

□浙江省哲学社会科学规划课题成果

民间文学艺术 的法律保护

杨勇胜 著

吉林大学出版社

浙江省哲学社会科学规划课题成果

民间文学艺术的 法律保护

杨勇胜 著

图书在版编目(CIP)数据

民间文学艺术的法律保护/杨勇胜著. —长春:吉林大
学出版社, 2009. 2
ISBN 978-7-5601-4144-2

I. 民… II. 杨… III. 民间文学—知识产权—保护—研
究 IV. D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 020135 号

书 名: 民间文学艺术的法律保护

作 者: 杨勇胜 著

责任编辑、责任校对: 张显吉

吉林大学出版社出版、发行

开本: 880×1230 毫米 1/32

印张: 9.5 字数: 247 千字

ISBN 978-7-5601-4144-2

封面设计: 张辉

北京广达印刷有限公司 印刷

2009 年 2 月 第 1 版

2009 年 2 月 第 1 次印刷

定价: 20.00 元

版权所有 翻印必究

社址: 长春市明德路 421 号 邮编: 130021

发行部电话: 0431-88499826

网址: <http://www.jlup.com.cn>

E-mail: jlup@mail.jlu.edu.cn

前 言

民间是一个充满灵性,广阔而伟大的世界。民间文学艺术来源于民间,随着岁月流转,历史沉淀,在传承过程集中了无数群体的智慧,凝聚了民间伟大的创造力。民间文学艺术是人类的杰作,其精美动人无可企及,蕴含着丰富的文化价值和经济价值。民间文学艺术与来源群体相伴,是群体心理意识、宗教信仰、价值观念、审美情趣、道德规范的反映,是群体的象征。民间文学艺术真实反映了人民群众的生产、生活实践,蕴含着丰富的文化素材和艺术养分。民间文学艺术是人类文化的源泉,是现代精英文化的土壤。但民间文学艺术是不可再生的资源,随着时代的变迁和人们观念的变化,伴随着工业化、现代化和全球化的进程,原生构架下传统的民间文学艺术正在迅速地被现代文明和外来文化所吞噬。许多民间文学艺术在乡村、田野自生自灭的同时,发达国家利用自己的技术和资金优势,正在加紧搜罗这些宝贵的文化遗产。人类独特的文化记忆正在消失,世界文化多样性正面临严峻的情势。

发达国家主导的现代法律制度,视民间文学艺术属于公共领域,可以免费使用。发达国家在科技、专利、商标等方面的优势则被无限地放大,而发展中国家为融入全球化和知识产权国际保护体系,需要付出高昂的代价。围绕民间文学艺术产生的利益失衡的根本原因在于发达国家按照利己标准主导的现代法律制度。因此,具有文化传统优势的发展中国家迫切需要具有财产属性的民间文学艺术纳入法律保护的范围,构建新的法律保护机制,保证民间文学艺术的合理利用,在来源群体与使用者之间、发展中国家与发达国家之间达成

利益平衡。自 20 世纪中叶以来,传统文化遗产丰富的亚洲、非洲、拉丁美洲的一些国家对此作出了回应,使民间文学艺术法律保护成为许多国家、地区和国际组织的共同课题。国际上出现要求对民间文学艺术进行法律保护的声音后,首先被想到的就是知识产权制度,因为民间文学艺术与知识产权的客体存在相似的共同点,都是人类创造性的智力成果。但民间文学艺术的集体性、传承性等特点,与现代知识产权制度格格不入,民间文学艺术也无法满足知识产权对于权利主体和权利客体的确定性要求。因此,半个多世纪以来,民间文学艺术的国际、国内立法都没有取得实质性进展。

我国是一个文化大国,民间文学艺术丰富多彩,浩如烟海。在全球化的背景下,维护文化的多样性,保持国家、民族的个性尤其重要,对民间文学艺术实施有效的保护已刻不容缓。我国自 1990 年《著作权法》颁布以来,各部门先后起草了《民间文学艺术作品保护条例》、《民族民间传统文化保护法》、《非物质文化遗产保护法》,不仅立法思路不清,亦都迟迟未能出台,懈怠的保护已经造成某些民间文学艺术的永远消失。我国对民间文学艺术法律保护理论研究的不足和立法的滞后,与五千年文明古国、文化大国的地位极不相称。独特的历史传统要求我国在民间文学艺术保护的立法实践和理论研究方面应当发挥领头羊的作用。

