

街头涂鸦之媒介使用中的利益冲突与司法衡平

邓社民, 王志文

(武汉大学法学院, 湖北武汉, 430072)

摘要: 街头涂鸦与有限媒介间的权属分离催生规范适用的利益冲突, 突出表现为著作权法与群体规约相抵牾、保护作品完整权与媒介物权相抵触。囿于规范外部性缺陷和媒介表达要素化, 著作权法无法为此提供妥适的规则支持。通过发挥司法能动性将群体规约作为事实结构性要素引入裁判, 同时从街头涂鸦的可移除性、街头涂鸦的艺术价值、涂鸦创作者的主观意图、媒介物权人的行为利益以及各方注意义务等角度开展要素权衡, 是当前维系街头涂鸦艺术有序发展与实现社会精细化治理的必然选择。

关键词: 街头涂鸦; 利益冲突; 司法衡平; 群体规约; 要素权衡

中图分类号: D923.41

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2025)03-0097-11

作为后现代边缘文化艺术, 兴起于 20 世纪 60 年代的街头涂鸦(graffiti)^①因其叛逆和反抗的亚文化属性, 曾长期被西方市政部门、艺术行业、主流媒体、社会公众等以“乱涂乱画”“破坏财产”为由进行“零容忍”的话语抵制与实践对抗^[1]。直至 20 世纪 80 年代, 街头涂鸦内蕴的美学价值与文化意义才逐渐被接受, 进而作为城市艺术系列的有机成分被文化产业群体接纳^[2]。近年来, 随着自由主义浪潮兴起, 绘制于合法创作媒介^②之上的街头涂鸦因暗合其内在机理, 在世界范围内风靡。我国也不例外。自 2000 年以来, 以北京、上海、广州、重庆等为中心的著名涂鸦地点^③和涂鸦艺术共同体成员数量均在快速增加, 并在历经对国外街头涂鸦要素的单纯挪用、模仿之后, 走上了对中国文化和传统元素进行独特诠释的本土化道路: 不同于西方街头涂鸦所自带的对社会不公、阶级压迫之不满, 国内街头涂鸦往往展现出突出的“无污染的抵抗性和去工艺化的景观性”^[3], 在关注“汉字”与“文化意象”使用的同时, 注重在艺术构图和精美装饰中凸显城市人文特色与地域传统文化, 彰显出了一种博学与雅致的审美情趣^[4]。

尽管街头涂鸦在同本土文化交融之后焕发了新的生机与活力。但不可否认, 作为个性化智力创作成果的街头涂鸦, 自绘制之日起即面临着与其所依附媒介的“纠缠”与“对抗”。申言之, 在街头涂鸦具备独创性、可再现性以及审美意义而构成著作权法意义的美术作品的情况下, 因特定且有限的涂鸦媒介物权基本由他人所有, 其在创作与存续过程中不可避免地会出现诸多新闻所报道的同其他涂鸦创作者、媒介物权人乃至城市公共管理部门间的利益冲突^[5-6]。此时, 考虑到各利益相关方都有其正当性依据^④, 难以仅凭对既有规则的文义解释或逻辑推理即可顺利完成对涂鸦行为的正当性评价。诉诸法律实践理性对街头涂鸦艺术背后相冲突的利益进行比较而加以取舍与选择, 似乎已成为当下唯一的解决之道。由此, 正所谓“涂鸦客的出现代表弱小个人争取有效使用公开空间的一种草根社会运动, 追求的不是价值的补偿或利益生产, 而是公平正义或合理分配”^[7]。如何在鼓励艺术创作和实现社

收稿日期: 2023-12-26; 修回日期: 2024-04-10

基金项目: 国家社会科学基金重大项目“铸牢中华民族共同体意识法制保障研究”(21VMZ010); 国家社会科学基金重点项目“民法典时代知识产权立法问题研究”(18AFX021)

作者简介: 邓社民, 男, 甘肃正宁人, 武汉大学法学院教授、博士生导师, 主要研究方向: 知识产权法学、网络和数据法学, 联系邮箱: fxydsm@whu.edu.cn; 王志文, 男, 山东广饶人, 武汉大学法学院博士研究生, 主要研究方向: 知识产权法学

会精细化治理的平衡中完成街头涂鸦所涉多元利益冲突的纾解,仍有待在法治轨道上予以深入探讨。

一、问题:街头涂鸦媒介使用中存在的利益冲突

由于街头涂鸦符合“以线条、色彩或者其他方式构成的有审美意义的平面造型艺术作品”^[8]的定义,实践中通常将其作为著作权法意义上的美术作品来加以认定。但与一般美术作品不同,街头涂鸦从外在形态来看需附着在建筑墙壁之上,其在创作以及后续固定中与附着媒介产生了高度的个性化链接与互动性交流。基于此,媒介供给数量的现实有限以及街头涂鸦同媒介间的权属分离状态,使得街头涂鸦的艺术特质更容易招致强烈的利益冲突,并集中体现为维护个人独创表达的著作权法与保证集体持续创作的群体规约相抵牾、保护作品完整的著作权与实现媒介自由支配的物权相抵触。

(一) 著作权法与群体规约相抵牾:个人独创表达与集体持续创作

作为对各种冲突的利益进行评价的结果^[9],制度通常有正式制度和非正式制度两种存在形式。前者是由立法者颁行或者至少为立法者所承认的,不构成难以容忍之恶,并由国家的强制手段保障实施的成文规范,譬如著作权法、城市市容和环境卫生管理条例^[10](64)];后者则是人们在长期交往中自发形成并被演进变化中的社会关系所强化的行为规范,包括群体规约、习惯传统等,其实施依赖于成员的自愿而非外界的强迫^[11]。鉴于现实中合法涂鸦媒介供给的客观有限,意在保护个人独创性表达的著作权法规范无疑会同旨在维系涂鸦艺术共同体持续创作的群体规约相抵牾。

