

论民间文学艺术衍生作品 独创性的认定^{*}

——以赵梦林京剧脸谱系列案为例

□ 林秀芹 曾斯平

摘要:近年来,民间文学艺术衍生作品的著作权纠纷日益增多,其独创性的认定成为此类案件的焦点。法院在独创性的认定标准、举证责任分配以及判定方法选择等方面均存在分歧。鉴于民间文学艺术衍生作品的特殊性,法院应适用较高的独创性认定标准,并将独创性的举证责任分配给原告,同时采用“三步法”来认定作品的独创性。

关键词:民间文学艺术衍生作品 独创性 赵梦林

中图分类号: D913 **文献标识码:** A **文章编号:** 1009-5675(2013)06-060-04

一、问题的提出:赵梦林京剧脸谱系列案

赵梦林是我国著名画家,于2003年出版《中国京剧脸谱》一书,该书收录了他绘制的568幅脸谱,部分脸谱被多家企业广泛使用,赵梦林认为自己的著作权受到侵犯,于是开始了漫长的维权之路。以北大法宝“案例与裁判文书”库检索到36个案例为样本进行的实证分析来看,赵梦林京剧脸谱系列案的时间跨度从2003年到2011年,分布北京、上海、重庆、山西、内蒙古、浙江、河北、湖南、福建等地区,被告涉及网站、工艺品生产商、销售商、大型商场、广告公司、酒店、食品公司以及艺术饰品公司等等,被诉侵权作品为1幅到214幅不等,被诉侵权行为主要包括网络传播行为、网络发行行为、在工艺品、产品外包装或广告、装潢等载体上复制或发行原告作品的行为等。

民间文学艺术衍生作品是指在民间文学艺术的基础上进行再创作而产生的作品,因具有独创性而与民间文学艺术

本身相区别,受著作权法保护。赵梦林绘制的京剧脸谱究竟是民间文学艺术还是具有独创性的衍生作品呢?在系列案件中,原告均主张其绘制的脸谱具有独创性,被告使用脸谱的行为侵犯了原告的著作权。而被告的答辩意见主要有以下两方面:其一,赵梦林书中的京剧脸谱不具有独创性。京剧脸谱为民间文学艺术,属于公有领域,任何人不得垄断,因此赵梦林对书中的京剧脸谱并不享有著作权,被告使用京剧脸谱的行为不构成侵权。其二,被告使用的脸谱仅与原告作品相似,其使用的脸谱本身也具有独创性,并不构成侵权。对于这两点,涉案法院给出的审判意见并不一致,争议主要集中在独创性的认定标准、举证责任的分配以及独创性的认定方法等方面。

二、民间文学艺术衍生作品独创性的判断标准

(一)独创性判断标准的含义

* 基金项目:厦门市思明区法院第六期思法论坛“这是谁家的脸谱”研究成果。
作者简介:林秀芹,厦门大学知识产权研究院教授、博士生导师,福建厦门,361005;
曾斯平,厦门大学知识产权研究院博士生,福建厦门,361005

独创性包含“独立完成”和“具有创造性”两层含义,独创性的判断标准是指著作权法对作品创造性程度的要求。我国《著作权法实施条例》第2条规定:“著作权法所称作品,是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种有形形式复制的智力成果。”可见,独创性是作品取得著作权保护的必要条件,然而对于什么是独创性,独创性的标准是什么,我国现行《著作权法》和《著作权法实施条例》及其他相关法律中都没有具体规定。

为了更好地说明独创性判断标准的问题,我们有必要借鉴国外的相关经验。总的来说,英美法系对于独创性的认定标准比较低,如英国在1916年的University of London Press一案中确立了“独立完成+足够的创作投入”标准,被认为是一种经典解释并沿用至今;美国在1991年的Feist案中将“独立完成+少量的创造性”确立为新的独创性标准。^[1]而大陆法系对于独创性的认定标准相对较高,如1992年《法国知识产权法典》提出了独创性要求,后被最高法院司法解释为“表现在作者所创作作品上的反映作者个性的标记”^[2],即确立了“独立完成+作者个性”的标准;德国《著作权法》第2条第2款规定:“作品必须在形式上、内容上或者形式与内容相结合的方面体现出某些新的以及确定性的东西”,这一标准被学者归纳为“独立完成+具有智力内涵+作者个性+一定创作高度”^[3]。总之,大陆法系对独创性提出了质的要求,即不仅要有创造性,还要达到一定的高度。

两大法系对独创性标准的不同理解是由不同的哲学基础决定的。英美法系著作权法的构建以功利主义为基础,将“经济上的投入”作为版权保护的标准,在这种情况下,作品的创造性被忽略了;而大陆法系以人格主义为基础,正如黑格尔在论及文艺作品时指出“只有通过心灵而且由心灵的创造活动产生出来,艺术作品才能成其为作品”。^[4]因此,大陆法系强调独创性应该是作者个性的体现,是作者“个性的烙印”。

