

# 短视频的合理使用可能性与短视频平台注意义务边界的确定

李晨天一

华东政法大学, 知识产权学院, 上海

收稿日期: 2023年12月25日; 录用日期: 2024年1月30日; 发布日期: 2024年2月19日

## 摘要

短视频具有构成合理使用的可能性, 并非所有短视频的创作均构成对长视频的侵权。对于短视频平台而言, 短视频是否构成合理使用与短视频平台的间接侵权责任并没有直接关系。判断短视频平台是否构成侵权的关键是平台是否履行了其注意义务。根据既有规则, 网络服务提供者的注意义务限于“能判断”和能以“合理成本”制止侵权行为。然而, 短视频的合理使用可能性导致了“红旗标准”和“超越红旗标准”难以适用以及“通知-删除”规则的滥用。为解决“通知-删除”规则的滥用, 明晰短视频平台的注意义务边界, 可以根据短视频的合理使用可能性, 将构成明显的非合理使用的短视频纳入短视频平台的注意义务范围。对于诸如切片类短视频这种明显的非合理使用的短视频, 短视频平台收到权利人通知后应当删除。对于其他不容易判断的情形, 短视频平台可以不删除相关短视频, 但需履行“转通知”的法律义务。在这种情形下, 即便相关短视频日后构成侵权, 短视频平台也无需承担间接侵权责任。

## 关键词

短视频, 合理使用, “通知-删除”规则, 注意义务, 间接侵权责任

## The Fair Use Possibility of Short Video and the Determination of the Boundary of Short Video Platform's Duty of Care

Chentianyi Li

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

Received: Dec. 25<sup>th</sup>, 2023; accepted: Jan. 30<sup>th</sup>, 2024; published: Feb. 19<sup>th</sup>, 2024

## Abstract

Short videos have the possibility of constituting fair use, and not all creation of short videos constitutes infringement of long videos. For short video platform, whether short video constitutes fair use is not directly related to the indirect infringement liability of short video platform. The key to judge whether the short video platform constitutes infringement is whether the platform has fulfilled its duty of care. Under the existing rules, the duty of care of Internet service providers is limited to “being able to judge” and being able to stop the infringement at a “reasonable cost”. However, the possibility of fair use of short videos has led to the difficult application of the “Red flag standard” and “beyond the Red Flag standard” and the abuse of the “notice and takedown” rule. In order to solve the abuse of the “notice and takedown” rule and clarify the boundaries of the duty of care of short video platforms, short videos that constitute obvious non-fair use can be included in the scope of the duty of care of short video platforms according to the possibility of fair use of short videos. For short videos such as sliced short videos that are obviously not fair use, the short video platform shall takedown them after receiving the notice from the right holder. For other situations that are not easy to judge, the short video platform can not takedown the relevant short video, but it needs to fulfill the legal obligation of “transfer notification”. In this case, even if the relevant short video constitutes infringement in the future, the short video platform does not need to bear indirect infringement liability.

## Keywords

Short Video, Fair Use, Notice and Takedown, Duty of Care, Indirect Infringement

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

随着互联网和移动通讯科技的迅速发展，新型应用软件以及社交平台的不断进步为短视频平台的诞生和迅速成长提供了坚实基础。短视频作为短视频平台传播的主要内容，以其内容精炼、信息量大、互动有力等特点受到了广大网络用户的喜爱。但是短视频平台的迅速发展，对传统长视频平台以及长视频权利人的利益造成了一定的冲击并产生了大量短视频著作权侵权纠纷。然而，并非所有未经许可利用长视频制作短视频的行为均构成侵权行为。著作权合理使用制度为短视频的制作传播提供了正当性基础，并且短视频具有构成合理使用的可能性。需要注意的是，短视频的合理使用可能性是对用户传播行为的判断。短视频平台作为网络服务提供者，用户是否构成合理使用与短视频平台的责任并无必然联系。短视频平台是否承担责任的关键在于合理使用是否属于其注意义务范围之内。这一问题对长视频时代下运行良好的既有规则产生了挑战。本文将增强短视频合理使用判断的可确定性，并以此为基础，在“通知-删除”规则下明晰短视频平台的注意义务边界。

## 2. 短视频及其合理使用可能性

### 2.1. 短视频的定义及其对长视频的影响

短视频在不同的视角下具有不同的定义，因此短视频并不是一个精确的法律概念。有观点认为，短视频是指长度不超过 15 分钟，主要依托于移动智能终端实现快速拍摄和美化编辑，可在社交媒体平台上

实时分享和无缝对接的一种新型视频形式[1]。然而，也有观点将短视频的时长限定在 20 分钟内[2]。可见，上述定义是从传播学的视角，根据视频时长来定义短视频。在短视频与长视频版权纠纷的视角下，时长并不是长短视频争论的关键因素。因此，本文讨论的短视频并非(长视频)制作形成的视频，其争议焦点在于其是否有构成合理使用的可能性[3]。因此，本文的讨论对象限于特定类型的短视频。按照短视频的制作素材可以将短视频分为原创类短视频和非原创类短视频。原创类短视频是指制作素材往往由制作者自行提供，制作者根据其表达愿望，对素材进行分析、选择、加工后形成的具有一定独创性的短视频[4]。在央视国际网络有限公司与暴风集团股份有限公司案中，北京知识产权法院认定了涉案短视频构成视听作品。<sup>1</sup>可见，原创类短视频的客体可版权性已经得到我国司法实践的肯定。由于原创类短视频并未根据长视频进行二次创作，不涉及对长视频构成合理使用可能性的讨论。因此本文的讨论对象是根据在先影视作品长视频制作的非原创类短视频，以下将其称为短视频。

