



现代服务业河南省协同创新中心研究丛书

张
洋 / 著

民间文学艺术

权利主体问题研究



中国政法大学出版社



现代服务业河南省协同创新中心研究丛书

民间文学艺术

权利主体问题研究

张
洋／著



中国政法大学出版社

2016·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

民间文学艺术权利主体问题研究/张洋著. —北京:中国政法大学出版社, 2016. 9

ISBN 978-7-5620-7001-6

I. ①民… II. ①张… 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(2016)第210185号

- 出版者 中国政法大学出版社
- 地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
- 邮 箱 fadapress@163.com
- 网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
- 电 话 010-58908435 (第一编辑部) 58908334 (邮购部)
- 承 印 固安华明印业有限公司
- 开 本 880mm × 1230mm 1/32
- 印 张 8
- 字 数 208 千字
- 版 次 2016 年 9 月第 1 版
- 印 次 2016 年 9 月第 1 次印刷
- 定 价 36.00 元

摘 要

对民间文学艺术的保护日益为人们所关注，但是对于民间文学艺术的权利主体以及相关主体问题于立法层面尚欠缺明确的规定，于理论层面尚未形成通说的观点。想要对民间文学艺术进行周到地保护，首先需要解决的问题是权利主体，否则，主体尚且不知为何人，遑论对民间文学艺术的保护。

由于民间文学艺术的产生方式并不相同，有些民间文学艺术最初是由单独的自然人创作而成，有些民间文学艺术是因集体行为而生，因此在认定民间文学艺术的权利主体时应当采用“三位一体”的认定方式，即不能够简单地认为民间文学艺术权利主体仅仅限于自然人、集体或者国家；而是在不同情况下，民间文学艺术的权利主体可以是自然人，可以是集体，也可以是国家。在认定民间文学艺术的权利主体时，需要坚持一定的原则，即坚持独创性原则、利于民间文学艺术可持续发展的原则、兼顾个体利益与公共利益的原则、独有与共享相结合的原则。

在界定民间文学艺术的权利主体的基础上，需要进一步厘清权利主体的权利义务关系，以便为民间文学艺术的发展提供周到的保护。详细而言，民间文学艺术权利主体的权利主要表现为精神权利——发表权、署名权、修改权与保护作品完整权，物质权利——使用民间文学艺术的权利与获得资助权。义务主要表现为保护义务、不得转让的义务、保密的义务与培养义务。

在民间文学艺术的保护过程中，除了涉及权利主体之外，还涉

及传承人、采风者、再创作者与使用者。不同的主体在民间文学艺术的发掘、保护与传承中皆发挥着不同的作用，因此，对于上述主体同样需要界定其权利义务。传承人的权利主要表现为表明身份的权利，展示并获得报酬的权利，传艺、讲学并获得报酬的权利，开展学术活动并获得报酬的权利，获得资助的权利与使用民间文学艺术的权利。传承人的义务主要围绕传承行为展开，包括保全义务、传播义务、培养义务、不得向外国人展示的义务以及汇报义务。采风行为对民间文学艺术的影响包括积极的方面与消极的方面，为遏制其负面作用，同样应当为采风者配置相关的权利义务。采风者的权利包括表明身份的权利、使用权与许可权，其义务表现为如实记载的义务、表明权利人与传承人身份的义务、征得权利人许可并支付费用的义务、征得传承人许可并支付费用的义务、不得展示的义务、不得许可外国人使用的义务、外国人作为采风者应当经过批准的义务。再创作者，是以民间文学艺术为基础进行再创作的主体，其权利表现为对完成的再创作作品享有著作权，其义务为征得许可并且支付报酬的义务、不得歪曲的义务、经过审批的义务。凡是使用民间文学艺术的主体，皆为民间文学艺术的使用者，使用者的权利主要表现在“使用”上，其义务表现为取得许可以及支付对价的义务、表明身份的义务、对民间文学艺术如实使用的义务、经过审批的义务。

