

# 二次创作之合理使用边界认定

张静仪

华东政法大学法律学院, 上海

收稿日期: 2024年7月5日; 录用日期: 2024年7月30日; 发布日期: 2024年8月7日

## 摘要

近年来, 二次创作激增, 常引发版权纠纷, 而合理使用判定主要有“三步检验法”和“四要素检验法”, 我国采用前者, 但需融合后者元素; 笔者建议细化使用目的和性质的判定, 定义“转换性”使用的界限, 识别更有利于合理使用的作品类型, 以及制定引用比例计算方法, 由此本文旨在为我国著作权法的合理使用条款提供改进建议。

## 关键词

二次创作, 三步检验法, 四要素检验法, 合理使用

# Fair Use Boundary Identification of Secondary Creation

Jingyi Zhang

School of law, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Jul. 5<sup>th</sup>, 2024; accepted: Jul. 30<sup>th</sup>, 2024; published: Aug. 7<sup>th</sup>, 2024

## Abstract

In recent years, the proliferation of secondary creations often leads to copyright disputes, and reasonable use judgment mainly are the “three-step test” and “four-factor test”, our country uses the former, but need to integrate the latter element; The author proposes to refine the judgment of the purpose and nature of use, to define the boundaries of “transformational” use, to identify the types of works that are more conducive to fair use, and to formulate a method for calculating the proportion of citations. Therefore, this paper aims to provide some suggestions for improving the fair use clause of copyright law in our country.

## Keywords

Secondary Creation, Three-Step Test Method, Four-Element Test Method, Fair Use

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

数字化时代，短视频平台如快手、抖音、B 站迅速崛起，其中二次创作视频成为主流。这类视频以他人作品为基础，如影视混剪或综艺点评，展现了粉丝文化的多样性。根据《著作权法》第 24 条第 1 款第 2 项之规定，“为介绍、评论某一作品或说明某一问题，在作品中适当引用他人已经发表的作品可以不经著作权人授权，亦可不向其支付相应报酬，但应指明被引用作品作者的姓名或名称以及作品名称，并且不得影响该作品的正常使用，亦不得以不合理损害著作权人的合法权益”，因此短视频制作者有引用该条“权利限制规则”构成合理使用在先作品之可能。<sup>[1]</sup>但该条款过于笼统并未明确二次创作合理使用之边界，从而容易形成各种著作权纠纷。

本文拟从“合理使用”现有两大判断标准切入，结合域外学说以及我国司法实践对其展开分析以明确较为完善的判断要素，并对其适用做出详细解释。

## 2. “合理使用”判断之两大标准

全球范围内，判断“合理使用”主要依据《伯尔尼公约》第 9 条和《TRIPS 协议》第 13 条的“三步检验法”，即在特定情况下，复制不得损害原作正常使用且不侵犯权利人合法权益；我国《著作权法实施条例》第 21 条采纳了这一方法。笔者认为，三步检验实际上为二步检验，因“特殊情况”缺乏独立考量价值，《著作权法》已放弃封闭列举，转而强调使用不干扰原作使用及权利人利益即构成合理使用，《著作权法实施条例》第 21 条未提“特殊情形”，似乎是为了适应社会发展，确保新兴二次创作方式能被纳入“合理使用”范畴。

另一类标准为美国所采取的“四要素检验法”，其主要考量原作品的引用数量在其整体中的占比、使用的性质和目的、原作品的性质以及该使用是否会对原作品的市场价值产生影响，虽然我国未明文接受这一检验法，但在 2014 年 4 月最高人民法院发布的“2013 年中国法院十大创新性知识产权案件”中的《盐酸情人》信息网络传播权纠纷案件中，北京市高级人民法院明确适用“四要素检验法”，因此显然这两种判断标准在我国司法实践中均有适用。

对比“三步检验法”与“四要素检验法”，可见两者均重视不损害原作市场价值的原则，差异在于“四要素检验法”额外考量了引用比例、使用的性质和目的以及原作特性。

## 3. 使用的性质和目的之具体适用及例外

### (一) 使用的性质和目的之具体分析

中国，法院在使用行为之目的方面常参照《著作权法》第 24 条规定的各类情形，例如“为个人学习、研究或欣赏”、“为介绍、评论某一作品或说明某一问题”等等，且必须是出于非商业用途<sup>1</sup>。美国版权

