

视频二次创作合理使用边界的认定

王瀛锐

贵州大学法学院, 贵州 贵阳

收稿日期: 2023年9月7日; 录用日期: 2023年9月18日; 发布日期: 2023年11月16日

摘要

互联网与自媒体时代所倡导的数据自由的理论及内在后现代主义特征推动视频二次创作产业蓬勃发展, 创造出分散式作品创作与传播格局, 扩大了作者群体范围。但在视频二次创作过程中以不同形式使用原创作品行为的合法性存在争议, 使得二次创作作品具有较高的侵权风险。由于视频二次创作行为产业化超越了“用户创造内容”范畴, 加之视频中不可避免的引用受专有权保护的原创作品内容, 使得原创作品作者主张引用行为使其合法权益遭受“不合理”损失, 因此导致其无法纳入我国合理使用范畴。一方面, 文化创新需要著作权法赋予专有权作为保护与激励机制, 同时亦需要合理使用制度避免公共领域私权化, 为创新提供开放式的原始数据库。因此在因技术保护措施引进与专有权种类增加而不断扩大的专有权范围背景下, 有必要扩张合理使用对视频二次创作的容纳范围, 确保去中心化的信息生产方式, 提高信息传播效率, 避免信息垄断, 从视频二次创作所产生效果和引用内容两方面重新划定该领域中合理使用范围的边界。

关键词

数据自由, 视频二次创作, 合理使用, 公共领域, 边界认定

Determining the Boundaries of Fair Use for Secondary Creation of Video

Yingkun Wang

Law School, Guizhou University, Guiyang Guizhou

Received: Sep. 7th, 2023; accepted: Sep. 18th, 2023; published: Nov. 16th, 2023

Abstract

The theories of data freedom and the inherent postmodernist characteristics advocated by the Internet and the age of self-media have contributed to the flourishing of the video secondary crea-

tion industry, creating a decentralised pattern of creation and dissemination of works and expanding the scope of authorship. However, the legality of using original works in different forms in the process of secondary video creation is controversial, making secondary creative works at a higher risk of infringement. As the industrialisation of secondary video creation goes beyond “user-created content”; the extent to which secondary creators quote the content of the original work is “inappropriate”; and the author of the original work can prove that the quotation caused “unreasonable” damage to him or her. The author of the original work has to prove that the quotation caused “unreasonable” damage to him, which makes it impossible to include the act of use in the scope of fair use in China. Copyright law stimulates innovation by granting authors exclusive rights; at the same time, the fair use regime is an important means of limiting authors’ exclusive rights and avoiding the privatisation of the public domain. Therefore, in the context of the expanding scope of exclusive rights due to the introduction of technological protection measures and the increase in the number of types of exclusive rights, it is necessary to expand the scope of fair use to accommodate secondary creation of videos, to ensure a decentralised way of producing information, to improve the efficiency of information dissemination and to avoid monopolisation of information, and to redefine the boundaries of the scope of fair use in this field in terms of both the effects produced by secondary creation of videos and the content quoted.

Keywords

Freedom of Data, Secondary Creation of Video, Fair Use, Public Domain, Boundary Determination

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. 问题的提出

作为新兴产业，二次创作视频是以在先发表的电影、电视、图片、音乐等为素材，用户通过重新剪辑、重组、配音等方式最后制作完成的作品[1]，在扩大市场占有率的同时，遭到现有法规与利益团体的排斥。截至 2022 年 7 月 6 日，涉及互联网二次创作视频侵权案例共计 1823 件，其中知识产权民事侵权损害赔偿纠纷案件共计 1380 件，最多的年份为 2020 年、2021 年两年，分别为 633 件、538 件[2]。2021 年 4 月 23 日，500 多位艺人与知名视频运营频台发布联合倡议书，要求相关部门对短视频平台进行整顿，删除现有侵权短视频，同时加强对短视频频台的管控[3]。引发了法学界对视频二次创作领域著作权制度特别是合理使用制度的关注。

任何争议的白热化，都是其中利益增值和分配分歧的结果[4]。从宏观角度看，是互联网产业与传统版权产业迥异的商业模式和利益诉求的对立；从微观上看是权利人提高保护标准的目标和使用者强调获取自由的立场对立[5]；从著作权法领域看，则是赋予个人的垄断权与知识公共领域的对立。“合理使用”是协调著作权法中著作权人对作品的财产权与大众对知识获取的公共领域利益的协调，而视频二次创作侵权案件的激增表明我国的合理使用制度已无法满足新媒体发展时期利益协调需求。从国内外的著作权实践来看，传统的封闭式列举立法模式已经越来越难以适应当今科技的迅猛发展[6]。以谷阿莫为代表的视频二次创作行业顺应时代发展满足了人们的文化需求，同时其需要大量引用原创视频并对原创视频市场所造成的经济损失的特点被排除在合理使用范围之外而被定义为侵权。针对此现象，我国学者和实务界的观点大致分为灵活主义与法定主义两派。持灵活主义观点的学者和法官认为，认定合理使用不必囿于限定的法定情形，只需要满足合理使用的构成要件，既能说明使用行为合法性[7]。通过引入某些重要

