

合理使用要素分析在司法实践中的适用与反思

王玉琪

北京师范大学法学院, 北京

收稿日期: 2024年3月24日; 录用日期: 2024年5月10日; 发布日期: 2024年5月23日

摘要

随着数字经济的发展,合理使用要素分析逐步融入我国司法实践,但这一方法的适用也面临着诸多障碍。司法实践对“引用目的”和“市场效益”的理解存在分歧,各要素的权重、要素分析与我国现行规定的融合也需要进一步讨论。对此,应限定要素分析的适用范围,明确各要素内涵和关系,并坚持市场要素在合理使用判断中的核心地位。

关键词

合理使用, 四要素, 转换性使用, 市场要素

Application and Reflection of Fair Use Factor Analysis in Judicial Practice

Yuqi Wang

School of Law, Beijing Normal University, Beijing

Received: Mar. 24th, 2024; accepted: May 10th, 2024; published: May 23rd, 2024

Abstract

With the advancement of the digital economy, fair use factor analysis has gradually become integrated into Chinese judicial practice. However, the application of this method also encounters various obstacles. There are differences in judicial interpretation regarding the “market benefits” and “citation purpose”, as well as varying weights assigned to different factors. The integration of factor analysis with current regulations in China requires further discussion. In this regard, it is necessary to limit the scope of factor analysis application, clarify the connotation and relationship among various factors, and adhere to the central role of market factor in fair use judgment.

Keywords

Fair Use, Four Factors, Transformative Use, Market Factor

Copyright © 2024 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

合理使用制度的立法模式可分为“规则主义”和“因素主义”。“因素主义”侧重于提出合理使用判定的一般要素，由法官结合各要素进行个案分析，以美国为主要代表。“规则主义”则对合理使用的情形进行封闭式规定，这种立法模式为我国所采纳。近年来，这两种模式在我国司法实践中呈现出互动与融合的趋势，诸多法院在合理使用认定时借鉴“因素主义”中的各判断要素，并结合我国著作权法的法定要求进行分析。然而，要素分析作为外来方法，在我国司法实践适用中也面临着水土不服。各要素的内涵、权重亟待厘清，要素分析与我国现行规定的关系也有待明晰。本文将结合我国司法实践案例和国外相关经验，讨论要素分析在我国司法实践中的不明之处，并提出完善建议。

2. 合理使用中的要素分析

2.1. 合理使用“四要素”及其解读

美国版权法阐明了合理使用判定时需要考虑的四个要素：引用目的和性质；原作品的性质；引用数量与引用内容的实质性；对原作品潜在市场和价值的影响。这一标准对版权法产生了深远影响，但也因过于抽象和笼统而饱受诟病。许多学者认为，合理使用的判定是整个版权法中最棘手的问题，因为四要素过于灵活，以至于无法预测合理使用的个案认定结果。为消解这种不确定性，司法实践和学界尝试对四要素进行拆分和解读。

对于第一个要素引用目的和性质，除法律规定的“商业性使用”和“非营利的教育目的”外，学界和司法实践发展出了“转换性使用”这一判断标准。“转换性使用”由美国最高法院在 *Campbell* 案中首次采纳，指二次创作以与原作品不同的方式和不同的目的使用，并在原作品的基础上增加一些新的价值¹。转换性使用逐渐成为合理使用第一要素的核心，并在合理使用的整体判断中居于重要地位。对于第二个要素原作品的性质，法官主要考量原作品的创造性和原作品是否发表。对于第三个要素引用数量与引用内容的实质性，从理论上来说，引用数量越多，该要素对被告越不利，但这并不是绝对的。基于引用的特点，某些大规模的引用也可能合理。对于第四个要素市场要素，具体的判断涉及被告的使用行为变得普遍的可能性，以及授权和许可出现的可能性[1]。

2.2. 要素分析在我国合理使用判断中的现实意义

我国合理使用的立法模式借鉴了《伯尔尼公约》中的三步检验法。除 12 种合理使用的特定情形和兜底条款外，我国著作权法规定，合理使用不得影响该作品的正常使用，不得不合理地损害著作权人的合法权益，即三步检验法中的第二步和第三步。由于此规定比较概括笼统，司法实践逐渐引入四要素进行说理和论证。早在 2004 年，“是否引用原作实质性内容”这一要素就已被法院纳入考量范围。

¹*Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994).