<sup>1</sup>黑龙江法院 2018 年十大知识产权典型案例之四：七田阳光公司诉阳光教育中心侵害著作权纠纷案。

法将“具有商业性质或者为非营利的教育目的”作为合理使用目的的判断标准，美国早期判例亦将商业性使用认定为“不合理的使用目的”。<sup>[2]</sup>交易模式与科技的飞速演进，商业性与非营利性使用的边界愈发模糊，某些二次创作虽表面无直接盈利，却能间接招徕后续投资或广告，例如众多 B 站视频创作者在积累一定作品后，便转向商品推广，这表明即便起初的创作无营利意图，其衍生的商业价值链却不易忽视。鉴于此，互联网传播蓬勃发展的当下，我们应超越狭隘的视角，全面审视使用行为的全貌及其潜在的经济影响，而非仅局限于其初始的使用目的与性质。

## (二) “转换性使用”突破使用行为之目的和性质

虽然大部分法院认为使用行为之目的仅局限于《著作权法》第 24 条所明定种类，且必须是出于非商业用途，但“转换性使用”却作为例外逐渐占据一席之地。“转换性使用”并非美国版权法上的明定标准，其系美国大法官 Pierre N. Leval 在 *Toward a Fair Use Standard* 一文中提出的，若二次创作通过引用原作表达了新思想或者新功能，那么即便使用行为具有商业性质，也可以构成合理使用。例如在 *qualls Three, LLC v. Jukin Media* 案中，<sup>[3]</sup>原告 Jukin Media 系一个短视频集体版权管理组织，其收集原创视频并获得其作者授权，再将该视频转授权或用以吸引广告商。被告 *qualls Three* 系一家反应类视频创作公司，创作者通过观看并回应视频，结合幽默特效，制作出引人发笑的反应视频，法院指出，判断合理使用时，应综合考虑四要素，特别强调转换性的重要性；二次创作具有显著转换性时，原作的原创性和二次创作的商业目的相对降低其重要性，此类引用对原作市场影响有限，更多是补充和推广，而非替代。<sup>[4]</sup>我国一些法院已采纳转换性作为判断合理使用的关键因素，如美影厂诉新影年代公司的案件中，被告在电影海报中引用了“葫芦娃”和“黑猫警长”的形象，但比例不大。法院认定，这种引用并非旨在复制原作的美学或功能，而是为了反映 80 年代特色，服务于《80 后的独立宣言》的主题，与原作有本质差异，法院裁定尽管用于商业，但因转换性显著，原作艺术价值发生重大变化，故构成合理使用，这表明二次创作的转换性越强，越可能超越使用目的和性质，实现合理使用的可能性越大。

“转换性使用”虽然符合“合理使用”之创设目的，即推进科学和艺术的进步，但显然若将“转换性使用”作为主要考虑因素，其将凌驾于“四要素检验法”。如此一来，只要二次创作成果的创新性足够高，原作品作者就将诉之无门。因此笔者认为“转换性使用”确有突破使用行为之目的和性质的余地，但此突破不宜对原作的市场价值产生影响。综上，笔者认为 *qualls Three, LLC v. Jukin Media* 案中被告引用原告整体作品制作反应类短视频显然将对原告作品产生市场替代效果，即便二次创作具有高度转换性，被告也不应以之主张“合理使用”。然而，美影厂诉新影年代公司案中，被告在海报中以小比例使用原告形象，未造成替代效果或影响动画播放，由于添加了新内容且未损害原作市场价值，若引用展现出不同美感，则可能超越使用目的和性质，构成合理使用。

## 4. 原作品性质差异对“合理使用”认定之影响

根据《著作权法》第 3 条，我国将作品性质明确划分为九类，原作品性质的差异也会对“合理使用”之认定产生影响，一些作品性质将有利于认定为合理使用。

例如旷日持久的 *Google LLC. v. Oracle America, Inc.* 案<sup>2</sup>，Java SE 是太阳(Sun)公司使用 Java 编程语言开发的一套计算机程序，其可以在桌面和服务器上开发和部署 Java 应用程序。2005 年，谷歌(Google)公司收购安卓(Android)公司，为了让大部分熟悉 Java 编程语言的程序员能够使用其构建的新安卓系统平台，谷歌公司从 Java SE 中复制了 37 个软件包中大约 11, 500 行软件代码，而这些被复制的软件代码系应用程序接口(以下简称 API)<sup>3</sup>的一部分。甲骨文公司(Oracle)在 2010 年收购太阳公司后，不久就以 Java SE 所

<sup>2</sup>141 S. Ct. 1183 (2021).

