

知识产权滥用的反垄断法规制困境 以及应对之策

——以数字音乐独家授权为切入点

谭欣

扬州大学法学院, 江苏 扬州

收稿日期: 2023年3月6日; 录用日期: 2023年3月16日; 发布日期: 2023年5月23日

摘要

腾讯被国家市场监督管理总局处罚之后发表声明称放弃其所签订的独家版权, 数字音乐市场迎来了“后独家时代”。独家版权造成的版权滥用并不只存在于数字音乐市场, 在线网络平台同样也存在着平台通过抢夺视频版权来抢占市场, 并且借助网络效应来提高市场进入壁垒。以知识产权法还是反垄断法来进行规制版权滥用行为一直存在争议, 著作权法难以完全厘清知识产权滥用带来的失衡竞争关系, 反垄断法在适用上存在着难度。结合我国目前的市场情况, 保持反垄断法的谦抑性并加强事前监管; 在诉讼中对知识产权滥用抗辩保持审慎态度, 防止这一抗辩本身被滥用。还可以加入对知识产权创新和竞争者进入市场难度等特殊考量因素来提升司法实践中的规则适用性。

关键词

知识产权滥用, 反垄断法, 数字音乐平台著作权法

Intellectual Property Abuse Anti-Monopoly Regulatory Problems and Response

—Digital Music Exclusive Licensing as an Entry Point

Xin Tan

Law School of Yangzhou University, Yangzhou Jiangsu

Received: Mar. 6th, 2023; accepted: Mar. 16th, 2023; published: May 23rd, 2023

Abstract

Tencent issued a statement stating that after being punished by the General Administration of Na-

tional Market Supervision to give up its exclusive copyright, the digital music market has entered the “post-exclusive era”. Copyright abuse caused by exclusive rights does not only exist in the digital music market, the online video market also exists platforms to seize the market by robbing video copyright, and using the network effects to increase the market entrance barriers. Intellectual property law or anti-monopoly law to regulate copyright abuse has been disputed, copyright law is difficult to fully clear the imbalance of competition related to intellectual ownership abuse, and the same for the antitrust law in the application. In conjunction with the current market situation in China, the anti-monopoly law should be modestly and strengthen pre-regulation; in lawsuits, the abuse of intellectual property rights should be treated cautiously to prevent abuse itself. It is also possible to include special considerations such as innovation in intellectual property and the difficulty of competitors to enter the market to improve the applicability of rules in judicial practice.

Keywords

Intellectual Property Abuse, Anti-Monopoly Law, Digital Music Platforms Copyright Law

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. 引言

独家授权展开为“独家代理 + 转授权”，起源于 2015 年“史上最严版权令”，该令让各音乐平台纷纷下架盗版音乐。在消费者注意力成为了各大平台激烈争夺的经济资源的时代背景下，各音乐平台意识到要维护其既有市场就必须锁定独家版权，从此开启了“独家版权时代”。其稀缺性和从众性在数字音乐市场中最直观的体现就在于头部音乐人所制作的大热歌曲和经典歌曲等优质音乐作品版权成为平台获得竞争优势的关键投入。同时，音乐平台在泛娱乐化的影响下有对外扩张的趋势。平台除了提供收听音乐服务之外，其具有社交、在线 K 歌开始与其他非音乐平台竞争。在抢夺市场的过程中，版权的战略价值成为了关键因素。随着平台的不断扩张，强者越强的市场失序格局已经开始显现：当平台掌握版权到达一定临界点，再加之平台具有较高的市场份额，那么平台对版权的权益将转化为独一无二的竞争优势。在与市场其他经营者交易、为消费者提供服务时，具有较高市场份额的平台在版权价格、会员付费价格、转授权价格等方面将拥有更高的议价能力[1]。平台进而成为了一个市场看门人的角色，提高了其他竞争者进入市场的门槛。

