

民間

文学艺术

著作权保护模式探究

卿越 / 著

The Research
on Copyright
of Folklore



法律出版社 | LAW PRESS

民間 文学艺术

The Research
on Copyright
of Folklore

著作权保护模式探究

卿越 / 著

云南大学青年研究基金 YNUHSS036



图书在版编目(CIP)数据

民间文学艺术著作权保护模式探究 / 卿越著. —北京: 法律出版社, 2015. 6

ISBN 978 - 7 - 5118 - 8040 - 6

I. ①民… II. ①卿… III. ①民间文学—著作权法—研究—中国②民间艺术—著作权法—研究—中国 IV.

①D923.414

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 123748 号

民间文学艺术著作权保护模式探究
卿 越 著

编辑统筹 政务出版分社
策划编辑 张瑞珍
责任编辑 崔 丽
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任印制 吕亚莉

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 16
字数 220 千
版本 2015 年 6 月第 1 版
印次 2015 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司/010-62534456

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

第一法律书店/010-63939781/9782

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 8040 - 6

定价:40.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

大约半年之前,卿越邀我为她的新书作序,我当时不假思索就应承下来了,在我的心目中,她是我的嫡传弟子和得意门生,因此而缺少了任何可以推脱的理由。况且,卿越秀外慧中,敏学多思,其积多年心血而成就的著作,值得我去品读和推荐。尽管言之凿凿,严重的拖沓症却阻止我迟迟未能动笔,直至该书付梓在即,情势所迫才不得不重拾思绪,委实不愿背负重诺轻信之名也。

民间文学艺术作品,通常是指在一国国土上,由该国的民族或种族集体创作,经世代相传,不断发展而构成的作品。一般认为,它包括语言形式(民间故事、民间诗歌)、音乐形式(民歌、民间器乐等)、动作形式(民间舞蹈及戏剧等)以及用物质材料体现的形式(绘画、雕塑、工艺品、编织品等)。它具有以下几个特点:集体性、长期性、变异性、继承性。从民间文学艺术作品的集体性上看,它与一般作品的“作者”概念显著不同;从继承性上看,它又缺乏著作权法所规定的“独创性”;从长期性上看,它又有进入公有领域之嫌。所以,国际上一般将民间文学艺术作品称为“民间文学表现形式”,以区别于普通作品。

正如本书作者所言,民间文学艺术作品既是著作权法保护的重要客体,亦是中华民族文化遗产的重要组成,对其进行保护既是需要,也是趋势。中华民族源远流长,在悠久的历史发展过程中,孕育出极其灿烂辉煌的精神财

富,民间文学艺术作品成果丰硕,数量众多。这些作品不仅是中华民族各族人民的智慧结晶,更是人类文明的精神财富,是一代代传承的文化果实。对民间文学艺术作品给予保护,有助于挖掘我国的民族文化遗产,弘扬民族文化,发展民间经济,增强民族团结,并有助于实现我国与发达国家之间版权贸易的平衡。

保护民间文学艺术作品的途径有许多种,毫无疑问,法律保护是最重要的方式。民间文学艺术作品指的是由特定的民族、族群或者社群内不特定成员集体创作和世代传承,并体现其传统观念和文化价值的文学艺术的表达。从理论上讲,有许多理由可以被用来支持对民间文学艺术作品的保护,当然,其中最重要的理由还是来自市场经济的要求。当精神财富被不断地以知识产权的名义商品化之后,传统的民间文学艺术作品的宿命也就开始呈现了。尤其是政治意义上的国家和种族意义上的民族的并存的情况下,更增加了这个问题的复杂性和艰巨性。

在中国,对于保护民间文学艺术作品的问题,无论是在理论层面,还是立法和司法方面,都仍在摸索探讨之中。1990年《著作权法》颁布之初,对民间文学艺术表达的保护由国务院另行规定。然而,25年过去了,仍旧未能形成一个对于民间文学艺术作品的法律保护体系。究其原因,主要是由于业界对于民间文学艺术作品保护概念的内涵和外延不够确定,法律保护的主体客体、权利内容、保护长度、行使原则以及行使方法等问题均存在争议。

