

元宇宙空间著作权合理使用制度的困境与出路

——以转换性使用的界定与适用为视角

袁 锋*

内容摘要:元宇宙本质上是对现实世界的虚拟化、数字化,围绕文本和数据挖掘、网络短视频、网络游戏直播等产生的新型著作权纠纷是元宇宙空间数字化利用作品的折射和反映。转换性使用理论成为解决这些问题的核心,但关键在于如何对转换性使用进行界定和适用。转换性使用的本质内涵为“目的性转换”而非“内容性转换”。在转换性使用的界定中要考量以下因素:转换性使用是一种客观目的或功能的转换、“目的性转换”的两种类型、结合公共利益的实现来对转换程度进行判断、明晰转换性使用与原作市场的关系。我国法院在司法实践中可以结合著作权法第24条第(2)项和第(13)项的规定,对转换性使用规则进行本土化适用,以有效解决新技术环境下的著作权难题。

关键词:元宇宙 转换性使用 文本和数据挖掘 短视频 游戏直播 目的性转换

中图分类号:DF523 **文献标识码:**A **文章编号:**1674-4039-(2022)02-0044-57

DOI:10.19404/j.cnki.dffx.20220225.006

一、问题的引出

2021年在技术和产业领域中最火爆和备受追捧的概念莫过于“元宇宙”(Metaverse)。尽管当前对元宇宙并没有权威、统一的定义,但对元宇宙概念的起源已形成广泛共识。1992年尼尔·斯蒂芬森在科幻小说《雪崩》中描绘了“Metaverse”图景(汉译本译为“超元域”),即“依托数字化技术的发展形成了一个既平行于、又独立和映射于现实世界的虚拟空间,在现实世界彼此隔绝的人们可以通过各自的‘虚拟身份’,在这一虚拟空间中进行社交、娱乐、交易”。^[1]之后随着“元宇宙”技术集群快速发展和成熟以及全球新冠肺炎疫情下“虚拟经济”(或称为“宅经济”)的迅猛发展,“元宇宙”概念迅速爆红。^[2]

但当前语境下的“元宇宙”概念已经超越了1992年尼尔·斯蒂芬森所初设的含义,其基本内涵是整合网络及运算技术、人工智能技术、电子游戏技术、交互技术(网络直播、VR、AR、MR等)、区块链技

*华东政法大学传播学院传播法研究中心讲师,法学博士。

本文系国家社科基金重大项目“媒体融合中的版权理论与运用研究”(项目批准号:19ZDA330)的阶段性研究成果。

[1]思哲:《2021游戏公司元宇宙指数TOP50》,载《互联网周刊》2021年第22期。

[2]参见许隽、程鹏:《三问元宇宙》,载《南方日报》2021年11月23日,第A11版。

术、物联网技术等六大支撑技术形成的新型虚实相融的互联网应用和社会形态,^[3]通过为用户提供沉浸式体验、跨虚实交互、开放式编辑及去中心化交易,实现虚拟世界和现实世界在身份系统、社交系统、经济系统等多层面的融合与转化。^[4]其主要特征包括以下几个层次:(1)用户在虚拟空间拥有并经营虚拟身份;(2)社交功能(多维社交);(3)多元化,用户创作的能量和价值被极大释放,使得用户创作和文化日益多元化;(4)娱乐、工作的沉浸式体验;(5)低延迟,元宇宙中一切都是同时发生的;(6)随时随地性,用户能够随时随地比较容易地进入元宇宙的世界;(7)经济系统,用户能够在其中进行生产和消费活动;(8)包含虚拟文明。^[5]

目前,元宇宙仍处于行业发展的初级阶段,无论是底层技术还是应用场景,与未来的成熟形态相比仍有较大差距。但国内外的科技产业巨头,包括Facebook、微软、Roblox公司、GREE、字节跳动等都一致认为其属于未来互联网发展的新方向,也是未来数字经济创新和产业链的新疆域,纷纷全力布局元宇宙。^[6]与此同时,韩国、日本等国政府部门也开始积极部署元宇宙发展战略,试图占领全球元宇宙发展的制高点。^[7]元宇宙行业如火如荼的发展态势,势必会引发一系列新型法律问题(例如,数据安全、平台监管、税收征管等),尤其体现在著作权领域,对此有必要进行前瞻性研究。美国著名版权专家保罗·戈斯丁曾言:“版权乃技术之子。”^[8]元宇宙本质上是对现实世界的虚拟化、数字化过程,会带来社会各个领域的数字化发展。由此导致的必然结果是数字化创作、利用和传播作品的形式日益复杂和多样化,用户创作和利用作品也将日益多元化,纷至沓来的是愈加复杂的版权利益纠纷。当前,虽然是元宇宙行业发展的初级阶段,但支撑元宇宙行业发展的网络及运算技术、电子游戏技术、交互技术等技术集群,在数字化利用作品过程中早已引发各类新型版权纠纷。元宇宙发展会对传统著作权制度带来新的冲击和诘问,突出体现在以下三类著作权纠纷:

第一类问题为文本与数据挖掘(Text and Data Mining,以下简称TDM)技术所引发的版权争议。在元宇宙空间下运用TDM技术,从海量数据中发掘有用信息文本和数据,不但会成为数据产业乃至科技创新的重要支撑,而且能在加强知识传播与利用的同时带来极高的经济效用。^[9]从TDM的技术原理来看,相关主体通过获取纸质复制件或数字化内容,撷取内容而形成可挖掘的复制件内容并经对格式的适当调整后存入数据库,进而对数据库的数据进行分析利用,形成可视化成果。这就涉及对一些构成作品的文本和数据未经许可的使用,当前国内外也爆发了一系列相关著作权纠纷。例如荷兰的“安妮·弗兰克日记案”、^[10]美国的“Hathi Trust案”^[11]与“谷歌图书馆案”^[12]以及我国的“王莘诉谷歌案”。^[13]**第二类问题体现为网络短视频所引发的版权争议。**在元宇宙空间下作为用户创作内容的集中社区——网络短视频行业会呈现爆炸式发展,大量网络用户或自媒体创作者在制作短视频时,往往未经版权人许可而使用相关影视剧的内容,或者穿插个人对影视剧的评论和说明。当前实践中也爆

[3]参见赵国栋、易欢欢、徐远重:《元宇宙》,中译出版社2021年版,第9—10页。

[4]参见清华大学新媒体研究中心:《2021元宇宙发展研究报告》,载搜狐网,https://www.sohu.com/a/490523841_407401,2022年1月10日访问。

[5]参见张良卫、李赛:《2021年元宇宙行业发展研究报告》,载搜狐网,http://news.sohu.com/a/503469704_120064839,2022年1月10日访问。

[6]参见程娟娟、杨荣宽:《元宇宙(Metaverse)的法律调整》,载康达律所网,<https://www.kangdalawyers.com/library/1597.html>,2022年1月10日访问。

[7]参见左鹏飞:《最近大火的元宇宙到底是什么?》,载《科技日报》2021年09月13日,第06版。

[8][美]保罗·戈斯丁:《著作权之道:从谷登堡到数字点播机》,金海军译,北京大学出版社2008年版,第22页。

[9]See Hargreaves I, Guibault L, Handke C, et al. Standardisation in the area of innovation and technological development, notably in the field of Text and Data Mining: report from the expert group, Studies and reports, 2014.

[10]See Anne Frank's diary case, Rechtbank Amsterdam, C/13/583257 / HA ZA 15-270.

[11]See Authors Guild v. Hathi Trust, 755 F.3d 87 (2nd Cir. 2014).

