

民间文学艺术法律保护 基本问题研究

邓社民 著



中国社会科学出版社

民间文学艺术法律保护 基本问题研究

邓社民 著



中国社会科学出版社

图书在版编目(CIP)数据

民间文学艺术法律保护基本问题研究 / 邓社民著. —北京:
中国社会科学出版社, 2015. 1
ISBN 978 - 7 - 5161 - 5154 - 9

I. ①民… II. ①邓… III. ①民间文学 - 法律保护 -
研究 - 中国②民间艺术 - 法律保护 - 研究 - 中国
IV. ①D922. 164

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 279785 号

出 版 人 赵剑英
责任编辑 任 明 梁剑琴
责任校对 李冰洁
责任印制 何 艳

出 版 **中国社会科学出版社**
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 (邮编 100720)
网 址 <http://www.csspw.cn>
中文域名: 中国社科网 010 - 64070619
发 行 部 010 - 84083685
门 市 部 010 - 84029450
经 销 新华书店及其他书店

印刷装订 北京市兴怀印刷厂
版 次 2015 年 1 月第 1 版
印 次 2015 年 1 月第 1 次印刷

开 本 880 × 1230 1/32
印 张 9.5
插 页 2
字 数 237 千字
定 价 35.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社联系调换
电话: 010 - 64009791
版权所有 侵权必究

序

随着经济全球化，西方发达国家凭借自己的技术和资本优势不断输出自己的文化，使人类的文化发展面临一元化的侵蚀。世界文化多样性遭到一定程度的破坏。特别是许多发达国家利用他们的先进技术和资金优势，采取商业化手段对民间文学艺术进行包装，进而歪曲、贬损或诋毁，以知识产权制度为合法外衣获取非法利益。而由世界各民族创造出的优秀人类文化遗产，人类文化发展的“源”——民间文学艺术等却被排除在现代知识产权制度之外，处于公有领域，成为任何人可任意利用的对象。民间文学艺术的创造者几乎没有任何收益，更重要的是其精神利益往往受到严重损害。拥有丰富文化遗产的一些发展中国家或族群又成为全球化进程中合法的新的“殖民地”。这不仅造成世界文化发展新不平衡，而且也伤害了一些国家或族群的尊严，致使文明冲突不断。

同时，民间文学艺术在各国工业化、城镇化和旅游业开发过程中，被歪曲、贬损或诋毁的现象时有发生，甚至逐渐消失。

因此，如何挽救世界文化多样性，拯救发展中国家濒临衰微的文化遗产，尤其是发展中国家如何保护自己拥有的丰富文化遗产，保存文化多样性和民族身份印记，留住人类赖以存在和发展的“根”和“魂”，是迫切需要解决的问题。

目前，我国正在制定《民间文学艺术保护条例》，由于学术界

在许多理论问题上至今不能达成共识，致使我国的《民间文学艺术保护条例》迟迟不能出台。因此，民间文学艺术法律保护的基本理论问题还需要进行深入的研究。

邓社民博士在我的指导下从事民间文学艺术法律保护问题的博士后研究，呈现在读者面前的这本《民间文学艺术法律保护基本问题研究》，以发展权和文化多样性为逻辑基础，重点探讨了民间文学艺术法律保护的客体、主体、保护模式、权利内容和限制、权利的行使及其法律救济，并草拟了《民间文学艺术保护条例》建议稿。在一些理论问题上有所创新，对我国制定《民间文学艺术保护条例》有一定的参考价值。

第一，将民间文学艺术的保护客体界定为传统典型元素或固定化的程式，并进一步缩小了民间文学艺术的保护范围。即民间文学艺术（或民间文学艺术表现形式）是指在中华人民共和国境内，由某一地域的群体或个人创造，并在群体或个人维持、使用或发展的过程中被群体所认可，代代相传，相对稳定，承载着该地域内群体成员共同传统习惯、价值观念、心理特征和文化底蕴的原生态表现形式，即固定化的传统典型元素（符号）或程式。包括：（1）民间文学，如民间故事、民间诗歌、传说、谜语和其他记述性作品；（2）民间艺术，如民间音乐、民间舞蹈、民间戏曲、民间美术；（3）其他民间文学艺术形式。将民间游戏、带有宗教色彩的仪式、典礼、传统竞赛和体育竞技等范围过于宽泛的表达排除在民间文学艺术的保护范围之外。并将学术界有争议的民间文学表现形式、民间文学艺术作品和著作权法上的作品进行了区分，指出民间文学艺术法律保护的只是民间文学艺术原生态表现形式，即一定地域群体成员共同传承的传统典型元素或固定化的程式。

