

类型化视角下二创短视频合理使用的判定

赵紫薇

华东政法大学知识产权学院, 上海

收稿日期: 2023年6月25日; 录用日期: 2023年8月14日; 发布日期: 2023年8月22日

摘要

二创短视频使用他人作品是否构成合理使用这对于保障著作权人的利益和促进短视频行业的发展都有着重要意义。针对短视频行业目前面临的侵权问题, 首先需要厘清短视频合理使用的判定标准, 根据短视频的内容可以将其划分为切条搬运型、影视解说型、影视评论型和戏仿恶搞型等几种类型, 本文试图通过类型化的视角来对二创短视频的合理使用的判定提出可以普遍适用的标准。

关键词

类型化, 二创短视频, 著作权, 合理使用

Determination of Fair Use of Re-Creation Short Video from the Perspective of Categorization

Ziwei Zhao

Intellectual Property School, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Jun. 25th, 2023; accepted: Aug. 14th, 2023; published: Aug. 22nd, 2023

Abstract

Whether the use of other people's works constitutes fair use is of great significance for protecting the interests of copyright owners and promoting the development of the short video industry. In view of the current infringement problems faced by the short video industry, it is necessary to clarify the judgment criteria for the fair use of short videos. According to the content of short videos, they can be divided into several types, such as Cutting and Transporting Type, Film and Television Narration Type, Film and Television Commentary Type and Parody Type Short Video.

This paper tries to put forward a universally applicable standard for the judgment of the fair use of re-creation short videos from the perspective of categorization.

Keywords

Categorization, Re-Creation Short Video, Copyright, Fair 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. 合理使用认定标准研究

根据《伯尔尼公约》、TRIPs 协定和《世界知识产权组织版权条约》的规定，成员国可以对著作权规定限制和例外，但必须满足三个条件：只能在特殊情形下做出、与作品的正常使用不冲突以及没有不合理地损害权利人的合法权利，以上三个条件也被称为合理使用的“三步检验法”。我国作为《伯尔尼公约》、TRIPs 协定和《世界知识产权组织版权条约》的成员国，有义务履行“三步检验法”的国际义务。我国著作权法第 24 条也规定了，在属于法条所列举的 12 种情形的条件下，允许对作品进行合理使用，但是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¹。可见，我国著作权法就是对“三步检验法”的继承，完成了从国际条约到国内立法的转换。其中，三步检验法的第一步即体现为我国著作权法明文规定的 12 种情形，后两步的表述与我国的法律完全相同，但是由于后两步使用了较为抽象的语言，因此司法实践中对这三个要件产生了不同的理解与分歧，下文将先对三步检验法的后两步进行详细分析。

(一) 与作品的正常使用不冲突

按照世贸组织争议仲裁委员会的解释，正常使用中“正常”一词意味着，合理使用的行为不应当与权利人行使权利所形成的著作权市场构成竞争关系，并因此给权利人造成重大经济损失²。为了不影响著作权人能够获得的合理利益，使用者不能与权利人形成竞争关系或者替代原有作品的市场。换言之，使用人只能在著作权人行使权利所形成的著作权市场之外开拓属于自己的领域[1]。

在我国的司法实践中，法院在判断是否“与作品的正常利用不冲突”也采用了“没有对原作品产生替代效应”作为标准。比如，在优酷网与深圳市蜀黍科技有限公司著作权权属、侵权纠纷案³中，北京

¹《著作权法》第二十四条：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或者名称、作品名称，并且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：(一) 为个人学习、研究或者欣赏，使用他人已经发表的作品；(二) 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；(三) 为报道新闻，在报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体中不可避免地再现或者引用已经发表的作品；(四) 报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体刊登或者播放其他报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体已经发表的关于政治、经济、宗教问题的时事性文章，但著作权人声明不许刊登、播放的除外；(五) 报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体刊登或者播放在公众集会上发表的讲话，但作者声明不许刊登、播放的除外；(六) 为学校课堂教学或者科学研究，翻译、改编、汇编、播放或者少量复制已经发表的作品，供教学或者科研人员使用，但不得出版发行；(七) 国家机关为执行公务在合理范围内使用已经发表的作品；(八) 图书馆、档案馆、纪念馆、博物馆、美术馆、文化馆等为陈列或者保存版本的需要，复制本馆收藏的作品；(九) 免费表演已经发表的作品，该表演未向公众收取费用，也未向表演者支付报酬，且不以营利为目的；(十) 对设置或者陈列在公共场所的艺术作品进行临摹、绘画、摄影、录像；(十一) 将中国公民、法人或者非法人组织已经发表的以国家通用语言文字创作的作品翻译成少数民族语言文字作品在国内出版发行；(十二) 以阅读障碍者能够感知的无障碍方式向其提供已经发表的作品；(十三) 法律、行政法规规定的其他情形。前款规定适用于对与著作权有关的权利的限制。

²See Report of the WTO Panel, United States—Section 110 (5) of the L.J. S. Copyright Act, WT/DS160/R (June 15, 2000).

