

## 著作权集体管理制度本土价值重塑

熊琦\*

(载《法制与社会发展》2016年第3期)

**摘要:**我国著作权集体管理制度实施绩效远离预期的本质原因,在于立法者始终试图将自设的价值目标嫁接于移植的制度框架上,使得集体管理制度在移植过程中完全忽略了继受对象制度价值预设对制度安排的决定性影响,导致本土集体管理制度仅机械借鉴了来源国的法律规则,从而无法依据正确的价值基础对其进行解释和完善,最终造成著作权人与使用者同时抵制的结果。集体管理制度功能的实现,需要重新回顾集体管理制度产生之初与发展之中的立法博弈,回溯其中私人自治和抑制垄断的双重价值内涵,梳理制度设计和适用中所遵从的立法价值位阶,才能为我国集体管理制度的合理化找到正确的路径。

**关键词:**著作权集体管理,延伸性集体管理,集体管理组织,私人自治,垄断

### 一、问题的提出

随着我国版权产业的繁荣,提高大规模著作权许可效率的集体管理制度已成为保障版权市场有效运作的关键。然而,无论从1992年第一家集体管理组织成立算起,还是从2001年著作权法首次纳入集体管理制度开始,我国集体管理制度一直处于从未获得产业主体认可的尴尬境地。在著作权法第三次修改进程中,

---

\* 法学博士,中南财经政法大学法学院、知识产权学院教授,德国马克斯-普朗克创新与竞争研究所客座研究员。本文系国家社科基金重大攻关项目“中国特色知识产权理论体系研究”(11&ZD076)的阶段性成果。

修改草案中所涉延伸性集体管理制度遭遇著作权人强烈质疑,并由此引发了界  
对集体管理制度和集体管理组织的声讨。<sup>1</sup>与此同时,我国行政管理和司法机关  
皆明确禁止私人之间通过代理实现集体管理行为,导致权利人无法根据自己意愿  
构建集体管理组织。<sup>2</sup>相比之下,发达国家集体管理制度却能从广播时代成功延  
续到网络时代,始终是大规模许可所主要依赖的规则。我国集体管理制度立法上  
的严重分歧,集中表现在立法者和权利人对其制度困境存在完全不同的认知:立  
法者认为,质疑集体管理的原因是“我国权利人、使用者、社会公众著作权集体  
管理意识淡薄,著作权集体管理组织面对的社会外部环境较差”,因此其试图在  
修法中借助延伸性集体管理来增强集体管理组织的控制力,以解决“集体管理组  
织缺乏广泛代表性”的问题;<sup>3</sup>然而权利人一方却提出,现有集体管理制度的问  
题在于其完全无法实现立法目标,所以拒绝将著作权交与集体管理组织行使,以  
规避集体管理制度的适用。<sup>4</sup>

认知结论上的对立,本质源于各方所持集体管理制度价值观的根本分歧。权  
利人对集体管理制度价值的认识,是将其视为著作权人借助集体管理组织的力量  
自发创制和自我管理的结果。权利人作为制度创制者和运作参与者,极少存在拒  
绝认同集体管理制度的情况,历史上发达国家涉及集体管理的立法争议和司法案

<sup>1</sup> 参见张贺:《个人著作权不能由集体管理组织任意代理》,《人民日报》2012年4月12日,第12版。

<sup>2</sup> 行政禁令参见《国家版权局关于制止未经批准从事集体管理活动的通知》,国权办【2005】49号;司法判决参见“声影网络诉侨声娱乐”案,苏知民【2015】终字第100号,后者被誉为“非法集体管理第一案”,官方认为对维护我国著作权集体管理组织的合法性,净化著作权集体管理环境,促进我国著作权集体管理的发展具有重要意义。

<sup>3</sup> 汤兆志:《中国著作权集体管理法律制度的理论与实践》,《中国出版》2014年第3期,第22页。本文系国家版权局版权管理司副司长在国际作者和作曲者协会联合举办的版权与集体管理研讨会上的发言。另参见王自强:《关于著作权人“被代表”问题的思考》,《中国新闻出版报》2012年4月16日,第4版。本文系著作权法修改草案负责人针对社会质疑做出的回应。

<sup>4</sup> 权利人认为自己完全缺乏制定集中许可方式和版税标准的参与渠道,版税分配也完全是集体管理组织自行决定。参见蓝方等:《解析中国式集体管理》,《财新周刊》2012年第15期,第86页。更有甚者,著作权人还以诉讼的方式禁止集体管理组织代理其权利。参见“上海水田商务信息咨询有限公司诉中国音像著作权集体管理协会”案,宁波中级人民法院(2011)浙甬知初字第498号民事判决书,浙江省高级人民法院(2012)浙知终字第165号民事判决书。在本案中,著作权人明确拒绝了集体管理组织未经同意代理非会员许可作品。

例，也基本出现在集体管理组织与使用者之间。<sup>5</sup>而我国集体管理制度自实施以来，矛盾却更多集中于著作权人和集体管理组织之间，集体管理组织始终因权利人的抵制而缺乏广泛代表性，集体管理制度亦无从发挥作用。这种制度困境上的“中国特色”，是因为我国立法者的制度价值预设出现错误，导致集体管理制度被视为管制权利人和使用者的工具，而非权利人和使用者自发创设的三方许可合同，进而忽略了集体管理乃以私人自治为价值基础。处处以行政命令代替协商机制的制度价值立场，不但无法出现与他国集体管理制度相同的社会绩效，反而成为我国版权产业进一步发展的制度瓶颈。针对现今权利人和使用者对本土集体管理制度的排斥，仅仅进行立法设计上的修补已无法弥合已出现的矛盾，因而需要回归对本土集体管理制度立法精神的重塑。

他国集体管理制度的成功运作，皆建立在符合适用对象期待的制度价值之上，探寻我国集体管理制度失灵的原因，亦需首先考察本土立法在制度价值上的妥当性。回溯集体管理制度的历史，可以发现集体管理制度价值并非一成不变，而是根据版权产业发展中不断出现的新问题而调整和丰富。因此对集体管理制度价值蕴意的解读，需要从梳理制度产生和发展历程开始，而后才能发现我国在制度移植进程中所忽略的内容。首先，通过对制度变革历史的梳理，发掘集体管理制度的真实价值层面，正确认知该制度能够有效解决大规模许可交易成本问题的深层原因。其次，通过分析我国集体管理制度生成的历史背景，解释本土立法出现对立制度价值的原因，并找出制度价值缺陷与制度失灵之间的关联；最后，以著作权人、集体管理组织与使用者三方法律关系为出发点，尝试将正确的价值安排落

<sup>5</sup> 协调立法争议的代表性文献，主要是美国司法部与集体管理组织达成的和解协议，最近版本参见 The Second Amended Final Judgment, United States v. ASCAP, No. 41-1395, 2001 WL 1589999 (S.D.N.Y. 2001). 代表性司法判例主要是 20 世纪 70 年代集体管理组织与广播组织之间的诉讼，以及网络时代集体管理组织与网络服务提供者之间的诉讼，具体参见 BMI v. CBS, 441 U.S. 1 (1979); BMI v. Pandora Media, Inc., No. 13 Civ. 4037 (S.D.N.Y. 2013); Pandora Media, Inc. v. ASCAP, Nos. 14-1158 (2d Cir. 2015).