[12]See Authors Guild, Inc. v. Google Inc., 804 F.3d 202 (2d Cir. 2015).

[13]参见北京市高级人民法院(2013)高民终字第1221号民事判决书。

发了一系列相关纠纷,例如“《三生三世十里桃花》图解电影案”^[14]以及“谷阿莫《X分钟带你看完电影》系列短视频纠纷案”。^[15]第三类问题体现为网络直播游戏所引发的版权争议。在元宇宙空间下电子游戏技术和直播技术的日趋成熟会带来游戏直播产业的全面和飞跃式发展,使游戏玩家或主播能够真正突破实践和空间的限制,面向广大网络群体开展游戏直播活动。然而,游戏玩家或主播往往未经游戏开发者的许可,对其享有版权的游戏画面进行直播。实践中也引发了相关纠纷,例如“耀宇诉斗鱼案”^[16]“腾讯诉今日头条等三公司游戏直播案”^[17]以及“梦幻西游直播案”^[18]。

上述三类新型著作权案件是在元宇宙空间下数字化利用作品的折射和反映,但对于这三类问题,理论界和实务界存在重大分歧,甚至形成了截然相反的观点。^[19]这些分歧的根源在于:我国著作权合理使用制度的构造设计大多源于20世纪末期的《伯尔尼公约》和Trips条约规定,将合理使用情形予以非常具体地列举。而我国著作权法第24条所明确列举的12种情形似乎并不包含TDM、网络短视频改编和网络游戏直播行为。受制于20世纪时代背景和技术条件的确立的合理使用制度,已经无法满足当前的实践需要,也无法跟上技术发展的步伐,对此应该适时进行理论和制度更新。本文认为,对于深陷技术藩篱的合理使用制度而言,肇始于美国并在司法实践中日趋成熟的转换性使用理论,可以成为解决这些新型疑难问题的关键。虽然我国法院为应对现实审判的需要已经开始尝试适用这一理论,但在适用这一过程中存在不少误区。尽管有学者对转换性使用进行研究,但其或是仅对转换性使用理论进行简要介绍或阐述,^[20]或是对转换性使用的判断和适用进行浅尝辄止的尝试,^[21]尚未有学者对转换性使用的具体判断和适用进行细致分析。元宇宙语境下的法律叙事已经到来,元宇宙著作权理论和制度必须作出足够的应对。虽然“学者并非算命先生,预言未来既非其所长,亦非其当为”,^[22]但面对不间断的变化,我们要作出选择:或者对现实条件作出反应或者对未来可能发生的结果进行计划。^[23]对元宇宙空间著作权合理使用制度的问题,不是“依凭着蓍草和铜钱的占卜艺术”,^[24]而是立足于对其技术发展趋势的梳理和对当下种种现象作出合理解释并进行前瞻性应对,这也是本文的立意所在。

二、转换性使用的本质内涵

(一)转换性使用的历史渊源

美国著名的斯托里(Joseph Story)大法官在1841年的“Folsom v. Marsh案”中,通过对英国早期判

[14]参见北京互联网法院(2019)京0491民初663号民事判决书。

[15]参见秦楚乔:《“五分钟说电影”的谷阿莫被迪士尼告侵权!》,载南方都市报网, <https://m.mp.oeeee.com/a/BAAFRD000020190801189183.html>。

[16]参见上海市浦东新区人民法院(2015)浦民三(知)初字第191号民事判决书。

[17]参见广州知识产权法院(2019)粤73知民初141号民事判决书。

[18]参见广东省高级人民法院(2018)粤民终137号民事判决书。

[19]就TDM的问题而言,参见马治国、赵龙:《文本与数据挖掘对著作权例外体系的冲击与应对》,载《西北师大学报(社会科学版)》2021年第4期;杨娟:《文本与数据挖掘合理使用例外规范的体系化设置》,载《图书馆论坛》2020年第4期。就短视频问题而言,参见陈秉训:《电影评论与著作权合理使用——兼评谷阿莫评论影片之使用》,载《科技法学论丛》2017年第11期;王骁、谢离江:《从“X分钟带你看完电影”系列看戏仿作品和合理使用》,载《新闻界》2017年第8期。就游戏直播问题而言,参见王迁:《电子游戏直播的著作权问题研究》,载《电子知识产权》第2期;李扬:《网络游戏直播中的著作权问题》,载《知识产权》2017年第1期。

[20]参见詹启智、陈旭宁:《我国合理使用制度引入转换性使用理论的可行性探究》,载《河南科技》2020年第33期;周贺微:《美国转换性使用转型及对我国的借鉴》,载《新闻界》2019年第4期。

[21]参见黄汇、尹鹏旭:《作品转换性使用的规则重构及其适用逻辑》,载《社会科学研究》2021年第5期;孟奇勋、李晓钰、苑大超:《转换性使用规则的判定标准及其完善路径》,载《武汉理工大学学报(社会科学版)》2019年第4期。

[22]胡波:《共享模式与知识产权的未来发展——兼评“知识产权替代模式说”》,载《法制与社会发展》2013年第4期。

[23]参见郭民生:《未来知识产权制度的愿景》,专利文献出版社2008年版,第186页。

[24]胡波:《共享模式与知识产权的未来发展——兼评“知识产权替代模式说”》,载《法制与社会发展》2013年第4期。

例的总结和分析,归纳出了判断合理使用的多要素法,这些要素后来被美国1976年的版权法第107条吸收,演变成为美国合理使用判断的“四要素”标准:使用的目的和性质;作品的性质;使用作品的数量和质量;使用行为对作品价值和潜在市场的影响。在美国合理使用制度创设初期,法院对各要素的理解并不一致,这造成了美国早期合理使用司法审判的混乱不堪。^[25]

在此背景下,当时美国著名的莱瓦尔(Leval)法官从司法实践零星散见的创造性使用原则中获得启示,首次提出了转换性使用的概念,认为合理使用第一要素“使用的目的与性质”是合理使用判断的重心。“版权制度的目标是为公众利益刺激创作,而被诉侵权行为是否达到了这一目标,是其能否构成合理使用的极其重要的问题……简单地判断该行为是否正当是不够的,更重要的是这种‘正当性’有多强。”莱瓦尔法官深信,依据版权法的功利主义原则解释合理使用制度,有助于构建一个适于司法实践的,合理、实用的指导原则。他进一步提出:“判断正当性应看被诉侵权行为是否、以及在多少程度上具有‘转换性’。此类使用必须与原作具有不同的目的或方式,并且具有创造性。对原作品的重新包装或纯粹复制难以达到这一标准,但如果被诉侵权行为对原作品添加了新的价值——如被引用内容作为原始材料,被转换进了新信息、新美感、新思考和新理解之中——那么这正是合理使用原则为了社会利益而要保护的行为。”^[26]莱瓦尔法官进一步举例认为:“转换性使用可以包括批评作品,揭示作者个性,证明事实,或者为了支持或反驳原作品中的观点而对其进行概述。此外,戏仿、象征、美学展示等其他多种使用方式皆可属于转换性使用。”^[27]

莱瓦尔法官所提出的转换性使用概念在1994年的“Campell案”中被美国联邦最高法院采纳,转换性使用的内涵被界定为:“新作品并非为了取代原作品的功能,而是出于深层次的目的或不同的性质,向原作品中加入了新的东西,使其功能或目的得以转变,并具有新表达、新含义、新信息。”主审此案的苏特(Souter)法官高度评价“转换性使用”理论,认为在版权的界限范围内,合理使用原则保证了可自由呼吸的空间,而转换性使用正位于该空间的中心位置。^[28]自“Campell案”后,美国下级法院开始接纳并适用转换性使用理论。转换性使用因素逐渐超越其他因素,成为美国合理使用司法判断中的“黄金原则”。让法院信服则可以构成转换性使用,对于最终认定合理使用是至关重要的。^[29]

