著作权法22.1丨简析商业化利用建筑作品的照片、绘画的著作权侵权风险（2020）

日期：2020.08.13
作者：范永明

@Wanhuida Intcllcctual Property

日期：2020.08.13
@Wanhuida Intcllcctual Property
作者：范永明

Expertise Makes It Possible

著作权法22.1丨简析商业化利用建筑作品的照片、绘画的著作权侵权风险（2020）

鸟巢、东方明珠塔、广州塔……现代中国的每个大城市都不缺一个现代地标。有的人亲眼见过它们的“盛世美颜”。有的人没到现场却也识得它们的“身姿”——应该感谢分别代表了传统技法和现代科技的绘画和摄影、录像，是它们把视觉所及之物传递得更远。从直观感觉上来讲，这些颇具特色的现代建筑，已经成为城市公共空间的一部分。但是，作为IP人的我们，在看到它们的时候，脑袋里总会冒出“建筑作品”四个字——提醒着我们，它们受著作权的保护。

近期，我们频繁接到国内外客户关于在商品包装或者广告图中使用建筑作品的照片或者素描是否会侵犯建筑作品著作权的咨询。以下是笔者对该问题的研究和看法，供大家参考和批评指正。

一、在商品包装和广告中使用哪些建筑物的照片或者绘画可能会涉及著作权问题

《著作权法实施条例》第四条规定“建筑作品，是指以建筑物或者构筑物形式表现的有审美意义的作品；”。全国人大法工委在其编写的《著作权法释义》（下称“《释义》”）一书中指出，“建筑作品是指建筑物本身，包括建筑物附加上的艺术装饰”。

按照著作权法基本原理，建筑物要作为建筑作品获得保护，首先需要具备基本的独创性。《释义》也提到，“如果建筑物的形式、外观没有独创的设计成分，那么它们就不能成为作品，不受著作权法保护。”比如，我们日常生活中见到的大部分住宅楼，缺乏独创性的设计，就很难作为建筑作品获得保护。

其次，众所周知，著作权中的财产性权利有特定的保护期（具体因作品类型、作者身份类型有所不同，篇幅所限，在此不展开）。所以，一些超出著作权保护期的建筑物，比如古建筑，其著作权中的相关财产性权利就不再受著作权保护。以卢浮宫为例，古建筑部分和贝聿铭设计并于1989年落成的玻璃金字塔部分，因著作权权利保护期制度，其受著作权保护的情况可能不同。

（作者拍摄的卢浮宫外景）

综上，只有在商品包装和广告中使用尚在著作权权利保护期内的建筑作品照片或者绘画才会涉及本文要探讨的问题。

二、在商品包装和广告中使用建筑作品照片或者素描（绘画）是否构成合理使用

《著作权法》第二十二条是关于合理使用著作权的规定。根据该条第一款第（十）项的规定，“对设置或者陈列在室外公共场所的艺术作品进行临摹、绘画、摄影、录像”构成合理使用著作权。做此规定主要是因为这些陈列或者设置于室外公共场所的艺术作品本身就具有长期公共及公益的性质，既然陈列或设置在室外公共场所，就难免有人临摹、绘画或者以此为背景拍照、录像，如果让使用者去取得著作权人许可，并支付报酬实际上是不公平的。

适用该条款的第一个要件——合理使用的对象是“设置或者陈列在室外公共场所的艺术作品”。那么，建筑作品是否落入此处合理使用的对象范畴呢？《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》（下称“著作权司法解释”）第十八条规定“著作权法第二十二条第（十）项规定的室外公共场所的艺术作

日期： 2020.08.13
作者： 范永明

品，是指设置或者陈列在室外社会公众活动处所的雕塑、绘画、书法等艺术作品。”司法解释该规定仅从外延上列举解释了“艺术作品”，其中并未明确包含建筑作品。笔者认为，《著作权法》第三条将作品类型在大类上划分为“文学、艺术和自然科学、社会科学、工程技术等作品”，其中，“艺术作品”是美术作品、建筑作品、摄影作品和类电作品的上位概念，所以上述提到的著作权司法解释中的“艺术作品”应当包括建筑作品。

适用《著作权法》第二十二条第一款第（十）项的另一个要件——合理使用前述“艺术作品”的方式仅限于“临摹、绘画、摄影、录像”。超出该使用方式的行为可能会构成侵权。在著名的“鸟巢烟花案”[1]中，被告生产、销售的“盛放鸟巢”烟花立体地复制了原告的建筑作品“鸟巢”（国家体育场），法院最终认定被告该行为构成对原告建筑作品著作权的侵犯。在此案中，被告对涉案建筑作品的使用即超出了“临摹、绘画、摄影、录像”的范畴，故被告的合理使用抗辩也未得到法院的支持。