的要素例如：引用比例、使用作品的目的、对被使用作品造成的经济损失等。以“特殊要素的判断”作为对法律规范的突破并扩大合理使用范围；还有一些学者和法官主张引入美国“转换性使用”的判断方法通过对视频二次创作作品的“目的性转化”与“功能性转化”进行合理使用认定。持著作权法定主义的学者强调，只有在著作权法规定的特殊情形下存在对被保护作品的合理使用[8]。

法律作为社会关系调节器，必然面对对新产业引发的种种问题加以调整和规范[9]。死守我国现有合理使用制度无法为二次创作中使用行为提供可容纳空间。为了迎合互联网时代信息与知识传播的效率，实现知识产权鼓励创新的最终目的，破除壁垒，扩大视频二次创作领域合理使用的范围是必要的。但合理使用范围无序性扩张亦会削弱著作权人的市场利益。因此，问题关键在于如何对视频二次创作领域合理使用范围扩大的正当性进行充分论证？如何在立足当今时代发展阶段下，重新确定视频二次创作合理使用的边界？在认定视频二次创作合理使用的过程中，法官应重点对哪些要素进行考量？

2. 视频二次创作合理使用范围扩大的争议

是否应当扩大合理使用范围为视频二次创作提供正当性依据，学术界对此争议激烈。有学者表示，在网络信息空间正出现公共领域被侵蚀的局面，应当利用合理使用制度对作者控制权进行限制[10]。可持反对意见的学者认为，视频二次创作行为不符合我国“三步检验法”中所规定的构成要件；同时针对司法实践中引用“转换性使用”理论的行为，部分学者指出是盲目的“拿来主义”¹与“要件混搭”²，不仅有造成合理使用范围无限扩张危险还会对我国著作权制度造成冲击。

2.1. 不符合三步检验法

合理使用边界的变动一定程度上是著作权法利益分配机制的调整[11]。我国大陆地区著作权法类似于大陆法系作者权制度，合理使用被视为“著作权的限制与例外”[12]，在具体规则上采取《伯尔尼公约》的第9条(2)款所确立的“三步检验法”[13]。合理使用法定主义观点认为应当严格按照我国三步检验法中蕴含的使用目的的非商业性、引用比例“适当”、“合理经济损失”要求对视频二次创作行为进行是否构成合理使用进行考量[14]。

2.1.1. 超越非商业性的“用户创造内容”范畴

所谓“用户创造内容”(user-generated content)，主要指网络用户在线创作和传播作品的行为[15]。其典型特征为用户在业余时间完成，而且并不以此为营利手段[16]。对原创作品的使用行为是否具有商业性——即使用人是否从中获得经济利益是判断该行为是否属于“用户创造内容”的重要条件[17]，同时也决定该行为能否成为著作权控制例外。例如，同是对原创电影作品戏仿式的解说，“谷阿莫案”与“胡戈短视频侵权案”的不同结局是对上述观点的有力证明。前者通过自创视频并以独特的幽默诙谐方式讲解电影，在较短时间内成为网络红人。谷阿莫因未经电影著作权人许可擅自引用电影片段而引发了一系列侵权纠纷。尽管其以合理使用进行抗辩，但法院最终以“谷阿莫通过不正当手段获取市场热播影视作品的部分素材进行所谓二次创作，牟取了大量经济利益”[18]为由判定使用行为构成侵权。反观2006年发生的《无极》电影导演陈凯歌控告胡戈制作短视频《一个馒头所引发的血案》侵权案件，该视频通过对《无极》电影片段进行解构和分析，并加入胡戈本人的观点和看法达到对原作品解说或戏仿，与谷阿莫的视频二次创作行为相类似[19]，但该案最终因未进入司法审判程序而未被认定为侵权。但为何当前的视频二次创作行为不属于“用户创造内容”而落入专有权的控制范围？

¹适用“转换性使用”的代表性判例，可参见杨洛书诉中国画报出版社案，山东省高级人民法院(2007)鲁民三终字第94号民事判决书。

²参见王莘诉谷翔信息技术有限公司案，北京市第一中级人民法院(2011)一中民初字第1321号民事判决书。

所谓用户，是众多非职业化的作品创作人[20]。从著作权法发展历程看，“以用设权”的规制对象是以创作或传播为职业的主体，而非最终用户[21]。在 *Computer Assocs.Int'l Inc.v.Altai Inc.* 案件中，法院指出：要适当限制著作权的垄断效应，以免其妨害作品的利用³。将私人使用行为作为著作权法例外，保证了社会公众对受保护作品中思想信息的必要接近；同时有学者表示，私人家庭的使用与用户创造内容无关符合相关法规私，因此私人使用行为落入合理使用范围具备正当性。在网络环境下著作权保护与限制基本原理仍然适用，“用户创造内容属于网络环境下私人使用作品范畴，网络用户对现存作品整合加工式的创作行为早已被定位于“业余创作领域内”，甚至在一定程度上对原作品市场产生积极效应[22]，因此亦属于合理使用。

2.1.2. 引用比例超过“适当”幅度

“为介绍评论或说明某一问题而适当引用他人已发表的作品”是法定的合理使用特定情形之一。其中“适当”一词是对引用著作权人作品进行二次创作行为的限制。著作权人与使用者之间激烈冲突的重要原因之一在于后者的引用行为造成了前者强烈的被剥夺感；同时在司法实践中法官也以“引用超越适当幅度”为由认定视频二次创作行为侵权。可为何视频二次创作行为极易触碰“适当引用”红线而遭到现行合理使用制度的排斥呢？

