

著作权内在利益平衡机制与 反垄断法的介入

——美国录音制品数字表演权制度的启示

时建中

(中国政法大学 北京 100088)

内容提要: 反垄断与保护知识产权均仅是实现其共同目标的手段,其本身并非最终制度目的。就著作权法律制度而言,这体现在其应当建立完善的内在利益平衡机制,从“护权——限权”两个角度对著作权既加以保护、又防止其滥用。在这方面,美国的 DPRSR 制度堪称典范,我国与之对应的信息网络传播权制度却有待完善。著作权内在利益平衡机制一旦失灵,根据其失灵的情形,可能产生不同的损害。其中对于可能产生竞争损害的,在必要条件下,反垄断执法机构应当及时介入,保护市场竞争和消费者利益不受著作权滥用行为的损害,保障反垄断和保护知识产权共同目标的实现。

关键词: 信息网络传播权 内在利益平衡机制 竞争损害 反垄断执法

反垄断与保护知识产权具有共同的目标,即促进竞争和创新,提高经济运行效率,维护消费者利益和社会公共利益,二者相辅相成,已是当前国内外立法和学界达成的广泛共识。^①本

质上,两项制度是为了实现这一共同最终目标所采取的不同进路,^②其本身均仅是手段而非最终的制度目的,如何处理好手段与目标之间的关系,涉及到反垄断法在知识产权领域适用

作者简介: 时建中(1964—),男,汉族,河北康保人,中国政法大学副校长、教授、博士生导师。

① 相关法律规定参见《中华人民共和国反垄断法》第1条、《中华人民共和国专利法》第1条、《中华人民共和国著作权法》第1条;国家工商行政管理总局《关于禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》第2条;世界贸易组织《与贸易有关的知识产权协定》第7条、《美国版权法》前言;以及美国司法部和联邦贸易委员会 Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property(2017)第1节。相关代表性学术观点参见黄勇《知识产权与反垄断法的基本关系》,载《电子知识产权》2007年第7期,第11、12、19页;王先林《竞争法视野的知识产权问题论纲》,载《中国法学》2009年第4期,第5~15页;徐士英《竞争政策研究——国际比较与中国选择》,法律出版社2013年第1版,第48页等。

② 例如,吴汉东教授认为,“作为法律制度的知识产权,其立法目的在于保护智力创造者的权利,维系社会正义;促进知识广泛传播,有效配置智力资源。”参见吴汉东《知识产权本质的多维度解读》,载《中国法学》2006年第5期,第97~106页;刘春田教授认为,“充分、有效地保护企业的知识产权,令其尽其所能发挥创造力、生产力,为社会创造更多的财富,是政府、司法的职责”,参见刘春田《知识产权与企业创新》,载《民主与法制时报》2016年3月31日第4版。

的原则、路径、框架,甚至涉及到实施机构,因而是反垄断法学、知识产权法学等多个法学学科的讨论的热点,是相关制度构建或者完善的难点,同时在很大程度上也困扰着与知识产权相关的反垄断执法和司法。然而,目前学界对相关问题的关注主要集中在专利领域,以《关于禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的指南》(以下简称为《指南》)为代表的制度完善也集中在专利领域。很明显,反垄断法在著作权领域的适用应引起深度学术分析,并应在《指南》中有前瞻性地回应。本文在简介美国 DPRSR 制度并借鉴其著作权利益平衡机制的基础上,讨论内在利益平衡机制失灵与反垄断法的介入,期望对我国的相关制度建设和实施有所裨益。

一、美国 DPRSR 制度与著作权利益平衡机制

美国录音制品数字表演权(Digital Performance Right in Sound Recordings,简称“DPRSR”)从无到有的过程,及其“护权——限权”的制度模型,有代表性地诠释了其著作权内在的利益平衡机制。

(一) 美国 DPRSR 的创设及其限制

著作权并非自然权利,“而是立法者为了鼓励、刺激更多的人投身于特定对社会有益的活动,而通过立法创设的权利”,^③DPRSR 同样

也是基于这样的目的而设立的。

1. 美国 DPRSR 的创设背景及其过程。录音制品在美国受著作权保护,始于 1971 年的《录音制品法案》,以是“防止因复制技术进步产生的唱片盗版”,因其“目的性非常明确,且为平衡法案涉及各方的利益”,该法案并未赋予录音制品“全套著作权利”(the full bundle of rights usually afforded by a copyright),仅限于复制、发行和改编的权利,而未创设包括数字表演权在内的任何形式的表演权。^④