(二)司法实践中独创性的判断标准

我国著作权法的构建受到两大法系的影响,并没有哪一种理论占绝对上风,因此应当采取哪种标准在理论上仍存在争议。但是由于著作权法并没有规定独创性的高度,司法实践中多适用较低标准,即只要具有独创性即可,并不需要作品具有较高的艺术价值、美学价值或社会价值,它只要求具备最低程度的创造性。如以赵梦林京剧脸谱系列案为例,被告均提出了独创性抗辩,认为原告的京剧脸谱属于公有领域,不具有独创性,其中大多数判决否定了这一抗辩,认可了赵梦林京剧脸谱的独创性。如赵梦林诉北京贵友大厦有限公司等侵犯著作权纠纷案中,法院认为虽然京剧脸谱是随着戏曲艺术的发展而逐步形成的艺术表现形式,不同人物的脸谱逐渐形成了某些特定的谱式,但是不同绘画者在线条、笔锋、

色彩、图案分布及比例等方面仍会存在不同的差异,这也是不同脸谱作品的独创性之所在。^[5]但在个别判决中,法官指出了民间文学艺术衍生作品独创性认定标准的特殊性,如长沙市中级人民法院在其判决指出,京剧脸谱属于传统文化的范畴,对其类似作品的独创性应提出更高的要求,原告未举证证明相关脸谱相对于传统脸谱的创造性及显著不同,不能认定原告对书中脸谱的谱式图形享有著作权。^[6]

(三)民间文学艺术衍生作品独创性标准的选择

民间文学艺术衍生作品是在民间文学艺术的基础上产生,其独创性判断标准应当与一般作品有所区别,应适用较高的独创性认定标准,至少要达到“独立完成+一定的创作高度”,即与在先的民间文学艺术表达相比,其区别不是微不足道的,至少能被一般公众所识别,若区别太小,一般公众根本无法识别,或者说这种区别与相同部分相比根本不足一提,则不能认定具有独创性。

适用较高标准的理由主要有以下几点:第一,从民间文学艺术衍生作品的特点来看,由于具有“民间性”和“不易分辨性”,如果只要在民间文学艺术的基础上进行较低程度的创造就能产生一个新作品,公众在使用和传播民间文学艺术衍生作品时可能会感到无所适从,因为它看上去与公有领域的民间文学艺术如此接近,以至于一般公众会认为它就是公有领域的一部分。第二,从利益平衡的角度来看,民间文学艺术衍生作品多来源于公有领域,如果不经较高程度的创造就能产生一个新作品,为个人所垄断,显然不公平,是对公共利益的损害,只有高标准才能保证公有领域不被个人所侵占,保护集体对于公有智慧结晶的利用。第三,我国大力鼓励传统文化的传播和文化产业的发展,只有对民间文学艺术衍生作品独创性的认定标准界定较高,才能使公众免费获得独创性较低的接近公有领域的民间文学艺术衍生作品,从而扩大对传统文化的传播,同时艺术爱好者在利用民间文学艺术进行再创作时才会投入更多的智力,从而保证高水准的衍生作品呈现在公众面前,从而促进文化良性传播,促进文化精品化。

以京剧脸谱为例,如果一幅脸谱图案与平时大家在京剧里面看到的真实脸谱相比非常接近,不仔细观察根本无法区分,则不能认定具有独创性,不能仅仅因为变化了载体而认可独创性。但是,如果某个京剧脸谱面具将某一京剧人物的五官比例进行调整,夸张地表现该人物的特点,一看就与大家在京剧里看到的脸谱相区别,新颖性明显,则有可能具有独创性。另外,需要注意的是,与在先民间文学艺术表达进行比较时应当一一对比,不能一概而论,如赵梦林的京剧脸谱究竟是否具有独创性不能做统一的回答,必须针对每一幅脸谱与在先的表达进行对比,这也是大多数法院所忽视的。

三、民间文学艺术衍生作品独创性的举证责任

(一)我国关于举证责任分配的规定

民事诉讼中的举证责任是指在民事诉讼中,一方当事人按照法律规定和法院的举证责任分配,对自己的主张或者与对方当事人的诉讼请求密切相关的某事项负有提供证据,来证明自己主张成立或者某事项的事实存在与否的诉讼义务。如果举证成功,就能使法院支持自己的诉讼请求或者免除自己的民事法律责任;如果举证不能或者举证不充分,自己的主张就不能成立或者承担不利的法律后果。我国《民事诉讼法》第64条第1款规定了举证责任的一般原则,即“当事人对自己提出的主张有责任提供证据”,这就是通常所说的“谁主张、谁举证”原则。据此,主张著作权的当事人应对权利存在的法律要件事实负举证责任。由于作品的独创性是原告著作权存在的法律要件,原告应承担独创性的举证责任。