根据视频二次创作过程中引用原创作品情节的复杂程度，形成了“适当引用”认定的三种方法——即引用数量判断法、引用内容判断法、综合性判断法。引用数量判断法是将“适当”作为量化限制标准。该方法的基本观念认为，引用或复制比例与智力投入成负相关关系，既引用或复制比例越大，二次创作所需投入的智力劳动越少，搭便车的嫌疑越严重[23]。例如，在优酷信息技术有限公司诉秀秀科技有限公司侵权案中⁴，配音视频被控侵权的重要原因之一在于所涉及的画面均来自相关影视作品，引用的量明显超过“适当”限度，因此该行为不属于合理使用。随后有学者提出，“引用或复制数量”在具体认定中起到增强效果，属与定性判断的辅助因素[24]，因此提出“实质性引用规则”[25]。“实质性引用规则”以使用行为是否涉及原创作品的实质性内容作为是否构成“适当引用”标准。实质内容是指原作品的精华或核心部分，该观点认为假设二次创作视频引用原视频的核心内容，妨害了原作品的正常使用，便不构成合理使用。综合性判断法则认为，在认定使用行为是否属于“适当引用”时除考虑上述两大因素外，还应当考虑该行为是否有利于社会范围内知识总量与传播效率的提升使[26]。

2.1.3. 对原作品造成不合理的经济损失

《著作权法实施条例》第 21 条规定“依照著作权法有关规定，使用可以不经著作权人许可的已发表作品的，不得影响该作品的正常使用，也不得不合理的损害著作权人的合法权益。”此限制性规定是对《伯尔尼公约》“三步检验法”的引进。何为“不合理的损害著作权人的合法权益”？应从世贸组织裁决委员会于 2000 年发布的对“三步检验法”的解释中进行理解。根据有关解释，“不合理的损害著作权人的合法权益”更多以经济利益的损益作为衡量标准，“不合理”被认为是专有限制造成或可能造成著作权人法定收益的损失[27]。有学者提出，该条规定是对“特定情况下的特殊情形”的进一步限制，要求使用行为不得对著作权人的法定权利所产生的经济利益造成消极影响；而“不合理”即包含定量计算，同时也包含对“法定权利所生利益”的范围限制——即特定条件下的著作权例外使用行为若对作品的现有市场与预期市场造成损失则不构成合理使用[28]。

2.2. “转换性使用”理论的非本土化适用

“转换性使用”最早是由美国 Leval 法官在“Sony”案的评论中提出[29]。“转换性使用”赋予了合

³Computer Assocs.Int'l, Inc. v. Altai, Inc., 982 F.2d 693 (2d Cir. 1992).

⁴杭州互联网法院(2019)浙 0192 民初 4517 号民事判决书。

理使用新的认定标准，提升了其应对现代社会层出不穷的新型作品形式的包容度。该理论高度灵活性优势使得近年来中国大陆地区法院在审理视频二次创作行为时逐渐引用该理论作为认定构成合理使用的依据。中国与美国在经济发展阶段；文化背景；司法制度；法律渊源方面的差异不可忽视，在我国法律没有明确规定的情况下，盲目适用“转换性使用”理论不仅有无限扩大视频二次创作领域合理使用范围的危险；还会对我国既有知识产权保护制度造成冲击。

2.2.1. “转换性使用”对我国合理使用制度造成的冲击

因“转换性使用”对社会发展具有较强适应性而逐渐成为美国合理使用司法判定的主导标准^[30]，近几年来该标准也受到了国内部分学者与法官的推崇。但作为舶来品，“转换性使用”必带有本土特质，在适用过程中易于同国内现有制度产生矛盾与排斥。从转换性使用发展与形成来看，该理论的发展模式、所针对的问题以及其本质属性都与我国现有合理使用制度之间存在较大差异，在司法实践中盲目适用该理论将对我国现有相关制度造成冲击。

转换性使用⁵概念(Transformative Use)由勒瓦尔在 20 世纪 90 年代初期提出^[31]，并在 Campbell 案中首次运用。其所针对问题在于冲破四要素理论对合理使用的严格限制，否定对明线规则⁶的使用并进一步承认商业使用构成合理使用可能性。该理论的丰富与发展模式遵循从一般性的总括式规定到通过一系列案件的审判发展出类型化适用规则的^[32]。随后转换性使用理论针对“嘲讽性表演”类案件、“在新的情境下直接使用作品”类案件、“基于不同的目的和功能而使用作品”类案件发展出了不同的具体适用标准^[33]。

当前情况下，在具体案件审判中盲目适用“转换性使用”理论作为合理使用的正成依据将对我国相关制度造成不小的冲击。

2.2.2. 转换性使用在司法适用上存在瑕疵

近年来，美国学术界对“转换性使用”理论的高度灵活性抱有担忧，认为该理论在个案审判中解释的过度扩张将损害著作权人的专有权^[34]。“转换性使用”对专有权的威胁主要体现在三个方面：1) 赋予法官较大的裁量权。2) 对美国著作权法所规定的其他要素的弱化。3) 削弱演绎权的控制力。当前“转换性使用”的界定标准太主观，不具有确定性^[35]。

