

私人复制的竞争合理性

——以 Sony 案、Napster 案为例

郭雪军

摘要:私人复制的竞争合理性可以从 Sony 案、Napster 案为例进行挖掘和分析。在 Sony 案,著作权人通过销售预先灌录的录像带打败了私人录制。Napster 案及以后的发展表明,著作权人并非是通过诉讼而是通过市场竞争打败了私人下载。案例及娱乐业近年的商业实践表明,在禁止未经授权的商业复制、私人上传以及责令网络服务商承担合理过滤义务的前提下,私人复制不但不会给著作权人造成实质性的损害,而且能够体现出竞争合理性。这种合理性表现在私人复制提供了适度的竞争激励,促使著作权人更加快速地适应技术创新和实施产品升级,还可以给消费者带来更多的选择和方便。我国音乐市场的商业实践为此结论提供了有力的验证。

关键词: Sony 案; Napster 案; 私人复制; 竞争

DOI: 10.19836/j.cnki.37-1100/c.2020.02.011

对于著作权人来说,私人复制曾被认为是网络技术带来的洪水猛兽。一个简单的推理是:如果每个消费者都能从网络上免费获得完美无缺的作品复制件,他们就不会去正版市场上购买了。从这个世纪开始,私人复制的兴起确实造成了著作权人的销售损失,著作权人担心大规模的私人复制最终会吞噬著作权产业。著作权人的担忧最终没有成为现实,直至目前,虽然私人复制依然存在,但是大多数消费者正在购买和消费正版产品。这是为什么呢?本文尝试在私人复制的法律规制与著作权市场之间的互动中寻找答案,其价值不仅在于认识到二者之间相互作用的逻辑,还会进一步挖掘私人复制的竞争功能——为私人复制寻找合理性。对私人复制进行法律规制的两个重要案例是 Sony 案、Napster 案,本文就从这两个案件出发,从案例分析及其判决结果中寻找线索。

一、Sony 案出乎意料的尾声

(一) Sony 案的判决:私人录制构成合理使用

1. Sony 案的裁判思路。Sony 案涉及的私人复制本文称之为私人录制,也就是消费者在家里使用录像机在录像带上录制电视上播出的节目。私人录制当然是复制的一种方式,表面上落入了复制权的权利范围。那么消费者是否构成侵权的关键就在于:私人录制是否构成合理使用?在美国版权法第 107 条(合理使用条款)所列举的四项参考因素中,美国最高法院的大法官们认为第一项和第四项是更重要的,具体适用到本案就是:私人录制电视节目是否是商业性行为?是否对作品的潜在市场和价值产生实质性的损害?这两个问题正是 Sony 案的裁判焦点。

2. 多数派法官的意见。美国最高法院的大法官们将录像机的功能总结为两种——时移(time-shifting)和建立影像库(library-building),前者指用户将节目录制下来在其他时间观看,后者指用户将节目录制下来反复观看。多数派法官将注意力给了前者——时移;由于消费者是在家里录制电视节目而且不

收稿日期:2019-10-20

作者简介:郭雪军,清华大学法学院博士研究生(北京 100084; huxiqinglang@sina.com),山东科技大学文法学院讲师(青岛 266590)。

会传播,多数派法官将时移认定为非商业性的行为。大法官 Stevens 在判决意见中写道:“如果认为非商业使用构成侵权,那就要证明这种使用会造成损害”^①,而且证明损害的举证责任被分配给了著作权人。著作权人在随后的举证过程中没有足够证据证明其电视节目的播放效果遭受到负面影响,也就是没有证明作品的潜在市场或价值遭到实质性的损害,所以法官判定私人录制构成合理使用,录像机生产商也因为时移这一实质性非侵权用途而免于承担帮助侵权的责任。

(二)著作权人的反击

在 Sony 案败诉之后,著作权人在国会寻求向空白录像带征收版税的努力也告失败^②。在法院和国会两手空空,电影行业里于是弥漫着悲观的情绪。制片商原来遵循的商业模式是许可电视台播出它们的电影,并在中间插播广告,电视台会拿出一部分广告费支付著作权人的许可费。现在 Sony 案的调查显示,40%的用户拥有 10 盒以上的录像带,并打算多次观看,这等于是建立了私人的影像库^③。用户可以通过私人录制来获取片源,制片商于是感受到了极大的危机。

这种危机最终没有转化为现实,制片商通过录像带的租赁和销售市场实现了一个成功的反转。制片商推出了预先灌录了各种影视作品的录像带,录像带的租赁商和销售商店开始遍布美国的大街小巷。1980 年大型电影公司发行电影录像带的收益为 2 亿 8 千万美元,到了 1990 年则为 51 亿美元^④,10 年间增长了 17 倍;值得一提的是,以上巨额的收入是在美国版权法没有给予电影作品出租权的背景下取得的^⑤。制片商之所以取得这样的商业成就,是因为他们提供了比私人录制的录像带更好的产品,试想一下,预先灌录的录像带包含了五花八门的品种和内容,远比固定的电视节目更能满足用户多样化的需求,与在家里等待电视播放时录制相比,如果价格合适,用户更愿意购买或者租赁录像带。最终,著作权人在新市场大赚特赚,而这一切都是在允许私人录制的背景下。

