

著作权法定许可制度溯源与移植反思

●熊 琦*

【内容摘要】 著作权法定许可的立法初衷,乃是为调和新传播技术带来的产业主体利益分歧,并在著作权市场尚未形成的阶段降低权利流转带来的交易成本。然而事实证明,著作权法定许可不但未能有效实现上述立法目标,甚至已成为阻碍著作权产业形态变革的制度瓶颈。我国在继受著作权法定许可制度时,由于缺乏对应的产业基础和理论储备,使得历次修法中著作权法定许可条款被频繁调整,导致其既无法回应权利人的需求,也未能简化著作权的许可成本。为解决著作权法定许可的立法争议,首先需要回归法定许可的原初立法价值,为立法提供稳定、科学的正当性前提,其次需要结合我国著作权产业发展的特征考量法定许可的科学适用范围,将法定许可限定在市场机制无法形成的领域。

【关键词】 著作权 法定许可 强制许可 市场失灵 著作权法修改

一、问题的提出

作为一项权利限制制度,著作权法定许可意味着使用者能够在满足法定条件的基础上,无需获得权利人的同意即可以特定方式使用作品。法定许可在世界著作权法史上历经从模拟复制到移动互联网时代的变迁,至今已有百余年的历史,虽然在历次传播技术变革后,关于著作权法定许可的适用范围都会经过一番争论,但其基本立法价值取向一直较为稳定。我国著作权法定许可与其他著作权制度一样,乃是当初为加入国际公约而被动移植的产物,由于是在缺乏产业支撑的环境下凭空建立且基本没有得到适用,因此成为历次著作权修法中争议和调整幅度最大的制度之一。我国《著作权法》于 2001 年正式确立的广播电台、电视台播放作品和录音制品法定许可,在 2012 年开始的第三次修订过程中被要求增加备案和付费两个具备操作性的程序性条款;^①1990 年《著作权法》规定的制作录音录像制品法定许可,在 2001 年修法后被限制适用在利用音乐作品制作录音制品的范围,但由于在 2012 年第三次修法中遭遇质疑,自第二稿开始已被完全取消;^②1990 年即存在于《著作权法》中的报刊摘编转载法定许可,在

* 作者单位:中南财经政法大学知识产权研究中心。本文系中央高校资助项目“著作权集体管理组织立法研究”的阶段性成果。

① 参见我国 1990 年《著作权法》第 40 条,2001 年《著作权法》第 42、43 条,2010 年《著作权法》第 43、44 条,2012 年《著作权法(修订草案送审稿)》第 49、50 条。其中关于广播电台、电视台播放录音制品的规定,经历了从“可以不经许可免费使用”到“可以不经许可但需付费使用”的变迁。2012 年修法中对此增加申报和登记程序的做法,还引起了国家广电系统的不满,广电系统相关部门和广播电台、电视台认为,此举将极大地增加广播电台、电视台的运行成本,因为广电组织不得不耗费人力和物力统计其播放作品的名称和频率。

② 参见我国 1990 年《著作权法》第 37、50 条,2001 年《著作权法》第 39 条,2010 年《著作权法》第 40 条,2012 年《著作权法修改草案(第一稿)》第 46 条。从第二稿开始,修改草案即完全将利用音乐作品制作录音制品的法定许可条款删除,相关分析参见熊琦:《著作权法定许可的误读与解读》,《电子知识产权》2012 年第 4 期。

经历了相关司法解释和保护条例的反复加入和删除后,最终未能扩大适用到网络环境下。^③可见,我国著作权法定许可制度的重大调整贯穿了历次修法进程,且每次皆涉及重要条款的增加或删除。频繁调整的原因,表面上是因为权利人对著作权法定许可实施绩效的质疑,但本质上反映出立法者始终缺少对著作权法定许可制度价值的稳定认知。在此情况下,著作权法定许可的适用不可能取得正面效果。由于没有明确的立法价值基础,各方争议就纯粹演变为差异化的立场陈述,不会对立法完善产生任何积极的效果,稳定的实施机制也当然无从构建。即使勉力调整,结果只会是因应相关主体的意见而无原则地频繁增删,无论是权利人还是使用者皆无法借助法定许可制度实现各自的目标,最终导致这一各国长期适用的著作权制度在我国尚未真正施行即基本上被废除。

为解决上述我国著作权法定许可面临的制度失灵和立法困境,需要回归和考证法定许可制度价值的出处与背景,同时梳理该制度价值指引下他国立法变革与产业发展之间的关系,为我国著作权法的修订提供制度经验。从我国现有研究进展来看,一方面已有的研究成果大多针对特定领域的著作权法定许可加以分析,较少全面梳理整个著作权法定许可制度体系的形成历程,^④因而难以发掘著作权法定许可的真实制度价值,并使得我们在比较法考察中无法获知对他国不同历史阶段法定许可制度的整体绩效评价;另一方面现有的研究成果在比较分析时,未将著作权产业形态及其发展阶段作为预设法定许可适用范围的考量要素,仅将相关国际条约或他国现行著作权法定许可制度作为我国的立法参照,^⑤可能出现难以直接适用于我国现有产业环境之弊。因此,对著作权法定许可制度价值和变革的考察,一方面应该梳理法定许可与著作权产业之间在不同历史阶段的关联,以激励产业发展为目标探析著作权法定许可制度设立的依据;另一方面还需要从整体上考察著作权法定许可制度的适用绩效,为解决数字时代著作权法定许可的适用范围争议寻求稳定的合理性基础。