我国部分司法判决中适用“转换性使用”术语意图摆脱封闭式立法约束的做法实际是在重走美国无限扩张合理使用范围的老路，盲目适用将造成逻辑论证的瑕疵。主要体现在两方面：1) 未能结合具体案情充分论证使用行为的“转换性”。2) 将“转换性使用”与“市场因素”建立直接因果关系。例如在“中山医院照片侵权案”中，法院未针对该案提出转换性使用的具体标准；同时也未根据案情并结合市场因素详细论证转换性使用与合理使用之间的推导过程，而是直接得出结论^[36]。再如王莘诉谷翔信息技术有限公司案，我国法院直接在“转换性使用”与“不合理损失”间建立因果关系，认为“被告的传播行为提供的是片段，其目的是方便用户进行图书检索，该行为构成转换性使用，不会不合理的损害原告的合法利益。”⁷

3. 视频二次创作合理使用范围扩大的证成

有关是否应扩大合理使用范围给予视频二次创作更广泛生存与发展空间的争论，有学者表示，本质上是互联网传播效率与传统版权业许可效率的冲突^[37]；也是集中化的知识创造与传播方式对去中心化知识生产模式的抵制。法律法规应适应技术进步做出相应调整，著作权法应通过扩张合理使用范围给予二

⁵ 该理论认为若要构成合理使用，二次作品必须在原作基础上增加新的内容，具有其他目的或不同的性质，创作出新的信息、新的美学、新的认识和理解。参见 Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, 579 (1994)。

⁶ 在法律的语境内，明线规则指一套明确界定的规则或标准；它包含某些特定的客观因素，没有很多可供解释的空间。使用明线规则的目的在于得到可预测并且相对统一的结果。在美国，明线规则通常由法律条文，或者由法院通过先例的方式加以确定。

⁷ 北京市第一中级人民法院(2011)一中民初字第 1321 号民事判决书。

次创作视频产业更多自由。可究竟依据何种理论进行完整论证？合理使用范围扩大是我国特殊国情还是世界范围内隐性趋势？笔者通过梳理合理使用制度功能并对美国、日本两国合理使用发展历程进行研究对上述问题做出回答。

3.1. 合理使用制度在网络著作权领域的功能

合理使用重要功能之一是对专有权利的辐射与控制范围进行缩限，打破因权利义务分配所形成的垄断壁垒。可为何在网络著作权领域著作权垄断从传统版权业激励机制变为如今知识创新阻碍？为何在视频二次创作产业中迫切要求增强合理使用权能对抗著作权人专有权？笔者认为，应从互联网去中心化、低成本信息生产传播方式及传播效率主义对社会总体知识增量的贡献进行分析。

3.1.1. 保障去中心化的信息生产

由互联网与自媒体所共同构建的交互式架构使创作主体由“作者中心主义”转向“读者中心主义”[38]，无论是使用者还是创造者均可建立独立渠道上传与传播作品[39]。在“读者中心主义”语境下，对社会公众的“信息获取权”、“表达自由”与著作权法中“公共领域”的保护显得尤为重要。而现阶段著作权法仍然强调作者在创作活动中的核心地位，对著作权人利益实行强保护。因此急需扩张合理使用范围保障著作权法最终目的的实现和利益平衡状态。

从著作权法角度出发，合理使用制度使公共领域信息资源免受私有化威胁，保障公众的信息获取权；从视频二次创作领域看，合理使用制度是使用行为免受著作权人专有权控制的重要途径。然而著作权强保护主义者却将电脑空间看成是“更广泛的信息盗版源”而主张强化专有权对信息网络空间的控制力度[40]；著作权法仍奉行“通过稀缺性资源的高经济回报率激励创新”的理论，限制对网络领域信息资源的接触与使用[41]。例如，增设“信息网络传输权”；运用法律解释拓宽复制权、传播权的控制范围以限制网络空间的使用行为；确认规避技术保护措施行为的侵权性等[42]，而合理使用制度依然维持着封闭式列举的适用范围。这种单边的权利扩张使网络空间公共领域面临不断萎缩的威胁，更侵犯“信息获取权”与“表达自由”等基本权利。有学者通过市场范式概念说明，如果将网络空间视作可获得利润的市场，那么著作权法理论在网络空间的适用会关注不同的网络市场如何通过作品的创作和传播实现最大化的效益[43]。视频二次创作产业通过庞大的用户群体所创作的视频作品产生了可观的收益，同时也满足了人们的精神文化需求。因此应当扩大合理使用范围，使视频二次创作产业脱离侵权高危地带。

