

# 著作权延伸性集体管理制度何为

熊琦

**内容提要：**著作权延伸性集体管理作为应对大规模许可的制度工具之一，既非控制著作权交易成本的主要选择，亦无限制著作权人处分权的立法蕴意。我国试图通过移植延伸性集体管理来解决权利人无法维权和无法授权的问题，不但错误理解了延伸性集体管理的立法价值本意，还使制度移植脱离了其产生的特殊产业和社会背景。孤立地将延伸性集体管理引入我国，忽略其产生地的著作权产业形态和产业主体特点，更可能出现的只会是对著作权人利益的损害和对著作权市场机制的破坏。

**关键词：**著作权延伸性集体管理 著作权法修改 著作权许可 私人自治

**Abstract:** As one of the system tools to deal with large-scale licensing, extended collective copyright management system is neither the main choice to control the of copyright transaction costs, nor mean to limit the dispose right of copyright holder. The attempt to transplant the extended collective copyright management system to solve the problem of inefficient right protection and authorization of copyright holder not only misunderstood the legislative value intent of the system, but also separated the transplantation from the special industrial and social background of the system. The isolated introduction of extended collective management, ignoring the morphological characteristics of industry and the industrial body in the area where the system generated, is more likely to damage the interests of copyright holders and copyright market mechanism.

**Key Words:** extended collective copyright management; the amendment of copyright law; copyright licensing; private autonomy

## 一、问题的提出

所谓著作权延伸性集体管理，是一种在法定条件下将特定集体管理组织的作品许可规则扩大适用于非会员权利人（non-member right holder），以此扩大使用者获取作品的范围和降低分散许可交易成本的制度。在我国著作权法进入第三次修订进程后，著作权延伸性集体管理突然被加入立法规划中。在此之前，无论是立法者抑或产业界都从未将延伸性集体管理制度视为移植或研究的对象，第三次修法却在毫无征兆的情况下，以北欧诸国相关制度为模板，试图加入延伸性集体管理制度，保护“无维权意识、无立法话语权、无维权能力”的著作权人，

并以此破解使用者无法以合理成本获得海量作品授权的困境。<sup>①</sup>然而，著作权人给予上述立法者“好意”的回应，却是害怕“被代表”和重新进入“统购统销”时代的忧虑，<sup>②</sup>部分版权产业主体甚至认为延伸管理就是排除其他具有市场竞争的行为。<sup>③</sup>一些发达国家为了应对大规模数字化进程中的作品海量许可问题，也开始将延伸性集体管理作为修法或适用的可能性选择，英国于2014年10月通过了《著作权与公开表演相关权利（延伸性集中许可）条例》，允许国务大臣根据申请授权相关著作权许可组织在法定条件下适用延伸性集体管理。<sup>④</sup>而美国谷歌公司在与出版者之间关于“谷歌图书计划”（The Google Books

---

作者简介：熊琦，法学博士，中南财经政法大学知识产权研究中心副教授，国家版权局国际版权研究基地研究员  
本文为司法部青年项目“3D打印行为的著作权规制研究”（14SFB30027）的阶段性成果。

① 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》（2012年10月）。

② 施建：《著作权法 大修争议：被代表的私权》，载《21世纪经济报道》2012年4月6日第20版。

③ 参见窦新颖：《集体管理组织或成反垄断审查对象》，载《中国知识产权报》2012年8月24日第9版。

④ Copyright and Rights in Performances (Extended Collective Licensing) Regulations 2014, S.I. 2588.

Project) 的和解协议中, 同样请求通过类似延伸性集体管理制度的合同方案来解决文字作品的数字化和商业利用问题, 却遭到联邦法院的否决。<sup>⑤</sup>我国国家版权局作为著作权法修改草案的起草者, 曾在草案中允许集体管理组织代表非会员行使文字作品著作权, 虽然因各方反对而删除,<sup>⑥</sup>但版权局仍然认为延伸性集体管理是解决“使用者使用作品的困境”和“著作权市场乱象”的必要安排, 并在送审稿中保留了通过“自助点歌”或“其他方式”利用作品可以适用延伸性集体管理, 显然是试图为日后扩大解释“其他方式”埋下伏笔。<sup>⑦</sup>