<sup>3</sup>API 允许程序员调用预先编写的计算任务，以便用于自己的程序当中。

有人的身份在加州北区联邦地区法院对谷歌公司提起侵权诉讼。

美国最高法院在审理中未直接判定 Java SE 的 API 软件代码是否受著作权保护，而是认定谷歌复制这些代码构成合理使用，法院依据《美国版权法》的四要素进行分析，特别指出涉案作品的性质支持合理使用的认定，被复制的代码与不受保护的 API 组织思想以及谷歌独立编写的创新代码相结合，与那些直接或间接复制代码以执行指令的情况不同；本案，复制的代码价值主要在于程序员如何利用 API 系统进行后续开发，因此这种复制行为不太可能损害原始计算机程序的著作权。

该判决阐明，计算机软件因其特定的功能性目标而与其他作品不同，尤其是涉及的 API 是构建复杂系统的关键要素，如果不对计算机软件的著作权进行严格的界定，可能会导致科技进步和创新的停滞，使小型企业在技术层面遭受大型企业的压制；因此，谷歌的胜诉象征着 API 的自由共享成为可能，程序员不再需要耗费精力为每个应用重写 API 接口，这一判决暗示当原创作品展现出广泛的、基础性的创新，并对整个行业产生积极影响时，其被认定为合理使用的概率将显著提高。

## 5. 引用比例要素之具体适用及位后性

### （一）引用比例计算公式之明晰

“四要素检验法”中比例原则之原意为二次创作短视频引用原作品部分在原作品整体中的占比，但该比例计算公式似存在争议。例如 2020 年北京知识产权法院在一起信息网络传播权纠纷案中就引用比例计算问题提出与一审法院完全不同的方式。<sup>4</sup>湖南广播电视台将《我是歌手》综艺的信息网络传播权以独占许可的方式授予给快乐阳光公司，十三月公司于其涉案公众号上发布文章《玩物这些乐器演奏给<我是歌手>添了大彩！》介绍《我是歌手》中出现的四种乐器，为说明铜钦这一乐器，其插入了总时长为 5 分 34 秒的《我是歌手》中的涉案歌曲《回到拉萨》，而《我是歌手》第三季第七期总时长为 108 分 59 秒。一审法院认为涉案歌曲只是涉案综艺节目一个极小的片段，且十三月公司除引用涉案歌曲外还加入大量介绍，由此一审法院认为，涉案歌曲在文章中的引用比例适当，即便所讨论的乐器铜钦仅在间奏中出现，单独截取这部分不足以达成文章目的，一审法院倾向于认可十三月公司的引用比例，相反，二审法院认为文章使用歌曲的主旨是，阐释铜钦如何成为歌曲的“点睛之笔”，故引用部分应与歌曲整体对比。鉴于铜钦出现时间不足 10 秒，为阐述其作用，引用视频应稍长于此，但涉案文章引用整首歌曲，超出合理范围，加之，文章中关于铜钦如何影响歌曲的内容稀少，多数内容是介绍铜钦本身，导致文章内容与引用内容比例失衡，由此不合理。

争议焦点之一在于，整体作品中抽取的部分是否能被视为独立作品，天津市高级人民法院审理的一起案件中，法院认定灿星公司制作的《中国之星》每期节目作为一个整体是以类似摄制电影的方法创作的作品，然而，节目中的单首歌曲画面由于缺乏主持人串场、歌手自述、导师点评等元素，未能传达节目的独特风格和完整观感，因此不被视为独立作品，而作为整体作品的一部分。因此笔者认为，信息网络传播权争议案件，二审法院以涉案歌曲作为比较基准是不恰当的，其一，涉案歌曲作为整体作品的一部分，并非独立，因此以此为基础判断是否超出合理使用范畴缺乏依据；其二，若仅以二次创作的目的为比较范围，将削弱合理使用制度的初衷——在保护版权人权益的同时，允许公众有限度地使用和再创作文化作品，这种做法可能导致如案件中所示，合理使用范围被限制在铜钦出现的短短十秒内，而没有整首歌曲的对比，难以充分展示铜钦作为“灵魂”元素的作用。