虽然短视频基于长视频制作，但其相对于长视频而言具有自身的特点。首先，短视频内容更为精简且重点突出。短视频一般选取长视频中的精彩部分，对长视频进行删减、截取与剪辑。因此，这类短视频重点突出并且更能吸引网络用户的注意力。其次，短视频创作成本较低且传播迅速。影视作品长视频的制作往往需要耗费大量的人力、物力、财力，成本较高且创作周期较长。并且，长视频的传播往往需要更加严格的审核和复杂的授权过程。然而，短视频的制作可以由用户个人经过简单剪辑即可完成，无需耗费过多的时间成本和物质成本。在传播方面，仅需用户在短视频平台完成发布即可进行传播。因此，与长视频相比，短视频的传播周期更短且传播速度更快。而短视频的这两个特点也对长视频以及长视频平台的发展产生了一定的影响。

一方面，短视频以在先影视作品长视频为基础进行创作的行为可能落入长视频权利人专有权利控制的范围。一些短视频对长视频中精彩的片段进行切片剪辑且不经任何加工即在网络上进行传播，这种行为构成对在先影视作品复制权的侵犯。用户通过观看这些切片短视频即可了解在先影视作品的大部分内容。一些短视频对长视频剪辑并辅以解说向社会公众介绍长视频的内容。另外，一些短视频对长视频进行混剪形成了新的剧情，以搞笑、讽刺或引发讨论为目的。这些短视频虽然融入了短视频制作者自身的智力劳动和看法具有一定的独创性，但是其独创性源于在先影视作品长视频，其行为可能属于长视频权利人改编权的控制范畴。若短视频制作者未经长视频权利人的许可在网络上传播短视频，则可能侵犯长视频权利人的信息网络传播权，从而引起著作权侵权纠纷。社会公众通过利用碎片化的时间即可能了解长视频的大概内容。这些具有实质性替代作用的短视频会导致长视频的观看量减少，挤占长视频的市场，从而致使长视频平台的利益受损。另一方面，对于短视频的侵权行为，长视频权利人维权存在一定的困难。首先，短视频创作成本低、传播迅速导致短视频的侵权成本较低且难以有效制止。短视频的制作往往仅需简单的剪辑，大量网络用户均有能力对长视频进行剪辑，因此涉嫌侵权行为数量较大。这导致即使短视频平台采取相关措施也难以制止全部侵权行为。

然而，虽然未经许可制作短视频对长视频权利人产生了消极影响，但是不能否认短视频对长视频也具有一定的积极效果。短视频精简地呈现长视频中的精彩内容，能够对长视频起到宣传作用，并为长视频引流。很多经典长视频正是因网络用户制作的短视频而焕发新的生命力。更重要的是，并不是所有未经长视频权利人许可制作的短视频均构成侵权行为。《著作权法》第二十四条规定的著作权限制和例外为短视频的制作与传播提供了正当性基础。

## 2.2. 短视频的类型及其合理使用可能性分析

虽然短视频对长视频的利用可能会侵犯长视频权利人的专有权利，但并非所有未经许可利用长视频

<sup>1</sup>北京知识产权法院民事判决书(2015)京知民初字第 1055 号。

的行为均构成侵权行为。《著作权法》的合理使用制度为短视频的制作与传播提供了正当性基础。短视频对长视频的利用形式多种多样，从而形成了不同类型的短视频。以笼统的短视频概念进行讨论不足以明确短视频的合理使用问题。因此，可以对短视频进行类型划分，分别判断不同类型短视频的合理使用可能性。这样一方面可以对短视频的合理使用可能性进行一定预测，另一方面有助于明晰何种类型的短视频可以纳入短视频平台的注意义务范围之内。

### 2.2.1. 切片类短视频

切片类短视频是以在先影视作品长视频为素材，以整体或者局部的视角截取长视频的画面或片段进行不完全式播放而形成的短视频。这类短视频的创作者仅以一部影视作品为素材，对其中的内容、人物、情节等进行切片剪辑，俗称“切条”。切片类短视频通常不经加工、编辑对影视作品中具有代表性或精彩的内容进行切片，并在短视频平台上传播[5]。例如，短视频创作者将长视频切片为若干短视频后分别上传至个人主页。其他用户因偶然观看到的其中一段切片视频引起继续观看的兴趣，可以通过进入创作者主页进行连续观看。

对于切片类短视频的合理使用问题，存在一定的争议。大部分观点认为切片型短视频难以构成合理使用[6]。根据《著作权法》第二十四条，构成适当引用须以“介绍、评论或说明”为目的。在引用目的方面，单纯切片剪辑的短视频并没有形成创作者对自己思想的表达。切片类短视频仍属于再现原影视作品长视频的美感与表达，甚至仅构成对长视频片段的复制。因此，切片类短视频不属于我国《著作权法》规定的“适当引用”的情形。由于切片类短视频是对长视频片段的简单复制，并且通过用户的主页公众可以通过连续播放的方式获得长视频的实质内容。因此，切片类短视频会影响长视频作品的正常使用，从而影响著作权人的合法权益[7]。在司法实践中，法院也从不同的角度认定切片类短视频不构成合理使用，构成对长视频的侵权行为。一是，切片类短视频会对长视频产生实质性替代，形成市场替代作用。在优酷公司与上海聚力公司案中，北京知识产权法院认为：“被诉侵权短视频均系对涉案作品的选取剪切生成，且多为涉案作品的内容浓缩和核心看点，连续点击观看即可基本获得涉案作品的大致内容，与涉案作品具有较高相似性，甚至可以替代涉案作品，被诉侵权短视频从使用方式上并非为了说明、介绍、评论作品或问题，而是为呈现涉案作品受著作权保护的表达，从使用程度上也明显超出合理的范围。”<sup>2</sup>

二是，如果切片类短视频用于商业目的，即便引用比例较低仍不构成合理使用。在银河长兴公司与益游嘉和公司案中，被告益游嘉和公司未经许可在抖音平台上使用了涉案动画作品片段，时长分别为30秒、5秒、4秒。北京互联网法院认为：“未经许可使用他人动画片段用于游戏宣传，即使使用的片段时长不长，仍然构成著作权侵权。商家对其开发运营的游戏进行宣传，发布宣传短视频，目的是在短时间内突出游戏制作精良，迅速吸引用户眼球，但是未经许可利用他人作品谋取利益，构成侵权行为。”<sup>3</sup>