3.1.2. 提升信息传播效率与降低交换成本

互联网技术的发展对知识创新的促进作用在于其不断追求单位成本内传播范围的最大化，即所谓传播效率；因而主张法律法规的存在应承认传播技术促进知识创造行为的客观现实并通过赋予“合法性”接纳其所形成的价值观念[44]。但传统版权行业则坚持许可效率优先原则，主张任何技术的应用须以对著作权的尊重和许可收益的实现为前提[45]。随着互联网的发展，信息要素数字化使其脱离有形物质载体而游离于开放的网络空间，使用者无需占有载体而直接接触信息，致使权利人丧失了从网络市场中获取收益的控制力[46]。为应对技术变革，其一方面依赖著作权法解释将原有权利范畴扩大到互联网环境下，或者通过增加权利类型涵盖新的传播途径[47]。例如，反规避条款的设立在降低单位控制成本的同时增强控制力。有学者认为，如果著作权法坚持“专有利利益”为中心并通过权利扩张范式抵制互联网对信息要素的释放，将成为知识增量的制度障碍。无论是专有权还是技术保护措施均相当于互联网世界中的无形壁垒，阻碍互动环境下的信息自由。美国学者认为，充分保障信息流通对于实现生产功能十分关键，并有助于知识生产效率的提升。从著作权立法角度，经济分析法认为，由规则创制所形成的利益分配体系与机制应当以“效率”作为主要考量因素，通过“成本—收益”计算结果的相对值大小在各种可能性方案

中进行取舍。因此应当利用合理使用制度为互联网提倡的传播效率提供合法性依据。

3.2. 国外合理使用有扩大趋势

在面对著作权法如何适应新的商业模式与创作方式的问题上，美国法院经常能站在时代的最前沿，凭借立法与司法的互动机制发展新理论，为版权保护与公共领域知识要素划定新边界，而日本作为与我国国情相似的亚洲国家通过学习美国合理使用制度并进行创造性转化同样发展出了与物联网、大数据等新技术相适应的合理使用制度⁸。

3.2.1. 美国合理使用理论立法与司法互动发展机制

美国作为科技强国，丰厚的知识资源是国家战略储备的重要组成部分。知识产权公共政策属性与私权属性在美国的冲突是更为强烈的。一方面实行知识产权强保护，以捍卫庞大财团财产权益；另一方面必须确保公共领域能够为后续创新提供充足动能。客观环境要求美国必须具有灵活且合理的理论和制度构建体系，使法律在社会与技术变革中维持相关利益主体间资源分配的平衡。美国合理使用概括式的法律规范源于对先前案例中具体裁判要点共同特性的抽象化；有关理论的发展历程体现出立法与司法间抽象与具体高度互动的特点，该特点使美国概括式附加列举式合理使用制度相较于我国封闭式立法模式更具灵活性，为法官自由裁量和合理使用范围的扩大提供空间。

我国“封闭式”的立法模式明确列举出属于著作权例外的十二种使用行为，并用一般条款划定行为的限度。在该种模式下，法官倾向于僵化适用法条对被告行为的合法性进行认定，而非从立法精神出发对个案使用行为进行详细的解释，因此难以在司法实践中形成裁判要点对后续类似案件提供指引。与此相对应的是，美国的合理使用规则在立法与司法、抽象与具体的循环流动中得到确立并不断演进——从先前的判例中进行总结归纳形成基本的制度框架；同时在概括性规则的指导下结合具体案情发展相应的判定要素，使合理使用边界划定在不偏离基本规范要求的前提下不断适应实际变化与需求。因此，我国合理适用扩张应借鉴美国相关制度完善过程中所遵循的路径，而非直接引用相关领域的理论成果。

3.2.2. 日本合理使用制度“中间层”一般条款设计

在2018年修订著作权法以前，《日本著作权法》在合理使用方面也是采取传统的封闭式立法模式，也曾因缺乏灵活性、难以应对新技术条件下作品使用环境的急剧变化而饱受批评。虽然日本也在2009、2012、2014年三次大幅度修改《日本著作权法》，新增了大量关于新技术条件下出现的合理使用情形的列举，但仍无法满足因技术变化而带来实际需要。因此，日本学习美国“四要素理论”，扩张合理使用范围，增强制度弹性为技术的发展提供容纳空间。

日本的著作权法将使用目的和市场因素作为合理使用总括性的考量因素，同时保留列举具体情形的封闭式传统，并以使用目的和市场因素为标准创造性的将合理使用情形类型化为三种不同种类——即“无害使用”“轻微使用”“公共政策目的下的使用”，规定三种情况下合理使用构成一般要见，由此建立“总括式一般条款—中间层次一般条款—具体合理使用情形列举条款”的三层次规范结构。《日本著作权法》还针对各领域的客观现状及创新性需求程度分别制定了相应的合理使用标准，形成了“总则+列举+兜底”复合规范结构，增强合理使用对新技术、新业态的包容性与适应性。例如原有的第30条之4是2012年新增的合理使用条款，目的是保障在技术开发、技术实用化实验中使用作品，但仅明确列举了“用于开发录音、录像及其他作品使用相关技术的实验”这一种情形，范围过于狭隘。在2018年修法中，该条标题被改为“不以享受作品中表达为目的的使用”，该条通过对使用目的表述的修改扩大合理使用范围。引入中间性的一般条款是为了克服总括性一般性条款缺乏可预期性和模糊性的天然局限性。

⁸ 参见《日本再興戰略2016》，日本内阁2016年6月2日阁议决定，第59页。

“中间层一般条款”属于裁判规则性一般条款，在适用时与具体列举式规则相联系较之于属于基本原则性一般条款的概括式条款更为具体，调整范围也有所限定。正如日本著作权法学者上野达弘所主张的，著作权权利限制一般条款的主要意义在于明确权利限制情形的法律构成与判断标准。

