

从二创短视频案思考适当引用的司法认定标准

徐佳琪

苏州大学王健法学院, 江苏 苏州

收稿日期: 2023年12月6日; 录用日期: 2023年12月14日; 发布日期: 2024年2月28日

摘要

随着互联网技术的发展, 短视频市场兴盛与繁荣, 越来越多的主体借助网络平台以制作短视频的形式表达自己的创意, 其中有的短视频因其具备自身独创性而构成著作权法意义上的作品。然而, 也有不少作品系借用在先作品的已有元素进行二次创作, 从而引发侵权纠纷。如何判断二创作品是否侵权, 涉及到著作权法中对于适当引用标准的认定。本文以新创华诉被告知识产权纠纷一案为例, 首先围绕适当引用的判断条件提出问题, 其次从美国合理使用四要素规则和德国稀释理论的域外视角进行比较分析, 最后通过二创引用行为的认定基准与二创作品的市场利益边界两个方面给出了相关司法认定标准的建议。

关键词

二创作品, 形象使用, 适当引用, 四要素规则, 稀释理论

Consideration on the Judicial Determination Standards of Appropriate Citation from the Case of Second-Creation Short Video

Jiaqi Xu

Kenneth Wang School of Law, Soochow University, Suzhou Jiangsu

Received: Dec. 6th, 2023; accepted: Dec. 14th, 2023; published: Feb. 28th, 2024

Abstract

With the development of Internet technology, the short video market is booming and prospering, and more and more subjects express their own creativity by making short videos on the Internet platform. Some of the short videos constitute works in the sense of copyright law because of their originality. However, there are also many works that borrow the existing elements of the previous works for secondary creation, thus causing infringement disputes. How to judge whether the

文章引用: 徐佳琪. 从二创短视频案思考适当引用的司法认定标准[J]. 法学, 2024, 12(2): 1137-1144.

DOI: 10.12677/ojls.2024.122166

second-creation works are infringed involves the identification of the appropriate citation standards in the copyright law. Taking the case of intellectual property dispute between Xinchuanghua and the defendant as an example, this paper firstly raises questions around the judgment conditions of appropriate citation, and then makes a comparative analysis from the extraterritorial perspective of the four elements of the American fair use rule and the German dilution theory. Finally, it gives suggestions on the relevant judicial identification standards through the identification benchmark of the second-creation citation behavior and the market interest boundary of the second-creation works.

Keywords

Second-Creation Works, Image Use, Appropriate Citation, Four-Element Rule, Dilution Theory

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/>



1. 案例导入

在上海新创华文化发展有限公司与悠然自在(北京)影视文化传播有限公司知识产权与竞争纠纷案¹中,其争议点在于:以动漫玩具形象为主要元素制作短视频是否构成合理使用。对此形成了两种不同观点。

从被告诉讼代理人的角度出发,其认为被告创作的视频中出现了正版奥特曼玩具属于著作权法上的合理使用行为,未侵犯奥特曼虚拟形象美术作品作者的著作权。但从受案法院的角度出发,其认为被告在使用涉案作品的过程中,客观上拓宽了涉案商业平台的用户流量,对于推广小熊瑞恩形象的知名度和其自主品牌有很大的促进作用,具有一定的商业目的,不符合合理使用的要件。

原因在于,被告律师是从被告引用的作品数量占自己所创作的作品数量的比重角度出发,认为被告引用部分占自己原创部分的比重较小,因而符合合理使用的构成要件;法院则是从被告引用的作品数量占被引用作者所创作的作品数量的比重角度出发,认为被告引用部分占被引用作者作品的比重较大,因而不构成合理使用。

那么问题来了,法院的这种判决思路是否完全正确,被告律师的说理观念是否值得采纳,这对于合理使用制度在我国司法实践中的应用具有重要意义。

2. 我国适当引用制度的现状

2.1. 现行著作权法的规定

根据《著作权法》第22条第1款第2项²规定可知,引用他人作品构成合理使用的条件如下:第一,要符合《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》³提到的“三步检验法”,第二,要具有目的和行

