

## 美国音乐版权制度转型经验的梳解与借鉴<sup>\*</sup>

熊琦

**内容提要:**美国的音乐版权产业较为发达,其音乐版权制度也创设较早,两个世纪以来,该制度的不断完善因应了传播技术的发展,亦对音乐版权产业形态的变迁起到重要的促进作用。考察美国音乐版权制度的发展史,其主体模式的变迁对音乐版权的内容和许可产生了一定影响,立法也基于此对权利配置与许可模式予以调整与固化,实现了美国音乐版权立法的功能,但同时也诱致产生某种程度的制度失灵。在我国的著作权立法领域,由于我国长期以来片面关注规则的简单移植,而忽略对制度价值和经验的比较法考察,尤其是我国现阶段主要是由政府主导音乐著作权立法,这种简单的规则借鉴加之政府主导,导致现阶段的立法存在一定问题。因此,客观、有效地分析美国音乐版权制度的发展,能够为我国独立应对 Web 2.0 时代音乐产业所面临的新问题提供一定经验借鉴。

**关键词:**音乐著作权 音乐作品 录音制品 强制许可 集体管理

熊琦,中南财经政法大学知识产权研究中心副教授。

### 一 问题的提出

从制度发展史的角度观察,诸多版权制度创新都首先产生于音乐版权领域。<sup>〔1〕</sup> 音乐版权之所以成为版权制度变革的“试验田”,原因在于音乐作品的利用范围和方式最易受到传播技术的影响,并导致既有权利体系无法适应新技术条件下的市场需求。我国著作权法第三次修改公开征求意见的诸份草案里,遭到质疑的法定许可和延伸性集体管理制度

<sup>\*</sup> 本文为作者主持之国家社科基金项目“产业利益博弈与著作权集体管理制度变革研究”(13CFX91)的阶段性成果。

〔1〕 从权利类型看,表演权和广播权的出现很大程度是对音乐作品传播方式的回应;从许可模式看,强制许可和集中许可都是首先适用于音乐著作权领域。本文以产业主体的商业模式选择为依托,也是从权利类型和许可模式两个方面对美国音乐版权制度变革经验加以梳理。

度,无不直接与音乐著作权相关。<sup>[2]</sup>我国音乐著作权制度争议之所以在本次修法进程中凸显,主要有两个原因:第一,从制度设计上看,我国著作权法源于对国际贸易和国际公约的回应,而音乐著作权制度并非契合产业发展阶段生成,因此导致相关立法空有条文而缺乏具体实施的产业基础和相应制度保障。音乐著作权人在著作权法第三次修订过程中否定和批评早已存在的“制作录音制品法定许可”,本质上乃是对法定许可长期无法落实的不满。<sup>[3]</sup>第二,从制度移植上看,我国音乐著作权制度长期限于单纯的立法规则引进,却忽略了理论解释的吸收,当与发达国家同步面临网络技术冲击而无法获得他国经过实践检验的制度范本时,这种制度移植上的缺陷使得立法者既难以根据制度生成的规律梳理出制度失灵的原因,也无法在缺乏成熟立法可供借鉴时作出制度转型的独立判断。我国数字音乐付费问题的困局,很大程度上是出于无法基于本土音乐产业的实际而进行制度创新。

针对上述困境,我国音乐著作权制度比较研究需要从简单的法律规则借鉴,转为梳理立法来源国音乐版权制度设计与产业需求之间的内在关联,以及应对传播技术变革时作出制度应变时的转型规律,进而获得构建本土化制度价值和体系的能力。在制度转型经验上,美国音乐版权制度的变革历史能够为我们提供极为丰富的借鉴范本。首先,在制度成熟程度上,美国拥有深厚的立法成果可供比较,至今,美国已有近200年的音乐版权立法经验,其音乐版权体系早已建立成熟的保护和运作机制。我国如今在该领域遇到的多数问题,事实上美国在20世纪中期即已面对和解决,相关制度实施效果也早已显现,所以有足够立法经验和教训可供我国参考。其次,在制度变革经验上,美国拥有成熟的路径选择经验可供借鉴。美国历次应对新兴传播技术的音乐版权制度转型,皆为回应本国音乐产业主体需求的主动立法,制度设计与产业需求之间已形成默契,影响立法选择的考量因素也在长期立法博弈中逐渐显现,所以其历史能够为我国音乐著作权制度体系的变革提供可行性参考。鉴于上述优势,有必要着重分析美国音乐版权制度转型规律及其立法绩效,基于特定历史时期和社会基础来考察制度选择的合理性及其局限,以期为我国下一步修法提供借鉴素材。

[2] 在2013年版权局发布的我国著作权法第三次修订草案第一稿中,第46条和第48条对现行《著作权法》第40条“制作录音制品法定许可”加以细化,对录音制品制作者的使用时间、申请备案和版税支付等问题作了规定,使之更具操作性。但由于音乐著作权人的强烈质疑和反对,国家版权局修订草案第二稿采取了截然相反的立法设计,即完全放弃了现行著作权法和修正草案第一稿中关于“制作录音制品法定许可”的规定,这意味着根据后来修订草案第二稿、第三稿和已报送国务院的送审稿,录音制作者制作录音制品的行为需要事前得到音乐作品著作权人的许可。基于同样的原因,修订草案第一稿第60条关于延伸性集体管理的规定,也在随后的数稿中几经修改,最终在送审稿第63条中把延伸性集体管理的范围限定在“就自助点播等方式向公众传播已经发表的音乐或者视听作品”,其他表演、广播和信息网络传播行为皆排除在延伸性集体管理之外,已无法实现版权局所意图达到的目的。

[3] 我国1990年第一部著作权法出台时,国内音乐产业才刚开始市场化进程,既无具有市场地位的产业主体,集体管理组织等著作权服务和中介机构也并未建立,所以著作权法暂未考虑引入保障音乐著作权实现的程序性规则。随后修法虽然根据相关国际公约增加了广播电台电视台播放录音制品的法定许可等规定,但由于国家对出版行业的行政管制,导致关于付酬方式和标准的具体安排难以通过市场协商形成,而只能等待政府部门间的协调,最终拖延到2008年才出台相关暂行办法,且至今难以实现。

## 二 美国音乐版权制度转型历史的路径考察

### (一) 第一次转型:权利设定与许可的特殊性彰显

受传播技术所限,音乐产业在产生之初曾长期隶属于出版产业,其商业模式为通过音乐作品(乐谱)的复制和发行获取收益,与当时出版产业的图书贸易并无差异。<sup>[4]</sup> 因此自1790年美国第一部版权法颁布至19世纪末,音乐产业与出版产业相比并无特殊性,其版权体系皆围绕音乐作品的复制权和发行权而构建,音乐作品版权人也满足于通过发行乐谱获取收益。但在19世纪末录音与广播技术发明后,音乐产业形态开始突破既有商业模式,进入第一次转型期。录音与广播技术给音乐产业带来的冲击,主要体现在对音乐作品利用方式的突破上,不同于复制和发行的利用方式,一方面使得复制权与发行权无法使版权人在新技术条件下获得收益,另一方面也促使新主体加入音乐产业运作中,进而导致新兴产业主体与既有产业主体之间出现矛盾。

录音技术引发音乐版权制度变革,缘起于1895年后自动钢琴的普及。由于自动钢琴能够自行演奏音乐,使得音乐产业开始由单一的乐谱发行转向录音制品的发行,不但新旧产业主体之间由此出现纠纷,而且自动钢琴生产者之间也存在矛盾。部分自动钢琴生产者当时反对国会将录制音乐纳入法律保护的理由,并非拒绝与音乐版权人分享收益,而是害怕其他已经取得市场优势地位的自动钢琴生产者因此形成垄断。<sup>[5]</sup> 为此立法者只得兼顾各方利益,一方面将制作自动钢琴的音乐纸卷作为“机械复制”,以保护音乐作品版权人的利益,另一方面则增设强制许可,允许他人在满足法定条件的情况下直接录制音乐作品,既满足众多自动钢琴生产者的需求,也防止特定生产者借助市场优势地位垄断音乐作品来源。<sup>[6]</sup>

与录音技术的影响相似,广播技术同样扩展了音乐作品的利用方式和范围,促使版权人开始重视公开表演和广播行为。美国1790年《版权法》颁布后,音乐作品版权长限于音乐作品的复制与发行,在公开场合表演(演唱、演奏)音乐作品并不违法。直到1909年国会修改版权法时,才将“以营利为目的向公众表演”纳入权利体系。但出版者当时并未重视这项权利,反而认为鼓励对音乐作品表演是提高乐谱销量的有效手段。随着公开表演的场所和频率不断提高,版权人逐渐开始认真对待其享有的公开表演权。不过,当时版权法要求公开表演权以“营利性”为要件,意味着使用者只需要为因其欣赏表演的行为而付费,在酒吧和餐厅等场所大量存在的表演行为是否属于“营利”却并无定论。由于上述表演行为过于分散,权利人既无力全面调查,也难以通过诉讼请求相关赔偿。<sup>[7]</sup> 鉴于

[4] Al Kohn & Bob Kohn, *Kohn on Music Licensing* (4<sup>th</sup> ed.), New York: Wolters Kluwer (2010), pp. 5-6.

