

著作权法修订中的“用户创造内容”问题

——以中国内地与香港的比较为视角*

刘颖** 何天翔***

内容摘要：“用户创造内容”是随着互联网以及相伴而来的兴趣社区的出现而引发的一种人类创作活动。不论按中国内地法律还是按香港地区法律，多数“用户创造内容”创作行为存在侵犯著作权人专有权利的可能。但是，“用户创造内容”也与著作权保护例外制度与司法实践中发展出来的“转换性使用”密切相关。为应对数字和网络技术对传统著作权制度带来的挑战，中国内地启动了对《著作权法》的第三次修订，于2014年6月公布了《送审稿》，对著作权保护例外进行了一定程度的调整。香港地区于2014年6月提出了《2014年版权(修订)条例草案》。《2014年草案》既通过规定“向公众传播方式侵犯版权”，将所规制之侵权传播行为由仅限于有线、无线和广播等特定形式的传播，扩张至以任何电子形式进行的传播，又规定了戏仿、讽刺、营造滑稽和模仿等版权保护例外。与内地《送审稿》之权利限制相比，香港《2014年草案》更为合理，值得借鉴。就戏仿等之外其他形式的“用户创造内容”，著作权人应提前介入版权产品的市场化阶段，与“用户创造内容”创作者达成良好的沟通与合作。通过转换商业模式、利用授权许可以及“声明”等综合性手段，著作权人才能实现与“用户创造内容”创作者的共赢。

关键词：用户创造内容 著作权合理使用 《著作权法》修订 《版权条例》修订

DOI:10.13415/j.cnki.fxpl.2019.01.011

引言

“用户创造内容”(user-generated content, user-created content, 简称UGC)是随着互联网以及相伴而来的兴趣社区的出现而引发的一种人类创作活动。根据经济合作与发展组织(Organization for Economic Co-operation and Development, 简称OECD)2006年发布的有关“用户创造内容”的报告中的定义，“用户创造内容”指公众通过互联网可以获得的、反映了一定程度创意努力(creative effort)的、非专业人士创作的内容。^①有学者为认定UGC创作行为合法性之目的，将UGC限定在“增加了新表达、新意义、新功能”的范围内，从UGC创作行为构成转换性使用的角度进行了研究。^②但是，用户利用版权作品进行再创作而生成的各种形式的新内容，既包括构成转换性使用的新创内容，也包括并未丧失“作品同一性”、难以被判定为转换性使用的新创内容，而由于后者涉及到大量的事实上违法却难以处理的新创内容，其所引发的著作权问题似乎影响更广。

“数字和网络技术的快速发展和广泛运用，改变了作品创作和传播方式，著作权传统保护制度面临新的

* 本文系国家社会科学基金项目“国际贸易中的数字知识产权执法研究”(批准号:13BFX156)、广东省哲学社会科学规划项目“《反假冒贸易协定》中数字知识产权问题研究”(批准号:GD12CFX03)和香港城市大学启动项目“Civil Engagement and Statutory Copyright Exceptions in China and Hong Kong: A Comparative Analysis”(7200547/SLW)的成果之一。

** 暨南大学法学院教授。

*** 香港城市大学法律学院助理教授。

① OECD, Participative Web: User-created Content, DSTI/ICCP/IE(2006)7/FINAL, p. 4, 载 OECD 官网: <http://www.oecd.org/internet/ieconomy/38393115.pdf>, 最后访问时间:2018年10月23日。

② 熊琦:《“用户创造内容”与作品转换性使用认定》,载《法学评论》2017年第3期。

挑战”。为应对这一挑战,中国内地启动了对《著作权法》的第三次修订。^③ 国务院法制办于2014年6月6日公布了《中华人民共和国著作权法(修订草案送审稿)》(以下简称《送审稿》)。《送审稿》对与戏仿等UGC密切相关的著作权保护例外进行了修订,“以有效遏制侵权行为”。^④ 同样为回应数字时代的冲击,香港地区着手对《版权条例》进行修订,^⑤并于2014年6月提出了《2014年版权(修订)条例草案》(以下简称《2014年草案》)。与中国内地不同的是,《2014年草案》既增加了第28A条“以向公众传播方式侵犯版权”之内容以加强对版权人的保护,又增加了包括戏仿(parody)、讽刺(satire)、营造滑稽(caricature)和模仿(pastiche)在内的版权保护例外。^⑥

但是,仅靠修法并不能解决形式各异的UGC问题,特别是并未丧失“作品同一性”的UGC问题更难以妥善解决。在数字时代,两地面临类似的UGC问题。一个综合的、有赖于不同主体于不同阶段采取措施来应对的综合性解决方案,才有可能全面地解决UGC问题。

一、中国内地和香港的UGC发展

从历史来看,“二次创作”并非全新的事物,其与著作权法上的演绎作品创作具有相当程度的重合。在人类进入数字时代之前,“二次创作”就早已存在。高鹗续写《红楼梦》、莎士比亚的《安东尼与克里奥佩特拉》对普鲁塔克文本的疑似“重述”,^⑦均为典型的二次创作。上述OECD报告有关“用户创造内容”的定义,其独特之处就在于“非专业人士创作”的限制。在前数字社会,获取知识的途径、书写的的能力以及传播的渠道这些创造、推广作品的最重要的“工具”在很大程度上被特定的阶层垄断,导致“非专业人士”的创作难以广为人知。但在数字时代,不仅技术的发展使得更多作品种类能够被数字化并被用于创作,而且数字技术的发展也极大地降低了创作工具的成本,加上互联网为此提供了最为便捷的传播渠道,三者的结合使得创作的门槛大幅降低,而教育的普及和精细化也使得具有才能的创作者不断涌现。此外,合理使用等版权例外规则的存在,也使得许多UGC创作者敢于“铤而走险”,未经授权利用他人作品进行创作和改编。具有相同爱好的群体的汇集,不仅使得人群按专业细分变得可能,也有助于公民参与意识的强化,进而形成了一股能够影响立法的力量,这在香港修法中体现得尤为明显。

自中国内地于20世纪90年代末开展宽带服务普及化以来,至今已有20余年。在这段时间里,UGC以超出人们想象的速度发展,不仅涵盖从技术性要求最低的文字衍生作品到需要精细制作的影视衍生作品,更催生出各类相关的网络社群和兴趣团体。在香港,UGC的发展亦不容小觑,不仅各类网络社群不断涌现,部分团体和创作者甚至组成“键盘在线”(Keyboard Frontline)等网络联盟来发表意见,积极参与了修法议程。

根据目前两地UGC的发展情况,可以大致将现存的UGC形式分为以下五类:

1. 字幕组翻译。字幕组(fansub groups)指通过技术提取在国外率先发行的录像制品中的字幕并进行翻译再在网上单独传播分享翻译过的字幕文件,或者传播包含字幕的视频文件之爱好者群组。字幕组翻译在我国内地的流行,可以追溯至2000年左右。由于语言之间的巨大区别,字幕组翻译获得了较大的发展空间。许多国外的影视作品在国内的流行得益于字幕组的“推广”。香港亦不例外。对漫画等图形作品所含文字的翻译与字幕组的翻译行为类似,爱好者往往通过扫描的方式将漫画书籍数字化,再翻译并覆盖原对话框内的文字,然后在网上分享翻译后的复制件。

2. 文字续写和图画续画。文字作品的续写行为在国外被称为粉丝小说(fanfiction)创作或同人创作,指

^③ 关于《中华人民共和国著作权法》(修订草案送审稿)的说明,载中国政府网:http://www.gov.cn/xinwen/2014-06/10/content_2697701.htm,最后访问时间:2018年10月23日。

^④ 同上注。

^⑤ 《立法会参考资料摘要—版权条例(第528章)—2014年版权(修订)草案》附件H,载香港特别行政区政府商务及经济发展局工商及旅游科官网:https://www.cedb.gov.hk/citb/doc/sc/LegCo_Brief_2014_c.pdf,最后访问时间:2018年10月23日。

