

著作權仲介團體與卡特爾規範之研究 —以德國及歐盟卡特爾法為中心

張懿云*

目 次

- 壹、緒論
 - 一、研究目的與動機
 - 二、研究範圍與限制
- 貳、德國法上對著作權仲介團體之監督
 - 一、雙軌、共同監督模式
 - 二、監督機關
- 參、德國卡特爾法對著作權仲介團體之監督
 - 一、德國卡特爾之禁止規定
 - 二、德國卡特爾禁止之適用
 - 三、德國濫用監督之適用
 - 四、差別待遇之禁止
 - 五、搭售—空白授權在德國卡特爾法下的判斷
 - 六、小結
- 肆、著作權仲介團體歐盟卡特爾法之地位
 - 一、歐盟卡特爾法之相關規定
 - 二、歐盟卡特爾禁止之適用
 - 三、歐盟濫用監督之適用
- 伍、結語
 - 一、著作權仲介團體的卡特爾性質
 - 二、有關相互代理契約之排他條款
 - 三、專屬委託管理契約的問題
 - 四、空白授權與搭售的問題

壹、緒論

一、研究目的與動機

隨著著作權法制的迅速發展，著作權集體管理團體¹也隨之扮演著舉足輕重的地位。根據世界智慧財產權組織 (World Intellectual Property Organization)所出版的「著作權及相關權利之集體管理」一書定義，所謂的「著作權集體管理」，乃是在集體管理制

* 輔仁大學財經法律系教授。

¹ 本文在用語方面簡單說明如下，著作權集體管理團體 (copyright collecting societies, Urheberwertungsgesellschaft)，在我國稱之為「著作權仲介團體」，雖有認為仲介團體之稱呼似無法顯現其係以集體管理的方式為著作財產權人行使權利的特徵，然為忠實反應各國不同之稱呼及用語，因此本文於此暫時先不強加統一稱呼。

度的架構之下，由權利人授權集體管理機構進行下列工作²：

1. 對會員現在或以後之著作行使著作權，監督著作被利用情形。
2. 與利用人談判協商合理的授權條件及使用報酬。
3. 授權利用。
4. 收取使用報酬並分配給權利人。

我國於 1997 年 11 月 5 日公布施行「著作權仲介團體條例」，全文共 46 條。依我國之定義，「著作權仲介團體」，係指由同類著作之著作財產權人依照本條例組織登記成立，為著作財產權人管理其著作財產權，並以仲介團體名義，行使權利、履行義務之社團法人³。本條例實施近九年來，不免產生諸多疑義。這其中除了難解的著作權仲介團體與利用人之間關於「使用報酬」爭議外，更經常遭遇到著作權仲介團體有無競爭法適用的問題。

蓋不論從經濟上或社會文化的觀點，這種透過權利人授權著作權仲介團體集中管理並行使其著作權的制度，都是符合各方期待的。因為透過這種將著作權集中管理的方式，不只可以節省行政管理費用、降低授權成本，同時也可以有效的保障權利、提高法律安定性。但另一方面，由於受著作權保護之著作具有事實上不易替代之獨占特徵，其權利人往往取得獨占地位，因此在某一程度上，著作權仲介團體的市場優勢地位也不免引起競爭法上的疑慮。因此有許多國家莫不以創設法律的方式，透過「專業主管機關」或「競爭主管機關」對著作權仲介團體給予一定的監督，以避免對著作利用人或是對個別著作權人濫用其優勢地位。

例如，有國內多位專業廣告音樂創作者（其創作在媒體使用之廣告音樂約占 50% 以上）於退出仲團之後，遂全體與同一經紀人簽訂「廣告音樂公開播送共同經紀契約」，並統一發函給各大電視台業者，請求洽談公開播送之授權契約及支付公開播送之權利金，以免訟累。由於著作權仲介團體條例第 9 條規定，「未依本條例組織登記為仲介團體者，不得執行仲介業務或以仲介團體名義為其他法律行為。（第一項）違反前項規定者，其所訂定之個別授權契約或概括授權契約無效，…（第二項）」。⁴至於「著作權仲介業務」係指，以仲介團體之名義，與利用人訂立個別授權契約或概括授權契約，並收受使用報酬予以分配之業務⁴。因此該等由著作權人委託共同之經紀人，由其出面代為處理廣告音樂公開播送授權之行為，在現行法下，是否屬於行使「著作權仲介業務」，而有受到專業主管機關（經濟部智慧財產局）監督之必要？或只是屬於經紀人受個別著作權人之委託代為處理廣告音樂公開播送授權契約之簽訂事宜，頂多屬於民法上之委任或居間，既非著作權仲介團體條例所稱之「仲介團體」，也不涉及本條例所稱之「仲介業務」，故無本條例適用之必要？

若為後者，則不免又產生新的疑問。今著作權人若集中委託「仲介團體」代為處理授權業務事宜，應受專業主管機關之監督，但如果聯合委託「個人」代為處理則可以不受專業主管機關的監督的話，那麼該等委託個人之行為，有無公平交易法「聯合行為」之適用？

再例如，仲團基於業務之效率與方便，無視著作利用人有實際之需求，決定取消不再對利用人提供個別授權之服務，一律只提供概括授權。此等情形有無構成濫用優勢市場地位之搭售？

由於此一連串之問題，在前者涉及了「著作權仲介團體」是否具有卡特爾性質之討

² WIPO, Collective Management of Copyright and Related Rights, 2002, p.17.

³ 參閱著作權仲介條例第 3 條第 1 款。

⁴ 參閱著作權仲介條例第 3 條第 2 款之定義。

論，至於後者則涉及了「著作權仲介團體」的概括授權或空白授權契約，有無濫用市場力之行為，因此遂引發本文之研究動機。

二、研究範圍與限制

一般而言，對於著作權仲介團體的監督包括三大部分：1.對「著作權仲介團體與著作權仲介團體間」之監督，2.對「著作權仲介團體與權利人間」之監督，以及3.對「著作權仲介團體與使用者間」之監督。本文也是就此三大部分，從競爭法的角度，分別觀察德國與歐盟在「著作權仲介團體」的理論與實務運作。

之所以先選擇德國與歐盟做為研究對象，除了受限於論文的篇幅之外，最主要是考慮到，德國與我國在規範制度上的相近。德國對於著作權仲介團體之監督，除了有特別法（著作暨鄰接權受託管理法）的規定之外，還有卡特爾法的規範。至於同時觀察歐盟法制，則是因為，基於歐盟法律絕對優先適用原則，歐盟的法律規定可以毫無限制地適用在德國法上，因此縱然已經深植在德國著作暨鄰接權受託管理法中對於德國仲團特殊監督的規定，也無法阻止歐盟卡特爾法直接適用在德國仲團上。但由於歐盟競爭規範看起來並沒有對仲介團體做出例外豁免的規定，因此在這種情況下，仲團根據德國法律屬於許可的限制競爭行為，也有可能與歐洲共同體條約（Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft）第 81，82 條競爭規範不符，而必須通過更嚴苛的考驗⁵。故本文擬就相互間的關係及其實務運作的結果，加以觀察分析，期能提供做為相關討論之參考。

貳、德國法上對著作權仲介團體之監督

一、雙軌、共同監督模式

由於受著作權保護之著作具有事實上不易替代之獨占特徵，其權利人往往取得獨占地位。因此早在 1965 年的德國著作權立法草案中，立法者即已認識到：著作權仲介團體具有市場優勢地位。因此德國法上對著作權仲介團體的監督一直是採「專業主管機關」和「卡特爾主管機關」雙軌共同監督的方式。

依 2003 年 9 月 10 日最新修正的德國「著作暨鄰接權受託管理法」（Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten）第 18 條第 1 項規定，「著作權仲介團體的監督機關是德國專利局（Deutsche Patent Amt，以下簡稱 DPA）」。

同法第 18 條第 2 項規定：「若其他法律對仲團的監督另有規定時，則由該其他機關和德國專利局會同處理。」依當時生效之法律，由於對仲團的監督有另為規定的，指的就是「聯邦卡特爾署」（Bundeskartellamt）而言⁶。

如果是在特定事項上，也就是在「授予仲團的營業許可」⁷以及「撤銷許可」⁸的事項上，則必須由「德國專利局」取得「聯邦卡特爾署」之同意。若雙方就該特定事項未

⁵ 但也有學者認為，依德國法對仲團所為的例外許可，也有可能不違反歐洲法，因為歐洲法對單純私的限制競爭的措施採取較為容忍的態度，因此在經濟活動自由的前提下，企業並不會受到干預，vgl. Pickrahm, Verwertungsgesellschaften nach deutschem und Europäischen Kartellrechts, 1996, S.103f.

⁶ 依當時生效之法律，對仲團的監督有另為規定的，只有 1999.1.1.生效之卡特爾法第 30 條而已，因此本條所稱之「其他機關」通常是指「聯邦卡特爾署」。惟德國卡特爾法已於 2005 年 7 月 16 日最新修正，並刪除原 30 條之規定，但相關見解仍無變動。詳請見後述之說明。

⁷ 參閱德國「著作暨鄰接權受託管理法」第 2 條規定。

⁸ 參閱德國「著作暨鄰接權受託管理法」第 4 條規定。

能達成一致的同意時，則德國專利局應將該案交由聯邦司法部長；經聯邦司法部長與經濟部長取得一致之意見後，再以指示代替同意⁹。

二、監督機關

(一) 專業主管機關的監督

德國專利局做為著作權仲介團體的專業主管機關，其監督方式包括取事前申請許可制¹⁰，事後的抽象控制（例如關於共同契約、收費標準的檢查）¹¹，以及具體個案的監督（例如仲裁處的規定）¹²等。

又基於著作權仲介團體具有事實上獨占的結果，為了保障著作權人或著作利用人免於受到不公平的對待，因此德國著作暨鄰接權受託管理法乃採取了『雙重強制締約』（*doppelte Kontrahierungszwang*）的手段，也就是所謂的「強制管理」與「強制締約」。

在「強制管理（*Wahrnehmungszwang*）」的部分，主要適用於仲團與著作權人之間。依著作暨鄰接權受託管理法第 6 條，當著作人無其他有效管理其著作的可能時，則受請求的仲團有義務以適當的條件為著作權人管理其著作。至於所謂的「強制締約（*Abschlußzwang*）」，主要是在規範仲團與著作利用人之間的關係。依著作暨鄰接權受託管理法第 11 條第 1、2 項之規定，仲團有義務就其所管理之著作，以適當的條件授與他人利用。若雙方未能就使用報酬的金額高低達成協議時，如利用人依其所認可之金額對仲團加以支付，並且將仲團所要求的超過金額的部分以附保留的方式對仲團支付或已為其利益而加以提存者，視為已授與用益權。

在費率監督的部分，依「著作暨鄰接權受託管理法」第 13 條第 1、2 項規定：仲團必須就其所管理的著作或權利制定費率（*Tarif*）。仲團有義務將第一次制定的費率及每次的變動，立即公布在聯邦公報上。