[5] Paul Goldstein, *Copyright's Highway: From Gutenberg to the Celestial Jukebox (Revised Edition)*, California: Stanford University Press (2003), p. 52.

[6] 在此之前,音乐作品出版者曾起诉自动钢琴生产者,请求法院肯定“机械复制权”,但并未取得成功。随后出版者转而游说国会,终于在立法上取得了进展。这也是美国“三权分立”政体下产业争取法律保护的习惯策略。相关判例参见 *White-Smith Music Publishing Co. v. Apollo Co.*, 209 U.S. 1 (1908)。

[7] Paul Goldstein, *Copyright's Highway: From Gutenberg to the Celestial Jukebox (Revised Edition)*, California: Stanford University Press (2003), p. 54.

上述困境,版权人开始通过合作的方式应对使用者过于分散的问题。1914年成立的美国作曲家、作家与出版者协会(ASCAP),开始作为一个集中维护音乐作品版权人利益的机构出现,并在与涉及音乐演奏和表演的商业机构进行一系列诉讼后,迫使霍姆斯(Holmes)大法官认定餐厅和酒吧演奏音乐作品须向版权人付费。<sup>[8]</sup>与此同时,美国作曲家、作家与出版者协会又展开了针对广播组织的诉讼,并在1923年将广播组织就其音乐广播行为支付版税。<sup>[9]</sup>不过双方在版税标准上仍然各执一词,该协会认为广播组织支付的版税难以弥补版权人因广播节目而在乐谱发行上遭受的损失;相反,广播组织则认为,由于广播组织之间竞争激烈,过高的版税标准会导致大量广播组织破产。<sup>[10]</sup>同时由于该协会拥有绝对数量的音乐作品来源,广播组织因此提请美国司法部于展开对该协会的反垄断审查,<sup>[11]</sup>并筹建了由自己掌控的集体管理组织“音乐广播公司”(BMI),以争夺音乐广播节目的权利来源,但美国司法部仍然从1941年开始同时针对该协会和该音乐广播公司展开反垄断诉讼,迫使其放弃一些滥用市场支配地位的行为。<sup>[12]</sup>

新技术的普及不但改变了音乐作品的利用方式和范围,还使录音制品成为新的客体类型,“音乐作品——录音制品”二元体系由此建立。然而,与音乐作品版权体系构建不同,美国录音制品版权制度的发展历程更为曲折。虽然录音制品作为音乐作品的载体,在20世纪30年代即已广泛使用,但录音制品版权直到1971年才首次在美国《版权法》中得以确认。<sup>[13]</sup>权利设定延迟于录音制品技术发展的原因,在于早期录音制品与载体的分离成本较高,且翻录质量无法保证,因而无法对合法发行的录音制品造成冲击。随着数字录音技术的完善,非法复制已能给录音制品市场造成重大损失,因而对录音制品制作者的保护成为维护该产业运作的必要前提,但由于音乐作品版权人和广播组织的抵制,录音制品版权仅局限于复制和发行权,而无法通过赋予公开表演权来控制播放和广播行为。<sup>[14]</sup>

综上可知,直接促使音乐版权制度经历第一次转型的是录音与广播技术的发展。首先,音乐作品开始以“机械复制”、唱片发行和公开表演等方式进行传播,“音乐作品——录音制品”二元版权体系形成。其次,音乐产业商业模式发生了“从载体买卖到作品许可”的变化,这意味着音乐版权法律关系不再局限于音乐作品著作权人与消费者之间,而是转型为“音乐作品版权人——录音制品制作者——商业使用者(传播者)——消费者”多方法律关系。虽然日后传播技术的发展从未停滞,但现代音乐产业的范畴、商业模式和主体需求都在这一阶段中成型,并且为音乐版权制度体系奠定了产业基础。

## (二)第二次转型:传统制度变革路径的失灵

音乐产业的第二次转型,源自20世纪末互联网的普及,网络彻底将数字音乐的优势

[8] *Herbert v. Shanley*, 242 U. S. 591 (1917).

[9] *M. Witmark & Sons v. L. Bamberger & Co.*, 291 F. 776 (D. N. J. 1923).

[10] Al Kohn & Bob Kohn, *Kohn on Music Licensing* (4<sup>th</sup> ed.), New York: Wolters Kluwer (2010), pp. 10 - 11.

[11] *United States v. ASCAP*, Equity Bd. 78 - 388 (S. D. N. Y. 1934).

[12] *United States v. ASCAP*, 1940 - 1943 Trade Cas. ¶ 56, 104 (S. D. N. Y. 1941); *United States v. BMI*, 1940 - 1943 Trade Cas. ¶ 56, 096 (S. D. N. Y. 1941).

[13] Act of Oct. 15, 1971, Pub. L. No. 92 - 140, 85 Stat. 391.

[14] M. William Krasilovsky et al., *This Business of Music: The Definitive Guide to the Business and Legal Issues of the Music Industry* (9<sup>th</sup> ed.), New York: Watson-Guptill Publications (2003), pp. 69 - 70.

发挥出来,一方面音乐传播成本降低,音乐完全以数字形式在网络中分享;二是音乐传播技术转移,互联网使私人分享成为音乐的主流传播方式。伴随上述变革出现的,是两类涉及音乐产业的新主体:第一类为直接传播音乐或为音乐传播提供平台的网络服务提供者,第二类为最终用户。在网络时代到来前,最终用户只能以占有和使用载体的方式利用音乐,与音乐产业形态及其商业模式无涉。而互联网的普及使最终用户掌握了原本由音乐版权人控制的传播渠道,使最终用户有能力对音乐产业的收益产生重要影响。特别当P2P技术被网络服务提供者采用后,最终用户之间得以“去中间化”的方式传播数字作品,导致音乐成为首个被大规模非法传播的作品类型。<sup>[15]</sup> 权利人既无力监控网络音乐传播范围和利用方式,也无法从网络最终用户的传播与利用中获取任何收益。对此,版权人仍采取音乐产业第一次转型时的策略,一方面积极寻求权利范围的扩张,以求将传播技术发展带来的新市场纳入控制范围;另一方面试图通过诉讼来压制利用新技术实施的侵权行为,要求使用者迎合其商业模式。由于音乐作品版权人已被赋予较为全面的权利,因此如今目标主要是如何在数字音乐上适用上述权利。<sup>[16]</sup> 但对于录音制品制作者而言,录音制品数字化后的交互式网络传播,能够完全替代传统的录音制品发行,因此仅享有复制和发行权的录音制品制作者不但无法从网络传播中获取收益,更面临着商业模式被淘汰的命运。<sup>[17]</sup> 美国国会为此于1995年通过了《录音制品数字表演权法案》(DPRSRA),旨在“从法律上帮助音乐版权人确认数字环境下的著作权”。<sup>[18]</sup>

首先获得认可的仍然是音乐作品版权人。《录音制品数字表演权法案》认定数字录音传输包含对音乐作品的机械复制、发行或者公开表演,特定类型的数字传输行为也被纳入强制许可的范围。<sup>[19]</sup> 强制许可被移植到对数字音乐传播行为的规制中,仍然是企图平衡音乐作品版权人与新兴传播者的利益诉求,不同的是此种平衡机制被设定在了版权人与网络服务提供者之间。然而,由于美国《版权法》没有对数字传输行为单独设置新的权利类型,数字录音制品传输可能同时涉及复制权、发行权或公开表演权中的数种,这导致网络服务提供者在实施数字录音制品传输时面临很高的侵权风险,因为其实施的数字录音传输可能既需要向出版者就复制和发行权支付强制许可版税,也需要向音乐作品版权集体管理组织就公开表演权支付版税,如若忽略了任何许可程序,则都将导致侵权损害赔偿。

与此同时,录音制品制作者的版权范围也终于借助《录音制品数字表演权法案》获得扩展。立法者决定扩张录音制品版权范围的原因,在于数字传输行为已造成对唱片产业

[15] *UMG Recordings v. MP3.com*, 92 F. Supp. 2d 349 (S. D. N. Y. 2000).

[16] 美国如今适用的仍然是1976年颁布的版权法,进入网络时代后,美国版权法并未增加专门规制网络传播的权利类型,而是通过扩大解释将原有复制权、发行权、公开表演权和展览权等适用于网络环境,共同调整网络传播行为。

[17] *Bonneville Int'l Corp. v. Peters*, 347 F. 3d 485 (3d Cir. 2003), p. 488.