目录 | contents

导 言	1
第一章 界定民间文学艺术的权利主体的必要性	6
第一节 对民间文学艺术概念以及性质的界定	6
一、对民间文学艺术概念的界定	6
二、对民间文学艺术性质的界定	9
第二节 界定民间文学艺术的权利主体的必要性	11
一、主体是法律关系的三要素之一	11
二、权利主体的不确定是对民间文学艺术进行保护的障碍之一	12
第三节 关于民间文学艺术权利主体的规定	14
一、国际公约对民间文学艺术权利主体的规定	14
二、区域性条约对民间文学艺术主体的规定	18
三、外国立法对民间文学艺术主体的规定	19
四、中国立法对民间文学艺术权利主体的规定	22
第二章 民间文学艺术权利主体的确立原则与观点分析	24
第一节 确定民间文学艺术的权利主体的原则	24
一、独创性标准原则构成确定权利主体的内蕴基石	24
二、利于非物质文化遗产可持续发展的原则体现确定权利主体的必然趋势	25

三、兼顾个体利益与公共利益的原则取决于确定权利主体的品格需求	26
四、独有与共享相结合的原则建立确定权利主体的长效机制	26
第二节 有关民间文学艺术权利主体的主要观点分析	33
一、国家作为权利主体的观点分析	33
二、集体作为权利主体的观点分析	41
三、个人作为权利主体的观点分析	42
第三节 民间文学艺术权利主体的特征	
——个体性与群体性并存	46
一、民间文学艺术权利主体的个体性特征	46
二、民间文学艺术权利主体的群体性特征	47
第三章 民间文学艺术权利主体的构建模式	48
第一节 个人作为民间文学艺术的权利主体	48
第二节 集体作为民间文学艺术的权利主体	50
一、中国学者的主张	52
二、国外立法的规定	59
三、集体作为权利主体的制度构建	65
第三节 国家作为民间文学艺术的权利主体构建	96
第四节 权利享有主体与权利行使主体	97
第四章 民间文学艺术权利主体的权利义务	100
第一节 民间文学艺术权利主体的权利	100
一、发表权	100
二、署名权	101
三、修改权	101
四、保护民间文学艺术完整权	101

五、使用权	102
六、获得资助权	104
第二节 民间文学艺术权利主体的义务	104
一、保护义务	104
二、不得转让的义务	105
三、保密义务	106
四、培养义务	111
第五章 传承人	113
第一节 传承人概述	113
第二节 传承人的现状	114
一、传承人高龄化的尴尬	115
二、年轻人对民间文学艺术的态度	117
三、民间文学艺术的精英化对传承人的影响	119
第三节 传承人的分类	121
一、代表性传承人	122
二、一般性传承人	125
三、代表性传承人与一般性传承人的比较	126
第四节 主观传承人的权利	128
一、有关主观传承人权利的立法规定	128
二、主观传承人的权利	129
第五节 主观传承人的义务	135
一、有关主观传承人义务的立法规定	135
二、主观传承人的义务	136
第六节 客观传承人的权利	145
一、客观传承人表明身份的权利	145
二、展示并收取费用的权利	146
三、研究并获得报酬的权利	146

第七节 客观传承人的义务	146
第八节 传承人的淘汰机制	146
第六章 采风者	150
第一节 概述	150
第二节 采风的性质	152
第三节 采风的作用	153
一、采风的积极作用	154
二、采风的消极作用	156
第四节 采风者的权利	157
一、采风者的表明身份权	160
二、采风者的使用权	161
三、采风者的许可权	162
第五节 采风者的义务	162
一、如实记载的义务	163
二、表明权利人与传承人身份的义务	164
三、征得权利人许可并支付费用的义务	165
四、征得传承人许可并支付费用的义务	166
五、不得展示的义务	166
六、不得许可外国人使用的义务	167
七、外国人采风经过批准的义务	167
第七章 再创作者	171
第一节 再创作行为的界定	174
第二节 再创作作品与演绎作品的关系	176
第三节 再创作者与相关主体的关系	177
一、再创作者与民间文学艺术权利人之间的关系	177
二、再创作者之间的关系	178

