



“十三五”国家重点出版物出版规划项目

知识产权经典译丛（第4辑）

国家知识产权局专利复审委员会◎组织编译

伯克利科技与法律评论：
**美国知识产权经典案例
年度评论（2014）**

万 勇◎主编



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位



国家出版基金项目
National Publishing Fund Project

“十三五”国家重点出版物出版规划项目

知识产权经典译丛（第4辑）

国家知识产权局专利复审委员会 组织编译

伯克利科技与法律评论：
**美国知识产权经典案例
年度评论（2014）**

万 勇◎主编



知识产权出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

伯克利科技与法律评论: 美国知识产权经典案例年度评论. 2014/万勇主编. —北京: 知识产权出版社, 2017. 10

ISBN 978-7-5130-5223-8

I. ①伯… II. ①万… III. ①知识产权法—案例—美国 IV. ①D971.234

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 259696 号

责任编辑: 齐梓伊 雷春丽
装帧设计: 张 冀

责任校对: 王 岩
责任出版: 刘译文

知识产权经典译丛

国家知识产权局专利复审委员会组织编译

伯克利科技与法律评论: 美国知识产权经典案例年度评论 (2014)

万 勇 主编

出版发行: 知识产权出版社有限责任公司

社 址: 北京市海淀区气象路 50 号院

责编电话: 010-82000860 转 8176

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

印 刷: 三河市国英印务有限公司

开 本: 720mm×1000mm 1/16

版 次: 2017 年 10 月第 1 版

字 数: 361 千字

ISBN 978-7-5130-5223-8

网 址: <http://www.ipph.cn>

邮 编: 100081

责编邮箱: qizi2004@qq.com

发行传真: 010-82000893/82005070/82000270

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

印 张: 19.5

印 次: 2017 年 10 月第 1 次印刷

定 价: 88.00 元

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

序

当今世界，经济全球化不断深入，知识经济方兴未艾，创新已然成为引领经济发展和推动社会进步的重要力量，发挥着越来越关键的作用。知识产权作为激励创新的基本保障，发展的重要资源和竞争力的核心要素，受到各方越来越多的重视。

现代知识产权制度发端于西方，迄今已有几百年的历史。在这几百年的发展历程中，西方不仅构筑了坚实的理论基础，也积累了丰富的实践经验。与国外相比，知识产权制度在我国则起步较晚，直到改革开放以后才得以正式建立。尽管过去三十多年，我国知识产权事业取得了举世公认的巨大成就，已成为一个名副其实的知识产权大国。但必须清醒地看到，无论是在知识产权理论构建上，还是在实践探索上，我们与发达国家相比都存在不小的差距，需要我们为之继续付出不懈的努力和探索。

长期以来，党中央、国务院高度重视知识产权工作，特别是党的十八大以来，更是将知识产权工作提到了前所未有的高度，做出了一系列重大部署，确立了全新的发展目标。强调要让知识产权制度成为激励创新的基本保障，要深入实施知识产权战略，加强知识产权运用和保护，加快建设知识产权强国。结合近年来的实践和探索，我们也凝练提出了“中国特色、世界水平”的知识产权强国建设目标定位，明确了“点线面结合、局省市联动、国内外统筹”的知识产权强国建设总体思路，奋力开启了知识产权强国建设的新征程。当然，我们也深刻地认识到，建设知识产权强国对我们而言不是一件简单的事情，它既是一个理论创新，也是一个实践创新，需要秉持开放态度，积极借鉴国外成功经验和做法，实现自身更好更快的发展。

自2011年起，国家知识产权局专利复审委员会携手知识产权出版社，每年有计划地从国外遴选一批知识产权经典著作，组织翻译出版了《知识产权经典译丛》。这些译著中既有涉及知识产权工作者所关注和研究的法律和理论问题，也有各个国家知识产权方面的实践经验总结，包括知识产权案件的经典判例等，具有很高的参考价值。这项工作的开展，为我们学习借鉴

各国知识产权的经验做法，了解知识产权的发展历程，提供了有力支撑，受到了业界的广泛好评。如今，我们进入了建设知识产权强国新的发展阶段，这一工作的现实意义更加凸显。衷心希望专利复审委员会和知识产权出版社强强合作，各展所长，继续把这项工作做下去，并争取做得越来越好，使知识产权经典著作的翻译更加全面、更加深入、更加系统，也更有针对性、时效性和可借鉴性，促进我国的知识产权理论研究与实践探索，为知识产权强国建设做出新的更大的贡献。

当然，在翻译介绍国外知识产权经典著作的同时，也希望能够将我们国家在知识产权领域的理论研究成果和实践探索经验及时翻译推介出去，促进双向交流，努力为世界知识产权制度的发展与进步做出我们的贡献，让世界知识产权领域有越来越多的中国声音，这也是我们建设知识产权强国一个题中应有之义。



