

An Analysis of Fan Fiction in Transformative Use

Weijia Zhang

School of Arts and Law, WHUT, Wuhan Hubei
Email: 1336399614@qq.com

Received: May 1st, 2018; accepted: May 11th, 2018; published: May 18th, 2018

Abstract

Fair use is a system which can limit copyright validly, and meanwhile it's a kind of use of rational regulation, facilitating the dissemination of ideas. Since 1990s, fan fiction has developed so quickly. The fair use system can't solve the conflict of interest between original authors and authors of fan fiction because of the condition at the moment when fair use system was determined. At the same time, judge Level of America used the principle of transformative use to determine case Campbell and established transformative use system. Through the analysis in researches of related scholars and current development of fan fiction in our country, we find some scholars deem that transformative use is not an identified element of fair use. Transformative use can achieve the purpose of balancing interest between original authors and the authors of fan fiction, depending on its feature that transformation determines legislation. As a result, executing transformative use system can be a valid solution of the conflict of interest between original authors and authors of fan fiction, having a positive meaning to the integrity and development of copyright law in our country.

Keywords

Fan Fiction, Transformative Use, Purpose of Copyright Law

同人文作品在转换性使用中的著作权问题分析

张唯佳

武汉理工大学文法学院，湖北 武汉
Email: 1336399614@qq.com

收稿日期：2018年5月1日；录用日期：2018年5月11日；发布日期：2018年5月18日

摘要

合理使用制度是现有的对著作权的有效限制制度，同时它也是一种合理规范使用，有利于促进著作思想传播。20世纪90年代以来，同人文作品发展迅速，我国现有的合理使用制度由于立法时客观环境的制约，没有考虑到如何协调同人文作者与原作者利益的问题，故不能很好的解决同人文作者与原作者之间的利益冲突。而与此同时的美国，在Campbell案中Level法官率先使用“转换性使用原则”进行判案，确立了转换性使用制度。通过分析相关学者的研究结果与结合中国同人文作品发展的现状，发现有学者认为转换性使用与合理使用的关系并不是以往学界认为的前者是后者的认定因素，转换性使用依其“以是否存在转换性来认定使用是否合法”的特性，能实现“平衡同人文作者与原作者之间利益”的目的。故在我国施行转换性使用制度，能有效解决同人文作者与原作者之间的冲突，对我国著作权法的完整与发展具有积极意义。

关键词

同人文作品，转换性使用，著作权法的宗旨

Copyright © 2018 by author and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

同人文作品，笔者认为，指同人创作者在原作的基础上直接或间接借用原作中的某些元素创作的作品。

同人文作品并不是现代文学界的产物，而是自古存在，像罗贯中的《三国演义》即为《三国志》的同人文作品。在金庸诉江南之前，同人文作品一直生活在我国法律的灰色地带，并没有引起太大的波澜。自金庸先生将江南诉至法院后，同人文作品问题真正引起了我国法律界、文学界的广泛关注。青年作家江南的成名作《此间的少年》即是金庸先生的《射雕英雄传》的同人文作品，金庸先生与江南就《此间的少年》的角色问题纠纷十余年，2016年10月11日，广州市天河区人民法院受理了金庸诉江南著作权纠纷一案，第一次将同人文作品的合法与侵权问题置于一个亟需明确的位置。

面对现今越来越发达的数字网络技术，同人文作品的传播越来越便捷，其性质也从最初的粉丝文学逐渐转变为商业性小说。原作者与同人作者之间的矛盾亦越来越激烈，之间的诉讼案件数量年年攀升。而我国现行法律中并没有规范同人文作品的法律规范，法官只能通过法学理论与一些较为牵强的法条来判案，如《著作权法》¹第二十二条第一款第二项。在“上海美术电影制片厂诉新影年代文化传播有限公司案”²中，法院即认为被告的转换行为属于合理使用。由于法官个人素质与主观心理的不同，极易产生同案不同判的结果。