此外，有關費率的計算標準更明文規定在「著作暨鄰接權受託管理法」第 13 條第 3 項。依其規定：費率的計算，原則上應以經由使用著作所獲致的金錢利益為計算標準。如果可以以經濟上的支出計算使用著作所獲得的利益時，那麼也可以用其他的計算基礎去計算費率。在費率的形成上，必須要考慮到，著作的利用占全部使用行為的比例如何而定。仲團在制定費率時，也必須要考慮付費義務者的宗教、文化與社會，以及包括青少年保護等背景條件。

在判斷仲團與利用人之間所定的契約是否合於適當條件時，可以優先考慮以仲團所定費率標準做為判斷標準，並且也可以根據「著作暨鄰接權受託管理法」第 13 條第 3 項所列的費率標準的細項加以檢查。根據此一費率標準，然後再去斟酌具體個案所呈現出來的種類、使用方式、利用範圍等不同特徵而為判斷。如果雙方對費率標準達成協議，則無必要對契約條件是否適當的問題再做審查。¹³ 反之，若雙方對於某項收費標準無法達成協議時，則必須再經確認；而由仲團自己所定的費率標準在此時並不能被拿來做為費率合理性的間接證據或解釋標準。¹⁴

在德國法上，如果仲團與著作利用人之間有關費率的爭議，依著作暨仲介團體條例

⁹ 參閱德國「著作暨鄰接權受託管理法」第 18 條第 3 項規定。

¹⁰ 參閱德國「著作暨鄰接權受託管理法」第 1~4 條規定。

¹¹ 參閱德國「著作暨鄰接權受託管理法」第 12~13 條規定。

¹² 參閱德國「著作暨鄰接權受託管理法」第 14~16 條規定。

¹³ BGH, “Tarifüberprüfung II”, GRUR 1983,565f.; OLG Hamm, GRUR 1988,858.

¹⁴ S. Schricker/Reinbothe, a.a.O. §11 WahrnG, Rdnr.6.

第 16 條第 1 項之規定，都必須先透過仲裁程序，始得以訴訟的方式主張權利。德國專利局仲裁處（Schiedsstelle）所做成的和解（Vergleich），於載明和解成立之日期，並經主席及雙方當事人簽名後，便具有強制執行力。如雙方當事人無法達成和解，則仲裁處會提出一份同意建議書（Einigungsvorschlag）。對此建議書當事人可以提出異議，並以訴訟方式主張權利¹⁵。但如雙方未在一個月內以書面提出異議，則該建議書視為已被接受，其內容生效，並具有強制執行力，適用民事訴訟法相關之規定¹⁶。

也是因為制度設計使然，因此德國法上有關仲團與利用人間費率爭議，主要是透過仲裁與訴訟程序解決，較無卡特爾法監督用武之地。

（二）競爭法主管機關之監督

除了德國「著作暨鄰接權受託管理法」所規定的特殊的監督義務之外，德國限制競爭防止法（Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung, Kartellgesetz, Kartellgesetz, 以下簡稱 GWB 或卡特爾法）也對於著作權仲介團體的設立進行規範。特別是在六 0 年代，還曾經針對卡特爾法中有關如何看待仲介團體的問題，做過根本的辯論。隨著歷次德國卡特爾法的修正，對於仲介團體的規範也迭有不同。基本上，由於德國「著作暨鄰接權受託管理法」已經具備完整的規範與特殊監督的功能，因此德國卡特爾法對於仲團的規範，相對於美國而言，是採取較為寬鬆的態度。

最早，根據 1965 年公佈實施的著作暨鄰接權受託管理法第 24 條，以及卡特爾法第 102a 條的規定，得對著作權仲介團體另為例外規定。根據此項原則，卡特爾法對於著作權仲介團體的監督僅限於由聯邦卡特爾署對於仲團的濫用監督而已。

之後，隨著德國卡特爾法 1999 年 1 月 1 日的第六次修正，關於著作權仲介團體的除外規定，原第 102a 的條文遂由經過微幅新修訂的第 30 條所取代了。依該 30 條之規定：

「（第一項）只要著作權仲介團體是受著作暨鄰接權受託管理法之監督，則該著作權仲介團體之成立就不適用限制競爭防止法第 1 條（卡特爾之禁止）和第 14 條（垂直約定價格或交易條件之禁止）之規定。同時，這些仲團所定的契約或決議，只要是為了達成著作暨鄰接權受託管理法第 1 條有效管理權利所必需，且已經向主管經關登記者，亦無限制競爭防止法第 1 條和第 14 條之適用¹⁷。主管機關必須將該登記轉交聯邦卡特爾署。

（第二項）如果依著作暨鄰接權受託管理法第 16 條第 4 項¹⁸所定契約之內容已經為聯邦高等法院所確認的話，則聯邦卡特爾署僅對該契約有濫用監督之權限。」

由此條文看來，仲團的卡特爾豁免範圍只限於第 1 條（卡特爾之禁止）與第 14 條

¹⁵ 請參閱「著作暨鄰接權受託管理法」第 16 條第項之規定。

¹⁶ 請參閱「著作暨鄰接權受託管理法」第 14 a) 條之規定。

¹⁷ 原本德國的政府第六次的卡特爾法修正草案中，本來只打算對「仲團之設立」予以豁免而已，至於對仲團的業務活動，認為並沒有不適用卡特爾法的疑問，故不打算為例外之處理。但因為德國聯邦眾議院經濟委員會主張，歐洲法院的判決已經卡特爾豁免仲團的業務活動，因此要求在德國法條中另外增加「仲團所定的契約或決議」，也是屬於卡特爾的豁免範圍。所以 30 條第 1 項遂遵從經濟委員會之決議而採取了極為廣泛的法律豁免規定（legalausnahme），使德國仲團的設立及其業務活動，只要在一定條件下，都是合於卡特爾法的。參考自 Immega/Mestmäcker, GWB, Kommentar zum Kartellgesetz, 2.Aufl. 1992., §30, Rdnr.10.

¹⁸ 依著作暨鄰接權受託管理法第 16 條第 4 項所訂之契約，係指締結「共同契約」的情形。所謂的共同契約，規定在同法第 12 條，係指由「仲團」和「著作利用人或義務繳納使用報酬之人所組成的團體」所締結的契約。

(垂直約定價格或交易條件之禁止)而已,至於卡特爾法的其他規定,尤其是第 19 條市場優勢地位的濫用監督及第 20 條第 1、2 項差別待遇之禁止,對仲團仍有適用餘地¹⁹。

至於卡特爾法對於仲團規範的第三次重大修正,則是 2005 年 7 月 16 日生效的第七次卡特爾修正。在本次最新的修法中,立法者刪除了原來第 30 條對仲團的卡特爾豁免規定,最主要的理由是基於歐盟法律優先適用的原則,讓本條再無獨立之意義²⁰。

依德國聯邦政府草案中所提出的立法說明,之所以有必要刪除 30 條第 1 項是因為歐洲卡特爾程序法第 1/2003 號規則²¹第 3 條擴大歐洲法律的優越性。原本在第六次的卡特爾法修正中,德國聯邦卡特爾署雖然有權直接適用歐洲法律,但並沒有在德國競爭法之外還有平行適用歐洲競爭法的義務,因此在當時對於仲團的設立與業務活動還有可能僅單獨適用德國競爭法即足,也因此讓德國卡特爾法可以清楚的合法化仲團的地位。但是此一法律地位,將隨著 2004 年 5 月 1 日開始生效的歐盟第 1/2003 號規則而有所改變²²。蓋自此之後,凡只要與會員國之間相關的事實情狀,都強迫國內的主管機關及法院在其本國競爭法之外,都還有適用歐洲競爭法的義務。也因此國內競爭法關於仲團的成立與業務的處理,將不得違反具優越地位的歐洲法,而由於歐洲法對於仲團並未如德國卡特爾法般有做出特別規定,因此國內法對仲團所做的例外規定,即再無獨立存在之可能,故予刪除。

不過立法者繼續補充,本條之修正事實上並無任何實質內容的改變。包括仲團的設立與業務活動,只要是在達成委託管理任務所必要的,仍不會落入卡特爾禁止之列。

依其說明²³,德國仲團的設立與業務活動,以及它的組織型態,未來在適用歐洲競爭法時並不會產生問題。歐洲法院為了要達成能夠充分發揮代表著作人利益的目的,已經承認仲團設立的合法性。根據後續的判決,仲團這種基於會員移轉其權利的地位以及業務活動,都是為了要幫會員管理權利所必不可缺的。而第六次卡特爾法修正之所以將仲團的契約或決議例外排除在卡特爾禁止之外,也是遵循歐洲法院的判決,限於「為有效管理其權利所必要之範圍」。因此仲團的業務與工作,並不會因此而受影響或不利。

至於仲團與仲團之間的協議是否超過國內法的界線而屬於限制競爭的行為,則同樣完全依歐盟競爭法之判斷,國內規範在此持保守態度而且不會做出與歐盟違異的結論。

同樣的,卡特爾法第 30 條第 2 項也沒有存在之必要。因為聯邦高等法院根據著作暨鄰接權受託管理法,對於費率的決定本來就已經有決定權限。但因為費率的決定本來就會產生國與國之間的效果,因此未來這部分有關競爭法上的判斷,也同樣都完全以歐洲競爭法為標準。依此,由聯邦高等法院確定費率原則上並無疑慮,只是歐洲競爭法可以直接並優先於國內法適用,因此高等法院也應該遵守歐盟競爭法。刪除卡特爾法第 30 條第 2 項並沒有賦予聯邦卡特爾署更多的職權。根據一般的法律原則,聯邦卡特爾署也並未獲得撤銷或變更聯邦高等法院有關規範仲團費率的判決的權限。

¹⁹ 這也是德國通說的見解, vgl. Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 1998, § 30, Rdnr.7; Immenga/Mestmäcker, a.a.O. § 30, Rdnr.17; Schricker, Urheberrechtskommentar, § 24WahrnG/§ 30GWB, Rdnr.3, 9; Hubmann/Rehbinder, Urheber- und Verlagsrecht, 1995, S.267.

²⁰ 有關德國聯邦政府在草案中所提出的刪除理由, Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucksache 15/3640, <http://dip.bundestag.de/btd/15/036/1503640.pdf>, <July 08. 2006.>

²¹ Verordnung(EG) Nr. 1/2003 des Rates zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 der Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln (Kartellverfahrens Verordnung), vom 16. Dez. 2002.(ABl. EG L 1/1 v. 4.1.2003), 以下簡稱歐盟 1/2003 號規則。

²² 參閱歐盟 1/2003 號規則第 45 條。

²³ 以下請參考 Wirtschaft und Wettbewerb-Sonderheft zur 7. GWB-Novelle, WuW-Sonderheft 2005, S.160f.