4. 视频二次创作合理使用边界确定

我国学者指出，合理使用范围的扩张与完善并非通过立法与条文细化就能解决，应当建立从立法到司法不断完善的一种法制努力，即在一般性规则指导下通过案件审理归纳裁判要点，为后续案件审判提供指导。视频或电影作品或通过取景和特效制作给观众带来视觉体验；或通过对情节描述和人物刻画给观众带来精神体验。因此，视频二次创作对原作品的使用行为是否属于合理使用应从视觉效果与情节刻画两方面要素进行考量。

4.1. 二次创作视频产生的视觉效果

无论是“四要素理论”、“目的转换性理论”、“功能转换性理论”或是世贸组织对“三步骤检验法的解释均属于对具体行为的抽象限定，无法提供清晰的裁判指导。为提升审判结果的合理性与可预期性，可借鉴美国经济法学派所提出的“规则/标准二分法”(Rule/Standard Dichotomy)。美国法经济学派认为，法律创设和发展方式有两种路径：一方面通过立法创设产生普世抽象的规范；一方面通过对一定范围内的案件进行梳理与归类，总结出类型化案件中普遍考量的裁判要点作为法律规范的具体适用。其中规范特指成文化的法律条文，而普遍性的裁判要点则成为类型化案件中具体的认定标准。我国属于成文发国家，因此应当在现有列举式合理使用制度基础上，通过总结判断要素进一步完善和发展合理使用制度。

从二次创作视频侵权案件看，大部分二次创作视频涉及对电影或电视剧等原创视频作品的截取。原创视频作为表达形式其功能是带给观众视觉上的感官体验与精神体验：一方面通过优美的画面和特效给观众以视觉上的享受例如《阿凡达》、《钢铁侠》等好莱坞电影；再者是通过叙述的故事或台词向观众传达某种思想，给观众以精神上的体验。由于著作权法不保护思想，使用电影作品思想自然不涉及合理使用，因此产生视觉上效果并带给观众良好视觉体验成为原创视频“正常使用”所产生的功效。若二次创作视频对原创视频片段截取和使用能够带给观众如原创视频般持久性视觉感官效果，即是妨害了作品的正常使用，不得构成合理使用。这与美国转换性使用理论所提出的功能性转化相似。根据功能转换性理论，功能差异越显著对于被引用作品市场替代性越弱，若发挥相同或近似功能则不构成合理使用。原创视频为带给观众良好的视觉感官体验从拍摄地点的选取、拍摄设备到后期制作都需要相当大的财力和智力投入，若二次创作视频对原作品的使用造成对原作品视觉效果的替代，则原创作品作者将无法通过作品的市场收益对其付出劳动进行弥补，侵犯作者财产权。在“腾讯诉运城阳光、字节跳动侵犯信息网络传播权”案中⁹，被告运城阳光认为其传播有关《英雄联盟》游戏视频行为构成合理使用而非侵犯原告腾讯公司的信息网络传播权；但该抗辩理由存在明显瑕疵。首先《英雄联盟》游戏视频属于类电作品，而原告腾讯公司拥有该游戏在大陆地区著作权的独占使用许可；同时，《英雄联盟》用户协议明确规定用户未经许可不得录制、直播、传播游戏内容。运城阳光平台上的游戏视频是用户录制而成，尽管单个视频时长较短，但整体数量庞大，应当进行整体评价；就单个视频而言，游戏画面占据视频七成以上部分，足以带给观众如原游戏般的视觉体验，形成视觉效果上的替代效应，因此不构成合理使用。将二次创作视频产生视觉效果作为判断是否构成合理使用的审判要点具有一定代表性，能够为以惊艳的视觉效果为优势的原创视频使用问题提供司法审判上的指引。

⁹广州互联网法院(2019)粤0192民初1756号民事判决书。

4.2. 二次创作视频截取片段中的故事情节

主张扩大视频二次创作领域合理使用的范围,并不表示免费使用;信息有偿与信息自由并非对立,应当从合理使用性理论前提出发确定合理使用范围边界。合理使用制度旨在解决“市场失灵”问题,即当事人之间无法通过市场交易完成著作权变动时,允许使用者自由使用作品。有学者将“市场失灵”定义为因交易成本过高而导致的交易不能或公共目标无法实现情形。合理使用作为一种“公权力干预”,意在限制著作权人形成垄断地位并制造垄断价格;但作为产业之法仍需保证产权人通过信息交易获取收益。因此,针对视频二次创作行为,应当将产权人的合法利益作为是否构成合理使用的重要考量因素。