[18] 具体说明参见2005年时任美国版权局负责人的Marybeth Peters在美国国会听证会上所作的发言。*Music Licensing Reform: Hearing before the Subcomm. on Courts, the Internet, and Intellectual Property of the H. Comm. on the Judiciary*, 109<sup>th</sup> Cong. 15 (2005). (Statement of Marybeth Peters, Register of Copyrights, U. S. Office).

[19] 根据《录音制品数字表演权法案》的定义,数字录音传输是指“以数字方式传输一个独立的录音制品,且每一次传输行为都导致了对该录音制品独立可辨识的复制,无论上述数字传输是否同时构成对录音制品内所包含之音乐作品的公开表演”。Digital Performance Right in Sound Recordings Act of 1995, Pub. L. No. 104 - 39, 109 Stat. 336, § 4.

既有商业模式的替代。<sup>[20]</sup> 因此《录音制品数字表演权法案》专门为录音制品增加了以“数字音频播放”方式公开表演作品的权利,但仅局限于用户以“点播”方式使用,普通的网络广播行为仍然被排除在数字表演权范畴之外。直到1998年《数字千年版权法案》(DMCA)通过后,录音制品数字表演权才涵盖了所有交互式数字播放行为。<sup>[21]</sup> 对于纯粹的交互式数字音频播放,即在选定时间地点以下载或在线播放数字录音制品的行为,录音制品制作者享有完全排他性的数字表演权,使用者就上述利用行为需要获得录音制品制作者的直接授权。<sup>[22]</sup> 对于非交互式的数字音频播放,即网络广播等涉及使用录音制品的服务模式,录音制品制作者仅享有非排他性的报酬请求权,使用者可通过强制许可利用录音制品。强制许可版税由新成立的集体管理组织美国数字音频交易组织(SoundExchange)收取,且每两年由相关产业主体协商确定版税标准。<sup>[23]</sup> 只有少数非交互式的数字音频播放,才能被排除在录音制品数字表演权之外。<sup>[24]</sup> 上述权利范畴的同时扩张,增加了“音乐作品——录音制品”二元权利体系的复杂性,一项传播行为可能包含多项权利类型,并根据不同许可模式向不同权利人支付版税。<sup>[25]</sup>

为了保证上述权利的实现,音乐版权人还针对网络服务提供者展开诉讼。17家唱片公司于1999年向地方法院申请了针对纳普斯特(Napster)的诉前禁令,并成功促使法院认定后者承担帮助侵权责任和替代责任。<sup>[26]</sup> 但由于第二代P2P音乐共享软件开始脱离网络服务提供者的控制,很快使得纳普斯特案中建立的侵权判定标准难以适用。为此最高法院又在科斯克(Grokster)案中提出了独立于替代责任和帮助侵权的“引诱侵权”,如果当事人散布设备的行为具有推广该设备侵犯版权利用的目的,例如通过明确表示或者其他积极步骤助长侵权,即应该对第三方因此实施的侵权行为承担责任。<sup>[27]</sup> 同时,音乐版权人也试图采用新的商业模式,1998年成立的电子音乐公司(eMusic)在线音乐商店即旨在帮助权利人推行数字录音制品收费下载。但由于电子音乐公司在早期坚持提供被广为接受的MP3格式数字录音制品,且不附带任何阻碍消费者利用的技术措施,<sup>[28]</sup> 而权利人却拒绝提供不附加技术措施的数字录音制品,最终导致电子音乐公司无法与提供无障碍传播的纳普斯特抗衡。这种状况直到2002年苹果公司的介入才出现转机。由于苹果公司的iPod只能读取ACC格式的数字录音制品,与当时流行的MP3播放设备不兼容,因

[20] H. P. Rep. No. 104 - 274 (1995), p. 17.

[21] 17 U. S. C. § 114 (d)(2-4).

[22] 17 U. S. C. § 114 (j)(7); 关于交互式数字音频播放行为的界定,具体参见 Steven M. Marks, *Entering the Sound Recording Performance Right Labyrinth: Defining Interactive Services and the Broadcast Exemption*, 20 *Loy. L. A. Ent. L. Rev.* 309 (2000), p. 313.

[23] 17 U. S. C. § 114 (d)(2); (g)(2).

[24] 17 U. S. C. § 114 (d)(1)(A)-(B).

[25] Skyla Mitchell, *Reforming Section 115: Escape from the Byzantine World of Mechanical Licensing*, 24 *Cardozo arts & Ent.* (2007), p. 1256.

[26] *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 114 F. Supp. 2d 896 (N. D. Cal. 2000), pp. 918-922. 期间纳普斯特上诉至第九巡回法院,第九巡回法院曾驳回禁令,并将初审判决发回重审,但最终地方法院新的诉前禁令和重审结果并未有实质改变。第九巡回法院的意见参见 *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (9<sup>th</sup> Cir. 2000).

[27] *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster*, 125 S. Ct. 2764 (2005), p. 2770.

[28] Nate Anderson, *Making Money Selling Music without DRM; The Rise of eMusic*, *Ars Technica* (2006). <http://arstechnica.com/gadgets/2006/05/emusic/>, (访问时间:2014年1月4日)。

此免去了唱片公司对非法传播的忧虑,数字录音制品的合法传播渠道得以通过苹果公司的 iTunes 在线音乐商店建立。<sup>[29]</sup> 即使如此,版权人仍然认为数字录音制品收益无法弥补网络盗版所带来的损失。<sup>[30]</sup>

可以认为,由网络技术引发的音乐版权制度的第二次转型并未成功。音乐产业主体面临互联网产业的冲击时,试图以老方法解决新问题,即在立法领域推动修法以实现各自权利范围的扩张,在司法领域扩大诉讼范围以阻止不同使用者无偿获取数字录音制品,在产业领域延续能够控制传播范围和方式的传统商业模式。但上述老方法未能如第一次转型那样有效解决音乐产业面临的问题,美国国会关于音乐版权立法改革的讨论至今仍在继续,但各方认可的设计方案却始终未能形成。<sup>[31]</sup>

### 三 美国音乐版权制度转型经验的利弊评析

根据对美国音乐版权制度转型的历史路径考察,可以发现,虽然引发两次转型的传播技术不同,但其动因和方式却有规律可循。从转型动因上看,产业主体乃是制度转型的主要动力来源,新传播技术的普及改变的是音乐产业主体的利益分配方式,导致其追求利己分配的规则,由此推动制度转型的发生。从转型路径上看,产业主体推进的制度转型主要采取改变权利配置的方式,一方面继续扩大已拥有的权利内容,以涵盖新传播技术所带来的作品利用方式;另一方面通过改变权利在不同主体之间的分配,以满足新加入产业主体的商业模式需求。这种由产业主体和私人集团主导的制度转型模式,使得美国音乐产业在 20 世纪获得了及时且周延的法律保护,为其商业模式的发展提供了充分的经济激励,但在继续适用于网络环境时,却未能有效调和音乐产业内部的矛盾,导致音乐版权制度失灵。

#### (一) 产业主体驱动制度转型

##### 1. 产业利益博弈与制度转型动力来源

音乐版权制度转型的动因表面上是出于传播技术的发展,而本质却源于音乐产业新旧主体因商业模式差异和权利配置分歧而产生的博弈。在历史上音乐版权的两次转型过程中,音乐产业先后经历了印刷时代出版者、广播时代广播组织和网络时代网络服务提供者的介入。新兴产业主体在初期介入音乐产业时的身份,都是传播技术和渠道的控制者,但随着其利益诉求的增加,新兴主体需要在法律上获得权利人的身份,以保证其商业模式的合法性,也由此与原产业主体之间在权利配置上不可避免地出现矛盾。

[29] Digital Media Project Team, *iTunes: How Copyright, Contract, and Technology Shape the Business of Digital Media—A Case Study*, Boston: Berkman Center for Internet and Society Publication (2004), pp. 6-12.

[30] Al Kohn & Bob Kohn, *Kohn on Music Licensing* (4<sup>th</sup> ed.), New York: Wolters Kluwer (2010), p. 46.

[31] 美国国会自 2004 年开始每年都会召开针对音乐版权改革的听证会,但因各方分歧过大而至今尚无实质性进展。2013 年美国商务部发布的《数字经济时代的版权政策与创新绿皮书》中,再次专章分析网络环境下数字音乐传播的立法问题,参见 The Department of Commerce Internet Policy Task Force, *Copyright Policy, Creativity, and Innovation in the Digital Economy (July 2013)*, p. 80;同时,美国新任版权局负责人 Pallante 在 2013 年的演讲中,也专门提到下一步版权立法重点包含音乐版权制度完善。参见 Maria A. Pallante, *The Next Great Copyright Act* (26<sup>th</sup> Horace S. Manges Lecture), 37 *Colum. J. L. & Arts.* 1 (2013).