以上的立法說明，雖然德國的立法者明確表示，刪除卡特爾法第 30 條對德國境內的仲團並無影響，第 30 條所建立的規範原則在新法中仍繼續有適用，但事實上仲團業務活動經常涉及會員國之間的往來互動，因而此一修法對德國仲團競爭規範的影響如何，仍值得繼續加以觀察。

參、德國卡特爾法對著作權仲介團體之監督

一、德國卡特爾法之相關規定

關於仲團的設立與業務活動，涉及德國卡特爾規範的主要有：

(一) 卡特爾之禁止規範

卡特爾法第 1 條，事業間之契約，事業團體間之協議或相互約定之行為方式，是以妨礙、限制或偽造競爭為目的，或足以產生此等效果者，應禁止之。

根據 2005 年 7 月 16 日最新生效的第 7 次卡特爾法修法，第 1 條有關卡特爾禁止的部分最明顯的就是配合歐洲共同體法第 81 條之規定，刪除了「與有競爭關係之他事業」(*miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen*) 做為的構成要件。至此，卡特爾之禁止，不再只限於水平的聯合而已。是與我國公平交易法第 14 條之水平聯合有所不同處。也因此本文以下所討論之卡特爾契約，也同時包含垂直聯合的行為。

(二) 市場優勢地位濫用之禁止規範

卡特爾法第 19 條第 1 項，禁止單一或多數事業濫用其市場優勢地位的行為。

本條第 2 項則是在對各種不同的概念加以定義，其中包含兩大重點，即何謂「欠缺重要的競爭」(*Fehlen von wesentlichem Wettbewerb*) 與「具優勢的市場地位」(*die überragende Marktstellung*)。

關於如何確認具有市場優勢地位，是經由第 3 項所列的推定構成要件來加以補充。

至於第 4 項則是例示市場優勢者可能濫用的情形。嚴重妨礙其他事業進行公平競爭可能性，其中比較可能涉及第 1-3 款的情形：

-客觀上不具合理的條件；

-在參考有效能競爭的類似市場的情況，有很高的確信認為不可能提出這種的對價要求；

-具有市場優勢之事業本身要求不與其他可比較的市場相比較的情況下，所提出的對價或交易條件。

(三) 差別待遇之禁止規範

卡特爾法第 20 條第 1 項，具有市場優勢地位的事業，依第 2, 3 以及第 28 條第 1 項由有競爭關係之事業間所組成的事業聯合會 (*Unternehmensvereinigungen*)，或是依 28 第 2 項或 30 條第 1 項第 1 句得採約定格價的事業，均不得以直接或是間接的不法手段，來阻礙任何一家想要以一般方式進入市場的事業，而且也不得在沒有任何合理的、客觀的理由的情況下，對於同質性的企業，採取差別待遇。

二、德國卡特爾禁止之適用

(一) 仲團卡特爾性質之討論

關於著作權仲介團體的卡特爾性質（Kartelleigenschaft），亦即，是否應將「著作權仲介團體」視為§ 1 GWB 中所謂的卡特爾？或者應該因為音樂市場的特殊條件，而做出排除卡特爾性質的認定？在 1965 年間，也就是德國正準備是否要在§102a（舊法）GWB 針對仲團制訂例外規定的時候，引起熱烈的討論²⁴。

事實上，在（舊）卡特爾法第 102a 條實施豁免前，當時絕大部分的意見是反對直接將仲團視為卡特爾立場²⁵。之所以對著作人或是仲介團體的聯合行為採取如此寬容態度的原因，主要是德國仍然對於把著作權法看成只是立法者所創設的一種獨占法（雖然在美國早已經蔚為主流的看法），持非常保留的態度。因為如果是將著作權法降為一種獨占法，那麼很自然地就會得出一種結論是，著作權的集合應被視為是卡特爾²⁶；但是將著作權視為是一種特許權的看法，與智慧財產權的基礎理論不符，因為著作人所創作的著作是基植於自然法理論，並非基於其營業的特質。

至於在當時的卡特爾實務方面，聯邦卡特爾署也不認為 GEMA²⁷ 違反卡特爾禁止，理由是市場的競爭並不會因為著作權人集合成立了仲團而受到了限縮，甚至音樂權的交易市場正是因為有了這種仲團集體管理的行為，才顯得活絡²⁸。不過德國聯邦卡特爾局的論述也僅止於它根本反對一個沒有仲團的音樂權市場，至於 GEMA 是否具有卡特爾性質則未深論。

不過由於 GEMA 確實對於著作使用權產生限縮的影響，並符合了卡特爾法第 1 條所列之要件，因此對 GEMA 卡特爾性質的爭論仍未休止。一直要等到（舊）卡特爾法第 102a 條公布實施，將著作權仲介團體例外豁免後，才終止了各方的討論。

雖然在卡特爾規範中已經包含了對卡特爾禁止的免除適用，但是對於爭議的問題仍無終局結論，也就是，如果沒有這項免除適用的規定，卡特爾的禁止是不是仍然對仲團有適用？

（二）仲團之卡特爾豁免

如果從法律秩序的一致性來看，似乎不可能一方面在著作暨鄰接權受託管理法中承認仲團的存在，但在另外一方面又依卡特爾法去禁止仲團的成立，而此一有關「卡特爾法」與「著作暨鄰接權受託管理法」兩者間的關係，立法者是透過對仲團例外豁免的方式加以解決。換言之，立法者基於仲團特許業務的目的，先就著作暨鄰接權受託管理法

²⁴ 在討論仲團的卡特爾性質之前，還必須先確定，著作權屬於商業交易客體，以及著作人也是屬於卡特爾法第 1 條所稱之事業的前提。由於此一前提在今日已有一致肯定之見解，故作者於此不再申論，相關資料請參閱 Goldmann, Die kollektive Wahrnehmung musikalischer Rechte in den USA und Deutschland, 2001, S.206, Fn.419.

²⁵ 不過，也有其他作者認為應該把仲團當成一體的事業(Einheitsunternehmen)，因此應該適用結合管制的規定；或甚至有部分的意見認為 GEMA 根本就是獨占事業，因此 GEMA 並沒無權單方面去決定交易價格和契約的條件，而是必須在監督下強制訂定合理的條件，vgl. Goldmann, a. a. O. Fn. 420, 421.

²⁶ Möhring/Lieberknecht, Kartellrecht und Urheberrecht, 1959, UFITA Bd. 29, S.269, zitiert nach Goldmann, a.a.O. S.207.

²⁷ Gesellschaft für Musikalische Aufführungsrechte und mechanische Vervielfältigungsrechte，音樂表演權暨機械重製權仲介團體，以下簡稱 GEMA。位於柏林，1958 年成立，是德國最有歷史，經濟上最重要的管理團體，主要是由作曲家、作詞者和音樂出版商所組成，受託管理音樂著作之公開演出、公開播送及機械重製權等，也是德國唯一的一家音樂仲團。在 1992 年的統計是，GEMA 透過國際上締結交互性的契約（Gegenseitigkeitsverträge），共代理約七萬名音樂著作人、超過 2 百 50 萬首的音樂，堪稱是德國的世界音樂中心。GEMA 在 2004 年的總營業收入為 8 億零 6 百 20 萬歐元。以上資料參考 GEMA 2004 年度報告，<http://www.rockcyclus.de/Netzreport/GEMA-Jahresbericht.htm>.

²⁸ BKartA 15. Juli.1963, WuW/E BKartA 709f.

的優先性加以承認，然後再收回卡特爾禁止的規定，而這樣的意志，就表現在卡特爾法第 102a 條（之後修正為 30 條）之豁免規範。

之所以這樣處理是因為卡特爾的禁止規範不必受著作權法價值所拘束，所以在創設「著作暨鄰接權受託管理法」的同時，還必須在卡特爾法中做出例外豁免的規定，使卡特爾法不僅在面對仲團的成立（Bildung），包括在為達成仲團目的必要範圍內的業務（Tätigkeit），也都應停止其適用。

影響所及，對於仲團持續進行中的營運，尤其是對於仲團與權利人之間的管理契約，甚至是介於各國仲團之間的相互代理契約，也都有豁免。

（三）仲團與著作權利人間之法律關係--委託管理契約

此處所要討論的是，仲團與權利人之間的內部關係，是否也會產生限制競爭的影響。

在早期有關著作權人事業本質方面的文獻討論裡，雖然大部分都不認為著作權人以及由他們所創作的音樂著作間存有競爭的關係；但是對於可交換而且不以個別獨特性為取勝主要的娛樂性音樂作品方面，反而肯定有競爭的存在²⁹。由於競爭的存在，也因此出現了一種與著作法有關的音樂授權的相關市場，這一種與著作權有關的音樂授權，並非一定要透過著作權仲介團體才能簽訂，透過現今所存在的各種行銷可能性、或提供內容豐富的作品目錄以及市場上最搶手的作品，有時候也不必透過仲團即可交易。因為參與交易，仲團遂成為現有市場的一部份，並且對市場的競爭產生了影響。所以權利人仲團與所締結的管理契約（Wahrnehmungsverträge），因為是提供權利的共同利用，因此被視為是競爭者間的水平聯合。若無豁免之例外規定，將受到卡特爾禁止之適用。

至於卡特爾豁免的範圍，則必須依立法意旨適當的加以界定。並非仲團所有的聯合行為皆能予以豁免，而仍然必須依個案，做出利益衡量，因此假如仲團的行為已經超越了許可的管理行為的範圍而加以濫用的話，監督機關仍可依卡特爾法禁止之規定予以規範。³⁰

（四）仲團與仲團間之法律關係--相互代理契約

在德國討論最多的是有關國際間仲團與仲團間所簽訂的相互代理契約（Gegenseitigkeitsverträge）的問題。早期的相互代理契約通常是以排他條款的方式進行，也就是國外仲團將其權利目錄，在一定的管理範圍內，獨家授與國內仲團有代理權，並同時限制該外國仲團不得在此一代理領域從事業務。

基於對國際間的契約，只要有涉及妨礙國內公平競爭事證，德國卡特爾法也都有適用³¹。因此大部分意見認為，相互代理契約在性質上也是卡特爾法第 1 條所定義的卡特爾契約，聯邦高等法院（Kammergericht）在對於 GEMA 所簽訂的相互代理契約表示意見時，也同意了這一項看法。因此德國音樂仲團 GEMA 所簽訂的相互代理契約符合卡特爾禁止之要件，必須向聯邦卡特爾署申報，以取得豁免的特殊待遇³²。此一立場，在新修正的卡特爾法中亦有適用。

²⁹ 相關資料請參閱 Goldmann, a.a.O. S.211f.之說明。

³⁰ Menzel, Die Aufsicht über die GEMA durch deutsche Patentamt, 1986, S.94f.; Reinbothe, Schlichtung im Urheberrecht, 1978, S.120ff.125.,

³¹ “Ölfeldrohre“, WuW/E BGH 1276ff,1279, Emmerrich, Kartellrecht, 2001, S.22f.

