

# 擅自使用“京剧脸谱”作宣传 引发的著作权纠纷

北京市第二中级人民法院 周晓冰

## 案情简介

原告赵梦林起诉称:其美术作品《京剧脸谱》画册于1992年由朝华出版社出版,原告是该画册的著作权人。该画册收入了其独立创作的京剧脸谱272幅,这些作品在本领域有极高的权威性。北京永和大王公司在2001年8月31日至9月30日的“和家将·齐亮相”超值优惠券大行动中,未经原告许可使用《京剧脸谱》画册中的7幅作品作为该优惠活动的广告宣传内容,在其店堂和网络上进行促销宣传,且未署作者姓名。该优惠活动持续时间长、范围广,严重侵害了原告的著作权。故原告诉至法院,请求法院判令被告:

1. 立即停止侵权行为并保证今后不得再犯;
2. 向原告赵梦林公开赔礼道歉;
3. 赔偿原告赵梦林因此所受经济损失50万元;
4. 承担本案诉讼费用。

被告北京永和大王餐饮有限公司(以下简称北京永和大王公司)辩称:第一,涉案优惠活动广告系被告委托上海金诚广告有限公司提出创意、进行设计并制作的,因该广告而致的侵权后果应由该广告公司承担。被告未参与该广告制作的任何活动,无义务审查该广告是否侵犯了他人的著作权,因此被告无过错,不应承担侵权责任,不应作为本案被告。在本案审理过程中,被告还提出其超值优惠券所使用的七幅京剧脸谱中,夏侯德、牛邈两幅脸谱的颜色深浅与原告主张权利的美术作品不同,该两幅作品与原告作品并不一致;第二,由于京剧脸谱艺术

属于民间艺术,并且已经广为使用,原告《京剧脸谱》画册中的脸谱与其他脸谱图书的画法和色彩基本相同,因此原告主张权利的脸谱并非原告所独创,不属于著作权法所保护的范畴;第三,原告的赔偿请求没有法律依据,不应予以支持。

## 法院审理及判决

法院经审理认为:

原告赵梦林创作完成了《京剧脸谱》画册,作为该画册中京剧脸谱美术作品的作者,其对该作品所享有的著作权应当受到我国著作权法的保护。原告创作完成的京剧脸谱与被告向法庭提供的其他脸谱图书中的脸谱并不相同,原告为此付出了创造性劳动,因此其作品具有独创性,应当受到法律的保护。

经比对,被告北京永和大王公司制作的超值优惠券所使用的七幅京剧脸谱即赵梦林所著《京剧脸谱》画册一书收录的第11幅里克、第37幅牛邈、第42幅庞统、第46幅严颜、第51幅夏侯德、第74幅吕蒙和第187幅颜佩韦的脸谱相同。

被告北京永和大王公司在实际中未经原告许可,在其制作发放的超值优惠券上使用了与原告的京剧脸谱美术作品相同的七幅作品,且未署作者姓名,无论其侵权材料的来源和主观的故意如何,这种商业性广告使用行为客观上都构成了对原告所享有的著作权的侵犯。

本案的具体情况,参考相关作品使用的付酬标准,综合考虑被告侵权的方式、范围和主观过错程度

等因素,酌情确定被告赔偿原告经济损失的数额。

北京市第二中级人民法院最后作出如下判决(已生效):

1. 北京永和大王餐饮有限公司于本判决生效之日起三十日内在《北京晚报》上刊登向赵梦林赔礼道歉的声明(内容须经法院核准,逾期不履行,法院将在该报登载本判决内容,所需费用由北京永和和大王餐饮有限公司负担);
2. 北京永和大王餐饮有限公司于本判决生效之日起十五日内赔偿赵梦林经济损失七万元人民币;
3. 驳回赵梦林其他诉讼请求。

## 案件评析

### 一 原告的权利基础问题

由于此案的涉案侵权行为的发生时间为2001年8月31日至9月30日,早于著作权法修订的时间,因此应该适用未修订前的著作权法。根据1991年5月30日国家版权局发布的《中华人民共和国著作权法实施条例》第二条的规定:“著作权法所称作品,指文学、艺术和科学领域内,具有独创性并能以某种有形形式复制的智力创作成果。”因此,此案的一个焦点就是原告赵梦林的作品是否具有独创性,构成著作权法所称的作品,从而应该受到著作权法的保护。

