定“使用他人作品应当同著作权人订立许可使用合同,本法规定可以不经许可的除外”。该条第2款则将“许可使用的权利是专有使用权或者非专有使用权”列为许可使用合同的主要内容之一。由此可见,自愿许可是原则,“本法规定可以不经许可的”才是例外。那么著作权法为什么要对音乐作品权利人发放制作和发行录音制品专有许可的权利进行限制,改为采取属于例外情形的法定许可呢?

对此,通常的解释为“反垄断”。^[12]在各国立法中,美国1909年版权法最先规定了“制作录音制品法定许可”。该法一方面为音乐作品权利人规定了“机械复制权”,即使用其作品制作录音制品的专有权利,另一方面又规定,只要音乐作品的权利人自己或允许他人使用其音乐作品进行机械复制(包括制作录音制品),他人就可以相似的方式使用音乐作品,但应就每首音乐作品支付两美分的报酬。^[13]

[10] 《著作权法实施条例》第24条规定:“……专有使用权的内容由合同约定,合同没有约定或者约定不明的,视为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……。”

[11] 《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPS协定)在序言部分就指出:“各成员……认识到知识产权是私权。”

[12] See Melville B. Nimmer & David Nimmer, *Nimmer on Copyright*, Matthew Bender & Company, Inc., 2011, § 8.04 [A].

[13] See An Act to Amend and Consolidate the Acts Respecting Copyright (March 4, 1909), Section 1 (e).

该项法定许可的产生有其特定的时代背景。美国音乐作品的作者往往在出版曲谱时，通过合同将其版权交由出版商管理。音乐作品的版权集中在相对少量的出版商手中，为少数实力雄厚的唱片公司获得专有许可提供了条件。美国国会的报告指出，赋予音乐作品著作权人以“机械复制权”会带来垄断的危险——“一些公司可能会通过购买或其他途径获取大量流行音乐的版权，而且通过控制其版权，垄断制作和销售音乐录制品的业务”。为此，报告认为，应在保障音乐作品作者获得充分回报的同时，防止形成“严重的垄断”，方法就是规定“制作录音制品法定许可”。^[14] 2012年，时任美国版权局局长的玛丽贝斯·彼得斯在美国国会就有关此项法定许可作证时也指出：“（当时）国会担心，对音乐作品进行机械复制的权利会成为由一家公司控制的垄断权。”^[15]

《伯尔尼公约》在1908年的柏林文本中首次授权成员国针对音乐作品的“机械复制权”进行限制，相关条款历经修改。在现行《伯尔尼公约》（1971年巴黎文本）中，相关规定为第13条第1款：“对于音乐作者及歌词作者（该歌词作者已允许将歌词与音乐一起录制）享有的许可对其音乐和歌词进行录音的专有权利，任何成员国都可以自行规定保留和行使的条件。……”引入该项非自愿许可的背景之一，就是“一些国家的录音制作者指出音乐出版业（对音乐作品）的垄断”。^[16] 世界知识产权组织的专家委员会对此曾指出：“允许该项非自愿许可的主要原因，在于担忧如果没有此项机制，则音乐出版业与代表词曲作者及音乐出版商的集体管理组织会对录音制作者滥用其专有权利。”^[17]

可见，“制作录音制品法定许可”的立法理由通常被表述为防止唱片市场可能出现的垄断，即对同一部音乐作品，一家唱片公司通过获得专有许可垄断其录音制品的制作和发行。通过法定许可，对于同一部音乐作品，许多唱片公司都可以自行制作录音制品，从而打破垄断，形成市场竞争。

这样的解释在表面上有其合理性。但是，著作权法是以专有权利为核心的，而“专有权利”无非就是“排他权利”（exclusive right）的另一种译法，其作用正是在于排斥、阻止他人实施特定行为。从这个意义上说，著作权法规定的任何专有权利以及权利人发放的任何专有许可，都会导致“严重的垄断”，因为他人原则上都不得未经许可以特定方式利用作品。如果以“反垄断”作为立法目标，则著作权法就不应规定任何专有权利，或者至少不应允许权利人发放专有许可。显然，这种泛泛而论的“反垄断”与著作权法通过赋予权利人专有权利鼓励创作的根本宗旨是背道而驰的。

“制作录音制品法定许可”只对使用音乐作品制作和发行录音制品而涉及的复制权和发行权进行限制，对于出版曲谱（载有曲谱的图书）涉及的音乐作品的复制权与发行权并未作出限制。著作权法不但允许作者向图书出版者发放出版图书的专有许可，而且将图书

[14] See H. Rep. No. 60 - 2222, 60th Cong., 2d Sess., at 7,9 (1909).

[15] See Statement of Marybeth Peters, *The Register of Copyrights before the Subcommittee on Courts, The Internet and Intellectual Property of the House Committee on the Judiciary*, Section 115 Compulsory License, <https://www.copyright.gov/docs/regstat031104.html>, 2019年1月9日最后访问。

[16] Sam Ricketson, Jane C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, 2d ed., Oxford University Press, 2006, p. 809.

[17] WIPO Doc. BCP/CE/L/3 (1991), Memorandum for Committee of Experts on a Possible Protocol to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, First Session, Part II, para. 105.

出版者由此获得的权利称为“专有出版权”，并单独提供法律保护。^{〔18〕}并且，“制作录音制品法定许可”只能适用于使用音乐作品制作录音制品，但文字作品同样可以被制作成录音制品，如请播音员朗读小说后制成CD。为什么“录音制品法定许可”只适用于音乐作品而不适用于文字作品？《伯尔尼公约》在1908年柏林文本中首次对音乐作品的“机械复制权”进行了限制，但修改《伯尔尼公约》的报告也提出了一个问题：“文字作品的作者……可以以最符合自己利益的方式行使权利，即……由出版者根据议定的条件出版。为什么唱片制作者就不能与出版者一样，与作曲者协商他们想复制的作品呢？”^{〔19〕}遗憾的是，该报告对此并未作出回答。显然，泛泛而论的“反垄断说”并不能对“制作录音制品法定许可”作出合理解释。

（二）对“制作录音制品法定许可”正当性的解释

笔者认为，“制作录音制品法定许可”只适用于将音乐作品制作为录音制品发行，并不适用于出版曲谱，也不适用于使用其他类型作品制作和发行录音制品，其原因在于音乐作品的特殊性。音乐作品主要是通过听觉而非视觉被欣赏的。如果不经过表演，不以声音形式被表现，音乐作品将无法被绝大多数人欣赏。音乐作品被定义为“歌曲、交响乐等能够演唱或者演奏的带词或者不带词的作品”，^{〔20〕}说明音乐作品是供演唱或演奏的，也就是供表演的。正如有学者指出的那样，“有些艺术家甚至可以在图书馆里对着贝多芬的交响乐谱，或是施特劳斯的轻音乐的乐谱，读得津津有味。但是，能做到这一点的人，毕竟很少”，^{〔21〕}绝大多数人都不可能将曲谱放在眼前或耳旁去感知跳动的音符，而是需要通过倾听演唱或演奏才能欣赏音乐。因此，音乐作品虽然可以以曲谱形式被记录并传播，但需求者只有乐团、乐队和歌手等音乐表演者以及音乐的教学者和学习者。多数人作为单纯的欣赏者并不需要曲谱。可以说，音乐作品的传播高度依赖于对音乐作品的表演，没有表演，音乐作品几乎无法被欣赏，其传播的受众也会极为有限。

与其他类型作品相比，音乐作品的数量则极为庞大，但欣赏单部音乐作品的耗时较少（如流行音乐的平均长度在5分钟之内），客观上为人们反复欣赏大量音乐作品创造了条件。人们对自己喜欢的音乐作品，可能数十次甚至上百次地欣赏。由于音乐作品需要通过表演才能被欣赏，因此对音乐作品的反复欣赏，也就是对音乐作品表演的反复欣赏。与此形成对比的是，很少会有人如此多次地阅读同一部文字作品，或者观看同一部影视剧、戏剧表演或舞蹈表演。在网络出现之前，要满足人们反复欣赏音乐作品的需要，主要有三种渠道。一是在现场音乐会或演唱会中对音乐作品进行演唱或演奏；二是电台、电视台对音乐作品的表演进行现场直播或播放音乐作品表演的录音制品，也就是播出音乐节目；三是使用音乐作品制作录音制品，也就是将对音乐作品进行演奏或演唱的声音录制下来，制成并发行