由于民间文学艺术作品具有来源确定性、主体群体性、创作动态性、表达差异性等诸种特征,很难简单地直接适用《著作权法》。例如,有的民间舞蹈、曲艺等不是由单个人创作,而是由特定民族或群体共同创作,因而,当授权使用时,如果无法取得特定民族或群体的许可,则不得不采用集中许可的授权方式。再如,在一般情况下,民间文学艺术作品的创作是不断进行演化和发展的过程,而没有明确的时间节点。如果对这类作品采用作者有生之年加死后50年的有效期限,则不免会违背其创作的动态性规律。

伴随中国经济社会的快速发展,民间文学艺术作品的收集、整理、传承、利用、弘扬、发展等问题也日益突出,相关的民事诉讼案件迅猛增加,并呈现出进一步扩大的趋势。由于法律制度的缺失,民间文学艺术作品的精神价值、文化价值和市场价值得不到应有的尊重,许多优秀作品被国外一些机构或个人进行无偿商业使用。近年来,中国无形文化遗产流失严重,未引起国人应有的重视。从传承角度来看,为了解决这些问题,一方面应从立法层面建立民间文学艺术作品保护规则,另一方面亦须加强民间文学艺术作品的著作权保护立法工作。这不仅是落实我国现行著作权法及相关法律的要求,而且也是积极参与国际规则的制定,争夺国际话语权的要求。

令我困惑的一个问题是,如果将民间文学艺术作品产权化,那么,这份权利究竟应该属于谁呢?是属于民间文学艺术作品的传承人,抑或是民间文学艺术作品所属的民族,还是群体代表或当地的政府机构?这是在民间文学艺术作品产权化过程中必须要正视的问题。

有观点主张,将民间文学艺术作品的权利主体界定为国家。由国家负责保护民间文学艺术作品不受歪曲、篡改和丑化。要求经过整理后出版的民间文学艺术作品注明来源出处,由国家负责向商业性利用民间文学艺术的人或组织收取费用;国家对外以权利主体身份与外国从事民间文学艺术作品的著作权贸易,并在国际范围内保障民间文学艺术作品不受侵犯。还有观点认为,在确定著作权人身份的问题上,主管部门应该坚持“谁主张、谁举证”的原则。如果出现多人共同主张权利,就应根据具体情况进行判断,极有可能会出现多个区域共同成为著作权人的情形。也有观点认为,权利的所有者应是群体的代表组织。作为权利行使的主体,如果来源地群体有足够的自发性和良好的组织能力,便可以成立自己的代表组织,即民间组织或协会行使权利。民间文学艺术作品是特定群体的创造成果,因此,不能赋予其过于浓厚的行政色彩。当然,由个人享有权利亦似有不当,民间文学艺术作品是代代传承的产物,蕴藏着历朝历代民间创作艺人的心血和智慧,

将权利赋予某一具体个人,似乎有失公允,因为仅凭个人的力量是无法完成这些作品的创作的。

民间文学艺术作品产生于特定的族群,由该族群的个体作为传承人代代相传,并增加新的创造性内容。因此,民间文学艺术作品的著作权应属于特定的民族、族群或者社群,但是,并不排除个人享有著作权的情况。例如,剪纸、年画等作品的创作者就应该拥有著作权。与此同时,并不排除已进入公有领域的民间文学艺术作品应该由国家相关部门进行监督、保护和行使著作权。在著作权纠纷中,对权利人身份的认定非常重要。在《乌苏里船歌》纠纷中,法院最终判定赫哲族世代传承的民间曲调是赫哲族民间文学艺术的组成部分,也是赫哲族群体共同创作和每一个成员享有的精神文化财富,它虽不归属于赫哲族的某一成员,但是与每一个赫哲族成员的权益有关。因此,该民族中的每一个群体、每一个成员都有维护本民族民间文学艺术不受侵害的权利。