实到规则设计中，解决我国权利人和使用者拒绝适用集体管理制度的问题。

## 二、集体管理制度价值内涵溯源

从制度源起上观察，初始阶段的集体管理并非一项法律规范，而是著作权人为降低大规模许可交易成本而创制，并存在于权利人，集体管理组织与使用者三方之间的合同规则。纵观历史上的范式集体管理组织，在成立时都是部分权利人自发组成的维权机构，起初并无许可和收费职能。<sup>6</sup>随着诉讼规模的扩大，使用者支付版税成为常态，集体管理组织的功能才从维权诉讼转型为集中许可，逐步构建起著作权人、集体管理组织与使用者三方之间的著作权许可法律关系。对著作权人而言，集体管理制度的作用在于以集中许可渠道的方式保障权利人在著作权市场获取作品收益，使权利人以集体的形式获得有利市场地位；对使用者而言，集体管理制度优势在于提供一站式许可，让使用者一次性获得多数作品的著作权，在避免侵权风险的同时也满足了大规模使用作品的商业需求。<sup>7</sup>概言之，集体管理制度在两类法律关系中的目标，是降低因权利归属分散和使用方式多元带来的高额交易成本，并减少作品在流转过程中因繁冗交易程序导致的价值损耗。

从制度功能的角度看，著作权法中其实存在很多降低交易成本的方式，集体管理区别于其他制度的特别之处，在于以私人创制中介组织的方式应对交易成本问题。由于集体管理制度初始乃以权利人自发创制的方式产生，其作为合同规则

---

<sup>6</sup> 成立于1777年的世界第一个集体管理组织 Agence Framery，是当时法国部分戏剧作家联合起来对抗剧院联盟的产物，当时剧院联盟借助在表演市场的垄断地位迫使作家放弃著作权，剧作家 Beaumarchais 因此组织部分著作权人共同要求剧院联盟承认作家的著作权，具体描述参见 Nathalie Piaskowski, "Collective Management in France", in Daniel Gervais (ed.), *Collective Management of Copyright and Related Rights*, The Kluwer International, 2006, p. 115. 1914年成立的美国首个集体管理组织“美国作曲家、作家与出版者协会” ASCAP，早期也仅仅是个代表部分作曲者起诉餐厅或酒吧免费演奏其音乐作品的维权组织。参见 Herman Finkelstein, "The Role of ASCAP in Licensing the Right to Perform Copyrighted Musical Works", *PTC J. Res. & Ed.*, Vol. 17 (1975), pp. 16-18.

<sup>7</sup> 具体历史描述参见 J. Roger Shull, "Collecting Collectively: ASCAP's Perennial Dilemma", *ASCAP Copyright L. Symp.*, Vol. 7, No. 2 (1956), pp. 37-38.

必然以私人自治为价值基础。在制度运作过程中,私人自治的价值基础又保证集体管理组织得以不断根据市场情势变更实现规则创新。其他降低交易成本的著作权制度,基本都是通过法定安排来直接设定权利配置的结果,以减少或避免私人协商。<sup>8</sup>私人创制规则的优势,在于规则制定者乃市场交易的直接参与者,因此能够使规则及时根据市场供求关系和商业模式的变化而调整。相比之下,由于立法者不具备直接获取市场信息的能力和地位,导致以法定安排降低交易成本的手段时常滞后甚至对立于市场需求。例如同样作为降低大规模许可交易成本,但直接以立法安排确定许可条件和版税标准的法定许可制度,由于法定许可对交易条件和版税标准的调整无法及时反映市场变化,其适用不但限制了交易条件随交易成本的变化而调整,而且相当于人为设定了版税价格上限,导致作品的供应与需求脱节,使交易预期高于法定许可标准的使用者得以搭便车获得额外收益,而交易预期低于法定价格的使用者却失去了利用作品的机会,限制了著作权市场中良性竞争机制的形成。具言之,私人自治在集体管理制度中的意义集中体现于以下两个方面。

首先,私人自治的价值基础有利于向立法者提供权利设定和配置的必要信息。著作权法在权利内容的设定上,采取了“以用设权”的方式,著作财产权项的内涵和范畴,都是因作品在使用中产生了可供分配的价值而出现,其目的在于界定相关收益的归属,以激励对作品创作和传播的投入。然而,权利范畴和初始配置的法定安排,只有在契合特定传播技术和商业模式特点时才能发挥作品最大效用。这就需要立法者明确获知如何将权利赋予最能发挥作品价值的主体,并且在保障著作权人收益的前提下,不会过分增加作品传播的交易成本。立法者对上述信息

---

<sup>8</sup> 参见熊琦:《著作权许可的私人创制与法定安排》,《政法论坛》2012年第6期,第95页。

的获取,只可能来自著作权市场的直接参与者。而集体管理组织作为集体管理制度的核心适用对象,乃是连接著作权人和使用者的媒介,所以必然是著作权市场供求关系的信息集散地。在集体管理制度发展史上,集体管理组织利用自身的市场信息优势,为著作财产权项设定和权利配置的合理性提供了重要帮助,而这一功能的实现,则得益于集体管理制度私人自治的价值基础和私人创制的规则生成方式。

历史中的集体管理制度,并非在创制阶段即针对大规模许可,而是源起于立法和司法上为著作权人争取权益的运动,这一功能至今仍然在传播技术影响作品传播时发挥着重要作用。20世纪初期正值音乐产业商业模式首次发生重大变革的时期,音乐作品的表演方式不再局限于在剧院中以戏剧的方式呈现,而是在餐厅和酒吧等诸多场所被广泛演奏,非戏剧性表演行为(nondramatic performance)的经济价值由此凸显。<sup>9</sup>虽然美国著作权法于1897年增加了音乐作品公开表演权,但由于当时非戏剧性表演极少出现,因此1909年再次修法时明确要求非戏剧性表演行为须满足“营利性”才符合公开表演权的要件。<sup>10</sup>然而,当时存在表演行为的餐厅和广播组织等却拒绝承认自己对音乐作品的使用满足上述要件。针对上述争议,权利人首次以集体的方式应对极为分散的音乐作品非戏剧性表演者,寻求在司法上确认上述行为属于受保护的权益范畴。1917年针对餐厅的诉讼,在判例法上确立了餐厅里演奏音乐作品的行为符合营利性要件。<sup>11</sup>判决结果随后被广泛适用于广播组织广播音乐,酒店通过扩音器播放广播,以

<sup>9</sup> See Bernard Korman & I. Fred Koenigsberg, “Performing Rights in Music Performing Rights Societies”, *J. Copyright Society of the U.S.A.*, Vol. 33, No. 4 (1986), p. 334.

<sup>10</sup> See 1909 Act, § 1(e).