（国家体育场“鸟巢”）

（“盛放鸟巢”烟花）

图片来自网络

另一个需要回答的问题是，对建筑作品进行临摹、绘画、摄影、录像产生的成果（比如，素描、照片），能否再进一步商业利用。著作权司法解释第十八条第二款规定“对前款规定艺术作品的临摹、绘画、摄影、录像人，可以对其成果以合理的方式和范围再行使用，不构成侵权。”但是，到底什么是“合理的方式和范围”，法律和司法解释并没有进一步明确，只能从司法实践来了解法院对该问题的裁判尺度。

在“山东天笠广告有限责任公司诉青岛海信通信有限公司侵犯著作权纠纷一案”中，原告山东天笠系青岛五四广场上树立的雕塑（美术作品）“五月的风”的著作权人，被告青岛海信对“五月的风”雕塑进行摄影之后将所得照片用做其生产手机的开机画面。山东省高级人民法院在审理本案过程中向最高人民法院进行了请示。最高人民法院在复函（〔2004〕民三他字第5号）中指出：“青岛海信通信有限公司对‘五月的风’进行拍摄的行为，属于著作权法上述规定的对作品合理使用的范围”。对于该成果以合理的方式和范围再行使用，不构成侵权。“在此，对于‘合理的方式和范围’，应包括以营利为目的的‘再行使用’，这是制定该司法解释的本意。司法解释的这一规定既符合伯尔尼公约规定的合理使用的基本精神，也与世界大多数国家的立法例相吻合。”

（“五月的风”雕塑）

图片来自网络

在此后一系列类似案件中，最高人民法院和各级法院也都秉持了上述复函所体现的精神。在杨某与孙某某、湖北省孝商股份有限公司侵害著作权纠纷案[2]中，被告在生产、销售的麻糖包装上使用了原告杨某创作完成并放置于孝感市董永公园内的雕塑作品“董永与七仙女”的图片。武汉市中级人民法院、湖北省高级人民法院和最高人民法院在审理后均认为被告在麻糖包装上使用“董永与七仙女”雕塑作品图片的行为构成合理使用。

（“董永与七仙女”雕塑）

（被控侵权麻糖）

图片来自网络

在广东省高级人民法院审理的深圳市联想空间艺术有限公司诉深圳市艺丰园艺术有限公司侵害著作权纠纷一案[3]和段某某等诉吉通网络通信股份有限公司一案[4]中，广东省高级人民法院均认为被告在其商品（分别为宣传画册和IP电话卡）上使用室外公共场所的雕塑作品的行为构成合理使用。

但是，司法实践中亦有反例。在何某与重庆邮政广告公司侵害著作权纠纷案[5]中，原告系安放于重庆磁器口古镇街道的雕塑作品“磁器口更夫”的著作权人，重庆邮政广告公司在其制作发行的明信片上使用了该雕塑作品照片。在本案中，重庆市渝中区人民法院认为“这种使用行为是商业使用，在未征得著作权人同意的前提下，这种商业使用行为超出了《著作权法》规定的合理使用的范围。”重庆市渝中区人民法院在本案中所持之观点与前述案件及最高院在“五月的风”案件复函中所体现的精神存在差异。

（“碰器口更夫”雕塑）

（被控侵权明信片）

图片来自网络

无独有偶，国外也有类似案例发生。2010年美国Gaylord v. United States一案[6]中，原告系“朝鲜战争老兵纪念”雕塑作品的著作权人，被告美国邮政将该雕塑照片用于其发行的邮票上，并向该照片的拍摄者支付了1500美元的许可费，但并未获得原告（雕塑作品著作权人）许可。原告诉请认定被告行为侵犯其著作权，被告主张其行为属于合理使用。美国上诉巡回法院基于被告使用该作品的目的，是否营利以及原告作品的性质，最后判决认为不构成合理使用。但是，值得注意的是，法院认为被告该行为“既没有损害原告作品的价值，也没有损害基于原告作品所产生的衍生品的市场”(harmed neither the value of plaintiff's work nor the market forderivatives based on this work.)。

（“朝鲜战争老兵纪念”雕塑）

（美国邮政发行的邮票）

图片来自网络

从上述案例可以看出，在司法实践中，主流观点是——对室外艺术品临摹、绘画、摄影、录像所产生的成果“以合理的方式和范围再行使用”包括营利性使用。笔者赞同此观点，因为建筑作品由于其使用和所处位置的特殊性，本身具有一定公共产品的属性，如果由著作权人完全控制该建筑作品的商业化利用，可能是不公平的。但是，这并不意味着他人可以自由地、任意地对前述成果进行商业性使用。在判断是否属于“以合理的方式和范围再行使用”的时候，还是应该依据《著作权法实施条例》第二十一条之规定[7]，判断该等商业使用是否影响了建筑作品的正常使用，是否不合理地损害了著作权人的合法权益。具体而言，笔者认为，应该结合建筑作品被使用的目的、方式、范围等，判断该等商业使用是否会对著作权人对建筑作品的衍生利用产生实质性替代，具体问题具体分析。