(二)司法实践中作品独创性举证责任的分配

我国最高人民法院《关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第七条规定:“当事人提供的涉及著作权的底稿、原件、合法出版物、著作权登记证书、认证机构出具的证明、取得权利的合同等,可以作为证据;在作品或者制品上署名的自然人、法人或者其他组织视为著作权、与著作权有关权益的权利人,但有相反证明的除外。”这一条本是对“著作权归属”举证责任所做的规定,但是在司法实践中,往往将“著作权归属”的证明等同于“独创性”的证明,即只要原告出具作品原件、合法出版物或作品的登记证书,就完成了独创性的举证,而被告若要反驳则需另外举证。例如在赵梦林诉北京搜狐互联网信息服务有限公司侵犯著作权纠纷案中,法院认为:“《中国京剧脸谱》画册署名赵梦林,在无相反证据的情况下,本院确认赵梦林为《中国京剧脸谱》画册的作者,赵梦林对其所编绘的京剧脸谱享有著作权。搜狐公司辩称涉案脸谱无独创性,未提交证据佐证,本院对其辩称不予采信。”^[7]

如上所述,独创性包括“独立完成”与“创造性”两个层次的含义,司法实践中的上述做法其实是将“独立完成”的证明责任分配给原告,而将“创造性”的举证责任分配给了被告。因为在著作权原始取得的情况下,对“著作权归属”的证明的确可以看成是对“独立完成”的证明,两者具有重合性,但仍不能证明“创造性”。例如作者在书上署名,仅能初步证明这本书是其所写,并不能证明书里的内容具有创造性,创造性是要通过与在先作品进行对比才能证明的。

司法实践中的这一普遍做法有一定道理,因为现实生活中创造性的证明是相当困难的,几乎每个作者都会说自己的

作品具有创造性^[8],尤其是针对非改编的首次完成的作品,“在先作品”几乎不存在,没有办法通过对比来证明“创造性”,这种情况下,证明“独立完成”实际上就证明了“独创性”。有学者甚至指出:“通常情况下,证明作品不具有独创性的举证责任应属于被告。只有在有关以事实为基础的作品或以使用为目的的作品的案件中,原告才承担证明作品具有独创性的举证责任。”^[9]

(三)民间文学艺术衍生作品独创性举证责任的分配

对于民间文学艺术衍生作品而言,以上举证责任分配规则值得商榷。首先,民间文学艺术衍生作品具有特殊性,建立在民间文学艺术的基础上,原告往往才是相关领域的专家,对他们而言,要举证证明自己的作品与在先民间文学艺术相比所具有创造性并非难事。而被告大多是门外汉,正是因为分不清民间文学艺术衍生作品与作为基础的民间文学艺术才成为此类案件的被告,再要他们搜集证据证明两者之间的差别是相当困难的。因此,对比双方当事人的举证能力,应当将“独创性”的举证责任完全分配给占有或者接近证据材料,有条件并有能力收集证据的一方当事人,即原告。其次,对于民间文学艺术衍生作品侵权案件而言,涉案客体是否具有“创造性”才是最大的争议点,出版单位或著作权登记主管部门并不对作品的“创造性”进行实质性审查,出版或登记不足以免除原告对“创造性”的举证责任。

总之,在民间文学艺术衍生作品侵权纠纷中,应当将“独创性”的举证责任完全分配给原告,如果原告仅出具出版物或登记证书,未能举证证明“创造性”,仍要承担不利的法律后果。在赵梦林京剧脸谱系列案中,也有少数法院持这种意见,如长沙市中级人民法院在其判决指出,“原告虽绘制、出版了《京剧脸谱》一书,但未举证证明相关脸谱相对于传统脸谱的创造性及显著不同,不能因书的出版而认定原告对书中脸谱的谱式图形本身享有著作权。”

四、民间文学艺术衍生作品独创性的认定方法

在民间文学艺术衍生作品侵权纠纷中,如果认定原告的作品具有独创性,还可能存在另一个争议焦点,即当被告的作品与原告的作品仅构成相似,并非机械复制时如何判断侵权的问题。由于此类案件中原告都主张自己的作品是民间文学艺术衍生作品,具有独创性,一般不涉及对演绎权的侵犯,对侵权与否的判定实际上和对被告作品独创性的判定具有同一性,即如果能认定被告的作品具有独创性则不构成对原告作品的侵权,这里涉及独创性认定方法的选择问题。