³参见北京互联网法院(2019)京 0491 民初 663 号。

互联网法院认为，“提供图片集的行为对涉案剧集起到了实质性替代作用，影响了作品的正常使用”；在孙德斌与上海教育出版社有限公司著作权侵权纠纷案⁴中，上海市高级人民法院认为，“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，从而导致读者可以以被控作品替代对权利作品的选择”；在央视国际网络有限公司诉上海聚力传媒技术有限公司著作权侵权及不正当竞争纠纷案⁵中，上海知识产权法院认为，“主要考虑新作品是否以合理使用的名义取代原作品，或与原作品在市场上的正常使用发生冲突，是否不合理地损害了原作品著作权人的合法权益”；在玄霆娱乐公司诉吉乾科技公司、四三九九网络公司侵害作品改编权纠纷案⁶中，江苏省高级人民法院认为，“能够与涉案作品产生市场替代、相互竞争的商业后果……因此，涉案游戏显然不符合合理使用之情形”。

结合上述法院的观点，可以见得“不与作品的正常使用相冲突”应当将使用行为置于市场竞争的大背景之下，结合个案分析作品的使用行为是否对原作品的现有市场和潜在市场产生了替代效应，以此为标准来判断是否与作品的正常使用相冲突。

（二）没有不合理地损害权利人合法权益

对于三步检验法的第三步，首先需要重点把握理解的是“不合理”一词，何谓不合理？众所周知，任何对于作品的使用都有可能在一定程度上给著作权人带来损害，因此“不合理”一词就是对未经许可使用他人作品的行为进行了一定的限制，目的在于减轻使用者与著作权人在作品使用方面的分歧，从而平衡相关主体之间的利益。这就体现了法学方法论上利益平衡最经典的准绳“比例原则”，依照这一原则，短视频未经授权的使用行为是否构成合理使用，需要考虑三个要件，一是使用的目的是否合法，二是为实现该目的采取的手段(即对原作品的引用)是否必要，三是为达到这一目的，是否存在其他对权利人损害更小的替代性手段，最后允许此种使用所能带来的福祉应当大于禁止其使用带来的弊端[2]。其次，对于合法权益的理解应当以经济利益为主要考虑标准，要同时兼顾既有著作权市场和潜在著作权市场两个市场存在的可期待利益。美国联邦最高法院在有关合理使用案件中认定潜在的市场利益时认为“损害既不必是现实发生的，也不必是未来必然发生的，而仅需要有充分证据证明未来会有出现损害的可能性即可”。但是法院也不应当不加分辨地扩大合理使用的范围，拓宽其边界。此外，按照WTO贸易仲裁委员会的解释，除“合法经济利益”之外，“合法权益”还包括“人格利益等非经济利益”。

然而，三步检验法无法满足所有短视频对于合理使用的判断，因为有部分短视频并不属于我国著作权法第24条规定的合理使用的12种特殊情形，虽然新修改的著作权法相比旧著作权法增加了“法律、行政法规规定的其他情形”，但由于此种情形只能通过法律、行政法规来规定，仍然属于封闭式列举，不具有灵活性。因此，在特殊情形之外的短视频，仍然可以结合美国的“四要素检测法”来进行判断，该判断方式也被我国司法实践所借鉴。

2. 适当引用的判断路径

二次创作短视频主要是针对电影、电视剧等长视频作品进行二次创作形成的，因此二创短视频主要涉及到的合理使用情形的是第二种“适当引用”。适当引用是指，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。关于适当引用的条款目前在立法或司法解释中都没有更客观具体的评价标准，因此结合司法实践和域外经验，本文主要从三个方面来梳理适当引用的判断逻辑。