法院从是否实质性地再现原作的完整表达方式和作者表达的思想内容及独特构思方面进行了论证²。2011年,最高人民法院在《关于充分发挥知识产权审判职能作用推动社会主义文化大发展大繁荣和促进经济自主协调发展若干问题的意见》中提出,在促进技术创新和商业发展确有必要特殊情形下,可以通过四要素辅助判断合理使用。在学理上,许多学者主张四要素和三步检验法的融合。三步检验法是国际立法博弈后的妥协产物,而四要素却是司法实践中的经验总结,可以将四要素作为三步检验法的补强解释规则[2]。具体而言,四要素可以被理解为对三步检验法第二步和第三步的细化。

要素分析对于数字经济时代合理使用的判断具有重要意义。随着媒体交互方式的改变和技术的发展,各类新型二次创作作品层出不穷,为著作权法带来新的挑战。以二次创作短视频为例,二次创作短视频又可分为讲解类短视频、单一剪辑型短视频和混合剪辑型短视频,其创作行为各不相同。讲解类短视频具有一定的观点创新性,也符合我国著作权法第24条第2项的“评论”目的,但在引用的适当性方面面临着争议。混合剪辑型短视频虽然依赖原作画面,但很可能脱离原作形成自己的叙事逻辑和价值取向,产生新的美学价值。这些创作行为很难用三步检验法进行评价,但却可以被四要素所涵盖。比如混合剪辑型短视频对故事情节的重构就可以用转换性使用来评价,而讲解类短视频引用的适当性可以通过引用的量与质、引用目的来进行判断。从某种意义上,要素分析法更具有弹性和包容性,更适合用来分析新型二次创作作品的使用行为。

3. 要素分析在司法实践适用中的困惑

3.1. “全有全无”与“或多或少”的模式选择

在美国,合理使用的认定遵循综合认定思路。单一要素并不会成为否定合理使用的充分条件,比如使用行为的商业目的。各要素相互影响,“新作品的转换性程度越强,其他要素的重要性就越低”³。相比之下,我国司法实践虽然借鉴了合理使用四要素,但大部分法官在认定时会要求四个要素全部满足,并要求使用行为符合合理使用的特定情形和法定要求。随着司法实践的发展,灵活认定立场出现。如在“刘伯奎与华东师范大学出版社有限公司著作权纠纷案”中,一审法院弱化了特定情形和“指明作者姓名、作品名称”的要求,认为被告在使用原告作品时未注明出处并不会割裂原告作为作者和其所主编作品的身份关系,也不会对原告作为作者的声誉造成影响⁴。这一论证在一定程度上体现了综合认定的思路,即将指明作者姓名、作品名称的要求看作合理使用认定的要素之一,对各要素进行动态考量。还有法院突破了对合理使用特定情形的限制,通过各要素对使用行为是否构成合理使用进行一般性的分析⁵。

归根结底,立场的不同源于底层法律理念的分歧。灵活认定立场遵循一种“或多或少”的判断思路,认为应当综合考虑各要素的相互作用,判断各要素形成的合力最终指向何种法律效果。而与之相对的立场则受到传统构成要件的影响,遵循一种“全有全无”的判断模式,即如果要构成合理使用,必须满足所有要件,各个要件缺一不可。灵活认定立场通过要素之间的比较协调得出法效果,有助于进行个案认定,但也存在扩大解释合理使用条款、违背著作权法精神的嫌疑。合理使用制度旨在平衡著作权人和社会公众的利益,对著作权人的权利进行了一定限制。在这种情况下,“指明作者姓名和作品名称”的要求是在维护著作权人权利的底线,把这种要求也纳入动态考量是不恰当的。而传统的构成要件模式又具