第二，认为民间文学艺术的主体是集体主体，即族群、社区或国家。并分别从民间文学艺术的集体性特点、第三代人权——

发展权的集体主体和制定《民间文学艺术保护条例》的目的以及我国的司法实践等方面论述了民间文学艺术主体的集体性特征。并提出代表性传承人不是民间文学艺术的主体，其表演技艺再精湛或炉火纯青，也仅是对族群所拥有的民间文学艺术表现形式的再现或传播，不可能成为民间文学艺术的主体。

第三，认为民间文学艺术的保护模式应采特殊权利模式。由于民间文学艺术的集体性、传统性和变异性等特点，多数民间文学艺术不能满足著作权的保护条件，无法受到著作权法的保护。如果在立法上坚持作品思路，在结构上修改著作权法，将民间文学艺术作为特殊作品进行特别保护，不仅不会有效保护民间文学艺术，而且会对著作权法体系造成冲击。同时，利用现有知识产权制度保护民间文学艺术也面临着“公共领域”的障碍。因此，对于民间文学艺术的保护，不能调整现有的著作权法，从宽解释各种要件或降低各种要件之门槛，只能根据民间文学艺术的特点建立民间文学艺术特殊权利保护体系。并且，民间文学艺术法律保护的特殊权利模式已得到国际社会或地区的认可。

第四，提出民间文学艺术保护应坚持传承自由原则、集体性原则、依传统或习惯利用原则和惠益分享原则等。

第五，认为民间文学艺术专有权主要是身份权，即标明来源权、保护民间文学艺术表现形式完整权。标明来源权，即使用民间文学艺术时，标明原创或传承该民间文学艺术集体的名称或身份的权利；保护民间文学艺术完整权，即保护民间文学艺术不受任何歪曲、篡改或其他贬损的权利。基于传承自由的原则，复制、公开表演、演绎和向公众提供或传播等行为不受民间文学艺术专有权人控制，但对歪曲、贬损或诋毁的行为，民间文学艺术专有权人有权禁止，并可提起赔偿之诉。

第六，关于保护期限，由于民间文学艺术的变异性特点，民间文学艺术是活态的，创作时间、地点无法确定，并处在不断的

变化中。因此,认为对其保护没有期限限制。

第七,提出了民间文学艺术专有权的行使方式及其法律救济措施。关于民间文学艺术专有权的行使,作者设计了代表性传承人制度。认为代表性传承人是指熟练掌握其传承的非物质文化遗产,在特定领域内具有代表性,并在一定区域内具有较大影响并积极开展传承活动的人。代表性传承人作为民间文学艺术私权的行使主体既有法律依据又有群众基础,是解决民间文学艺术私权行使主体最有效的途径。将代表性传承人规定为民间文学艺术的权利行使主体,与《非物质文化遗产保护法》相衔接,减少寻找传承人的成本。建立代表性传承人制度,有利于解决司法实践中维护民间文学艺术权益的诉权问题。代表性传承人,可以是自然人、法人或其他组织。文化部认定的代表性传承人基本都是自然人,但民间文学艺术的代表性传承人不能局限于自然人,比如新疆的“木卡姆”是由一个组织传承和发展的,我国的戏曲艺术,大多都是由各地的戏剧团体传承和发展。

关于民间文学艺术专有权的法律救济措施,作者认为,侵害民间文学艺术专有权的行为主要包括使用民间文学艺术时未以适当方式标明出处;以歪曲、篡改或其他贬损方式使用民间文学艺术;超出传统或习惯的范围使用民间文学艺术;未依法与民间文学艺术专有权人分享获益;将民间文学艺术中的传统典型元素或固定化的程式作为商标、商号使用或者注册;其他侵害民间文学艺术专有权人利益的行为。

对于歪曲、篡改或贬损民间文学艺术的行为,民间文学艺术专有权人可以要求侵权人承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉和赔偿损失等民事责任。如果歪曲、贬损或诋毁使用民间文学艺术,损害社会公共利益的,可以由文化行政管理部门责令停止侵权行为,对其演绎活动不予批准或者禁止其发行或传播;如果是故意或过失进行非传统与非正常使用或不指明来源或错误表明来源,