（一）短视频创作适当引用的目的分析

根据适当引用条款，引用作品的目的应当是介绍、评论某一作品或者是说明某一问题。二创短视频

⁴ 参见上海市高级人民法院(2020)沪民申2416号。

⁵ 参见上海知识产权法院(2020)沪73民终581号。

⁶ 参见江苏省高级人民法院(2018)苏民终1164号。

中存在大量的对长视频使用的情况，包括添加、删除、改编等等“重混”式创作，涉及到的作品使用问题纷繁复杂[3]。由于适当引用条款的立法目的仅仅限于介绍、评论和说明，这会使大量的短视频无法构成合理使用因而落入侵权的境地，这也是与著作权法促进鼓励作品创作的立法目的相违背的。因此，需要对适当引用的目的进行扩大解释。从适当引用的目的可以看出，前者是为了介绍、评论作品，这意味着短视频创作对于作品的引用与被引用作品本身直接相关，而后者是为了说明某一问题，这意味着短视频创作对于作品的引用与被引用作品本身不直接相关[4]。对于那些与被引用长视频并无直接相关的短视频而言，可以通过判断其是否属于转化性使用来界定其使用行为的性质。

转化性使用最初是由 Pierre N. Leval 法官提出⁷，意指对原作品的使用并非为了单纯地再现原作品本身的文学、艺术价值或者实现其内在功能，而是通过增加新的美学内容、新的视角、新的理念或通过其他方式，使原作品在被使用过程中具有新的价值、功能或性质，从而改变了其原先的功能或目的[4]。在我国司法实践中，已经有部分法院通过引用转化性使用制度来对引用目的做出了扩大解释。例如在上海美术电影制片厂诉新影年代文化传播有限公司著作权权属、侵权纠纷案⁸中，上海知识产权法院在判决书中提到，“为说明某一问题，是指对作品的引用是为了说明其他问题，并不是为了纯粹展示被引用作品本身的艺术价值，而被引用作品在新作品中的被引用致使其原有的艺术价值和功能发生了转换；而该被引用作品在新作品中亦不是以必需为前提，即使在新作品中引用作品不是必需的，也会构成合理使用。”为了防止自由裁量权的滥用，法院在运用转化性使用进行分析时需要考量两个要件，第一，短视频与被引用的长视频必须在目的、内容、功能、性质等方面有实质区别，比如视角不同、有新的构思和审美；第二，短视频对长视频的引用应当起到促进创新、鼓励文化传播的作用。若仅仅是对长视频的分解，与原作品不存在实质区别，就很难称为创新，这种简单重复的劳动不仅会侵犯到著作权人的利益更无益于文化繁荣，是对社会资源的浪费[5]。此外，还需要注意，构成转化性使用并不必然因此构成合理使用，只能说使用行为的转化程度越高，在合理使用中其他因素的重要性就会随之降低，其构成合理使用的可能性也就越大，这就需要裁判者在个案中根据具体案情加以谨慎的分析和判断[6]。

（二）短视频创作适当引用的程度分析

引用程度主要是指引用作品的数量和质量的问題。一般来说，要考虑被引用部分在原作品中所占比例与重要程度，在原作品中所占的比例和重要程度越高，越不容易构成合理使用。那么，是否只要大量使用了原作品中的内容或者是使用了原作品中的核心内容，就一定无法构成合理使用呢？答案是否定的。拿模仿讽刺型作品举例，“模仿”本身就意味着需要对原作品中的核心内容进行大量使用，只有这样才能达到讽刺的效果，如果使用的原作品中的内容过少，则无法使观看者将作品与原作联系起来，也就无法实现其本身的艺术效果[7]。也就是说，这类作品本身无法与大量使用原作及核心内容的行为相脱离。因此，针对讽刺模仿型作品而言，只要模仿所需要引用的原作品中的内容是与其“讽刺”的目的相适应的，完成了“转换性使用”，那么就很有可能构成合理使用[4]。

所以，在短视频创作中，不应当一棒子打死所有大量引用原作的短视频，要注重个案分析、个案判断。首先要对短视频的性质进行界定，其是否属于创作本身就对原作的核心内容有高度依赖性，如果是，就需要进一步考量其引用程度与引用目的是否有适当性；反之，再结合其引用作品的比例和重要程度，来判断其是否引用程度是否适当。

（三）短视频创作适当引用的效果分析

引用效果主要考虑两方面的影响，一是是否对作品的正常利用有影响，二是是否不合理地损害了权利人的合法权益。由于二创短视频是基于对长视频内容的选择和使用而进行二次创作的，因而会在不同

⁷Campbell v. Acuff Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994).

