

民間文學藝術衍生作品著作權侵權問題研究

——以劉雍系列工藝美術作品侵權案為例

白 欣*

一、引言

作為中華人民共和國最高法院督辦的知識產權案件，工藝美術大師劉雍一波三折的維權之路在經歷了一審法院認定侵權不成立到二審法院認定被告六件作品構成剽竊，再到最高院再審認定被告構成對原告十一件作品著作權侵權¹，似乎終走向光明，但其背後卻折射出民間文學藝術衍生作品著作權保護混亂的司法現狀。民間文學藝術衍生作品與民間文學藝術及民間文學藝術作品的關係如何？以公有領域的民間文學藝術為創作基礎的衍生作品能否成為受著作權法保護的作品？對其侵權的認定標準又是甚麼？本文將以劉雍系列工藝美術作品侵權案為分析對象，謹遵法解釋學的基本方法，對上述問題一一探討。

二、民間文學藝術衍生品及其相關概念界定

(一) 民間文學藝術

民間文學藝術(Folklore)作為人類歷史文化的見證，是科學創新及文化創作的基石，最早由英國考古學家 W. G. Thoms 提出並使用。《世界知識產權組織著作權與鄰接權法律術語匯編》對“Folklore”的定義是將民間文學藝術盡可能的擴大到所有具備傳統典型形式的作品。² 在中國學界，民間文學藝術還沒有準確權威的定義，但可以肯定的是，從橫向來看，民間文學藝術是特定族群文化沉澱的結晶；從縱向來看，其在歷史的前進中得以傳承並發展。由此可以歸納概括出民間文化藝術的特點：(1)群體創作性，其屬某個特定群體創作的產物；(2)個體傳承性，其發展具體是由個人傳承來實現的；(3)可識別性，民間文學藝術帶有深刻的族群文化的烙印，是特定文化品質的基本範式，能夠反映並倒推出群體的文化身份。

(二) 民間文學藝術作品

《民間文學藝術作品著作權保護條例(徵求意見稿)》(簡稱《保護條例》)第 2 條對民間文學藝術作品的定義作出了明確規定：“民間文學藝術作品，是指由特定的民族、族群或者社群內不特定成員集體創作和世代傳承，並體現其傳統觀念和文化價值的文學藝術的表達。” 儘管《保護條例》還未正

* 澳門大學法學院碩士研究生

式頒行，但透過徵求意見稿可以看出區別於民間文學藝術的抽象性，民間文學藝術作品是在固定載體上對民間文學藝術的表達，實現了從“思想”到“表達”的轉變，是民間文學藝術的模仿、表演、二次重現、滙編或演繹成果。

(三) 民間文學藝術衍生作品

民間文學藝術衍生品並不是中國現行法律中的概念，其最早是在黃自修訴南寧劇院《媽勒帶子訪太陽》著作權侵權案中，由廣西壯族自治區高級人民法院提出的，後陸續在學術研究和案例研究中使用。³ 民間文學藝術衍生作品包括在民間文藝作品基礎上進行再創作而產生的作品和利用民間技藝創作而產生的作品，前者屬演繹作品，如在西北民歌曲調《信天遊》基礎上結合現代流行、搖滾等音樂元素再創作而成的歌曲《黃土高坡》；後者屬新的作品，因為原有的傳統技藝並不構成作品的表達。

(四) 民間文學藝術及其作品與衍生作品的關係

通過對上述三個概念的界定，可以初步明晰民間文學藝術及其作品與衍生作品的關係。首先，毋庸置疑的是，民間文學藝術作品和衍生作品的創作都離不開民間文學藝術這一淵源。其次，從思想表達二分原則來看，民間文學藝術由於缺乏具體化的表達而屬“思想”層面，而民間文學藝術作品及其衍生作品則均屬具式的“表達”，民間文學藝術作品的著作權保護辦法由國務院另行規定，其衍生作品在具備了相應獨創性後由著作權法直接保護。也就是說民間文學藝術是傳統文化中形態中的基本範式，民間文學藝術作品是將其近代化表達所形成的民間文學、民間音樂等作品，民間文學藝術衍生作品是在民間文學藝術作品基礎上演繹和獨立創作出來的當代作品。