具体而言,涂鸦艺术共同体成员基于各自的艺术审美和绘制技巧,在20世纪70年代即就涂鸦创作媒介的分配自发产生了关于覆盖(going cover)在先涂鸦作品的群体规约:如果某一涂鸦创作者为证明自己拥有更强的绘制技艺,其可以选择对媒介之上已有涂鸦进行喷涂、覆盖并绘制其自认为内容更为复杂、水平更为高超的全新涂鸦^[12]。但若新绘制的涂鸦质量不如人意,则后创作者会被本地区艺术共同体内的其他成员认为是Toy(玩物),并会以在后作品旁喷涂“hot 110”[®]的方式来表达他们对先涂鸦创作者的支持^[13]。如埃里克森所言,交织紧密的群体会形成一些社会规范,会形成无须法律规制的秩序。越是交织紧密的社会,在重复博弈机制、声誉机制和信号传导机制可能发挥作用的情况下,民间规范发挥作用的空間就越大^[14]。通过放弃涂鸦作品著作权和将现实生活中的等级秩序进行有机嫁接,涂鸦艺术共同体成员借助群体规约,不仅顺利完成了在有限媒介上的街头涂鸦分层并置,而且在城市空间里实现了话语权分配与身份协商。但值得注意的是,该类群体规约在同政府、社会治理互动中发挥拾遗补阙作用的同时,也同著作权法规范产生了适用上的矛盾:在涂鸦受众日趋广泛的背景下,出于对“圈外”(对前述群体规约不知情或知情但不置可否)涂鸦创作者绘制水平不满而自行覆盖其涂鸦作品的“圈内”行为,在该涂鸦创作者特别提出保护作品权利诉求的情况下,难免会同《中华人民共和国著作权法》(以下简称《著作权法》)第10条规定发生冲突。相关案例如橘子洲大桥东桥堤上的巨幅袁隆平涂鸦即因在绘制过程中触及前述群体规约,在完成后被多次喷涂覆盖^[15]。毋庸讳言,自治应是法治下的自治,无论是基于法的权威来源抑或效力位阶,成文法对群体规约的谦抑性均不应被绝对化。但哈耶克曾指出,与外部秩序相对应的外部规则(法律)尽管是人类社会所不可或缺的治理工具,但是它却不能因此而侵扰甚或替代内部秩序得以生成并得以为续的内部规则(群体规约),否则自生自发的内部秩序和植根于其间的个人的行动自由就会蒙受侵犯并遭到扼杀^[16]。由此,想在继续街头涂鸦艺术有序发展的基础上,消弥由人类理性建构的著作权法规范与民间自发生成的涂鸦群体规约之间的裂隙,妥善平衡个人独创表达与集体持续创作间的利益关系,需要在法律框架内寻求有效的解决途径。

(二) 著作权与物权相抵触: 保护作品完整与媒介自由支配

所谓著作权与物权相抵触, 是指两个或者两个以上同样具有法律上之依据的权利, 因法律未对它们之间的关系作出明确界定而引起的二者之间不和谐的状态^[17]。其本质系旨在表达和实现一定价值秩序的法律所确定的正当利益之间的冲突^[18]。街头涂鸦同媒介间近乎天然的权属分离状态, 使得街头涂鸦自诞生起即存在着保护作品完整权^{®[19](154-158)}同媒介上的物权相抵触之可能。

如前所述, 随着对街头涂鸦的美学价值与文化意义的深挖, 建筑业主、商业策展人等媒介物权人基于环境美化、商业宣传等目的开始通过书面协商、口头承诺等方式, 为涂鸦创作者提供“合法涂鸦区”用以自主表达思想。然而, 这种使用始终是不稳定且有限度的。即以美国“涂鸦圣地”5Pointz案^{®[20]}和我国施某与上海金拱门食品有限公司新风路店的著作权权属、侵权纠纷案[®]为例, 一旦物权人因财产出租、转让等原因决定收回涂鸦创作者对该媒介的使用权并单方决定对绘制于其上的街头涂鸦进行修改或清除, 便会产生涂鸦作品的完整存续利益与媒介自由支配利益, 也即保护作品完整权同媒介物权间的冲突。有观点以《中华人民共和国民法典》第322条和街头涂鸦本身具有易毁性、短暂性为由, 主张应出于鼓励物尽其用^[21]或公平正义^[22]的理念优先保护物权人的事实管领力。可问题在于, 此时街头涂鸦的著作权亦因该媒介物权人的权利行使而无法存续, 因街头涂鸦所生之保护作品完整权又该如何保障? 况且街头涂鸦对于涂鸦艺术共同体内绝大部分成员而言, 往往是对“青葱”日子、不羁青春的文化纪念, 对涂鸦艺术魅力发自内心的热爱与追求^[23], 使得街头涂鸦所凝聚的个性表达以及情感思考等精神人格利益在权利位阶中的重要性不言自明。相较现实留存街头涂鸦作品, 仅依凭涂鸦毁损来考虑对创作者进行赔偿的实质意义显然不大。由此, 因权利制度存在的根本目的即在于保护和实现人的主体性, 作为与物权同一位阶的民事权利, 在街头涂鸦借助特定媒介成功彰显艺术创造力和文化审美价值之时, 针对相关媒介的物权行使行为若对街头涂鸦所凝聚着的创作者精神人格利益造成损害, 显然有所不当^[24]。

二、缘由: 规范的外部性缺陷与媒介表达要素化

虽然著作权法存在的目的在于对各类作品创作和传播过程提供规则支持, 以对其中所生发之利益冲突进行调和, 但显而易见, 面对涂鸦媒介使用中的利益冲突, 仅凭既有规范已难以为化解冲突提供恰当有效且令人信服的解决方案。设法借助法律方法以救济法律调整之空缺正是司法面临的重要任务, 而探究法律调整不能之因由是展开此问题之前提。

(一) 规范外部性缺陷迫使群体规约生成

作为对社会原始事实进行规范加工的产物, 著作权法在调整人与人之间的关系和安排作品创作与传播行为时, 必然要对调整过程所可能涉及的事实利益或群体欲求予以充分考虑^{[25](81-82)}。但著作权法亦须直面现实生活的复杂性。一旦著作权法难以与其所调整的社会事实相互呼应、有效对接, 即会产生规范的外部性缺陷。此时, 由于规范的外部性缺陷很难在现行法律体系内得到救济, 在符合利益衡平和实质正义之法律精神与原则的前提下, 允许著作权法向群体规约开放以寻求缺陷救济, 便成为规范实施时必要乃至必需的选择^[26]。