¹ 请见北京互联网法院(2020)京0491民初2234号民事判决书。

² 请见《中华人民共和国著作权法》第22条第1款第2项规定:“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:……(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;……。”

³ 请见《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》第9条第2款规定,“三步检验法”主要包括:1)合理使用只能在某些特殊情况下使用。该公约并没有规定在何种情况下使用,但按照各国立法来看,所谓的特殊情况下使用大致为个人学习研究或者欣赏而使用、为介绍、评论或者说明某一问题而使用、为报道时事新闻而使用、为学校课堂教学或科学研究翻译而使用、图书馆等为陈列保存需要而使用或者为其他非营利性目的而使用等。2)合理使用不得与作品的正常利用相冲突。3)不得损害著作权人的合法权益(署名权、作品名称权等)。中国司法实践中在适用三步检验法时,通常考虑作品使用行为的性质和目的、被使用作品的性质、被使用部分的数量和质量、使用对作品潜在市场或价值的影响等因素。”

为的双重正当性。

此外,根据我国《著作权法实施条例》第27条⁴规定可知,适当引用他人已经发表的作品,必须具备下列条件:第一,引用目的正当性。使用他人作品的目的仅限于三种情形:其一,为了介绍某一作品而引用;其二,为了评论某一作品而引用;其三,为了说明某一问题而引用。第二,引用数量的合理性。使用他人作品的部分不得成为自己作品中的主体部分或实质部分,否则可能构成实质性相似,被认定为侵权。第三,引用行为的合法性。使用他人作品的过程中,不得损害被引用作品作者的合法权益。例如,一旦消费者更倾向于通过二创作品去了解被引用作品,而不是直接通过被引用作品本身,则此时形成完全的市场替代效应,这种情形便因不具备引用行为的合法性这一要件而不构成合理使用。

2.2. 司法适用存在的问题

我国现行著作权法中关于合理使用的司法适用依然存在问题,有待于解释和阐明。

首先,引用的目的。一方面,随着实践的发展,使用他人作品的形式亦是丰富多样,不仅仅局限于《著作权法实施条例》所列举的三种情形。例如在本案中,被告引用原告被授权许可使用的奥特曼系列形象,目的是为了与自主创作的小熊瑞恩卡通角色相融合,由此创作出崭新的故事篇章。这种使用既不是为了评论和介绍原有的奥特曼形象和故事,也不是为了借用奥特曼形象去说明某一特定问题,而是引用奥特曼形象创造新的动漫故事。另一方面,无论是出于什么样的引用目的,都不可避免地面临着将二创成果公开向公众传播的问题,这是文化交流的必然性。对于《著作权法实施条例》第27条(见p. 1139脚注4)列举的第一个条件,它所反映的背后立法目的,应当主要是为了避免二创作者基于完全展示被引用作品作者的全部内容,而不包含有任何可以体现自己独立思想价值的因素。所以,笔者认为该案中被告的使用目的具有一定的正当性,原因在于:第一,被告引用奥特曼形象并不是为了向公众展示奥特曼在日本原版动漫中所固有的形象以及相关故事情节;第二,被告引用奥特曼形象是为了与自己的原创卡通角色相结合,从而创造出新的动漫作品,并且该动漫作品与奥特曼系列的日本动漫可谓是大相径庭。因此,笔者认为这种引用他人作品,并在此基础上创作出新作品的行为,具有引用目的正当性。