最後概括三者的關係：廣義的民間文學藝術(WIPO 觀點)是民間文學藝術作品的上位概念，除包括民間文學藝術作品外還包括一些不構成作品的民間文學藝術，狹義的民間文學藝術不包括民間文學藝術作品(下文出現的民間文學藝術均指狹義民間文學藝術)，而民間文學藝術衍生作品拋開對民間文學藝術個別元素傳承的外表，其實質是個人創作的當代作品。

三、民間文學藝術衍生作品著作權侵權認定前提

認定著作權侵權的前提是正確界定著作權保護對象，從文義解釋來看，作品是指由創作活動而產生的具有文學、藝術或科學性質且具有獨創性，能通過有形載體表現出來的智力成果。“作品”一詞的核心在於“具有獨創性且能夠固定在有形載體的表達”，即強調獨創性和具體化的表達，這一概括加未窮盡列舉的立法方式，為法律修訂預留了足夠空間(2014年《中華人民共和國著作權法(修訂草案送審稿)》中就新增了實用藝術作品這一新作品類型)，因此，中國對於作品的保護範圍是在特定領域有獨創性的“表達”。

(一) 認定侵權前提之一：思想表達二分原則

那麼何為“表達”？作為最基本的著作權法律原則，思想表達二分法被稱為“著作權法最基本的格言”。⁴ 根據“思想表達二分法原則”的內涵，“表達”與“思想”不同，著作權保護的只有“表

達”，而不保護表達所表現的“思想”。即在任何情況下，對作者原創性作品的著作權保護，都不能延及思想、程序、工藝、系統、操作方法、概念、原則和發現，不論它們在該作品中是以何種形式描述、解釋、說明或體現的。⁵ 因此，“思想表達二分法原則”是判斷是否構成著作權侵權的前提和基礎。在司法實踐中，這一原則也得到了充分運用，在“張鐵軍訴女子十二樂坊剽竊創意糾紛上訴案”中，北京二中院判決：“著作權法不保護創意或構思，著作權人不能阻止他人使用其作品中所反映出的思想或信息。”⁶

那麼“思想”與“表達”如何劃分及其分界點在何處，從美國的經典案例“《愛爾蘭之花》案”中可以獲得啟發，以金字塔為模型，表達內容越抽象，在金字塔機構中的位置越接近頂端，越有可能被認為是“思想”，而越具體、越接近底端，則越有可能被認為是“表達”。⁷ 在劉雍案中，原告的工藝美術作品屬在公有領域少數民族民間文學藝術元素的基礎上進行的演繹創作，將苗族傳統文化中的雷神、夜郎竹王等元素通過相對獨立完整的藝術造型來呈現，其智力成果通過工藝美術品這樣一種外在形式進行了具體化的表達，更接近與金字塔的底端，因此是《著作權法》保護的“表達”。

（二）認定侵權前提之二：較高獨創性

1. 著作權法作品獨創性判斷的一般標準

著作權法意義上作品的另一個構成要件是“獨創性”。最高人民法院《關於審理著作權民事糾紛案件適用法律若干問題的解釋》第 15 條規定：“由不同作者就同一題材創作的作品，作品的表達係‘獨立完成’並且有‘創作性’的，應當認定作者各自享有獨立創作權。”可以看出，“獨創性”包括“獨立完成”和“創作性”兩大要求，也就是獨立完成和一定程度的智力創作高度。⁸ 不同於以英美為代表的英美法系在獨創性中對於經濟上投入的要求及以法德為代表的大陸法系在獨創性中對於作者個性化表達的要求，中國在司法實踐中多採用較低創造性的標準，從歷史解釋及目的解釋的角度來看，這反映中國著作權立法時版權產業新興發展的歷史背景及鼓勵民眾創作的立法目的。

2. 民間文學藝術衍生作品獨創性判斷標準

對於民間文學藝術衍生作品獨創性的判斷標準，學界主要有兩種學說：一是從體系解釋出發，認為民間文學藝術衍生作品與其他類型作品同受著作權法保護，按照公平原則，其獨創性判斷標準應與其他作品獨創性判斷標準相同；二是從法經濟學的利益平衡論出發，認為公有領域民間文學藝術保護與民間文學藝術衍生作品的保護處於博弈矩陣的兩端，獨創性要求較低容易造成個人對公有領域民間文學藝術的壟斷，是對公共利益的損害，而獨創性要求較高則過分保護了公有領域的民間文學藝術，無疑是對個人創作能動性的打擊。