为何一项产生于20世纪60年代且长期局限于北欧五国的著作权制度, 会在进入21世纪后突然成为各国立法的备选, 我国旨在保护和帮助著作权人的制度移植, 又为何遭遇受保护者的反对? 唯有回答上述问题, 才能真正确定我国是否应该通过引进延伸性集体管理来解决大规模许可问题。然而, 研究延伸性集体管理制度能够在我国有何作为, 不能孤立地分析延伸性集体管理本身的立法价值和制度构造, 而是要将其放在适用的产业和社会环境下考量, 不但发掘延伸性集体管理创制的立法精神及其配套制度, 更需考察他国延伸性集体管理制度移植的成功和失败缘由, 最终与我国本土著作权产业发展阶段和特征相比对, 才能在延伸性集体管理能否在本土环境下有所作为这一问题上得出正确结论。

## 二、著作权延伸性集体管理之立法愿景重述

延伸性集体管理成为争议焦点的原因, 在于其被立法者选择成为解决现今著作权困境的制度

工具。然而, 延伸性集体管理能否实现立法者期待的目标, 并不取决于立法者或使用者对推行和支持该制度的决心, 而是建立在制度初始立法目标与需解决问题之间的契合程度上。因此, 发掘延伸性集体管理制度的初始立法价值, 并考察立法者试图适用的产业领域需求, 是理性回应能否应在新领域适用延伸性集体管理的必要前提。

与传统的著作权集体管理制度不同, 延伸性集体管理产生于20世纪60年代的北欧五国, 且长期局限适用于该地域范围内。<sup>⑧</sup>北欧诸国利用延伸性集体管理制度的动机, 在于解决广播产业发展以来的大规模许可问题。当时的广播组织试图建议立法者通过引进强制许可来解决其作品的来源问题, 避免因作品来源过多而导致无法承受的交易成本。然而, 由于强制许可会导致著作权人丧失在事前禁止他人利用作品的权利, 使受强制许可规制著作权从一项排他性权利变为非排他性的报酬请求权, 著作权人为了保障自身对作品使用方式和范围的决定权, 因此拒绝将强制许可作为立法方案, 并建议以集体管理的方式来解决使用者难以与其逐一协商的困境, 以此保留自身对作品使用和许可的决定权, 这一建议最终被设计为延伸性集体管理制度被纳入著作权法中。<sup>⑨</sup>1970年北欧五国成立了统一的北欧著作权立法协调委员会后, 成员国开始相互借鉴著作权立法经验, 并在修法上尝试采取一致步骤。其中延伸性集体管理逐步在五国的多个著作权领域得到适用。<sup>⑩</sup>

进入网络时代后, 大规模数字化进程彻底改变了作品的存在和传播方式, 海量许可现象不再局限于音乐或影视领域, 而是扩大到了几乎所有作品类型之上, 进而导致作品许可效率与传播效率之间的矛盾不可调和。一方面, 著作权人希望

<sup>⑤</sup> See Authors Guild v. Google Inc., 770 F. Supp. 2d 666 (S.D.N.Y. Nov. 14, 2013) (No. 05-CV-8136-DC).

<sup>⑥</sup> 参见《中华人民共和国著作权法》(修订草案)第一、二稿第60条, 第三稿第61条和送审稿第63条。

<sup>⑦</sup> 立法理由参见国家版权局:《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);王自强:《关于著作权人“被代表”问题的思考》,载《中国新闻出版报》2012年4月16日第4版。

<sup>⑧</sup> 长期适用著作权延伸性集体管理制度的国家,主要是北欧的丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典五国。由于上述国家的历史和社会背景相似,因此在立法上也多采取类似的制度选择。See Tarja Koskinen-Olsson, Collective Management in the Nordic Countries, in Collective Management of Copyright and Related Rights (Daniel Gervais ed., 2nd ed.), Kluwer Law International (2010), p. 283.

<sup>⑨</sup> See Thomas Riis and Jens Schovsb, Extended Collective Licenses and the Nordic Experience: It's a Hybrid but is it a Volvo or a Lemon, 33 Colum. J.L. & Arts 471 (2010), p. 473.

<sup>⑩</sup> 从北欧五国的现行立法来看,延伸性集体管理已先后适用在了电视节目广播、有限电视信号转播、以教育和商业为目的复制图形,以及图书馆对作品的特定使用等领域。See Tarja Koskinen-Olsson, Collective Management in the Nordic Countries, in Collective Management of Copyright and Related Rights (Daniel Gervais ed., 2nd ed.), Kluwer Law International (2010), pp. 298-302. 中文关于北欧五国延伸性集体管理制度的介绍可参见梁志文:《著作权延伸性集体管理制度的移植与创制》,载《法学》2012年第8期。