三是，从转换性使用的角度认为切片类短视频未进行实质性的转换和改变。在杭州菲助公司诉培生公司案中，北京知识产权法院认为：“由于涉案短视频并未改变涉案图书表达的信息和内容，亦未对其教育功能进行实质性的转换和改变，且使用数量较大，缺乏必要性和适当性，使用过程中也没有指出著作权人，故不构成合理使用。综上，杭州菲助公司的主张不能成立，其通过涉案APP向用户提供了涉案图书的主要内容，侵害了培生公司享有信息网络传播权。”<sup>4</sup>

由此可见，我国目前法律规定以及司法实践案例，将大部分切片类短视频判定为侵权行为。因此，这类短视频构成合理使用的可能性较小。但是有观点认为，这种传播长视频片段的行为在符合特定条件

<sup>2</sup>北京知识产权法院民事判决书(2021)京73民终4062号。

<sup>3</sup>北京互联网法院民事判决书(2021)京0491民初19062号。

<sup>4</sup>北京知识产权法院民事判决书(2019)京73民终2549号。

下未必不构成合理使用[8]。例如在谷歌数字图书馆案中,虽然使用者实施的是传播他人作品片段的行为,但人民法院依然认定使用者的行为构成合理使用。<sup>5</sup>可见,切片类短视频在特殊的情况下有可能构成合理使用。在美利坚大学传播学院社交媒体中心发布的《合理使用制度在网络视频领域中的最佳实践准则》(Code of Best Practices in Fair Use for Online Video,以下简称“准则”)报告中指出,为引发讨论或为纪念、保存特定经验、事件、文化现象而复制、引用、转发作品或其片段的短视频在符合特定条件下可以构成合理使用[9]。例如,网络用户上传影视作品的某一片段并辅以标题提出问题,从而引发评论区的讨论。从转换性使用的角度考虑,若这种短视频足以引起与原作品表达不同的讨论内容,则该视频具有一定的转换性。并且若复制、引用、转发作品或其片段的数量在表达目的范围内则有可能构成合理使用。这在美国的判例中已有体现,原告怪兽通信公司(Monster Communication)以拳王阿里赛事生涯中最知名的一场比赛为主题摄制一部电影作品。被告特纳公司(Turner)就阿里的一生制作了纪录片,使用了电影中的比赛片段作为素材。原告认为该行为构成侵权,但法院指出,拳王阿里是受公众关注的人物,其传记具有公益效果和教育价值,故使用行为合法,驳回了原告的禁令请求。<sup>6</sup>因此,在特定目的下复制、引用、转发作品片段的切片类短视频具有构成合理使用的可能性。

综上所述,切片类短视频并不属于我国法律规定的合理使用类型。虽然其在特定情况下具有构成合理使用的可能性,但是我国司法实践中一般认为切片类短视频构成对长视频的侵权。因此,这类短视频构成合理使用的可能性较小,传播切片类短视频的侵权风险较高。

### 2.2.2. 混剪类短视频

混剪类短视频是指根据制作者的思想确定相关主题,并在若干影视作品的基础上进行剪辑、拼接而形成的短视频。这类短视频具体表现为混剪(mash-up)、重混(remix)等方式制造的短视频。《准则》将该类短视频描述为“为了重新组合元素而引用,使之成为一部新的作品”。《准则》将这一行为比喻为艺术领域的拼贴画。混剪类短视频的判断具有一定的复杂性,需区分具体的情况对其合理使用可能性进行分析。

首先,以介绍、评论或说明为目的的混剪类短视频。以介绍、评论为目的的混剪类短视频,例如对一些电影、电视剧的内容进行概括介绍或评论等,如“XX分钟带你看完一部电影”系列视频。这类视频具有一定的复杂性和特殊性,将在下文“解说类短视频”中进行具体论述。说明类混剪短视频是指将若干影视作品剪辑在一起,用于说明某一问题,具有一定的总结、类比或评价作用。典型类型例如“年度XX类电影回顾”。以说明为目的的混剪类短视频符合《著作权法》第二十四条规定的适当引用的引用目的。这类短视频并非为了展示原作品的表达或美感,而是为了总结或说明与原作品无关的其他问题,从而形成新的表达。因此,其符合适当引用的条件,属于《著作权法》规定的法定类型。同时,运用原作品的片段较少,不会对原作产生实质性替代作用,不会影响原作的正常使用,也不会不合理地损害著作人的合法权益。因此,具有构成合理使用的可能性。

其次,拼贴画式的混剪类短视频。这类短视频通常以某一主题为切入点,对不同影视作品的片段剪辑拼贴在一起,配合相应的背景音乐从而形成一段新的短视频。例如,将某一演员在不同影视作品中的哭戏进行剪辑拼贴而形成的“XX演员的哭戏合集”。这种拼贴画式的短视频并不属于我国《著作权法》第二十四条规定的适当引用。在引用目的方面,这类短视频并没有介绍、评论或说明某一问题。这类短视频的目的仍是再现某一演员在某一作品中所呈现的美感,利用的仍是原作品的表达。在引用程度上,适当引用要求在自己创作过程中引用合理长度的作品片段,而不允许完全或主要以他人作品代替自己的创作。因此,将他人作品中的内容加以拼接的行为并不是创作中的适当引用。引用的目的应当限于“介

<sup>5</sup>北京市第一中级人民法院民事判决书(2011)一中民初字第1321号。

<sup>6</sup>Monster Communs., Inc. v. Turner Broadcasting Sys., 7935 F. Supp. 490, 493-494 (S. D. N. Y. 1996).