立法的价值应该在于对社会的迫切需要作出迅速的反应。基于知识产权客体与民间文学艺术存在的共性与个性关系,立足于现有成熟的法律制度,最大限度加以利用,同时根据本国的立法价值观,针对民间文学艺术的法律特征进行适当的制度变革,可以建立起民间文学艺术的综合保护机制。这一保护机制以适当变革的知识产权法为基础,以版权法为核心,辅以工业产权法和反不正当竞争法,并以宪法、民族法、文物保护法、刑法等公法为补充,为民间文学艺术提供私法与

公法相结合的综合保护。这一保护机制的立法成果就是《民间文学艺术保护法》。《民间文学艺术保护法》对现有成熟的法律制度既有变革,又有借鉴;既有坚守,又有超越,综合运用版权法、工业产权法、反不正当竞争法和公法等提供的保护手段,是对民间文学艺术进行综合保护的未來模式。

作 者

2008 年 10 月

目 录

第一章 作为法律保护对象的民间文学艺术·····	(1)
第一节 民间文学艺术的概念·····	(1)
一、folklore 解读 ·····	(1)
二、汉语语境中的民间文学艺术 ·····	(3)
三、从“folklore”到“民间文学艺术”·····	(4)
四、作为本文研究对象的民间文学艺术 ·····	(9)
第二节 民间文学艺术与相关概念辨析 ·····	(14)
一、民俗·····	(15)
二、民间文化和传统文化·····	(16)
三、文化遗产、传统知识和遗传资源 ·····	(17)
四、民间文学艺术与相关概念的关系·····	(19)
第三节 民间文学艺术的学理特征和法律特征 ·····	(21)
一、民间文学艺术的学理特征·····	(21)
二、民间文学艺术的法律特征·····	(25)
第四节 民间文学艺术法律保护的理由 ·····	(29)
一、民间文学艺术的文化传承价值·····	(29)
二、民间文学艺术的经济价值与利益平衡·····	(32)
第二章 民间文学艺术法律保护的探索与实践 ·····	(36)
第一节 国际社会对民间文学艺术法律保护的探索 与实践 ·····	(37)
一、1967 年《伯尔尼公约》 ·····	(37)
二、1976 年《突尼斯样板版权法》 ·····	(40)
三、1977 年《班吉协定》(1999 年修订) ·····	(42)
四、1982 年《示范条款》和 1984 年《民间文学艺术	

保护条约草案》	(45)
五、1996 年《世界知识产权组织表演和录音制品	
条约》	(48)
六、其他国际性文件	(49)
七、WIPO 和 UNESCO 的新进展	(52)
第二节 民间文学艺术法律保护国内立法的探索	
与实践	(56)
一、发展中国家国内立法的探索与实践	(57)
二、西方国家对于民间文学艺术法律保护的态度	
及其实践	(62)
三、俄罗斯等国的立法	(65)
第三节 我国民间文学艺术保护的探索与实践	(66)
一、我国民间文化遗产的抢救工程	(66)
二、我国民间文学艺术保护的立法探索和司法	
实践	(67)
三、我国民间文学艺术保护立法的缺陷	(76)
第四节 民间文学艺术法律保护的模式选择	(77)
一、版权保护模式	(77)
二、特殊权利保护模式	(79)
三、民间文学艺术保护的未來模式——《民间文学	
艺术保护法》的综合保护	(80)
第三章 民间文学艺术的版权保护	(83)
第一节 民间文学艺术版权保护的理山与制度冲突 ..	(83)
一、民间文学艺术版权保护的理山	(83)
二、民间文学艺术版权保护与现代版权制度的	
冲突	(90)
第二节 民间文学艺术版权性条件的构建	(95)
一、现代版权法意义下作品的保护条件	(95)
二、民间文学艺术版权保护条件的建构	(103)