音乐版权制度体系生成之初,音乐产业的商业模式为通过乐谱的复制和发行获取收益,与当时出版产业的图书贸易并无差异。<sup>[32]</sup>在此阶段,出版者作为乐谱印刷设备的拥有者与传播渠道的控制者,居于音乐产业的核心地位。虽然创作者可以直接通过创作行为成为版权人,但由于当时印刷术由出版者掌握,创作者无法独立行使版权,只能将权利许可或转让给出版者才能获取收益,<sup>[33]</sup>所以此时音乐版权制度当然也是出版商推动立法的结果。19世纪末录音与广播技术将新的利用方式注入音乐产业,而掌握上述传播渠道的录音制品制作者与广播组织,则作为新主体参与音乐产业的运作。然而,录音制品制作者与广播组织的新兴商业模式,使其和音乐作品出版者之间的关系极为复杂。首先,录音制品制作者和广播组织都在某种程度上是传播者,必须以获取音乐作品作为运作前提,所以新旧产业主体唯有合作才能实现新技术条件下的共赢。其次,录音制品制作者和广播组织的商业模式与音乐作品出版者又存在显著差异。录音制品制作者通过发行录制了音乐作品的唱片获取收益,其商业模式完全替代了出版者的乐谱发行。广播组织则更多以免费的方式向公众播放音乐。因此上述新产业主体希望出版者构建与其相衔接的商业模式,即把传统的载体买卖转型为单纯的权利许可,为其运作提供合法的音乐作品来源,并尽量减少因获取音乐作品许可而产生的成本。相比之下,出版者却借助音乐作品“供给者”的地位,最大程度地向新兴产业主体收取版税。上述既合作又竞争的状态,致使各方极力推动立法向有利于自己的商业模式转型,并同时抑制他人分享新技术带来的收益。音乐作品出版者在司法和立法两个层面争取机械复制权,并成立集体管理组织行使针对大规模使用者的公开表演权,即是在控制新兴产业主体的权利来源。而广播组织自行成立音乐广播公司,则是为了对抗出版者垄断音乐作品来源,以降低其权利获取成本。

网络服务提供者在借助其传播渠道优势介入音乐产业后,同样显现出对传统音乐产业类型进行替代的趋势。<sup>[34]</sup>从商业模式上看,互联网产业乃是借助在线网络用户数量的规模化,向需要用户流量的第三方获取收益,而使网络用户不受限制地在线接触和利用数字录音制品,这是互联网产业提高用户流量的重要手段,因而网络服务提供者致力于提供免费传播和下载数字录音制品的平台。相反,无论是出版者还是录音制品制作者,仍然需要直接从音乐作品和录音制品的许可或发行中获取收益,即便其自行参与数字录音制品发行,也以控制音乐传播和利用范围为前提。因此,与之前录音制品制作者追求以版权保护自身商业模式不同,互联网产业主体提出种种“反版权”主张,质疑网络环境下日益复杂的音乐版权体系,为无障碍地网络利用音乐作品寻求合法性。然而对音乐作品出版者与录音制品制作者而言,其传统的商业模式已因网络时代的到来而遭淘汰,所以有效确认和实现针对网络服务提供者的版权许可,成为其在新技术条件下重新获取收益的首要途径。广播组织则通过“三网合一”的技术变革,将自身的商业模式向网络服务提供者靠

[32] Al Kohn & Bob Kohn, *Kohn on Music Licensing* (4<sup>th</sup> ed.), New York: Wolters Kluwer (2010), pp. 5 - 6.

[33] Richard E. Caves, *Creative Industries: Contracts between Art and Commerce*, Boston: Harvard University Press (2000), p. 310.

[34] 参见 IFPI, *Digital Music Report: Engine of a Digital World* (IFPI Report, 2013), p. 5.



拢。鉴于上述主体商业模式的调整,音乐版权制度唯有再次转型,才能重新完成权利在新产业环境下的合理分配。

## 2. 产业驱动制度转型模式的利弊分析

不同产业主体在商业模式延续和替代上的争议,乃是一种典型以产业驱动制度转型的模式,其既会为新商业模式融入音乐产业提供必要激励,也可能导致既得利益产业主体为延续应被淘汰的商业模式而阻碍制度转型。

从产业驱动制度转型的优势看,音乐产业主体参与和主导立法,可以使音乐版权制度最大程度地满足产业实践的需要,将新传播技术激发的商业模式纳入制度设计的考量范围。根据美国立法机关的权威解释,“激励创作”一直被视为版权立法的根本动因。<sup>[35]</sup> 但真实世界的制度变革之源,却是来自于作为创作行为组织者和投资者的产业主体。版权虽然初始分配给了创作者,但事实上却一直由产业主体获得并行使。这种转型动因被认为是私人集团干预利益的公平分配,因此饱受各界的批评。<sup>[36]</sup> 有学者甚至认为,产业主体推进立法的目的,完全是满足其自身利益。<sup>[37]</sup> 然而,这种产业主体集中行使权利并推进制度转型的模式之所以能够延续至今,必然有其不可替代的优势。

产业主体驱动音乐版权制度转型的一个基本前提,是版权法允许将音乐版权归属于产业主体,以实现权利归属与传播渠道的集中。无论出版者、广播组织抑或网络服务提供者,开始时的身份都是传播者而非直接享有权利的创作者,其最终成为音乐版权人的原因,乃是出于音乐作品利用方式的特殊性。由于音乐作品的传播范围和使用频率远大于和高于其他作品,造成权利许可和事后监督的交易成本极高。如果音乐版权始终由作为创作者的初始权利人行使,必然导致使用人在使用音乐作品时面临极高的权利检查和协商成本,而且权利人也无法承受权利许可后对作品使用方式和范围的监督和控制。事实证明,音乐版权集中由传播者行使,能够有效控制因权利归属分散和客体利用频率高带来的交易成本,并保证版权制度体系最大程度发挥音乐版权客体的效用。音乐作品创作和传播的目的,主要在于满足社会公众的需求,而公众需求则主要通过音乐版权市场中的供求信息体现。要创作公众所需求的作品,须对市场中的消费者偏好进行调研与评估,相关信息成本应计入音乐作品创作与传播的总成本中。起到整合供给与需求的音乐产业主体,在选择创作内容和提供发表平台方面的作用愈发关键。即使在创作者可以借助网络任意制作和传播音乐作品的今天,这种信息成本仍会继续存在,创作者和使用者也同样需要网络服务提供者提供交易的平台。因此可以认为,创作只是音乐产业链中的一个环节,创作何种音乐作品,如何组织和发行音乐作品,始终需要依靠产业主体消化其中的信息成本。

[35] 美国联邦最高法院在一系列具有代表性意义的判决中都反复声明了这一观点, *Mazer v. Stein*, 347 U. S. 201 (1954); *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*, 422 U. S. 151 (1975); *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enters.*, 471 U. S. 539 (1985); *Eldred v. Ashcroft*, 537 U. S. 569 (2003)。

[36] 代表性文献参见 Jessica Litman, *Copyright, Compromise, and Legislative History*, 72 *Cornell L. Rev.* 857 (1987); Peter K. Yu, *The Escalating Copyright Wars*, 32 *Hofstra L. Rev.* 907 (2004)。

[37] Jane C. Ginsburg, *How Copyright Got a Bad Name for Itself*, 26 *Colum. J. L & Arts* 61 (2002), p. 65.

同时需要注意的是,产业驱动制度转型也存在难以克服的弊端。特定产业主体为避免因新技术而改变商业模式,并且会不顾技术与市场情势的变更,片面保留有利于自身的权利配置方式,最终阻碍制度朝向正确路径转型。任何产业主体及其商业模式,都建立在特定技术条件的基础上,比如,录音制品制作者借助唱片发行替代了出版者的乐谱发行,网络服务者主导的数字录音制品传播又颠覆了唱片发行与音乐广播。然而,商业模式的更替并未同时淘汰原有产业主体,这种主体类型的积累直接导致了音乐版权的分散和许可效率的增加。产业主体坚持控制权利来源和许可渠道的原因,在于欲回避商业模式的转型,进而避免为转型需要投入极大的固定成本甚至沉没成本,进而降低被新兴产业主体淘汰的危险。所以既有产业主体必然希望在穷尽已有固定成本效用的基础上延续既有商业模式,并排除后来者分享产业收益。上述意图在两次音乐版权制度转型中,均对权利配置造成了阻碍。第一次转型中的音乐作品出版者,在直接利用音乐作品被唱片发行替代后始终反对录音制品制作者取得更多版权类型,而第二次转型中的出版者和录音制品制作者,又在网络传播逐步成为主流后反对网络服务提供者分享利益。