二、著作权法定许可制度的立法价值溯源

任何法律制度皆建立在特定立法价值的基础上,为实现一定的立法目标而存在,因此立法价值不同,法律安排必然相异。我国著作权法定许可制度的设计,同样需要建立在科学的立法价值之上才能真正实现其制度绩效。我国立法者对著作权法定许可制度立法价值的认识,除了对《伯尔尼公约》相关规定的引用外,尚无更明确的表达。^⑥然而,国际公约并非建立在一国特定产业基础之上,而是各国之间协商的产物。我国早年在制定《著作权法》时出于达到国际最低保护标准的需要,立法理由更多以国际公约为参照,而无法立基于本土产业环境确立自身的立法价值。如今我国著作权产业的发展已基本形成规模,单以国际公约文本作为制度正当性的基础无法满足本土产业发展的需求,容易遭遇质疑。我国《著作权法》第三次修订草案的起草者国家版权局在其前后两份“立法说明”中,就对著作权法定许可制

^③ 我国现行《著作权法》第33条第2款规定的报刊转载摘编法定许可,仅适用于报刊之间的转载摘编行为。对于报刊转载摘编是否能在网络环境下适用,立法和司法机关的态度长期摇摆不定。2001年《著作权法》第一次修订仍维持了报刊转载摘编法定许可仅适用于报刊之间的规定,但2001年最高人民法院颁布的《关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》第3条将报刊转载摘编法定许可扩大到了网络环境下,但国务院颁布的《信息网络传播权保护条例》(2006年颁布,2013年修改)却一直没有认可网络环境下的报刊转载摘编,最高人民法院随后也在新的司法解释中排除了原有规定。在2012年开始的《著作权法》第三次修订中,网络服务提供者再次呼吁增加网络转载摘编法定许可,但在现有送审稿中并未体现。相关报道参见王维:《著作权法进行第三次修订,补全信息网络法制短板》,《21世纪经济报道》2014年9月26日第2版。

^④ 研究具体法定许可类型的代表性文献参见孙秋宁:《论音乐作品的法定许可录音》,《北大法律评论》2002年第1辑;王迁:《论“制作录音制品法定许可”及在我国著作权法中的重构》,《东方法学》2011年第6期;倪朱亮:《网络转载法定许可的挑战、回应与重构》,《中国版权》2014年第5期。

^⑤ 比较研究的代表性文献参见李永明等:《中美著作权法定许可比较研究》,《浙江大学学报(人文社会科学版)》2005年第4期。

^⑥ 根据《伯尔尼公约》的要求,法定许可的适用对象限制在联合国认定的发展中国家,因为其被定位为增进公共利益的制度。我国的立法理由表述参见胡康生主编:《中华人民共和国著作权法释义》,法律出版社2002年版,第167页。我国台湾地区的著作权强制许可制度也同样以“全民均沾文化发展之结果”和“提升文化水平”等公共利益为目标。参见罗明通:《著作权法论II》第6版,作者2005年台北自版,第395页。

度的修改理由作出了完全不同的解释。在《著作权法修改草案(第一稿)》的简要说明中,其认为“著作权法定许可制度的价值取向和制度功能符合我国的基本国情,目前该制度不成功的原因在于付酬机制和法律救济机制的缺失”,但对究竟何谓法定许可制度的价值取向却并未明言。^⑦而在《著作权法(修订草案送审稿)》的说明中,其又完全抛弃之前所述的法定许可制度的价值取向和制度功能符合国情的立场,仅“根据相关国际公约和社会各界意见”就彻底取消了“制作和发行录音制品的法定许可”。^⑧在短时间内出现如此根本性的立场变化,说明我国立法者缺少对著作权法定许可制度立法价值的稳定认知,以致其立场在遭到质疑后即根据不同“民意”发声的大小而摇摆不定。相比之下,美国版权法完全在版权产业自身发展的基础上确立起来的立法价值,及其超过百年的法定许可制度适用绩效,则为我们提供了可供参考的极佳制度价值范本。^⑨

法定许可制度在美国版权法中的确立,要追溯到1909年《美国版权法》第115条规定的“制作和发行录音制品法定许可”。从立法价值出发,该第115条规定的法定许可并非以促进传播抑或增进公共利益为目的,而是协调产业主体之间矛盾的妥协之举。法定许可可被纳入著作权法的原因,表面上看似为了应对当时新出现的音乐作品传播和表演方式,即通过转动记载音乐的纸卷驱动机械演奏音乐的自动钢琴(player piano rolls),但本质上乃是为了协调传统产业与新兴产业主体之间的利益分配。在自动钢琴出现之前,音乐作品的商业模式由出版者掌控,使用方式也局限于以乐谱的方式予以复制和发行,与当时的图书贸易共同隶属于出版产业。^⑩当作为音乐作品新载体的自动钢琴逐渐普及后,音乐产业也开始由乐谱发行向录音制品发行转型,录音制品(自动钢琴)制作者由此加入音乐产业的利益分配,新旧产业主体之间的矛盾由此产生。首先,长期控制音乐作品传统传播渠道的出版者,显然希望继续保持对音乐产业的控制力,将其享有的著作权范围扩展到新的客体和传播方式之上,^⑪并由此引发了出版者对录音制品制作者的诉讼。^⑫与此同时,作为录音制品制作者的自动钢琴生产者内部也存在矛盾。部分自动钢琴生产者拒绝将制造自动钢琴视为复制的原因,还在于害怕其他已经获得市场优势地位的自动钢琴生产者因此形成垄断。^⑬其次,以自动钢琴生产者的身份介入音乐产业的录音制品制作者,则试图通过建立在新传播渠道上的商业模式获取收益,并以阻止复制权扩张的方式避免出版者对音乐作品来源的垄断。^⑭为了避免音乐作品出版者和已获得授权的自动钢琴生产者获得垄断地位,同时回应权