三、纳入版权法保护范围的民间文学艺术	(116)
第四章 民间文学艺术的工业产权保护	(118)
第一节 民间文学艺术的专利保护	(118)
一、专利权的对象及其特征	(119)
二、民间文学艺术的专利性条件	(122)
三、民间文学艺术专利保护的矛盾与协调	(127)
第二节 民间文学艺术的商业秘密保护	(131)
一、商业秘密的范围	(131)
二、民间文学艺术商业秘密保护的条件	(133)
三、商业秘密法保护民间文学艺术的不足	(136)
第三节 民间文学艺术的商标保护	(138)
一、民间文学艺术商标的构成条件	(138)
二、民间文学艺术商标保护的 mode 选择	(146)
三、商标法保护民间文学艺术的不足	(163)
第四节 民间文学艺术的地理标志保护	(164)
一、地理标志保护的由来	(165)
二、民间文学艺术地理标志保护的理论基础	(169)
三、地理标志保护民间文学艺术的局限性	(179)
第五节 民间文学艺术的反不正当竞争保护	(181)
一、反不正当竞争法的立法宗旨与民间文学艺术 保护	(181)
二、反不正当竞争法对民间文学艺术的兜底保护 ..	(184)
三、侵害民间文学艺术的不正当竞争行为	(187)
四、反不正当竞争法保护民间文学艺术的局限性 ..	(191)
第五章 民间文学艺术的公法保护	(193)
第一节 民间文学艺术的宪法保护	(193)
一、传统文化权利：一种被忽视的人权	(194)
二、少数人文化权利的国内实现条件：写入宪法	(196)
第二节 民间文学艺术的民族法保护	(199)

一、文化权利的确认和国家扶持	(200)
二、民族传统文化的继承和发扬	(201)
三、保障少数民族语言文字权	(202)
四、少数民族传统文化的产业发展	(203)
第三节 民间文学艺术的文物法保护	(204)
一、文物与民间文学艺术的关系	(204)
二、文物的权利主体	(205)
三、责任分担的文物保护机制	(206)
第四节 民间文学艺术的刑法保护	(207)
一、民间文学艺术知识产权的刑法保护	(208)
二、文物犯罪	(209)
三、其他可能与民间文学艺术有关的犯罪类型	(210)
第六章 民间文学艺术的权利体系	(212)
第一节 民间文学艺术的权利主体	(213)
一、民间文学艺术的版权主体	(213)
二、民间文学艺术工业产权的权利主体	(234)
第二节 民间文学艺术的权利内容	(238)
一、民间文学艺术版权的权利内容	(239)
二、民间文学艺术工业产权的权利内容	(251)
三、民间文学艺术“特别权利”	(256)
四、与民间文学艺术法律保护有关的其他权利	(260)
第三节 民间文学艺术的权利限制	(261)
一、民间文学艺术版权的权利限制	(261)
二、民间文学艺术工业产权的权利限制	(267)
第四节 民间文学艺术的权利救济	(273)
一、民间文学艺术侵权行为	(273)
二、民间文学艺术侵权行为的法律救济	(277)
参考文献	(284)
后 记	(293)

第一章 作为法律保护对象的民间文学艺术

研究民间文学艺术的法律保护须从概念、特征等基本范畴入手,内涵与特征的界定是民间文学艺术法律保护理论与立法实践的逻辑起点。自 20 世纪 60 年代以来,术语的使用与概念的界定一直是各国、联合国教科文组织(以下简称“UNESCO”)和世界知识产权组织(以下简称“WIPO”)等在讨论与研究民间文学艺术保护与利用时遇到的两个主要难题。作为法律保护的对象,研究客体的确定性是无法回避的。

第一节 民间文学艺术的概念

有人类就有文化,民间文学艺术本身的出现可以追溯到原始文化时期,具有非常悠久的历史。但“民间文学艺术”作为概念出现及人们得以讨论其内涵和外延,是 19 世纪 40 年代以后的事情。

一、folklore 解读

“folklore”作为一个学术专名,是由英国民俗学会兼采访问题格(notes and questions)的首创者、考古学家、英国议会秘书汤姆森(William John Thoms)于 1846 年 8 月 22 日在 Athenaeum(雅典娜神庙)杂志上发表的通讯中被首次提出来的,用萨克逊(Saxon)语的两个词合成。“folk”为人民,“lore”为见识或学问。

“folklore”指“民众的知识”或“民间的智慧”(the lore of the folk)。^① 1878年10月,在英国伦敦成立世界上第一个“folklore”研究机构时,该机构被命名为“Folklore Society”(译为“民俗学会”)。自此,“folklore”作为一个学科专用术语,在国际上获得公认。^②