直至 1990 年前后,随着信息网络传播技术的快速发展,录音制品的互联网传播,尤其是交互式服务的发展,造成了“唱片、磁带等实体产品可能被数字技术最终取代”的担忧,^⑤为了“保护表演者、唱片公司和其他生计可能受到新技术冲击”^⑥的相关方的利益,美国于 1995 年才通过《录音制品数字表演权法案》(Digital Performance Right in Sound Recordings Act,简称“DPRA”)创设了对于通过信息网络传播录音制品的排他性权利,即 DPRSR。

2. 美国著作权法对 DPRSR 的内在限制。从前述 DPRSR 的创设背景和过程可以清晰地看出,美国法律对于 DPRSR 并非是作为自然权利加以保护,而是出于法律效果和社会效果的反复权衡,且一以贯之地注重其作为“分配知识产品权益”^⑦的制度,“在个人权利和社会福

③ “著作权是否是自然权利”这一问题,即是“为什么法律要将原本自由流动,可为任何人所免费使用的信息变成信息创作者所垄断的财产”的问题。王迁教授在查考了英国《安娜女王法》、美国《宪法》等文献,比较了“功利主义解释”和“自然权利解释”后,认为“自然权利说并不能对著作权法提供全面的正当性解释,在著作权法的规则日趋精细的今天更是如此……功利主义的正当性解释更符合现代著作权法的现实”。参见王迁《著作权法》,中国人民大学出版社 2015 年第 1 版,第 8~9 页。

④ See The Senate Report on the Digital Performance Right in Sound Recordings Act of 1995, Senator Orrin Hatch, August 4, 1995.

⑤ See AFM Media Convergence and Performance Rights, Part 4, <https://internationalmusician.org/afm-media-convergence-part-4/>.

⑥ See The Senate Report on the Digital Performance Right in Sound Recordings Act of 1995, Senator Moorhead, October 11, 1995.

⑦ “围绕知识产品所产生的利益关系是知识产权法调整的核心。知识产权法实际上是一个分配知识产品权益的制度。”参见冯晓青《知识产权法的价值构造:知识产权法利益平衡机制研究》载《中国法学》2007 年第 1 期,第 67~77 页。

利之间创设一种适当的平衡”^⑧,权利保护的下限是保证从业者的生计和创新激励,上限则是不影响作品的传播使用和消费者利益的实现。从这个角度,便不难理解其在创设 DPRSR 的同时,所附加的诸多权利限制。^⑨

这其中包含了豁免、法定许可和强制许可等知识产权法下常见的限制,^⑩更重要的则是其中还包含了若干与竞争关注有密切关系的内在限制。具体有如下几种:

(1) 独家许可限制。《美国著作权法》第 114(d)(3) 节规定,权利人“对任何交互式服务(商)进行的数字音频传播录音制品表演权(即 DPRSR)的独家许可期限均不得超过 12 个月,例外情况是,对拥有著作权量不超过 1000 首录音制品的许可人而言,上述独家许可期限不得超过 24 个月;且该等被许可人在上述独家许可期满后 13 个月内不得再次就同一曲库取得该独家许可”,如果除非该许可人在同一时期已经且仍保持对至少 5 家不同的交互式服务商提供了许可,且每家许可的录音制品数量不少于许可人拥有著作权的全部录音制品的 10% 且绝对数量不少于 50 首,或该独家许可仅用于完全为录音制品推广之目的进行的最长 45 秒的公开表演,则不受上述独家许可期限的限制。

(2) 差别待遇限制。《美国著作权法》第

114(h) 节规定,“如果录音制品著作权人许可其关联实体以数字音频传播录音制品表演权(即 DPRSR)则权利人应以不逊于该许可协议的条件向其他所有无实质性差异的提供类似服务的善意实体提供许可机会”,除非其关联实体是交互式服务商或仅用于完全为录音制品促销之目的进行的最长 45 秒的公开表演。

(二) 美国 DPRSR 制度中的著作权利益平衡机制

美国 DPRSR 制度通过“护权”和“限权”结合模式,为 DPRSR 的行使划定了边界,建立起了有效的著作权内在利益平衡机制,从而有力预防了权利的滥用、保障了立法目的的实现。

