

教育部『新世纪优秀人才支持计划资助』
Supported by Program for New Century Excellent Talents in University

艺术法重述

框架与案例

宋震◎著

Restatement of Art Law: Frameworks and Cases



全国百佳图书出版单位
知识产权出版社

艺术法重述：框架与案例

Restatement of Art Law: Frameworks and Cases

宋 震◎著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

艺术法重述: 框架与案例/宋震著. —北京: 知识产权出版社, 2014. 5

ISBN 978- 7- 80247- 877- 0

I. ①艺… II. ①宋… III. ①艺术—法律—研究—中国

IV. ①D922. 164

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 089483 号

内容提要

本书分为四编。第一编为“艺术法的体系与发展”, 包括艺术法的概念与体系、艺术法的历史与发展; 第二编为“作为公法的艺术法”, 分别从体制、制度和组织的视角对公法意义上的艺术法进行了梳理; 第三编为“作为私法的艺术法”, 分别从财产法、合同法、侵权法以及跨国私法的视角对私法意义上的艺术法进行了分析; 第四编为“艺术法的适用”, 包括艺术法学方法论、艺术法的法律解释学、艺术法适用中的价值判断与利益衡量。

责任编辑: 赵 军

责任出版: 刘译文

书名题字: 常卫军

封面设计: 纵横图文

艺术法重述: 框架与案例

YISHUFA CHONGSHU KUANGJIA YU ANLI

宋 震◎著

出版发行: 知识产权出版社有限责任公司

社 址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

邮 编: 100088

网 址: <http://www.ipph.cn>

邮 箱: zhaojun99668@126.com

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

发行传真: 010-82000893/82005070/82000270

责编电话: 010-82000860 转 8127

责编邮箱: zhaojun@cnipr.com

印 刷: 北京科信印刷有限公司

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

开 本: 787mm × 1092mm 1/16

印 张: 13.5

版 次: 2014 年 7 月第 1 版

印 次: 2014 年 7 月第 1 次印刷

字 数: 236 千字

定 价: 38.00 元

ISBN 978- 7- 80247- 877- 0

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

目 录

第一编 艺术法的体系与发展

第一章 艺术法的概念与体系	(3)
第一节 艺术法的概念	(3)
第二节 艺术法的体系和渊源	(16)
第二章 艺术法的历史与发展	(22)
第一节 艺术法立法的历史沿革	(22)
第二节 艺术法研究的回顾与展望	(34)

第二编 作为公法的艺术法

第三章 基于体制视角的艺术法	(43)
第一节 艺术管理体制	(43)
第二节 文化遗产管理体制	(47)
第四章 基于制度视角的艺术法	(53)
第一节 对艺术的审查	(53)
第二节 对艺术的资助	(61)
第三节 对文化遗产的保护	(69)
第五章 基于组织视角的艺术法	(78)
第一节 权利集体管理组织	(78)
第二节 非营利组织	(84)
第三节 国际组织	(90)

第三编 作为私法的艺术法

第六章 基于财产法视角的艺术法	(95)
第一节 有形财产	(95)
第二节 无形财产	(100)
第七章 基于合同法视角的艺术法	(114)
第一节 特别法上的有名合同	(114)
第二节 艺术法视域中的无名合同	(121)
第八章 基于侵权法视角的艺术法	(127)
第一节 受侵权法保护的权益	(127)
第二节 侵权认定	(131)
第三节 侵权抗辩	(137)
第四节 侵权救济	(145)
第九章 基于跨国私法视角的艺术法	(150)
第一节 艺术法视域中的冲突法问题	(150)
第二节 艺术法视域中涉及私法的国际经济法问题	(162)

第四编 艺术法的适用

第十章 艺术法学方法论	(171)
第一节 艺术法学方法论的概念及其构成	(171)
第二节 司法三段论	(173)
第十一章 艺术法的法律解释方法论	(183)
第一节 狭义法律解释方法	(183)
第二节 不确定概念和一般条款的解释方法	(188)
第三节 法律漏洞的填补	(191)
第十二章 艺术法适用中的价值判断与利益衡量	(195)
第一节 价值判断与利益衡量	(195)
第二节 涉及艺术自由的冲突法益的衡平	(201)
参考文献	(206)