歪曲民间文学艺术，文化行政管理部门可以对其进行罚款，该罚款纳入民间文学艺术保护和发展基金，用于民间文学艺术的传承和发展；如果是翻拍历史经典名剧或名著，通过广播电视电影发行或传播的，由广播电视电影行政管理部门进行审查，有歪曲、篡改或贬损行为的，禁止立项或不予批准广播、上映。

海关对来自外国的利用我国民间文学艺术专有权人的民间文学艺术演绎作品，可以应民间文学艺术专有权人的申请禁止进口。如果损害社会公共利益的，可以对利用人处以罚款，纳入民间文学艺术保护和发展基金。

本书也存在一些值得商榷和有待深入研究之处，如将传统典型元素或固定化的程式作为民间文学艺术法律保护的客体，是否挤压社会公众对民间文学艺术元素的使用；专有权与公众的自由使用如何协调；民间文学艺术作为一种思想或情感的表达，应当是作品，作为保护作品的著作权法为何不能保护；民间文学艺术专有权为什么不赋予其经济权利等等。

尽管如此，本书关于民间文学艺术法律保护的论述，有诸多理论创新，对于学术界近年来出现的争议提出了自己的解决方案，对于我国《民间文学艺术保护条例》的制定具有重要的理论参考价值。



2014年1月8日

内容摘要

随着经济全球化，西方发达国家凭借自己的技术和资本优势不断输出自己的文化，使世界经济和文化面临一元化的侵蚀。发展中国家的经济和传统文化资源面临衰微和消失的危险，世界文化多样性遭到一定程度的破坏。特别是发达国家以现代知识产权制度，利用全球经济和文化资源获取高额利润，致使拥有丰富传统文化资源的不发达国家成为合法的新的“殖民地”，进而使得世界经济和文化发展出现了新的不平衡，文明冲突不断。现代知识产权制度是一种保护创新的制度。世界各民族创造出的优秀人类文化遗产，人类文化发展的“源”——民间文学艺术等被排除在现代知识产权制度之外，处于公有领域，成为任何人可自由利用的对象。

同时，民间文学艺术在各国工业化、城镇化和旅游业开发过程中，被商业开发利用或逐渐消失。许多发达国家利用他们先进技术和资金优势，采取商业化手段对民间文学艺术进行包装，以知识产权制度为合法外衣获取非法利益，而民间文学艺术的创造者几乎没有任何收益，且其精神利益往往受到损害。

因此，如何挽救世界文化多样性，拯救发展中国家濒临衰微的传统文化资源是目前全球化背景下世界各国经济和文化发展必须面对的课题。尤其是发展中国家，保护自己拥有的丰富传统文化资源，保存文化多样性和民族身份印记，留住人类赖以存在和

发展的“根”和“魂”，更加迫切。

本书以发展权和文化多样性为逻辑基础，重点探讨了民间文学艺术法律保护的客体、主体、保护模式以及我国民间文学艺术法律保护模式选择等相关法律问题，希望为我国《民间文学艺术保护条例》的制定提供一定的理论指导。

本书共分七部分。引言部分主要分析了民间文学艺术法律保护的原因；对民间文学艺术法律保护的理论进行综述以及阐明本书的主要研究内容和思路等。第一章研究了民间文学艺术法律保护的理论基础，主要对学术界关于民间文学艺术法律保护正当性理论进行了梳理，认为劳动价值说、经济价值说、人格权说和正义说是知识产权法律保护的理论基础，但都不能为民间文学艺术法律保护提供正当性依据，由此，民间文学艺术法律保护的正当性必须以人权，尤其是发展权和世界文化多样性的保护为基点来探讨民间文学艺术法律保护的必要性和理论基础，才能抓住问题的实质，才能更好地为民间文学艺术法律保护提供切实可行的依据。第二章研究了民间文学艺术法律保护的客体。通过对国际条约和地区性协定以及各国有关民间文学艺术立法的考察，认为民间文学艺术法律保护的客体应为民间文学艺术表现形式——传统典型元素或程式。民间文学艺术表现形式是指由某一地域的群体集体创造，或传承人维持、使用、发展、表现的过程中作出的创造性贡献被群体所认可，并代代相传，相对稳定，承载着该地域内群体成员共同传统习惯、价值观念、心理特征和文化底蕴的传统典型元素或程式。该传统典型元素或程式具有集体性、传统性、变异性、口头性、类同性等特征。包括：（1）文字表现形式；（2）音乐表现形式；（3）动作表现形式。将民间文学艺术表现形式与民间文学作品、传统知识、民俗、非物质文化遗产进行了比较分析，认为民间文学艺术的种类只有民间文学艺术表现形式和与民间文学艺术表现形式密切相关的作品。并将民间文学艺术表

