

论改编自长视频的短视频如何适用适当引用规则

日期：2022.07.12 作者：张校铨

内容提要

飞速进步的信息技术带动了短视频行业在文化领域的蓬勃发展，独立创作者、工作室使用他人视听作品（长视频）进行搬运、剪辑等二次创作短视频的行为可能涉及著作权侵权，而改编自长视频的吐槽评论类、鬼畜恶搞类、知识普及类短视频在何种情况得以适用适当引用规则成为亟待解决的问题。本文认为，统一适当引用的解释原则应当紧紧围绕引用目的，不应把引用比例、引用者的商业目的等作为适当引用的考量因素，同时要慎用“三步测试法”，防止不合理地提高适当引用的适用门槛。

一、问题的提出

4G技术乃至如今的5G技术使得短视频行业挤入公众的碎片时间，迎合“快餐文化”一举成为新时代的宠儿。这些短视频内容包含随手记录生活的录像制品，还包括精心编排、导演而录制成的原创视听作品，通过搬运、剪辑已发表的长视频视听作品二次创作的短视频也占据了一席之地。然而，12426版权监测中心发布的《2020中国网络短视频版权监测报告》显示，2019年—2020年10月期间，针对监测的4894件作品（包括电影、电视剧、综艺节目、动漫等，即长视频）涉嫌侵犯其著作权的短视频链接共1406.82万条[1]，在这样一个侵权多发的领域，如何判断改编自长视频的短视频构成侵权成为亟需厘清的问题。

本文根据短视频对长视频的“改编”程度，简单将用户上传的改编自长视频的短视频分为以下几种类型：

1. 直接从长视频中原封不动搬运出来的片段，如优酷诉快手的《大明风华》案[2]；
2. 将长视频的画面剪辑、压缩成导览类的短视频，配以长视频故事的解说，如谷阿莫的“X分钟看电影”系列，类似的情形还有“图解电影”案[3]；
3. 将长视频的画面剪辑、拼合成评论类的短视频，例如吐槽剧情、发表影评、盘点作品等；
4. 将长视频的画面进行剪辑、拼合，恶搞或者鬼畜化改编，得到完全不同于原画面的故事表达，例如《一个馒头引发的血案》；
5. 借用多个长视频的画面混剪，介绍剧情与其不相关的另一部作品，或者对某社会现象、历史事件进行说明。

毋庸置疑，上述五类短视频必然包含了被改编的长视频的画面，尤其是第一类直接搬运的情形，未经许可上传短视频的行为会侵犯长视频著作权人的信息网络传播权——除非该行为可以适用法定的权利限制规则。因此判断这些短视频是否构成侵权的核心在于，利用长视频画面的行为能否构成《著作权法》中规定的“合理使用”，进一步说，是否构成适当引用。

二、适用适当引用条款的核心是引用目的

《著作权法》第二十四条第（二）项规定“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”，该项可以提炼出四个要件：（1）引用目的是介绍、评论某作品或者说明某问题；（2）将其它作品引用到新的作品，即“在作品中”所表达的意思；（3）引用需有适当性；（4）使用已经发表的作品。其中“使用已经发表的作品”是每一种合理使用行为的前提，不具备讨论意义，本文着重对前三个要件进行讨论。

首先，如果独创性存在高低，也不应当将“在作品中”理解为二次创作的独创性贡献越高，引用其它作品就越具备合理性，也不应该考虑引用行为本身的创造性。因为讨论二次创作作品的独创性，无非是说该短视频构成作品或改编作品，然而传播该短视频必然会传播内含在短视频中的原作品画面，未经原作品作者许可传播依然是侵权行为。何况讨论某行为是否构成合理使用，必然是因为该行为已经被评价为侵权行为，在此重复评价独创性没有意义。此外，针对借用长视频的画面介绍与其不相关的另一部作品的情况，短视频创作者面对海量的现有长视频作品画面，可选择的表达空间应当比创作影评类短视频的创作者可选择的表达空间更多，而前者相比于后者更可能构成侵权，足见引用的创造性与适当引用无关。