1. 规范调整的法律效果有违群体利益诉求

与《著作权法》第10条相冲突的群体规约之所以生成, 主要原因在于著作权法所规定的法律后果严重脱离涂鸦艺术共同体的利益诉求。与传统美术作品相比, 街头涂鸦最为显著的特征在于创作者选择把凝聚自身个性表达和群体文化积淀的作品绘制在他人所有的公开、合法媒介之上。在艺术研究视角下, 尽管如此做法因打破以画廊为代表的精英艺术阶层对美学表达形式和评价标准的垄断而值得称赞, 但在城市公共管理部门看来, 这一艺术形式因更多地混淆和打乱了城市公共指示系统和代码体

系,颠覆了固有的城市空间秩序和属地编目而理应得到相对强硬的管制^[27]。基于此,迄今为止,涂鸦创作者虽然可通过同个人、政府的协商而在二者所提供的“合法涂鸦区”进行作品绘制,但此类涂鸦区的数量终究是有限的。加之涂鸦艺术具有叛逆与反抗的亚文化底色,由涂鸦艺术共同体自发生成关于允许喷涂、覆盖先前作品的群体规约无疑因内蕴诸多涂鸦创作者对于可持续创作的利益欲求而具有客观必然性。由此,倘若严格依照《著作权法》第10条予以规制,虽然可以达到保护某一涂鸦创作者个性化智力创作成果的法律效果,但能否获得涂鸦艺术共同体内其他成员和社会公众的理解,并由此取得良好的社会效果,殊值怀疑。而且,在媒介供给极为有限的情况下,若严格以著作权法规范对涂鸦覆盖行为加以调整,大概率会迫使街头涂鸦再度转入“地下”。个性化的极端表达将再次压制街头涂鸦中的美学价值,并重新令街头涂鸦陷入“涂鸦—清除—再涂鸦”的恶性循环,严重影响街头涂鸦艺术的后续发展与迭代创新。

2. 有限理性的民主立法忽略新兴艺术表达

受立法者有限理性的影响,民主立法的固有缺陷亦系群体规约自发生成的重要原因。作为20世纪80年代随波普主义(Pop Art)、嘻哈文化(Hip-Hop)兴起而演绎生成的一种表达实践,街头涂鸦天生是一种以突出个体经验在场,借助非系统绘画方法、碎片化图景来表达对知识经验可靠性的反思与对外部世界真相和秩序疏离的青年亚文化^[28]。基于此,尽管街头涂鸦在近年的商业合作、政府“妥协”中获得一定程度的发展,但由于我国“不具备与欧美类似的涂鸦文化肌理和环境,国人自身文化传承亦缺乏涂鸦艺术产生的土壤和发展的精神动力”^[29],与国外涂鸦圣地(如纽约、柏林)相比,国内活跃的涂鸦创作者在群体总量上仍呈现出较低水平^[23]。据此,考虑到立法本质是诸多利益集团经激烈博弈后相互妥协的产物^[30],对于街头涂鸦此类规模尚小且不容易组织化的艺术共同体之持续创作利益的保护,立法者大概率会决定延迟考量,从而避免制度供给所可能产生的规模不经济以及同其他部门法规(民法典、城市环境管理条例等)间的矛盾。除此之外,著作权法对街头涂鸦艺术调整的不能亦当归因于立法者本身有限的理性认知能力。“人类生活在一个意义建构的世界中,仅凭人类的机体性质无法清楚地揭示人类与这个世界的相关性。世界包含着体验和期望的广泛可能性,但是,只有有限的可能性能够被意识所认知、被处理为信息或被行动所俘获。”^[31]客观地讲,街头涂鸦艺术从诞生到风靡打满算只有40个年头,引入我国也才20余年,要求立法者对这一完全不同于传统美术作品呈现形式的青年亚文化——街头涂鸦及其所关联的生活事实与法律关系进行提前认知与制度排演,确实不具有可行性。因此,在既有法规范无法就合法有限的媒介分配提供恰当救济之时,涂鸦艺术共同体自发生成群体规约以调整内部创作秩序情有可原。从法律运行及应然性来看,著作权法也必须面对现代艺术发展的复杂性与偶在性,必然要在自身就某一特定艺术事实存在不圆满安排时承认在外部存在具有一定自治性的规范资源。

实际上,“法治并不意味着要否定社会自治,也不意味着国家可以通过法律覆盖生活的每一个角落……”^[32]就街头涂鸦艺术的发展与繁荣而言,反映涂鸦艺术共同体可持续创作利益的群体规约与保护涂鸦创作者个人独创性表达利益的著作权法应发挥各自不同的作用,二者不可偏废,否则将出现社会与文化治理秩序的失衡。只有实现著作权法与群体规约、集体创作与个体表达间的良性互动,才能真正促进街头涂鸦艺术与城市空间治理的整体和谐与共同繁荣。

(二) 媒介表达要素化打破权利调整逻辑

作为激励作品创作与规制作品使用行为的正式规则体系,著作权法不仅影响着全部关联主体的切身利益,而且还关乎作为国家基本法律的民法典所调整的对象,即私人财产秩序和精神文化需求的繁荣状态和正确路向。基于此,从体系适用角度来看,著作权法被要求保持同其他民事基本法,特别是民法典物权编具有边界清晰、逻辑一贯的意义构造。而考虑到在后手抄时代,作品通常具有消费非竞

争性(non-rivalrous), 故就美术作品著作权与载体物权的衔接关系而言, 学界以及实务界普遍赞同在坚持“权利载体—权利客体—著作权”法律关系构造基础上, 对著作权和物权予以区分评价^⑨。唯此以契合“一权多物”这一著作权与作品载体的关系常态, 彰显著作权制度与物权制度的内在不同机理, 实现“恺撒的归恺撒, 上帝的归上帝”^[33]。但针对涂鸦媒介使用所产生的保护作品完整与媒介自由支配利益冲突(或称著作权与物权冲突), 该区分评价规则可否继续适用尤其值得怀疑。