作品的内容承载着作者的精神、思想等人格特征,通过“引用内容”认定使用行为合理性时,应当注重该要素与其他要素例如与“使用的目的”之间的联系。因此笔者提出在对引用内容进行分析时应当考虑“二次创作视频与被引用作品的目的”以及“引用的量”两大要素;在判断先后顺序上首先应当考量两者目的是否相同,其次考量引用量的大小。若二次创作视频是为了辅助观众理解原作品情节或加快观众了解原作品情节的进程并对原作品进行引用,能够与原作品产生相同的精神体验则不构成合理使用。若二次创作视频所表达中心思想与原作品属于不同的主题,原作品被引用部分起强调作用,则应当对引用的量进行考量。若引用的量过大,能通过二次创作视频连续的画面播放再现原作品的表达方式和表达的情节内容,则应视为对原作品著作权人合法潜在利益的不合理损害,不构成合理使用。运用“引用内容”外加“引用目的”双要素判断,并遵循先“目的”后“内容”的考量顺序同时还能克服当前司法审判中存在的“转换性使用”理论直接适用问题。例如上海美术电影制片厂诉新影年代文化传播有限公司案中¹⁰,被告将黑猫警长作为电影海报的一部分目的是为增强电影名称所反映的主题效果,并非为展示与黑猫警长有关的动画情节,属于不同目的;其次引用部分不涉及原动画《黑猫警长》关键情节,对原动画著作权人的“正常使用”与“合法利益”不产生威胁,因此构成合理使用。上述方法所提供的审判要点与审判思路能够替代原判决书中“构成转换性使用”的表述,避免了解释路径的争议。有学者认为,张戈制作戏仿作品《一个馒头所引发的血案》属于滑稽模仿构成合理使用,但根据“目的、内容”双要素判断法,此结论存在争议。首先,该戏仿作品是通过讽刺方式对电影《无极》故事情节进行解析,通过故事情节带给观众精神体验;同时戏仿作品引用电影《无极》画面足以缩短电影作品带给观众精神体验进程,具有市场替代性,对电影著作权人造成“不合理损害”因此不构成合理使用。

5. 结语

“创新”与“共享”是新发展理念的重要组成部分,互联网与自媒体的开放性特质及其所构建的互联互通渠道为知识创新与文化繁荣提供重要技术支持。作为信息生产与传播的全新领域,视频二次创作产业仍旧需要著作权法维持私人财产权与更广泛的公共利益间的平衡。在技术措施强化专有权保护的背景下,一方面应扩张合理使用适用范围避免因信息集中所造成的垄断优势导致创新成本的提高与公共领域信息要素的流失;同时,将著作权人对原创作品财产权的正常行使所产生的体验性效果与市场收益作为合理使用的边界并具体化为二次创作视频所产生“视觉效果”与“截取片段中的故事情节”两项考察要点。这不仅保障了著作权人正常的经济收益;也为类似案件的审判提供了可靠指导。但伴随着技术的更新与商业模式的演化,不同目的与方式的使用行为将引发新的利益分配失衡与价值选择问题,有待进一步研究与完善。

¹⁰在我国引入转换性使用的代表性判决中,电影海报制作者将动画片《黑猫警长》中的标志性人物形象黑猫警长作为独立的美术作品纳入到了涉案电影海报中,即属于此类拼贴行为。参见上海美术电影制片厂诉新影年代文化传播有限公司案,上海知识产权法院(2015)沪知民终字第730号民事判决书。

