

# 论合理使用中的“适当引用”情形

## ——兼评《西部畅想》著作权侵权纠纷案

张旭婷

华东政法大学，上海

收稿日期：2022年12月16日；录用日期：2023年1月14日；发布日期：2023年1月28日

### 摘要

全文复制作品受到著作权法复制权的限制，这点毋庸置疑。对于作品内容的部分复制也应当认定为著作权法意义上的复制。《西部畅想》著作权侵权纠纷案中，被控侵权作品并不符合合理使用的要件，应当承担侵权责任。另外，转换性使用不应直接适用于我国司法实践，应当以现行法律为依据，司法解释至多可以起到扩大解释的作用。

### 关键词

复制权，署名权，合理使用，转换性使用

# On the Circumstance of “Proper Quotation” under Fair Use

## —Concurrent Review the Copyright Infringement Case of Western Imagination

Xuting Zhang

East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Dec. 16<sup>th</sup>, 2022; accepted: Jan. 14<sup>th</sup>, 2023; published: Jan. 28<sup>th</sup>, 2023

### Abstract

There is no doubt that the reproduction of a whole work is subject to the reproduction right under copyright law. Partial reproduction of a work should also be considered as reproduction in the sense of copyright law. In the Copyright Infringement Case of Western Imagination, the allegedly infringing work doesn't meet the elements of fair use and should be held liable for infringement.

**In addition, transformative use should not be directly applied to judicial practice in China, but should be based on the existing law, and judicial interpretation can at most play the role of expanding interpretation.**

## Keywords

Reproduction Right, Paternity Right, Fair Use, Transformative Use

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. 引言

《西部畅想》诗歌著作权侵权纠纷案近来在社会上受到较大关注，原告《西部畅想》作者孙德斌授权八年级语文教科书使用其诗歌，但被告上海教育出版社有限公司未经作者许可在其出版发行的多本语文教科书配套教辅材料中引用了该诗歌多个意象以及部分原句，且并未指明作者姓名。原告就被告出版发行的多本教辅材料之侵权行为提起了诉讼。

本文将主要讨论使用原作较少、争议相对较大的《说题做题》教辅材料一案，其中引用了原告权利作品中的“丝绸古道”、“敦煌飞天”、“大雁塔”、“黄土高坡”、“风铃”、“信天游”、“诉说着过去的/光辉灿烂”、“开成/千古梦幻”、“悲悲壮壮/年复一年”等诗句。近日，上海高院就该案作出了再审裁定书，该案终落下帷幕。本文旨在展开论述合理使用中“适当引用”中具体要件认定的边界及该案给我们带来的启示和思考。

## 2. 被控侵权作品是否构成复制行为

在讨论被告行为是否构成侵权之前，需先明确被控侵权作品是否具有使用行为，这也是本案争议焦点之一。复制是著作权法的核心术语，是对作品的最初始、最基本、也是最重要的最普遍的传播利用方式。根据文意解释，“复制”一词在现代汉语词典中的意思为：依照原件制作成同样的(多指通过临摹、拓印、印刷、复印、录音、录像、翻拍等方式)。根据我国著作权法第十条第五款之规定，复制权，即以印刷、复印、拓印、录音、录像、翻录、翻拍、数字化等方式将作品制作一份或者多份的权利。从字面意思来看，只有与原件同样的才能构成复制。的确，如果是在保留原作品的基础表达的基础上，加上自己的创作则可能构成改编。

有学者认为，复制的基本含义是以一定方式再现作品，包括两种形式，一是在特定介质上再现作品；二是在自己的作品中再现作品。前者是在特定介质上制作作品复制品[1]，后者是在创作过程中对他人作品内容的复制[2]。根据体系解释，《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》(以下简称《伯尔尼公约》)并没有给著作权法中的“复制”下一个明确的定义，而只是给著作权人以宽泛的控制复制的能力[3]。