严格根据作品使用的频率和范围获取许可版税，以实现作品经济效益的最大化；另一方面互联网的普及又使得作品能以几乎可忽略不计的成本大范围传播。因此使用者希望排除基于著作权法的制度成本，以发挥网络技术的传播效率优势。<sup>①</sup>为调和上述矛盾，延伸性集体管理作为解决大规模许可的制度工具之一，开始进入各国解决数字化作品许可与传播问题的立法方案中。英国于2014年10月正式在立法中确认了延伸性集体管理，该条例授权国务大臣根据合理申请来许可特定著作权中介机构适用延伸性集体管理制度。根据英国一份数字环境下的知识产权制度建言报告的观点，英国应该采用延伸性集体管理制度的原因，在于解决迫在眉睫的集中许可效率问题。报告同时认为，对于大规模许可问题，延伸性集体管理制度能够同时有利于使用者、创作者和消费者，使用者因许可渠道的扩大而降低侵权风险，创作者因许可渠道畅通而增长经济收益，消费者因作品来源的增加而提高使用体验。<sup>②</sup>由于在立法调研过程中利益相关各方对在何种领域适用延伸性集体管理并无一致意见，所以此次立法文本仅笼统授权国务大臣可以选择接受来自使用者请求适用延伸性集体管理的申请，但并未明文规定其适用的具体范围。与英国最终得以适用不同，美国版的延伸性集体管理试图以相关主体之间和解协议的方式提出，而非立法机关的安排。提出详尽延伸性集体管理方案的，是作为网络环境下大规模使用作品的谷歌公司。谷歌于2004年即开始通过“谷歌图书计划”（The Google Books Project）将文字作品进行大规模数字化，以便实现网络环境下的传播和利用。<sup>③</sup>为了避免该计划中数字化利用产生的侵权风险，谷歌向美国作家协会提出了一项协议，即通过创设一个“图书权利登记中心”来统一管理数字化作品的著作权许可事宜。<sup>④</sup>其中引

起最多争议的，是谷歌要求所有权利人接受一项“选择性退出”（opt-out）机制，这意味着著作权人除非明示否认，将被默认为同意上述“图书权利登记中心”来管理自己的作品。<sup>⑤</sup>然而，这一类似于延伸性集体管理的协议内容，随后被美国司法部认定为强制性导致著作权人陷于未经同意而被管理的状态，<sup>⑥</sup>谷歌的提案也于2011年被纽约南区法院否决。<sup>⑦</sup>即使真正实现在文字作品的数字化问题上适用延伸性集体管理的挪威，作品使用主体和方式也仅限于国家图书馆和在线浏览行为。<sup>⑧</sup>这种安排更接近于已存在的合理使用制度，而非商业性的利用方式。

从广播和网络两个不同传播技术时代的立法情况可以发现，延伸性集体管理制度在适用上具有以下两个特点：

第一，从立法目标来看，延伸性集体管理旨在解决大规模许可产生的交易成本问题。无论是20世纪60年代延伸性集体管理的产生，抑或21世纪英美两国对延伸性集体管理移植和改进的尝试，目的都是应对当时新技术带来的作品许可问题。北欧相关国家首先采用延伸性集体管理制度来解决广播组织难以与广播节目著作权人逐一协商授权的问题，因此借助已具有广泛代表性的集体管理组织，并将各方已认可的许可协议条款扩大适用于非会员，一方面在广播组织大规模使用作品时，不会因忽略与少数非集体管理组织会员的协商而导致侵权；另一方面未加入集体管理组织的著作权人，也得以借助集体管理组织与已使用者协商达成的许可条件获得收益。21世纪，谷歌公司试图与文字作品著作权人之间达成的延伸性集体管理协议，同样是为了解决无法全面获得所有著作权许可的困境。作为作品使用者的谷歌公司如果能够将著作权人纳入延伸性集体管理的范围，那么将大为减少获取授权所耗费的协商成

① 参见熊琦：《互联网产业驱动下的著作权规则变革》，载《中国法学》2013年第6期。

② See Ian Hargreaves, Digital Opportunity: A Review of Intellectual Property and Growth (2011), available at: <http://www.ipo.gov.uk/ipreview-finalreport.pdf>, p. 38.

③ 对该计划的描述参见See Jonathan Band, The Google Library Project: Both Sides of the Story, 1 Perspectives 2 (2006).

④ Amended Settlement Agreement, Authors Guild, Inc. v. Google, Inc., 93 U.S.P.Q.2d 1159 (S.D.N.Y. 2009) (No. 05 CV.8136 (DC)), art. 2.1 (b), 6.1.

⑤ Office of the Register of Copyrights, Legal Issues in Mass Digitization: A Preliminary Analysis and Discussion Document, U.S. Copyright Office (Oct. 2011), p. 6.

⑥ See Statement of Marybeth Peters, Competition and Commerce in Digital Books Before the H. Comm. On the Judiciary, 111th Cong. (2009), p. 67-68.

