

## 著作权合理使用判定中“三步检验标准”的司法适用研究

作者：张汉国 乔传林

在法律、法规限定的条件下，可不经著作权人同意、不向著作权人支付报酬而自由使用著作权作品，即著作权法意义上的合理使用制度。判断合理使用通常遵照“三步检验标准”（three-step test），又称“三步检验法”，即在适用范围上要限于特例、使用方式上不作品的正常使用冲突、使用结果上没有不合理的侵害著作权人的合法权益。2020年11月11日第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十三次会议修正后的《著作权法》（下称“新法”）已于2021年6月1日正式生效，新法正式将“三步检验标准”纳入。在新法生效前，“三步检验标准”是以法律、法规相结合的方式予以规定；新法生效后，“三步检验标准”则在法律中得以完整呈现，从而为该规则适用提供了更为明确的指引。但就“三步检验标准”的具体适用而言，其具体内涵和适用逻辑并没有统一的标准，国内外理论界和实务界皆未形成统一认识，争论颇多。

本文着眼于分析我国司法实务中对“三步检验标准”的适用，归纳和总结法院对“三步检验标准”的适用经验，就与“三步检验标准”相关的“四要件标准”、指明作者姓名或名称等重点问题进行分析，并结合学界理论成果和国内外实践经验，帮助读者了解“三步检验标准”在我国司法语境下的具体内涵和适用逻辑。

### 一、“三步检验标准”的历史演进

赋予作品著作权保护的目的是，一是激励作者创作优秀作品，二是为社会公益促进作品的传播，因此需要建立激励创作和确保知识传播以促进再创作之间的平衡。为实现作品创作和传播之间的平衡，《著作权法》规定了著作权的限制和例外，最具有代表性的就是合理使用制度。作为合理使用的判断标准，“三步检验标准”是我国在吸收国际条约规定的基础上逐步确立的。

1886年9月9日签订的《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》（《伯尔尼公约》）第9条第2款关于“复制权（reproduction）”的“例外”中最先规定了“三步检验标准”，即允许成员国通过立法允许在特定、特殊的情况下（in certain special cases）对特定作品的复制，只要对作品的复制不与该作品的正常利用相冲突（does not conflict with a normal exploitation of the work），并且不会不合理的损害作者的合法权益（does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author）。1994年4月15日签订的《与贸易有关的知识产权协定》第13条，将“三步检验标准”的适用由“复制权”扩展到所有作品的利用行为，相关规定为之后的《世界知识产权组织版权条约》第10条和《世界知识产权组织表演和录音制品条约》第16条所承继。

我国著作权体系逐渐吸收了国际条约中有关“三步检验标准”的规定。1990年9月7日我国通过的第一部《著作权法》第二十二条规定“在下列情况下使用作品，可以不经著作权人许可，不向其支付报酬，但应当指明作者姓名、作品名称，并且不得侵犯著作权人依照本法享有的其他权利……”，规定了三步检验标准的第一步检验标准，即在适用范围上限于《著作权法》规定的12种情形。“三步检验标准”的另外两步检验标准则出现在2002年8月2日国务院颁布的《著作权法实施条例》第21条，即“依照著作权法有关规定，使用可以不经著作权人许可的已经发表的作品，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。”至此，“三步检验标准”在我国著作权体系中正式建立起来。新法吸收《著作权法实施条例》相关规定，首次在我国《著作权法》中明确规定了“三步检

验标准”，提高了“三步检验标准”的法律位阶，更好的平衡了著作权保护与促进作品传播的关系，并符合我国参加的相关国际条约的规定。

## 二、“三步检验标准”的概念厘定

“三步检验标准”是指著作权合理使用在适用范围上要限于特例、使用方式上不与作品的正常使用冲突、使用结果上没有不合理的侵害著作权人的合法权益。但对于其每一步具体的概念和内涵，目前并没有统一和明确的解释。以下结合我国法院的判决和国际司法实践，总结和归纳“三步检验标准”的概念和内涵。

### （一）第一步：范围上要限于特例

法律规定的特例。新法第二十四条规定了十二种合理使用作品的情形和“法律、行政法规规定的其他情形”的兜底条款<sup>1</sup>。青海省高级人民法院在《北京全景视觉网络科技股份有限公司与〈青海日报〉社侵害作品信息网络传播权纠纷二审民事判决书》中，将《著作权法》规定的十二种合理使用情形的共同特点总结为：一是公益目的，不涉及商业经营即不以盈利为目的；二是适当使用而不是突出使用，并且不破坏作品的完整性和美感；三是应当在使用时指明作者姓名、作品名称，不得影响该作品的正常使用，并不得侵犯著作权人其他合法权益。<sup>2</sup>