^⑦ 参见国家版权局:《关于“中华人民共和国著作权法”(修改草案)的简要说明》(2012年3月)。

^⑧ 参见国家版权局:《关于“中华人民共和国著作权法”(修订草案送审稿)的说明》(2014年6月)。

^⑨ 需要指出的是,我国著作权法定许可其实同时对应美国法中的“强制许可”(Compulsory License)和“法定许可”(Statutory License)两个概念。从立法文本来看,《美国版权法》第115条的标题采用的是“强制许可”,而其第111、112、114、118、119、122条却选择了“法定许可”的表述。其中第111条第一次在1976年《美国版权法》中出现时的标题为“强制许可”,1999年在没有改变条款内容的前提下将其标题改为“法定许可”。从上述条文的内容来看,都是允许相关领域的使用者在提交使用通知和支付法定版税的前提下,可以不经著作权人许可而在法定范围内使用作品,同时当事人有权选择以自由协商代替法定许可条款。可以说,美国版权法语境下的强制许可和法定许可在本质上并无差别,自立法者于1909年第一次在第115条中采用“强制许可”的表述后,之后的立法文本基本改用“法定许可”这一表述。在美国版权局关于版权法定许可修改的立法文件中,“强制许可”与“法定许可”的表述也并没有严格区分。See United States Copyright Office, Satellite Television Extension and Localism Act Section 302 Report: A Report of the Register of Copyrights, 2011, p. 1. 为了概念上的统一,本文在涉及比较研究美国版权法的部分,会统一使用“法定许可”这一称谓。

^⑩ See Al Kohn & Bob Kohn, Kohn on Music Licensing(4th ed.), Wolters Kluwer, 2010, pp. 5-6.

^⑪ See Section 115 of the Copyright Act: In Need of an Update?, Hearing Before the Subcommittee on Courts, the Internet, and Intellectual Property of the Committee on the Judiciary, House of Representatives, 108th Congress, 2nd Session(2004), Statement of MaryBeth Peters, Register of Copyrights.

^⑫ 美国法院当时采取了严格解释法律的做法,认为自动钢琴并非音乐作品的载体,所以不构成版权法中的“复制”。See White - Smith Music Publishing Co. v. Apollo Co., 209 U. S. 1(1908).

^⑬ See Paul Goldstein, Copyright's Highway: From Gutenberg to the Celestial Jukebox, Revised Edition, Stanford University Press, 2003, p. 52.

^⑭ 在White - Smith案判决之前,一家名为Aeolian的公司已经获得了占市场多数音乐作品来源的出版者集团授权,一旦判决裁定制作自动钢琴涉及对复制权的侵害,那么该公司将成为占据大量音乐作品著作权授权的垄断者。See Howard B. Abramst, Copyright's First Compulsory License, 26 Santa Clara Computer & High Tech. L. J. 215, 2010, p. 220.

利人对新传播方式的收益需求,立法者采取了一种折中的立法方式,即赋予音乐作品著作权人以一项受限制的复制权,一方面将制作自动钢琴视为“机械复制”(mechanical reproduction),保证了著作权人从新的传播方式中获取收益;另一方面以法定许可允许所有使用者有平等录制音乐作品的权利,防止著作权人或任何录音制品制作者垄断作品的来源。

由此可见,《美国版权法》中的法定许可其实源自法官造法失败后的妥协性立法,而非出于鼓励传播或增进公共利益所作出的明确选择。从鼓励传播的角度看,版权人并不缺乏传播作品的经济诱因,因为实践中权利人已经在版税标准和许可条件下与录音制品制作者协商达成一致,立法者通过法定许可加以限制乃是担心版权人对部分录音制品制作者的歧视。^⑮从增进公共利益的角度看,法定许可是针对作为特定产业主体的录音制品制作者所作出的制度安排,与社会公众平等获取作品的目标无涉,所以当时法定许可并非针对所有类型的作品而设置,而仅局限在录音制品的制作和发行这一单一产业领域。这种基于产业利益协调的立法价值,对著作权法定许可形成了以下两个方面的影响。

第一,著作权法定许可制度在立法价值上被定位为私人授权许可的补充。一直以来,立法者都坚持认为作者应通过享有排他性权利控制其作品的商业性利用,这一基本原则被认为应当适用于音乐著作权领域。^⑯因此,立法者为著作权法定许可制度设计了极为严格的适用程序,以保证其不会对私人许可形成替代。首先,录音制品制作者在录音制品制作后和发行前,必须就每一份被使用的音乐作品向权利人或版权局提交法定格式的“使用通知”(Notice of Intention),这意味着录音制品制作者需要确认所有被利用的音乐作品来源,只有在无法确认真实著作权人的情况下,才能向版权局提交通知。其次,录音制品制作者必须按月支付版税,且要向版权局提交详细的年度和月度作品使用清单,否则著作权法定许可将被终止,这就需要录音制品制作者详细记录所有作品使用的具体信息。^⑰鉴于上述严格的适用程序,录音制品制作者适用法定许可需要付出高额的交易成本,因此可以认为,法定许可并未在实践中通过省略协商程序降低交易成本,而仅仅是提供了一种补充性的许可渠道。

