

数字音乐版权独家授权的反垄断法思考

邵 同

华东政法大学, 上海

收稿日期: 2022年10月12日; 录用日期: 2022年12月9日; 发布日期: 2022年12月16日

摘 要

国家版权局以版权独家授权协议不利于数字音乐行业健康发展为由将该模式予以“叫停”。但总体来看, 数字音乐版权独家授权模式对于音乐平台、版权人和打击盗版音乐有重大的积极意义, 不可片面否之。至于该模式对竞争秩序的冲击, 在民法、知识产权法规制缺位时, 应允许反垄断法适时介入进行规制, 以合理分析原则为基本原则, 综合考察数字音乐版权独家授权行为是否构成滥用市场支配地位或纵向垄断协议。

关键词

独家授权, 独占许可, 合理分析原则

Thoughts on the Antitrust Law of Exclusive Authorization of Digital Music Copyright

Tong Shao

East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Oct. 12th, 2022; accepted: Dec. 9th, 2022; published: Dec. 16th, 2022

Abstract

The National Copyright Administration called off the model on the grounds that the exclusive copyright authorizing agreement was not conducive to the health of the digital music industry. On the whole, however, the exclusive authorizing mode of digital music copyright is of great positive significance to music platforms, copyright owners and the fight against pirated music. It cannot be simply denied. As for the impact of this mode on the competition order, when the civil law and intellectual property law regulations are absent, the anti-monopoly law should be allowed to intervene in time to regulate. Based on the rule of reason, we should comprehensively investigate whether the exclusive authorization of digital music copyright constitutes the abuse of market dominant power or vertical monopoly agreement.

Keywords

Exclusive Authorization, Exclusive License, Rule of Reason

Copyright © 2022 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题的提出

数字音乐因网络发展而逐渐兴起，但随之而来，大量盗版音乐、侵权作品逐渐涌现。对此，国家版权局于 2015 年 7 月发布《关于责令网络音乐服务商停止未经授权传播音乐作品的通知》，下线 220 多万首未经授权的音乐作品，叫停 300 多家非法网络音乐平台，迎来了数字音乐产业正版化时代。

在此背景下，独家授权模式受到了数字音乐市场的欢迎。2017 年 9 月，国家版权局约谈二十余家境内外音乐公司以及国际唱片业协会等相关协会的主要负责人，剑指数字音乐市场中的抢夺独家版权、哄抬授权价格等现象。在国家版权局的此次施压下，腾讯、阿里以及网易云等在线音乐运营商开始探索“版权转授权”的合作模式，数字音乐版权独家授权时代正式到来：如 2018 年 2 月，阿里音乐集团与网易云音乐共同对外宣布，阿里音乐集团将其代理的滚石、SM、BMG 等音乐版权资源转授至网易云音乐，同时，网易云音乐将其独家代理的天娱、爱贝克思、丰华、华研国际等音乐版权转授给阿里音乐，实现版权资源共享[1]。

2. 数字音乐独家授权的性质及积极效应

2.1. 数字音乐独家授权的性质

数字音乐版权独家授权，本质上属于独家代理的一种，故又称数字音乐独家版权代理，是指音乐服务商与唱片公司或音乐著作权人签订委托代理协议，授权该音乐服务商在本地区互联网上代理发行唱片公司所拥有的音乐，同时授权由该服务商决定将音乐使用权转授权给同一市场内的其他音乐服务商[2]。实际上，独家版权代理是文化界、出版界、版权界久已存在的一种版权经营模式，这种独家版权代理具有相当的开放性，将其引入到网络音乐版权领域，是网络音乐公司和平台为了更好的开展经营活动而尝试的一种新的商业模式[3]。

这种独家授权实际上包含了两层法律关系：其一为，唱片公司将其音乐作品在中国大陆的信息网络传播权直接许可给该音乐服务商使用的权利许可关系；其二为，唱片公司与音乐服务商基于协议形成的代理关系，由该音乐服务商代理行使相关音乐作品在中国大陆的信息网络传播权的许可授权，同时唱片公司在本地市场不再自行对外授权[4]。由此可知，此处的独家授权与著作权法中的独占许可大相径庭，前者是有转授条款的，“是一种并非封闭独占而是开放的版权独家代理”[3]。