² 中国音乐著作权协会诉西安长安影视制作有限公司等侵犯著作权案,北京市高级人民法院(2004)高民终字第627号民事判决书。

³ 同1。

⁴ 刘伯奎与华东师范大学出版社有限公司等著作权侵权纠纷案,上海市第二中级人民法院(2013)沪二中民五(知)初字第115号民事判决书。

⁵ 王莘诉北京谷翔信息技术有限公司等侵犯著作权纠纷案,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。

有僵化性，且在实践中难以操作。首先，合理使用条款本就存在一定解释空间，在适用过程中需要进行解构和分析，而不是直接套用。其次，随着数字经济的发展，一些新型的使用行为出现，这些使用行为可能符合合理使用的内涵，但尚未被纳入法定封闭情形，直接否定这些行为构成合理使用的可能性也并不合适，如何在灵活和封闭中寻找平衡值得思考。

3.2. 要素权重的考量

在美国，合理使用各要素的重要性并不相同。实证研究表明，转换性使用超越其他要素居于首要地位，且法院侧重转换性目的，对转换性内容要求宽松[3]。如在 *Nunez* 案中，原告使用模特照片是为了说明模特的潜质和特点，但被告在杂志中使用该照片是为了说明在模特身上发生的争议。法院认为这种做法符合转换性使用的要求⁶。事实上，文学、艺术、科学领域的创造大多都需要前人的研究作为基础。转换性使用强调“新的表达和新的价值”，允许二次创作者站在前人的肩膀上取得更大的成就，为社会创造更多的利益，符合著作权法激励创作和鼓励作品传播的目的。但对转换性使用的过分推崇也存在一定隐患。四要素原本处于动态平衡中，而转换性使用的出现打破了这种平衡，使合理使用的第二要素和第三要素被架空。此外，对转换性目的和转换性程度的判断始终带有一定的主观色彩，这将使合理使用的认定陷入更深的不确定。以网络游戏直播为例，赞成观点认为，网络游戏直播的目的是展示和讲解游戏的操作技巧，而非沉浸式体验游戏内容，直播的目的具有转换性[4]。而否定观点认为，网络游戏直播依赖于游戏素材，且具有商业目的，转换性程度较低[5]。个人视角的差异也导致了对于转换性使用认定的不统一。考虑到转换性使用扩张带来的诸多弊端，美国最高法院在 2023 年的 *Goldsmith* 案中综合考量了各要素，并纠正了转换性目的“主观化”的认定倾向。最高法院认为，对于使用目的的判断应该是一项客观调查，法院不应试图评估某一特定作品的艺术意义⁷。

美国的转换性使用对我国理论界和司法实践造成一定的冲击。我国许多学者赞同美国的做法，认为是否属于目的性转换是区分合理使用与改编权侵权的关键[6]。转换性使用这一判断要素也出现在我国部分判决中。如在“‘葫芦娃’‘黑猫警长’美术作品著作权纠纷案”中，二审法院考虑了艺术价值的转换性⁸。在“陈红英与虎扑等侵害作品信息网络传播权纠纷案”中，法院考虑了功能和目的的转换性，认为被告的行为不会对原作品的正常使用造成影响⁹。但也有法院对转换性使用持谨慎态度。如在“梦幻西游 2 案”中，法院认为，转换性使用并非我国法律对著作权利限制的情形，不宜直接适用所谓的转换性使用的单一标准来判断是否构成合理使用。尤其是，并非所有含有目的性转换因素的使用行为都足以被认定为合理使用¹⁰。法院对要素权重认定的不统一也可能导致案件判决结果的差异。

3.3. 要素解释的争议

除模式选择和要素权重外，各要素的解释也面临争议。其中争议较大的是“引用目的”要素。有学者指出，应当以使用目的的正当性作为判断标准。正当性使用目的排斥商业目的。同时，正当性的要求高于非营利性的要求，以获得学术地位和较高声誉为目的的引用也是不正当的[7]。也有学者认为，应以是否有利于社会公众利益作为判断标准。如对社会有利，即使不具有非营利的教育目的，也应认为使用是合理的[8]。此外，司法实践对于引用目的的考量也有所不同。有的法院考察了使用行为是否具有公益

⁶*Nunez v. Caribbean Int'l News Corp.*, 235 F.3d 18 (1st Cir. 2000).