需要强调的是,用民间文学艺术形式创作的作品和民间文学艺术作品,两者看似都是民间文学艺术的一种再现,但是,其实质是不同的。凡属作者经过独立构思,付出创造性劳动,创作产生而非抄袭、模仿出来的作品,就应受著作权法保护。对于民间文学艺术作品的利用,需要区分对原民间文学艺术作品的利用还是对民间文学艺术作品的演变利用。对于原民间文学艺术作品的利用,不得侵犯原民间文学艺术作品来源群体的著作权,要尊重来源群体的意见,在征得同意后还应当标明出处,不得不当使用。同时对于民间文学艺术的演变利用,也要尊重演绎人的相关权利。

民间文学艺术的传承人和民间文学艺术的创作者都应该可以成为民间文学艺术作品的著作权人。可以考虑将最新版本的传承人视为作者,包括故事的讲述者、美术作品的创作者,等等。如果无法证明传承人所传承的民间文学作品系复制自某一在先版本,则不能否定传承人的原创性贡献。换句话说,在没有相反证据的情况下,应认定传承人为作者。当然,推定传承人为作

者,并不意味着民间文学作品的全部内容以及每一细节均来源于传承人从无到有的独创。只要对作品的表达部分作出实质性的智力贡献,传承人就可以被视为作者。究竟是原创作者还是演绎作者,要视社会提供反证的情况而定。另外,如果传统社区在民间文学作品领域存在确定产权归属的习惯法,则不排除该习惯法的适用。

将民间文学艺术作品的保护对象从《著作权法》上的“作品”扩大到不具备作品条件的“表达形式”。对于完全具备作品形式的诗歌、传说等作品,可适用《著作权法》的规定直接予以保护;对于尚不完全具备作品必要条件的素材,如民间宗教仪式、民间建筑风格、民间游戏、民间舞蹈等形式,也应予以保护,以防止他人随意利用、歪曲、篡改。

保护民间文学艺术作品及表达形式的收集者、整理者和传播者的权利,尊重他们在传播、收集和整理过程中所付出的创造性劳动。民间文学艺术作品的收集者和整理者将流传于民间的不完整的甚至是零碎的民间故事、诗歌等形式进行了收集、整理,付出了创造性劳动,因此,整理后的作品较之原作品在形式和内容上有一定的创造性。因此,民间文学艺术作品的收集者和整理者的合法权益应得到尊重。对于作品的传播者而言,其行为对于作品的传播利用也发挥了重要作用,因而可给予其传播者权利来保护其利益。

非常有意思的是,最早提出保护民间文学艺术作品主张的是发展中国家而不是发达国家。即使是相关的国际公约和区域性条约中,发展中国家也是中坚力量。民间文学艺术作品受著作权保护的法律制度,是在20世纪60年代以后逐步形成发展起来的,其起始原因在于发展中国家保护自己的传统文化,从而提出扩展著作权客体的要求。此前,在发展中国家与发达国家都可以大量无偿地使用发展中国家丰富的民间文学艺术资源。为防止篡改、歪曲、擅自使用民间艺术作品的现象发生,实现发展中国家与发达国家在著作权贸易方面的平衡,一些国家和地区先后将民间文学表现形式列为著作权客体加以保护。为了适应这一发展趋势,《伯尔尼公约》1971年修订本将民间

文学艺术作品作为“不知作者的作品”的一种特例来处理,其目的在于反映发展中国家的法律要求,同时又使大多数成员国特别是发达国家能够接受。该公约第15条第4款规定,各成员国在书面通知《伯尔尼公约》总干事的前提下,可以给不知作者的、未出版的,而又确信于本公约成员国之作者的那一部分作品提供法律保护。