³² Vgl. Pickrahn, a.a.O. S.48f.; “GEMA“, WuW/E OLG 1863ff.; 包括聯邦司法部長也採取相同看法，Stellungnahme des Bundesjustizministeriums, UFITA Bd.134 (1997), 330ff.

（五）仲團與著作利用人間之法律關係--共同契約

有關卡特爾禁止之豁免，對介於不同經濟層次事業間，針對價格或其他條件所做的雙邊垂直約定³³（參考舊法第 14 條之規定），一直以來對仲團就不具多大意義。因為仲團的成立必須基於共同合作的目的，通常都已經包含在水平聯合所規範的範圍內了。就垂直約價而言，通常發生在仲團和著作利用者之間，特別是在所謂的共同契約（Gesamtvertrag）的情形。

共同契約是根據著作暨鄰接權委託管理法第 12 條之規定，使「仲團」負有與「利用人團體」簽訂共同協定的義務³⁴。共同契約之目的，是為保障個別之利用人能夠透過合作的力量取得較佳的議價條件，所以只限制在各別簽訂的契約上生效，並不包含從各別契約目的再衍申出去而成為共同決定價的行為，因此截至目前的法律實務尚未將之納入§ 1 GWB 的適用範圍³⁵。

三、德國濫用監督之適用

不同於前述仲團是否具有卡特爾性質而有不同的見解，目前德國一致的看法是，在一般的情況下，仲團都會涉及具有市場優勢地位的問題，更遑論仲團在其國內獨家經營某一特定業務的情形（例如德國以音樂權的仲介團體 GEMA 就為典型代表）。依通說見解，雖然仲團之成立與業務活動享有卡特爾之豁免，惟對於仲團濫用優勢地位之市場行為，則已經超越豁免之業務活動所必要的範圍，自不在免除之列³⁶。

§19 Abs.1 GWB 的條文禁止事業濫用市場優勢地位。由於 GEMA 是德國管理小音樂權（"kleinen"Musikrechte）³⁷ 相關市場中唯一的仲團，因此不論是法院判決或是相關文獻都認定其具有控制市場地位。

所謂控制市場地位的濫用可能是，例如：提出過高的費率要求，或是強制會員太長時間的加入以阻礙第三者參與競爭等等。只不過截至目前為止，在法律實務上，聯邦卡特爾署和法院均尚無仲團濫用控制市場地位的實例，因此對於適用的討論僅止於文獻上的探討³⁸。

四、差別待遇之禁止

根據卡特爾法第 20 條第 1 項之規定，禁止具有市場優勢地位的事業、事業團體、

³³ 參考舊法第 14 條之規定。最新修正之卡特爾法業已刪除原 14 條之規定，一併納入新法第 1 條之卡特爾禁止中。GWB 第七次修正的立法理由 Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucksache 15/3640, <http://dip.bundestag.de/btd/15/036/1503640.pdf>.

³⁴ 除非該利用團體的成員極少時，才不在此限。參閱著作暨鄰接權受託管理法第 12 條後段之規定。

³⁵ 至於在我國仲團法上，目前尚無此類有關共同契約之規範。

³⁶ 參閱前揭註 16，Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 1998, § 30, Rdnr.7；Immenga/Mestmäcker, a.a.O. § 30, Rdnr.17；Schricker, Urheberrechtskommentar, § 24WahrnG/§ 30GWB, Rdnr.3, 9；Hubmann/Rehbinder, Urheber- und Verlagsrecht, 1995, S.267

³⁷ 除了音樂的機械重製權之外，GEMA 所管理的音樂著作在 1933 年的 Stagma-Gesetz 中被稱為小音樂權（"kleinen"Musikrechte），主要是關於一般音樂著作的公開播送，公開上映或公開演出等；至於歌劇、輕歌劇或戲劇的舞台演出權（Bühnenaufführungsrecht），不只有舞台表演，還同時有音樂演出，被稱為大音樂權（"großen"Musikrechte），在德國是屬於一項獨立的著作財產權，通常由著作人自己管理，不在 GEMA 委託管理的範圍。Vgl. Hubmann, Urheber- und Verlagsrecht, 6. Aufl. 1987, §48, II. a, S. 256f.

³⁸ Held, Fragen der kartellrechtlichen Mißbrauchsaufsicht über Verwertungsgesellschaften, FuR 1980, S.71f.; Riesenkampf, a.a.O. S.45f.

或是依法得採行約定價格的事業，以直接或是間接的手段去妨礙，或是以不公平的差別對待方式來阻撓其他企業的一般商業交易。

在判斷仲團的行為是否有本條適用的關鍵在於，著作權人與著作利用人是否屬於卡特爾法所稱的事業³⁹。至於仲團是否具有市場優勢地位的問題則非屬必要，因為仲團縱然並未達到本條所稱「具市場優勢地位」之事業，也屬於事業團體（Unternehmensvereinigung）的性質。因此，本條之適用並不以仲團具有市場優勢地位為前提。

「GEMA 評價程序」一案⁴⁰，是關於「GEMA」與「有權收取酬勞或是版稅的作曲家與出版社會員」內部關係的判決。此項判決所依據的事實是，GEMA 為了獎勵重要文化作品而讓特定著作人可以額外領取演出分紅，因此在「分配使用報酬」的「分配表」上做了一些改變，然而此一改變卻因此虧待了對「E」類⁴¹作曲家的評價。聯邦卡特爾署及聯邦高等法院都認為，如果遭到不合比例排除的只有「E」類作曲家，但卻不包括 E 類音樂的作詞者及出版社的話，則該項單方面的變更就是一種歧視的行為，應予以禁止。只是聯邦最高法院最後卻做出有利 GEMA 的判決，其給予 GEMA 在分配盈餘方面，有更大的觀察與判斷空間，因為 BGH 認為惟有當仲團違背了基本豁免的特殊情況時，才可以被認定是一種濫用⁴²。

在費率制訂的檢視方面，也同時讓卡特爾法的監督與著作暨鄰接權受託管理法產生牽連。這是因為，根據著作暨鄰接權受託管理法第 12 條之規定，仲團與利用人團體所簽訂的共同契約的收費遠低於向個別使用者的收費，因而產生有無價格差別對待的疑問。最後，著作暨鄰接權受託管理法第 12 條被視為是針對卡特爾監督一項特別規定，因此這種依法為不同對待的行為，才沒有被當成是一種差別待遇了⁴³。

此一解釋之結果等於承認，如果不是在法律特別規定的範圍，則仲團對不同付費義務人之差別取價行為，仍有卡特爾監督之適用。例如根據舊著作權法第 53 條第 5 項（新法第 54 條）之規定，著作權仲介團體可以透過「私人轉錄權中心」⁴⁴（Zentralstelle für private Ü berspielungsrecht，以下簡稱 ZPÜ）向錄音帶進口商與德國錄音帶製造商的徵收機器補償金，但 ZPÜ 卻向前者收取高於國內製造商的補償金費用。由於進口商與製造商的性質相近，而且又處於相同的水平競爭關係，因此被認為聯邦最高法院認定是一種不公平的歧視行為⁴⁵。

五、搭售-空白授權在德國卡特爾法下的判斷

³⁹ 如同前面所述，大多數都採取肯定的見解，請參閱前揭註 19 之說明。

⁴⁰ “GEMA – Wertungsverfahren”, KG v. 25.3.1987, WuW/E OLG, 4040ff.; BGH v.3.5.1998, WuW/E BGH 2497ff.

⁴¹ 「E」類，指嚴肅類音樂（Ernste Musik）。

⁴² 在本判決也等於證實了，GEMA 與其權利人之間的內部關係，也有卡特爾法的適用，參閱 a.a.O. WuW/E BGH 2502f.

⁴³ Vgl. Reinbothe, Schlichtung im Urheberrechts, a.a.O. S.161ff., Goldmann, a.a.O. S.217f.

⁴⁴ ZPÜ 是由德國所有相關的著作權仲介團體所共同組成，也是德國歷史最久的私人轉錄權仲介團體，包括受託管理音樂著作之公開演出及機械重製權的 GEMA，主要受託管理語文著作作用益權的 VG WORT，主要是關於勞動成果保護之管理團體 GVL，VG Bild-Kunst，主要是受託管理造型藝術之著作權，以及 VFF、VGF、GWFF、GÜ FA 則是關於視聽著作方面的管理團體等。Vgl. Kirchhof, Das Gesetzgebungsauftrag zum Schutz des geistigen Eigentums gegenüber modernen Vervielfältigungstechniken, 1988, S. 15.

⁴⁵ “Tonbandgeräte-Importeur”, BGH GRUR 1970, S. 200ff., 201.

雖然在美國法上，有關仲團與利用人間概括授予全部管理著作利用的議題上，有持續不斷的爭議，但此等概括授權（Pauschallizenz）或空白授權（Blankettlizenz）議題⁴⁶，目前在德國卡特爾法的評價，純粹只是學說上的討論而已，實務上也尚未產生這類的爭議⁴⁷。

有關空白或概括授權在德國學說上的討論，主要是集中(舊法)第 16 條第 4 款，禁止事業間為搭售協議⁴⁸。參加人負有義務，不管在貨品或勞務提供，不得要求相對人接受與原給付不管是在本質或交易習慣上無關的義務。並且此等約定，還必須實際上對競爭造成重大損害，才與本條相關。所以對空白授權的評價，仍必須視是其在競爭法上的效果而定。被認定為搭售契約，是透過卡特爾的濫用監督，宣告該約訂無效。

如果將本質上或交易習慣不相關的給付，例如把不同音樂著作類型的古典嚴肅音樂與流行音樂綁在一起，並且以概括空白的方式加以授權，則由於這兩種音樂利用的習慣、場域不盡相同，強迫綁在一起的結果，極有可能構成搭售。所以如果仲團可以將相近的音樂類型結合在，提供部分式的授權（Teilbereichslizenz），則音樂利用人較不會有被強迫接受在本質或交易習慣上不相關連的給付之嫌疑⁴⁹。雖然有學者主張，GEMA 的使用報酬費率（Tarife）在公開演出的授權上，已經考慮了各種標準，比如演出時的空間大小，音樂人數，入場卷門票的高低等等，因此這種部分式的概括授權，對利用人而言並無實益，蓋其必須支付比較高的行政管理費用⁵⁰。但也有認為，雖然不能否認，很多利用人需要的是整體的概括授權，但是當部分授權的費用便宜許多，而且利用人有此需求時，強迫利用人只能接受沒有差別的空白授權，將構成違反競爭的搭售要件⁵¹。

在美國實務上，最高法院也面臨了這兩種平行的論調⁵²，但不同的是，在德國並不像美國有強迫仲團有提供部分授權的義務，故只能說，隨著音樂著作數位化結果伴隨而來的辨識可能性增加，仲團對個別授權越來越能接受。由於德國卡特爾署及法院實務對於空白授權尚無任何處分，德國對此一問題仍停留在討論階段，或許這也間接可以說明，比起美國而言，在德國著作權法相對於卡特爾法是一個更強的標準，而且在為卡特爾評價的解釋時，都有必要優先考慮仲團的利益和需要。