〔18〕 著作权法第31条规定：“图书出版者对著作权人交付出版的作品，按照合同约定享有的专有出版权受法律保护，他人不得出版该作品。”

〔19〕 Report presented to the Conference on Behalf of Its Committee, in Records of the Conference convened in Berlin October 14 to November 14, 1908, at 208. <http://global.oup.com/booksites/content/9780198259466/15550026>, 2019年1月9日最后访问。

〔20〕 《著作权法实施条例》第4条第3项。

〔21〕 [德] 保罗·贝克、[美] 亨得里克·威廉·房龙：《音乐简史》，曼叶平译，中国友谊出版公司2005年版，第120页。

密纹唱片、磁带或 CD 等录音制品（音乐作品的复制件）。〔22〕在这三种渠道中，第一种需要公众付出不小的经济和时间成本，如购买门票和耗费在路上的时间，且个人无法左右音乐会或演唱会的举办时间，也就是无法选择欣赏的时间。鉴于人们需要欣赏的音乐作品数量十分庞大，它不可能成为多数人欣赏音乐作品特别是反复欣赏音乐作品的首选。第二种成本较低，因为电台、电视台对音乐节目一般不会单独收费，无线频道通常也是免费的。但电台、电视台对节目的传送属于“线性传播”，也就是按照既定的时间表播出既定节目，公众对于播出的音乐作品和接收的时间均无法选择，且一旦错过时间就无法收听，因此也只能成为人们欣赏音乐作品的次要方式。第三种则对音乐作品的欣赏具有最为重要的意义，因为人们一旦购得录音制品，就可以随时在设备中播放，并挑出所喜爱的曲目反复欣赏。在便携式磁带播放机、CD 机出现后，对音乐作品的欣赏几乎可以做到随时随地。因此，在网络出现之前，录制对音乐作品的表演并将其制作作为录音制品发行，对公众欣赏音乐作品而言最为重要，也是音乐作品传播的首要途径。

可见，表演是音乐作品传播中至关重要的因素。表演本身就是高度个性化的活动，不同的表演者，其表演风格和艺术效果可能大相径庭。如果音乐作品权利人向一家录音制作者发放制作和发行录音制品的专有许可，则除非专有许可协议允许被许可人进行分许可，〔23〕以及被许可人愿意向其他录音制作者进行分许可，其他录音制作者在该专有许可期限内，对相同的音乐作品就没有机会聘请不同的表演者进行演奏或演唱后录制成录音制品发行了。以一首流行歌曲为例，在专有许可期内，市场上出售的该流行歌曲的录音制品，只能是一家唱片公司聘请的一名歌手所作演唱的录制品。尽管理论上这家唱片公司还可以聘请其他歌手演唱同一歌曲后再制成录音制品出售，但这种可能性在现实中微乎其微。这将导致公众无法通过购买录音制品欣赏不同歌手对相同歌曲的演唱。

因此，大量音乐作品的权利人如果选择与录音制作者签订制作和发行录音制品的专有许可协议，将严重影响音乐作品通过不同风格的表演的录音制品进行传播，也会实质性地限制公众的选择权，从而损害音乐文化的多样性。“制作录音制品法定许可”的实质，就是对音乐作品权利人向录音制作者发放专有许可的行为进行干涉。在法定条件下允许不同的录音制作者录制不同表演者对相同音乐作品所作的表演，并制成录音制品发行，可以维护并促进音乐文化的多样性。〔24〕

音乐作品的上述特征，即主要通过个性化表演的录音传播，其他各类作品并不具备。欣赏文字作品、美术作品、摄影作品和电影作品的方式都是视觉感知，并不需要借助表演

〔22〕《著作权法实施条例》第 5 条第 2 项规定：“录音制品，是指任何对表演的声音和其他声音的录制品。”该定义有混淆“录音”和录音的载体之嫌，因为“录音制品”和“录制品”的概念都暗示了记录声音的物质载体。因此本文使用“录音”表示录制音乐表演的结果，而使用“录音制品”表示记载了录音的物质载体，如 CD 等。

〔23〕《著作权法实施条例》第 24 条规定：“专有使用权的内容由合同约定，……除合同另有约定外，被许可人许可第三人行使同一权利，必须取得著作权人的许可”。

〔24〕如果允许音乐作品权利人作出“不得使用音乐作品制作录音制品”的保留声明，以此排除法定许可的适用，则此项法定许可将变得毫无意义。因为实力雄厚的录音制作者会以更高的出价换取音乐作品权利人作出该保留声明，并取得制作录音制品的专有许可。这就解释了为什么在规定了“制作录音制品法定许可”的国家中，除我国之外，没有一个国家允许音乐作品权利人作出排除法定许可的保留声明。著作权法修改草案第一次征求意见稿删除“著作权人声明不许使用的不得使用”的“但书”，本身是合理的。“制作录音制品法定许可”在我国之所以受到音乐作品权利人的强烈反对，是出于其他原因，下文将会分析。

的录制品。不同出版者出版的一部文字作品、美术作品、摄影作品和电影作品给公众带来的欣赏体验基本相同。这些作品权利人给予出版者出版其作品的专有许可，虽然也导致公众在专有许可期内只能欣赏一家出版者出版的该部作品，但并不会使公众在欣赏体验方面有所损失。因此权利人给予出版者的专有许可不会损害文化的多样性。这应当是许多国家著作权法中都有“制作录音制品法定许可”或类似的非自愿许可，^[25]但并不存在“出版图书法定许可”或其他非自愿许可的主要原因。这也解释了为什么对音乐作品虽然存在“制作录音制品法定许可”，但并不存在“出版曲谱法定许可”，因为不同出版社出版的同一曲谱并无实质差异。

文字作品虽然也可以在被朗读后制作为录音制品出版，文字作品权利人与出版者签订制作录音制品的专有许可协议，同样会影响公众对不同朗读风格的选择，但文字作品被欣赏和传播的主要渠道毕竟不是有声书，而是供阅读的纸质或电子出版物。^[26]因此“制作录音制品法定许可”不适用于文字作品，并不会实质性地影响文字作品的传播。同理，虽然舞蹈作品不经过表演也难以被绝大多数人所欣赏，但人们欣赏舞蹈作品的主要渠道并不是观看舞蹈表演的录像，而是欣赏现场表演或观看电视台播放的舞蹈节目。戏剧作品也是如此。对戏剧作品一方面可以通过阅读剧本进行欣赏；另一方面，如果选择观看戏剧表演，其主要方式也并不是观看录像，而赴现场欣赏。这就解释了为什么美国版权法规定的“制作录音制品法定许可”只适用于“非戏剧音乐作品”（nondramatic musical works）。^[27]由此可见，音乐作品之外其他作品的传播方式决定了，并无必要对其规定“制作录音制品法定许可”。

如果将“制作录音制品法定许可”的立法目的解释为“反垄断”，则该“垄断”并不是泛指专有权利具有的阻止他人作为特定行为的效力，而是特指其限制了音乐作品通过风格各异的表演的录音制品向公众传播。只有在这种意义上，“反垄断”才具有正当性。美国现行版权法规定的“制作录音制品法定许可”有一个限制条件，即“制作录音制品的主要目的是向公众发行，供其作私人使用”。^[28]美国国会报告对此指出：制作录音制品法定许可并不延及将录音制品提供给广播组织、（娱乐场所的）自动点唱机和背景音乐播放者等作商业使用。^[29]此项限制彰显了该项法定许可的正当性：如果利用法定许可制作的录音制品不是为了向公众销售，该录音制品就不具有使公众随时欣赏不同风格的音乐表演的功能，保障公众便捷地反复欣赏多样性音乐表演的立法目的便无从实现。澳大利亚、南非、尼日利

[25] 如美国版权法第115条、澳大利亚版权法第55条、新加坡版权法第56条、印度版权法第31(c)条、南非版权法第14条、牙买加版权法第77条、尼日利亚版权法附件2和附件3、德国著作权法第42a条、瑞士著作权法第23条、匈牙利著作权法第19条和以色列著作权法第32条。另外，日本著作权法第69条和韩国著作权法第50条则规定了“制作录音制品强制许可”。

[26] 根据美国出版商协会（AAP）的统计，2017年上半年美国纸质书（硬皮书+平装书）的销售收入为23.8亿美元，电子书的销售收入为5.56亿美元，而有声书下载的销售收入仅为1.58亿美元。See APA, Book Publisher Sales Were \$5.72 Billion in the First Half of 2017, <http://newsroom.publishers.org/book-publisher-sales-were-572-billion-in-the-first-half-of-2017/>, 2017年10月8日最后访问（该文标题中的572亿美元销售收入是出版商向书店销售图书、批发图书、直接向消费者销售图书和在线销售数字图书的总和，不是以纸质书、电子书和有声书的销售总和计算的）。

[27] 美国版权法第115条的标题就是“非戏剧音乐作品专有权利的范围：制作和发行录音制品的法定许可”。See 17 USC 115.