非洲国家最早开始对民间文学艺术作品实行法律保护。突尼斯作为第一个立法保护民间文学艺术作品的国家,在1967年出台了《文学艺术产权法》,用以保护民间文学艺术。在此基础上,1976年联合国教科文组织和世界知识产权组织在为发展中国家制定了《突尼斯样板版权法》,其中专门规定了关于“本国民间创作的作品”的保护条款。1982年,又正式通过了《保护民间文学艺术表现形式、防止不正当利用及其他侵害行为的国内法示范条例》。迄今为止,采用著作权法保护民间文学艺术作品的主要是发展中国家,如突尼斯、玻利维亚、智利、摩洛哥、阿尔及利亚等国家。值得注意的是,1989年生效的英国著作权法按《伯尔尼公约》规定的标准与范围,在第169条中对民间文学艺术作品给予了保护。

英国可以说是首个倡导用版权方式保护民间文学的发达国家。受《伯尔尼条约》的影响,英国将民间文学艺术界定为“尚未出版、作者身份不明,但是肯定来源于某地的匿名作品”,实际上是对其版权制度的延伸和扩展。“如果有证据表明作者身份不明的艺术、文学、音乐、戏剧或艺术的作者(或者作者中的任何人关系到合作作品时),因与联合王国以外的国家有联系而具备适格的主体资格,除非有相反的证据证明,应该推定其具备主体资格,并受版权法保护。”以此,来保护个人的民间文学艺术作品著作权,使个人在创作的时候有权利保障。

澳大利亚是另外的典型,由于历史的原因,澳大利亚拥有深厚的土著文化,并且从中产生了大量的民间文学艺术作品。1984年,澳大利亚颁布法律规定,“土著事务部长应土著居民申请,可以宣布某个物件或地点作为澳

大利亚土著遗产而受到保护。”1995年,土著居民通过对越南地毯商侵犯其土著艺术作品的诉讼,赢得了司法判决对土著居民拥有民间文学艺术作品权利的肯定。该判例也成为澳大利亚对民间文学艺术作品法律保护的重要依据。

以上谈到的这些对民间文学艺术作品法律保护的看法,都属于自己的借题发挥,其实,卿越在她的书中对这些问题都已经作了系统的阐述和深刻的分析。作为师长,我对卿越的卓越研究抱持赞赏和肯定的态度。当然不能说其所著已经构成本学科的登顶之作,但是,这并不妨碍它成为这一领域的启蒙之书。出身彩云之南的少数民族,置身边疆民族荟萃之地,卿越对这一问题的领悟和认知,自有他人不及的独到见解,然也。是以所言为序,权作引玉。

曲三强

2015年5月30日于京西寒舍

目 录

导 言	(1)
第一节 主题的说明	(1)
一、研究背景与研究意义	(1)
二、研究现状	(2)
第二节 研究对象和范围	(6)
一、研究对象的定义	(6)
二、研究对象的范围	(7)
第三节 研究方法与创新	(7)
一、研究方法	(7)
(一)法学与经济学相结合	(7)
(二)以法律哲学引领法律推理与演绎	(8)
(三)比较研究	(8)
(四)必要的实证分析	(8)
二、研究创新	(9)
 第一章 民间文学艺术保护概述	(10)
第一节 民间文学艺术的概念解析	(10)
一、民间文学艺术的基本属性	(10)
(一)民间文学艺术的词源考察	(10)
(二)民间文学艺术的内涵	(11)

二、民间文学艺术与非物质文化遗产	(13)
(一)非物质文化遗产的概念	(13)
(二)民间文学艺术是非物质文化遗产概念的起源	(14)
(三)民间文学艺术是非物质文化遗产的组成部分	(16)
三、民间文学艺术与传统知识、遗传资源概念的辨析	(16)
四、民间文学艺术的学理特征	(18)
(一)民间性	(18)
(二)相对公开性和共享性	(19)
(三)表达形式的复杂性与时间的久远性	(20)
(四)传承过程的活性	(21)
第二节 中国民间文学艺术保护概况	(22)
一、中国民间文学艺术面临的危机	(22)
(一)文化生态的变迁	(22)
(二)文明的冲突	(22)
(三)社会转型	(23)
(四)过度商业化	(24)
二、中国民间文学艺术的保护传统与立法基础	(26)
(一)保护传统	(26)
(二)立法基础	(27)
三、民间文学艺术保护经验的域外考察	(28)
(一)日本	(28)
(二)韩国	(29)
(三)意大利	(30)
四、中国民间文学艺术保护的价值目标	(31)
(一)促进创新与发展	(31)
(二)构建合理的理论体系	(31)
(三)重塑对传统文化的道德敬畏	(33)