(三)Sony 案的启示:私人复制促进了竞争

上述反转显示出了私人复制的一个隐藏的功能:促进著作权人与私人复制展开竞争,迫使著作权人推出更好的产品。对于录像机开拓出的新市场,美国最高法院和国会没有给予制片商禁止私人录制的权利,制片商被迫与用户录制电视节目展开竞争,他们必须以低廉的价格推出更好的产品,才能让用户放弃私人复制转而去购买其产品。这种现实的竞争压力反而成为一种商业激励,造就了制片商的成功。如果法院判定私人复制是侵权行为,录像机生产商和销售商就不会因为实质性非侵权用途而免责,那么制片商就会从上游向录像机生产商和销售商发放苛刻的著作权许可,从而将著作权不合理地延伸到录像机的制造和销售行业,这样的话制片商怎么会有充分而及时的激励推出物美价廉的录像带呢?如果国会允许向空白录像带征收版税,那么已经获得版税收入的制片商的商业激励也会大为削弱。总之,上述与现实相反的推论凸显出了 Sony 案的漂亮结局,很难说法官在当年判决时就能预见这样的结果,也许是惯有的谨慎,也许是害怕执法的困难,美国最高法院的法官没有禁止私人录制,但是最终的结果却比禁止所能达到的还要好。

二、Napster 案中的私人复制

(一)Napster 案的判决:私人下载构成侵权

1. Napster 案的裁判思路。Napster 案涉及的私人复制本文称之为私人下载,也就是消费者在互

① Sony Corporation of America et al. v. Universal City Studios, Inc., et al. 464 U.S. 417 (1984).

② 罗纳德·贝蒂格:《著作权文化:知识产权的政治经济学》,沈国麟、韩绍伟译,北京:清华大学出版社,2009 年,第 159-160 页。

③ Blackmun 大法官在反对意见中引用调查报告的数据指出录像机的用户平均每人拥有 25 到 32 盒录像带,至少 40%的用户在影像库中有 10 盒以上的录像带,40%以上的用户打算不止一次观看录像带。Sony Corporation of America et al. v. Universal City Studios, Inc., et al. 464 U.S. 417 (1984).

④ 威廉·W·费舍尔:《说话算数:技术、法律以及娱乐的未来》,李旭译,上海:三联书店,2008 年,第 264 页。

⑤ 《美国版权法》第 109 条首次销售条款排除了所有作品合法复制件的出租权,其中包括电影作品,两个适用的例外是录音制品和计算机程序。参见 17 U.S.C. § 109.

联网上利用第一代集中式 P2P 技术下载音乐文件,因而在终端电脑的本地硬盘上形成了一份音乐文件的永久复制件,这当然也落入了复制权的权利范围。那么消费者是否构成侵权的关键就在于:私人下载是否构成合理使用?裁判焦点还是归结为两个问题:私人下载是否是商业性行为?是否给作品的潜在市场和价值造成了实质性的损害?

2. 完美的私人下载。由于 Sony 案在前,所以 Napster 案的法官不得不将私人录制电视节目与私人下载音乐文件相比较。由于科技的进步,Napster 案中的下载有了显著的变化。首先,一旦将某个音乐文件置于共享目录就可以供所有其他消费者下载,文件的下载方法简单易学,消费者可以在任意时间下载,下载在短时间内完成,因此私人复制耗费的成本极低。其次,就单一产品而言,私人下载的音乐文件几乎与著作权人提供的 CD 相同,而且音质不受复制次数的影响。再次,在 Napster 的帮助下,用户可以迅速地定位并大量地获取丰富而多样化的音乐文件,突破了单一产品的限制。总之,与 Sony 案相比,Napster 案中的消费者在私人复制中能够以更低成本获得更好、更丰富的产品。

3. 损害聚集理论的适用。私人录制与私人下载的不同启发 Napster 案的法官适用了损害聚集理论。美国第九巡回上诉法院的法官 Beezer 在判词中认为,单个的私人下载造成的损害微不足道,千百万的私人下载聚集起来就会产生对于著作权人严重的损害,所以私人下载应该被认为是商业行为^①。与 Sony 案中的消费者在电视节目播出时才能录制不同,Napster 案中的消费者可以借助软件在任意时间下载,而且能够获得更好、更丰富的音乐产品。尽管每一次私人下载只能复制一首歌,但是 Napster 的服务使得这样的下载产生了聚集效应——在短时间就会有千百万人下载千百万首歌,这和一个商业提供者没有什么两样。Napster 案的法官依据损害聚集理论认定私人下载是商业性行为,消费者和 Napster 因此承担举证责任,必须证明私人下载对作品的潜在市场和价值没有产生实质性的损害。