本文笔者将从转换性使用方面论述同人文作品的合法与侵权问题。希望为今后司法界解决同人文作品问题提供更多的学理依据。

2. 同人文作品现存的问题

同人问题首次引起关注可以追溯到1967年电视剧《星际漫游》(Star Trek)第二季播放期间出现的影

¹2010年《著作权法》第二十二条第一款第二项：为介绍、评论某一作品或者说明某一问题，在作品中适当引用他人已经发表的作品。

²参见“上海美术电影制片厂诉新影年代文化传播有限公司”案判决书，(2015)沪知民终字第730号。

迷同人杂志，出于对《星际漫游》的迷恋，一些影迷以其中的人物及其性格为依托创作了同人文作品，并将它们结成影迷杂志(Fanzine)出版发行。

在晋江文学城的衍生作品频道中，有已完结作品 37 万余本，未完结作品的数量更甚。在起点中文网中键入“同人”，可得连载作品 37360 本，完结作品 3107 本。这些数据表明，同人文作品发展到现在已经不再是小众粉丝间私下交流的文字作品，它的规模和影响力正在呈爆炸式的扩张，如若无法得到法律的明确规范，那么原著作者、同人文作者和社会公众的利益都将因此受到冲击。

同人文作品，其本质是在原作基础上的二次创作品。因人的精神世界的不同，同人文作品的形式也千奇百态。有的同人文作品将读者熟悉的角色套入自己设计的情节中，而有的同人文作品则直接将虚构的新角色，套入到原著的情节中。同人文作品的认定并不是简单的看该作品中有没有与原作品中相同的人物姓名，相同的背景设定。文字体现表达，但表达并不是只能依靠某一种文字的排列组合，很多高明的同人文作者改掉了角色的名字，使用另一种叙述手段，将原作中的人物、情节等放进自己的作品中，这也能够被认定为同人文作品。由于同人文作品是基于原作而二次创作的作品，在二次创作中，同人文作者加入自己的思路和想法，则必然涉及内容的修改和增减。在对内容修改的过程中，必然涉及大篇幅使用。这里的大篇幅使用也就是原作者最不能容忍的地方，原作者往往主张同人文作者在此处侵犯了其作品的复制权、演绎权等著作财产权。

我国同人界的现状是同人文作品多依靠网络传播，同人创作者基数庞大，有少数职业写手创作同人文作品，但大多数还是普通民众。在他们创作的同人文作品中，原作很少被微量引用，更多的还是大篇幅引用，即很少有同人文作品能不超过合理使用中规定的“少量引用”和“适当引用”。大幅度引用将现今很多同人文作品推出了合理使用的保护地带，使其处于一种看似侵权实则没有明确的法律规制的灰色地带。由于没有明确的法律规制，各个原创作者无法忍受自己的作品被“侵权”而诉上法庭，结果只能是各地判决不一，甚至存在相同的案情不同的判决的情形，这个问题亟需解决。

3. 转换性使用

3.1. 何为转换性使用

“转换性使用”这一术语最早是由美国的 Level 法官在其论文《论合理使用标准》(Toward a Fair Use Standard)提出，其前身是 Sony v. Universal³ 案中美国第九巡回法院提出的“创意性使用(Productive Use)”，但转换性使用的行为却可以追溯到春秋战国时期。如战国时期的庄子为表达自己的观点，以模仿儒家师徒对话的方式讽刺儒家经典；东汉时期的张衡通过模仿班固的《两都赋》创造了《两京赋》，以表达自己的不满。对当时的文明状况而言，其文化社会还没有产生著作权这个概念，自然也就没有转换性使用的概念。然古人通过这种方式来表达自己的想法，表明这种借用原作的内容来评价原作的思考方式是人类在社会交往中自然而然产生的，并不是到了现代才发展形成的新型创作方式。

3.2. 转换性使用与明线规则

转换性使用是美国最高法院从 Campbell 案中总结出来的。其目的与传统合理使用的目的没有太大的差别，但将原来合理使用制度对著作权市场上利益保护的天平向使用者作了部分倾斜[1]，都致力于文化社会的繁荣。

转换性使用规则的确立，抛弃了传统成文法即明线规则的过分确定性，更是抛弃了对商业性使用作品的绝对否认。明线规则即在法律条文中将各种可能发生的情形与解决方案都规定出来，使法官能自由

³Sony Crop of America v. Universal City Studios, Inc.
https://en.wikipedia.org/wiki/Sony_Corp._of_America_v._Universal_City_Studios,_Inc.