2015 年 11 月

《知识产权经典译丛》 编审委员会

主 任 申长雨

副主任 张茂于

编 审 葛 树 诸敏刚

编 委 (以姓氏笔画为序)

马 昊 王润贵 石 竞 卢海鹰

朱仁秀 任晓兰 刘 铭 汤腊冬

李 琳 李 越 杨克非 高胜华

温丽萍 樊晓东

目 录

挪用: Cariou 诉 Prince 案与合理使用中情境转化性的考量.....	(1)
乔纳森·弗朗西斯 (Jonathan Francis) 著	
姜旻 张洁 译 万勇 校	
首次销售的一摊浑水: 伴随 KIRTSAENG 诉 JOHN WILEY & SONS 公司	
一案的价格歧视和下游控制	(30)
S. 祖宾·高塔姆 (S. Zubin Gautam) 著	
曹湘芹 张永征 译 万勇 校	
新十年的新规则	
——版权局反规避规则制定之完善	(68)
马克·格雷 (Mark Gray) 著	
耿瑞宁 杨文杰 译 万勇 谭洋 校	
美联社诉融文案: 合理使用、变化中的新闻行业以及司法自由裁量权	
与习惯的影响	(106)
罗瑟琳·简·申瓦尔德 (Rosalind Jane Schonwald) 著	
何妍 朱晔 译 万勇 李蕾 校	
知识产权所有人可否想做就做? 对耐克公司不起诉契约效力的分析 ...	(137)
米萨·K. 爱瑞兹 (Misa K. Eiritz) 著	
刘蓁蓁 蔡梦琦 译 李蕾 校	
无事生非: ICANN 的新通用顶级域名	(160)
丹妮拉·米歇尔·斯宾塞 (Daniela Michele Spencer) 著	
潘广宇 韩晓燕 戴恣 译 万勇 温琪丹 校	
美国分子病理学协会诉 Myriad 基因公司案	
——对自然产物理论的修正	(188)
塔普·英格拉姆 (Tup Ingram) 著	
郭耀森 杨德森 王兴强 译 万勇 谭洋 校	

违反 RAND 与达至合理：微软诉摩托罗拉与标准必要专利诉讼	(215)
卡桑德拉·马尔多纳多 (Kassandra Maldonado) 著	
周晨黠 曾哲 李先腾 译 万勇 校	
鲍曼诉孟山都公司案：鲍曼、生产者与最终用户	(254)
塔贝莎·玛丽·佩威 (Tabetha Marie Peavey) 著	
金洁 张娜 刘玉涛 译 万勇 校	
许可费损害赔偿：合理许可费损害赔偿综述	(278)
杨泽林 (Zelin Yang) 著	
车心怡 李天虹 张涵 孙玉贝 译 万勇 校	

挪用：Cariou 诉 Prince 案与合理使用中情境转化性的考量

乔纳森·弗朗西斯 (Jonathan Francis)* 著

姜旻 张洁 译

万勇 校

奥利弗·温德尔·霍姆斯 (Oliver Wendell Holmes) 曾写道：“让仅受过法律训练的人对艺术作品的价值进行最终判定，是一件危险的事情。”^① 虽然，法院经常引用霍姆斯法官所言，宣称其对艺术判定并没有兴趣，^② 但实际上鲜有法院遵循他的意见，^③ 甚至更少有法院认识到霍姆斯法官在本文第一句所在判决书页面的下面几行提供了另外的指引。霍姆斯在提醒法官不要对艺术进行判定以免失去天才的新语言之后，就这些尚未被创作出的作品写道：“如果这些作品使得任何公众感兴趣，即具有商业价值——可以大胆地说，

* 作者为美国加州大学伯克利分校法学院法律博士。

① *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*, 188 U. S. 239, 251–252 (1903).

② 参见如 *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U. S. 569 (1994); *Cariou v. Prince*, 714 F.3d 694, 711 (2d Cir.), *cert. denied*, 134 S. Ct 618 (2013); *Blanch v. Koons*, 467 F.3d 244 (2d Cir. 2006); *Mattel, Inc. v. Walking Mountain Prods.*, 353 F.3d 792 (9th Cir. 2003); *Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Co.*, 268 F.3d 1257 (11th Cir. 2001); *Dr. Seuss Enters., L.P. v. Penguin Book USA, Inc.*, 109 F.3d 1394 (9th Cir. 1996); *Rogers v. Koons*, 960 F.2d 301 (2d Cir. 1992)。

