

# 音乐作品法定许可录音制度之我见

## ——《著作权法》修改草案第46条之立与废

杨美琳

(中国政法大学 民商经济法学院,北京 100088)

**摘要:**对音乐作品专有录音权的限制旨在防止行业垄断,降低交易成本。国外主要采取法定许可或强制许可模式。《著作权法》修改草案第一稿第46条变我国原有的“准法定许可”为“完全法定许可”,具有进步性。但其在法定许可效力范围、缓冲期、付酬标准、著作权集体管理组织权限等问题上未给予明确规定,引发了音乐界和学术界的激烈讨论。第二稿删除了第46条,取消了音乐作品的法定许可录音制度。但回避态度不是法治之进步,立法应在调查研究我国音乐产业实际发展情况的基础上制定出合理可行法定许可制度,以平衡著作权人、首次录音制作者和后续录音制作者的利益。

**关键词:**《著作权法》修改草案;音乐作品;录音;法定许可;强制许可

**中图分类号:**D913.4

**文献标志码:**A

**文章编号:**1674-2494(2013)02-0035-06

### 一、《著作权法》修改草案第46条引发的争议

音乐界人士感慨当前是一个最好的时代,因为音乐门槛降低,新歌如雨后春笋般地不断涌现;但也是一个最坏的时代,因为技术革新带来盗版猖獗,音乐人收入无制度保障,生存艰难。但不少音乐人仍寄希望于立法以保障其合法权益。

2012年3月31日,国家版权局发布《中华人民共和国著作权法》(修改草案)公开征求意见。这是《著作权法》第三次修改,也是我国入世以来的首次主动修法,改动幅度较大,引发了各界关注。其中第46条规定“录音制品首次出版三个月后,其他录音制作者可以依照本法第48条规定的条件,不经著作权人许可,使用其音乐作品制作录音制品”。这条规定不但没有得到音乐人的响应,反而引发了音乐界的普遍恐慌和学术界的热议。以中国音乐著作权协会(音著协)会员为首的人士认为其不仅将私权利公有化,架空了著作权人的合法权益,还会导致翻唱泛滥,鼓励互联网盗版行为,打压本来就不景气的唱片产业,因此称其是根本不了解我国音乐产业的外行人所定,集体上书要求将其删除。一些学者认为音乐人士过于敏感,第46条旨在引入竞争,预防垄断,以更好地维护弱势权利人的利益和传播作品。但也有学者认为其制度设计欠完善,忽视了权利人的意志,扩大了集体管理组织和使用人的权限,易挫伤原创力量。

争论的焦点是第46条究竟维护了谁的权益,分歧的主要原因是对于音乐作品法定许可录音规定的立法目的认识不一,对我国是否具备实施条件存在质疑。因此,在分析音乐作品法定许可录音制度的合理性和局限性之

收稿日期:2012-12-27

作者简介:杨美琳(1989-),女,河北保定人,硕士研究生,主要研究方向为知识产权法。

前,有必要先对专有录音权限制的立法目的、国外实施情况、以及国内立法演变进行分析。

## 二、音乐作品专有录音权限制的立法目的

根据现行的《著作权法实施条例》第5条规定:“录音制品是指任何表演的声音和其他声音的录制品,录音制作者是指录音制品的首次制作人。”在一部依据已有音乐作品制作的录音制品中,通常涉及三方利益主体:音乐作品著作权人;传播者(主要是表演者和首次录音制作者);社会公众(主要是后续录音制作者)。面对这三方主体,立法者出于平衡各方利益的目的,为促进作品的传播与文化的繁荣,规定了音乐作品的法定许可录音。

《伯尔尼公约》第13条最早对音乐作品的法定许可录音做出了规定,今天一些国家的国内法中也有了相应的规定。这说明具有一百多年历史的音乐作品法定许可录音制度有其存在的理论基础和现实意义。