其次,引用的数量。我国现行《著作权法》第22条第1款第2项⁵规定中,对于什么是“适当引用”,以及“适当”的程度和标准是什么,存在一定的规范模糊性。但是在《著作权法实施条例》第27条规定中,对于“适当引用”行为的构成要件进行了明确规定,其中第二个要件涉及引用的数量问题。由此可得,如果被引用的部分构成二创作品的主要或者实质部分,则该使用行为不符合合理使用的要求。然而,对于该条规定存在异议。法条只是说明被引用的部分不能构成引用作品的主要或者实质部分,但是并没有明确限定被引用部分的特征,这是需要进一步阐明的。著作权法保护的客体是作品,而并非所有的作品均受到著作权法保护,换言之,著作权法仅保护作品中具有独创性表达的部分,除此之外,诸如涉及公共领域的素材部分,著作权法是不予保护的[1]。所以,在理解《著作权法实施条例》第27条中的第二个要件时,应当注意,只有当引用的部分系被引用作品的独创性表达,且该引用的独创性部分同时构成二创作品中的主要或实质部分,即不满足合理使用的成立要件,属于侵权行为。因此,笔者认为在本案中,法院的认定思路是值得商榷的。通过判决说理部分可知,法院的论证思路重在考察被告所引用的奥特曼系列动漫形象的数量问题,而恰恰忽略了这些被引用的部分是否构成二创视频的主要或实质部分;但是被告律师在论证的过程中则侧重于被告的引用部分是否在自己的二创视频中构成实质性的独创部

⁴ 请见《中华人民共和国著作权法实施条例》第27条规定:“出版者、表演者、录音录像制作者、广播电台、电视台行使权利,不得损害被使用作品和原作品著作权人的权利。”

⁵ 请见《中华人民共和国著作权法》第22条第1款第2项规定:“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:……(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;……。”

分。由此可见，被告律师的说理似乎更符合《著作权法保护条例》第 27 条的规范意义。

最后，引用的行为。无论是《伯尔尼公约》(见 p. 1138 脚注 3)的“三步检验法”，还是《著作权法》第 22 条第 1 款⁶的合理使用制度，都明文规定使用他人作品时，不得损害原作者的合法权益。那么何种行为属于对原作者合法权益的侵犯，需要进一步明确法律的规范意义。从经济学的角度出发，著作权人可以通过原作品行使相关权利并从中获得经济利益，文化消费者需要支付相应的对价得以接触并享用作品。如果有第三方未经作者许可，从中提供便利渠道，破坏作者与文化消费者之间的对价链条，使得消费者可以无偿接触并享用作品，则这种行为属于不合理地损害著作权人的合法权益。同样地，对于引用行为，如果存在第三方在自己的作品中大量引用他人作品，并且以支付更低的对价甚至无偿为条件，使得原作品的受众转而消费该二创作品，这就意味着原作者可以获得的的市场利益被分流和缩减，其合法权益受到了不合理的侵害。总之，存在这种市场分流和利益受损的前提是，二创作者的引用目的仅仅是为了再现原创作品，而非自己的智力成果。因此，笔者认为本案中，被告使用奥特曼形象并非是为了仅再现日本动漫中的奥特曼形象，而是借此为基础去创作新的作品，换言之，如果消费者想要观看奥特曼系列动漫，不可能通过被告二创视频中的奥特曼形象去重温童年记忆，也就是说，原告的市场不存在分流问题，其经济利益并没有受到不合理的损害。

3. 国外合理使用制度的借鉴

3.1. 美国“四要素”规则

美国 1976 年《版权法》第 107 条第 1 款⁷规定了“四要素”标准[2]。以此为基准，对比分析上述案例中被告的行为是否构成合理使用。

第一，使用行为的性质和目的。如果他人无偿使用原作品并从中谋利，则势必会对作者的可期待市场利益造成一定损害，故商业使用通常不认为是合理使用。但是，并非所有的商业使用行为都是不合理的。如果使用者的作品对原作品不具有实质性的取代性，且没有对原作品市场造成损害，则不能认为使用者的使用行为不合理。此外，根据现代著作权法鼓励创作、促进文化发展的目的看，如果过于侧重保护原作品著作权人的合法权益，而否认使用者的转换性使用，则将不利于激励新作品的创作，这会与著作权法的立法目的背道而驰。因此，笔者认为本案中，认定一个行为是否具有商业目的，不能仅从该行为是否获得经济利益的单一维度判断，而要注重分析该行为所获得收益的原因。换言之，如果后续新作品不是为了单纯展示被引用原作品部分的艺术价值和魅力，而是通过引用原作品的基础上进行新创造，那么该后续新作品获得的良好社会评价并为二创作者带来的利益，并不是因为作品中引用的原作品，而是因为这种转换性的使用所进行的二次创作是成功的。正如被告借用奥特曼形象所创作的新动漫，属于一种转换性使用，并没有分割和损害原告的市场利益，而是依靠自己的新作创收，故不存在不合理的使用行为性质和目的。

