

二次创作短视频合理使用规则的适用与完善

董彪

【摘要】自媒体技术的发展促进了二次创作短视频的兴起与繁荣,长视频平台与短视频平台、长视频创作者与短视频创作者之间的矛盾冲突随之产生。我国《宪法》第47条和《著作权法》第24条、鼓励短视频创作者创新以及最大化社会整体效用,分别为短视频创作者合理使用他人作品提供了规范、价值和经济分析方面的正当性。要素分析法是认定短视频创作行为是否构成合理使用的基本方法。作品性质要素、使用目的要素、替代性要素和适度引用要素在司法实践中存在认识上的分歧或误解,需要澄清。效果论和类型化有助于弥补要素法的缺陷。短视频创作中构成转化性使用需要满足在内容、目的、性质、功能方面与长视频存在实质差异以及使用具有促进知识传播、鼓励创新的作用等条件。剪辑型短视频、解说型短视频和戏仿型短视频适用合理使用规则的可能性呈渐次增长的趋势。在弱化要素分析和扩张合理使用范围的情况下,需要建立长视频与短视频的收益共享机制。

【关键词】短视频;合理使用;因素法;类型化;收益共享

【作者简介】董彪,北京工商大学法学院副教授、法学博士(北京 100048)。

【原文出处】《政治与法律》(沪),2022.5.141~149

【基金项目】本文系2018年教育部人文社科基金项目“人工智能时代新型民事法律责任规则研究”(项目编号:YJC820014)的阶段性成果。

短视频并不是一个精准的法律概念。不同机构关于视频长短的认识存在差异。第一财经商业数据中心将短视频的时长限定在15分钟内,而易观智库则将短视频的时长限定在20分钟内。二次创作的短视频是对长视频进行剪辑的基础上完成的。若将长视频制作视为首次创作,则以长视频为基础剪辑而成的短视频属于二次创作。^①短视频并不完全是从无到有的创新,长视频为短视频创作提供了基本素材,有“为他人做嫁衣”的性质。近年来,拍摄和剪辑技术的门槛降低促进了自媒体产业发展,改变了传统的传播方式和人们的生活习惯。在有限的时间内介绍或评论影视剧的方式盛行,短视频发挥着“代餐”功能,满足了人们因娱乐时间碎片化而产生的速食文化需求。短视频创作对长视频传播能产生积极的社会影响。短视频在有限的时间内呈现长视频的核心内容,具有宣发功能,并起到引流作用。它借助

流量优势能够增强长视频的曝光率,让更多受众知晓长视频并产生观看长视频的兴趣,拓宽长视频的推广渠道。处于沉睡或者衰弱状态的长视频会因受众对短视频的关注再次焕发活力。因而,在短视频平台兴起之初,长视频平台与短视频平台之间曾经关系融洽。即便是在长短视频平台涉版权纠纷不断的当下,短视频在影视剧宣发中仍然占据一席之地,例如抖音为影视剧提供官方抖音号。但是,短视频创作对长视频传播也能产生消极影响。一方面,短视频因引用长视频的片段,会透漏剧情,对长视频后续放映以及许可放映造成负面影响,进而影响长视频的票房收入,产生经济损失;另一方面,短视频对长视频进行批评或恶搞,可能降低公众对长视频的评价或观赏兴趣。

在传统媒体向现代媒体转变的过程中,传播媒介的变化使得长视频创作者与短视频创作者之间的

矛盾冲突凸显。网络红人解说剪辑后的影视剧片段,并对其进行评论或调侃的短视频创作引发了著作权纠纷。^②例如,谷阿莫创作的“X分钟带你看完xx电影”系列短视频,通过幽默、诙谐的语言在几分钟内解说一部完整的电影,迅速吸引了数百万微博粉丝。谷阿莫在电影解说短视频方面获得巨大成功的同时也引来了纠纷和诉讼。2021年4月23日,优酷、爱奇艺和腾讯视频与500多位艺人联合发布倡议书,要求对短视频平台的内容加强著作权合规管理,清理未经授权剪辑的影视作品。^③这一发生在世界图书和版权日前夕的事件再次引发理论界和实务界对短视频创作的关注。短视频创作者未经授权使用长视频是否具有正当性依据?如何认定短视频创作者的行为是否属于合理使用?如何完善短视频创作中的合理使用制度?