⁸参见上海知识产权法院(2015)沪知民终字第730号。

程度上对长视频的潜在市场和价值形成冲击。比如由于观众在短视频中获得了与长视频相同的内容，产生了相似的观看体验，因而放弃了对长视频的观看，这种情况下，短视频就抢占了长视频的观众和流量，影响了原作品的正常使用；再如，短视频的创作也有可能对长视频的票房收入、广告费用、视频会员收入、打赏费用收取等产生消极影响。基于前文的分析，此类影响如果是由于短视频的内容已经对原视频形成了替代效应，产生了市场竞争，那么则属于不合理地损害了权利人的合法权益，因而阻却了合理使用的适用。因此，对于引用效果的判断应将重点放在是否对原视频产生了“替代效果”或者“市场竞争”。此外，二创短视频不仅仅会给原作品的市场带来损害，还有可能给演绎作品的市场带来损害[8]。

从著作权法的立法目的来看，引用效果是适当引用的一个兜底要件，是在“保护文学、艺术和科学作品作者的著作权，以及与著作权有关的权益”及“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”双重目的的考量之下，最大程度实现对于著作权人、短视频创作者和社会公众的利益平衡。

3. 类型化短视频合理使用构成规则

(一) 切条搬运型短视频

切条搬运型短视频是指将既有长视频切分成多个时长较短的短视频。比如将电影或电视剧进行“长拆短”，将电视剧的全集或者某一集进行浓缩，形成几个短视频，或是将电影拆分成若干时长较短的短视频[9]。这类视频主要以“热榜”、“合集”、“搜索”等方式在各大短视频平台存在并且得到了广泛传播。但是，由于切条类短视频本身不具有介绍、评论作品或者是说明问题的目的，甚至很难说存在独创性，因而在我国司法实践中也往往被认为是侵权，不属于合理使用。比如在天津市高级人民法院发布的5起服务保障新业态经济发展典型案例中提到，“随着短视频平台的蓬勃发展，平台间的‘网络搬运’现象屡见不鲜，对未经授权的视听作品和录音、录像制品直接进行切条、剪辑、搬运、传播，侵害了作品或制品的信息网络传播权。”

(二) 影视解说型短视频

影视解说型短视频是指对影视画面进行浓缩剪辑，然后再辅之以配乐、旁白和讲解，对原作品的主要情节和内容进行归纳、讲解。比如网络上常见的《X分钟带你看完一部电影》，影视解说型视频往往较大程度地使用了原作品中的内容，使观众能够在较短的时间内了解了原作品的主要情节。若观众通过观看短视频实现了与观看原作品相同的效果，那么该短视频则实际上取代了原作品，观众不需要再对原作品进行观看，这就影响了原作品的正常使用，并且不合理地影响了著作权人的合法权益，因此推定影视解说型视频不构成合理使用，本质上侵犯了著作权人的著作权。但是如果短视频的创作者能够证明短视频并没有对原作品起到替代作用从而形成市场竞争，比如短视频仅仅提供了一个新颖的视角去理解原作品，从而使观众产生兴趣并且去观看原作品，那么则有可能属于适当引用因而构成合理使用。

(三) 影视评论型短视频

影视评论型视频是指通过引用原影视剧的部分画面对其内容进行评论分析，或者对影视剧的创作背景、幕后花絮进行介绍，比如b站up主“开心嘴炮”。大部分影视评论型视频仅仅筛选原作品中部分可供公众娱乐或者讨论的情节或者内容进行引用，引用程度适当。那么引用效果如何呢？观看此类视频的观众可以分为两类，一类是已经观看过影视剧，出于共同分享和交流观后感的目的而观看影评；另一类是没有观看过影视剧，其中部分观众可能本来也没有打算或者没有时间观看原作品，还有部分观众可能希望通过观看影评再决定原作品是否值得观看，那么如果这部分观众观看短视频后又去观看了原作品，这对原作品著作权人的利益没有任何损害，甚至为原作品带去了流量，值得讨论的是观看影评短视频后由于短视频创作者的吐槽评论或者其他原因而放弃观看原作品的这部分观众，这部分观众的流失是否属

于不合理地损害了著作权人的合法权益呢？笔者认为并非如此，文学作品的创作本身就应该接受社会大众的各种评论，这属于宪法赋予公民的言论自由权，只要评论没有上升到人身攻击或抹黑等侵害人格权益的程度即可。因此，即使这种评论给原作品带来了消极影响，文艺作品的创作者必须容忍这种评论带来的“市场损害”[5]。