^⑥ 我国内地和香港对Copyright一词的翻译不同,且我国《著作权法》第57条规定:“本法所称的著作权即版权。”因此,本文将在同义语境下交替使用著作权和版权二词。

^⑦ [美]理查德·波斯纳:《论剽窃》,沈明译,北京大学出版社2010年版,第60—63页。

热爱特定作品的爱好者利用原作品中的角色、背景等元素进行的再创作。在中国内地,典型的例子为宝树未经刘慈欣授权续写《三体》系列所产生的续集,以及盗版写手续写《哈利·波特》系列所产生的《哈利波特与黄金甲》、《哈利波特与豹走龙》、《哈利波特与怪角兽》、《哈利波特与瓷娃娃》等。^⑧许多爱好者直接在大型社交网络上免费传播自己的续写作品,数量之大让版权人应接不暇。在日本,有一种被称为“同人志”(doujinshi)的续“画”创作,亦即粉丝利用所喜爱的漫画中的角色创作出新的漫画。“续画”与“续写”十分相似。但是,由于图画作品的特征,要使得读者辨识出原作品就必须最大程度地还原原作品的画风,这就使得续画作品与原作品存在高度相似性。这类续写、续画类的创作,已经在大陆和香港形成了相当稳定和成熟的爱好者社群,他们创作完毕后,即会在网上分享并传播。

3. 视频拼接。视频拼接(mash-ups),是指将来自不同影视作品的片段杂糅耦合组成的新视频内容。视频拼接可分为粉丝视频(fanvids)、动漫音乐视频(AMV)和戏仿视频(video parody)等不同形式。粉丝视频制作者往往关注某特定作品或者明星,并收集整理来自不同作品的视频片段制作新的视频。除了制作主体是粉丝而非版权人之外,与商业领域电影发布前会推出的预告片(trailer)的行为基本相同。动漫音乐视频也与之类似,只不过是完全以动漫作品为创作素材而已。戏仿视频,是指为进行批评或评论活动通过拼接音视频片段而制作的视频。胡戈的《一个馒头引发的血案》(以下简称《馒头》)是典型代表。另外还有一种常见的翻唱视频(cover),即记录爱好者未经授权表演受版权保护音乐作品之视频。除了内地旭日阳刚组合翻唱汪峰的《春天里》视频外,^⑨在香港还出现一种通过对歌词进行戏仿并演唱、借以表达政治态度的改词翻唱视频,如《刻不容缓——立法会版》等。制作者录制完视频后,通常会上传至视频平台以达传播的目的。

4. 图片截取及改图。图片截取及改图往往涉及到对现有版权作品片段的利用。中国内地、香港常见的类型有截取利用影视作品中演员夸张的表演片段,制作静态图片或者动图并配以文字,在微信等网络通讯工具交流中或作为“表情包”来使用。例如演员周杰在电视剧《还珠格格》中的系列夸张表情,又如演员张学友在电影《旺角卡门》其中一幕中所表现出的不屑表情等。图片截取及改图还有将公众人物在新闻采访中出镜的画面截取揉合并配以文字,以达到戏仿、评论等政治目的。

5. 涉版权作品的直播。在网络直播中,许多直播行为都涉及版权作品,如直播唱歌、直播打游戏等。在中国内地,直播行业的发展已经进入黄金期,根据艾瑞咨询公布的《2018年中国游戏直播行业研究报告》,中国游戏直播平台的市场规模在2018年将超141亿元。^⑩在香港地区,著名游戏主播伍公子通过录制自己打游戏的视频并配以评论再发至视频网站获得了大量关注,之后则选择通过网络直播展示自己打游戏的过程和评价。许多表演型的主播在与受众交流的过程中,也会随机翻唱受版权保护的作品。

二、中国内地和香港的UGC版权立法争议

在缺乏一个全面的、合理的解决方案的情况下,UGC必然会野蛮生长且引发版权侵权问题。就上述五种形式的UGC而言,几乎每种形式在两地都存在版权侵权的可能。

(一)中国内地

字幕组翻译涉及翻译权的问题。翻译权属于我国《著作权法》规定的著作权人享有的经济权利之一。根据我国《著作权法》第10条第1款第(15)项,如果在未获授权的情况下擅自翻译他人电影字幕,就涉嫌侵犯翻译权。字幕作为剧本的组成部分,无疑受到著作权法保护。根据我国《著作权法》第12条,即使翻译者对翻译作品享有著作权,其行使也不得侵犯原作品的著作权。而字幕组进一步将翻译件在网络上传播,则涉嫌侵犯信息网络传播权。虽然我国《著作权法》第22条列举了一系列著作权例外,但没有任何一项能够将字幕

^⑧ 方乐迪:《内地惊现山寨版〈哈利波特〉内容涉成人情节》,载大公网:<http://news.takungpao.com/mainland/focus/2014-02/2257067.html>,最后访问时间:2017年6月20日。

^⑨ 旭日阳刚是一组因翻唱摇滚歌手汪峰的《春天里》而在网上受到网民追捧的网络红人。参见温中豪、余淼文、洪波:《河南草根歌手走红网络翻唱〈春天里〉点击千万》,载中新网:<http://www.chinanews.com/cul/2010/11-04/2633104.shtml>,最后访问时间:2018年6月20日。

^⑩ 艾瑞咨询:《2018年中国游戏直播行业研究报告》,载艾瑞咨询官网:<http://www.iiresearch.com.cn/Detail/report?id=3254&isfree=0>,最后访问时间:2018年6月20日。

组的翻译行为正当化。此外,考虑到大部分字幕均通过压缩合并技术与视频或漫画捆绑传播,对原作品进行的复制以及传播行为存在侵犯复制权、信息网络传播权的可能。而我国现行《著作权法》规定的著作权保护例外,也难以涵盖这种以传播为目的的侵权行为。

文字续写和图画续画行为涉及我国《著作权法》第10条第1款第(14)项规定的改编权,即控制在保留原作品基本表达的情况下通过改变原作品创作出新作品的行为的权利。^① 据此,爱好者若想将其创作建立在既有作品已经建立的角色、情节、模式之上,就必须获得原作者的授权。此外,爱好者随后将复制件在网上传播的行为则可能侵犯著作权人的信息网络传播权。但是,续写以及改编的特点在于其是利用了既有的著作权元素进行的再创作,而非简单的文体或内容形式的转换。此时对是否侵权的判断,就不能仅看是否“有借”,而是看“借了多少”,亦即是否存在实质性相似。就文字作品而言,借用多少就决定了行为究竟是“借用但不构成侵权”,还是“借用同时构成侵权”。在许多二次元社群中流行的所谓“平行宇宙”(alternative universe)创作(即仅用角色名,其他原作元素一概抛弃)则可能不构成著作权侵权。^② 在金庸诉江南等侵犯著作权纠纷一案中,广州市天河区法院认为,《此间的少年》仅存在对金庸的系列作品中角色名称的使用而并未大幅度借鉴金庸作品中相关人物性格特征、人物关系及故事情节,从而不构成著作权侵权。^③ 这其中所反映的规律是,“致敬”的成分或引用的成分与侵权的可能性成正比:引用的部分来自于原作品越少,侵权的可能性就越小;引用的部分占的比重越大,那么其侵权的可能性就越大。

而在同人志等漫画续画的情况下,“致敬”就必然要求重现原作品的角色,因为作者不仅不想隐瞒,而且为凸显其衍生作品的特征而再现原作品。在我国,动漫作品作为一个整体受著作权法保护。根据我国法院的相关判决,动漫作品中的角色形象由于足够具体,也构成受著作权法保护的表达,因此仅是借用或重现了角色的形象就已经涉嫌侵权。^④ 如果不存在特殊的理由,这种未经许可对他人作品实质性部分的利用就必然构成侵权,我国《著作权法》规定的著作权保护例外难以为创作并传播这类续画作品的行为提供保护。

