

作品独创性判断之主观主义标准

【摘要】 分析了主观主义标准从创作行为去判断作品独创性的合理性和将作者的创作成果与客观外部世界的永恒实体彻底区别开来的不科学性。探讨如果在著作权法中彻底贯彻主观主义标准,则著作权法的保护范围会无限扩大,公有领域会受到严重侵蚀,著作权法所追求的‘繁荣文学艺术’这一目标将无以达成。

【关键词】 主观主义标准 独创性 著作权

杨述兴/文

为了受著作权法的保护,作品必须具有独创性。独创性理论必须将那些本不具有独创性而授予著作权的作品驱逐出去,让其回到公有领域。在这种意义上,就确定著作权法的保护范围和避免造成对公众领域的侵蚀而言,独创性的标准具有工具意义。

但什么是作品的独创性标准?作为著作权中的最为基本的、需要界定的前提,独创性理论首先要求完全清楚,其次,必须厘清真正具有独创性的作品与不具有独创性的成果之间的边界。然而在此,该理论都遇到了困难。

司法工作者不可能等待某一法律理论成熟后才对相关案件予以裁判。即使独创性理论还没被澄清,当遇到某一智力成果是否具有独创性的案件时,法官也得硬着头皮将案件审判下去,并应通过判决书或者其他司法文书去阐述其对作品独创性标准的理解和运用。

理论工作者当然也应根据其对于著作权法理的理解和对司法案件的判断去构建作品独创性理论。理论工作者应思考:是从智力成果的创作过程还是应从该成果的客观表达形式去判断作品的独创性?抑或是二者兼而有之?当司法语言在表达上没有理论上的说服力量时,我们如何才能知道司法判断方法是充满理论逻辑的?我们如何去从法官的判决词中参读作品独创性判断标准之真义?

从英国议会于1709年通过《安娜女王法》至今,著作权法已历经近三百寒暑。在此期间,司法工作者和理论工作者对作品独创性理论进行了艰辛的理论研讨和制度构建。在不懈地理论探索中,基于对著作权法本身的信仰,基于对努力实现著作权法价值目标之追求,在作品独创性的判断上,学界和实务界一致认为:我们可以为作品独创性的判断找到标准,该标准是试验性的,当经验发生变化或者新的情况出现的时候,总会对其予以修订,但是,我们可以通过解决问题的尝试和失败去学会理解问题^[1]。法理学传统要求我们使用客观标准。我们不可能超越本我的限制而看清任何事物的本来面目。尽管如此,这却是一

个在我们的能力限度之内应当努力争取的理想。^[2]

但在具体判断作品独创性的标准上,有两种关于作品独创性的标准始终在著作权法制上分庭抗礼,互较短长。这两种独创性判断标准是主观主义标准和客观主义标准,前者又称浪漫主义标准、目的主义标准,后者又称形式主义标准、结果主义标准。本文对主观主义标准进行简单评述。

关于作品独创性判断中的主观主义标准,实际上渊源有自。它是在将作品独创性与专利法中发明创造之新颖性的比较而言的,如按照法国著作权法的理论,独创性是著作权的试金石,它要同工业产权的基本标准新颖性区分开来。对独创的衡量是主观性的:独创性是创作努力产生的个性的标记,而新颖性是客观的,是可以衡量的,因为新颖性的定义是过去无同类。而且独创性在这里就是价值的同义词。^[3]我国台湾学者认为:作品‘原创性,即‘主观的新颖性’;与专利法所要求客观的、绝对的‘新颖性’不同。^[4]

国内也有学者在独创性判断上坚持主观主义标准,如认为‘作品内在的规定性在于其具有独创性,是‘创作努力产生的个性标记’;……对个性的衡量是主观的,而且各国对个性在作品中的表现程度的要求不同。^[5]

在对作品独创性的判断上,主观主义标准认为作品只要是独立创作,不是抄袭或复制他人作品而来的,该作品就具有独创性,受著作权法保护。可见,此处的主观主义标准,不是指主观任意性,也不是指在独创性判断上的随意性。处于个人意识中的纯粹主观空间在任何时候都不可能受法律调整。这是主观主义标准中之‘主观’与我们日常所说的‘主观世界不受法律调整’之‘主观’的重大区别。

民法理论认为,产生作品的创作行为是事实行为,事实行为的本质在于事实构成,通常包括行为的客观内容、行为所引起的客观后果、行为与后果间的因果关系。民法对事实行为要件的概括表明了确定事实行为的法律意义时,不可能放弃对行为本身的描述,行为是事实行为不

可或缺的构成要素。独创性主观主义标准认为,只要是“独立创作,不是复制或抄袭他人作品而来”的智力成果,即受著作权法保护,该标准从行为本身去判断作品之独创性,当然有其合理性。但该标准的理论前设是否合理?其逻辑推论会导致何种结果?下面对此作简要评述。

持主观主义标准的人认为:人们存在一个内在的、不可约减的主观空间,在该空间中作者能够无中生有;人们能够将作者的独创性的创作成果与客观外部世界的永恒实体区别开来。他们认为作者的独创性意识根本就完全与外部世界没有关系。因此,作者要宣称其成果的合法性而反对他人对其成果擅自使用,作者对其成果享有著作权当然就是理所应当。

