

著作权拒绝许可的反垄断法规制

——基于必要设施理论的角度

姜冯楠

华东政法大学知识产权学院, 上海

收稿日期: 2023年9月22日; 录用日期: 2023年10月25日; 发布日期: 2023年11月2日

摘要

著作权利人在上游版权市场获得独家版权后, 若利用市场支配地位拒绝转许可给其他平台版权, 可能会造成下游市场出现竞争损害, 最终损害消费者福利。反垄断法规制的市场行为的主要表现为损害了消费者福利, 反垄断法与版权法在促进创新上具有目的一致性, 在交易自由层面却存在价值矛盾性: 版权法赋予作者对其作品任意支配的排他权, 而竞争法基于竞争损害的考量, 会对作者的权利自由做出限制。基于必需设施理论可以更好的帮助我们理解著作权独家版权拒绝许可行为, 必要设施理论是著作作为欧盟在处理拒绝许可问题时的流行理论在我国影响深远, 甚至将其部分编入立法。因此, 政府在对相关问题进行规制时应严格适用必需设施理论要件, 既考量行为在竞争上的违法性, 又兼顾在版权和市场经济层面的权利自由。

关键词

必需设施理论, 反垄断法, 拒绝许可

Antitrust Regulation of Copyright Refusal to License

—From the Perspective of the Essential Facilities Theory

Fengnan Jiang

Intellectual Property School, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Sep. 22nd, 2023; accepted: Oct. 25th, 2023; published: Nov. 2nd, 2023

Abstract

After obtaining the exclusive copyright in the upstream copyright market, if the copyright holder

文章引用: 姜冯楠. 著作权拒绝许可的反垄断法规制[J]. 争议解决, 2023, 9(6): 2632-2637.

DOI: 10.12677/ds.2023.96360

refuses to sublicense the copyright to other platforms by taking advantage of its dominant market position, it may cause damage to competition in the downstream music communication market and ultimately harm the welfare of consumers. The anti-monopoly law and copyright law have the same purpose in promoting innovation, but have contradictory values in the level of trading freedom: copyright law gives authors the right to arbitrarily dominate their works, while competition law will restrict the author's right to freedom based on the consideration of competition damage. The essential facilities theory, as a popular theory in dealing with the refusal of permits in the European Union, has far-reaching influence in our country, and even part of it has been codified into legislation. Therefore, the government should strictly apply the necessary facilities theory when regulating related issues, considering not only the illegality of the behavior in competition, but also the right freedom in the level of copyright and market economy.

Keywords

The Essential Facilities Theory, Antimonopoly Law, Refuse to Permit

Copyright © 2023 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. 著作权内在利益平衡机制与反垄断法规制的一般理论研究

(一) 著作权的合法垄断属性

著作权人享有的是“禁止”的权利，即禁止他人未经许可以著作权所描述的方式使用作品的权利。

[1]著作权是一种近乎法定的垄断性的权利，在日益繁茂的文艺科市场之中，著作权本质上就是一种效果显著的竞争工具，其效力之强近乎垄断。著作权的基本特点之一即是其专有性、排他性，它表明著作权在本质上是法律赋予的一种合法垄断。专有性权利的设立就让著作权人能够获得在著作权法意义上的垄断效果。由于作品具有复制高效率性、低成本性、复制品功能等同性，有必要赋予作者对作品的专有权。如果著作权人缺乏专有权的保护，就会使得天才之火无法加以利益之油，会使得文艺科领域面临重创。加之，作品独创性内生的垄断能力具有强化专有权能的倾向。《著作权法》赋予了作者专有权，以期保护作者利用作品获得利益并激励作者创作动能。但是著作权的专有性和私权属性使著作权主体拥有了基于作品产生的市场独占权、决定作品是否许可及如何许可的权能。著作权滥用现象也因此而生。[2]

