



漢坤律師事務所

# 汉坤法律评述



融贯中西·务实创新

2016年5月5日

## 传媒娱乐法

### 在线音乐江湖之法律解读

何军 | 贺环豪 | 刘聃

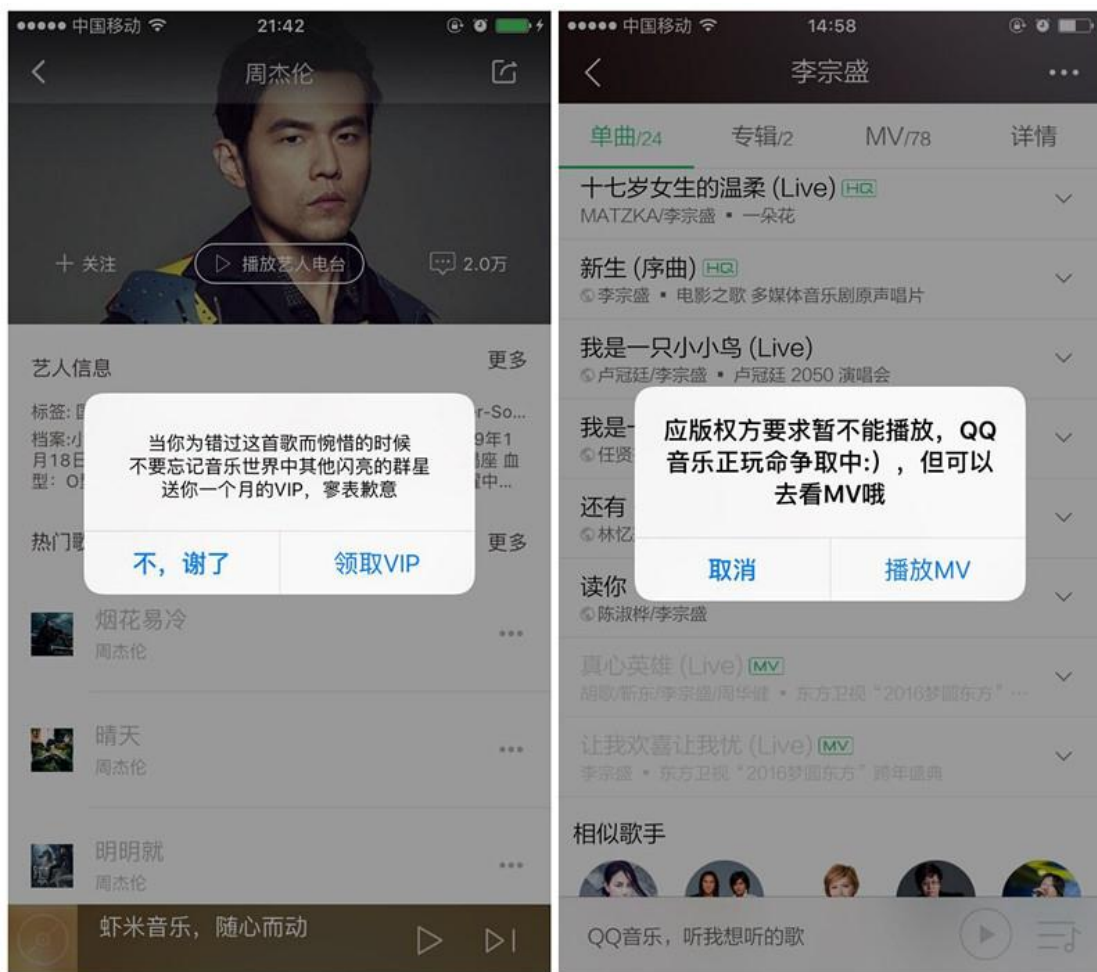
在过去的一年多里，音乐行业发生了不少大事——从“中国摇滚教父”崔健带着摇滚首次出现在综艺节目上，张磊翻唱的《南山南》让一度边缘化的民谣越来越接近主流，到宋柯、高晓松、何炅组成阿里音乐铁三角，QQ音乐与网易云音乐由纠纷到和解，再到海洋音乐、酷我、酷狗的合并，阿里音乐收购天天动听、虾米音乐，以及百度音乐与太合音乐联姻等多起产业并购……在度过相当一段迷茫低谷期后，音乐行业似乎正迎来一个前所未有的好时代，逐步走向资本的风口。而让资本的风重新吹向音乐行业的一个重要源动力就是在线音乐的迅猛发展和巨大的想像空间。本文拟从法律角度对在线音乐平台行业进行解读。