③ 虽然法院通常宣称司法节制观念禁止其在个案中涉及对艺术的批判，但现行合理使用法律体系使其不可能不涉及。在判断被诉侵权艺术作品的转化性程度时，法院经常在判决中涉及艺术批判。这也可以理解——法院以转化性标准检查某种使用是否表现得像“理性观察者”看到的那样，并且在判断该使用是否显示出不同的艺术表现时法院也不得不涉及艺术批判。参见如 *Cariou*, 714 F.3d, 711 (“Lozenges 绘画时覆盖了主体的眼睛和嘴巴……这些主体看上去十分普通，不如在原作品中表现的具有强烈个人色彩”)；*Leibovitz v. Paramount Pictures Corp.*, 137 F.3d 109, 114 (2d Cir. 1998) (“因为 Nielsen 嘲笑的脸庞与 Moore 严肃的表情形成强烈的对比，因此可以将该广告视为是对原作品的严肃甚至做作进行的评论”)；*Mattel*, 353 F.3d, 802 (“Forsythe 传达了 Barbie 的性别特征……”)。

它们并不具有艺术和教育价值——任何公众的品味都不应受到轻视。”^① 法院坚持霍姆斯法官睿智言论所面临的问题在于辨别公众品味的真实可靠程度。合理使用原则是一项普通法原则，后来经由 1976 年版权法进行了成文化；^② 该原则的现行解释方法，试图通过探究新作品具有何种程度的“转化性”来解决这一困惑。^③ 这一问题被归入成文法的第一个要素的考察——“使用的目的和性质”。^④ 问题在于，当艺术家援引合理使用抗辩时，并不存在单一的“转化性”的定义。^⑤ 此外，所使用的特定解释往往最为重要，因为许多特定解释的适用对总体裁决而言看似具有结论性的作用，即简单认为“某一使用‘不具有转化性’就‘不构成合理使用’，具有‘转化性’就构成‘合理使用’”。^⑥ 这并非单纯的猜想，最近的实证研究表明，Campbell 诉 Acuff - Rose 案所采用的转化性使用范式，在当下法院对合理使用的分析中具有压倒性的地位。^⑦

第二巡回上诉法院近期就 Cariou 诉 Prince 案的判决，继续延续了转换性使用在合理使用分析中所具有的重要地位，并且进一步扩大了这一概念在整个合理使用分析中的重要性。在进行分析时，法院将 Campbell 案的焦点集中在受

① *Bleistein*, 188 U. S. , 第 251 ~ 252 页。

② 参见《美国法典》(2012 年) 第 17 编, 第 107 条。

③ *Campbell*, 510 U. S. , 第 579 页 (“版权促进科学和艺术的目的往往通过转化性作品的创作而推动”)。

④ 参见《美国法典》(2012 年) 第 17 编, 第 107 条第 (1) 项。

⑤ Pierre Laval 法官在 *Toward a Fair Use Standard* 一文首次在合理使用的语境下使用“转化性”这一术语, 参见 103 Harv. L. Rev. 1105 (1990)。

⑥ 4 Melville B. Nimmer & David Nimmer, *Nimmer on Copyright* § 13.05 [A] [1] [b] (2013)。

⑦ Neil Netanel, *Making Sense of Fair Use*, 15 Lewis & Clark L. Rev. 715 734 (2011); 另参见 Barton Beebe, *An Empirical Study of U. S. Copyright Fair Use Opinions, 1978 - 2005*, 156 U. Penn. L. Rev. 549 (2008)。Campbell, 510 U. S. , at 579 (援引 *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U. S. 417, 455 n. 40 (1984))。Barton Beebe 对合理使用判决意见进行研究后, 所得出的结论也与此相似。他发现: “在 Campbell 案之后, 68 个案件中有 25 个 (36.8%) 在认定合理使用时未提及转化性; 4 个案件中明确说明被告的使用不具有转化性。”参见 Barton Beebe, *An Empirical Study of U. S. Copyright Fair Use Opinions, 1978 - 2005*, 156 U. Penn. L. Rev. 605 (2008)。但是需要注意的是, Beebe 的数据包含了一些转化性使用范围之外的合理使用案件, 在这些案件中, 转换性并不重要。如果将 Beebe 的数据限制为那些法院认定被告的使用是戏仿/讽刺或为了批评/评论的案件, 这一结果将发生改变。在总计 30 个案件中, 仅有 6 个案件没有提及转化性 (20%)。(这 6 个案件均来自地区法院, 且其中有 3 个案件是在 Campbell 案后的 18 个月内宣判。)至于 24 个讨论了转化性的案件, 有一个案件并未清楚阐述使用是否具有转化性, 其余 23 个案件情形分别如下: 17 个案件认定被告的使用具有转化性的案件中, 15 个案件支持了合理使用的抗辩; 而 6 个认为被告使用不具有转化性的案件中均未认定合理使用。(Beebe 的数据也因其案件分类方法而受到质疑。譬如, 他拒绝将 *Blanch v. Koons* 案归入, 这带来了一些争议和批评)。参见上注, 第 623 ~ 624 页 (解释了 Beebe 对判决的搜集和编码过程)。数据集和编码形式见于 www.bartonbeebe.com。