1. 著作权利益平衡机制及其必要性。利益平衡原则是知识产权法律制度的基本精神,包括著作权在内的知识产权制度保护相关权利仅是实现制度最终目标的手段。比如不创设知识产权并加以保护,则创新热情低迷最终影响社会公共利益的实现;但“知识产权的保护与权利行使,目的在于促进技术的革新、技术的转让与技术的传播,以及以有利于社会及经济福利的方式去促进技术知识的生产者与使用者互利”,^⑪片面强调权利保护而不加以必要的限制和修正,则很可能使知识产权的行使背离其设

⑧ “每个社会秩序都面临着分配权利、划定权利范围、使一些权利与其他(可能抵触的)权利相协调的任务。共同福利或共同利益这一术语是一个不无用途的概念工具,它意味着在分配和行使个人权利时决不能超越的外部界限,否则全体国民就会蒙受严重损害。在个人权利和社会福利之间创设一种适当的平衡,乃是有关正义的主要考虑之一。”参见[美]E·博登海默《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社 1999 年版,第 298 页。

⑨ Moorhead 议员在其就此向美国国会提交的报告中再三强调利益平衡机制,例如“it is important to strike a balance among all of the interests affected thereby. That balance is reflected in various limitations on the new performance rights that are set forth in the bill's amendments to section 114 of title 17”. See The Senate Report on the Digital Performance Right in Sound Recordings Act of 1995, Senator Moorhead, October 11, 1995.

⑩ 参见《美国著作权法》第 114(d)(1) 节、第 114(d)(2) 节和第 115(a) 节,数字传播行为在第 114(d) 节中被分为三个层级:(1) 对非交互式且属于非订阅广播传播或符合特定条件的非订阅广播传播的转播行为加以豁免;(2) 对不符合条件(1)但满足特定要求的非交互式传播行为授予法定许可;(3) 其他数字传播行为(主要是交互式服务)需取得单独许可。第 115(a) 节规定了对于已经合法发行的非戏剧唱片,其他人可以依法定程序和条件取得制造和分销唱片(含数字传播)的强制许可。该法对交互式服务许可格外严格的原因,是交互式服务是“所有新型数字传播技术中最有可能对传统唱片销售行业造成冲击的”。1998 年的《数字千年版权法案》将部分非订阅式传播纳入到权利保护范围。

⑪ 参见世界贸易组织《与贸易有关的知识产权协定》第 7 条。

置初衷 构成知识产权滥用。^⑫ 著作权作为知识产权 因而也必须通过“护权——限权”双管齐下 从“使用”和“费用”两个层面 实现内部的、自我的利益平衡 才能确保立法目的的实现,^⑬ 否则就可能产生系统性损害。

2. 美国 DPRSR 制度中的多维度利益平衡机制。上文所述 DPRSR 制度中的一般性权利限制较易理解 本文着重分析与竞争关注有关的相关权利限制。作为 DPRA 法案发起人之一的 Moorhead 议员在其就此向美国国会提交的报告中解释 第 114(d)(3) 节的目的 是为了消除关于独家许可“可能限制音乐作品的传播和阻碍交互式服务的发展”的顾虑 防止录音制品著作权人成为音乐作品表演的“守门人”(Gatekeeper)^⑭ 此外 美国国会图书馆^⑮ 和美国

学者^⑯的有关文献也表达了相同的观点 即该项限制旨在防止大型唱片公司垄断下游市场。第 114(h) 节的目的 则是为了“解决音乐公司和订阅服务公司之间的纵向一体化(Vertical Integration) 的问题”。^⑰

通过完备、明确的法律规定 这一利益平衡机制有效地防止了 DPRSR 滥用可能导致的竞争性和非竞争性损害。但是这样的法律条文之所以能够形成 其背后却需要多维度的有力支撑。除《美国著作权法》立法目的的明确要求^⑱ 外 还需要倚靠行业利益共同体的存在和充分博弈 以及完善的立法参与和诉求表达机制。在 DPRA 立法过程中 Moorhead 议员鼓励各利益相关方之间及与下设委员会(Subcommittee) 充分合作 以达成一致;^⑲ 在立法过程中 美国唱