⑦ See Authors Guild v. Google Inc., 770 F. Supp. 2d 666 (S.D.N.Y. 2011).

⑧ Pamela Samuelson, Legislative Alternatives to the Google Book Settlement, 34 Colum. J.L. & Art. 697 (2011), p. 709.

本。特别是由于文字作品领域存在大量难以联络著作权人的孤儿作品，通过授权许可的途径向公众全面提供作品根本无法实现。因此谷歌公司才试图将与代表多数著作权人作品的集体管理组织达成的协议，扩张使用到使用其他权利人的作品之上。上述主体选择延伸性集体管理的原因，旨在其既可以避免频繁协商带来的交易成本和风险，也能够借用已有的协商条件和文本来完成许可。

第二，从制度选择来看，延伸性集体管理并非解决大规模许可困境的唯一制度工具。事实上，大规模许可问题既非20世纪60年代才出现，亦非只有延伸性集体管理一种应对方案。早在20世纪初期，著作权集体管理制度即最早成为权利人在音乐作品公开表演领域解决大规模许可的选择，在广播技术普及后，许多国家更是通过扩张适用法定许可来解决广播节目的许可问题。<sup>①⑨</sup>在网络技术再次冲击著作权产业的商业模式时，法定许可和集体管理制度也同时扩张适用到了网络传输行为之上。<sup>②⑩</sup>也正因为应对方案上的多元性，延伸性集体管理在已选择实施地区并未形成一个稳定的适用范围。由于北欧五国中有着长期适用延伸性集体管理的历史，因此在数字化作品的利用问题上，该制度得以继续在新的领域扩张适用。但对于其他国家而言，由于在北欧五国由延伸性集体管理制度解决的问题，早已通过法定许可和集体管理制度应对，而且在适用过程中相关产业主体已经形成一套约定俗成的运作机制，延伸性集体管理即使得到了特定产业主体的支持，也难以立即介入到现有商业模式中。所以英国2014年在立法中确认的延伸性集体管理并无明确的适用范围，完全根据使用者的申请来进行考量。<sup>①⑪</sup>美国法院干脆否定了谷歌公司提出的延伸性集体管理和解方案，坚持要求著作权产业主体在既有制度框架下解决。即使存在长期适用基

础，且最终真正在文字作品大规模数字化上适用延伸性集体管理的挪威，也仅将适用的主体局限于国家图书馆这一公立机构。<sup>②⑫</sup>因此可以认为，从世界范围看，延伸性集体管理虽然在近年因数字化传播而多有提起，但绝非解决大规模许可问题的常态，集体管理和法定许可等传统制度方案依然是主流。

### 三、著作权延伸性集体管理之运作机理解析

延伸性集体管理制度之所以在不同国家的适用范围如此不同，其原因存在于该制度的运作机理之中。换言之，延伸性集体管理在运作机理上的特征，既决定了其与其他应对大规模许可的制度工具之间的优劣差别，也为我国是否能够在现阶段引进该制度提供重要佐证。

所有应对大规模许可的著作权制度工具，都是对特定环节作品交易成本的控制，但由于交易成本产生的原因差异，针对相同目标的制度设计各不相同。著作权法定许可作为一种法定安排对私人协商的替代，其所降低的交易成本领域集中于权利人与使用者之间的协商成本，使用者无需获得许可即可直接在特定范围内利用作品，使用方式和版税标准都已由第三方或立法事先确定。传统的集体管理制度作为一种集中许可机制，虽然在协商成本上也因权利集中而得以显著降低，但集体管理制度在交易成本上的优势，更多体现在使用者对作品的搜寻成本上，使用者可以通过一站式许可获得利用几乎所有作品的许可，但版税标准和许可范围仍然需要权利人与其集体管理组织不断协商和调整，只是在集中许可机制发展成熟后，各个环节都形成了格式化的运作方式，协商成本也随之得以降低。

<sup>①⑨</sup> 需要特别说明的是，从初始立法价值看，法定许可的立法目标旨在协调音乐作品著作权人与录音制品制作者之间的关系，并未预防特定录音制品制作者垄断音乐作品来源而对音乐作品机械复制权排他性的限制，并非如有些学者认定的那样，一开始就是为降低许可成本所设。具体分析参见熊琦：《著作权法定许可制度溯源与移植反思》，载《法学》2015年第5期。

<sup>②⑩</sup> See Skyla Mitchell, Reforming Section 115: Escape from the Byzantine World of Mechanical Licensing, 24 Cardozo arts & Ent. 1239 (2007), p. 1262; Hearing of Music Licensing Reform, before the subcomm. on Intellectual Property, Comm. on the Judiciary, U.S. Cong. 1st Session (July 12, 2005) (Statement of Marybeth Peters, The Register of U.S. Copyright Office).