(二)“内容性转换使用”之辩

虽然莱瓦尔法官和美国联邦最高法院在“Campell案”中提出了转换性使用的内涵,但他们在定性中都采用了“不同目的”“新表达、新含义、新信息”等抽象术语。由此,理论界和实务界逐渐呈现出“目的性转换”和“内容性转换”两种理解方式。但是“内容性转换使用”一直是一个含混不清、备受争议的问题,实有必要对其进行澄清。所谓“内容性转换使用”指的是在不改变原作使用目的或功能的基础上,仅对原作本身的文字、色彩、内涵等内容进行改造,也可以构成合理使用。

当前理论界和实务界支持“内容性转换使用”的论据主要集中在以下两个方面:一是美国司法实践中发生的大量“挪用艺术”案证实了内容性转换使用的存在。“挪用艺术”最典型的案例是“Cari-ous案”,审理此案的二审法院认为,原作所描述的是一种平静祥和的艺术美感和内涵,而被告通过对原作的拼贴和重置,使其具有了粗狂、忙乱的新的美感和艺术内涵,因而形成了“新表达、新含义、新信息”,可以构成转换性使用。^[30]二是就比较法的视角而言,包括德国、西班牙、瑞士在内的著作权法都规定了自由使用规则。尤其是德国著作权法第24条所规定的“自由使用”被认为是内容性转换使用

[25]参见袁锋:《论新技术环境下“转换性使用”理论的发展》,载《知识产权》2017年第8期。

[26]Leval P N, *Toward a fair use standard*, Harvard law review, 1990, 103(5): 1111.

[27]Leval P N, *Toward a fair use standard*, Harvard law review, 1990, 103(5): 1111.

[28]Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, 579 (1994).

[29]See Asay C D, Sloan A, Sobczak D., *Is transformative use eating the world*, BCL Rev., 2020(61): 905.

[30]See Cariou v. Prince, 714 F.3d 694,707 (2d Cir.2013).

的典型例子。^[31]根据该条规定:“自由使用他人作品创作的独立作品,不经被使用作品的作者同意而可以发表与利用。”^[32]根据德国学者雷炳德教授对该条的解释,自由使用的行为必须满足两个要件:一是使用者的劳动性投入必须是创造性的;二是被使用作品的独创性隐含在新作品中,并且与新作品的独创性相比已经黯然失色。雷炳德教授进一步指出,当文学作品、美术作品或声音艺术作品转化为三种当中的另外一种类型时可以构成自由使用,因为它们的精神内涵差别很大。^[33]国内有学者据此举例认为,有人根据他人以“晨曦”为主题的美术作品的视觉体验和艺术内涵,衍生创作出了一首描述早晨愉悦欢快的、生动活泼的音乐作品,这种转换性使用符合自由使用不构成著作权侵权。^[34]

本文认为,仅对原作内容转换的使用行为无法构成“转换性使用”,上述论据都无法获得成立。主要理由如下:首先,演绎权是一项重要的著作财产权,从演绎性使用的内涵上看,其与内容性转换一样都是对原作的内容安排和表现形式的一种“转换”。内容性转换使用所带来的问题是:二次使用者必须对原作内容进行多少程度的创造性改造,才能在演绎权所控制的范围之外另设一片为著作权所包容的合理使用?这也是学界和实务界产生争议的症结所在。答案是否定的。因为对原作内容的改造是作者演绎权所要控制的范围,无论是理论上还是实际操作中,都无法在内容性转换和演绎权之间确定一个客观且可量化的标准。^[35]

其次,“挪用艺术”类型案例最关键的问题在于:艺术作品表达的本质在于线条、色彩等因素的搭配,拼贴艺术家仅对原告的作品进行了剪辑和拼贴,并在局部进行简单替换,增加了一些新的图像。由此形成的拼贴画仍然实质再现了原作本身的艺术美感,而没有再以其他任何形式进行转换。至于法院所认为艺术内涵和风格的变化,太过抽象和主观,难以把握,也欠缺构成合理使用的正当性。^[36]事实上,在“Hart v. Elec. Arts, Inc案”“Graham v. Prince案”以及“Leibovitz案”中,法院皆认为,单纯对原作美感和内涵改变的“挪用艺术”行为,不足以构成转换性使用。^[37]

最后,在德国著作权法中,“合理使用”制度与“自由使用”制度并不在一个范畴之内。“合理使用”是对已经构成著作权侵权行为的一种抗辩,而“自由使用”却并不属于实质性使用。如果说演绎权控制的是基于原作品的改编行为,那么自由使用所要控制的是脱离原作的重编行为。德国版权界将作品的独创性表达区分为“外在形式”和“内在形式”两类,“外在形式”就是作品的外在表达;而“内在形式”是指涉作品的综合性成分,存在于构思论证及描述中的连续性和发展过程等作品内在结构中,如小说中的具体情节、主要人物关系及设置等。^[38]自由使用的本质在于,原作品的各项要素(内在和外在形式)已经被完全独立地重新改造过,使原作在新作中起到推动和激发灵感的作用。根据雷炳德教授以及国内学者对这一制度所作出的进一步解释,由于文学作品、美术作品或声音艺术作品之间的表达形式和精神内涵的差距,因而它们之间的相互转换是可以构成自由使用的。

然而,这种解释仍然存在两个问题:其一,文学作品与美术作品之间的表达形式和精神内涵并非绝对无法融合。例如,根据古典名著《红楼梦》绘制成一整套漫画,尽管原作与新作之间的表现手法从文字到绘画之间发生了根本变化,但小说《红楼梦》中的基本故事情节仍然在漫画当中得以实质性地

[31] See Östlund E, *Transforming European Copyright: Introducing an Exception for Creative, Transformative Works into EU Law*. Available at <http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:688462/FULLTEXT01.pdf>, Jan 10th, 2022.

[32] 《德国著作权法》,范长军译,知识产权出版社2013年版,第29—30页。

[33] 参见[德]雷炳德:《著作权法》,张恩民译,法律出版社2004年版,第258—260页。

[34] 参见李杨:《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》,载《比较法研究》2018年1期。

[35] See Goldstein P., *Goldstein on copyright*, Aspen Publishers, 2005, p.49.

[36] See *Rogers v. Koons*, 960 F.2d 301,310 (2d Cir.1992).

[37] See *Hart v. Elec. Arts, Inc.*, 717 F.3d 141 (3d Cir. 2013); *Graham v. Prince*, 265 F. Supp. 3d 366 (S.D.N.Y. 2017); *Leibovitz v. Paramount Pictures Corp.*, 137 F.3d 109 (2d Cir. 1998).

[38] See Gervais D, *The derivative right, or why copyright law protects foxes better than hedgehogs*, *Vand. J. Ent. & Tech. L.*, 2012, 15: 785.