4. 私人下载被判侵权。消费者和 Napster 没有完成自己的举证责任,与之相比,著作权人一反在 Sony 案中软弱无力的表现,在损害举证方面做得理直气壮。根据专家证人 Deborah Jay 博士在随机抽取的大学生中展开的调查,以及另一位专家证人执行官 Michael Fine 对大学周围一英里以内商店的 CD 销售情况调查,大学生的私人下载在很大程度上替代了 CD 的销售^②。CD 销售要向著作权人支付许可费,私人下载却是免费的,私人下载减少了 CD 的销售,也就意味着给作品的潜在市场造成了实质性的损害。综上所述,私人下载既是商业性行为,又给作品的潜在市场和价值造成了实质性的损害,法官于是认定消费者私自下载未经授权的音乐文件不是合理使用,构成侵权,应予禁止。

(二)侵权判决赋予了著作权人在新市场全面的排他权利

Napster 的败诉表明:侵权判决赋予了著作权人在新市场全面的排他权利。毫无疑问,技术的变革——数字压缩技术、互联网技术的出现——使得完美的在线下载成为可能。在 Sony 案中,没有证据证明消费者的私人录制会对电视节目的播放效果造成负面影响。这也就是说作为新市场的私人录制没有对作为旧市场的电视播放产生替代作用。但是在 Napster 案中,私人复制能够以更低成本获得更好、更丰富的产品,很难想象所有消费者会在获得令人满意的音乐文件之后,继续忠诚地去购买 CD。进一步说,Napster 案中作为新市场的私人下载对作为旧市场的 CD 销售产生了替代作用。

如果任由新市场肆意发展的话,旧市场很有可能被完全取代,在新市场无法获取收益的著作权人怎么会有激励继续创作音乐产品呢?一个顺理成章的逻辑是赋予著作权人在新市场的排他权。Napster 案的法官明确地看到,聚集起来的私人下载不仅会在 CD 销售的旧市场,而且会在音乐下载的新市场给著作权人造成了实质性的损害,所以 Napster 案的判决私人下载为侵权,这等于赋予了著作权人在新市场全面的排他权利。

(三)允许私人下载的思想实验

本文认为,Napster 案的判决不应该赋予著作权人如此强大、全面的排他权利,应该赋予有限的排他权,禁止私人上传和不公平地商业利用,但是对私人下载网开一面。理由如下:

① A & M Records, Inc v. Napster, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001).

② A & M Records, Inc. v. Napster, Inc., 114 F. Supp. 2d 896, 900 (N. D. Cal. 2000).

1. 允许私人下载不会造成实质性损害。Napster 案和 Sony 案一样,如果满足特定的先决条件,私人复制不会给著作权人造成实质性的损害。在 Sony 案中,录像机用户既要承担录像带的价格,还要承担录制的时间成本,还要接受电视播放节目的制约,所以制片商有机会通过规模化生产来替代私人复制。录制电视节目的天然限制使得私人复制正好提供了适度的竞争,也就是私人录制的成本很高,获得的复制品比较单一,著作权人有机会不但使自己生产的录像带价格低得接近私人复制成本,而且提供了更加丰富的产品。从中可以看出,私人复制的成本和获得产品的丰富性是影响消费者选择的主要变量。同样在 Napster 案中,法官可以人为地调整上述变量,让私人复制也能达到适度的水平上。可以想象一下,如果私人上传被禁止,Napster 这样的网络服务提供商也被责令承担合理的过滤义务,消费者就需要搜索所剩不多的侵权文件,很多文件的地址可能是无效的,很多文件的标题为了逃脱过滤而千奇百怪而且缺乏必要的说明,有些文件夹杂着病毒,有些文件的下载过程还要接受提供者的广告轰炸,用户必须冒着电脑感染病毒的风险不断地浏览广告和试错才能获得真正想要的文件,这样的下载体验有时十分糟糕。如此一来,私人下载的成本就会显著提高,而且很难获得大量的、丰富的音乐产品。如果著作权人提供了便宜、安全、可靠、易得、丰富的下载服务,那么消费者不会吝惜有偿服务的低价格而去费时费力地自行下载;如果消费者都去正版网站下载著作权人授权的音乐产品,损害聚集的累积效果就不会发生,允许私人下载也不会给著作权人造成实质性的损害。

2. 允许私人下载促进了竞争。与 Sony 案的尾声一样,允许私人下载可以促进竞争。首先,私人下载迫使著作权人积极地开发在线市场,否则他们只能在 CD 的旧市场中萎缩。其次,由于私人上传被禁止,网络服务商也履行了合理的过滤义务,私人下载面临着高成本和产品单一的缺陷,著作权人就有机会推出更好的音乐产品吸引消费者光顾。从反面想,假设私人下载被完全禁止,那是不是意味着只要著作权人不授权开发在线市场,他们就能永远依靠卖 CD 来维持其明显过时的商业模式呢?!消费者是不是就只能购买包含整个专辑的 CD,而无法在互联网上购买单曲呢?!这显然是不可取的。总之,允许私人下载不会把著作权人挤出在线市场,反而带来了积极的竞争效果。