行政法规规定的特例。《信息网络传播权保护条例》第六条和第七条规定的在信息网络传播场景中合理使用的具体情形<sup>3</sup>，并未超出《著作权法》规定的特定合理使用作品的范围。

司法实务中的特例。司法实务中，存在突破《著作权法》规定的十二种情形和行政法规规定的情况。（1）在司法政策上，最高人民法院 2011 年颁布的《关于充分发挥知识产权审判职能作用推动社会主义文化大发展大繁荣和促进经济自主协调发展若干问题的意见》第 8 条指出：“在促进技术创新和商业发展确有必要特殊情形下，考虑作品使用行为的性质和

<sup>1</sup> 《著作权法》（2020）第二十四条 在下列情况下使用作品，可以不经著作权人许可，不向其支付报酬，但应当指明作者姓名或者名称、作品名称，并且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：

- （一）为个人学习、研究或者欣赏，使用他人已经发表的作品；
- （二）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；
- （三）为报道新闻，在报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体中不可避免地再现或者引用已经发表的作品；
- （四）报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体刊登或者播放其他报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体已经发表的关于政治、经济、宗教问题的时事性文章，但著作权人声明不许刊登、播放的除外；
- （五）报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体刊登或者播放在公众集会上发表的讲话，但作者声明不许刊登、播放的除外；
- （六）为学校课堂教学或者科学研究，翻译、改编、汇编、播放或者少量复制已经发表的作品，供教学或者科研人员使用，但不得出版发行；
- （七）国家机关为执行公务在合理范围内使用已经发表的作品；
- （八）图书馆、档案馆、纪念馆、博物馆、美术馆、文化馆等为陈列或者保存版本的需要，复制本馆收藏的作品；
- （九）免费表演已经发表的作品，该表演未向公众收取费用，也未向表演者支付报酬，且不以营利为目的；
- （十）对设置或者陈列在公共场所的艺术作品进行临摹、绘画、摄影、录像；
- （十一）将中国公民、法人或者其他组织已经发表的以国家通用语言文字创作的作品翻译成少数民族语言文字作品在国内出版发行；
- （十二）以阅读障碍者能够感知的无障碍方式向其提供已经发表的作品；
- （十三）法律、行政法规规定的其他情形。

前款规定适用于对与著作权有关的权利的限制。

<sup>2</sup> 参见：（2019）青民终 71 号。该判决作出后进入审判监督程序，最高人民法院认为“原审法院认定青海日报社使用涉案摄影作品的行为，属于著作权法第二十二条第一款第二项规定的情形并据此作出相应裁判并无不当”，但未就青海高院对合理使用十二种情形总结的共性进行评判，详见：（2019）最高法民申 3631 号。

<sup>3</sup> 《信息网络传播权保护条例（2013 修订）》第六条：通过信息网络提供他人作品，属于下列情形的，可以不经著作权人许可，不向其支付报酬：（一）为介绍、评论某一作品或者说明某一问题，在向公众提供的作品中适当引用已经发表的作品；（二）为报道时事新闻，在向公众提供的作品中不可避免地再现或者引用已经发表的作品；（三）为学校课堂教学或者科学研究，向少数教学、科研人员提供少量已经发表的作品；（四）国家机关为执行公务，在合理范围内向公众提供已经发表的作品；（五）将中国公民、法人或者其他组织已经发表的、以汉语言文字创作的作品翻译成少数民族语言文字作品，向中国境内少数民族提供；（六）不以营利为目的，以盲人能够感知的独特方式向盲人提供已经发表的文字作品；（七）向公众提供在信息网络上已经发表的关于政治、经济问题的时事性文章；（八）向公众提供在公众集会上发表的讲话。第七条：图书馆、档案馆、纪念馆、博物馆、美术馆等可以不经著作权人许可，通过信息网络向本馆馆舍内服务对象提供本馆收藏的合法出版的数字作品和依法为陈列或者保存版本的需要以数字化形式复制的作品，不向其支付报酬，但不得直接或者间接获得经济利益。当事人另有约定的除外。前款规定的为陈列或者保存版本需要以数字化形式复制的作品，应当是已经损毁或者濒临损毁、丢失或者失窃，或者其存储格式已经过时，并且在市场上无法购买或者只能以明显高于标定的价格购买的作品。

目的、被使用作品的性质、被使用部分的数量和质量、使用对作品潜在市场或价值的影响等因素，如果该使用行为既不与作品的正常使用相冲突，也不至于不合理地损害作者的正当利益，可以认定为合理使用。”最高人民法院允许《著作权法》列明情形之外特定情形作为“三步检验标准”第一步标准涵盖的特例。（2）北京高院审理指南规定“网页快照<sup>4</sup>提供行为”在符合一定条件下可以作为特例对待。<sup>5</sup>（3）法院在判决中存在突破《著作权法》明确规定合理使用情形的判例。典型案例即《王莘诉北京谷翔信息技术有限公司、谷歌公司著作权纠纷》一案，法院将“提供的图书检索服务”判定为一种合理使用的情形。<sup>6</sup>