这个词在实践中被各种语言所接受,用以描述包含“民众知识”和“民众文化”两个术语所覆盖的全部领域。对于那些具有地域特征或民族风格的民间传说、神话、歌谣、谚语、舞蹈、音乐、手工艺、服饰、风俗等,国际上统称为“folklore”。卡迈尔·普里认为,“folk”(民间)是指至少具有某一共同特性的一群人,至于这一共同特性是什么并不重要。比如,它可以是一个共同的职业、共同的语言或是共同的宗教信仰。重要的是,无论以何种目的结成的这一群人必须具有某些属于自己的传统。“lore”(传说)是指与诸如教义、戒律、习俗有关的传统事实或信仰本身。传统意味着代代流传下来的文化的各个方面。它既包括文化的观念方面(如习惯、习俗、仪式),也包括文化的创造方面(如音乐、舞蹈、戏曲、文学、观赏艺术)。因此,文化可以被视为由一群人保留下来的传统。^③

汤姆森首倡的“folklore”不仅意指“民众的知识”或“民间的智慧”(the lore of the folk),而且亦指“the lore of the folk”的研究,即“关于民众知识的学科”,亦为学科名称。在民俗学界,前者汉译为“民俗”,后者汉译为“民俗学”。鉴于“folklore”一词既指“民俗”,又指“民俗学”,易混淆,国际学术界又以“folkloristics”一词

① 杨成志:“现代民俗学——历史与名词”,《杨成志人类学民族学文集》,民族出版社2003年版,第231页;乌丙安:《中国民俗学》,辽宁大学出版社1985年版,第1页。

② 叶涛、吴存浩:《民俗学导论》,山东教育出版社2002年版,第9页。

③ 卡迈尔·普里:“国家的法律对民间文学表现形式的保护”,周林、冯晓东译,《著作权》1993年第4期,第12页。

作为“民俗学”的专用术语,而将“folklore”一词用于民俗事象。^①

1876年,英国学者德尼斯的《中国民俗学》一书在我国香港地区出版,“folklore”一词传入我国。1922年12月17日,北京大学《歌谣》周刊《发刊词》中第一次出现了“民俗学”这个学科名词。将“folklore”意译为“民俗”,是因为我国古代就有“民俗”一语。如《礼记·缙衣》:“故君民者,章好以示民俗”;《史记·孙叔敖传》:“楚民俗,好瘠车”;《汉书·董仲舒传》:“变民风,化民俗”,等等。此外,还有不少与其意义相近的词,如“风俗”、“习俗”、“民风”、“谣俗”等。^②但这仍有争议,1923年北京大学成立民俗学研究机构时还是叫“风俗调查会”,统一称谓时,尚有“民俗学”、“谣俗学”、“民间学”、“民学”、“民间文学”等提法。1927年11月,广东中山大学成立了我国第一个“民俗学会”,至1928年3月21日出版《民俗周刊》,“民俗学”一词才得到国内学术界的承认。^③

时至今日,“folklore”在我国的民俗学界、文艺界、民族学界和法学界等不同学科领域,其汉译仍有所不同,如“民俗”、“民间文学”、“民间文学艺术”、“民间文化”、“传统知识”等。在法学界,在讨论民间文学、传统文化这一类对象的法律保护时,其对应的英译的核心词汇仍旧是“folklore”。本章第二节将对“民俗”、“传统文化”、“传统知识”等兼作论述,从而较好地界定本文的研究对象。