绍、评论和说明”，而不是单纯地向读者展现被引用作品本身[10]。因此，根据我国的司法政策，虽然这种混剪类短视频不符合三步检验法的第一步，但是可以结合四因素说判断其是否符合合理使用的扩张情形，并再次判断其是否符合三步检验法的后两步。在四因素判断中，被使用作品的性质是辅助性的判断要素，不满足这一要素仍有可能构成合理使用。而混剪类短视频在使用部分的数量和质量、使用行为的性质和目的以及使用对作品潜在市场或价值的影响需结合具体案件事实进行判断。其中，判断的关键在于使用行为的性质和使用目的判断。在这一因素判断中，可以利用转换性使用理论。判断混剪类短视频是否具有转换性，应根据剪辑后的视频与原有作品目的重合度加以判定。重合度越低，意味着作品的转换性越高，对原有作品市场的影响就越小，越有可能构成合理使用。如果视频剪辑者仅利用作品本身的吸引力，如精彩影视片段对粉丝群体的吸引力，或歌曲本身传递的情感吸引力，则未产生新含义，不能被认定为合理使用。因此，如果某个混剪类视频是若干切片类视频的集合，这种短视频仍是利用长视频作品本身的吸引力。因此，这种混剪类短视频构成合理使用的可能性较小。但是，若对其他影视作品片段的拼贴产生了脱离原有作品范围的新含义，具有目的上的转换性，则可能构成转换性使用。例如利用影视作品中的若干人物片段进行剪辑和整合从而形成新的剧情，产生了具有嘲讽表演性质的短视频。这类短视频所运用的片段所达到的效果与该片段在原作中所表现的效果不同，因此不会对原作产生实质性替代，并且不会与原作品在市场上发生冲突。因此，具有构成合理使用可能性。

由此可见，混剪类短视频并不属于我国法律明确规定的情形，其需要运用四因素说进行扩张性判断。而在这一过程中会涉及到国外转换性使用理论的运用，同时需要再次进行三步检验法中后两步的判断。其判断过程具有一定的复杂性，但不排除其在特殊情况下构成合理使用的可能性。

### 2.2.3. 解说类短视频

解说类短视频是基于在先影视作品创作形成新作品的短视频[3]。解说类短视频虽然仍需对长视频进行切片和剪辑。但是上述类型短视频不同的是，短视频创作者往往在剪辑长视频部分画面或片段的基础上融入自己的思想、观点，从而形成具有独创性的表达。

在实践中，影视解说类短视频是解说类短视频的主要形式。这类短视频又可以分为剧情主导型和评论主导型两类。对于主要解说影视作品剧情的短视频，其可能对影视作品的剧情发展进行具体的介绍从而再现长视频的内容和美感，可能构成对长视频的演绎。未经长视频权利人许可，对长视频的剧情介绍若产生了实质性替代作用，可能影响长视频权利人的合法权益，从而构成侵权行为。而对于评论主导型的解说类短视频其可能仅就影视剧中的价值观念、历史文化、艺术风格进行评论。这种情形往往较容易符合适当引用的情形，从而构成合理使用。不过剧情主导类和评论主导类的界限存在一定的模糊性，有一些解说型短视频往往夹叙夹议，因此需按照法律规定具体判断。因此，解说类短视频具有构成合理使用的可能性，但其判断仍具有一定的复杂性。

解说类短视频中，讽刺模仿型短视频的定性存在较大的争议。实际上，讽刺模仿类短视频实际上是解说类短视频的一种特殊形式。通常认为，讽刺模仿型短视频是戏仿作品的表现形式之一。这类视频通常以诙谐幽默的语言对原影视作品的情节、人物、价值观念等进行挖苦、讽刺，以批判的视角向公众展示原影视作品。比较具有代表性的讽刺模仿型视频如博主谷阿莫的短视频作品、《一个馒头引发的血案》等。讽刺模仿型短视频在一定程度上也会体现影视作品剧情，但与影视主导类短视频客观陈述剧情不同，讽刺模仿类短视频以创作者自己的视角戏谑地表达剧情内容，因此不同创作者对相同的剧情的表达也各不相同，蕴含着创作者自己的风格和态度。讽刺模仿型短视频在创作过程中引用影视作品片段并展示影视作品剧情，在叙述部分夹杂创作者自己的感情与评价，属于以“介绍，评论”为目的引用他人作品。但是，对于这类视频的引用是否“适当”存在争议。以谷阿莫的影视解说视频为例，一种观点认为，谷

阿莫的短视频在剧情方面可以完整展现影视情节发展脉络，构成被引用作品的实质性部分，在引用程度上不适当[11]。另一种观点以“转换性使用理论”为视角，认为讽刺模仿型视频体现新的美学观点和价值，转换性程度较高，构成适当引用[12]。可见，在合理使用类型认定上，对于讽刺模仿型短视频是否属于法律规定的特殊情形存在争议。因此，虽然讽刺模仿型短视频法律性质存在一定的复杂性，但仍不排除其具有构成合理使用的可能性。

#### 2.2.4. 引用说明类短视频

引用说明类短视频是指使用他人受版权保护的材料进行说明或举例。例如某博主在讲述清朝女性护甲的作用时辅以《甄嬛传》等清宫影视剧的片段，并加以举例说明。这类短视频通常符合《著作权法》第二十四条规定的适当引用情形。在这类短视频中，影视作品片段伴随着作者的讲解和其他画面仅仅出现几秒钟，并不会对原作品产生实质性替代作用，从而未影响作品的正常使用，并且不会损害著作权人的合法权益。

综上所述，短视频对长视频的利用一方面可能落入在长视频专有权利的范畴。未经长视频权利人的许可擅自使用长视频权利人作品，可能构成侵权行为。另一方面，制作短视频的行为均构成侵权行为。根据上述分析，短视频具有构成合理使用的可能性。在实践中，不同类型的短视频构成合理使用的可能性大小不同，并且判断的难易存在差异。而这也对短视频平台间接侵权责任的认定具有一定的影响。