第一编 艺术法的体系与发展

第一章 艺术法的概念与体系

第一节 艺术法的概念

博登海默认为：“概念乃是解决法律问题所必需的和必不可少的工具，没有限定严格专门的概念，我们便不能清楚地和理性地思考法律问题。”^① 因此，研究艺术法，首先需要明确艺术法概念的内涵和外延，并将其与相关概念进行辨析。

一、艺术法的概念

“艺术法”（Art Law）概念形成于 20 世纪 70 年代起美欧各国的艺术投资热潮。^② 实际上，人类历史上最早的艺术立法实践可以上溯至优士丁尼罗马法。^③ 但迄今为止，学术界对于“艺术法”这一概念仍缺乏统一而明确的界定。

（一）艺术法保护的客体

在既有定义中，依据保护客体的不同，可以分为两类：一类主张艺术法以艺术品为保护客体。例如，周林认为：“艺术法学要研究和解决的是艺术品在创造、发掘、生产、销售、流转、展览和收藏过程中所涉及的有关法律问题，诸如艺术品的进出口、拍卖、鉴定、保险、税收，以及艺术家的言论自由和知识产权保

① （美）博登海默：《法理学、法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社 2004 版，第 504 页。

② （美）伦纳德·D. 杜博夫、克里斯蒂·O. 金：《艺术法概要（第 4 版）》，周林译，知识产权出版社 2011 版，译者前言第 1 页。

③ 参见徐国栋：《优士丁尼罗马法与绘画、雕塑——罗马艺术法综论》，《法学》2010 年第 3 期。

护,等等。”^①而另一类则主张艺术法以艺术作品和文化财产为保护客体。例如,瑞士艺术法中心将“艺术法”定义为:“艺术法所关注的是艺术作品以及文化财产的创作、展示、表现、复制及买卖中的法律问题。这些问题包括税务、海关、经营管理,版权和精神权利,艺术表现自由,艺术品交换和借展,行为艺术,真伪鉴定,销售条件,保险,以及与盗窃、非法出口、作伪等行为有关的民事、行政及刑事法律问题。”^②

就前一类定义而言,保护客体似乎失之过窄。在艺术法研究较为发达的美国,多数学者认为“艺术品”(Work of Art)并不限于“纯艺术品”(Fine Arts),他们将“艺术和文化财产”(Art and Cultural Property)或者“文化财产”(Cultural Property)也纳入到艺术法的概念范畴之中。在他们看来,“文化遗产”(Cultural Patrimony)、“纪念地”(Monuments)和“具有艺术价值的客体”(Objects of Artistic Importance)也都属于艺术法的保护客体。^③此外,通常意义上的“艺术品”仅仅指向“视觉的”或“空间的”艺术表现形态,而不能涵盖“表演的”或者“时空的”艺术表现形态。从艺术表现的时空性质看,“艺术作品”不仅包括“艺术品”这一空间艺术的表现形态,还包括音乐等时间艺术的表现形态以及戏剧、电影、文学等时空并列艺术的表现形态。^④相较之下,将保护客体设定为“艺术作品”比之将其限定于“艺术品”可能更具包容性,也更符合研究者对社会艺术实践进行综合研究的客观需要。

就后一类定义而言,保护客体似乎又失之过宽。“文化财产”(Cultural Property),日本、韩国称之为“文化财”,我国台湾地区称之为“文化资产”。1950年日本制定《文化财保护法》,首次提出“文化财”的概念。联合国教科文组织于1954年在海牙制定《武装冲突情况下保护文化财产公约》,首次在国际法中明

① (美)伦纳德·D. 杜博夫、克里斯蒂·O. 金:《艺术法概要(第4版)》,周林译,知识产权出版社2011版,译者前言第1页。

② 转引自周林主编:《艺术法实用手册》,国际文化出版公司1998年版,第279页。

③ See Roy S. Kaufman. Art Law Handbook, Gaithersburg: ASPEN LAW & BUSINESS, 2000: 391-394; See also Leonard D. DuBoff, Sherri Burr, Michael D. Murray. Art Law: Cases and Materials, Hein, 2004: 117-120.

④ 在美国法典中,“艺术”包括但并不只限于音乐(器乐和声乐)、舞蹈、戏剧、民间艺术、文学创作、建筑式样及相近领域、绘画、雕塑、摄影、形象艺术和工艺美术、工业设计、服装和时装设计、动画、电视、无线电广播、电影、视频、录像和录音、与展示相关的艺术、表演、实践、主要艺术形式的展览,多样的民族传统艺术实践,以及有关人类环境的艺术研究及应用。See 20 U. S. Code § 952, <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/20/952>.