二、汉语语境中的民间文学艺术

从汉语的构词方式来看,“民间文学艺术”包含“民间”、“民间文学”和“民间艺术”三个词素。民间是指:劳动人民中间;非官

① 同②,第12页。

② 钟敬文:《民俗学概论》,上海文艺出版社1998年版,第2页。

③ 乌丙安:《中国民俗学》,辽宁大学出版社1985年版,第4页。

方。^①民间文学是指:在人民中间广泛流传的文学,主要是口头文学,包括神话、传说、民间故事、民间曲艺及歌谣等。^②群众集体口头创作、口头流传,并不断地集体修改、加工的文学,……神话、传说、故事、歌谣、平话、谚语、说唱、戏曲等。^③民间文学是文学的一部分,是和作家文学并行的一种文学,强调民间、集体与口头等特点。民间艺术是指劳动人民直接创造的或在劳动群众中广泛流传的艺术,包括音乐、舞蹈、造型艺术、工艺美术等。^④其中,民间工艺是指劳动人民为适应生活需要和审美要求就地取材而以手工生产为主的一种工艺美术品,如竹编、草编、蓝印花布、木雕、泥塑、剪纸、民间玩具等,由于各地区、各民族的社会历史、风俗习尚、地理环境、审美观点的不同,各有不同的风格特色。^⑤在汉语语境下,“民间文学”与“民间艺术”统称为“民间文学艺术”。

三、从“folklore”到“民间文学艺术”

作为法律保护对象的“民间文学艺术”并不是以纯文学的角度从汉语语境出发进行解读的。20世纪60年代,国际上出现了要对“folklore”进行法律保护的声音,其后相关的学理研究与立法实践不断发展。印度尼西亚、肯尼亚、摩洛哥、突尼斯等国的法律中直接使用“folklore”一词;部分国家使用“works of folklore”(译为“民间文学艺术作品”);WIPO则建议使用“expressions of folklore”(多译为“民间文学艺术表达”);我国《著作权法》采纳了“民间文学艺术作品”的表述。我国《著作权法》第6条规定:“民间文

① 中国社会科学语言研究所词典编辑室:《现代汉语词典》,商务印书馆1996年版,第883页。

② 中国社会科学语言研究所词典编辑室:《现代汉语词典》,商务印书馆1996年版,第883页。

③ 辞海编辑委员会:《辞海》,上海辞书出版社1990年版,第2033页。

④ 同①。

⑤ 同②。

学艺术作品的著作权保护办法由国务院另行规定。”但没有对民间文学艺术作品给出明确定义。

1967年,在修改《保护文学艺术作品伯尔尼公约》(以下简称《伯尔尼公约》)的斯德哥尔摩外交会议上,与会者为“folklore”的国际保护作出了努力。《伯尔尼公约》斯德哥尔摩文本(1967)和巴黎文本(1971)的第15条第4款都规定:各成员国在书面通知了伯尔尼联盟总干事的前提下,可以给不知作者的那一部分作品提供法律保护,即对于作品未发表,作者身份未详,却有足够理由推定该作者系本联盟成员国国民的情况,该成员国可以自行立法指定代表作者的主管当局,以便在各成员国中保护并行使作者的权利。由于未能给出一个为人们普遍接受的定义,该条款没有明确提到“folklore”,但该条款的修订过程表明,“folklore”是曾被打算包括进去的。“folklore”符合其第15条第4款的三个条件:一是作品未被出版;二是作者不为人所知;三是作者是伯尔尼联盟成员国国民。当然,在《伯尔尼公约》斯德哥尔摩文本和巴黎文本的框架内,寻求保护的“folklore”应当是“民间文学艺术作品”。因为《伯尔尼公约》是一个版权国际保护的公约,其对象自然应当是作品,不可能涵盖所有的“folklore”。民间文学艺术作品是民间文学艺术的下位概念。1976年,WIPO和UNESCO共同制定的《为发展中国家制订的关于版权的突尼斯示范法》(以下简称《突尼斯示范法》)第18条规定,民间文学艺术作品是指“在本国境内由被认定为该国国民的作者或种族集体创作,经世代流传而构成文化遗产基本成分之一的一切文学、艺术和科学作品”。^①

《突尼斯示范法》仍将“folklore”视为“作品”,但与其同期的另一个地区性国际协定拓展“folklore”的定义。1977年,非洲知识产权组织(以下简称OAPI,法语)《班吉协定》规定:受版权法保护