视频拼接是利用其他作品的片段进行创作并传播的行为。此类行为涉及到侵犯所涉作品的复制权、改编权、信息网络传播权。例如,在网上传播翻唱的视频,可能会因为其中利用了完整的版权作品而涉及侵权,而如《馒头》等作品则涉及利用来自多个版权作品的片段进行拼接、杂糅。各类不同的视频拼接方法则可能涉及到对不同类型的著作人身权及财产权之侵犯,在大幅度利用既存作品的情况下,如果没有获得原作品作者的授权,涉嫌侵权自无疑问。近年来,我国法院开始援引“转换性使用”(transformative use)这一源自美国合理使用原则的概念,来判断一些在我国《著作权法》第22条所列之12项例外情况之外的使用方式是否属于合理使用。^⑤ 因此,如果视频拼接利用了原作品的实质性部分,除非被认定为司法实践中发展出来的“转换性使用”,或者为《著作权法》“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”的著作权保护例外所涵盖,否则很难援引著作权例外的规定来抗辩。

就图片截取及改图而言,根据其所截取的素材不同,行为的性质也会不同。如果传播的图片素材截取自受著作权保护的视听作品,由于考虑到通常电影的拍摄一秒即可产生24帧图片,因而从著作权法原理上来看,一般而言,一部电影内的单帧截图由于不构成具体的表达,无法被看作是一个单独作品来对待。而如果借鉴内容在原作品中所占比例也极小,在实践中,法院很有可能受到这一比例的影响,判定侵权不成立。^⑥ 除非截图被认为构成影片的实质性部分,否则二次创作人可以利用“适当引用”的例外作为抗辩理由。如果

① 王迁:《著作权法》,中国人民大学出版社2015年版,第206页。

② 孙战龙:《网络同人小说的权利界定》,载张平主编:《网络法律评论》(第七卷),北京大学出版社2006年版,第170页。

③ “金庸诉江南等侵犯著作权纠纷”案,(2016)粤0106民初12068号。

④ 参见“美国沃尔特·迪斯尼公司诉北京出版社等侵犯著作权纠纷”案,(1994)中经知初字第141号;“圆谷株式会社诉上海豫园公司”案,(2000)沪高知终字第43号。

⑤ 参见“吴锐诉北京世纪读秀技术有限公司”案,(2007)海民初字第8079号;“上海美术电影制片厂诉新影年代文化传播有限公司”案,(2015)沪知民终字第730号;“王莘与北京谷翔信息技术有限公司、谷歌公司侵害著作权纠纷”案,(2011)一中民初字第1321号、(2013)高民终字第1221号;“广州网易计算机系统有限公司诉广州华多网络科技有限公司侵害著作权及不正当竞争纠纷”案,(2015)粤知法著民初字第16号。

⑥ 崔国斌:《著作权法:原理与案例》,北京大学出版社2014年版,第672页。

所利用的原作品本身即是作为一个整体存在的画作,在其仍受著作权保护的前提下,任何对原作品整体的利用、改编和随后的网络传播行为,都必然要获得原作者的授权,否则就存在侵权的可能。这些行为既不属于《著作权法》第22条第1款第(1)项规定的“个人使用”,也不符合第(2)项规定的“适当引用”的要求,难以作为法定的抗辩事由。

直播所涉版权问题较为复杂。在网络才艺直播过程中翻唱受著作权保护的歌曲、转播热播电影和剧集要先获得权利人的许可,否则即为侵权。例如,直播翻唱行为涉嫌侵犯著作权人享有的“其他权利”而非“信息网络传播权”或“表演权”。这是因为立法的缺失,导致网络直播演唱歌曲的行为无法被“信息网络传播权”(要求交互式传播)以及“表演权”(仅包括“现场表演”以及“机械表演”)等著作权权项所覆盖,而只能由“其他权利”这一兜底权利所规制。^①在北京爱奇艺科技有限公司诉珠海多玩信息技术有限公司侵害著作权及不正当竞争纠纷一案中,北京市海淀区法院2017年8月判定YYHD软件中的主播直播了热播的《盗墓笔记》剧集,没有获得该剧权利人许可,构成直接侵权行为。^②如直播打游戏,则依据游戏本身的性质以及主播在玩游戏时是否存在独创性贡献等不同因素而使直播行为有不同的性质,难以一概而论。游戏作品本身包含的内容可能分别落入计算机程序、文字、美术、音乐、电影等众多作品类别,^③直播过程中主播的操作以及解说则很可能为游戏画面作出了独创性贡献,且直播游戏画面的行为可能会牵涉到著作权人享有的“其他权利”。^④是否属于合理使用的判定,则仍需要结合个案细节来分析。^⑤在中国内地大环境下,网络主播通常以平台雇员的身份行事,考虑到其所能创造的商业利益十分可观,这种商业性运营的行为,无疑为主播利用版权作品的行为援引版权例外增加了难度。

在中国内地,国家版权局早在2012年3月31日就公布了我国《著作权法》第三次修订的草案,^⑥以向社会各界征求修改建议和意见。目前的《送审稿》是草案的第三个版本。在《送审稿》中,与UGC密切相关的著作权权利限制有许多实质性的变化。首先,现行《著作权法》第22条第1款第(1)项所列个人使用例外的表述是“为个人学习、研究或者欣赏,使用他人已经发表的作品”,《送审稿》第43条第1款第(1)项将其修改为“为个人学习、研究,复制他人已经发表的作品片段”。不仅“使用”被替换为范围更窄的“复制”,而且所使用的作品部分被明确限制为“作品的片段”,而非整个作品。与戏仿等UGC关联更大的是《著作权法》规定的引用例外。《著作权法》第22条第1款第(2)项有关引用例外的表述是“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”,《送审稿》第43条第1款第(2)项在其后添加了“引用部分不得构成引用人作品的主要或者实质部分”的限定,极大地限制了引用例外的适用范围,使得许多类型的UGC难以再被囊括在引用例外之内。《送审稿》第43条增加了第2款“以前款规定的方式使用作品,不得影响作品的正常使用,也不得不合理地损害著作权人的合法权益”,对合理使用的范围进行了限制。此外,《著作权法》第22条规定有12种合理使用,《送审稿》第43条第1款增加了第(13)项“其他情形”,以及增加了一个类“三步检验法”作为第43条第2款,两者合并构成了一个开放性的合理使用判定模式,在理论上可以为所列12种例外情形之外的其他情形提供保护,在一定程度上增加了我国合理使用制度的灵活性。虽然从表面上看,这一增设对保护UGC有利,但由于《送审稿》仍存在着许多不足之处,^⑦其中关于新增设的开放性合理使用模式本身也存在一些问题。因此,虽然根据国家版权局《关于印发〈版权工作“十三五”规划〉的通知》以及国务院办公厅《关于印发国务院2018年立法工作计划的通知》,《著作权法》的修订工作均赫然在列,但至今仍未有启动进一步立法机制的确切消息。

^① 有关此问题的具体讨论,参见王迁:《网络主播在直播中演唱歌曲的法律定性》,载《中国版权》2018年第5期。

^② 黄晓宇:《主播直播网剧,平台被判侵权》,载《北京晨报》2017年8月13日第A03版。

^③ 崔国斌:《认真对待游戏著作权》,载《知识产权》2016年第2期。

^④ 参见“安乐影片有限公司诉北京时越网络技术有限公司”案,(2008)二中民初字第10396号;“上海观视文化传播有限公司诉上海聚力传媒技术有限公司”案,(2008)浦民三(知)初字第483号。

^⑤ 同前注^①,崔国斌文。

^⑥ 国家版权局:《关于〈中华人民共和国著作权法〉(修改草案)公开征求意见的通知》,载新闻出版总署官网:<http://www.gapp.gov.cn/govinteract/1081/84479.html>,最后访问时间:2018年10月23日。