第四节 再创作者的权利义务	192
一、再创作者的义务	192
二、再创作者的权利	194
第八章 使用者	195
第一节 概述	195
第二节 使用行为对民间文学艺术的影响	197
第三节 普通主体作为使用者	199
一、普通主体作为使用者的义务	199
二、普通主体作为使用者的权利	208
第四节 权利人作为使用者	208
一、权利人作为使用者的义务	208
二、权利人作为使用者的权利	209
第五节 传承人作为使用者	209
一、传承人作为使用者的义务	210
二、传承人作为使用者的权利	212
第六节 采风者作为使用者	212
一、采风者作为使用者的义务	212
二、采风者作为使用者的权利	214
第七节 再创作者作为使用者	215
结 论	216
附 录	218
参考文献	232
后 记	245

导 言

著名作家冯骥才说：“民间文化是一种母亲文化，它是我们的根，它融入了我们的血肉，给了我们情感。而现在，它正在迅速消失、瓦解，我们必须把它保护起来。民间艺术都需要拯救。”随着物质生活水平的不断提升，现今人类越来越关注精神层面的满足。并且由于社会发展的进程愈加迅猛，浮躁的气息甚嚣尘上，使得人们日益渴望人性的回归与心灵的救赎。在此种大环境下，人们的注意力开始转向民间文学艺术，随之而来的是对民间文学艺术的开发、利用规模日益扩大。在这个过程中，相关的法律问题不断涌现。国内的《乌苏里船歌》的著作权纠纷几经波折，最终尘埃落定，而不论哪一方胜诉，皆免不得成为“双输”的结局。1998年世界银行发表的《知识促进发展》报告指出，知识已超越资本和劳动等成为促进经济社会发展的关键因素和本源。发展中国家和发达国家之间的发展差距，不仅是因为资本，而首先在于“知识差距”（knowledge gap）。美国著名社会学家丹尼尔·贝尔（Daniel Bell）1973发表的《后工业社会的来临——对社会预测的一项探索》一书指出，在后工业社会，信息和科学在经济发展中起着决定性的作用。美国好莱坞频频将中国传统元素纳入其摄制的商业大片并且搬上荧幕，从《花木兰》《功夫熊猫》到《功夫之王》，或者是以我国民间广为流传的神话故事为背景，或者其中充满了中国元素。这些影片采用中西合璧的运作模式，具有浓厚的中国色彩，成功地吸引了广大中国受众群体以及对中国文化感兴趣的群体，从而使其收

获颇丰。反观中国,作为这些优秀民间文学的发源地,无论是在精神层面还是在物质层面,不仅没有任何获益,反而需要为引进这些影片支付高额的版权费,因此陷入十分被动的境地。这些情形的出现绝非偶然,其折射出有关民间文学艺术保护层面立法的缺失。

发端于西方国家的知识产权制度,在知识传播、文明进步、鼓励创新方面做出了卓有成效的贡献。但是,民间文学艺术却被长期排除在现代知识产权保护范围之外。虽然近年来已经有相关的国际组织以及国家通过立法等途径对民间文学艺术提供保护,但是,由于民间文学艺术自身所具有的特点以及西方发达国家对此问题的抵制等障碍的存在,对民间文学艺术的保护力度远远不够,侵害民间文学艺术的行为时有发生。而民间文学艺术的权利主体以及相关主体只能是事后被动地去维权,并且由于跨越国界、信息不畅通、费用高昂、立法缺失等原因,致使维权之路往往步履维艰。

习近平总书记指出,提高国家文化软实力,要努力展示中华文化的独特魅力。在五千多年文明发展进程中,中华民族创造了博大精深的灿烂文化……他强调,要注重塑造我国的国家形象,重点展示中国历史底蕴深厚、各民族多元一体、文化多样和谐的文明大国形象。我国拥有辉煌的历史与灿烂的文明,文化源远流长,在960万平方公里的广袤土地上生活着56个民族。每个民族在其长期的生活劳作过程中,形成了自己独具特色的文化,这些绚丽夺目的文化成为中华文化不可分离的组成部分,具有极强的凝聚力与感召力。但是,由于自身的因素与外部的影响,民间文学艺术面临极为严峻的考验。一方面,全球一体化进程的加快,使得文化之间的交流碰撞时有发生,西方发达国家凭借其在经济上的优势,不仅在世界范围内设立企业、树立自己的品牌,并且将其文化传播至所到之处,越来越多的年轻人被外来文化同化,却对自己的传统文化知之甚少,导致民间文学艺术后继无人的情形出现。而另一方面,国外的群体却对我国的民间文学艺术产生浓厚的兴趣,采风的队伍纷至