<sup>11</sup> 联邦最高法院霍姆斯大法官在终审判决中指出,消费者为就餐支付的费用中已经包含了对餐厅内演奏音乐的支出,否则餐厅不会专门设置音乐演奏来为消费者提供优雅的就餐环境。See *Herbert v. Shanley Co.*, 242 U.S. 591 (1917), pp. 594-595. 需要说明的是,本案原告虽然是个人,但作为当时新成立的集体管理组织 ASCAP 的负责人之一,其代表的是全体 ASCAP 会员提起本次诉讼。

及舞厅演奏等行为,诸多通过非戏剧性表演获利的行为自此完全被纳入著作权法保护范畴,新兴商业模式的权利内容和配置在集体管理组织的主张下得以确立。<sup>12</sup>获得司法上的认定后,集体管理组织开始在此基础上构建权利许可机制,逐步由集体诉讼机构转型为许可中介组织,致力于解决确权后大规模许可面临的交易成本问题。由此可见,集体管理制度的初始价值目标并非来自立法者的设计,而是版权产业主体私人创制的产物,其早期功能在于帮助权利人通过维权来获得营利的合法性,大规模许可的功能乃是在确权实现后才逐步具备,这也体现出私人自治在保障集体管理制度及时回应市场变化上的优势。

其次,私人自治的价值基础能够保证许可条件根据市场情势的变更及时调整。由于集体管理组织是由权利人所创制和控制,双方在如何提高作品传播效率和降低许可机制交易成本等问题上具有相同经济诱因。在制度价值上保证集体管理组织自治,可借助集体管理组织直接参与交易的便利,保证集体管理制度能够根据市场情势与传播技术的变化灵活调整许可条件和定价机制。

在不同的传播技术条件及其商业模式下,大规模许可的交易成本来源各有不同,这意味着许可机制和版税标准需要不断做出调整,才能真正降低不同许可环境下的交易成本。如今的著作权产业运作已全面围绕互联网展开,交易成本的产生原因亦出现颠覆性转变。集体管理制度创制之初所应对的问题,乃是为降低交易成本类型中因权利人和使用者分散产生的搜寻和监督成本。<sup>13</sup>然而数字时代作品权利归属认定和使用频率计量皆能以极低的成本实现,传统通过集体管理制度解决交易成本的方式,如今能够被技术手段所替代,集体管理组织在互联网领域

<sup>12</sup> 相关判例分别参见 *Dreamland Ballroom v. Shapero, Bernstein & Co.*, 298 Fed. 470 (E.D.S.C. 1924); *Witmark & Sons v. Bamberger & Co.*, 291 Fed. 411 (6<sup>th</sup> Cir. 1925); *Buck v. Jewell-LaSalle Realty Co.*, 283 U.S. 191 (1931).

<sup>13</sup> 对集体管理制度功能的完整描述,可参见 ASCAP 主席在美国音乐著作权许可立法听证会上的陈述。See *Hearing on Music Licensing Under Title 17 (Part Two)*, Before the U.S. House of Representatives Committee on the Judiciary Subcommittee on Courts, Intellectual Property and the Internet (June 25, 2014). (Written Statement of Paul Williams, President and Chairman of the Board ASCAP).

的优势已被削弱。有鉴于此,美国主要两家集体管理组织已与著作权人达成新的协议,允许后者部分撤出集体管理组织,独立许可涉及网络环境下使用作品的权利,集体管理组织仍然集中许可非网络环境下的使用行为。<sup>14</sup>上述调整不但使权利人得以利用新技术优势自由设置更为丰富的许可类型,也避免了集中许可模式下对具体交易情势的无奈忽略。<sup>15</sup>在版税标准的设定上,私人自治亦确保了集体管理组织能够随时根据产业现状调整。ASCAP 在开始时允许广播组织以低价甚至免费的方式使用其管理的作品,旨在变相资助处于创建初期的广播组织。在广播组织逐步赢得市场并得到广告商注资后,ASCAP 也转而要求提高版税标准。<sup>16</sup>这种灵活定价策略所依赖的市场信息,只有直接参与市场交易的主体才有机会及时获取,不但立法者无能力整合分散且变动不居的市场供求信息来源,法律的稳定性要求也意味着其不可能根据上述情势变更灵活变动。集体管理组织作为大规模许可的直接参与者,则有能力及时接触到相关信息来源,使版税标准能够随之调整。集体管理制度作为三方合同规则,亦无维持稳定性的顾虑而可以根据供求双方需求而变化。

### 三、集体管理制度价值定位调整

私人创制的集体管理组织在降低大规模许可交易成本上取得显著成效的同时,也因导致作品许可渠道过于集中而引发使用者的长期质疑。<sup>17</sup>为了协调相关

<sup>14</sup> See *In re Pandora Media, Inc.* 12 Civ. 8035 (DLC), 2013 WL 5211927 (S.D.N.Y. 2013), p. 7.

<sup>15</sup> 由于网络服务提供者提出质疑,美国专门裁定集体管理制度争议的纽约南区法院于 2015 年判定权利人部分撤出集体管理组织的行为,违反了司法部与集体管理组织之间达成的和解协议,因此约定无效。权利人与集体管理组织已提请司法部修改和解协议的相关条款,以实现著作权人独立行使网络环境下的授权。法院判决参见 *Pandora Media, Inc. v. ASCAP*, Nos. 14-1158 (2d Cir. 2015). 司法部对和解协议的听证具体参见美国司法部网站上公布的 *Public Comments on ASCAP and BMI Content Decree*, <http://www.justice.gov/atr/public-comments>, 2015 年 11 月 30 日访问。

<sup>16</sup> See Marcus Cohn, "Music, Radio, Broadcasters and the Sherman Act", *Geo. L. J.*, Vol. 29, No. 1 (1941), p. 412.

<sup>17</sup> 从 20 世纪初的广播组织到 21 世纪初的网络服务提供者,都以垄断为诉由向集体管理组织提出过诉讼,很多判决都成为调整集体管理制度的标志性事件。See *Alden-Rochelle, Inc. v. ASCAP*, 80 F. Supp. 888 (1948);

产业主体之间的利益分歧,政府开始以市场管理者的身份介入大规模许可的法律关系,集体管理制度自此被强制加入“抑制垄断”的价值目标,使用者的需求得以更多彰显,而不再局限于服务权利人的制度工具。私人自治与抑制垄断两个价值目标之间的冲突,亦成为历次集体管理制度调整的核心命题。

集体管理组织在早期主要采取“概括许可”(blanket license)的方式降低交易成本,集体管理制度因此围绕概括许可构建,使用者通过一次许可即能使用集体管理组织的所有作品,且版税标准不必因使用频率和范围而调整。<sup>18</sup>概括许可可能有效降低交易成本的原因,是有意忽略版税标准与作品使用之间的关联性,采取简单的“全部许可/不许可”(all or nothing)两分法,让使用者能够一次性获得所有作品的著作权许可,避免双方因作品使用数量、范围或频率的变化而频繁调整协议内容。<sup>19</sup>质言之,大规模许可交易成本的降低,乃是以许可类型和内容的格式化和单一化为代价,必然需要舍去对大量特殊交易条件的考量,造成部分使用者的特殊要求无法从中得到满足。与此同时,由于集体管理组织已掌握市场上大部分的作品来源,使用者无法通过其他渠道获得如此数量的作品,只能接受集体管理组织设定的单一许可类型。随着广播组织在20世纪早期逐步壮大,上述围绕概括许可构建的集体管理制度开始遭遇使用者的批判。<sup>20</sup>广播组织反对集体管理制度的目的,并非是拒绝为使用行为付费,而是质疑版税标准的合理性,认为集体管理组织忽略了使用者之间的差异,致使版税标准与作品的实际使用量

---

Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, 441 U.S. 1 (1979); Pandora Media, Inc. v. ASCAP, Nos. 14-1158-CV (L) (2d Cir. 2015).