一、短视频创作合理使用他人作品的正当性分析

合理使用制度属于著作权保护的例外而非原则,它打破了著作权人独享权利的状态。使用他人作品的创作者可以援引合理使用制度作为抗辩事由,阻却使用行为的违法性。早期著作权法将保护著作权人的利益奉为圭臬,并未规定合理使用制度,如1709年英国的《安娜女王法》。英国法官在审判活动中为平衡著作权人、使用人、传播人的利益创设了合理使用的判例。直到1911年,这一判例法制度才以法令的形式被固定下来。美国制定的《千禧年数字版权法》将合理使用制度的适用范围从纸质作品的复制扩展至数字作品复制。在短视频创作中,长视频著作权人享有的复制权、改编权、保护作品完整权等一系列权利是否需要受到限制?短视频创作者未经长视频创作者授权或同意能否引用长视频的画面或情节?短视频创作中合理使用他人作品的正当性问题随之产生。

(一)规范分析视角下的正当性探讨

1. 宪法规范依据

我国《宪法》第47条就保护文学艺术创作自由进行了明确规定。数字化时代,文学艺术评论不再限于文字作品形式,通过短视频也可以对影视作品进行评论、说明、批评、讽刺或赞美。短视频创作是网

络时代文学艺术创作的新形式,属于表达自由的保护对象。对使用他人作品进行严苛限制会限缩艺术创作或表达自由的空间。^④温蒂戈顿教授认为,以著名电影的部分内容为素材进行网络搞笑剧创作,不构成侵权,否则会压制创作热情,甚至陷入表达自由的危机。^⑤但是,对短视频创作的激励并不意味着短视频创作者可以肆意妄为。短视频创作的表达自由需要在法律的框架内实现,不得侵害其他民事主体的合法权益。我国《宪法》第47条关于保护文学艺术创作自由的规定为短视频创作行为的正当性提供了依据,却并未根本解决短视频创作者与长视频创作者之间的权益冲突。也就是说,它为短视频创作行为的合法性提供了论证的起点,却并未提供详细的解决方案。

2. 著作权法规范依据

我国《著作权法》第2章第4节就“权利的限制”进行了系统规定,该法第24条列举了合理使用的情形。根据该规定,为了介绍、说明或评论而适当引用他人已经发表的作品,属于合理使用的范畴。倘若短视频创作中使用他人作品的目的突破了介绍、说明或评论的范围,则难以通过对《著作权法》第24条进行文义解释将其纳入合理使用的范围。司法实践中,法院通常认为合理使用并不限于《著作权法》第24条规定的情形,不影响作品正常使用且没有不合理地损害著作权人合法利益的使用行为,可以作为例外情形被纳入合理使用的范围。换言之,《著作权法》仅满足了短视频创作的部分需要。这就需要探究合理使用规则的立法意旨,而非通过文义解释简单地将短视频创作排除在合理使用制度的适用范围之外。通过对兜底条款进行目的扩张性解释或立法的方式,言明短视频创作中使用长视频的正当性,能够缓解法律的僵化性与社会生活的动态变化性和多样性之间的矛盾。

(二)价值分析视角下的正当性探讨

鼓励创新是著作权保护的核心要义,但是过度的著作权保护又会产生抑制创新的悖论。一方面,原创作品是二次创作作品的基础。没有原创作品,二次创作就成为无源之水。保护长视频创作者的著作权能够激励原创者的创作热情,促进影视行业发

展。反之,则会形成懒于或者怠于原创的惰性。另一方面,著作权人享有的独占性知识产权会产生垄断效应,限制作品的使用和传播。过度的知识垄断会妨害知识更新的进度,著作权保护不能异化为抑制文化事业发展或创新的借口,因此不能打击短视频创作者的热情,阻碍文化艺术繁荣。这就需要在著作权的限制与保护之间寻求适当平衡,缓和作品创作者与使用者之间的关系,在保护著作权人合法权益的同时促进短视频创作。对著作权进行限制的立法模式可以分为封闭式和开放式两种类型。封闭式著作权限制立法模式取鼓励原创的立法意旨。开放式著作权限制立法模式取表达自由、鼓励二次创作的立法意旨。我国倾向于采用封闭式立法模式,适用合理使用制度时的态度相对保守。