Napster 案已经判决私人下载构成侵权,以上的分析似乎只能是一个思想实验。不过这个思想实验还是在 iTunes 等以后的娱乐业商业实践中迎来了验证的机会。

三、Napster 案以后的发展

(一)著作权人在 Grokster 案上的失败

Napster 案以后,消费者通过网络服务商提供的第二代分布式 P2P 技术继续进行私人下载。著作权人于是想通过 Grokster 案一劳永逸地解除新技术带来的威胁,但是判决开发的新侵权标准——引诱侵权——绕过了原告的诉求,只是针对了恶意的技术提供者,从反面看对善意的技术提供者几乎没有约束。单纯地提供 P2P 软件会受到实质性非侵权用途原则的庇护,这意味着消费者可以继续合法获取文件传输的工具,至于消费者用这种工具进行私人下载——美国最高法院的法官在这个问题上退却了,他们把这个问题交还给了本该直接对抗的两方当事人——著作权人和消费者。

(二)著作权人在个人诉讼上的失败

著作权人于是只能把希望寄托在另一项选择上——对消费者提起的个人诉讼。自 2003 年始,美国唱片业协会(RIAA)宣布向未经授权下载音乐文件的消费者提起诉讼,到 2008 年为止,唱片公司起诉了数千名消费者^①。然而未经授权的音乐下载是如此之多,以至于被送上法庭的概率大概是一万分之一,和解结案的赔偿金额约有 3000 美元,算下来每位潜在的消费者大概只有赔偿 0.3 美元的风险^②。最终,普遍的私人下载没有被有效遏制,向消费者提起的个人诉讼反倒成为了唱片业公共关系

① Jessica Litman, "Antibiotic Resistance", *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 2012, 30, pp. 53-72.

② Seth Belzley, "Grokster and Efficiency in Music", *Virginia Journal of Law & Technology*, 2005, 10(10), pp. 199-215.

的灾难,美国唱片业协会于2008年宣布放弃向个人消费者提起诉讼的战略^①。这几乎是美国最高法院的法官可以预见的结果,他们的态度是:如果新市场产生了对于旧市场的替代,著作权人不应该顽强地使用诉讼策略固守旧市场,而是应该勇敢地进入新市场去竞争。

(三)著作权人在iTunes上的成功

同样在2003年,著作权人尝试与苹果公司合作推出在线合法下载的新产品——iTunes音乐商店,产品一经推出就立即获得了成功。20万首歌曲的曲库,允许单曲下载,每首歌曲0.99美元,高品质,一键下载,iTunes凭借这些迅速赢得了消费者的青睐。在其推出的第一周,iTunes就有了超过100万的音乐文件下载量,当年下载量超过2500万^②。在接下来的数年用户在iTunes上的下载量不断冲高,大获成功。虽然未经授权的私人下载依然存在,但是iTunes的成功昭示着著作权人至少可以通过竞争夺回失去的东西。市场的逻辑一如上一章的思想实验所述:只要禁止未经授权的私人上传,网络服务商也被责令承担合理的过滤义务,私人下载就必然面临着各种不便,著作权人就有机会推出物美价廉的产品吸引消费者购买。从这个意义上说,著作权人成功了。

四、私人复制的竞争合理性

(一)私人复制的界定

以上的分析已经显示出了这样的线索:从市场竞争的角度看待私人复制的合理性,接下来应该深入分析一下这个问题了。首先是界定私人复制,本文将其界定为未经授权的、仅为个人使用目的的、对作品实施复制的私人行为,比如以上涉及的私人录制电视节目和私人下载音乐和电影文件。本文所涉及的私人复制,如无特别提示,均指未经授权的私人复制,但未经授权是中性词,仅指没有获得著作权人对于使用作品的许可这种客观情形,在法律评价上并不必然导致违法行为的推定。此外,为了清晰地看待私人复制的合理性,本文将私人复制与未经授权的商业复制相对比,后者指商业性主体未经许可对作品实施复制的商业行为,具有商业性目的,其竞争结果将对著作权人产生严重的损害。

(二)私人复制原有规制理论的缺陷

本文认为,无论是否免除私人复制的侵权责任,原有的规制理论都有一定的缺陷。私人复制的法律规制一般归类于合理使用。认为私人复制是合理使用而不构成侵权的理由是此种行为是私人性的,其理论缺陷在于无法反驳损害聚集理论;认为私人复制不是合理使用而构成侵权的理由是私人复制给著作权人产生了实质性损害,其理论缺陷在于没有注意到损害避免的可能性以及私人复制带来的竞争收益。上述两种理论都是静态的法律标准,只是单纯地聚焦于行为的性质(私人而非商业行为)或者行为对一方的结果(对著作权人产生了实质性损害),没有用动态的观点去把握著作权产业中私人复制的综合影响。在新市场中要考察私人复制带来的综合影响,不仅要看到私人复制的性质以及对著作权人利益的损害,还要看到私人复制对竞争的推动作用、具体的竞争过程和最终的竞争结果。在这种动态的观点下,私人复制对著作权人的损害并非是实质性的,即便存在些许损害,也许就是技术创新和产品升级过程中不得不付出的代价。