裁量的余地很少。这种规则虽清楚明了，但十分僵硬，无法变通。我国《著作权法》第二十二条⁴对合理使用的规定就是一种明线规则，其列举了构成合理使用的十二种特定情形，并没有“等”、“见其它法律规定”⁵等兜底条款，可视为穷尽列举。这条明线规则完全否定了法定十二种情形外其它情形构成合理使用的可能。同时对商业性使用作品的偏见也是很明显的明线规则，传统的合理使用基本要素严格要求不得进行商业使用，对商业性使用作品可谓是全盘否定。在美国谷歌数字图书馆案二审判决中就提到，“在一个高度商业化的国家，第 107 条所列的所有科教、艺术类合理使用都不可能完全杜绝营利”⁶。

文学与法学均属社会学科，其基本原则是“仁者见仁，智者见智”，文学问题与法学问题的价值判断是没有具体公式的。司法实践最重个案分析，其最体现法官的个人能力，在明线规则体系中，法官不过是适用规则的机器，并不能体现法律基本价值。由此可见，引进转换性使用规则有利于更加公平公正地司法。

此处便产生了一个新的问题，英美法系的法官具有很大程度的自由裁量权，素有法官造法的传统。大多数英美法系的成文法，只是对某类案件的判决的总结和归纳，并不是强制条款。如美国 1976 年议会采纳《著作权法》第 107 条规定时作出的立法意见书就表明：该条是判例法的归纳与再现，其不得“扩充或限制法官判定合理使用的权威”⁷，即其发挥的仅是指引作用，真正的决定权仍在法官手中。因此在英美法系国家，法官可以个案分析，极大程度地实现个案正义。正是因为英美法系国家法官自由裁量的土壤，才孕育了转换性使用。在新时代中国的特色社会主义法制建设中，通过最高法院颁布指导案例，指导案例中的裁判理由也能成为今后法官判案的依据，丰富了自由裁量权，一定程度上滋生了转换性使用在我国得以生存的环境。

3.3. 转换性使用与合理使用辨析

合理使用一向是同人文作者宣称自己没有侵权的挡箭牌。然而，真的只能依靠合理使用制度才能使自己对原作品的利用被认定合法吗？

众所周知，一部法律必然有其自身立法宗旨。而我国《著作权法》⁸第一条即规定其立法宗旨是“为保护文学、艺术和科学作品作者的著作权，以及与著作权相关的权益”，“鼓励有益于社会主义精神文明、物质文明建设的作品的创作和传播”，“促进社会主义文化和科学事业的发展与繁荣”。按照一般理解，目的是最终追求的价值，只要目的能够达成，手段如何实则并不重要。著作权法亦是如此，合理使用制度只是著作权法体系下设的用于实现其宗旨的手段，若是能有一种新的制度同样能达到《著作权法》立法宗旨所要达到的目的，且该制度的成本与合理使用制度的成本相似甚至更小，那么就可以解决合理使用制度所带来的僵化处理。

转换性使用制度即是这样一种能实现著作权法宗旨的制度。而在转换性使用的相关论文中，学者们均倾向于将转换性使用认定为合理使用的主要要素。在司法实践中，审判人员也将转换性使用作为合理使用的认定要素来使用：

转换性使用最早应用于司法实践的 *Campbell v. Acuff Rose Music Inc.*⁹，美国最高法院在审理此案时就曾指出：“the Court found that the more transformative the new work is, the less the significance of the other

⁴http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2010-02/26/content_1544852.htm，最后访问时间 2017.09.21。