确了“文化财产”的概念外延。^①此后,联合国教科文组织于1970年在巴黎制定《关于禁止和防止非法进出口文化财产和非法转让其所有权的方法的公约》,更为详尽地列举了文化财产类别。^②联合国教科文组织于1976年在内罗毕通过的《关于文化财产国际交流的建议》将“文化财产”定义为:“具有或可能具有历史、艺术、科学或技术价值和意义的作为人类创造或自然进化表现和明证的实物。”^③这些国际公约的共识有二:其一,“文化财产”均与“艺术作品”构成种属关系,“艺术作品”只是“文化财产”的一个“子集合”;其二,“文化财产”不仅包括“艺术作品”的“子集合”,还包括“文化遗产”的“子集合”。据此,将作为“文化财产”一部分的“艺术作品”与“文化财产”并列,使两个具有包含关系的种属概念被误作为并列关系的所谓“艺术法的保护客体”的表述方式,显然是不够严谨的。此外,根据国际通说,“文化遗产”(Cultural Heritage)必须是“人类创作或人工制作”的事物,其具有“非自然”的本质特征,而国际公约中的“文化财产”范畴则将自然造化物也囊括域内,自然造化物与“文化遗产”均是“文化财产”的“子集合”。因此,相比“文化财产”,“文化

① 《武装冲突情况下保护文化财产公约》一般被称为《海牙公约》。《海牙公约》第1条规定:“为本公约之目的,‘文化财产’一词应包括下列各项,而不问其来源或所有权如何:(1)对每一民族文化遗产具有重大意义的可移动或不可移动的财产,例如建筑、艺术或历史纪念物而不论其为宗教的或非宗教;考古遗址;作为整体具有历史艺术价值的建筑群;艺术作品;具有艺术、历史或考古价值的手稿、书籍及其他物品;以及科学收藏品和书籍或档案的重要藏品或者上述财产的复制品。(2)其主要和实在目的为保存或陈列(1)项所述可移动文化财产的建筑,例如博物馆、大型图书馆和档案库以及拟于武装冲突情况下保存(1)项所述可移动文化财产的保藏处。(3)保存有大量(1)和(2)项所述文化财产的中心,称之为‘纪念物中心’。”

② 根据《关于禁止和防止非法进出口文化财产和非法转让其所有权的方法的公约》,“文化财产”一词系指“每个国家,根据宗教的或世俗的理由,明确指定为具有重要考古、史前史、历史、文学、艺术或科学价值的财产并属于下列各类者:(1)动物群落、植物群落、矿物和解剖以及具有古生物学意义的物品的稀有收藏品和标本;(2)有关历史,包括科学、技术、军事及社会史,有关国家领袖、思想家、科学家、艺术家之生平以及有关国家重大事件的财产;(3)考古发掘(包括正常的和秘密的)或考古发现的成果;(4)业已肢解的艺术或历史古迹或考古遗址之构成部分;(5)一百年以前的古物,如铭文、钱币和印章;(6)具有人种学意义的文物;(7)有艺术价值的财产,如全部是手工完成的图画、绘画和绘图,不论其装帧框座如何,也不论所用的是何种材料(不包括工业设计图及手工装饰的工业产品);用任何材料制成的雕塑艺术和雕刻的原件;版画、印片和平版画的原件;用任何材料组集或拼集的艺术品原件;(8)稀有手稿和古版书籍,有特殊意义的(历史、艺术、科学、文学等)古书、文件和出版物,不论是单本的或整套的;(9)邮票、印花税票及类似的票证,不论是单张的或成套的;(10)档案,包括有声、照相和电影档案;(11)一百年以前的家具物品和古乐器。”

③ 根据《关于文化财产国际交流的建议》,“文化财产”包括:“(1)动物的、植物的及地质的标本;(2)考古实物;(3)具有人种学意义的物品及文献;(4)美术和工艺作品;(5)文学、音乐、摄影及电影作品;(6)档案及文献。”

