

Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2020.11.001

欢迎按以下格式引用:胡朝阳,任俪文.传统手工艺品的知识产权保护困境与出路——以手工绣制品为例[J].重庆大学学报(社会科学版),2021(5):159-168. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2020.11.001.



Citation Format: HU Chaoyang, REN Liwen. The dilemma and outlet of intellectual property protection of traditional handicraft: Take hand-embroidered products as an example[J]. Journal of Chongqing University (Social Science Edition), 2021(5): 159-168. Doi: 10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2020.11.001.

传统手工艺品的知识产权 保护困境与出路 ——以手工绣制品为例

胡朝阳,任俪文

(东南大学法学院,江苏南京 210096)

摘要:传统手工艺作为我国重要的文化遗产,近年不断面临知识产权争议及知识产权保护困境。从传统手工艺之“工”与“艺”的二元审美结构入手,探讨“思想与表达二分法”理论适用于传统手工艺品保护面临的局限性问题。从知识产权功能性与功利性相协调角度,分析破解传统手工艺品的知识产权保护困境之法制对策,包括重新审视其“独创性”判断基准,明确其二元审美结构,从而完善著作权许可使用制度,厘清其在先作品许可使用权的合理边界;改造其著作权行政管理与司法审判制度,完善有关传统手工艺品的知识产权集中运用与维护机制。

关键词:传统手工艺;知识产权保护;困境与出路

中图分类号:D923.4

文献标志码:A

文章编号:1008-5831(2021)05-0159-10

传统手工艺是我国重要的历史文化遗产,大都有悠久的发展历史。自国务院发布《关于公布第一批国家级非物质文化遗产名录的通知》(国发〔2006〕18号),我国先后五次发布了国家级非遗名录及其代表项目与代表性传承人,其非遗名录内容涵盖民间文学、民间音乐、民间舞蹈、传统戏剧、曲艺、民间美术与传统手工技艺。后者作为传统手工艺品包括木板年画、剪纸、手工雕刻、手工陶瓷品及遍及江苏、上海、湖南、广东、贵州、青海、甘肃等省市的各类绣制品(例如苏绣、顾绣、湘绣、粤绣、广绣、潮绣、苗绣等)。不过,随着工业化生产推进,以人力进行生产与创造的手工业其市场优势地位渐趋衰落。以被重点保护的“镇湖苏绣”为例,技艺高超的苏绣大师仅寥寥数人且大多高龄,年轻辈的“绣娘”人数日渐减少。尤其机绣的稳定性与效率性提高使其工艺也能满足人们日常需求,机绣的产生使得绣制品的实

基金项目:国家社会科学基金项目“大型网络平台的知识产权治理义务拓展研究”(21BFX098)

作者简介:胡朝阳,东南大学法学院教授,东南大学科技法与知识产权研究所研究员, Email:772122928@qq.com。

用性价值基本剥离^[1],普通的服装配饰的生产不可能也没有必要使用精细化绣制技艺,手工绣制只能转而增强其艺术性特征,以丰富的表现力获得艺术品市场的认可。目前,基于机绣的绣制品在礼品、藏品、装饰品以及服装市场有着广泛的受众,由绣娘精心绣制的绣制品其市场竞争力却不强^[2]。在此趋势下,如何利用现代知识产权制度保护传统手工艺及其产品便面临现实挑战。

一、传统手工艺品保护案例引入与问题提出

(一)“卢福英案”基本案情介绍

以卢福英案^①为例,该案为正在走向艺术品转型道路的苏绣产业提出了知识产权侵权风险的警示。原告上海京粹艺术品发展有限公司(以下简称“京粹公司”)享有画家刘令华油画作品《贵妃醉酒》的专有许可使用权,而刺绣大师卢凤娟则未经许可使用该幅油画作品作为苏绣创制的底稿,绣制了苏绣作品《贵妃醉酒》,并由北京南丰利商贸有限公司和中粮广场公司生产销售,最终案件认定卢凤娟作品侵犯了原告京粹公司对油画作品《贵妃醉酒》的复制权,判令被告共同侵权,赔偿损失。

(二)“卢福英案”影响与问题提出

“卢福英案”被认为是一场没有赢家的官司。对京粹公司来说,其耗费了大量时间金钱,却没有获得预料中的巨额赔偿。于被告而言,原先几年来精心制作的绣品被永远尘封。该案之后,苏州政府试图打造相应的“版权交易平台”即苏州市刺绣作品版权许可交易平台网(www.suxiuiip.com),以用于进行有关苏绣作品的登记与展示。不过,根据许可交易模式看,相对人若欲取得相应的授权,仍需联系原作者进行商洽,以支付相应的许可费方式达成协议,这又使得运营成效受到一定限制。