2.2. 数字音乐独家授权的积极效应

首先，数字音乐版权独家授权模式降低了交易成本，激发了音乐创作人的积极性。此模式下，版权人无需经由著作权集体管理组织就可以直接与网络音乐服务商进行商谈、签订协议，音乐创作人脱离了被动的谈判地位，其议价能力得到大幅度提升，版权人有可能获得更高的报酬，进而激发创作激情。

数字音乐版权独家授权模式促进了数字音乐产业的创新发展，吻合版权法保护主旨。此模式下，各

网络音乐服务商可以着眼于自身用户需求, 打造独特的平台文化, 如网易云音乐注重音乐社交功能和分享发现功能, 提供个性化歌单和高质量乐评氛围; 酷狗音乐通过“平台 + 直播”打造了粉丝经济驱动下的产业新业态; 腾讯音乐则注重首发数字专辑服务并联合出品热门网络综艺等特色音乐服务[1]。

最后, 数字音乐版权独家授权模式也降低了版权人和数字音乐平台的维权成本, 有利于打击盗版音乐。此模式下, 网络音乐服务商往往需要支付高额费用以获得独家授权, 在收回成本的利益驱动下, 网络音乐服务商会更好的履行维护义务、监督义务、维权义务等; 同时, 独家授权模式使网络音乐服务商拥有了独家提供和转授权的代理资格, 因而对其他未经授权的音乐平台具有更低的监督成本, 更有利于维护版权人及其自身的利益, 有效地打击了音乐作品侵权行为。

3. 数字音乐独家授权可能引发的反垄断问题

虽然“独家信息网络传播权许可 + 代理版权所有者转授信息网络传播权”这一商业模式本身不应当成为规制对象, 垄断行为才是唯一的规制对象[5], 但其对竞争秩序带来的冲击不容忽视。

第一, 数字音乐独家平台怠于或故意拒绝“转授权”可能会架空“转授权”合作模式, 引发损害市场竞争的风险, 其损害主要表现为通过拒绝许可行为将其在上游市场的垄断力量传递到下游市场, 打击下游市场的竞争对手, 创设了不正当的竞争优势[6], 同时, 在下游市场竞争收到限制的条件下, 消费者利益也无法得到充分保障[7]: 一方面, 消费者可能面临在多家数字音乐平台间重复支付会员会费以获取不同数字音乐产品的窘境; 另一方面, 掌握核心曲库和主流音乐产品的数字音乐服务商可能对消费者收取更高额的会费, 从而损害网络用户的利益。

第二, 网络特性使得获得数字音乐版权独家授权的音乐平台极易获得市场支配地位。就目前国内的数字音乐市场而言, 随着头部互联网企业的纷纷布局, 现已大致形成腾讯、阿里、网易、百度四家在线音乐服务商寡占数字音乐市场的竞争格局。由于头部平台占据了大多数的市场份额, 因此留给长尾企业的生存空间极为有限。在此情形下, 独家授权模式无疑进一步巩固了数字音乐巨头的市场支配地位, 并使其凭借雄厚的资金支持在独家版权争夺赛中拔得头筹。目前, 数字音乐版权市场基本形成腾讯音乐、阿里音乐、网易云音乐三足鼎立的格局[1], 大量优质核心音乐版权慢慢向强势音乐平台集中, 可能构成相关市场准入的知识产权资源壁垒, 限制其他音乐平台经营者进入市场。