### 3. 合理使用可能性与短视频平台责任的关系

根据上文的论述，短视频具有构成合理使用的可能性，构成合理使用行为的主体是网络用户。在现实生活中，大部分短视频属于用户生成内容，是由用户进行创作并通过信息网络存储服务提供者上传至网络进行传播。因此，大多数情形下，短视频的真正传播主体是网络用户，短视频平台仅作为网络服务提供者对短视频的传播起到一定的帮助作用。

在短视频与长视频的侵权纠纷中，由于用户个人信息难以掌握，权利人通常以短视频平台作为被告追究其侵权责任。法院在判断短视频平台责任时，通常需判断实施直接侵权的网络用户是否构成著作权侵权。而在判断用户对长视频的使用是否构成侵权时，通常需判断用户制作的短视频是否构成对长视频的合理使用。若短视频对长视频的利用构成合理使用，则用户不存在对长视频权利人的著作权侵权行为，那么短视频平台作为网络服务提供者也无需承担间接侵权责任。若短视频对长视频的利用不构成合理使用，则用户构成对长视频权利人著作权直接侵权，此时网络服务提供者是否承担间接侵权责任需要判断其对网络用户的侵权行为是否具有过错。而判断网络服务提供者是否具有过错，需考虑其是否履行了其应尽的注意义务。我国目前的司法实践即为这一裁判思路。在腾讯公司诉抖音平台案中，<sup>7</sup>法院即先判定被控侵权短视频并不属于介绍、评论涉案作品长视频或为说明某一问题对涉案作品进行适当引用，公众可以通过在线观看被控侵权视频观赏涉案作品的部分内容，被控侵权视频对涉案作品具有一定的替代性影响，因此用户的行为构成直接侵权。而在认定被告抖音平台的间接侵权责任时则根据“红旗标准”和“通知-删除”规则认定被告抖音平台未尽到合理的注意义务，从而构成帮助侵权。

由此可见，用户上传的短视频是否构成对长视频的合理使用与短视频平台责任之间没有必然联系。即使用户行为不属于合理使用从而构成侵权行为，若短视频平台对用户行为不具有过错，则短视频平台不具有间接侵权责任。因此，问题的关键在于短视频的合理使用是否属于短视频平台注意义务，而这要从短视频平台的注意义务范围进行考虑。

<sup>7</sup>山东省青岛市中级人民法院民事判决书(2021)鲁02民初2258号。

## 4. 合理使用可能性对短视频平台注意义务的影响

短视频平台作为网络服务提供者并没有实施直接侵权行为。因此法院在认定用户直接侵权的基础上，需进一步判断短视频平台的间接侵权责任。判断间接侵权责任的关键在于网络服务提供者过错的认定，过错认定的基础在于平台的注意义务范围。在长视频时代下，网络服务提供者注意义务范围以“能判断”为前提。然而，短视频合理使用可能性对网络服务提供者的判断能力提出了挑战。因此，短视频的合理使用判断是否属于平台的注意义务范围是这一部分需要解决的重点问题。

### 4.1. 短视频平台的注意义务范围

一般认为，网络服务提供者对用户的行为仅负有注意义务，而不负有审查义务<sup>[13]</sup>。网络服务提供者是否履行其注意义务通常判断网络服务提供者对用户侵权行为是否构成明知或应知。明知或应知通常根据“红旗标准”、“通知-删除”规则和“超越红旗标准”进行判断，而这三项规则均要求网络服务提供者“能判断”并且能够以“合理成本”制止侵权行为。

根据“红旗标准”，在客观上需用户实施的传播行为是较为明显的侵权行为。即从“一般理性人”的视角进行判断，侵权行为是明显的，例如用户个人上传热门、完整的影视作品。在主观上需网络服务提供者能够发现用户的侵权行为，例如网络服务提供者对特定作品投放广告获得利益的行为。在这种情况下，网络服务提供者具有较高的注意义务，应当发现其平台上较为明显的侵权行为。因此，“红旗标准”所确定的网络服务提供者注意义务要求网络服务提供者“能判断”较为明显的侵权行为。对于不属于“热播”、“档期”的影视作品，一般无法适用“红旗标准”，则需要通过“通知-删除”规则进行解决。

“通知-删除”规则是指权利人的有效通知可以使网络服务提供者确切知道其平台中存在特定侵权行为。权利人通过提交相应的作品权属证明，即可让网络提供者判断用户的行为是否构成侵权，并采取相应的措施。因此，“通知-删除”规则亦要求网络服务提供者“能判断”用户上传内容的合法性。由此可见，“能够判断”用户上传内容的合法性是网络服务提供者履行注意义务的前提条件之一。若相关侵权行为是网络服务提供者不能判断的，即便网络服务提供者没能有效制止相关侵权行为，那么不具有过错。

“超越红旗标准”是在用户行为不符合“红旗标准”的情况下根据网络服务提供者的商业模式认定其侵权责任的规则。与“红旗标准”和“通知-删除”规则用于判断网络服务提供者对用户上传的特定内容是否具有过错不同，“超越红旗标准”主要用于判断网络服务提供者对不特定内容的概括性过错。

“超越红旗标准”要求采取特定商业模式的网络服务提供者在付出合理成本的情况下能够根据片名、时长判断用户的侵权行为，并采取相应的措施。合理成本是指在注意义务基本原则下，网络服务提供者判断用户侵权行为的支出与其商业模式相匹配<sup>[13]</sup>。因此，根据“超越红旗标准”，“合理成本”是判断网络服务提供者注意义务范围的要素之一。若相应行为导致网络服务提供者的成本过度增加，则该行为不属于网络服务提供者注意义务的范围。