⑫ 关于知识产权滥用的概念 费安玲教授认为,“知识产权的行使是权利人在设权目的所许可的范围内按照自己的意志利用和支配知识产权的行为。而知识产权滥用则系指权利人以违背社会与经济目的(该目的是法律对之进行保护的缘由)的方式来利用行使被法律确认的权利。也就是说 权利人以追求不同于法律预设的目的和法律制度所保护的利益来行使权利时 即构成权利滥用。”参见费安玲《论防止知识产权滥用的制度理念》,载《知识产权》2008 年第 3 期,第 3~10 页。

⑬ 立法者在设计财产权利时应以社会福利的最大化为目标。在知识产权领域追求这一目标 便要求立法者在以排他性权利之力激励发明与艺术作品创造时 对这种权利限制公众享用那些创造物的倾向予以控制 并力求在二者之间实现一种最佳平衡。参见[美]威廉·费歇尔《知识产权的理论》,黄海峰译,载刘春田主编《中国知识产权评论》(第 1 卷),商务印书馆 2002 年版,第 2 页。

⑭ See The Senate Report on the Digital Performance Right in Sound Recordings Act of 1995, Senator Moorhead, October 11, 1995.

⑮ 在美国国会图书馆(国会的研究服务中心)向议会提交的报告中指出第 114(d)(3) 节旨在防止录音制品著作权人成为垄断性的守门人(monopolistic gatekeeper) 和限制公共表演机会。See Copyright Issues in Online Music Delivery, Robin Jeweler the Legislative Attorney, American Law Division, June 4, 2002. <http://congressionalresearch.com/RL31029/document.php>, 访问日期:2017 年 7 月 23 日。

⑯ “The 1995 Act also put restrictions on the exclusive licensing agreements between copyright owners and interactive services. The purpose of these restrictions was to prevent the major record labels, which hold the rights to 90% of the popular sound recordings in the United States, from monopolizing the market for interactive digital performances.” See From Broadcast To Webcast_ Copyright Law And Streaming Media, Matt Jackson, Texas Intellectual Property Law Journal, Spring 2003. <http://www.tiplj.org/wp-content/uploads/Volumes/v11/v11p447.pdf>

⑰ See The Senate Report on the Digital Performance Right in Sound Recordings Act of 1995, Senator Moorhead, October 11, 1995.

⑱ 参见美国《宪法》第 1 条第 8 节 “To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries” 这同时也是置于《美国著作权法》文首的立法目的。

⑲ See Statement of Congressman Moorhead, El731, or Statement of Marybeth Peters the Register of Copyrights before the Subcommittee on Courts and Intellectual Property Committee on the Judiciary, June 28, 1995. <https://www.copyright.gov/docs/regstat52500.html>, last visit on July 23, 2017.

片业协会(RIAA)、美国作曲家作词家及音乐出版商协会(ASCAP)、美国国家音乐出版商协会(NMPA)、广播音乐公司(BMI)、美国国家广播商协会(NAB)、国际有线广播技术公司(ICI)、美国国会图书馆版权注册官,以及美国和加拿大录音音乐家协会(RMAUSC)等均派出单位主要负责人参与了立法听证并提供意见。此外,各利益相关方还通过参加官方和自行组织的会议进行了多次讨论,部分利益相关方还对法案提出了进一步的修正案。^②

由此,美国DPRSR制度折射出,完善有效的著作权内在利益平衡机制应当兼具法律条文的“表”和立法机制的“里”。于“表”能够合理地配置权利义务,对著作权既加以完善的保护同时又限制违背“创新、效率和社会公共利益”这一最终目的的滥用行为;于“里”则有推动上述权利义务关系“与时俱进”、不断实现“动态平衡”的各方力量和沟通机制。

二、内在利益平衡机制失灵与反垄断法的介入

关于知识产权的权利限制,既有来自知识产权自身规范的内部限制,也有来自民法基本原则和竞争法等的外部限制。如前所述,作为知识产权法律制度的著作权法和反垄断法是实现共同法律目标的不同手段,具有互补关系,这种“共同”“不同”“互补”构成了反垄断法在必要情况下介入的理据、条件和限度。

(一) 内在利益平衡机制失灵的情形及其损害

1. 内在利益平衡机制失灵的情形。在知识产权人的个人利益与社会公共利益平衡的过程

和目标中,知识产品的生产与促进知识产品的传播和利用之间平衡是关键性内容。知识产权法只有在对利益平衡目标的不断追求中,才能实现对社会资源最合理的配置,从而做到既充分激励知识产权人从事知识创造,又保障公众对知识产品的获得与利用。在确定合理的利益平衡点方面,基本的原则是平衡点的确定取决于利益主体当事人之间对利益的估价、选择以及价值取向。在下限方面,知识产权法对知识产权人赋予的专有权利必须能够激发其从事知识创造的热情;在上限方面,这种权利的赋予却不能阻碍社会公众对知识产品的合理需求,也不能社会公共利益。