产业主体对各自商业模式和既得利益的捍卫,既是追求经济效益最大化的必然表现,也是无可厚非的市场追求。而立法者则需要正确区分转型中的“动力”与“阻力”:第一,哪些既得利益的维持是为产业发展所必须。对于特定产业而言,其价值不会因传播技术的发展而减损,甚至需要在一定程度上放弃传播效率来保护其存在;第二,哪些既得利益的索取是对产业效率的限制。对于特定产业而言,其价值可能仅存在于特定历史时期,新传播技术的适用往往意味着传统产业及其商业模式应当被淘汰。

## (二) 权利内容与许可模式的变革绩效

### 1. 音乐版权制度转型中的权利配置调整方式

在产业驱动制度转型的模式下,产业主体信奉通过改变权利配置的方式保障经济收益。权利配置的方式可分为初始分配和再分配两种:首先,权利初始分配是指在立法上直接改变权利范围,以适应新的社会条件和法律关系。产业主体改变权利初始分配的意图,在于控制新传播技术带来的作品使用方式,或弥补传统传播技术环境下市场的收益损失,或增加新传播技术条件下的版税收益。但无论是新增权利抑或权利内容变化,都意味着法定权利配置的改变。其次,权利再分配是在不动摇法定权利体系的基础上,通过对权利许可机制的创新,使当事人通过自行协商实现权利的合理配置。产业主体致力于许可模式的调整,一方面旨在降低音乐版权制度运作中的交易成本,以减少音乐作品在传播过程中的价值损耗,另一方面也试图通过权利再分配缓解产业主体之间的利益冲突。

音乐版权特殊性的彰显,在权利配置上体现得最为明显。在权利内容上,由于商业模式的趋同,音乐产业首次转型前并无特殊的权利安排仅需控制涉及乐谱交易行为的复制权和发行权。在权利许可上,出版者的许可对象仅限于乐谱销售商,而并不针对一般消费者。由于权利类型简单,因此音乐版权许可即等同于复制权和发行权的授权许可。这种“复制权+发行权”的权利内容和许可模式,构成了音乐产业的制度基础,音乐版权的第一次转型即以增加权利内容和许可模式为标志。在权利内容上,出版者为从录音制品制作者处分享唱片发行带来的收益,将录音制品制作和发行视为对音乐作品的“机械复

制”，这种扩大解释使出版者有权介入录音制品制作者的商业模式。<sup>[38]</sup> 同时，录音制品制作者也试图围绕自己的商业模式构建权利体系，却由于出版者与广播组织的抵制而失败。广播组织认为其免费的广播行为有助于录音制品的宣传，所以不应向录音制品制作者付费，出版者则为垄断公开表演权收益而不愿与录音制品制作者分享版税，<sup>[39]</sup> 如此导致录音制品制作者仅能享有与出版者和广播组织商业模式不相重合的复制权和发行权。在权利许可上，主体和客体类型的增加，一方面增加了权利变动的交易成本，另一方面使特定产业主体能够利用许可机制改变初始权利分配确立的市场地位。新的许可模式中既有来自立法者的法定安排，也有来自权利人的私人创制。所谓法定安排，是指为调和产业主体间的利益分歧，《版权法》增加了强制许可，允许录音制品制作者在满足法定条件的情况下直接录制和发行音乐作品，其目的在于协调出版产业与唱片产业商业模式的关系，既限制了出版者和具有市场优势的录音制作者垄断音乐作品来源，也实现了出版者与录音制品制作者的合作。所谓私人创制，是指为降低权利流转的交易成本，产业主体借助集体管理组织的力量，通过集中许可机制实现交易条件的格式化，免去了双方在作品使用数量与方式等问题上重复协商，以“一站式许可”解决权利分散性带来的交易成本问题。<sup>[40]</sup>

进入网络时代后，音乐版权内容与许可模式随客体利用方式的增加而更加复杂。在权利内容上，音乐作品与录音制品版权内容同时出现扩张。数字音频传输行为首次被赋予了公开表演权，使录音制品制作者得以向通过网络传输数字录音制品的使用者收取版税。但为了不影响前网络时代建构的权利体系，公开表演权仅涉及交互式传播行为，针对特定范围的非交互式的数字音频传输设计非排他性的报酬请求权，而继续将传统的音乐广播排除在录音制品制作者权之外。<sup>[41]</sup> 同理，出版者也认为由于受到网络传输的影响，因此《版权法》再次将数字音频传输行为视为机械复制。上述变化使得网络服务提供者的一项传播行为可能需要基于不同权限向不同权利人支付版税。<sup>[42]</sup> 在权利许可上，各种许可模式仍然被作为降低交易成本和协调产业主体冲突的制度工具。首先，音乐作品出版者出于维护自己产业地位的需要，坚持以强制许可控制机械复制，因为在音乐作品完全依靠录音制品和网络实现利用的今天，出版者的意义仅限于版税收取与分配，如果以集中许可代替法定许可管理数字录音制品传输，原本由出版者集中代表的创作者将有机会脱

[38] 在录音制品出现之前，复制体现在作品载体增加或变化上，因此美国联邦最高法院曾在判决中否定了音乐作品出版者扩大解释复制权的请求，理由正是制作录音制品的行为没有形成新的载体 (copies)，但出版者在败诉的情况下，仍然游说立法者在 1909 年的版权法中实现了这一目标。判决理由参见 *White-Smith Music Publishing Co. v. Apollo Co.*, 209 U. S. 1 (1908), p. 18.

[39] Brian Day, *The Super Brawl: The History and Future of The Sound Recording Performance Right*, 16 *Mich. Telecomm. Tech. L. Rev.* (2009), p. 184. 在录音制品制作者的坚持下，本已在草案中得到承认录音制品公开表演权，终因出版者和广播组织的反对而在正式通过的美国 1976 年版权法中被撤销。William H. O'Dowd, *The Need for a Public Performance Right in Sound Recordings*, 31 *Harv. J. on Legis.* (1994), p. 253.

[40] Finkelstein, *ASCAP as an Example of the Clearing House System in Operation*, 14 *Bull. Copyright Soc'y* 2 (1966), p. 2.

[41] 根据《录音制品数字表演权法案》的立法说明，赋予录音制品制作者该项权利的目的，旨在弥补数字录音制品传输给传统实体唱片发行商业模式造成的损失，且不破坏已形成的音乐版权关系。DPRSRA Senate Report, No. 104-128 (1995), pp. 13-14.

[42] Skyla Mitchell, *Reforming Section 115: Escape from the Byzantine World of Mechanical Licensing*, 24 *Cardozo arts & Ent.* (2007), p. 1256.

离出版者的控制,出版者仅存的意义也不复存在。其次,录音制品制作者认为维持强制许可有助于其商业模式的延续。强制许可制度的初衷,旨在保证录音制品制作者获取音乐作品渠道,并防止部分录音制品制作者取得市场垄断地位。<sup>[43]</sup>因此,网络时代的录音制品制作者既希望通过强制许可限制版税上限,避免因市场的扩大而向出版者缴纳过多版税,也试图借助强制许可进入网络音乐市场,通过将部分非交互式的数字录音制品传输纳入许可范围来增加收益。<sup>[44]</sup>根据上述理由,授权许可、强制许可和集中许可因网络环境下的传播方式差异被分别沿用,形成了一套出版者、录音制品制作者、网络服务提供者与最终用户四者间错综复杂的许可制度。

## 2. 既有权利内容和许可模式调整方向的利弊分析

音乐版权类型采用了“以用设权”的方式,即根据不同的利用方式分别创设“子权利”,并随利用方式的变化而增加或扩张。“以用设权”意味着版权法直接划定音乐作品或录音制品保护的边界,在很大程度上免除了权利人的界权成本,对本身缺乏物理边界的无形财产尤为有效,权利人无须在许可他人时自行就利用方式进行界定,而是直接以法律划分好的法定权利进行交易,一定程度上实现了作品保护范围和交易条件的“格式”。<sup>[45]</sup>在很长一段时期内,以用设权的立法模式能为音乐产业提供有效的制度保障,复制权、发行权与公开表演权等,先后将音乐作品和录音制品的主要利用方式,或者说是产业主体的主要收益来源纳入权利范畴,延续了新技术条件下音乐产业的经济诱因。在作品与载体难以分离的前网络时代,这种界权方式既能够满足权利人商业运作的需要,又没有过分干预使用者合法获取音乐后的自由使用。基于当时的技术条件,无论是音乐作品的复制还是录音制品的发行,都是通过载体来实现传播,即使是广播和其他公开表演音乐作品的行为,也因难以同等质量再现而较少受到侵权的干扰,使用者在获得音乐作品或录音制品的载体后只能围绕载体展开利用,从而不会成为新的大规模传播来源。所以对复制、发行和公开表演等有限利用方式的设权,足以涵盖主要的音乐产业商业模式。

与上述权利体系相适应,强制许可与集中许可也分别发挥了各自的功能。集中许可可作为私人创制的制度工具,成功避免了各方在音乐作品使用数量与方式等问题上重复协商。通过“一站式许可”,权利人既得以借助集体的力量保证版税的收取和分配,也同时降低了权利人执行权利和使用者获取权利的交易成本。同时,私人创制的另一个优势,还在于最大程度保留了权利人对作品的支配力。无论是在从权利人处获得许可的权利集中阶段,还是在代表权利人实施授权的权利运作阶段,集体管理组织皆是在尊重权利人意思自治的前提下进行的,这使作品利用方式与版税决定权仍然掌握在权利人手中。强制许可作为立法者的制度安排,则是以弱化权利排他性的方式降低交易成本,通过直接以立法预设交易条件来提高许可效率。法定许可对权利排他性的弱化主要表现在两个方面:

[43] Lydia Pallas Loren, *Untangling the Web of Music Copyrights*, 53 *Case W. L. Rev.* (2003), p. 681.

