

# 著作权集体管理组织垄断与竞争模式之优选

陈俊秀 董文博

著作权集体管理，是指著作权人和与著作权有关的权利人把自己享有而又难以行使和主张的著作权和与著作权有关的权利授权给依法成立的组织，以该组织的名义行使这些权利的制度。

著作权管理的雏形是仅存在于著作权人与使用人之间的双边关系，这仅仅是一种个别管理(individual management)，因为每个人都是自己利益的最大维护者，所以著作权人自己可以决定如何利用著作权，或者允许、禁止第三人行使权利。随着“个别管理”的发展，当著作的利用形式多样、利用人数众多且遍布世界各地时，若是权利人的著作权遭到侵害，其意欲迅速知晓且做出反应更是难上加难。为使著作权人不致捉襟见肘，著作权集体管理制度应运而生。

## 一、两种模式，莫衷一是与舶来品的水土不服

纵观世界各国，对于最优选择的说法莫衷一是。以北美为代表的国家崇尚竞争，显而易见，他们并未将集体管理组织特殊化，只将其当作普通的私人实体，像其他公司一样，弱肉强食。他们强调集体管理组织之间以及著作权人与集体管理组织之间的竞争，同时辅助以适当的行政和司法介入。站在其对立面的的是以欧洲大部分国家为代表的国家，他们故意为之，或者事实上形成了著作权集体管理组织的垄断地位，然后利用法律或者政治制度对其特殊地位采取严厉的限制。时至今日，对于这两种泾渭分明的模式何者更优，国际理论界仍各执一词。

作者单位：哈尔滨商业大学法学院

常青：《论著作权集体管理制度：法经济学的视角》，《法学杂志》2006年第6期，第103-105页。

European Commission, Practical Guide to Copyright for Multimedia Producers p.22-23.

聂鑫、郑伦幸：《论数字时代著作权集体管理》，《求索》2012年第6期，第222页。

Emily Lui, "The Eurovision Song Contest: A Proposal For Reconciling The National Regulation of Music Collecting Societies and The Single European Market", Entertainment Law Review, 2003, p.75.

Stanley M. Besen, "An Economic Analysis of Copyright Collectives", 78 Va. L. Rev. 383, February, 1992, p.398.

Daniel J. Gervais, Canada Report, p.24-26.

在《著作权集体管理条例》(以下简称《条例》)第7条中的部分内容中可以明显看出,我国对于著作权集体管理组织模式的天平已经向“垄断”倾斜。我国是按不同种类的著作权进行垄断的集体管理,这与我国最早设立“中国音乐著作权协会”,后又设立其他门类的著作权协会的实际做法相吻合。

著作权集体管理制度作为一个舶来品,漂洋过海来中国仅仅10余载。“独在异乡为异客”,在面对一个泱泱大国的复杂的社会环境,显得有些无所适从。新中国成立以来,第一个著作权集体管理组织——中国音乐著作权协会仅仅成立22年有余,因此,有大量的弯路和坎坷等着年轻的著作权集体管理组织去经历。除去建立时间比较短,缺乏结合中国特点的实践经验等外在的因素,由我国选择的垄断模式衍生出来的著作权集体管理组织的垄断行为所导致的问题已亟待解决。

对于我国支持“著作权集体管理组织成为垄断组织”的理由,大致可以整理出“可以有效地促进作者共同体的整体利益”、“集体管理组织之间的竞争可能造成一定程度的‘浪费’”、“垄断规模本身对垄断组织就意味着效率”几个观点。上述观点,均有难以自圆其说的理论缺憾。首先,理想的集体管理组织可以有效地促进著作权人的整体利益,但现实是一旦拥有垄断地位,就很容易深陷官僚主义的漩涡,甚至沦落为少数人攫取暴利的工具。在这种现实背景下,立法者仍不惜牺牲人民的利益来维护集体管理组织的垄断地位,不得不让人对其正当性表示怀疑。其次,针对“集体管理组织之间的竞争可能造成一定程度的‘浪费’”这一事实,笔者认为,这是社会化大浪潮中不可避免的牺牲。更何况,权利人为了使得自己利益最大化,自愿展开竞争,即使造成一定程度上的浪费,那也是保持著作权集体管理制度效率和公正的正常成本。有明确的数据佐证,以美国的BMI和ASCAP为例,其管理成本与总收入的比例为18%-19%,低于国际集体管理组织的平均管理成本水平的20%;其管理成本与国内收入的比例与国际水平相同,都为26%。以北美为代表的采取自由竞争模式的国家,其著作权集体进行管理的成本更低,相应的管理费用必不会高。但是,垄断行业的成本又是最难估算的,因为没有独立的会计或审计部门告诉我们垄断行业的成本到底是如何构成的,只知道垄断造成的社会成本是极其巨大的。再次,任何垄断组织为了维持自己的垄断地位都会以避免效率降低当作借口来进行辩护。垄断与竞争天生是一对矛盾,竞争成就辉煌,垄断滋生温床。由于没有竞争对手,因此免去了竞争压力,但同时也失去了发展动力,加之缺乏有力的外部制约监督机制,垄断性行业的效率往往难以令人满意,经常会违背市场法则、侵犯权利人权利。这是一条规律,中国与外国都一样,各行各业也一样。

徐剑、蒋宏:《中国传媒业著作权集体管理的构建及发展》,《新闻记者》2005年第3期,第44页。

Martin Kretschmer: "The Failure of Property Rules In Collective Administration: Rethinking Copyright Societies As Regulatory."