既然著作权内在的利益平衡机制包含“护权——限权”两个方面,相应地,其失灵也可分为“护权失灵”和“限权失灵”。所谓“护权失灵”,是指著作权法对权利的创设和保护不力,对创新的激励和奖酬作用不足,进而影响到新作品产出和社会公共利益的实现;所谓“限权失灵”,是指著作权法对著作权滥用的自我限制阙如,致使权利行使偏离其创设目的,在“使用”或“费用”上出现了问题,限制传播、降低效率,最终不利于行业长远发展以及消费者利益和社会公共利益的实现。

2. 内在利益平衡机制失灵的系统性损害。内在利益平衡机制失灵产生的将是系统性的损害,虽然这些损害最终都归结为著作权法立法目的和其所追求的社会效果的损抑,但是其损害机理和对应的调整思路却不尽相同。

对于“护权失灵”,其损害机理在于产权激励不足,^③由于“搭便车”的便利,致使著作权人

^② See The Senate Report on the Digital Performance Right in Sound Recordings Act of 1995, Senator Moorhead, October 11, 1995.

^③ “Antitrust and intellectual property are properly perceived as complementary bodies of law that work together to bring innovation to consumers.”参见美国司法部和联邦贸易委员会: Antitrust Enforcement And Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition(2007)第1页。

^④ 诺贝尔经济学奖得主道格拉斯·诺思认为“产业革命不是世界经济增长的原因,经济增长的关键在于制度因素,特别是确立财产所有权的制度。因此,必须设立有效率的产权制度,使个人的收益率与社会收益率接近于相等以刺激和促进人们去从事合于社会需要的活动。”参见《诺贝尔经济学奖得主讲演集》,内蒙古人民出版社1998年版,第66页。

无法有效弥补其创作活动所付出的成本,^{②③}并取得足以使其“天才之火”持续燃烧的“利益之薪”。^{②④}一般而言,著作权内在利益平衡机制中的“护权失灵”较难通过外部平衡机制的介入予以纠正。

对于“限权失灵”,其损害机理在于内在权利限制不足,^{②⑤}使著作权的行使偏离甚至违背其“为了产生更大的公共利益”的制度目的。^{②⑥}同时,由于著作权本身的性质是垄断权(exclusive right),即从法经济学的角度,著作权本身存在是具有一定的社会成本的,在不存在更大利益予以弥补的情况下,其成本本身就意味着损害。“限权失灵”一般可以通过外部平衡机制的介入予以纠正。

根据是否会产生竞争损害,“限权失灵”的损害又可以进一步分为非竞争性的损害和竞争性的损害,即著作权的滥用同时是否会产生排除、限制竞争的效果。对于竞争性的损害部分,属于反垄断法的调整范围,通过反垄断法介入加以纠正具有合理性、可行性和必要性。

(二) 反垄断法介入的理据及其限度

从动态和长期上,包括竞争性“限权失灵”在内的著作权内在利益平衡机制失灵,通过著作权法的自我完善,建立起上文所述的法律条文和立法机制“一表一里”,才是最根本的解决方案,这是由著作权法和反垄断法“不同”的调整方法、直接目标和侧重点所决定的。

1. 反垄断法介入的理据。(1) 反垄断法介入的“合理性”。然而,从静态和短期上,由于

著作权内在利益平衡机制无法及时通过自我完善防止违背制度最终目的的情况的出现,具体到竞争性“限权失灵”所可能产生的竞争损害又意味着过高的社会成本和矫正难度,考虑到两部法律之间的“共同”目标和“互补”性,则反垄断法此时介入,是旨在维护自由公平竞争的同时,帮助知识产权法律制度得到正确的实施,从而实现其立法目的和内在机能。

