临摹、独创性与版权保护

郑成思*

"临摹"与"复制"是否等同？"临摹"而产生的作品是否具有独创性？这些问题，可以说从立法角度讲，已经被我国1990年的著作权法第52条下了结论。[1]无论该法对这些问题的结论是对的还是错的，在修订该法有关条款之前，司法界对此进行其他解释的余地是很小的。

但在学术界，作为对问题的深入研究，则是另一回事。且不说早在我国版权立法之前对临摹就有不同意见，[2]近一两年则更有针锋相对的论文发表。[3]由于我国的现有著作权法确实需要修订，而在修订时是否要修改该法对临摹的性质所下的结论，又正是理论上探讨的要点之一，也是实践中已遇到的问题之一。所以，把"临摹"在版权领域的确切地位弄清，确实是有必要的，尤其是在我国，在当前。从国际上看，这并不是随新技术而产生的新的版权问题(但新技术可能使这个问题更复杂化)，也不是历史上争论至今没有结论的问题。这是个在国际上有过争论，但已基本有结论的问题。为了从中国的实际出发，本文仍打算从我国的情况谈起。

一、自然人与机器、临摹与"个性"

在探讨这一问题前，我想重申一下我在我国版权法出台前的观点：临摹及其产生的作品，是个复杂的问题。[4]把复杂的问题简单化地下一个结论，往往会包括错误的成份。如果错误成份占了主要地位，自然也可以认为该结论基本是不可取的了。

当有人下结论说大陆法体系国家把临摹作品归类于复制品，从而不具有独创性时，他并没有为读者提供任何大陆法系立法、司法或版权贸易实践中的证据。这就会让人怀疑该结论的可靠性。然而，我国的画家常叔鸿先生临摹敦煌壁画的作品，却有实例证明着大陆法系的日本出版商承认其享有版权、尊重这种版权并为之支付版税。

从这里开始，我想可以进入复杂的"临摹"了。常叔鸿是国内外公认的画家，而不是"复制家"，他几乎把毕生的精力全部用在了对敦煌壁画的临摹上，并正因此而在国内外艺术界享有盛誉。[5]较早些，徐迟在二十世纪六十年代的报告文学中，承认了他的临摹是"创作"。更早些，

---

* 中国社会科学院法学研究所研究员。

〔1〕 该条规定："本法所称的复制，指以……临摹等方式将作品制作一份或者多份的行为。"

〔2〕 〔4〕参见郑成思：《版权法》，中国人民大学出版社1990年版，第99页以下。

〔3〕 参见《著作权》1994年第4期和《法学研究》1995年第4期的有关文章。

〔5〕 参见《中国文化报》1992年5月27日第1版《沙漠的守护神》，《中国青年报》1992年3月8日《敦煌研究归故里》。

本世纪四十年代,当常叔鸿的第一批临摹作品在重庆展出时,郭沫若、周恩来等,也均承认了它们是"创作"。[6]当然,这些人,乃至艺术界的人,可能并不了解什么是版权法意义的"创作"。可能他们并不知道常叔鸿高超的绘画"技巧",是不受版权保护的。但从徐迟当年的报道中,人们确确实实看到了常叔鸿临摹作品中应当有"主体的人格"或"个人的特征"存在。它们绝不会仅仅是"技巧"的产物,还必须有掌握这种绘画技巧之人的"判断"及"选择"。而判断与选择如果真的体现在作品中,人们就再难否定作品的独创性,即难否定其可受版权保护的资格了。

参观过敦煌石窟的人,在九十年代仍感到昏暗的石窟中,能看清壁画已经很困难。而在四十年代,要把它们临摹在画纸(画布)上,其难更可想而知。只有技巧而无判断,是不可能完成这项工作的。在昏暗的高墙上,常叔鸿并没有使用打格划线的"标准缩小"或"标准放大"的形式,而是实实在在地进行"非接触性"临摹。这样,每一笔怎样画才能更准确地再现壁画的原貌,没有判断是绝不行的。壁画因年久而有大量脱落之处,而临摹品要再现"原"画尚未脱落时的画面,则必须有画家自己的判断与选择。事实上,敦煌壁画的临摹,已有了某种"写生"的性质。断然否认一切临摹作品的独创性时,人们可能忘记了:临摹,有时与对平面(或近平面〔如浮雕〕)实在物的写生,是难以区分的。而至今尚没有人否认写生作品的独创性。