(三)经济分析视角下的正当性探讨

流量经济时代,作为内容生产者的用户与互联网平台合作,实现共赢。用户生成内容(User Generated Content)不再是自娱自乐,而是一种营利方式。视频制作的上传者(即UP主)能够通过打赏获取收益,也可以通过广告植入或影视推荐等方式收取代言费,还可以通过品牌效应如成立公司等获得间接商业利益。在商业利益的驱动下,短视频创作如火如荼,用户数量迅速增长,分流了部分长视频用户,减少了长视频平台或创作者预期可得的会员费或广告费。未经长视频创作者授权或同意的短视频创作往往有“蹭热度”“蹭热点”“搭便车”之嫌,即利用长视频的知名度实现商业利益或增强短视频平台的影响力。这就使得长短视频创作者和平台的利益保护陷入两难困境。倘若短视频创作者可以未经长视频著作权人授权或同意无偿使用他人作品,无疑会减少长视频平台或创作者的收益。反之,倘若需要短视频创作者在取得长视频著作权人授权后再进行创作,又会增加短视频创作的成本,从而抑制短视频的创作热情。

著作权的最佳保护状态是著作权人的利益与社会公众利益总量最大化。^⑥从群体的角度可以将创作者分为原创作品的创作者和二次创作作品的创作者,对于两者之间的利益关系进行考察需要从个体权利观转向整体权利观,摆脱非此即彼的思维方式

并转向彼此均衡、整体效益最大化的思维方式。权利保护与限制的边界划分是利益衡量的结果,著作权保护需要在公共利益与个人利益以及不同群体的利益中寻求适当的平衡点。

经济分析将著作权垄断性的关注点由私人领域转向公共领域,由质的分割转向量的分割。对垄断性著作权进行质的分割是以创作者的投入和产出作为分析视角的。著作权的期限性是对垄断性权利进行质的分割的工具,即在一定期限内著作权人享有垄断性专有权利,进而弥补创作所付出的成本并得到收益,超出该期限后垄断性专有权利对应的作品转变为公共物品。著作权的合理使用是对垄断性权利进行量的分割的工具。合理使用并不否认保护期内创作者享有垄断性权利,但是为该垄断性权利限定了范围。它将著作权保护置于社会整体发展的框架下,长视频创作者与短视频创作者的利益分配不再是非此即彼的关系,具有了在量上进行分割和配置的空间。

二、短视频创作合理使用的认定

合理使用的界限是著作权法研究和立法中长期争论不休的谜题。^⑦在互联网时代,判断二次创作行为的合法性通常会面临侵权行为与合理使用行为边界模糊的困境。^⑧“要素法”是分析合理使用制度的通行做法。根据构成要件的数量不同,学者的观点可以被分为“三要素说”“四要素说”“五要素说”“八要素说”等,其中以“三要素说”和“四要素说”最为流行。^⑨“三要素说”源于1886年制定的《伯尔尼公约》,“四要素说”源于1976年制定的美国《版权法》第107条。与“四要素说”比较而言,“三要素说”少了“使用目的”要素。基于对我国合理使用制度司法实践和理论研究的分析,有必要反思作品性质要素、使用目的要素、替代性要素和适度引用要素,并澄清误解。

(一)作品性质要素

“‘著作权作品的性质’作为合理使用的构成要件,是一个人们理解甚少而又极易混淆的问题。”^⑩思想内容、通用素材以及未发表的作品是否属于合理使用规则指向的客体?未公开发行的长视频能否作为短视频创作中合理使用的对象?长视频作品的影响力以及短视频作品的创新性对适用合理使用规则

有何影响?短视频作品的独创性能否阻却侵权?