^⑦ 张洪波:《著作权法修订应解决哪些“硬伤”》,载《中国新闻出版广电报》2018年3月1日第005版。

(二)香港地区

由于香港法律的普通法特性,其相关规定与我国《著作权法》的规定不同,但认定版权直接侵权的规则在原理上是相通的。首先,必须确认行为人的行为是《版权条例》第2部第2分部“版权所有人的权利”条文所明确列举的行为之一。其次,必须确认行为人的作品与原作品之间存在因果关系(casual connection),即美国法上的“在先接触”(prior access)。最后,受限的行为必须针对作品本身或其实质性部分作出,即美国法上的“实质性相似”(substantial similarity)。^④ 以下分析将围绕这一基本原理展开。

根据香港地区现行《版权条例》第4条,影视作品的字幕作为剧本的部分,以及漫画中的文字解读均为文学作品(literary works),受版权保护。根据香港《版权条例》,电影(movie)是与影片(film)不同的概念。电影除了可被《版权条例》第7条所指之“影片”涵盖外,也可能被第4条中的“戏剧作品”所包含。这是由于香港承继普通法系传统,并无邻接权概念,而是将影片、录音制品、广播、有线传播节目等都归入版权保护的范畴。其将文学作品、戏剧作品、音乐作品和艺术作品这四大类归为“作者作品”(authorial works),而将影片、录音制品、广播、有线传播节目等归为“企业作品”(entrepreneurial works)。与“作者作品”相比较,法律虽然对“企业作品”没有原创性要求,但对它的保护程度也相对较低。这是因为后者被认为更多的是投资的产物,而非创意的产物,因此保护也就仅及于“信号”(signal)而非“内容”(content)。^⑤ 为了顺应《伯尔尼公约》的要求,区别监控录像等摄录的片段和原创性极高的电影之间的区别,香港也将电影作为“戏剧作品”保护。作为粉丝团体,字幕组自然不会试图掩盖翻译后的字幕文件与原作品间的联系,而翻译后的字幕文件也必须与原作品相联系才能发挥作用,因此“接触”的存在是不难证明的。同理,漫画作品所含文字的扫描翻译也是如此。根据香港法律,文学作品和戏剧作品的翻译行为是受改编权控制的专有行为,字幕组翻译并在网上传播影视作品复制件的行为,可能侵犯原作品权利人的改编权、复制权、向公众发放权(issue of copies to the public)以及向公众提供权。^⑥ 由于字幕组的翻译包括了翻译行为和对原作品的复制的传播行为,现有的研究及私人研习、批评、评论及新闻报导等版权例外情形均不适用。

在香港地区,文字续写、图画续画并在线下线上同时发布的行为,可能会侵犯原作品版权人的复制权、向公众发放权、^⑦以及向公众提供权。根据香港《版权条例》第29条的规定,仅文学作品、戏剧作品和音乐作品的作者享有改编权,且改编权控制的行为仅涵盖翻译、戏剧作品转非戏剧作品、以及文字转为图画等整体性转换。就小说续写而言,虽然小说属于文学作品,但文本添附或者元素借用行为并不能为改编权所覆盖。此种较为限缩的改编权规定十分独特,与我国《著作权法》第10条第1款第(14)项的规定及《伯尔尼公约》第12条的规定相比范围更窄。这类借鉴了部分元素的行为是否侵权,也必须按个案的具体事实来判断。在文字续写和图画续画中,作者的“致敬”态度明显,存在对原作品的“接触”自不待言。而是否构成“实质性相似”的判断则需依个案情况判定,在此不再赘述。至于能否援引版权例外规定获得免责,要看其是否为版权例外所涵盖(如为批评或评论某作品、评论时事或引用等目的),并且是否符合相关的豁免条件来综合断定。例如,是否属于公平处理(fair dealing)版权作品,或者引用的程度不大于为该特定目的而所需要的程度等。也就是说,香港的版权例外模式与美国的开放式合理使用模式相比,是一种半开放的模式。首先,某种具体利

^④ Kenny Wong & Alice Lee, *Intellectual Property Law and Practice in Hong Kong*, Sweet & Maxwell, 2012, pp. 172-183; Lionel Bently & Brad Sherman, *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, 4 ed., 2014, p. 190.

^⑤ Richard Arnold, Content copyrights and signal copyrights: the case for a rational scheme of protection, *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, Vol.1, 2011, p.272.

^⑥ 《版权条例》第26条“以向公众提供复制品(making available of copies to the public)方式侵犯版权”第(2)款:在本部中,凡提述向公众提供作品的复制品,即提述藉有线或无线的方式提供,而如此提供的方法使公众人士可从其各自选择的地点及於其各自选择的时间观看或收听该作品(例如透过一般称为电脑互联网服务的服务而提供作品的复制品)。……第(4)款:在本部中,凡提述发放作品的复制品,包括发放原本的作品及发放电子形式的复制品。从此条来看,我国香港地区《版权条例》规定的向公众提供权,与我国《著作权法》规定的信息网络传播权类似。

^⑦ 香港《版权条例》承认电子形式的复制品之发放亦构成“向公众发放”,而我国《著作权法》所规定的发行权只涉及有形的作品原件或复制件的发行,不包括信息网络传输复制件的行为。参见王迁:《网络版权法》,中国人民大学出版社2008年版,第34—35页。

用作品的行为须落入所列举的特定版权例外才有可能构成合理使用；其次，在一些以“公平处理”为名（如第54A条“为公共行政的目的而公平处理”）或条文中指明了适用公平处理的特定例外中（如第38条“研究及私人研习”），其进一步提供了与美国合理使用的四因素几乎相同的判定模式，以配合该特定的版权例外情形的适用。

由于涉及电影、连续剧等视听作品，香港地区有关视频拼接的版权规则与内地稍有不同。根据英国上诉法院在 *Spelling Goldberg Productions Inc v BPC Publishing Ltd* 一案的判决，构成影片有三个要求：第一，其是一个图像序列；第二，该图像序列记录在某材料之上；第三，其可作为移动的图像展现。^② 由于音视频分享平台上的各类电影解说视频之作者（如香港的懒人 Bell 以及台湾的谷阿莫等）均在不同程度上截取了电影的许多部分并配以解说，也就对原作品进行了复制。根据《版权条例》第23条的规定，即使截取一帧的内容，如其构成了原作品的“实质部分”，都可能被认定为是复制而涉嫌侵权。^③ 这也是上述 *Spelling Goldberg Productions Inc v BPC Publishing Ltd* 一案所确立的判例规则。从此角度看，通过截取长达数分钟的影片内容，并用之来阐述整部电影的精华所在，即使制作人在评价时有投入其个人创作内容，但其也因利用了原作的“实质性部分”而难以逃避侵权的嫌疑。此外，如果制作的视频是类似于 MTV 形式的音乐视频并利用了一整轨受版权保护的音樂作品，也就不仅侵犯了音乐作品的版权，还可能会侵犯录音制品的版权。至于是否属于版权例外的情况，则要根据具体的案件情况分别判断。例如引用的部分如果被认为是“实质性的”，且所添加的评论以介绍性为主，则很难援引现有的版权例外规定来抗辩。

如果图片截图及改图中的图片是取材自电影、连续剧等视听作品，则如前文所述，根据《版权条例》第23条的规定涉及侵权。如果图片取材自《版权条例》第5条保护的“艺术作品”，如画作、照片这类作品，那么这种直接利用原作或主要部分进行修改拼接，并于网络上传播的行为可能会侵犯原作的复制权、向公众发放权以及向公众提供权。至于是否能援引公平处理抗辩，根据现行《版权条例》，如果截图、改图不涉及原作实质部分，且以批评、评论以及时事报导的方式进行利用则可免责。^④

就直播来看，未获授权通过网络串流直播热播电影和剧集、翻唱受版权保护的歌曲或直播打游戏，根据香港现行的《版权条例》很难得出其构成侵权的结论。这是因为网络直播作为一种新兴的利用版权作品的行为，如果不符合特定版权权项的要求，就不构成侵权。直播者如未获许可而在直播中展示受版权保护的作品是否构成侵权，存在着三种错误的观点。第一种认为构成以“广播”的方式侵犯作品版权。这种解读方式对“广播”的定义存在着误解，因为《版权条例》第8条明确规定，广播系指“藉无线电讯传送”，而网络这一新的“有线”传播媒介则明显不在其规制范围内。^⑤ 第二种认为可能构成以“公开表演、放映或播放作品方式”侵犯作品版权。^⑥ 这种对“表演”的理解误解了立法原意，因为此处的“公开”指的是“现场”，也即要求表演（包括机械表演）发生地有观众出席，而网络直播显然无法满足这一要求。^⑦ 第三种认为构成以“向公众提供复制品”的方式侵犯作品版权。这一观点也不成立，是因为直播也不满足交互式传播的要求。这也正是香港试

^② *Spelling Goldberg Productions Inc v BPC Publishing Ltd* [1981] RPC 283.