#### 一、在线音乐平台的定位

在线音乐又称“网络音乐”，根据文化部2009年8月18日发布的《关于加强和改进网络音乐内容审查工作的通知》（文市发〔2009〕31号），“网络音乐”是指用数字化方式通过互联网、移动通信网、固定通信网等信息网络，以在线播放和网络下载等形式进行传播的音乐产品，包括歌曲、乐曲以及有画面作为音乐产品辅助手段的MV等。在线音乐平台系网络音乐产品的经营单位，如网友耳熟能详的QQ音乐、虾米音乐、百度音乐、网易云音乐等。

#### 二、内容为王：版权成为市场竞争和产业并购的基石

“大潮退去方知谁在裸泳”，以此来形容正版化运动之后的在线音乐市场再贴切不过。国家版权局2015年7月8日一纸《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》（以下简称“《通知》”），版权储备不足的音乐平台瞬间面临用户数量锐减的尴尬，即使主流在线音乐平台中，QQ音乐用户也没法听到五月天、羽泉、李宗盛等歌手的绝大部分歌曲，而周杰伦、蔡依林、林俊杰等歌手的作品也大多从虾米音乐销声匿迹，从此在线听歌进入“双App”时代。



《通知》的主要内容是要求网络音乐服务商于 2015 年 7 月 31 日前将未经授权传播的音乐作品全部下线。严格来说,《通知》并没有在施行已久的《著作权法》、《信息网络传播权保护条例》等法律法规之外创设新的规则,只不过是法律已经确立的合法使用原则以行政干预的方式再次予以明确。其之所以有一石激起千层浪之效,主要原因在于与耗时滞后的司法救济相比,充分积极作为的行政干预和监管往往更加及时、有效,对于行业的参与者来说,导向和威慑效果更为直接。

#### 汉坤提示:

在音乐正版化运动的影响下,版权已经成为市场竞争和产业并购的基石,因此也成为音乐产业并购项目中法律与业务尽职调查的重中之重,投资/收购方会关注版权的性质(例如是著作权、独家授权、非独家授权还是合作使用)、数量(曲库)、内容(例如是否完整的词曲作品)、期限(包括关于续期的约定)、能否转授权等等多个方面。而由于著作权采用自愿登记的方式,即《作品登记证书》在法律上仅仅是证权文书而非设权文书,因此除了核查《作品登记证书》以外,更重要的是审查与版权相关的业务合同,比如标的公司正在使用的版权为被许可使用的,就需要看许可合同中约定的许可对象、使用范围、许可期限等内容,另外还须关注上游权利链是否存在瑕疵。对于标的公司动辄上几千上万首的曲库,若要细细核查版权状况,工作量不可谓不大。

另一方面,虽然独家版权已成抢手的香饽饽,但任何一家在线音乐平台都难以囊括全部热门音乐版块,同时独家版权也需要昂贵的维护费用(包括独家许可费用、维权费用等),加之音乐公司也不

愿意因为独家许可而限制音乐作品的传播和影响力，所以单纯靠抢独家版权的经营模式也许并非一种可以持久而有效之举。例如，QQ 音乐与网易云音乐由纠纷到和解，就为版权储备不足的玩家提示了一种新的玩法，不同音乐平台之间具体的合作方案及合同设计则需要律师与业务部门的充分沟通与相互配合。

### 三、在线音乐平台涉及的主要业务资质与行业监管

考察在线音乐平台是否合规经营，首先关注其是否取得必要的业务资质（包括是否持续符合该等资质要求的条件）、是否遵循法定运营制度：

#### 1. 网络文化经营许可证

根据《互联网文化管理暂行规定》，所谓“互联网文化产品”是指通过互联网生产、传播和流通的文化产品，主要包括：（1）专门为互联网而生产的网络音乐娱乐、网络游戏、网络演出剧（节）目、网络表演、网络艺术品、网络动漫等互联网文化产品；（2）将音乐娱乐、游戏、演出剧（节）目、表演、艺术品、动漫等文化产品以一定的技术手段制作、复制到互联网上传播的互联网文化产品。互联网文化活动可分为经营性与非经营两种，前者是指以营利为目的，通过向上网用户收费或者以电子商务、广告、赞助等方式获取利益，提供互联网文化产品及其服务的活动。

在线音乐平台主要通过流量广告、下载收费或会员收费等方式获得盈利，属于典型的经营性互联网文化单位，应向省级文化行政部门申请《网络文化经营许可证》，有效期为 3 年。