<sup>18</sup> See The Second Amended Final Judgment, United States v. ASCAP, No. 41-1395 (S.D.N.Y. 2001).

<sup>19</sup> Note: “CBS v. ASCAP: Performing Rights Societies and the Per Se Rule”, *Yale L. J.*, Vol. 87, No. 3 (1978), p. 786.

<sup>20</sup> 著作权人为了培育市场,在早期允许广播组织免费或以极低的费用使用其作品。当广播组织随后在商业上取得成功,著作权人就开始通过集体管理组织向广播组织以更高版税标准收费,由此引起广播组织的不满。历史文献参见 Richard W. Ergo, “ASCAP and the Antitrust Laws: The Story of a Reasonable Compromise”, *Duke L. J.* Vol. 1959, No. 1 (1959), p. 262.

不符，因此请求对集体管理组织进行反垄断审查。美国司法部认为集体管理制度对许可合同存在如下不当限制：第一，集体管理制度导致加入集体管理组织的著作权人之间缺乏竞争。概括许可由于实施统一定价，不同权利人的作品事实上是以无差别的版税标准许可给使用者，作品的质量和市场需求差异却被完全忽略，<sup>21</sup>使用者亦无法因著作权人之间的价格竞争而获益。<sup>22</sup>第二，集体管理制度导致未加入集体管理组织的权利人受到歧视。<sup>23</sup>由于集体管理组织能够以概括许可的方式完成一站式授权，使用者因而不再有向非会员著作权人获取授权的动机，也意味着非会员权利人无法抛开集体管理组织独立获取合理收益。申言之，由私人创制的集体管理制度被认为同时消除了会员权利人内部以及会员与非会员权利人之间的市场竞争，集体管理组织得以利用市场支配地位任意设定版税标准。针对上述情况，集体管理组织首先通过自行修改概括许可条款避免了进入诉讼程序，随后又与司法部达成一项旨在限制集体管理组织自由创设集体管理制度的和解协议（consent decrees），<sup>24</sup>将抑制垄断的价值基础体现于在集体管理制度中的限制性条款。

自此以后，政府以和解协议抑制权利人滥用集体管理组织的市场支配地位，成为调整产业矛盾的常态手段，但从调整方式上看，从20世纪40年代的首个和解协议达成至今，政府调控始终是以恢复市场竞争的方式抑制集体管理组织的市场支配力，而从未试图取代集体管理。首先，在集体管理组织在与著作权人的关系上，和解协议强制要求集体管理组织将所有许可类型强制设定为非专有许可，

<sup>21</sup> See *BMI v. Moor-Law, Inc.*, 527 F. Supp. 758 (D. Del. 1981), pp. 745-746.

<sup>22</sup> *CBS v. ASCAP*, 562 F. 2d 130 (2d Cir. 1977), p. 136.

<sup>23</sup> See *United States v. ASCAP*, No. E78-388 (S.D.N.Y. 1934).

<sup>24</sup> *United States v. ASCAP*, 1940-1943 Trade Cas. (CCH) ¶ 56,104 (S.D.N.Y. 1941); *United States v. BMI*, 1940-43 Trade Cas. (CCH) ¶ 56,096 (S.D.N.Y. 1941). 后来基于传播技术和相关产业的发展，和解协议又经历了数次修订，最新的版本为2001年的第三版。为了回应网络技术带来的新兴商业模式，美国司法部已于2014年开始公开征集意见，开启了第四次修改和解协议的程序。

使用者因此得以在著作权人加入集体管理组织后仍有机会与之独立交易。<sup>25</sup>和解协议明确要求集体管理组织既不能要求权利人向集体管理组织实施专有许可,也不得向使用者实施专有许可。这种安排显然是为了形成权利人独立授权与集体管理组织集中许可之间的竞争,以便提供使用者更为多元的许可条件和渠道。其次,在集体管理组织与使用者的关系上,和解协议强制要求集体管理组织根据市场情势,为使用者提供具有实质差异的许可类型和版税标准,使具备不同规模和目标的使用者得以选择符合自身需求的合同,避免因单一的概括许可及其过高的版税标准造成对小规模使用者的歧视。<sup>26</sup>同时,和解协议还要求集体管理组织以同等许可条款对待条件类似的使用者,以防止集体管理组织借助其市场支配力歧视部分使用者。

以政府调控方式强制加入的“抑制垄断”价值目标,特色在于抑制集体管理组织滥用市场支配地位的方法,即并非由政府或立法者直接设定强制性许可条件,而是采取促进多元许可渠道之间的竞争来间接实现。之所以采取这种间接的干预方式,旨在与私人创制生成的私人自治价值相融合,在抑制集体管理制度负面影响的前提下,不过分干预权利人根据市场情势设计的规则安排。美国司法部曾于1934年首次展开针对音乐作品公开表演权集体管理组织 ASCAP 的反垄断审查,但由于广播组织在此期间筹备设立自己的集体管理组织 BMI 而将本案延期。<sup>27</sup>司法部希望首先评估市场中正在形成与既有集体管理组织相竞争的同类主体,然后

<sup>25</sup> 参见注 24。

<sup>26</sup> 在 1941 年和解协议文本增加“按节目许可”(per-program license)后,历次修订还加入了“关联许可”(through-to-the-audience license)、“按次许可”(per-use license)和“按时段许可”(per-segment license)等合同类型。

<sup>27</sup> 司法部在向法院申请延期后,该案共中断了六年,直到发现著作权市场最终未能自行形成有效竞争机制后,才重新针对集体管理组织再次提起。See J. Roger Shull, “Collecting Collectively: ASCAP’s Perennial Dilemma”, *Copyright L. Symp.*, Vol. 7, No. 2 (1954), p. 39.