断然否认了一切临摹作品的独创性,按逻辑也必然否认按照已有的立体雕塑,非接触性地仿制成另一立体雕塑的独创性。而在更多的场合,立体雕塑与现存实物本身,也很难区分。断然否认一切临摹作品的独创性,也很难认定依某人的照片为该人画的肖像在某些情况下是否有独创性了。在日内瓦的钟表博物馆中,就确实展出着被绝大多数观众分不清的彩色照片与彩色肖像画。联系到我国,人们可能会问:天安门前挂的那幅毛主席肖像画,难道不享有版权吗?该画实实在在是依照毛主席生前的照片去画的。

中国的书法艺术发展至今,大都是临摹颜柳欧苏王黄蔡米的已有书法。一大部分书法家之所以成"家",正因其书法"极象"八大家中的某一体,当然也有自成一体、不类前人的。断然否定一切临摹作品的独创性,将给今后书法作品版权纠纷带来极大困难。至少,相当一部分(不是全部)书法家的作品很难在这种版权理论下找到保护。

当人们作出"一切临摹作品均是复制品、因而无独创性"的结论时,其错误前提之一是把有精神的人等同于机器。当然还有其他错误前提,例如把划线放大或缩小以及其他一切"接触性"复制(如拓)与"非接触性"临摹完全等同。

两个自然人不借助机器,不采用标准划线法不可能临摹出两幅一模一样的画。这是人与机器的不同。从一个角度讲,是人不如机器的地方,也是人不可替代机器的地方。从另一个角度看,则是机器不如人的地方,是机器不可替代人的地方。这两个角度并不是对等的。人虽然不可替代机器,但人可以创造新的机器或新的技术替代现有的机器,这则是机器作不到的。

两个人不可能临摹出完全相同的画来,即使他们在临摹中"无限接近地泯除一切个人特征",但终究因为他们是有精神的人而不是机器;他们只能"接近"而已,却永远不能"到达"。近百年前的一位美国法官在认定临摹作品享有版权时说得好:对艺术作品的临摹无论怎样与原艺术品相象,它总多少反映出临摹者自己才有的特点,即可享有版权的东西。[7]用中国人自己

〔6〕 参见徐迟著:《哥德巴赫猜想》,人民文学出版社1978年出版。其中《祁连山下》一文系1956年写成,首次发表于1962年(见该文后记),该文是对常叔鸿前半生工作的记实。

〔7〕 See Bleistein v. Donaldson Lithogzaphing Co. 188 U. S. 239,23S. ct. 298(1903)其中Holmes法官的发言。

的话来说，我想可以引杜诗的两句："先帝天马玉花聪，画工如山貌不同"。[8]

我们且不断言"一切临摹作品均有独创性"。但如果我们只承认到"艺术家中的一部分，在临摹时不可能完全泯灭自己的个性"这一步，就至少可以判断"一切"临摹作品均没有独创性这一结论的正确与错误了。

二、国际上的结论

我讲临摹作品的独创性问题在国际上既有争论，也基本上有了结论，是有根据的。

首先，没有任何一个版权国际公约（无论世界性的还是地区性的）断言临摹作品应归入复制品，也无法从现有公约的任何条文中推出这种结论。所以，至少一切国际公约均认为"临摹作品无独创性"这一结论是不可取的。当然，现有公约中也并没有肯定"临摹作品必然都有独创性"。所以，可以认为：第一，临摹作品的情况是复杂的，不能简单地"一刀切"，而要具体问题具体分析（即个案处理）；第二，各国的司法实践可能在对待临摹作品的独创性方面有所不同，应允许这种不同的存在。

对国际上的这种"基本结论"，并不仅仅是从"公约不言临摹"推导出来的，而且有国际文件为据。1986 年 12 月，世界知识产权组织与联合国教科文组织在巴黎召开的政府间专家委员会，提出了一份有关"视觉可感知的艺术作品"（Works of Visual Art）的文件，其中第 37 段写道："以已有的绘画作品为样板再画一幅绘画作品，既可以视为复制（Reproduction）、也可以视为改作、改编或改制（adaptation）。"[9] 在 1987 年 10 月上述两组织于日内瓦召开的同样会议上，又提出一份"实用艺术品"文件，其中第 101—102 段写道："以已有的实用艺术品为样板，由另一位作者（以手工）再制一份，在诸如英国、瑞士等国，视为复制；在其他国家，则视为改作、改编或改制"。[10]"改编"或"改作"与"复制"不同，其成果是有独创性的，这是版权法的基本原理，在这里就不必多说了。