再现。演绎作品的本质内涵在于既包含演绎者的独创性成果,又保留了原作的基本表达。小说中《红楼梦》的基本故事情节(也即德国学者所称的“内在形式”)仍然属于表达,用漫画的表现手法实质上再现了小说中的表达,因而漫画《红楼梦》仍然是小说《红楼梦》的演绎作品。其二,文学作品、美术作品或声音艺术作品之间确实存在无法相融的情形,正如国内学者所举的有人根据美术作品所呈现的意境而创作音乐作品的例子。再如,有人根据李白《静夜思》而创作一幅画,将诗中秋日夜晚,诗人于屋内抬头望月所感之意境,在绘画中予以呈现。由于演绎作品必须与原作具有实质性相似的表达,利用美术作品的意境创作音乐作品或者根据《静夜思》意境创作美术作品不存在实质性相似之表达,它们的唯一相通之处在于思想、观念和创意上的相似,因而此类作品无法构成原作的演绎作品。

正如前述学者所阐释的,德国著作权法的“自由使用”制度是用来规制他人对原作思想、创意的借鉴,那么此类制度似乎并无存在之必要。因为著作权法只保护“表达”并不保护“思想”,思想的借鉴并不为著作权法所禁止。然而,在司法实践当中,德国“自由使用”制度确实发挥了转换性使用的功能。从“迪士尼案”“阿斯特里斯案”再到“Mattscheibe案”,德国法院利用“自由使用”制度处理了大量“滑稽模仿类”和“嘲讽性表演类”案件。但“滑稽模仿”和“嘲讽性表演”都不是纯内容性转换,而是内容性转化和目的性转换的结合体。正如德国法院在“Mattscheibe案”中所指出,对原作内容的借鉴或模仿必须实现嘲讽的目的,并且新作对原作相比还必须能够为公众所识别,存在足够的内在距离。^[39]雷炳德教授也承认,对他人作品以同样目的进行仿制的行为会构成非自由使用行为。^[40]综上所述,无论是理论依据,还是立法和司法例证均表明,“内容性转换使用”理念并不具备正当性,应该予以摒弃。

三、转换性使用的界定规则

尽管当前理论界对于转换性使用也存在一些批判,例如拉佩(Lape)教授和金斯伯格(Ginsburg)教授认为转换性内涵太抽象,在客观上不易判断,具有很大的不确定性。^[41]而本文以为,虽然转换性使用理论在最初提出之时,不过是莱瓦尔法官将其所认为的、隐含在合理使用制度中的功利主义目标予以概念抽象而总结出的指导性原则,并非具体的确定性标准。但经过近30年的司法审判和理论积淀,转换性使用理论的发展经历了从抽象概念到具体内涵丰富、规则细化的蜕变。对转换性使用的界定虽没有“一刀切”的判断方法,但还是可以结合著作权法的基本原理,通过对相关立法和司法判决的研究,归纳出较为明确、合理的界定规则。

本文先总结出转换性使用界定的基础分析框架:根据相关作品领域的假想普通理性公众这一拟制主体观之,如果被告使用作品的客观目的或功能之一有助于实现著作权法所承认的社会公共利益价值,那么这种使用便可以构成转换性使用。越有利于社会公共利益价值,其转换性程度越高,其构成合理使用的可能性就越大(即便其可能对原作市场和价值产生一定影响,此时社会公共利益价值的保护位阶优先于著作权人的利益价值)。如果被告使用的客观目的或功能无法实现著作权法所承认的社会公共利益价值,但仍与原作使用目的或功能不同,此时仍认定其构成转换性使用(属于转换性程度较低的使用),但最终是否构成合理使用,需要结合这一使用方式对原作市场和价值的影响来进行考量。下面本文对这一分析框架进行详细阐释:

(一)拟制主体的择取:“相关作品领域的假想普通理性公众”

转换性使用判断的逻辑前提是拟制主体的择取,应该首先予以明晰。拟制主体的择取是一种法

[39] See BGH, Urteil vom 13. April 2000—I ZR 282/97.

[40] 参见[德]雷炳德:《著作权法》,张恩民译,法律出版社2004年版,第262页。

[41] See Lape L G, *Transforming fair use: The productive use factor in Fair Use Doctrine*, Alb. L. Rev., 1994, 58: 677; Ginsburg J C., *Copyright 1992–2012: The Most Significant Development*, Fordham Intell. Prop. Media & Ent. LJ, 2012, 23: 465.

律塑造的技术方法,即法律为实现相应的法价值而塑造出一个生动的理性人形象,法官在司法实践中站在理性人视角来观察其所为与所思,并以此作为参照解决个案的争议问题。^[42]在转换性使用的界定中,涉及对文艺内容、价值和功能等主观成分的判断,因而存在拟制主体择取的问题。理论界和实务界主要存在以下四种完全不同的拟制主体观点:(1)相关文艺领域的专家;(2)使用者;(3)实际目标公众;(4)假想理性公众。^[43]在审判实践中,不同法官择取不同拟制主体进行判决,甚至会得出截然相反的论断。那么转换性使用的判断应该择取何种拟制主体作为判断基准呢?

通常而言,拟制主体的择取应该综合考量以下因素:(1)拟制主体的价值基础。拟制主体标准的构建基于特定的价值判断和取向,价值取向决定着拟制主体构建的具体方向。^[44](2)拟制主体所属群体的范围及认知水平。拟制主体的设置应该从相关领域中存在关联性的特定人群中进行择取,围绕价值基础及所要解决的问题确定相关人群对象。^[45](3)拟制主体标准的实现成本。^[45]

在转换性使用判断中,首先,就拟制主体择取的价值基础而言,由于合理使用制度是为了与广泛的社会政策相协调,实现更高程度的公共利益价值而对专有权利进行限制。因而转换性使用界定的根本性价值指引是公共利益,由此构建的拟制主体,其适用之效果必然指向相应价值的实现。无论是创造性的文化领域或其他领域,普通公众都是公共利益价值的最佳代表。其次,就拟制主体所属群体的范围及认知水平而言,在转换性使用判断中,主体在特定的环境中对作品进行解释,以理性认知作品是否构成转换性使用,这必然要求主体对相关作品具有一定的熟悉度;并且不同类型的作品具有不同的读者对象,其对作品的关注焦点并不相同,这就必然要求判断转换性使用应该区分不同作品领域,从作品的属性来确定抽离的程度。其所确定的拟制主体应是相关作品领域中具备普通注意力和知识结构的、对相关作品领域较为熟悉的理性公众,并非广泛的普通公众。正如商标混淆可能性判断的拟制主体是相关商品或服务领域中的普通理性消费者。最后,就拟制主体标准的实现成本而言,在转换性使用的判断中,专家标准、使用者标准和实际公众标准都存在实现成本较高的问题。一方面,文艺专家标准门槛过高,每个案件都要求法官以文艺专家的标准予以衡量成本过高且较难实现。另一方面,使用者目的由于具有私密性很难被人知悉,甚至有时使用者自身都无法清晰地表达其创作意图,这相当于对解释者赋予了一个非理性的、高认知的负担。另外,实际目标受众的认知无法轻易获悉,对此需要耗费大量成本予以实证考察。因此,出于减少法院的主观裁量和设置成本考虑,模拟现实所拟制的假想普通理性公众是较为客观且最易衡量的方式。

综上所述,本文认为,“相关作品领域的假想普通理性公众”无疑是衡量转换性使用的最佳拟制主体,事实上这一标准也具备十分充实的判例支撑。美国司法实践转换性使用判断中,通常所秉持的正是这一标准。例如在“Carious案”中,二审法院明确指出,二次创作是否构成转换性使用时应该由艺术作品领域的普通理性公众判断,无论被告是否具有“转换”的主观目的。^[46]此外,美国之外具有类似转换性使用理念的国家地区也适用这一标准。例如,在德国的“迪士尼争议案”“阿斯特利斯案”和“Mattscheibe案”中,法院认为对自由使用的判断,应以平均观察者为标准,即要求对相关作品较为熟悉,具有一定鉴赏力和理解力的公众进行判断。^[47]

(二)“目的性转换使用”的判断

有鉴于从内容上判断转换性使用存在客观量化标准缺失的弊端,理论界和司法界逐渐将目光集

[42]参见袁锋:《论著作权法中的拟制主体》,载《知识产权》2020年第12期。

[43]See Walker R K, Depoorter B, *Unavoidable Aesthetic Judgments in Copyright Law: A Community of Practice Standard*, Nw. UL Rev., 2014, 109: 343.