崔国斌:《著作权集体管理组织的反垄断控制》,《清华法学》2005年第2期,第6页。

UK MMC Report, Appendix 9.7- "Comparison of overseas societies cost/revenue ratio".

雁宁、梁彦军文:《评论:垄断的危害到底有多大》, <http://finance.sina.com.cn/d/52415.html>, 新浪网, 2015年1月20日访问。

## 二、垄断之流弊，竞争之活水

著作权集体管理组织的垄断行为是知识产权界的“冰魄银针”，可以同时击中多个目标，既会对使用者的权利造成损害，也会对著作权人的利益形成威胁。

### （一）垄断行为之损害著作权人利益篇

#### 1. 独占性授权——强制转让未来作品

从《条例》第20条的规定可以看出，我国赋予了著作权集体管理组织以独占性授权的权利。实践中，我国各个著作权管理组织也都在章程或合同中规定“将全部现有和今后创作的作品向协会登记”。这就意味着，一旦入会，著作权人便在一定程度上失去了自由，意欲转移部分作品的权利，却连带出卖了之后的一系列作品的权利，不得不称其为代价。如此一来，著作权人失去了控制新诞生作品的权利，其他诸如版权代理公司的著作权中介组织也无法获得作者授权，唯一的途径就是通过著作权集体管理组织申请获得许可使用权。这样一来，极大地限制了著作权人和著作权中介组织参与著作权许可市场的竞争。

#### 2. “一年后生效”——限制会员退会自由

根据《中国音乐著作权协会章程》规定：“会员有退会自由……但在协会收到书面通知一年后生效。”看似并未限制自由，实则不然。举例分析，王某创作的一首歌一夜爆红，他可以充分利用市场机制马上高价进行专有授权，实现自己的利益最大化，但试想，如果他是音乐著作权协会的会员，由于是独占性授权，所以丧失了这样处分自己作品的权利，小王还可以退会，但是至少一年内，只能按照音乐著作权协会制定的许可费进行普遍授权。但流行音乐的第一年却是利润最丰厚的时期。由此可见，会员并没有享受到充分的退会自由，看似自由，实则对权利人的利益有极大的损害，也会因此使得该作品无法公平地参与市场竞争。

### （二）垄断行为之损害使用人利益篇

由于著作权集体管理组织的特殊地位，制定合同和收取费用都不是双方坐下来平等协商，为了节约谈判成本，收取许可费的标准是由组织单方制定的，但是不论是依据还是标准都缺乏透明性。这样的现状显然不合法理的要求，著作权集体管理组织并不是政府的部门，因此不存在行政收费的可能，既然是民事收费，双方理应达成合意，事实却是著作权管理组织单方制定收费标准，使用者只可以表示接受或者拒绝的意思表示。若使用者想要另辟蹊径，基本不可能实现，因为我国的著作权管理组织具有垄断地位，除非放弃使用，否则就必须接受定价。这是赤裸裸的价格垄断，使得著作权集体管理的市场竞争不复存在，相关市场活力岌岌可危。而高额的许可费必会转嫁到最终消费者身上，这个连锁反应的苦果将由消费者买单。

## 三、设立的自由、开放的市场及法律的完善

对于集体管理组织之间自由竞争，虽然政府部门目前持相反态度，但笔者认为在集体

参见《中国音乐著作权协会章程》第14条，<http://www.mcsc.com.cn/information.php?partid=21>，中国音乐著作权协会网，2015年1月20日访问。

管理组织之间引入竞争机制，却是防止其滥用垄断地位的良方之一。政府显然是想规范著作权集体管理市场，因势利导，但是殊不知赋予著作权集体管理组织以垄断地位，赋予其独占性授权却并非解决问题的必要手段，更非最佳手段。从逻辑上讲，垄断和规范市场，保护著作权人的利益与垄断是格格不入的。因此，笔者认为，我国没有理由在著作权垄断组织的治理方面预先排除竞争，相反，应当从制度上保证著作权集体组织设立的自由，保持集体管理市场的自由和开放。