第二,著作权法定许可在适用方式上被视为一种临时性的制度工具。美国立法者始终认为,法定许可仅应存在于市场难以自发解决问题的特殊情形下,旨在解决一些具体矛盾。^⑱鉴于法定许可产生于特殊历史时期的特殊产业环境下,美国版权局曾多次试图从版权法中删除这一条款,并引起了产业主体的广泛争议。在20世纪60年代筹备制定新版权法时,立法者即已强调,由于法定许可是对自由市场机制的人为干预,所以其并无永久存在的正当性。^⑲由于立法者所担心的音乐产业垄断问题并未出现,著作权法定许可在设计之初所承担的功能已无适用空间。随着网络传播逐渐成为作品的主要传播方式,立法者也需要不断提升著作权许可效率以适应传播效率的变化,法定许可繁复的程序性要件,使其无法适应网络时代的商业模式,因而立法者在历次修法建议中都主张不再保留制作和发行录音制品法定许可。^⑳然而,无论是著作权人还是录音制品制作者,都基于自己的利益需求拒绝排除法定许可。著作权人愿意保留法定许可的原因,在于害怕破坏既已形成的权利流转机制,导致自身丧失多年积累的产业

^⑮ 当时音乐作品出版者与 Aeolian 公司达成的协议是制作每份自动钢琴向权利人支付的版税是 10 美分。See Russell Sanjek, *American Popular Music and Its Business: The First Four Hundred Years, Volume III: from 1900 to 1984*, Oxford University Press, 1988, pp. 22-23.

^⑯ 官方表述可参见美国版权局为制定 1976 年《美国版权法》而发布的立法报告。See Register of Copyrights, *Copyright Law Revision: Report of the Register of Copyrights on the General Revisions of U. S. Copyright Law*, 87th Cong., 1st Sess. (1961), p. 33.

^⑰ See 17 U. S. C. § 115(b), 17 U. S. C. § 115(c)(5)(6). 最新的具体程序要求, See U. S. Copyright Office, *Mechanical and Digital Phonorecord Delivery Compulsory License: Final Rule*, Federal Register, Vol. 79, No. 181, 2014, p. 44187.

^⑱ See *Competition and Commerce in Digital Books: The Proposed Google Book Settlement*, Hearing Before the House Comm. on the Judiciary, 111th Cong. (2009), Statement of Marybeth Peters, the Register of Copyrights.

^⑲ See Register of Copyrights, *Copyright Law Revision: Report of the Register of Copyrights on the General Revisions of U. S. Copyright Law*, 87th Cong., 1st Sess. (1961), p. 33.

^⑳ 美国国会自 2004 年开始曾连续 6 年开展音乐著作权许可改革听证,且历次审议中都有相关主体提出涉及废除法定许可的提案。

竞争优势,而录音制品制作者则希望法定许可继续作为许可版税的最高限价工具存在,以控制其产业交易成本,这种分歧导致法定许可立法至今无法走出僵局。^②法定许可最初临时性的立法定位不但没有最终实现,反而还造成了历史上的反复争议。

追溯20世纪初美国版权法定许可制度的立法定位,可以发现其立法价值定位既非增进公共利益,亦非鼓励传播,而是调和新旧两类产业主体之间的利益分配,以及抑制著作权市场的垄断。因此在立法设计上并未基于鼓励公众获取的目的大幅简化许可程序,而是增加严格的申报和付费要件,以鼓励产业主体之间通过自由协商达成许可协议。鉴于建立在补充性和临时性基础上的立法目标,著作权法定许可在实践中并未获得广泛适用,反而被认为是阻碍著作权许可制度适应网络商业模式的原因。可见,著作权法定许可的立法价值决定了其特殊的制度设计,我国要正确认识著作权法定许可制度的价值基础,即不再从增进公共利益抑或鼓励传播的角度认识著作权法定许可制度的功能,而是将其界定为于特定技术和历史条件下在产业主体之间分配利益的妥协性立法,如此才能避免我国立法者想当然地利用著作权法定许可制度扭转市场乱象甚至代替市场机制。

三、著作权法定许可适用范围变革的梳理

著作权法定许可作为一种妥协性的和补充性的立法选择,每当新传播技术普及之时,如何调整其适用范围就会成为讨论的对象。如今,《美国版权法》中除第115条之外的法定许可条款,就是在历次应对传播技术的变革中逐步形成的。从表面上看,不同领域的法定许可旨在应对不同著作权市场的问题,但本质上所有法定许可的功能仍然是延续初始确立时的立法价值,即调和不同产业主体在新技术条件下与著作权相关的利益分配。基于现行美国版权法上的法定许可制度体系并非一蹴而就,而是在历次应对传播技术变革时逐步形成的,在1909年《美国版权法》第115条首次确立法定许可后,立法者先后将这一立法经验应用到有线和卫星广播组织节目信号转播以及数字音频传输等领域。

以调和著作权人与有线广播服务提供者矛盾为目标的《美国版权法》第111条规定的法定许可,产生于有线广播产业刚刚兴起的20世纪70年代,其立法目标是允许有线广播组织向其订户转播地方和无线广播组织受著作权保护的节目内容。有线广播产业订户范围的扩大,开始逐步威胁传统广播组织的市场地位,为了保证有线广播组织获取作品的渠道,避免其因逐一与著作权人协商而产生高额的交易成本,从而允许有线广播组织在支付法定版税的基础上,无需权利人许可直接向订户转播广播和电视节目信号。^③如此即可防止传统广播组织借助当时已有的市场优势要求著作权人签订独占性许可协议,给作为新兴产业主体的有线广播组织提供发展平台。随着卫星广播的出现,立法者再次于1988年在《美国版权法》中增加了卫星电视节目信号转播的法定许可,允许卫星广播组织在满足法定要件的基础上,可以不经著作权人许可向订户转播受著作权法保护的电视节目信号。^④这一法定许可适用范围的变化,与之前创制有线广播组织转播法定许可类似,都是建立在协调新兴产业与传统产业主体利益分配基础上的制度选择。借助于法定许可的帮助,卫星广播组织在超越了向边远地区传输信号的功能定位后,得以顺利进入广播市场,在还处于产业初级阶段的时期与既有广播产业主体开展竞争。

《美国版权法》第112条与第114条作为规制录音制品广播的法定许可规范,调和的乃是录音制品制作者与网络服务提供者之间的利益分歧。1995年《录音制品数字表演权法案》(DPRSRA)规定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,使用者可通过法定许可利用录音制品。法定许可版税由新成立的集体管理组织 SoundExchange 收取,且每两年组织相关产业主体协

^② 参见熊琦:《音乐著作权制度体系的生成与继承》,《法学》2013年第12期。

^③ See 17 U. S. C. § 111.