### (一)防止专有录音权的行业垄断

《著作权法》的立法目的之一是鼓励创作,首先保护付出智力创作劳动的著作权人的专有权利。著作权具有排他性,本质上是一种法律认可的垄断权。音乐作品著作权人对其作品亦有当然的垄断性的权利,其中一项便是包括录音方式在内的复制权。所以,对于音乐作品的法定许可录音的规定其实是对著作权人专有复制权,确切地说是“专有录音权”的一种限制。

词曲作者是音乐作品的原始著作权人,对其作品享有一切独占权。但音乐出版商,尤其是大型的唱片公司,往往在出版前与词曲作者签订独占许可协议取得音乐作品的专有录音权。这样在录音为音乐主要传播方式的年代,大型唱片公司便有了垄断性的权利,加之市场龙头地位,其很有可能高价销售唱片,打压竞争者和垄断唱片行业。在音乐食粮不可或缺的今天,公众和立法者必然不能容忍此种超越法律认可范围的垄断,因此有必要对音乐作品的专有录音权做出限制。

### (二)降低版权交易成本

“著作权法定许可存在的意义,在于通过弱化权利排他性的方式降低作品利用的交易成本”<sup>[138]</sup>。交易成本(Transaction Costs),又称交易费用,是诺贝尔经济学奖得主科斯(R. H. Coase)1937年提出的一个经济学概念,指交易前后产生的各种费用。具体而言,包括搜索成本(Searching Cost)、信息成本(Information Cost)、议价成本(Bargaining Cost)、决策成本(Policing Cost)和实施成本(Enforcement Cost)等。同时,科斯定理认为,在交易成本为零的情况下,不管权利如何进行配置,都会导致财富最大化。

音乐作品的价值是在交易中实现的,著作权人也要通过交易才能获得报酬。音乐作品许可使用的过程便是一次交易的过程,必然产生一系列交易费用。市场主体都会考虑其投入产出比,只有在产出大于投入时才会去交易。交易费用是首要的前期投入,是交易的第一步,为促进交易的最大化,应尽可能地通过制度安排减少交易成本。现在社会音乐作品著作权人多而分散,唱片公司一一去搜寻和洽谈着实困难,费用昂贵。因此,音乐作品的法定许可录音的设立旨在减少音乐作品使用人的搜索成本和议价成本,进而提高交易效率。

## 三、国内外关于音乐作品专有录音权限制的法律规定

《伯尔尼公约》第13条规定:“本联盟每一成员国得就乐曲作者及允许歌词与乐曲一道录音的歌词作者对允许录制上述乐曲及乐曲连同歌词(如有歌词时)的专有权利的保留及条件为本国做出规定;但这类保留及条件之效力严格限于对此做出规定的国家范围内,而且在任何情况下均不应损害作者获得在没有友好协议情况下由主管当局规定的公正报酬的权利。”可见《伯尔尼公约》允许成员国对音乐作品专有录音权做出限制,这成为日后各国相关规定的基礎。

### (一)国外音乐作品专有录音权限制的立法模式

世界范围内很多国家都对音乐作品专有录音权做出了限制,总体来看,主要有法定许可和强制许可两种立法模式。

#### 1. 法定许可

美国是采用法定许可模式的典型代表。美国1909年的《版权修正案》出于防止大型音乐公司垄断市场的考

量,率先规定了对音乐作品机械复制权的限制,即利用音乐作品制作录音的法定许可。根据美国1976年《版权法》第115条(compulsory license for making and distributing phonorecords)规定,只要非戏剧音乐作品已被合法制作成录音制品并公开发行,其他符合条件的人就可以不经音乐著作权人许可以同样的方式对此音乐作品进行录制和发行,但需履行支付法定许可费和通知版权人的义务。