众理解上,将之作为作品具有转化性的“指示器”,而且法院还声称分析的重点在于作品本身,而非作者的意图。^①虽然第一眼看上去,上述观点似乎承认作者身份的后现代概念,但是隐藏着以下要求:通过物理形式上的变化显示出新的和不同的表达。这种对物理变化的依赖,导致创作者无法确定需要达到何种程度的改变,才能让法院认为其新作品显著改变了原先的表达,展现了新的不同的意义。在详细阐述物理改编是转化性的起源时,法院缺乏对(后)现代艺术概念基础的理解。

将受众理解作为判断转化性的指标,这在面对被大致归类为挪用艺术的作品时会遇到严重问题。在20世纪初,一些艺术家开始探索使用现有对象作为创作素材以及表达社会批判的一种方式的可能性。^②在这段初始时期,马塞尔·杜尚(Marcel Duchamp)在小便器上署上“R. Mutt”,创作了喷泉。杜尚将之送往画廊作为艺术品,这引发了人们提出这一基本问题:什么是艺术?^③现代艺术家安迪·沃霍尔(Andy Warhol)、罗伯特·劳森伯格(Robert Rauschenberg)、雪莉·勒文(Sherri Levine)等人继续挑战社会对此问题的理解,通过挪用由他人创作的素材和对象,对现有作品的内在价值进行评论。

就当代挪用艺术家而言,鲜有比理查德·普林斯(Richard Prince)更为声名狼藉或因此闻名的人。^④在其职业生涯之中,普林斯打破了所有权的边界,通过使用二次摄影和挪用来重新呈现作品,从而改变共有物的含义。^⑤他的挪用和重新呈现往往通过挖掘对原先作品的想像来起作用。^⑥普林斯的作品

① Cariou v. Prince, 714 F.3d 694; 711 (2d Cir.), cert. denied, 134 S. Ct 618 (2013).

② E. Kenly Ames, *Beyond Rogers v. Koons: A Fair Use Standard for Appropriation*, 93 Colum. L. Rev. 1473, 1477 (1993).

③ 现代摄影师 Alfred Stieglitz 所拍摄的照片只有保存一张原件。(Stieglitz 很可能在拍摄结束后销毁原件。)他的照片之后在一激进杂志(The Blind Man)上展出,伴随着匿名评论,部分内容如下,“Mutt 先生是否亲手制作了这一喷泉并不重要。他选择如此。他将生活中的一个普通事物放置于此,使得在新的标题和视角之下,该事物的实用价值消失——创造了对这一对象的新认知。”The Blind Man, no. 2, 1917 年 5 月, http://www.toutfait.com/issues/issue_3/Collections/girst/Blindman2/5.html; 讽刺的是,之后几十年各种复制版本在一些世界最重要的公共展览中得以展出(包括旧金山现代艺术博物馆、蓬皮杜中心和泰特现代艺术馆),这些手工复制品精确模仿了原作品。Martin Gayford, *Duchamp's Fountain: The practical joke that launched an artistic revolution*, The Telegraph, Feb. 16, 2009, <http://www.telegraph.co.uk/culture/art/3671180/Duchamps-Fountain-The-practical-joke-that-launched-an-artistic-revolution.html>.

④ 杰夫·昆斯(Jeff Koons),因人们对其作品褒贬不一,可能是少数既享盛名又臭名昭著的艺术家之一。昆斯也多次因侵犯版权而被诉至法院。参见如 Rogers v. Koons, 960 F.2d 301 (2d Cir. 1992); Blanch v. Koons, 467 F.3d 244 (2d Cir. 2006)。

⑤ Nancy Spector, Glenn O'Brien, John Dogg & Jack Bankowsky, Richard Prince (2007).

⑥ 同上注,第 31 页。

探索了对性别、种族和文化拼贴的现代流行艺术展示。^① 在考察人们对普林斯的作品是欣赏还是认为其缺乏创造性和实质内容之前，我们缺乏这样一个批判性的审视：普林斯和其他许多挪用艺术家的作品因其形成了一个“散乱的”共同体而有了价值。^② 无论这种批判性的接受是积极或是消极，都无关紧要。