(二) 著作权法的法律内涵及激励效果

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”。[3]著作权法开宗明义：本法创设的目的在于：保护文学、艺术和科学作品作者的著作权，以及与著作权有关的权益，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，促进社会主义文化和科学事业的发展与繁荣。¹从著作权法的创设目的我密就可以推知，著作权法的创设目的在于通过赋予著作权人专有权的方式来激励创作，繁荣社会主义精神文明和物质文明。《著作权法》首先会保障创作者的经济利益，作品经商业化运作进而获得的潜在及现实利润是刺激作者继续创作重要物质动因。[4]

根据文义解释的方法，著作权法立法目的首先在于保护著作权人的利于从而来激励著作权人不断的进行创新。但是从法条的后半部分——促进社会主义文化和科学事业的发展与繁荣的角度来看，促进作

¹《中华人民共和国著作权法》第1条。

品的传播也在著作权法立法目的之中，在大陆法系国家，立法会选择在著作权之外另设传播者权，将作品传播者作为一个新的主体予以保护。^[5]因此笔者认为著作权法的法律内涵应该是包括来激励创新+促进传播的二元模式。

随着《著作权法》等相关法律的完善，知识、技术等无形财产也愈发受到人们的重视，同时其也更加容易被滥用，于是对版权的反垄断法规制成为了一个在理论和实际中都具有显著重要性的课题。就著作权法和反垄断法之间的关系而言，当今人们普遍的共识是两者在目标上具有一致性，都有鼓励创新、促进经济发展的作用。但是这一原则性的宏观共识对于现实中的具体纠纷而言是远远不够用的。拒绝许可可是知识产权权利人的一项重要权利，著作权的核心在于排他性，其赋予了权利人排除他人使用的合理权利。而在反垄断法的视野中，任何行为只要造成反竞争效果都应受到竞争法的约束。版权拒绝许可这一行为也不例外。从这种意义上说，版权拒绝许可的反垄断法规制问题，涉及以反垄断法限制版权权利的行使边界。

（三）著作权拒绝许可构成著作权滥用的分析

著作权本为法定垄断之权。^[6]著作权人在法定期间内享有法定垄断权，这种法定的垄断权让著作权人可以按照自己的意志自由去支配自己的权利。著作权拒绝许可应该是法定的权利。任何一位著作人基于自主理性决策以及实现自身利益的最大化的需要拒绝许可。结合著作权法专有权制度可以得知：一般的著作权拒绝许可是不会构成著作权的滥用，更遑论违法反垄断法。通常而言，权利人在行使权利过程中，只有权利行使超出权利本身的范围，才有可能演变为“滥用”。^[7]由于作品具有复制高效率性、低成本性、复制品功能等同性，基于作品的这些特性就需要给著作权人赋予专有权来加以保护，这样才能以更好的促进创新。加之，作品独创性内生的垄断能力具有强化专有权能的倾向。《著作权法》赋予了作者专有权，以期保护作者利用作品获得利益并激励作者创作动能。但是著作权的专有性和私权属性使著作权主体拥有了基于作品产生的市场独占权、决定作品是否许可及如何许可的权能。著作权滥用现象也因此而生。^[8]在著作权滥用的模式之下，权利人行为模式是：滥用著作权私权属性，具体又可以分为两种：一种是侵权型著作权滥用；这种权利滥用是基于作者自身价值取向对作品利用方式的规范。其功能在于禁止侵权，而不在于促进或强制作者有效利用作品。另一种是滥用市场支配地位阻碍市场交易型著作权滥用。其主要表现在拒绝许可和搭售等诸多行为中。

随着我国首例网络游戏垄断纠纷案——华多公司诉网易公司滥用市场支配地位及不正当竞争案被法院做出了判决，版权滥用拒绝许可也开始被关注。司法裁判具有指导性，随之也引发了更多的关于著作权滥用的探讨。目前公认典型的著作权滥用行为表现为：利用著作权限制被许可人开发竞争性产品、超出版权保护期限行使权利、滥用诉权、不正当行使版权致损害消费者合法权益、其他有损公共政策的行为以及垄断行为等。而在这之中，著作权人拒绝许可行为是反垄断法最有可能介入的行为之一，本文主要也是基于著作权拒绝许可进行相应的法理研究。