<sup>①⑪</sup> 由于欧洲各国调整大规模许可方式的重大差异，欧盟2014年在《网络音乐作品著作权与相关权在线跨境许可集体管理指令》导言的立法理由说明中，也将延伸性集体管理作为允许各成员国自由选择的领域而不做统一规定。See Collective Management of Copyright and Related Rights and Multi-Territorial Licensing of Rights in Musical Works for Online Use in the Internal Market (RL 2014/26/EU), para. 12.

<sup>②⑫</sup> See Alain Strowel, The European “Extended Collective Licensing” Model, 34 Colum. J. L. & Arts 497 (2011).

相比之下,延伸性集体管理运作机理的特点,介于法定许可与传统的集体管理制度之间。一方面在许可条款的协商机制上,延伸性集体管理突破了权利人与集体管理组织之间基于私人自治的许可机制构建规则,类似于法定许可可以法定安排取代私人协商的做法;而另一方面在权利人的参与方式上,又充分保证了非集体管理组织会员的权利,即允许权利人退出管理或以相同条件加入集体管理组织,保证了会员与非会员的平等待遇。因此,延伸性集体管理并非如有些学者认为的那样,对著作权人而言是一种更严格的限制方式,或者是法律对著作权人的强制。与此相反,延伸性集体管理乃是权利人自发请求适用的结果,其目的旨在抵制通过法定许可来解决大规模许可问题,英国延伸性集体管理条例的立法说明中即明确指出,延伸性集体管理旨在应对著作权人不知晓集体管理组织的存在而独立于后者的情形,绝非强制要求不愿加入集体管理组织的著作权人接受管理。<sup>②③</sup>著作权人在延伸性集体管理制度的规制下所享有的自治性,事实上介于集体管理与法定许可之间,虽然作为非会员的著作权人无法直接参与许可合同的协商,但其被允许轻易拒绝该合同的适用,也不会像法定许可制度一般剥夺著作权人在交易对象上的选择权。申言之,延伸性集体管理制度仍然以维护私人自治为前提,并非以法定安排来取代私人协商。<sup>②④</sup>延伸性集体管理制度对私人自治的维护,主要体现在以下制度设计中。

从主体资格上看,有权适用延伸性集体管理的集体管理组织,必须在权利人数量上具有广泛的代表性。<sup>②⑤</sup>要求在全国范围内代表多数权利主体,目的在于防止适用延伸性集体管理的许可机构为少数占市场支配地位的著作权人所控制,进

而导致许可条件不利于处于弱势地位的权利人。这种主体资格上的设定,旨在保证适用延伸性集体管理的机构在最大范围内得到权利人的认可。自愿加入该集体管理组织的权利人数量,很大程度上可以证明该组织的许可渠道和服务水平能够满足该领域内多数权利人的需求。在此前提下,立法者试图以此推定,延伸性集体管理的内容也符合了非会员的利益,将非会员纳入其中不会违背非会员对作品使用的意图。更有甚者,部分国家的延伸性集体管理制度,不但要求集体管理组织在提出申请时提交自身具有广泛代表性的证据,还要求任何集体管理组织在提出申请延伸性集体管理时,必须在申请文件中告知意图退出延伸性集体管理的非会员数量,主管机关由此可以考量待批准的延伸性集体管理是否符合多数权利人的利益。<sup>②⑥</sup>

从许可条件上看,延伸性集体管理所采用的许可协议文本,必须源于权利人与集体管理组织之间的自由协商。虽然被纳入延伸性集体管理的非会员著作权人之前并未与集体管理组织成立合同关系,但延伸性集体管理所适用的许可文本,必须经过作为会员的权利人与集体管理组织的自由协商。基于自由协商的集中许可协议,被视为是延伸性集体管理制度适用的正当性基石。<sup>②⑦</sup>申言之,延伸性集体管理制度的合法性,根本就是建立在集体管理组织集中许可合同文本的合法性之上。延伸性集体管理中的许可协议条款并非专门创设,而是直接沿用原集体管理组织的许可协议。立法者认为,唯有原协议是建立在当事人之间自由协商的基础上,延伸性集体管理的许可协议才能合法引用。<sup>②⑧</sup>将自由协商作为前提,旨在防止出现具备市场优势的集体管理组织迫使权利人接受显失公平条款的可能。基于自由协商达成

<sup>②③</sup> See Explanatory Memorandum to The Copyright and Rights in Performance (extended Collective Licensing) Regulations 2014 No. 2588, § 7.3.

