

文章编号: 1674 - 5205(2016)04-0101-(013)

民间文学艺术作品的保护机制探讨

管育鹰

(中国社会科学院法学研究所, 北京 100720)

摘要 目前国家版权局的《民间文学艺术作品著作权保护条例》(草案)已经公布征求意见,该草案设立了由民间文学艺术作品权利人或专门管理机构行使事先许可权和获得报酬权的机制。为促进我国民间文学艺术作品的利用,民间文学艺术作品的商业性使用应当实行法定许可,同时配套建立两套登记制度:一是自愿的、由民间文学艺术作品主体代表机构进行事先的权属登记,二是强制性的、由民间文学艺术作品的商业使用人在规定时间内进行使用登记和交费,主体不能确定时使用费转入专门的民间文学艺术发展基金。

关键词 民间文学艺术作品/表达;法定许可;使用/权属登记

Abstract: The NCAC Draft Regulation on Protecting Works of Folklore establishes a double-track protection mode endowing the right holder or a specialized agency on behalf of the right holder to deliver license and collect remuneration before the commercial use. This paper prefers a statutory license mechanism with two sets of registration systems. Ownership registration is for the right holders to register their works of folklore voluntarily at any time, use registration is a strict compulsory system for the commercial users to register and pay royalty. When the right holders can not be confirmed after relevant procedure, the royalty could be shifted to a specific development fund established for works of folklore.

Key Words: works/expressions of folklore; statutory license; use/ownership registration

中图分类号: DF523.1 文献标识码: A

我国是历史悠久、民族众多、文化多样性极为丰富的大国。与世界上任何发展中国家一样,我国不但面临文化遗产急剧消逝引起的普遍忧虑,也面临着在信息时代大量民间文学艺术作品^①被有技术和资金的域外人任意开发利用甚至被歪曲的问题。对于这一关系民族文化和发展的重大问题,国内早期的知识产权法学者即已认识到,认为应把民间文学的保护提到应有的位置。⁽¹⁾¹²⁴⁻¹³⁷同时,与国际层面世界知识产权组织(WIPO)负责协调知识产权相关事务、联合国教科文组织(UNESCO)负责协调非物质文化遗产保护相关事务的分工与合作状况相类似,我国的版权和文化主管部门也一直致力于民间文学艺术作品、非物质文化遗产保护相关的立法尝试。新世纪以来,此议题吸引了更多的国内学者,尤其知识产权领域的研究者;⁽²⁾随后,国内产生了一批专题研究成果,讨论对传统知识进行知识产权保护、⁽³⁾剖析如何运用知识产权制度保护民间文艺、⁽⁴⁾研究遗传资源获取

与获益分享制度、⁽⁵⁾探讨民间文学艺术的知识产权保护⁽⁶⁾和法律保护问题⁽⁷⁾等。由于2003年的《保护非物质文化遗产公约》从文化多样性、文化遗产、人权等角度出发倡导国家承担文化遗产的“保卫”任务,这一宗旨在世界范围也较少争议;因此我国在加入公约后经过一段时间讨论,决定搁置没有定论的复杂的民事保护问题,于2011年通过了《非物质文化遗产法》。根据该法,非物质文化遗产的内涵要远宽于民间文学艺术作品;同时,该法明确的是政府应当采取各种措施,包括确认、立档、研究、保存、保护、宣传、弘扬、传承和振兴等方式“抢救”我国的非物质文化遗产;但是,该法不涉及非物质文化遗产的商业化利用及其利益分配这一民事关系及其相应的法律规则。目前,无论是世界级“人类非物质文化遗产代表作名录”还是国家、地区级的非物质文化遗产项目申报、扶助等工作都已成为我国文化领域的常规工作;但另一方面,包括民间文学艺术作品在内的非物质文化遗产被他人商业化使用带来的相关问题却仍处于没有

收稿日期: 2015 - 12 - 18

作者简介: 管育鹰(1969—),女,布衣族,贵州安顺人,法学博士,中国社会科学院法学研究所研究员。

^① 为与现行《著作权法》保持一致,本文采用“民间文学艺术作品”一词,该术语与国家版权局2014年6月提交国务院法制办的《著作权法》修订草案送审稿第10条中的“民间文学艺术表达”同义。

明确法律规定的状态。⁽⁸⁾

本文尝试就我国民间文学艺术作品保护机制的建立与运行提出自己的建议,以期进一步推动相关研究和立法。需要指出的是,本文对民间文学艺术作品保护机制的分析和评述仅为个人的观点和方案设计;要了解立法进展,可以比对研究国家版权局于2014年9月2日公布的《民间文学艺术作品著作权保护条例》征求意见稿(简称“草案”)^①。

一、民间文学艺术作品之概念与理解

“民间文学艺术作品”指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^②。

(一) 与现代作品的客观表现形式相同

首先,“民间文学艺术作品”是个集合概念,包括所有无法追溯原始版本及其创造时间和具体创作个体等信息,因而无法根据现行《著作权法》获得保护的民间文学艺术作品的总和;其次,组成这一集合体的应当是民间文学艺术领域的具体创作成果,而不同于非物质文化遗产的全部,特别不包括那些非物质文化遗产中不构成作品的内容,如传统节庆习俗、技法或技艺、风格、艺术形式,等等。换言之,民间文学艺术作品是可以复制和传播的体现传统文化的具体表达形式,而非物质文化遗产的内涵和外延要宽得多、甚至指向文化本身。理解这一点,有助于明确在《著作权法》框架下制定草案的目的。《非物质文化遗产法》仅规定了政府的职责、提供的是对文化遗产的行政保护,无法顾及民间文学艺术作品主体的民事权益,尤其无法保障其在自己作品被商业化使用时应当获得的利益。但是,不能指望在著作权法框架下的草案能够为民间文学艺术作品提供综合性的民事权益保护,草案仅能规制民间文学艺术作品的复制、改编、传播(典型的著作权法意义上的使用方式)等商业化使用行为,而难以提供全方位的知识产权保护,比如授予专利权、商标权及制止仿冒等不正当竞争。