遗产”显然是一个更为精准的概念。^①

从前述分析来看,将艺术法的保护客体表述为“艺术作品”与“文化遗产”的组合范畴可能更为妥当。实际上,“艺术作品”与“文化遗产”之间存在着内在的统一性,二者虽然是“文化财产”不同的组成“集合”,但它们都具有共同的属性——“艺术美”。作为一种美的形态,相对于“自然美”而言,“艺术美”的本质在于其直接凝聚着人类的创作和智慧,“艺术作品”与“文化遗产”都是人类艺术生产实践的创造物,二者都是具有审美价值的人类创造物。^②在“艺术美”这一人类精神需求的前提下,人们创作了“艺术作品”,对后人而言,前人的艺术作品则成为“文化遗产”;而被后人视为“文化遗产”的创造物,也是前人在特定历史时空中所创作的“艺术作品”。因此可以说,艺术法的保护客体是具有“艺术美”的人类创造物。当具有“艺术美”的人类创造物被创作出来,特别是进入市场以后,由于利益实现要求的自我性与利益实现途径的社会性之间的内在矛盾性,势必出现作为平等主体的权利人之间以及行政主体与行政相对人之间的利益冲突,艺术法就是协调这种利益矛盾、整合多种利益诉求进而促成利益衡平的法律部门。

(二) 艺术法保护客体的限定

作为不同法律语境中的法律词汇,“艺术作品”和“文化遗产”的概念范畴也是变动不居的,对于艺术法研究而言,其依然是模糊和不确定的,还需要进一步对这两个核心概念加以阐释和限定。因此,与其将艺术法的保护客体表述为“艺术作品”与“文化遗产”,不如将艺术法的保护客体表述为“艺术作品中的特定部分”和“文化遗产中的特定部分”。

1. 艺术作品中的特定部分

“艺术作品”是指在艺术领域内具有独创性的表达,但是,具有独创性的艺术表达并非都能成为艺术法保护的客体。例如,具体描绘性行为或者露骨宣扬色情的以诲淫性为目的的表达,即使是具有独创性的表达,也不会成为艺术法保护的客体;但是,即使是包含有色情内容的艺术作品,只要其在整体上不是淫秽

^① See Janet Blake. On Defining the Cultural Heritage, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 49, No. 1 (Jan, 2000).

^② 在一些国家的立法中,艺术作品即被视为一种文化遗产,例如,阿根廷1998年《音乐有声文化遗产保护法》。根据该法,所有阿根廷籍及旅居阿根廷的作曲家、歌词作者创作的音乐作品,所有阿根廷籍及旅居阿根廷的乐师演奏的或歌手演唱的音乐作品,所有外国乐师演奏或外国歌手演唱的阿根廷器乐或声乐作品,以及所有在阿根廷国土内口头流传的音乐作品的有声记录,不论其制作技术及是否以商业方式传播,均为国家音乐有声文化遗产。参见王世申:《阿根廷文化》,文化艺术出版社2002年版,第278页。

的,也可以成为艺术法保护的客体。又如,根据《伯尔尼公约》第17条的规定,成员国认为有必要时,可以批准、控制或者禁止作品的发行、表演或者展览。实践中,违反主权国家宪法和法律或者损害公共利益的艺术作品,通常都会被排除在受保护的客体之外。

此外,在不同的法域语境中,“艺术作品”概念的内涵和外延都是不尽相同的,需要具体问题具体分析。世界各国的著作权^①法或版权^②法,都以尽可能周全的方式,列举了受保护的艺术作品种类。但是,各国对于艺术作品种类的列举和定义,既有主观认识上的不同,也有文化传统上的不同。例如,美国《版权法》第101条在定义“视觉艺术作品”时指出:“涉及雕塑作品时,指成批铸造、雕刻或者制作的200件或更少的经作者按序编号并载有作者署名或其他标识的雕塑制品。”^③这就是说,如果成批铸造、雕刻或者制作的超过200件的雕塑制品,即使作者按序编号并载有作者署名或者其他标识,也不可能被视为美国《版权法》中的“雕塑作品”;而英国《版权法》和法国《知识产权法典》^④中就没有关于雕塑制品件数的限制性规定;德国和日本的《著作权法》则根本没有将“雕塑作品”单独列为受保护的艺术作品。又如,与法国悠久的历史文化和发达的时尚设计现实相关,法国《知识产权法典》将实用艺术品单独列为受保护的艺术作品;而德国《著作权法》将实用艺术品列入了美术作品之中;在美国《版权法》中,“绘画”、“雕塑作品”包括“实用艺术品”^⑤,但“视觉艺术作品”不包括“实用艺术”。^⑥