第一,不属于著作权保护的思想内容或通用素材不是短视频创作中合理使用指向的客体。在未经他人授权或同意的情况下,使用他人作品的思想内容或通用素材并不构成侵权。有学者认为这是基于作品性质划定合理使用边界的体现。这一观点值得商榷。合理使用是专有权制度的例外,但不受专有权保护的思想内容和通用素材可以被其他创作者使用是著作权制度的应有之义,属于原则性要求,而非例外情形。

第二,未公开发行的长视频不能作为短视频创作中合理使用的对象。传统理论认为,合理使用制度限制的著作权的权能不包括未发表的部分,侵犯创作者发表权的行为瑕疵无法通过合理使用制度得到补救。我国现行《著作权法》采纳了这一观点。早期美国法将未发表的作品排除在合理使用的范围之外。但是,未发表的作品并非绝对不能作为合理使用的对象。1961年,美国国家版权局局长指出,未发表的作品同样受到限制,属于合理使用的对象。^⑩大陆法系国家区分使用场景确定合理使用的适用范围。在交易场景下,合理使用的对象限于已经发表的作品;而在家庭或个人自用场景下,合理使用的对象可以扩大至未发表的作品。在公开场景下,合理使用的对象限于已经发表的作品;在私密场景下,合理使用的对象可以扩大至未发表的作品。在商业化的场景下,短视频创作原则上应当以公开发行的长视频为素材,否则会侵害长视频创作者的发表权,不适用合理使用规则。

第三,长视频的独创性和社会影响力与合理使用规则的适用呈负相关关系。长视频的独创性越强,被保护的程度越高,适用合理使用规则的可能性越小。长视频的社会影响力越大,短视频创作越有搭便车之嫌,越难于成立合理使用。

第四,短视频作品是否具有独创性是判断智力成果是否构成作品的条件,而非阻却侵权的理由。短视频作品具有独创性不能作为阻却侵权的抗辩理由,否则改编权、翻译权、保持作品完整权就丧失了存在的价值。^⑪符合独创性要求的短视频也存在侵权可能。短视频的独创性只是考察其与长视频的区

分度以及能否适用合理使用规则的因素之一,而非满足合理使用规则的充分条件。

(二)使用目的要素

有学者将作品性质和使用目的共同作为合理使用的第一要素,认为使用目的是合理使用规则设计的灵魂。^⑫由此可见,使用目的在合理使用规则适用中的重要性。为谋求商业利益或存在“搭便车”主观目的的短视频创作行为是否绝对排斥合理使用规则的适用?改编他人作品目的的短视频创作是否能够被认定为合理使用?

第一,短视频创作中商业目的并不绝对排斥合理使用规则的适用。传统的合理使用规则体系以公益目的使用为前提,使用者仅能因合理使用取得非物质利益,即在研究、教育、新闻报道、慈善目的等非商业或非营利目的下进行使用。商业或营利目的与合理使用之间存在排斥关系,非商业或非营利性使用是构成合理使用的必要条件之一。在技术革命浪潮下,以商业目的为由排斥合理使用规则适用的做法遭到挑战。在索尼公司诉环球影城案(Sony Corp. of America V. Universal City Studios)中,美国联邦最高法院认为商业目的并不绝对排斥合理使用。固守传统的合理使用规则体系将阻碍公众分享技术进步的社会福利;而将传统的合理使用规则体系不加修改地扩张至为私人目的使用作品的情形,又会对专有权人的权益造成实质冲击,甚至动摇著作权制度的根基。平衡著作权人与为私人目的使用作品的使用人之间的利益,寻求解决之道,是较为妥当和可行的方案。

第二,短视频创作中“搭便车”的主观目的并不绝对排斥合理使用规则的适用。极端的观点认为,只要使用作品的目的是为了搭便车,就当然地排除合理使用规则的适用。这一观点值得商榷。商业活动中主体的行为具有趋利避害的特征,在不损害他人利益的情况下追求自身利益最大化并无可责之处。该行为是否遭到否定性价值判断取决于该行为对他人利益和社会整体利益的影响。以“搭便车”的主观目的为由排斥合理使用规则的适用有复杂问题简单化之嫌,也过于武断。

