

中国特色民间文学艺术作品 著作权保护理论的构建

胡开忠*

内容提要：我国在民间文学艺术作品的著作权保护理论上存在误区。绝对保护论照搬一些发展中国家的理论，主张对民间文学艺术作品给予较强的全面保护，与著作权理论存在冲突，不适合中国国情。否定版权保护论照搬一些发达国家的理论，否定用版权法保护民间文学艺术作品的可能性，其理论上的僵化不利于保护我国的传统文化。我国应采“相对保护论”，即在遵循著作权法基本原理的基础上，借鉴国际公约的相关规定，结合中国国情，适当确定民间文学艺术作品的著作权保护规则。应合理界定民间文学艺术作品的内涵和外延，反对将一切与民间文学艺术相关的对象都纳入保护范围；应将社群中创作民间文学艺术作品的自然人成员界定为作者并作为著作权原始主体，民间文学艺术作品来源地的社群根据习惯法成为著作财产权的继受主体；应区分精神权利和财产权利两方面的内容；应合理处理著作权保护与公有领域保护之间的关系，确定适当的著作权保护期限；应结合民间传统习惯及现有制度合理确定民间文学艺术作品的著作权利限制规则；应根据国民待遇原则处理好其他国家的民间文学艺术作品的著作权保护问题。

关键词：民间文学艺术作品 传统性使用 习惯性使用 贬损性使用

一、问题的提出

中华民族在源远流长的历史长河中创作了《女娲补天》《花木兰》《格萨尔王传》等浩如烟海、丰富多彩的民间文学艺术作品，^{〔1〕}形成了我国宝贵的文化遗产和精神财富。但近年来，与世界上其他发展中国家一样，我国的民间文学艺术作品在传承和利用方面纠纷不断，甚至出现了被外国企业或个人随意开发利用乃至歪曲的情况。例如，中国民间传说《花木兰》讴歌了花木兰“忠孝贤德”的观念和集体主义精神，但1998年迪士尼公司出品的动画电影《花木兰》，却将花木兰塑造为一个具有鲜明个人主义和女权主义色彩的形象，曲解了中国的

* 中南财经政法大学知识产权研究中心教授。

〔1〕“民间文学艺术作品”一词与“民间文学艺术”“民间文学艺术表现形式”“传统文化表现形式”等术语含义近似。这些术语之间的区别，后文将予详述。

传统文化。^[2]

为了推动对民间文学艺术作品的保护,从20世纪60年代起,包括中国在内的发展中国家、有关国际组织及学者都努力探索和解决这一重大法律问题。《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》(以下简称《伯尔尼公约》)1971年修订文本在第15条第4款增加了对“作者身份不明的未出版的作品”的保护,以便将民间文学艺术作品纳入公约的保护范围。^[3]1976年2月,在世界知识产权组织和联合国教科文组织协助下通过的《发展中国家突尼斯版权示范法》(以下简称“突尼斯示范法”)也尝试将对民间文学艺术作品的保护纳入传统版权制度之中。1977年,喀麦隆、刚果等12个非洲国家签订了《关于建立非洲知识产权组织及修订〈建立非洲—马尔加什工业产权局协定〉的班吉协定》(以下简称“1977年班吉协定”),通过版权制度保护民间文学艺术作品。^[4]从1982年开始,联合国教科文组织和世界知识产权组织也尝试通过制定特别法的方式保护民间文学艺术作品,如1982年通过的《保护民间文学艺术表现形式以防止不正当利用和其他损害性行为国内示范法》(以下简称“1982年示范法”),^[5]以及世界知识产权组织正在制定的《保护传统文化表现形式:条款草案》,^[6]都表现为特别法的形式。尽管世界知识产权组织付出了巨大的努力,但发达国家普遍认为民间文学艺术作品处于公有领域从而反对给予版权保护,^[7]这与发展中国家分歧甚大,双方很难达成共识。

我国在改革开放后逐渐认识到保护民间文学艺术作品的重要性,并在1990年著作权法第6条明确规定:“民间文学艺术作品的著作权保护办法由国务院另行规定。”但时隔三十余年,这一保护办法仍然没有出台。尽管如此,我国学界在著作权法颁布后掀起了研究民间文学艺术作品法律保护的高潮,并给出了多种不同的法律保护方案。有学者提出将民间文学艺术作品视为普通作品而给予著作权法保护,^[8]也有学者提出对著作权法制度进行一定修改来保护民间文学艺术作品,^[9]还有学者提出在著作权法体系之外构建一个特殊的权利保护模式来保护民间文学艺术作品。^[10]尽管学者们观点各异,但都对权利客体、权利主体、权利内容、保护期限、权利限制等问题提出了自己的方案。当然,也有个别学者反对用著作权法保护民间文学艺术作品,主张通过公法加以保护。^[11]与此同时,国家版权局加快了相关立法,在2014年9月发布了《民间文学艺术作品著作权保护条例(征求意见稿)》(以下简称“民间文艺条例征求意见稿”),但因质疑声音过大而夭折。

[2] 参见于建凯:《论〈花木兰〉与〈功夫熊猫〉的文化差异与误读》,《电影文学》2010年第5期,第79页。

[3] 参见《保护文学和艺术作品伯尔尼公约指南》,刘波林译,中国人民大学出版社2002年版,第75页,第181页。

[4] 参见《关于建立非洲知识产权组织及修订〈建立非洲—马尔加什工业产权局协定〉的班吉协定》, <https://wipolex.wipo.int/zh/treaties/details/227>, 2021年12月20日最后访问。

[5] See WIPO-UNESCO Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore Against Illicit Exploitation and Other Prejudicial Actions, WIPO/GRTKF/IC/3/10 Annex III, https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_3/wipo_grtkf_ic_3_10.pdf, last visited on 2021-12-20.

[6] 参见知识产权与遗传资源、传统知识和民间文学艺术政府间委员会秘书处编拟的文件:《保护传统文化表现形式:条款草案》, WIPO/GRTKF/IC/40/19, 2019年6月19日。

[7] See Paul Kuruk, *Goading a Reluctant Dinosaur: Mutual Recognition Agreements as a Policy Response to the Misappropriation of Foreign Traditional Knowledge in the United States*, 34 Pepp. L. Rev. 269 (2007).

[8] 参见崔国斌:《否认集体作者观——民间文艺版权难题的终结》,《法制与社会发展》2005年第5期,第77页。

[9] 参见郑成思:《谈民间文学作品的版权保护与中国的立法》,《中国专利与商标》1996年第3期,第90页;丁丽瑛:《民间文学艺术表达的著作权保护》,《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2013年第3期,第112页。

[10] 参见黄玉焯:《我国民间文学艺术的特别权利保护模式》,《法学》2009年第8期,第125页。

[11] 参见周婧:《质疑民间文学艺术作品保护的合理性》,《知识产权》2010年第1期,第76页。

毋庸置疑,我国学者的理论研究在推动民间文学艺术作品的法律保护方面发挥了重要的作用。但现有研究也存在明显的缺陷:一是研究方法落后而盲目照搬国外立法,如将非洲一些国家的立法简单移植到中国而不分析制度创设的法理,无法构建公平合理的法律制度;二是盲目继受发达国家出于产业利益保护而构建的知识产权理论而不加以反思和批判,使我国在知识产权国际博弈中处于被动地位;三是理论构建能力较弱,一些学者的观点在理论基础、价值取向、利益平衡、制度构建等方面均比较薄弱,难以调整复杂的社会关系;四是理论脱离国情,没有结合我国民族文化发展的现实状况以及司法实践构建理论和制度,因而受到不少质疑。

近年来,我国司法实践中发生了数百件涉及民间文学艺术作品著作权保护的案件,但个别法院以民间文学艺术作品的著作权保护办法没有出台为由拒绝受理。^[12]另一些法院则根据著作权法原理审理了一批有影响的案件,如“乌苏里船歌案”、^[13]“安顺地戏案”、^[14]“刘三姐案”^[15]等,合理协调了当事人的利益,推动了文化产业的发展,产生了良好的社会影响,但也有一些判决引起了不少争议。可见,构建具有中国特色的民间文学艺术作品著作权保护理论及法律制度,对于传承和保护中华民族优秀文化、维护民间文学艺术作品创作者利益、合理处理当事人之间的纠纷、促进民间文学艺术作品保存和利用、推进世界文化多样性、文化可持续发展和文化安全、发展民间文学艺术作品相关的文化产业,都具有十分重要的意义。2020年11月30日,习近平总书记在中共中央政治局第二十五次集体学习时强调,要“及时研究制定传统文化、传统知识等领域保护办法”,这更突出了构建具有中国特色民间文学艺术作品著作权保护理论和制度的迫切性。

二、民间文学艺术作品著作权保护的理论误区

与其他知识产权制度相比,民间文学艺术作品著作权保护理论和制度产生较晚,发展中国家和发达国家之间争议较大,长期未达成共识。我国一些学者在研究时盲目照搬照抄国外研究结论,存在明显理论误区,也对司法实践产生了不良影响。具体而言,存在误区的理论主要有绝对保护论和否定版权保护论。

(一) 绝对保护论

我国有相当多的学者主张给予民间文学艺术绝对保护,即对民间文学艺术予以较强的全面保护。例如,主张以保护文化遗产为由将全部的民间文学艺术表现形式作为保护客体,将持有民间文学艺术的族群作为权利主体并由当地政府或民间管理组织来行使权利,族群就其所保有的民间文学艺术享有财产权利和精神权利,利用民间文学艺术时采取付费制度,对民间文学艺术不设保护期限。^[16]这些代表性观点对“民间文艺条例征求意见稿”产生了直接影响。

[12] 参见广昌县甘竹镇图石村赤溪村小组与魏叶国著作权权属、侵权纠纷案,江西省抚州地区(市)中级人民法院(2018)赣10民初97号民事裁定书。

[13] 郭颂等与黑龙江省饶河县四排赫哲族乡人民政府侵犯著作权纠纷案,北京市高级人民法院(2003)高民终字第246号民事判决书。

[14] 贵州省安顺市文化和体育局与张艺谋、张伟平、北京新画面影业有限公司侵犯著作权纠纷案,北京市第一中级人民法院(2011)一中民终字第13010号民事判决书。

[15] 邓凡平、包玉堂等与邓奕、邓仪等著作权权属、侵权纠纷案,广西壮族自治区高级人民法院(2005)桂民三终字第7号民事判决书。

[16] 参见张玉敏:《民间文学艺术法律保护模式的选择》,《法商研究》2007年第4期,第8页。

绝对保护论并非我国学者的首创,而是来源于国外立法例。关于民间文学艺术作品的保护,“突尼斯示范法”、“1982年示范法”、“1977年班吉协定”及部分非洲国家的立法^[17]具有如下共同点:在政策目标上强调既保护民间文学艺术的知识产权,也保护文化遗产;将民间文学艺术作品或民间文学艺术表现形式作为保护客体;不将固定在物质载体上作为受保护的客体;将社群或主管当局作为权利持有者;授予权利人经济权利和精神权利,但规定了合理使用等权利限制;利用民间文学艺术作品或民间文学艺术表现形式要获得主管当局的授权;保护期限没有限制;使用公有领域的民间文学艺术作品要付费。不难发现,我国不少学者有关民间文学艺术法律保护的观点与上述立法的原则或规则非常接近。但是笔者认为,上述观点和立法实践存在如下问题:

第一,混淆了公法和私法的调整范围。民间文学艺术是社群成员创作的智力成果,同时也是一种文化遗产。对民间文学艺术的法律保护可以分为公法模式和私法模式,前者是通过非物质文化遗产法等公法给予保护,调整涉及社会公共利益的法律关系;后者是通过著作权法等私法给予保护,调整涉及私人主体利益的法律关系。绝对保护论虽然表面上主张通过私法保护民间文学艺术,但却强调将民间文学艺术作为文化遗产来保护,主张永久保护民间文学艺术并要求使用者在使用公有领域的民间文学艺术时向国家主管机关付费,这样就打破了著作权法中私人权益和公有领域之间的界限和平衡,压缩了公有领域的空间。^[18]这种过于强调公共利益保护的主张混淆了公法和私法的调整范围,将二者的性质混为一谈。

第二,保护客体界定不准确。上述学者将保护客体界定为“民间文学艺术”,即由特定区域的社会群体或特定民族集体创造、体现该特定区域社会群体或特定民族的特定品质或文化的代代相传并不断发展的具有一定表现形式的文学、艺术成果。其范围包括诗歌、音乐、舞蹈等民间文学艺术作品,建筑、手工艺品等有形表现形式以及典礼、仪式等。^[19]可见,保护客体既包括民间文学艺术作品,也包括有形物及典礼、仪式等内容,这与“1982年示范法”第2条规定的“民间文学艺术表现形式”的范围一致。笔者认为,著作权的客体是有独创性表现形式的作品,具有无形性特征,而有形的建筑和手工艺品是物权的客体;但是,当建筑的表现形式或手工艺品的图案、造型等表现形式具有独创性时,可分别作为建筑作品或美术作品受到著作权保护。典礼和仪式作为民间文化活动也不属于作品,但在这些活动中使用的歌曲、戏剧、舞蹈、图像等若具有独创性,可分别视为音乐、戏剧、舞蹈、美术等作品。上述学者的错误在于没有对各种情形作具体分析。上述观点还在司法实践中引起了混乱。在王翀与金文、南京金文云锦艺术研究院有限公司著作权权属、侵权纠纷案中,法院认为,云锦是在继承历代织锦的优秀传统的基础上发展而来的丝绸文化结晶,《湘云醉芍》云锦框画系使用丝线等材质,通过挑花结本将纹样图案由纸上的图画过渡到织物上,使用了传统的木机妆花手工织造技艺进行织造,具有一定的美感与独创性,属于民间文学艺术作品。^[20]但是,《湘云醉芍》云锦框

[17] 参见突尼斯版权法第7条, <https://wipolex.wipo.int/zh/legislation/details/21148>, 2021年12月20日最后访问;塞内加尔版权法第156-160条, <https://wipolex.wipo.int/zh/legislation/details/5764>, 2021年12月20日最后访问;阿尔及利亚版权法第2条、第5条、第8条、第107-119条、第138-142条, <https://wipolex.wipo.int/zh/legislation/details/1194>, 2021年12月20日最后访问。

[18] 参见廖冰冰:《民间文学艺术概念及法例评析——以1976年〈突尼斯版权示范法〉为对象》,《社会科学家》2015年第3期,第122页。

[19] 参见黄玉焯:《民间文学艺术的法律保护》,知识产权出版社2008年版,第46页;前引[16],张玉敏文,第8页。

[20] 参见江苏省南京铁路运输法院(2015)宁铁知民初字第01187号民事判决书。

画是金文与云锦艺术研究院根据《红楼梦》第六十二回描述的“憨湘云醉眠芍药裯”的场景创作的，属于实用美术作品，作者身份明确，可直接适用著作权法的规定予以保护。该法院认为利用了传统手工技艺创作的云锦框画都属于民间文学艺术作品，强调了云锦这种有形载体在民间文学艺术作品判断中的作用，这是一种误解，因为认定民间文学艺术作品的的一个重要标准是其创作者是否属于社群中的匿名作者，而非是否使用了传统技艺，也不用考虑该画的载体是云锦还是其他材料。该画的作者身份确定，不属于民间文学艺术作品。

第三，关于权利主体的界定在实践中难以操作。一些学者坚持集体主义作者观，认为集体性是民间文学艺术作品的本质特征，民间文学艺术作品的权利主体应界定为有关群体，该集体版权可以由群体的代表来行使。^[21]但是，群体的内涵和外延在现实中难以界定，有些民间文学艺术作品的创作者来源于某一民族的多个群体，或者来源于不同民族甚至不同国家的多个民族，在实践中很难依照上述观点将权利主体界定为某一群体。

第四，保护期限的规定不符合实际情况。上述学者认为，民间文学艺术作品应当受到永久保护，其理由有二：一是认为创作或保有民间文学艺术作品的群体永久延续，导致该作品不会进入公有领域；^[22]二是认为传承中的民间文学艺术作品处于不断创作之中，不会进入公有领域。^[23]笔者不赞同上述观点。著作权保护期限的规定是为了在保护著作权人利益的同时兼顾社会公众利用作品的利益，因此民间文学艺术作品上的著作财产权应有一定的期限。从司法实践来看，永久保护的观点也未被法院接受。在“刘三姐案”中，法院认为《刘三姐》这一民间故事处于公有领域。^[24]国家版权局1994年在《关于民歌版权买卖给文化部的复函》中也指出：“对于世代流传、原作者已无从考证的民歌，从著作权角度来看，属于进入公有领域的作品，不受现行著作权法的保护。”

（二）否定版权保护论

“民间文艺条例征求意见稿”在讨论和公示阶段遭到不少民俗学者和部分知识产权领域专家的反驳，理由主要有两点：一是认为包括民间文学艺术在内的非物质文化遗产应作为“人类共同遗产”受公法保护，不宜将其作为特定社区或群体的“私有制财产”；^[25]二是认为民间文学艺术不能满足传统著作权法所要求的独创性、固定性、保护期限要件，且传统知识产权保护没有促进和弘扬民间文学艺术的目的。^[26]

上述学者的观点与一些发达国家学者的观点比较接近。德国学者西尔克·冯·莱温斯基系统阐述了发达国家所持不能用著作权法保护民间文学艺术表现形式的理由：首先，民间文学艺术表现形式不属于个人创作成果，但著作权法只保护个人创作成果而不保护集体创作成果。其次，已有的民间文学艺术表现形式处于公有领域，它们在传承中发生的细小变化不足以证明其具有独创性。再次，民间文学艺术表现形式不是以书面形式或其他方式固定下来的，因此不符

[21] 参见李永明、杨勇胜：《民间文学艺术作品的版权保护》，《浙江大学学报（人文社会科学版）》2006年第4期，第136页。

[22] 参见前引〔19〕，黄玉焯书，第176页。

[23] 参见管育鹰：《民间文学艺术作品的保护机制探讨》，《法律科学》2016年第4期，第104页。

[24] 参见前引〔15〕，（2005）桂民三终字第7号民事判决书。

[25] 参见施爱东：《“非物质文化遗产保护”与“民间文艺作品著作权保护”的内在矛盾》，《中国人民大学学报》2018年第1期，第11页。

[26] 参见梁志文：《民间文学艺术立法的集体权利模式：一种新的探讨》，《华侨大学学报（哲学社会科学版）》2003年第4期，第74页。

合著作权法的固定性要求。最后,财产权利的保护期限是以个人作者为参照来计算,民间文学艺术表现形式不是个人创作的,无法计算其保护期限。若适用匿名作品的保护期限规则,则民间文学艺术表现形式在出版后经过50年不再受保护,没有出版但可以推定作者死亡时间已超过50年的作品也不再受保护。^[27]显然,上述观点否定了用著作权法保护民间文学艺术表现形式的可行性,有利于发达国家对民间文学艺术表现形式的开发利用,对于维护发展中国家的利益非常不利,也阻碍了《保护传统文化表现形式:条款草案》的起草进程。发展中国家如果希望用著作权法保护民间文学艺术作品,必须从理论上对发达国家的上述观点予以反驳。

笔者认为,从民间文学艺术作品的创作特点和发展过程来看,上述观点存在如下漏洞:

第一,关于民间文学艺术作品不属于个人创作成果的论述不准确。民间文学艺术作品最初由居于某一地域的特定社群中的一个或多个成员创作出原始版本,在长期的传承过程中又由多人不断创作出后续版本,每个作者的创作不断融入后续版本之中。因此,民间文学艺术作品的各个版本是不同作者创作的产物,蕴含了不同作者的创作劳动。笼统地将民间文学艺术作品称作集体创作的产物,忽视了社群成员在创作中的个人贡献。

第二,关于民间文学艺术作品缺乏独创性的论断不准确。否定版权保护论简单地以民间文学艺术作品的最新版本为分析对象,认为该版本是多个作者共同创作的集体作品并由此否定个人贡献,得出民间文学艺术作品无独创性的论断。事实上,民间文学艺术作品最初由一个或多个作者创作出原始版本,它蕴含了个人的独创性成果而具备著作权法要求的独创性条件。在随后的传播过程中,后人又对原始版本进行续写、改编等再创作,从而形成衍生版本,这些版本同样因蕴含了个人的创作而具有独创性。对于民间文学艺术作品的各个版本给予著作权保护,同样可以激励后人在此基础上进行再创作,推动民间文学艺术作品的后续发展和利用。例如,《花木兰》这一民间文学艺术作品最早出现于北魏时期的叙事诗《木兰诗》,作者不详,但已具有一定的独创性。明代之后,民间出现了京剧、粤剧、评剧、越剧、豫剧等不同的《花木兰》版本。显然,各版本的《花木兰》都具有一定的独创性,不能因各个版本之间的演绎关系就否定其独创性。

第三,将固定性作为民间文学艺术作品受著作权法保护的必要条件的观点不正确。英美法系国家的版权法一般规定,作品必须固定在有形载体中才能得到保护。^[28]但随着社会的发展,一些未固定下来的口述作品、舞蹈作品等,在很多国家也可以得到版权保护,《伯尔尼公约》第2条第2款并未将固定作为作品受保护的必要条件。大多数民间文学艺术作品都表现为口头传唱、舞蹈等形式,没有固定下来,但这不应成为著作权法不予保护的正当理由。民间文学艺术作品在传承过程中会不断发生变化,出现多个版本,只要这些版本具有独创性,都应受到著作权法保护,不能以无法固定为由而不给予保护。从实践看,人们在讨论是否保护以及如何保护民间文学艺术作品时,都是以民间文学艺术作品的某一版本为参照对象的。

第四,关于民间文学艺术作品的保护期限无法计算的观点不全面。上述观点将特定社群中的多个成员长期创作的多个版本的作品合并起来当作一个作品看待,并将该特定社群当作作者,从而得出了错误的结论。笔者认为,民间文学艺术作品在产生和发展过程中形成了原始版

[27] See Silke von Lewinski, *Traditional Knowledge, Intellectual Property, and Indigenous Culture*, 11 *Cardozo J. Int'l & Comp. L.* 747, 749 (2003).