三、在构成合理使用建筑作品的前提下，是否需要在使用时指明建筑作品作者姓名和作品名称

按照《著作权法》第二十二条之规定，即便未经著作权人许可使用其作品的行为构成合理使用，也应当指明作者姓名和作品名称。同时，《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”。

在上述“董永与七仙女”雕塑案中，武汉市中级人民法院和湖北省高级人民法院均认为，从客观条件来看，对涉案美术（雕塑）作品摄影者与产品（麻糖）外包装制作者、生产者或销售者等使用者而言，难以要求其在拍摄及其后续使用时注意标注涉案美术作品的作者姓名、作品名称。具体而言，法院认为原告杨某雕塑作品本身没有注明作品出处，拍摄出来的图片也不可能有反映。而麻糖包装上受包装设计条件和包装内容的限制，无法注明雕塑作品的作者姓名和作品名称。但是，在前述提及的广东省高级人民法院审理的深圳市联想空间艺术有限公司诉深圳市艺丰园艺术有限公司侵害著作权纠纷一案中，法院在是否需要指明作品名称和作者姓名的问题上，却做出了不同的认定和判决。在本案中，原告和被告系经营设计、雕塑、壁画、教学模型、工艺术品等相同业务的公司，被告的设计总监曾在原告的公司工作。被告在其宣传画册上擅自使用原告雕塑作品的照片，用于彰显其设计业务能力。法院最终认定被告对原告雕塑作品的使用构成合理使用，但在使用时须指明作者姓名、作品名称。笔者认为，两案结论相左主要原因在于案件事实存在较大不同。在后案中，原被告系处于同一行业且有人员上的交流，这意味着被告有很大可能性获知原告作品情况，其次，与前案相比，被告将涉案雕塑作品照片用于公司宣传画册以彰显其业务能力，客观条件也更有利于被告标注作品名称和作者信息。

回到本文探讨的问题中来。就建筑作品而言，笔者认为，如他人在商品包装、广告中使用建筑作品的照片、录像或者绘画被认定构成合理使用，那么可以视具体使用情况，适当允许使用人可以不指明作品名称和作者姓名。首先，从实践来看，相关公众一般难以获得建筑作品的作品名称和作者（注意作者和物业持有者可能不一致）。其次，如要求使用人在包装、广告中指明建筑作品名称和作者姓名，受包装和广告篇幅、内容所限，可能导致无法对建筑作品的照片或者绘画进行再利用，无法实现商业目的，这与司法解释允许他人对建筑作品的临摹、绘画、摄影、录像成果进行再利用的精神不符。

室外艺术品包括建筑作品，其权利之所以受到限制，主要是因为其具有公共产品属性。因此，在适用合理使用相关规则时，应当综合考虑和平衡作者、作品利用者和其它参与主体的各方利益。

后记：2020年4月26日，第十三届全国人大常委会第十七次会议对《中华人民共和国著作权法（修正案草案）》进行了审议。《中华人民共和国著作权法（修正案草案）》已公布向社会公开征求意见。其中，《修正案草案》第二十二条第一款第（十）项将修改为“对设置或者陈列在公共场所的艺术作品进行临摹、绘画、摄影、录像。”与现行法所规定的“在室外公共场所”相比，删除了“室外”二字。如果最终修正案采纳此文本把该条

适用扩大到室内艺术作品，结合司法解释之规定，就意味着美术馆、展览馆里展览的大量绘画、雕塑和摄影作品的临摹、绘画、摄影和录像成果可能被进一步自由地进行再利用，这对艺术家的冲击可能会非常大。对此，笔者建议还是保留“室外”的限制。

---

[1]案号：（2009）一中民初字第4476号 国家体育场有限责任公司诉熊猫烟花集团股份有限公司、浏阳市熊猫烟花有限公司、北京市熊猫烟花有限公司侵犯著作权纠纷

[2]一审、二审、再审案号：（2006）武知初字第120号、（2008）鄂民三终字第14号、（2013）民申字第2090号

[3]（2004）粤高法民三终字第88号

[4]（2004）粤高法民三终字第74号

[5]（2015）中区法民初字第13741号

[6] https://fairuse.stanford.edu/case/gaylord-v-united-states-2/和https://www.copyright.gov/fair-use/summaries/gaylord-us-fedcir2010.pdf

[7]《著作权法实施条例》第二十一条依照著作权法有关规定,使用可以不经著作权人许可的已经发表的作品的，不得影响该作品的正常使用，也不得不合理地损害著作权人的合法利益。