[28] 17 USC 115 (a) (1).

[29] See H. R. Rep. No. 94 - 1476, 94th Cong., 2d Sess., at 108 (1976).

亚和牙买加的版权法将为零售目的制作录音制品规定为适用法定许可的条件之一，^[30]显然也是出于同样的政策考量。

正是由于“制作录音制品法定许可”的正当性在于促进音乐文化的多样性，如果有其他能够实现同样效果的机制存在，此项法定许可的必要性就消失了。“制作录音制品法定许可”毕竟是在录音技术产生不久、唱片产业尚处于初步发展阶段的历史条件下出现的。^[31]在不少国家，随着音乐作品集体管理制度的逐步完善，多数音乐作品的著作权包括将音乐作品录制为录音制品并发行的权利被纳入了集体管理的范围。同时集体管理组织也受到了反垄断法的规制，不能发放专有许可。这就使得“制作录音制品法定许可”在这些国家失去了意义。例如，匈牙利著作权法第19条规定，音乐作品权利人在许可将其音乐作品制作作为录音制品出版后，对于他人使用同一音乐作品制作并发行录音制品的行为，只能通过集体管理组织行使权利，即实行“强制集体管理”。这就意味着集体管理已完全实现了法定许可所要实现的功能，自然无需再规定法定许可。再如，德国著作权法第42a条虽然规定了“制作录音制品法定许可”，但附有“但书”——如果音乐作品权利人已将制作录音制品并发行的权利交由集体管理组织进行管理，此项法定许可就不再适用。实务中，由于德国音乐集体管理组织GEMA管理着将音乐作品录制为录音制品并发行的权利，且GEMA也必须符合监管要求，以公平的条件发放非专有许可，“制作录音制品法定许可”在德国实际上已无适用余地。^[32]

尚需究明的是，若不存在此项法定许可或能够实现同样效果的机制，仅仅凭借充分的市场竞争，并不能保障音乐文化的多样性。当录音制作者竞相向音乐作品权利人特别是向掌握了大量音乐作品著作权的商业机构（如索尼、环球和华纳三大音乐集团）争夺制作和发行录音制品的专有许可时，这种“出价高者得”的市场竞争会影响音乐文化的多样性。因此，以“（制作）录音制品……法定许可的适用范围，……是已形成充分竞争的产业领域”作为废止此项法定许可的理由，^[33]是难以成立的。

二、“制作录音制品法定许可”与网络环境

“制作录音制品法定许可”是实体唱片时代的产物。如上文所述，其正当性基础在于制作和向公众发行音乐作品表演的录音制品是音乐作品传播的主要渠道。进入21世纪以来，互联网迅速普及，它对音乐作品传播的重要性并不亚于甚至在一些国家已经超过了录音制品。根据国际唱片业协会（IFPI）的统计，全球实体唱片的销量持续下降，其收入在音乐市场的占比已降至34%，数字音乐（即通过网络传播的音乐）的销售收入占比则超过了50%。^[34]在全球音乐市场排名前20的国家中，有15个国家的数字音乐销售占比超过了实体唱片。其

[30] See Copyright Act of Australia, Sec. 55 (1) (c); Copyright Act of South Africa, Sec. 14 (1) (c); Copyright Act of Nigeria, Third Schedule (c); Copyright Act of Jamaica, Sec. 77 (a).

[31] 同前引〔17〕。

[32] See Michael Gruenberger, Adolf Dietz, Germany, § 8 [2] [f] [iii], in Lionel Bently, Paul Edward Geller (eds.), *International Copyright Law and Practice*, Matthew Bender, 2015.

[33] 前引〔4〕，熊琦文，第81页。

[34] 该报告将音乐市场分为四个部分，分别为实体唱片、数字音乐、表演者权和同步权（即授权在影视剧中使用已录制的音乐）。后两者的占比为16%。See IFPI, *Global Music Report 2017 (State of the Industry overview)*, at 11, See <http://www.ifpi.org/downloads/GMR2017.pdf>, 2017年12月10日最后访问。

中,中国的情况尤其特殊,音乐市场96%的收入都来自于数字音乐,实体唱片的销售收入占比仅为4%。^[35]既然“制作录音制品法定许可”是为了在音乐传播中体现文化多样性,在网络已成为传播音乐主要媒介的情况下,该项法定许可是否也应在网络时代得到延续?

(一)“制作录音制品法定许可”在网络时代的延续

笔者认为,虽然音乐传播的主要渠道正在发生变化,从录音制品的发行转向网络传播(在我国这一过程已经完成),但音乐作品主要依靠表演被欣赏的特性仍然存在。通过网络传播音乐,除了提供乐谱之外,就是传播对音乐作品的表演,其方式也主要有三种。一是对音乐会、演唱会进行网络实时直播;二是网络电台、电视台按照预定的时间表对音乐作品表演的录音(以下简称“音乐录音”)进行传送;三是提供音乐录音的“交互式传播”,也就是网络点播或下载。在这三种方式中,前两种与传统电台、电视台对音乐会、演唱会的现场直播或按节目时间表播放录音并无实质性差异。由于它们属于“线性传播”,不可能成为多数人欣赏音乐的主要方式。第三种在网络时代则最为重要。人们下载了音乐录音之后,就可随时通过计算机和手机等设备播放。随着无线宽带的普及、网速的提升和资费的下降,人们还可以随时随地在线点播音乐而无需下载。^[36]因此,在网络时代,对音乐录音提供点播或下载将逐步取代录音制品的发行,成为公众欣赏音乐最为重要的渠道。

如果音乐作品权利人将前网络时代给予录音制作者的制作并发行录音制品的专有许可,改为制作并提供音乐录音点播或下载的专有许可,前述影响音乐文化多样性的问题仍然可能出现。这样一来,“制作录音制品法定许可”的正当性在网络时代就同样存在,但只有重新设计此项非自愿许可,使其适用于通过网络传播音乐录音,这种正当性才能得以体现。

美国早在1995年就通过了录音数字表演权法(Digital Performance Right in Sound Recordings Act),将“制作录音制品法定许可”延伸至网络环境。根据修改后的法定许可,录音制作者不仅可以将音乐作品录制为录音制品发行(即销售实体唱片),还可以将录音转成数字格式并提供下载,^[37]以避免大量音乐作品的权利人发放音乐录音下载的专有许可。2005年,时任美国版权局局长玛丽贝斯·彼得斯在美国国会就音乐许可问题作证时指出:“采用放任式的方法,即给予每一名音乐版权人决定是否以及如何发放其音乐作品许可的完全自由,在目前的环境下风险过大。”^[38]

美国版权法将“制作录音制品法定许可”延伸至音乐录音的下载之后,录音制作者实际上很少利用该法定许可,即在不经音乐作品权利人授权的情况下提供音乐录音的下载,而是大多从音乐出版商(音乐作品版权的管理者)或其代理机构直接获得许可。^[39]但由于该项法定

[35] 除中国外,其他14个国家数字音乐销售的市场占比情况如下:美国和瑞典为70%,挪威和墨西哥为66%,印度为65%,澳大利亚为64%,加拿大为63%,韩国为59%,巴西为49%,英国为47%,西班牙为46%,瑞士为45%,荷兰为43%,阿根廷为24%。See IFPI, Global Music Report 2017 (full report), at 45. 该报告可在IFPI网站付费获取,网址为<http://gmr.ifpi.org/>, 2017年12月20日最后访问。

[36] 国际唱片业协会(IFPI)发布的《2017年全球音乐报告》指出,在2016年的音乐销售收入中,下载收入降低了20.5%,但在线收听大幅上升了60.4%,也反映了这一趋势。参见前引[34], IFPI报告,第6页。

[37] See 17 USC 115 (a).

[38] Statement of Marybeth Peters, before Committee on Senate Judiciary Subcommittee on Intellectual Property, 2005 WL 1636189, at 22.