⁷*Andy Warhol Foundation for Visual Arts, Inc. v. Goldsmith*, 598 U.S. 508 (2023).

⁸上海美术电影制片厂诉浙江新影年代文化传播有限公司等著作权侵权纠纷案，上海知识产权法院(2015)沪知民终字第 730 号民事判决书。

⁹陈红英与虎扑(上海)文化传播股份有限公司、北京百度网讯科技有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案，上海市高级人民法院(2021)沪民申 805 号民事裁定书。

¹⁰广州网易计算机系统有限公司与广州华多网络科技有限公司侵害著作权及不正当竞争纠纷案，广东省高级人民法院(2018)粤民终 137 号民事判决书。

性¹¹，其他观点则认为合理使用的判断与该使用行为是否属于公益性质不具关联¹²。

其次，市场范围的判断也不甚明晰。有观点认为，二次创作作品对原作品市场效益的负面影响多表现为替代竞争关系。二次创作作品和原作品受众的此消彼长并不能证明二次创作作品具有替代性，关键是看二次创作作品以何种方式吸引受众。若是通过原作片段吸引受众，那便具有替代关系；若是通过其增加的独创性内容吸引受众，就不具有替代关系^[9]。这种观点实际关注“新作品对原作品现有市场的影响”。实践中确有法院采取此类立场，如上海市高级人民法院在裁定中指出“对权利作品的正常使用和权利人的合法权益造成负面影响，主要指被控侵权作品是否会因其中的引用而对被引用的权利作品产生替代效应，从而导致读者可以用被控侵权作品替代对权利作品的选择”¹³。但除现有市场外，还有法院关注“新作品对原作品衍生市场的影响”。如在“梦幻西游 2 案”中，法院指出，游戏画面的著作权人对其作品的使用应当享有支配权，无论其使用方式是否在著作权人的预料之内。因此，不能排除游戏开发商将直播作为自己营利的目标市场，直播者的行为无疑会挤占著作权人的潜在市场空间¹⁴。但问题在于，衍生市场的范围该如何权衡。如果所有的使用行为都可以被衍生市场所涵盖，那么社会公众无疑会在著作权这种专有权的挤压下失去呼吸空间，划定合理的权利边界至关重要。

4. 合理使用要素分析的限制与完善

4.1. 要素分析适用范围的限定

在法教义学当中，会形成大量凌驾于具体法律规范之上的新的概念和中间层级。但需要警惕的是在个案裁判的过程中，中间层级的概念在被逐一审查的同时，那些一般性的基础规则却可能被忽视了^[10]。在我国司法实践中，借鉴四要素对合理使用条款进行解构确实有助于个案的判断，但这种解构不应超过法律条文的应有之义，不得架空我国著作权法的基础性规则。

从我国合理使用的立法构造来看，可以大致将著作权法的合理使用条款划分为特定情形和概括要求。特定情形是指著作权法第 24 条列举的 12 种情形和兜底条款。概括要求为“不得影响该作品的正常使用和不得不合理地损害著作权人的合法权益”。严格来说，我国并没有对于合理使用的一般性规定，合理使用首先应该符合特定情形，再进入概括要求的判断。为避免司法实践过于灵活，用解构思维架空著作权法的规定，应当对合理使用的特定情形进行严格遵循，仅在促进新技术和商业发展的特殊情况下，才允许法院对合理使用特定情形进行突破，直接从概括要求层面分析行为是否构成合理使用。而要素分析法仅应适用于特定情形中弹性词汇的判断，如“不可避免”“适当”“少量”，以及概括要求的判断。在这两个方面，可以采用要素分析法，综合转换性程度、被控侵权作品是否具有营利性、原作品的性质、对原作品潜在市场的影响等要素进行动态考量，判断各个要素所形成的合力是指向合理使用还是相反方向。而对于法律明文规定的要求，如指明作品出处、作品已发表等，司法实践绝对不能通过要素分析进行架空。