通常,对于一个手工艺者来说,在一副绣品完成之前,没有人能够保证其表现力,苏绣不同于机绣,在对题材的表现过程中,需要人为思考丝线的配色、针法的选用,甚至会遇见现有的技法无法表现所选定的题材等颇具挑战性的问题。而正因为这些难题的出现,苏绣的技法得到不断创新,苏绣的创作技巧不断迭代,也正因为如此,培养一名真正的苏绣手工艺者需要相当漫长的时间。然而,在现代机械化乃至智能化生产背景下,苏绣类的传统手工艺品的创新技巧往往因受制于作品的独创性认定标准而难以取得有效保护,烦琐芜杂的著作权许可使用制度又使得本应促进艺术创新与发展的知识产权制度反而成为传统手工艺产业发展与进步的阻力,传统手工艺产业发展面临着知识产权保护的悖论。

二、传统手工艺品著作权保护面临的悖论

(一)传统手工艺品的著作权保护争议

“卢福英案”判决认定苏绣的创作是对油画作品的复制,这对苏绣行业的打击是巨大的。复制与改编的一个重大区别在于,前者对在先作品的使用行为不包含受到法律认可的独创性,所产生的作品不能受到法律的保护;而后者对在先作品的使用含有其独创性,后续的利用需要获得创作者的许可。这在司法实践中明显体现在对赔偿数额的确定上。就传统手工艺品的司法保护而言,法院往往既认定手工艺品的非独创性,又肯定其“工艺价值”,降低其赔偿数额,这往往有悖著作权保护制度的立法原理。

当前,知识产权制度对于“复制权”的认定是否过于宽泛值得斟酌。著作权的核心在于“利益衡

^①参见上海京粹艺术品发展有限公司与卢福英等侵犯著作权纠纷一案,(2009)二中民终字第9965号。

量”,而“复制”是著作权体系的基础,正是由于简单复制对于创作者、使用者、传播者等多方利益的巨大损害,立法上才有必要赋予著作权所有者以有限的垄断地位,促进其积极适用法律上所赋予的权能以弥补因“廉价复制品”对其所造成的市场侵占。换句话说,正是因为被控侵权的“复制品”的价值依附于“原作”,并瓜分了属于原作的市场甚至对其构成替代效应,才需要相应的惩罚或赔偿措施,以保护原本健康的创作环境。

在传统手工艺品的知识产权保护争议中,手工艺品往往被视之为原作的“非独创性”的再现,其本身的“复制品”属性决定其艺术价值依附于原作,由此往往使之被视为破坏原作的创作生态,并因此被判定须承担相应赔偿责任而应受到法律的惩戒,且其后续对该作品的使用不应受法律保护。不过,在油画《总理在汶川》被控侵权一案争议中,学界往往普遍认为油画系对摄影作品的“二次创作”,并不属于简单的复制。同样,假设拍摄者拍摄了一幅人像摄影作品,手工艺者依据该人像摄影借助苏绣工艺而制作出雕塑作品,那么对该雕塑作品的制作似乎也不应简单地视之为复制行为。不过,在对该人像摄影及其雕塑作品进行拍摄或临摹中其“独创性”与否如何界分,或其“独创性”又该如何认定,往往是值得深入探讨的问题。

(二)传统手工艺品的审美二元性解析

传统手工艺的艺术性表达在于其对“技艺”的运用,对于传统手工艺作品来说,其艺术价值维度由“工”和“艺”两个层面构成。

以苏绣为例,苏绣的“工”是绣娘在绣制作品过程中对基本技法的选择以及特殊技巧的运用。就基本技法而言,其作为一般性的基础知识往往落入公有领域,以便于苏绣的底层语言得以传承和推广。就特殊技巧来说,正因为它是人为的技巧运用,这才能使苏绣这类传统手工艺作为艺术品与工业化机绣有着天壤之别,技巧是每一位苏绣大师在学习与创作中对“针法”与“绣线”的运用心得,是主观化和经验化的产物,是制作者在对美的表达与思考基础上所作的判断。苏绣手工艺者通过这一类特殊的技巧选择、编排和运用,使绣品能够产生特殊的表现效果,从而增强绣品的表现力。技巧作为高级形式的客观化技术可以采用一定的形式固定下来,以“特殊的刺绣语言”在作品中展现其价值。

“艺”则是绣品最终的表达,而这种表达来源于底稿,又不能与刺绣语言相剥离。一般来说,苏绣选稿的意趣是苏绣价值的基础,没有精美的底稿图样,再精巧的构思、再高超的绣技也难以展现。然而,自古以来,正是由于苏绣对底稿的依附性,往往忽略了其中“工”作为刺绣语言的独特价值。