综上，《著作权法》对“三步检验标准”第一步适用范围进行了明确的规定，但在司法实务中，法院在面对技术创新和商业发展出现的新问题时，法院也会突破我国《著作权法》明确规定的十二种情形。新法施行后，在原《著作权法》规定的十二种情形之外，增加了“法律、行政法规规定的其他情形”兜底条款，赋予了法律、行政法规规定现有的十二种情形之外特例的权限。对于法院能否进一步通过司法政策、司法解释和具体判例继续丰富特例的范围，有观点认为“在修改后的《著作权法》实施之后，只要最高人民法院没有废止其司法政策，法院突破该法对权利限制范围的做法还将延续”<sup>7</sup>。

## （二）第二步：使用方式上不与作品的正常使用冲突

关于“三步检验标准”第二步“不与作品的正常使用冲突”的含义和边界，目前没有司法解释等官方文件做出普遍适用的解释。江苏高院曾在《艾影（上海）商贸有限公司与无锡市崇安寺商旅文化发展有限公司、无锡市每天传媒有限公司等著作权权属、侵权纠纷二审民事判决书》中指出，“不得影响该作品的正常使用，主要指具有或者可能获得相当经济或者实用价值的作品利用形式，都应当属于著作权人”<sup>8</sup>，这与《伯尔尼公约》修订时的立法会记录关于“正常使用”的定义类似，即“所有具备经济利益或其他可能获取经济利益的使用行为”<sup>9</sup>。关于“正常使用”中“正常”的范围，按照WTO争议仲裁委员会的解释，是指“应采取该特定使用行为是否与权利人行使权力所形成的的著作权市场构成竞争关系，并因此给权利人造成重大经济损失标准”<sup>10</sup>。上述解释中，将所有具备经济利益和其他可能获取经济利益的行为排除在外的解释可能会架空合理使用制度的适用场景，而“相当经济和实用价值”和“重大经济损失”是一种相对模糊的界定标准，难以准确界定“正常使用”的边界。

我国法院认定的“与作品的正常使用冲突”的情形包括以下情形：（1）需经许可/授权才能使用作品的一般情形，未经许可使用的。在《北京优图佳视影像网络科技有限公司与创兴动力（北京）咨询服务有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案一审判决书》中，北京互联网法院认为“授权他人使用作品是著作权人对作品加以利用的常规方式。被告未经许可通过网络直观展现涉案摄影作品，必然会对著作权人授权他人以类似方式使用涉案摄影作品产生影响……”<sup>11</sup>。在上文提及的《艾影（上海）商贸有限公司与无锡市崇安寺商旅文化发展有限公司、无锡市每天传媒有限公司等著作权权属、侵权纠纷二审民事判决书》中，上海高院认为“（崇安寺公司）未经艾影公司许可，对‘哆啦A梦’卡通形象的大量使用与艾影公

4 关于“网页快照行为的认定”，《北京市高级人民法院侵害著作权案件审理指南》第9.二十二条规定“网络服务提供者在提供搜索服务时以快照形式在其服务器上生成作品、表演、录音录像制品的复制件并通过信息网络向公众提供，使得公众能够在选定的时间和地点获得作品的，构成提供内容的行为。”

5 《北京市高级人民法院侵害著作权案件审理指南》第9.23条规定，判断网页快照提供行为是否属于不影响相关作品的正常使用，且未不合理损害权利人对该作品合法权益情形的，可以综合考虑如下因素：（1）提供网页快照的主要用途；（2）原告是否能够通过通知删除等方法，最大限度地缩小损害范围；（3）原告是否已明确通知被告删除网页快照；（4）被告是否在知道涉嫌侵权的情况下，仍未及时采取任何措施；（5）被告是否从网页快照提供行为中直接获取利益；（6）其他相关因素。