2. 反垄断法规制拒绝许可的法理基础

（一）拒绝许可行为可能损害市场竞争

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，反垄断法保护著作权法作为一个法定的垄断权利这是反垄断法的护权角度，另一方面反垄断法的目的在于保护公共利益的需要，相应的对于著作权进行限制，防止其滥用。^[9]根据《中华人民共和国反垄断法》任何竞争行为只要造成反竞争效果都应当受到反垄断法的规制。从立法的字面意思来看，反垄断法规制一些造成竞争损害效果的行为，当著作权人滥用著作权拒绝许可造成竞争损害的时候必然不能豁免于反垄断法。那么这样就面临着二的冲突，作为法定垄断的著作权一旦在其内在利益平衡机制上面出现偏差，导致滥用拒

绝许可滥用著作权等垄断行为的出现,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执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。那么何种著作权滥用的行为会受到反垄断法的规制?

以现阶段网络平台为例,知识产权是一种私权,其具有任意性与排他性,质言之,决定自己的智力成果对谁进行许可是著作权赋予作者天然享有的权利。但当这种权利被放任、膨胀并不加以任何限制,其对于市场竞争就可能会存在负面效果,进而损害消费者的利益。在网络平台“独家代理+转授权”的模式中,独家被许可平台在上游版权市场和下游传播市场同时都是竞争者,当其获得独家代理即取得了上游市场的支配地位时,其很有可能通过杠杆效应将上游的支配地位过渡到下游^[10]:如果独家被许可平台具有垄断地位,又基于垄断后长期获益而放弃短期转许可费的目的,而拒绝向其他网络平台转授权许可,其他网络平台将由于网络版权的匮乏而无法在下游网络传播市场中提供网络服务,毫无疑问这将对网络传播市场中的竞争造成损害。对于消费者而言,短期消费者福利的减少可能难以察觉,但当市场真正被独家网络平台垄断时,由于缺乏竞争,使用网络平台的价格无疑会上升,获得服务的质量难免会下降,消费者福利也会不可避免地受到负面影响。

(二) 反垄断法介入拒绝许可行为的正当性

反垄断法规制版权拒绝许可的理论基础是竞争损害理论。反垄断法规制竞争行为的合法性前提是行为将造成反竞争效果,而竞争损害理论是对竞争行为如何造成反竞争效果的基础逻辑进行阐释的理论。对于著作权拒绝许可应该采用何种反垄断违法性判断标准?以游戏画面举例子来看,目前的主要游戏直播平台有斗鱼、虎牙、企鹅电竞等。游戏直播与网络游戏本身是独立的市场,属于上下游市场的关系,但是需要表明注意的是网络游戏的直播依赖于网络游戏市场本身。同时,网游戏直播也能够促进网络游戏新用户的增加。然而,大型网络游戏平台已经开始推出自己的游戏直播平台,将自己制作发行的游戏与游戏直播平台捆绑,例如网易公司与腾讯公司都试图整合网络游戏市场与游戏直播市场,引起了新的反垄断争议。^[11]依据我国著作权法对于合理使用的规定:游戏直播涉及对作品的公开传播,未经许可进行游戏直播除非属于合理使用,否则构成对相关权利人的侵权。对于游戏直播是否构成对著作权的侵权,以及游戏著作权人是否有权禁止未经许可的游戏直播,不能仅从游戏直播涉及的产业利益考虑,而是应当回归著作权法自身的规则。^[12]

游戏直播不会替代欣赏直播的用户对运行游戏的需要,对游戏市场的影响是有限的。因此对游戏画面的直播可以构成合理使用^[13]但是由于游戏直播行业之中盈利模式相对比较多元。除了来自观众的直接金钱赠与外,还可能有流量的折现或广告代言的费用等,且不同玩家在同一时期基于同一款游戏展现的类似操作,加入各自不同风格的解说后,亦可能遭受差异较大的收益情况。玩家的其他直播行为都可能构成对著作权的侵犯。这也就意味着游戏的直播市场中,著作权人很可能基于利益考量而“滥用”其著作权,给竞争秩序与公共利益均造成损害。