除美国之外,德国、新加坡、澳大利亚、匈牙利等国也规定了音乐作品的法定许可录音制度。

## 2. 强制许可

强制许可也是著作权限制方式之一。音乐作品的强制许可录音是指主管部门依法律规定,不经著作权人同意,直接允许他人对音乐作品进行录音的一种非自愿许可。

此种模式的典型代表是日本、韩国。日本《著作权法》第69条规定:“商用唱片首次在国内销售并自销售日起满3年后,欲获得著作权所有者许可将该商用唱片上的音乐著作物录制成其他商用唱片的人,同该著作权所有者就录音许可提出协商请求,但未达成协议或不能协商时,经文化厅长官裁决,并向著作权所有者支付文化厅长官规定的相当于经常使用费数额的补偿金后,可进行该录音。”<sup>[2]</sup>由此可见,强制许可不同于法定许可,前者的条件与程序严于后者。前者往往要求与著作权人协商作为前置程序,使用人只有在有正当理由却未能协商成功的情况下才能申请,并且只有取得主管机关授权并支付使用费后才能使用。

### (二)我国音乐作品的法定许可录音制度的立法演变

我国1990年的《著作权法》第37条规定了法定许可录音制度,但是这条是对“所有已发表作品”的法定许可,并不单指音乐作品。21世纪初,我国为适应加入WTO的要求,保持与《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPS)相一致,积极修改国内知识产权法。

2001年修正的《著作权法》第39条第3款规定:“录音制作者使用他人已经合法录制为录音制品的音乐作品制作录音制品,可以不经著作权人许可,但应当按照规定支付报酬;著作权人声明不许使用的不得使用”,将法定许可录音限于音乐作品,与《伯尔尼公约》保持了一致。但与美国和德国等国法定许可不同的是,我国在保留之际加入了一个但书——“著作权人声明不许使用的不得使用”,使得法定许可的立法目的有被架空之嫌。因此,有学者称我国的法定许可并不是纯粹的法定许可,仅是一种“准法定许可”<sup>[3]</sup>。

2010年修正的《著作权法》修改幅度较小,没有涉及此规定。2012年3月31日,第三次《著作权法》修改草案发布,第46条:“录音制品首次出版3个月后,其他录音制作者可以依照本法第48条规定的条件,不经著作权人许可,使用其音乐作品制作录音制品。”删去了原《著作权法》中的但书,变“准法定许可”为“完全法定许可”,并且规定了法定许可需经过一定的时间。

正是修改草案第46条的“完全法定许可”,引发了音乐界和学术界人士的激烈争论,褒贬不一。2012年7月6日,《著作权法》修改草案第二稿删除第46条,响应了音乐人的呼吁。但第46条的删除并不能否认音乐作品法定许可录音制度在我国的存在价值。

## 四、音乐作品法定许可录音制度存在的合理性

作为防止专有录音权的行业垄断以及降低版权交易成本的重要手段,从现实利益和长远利益来看,音乐作品法定许可录音制度符合国际趋势和我国现实情况,符合立法逻辑和利益平衡原则,在我国具有存在的合理性。

### (一)符合国际趋势和我国现实情况

当前,世界主要发达国家和一些发展中国家都对音乐作品的专有录音权做了限制。虽然方式不同,但最终目的无一不是鼓励音乐作品传播,确保公众最大限度地接近与利用作品,促进文化繁荣和社会进步。1996年,在制定《世界知识产权组织版权条约》(WCT)的过程中,有国家提交“废除《伯尔尼公约》第13条”的提案,引起了与会国的争议,受到了相当一部分国家的反对,最终未能通过。由此可见,许多国家承认音乐作品专有录音权的限制具有抑制垄断与促进交易的现实意义,并不希望废除。

同时,法定许可在我国已有20多年的历史,在唱片等行业中已形成了以“法定许可”为基础的交易习惯、商业模式以及一系列许可合同关系。如果现在删除此项规定,势必会打破既定的交易模式,破坏公众的预期效果,