[44]参见叶金强:《私法中理性人标准之构建》,载《法学研究》2015年第1期。

[45]参见袁锋:《论著作权法中的拟制主体》,载《知识产权》2020年第12期。

[46]See Cariou v. Prince, 714 F.3d 694,708-711 (2d Cir.2013).

[47]See BGH, Urteil vom 26.3.1971-1 ZR 77/69 (Disney-parodie), GRUR 1971, 588; BGH, Urteil vom 11.3.1993-1 ZR 264/91, GRUR 1994, 191; BGH, Urteil vom 13. April 2000-I ZR 282/97.

中在“目的性转换”的判断上。事实上,之后一系列司法实践的积累使其形成了较为合理和体系化的判断方法,具体如下:

1.“目的性转换”是一种客观目的或功能的转换

“目的性转换”中的“目的”并非是使用者的主观目的,而是利用客观的标准对作品使用者的内心意图和使用行为客观效果的探究。这一客观标准正是前文所论述的拟制主体:相关作品领域的假想理性公众。在判断是否构成“目的性转换”时,法官应以相关作品领域的假想理性公众为观察标准,结合该作品的类型、性质来判断使用该作品所通常具有的客观目的或功能是否发生了转换。被告使用原作内容是为了再现原作本身的功能和价值,还是将原作内容作为实现其目的或功能的一种手段或素材。例如在“Dr. Seuss Enterprises案”中,法院经审理后认定,被告虽然对原告作品的表达形式、内容进行了一定程度的转换,但以相关公众视之,被告并非出于对原作进行批判或评论的目的,而是利用原作吸引读者,与原告创作目的一致,并不具有目的上的转换性。

同时,被告对他人作品引用的“量”和“质”应与其所要转换的客观目的或功能相适应。缺乏功能或目的的转换而引用的情形,是单纯地向公众呈现作品本身,容易导致新作与原作在市场上形成竞争。我国著作权法第24条第2款的“适当引用情形”便体现了这一点,其引用作品的比例应当与“介绍、评论和说明”目的相适应。例如常见的“滑稽模仿”类转换使用是指为了对原作本身进行批判或讽刺而使用原作。为了实现这一目的,有时候需要对原作本身进行大量引用甚至是核心内容的引用,由此使得读者识别原作与新作的区别,进而达到树立靶子、对原作讽刺的效果。^[48]

2.“目的性转换”的两种类型

“目的性转换”实质上包括两种类型:一种是不但对原作进行了改编,而且实现了不同的目的或功能。换言之,是“内容性转换”和“目的性转换”的结合体。这可以说是转换性使用最早的雏形。无论是莱瓦尔法官的观点还是“Campell案”的判决都重点突出这一类型。典型类型就是“滑稽模仿”和“嘲讽性表演”,它们本质上都是对原作的一种特殊形式的改编,意在实现对原作或其他议题的批判或讽刺。另一种是为实现不同的目的或功能,而对原作内容进行原封不动地利用。换言之,是“纯目的性转换”。此类转换性使用是随着司法实践的积累所衍生出来的新型转换性使用,尤其体现在新技术类型案件当中。例如在“Field案”中,网页快照对原作内容的完整复制,可以实现便利用户对比新旧网页的功能,同时利用网页快照高亮的关键词也有助于实现快速定位信息的功能,因而可以构成“转换性使用”。^[49]

3.“目的性转换”的程度判断

对目的性转换的认定绝非明确的“是非”判断问题,而是一种程度判断。原被告双方对作品的使用往往都具有多种目的,并且可能存在重叠之处。在对目的性转换进行认定时,法院应以相关作品领域的普通理性公众为观察标准,仔细量度被告使用作品的客观目的或功能是否有助于实现著作权法所承认的公共利益价值。越有助于实现公共利益价值,其转换性程度越高。因此,著作法所承认的公共利益价值是判断转换性程度的关键。^[50]在“Monge v. Maya Magazines案”中,法院也明确指出,二次使用应该有不同于原作的目的且有利于实现公共利益,这才是版权法所鼓励的合理使用形态。^[51]

公共利益是一个十分抽象与高度概括的语词,并且著作权法因其自身法律属性的限制,也无法承担所有公共利益的使命。问题在于哪些公共利益属于著作权合理使用制度所应该包容和承认的内容。关于合理使用下的“公共利益目的”概念的界定应适当且具备相当程度的合理性,不宜过大或过

[48]参见王迁:《著作权法》,中国人民大学出版社2016年版,第33页。

[49]See Blake A. Field v. Google, 412 F. Supp. 2d 1106, 1118-1119(D.Nev. 2006).

[50]See Woo J, *Redefining the Transformative Use of Copyrighted Works: Toward a Fair Use Standard in the Digital Environment*, Hastings Comm. & Ent. LJ, 2004, 27: 51.

[51]See Monge v. Maya Magazines, Inc., 688 F.3d 1164, 1174 (9th Cir.2012).

小,以免打破著作权法内部平衡的框架体系和利益关系。逻辑学提示我们,在对某类事物缺乏深入了解,无法抓住其本质要领时,往往难以对该事物作出确定性。在此种情况下,只能通过描述来宽泛地解释说明此事物。^[52]据此,面对公共利益的内涵较难把握的情况下,一个较为可行的路径就是通过对立法和司法判例的总结归纳,对著作权法所应涵盖的公共利益作具体的列举和概括。

美国版权法第107条规定合理使用四要素之前,阐明了“批评、评论、新闻报道、教学、学术或研究等”六种法定目的。英国版权法也对其合理使用进行目的上的限定:一是研究、学习;二是批判、评论;三是时事报道。此外,日本、韩国等国著作权法也作出了类似规定。^[53]我国著作权法和德国著作权法还把保障残疾人、国家机关执行公务等情形列入公共利益范围。可见为各国著作权法所公认的“公共利益”目的包括:批评、评论、新闻报道、教学、研究、保障残疾人、国家机关执行公务等情形。2019年欧盟最新的数字单一市场版权指令(以下简称为欧盟2019年指令)还把“保护文化遗产”列入公共利益。^[54]在司法实践中逐渐累积起来的公共利益还包括保存历史文化的归档、拍摄纪录片等。^[55]在新技术类型案件中,法院将网页快照、缩略图认定为合理使用,是因为这些新技术使用行为有利于提供信息定位功能。而在“Connectix Corp案”等一系列涉及软件的版权争议中,法院认定被告对他人软件的复制、使用行为可以构成合理使用,是因为这些技术使用行为有利于促进新软件的开发和创新。^[56]可见,新技术行为如果有助于提供信息定位功能以及促进新软件的开发和创新,也属于著作权法所承认的公共利益范畴。