与一般美术作品不同的是,手工艺品的“工”与“艺”虽然最终呈现一体化,但人们对于两者可以分别进行审美价值判断。对于同样图案的“刺绣作品”,一般人可以通过视觉感知到“艺”的表达,用触觉、视觉感知到“工”的不同。不过绘画作品的“工”与“艺”在最终的艺术表现上形成同一种“艺术表达”,这种艺术表达除非复原整个绘画过程,否则便不能以肉眼进行感知。同一副图案的绘画作品,非专业人士无法直观感受到其原作与“仿作”之间“工”的不同。

对汇编作品而言,其“工”和“艺”的二元结构在作品的最终呈现上有着更为明显的区别,观者可以明显地感受到汇编人对素材的选用、判断以及相应的处理,替换掉素材的内容,这种选用、判断和处理可以单独呈现,而并非是随着形象层的改变而有所区别。然而,我国著作权制度设计早期迫于压力,其后续修改也多是源于对域外知识产权制度的借鉴。不过,伴随现代工业文明及其机械化大生产的发展,我国知识产权制度对艺术品创作与保护的权衡与国内源自农耕社会的本土传统手工艺文化难以完全相匹配。因而,在著作权保护上我国并未充分认识到传统手工艺品的审美二元结构存在的重

要性。

西方世界开创了现代工商业文明,其手工艺者的生产不仅仅用于满足日常使用,往往还用于商业交易,艺术的美学判断是主观的,而其功能则体现了手工艺品的客观价值,为了满足商业交换的条件,西方手工艺的发展更注重简约、实用以及功能性^[3]。机械工业的发展,极大地压制了面向大众服务的手工艺行业的生存,直到19世纪的中后期以英国为代表的西方手工艺兴起才爆发了较大的“艺术与手工艺”运动^[4],企图复兴欧洲中世纪那种质朴的、粗犷的、没有受到机器粗暴玷污的手工的艺术形式^[5]。在当时的社会环境中,大众手工艺品的“工”并不具备艺术审美价值,更偏重于使用价值,只有在极少数宗教或者贵族场所,才得见手工艺品之美。因此,在“功能性”与“艺术性”分离的版权视野中,西方的“手工”不具有可版权性。

不同于西方手工艺与艺术的分化,由于受到小农经济的影响,中国的传统手工艺除日常使用外,不用于工业性生产,其实用性和艺术性发展走向另一种极端。在中国的历史中,文人阶层不断发展的状态,儒家思想传达的“仁义礼智信”的要求,使得平民以文人阶层的审美价值为创作追求。同时隋朝之后,科举制的形成促使文人阶层不仅能够掌握话语权,还具有相当的经济影响力,“工”“商”不为士人所认可,转而迎合“士人”的需求为发展要求。

在古代文人阶层的审美价值中,以苏绣为代表的传统手工艺不断向艺术性发展和推进。唐朝前后,刺绣技艺即为官员皇室所服务,技艺高超者被纳入皇家专门机构工作和教学。及至宋代,其轻武重文的社会环境使得文人阶层的审美判断成为民间文化的主流意识,促使本身细腻的“女工”等刺绣技艺从实用艺术产生了纯粹艺术的分支。尤其在宋徽宗时期其皇家画院特设“绣画”专科,在宋徽宗的推崇和嘉奖下,绣工们通过对名人书画的临摹作画,其刺绣工艺一度堪称“画绣”。到明代嘉靖时期,进士顾名世的家族形成了以山水花鸟著称的“顾绣”。“顾绣”又是“闺阁绣”的代表^[6],其以精美高雅为艺术追求,不计材料成本与时间成本,刺绣工艺日渐脱离原本简单的“女红”,成为文人阶层的收藏品。至清末民初,沈寿的仿真绣一举成名,其绣制的《意大利皇后爱丽娜像》曾被作为国礼赠予意大利皇室^[7]。

正所谓“独具匠心”“巧夺天工”,对“奇淫巧技”的追逐,促使中国的手工艺者在在对“艺术”的追逐当中,不断扩张技艺本身的表现力。质言之,视觉艺术与中国传统手工艺的区别在于作品的价值构成,视觉艺术的“工”最终与“艺”融为一体,大众对于视觉艺术的认可与感知也仅仅在于“视觉”;而中国传统手工艺由“工”与“艺”的双重价值所同时构建,两者可以被区分和感知。

(三)传统手工艺品的形式主义审美研判

以传统手工艺的多元价值结构推断,传统手工艺的“工”最终能够在载体上形成有形的表达,应当被认为是需要进行独创性判断的客体,但实践中法院却具有不同的认定。

在浮雕艺术中,法院往往认为尽管雕刻过程需要一定的技巧,但是其雕刻手法属于常规工艺^②,技巧和技能本身不能作为独创性判断的客体。不过在内画艺术中^③,北京法院又有着截然相反的观点:鼻烟壶内画与国画的创作过程截然不同,两者所需的颜料、工具、选材、耗时等亦有显著区别,其鼻烟壶