筆者認為，從民間文學藝術衍生作品的創作特點可知，其無法避免地具備了“民間性”和“與民間文學藝術相似”的特點。⁹ 因此，如果以較低的獨創性要求對民間文學藝術衍生作品進行認定，勢必會造成相關公眾的混淆，從法經濟學的利益平衡角度看，這也不利於保護公共利益。民間文學藝術衍生作品是在公有領域民間文學藝術元素的基礎上創作完成的，從權利義務對等原則出發，衍生作品作者在享有對公有領域基本範式借鑑權利的同時就必須受到更高獨創性要求的約束。最高人民法院公佈的第 80 號指導案例——洪福遠、鄧春香訴貴州五福坊食品有限公司、貴州今彩民族文化研發有限公司著作權侵權糾紛案，亦表明了當前司法實踐的態度。即在平衡著作權人利益與社會公眾利益的時候，更傾向於社會公眾利益，這也是基於民間文學藝術衍生作品之於一般作品的特殊性和其對公有領

域傳統文化元素的傳承性，而要求其具有一般作品更高的獨創性。

綜上，在劉雍案中，原告的美術作品是其獨立創作完成的，且原告的作品在苗族民間藝術元素基礎上的演繹創作過程中運用了自己的判斷和技巧，誇張的表現手法放大了圖騰的震撼力和苗族的開拓進取精神，是能夠對社會文化多樣性做出貢獻的智力成果，符合較高獨創性的要求。

四、民間文學藝術衍生作品著作權侵權認定

(一) “實質性相似+接觸”標準

劉雍案中原告作品屬工藝美術作品，即“繪畫、書法、雕塑等以綫條、色彩或者其他方式構成的有審美意義的平面或立體的造型藝術作品”，而被告的作品是圖形作品，即“為施工、生產繪製的工程設計圖、產品設計圖，以及反映地理現象、說明事務原理或者結構的地圖、示意圖等作品。”它們雖然分屬不同類別，但卻都以圖形為表現形式，但前者處於藝術領域，主要用途在於給人以藝術美的享受；而後者處於科學領域，雖然也有一定美感，但卻主要服務於實用功能。判斷它們之間是否構成侵權應採用國際上公認的公式：“實質性相似+接觸”，與作品形式、設計面積和體量無關。

1. 實質性相似

通常情況下，如果兩個作品在表達方式上不相同，一般不構成著作權侵權。但是，表達形式這一外在並不能籠統地成為著作權侵權的判斷標準，根據個案分析的方法，只有當原被告作品構成“實質性相似”時，才能認定被告侵犯了原告的著作權。這一判斷標準在“瓊瑤訴于正《宮鎖連城》抄襲《梅花烙》案”中也得到了充分體現，原被告作品的表達方式雖然不同，但因21個故事情節的相似，最終法院判決原告勝訴。

在劉雍案中，其特殊性在於原告與被告的創作基礎都是公有領域的苗族傳統藝術，兩者的相似極有可能是公有元素導致¹⁰，因此，簡單的相似性比對在民間文學藝術衍生作品的著作權侵權認定中並不十分準確。《伯爾尼公約》中的認定方法“三步檢驗法”，將著作權侵權認定分為“抽象”、“過濾”和“比較”。首先，要把不受著作權保護的“思想”從原被告作品中抽取出來，與表達相分離，其次，將原被告作品中屬公有領域中的部分過濾出來，最後對比原被告作品的剩餘部分，看有無實質性相似來判定被告作品是否侵權。¹¹基於司法效率的考量，儘管這一認定方法在中國司法實踐中不屬認定著作權侵權的主流方法，但相較於“實質性相似法+接觸”，其抽取“思想”，過濾“公有領域部分”的做法顯然更適於民間文學藝術衍生作品的著作權侵權的認定。