参考文献

- [1] 朱双庆, 张艺. 论二次创作短视频引发的权利冲突与救济[J]. 重庆邮电大学学报(社会科学版), 2021, 33(2): 37-46.
- [2] 马国菁. 互联网短视频二次创作作品合理边界研究——以利益平衡论为视角[J]. 互联网周刊, 2022(16): 68-71.
- [3] 董彪. 二次创作短视频合理使用规则的适用与完善[J]. 政治与法律, 2022(5): 141-149.
- [4] Menell, P.S. (2014) American Copyright Life: Reflections on Re-Equilibrating Copyright for the Internet Age. *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, **61**, 235. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2347674>
- [5] 熊琦. 中国著作权立法中的制度创新[J]. 中国社会科学, 2018(7): 118-138+207.
- [6] 谢晴川, 何天翔. 论著作权合理使用制度的开放化路径——以“中间层次”一般条款的引入为中心[J]. 知识产权, 2019(5): 58-69.
- [7] 罗祥. 影视解说视频合理使用的困境与出路——由首例“图解电影”案引发的思考[J]. 科技与法律(中英文), 2021(4): 81-89.
- [8] 刘文杰. 从责任避风港到安全保障义务: 网络服务提供者的中介人责任研究[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2016.
- [9] 冯晓青. 网络环境下的著作权保护、限制及其利益平衡[J]. 社会科学, 2006(11): 96-103.
- [10] Goldstein, P. (2002-2003) Fair Use in a Changing World. *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, **50**, 133-134.
- [11] 李明德. 两大法系背景下的作品保护制度[J]. 知识产权, 2020(7): 3-13.
- [12] Newby, T.G. (1999) What's Fair Here Is Not Fair Everywhere: Does the American Fair Use Doctrine Violate International Copyright Law. *Stanford Law Review*, **51**, 1633-1647. <https://doi.org/10.2307/1229532>
- [13] Gervais, D. (2009) The Tangled Web of UGC: Making Copyright Sense of User-Generated Content. *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*, **11**, 841-842.
- [14] Fiesler, C. (2008) Everything I Need to Know I Learned from Fandom: How Existing Social Norms Can Help Shape the Next Generation of User-Generated Content. *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*, **10**, 729-733.
- [15] 冯晓青. 网络环境下私人复制著作权问题研究[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2012, 30(3): 103-112.
- [16] 董天策, 邵钰岚. 关于平衡保护二次创作和著作权的思考——从电影解说短视频博主谷阿莫被侵权案谈起[J]. 出版发行研究, 2018(10): 75-78.
- [17] 季卫东. 网络化社会的戏仿与公平竞争——关于著作权制度设计的比较分析[J]. 中国法学, 2006(3): 17-29.
- [18] 熊琦. “用户创造内容”与作品转换性使用认定[J]. 法学评论, 2017, 35(3): 64-74.
- [19] Ferrera, G.R., Lichtenstein, S.D. and Reder, M.E.K. (1999) Developing and Implementing a Cyberlaw Course. *Journal of Legal Studies Education*, **17**, 201-228. <https://doi.org/10.1111/j.1744-1722.1999.tb00310.x>
- [20] 熊琦. “视频搬运”现象的著作权法应对[J]. 知识产权, 2021(7): 39-49.
- [21] 李佳妮. 论著作权合理使用中的“适当引用”——以谷阿莫二次创作短视频为例[J]. 东南大学学报(哲学社会科学版), 2019, 21(S1): 53-57.
- [22] 王迁. 电影介绍节目著作权侵权问题研究[J]. 中国版权, 2014(2): 18-21.
- [23] Timberg, S. (1980-1981) Modernized Fair Use Code for the Electronic as Well as the Gutenberg Age. *Northwestern University Law Review*, **75**, 193-244.
- [24] 吴汉东. 论著作权作品的“适当引用”[J]. 法学评论(双月刊), 1996(3): 18.
- [25] Report of the WTO Panel, United States-Section 110 (5) of the US Copyright Act, WT/DS160/R (June 15, 2000), Para. 6.229.
- [26] Landes, W.M. (2000) Copyright, Borrowed Images, and Appropriation Art: An Economic Approach. *George Mason Law Review*, **9**, 18-19. <https://doi.org/10.2139/ssrn.253332>
- [27] 朱文玉, 姜彬彬. 转换性使用视角下二次创作短视频合法性探析[J]. 学术交流, 2022(3): 55-66.
- [28] 孙阳. 演进中的合理使用规则及其启示[J]. 知识产权, 2018(10): 46-58.
- [29] Leval, P.N. (1990) Toward Fair Use Standard. *Harvard Law Review*, **103**, 1105-1136. <https://doi.org/10.2307/1341457>
- [30] 袁锋. 论新技术环境下“转换性使用”理论的发展[J]. 知识产权, 2017(8): 42-57.
- [31] Morris, C. (2015) Transforming Transformative Use: The Growing Misinterpretation of the Fair Use Doctrine. *Pace*

-
- Intellectual Property, Sports & Entertainment Law Forum*, **5**, 10-31. <https://doi.org/10.58948/2329-9894.1043>
- [32] 张耕, 林楠. 规范性路径下作品的转换性使用标准重构及本土化运用[J]. 西南民族大学学报(人文社科版), 2019, 40(8): 106-113.
- [33] 晏凌煜. 美国司法实践中的转换性使用规则及其启示[J]. 知识产权, 2016(6): 123-128.
- [34] 熊琦. 移动互联网时代的著作权问题[J]. 法治研究, 2020(1): 57-64.
- [35] Phan, D. (1998) Will Fair Use Function on the Internet. *Columbia Law Review*, **98**, 169-216. <https://doi.org/10.2307/1123397>
- [36] 李颖怡, 罗鑫星. 网络后现代特性与著作权合理使用制度的调适[J]. 中山大学学报(社会科学版), 2007(1): 79-85+127.
- [37] 米歇尔·福柯. 什么是批判[M]. 汪民安, 译. 北京: 北京大学出版社, 2015: 15.
- [38] 波林·罗斯诺. 后现代主义与社会学[M]. 张国清, 译. 上海: 上海译文出版社, 1998: 34-35.
- [39] 黄汇. 论版权, 公共领域与文化多样性的关系[J]. 知识产权, 2010, 20(6): 23-29+45.
- [40] 夏旭阳. 知识产权垄断性批判: 以激励论为重心[J]. 西南政法大学学报, 2007(1): 48-52.
- [41] Benkler, Y. (2000) From Consumers to Users: Shifting the Deeper Structures of Regulation toward Sustainable Commons and User Access. *Federal Communications Law Journal*, **52**, 561-580.
- [42] Merces, R.P. (2008) The Concept of Property in the Digital Era. *Houston Law Review*, **45**, 1239-1276.
- [43] Dusollier, S. (2007) Sharing Access to Intellectual Property through Private Ordering. *Chicago-Kent Law Review*, **82**, 1391-1438.
- [44] 熊琦. 美国音乐版权制度转型经验的梳解与借鉴[J]. 环球法律评论, 2014, 36(3): 142-160.
- [45] Baca, M.R. (2006) The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom. *Harvard Journal of Law & Technology*, **20**, 271-286.
- [46] Salzberger, E. (2006) Economic Analysis of the Public Domain. In: *The Future of the Public Domain*, Kluwer Law International, The Hague, 31, 41.
- [47] [美]威廉·M. 兰德斯, 理查德·A. 波斯纳. 知识产权法经济结构[M]. 金海军, 译. 北京: 北京大学出版社, 2016: 50-55.