

大规模数字化与著作权集体管理制度创新

熊 琦

(中南财经政法大学知识产权研究中心副教授、法学博士 湖北 武汉 430073)

摘要:大规模数字化意味着获取和使用文字作品方式的根本变化,并使得著作权保护成为网络环境下文字作品传播效率提高的制度瓶颈。为此,各方通过集体管理制度来解决数字化作品的合法利用问题和大规模许可中的交易成本问题,但也再次暴露了集中许可在规制内容和价格垄断上的不足。因此在大规模数字化进程中适用集体管理制度,需要根据著作权人、集体管理组织和使用者三者之间法律关系的差异分别设计许可机制,以防止特定主体以垄断优势阻碍其他产业主体的商业模式实现。

关键词:大规模数字化 著作权集体管理 著作权许可 谷歌图书计划

一、问题的提出

所谓大规模数字化,是指全面将有形载体上的文字作品转化为数字格式储存和传播。^①文字作品之所以是最难且最少被数字化的作品类型,既因为文字作品数字化成本高昂,任何主体都无法承受数字化历史积累的所有作品所需之成本;^②也在于使用者尚未适应在数字环境下利用文字作品,使得大规模数字化进程缺乏经济诱因。随着技术的发展,大规模数字化技术和社会基础的逐步形成,以谷歌为代表的网络服务提供者已有能力独立承担上述成本,平板电脑和智能手机的普及也完全改变了公众利用文字作品的方式。^③然而,技术障碍的克服并不代表法律瓶颈的突破,历史上音乐和电影作品的数字化,曾导致相关产业受到颠覆性冲击。有此前鉴,文字作品著作权人对大规模数字化持更为谨慎的态度,“谷歌图书计划”在全球范围内引发的著作权争议,说明大规模数字化的商业模式不受各方肯定。^④由于缺乏大规模数字化的经济实力和市场环境,我国网络服务提供者更多地利用网络用户自行上传来降低数字化成本,此种方式更是遭到各方的批评和反对。^⑤

为提供大规模数字化的制度保障,诸多立法者和互联网产业主体倾向于以集体管理制度实现大规模数字化后的作品利用。在美国,谷歌公司在向美国作家协会提供的和解协议中,倡导设立新的集体管理组织来实现数字化作品的集中许可与版税分配,并以此换取权利人对谷歌大规模数字化的认可。^⑥但是,其中的“选择性退出”机制却被司法部视为以利用私立的强制许可使著作权人陷于未经同意而被管理的状态。^⑦国家版权局出台的《中华人民共和国著作权法》第三次修改建议稿,曾在第一稿、第二稿和第三稿“延伸性集体管理”规定中允许集体管理组织直接代表权利人行使文字作品著作权,但同样因各方反对而在“送审稿”中删去了文字作品的延伸性集体管理规定。^⑧由此可见,以集体管理制度解决大规模数字化进程

基金项目:国家社会科学基金资助项目(13CFX91)

中的著作权危机已全面遭遇挫折。有鉴于此,为了使著作权制度适应大规模数字化带来的新商业模式,有必要解决如下问题:第一,梳理大规模数字化对既有著作权法律关系的影响,寻找集体管理制度失灵的本质原因;第二,根据相关产业及其商业的发展现状,分析国内外现行解决方案的特点与利弊;第三,结合我国著作权法修改,提出能够协调各方产业主体商业模式的集体管理制度改革方案,最终在不损害著作权人利益的前提下发挥大规模数字化的传播效率优势。

二、大规模数字化进程中的著作权危机

(一)大规模数字化进程中的制度困境

从一般性层面看,大规模数字化的著作权危机仍然源自著作权人与网络服务提供者之间的矛盾。著作权人试图在网络环境下借助著作权法继续控制作品的传播与利用方式,以延续其前网络时代的商业模式。而新加入的互联网产业主体,则试图排除阻碍作品传播的一切制度障碍,以最大限度发挥其网络技术优势。音乐与电影等版权产业在经历数字化进程时,也都因为上述分歧而陷入立法僵局。^⑨从其特殊性层面看,文字作品的大规模数字化问题有诸多不同于其他作品类型之处,具体表现如下:

第一,在权利归属问题上,文字作品著作权的归属相比其他作品类型更为分散,导致大规模数字化需要承受更高的搜寻成本。在音乐著作权领域,无论是音乐作品著作权抑或录音制品制作者权,一般集中于少数出版者和唱片公司手中,集体管理组织在获得上述主体许可后,即可代表绝大多数权利人行使著作权。但是,文字作品的著作权归属更为分散,其中既有集中掌握著作权的出版者,也有诸多独立且分散的创作者。^⑩特别在 Web 2.0 时代,大量文字作品的创作和传播都建立在社交网络中“用户创造内容”的基础上,大量用户在网络中创作大量不同类型的作品,且创作者与使用者的身份发生混同。^⑪上述情形的存在大大增加了文字作品在数字化利用过程中的搜寻成本,集体管理组织获取授权的对象不再仅仅是有限的出版者,而是更为分散的个体著作权人。因此即使是谷歌这样有经济基础致力于推进大规模数字化的网络服务提供者,也只能以集体诉讼为契机集合多数著作权人来商议和解协议。^⑫

第二,在权利流转问题上,文字作品利用方式的差异性,导致权利人与使用者之间难以形成相对固定和统一的许可协议,最终无法降低大规模数字化进程中的协商成本。部分作者旨在通过作品传播获得经济回报,而有些作者则希望作品获得最大范围的传播,这使得大规模利用文字作品的主体难以以统一的许可协议获得所有著作权人的授权。然而,产生于前网络时代的集体管理制度,其功能的实现需要“权利人—集体管理组织—使用者”之间形成稳定的继续性合同关系,即通过交易条件的格式化,免去各方在作品使用数量与方式等问题上重复协商。但是,上述法律关系的形成又必须以权利人和使用者的稳定性为前提。由于前网络时代的初始权利人一般为职业创作者,无论是主体数量抑或使用范围都处于相对稳定的状态,交易成本更多体现在权利归属的分散性上,权利人、集体管理组织和使用者之间的交易条件得以通过继续性合同的方式固定。相比之下,Web 2.0 环境下无论是权利主体还是作品利用范围皆缺乏稳定性,出现了因差异化利用方式而导致许可条件的协商成本显著增加,进而导致集体管理组织既不能以合理成本获取网络用户的许可,也不能以相对确定的交易方式和范围来协商许可条件。

(二)应对著作权危机的现行路径

经过对大规模数字化问题的梳理,相关主体根据以往的立法和实践经验,认为借助集体管理组织的力量,一方面能够有效降低获得许可和实施许可的交易成本,另一方面则可以给各方提供一个协商收益分配的平台。目前最为详尽的方案是谷歌向美国作家协会提出的和解协议,该协议不但提出构建一个新的集体管理组织“图书权利登记中心”,还根据文字作品数字化利用的特点设计了诸多许可机制。^⑬

首先,从著作权人与集体管理组织的法律关系看,谷歌提供的和解协议设定了“选择性退出”的许可机制,这意味着著作权人除非明示否认,否则将被默认为同意和解协议中规定的所有条款。^⑭这种许可机制类似于北欧国家和我国第三次著作权法修改草案中的“延伸性集体管理”,只是这一方案由私人机构而非国家立法机关提出。“选择性退出”机制的设定,相当于著作权人与集体管理组织之间以“私立的强制许

可”取代法定的财产权项,集体管理组织无须权利人的事前许可,而只用排除那些事后明确拒绝协议的权利人。有学者认为,由于著作权制度产生于作品传播范围和利用方式相对狭隘的前网络时代,因此在应对大规模作品利用上具有先天缺陷,动辄需要许可的要求,反而约束了作品的创作和传播行为。^⑮“选择性退出”机制借助和解协议弱化著作财产权的排他性,目的在于降低大规模数字化难以克服的事前许可成本。

其次,从集体管理组织与使用者的法律关系看,和解协议根据数字化作品的特点,设计了预览、购买和机构订阅三种利用方式,涉及复制权和信息网络传播权等多项著作权类型。为避免因侵害图书发行产业主体的商业模式而遭遇抵制,图书权利登记中心将文字作品区分为绝版作品与发行中的作品,在未获得著作权人许可的情况下,图书权利登记中心不会以任何方式利用后者。但是,根据前述“选择性退出”机制,图书权利登记中心可以直接对前者适用预览、购买和机构订阅。谷歌公司认为,上述许可模式一方面使得著作权人可以通过网络市场从使用者处获得版税收益,另一方面大规模数字化的成本也得以找到支付来源。^⑯随着高速网络的普及,使用者也存在以在线利用取代传统阅读的需求。^⑰同时,为了避免反垄断审查,和解协议也将集体管理组织与使用者之间的许可设定为非专有许可,权利人有权通过集体管理组织许可其他网络服务提供者利用其数字作品。^⑱