[28] 参见[美]罗伯特·P.墨杰斯等:《新技术时代的知识产权法》,齐筠等译,中国政法大学出版社2003年版,第292页。

本和不同的衍生版本，各个版本的保护期限根据著作权法的规定可以分别确定。当然，在计算保护期限时要考虑对公有领域的保护，协调好著作权人、作品使用人和社会公众之间的关系。并且，著作权人的精神权利不同于财产权利，其保护期限应当单独考虑。

三、民间文学艺术作品著作权保护的基本原则

党的十九大报告提出了“推动中华优秀传统文化创造性转化、创新性发展”的要求，为此，我国再一次启动了民间文学艺术作品著作权保护的立法工作。民间文学艺术作品著作权保护的理论和制度产生较晚，理论基础薄弱，特别是发展中国家和发达国家之间难以达成共识。笔者认为，我国在民间文学艺术作品著作权保护的立法问题上应坚持如下原则。

第一，遵循著作权法基本原理。首先，民间文学艺术作品在性质上属于文学艺术领域内的智力创造成果，可以成为著作权法的客体。有关民间文学艺术作品的主体确认及利用引起的法律关系在本质上仍属于民事关系，可以用私法调整。其次，既然著作权法第6条就民间文学艺术作品的著作权保护问题作了原则性规定，今后制定的民间文学艺术作品的著作权保护办法，就必须符合著作权法的基本原理，即从私法的角度对民间文学艺术作品给予著作权保护。当然，制定公法和私法相结合的民间文学艺术特别法，^[29]或者借助非物质文化遗产保护法等公法来保护民间文学艺术作品，也有其合理性，但以著作权法来保护民间文学艺术作品也不失为一种可行的途径。对于著作权法难以调整的一些法律关系，可以通过非物质文化遗产保护法等公法来解决。

第二，遵守国际条约的基本规则。《伯尔尼公约》第15条第4款确立了民间文学艺术作品著作权保护的规则：“（1）对作者身份不明但有充分理由推定该作者是本同盟某一成员国国民的未出版的作品，该国法律得指定主管当局代表该作者并有权维护和行使作者在本同盟成员国内之权利。（2）根据本规定而指定主管当局的本同盟成员国应以书面声明将此事通知总干事，声明中应写明被指定的当局全部有关情况。总干事应将此声明立即通知本同盟所有其他成员国。”^[30]显然，该公约是将民间文学艺术作品作为匿名作品而给予著作权保护。我国在制定民间文学艺术作品著作权保护办法时可以加以参考，并应遵守《伯尔尼公约》等条约中有关著作权保护的其他基本规则。

第三，适合中国国情。目前，突尼斯、摩洛哥、塞内加尔等发展中国家以绝对保护论为理论基础，在其版权法中规定了对民间文学艺术作品的版权保护，反映了发展中国家的权利主张。例如，突尼斯版权法第7条规定：“民间文学艺术是国家遗产的一部分，以营利为目的对民间文学艺术进行复制的，应当经文化部批准，并向依照本法设立的著作权保护机构缴纳公益金。制作民间文学作品，转让其全部或部分著作权，或者获得其独家许可，也须经文化主管部门授权。本法所称民间文学艺术，是指与风俗传统和民间故事、文字、音乐、舞蹈等民间创作相联系的代代相传的艺术遗产。”^[31]摩洛哥版权法第7条第1、4、5款规定，对民间文学艺术作品的复制、表演、改编、广播等利用应经过摩洛哥版权局的许可并支付费用，该费用用于民间文学艺术事业的发展。^[32]塞内加尔版权法第157条规定，利用民间文学艺术作品或其演

[29] 参见前引〔16〕，张玉敏文，第9页。

[30] 参见前引〔3〕，刘波林译书，第181页。

[31] 参见前引〔17〕，突尼斯版权法。

[32] 参见摩洛哥版权法，<https://wipolex.wipo.int/zh/legislation/details/5058>，2021年12月20日最后访问。

绎作品,以及在第51条至第55条规定的保护期限届满后进入公共领域的作品,应当向经批准的集体管理协会申报并缴纳使用费。该数额由文化部长决定,不超过根据现行合同或惯例支付给作者的报酬率的50%。^[33]但是,“1977年班吉协定”签订以来,世界知识产权组织“至今没有获得任何关于其条款实施效果的信息”。^[34]非洲的一些发展中国家通过立法保护民间文学艺术四十多年来,也没有从发达国家得到丝毫利益回报。^[35]我国是世界上最大的发展中国家,处于并将长期处于社会主义初级阶段,版权保护应与发展规律、国情实际和发展需求相匹配,依法合理平衡权利人利益、他人合法权益和社会公共利益、国家利益,实现保护版权与促进作品创作、推动文化产业发展的和谐统一。^[36]从我国司法实践看,在涉及民间文学艺术作品著作权保护的案件中,争议焦点主要集中在这几个方面:一是保护民间文学艺术作品著作权的法律依据是什么;二是民间文学艺术作品上著作权主体的精神权利如何保护;三是民间文学艺术作品的著作权由谁来保护。立法应重点解决实践中遇到的上述问题。

第四,尊重民间文学艺术作品的利用习惯。在长期的历史发展中,民间文学艺术作品来源地的社群就其利用形成了一定的习惯。一些专门用于祭祀的歌舞只能由特定的传承人按特定的形式表演。例如,云南省元江县哈尼族彝族傣族自治县羊街乡尼果上寨哈尼族的长者去世,都要举行“莫搓搓”的棕扇舞祭祀活动。主持祭祀活动的“摩批”手持棕扇起舞,口中念念有词,舞蹈动作主要表现祭天、祭地,像白鹇鸟腾飞。^[37]但是,对于普通的歌舞或民间文学,习惯上人们都可以自由利用。例如,湘鄂西地区的土家族人民祭祀先祖、祈求庇护、欢庆节日时,都会跳摆手舞,表达自己对自然生命的崇敬和对美好生活的祈愿。^[38]笔者在调查中发现,土家族人一般不排斥外来民族学习和表演该舞蹈。民法典第10条规定,处理民事纠纷,应当依照法律;法律没有规定的,可以适用习惯,但是不得违背公序良俗。因此,在处理因民间文学艺术作品利用而产生的纠纷时,在法律没有明确规定的情况下,可以适用民间文学艺术作品来源地的习惯。我国在制定关于民间文学艺术作品的著作权保护办法时,也应当充分考虑作品来源地的习惯。

第五,合理协调民间文学艺术作品著作权保护和作品利用的关系。突尼斯、摩洛哥、塞内加尔等发展中国家的版权法强化对民间文学艺术作品的版权保护,要求使用人在使用此类作品时应获得国家有关部门的许可并付费。^[39]这种过于严格的保护改变了非洲人民数千年来自由使用民间文学艺术作品的习惯,而民间文学艺术作品来源地的部落人民也很少从中获得实际收益,因而加剧了来源地社群与作品使用人之间的紧张关系。^[40]我国在制定民间文学艺术作品著作权保护办法时,应考虑我国民众有关民间文学艺术作品的习惯,既注重保护民间文学

[33] 参见前引〔17〕,塞内加尔版权法。

[34] [德] Silke von Lewinski 编著:《原住民遗产与知识产权:遗传资源、传统知识和民间文学艺术》,廖冰冰等译,中国民主法制出版社2011年版,第390页。

[35] 参见前引〔25〕,施爱东文,第9页。

[36] 《中国知识产权司法保护纲要(2016—2020)》,《人民法院报》2017年4月25日第2版。

[37] 参见刘婷:《山地社会的休闲活动与文化传承——以云南省元江县哈尼族棕扇舞为例》,《贵州社会科学》2017年第5期,第51页。

[38] 参见朱宇翔:《宗教祭祀文化变迁与土家族民间舞蹈的历史发展》,《社会科学动态》2018年第7期,第93页。

[39] 参见前引〔17〕,突尼斯版权法,第7条第1、4、5款;前引〔32〕,摩洛哥版权法,第7条;前引〔17〕,塞内加尔版权法,第157条。

[40] See Gertrude Torkornoo, *Creating Capital from Culture - Re-thinking the Provisions on Expressions of Folklore in Ghana's Copyright Law*, 18 Ann. Surv. Int'l & Comp. L. 13 (2012).

艺术作品的著作权，也注意推动民间文学艺术作品的传承和利用，更要注重保护我国的文化安全。从已发生的司法案例来看，民间文学艺术作品来源地的民众更关注有关精神权利的保护，因此保护重点应放在精神权利上，可以适当淡化财产权利，处理好著作权保护与作品利用的关系。

第六，合理协调国家之间对于民间文学艺术作品的利用。中华民族在五千年的历史长河中创造了灿烂的文化并流传至世界各地，许多民间文学艺术作品被国外华人及其他民族传承和利用。与此同时，国外的一些优秀民间文学艺术作品如《一千零一夜》《格林童话》等，也在我国广为流传和利用。近年来，我国也出现了不少因翻译、改编国外民间文学艺术作品而发生的案件，如太白文艺出版社与齐明敏著作权权属、侵权纠纷案，就涉及《一千零一夜》译文的著作权问题。^[41] 在国际文化不断交流的趋势下，民间文学艺术作品的著作权保护问题不仅涉及我国著作权人的利益，也涉及其他国家著作权人的利益。应当坚持《伯尔尼公约》规定的国民待遇原则，在对等的基础上合理保护其他国家民间文学艺术作品著作权人的权益，使我国著作权人的权益也能获得对等保护，推动中华优秀传统文化走向世界。

四、民间文学艺术作品著作权保护的制度构想

笔者认为，民间文学艺术作品的著作权保护需要另辟蹊径，应当采“相对保护论”，即在遵循著作权法基本原理的基础上，借鉴国际公约的相关规定，结合中国国情，适当确定民间文学艺术作品著作权保护的客体、权利主体、权利内容、权利保护期限、权利限制措施及国际保护规则，而不是“一刀切”式地不保护或全保护。

（一）权利客体

民间文学艺术作品的著作权保护立法之所以难以推进，关键在于人们对于民间文学艺术作品的特点的认识不够深入。著作权法第6条虽将民间文学艺术作品作为权利客体，但国内外学者对民间文学艺术作品的含义存在争议。若要准确界定其含义，首先需要界定“民间文学艺术”和“民间文学艺术表现形式”。从20世纪60年代起，经过半个多世纪的讨论，国际社会对这两个概念逐渐达成共识。1989年联合国教科文组织第25届全体大会上通过的《保护民间创作建议书》，将“民间文学艺术”解释为，“来自某一文化社区的全部创作，它们以传统为依据，由某一群体或一些个体所表达并被认为是符合社区期望的作为其文化和社会特性的表达形式，通过模仿或其他方式口口相传。其形式包括：语言、文学、音乐、舞蹈、游戏、神话、礼仪、习惯、手工艺、建筑及其他艺术”。^[42] 所谓“民间文学艺术表现形式”，“1982年示范法”第2条将其解释为“由一个国家的某社区或由反映社区传统艺术追求的个人发展并维持的具有传统艺术遗产典型要素的创作作品，主要包括：（1）言语表现形式，如民间故事、民间诗歌和谜语；（2）音乐表现形式，如民歌和器乐；（3）动作表现形式，如民间舞蹈、戏剧、典礼的艺术形式；无论是否已成为某种物质形式；以及（4）有形表现形式”。从上述条约的规定可以看出，民间文学艺术和民间文学艺术表现形式的内涵和外延基本一致，包括与传统文