(三)私人复制构成合理使用的新理论——竞争合理性

这种动态的观点就是私人复制的竞争合理性理论。既然是竞争,就涉及到竞争双方——著作权人和消费者。如果想消费著作权产品,消费者或是寻求私人复制,或是购买经过著作权人授权的商业复制件。下面就从著作权人和消费者两方出发来界定私人复制的竞争合理性。

1. 私人复制对著作权人的竞争合理性。私人复制对著作权人的竞争合理性体现在哪呢?不妨先回溯一下世界刚刚进入互联网时代音乐行业的图景。尽管有识之士已经向唱片公司提示了互联网将

① John Newman, "Copyright Freeconomics", *Vanderbilt Law Review*, 2013, 66(5), pp. 1409-1469.

② Jessica Litman, "Antibiotic Resistance", *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 2012, 30, pp. 53-72.

要带来的威胁和机会,但唱片公司依然沉醉于有形产品(如磁带和CD)给它们带来的巨大成功。它们对于互联网既不熟悉也不屑于了解,唱片公司依然迷恋于制作专辑和销售CD的模式,把著作权当成自己的“防弹衣”^①。由于缺乏必要的竞争,唱片公司便固化于既有的传播格局,无法敏感地发现和回应消费者的需求,无法迅速开辟在线市场,直到Napster的横空出世。

如今回顾一下Napster案之后十来年的娱乐业商业实践,就会发现著作权人在警醒后与传播者合作,依然吸引了大量的消费者寻求它们的服务,比如前面提到的iTunes以及近些年迅速走红的流媒体Spotify和Netflix。这里面一个主要的原因是著作权人提供了性价比更高的产品,让这些消费者放弃了私人复制转而购买合法的著作权产品,它主要表现在以下三个方面:

(1) 低价。价格当然是有力的竞争策略,数字技术和互联网技术已经大大降低了创造与传播的成本^②,著作权人和传播者因此更容易实施低价策略与私人复制相抗衡。比如现在的视频网站,其会员费每月也就十几元到二十几元,相比等待和自行复制的成本,很多消费者会倾向于选择前者。那些已经过了热播时段的电影电视剧,视频网站往往是捆绑广告后免费播出,相对于忍受广告时间这样微小的成本,消费者放弃私人复制也在情理之中。

(2) 丰富和多样化。互联网的神奇让著作权产品的设计者有条件实现产品的丰富和多样化。比如现在的网络音乐平台有强大的曲库、方便的搜索、用户自建歌单、根据收听习惯每日推荐歌曲等功能,此外,对于不同程度的音乐消费者,这些音乐平台提供了不同的服务和收费标准,例如不同时间长度的付费音乐包、专享DTS音效等增值服务、单曲购买,极力迎合不同消费者的购买偏好。与自己一首一首地下载歌曲相比,这些音乐平台给予的消费体验显然要好得多。

(3) 结合社交网络。著作权产品吸引消费者的另一个策略是结合社交网络,它能有效地增加消费者的忠诚度。互联网已经打破了地域分割、通信成本和同步通信的限制,能够协助人们快速而方便地形成社交网络,而人们喜欢在社交网络上分享消费著作权产品的情绪和感受,于是著作权人和传播者在提供著作权作品的同时一并提供社交网络^③。比如视频网站提供电影作品的同时会提供弹幕和评论,使得较为松散的观众网络发表观影感受;再比如音乐平台提供音乐作品的同时不但有弹幕和评论,还可以将其分享到半紧密的社交网络——微博、紧密的社交网络——微信,交流心得。而私人复制者只能自己欣赏产品,难以同时获取交流体验,相比之下,必然被很多消费者放弃。

以上可以看到,私人复制对著作权人的竞争合理性就体现在激励(或者说迫使)著作权人有效地运用新的复制与传播技术,迅速发现和满足消费者的偏好,生产出比私人复制更好的产品。私人复制需要花费时间和耐心去寻找和复制,而且复制到的是简单粗糙的产品,将简单粗糙的原始产品加工成丰富多彩的最终产品是私人复制无法完成的一个商业化过程,如此私人复制就给予了著作权人胜出的机会。技术不但提升了私人的能力,技术也提升了著作权人的能力,它们作为商业运营者,可以提供即时可得、安全可靠、丰富多彩的最终产品,吸引消费者获得经过授权的著作权产品,放弃私人复制,从而使损害聚集不会发生。进一步说,私人复制有利于打破固有的市场格局,使得著作权人更加快速地适应技术创新和实施产品升级。

2. 私人复制对消费者的竞争合理性。私人复制对消费者的竞争合理性直接体现在增加了消费者的福利。首先,如上所述,著作权人开发出了更好的产品,使得消费者以更低的价格消费更加丰富的产品。其次,如果著作权人不能提供更好的产品,消费者还可以自己进行复制,避免只能单一地依赖著作权人的供给,这也是消费者权利的一种体现。再次,在著作权人不愿进行市场供给的情况下(比

① Michael Carrier, “Copyright and Innovation: The Untold Story”, *Wisconsin Law Review*, 2012, 4, pp. 891-962.