其实，司法实践中讨论引用的创造性，可能还是在辅助评价引用目的。在《回到拉萨》案[4]中，被告为介绍多种乐器在节目中发挥的独特作用，在网络文章中使用了原告综艺节目的表演片段，一审法院提到“被引用的内容和文章之间在构思和表达上存在自然、合理、正常的逻辑关系”，最终认为构成适当引用，而二审法院认为“涉案曲目的使用缺乏创造性使用的特性。涉案文章的主题既然确立为分析和评论铜钦对曲目的作用，文章应当围绕这一主题，通过恰当方式来论证和推动作者的这一思路”，最终改判被告构成侵权。有趣的是，两审法院均是在评价“引用目的”背景下讨论引用的创造性的，但是把引用的创造性和文章主题对应的引用目的杂糅在一起，难免有些逻辑混乱。

第二，引用确实需要符合适当性，但这里的“适当性”不是指独立意义的引用比例适当，而是根据引用目的来判断引用行为是否适当。只不过在大多数情形引用比例都比较直观，易于判断，即使如此也应当把“适当”理解为依附于引用目的的灵活引用比例。例如，短视频的创作目的涉及对长视频的几帧画面或者一段剧情作出评价，那么其引用的适当性就应限于这几帧画面或这一段剧情，至于引用部分占短视频或者长视频的绝对比例则无关紧要，即使短视频的所有画面均是出自长视频，只要创作者基于引用目的确实有必要如此引用，那么也可以符合引用的适当性。从比较法视角看，适当引用条款的适当性要件也不是独立存在的，无论是那些要求引文必须简短的国家，还是那些规定只要有科学、评论、教育或消息的性质就可以引用的国家，都因规定不明确而招致批评，因此如德国法、日本法那样规定引用须符合要达到的目的或者良好习惯才是恰当的[5]，我国法的规定也大意如此，也应该将这个适当性解释为一种符合引用目的的灵活的标准。

对此，在《西部畅想》案[6]中，上海高院认为，“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，若属此种情形，则应当认定引用方式不合理。”同样的，在“图解电影”案中，法院强调“合理引用的判断标准并非取决于引用比例，而应取决于介绍、评论或者说明的合理需要”[7]，如果按照引用部分占长视频的比例来评价，就会得出引用电影截图介绍整部电影不构成侵权的谬论了。

总之，引用目的才是适当引用条款中最具意义的要件，前文已述“适当性”需要根据引用目的进行灵活解释，而“在作品中”的规范意义在于强调反对单纯的复制行为——这当然也不可能符合“为介绍、评论某一作品或者说明某一问题”的引用目的。

三、适当引用的文义应从规范目的角度理解

因为适当引用的规范目的是为了表达自由的公共利益而例外地对私权作出限制，所以对这种限制的扩大解释应当谨慎，应当紧紧围绕引用目的来理解适当引用的文义。《著作权法》既然赋予作者得以禁止他人行为的一般性权利，就没有理由再鼓励利用特殊性的

限制规则来破坏一般性的权利，具言之，如果某种行为对于落入适当引用的文义是模棱两可的，但该行为不符合适当引用的规范目的（例如，为独创性的表达提供论据或者展示争议），就应当认为法律不希望这种行为构成适当引用，否则完全可以为这种行为额外作出明确。

回归到改编自长视频的短视频问题，在导览类短视频中通篇引用长视频的画面，显然是为了传播长视频的内容或者简述剧情梗概，这种情形不符合“介绍、评论某一作品”的引用目的，但是，其它改编长视频的情形是否侵权可能会存在争议，笔者尚未发现我国法院对公开作出过判决，这个问题或许可以通过评价规范目的来回答。

例如，为了吐槽或评论视听作品甲，去引用视听作品甲中被吐槽的或是与评论相关联的画面，则应该不至于超出“介绍、评论某一作品”的文义，然而为了吐槽或评论视听作品甲却引用视听作品乙的画面则难以符合规范的引用目的，除非是为了对比衬托。同样的道理，为了更生动地介绍文字作品丙去引用人物设定类似的但毫无内在关联的视听作品甲的画面，对作品丙有可能构成适当引用，但对作品甲就不应该构成适当引用。德国判例中，引用人不想自己进行有关的论述而是用他人的论述来替代，就是不符合合理使用的[8]。总之，“介绍、评论某一作品”应当重点关注介绍、评论被引用的作品。