再决定是否继续开展反垄断调查。<sup>28</sup>虽然司法部随后认为两个集体管理组织之间仍然没有形成充分的竞争,但后来与集体管理组织达成的和解协议及其修订版本,所采取的限制手段仍然是致力于实现集体管理组织向使用者提供可选择的许可条件和渠道,而不是直接设定具体的限制条款供集体管理组织遵守。在许可类型和版税标准设定这两个重要问题上,和解协议虽然强制要求集体管理组织提供与概括许可相区分的按节目许可和按时段许可,但仅笼统地规定上述合同的差异须体现在作品使用范围及其版税标准上,既未直接给许可合同设定具体条款,也未强行安排版税标准的额度或区间,仅要求集体管理组织必须创设符合使用者需要的合同类型,并以市场上买卖双方自由协商形成的价格作为拟定版税标准的参照。<sup>29</sup>如果双方在法定期间内未能确定版税标准或无法与缔约者达成合意,也是请求法院裁定版税标准,而不是交由政府机关直接决定。<sup>30</sup>换言之,无论是许可类型抑或版税标准,行政或司法机关都是仅在集体管理组织与使用者无法达成合意的前提下介入,并始终以恢复许可条件与许可渠道的竞争为目标,而非直接通过设定许可条款来强制实现交易。上述和解协议条款的来源,都是根据美国联邦最高法院布莱克大法官的经典解释,将反垄断法的存在意义归结为维持自由竞争的需要,因为自由竞争乃市场资源合理配置的最佳途径。<sup>31</sup>只要存在有效竞争环境,法律和政府就无须直接介入权利或利益的分配。

概言之,集体管理制度乃私人创制的产物,而非立法直接设定许可关系的结

---

<sup>28</sup> BMI 是作为音乐作品使用者的全国广播组织协会(National Association of Broadcasters)于1939年正式成立的集体管理组织,旨在对抗 ASCAP,为使用者争取更好的许可条件。关于 BMI 成立情形的详细介绍可参见该组织主席 Del R. Bryant 在 2005 年关公表演权集体管理组织立法听证会上的陈述。See Public Performance Rights Organizations: Hearing Before the Subcomm. on Courts, the Internet, and Intellectual Property of the H. Comm. on the Judiciary, 109<sup>th</sup> Cong. 15 1<sup>st</sup> Session (2005) (Statement of Del R. Bryant, President and Chief Executive Officer of BMI).

<sup>29</sup> See *In re Application of Music Choice*, 316 F. 3d 189 (2d Cir. 2003), p. 194.

<sup>30</sup> 同注 18。

<sup>31</sup> See *Northern Pacific Railway Co. v. United States*, 356 U.S. 1 (1958), p. 4.

果,其目的旨在帮助集体管理组织在不同历史阶段中和技术条件下实现权利人需求。该制度已经取得的社会绩效,直接与其私人自治的价值基础相关,私人自治保证了集体管理组织得以及时回应市场情势变更,集体管理组织亦因此能够实现从集体诉讼到集中许可的转变,至今仍然为权利人不可或缺的中介机构。然而,私人自治的价值基础,也决定了集体管理制度必然不合理地偏向设立集体管理组织的一方。随着版权产业模式日趋复杂和经济收益日益提高,各方冲突也因前者试图要求更多利益空间而日趋频繁。私人自治的实践者由于主要代表组成集体管理组织的著作权人,导致集体管理制度的价值基础不得不加入以避免滥用市场支配地位为目标的抑制垄断。但需要注意的是,国家规制集体管理制度所选择的方法,乃是采取激励竞争的间接调控手段,而非直接设定许可条件的直接立法安排,其中原因即在抑制垄断不会破坏集体管理制度形成时所秉承的私人自治价值基础。也正因为如此,美国至今并无专门针对集体管理的法律规范,约束集体管理组织的依据来源于司法部与集体管理组织之间达成的和解协议文本。

#### **四、集体管理制度价值移植谬误**

著作权集体管理制度的双重价值基础,源自不同目标设定和不同历史阶段,但皆伴随产业发展的需要而出现。在实践中,上述价值基础也成为集体管理制度设计和解释的权威依据。然而,我国在引入集体管理制度过程中,完全忽略了对上述价值基础的发掘和解读,立法目标的错误设定,使得本土集体管理制度规则成为无源之水,在面对产业需要时不但无力解决实际问题,反而成为阻碍产业发展的瓶颈。

我国集体管理制度并非起源于本土产业主体的私人创制,而是回应国际公约

和国际组织要求进行的直接立法安排,作为核心的集体管理组织亦是著作权主管机关主导发起设立的结果。1990年新中国首部著作权法中完全没有出现集体管理,实践中也不存在任何集体管理组织。当时广播电台电视台播放录音制品的行为,多被认定为非营利性,因此著作权法规定可不经著作权人许可,且无需支付报酬,集体管理制度因而亦无存在必要。<sup>32</sup>2001年我国为加入世贸组织首次修改著作权法,在将播放录音制品调整为法定许可后,同时新增一条关于集体管理组织法律属性的条款,要求由国务院另行规定其具体规则。<sup>33</sup>直到2005年国务院才出台专门的“著作权集体管理条例”来规制集体管理组织的设立和运作。从上述立法进程可以发现,我国集体管理制度的生成和发展模式,并非首先由权利人创制集体管理组织,其次由集体管理组织代表权利人设定集体管理制度,最后由政府加入反垄断调控,而是直接通过立法创制集体管理制度,由主管机关主导创设集体管理组织。制度形成过程中产业主体博弈的缺失,使得我国集体管理制度的价值基础与移植对象完全相悖。在制度价值目标的设定上,我国集体管理制度立法与移植对象具有同一性,都旨在解决“权利人不能控制或者难以控制其权利”,以及“使用者难以寻找大量作者并获得其授权”的困境,也承认是“借鉴国外有益经验”的产物。<sup>34</sup>然而,在设定相同制度目标的同时,立法者却试图基于自创的制度价值来构建制度体系,以为能够产生相同的制度效果。近十年的制度绩效显然已经证明,制度价值的缺失导致制度设计完全偏离了制度目标的要求,这种差异及其后果具体表现在以下两个方面。

第一,我国集体管理制度由于在缺乏产业基础的环境中产生,因此无法蕴含

<sup>32</sup> 参见我国1990年“著作权法”第43条:广播电台、电视台非营业性播放已出版的录音制品,可以不经著作权人、表演者、录音制作者许可,不向其支付报酬。

<sup>33</sup> 参见我国2001年“著作权法”新增的第8条。

<sup>34</sup> 胡康生主编:《中华人民共和国著作权法释义》,法律出版社2001年版,第32-33页。

私人自治的价值传统,导致制度设计与市场需求脱节。集体管理组织与集体管理制度产生,本源于著作权人在新技术条件下设权、维权和授权的需要。集体管理制度中的诸多设计,皆来自集体管理组织针对著作权市场发展的应变。而我国无论是1992年第一家集体管理组织“中国音乐著作权协会”,还是2005年后先后成立的文字作品,音像制品和电影作品等领域的集体管理组织,主体设立和制度安排都是在著作权主管部门主导的结果。<sup>35</sup>对权利人而言,集体管理制度规则是被动接受而非自发创制的结果;对集体管理组织而言,许可条件和版税标准调整也皆须主管机关审批后方能生效。<sup>36</sup>如果其他企业参与著作权大规模许可,则会被国家版权局以“损害权利人利益和扰乱市场秩序”为由加以禁止和处罚。<sup>37</sup>在版税标准的确定上,我国立法亦通过一系列规章明确规定了作品定价区间。<sup>38</sup>这种细化到对具体定价比例和区间的限定,在实践中已成为限制私人协商的最高限价。即使上述条例明确将此限定为任意性规范,允许当事人排除适用,但无论协商结果高于或低于条例规定,一方主体都能通过反对协商结果迫使对方接受条例确定的标准,因而剥夺了权利人参与决定集中许可内容的可能。