街头涂鸦与一般美术作品的区别除表现在前者须以他属媒介作为艺术表达载体外, 还体现于街头涂鸦的内容风格与媒介本身存在千丝万缕的联系。从著作权法的视角来看, 该媒介已然成为所承载涂鸦作品的一种重要表达要素, 媒介表达要素化是街头涂鸦区别于一般美术作品的另一艺术特质。申言之, 第一, 涂鸦创作者之所以能够在街头涂鸦的视觉独创性营造上取得成功, 很大程度上归因于其对媒介及其周边空间环境的整体感知与深刻把握。例如, 北京涂鸦艺术家张大力于正被拆除的老建筑物墙壁上所绘制的涂鸦作品《拆》, 即形象地揭露出城市化进程中历史延续与现代建设之间的矛盾。而莫斯科涂鸦艺术家 Dmitri Vrubel 于冷战时期在柏林墙绘制的《兄弟之吻》, 也生动地传递出作者内心对于二战后意识形态分裂和人权侵犯问题的复杂情绪与政治观点。第二, 正如重庆黄桷坪涂鸦街在历经漫长岁月之后仍常被国内外艺术家、游客回忆并提及, 街头涂鸦作品对于所依附的媒介亦具有环境视觉布局的解构与重建功用。在此过程中, 二者共同作为地域文化的象征性符号, 让公众记忆得以在城市框架和当地文化体系中持续进行更加广泛的建构、传递与交流^[34]。

涂鸦媒介的开放性和多元性不仅启迪了涂鸦创作者对其“所处空间”和“外在世界”的感知, 而且还通过同街头涂鸦的耦合共同完成了对涂鸦创作者私人情感、个体化的群体共同经验以及地域特色文化的外化彰显。因此, 对街头涂鸦著作权与媒介物权依照传统调整逻辑进行区分评价已不再具有前提基础。但亦须注意, 涂鸦媒介的表达要素化并不意味着媒介物权人所进行的清洗、粉刷行为因涉嫌侵害保护作品完整权而应予完全禁止。拉伦茨曾言:“决定某一行为之民法取向的, 除行为本身之外, 还应考察其法效意思, 而法效意思根本不可能完全脱离其环境事实而构成违法行为。”^[35]由此, 对于因涂鸦媒介使用所产生的保护作品完整与媒介自由支配间的利益冲突, 难以仅凭对既有规则的文义解释或对事例的逻辑推理而顺利完成行为评价。唯有结合个案情况诉诸利益衡量, 方可完成“善”与“善”的最终抉择。同时, 考虑到利益判断始终是模棱两可的, 不能仅仰仗法官个人的主观抉择, 而必须循法所得。故在利益衡量过程中, 法官必须注重裁判结论的论证与说理, 从多个角度对相关论据展开详述, 以在增强裁判说服力的同时, 满足法律安定性以及裁判平等透明的要求, 实现冲突各方主体思维的互通^{[10](25-26)}。

三、化解: 群体规约事实介入与多要素利益衡量

利益冲突(conflict of interest)反映的是社会成员间所具有的抵触性、非合作性甚至滋生敌意性的社会互动形式和社会关系。尽管现行著作权法在面对街头涂鸦这一新兴、独特艺术表达形式时会显露出各类适用缺陷, 但统领于法治化目标之下, 从实现社会精细化治理^[36]角度来看, 仍有可能借助司法裁判这一蕴含高度智慧的法律适用力量来对涂鸦媒介使用背后所反映的利益分配失衡现象予以救济。“法不只是评价性的规范, 它也将是有实效的力量。……而从理念王国进入现实王国的门径, 则是谙熟世俗生活关系的法官。正是在法官那里, 法才道成肉身。”^[37]只有在个案裁判中合理协调街头涂鸦背后的多元利益关系, 实现媒介使用中相冲突利益间的有效平衡, 方可确保涂鸦创作者在自由进行个性化创作中能够尽自己的本分来维系街头涂鸦艺术的有序发展, 最大限度地避免对有限媒介的“挪用”与“对抗”, 防止这一不符合社会秩序假定的行为发生^{[25](9)}。

(一) 事实认定中的群体规约介入

作为对著作权法外部性缺陷予以自发救济的产物,群体规约实则构成埃利希意义上的一阶秩序^{③[38](545)}。二者本该共同发挥继续街头涂鸦艺术发展与繁荣社会文化秩序的功用,然而,由于形式理性的国家法为建构秩序所必需,且现代自然法思想与实证意义思想亦坚持事实上的法律形式理性而对实质理性保持警惕^[39],自前述可知,实践中涂鸦艺术共同体的群体规约始终未真正参与媒介使用利益冲突的纾解。由此,要令群体规约的制度性价值得到切实发挥,唯有让法官裁判走向能动。要通过将群体规约作为案件事实的结构性要素或将群体规约作为司法裁判小前提,来消解形式正义与实质正义、保护个人独创性表达与维系集体可持续创作间的冲突,弥合著作权法规范与街头涂鸦艺术间的鸿沟。具言之,相较将群体规约作为个案裁判之大前提所可能招致的对法律渊源正当性与适用规范性的质疑,援引与案涉利益冲突存在密切关联的群体规约作为案件事实结构性要素,往往会有效帮助法官恰当地认知与识别生效之“法”,进而有利于其在规范构成要件和具体事实的目光来回顾盼中,真正理解和回应时下涂鸦创作者与涂鸦艺术共同体的情感需要和艺术发展诉求^{[10](65)}。在此,兹以被覆盖涂鸦作品的权利人向法院起诉要求覆盖者停止侵害、赔偿损害为例试作说明。在将群体规约作为案件事实结构性要素的基础上,虽然案涉涂鸦喷涂行为属于侵害著作权的行为,但若查证该喷涂行为的作出符合当地艺术共同体群体规约以及确实受到合法媒介供给数量有限之影响,出于尽可能不对后续街头涂鸦艺术发展和社会公共治理产生消极影响的考量,法官原则上可拒绝原告停止侵害之请求,并在综合考量案涉涂鸦的艺术价值、创作者意图、各方注意义务等各要素基础上,审慎酌定损害赔偿数额。至此,著作权法规范调整的法律效果与群体规约介入所带来的社会效果实现了有机统一。