(一)独创性的认定方法:接触加相似法与三步法

一般来说,认定作品独创性的方法主要有“接触加相似

法”及“三步法”。“接触加相似法”是指只要被告接触了原告的作品并且与原告的作品存在实质相似,就认定被告的作品不具有独创性,侵权成立;“接触”的判断一般采用推定的方法,只要被诉侵权作品产生时间晚于原告作品,若没有其他相反证据,则推定被告接触了原告作品;“相似”的判断也带有较强的主观性,一般只要两者差异不十分明显则可推定为“实质性相似”。而“三步法”分为抽象、过滤及对比三步,首先要把不受著作权保护的“思想”从原被告作品中抽取出来,与表达相分离,其次将原被告作品中属于公有领域中的部分过滤出来,最后对比原被告作品的剩余部分,看有无实质性相似来判定被告作品是否具有独创性。虽然两种方法都是将原被告的作品进行对比,但判断结果却可能大相径庭,因为两者相似的部分可能刚好属于思想或公有领域。

(二)司法实践中作品独创性的认定方法

在民间文学艺术衍生作品侵权纠纷的司法实践中,大多数法院采用“接触加相似法”来判断被告使用的作品的独创性,而“三步法”却鲜有问津。以赵梦林京剧脸谱系列案中为例,其中有 11 个案件的被告提出自己使用的脸谱也具有独创性的抗辩。从判决结果来看,大多数法院采用了“接触加相似”的独创性认定方法,比如赵梦林诉北京红星美凯龙世博家具广场有限公司等侵犯著作权纠纷案中,北京市朝阳区人民法院在判决书中提到:“法律并不禁止创作上的巧合,一部作品只要是作者独立创作完成,即使与在先作品存在相似之处,也可以视为独立的新作品,但在二者存在实质性相似且在先作品能够被接触到的情况下,在后的创作者对其作品系独立创作负有举证责任,否则,就可以推定其使用了在先作品。本案中,七星公司生产的挂毯上使用的京剧脸谱与赵梦林主张权利的涉案脸谱除个别差异外在具体的表现方式上实质性相似,而《中国京剧脸谱》一书于 2003 年 1 月已经在先公开出版发行,七星公司能够接触到赵梦林的涉案作品。因此,可以推定七星公司在涉案挂毯上使用的脸谱即为赵梦林享有著作权的涉案脸谱。”^[10]也有少数案件,法院采用的是“三步法”,如崔明、赵梦林诉北京艺龙博雅手绘艺术饰品有限公司等侵犯著作权纠纷案,法院认为在判断是否侵犯在先作品的著作权时,要将两者使用的公有领域创作素材予以

排除,再对剩余部分进行比较。通过“三步法”的运用,法院最后认定剩余部分的表达形式存在差异,被告作品具有独创性,不构成侵权。

(三)民间文学艺术衍生作品独创性认定方法的选择

由于民间文学艺术衍生作品当中含有公有元素,原被告涉案客体的相似有可能是公有元素导致的,因此在侵权判定时采取“三步法”的方法更为准确。例如,原被告涉案客体均是《华容道》中的关公脸谱,两张脸谱高度相似,采用“接触+相似”的方法很有可能判定侵权成立。但是我们知道,关公脸谱有一些共同特点,如红整脸、卧蚕眉、丹凤眼、七星痣,这些特点属于公有元素,若没有这些元素则不是关公。但也正是这些特征使得原被告涉案客体看上去非常相似,如果剔除公有元素,剩下的部分不一定相似,因此,法院判定侵权时,应当更为谨慎,采取“三步法”能使案件审理结果更加公平合理。

注释:

[1] 周倩:《作品独创性及其认定研究》,中国政法大学硕士学位论文,2011年,第 9-10 页。

[2] Sterling J. A. L.: World Copyright Law. London: Sweet & Maxwell, 1998: 255.

[3] 乌尔里希·勒文海姆著,郑冲译:《作品的概念》,《著作权》1991年第 3 期。

[4] 金渝林:《论作品的独创性》,《法学研究》1995年第 4 期。

[5] 赵梦林诉北京贵友大厦有限公司等侵犯著作权纠纷案,(2009)朝民初字第 31883 号。

[6] 赵梦林诉长沙市雨花区高汉图形设计有限公司侵犯著作权纠纷案,(2006)长中民三初字第 0399 号。

[7] 赵梦林诉北京搜狐互联网信息服务有限公司侵犯著作权纠纷案,(2010)海民初字第 15492 号。

[8] Jessica Litman: The Public Domain 39 EMORY L. J., 1990: 967.

[9] Paul Goldstein 著,王文娟译:《国际版权原则、法律与惯例》,中国劳动社会保障出版社 2003 年版,第 181 页。

[10] 赵梦林诉北京红星美凯龙世博家具广场有限公司等侵犯著作权纠纷案,(2010)朝民初字第 27751 号。

责任编辑:刘峰