但是，如果影评视频中甚至包含了对作品主要内容情节的介绍和讲述，使得短视频不仅仅起到评论的作用，更起到了解说介绍的作用，那么观众无需再观看原作品，则其本质上与影视解说型视频的功能重叠。比如平台上比较常见的“reaction”类短视频(在马特诉克莱因夫妇著作权侵权案中，法院认为此类短视频可以适当归类为批评或评论[10])，也就是反应类视频，此类视频通常围绕创作者对某一作品的现场反应拍摄，同时直接播放了受版权保护的作品，观众在观看“reaction”类短视频的同时也观看了原视频的内容，短视频起到了替代作用，构成对原视频的著作权侵权。因此，对于影视评论型短视频来说，仍需要结合具体案情谨慎判断其是否构成合理使用。

(四) 戏仿恶搞型短视频

戏仿恶搞型视频是指通过大量引用原作的实质性内容，以一种引人发笑的方式对原作品进行重新编排，以达到对原作品的讽刺和嘲弄，比如b站up主谷阿莫曾发布过的短视频《一个馒头引发的血案》。戏仿恶搞型视频与影视评论型视频的差别就在于，影视评论型视频主要是对原影视作品进行一种常规性的评论，这种评论往往不会超出创作者的创作本意或者普通观众的正常理解范围；而戏仿型短视频是通过在原作品内容的筛选、剪辑、拼接后形成一个异于原作品思想内容表达的新作品，原作品的画面等内容更接近于一种载体，在短视频中是为了表达短视频创作者的思想而存在，并不是为了还原影视剧的内容情节。从引用的目的来看，戏仿恶搞型视频往往能构成转化性使用，成为一种特殊形式的评论；从引用程度来看，只要其引用的内容适当，符合视频“讽刺”的需要即可；从引用效果来看，适当的模仿并不会对原影视作品造成损害，这与影视评论型作品同理[5]。因此，戏仿恶搞型视频通常也可以构成合理使用。

4. 结论

当下短视频行业的发展欣欣向荣，不仅为人文艺术领域注入了新活力，也激励了著作权人的创作热情。然而，在国家大力保护知识产权的背景下，应该如何实现短视频权利人、著作权人和社会公众三方主体的利益平衡是我们需要思考和解决的问题。为了实现这一目标，需要司法界提出一个科学的合理使用判定标准。以三步检验法为基础，在适当引用的判断上结合引用目的、引用程度和引用效果进行更为深入的和考察，综合考量短视频对原作品的使用行为性质。将短视频按照不同类型划分，具体而言，切条搬运型短视频往往直接构成侵权；影视解说型短视频推定构成侵权，如果短视频权利人能够提出新证据的除外；影视评论型短视频需要根据其本身对原视频内容的使用情况进行判断，不一定构成合理使用；戏仿恶搞型短视频往往可以实现转化性使用，与合理使用契合度较高。

值得我们注意的是，短视频行业发展迅速，短视频的内容和形式变化莫测、种类繁多。基于司法的滞后性，短视频的类型化分析往往只能在出现对应类型的短视频后进行，无法提前预知和涵盖所有种类，此时就需要司法裁判者把握合理使用判断标准的一般准则，即三步检验法，以不变应万变，保证司法裁判的稳定性和可预测性，为短视频行业的创作者划定合理使用边界，由此保障著作权人的利益和短视频发展的行业利益。

参考文献

- [1] 熊琦. 著作权合理使用司法认定标准释疑[J]. 法学, 2018(1): 182-192.

-
- [2] 张陈果. 解读“三步检验法”与“合理使用”——《著作权法(修订送审稿)》第 43 条研究[J]. 环球法律评论, 2016, 38(5): 5-24.
- [3] 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.
- [4] 王迁. 知识产权法教程[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2021: 287-288.
- [5] 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.
- [6] 李杨. 著作权法中的转换性使用理论阐释与本土化适用[J]. 河北学刊, 2022, 42(6): 186-196.
- [7] 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.
- [8] 徐俊. 类型化视域下短视频作品定性及其合理使用研究[J]. 中国出版, 2021(17): 15-18.
- [9] 项杨春. 短视频影视剪辑侵权认定与治理——基于“合理使用”四要素分析[J]. 电视研究, 2022(6): 58-61.
- [10] 赵泓, 李缘. 短视频著作权侵权判定方法研究[J]. 当代传播, 2022(6): 100-103.