4.2. 各要素内涵的厘清

对于引用目的和性质，值得注意的是，在合理使用的 12 个特定情形中，已经出现了对于公益性使用目的的考量。如前所述，对于合理使用的判断在我国大致可以分为两个步骤，一是特定情形的考察，二是概括要求的判断。如果使用行为的公益性已经在特定情形阶段被评价过，那么就不应当在第二个阶段

¹¹ 北京全景视觉网络科技有限公司与《青海日报》社侵犯作品信息网络传播权案，青海省高级人民法院(2019)青民终 71 号民事判决书。

¹² 陕西学硕教育科技有限公司与刘超侵害作品信息网络传播权纠纷案，重庆市第一中级人民法院(2021)渝 01 民终 925 号民事判决书。

¹³ 孙德斌与上海教育出版社有限公司著作权侵权纠纷案，上海市高级人民法院(2020)沪民申 2415 号民事裁定书。

¹⁴ 同 10。

进行重复评价。同时,公益性仅能作为判断要素之一,使用行为具有公益性和使用行为侵害原作利益并不冲突,不能当然因为使用行为具有公益目的就认定该行为构成合理使用。此外,应当抛弃对商业目的的偏见。身处当今商业社会中,对文艺作品的使用多少会存在间接商业目的。如果把商业目的,特别是间接商业目的排除在合理使用的适用规则之外,会造成合理使用在绝大多数状况下难以成立,无用武之地[11]。商业使用目的本身并不会阻碍合理使用的认定,关键还是应当考量商业目的会对原作品的使用造成何种程度的影响以及这种影响是否是可接受的。

对于原作品的性质,我国著作权法已对原作品是否发表作出了规定,本文对此不再赘述。在作品创造性方面,原作品的独创性越高,社会影响越大,二次创作便越有搭便车之嫌,越难以构成合理使用[12]。对于引用的数量与内容,具体引用数量和内容的判断要视引用的必要性而定,没有一定之规。对于带有讽刺原作目的的二次创作作品,讽刺者需要使用原作的大量画面甚至是核心画面使观众回忆起原作的具体场景和思想情感表达,从而建立批判的靶子[13],其对原作的引用无疑是必要的,对此应视具体案件进行分析。此外,应当坚持比例原则,尤其应着重考察是否存在对原作品著作权人损害最小的替代手段。在有替代手段的情况下,如果二次创作者仍引用原作实质性内容,其行为就很难被认定为合理使用。对于市场效益,本文认为,应当以竞争替代关系作为判断核心。若原作品与二次创作作品的功能和用途一致,且二次创作作品体现了原作较多的内容,那么二次创作作品很可能替代原作,侵占原作品的市场。另外,市场范围应当限定在原市场以及与原市场相关性强的、可以合理预见的衍生市场。对衍生市场的判断具有一定的预测成分,这种预测不能是想当然的,而是需要结合客观实际,综合行业惯例和通常做法进行考量。

4.3. 坚持市场要素的核心地位

美国司法对于转换性使用的看重体现出强烈的亲使用人色彩,强调“由作品创作出更多的作品”。相比之下,我国虽然鼓励作品的传播和二次创作的繁荣,但更侧重对原著作权人权利的保护[14]。在数字经济时代,各种收益共享机制和授权机制逐渐出现,二次创作者获得原著作权人授权的成本也大大降低。在这种情况下,一味强调转换性使用虽鼓励了二次创作,但对原作者却有失公允,也并不符合我国著作权法的精神。此外,如前所述,转换性使用的判断因人而异,具有很大的模糊性,赋予转换性使用过重的权重是不恰当的。