②段国胜与成都市凤雅堂工艺品有限公司、成都凤雅堂文化发展有限公司著作权侵权纠纷二审民事判决书(2010)川民终字第471号。

③内画是我国一种特有的传统工艺,其产生源自画鼻烟壶。内画的画法是以特制的变形细笔,在玻璃、水晶、琥珀等材质的壶坯内,手绘出细致入微的画面,格调典雅、笔触精妙。

内画创作者在绘制内画时,即便临摹了国画,也必然会体现内画创作者独特的思想、判断、技术和风格^④。

甚至在有些案件中法院还做出了前后不一的表述。例如,在2018年涉及的某苏绣作品著作权侵权案中,法院判决指出,王信贺的苏绣作品与曹新华的美术作品在载体上虽然不同,但实际上是在不同的载体上再现了曹新华的作品,是一种复制行为。不过在其后的赔偿方式判定问题上,判决书做了如下表述:“被控侵权绣品与曹新华美术作品二者在艺术表现形式上截然不同,含有王信贺在曹新华画作基础上完成的二次创作”^⑤。显然,其后的判决中又认可了刺绣技艺的选用是具有“独创性”的表达。

上述问题往往源于人们对“表达”的认知受到传统的审美理论所限,其对作品的独创性判定不能正确适应我国的现实环境。当前在知识产权保护实践中,法律与艺术之间存在着较大的分歧,同样是基于审美价值的判断,以促进人类知识进步和艺术繁荣为目的的著作权制度却在对审美的理解上与艺术本身并不同步。

就此而言,美国霍姆斯法官曾无不忧虑地指出:“仅受过法律教育的法官不能胜任审美判断的工作,如果该法官具有审美判断的知识,运用他们的美学知识裁定著作权案件则是可接受的”^[8]。霍姆斯法官的忧虑是必然的,版权本身以促进人类知识与艺术的进步为目的,需要在创作者、传播者、公众以及后续的再创作者等主体间进行利益衡量,不具有审美判断的法官难以对作品的“创造性”部分进行认定。

20世纪中叶盛行的形式主义审美标准率先在艺术的多变与法律的稳定之间实现了一定的平衡,并随后迅速影响了刚刚建立起著作权制度的中国。最初的形式主义美学理论诞生于19世纪,克莱夫·贝尔提出了“有意味的形式”的观点,其强调艺术的要素构成,强调色彩、线条等特殊的组合共同构成对于审美的表达,反对再现现实的东西,反对复制和模仿^[9]。

不过,由于“形式主义”的美学理论以艺术的构成要素为客观标准,能有效避免因审美者的个人品味而产生对作品审美判断的主观性^[10],而对于并没有太多美学知识的法官来说,“形式主义”理论可以有效帮助其剥离作品中属于思想的部分,以形象层进行审美判断是较为简单的司法审查任务。

按照形式主义的美学理论逻辑,如果由两位苏绣大师,一位使用仿真绣绣制人物肖像,一位用乱针绣绣制同一人物肖像,则最终两幅作品将不需要进行独创性的判断,因为两者在形象层面上完全相同,而符号层不属于审美判断的客体。形式主义的美学理论局限性造成了当前司法实践中对传统手工艺品保护的悖论。

虽然形式主义的美学判断逻辑奠定了“思想与表达”二分理论在著作权保护中的重要地位,“思想”是自由的,而“表达”才是值得法律保护的客体,但是形式主义的美学理论产生于绘画领域,对其他领域的艺术来说,仅仅以线条、色彩等作为构成要素显然不那么合适。随着艺术门类的不断扩张以及传统手工艺的多元审美结构呈现,艺术的审美价值以“形象层”为判定标准已不再切合艺术发展的现实发展趋势。

因此,在形式主义的基础上,学者们结合语言学、社会学的理论提出结构主义的理论,主张美学不应关注“表达的方式”,而应关注“表达了什么”。在现代结构主义理论的影响下,德国法学家雷炳德在

^④黄双水等与戴敦邦二审民事判决书(2016)京73民终339号。

^⑤曹新华、王信贺著作权权属、侵权纠纷二审民事判决书(2018)豫民终1837号。

《著作权法》一书中提出内在表达的概念,认为作者将其感情、思想等通过某种手段表现出来,这种符号的结合最终形成了作品的本身,据此可以将表达分为外在的表达形式与内在的表达形式^[11]。