对于作品独创性的讨论,至少应该包括以下几点内容:

1. 独创性是著作权法所称作品应具备的条件,独创性也称原创性或初创性,是指一部作品是经作者独立创作产生的,是作者独立构思的产物,而不是对已有作品的抄袭;
2. 判断作品是否有独创性,应看作者是否付出了创造性劳动;
3. 作品的独创性并不要求作品必须具备较高的文学、艺术或科学价值,即作品的独创性与作品的文学、艺术、科学价值的大小无关;
4. 作品的独创性也不要求作品必须是首创的、前所未有的,即使该作品与已有作品相似,只要该作品是作者独立创作产生的,也具备独创性;
5. 独创性是著作权法所称作品应具备的条件,在确定了一作品具有独创性即属于著作权法所称作品的前提下,该作品独创性的高低不影响其著作

权的权利状态。

因此,原告赵梦林创作完成了《京剧脸谱》画册,作为该画册中京剧脸谱美术作品的作者,其对该作品所享有的著作权应当受到我国著作权法的保护。原告创作完成的京剧脸谱与被告向法院举证提供的其他脸谱图书中的脸谱并不相同,原告为此付出了创造性劳动,因此其作品具有独创性,应当受到法律的保护。被告提出原告绘制的京剧脸谱并非原告所独创,不应受到著作权法保护的抗辩主张缺乏事实依据和法律依据,不应予以支持。

### 二 被告北京永和大王公司的侵权构成问题

原告为证明被告北京永和大王公司实施了侵权行为,提供的证据材料包括:被告“和家将·齐亮相”优惠活动的优惠券复印件、该优惠活动的宣传材料以及从永和集团网站下载的材料,下载材料含有该次优惠活动的介绍和优惠券的图片,并指明优惠券上采用了原告的7幅京剧脸谱作品。被告北京永和大王公司提交的证据材料包括被告与上海金诚广告有限公司(以下简称金诚公司)签订的广告合约及该合约履行的票据,证明被告所使用的优惠券系委托上海金诚广告有限公司设计制作的;被告还提供了上海金丰易居购物中心发行的《易居屋讯》原件以及《中国广告》2001年第2期原件,证明被告所使用的京剧脸谱来源于灵狮(上海)广告有限公司设计制作的《易居屋讯》所刊载广告中的脸谱。

鉴于原告未对被告提供的广告合约及其履行票据、《易居屋讯》和《中国广告》2001年第2期等材料的真实性提出异议,被告亦认可涉案优惠券所使用的脸谱图案与《易居屋讯》刊载广告中的七幅脸谱相同,故法院对上述材料的证据效力予以确认;鉴于被告对原告提供的网站下载材料的真实性提出异议,而原告未就此提供其他证据予以佐证,且被告还提出该网站并非北京永和大王公司制作,而原告亦未提出相应的反驳证据,故法院对该材料的证据效力不予确认。

因此,该案对于被告北京永和大王公司是否构成对原告赵梦林的美术作品著作权的侵犯,应该认定和讨论以下三个问题:

1. 如何认定涉案侵权作品是对原告作品的复制和抄袭

鉴于原告未能提供该超值优惠券原件,被告北

京永和大王公司亦称该超值优惠券已发放完毕,无法提供原件,从而在本案审理过程中无法将涉案的优惠券与原告作品直接进行对比。因此,法庭在对比过程中,将被告北京永和大王公司称其超值优惠券所使用的七幅京剧脸谱以上海金丰易居购物中心发行的《易居屋讯》中“2000‘荣誉优质楼盘金秋汇展爆棚开幕’所刊载的京剧脸谱为准,即编号为J0104、J0105(新上海弄里人家)的里克脸谱;编号为J0126、J0127(上海春城)的牛邈脸谱;编号为J0123(华敏世纪广场)的庞统脸谱;编号为J0149(海天花园)的严颜脸谱;编号为J0119、J0121、J0122B(香树丽舍)的夏侯德脸谱;编号为J0106(上房置换)的吕蒙脸谱以及编号为J0125(蝶恋苑)的颜佩韦脸谱。