⁵2014 年国务院法制办公布的《著作权法(修改草案送审稿)》第二稿第 43 条在原《著作权法》的第 22 条后增设兜底条款——“其他情形”，未生效。

⁶参见美国谷歌数字图书馆案二审判决，卷宗号 13-4829-ev，第 23-25 页。

⁷参见美国谷歌数字图书馆案二审判决书，卷宗号 13-4829-ev，第 14-15 页。

⁸2010 年《著作权法》第一条。

⁹*Campbell v. Acuff Rose Music Inc.* https://en.wikipedia.org/wiki/Campbell_v._Acuff-Rose_Music,_Inc。同时将转换性使用作为合理使用的认定要素来使用的案例还有 *Cariou v. Prince*⁹、*Selter v. Green Day*、*Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd*⁹。

three factors will be.” 即新作品的转换性越强, 合理使用其他判断要素的重要性就越低。最终美国最高法院认为被告的作品<Oh, Pretty Woman>因为构成转换性使用而构成合理使用。

实则, 转换性使用可以和合理使用没有从属关系, 转换性使用的侧重点在于其转换性以及在原作品的基础上增加了新的价值, 并且往往会用于商业用途; 而合理使用的侧重点在于在后作品的创作必须使用到原作品, 且一般不存在商业目的。如《著作权法》第二十二条第一款第一项规定“为个人学习、研究或者欣赏, 可以使用他人已经发表的作品”, 此处的学习欣赏过程并不必然创造出新的价值, 但对原作品的使用是必不可少的; 又如《著作权法》第二十二条第一款第九项规定“当表演未向社会公众收费, 也未向表演者支付报酬时, 可以免费表演已经发表的作品”, 这一项规定就带有浓重的公益性质。而被认定为转换性使用的 Google 图书馆扫描在先作者的作品, 就具有明显的以营利为目的的色彩, 此时虽可以未经原作者许可使用其作品, 但仍存在支付报酬的问题。由此, 我们不难看出, 转换性使用与合理使用实为两个不同的概念。在现实生活中, 有些转换性使用的行为与合理使用较为相似, 其被归入合理使用就不会有何突兀之处, 而有些转换性使用的行为与合理使用并没有多大相似之处甚至还相差的很明显, 这时再强行将转换性使用纳入合理使用的体系既是对转换性使用体系的破坏, 又使合理使用体系丧失了其结构的严谨性与设立的意义。

依上文的论述, 可以得出一份关于转换性使用与合理使用相比较的表格, 见表 1。

以上表格清楚地展现出转换性使用相较于合理使用的优越性。根据表格, 转换性使用的认定成本与合理使用相仿, 而可以创作出的无论是经济利益还是社会利益总体上大于合理使用, 即转换性使用在我国有其存在的价值。

4. 同人文作品与转换性使用

根据上文对合理使用以及同人文作品现存问题的描述, 不难看出, 要想通过利用合理使用制度的具有极强确定性的十二种情形对同人文作品认定合法, 是一件较为困难的事。在著作权法的立法过程中, 由于客观环境的限制, 立法者并不能考虑到此后同人文作者与原作者之间会发生利益冲突。对于《著作权法》不能良好适应的新问题, 就应当借助在此基础上应运而生的新思路与新方法。在本节的内容中, 笔者将结合转换性使用与同人文作品, 探讨论证转换性使用对实现著作权宗旨以及同人文作品问题的有效性。

Table 1. The comparison table between the use of transformational and rational use
表 1. 转换性使用与合理使用比较表

	转换性使用	合理使用
对使用原作品的容忍程度	较大 ¹⁰	较小
对经济效益的刺激程度	较大 ¹¹	较小
对社会文化发展的刺激程度	较大 ¹²	一般
对原作者利益的侵害程度	较小 ¹³	较小
认定的难易程度	较小 ¹⁴	较小
个案公平的实现程度	较大 ¹⁵	较小