造成法律关系的混乱。因此,基于我国现实考虑,此制度应予保留。

## (二)符合立法逻辑

上文已提到现行的《著作权法》实行的是“准法定许可”,规定法定许可的同时保留了著作权人的“声明权”,这其实是对此项非自愿许可的反限制。此但书的意义不言自明,在于维护音乐作品著作权人的专有权及首次录音制作者的市场利益,保证他们付出的辛勤努力得以回报。但既然立法者在综合利益考量的基础上做出了法定许可规定,便是考虑到著作权人和唱片公司的专有权可能有过于强大的危险,为预防此危险需要设立法定许可。此种情况下,如果还赋予著作权人“声明权”的话,其实是剥夺了法定许可的实际存在意义,使其立法目的架空。所以,删除但书,设立纯粹的法定许可制度符合立法逻辑。

为避免不适当的法定许可,德国和日本的著作权法规定了例外情形。德国规定如果音乐作品的使用权已由一家集体管理机构进行合法管理或者该作品的传播已不符合作者的意愿,那么可以排除适用法定许可<sup>①</sup>。日本《著作权法》也规定当作者有意永久性停止其作品的出版和使用,文化厅长官就不能颁发强制许可。我国应借鉴德国、日本的做法,对音乐作品的法定许可录音做出例外规定,而不是靠著作权人的“声明权”使法定许可形同虚设。

## (三)符合利益平衡原则

著作权基于劳动者的智力创作而来,本质是私权,神圣不可侵犯,因此对其赋予专有的排他性的保护,允许其在一定时期内垄断。但知识产品本身其实是非物质性财产,无形性决定了其具有非竞争性和非排他性,具有便利多方的潜力。因此,作为当代最重要资源之一的知识产品承载着造福众人的期许和使命,应当赋予公众在特定情况下接近知识产品的权利。为克服私权保护过度,发挥知识产权公权属性,应该对音乐作品著作权人的专有录音权进行限制;同时为避免私权保护不足,应保留其报酬请求权,使用者需支付法定许可费。只有这样才能既不伤害创作者的创作激情,又促进作品的传播,平衡著作权人、首次录音制作者和后续录音制作者的利益。

## 五、《著作权法》修改草案第 46 条的立与废

### (一)《著作权法》修改草案第 46 条的局限性

#### 1. 法定许可的效力范围未明确

从《著作权法》修改草案第 46 条字面来看,法律似乎仅允许其他录音制作者“使用音乐作品制作录音制品”,并没有说明是否允许录制后为销售等发行行为。在此问题上学者有不同意见。张今教授认为第 46 条只是适用于音乐作品的录制,并不包括音乐作品的表演、复制、发行等<sup>②</sup>。而王迁教授认为:“如果将其理解为只能‘复制’,而不能‘发行’或‘再复制’,那么该条法定许可就丧失了价值。”<sup>③</sup>王迁教授还援引了最高人民法院在某案件中的判词:“经著作权人许可制作的音乐作品的录音制品一经公开,其他人再使用该音乐作品另行制作录音制品并复制、发行,不需要经过音乐作品的著作权人许可,但应依法向著作权人支付报酬。”<sup>④</sup>对此,应结合音乐作品法定许可录音的立法目的来理解。此法定许可旨在引入竞争,预防垄断,因此应当同时赋予录音制作者“复制权”与“发行权”,否则其将毫无任何意义可言。立法者在措辞上应当明确涵盖“发行权”。

#### 2. 法定许可缓冲期未明确

在对音乐作品专有录音权进行限制的国家都规定需经过一定的时间才允许录音制作者申请法定许可或强制许可,为给音乐公司回收成本和获取应得利益留出一定的收益期,暂且称之为法定许可缓冲期。比如韩国和日本都规定 3 年。草案第 46 条规定 3 个月的时间,中国音像协会唱片工作委员会副理事长周亚平认为:“3 个月和 3 天对唱片公司来说意义一样,因为一首歌走红最快也需要半年以上的时间,推广人的收益期最起码也需要三年以上的。”<sup>⑤</sup>国际唱片业协会中国区首席代表郭彪也表示唱片至少需要 6 个月的宣传期。因此 3 个月的规定引起了音乐人的恐慌和异议。一旦通过,音乐公司将面临血本无归的危险,加之唱片制作费又高,很有可能使原本低靡的唱片行业更加枯萎,继而浇灭音乐人的创作热情。立法应当在充分调查我国音乐行业发展现状的情况下,做出合理的法定许可缓冲期的规定,因为法定许可在任何情况下均不应损害原权利人的合法利益。