六、小結

經由上述說明可見，德國卡特爾法在處理著作權仲介團體時，看起來是和美國反托

⁴⁶ 根據我國著作權仲介團體條例第 3 條第 7 款定義所謂「概括授權契約」，係指仲介團體與利用人約定，仲介團體將其管理之全部著作財產權授權利用人在一定期間內，不限次數利用，利用人支付使用報酬之契約。

⁴⁷ 但歐洲法院則判決承認概括授權的合法性，“Turnier”，EuGH Slg.1989, 2521ff. 相關資料請參閱下章之說明。

⁴⁸ 但根據最新 2005 年最新修正的卡特爾法，原來第 16 條有關垂直排他性契約的濫用監督，皆已納入第 1 條卡特爾禁止中，故原條文已被刪除，但規範重點並無差別，於此加以說明，相關立法理由請參閱，Gesetzentwurf der Bundesregierung, a.a.O. BT-Drucksache 15/3640，<http://dip.bundestag.de/btd/15/036/1503640.pdf>；以及德國獨占委員會的報告，Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle, http://www.monopolkommission.de/sg_41/text_s41.pdf, <Oct. 31.2006.>

⁴⁹ Vgl. Goldmann, a.a.O., S.221f., 只不過但這種「部分式的授權」在德國 GEMA 及其他歐洲仲團上，至今尚未見有人提供。

⁵⁰ Greuner, Doe Stellung der urheberrechtlichen Verwertungsgesellschaften im Kartellrecht, S.64.

⁵¹ Reibothe, a.a.O. S.152.

⁵² Vgl. Goldmann, a.a.O. S.385.

拉斯法的處理方式⁵³有所不同。德國經由特別法的規定，一方面承認仲團具有特別的地位，幫助其突破卡特爾法的規制。但另一方面，又有鑑於其特殊角色，也認為卡特爾法對仲團也並非完全無適用，因此得由競爭主管機關為濫用監督。

因此在適用德國卡特爾法時必須先確定，仲團所採取的措施是屬於必要而得豁免的管理行為，或是已經指向濫用市場地位的濫用。對於仲團的濫用監督，需要依個案決定，廣泛的考量仲團的權利與義務，並再次衡量仲介團體法之所以豁免的評價，以決定其是否濫用。其情形就就如同對基本權限制的調查一樣，應經由比例原則與利益衡量，讓兩個規範在適用上應取得一致性。

至於實務方面，截至目前為止，德國的卡特爾實務上則只有很少的案例是依卡特爾法加以監督的⁵⁴。因為德國仲團實務的卡特爾程序以及宣告違反卡特爾者非常罕見，因此關於仲團角色的卡特爾討論，遂移至歐洲卡特爾法，這個趨勢在未來也很難改變。

肆、著作權仲介團體在歐盟卡特爾法之地位

歐盟卡特爾法與美國一樣，並沒有針對著作權仲介團體訂出例外的豁免規定，再加上歐盟本身也沒有制訂特別的仲團規範，因此對於仲團的監督，主要就落在歐盟執委會與歐盟卡特爾法上。

截至目前為止，不論是歐盟執委會或是歐洲法院都曾經從各種不同的角度，針對仲團的種種實務與爭議問題，例如：仲團與會員之間的內部關係（著作權人換約自由）、相互代理契約的問題、空白授權，或是費率的制訂等，提出意見。本文擬就我實務上較常遭遇到的幾個提出討論。

一、歐盟卡特爾法之相關規定

歐洲共同體法第 81 條之卡特爾禁止與第 82 條禁止濫用市場優勢地位，對仲團有直接之適用。因此就歐盟卡特爾法的意義來說，集中管理或移轉著作權的行為，都是屬於事業的活動（*unternehmerische Tätigkeit*），這些聯合的事業活動具有限制競爭的效果，在一般的情況下，會被當成是有損會員國間貿易的行為。

（一）卡特爾之禁止

依歐洲共同體條約第 81 條規定，事業間之契約，事業團體間協議或相互約定之行為方式，損及會員國之間的貿易，並且在共同體市場內以妨礙、限制或偽造競爭為目的，或足以產生此等效果者，契約無效。

（二）市場優勢地位濫用之禁止

歐洲共同體條約第 82 條則是禁止一家或是數家事業，在共同體市場中濫用其市場優勢地位。

二、歐盟卡特爾禁止之適用

⁵³ 美國之仲團很少被明確的聲明其是被卡特爾豁免，而是與其他的事業一樣，都有休曼法（Sherman Act）之適用，此一嚴格的卡特爾禁止，只能透過合理原則或利益衡量加以緩和或修正而已，因為對權利聯合管理在實務上並不能找到一個清楚的法律上的承認；Kennedy, 37 Vand. L. Rev., S.183ff.(1984).

⁵⁴ 所以有學者認為，德國聯邦卡特爾署是採取非常保守的態度，Pickrahn, a.a.O. S.62.

（一）仲團卡特爾性質之討論

由於歐盟執委會和歐洲法院所主張的出發點經常是，不論是著作人或仲團本身，都可以是競爭法上所稱之事業⁵⁵。因此仲團對於各國之間的貿易往來，都有可能會產生很大的影響透，歐盟競爭法的規定毫無疑問的都可以適用於仲團⁵⁶。但也有若干爭論認為，仲團對於著作權人進入市場的問題，非但沒有造成阻礙，反而更開放了參與的機會，透過仲團可以達成實際為著作權人提供利益代理的功能。因此仲團不但沒有對市場構成限制競爭的效果，反倒是促進了市場的競爭，故應無共同體法 81 條第 1 項之適用才對⁵⁷。

又雖然在理論上認為，仲團的存在，在某些情況下，是可能符合歐洲共同體法 81 條第 1 項卡特爾禁止之構成要件。但截至目前為止，歐盟實務上也尚未見到有針對仲團的成立進行卡特爾程序的案例。換言之，對於“一個積極有效的聯合管理“是否應為卡特爾之禁止，或仲團是否有促進市場競爭的看法，歐盟執委會及歐洲法院長期以來保持沈默，並沒有明確承認或否定仲團具有卡特爾本質（Kartelleigen- schaft）。

（二）仲團之卡特爾豁免

有學者以現今之音樂市場為例，認為對仲團的角色有再思考的必要，基於音樂權利利用聚集的特性，一個豁免的仲團能夠讓權利人與利用人取得必要的平等，因此以歐洲共同體法 81 條第 3 項團體豁免方式處理是一個正確的方向⁵⁸。

執委會也有聲音認為，仲團的存在雖然是長久以來的寬容，但確實與歐洲共同體法 81 條第 1 項規定不相容，因此最好的方法就是，經由歐洲共同體法 81 條第 3 項的豁免規範，制訂出仲團的特殊地位。經由豁免的判斷，可以讓執委會有機會檢視仲團限制競爭的軌跡及其在相關市場的正面與負面卡特爾評價。這樣的方式，也可以讓執委會直接對仲團做出有利的判斷，而不必一直以沈默的方式去限制 81 條第 1 項要件的適用，且將更有助於法律安定性⁵⁹。

只是歐盟執委會至今仍未曾直接承認，仲團具有卡特爾性質、並可以適用 81 條第 3 項豁免之保障。因此只能簡單的說，競爭法豁免的善意解釋，對仲團的存在已經是確定的事了。但仲團是否真的符合豁免的標準，尤其是消費者是否事實上真的獲得經濟上的利益，以及對是否真的不會對競爭產生重大限制等等，仍有再進一步審酌之必要。

至於執委會下一步驟是要制訂一個明確的團體豁免規範，或是另外制訂獨立的著作權集體管理規範以便與競爭法相互配合，則有待後續觀察。

（三）相互代理契約之排他條款

如前所述，國際間仲團與仲團間所簽訂的相互代理契約，通常都附有排他條款（Ausschließlichkeitsklauseln），也就是國外仲團將其權利目錄，在一定的管理範圍內，

⁵⁵ 關於更進一步詳細之說明，請參閱 Pickrahm, a.a.O. S.114ff., Deringer, Wandlungen des Urheberrechts unter dem Einfluß des Europäischen Gemeinschafts- rechts, NJW 1985, 513ff.515..

⁵⁶ 此類見解所持的基本假設是，即便沒有仲團的居間協助，著作權的交易還是可以完成，而代理團體的出現，徹底改變了市場的風貌。因此仲團確實是具備卡特爾的性質。

⁵⁷ Mestmäcker/Schulze, Urheberrechtskommentar, IntR, 9. Abschnitt, S, 50a.

⁵⁸ Vgl. Porter, European Union Competition Policy: Should the role of collecting societies be legitimized?, 1996, 12 EIPR, S.672ff., 677.

⁵⁹ 贊成的學者有 Dietz, Brückenschlag zwischen Droit d'Auteur und Copyright in der Informationsgesellschaft, in: Schutz von Kultur und geistigem Eigentum in der Informationsgesellschaft, 1998, S.83ff.; 91; Pickrahm, a.a.O. S.134; Becker, Die Verwertungsgesellschaften im Europäischen Binnenmarkt; 1990, S.9ff., 11.