结构主义理论认为,作品是符号的组合,无数符号组成的意群共同构成作品的最终形象。而对于创作过程中技巧的选用与判断属于受到著作权保护的表达的认定,该理论在我国的司法实践中已经存在。例如薛克华与燕娅娅一案的判决书指出,由于创作方法不同,涉案油画的绘制需要画家本人通过对表现对象的观察、理解并借助绘画颜料和自身的绘画技能才能完成,绘画过程体现了其个人的构思和判断,具有独创性^[12]。质言之,绘画过程中所运用的判断和技巧被认为是受到著作权保护的表达。

当然,从传统手工艺的角度而言,要想真正理解一件手工艺作品就应当从“技艺”本身入手,手工艺者在创制过程中对技巧的判断、选用形成了作品的外在表达,不过由于我国对传统手工艺品艺术价值二元构造的认识不足,属于“工艺”的符号语言往往易被忽视。

三、传统手工艺品的知识产权保护出路分析

(一)传统手工艺品的知识产权保护困境成因

任何对艺术作品的著作权保护都将回到对其创作的激励本身,而当前我国传统手工艺品的知识产权保护却面临窘境,著作权保护中对于手工艺品之“工”价值的忽视以及对独创性标准的判定不一,则使传统手工艺产业的创新环境面临更为艰难的局面。

第一,司法实践中对中国传统手工艺品的审美二元性没有正确的认识。传统的工艺不等于粗犷的民间技术,其本身来源于文人阶层,六部之一的“工”专门从事手工艺的精美设计、创制,其对艺术性的追求早已有之。自古以来,我国对于手工艺者的评价标准就区分了“能”与“巧”。“能”是手工艺者的基本功,是技艺本身,而“巧”才是当前我们所探讨的著作权领域的“表达”。借用日本的民艺理论家柳宗悦对工艺之美的表述最为恰当,“始于知识、生于技巧、出于个性”^[13]。苏绣拥有9类43种针法,每一种针法都有其独特的表现力,但这些针法并不是一开始就存在,而是随着题材的增多而不断创新,如油画作品促进了乱针绣的发展,摄影作品的流行使得仿真绣法得以诞生和推广。遗憾的是,由于早期其著作权体系构建仓促,我国并未形成本土化的理论体系,而是沿袭西方的形式主义审美判断,使得“技巧”等同于“技艺”。而在司法实践中,法官虽常常以赔偿数额的减低认可“工”的经济价值,以“赔偿”代替“判定”,却对手工艺者在技巧的选用、判断与创新上并没有以法律的形式加以认可。

第二,“思想与表达二分法”对于作品的解构标准不一,这种不同的标准往往会影响到作品“独创性”的判定。对于特殊的演绎作品,用“可区别性变化”替换了“创作高度”这一概念^[14],往往会不适当提高版权保护的标准。“独创性的有无”是区分“复制”与“改编”,判定作品是否具有“可版权性”的基本要素之一。但在司法实践中,作品并不是一个完整的整体,而是呈现碎片化的状态^[15]。在传统手工艺中,这种细化的区分却为裁判者所忽略,传统手工艺品往往具有对底稿的依赖性,其二元审美价值结构往往需要通过“结构主义”理论对作品进行框架解构,才能判断其“独创性的有无”。然而在现行司法实践中,仅是外观上的“可区别性变化”成为手工艺品独创性判定的唯一标准。在具有多元审美价值结构的作品上,“可区别性变化”显然不能有效地保护作品的知识产权。如近年来多发的“换皮游戏”问题正是形式主义审美判断所难以应对的侵权行为模式。“换皮游戏”是指美术及地图资源与在先作品有显著不同,但在玩法及游戏整体表现上具有相似性的游戏作品。面对该类问题,司法实践逐渐改变原有的“形式主义”的审美判断,转而使用“结构主义”理论对作品进行框架解构。例如在守望

先锋案件^⑥中,法院尝试将电子游戏的整体呈现解构为五层模型,从而提取第三、四层结构中游戏整体逻辑表现所产生的“独创性”表达,以此破解所谓“换皮游戏”所致虽外观不同但整体逻辑相似的著作权侵权难题。显然,这一解构方式应当应用到对传统手工艺品这一同样具有多元审美价值结构的作品的侵权判定当中。

第三,艺术形式的进化有赖于法治理念的发展。随着科技进步,虚拟现实、数字化展览、挪用艺术、重混创作等伴随科技运用对媒体的“重构”与“解构”,展现出独特的表现力,而在数字技术的运用中,“表达究竟是什么”无法用具体的封闭化立法语言进行构建,没有一个固定且稳定的标准可以描绘高速发展的科技与艺术。不难发现,当代艺术处在一个多元发展的文化语境中,人们开始重新询问艺术本体和艺术存在的意义^[16],艺术理论本身对于审美价值和审美判断就一直处在动态变化之中。现代科技进步也在不断丰富作品的表达形式。例如,诞生于19世纪欧洲的摄影技术通过电子或光学成像技术实现对自然景物的再现,其全新的表达理念使其直至1948年《伯尔尼公约》才被确定为著作权保护客体,后至1996年《世界知识产权组织版权条约》才在法律地位上与其他作品被等同视之。同样,在计算机软件保护问题上,各国也经历了一个从一般性文档,到程序的结构、组织和顺序,再到程序的外观感受这样一个作品表达范围逐步扩张的过程^[17]。