显而易见，全文复制文学作品必然构成复制行为，那么如果仅仅复制权利作品的若干片段，能否构成著作权法意义上的复制行为呢？有观点认为，教辅材料中对西部畅想片段“丝绸古道”、“敦煌飞天”“大雁塔”等词汇的使用，不属于对原作品的使用，因为这些词汇独创性较低，属于公有领域，使用公有领域的词汇不属于著作权保护的范围，不涉及侵权。但是，涉案教辅材料对原作品片段的引用明确使用了双引号，即表明使用的字词句是源于《西部畅想》诗歌中的，其选择意象诗句的表达与原文一致，

顺序也与原诗脉络相一致。如果教辅材料的编者欲使用公有领域词汇，大可以直接使用我国西部著名景点名胜的名称，使用其他公有领域词汇、改变个别词汇的表达、顺序、单独使用或加入其他词汇等。但编者没有这样做，而是使用从涉案诗歌中挑选部分词汇、诗句。可见被告的目的不在于单纯介绍西部的景色，而是想通过引用原告的诗歌片段，解读语文学中的权利作品，不单单是为了介绍诗歌本身，而是为达到其教辅材料的使用目的。关于被告的使用目的下文将会进一步展开论述。即使原作中某些词汇属于公有领域，作者对这些意象的选择、编排等处理安排也是具有独创性的。这一点可以参考汇编作品，即使汇编的内容是已经过保护期的公有领域的作品，复制汇编作品的内容毫无疑问构成侵权行为。如果单纯使用公有领域的作品无碍，但对于他人发挥智力创造的选择编排进行直接复制，仍应当认定其构成复制。

引用的诗歌片段能否单独构成作品不应当作为构成侵权的前提条件。如果要求权利作品中任意词汇语句都具有较高独创性，事实上这是无法做法的。再精妙的文章都是由基础的词藻构成，只要将文章进行分割、再分割，最终得到的必然是属于公有领域的不具有较高独创性的词汇，但我们不会因此得出这样的结论：该文章缺乏独创性，不构成作品。倘若要求文章中每句话都具有较高独创性，能够单独构成作品，这未免对著作权人施加过重的义务，不利于激励文学作品的创作与繁荣。文字作品整体之所以能够构成作品，在于其凝结了作者思想和情感的表达，即使其中包含平铺直叙的语句也不妨碍其构成作品。尤其是诗歌类作品，原本就较为精炼，且能够入选《解放日报》和语文学教材说明其独创性较高，不应将作品随意割裂开来，挑选三四个字或片面的诗句，打上不构成作品的标签。

况且，本案中，教辅材料中不仅使用了“大雁塔”、“信天游”等简单的公有领域的词汇，还使用了“诉说着过去的/光辉灿烂”、“开成/千古梦幻”等具有一定独创性的诗句，且引用部分实际上可以完整连成诗歌的三个段落。因此，应当认定教辅材料中的使用行为属于复制行为，“使用的部分并非作品”这一反对观点无法成立。对被告使用原诗歌作品词句行为认定的合理逻辑应当是：被告使用了原告权利作品中的部分表达，其行为构成著作权法意义上的复制。接下来将考虑是否存在某些可能成立的抗辩理由，认定其行为不构成侵权。本案真正的争议焦点在于被告的复制行为能否构成合理使用。

### 3. 被控侵权作是否属于合理适用

根据我国现行著作权法第二十二条第一款第(二)项之规定，构成著作权合理使用的“适当引用”情形，系指为介绍、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行为。此情形下，行为人可以不经著作权人许可，不向其支付报酬，但应当指明作者姓名、作品名称，并且不得侵犯著作权人依照著作权法享有的其他权利。同时，根据我国著作权法实施条例第二十一条之规定，使用可以不经著作权人许可的已经发表的作品，不得影响该作品的正常使用，也不得不合理地损害著作权人的合法权益。

据此，再审法院认为，判定被控侵权作品是否构成“适当引用”的合理使用，应当从权利作品是否已经公开发表、被控侵权作品引用权利作品的主要目的、被控侵权作品引用权利作品的具体方式、被控侵权作品是否依法指明作者姓名及作品名称、被控侵权作品是否会对权利作品的正常使用和著作权人的合法权益造成负面影响等要件予以综合认定<sup>[4]</sup>。即倘若其中有任意一个要件不符合，则不应当认定为合理使用。