^④ 需要注意的是,本条规定的版权法定许可在创制时本来是一个5年期的临时性条款,但在到期时通过立法延长,至今仍然生效。在1999年延长该法定许可的《卫星信号接收者保护法》(Satellite Home Viewer Improvement Act)中还增加了第112条,允许卫星广播组织向本地免费转播本地地方台的电视节目。

商确定版税标准,^②由此在网络数字传输的层面上满足了录音制品制作者长期呼吁的享有广播权的需要,并同时降低了网络服务提供者向公众提供数字化录音制品所面临的交易成本。与此同时,原本适用于制作和发行录音制品的《美国版权法》第 115 条规定的法定许可,也扩张适用于数字录音制品的数字传输行为。立法者认为,数字传输行为如同 1909 年《美国版权法》认定的制作录音制品一样,在本质上都包含了对音乐作品的复制和发行,因此应当依照法定版税标准向音乐作品著作权人付费。之所以将制作和发行录音制品法定许可扩大到录音制品的数字传输行为上,是因为数字传输已经成为取代发行的音乐作品使用方式。^③网络服务提供者作为最新加入著作权产业的主体类型,如同当初作为录音制品制作者的自动钢琴生产者那样,在新兴市场产生的利益分配问题上与著作权人之间出现分歧,延续法定许可的适用,乃是以同样方法调整这种分歧。

考察既已形成的著作权法定许可制度体系可以发现,虽然法定许可产生于不同历史时期和产业领域,但都是对著作权市场的替代,即通过构建一个政府管制下的拟制市场(artificial government - regulated market)消除市场失灵导致的权利流转障碍。^④从上述制度类型的共性出发,以政府管制下的法定安排为特点的著作权法定许可明显具备如下特点。

第一,立法介入时间的特殊性。从进入立法的时间来看,上述著作权法定许可制度都出现在新旧产业主体和商业模式交替的产生初期。20 世纪早期的制作和发行录音制品的法定许可,旨在协调音乐作品出版者与录音制品制作者之间的矛盾;20 世纪中后期有线和卫星广播组织转播的法定许可,可视为扶持新兴有线广播组织和卫星广播组织的需要;而 21 世纪正在讨论的音乐作品和录音制品数字传输法定许可,则无疑是在解决网络服务提供者与互联网产业的商业模式如何融入的问题。

第二,自由协商机制的优先性。在所有的著作权法定许可条款中,自由协商机制均被设定为优先选项,如果当事人之间能够自行就版税标准和其他许可条件达成一致,那么其协议相较于法定许可条款优先适用。这意味着法定许可在适用的效力位阶上低于合同,法定许可仅在当事人之间因利益分歧或其他原因无法达成一致的情况下才得以适用。但由于法定许可对相关许可条件已经作了规定,因此对于任何一方而言,合同约定的条件只可能比法定安排更为有利才会得到双方的同意,但法定安排反过来也可能限制了当事人之间可协商的范围。

第三,作品许可条件的格式性。著作权法定许可作为替代市场机制的立法安排,基本功能之一就是帮助符合法定条件的使用者避免协商环节难以克服的交易成本,全面替代许可的协商环节,直接以法律规定的方式行使权利。然而替代协商并非意味着程序的简化,为了保证法定许可不会排挤和干扰著作权市场的形成,且著作权人能够依据法定许可全面获取收益,法定许可在通知著作权人作品适用范围、按月和按年申报作品使用情况,以及付费时间和标准上的要求,使得其实现程序极为繁复,这种程序性规定显然是为了全面保障所有适用法定许可的作品都处于著作权人和相关机构的监管之下。

第四,作品版税标准的限制性。著作权法定许可设计的定价机制目标主要在于防止特定产业主体基于市场垄断地位不当提高版税标准,因此选择将作品使用的价格改由法律或特定机关设定,而无需基于不断变动的市场供求关系。在音乐和广播等产业领域,相应著作权法定许可条款都指定了特定机构来决定许可版税的标准。最早确立的制作和发行录音制品法定许可制度,曾采取固定版税标准。自 1976 年《美国版权法》开始,该国专门设立了“版权权利金法庭”,以方便调整版税标准,1993 年又以“版权权利金仲裁委员会”代之,2004 年美国国会再次出台《版权补偿金分配改革法案》,增加选任具有专业

^② See 17 U. S. C. § 114(d)(2), 17 U. S. C. § 114(g)(2).

^③ See S. Rep. No. 104 - 128 (1995), p. 14.

^④ See 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 Cong., 2nd Sess. (2014) (Statement of William J. Roberts, Jr., Acting Associate Register of Copyrights and Director of Public Information & Education).