[39] See Marybeth Peters, Memorandum Opinion In the Matter of Mechanical and Digital Phonorecord Delivery Rate Adjustment Proceeding, Docket No. RF 2006-1, at 15, <https://www.copyright.gov/docs/ringtone-decision.pdf>, 2017年12月25日最后访问。

许可的存在,许可费率的上限就是法定许可费率,而且也不可能出现毫无意义的专有许可。

需要指出的是,修改后的此项“制作录音制品法定许可”适用于将音乐作品的表演录制为录音制品并提供音乐录音下载的行为,但不适用于提供该音乐录音网络点播的行为。这是因为,虽然提供音乐录音的网络点播与下载均为交互式传播,在我国同属“信息网络传播权”规制的行为,但美国版权法没有规定“信息网络传播权”,提供下载属于复制权和发行权的规制范畴,^[40]而提供网络点播则属于表演权规制的行为。^[41]美国音乐作品的作者或管理版权的音乐出版商基本都会将音乐作品的表演权交由三大音乐集体管理组织管理。^[42]而音乐集体管理组织对表演权的许可受到严格监管。根据美国司法部与音乐集体管理组织达成的“合意令”(consent decree),音乐集体管理组织对任何寻求表演权许可的人,必须以相同的条件和费率发放许可。^[43]换言之,音乐集体管理组织不可能就网络点播发放专有许可。任何录音制作者如欲提供音乐录音的网络点播,都可以从音乐集体管理组织获得相应的表演权许可。^[44]

(二) 网络时代我国“制作录音制品法定许可”的存废选择

对我国而言,在网络时代究竟选择废止“制作录音制品法定许可”还是在保留其精神的基础上进行重新设计,使之适于网络环境,国外经验当然值得参考,但首先应当以国情为依据。

“制作录音制品法定许可”是为了维护和促进音乐文化的多样性,但其前提是音乐作品权利人的合法利益受到保护,也就是使其能够从他人对音乐作品的利用中获得合理回报。但现实情况是,一方面法定许可费率过低,仅为“批发单价×税率3.5%×录音制品制作数量”,^[45]另一方面,由于利用该项法定许可制作的录音制品的数量完全由录音制作者掌

[40] 下载会导致复制件的产生,因此在美国受复制权控制。同时,美国法院在司法实践中普遍认为提供下载使公众获得了复制件,属于发行权控制的行为。See *A & M Records, Inc. v. Napster*, 239 F.3d 1004 at 1014 (2001 9th Cir.); *London-Sire Records, Inc. v. John Doe 1*, 542 F. Supp.2d 153, 173-174 (D. Mass. 2008)。

[41] 美国版权法中“公开表演作品”的定义就包含“传输或以其他方式将对作品的表演……进行传播”(17 USC 101, “To perform or display a work ‘publicly’”)。美国法院也认为,“(网络)传输是与电视或电台广播类似的表演”。See *United States v. Am. Soc. of Composers, Authors & Publishers*, 627 F.3d 64, 74 (2d Cir, 2010)。

[42] 美国三大音乐集体管理组织分别为“美国作曲家、作者和出版商协会”(简称 ASCAP)、“广播音乐公司”(简称 BMI)和“欧洲戏剧作者和作曲者协会”(简称 SESAC)。因业务的拓展,该组织代表的权利人早已不限于欧洲作者)。与我国音乐著作权协会不同的是,这三家音乐集体管理组织均只管理表演权。

[43] 美国司法部与 ASCAP 于 2001 年修改的“合意令”见 *U. S. v. American Society of Composers, Authors Publishers*, 2001 WL 1589999 (SDNY, 2001); 美国司法部与 BMI 于 1994 年修改的“合意令”见 *U. S. v. Broadcast Music, Inc.*, 1994 WL 901652 (SDNY, 1994)。

[44] 由于网络点播会导致用户计算机内存中出现音乐录音的临时复制件,因此提供网络点播也被认为涉及复制权和发行权,也适用“制作录音制品法定许可”,需要向音乐作品权利人支付法定许可费。See 37 C. F. R. § 201.18 (a) (3), Copyright Office, Compulsory License for Making and Distributing Phonorecords, Including Digital Phonorecord Deliveries, 73 FR 40802-02, 40811. 换言之,对音乐录音的网络点播需要支付两笔许可费,即表演权的许可费(自愿许可)与复制权、发行权的许可费(法定许可)。但因对网络点播适用的法定许可费率远低于提供下载的法定许可费率,再加上表演权的许可费,提供网络点播所需支付的全部许可费大致与提供下载相当。

[45] 参见 1993 年制订的《录音法定许可付酬标准暂行规定》第 2 条、第 3 条。该费率标准至今仍在适用。在“广东大圣文化传播有限公司诉洪如丁、韩伟案”中,最高人民法院在判决书中确认涉案 CD 的批发价为 6.5 元,含有 11 首歌曲,据此算出录制一首歌曲的法定许可费为 0.02 元(6.5 ÷ 11 × 3.5%)。参见最高人民法院(2008)民提字第 51 号民事判决书。可资对比的是,美国 2009 年确定并适用至今的此项法定许可的费率为每首歌曲 0.091 美元。See 37 C. F. R. § 385.3。

握,无论是音乐作品权利人还是承担法定许可费收转职能的音乐集体管理组织——中国音乐著作权协会(简称“音著协”)都无从知晓。在缺乏监督机制的情况下,录音制作者瞒报复制数量、少交法定许可费的现象非常突出,严重影响了音乐作品权利人的收入。当创作者利益受损、激励机制无以为继时,创作动力就会下降,优秀音乐作品的数量就将减少,音乐文化的多样性就成了无本之木、无源之水。

进入21世纪以来,网络在我国迅速普及并成为音乐传播的主渠道,但发展初期存在大量未经许可的网络传播。^[46]音乐作品权利人和录音制作者原先因实体唱片的盗版蒙受巨大损失,后又遭到了新兴网络盗版的沉重打击,实体唱片业几乎消亡。著作权法修改草案第一次征求意见稿对“制作录音制品法定许可”的修改仍然只针对录音制品(实体唱片)的制作与发行。但既然录音制品的发行量已微乎其微,仅允许制作和发行实体唱片的法定许可就很难具备促进音乐文化多样性的正当性,反而成为音乐作品权利人和录音制作者宣泄对著作权保护现状不满的“替罪羊”。笔者认为,这才是著作权法修改草案第二次征求意见稿废除“制作录音制品法定许可”的深层原因。

我国音乐产业发展的特殊情况在于,数字音乐在音乐市场的占比远超西方发达国家。根据国际唱片业协会对全球音乐市场规模排名前20位国家的统计,一些发达国家实体唱片销售收入的市场占比仍然占据主流,如比利时为37%,法国为38%,意大利为41%,德国为52%,日本甚至达到了73%,均超过了数字音乐销售收入的市场占比。^[47]其他发达国家的数字音乐销售收入虽然超过了实体唱片的销售收入,但后者的占比多在20%以上。^[48]发达国家中实体唱片销售收入占比在20%以下的仅有美国、瑞典和挪威,但也在10%以上。^[49]而我国实体唱片的销售收入占比仅为4%,实体唱片对于音乐传播的作用在我国已可忽略。^[50]人们的直观感受,就是在繁华的都市中再难觅实体唱片的踪迹。尚存的唱片店也基本是为少数专业音乐人士和发烧友级的欣赏者服务的。这种情况在全世界都非常罕见。

如果我国的音著协管理着多数音乐作品的“信息网络传播权”,由于集体管理组织“不得与使用者订立专有许可使用合同”,^[51]自然也不可能就提供音乐录音的网络点播和下载发放专有许可,此时规定非自愿许可并无意义。有学者指出:我国“应……废除法定许可的适用,改由权利人组成的集体管理组织通过集中许可的方式完成交易”。^[52]笔者赞同用

[46] 国际唱片业协会(IFPI)指出:“(中国的音乐市场)近年来却一直受高达99%的数字音乐盗版率的拖累,现有的合法音乐市场只是其实际潜力的一小部分。”IFPI, Digital Music Report 2012, p. 23, <https://www.ifpi.org/content/library/DMR2012.pdf>, 2013年2月1日最后访问。