(2) 反垄断法介入的“可行性”。值得一提的是,这决不是反垄断法的“越位”,而是上述竞争性“限权失灵”原本就属于反垄断法的调整范围。首先,知识产权能够作为,而且也越来越多地实际成为企业市场竞争的重要工具,行使知识产权的行为很大程度上同时也是竞争行为;同时,从另一个角度看,知识产权是一种财产权,并且和其他类型的财产权一样可能产生排除、限制竞争的效果,那么也应当与其他财产权一样,受到反垄断法的制约。其次,现有反垄断法框架能够完成这一任务,《反垄断法》第55条规定的附条件的知识产权适用除外制度,旨在为促进竞争、增进效率和有利于社会公共利益的符合知识产权制度目的的行权行为留下空间,但是对于违背知识产权创设初衷的知识产权滥用行为,这一适用除外的正当性不复存在,应将其视为一般垄断行为加以规制。

(3) 反垄断法介入的“必要性”。“国家运用公权力对市场失灵进行干预的法律,其产生源于市场对自身能力局限的克服困境和民法与

^{②③} 波斯纳指出,厂商如果预测其发明成本无法得到补偿,那么从一开始就不会进行发明活动。参见[美]理查德·A·波斯纳《法律的经济分析》,蒋兆康译,中国大百科全书出版社1997年版,第47页。

^{②④} “added the fuel of interest to the fire of genius”,参见亚伯拉罕·林肯:Lecture on Discoveries and Inventions, <http://www.abrahamlincolnonline.org/lincoln/speeches/discoveries.htm>,访问日期:2017年7月23日。

^{②⑤} “对知识产权的限制制度,主要是‘合理使用’‘法定许可使用’‘强制许可使用’等制度。也就是说,法律把原本赋予知识产权权利人的某些权利领域,通过设立权利限制制度,同时赋予了公众,使其得以与权利人共享。”参见刘春田:《知识产权解析》,载《中国社会科学》2003年第4期,第109~121页。

^{②⑥} “Regardless of the term used for them, we prefer to regard IPRs as instruments of public policy which confer economic privileges on individuals or institutions solely for the purposes of contributing to the greater public good. The privilege is therefore a means to an end, not an end in itself.” See Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy, Commission on Intellectual Property Rights, September 2002, http://iprcommission.org/papers/pdfs/final_report/ciprfulfinal.pdf, last visit on July 23, 2017.

行政法的功能局限。”^{②7}在著作权内在利益平衡机制有效的情况下,并不会对反垄断法的法益造成威胁,但是在竞争性“限权失灵”下,如果反垄断法再逡巡不前,则反垄断法的法益势必受到损害。所以这已经不仅仅是反垄断法要帮助著作权法实现后者的立法目的的问题,同时也是反垄断法自身所保护的法益正岌岌可危,反垄断法在此时必须发挥“保险绳”的作用。

2. 反垄断法介入的范围、程度和方式。反垄断法对著作权内在利益平衡机制的介入,虽然有其上述合理性、可行性和必要性,但是作为公权力对私权利的介入,仍然必须坚持“适度原则”,讲究介入的范围、程度和方式。

在介入的范围上,仅有在竞争性“限权失灵”的情形下,并且介入矫正成本低于相关著作权滥用行为可能产生的损害的情况下,反垄断法的介入才是正当的、经济的。对于“护权失灵”和不产生竞争损害的“限权失灵”,并不属于反垄断法的调整范围。

在介入的程度上,仅以消除竞争损害为限。消除竞争性“限权失灵”可能导致的竞争损害,而保护反垄断法法益正是反垄断法介入的必要性所在,反垄断法的介入程度也应限于此。

在介入的方式上,应总体上“采用与其他财产性权利相同的规制标准,遵循《反垄断法》的基本分析框架”,^{②8}在具体竞争分析中考察著作权可能对竞争效果产生的影响。

三、对我国相关领域竞争执法的启示

反垄断法对著作权内在利益平衡机制失灵的介入,依其介入的法律基础、调整方式和法律责任等不同,可以分为公共执行介入和私人执行介入。私人执行介入归于民事诉讼法律程

序,不仅因“不告不理原则”限制了救济范围,且民事责任的补偿性也难以弥补垄断行为带来的社会损害,以个案进行矫正的方式成本又过于高昂。相比之下,反垄断法的公共执行表现为以国务院反垄断执法机构作为主体,通过行政调查等方式加以介入,具有执法资源丰富、执法能力强、法律责任完善、纠正效果充分等特点。

(一) 我国相关领域存在的竞争隐患

著作权内在利益平衡机制的重要性,以及其失灵可能产生包括竞争损害在内的系统性损害的原理,在中美两国乃至世界主要国家均是通用的。美国 DPRSR 制度中对于“如果不附加相关限制,就可能因 DPRSR 的滥用而造成有关竞争损害”的分析逻辑,也是值得我们借鉴的。