这种以政府主导替代私人协商的立法选择,有其特定的产生背景和原因。我国版权产业发展相对滞后,长期以来无论是作为作品使用者的出版社和广播组织

---

<sup>35</sup> 虽然“集体管理条例”第7条已规定,依法享有著作权或者与著作权有关的权利的中国公民、法人或者其他组织,可以发起设立著作权集体管理组织。但实践中尚不存在通过权利人发起设立的方式创制的集体管理组织。

<sup>36</sup> 我国“著作权集体管理条例”在集体管理组织的设立程序上要求采取行政许可主义,即集体管理组织须由版权局和民政局两个国家主管机关先后批准后方可设立,而且设立条件除条例已有的规定外,还须经过上述机关的考察和认可。这实际意味着如果没有主管机关的协助,权利人既无法独立创设集体管理组织,也无法自行设定集体管理制度。在集体管理组织章程的生效和修改,也须事先经过国家版权局和民政部审批。

<sup>37</sup> 国家版权局曾发出通知要求禁止企业从事著作权大规模许可活动,并认为该行为“会损害权利人的合法权益,给使用者合法使用作品造成混乱,对正在建立的我国著作权集体管理制度造成严重冲击,严重扰乱市场秩序”。参见《国家版权局关于制止未经批准从事集体管理活动的通知》,国权办【2005】49号。

<sup>38</sup> 参见《使用文字作品支付报酬办法》(2014);《使用音乐作品进行表演的著作权许可使用费标准》(2011);《广播电台电视台播放录音制品支付报酬暂行办法》(2011);《电影作品著作权集体管理使用费收取标准》(2010)。

等,还是作为权利人的各类作品创作者,大部分或为与公权力相联系的事业单位,或为在事业单位的编制下从事创作,因此多数著作权交易并非在市场主体和市场机制下进行。即使存在争议,也一般交由各自主管机关处理或调解,许可条件和版税标准都由法律、国家政策或部门规章直接规定,权利人与使用者之间既非平等主体,也无太多需要协商的事项。随着市场经济改革进程的深入,双方成为市场交易中的平等主体,但由于彼此之间完全缺乏基于市场博弈形成的交易习惯和传统,交易规则无先例可循,权利人自身既无意识也无力量在短期内组建集体管理组织实现许可和维权。在此前提下,著作权主管机关主导创设集体管理组织和设定集中许可规则,客观上及时提供了可供适用的交易规则,并成为“集体管理组织建立和开展工作的法律依据”和“实施著作权法的重要手段”。<sup>39</sup>上述事实说明,我国集体管理制度显然先于集体管理组织而存在,因此才被视为设立集体管理组织的法律依据。集体管理制度在我国既不是私人创制的结果,也非围绕权利人、集体管理组织和使用者之间的合同产生。我国集体管理制度中的“管理”,并非权利人自我管理或自治,而是行政管理或管制。由于著作权市场供求瞬息万变,私人自治价值基础的缺失导致集体管理制度无法及时调整。权利人为拒绝适用不符合市场机制的制度安排,只能坚持交易成本更高的独立授权许可。如今网络环境下的大规模许可行为,仍是权利人和使用者在无集体管理组织参与的情况下开展,这正是权利人拒绝认同现行集体管理制度合法性的集中表现。

第二,我国由政府主导创制的集体管理制度将维护垄断作为立法指导原则,导致集体管理组织因市场支配力滥用而造成许可效率低下。由于我国集体管理组织非由权利人自行创设,一直以来亦因为权利人加入的积极性不高而导致缺乏广

---

<sup>39</sup> 同注 34, 第 33 页。

泛代表性,所以我国立法者长期以“加强扶持力度”作为集体管理制度价值基础,旨在维护集体管理组织的市场支配力。<sup>40</sup>这种价值观集中表现在对集体管理组织主体地位和许可渠道的特殊安排上。在设立条件上,法律要求设立集体管理组织不但“不得与已经依法登记的著作权集体管理组织的业务范围交叉重合”,而且任何其他组织和个人亦不得从事著作权集体管理活动。<sup>41</sup>在许可渠道上,法律要求著作权人对集体管理组织的许可必须为专有许可,权利人不得在授权集体管理组织后再自行许可。特别是集体管理组织要求权利人以信托方式授权的做法,使得权利人无法在授权后再对许可方式和版税标准进行调整,在制度层面丧失了自行安排集体管理模式的可能。<sup>42</sup>在影视著作权领域,集体管理组织甚至已经可以延伸性管理非会员作品。<sup>43</sup>这意味着对于需要大量使用作品的使用者而言,只能从唯一的集体管理组织获得授权,特定类型的作品交易领域内,也不可能出现多个集体管理组织之间或权利人与集体管理组织之间展开竞争的情形。

以维护垄断为目标的制度预设,完全背离了原本集体管理制度抑制垄断的价值基础。集体管理组织不再是许可法律关系中的平等主体之一,而是被法律安排设定为从外部保护和鼓励作品传播,且地位高于权利人与使用者的独立第三方。完全对立的价值基础,与上述私人创制和私人自治的缺乏直接相关。任何主体在选择涉及自身利益的规则时,必然以能够最大化其利益为偏好。对于集体管理制

<sup>40</sup> 同注3,汤兆志文。

<sup>41</sup> 被视为首例非法集体管理案的“声影网络诉侨声娱乐”案中,法院即据此认定原告因未经批准从事著作权集体管理活动而违反法律规定,因此认定其无权代理音乐著作权人进行诉讼和维权,苏知民【2015】终字第100号。

<sup>42</sup> 我国最高法院也曾将权利人授权集体管理组织的性质认定为“信托”,参见《最高人民法院民事审判庭关于中国音乐著作权协会与音乐著作权人之间几个法律问题的复函》(法民【1993】35号),但该司法解释已于2013年被废止,参见《最高人民法院关于废止1980年1月1日至1997年6月30日期间发布的部分司法解释和司法解释性质文件(第九批)的决定》(法释【2013】2号)。但我国集体管理组织仍然利用其市场支配地位,要求著作权人接受以信托方式授权。例如中国文字著作权协会施行《文字作品著作权集体管理合同》(2010)第2条第1款已规定,著作权人应“以信托的方式向集体管理组织独家授权”。

<sup>43</sup> 例如我国《电影作品著作权集体管理使用费转付办法》(国家版权局公告2010年第1号)第5条已对非会员管理费做出明确规定:非会员电影作品使用费按实收使用费提取15%作为管理费,高于会员作品的10%,说明中国电影著作权协会自认为有权代表非会员收取版税。

度来说,如果集体管理组织由私人创制,那么制度价值一定偏向作为创制者的著作权人,即以作品收益的最大化为目标,政府强加的价值目标,则表现为防止集体管理组织过分追求经济收益而不当损害使用者益。由于我国集体管理组织乃由政府主导创制,其制度价值当然建立在体现政府职能的规制市场秩序上,通过制度安排将集体管理组织作为获得大规模许可的唯一渠道。根据我国立法者的逻辑,上述集体管理制度是一种“既保护作者的合法利益,又促进产业的健康发展,实现著作权人和作品使用者双赢”的授权机制;反之,如果著作权人坚持不“被代表”,将重新回到著作权人既无法维权、作品使用(传播)者又不能保证使用作品的合法性的双重困境中,导致整个著作权市场秩序处于杂乱无章的混乱状态。<sup>44</sup>换言之,立法者主张维护垄断的制度价值,来源于“制度带来秩序,无制度带来混乱”的两分法认知,忽略了权利人与使用者对制度合法性的认同问题,片面认为只要强制双方接受集体管理制度,就能直接形成著作权市场秩序。