2021 年 7 月，国家市场监督管理总局叫停独家授权，要求腾讯解除与上游版权方已达成的独家协议、停止高额预付金抢占市场、并且停止其他无正当理由而施行的一系列排除、限制竞争等垄断行为行为。¹之后腾讯发布声明称放弃之前所签订的独家版权并且另一平台网易云也去除了“独家”二字。有媒体称，数字音乐市场迎来“后版权时代”[2]。这一事件并没有完全解决独家授权带来的负面影响，并且带来的新的挑战。

2. 数字音乐领域滥用现状

2021 年 7 月 24 日，国家市场监管总局对腾讯作出行政处罚，要求其在规定时间内解除对数字音乐

¹ 参见国家市场监督管理总局：《市场监管总局依法对腾讯控股有限公司作出责令解除网络音乐独家版权等处罚》<https://www.samr.gov.cn/xw/zj/202107/P020210724302729586098.pdf>，最后访问日期：2023 年 3 月 3 日。

的独版权。该案中，调查显示 2016 年腾讯在相关市场份额占到百分之三十，通过股权置换等方式，成功收购中国音乐集团超过半数的股份，取得对其的单独控制权，腾讯自此含有的独家曲库超过 80%。² 监督管理局认为，腾讯集中导致音乐作品产生聚合效应，减少了相关市场的手，进一步削弱了其他平台的竞争力，用户粘度降低。并且，其采取向上游版权方例如独立音乐人或者版权经纪公司提供高额的预付金或者其他的让中小平台望尘莫及的条件，排挤其他竞争对手提高市场竞争壁垒。

8 月 31 号腾讯发布申明称已经向已达成的独家授权协议全部上游版权方发出解除函件，并发布声明，表示明确放弃上游版权方有关音乐作品的独家授权协议，同时告知上游版权方有自行选择合作音乐平台的权利。³ 但腾讯放弃独家授权并不就此意味着其他平台可以在未经授权的情形下上架上游版权方的作品。对于版权方来说，此刻仍然掌握着选择合作平台的主动权，其往往能够影响市场的发展格局[3]。且腾讯在解除独家音乐版权后，大部分独家音乐解约的进展十分缓慢，数月只完成了一部分解约。⁴ 2022 年 1 月，国家版权局约谈数家唱片公司，强调独家版权问题。可以推定这一模式仍在继续，音乐消费者仍旧不能实现“音乐自由”。

版权滥用的问题不仅存在于数字音乐市场中，在网络视频产业中，视频版权资源是视频平台的核心资产和关键竞争力。各大网络视频平台纷纷购买长视频的独家网络信息传播权，通过独家授权模式逐步建立起其他平台难以逾越的版权壁垒。下游市场例如短视频平台得不到上游版权市场产品和服务的及时开放，面对短视频平台的迅速崛起，用户为赚取热度直接使用盗版作品来进行制作。行业壁垒和盗版猖獗使得市场竞争出现失灵，带来市场封锁和创新减损的效果[4]。由此可以看出，拥有大量优质作品版权的主体是独家授权模式走向版权滥用的关键因素之一。

对于头部音乐平台来说，通过锁定市场上优质的音乐内容产生的“头部效应”意味着与竞争者的强大落差和一骑绝尘的市场份额。通过预先支付其他中小平台望而却步的高额预付金提高市场准入门槛，同时在转授权环节中利用优势以不公平高价或者拒绝交易来巩固市场地位，其他音乐平台生存空间被不断挤压，高额独家版权费用最终会转嫁到消费者的身上。