基于上述对于游戏直播市场的分析:应当对版权拒绝许可适用基于竞争损害理论的严苛违法性判断标准。具体而言,对版权拒绝许可的反垄断违法性判断标准应当首先要考虑权利人在使用人所在市场是否具有市场支配地位;其次是否实施了拒绝许可就能够切实封锁竞争对手。

3. 必需设施理论及其要件分析

(一) 必需设施理论的起源与正当性论述

必需设施理论被首次提及并运用是在1912年美国的U.S. v. Terminal Railroad Association of St. Louis案中。必需设施理论(Essential Facility Theory)是指如果某经营者的产品符合该理论的全部五个要件,则该产品就会被认定为其他经营者开展经营活动的必需设施,从而该经营者有义务将该产品以合理方式

开放给他人使用，以避免反竞争的后果。

依据反垄断委员会 2021 年颁布的《关于平台经济的反垄断指南》中，明确把“控制平台经济领域必需设施的经营者拒绝与交易相对人以合理条件进行交易”²作为拒绝交易违法的一项具体标准。不仅如此，在同为国务院反垄断委员会 2019 年发布的《关于知识产权领域的反垄断指南》中，也有“其他经营者进入相关市场是否必须获得该知识产权许可”³。目前对于必要设施理论的研究在我国反垄断法立法层面也有所体现，因此基于法条的文义解释，我们可以认为采用必要设施理论对于相关的理论研究具有正当性。

(二) 必需设施理论的五要件

1) 具有市场支配地位要件

具有市场支配地位主要解决的问题是拒绝行为与竞争所损害并不发生在一个市场中。防止上游市场的支配地位向下游传递，进而扩大竞争损害。相关市场的界定必须先行。首先是上游市场，即被请求产品市场，被请求企业在该市场中具有市场支配地位；其次是下游市场，即衍生品市场，请求获得许可的企业在被请求产品的基础之上提供产品。具有市场支配地位的企业在进行许可的时候往往会滥用自身的优势地位，同时基于上下游市场上的产品应为垂直关系而非水平关系。各自独立的市场会使得保护知识产权和反垄断之间的平衡更容易出现无正当理由拒绝许可这样的畸形行为。

2) 必不可少要件

在欧盟的判决中，法院将必不可少界定为“是否存在着技术以及经济上的障碍，使得竞争者无法开发另一种替代性的产品，或遇到不合理的困难”。例如标准必要专利作为一项进入行业必不可少的专业技术，就可以构成竞争者的技术壁垒以及无法替代的产品。但是在版权领域并没有标准必要专利那么强劲的技术壁垒和必要性。对于版权而言，很难论证上述标准之中的规避竞争的结果。版权领域的替代性选择也是面临着上述的困境，对于网络版权而言，其是否具备“必不可少”性就很难做出判断，因为其并不是行业的准入门槛，难以论证是否还有其他替代选择。

但是也不可否认的是被拒绝许可有可能会因为拒绝许可的行为而不可避免的产生竞争损害结果甚至被迫退出竞争。因此在这种情况下应该认定则该部分网络版权是必不可少的。同时对于这样的标准适用进行相应的弱化，以是否会产生实际损害为要件来考量这一个要件。

(三) 拒绝许可消除了下游市场的竞争

版权拒绝许可在其自身的市场上可以基于合法的垄断权实施拒绝许可行为。但是若是取得版权方又是在下游市场上提供产品和服务就会带来竞争损害结果。上游市场的合法垄断会波及下游市场的公平竞争，若获得独家许可的平台为了获得垄断地位着眼于长期发展，而拒绝将获得的版权转许可给其他竞争对手，而这些拒绝许可的版权又恰恰是“核心版权”，那其他下游经营者的竞争力会受到排斥和减弱。

(四) 拒绝许可阻碍了潜在新产品的出现

将企业排除出市场不会导致消除所有竞争。外国法院在微软案中就已经指出，委员会不需要表明“所有的”市场竞争都会被消除；只要拒绝供应可能消除“所有有效竞争”就足够了。同理，版权拒绝许可行为并不需要排除所有的竞争只需要排除有效的竞争即可，这在某些层面也是放松了对于“排除下游竞争”的要求。