[47] 参见前引[35], IFPI报告,第45页。

[48] 韩国和瑞士为35%,英国为32%,荷兰为28%,加拿大和西班牙为27%,澳大利亚为23%。出处同上。

[49] 美国为18%,瑞典和挪威为12%。出处同上。

[50] 2015年,我国实体唱片销售收入为5.59亿元,而数字音乐销售收入为498亿元,后者为前者的89倍。参见中国音像与数字出版协会音乐产业促进工作委员会:《2016中国音乐产业发展报告》, <http://www.chinambn.com/show-3949.html>, 2017年12月31日最后访问(该报告统计的是2015年的数据,《2017中国音乐产业发展报告》没有提供2016年实体唱片销售的数据)。与之形成对比的是,在发达国家中实体唱片市场占比最低的美国,2016年实体唱片销售收入为16.119亿美元,数字音乐销售收入为57.759亿美元,后者仅为前者的3.6倍。See News and Notes on 2016 RIAA Shipment and Revenue Statistics, p. 4, <http://www.riaa.com/wp-content/uploads/2017/03/RIAA-2016-Year-End-News-Notes.pdf>, 2017年12月31日最后访问。

[51] 《著作权集体管理条例》第23条第2款。

[52] 前引[4],熊琦文,第80页。

集体管理代替非自愿许可的理念，但如果集体管理组织事实上尚未承担这一职能，非自愿许可就仍然有其存在的价值。目前，环球、华纳和索尼三大国际音乐集团一方面掌握了海量音乐作品的著作权，另一方面又没有将这些音乐作品的“信息网络传播权”交由音著协管理。^[53]在数字音乐的市场占比高达96%的情况下，如果音乐作品权利人对海量音乐作品发放提供网络点播和下载的专有许可，对于音乐文化多样性所产生的影响，将可能超过世界上所有其他国家。

由此可见，在我国依据“制作录音制品法定许可”的精神重新设计非自愿许可，使之适用于网络环境，仍然具有正当性。同时，经过权利人的反复维权和自2005年起实施的“剑网行动”等执法措施，^[54]通过网络未经许可大规模传播音乐录音的现象已基本得到遏制。数字音乐点播或下载的服务提供者（以下称为“数字音乐平台”）很少再未经许可大规模上传音乐录音，而是会尽力取得权利人的许可。2017年围绕数字音乐的专有许可之争，也从一个侧面反映了这一点。这就使得音乐作品权利人“信息网络传播权”的专有性基本得到了保障。只要制度设计合理，能克服在实体唱片时代影响该项法定许可发挥积极作用的障碍，其正当性就可得以体现。

（三）我国在网络时代对非自愿许可的制度设计

如果仅凭自愿许可无法满足公众通过网络欣赏多样化音乐表演的需求，通过非自愿许可进行干预就具有正当性。那么，我国是否应当借鉴美国版权法对下载和点播的区分，只对前者适用法定许可呢？回答是否定的。这种区分的法律基础是美国版权法对专有权利的特殊规定，即未规定“信息网络传播权”，而是用复制权和发行权规制提供下载的行为，用表演权规制网络播放（包括点播和线性传播），同时美国的音乐集体管理组织管理着海量音乐的表演权。我国著作权法明确规定了“信息网络传播权”，无论是提供下载还是网络点播，都属于其规制范围。鉴于下载与网络点播对于音乐在网络时代的传播同等重要，^[55]且音著协尚未管理大量音乐作品的“信息网络传播权”，我国实无必要作出美国式的区分。

在设计适于网络环境的非自愿许可时，还必须注意音乐录音网络传播的特征。实体唱片时代的“制作录音制品法定许可”实际上是制作和发行录音制品的法定许可。^[56]《伯尔尼公约》第13条之所以只提及允许对音乐作品进行“录音”，即制作录音制品，而没有提及允许“发行”该录音制品，显然是因为允许发行由此制成的录音制品，是此项非自愿许可的应有之义。如果录音制作者不能发行依据非自愿许可制成的录音制品，制作录音制品也就丧失了意义。因此，录音制作者在根据“制作录音制品法定许可”使用音乐作品制作录音制品之后，自己当然可以发行录音制品。那么，录音制作者对于根据法定许可制作的

[53] 此点笔者与音著协进行过确认。

[54] “剑网行动”是指由国家版权局、公安部等多部委自2005年起共同实施的打击网络侵权盗版专项治理行动。相关报道参见《“剑网行动”剑指网络侵权》，《中国知识产权报》2017年12月8日第11版。

[55] 根据“新音乐产业观察”网站2016年对消费者7752份调查问卷有效样本的统计，在受访者选择的获取音乐的方式中，下载占82%，在线听歌占74%，差距仅有8个百分点。参见“新音乐产业观察网站”：《春天来了：2016年中国音乐市场消费报告》，第3页。该报告可在“新音乐产业观察”网站付费获取，网址为 <http://www.re-chord.net/11961>，2017年12月31日最后访问。

[56] 美国版权法第115条规定的此项法定许可的全称也是“制作和发行录音制品法定许可”（compulsory license for making and distributing phonorecords）。See 17 USC 115.

录音制品，不是自己发行，而是许可他人批量复制后发行，被许可人是否还应获得音乐作品著作权人的许可？对此问题的回答是否定的，否则将导致此项法定许可的效果大打折扣。这不仅因为随着社会分工日益精细，录音制作者与发行人可以分离，还因为我国对于音像制品的出版实行许可制度，只有经批准设立的“音像出版单位”才能出版音像制品。^[57]没有音乐出版资质的录音制作者只能许可他人发行自己制作的录音制品。在最高人民法院审理的“广东大圣文化传播有限公司诉洪如丁、韩伟案”中，刀郎和广东大圣文化传播公司共同制作了音乐专辑录音制品，并许可广州音像出版社出版该录音制品，同时向音著协支付了使用音乐作品的法定许可费。但音乐作品著作权人主张“法定许可只限于录音制作者制作录音制品，复制、发行录音制品应当取得著作权人许可”，也就是认为被许可人复制、发行根据法定许可制作的录音制品仍然需要经过音乐作品著作权人许可。最高人民法院明确指出，该观点“不符合著作权法的有关规定，本院不予支持”，并认为“制作录音制品法定许可”的“立法本意是为了便于和促进音乐作品的传播，对使用此类音乐作品制作的录音制品进行复制、发行，同样应适用著作权法……法定许可的规定”。^[58]

对上述问题的澄清，在网络环境中特别重要。这是因为与多数唱片公司会发行自己制作的录音制品不同，录音制作者与音乐录音点播和下载服务的提供者即“数字音乐平台”在多数情况下是不同的民事主体。录音制作者多为唱片公司，数字音乐平台则是网络内容提供者，它们通常是将前者制作的录音进行格式转化后再提供网络点播或下载。可见，基于音乐录音网络传播的特征，适用于网络环境的非自愿许可在适用范围上，应不仅及于录音制作者使用音乐作品制作录音并自行提供网络点播或下载，也适用于经录音制作者许可，对上述音乐录音提供网络点播或下载的数字音乐平台。换言之，数字音乐平台在获得该音乐录音中录制者和表演者对“信息网络传播权”的许可之后，可以根据新规定的非自愿许可提供该录音的网络点播或下载，并向音乐作品著作权人支付报酬。

鉴于“制作录音制品法定许可”在我国实体唱片时代实施效果较差的情况，可以考虑以下的制度设计：一方面，对于录音制作者使用他人音乐作品制作录音制品，并自行或由经其许可的数字音乐平台提供音乐录音的网络点播和下载的行为，借鉴专利法对强制许可的规定，^[59]在他人已获得音乐作品著作权人的许可，使用其音乐作品制作录音并提供网络点播或下载之后，希望利用同一音乐作品制作录音并提供网络点播或下载的录音制作者应先与音乐作品著作权人协商，尽力就自愿许可的条件达成协议。如果无法在合理的时间内以合理条件获得许可，可以向著作权行政管理部门（国家版权局）提出申请，在获得批准后，根据国家版权局参考自愿许可费率并在征求音乐作品著作权人和使用者意见后决定的许可费率，向音乐作品著作权人支付许可费。^[60]

换言之，新规定的非自愿许可不是制作和发行录音制品的法定许可，而是制作录音和

[57] 参见《音像制品管理条例》第5条、第8条和第9条。

[58] 参见前引〔45〕。

[59] 参见专利法第48条。

[60] 对于强制许可费数额的确定，可以专利法第57条和第58条为参考，规定许可费数额先由双方协商，双方不能达成协议的，由国务院著作权行政部门裁决。著作权人对国务院著作权行政部门关于强制许可的决定不服的，著作权人和强制许可的被许可人对国务院著作权行政部门关于强制许可的使用费的裁决不服的，可以自收到通知之日起3个月内向人民法院起诉。