6 (2011)一中民初字第1321号

7 王迁：《〈著作权法〉修改：关键条款的解读与分析（上）》，载于《中国版权》杂志2021年第2期。

8 参见(2016)苏民终114号。

9 转引自熊琦：《著作权合理使用司法认定标准释疑》，载《法学》2018年第一期。

10 转引自熊琦：《著作权合理使用司法认定标准释疑》，载《法学》2018年第一期。

11 参见：(2020)京0491民初32430号，本案判决二审予以维持，参见：(2021)京73民终707号。

司作为权利人对该作品的正常使用发生了严重冲突”。<sup>12</sup>（2）对使用作品产生替代效应，该标准被较多法院采用。上海高院在《孙德斌与上海教育出版社有限公司著作权权属侵权纠纷审判监督民事裁定书》中认为“对权利作品的正常使用和权利人的合法权益造成负面影响，主要指被控侵权作品是否会因其中的引用而对被引用的权利作品产生替代效应，从而导致读者可以用被控侵权作品替代对权利作品的选择”。<sup>13</sup>北京互联网法院在《优酷信息技术北京有限公司与深圳市蜀黍科技有限公司著作权权属侵权纠纷一审民事判决书》中认为，“……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”。<sup>14</sup>上海知识产权法院在《上海美术电影制片厂诉浙江新影年代、华谊兄弟著作权侵权案二审判判决书》中认为“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”。<sup>15</sup>

结合上述法院的观点，本文认为，“不与作品的正常使用冲突”的内涵应当放在作品竞争市场的背景下去理解，如果作品的使用对作品现有和潜在的市场而言属于替代性使用，造成著作权人相当经济利益损失的，则可判定属于“与作品的正常使用冲突”的情形，具体的量化标准有待于相关司法解释、行政法规的进一步完善。

### （三）第三步：使用结果上没有不合理的侵害著作权人的合法权益

关于“三步检验标准”第三步“没有不合理的侵害著作权人的合法权益”缺乏统一的认定标准，不但在国内没有司法解释的等官方文件做出普遍适用的解释，而且“在域外已经使用‘三步检验法’的国家也被认定为最难解释的要件”<sup>16</sup>。上文提及的《艾影（上海）商贸有限公司与无锡市崇安寺商旅文化发展有限公司、无锡市每天传媒有限公司等著作权权属、侵权纠纷二审民事判决书》中，江苏高院认为“（没有不合理的侵害著作权人的合法权益）主要是指对作品的使用不得与著作权人通常从行使专有权中获取经济利益的行为相竞争，并因此使著作权人丧失其应当获得的商业利益”。<sup>17</sup>按照 WTO 贸易仲裁委员会的解释，“合法权益”不仅包括“合法经济利益”，还包括“人格利益等非经济利益”。<sup>18</sup>“不合理”属于作品使用程度或经济利益分割程度上的判断，目的在于将特定利益范围内的经济利益损害纳入合理范围内，且“不得不合理”比“合理”在法律适用上的范围更小。<sup>19</sup>该标准将构成合理使用的情形限定在比“合理”更小的范围内，实质上允许一定范围内对作品权利人著作权的使用，既是对使用人使用作品范围的限制，也是对著作权人权利的限制，以实现保障社会公众合理使用作品与维护著作权人权利的平衡。

我国法院认定的“不合理的侵害著作权人的合法权益”的情形包括：（1）替代效应。同第二步“不与作品的正常使用冲突”一样，法院将作品使用行为是否会导致消费者可以用被控侵权产品替代对权利作品的选择作为“不合理的侵害著作权人的合法权益”的判断依据<sup>20</sup>。（2）未构成转换性使用。在《王莘与北京谷翔信息技术有限公司、谷歌公司侵犯著作权纠纷案》中，北京市一中院认为“……使得该行为构成对原告作品的转换性使用行为，不会不合理地损害原告的合法权益”。关于转换性使用的定义，上海知识产权法院在《上海美术电影制片厂诉浙江新影年代、华谊兄弟著作权侵权案二审》中指出“‘葫芦娃’、‘黑猫警长’美术作品被引用在电影海报中有了新的价值、意义和功能，其原有的艺术价值功能发

<sup>12</sup> 参见：(2016)苏民终 114 号

<sup>13</sup> (2020)沪民申 2416 号

<sup>14</sup> 参见：(2019)京 0491 民初 665 号

<sup>15</sup> (2015)沪知民终字第 730 号

<sup>16</sup> 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。

<sup>17</sup> (2016)苏民终 114 号

<sup>18</sup> 转引自熊琦：《著作权合理使用司法认定标准释疑》，载《法学》2018 年第 1 期。

<sup>19</sup> 同上。

<sup>20</sup> 参见：(2020)沪民申 2416 号

生了转换……”<sup>21</sup>，即法院认为转换性使用意味着使用行为赋予了原作品新的价值、意义和功能。（3）对作品市场价值构成实质性影响。在《优酷信息技术北京有限公司与深圳市蜀黍科技有限公司著作权权属侵权纠纷一审民事判决书》中，关于“是否不合理的侵害著作权人的合法权益”的分析，北京互联网法院基于使用行为对权利人享有的相应市场份额的挤占，对原作品市场价值造成实质影响的角度进行说理。<sup>22</sup>该情形本质与“替代效应”一致，都是突出使用行为对原作品市场的影响。

