

著作权转换性使用及其本土化借鉴探讨

◆王亚萍

(西南科技大学, 四川 绵阳 621010)

【摘要】 著作权“转换性使用”制度是指在引用原作的基础上所为的二次创作行为。随着美国司法判例的不断增多,该制度开始逐渐取代“四要素”标准中的第四标准,并成为判断合理使用第一要素的核心考量因素。目前,许多国家将这一制度引入本国,并试图为其在合理使用的框架下寻找合法化的生存空间。我国在对转换性使用制度进行本土化借鉴时,应当将该制度明确规定于《著作权法》之中,以摆正其在合理使用中的位置。

【关键词】 合理使用;转换性使用;本土化

著作权作为一项私权,一定程度上是政策的体现。赋予作者在一段时间内享有对其作品的垄断权,同时还规定了对作者权利的某些限制,不仅是出于对作者本人的激励和保护,也平衡了其与社会公众之间的关系,而合理使用制度则是著作权平衡作用的典型体现。这一制度由于其本身的不确定性历来为学者所诟病,作为其核心考量因素的“转换性使用”亦是如此。“转换性使用”一词最早出现于美国法官发表的 Toward a Fair Use Standard 一文,其在论文中指出美国《著作权法》107 条中的第一个判断标准,也即“使用的目的与性质”标准,该标准关乎合理使用的正当性。若被引用的文献仅作为原始材料,转换就存在于具有创造性的价值之中,而合理使用保护转换性使用的目的在于鼓励社会进步。然而时至今日,美国也未对“转换性使用”这一命题给出一个明确标准与界定。因此,该制度本身并不是具体的判断准则,而是一种抽象的指导方法。我国对著作权转换性使用的司法实践较少,目前学界对于该制度的定义较权威的是华东政法大学的王迁教授。但无论是美国还是我国实务中对于“转换性使用”的范围规定过于宽泛,以致于法官在裁判时具有很强的主观随意性,不利于对著作权人的保护。

一、美国著作权转换性使用的现状

纵观美国司法实践,转换性使用制度大致经历了初探和发展两个阶段,其适用范围也在不断扩大。

(一)“转换性使用”制度的首次运用

首次将著作权“转换性使用”运用于实践是美国历史上著名的“坎贝尔”案。该案最后法官在法律意见书中明确,应当将转换性使用认定为使用目的与特性的核心考量。至此,居于主导地位的第四要素首次被第一要素中的转换性使用所替代。随着司法判例逐渐积累,转换性使用在美国实务中判断合理使用时的地位也越来越高。据统计,1995 年到 2010 年间的合理使用案件中,法庭在审查第二使用具

有转换性时被告的胜诉率直接从开始的 88.89% 上升至 100%, 足见这一制度在美国合理使用判例中的地位之高。

(二)“转换性使用”的发展

转换性使用在发展阶段主要表现为讽刺性作品、挪用艺术作品及数字图书馆的完全复制类作品。讽刺性作品是指借用与原作品相关的内容与形式来讽刺社会、经济、文艺等实事而形成的二次作品。其典型案例是 Dr. Seuss Enterprises 案与 Mattel v. Walking Mountain Prods 案。前者法官严格按照“坎贝尔”案的认定转换性使用标准,认为被告使用原作并非为了批评、讽刺目的,因此不构成合理使用。而在 Mattel v. Walking Mountain Prods 案中,法官却扩大了转换性使用的范围,认为即使是批判、讽刺以外的目的,只要被告使用作品是为了评论某些时事问题,一样可以构成转换性使用。

有关挪用艺术作品比较著名的是 Cariou 案。该案一审法院认为被告 Prince 将原告拍摄的照片通过拼贴、剪切制作成绘本不是基于批评、说明目的,因此不具有转换性,进而也不构成合理使用。而二审法院却认为被告的绘本展现了独特的风格,具有不一样的审美特点,因此具有转换性,符合合理使用规则,故改判了一审判决。该案作为转换性使用案件中同案不同判的典型代表,也暗含了这一制度本身在判例法国家中的弊端——缺乏具体的成文法依据,极易出现法官造法的问题。