[41] 参见北京市第一中级人民法院（2009）一中民终字第8272号民事判决书。

[42] 参见知识产权与遗传资源、传统知识和民间文学艺术政府间委员会秘书处编拟的文件：《知识产权与遗传资源、传统知识和传统文化表现形式重要词语汇编》，WIPO/GRTKE/IC/40/INF/7，2019年4月10日。

化相关的非物质表现形式和有形表现形式,这两个概念可以通用。

《伯尔尼公约》未使用“民间文学艺术作品”一词,但该公约第15条第4款规定的作者身份不明的未出版的作品包括了民间文学艺术作品。布隆迪版权法第1条使用的是“民间文学艺术表现形式”一词,^[43]肯尼亚版权法第18条则使用了“民间文学艺术作品”一词,但其范围与民间文学艺术表现形式基本一致。^[44]在我国,学者们对民间文学艺术作品的定义有不同观点。有学者认为,“民间文学艺术”就是“民间文学艺术作品”。^[45]这实际上忽视了两者之间的区别,因为民间文学艺术作品仅是民间文学艺术的一部分,而不包括有形的民间文学艺术。也有学者认为,民间文学艺术作品是由特定的地区或族群共同创作,通过口头或动作传授、模仿等方式长期传承的反映其社会生活特征与文化特性的民间文学艺术具体表现形式,它包括民间文学艺术领域的具体创作成果,但不包括传统节庆习俗、技法或技艺、风格、艺术形式等不构成作品的内容。^[46]该观点将民间文学艺术作品限定为民间传统的创作成果而排除了不构成作品的内容,较前一种观点要准确得多。

要准确界定民间文学艺术作品的含义,必须抓住其特征。有学者认为,民间文学艺术作品的特点在于“集体性、口头性、变异性及传承性”。^[47]该观点具有较大的参考价值,但还需要进一步深入。笔者认为,与其他作品相比,民间文学艺术作品一般具有如下特点:(1)传统性。传统是指“对现在的行为或做法产生影响或予以支配的过去的习俗和惯例”。^[48]民间文学艺术作品与来源地社群的传统生活特征及文化特性息息相关,作品在内容和表现形式上,都打上了社群传统文化的烙印,反映了来源地的传统文化和生活习惯,洋溢着浓郁的地方特色和民族习俗特色,如《盘古神话》就反映了中原地域社群的历史渊源、生活习俗、生产方式。^[49](2)创作时间难以确定。有些民间文学艺术作品创作和发展时间较长,如龙的图形首先始于仰韶文化的鱼纹龙图案,后演变为周朝的蛇纹龙图案,随后又经过数千年的演变逐渐发展为今日的图案,其创作发展时间已达几千年。不过,近代也涌现了一些新创作的民间文学艺术作品,如《草船打军舰》《猪笼阵》等歌颂民族英雄刘永福的故事,就属于近代在广西钦州流传的民间文学艺术作品,其产生和发展时间仅有百年。^[50](3)非固定性。民间文学艺术作品一般口口相传或通过动作模仿传播,没有固定于载体上,很难保存。(4)创作主体的不确定性。民间文学艺术作品的创作者难以查清,通常由某社群的不知名的一人或多人创作,并在后来的流传中又被多人在此基础上再创作。各作者在创作各版本的民间文学艺术作品时都体现了一定程度的创造性,因此各版本的民间文学艺术作品都具有一定的独创性。(5)表现形式的差异性。同一主题的民间文学艺术作品在发展过程中逐渐出现了多个版本的表现形式,如广西壮族民间传说《刘三姐》在流传中存在多个版本,在歌词、曲调、舞蹈等表现形式上存在差异。

[43] 参见布隆迪版权法, <https://wipolex.wipo.int/zh/legislation/details/8323>, 2021年12月20日最后访问。

[44] 参见肯尼亚版权法, <https://wipolex.wipo.int/zh/legislation/details/2693>, 2021年12月25日最后访问。

[45] 参见吴伟光:《民间文学艺术保护的法律对策》,《清华法学》2006年第7辑,第135页;前引〔21〕,李永明等文,第132页。

[46] 参见前引〔23〕,管育鹰文,第102页。

[47] 管育鹰:《知识产权视野中的民间文艺保护》,法律出版社2006年版,第186页。

[48] 参见前引〔42〕,《知识产权与遗传资源、传统知识和传统文化表现形式重要词语汇编》。

[49] 参见张正、王瑜廷与马卉欣著作权权属、侵权纠纷案,河南省高级人民法院(2008)豫法民三终字第49号民事判决书。

[50] 参见吴世林与颜成才著作权权属纠纷案,最高人民法院(2018)最高法民申3214号民事裁定书。

不过,各版本的主题思想、主要人物、故事情节、主要曲调大同小异,都有刘三姐传歌、与恶霸斗歌、被迫害致死等情节。因此,《刘三姐》这一民间文学艺术作品实际上包括了多个版本的相关作品。厘清这一点非常重要,因为在处理涉及民间文学艺术作品的著作权案件时,需要明确受保护的客体,法院不可能找出所有版本作为参照对象,只能以一定时期的相对固定的版本作为参照,否则将无法裁判。例如,在“乌苏里船歌案”中,法院在审理中参照的歌曲版本包括1958年《赫哲族文学艺术概况》刊载的《想情郎》曲调、1959年《歌曲》刊载的《狩猎的哥哥回来了》歌曲等赫哲族民歌版本。^[51](6)表现形式的变动性。从纵向发展过程看,民间文学艺术作品的表现形式在流传中不断发展变化,如后人常常对以前版本进行修改、改编或续写,创作手法多样。例如,北魏时期的叙事诗《木兰诗》有木兰决心出征、替父从军、还乡三个情节,后来的豫剧《花木兰》除了对该诗进行改编外,还增加了救帅、巡营、破敌、提亲等情节,并以豫剧形式加以表现。^[52]应注意的是,在发展过程中,民间文学艺术作品各版本的作者应是匿名而无法确定的。如果作者身份明确,则其创作的部分不是民间文学艺术作品,其权利归属应适用普通作品的著作权规定。例如,非匿名作者对民间文学艺术作品进行了改编,此改编作品的作者身份能够确定,应适用著作权法有关改编作品的著作权归属的规定。所以,民间文学艺术作品的发展情况非常复杂,需要根据具体情况处理。除上述特点外,民间文学艺术作品同普通作品一样,具有独创性、非物质性的特点。

根据上述分析,笔者建议将民间文学艺术作品界定为“由特定社群的身份不明的作者所创作,通过口口相传或动作模仿等方式在民间传承的反映社群生活特征与文化特性的文学艺术作品”。从类型看,民间文学艺术作品一般包括:民间故事、民间诗歌、谜语等言语作品,民歌、器乐等音乐作品,民间舞蹈、戏剧、典礼等动作形式的作品,民间建筑作品、民间实用美术作品,但不包括传统节庆习俗、技法、风格及有形物体本身等不构成作品的对象。例如,纯粹的剪纸手法是一种技艺而不是民间文学艺术作品。该定义将民间文学艺术作品限定于文学、艺术和科学领域内以一定形式表现的具有独创性的智力成果,符合著作权法保护的要求。

(二) 权利主体

关于民间文学艺术作品的权利主体,《伯尔尼公约》第15条第4款将身份不明的未出版作品的作者作为权利主体,但未明确该作者是个人还是群体。“1982年示范法”第2条则将民间文学艺术表现形式的权利主体界定为社群,而不考虑它们是由社群中的个人创作还是集体创作。^[53]2010年非洲地区知识产权组织外交会议通过的《保护传统知识和民间文艺表现形式斯瓦科普蒙德议定书》第18条则将权利主体界定为,根据传统习惯负责管理、使用和保护民间文学艺术表现形式的社群。^[54]也有些国家如马里,将国家作为民间文学艺术表现形式的权利主体。^[55]国际上正在制定的《保护传统文化表现形式:条款草案》第4条未使用“权利

[51] 参见前引[13],(2003)高民终字第246号民事判决书。

[52] 参见[韩]郑恩玉:《从〈木兰诗〉到“木兰戏”——木兰故事演变系统研究》,《戏剧艺术(上海戏剧学院学报)》2013年第4期,第95页。

[53] 参见联合国教科文组织和世界知识产权组织:《示范法条评论》,郑成思译,《版权参考资料》1988年第2期,第36页。

[54] 参见《保护传统知识和民间文艺表现形式斯瓦科普蒙德议定书》, http://ipr.mofcom.gov.cn/hwwq_2/zn/Africa/ARIPO/file/Swakopmund_Protocol.pdf, 2021年12月30日最后访问。

[55] 参见《马里关于实施文学和艺术产权制度的条例》第108条, <https://wipolex.wipo.int/zh/legislation/details/7736>, 2021年12月20日最后访问。

主体”一词，而是将土著人民、当地社区、国家、民族纳入受益人范围。我国“民间文艺条例征求意见稿”第5条则将权利主体界定为“特定的民族、族群或者社群”。

我国学界对该问题争议也很大。第一种观点主张赋予传承人以作者身份。^[56]第二种观点认为，应由民间文学艺术来源群体享有版权或特别权利，由具备法人资格的信托公司、民间团体或其他集体管理机构根据委托授权的信托模式代为行使和管理权利。^[57]第三种观点认为，应将有关少数民族或社区确定为民间文艺的权利主体。^[58]笔者认为，第一种观点将权利赋予传承人，违反了创作行为产生著作权的基本原理，损害了创作者的利益。第二种观点和第三种观点将民间文学艺术作品的著作权赋予来源地群体，在一定程度上顾及了该群体的利益。不过，将整个群体视为作者，并不完全符合创作的实际情况。并且，一些民间文学艺术作品来源于某一民族的多个群体，或者来源于不同民族甚至不同国家的多个民族的多个群体，实践中很难确定。此外，国家也不宜成为民间文学艺术作品的著作权主体，这种做法忽视了民间文学艺术作品来源地创作者及传播者的利益，不符合著作权制度激励创作的基本原理。