② 以音乐作品为例,数字音乐创作软件(如GarageBand)的开发和应用使得创造成本大大下降,线上传播要比以前CD零售的花费要少得多,其他环节(如音乐营销、许可费收取与分配、巡演广告)也都因互联网而显著减少了支出。Michael Carrier, “No, RIAA, It's Not the End of the World for Musicians”, *UMKC Law Review*, 2014, 83(2), pp. 287-302.

③ Richard Watt, “The Past and the Future of the Economics of Copyright”, *Review of Economic Research on Copyright Issues*, 2014, 1, pp. 151-171.

如一些冷门作品,因为受众很少而无法盈利),消费者可以进行私人复制满足自己的需求,避免因为市场的障碍而使得对消费者有利而对著作权人无碍的交易不能实现。

3. 私人复制的竞争合理性之关键——适度。需要特别强调的一点是,私人复制提供的是适度的竞争激励,适度是其合理性的关键所在。将私人复制限制在适度竞争的范围内有两个前提。第一个前提是显而易见的,那就是禁止未经授权的商业复制。未经授权的商业复制者——比如传统的盗版印刷商——就是为了赚钱(完全不考虑创造),由于不承担前期的创造成本,它们能够以更低的价格吸引消费者,更为关键的是它们也可以融资,组织规模化生产,具有与著作权人相同的商业能力,也能向消费者提供加工后丰富多彩的最终产品。未经授权的商业复制不会给予著作权人胜出的机会,它最终会将著作权人逐出市场,当然应予禁止。第二个前提适用于目前的技术发展阶段,那就是禁止私人上传和责令网络服务提供商承担合理的过滤义务。私人上传^①虽然不是商业性目的,但是本文认为现阶段还是应予禁止,因为私人上传与网络服务商提供的服务相结合就极有可能造成大量复制和传播的效果。与私人复制相比,这两者结合后产生的是过分的竞争。只有限制这两者的结合,私人复制的成本才会显著提高,其提供的竞争才能保持在适度的水平,著作权人才有可能赢得消费者。另一个原因是如果允许私人复制的话,只有认定私人上传是直接侵权,网络服务提供商的间接侵权才有成立的基础,法律逻辑才得以完善。

值得一提的是,私人复制的竞争合理性理论与主要的著作权正当性理论——著作权人与使用者的利益平衡——能够兼容。首先,允许私人复制只是迫使著作权人在竞争中不断创新,并没有实质性的侵夺著作权人的市场,所以基本不损伤著作权人的创作激励。其次,允许私人复制体现了在著作权法中隐藏的使用者利益,而且促进了分配正义和人类发展^②。

如果不是近些年全球音乐市场的强劲复苏,本文也只能停留在理论分析的地步。如今全球音乐市场的良好态势为本文的理论提供了有力的验证,在私人复制依然存在的情况下,著作权人正在一步步夺回曾经失去的市场^③。下面就提供一个中国音乐市场的验证。

五、一个在中国音乐市场的理论验证

(一)中国音乐市场曾遭受严重的盗版侵害

时间拉回到21世纪初,中国音乐市场面临着十分严重的盗版问题,根据美国国际知识产权联盟(International Intellectual Property Alliance,简称IIPA)为美国贸易代表办公室提供的特别301报告,从2000年到2007年,实体唱片的盗版率从未低于85%,有的年份达到了90%^④。在数字音乐兴起之后,调查显示在我国400余家中型音乐网站和1000余家小型个人主页上存在有严重的侵权问题,网络上供下载的音乐中有50%是盗版^⑤。盗版造成了中国音乐市场的收入少得可怜,2007年中国的GDP是美国的23.5%,但是音乐行业的收入只有美国同行的1.1%^⑥;到了2011年,中国音乐行业

① 也许有人会问如果法律禁止私人上传,网络上就没有可下载的资源,允许私人复制不也就没有意义了吗?事实上,即便是禁止私人上传,依然会有一些信仰网络自由(information want to be free)、消费者不服从(consumer disobedience)和分享文化的人们上传资源,由于针对私人的执法成本极高,所以不可能完全消灭私人上传,法律只需将其限制在低水平就可以了。

② William W. Fisher III, "The Implications for Law of User Innovation", *Minnesota Law Review*, 2010, 94(5), pp. 1417-1431.