第二，被使用作品的性质。根据《著作权法》第 3 条⁸规定可得，如果是不具备独创性的公共素材，

⁶ 请见《中华人民共和国著作权法》第 22 条第 1 款规定：“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：……。”

⁷ 请见美国《版权法》第 107 条第 1 款规定：“为了批评、评论、新闻报道、教学(包括用于课堂的多件复制品)、学术或研究之目的而使用版权作品的，包括制作复制品、录音制品或以该条规定的其他方法使用作品，系合理使用，不视为侵犯版权的行为。任何特定案件中判断对作品的使用是否属于合理使用时，应予以考虑的因素包括：1) 该使用的目的与特性，包括该使用是否具有商业性质，或是为了非营利的教学目的；2) 该版权作品的性质；3) 所使用的部分的质与量与版权作品作为一个整体的关系；(4) 该使用对版权作品的潜在市场或价值所产生的影响。”

⁸ 请见《中华人民共和国著作权法》第 3 条规定：“本法所称的作品，是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以一定形式表现的智力成果，包括：(一) 文字作品；(二) 口述作品；(三) 音乐、戏剧、曲艺、舞蹈、杂技艺术作品；(四) 美术、建筑作品；(五) 摄影作品；(六) 视听作品；(七) 工程设计图、产品设计图、地图、示意图等图形作品和模型作品；(八) 计算机软件；(九) 符合作品特征的其他智力成果。”

则后续二创作者可以无需经过许可而自由无偿使用。本案中奥特曼形象的原创作者圆谷英二已于1970年1月去世,根据《著作权法》第23条第1款⁹规定可知,其对奥特曼形象享有的著作权应当至迟截止于2020年12月31日,换言之,从2021年1月1日开始,其创作的奥特曼形象便流入公共领域,成为公共素材,可以被使用人自由无偿使用。又因为日本和我国同属于《伯尔尼公约》的成员国,故我国对待本国作品与日本作品遵循国民待遇原则^[3]。此外,因为奥特曼形象存在后续作者经授权许可加以改进和创作的情形,而对于本案,应着重考虑被告所引用的奥特曼形象是否属于公共领域的素材,这直接关系到其行为本身是否构成侵权或符合合理使用。判断是否属于公共素材,还需要进一步调查取证被告二创视频中所引用的奥特曼形象是为谁所创作的,从而分析是否处于著作权保护期。

第三,被使用部分的数量和质量。根据现行《著作权法》第22条第1款第2项¹⁰规定,法律只是要求使用人作“适当引用”,却并没有对在引用作品中数量的多少进行量化规定。在司法实践中,一般认为新作品使用原作品的数量越多,尤其是使用原作品独创性的部分数量越多,则认定其构成合理使用的可能性越小。然而,笔者认为这种做法是值得商榷的。不可否认的是,司法实践中的通常做法,是认定的一个重要方面,但并非唯一判断维度。本案中,法院的判决理由,系司法实践认定的通常做法,但是根据《著作权法实施条例》第27条(见p.1139脚注4)规定可得,在认定“适当引用”的另一个重要角度是,判断被引用作品的独创性部分是否构成二创作品的主要或实质性部分。因此,在参考该法理的基础上,笔者认为,尽管被告引用了数量颇多的奥特曼形象,但其引用的目的只是借助该形象进行新作品的创作,换言之,被引用的部分并不构成二创作品的独创性或实质性部分。对于被告而言,其二创视频的独创性更多地体现在被使用的奥特曼角色与自创小熊角色的故事情节方面,而不是被引用的奥特曼角色本身。此外,即使大量引用奥特曼角色,似乎是对动漫形象的不当引用,但我国现行《著作权法》尚未设立相关形象权,并不规制引用他人涉及的动漫角色从事二创行为,换言之,此种行为并不受《著作权法》规制,利用《反不正当竞争法》保护似乎更为适宜。