值得注意的是,法官在将群体规约作为案件事实结构性要素时,需关注以下两个问题:一是群体规约的举证与识别;二是当事人对群体规约的可接受性。就第一个问题而言,由于法官在司法裁判过程中的主要任务是寻找解决纠纷的具体法律规范、明确案件事实中的规范结构以及发掘其中的权利义务配置规则,故关于个案可适用的涂鸦群体规约存在与否,“除主张之当事人依法提出证据外,法院尚应依职权调查”^[40]。因此,在个案审理过程中,当双方当事人及律师的举证难以令法官信服时,法官应依职权深入“合法涂鸦区”进行深度调查,并在听取多位涂鸦创作者关于群体规约是否系多年惯行之事以及其是否具有行为拘束力的意见之后,形成关于本地区群体规约的个体认知与自我判断,以此为后续纠纷裁判的规范事实构造提供指导^[41]。至于第二个问题,不可否认,将涂鸦群体规约作为案件事实构造要素可能导致著作权法的适用偏离预设,进而引发不知情当事人以及社会公众的质疑与不接受。但我们须意识到,作为“一个集体基于特定历史传统的自我理解、特定共同体的文化认同、特定情境的价值共识和特定人权的利益协调”^[42]的结果,在既有法规范关注之前甚至在关注之后,得到诸多涂鸦创作者广泛遵守的群体规约已然于大多数情况下完成了对城市有限合法媒介的合理分配,并在此期间有效降低了著作权法、城市环境管理条例等正式制度的实施成本。“一套共同的伦理和价值体系对于许多内在制度的执行来讲是一个重要的基础,并对降低交易成本来讲至关重要。毕竟,内在规则的自发执行一般都比严重依赖外在惩罚(诉讼)要便宜。”^[43]由此,法官在裁判分配当事人间的权利义务时,无论是出于对街头涂鸦独特艺术文化的尊重,还是基于降低制度实施成本之考量,将该群体规约作为案件事实的结构性要素有其必然性与正当性。也基于此,为避免所作出的裁判引发不必要的争议,法官必须结合个案具体情况对裁判结论展开扎实深入的说理论证。要通过将与案涉相冲突的涂鸦创作者利益与艺术共同体利益、个体权利诉求和社会后续治理成本相权衡的过程,对相关各方予以详细的解释与披露,完成冲突各方主体思维的互通,实现裁判结论的无缝化和逻辑自治。

(二) 裁判论证中的多要素衡量

规范适用时群体规约的介入虽然为法官有效识别街头涂鸦的独特艺术肌理,思考和平衡涂鸦创作者的个人表达利益与艺术共同体的集体创作利益建立事实与论证基础,但若要想彻底实现涂鸦媒介使用

中利益冲突的消解, 还需要对涂鸦完整存续与媒介自由支配这一矛盾利益关系进行全方位、多角度的要素权衡。而为顺利完成对裁判结论正当性的客观价值检视, 笔者以为, 法官在进行利益衡量时所应考虑的要害包括: ①街头涂鸦的可移除性; ②街头涂鸦的艺术价值; ③涂鸦创作者的主观意图; ④媒介物权人的行为利益; ⑤各方的注意义务。

1. 街头涂鸦的可移除性

法官所应考虑的第一个要素是街头涂鸦的可移除性。美国《视觉艺术家权利法案》(*Visual Artists Rights Act of 1990, VARA*)关于第 106A(a)条第(3)款保护精神权利(类似我国保护作品完整权)的适用例外即明确指出, 如果作品与载体密不可分且对该移除势必造成作品破坏, 那么媒介所有人就需要提供证据来证明作品创作者同意将案涉作品安装在建筑物中, 并且知悉该作品可能在未来遭到毁损破坏, 否则将追究其毁损作品的责任^①。

作品的可移除性应作何种理解? 由于我国《著作权法》第 10 条所规定的保护作品完整权仅限于禁止实质性改变作者原本想要表达的思想、感情, 故在实践中, 如果能够寻找到与原媒介相类似的替代地点并重新完成涂鸦绘制, 或者完成对涂鸦及其所附着媒介的“整体性”摄影, 原则上即应认定该项要件得以满足。也有观点指出, 涂鸦是不可能通过前述方式得以完全移除的。因为通过该方式移除后的“复制品”可能因表达形式、地点环境的改变而影响原件所欲传递的文化氛围以致“概念毁损”^[44]。对此担忧, 在街头涂鸦媒介表达要素化逻辑下, 笔者亦认为存在可资借鉴之处。与根据音乐曲谱所写的一首音乐作品, 或者像图书那样的一个纯粹的文字作品不同, “由于在确定艺术品(涂鸦)质量上并没有‘客观’的方法, 所以未完全相同的复制件总是令人质疑的”^[45]。基于此, 就街头涂鸦可移除性要件的认定, 笔者以为, 或可从涂鸦创作情况着手予以个案解决: 如果案涉涂鸦与所依附媒介深度耦合并共同完成了对涂鸦创作者之私人情感的表达, 例如绘制于柏林墙上的《兄弟之吻》, 此时应认为该特定涂鸦不可移动; 而若案涉涂鸦构图简单、艺术价值较低且与载体媒介间意义联系不甚紧密, 作为裁判者的法官则应以“存在采取摄影、拍照等方式进行留存并于替代性绘制地点予以再现之可能”认为其满足了可移除性之要件。

2. 街头涂鸦的艺术价值

正如在 5Pointz 案中, 原告通过向法官提供大量的新闻报道、各种支持信件、各类获奖事实, 有效证实了案涉涂鸦作品的社会声誉和艺术地位。围绕涂鸦媒介使用所产生的利益冲突, 法官应考虑的第二个要素即案涉街头涂鸦的艺术价值。而对该要素进行权衡, 正如霍姆斯法官所言: “由那些只经过法律训练的人来判断美术作品的价值是危险的。一方面, 有些极具天才的绘画一开始不被人们所欣赏; 另一方面, 有些在法官看来缺乏美学价值和教育意义的作品却能够被一些民众所接受。不能因为这些民众的品位低就认为这幅绘画不受版权保护。”^{[19](72)}因此, 就街头涂鸦艺术价值的认定, 我国法官应在尽可能利用专家辅助人制度、人民陪审员制度的基础上, 视当地政府和居民的接受程度而定, 同时也须重视街头涂鸦所赋予的是什么样的社会意涵, 以及带给当地都市景观及居民的生活视觉感受如何^[46]。