可见，是否认定临摹作品具有独创性，与大陆法系还是英美法系的不同无关。虽然有人把"一切临摹均系复制品"这个结论作为出发点提出来时，并没有举出任何一个大陆法系国家的法条或判例，也未举出任何一个大陆法系法学家的文字为依据，我却找到了两位法国版权学家正好相反的论述，而这部分论述则是以法国判例为依据的。法国的卢卡（Andre Lucas）教授与普莱森（Robert Plaisant）教授认为："以一位老画家已有的作品为样本去临摹，其结果属于复制品还是属于演绎作品（Derivative work），则要看结果中的临摹者个人烙印（Personal Stamp），法国法院 1993 年的几个判例，既有认定临摹品为复制，也有认定临摹品为演绎的。"[11]

是否在司法中认定临摹作品的独创性，也与人们想象的有关国家是否强调"人格权"（精神权利）基本没有关系，至少没有必然联系。1988 年前的英国版权法，并不承认作者的精神权利。英国 1923 年的判例甚至认为，只要有了劳动与资金的付出，再加上技巧（skill），即使无"判断"或"选择"，也可形成有独创性的作品。[12]所以，英国一直把西欧各国均不受版权保护的广播节

---

〔8〕 杜甫：《丹青引》。

〔9〕 〔10〕见 WIPO 出版的《版权》月刊，1987 年 2 月号。

〔11〕 See Compare Paris, 4e ch, 1 March, 1993. R. I. D. A. 1993, No. 157335.

〔12〕 See Macmillam v. Cooper (1923) 93L. J. P. C. 113.

目时间表列为受保护对象。然而,英国的司法判例却毫不犹豫地把"一切临摹作品"统统划入了无独创性的复制品行列。这不仅有上述联合国的统计,也有实实在在的案例。[13]象英国这样把本来应加分析的"临摹"问题简单化对待的国家很少,联合国也只举出两个。但无论如何,它是确有实据地这样判案的国家。可惜我们有的文章在讨论临摹及独创性问题时,并没有去找这个真实存在的例证。

把临摹视为单纯的复制却又打算在美国的判例或法律里找例证,那只能是南辕北辙了。在美国,认定临摹为无独创性的案例仅有一例,但不是有的文章曾引述过的1903年的Bleistein判例。如前文所说,该判例的结论恰恰相反,是为了说明"复制已有的艺术作品,不是版权法意义上的复制,而是演绎,其成果是享有版权保护的"!作出同样结论的美国判例还可以找出一些。而相反的判例在美国即使只有一例,也被现行的美国成文法否定,已经没有任何意义。这是我们研究英美法系国家案例时特别应当注意的。不论我们在现行成文法之前能找到多少案例,但只要它们与在后的成文法相悖,就没有再费心去引用的必要了。

美国1976年版权法(1993年修订后文本)第101条在解释"演绎作品"包括哪些作品时,明文写着"艺术品的复制"(Art Reproduction)!按照当年美国国会提交这部法案时的解释,可归入演绎作品(因此有独创性)的,不仅包括临摹的成果,甚至包括部分借助于机器(如照相机)而"创作"的成果。就是说,且不言画家自己用笔去照着已有的绘画作品去画,即使用相机去拍一幅已有的绘画作品,其成果也是"演绎"而不是无独创性的复制。这真是与英国正相反的另一个极端。而正如有的文章在否定临摹作品独创性的文章里提到的,美国在1991年之后不仅要求作品有"独创性"(Originality),而且还要有"创造性"(Creativity),才能享有版权。美国版权法第103条则重申了"艺术品的复制"(临摹是其中一种)享有版权!