虽然并非唯一方法，但这种散乱的共同体的存在能够展现单个的艺术作品的社会价值以及值得讨论一番的转换性性质。合理使用的分析就转变为了如何吸收这一要素以简化分析，并使作者能更清楚地确定进行合理使用分析时，对其有利和有弊两方面的情况。表象所处的背景可以改变受众对作品的理解；如果将受众接受作为判断二次作品是否具有转换性的决定性因素，则确定一种能充分查明受众接受的检验法就是必要的。不过，此种检验法并不是 *Cariou 诉 Prince* 案所采用的方法，在该案中，法院将两个作品并列放置，以判断物理上的不同是否具有表达性的意义。^③ 在某些情形，尤其是在那些涉及第一修正案权利和文化进步的作者利益的情形下，市场可以体现受众的反映，并且提供“量度”以帮助法院确定作品真正的转换性性质。如果法院寻求市场指标来帮助判断作品是否具有转换性，则法官将不需要考量作品的艺术价值。此外，不同于允许对作品“转换性”的主观判断，导致对潜在市场损害的事前分析，法院可以将其考察范围限制为使用其他更适当的法律原则对实际市场损害的事后判断。

本文第一部分将首先考察版权法以及合理使用原则的普通法基础，接着将讨论转换性这一概念在合理使用分析中所具有的越来越重要的影响，以及法院对这一概念的司法解释。第二部分将分析第二巡回上诉法院对 *Cariou 诉 Prince* 案^④所作的判决，并重点讨论法院对转换性概念的分析以及判决对市场可能的影响。第三部分将介绍合理使用的经济理论，并考察该理论如何被社会科学理论粉饰以提出更适当的转换性检验法。第四部分是结论。

一、转换性的勃兴

《美国法典》第 107 条规定的合理使用抗辩作为“第一修正案”的一种实

① Nancy Spector, Glenn O'Brien, John Dogg & Jack Bankowsky, Richard Prince (2007), 第 31 页。

② 参见 Laura Heymann, *Everything is Transformative: Fair Use and Reader Response*, 31 Colum. J.L. & Arts. 445, 449 (2008)。

③ 参见 *Cariou v. Prince*, 714 F.3d 694, 707 (2d Cir.), cert. denied, 134 S. Ct 618 (2013)。

④ 同上注，第 711 页。

施形式,用来缓和作为版权法基础的所有权理论与言论自由利益之间的紧张关系。^①版权法对受版权法保护的表达和不受版权法保护的事实和思想予以了区分。^②尽管受版权法保护的表达通常是不受侵犯的,不过,合理使用允许为了服务于科学发展的公共利益目的而使用此种表达。^③“允许法院避免对版权法的僵化适用,因为在某些时候,版权法有可能阻碍法律设计时所希望鼓励的真正的创造性。”^④

第 107 条为法院考量被告主张构成合理使用的情形提供了四个因素。^⑤第一个法定因素是“使用的目的和特性”。^⑥在 Campbell 诉 Acuff - Rose Music 案中,^⑦法院认为该要素的“中心目的”是确定二次使用在何种程度上具有“转换性”。^⑧法院采纳了皮埃尔·勒瓦尔 (Pierre Leval) 法官在 1990 年发表的论文“论合理使用标准”^⑨中的概念,作出了一个轻微但是意义重大的语义转变,将重点从作者创作作品的目的转移到受众对作品的接受上。^⑩通过这种方式聚焦合理使用的考察点,法院建构了一个框架,将对表达差异的司法考量置于合理使用的最前沿。

法院采用“转换性”这一概念,带来了巨大的变化,改变了合理使用的法理,“转化性”的考量成了合理使用的整体判断中最为重要的内容。在 Campbell 案之后,巡回法院的判决提及被指称侵权的作品是否具有转化性的频率,大概是该案件审理之前的 5 倍。^⑪这对于合理使用诉讼的整体结果具有深

① Golan v. Holder, 132 S. Ct. 873, 890 (2012); 参见 Nimmer & Nimmer, Nimmer on Copyright § 13.05, [A] [1] [B] 2013 (认为最高法院已经承认合理使用原则具有宪法上的必要性); 参见《美国宪法》第 1 条第 8 款第 8 项 (确保利用智力劳动成果的专有财产权)。

② 参见《美国法典》(2012 年)第 17 编,第 102 条第 (b) 款。最高法院注意到了思想/表达二分法也可以调和版权保护与第一修正案之间的紧张关系。Golan, 132 S. Ct., 第 890 页。

③ Campbell, 510 U. S., 第 579 页。“科学”是指创造性艺术。

④ Campbell v. Acuff - Rose Music, Inc., 510 U. S. 569, 577 (1994) (援引 Stewart v. Abend, 495 U. S. 207, 236 (1990))。

⑤ 参见《美国法典》(2012 年)第 17 编,第 107 条。

⑥ 同上注。

⑦ 510 U. S. 569 (1994)。

⑧ 同上注,第 579 页。

⑨ Pierre Leval, *Toward a Fair Use Standard*, 103 Harv. L. Rev. 1105 (1990)。

⑩ 参见 Laura Heymann, *Everything is Transformative: Fair Use and Reader Response*, 31 Colum. J. L. & Arts. 452, (2008)。