第三,短视频创作中使用他人长视频的的目的是

改编作品的,不适用合理使用规则。二次创作不同于二度创作,二次创作作品与原创作品在创意、情感、表达等方面有实质差异,并非原创作品的形式转换或延伸。二次创作存在合理使用规则适用的空间。改编作品以原作品为基础,是在原作品设定的基本框架内改变作品的形式或用途。改编作品通常受到原作品故事情节、人物关系脉络、价值取向等限制,需要得到著作权人的授权。改编作品与原作品在目的和价值上的一致性,排除了合理使用制度的适用,否则改编权将有名无实。

(三)市场要素

合理使用规则设计中考虑市场因素是为了平衡使用者的利益与创作者的利益。这里的市场主要是指作品的潜在市场。“在1985年‘福特回忆录’判例中,美国法官宣称该标准是‘合理使用中唯一最重要的因素。’”^⑩根据我国《著作权法》第24条和《著作权法实施条例》第21条的规定,即便使用行为损害了著作权人的合法利益,只要该行为具有合理性,仍属合理使用。考察短视频作品对在先作品市场的影响,关键不在于是否存在损害,而在于损害发生是否合理或正当。二次创作作品导致在先作品市场销量减少或有减少之虞并非不适用合理使用规则并认定侵权的正当理由。对在先作品进行负面评论或批评、讽刺会影响在先作品的社会评价,破坏在先作品及衍生品市场,但是只要其不构成在先作品的市场替代品,就不存在著作权法中的不合理损害,仍有适用合理使用规则的空间。也就是说,损害性并非阻却合理使用成立的有效因素。

作品潜在市场是否会被实质性替代是判断是否适用合理使用制度的关键。^⑪短视频对长视频的负面评价即便降低了长视频的市场销量或市场价值,也属于表达自由的副产品,不能以长视频市场销售量减少的事实本身排除合理使用规则的适用。当长视频市场销售量减少是由于短视频代替在先作品时,才能排除合理使用规则的适用,即损害是否正当的判断标准核心在于是否形成替代关系。短视频作品替代在先作品是典型的不合理或不正当的损害。简单复制和重组影视剧中的素材缺乏独创性,这类短视频才构成对原作品市场的替代。

(四)适度引用要素

合理使用规则中关于引用的限制包括量化限制和实质内容限制两种类型。量化限制方式,是指设置复制或引用的最高数量或比例,又可细分为数量说和比例说。有学者认为,量化限制中极端的例子是,引用全部在先作品,则无论怎样增加评论、说明或介绍,都难以构成合理使用;而只言片语或一闪而过的镜头难以被认定为侵权。^⑫引用量与合理使用规则适用呈反比关系,即引用量增大则合理使用的可能性降低。量化方式具有确定性、可操作的优点,但存在难以合理确定边界的弊端。

量变与质变的辩证关系决定合理使用制度中量化指标只是外在形式,探究本质需要考察二次创作者的智力投入。通常,引用或复制比例越大,二次创作所需投入的智力劳动越少,搭便车的嫌疑越严重。但是,引用或复制数量的多少只是性质判断的辅助因素,它有增强效应,不是一个独立的判断因素。司法实践中越来越倾向否定量化限制方式,认为“使用数量不是决定要素”。^⑬在阿比林诉索尼案中,法院认为,为了保证评论或戏仿的真实性和连贯性,大量复制在先作品也是必要和正当的。

实质内容限制并不是指不得引用在先作品的主要或者实质部分,而是不能将在先作品作为二次创作作品的主要或者实质部分。实质内容被认为是作品的核心或精华。判断实质性需要从编排构思、情节描述、人物设定以及艺术安排等方面进行考虑,但具体如何判断并没有明确、清晰的共识。我国《著作权法》并没有关于实质性的界定,司法实践也未就实质性标准达成共识。实质内容说将判断的权力交由司法自由裁量,这就使得对实质内容的定性分析演化成只可意会、不可言传的玄学。

三、完善短视频创作合理使用制度的对策建议

社会生活、价值取向与利益结构三者之间存在传导效应。网络环境下合理使用制度需要顺应社会发展变化,调整公众与个体权界划分,防止因法律规则僵化或滞后阻碍作品创新。目前,短视频创作中的秩序构建很大程度上依赖于主管部门的通知或指导意见。这种方式具有及时、有效的优点,但是缺乏稳定性、持久性和权威性。这就需要从司法实践中