沓来。他们深入到我国少数民族的居住地,将那里的文化采集、记录下来,之后再以这些文化为蓝本加工制造出一系列的产品,本来是源于我国的民间文学艺术,摇身一变成为他国谋取利益、扩大影响力的工具。并且这种采风行为往往具有掠夺性与侵占性,加速了我国民间文学艺术的消亡。

有鉴于此,“从20世纪50年代起,对民间文学艺术的保护问题就成了国际上最充满争议的知识产权问题之一,稍后随着对传统医药和遗传资源保护等认识的加深,人们开始抽象这几类被保护对象的共性,比对它们与知识产权保护的内在关系。近几年以来,这方面的研究几乎成了知识产权领域的一个重要的热点问题,我国的相关政府职能部门和科研机构也曾就传统知识,尤其是民间文化艺术的法律保护问题数次召开专题研讨会,已经取得了相当有益的成果。”〔1〕

但是,毋庸置疑,与民间文学艺术保护这一议题相关的一系列子问题尚未得到很好的解决。民间文学艺术的权利主体的设立是一个至今尚无令人满意的解决方案,但又是任何一部保护民间文学艺术的法律不能回避的重大难题。〔2〕民间文学艺术的权利主体以及相关主体问题是民间文学艺术保护中的一个子问题。迄今为止,尚未出台专门的法律法规对此问题规定,也未见专著对此问题进行专门研究。法律法规、专著皆是从民间文学艺术保护这个宏观的角度进行论述的,对民间文学艺术的权利主体以及相关主体的问题涉及甚少。在1994年和2001年,我国曾两次启动对《民间文学艺术保护条例》的起草工作,但具体保护办法至今仍未出台,仅出台了

〔1〕 蒋万来:“从利益归属关系看我国民间文学艺术的法律保护”,载中国民商法律网, <http://old.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=16643>, 访问日期:2011年1月3日。

〔2〕 蒋万来:“从利益归属关系看我国民间文学艺术的法律保护”,载中国民商法律网, <http://old.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=16643>, 访问日期:2011年1月3日。

一些地方性法规,例如,《云南省民族民间传统文化保护条例》《贵州省民族民间文化保护条例》《福建省民族民间文化保护条例》等。

我国学者有感于民间文学艺术保护的重要性以及民间文学艺术保护立法的欠缺性,展开了对民间文学艺术保护这一课题的研究。对于民间文学艺术保护的问题,已有学者从不同的角度进行论证。例如,对民间文学艺术这一术语进行界定,分析其与其他术语的区别,指出其特征之所在。介绍世界上典型国家有关民间文学艺术保护的规定以及不同的保护模式。在界定民间文学艺术内涵的基础上,分析民间文学艺术知识产权保护的正当性,并且提出对民间文学艺术保护的不同构建。也有学者主张对民间文学艺术予以多方位的保护,例如特殊版权保护、地理标志保护以及反不正当竞争保护。也有学者提出民间文学艺术专有权制度的构建。虽然在论述民间文学艺术保护的过程中涉及了民间文学艺术的权利主体以及相关主体,但是,都没有进行深入的探讨。

世界知识产权组织、联合国教科文组织、非洲知识产权组织等国际组织对民间文学艺术的保护态度十分积极,做出了诸多努力,制定了一些保护民间文学艺术的条约、示范法、建议案或宣言,并召开了一系列国际性和地区性的会议。但令人遗憾的是,皆未对民间文学艺术的权利主体进行清晰界定,对相关主体也没有进行过多的涉及。国外的一些学者对民间文学艺术的权利主体以及相关主体的问题进行过研究探讨,但是,同样是从整体上对民间文学艺术的保护予以论证,尚缺乏对民间文学艺术的权利主体以及相关主体进行专门的研究探讨。这些资料可以使我們更为全面地了解对民间文学艺术保护的发展脉络。同时,国外学者提出的一些建议,对于我们这个课题的研究也具有一定的借鉴意义。