相比之下，“说明某一问题”的文义也应当保持在对拟论述、说明的问题提供论据或者展示争议的范围内，例如在科普类短视频中引用纪录片相关的片段，在对社会问题、历史问题表达观点时引用电视剧中折射相关问题的片段，都可以构成适当引用。另外，虽然我国立法尚未明确戏仿作品的法律地位，但如果通过引用原作品（即提供论据）来讽刺原作品中存在的问题，当然也可以属于“说明某一问题”，不过，大部分的鬼畜视频、恶搞视频引用长视频未必是为了说明这样的现实问题，更多是出于轻松搞笑的目的进行创作、传播，那么此类短视频依然可能侵犯信息网络传播权和保护作品完整权。

四、慎用“三步测试法”评价适当引用

“三步测试法”源于《伯尔尼公约》，直至TRIPS第13条“成员应将专有权的限制或例外局限于某些特定的情形，并且不得与作品的正常使用冲突，也不得不合理地损害权利人的合法权益”，才将“三步测试法”扩张至所有著作权和邻接权。但是，正如《世界知识产权组织版权条约》（WCT）第10条第2款所强调的——各缔约方在适用《伯尔尼公约》时，应对任何限制或例外限于符合“三步测试法”的特殊情况——“三步测试法”是一项适用于国际层面的约定，用来评价一国著作权法中对于权利限制和例外是否合理[9]，例如用于“欧盟诉美国版权法110（5）节”案[10]中。

于是，国内立法完全可以不吸收“三步测试法”，或者说恰当的转化方式可以是作为合理使用规则中的一般条款：“其它为了公共利益使用作品，而不影响原作品正常使用且不损害原作者合法权益的情形”。但是，我国著作权法首先将“三步测试法”的后两步规定于《著作权法实施条例》第二十一条，最终又吸收到新《著作权法》的第二十四条第一款，用于统领该条款下每项情形，导致的结果是即使像适当引用这类国际上比较成熟的、已经经过“三步测试法”检验的规则，也依然要适用“三步测试法”再次检验。

我国使用“三步测试法”辅助裁判说理已经非常常见。例如在《80后的独立宣言》案[11]中，一审法院认为，“从引用是否会对美影厂作品的正常使用造成影响来看，涉案海报的使用未对美影厂作品的正常使用造成影响”，二审法院认为“涉案电影海报中作为背景图案引用‘葫芦娃’、‘黑猫警长’美术作品不会产生替代性使用，亦不会影响权利人的正常使用”。在“男格斗玩家”图片案[12]中，二审法院认为“形式上，网易公司使用涉案图片的方式，是对玩家公司该图片正常的网络传播行为起到了实质性的替代作用，损害了玩家公司的商业利益，不属于‘适当引用’的情形”。北京高级人民法院在《侵害著作权案件审理指南》[13]中，以及广东省高级人民法院知产庭在“涉图片类著作权纠纷案件若干问题的解答”[14]中，也都明确适当引用应当考虑引用行为是否影响被引用作品的正常使用或者损害其权利人的合法权益。

从逻辑上讲,适当引用被稳定地规定在国内法应视为已经通过了“三步测试法”的测试,那么适用该方法进行二次测试照理说不会改变最终的结论。但本文认为,使用“三步测试法”进行二次测试会存在不容小觑的问题。因为无论是对引用目的的判断,还是对影响原作品正常使用及损害权利人的合法利益的判断,裁判者都具有一定的裁量空间,对已经符合适当引用的行为进行二次测试,很可能作出错误的修正。

例如,在前述提及的《西部畅想》案中,一审法院认为“在出版的各个版本该类书籍中使用涉案诗歌,明显超出合理使用范围,其目的主要是为编写相关试卷习题服务,具有营利性,不符合我国著作权法关于‘法定许可’及‘合理使用’的规定”,二审法院认为“该部分内容亦无其他不当损害被上诉人利益的内容……”上诉人对《西部畅想》的使用符合我国著作权法规定的合理使用情形”[15]。两审法院产生这样的分歧,很难说清楚是因为对引用目的理解不同,还是因为对损害权利人利益的理解不同。换句话说,如果已经认为某行为符合适当引用的引用目的,却又发现权利人的利益可能受到损害,法院是否会为了说理的一致性,回过头来修正对引用目的的判断呢?这其实是提高了引用者适用适当引用的门槛。