[44] Skyla Mitchell, *Reforming Section 115: Escape from the Byzantine World of Mechanical Licensing*, 24 *Cardozo arts & Ent.* (2007), p. 1262.

[45] 类似观点参见 Henry E. Smith, *Intellectual Property as Property: Delineating Entitlements in Information*, 116 *Yale L. J.* (2006), p. 1800.

一是定价权的转移,即利用音乐作品的版税标准改由法律或第三方设定;二是许可权的转移,即符合法定条件的使用者皆可直接在法律规定的范围内行使权利。如此既能保证权利人借助新传播技术获取收益,也可转嫁逐一许可的交易成本。由于美国音乐版权立法乃产业主体驱动的结果,因此集中许可机制得到了更为广泛的适用。作为音乐作品版权人的代表,美国音乐出版协会早在1927年即成立了哈利福克斯代理处(HFA),旨在以集体管理的方式为制作和发行录音制品提供音乐作品版权许可,现已在实践中完全替代强制许可。<sup>[46]</sup>然而,在主体数量和利用方式超过一定规模后,上述设权和许可模式带来的制度成本开始超出相关主体的承受范围,且背离了如今数字化的传播需求。

从权利内容上看,现有音乐版权类型已无法适应网络环境下的利用方式。立法者在围绕“数字录音传输”构建网络环境下的音乐版权时,简单地将之前的权利体系与网络中的使用行为进行嫁接。<sup>[47]</sup>由于已形成“音乐作品——录音制品”二元权利体系,使得一项数字录音传输行为可能同时符合多个权利的构成要件。网络用户常见的下载行为既需要通过强制许可取得来自音乐作品版权人的“机械复制”权,又需要通过协商从录音制品制作者获得复制权许可。网络服务提供者提供的点播和网络广播等行为,则需要向集体管理组织获得公开表演权许可,并根据录音传播是否属于交互式而选择采取个别协商或强制许可。这种复杂权利体系直接导致了两种消极后果:第一,增加了使用者获取权利的成本。网络服务提供者需要以多种方式向多类权利人请求权利许可,完全背离了互联网产业追求传播效率的商业模式特征。<sup>[48]</sup>特别对于众多小规模的网络服务提供者来说,权利来源的复杂性和高额版税导致其难以进入数字音乐市场。<sup>[49]</sup>第二,导致网络传输行为无法与既有权利体系相对应。对于下载数字录音制品的行为,代表音乐作品版权人的集体管理组织认为其中包含了对音乐作品的公开表演,因为用户在下载过程中能够同时收听音乐。<sup>[50]</sup>法院虽否认了这一请求,但如何明确区分适用数字录音制品传输中的复制权和公开表演权,各方都无法做出合理解释。<sup>[51]</sup>

从权利许可上看,权利人与使用者的数量的大幅增长,放大了因权利体系膨胀导致的权利变动成本,导致网络带来的传播效率优势因许可的制度成本过高而无法实现。首先,旨在协调不同产业主体利益的强制许可,已成为诸多产业主体质疑的对象。<sup>[52]</sup>既有强制

[46] Julie E. Cohen, et al., *Copyright in a Global Information Economy* (2<sup>nd</sup> ed.), Aspen Publishers (2006), pp. 447-448.

[47] *Senate Report No. 104-128* (1995), reprinted in 1995 U. S. C. C. A. N. 356, p. 360.

[48] 有官方数据显示,音乐版权体系的复杂性,已导致美国从事数字音乐服务的互联网公司数量远低于其他国家。具体数据比较参见 The Department of Commerce Internet Policy Task Force, *Copyright Policy, Creativity, and Innovation in the Digital Economy* (July 2013), pp. 84-85.

[49] Erich Carey, We Interrupt This Broadcast: Will the Copyright Royalty Board's March 2007 Rate Determination Proceedings Pull the Plug on Internet Radio, 19 *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J.* 257 (2008), p. 268.

[50] *United States v. Am. Soc'y of Composers, Authors & Publishers*, 485 F. Supp. 2d 438 (S. D. N. Y. 2007), p. 446.

[51] W. Jonathan Cardi, Über-Middleman, Reshaping the Broken Landscape of Music Copyright, *Iowa L. Rev.* (2007), pp. 866-869.

[52] *Discussion Draft of the Section 115 Reform Act (SIRA) of 2006: Hearing Before the Subcomm. on Courts, the Internet, and Intellectual Property of the H. Comm. on the Judiciary*, 109<sup>th</sup> Cong. 30 (2006), p. 32. (Statement of Cary Sherman, President and General Counsel, RIAA).

许可制度要求申请人对每份需要获取许可的作品分别进行通知和公示。<sup>[53]</sup> 这种繁复的申请和公示程序,导致大规模使用音乐作品的网络服务提供者须承受高额的制度成本,因此无法尝试更符合网络传播特性的商业模式。另外由于利用方式和范围的巨大差异,各方也很难在强制许可版税标准上形成共识,甚至有产业主体将强制许可的法定版税标准视为限制竞争的工具。其次,集中许可对协商成本的调控,也在网络环境下失灵。集中许可之所以能成为公开表演权主要实现途径,在于当时作品使用主体和利用方式的有限性。从主体范围看,前网络时代的权利人往往是职业的音乐作品创作者,而使用者则主要是广播组织和其他需要利用音乐的商业机构。<sup>[54]</sup> 虽然数量众多,但仍然处于可以计算的范围,因此集体管理组织能够成功克服权利主体和使用者的分散性。<sup>[55]</sup> 从许可条件看,集体管理组织多以概括许可条款来处理,即在一定程度上忽略使用范围和方式的差异,并拟定相对标准化的版税,而不用严格以供求关系计算。<sup>[56]</sup> 受利用方式所限,上述做法对供求关系的偏离程度并未超出权利人可容忍的范围。但数字音乐传输更多以“用户创造内容”为主,网络用户既可将自己制作的录音制品上传到网络,也能直接在网络上改编和表演他人的音乐作品,同时还是数字音乐的传播者和使用者,大规模传播音乐的主体不再局限于特定商业机构或网络服务提供者。上述特性使得音乐版权主体、客体和使用范围皆处于无法确定的状态,集体管理组织难以在事前根据相对稳定的主体数量和利用方式,保证许可条款和版税标准的科学性。另外,由于不同集体管理组织各有其许可的权利类型,甚至同一权利领域内存在多个集体管理组织,也导致网络服务提供者不得不向多个集体管理组织协商授权,成为网络环境下数字音乐流转的制度障碍。<sup>[57]</sup>

由此可见,以权利内容与权利许可扩张为主的制度转型路径,在历史上曾为音乐产业的发展创造了产权明晰的制度环境。但随着网络环境下的使用方式对传播效率的需求日益提高,过分分化的权利归属和过分繁杂的许可程序,导致现有音乐版权体系既不能达到产业主体的目标,也无法满足使用者的需求。

## 四 我国音乐著作权制度改革方向的经验借鉴

自我国《著作权法》第三次修改开始,我国音乐著作权立法动因已从回应国际压力转

[53] 根据美国《版权法》第 115 条的规定,强制许可申请人必须首先确认每份作品的权利归属,或者向版权局提交许可申请。在获得许可后,使用者须向权利人提交月度和年度收益情况。17 U. S. C. § 115(b)(1) (2006)。

[54] 就权利来源而言,音乐版权基本是以相对集中的方式体现的。音乐作品公开表演权和机械复制权集体管理组织的成员,主要来自大量掌握音乐作品版权的全国音乐出版者协会(NMPA),针对录音制品网络传输新设立的录音制品公开表演权集体管理组织,其成员也集中于美国唱片产业协会(RIAA)。这是由于音乐创作一直以来主要是职业行为,而职业化的创作者已基本集中在上述行业协会中,所以行业协会基本汇集了美国市场上绝大部分掌握音乐作品和录音制品版权的产业主体,使得集体管理组织在实现集中许可之前,其实已经避免了诸多权利搜寻上的交易成本。

[55] Robert P. Merges, Contracting into Liability Rules: Intellectual Property Rights and Collective Rights Organizations, 84 Cal. L. Rev. (1996), p. 1319.