⑪ 在最高法院 Campbell 案判决之前,巡回上诉法院在 45 起案件中的 7 起中提及“转化性使用”(或者使用“生产性使用”),占 15.6%;而在 Campbell 案之后,巡回法院在 43 起案件中的 35 起中提到,占 81.4%。地区法院判决中反映的比例也与上述相似——在 Campbell 案之前,92 起案件中有 9 起中提及 (9.8%),而在 Campbell 案之后,则在 119 起案件中有 70 起提到 (58.9%)。参见 Barton Beebe, *An Empirical Study of U. S. Copyright Fair Use Opinions, 1978 - 2005*, 156 U. Penn. L. Rev. 604, 605 (2008)。

远的影响。最近的实证研究指出，虽然在第一个因素的考察中认定具有转换性，最终并不一定构成合理使用，^①但通常而言是这样的。^②

以转换性概念为核心的合理使用考察方法延续至今。虽然最高法院拒绝对另一个涉及转化性使用的合理使用案件授予调卷令，^③但对这一概念的法律适用的发展，可以见诸美国上诉法院。在 Campbell 案判决之后和 Cariou 案判决之前的这段时期内，Blanch 诉 Koons 案^④体现了在涉及挪用艺术的合理使用分析方面，Campbell 案所带来的变化。第二巡回上诉法院考察了昆斯相较于原始版权作品所作改变的物理表现，并且以这些实际上的差异是否包含足够的转换性为基础，作出了对第一个因素——“使用的目的与特性”——的判定结果，以及对整个合理使用的判定结果。^⑤这一合理使用检验法看起来似乎允许对版权材料进行广泛的挪用，对物理形式的关注忽略了这样一个基本事实：尽管物理改变对于转换性而言可能是充分的，但并非必要的。

① Campbell, 510 U. S., at 579 (援引 Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U. S. 417, 455 n.40 (1984))。Barton Beebe 对合理使用判决意见进行研究后，所得出的结论也与此相似。他发现：“在 Campbell 案之后，68 个案件中有 25 个（36.8%）在认定合理使用时未提及转化性；4 个案件中明确说明被告的使用不具有转化性。”参见 Barton Beebe, *An Empirical Study of U. S. Copyright Fair Use Opinions*, 1978-2005, 156 U. Penn. L. Rev. 605 (2008)。但是需要注意的是，Beebe 的数据包含了一些转化性使用范围之外的合理使用案件，在这些案件中，转换性并不重要。如果将 Beebe 的数据限制为那些法院认定被告的使用是戏仿/讽刺或为了批评/评论的案件，这一结果将发生改变。在总计 30 个案件中，仅有 6 个案件没有提及转化性（20%）。（这 6 个案件均来自地区法院，且其中有 3 个案件是在 Campbell 案后的 18 个月内宣判。）至于 24 个讨论了转化性的案件，有一个案件并未清楚阐述使用是否具有转化性，其余 23 个案件情形分别如下：17 个认定被告的使用具有转化性的案件中，15 个支持了合理使用的抗辩；而 6 个认为被告使用不具有转化性的案件中均未认定合理使用。（Beebe 的数据也因其案件分类方法而受到质疑。譬如，他拒绝将 Blanch 诉 Koons 案归入，这带来了一些争议和批评）。同上注，第 623 ~ 624 页（解释了 Beebe 对判决的搜集和编码过程）。数据集和编码形式见于 www.bartonbeebe.com。

② 参见 Barton Beebe, *An Empirical Study of U. S. Copyright Fair Use Opinions*, 1978-2005, 156 U. Penn. L. Rev. 605 (2008)。针对批评或评论性使用案件的数据修改结果，参见上注。

③ 合理使用中的转化性使用可以被粗略划分为三类：戏仿（参见如 Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U. S. 569 (1994)）；其他转化性批评（参见如 Suntrust v. Houghton Mifflin Co., 252 F.3d 1165 (11th Cir. 2001)）；以及转化性改编（参见如 Blanch v. Koons, 467 F.3d 244 (2d Cir. 2006)）。Pamela Samuelson, *Unbundling Fair Uses*, 77 Fordham L. Rev. 2537, 2548-2555 (2009)。

④ 467 F.3d 244 (2006)。

⑤ Blanch v. Koons, 467 F.3d 244, 253（注意到 Koons 的改编在“色彩、描绘背景、媒介、描绘对象的尺寸和细节”等方面与原作品有所区别）；Cariou v. Prince, 714 F.3d 694, 706 (2d Cir.), cert. denied, 134 S. Ct. 618 (2013)（“普林斯的结构、表现、大小、色彩和媒介与原照片相比在根本上是不同和新颖的”）。