总之,无论是对传统手工艺的著作权保护,还是对数字时代后现代艺术的版权重构,都不能只注重“技艺”的形式表达,而忽略了支撑“技艺”背后的习俗、产业、环境等^[18]。在法律语境中,人们也许永远不能认识到“表达”究竟是什么,但是“表达不是什么”也许可以成为思考的角度。著作权法作为维护人类艺术与人文健康发展的制度,不能与艺术本身相脱离。在法律体系中,表达是直观且具体的,但在艺术语言里,表达是多元且含蓄的。因此,法律制度必须具有较为开阔的思路,不能以绝对化的逻辑思维对艺术进行封闭式规定。在艺术的多元结构中,“传统手工艺”的本身审美价值应当被重视。在对苏绣的评价中,所谓“平光齐匀”指的即是技法的选用与展现。面对具有二元审美价值的传统手工艺作品,倘若固执地选用“可区别性变化”标准以判断独创性之有无,无疑是缘木求鱼,抛弃了独属于“手工艺”本身的美学表达。

同时,著作权的功能在于人为创建竞争环境以利激励创新,其对于经济效益的关注远远高于对“艺术价值”本身的确立,而传统手工艺在机械化时代中难免成为市场竞争的失败者。在此时代背景与现实趋势下,若是仍然采用纯粹形式主义的审美标准判断其手工艺品的艺术价值,显然有违基于功利主义理念的版权立法目的。

(二)传统手工艺品的知识产权保护出路设计

鉴于传统手工艺品的版权保护面临困境,有必要在明晰域外著作权理论与我国传统手工艺审美基准之间认识分歧的基础上,结合国情完善我国著作权保护制度体系。法律对作品的内在表达形式的认知往往滞后于社会现实。著作权立法需要进行相应的利益衡量,既要避免其作品复制泛滥所致的“公地悲剧”,也应避免因其“权利控制”过度造成的“反公地悲剧”。传统手工艺品对底稿依附性强且其侵权风险高,传统手工艺品自身独创性判定困难且其维权成本高,现行的知识产权保护制度设计往往对传统手工艺产业的生存与发展环境认知不足而难以有效适应其社会发展需求。为此,有必要从三方面

^⑥上海网之易网络科技有限公司、暴雪娱乐有限公司与广州四三九九信息科技有限公司、四三九九网络股份有限公司侵害著作权纠纷、不正当竞争纠纷一审民事判决书(2017)沪0115民初77945号。

对其加以修正。

首先,对传统手工艺作品应当重新审视其“独创性”判断标准,明确其二元审美结构。无论是法官,还是社会公众都能较为明确地区分在相同图案下,传统手工艺作品与机绣作品均存在显著不同,但这种对于“技艺”的审美判断却在旧有的“形式主义审美判断”中人为地忽略了,简单地将传统手工艺作品未经许可使用他人底稿的行为认定为系对其在先作品的“复制”,将影响传统手工艺作品取得补充许可及其后续利用。随着现代科技发展和重混创作成果层出不穷,越来越多的演绎作品在丰富文化市场的同时,也使在先作品权利人日渐控制其作品派生市场,模糊了其版权保护与创作自由的边界,在传统手工艺创作中似乎不宜简单地套用复制权与演绎权的版权法框架界定其作品地位及其独创性标准。目前,我国已意识到对作品概念持封闭式界定的不足,在《著作权法》(2020年修订)第三条中摒弃了之前对作品的列举式封闭界定模式,明确了作品的“独创性”“能以一定形式表现”“智力成果”特征,从而赋予了作品更为宽泛的定义^⑦,这为当前作品的解构与艺术形式的不断扩张预留了法治空间。

其次,面对资本在知识产权控制上的不断扩张,应当完善著作权许可使用制度,划清其许可使用权利边界。知识产权侵权问题的核心要义在于在后作品使用原作的目的是否产生了对原作品的替换效应^[19],正因为其“使用”目的上产生对原作品的替代效应,因此可以使用知识产权保护制度对其使用行为予以惩戒。但在传统手工艺品的知识产权争议案件中,许多法官虽然认定手工艺品系对在先作品的“非法复制”,并认可传统手工艺品具有的较大的工艺价值,却采用民法的添附理论要求以“不当得利的赔偿”代替“销毁侵权复制品”的责任承担方式。这往往是因为传统手工艺品对原作品的替代效应较弱,法官才会作此判断。