综上所述,本文以为,目的性转换包含的公共利益价值是具有功利主义的开放体系,但也并非无所限制,应通过司法判例和法律解释来明确其范围。当前,各国司法判例和立法通常承认的公共利益的特征在于,与公众参与社会民主生活、从事学术研究和科学教育的自由相适应,其范围包括而限于:批评、评论、新闻报道、教学、研究、保障残疾人、国家机关执行公务、保护文化遗产、保存历史文化的归档、拍摄纪录片、有利于提供信息定位功能、促进新软件的开发和创新。这一目的范围也将伴随着各国著作权立法的改进和司法实践的累积而逐渐丰富和完善。事实上,从比较法的视野来看,一些国家和地区的著作权法规定已经体现了类似特征。例如,韩国著作权法第28条规定:“在新闻报道、批判、教育、研究等合理范围内,可以以符合合理惯例的方式引用已发表的作品。”这些国家和地区通过“其他正当目的之必要”“等合理范围”等类似用语,不但对目的范围进行了灵活性扩大,而且对目的正当性也进行了合理限制。

(三)明晰转换性使用与原作市场的关系

在认定合理使用时,一个非常重要的考量要素就是被告行为是否会对原作市场和价值造成实质性损害。我国著作权法从《伯尔尼公约》和Trips条约所承继而来的合理使用认定的“三步检验标准”中,“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”,便是防止对作者经济利益造成不当损害。美国合理使用判断第四要素“使用对原作市场或价值的影响”也是基于这一考虑。美国司法实践中通过大量判例的积累,对市场因素的判断形成了较为合理的判断规则。其要求法院一方面考虑使用行为是否会对原作的市场造成实质替代;另一方面也要考量当被告的行为变成在社会上广泛存在的行为时,是否会对原作的“潜在市场或价值”造成实质性影响,进而极大影响了原著作权人的创作动力。^[57]

[52][美]D.Q.麦克伦尼:《简单的逻辑学》,赵明燕译,浙江人民出版社2013年版,第48页。

[53]参见日本著作权法第24条规定;韩国著作权法第28条规定。

[54]See European Parliament legislative resolution of 26 March 2019 on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market, Article 6.

[55]See Sites B., *Fair Use and the New Transformative*, Colum. J.L. & Arts, 2015, 39: 513.

[56]See Sony Computer Entm't, Inc. v. Connectix Corp., 203 F. 3d 596, 599 (9th Cir. 2000); DSC Commc'ns Corp. v. DGI Techs., Inc., 81 F.3d 597, 601 (5th Cir. 1996); Bateman v. Mnemonics, Inc., 79 F.3d 1532, 1539(11th Cir. 1996).

[57]See *Happer & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 566-68 (1985).

对于转换性使用而言,其转换性程度越高,一般情况下对原作市场和价值产生的影响越小,越有可能构成合理使用。这是因为转换性程度越高,其与被使用作品的预期功能与目的重合的可能性就越小,原版权人对新使用市场的贡献度也越低,原作也不会因为转换性使用而丧失其目标受众,进而影响版权人的正常使用以及其通过许可作品获得的经济利益。高程度转换性使用行为还可能催生独立的客户群体,属于版权人合理预期之外的市场,对该市场的丧失也不会影响原著作权人创作的动机。正如在“Davis v. Gap, Inc.案”中,第二巡回法院指出转换性使用与原作品创作时原定的用途和使用方式不同,原作品的目标客户群体与新作应该进行区分。^[58]但是在一定情况下,转换性使用也可能对原作市场和价值产生一定的影响,此时应当分情况讨论:一方面,正如前文所述,如果一种使用方式越有助于实现著作权法所承认的公共利益价值,其转换性程度越高,那么此时公共利益价值的保护位阶优先于著作权人的利益价值,认定其构成合理使用。正如在“Bill Graham Archives案”中,法院认为版权人的使用方式并不排除对原作市场造成影响的可能,但由于其所实现的公共利益价值高于著作人的利益价值,应当认定其构成合理使用。^[59]另一方面,如果一种使用方式的客观目的或功能无法实现著作权法所承认的公共利益价值,但仍与原作不同,那么其可以构成转换性程度较低的转换性使用,此时由于不存在利益价值保护位阶的问题,应当结合其对著作权人市场和价值的影响来认定是否构成合理使用。例如在“Harry Potter案”中,被告未经许可使用了罗琳《哈利波特》小说的内容来制作阅读指导手册,不可否认其具有一定程度的转换性,具有检索和指引读者阅读的客观功能,可以帮助读者梳理人物关系和快速了解作品内容,但这种使用转换性程度较低,并且会对原作的潜在市场和价值产生影响,最终二审法院不认定其构成合理使用。^[60]

四、转换性使用界定规则对新型著作权案件的适用

由于转换性使用的重要价值,以及日益复杂的实践形势,我国法院早就利用不同方式灵活借鉴和适用“转换性适用”理论。一种方式是将转换性使用纳入我国著作权法第24条第2款的“适当引用情形”,也即“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”。^[61]另一种方式是直接引用美国“转换性使用”的理念。^[62]这一方面说明我国具有适用转换性使用理论的基础和需求,但同时也暴露出了我国法院在适用转换性使用的局限性和问题,^[63]这也凸显了本文对转换性使用界定规则研究的必要性和价值。这一界定规则是否妥当,也须由其具体适用予以评估。下文将以元宇宙空间下备受争议的文本和数据挖掘问题、短视频侵权问题以及网络游戏直播侵权问题为例,来讨论转换性使用界定规则的具体适用。

(一)转换性使用界定规则对文本和数据挖掘问题的适用

TDM是指从计算机中读取大量的文本数据,获取信息和知识的过程。从TDM的工作原理来看,需要对海量的文本、数据进行复制,将复制提取的结果转换为计算机可识别、处理的数据形式,再按照特定的程序方法进行分类、比较、解析,形成具有利用价值的报告。^[64]在此过程中获得的文本数据还可能被进一步传播、改编。这些文本和数据很多是受著作权法保护的作品,因此单从TDM的技术过程

[58] See Davis v. Gap, Inc., 246 F.3d 152, 174(2d Cir.2001).

[59] See Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd., 448 F.3d ,614-615 (2d Cir. 2006).

[60] See Warner Bros. Entm't Inc. v. RDR Books, 375 F. Supp. 2d 513, 541-551 (2008).

[61] 参见上海知识产权法院(2015)沪知民终字第730号民事判决书。

[62] 参见北京市高级人民法院(2013)高民终字第1221号;广东省高级人民法院(2017)粤73民终85号民事判决书。

[63] 一方面是法院作出判决依据的著作权法第24条第(2)项的目的范围太过狭窄,另一方面是法院将转换性使用理论用作结果论断而非作为一种分析工具。参见袁锋:《论新技术环境下“转换性使用”理论的发展》,载《知识产权》2017年第8期。

[64] [美] Mehmed Kantardzic:《数据挖掘:概念,模型,方法和算法》,王晓海、吴志刚译,清华大学出版社2013年版,第5—6页。

来看,文本数据与挖掘会涉及对作品未经许可的复制、改编和传播,由此引发了一系列著作权纠纷。为了解决TDM所带来的著作权保护困境,英国、法国、日本等国家纷纷通过修改合理使用制度对其进行规制。^[65]