<sup>①</sup>最高人民法院民事判决书(2008)民提字第 51 号。

### 3. 付酬标准与付酬机制待完善

吴汉东教授曾说：“音乐著作权人之所以对草案中的法定许可存在较多批评意见，主要还是由于与法定许可相配套的使用付酬机制与版税分配机制的缺位，导致音乐著作权人无法依据法定许可获得收益。”<sup>[9]</sup>的确，我国当前的法定许可付酬标准和机制都亟待完善。现行的《录音法定许可付酬标准暂行规定》是1993年颁布的，音乐作品的版税率为3.5%。此标准已近20年未变，是否仍适应目前音乐产业的现状需重新审视。美国1976年《版权法》设立了“版权权利金法庭”，1993年代之以“著作权权利金仲裁委员会”，2004年《版税分配改革法案》设立了“版税仲裁员”，均是旨在灵活规定法定许可等使用费率，值得我国立法借鉴<sup>[14]</sup>。至于付酬机制，根据草案第48条规定，录音制作者应当将使用费上交著作权集体管理组织。但此规定并不能减少音乐人的担忧，反而因著作权集体管理组织的延伸性管理而愈加恐慌，有人称此举实际上剥夺了音乐人的议价权。这终究源于我国著作权集体管理制度还欠完善。以音著协为例，有多项费用收不到位，一是因为音著协工作能力有限，二是因为我国的作品使用者还没有建立起缴费的习惯。对此，可以考虑引入“先付费再使用”制度，同时落实草案中提到的作品使用情况查询系统，设立监督机制，切实保障权利人的合法利益。

#### (二) 音乐作品法定许可录音制度之废除

国家版权局在充分征集社会各界意见的基础上，于2012年7月6日下午公布了《著作权法》修改草案第二稿，从7月6日起至7月31日公开征求意见。与原草案相比，第二稿有了较大变动，之前备受争议的第46条被删除，将法定许可限于教材使用和报刊转载两种情形。同时对原草案第48条做出修改，规定权利人可以要求使用者将使用费直接交给自己，不必通过著作权集体管理组织转交。

无疑，修改草案第二稿对音乐作品法定许可录音制度采取了回避制度，最大程度地满足了音乐作品著作权人和首次录音制作者的诉求，但却忽视了社会公众的利益。音乐作品法定许可录音制度在抑制垄断与促进交易等方面的作用是不可否认的，第46条的删除并不能说明其没有存在的合理性。从法定许可制度本身来看，在理想状态下，其施行的越广泛，音乐著作权人的收益就应越多。然而，当前中国的音乐作品使用人还没有建立起足够的付费意识，亦没有合理可行的付酬标准和机制，导致法定许可制度无法有效实施。可见，音乐作品法定许可录音制度被删除，“并不是这一条内容或者逻辑上有问题，而是其22年来在中国实行的效果并不好”<sup>[9]</sup>。而且，从长远来看，此项法定许可的废除并不一定会对权利人长期有利，可能会导致实力强大的唱片公司垄断市场，进而挟制权利人，不利于作品的传播。因此，《著作权法》应在综合考虑各方利益的基础上，通过明确音乐作品法定许可录音制度的效力范围、缓冲期以及付酬机制等来完善此项制度，而不应仅仅采取回避态度。