第四,使用对作品潜在市场或价值的影响。如果使用他人作品进行的二创作品对原作品构成了实质性的市场替代,则构成不合理使用。例如,很多短视频进行影视剧讲解,通常表现为大量引入某一影视作品中的片段,并配上自己的文字解说,达到了简略作品呈现形式效果,这使得受众通过刷免费短视频的简介版本,即可了解到影视作品的基本内容,而放弃支付会员对价直接观看原版,从某种程度而言,这种行为构成了市场替代。然而本案中,笔者认为,被告借用奥特曼形象创作出了新作品,尽管动漫角色发生了重叠,但是该新作品的故事情节与原本奥特曼系列的日本动漫大相径庭,并不涉及市场替代问题。换言之,如果受众想要观看奥特曼日本动漫,并不会通过被告作品去了解,因此被告在涉案商业平台上的宣传,是对自己创新后故事情节的展示,而不是对奥特曼形象的展示。由此可见,被告的使用行为并没有对原作品的潜在市场利益产生实质性负面影响,相反,甚至可能对于进一步提升原创日本动漫的奥特曼形象起到推广宣传的正面积极效应。故被告构成合理使用。

3.2. 德国“稀释理论”

1965年《德国著作权法》第24条¹¹规定了自由使用制度。其原则推论是:如果这些实质性部分和

⁹请见《中华人民共和国著作权法》第23条第1款规定:“自然人的作品,其发表权、本法第十条第一款第五项至第十七项规定的权利的保护期为作者终生及其死亡后五十年,截止于作者死亡后第五十年的12月31日;如果是合作作品,截止于最后死亡的作者死亡后第五十年的12月31日。”

¹⁰请见《中华人民共和国著作权法》第22条第1款第2项规定:“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:……(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;……。”

¹¹请见《德国著作权法》第24条规定:“1)对于自由使用他人著作创作的独立著作可不经被使用的著作的著作权人的同意予以发表或使用。2)当旋律明显取自被使用的音乐著作并成为著作的基础时,这种使用不适用第(1)款。”

特征于在后作品中被充分减弱或消失，则不构成侵权[4]。这就是著名的“淡化”标准，也被称作“稀释”理论，用于侵权分析。所谓“淡化”标准，并不是指被使用作品的整体印象在新作品中淡化，而是被使用片段在被使用作品中的原本特质在新作品中淡化，此时的新作品构成自由使用。

此外，德国 1993 年的“Alcolix 与 Asterix 案”一案，标志着“自由使用”标准出现转变，即在“稀释”理论的基础上进一步发展了“内在距离”标准[5]。所谓“内在距离”标准，即尽管被使用片段能在新作品中明显呈现，但若新作品基于其自身特有的独创性，相较于被使用的创造性片段有着非常大的“内部距离”，以至于新作品依据自己的表达都可以被视为一件独立的作品时，仍可成立自由使用。由此可见，根据德国判例法和自由使用制度背后的法理，对于借用他人作品中动漫形象进行二次创作的行为，并不是侵权行为。

结合本案来看，被告虽然引用了原告被授权许可使用的奥特曼系列形象，但是被告的使用并不仅是单纯引用，而是借助其进行全新创作。然而，根据严苛的“稀释”理论，奥特曼形象在二创作品中似乎并没有被减弱或消失，因为奥特曼在新作品中依然是打击怪兽和保护群体的正义化身，其形象在前后作品中并没有形成强烈的反差变化。但是根据“内在距离”学说，一方面，被告的二创视频，将奥特曼形象与其他动漫角色有机结合，创造出崭新的故事情节，因而其自身具有较高的独创性，构成著作权法上的作品；另一方面，被告二创短视频的独创性并非是由奥特曼形象单独决定的，其独创性体现在包括奥特曼在内的众多动漫形象之间发生的故事情节，而这些故事情节均由被告作者独立创作，与原版日漫奥特曼系列视听作品相比，二者故事情节不同，各自呈现的视觉效果更不相同。根据著作权法“思想-表达”二分法原理，利用奥特曼形象打击怪兽守护正义就好比是某一主题思想，至于奥特曼与其他动漫角色的碰撞就好比是具体的故事情节，而只有这部分独创的故事情节表达才是著作权法所要保护的对象。至于完全照搬引用奥特曼形象的问题是否正当，则不是著作权法范畴内需要讨论的问题了。