在实践中,维护垄断的效果是使集体管理组织因许可渠道上缺乏竞争而引起权利人和使用者双方的抵制。权利人一方面要求退出集体管理组织,另一方面在拒绝将信息网络传播权授予集体管理组织的情况下,独立和使用者达成授权许可协议。使用者则不断质疑集体管理组织的合法性地位,并拒绝认同后者的收费标准。最终迫使集体管理组织以自身“缺乏权力”为理由,直接许可营利性的“天合文化集团有限公司”代理收费,明显违背我国著作权法对集体管理主体非营利性的规定。<sup>45</sup>历史上集体管理组织成功实施大规模许可的主要前提之一,即在于

<sup>44</sup> 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。

<sup>45</sup> 据媒体报道,我国合法集体管理组织中国音像著作权协会,即通过天合文化集团有限公司向全国各地的KTV收费、提起系列诉讼,其服务费占到所有版税收益的24.84%。说明“天合公司”已在一定程度上行使集体管理组织的职能,违反了集体管理条例禁止他人从事集体管理活动的要求。数据来源参见蓝方等:《解析中国式集体管理》,载《财新周刊》2012年第15期,第86页。

由权利人直接参与集体管理组织的运作和决策,保证了版税标准和许可方式皆能实现作品效用最大化。相反,如果主管机关能够参与或影响著作权市场交易,则会因为管理者和交易参与者两种身份的统一性而出现寻租行为。一旦主管机关有权在集体管理组织设立和集中许可条件设定上加入自己的意志,就会不可避免地出现从中获取利益的诉求。在我国KTV收费初期,文化部和版权局在介入时产生矛盾的原因,即在于两个涉及KTV收费问题的主管机关都希望推行自己的版权管理系统,并由与自己相关联的主体代理收费,反映出相关主管部门希望介入收益分配的意图。<sup>46</sup>

综上所述,集体管理制度降低交易成本目标的实现,需要集体管理组织集中多数作品的权利来源。但由于集体管理组织在我国并非由权利人创制或管理,导致集体管理组织和权利人在集体管理制度预期上存在根本分歧。对立法者而言,集体管理制度不是权利人通过集体管理组织创制的工具,而是以立法“破解著作权市场乱象”的安排。<sup>47</sup>但对权利人而言,集体管理制度的首要功能是大规模许可效率的提升。作为著作权市场交易的直接参与者,权利人需要随时通过对集体管理制度中许可模式和版税标准的调整来回应市场情势的变更,而现行制度对私人自治价值的忽略,使得权利人无法实现对集体管理组织运行的参与,集体管理制度反而成为限制权利人自发调整的障碍。

## 五、集体管理制度价值本土设定

我国关于调整集体管理制度立法的讨论之所以陷入僵局,根本原因在于著作权人和立法者语境下的集体管理仅在概念表述上相同,但完全不具有价值设定上

<sup>46</sup> 参见谭翊飞:《KTV版权利益分配浮出水面》,《南方周末》2010年3月25日,A01版。

<sup>47</sup> 同注44。

的同一性。权利人追求的集体管理制度,是一种私人创制的集中许可机制,目的旨在解决大规模许可中的交易成本问题;而立法者所构建的集体管理制度,则更多是一种强制取代市场机制的管制手段,初衷是要求合同双方直接服从主管机关安排的规则。这种强制垄断造成的直接后果,是使得集体管理组织既不重视在许可过程中实现作品效用的最大化,也未能保障权利人对集中许可条件的决定权。但历史上真正能够成功在市场中运作的集体管理组织,都不是政府扶持的结果,而是权利人私人创制的产物。因此,改变我国集体管理制度失灵的现状,必须首先认同和回归私人自治和抑制垄断的价值立场,将上述价值取向作为制度设计和适用的基准,不再坚持现有以维护垄断为目标的立法设计。需要注意的是,在集体管理制度中设定私人自治与抑制垄断的价值立场,并非仅仅在集体管理条例或著作权法中增加一条原则性的规定,而必须在主体资格、权利范畴和限制方式等各项规则中全面体现。由于大规模许可涉及著作权人与集体管理组织,以及使用者与集体管理组织两对法律关系,两类著作权市场的差异性亦决定了两种制度价值在规则设计中的不同表现。

### 1. “著作权人—集体管理组织”法律关系调整中的价值设定

著作权人与集体管理组织的法律关系,体现的是集体管理制度的基本功能,也是私人自治表现最为集中的领域。我国集体管理制度失灵的主要原因,即在于著作权人通过拒绝认同集体管理组织的方式回避适用集体管理制度。著作权人与集体管理组织之间法律关系的修复,首选需要的是梳理权利人自治的制度价值观,同时防止集体管理组织借助市场支配地位,具体措施可如下安排。

第一,在立法上保证著作权人自行创制和控制集体管理组织。权利人自治的意义,是使著作权人即有权通过自行创设集体管理组织的方式,构建符合自身期

待的集体管理制度。权利人自治的实现,需要改变我国对集体管理组织的既有设立和监管方式,使任何符合要件者即可通过申请设立新的集体管理组织,避免其他主体利用设立环节的审批权来控制集体管理组织。这意味着同一领域没有必要维持集体管理组织的唯一性,集体管理组织的法律属性亦无须保持非营利性。允许一定地域或领域存在多个集体管理组织,不但有助于集体管理组织之间为争取权利人和使用者在许可条件上竞争,而且也符合我国版权产业从业人数多和分布范围广的特点。社会团体主体属性的多元化,则可以避免适用“社会团体登记管理条例”在设立上所要求的双重行政审批,同时使如今已经获得大量作品授权,且已具备大规模许可能力的社团法人有权合法实施集中许可。社会团体的非营利性定位和设立上行政许可主义,是阻碍著作权人和其他产业主体设立集体管理组织的最大障碍,而在我国集体管理组织运作实践中,合法设立的非营利性集体管理组织却长期授权营利性法人来实施集体管理工作,说明营利性社团法人早已实际参与到了集体管理行为中。事实上,集体管理制度的合法性完全基于著作权人、集体管理组织和使用者之间的合意,因此集体管理组织只要是在自由协商的基础上获得权利人授权,集体管理制度即拥有实施大规模许可的合法性。<sup>48</sup>

第二,禁止集体管理组织利用市场支配地位歧视著作权人。限制集体管理组织滥用市场支配地位,是抑制垄断这一价值预设的体现。我国要求权利人以信托的方式授权集体管理组织,导致权利人在授权后丧失了调整许可条件的协商地位,因此有必要强制要求集体管理组织将获取权利的方式由信托合同改为非专有许