獨家授與國內仲團有代理權，並同時限制該外國仲團不得在此一代理領域從事業務。

歐盟執委會早期認為此相互代理契約的排他性條款已經構成限制競爭，違反歐洲共同體法 81 條第 1 項（舊法 85 條第 1 項）之規定，並且沒有同條第 3 項豁免之適用⁶⁰。在 *Tournier*⁶¹ 案中歐洲法院也採取和執委會相同的態度，希望在共同市場內仲團彼此間至少存有潛在競爭的可能。如此一來，縱然在國內音樂利用人只有一家仲團，但至少就費率和行政管理費方面，還有機會與共同體內其他現存的仲團加以比較，或是獲得國外團體授權的可能。

歐洲法院後來也接受了，仲團因受限於國界的限制，因此只能將其著作權利目錄委託給在各該國登記的仲團幫忙管理的看法。例如美國 ASCAP 的表演權代理在德國的部份就交給 GEMA，在法國的部分交給法國的 SACEM。但因為每一家仲團在代理國外的權利目錄時，均只就其行政領域內的部份才可能獲得授權，所以不同國家間因為相互代理契約的緣故，並不會出現競爭的情形。雖然仲團經常轉介有興趣的音樂使用者至其他各國的仲團那邊，然截至目前為止，歐洲仲團實務主要還是採取集中式的相互代理契約，而歐洲法院對此類行為的指摘顯得十分保守。只有在影響貨物自由流通的情形下，才會從競爭法觀點的承認具有限制競爭的效果，也因此 *Tournier* 案，才在一定程度上，做出與 GEMA 相反論點的判決，提供了使用者可以享有超越國界自由取得音樂權利的保證；但是就其實際所造成的市場分配問題，就未見歐盟執委會曾有進一步的質疑。

三、歐盟濫用監督之適用

歐盟競爭規範對仲團的適用，最主要還是在濫用監督的問題。歐盟執委會和歐洲法院對於仲團的實務操作進行研究之後，都共同認定歐洲的仲團確實是擁有足以控制市場的獨占地位。許多判決也都認定，不論是從仲團與權利人之內部關係，或是仲團與音樂利用人間的實務，也都會衍生許多卡特爾法方面的問題。因此，本文以下擬繼續就歐盟執委會和法院判決仲團濫用其控制市場地位的情形加以介紹。

（一）專屬委託管理契約

1. GEMA-I 案

“GEMA-I”一案，是歐盟執委會首宗確認仲團多處違反禁止濫用市場優勢地位的規定⁶²。這其中包括了 GEMA 利用其控制市場地位，歧視其他會員國的國民，使無法加入成為會員；同時也對於會員過度拘束，因為 GEMA 要求會員將其著作權的所有代理權種類的全球代理權，轉讓給 GEMA，期間是 6 年，設法以非必要的契約綁住自己的會員，並且阻礙音樂出版商欲提供服務的一個共同市場的產生。正因為如此，根據歐盟執委會的意見，GEMA 這些實務上的做法已經違反「禁止過度作為」(Übermaßverbot) 的規定，並且對於仲團之公共利益目的的達成也是多餘的。

由於 GEMA 太長的管理契約期限（6 年）飽受批評，在經過與執委會的協商妥協之後，改為 3 年；在對於外國人與出版社的差別待遇方面，特別是對於如果一個國家之內只有一家仲團從事業務的話，則應該接受外國著作人之委託，因此 GEMA 也修改章程

⁶⁰ 1. Wettbewerbsbericht der Kommission 1971, S.84, zitiert nach Pickrahn, a.a.O. S.135.

⁶¹ *Ministère Public./Tournier*, EuGH vom 13.7.1989, Slg.1989, S. 2521ff., 2573. *Tournier* 案即後述之 SACEM 案。關於 *Tournier* 案之事實背景，請參閱「3. (3) 搭售-空白授權在歐洲競爭法下的判斷」，頁 37 以下之說明。

⁶² “GEMA-I“-Kommission Entscheidung vom 2.6.1971, ABl. EG 1971, L 134, S.15; GRUR Int.1973, S.86, 87f.

予以改善⁶³。

(1) 不禁止專屬的委託管理契約

但是在本判決中特別值得注意的是，歐盟執委會也批評，要求著作權人必須依據專屬條款⁶⁴移轉所有權利予仲團的行為，是屬於濫用市場優勢地位。依執委會之見解，仲團必須要提供每一位音樂利用人有直接向音樂權利人取得使用許可的機會，也就是仲團只能在非專屬的基礎上（*nicht-ausschließlicher Basis*）從事管理的工作。執委會針對專屬條款所持的批評理由是，當著作權利人面對音樂利用人強大的經濟利益的誘因，並且在實務上又確實是有此需求的話，那麼實在看不出來有什麼理由，為什麼不能由著作權人直接給予使用的許可，而必須只能經由仲團提供此種服務。因此歐盟執委會希望仲團可以做到的是，提供著作權人有一項選擇權，可以依個案去決定是由他自己或是交由仲團去行使授權。

然而這一項看法在歐盟執委會的判決中卻沒有再做更進一步的說明。除了歐洲和美國對於仲團抱持完全不同的評價外，在當時的時間點上，要個別的音樂著作權人與仲團進行搶奪使用權商機，確實是太弱勢了，因此執委會在此說明之後即無更多的討論，對於仲團專屬的權利管理契約也未加以禁止⁶⁵。就如同 GEMA 相關的管理契約規定以及其他歐洲的協會所顯示的，歐洲仲團因此在實務上仍然繼續採集中式的管理行為（*zentrales Merkmal der Wahrnehmung*）⁶⁶。

(2) 分類授權的義務

由於執委會並未禁止一般性的專屬條款，因此提出一個緩和的規定，要求 GEMA 必須負有義務，要採取所謂的分類授權（*Spartenlizenzierung*），也就是仲團必須讓其會員自由選擇，究竟是要將所有的權利都移轉於 GEMA，還是要依分類表所規定的權利分別授予多家的外國仲團。如此一來，會員國境內管理契約的專屬條款並不因此受到禁止，但又能維護共同體內的移動自由。

2. SABAM 案

對於執委會在 GEMA-I 判決所建立的濫用標準，也就是在哪些標準下認定仲團在和權利人的內部關係上是屬於濫用市場地位的情形，在 SABAM 案中也得到歐洲法院的支持⁶⁷。

所謂的濫用意指，如果仲團要求他的會員負擔並非達成仲團目的所必要的義務，並且對於會員行使著作權之自由受到不公平的損害而言。所謂的不公平，例如要求會員移轉現在或未來全部的著作權，而不根據一般所承認的利用形式來加以區別，特別是，如果此一權利移轉在會員退出之後的很長一段時間仍繼續生效的話。

但是在 SABAM 案中所確立的最重要結論是，仲團管理契約的專屬條款，原則上又

⁶³ 相關評論請參閱 Schulze zur GEMA-I-Entscheidung, GRUR Int.1973, S.90ff.; Nordemanns, Mängel der Staatsaufsicht über die deutschen Verwertungsgesellschaften, GRUR 1992, S.584ff., 585.

⁶⁴ 這裡所謂管理契約「專屬條款」係指，著作權人僅授與仲團一方單獨行使著作財產權之一部或全部之利用權，包括著作權人自己未經仲團之同意，亦不得行使權利。而所謂「非專屬條款」係指，著作權人在委託仲團管理之後，就相同之授權範圍，仍保留由自己或再授與他人利用之權。

⁶⁵ Nordemann, a.a.O. S.585; Pickrahn, a.a.O. S.160.

⁶⁶ Reinbothe, in: Schricker, Urheberrecht Kommentar, 1999, § 6 WahrnG, Rdne.4.

⁶⁷ “SABAM-III”, EuGH vom 27.3.1974, Slg.1974, S.313.

重新得到認可。這次歐洲法院說的更清楚：關於讓與全球所有利用權的專屬排他條款是否合理，必須取決於此一排他讓與是否必要，並且要考慮到仲團執行授權業務時，必須要有相當數量及重要性之著作，方能在授權實務上，尤其是在面對重要音樂利用人的時候（例如廣播業者或唱片製作業者），具有足夠的相抗衡力量。當然，除了仲團的利益之外，著作人的利益也必須加以考慮到。因此在進行利益衡量時要注意到，會員並無義務承擔對其不公平的損害。

至於哪些情況會被認為是不公平的損害，歐洲法院並無進一步的具體化，只有做一般性的說明：「所有參加人的利益都應該被顧及，一個平衡的關係表現在，音樂著作人的就著作之處置有最高的自由，而這些人將其權利交由一個組織為最有效的管理，並成為其會員，是實際上不得不然的。」⁶⁸ 這裡所指的平衡的關係，顯示出歐洲法院並未禁止管理契約所附的專屬條款。

因此 SABAM 遂根據此判決，在章程中規定，未來移轉一個獨立的利用權予其他的仲團是許可的。但如果會員通知，以後要由自己獨立行使授權而不藉由仲團，則不容許。

由此可見，在歐洲仲團實務上要採取管理契約自由化的目標尚未成功。EuGH 只是創造了可以將權利讓與其他歐洲仲團的選擇，但是對於專屬讓與條款也並未加以批評。頂多只能說，歐洲法院對於承認專屬排他的管理權能這件事，仍然保持沈默⁶⁹。

3. GEMA 章程案

在 SABAM 判決所承認的原則，稍後在執委會「GEMA 章程」的判決又再一次得到承認⁷⁰，也就是對仲團「功能的考量」與「著作人處分的自由」是必須同時加以考慮的。因此執委會認為，GEMA 有意的修改章程的結果，並未違反濫用市場優勢地位的規定。

在本判決中，執委會特別強調，權利人與仲團的法律關係有自由形成的利益，只是在面對仲團效率的行為下，有時候不得不讓步。仲團為了要有足夠的重要性，因此得盡可能地將權利高度集中於手中。因而此種經由著作權人直接授權的情形，應避免擴大⁷¹。著作人個別授權的自由相對於仲團的利益，應該受到較少的保護。著作利用人直接從權利人手中取得授權的可能，同樣也應該受較少的保護。執委會因此否定了，GEMA 修改章程要求會員專屬移轉利用權的義務，有違反（舊法）86 條（新法 82 條）濫用市場優勢地位的規定。

4. 小結

至此為止，從 GEMA-I 判決以來討論有關仲團與其會員的內部關係，暫時有了結論。亦即，根據歐洲法的見解，著作權人受到保護的自由只限於，可以將利用權分別授與歐洲不同的仲團；但是不受保護的利益是，他不可在仲團之外還自己授權。

學者之所以反對著作人在委託仲團管理之外，還保留自己授權可能性的主要理由

⁶⁸ “allen beteiligten Interessen muß so Rechnung getragen werden, daß ein ausgewogenes Verhältnis entsteht zwischen dem Höchstmaßan Freiheit für Textdichter, Komponisten und Verleger, über ihr Werk zu Verfügung, und einer wirkungsvollen Verwaltung der recht dieser Personendurch ein Unternehmen, dessen Mitglieder zu werden sie praktisch nicht umhin können,.....”, “SABAM-III”, a.a.O. S.316f.

⁶⁹ Vgl. Stockmann, Die Verwertungsgesellschaften und das nationale und europäische Kartellrecht, in Becker(Hrsg.), 1990, S.25ff.3.

⁷⁰ “GEMA-Satzung”, Kommission Entscheidung vom 4.12.1981, ABl. EG 1982 L94, S.12ff.

⁷¹ 同此意見者請參閱 Poll, Der Wahrnehmungsvertrag, UFITA Bd.122(1993), S.299; Vogel, Wahrnehmungsrecht und Verwertungsgesellschaften in der Bundesrepublik Deutschland, GRUR 1993, S.513ff., 515.