相比之下,我国网络服务提供者更多依赖用户自行上传来实现大规模数字化,但如此既缺乏对作品范围的全面覆盖,也容易招致侵权风险。以百度文库为例,虽然百度文库协议中明文规定“一旦由于用户上传的文档、视频、音频发生权利纠纷或侵犯了任何第三方的合法权益,其责任由用户本人承担,因此给百度或任何第三方造成损失的,用户应负责全额赔偿”,但百度文库对上传作品的推荐和整理,使其很难避免共同侵权责任。其他如超星数字图书馆等自行制作数字化作品的网络服务提供者,则在获取作品的范围上存在很大不足,难以满足网络使用者大规模利用的需求。

三、大规模数字化与集体管理制度调整的利弊考量

(一)集体管理制度之利:权利流转中的成本控制

因作品利用频率和范围增长而导致高额交易成本,并非随大规模数字化进程首次出现。19世纪末为解决音乐作品和录音制品在广播和公开表演中的大规模利用,著作权人通过集体管理组织来减少交易主体和简化许可程序。随着其他类型作品的利用范围和频率也因传播技术的发展而提高,集体管理制度也逐步适用于其他类型的作品。^⑲虽然大规模数字化带来了新的挑战,但网络服务提供者与立法者仍选择产生于前网络时代的集体管理制度,原因在于集体管理制度作为私人创制的产物,能够根据商业模式的差异调整许可机制,使之得以控制权利流转领域内随传播技术变革新产生的交易成本。根据集体管理制度发展史,集体管理制度的信息成本优势体现在以下两个方面:

第一,集体管理制度能够根据不同作品类型的商业模式差异,创制有效控制权利变动交易成本的许可模式。从适用时间上看,虽然文字作品集体管理源自音乐著作权领域,但由于两种作品类型的商业模式差异,意味着权利流转方式及其交易成本内容不同,集体管理制度也因此做出不同设计。由于从广播时代开始,以合理成本计算单一音乐作品的利用即已超出各方承受能力,所以概括许可模式对交易成本的克服,只能以忽略不同音乐作品利用频率的差异为代价。相比之下,文字作品的利用一直表现为载体发行或作品转载,因而其定价以基于单一作品的供求关系为传统。集体管理组织的自治性,使其能够在获取涉及作品定价的市场供求信息上节省大量交易成本。首先,作为交易的直接参与者,集体管理组织对信息的获取和判断无须经过额外传达渠道或依赖其他主体的决策,因而节省了市场信息的传递成本;其次,集体管理组织的独立性,使其得以根据市场情势的变化调整许可协议条款,保证作品定价能够满足最大范围的使用者,从而减少了无效率定价导致的沉没成本。例如,美国“著作权交易中心”即借助网络技术优势构建的数字许可服务系统来降低定价成本,该系统充分利用网络公示成本显著降低的优势,允许权利人在线设定自己拟定的许可条件和版税标准,著作权交易中心仅作为交易平台的提供者和许可协议的监督者存在,同时根据文字作品的特点提供按次许可模式,既保证权利人得以根据使用次数科学计算版税数额,也避免了

利用需求较小的使用者因统一的概括许可支付过高版税。^⑩

第二,集体管理制度对交易信息的整合功能使其与类似降低交易成本的制度相比具有不可替代的优势。较之集体管理制度,法定许可等法定安排虽然也能通过统一交易条件来降低作品权利流转的成本,但其存在两个不可克服的缺陷。首先,由于做出法定安排的立法者缺乏直接参与作品交易的信息成本优势,因而不可避免地处于信息不对称的地位,法定安排在调整许可条件和定价上需要付出的立法成本使得立法的稳定性反而成为难以克服的缺陷,不可能适应权利人差异化的许可和定价需求。其次,法定许可的交易条件由以著作权主管机关为代表的第三方确定,由于第三方不具备著作权人实现作品收益最大化的经济诱因,所以在降低权利变动的交易成本问题上,缺乏及时应对和调整的动力。谷歌公司在为数字图书计划所提出的和解协议中,即为图书权利登记中心设计了市场化的版税界定和分配标准,每部数字化作品都根据著作权人的特殊需要和市场预期单独定价,权利人所获收益则根据使用者获取作品的次数计算。^⑪

(二)集体管理制度之弊:权利分配上的市场垄断

集体管理制度的这种多方参与机制在保证许可和定价机制得以灵活调整的同时,也时常导致经济和社会地位不平等的产业主体之间出现矛盾,因而不可避免地会在许可规则设计上出现损害弱势参与者利益的情形。作为一部使用者针对权利人的反垄断诉讼史,20世纪音乐著作权集体管理制度发展史已经证明了该制度在克服垄断上的弱点。^⑫