提供点播和下载的强制许可。可供参考的是，日本著作权法第69条和韩国著作权法第52条规定的都不是“制作录音制品法定许可”，而是“制作录音制品强制许可”——当经权利人许可的音乐作品的商业性录音制品已被首次销售，且自首次销售之日起已满3年，任何希望利用该音乐作品制作商业性录音制品的人，若无法与权利人达成许可协议，可以向主管部门提出制作录音制品的申请，并在获得批准后制作录音制品，同时向权利人支付由文化厅长规定的与通常使用费相当的许可费。与法定许可相比，强制许可的前提是使用者首先与权利人进行协商，在无法达成协议时才能向主管部门申请获得许可。因此强制许可机制可以起到促使录音制作者与权利人协商的作用。与法定许可属于“自动许可”不同，强制许可的发放由主管部门酌情决定。即使主管部门同意给予使用者许可，其费率也要以市场价格为基础确定。而且与现行法定许可根据录音制品的数量计算许可费，从而容易出现瞒报现象不同，上述非自愿许可主要针对“信息网络传播权”，通常以提供音乐录音点播或下载服务的持续期间为计算许可费的依据，容易明确许可费的数额。同时，由于需要向主管部门申请强制许可，申请人将被记录在案，便于音乐作品权利人和主管部门对使用情况进行核查，以免其逃避付费义务。与法定许可机制下被许可人过于分散，音乐作品权利人无从掌握被许可人及其使用情况相比，强制许可更适合我国的国情。

另一方面，现行“制作录音制品法定许可”中有关使用他人音乐作品制作录音制品的部分，已被吸收进上述强制许可机制之中。而对于有关发行制成的录音制品的部分，鉴于在我国发行录音制品（实体唱片）对于音乐传播的作用式微，可以考虑不再设置非自愿许可。录音制作者如希望向少数音乐爱好者出售黑胶唱片等录音制品，应当取得音乐作品权利人的许可。

对于上述制度设计，可能会存在一种质疑，即专利法中的强制许可机制从未被使用过，其被移植进入著作权法后，能真正发挥作用么？笔者认为，该项制度设计的目的，并非鼓励使用者去申请强制许可，而是促使权利人与使用者进行善意协商，以确定合理的许可条件和费率。因此，强制许可只是最后一道防线，并不会像著作权法已规定的诸项法定许可一样被经常使用。

《伯尔尼公约》第13条在允许成员国规定使用音乐作品制作录音制品的非自愿许可时，要求该非自愿许可的效力“严格限于对此作出规定的国家”，^[61]并规定对于根据上述非自愿许可制作的录音制品，“如未经有关方面批准进口，视其为侵权的录音制品”。^[62]换言之，依据该项非自愿许可制作的录音制品只能在境内销售。上文建议的强制许可，本质上是《伯尔尼公约》第13条中非自愿许可在网络环境中的延伸，因此在适用于源自其他成员国的音乐作品时，应当符合《伯尔尼公约》第13条的精神，要求数字音乐平台将网络点播或下载服务的用户范围限于我国境内。

三、音乐作品的特殊性与对录制者权专有许可的限制

数字音乐平台提供音乐作品录音的点播和下载，同时涉及音乐作品权利人、表演者和

[61] 《伯尔尼公约》第13条第1款。

[62] 《伯尔尼公约》第13条第3款。

录音制作者的“信息网络传播权”。上文所述的对非自愿许可的设计，可避免因音乐作品权利人对网络点播和下载发放专有许可而影响音乐文化的多样性。但由于音乐录音的点播和下载有别于实体唱片的发行，音乐作品的特殊性在网络时代引发的一些新问题仅凭上述非自愿许可机制仍然无法完全得到解决。

（一）录音制作者对交互式网络传播发放专有许可引发的问题

在实体唱片时代，唱片公司既是录音制品的制作者又是发行者。不同唱片公司对各自发行的录音制品在品质和价格上的竞争是天然形成的。特别是“制作录音制品法定许可”允许录音制作者对已被他人合法录制成录音制品的音乐作品重新制作录音制品，这就意味着对于同一音乐作品，在市场上会出现由不同唱片公司制作的不同录音制品，这样的竞争就更加激烈，可以自然抑制录音制品价格的过度上涨。

在网络时代，对音乐录音提供网络点播和下载的数字音乐平台与录音制作者发生了分离。多数录音制作者对自己制作的录音并不直接提供网络点播或下载，而是向数字音乐平台发放许可。数字音乐平台也很少自己录制音乐作品，而是寻求录音制作者对录音制品的“信息网络传播权”给予许可。虽然在理论上，数字音乐平台还需要获得表演者的许可，但专业歌手大多隶属于唱片公司，已将表演者权转让给了唱片公司或给予其专有许可并允许分许可，数字音乐平台实际上也要通过录音制作者获取表演者对“信息网络传播权”的许可。

如果各数字音乐平台都能从不同的录音制作者处获得非专有许可，自然会展开服务品质和价格方面的竞争。然而，当一家数字音乐平台从不同的录音制作者处获取了专有许可，且这些录音制作者拥有的音乐录音达到了绝对优势数量，就可能出现对音乐录音网络点播和下载市场的垄断。与音乐作品存在大量作者不同，有能力聘用表演者演奏或演唱并进行专业录音的录音制作者毕竟是少数。而且由于实体唱片市场逐渐走向衰落，唱片公司不断发生兼并重组，在各国都出现了集中化的趋势，索尼、环球和华纳三大国际音乐集团制作了多数音乐作品的录音制品并对其享有权利。在这种情况下，实力雄厚的数字音乐平台就会较为容易地以较高价格对占绝对优势数量的音乐录音获取录制者权和表演者权的专有许可。^[63]当然，财力再雄厚的数字音乐平台也难以将所有的音乐录音一“网”打尽，其他数字音乐平台仍然有机会对一些音乐录音获得提供网络点播和下载的许可。然而，如前文所述，一部音乐作品特别是流行音乐的长度十分有限，对于公众欣赏音乐的日常需求，不可能通过提供少量音乐录音就能满足。如果一家数字音乐平台不能储备由一定数量的音乐录音组成的曲库，恐罕有人问津。如果一家数字音乐平台可以对数量占绝对优势的音乐录音获得专有许可，就会出现市场垄断的风险。

（二）限制录制者对交互式网络传播发放专有许可的正当性

正是考虑到了这种风险，美国于1995年通过的录音数字表演权法不仅将实体唱片时代的“制作录音制品法定许可”延伸至网络环境，即允许不经音乐作品权利人许可（但应同时获得录音制作者的许可），对依据法定许可制作的音乐录音提供下载，还规定了录音制作者就录音发放网络点播专有许可的最长年限。据此，通过数字音频传输的方式对录音进行

[63] 有学者对此指出，“独家版权的合作方式成为唱片公司扭转发展颓势的福音，独家版权的授权收益成为各大内容公司的主要盈利来源”。前引〔8〕，张丰艳文。这从另一个角度说明了录音制作者有发放专有许可的动力。

交互式传播（即网络点播，不包括下载）的服务提供者（即本文中的“数字音乐平台”），原则上不应获得期限超过一年的专有许可。^[64] 该法对此项限制又规定了三项例外情形。一是当录音制作者（许可人）享有版权^[65]（我国著作权法中的录音制作者权）的录音数量不超过 1000 部时，专有许可的期限最长可为两年。但无论是期限最长为一年还是两年的专有许可，在期限届满后的 13 个月内，被许可人都不能就相同的录音再获得专有许可。^[66] 换言之，数字音乐平台不能在一年或两年的专有许可期限届满后，立即与录音制作者续约，从而规避对专有许可期的限制。二是如果录音制作者同时给予至少五家不同的交互式服务提供者以网络点播的许可，且相对于录音制作者许可给交互式服务提供者的录音总数，每家被许可的录音数量占比不低于 10% 且最低为 50 部，则可无期限地进行专有许可。^[67] 三是当专有许可的目的仅在于推动录音制品的销售或播放，且仅针对长度不超过 45 秒的录音时，对此种专有许可的期间不设上限。^[68] 该法还对“许可人”进行了定义，将与录音制作者存在实质程度的共同产权、管理关系或控制关系从而享有录音版权的机构都纳入了“许可人”的范围。^[69]