可见,笼统地将“艺术作品”视为艺术法的保护客体,既不客观,也不现实。只有将艺术法的保护客体限定为“艺术作品中的特定部分”,才能真正有助

① 著作权,与英语中的“Author's Right”相对应,与法语中的“Droit d'auteur”相对应,也译作“作者权”,为大陆法系术语。日本从德国引进“作者权”概念时,将其译为“著作权”。根据我国《著作权法》的规定,著作权即版权。有学者认为,“著作权”优于“作者权”或者“版权”,同时显示了对两大法系的继承和超越,应以“著作权”统称大陆法系上的“作者权”(Author's Right)和“邻接权”(Neighboring Rights)。参见宋慧献:《著作权、作者权与版权:正其名以顺其言》,《中国出版》2014年第1期。

② 版权,与英语中的“Copyright”相对应,为英美法系术语。

③ 参见《十二国著作权法》翻译组译:《十二国著作权法》,清华大学出版社2011年版,第722页。

④ 根据法国1992年制定的《知识产权法典》(法律部分),法典的第一部分是《文学和艺术产权》,该部分又分为三卷:第一卷为《作者权》,基本框架来源于1957年的法国《文学和艺术产权法》;第二卷为《邻接权》,来源于1985年的法国《作者权及表演艺术者、录音录像制作者和视听传播企业权法》;第三卷包括普遍适用于著作权、邻接权的通则。

⑤ 参见《十二国著作权法》翻译组译:《十二国著作权法》,清华大学出版社2011年版,第720页。

⑥ 参见《十二国著作权法》翻译组译:《十二国著作权法》,清华大学出版社2011年版,第722页。

于艺术法研究的开展和深化。

2. 文化遗产中的特定部分

“文化遗产”（Cultural Heritage）也是一个很难加以明确界定的概念。1972年，“文化遗产”首次正式出现在联合国教科文组织《保护世界文化和自然遗产公约》中。在讨论该公约的过程中，曾出现过一份针对“无形”文化遗产的提案，提出应在联合国教科文组织内制订与“无形”文化遗产有关的国际标准文件的建议，但是这份提案最终被否决了，因此，这一国际公约所认定的文化遗产都是从历史、艺术或者科学角度来看具有突出的普遍价值的物质文化遗产。实际上，“文化遗产”不仅应包括“物质文化遗产”这一人类艺术实践的物质化形态，还应包括人类艺术实践本身这一非物质化形态。“艺术”（拉丁语 ars）的本义即指任何天生的或学到的技能^①，人们运用技能从事实践的过程就是人类创造具有审美价值的事物的过程，因此，“非物质文化遗产”同样是具有“艺术美”的人类创造物。为了弥补该公约对无形文化遗产保护的遗漏，联合国教科文组织在1977年制定的《第一次中期计划（1977-1983）》中，首次提及文化遗产由“有形”遗产（Physical Heritage）和“无形”遗产（Nonphysical Heritage）^②两部分组成。1983年，在联合国教科文组织制定的《第二次中期计划（1984-1989）》中，“无形”文化遗产的内涵大为拓展，不再囿于“艺术”的范围，并与“有形”文化遗产的保护一并予以规划。^③1998年，联合国教科文组织《世界文化发展报告》正式对文化遗产做了“物质遗产”和“非物质遗产”的区分。1999年，国际古迹遗址理事会在《国际文化旅游宪章（重要文化古迹遗址旅游管理原则和指南）》中指出：“文化遗产是在一个社区内发展起来的对生活方式的一种表达，经过世代流传下来，它包括习俗、惯例、场所、物品、艺术表现和价值。文化遗产经常表现为无形的或有形的文化遗产。”^④可见，文化遗产由物质文化遗产和非物质文化遗产组成已经成为国际共识。

但是，物质文化遗产并非都是艺术法的保护客体。艺术法所保护的物质文化遗产客体限于那些具有艺术价值和历史价值的不可移动文物和可移动文物，仅仅

①（英）肯尼思·麦克利什：《人类思想的主要观点——形成世界的观念（上）》，查常平等译，新华出版社2004年版，第100页。

②1992年，联合国教科文组织又用“Tangible Heritage”和“Intangible Heritage”分别替换了“Physical Heritage”和“Nonphysical Heritage”两个术语。