^③ 《版权条例》第23条（因复制而侵犯版权）第（4）款：就影片、电视广播或有线传播节目而言，复制包括制作的构成该影片、广播或有线传播节目的全部或任何实质部分的任何影像的照片。

^④ 《版权条例》第39条“批评、评论及新闻报导”：（1）为批评或评论某一作品或另一作品或批评或评论某一作品的表演而公平处理该某一作品，只要附有足够的确认声明，即不属侵犯该某一作品的任何版权，而就已发表版本而言，亦不属侵犯其排印编排的版权。（2）为报导时事而公平处理某一作品，只要附有足够的确认声明（除第（3）款另有规定外），不属侵犯该作品的任何版权。（3）藉声音纪录、影片、广播或有线传播节目报导时事，不须附有确认声明。”

^⑤ 我国内地亦存在同样的问题。参见王迁：《我国〈著作权法〉中“广播权”与“信息网络传播权”的重构》，载《重庆工学院学报（社会科学）》2008年第9期。

^⑥ 《版权条例》第27条“以公开表演、放映或播放作品方式侵犯版权”：（1）公开表演有关作品是受文学作品、戏剧作品或音乐作品的版权所限制的作为。（2）在本部中，就作品而言，“表演”（performance）——（a）包括讲课、讲话、演说或讲道；及（b）一般而言，包括藉任何视像或发声方式表达，并包括藉声音纪录、影片、广播或有线传播节目表达。（3）公开播放或放映有关作品，是受声音纪录、影片、广播或有线传播节目的版权所限制的作为。

^⑦ Lionel Bently, Brad Sherman, Dev Gangjee, & Phillip Johnson, *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, 5 ed., 2018, p. 157.

图修改其《版权条例》的原因之一。

我国于2007年6月加入1996年《世界知识产权组织版权公约》(WIPO Copyright Treaty,简称WCT)和《世界知识产权组织表演和录音制品条约》(WIPO Performances and Phonograms Treaty,简称WPPT)。其后我国政府通知世界知识产权组织,从2008年10月1日起,这两部重要的国际版权条约的条款将延伸适用于香港特别行政区。^④为履行条约义务并改善版权保护环境,香港地区着手对《版权条例》进行修订。此次修订的第一个版本是《2011年版权(修订)条例草案》(以下简称《2011年草案》)。到了2012年5月才正式向立法会提交修订《2011年草案》。权利人和互联网服务提供商(ISP)都有各自不同的意见,因此《2011年草案》引起了较大的争议。《2011年草案》中引起的最大争议是所建议增设的第28A条“以向公众传播方式侵犯版权”。现行《版权条例》第28条所规制的侵权传播行为仅限于广播作品和将作品包括在有线传播节目服务等特定形式的传播,第28A条将所规制的侵权传播行为扩张至以任何电子形式进行的传播,《2011年草案》还建议增设第118条第(8B)款,将商业、非商业的向公众传播行为入罪。如果草案获得通过,直播的行为即可为这一新设的侵犯版权的方式所囊括。

就修订草案总体而言,由于香港社会长期处于包容民主的氛围,许多香港市民对利用现有作品(图片、音乐、影片片段等)进行政治戏仿、评论已经屡见不鲜。由于二次元文化的普及,以及爱好者交流的日益深入和作品发布平台的成熟,社会上已经出现了各式“同人志”、“翻唱”、“改图”、“直播”等爱好群体,所涉人员之多超乎想象。当发现《2011年草案》中并没有加强版权例外的条款时,基于《2011年草案》可能影响言论自由的担忧,香港的网民们对修正案表示了强烈的反对。立法会中的泛民代表采取了“拉布”(filibustering)的方式,^⑤成功地阻挠了《2011年草案》,使其无法于2012年5月立法会休会前通过。

香港特区政府于2013年重启咨询,并于2014年6月提出了《2014年版权(修订)条例草案》(以下简称《2014年草案》)。吸取上次失败的教训,《2014年草案》针对网民的诉求作出了较大的改动,除了包括《2011年草案》所提议增设的第28A条“以向公众传播方式侵犯版权”之外,还增加了包括戏仿(parody)、讽刺(satire)、营造滑稽(caricature)和模仿(pastiche)在内的版权保护例外。其中的戏仿、讽刺、营造滑稽及模仿的版权例外是此次修法的重点所在。然而,这一让步却未能平息纷争。因为许多网民以及立法会的泛民代表认为,提议中的“戏仿、讽刺、营造滑稽和模仿”例外与他们所期待的一揽子UGC例外不符,许多非以上形式的“二次创作”内容无法被此次修法中的版权保护例外所涵盖,因而也就无法为二次创作人群体的言论自由提供充分的保护。^⑥版权人群体则认为,一个过于宽泛的一揽子UGC例外,将导致互联网服务商以用户上传的内容可能为UGC例外所覆盖为借口,逃避支付许可费来牟利。^⑦最终,《2014年草案》再次因为泛民议员在立法会上的“拉布”行为而流产。

三、著作权法在处理UGC问题中的作用

从以上分析可以看出,许多形式的UGC不论按中国内地法律还是按香港地区法律都是构成侵权的。但是尽管如此,网络UGC创作仍十分广泛地存在。这似乎可以得出应当进一步加强版权人在网络环境下的权利保护的结论,这也为两地的修法动议提供了依据。计算机技术和网络技术的飞速发展,促使人类社会产生了深刻的变革,也改变了作品创作和传播方式,传统版权保护制度面临新的挑战。不论在中国内地还是在香港地区,修订版权法的理由是相似的。

我国《著作权法》第三次修订之《送审稿》通过第13条中所规定的“表演权”和“播放权”,基本实现了将所有电子形式的向公众传播作品行为纳入著作权人专有权利控制的范围,这与香港《2014年草案》所建议增设

^④ 《中国将“互联网条约”延伸适用于香港》,载世界知识产权组织官网:http://www.wipo.int/pressroom/zh/articles/2008/article_0046.html,最后访问时间:2018年10月23日。

^⑤ 又称“冗长演说”,指议员在议会利用议事规则,拖延某些其所反对之议案的行为。

^⑥ 《二次创作权关注组对〈2014年版权(修订)条例草案〉之意见书》,载香港特别行政区立法会官网:<http://www.legco.gov.hk/yr13-14/chinese/bc/bc106/papers/bc1061025cb4-67-115-c.pdf>,最后访问时间:2018年10月23日。

^⑦ 《立法会参考资料摘要〈2014年版权(修订)条例草案〉》,第19段,载香港特别行政区政府商务及经济发展局工商及旅游科官网:https://www.cedb.gov.hk/citb/doc/sc/LegCo_Brief_2014_c.pdf,最后访问时间:2018年10月23日。