第三, 如果音乐版权方与数字音乐平台联合起来, 利用其优势排除、限制竞争, 以获得垄断利润, 通过独家授权合作实施维持转授价格或限定最低价格等价格控制行为, 就可能构成纵向垄断, 违反反垄断法。在此模式下, 由于是否转授权的决定权在独家平台手上, 独占方通常希望大量并牢牢掌握音乐版权来最大化的变现版权价值, 因此弱势平台往往会受制于强势平台所开出的价格和条件, 进而使得强势平台更容易获得不当的竞争优势, 最终让独家授权扮演约定缓和竞争甚至合谋的可置信手段。一方面, 基于转授权模式下的版权共享往往需建立在各自音乐资源曲库对等的基础上, 如果双方差距悬殊, 则很难实现双向平等共享, 弱势一方势必受制于强势平台所给出的版权价格与条件; 另一方面, 对于价值量高、受众面广的核心曲库, 独占方往往会将其牢牢掌握在自己手中, 仅转授相对冷门的音乐作品而非主流的数字音乐, 以同其他竞争对手形成差异化的竞争优势。

4. 数字音乐独家授权规制路径的选择

根据民法、合同法的相关知识, 独家授权模式本身并不违反相关法律规定, 属于双方意思自治的范畴内。同时, 《著作权法》也缺乏可以适用的法律依据, 虽然我国《著作权法》明确规定了法定许可以及著作权许可适用合同应当包含的内容, 但是对于这些内容部分缺失或约定不明的后果, 却并未给出相应的解答, 无法解决当前数字音乐产业带来的风险困境。

此外，很多学者建议参考美国《录音制品数字表演权法案》第 114(d) (3) 节的规定，对权利人独家授权的期限、被许可人的数量、独家许可的录音制品数量等进行限制[7]，如规定独家授权的期限不得超过 24 个月、取得独家授权的曲库不得超过 1000 首音乐作品等等，进而防止数字音乐平台形成长期垄断的目的。

对此，笔者持否定态度。由于我国与美国在版权法的制度架构上由较大差异，我们应当警惕这种“拿来主义”，谨慎借鉴域外经验。深究该条款根源便可发现，该条款的立法目的与音乐市场反垄断基本没有关系。实际上，该条款自 1995 年生效以来，至今没有任何诉讼记录，一方面是因为该条款没有任何惩罚机制，另一方面是因为该条款的适用被严格限制在非常狭窄的范围内：实践中，录音版权人只要将 10% 的相同作品费独占许可给 5 家交互性服务，就可以独占许可 90% 的录音版权库[8]。1995 年《美国录音数字表演权法》的国会立法报告中也指出了该条款的立法目的：防止录音版权人成为音乐作品的“守门人”，不合理地限制音乐作品表演权的行使，降低音乐作品版权人获得版税的机会[8]。由此可见，部分学者对该条款具有反垄断立法目的的解读实属误解。

在现有制度框架内，民法、知识产权法都解决未果，此时便不应该过分强调反垄断法的谦抑性，允许其及时地、适当地介入。“对于在独家授权模式下数字音乐平台实施的非价格纵向限制、歧视定价等行为，则反垄断法不应一味保持谦抑而投鼠忌器，否则，在著作权法本身对独家授权模式缺乏有效内部限制的情形下，反垄断法的外部规制还处于失灵状态，则势必纵容数字音乐市场的垄断行为，从而诱发和增加市场竞争风险”[9]。