是，如此一來，特別是允許著作人自己將賺錢的著作獨立授予大型著作利用人的情況下，將使得仲團在衡量著作的價值時變得更為困難，並且讓控制著作利用的形式也將變得更為昂貴，甚至有無從發揮管理及管制任務的危險⁷²。此外法律上的請求權的適用也將變的複雜，因為為了避免恣意的提起訴訟，還必須限制只能由仲團共同為權利人提起訴訟，不免更生紛擾。

只是這樣的理由，要從競爭法的立場說明仲團的業務應該擁有排他的管理權，還是很困難的。一方面，人們或許會在這裡論辯，非專屬管理的花費可能對仲團並不划算，但另一方面也必須考慮到，歐陸系統的專屬管理對著作人而言，也幾乎排除個人自由活動的空間。美國的實務顯示，仲團放棄專屬管理契約仍然運作良好，並且造成權利人淘空仲團或破壞其市場力的情形並無跡可尋。實務所顯現的是，權利人只在很限縮的範圍內，才可以將其著作直接授權給音樂利用人，例如在德國的錄音物市場，有不少大型音樂出版者也逐漸解開 GEMA 的限制，取得由自己授予機械性重製的權利⁷³。

這樣看來，歐洲仲團專屬委託管理契約的演變如何，仍有待後續之觀察。

（二）差別待遇之禁止- GVL 案

有關差別待遇之禁止，除了前述 GEMA-I 案，仲團利用其控制市場地位，歧視其他會員國的國民，使無法加入成為會員的濫用外，還有另外一件關於 GVL 拒絕外國藝術家因為在德國無住所而拒絕為其管理著作的情形。

GVL (Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrecht mbH, 以下簡稱 GVL)，主要是由德國合唱團聯盟和德國 IFPI 所組成的團體，主要管理關於鄰接權之保護。歐盟執委會⁷⁴及歐洲法院⁷⁵在本案都認為，GVL 的拒絕管理讓著作人的權利無從實現，因為國籍而做區別處理是違反歐洲共同體法的差別待遇行為，符合新法為 82 條 d 款（舊法第 86 條）濫用市場優勢地位的要件，有必要予以禁止。

（三）搭售--空白授權在歐洲競爭法下的判斷

雖然在美國實務迭有爭議，但 SACEM⁷⁶ 案是歐洲法院唯一處理過有關空白授權的判決，在此之前，只有 GEMA-I 案中討論過會員與仲團內部間的分類授權⁷⁷ (Spartenlizenzierung) 而已，兩者性質並不相同。

在事實部分：原告 Juan-les-Pins 是法國一家經營迪士可舞廳的老闆，被告 Jean-Louis Tournier 是法國音樂著作人、作曲及指揮家協會（以下簡稱 SACEM）的主席。原告主張，SACEM 強迫他接受超高、不合理而又令人無法忍受的音樂公開演出的權利金，是法國法上應予刑事處罰之行為。本案在訴訟過程中，由於涉及歐洲共同體條約的相關問題必須先獲得釐清，因此法國法院終止訴訟程序，先由歐洲法院就 SACEM 所要求的收費標準，是否符合歐洲共同體條約的競爭規定加以檢查。

原告在法國經營的迪士可舞廳，其舞廳所播放的大部分是來自於英美等國的音樂作品，因此只想利用 SACEM 部分的著作。但 SACEM 在費用的計算上，則一律要求依營

⁷² Schulze, Anmerkung zu "SABAM-III", GRUR Int.1974, S.344f.

⁷³ S. Goldmann, a.a.O. S.251, Fn.649.

⁷⁴ "GVL", Kommission Entscheidung, ABl. EG 1981, L 370, S.49ff.

⁷⁵ "GVL", EuGH vom 2.3.1983, Slg.1983, S.486.

⁷⁶ "Ministère Public./Tournier", a.a.O. EuGH vom 13.7.1989, Slg.1989, S. 2521ff., 2573. SACEM 案即 Tournier 案，Tournier 是法國音樂著作人、作曲及指揮家協會（以下簡稱 SACEM）的主席。

⁷⁷ 分類授權 (Spartenlizenzierung) 詳前述 GEMA-I 案之說明。

收的 8.25%（含稅）徵收，並且經常拒絕他人僅利用部分著作的要求，其結果等於原告要付出非常高的費用，才能去利用他有興趣的一小部分著作。另外，由於 SACEM 與國外仲團都訂有互相代理契約，因此原告也無法直接與外國仲團簽約並利用這些外國仲團所管理的著作，而必須透過 SACEM 的代理。因此原告主張：SACEM 所要求的費用是恣意而不合理的，因其收費不僅遠高於其他會員國，並且所定的費率標準也不區別小舞廳和大用戶，如電台、電視台等之不同，而有不同的費率標準，故屬於濫用市場優勢地位之行為。此外，SACEM 無視利用人實際之需求，只提供概括空白授權之作法，以及相互代理契約的排他條款，也都有濫用之嫌。

經法國法院調查確定的是，SACEM 的業務遍及於整個法國境內，並且在歐洲共同市場占有重要地位；此外，其所被指責的行為也可能符合歐洲共同體法所稱的“有損於會員國間貿易”的情形。SACEM 在法國境內具有優勢地位，其不僅就所管理的著作享有事實上的絕對獨占力，並且透過與國外仲團簽訂的獨家相互代理契約，也使得這些國外的著作在法國境內等於屬於 SACEM 自己的一部份，沒有任何一家在法國的事業可以直接與外國仲團簽訂授權的契約。

由於 SACEM 具有市場優勢地位，在此先有爭議的是，仲團拒絕個別授權的請求，只願意為空白概括授權的行為，是否違反歐洲共同體法 82 條 c 款（舊法 86 條 d 款）“濫用市場優勢事業之搭售”？

歐洲法院首先檢查，仲團在概括授權的行為，是否已經使買受人必須接受在本質上並不相關連的，並且已經超出買受人所需要的著作內容。法院承認，仲團在面對使用者時，盡力為被使用音樂著作的會員爭取權益，本來就是仲團所追求的一項合法的目標。所有為達成此目標而與使用者所簽訂的契約，只有在超越達成目的所必要的情况下，才可能被視為違反限制競爭的行為⁷⁸。

在本案，歐洲法院並沒有針對搭售的構成要件進行嚴格的分析，而是要採取檢視比例原則的動作，來做為裁判的主要依據，以判斷不同的音樂領域是否屬於客觀上不相隸屬。根據法院的判決說明，假使部分授權（Teilbereichslizenz）依舊可以全面地保障著作權人的權益，而且也不會產生較多的費用，那麼在此情形下，強迫利用人接受空白授權就會構成是一種違法的限制競爭行為。

不過，在此還有另一個重要的考量標準就是，這種部分授權的要求從仲團的角度來說，是否合理。對此歐盟執委會和法國政府都強調，即使對於音樂的使用者而言，此種對於授權目錄的切割可以讓消費者很自由且隨意地去選擇他們所要使用的音樂，但因為部分授權所帶來的額外費用將會在實務上造成許多不便與困難⁷⁹，因此歐盟執委會與歐洲法院最後仍不再視空白授權本身是一項違法的搭售，而是在考量若干值得斟酌的觀點與對整體經濟的價值取捨後，認為可以加以合法化。

至於具體的個案問題，歐洲法院則交回給各國的法院去判斷，使其兼顧各國在授權業務的特殊性，國自行決定部分授權在個案中，是否屬於較有利的授權形式；同時也藉此避歐洲法院本身必須對此問題表態的必要性。

（四）費率爭議-- SACEM 案

在歐洲法院的實務上，有關仲團對著作利用人濫用其市場地位的情形，極為少見，目前所有的實務上只遭遇到一個問題，就是適用費率的爭議。

⁷⁸ S. “Tournier”, a.a.O. S.2575.

⁷⁹ “Tournier”, a.a.O. S.2551.

在前述所討論的 SACEM⁸⁰ 案，除了「空白授權」與「相互代理契約涉的排他條款」的議題外，另一個討論的重點就是，有無「價格濫用」的問題。

所謂價格濫用，通常取決於給付與對待給付是否比例失衡⁸¹。但是對於這些價格形成的差異其實是很難判斷的，因為給付與對待給付並沒有一個可以互相可衡量的關係。歐洲法院在將權利管理的費用支出與費率加以比較之後，清楚的表示，客觀上 SACEM 的行政管理費用偏高與相對偏高的費率這件事情，是因為音樂市場上欠缺競爭使然，過高的行政費用並無法合理化過高的使用報酬費率。

至於分析合理的授權價格方面，歐洲法院則採比較市場的假設價格形成。如果一家具有優勢地位的事業強迫市場接受他所提出的服務收費標準，而且在同一的計算基礎上，其所提出之收費標準又遠高於其他會員國所收之費用，則此一收費上之差距，足可以被當成是濫用市場優勢地位的一項證據。在本案中，就正好是這種情形。

另外，本判決特別具有意義之處在於，歐洲法院並採取對仲團較為不利的舉證責任倒置：如果仲團要採比可比較的國外音樂授權市場還要高的費率標準，則應該負有客觀說明其具有關連性之義務。蓋由於費率都是由仲團單方面決定的，且無事前協商的可能，因此音樂利用人當然無此可能性，去做內部的計算以及適當的行政費用以證明這是一個不合理的過高的費率。

當然歐洲法院並未說明，比較國與國之間的市場的前提要件是什麼？例如在法國是以迪士可舞廳的營收為計算標準，但是在德國的 GEMA 則是以面積和座位計算費率，所以很難找到一個「比較市場的概念」加以適用，而歐洲至今也未能訂出一個統一的費率標準。

此外歐洲法院也放棄精確的規定，何時算是逾越了「比其他會員國顯著過高的報酬」（erheblich höheren Vergütungen），只說不合理之所以存在，是因為 SACEM 的費率是好幾倍於國外一般的費率。例如起訴的檢察官提到，如果法國 SACEM 收 100% 的費率，則轉換的結果，德國 GEMA 只收 6.7%，所以如果納入相關市場的概念，則該費率顯然是太高的費用了⁸²。但歐洲法院最後並未採納此一觀點，而認為該費率是否太高，應該交由法國國內法院來確認。因此本費率爭議一直到 1993 年，在法國競爭委員會在經過深入的研究 SACEM 實務上的費率之後，宣告其違反卡特爾法之相關規定後，才終於結束⁸³。

伍、結語

綜合上述的討論，有關著作權仲介團體在德國及歐盟卡特爾法上的評價，大致可歸納成下列幾個重點。

由於這些問題，大致也是我國仲團實務多年來所遭遇的困擾，故一併加以討論。至於我國公平交易法實務目前尚無對仲團之處分案。

一、著作權仲介團體的卡特爾性質

⁸⁰ “Ministère Public./Tournier”, a.a.O. EuGH vom 13.7.1989, Slg.1989, S. 2521ff., 2573.

⁸¹ Immega/ Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, 1997, Art.86, Rdnr.139.

⁸² Vgl. “Tournier”, EuGH vom 13.7.1989, Slg. S.2521ff., 2556.

⁸³ 參閱法國競爭委員會的報告 Stellungnahme des Conseil de la Concurrence v.24.4.1993, GRUR Int.1994, S.339.最後決定將費率降將近一半(4.39%)，並且回溯至 1990 年 1 月 1 日生效，參閱 Kurzbericht in GRUR Int.1994, S.874.