3. 数字音乐版权滥用的规制现状

3.1. 著作权法对于版权滥用规制的无力

知识产权作为一种财产权，拥有与生俱来的对世支配权，具有天生的垄断性。知识产权人有权决定是否授权、授权价格，这属于个人意志的自由，并不会引起反垄断法的关注。《反垄断法》规定“经营者依照有关知识产权的法律、行政法规行使知识产权的行为，不适用本法”⁵，显示二者有着不同的评价标准和价值目标。知识产权法的立法宗旨为保护权利人的权利、促进创新。在此基础上，以限制权利人对于版权的利用其实在一定程度上违背其宗旨。我国曾有试图以修改知识产权来规制知识产权滥用的行为，在《关于〈中华人民共和国著作权法修正案(草案)〉的说明》中，提到因网络化、数字化等为代表的新技术的高速发展和应用，一些现有规定已经无法适应实践需要；在有关合理使用的条款中规定“不得影响该作品的正常使用”⁶，该规定引发了争议，有学者认为，引入权利滥用并且规定行政规制背离了著

² 参见国家市场监督管理总局：《市场监管总局依法对腾讯控股有限公司作出责令解除网络音乐独家版权等处罚》

<https://www.samr.gov.cn/xw/zj/202107/P020210724302729586098.pdf>，最后访问日期：2023 年 3 月 3 日。

³ 参见鹅厂黑板报：《关于放弃音乐版权独家授权权利的声明》，<https://mp.weixin.qq.com/s/uaWiBrlI38iOL4j69FEWRw>，最后访问日期 2023 年 1 月 28 日。

⁴ 王林：《部分音乐仍然仅个别平台有版权业内人士称独家版权解约工作推进有限》，

http://news.cyol.com/gb/articles/2021-10/20/content_d9RNWS07V.html，最后访问日期：2023 年 3 月 1 日。

⁵ 参见《中华人民共和国反垄断法》第五十五条。

⁶ 中国人大网：《关于〈中华人民共和国著作权法修正案(草案)〉的说明》，

<http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202011/f254003ab9144f5db7363cb3e01cabde.shtml>，最后访问日期：2023 年 2 月 6 日。

著作权法对于权利本身的保护,且其规定本身更加容易被滥用⁷,该条最终未出现在正式颁布的《著作权法》中。除此之外,也有学者提出引入知识产权滥用抗辩制度以赋予对利益相关方滥用版权、限制竞争的行为提出异议的权利[1]。而如果大量音乐作品被限制在几个平台甚至单一平台,传播渠道受到限制从而影响作品的多样性,这一现象依旧违背了著作权法的立法初衷[5]。著作权法对于版权滥用没有界定的边界和专门的条款给司法实践带来了一定的难度。

3.2. 反垄断法对版权滥用的规制困境

在《关于禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》,分析经营者涉嫌滥用知识产权排除、限制竞争时,主要的思路为界定市场、市场地位、经营者滥用行为。

对市场界定是反垄断法的逻辑起点,随着互联网技术的发展,数字音乐在发展中所显露的多边化、平台化以及泛娱乐化等特征,使得相关市场界定存在困难。根据《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》,考虑平台经济中平台的市场支配地位可以从其所处行业的竞争特点、经营模式、用户数量等因素进行考量,删除了对于“注意力经济”的表述,主张仍旧以平台的商品或者整体界定相关市场。在动态的平台市场中,涉及到行业数据的部分通常以商业秘密不予公开增加市场份额判断难度。并且在公开数据中,市场主体的市场份额很可能在短期内就因技术进步或新竞争者的进入而改变,短期内的市场份额并不足以表明其在市场中的支配地位[4]。近年来,各大音乐平台逐步开通直播、在线唱歌等关联功能应用产品,逐步将竞争扩大到超出单纯音乐传播市场的范围,网络电台、视频平台、社交平台也会成为音乐平台的直接竞争对象。届时音乐市场边界会更加宽泛、模糊,对界定市场构成挑战。

对市场地位的判断中,平台力量是综合多个项目来作出的认定。《最高人民法院关于审理垄断民事纠纷案件适用法律若干问题的规定(公开征求意见稿)》第三十四条明确,依照反垄断法第二十三条的规定认定互联网平台经营者的市场支配地位,人民法院可以综合考虑9项因素。深圳微源码软件开发有限公司诉腾讯科技(深圳)有限公司、深圳市腾讯计算机系统有限公司垄断纠纷案中,市场支配地位的认定除了占有市场份额之外,还需要分析经营者是否具有对上下游以及统同一市场其他竞争者的影响、拥有的知识产权和财力、相关市场进入的难易程度等因素进行综合的分析判断,侧面说明举证难度较大。