背景的“版权补偿金法官”,在版权局的主持下每五年调整一次版税标准。^②

考察上述著作权法定许可制度的共性后可以发现,在历经不同阶段传播技术的冲击后,著作权法定许可始终秉承初始创制时所确定的立法价值定位,即试图以不破坏著作权市场自由交易机制为前提避免传统产业垄断和激励新兴产业发展。著作权法定许可狭窄的适用范围和严格的适用条件,从某种程度上帮助塑造了美国在各个历史阶段都极为发达的著作权产业,也破解了音乐和广播产业在发展初期因作品利用范围和频率问题导致的交易成本瓶颈。这种要求双方“各退一步”的妥协性立法,已被部分产业主体视为应对传播技术变革而反复使用的策略,在历史上每次出现因传播技术变革而在利益分配上僵持不下的情形时,法定许可就成为被优先考虑的立法政策。进入21世纪后,在新商业模式下的数字录音制品网络传输和谷歌提出的数字图书计划中,都出现了适用法定许可解决作品海量许可交易成本问题的制度设计方案。在我国著作权法第三次修订进程中也同样存在产业主体和学者呼吁用法定许可保障网络环境下数字作品传播的难题。

四、我国著作权法定许可制度的完善思路

我国著作权法定许可立法为加入《伯尔尼公约》所需,产生时并无来自国内产业的主动需求,因此在当初匆匆移植此项制度时,既无暇认真考证其立法价值,也缺少对本土产业现状的调研,只能片面追求尽快达到相关国际公约的要求,导致在制度目标和制度设计上都对法定许可进行了想当然的设定,最终造成权利人和使用者各方皆予以抗拒的结果。同时,随着网络服务提供者加入著作权产业的运作,网络环境下的著作权法定许可立法也成为重要的立法议题。从某种程度上看,我国著作权法定许可立法需要同时完成重构和新构两个任务,一方面急需解决现行法定许可“有名无实”的问题,另一方面要及时应对本土网络服务提供者和著作权人之间的矛盾。美国在进入21世纪后,也在反思将产生于印刷时代向广播时代转型期的著作权法定许可移植到网络时代的做法。比较两国立法上的异同,特别是通过解析美国现阶段立法进程中对著作权法定许可制度绩效的梳理,可以发现我国在忽略立法价值的基础上移植著作权法定许可制度,不但难以解决网络技术带来的新问题,而且还阻碍了我国著作权产业的市场化进程,因而有必要在校正制度价值和评价制度绩效的基础上,从以下两个方面进行调整。

第一,从立法价值层面看,我国著作权立法应重新定位法定许可的立法价值,将其视为调和传播技术发展初期产业利益分配分歧的临时性工具。一直以来,我国著作权法定许可的立法目标被肆意更改,使得著作权法定许可承担了本不该承担的制度功能。著作权法定许可的真实立法价值,乃是建立在补充私人自治和调和产业矛盾的基础之上,其一直是作为市场机制建立或恢复前的应对政策存在。每过一段时期,就会出现是否保留和延续法定许可制度的讨论,因为立法者始终担心法定许可会阻碍或干扰著作权市场的运作。^③相比之下,我国著作权法定许可制度却被作为一种主动增进公共利益和替代著作权市场机制的制度工具。根据立法者对著作权法第三次修订所作的说明来看,其认为“著作权不仅仅是私权”,并要求法定许可要“在保护作者正当权利的前提下促进作品的传播”。^④然而,在我国尚无成熟产业运作模式的情况下直接适用著作权法定许可,反而使其成为阻碍市场机制形成的瓶颈。

立法价值上的错误定位,根本原因在于我国包括著作权法在内的私法制度构建,都存在一种可称为“家长制”的立法宗旨,即将产业成熟运作前的博弈和试错混淆为所谓市场乱象和权利人缺乏控制力的表现,进而试图通过法定安排的利益分配方式跳过上述环节。立法者对是否在网络环境下扩大著作权法定许可适用范围的考量,仍然是基于这种全面控制的家长制立法价值观。这种做法看似省去了漫

^② See 17 U. S. C. § 801(b)(1).

^③ 同前注^②。

^④ 参见胡建辉:《著作权不仅仅是私权——国家版权局法制司司长王自强就著作权法修改草案热点答记者问》,《法制日报》2012年5月3日第6版。

长且混乱的试错过程,并使交易机制得以一步建立,但其无法解决的问题是,法定安排无法真正模拟由市场供求关系决定的交易条件和版税标准。版税标准惟有反映市场供求关系,才能实现交易双方收益的最大化。作品市场价格和其他交易条件的差异,决定了著作权人在作品创作与传播上的成本投入程度。在市场供求信息问题上,立法者由于并不直接参与著作权市场交易,必然无法使版税标准和交易条件随市场供求关系的调整而及时变化,如此一来,法定许可的版税标准几乎成为协商时不可超越的价格上限。如果定价过低,可能降低对创作者的经济激励,如果定价过高,又会使交易预期低于法定版税标准的使用者丧失通过协商降低定价的渠道。因此,法定许可作为一项弱化著作权排他性的制度,如果超出调和产业矛盾的临时性和例外性立法价值基础,将其上升到替代市场机制的地位,显然在我国的产业背景下会对著作权人产生更为不利的限制。