笔者认为，在分析该问题时，应首先确定民间文学艺术作品的作者。作者是创作作品的人。有观点认为，民间文学艺术作品是由群体或个人创作并在该社群中继续演化、发展和再创作，^[59]从而将社群作为集体作者。笔者认为集体作者的概念不准确。从实际情况看，民间文学艺术作品通常由一个或数个作者创作出原始版本，并通过口头吟唱、舞蹈等形式传播，在传播过程中每一个传承人都会自觉或者不自觉地加入自己的创作内容，从而形成不同的版本。^[60]但是，民间文学艺术作品原始版本的作者与后续版本的作者之间并无共同创作作品的意愿甚至生活在不同年代，不能将他们视为合作作者。民族、族群或社群也不是一种组织，一般不会组织个人创作民间文学艺术作品，在这个松散的群体中往往只有部分个体参与了作品的创作，群体中多数成员只是传承和利用，社群对于民间文学艺术作品的保存、管理或保护也不属于创作行为，所以不宜将社群视为集体作者。

要确定民间文学艺术作品的作者，需要先考察此类作品的创作过程。最初，某社群的一个或数个不知名的作者创作出民间文学艺术作品的原始版本并予以传播，后人在此版本基础上进行修改、改编、续写，从而产生了一个个后续版本。在世代相传过程中，民间文学艺术作品的版本不断更新，表现形式不断发展变化。因此，民间文学艺术作品实际上是由原始版本和后续版本组成，后续版本的作者在创作时一般没有征求原始版本作品作者的同意，这是由长期形成的民间习惯决定的。这样一来，民间文学艺术作品的作者的确定，既涉及原始版本作者的确定，也涉及后续版本作者的确定。根据著作权法原理，社群中创作了有独创性的民间文学艺术作品原始版本和有独创性的后续版本的身份不明的自然人成员都应被确定为作者，可能是某社群中的数个成员，也可能是数十个成员，数量不确定。

这样界定的好处在于：首先，承认了创作者的法律地位。尽管创作者已无法考证，但创作是人脑的特有机能，只要社群中多个自然人成员参与了作品的创作，都应被确定为作者。其次，民间文学艺术作品的各个版本分别蕴含了不同阶段不同个人的创作贡献，体现了各个创作

[56] 参见前引〔8〕，崔国斌文，第76页。

[57] 参见前引〔47〕，管育鹰书，第233页。

[58] 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》，《民族研究》2010年第3期，第21页。

[59] 参见前引〔34〕，Lewinski编著书，第320页。

[60] 参见许钰：《口头叙事文学的流传和演变》，《北京师范大学学报（社会科学版）》1994年第6期，第8页。

者的独创性,承认社群中自然人成员的作者资格是对其创作贡献的承认,有利于调动社群成员创作新作品的积极性。上述观点在我国司法实践中已得到承认。例如,在“乌苏里船歌案”中,二审法院认为,“涉案的赫哲族民间音乐曲调形式作为赫哲族民间文学艺术作品,是赫哲族成员共同创作并拥有的精神文化财富”。^[61]显然,法院认为涉案的赫哲族民间音乐曲调形式的创作者是赫哲族成员,创作方式是共同创作。需要注意的是,该共同创作方式与著作权法规定的合作创作不同,创作者之间并无共同创作作品的意愿,而是分别在前一版本的基础上予以增删、改编或续写。因此,涉案的赫哲族民间音乐曲调形式包括了数个身份不明的成员的创作成果,这些成果已融为一体难以区分,但参与创作的人都应被确定为作者。

民间文学艺术作品上著作权之权利主体的界定非常复杂。社群中的自然人作者在创作了有独创性的原始版本或后续版本后,可以凭借创作事实而成为上述作品的原始著作权人并享有精神权利和财产权利,这与《伯尔尼公约》第15条第4款将作者身份不明的未出版作品的原始著作权授予匿名作者的规定一致。但是,上述作品创作完成后往往由社群成员自由使用,某些带有宗教性质的作品还由社群神职人员专门管理,因此民间文学艺术作品在习惯上被看作是社群的财产。^[62]在制定《保护传统文化表现形式:经修订的目标和原则》的会议上,不少国家的代表都认为,民间文学艺术作品的主题、风格具有传统社群的特征,社群成员创作的带有传统特色的作品通常被社群视为集体财产,该成果不由个人控制而由社群拥有,社群中的每个成员将因此受益。这种现象不仅在发展中国家存在,而且在美国、澳大利亚等西方国家的少数民族社群中也存在。^[63]在我国,一些民俗学者在对瑶族、独龙族、哈尼族、畲族等民族的传统发展进行历史考察后都认为,上述少数民族创作的传统歌曲、舞蹈等民间文学艺术作品在习惯上一般被视为社群共有的财产,特别是一些带有宗教性质的歌舞还由社群中有威望的长者专门负责管理。^[64]我国台湾地区的学者在对布农族、排湾族等原住民族的传统发展进行历史考察后也发现,原住民族不仅以集体财产的观念看待有体财产,对于无形的文化财产的归属,也是建立在部落共有的观念上。^[65]由此可以看出,尽管社群中的自然人创作了作品,但在习惯法的作用下,作品在社群公开后被社群成员无偿使用、传承和发展,最终转化为社群的集体财产并由社群持有、使用、收益和处分,特别是一些宗教性质的作品的使用、修改还需要得到社群长者的批准。这样一来,由于习惯法及宗教习俗的作用,著作财产权就从自然人作者那里转移到了社群,社群成为著作财产权的继受主体。我国台湾地区一些学者的调查报告也证明,“从现实生活看,社群实际上已取得了作品的财产权并行使着该权利”。^[66]

[61] 前引〔13〕,(2003)高民终字第246号民事判决书。

[62] See Paul Kuruk, *Protecting Folklore under Modern Intellectual Property Regimes: A Reappraisal of the Tensions between Individual and Communal Rights in Africa and the United States*, 48 *American University Law Review* 780 (1999).

[63] 参见知识产权与遗传资源、传统知识和民间文学艺术政府间委员会秘书处编拟的文件:《〈保护传统文化表现形式:经修订的目标和原则〉文件的产生》,WIPO/GRTKF/IC/11/4(c),2007年4月26日。

[64] 参见武沐、张敏:《过渡时代:对社会文化变迁的反思——以云南贡山独龙族为例》,《民族学研究》2020年第2期,第3页;曾晓林:《基于田野调查的江西全南瑶族民俗文化变迁》,《江西广播电视大学学报》2019年第4期,第34页;前引〔37〕,刘婷文,第50页;林庶:《浙南畲乡的盘瓠形象的文化变迁》,《大众文艺》2019年第14期,第247页。

[65] 参见林三元:《原住民族传统智慧创作保护条例初探——建构文化财产权之省思》,《兴大法》2008年第3期,第76页;邱盈翠等:《“原住民族传统智慧创作保护条例”与身份性文化叙述:排湾族格达外家族之实践》,《台湾原住民族研究季刊》2015年第1期,第10页。

[66] 马钰婷:《简介原住民族传统智慧创作专用权及实务状况》,《万国法律》2020年第2期,第23页。

在现代社会,虽然习惯法和宗教习俗的影响式微,但对民间文学艺术作品的著作财产权归属仍有一定影响。例如,从笔者在贵州、湖北等地的调研情况看,对于一些作者身份难以确定而在民间广为流传的民间文学艺术作品,当地群众普遍认为其财产权属于来源地社群。2021年6月,中南财经政法大学知识产权研究中心通过有关部门对全国各地的民间文学艺术优秀工作者及艺术家进行调研,其中有79%的调研对象掌握一种或多种民间文学艺术或表演技艺。调研共收到134份有效问卷,其中有78%的调研对象认为民间文学艺术作品的财产权利应归属于作品来源地社群。近年来,一些地区的匿名作者也创作了不少民间文学艺术作品,匿名作者是上述作品的原始著作权人,但当地社群成员可以依传统习惯对其进行利用、传承或再创作,这些作品事实上成为社群的财产。总体来看,立法时可以参考习惯法推定作品来源地的社群是民间文学艺术作品著作财产权的继受主体。

但是,这种推定的前提是民间文学艺术作品的创作者是匿名作者。立法上应规定一个例外条款,如果参与民间文学艺术作品创作的匿名作者公开了身份并能证明其创作的部分具有独创性,那么该作者就其创作的部分享有著作权。这部分作品的著作权应当受到期限限制,且权利行使时不得及于他人创作的部分。这样既尊重了民间文学艺术作品的归属现状,又符合著作权法原理,兼顾了社群和创作者之间的利益。当然,这种例外情形发生的可能性很小。对于一些年代久远的民间文学艺术作品而言,匿名作者及其继承人皆已去世,不会发生此种情形。

将作品来源地的社群推定为民间文学艺术作品著作财产权的继受主体,还有如下理由:第一,符合公平原则。民间文学艺术作品的创作成员属于特定社群,他们在创作时往往借鉴了来源地社群的传统文化,社群在作品传承和保护中也作出了贡献,由社群作为民间文学艺术作品著作权财产权的继受主体,社群可以从中受益,依法利用和保护民间文学艺术作品不受外来侵害。第二,符合著作权法的规定。我国著作权法第11条规定,著作权属于作者,本法另有规定的除外。因此,尽管民间文学艺术作品由来源地社群中的自然人成员创作,但作为例外,作者的著作财产权可以根据法律的规定移转给来源地社群。第三,有关雇佣作品权利归属的理论可以为民间文学艺术作品著作财产权的移转提供借鉴。就雇佣作品的归属而言,大陆法系国家从自然人创作作品的基点出发,规定雇佣作品的原始著作权归属于创作作品的雇员,但雇员可以通过合同将著作权中的经济权利转让给雇主。^[67]民间文学艺术作品的著作财产权的归属也可以借鉴这种理论,但作者权利移转给社群的依据不是合同而是习惯法。

需要指出,民间文学艺术作品上的精神权利归属不同于财产权利归属。作者因创作作品享有的精神权利具有人身性,不可转让,不可剥夺。《伯尔尼公约》第6条之二第1款规定:“不受作者经济权利的影响,甚至在上述经济权利转让之后,作者仍保有要求其作品作者身份的权利,并有权反对对其作品的任何有损其声誉的歪曲、割裂或其他更改,或其他损害行为。”^[68]因此,即使民间文学艺术作品上的著作财产权根据习惯法转移给了社群,自然人作者也依然享有精神权利。那么,匿名作者的精神权利由谁来行使和保护?《伯尔尼公约》第15条第4款规定,该国法律有权指定主管当局代表匿名作品的作者并据此维护和行使作者在本同盟各成员国内的权利。也就是说,国家可以指定一个机构来维护匿名作者的权利。民间文学艺术作品的著作财产权根据习惯法移转给了社群,社群是著作财产权的受益人,社群作者精神权

[67] 参见李明德:《美国知识产权法》,法律出版社2003年版,第194页。

[68] 前引[3],刘波林译书,第175页。

利的维护与社群的财产利益密切相关。在匿名作者难以行使精神权利的情况下,根据权利与义务相一致的原则,社群有责任保护作者的精神权利,故立法应规定由社群保护作者的精神权利。在“乌苏里船歌案”中,二审法院在分析精神权利的保护时认为,赫哲族世代传承的民间曲调,“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”。〔69〕可见,该判决认为赫哲族这个社群有权保护创作者的精神权利。从实际效果看,社群存续期间较长,即使创作民间文学艺术作品的成员已去世,社群仍然可以保护作者的精神权利,有利于促进我国传统文化的传承和保护。