涉案权利作品已经发表这点毋庸置疑。关于被控侵权作品是否会对权利作品的正常使用和著作权人的合法权益造成负面影响。在本案中主要是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。由于本案中引用内容较少，不涉及诗歌的核心实质内容，不能完全展现诗歌中蕴含的作者思想感情，无法达到替代效果，尚不构成

不合理地损害著作权人的合法权益。但另外要件仍存在一定争议：

### 3.1. 被控侵权作品是否符合适当引用的目的

“合理使用制度的价值目标，在于协调创作者、传播者、使用者三者的利益关系，通过均衡保护的途径，促进文化、科学事业的发展”[5]。著作权制度在赋予著作权人权利的同时，对于著作权的限制也赋予了使用者权益，体现了著作权法的立法目的具有保护权利人权利和促进社会发展的二元性，为造福公众的合理使用制度的产生和发展提供了正当性基础。我国著作权法“鼓励作品的创作和传播，促进社会主义文化和科学事业的发展与繁荣”的立法目的。维护公共利益也将是合理使用制度存续的重要理由。纯粹地追求商业目的不符合我国设立合理使用制度的立法目的，不应当受到合理使用的保护。吴汉东教授指出：“凡商业性质的使用肯定不是合理使用，但非营利的使用则未必是合理使用”[6]。原因在于在某些判例中，使用人并不以“营利”为目的，而是为了获得所谓的“作者资格”或“学术地位”，因而使用他人享有著作权的作品。我国虽然遵循《伯尔尼公约》的“三步检验法”，但公约中并未明确具有商业性目的的使用是否构成判断合理使用的要件，但我国普遍认为非商业性使用为合理使用的构成要件[7]。“简单地因为具有公益性目的的使用伴随着商业目的而将其排除在合理使用之外是不科学的，即不可将合理使用的目的理解为‘仅为’社会公益目的。”[8]当今社会中，除个人使用外，对作品的利用通常很难脱离商业使用，即使没有直接的商业目的，或多或少也会有间接的商业目的。

美国法院审判实务中不单纯地考虑是否是商业使用，更多的是判断对原作品的使用是否具有转换性。在 Campbell 案中，美国最高法院判定具有直接商业目的且获得商业收益的戏仿歌曲构成了合理使用[9]。其否定了商业性目的使用就一定不是合理使用这一推论。Campbell 案的判决中提到：“商业性使用不会被认定为合理使用这一假设会吞没《美国版权法》第 107 条序言中列举的所有使用目的，包括新闻报道、评论、批判、教学、学术和研究，因为在这个国家中，这些活动的进行基本上都是为了利益。”[10]

正如王迁老师所言，“在高度‘转换性使用’形成的新作品中，原作对于新作在价值和功能上的贡献并不大，要求新作品作者获得许可和支付报酬并不合理，反而影响对作品的创作。”[11]即使是商业使用，只要具有了较高转换性仍可能构成合理使用。

但有一点需要明确，美国法意义上的合理使用，与我国著作权法的排除规定的“合理使用”有一些不同，故而名称也不尽相同。《美国版权法》第 107 条规定，为诸如批评、评论、新闻报道、教学、学术或研究目的的合理使用有版权的作品，不侵害版权。此条对目的的限定使用了“诸如”，表明上述列举的使用目的并非是穷尽的。而我国《著作权法》把自由无偿使用和法定许可统称为“著作权的限制”，从立法技术来看，属于封闭式列举。因此，尽管学界把自由无偿使用称为“合理使用”，但应当区别于特指的美式合理使用。鉴于立法技术的不同，美国审判实务中的做法在我国不应当直接借鉴，应立足于我国法律实践，借鉴并吸纳两种立法模式的有益经验，既在立法层面进一步优化合理使用制度的法律构造。

被控侵权图书系八年级上册的《说题做题语文课后练习精讲》，其内容与同学期语文课本相对应，属于配合语文课本使用的教学辅导和参考材料。该图书第十六单元即被控侵权作品，亦与语文课本中权利作品《西部畅想》相对应。被告认为其主要目的在于通过介绍、解读、评论语文课本上《西部畅想》诗歌的内容、含义、意境以及所涉及的相关自然景观、人文景观等，帮助读者更好地了解、感受、体会《西部畅想》这首诗歌。故被控侵权作品引用权利作品的主要目的系属为介绍、评论某一作品之范畴，而并非单纯向读者展现权利作品本身或利用权利作品之影响力提升被控侵权作品之影响力。