<sup>②④</sup> 我国有学者认为,延伸性集体管理的目标之一,是解决部分著作权人不愿意加入集体管理组织,进而导致其权利无法被管理的情况。这里显然是将延伸性集体管理直接视为对著作权人的强制,而没有注意其中的选择性退出机制。参见胡开忠:《构建我国延伸性集体管理制度的思考》,载《法商研究》2013年第6期。

<sup>②⑤</sup> See Daniel Gervais, *Collective Management of Copyright: Theory and Practice*, in *Collective Management of Copyright and Related Rights* (Daniel Gervais ed., 2nd ed.), Kluwer Law International (2010), p. 21.

<sup>②⑥</sup> See Copyright and Rights in Performances (Extended Collective Licensing) Regulations 2014, S.I. 2588, § 4(4)(b); § 5(1)(h)(i), (ii).

<sup>②⑦</sup> See Anna Vuopala, *Extended Collective Licensing: A Solution for Facilitating Licensing of Works Through Europeana, Including Orphans?* Finnish Copyright Institute Articles and Studies No. 2 (2013), p. 11.

<sup>②⑧</sup> Alain Strowel, *The European "Extended Collective Licensing" Model*, 34 Colum. J. L. & Arts 497 (2011), p. 666.



的集中许可协议，意味着其中的许可条件已经过了该领域内多数权利人的博弈和妥协，具备广泛的代表性，因此当直接适用于非会员时，也不会产生背离权利人意图的结果。

从适用选择上看，法律完全允许作为非会员的著作权人在任何阶段退出延伸性集体管理。选择性退出机制的设定，相当于立法者以类似法定许可的方式“弱化”排他性的财产权项，适用延伸性集体管理的主体，可以在无须事前许可的前提下直接代理本领域所有著作权人的相关权利，而只用排除那些事后明确拒绝协议的权利人，进而解决了大规模许可在事前许可交易成本上的瓶颈。然而，对于不愿接受延伸性集体管理的主体而言，无论拒绝的原因如何，都应该是其正当行使权利的方式，并产生延伸性集体管理不得适用于该主体的效果。英国在2014年颁布的延伸性集体管理条例中，即赋予了著作权人在不同阶段退出延伸性集体管理的条款。首先，在延伸性集体管理得到批准前，申请者必须向主管机关提交足以保护权利人利益，且完全具有可实施性的选择性退出程序；<sup>②9</sup>其次，当延伸性集体管理被批准后，适用者必须允许非会员著作权人在延伸性管理实施前或实施中的任何阶段退出，而且著作权人还有权将一部分作品撤出延伸性集体管理。一旦著作权人决定退出，延伸性集体管理组织必须在法定期间内完成通知使用者和解除许可合同等法定义务。<sup>③0</sup>

综上可知，延伸性集体管理制度的立法安排，在降低交易成本的同时，更多体现的其实是对非会员著作权人私人自治的尊重和维护。立法者从主体资格、许可条件和适用选择三个方面全面践行了对著作权人私人自治的维护，并无强制或限制著作权人的意蕴。延伸管理的直接效果，虽然在于弱化排他性著作财产权带来的协商成本，但本质意义还是以新的方式增加著作权人的经济收益，而且是否采用这种新的方式，仍然由权利人自由决定，延伸性集体管理所省略的，仅

仅是需要与权利人之间个别实现的授权程序，取而代之的是移植已经过检验的格式化许可条款。即使是在事前许可问题上，由于英国延伸性集体管理条例要求申请延伸性管理的主体要提前通知非会员著作权人，因此适用延伸性管理之前仍然以权利人“不作为”为要件取得了其许可，既非国内许多“通说”所认为的那样，仅为降低交易成本而排除权利人的意愿，也完全不同于直接以排除著作权人自主支配力来限制权利的合理使用和法定许可。因此，存在延伸性集体管理立法的国家更多是私人申请适用，而非国家强制施行。主管部门在其中的角色与其说是推进延伸性集体管理，不如说是限制延伸性集体管理的任意实施，将这种未经非会员著作权人事前许可的管理行为纳入严格监管之中。

#### 四、著作权延伸性集体管理之本土化去魅

我国著作权法第三次修改，被立法者称为回应本国需要的产物，因此相关规则的调整皆为本土著作权产业形态和现状所设。然而，延伸性集体管理是否如立法者所言，能够解决“著作权人无法掌控自己的权利，使用者也将无法获得著作权人的合法授权”的问题，<sup>③1</sup>需要考察我国是否具备了延伸性集体管理制度适用的产业和社会基础。根据以上对延伸性集体管理制度目标和法律构造的分析，我国对延伸性集体管理制度的仓促移植，最可能产生的会是南橘北枳的结果，最终将破坏我国正在形成的著作权市场机制。