③ 根据国际唱片业协会(IFPI)发布的《2016全球音乐报告》,全球音乐市场自2015年起迎来可见的增长,音乐行业正在逐步适应数码时代并日趋成熟。资料来源于音著协官网, <http://www.mcsc.com.cn/imS-14-1515.html>, 2019年10月14日访问。根据国际唱片业协会(IFPI)发布的《2019全球音乐报告》,全球录制音乐市场在2018年增长了9.7%,连续第四年实现增长。参见腾科:《版权是实现音乐价值的关键》,《中国新闻出版广电报》2019年4月11日,第005版。

④ 数据来源于美国国际知识产权联盟官网, <https://iipa.org/reports/special-301-reports/>, 访问日期:2018年2月12日。

⑤ 赵志安主编:《中国音乐产业发展报告2014》,北京:中国传媒大学出版社,2015年,第110页。

⑥ Jiarui Liu, "The Tough Reality of Copyright Piracy: A Case Study of the Music Industry in China", *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 2010, 27, pp. 621-662.

的总收入竟然不及同年泰国的此项收入,而泰国人口仅为中国的 1/20^①。中国音乐行业收入较低并非是中国消费者不喜欢音乐,根据中国互联网络信息中心(CNNIC)第 27 次中国互联网络发展状况统计报告(2010 年 7 月),2009 年 12 月至 2010 年 6 月,中国网民的网络音乐使用率高达 82.5%,高于网络新闻(78.5%)和搜索引擎(76.3%),排在所有网络应用的第一位^②。如前所述,中国音乐市场收入较低的主要因素是中国网民消费的大都是盗版音乐,而盗版的收入是无法流入音乐行业的。

(二)盗版猖獗的原因

想要扭转上述局面,就要找到真正的原因。在 Napster 案和 Grokster 案中,私人复制来源于私人上传和 P2P 软件的结合,而中国的私人复制则来源于未经授权的商业复制、私人上传和搜索引擎的结合。在互联网普及之后,大量的音乐网站提供免费的音乐下载和流媒体服务,这些音乐网站大都是从事未经授权的商业复制,著作权人自然无从受益,而私人上传因其隐蔽性和追责成本更加难以约束。商业网站和私人上传使得网络上的免费音乐资源到处都是,搜索引擎则将这两者整合在一起,并且加工成更好的产品(比如整理出榜单、最受欢迎歌手等项目)提供给消费者。无论是搜索引擎服务商因其提供深度链接有可能构成著作权的直接侵权^③(根据用户感知原则或实质呈现原则),还是因其提供榜单构成著作权的间接侵权^④(根据服务器原则),其商业逻辑是一样的,就是将简单粗糙的初级产品加工成丰富多彩、更加吸引消费者的最终产品。未经授权的音乐网站、私人上传和搜索引擎在免费使用音乐作品的基础上,又能够进行商业化的深度加工,著作权人就很难与其展开竞争了。与美国相比,我国音乐市场中未经许可的商业复制增加了私人复制的来源,搜索引擎则是比 P2P 软件更为普遍的互联网应用,所以造成的损害更为严重。总之,未经授权的商业复制、私人上传和搜索引擎的结合,使得远离著作权人的私人复制只是一个顺理成章的结果而已。

(三)中国音乐市场的复苏

转机从 2011 年开始浮现。2011 年 7 月,百度在与环球唱片公司、华纳唱片公司和索尼音乐娱乐公司的侵犯著作权纠纷上诉案达成和解以后,开始转型到以著作权为基础的音乐增值服务^⑤。2015 年,国家著作权局下发《关于责令网络音乐服务商停止未经授权传播音乐作品的通知》(媒体称之为“最严著作权令”),要求各网络音乐服务商于 2015 年 7 月 31 日前将未经授权传播的音乐作品全部下架。迫于压力,16 家音乐服务商下架未经授权的音乐作品 220 余万首^⑥,数量之大令人咂舌。在“最严著作权令”实施之后,主要的音乐网络服务商都在寻求与著作权人合作,推出的正版产品逐渐吸引消费者回归,中国音乐市场已经迎来复苏之势^⑦,收入也迎来显著增长^⑧。

(四)理论的验证

纵观中国音乐市场的萎缩与复苏的整个过程,对私人复制的法律规制一直没有改变。在中国音

① Eric Priest, “Copyright Extremophiles: Do Creative Industries Thrive or Just Survive in China’s High Piracy Environment?”, *Harvard Journal of Law & Technology*, 2014, 27(2), pp.467-542.