由于TDM的重要意义和价值,TDM目前已在社会科学、自然科学以及人文科学的研究,以及搜索引擎、商务智能、新闻媒体等众多领域广泛应用。本文结合TDM使用领域和目的将其大致分为三种类型:一是科学研究目的型TDM。比较典型的例子是数字图书馆计划,也即对图书馆的纸质图书进行整体扫描,将纸质图书包含的信息都转换成可识别的电子图书数据,并对其进行分类整理形成数字图书的数据库。二是纯商业目的型TDM。即一些企业为生产产品或从事相关经营活动,运用文本与数据挖掘技术,未经许可对他人作品进行利用,其所生产产品或从事相关经营活动并没有公共利益的功能。例如在美国的“TVEyes案”中,被告TVEyes利用TDM技术将他人大量享有版权的影视节目制成了可搜索内容的数据库,订阅用户能够根据搜索功能寻求其所需的影视节目。^[66]三是其他目的型TDM。TDM除了在科学研究方面的重要性外,现在一些机构还基于各种目的在各种行业中来使用TDM,包括政府服务、新应用程序和技术的开发。《海牙宣言》中还提到将TDM运用于及公共健康风险评估、预警与决策、重大灾害的预警与防范、食品安全监管以及生物与制药领域。^[67]因此,对文本和数据挖掘问题的分析,应该结合不同类型对其进行具体情况具体分析。

就科学研究目的型TDM而言,以相关作品领域的假想普通理性公众观之,由于其使用目的是著作权法所承认的科学研究这一社会公共利益目的,可以构成较高度度的转换性使用。正如在美国的“Hathi Trust 案”与“谷歌图书馆案”中,谷歌公司均使用了文本数据挖掘技术,对原作进行完整的数字化复制和利用。但其提供的搜索和片段浏览功能是为了方便用户搜索其感兴趣的书籍,提高用户检索图书的效率,同时也利于保存古老文集,有助于学术研究,有益于社会公众,因而具有高度转换性而不构成侵权。^[68]也正是基于此,欧盟2019年指令第3条明确规定科学研究目的的TDM适用著作权法的限制与例外规定。德国著作权法第60(d)条^[69]和法国知识产权法典第L122-5条第(10)款^[70]都明确规定“科学研究”“公共研究”的TDM适用限制与例外规定。

就纯商业目的型TDM而言,由于其使用目的或功能与原作相同,仅具有单纯的商业目的,无法实现公共利益目的或功能,不能构成转换性使用。并且由于相同的商业目的,通常而言具有相同的竞争关系,TDM的使用会对原作的市场和价值产生影响,无法构成合理使用。例如在“TVEyes案”中,法院认为被告利用TDM构建的数据库使得用户可以通过搜索查看到大量享有版权的影视节目片段,具有与原告相同的商业目的,其本质仍然是利用原作的价值和美感,无法构成转换性使用。并且这种使用方式可能导致被告成为原告网站的替代品,将剥夺原告公司的相关利益,最终认定其无法构成合理使用。^[71]

争议较大的是第三种类型的TDM,从现有立法来看,德国、法国等国对TDM的规定采取的是比较严格的标准,不但要求TDM的主体为研究机构,而且要求TDM的目的仅限于“科学研究目的”。而日本等国则采取了较为宽容的态度,其不但未对主体进行要求,而且也未对TDM目的进行严格限制。^[72]上述各国规定的不同,一方面是各国TDM产业发展政策和利益平衡的产物;另一方面是各国合理使用制度的差异所致。本文认为,由于TDM是当前数字图书馆、人工智能、数据库、商务智能等创新产业

[65]参见王文敏:《文本与数据挖掘的著作权困境及应对》,载《图书馆理论与实践》2020年第3期。

[66]See Fox News Network, LLC v. TVEyes, Inc. 883 F.3d 169 (2d Cir. 2018).

[67]参见赵力:《数字时代知识发现海牙宣言之借鉴——以内容挖掘为核心》,载《图书馆》2015年第9期。

[68]See Authors Guild, Inc. v. Google Inc., 804 F.3d 202, 229(2d Cir.2015).

[69]See Germany Act on Copyright and Related Rights (2017), Section 60 (d)(e)(f).

[70]Code de la propriété intellectuelle (2021),L122-5、L342-3.

[71]See Fox News Network, LLC v. TVEyes, Inc. 883 F.3d 169 (2d Cir. 2018).

[72]参见王文敏:《文本与数据挖掘的著作权困境及应对》,载《图书馆理论与实践》2020年第3期。

发展的重要技术,也是元宇宙空间下数字经济的重要方向,著作权法不应成为限制这些产业和经济发展的枷锁,因此无需将TDM 过于严格地限于“科学研究目的”,也无需将TDM的主体限定于研究机构。根据前文所总结的转换性使用规则,只要TDM的使用目的符合著作权法所承认的保障残疾人、国家机关执行公务、保护文化遗产等公共利益价值目的,那么其仍然可以构成转换性使用。

(二)转换性使用界定规则对短视频侵权问题的适用

实践中短视频主要呈现为以下几种类型:一是速看类短视频,其本质特征在于对于影视剧进行浓缩,方便用户短时间内获悉影视剧的剧情和画面,并没有任何改编和评论;二是解读类短视频,其本质特征在于对相关影视剧分析剧情,解释伏笔,帮助观众理解较为复杂的剧情;三是自媒体评论类短视频,也即前文所述的谷歌莫创作的短视频,其本质特征在于自媒体自身通过对影视剧本身的引用,对影视剧本身或其他议题进行恶搞或评论;四是用户对影视游戏混剪、鬼畜类短视频,也即一些粉丝或用户对喜欢的影视、游戏作品进行利用和剪辑,有些仅是单纯的画面的展示,有些则会穿插相应的恶搞或评论。因而对短视频侵权案件的分析,应该结合不同类型的短视频进行具体情况具体分析。

首先,就速看类短视频和解读类短视频而言,以理性的短视频受众观之,其对影视剧剧情或画面的引用是为了方便用户短时间内获悉剧情或对剧情本身进行解读,并无任何介绍、评论或说明问题的目的,也无任何其他公共利益的目的,因而不构成转换性使用,同时还可能对原作市场产生实质性替代。在北京互联网法院判决的全国首例“《三生三世十里桃花》图解电影案”中,原告诉称被告使用“图解电影”软件对其享有著作权的电视剧《三生三世十里桃花》制作成连续图集并通过网络向公众传播,侵犯了其对影视剧享有的信息网络传播权。法院经审理后认为:“本案中,涉案集目的并非介绍或评论,而是迎合用户在短时间内获悉剧情、主要画面内容的需求,故不属于合理引用”,并且“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”“由于替代效应的发生,本应由权利人享有的相应市场份额将被对图片集的访问行为所占据”。〔73〕

其次,就自媒体评论类短视频和用户对影视游戏混剪、鬼畜类短视频而言,如果自媒体和用户对他人影视、游戏的利用,就理性的短视频受众观之,是为了实现对原作或政治、经济等议题批判或讽刺,若其引用比例符合该目的需要,便可能构成“滑稽模仿”或“嘲讽性表演”类转换性使用。以谷阿莫创作的“5分钟看完《西游伏妖篇》”的短视频为例,谷阿莫创作的短视频中,通过对原作大量电影片段的剪辑和使用,同时添附其幽默风趣的评论和讽刺。谷阿莫虽然使用了原作大量电影片段,但这是谷阿莫实现其滑稽模仿目的所需。〔74〕

