

数字化文化遗产独创性认定的困境与对策

杨早元

贵州大学法学院，贵州 贵阳

收稿日期：2023年5月11日；录用日期：2023年5月25日；发布日期：2023年7月17日

摘要

数字化技术给文化遗产的二次创新带来新的动力，与此同时我国司法实践中对于数字化文化遗产的独创性认定却无明确具体的认定标准，表面上只是阻碍数字化文化遗产的发展，背后隐藏的是数字化技术对于独创性认定进行冲击所产生的本源问题。处于数字时代，对于独创性的理解认定也应顺应数字技术作出变革。本文以选取的典型司法案例为引，而后进行原因分析并提出利用数字技术建立具体认定标准的对策。希望能将数字时代的思想转变应用于数字化文化遗产的独创性认定，促进我国数字化文化遗产正向发展。

关键词

独创性，数字化，文化遗产

The Dilemma and Countermeasures of Determining Originality for Digital Cultural Heritage

Zaoyuan Yang

Law School, Guizhou University, Guiyang Guizhou

Received: May 11th, 2023; accepted: May 25th, 2023; published: Jul. 17th, 2023

Abstract

Digital technology has brought new momentum to the secondary innovation of cultural heritage. However, in the judicial practice of China, there is no clear and specific standard for determining the originality of digital cultural heritage. On the surface, this hinders the development of digital cultural heritage, but behind it lies the fundamental issue of the impact of digital technology on

originality determination. In the digital age, the understanding and determination of originality should also undergo changes in line with digital technology. This paper takes selected typical judicial cases as examples, analyzes the reasons, and proposes countermeasures to establish specific determination standards using digital technology. It is hoped that the transformation of ideas in the digital age can be applied to the determination of originality in digital cultural heritage, promoting the positive development of digital cultural heritage in China.

Keywords

Originality, Digitalization, Cultural Heritage

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

随着数字化技术不断发展，在文化遗产领域的司法实践中如何认定数字化文化遗产的独创性存在认定困境，即数字化文化作品种类繁多、涉及领域广泛，各法院认定数字化文化遗产时，裁判标准难以统一。因此有必要研究数字化文化遗产的独创性问题，并提供相应解决对策。

2. 数字化文化遗产独创性认定的困境

“孔子画像案”¹就是比较典型的案例。其争议焦点便是拍摄孔子画像图所得的照片是否属于著作权法保护的摄影作品——精确复制行为的独创性认定问题。

根据广东越秀区法院的观点，他们认为“精确翻拍”行为应被视为复制行为，而非创作行为。根据我国《著作权法》第十条第一款第五项的规定，复制权即以印刷、复印、拓印、录音、录像、翻录、翻拍等方式将作品制作一份或多份的权利。可见，翻拍是一种常用的复制方式和手段。在本案中，涉案的摄影图片拍摄对象为孔子画像图。全景视觉公司也表示其独创性体现在素材的选择、正面平视的拍摄角度以及使用人工闪光设备使得拍摄图像保持与原画相应的亮度。换言之，他们的目的是高度再现该孔子画像图，这被称为“精确翻拍”。一般而言，复制是将原作品通过某种方式在另一载体上固定下来，其目的是再现；而创作是作者将其对某一事物具有独创性的、可被他人所感知的外在表达固定下来，其目的是呈现。因此，“精确翻拍”属于复制行为而非创作行为。然而，在与赵梦林有关的著作权侵犯纠纷案²(简称“京剧脸谱案”)中，法院认为赵梦林从众多脸谱中选择了他认为有特色的脸谱，通过运用自己的绘画技巧结合对京剧脸谱艺术的理解，以美术作品的形式表现出来，并与其他已有作品有所区别。这是对京剧脸谱艺术的再创作，体现了一种智力创造性劳动，具有独创性，构成了作品。在童新钰诉恒鑫陶瓷工艺店侵犯著作权纠纷案中³，法院认为涉案作品以中国民间传说中福禄寿三位神仙的形象为基础，通过对人物神态、衣着和服饰方面进行特别设计，展现了独创性和可复制性。

从上述法院观点，可知目前司法对于是否具有独创性并无明确认定标准，仅仅是在“复制行为”与“创作行为”进行概念区分，无客观标准、法官主观意味更浓。虽是两类数字化行为区分的典型案例，

¹广州市越秀区人民法院，广州市越秀区人民法院民营企业知识产权司法保护(2016~2018)白皮书，[R/OL]，24页~26页。
<https://court.yuexiu.gov.cn/index.php?s=/Show/index/cid/52/id/1377.html>，2022年12月16日。

²从绘画技巧角度认定，重庆市高级人民法院，参见案号：(2010)渝一中法民初字第460号。

³从神态、衣着服饰认定，广东省佛山市中级人民法院，参见案号：(2019)粤06民终3469号。

但是若翻拍角度并非正面存在角度选择存在一点创造性，又如何进行判断创造性问题。由上述文化遗产数字化进程可知，数字化技术正在飞速发展，法官也并非文化遗产数字化的专业人员，但对待技术冲击要求法官不仅需要懂法理还需要了解数字化技术以及文化遗产相关知识，不同知识结构及个人经历将导致法官对待数字化文化遗产的性质作出不同的判断。