同理,大规模数字化进程中适用集体管理制度也会遭遇上述问题。谷歌公司创制新集体管理制度和组织的原因,同样在于对抗出版者主导的集体管理。长期以来,由于传播技术和渠道由出版者掌控,文字作品著作权财产权一般集中于控制传播渠道的出版者手中。网络服务提供者的加入则打破了内容提供者与传播者身份的同一体性,使互联网产业完全独立于传统版权产业的范畴。以提供内容为收益模式的出版者,旨在以实现许可效率为目标,即以最低成本追求许可收益的最大化,所以任何传播技术的适用,必须以对著作权的尊重和使许可收益的同步提高为前提。相反,互联网产业的运作乃是通过提供高效便捷的传播平台来实现用户数量的规模化,互联网产业主体追求传播效率提高,力图以最低成本追求传播范围的最大化。上述利益追求和商业模式的差异,既使谷歌公司对集体管理制度做出的诸多创新难以为出版者接受,也因对著作权法定权利配置的颠覆而遭到司法部门的否认。^⑬

从著作权人与集体管理组织的法律关系看,网络服务提供者与集体管理组织的身份重合,使得著作权人丧失了对许可条件的决定权。无论是谷歌公司借助集体诉讼的机会推出的“选择性退出”机制,还是我国著作权法修订草案中增加的延伸性集体管理,其本质都是对著作权人排他性权利的限制和弱化。在“谷歌案”^⑭中,虽然和解协议中谷歌公司已提出由集体管理组织与著作权人建立直接许可关系,但集体管理组织所适用的许可规则已在和解协议中订立,这意味着谷歌公司既是大规模数字化的实现者和数字作品的使用者,又是集体管理制度规则的制定者。因此“选择性退出”机制事实上是私人创制的强制许可规则,但强制许可作为法定安排,其范畴的调整只能是立法者的权力,可以说和解协议违反了著作权法的基本设定,在未经权利人许可的情况下,不但谷歌公司可以继续推进文字作品的数字化进程,还自行增加了商业利用的权利。特别在孤儿作品的利用问题上,“选择性退出”机制使集体管理组织一次性获得了数字化利用孤儿作品的权利,导致其他主体在获取作品的规模上无法与谷歌公司创制的集体管理组织竞争。^⑮我国的网络服务提供者虽然没有独立创制新集体管理组织的经济实力和法律资格,但许多涉及内容服务的网络服务提供者已经在服务协议中明确要求用户转让著作权,并约定发布在该网络平台上的作品皆为网络服务提供者委托用户创作的作品。^⑯延伸性集体管理立法虽然没有网络服务提供者的直接参与,但由于我国在特定作品类型上集体管理组织的唯一性,所以相当于在立法上直接赋予了集体管理组织以垄断利益。

从使用者与集体管理组织的法律关系看,由网络服务提供者主导设计的许可条件和定价机制偏向于特定网络服务提供者,并限制了其他使用者商业模式的实现。作为“谷歌案”中数字化作品的潜在使用者,雅虎公司和亚马逊公司等网络服务提供者均请求对谷歌公司进行反垄断审查,原因在于谷歌公司创制的集体管理制度限制了著作权市场竞争。^⑰在许可条件的设定上,集体管理组织图书权利登记中心利用“选

择性退出”机制直接获得了谷歌公司孤儿作品和绝版作品的使用权。虽然和解协议中明文规定,图书权利登记中心可以平等许可包括谷歌公司竞争对手在内的其他使用者扫描和利用作品的权利,但由于其他使用者不属于和解协议“选择性退出”机制的适用对象,图书权利登记中心只有在明确获得授权的前提下才能实现对其他使用者的平等许可。^⑧然而,对于孤儿作品和绝版作品来说,著作权归属本就不明晰,图书权利登记中心获得授权的比例必然极低。相比之下,谷歌公司却可以借助和解协议中的“选择性退出”条款直接取得使用权。在定价机制设定上,由于谷歌公司拥有数字化作品的规模优势,即使有其他网络服务提供者同时通过图书权利登记中心实现作品的数字化利用,也无法在作品规模上与谷歌公司竞争。^⑨使用者由此担心图书权利登记中心对作品来源的垄断,既会帮助著作权人提高许可价格,还会导致网络服务提供者保持垄断地位而限制接触作品的对象。^⑩美国图书馆协会指出,对许多作品著作权人而言,其创作初衷并非实现收益的最大化,而是以教育和科研为目的,因此作者所希望的是实现传播范围而非经济收益的最大化。^⑪