相较而言,以排他性权利为基础的美国版权法一直将法定许可定位为一种调和产业矛盾的工具,仅在特定产业环境下作为例外适用,所以法定许可不可能在所有作品类型上都具有正当性基础,也不存在针对所有作品进行转播或演绎行为的法定许可。随着著作权产业进入网络时代,产业主体及其商业模式都发生了深刻变革,这种以补充和调整为基础的法定许可价值观,直接体现在对法定许可适用范围的限制性立法方案上。针对网络环境下海量授权的许可机制立法,部分产业主体采取了极为谨慎的态度,其并不主张在面临高额交易成本的领域全面推行法定许可,而是极力推行以私人协商为基础的集中许可,要求通过已有的集体管理组织实现原本法定许可制度承担的功能。^② 美国版权局也反复提出过直接废除《美国版权法》第 115 条所规定的制作和发行录音制品法定许可的立法建议,原因在于作为该条立法目的的音乐作品出版者与录音制品制作者之间的产业利益矛盾和垄断风险早已不复存在,所以应该恢复音乐作品著作权人排他性的机械复制权,使权利人得以自主决定作品的交易条件。^③ 对于有线和卫星广播组织转播类型的法定许可,美国国会也要求版权局制定“逐步废除”(phase-out)的方案,以市场协商机制逐步取而代之。^④ 逐步恢复产业主体之间市场协商机制的原因,在于法定许可所适用的产业环境已经发生了巨大变化,有线和卫星广播组织已经获得长足发展,不再是当年需要保护和扶持的对象,特别是随着互联网的普及,网络服务提供者开始成为内容传播和转播的主要途径,法定许可的版税标准因此受到诸多诟病。部分著作权人认为,法定版税标准与转播者所获收益相比过低,完全没有回应市场供求关系的历史变化。^⑤

鉴于上述对著作权法定许可立法价值的错误认识,立法者有必要将法定许可与同为著作权限制制度的合理使用相区分。法定许可作为调和产业矛盾的制度工具,本身并不具备增进公共利益的功能,相反,为了保护权利人的收益,法定许可的复杂程序性条款还会产生显著的交易成本。我国缺乏程序性条款的法定许可制度设计,使得法定许可的适用成本会大大低于其他许可模式,必然导致传播者或使用者极力主张适用法定许可,立法者也因法定许可交易方式的便捷性而更倾向于以此取代需要权利人反复博弈的授权许可或集中许可。事实证明,这种“一刀切”的法定安排在历史上给著作权市场带来了诸多不可克服的弊端,因此我国在著作权制度完善的进程中,要认识到成熟的著作权市场与扩张适用法定许

^② See Music Licensing Reform; Hearing Before the S. Comm. on Intellectual Property of the S. Comm. on the Judiciary, 109th Cong., 1st Sess. (2005) (statement of Del R. Bryant, President of Broadcast Music, Inc.; statement of Irwin Robinson, Chairman of National Music Publishers' Association).

^③ See Section 115 of the Copyright Act; In Need of an Update; Hearing Before the S. Comm. on Courts, the Internet and Intellectual Property of the H. Comm. on the Judiciary, 108th Cong. (2004) (statement of Marybeth Peters, Register of Copyrights); Music Licensing Reform; Hearing Before the S. Comm. on Intellectual Property of the S. Comm. on the Judiciary, 109th Cong., 1st Sess. (2005) (statement of Marybeth Peters, Register of Copyrights).

^④ 同前注^②, 美国版权局报告, 第 3~4 页。

^⑤ See Copyright Licensing in a Digital Age: Competition, Compensation and the Need to Update the Cable and Satellite TV Licenses; Hearing Before the Comm. on the Judiciary, U. S. House of Rep., 111th Cong., 1st Sess. (2009) (statement of Marybeth Peters, The Register of Copyrights).

可难以兼得的现实,摒弃试图一蹴而就构建著作权许可机制的传统,以恢复和建立著作权市场中产业主体自由协商机制为优先,将法定许可定义为缓解产业矛盾和弥补市场失灵的临时性制度工具。

第二,从制度设计层面看,我国不但应在已经具备著作权市场协商机制的领域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,还要改变以法定安排取代市场机制的传统思路,在保留的法定许可条款中增加对权利人的保障性规定。我国以扩张法定许可可以涵盖新兴著作权市场和法定许可制度缺少程序性条款的原因,主要在于社会缺乏真正推行法定许可的动力。长期以来著作权立法者所认为的市场乱象,本质上其实是放任以广播组织和出版者为代表的传播者以法定许可为借口,却行免费使用之实的后果;而著作权人无力维权的窘境,则是因为著作权主管机关把控集体管理组织的设立和实际运作,导致权利人无法根据需求创制作品许可的中介机构,被迫以分散和独立的个体对抗非法使用,最终直接导致“从著作权法定许可制度二十年的实践来看,基本没有使用者履行付酬义务,也很少发生使用者因为未履行付酬义务而承担法律责任,权利人的权利未得到切实保障,法律规定形同虚设”。^④同时需要特别关注的“特殊国情”是,在我国适用著作权法定许可的领域中使用者远比权利人强势的产业地位对比。特别是在广播和出版行业中,广播组织和出版社在我国是以行政特许的方式设立,因此对著作权人而言,作品传播的渠道是有限的。这使得特定领域的使用者借助对优势传播渠道的垄断,在版税标准上对著作权人更为不利。在著作权法第三次修订的第一次建议稿中,立法者试图增加使著作权法定许可能够得到执行的程序性条款,目的就在于通过完善程序性规则使法定许可具有可执行性。草案第一稿规定,在使用作品前,使用者须“向国务院著作权行政管理部门申请备案”;在使用作品后,须在“一个月内按照国务院著作权行政管理部门制定的标准向著作权集体管理组织支付使用费,同时报送使用作品的作品名称、作者姓名和作品出处等相关信息”。^⑤设定上述新增程序性条款的内容,与美国版权法定许可已有的设定,皆为保障著作权人能够从法定许可中获得收益,但其实这一设定在美国版权法定许可制度史上并未取得立法者期待的效果,繁复的程序规则虽然在全面保障权利人收益方面起到了积极作用,但也妨碍了使用者对法定许可的适用。