¹⁰ 只要符合转换性使用的构成要件, 转换性使用并不禁止大规模使用原作品。

¹¹ 转换性使用允许商业使用, 而合理使用不允许。

¹² 通过支持符合条件的同人文作品来支持创作, 促进社会文化发展, 而合理使用支持同人文作品的几率较小。

¹³ 由于目的转换性, 同人文作品往往与原作处于不同市场, 或是带来的效益大于对其造成的亏损。

¹⁴ 通过“新增价值”与“目的转换性”两个关键构成要件来判断是否构成转换性使用, 合理使用则直接对照《著作权法》第 22 条进行判定。

¹⁵ 转换性使用法官自由裁量权大, 有利于实现个案公平。

要解决同人文作品的法律问题，首先要对大篇幅引用和商业使用问题定性。我国大多数法官的思想局限性即在于此，在法律中规定的合理使用总是要求使用者“适量、在合理范围内”使用原作品，而这个“适量、合理范围”往往很难确定。但可以确定的一点是，“适量、合理范围”绝不包括大篇幅使用，更不包括商业性使用，由此，同人文作品不太可能被认定为合理使用，很可能陷入抄袭法律漩涡中。引入转换性使用后，同人文作品中的大篇幅引用和商业使用问题会产生新的解决方式与途径。同人文作者对原作的改变主要集中在改编权的内容中，即原作者往往主张同人文作者侵犯其改编权，其改变可能仅是形式、内容上的改变，如改变情节或将其由一种形式转变成另一种形式；也可能有目的上的改变，如《Oh, Pretty Woman》对《Pretty Woman》的改编，即将《Pretty Woman》通过出售专辑以获取经济利益的目的转换成滑稽讽刺。在改变原作内容的同人文作品中，其虽与原作在内容上有所不同，但其创作目的往往是相同的，均服务于原作本身的市场或其演绎市场，即侵犯原作者的演绎权或复制权。那么此时的同人文作品就存在抢占原作市场，不合理损害原作者利益的嫌疑。反之，进行目的转换的同人文作品改变了原作的创作目的，虽然会存在不同的人抱有不同的目的阅读同一个作品，然这种情况发生的可能性很小。如一篇小说的受众是小说爱好者，而一篇对该小说的评论、批判而形成的同人文作品的受众是研究文学的学者。或是利用一篇古装小说的人设，加入作者自身的历史学识，将其转换成一篇主要目的为展现某一朝代真实历史状况的叙史性作品，则该作品的受众人群就从普通的读者转变为了历史学研究者或爱好者。在这种情况下，后来作品虽与原作品的市场可能存在交叉，但这种交叉微乎其微可以忽略不计，不会不合理地损害原作者的利益。甚至于，同人文作品的出现，会刺激原作的市场，达到一种共赢的局面。此时同人文作品的作者在自身对原作了解的基础上创作作品，由于加入了个人的理解与创作并进行了目的转换，读者们在没有阅读原作的情况下往往无法良好地理解同人文作品，故读者会因为对同人文作品的喜爱而关注原作，扩大原作的市场，为原作带来利益。虽然在这种条件下，同人文作品与原作的市场发生交叉，但两者并不是绝对的竞争关系，而是共生关系，它们在扩大它们的共同市场。

那么什么样的同人文作品才算构成转换性使用呢？其应当符合两个条件，具有新增价值及目的转换。新增价值指在原作品的基础上增添的对社会有意义的东西，如知识的增加、美的享受等，仅对少部分特定人群有价值的不算新增价值。如一个同人创作者通过使用他人的作品创作出自己的作品，再与出版社一起将该同人文作品售出，此时同人文作品对同人创作者和出版社是有价值的，但对于社会公众而言并没有价值的增加过程。而目的的转换指改变作品的用途，本文研究对象的原作品的目的一般是通过编撰一个故事取悦读者，获得一定经济利益，那么转换后的作品就不能将原作品“取悦读者以获取经济利益”的根本目的不正当地排挤掉。这里不正当的意思是恶意抹黑等带有主观恶意使用手段，指出作品中真实存在的不足不属于不正当。