由此可见,无论是国内还是国际上,民间文学艺术的保护受到了学界的关注。但是由于东西方的价值取向不同、所坚守的理念有

别以及其中所存在的巨大的利益之争，就民间文学艺术的保护问题尚未达成较为一致的意见。而对于其中的子问题——民间文学艺术的权利主体问题，尚未形成较为成熟的理论支撑，对于现实生活中发生的相关案件尚无成熟的可供执行的方案。本文将对民间文学艺术的权利主体以及与之相关的主体进行进入探讨。

第一章 界定民间文学艺术的 权利主体的必要性

第一节 对民间文学艺术概念以及性质的界定

一、对民间文学艺术概念的界定

各种政府间论坛、地区性论坛、国家间论坛和非政府组织论坛一直都没有停止过对于“民间文学艺术”这一术语的含义和范围的讨论。^{〔1〕}不同主体基于不同的立场、不同的利益需求与不同的保护目标，对民间文学艺术的内涵与外延的界定会产生分歧。有些主体采用广义的界定，其中最为典型的是 1977 年非洲知识产权组织的《成立非洲知识产权组织（AIPO）的班吉协定》，其中规定民间文学艺术包括文学、艺术、科学、宗教、技术等领域的传统表现形式与产品。有些主体则坚持相对狭义的界定方式，例如世界知识产权组织（WIPO）和联合国教科文组织（UNESCO）于 1982 年制定的《保护民间文学艺术表达、防止不正当利用及其他侵害行为的国内法示范条款》，其中第 2 条规定了四种形式的民间文学艺术：一是言语表现形式，如故事、史诗、传说、诗歌、谜语、文字、标志、名称和符号；二是音乐表现形式，如歌曲和器乐；三是行动表现形

〔1〕 参见张耕：《民间文学艺术的知识产权保护研究》，法律出版社 2007 年版，第 16 页。

式,如舞蹈、游戏、典礼、仪式和其他表演,而无论其是否已浓缩为某种物质形式;四是有形表现形式,如艺术品,尤其是素描、设计、油画(人体画)、雕刻、雕塑、陶艺、镶嵌、木工、金属器皿、珠宝、编织、刺绣、纺织、玻璃器皿、制毯、服饰、手工艺、乐器和建筑形式。^{〔1〕}世界知识产权组织的《保护传统文化/民间文学艺术表达草案:政策目标与核心原则》基本吸收了《保护民间文学艺术表达、防止不正当利用其他侵害行为的国内法示范条款》的上述内容,但在“言语表达形式”中增加了“词语、标记、名称和符号”。^{〔2〕}不论是广义或者是狭义的界定方式,皆有一定的优势与弊端。如果对民间文学艺术采用广义的界定方式,其益处在于面面俱到,能够将民间文学艺术的形式悉数包括在内。但是,将会导致对民间文学艺术保护力度的减弱,难以对每一种民间文学艺术的形式皆提供充分的保护,容易出现顾此失彼的局面。如果采用狭义的界定方式,则会使得民间文学艺术的外延失之过窄,使有些形式游离于民间文学艺术之外,并且不能够被其他的范畴所涵盖,其优势在于由于所包含的种类有限,因此有可能对每一种形式进行深入的探讨,进而能够为其提供更为周到的保护。现今在世界范围内,人们越来越关注传统的事物,例如民间文学艺术、遗传资源等。而对于这些传统事物进行开发保护最为理想的前提是,民间文学艺术与其他的传统事物之间不存在隶属、交叉关系,而将其整合起来之后能够将所有的传统事物涵盖其中。当然,对于理想状态的达到尚需假以时日。与民间文学艺术联系最为紧密的是传统知识(traditional knowledge),因此在界定民间文学艺术时,应当充分考虑到其与传统知识之间的相互关系。民间文学艺术与传统知识经常联系在一

〔1〕 张玉敏:“民间文学艺术保护模式的选择”,载《2007 知识产权论坛“非物质文化遗产保护与知识产权”国际研讨会论文集》。

〔2〕 参见严永和:“民族民间文艺知识产权保护的制度设计:评价与反思”,载《民族研究》2010年第3期。