数字音乐市场滥用知识产权行为主要为签订纵向非价格协议以及利用市场支配地位实施排除、限制交易的行为。纵向非价格协议通常与利用市场支配地位存在交织关系,非价格协议中通常包括拒绝交易、搭售、差别待遇等条款,单从形式上看难以区分协议是基于达成合意还是因为强势方强迫达成。我国《反垄断法》规定了纵向非价格协议在禁止之列,同时规定若经营者能够证明其在相关市场的市场份额低于国务院反垄断执法机构规定的标准,并符合国务院反垄断执法机构规定的其他条件的,不予禁止。⁸其重点在于竞争行为所带来的竞争效应是否超过了是否超过了本身带来的积极效率。说明若要认定平台达成纵向非价格垄断协议就又要回归到滥用市场支配地位上,加大司法实践中的认定难度,实践中也可能因为取证难度加大而规避认定纵向非价格协议。仅对纵向非价格进行认定时,也会存在举证难度大的问题。《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》中,列明认定不公平高价的考量因素通常有在同种商品、同个市场、同个经营者中的价格之间以及提价幅度的对比。实践中,差异定价的认定十分审慎。鉴于市场存在的自发价格调节机制,过度干预会有抑制新的经营者进入市场的投资动机;并且,平台经济具有的规模经济和范围经济特性决定了其价格与需求紧密联系,如何对需求产生的影响进行分析存在着难度。若市场对于平台数据的需求影响了平台的谈判能力和议价能力,超高定价的认定将会存

⁷张伟君:《“滥用著作权”条款,不要也罢——评〈著作权法修正案(草案)〉第四条》, <http://www.chinaipmagazine.com/journal-show.asp?3538.html>, 最后访问日期:2022年10月30日。

⁸参见《中华人民共和国反垄断法》第十八条。

在难度。

4. 反垄断法对版权滥用的规制构想

4.1. 坚持反垄断法的谦抑性

反垄断法的基本价值为：“保护竞争而不是保护竞争者”，对于竞争行为的评价并不必然因为竞争者可能会受到竞争损害就禁止某种竞争行为[6]。音乐作品的独家授权其本身具有保护版权和威胁竞争的双重效应，形式上构成“垄断”并不必然认定实质构成垄断。腾讯一案中从多重角度对平台行为对市场竞争产生的效果进行分析体现了反垄断法具有的理性谦抑态度。动态市场中，理想的竞争状态是竞争格局不断被打破然后再达到一个平衡。竞争的合理规制需要对垄断状态持更加宽容的态度，而规制的重心应放在对可竞争状态的维护上[6]。在长尾现象的作用下，即便是拥有独家版权的平台并不能一劳永逸。在音乐平台中，小众音乐、冷门音乐的商业价值已经逐渐被挖掘：网易云所提供的个性化定制吸引了一众符合自身品味音乐用户。为音乐需求的差异化和多元化，数字音乐平台会在长尾市场的开发力度越来越大以迎合消费者注意力，热门音乐的市场会逐渐减弱。在长尾市场中，超级平台掌握头部作品版权的行为对于市场产生的影响值得进一步审慎认定。纯粹的约束会消灭市场的动态竞争和创新的实现，坚持谦抑理念是为了在尊重市场的自我调节和市场的基础作用下保证制度适度妥当[7]。