的第28A条“以向公众传播方式侵犯版权”的规定类似。在版权例外部分,《送审稿》将《著作权法》第22条第1款第(1)项“为个人学习、研究或者欣赏,使用他人已经发表的作品”修改为了第43条第1款第(1)项“为个人学习、研究,复制他人已经发表的作品片段”,极大地限缩了个人使用例外,将以纯粹欣赏为由的利用行为排除在外,利用手段仅限制于“复制”,且只能利用“片段”。在《著作权法》第22条第1款第(2)项“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”之后,《送审稿》在第43条第1款第(2)项加入“引用部分不得构成引用人作品的主要或者实质部分”。

此外,《送审稿》还在第43条第1款增加第(13)项“其他情形”作为兜底条款,并增加类“三步检验法”作为第43条第2款。^③结合第43条第1款第(13)项的“其他情形”和第43条第2款的类“三步检验法”,《送审稿》构造出了一个开放式的合理使用判定规则。然而,从系统解释的角度来看,我们无法得出“其他情形”可以包括戏仿、讽刺等UGC创作行为的结论,因为前面所讨论之各种形式的UGC对原作品利用的行为都为现行《著作权法》规定的12种例外情况所评价。例如,从行为的性质上看,戏仿、讽刺、营造滑稽和模仿使用方式,是包含在《著作权法》第22条第1款第2项所谓“介绍”、“评论”范围之内的。

正如香港《2014年草案》在《版权条例》第39条有关“批评、评论及新闻报导”的规定之后增加第39A条有关“戏仿、讽刺、营造滑稽或模仿使用”例外的规定,英国1988年《版权、设计与专利法》(Copyright, Designs and Patents Act 1988)在第30条有关“批评、评论及新闻报导”的规定之后增加第30A条有关“营造滑稽、戏仿或模仿使用(caricature, parody or pastiche)”例外的规定。这表明,香港和英国的立法者都认为戏仿等利用作品的行为与“批评”、“评论”具有相同的本质,因此应在同一条项下进行定性。这是法律本身体系化的要求。但是,从立法语言 and 原意来看,现行香港《版权条例》第39条以及英国1988年《版权、设计与专利法》第30条的例外规定针对的都是传统的文学批评和评论。即使戏仿、讽刺、营造滑稽和模仿等使用方式能被“批评”和“评论”所涵盖,此条例外规定往往不能正确评价UGC等由新的科学技术引发的利用作品的新方式,因而有必要为新的利用方式开列新的版权例外规则。

在我国内地,如果某种类型的UGC能够为现行《著作权法》规定的12种例外所评价,也就不属于第43条第1款第(13)项“其他情形”的调整范围。亦即,我国《送审稿》中的“其他情形”,是所列12种例外之外的“其他情形”。如果某种类型的UGC能被明确列举的12种例外所评价,就没有“其他情形”的适用空间。基于相同的原因,虽然带有戏仿、讽刺、营造滑稽和模仿特质的UGC创作行为能够为“介绍”、“评论”例外所覆盖,但由于受到传统上对“介绍”、“评论”的理解之约束,往往导致无法公正评价UGC创作行为。而我国《送审稿》提议增设“其他情形”为第(13)项,由于上述原因,也无助于解决此问题。

因此,与香港的《2014年草案》相比,我国《送审稿》有关著作权例外的规定适用范围更小。在香港和英国均不断延展其例外列表以适应科技发展带来的新问题时,我国《送审稿》却对个人使用的自由进行了进一步限制。虽然《2014年草案》有关版权例外的规定适用范围更广,但这种涉及个体使用作品自由的修法动议在香港引出的风波不断,而包含更为限缩的著作权例外的《送审稿》在内地却未见引起相关的讨论。之所以如此,主要是跟两地立法模式之不同以及群众参与发声的传统不同有关。触动香港“拉布”导致修法的失败,与其说是法案本身的缺陷所致,不若说是政治僵局所引发。这就说明,两地有关版权例外规定存在的差异,与民众是否不满没有相关关系,也并不是引起民众不满的真正理由。如果政府无法消解民众对复杂的版权规则可能不利于UGC创作之担忧,那么仅仅修改法律和完善版权例外规则就难以平复民众的不满。

因此,立法者除了应该进一步回应法案所存在的不足之外,还应该看到法律作为解决方案的局限性,寻找超越法律的解决方案,以彻底回应民众的诉求。我们发现不论是在中国内地还是在香港地区,版权人大多仅针对商业盗版以及平台等间接侵权人而非针对个体提起诉讼。版权人很少针对个体提起侵权诉讼,我们认为有以下原因:

首先,由于科技的发展以及教育的普及,现在潜在的创作者数量十分可观,但就个体侵权的个案而言,不

^③ 考察我国著作权相关法律法规的立法进程,可以发现在1991年《著作权法实施条例》第27条中即有相类似的“所引用部分不能构成引用人作品的主要部分或者实质部分”的规定,在1991年《著作权法实施条例》第29条、2001年《著作权法实施条例》第21条的规定中也早有类“三步检验法”的相关规定。

仅其可能造成的损害很小,对其提起法律诉讼也是不符合成本效益的行为。^③在网络时代“生产者即消费者”(prosumer)的社会环境下,版权人所针对的个体,极有可能就是自家产品所面对的潜在消费者群体。从创作者的角度而言,其所创作的这类衍生作品大多是随性之作,对其而言往往并没有多大价值,这也就使得他们面对请求授权所带来的高昂交易成本时,往往会基于侥幸心理而选择侵权。^④

其次,许多在先研究所主张之“一份盗版复制即意味着一份收入损失”之观点似乎没有充分的证据支持。虽然有学者指出,视听作品的盗版的确会对整体电影票房造成负面的影响,^⑤但是现有的研究并不能完全证明,上述提及的UGC必然会对版权人造成巨大的经济损害。有经济学家的研究表明,比UGC更为严重的商业性盗版与唱片的销量之间并没有太大的关系,反而有证据证明,正版在近些年的销量正在回升。^⑥就此而言,目前这方面的研究结论仍存在争议,有待进一步的科学论证。

最后,内容提供方也意识到了这一存在大量潜在侵权可能却难以处理的问题,并已经采取了一定的策略。整体而言,内容方迫于大环境压力,往往对个人侵权者持容忍态度。面对持善意的爱好者或支持者侵权时,内容方采取的态度是回避或无视。例如,在宝树续写刘慈欣的《三体》并出版发表的事件中,刘慈欣曾对宝树未经许可就在网上发表《三体》的续作表示不满,但其最终还是默许了其后的商业出版行为;旭日阳刚组合因一段翻唱自汪峰所创作的《春天里》一曲而获得了极高的关注,而汪峰在初期并没有制止二人,反而还携二人上了春节联欢晚会。香港知识产权署也曾在有关《2014年草案》的解释中指出,部分电子游戏开发商也对使用者在网上直播打游戏表示容许和欢迎,以吸引更多用户。^⑦即使是面对可能对原作品造成负面影响的戏仿等衍生创作,著作权人起诉维权的时候也屈指可数。就《馒头》案而言,陈凯歌曾威胁要对短视频作者胡戈提起诉讼,最后也不了了之。

从以上分析可知,就总体解决UGC问题而言,两地的版权法所能起到的作用是有限的。除了选择起诉直播产业中出现的商业性未授权利用版权作品的行为仍“有利可图”之外,并没有多少权利人直接起诉UGC创作者侵权。就提供指引方面,由于著作权规则的日渐复杂和合理使用认定的模糊性,导致权利人和UGC创作群体各执一词,发展出极具自我意识的“合理使用”解释。而由于直接提起诉讼的不经济,又造成了著作权人滥发律师信、滥用“通知—移除”程序的全球性现象,从而发展出一个“灰色地带”(grey area)。^⑧这实际上反映了不再是版权法“该如何管”UGC问题,而是“管不管得了”这一“UGC困境”。如果从更宽的视野来看UGC问题,就会发现UGC问题是数字科技所引发的有重大意义的社会问题,而仅靠版权法不可能完全解决这一问题。

在互联网时代,利用版权法解决“UGC困境”,应当以版权法基本理论为基础,以保障公民的言论自由为前提,为定纷止争提供合理的依据。在互联网时代,版权保护例外的加强与版权保护的加强同样重要。据此,虽然不论是戏仿版权例外还是一揽子“用户创造内容”例外都还存在某些值得商榷的技术问题,但是,无论香港《版权条例》未来采纳了何种模式,都是一种进步。希冀借力版权法一劳永逸地从根本上解决UGC所引发的争论,是不现实的,也是不合理的。正如论者所言,“言论自由固然重要,然而版权条例修订并非一

^③ Tim Wu, Tolerated Use, The Columbia Journal of Law & the Arts, Vol.31, 2008, p. 630; Pamela Samuelson, The Copyright Principles Project: Directions for Reform, The Berkeley Technology Law Journal, Vol.25, 2010, p.1230.