本文认为，“没有不合理的侵害著作权人的合法权益”是从使用后效果角度判断是否构成“合理使用”的检验标准，其最终落脚点在于判断使用行为对作品市场价值的影响和对公共利益的贡献，对其量化衡量标准和具体适用情形的判定有待于将来通过司法解释等官方文件的进一步阐释。

### 三、“三步检验标准”的适用逻辑

“三步检验标准”规定的三个标准之间的关系究竟是递进关系还是并列关系，即在判断是否构成合理使用时，应当将“三步检验标准”作为有次第顺序的三个步骤进行顺序判断还是将其作为三个要件综合判断。顺序判断意味着对在先一步做出否定评判，理论上不再需要继续考虑其后一步的标准，是一种更有效率性的选择；综合判断则意味着将“三步检验标准”作为判断合理使用的三个独立要件，要在个案中进行综合评价。

目前，我国没有关于“三步检验标准”适用逻辑的官方表述，两种适用逻辑皆在法院判决中有所体现，归纳如下。

顺序判断逻辑。在《北国商城公司与汉华易美公司侵害作品信息网络传播权纠纷案》中，法院认为北国商城公司在其微博中使用涉案图片的行为，显然不属于“为个人学习、研究或者欣赏，使用他人已经发表的作品”，随即得出不构成合理使用的结论。<sup>23</sup>在《国际旅游岛商报社与体娱公司侵害作品信息网络传播权纠纷案》中，法院认为通过在案证据可以看出国际旅游岛商报社在其手机 APP 中使用涉案作品不属于为报道时事新闻所必需，其使用行为不构成合理使用。<sup>24</sup>在《西格码公司与汉华易美公司侵害作品信息网络传播权纠纷案》中，法院认为，对于符合修改前的《著作权法》第二十二条规定的十二种情形的，可以不经著作权人许可而使用其作品，不向其支付报酬，西格码公司在其微信公众号中使用涉案图片，虽未直接获得商业利益，但该行为不属于修改前的《著作权法》第二十二条规定的合理使用的情形，故其主张不构成侵权行为的主张，不能成立。<sup>25</sup>在《丝路情韵公司、李向晖著作权权属、侵权纠纷再审案》中，法院认为，修改前的《著作权法》第二十二条第 1 款第 7 项规定的是“国家机关为执行公务在合理范围内使用已经发表的作品”的行为，可以不经著作权人许可、不向其支付报酬，但丝路情韵公司并非国家机关，其明显不属于该项法律规定的适用主体。因此，对丝路情韵公司有关其对涉案摄影作品的使用属于合理使用的相关申请理由未予支持。<sup>26</sup>这些案例都是在法院确定作品使用行为不符合《著作权法》规定的特例后，不再进一步考虑作品使用行为是否不与作品的正常使用冲突、没有不合理的侵害著作权人的合法权益，符合顺序判断逻辑。

综合判断逻辑。在《优酷公司与蜀黍公司著作权权属侵权纠纷案》中，法院在做出蜀黍公司使用作品的行为不属于适当引用，即不符合第一步《著作权法》规定的特定情形之后，仍然对蜀黍公司行为是否会影响作品的正常使用、是否不合理的损害著作权人合法权益进行

21 参见：(2015)沪知民终字第 730 号

22 参见：(2019)京 0491 民初 665 号

23 参见：(2020)津民终 225 号

24 参见：(2021)京 73 民终 1016 号

25 参见：(2020)津民终 312 号

26 参见：(2019)最高法民申 3306 号

了详细论述，最后得出蜀黍公司行为不符合合理使用的判断。<sup>27</sup>在《创兴动力公司与优图佳视公司侵害作品信息网络传播权纠纷案》中，法院首先做出创兴动力公司转载的文章不属于时事新闻，对于涉案图片的使用不属于不可避免再现情形（不符合第一步标准），进一步认定授权他人使用作品是著作权人对作品加以利用的常规方式，创兴动力公司未经许可通过网络直观展现涉案摄影作品，必然会对著作权人授权他人以类似方式使用涉案摄影作品产生影响（不符合第二步标准），可能会损害由此带来的利益（不符合第三步标准）。<sup>28</sup>