歐盟及德國學說與實務上均肯定著作權可為交易的客體，存在著一個著作權的授權市場，而著作人是屬於卡特爾法上所稱之事業。同時也承認著作人所聯合成立的仲介團體，會對市場競爭產生影響。但是對於仲團的成立是否應直接為卡特爾之禁止，在實務上則採保留的態度，這主要是考慮到不論從經濟上或社會文化的觀點，這種透過權利人授權著作權仲介團體集中管理並行使其著作權的制度，都是符合各方期待的。此外，在法律秩序上也不可能一方面在著作暨鄰接權受託管理法中承認仲團的存在，但另外一方面卻又依卡特爾法去禁止仲團的成立，因此在德國法上的平衡就是，一方面透過立法的方式對仲團為卡特爾豁免，但是對於「仲團營業許可」的取得與撤銷，都要求應同時徵得「專業主管機關」與「競爭主管機關」的同意，若雙方無法達成同意時，還要提至聯邦司法部長，並由聯邦司法部長與經濟部長取得一致之意見，始得為之⁸⁴。

由此可見，德國卡特爾法之所以對仲團採取寬容的態度，是因為已經在特別法中對仲團給予雙重監督的緣故。因此對任何未在監督下的著作權聯合管理行為，例如在我國實務上所遭遇的，如果由多數著作人共同委託「個人」而非委託「仲團」集體管理一事，除非有取得競爭法主管機關的例外許可，否則仍一律有卡特爾禁止之適用才對⁸⁵。

至於歐盟並無像德國有仲團的特別法規定，也未在競爭法上有豁免的例外，因此在理論上更無法免除卡特爾禁止之監督。但是歐盟執委會或歐洲法院在實務上為了兼顧仲團所扮演的功能，只好多選擇以沈默的方式自動限縮歐洲卡特爾法（共同體法 81 條第 1 項）要件的適用⁸⁶，也未承認有卡特爾豁免之適用。

二、有關相互代理契約之排他條款

由於外國仲團與本國仲團間相互代理契約的排他條款，除了獨家授予國內特定仲團有代理權外，同時也限制該外國仲團不得在國內從事業務，致使國內著作利用人無法直接從外國仲團取得授權的機會，對於利用人的影響重大。因此德國和歐盟大部分的意見都認為，相互代理契約在性質上也是一種卡特爾契約，應先申報取得許可，以保障利用人可以享有超越國界自由取得音樂使用權利。

至於我國目前仲團實務的爭議重點，尚未及於相互代理契約的問題，也未曾就仲介團體之國外姊妹會問題進行規範。因此德國與歐盟競爭法實務所生之疑慮，有值得參考之處。

三、專屬委託管理契約的問題

所謂專屬的委託管理契約，意指著作權利人在和仲團訂定委託管理契約時，都附有專屬條款，要求著作權利人必須移轉現在及未來的所有權利予仲團，且未得仲團同意，亦不得自己行使授權。

目前德國和歐盟的理論和實務的作法，並無禁止專屬的委託管理契約，也不認為此種專屬條款是屬於濫用市場優勢地位的情形。歐盟執委會雖然承認，著作權利人與仲團間的法律關係有自由形成的利益，但是為了要保障仲團有足夠的重要性以取得和大的著作利用人互相抗衡的市場力，因此著作人個別授權的利益相對於仲團的利益而言，應該受到較少的保護。

⁸⁴ 參閱德國「著作暨鄰接權受託管理法」第 18 條第 3 項規定。

⁸⁵ 或者也可以採德國「著作暨鄰接權受託管理法」第 1 條第 4 項之立法方式，將集體管理行使仲介業務的個別自然人，也一併納入仲團法的雙重監督中。

⁸⁶ 這是因為歐洲實務上一方面承認仲團的活動會有限制競爭，並且被認為有損害會員國間的貿易行為，只不過對仲團的設立未曾採取過任何卡特爾法程序，但也未曾明確否認仲團之卡特爾性質。

根據歐洲法院多次的判決看來，目前著作權人受到保護的自由只有，著作權人可以將利用權分類後分別授與不同的仲團管理；但是不受保護的利益則是，不禁止”仲團透過管理契約的排他條款限制著作權人不可在仲團之外，還自己行使授權“。

此種對仲團特別友善的做法與美國顯然不同。美國司法部為防止仲團擴大或濫用市場地位，對於有控制市場力的仲團(如 ASCAP, BMI 等)，都透過同意判決(consent decree)的方式，要求其與會員所定的管理契約必須為非專屬授權。此一獨家非專屬授權(sole license/ non-exclusive license)的方式，等於開放會員得自行授權。因其對於將獨占的權利交由單一的管理(ausschließlichen Verwaltung)是抱持不信任的態度，經濟決定的自由以及多頭市場才是被認可的目標。

我國仲介團體條例也傾向德國及歐洲實務的做法，目前仍無同意會員平行授權的可能。不過近年來歐洲也有一些新發展趨勢：對於著作人必須將所有著作及所有利用形式都專屬移轉給仲團管理的情形，採取了保留的看法。觀察目前的發展，特別是對高知名度以及成果豐碩的流行及搖滾音樂家而言，這些音樂著作人經常在舞台上公開演出自己所寫的歌，因此在管理契約部分經常有特殊的要求。例如 90 年代英國著名的流行音樂團體 U2 在移轉公開演出權給英國音樂表演仲團(Performance Rights Society, 簡稱 PRS)的時候，要求保留自己所寫的著作在舞台上現場演出的公開演出權。音樂著作人的批評是，PRS 在管理契約要求專屬移轉所有的公開演出權，但如果透過 PRS 商談國外演出的授權時，往往要拖延到一年以上時間。不過 PRS 拒絕 U2 的此項權利保留，最主要的理由是，考慮到所有會員的重大利益以及與國外仲團費用計算的困難。此一爭議以及後續關於管理費用以及內部不平等待遇的爭議，終於導致英國卡特爾署(Monopolies and Mergers Commission, 簡稱 MMC)對 PRS 的實務為更進一步的審查。英國卡特爾署在 1996 年 2 月，從競爭法的觀點，認為權利人並無義務必須將其所有的權利專屬移轉給 PRS 管理。因此會員可以要求 PRS 自己保留現場的公開演出權，由自己管理，但是仲團可以請求其因此所產生的管理費用⁸⁷。MMC 的理由是，會員之所以要將著作交給仲團管理，是因為其本身欠缺管理的可能性，因此如果權利人有管理自己權利的可能性，當然是比較容易履行或實踐的。最後，U2 和 PRS 是透過庭外和解的程序解決了爭議。

另外在音樂的機械重製權方面，音樂出版商 EMI 也突破了專屬委託管理契約，通知英國合唱團 Simply Red 唱片專輯 Life 的錄音物授權將收回並且關於錄音物的歐洲授權系統的權利也要被單獨挑出來交給 EMI 自己在歐洲的仲團 MRSE (Mechanical Rights Society Europe) 管理。主要的原因是不滿英國仲團的系統在支付授權金的時候時間上的拖延，並且給予另一個錄音物製作人華納(Warner Music Europe) 太高的折扣優惠。對此仲團先給予恐嚇，如果取消機械重製則對 Simply Red 樂團所有的公開演出也不再給予管理。由於這正好符合 EMI 的希望，遂趁此收回其權利管理⁸⁸。

經由上述例子可見，多年來未被禁止的專屬授權管理實務其實是脆弱的。目前的趨勢看起來，只要是在管理科技進步和具有重大利益的情況下，都隨時會產生著作人想要收回公開演出的權利，尤其是在長期不滿仲團管理效率的情況下。以 U2 的案子為例，由於費用計算的時間太長以及很高的管理費用，都會讓流行與知名的音樂著作人走向自己管理的這條路。這個經驗不止讓仲團的專屬管理條款有必要重新思考，也提供一個方向，即仲團必須簡省行政費用支出、縮短權利金分配的時間，並增強其競爭力，否則就

⁸⁷ 參閱 Financial Times”music & copyright”, No.83, 14.2.1996, P.5; Mestmäcker, Geistiges Eigentum und Kultur im Spannungsfeld von nationaler Regelungskompetenz und europäischem Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht aus Sicht der Verwertungsgesellschaften, in: Schwarzer/Becker(Hrsg.), 1998, S.53ff., 57, Fn.15.

⁸⁸ 參閱 Financial Times”music & copyright”, No.88, 24.4.1996, P.1, 4.

不免要擔心著作人要收回其委託而由自己管理了。

四、空白授權與搭售的問題

空白或概括授權的議題在美國法上持續爭議，但是在德國實務尚未產生此類的爭議，至於歐洲法院至今也只處理過一件有關空白授權的判決⁸⁹而已。

德國學者認為，如果利用人有此需求，而且部分授權可以節省很多費用，此時強迫利用人接受沒有差別的空白授權，將構成違反競爭的搭售要件。

歐洲法院的態度是，仲團在面對使用者時，盡力為被使用音樂著作的會員爭取權益，本來就是仲團所追求的一項合法的目標。所有為了達到此一目標而採取逾越必要手段以外的行為時，才會被認為是一種濫用的限制競爭行為。因此仲團除了概括空白授權之外不願意再提供個別授權的行為，是否構成違法搭售，應依比例原則加以檢視。假使部分或個別授權，依舊可以全面地保障著作權人的權益，而且也不會產生較多的費用，那麼在此情形下，強迫利用人接受空白授權就會構成是一種違法的限制競爭行為。不過歐洲法院最後還是顧及仲團利益，並沒有把空白授權本身立即視為是一項違法的搭售，而是依具體個案委諸各會員國考量其授權特殊性後加以決定。此舉等於也迴避了歐洲法院對此問題的明確表態。

在空白或概括授權的問題上，美國判決之所以採取比較有利於仲團的觀點，主要是因為像 ASCAP 與 BMI 這兩個主要的音樂表演權仲團都沒有專屬的管理契約，可以由著作人獨立授權。由於有這種差別，縱然允許空白授權的存在，著作利用人也可以直接向著作權人請求授權，相信不至於對著作利用人產生重大的影響。但是在德國和歐洲法院，並不禁止著作人將其所有權能專屬排他移轉給仲團管理，因此如果取得專屬管理權能的仲團拒絕對利用人為個別授權，只肯一律沒有差別的為空白授權，將對利用人至為不利，不免有濫用市場力的疑慮。包括在我國仲團實務也經常遭遇到相同的困擾。

因此建議，出於對仲團友善的立場，或許認為個別或部分授權所帶來的額外費用將會在實務上造成許多不便與困擾，而採取肯定空白授權的合法性。但為了不過度排除了消費者有選擇其所要使用音樂的自由，此時仍不免要進一步思考，至少在仲團專屬排他的管理權能這一塊是否絲毫不能鬆動？至少可以考慮對具有市場優勢地位的仲團，容許其會員進行平行授權的可能。畢竟為利益衡量時，除了考慮成立仲團的「法定目標」外，顧及權利人與著作利用人之間的利益平衡也屬至為重要之事。

⁸⁹ 請參考前述 SACEM 案判決。