提炼裁判规则,弥补法律规则指向不明确的缺陷,为社会提供可依循的行为模式。

(一)以效果论弥补要素分析法的不足

要素分析法在受到追捧的同时,弊端也显而易见。一方面,要素分析法处于被解构的过程中。即便某一要素被奉为第一要素或核心要素,在实践中总能找到缺乏该要素仍能构成合理使用的例证,要素分析法陷入不可知论或不确定性。另一方面,在具体个案中,虽然要素的类型相对确定,但各要素之间的关系并不明确。这犹如计算的基础数据明确,但算法不明确,计算结果无法确定。多个核心要素的提法消解了核心因素的作用,各因素在分别被提及时都非常重要,但是,在相互关系中应当如何定位并不明确。当要素之间相互矛盾冲突时,如何综合考量成为难题,往往求诸法官的自由裁量。要素分析法的目的是使合理使用规则的适用具有明确性,从而限制司法自由裁量权,但是,综合认定的方式却让合理使用规则陷入更加不确定的困境。

转化性使用是指使用者使用他人作品而形成的新作品具有不同于原作品的新的目的、功能、意义或美感等。转化性使用理论的提出是抽象的法律性质论转向具体的法律效果论的结果。转化性使用(transformative use)一词由皮埃尔·莱托(Pierre Leval)在《论合理使用标准》一文中首次提出。在Campbell案中,法官使用了这一概念,但未就转化性使用给出明确标准。此后,美国通过一系列判例从内容转化和目的转化两个方面丰富了转化性理论。

我国有必要引入转化性使用规则。一方面,引入转化性使用规则可以消除或缓解要素分析法的不确定性,避免在综合认定时因不同要素之间冲突而陷入难以抉择的困境。另一方面,知识的累积性特征决定知识创新需要建立在前人已有知识的基础之上。过度限制使用他人作品不符合社会和经济发展的需要。在判断二次创作短视频行为的合法性时,运用转化性使用规则能够避免出现侵权认定泛化的现象,鼓励使用者对已有作品进行合理使用。

在短视频创作的场景下,为了避免自由裁量权被滥用,有必要明确构成转化性使用的条件。第一,以长视频为基础进行短视频创作需要有新的视角、

构思和审美,短视频在内容、目的、性质、功能方面应当与长视频存在实质差异。第二,使用应具有促进知识传播、鼓励创新的作用。将长视频分解成若干部分,在每个部分之前或中间增加零星的解说词,与长视频不存在实质差异,也难谓创新,不属于合理使用,构成侵权。这种简单重复的行为并未起到繁荣文化的效果,相反浪费了社会资源。

(二)类型化视角下的分析

类型化是介于抽象分析和个案分析之间的法律思维方式。与抽象分析比较而言,类型化分析与现实生活的联系更为密切;与个案分析比较而言,类型化分析能够在一定程度展现个案之间的关联或共性。类型化思维构建了抽象分析和个案分析之间的桥梁,在法律分析和适用中有着独特的作用。对短视频进行类型化并在此基础上考察合理使用规则的适用既可以摆脱抽象概念产生的封闭、僵化的弊端,又可以避免因个案杂乱无章而增加思维负担。

剪辑型短视频是对长视频的概要介绍,是长视频的浓缩。它从整体或局部视角,截取长视频中的画面或片段进行重组和不完全式播放,有时候还辅之以少量介绍和说明,实现介绍长视频的目的,让观众了解剧情主线。剪辑分为混合剪辑与单一剪辑两种类型。单一剪辑援引作品的来源单一,是就某一部作品的内容、人物、情节等进行剪辑。混合剪辑作品是在若干在先作品的基础上剪辑、拼接而成的作品。^⑧《一个馒头引发的血案》便是在电影《无极》的基础上拼接音乐《走进新时代》以及《射雕英雄传》主题曲等素材形成的。剪辑类短视频以介绍长视频为目的,往往缺乏独创性,难以适用合理使用规则。尤其是,单一剪辑类短视频可能因大量复制原创作品,而有抄袭、剽窃之嫌。