经比对,被告北京永和大王公司制作的超值优惠券所使用的七幅京剧脸谱即赵梦林所著《京剧脸谱》画册一书收录的第11幅里克、第37幅牛邈、第42幅庞统、第46幅严颜、第51幅夏侯德、第74幅吕蒙和第187幅颜佩韦的脸谱相同。被告以超值优惠券所使用的京剧脸谱中的两幅脸谱与原告主张权利的脸谱作品的颜色深浅不同为由,主张该两幅作品与原告作品不相同,依据不足,对其主张法院未予采信。

2. 侵权责任应该由被告北京永和大王公司还是由广告制作商金诚公司承担

侵权优惠券为金诚公司设计制作,北京永和大王公司在商业活动中使用了该优惠券,二者都有未经著作权人许可使用著作权人美术作品的行为。根据1991年6月1日起施行的《中华人民共和国著作权法》第四十六条的规定:“有下列侵权行为的,应当根据情况,承担停止侵害、消除影响、公开赔礼道歉、赔偿损失等民事责任,并可以由著作权行政管理部门给予没收非法所得、罚款等行政处罚:……(二)未经著作权人许可,以营利为目的,复制发行其作品的;……”被告北京永和大王公司在实际中未经原告许可,在其制作发放的超值优惠券上使用了与原告的京剧脸谱美术作品相同的七幅作品,且未署作者姓名,无论其侵权材料的来源和主观的故意如何,这种商业性广告使用行为客观上都构成了对原告所享有的著作权的侵犯。

双方合同中约定的责任承担,具有相对性,不能够对抗作为第三人的著作权人,即原告赵梦林。因此,被告制作发放的超值优惠券虽系委托其他广告公司

设计制作的,但作为该超值优惠券的商业性广告使用行为人不能因此免除其理应承担的法律责任。

3. 被告北京永和大王是否构成了对原告信息网络传播权的侵犯

2001年10月27日修正的著作权法中增加了关于信息网络传播权的规定。但是由于此案的涉案侵权行为的发生时间为2001年8月31日至9月30日,早于著作权法修正的时间,因此应该适用未修正前的著作权法。根据1991年6月1日起施行的《中华人民共和国著作权法》第四十六条的规定,著作权人的权利包括:发表权,署名权,修改权,保护作品完整权,使用权和获得报酬权,没有信息网络传播权。因此,原告认为被告侵犯了其信息网络传播权的主张没有相应的法律依据。

同时,此案中实施了上载涉案的侵权作品并进行传播行为的为永和集团而非被告北京永和大王公司,即原告未能举证证明被告实施了在网络上传播包含涉案作品的超值优惠券的行为。

### 三 关于被告民事责任的确定问题

#### 1. 被告应该承担哪些民事责任

根据1991年6月1日起施行的《中华人民共和国著作权法》第四十六条的规定(见上文),被告北京永和大王公司侵犯了原告赵梦林对涉案作品所享有的署名权、使用权和获得报酬权,应当承担相应的侵权责任。

但是由于被告的优惠券已经全部发放完毕,应该认定侵权行为已经结束,而原告无证据证明被告依然实施着侵犯其作品著作权的行为,因此,其要求被告北京永和大王公司承担停止侵权责任的主张没有事实和法律依据,不应予以支持。

#### 2. 被告是否应该承担公开赔礼道歉的民事责任

就被告涉案的侵权行为而言,侵犯了原告的署名权,根据修正前的《著作权法》的相关规定,应该承担公开赔礼道歉的民事责任。

法院在判决主文中也支持了原告的诉讼请求。但抛开涉案的实际情况不谈,还可以从另一个角度对此问题进行讨论。从被告的涉案的行为而言,其对于原告美术作品的使用,不是一种基于艺术作品的角度剽窃和使用原告作品,而是作为商业优惠券