4. 对我国司法适用的启示

4.1. 二创引用行为的判断基准

关于使用他人作品的“适当引用”行为的判断基准，笔者认为可以遵循以下路径：

首先，根据著作权法“思想-表达”二分法原理，判断被引用的部分是否为受保护的独创性表达。一方面，著作权法保护的是具有独创性的表达，而不保护思想，这是为了防止进行文学创作的思想垄断，阻碍创作自由；另一方面，著作权法的保护具有法定期限，而不是无限制地保护，一般而言，作品的保护期限系作者生前及直至其死亡后的第五十年的 12 月 31 日。换言之，如果超出此期限，作者的作品将流入公共领域，变成公用素材，不再受到著作权法保护，这也就意味着任何人都可以自由无偿使用。因此，如果二创作者所引用的部分系原创作者的独创性表达，且尚处于保护期间，则具备可能侵权的前提条件；反之，则属于自由使用的范畴。

其次，需要判断该引用行为的目的是什么，这里涉及是否构成转换性使用的认定问题。在认定被引用部分系受保护的独创性表达的基础上，通过以下三个步骤进一步地判断。第一步：首先应当判断，原告所主张的侵权内容的获取是通过常规复制，还是通过创造性地改造加以实现？第二步：需要进一步判断，被告的作品或者转换性使用的成果，是否通过技术性地生搬硬套加以实现？如果不是，那么是否仅为微不足道的创造性？第三步：综合上述步骤分析判断并得出结论[5]。这里存在两种可能结论。第一种情形：即被告人的引用只是单纯的模仿或者简单的机械复制，在没有其他抗辩理由的情况下，应当予以禁止。第二种情形：即如果引用的结果是一种新的创造或者至少是一种显著的转换性使用，则不应禁止它。因此，当使用他人作品中受保护的独创性表达后，其引用行为的目的是为了创作出新的作品，换言之，该行为构成转换性使用，那么可以认定为符合合理使用的性质。反之，则可能成立不当挪用的侵权

行为。

最后,需要补充说明的是,如果引用他人作品中的独创性表达,作为自己作品中的非主要或实质性部分,则不构成侵权。那么,如果将上述被引用部分,作为自己作品中独创性表达的组成部分,此时这种行为是否构成侵权呢?笔者认为,应当分类讨论,不宜一律认定为侵权。一方面,如果被引用部分在二创作品中的实质性部分,与在原作品中所呈现出的效果如出一辙,系普通阅读者无法辨别和区分,则可能构成实质性相似;反之,被引用部分虽然在原作品中属于独创性表达,但是在二创作品中,其先前的独创性特征被充分削弱和淡化,那么其更接近于合理使用,而不宜认定为侵权。此外,如何判断被引用部分的独创性特征是否在二创作品中被稀释,笔者认为,一则通过普通阅读者的整体感受综合判断,二则针对作品本身的故事情节和人物关系等设置因素进行专业分析。如果二者在故事情节和人物关系等方面不尽相同,则意味着表达存在差异,不构成实质性相似,而不能仅因为借用了原作品中的人物形象就直接认定为侵权,否则不利于鼓励二创作者的创新与创作。

4.2. 二创市场利益的保护边界

正是因为创作能够带给作者一定的经济利益,所以法律不仅赋予作者相关的著作权利,而且对于侵权者设置了配套的责任承担方式,目的就是为了保护著作权人的合法权益,鼓励更多的文学创作和繁荣文化市场。然而,过分地保护著作权人一方的利益,会导致公共利益空间的不当缩减,不利于文化的传播和交流。对于二次创作而言,这种问题就会尤为突出。文学的创作不会凭空产生,而是基于前人智慧的肩膀得以进步,因此,每一部作品的创作过程,都会受到先前作品的文学影响,不能简单因为二创作品借鉴了某一在先作品的部分因素,就盲目主张侵权赔偿。