与我国著作权法定许可制度不同,美国版权法中的法定许可自始至终都伴随着严格的程序性条款,这种设定一方面是为了全面保障著作权人的收益,另一方面则是避免法定许可因过于简单的交易程序被相关主体选择成为授权许可的替代。从实施绩效出发,这种设计并未实现预期的效果。首先,部分法定许可制度几乎没有得到广泛适用。虽然1909年《美国版权法》为录音制品的制作和发行问题专门设立了法定许可,但实际产业运作却是通过集体管理组织来完成的。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(Harry - Fox Agency, 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,与录音制品制作者协商收取版税,并以集中许可机制完全替代了法定许可。法定许可除在20世纪60年代被盗版者作为制作非法录音制品的掩护而在短时间内频繁适用外,在其他时间段的功能就仅局限于作为私人许可版税标准的最高限价,反而限制了相关产业的竞争和发展。产业主体放弃通过法定许可获取作品的原因,即在于其繁琐的适用程序并未使交易成本真正得到降低。其次,著作权法定许可所设定的规则已成为恢复市场机制的制度障碍。从法定许可制度设立的初衷来看,应局限于填补产业发展初期市场机制的暂时性真空状态,在市场失灵问题被解决后其存在意义即不复存在。然而,事实上在现行所有法定许可被适用后,即使该领域的著作权市场已经成熟,法定许可仍然没有被取消。立法者因此抱怨在适用法定许可后,当事人之间就丧失了自由协商的可能,市场机制也丧失了实践的机会。^⑥每次当立法者提出废除法定许可的方案时,部分产业主体

^④ 同前注⑦。

^⑤ 参见2012年我国《著作权法修改草案(第一稿)》第48条。

^⑥ See Music Licensing Reform: Hearing Before the S. Comm. on Intellectual Property of the S. Comm. on the Judiciary, 109th Cong. (2005) (statement of Marybeth Peters, Register of Copyrights).

一方面担心法定许可缺位后新的交易机制无法建立而导致自身收益受损,另一方面则是以维持法定许可作为避免权利人提高版税标准的手段,所以主张保留甚至扩张适用法定许可。^⑤这也是自2004年开始美国版权局虽然多次拿出废除法定许可并恢复市场协商机制的提案,但在听证后皆因“民意”被否决的原因。从某种程度上看,这种对法定安排的依赖性造成了美国版权许可制度改革的停滞。

鉴于20世纪美国版权法定许可立法上的教训,我国完全应该通过恢复著作权市场协商机制的方式加以避免。由于在我国著作权法定许可实施的空间和时间极为有限,因此尚未在此基础上形成复杂的产业运作机制和既得利益集团,也就不存在如同美国立法者遇到的相关产业主体的激烈反对。虽然出版和广播产业的准入制度并无实质性改观,但已有产业主体之间的充分竞争无疑已基本形成。既然竞争性市场业已存在,作品交易条件和价格就完全可以由市场供求关系决定。现行著作权法中报刊转载、制作和发行录音制品、广播组织播放作品和录音制品三类法定许可的适用范围,都是已形成充分竞争的产业领域,法定许可在定价效率上的天然缺陷,使得版税标准无法依据市场供求关系来决定,因而不应在上述领域继续存在。^⑥国家版权局在修法进程中坚持保留上述著作权法定许可的原因,更多是希望借助现行法定许可制度中简单的许可程序和缺位的监管机制维持获取作品的低廉成本,这显然有悖于如今我国繁荣著作权市场的知识产权战略目标。而编写出版教科书法定许可则可以与《信息网络传播权保护条例》规定的制作和提供课件法定许可合并,为编写国家九年制义务教育教材和远程教育网络课件提供制度保障。由于义务教育的公益性定位,其教材定价受到了严格控制,显然无法承担普通许可机制的交易和授权成本,保留上述法定许可乃是弥补市场失灵所必需的。法定许可适用范围的如此调整,既能够排除著作权人长期忧心的“统购统销”之弊,也能避免美国如今无法摆脱的法定许可存废悖论。在此基础上,对于上述已保留的法定许可类型,应该全部在立法上增加作品使用前的通知义务,以及作品使用后的版税计算和支付安排的内容。此处除了应引入著作权法第三次修订草案中对事前申请程序和事后版税支付期间的强制,同时还需增加使用者对法定许可之作品来源和使用范围的统计和公示义务,以保证权利人在无权拒绝使用的情况下获知作品的使用情况。

五、结语

著作权法定许可制度的成功运作,只能建立在立法价值与社会基础契合的前提下。我国著作权法定许可制度的长期失灵,归咎于立法者错误地理解了著作权法定许可的制度价值,以及脱离本国著作权产业的实际予以制度设计,最终导致我们仅移植了法定许可制度之形,而未真正理解其价值本旨。随着我国著作权产业的成熟,法定许可所应对的产业形态已日趋呈现本土化特质,因此探寻著作权法定许可制度的起源,有助于我们发掘其立法价值本旨,为我国构建科学的著作权法定许可制度提供正当性基础,并不再重复发达国家著作权产业变革与法定许可制度调整历史上已有的试错路径。在我国如今的产业环境下,限缩法定许可的适用范围是符合其立法本旨的制度选择,将法定许可局限于市场机制所难以应对的领域,不但有助于抑制公权力对著作权交易的干预,也是我国真正实现文化产业市场化的制度选择。

(责任编辑:洪 玉)

^⑤ 在美国版权局整理的立法听证会意见中,诸多广播组织代表更多认为由于取消法定许可后的市场机制“未经证实”(untested)且“缺乏保障”(unwarranted),原有的许可机制可能因无法在市场环境下实现而损害各方利益。同前注^④,美国版权局报告,第39~40页。

^⑥ 我国《著作权法(修订草案送审稿)》“依据民意”删除了制作和发行录音制品法定许可虽然更多是基于一些错误的理由,但客观结果却符合法定许可制度的本旨。