从合理使用制度本身的意义出发,在美国,合理使用制度的重要作用是平衡专有权与言论自由的冲突。而在我国,“协调言论自由”在著作权法中并未得到较多考量,法官和学者大多将目光集中于经济利益的平衡或者社会总体效益的高低[15]。市场效益这一要素可以说是一个元要素,引用目的、引用数量和内容的分析,其实都围绕着市场效益展开。如果二次创作作品具有商业引用目的,或引用了原作的实质性内容,就更容易替代原作,侵占原作的市场。在某种意义上,市场效益的判断是综合性和结论性的。此外,市场效益的判断更具客观性和可预期性,其注重分析二次创作作品与原作品用途的重合度和对原作经济效益的影响,在证明方面更容易和客观[16]。面对转换性使用带来的冲击,我国仍应坚守市场效益分析的中心地位,避免合理使用认定的主观化和泛化倾向。

5. 结语

要素分析法具有弹性和包容性,逐步被我国司法实践接受,但在适用过程中也面临着许多困惑。要素分析法来源于合理使用“因素主义”的立法模式,遵循一种综合认定思路,而我国采纳了“规则主义”的立法模式,合理使用的情形封闭,且附加其他法定要求。“全有全无”与“或多或少”的认定思路存在天然冲突。对此,应严守我国法律条文的规定,将要素分析法适用于弹性词汇和概括要求的判断。此

外,我国虽借鉴了要素分析法,但法院对各要素权重和内涵的考量并不一致。在明晰要素内涵和权重时,应坚持以下几点:一是警惕转换性使用的扩张;二是抛弃对商业引用目的的偏见,不因商业目的当然否认合理使用;三是坚持市场要素的核心地位,并将市场范围限于原市场以及与原市场相关性强的、可以合理预见的衍生市场。

参考文献

- [1] Carroll, M.W. (2007) Fixing Fair Use. *North Carolina Law Review*, **85**, 1087-1154.
- [2] 李杨. 著作权侵权认定中的转换性使用理论适用阐释[J]. 北方法学, 2023, 17(3): 42-56.
- [3] 相靖. Campbell 案以来美国著作权合理使用制度的演变[J]. 知识产权, 2016(12): 82-90.
- [4] 王迁. 电子游戏直播的著作权问题研究[J]. 电子知识产权, 2016(2): 11-18.
- [5] 赵长新, 方小康. 网络游戏直播行为的侵权问题探究[J]. 电子知识产权, 2020(7): 86-92.
- [6] 袁锋. 网络影评类短视频合理使用问题研究——以转换性使用为视角[J]. 中国出版, 2019(3): 41-44.
- [7] 吴汉东. 美国著作权法中合理使用的“合理性”判断标准[J]. 外国法译评, 1997(3): 45-58.
- [8] 张伯娜. 短视频版权保护与合理使用判断标准探究[J]. 出版发行研究, 2019(3): 62-65.
- [9] 苏力. 戏仿的法律保护和限制——从《一个馒头引发的血案》切入[J]. 中国法学, 2006(3): 3-16.
- [10] [德] 托马斯 M. J. 默勒斯. 法学方法论[M]. 第4版. 杜志浩, 译. 北京: 北京大学出版社, 2021: 482-483.
- [11] 刘水美. 扩张合理使用目的法律适用新规则[J]. 知识产权, 2019(8): 63-73.
- [12] 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.
- [13] 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.
- [14] 周贺微. 美国转换性使用转型及对我国的借鉴[J]. 新闻界, 2019(4): 74-84.
- [15] 朱慕尧, 刘劭君. 数字时代下合理使用制度将何去何从?——以二次创作短视频的侵权认定困境为切入点[J]. 北京政法职业学院学报, 2022(3): 42-54.
- [16] 熊琦. “二次创作”行为著作权合理使用认定的经济分析范式[J]. 当代法学, 2024, 38(1): 108-120.