有观点认为，原作品《西部畅想》的市场影响力和传播效果因被控侵权作品的使用会进一步扩大，可以间接提高原告及其作品的知名度，反而有利于原告作品的市场价值提升。这一观点是站不住脚的。

若被控侵权作品的传播范围大于经作者授权的语文教科书，则不符合被告所谓的已经指明作者姓名，存在没有读过语文教科书不知道诗歌作者的情形；若被控侵权作品的传播范围小于经作者授权的语文教科书，则不存在扩大原告作品市场影响力，直接阅读语文教科书足以欣赏原告作品，被控侵权作品的使用行为不会对原告造成更有利影响。

通常对权利作品的使用不仅是单一的目的，商业目的之外往往还伴有公益目的。本案中，除介绍、评论权利作品外，被控侵权作品还发挥着教辅材料的作用。不过好在，通说认为“合理使用”通常为非商业性使用，且“非商业性使用”并非是构成“合理使用”的必要条件。使用目的是较为抽象的概念，是否侵权还是应当重点从行为入手判断。著作权侵权行为的认定以相关行为受到专有权利控制、符合受控行为的特征为前提<sup>[12]</sup>。出于同样的目的，行为人采取的行为可能大相径庭，最终是否构成侵权，取决于行为人具体的行为特征。

### 3.2. 被控侵权作品引用的具体方式

根据附件一所示，被控侵权作品实质上几乎完整引用了原作三个段落，再将其进行分割加以论述。对于诗歌作品而言，引用三个段落恐怕已经超过了合理范围。但我国著作权法所指“适当引用”之“适当”，并不局限于被控侵权作品所引用的部分占权利作品的比重大小，而在于该部分占被控侵权作品的比重以及被控侵权作品引用的具体方式是否合理，即便权利作品被全文引用的，亦不必然不构成著作权法所指“适当引用”的合理使用情形。易言之，判定引用适当与否的关键在于被控侵权作品是否完全或主要以引用他人作品来代替自身创作。“新作品不是为了单纯地展示这首短诗的艺术价值和魅力，让读者仅仅欣赏短诗本身，而是将短诗作为引子，使读者更好地理解文章对短诗的评价。评论文章的主要价值和功能，不在于它所引用的短诗本身，而在于对短诗的评论部分。如果评论文章获得了良好的社会评价并为作者带来了利益。”<sup>[13]</sup>本案中，被控侵权作品虽引用了权利作品的部分内容，但其引用时，均融入其具有独创性的介绍、解读和评论内容，且引用的部分并非直接完整引用，而是片段的解析介绍，其引用程度未超出合理范畴，故被控侵权作品引用权利作品的方式可以认定为适当。

### 3.3. 被控侵权作品是否注明了出处

依据我国现行著作权法第二十二条的规定，“指明作者姓名、作品名称”是合理使用的要件之一，欠缺这一点则无法构成合理使用。被控侵权作品中显然没有“指明作者姓名”。教辅练习册的特性也不属于因使用方式的特性而无法指明作品和作品名称的情形。对于已过保护期的古代诗人的作品，教辅材料中都明确标识了作品名称和作者姓名，但对于出版在同一页上的原告权利作品，确未标注作者姓名，实则侵害了作者的署名权，被控侵权作品显然不满足“指明作者姓名”这一合理使用要件，故不应认定为合理使用。