1. 知识产权内在利益平衡机制对比评析。尽管中美著作权法律制度的具体权利称谓存在一定的差异,但是从法所调整的社会关系进行对比可以发现,DPRSR 与我国《著作权法》第10条第(12)项规定的“信息网络传播权”^{②9}存在高度的对应关系。

进一步以 DPRSR 制度为参照,对比我国关于信息网络传播权的内在利益平衡机制的构建,我们发现后者在整体上是存在基本的“护权——限权”模型的,但是在竞争性限权失灵的防范方面存在不足。

在《著作权法》层面的一般知识产权保护和限制基础上,《信息网络传播权保护条例》(以下简称“《条例》”)进一步对保护和限制作出了细化。《条例》主要通过第2条、第4条和第5条明确规定了信息网络传播权的保护范围,基本涵盖了信息网络传播权的各种使用方

^{②7} 参见李昌麒、应飞虎《论经济法的独立性——基于对市场失灵最佳克服的视角》,载《山西大学学报(哲学社会科学版)》2001年第3期,第31页。

^{②8} 参见《国务院反垄断委员会关于滥用知识产权的反垄断指南(征求意见稿)》第1条。

^{②9} 《美国著作权法》第106节规定,“Subject to sections 107 through 122, the owner of copyright under this title has the exclusive rights to do and to authorize any of the following: …… (6) in the case of sound recordings, to perform the copyrighted work publicly by means of a digital audio transmission.”《中华人民共和国著作权法》第10条规定“著作权包括下列人身权和财产权: ……(12) 信息网络传播权,即以有线或者无线方式向公众提供作品,使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品的权利……”。

式;另一方面,《条例》第6条至第9条等条款对信息网络传播权作出了一定的限制,但基本上是知识产权一般性限制的具体化,例如法定许可和合理使用等。此外,《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》对司法程序中涉及的相关问题认定和处理也作出了一些细化规定。

对于 DPRSR 制度所警惕的“独家许可”和“差别待遇”导致竞争损害的问题,并未在上述法律规定中得到解决,尽管《条例》第3条原则性地规定了“权利人行使信息网络传播权,不得违反宪法和法律、行政法规,不得损害公共利益”,但实际上仍然较为笼统,缺乏可执行性。

除法律条文层面的“表”以外,更重要的是,完善有效的著作权内在利益平衡机制还需要法律宗旨的明确指引、行业利益共同体的存在和充分博弈,以及完善的立法参与和诉求表达机制的“里”作为稳定支撑,否则不仅难以形成成文的符合平衡要求的法律规则,更难以可持续地保障法律规则与时俱进。

值得欣慰的是,《著作权法》和《条例》均已明确将“鼓励有益于社会主义精神文明、物质文明建设的作品的创作和传播”作为其立法宗旨^③,使得完善立法中对信息网络传播权的相关必要限制有据可循。尽管我们并不赞成完全照搬美国的立法模式和程序,但也确有必要提高利益相关团体在立法过程中的参与程度,使其充分地表达利益诉求,这是实现利益平衡的重要条件,却绝非一日之功。

因此,在信息网络传播权可能通过“独家许可”和“差别待遇”造成垄断问题这点的认识和应对上,目前国内著作权法律体系的内在利益平衡机制尚显不足,相关竞争损害难以通过著作权法的内部调整得以及时、有效避免。

2. 内在利益平衡机制失灵导致的竞争隐患。正如上文分析,著作权内在利益平衡机制存在失灵,则可能产生系统性的损害。我国相关著作权法律体系中,对信息网络传播权的内

在利益平衡机制存在的上述不足,造成了在信息网络传播权行使过程中,可能存在偏离立法宗旨、滥用权利而造成竞争损害的隐患。

以 DPRSR 指向的录音制品为例,如果录音制品的信息网络传播权权利人偏离“鼓励有益于社会主义精神文明、物质文明建设的作品的创作和传播”这一权利设置的宗旨和知识产权法的立法目的行使权利,狭隘地将知识产权作为谋取竞争优势的工具,而不顾相关行为可能对消费者、作品创新和传播、行业健康发展以及社会公共利益可能产生的损害,则构成知识产权的滥用,不应受到知识产权法的“过度保护”。