该规定的目的在于避免某一家数字音乐平台凭借其雄厚的财力将音乐录音的点播服务一“网”打尽，从而形成垄断。从三项例外情形的设置中，也可以看出该立法意图。长度短于 45 秒的录音如果仅用于推销完整版的录音，明显属于“试听”，不可能满足公众欣赏音乐的日常需求，无法造成市场垄断的后果，因此无需对专有许可设定期限。如果许可人仅享有至多 1000 部录音的版权，即使仅向一家数字音乐平台发放了这 1000 部录音的专有许可，该项专有许可对市场的影响也较为有限，因此允许有较长时间的专有许可。至于同时对至少五家数字音乐平台发放许可，且每家获得的份额不低于 10%、最少为 50 部录音的例外情形，立法意图明显是使许可足够分散，以确保不同的数字音乐平台之间存在充分竞争。与此同时，该法还规定，录音制作者和录音传播者（提供网络点播服务的数字音乐平台）都可以指定各自的共同代理人发放或寻求许可，并收取或支付许可费，但录音制作者之间，以及录音传播者之间都不得通过协商、组成联盟或协同行动商定（统一的）许可费率和许可条件，而必须由录音制作人和录音传播者就每一项许可单独确定许可费率和许可条件。^[70] 该项规定明显出于反垄断的目的，即防止录音制作者之间及数家数字音乐平台之间通过相互协调达成内部协议，并通过两者的集体协商设定统一的许可费率和许可条件，导致实力较弱的数字音乐平台只能接受或放弃。

美国为防止出现数字音乐平台的垄断而对录音版权专有许可规定的限制，是否值得我国借鉴？要对此作出回答，需要首先解决对其正当性的几个疑问。

首先，防止垄断的立法目的当然具有正当性，但它必须与著作权法的基本规则相适应。如前文所述，著作权法的核心是专有权利，而专有权利本身就具有排他效果，为什么录音

[64] 17 USC 114 (d) (3) (A).

[65] 美国版权法中没有邻接权制度，“录音”被规定为一类作品。See 17 USC 102 (a) (7).

[66] 17 USC 114 (d) (3) (A).

[67] 17 USC 114 (d) (3) (B) (i).

[68] 17 USC 114 (d) (3) (B) (ii).

[69] 17 USC 114 (d) (3) (E) (i).

[70] See 17 USC 114 (e) (2) (A), (B).

制作者不能通过较长期间的专有许可实现自身利益的最大化?与之相比,为什么立法者对于提供电子书和电影等其他作品的网络点播服务涉及的专有许可未规定期限?

笔者认为,这仍然与音乐作品的特殊性有关。如前文所述,在网络时代,实体唱片的销售走向衰落,提供音乐录音的网络点播和下载,日益成为人们反复欣赏音乐的主要渠道。其他类型作品的传播并不存在这一特点。例如,虽然电子书吸引了不少读者,但纸质书仍然占有最重要的地位,其市场份额远超电子书。^[71]对影视剧而言,通过网络观赏影视剧的人数虽然日益增加,但电影一般是先在影院放映,之后再通过电视台播放,最后才在网络中传播。特别是在3D电影出现后,能够充分体现3D效果的影院仍然是大量观众的首选。电视剧则多数是在电视台首播后才在网络中传播,或者在网络中首先传播后再由电视台播放,电视播放尚未被网络传播所替代。唯有对音乐作品而言,网络传播正在成为(在我国已经成为)最重要的渠道。同时,音乐是文化产品中的核心,人们用于音乐欣赏的时间是其他类型作品所难以相比的。^[72]无论音乐作品传播的主要渠道是销售实体唱片还是提供网络点播和下载,都不应改变音乐作为日常生活必需品的文化属性。

当一家数字音乐平台凭借其雄厚的财力向各录音制作者购买了专有许可,对数量占绝对优势的音乐录音提供具有垄断性质的网络点播和下载服务时,就可能因缺乏竞争而导致价格上涨。当然,如果该具有垄断地位的数字音乐平台一方面保持点播和下载价格不变并不断提高服务品质,另一方面又因集中了数量占绝对优势的音乐录音而使公众获得“一站式”服务,即无需在不同数字音乐平台之间穿梭寻找心仪的音乐,^[73]当然会受到公众的欢迎。然而,在缺乏其他数字音乐平台竞争的情况下,此种令人乐观的情形的可持续性值得怀疑。美国录音数字表演权法的最初版本并未对录音制作者发放的专有许可设定期限,^[74]在美国司法部致函国会,就该法涉及的竞争问题表示关切之后,该法才增加了对专有许可期限的规定。^[75]虽然该法没有规定相关的录音必须是音乐录音,但人们在网络中点播的录音显然主要是音乐录音,立法目的也主要在于防止对数字音乐点播市场的垄断。美国国会的报告对此指出:“在法案制定的过程中,有人担心录音版权人被授予数字表演权这一专有权利后,可能会(通过专有许可)对传播音乐作品的机会进行限制。……司法委员会意识

[71] 2015年,我国图书销售收入为624亿人民币,而移动阅读市场(电子书市场)销售收入为108亿人民币,前者为后者的6倍多。参见北京开卷信息技术有限公司:《2015年图书零售市场报告》, http://www.openbook.com.cn/Information/2240/3812_0.html, 2017年10月8日最后访问。在北美和英国市场,大型出版商的电子书销售占比为15%至25%,但2013年之后该占比就一直在下降。电子书销售在西欧大多数国家的销售占比不到10%。See Rüdiger Wischenbart, *Global eBook Report 2017 (Executive Summary)*, http://www.wischenbart.com/upload/GlobalEbook2017_press-release_selected-findings_01.pdf, 2017年10月8日最后访问。

[72] 根据尼尔森公司(Nielsen)的调查,72%的中国受访者每周用于欣赏音乐的平均时间为16个小时,即每天超过2小时。参见《尼尔森中国音乐360亮点摘要》,第3页。http://www.nielsen.com/content/dam/niensglobal/cn/docs/Music%20360%20China%20Highlights_Chinese.pdf, 2017年12月6日最后访问。另据艾瑞市场咨询有限公司2016年的报告,用户对音乐的依赖度极高,近八成在线音乐用户每天都会收听音乐,90%的在线音乐用户每天收听音乐时长在半小时以上,其中,每天收听音乐的时长以1-2小时为主,占比33.7%。参见艾瑞市场咨询有限公司:《2016年中国在线音乐行业研究报告》,第29页。报告下载网址 <http://www.iresearch.com.cn/report/2617.html>, 2017年12月6日最后访问。

[73] 这正是有学者描述的场景——“让听歌变得简单”。参见熊琦:《让听歌变得简单——网易腾讯之争,音乐版权到底该不该独家》, http://www.sohu.com/a/167477026_99957768, 2017年9月15日最后访问。

[74] See S. 227, 104th Cong., 1st Sess. (January 13 1995).

[75] See S. Rep. No. 104-128, 104th Cong., 1st Sess., at 12-13 (1995).

到了人们的关切，即录音版权人成为控制者，限制公开传播录音中音乐作品的机会。”〔76〕美国国会的报告认为，对录音制品制作者发放的专有许可设定期限，“是为了避免阻碍交互式服务的发展”，并称对专有许可期限的限制“有效地解决了这种关切”。〔77〕由于网络交互式服务在音乐传播中已占据主导性地位，立法者不希望因较长时间的专有许可导致对该传播渠道的垄断，以此促进数字音乐平台之间的竞争。

其次，要防止一家数字音乐平台获得录音制作者的专有许可，还可以采取其他手段，如规定法定许可。但录音数字表演权法没有像对音乐作品的版权规定“制作录音制品法定许可”那样，对录音的版权规定法定许可，而是选择了对录音制作者发放的专有许可设定期限。对此，美国国会、版权局或权威学者没有作出明确解释。

笔者认为，这与录音制作者的收入来源有限有关。美国版权法虽然将“录音”列为受保护的作品，而不是像我国著作权法那样，将其规定为邻接权的客体，但也只为其规定了复制权、发行权、演绎权和“数字表演权”。“数字表演权”针对的是在线传播录音的行为，也就是提供录音的网络点播和实时播放（如网络电台根据预定的节目时间表播放录音），〔78〕并不针对其他播放录音的行为，如电台广播和机械表演等。因此，录音制作者获得收入的渠道远少于音乐作品权利人，后者除了网络点播和下载之外，还可以从许可对音乐作品的现场表演、机械表演、对现场表演的直播以及电台、电视台播放音乐节目等渠道获得相当比例的收入。