本文认为，对“三步检验标准”的适用做顺序判断比较符合其字面含义，“三步”蕴含着从一到三的顺序演进逻辑，而且“三步检验标准”第一步适用特例标准也由法律明文规定，辅之以行政法规规定和法院判例，属于边界客观明确的判断标准，作为顺序判断的第一步更具有可操作性。但“三步检验标准”第二步适用范围和第三步适用结果的判断具有一定的司法裁量空间，二者在含义上也有一定的交叉性，在后两步标准边界进行明确界定之前，对后两步适用综合判断的逻辑更为可取。因此，结合上述法院判决，在官方做出明确规定之前，“三步检验标准”的适用逻辑应当结合顺序判断和综合判断的特点，首先按照顺序判断适用第一步检验标准，在符合第一步检验标准的前提下，再按照综合判断逻辑分别适用第二步和第三步检验标准进行进一步判断，这也符合“三步检验标准”是对著作权“限制的有限”立场<sup>29</sup>。

#### 四、“三步检验标准”的其他考虑因素

法院在适用“三步检验标准”判断合理使用是否成立时，在“三步检验标准”之外，还会考虑域外法上判断合理使用四要素标准、是否指明作者姓名或名称、是否指明作品名称等因素，详述如下。

##### （一）四要素标准

在国际司法实践总，存在判断合理使用的“三步检验标准”和“四要素标准”的两分格局<sup>30</sup>。“三步检验标准”源自国际条约规定，并约束成员国国内著作权立法；“四要素标准”则是美国在判例法基础上总结归纳的合理使用判断标准，并最终规定在美国 1786 年《版权法》第 107 条。本文从以下三个方面介绍“四要素标准”：“四要素标准”的含义、“四要素标准”与“三步检验标准”的关系、“四要素标准”在我国司法中的适用。

##### 1、“四要素标准”的含义

美国《版权法》第 107 条规定判断作品合理使用的四个考虑因素包括：（1）使用的目的和性质，包括该使用是否具有商业性质或者为了非盈利教育性目的（the purpose and character of the use, including whether the use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes）；（2）作品的性质（the nature of the copyrighted work）；（3）在整个作品中所使用部分所占的数量和质量（the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole）；（4）使用对原版权作品潜在市场和价值的影响（the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work）。

“四要素标准”规定的四个因素在判断合理使用时并不排除法院考虑其他因素，而是法院审查时优先考虑的因素，并且四个要素在法院判断合理使用时所占的权重也不相同，第一

<sup>27</sup> 参见：（2019）京 0491 民初 665 号

<sup>28</sup> 参见：（2021）京 73 民终 707 号

<sup>29</sup> Andrew F. Christie / Robin Wright, A Comparative Analysis of the Three-Step Tests in International Treaties, IIC 2014, 409; Martin Senftleben, Martin Senftleben, Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests (《著作权法三步检验法的基本问题》), in GRUR Int. 2004, S. 200. 转引自张陈果：《解读“三步检验法”与“合理使用”——〈著作权法（修订送审稿）〉第 43 条研究》，《环球法律评论》2016 年第 5 期。

<sup>30</sup> 王怡涵：《“三步检验法”的理论研究和本土借鉴——以著作权法第三次修改为背景》，《传播与版权》2021 年第 9 期。

个要素和第四个要素是权重相对较大的要素。第一个要素“使用的目的和性质”衍生出“转换性使用(transformative use)”的判断标准，第四个要素“使用对原版权作品潜在市场和价值的影响”衍生出“替代性使用”的判断标准。关于“转换性使用”的含义，美国联邦最高法院在Campbell案中指出，转换性使用是在原作品中增加一些不同目的或特征的新内容，从而改变原作品。<sup>31</sup>对于“替代性使用”的含义比较好理解，即新作品对原作品潜在市场的篡夺。自1994年Campbell案之后，要素一的权重逐渐逐渐超过要素四的权重，成为美国法院判断合理使用的主要考虑因素。<sup>32</sup>

## 2、“四要素标准”与“三步检验标准”的关系

二者有明显区别。(1)产生背景不同：“四要素标准”虽然为美国成文法所规定，但其产生背景是对判例法实践经验的总结；“三步检验标准”则是源自《伯尔尼公约》等国际条约，其产生背景有着浓厚的成文法背景。(2)技术路径不同。“四要素标准”采取了明显的概括主义路径，概括合理使用行为的特征而非一一列举具体行为方式；“三步检验标准”则采取列举主义为主、概括主义为辅的技术路径，合理使用具体行为一般由法律法规明确规定。<sup>33</sup>(3)适用逻辑不同。“四要素标准”遵循的是综合判断逻辑，各要素所占权重有所区分；“三步检验标准”则糅合了顺序判断和综合判断两种适用逻辑。

二者具有密切联系，可相互补充适用。(1)在具体功能上，二者都是合理使用制度的判断标准。(2)在域外法上看，二者具有内在精神的一致性。美国是《与贸易有关的知识产权协定》《伯尔尼公约》等国际条约的成员国，其国内立法受这些国际条约约束，因此美国《版权法》规定的“四要素标准”必然接受“三步检验标准”的检视，二者内在精神上具有一致性。(3)“四要素标准”因由司法判例发展而来，其动态发展的内涵使其能够灵活应对对新情况，可以为“三步检验标准”后两步较为抽象的标准提供判案思路上的启发。