综上所述，根据现有规则，短视频平台作为网络服务提供者，其注意义务范围限于“能够判断”用户的侵权行为，以及在“合理成本”范围内能够制止用户的侵权行为。

### 4.2. 短视频侵权判断中既有规则的适用困境

由于短视频存在构成合理使用的可能性，“红旗标准”和“超越红旗标准”实际上难以适用于短视频平台对侵权视频责任的认定。这一方面体现在短视频的合理使用可能性导致其无法构成明显的侵权行为，即客观上无法构成“红旗”。另一方面体现在若因短视频的商业模式而要求短视频平台采取相应的



过滤措施会使其负担过高的成本。

首先，短视频平台无法判断短视频是否属于明显的侵权行为。这是因为短视频的合理使用可能性导致其在侵权认定方面具有不确定性，导致其不可能构成明显的侵权行为。另外，合理使用判断具有一定的复杂性，短视频合理使用问题在我国司法实践中判断的难度主要体现在我国司法裁判依据不统一方面。虽然我国法律明文规定判断合理使用的标准为“三步检验法”，但是根据2011年最高人民法院发布的相关规定，可以运用美国“四因素说”扩张合理使用的具体情形。对这条规定的不同理解，导致在司法裁判中产生了法定主义与灵活主义两种不同的立场<sup>[11]</sup>。法定主义坚持适用《著作权法》封闭式立法结构，严格适用“三步检验法”，认为使用行为首先必须属于法律明文规定的情形，否则不构成合理使用。然而，对于如何适用“三步检验法”，裁判过程中仍存在争议。一种理解认为“三步检验法”三个步骤之间是具有层级的位阶关系，即使用行为若不属于法律规定的特殊情形，则不必继续进行“后两步”的判断。另一种观点认为“三步检验法”三个步骤之间是同一层级的并列关系，即三个步骤需逐一判断，综合考虑后得出结论。以西安佳韵社公司诉上海箫明公司案为例，上海箫明公司通过“听声识剧”软件向公众提供时长1分钟影视作品片段。一审法院认为该行为并非以介绍、评论为目的而适当引用他人作品，从而认定该行为侵权；而二审法院认为该行为虽不属于适当引用，但“不影响作品正常使用”以及“不影响作者合法权益”，从而认定该行为属于合理使用行为。<sup>8</sup>由此可见，“三步检验法”作为我国法律规定的合理使用判断标准具有一定的复杂性。灵活主义则采取前述《发挥知识产权审判职能意见》的规定，引入美国“四因素说”对具体案件进行判断。这种观点认为“四因素说”具有一般原则的作用，可以通过其规定扩张法律规定的行为。除此之外，还有法院直接运用“转换性使用”理论进行裁判。在杭州菲助有限公司与培生有限公司信息网络传播权纠纷二审判决中，对于菲助公司提出对培生公司作品的使用行为构成转换性使用的观点，北京知识产权法院认为：“被告未对作品的教育功能进行实质性转换，且使用数量较大，缺乏必要性与适当性，因此不构成合理使用。”<sup>9</sup>由此可见，合理使用的判断问题具有一定的复杂性，法院作为权威公权力机关在裁判过程中尚且难以统一观点，短视频平台作为网络服务提供者这一私主体更是不能判断用户行为是否构成合理使用。而“红旗标准”客观上要求侵权行为如同“红旗飘扬”一般明显，主观上要求网络服务提供者具有明知或应知的状态。根据上文论述，短视频在客观上无法构成“红旗”，在主观上难以认定网络服务提供者明知或应知。因此，短视频不属于“红旗标准”所要求的短视频的注意义务。

其次，从“超越红旗标准”的视角看，若将合理使用纳入短视频平台注意义务，会不合理地加重短视频平台的运营成本。虽然短视频的制作和传播可能构成对长视频的侵权，但是并非所有未经授权使用长视频均构成侵权行为。因此不能因短视频平台的商业模式而认为其对平台上的所有视频的侵权均有过错。由于短视频合理使用判断的复杂性，要求短视频平台采取过滤措施进行识别并不合理。在腾讯公司诉抖音平台案中，山东省青岛市中级人民法院认为：“短视频相对于长视频来说，构成合理使用的情形更为复杂，被告作为平台经营者对于筛选出来的视频是否构成侵权难以作出准确判断。构建良性的网络视频版权生态，需要权利人、平台经营者、网络用户的共同努力，如果对平台经营者设定过高的审查义务，不利于鼓励创作者的积极性、作品的传播和互联网及文化产业的发展。在被告已经将涉案侵权视频予以删除，原告要求被告采取过滤、拦截等有效措施制止用户在涉案平台上传和传播侵权视频诉讼请求不予支持。”<sup>10</sup>由此可见，我国司法实践中，并不要求短视频平台在“超越红旗标准”下采取过滤措施，否则将给短视频平台造成不合理的成本与负担。因此，“红旗标准”和“超越红旗标准”较难适用于短

<sup>8</sup>北京知识产权法院民事判决书(2020)京73民终1775号。

<sup>9</sup>北京知识产权法院民事判决书(2019)京73民终2547号。

<sup>10</sup>山东省青岛市中级人民法院民事判决书(2021)鲁02民初2258号。

视频平台的侵权责任。

最后，短视频时代下，短视频的合理使用可能性会导致“通知-删除”规则的滥用。在“红旗标准”无法适用的前提下，若权利人指出特定的侵权视频，则相关视频应当引起网络服务提供者更多的注意。因此，短视频平台的责任可以通过“通知-删除”规则进行判断。随着互联网技术的发展和用户创作内容的增多，短视频平台中存储海量短视频并且其合理使用的判断具有一定的复杂性。在“通知-删除”规则下，如果短视频平台在接到通知后立即删除了被控侵权短视频，则无论该短视频最终是否构成合理使用，短视频平台均不承担责任。然而，“通知-删除”规则中，“删除”并不是网络服务提供者的义务。网络服务提供者可以不删除权利人通知的被控侵权视频。而不删除的法律后果是，若该行为构成侵权行为，则网络服务提供者不能免责。面对权利人发出的大量侵权通知，短视频平台为节约时间成本以及免责可能会不加判断的删除短视频。这会导致“通知-删除”规则的滥用。