[56] Broadcast Music, Inc. v. CBS, Inc., 441 U. S. 1 (1979), p. 40.

[57] Jefferey W. Natke, Collapsing Copyright Divisibility: A Proposal for Situational or Medium Specific Indivisibility, 2007 Mich. St. L. Rev. (2007), pp. 491-508.

变为满足国内需求,这主要体现为音乐产业主体开始前所未有地通过各种渠道公开提出立法需求,修法逐渐步入产业与制度相互影响的轨道,立法者也因此在相关制度选择上陷入踌躇。其中分歧最大的,是制作录音制品法定许可的存废和集体管理立法问题。本意是完善制作录音制品法定许可程序性规定,并提高法定许可可操作性的《〈中华人民共和国著作权法〉(修改草案)》第 46 条,被我国音乐产业界视为剥夺著作权人法定权利的工具,迫使立法者在其后的征求意见稿中完全删除;立法者旨在保障著作权人收益的延伸性集体管理,也因音乐著作权人拒绝“被代表”而在后续征求意见稿中将音乐作品排除在外。<sup>[58]</sup>

根据上述修法热点,我国音乐著作权立法呈现出一种较为特殊的状态:第一,20 世纪初美国即已争论并达成共识的强制许可(法定许可)制度,在我国仍然没有被立法者和多数产业主体所正确理解,说明我国在制度构造移植过程中忽略制度价值引进的缺陷,导致立法者缺乏对制度真实价值和绩效的理解,一旦在制度调整遭遇强烈反对时,就难免出现摇摆不定。第二,在 21 世纪使美国也陷入大规模使用和延伸性集体管理等争议,我国也同步遭遇相同难题。然而在没有成熟立法经验可供借鉴的时候,立法者在借鉴对象上忽然转向北欧立法,既没有考量制度适用环境的差别,也没有考虑这种任意性选择可能导致的消极后果。第三,与美国由产业驱动音乐版权立法不同的是,我国相关制度的推进一直是政府主导的产物,导致如集体管理组织等著作权中介和服务机构皆由政府发起设立,且在法律上被赋予合法的垄断地位,因此既不会出现多个集体管理组织竞争的局面,也不会有政府基于反垄断规则起诉集体管理组织的问题。虽然这些争议是我国当前特定的制度和社会环境所致,但本质上不外乎是产业主体对权利配置的不同偏好。因此,通过从美国音乐版权转型规律的利弊分析,至少能为我们化解上述争议提供充分的立法历史和绩效素材。

### (一)从政府驱动转型为产业驱动转型的制度调整

在我国著作权修法面临的各种争议中,一个在制度选择前需要确定的核心问题,是产业驱动与政府驱动之间如何选择。根据美国音乐版权制度转型规律可以发现,产业主体驱动制度转型必然有其独有特征。而对于我国而言,在之前的制度变革史中,政府驱动立法毫无疑问是最合理的选择。因为在面临国际社会压力,且本土音乐产业尚未形成规模的情况下,产业主体并无根据自身商业模式提出合理制度设计的可能,由政府主导音乐著作权立法,一方面能够提前为本国音乐产业的发展搭建制度框架,另一方面也有助于建立国际化和普适性的音乐著作权规则,为我国将来的制度发展提供丰富的比较研究基础。然而,在如今的产业环境下,继续坚持政府驱动立法转型则会导致越来越多的问题。首先,本土音乐产业的商业模式开始呈现出特殊化和复杂化的问题,特别是在互联网产业介入后,我国音乐产业的商业模式呈现出完全不同于发达国家的发展趋势。在此情势下,立法者所面临的不再是简单的市场环境,因而明显处于信息不对称的地位,难以在立法上充分反映市场的需求。其次,在政府驱动立法转型的过程中,政府还主导了音乐著作权中介和服务机构的设立,在他国由产业主体生成的组织在我国变成了半官方机构,因此近期在版税收益分配上出现了与民争利的现象。产业主体有理由质疑,立法者可能借助本次著

[58] 相关介绍参见施建:《著作权法“大修”争议:被代表的私权》,载《21 世纪经济报道》2012 年 04 月 06 日第 20 版。

作权法修改进一步强化政府介入的程度。鉴于上述问题,我国音乐著作权立法应逐步从政府驱动转为产业驱动,以帮助立法者构建契合产业发展需求的制度。

在政府主导立法的体制下引入产业驱动机制,首先需要区分音乐著作权制度中的公共立法和主体意思自治的界限,并使政府主导的权利分配机制逐步退出产业主体能够自治的领域,防止与民争利和信息不对称的结果。在美国音乐版权转型历史中,哪些目标可由产业主体自行完成,仅需要借助立法对特定行为加以限制,而哪些需要立法直接完成权利配置,已有明确科学的分工。针对我国修法过程中出现的问题,美国音乐版权制度以下几个方面可供我们借鉴。

第一,取消对著作权集体管理组织的行政准入,允许产业主体自行创制音乐著作权中介机构。美国历史上的音乐版权集体管理组织,皆为私人创制以实现集中许可的结果。由于创制者本身即为音乐产业主体,所以集体管理组织在如何提高作品传播效率,以及如何降低许可机制交易成本等问题上,具有与权利人相同的经济诱因,也是美国各音乐版权集体管理组织能够在不同技术条件下始终保证许可效率的原因所在。我国集体管理组织的优势远未发挥出来,主要原因即在于集体管理组织并非真正从实现作品效用的角度构建集中许可。音乐产业主体对本次修法中反对“延伸性集体管理”,本质上还是对我国集体管理组织的官方性和其居于垄断地位表示不满。<sup>[59]</sup> 这种官方性和垄断地位造成我国集体管理组织缺乏提高许可效率的经济诱因,因此既不会根据市场情势为使用者提供最优许可方案,也不会积极提高自身的运作效率。例如,根据中国音像集体管理协会的《全国卡拉 OK 著作权使用费分配方案》(2010年),集体管理组织的管理费支出高达每年所收版税的50%;2006年至今,音著协和音集协在卡拉 OK 版税收取标准和方式上皆缺乏与使用者的合理沟通,因此只能由官方机构强制推行。

第二,避免在法律文件中直接规定许可版税的定价标准,而改由权利人与使用者之间的协商机制实现,司法裁判程序仅在协商不成的前提下介入。虽然制作录音制品法定许可在修法中因遭遇质疑而被取消,但其他对音乐作品的法定许可仍然存在。特别是在广播组织播放录音制品法定许可,以及商业机构公开表演录音制品等领域,应尽快建立集体管理组织与使用者的版税协商机制,以取代直接通过立法或政府指导定价。根据美国音乐版权转型的历史,强制许可制度中的版税标准设定问题一直是饱受各方诟病的缺陷。由于该制度无法随市场变化而及时调整版税标准,结果反而成为了最高限价,使权利人无法根据市场信息调整作品的生产与传播成本。<sup>[60]</sup> 而在音乐版权制度的第二次转型过程中,这种定价机制上的弊端进一步凸显,网络服务提供者更加不愿就不同范围和频率的利用行为支付相同标准的版税,导致相关争议一直持续。也正因为上述原因,美国强制许可制度在实践中是由集体管理组织以集中许可的方式实现,无论是早期的哈利福克斯代理处,还是为数字传输设立的美数字音频交易组织,都是由产业主体参与运作,以缓解强

[59] 争议各方观点参见徐词:《我就要来保护你:著作权法修改草案陷入争议漩涡》,载《南方周末》2012年04月19日 D22版。

[60] 强制许可每首音乐作品2美分的价格曾不加变化地适用了近70年时间,直到1978年美国《版权法》修改时才作出调整。



制许可定价机构信息不对称问题。事实上,上述在美国已经证明的立法缺陷,在我国也已出现。中国音乐著作权协会的《使用音乐作品进行表演著作权许可使用费标准》则从 2000 年“试行”至今,其规定的版税标准从未进行调整;2008 年《广播电台电视台播放录音制品支付报酬暂行办法》中,法定许可版税的计算标准也已固定。即使在集体管理制度中,我国集体管理组织条例也要求定价须根据国务院著作权管理部门公告的标准。因此,取消上述立法对定价的具体安排,引入集体管理组织解决版税标准,有助于我国逐步形成符合市场供求关系的音乐著作权交易机制,避免美国已经遭遇的定价效率缺失问题。