从另一角度看,传统手工艺品由于其二元性审美结构,虽然工艺价值占比较大,但手工艺者在作品完成之前,无法预计最终会有怎样的表现力。而传统知识产权制度对许可前置的要求,使得高额的许可成本阻碍了此类演绎作品诞生的可能,手工艺品的经济价值在创制完成后才能根据市场表现诞生,但最终选择了什么素材,使用了哪些作品在作品最终完成前具有较大的不确定性。这就导致具强势地位的企业可以通过增加资本投入的方式收购作品,获取著作权人许可的优势地位,在知识产权集成的优势地位下,利用法律赋予知识产权的排他性效应扩张其对知识产权的控制,形成弱者恒弱,强者恒强的剥削局面,从而进一步蚕食其公共知识领域,缩小普通创作者所赖以生存的创作空间。诚然,著作权保护领域中的合理使用制度可以赋予普通公众以自我学习的抗辩事由。不过,对于传统手工艺者来说,由于其自身经济条件所限及手工艺创作周期漫长,往往使其在签订许可合同时面临着不利地位。这就导致现实社会中一方面是版权的不断扩张和版权保护力度的不断强化;一方面是侵权案件和侵权现象的层出不穷^[20]。

值得注意的是,我国《著作权法》(2020年修订)不仅对作品类型采取开放立法,并且对合理使用制度采取“三步检验法”,即须符合“特定、特殊情形”“不影响原作正常使用”“没有不合理损害原作者著作权人的合法权益”,并对合理使用情形的界定采取列举加兜底条款的开放立法模式^⑧,这有助于使传统手工艺产业更好适应现代科技发展并灵活应对艺术生存环境面临的现实挑战。不过有学者认为,应当

^⑦《著作权法》第三条规定:本法所称的作品,是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以一定形式表现的智力成果。并将其第九项修改为:“(九)符合作品特征的其他智力成果。”

^⑧《著作权法》第二十四条规定了合理使用制度,并在其第一款增加一项,作为第十三项:“(十三)法律、行政法规规定的其他情形”。当然,由于“法律、行政法规”规定情形的明确性,该项能否被视为开放立法体现,也受到学界质疑。

对当前的法定许可制度进行一定程度的扩张,结合使用目的和市场因素的综合考量,根据具体领域及所涉版权利益等,增加许可制度的开放性,应对市场博弈和社会实际需求^[21]。因此,在对许可使用制度的重构上,应当结合版权市场主义与功能主义理论,提出是否存在市场失灵、是否具有竞争性或补充性、是否具有创造性或复制性的三个判断要素,以此为依据划定权利边界,确立相应的法定许可或合理使用制度,避免因许可前置带来的资本垄断,阻碍知识产权的私权滥用及其文学艺术产业的健康发展。

最后,改造著作权管理制度,完善与传统手工艺品相关的知识产权集中运用与维护机制。在当前的司法实践中,由于传统手工艺传承与发展具有地域性特征,不少传统手工艺品已依照其地域性特征注册了地理标志,如镇湖刺绣、青田石雕等。利用地理标志保护传统手工艺品可以有效地对仿冒行为产生抵御作用,其能够以集体的名义维护属于该传统手工艺群体的商标。不过,地理标志的防御性特点使其在知识产权保护过程中仍面临一定的局限性,地理标志不能有效维护个人遭遇的著作权侵权问题。此外,传统手工艺品生产工序长、侵权风险大、维权成本高,手工艺者精心创制的图案可轻易借助数字化手段进行传播和扩散,但对手工艺创作者来说,手工艺的审美二元性注定该图案与作品价值本身并不一定相匹配,司法实践中其赔偿数额并不理想,而漫长的司法程序以及较高的维权成本,导致其维权动力不足。因此,通过知识产权行政管理与司法审判制度改革以控制维权成本并提高其保护效率,完善传统手工艺品的知识产权保护与运用模式势在必行。

四、结语

西方知识产权理念及其制度移植往往与传统艺术及现代社会发展存在不协调。在“思想与表达二分法”的理论指导下,司法实践不断探索新作品的多元结构,对作品的表达有了更加开放与多元的认识。在此基础上,应当注意到传统手工艺作品是极具民族特色与地域特色的产物,以苏绣为代表的传统手工艺品与普通艺术作品不同,传统手工艺作品有着审美二元结构,其“工”与“艺”相辅相成,由极富创造性的手工艺者在创作过程中展现其对“工”的艺术表达,并最终融合到作品的表象之中。在当前知识产权制度改革进程中,应当立足我国国情探求其知识产权发展需求,从促进文化与艺术复兴及发展的角度出发,重新审视知识产权制度对传统手工艺作品的“独创性”判定。并且在传统手工艺品的知识产权保护实践及其法律适用中也须以追求手工艺产业发展为目标,保障知识产权许可效率,完善著作权管理制度,为传统手工艺品的行政与司法保护提供有效救济机制,保障手工艺创作者的生存与创新环境。