的背景图片,其使用的目的也不是基于该作品本身的艺术价值,而是作为商业活动中的装饰、陪衬的图片使用。在这种使用方式中,其对于原作者人身权的侵犯的故意就比未经许可出版他人美术作品未予署名的情况轻微一些。同时,从被告的使用方式看,也不宜在使用过程中标明作者的身份。2002年9月15日实施的《中华人民共和国著作权法实施条例》第十九条规定:“使用他人作品的,应当指明作者姓名、作品名称;但是,当事人另有约定或者由于作品使用方式的特性无法指明的除外。”涉案的使用行为应该属于这种情形。同时,通过将修订后的《著作权法》的第四十六条和四十七条的规定与修订前的《著作权法》的第四十五条和第四十六条的规定可以看出,在对侵犯著作权人人身权利的民事责任承担中,不再要求必须“公开”赔礼道歉。这种规定,实际上是要求法院在法律适用中,综合包括侵权行为的方式、范围,侵权结果的严重程度,侵权的主观故意大小等各种因素决定是进行公开赔礼道歉还是通过书面或口头的方式赔礼道歉。

鉴于本案应该依据修订前的著作权法,因此一旦确定被告承担赔礼道歉的民事责任,则必须是以“公开”的形式。而且,鉴于被告北京永和大王的涉案行为确实构成了对原告署名权的侵犯,同时,这种使用是一种商业性的广告使用,其产生的影响和主观的恶意相对一般性的侵权行为而言要大得多。因此,依据修订前的《著作权法》判令其承担公开赔礼道歉的民事责任是适宜的。而上述的分析只是建立在适用修订后的《著作权法》的基础上提供的另一种思路,仅供讨论和参考。

### 3. 关于侵权赔偿数额的确定

根据1984年12月1日国家出版局发布的《美术出版物稿酬标准(试行)》及1985年1月5日《文化部出版局关于实行〈美术出版物稿酬试行办法〉的通知》中的规定,最高的一类美术作品为“年画”,其稿酬标准为200-400元。国家版权局于1990年6月15日发出的《关于适当提高书籍稿酬的通知》([90]权字第11号)指出:美术和摄影作品的出版等付酬标准也存在偏低问题,可参照书籍稿酬调整的幅度,在现行标准基础上适当提高。在1990年7月10日《国家版权局关于适当提高美术出版物稿酬的通知》中,继续明确了提高的幅度:经研究,决

定美术和摄影出版物的稿酬标准,以1985年文化部出版局颁发的《美术出版物稿酬试行办法》([85]出综字第35号)的标准为基础,提高50%左右,对特别优秀的作品,其付酬标准可以再适当提高,但提高幅度不超过100%。

1994年12月2日,国家版权局权办字[1994]64号《对〈关于如何确定摄影等美术作品侵权赔偿的请示〉答复的函》中提出在确定侵犯著作权,包括摄影和美术作品著作权在内的赔偿数额时,通常可考虑以下几点:

(1)司法机关已有明确规定的,可参照司法机关的规定执行;

(2)以侵权行为给著作权人造成的实际损失或侵权人的全部非法所得作为赔偿依据。这里的实际损失应包括著作权人因调查、制止侵权行为而支出得合理费用;

(3)按著作权人合理预期收入的2-5倍计算。如图书可按国家颁布的稿酬标准的2-5倍计算赔偿额。

1996年12月9日京高法发[1996]460号《北京市高级人民法院关于印发〈关于审理著作权纠纷案件若干问题的解答〉的通知》中的规定,著作权侵权损害赔偿可以采取下面方法计算:(1)以被侵权人因被侵权所受到的损失为赔偿数额;(2)以侵权人因侵权行为获得的全部利润为赔偿数额;(3)国家规定有付酬标准的,按付酬标准的2-5倍计算赔偿数额。

以上的规定实际上可归纳为以下四种计算赔偿数额的方式:

(1)依司法机关的明确规定;

(2)以被侵权人因侵权遭受的损失(包括因调查、制止侵权行为而支出的合理费用)为赔偿数额;

(3)以侵权人因侵权行为获得的全部利润为赔偿数额;

(4)按合理的预期收入(如国家的付酬标准)的2-5倍计算。

此案中,由于当事人举证的不足,只能够以美术作品的相关付酬标准为基础,综合其他因素酌定赔偿数额。但由于现有的付酬标准均为很早以前制定的,考虑到市场经济的发展以及知识产权作品价值的提升,以及在本案中被告的使用行为是一种商业性的广告使用行为,因此,最终法庭酌定7幅作品总赔偿额为7万元,应该还是比较适宜的。□