4.2. 增加对平台经济的特殊考量因素以界定市场

在界定相关市场上时，若经营者竞争主要体现为质量、多样性、创新等非价格因素，可采用选择假定垄断者测试的分析方法，主要是假定价格上涨、质量下降来验证。对于音乐平台所提供的服务来说，“质量”判断标准显得过于笼统。音乐平台力量不仅依赖其音乐库中优质音乐，社交功能、在线翻唱、短视频制作、个性化定制等都是其“质量”的评估要素，需结合消费者的消费特性包括优质内容、隐私保护程度等来有一个“量化”的标准。在考虑市场需求基础上来进行假定垄断测试在多边平台市场中仍旧可行。以知网为例，其小幅涨价并不会导致大量流失客户，结合国内高校用户的数量分析就可得知其行为仍旧有利可图，那么通过假定垄断测试就能够来对知网的的目标商品进行市场界定。

加入知识产权创新作为界定市场的特殊考量因素。创新对平台来说都是一种激励，谁能够先拥有更具优势、更富新颖的产品，谁就能在间接网络效应中拔得头筹[8]。“创新和技术变化”在《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》中用于判定经营者是否构成市场支配地位。市场支配地位是以界定相关市场为前提的，且市场会因为知识产权的创新而发生范围和边界的变化。应将技术创新的能力、技术变化的影响以及程度来等非结构因素纳入到界定市场时的特殊考量范围[9]。

考虑平台拒绝许可交易行为是否构成垄断可以通过分析平台拒绝许可的版权是否是其他平台进入市场所需的“关键”。例如数字音乐中欧美流行音乐在上游平台形成聚集后，下游平台尤其是开发音乐衍生品的平台想要进入市场必须获得上游平台所持有的数字音乐作品。若此时被拒绝许可，将直接产生阻碍其进入下游市场并开发新的产品，此时即可认定上游平台损害了市场的竞争和创新秩序[4]。

4.3. 引入对数字平台的事前监管

市场经济在发展的过程中，单靠市场自发秩序进行资源配置不能够维持市场的平衡，单靠事后执法难以承担垄断带来的危害。数字音乐市场展现出来的平台之间过度竞争导致的损害不能仅仅依靠民事诉讼和行政执法，有学者已经提出需要反垄断方法和事前监管结合，形成二元分治结构，相互依靠，各司其职。在经营者进入市场时以及进入市场后开展对定价、数据、披露、接入的监管，贯穿平台的经营活

断诉讼中当事人以及司法机关的取证压力。

市场泛娱乐化现象让音乐平台所面临短视频的冲击，以抖音、快手为先锋，开始孵化自己的音乐人，向在线音乐市场扩大自己的经营范围。2020年6月，抖音正式宣布抖音音乐品牌化，并将“抖音看见音乐计划”进行了全新升级，此外还推出了“音乐人亿元补贴计划”，成为短视频行业首家推行长期“音乐补贴模式”的平台。⁹短视频平台的加入，其本身所携带的巨大流量和用户数据届时会让市场更加难以界定，给垄断行为带来更多隐蔽。反垄断法执法所针对的垄断协议、滥用市场支配地位和经营者集中三种行为认定存在滞后性，无法及时制止已经悄然开始的排除竞争行为。在反垄断机制面临重大挑战的情况下，引入监管以弥补反垄断机制的不足，是各国或地区平台经济治理已经形成的第一个方向性共识[10]。平台经济对于传统监管手段带来的影响让对于政策的讨论聚焦于守门人对于竞争的影响：首先对平台进行分级确定守门人，对其核心数据活动实施监管，平台所提供的服务仍旧适用反垄断法。至于不具有守门人地位的平台企业，不事前监管，完全适用反垄断法[10]。