参考文献:

- [1] 叶继红. 从苏绣看传统技艺再生的条件[J]. 学术探索, 2009(4): 87-89.
- [2] 曾红. 苏绣技艺在高级定制服装中的创新运用[J]. 大舞台, 2012(12): 162-163.
- [3] 方李莉. 传统手工艺的复兴与生态中国之路[J]. 民俗研究, 2017(6): 5-11, 158.
- [4] 滕晓铂. 手工艺: 机器时代的人性回归: 爱德华·露西·史密斯的《世界工艺史——手工艺人在社会中的作用》[J]. 装饰, 2010(6): 74-75.
- [5] 郑立君. 20世纪早期英国艺术与手工艺运动对中国的传播与影响[J]. 艺术百家, 2012(5): 193-198.
- [6] 钱元龙. 作为文化表达的苏绣[J]. 学海, 2010(3): 211-213.
- [7] 李杨, 熊莹. 传统与创新之间: 苏绣的传承、保护与产业发展研究[J]. 民族艺术研究, 2017(4): 119-126.
- [8] 王坤. 论作品的独创性: 以对作品概念的科学建构为分析起点[J]. 知识产权, 2014(4): 15-22.

- [9] 刘文献. 美术作品独创性理论重构:从形式主义到历史主义[J]. 政治与法律, 2019(9):121-133.
- [10] 梁志文. 版权法上的审美判断[J]. 法学家, 2017(6):143-157, 180.
- [11] 谢晴川. 论独创性判断标准“空洞化”问题的破解:以科技类图形作品为切入点[J]. 学术论坛, 2019(5):46-56.
- [12] 袁博. 略论视觉艺术作品间的“挪用”:以“从摄影到油画”的高精度临摹为视角[J]. 中国版权, 2016(5):35-38.
- [13] 柳宗悦. 工艺之道[M]. 徐艺乙, 译. 广西师范大学出版社, 2011:199.
- [14] 卢海君. 著作权法语境中的“创作高度”批判[J]. 社会科学, 2017(8):95-104.
- [15] 陈健. 知识产权动态化探析:基于知识产权使用规则[J]. 中国政法大学学报, 2019(05):50-64, 207.
- [16] 郭春宁. “艺术是什么?”的问题转换:《理论在美学中的地位》与《艺术不是什么》的艺术观辨析[J]. 艺术教育, 2013(1):29-31.
- [17] 张志伟. 创意的版权保护[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2014(4):110-118.
- [18] 钟朝芳. 日本《文化遗产保护法》中染织工艺保护法律制度的建设过程与经验启示[J]. 文化遗产, 2020(1):24-31.
- [19] 孟奇勋, 李晓钰, 苑大超. 转换性使用规则的判定标准及其完善路径[J]. 武汉理工大学学报(社会科学版), 2019, 32(4):115-123.
- [20] 苏贵友. 网络时代版权制度的扩张与重构:技术发展视角下的著作权未来[J]. 出版广角, 2014(14):60-62.
- [21] 谢晴川, 何天翔. 论著作权合理使用制度的开放化路径:以“中间层次”一般条款的引入为中心[J]. 知识产权, 2019(5):58-69.

The dilemma and outlet of intellectual property protection of traditional handicraft: Take hand-embroidered products as an example

HU Chaoyang, REN Liwen

(School of Law, Southeast University, Nanjing 210096, P. R. China)

Abstract: As an important cultural heritage in China, traditional handicraft has been increasingly confronted with intellectual property protection disputes and intellectual property protection dilemma. This article discusses the limitations of the theory of “division of thought and expression” applied to the protection of traditional handicrafts based on the dual aesthetic structure of “work” and “art” of traditional handicrafts. From the perspective of the coordination of intellectual property functionality and utilitarianism, this article analyzes the legal measures to solve the traditional handicraft’s intellectual property protection dilemma. First, we should reexamine the judging criteria of “originality” and clarify its dualistic aesthetic structure. Second, we should improve the copyright licensing system and clear up the reasonable boundaries of the licensing right of previous works. Third, we should transform copyright administration and judicial trial system, and perfect the mechanism on the centralized use and maintenance of intellectual property of traditional handicrafts.

Key words: traditional handicraft; intellectual property protection; dilemma and outlet

(责任编辑 胡志平)