第三节 民间文学艺术保护的公法模式与私法模式	(34)
一、民间文学艺术的公法保护	(34)
(一) 公法保护的涵义	(35)
(二) 公法保护模式的弊端	(36)
二、民间文学艺术的私法保护	(37)
(一) 私法保护的内涵	(37)
(二) 私法保护与公法保护的关系	(38)
三、民间文学艺术私法保护的意义	(39)
(一) 体现了对创造群体的关怀与尊重	(39)
(二) 促进传承与发展	(40)
(三) 体现了中国的传统智慧	(41)
第四节 民间文学艺术与知识产权	(42)
一、知识产权客体的基本属性	(42)
(一) 本质	(42)
(二) 特征	(43)
二、民间文学艺术的知识产权客体属性	(44)
(一) 符合权利客体要件	(44)
(二) 属于信息类无体物	(45)
(三) 可共享性和无消耗性	(45)
三、知识产权领域的民间文学艺术保护问题	(46)
(一) 问题的提出	(46)
(二) 知识产权范畴内的民间文学艺术	(48)
 第二章 民间文学艺术的著作权保护	(50)
第一节 民间文学艺术著作权保护的可行性	(50)
一、著作权法保护民间文学艺术的优越性	(50)
(一) 著作权权利体系符合民间文学艺术的保护需求	(50)

(二)著作权法保护民间文学艺术的特殊功能	(51)
(三)符合中国民间文学艺术保护的现实需要	(51)
二、著作权法与民间文学艺术的联系	(53)
(一)民间文学艺术与著作权客体的契合	(53)
(二)主体差异不构成民间文学艺术著作权保护障碍	(55)
(三)民间文学艺术具备著作权意义的独创性	(57)
三、民间文学艺术与著作权公有领域的关系	(59)
(一)公有领域的基本原理	(59)
(二)民间文学艺术的公有领域误区	(61)
(三)民间文学艺术并未进入公有领域	(62)
四、演进中的著作权法对民间文学艺术独特性的包容	(63)
第二节 民间文学艺术著作权的法理基础	(65)
一、所有权理论	(65)
(一)所有权理论概述	(65)
(二)所有权理论对民间文学艺术著作权的解读	(66)
二、天赋人权论	(67)
(一)天赋人权论概述	(67)
(二)天赋人权理论与民间文学艺术著作权正当性	(68)
三、经济利益论	(69)
(一)经济利益论概述	(69)
(二)经济利益论与著作权对民间文学艺术的激励功能	(70)
四、利益平衡论	(70)
(一)利益平衡论简介	(70)
(二)著作权有助于矫正民间文学艺术领域的利益失衡状态	(71)
五、利益补偿论对民间文学艺术著作权的解读	(72)
第三节 民间文学艺术著作权保护的立法实践	(73)
一、国际层面的立法实践	(73)