② 中国互联网络信息中心:《中国互联网络发展状况统计报告》(2010 年 7 月),http://www.cnnic.cn/hlwfzyj/hlwxbg/hlwtjbg/201206/t20120612_26720.htm, 访问日期:2018 年 2 月 20 日。

③ 张汉国、田小军:《数字音乐深层链接行为的侵权认定与规制问题研究》,《中国版权》2015 年第 1 期。

④ 王迁:《三论“信息定位服务提供者”间接侵权的认定——兼评“泛亚诉百度案”一审判决》,《知识产权》2009 年第 2 期。

⑤ 王康:《百度为正版音乐“埋单”获认可》,《中国知识产权报》,2011 年 7 月 29 日,第 011 版。

⑥ 潘旭涛、雷龚鸣:《数字音乐,日子过得怎么样?》,《人民日报》(海外版),2016 年 8 月 11 日,第 006 版。

⑦ 例如,根据 QQ 音乐的财务报告,其 2019 年第二季度在线音乐收入同比增长 20.2%,付费用户同比增长 33.0%,用户付费的意愿日益增强。参见《让音乐付费成为习惯》,资料来源于中国知识产权报社官方数字平台——中国知识产权资讯网,http://www.cn12330.cn/cipnews/news_content.aspx?newsId=118720, 访问日期:2019 年 10 月 17 日。

⑧ 根据国际唱片业协会(IFPI)发布的《2017 全球音乐报告》,2016 年录制音乐在中国的收入增长了 20.3%,其中流媒体收入上升了 30.6%。资料来源于中国音著协官网,<http://www.cavca.org/upload/2017GMR.pdf>, 访问日期:2019 年 10 月 14 日。根据国际唱片业协会(IFPI)发布的《2019 全球音乐报告》,2018 年中国音乐市场的收入超过老牌音乐强国,位列全球第七位,其中流媒体收入增长 34%,占全球收入的 47%。参见腾科:《版权是实现音乐价值的关键》,《中国新闻出版广电报》2019 年 4 月 11 日,第 005 版。

乐市场受到盗版冲击的时刻,私人复制不受抑制;在中国音乐市场迎来复苏的时刻,私人复制也不受抑制。如果将中国音乐市场曾经的萎缩怪罪于私人复制,那么就无法解释之后的复苏。局面转变的根本原因在于未经授权的商业复制遭到强烈的抑制,而搜索引擎服务商也在压力之下转变了商业模式,除了满足消极的“通知—删除”义务,它们还积极地把消费者导引到正版服务。即便私人上传没有受到有效遏制,但是私人复制音乐作品的成本还是明显提高了,消费者不得不在私人复制与正版音乐之间进行比较了。如果著作权人提供的音乐产品既与私人复制的没有区别又收费昂贵的话,消费者还是会进行免费的私人复制。但是著作权人与网络音乐服务商合作推出了低价的、丰富多彩的音乐产品,从而超越了私人复制,正像国外的消费者接受了 Spotify 一样,如今越来越多的中国消费者是从 QQ 音乐、网易云音乐、虾米音乐接受正版的音乐服务。

我国音乐市场的商业实践再一次证明了本文的论点:在禁止未经授权的商业复制、私人上传以及责令网络服务商承担合理过滤义务的前提下,私人复制就会提供适度的竞争激励,它既能促使著作权人更加快速地适应技术创新和实施产品升级,又可以给消费者带来更多的选择和方便。

六、结语

由于技术的发展,私人复制能力得到了飞速的提升,感受到威胁的著作权人当然要求对私人复制采取严厉的法律规制。然而本文已经论证了这只是不必要的恐慌,技术是著作权人也可以借力的工具,著作权人完全可以通过自己的努力吸引消费者放弃私人复制转而购买正版产品。中国《著作权法》第三次修订,私人复制在何种程度上可以构成合理使用必然是修订的热点,期待立法者宽容地看待私人复制。对于国内的著作权人来说,私人复制不会成为洪水猛兽,而且私人复制倒逼着著作权人和传播者积极接纳技术创新和实施产品升级,避免著作权人躲在权利的坦克里躺赢;对于收入较低但是文化需求日益高涨的国内消费者而言,私人复制带来的竞争收益则更加珍贵。

Competitive Rationality of Private Copying: Taking Sony Case and Napster Case as Examples

Guo Xuejun

(School of Law, Tsinghua University, Beijing 100084, P. R. China)

Abstract: The competitive rationality of private copying can be mined and analyzed from two typical cases: Sony case and Napster case. In the Sony case, copyright owners defeated private recordings by selling pre-recorded videotapes. The Napster case and its subsequent developments show copyright owners defeated private downloads through market competition, not through litigation. The cases and the commercial practices of the entertainment industry in recent years have shown that private copying does not cause substantive damage to copyright owners but reflect the competitive rationality, under the precondition of prohibiting unauthorized commercial copying, private uploading, and ordering network service providers to assume reasonable filtering obligations. The rationality is manifested in the fact that private copying provides modest competitive incentives, prompts copyright owners to adapt to technological innovations and carries out product upgrading more quickly, and brings more choices and convenience to consumers. The commercial practice of the music market in China provides a convincing verification to this conclusion.

Keywords: Sony case; Napster case; Private copying; Competition

[责任编辑:林 舒]