## 3、“四要素标准”在我国司法中的适用

“四要素标准”在我国没有明确的法律依据，但并未妨碍其适用。“四要素标准”在我国司法中的适用表现在两个方面：首先，如前文所述，在司法政策上，最高人民法院2011年颁布的《关于充分发挥知识产权审判职能作用推动社会主义文化大发展大繁荣和促进经济自主协调发展若干问题的意见》第8条明确规定了“四要素标准”可以作为判定合理使用的情形，同时补充要求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。其次，在法院审判中，直接援引“四要素标准”的相关内容。

我国法院适用“四要素标准”的情形包括：(1)借用“四要素标准”个别要素对“三步检验标准”第二步和第三步检验标准进行分析说理。在《孙德斌与上海教育出版社有限公司著作权权属侵权纠纷审判监督民事裁定书》中，上海高院关于“被控侵权作品并未对权利作品的正常使用和著作权人的合法权益造成负面影响”的结论便是依据“被控侵权作品不会产生替代效应”得出的，<sup>34</sup>而“替代效应”对应“四要素标准”第四个要素“使用对原版权作品潜在市场和价值的影响”衍生出“替代性使用”的判断标准。在《上海美术电影制片厂诉浙江新影年代、华谊兄弟著作权侵权案二审》中，上海高院借用“转换性使用”和“替代性使用”对“(涉案作品使用)亦不会影响权利人的正常使用……不会不合理地损害权利人的合法利益”的结论进行说理。<sup>35</sup>(2)通过“四要素标准”认定新的合理使用特例。在《王

31 See *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569(1994), 转引自黄汇 尹鹏旭:《作品转换性使用的规则重构及其适用逻辑》, 载2021年《社会科学研究》第5期。

32 参见吴汉东:《著作权合理使用制度研究》, 中国人民大学出版社2020年1月第四版第257页; 黄汇 尹鹏旭:《作品转换性使用的规则重构及其适用逻辑》, 载2021年《社会科学研究》第5期; *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569(1994)。

33 参见吴汉东:《著作权合理使用制度研究》, 中国人民大学出版社2020年1月第四版第320页。

34 (2020)沪民申2416号

35 (2015)沪知民终字第730号

莘诉北京谷翔信息技术有限公司、谷歌公司著作权纠纷》一案，法院借鉴“四要素标准”将“提供图书检索服务”判定为一种合理使用的情形，并借助“转换性使用”的概念得出“不会不合理的损害原告合法权益”的结论。<sup>36</sup>（3）将“四要素标准”作为理解合理使用范围的判断因素。在《北京全景视觉网络科技有限公司与〈青海日报〉社侵害作品信息网络传播权纠纷二审民事判决书》中，青海高院认为“正确理解合理使用的范围，应当把握以下五项因素：1. 使用作品的目的；2. 使用作品的性质；3. 使用作品的数量；4. 使用作品对市场有无潜在价值影响；5. 使用作品是否侵犯其他著作权”。<sup>37</sup>

## （二）指明作者姓名或名称、作品名称

指明作者姓名或名称、作品名称是新法第二十四条（合理使用条款）的明确要求，具体表述为“在下列情况下使用作品（三步检验标准第一步），可以不经著作权人许可（合理使用的效果1），不向其支付报酬（合理使用的效果2），但应当指明作者姓名或者名称、作品名称，并且不得影响该作品的正常使用（三步检验标准第二步），也不得不合理地损害著作权人的合法权益（三步检验标准第三步）”。根据本条的字面表述，“指明作者姓名或名称、作品名称”与“三步检验标准”的关系应当如何理解并不明确。

按照 WTO 贸易仲裁委员会的解释，“三步检验标准”第三步标准中的“合法权益”应当包含“人格利益等非经济利益”，<sup>38</sup>“指明作者姓名或名称、作品名称”可以理解为作者的“人格利益”。按照这种解释，“指明作者姓名或名称、作品名称”是“三步检验标准”的应有之意，《著作权法》合理使用条款将“指明作者姓名或名称、作品名称”单独列出，可以理解为是对指明作者姓名或名称、作品名称这一行为的强调，其本身并不构成判断合理使用时独立于“三步检验标准”之外的要件。