## 5. 针对“通知-删除”规则滥用问题的解决措施可行性分析

“通知-删除”规则的滥用主要源于短视频合理使用判断的复杂性和不确定性。“删除”并不是网络服务提供者的义务，即使网络服务提供者没有删除相关视频，也不意味着其一定会承担相关责任。网络服务提供者是否承担责任的关键是过错的判断。因此，问题的关键在于在这种情况下何种类型的短视频属于短视频平台的注意义务范围。因此为了应对短视频合理使用的不确定性，限制“通知-删除”规则的滥用，明晰短视频平台的注意义务边界，有以下三种解决措施。

第一种措施是具有合理使用可能性的短视频均不适用“通知-删除”规则。根据这种措施，若权利人认为用户短视频侵权，权利人不能通知短视频平台要求删除相关短视频。权利人应直接联系短视频创作者或者向法院申请诉前禁令，以达到阻止相关短视频进一步传播的目的。并且，在日后进行的诉讼中，由权利人举证否定用户短视频的独创性。这种方式能够减轻短视频平台的工作，防止短视频被随意删除。但这种方式存在很多弊端。首先，这种措施不合理地大量增加了权利人的维权成本。面对海量用户创作内容，涉嫌侵权短视频的用户也是大量的。因此，由权利人自身联系海量侵权用户或申请诉前禁令会耗费权利人大量的时间成本。其次，这种做法会导致法院诉讼案件激增，浪费司法资源。最后，这种方式不利于迅速阻止侵权短视频传播，增加权利人和用户的诉讼负担。因此，这种措施的合理性欠佳。

第二种措施是即使短视频具有合理使用可能性，网络服务提供者收到通知后也需删除相关短视频。在这种措施下，短视频用户可以通过“反通知-恢复”程序进行救济。这种措施的好处是可以减少网络服务提供者判断短视频是否构成合理使用的成本，从而迅速删除，阻止侵权结果的进一步扩大。但是这种措施会导致权利人和用户之间利益的失衡。“反通知-恢复”制度是特例，很少有短视频用户会通过这种方式进行救济。因为用户进行“反通知”后，即使网络服务提供者恢复了其已被删除的短视频，用户仍有可能面对被起诉的风险。而短视频的制作成本较低，但是用户应诉的成本较高。即使用户创作的短视频构成合理使用，用户也不愿意通过“反通知”或者诉讼等高成本的方式进行救济。相反，用户会接受网络服务提供者删除短视频，以防止后续的侵权风险。因此，这一措施在实践中不具有可行性。

第三种措施是建立“用户避风港”制度。“用户避风港”制度是对短视频的合理使用情形进行分类确认，认定何种类型的短视频属于明显的合理使用行为。例如美国学者认为，粉丝制作的演绎作品、适当评论批评他人作品等情形属于“用户避风港”制度中明显的合理使用情形。若权利人的通知针对的是明显构成合理使用的作品，则会否定“权利人通知是基于主观善意”的条件<sup>[14]</sup>。设定“用户避风港”制度的目的并不是增加或限制法律规定的合理使用情形，而是增加用户内容合理使用判断的确定性。“用户避风港”制度没有绝对肯定或者否定特定类型短视频是否构成合理使用。该制度可以确定明显构成合

理使用或明显构成非合理使用的短视频，从而足以引起权利人和网络服务提供者的注意。基于该制度，权利人和网络服务提供者更加容易判断是否发出通知维权，或是否删除相关短视频以免除责任。因此，基于短视频合理使用可能性分析建立“用户避风港”制度更加具有可行性。美国学者的“用户避风港”条款从正面确认了明显构成合理使用的短视频类型，其作用在于否定权利人的善意声明。然而我国“通知-删除”规则并不要求权利人发出通知基于善意。我国“通知-删除”规则主要用于认定网络服务提供者在面对侵权内容时，是否履行了注意义务，从而认定其是否具有过错。因此，我国可以从反面确认明显的非合理使用情形，纳入网络服务提供者“通知-删除”规则下的注意义务范围，并通过司法解释等形式予以确认。

## 6. “通知-删除”规则对不同合理使用类型短视频的适用逻辑

### 6.1. 明显的非合理使用情形及“通知-删除”规则的适用

虽然根据上文论述，各类短视频均具有构成合理使用的可能性，但在司法实践中有的短视频通常会被法院认定为侵权行为，构成合理使用的可能性较小。那么合理使用可能性较小的短视频应属于短视频平台的注意义务范围，例如单纯切片类短视频。首先，这类短视频的类型表现明显、特点鲜明，短视频平台接到权利人通知后即可认定这种短视频为切片类短视频。其次，司法实践中切片类短视频构成合理使用的可能性较小，大部分切片类短视频被法院认定为侵权。因此，关于切片类短视频涉嫌侵权的通知，足以引起短视频平台的注意。短视频平台应考虑到这类短视频具有较高的侵权可能性，需采取必要措施立即删除。若其没有删除，则没有履行注意义务具有过错，从而承担间接侵权责任。根据上文所述，由于切片类短视频在符合特定条件下具有合理使用的可能性，短视频平台对其删除可能会导致误删的情况发生。但是这并不意味着短视频制作者没有救济途径。短视频制作者可以通过“反通知-恢复”程序进行救济。但即使是长视频时代，用户进行“反通知”仍属于少数情况。因此，寄希望于“反通知-恢复”程序这一特例解决短视频时代下普遍存在的问题，并非最优方式。

### 6.2. 其他不容易判断的情形及“通知-删除”规则的适用

其他不容易判断的情形是指，由于合理使用判断的复杂性，基于当前的行业标准无法判断是否构成合理使用的短视频。这类短视频即属于非明显的合理使用情形。而对于司法实践中合理使用较难判断的短视频，若这类短视频最终并未被法院判定为侵权行为，则短视频平台未删除不承担责任，这一点并无争议。若这类短视频最终被法院判定为侵权行为，而短视频平台却未删除，短视频平台是否具有过错？即便短视频平台对这类短视频不具有注意义务，是否可以“视而不见”或仍需履行其他法律义务？