而第三种完全复制类作品的典型案例则是谷歌数字图书馆案。谷歌公司通过与图书馆和出版商签订协议,将大量作品通过扫描方式上传至网站供用户在线阅读。后作家将其起诉至法院,认为侵犯了他们的著作权。法院在审理此案时认为被告将作品扫描至网站,极大地便利了用户,节约了搜索成本,具有转换性,因此构成合理使用。至此,法院的判决依据已从“权利人中心”转移至“使用者中心”。笔者认为,扫描本身也是复制的一种,因此法官的这种转向

是否合理值得商榷。

二、美国著作权转换性使用的价值与不足

(一)转换性使用的价值

任何创作都需要站在前人的肩膀上，如果过分强调公共政策，作者的权利就无从保障，很容易打击其创作积极性，也不利于激发整个社会的创造活力。而著作权的“合理使用”制度恰好平衡了二者之间的关系。赋予作者在一定期限内享有对其作品的垄断权，在此期间，作者可以尽自己最大努力利用作品，以尽可能收回其创作成本。而该期限届满，作品就流入公有领域，成为其他作者创作的素材，此时著作权人就不再享有人身权以外的垄断性权利。美国《著作权法》第106条规定了权利人享有的各项专有权，有利于激发作者的创作激情。同时又在第107条规定了合理使用对专有权的限制又照顾了社会公众的利益，很好地避免了著作权法陷入前述所讲的两个极端。从功利主义的视角出发，作为知识产权的著作权应当被视为激励政策的典型表现。法官不断扩大对转换性使用的解释使得合理使用制度更具灵活性，也极大地鼓励了二次创作者的创作热情，符合公共政策的目标。

(二)转换性使用的困境

美国作为典型的判例法国家，其著作权“转换性使用”早已趋于成熟。但随着司法判例的不断积累也存在许多弊端。当下美国著作权“转换性使用”的困境主要表现为该理论的内涵模糊，外延不明，尚未形成统一的界定标准，从而使得法官的自由裁量权过大，权力一旦不受约束，同案不同判的矛盾现象便无可厚非。

美国《著作权法》并未对“转换性使用”进行规定。时至今日，该制度仍然作为一种抽象的判定标准存在于实践中判断合理使用的框架下。其他国家尽管在其司法实践中引入了该制度，但仍然没有赋予其明确的定义。首先，由于缺乏具体的权利边界，美国法官在判案过程中对“转换性使用”一词做出了不断扩张的解释，可见美国的转换性使用并没有一个明确具体的外延。其次，从1990年首次提出“转换性使用”到今天，美国法院利用该制度审理的合理使用案子可谓数不胜数。然而，如此重要的制度却没有一个具体通行的构成要件。笔者认为，尽管美国是判例法国家，但其《版权法》却是以成文法的形式存在，如果不在现有框架内构建相关制度，无异于使该法形同虚设。

由于美国“转换性使用”存在上述诸多问题，其导致的直接结果就是无限制地扩大法官的自由裁量权。法官完全有可能基于公共政策的考量而化身执法者，以牺牲作者权利来换取公共利益，对作者也是极不公平的。

三、我国著作权“转换性使用”的情况及完善建议

(一)我国著作权“转换性使用”的现状

我国的“合理使用”制度主要规定在《著作权法》及《著作权法实施条例》当中，前者规定了合理使用的情形，后者明确了“三步检验法”的判断标准和思路。然而，目前我国对著作权转换性使用的研究尚处于起步阶段。同美国《著作权法》一样，我国的《著作权法》对于这一制度也未进行明确规定。但通说认为，《著作权法》第24条第一款第二项其实就是“转换性使用”的精神所在，并将“说明某一问题”等同于“转换性使用”，而“评论或说明某一问题”要求二次创作者必须以不同于原作的方式增添新的表达和信息。可见我国学理上对于该制度其实是做了一定程度的限缩解释。

实务中，法官在判决此类案件时也在有意识地引入转换性使用制度。法院在审理是否构成转换性使用时，通常会综合考虑是否改变原作的信息和内容、引用是否具有必要性，以及引用原作的数量和质量。例如，在培生(北京)管理咨询有限公司诉杭州菲助科技有限公司案中，法院就以被告的涉案视频没有改变原告作品表达的信息和内容，也没有对其相关的教育功能进行具有实质性的转换和改变，并且使用原作的数量较大，不具有适当性为由认为被告辩称具有转换性的理由不成立，侵害了权利人对作品所享有的信息网络传播权。法官在判断是否构成合理使用时，往往是根据“三步检验法”综合考量。