#### 汉坤提示：

《网络文化经营许可证》是在线音乐行业的必备证照。除需要满足《互联网信息服务管理办法》及其他一般性要求外，申请《网络文化经营许可证》还需要有适应互联网文化活动需要并取得相应从业资格的 8 名以上业务管理人员和专业技术人员，以及不低于 100 万元的注册资金。

#### 2. 网络出版服务许可证

根据《网络出版服务管理规定》，“网络出版服务”，是指通过信息网络向公众提供网络出版物；而“网络出版物”，是指通过信息网络向公众提供的，具有编辑、制作、加工等出版特征的数字化作品，范围主要包括：

- （1）文学、艺术、科学等领域内具有知识性、思想性的文字、图片、地图、游戏、动漫、音视频读物等原创数字化作品；
- （2）与已出版的图书、报纸、期刊、音像制品、电子出版物等内容相一致的数字化作品；
- （3）将上述作品通过选择、编排、汇集等方式形成的网络文献数据库等数字化作品；
- （4）国家新闻出版广电总局认定的其他类型的数字化作品。

从事网络出版服务，应当向省级出版行政主管部门提出申请，经审核同意后，报国家新闻出版广电总局审批，颁发《网络出版服务许可证》，有效期 5 年。另外，根据《网络出版服务管理规定》第 19 条的规定，互联网相关服务提供者在为网络出版服务单位提供人工干预搜索排名、广告、推广等服务时，应当查验服务对象的《网络出版服务许可证》及业务范围。

因此，如果在线音乐平台直接从事网络出版服务，则需要核查平台是否取得《网络出版服务许可证》；如果平台为其他网络出版服务单位提供相关推广服务，则需要核查平台是否履行了查验服务对象相关证照的法定义务。

#### 汉坤提示：

作为今年 2 月新出炉的法规，我们认为《网络出版服务管理规定》可能使在线音乐平台的竞争进一步升级。对于之前已在线下出版的音乐作品，音乐平台一般采用将音像制品进行数字化处理，再通过信息网络向公众提供的方式。此外，越来越多的音乐平台开始将原创音乐作品通过网络进行首次发布。上述业务模式均可能落入网络出版服务的范畴，从而须取得《网络出版服务许可证》。

### 3. 信息网络传播视听节目许可证

根据《互联网视听节目服务管理规定》，制作、编辑、集成并通过互联网向公众提供视音频节目，以及为他人提供上载传播视听节目服务的活动，为互联网视听节目服务，应取得国家广电总局颁发的《信息网络传播视听节目许可证》（以下简称“视听证”），有效期 3 年。

#### 汉坤提示：

在线音乐平台可能还提供 MV 等视频播放服务，此时我们理解也需依法取得视听证。不过，与上述其他证照相比，视听证要求比较高，申请者必须是国有独资或国有控股单位，而目前的多数网络音乐平台乃至视频网站并不符合要求。优酷土豆、爱奇艺等之所以能够“幸免于难”，是因为在《互联网视听节目服务管理规定》施行前已取得资质。视频领域新入场的非国资性质的玩家恐怕无法申请新的视听证牌照，而只能通过收购市场上已有的视听证持证主体的方式来绕过前述国资限制。不过，根据《互联网视听节目服务管理规定》第 12 条，互联网视听节目服务单位变更注册资本、股东、股权结构的，应经广电总局的审批。因此，尽管我们曾经成功协助客户通过上述审批并完成了此类收购，其他个案收购能否同样通过广电总局的审批仍然具有一定的不确定性。

### 4. 外资准入限制

《外商投资产业指导目录（2015 年修订）》“禁止外商投资产业目录”第 31 条为“新闻网站、网络出版服务、网络视听节目服务、互联网上网服务营业场所、互联网文化经营（音乐除外）”，可见，仅就互联网文化产品经营业务而言，在线音乐平台业务不属于外资禁止类项目，但如果同时还提供网络出版服务、网络视听节目服务等其他禁止类项目，则外资仍被禁止。

#### 汉坤提示：

《网络出版服务管理规定》还进一步规定：

1. 网络出版服务单位与境内中外合资经营、中外合作经营、外资经营企业或境外组织及个人进行网络出版服务业务的项目合作，应当事前报国家新闻出版广电总局审批；
2. 网络出版服务单位不得转借、出租、出卖《网络出版服务许可证》或以任何形式转让网络出版服务许可。在实践中以上规定是否会被解读为禁止网络出版服务单位搭建 VIE 结构，我们将继续保持关注。