然而,应如何区分作者主观空间和客观外部世界?一旦考虑到艺术成果的实际特征,这种主观客观的划分就会崩溃。如果不利用外部世界的经验,任何作者都不会有创作行为,所以根本就没有一个纯粹的主观空间。毋宁这样说,作品所反映的思想不可能是绝对的独创,否则,即使这种作品被创作出来了,也没有存在的价值。任何作品,人类的任何创造,都是在人类数千年文化积累的基础上产生出来的。^[4]艺术家将经验演绎为艺术作品,将记忆中和需要阐释的原始素材予以重新组合。不管是自觉还是不自觉的,很显然,任何作家都会受到他所读过的作品的影响和限制,更别说是受到作者的天赋、社会经济背景和历史的背景的影响和限制。以现代的眼光看,纯粹个人的、不受任何限制的主观性的浪漫创作观点似乎是过度的形而上学,甚至是具有神话性质的。尽管作品可以追溯到作者本人,但作品的新奇不可能是绝对的,因为作者的创造性不可能与其生活的外部世界完全隔离。

主观主义标准者同时认为,作品是艺术家主观构想的再现。“再现”一词足以说明主观主义的观念假设——其作品再现(从字面上看,就是“再次呈现”)艺术家的独创的思想。如果作品是“再次呈现”,则它是衍生物;一些原初的东西必然在作品之前。既然如此,作者主观空间与外部客观世界毫无干系的理论前设不攻自破。现代社会人们的通常观点认为,并不存在一个不受外部经验世界所限制的纯粹的主观意识。基于现代的思考方式,作品不是一个纯粹的主观再现,而是打下了主观的标志,同时伴随着其他激励、产生主观意识的文本和经验标志。

主观主义判断标准可以运用到最平凡的、具有商业价值的作品上,不管该作品有多么俗气。由于该标准倾向于强调的作者的主观性和作者创造的独特性,而不强调作者作品来自外部世界的因素,所以,作品极可能受到广泛的著作权保护。主观主义标准可以帮助我们解释近三百年来著作权法是如何促成了其保护对象的不断扩张的历史事实。由于著作权保护范围的扩张,公共领域的作品必然会减少,这损害了知识公共领域的利益。著作权法保护范围的不断扩张,是主观主义标准运用的自然结果,而不是保护作者权益的著作权法的正常历史发展逻辑。

著作权法的真正目的是保护作者。因此,著作权保护的范畴反映了法律尊重创作的程度。著作权法不能降格为仅仅为了反剽窃而存在。诚如学者所言:“表演者的表演行为和外观设计原则上也可以溯及到行为人的个人劳动投入,但是这些劳动投入并没有为主体取得独创性的智力成果,与其他成果相比,它们只是在外观上具有独特性。对于它们来说,法律只保护与之相关的投入。”^[5]我们质疑,如果给予马戏团的广告和给予徐悲鸿的奔马图以同样的法律保护,是否能够有效实现著作权法的目标——激励作者或艺术家的创作,从而促进文学艺术的进步?这是否体现了法律的偏见?

总之,主观主义标准对智力成果是否具有独创性的判断上,不可否认其合理性,比如强调作品受著作权法保护的前提是必须是作者“独立创作”,强调从创作过程考量作品的可著作权性。但如果在著作权法领域中毫无限制的贯彻主观主义标准,则著作权法的保护范围会无限扩大,公有领域会受到严重侵蚀。为了将著作权的范围限制在那些真正具有独创性的作品上,主观主义标准在适用中应予以限缩,并与客观主义标准相结合,这样,才会重新使公共领域充满活力。没有独创性的成果会被“排除”在著作权保护的范围之内,而这些成果将会对公众开放,任其使用。当越来越多的人使用和欣赏作品,个人的“创作原始材料的”蓄水池将会上涨,此时,他们会有更多的方式去表达他们的创造野心。扩大公共领域会促进艺术的繁荣,毕竟,这才是著作权法的根本目标。另一方面,保护具有真正的独创性的艺术作品,而对那些显而易见的、普通的成果不予保护,这样,法律将会增进公众的利益。^[6]

(作者单位:中国农业大学)

参考文献:

- [1](英)卡尔·波普尔著.客观的知识[M].舒炜光,卓如飞,梁永新,等译.上海译文出版社,2005:207.
- [2](美)本杰明·卡多佐.司法过程的性质[M].苏力,译.商务印书馆,2002:65.
- [3](德)克洛德·科隆贝.世界各国著作权和邻接权的基本原则——比较法研究[M].高凌瀚,译.上海外语教育出版社,1995:6.
- [4]蔡明诚.论著作权之原创性与独创性要件[J].台大法学论丛,26(1).
- [5]高思.关于“作品”的几点思考[J].著作权,1997(1).
- [6](美)理查德·A·波斯纳.法律与文[M].李国庆,译.中国政法大学出版社,2002:508.
- [7](德)M.雷炳.著作权法[M].张恩民,译.法律出版社,2005:117.
- [8]Ryan Littrel.Toward a Stricter Originality Standard for copyright Law [J].Boston College Law Review,2001,43V.