^④ Edward Lee, Warming up to User-Generated Content, The University of Illinois Law Review, Vol. 2008, 2008, p. 1486.

^⑤ Arthur S. De Vany & W. David Walls, Estimating the Effects of Movie Piracy on Box-Office Revenue, Review of Industrial Organization, Vol. 30, 2007, p.29.

^⑥ Felix Oberholzer-Gee & Koleman Strumpf, File Sharing and Copyright, in Josh Lerner & Scott Stern eds., Innovation Policy and the Economy, University of Chicago Press, 2010, pp.19-55.

^⑦ 《〈2014年版权(修订)条例草案〉—事实与真相》,载香港知识产权署官网:http://www.ipd.gov.hk/chi/intellectual_property/copyright/Q_A_FAT_2014.htm,最后访问时间:2018年10月23日。

^⑧ Tim Wu, Tolerated Use, The Columbia Journal of Law & the Arts, Vol.31, 2008, p.617.

个合适的论坛”。^⑤ 有关版权权利限制部分,香港《2014年草案》比内地《送审稿》更为合理。内地《送审稿》之权利限制部分,仍存在诸多可改进的空间。我国《著作权法》应当在第22条第1款第2项“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”中增设戏仿、讽刺、营造滑稽及模仿使用之版权保护例外,为这一公民在数字时代所惯用的表达方式提供法律保护。

四、版权产业链在处理UGC问题中的作用

虽然《2014年草案》能解决如戏仿、讽刺、营造滑稽及模仿等带有明确转换性特征的UGC问题,但对其他类型的UGC,如明显侵权却由于经济考量等原因而无法处理的UGC作品才是最难解决的。法律并非万能。法律规范控制的限制性性质(restrictive character)还会扼杀颇具助益的拓展和尝试。^⑥ 在版权法中,合理使用的判断是一个高度个案化的问题,在未经法院审理判决之前,任何人都无法轻易对各类与版权作品相关的新利用方式下定论。诚然,通过诉讼过程中的教义学式的法条解读及梳理,也许可以为各种UGC找到法律定位,判定何者落入合理使用,何者落入改编权范畴而需要获得许可。^⑦ 但此种解决方案仍主要依靠法院的个案判决,并不能完全制止各类未经授权且存在侵权可能的UGC不断生成,也无助于缓解著作权人与UGC创作者之间的冲突。

对版权人而言,狭隘地理解保护产权而不去考虑版权制度促进知识传播和公众学习之目的,就意味着要最大限度地减少潜在侵权者,而过高的交易成本使得针对个体采取法律手段变得不可欲。因交易成本的考量,版权人对个别UGC创作者的法律警告,对UGC创作者整体无法起到威慑效果,不仅无法彻底消除UGC的侵权隐患,而且会影响UGC创作者及其受众群体对原作品作为一种文化产品的认同感,甚至引发逆反心理。认识到这点,不论对内地修法还是对香港修法都十分重要。

我们认为,要解决戏仿、讽刺、营造滑稽及模仿使用之外的UGC问题,除了依靠修订法律这一途径之外,还可以通过市场以及许可的方式获得恰当的解决。哥伦比亚大学法学院教授Tim Wu指出,目前对版权产品的使用存在着一个灰色地带,他称之为“容忍使用”(tolerated use)——即目前存在着大量价值极低、由于交易成本过高而难以促成许可出现的侵权使用,而版权人由于成本收益的考量只能容忍其存在和发展,而无有效手段进行规制。^⑧

就商业化的个人利用行为,如签约主播通过网络平台进行直播的方式进行的演唱、播放版权视听作品、展示打游戏过程等行为,可以通过直接追究直播平台的责任之方式解决。^⑨ 在北京爱奇艺科技有限公司诉珠海多玩信息技术有限公司侵害著作权及不正当竞争纠纷一案中,虽然法院认定平台主播直播受版权保护的作品的行为构成直接侵权,但仍判定多玩公司作为网络直播服务经营者,没有及时制止侵权行为,存在过错,构成帮助侵权。^⑩ 就非商业化的个人利用行为而言,则可以通过平台或者游戏本身的用户许可协议来约束用户的行为。^⑪ 香港知识产权署在有关《2014年草案》的解释中指出,“市场的发展模式,已可合理保障使用者翻唱”,^⑫并举YouTube所采用的“在先许可模式”为例来说明传播翻唱视频可用市场的方式获得解

^⑤ 关文伟:《“用户衍生内容”例外与香港版权条例修订》,载李亚虹主编:《版权、网络和权利平衡》,香港大学出版社2016年版,第75页。

^⑥ [美]E·博登海默:《法理学——法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第422页。

^⑦ 同前注②,熊琦文。

^⑧ 同前注④, Tim Wu文,第617—620页。

^⑨ 黄晓宇:《主播直播网剧,平台被判侵权》,载《北京晨报》2017年8月13日第A03版。

^⑩ “珠海多玩信息技术有限公司与北京爱奇艺科技有限公司侵害信息网络传播权民事纠纷”案,(2016)京0108民初6679号。

^⑪ 同前注⑩,崔国斌文。

^⑫ 《〈2014年版权(修订)条例草案〉——事实与真相》,载香港知识产权署官网:http://www.ipd.gov.hk/chi/intellectual_property/copyright/Q_A_FAT_2014.htm,最后访问时间:2018年10月23日。

决。^③ 香港知识产权署也以同人志等 UGC 形式为例指出,“在现行版权制度下,本地漫画界一直以包容的态度看待同人作品。……有些版权拥有人亦同意他们分享、推广甚至是小规模地售卖自己的同人作品。一些版权拥有人同时会在这些活动中物色具有天份的新人。业界和同人爱好者显然已找到一定的平衡”。^④ 这也从一个方面说明了 Tim Wu 教授所称之“容忍使用”的普及。

但是,目前版权人所表现出的“容忍”多是消极的而非积极的,也缺乏具体的应对策略。其“容忍”与其说是一种策略,不如说是一种不得不为成本考虑,“容忍”明显优于“起诉”。虽然从成本效益的角度来看,一定程度的“容忍”对作品在市场上的初期推广有一定帮助,但目前版权产业所采取的被动容忍策略,远难以应对新科技与新商业模式所带来的层出不穷的挑战。如果不采取积极的应对措施,目前“容忍”所带来的益处不但不能持续,反而有损害版权人的可能。例如,蹩脚的低水平翻译和明显带有负面影响的拼贴作品,将对版权人作品之声誉造成损害,可能会使潜在的消费者对作品的价值产生误判。一方面,“容忍”的做法并未从根本上解决大规模网上侵权的问题,只不过是一种回避的方法。容忍大量违法行为的存在而不去处理,与法治国的理想设定相悖。正如戈斯汀(Goldstein)所言,“通过一部无法执行的法律就是一项有害的政策,因为如此法律将损及人们对于可执行法律的忠诚度”。^⑤ 消极应对的“容忍”将使版权人一直处于“追赶变化”的状态,不利于预测变化并制定长远的应对策略,不利于固定化并商业化 UGC 所可能带来的利益。如果版权人不采取介入措施,不仅忠诚的用户是否会出现将变得难以预测,也难以及时应对那些未经指引创作出的良莠不齐的 UGC 所带来的负面效果。