^① E. P. 加弗里洛夫:《民间文学艺术作品的法律保护》,载文化部版权处:《版权参考资料》1984年第7期,第5页。

的“folklore”包括一切由非洲的居民团体所创作的、构成非洲文化遗产基础的、代代相传的文学、艺术、科学、宗教、技术等领域的传统表现形式与产品。其至少包括六大项：一是以口头或书面形式表达的文学作品，如故事、传说、寓言、叙事诗、编年史、神话等；二是艺术风格与艺术产品，如舞蹈、音乐作品、舞蹈与音乐结合的作品、哑剧等，以及以手工或以其他方式制作的造型艺术品、装饰品、建筑艺术的风格等；三是宗教传统仪式，如宗教典礼、宗教礼拜的地点、祭奠礼服等；四是传统教育的形式、传统体育、游戏、民间习俗等；五是科学知识及作品，如传统医药品及诊疗法知识、物理、数学、天文学方面的理论与实践知识；六是技术知识及作品，如冶金、纺织技术知识、农业技术、狩猎、捕鱼技术知识等。

1982年，WIPO和UNESCO制定的《保护民间文学艺术表现形式以抵制非法利用及其他侵害行为的国内法示范条款》（以下简称《示范条款》）使用了“expressions of folklore”的表述，译为“民间文学艺术表现形式”。《示范条款》指出：“expressions of folklore”是指包含了传统艺术遗产的特殊因素，由国家中的一个群体或由一些个人发展和保持并反映了这个群体传统艺术追求的产品。其包括：（1）语言（口头或文字）表达形式（expressions by verbal），如民间故事、民间诗歌及民间谜语；（2）音乐表达形式（expressions by musical sounds），如民歌及器乐；（3）活动表达形式（expressions by action），如民间舞蹈、民间游戏、民间宗教仪式；（4）有形表达形式（tangible expressions），如民间艺术品、乐器、建筑艺术形式等。其中，前三种形式无论是否固定在有形物上，均属民间文学艺术表达形式。^①“民间文学艺术表达形式”意在克服版权法只能保护作品的缺陷，拓展“folklore”的保护范围，“民间文学艺术表达形式”也是“民间文学艺术”的下位概念。

只有突尼斯、巴拿马、安哥拉、阿尔及利亚、摩洛哥、多哥、尼日

① 1982年WIPO和UNESCO制定的《示范条款》第2条。

利亚等少数国家的版权法给出了“民间文学艺术”的定义。突尼斯 1994 年《文学艺术产权法》第 2 条规定:本法“所称民间文学艺术,系指代代相传的,与习惯、传统及诸如民间故事、民间书法、民间音乐及民间舞蹈的任何方面相关联的艺术遗产”。巴拿马 1994 年《版权与邻接权法》第 2 条规定:“民间文艺的表达指具有传统文化遗产特点的产物,其系由不知姓名的但确系我国国民的作者,在我国地域内创作的全部文学艺术作品中的内容,该不知姓名作者也可能属于我国某部族共同体;该产物是代代相传的,并影响着该部族共同体的传统文学艺术。”安哥拉 1990 年《作者权法》第 4 条规定:“民间文学艺术系指我国地域内的,可推定某地区或某部族共同体之不知姓名作者所创作或集体创作的、代代相传的艺术及科学作品,其构成传统文化遗产的基本要素。”多哥 1991 年《版权、民间文学艺术及邻接权保护法》第 66 条规定:“民间文学艺术是本国遗产的有独创性的合成;本法所称民间文学艺术,包括一切多哥人或多哥部族共同体的匿名、不知名或姓名被遗忘之作者,在我国地域内创作的、代代相传的、构成我国文化遗产的基本内容之一的那些文学与艺术产品。”尼日利亚《著作权法》第 28 条第 5 款对“民间文学艺术”的定义是:以团体为中心和以传统为基础的集体或个人的创作,它反映群体的期望,并充分体现群体的文化和社会特性及其习惯和价值,它以口头、模仿或其他方式进行传播。其包括:(1)民间故事、民间诗歌和民间谜语;(2)民歌、民间器乐曲;(3)民间舞蹈和民间戏剧;(4)民间艺术品,特别是图画、油画、雕刻、雕塑、陶器、赤陶、镶嵌工艺品、木制艺术品、金属艺术品、首饰、手工艺品、服装和土针织品。^① 这些国家的定义基本与《伯尔尼公约》第 15 条一致,采用文学和艺术作品的一般定义,增加了一些因素以区别民间文学艺术作品和其他一般作品,如作者身份不详,但有

^① 艾克查克伍·马格纳斯·奥吕齐:“依法保护民间文学艺术的各种表现形式”,黄宝祥译,《版权公报》(中文版)2000 年第 2 期,第 40 页。