四、大规模数字化与集体管理制度改进的合理设计

(一)价值定位:交易成本控制与权利人自治的取舍

集体管理制度的最大优势是在实现权利集中的同时最大限度保留了著作权人自治,前者为实现集体管理制度的基本功能,后者则旨在限制权利集中带来的垄断。然而,完成大规模数字化进程所需要克服的交易成本,已经超出了传统集体管理制度的设计范围,引入延伸性集体管理或“选择性退出”机制虽有助于控制新产生的交易成本,却破坏了集体管理优势赖以存在的自治性,且无法控制垄断问题。相反,如果一味保全权利人在权利行使上的自由,又无法降低大规模数字化进程新增的交易成本。可见集体管理制度创新的首要前提是实现维持私人自治与控制交易成本之间的正确取舍。

毋庸置疑的是,大规模数字化的最终目标在于使文字作品处于最大范围可接触的状态,这使得传播效率成为文字作品交易中更为重要的因素,而以排他性权利保护权利人利益的著作权法,则被有些学者视为阻碍作品在新技术条件下传播的重要原因。^⑫延伸性集体管理和“选择性退出”机制的适用,都是集体管理制度为了提高传播效率所做的改进。然而传播效率无法脱离产业发展和协作环境来单独考量,传播效率的提高不能建立在损害权利人许可效率的基础上,文字作品大规模数字化成本已经能够被网络服务提供者所承受的事实也不会改变版权产业在文字作品创作和投资上的地位。著作权人自治意味着权利人能够自行决定作品的利用方式,其最终目的在于保证版权产业的经济诱因。历史上出版产业的繁荣虽然得益于传播技术的普及与发展,但更应看到每次传播技术革新所伴随的著作财产权内容的调整以及权利人借助著作财产权所创制的商业模式。延伸性集体管理和“选择性退出”机制的适用,虽然有助于克服大规模数字化所增加的交易成本,却也使著作权人失去了选择作品使用方式的权利,导致适用延伸性集体管理和“选择性退出”机制的集体管理组织垄断了许可渠道,从而重蹈音乐著作权集体管理组织创制之初的弊病。申言之,弱化著作财产权排他性的延伸性许可和“选择性退出”机制,使版权产业主体丧失了商业模式创新的能力,即使在克服交易成本上有显著优势,也不应成为大规模数字化进程中集体管理制度创新的选择。

同时需要肯定的是,网络服务提供者的加入也是版权产业适应网络时代文字作品商业模式变革的必然结果,因而在大规模数字化进程中提升传播效率是制度创新的应有之义。对于以出版者为代表的传统版权产业主体而言,网络传播技术意味着原本围绕发行构建的商业模式须围绕数字化作品的利用方式进行重大调整,并为此重新投入高额的固定成本。因此出版者排斥互联网产业主导的集体管理制度创新的原因,一方面是抵制互联网产业商业模式应用于文字作品,以维持自身在著作权市场中的竞争优势,另一方面是主张自行控制许可渠道和集体管理组织,以防止对传播范围和方式失去控制。^⑬出版者的上述诉求虽然同样是以主张“权利人自治”为目的提出,但本质上是其维持既得利益的借口,因而不应将出版者对既得利益的不当延续考虑在内。从产业分工的角度出发,如果著作权人能够直接授权网络服务提供者创制的集体管理组织,那么传统的出版环节则可视作能够被取消的环节,现有的“原始著作权人(创作者)一出

版者(传统传播者)—网络服务提供者(新兴传播者)—使用者(消费者)”的产业链,可以简化为“原始著作权人—网络服务提供者—使用者”,以往依赖于出版者的著作权人得以直接向新的集体管理组织实施许可,淘汰部分已失去价值的交易环节和产业主体。事实上,亚马逊公司等网络服务提供者已经开始在数字化作品许可的同时涉及传统作品的发行,文字作品“按需打印”也正在成为可能。因此未来集体管理制度完全可以将发行权和信息网络传播权一并纳入管理范围,作为创作者的原始著作权人,则可通过集体管理组织许可网络服务提供者同时行使发行权。

(二)制度安排:网络服务提供者参与集体管理的立法规制

由上可知,提出各方均能认同的集体管理模式需要从两个方面加以考虑。第一,维持私人自治以保障对内容来源的经济激励,使著作权人得以决定作品的利用方式和版税标准,进而在网络环境下继续为版权产业提供经济诱因。第二,基于新法律关系构建许可模式,以减少影响传播效率的交易成本,同时淘汰新兴商业模式中不必要的环节。上述两种手段的最终目标是正确界定网络服务提供者作为集体管理实施者和数字作品使用者的法律地位。