3. 涂鸦创作者的主观意图

围绕涂鸦媒介使用所产生的利益冲突, 法官应考虑的第三个要素应是涂鸦创作者的主观意图。无论是《伯尔尼公约》、美国 VARA 法案, 还是我国著作权法, 就著作人身权的规定均主要源于对创作者声誉的关注。由此, 如果现实中作品创作者绘制街头涂鸦的意图仅在于锻炼自己的涂鸦技艺或仅用作一次性活动展示品, 即如 Pollara v. Seymour 案中的创作者并无永久保留案涉作品的意图, 那么法官在裁决相关人格权利保护诉求时, 应将相对应的利益重要性置于劣后地位^②。而如果涂鸦创作者对于所绘制的涂鸦作品倾入了大量心血且成功举证其为该涂鸦作品的存续付出了诸多努力, 考虑到该行为无论对作者还是对公众来说是巨大的损失, 审理法官在作出裁判时, 应对创作者的利益诉求予以合理

偏重,以彰显著作权法旨在促进艺术繁荣与文化传播之立法宗旨。

4. 媒介物权人的行为利益

法官应考虑第四个要素是媒介物权人的行为利益。由于街头涂鸦依赖由他人所有之媒介进行创作与存续,无论涂鸦创作者是否与媒介物权人就该涂鸦的维护与存续订立契约,涂鸦创作者在进行作品绘制时,理应有媒介物权人未来对该媒介进行支配使用的心理预期。基于此,在权衡涂鸦继续与媒介支配利益时,媒介物权人粉刷、清洗行为是否基于追求自身正当利益或满足客观情势之需要(或出于公共利益继续需要),亦应纳入法官考量范畴。除此之外,街头涂鸦是否对媒介物权人造成不合理负担也系一个重要考量要素。有学者曾对 5pointz 案评论道:“VARA 对故意行为的限制可能在某种程度上取决于街头涂鸦艺术所在物业的直接发展潜力。换句话说,原告艺术家的胜诉可能取决于施工的紧迫性以及业主已经获得开发许可的程度。”^[47]在同样涉及作品与载体密不可分的德国曼海姆艺术馆(Kunsthalle Mannheim)拆除室内多媒体艺术装置案中,德国联邦最高法院亦指出,“虽然艺术馆特别用于为后代保存艺术品,但在必要时,(原告所设计的)这些建筑和展览空间也具有使其适应博物馆技术现状的合法利益。在进行必要的翻修工作的基础上,艺术馆方(被告)有正当理由考虑重新设计其建筑,特别是照明技术,因此,被告不需使翻修与艺术品创作者(原告)的利益保持一致……原告也无权要求恢复,翻修所造成的情况并不构成对作品的处理。”^[48]

5. 各方的注意义务

法官应考虑第五个要素是涂鸦创作者与媒介物权人的注意义务。湖北省高院在《赤壁之战》壁画拆除案的判决书中指出:“在从壁画创造到拆毁的十四年间,原告作为案涉壁画的著作权人本应认识到该壁画的重要艺术价值和对具有可拆卸性的壁画进行自我保护的重要意义,然而由于原告未就上述事项与壁画原件物权人进行接触且就相关保护义务等予以告知协商,主观不知情的物权人因建筑翻新而将壁画予以拆毁的行为无疑应属于物权行使范畴的正当行为,不构成对原告著作权的侵害。”^⑧因此,在对该要素予以权衡时,法官应着重考虑涂鸦创作者在涂鸦绘制前是否已同媒介物权人经过公平合理的谈判,谈判内容是否涉及涂鸦的权属约定与继续义务,在纠纷事实发生前媒介物权人是否就可能的涂鸦毁损行为向创作者发出通知,涂鸦创作者在收到通知后是否在合理期限内进行了相应的处置(例如自行移除作品、支付作品保管费用或回复允许拆除等),以及在诉讼过程中各方是否有任何阻碍司法程序的故意行为或庭外自助行为等。

总而言之,围绕涂鸦媒介使用所产生的利益冲突,在既有著作权法规范无法提供妥适解决方案的情况下,法院在个案裁量过程中,完全可以借助上述要素标准来对街头涂鸦绘制与存续过程中的各类利益进行权衡并为最终的裁判结论提供价值客观性保障。该多要素衡量标准不仅充分尊重涂鸦创作者、媒介物权人、涂鸦艺术共同体各方的权利,承认他们各自的负担和意图,并为此提供了“公平竞技的舞台”,而且该要素衡量标准也与合理使用原则一样,在充分考量个案具体情况的基础上,为法官思考何种要素具有决定性地位以及每个要素应占多大权重保留了充分的灵活空间^[49]。

四、结语

不同于西方将街头涂鸦视作社会弱势群体对环境不公、阶级压迫进行反抗与发声的工具,中国语境下的街头涂鸦因独特的国情发展已然演变成为一种极具视觉冲击力的城市特色景观和文化艺术符号。在此背景下,处于非主流地位的涂鸦艺术共同体基于相同的兴趣爱好而选择于有限的合法媒介之上进行艺术创作的行为,虽然同我国著作权法规范存在相当程度的不兼容以致放大了当前法律调整不能之现实缺陷,但这并不意味着街头涂鸦本身的艺术价值以及由此衍生的群体文化应遭受来自现行规范

的置若罔闻抑或通盘否定。“社会现象不能够按照法学上对它们进行推理的方式来加以解释,而是应基于以此为基础的事实展开思维过程的方式来加以理解。”^{[38](38-39)}在一个倡导多元文化并存、强调文化自信的法治国度,对于街头涂鸦艺术在合法空间媒介使用中的利益冲突与话语争夺,在既有著作权规范无法进行针对性调整的情况下,我们完全可以借助司法固有的能动力量,在援引与案涉利益冲突存在密切联系的群体规约作为案件事实结构性要素的基础上,通过对媒介使用中涉及的保护独创表达与维系集体创作、保护作品完整与媒介自由支配等利益关系进行多要素标准衡量,来维系街头涂鸦艺术发展与实现社会精细化治理。也正是在这一过程中,法治国家的中国式现代化图景与倡导多元文化并存和强调文明自信的社会文化政策最终达致有机统一。

注释:

- ① 本文拟探讨的“街头涂鸦”意指在合法、公开媒介之上借助文字或图画等形式进行的视觉艺术创作。“街头涂鸦”色彩跳跃,富有想象力和视觉冲击力,具有蓬勃的原创力、表现力以及独特的艺术和审美价值,其主要形式有签名涂鸦(tag)、快速涂鸦(throw-up)、模板涂鸦(stencil)和大幅涂鸦(piece/mural)等。与街头涂鸦艺术相比,“乱写乱画”“街头小广告”等一般意义上的涂鸦往往并不具备形式上的艺术美感与内容上的情感表达。
- ② 本文中的“创作媒介”并不简单等同于“创作载体”。在街头涂鸦艺术语境下,该“媒介”不仅具有实体意义上的街头涂鸦承载功能,还因在一定程度上决定了街头涂鸦的风格与内容而彰显出“形构社会交往和文化传播活动”的意味。
- ③ 在我国具有颇高知名度的“合法涂鸦区”主要有北京 798 艺术区、上海 M50 创意园区、重庆黄桷坪涂鸦艺术街、厦门厦大芙蓉隧道、广州市府学西街、香港中上环一带等。
- ④ 街头涂鸦除依授权或协商而依附于合法媒介外,有时会被少量涂鸦创作者擅自绘制于由他人所有的建筑外墙或城市公共墙壁之上,并涉及迷信、淫秽、赌博、暴力等内容传播。由于此类行为是违反《著作权法》第 4 条和《城市市容和环境卫生管理条例》第 17 条的不法行为,故非本文所讨论的正当利益冲突范畴。在苏黎世涂鸦者案中,德国联邦宪法法院曾有针对性地指出,艺术自由的射程从一开始就不及于为发展艺术而去恣意使用或损害他人财产的行为。未经媒介物权人或管理者之许可擅自进行涂鸦绘制的行为不仅超出著作权所能够保护的范畴,而且还构成对他人财产权的侵犯。参见王锴:《基本权利冲突及其解决思路》,载《法学研究》2021 年第 6 期,第 38 页。
- ⑤ 就街头涂鸦创作的群体规约,不同国家、地区之间亦有区别。例如在意大利米兰地区,如果在所绘制的涂鸦旁边喷涂特定的帮派或团队签名,不论该涂鸦作品质量如何,其他涂鸦创作者均不会选择对其进行覆盖。
- ⑥ 虽然从著作权法规定来看,关于继续涂鸦完整的权利除涉及保护作品完整权外,尚涉及修改权。但考虑到保护作品完整权与修改权二者间具有紧密联系,以致可以说构成一项权利的两个方面,出于行文简洁之目的,本文仅从保护作品完整权角度展开后续论述。
- ⑦ 本案案情大致为:作为存续已有十余年的合法涂鸦区 5Pointz,因允许涂鸦创作者在其建筑外墙自由绘制涂鸦并为其提供维护,被誉为世界“涂鸦圣地”。然而,2013 年 5Pointz 的物权人 Gerald Wolkoff 为将 5Pointz 改建成豪华公寓楼,擅自决定将绘制有大量涂鸦作品的建筑外墙进行清洗刷白。作为原告的 21 位涂鸦艺术家据此向地区法院提起诉讼,要求其停止拆除并进行损害赔偿。被告 Gerald Wolkoff 虽然从案涉涂鸦的存在短暂性、作品不具有公认的声望而对原告方的诉请予以反驳,但法院最终还是以案涉涂鸦符合《视觉艺术家权利法案》第 106A(a)条第(3)条规定“为防止对具有公认声誉的作品进行任何破坏,对该作品的任何故意或重大过失破坏(笔者注:包括作品载体)均构成对保护作品完整权的侵犯”为由,对原告主张表示支持,并针对被告蓄意毁损涂鸦作品的行为要求其从重进行赔偿,总额高达 675 万美元。
- ⑧ 参见上海市普陀区人民法院(2022)沪 0107 民初 6015 号民事判决书。
- ⑨ 我国《著作权法》第 20 条、《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》第 23 条即依此思路制定。
- ⑩ 所谓一阶秩序,是指社会中每一个社团内部都存在着的、发源于社团自身的一种内生秩序,家庭秩序是最初的一阶秩序。

后来随着社会统一性的出现和发展,以国家和社会为代表的大团体开始为它之中的个人、家庭等小团体施加统一性的秩序规范,比如法律、宗教、伦理等,这些规范被称为二阶秩序。

- ⑪ *The Visual Artists Rights Act of 1990*, 113(d)(1).
- ⑫ See *Pollara v. Seymour*, 206 F. Supp. 2d 333, 336-37 (N.D.N.Y. 2002).
- ⑬ 参见湖北省高级人民法院(2003)鄂民三终字第18号民事判决书。

参考文献:

- [1] MERRILL S. Graffiti at heritage places: Vandalism as cultural significance or conservation sacrilege?[J]. *Time & Mind*, 2011, 4(1): 59-75.
- [2] 孟瑾, 方二. 涂鸦[M]. 北京: 中国青年出版社, 2006: 12.
- [3] 周志强. 阐释中国的方式: 媒介裂变时代的文化景观[M]. 北京: 中国电影出版社, 2013: 221.
- [4] M.贾斯汀·麦克雷尔. 涂鸦与城市: 关于街头艺术、城市青年与艺术疗愈的新思考[J]. *世界美术*, 2020(3): 16-19.
- [5] 张守坤. 街头涂鸦: 创作还是捣蛋? [N]. *法治日报*, 2023-03-28(4).
- [6] 张青. 当灯光秀遇上涂鸦街 来看艺术家共绘的光影巨画[EB/OL]. (2023-01-06) [2023-11-01]. http://www.cq.xinhuanet.com/2023-01/06/c_1129260531.htm.
- [7] 张赞国, 高丛霖. 涂鸦香港: 公共空间、政治与全球化[M]. 香港: 香港城市大学出版社, 2012: 70.
- [8] 吴汉东. 知识产权法[M]. 北京: 法律出版社, 2021: 159.
- [9] 何勤华. 西方法律思想史[M]. 上海: 复旦大学出版社, 2005: 255.
- [10] 托马斯·M.J.默勒斯. 法学方法论 [M]. 4版. 杜志浩, 译. 北京: 北京大学出版社, 2022.
- [11] 道格拉斯·C.诺思. 制度、制度变迁与经济绩效[M]. 刘守英, 译. 上海: 上海三联书店, 1994: 49-50.
- [12] WACLAWEK A. From graffiti to the street art movement: Negotiating art worlds, urban spaces, and visual culture, c.1970—2008[D]. Montreal: Concordia University, 2008: 94-95.
- [13] KRAMER R C. A social history of graffiti writing in new york city, c.1990—2005[D]. New Haven: Yale University, 2009: 34.
- [14] 罗伯特·埃里克森. 无需法律的秩序[M]. 苏力, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2016: 297-300.
- [15] 田甜. 长沙湘江大堤上的袁隆平巨幅涂鸦被覆盖了, 网友直呼可惜[N]. *三湘都市报*, 2021-07-29(7).
- [16] 弗里德里希·冯·哈耶克. 法律、立法与自由: 第一卷[M]. 邓正来, 张守东, 等译. 北京: 中国大百科全书出版社, 2000: 40.
- [17] 王克金. 权利冲突论: 一个法律实证主义的分析[J]. *法制与社会发展*, 2004(2): 43-61.
- [18] 彭诚信, 苏昊. 论权利冲突的规范本质及化解路径[J]. *法制与社会发展*, 2019, 25(2): 72-88.
- [19] 王迁. 知识产权法教程 [M]. 7版. 北京: 中国人民大学出版社, 2021.
- [20] O'CONNELL A. The 5Pointz case: Damages awarded against property owner for whitewashing street art[J]. *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2018, 13(7): 529-530.
- [21] 杨述兴. 论作品与载体的关系[J]. *知识产权*, 2012(6): 40-45.
- [22] 黄汇. 版权之诉还是物权之诉: 由高丽娅教案手稿遗失案件引发的法律思考[J]. *法律适用*, 2008(Z1): 156-157.
- [23] 刘炯. 公共空间理论视角下的北京街头涂鸦研究[J]. *北京社会科学*, 2019(12): 14-25.
- [24] 王利明. 民法上的利益位阶及其考量[J]. *法学家*, 2014(1): 79-90, 176-177.
- [25] 罗斯科·庞德. 通过法律的社会控制: 法律的任务[M]. 沈宗灵, 译. 北京: 商务印书馆, 2010.
- [26] 谢晖. 论司法对法律漏洞的习惯救济: 以“可以适用习惯”为基础[J]. *中南大学学报(社会科学版)*, 2020, 26(1): 53-64.
- [27] 万书元. 空间的衰朽: 鲍德里亚对当代建筑和城市空间的批判[J]. *文艺理论研究*, 2012, 32(5): 78-87.
- [28] 王庆卫, 赵战. 微观权力视野中的生存美学: 对涂鸦艺术的文化考察[J]. *华中学术*, 2016, 8(1): 12-19.
- [29] 刘青砚. 壁画艺术概论[M]. 济南: 山东教育出版社, 2015: 254.
- [30] 李扬. 法政策学视域下的知识产权法[M]. 北京: 知识产权出版社, 2017: 26.
- [31] 尼克拉斯·卢曼. 法社会学[M]. 宾凯, 等译. 上海: 上海人民出版社, 2013: 71.
- [32] 朱最新. 法律多元与府际合作治理双重视角下的自治规范研究: 兼论自治规范与国家法的关系[J]. *法治社会*, 2017(1): 1-11.

- [33] 白睿成. 论毁损作品唯一载体的著作权法救济[J]. 南大法学, 2023(4): 99-110.
- [34] 鲍士将. 文化记忆、凝聚性结构与影像的互文性建构[J]. 文化研究, 2019(2): 301-314.
- [35] 苏永钦. 民法经济法论文集[M]. 台北: 台北荣泰印书馆, 1986: 169.
- [36] 尹才祥. 精细化治理让城市更有温度[N]. 光明日报, 2022-12-15(02).
- [37] 舒国滢. 从司法的广场化到司法的剧场化: 一个符号学的视角[J]. 政法论坛, 1999(3): 12-19.
- [38] 欧根·埃利希. 法社会学原理[M]. 舒国滢, 译. 北京: 中国大百科全书出版社, 2009.
- [39] 李杰. 论民间法在社会治理中的作用及介入途径[J]. 甘肃政法学院学报, 2015(1): 28-34.
- [40] 王泽鉴. 民法总则[M]. 北京: 北京大学出版社, 2009: 48.
- [41] 王林敏. 论民间法的识别[J]. 山东大学学报(哲学社会科学版), 2008(5): 16-23.
- [42] 高鸿钧. 商谈法哲学与民主法治: 在事实与规范之间阅读[M]. 北京: 清华大学出版社, 2007: 114.
- [43] 柯武刚, 史漫飞. 制度经济学: 社会秩序与公共政策[M]. 韩朝华, 译. 北京: 商务印书馆, 2000: 139.
- [44] BARNES A, GOODMAN N. Language of art: An approach to a theory of symbols[M]. Indianapolis: Hackett Publishing, 1976: 112-122.
- [45] BONUS H, RONTE D. Credibility and economic value in the visual arts[J]. Journal of Culture Economics, 1997, 21(76): 103-118.
- [46] 杨佩焯. 性别与青少年涂鸦行为之关系[J]. 犯罪与刑事司法研究, 2007(8): 62.
- [47] ROSANO S, KURTZ B. Tear down this wall? The destruction of sanctioned street art under U.S. and Italian law. Fordham intellectual property[J]. Media and Entertainment Law Journal, 2020, 30(3): 767-804.
- [48] 唐雯琳, 阮开欣. 德国法院如何认定保护作品完整权[EB/OL]. (2019-10-23) [2023-11-04]. <http://m.ciplawyer.cn/html/zjbq/20191023/143118.html>.
- [49] CHEN L. My art versus your property: A proposal for VARA application to site-specific art[J]. Aipla Quarterly Journal, 2018, 46(3): 341-379.

Conflicts of interest and judicial balancing in the use of the media of street graffiti

DENG Shemin, WANG Zhiwen

(School of Law, Wuhan University, Wuhan 430072, China)

Abstract: The separation of ownership rights between street graffiti and limited media gives rise to conflicts of interest in normative application, and is notably manifested as tensions between copyright law and collective agreement as well as the clash between protection of the integrity rights of works and the property rights of media. Constrained by normative externalities and the elementization of media expression, copyright law fails to provide adequate rule support in this regard. It is the inevitable choice for the street graffiti to maintain the orderly development of graffiti art and to achieve nuanced social governance to introduce collective agreements as structural elements of case facts by leveraging judicial activism, and meanwhile to conduct factor balancing from perspectives such as the removable nature of street graffiti, its artistic value, the intentions of graffiti creators, the interests of media property owners, and the obligations of all parties.

Key words: street graffiti; conflict of interest; judicial remedies; collective agreements; factor balancing

[编辑: 苏慧]