如果自媒体和用户对他人影视、游戏的利用仅仅是对原作画面、音乐的展示,而没有任何批判或评论,或者超出了其批判、评论的目的大幅度引用原作,那么此类行为并不构成转换性使用,存在侵权的风险。例如一些粉丝为了表达其对影视剧或游戏的喜爱,援引了大量原作的画面和音乐内容,同时在视频中穿插如何喜欢原作的评论。虽然其制作的短视频十分精美足以构成原作的改编作品,但此类行为难言具有转换性。再如自由创作者胡戈曾因其创作的恶搞和讽刺《无极》电影的短视频《一个馒头引发的血案》而引发著作权争议。在胡戈事件中,《一个馒头引发的血案》视频中存在不少对《无极》进行讽刺性模仿的内容,但就整体而言,《一个馒头引发的血案》对《无极》作品本身的批判或讽刺却没有占据太多比例,胡戈引用了大段与其所要批判或评论无关的内容,这使得没看过《无极》的用户也能通过该短视频了解原作的基本故事情节,实际上起到了对原作的实质性替代作用。

(三)转换性使用界定规则对游戏直播侵权问题的适用

首先,网络游戏直播转换性使用的判断,应该择取网络游戏的理性受众为拟制主体。这一理性受众并非泛指所有普通公众,而仅指网络游戏的玩家、游戏开发者和游戏运营商等与网络游戏有关的

〔73〕北京互联网法院(2019)京0491民初663号民事判决书。

〔74〕参见袁锋:《网络影评类短视频的合理使用问题研究——以转换性使用为视角》,载《中国出版》2019年第3期。

目标受众,他们对网络游戏有一定的鉴赏力和理解力,应该将他们作为判断基准。正如在之前备受争议的“英雄血战游戏著作权侵权案”中,法院明确指出,作品独创性的判断主体应当是“一般观察者”,而在本案中,“一般观察者”的检验标准“应当与网络游戏所涉及的游戏玩家、游戏开发者、游戏运营商等相关,即应当重点从网络游戏所针对的受众的角度判断”。〔75〕

其次,网络游戏直播可以构成较低程度的转换性使用。虽然游戏直播的确可以将游戏画面展现给观众,让观众欣赏到游戏画面的美感,然而这并非直播游戏的主要目的和功能。就网络游戏的理性受众观之,网络游戏区别于其他娱乐方式最重要的方面在于,其提供的交互式体验。游戏的本质也就在于这种操作的自由性、互动性。〔76〕而玩家或游戏主播进行游戏直播的目的是向用户展示其高超技巧所带来的游戏成就,向观众分享喜悦,并获取满足感。游戏受众观看游戏直播本身也不是为了观看游戏画面,而是更直观地学习游戏技巧、欣赏战果。因而就网络游戏的理性受众观之,游戏直播无法代替游戏本身的游玩功能,与原作相比具有不同目的和功能,但由于这一功能并不涉及前文所述的社会公共利益,因而转换性程度较低。

由于网络游戏直播的转换性程度较低,是否构成合理使用需要结合网络游戏直播是否会对游戏作品的市场和价值产生影响进行判断。市场和价值影响要求法院考虑使用行为是否会对原作的市场造成实质替代。网络游戏直播本质上不会损害和取代当前游戏著作权人的市场利益。相反,游戏直播对游戏销售市场具有宣传作用。美国2016年的相关调查显示,有大部分玩家通过游戏直播来认识某一款游戏;且有大约69%的玩家会购买或下载某游戏,是因为在网上观看过某人玩这款游戏。〔77〕市场和价值影响也要求法院考量当被告的行为是否会对原作的“潜在市场或价值”造成实质性影响。〔78〕“潜在市场或价值”通常指的是“传统意义上、合理的、很可能发展起来的”市场,应该结合作品创作时期的市场和技术条件进行考量。〔79〕早在十多年前,就有通过电视频道对游戏进行直播的产业,但未见游戏开发商对此进行收费或产生争议,这就充分说明游戏直播并非游戏开发商所预期的潜在市场。〔80〕当前游戏开发商之所以向网络游戏直播主张权利,最根本的原因是网络游戏直播蕴含众多用户流量和巨大的商业利益。综上所述,本文认为,游戏直播具备较低程度的转换性,但对原作市场和价值影响较小,因而可以构成合理使用。

余论:转换性使用规则本土化适用的解释路径

“元宇宙将成为平行于现实世界的人类第二空间”,为人类社会实现数字化转型提供了新的路径,作品使用方式和渠道将日益多样和广泛化,其带来的结果必然是重构合理使用的利益关系,重塑合理使用理论的认知,构建更具开放性和灵活性的合理使用制度。肇始于美国的转换性使用理论,由于其灵活性和包容性,对深陷各种新型疑难问题藩篱的版权制度而言,无疑是当前最为妥适的解决路径,并不断被各国所借鉴和引入。我国法院为应对日益复杂的实践形势,早就利用不同方式灵活借鉴和适用转换性适用理论,这也充分说明了我国当前具备适用转换性使用的基础和空间。事实上,伴随着最新修订的著作权法于2021年6月开始实施,转换性使用规则在我国本土化适用路径已经被

〔75〕广东省广州市天河区人民法院(2017)粤0106民初14587号民事判决书。

〔76〕Nichols W J. Painting through pixels: the case for a copyright in videogame play[J]. Colum. JL & Arts, 2006, 30: 101.

〔77〕See NPD. The NPD Group Reports On Consumer Viewing Habits of eSports And Streaming Gameplay. Available at <https://www.npd.com/wps/portal/npd/us/news/press-releases/2016/the-npd-group-reports-on-consumer-viewing-habits-of-esports-and-streaming-gameplay/>, Jan 10th, 2022.

〔78〕See *Happer & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 566-68 (1985).

〔79〕See *Happer & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 566-68 (1985).

〔80〕参见崔国斌:《认真对待游戏著作权》,载《知识产权》2016年第2期。

彻底打开。

理论界和实务界一般认为,我国著作权法合理使用条款的第24条第(2)项规定的“介绍、评论某一作品或者说明某一问题”已经为法院适用“转换性使用”理论提供了足够的解释空间。然而它难以囊括所有的、正当合理的,“为介绍、评论某一作品或者说明某一问题”的转换性使用行为,也无法包含其他非基于“介绍、评论某一作品或者说明某一问题”目的的“转换性使用”行为。而新修订的著作权法改变了这一现状,第24条在明确列举12种情形之外增设了一般性条款,也即“法律、行政法规规定的其他情形”,这就使我国封闭式列举的合理使用规定向开放性转变,法院在司法实践当中适用“转换性使用”理论更加有据可循。法院在司法实践当中可以结合第24条(2)项和(13)项规定,适用类推解释的法律方法将“介绍、评论某一作品或者说明某一问题”之外的其他合理的、符合著作权法所承认的公共利益目的也纳入合理使用的范围。为应对元宇宙空间下新型使用行为所带来的愈加复杂的问题与挑战,应当更加开放和灵活地对本国合理使用制度进行解释和适用。事实上,这不仅是我国所面临的独有问题,近年来,包括日本、加拿大、英国等在内的许多国家为应对新技术的挑战,都对合理使用制度进行了一定程度的修葺和完善。

Abstract: The metaverse is essentially a virtualization and digitization of the real world. New copyright disputes arising from text and data mining, short videos and game livestreaming are the reflection of the digital utilization works in the metaverse. Transformative use theory becomes the core of solving these problems, but the key is how to judge and apply such transformative use. The essential definition of transformative use is "purpose transformation" rather than "content transformation". The following factors should be considered in the definition of transformative use: transformative use is a transformation of objective purpose or function, two types of "purpose transformation", the degree of transformation is judged on the realization of public interests and the relationship between transformative use and the original market. To effectively solve the new copyright disputes in the new technology environment, Chinese courts can apply the rules of transformative use by referring to Article 24 (2) and (13) of the Copyright Law.

Key words: Metaverse; transformative use; text and data mining; short videos; game livestreaming; purpose transformation