1. 提高传统版权产业许可效率的制度安排

维持对内容来源的经济激励需要调整介入著作权人与集体管理组织之间法律关系的方式,一方面放松对集体管理组织成立要件的规制,使得集体管理组织及其所适用制度之间的竞争关系得以生成,另一方面以强制性规范禁止集体管理组织对著作权人适用专有许可、延伸性集体管理或“选择性退出”机制,以扩展权利人的许可渠道。从集体管理制度发展史来看,由新加入版权产业的传播主体创制新集体管理组织已有先例,早在20世纪30年代,作为传播者的广播组织即成立了自己的集体管理组织,旨在改变完全由音乐作品出版者拟定许可条件的历史,并与由著作权人组成的集体管理组织展开竞争。^⑧网络服务提供者的加入可促使集体管理组织的许可和定价机制向符合数字化作品利用方式的方向调整。由于出版者不愿意为商业模式转型投入新的固定成本,所以仍试图移植前网络时代的许可模式,以控制作品传播(发行)范围的方式实现按次(按载体)付费,这种将发行载体直接转化为按次付费的做法,显然不适应Web 2.0时代用户在包括手机和平板电脑等在内的任何终端在线阅读的需要。网络服务提供者作为依靠用户规模间接获取经济收益的主体,满足网络用户使用习惯是其商业模式实现的必要条件。所以允许网络服务提供者创制集体管理组织,能够借助其商业模式优势帮助著作权人从新兴网络市场中获取收益。这就需要我国著作权法开放集体管理组织的设立要件,取消我国《著作权集体管理条例》(以下简称《条例》)中对集体管理组织“唯一性”与“全国性”的要求,实现我国集体管理组织从行政管理机构向市场中介组织的转变,使网络服务提供者得以创制面向数字化作品利用的集体管理组织。^⑨如此调整能够使得不同集体管理组织所适用的许可模式之间产生竞争,由市场决定最能发挥数字化作品效用的许可模式,并有助于淘汰不适合产业发展的商业模式和集体管理制度。

在允许网络服务提供者创制集体管理组织的同时,还须增设集体管理组织许可条件的限制,除《条例》所要求的“不得与使用者签订专有许可使用合同”外,还应将著作权人与著作权集体管理组织之间的许可限定为“非专有许可”,以防止著作权集体管理组织借助许可渠道的垄断侵害著作权人的利益。需要注意的是,大规模数字化领域的非专有许可制度设计需要做出不同的设计。根据文字作品数字化利用的特点,非专有许可应允许著作权人一方面能自行以数字化的方式利用作品,另一方面也有权许可其他主体使用其作品。这种制度设计显然不同于发达国家在音乐著作权集体管理上适用的非专有许可,后者的非专有权性仅体现在允许音乐著作权人自己行使权利,但不得许可其他集体管理组织利用其作品。如此规定的原因在于音乐作品使用频率极高。相比之下,文字作品主要由最终用户使用,将非专有许可扩大适用于多数集体管理组织既可以增加著作权人的收益,也满足了网络服务提供者对作品规模化使用的需要,所以我国无须要求著作权主管机关创制任何新的集体管理组织,在承认网络服务提供者有权作为集体管理组织主体地位的同时,以非专有许可来确定著作权人与集体管理组织之间的法律关系。

2. 发挥互联网产业传播效率的制度安排

对交易成本的法律控制,需要解决集体管理组织与使用者之间存在的制度障碍。版权产业在网络著作权市场实现收益,唯有使针对最终用户的许可机制适应其使用数字化作品的方式和习惯才能成功。对于网络服务者而言,不但使用次数和载体数量的计算不再是合适的版税计量方式,而且提供数字化作品与提供其他在线服务并无本质区别,两者都是增加用户使用其网络平台黏性的手段,所以对数字化作品阅读和下载的许可并未沿用传统直接向用户收费的制度安排,而是更多将收益建立在第三方支付的基础上,较少依靠直接要求网络用户付费。申言之,付费主体首先是向用户投放广告的广告商,其次才是需要数字化作品的最终用户,而且网络服务提供者还致力于实现用户无障碍地通过云端在不同平台上使用作品,上述特点无疑更适合希望降低使用费率和提高传播效率的网络用户,