5. 数字音乐独家授权模式的反垄断法分析

那么在现有的反垄断法框架内，该如何规制数字音乐版权独家授权损害竞争的行为呢？

5.1. 分析原则

笔者认为，就数字音乐版权独家授权损害竞争的评估和认定而言，应当采用合理分析原则。

本身违法原则与合理分析原则的反垄断法适用中的两大原则，随着哈佛学派衰弱和芝加哥学派兴起，以及对自由市场的呼应，本身违法原则的适用不时被特定案件所突破，逐步让位于合理分析原则。考虑到独家授权模式的特点，笔者认为在此适用合理分析原则无疑更加合适，有以下三个原因：其一，版权独家授权属于反垄断法中独家交易行为的具体表现形式之一，而反垄断法中对于纵向非价格限制原本就采用合理分析原则；其二，版权独家授权还有可能构成滥用市场支配地位中的限定交易，而对滥用市场支配地位中各类滥用行为的评估与认定原本也是采用合理分析原则；其三，版权独家授权行为作为知识产权交易的具体方式之一，其本身对市场竞争存在积极促进与消极阻碍双重效应，体现利弊权衡特征的合理分析原则，正好契合评估、认定具体版权独家授权行为是否构成垄断的需要[10]。评估竞争损害时，要全面考察市场势力、影响范围、竞争影响效果等方面，同时要结合数字音乐市场的特性进行考察，如独家授权的版权数量越大，对竞争的影响及损害可能也越大，期限越长对竞争的影响及损害可能也越大等。除了考察该行为对竞争的损害，也要综合考量其积极效益，如减少商业成本、降低商业风险、减少搭便车、提高经济效率、促进创新、有利于版权保护等。

5.2. 与滥用市场支配地位

在认定是否构成滥用市场支配地位时，要严格按照三步法“认定市场支配地位 - 滥用该市场支配地位 - 该滥用行为导致了排除、限制竞争的效果”进行考察，并将数字音乐市场的特征与实际相结合。

首先，科学的相关市场界定是分析支配地位的重要前提。

对于相关产品市场的界定，通常采用需求替代和供给替代的可替代性分析，其中应主要从需求者角度进行需求替代分析，当供给替代对经营者行为产生的竞争约束类似于需求替代时，也应考虑供给替代。从需求角度界定产品市场的重要方法是假定垄断者测试small but significant non-transitory increase in price，是指根据需求者对商品功能用途的需求、质量的认可、价格的接受及获取难易程度等因素，从需求这一角度确定不同商品的可替代程度。对于数字音乐来说，发行市场和传播市场具有上下游市场关系，但是除音乐服务提供商以外的其他主体和交易对象完全不同，二者不可能产生替代关系。根据意思自治原则，在发行市场进行独家授权模式并不违反我国法律规定，因此在判断数字音乐服务商是否构成垄断的问题上，数字音乐传播市场是否构成相关市场或是否还需要继续细分的界定显得尤为重要。对于该类市场而言，由于其进入较为容易、生产力容易转移，仅仅将现有市场上生产同类产品或者服务的企业纳入竞争范围是不够的。平台竞争使得不从事同一类细分业务的企业之间也有可能存在竞争，或者可以及时和有效地进入市场形成竞争。因此，除了以需求替代界定相关市场外，亦应从供给替代角度出发将其他企业的潜在产能考量在相关市场范围内。供给替代则是从经营者角度出发，考量经营者改造设备投入、承担的风险、进入目标市场等因素，以确定不同商品之间的替代关系。一般来说，一个市场的进入门槛越低，政策与市场障碍越小，意欲进入该市场的经营者越多，供给替代的状况就越良好[11]。通过供给替代分析时，其受到现有因素制约和互联网市场差异化竞争、跨界竞争影响使得界定相关市场准变得模糊，相关市场的范围变得可大可小，已然增大了判断结果的非同一性。

对于相关地域市场的界定，由于互联网的无边界性弱化了交易市场地域属性，能够通过网络获得下载数字音乐服务商提供音乐作品、录音制品服务的地域均应当纳入考量范围，其范围应当包含全球市场。但是，由于独家版权授权的内容范围是中国境内(含港澳)，离开中国大陆数字音乐 APP 中将显示由于版权原因无法收听有关音乐。因此，在界定相关地域市场时应当根据独家版权授权地域范围进行界定才不会出现争议，即中国境内为数字音乐相关地域市场[12]。