---

<sup>48</sup> 美国1939年由美国广播组织协会设立的集体管理组织“音乐广播公司”(BMI)即为营利性法人,集体管理组织与司法部的和解协议第2条第(I)款亦规定集体管理组织可以是公司(Corporation)或非营利性社团(Association)。欧盟2015年颁布的“著作权、邻接权与国内市场中的跨境音乐作品著作权在线使用许可指令”(Directive of the European Parliament and of the Council on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online use in the internal market)中,亦在第3条第1款明确规定,集体管理组织只要由权利人控制,即可无须限定为非营利性组织。

可。对权利人而言,非专有许可意味着著作权人有权独立于集体管理组织实施许可,有利于实现集体管理组织与权利人之间在许可上的良性竞争。在大规模许可市场中,由于直接许可会产生难以承受的交易成本,所以不可能存在完全竞争的状态,只可能是寡头垄断或自然垄断。有能力独立许可的权利人,一般拥有多数作品著作权,且能承受独立许可的交易成本。在此前提下订立的授权许可合同,无论是许可条件抑或版税标准,都能直接体现该领域著作权市场的真实供求关系。同样由于交易成本的原因,其他拥有作品规模较小的著作权人需要继续由集体管理组织统一许可,但前述著作权人与使用者之间已有的版税标准,可以为后者提供版税标准的参照,从而解决了各方不满法院或主管机关裁决结果的问题。最为关键的是,以强制许可渠道竞争的方式实现抑制垄断的制度价值,可视为是从另一个层面增助私人自治的实现,权利人相当于在集体管理组织之外保留了独立与使用者协商许可内容的可能性。特别是在网络环境下,网络服务提供者和著作权人皆能借助技术手段清晰记录作品使用的方式和频率,使得权利人的独立许可更具有竞争力。

## 2. “使用者—集体管理组织”法律关系调整中的价值设定

调整使用者与集体管理组织的法律关系,价值取向则应该是抑制垄断多于私人自治。即使有少数竞争性的集体管理组织存在,著作权市场也仅仅是从独占垄断变为寡头垄断,使用者依旧难以绕过集体管理组织获得大规模许可。同时由于集体管理组织乃权利人创制或控制的集中许可机构,与使用者之间存在必然的利益分歧,因而使用者与集体管理组织间法律关系调整的重点,在于抑制垄断这一制度价值的实现。然而,从我国集体管理条例既有的限制方法上看,都是采取直接规定版税标准区间的方式,数额为使用者广告收入,总销量或总点击数乘以定

价的具体比例。这种直接规定具体比例的限定方法，在实践中已成为限制协商的最高限价，因为无论协商结果高于或低于条例的规定，一旦因一方主体反对导致协商不成，就会迫使对方接受条例确定的标准，最终造成权利人和使用者都无法合理调整价格。因此我国对集体管理组织市场支配地位的规制，应放弃直接干预定价的做法，改为提供多元化许可类型和强制性司法仲裁。

第一，强制要求集体管理组织提供具有区分性的集中许可合同类型。增加差异化的许可合同类型，目的旨在避免集体管理组织忽略部分弱势使用者的需求，强制后者接受显失公平的合同内容。从交易成本的角度考量，集体管理组织往往希望通过概括许可涵涉所有使用者，但对于使用者而言，局限于概括许可却可能使其为部分小规模或小范围的使用而支付过高费用。从我国集体管理组织提供的许可类型看，已基本涵盖了概括许可和按节目许可两类主要许可类型，但相对于著作权市场的现实需求而言，不但基本类型欠缺，立法上也并未要求集体管理组织强制提供。因此，强制性要求集体管理组织提供“按次许可”和“关联许可”两种许可类型。增加按次许可的意义，在于适应如今网络服务提供者对作品的利用方式，使得版税标准得以利用技术措施实现精确统计，解决了概括许可定价与使用相对分离的不足。特别对于小规模使用的网络服务提供者而言，按次许可能够显著降低其运营成本。“关联许可”的引入，则可以解决部分使用者在一定范围内的再次许可问题，例如在“三网融合”的环境下，当出现使用者在多个媒体平台使用作品的情况，就不再需要就每个平台的使用逐次申请许可，而是通过一次性的关联许可完成。

第二，增设对监督和证明义务的强制，集体管理组织既须承担督促使用者按约定使用作品和支付版税的义务，也要向使用者提供定价标准合理的证明义务。

我国集体管理组织立法的不足,很大程度上还体现在版税标准合法性和许可程序的欠缺上。要求集体管理组织承担上述义务,不但是为了向市场中的使用者证明许可定价和市场供求之间的关联性,基于集体管理组织的特殊市场地位而向使用者解释定价不存在对市场支配力的滥用,同时也是由于集体管理组织乃著作权人获取收益的主要渠道,在立法中增加对其执行力的要求可以避免因集体管理组织怠于行使权利而给权利人造成损失。首先,集体管理组织应负有要求和监督使用者一方记录使用范围、次数或时间的义务。由于上述信息关系到版税标准的设定和著作权人的收益,因而集体管理组织有必要要求使用者提供尽量真实准确的统计数据,以确定后者是否超出了许可合同约定的适用范围,并为版税标准的合理化提供依据。其次,集体管理组织还有义务向著作权人提供自身运作的成本,以证明其管理费标准的合理性。我国现行法律只笼统规定“权利人和使用者对著作权集体管理组织管理的权利的信息进行咨询时,该组织应当予以答复”,这意味着集体管理组织仅须就相关主体的查询被动答复,而无主动公开的义务。如今部分集体管理组织收取管理费的比例过高已饱受著作权人质疑,而集体管理组织方面的解释是自身在成立初期运行费用过高所致。在立法中明确要求集体管理组织提供运作成本的证明,有助于防止集体管理组织可能利用其市场支配力向权利人收取高额管理费。

## 五、结论

一个符合产业和社会期待的著作权集体管理制度,应蕴含激励自治和抑制垄断两方面的价值,私人自治乃制度功能之源,抑制垄断则为调和产业矛盾所需。我国通过法定安排强制推行许可机制的立法价值设定,是导致本土集体管理制度

至今毫无正面实施绩效的根本原因。如果价值立场上的谬误形成是因为制度生成于版权产业基础缺失的时期而不能苛责,那么如今在修法进程中继续以延伸性集体管理的方式强化原初维持垄断的价值立场,显然是有意为之,其结果必然将成为我国进一步释放著作权产业生产力的制度瓶颈。因此,我国有必要回归集体管理制度经过百年锤炼形成的原初价值安排,才能真正实现该制度应有的社会效果。

### **Examining The Original Value of Collective Management rules**

Xiong Qi

**Abstract:** Collective management organizations are being criticized by copyright owners and users in China, because collective management legislation is directed by incorrect understanding of this institution. China collective management only imitated the concept of the law from international conventions and other countries, and was introduced in China without a proper understanding of how the law should be applied or adapted to domestic copyright industries, which makes it unable to achieve the goal of the legislation. As a result, private autonomy and monopoly control, which are the key value in collective management rules, should be considered as the guideline of collective management legislation.

**Key Words:** collective management rules, extended collective

management, collective management organization, private autonomy,  
monopoly