③（日）河野清：《文化遗产的保存与国际协力》，转引自复旦大学文物与博物馆学系编：《文化遗产研究集刊（2）》，上海古籍出版社2001年版，第15页。

④王云霞主编：《文化遗产法：概念、体系与视角》，中国人民大学出版社2012年版，第15页。

具有历史价值或者科学价值但缺乏艺术价值的文物,就很难成为艺术法的保护客体。此外,有学者认为,《保护世界文化和自然遗产公约》中的“世界遗产”(World Heritage)并不是通常意义上的“文化遗产”,而只是这一公约框架下的特定概念,因此不能随意夸大其概念的边界。^①在“世界遗产名录”的框架中,“文化遗产”一般可以归入通常的“文化遗产”范畴;“自然遗产”则不宜归入通常的“文化遗产”范畴,其也很难成为艺术法保护的客体;“文化与自然双重遗产”和“文化景观”虽都与“自然遗产标准”密切相关^②,但由于其在评选时采用或相对注重“文化遗产标准”^③,所以可以将其归入通常的“文化遗产”范畴,因此,其也可以成为艺术法保护的客体。

同样,非物质文化遗产也并非都能成为艺术法保护的客体。非物质文化遗产的基本范畴是由“传统文化表达”^④与狭义的“传统知识”^⑤共同构成的。从国际组织的相关定义来看,“传统文化表达”仅指那些对人们具有美学吸引力的传

① 参见王云霞主编:《文化遗产法教程》,商务印书馆2012年版,第11-13页。

② 在“世界遗产名录”框架中,“文化与自然双重遗产”和“文化景观”都没有另立评选标准,前者分别采用“文化遗产标准”和“自然遗产标准”作为其评定依据,后者主要采用“文化遗产标准”作为其评定依据,但也参考“自然遗产标准”。

③ 在具体操作中,联合国教科文组织规定凡提名列入《世界遗产名录》的“文化遗产”项目必须符合下列一项或几项标准方可获得批准,即所谓“文化遗产标准”: (1) 代表一种独特的艺术成就,一种创造性的天才杰作; (2) 能在一定时期内或世界某一文化区域内,对建筑艺术、纪念物艺术、城镇规划或景观设计方面的发展产生过重大影响; (3) 能为一种已消逝的文明或文化传统提供一种独特的至少是特殊的见证; (4) 可作为一种建筑或建筑群或景观的杰出范例,展示出人类历史上一个或几个重要阶段; (5) 可作为传统的人类居住地或使用地的杰出范例,代表一种或几种文化,尤其在不可逆转之变化的影响下变得易于损坏; (6) 与具有特殊普遍意义的事件或现行传统或思想或信仰或文学艺术作品有直接或实质的联系。

④ 在联合国教科文组织1989年《保护传统文化和民间文学艺术建议书》中,“传统文化”(Traditional Culture)和“民间文学艺术”(Folklore)被并列使用。2000年,世界知识产权组织知识产权与遗传资源、传统知识与民间文学艺术政府间委员会(WIPO-IGC)同时使用“传统文化表达”(Traditional Cultural Expressions)和“民间文学艺术表达”(Expressions of Folklore)两个术语,并特别说明二者属于同一语义。在概念和术语的不断演替中,“民间文学艺术”目前只在少数场合下使用,曾与“民间文学艺术”并列使用的“传统文化”似有取代“民间文学艺术”的趋势;而为区别于著作权法或者版权法所保护的“作品”(Work)概念,“传统文化表达”似有取代“传统文化”的趋势。

⑤ 一般认为,“传统知识”可以分为狭义的“传统知识”和广义的“传统知识”。狭义的“传统知识”是指传统的科学技术知识,包括农业知识、科学知识、技术知识、生态知识、医药知识等。广义的“传统知识”包括三个方面:一是狭义的“传统知识”;二是以音乐、舞蹈、歌曲、手工艺、设计、传说与艺术品为形式的“传统文化表达”;三是传统标志,如称号、地理标志与符号。起初,世界知识产权组织从广义的角度定义“传统知识”,在新近的研究中,世界知识产权组织转而从狭义角度来定义和使用“传统知识”,把“传统知识”限定为传统技术性知识,从而明确把“传统文化表达”排除在外。

统遗产。^①与那些具有美学吸引力的无形遗产不同,传统的科学技术知识或单纯的实践传统等虽然属于“非物质文化遗产”的范畴,但却不属于“传统文化表达”的范畴。因此,艺术法所保护的非物质文化遗产客体应限定为传统表演艺术(如传统戏剧)、传统视觉艺术(如传统美术)、传统艺术实践(如传统仪式)等“传统文化表达”^②。