通常我们采用推定的方法来审视市场支配地位主要观察市场份额，但数字音乐传播市场中数字音乐不同于传统商品，有学者提出在核算市场份额时候应当基于互联网行业集中度高特点提高市场份额判断比例，并以用户数量或用户覆盖率代替“销售额”进行计算[13]。但如此拔高市场份额的计算比例除没有任何法律依据可以适用外，还根本性地忽略了互联网行业创新的实质和测算市场份额的根本目的，更很有可能会造成短时间内某企业先被推定构成市场支配地位，后又不能被推定市场支配地位的尴尬局面。反垄断法的现有标准是否应该跟随互联网产业发展而做出相关调整是需要经过反复实践而非随便划定。因此在经充分实践之前，还应遵守传统的推定方式。

其次，在滥用行为方面，可以考察数字音乐服务商是否利用其优势地位要求音乐版权方只能与其达成独家授权等独家交易行为，或控制音乐作品于网络音乐服务平台间的流通，在音乐作品的转授过程中实施超高定价、拒绝交易、限定交易、搭售以及差别待遇等行为。

同时，根据上文介绍的合理分析原则，“在界定滥用市场支配地位时，还应该为经营者预留充分的抗辩空间，例如，音乐版权独家交易具有的净化网络音乐市场、促进行业规律、激发市场竞争活力等积极效果是否可能大于其产生的反竞争效果”[14]。通过全面评估后，对认定为滥用市场支配地位独家交易的行为，适用反垄断法予以规制。

5.3. 与纵向垄断协议

在认定是否构成纵向垄断协议时，先要考察是否符合纵向垄断协议的主体要件和表现形式要件，即该合作是由数字音乐服务商于音乐版权方共同参与且该合作通常是以合同方式达成的，再考察此主体是否出于排除、限制竞争目的，并根据实际情况判断双方是否具有反垄断法规定的豁免情形进行认定。当

两者实施的行为被认定为构成垄断协议，且不具有豁免情形时，适用反垄断法予以规制。

同时要注意，应根据上文介绍的合理分析原则将该行为促进竞争和限制竞争的双重效果进行综合考察。对于妨碍竞争效果而言，由于数字音乐独家授权所带来的对版权争夺竞争传导到在二级发行市场造成音乐作品传播的竞争，使得获得授权的数字音乐服务商在音乐市场具备了竞争优势和对该类音乐传播的市场控制力；由于数字音乐的独家授权，使得未获得授权的数字音乐服务商无法在该类音乐商品的市场进行销售，部分限缩了市场竞争者的销售空间，可能造成了限制音乐市场内部竞争的效果；针对消费者而言，在完成转授权义务之前，在一定时期内确实会阻碍消费者对音乐的自主选择自由，对某首或某类音乐而言，消费者只能选择被授予独家版权的音乐服务商。

在分析促进竞争的效果时，更应当考虑该协议带来的积极效果以及互联网竞争所带来的竞争转型独特属性。首先，在认定音乐作品版权人与交易相对人达成的独家授权协议属于纵向非价格协议基础上，应当认清在该授权模式产生之前，数字音乐市场中盗版横行、授权混乱等现象使得音乐版权人收益惨淡，创新激励不足。达成的独家版权协议不仅能够有效遏制音乐作品的盗版局面，还能够更有针对性的减少竞争对手“搭便车”行为，提高售后服务，维持音乐作品播放的稳定性，极大地改善了音乐作品版权人的获利和维权渠道。其次，由独家授权协议所带给被授权的数字音乐服务商市场控制力，是由版权本身所具备的排他性质所决定，其有利于保障数字音乐作为产品在市场传播的质量，正版数字音乐能够达到降低盗版产业所带来的商业风险，并达到促进后续积极投资的良性循环。第三，数字音乐独家版权确实造成了市场中内部市场竞争的限制，但是其也增加了数字音乐服务商对音乐作品独家版权的竞争，实现了音乐作品版权人应当有的“卖方市场”的优势地位，有利于音乐作品版权人福利的增长。同时，独家版权带来的限制也催生了在互联网环境下各大音乐服务商对所持音乐服务多元化转型，未获得独家版权的数字音乐服务商为了在市场竞争中能够保有原来的用户数量和基础，不断开发和探索新型的经营模式，如网易云营造的音乐交友社区，酷狗酷我等音乐平台针对特定老年群体开展的K歌模式等，极大地丰富了数字音乐传播市场的服务类型，缓解了独家版权所带来的音乐可及性难题，实现了在市场中更有效的竞争。第四，在完成音乐转授权前后，消费者福利都应当是有增无减。音乐作品转授权之前，各大数字音乐平台通过改善经营策略提供多样化差异化的服务，使得消费者能够根据自身喜好在各大数字音乐 APP 应用上付出几近于零的成本进行切换，提高了市场中供给满足消费者不同需求服务的更新效率；转授权完成之后，更增加了潜在市场竞争者进入市场的交易机会。该类协议对销售商提供一种促销音乐产品的保护，使得数字音乐服务商看到在一定时间内能够实现成本回收，进而产生更强的积极性销售产品。