有鉴于此,构建符合网络用户需求的集体管理制度,应取消《条例》对集体管理组织与使用者之间许可方式的干预,防止不当干涉网络服务提供者自行设定针对网络用户的许可模式。^⑥对网络服务提供者而言,提供数字化作品与提供其他在线服务相比并无本质区别。网络服务提供者的商业模式更多依赖延迟收益,即不再直接向用户收取版税,而是依靠交叉补贴或第三方支付间接获取的收益。这种延迟收益显然与传统文字作品著作权人通过许可获得直接收益存在很大差异。长期以来,为了避免数字化作品传播对其自有商业模式造成冲击,著作权人往往会在许可协议中严格限定网络服务提供者使用数字化作品的方式。然而,网络服务提供者成为集体管理组织的决策者,能够根据不同的市场情势选择最优许可模式,既可以适用开放著作财产权的公共许可,在提供数字化作品的社交网络中免除用户的费用,转而借助第三方支付保证版税来源;也可以回归授权许可,在拥有硬件优势和技术措施保护的前提下,选择效率最高的计次付费机制;还能够借鉴传统集体管理组织适用的概括许可,以会员制的方式按月或按年收取费用,使网络用户成为付费主体。对于著作权人来说,传播效率的提高也是作品效用得以最大化的必要条件,在使用者大量依赖网络获取文字作品的情况下,如果没有互联网产业主体的参与,单凭著作权人无法独自赢得新兴市场。因此,著作权法应将保证许可效率的许可合同限制保留在著作权人与集体管理组织之间,而对于集体管理组织与使用者之间的许可模式,则取消《条例》中关于著作权集体管理主管机关审核等针对许可条件和版税标准的控制,允许集体管理组织自行设计符合不同商业模式的许可模式,将对集体管理组织的规制转向司法层面,由于前述非专有许可限制的存在,任何集体管理组织都难以通过垄断作品的来源来创制非法损害使用者利益的许可机制,进而能够保证不同集体管理组织之间许可模式的良性竞争能够有效形成。

注释:

①“大规模数字化”并非指所有类型作品的数字化,而是专指文字作品被全面扫描为数字化格式的现象。See Office of the Register of Copyrights, Legal Issues in Mass Digitization: A Preliminary Analysis and Discussion Document, The Library of Congress Publication (2011), p. 8.

②有资料显示,谷歌公司实现每一页文字作品的数字化成本大约为10美分。如果以每本书平均250页计算,谷歌公司所声称的3千万册的数字化规模,耗资将超过7亿5千万美元。See Jonathan Band, The Google Library Project: Both Sides of the Story, 1 Perspectives 2 (2006), p. 8.

③其中最具有代表性的是美国谷歌公司开始于2004年的“谷歌图书计划”,以及网络零售业巨头亚马逊公司为“Kindle电子书”创立的数字图书在线商店。两者皆旨在传播数字化的文字作品,但后者仅以零售方式传播数字图书,尚未涉及作品的再许可,因此并不具备集体管理的因素。相比之下,“谷歌图书计划”则包含了再许可的内容,因此其创设了新的集体管理组织,属于集体管理制度的创新范畴。

④许多人将谷歌公司的大规模数字化视为“大规模侵权”,包括美国、德国、法国和中国在内的著作权组织分别以诉讼或其他方式提出反对。经谷歌公司多次修改的和解协议,也于2011年被纽约南区法院否决,直到谷歌公司放弃和解协议中商业利用的内容后,单纯数字扫描才于2013年11月被法院认可为合理使用,但著作权人再次提出上诉,使得持续8年的诉讼再度延长。See Authors Guild v. Google Inc., 770 F. Supp. 2d 666 (S. D. N. Y. Nov. 14, 2013) (No. 05-CV-8136-DC). 我国判例和报道参见“王莘诉谷歌公司案”,北京市第一中级人民法院[2011]一中民初字第1321号判决书;方祥生:“谷歌数字图书馆的版权之争”,《光明日报》2009年9月14日。

⑤参见“韩寒等诉百度文库案”,北京市海淀区人民法院[2012]海民初字第5558号判决书。

⑥③⑩⑪⑫ See Amended Settlement Agreement, Authors Guild v. Google Inc., 93 U. S. P. Q. 2d 1159 (S. D. N. Y. 2009) [No. 05 CV. 8136 (DC)], art. 4.5, 4.6, 5.4, 6.1, 6.2, art. 2.1 (b), 6.1., art. 2.4, 3.1 (a), art. 4.1 (a)(i); Attach. C, § 1.1(a).

⑦④ See Statement of Marybeth Peters, Competition and Commerce in Digital Books Before the H. Comm. On the Judiciary, 111th Cong. (2009), pp. 67—68, p. 70.

⑧ 参见国家版权局《中华人民共和国著作权法》(修订草案)第一稿第 60 条,第二稿第 60 条,第三稿第 61 条和送审稿第 63 条。

⑨ 参见熊琦:《互联网产业驱动下的著作权规则变革》,《中国法学》2013 年第 6 期。

⑩ See Tracey L. Armstrong, The Practical Difficulties of Implementing Collective Management Schemes, 34 Colum. J. L. & Arts. 623 (2011), p. 624.

⑪ See Edward Lee, Warming Up to User—Generated Content, 2008 Ill. L. Rev. 1459 (2008), pp. 1499—1500.