## 5. 网络音乐产品内容审查制度的变迁

根据《互联网文化管理暂行规定》第 16 条的规定，互联网文化单位不得提供载有以下内容的文化产品：

- (1) 反对宪法确定的基本原则的；
- (2) 危害国家统一、主权和领土完整的；
- (3) 泄露国家秘密、危害国家安全或者损害国家荣誉和利益的；
- (4) 煽动民族仇恨、民族歧视，破坏民族团结，或者侵害民族风俗、习惯的；
- (5) 宣扬邪教、迷信的；
- (6) 散布谣言，扰乱社会秩序，破坏社会稳定的；
- (7) 宣扬淫秽、赌博、暴力或者教唆犯罪的；
- (8) 侮辱或者诽谤他人，侵害他人合法权益的；
- (9) 危害社会公德或者民族优秀文化传统的；
- (10) 有法律、行政法规和国家规定禁止的其他内容的。

按照以上标准，我国对网络音乐产品实施内容审查制度，主要分为以下两个阶段：

阶段	审查制度	法规规定
2013 年 12 月 1 日之前	国产自审 进口审核	文化部在《关于网络音乐发展和管理的若干意见》（2006 年 11 月 20 日起施行）、《关于加强和改进网络音乐内容审查工作的通知》（2009 年 8 月 18 日起施行）中要求，进口网络音乐产品，必须经文化部内容审查后，方可投入运营；国产网络音乐产品则实施备案制度，要求经营单位建立网络音乐内容自审制度，设置专门部门负责音乐内容的自审自查。
2013 年 12 月 1 日之后	国产进口 一律自审	文化部 2013 年 8 月 12 日印发了《网络文化经营单位内容自审管理办法》（2013 年 12 月 1 日起施行），规定“网络文化经营单位在向公众提供服务前，应当依法对拟提供的文化产品及服务的内容进行事先审核”；“对网络文化产品及服务内容的合法性不能准确判断的，可向省级文化行政部门申请行政指导，接到申请的文化行政部门应当在 10 日内予以回复。” 文化部随后在 2015 年 10 月 23 日印发的《关于进一步加强和改进网络音乐内容管理工作的通知》（2016 年 1 月 1 日起施行）中再次明确，“网络音乐内容管理实行企业自主审核，文化管理部门进行事中事后监管的管理制度。”

### 汉坤提示：

须特别注意的是，虽然《互联网文化管理暂行规定》（2011 年 4 月 1 日起施行）第 15 条规定“进口互联网文化产品应当报文化部进行内容审查”，但同为互联网文化产品，进口网络游戏与进口网络音乐的待遇如今大不相同。

我们发现，2013年12月1日起施行的《网络文化经营单位内容自审管理办法》并未区分网络游戏与网络音乐，且第2条一般性地规定“依法取得《网络文化经营许可证》的网络文化经营单位，适用本办法”，仅从文本来看，似乎进口网络游戏也将放开为实行企业自主审核。不过，根据文化部文化市场司贯彻落实《网络文化经营单位内容自审管理办法》全国视频会议上的解释，进口网络游戏内容审查和国产网络备案制度暂时仍维持不变（仍适用《网络游戏管理暂行办法》的规定），仅优化流程。

#### **四、市场：在线音乐战国时代的序幕**

版权市场的瓜分和割据并不代表着在线音乐平台竞争的结束，而恰恰预示着竞争将进入更高层级、更加白热化。随着版权方的相互许可和联盟，以及唱片公司越来越倾向于减少对音乐平台的独家授权，网络音乐平台之间曲库的差异也许将不再是竞争的首要法宝，且这种差异反而可能越来越小甚至消失。目前来看，在线音乐平台的竞争已经升级为在音乐发布、音乐社区、演唱会/晚会直播等领域的竞争，其最终结果一定是通过多元化、个性化的服务，进一步细分市场，满足不同音乐消费群体的不同要求。即使是个性鲜明、小众的音乐平台，也仍可能是市场和资本关注的热点——在线音乐的战国时代才刚刚开始。

## 特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国法律及实务的最新动态和发展，上述有关信息不应被看作是特定事务的法律意见或法律依据，上述内容仅供参考。

如您对上述内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所**何军律师**（+86-10-8525 5558; [jun.he@hankunlaw.com](mailto:jun.he@hankunlaw.com)）联系。