解说型短视频是在截取部分长视频的基础上通过解说方式展现短视频创作者对长视频的理解。与剪辑型短视频不同,解说型短视频选取长视频画面或片段是为了配合解说,介绍长视频只是外在表象,其实质是通过评论、赞美或讽刺达到戏谑、批判或致敬的目的。解说型短视频中,创作者以独有的视角对影视作品进行解读,有适用合理使用规则的空间。解说型短视频是否符合独创性作品的要求需要

在个案中考虑解说词的风格以及对长视频画面、音效等的选择。缺乏创意的简单旁白不符合作品独创性的要求,使用他人作品不构成合理使用。

戏仿型短视频是采用滑稽模仿的方式对长视频进行解构和重组。“‘滑稽模仿’一词源于英文 Parody,是一种以‘讽刺’‘批评’‘戏谑’等为目的,模仿引用一些已具有一定影响力的作品进行改编创作的艺术形式。”^⑧戏仿型短视频不是对在先作品的简单剪切或复制,它与长视频在叙事方式、价值取向方面存在差异甚至形成强烈对比。戏仿型短视频在主题、结构、人物关系、价值观、叙事方式和语言风格等方面有自身特色,具有适用合理使用规则的空间。

在类型化思维方式下,不同类型的短视频创作是否适用合理使用规则得到初步判断。剪辑型短视频、解说型短视频和戏仿型短视频在作品的独创性方面呈现渐次增强的势态,适用合理使用规则的必要性和可能性也随之增大。剪辑型短视频难以达到合理使用的标准,解说型短视频需要更多地考虑个案情况,而戏仿型短视频往往构成转化性使用,与合理使用有较高的契合度。

(三)建立长视频与短视频的收益共享机制

复制或引用长视频的画面及音效是进行评论、赞美、批评和讽刺的基础。倘若只有在得到长视频著作权人授权或同意的情况下才能进行短视频创作,无疑会极大地限制创作空间,抑制创新。^⑨在数字化时代,为繁荣文化、丰富大众生活,需要对合理使用规则进行扩大解释或设定新的规则,扩大其涵摄范围。在合理使用范围扩张的背景下,需要重新设计合理使用规则,在长视频平台与短视频平台、长视频创作者与短视频创作者之间合理分配收益。

目前,合理使用的法律后果是使用人既不需要得到著作权人的授权,也不需要向著作权人支付报酬,即同意例外与支付报酬例外的双重例外设计。在教学、科研等公益领域这一规则设计并无不当,但是,在商业化环境下该设计是否仍然正当不无疑问。短视频是在长视频的基础上创作形成的,短视频平台或创作者需要与长视频平台或创作者分享收益,将部分短视频收入转移给长视频著作权人。这体现了长视频制作方或创作者收益权的延伸。在平

台经济商业化的背景下,为平衡著作权人与使用人的利益,可以将合理使用的费用作为商业成本计入,让使用人理性判断是否使用他人作品,从而达到限制与利用之间的平衡。也就是说,基于公益性目的的合理使用规则设计不同于商业化环境下合理使用规则设计。预设场景从公益性场景转化为商业化场景,合理使用规则需要因应社会环境的变化而进行调整。在商业化环境下,合理使用规则可以调整为合理使用他人作品不需要得到在先著作权人授权,但是需要向在先著作权人支付合理费用。

长视频与短视频收益共享机制以利益共同体为出发点进行制度设计,跳出了零和博弈的利益分配观,缓和了长视频创作者与短视频创作者之间的利益冲突。它体现了长视频创作对二次创作短视频的隐形贡献,既能鼓励二次创作短视频,又能避免出现“不劳而获”“食人而肥”的现象。长视频与短视频收益共享机制的具体方案需要建立在实证分析的基础上,因应社会环境的变化进行动态调整,其核心是合理体现长视频创作和短视频创作对收益的贡献,并形成对两者产生正向激励的机制。

注释:

①参见熊琦:《“视频搬运”现象的著作权法应对》,载《知识产权》2021年第7期。本文讨论的短视频特指以长视频为基础进行二次创作的短视频。

②参见王骁、谢离江:《从“X分钟看完电影”系列看戏仿作品和合理使用》,载《新闻界》2017年第8期。

③参见谢若琳:《从相亲相爱到相爱相杀 长视频与短视频战事升级影视博主向死而生》,载《证券日报》2021年4月26日,第B02版。

④See Rebecca Tushnet, Copy This Essay: How Fair Use Doctrine Harms Free Speech and How Coping Serves It, The Yale Law Journal, Vol. 114-3, P. 535-590(2004).

⑤参见邓社民:《数字环境下著作权合理使用与侵权的法律边界——由〈一个馒头引发的血案〉引起的思考》,载《法学论坛》2006年第6期。

⑥参见冯晓青:《知识产权法利益平衡理论》,中国政法大学出版社2006年版,第597页。

⑦参见熊琦:《著作权合理使用司法认定标准释疑》,载

《法学》2018年第1期。

⑧参见张婉清、阮开欣：《二次创作的视频是否构成合理使用》，载《中国知识产权报》2017年10月27日，第10版。

⑨参见吴汉东：《美国著作权法中合理使用的“合理性”判断标准》，载《外国法译评》1997年第3期。

⑩吴汉东：《美国著作权法中合理使用的“合理性”判断标准》，载《外国法译评》1997年第3期。

⑪参见吴汉东：《美国著作权法中合理使用的“合理性”判断标准》，载《外国法译评》1997年第3期。

⑫参见王迁：《电影介绍节目著作权侵权问题研究》，载《中国版权》2014年第2期。

⑬参见邓社民：《数字环境下著作权合理使用与侵权的法律边界——由〈一个馒头引发的血案〉引起的思考》，载《法学论坛》2006年第6期。

⑭吴汉东：《美国著作权法中合理使用的“合理性”判断标准》，载《外国法译评》1997年第3期。

⑮参见张婉清、阮开欣：《二次创作的视频是否构成合理使用》，载《中国知识产权报》2017年10月27日，第10版。

⑯参见王迁：《电影介绍节目著作权侵权问题研究》，载《中国版权》2014年第2期。

⑰参见张婉清、阮开欣：《二次创作的视频是否构成合理使用》，载《中国知识产权报》2017年10月27日，第10版。

⑱参见徐俊：《类型化视域下短视频作品定性及其合理使用研究》，载《中国出版》2021年第17期。

⑲董天策、邵铄岚：《关于平衡保护二次创作和著作权的思考——从电影解说短视频博主谷阿莫被告侵权案谈起》，载《出版发行研究》2018年第10期。

⑳参见倪朱亮：《自媒体短视频的著作权法治理路径研究——以公众参与文化为视角》，载《知识产权》2020年第6期。

On the Application and Improvement of Fair-Use Rule in Secondary Creation in the Mode of Short Video

Dong Biao

Abstract: The development of we-media technology promotes the emergence and prosperity of secondary creation in the mode of short video, thus leading to conflicts between long-video and short-video platforms, long-video and short-video creators. Article 47 of the Constitution and Article 24 of the Copyright Law encourage innovation by short-video creators and the maximization of the overall utility of society, and respectively provide legitimacy for short-video creators' fair use of others' work in terms of norms, values and economic analysis. The element analysis is a basic method of determining whether the creation of short video constitutes fair use. There are differences or misconception in the understanding of elements such as the work nature, the purpose of use, the substitution and moderate citation in judicial practice, which need to be clarified. The effect theory and typology are helpful to make up for the defects of element method. The transformative use in short-video creation need meet the conditions that there are substantial differences with the long video in terms of content, purpose, nature and function, and the use can promote knowledge dissemination and encourage innovation. The possibility of applying the fair-use rule to clip-based short videos, commentary short videos and parody-based short videos is increasing progressively. In the case of weakening element analysis and expanding the scope of fair use, it is necessary to establish a benefit sharing mechanism for long-video and short-video creators.

Key words: Short Video; Fair Use; Factor Method; Typology; Benefit Sharing