3. 产生困境的原因——独创性认定无确定标准

在科技文化的发展过程中，文艺作品著作权理论体系中最基本的“独创性”概念不断遭受挑战[1]。如数字化文化遗产发展进程中的摄影技术在19世纪就对著作权的理论结果发出严峻挑战。对于独创性的概念，我国理论界一直开始就存在争议。选取主流观点如下：

1) 金渝林认为，随着数字化技术的发展，作品的种类在不断增加，每一种新的作品类型出现都会对现有著作权提出新问题，迫使人们从著作权保护目的出发，重新去认识创作的本质，从而检验、调整独创性标准，以此适应新形势下著作权保护的需要[2]。同时总结对著作权制度进行两大体系分类，即大陆法系采取的“作者权体系”与英美法系普遍使用的“版权体系”，作者中心认为，作品的感情与个性化标签等人格元素时作品可版权新的必要条件，而作品中心主义认为应对从作品受众角度认定作品的可版权性，个人情感等人格标签不属于作品可版权性的必要条件，在此基础上提出，每个版权体系认定独创性的标准不同，应结合中国特定的社会环境、建立著作权制度的预期目标，明确创作概念的规定性，再确定独创性的内涵，不能简单借用他国独创性概念进行认定[3]。从这点看，对于数字化文化遗产的独创性认定标准应在确定以著作权体系还是版权体系的基础上，通过文化遗产本身的保护传承目的、著作权的立法目的以及现有的社会基础相结合进行分析内涵，才能厘定数字化文化遗产的独创性。

2) 王迁认为，独创性包含“独”与“创”。“独”是指源于本人的独立创作，既包含创作者经过劳动从无到有的创作也包括通过他人劳动进行创作，于此同时“独”亦是对表达的要求，即作品的表达应当是作者独立形成的，并非来自他人；“创”的含义包含了智力成果，同时认为“额头冒汗原则”违反了《伯尔尼公约》的实质精神，并且明确指出“创”的要求与成果的质量和毫无关系，文学艺术大师的经典作品与平庸的智力成果均符合从“创”的要求[4]。根据此观点可知，在认定数字化文化遗产时，不必拘束与作者是否必须进行了充足劳动，而应关注数字化文化遗产是否是创作者独立完成，并且只要是智力成果即可，对其审美价值等并无过高要求。与之相反，刘春田认为，“技艺性智力成果”和“机械性智力成果”应当排除在独创性之外，若临摹美术作品，尽管需要临摹者高超技术，不同人的智力劳动会得到相对唯一的结果，因此不应认为具有独创性[5]。

3) 冯晓青则提出，独创性是指作品是由作者基于创作而独立完成的，而不是剽窃、抄袭他人作品，但根据本法规定可以适当使用他人作品的情况除外。根据增加价值理论，著作权法赋予创作者对其创作的知识产品享有专有权利是因该创作者创造的作品为社会增加了价值，能够为人类是实现某种目的而提供的特殊价值[6]。这种价值不仅仅局限于经济价值，而且可以体现为社会价值或者两者价值均具备。同时认为，独创性作品总体上相对于不受保护的公共领域或者其他领域的作品，必然存在一定的发展和进步，不会构成相同或者实质性相似[7]。并特别指出认识独创还应从促进文化创新制度方面认识，在保护优秀作品及衍生品的基础上，实现文化创新[8]。

上述观点大体相同但是对于个别地方存在分歧，如王迁与刘春田对智力成果的认定就体现出了不同程度的要求，而冯晓青要求的利益平衡兼顾文化创新与金渝林主张的依据著作权模式、立法目的等，各观点标准众多且相对比较抽象，这种抽象和矛盾在面临文化遗产特别是面临数字化文化遗产时，模糊与冲突表现得尤为明显，导致了司法实践产生独创性认定问题。

4. 解决困境的对策——利用数字技术建立独创性认定标准

4.1. 建立独创性认定标准的必要性

数字化文化遗产的种类繁多、涉及的领域也十分广泛，因此要想解决数字化文化遗产的独创性认定问题应建立各类作品的认定标准及分值权重。虽然实践的做法通常是建议增加专家辅助人来进行作品独创性认定，但此方法存在问题，即某类专业的艺术者对于“独创性”的理解与法律上的“独创性”内涵往往有所不同，如专业艺术家往往对于艺术水平要求过高，认为艺术性不高对作品不具有独创性，而法律上对独创性并未对艺术水平存在要求。并且增加专家辅助人会导致法官的裁判权变相转移给了相关专业人员，关键对独创性认定交由了法律人以外的专家人员，法官反而成为了“辅助者”，但现行司法状态下，独创性认定标准马上制定出来存在困难，因此，增加专家辅助人的方法应当只是作为一种“过渡性”的方法，要真正解决数字化文化遗产的独创性认定问题，仍需建立确定的认定标准及分值权重。这项标准制定后法官可以通过标准细则去评价作品的独创性，若是遇到新的疑难的数字化文化遗产的独创性认定，可以上报，这能够促使标准的进一步细化。