现形式与民间文学艺术作品、民间文学艺术演绎作品进行了比较分析,认为民间文学艺术法律保护的客体是民间文学艺术表现形式——传统典型元素或程式,与《著作权法》上的作品相比较有其特殊性。第三章主要对民间文学艺术的权利主体进行了研究。通过对国内外立法的考察,认为民间文学艺术法律主体应是族群或地区等集体主体,而非个人。并分析了与民间文学艺术集体主体相关的传承人、演绎者和采风者在民间文学艺术法律保护中的地位。第四章考察了民间文学艺术法律保护模式。关于民间文学艺术法律保护模式的争论,主要涉及以下两个问题:一是在立法模式上是采取著作权模式,还是特殊权利模式。著作权模式是指在立法思想上坚持作品思路,在结构上修改著作权法,将民间文学艺术作为特殊作品进行特别保护;特殊权利模式是指超越或脱离著作权法,在著作权法之外另行制定专门法或单行法对民间文学艺术进行类著作权的特别保护,这种模式得到国际社会和一些国家新近立法的采纳。二是在权利内容上是赋予民间文学艺术主体经济权利和精神权利等专有权保护,还是只赋予精神权利和禁止权的非专有权保护。第五章通过对我国民间文学艺术保护立法和司法的考察,认为由于民间文学艺术的集体性、传统性、变异性等特点,对其采取著作权模式或特别著作权模式保护不仅会引起其与著作权制度的冲突,而且也只能保护以民间文学艺术为素材创作的作品或民间文学艺术演绎作品,即符合著作权法要求的作品,对民间文学艺术本身不能提供切实可行的保护。因此,我国保护民间文学艺术立法应该采取特殊权利模式。并探讨了我国民间文学艺术法律保护的宗旨和基本原则、主体和客体、权利内容、保护期限及其权利限制、民间文学艺术专有权的管理、行使、保护等问题。第六章提出了我国《民间文学艺术保护条例》建议稿及其立法说明。

关键词: 民间文学艺术; 法律保护; 模式

Abstract

With the economic globalization, western countries continuously output their culture through their own technology and capital advantages, making the world culture become simplification. So the economy and traditional cultural resources of the developing countries are facing the risk of decline and disappearance, and the world's cultural diversity has been suffered a certain degree of damage. Especially the developed countries with modern intellectual property system, use the global economic and cultural resources to obtain high profits, which causes the undeveloped countries that own rich traditional cultural resources to become legitimate new colonies, and the new imbalance of world's economic and cultural development has appeared. As a result, the clash of civilization has constantly happened. Modern intellectual property system is a kind of system that protect innovation. Outstanding cultural heritage of mankind created by various ethnic groups, and the development of human culture "source" – folklore, etc. are excluded by modern intellectual property system, into the domain of the public, which are free to be used by anybody.

Meanwhile, the folklore has been commercial exploited or gradually disappeared in the development of industrialization, urbanization and tourism exploit. Many developed countries use their advanced technology

and capital dominant position to package folklore by the commercial means, and use the intellectual property system as a disguise to grab interests, while the origin countries of folklore not only can not obtain any benefit in return, but also suffer mental damage.

Therefore, how to save world culture multiplicity, rescue the brink of decline of traditional culture resources in developing countries are the propositions that economy and cultural development of various countries must face under the globalization background at present. Especially to these developing countries, how to protect their own rich traditional culture resources, preservation of cultural diversity and national identity imprint retain human existence and development of the “root” and “soul” is even more urgent.

So, taking the right of development and cultural diversity as the logical foundation, this book focuses on the object of legal protection, subject of legal protection, legal protection mode of folklore, rights of folklore and the way they realize, and related legal issues, and hope to provide some theoretical guidance for the formulation of China’s “Folklore Protection Ordinance” .