### （一）引入竞争机制

法律应该消除集体管理组织设立过程中的人为障碍，促进集体管理组织之间的竞争。

1. 设立阶段：降低市场准入门槛。对于著作权集体管理组织的设立目的无需限定盈利与否，也无需设立严格的审批制度，《条例》中“不许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”的要求也应删除。这样，多种集体组织形式都可纳入麾下管理，更添加了市场的竞争活力。

2. 授权方式和种类：非独占性授权。权利人必须对著作权管理者享有自由选择权，这样会促使著作权中介团体在竞争条件下提供更有效率的著作权管理服务。由于集体管理机构的垄断性，比较容易产生对著作权人的损害。这时需要著作权人参与其中，形成合作均衡的结果，以便使得著作权人的利益最大化。

### （二）相关法律法规的完善

尼尔·麦考密克曾经说过：“就出台法案、做出行动、提出主张和予以反驳这些活动来说，公众都需要就他们的所作所为提出法律上的理由。”诚然，为了打破垄断现状，将所有希望都寄托在竞争两个字上是远远不够的。此时，配套的法律制度应该及时跟进，赋予其强制力，否则只能是纸上谈兵。

#### 1. 我国《著作权法》的完善

我国《著作权法》已历经两次修改，目前仍在完善。著作权法修改（第三稿）虽然细化了关于著作权集体管理组织的规定，但是很难面面俱到。关于著作权集体管理组织的设立方式、业务范围、权利义务以及著作权许可使用费的收取和分配，对其监督和管理，授权使用收费标准异议裁定等并未规定，尤其是著作权集体管理组织的设立方式特别重要，关乎竞争机制的采纳与否。因此，《著作权法》第三次修订迫在眉睫，应尽快以法律的形式保障著作权集体管理服务市场的自由竞争，减少政府部门的干预。

#### 2. 我国《反垄断法》的完善

我国《反垄断法》从颁布伊始便褒贬不一。可是它的积极作用也是有目共睹的，至少为著作权集体管理组织的反垄断规制提供了原则性的法律依据，美中不足之处就是对知识产权领域的控制只体现在第55条，并没有针对著作权集体管理组织专门的规定，更没有细化到如何操作。而且，虽然有法可依，但各部门规章法律层级低，且各扫门前雪，没有形成体系，故而对著作权集体管理组织垄断行为的规制指导性较弱。所以，我们要积极推动诸如《关于知识产权反垄断执法指南》等一系列实施细则或司法解释的制定和实施，进一

Torben TOFT, Collective Rights Management in the Online World: A Review of Recent Commission Initiatives, 2006.

常青：《论著作权集体管理制度：法经济学视角》，《法学杂志》2006年第6期，第105页。

[英]尼尔·麦考密克：《法律推理与法律理论》，姜峰译，法律出版社2005年版，第17页。

步细化操作，使《反垄断法》更好地发挥其应有的作用，使相关法律法规形成一个完整体系，让其发挥最大效用。

综上，中国应该选择以自由竞争为基础辅以必要的法律干预的治理模式。诚然，事物的发展变化都要经历循序渐进的过程，著作权集体管理制度的转变也不可能一蹴而就。从极端的垄断到完全的放开，是一个由此及彼的过程，反垄断法的基本原则普适于市场经济，在这种趋势下，相信著作权集体管理市场的竞争会成为一种常态。

## 知名商品特有包装装潢的竞争法保护

——以最高人民法院 2015 年第 47 号指导案例为例

黄 军

### 一、问题的提出

根据我国《反不正当竞争法》第 5 条第 2 项之规定，商品经营者在其经营活动中不得擅自使用其他经营者知名商品所特有的名称、包装、装潢，或者使用与知名商品近似的名称、包装、装潢，擅自使用以致造成和他人知名商品相混淆而使购买者误认为是该知名商品，其将构成仿冒行为（或称欺骗性交易）。然而在侵犯知名商品特有包装装潢的不正当竞争法和司法实践中，囿于这一条文的局限性，相同的案件其处理结果却大相径庭。故国家工商行政管理局在 1995 年发布了《关于禁止仿冒知名商品特有的名称、包装、装潢的不正当竞争行为的若干规定》（以下简称《若干规定》），最高人民法院也在 2007 年颁布了《关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》（以下简称《若干解释》）。《若干规定》和《若干解释》对知名商品特有包装装潢的竞争法保护中的知名认定、包装装潢的特有性以及混淆或者误认认定标准等问题有了进一步细化与补充。

一方面，正如国内有的学者所言，我国“保护知名商品特有的名称、包装、装潢的法律规定，已经初步形成体系”，这些为数不多的法律规定在侵犯知名商品特有包装装潢案件的不正当竞争执法司法实践中尤其是在法院审判中发挥了较为积极的作用。另一方面，法律概念本身具有不确定性的特征，在仿冒行为的法律规制中将不可避免使用到具有不确定性

作者单位：西南政法大学经济法学院

种明钊：《竞争法》，法律出版社 2008 年版，第 128 页。