4.4. 对知识产权滥用抗辩保持慎重

知识产权滥用是一项美国知识产权诉讼过程中得到法院认可的抗辩事由。我国2020年著作权修订时作出过类似尝试，但最终未能实行。而实践中除了数字音乐市场的滥用版权行为，也存在着其他的版权滥用行为：知识产权被授权人滥用知识产权诉讼赔偿来替代市场贸易中的定价；视觉中国将人类史上第一张黑洞照片、我国国旗、国徽和企业标志等公有领域图片打上版权水印，要求使用者支付版权费用；网络数据平台知网擅自收录学术论文并为使用者设计高价续订费。在缺乏足够的救济措施的情况下，著作权权利主体滥用独占权，损害相关方或公共利益行为时有发生。知识产权保护的内涵不仅包括对知识产权足够的尊重和对内容创作的长期激励，而且还包括促进著作权内容的流通和最广大用户的短期使用利益，有必要兼顾宏观层面的长期强政策保护和微观层面相关方的短期利益平衡。引入知识产权滥用抗辩可能会让我国知识产权诉讼中举证难的问题得到一定的缓解。但是也极有可能导致该抗辩成为新一个滥用的手段，并且美国版权滥用制度认定依靠“公共政策”标准，这回增大行政机关或者司法机关的工作负担。结合我国的实际发展需求来看，鼓励知识产权创新有助于推进我国的现代化事业，而限制权利的条款会降低创作者的创新动力。

5. 结论

知识产权滥用出现在文化产业的各个方面，腾讯、知网等平台被相继处罚显示了我国对于知识产权滥用的高估关注。但是反垄断法和知识产权法都有着规制的不足。其中，著作权法缺乏针对性的规范依据，而反垄断法由于认定门槛高、举证难降低了相关条款在实践中的可操作性，司法实践较少。并且在数字音乐市场的实践中引出了新一轮的问题：独家授权解除后，腾讯、网易云等平台如何认定版权方手中音乐作品版权的价值。非专有许可意味着各大平台的内容同质化，平台之间会缺少针对内容的竞争，版权方议价能力将会变低。同时，腾讯解除独家授权后，音乐作品会在多个平台之间共享导致消费者有选择的决定是否要充值平台的会员。失去独家音乐带来的利益驱使平台对于盗版音乐的消极处理。从上游版权方的角度来看，独家版权时代，维权的途径中想平台投诉的成本较低，效果也比较好。进入后版权时代，维权成本以及压力再次转移回上游版权方。结合我国的实际需求，在鼓励知识产权创新的同时保持反垄断法的谦抑性，谨慎对待“知识产权抗辩”，并且明确市场的认定标准，减轻举证的压力。

⁹ 新京报：《腾讯声明放弃音乐版权独家授权权力，在线音乐如何律动后版权时代？》

<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1709614357284016522&wft=spider&for=pc>，最后访问时间：2022年12月30日。

参考文献

- [1] 谢南希. 从数字音乐独家版权案看版权滥用的规制路径[J]. 电子知识产权, 2022(10): 26-36.
- [2] 邢国涵. 数字音乐市场“后独家”时代来临专家呼吁加强政策支持助力数字音乐健康发展[N]. 法治日报, 2021-10-12(10).
- [3] 陈煜帆. 后独家时代数字音乐版权市场的治理困境与应对策略——从平台经济领域的反垄断切入[J]. 出版发行研究, 2022(7): 69-76.
- [4] 曾田. 内容平台版权许可纵向限制的反垄断规制[J]. 知识产权, 2022(10): 102-126.
- [5] 王迁. 著作权法限制音乐专有许可的正当性[J]. 法学研究, 2019, 41(2): 98-117.
- [6] 徐聪颖. 论数字音乐版权独家交易的法律规制[J]. 知识产权, 2021(7): 50-60.
- [7] 闫静. 数字音乐版权独家授权的反垄断法规制逻辑及展开[J]. 科技与法律(中英文), 2021(2): 86-94.
- [8] 马栋. 数字经济背景下平台市场力量评估方法的系统性重构[D]: [硕士学位论文]. 北京: 中国政法大学, 2020.
- [9] 戴芳芳. 知识产权滥用规制的理论基础及制度完善[J]. 知识产权, 2022(3): 101-126.
- [10] 周汉华. 论平台经济反垄断与监管的二元分治[J]. 中国法学, 2023(1): 222-240.