将作品来源地的社群推定为民间文学艺术作品著作财产权的继受主体,需要提升该方案的可操作性。首先,需要区分民族、族群和社群的概念。《保护传统文化表现形式:条款草案》在制定过程中,曾将民族、族群和社群都作为权利主体。〔70〕其实,这三个概念既有联系又有区别。所谓民族,是在一定的历史发展阶段形成的稳定的共同体,成员在历史渊源、生产方式、语言、文化、风俗习惯以及心理认同等方面具有共同特征。〔71〕所谓族群,是指地理上靠近、语言上相近、血统同源、文化同源的一些民族的集合体,如云南怒江州傈僳、怒、独龙、藏族等多民族聚居形成的族群。所谓社群,也称文化社区,是指“一种结构紧密的社会单位,其成员怀有强烈的团结统一的情感,以其自身的文化或文化设计或以普通文化的某种变异有别于其他社区”。〔72〕显然,民族、族群、社群都属于文化概念,是对具有共同历史和文化特征的人群的概括,三者含义上存在交叉,但社群概念的地域特征更明显。由于民间文学艺术作品的产生离不开一定地域,因此采用社群概念更为确切。

其次,需要辨识来源地社群。民间文学艺术作品不断流传,要辨识来源地社群的确较为困难。但是,近年来国际社会加强了来源地调查工作。截至2021年12月,联合国教科文组织建立的非物质文化遗产名录(名册)项目共计629个,涉及139个国家。〔73〕我国文化和旅游部已确定并公布了五批国家级非物质文化遗产名录,各省、直辖市、自治区也建立了自己的非物质文化遗产保护名录,并逐步向市/县扩展。〔74〕上述工作为来源地社群的辨识提供了可行的方法,在确定民间文学艺术作品的来源地社群时,一般可以查询各级非物质文化遗产名录数据库。有争议的,可以通过调查和邀请专业人士来鉴定。如果民间文学艺术作品由几个社群的成员共同创作和传承,创作源头难以确定,可以考虑由这几个社群共有。例如,《格萨尔王传》史诗同时流传于西藏、青海、四川、甘肃等藏族聚居地,因此可以将这些聚居地的藏族作为该作品的来源地社群。对于一些由多国民族创作和传承的作品,可以考虑通过双边条约或互惠原则来解决纠纷。例如,加纳和多哥两国交界,它们在辨识一些民间文学艺术作品的来源地社群时,发现其传承社群跨越了两国边界,需要通过签订双边协议来解决民间文学艺术作品的保护问题。〔75〕

(三) 权利内容

关于民间文学艺术作品著作权的权利内容,“1982年示范法”第4条规定民间文学艺术表

〔69〕 参见前引〔13〕,(2003)高民终字第246号民事判决书。

〔70〕 参见前引〔6〕,《保护传统文化表现形式:条款草案》,第4条。

〔71〕 参见金炳镐:《民族理论通论》,中央民族大学出版社2007年版,第70页。

〔72〕 前引〔42〕,《知识产权与遗传资源、传统知识和传统文化表现形式重要词语汇编》。

〔73〕 参见《联合国教科文组织非物质文化遗产名录(名册)》,http://www.ihchina.cn/directory_list,2021年1月2日最后访问。

〔74〕 参见《国务院关于公布第五批国家级非物质文化遗产代表性项目名录的通知》(国发〔2021〕8号)。

〔75〕 参见前引〔62〕,Kuruk文,第804页。

现形式的权利主体享有复制、发行、朗诵、广播等经济权利，第5条规定了要求注明来源的权利，第6条第4款规定了保护作品完整权。^[76]正在制定的《保护传统文化表现形式：条款草案》第5条规定，受益人享有精神权利和经济权利。^[77]此外，马拉维、莱索托等发展中国家的版权法既保护民间文学艺术作品来源地社群的精神权利，也保护其经济权利。例如，马拉维版权法第68条规定了出版、复制、广播、表演等财产权利，第70条规定了注明来源的权利。^[78]莱索托版权法第19条规定了出版、复制、广播、表演等财产权利，第21条规定了注明来源的权利。^[79]在此问题上，我国有学者认为，权利内容应包括复制权、翻译权等经济权利和精神权利，但不包括改编权，以免妨碍民间文学艺术作品的发掘、发扬、提高和传播。^[80]也有学者认为，民间文学艺术作品的权利主体享有精神权利和经济权利，精神权利包括署名权、发表权和保护作品完整权，经济权利包括复制、发行、表演、改编、广播、通过信息网络传播等方式商业化使用其作品并获得报酬的权利。^[81]还有学者认为，精神权利主要包括公开权（即发表权）、表明来源权及反对歪曲、篡改、贬损三项权利，经济权利主要包括复制权、传播权、改编权等权利。^[82]显然，我国多数学者认为民间文学艺术作品的权利主体应享有精神权利和经济权利，只是具体权项有所不同。“民间文艺条例征求意见稿”第6条规定了表明身份权、禁止对民间文学艺术作品进行歪曲或者篡改权以及“以复制、发行、表演、改编或者向公众传播等方式使用民间文学艺术作品”的权利，涵盖了精神权利和经济权利两大类型。

从“乌苏里船歌案”“安顺地戏案”等近年来发生的司法案例来看，民间文学艺术作品来源地的社群更偏重于对精神权利的保护，因此，在民间文学艺术作品著作权的权利内容上，应充分重视对精神权利的保护。民间文学艺术作品和普通作品存在差异，精神权利的内容也应存在差别。具体而言，精神权利应包括署名权、发表权、保护作品完整权三项。至于普通作品作者享有的修改权，笔者认为不需要规定，因为对民间文学艺术作品进行修改和创新可能是该作品来源地社群的民间习惯，社群一般不会干预，但修改时要尊重著作权人的其他权利。

所谓署名权，是指表明民间文学艺术作品创作者身份的权利。保护该权利，有利于增强社群创作者的荣誉感。民间文学艺术作品的自然人作者身份难以考证，不可能标明每个具体的创作者，但此类作品的来源社群一般比较容易确定，因此署名权的保护应采取变通的方式，即要求使用人在利用该作品时以适当方式标明作品来源于某社群，以表明该作品与传统文化社群的成员存在联系，也为厘清作者身份提供一定的线索。例如，在使用民间文学艺术作品时可以作如下标明：“《黄四姐》，恩施土家族民歌，作者佚名”，以表明《黄四姐》的作者来源于恩施土家族，具体身份不详。在国际上，“1982年示范法”第5条也强调，在向公众传播的印刷出版物中应以适当方式注明民间文学艺术表现形式的来源社群或地点。因此，上述方式是对创作者署名权的一种特殊保护。在司法实践中，我国也曾因署名权问题发生过诉讼。在“安顺地

[76] 参见前引〔5〕，“1982年示范法”，第3条。

[77] 参见前引〔6〕，《保护传统文化表现形式：条款草案》，第5条。

[78] 参见马拉维版权法，<https://wipolex.wipo.int/zh/legislation/details/17267>，2021年12月20日最后访问。

[79] 参见莱索托版权法，<https://wipolex.wipo.int/zh/legislation/details/8830>，2021年12月20日最后访问。

[80] 参见前引〔9〕，郑成思文，第90页。

[81] 参见前引〔23〕，管育鹰文，第106页。

[82] 参见严永和：《民间文学艺术的知识产权保护论》，法律出版社2009年版，第243页。

戏”案中，被告在拍摄《千里走单骑》电影的过程中，邀请原告所在地的表演者为其表演了安顺地戏中的《战潼关》和《千里走单骑》，但在电影中却将该剧种标注为“云南面具戏”。为此，原告安顺市文体局认为被告将“安顺地戏”误导成“云南面具戏”，歪曲了“安顺地戏”这一非物质文化遗产和民间文学艺术，侵犯了“安顺地戏”的署名权。^[83] 尽管此案中原告败诉，但说明民间文学艺术作品来源地的社群存在保护民间文学艺术作品作者署名权的现实需要。

所谓发表权，是指著作权人享有的决定作品是否公之于众的权利。决定民间文学艺术作品是否发表以及如何发表，是著作权人的权利。在现实生活中，多数民间文学艺术作品已通过表演、出版等形式公开发表，但也有部分作品只在社群成员中秘密传承，如一些祭祀作品只在神职人员之间流传，湖南省江永县瑶族中流传的女书作品仅在少数妇女之间流传。^[84] 规定发表权后，民间文学艺术作品的著作权人有权决定是否公开作品，有权阻止他人未经允许而将处于秘密状态的民间文学艺术作品公开并进行利用，这有利于保护权利人的精神利益。

所谓保护作品完整权，是指保护作品不受歪曲、篡改的权利。根据《伯尔尼公约》第6条之二第1款的规定，著作权人有权反对对其作品的任何有损其声誉的歪曲、割裂或其他更改，或其他损害行为。保护民间文学艺术作品的完整权，是指保护民间文学艺术作品的真实性、准确性和完整性，使其不受歪曲和篡改的权利。歪曲，是指曲解、故意增加与民间文学艺术作品主题思想不符的内容；篡改，是指擅自改变民间文学艺术作品的表现形式，或者随意增删、割裂民间文学艺术作品。歪曲和篡改行为会对创作者声誉造成损害，应承担法律责任。例如，2015年，喜剧演员贾玲在娱乐节目中表演《木兰从军》，巾帼英雄花木兰被恶搞成贪吃、不孝、花痴、畏战的“傻大姐”。^[85] 这种表演行为是对《花木兰》作品的歪曲和篡改，侵犯了著作权人的保护作品完整权。此外，民间文学艺术作品体现了创作者的意志，也与作品来源地社群的传统文化息息相关，在传承和利用时应遵守社群的传统习惯。以违反社群传统习惯的方式贬损性使用作品，与作者创作作品的原意严重不符，甚至产生损害作者声誉的后果，因此也属于歪曲作品的行为，侵犯保护作品完整权。例如，一些具有涉宗教性、秘密性的民间文学艺术作品，根据习惯需要获得当地社群的授权才能记录和公开，在使用时应尊重所在社群的传统习惯。1994年，澳大利亚法院受理了米尔普鲁鲁、班杜克·玛丽卡等人诉印多芬等公司一案。米尔普鲁鲁、班杜克·玛丽卡是土著部落雍古（Yolngu）的成员。根据该部落的习惯法，创世者形象属于部落共有，而以该形象创作艺术作品和使用该设计的权利属于部落中传世者形象的持有人。该持有人可以决定创世者形象可否用于艺术品、由谁来创作以及复制的条件。班杜克·玛丽卡从持有人处获得授权并描绘了一幅含有创世者形象的绘画，该画以及米尔普鲁鲁等土著画家的有关部落文化的绘画后来都被收录在澳大利亚国家美术馆并作为土著艺术的教育资料。不久，越南地毯公司未经上述画家许可而将他们的画复制在羊毛地毯上。印多芬等公司从越南地毯公司购买了地毯并在澳大利亚销售，但未从上述画家处获得版权许可。米尔普鲁鲁、班杜克·玛丽卡等画家发现后向法院起诉越南地毯公司、印多芬等公司侵权。澳大利亚高