2014年,土豆网作为《美国之声》的正式授权平台,擅自将人人影视字幕组所翻译的字幕用于其所获授权之正版视频之上,由此引发了一个获正式授权方是否有权随意使用未获授权之字幕翻译的问题。按照现有的著作权理论,无法得出“未获授权之衍生作品不受著作权法保护”的结论,而只能认为土豆网和人人影视字幕组双方都存在侵权可能。正如两方之间所爆发的矛盾所展示的那样,仅靠消极的容忍手段,而不积极建立联系并取得互信,原作品的版权人和 UGC 创作者都无法合法地互相利用对方所创作出来的作品。^⑥ 版权人应在采取“滥发律师信”以及“滥用通知—移除机制”等诉前对抗性手段之前,与对方积极沟通,为其提供更多的选择。但建立联系并取得互信并不容易,需要借助精确设计的合同、许可或者类似的规范条款和政策来规范 UGC 创作活动。^⑦ 否则,用户创作的随机性和任意性可能会导致许多不可控的、版权人所不欲的不利影响。

在日本,虽然漫画产业市场中存在着有明显侵权嫌疑的同人志作品,著作权人并没有直接诉诸法律手段,而是积极介入并引导,并在著作权人和同人志作者间建立联系并加以控制,以降低事件升级并进入法院的可能。^⑧ 但日本的策略与其市场大小有关,并不具有普适性。因此,版权人应当因应行业发展之需求,开发出灵活的授权许可条款来规范对其作品的各类利用行为。此外,版权人还应该灵活利用“声明”等非法律手段来实现版权政策的阶段性调整。^⑨ 例如,著作权人可以通过在官网发布“声明”的自我约束方式,承诺“不追究在限定时间、限定区域内的特定利用行为”之侵权责任,灵活地调整自身的版权策略,以适应不同的

^③ 何天翔:《音视频分享网站的版权在先许可研究——以美国 You Tube 的新版权商业模式为例》,载《知识产权》2012年第10期。

^④ 《〈2014年版权(修订)条例草案〉—事实与真相》,载香港知识产权署官网:http://www.ipd.gov.hk/chi/intellectual_property/copyright/Q_A_FAT_2014.htm,最后访问时间:2018年10月23日。

^⑤ [美]保罗·戈斯汀:《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108页。

^⑥ 李含、仇飞:《未获授权作品也有著作权》,载《法治周末》2014年10月24日。

^⑦ 具体设计可参考音视频分享网站与版权方所签订的在先许可实践。同前注^③,何天翔文。

^⑧ Tianxiang He, Fansubs and Market Access of Foreign Audiovisual Products in China: The Copyright Predicament and the Use of No Action Policy, *Oregon Review of International Law*, Vol. 16, 2014, pp. 335-346.

^⑨ 例如,特斯拉公司于2014年6月17日在其官方博客上发布的“开放所有特斯拉专利”一文所采用的策略。值得注意的是,此处的“开放”指“不对任何怀有善意使用我们技术的企业发起专利诉讼”,而非“放弃”。参见 Elon Musk, All Our Patent Are Belong To You, 载 Tesla 官网:https://www.tesla.com/zh_HK/blog/all-our-patent-are-belong-you,最后访问时间:2018年10月23日。

市场战略需求。在版权贸易全球化背景下,对应不同的市场采取不同的版权策略,应当是行业共识。对包括版权作品在内的任何产品而言,忠诚而稳定的消费者群体不可或缺。由于数字时代“生产者即消费者”的出现,传统的消费者与创作者之间的界限被打破,对UGC创作者推行强硬的知识产权策略,无疑站在了消费者的对立面,对初期推广极为不利。正如施蒂格利茨(Stiglitz)所言:“被忽视比财产被盗窃更糟糕”。^⑩因此,在版权产品刚进入市场(特别是外国市场)之时,可以采取较为宽松的版权策略,通过“声明”向关注者表达不追究的承诺,允许用户在特定期限、空间内进行特定的利用行为,或完全不追究包括商业盗版在内的所有利用行为。然后,在占据市场之后,可以再通过“声明”来灵活调整版权策略。

结语

“用户创造内容”所产生的问题并非仅靠修订法律所能解决,一个综合的、有赖于不同主体于不同阶段采取不同措施来应对的解决方案,才有可能全面地解决此问题。版权人应提前介入版权产品的市场化阶段,并与UGC创作者达成良好的沟通与合作,为其提供更多的选择,从而真正实现版权人与UGC创作者之间的共享共赢。这不仅有助于厘清UGC创作者群体对修法将会导致的版权滥用的担忧,也有助于减轻法院负担,使大部分可能的纠纷在诉前即通过合作的模式获得解决。

此设想也与“开放式创新”^⑪的企业管理理念相吻合。UGC不仅带来了侵权的隐患,也为版权人带来了创新的机遇、人才储备和新的市场前景。从产业升级和可持续发展的角度来考虑,仅仅依赖法律来解决UGC问题是不够的。正如劳伦斯·莱斯格(Lawrence Lessig)所提议,合并考量法律、用户社区活动政策的构建、市场以及商业模式的变化和升级对解决问题带来的影响,^⑫这股合力才有可能提供一个最终解决方案。目前将UGC创作者视为法律破坏者的态度,最终将会被合作的模式所取代。每一个层次的解决方案,都将在特定的阶段部分解决这一问题。而随之而来的版权法律理念的变革,或许能为世界其他法域解决“用户创造内容”问题提供有益的参考。

Abstract: "User-generated content" (UGC) is a type of human creativity action triggered by the Internet and the accompanying online communities of interest. According to the laws in Mainland China and Hong Kong, most UGC are possibly copyright infringements. However, the phenomenon of UGC is also firmly connected to copyright exceptions and the concept of "transformative use" that developed from judicial practices. In order to cope with the challenges brought by the digital and internet technologies to the traditional copyright regime, Mainland China has launched the third revision process to the Copyright Law of China, and published the third draft on June 2014, which adjusted the copyright exceptions part greatly. Hong Kong has proposed its Copyright (Amendment) Bill in 2014. By added a section about "infringement by communicating to public", it has expanded the coverage of copyright protection from specific forms of communication to the public to all electronic forms of communication. It also added an extra exception about "parody, satire, caricature and pastiche". Compared with the copyright exceptions part of the said draft of the Copyright Law of China, Hong Kong's proposal is more reasonable therefore worth considering. For other types of UGC other than parody, it is suggested that the copyright owners should step in early and establish a good communication and cooperation with their UGC creators. Only by updating their commercial models and utilizing legal instruments such as licenses and self-binding announcements, copyright owners can achieve a win-win situation with UGC creators.

Key Words: User-generated Content; Fair Use; Amendment of Copyright Law; Amendment of Copyright Ordinance

(责任编辑:李安安)

^⑩ Joseph E Stiglitz, *Economic Foundations of Intellectual Property Rights*, Duke Law Journal, 2008, Vol 57. p.1696.

^⑪ “开放式创新”是指“利用具有特定目的的知识流入和流出来加速内部创新,并相应地扩展创新的外部利用市场。”See Henry Chesbrough, *Open Innovation: A New Paradigm for Understanding Industrial Innovation*, in *Open Innovation: Researching A New Paradigm*, Oxford University Press, 2006, p. 1.

^⑫ [美]劳伦斯·莱斯格:《代码2.0:网络空间中的法律》,李旭、沈伟伟译,清华大学出版社2009年版,第139—140页。