要进一步得出同人文作品与原作品之间的关系，需要进一步详细的分析。

首先是关于同人文作品与原作品之间的市场关系，笔者是这样理解的：社会文化的支柱是产业模式创作，唯有依赖严格的著作权保护才能收回成本和实现利益^[2]，因此促进同人文化发展不能以损害原作者的利益为代价。每个创作者在创作其作品时，都会有其预期的市场¹⁶和受众人群，作品发表后，可能会增加一些其创作之时没有预想到的市场和受众，但市场是无穷的，即使一部作品涉及面再广，也不可能涵盖所有市场，除去原作品已经涉及和将来可能涉及的市场，剩下的市场就是同人创作者可以尽情发挥的市场。用通俗的话来讲，就是同人创作者不能用借来的东西与出借者抢占市场。但是，在原作并不涉及的领域、市场或者是很少涉及的市场中，允许同人文作者进行创作可以促进利益最大化。此时同人文作者的尽情发挥以不损害原作名誉和其他合法利益为限，即可以合理评论和批判，但不能恶意抹黑。

¹⁶ 原作的市场包括其本身的市场与演绎市场，侵害其本身市场的行为属于侵害原作者复制权的行为，而侵害其演绎市场的行为属于侵犯演绎权的行为。

其次是两者之间的法律关系。作品由一系列元素组成，首先是作品的最终呈现形式，其次是受保护的独创性元素，最后是思想^[3]。若同人文作品与原作的最终呈现形式构成实质性相似，则会侵犯原作者的复制权；若同人文作品与原作者的独创性元素构成实质性相似，则会侵犯原作者的演绎权。在转换性使用制度中，若同人文作品符合转换性使用的构成要素，那么即使侵犯了原作者的复制权与演绎权，也可使其自身免责。此时，同人创作者的大幅度引用和商业使用不再是判断是否合法的关键，在我国首个引入转换性使用的判决¹⁷中，法院认定：对原作品的整体引用如果属于说明某一问题，则该使用不具备侵权意图。

最后是社会关系，通过法律的规制与市场的协调，即规定目的转换的条件与合理分配市场，使得同人文作品合法化，有利于实现《著作权法》的立法宗旨，极大地促进同人文化的繁荣以及人与人之间的和谐。

经以上分析，符合转换性使用要求的同人文作品较之原作品会存在新增价值即公共利益，而此种对原作品的使用方式亦会刺激社会公众合法利用原作品进行创作的活跃度，促进社会文化的蓬勃发展。且由于转换性使用要求作品进行目的转换，转换后的作品往往不会侵占原作的市场，故其完全可以实现著作权法的宗旨。而根据上文对转换性使用和著作权法宗旨的论述，此种情况下同人文作品应当被认定合法。判断一部同人文作品中的引用是否侵犯原权利人的权利，应当综合考量该同人文作品的转换程度、有没有新增的价值、有没有侵占原作市场，而引用程度和是否商用则无需过分追究。

5. 结语

伴随着网络的发达，同人文作品呈爆炸式地增长。虽然现在同人创作者与原作者之间的矛盾还没有上升到不可调和的地步，但其终有一天会爆发，同人文作品不可能永远躲在法律灰色地带偷偷存活。一旦同人创作者与原作者之间矛盾爆发而没有明确的法律去规制，其后果对我国文化产业可以说是沉重的打击。我们法律工作者该做的，是让合法的同人文作品可以光明正大的存在于世间，而侵权的同人文作品受到法律的惩处。

参考文献

- [1] 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.
- [2] 熊琦. “用户创造内容”与作品转换性使用认定[J]. 法学评论, 2017(3): 64-74.
- [3] 梁志文. 论演绎权的保护范围[J]. 中国法学, 2015(5): 140-157.

Hans 汉斯

知网检索的两种方式：

1. 打开知网首页 <http://kns.cnki.net/kns/brief/result.aspx?dbPrefix=WWJD>
下拉列表框选择：[ISSN]，输入期刊 ISSN：2329-7360，即可查询
2. 打开知网首页 <http://cnki.net/>
左侧“国际文献总库”进入，输入文章标题，即可查询

投稿请点击：<http://www.hanspub.org/Submission.aspx>
期刊邮箱：ojls@hanspub.org

¹⁷ 参见“上海美术电影制片厂诉新影年代文化传播有限公司”案判决书，(2015)沪知民终字第730号。