[83] 参见前引[14]，(2011)一中民终字第13010号民事判决书。

[84] 参见刘超：《江永女书的著作权法保护研究》，《宜宾学院学报》2016年第8期，第72页。

[85] 参见郭跃旗、张坤：《贾玲恶搞花木兰惹众怒，木兰故里发公开信要求道歉》，《京九晚报》2015年7月8日第4版。

等法院认为,越南地毯公司未经许可将部落神圣的作品用于地毯上的行为,违反了创作创世者形象的土著先辈作者的原意,也损害了土著部落的尊严及画家的利益,故构成侵权并应向原告赔偿,印多芬等公司也应承担相应的法律责任。〔86〕由此可见,在使用民间文学艺术作品时,应当遵循作品来源地社群对此类作品的使用习惯,否则会伤害社群创作者的感情。

关于民间文学艺术作品的著作权人享有的财产权利,笔者认为与普通作品的著作权人享有的财产权利基本一致,即应授予著作权人复制权、发行权、出租权、展览权、表演权、放映权、广播权、信息网络传播权、摄制权、改编权、翻译权、汇编权等权利。对于不宜规定改编权的主张,笔者并不赞同,因为一些民间文学艺术作品的著作权人并不希望他人随意改编作品,以免影响公众对原作品的评价。至于担心授予改编权会影响民间文学艺术作品的发掘和传播的问题,笔者认为可以通过著作权利限制制度来解决。

(四) 权利的保护期限

学者们普遍认为,民间文学艺术作品著作权人享有的精神权利应当永久保护。〔87〕国际条约及发展中国家的版权法已有类似规定。笔者也认为,民间文学艺术作品作者享有的精神权利具有人身权性质,不可剥夺、不可转让并应永久保护。当民间文学艺术作品遭到歪曲、篡改时,来源地的社群有权保护作者的精神权利。

关于民间文学艺术作品著作权人享有的财产权利的保护期限,学者们素有争议。一些学者认为民间文学艺术的保护不受期限限制,其理由如下:首先,民间文学艺术是社区的文化、民族的文化、人民的文化,保护民间文学艺术是各个民族成员共同的心愿。即便在某个族群已经式微甚至消失之后,也不容许使用该族群传统文化的人对这种传统文化有任何歪曲或者任意利用。这不仅是出于对该族群的尊重,更是对整个人类文明的尊重。〔88〕其次,民间文学艺术具有变异性特点,始终处于不断的创作之中,随着时代的变化也在不断地缓慢变化和完美,因此民间文学艺术的保护没有期限限制。〔89〕再次,只要民间文学艺术作品的权利主体还存在,某一具体的民间文学艺术作品应当被推定为仍继续在该主体内传承而没有进入公有领域。〔90〕受上述观点影响,“民间文艺条例征求意见稿”第7条也规定民间文学艺术作品的著作权保护不受时间限制。但一些学者不同意这一规定,认为民间文学艺术作品的保护应有期限。〔91〕还有学者建议规定民间文艺作品的保护期为50年,50年后可以续展,以体现对传承人的尊重。〔92〕

笔者主张,应规定民间文学艺术作品上著作财产权的保护期限。首先,民间文学艺术作品的著作权保护同样涉及民间文学艺术作品的著作权人、传播者和使用者等人的利益,立法应当注意平衡。如果对民间文学艺术作品的财产权利给予永久保护,则著作权人将永久控制民间文学艺术作品的利用,有碍作品的传播和利用,不利于传统文化的传承和弘扬。其次,规定财产

〔86〕 See *Milpurruru & Others v. Indofurn Ltd. & Others.* (1994) 130 A. L. R. 659 (Austl.); Meghan Ruesch, *Creating Culture: Protection of Traditional Cultural Expressions and Folklore and the Impact on Creation and Innovation in the Marketplace of Ideas*, 35 *Syracuse J. Int'l L. & Com.* 369 (2007-2008).

〔87〕 参见前引〔23〕,管育鹰文,第106页。

〔88〕 参见前引〔16〕,张玉敏文,第7页。

〔89〕 参见邓社民:《民间文学艺术法律保护基本问题研究》,中国社会科学出版社2015年版,第250页。

〔90〕 参见前引〔23〕,管育鹰文,第107页。

〔91〕 参见前引〔58〕,严永和文,第24页。

〔92〕 参见周林:《破解民间文艺版权立法困局》,《光明日报》2016年5月17日第11版。

权利的保护期限,才能使公众接触和利用进入公有领域的作品。所谓公有领域,是指不受知识产权保护或者知识产权效力所不及的领域。^[93] 允许一些超过著作权保护期限的作品进入公有领域,才能防止著作权人对作品的独占,便利公众对知识的接触和利用。而且,作品一旦进入公有领域,公众就对这些作品拥有使用权,政府不能再将其撤出公有领域而重新设定财产权。^[94] 世界知识产权组织在起草《保护传统文化表现形式:条款草案》时,也特别强调公有领域对于激发创作至关重要。^[95] 再次,权利的保护期限与主体的存续时间没有必然联系。民间文学艺术作品来源地的社群虽然可以长期存在,但确定权利保护期限时需要考虑各主体的利益,否则将影响公众获取和利用相关文化艺术作品。最后,我国在司法实践中也认可保护期限的限制。例如,我国法院在颜成才与吴世林、广西人民出版社有限公司、南宁市和诚印务有限公司著作权权属纠纷案、^[96] 何承文诉农敏坚等著作权纠纷案、^[97] 黄泉福与王心泉著作权权属、侵权纠纷案^[98] 等案件中,均认为年代久远的民间故事、民间歌曲、民间人物塑像已进入社会公有领域,可以自由使用。

对于财产权利保护期限的确定,可以参考匿名作品著作权保护期限的规定,即某一版本的民间文学艺术作品的财产权利的保护期限截止于该作品公开发表后第50年的12月31日,发表的形式包括公开表演、出版、信息网络传播等。民间文学艺术作品在发展过程中形成了诸多版本,不易计算其保护期。例如,《刘三姐》传说从古至今包括许多版本,各版本的发表时间都不同,其保护期限很难确定。但是,人们在利用《刘三姐》传说时,只能是对特定版本的利用,该版本的内容相对固定,人们可以根据相关证据确定该版本的公开发表时间,从而计算该版本的财产权利的保护期限。具体而言,来源地社群或相关当事人在处理有关民间文学艺术作品的著作权纠纷时,可以由传承人等社群成员以及相关利害关系人举证该作品公开发表的时间,也可以通过提供相关历史资料来举证。例如,在邓凡平、包玉堂等与邓奕、邓仪等著作权权属、侵权纠纷案中,上诉人邓凡平等人提交了《中国民间故事集成》(广西卷)这一历史资料,证明刘三姐的传说南宋时便有记载,流传地域遍及广西、广东、江西、湖南、贵州等地,并有三姐传歌,与秀才对歌、盘歌,三姐拒绝豪绅托媒求婚,三姐落江,三姐成仙等故事情节。广西壮族自治区高级人民法院据此认为,包含了上述情节的刘三姐传说已在古代发表并进入了公有领域。^[99] 在颜成才与吴世林、广西人民出版社有限公司、南宁市和诚印务有限公司著作权权属纠纷案中,广西壮族自治区高级人民法院也认为,颜成才提交的《钦州市故事卷》一书证明,与民族英雄刘永福相关的《稻草计》《猪笼计》《大摆木叶阵》等民间故事距今已有百余年历史而进入了公有领域。^[100]

采用上述方法确定民间文学艺术作品上著作财产权的保护期限,首先划定了需要保护财产权利的民间文学艺术作品的范围。我国大多数历史悠久的民间文学艺术作品的存续期限都超过

[93] 参见王太平:《美国知识产权法中的公共领域研究述评》,载吴汉东主编:《知识产权年刊》(2006年号),北京大学出版社2007年版,第380页。

[94] See Tyler T. Ochoa, *Origins and Meanings of the Public Domain*, 28 U. Dayton L. Rev. 262 (2002).

[95] 参见前引〔6〕,《保护传统文化表现形式:条款草案》。

[96] 广西壮族自治区高级人民法院(2017)桂民终553号民事判决书。

[97] 广西壮族自治区南宁市中级人民法院(2005)南市民三初字第48号民事判决书。

[98] 广州知识产权法院(2015)粤知法著民终字第393号民事判决书。

[99] 参见前引〔15〕,(2005)桂民三终字第7号民事判决书。

[100] 参见前引〔96〕,(2017)桂民终553号民事判决书。

了上述保护期限,作品上仅存精神权利,不会影响公众对上述作品的接触和利用,从而使人们可以继续利用传统文化创作出更多更好的作品,也不至于改变人们长期形成的利用民间文学艺术作品的传统习惯,与我国的司法实践相一致,有利于法律关系的稳定,有利于推动我国传统文化的传承和发展。其次,间接承认了来源地社群对近年来新创作的民间文学艺术作品的权利。笔者在湖北恩施等地调研时发现,当地近年来也涌现出一些不知名的群众创作的民间文学艺术作品并在当地不断发展和传承。给予这些民间文学艺术作品一定期限的权利保护,可以使来源地社群从作品的传承和利用中获益,从而激励新作品的创作。再次,不会影响对精神权利的保护,来源地社群对歪曲、篡改民间文学艺术作品等行为,有权追究侵权人的法律责任。

承认民间文学艺术作品上著作财产权的保护期限,就承认了上述权利在保护期届满后将进入公有领域。为了促进民间文学艺术的发展,立法也可以规定,使用人基于自愿原则,可以在使用已超过著作权保护期限的民间文学艺术作品时,向来源地社群或其代理机构支付一定的文化发展基金,用于民间文学艺术作品的保存、传承、利用、保护和再创造。

(五) 权利行使和保护机制

民间文学艺术作品的著作权难以行使也难以保护。为此,《伯尔尼公约》第15条第4款第1项规定,成员国法律得指定主管当局代表该作者并有权维护和行使作者在本同盟成员国内之权利。根据上述规定,一些发展中国家指定了文化部、^[101] 版权局、^[102] 内阁秘书处^[103] 等部门维护和行使作者在该国的权利。我国一些学者也主张,由国家各级政府中的文化行政主管部门或版权行政主管部门作为法定代理机构,代表民间文学艺术群体具体行使有关民间文学艺术商业性使用许可合同的签订、履行、仲裁、诉讼等权利并承担相关义务。^[104] 不过,也有学者认为,民间文学艺术作品的保护机制应当是一种无需事先许可即可以进行商业性使用、但应确保权利人能够分享商业化使用利益的法定许可模式。^[105] “民间文艺条例征求意见稿”第8条则设定了两种许可机制,即使用民间文学艺术作品,应当取得著作权人的许可并支付合理报酬,或者向国务院著作权行政管理部门指定的专门机构取得许可并支付合理报酬。但上述规定很难操作,因为该征求意见稿将民族、族群和社群作为著作权人,这些都是松散的群体,没有一定的组织形式,也不是民法典规定的民事主体,无法以自己的名义授予权利。