网络点播在美国已经开始取代下载成为公众欣赏音乐的主要渠道。〔79〕如果对录音的网络点播设定法定许可，将可能影响录音制作者从该渠道获得的收入。毕竟法定许可的法定费率一旦设定，就具有相对稳定性，而经自由协商的自愿许可费率随市场的变化而浮动，有可能高于法定费率。同时，一旦将该权利限制适用于源自《世界知识产权组织表演和录音制品条约》（WPPT）成员国的录音，还可能违反该条约规定的“三步检验标准”。〔80〕根据世界贸易组织（WTO）专家组在“欧共同体诉美国案”中的裁决，当一种利用作品的行为与权利人通常从行使专有权利中获取经济利益的行为相竞争，并且因此使权利人丧失大量的实体商业利益时，国内法将这种利用行为规定为对专有权利的例外或限制，就会与作品的正常利用相冲突。〔81〕虽然TRIPS中的“三步检验标准”仅适用于作品，但在解释WPPT中适用于表演和录音的“三步检验标准”时，当然可以参考WTO专家组的解释。在网络点播日益成为录音制作者主要收入渠道的情况下，对网络点播设定法定许可就可能产生违反“三步检验标准”的后果。在这种情况下，对网络点播的专有许可设定期限更为合适。一方面，它不干涉录音制作者发放专有许可或非专有许可的选择权，以及其与数字音乐平台商定的许可费，即录音制作者许可网络点播所获得的收益由市场决定，避免

〔76〕 前引〔75〕，第16页。

〔77〕 同上引报告，第16页，第25页。

〔78〕 同上引报告，第14页。

〔79〕 根据国际唱片业协会（IFPI）2017年的报告，网络点播在数字音乐收入中的占比已达59%。参见前引〔34〕，IFPI报告，第12页。

〔80〕 WPPT第16条第2款规定：“缔约各方应对本条约所规定权利的任何限制或例外限于某些不与录音制品的正常利用相冲突、也不无理地损害表演者或录音制品制作者合法利益的特殊情况。”

〔81〕 See the Report of the Panel on United States-Section 110 (5) of the US Copyright Act, WT/DS160/R, para. 6.183, https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/MultiDDFDocuments/55222/Q/WT/DS/160R-00.pdf; Q/WT/DS/160R-01.pdf/, 2004年6月24日最后访问。

了降低录音制作者收入和对“三步检验标准”的违反；另一方面，通过对专有许可期限的规定，为不同数字音乐平台之间的竞争留下了空间。

最后，通过网络实施的交互式传播有两种方式，即点播和下载。为什么美国版权法对录音制品制作者发放专有许可设定的期限仅针对点播，而不针对下载呢？对此，美国国会、版权局或权威学者也没有作出明确解释。笔者认为，这是因为此项限制具有特殊的立法背景——它是由1995年通过的录音数字表演权法规定的。该法首次赋予录音制作者在数字环境中的“表演权”，即“数字表演权”。^[82]在此之前，录音制品制作者仅享有复制权、发行权和演绎权，并不享有任何“表演权”。由于立法者认定“对录音的数字传输有可能成为播放已录制音乐的重要途径”，^[83]因此同意为录音制作者规定“数字表演权”。但在引入新权利的过程中，不可避免地会产生利益博弈。对发放网络点播（美国版权法意义上的“数字表演”）的专有许可设定期限，是换取“数字表演权”的重要筹码。录音数字表演权法之所以没有为录音制作者就下载录音发放的专有许可设定期限，是因为提供录音下载的行为受控于复制权和发行权，而复制权和发行权是录音制作者早已享有的权利，与该法无关，在立法过程中不可能围绕此项权利产生利益博弈。

（三）我国应适当限制对音乐录音交互式传播的专有许可

基于音乐作品的特殊性和我国的国情，笔者认为，我国应对录音制作者针对音乐录音发放的“信息网络传播权”专有许可进行适当限制。

通过网络点播或下载音乐录音，已经成为我国公众欣赏音乐的主要渠道。这一特征，是目前任何其他类型的作品都不具备的。与各国出现的唱片业集中化的趋势相同，我国对海量音乐作品的录音制品拥有录音制作者权的唱片公司也寥寥可数，^[84]一家实力雄厚的数字音乐平台很容易取得对数量占绝对优势的音乐录音进行点播和下载的专有许可，从而形成对数字音乐市场的垄断，导致用户几乎无法通过其他合法渠道点播和下载大量音乐录音。因此，对音乐录音进行交互式传播的专有许可进行适当限制的正当性，在我国更加突出。

在进行具体制度设计时，我国同样应当考虑两个问题。一是选择规定非自愿许可还是为专有许可设定期限；二是像美国那样仅对网络点播的专有许可规定期限，还是同时对网络点播和下载的专有许可设定期限。对于第一个问题，上文对美国选择为专有许可设定期限而不采用法定许可的解释，也适用于我国。同时，录音制作者权针对的是录音本身，并不是被录制的作品。录音制作者对录音的“信息网络传播权”发放专有许可（往往也因受让了表演者权，而对表演的“信息网络传播权”发放专有许可）并不会影响音乐文化的多样性，只是可能导致一家数字音乐平台垄断音乐录音的网络点播和下载市场。要实现反垄断的立法目的，无需规定非自愿许可，为专有许可设定期限足矣。

对于第二个问题，笔者认为我国不应像美国那样对网络点播和下载进行区分。我国著

[82] See Digital Performance Right in Sound Recordings Act of 1995, Section 2.

[83] 前引[75]，第14页。

[84] 目前国内排名前十的唱片公司分别为：环球唱片公司、华纳唱片中国（香港）有限公司、索尼（中国）有限公司、滚石国际音乐股份有限公司、英皇集团（国际）有限公司、华研国际音乐股份有限公司、华谊兄弟传媒股份有限公司、福茂唱片音乐股份有限公司、北京太合音乐文化发展有限公司和相信音乐国际股份有限公司。其中，中国内地的唱片公司只有华谊兄弟传媒股份有限公司和北京太合音乐文化发展有限公司。http://www.china-10.com/china/4827cp_index.html，2017年12月31日最后访问。

著作权法为录音制作者规定了“信息网络传播权”，无论是网络点播还是下载，均属于该项专有权利的规制范围。在宽带普及、网络提速和资费下降的今天，网络点播和下载同等重要，对两者发放专有许可的最长期限应当同时设定，没有理由区别对待。

因此，我国立法者可以考虑：对录音制作者向数字音乐平台发放音乐录音的点播和下载的专有许可期进行限制，原则上不超过一年，且在一年期届满后，专有被许可人应在超过法定期限后，才能对相同的音乐录音再次获得一年期的专有许可。当合同约定专有被许可人可以进行分许可，且专有被许可人也确实向法定数量的不具有关联关系的其他数字音乐平台发放了分许可，或者专有许可涉及的音乐录音数量低于法定门槛时，则可以不适用一年的专有许可期限。以此确保不同的数字音乐平台之间就音乐录音的点播和下载服务展开适度竞争，促进音乐作品的传播，便利公众以适当价格欣赏音乐作品。

Abstract: The characteristic of musical works is that their communication depends on the sound recordings of musical performance. The main channel for the public to appreciate music in the pre-network era is to purchase phonorecords of musical performance, while in the network age, it is to on-demand stream or download sound recording of musical performance. When a large number of copyright owners of musical works grant exclusive licenses to produce, distribute and make available through the network the sound recordings of their musical works, the public's interest in appreciating performance of musical works in various styles will be adversely affected, and the diversity of music culture will be impaired. So imposing limitation on exclusive license by non-voluntary license is justified. Meanwhile, in order to provide on-demand streaming and downloading of the sound recording, it is also necessary to get the license of a sound recording of musical performance from the performer and the producer. When all producers grant one digital music service platform exclusive license to stream or download the overwhelming number of sound recordings, the main channel for the public to appreciate music will be monopolized. Based on the reality that the physical market of musical sound recording is diminishing in China, it is justified to intervene in such exclusive license. Compared to imposing non-voluntary license, setting legal limits on the duration of exclusive license is more advisable.

Key Words: musical works, exclusive license, legal license for the production of sound recording of musical performance, non-voluntary license