4.2. 建立独创性认定标准的可行性

其次，建立数字化文化遗产的独创性认定标准及分值权重具有可行性。在传统时代，要面对海量的数字化文化遗产进行各类作品的独创性认定标准制定是项艰难并且经济成本极大的工作，但在数字化时代这项工作实行难度及成本已经降低。互联网使得人们的信息交流成本降低，以前的收费短信到如今微信聊天甚至视频只需收取少量流量费用，实际上对于各类数字化文化遗产认定标准及分值权重困难实际也不再存在。在数字化时代，收取数据样本已经从“抽取典型样本”进行统计分析发展到了“选取全部样本数据”进行统计分析。数字化既是对现有作品独创性的冲击，同时数字化也能给独创性认定带来新的技术方法和思想。基于网络大数据可以进行海量“独创性”认定标准收集，每个法官在对独创性认定案件审理后将相关自己对独创性认定标准上传数据库，然后数据库通过 AI 对各类案件进行分析，再由人工进行数据二次分析，最后再由相关法律专家学者对制定标准进行探讨，这便能使得为每个数字化文化遗产的独创性认定制定标准及分值权重成为可能。

4.3. 建立独创性认定标准应考虑文化遗产特性

最后，制定数字化文化遗产的独创性认定标准时应当考虑文化遗产的特性。数字化文化遗产仍承载者地区人民的民族情感。不同于其他作品，在制定相应标准时大致有两条思路：一是在制定相应标准时邀请相应文化遗产人员参加制定同时通过网络由相应地区的成年公民对标准进行评分，这样制定出来标准能够体现出地区人民的情感认定，这也是民主立法、公众参与的法治表现；二是事先由法律学者和文化遗产研究专家进行标准制定，在具体每个案例时，由法官对文化遗产的独创性认定进行网络投票从而满足相应地区人民对文化遗产的情感需求，这种投票实际操作中并不用担心相关人员未参与问题，因为设置投票的目的是为满足地区人民对涉案文化遗产的情感需求，而不投票已经说明其对涉案文化遗产并无情感，自然也无需保护。表面上看，上述两个思路中，前一个属于一劳永逸，但是其实第二种方法更能反映实际也更能保护文化遗产使得其独创性认定更全面、确定和令人信服，因为第二种方法更为具体更能反映每件作品的个性及人民对该作品对民族情感，并且在数字化时代相对应成本如同朋友圈拉票、拼多多帮砍一刀，实际成本已经可以忽略不计，甚至可以说这种数字化生活已经成为现今人民的生活方式。这种方法的转变实质仍是数字技术的发展导致，数字时代的调查已经才传统的部分典型抽样，转变为全部调查统计，只有收集到最广泛的人民投票才能更好建立数字化文化遗产著作权独创性分析的大数

据模型,更好制定数字化文化遗产的独创性认定标准及分值权重。“大数据时代的预言家”迈尔·舍恩伯格教授在《大数据时代》开篇便提出大数据时代的思想变革之一为,需要的不是随机样本,而是全体数据[9]。

5. 结语

文化遗产是人类文明的宝贵财富,数字化是时代发展的必然趋势,而著作权法中的独创性认定标准是决定二者能否结合后正向发展的关键。在此背景下产生的数字化文化遗产独创性认定困境,不仅需要我们从著作权法对于独创性的本源、文化遗产的特性思考入手,还需适应大数据时代选取数据从“个别”到“全部”思想变革,从而提出行之有效的对策以应对现有或将来的挑战。

参考文献

- [1] 魏鹏举,魏西笑. 文化遗产数字化实践的版权挑战与应对[J]. 山东大学学报(哲学社会科学版), 2022(2): 38-47. <https://doi.org/10.19836/j.cnki.37-1100/c.2022.02.004>
- [2] 金渝林. 论作品的独创性[J]. 法学研究, 1995(4): 51-60.
- [3] 李晓宇. 元宇宙下赛博人创作数字产品的可版权性[J]. 知识产权, 2022(7): 20-46.
- [4] 王迁. 知识产权教程[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2021: 28-32.
- [5] 刘春田. 知识产权法[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2002: 49.
- [6] 冯晓青. 知识产权法哲学[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2003: 30-32.
- [7] 冯晓青. 知识产权法律制度反思与完善: 法理·立法·司法[M]. 北京: 知识产权出版社, 2021: 69.
- [8] 冯晓青. 我国著作权客体制度之重塑: 作品内涵、分类及立法创新[J]. 苏州大学学报(法学版), 2022, 9(1): 80-96. <https://doi.org/10.19563/j.cnki.sdfx.2022.01.007>
- [9] [美]维克托·迈尔·舍恩伯格. 大数据时代[M]. 盛杨燕, 周涛, 译. 杭州: 浙江人民出版社, 2013: 5.