从司法实践看,我国一些法院倾向于将政府机构作为民间文学艺术作品权利主体的代表。例如,在“乌苏里船歌案”中,北京市高级人民法院认为:“赫哲族乡政府是依据我国宪法和法律的规定在少数民族聚居区内设立的乡级地方国家政权,可以作为赫哲族部分群体公共利益的代表。……赫哲族乡政府为维护本区域内的赫哲族公众的权益,可以以自己的名义对侵犯赫哲族民间文学艺术作品合法权益的行为提起诉讼。”^[106] 在“安顺地戏案”中,北京市第一中级人民法院认为,安顺市文化和体育局作为“安顺地戏”的管理及保护机关,有资格代表安顺地区的人民就他人侵害“安顺地戏”的行为主张权利并提起诉讼。显然,上述法院都认为民间文学艺术作品来源地的政府机构是合格的诉讼主体。

[101] 参见前引[17],塞内加尔版权法,第157条。

[102] 参见前引[55],《马里关于实施文学和艺术产权制度的条例》,第2条。

[103] 参见前引[44],肯尼亚版权法,第49条。

[104] 参见张耕:《论民间文学艺术版权主体制度之构建》,《中国法学》2008年第3期,第56页。

[105] 参见前引[23],管育鹰文,第108页。

[106] 前引[13],(2003)高民终字第246号民事判决书。

笔者认为,民间文学艺术作品来源地的社群由多个自然人组成,单个社群成员不可能作为社群的代表行使权利,因此需要确定社群中行使和保护著作权的主体。在我国,根据宪法的规定,国家各级政府负责管理中央和地方的教育、科学、文化等方面的工作,居民委员会或者村民委员会是基层群众性自治组织,它们分别代表各地人民的公共利益。因此,从实际情况出发,如果民间文学艺术作品来源社群的范围在居民委员会或者村民委员会管辖范围内,那么可由居民委员会或者村民委员会作为权利行使的代表。如果作品来源社群的范围超出了居民委员会或者村民委员会的管辖范围但在乡、民族乡、镇以内,可以由乡、民族乡、镇政府部门作为权利行使的代表。如果作品来源社群的范围超出了乡、民族乡、镇的管辖范围,则由县级以上政府中的文化行政主管部门作为权利行使的代表。如果作品来源社群处于两个以上的县,则应由省级政府中的文化行政主管部门作为权利行使的代表。如果作品来源社群处于两个以上的省,则应由国务院文化行政主管部门作为权利行使的代表。上述机构有权代表来源地社群行使和保护民间文学艺术作品的著作权,作品使用人应当向其申请获得许可并支付合理报酬。就具体操作而言,作品使用者向上述机构申请许可的,应当说明其使用民间文学艺术作品的名称、数量、范围以及期限等。除有法定情形,上述机构不得拒绝授权,也不得向任何使用者授予专有使用权。作品使用者须支付合理报酬。

(六) 权利的限制

为平衡民间文学艺术作品著作权人与社会公众之间的利益,应当对民间文学艺术作品上的著作权予以适当限制。“1982年示范法”第4条列举了若干合理使用民间文学艺术形式的情形:(1)为教育目的而使用;(2)在创作的作品中为了说明有关问题而使用,且符合公平惯例;(3)为创作新作品而借鉴民间文学艺术;(4)对民间文学艺术形式的附带性使用,如为报道新闻而使用或者在摄影照片、电影、电视中拍摄了公共场所中的民间文学艺术形式。上述规定后来被阿塞拜疆、摩洛哥等国家的立法所吸取。阿塞拜疆民间文学艺术表现形式保护法第7条规定,为了创作新作品而借鉴民间文学艺术表现形式,或者对民间文学艺术表现形式进行附带性使用,不属于侵权行为。^[107]摩洛哥版权法第7条第2款规定,对民间文学艺术表现形式进行个人使用、教学使用、研究使用或报道使用,不属于侵权行为。^[108]目前正在制定的《保护传统文化表现形式:条款草案》第7条也规定了权利限制的情形,主要包括习惯性使用、教育性使用、研究性使用、个人性使用、档案馆等文化机构使用、借鉴性使用等。我国学者多认为,民间文学艺术作品的著作权限制应当包括如下情形:一是族群内部成员在传统习惯许可的范围内使用;二是为教学科研及个人欣赏目的的使用;三是为介绍、评论的目的在个人创作的作品中适当引用;四是报道时事新闻,在新闻媒体中不可避免地再现;五是图书馆、档案馆、博物馆、美术馆等为陈列或者保存版本的需要复制;六是为执行国家公务而使用;七是对设置在公共场所的民间文学艺术及其演绎作品进行临摹、绘画、摄影、录像;八是其他为社会公共利益而使用民间文学艺术及其演绎作品的行为。^[109]可见,我国学者主要是根据合理

[107] 参见阿塞拜疆民间文学艺术表现形式保护法, <https://wipolex.wipo.int/en/text/317312>, 2021年12月20日最后访问。

[108] 参见前引〔32〕,摩洛哥版权法。

[109] 参见前引〔47〕,管育鹰书,第238页;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224页以下;前引〔19〕,黄玉烨书,第216页以下;丁丽瑛:《传统知识保护的权益设计与制度构建:以知识产权为中心》,法律出版社2009年版,第334页以下;前引〔89〕,邓社民书,第234页。

使用制度来构建有关民间文学艺术作品的著作权限制制度。

笔者认为,在构建民间文学艺术作品的著作权限制制度时,要考虑民间文学艺术作品与普通作品的异同。上述学者提及的传统性或习惯性使用,既有以营利为目的,也有不以营利为目的,不宜全部纳入合理使用的范围。因此,有关民间文学艺术作品的著作权限制制度可以分为传统性或习惯性使用、合理使用、法定许可使用这些类型。所谓传统性或习惯性使用,是指民间文学艺术作品来源地的社群成员基于传承目的在社群中以传统方法或习惯方法使用作品,不需要向著作权人支付报酬,也不需要获得其许可。这是“1982年示范法”第3条确立的规则。具体而言,传统性使用,是指社群成员长期以来一直以传统的方式利用作品,如社群成员表演具有宗教性质的歌曲、舞蹈时需要遵守当地的宗教形式并在特定的地方表演。所谓习惯性使用,是指按照社群长期以来形成的习惯使用作品,如一个手工作坊祖祖辈辈使用传统技艺制作民族服饰。采取这一规则的积极意义在于,来源地社群形成了社群成员使用民间文学艺术作品的习惯模式并被广为接受,创作者及社群通常不会禁止社群成员对作品的传统性或习惯性使用,这样既可以照顾作品来源地社群成员的利益,也能促进民间文学艺术作品的传播和利用,因此立法应当尊重该习惯并将其上升为法律规则。例如,《黄四姐》是湖北恩施广泛流传的土家族经典民歌,当地人身穿土家族服饰,以喜花鼓形式表演该歌曲,无论是否营利,都不需要获得著作权人授权,也不需要向其支付报酬,这是当地的习惯规则。

就涉及民间文学艺术作品的合理使用规则而言,笔者建议采用“一般条款+具体列举”的模式。合理使用的一般条款可以规定为:“在下列情况下使用民间文学艺术作品,可以不经著作权人许可,不向其支付报酬,但应当指明作品来源、作品名称,并且不得影响该作品的正常使用,也不得不合理地损害著作权人的合法权益。”至于合理使用的具体情形,可以参照著作权法有关普通作品的合理使用的规定。就涉及民间文学艺术作品的法定许可使用规则而言,也可以参照著作权法有关普通作品的法定许可使用的规定,此处不赘。

(七) 其他相关主体的权利和义务

民间文学艺术作品在传承和利用中,往往涉及传承人、收集记录人、整理人、改编人等的利益,需要明确其权利和义务。

传承人一般是指通过口述、表演等方式传承民间文学艺术作品的人。古时候的传承人身份不明确,既传承作品也创作作品,其创作的部分逐渐成为民间文学艺术作品的组成部分。当代传承人的身份往往公开,如果他对民间文学艺术作品进行口述、表演,可以根据著作权制度的规定就其表演享有表演者权,这在性质上属于邻接权。如果传承人在传承作品过程中还进行了再创作并产生了有独创性的部分,那么该部分的作者身份明确,属于民间文学艺术作品的演绎作品,传承人就该部分享有著作权,但不延及他未创作的部分。

收集记录人是对民间文学艺术作品予以收集、记录的人,收集、记录对于保存和延续民间文学艺术作品有较大的意义。收集记录人在收集、记录民间文学艺术作品时应当客观、真实和尊重原貌,不能随意篡改,应原原本本、原汁原味地展现传统文化的真实面貌。收集、记录行为不是再创作行为,原始的收集记录资料不属于作品,因此收集、记录人不能取得著作权,但根据公平原则,收集、记录人的劳动应当得到尊重。法律应规定,收集、记录人有权要求使用收集记录资料的人标明其收集、记录人的身份并适当给予劳务报酬。在当代,收集、记录人或者是个人,或者是法人、非法人组织,他们可以通过签订合同的方式要求使用收集记录资料的

人标明其身份并给予一定的报酬。

整理人是对原始的、零散的民间文学艺术作品进行整理、提炼、加工而形成某一版本的民间文学艺术作品的人。原始的、零散的民间文学艺术作品的创作人是上述作品的原始著作权主体，但整理人在整理过程中可能作出了具有独创性的贡献，因此整理人就其整理过程中的独创性部分享有著作权。

收集记录人、整理人在收集、记录、整理和公开民间文学艺术作品时，应征求被收集人或传承人的同意，应尊重来源地的传统习惯。同时，收集记录人、整理人不得阻止他人对民间文学艺术作品的收集、记录或整理。

改编人在原有民间文学艺术作品的基础上进行了演绎创作，因此改编人对于改编后有独创性的部分享有著作权，但改编时应当尊重原作品创作者的精神权利和社群的财产权利，也不得阻止他人对原民间文学艺术作品的改编。

Abstract: There are misunderstandings in the theories of copyright protection of folklore in China. The theory of absolute protection imitates the theories of some developing countries and advocates comprehensive protection of folklore, which is in conflict with the theory of copyright and not suitable for situations of China. The negation theory of copyright protection imitates the theories of some developed countries and denies the possibility of protecting folklore by copyright law. The rigidity of this theory is detrimental to protecting Chinese traditional culture. China should adopt the “relative protection theory”, namely, it should properly determine the copyright protection rules of folklore by following the basic principles of copyright Law, drawing on the relevant provisions of international conventions and taking into consideration of its own national conditions. China should reasonably define the connotation and denotation of folklore and not put all objects related to folklore into the scope of protection. The unknown persons who have created the folklore in the community should be deemed as the authors and the original subjects of copyright, while the community from which the folklore comes becomes the successor of the property right according to the customary law. Moral rights and property rights on the folklore need to be distinguished, and the relationship between copyright and public domain needs also to be considered. Proper period of and restrictions on copyright protection of folklore need to be determined reasonably in light of traditional folk habits and existing systems. And at last, the folklore from other countries should be protected in accordance with the principle of national treatment.

Key Words: folklore, traditional use, customary use, derogative use