我国法院就“指明作者姓名或名称、作品名称”这一要求有两种代表性的观点：（1）是否指明作者姓名或名称、作品名称不影响合理使用的认定。最高人民法院在《东莞市双种子饮食管理有限公司许丹著作权权属侵权纠纷再审审查与审判监督民事裁定书》中认为“著作权法第二十二条（新法第二十四条）的规定所限制的是著作权人的财产权益，而指明作者姓名、作品名称，涉及的是著作权人的人身权益，因此不应当将其理解为‘可以不经著作权人许可，不向其支付报酬’使用作品的前提条件，而应当视为使用人的独立义务。因此，本案中，许丹和出版社在使用被诉侵权图片时虽然未指明作者姓名、作品名称，但并不影响对其行为构成合理使用的认定……”。<sup>39</sup>在《王巨贤与绍兴市水利局、绍兴神采印刷有限公司侵犯著作权纠纷案》中，最高院提及“王巨贤为《康乾驻蹕碑》等十一幅雕塑作品的原绘画作者，并授权东方公司使用其作品制作雕塑作品。本案所涉雕塑作品置于鹿湖园景区，绍兴市水利局将对上述雕塑作品的摄影图片汇编于涉案旅游图册中（但未指明绘画作者姓名和作品名称）。上述使用方式构成合理使用，各方并无异议。”在认定作品使用构成合理使用的情况下，最高院在判决中进一步指出，“在一般情况下，社会公众只能依靠该室外艺术作品本身的标注来确认作者姓名和作品名称，而没有另行核实的义务……如果该雕塑作品未注明其系依据他人绘画作品而创作，对该雕塑进行临摹、摄影等使用的社会公众没有义务追溯该雕塑作品是否为演绎作品、是否还存在原始绘画作者并为该作者署名。”<sup>40</sup>（2）“指明作者姓名或名称、作品名称”是著作权法意义上合理使用制度考虑的因素。在《艾影（上海）商贸有限公司与无锡市崇安寺商旅文化发展有限公司、无锡市每天传媒有限公司等著作权权属、侵权纠纷二审民事判决书》中，江苏高院认为“著作权法意义上的合理使用，是指在特

36（2011）一中民初字第1321号

37（2019）青民终71号

38 转引自熊琦：《著作权合理使用司法认定标准释疑》，载《法学》2018年第1期。

39（2018）最高法民申996号

40（2013）民提字第15号



定条件下,法律允许他人自由使用作品而无需著作权人同意也无需向其付费但应当指明作者姓名、作品名称,并且不得损害著作权人其他权利的法律制度”,但在该案中“指明作者姓名或名称、作品名称”并未列入法院“着重”考虑的因素。在《孙德斌与上海教育出版社有限公司著作权权属侵权纠纷审判监督民事裁定书》中,上海高院认为“判定被控侵权作品是否构成‘适当引用’的合理使用,应当从权利作品是否已经公开发表、被控侵权作品引用权利作品的主要目的、被控侵权作品引用权利作品的具体方式、被控侵权作品是否依法指明作者姓名及作品名称、被控侵权作品是否会对权利作品的正常使用和著作权人的合法利益造成负面影响等要件予以综合认定。”<sup>41</sup>

## 五、总结

学界对“三步检验标准”的讨论颇多,或在比较法视角为完善我国合理使用制度提供思路和建议<sup>42</sup>,或基于国际条约和国外实践经验对我国司法适用中产生的问题进行纠偏<sup>43</sup>,这都为我们理解和适用“三步检验标准”提供了有益启发。相比前人已有的研究成果,本文亮点在于聚焦于我国司法实务,根据现行法律、司法政策、法院判决和我国参加的国际条约文本,对“三步检验标准”的基本概念和法院适用逻辑进行总结和归纳,并就其中的关键问题进行重点说明,为读者呈现“接地气”的“三步检验标准”司法适用概貌。但不可否认,“三步检验标准”会随着司法实践发展进一步丰富和完善,期待我们对合理使用情形的认识越来越明确和具体。

41 (2020)沪民申2416号

42 参见吴汉东:《著作权合理使用制度研究》,中国人民大学出版社2020年1月第四版;王怡涵:《“三步检验法”的理论研究和本土借鉴——以著作权法第三次修改为背景》,《传播与版权》2021年第9期;黄汇尹鹏旭:《作品转换性使用的规则重构及其适用逻辑》,载2021年《社会科学研究》第5期;沈伟:《版权公共领域视野下的转换性使用研究》,载《科技与法》2020年第5期;易磊:《对我国当前合理使用修改的思考——以德国“合理使用”为视角》,载《电子知识产权》2019年第2期;孙景蒙:《二次创作短视频的转化性使用与合理使用》,载《法制博览》2019年08月(中)。

43 张陈果:《解读“三步检验法”与“合理使用”——〈著作权法(修订送审稿)〉第43条研究》,《环球法律评论》2016年第5期;熊琦:《著作权转换性使用的本土法释义》,载《法学家》2019年第2期。