6. 结论

综上所述，数字音乐独家授权不同于传统的独占许可，含有转授权条款，具有许可和代理的双重属性，具有降低交易成本、维权成本和激励创新等积极效应，但其性质也决定了该模式有形成滥用市场支配地位、纵向垄断协议等风险。因此，在民法、知识产权法规制缺位时，应允许反垄断法适时介入进行规制，但考虑到法系与立法背景，我们不应“拿来”美国《录音制品数字表演权法案》的相关规定，在规制路径上应回归现有的反垄断法分析框架，以合理分析原则为分析原则，在认定是否构成滥用市场支配地位时，要严格按照三步法“认定市场支配地位-滥用该市场支配地位-该滥用行为导致了排除、限制竞争的效果”进行考察，并充分考虑数字音乐市场的特征，如互联网的无边界性等；在认定是否构成纵向垄断协议时，先要考察是否符合纵向垄断协议的主体要件和表现形式要件，即该合作是由数字音乐服务商于音乐版权方共同参与且该合作通常是以合同方式达成的，再运用传导效应等分析工具来考察此主体是否出于排除、限制竞争目的，并根据实际情况判断双方是否具有反垄断法规定的豁免情形进行认定。

参考文献

- [1] 娄创. 数字音乐产业版权生态的发展困境与治理措施[J]. 人文天下, 2020(5): 59
- [2] 孙钰钢. 数字音乐版权独家代理模式的反垄断法分析[J]. 南方论刊, 2019(9): 55-58.
- [3] 丛立先. 网络音乐独家版权与独家版权代理的区别[J]. 中国新闻出版广电报, 2017(5): 1.
- [4] 姚婉. 互联网文化娱乐产业中的竞争与知识产权保护[J]. 竞争政策研究, 2017(5): 36-38.
- [5] 王先林. 竞争法学[M]. 第二版. 北京: 中国人民大学出版社, 2015: 173-174.
- [6] 彭志刚. 知识产权拒绝许可反垄断法律问题研究[M]. 北京: 北京法律出版社, 2011: 38-41.
- [7] 叶明, 张洁. 利益平衡视角下的数字音乐版权独家授权模式研究[J]. 电子知识产权, 2018(11): 32-42.
- [8] 刘家瑞. 论美国数字音乐版权制度及启示[J]. 知识产权, 2019(3): 99.
- [9] 龙俊. 数字音乐版权独家授权的竞争风险及其规制办法[J]. 华中科技大学学报, 2020, 34(2): 88.
- [10] 吕明瑜. 数字音乐版权独家授权的垄断规制问题[J]. 法治研究, 2018(5): 52.
- [11] 仲春. 互联网行业反垄断执法中相关市场界定[J]. 法律科学, 2012(4): 132.
- [12] 辜凌云. 数字音乐独家版权模式反垄断法问题研究[D]: [硕士学位论文]. 北京: 北京外国语大学, 2020.
- [13] 叶明. 互联网行业市场支配地位的认定困境及其破解路径[J]. 法商研究, 2014(1): 34.
- [14] 宁立志, 王宇. 叫停网络音乐市场版权独家交易的竞争法思考[J]. 法学, 2018(8): 177.