(一)最初的民间文学艺术著作权保护诉求	(73)
(二)1967年《伯尔尼公约》修正案	(74)
(三)《突尼斯发展中国家版权示范法》	(76)
(四)《班吉协定》	(79)
二、国内法层面的立法实践	(81)
第三章 民间文学艺术特别著作权模式的构想	(83)
第一节 民间文学艺术著作权保护的制度障碍	(83)
一、制度的缺失	(83)
(一)几乎未涉及民间文学艺术创作群体的利益	(83)
(二)没有明确保护作出贡献的发现人、整理人、记录人	(85)
(三)未保护民间文学艺术的基本元素	(85)
二、保护需求的冲突	(86)
(一)著作权法的功利主义特征与民间文学艺术保护	
宗旨的冲突	(86)
(二)对衍生作品的保护门槛过低导致利益纷争不断	(87)
(三)公有领域的误区导致民间文学艺术相关主体的	
利益冲突	(88)
(四)难以满足民间文学艺术精神权利以及无限期	
保护的需求	(88)
三、客体的差异	(89)
(一)不完全符合著作权客体要件	(89)
(二)保护期限难以限定	(90)
(三)创作群体并非著作权法意义上的作者	(91)
第二节 民间文学艺术著作权的理论困境	(93)
一、民间文学艺术与著作权理论基础的冲突	(93)
(一)功利论与民间文学艺术保护的矛盾	(93)

(二) 劳动论的局限性	(95)
(三) 人格论与民间文学艺术的群体人格保护不相容	(97)
(四) 社会规划论用于民间文学艺术保护可能产生的危害	(97)
二、民间文学艺术保护与著作权法理念的背离	(98)
(一) 民间文学艺术的流变发展规律与著作权法无关	(98)
(二) 著作权法难以扭转民间文学艺术的衰落	(99)
(三) 私权主张与民间文学艺术共享性质的矛盾	(101)
第三节 民间文学艺术特别著作权模式的建立	(102)
一、民间文学艺术特别著作权的切入	(102)
(一) 著作权制度对民间文学艺术的有限兼容	(102)
(二) 民间文学艺术独特的产权观念与规则	(104)
(三) 民间文学艺术特别著作权的权利性质	(106)
二、民间文学艺术特别著作权模式的必要性	(107)
(一) 更适合民间文学艺术的独特性质	(107)
(二) 符合效益原则	(109)
三、有借鉴意义的相关立法实践	(109)
(一) 1982 年《保护民间文学艺术表现形式、防止不正当利用及 其他侵害行为的国内法示范条例》	(109)
(二) 《保护传统知识和文化表达的太平洋地区框架协议》	(112)
第四节 民间文学艺术特别著作权的理论构建	(115)
一、民间文学艺术保护与对知识产权制度的理论反思	(115)
(一) 知识产权制度对传统文化保护的缺失	(115)
(二) 民间文学艺术保护对知识产权的理论突破	(117)
二、权利弱化与利益分享理论	(119)
(一) 权利弱化与利益分享理论的提出	(119)
(二) 权利弱化与利益分享理论的含义和特征	(120)
三、民间文学艺术特别著作权的理论基础	(121)

(一)民间文学艺术的分享性质	(121)
(二)权利弱化与利益分享理论对民间文学艺术保护的启示	(122)
四、民间文学艺术的利益分享机制	(124)
(一)建立利益分享机制必要性	(124)
(二)利益分享机制的立法与实践	(125)
(三)民间文学艺术利益分享机制的实现	(126)
第四章 民间文学艺术特别著作权主体研究	(129)
第一节 民间文学艺术权利主体的界定	(129)
一、民间文学艺术权利主体的特殊性	(129)
(一)著作权主体界定的一般性原则	(129)
(二)民间文学艺术权利主体界定的困惑	(130)
(三)界定民间文学艺术权利主体的基本理念	(132)
二、民间文学艺术主体界定的不同观点评析	(134)
(一)个人主义权利主体观	(134)
(二)“二元论”权利主体观	(136)
(三)集体主义权利主体观	(137)
三、民间文学艺术权利主体界定的原则	(140)
(一)以创造性劳动作为行为要素	(140)
(二)以权利主体的身份标准作为物理要素	(141)
四、民间文学艺术权利主体的范畴	(142)
(一)国外民间文学艺术权利主体的界定	(142)
(二)中国民间文学艺术权利主体范围的独特性	(143)
第二节 民间文学艺术的集体权利主体	(145)
一、构建集体权利主体模式的意义	(145)
(一)符合民间文学艺术的主体特征	(145)
(二)有利于激发民间文学艺术来源群体的主体意识	(145)