(一)《1976 年版权法》第 107 条:成文法上的合理使用

合理使用“允许法院避免对版权法的僵化适用,因为在某些时候,版权法有可能阻碍法律设计时所希望鼓励的真正的创造性”。^①根据 1976 年版权法,版权所有者享有以复印件形式复制版权作品和准备改编作品的专有权。^②1976 年版权法第 107 条为侵犯第 106 条所规定的专有权^③提供了合理使用豁免。^④

“在任何特定案件中判断对作品的使用是否属于合理使用时,应予考虑的因素包括:

- (1) 该使用的目的与特性,包括该使用是具有商业性质,还是出于非营利的教育目的;
- (2) 该版权作品的性质;
- (3) 所使用部分的质和量与版权作品作为一个整体的关系;
- (4) 该使用对版权作品潜在市场或价值所造成的影响。”^⑤

最基本的是,合理使用允许不经版权所有人的许可,对版权作品的部分甚至全部进行复制。^⑥与思想/表达二分法原则相结合,合理使用对于保护第一修正案权利至关重要,因为它“不仅允许公众使用版权作品中的事实和思想^⑦,还允许公众在特定情形下使用表达本身”。^⑧

在《1976 年版权法》第 107 条规定合理使用时,国会指出该条款所列举

① Campbell, 510 U. S., 第 577 页 (援引 Stewart v. Abend, 495 U. S. 207, 236 (1990))。

② 参见《美国法典》(2012 年)第 17 编,第 106 条第(2)项。在判断作品的“转化性”以决定是否符合合理使用时,“衍生作品”的法律定义造成了一定的困惑。第 101 条将衍生作品定义为“基于先前已存在的一件或多件作品……在其中,原作品可能被重铸、转化(transformed)或者改编”。《美国法典》第 17 编,第 101 条。注意区别两者的不同:衍生作品中的“转化”包含对作品仅形式上而不具有实际含义的改变;而在合理使用时,“转化”要求根本性地改变原作品的核心。关于两者更细微的考察,参见 R. Anthony Reese, *Transformativeness and the Derivative Work Right*, 31 Colum. J. L. & Arts 467 (2008); Mary Wong, “Transformative” User-Generated Content in Copyright Law: Infringing Derivative Works or Fair Use, 11 Vand. J. Ent & Tech. L. 1075 (2009)。

③ 参见《美国法典》(2012 年)第 17 编,第 107 条。

④ 同上注,第 106 条。

⑤ 参见《美国法典》第 17 编,第 107 条。

⑥ 同上注。

⑦ 事实与思想通过第 102 条第(b)款加以保护。《美国法典》第 17 编,第 102 条第(b)款 (“在任何情况下,对作品的版权保护不能延伸至思想……原则或者发现……”)。

⑧ Elder v. Ashcroft, 537 U. S. 186, 219 (2003)。

的四个因素只是对普通法的成文化。^① 斯托里（Story）大法官在 1837 年 Folsom 诉 Marsh 案^②中的判决为国会编纂成文法提供了许多最初的原则。^③ 斯托里法官判决的最大贡献大概在于：其主张每一个案件所呈现的因素都是独特的，因此必须依照原则的目的进行权衡考量。^④ 尽管法律规定的具体用语允许对四个因素进行非排他性的考量，^⑤ 而且建议法院保有适当调整考量的能力，但是，现代法院一般还是对合理使用抗辩采用形式化的考量方式。^⑥

第 107 条的序言部分列举了六种可以得到豁免的使用：批评、评论、新闻报道、教学、学术和研究。^⑦ 其中，批评和评论中的利益均涉及第一修正案之中的言论和表达自由原则，以及促进新作品和思想持续创作的作者利益。^⑧ 合理使用从两方面保护这些利益：一是为解决版权所有者的利用权与公众言论和表达自由的利益之间的冲突提供了基本保障；^⑨ 二是为作者提供了有效利用他人作品的自由。^⑩

（二）勒瓦尔法官与“转换性”概念

在其具有里程碑意义的论文——《论合理使用标准》中，勒瓦尔法官认为，判断某种使用是否符合合理使用豁免，最重要的考量因素应当是该使用在

① Nimmer & Nimmer, Nimmer on Copyright § 13.05 [A] [1] [b] (2013), 第 1 页；另参见 Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters., 471 U.S. 539, 549 (1985)。