而该等滥用知识产权行为的具体表现形式,可能是没有合理理由,拒绝许可通过信息网络传播录音制品的服务商使用相关作品,或者对交易条件实质相同的潜在被许可人实施差别待遇(这两种情形正是美国著作权法在创设 DPRSR 时就已经想到并加以预防的)。上述相关行为,在权利人一旦被认定为具有市场支配地位的情形下,则构成典型的滥用市场支配地位行为,对相关市场竞争具有严重的损害。

(二) 我国反垄断执法机构应当发挥“保险绳”作用

对于我国相关领域中,上述潜在的竞争损害,作为著作权内在利益平衡机制失灵的结果,根本上和长远上应当由著作权法通过修法来加以避免,这显然需要时间。同时,这并不意味着我们可以坐视市场竞争损害发生而无所作为,因为维护竞争、增进效率、保护消费者福利、实现社会公共利益同时也是反垄断法的立法宗旨,以及法律赋予反垄断执法机构的崇高使命。

从竞争政策和知识产权政策的关系上来看,反垄断法在这种情况下的介入,也是帮助著作权法实现其自身立法目的所必要的。从知识产权法“促进竞争和创新”的目标出发,假如竞争政策阙如,运用乃至组合运用不同的经济政策,其结果就是在不同的市场主体、行业、区域之间不公平地配置资源,引发并加剧不公平竞争。可

③ 参见《中华人民共和国著作权法》第1条和《信息网络传播权保护条例》第1条。

见 若无竞争政策的指引或约束 政府运用其他经济政策可能会引发消极的市场竞争效果。

在我国信息网络传播权相关著作权内在利益平衡机制尚不完善的情况下,反垄断法就是保护市场竞争、效率和社会公共利益不受损害的最后一道防线,具体到其执行则尤以公共执行最为合理、有效。因此,反垄断执法机构应当发挥保护市场竞争、消费者利益和社会公共利益,不受信息网络传播权滥用所可能构成的垄断行为损害的“保险绳”作用。

结合《国务院反垄断委员会关于滥用知识产权的反垄断指南(征求意见稿)》的精神和思路,尽管在进行相关分析时需要考虑信息网络传播权作为知识产权,其行使的具体行为对竞争产生影响的机理,但是在反垄断执法机构对相关行为的市场界定、市场支配地位、竞争影响

和合理理由的分析,应完全运行在一般的反垄断法分析框架内,适用与其他财产权相同的分析认定标准。信息网络传播权作为知识产权的各项特殊性,仅仅是有关分析过程中具体事实对竞争产生影响的机理的考虑因素,而并不足以构成当其产生与一般财产权相同的竞争损害时,反垄断法对其“从轻发落”或“投鼠忌器”的理由。

综上所述,一旦我国相关领域因著作权内在利益平衡机制的不足,而出现了滥用信息网络传播权拒绝交易或实施差别待遇等垄断行为,则反垄断执法机构具有进行调查处理的合理性、可行性和必要性。其调查和处理应遵循一般反垄断法的分析框架和标准,根据具体情况对竞争造成的影响,以消除竞争损害,实现反垄断法和知识产权法的共同宗旨。

The Copyright Internal Interest Balancing Mechanism and Intervention of Anti - Monopoly Law : Enlightenments from American Digital Performance Rights in Sound Recordings Mechanism

Shi Jianzhong

Abstract: Anti - monopoly and protection of IPR are both just the methods of realizing their common goal , they are not by themselves the ultimate goal. With respect to the Copyright Legal System , it is reflected through the establishment of a perfect internal interest balancing mechanism , which shall contain a “protection - restriction” structure in order to prevent copyright from being abused when protecting such IPR. The DPRSR system in the US Copyright Law has set an excellent example for this , while the counterpart in China , i. e. the right to network dissemination of information system is yet to be developed. In the case where the copyright internal interest balancing mechanism is not working properly , different types of malfunctions may lead to different kinds of damages. Among which , for those may lead to competition damage , Anti - monopoly enforcement agencies shall timely intervene when necessary , in order to prevent the market competition and consumer interest from being jeopardized by the abuse of copyright , as well as to ensure the realization of the common goal of Anti - monopoly and protection of IPR.

Keywords: right to network dissemination of information; internal interest balancing mechanism; competition damage; anti - Monopoly enforcement

(责任编辑: 刘宇琼)