笔者认为,在确定二创作品市场利益范围的同时,需要明确原创作品的市场利益保护边界。根据我国现行著作权法的规定,著作权人享有翻译、改编和汇编的演绎权利,基于作者原作品进行的翻译、改编而产生的作品,均属于原创作者的保护范围,即原作者享有对于这些演绎作品的市场利益获得权。换言之,需要判断的是,二创作者的作品是否亦属于原创作者的演绎作品之范畴。其中,翻译涉及不同语言的相互转换问题,本文在此不予考虑。需要重点加以考察的是,二创作品是否属于原作品的改编作品,如果结论是肯定的,那么将无所谓合理使用问题,二创作者即构成改编侵权;反之,则属于合理使用的范畴^[6]。问题就在于如何比较判断二创作品与原作品的改编作品。根据《著作权法》第10条第14项¹²关于改编权的规定,笔者认为,改编作品涉及对原作品的不同媒介之间的形式转换,因此改编作品的独创性主要体现在这种表现形式上的创新,而不宜针对原作品内容的创新,这是需要注意和加以区分的^[7]。如果既存在表现形式上的创新,亦具有对于原创内容的大幅度创新,则构成转换性使用,换言之,属于二次创作作品,应当归为合理使用的范畴。

由此可见,原作者的市场范围可以分为两类,一类是基于原作品本身而具有的市场,另一类是基于原作品的演绎作品而具有的可预期市场。至于二创作品,其既不属于原作品,亦不属于演绎作品,故具有自己独立的市场范围,因此,并不存在损害原作者的合法权利和相关市场利益的问题。

5. 结论

本文通过比较分析的法学论方法,将美国合理使用“四要素”规则与德国“稀释理论”进行借鉴,并结合本案对比分析不同的适用结果,最后从二创引用行为的判断基准和二创作品的利益保护范围两个维度给出了相应的司法认定建议。一方面,对于二创引用行为的判断基准,可以遵循的路径是:首先,需要判断被引用的部分是否属于受保护的独创性表达;其次,需要判断被引用部分在二创作品中是否构

¹² 请见《中华人民共和国著作权法》第10条第14项规定:“著作权包括下列人身权和财产权:……(十四)改编权,即改变作品,创作出具有独创性的新作品的权利;……。”

成转换性使用；最后，综合被引用部分在二创作品中的稀释程度与普通阅读者的整体感受加以认定。另一方面，对于二创作品市场利益的保护范围，需要与被引用作品的改编作品加以区分，如果二创作品不属于被引用作品的衍生作品，则其具有独立的市场，不存在对原作者合法利益的侵犯，宜认定为合理使用。除此之外，对于借用原作品中的角色形象进行二创，该形象在新作品中是否被淡化以及引入普通阅读者进行整体感受判断的标准，仍然需要进一步去阐释，以便于司法适用中能够更加具体和可操作。

参考文献

- [1] 王迁. 知识产权法教程[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2011.
- [2] 李明德. 美国知识产权法[M]. 北京: 法律出版社, 2014.
- [3] 何隽. 知识产权的国民待遇原则[M]. 北京: 清华大学出版社, 2018.
- [4] 雷炳德. 著作权法[M]. 北京: 法律出版社, 2005.
- [5] Geller, P.E. (2010) A German Approach to Fair Use: Test Cases for Trips Criteria for Copyright Limitations? *Journal of the Copyright Society of the USA*, **57**, 553-571.
- [6] 李杨. 改编权的保护范围与侵权认定问题: 一种二元解释方法的适用性阐释[J]. *比较法研究*, 2018(1): 63-75.
- [7] Rennie, D.C. (2014) This Book Is a Movie: The Faithful Adaption as a Benchmark for Analyzing the Substantial Similarity of Works in Different Media. *Oregon Law Review*, **49**, 49-90.