这种情况所产生的问题是，短视频平台在接到通知后并未删除，在客观上对侵权视频的传播起到了一定的帮助作用。在故意侵害他人权利的情形中可以根据违法性径行认定侵权行为。然而在过失侵害他人权利的情形，违法性的成立，须以行为人未尽避免侵害他人权利的注意义务为必要<sup>[15]</sup>。因此，需要进一步探讨行为人违法性与过失之间的关系。有观点认为，违法性可以推定过失，即将客观行为的违法性作为判断过失的一种方法<sup>[16]</sup>。其本质是法官依据法律、行政法规确定的行为标准来认定被告在具体情形中的过失。例如在个人信息处理者没有履行相应的义务以实现个人在个人信息处理活动的权利，或者存在违反关于保护个人信息安全的义务的法律规范或者关于个人信息保护影响法律规范的行为时，可以对其使用违法推定过失<sup>[16]</sup>。即违反保护个人信息的相关法律规范，个人信息处理者就具有过失。然而，个人信息处理者可以通过举证已尽到相应法律义务而推翻该过失推定。与上述情况类似，短视频平台的行为在客观上具有违法性，可以运用客观行为的违法性推定其主观上至少具有过失。但短视频平台可以证

明虽然其在客观上违法，但是主观上对合理使用情形的判断不具有过失，并且已经履行了应尽的法律义务，从而免于承担侵权责任。过失的判断通常需考查短视频平台的注意义务。民法上的注意义务以善良管理人之注意为标准，即行为人应具其所属职业、行业，某种社会活动的成员或某年龄层通常所具的智力能力[15]。对短视频平台而言，善良管理人之注意通常为其是否达到其行业标准的注意义务。如果相关合理使用情形是短视频平台行业通常可以判断的，例如上文所述的单纯切片类短视频，则短视频平台未删除具有过错，应承担侵权责任。但是这并不意味着短视频平台接到权利人的通知后即具有实质性审查短视频版权合法性的义务。“通知-删除”规则的制度本质是由权利人承担制止侵权行为的成本。对于合理使用的判断也应属于权利人的义务范围之内。因此，在短视频侵权情况下，权利人的通知中需附有认为相关短视频不构成合理使用的理由。对于非明显的合理使用情形，如果具体情形超出了短视频平台行业的判断能力，即短视频平台阅读权利人通知中的理由后，仍旧无法判断是否删除。在这种情况下，即使短视频平台没有删除，那么短视频平台也不具有过错。但是这时短视频平台负有“转通知”的义务。短视频平台应当将权利人的通知内容转通知给用户，由用户自行判断其行为是否构成侵权。此时，短视频平台即履行了法律义务，即使最终该行为构成侵权行为，短视频平台未删除也不承担间接侵权责任。

## 7. 结语

短视频的迅速发展对长视频平台及其权利人的利益造成了一定的不利影响。但是并非所有未经许可利用在先影视作品长视频的行为均构成侵权，无论何种类型的短视频均具有构成合理使用的可能性。对于短视频平台而言，其是否对用户的侵权行为承担责任关键在于其是否具有过错，即是否履行了相应的注意义务。对于较为明显的非合理使用的特定类型，例如切片类短视频可以纳入短视频平台的注意义务范围之内。对于其他情形，需以短视频行业的通常注意水平进行具体判断。而对于短视频平台根据权利人通知仍无法判断的合理使用情形，短视频进行“转通知”后，即可以认定其履行了法律义务。在短视频平台未删除这类视频的情况下，即便日后这类视频被法院认定为侵权，短视频平台也不必承担间接侵权责任。

## 参考文献

- [1] 孙飞, 张静. 短视频著作权保护问题研究[J]. 电子知识产权, 2018(5): 65-73.
- [2] 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.
- [3] 陈绍玲. 短视频版权纠纷解决的制度困境及突破[J]. 知识产权, 2021(9): 17-30.
- [4] 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.
- [5] 陈丽丹. 二次创作类短视频侵权之二维视角及应对措施[J]. 新闻与传播评论, 2022, 75(6): 17-25.
- [6] 熊琦. “视频搬运”现象的著作权法应对[J]. 知识产权, 2021(7): 39-49.
- [7] 黄亚洲. 二次剪辑短视频的侵权认定与治理要点[J]. 青年记者, 2021(18): 91-92.
- [8] 陈绍玲. 短视频著作权纠纷解决路径探究[J]. 中国出版, 2021(17): 10-14.
- [9] Center for Social Media: “Code of Best Practices in Fair Use for Online Video”. <https://cmsimpact.org/code/code-best-practices-fair-use-online-video/#ONE-Commenting-on-or-Critiquing-of-Copyrighted-Material>
- [10] 王迁. 知识产权法教程[M]. 第七版. 北京: 中国人民大学出版社, 2021: 287.
- [11] 罗祥. 影视解说视频合理使用的困境与出路——由首例“图解电影”案引发的思考[J]. 科技与法律(中英文), 2021(4): 81-89.
- [12] 袁锋. 网络影评类短视频合理使用问题研究——以转换性使用为视角[J]. 中国出版, 2019(3): 41-44.
- [13] 陈绍玲. 论“合理使用”判断对短视频存储平台注意义务的影响[J]. 版权理论与实务, 2021(2): 33-40.

- [14] Guzman, F. (2015) The Tension between Derivative Works Online Protected by Fair Use and the Takedown Provisions of the Online Copyright Infringement Liability Limitation Act. *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, **13**, 181.
- [15] 王泽鉴. 侵权责任法[M]. 第二版. 北京: 北京大学出版社, 2017: 271.
- [16] 程啸. 论个人信息侵权责任中的违法性与过错[J]. 法制与社会发展, 2022, 28(5): 191-209.