即使被控侵权图书系语文课本的教辅材料，与课本一起配套使用，以该属性主张免除署名义务也是没有依据的。且不论经授权的语文教科书与被控侵权作品的著作权人是否是同一主体，即使是同一主体（本案实际上为同一著作权主体），语文书中的复制行为与被控侵权作品中的复制行为应当是两个独立的复制行为，每一次复制行为都分别具有署名义务。语文书中对原告之权利作品进行了署名，不应当认为因此就免除了教辅材料的署名义务，尽管被控侵权作品宣称自己是语文教科书的配套材料，但事实上其并非上海市教委制定的中小学教学用书目录，学生需要单独购买，没有配套一说。其次，即使教辅材料与语文教科书内容相吻合，也不能推定读者在使用教辅材料的同时一定是对照着语文课本的。教辅材料往往是单独发挥作用，闭卷完成习题从而加深对语文课本的理解。即使事后通过翻阅语文书得知诗歌作者是谁，也是语文书中的署名行为发挥着作用。教辅材料中未表明作者姓名，其能够实现实质性的署名

功能,取决于读者本身的记忆与匹配能力。读者阅读语文书后得知了作者,在做教辅材料时可能已经忘记了,此时教辅材料无法起到注明出处的功能。故教辅材料不能因此免除自身的署名责任。如此对应性的所谓配套使用即免除署名义务,我国现行法律中没有相关规定,理论上也找不到支持依据。如果二者著作权人不是同一主体,结论也同上,无法起到替代署名的效果,就不再赘述了。

《伯尔尼公约》第9条第2款规定:“成员国法律有权允许在某些特殊情况下(不经作者许可)复制作品,只要这种复制不致损害作品的正常使用,也不致无故侵害作者的合法权益。”即公约中并未规定注明出处是合理使用的要件之一,各国可自行立法规定。学者们普遍认可,合理使用等对著作权的限制制度仅仅是对著作财产权的限制,并不包括人身权。因此有学者认为,“合理使用者未注明出处的,并不导致原本属于合理使用的情形成为侵害著作财产权的行为,但应承担消除影响或赔礼道歉的民事责任[14]。”

但根据我国现行著作权法第二十二条规定,在下列情况下使用作品,可以不经著作权人许可,不向其支付报酬,但应当指明作者姓名、作品名称,并且不得侵犯著作权人依照本法享有的其他权利。指明作者姓名应当是合理使用的要件之一。上述学者的理论或许是对的立法建议,但就目前法律规定而言,被控侵权作品未指明作者,即不符合合理使用的构成要件,其复制、发行行为应当承担侵权责任,且应承担侵害署名权的责任。

#### 4. 转换性使用对我国现行法条的突破

我国著作权法采取的是封闭式、列举式的立法模式,著作权法(2020修正)第二十四条规定了13中情形,其中最后一款是兜底条款,“法律、行政法规规定的其他情形”,但是目前我国没有其他法律、行政法规对著作权的合理使用做出其他规定。该条款仅仅具有形式上的兜底意义,实践中并不能真正发挥作用。此外,著作权法实施条例和其他司法解释对合理使用规定的具体适用标准,可以起到扩大解释的作用,但不能突破著作权法明确规定的12中具体情形,法官亦不能突破法律造法。

美国最高法院在Campbell案中指出:“如果新作只对原作进行了微不足道的讽刺,却大量使用了原作中的内容,并不构成‘转换性使用’[15]。”反之如果被“模仿/使用”的部分在新作品中均被改造成了讽刺和批判的工具,使得其原先的美学价值丧失殆尽,原本所论述观被颠覆、原来所表现的思想感情被推翻,则这种使用必然是“转换性”的。转换性的目的意味着使用原作品进行第二次创作的目的不同于原作品创作的目的,如果原作品创作的目的是使公众看到作品的内容,丰富公众的精神世界,那么转换性的目的创作通常是利用原作品进行新闻报道、历史参考、评价或滑稽模仿原作品、便捷图书检索或者通过上传全文并与数据库内已有文献进行对比检测抄袭[16]。转换性使用作为美国法官造法的产物,旨在解决合理使用在解释力上的缺陷。在实施二十余年后,虽然美国学术界对转换性使用的绩效和功过仍然众说纷纭[17],但如今转换性使用在我国司法审判中已普遍适用是不争的事实。