⑫⑬ See Authors Guild v. Google Inc., 770 F. Supp. 2d 666 (S.D.N.Y. 2011), pp. 676—677.

⑭ See Office of the Register of Copyrights, Legal Issues in Mass Digitization: A Preliminary Analysis and Discussion Document, U.S. Copyright Office (Oct. 2011), p. 6.

⑮ See Monika Jasiewicz, Copyright Protection in an Opt—out World: Implied License Doctrine and news Aggregators, 122 Yale L. J. 837 (2012), p. 843.

⑯ 根据和解协议的规定,谷歌公司可以从许可版税中获得 37% 的分成,并且独享在数字化作品中加入广告所带来的收益。See Amended Settlement Agreement, Authors Guild, Inc. v. Google, Inc., 93 U.S.P.Q. 2d 1159 (S.D.N.Y. 2009) (No. 05 CV. 8136 (DC)), art. 4.4, 4.5.

⑰ See Letter from Michael A. Keller to Judge Chin, Authors Guild, Inc. v. Google, Inc., 93 U.S.P.Q. 2d 1159 (S.D.N.Y. 2009) (No. 05 CV. 8136 (DC)).

⑱ See Robert P. Merges, Compulsory Licensing vs. the Three “Golden Oldies”: Property Rights, Contracts, and Markets, 508 Policy Analysis 1 (2004), pp. 10—11.

⑲ See Glynn Lunney, Copyright Collectives and Collecting Societies: The United States Experience, in Collective Management of Copyright and Related Rights (Daniel Gervais ed.), Kluwer Law International (2010), p. 371.

⑳ See Michael A. Einhorn, Intellectual Property and Antitrust: Music Performing Rights in Broadcasting, 24 Colum. — V. L. A. J. L. & Arts 349 (2001).

㉑ See Statement of Interest of U. S. Regarding Proposed Amended Settlement Agreement, Authors Guild v. Google Inc., 770 F. Supp. 2d 666 (S.D.N.Y. 2011), pp. 21—23.

㉒ 参见“互动百科网”的“互动在线服务协议”第 4.3 条:“用户自注册之日或者获得百科网签约行家资质之日起发布在百科网上的作品一律视为互动在线委托用户创作的作品。作品的署名权由用户享有,互动在线享有除署名权外的其他著作权权益,包括但不限于修改权、保护作品完整权、信息网络传播权、复制权、发行权、改编权、翻译权、汇编权、广播权、摄制权等”。<http://www.baikewang.com/wiki/>, 2013—10—01.

㉓ See Objection of Yahoo! Inc. to Final Approval of the Proposed Class Action Settlement, Authors Guild v. Google Inc., 770 F. Supp. 2d 666 (No. 05—CV—8136—DC), 2009 WL 2980749; Objection of Amazon.com, Inc., to Proposed Settlement, Authors Guild v. Google Inc., 770 F. Supp. 2d 666 (No. 05—CV—8136—DC), 2009 WL 4888799.

㉔⑳ See Jonathan Band, The Long and Winding Road to the Google Books Settlement, 9 J. Marshall Rev. Intell. Prop. L. 227 (2009), p. 294.

㉕ See Paul McDougall, Web 2.0 Expo: O’ Reilly Warns of Web War, Info. Week (Nov. 17, 2009).

㉖ Library Association Comments on the Proposed Settlement, Authors Guild, Inc. v. Google, Inc., 93 U.S.P.Q. 2d 1159 (S.D.N.Y. 2009) (No. 05—CV—8136—DC)

㉗ See Lawrence Lessig, Code 2.0, New York: Basic Books (2006), p. 8.

㉘ 对出版者而言,最大的担心是数字化作品以点对点的方式在网络上被任意传播。See Randall Stross, Will Books Be Napsterized, N. Y. Times (Oct. 4, 2009), B4.

㉙ See Lionel S. Sobel, The Music Business and the Sherman Act: An Analysis of the “Economic Realities” of Blanket Licensing, 3 Loy. L. A. Ent. L. J. 1 (1983), p. 5.

㉚ 根据《著作权集体管理条例》第 7 条第 2、3 款的规定,特定领域存在集体管理组织的,不得成立新的集体管理组织。

㉛ 《著作权集体管理条例》第 15 条规定,著作权集体管理组织修改章程,应当将章程修改草案报国务院著作权管理部门批准,并依法经国务院民政部门核准后,由国务院著作权管理部门予以公告。这意味着集体管理组织的运作方式需要同时获得国家版权局(国家新闻出版广电总局)和民政部的认可。

责任编辑 黄玉焯