笔者认为，评估引用比例时，应兼顾二次创作在原作和新作中的比重，若二次创作过度依赖原作来支撑论点，未能产生新的创意，实质上是在重复原作的表达和美感，这样的作品纳入合理使用范畴值得

<sup>4</sup> 湖南快乐阳光互动娱乐传媒有限公司与北京十三月文化传播有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案，北京知识产权法院(2019)京 73 民终 1768 号判决书。

商榷。[5]

## (二) 对原作品市场价值产生影响的因素优先于引用比例要素

笔者认为虽原作品中使用的比例是考量的一个方面，但当这一因素与对原作品市场价值的影响产生矛盾时，后者更应受到重视，通常，高比例的引用可能导致原作品市场价值的下降和观众的替代性体验，但这并非绝对，有观点指出，使用作品的“实质部分”或核心内容，原则上不构成合理使用。[6]例如经典的“Harper & Row V Nation Enterprises”案<sup>5</sup>，被告在其报纸刊登的文章中未经著作权人许可擅自引用了美国前总统福特还未出版的回忆录 *A Time to Heal* 中的内容，该回忆录手稿全文二十多万字，被告从不同章节中的段落中截取引用共计大约三百字，因此其引用比例不到 0.15%，法官判决强调，被告引用的部分是原作者最具影响力和精华的章节，其中包含了深刻的人生见解和领悟，因此被告的文章确实可能降低原作品的潜在市场价值，裁决表明，即使引用比例看似在合理范围内，也可能因涉及原作品的核心内容而越界，引用触及实质性内容时，可能会引起替代效应，对原作品的市场价值造成伤害，进而干扰其正常使用和流通，<sup>6</sup>因此若引用比例要素与对原作品的市场价值影响要素相悖时，后者的考虑顺位应当优先于前者。

## 6. 结语

“合理使用”之边界认定作为一个事实与法律相混合的问题在我国一直处于较为模糊的状态。我国《著作权法》明确了“三步检验法”，同时司法实践中亦提出了“四要素检验法”的适用，因此除判断共同要素“是否会对原作品的市场价值产生影响”之外，还应明确其他三种要素之具体适用。合理使用的基本原则排除了商业性目的，评估是否为商业性使用时，应综合考虑其整体效果，如果二次创作具有显著的“转换性”，即传达了新的思想或功能，即使带有商业性质，也可能构成合理使用，前提是不影响原作品的市场价值，像计算机软件这类具有广泛创新基础的原作品，其合理使用的可能性会增加；引用比例的计算应比较二次创作中引用的部分在原作品整体中的比重，及在二次创作成果中的比重；如果两者都很高，则不太可能被视为合理使用，如果引用对原作品的市场价值有重大影响，即使引用比例不高，也不应被认定为合理使用。

## 参考文献

- [1] 熊琦. “视频搬运”现象的著作权法应对[J]. 知识产权, 2021(7): 39-49.
- [2] 孙玉荣, 李贤. 同人作品著作权合理使用问题探析[J]. 科技与法律, 2020(6): 1-8.
- [3] 刘晓春, 李鸣宇. 短视频版权保护中的合理使用分析——美国判例的启发[J]. 中国对外贸易, 2021(9): 36-38.
- [4] Kwok, K.H.F. (2015) Google Book Search, Transformative Use, and Commercial Intermediation: An Economic Perspective. *Yale Journal of Law & Technology*, 17, 283-318.
- [5] 李蕾, 魏伟. 合理使用视阈下的互联网混剪视频保护困境及出路[J]. 西南政法大学学报, 2019, 21(5): 96-105.
- [6] 曾琳. 著作权法第三次修整下的“限制与例外”制度应用研究[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2016: 14.

<sup>5</sup>HARPER & ROW v. NATION ENTERPRISES (1985) No. 83-1632.

<sup>6</sup>上海聚力传媒技术有限公司与优酷信息技术(北京)有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案, 北京知识产权法院(2021)京 73 民终 4061 号判决书。