② Folsom v. Marsh, 9 F. Cas. 342 (1841)。

③ William F. Party, The Fair Use Privilege in Copyright Law 3 (2d ed. 1995)。

④ Folsom, 9 F. Cas., at 344。

⑤ 法律文本表明，判断合理使用的四项法定因素并非穷尽性列举，法院仍可以采用其他分析方式，只要审查结果符合版权的整体目标。参见《美国法典》（2012 年）第 17 编，第 107 条；另参见 Nimmer & Nimmer, Nimmer on Copyright, § 13.05 [A] [5] [b]（注意这些要素是“阐明性而非限制性的”，并且许多“第五要素”已经被提出）；Leval, *Toward a Fair Use Standard* 103 Harv. L. Rev. 1105 (1990)（“虽然仍保留了其他要素构成合理使用的可能性，但成文法并未定义其中任何要素”）。

⑥ Beebe, *An Empirical Study of U.S. Copyright Fair Use Opinions, 1978 - 2005*, 150 U. Penn. L. Rev. 561 - 564 (2008)（对 1978 年至 2005 年有关合理使用的判决进行的数据分析表明，法院从更灵活的审查转变为后者与最高法院在 1985 年 Harper & Row 案（471 U.S. 539）的判决相一致的修辞性形式审查）。

⑦ 同上注。

⑧ Samuelson, *Unbundling Fair Uses*, 77 Fordham L. Rev. 2544 (2009)（指出：批评、评论和新闻报道在涉及第一修正案原则的合理使用案件中通常是显而易见的）。

⑨ 同上注，第 2546 ~ 2547 页。Pamela Samuelson 也提及了三项主要政策：（1）促进后续作者和公众的言论及表达自由；（2）版权的持续发展；以及（3）学习——支持《美国法典》第 17 编，第 107 条序言部分阐述的六种特定目的的使用。同上注，第 2546 ~ 2547 页。

⑩ 同上注，第 2540 页。

何种程度上具有转换性。^① 勒瓦尔法官相信,此种考量方式将推进对第一个法定因素的分析。他进一步指出,与之前法院将对因素四(市场损害)的考量作为合理使用案件中最为重要的因素不同,因素一才是“合理使用的灵魂”。^② 勒瓦尔法官认为有两个关键事实与创造性有关:首先,没有任何创作性活动是完全独创的;其次,许多创作性产品明显参考借鉴了其他作品。^③ 合理使用通过保护利用了现有作品的灵感或原始素材的转换性作品的创作,来保护此类“二次创作”。^④ 在建构其分析架构时,勒瓦尔法官仍然忠于“使用的目的”的成文法框架,以及使用是否“符合版权法激励创作,开启民智的目的”。^⑤ 在进行建构时,勒瓦尔法官利用了创作的财产权理论,并且认为作者意图极为重要。^⑥

不同于斯托里法官主张探究二次创作作品是否“替代”了原作品,勒瓦尔法官将问题从经济损失考察转变成了对原艺术家或作者的考察,并且将其转化为支持对使用“目的”进行考察。^⑦ 勒瓦尔法官进一步提出,应使市场损害问题从属于转换性的要求:

“二次使用未损害原作品市场的事实,并不能保证二次使用是正当的。因此,尽管市场因素很重要……但它不应掩盖第一因素中正当性的要件,不符合这一要件,就不会构成合理使用。”^⑧

上述架构与构成 1976 年成文法基础的普通法先例是相抵触的。将重点放在考察衍生作品是否具有足够的转换性,将导致法官需要自行判断相关使用是

① Pierre Leval, *Toward a Fair Use Standard*, 103 Harv. L. Rev. 1105 (1990).

② 同上注,第 1116 页。(因素一是合理使用的核心。这一因素的认定对于合理使用抗辩而言是必不可少的,且该因素的权重应当比其他因素更大……),与 *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539, 567 (1985)。(“因素四无疑是合理使用中最重要的因素。”)

③ Pierre Leval, *Toward a Fair Use Standard*, 103 Harv. L. Rev. 1109 (1990).

④ 同上注,第 1109 ~ 1110 页。

⑤ 同上注,第 1111 页。

⑥ 可以说因素一的表达是自相矛盾的,因为“目的”意味着作者的意图,而“特性”意味着受众的理解。不清楚国会为何如此选择法律用语;更不用说,最高法院和现行判例法实际上已经忽略了使用的目的,而仅仅关注于对特性的合理使用分析,随之产生的问题,参见第一部分第(三)节第 1 小节。

⑦ Pierre Leval, *Toward a Fair Use Standard*, 103 Harv. L. Rev. 1111 (1990). (将引用作为考察对版权材料的使用,是否不同于原作品的方式或目的)与 *Folsom v. Marsh*, 9 F. Cas. 342, 348 (1841) (指出:法院应当考察“使用损害销售,减少盈利或取代原作品的程度”)。

⑧ Pierre Leval, *Toward a Fair Use Standard*, 103 Harv. L. Rev. 1124 (1990).