首先，我国缺乏适用延伸性集体管理制度的社会基础，这使得我国不可能在本土复制延伸性集体管理的制度绩效。任何制度的成功，不但基于特定历史和社会环境，而且需以与其他制度相配合为前提。我国在不顾社会背景和制度体系的基础上仓促引进，显然没有重视社会基础和配套规则的重要性。从表面上看，随着2005年《著作权集体管理条例》（以下简称《条例》）的颁

<sup>②9</sup> 根据英国延伸性集体管理条例的规定，申请适用延伸性集体管理的机构不但要有完善可操作的选择性退出机制，还需要在申请材料中告知预期拒绝适用延伸性集体管理的权利人数量。See Copyright and Rights in Performances (Extended Collective Licensing) Regulations 2014, S.I. 2588, § 4(4)(d); § 5(1)(g).

<sup>③0</sup> See Copyright and Rights in Performances (Extended Collective Licensing) Regulations 2014, S.I. 2588, § 16(3), (4), (5).

<sup>③1</sup> 王自强：《关于著作权人“被代表”问题的思考》，载《中国新闻出版报》2012年4月16日第4版。

布,我国集体管理组织建设步伐已明显加快,新的集体管理组织及其许可体系也陆续建立起来。<sup>③2</sup>然而,从我国集体管理组织的运作绩效看,著作权人一方面对集体管理组织的质疑与日俱增,另一方面又因《条例》规定对设立方式的限制而无法组建自己的集体管理组织。我国已建立的集体管理组织,一直以来并未得到权利人的广泛认同,因而缺乏广泛的代表性。在最需要集体管理制度的音乐领域,如今需要使用数字音乐的网络服务提供者,更多是直接与国内的公司签约获取音乐作品著作权和录音制品邻接权,而不是从音著协和音集协那里获得概括许可。出现上述现象的原因,主要是由于我国集体管理组织是在缺乏市场动力的基础上由政府构建的通过立法主张和维持特定领域集体管理组织的市场支配力,既可以快速构建集中许可机制,跳过权利人创制集体管理组织所需的漫长市场博弈过程,也能够立即形成统一的许可条件设计,以此解决集体管理组织成立初期大规模著作权许可的乱象。这种做法虽然在早期得以迅速弥补著作权交易中介机构缺位的困境,但在著作权产业形态和商业模式日趋复杂的情况下,并非由权利人真正控制的集体管理组织,一方面缺乏代表权利人调整许可模式的诱因,另一方面也基于实质上的垄断地位而怠于在定价程序中关注权利人和使用者的意见,引起了权利人和使用者的不满。

基于上述制度现状,延伸性集体管理的引入,只会进一步强化现有集体管理组织的市场支配力。延伸性集体管理制度的适用,必须以适用主体具有广泛代表性为前提。我国现有集体管理组织并非由权利人自行创制,所以缺乏为权利人争取最大利益和促进作品最大范围传播的经济诱因。在政府主导模式下,集体管理组织并非由权利人创制,而仅供权利人加入,导致其缺乏提高许可效率的经济诱因,因此既不会根据市场情势为使用者提供最优许可方案,也不会积极提高自身的运作效率。<sup>③3</sup>因此我国权利人与使用者之间宁可采用交易成本更高的授权许可,也不愿接受现有集体管理组织的许可条件。这种广泛代表性的缺失,使得现有集体管理组织无法实现延伸性

集体管理尊重著作权人自治的初衷。相反,《条例》第9条在设立程序中的行政许可要件,使作为著作权管理部门的国家版权局,有权阻止已符合其他法定成立要件的集体管理组织设立,进而维持现有集体管理组织的垄断性,不但切断了权利人与集体管理组织之间的利益关联,还使主管机关获得了阻碍其他集体管理组织设立的权力。由于我国存在大量非会员著作权人,这种制度设计等于剥夺了他们选择和创制更优许可模式的可能性。因此引进延伸性集体管理可能导致的市场失灵,将远甚于我国著作权第三次修订草案中已经删除的制作录音制品法定许可。