但是对于竞争的理解应该采用广义视角去看待，不仅仅包括利益层面的损失，更加包括下游市场经营模式的困境以及创新动力的缺乏。一个有效的市场应该保持创新的市场，但是在拒绝许可之中资源的

² 《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》第十四条第一款第五项。

³ 《国务院反垄断委员会关于知识产权领域的反垄断指南》第十六条第一款第二项。

匮乏和资金的损失会使其无力进行商业模式创新,进而影响市场竞争。版权拒绝许可会导致企业在这个过程中缺乏创新动力从而破坏市场竞争。

(五) 拒绝许可无合理理由

《反垄断法》规定“没有正当理由,拒绝与交易相对人进行交易”⁴,由此可见法律规定“正当理由”要件是拒绝交易的合法抗辩。同时在《平台经济的反垄断指南》中,法规明文规定了五项“正当理由”,分别为:不可抗力、影响交易安全、使自身利益不当减损、相对人不遵守公平合理无歧视以及其他。⁵不可抗力这一个抗辩理由自不待言,就影响交易安全这一个要件来看,当版权人在面临着不正当竞争或者侵权时,例如盗版软件的不正当侵害而进行下游市场的拒绝许可是没有问题的。在此种情形下,拒绝许可具有合理性。另一方面在版权作品受到不正当的搭便车宣传的行为基于使自身利益不当减损的合法抗辩理由也是可以进行公平竞争的抗辩。

4. 结论

版权作为一种合法的垄断权利,赋予了版权人独特独占性质的权利,但是在版权许可方面还是应该进行二分法看来界定竞争损害。“对拒绝许可行为的规制处于了反垄断法责任的边缘”。选择与谁交易、以什么样的方式交易是市场经济赋予经营者的自由,也是版权赋予作者的排他性独占权利。必要设施理论作为反垄断法当中重要的理论,可以将版权独占性的权利认定为必需设施,在认定版权人是否滥用垄断地位还是应该基于是否造成竞争损害这一客观角度来衡量。基于必要设施要件认定的方法可以更好地鉴别上下游版权拒绝损害竞争问题。同时,反垄断法在适用的时候应该保持一定的谦抑性,政府应谨慎对市场经济做出干预,尽可能地把市场竞争交给市场处理,实现创新与竞争的动态平衡。

参考文献

- [1] 郑成思. 版权法[M]. 北京: 社会科学文献出版社, 2016: 209.
- [2] 徐胤, 成岩. 反垄断法与知识产权保护[J]. 中国外资, 2008(9): 80-85.
- [3] 王迁. 著作权法[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2015: 8.
- [4] 冯晓青. 著作权法之激励理论研究——以经济学、社会福利理论与后现代主义为视角[J]. 法律科学(西北政法学报), 2006(6): 31-42.
- [5] 周贺微. 著作权法激励理论研究[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2017: 40.
- [6] 卢海君, 任寰. 版权滥用泛在之证伪[J]. 知识产权, 2022(1): 50-62.
- [7] 易继明. 禁止权利滥用原则在知识产权领域中的适用[J]. 中国法学, 2013(4): 31-43.
- [8] 马生军, 徐曦哲. 著作权强制许可的法理分析与具体规则构建[J]. 出版发行研究, 2019(5): 56-59.
- [9] 时建中. 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[J]. 法学杂志, 2018, 39(2): 25-33.
- [10] 吴太轩, 谭羽. 数字网络平台拒绝转授独家网络版权的反垄断法分析[J]. 重庆理工大学学报, 2020(4): 90-99.
- [11] 曾田. 网络内容平台竞争与反垄断问题研究[J]. 知识产权, 2019(10): 45-60.
- [12] 王迁. 体育赛事现场直播画面著作权保护若干问题——评“凤凰网赛事转播案”再审判决[J]. 知识产权, 2020(11): 30-49.
- [13] 王迁. 电子游戏直播的著作权问题研究[J]. 电子知识产权, 2016(2): 11-18.

⁴ 《反垄断法》第十七条第三款。

⁵ 《平台经济的反垄断法指南》第五条。