目前我国司法实践中,有的法院甚至是直接突破现行法律规定,将转换性使用直接放入我国《著作权实施条例》第21条提供的两个一般判定标准中进行宣示性适用[18]。并同样辅以引用作品目的、市场影响等因素的考察,但此种判决不符合我国现行法律体系下的“三步检验法”传统,切断了转换性使用嫁接到合理使用类型的联系[19]。实践中存在分歧的原因在于,我国司法与理论未对“转换性”司法实践进行系统梳理,而仍不合时宜地静态和片面地看待美国有关“转换性使用”的司法判例。另一方面,“转换性”这一概念本身就是模糊的,存在着多元解读的可能,而我国理论与司法仍停留在概念的表象而未探究其本质[20]。

目前我国审判实践中不宜直接套用美国法院的审判规则,立足于我国司法实践,总结学习别国的立法规则和技巧,细化我国著作权法中关于合理使用的规定,才是正解。

## 5. 结语

合理使用的认定并非易事。美国司法实践中转换性合理使用俨然成为一种颇具影响的裁判思路和观点。不过,这一概念和原理在司法实践中也同样遇到了诸多困难,而不应当成为妥善解决合理使用判断困境的良方。我国司法实践中关于“合理使用”的认定不宜直接照搬美国的转换性使用,我国司法解释虽为《著作权法》的法律渊源之一,但其对于合理使用至多是扩大解释,而不能突破法律的边界,否则会导致立法上的封闭性与司法上的混乱性冲突。实务中的某些审判行为或许是无奈之举,但确实出现了法官造法的不良影响。最佳的解决办法应当是推动著作权修法。在我国《著作权法》(2020 修正)中,合理使用仍然是封闭式结构,可见立法者的态度,司法实践中切不可过分扩张合理使用之边界。

## 参考文献

- [1] 李明德. 美国知识产权法[M]. 北京: 法律出版社, 2003: 207.
- [2] 高富平. 数字时代的作品使用秩序——著作权法中“复制”的含义和作用[J]. 华东政法大学学报, 2013(4): 134-149.
- [3] 《伯尔尼公约》第 9 条规定: 受本公约保护的文学艺术作品的作者, 享有授权以任何方式和采取任何形式复制这些作品的专有权利[Z].
- [4] 上海市高级人民法院沪民申 2416 号审判监督民事裁定书[Z].
- [5] 吴汉东. 著作权合理使用制度研究[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2005: 14.
- [6] 吴汉东. 美国著作权法中合理和使用的“合理性”判断标准[J]. 外国法译评论, 1997(3): 45-58.
- [7] 刘友华, 魏远山. 机器学习的著作权侵权问题及其解决[J]. 华东政法大学学报, 2019(2): 78.
- [8] 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.
- [9] *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U. S. 569 (1994).
- [10] *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U. S. at 584 (1994).
- [11] 王迁. 论认定“模仿讽刺作品”构成“合理使用”的法律规则——兼评《一个馒头引发的血案》涉及的著作权问题[J]. 科技与法律, 2006(1): 18-25.
- [12] 王迁. 论出售软件序列号和破解程序的行为定性[J]. 法学, 2019(5): 119-129.
- [13] 王迁. 知识产权法教程[M]. 第 6 版. 北京: 中国人民大学出版社, 2019: 213.
- [14] 凌宗亮. 合理使用他人作品未注明出处的法律性质及责任承担——兼谈我国《著作权法》的第三次修改[J]. 知识产权, 2017(6): 48-55.
- [15] *Campbell v. Acuff-Rose Music*, 510 U.S. 569 at 583 (1994).
- [16] 华劼. 美国转换性使用规则研究及对我国的启示——以大规模数字化与数字图书馆建设为视角[J]. 同济大学学报(社会科学版), 2018, 29(3): 117-124.
- [17] Francis, J. (2014) On Appropriation: *Cariou v. Prince* and Measuring Contextual Transformation in Fair Use. *Berkeley Technology Law Journal*, 29, 686.
- [18] 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, 北京市高级人民法院(2013)高民终字第 1221 号民事判决书[Z].
- [19] 沈伟. 版权公共领域视野下的转换性使用研究[J]. 科技与法律, 2020(5): 24-32.
- [20] 冯晓青, 刁佳星. 转换性使用与版权侵权边界研究——基于市场主义与功能主义分析视角[J]. 湖南大学学报(社会科学版), 2019, 33(5): 134-143.