(二)转换性使用的本土化经验

1.明确著作权“转换性使用”的定义

目前，我国法律对“转换性使用”并无明确的法律定义。根据Leval法官的解释及我国在审理类似案件的考量依据，我国对著作权“转换性使用”的定义应立足于《著作权法》的合理使用相关规定以及《著作权法实施条例》的“三步检验标准”之上。对此，可以将“转换性使用”定义为：在内容上具有创造性，能够区别于原作且是对原作进行适当引用而呈现出新作的二次创作行为。首先，二次创作者基于介绍、评论某一作品或说明某一问题的目的，其创作行为满足在内容上具有创造性。因为如果允许对原作进行任意拼贴和复制，不仅毫无创造可言，还会使更多的侵权者以此为抗辩，合理使用的天平就会出现倾斜。从长远来看，也不利于著作权业的发展。这就很好地解决了实践中的拼贴艺术作品及数字图书馆的完全复制类作品的侵权问题。其次，《著作权法实施条例》对引用的数量和被引用部分在原作中的地位都进行了限制，即不能是对作品主要部分和作者核心观点的引用，这也是笔者在定义中提到的适当引用问题。

2.将“转换性使用”明确规定于我国《著作权法》之中

我国作为成文法国家，不能照搬美国法的模式，将转换性使用体现于司法判例中，否则不仅会产生法官造法的嫌

疑,还会扩大其自由裁量权,从而削弱法律的稳定性,不利于维护法律权威。美国“转换性使用”制度的优点在于其灵活性,法官往往能够根据时代发展及时作出相应判决。但不得不承认,该制度的缺点也在于此。正是由于没有相应的成文法规定,法官往往被赋予了极大的裁量权,在缺乏具体可适用标准时就很容易受到法官的主观喜恶的影响而产生错判误判,这也是与合理使用相悖的。我国新修订的《著作权法》在合理使用一节中新增了兜底条款,打破了以往合理使用的封闭式规定,可以适应不断出现的各种新情况,具有很强的灵活性。因此,我国在引入这一制度时应将其具体化为相应的法律规定,如此才能使得法官在裁判案件时张弛有度,于法有据。

3. 摆正“转换性使用”在合理使用中的地位

美国判断合理使用的考量因素大致经历了两个阶段,“坎贝尔”案之前,判断是否构成合理使用时主要考量因素是第四要素,但“坎贝尔”案之后,美国法院几乎无一例外地将第一因素中的“转换性使用”作为核心考量因素,而第二和第三要素在整个体系中的地位可谓无足轻重。这无疑陷入了两个极端。有鉴于此,笔者认为,我国在引入“转换性使用”时应当严格遵循《著作权法实施条例》中的三步检验标准,综合考量三个标准,既不过分偏重也不过分畸轻。

四、结束语

美国作为著作权“转换性使用”的鼻祖,其对于该制度先后经历了实践——理论——实践的过程。当然,这一制度也逐渐暴露出了诸多问题。我国在引入转换性使用制度时应加以鉴别,首先通过明确“转换性使用”的概念来解决其内涵不清与外延模糊的问题;其次,还应在我国《著作权法》中的“合理使用”部分予以明确规定,这样法官在判案时便于法有据。最后,要结合我国法律摆正“转换性使用”的位置,避免出现本末倒置水土不服的情况。

参考文献:

- [1]吴汉东.知识产权法学[M].北京:北京大学出版社,2014:76.
- [2]李钢.转换性使用研究——以著作权合理使用判断的司法实践为基础[D].武汉:中南财经政法大学,2017:18.
- [3]王迁.著作权法[M].北京:中国人民大学出版社,2015:334.
- [4]袁峰.论新技术环境下“转换性使用”理论的发展[J].知识产权,2017(08):49.
- [5]晏凌煜.美国司法实践中的“转换性使用”规则及其启示[J].知识产权,2016(06):126.

作者简介:

王亚萍(1995—),女,汉族,四川巴中人,硕士,研究方向:知识产权法。