## 六、结语

音乐作品的法定许可录音制度源于100多年前的实体唱片时代，其立法目的在于防止专有录音权的行业垄断以及降低版权交易成本，其符合国际立法趋势和我国现实情况、立法逻辑和利益平衡原则，在当代社会仍具有重要的现实意义。立法不应对其采取回避态度，应结合我国音乐产业的发展现状，借鉴国外法律，明确音乐作品法定许可录音的效力范围，合理规定缓冲期，进一步完善付酬标准与付酬机制，提出合理可行的制度，从而确保在不损害著作权人利益的情况下最大程度地促进音乐作品的传播和使用。

### 参考文献：

- [1]熊琦. 著作权法定许可的正当性解构与制度替代[J]. 知识产权, 2011(6): 38-41.
- [2]日本著作权法[EB/OL]. (2007-03-28)[2013-01-08]. [http://www.sipo.gov.cn/sipo/flfg/bq/wgygjfl/200703/t20070328\\_147808.htm](http://www.sipo.gov.cn/sipo/flfg/bq/wgygjfl/200703/t20070328_147808.htm).
- [3]江平, 沈仁干. 中华人民共和国著作权法讲析[M]. 北京: 中国国际广播出版社, 1991.
- [4]孙秋宁. 论音乐作品的法定许可录音——以新著作权法第39条第三款为中心[J]. 北大法律评论, 2002, 5(1): 195.
- [5]李吉斌. 著作权法修改草案第46条规定引热议, 专家认为草案相关规定意在限制垄断[EB/OL]. (2012-04-06)[2013-01-08]. [http://www.legaldaily.com.cn/bm/content/2012-04/06/content\\_3481025.htm?node=20731](http://www.legaldaily.com.cn/bm/content/2012-04/06/content_3481025.htm?node=20731).

- [6]王 迁.论“制作录音制品法定许可”及在我国《著作权法》中的重构[J].东方法学,2011(6):55.
- [7]刘 仁.制作录音制品的法定许可应不应保留[EB/OL].(2012-04-23)[2013-01-08].<http://www.cipnews.com.cn/showArticle.asp?Articleid=23606>.
- [8]张 维,胡建辉.谁误解了音乐作品法定许可[EB/OL].(2012-04-26)[2013-01-08].<http://epaper.legaldaily.com.cn/fzrb/content/20120426/Article106001GN.htm>.
- [9]路艳霞.《著作权法》草案第二稿公布[EB/OL].(2012-07-09)[2013-01-08].[http://ent.china.com.cn/live/2012-07/09/content\\_15049482.htm](http://ent.china.com.cn/live/2012-07/09/content_15049482.htm).

## An Analysis of Statutory License of Musical Works Recording

—Drafting and Delete of Article 46 of Amended *China Copyright Law*

Yang Meilin

(CCE Law School, China University of Political Science and Law, Beijing 100088, China)

**Abstract:** The limitation of exclusive recording of musical works aims at preventing industrial monopoly and cutting transaction costs. Laws in other countries mainly adopt statutory license or compulsory license. Article 46 of the 1st version of the amended *China Copyright Law* changed the original “quasi statutory license” to a “complete statutory license”, achieving a progress. Yet since the amendment did not precisely prescribe the scope of the license, the grace period, the payment standard, or the rights of collective administration organization of copyright, Article 46 triggered a fierce debate among the musical industry as well as the academia. The 2nd version deleted Article 46. However, this is an evasive attitude which is not consistent with the progress of law. The legislation shall establish a feasible system of statutory license based on investigation of the status quo of the musical industry so as to balance the interests of copyright owners, producers of first recording and producers of following recording.

**Key words:** draft of the amended *China Copyright Law*; musical works; recording; statutory license; compulsory license

(责任编辑 韩云芷)

---

## 本 刊 声 明

本刊已许可中国学术期刊(光盘版)电子杂志社在中国知网及其系列数据库产品以及其他数据库以数字化方式复制、汇编、发行、信息网络传播本刊全文。作者向本刊提交文章发表的行为即视为同意我刊上述声明。