我们看到,从英美两国对版权作品中应有的独创性高度的不同要求的出发点,我们如果自己关起门来推论,并且已经把结论当成前提去推时,会得出与实际相去多么遥远的结论。

美国立法者在解释为什么以版权法保护"艺术品的复制"成果时说:"这有助于鼓励人们设法使公众能够以较少的代价享受那些伟大的绘画与雕塑艺术作品。"[14]我们可以不同意这种解释,也可以根本不同意美国版权法第103条立法时的选择。但我们不能告诉读者说美国的法律体系是把临摹作品归入无独创性因而不受版权保护一类的。因为这不符合事实。

讲到美国版权法法条中"复制"这一术语在与美术作品相关联时,超出我们通常理解的纸复制范围,与"演绎"划了符号。这其实也并不是英美法系不强调"人格权"或"个性"而特有的解释。德国版权学家迪茨博士在1995年来华讲学时,也这样使用过"复制"。他说:"复制也可以通过改变形式进行。最为大家熟悉的例子是改编与翻译。一部小说的翻译稿同时意味着对小说的复制。"[15]

所以,我们如果在论述我国著作权法法条意义下的"复制",又打算将其与"演绎"严格划清界限时,想引用外国学者的论述来支持自己的观点时,就应当特别慎重。也许某外国学者在讲"临摹"即是"复制"时,他正是要说明这种"复制"与通常理解的不同,它正是指的如同翻译那样的演绎,并能够产生具有独创性的、可能受到版权保护的成果。

---

〔13〕 前引〔2〕,郑成思书,第113页。

〔14〕 转引自宾西法尼亚大学教授高曼(Robert Gonman)1995年7月萨尔斯堡国际研讨会讲演。

〔15〕 转引自《著作权》1995年第4期。

我们可以看到：国际上的结论不是"非此即彼"，不是简单的一句话。之所以说是"基本"有了结论，是因为有关结论实际上是不同国家依自己的不同情况、不同目的而作的。这些已存在的立法及判例，可能还需要进一步探讨。联合国的两个文件承认了不同结论的存在，也是一种结论。这种结论固然显得过于不稳定，但比武断地说两大法系均认为"临摹作品没有独创性"更可取些。在当初我国版权立法过程中的版权研究，在今天我国版权法修订准备中的版权研究，都有必要提倡敢于走前人没走过的路。但应当首先看清前人已经走过了哪些路，以减少自己可能走的弯路。立法时即曾有人认为伯尔尼公约保护"作者死后的精神权利（也称'人身权'）"是伯尔尼联盟历届专家委员会的"失误"，正是没有看清前人走了哪些路。在修订版权法的过程中，仍有必要同时提倡认真了解（进而研究）国际上的已有经验。

三、独创性、侵权作品与版权

"让临摹者享有版权，对原作者太不公平"，[16] 这是一大部分人主张应认定临摹成果无独创性的主要原因。而这又是把几个不同的问题弄混淆了。

正象在文字作品领域"只要不是抄袭而成的作品均享有版权"这一结论并不正确一样，在艺术作品领域以及其他领域，"凡有独创性的作品均享有版权"，这一结论也并不正确。独创性是作品享有版权的首要条件，但不是唯一条件。且不说在有"固定要求"的国家里，有独创性的口述作品并不能享有版权，而《保护文学艺术作品伯尔尼公约》则对这种附加要求表示了认可。且不说在对"合格主体"有特殊要求的国家，非合格主体的独创性作品也不能享有版权。仅仅对"侵权的、但又具有独创性的作品"是否享有版权方面。世界上就有各种不同的结论。

有一部分国家，明文在立法中宣布：一切侵权作品，不论其自身是否具有或具有多少独创性，统统不享有版权。这种国家的典型之一是美国。美国现行版权法第 103 条(a)款就是这样规定的。依照这种规定，未经他人许可的临摹，即侵犯他人"演绎权"，其成果即使有独创性，也不享有版权。临摹他人作品而不标明临摹品、署以自己创作的，侵犯了他人的署名权（精神权利），也不享有版权。应当注意，美国在 1990 年之后，没有在版权法中普遍承认作者的精神权利，却偏偏明文承认了艺术作品作者的精神权利。这种承认可能会使美国版权法中对临摹的特殊照顾不致于给艺术作品的原作者带来人们想象中的不公。

在上面这类国家，不消说是绘画的临摹品，即使是文字作品的翻译品（演绎作品之一），如果系未经许可的翻译，则他人如果未经任何人同意印刷出版了该译作，在侵权诉讼中也仅仅对原作品作者负侵权责任，不会对译者负任何"侵权"责任。

另有一些国家，则在版权法中明文规定：侵权作品如果自身具有独创性，则仍旧是版权保护的客体。瑞士在 1992 年修改版权法之前属于这类国家（见该法第 4 条）。希腊等国目前仍归属于这类国家（见其 1993 年版权法第 1 条与第 14 条）。