## (二) 权利内容与许可模式的本土化制度设计

我国著作权法的权利类型和许可机制设计与美国法大不相同,但权利配置的目标和功能却并无二致,所以美国音乐版权制度转型背后的规律和成败经验,仍然能够为我国解决当前面临的问题提供思路。从具体制度完善的层面出发,我国主要面临两个问题:首先,音乐著作权类型如何针对音乐产业商业模式的变化进行调整。与美国极为精细的音乐版权类型划分不同,我国音乐著作权类型存在保护不周延的情形,因而应做到在全面涵盖网络传输类型的基础上,避免美国因权利界定过于细琐而出现对传播效率的阻碍。其次,音乐著作权许可如何避免音乐使用方式变化带来的交易成本。由于我国著作权中介和服务组织的缺位,音乐著作权的许可效率极为低下。特别是对于网络最终用户的数字音乐传输行为,著作权法的约束几乎形同虚设。这显然与美国在 21 世纪头十年依靠大规模诉讼建立的市场秩序不可同日而语。我国在此基础上构建许可机制,必须在考虑到本土使用者习惯的基础上有选择地借鉴已有经验。

第一,在权利内容上,我国音乐著作权类型设计需以全面涵盖网络传输类型为目标。从美国音乐版权制度转型历史看,权利内容的调整始终是最艰难的部分。这一方面是由于权利内容设计直接关联产业主体的核心利益,任何变化都会引起特定主体的质疑和反对;另一方面则是因为音乐著作权制度的运作完全基于权利内容设计,权利类型或范畴的任何调整,都会改变与制度运作相关的配套机制。所以在权利内容的设计上,我国不可能抛弃既有体系而直接引入他国规则,而只能基于本国产业基础而进行调整。同时,美国音乐版权类型设计的失败,说明过分细化的权利设计虽然能够满足产业主体保有和扩张收益的需求,实践中却会给制度运作带来极高的交易成本和不确定性,反而会阻碍设权目的的有效实现。特别是在如今我国著作权中介和服务机构极为落后的阶段,如果片面为迎合或激励音乐产业主体而增加更多权利,可能出现与美国音乐版权制度那样陷入低效率运作的状态。从现有权利体系出发,音乐著作权首先要通过修法涵盖网络广播,但在具体立法设计上,则不应过分考虑是否为交互式的传播方式,但更应该区分永久下载和流媒体传输的权利属性。由于我国广播权和信息网络传播权是不同历史条件下的立法结果,因此在应对传播技术上采取了不同标准,广播权的设计是以“有线/无线”为区分标准,信息网络传播权的设计则是以“交互式/非交互式”为区分标准。上述差异导致非交互式的有线“网络广播”被现有权利体系忽略,而网络广播又是网络服务提供者借助流媒体技术利用数字音乐的主要方式之一。同时,随着三网融合的推进,互联网、广播网和通讯网的产业主体出现趋同化,有线和无线传播能够自由转化,音乐产业主体能够同时在互联网、广

播网和通讯网上使用音乐。所以建议将广播权与信息网络传播权合并为公开传播权,使其规制各种技术条件下的公开传播行为,如此还能避免因人为切割网络传输行为而导致的搜寻成本增加。另外,对于单纯的永久性下载行为,应将其明确界定为复制,而非同时纳入复制权和公开传播权的范围,避免增加使用者协商成本和版税负担,也有助于将最终用户和网络服务提供者的设权类型分开。

第二,在权利许可上,我国音乐著作权许可模式选择应回避美国已呈现的立法缺陷,根据本土互联网产业商业模式的特殊性进行构建。美国法上庞杂的许可体系,普遍被认为是阻碍音乐产业数字化转型的重要原因,多种涉及网络传输的权利类型分别由不同集体管理组织代为行使,既增加了使用者的搜寻和协商成本,也阻碍了网络传播效率优势的实现。美国版权局代表曾在一次音乐版权许可修法听证会上指出,音乐版权许可问题的解决之道,在于能够通过一次许可获得全部权利,以便及时高效地向公众提供作品。<sup>[61]</sup>这一路径无疑是正确的,但因产业主体之间分歧过大,虽然美国版权局自2004年至今已数次提出各类音乐版权许可改革方案,但都被特定产业主体支持的游说集团否决。由于我国尚不存在因产业主体过于强大而影响立法的情况,反而可以根据新兴商业模式做出更大程度的修缮。从我国音乐著作权产业现状来看,有必要从以下两个方面修改现行许可制度。首先,放弃以被证明存在明显缺陷的法定许可,音乐著作权人的所有权利都可由一个集体管理组织代为行使,构建“一站式集中许可”。具体做法可以是取消现行法律要求集体管理组织“不得与其他集体管理组织业务范围重合”的规定,允许现存集体管理组织(音著协和音集协)直接通过扩大许可权限范围,转型为一站式集体管理组织。特别是在我国音乐作品著作权和录音制品邻接权大部分都有录音制品制作者(唱片公司)掌握的情况下,不存在美国因历史原因导致的出版者与录音制品制作者之争,因而大大减少了来自产业主体的阻挠。数个一站式集体管理组织并存,不但能够促进彼此为获得更大范围的权利来源而在向权利人提供更好的许可条件,而且可以使得创作者获得再次挑选许可对象的机会,进而淘汰失去市场竞争力的产业主体,减少因多余主体带来的交易环节。其次,在网络服务提供者与最终用户的法律关系上,应允许网络服务提供者独立创制其适用的许可模式。由于我国音乐产业发展水平的原由,导致其无法在网络普及初期通过大规模诉讼和立法游说强行建立付费的许可机制。所以在现阶段网络用户付费习惯无法建立的情况下,短期内要求我国互联网产业主体向用户直接收取版税并不现实,而实践中权利人允许我国网络服务提供者提供不受技术措施限制的免费下载,已经取得了积极效果。<sup>[62]</sup>对网络服务提供者而言,其商业模式更多依赖迟延收益,即依靠交叉补贴或第三方支付间接获取的收益。有鉴于此,现阶段严格的许可机制应建立在权利人与网络服务提供者之间,而允许网络服务提供者独立创制其适用于最终用户的许可模式。同时,为避

[61] *Music Licensing Reform: Hearing before the Subcomm. on Intellectual Property of the S. Comm. on the Judiciary*, 109<sup>th</sup> Cong. (2005). (Statement of Marybeth Peters, Register of Copyrights, U. S. Copyright Office).

[62] 例如以社交网络模式推广的“QQ音乐”和“百度音乐”等,即允许普通用户免费下载数字音乐,通过收取广告费来向权利人支付版税。美国之所以无法尝试这种模式,主要在于有强大的音乐产业集团试图移植既有商业模式到网络环境中,而我国尚不存在这一问题。

免退出对网络服务提供者与最终用户之间法律关系的干预而缺乏与定价相关的评估信息,音乐著作权人在许可协议中可要求直接参与对网络音乐下载量和点播量的统计,法律也可要求网络服务提供者承担提供真实统计信息的法定义务。

## 五 结 论

根据美国音乐版权制度的转型规律,前网络时代的音乐版权制度是仅涉及“少数人”的法律,权利人多为职业化的创作者和传播者,使用者则局限于大规模利用音乐的商业机构,音乐版权制度一直围绕此种市场环境构建。当网络最终用户进入音乐产业的各个环节后,音乐版权制度因此转变为规制“多数人”的法律,基于原有法律关系的权利体系和许可模式必然失灵。由于既有音乐产业主体为保有既得利益,拒绝放弃已被证明缺乏效率的制度设计,且与新加入的互联网产业主体在制度转型方向上有重大分歧,最终导致立法者无法摆脱旧体制的局限。因此音乐版权立法的停滞并非因为应对方案缺乏,而更多源于新旧产业主体利益分歧而无法在转型方向上达成共识。有鉴于此,我国在需要同时完成音乐著作权体系构建和完成应对网络制度转型两个任务之时,一方面可以充分借鉴美国多年制度转型中积累的经验,为解决现阶段立法难题提供制度参照,另一方面能够在没有既得利益者过分介入的情况下,放弃已被证明为不适合产业发展需求的制度设计,结合我国产业运作实际构建符合我国产业现状的制度框架。

---

[ **Abstract** ] This article, by analyzing the history of transition of music copyright system in the U. S., tries to summarize the experience of U. S. music copyright system in coping with the development of new dissemination technologies and the change of industrial pattern as well as the impact of the change of business mode in musical industry on the content and licensing mode of music copyright in the past two centuries. On the one hand, it tries to understand the essential causes of the development of the U. S. music copyright system by examining the historical advantages and disadvantages of the mechanism of institutional reform driven by subjects of the musical industry; on the other hand, it explores the key factors in the realization of the functions of the U. S. music copyright system and the root causes for its institutional failures. The conclusions drawn from the above analysis can not only provide China with historical reference on how to solve the problems caused by government-driven law making in the field of music copyright, but also help China to overcome the problem of overemphasizing the transplantation of rules and ignoring the institutional value and experience in comparative law research, thus providing it with theoretical support in dealing with the new problems brought about by Web 2.0 in music market.

---

(责任编辑:姚 佳)