This book altogether has seven parts. The introduction part has mainly analyzed the reason of folklore legal protection, theoretical overview of the legal protection of folklore, as well as the book’s content and ideas. Chapter I: The theoretical basis of the legal protection of folklore has been studied. Academia folklore laws to protect the legitimacy of the theory have been combed. The work value theory, the economical value theory, the personality rights said, as well as the justice said are the theoretical basis of intellectual property laws of the protection, but all can not provide the validity basis for the folklore legal protection. Thus, the legitimacy of legal protection of folklore must be based on human

rights, especially the right to development and the protection of world cultural diversity. Only in this way can we grasp the essence of the problem and provide the legal basis for the legal protection of folklore better.

Chapter II : The object of legal protection of folklore has been studied. Through the international treaties and regional agreements, as well as the study of the national folklore legislative examples, the object of legal protection of folklore is considered to be manifestations of folklore—the typical elements. Folklore manifestation is the collective creation of a geographical groups, or creative contributions that made in the course of heritage maintenance, use, development, performance, recognized by groups and from generation to generation, relatively stable, carrying the geographical in group members traditional habits, values, psychological characteristics and cultural heritage of the typical elements or programs. The traditional typical elements or programs are collective, traditional, variable, verbal and analogous. They include (1) word manifestation; (2) music manifestation; (3) movement manifestation. The folk literature art manifestation and the folk literature work, the traditional knowledge, the folk custom, the non-material cultural heritage have been carried on the comparative analysis and the folk literature art type is considered only to be the folk literature art manifestation and the works closely related with it. Folk literature art manifestation, folk literature art works and deductive works of folklore have been carried on the comparative analysis, and the object of the legal protection of folklore is considered to be folklore manifestations—traditional typical element or programs, and they are special when comparing with the works of copyright law.

Chapter III : The folklore subjects of rights have been studied. Through the study of domestic and foreign legislative examples, the legal subjects of folklore are considered to be collective subjects such as ethnic group or

region, rather than individuals or states. The status of folklore correlative subject inheritors, performer, and collectors in the legal protection of folklore has been analyzed. Chapter IV: Folklore legal protection mode has been investigated. The debate about the legal protection of folklore, mainly involves the following two issues: first, to take copyright mode, or special rights mode in legislature model is a question. Copyright mode is to adhere to the ideas of works about legislation thinking, structurally modify copyright law, taking folklore as a special work for special protection. Special rights mode is beyond or out of copyright law, specialized method or a single law to be enacted separately outside of the Copyright Law folklore in the form of a special class of copyright protection, which model has obtained the international society and recently the national legislation acceptance. Second, on the right content, giving folklore subject the protection of exclusive rights such as economic rights and moral rights, or only giving the non-exclusive right such as moral rights and prohibition rights is a question. Chapter V: Through the protection of folklore of the legislative and judicial investigation in China, due to the collective, traditional, variable characteristics of folklore, taking copyright mode or special mode of copyright protection will cause conflict with copyright system. Even then it can only protect the folklore material creative folklore or its derivative works, which accord with the requirements of the copyright law works, of folklore itself cannot be provided of the practical protection. Therefore, China should take the special rights mode to protect folklore. The folklore legal protection purposes and basic principles, the subject and the object of folklore, the right content, duration of protection and their rights restrictions, management and the exercise of the exclusive rights of folklore, protection and other issues have also been discussed. Chapter IV: The

proposal draft of “Folklore Protection Ordinance” is protocolled and explained in this chapter.

Key words: folklore; legal protection; mode

目 录

引言	(1)
一 民间文学艺术法律保护的由来	(1)
二 民间文学艺术法律保护的理论综述	(8)
三 研究的主要内容及思路	(15)
四 研究方法	(17)
第一章 民间文学艺术法律保护的理论基础	(18)
第一节 学说梳理	(18)
一 劳动学说	(18)
二 人格权说	(20)
三 正义说	(22)
四 经济价值说	(25)
五 人权说	(27)
第二节 民间文学艺术法律保护的发展权解读	(32)
一 发展权的概念和内容	(32)
二 全球化、知识产权殖民化对发展权的限制	(37)
三 民间文学艺术的保护是维护发展权和文化主权 的重要内容	(41)
第三节 民间文学艺术法律保护的文化多样性解读	(43)
一 文化霸权正在吞噬着世界文化多样性	(43)
二 民间文学艺术的保护就是保护人类的文化发展	(46)