其次,我国延伸性集体管理制度的立法价值定位存在偏差,导致其制度设计助长了集体管理组织的市场支配力,不利于作品效用的提高。由于延伸性集体管理对作品的利用未经非会员著作权人事先同意,所以其许可内容不但要建立在自由协商基础上的许可协议文本之上,还必须设计完备的事前告知义务和全面的退出机制,以维护非会员著作权人对权利行使方式的决定权。然而,在我国著作权法第三次修改草案中,仅仅笼统地针对延伸性集体管理规定“权利人书面声明不得集体管理的除外”,其中既没有规定集体管理组织的通知义务,也未构建任何保护权利人的退出机制,完全不具备可操作性。出现上述遗漏的主要原因,在于立法者并未真正理解延伸性集体管理的意涵,无意或有意忽略了其中私人自治的关键要件。而延伸性集体管理的真正目标,乃是对私人自治的补充而非替代,相关主体之间的协商环节并非被取消,而是在其他环节和领域先行完成。例如北欧诸国成熟的劳动法和著作权人的行业协会,使得诸多协商环节事实上已经在著作权领域之外得到贯彻,因此延伸性集体管理的适用不会对著作权人的利益造成消极影响。同时,我国现有集体管理组织的许可协议内容更多是主管机关拟制的结果,一开始就缺少广大著作权人的真实参与,这直接导致延伸到非会员著作权人的许可协议难以获得其认同。通知和退出机制的缺失,不但使得非会员著作权人无从及时获知作品已被管理,而且更无从拒绝集体管理组织的

(下转第30页)

<sup>③2</sup> 阎晓宏:《著作权集体管理将日益发挥积极作》,载《中国新闻出版报》2012年12月27日第5版。

<sup>③3</sup> 熊琦:《论著作权集体管理中的私人自治》,载《法律科学》2013年第1期。

定》第7条第2款和第60条第(三)项),有刻意造法之嫌,破坏了法律的权威性和稳定性;第二,退一步讲,即使采信第三人补充的新证据有一定的正当性(保证实质公平、效率优先),也应当要求第三人充分证明存在先前举证困难或举证不能之不可抗力等正当事由,并给予另一方当事人充分的质证机会和时间,但显然最高院并没有这么做。

### 结语

综上所述,在目前我国专利无效行政诉讼中,清晰明确、稳定统一的举证责任分配及是否采信并判定新证据的规则尚未建立起来。为了追求所谓的“实质正义”、“效率优先”,最高人民法院忽视乃至漠视行政诉讼法的基本原理和价

值理念,突破既有的法律规定,这种示范效应直接影响并改变了下级法院的裁判态度,也给案件当事人及社会公众带来了不小的损害与困惑,这一做法应得到深刻反思与检讨。与此同时,新《行政诉讼法》(2015)第36条第2款由于笼统含混的表述,没有区分是证明行政行为违法的证据抑或是证明行政行为合法的证据,更没有强调补充新证据须具备正当理由(令人费解的是,该条第1款却规定被告行政机关延期提供证据的,需要证明存在不可抗力等正当事由),导致与现行《行政诉讼证据规定》存在适用上的矛盾冲突,而刚刚于2015年4月出台的《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>若干问题的解释》并没有澄清和化解这一问题,着实有遗憾。■

(上接第24页)

代位许可行为。事实上,延伸性集体管理已经在没有法律依据的情况下被相关集体管理组织适用,国家版权局颁布的《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条即规定,非会员电影作品的著作权使用费,协会按实收使用费提取15%作为管理费。这意味着中国电影著作权协会延伸代表非会员收取著作权使用费具有合法性。

在此前提下,延伸性集体管理的引入,相当于赋予了集体管理组织直接利用他人作品的权利,且被管理的权利人无实质性的对抗机制可供选择,因而将会进一步剥夺权利人的议价能力和自治空间,使得集体管理范围内的权利被弱

化为无排他性的报酬请求权,最终确实会如同产业主体所担心的那样,使我国相关著作权市场进入“统购统销”的时代。有鉴于此,基于我国集体管理组织现行立法和实践,最需要完善的是集体管理组织反垄断机制的构建,并放弃在任何著作权领域引入延伸性集体管理制度。事实上,这一观点已经在我国工商总局起草的《关于知识产权领域反垄断执法的指南》(草案)中得以体现。该草案中已经加入了针对集体管理组织的反垄断条款,其中规定,如果著作权集体管理组织在开展活动过程中从事某些行为,国务院反垄断执法机构将对其是否构成垄断进行分析认定。<sup>③</sup>这一立法思路显然更为我国现阶段著作权市场所急需。■

<sup>③</sup> 这些行为包括:1.没有正当理由,收取过高的代理费或许可费;2.没有正当理由对条件相同的著作权人实行歧视性待遇;3.强迫接受一揽子许可的行为;4.从事其他可能具有排除、限制相关市场竞争效果的行为。参见国家工商总局:《关于知识产权领域反垄断执法的指南》(草案第五稿)第24条。