在劉雍案中，除去被告的作品與原告作品所運用的苗族民間藝術元素，其實質性的相似在於通過苗族藝術原始人物和故事抽象化而表達出來的“熱愛自然，開拓進取”精神。而這一點恰恰是原告作品的獨創性所在，所以可以認定被告原封不動地使用了原告作品中最具有獨創性的部分，且在外觀上與原告作品並無明顯視覺差別。因此，被告作品與原告作品構成實質性相似。

2. 接觸可能性

在著作權侵權判定中增加“接觸可能性”這個構成要件，其法理基礎有二：第一，保護公眾的創作自由不受著作權的部分限制；第二，著作權自創作完成便已產生，因此缺乏相應的公示制度，故需保護善意的公眾。在司法實踐中，“接觸可能性”要件通常是以推定的方式進行認定的，即在認定兩

作品相似度較高的情況下，推定被告“有接觸作品的可能性”，再由被告舉證其“獨立創作”，因此，該要件又被稱為“獨立創作例外”。

在劉雍案中，原告的創作時間先於被告，且多次獲得國內外的重要獎項，涉案作品參加了國內外的重要展覽，被國內外重要美術館收藏，成為地標性建築的工藝美術作品，且被告不能證明自己的創作係“獨立創作”，需要承擔舉證不力的法律後果，由此可以推定被告有接觸原告作品的可能性。

(二) 法定免責事由

著作權的保護客體是在著作權保護對象上所施加的、能夠產生一定利益關係的行為，也就是中國《著作權法》第 10 條規定的若干專屬著作權人“權利”所限定的行為。“實質性相似”是認定著作權的保護對象的條件，而“未經許可”是認定著作權侵權的必要條件。在劉雍案中，被告在未經過著作權人的許可和缺乏法律依據的情況下實施的受著作權專有權利控制的行為，構成對著作權的“直接侵權”。¹²

五、結語

當民間文學藝術創作主體外的其他主體以民間文學藝術元素或利用民間技藝進行再創作時，其行為不構成侵權。在認定民間文學藝術衍生作品著作權侵權時，不能簡單適用“實質性相似+接觸”原則，而應該首先判斷涉案作品是否符合“表達”及“較高獨創性”的著作權法作品認定標準，然後對原被告作品進行“實質性相似+接觸”的比對，從而實現對著作權人專有權保護與民間文學藝術保護的平衡，鼓勵誠信創作。

註釋：

- ¹ 見貴陽市中級人民法院民事判決書(2012)築民初字第 146 號、貴州省高級人民法院民事判決書(2013)黔高民三終字第 3 號，最高人民法院民事判決書(2015)民提字第 47 號。
- ² See *Glossary of Terms of the Law of Copyright and Neighboring Rights*. WIPO. 1980. P. 56.
- ³ 廖冰冰：《民間文學藝術衍生作品的著作權保護及惠益分享》，載於《人民司法》，2009 年第 18 期，第 50-54 頁。
- ⁴ E. Samuels: *The Idea - Expression Dichotomy in Copyright Law*. Tennessee Law Review. 56. 1989. Pp. 321-322. 轉引自趙師斌：《著作權法上的思想/表達二分法原則研究》，上海：華東政法大學碩士學位論文，2013 年，第 4 頁。
- ⁵ See *Copyright Law of the United States* § 102 (b), 2007.
- ⁶ 北京第二中級人民法院民事判決書(2007)二中民終字第 02155 號。
- ⁷ 王遷：《著作權法》，北京：中國人民大學出版社，2015 年，第 46-50 頁。

- ⁸ 同上註，第 7-20 頁。
- ⁹ 殷倩倩：《民間文學藝術衍生作品獨創性問題研究》，武漢：華中科技大學碩士學位論文，2016 年，第 37 頁。
- ¹⁰ 王曉君：《民間文學藝術的著作權規制——以劉雍系列工藝美術作品侵權案為視角》，載於《河北法學》，2015 年，第 11 期，第 117 頁。
- ¹¹ 林秀芹、曾斯平：《論民間文學藝術衍生作品獨創性的認定——以趙夢林京劇臉譜系列案為例》，載於《湖南社會科學》，2013 年第 6 期，第 60-63 頁。
- ¹² 同註 7，第 404 頁。