(三) 艺术法的定义

基于前述,艺术法是以艺术作品和文化遗产中的特定部分为保护客体的特殊法律部门,是规范特定艺术作品与特定文化遗产之利益主体及其权利义务关系的具有普遍约束力的社会规范的“总和”。由于“艺术作品中的特定部分”和“文化遗产中的特定部分”所涉及的领域极其广泛,所以这些涉及不同主体之间的利益问题,不可能通过某一部专门的单行法来解决,而必须由著作权法、非物质文化遗产法、文物保护法、合同法、演出法、税法、公司法、拍卖法、保险法、商标法、行政法以及公共艺术政策等所组成的“法律丛”加以调整。因此,“艺术法学的研究也就必然牵涉到对一系列有关法律、案例以及社会实践情况的综合研究。”^③

① See WIPO. Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders, WIPO Report on Fact - Finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998 - 1999), Geneva, April 2001: 22.

② 在本项研究中,“传统文化表达”仅指“无形”的“传统文化表达”,不包括“有形”的“传统文化表达”(尽管联合国教科文组织和世界知识产权组织联合制定的《保护民间文学艺术表达形式、防止不正当利用及其他侵害行为的国内法示范法条》和世界知识产权组织制定的《保护传统文化表达/民间文学艺术表达:修订后的目标和原则》都将“有形”的“表达”包括在“传统文化表达/民间文学艺术表达”之中)或者基于“无形”的“传统文化表达”的“有形”产品。本项研究认为,口传心授是传统文化表达得以传承的特有方式,口传心授在本质上是一种“人的艺术实践”,而“实践”本身是“随时流逝”并“不可重复”的,因此,“实践”只是一种即时性的“表达”,其本质在于:反复地再现某一传统文化表达形式并通过再现过程中的不断试错与经验积累而持续性地、渐进性地发展这一传统文化表达形式。例如,一个昆曲的传承人仅仅依靠一些曲牌的工尺谱记录是不能实现昆曲的传承的,这是因为昆曲的工尺谱只记录骨干音,对板眼节拍的标示也只是一个轮廓框架,仅依谱演唱是无法体现昆曲韵味的,传承人如欲再现昆曲的音乐风格,则必须在师长对其进行经验传授的基础上通过自身口头润腔加以体验。同样,一个木版年画的传承人仅仅依靠写在纸上的工序也不能实现木版年画工艺的真正魅力。木版年画通常有烧纸这一工序,但对于画纸究竟应当烘烤到什么程度,完全是凭手去感觉,传承人只有经过长期的模仿和揣摩才能掌握这一工艺。就传统表演艺术而言,其本体不是行头、道具和乐器等物质文化遗产,而是人施展艺能进行表演的全过程。乌丙安曾以古琴艺术为例进行了说明,他认为:古琴乐器本身是物质文化,而古琴的制作工艺、弹奏古琴的手法和技巧、口传心授的乐曲调式、传统记谱方式方法、演奏形式或仪式、以及古琴艺术的传承过程等才是无形的非物质文化遗产。参见乌丙安:《非物质文化遗产的界定和保护项目分类认定的关键问题》,见王文章主编:《中国非物质文化遗产保护论坛论文集》,文化艺术出版社2006年版,第152页。

③ (美)伦纳德·D. 杜博夫、克里斯蒂·O. 金:《艺术法概要(第4版)》,周林译,知识产权出版社2011版,译者前言第1页。

二、艺术法的研究对象

每一门学科都有其特定的研究对象,并且根据该特定的研究对象来建立其学科体系,艺术法也不例外。艺术法研究的对象主要是基于特定艺术作品或者特定文化遗产的艺术法律规范和艺术法律活动中的一般规律及其特殊性以及艺术法律裁判活动中法律的适用问题。它所解决的主要问题是,怎样完整理解和准确把握艺术法律规范的一般性规则和特殊性规定,怎样在不忽视案例个别性的前提下从典型案例中抽象出共同的普遍性规则并在同类案例分析的基础上予以系统化,以及怎样在艺术法律适用中准确地理解法律的内涵和立法目的从而在裁判活动中准确地适用法律。

艺术法所涉范围十分广泛,所有与艺术法律制度、艺术法律活动或者艺术法律裁判活动有关的问题都属于其研究对象。具体而言,艺术法要研究如下三个方面的内容:

第一,公域中的艺术法律问题。在公域中,艺术法律问题主要涉及以下方面:首先,涉及体制的问题,包括艺术管理体制和文化遗产管理体制的类型和特质。其次,涉及制度的问题,包括视觉艺术和表演艺术的艺术审查制度、公共部门的艺术资助制度以及文化遗产的行政保护制度等问题。再次,涉及组织的问题,包括著作权集体管理组织和传统文化集体管理组织问题,艺术表演团体、博物馆和艺术基金会等非营利艺术组织问题,国际性和区域性艺术组织问题等。

第二,私域中的艺术法律问题。在私域中,艺术法律问题主要涉及以下方面:首先,财产法问题。包括有形财产的权利移转和利用问题,著作权、商标权、公开权、人格权的财产利益、基于传统文化表达的财产权、信用财产等无形财产问题。其次,合同法问题。包括著作权和邻接权的许可使用和转让合同、表演合同和演出合同、文物艺术品拍卖合同等特别法上的有名合同以及演艺经纪合同、表演者集体合同、艺术品借展合同等艺术法视域中的无名合同。再次,侵权法问题。包括艺术法视域中受侵权法保护的权益范围,侵权构成、著作权侵权认定方法等侵权认定问题,合理使用与滑稽模仿、法定许可与强制许可、权利终止、不可抗力等侵权抗辩事由问题,以及侵权损害赔偿和禁令等侵权救济问题。最后,跨国私法问题。包括跨国著作权纠纷的冲突规范及其适用、跨国文物艺术品所有权争议的冲突规则等艺术法视域中的冲突法问题,国际著作权贸易中的平行进口、艺术家跨国表演所得的课税等艺术法视域中涉及私法的国际经济法问题。

第三,艺术法的适用问题。艺术法的适用并不是一般性地探讨艺术法律规范适用的问题,而是聚焦于涉及特定艺术作品或者特定文化遗产的司法案件裁判过程中法官具体适用法律的过程。^❶从法学方法论的角度看,艺术法的适用问题就是艺术法学方法论问题。艺术法的适用问题主要涉及以下方面:首先,司法三段论在艺术法司法案件裁判过程中的一般性运用和特殊性分析。其次,艺术法的法律解释方法论,包括狭义法律解释方法的分类和适用顺序、不确定概念和一般条款的解释方法、法律漏洞填补的规则与方法等。再次,艺术法适用过程中的价值判断与利益衡量,包括价值判断的运用、利益衡量的方法、以及涉及艺术自由的冲突法益的衡平等。

三、艺术法与其他相关概念的关系

(一) 艺术法与传播法

“传播法”(Communication Law),是以新闻传播活动和大众传播媒介的相关法律问题为研究对象的学科。就学科的涵盖范围而言,“传媒法”(Media Law)、“媒介法”(Media Law)或者“新闻法”(Press Law)与“传播法”(Communication Law)在实质上并无不同。传播法是以言论自由的保障和限制、权力对大众传播媒介的管制以及传播者的相关权利为研究对象的,其研究内容主要有:言论和新闻自由与公共安全、其他权利之间的冲突和协调;信息自由与信息公开以及政府对信息内容的约束和对信息传播的限制,包括对新闻和消息来源的立法保护和行政保护;政府对大众传播媒介的管制,包括新闻审查与事前限制,对报纸、杂志等传统媒介出版物流通的管制,以及对电子媒介和新媒介的管制,如对广播电视和网络的基本管制、对节目内容的管制、对政治节目的管制以及对新技术的管制等;传播者的知识产权,包括音乐许可、有线电视版权、版权合理使用、版权侵权等版权问题,以及商标和不正当竞争等问题;传播者的人身权利,包括名誉、隐私和肖像的保护与侵权问题,如诽谤的证明、抗辩和赔偿,对隐私的盗用和侵扰、不当曝光和虚构以及不当使用;淫秽与法律,包括反淫秽法、对淫秽材料的控制以及对非淫秽性色情材料的管理;广告与法律,包括公司言论自由、广告和媒体发布权、植入式广告、自律机制、对网络广告的规范等;大众传播媒介及其雇员的有限特权,包括媒介设立权、采访自由权、表达自由权、信息收集权和信息来源隐匿权等;媒介所有权,包括广播电视媒介的所有权问题、大

❶ 参见王利明:《法学方法论》,中国人民大学出版社2012年版,第5-7页。