其实,在引用目的与损害权利人利益之间产生矛盾是再正常不过的事情,因为一切合理使用行为本质都是对权利的限制,限制权利人的权利必然会损害权利人的利益,但仅因损害权利人的利益就否认合理使用绝非立法本意。需要强调,“三步测试法”的规则不意味着涉案行为违反任何一步就不构成合理使用,如2009年发布的《在版权法中对三步测试法进行平衡解释的宣言》所提到的:“当正确适用三步测试法时,需要对其进行全面的整体评估,而不应按照其通常但令人误导的表述进行逐步的适用。三步测试法中,没有哪一步具有优先适用的效力。”[16]事实上,一切对权利的限制都可能影响原作品的使用,都可能损害权利人的利益,只是为了平衡公共利益权利人需要一定的容忍,需要支付报酬的法定许可是如此,不需要支付报酬的合理使用更是如此。

由于新《著作权法》已经施行,“三步测试法”的统领地位已经无法改变,那么本文尝试从解释论角度寻求此问题的解决方法。首先,应慎于优先启用“三步测试法”评价适当引用,例如判断二次创作的短视频是否符合适当引用,应当优先考察短视频的表达内容,评价其传达出的主旨含义是否符合法律规定的引用目的,再评价引用行为是否紧紧围绕引用目的,引用的内容是否显然超出引用的必要性。其次,在得到符合适当引用的初步结论后,可以使用“三步测试法”进行辅助性的验证,当验证结论为显然影响原作品的传播或损害权利人的利益时,可以重新对引用目的和引用内容进行评价,但应当谨慎修改初步结论,更应反过来考察权利人受损的是否是应当容忍的、法律不予支持的利益。

五、结论

基于改编自长视频的短视频频繁侵犯长视频著作权的现象,本文对适当引用的原理及适用重新进行了梳理,其中搬运长视频画面的短视频构成侵权已经没有争议,目前司法导向也基本确认了涵盖长视频全部精华画面的导览类短视频不构成适当引用。但是针对吐槽评论类、鬼畜恶搞类、知识普及类短视频能否构成合理使用,依然存在法律解释的不确定性和较强的个案差异性,总体还处于灰色地带。

为了加强权利人对侵权行为维权的信心,降低短视频平台判断侵权的难度,统一适当引用规则的解释仍然具有积极意义。首先,适用适当引用应当关注引用目的而不应关注短视频自身的创造性贡献,也不应把判断引用内容是否与引用目的脱节的适当性理解成引用部分画面占据短视频的比例以及长视频的比例多少。其次,在解释引用目的时不宜脱离适当引用的规范目的,即使确实是在“介绍、评论某一作品或者说明某一问题”,也不允许超出规范目的去引用与被介绍、评论的作品或被说明的问题无关的长视频画面。最后,即使我国《著作权法》将国际公约中的“三步测试法”规则作为合理使用的一般原则,考虑到“三步测试法”的本来功能,在用以评价适当引用从而改变对引用目的的判断时应该慎之又慎,防止不合理地提高适用适当引用的门槛。

[1]2020中国网络短视频版权监测报告(摘要),载于微信公众号“中国新闻出版广电报”,2020年12月3日。

[2](2020)京0491民初17780号民事判决书。

[3]（2020）京73民终189号民事判决书。

[4]（2019）京73民终1768号民事判决书。

[5]克洛德·科隆贝：《世界各国著作权和邻接权的基本原则——比较法研究》，高凌瀚译，上海外语教育出版社，1995年，第63页。

[6]（2020）沪民申2415号民事裁定书。

[7]（2019）京0491民初665号民事判决书。

[8]M·雷炳德：《著作权法》，张恩民译，法律出版社，2004年第13版，第325页。

[9]张伟君：《也谈新修改<著作权法>“合理使用”条款的适用》，载于微信公众号“知识产权与竞争法”，2021年1月14日。

[10]参见，张曼：《TRIPS协议第13条“三步检验法”对著作权限制制度的影响——兼评欧共体诉美国“版权法110(5)节”案》，载《现代法学》2012.5。

[11]（2015）沪知民终字第730号民事判决书。

[12]（2013）穗中法知民终字第1226号

[13]北京市高级人民法院：《侵害著作权案件审理指南》（2018），第7.11条。

[14]广东省高级人民法院知识产权审判庭：“涉图片类著作权纠纷案件若干问题的解答”（2019），第7问。

[15]（2020）沪73民终154号民事判决书。

[16]Christophe Geiger, Reto M. Hilty等：《平衡解释版权法的“三步检验法”宣言》，2009年，https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/forschung_aktuell/01_balanced/declaration_three_step_test_final_chinese1.pdf