依照这种规定，未经许可而临摹成的作品，其作者仍有权要求未经其许可而复制（或以其他方式使用）其临摹成果的第三方向其负侵权责任。当然该第三方同时要向原作品作者负侵权责任。这是自不待言的。

瑞士之所以在 1992 年修改了版权法中原类似希腊的规定，按照该国版权专家乌腾哈根的

[16] 这曾经是中国版权立法时，主张在第 52 条中把"临摹"列入的主要理由之一。

说法，是“为避免把复杂的问题简单化”，即在司法实践中，有时认定独创性极少的侵权作品享有版权，既无必要又显得不公平。所以，这个问题留给法院依不同情况去定，而不在法律中下结论。应当说，目前大多数国家的立法属于这一类。当然，确切讲，应当说瑞士在改法后属于大多数国家这一类了。这样可能比美国或希腊两种极端更合理些，在司法中也有可能更公平些。但这样又增加了判案的不确定性，对版权司法水平较低的国家讲，反倒可能产生更多的不公平。

也有个别国家只依“侵权创作”的方式不同(而不是依相同或不同作品的不同情况，如侵权量的大小、自身独创性的大小等)，而去区别是否享有版权的。例如在加拿大，法院只承认未经授权的翻译作品受版权保护，而排除了未经授权以改编、汇编等方式再创的作品可享有版权保护。[17]当做，如果一个现代加拿大人临摹了一幅古爱斯基摩人在山洞里的壁画，则这个临摹作品将可能被法院承认有版权，因为它虽不是翻译作品，却也不再属于任何侵权作品了。

就是说，临摹古代(无版权)的艺术作品，不发生侵权问题，于是在联合国列出的极少数视临摹为复制的国家之外，均可能享有版权。这里如果临摹者署名自己为原始创作人，则是一种对公众的欺骗行为，可能在特定国家中会有特定的其他法去管，但不属于版权法的范围了。

现在，让我们再回到本文的开头。常叔鸿等人(我想作这类传统文化挽救工作的画家、艺术家绝不止常一人)的敦煌壁画临摹，显然谈不上“侵权”问题。这就是说，如果承认其含有独创性，它们就成为受版权保护的客体。我们是将它们归入英国、瑞士认定的“复制品”呢，还是归入美国及其他一些国家认定的“演绎作品”呢？国际公约，联合国的文件给了我们以选择的余地。中国的艺术家、法学家及立法者，是不难根据中国的实际作出选择的。

最后，在那些已经把临摹作品视为演绎作品的国家里，临摹古画(无版权之作)的人，也无权主张其整幅临摹下的绘画的全部独创性劳动成果都属于自己。已有的画上可能体现了十分独创性，临摹者可能在其上增加了一分，构成了一幅具有十一分独创性的作品。属于演绎者可享有版权的，仅仅是那“第十一分”，而不是全部“十一分”。这本来是不应混淆的。正象汇编了莎士比亚所有作品(均无版权)而出版《莎士比亚全集》的人，享有这部汇编作品的版权。而这仅仅指他在“汇编”中付出的那一点独创性劳动成果的版权。这与肖伯纳自编自己的全部著作而成的《肖伯纳全集》的权利范围(就肖伯纳及其版权继承人而言)，是决不可同日而语的。只不过艺术作品的演绎成果看上去不象汇编已有作品的汇编成果那样，原作与继后作品之间不同的独创性不很容易分清。这就容易使人担心临摹者可能将他人专有或进入公有的内容划为已有。尤其当作品处在公有领域中或处在尚无特定主体去主张权利的领域中，这种担心成为事实的可能性就更大。其实，因这种担心而“一刀切”地把临摹归入复制，无异于因噎废食。在实践中已有人将公有或暂无特定主体专有[18]的作品划为已有。这反倒是在容易分得清的非艺术作品(例如音乐作品)领域。但只要法律对此分得清楚，司法判决对此分得清楚，就可以了。当然，这又首先要求立法者、参加立法及立法讨论的学者们，对此能分得清楚。

---

[17] See Compo Co v. Blue Crest Music, Inc(1980)1. S. C. R. 357, 374; Pasickniak v. Dojacek(1928)2. D. L. R. 515(Man. C. A)。

[18] 这里讲“暂”时无特定主体，是指的一些特例。如我国《民间文学艺术作品保护条例》尚未出台时的“民歌”，即属于这类。确曾有过把“收集、整理、改编及自创”的民歌与歌曲，都不加区分地归入自己版权项下的实例。