以我国真正意义上的涉及民间文学艺术作品利用的“乌苏里船歌”案^③为例,由于作曲者在创作中吸收了《想情歌》、《狩猎的哥哥回来了》等最具代表性的赫哲族传统民间歌曲的曲调,因此,法院判决被告以后在使用《乌苏里船歌》时须标注该歌曲“根据赫哲族民歌改编”;⁽¹³⁾而在另一起与民间文艺相关的“安顺地戏”案中,由于原告主张针对“安顺地戏”而非《千里走单骑》、《战潼关》等安顺地戏剧目的署名权,因此被法院驳回^④。事实上,“安顺地戏”案中被

告的行为的确没有构成对《千里走单骑》、《战潼关》等安顺地戏的具体剧目作品之改编,而仅是在拍摄电影时引用了其中的一些表演片段;⁽¹⁴⁾但是,被告在首次使用安顺地戏剧目表演片段时即将这一古老的剧种以画外音和字幕形式注解为“这是中国云南省的面具戏”。根据著作权法上的合理使用规则,“适当引用”也应当以恰当方式标明来源出处;因此,笔者认为被告的电影在引用安顺地戏剧目片段时称其为“云南面具戏”属于违反合理使用规则、侵害相关主体对安顺地戏《千里走单骑》剧目署名权的行为。遗憾的是,由于法官认为“安顺地戏”是剧种没有署名权,一、二审法院均不支持原告。那么,如果原告主张“安顺地戏《千里走单骑》”剧目的署名权法院是否支持?答案不得而知。事实上,和“赫哲族民歌”一样,“安顺地戏”几个字是标明来源的核心内容,但司法者认为“安顺地戏”本身仅是非物质文化遗产、不是民间文学艺术作品,因而连精神权利都不予支持,在一定程度上反映了目前我国以著作权法保护民间文学艺术的困境。简言之,要为“民间文学艺术作品”设立类似著作权的保护,须明确该“作品”在客观表现形式上与受著作权法保护的当代“作品”并无差别;比如应当是可构成歌曲的完整曲调、或者有具体情节内容的故事等,而不仅仅是笼统的民间文艺类别或流派、简单的主题等。

(二) 与现代作品的主体、保护期不同

1. 民间文学艺术作品的主体有三种特殊情形

其一,多数情形下,某一具体的民间文学艺术作品,其流传的地区、族群等来源是可以确定的,其创作和受益主体可以被推定为相应的地区、族群,比如前文提到的乌苏里船歌,就属于可以明确来源的民间文学艺术作品,其他类似的还有很多,基本上各民族各地区都会有一批有代表性的民间文学艺术作品。这些作品有很大一部分是来源可以确定的,可以通过文化部系统的各级“非物质文化遗产”名录查询,也可

① 国家版权局网站《民间文学艺术作品著作权保护条例》(征求意见稿),网址(2016年1月访问):<http://www.ncac.gov.cn/china-copyright/contents/483/225066.html>。

② 本定义参考了WIPO的《保护传统文化表达:政策目标与核心原则》草案,与国家版权局草案略有差异。

③ 见“饶河县四排赫哲族乡政府诉郭颂等侵犯民间文学艺术作品著作权纠纷案”,北京市高级人民法院(2003)高民终字第246号民事判决书。

④ 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。

以通过中国网查询^①;当然,这些名录仅有对相关作品的文字描述、没有具体表达(即作品内容),可能有一些会有来源地、具体表达内容的争议,不过,这些争议可以通过本文后面设计的程序解决。目前,我国绝大多数拥有此类民间文学艺术作品的族群或地区往往地处偏僻、无权利意识,也没有特定的民事权利代表机构,因此如果法律要赋予其权利,授权、权利行使和利益分配方式的设定必定会遭遇难题,需要比较周全的制度安排;采用无需事先授权的法定许可、并将主体或权属判定与客体商业化使用的费用收取和分配分开考虑是比较可行的办法,具体论述本文在后面展开。

其二,在某些情况下,民间文学艺术作品可能同时由几个地区、族群共同传承,其创作源头经专业人士论证也不能确定,这时可以考虑设定该作品由这些地区或族群共有^②。在此情形下,法定许可使用费的收转、共有主体的权利代表机构确定及惠益分享等问题可以按照第一种同样的思路解决;没有能代表全体主体行使民事权利的代表机构的,则由相关地区地方政府文化主管部门代为行使。

其三,有些民间文学艺术作品由于流传太广,已经成了中国传统文化的代表符号的,应当推定为全国人民共有。比如孟姜女哭长城、白蛇传、梁山伯与祝英台、牛郎织女等民间传说,即使有各方考证其来源地,但由于其在中华传统文化中的深远影响,为了避免将民间文学艺术作品归属和商业化利益分配问题复杂化,应当将其推定为国家所有。考虑到这种情况下国内的任何使用人同时也是该作品的传承人,支付、收转和分配使用费就没有实践意义了。对于国外的商业化利用人使用我国全国性民间文学艺术作品的,如果我国的相关民事保护立法通过实施,则需要向我国主管部门指定的专门机构履行相关义务,或者按照国际间的对等和互惠原则处理。

2. 民间文学艺术作品的保护期不同于一般作品

民间文艺具有集体性、口头性、变异性、传承性。⁽⁹⁾²³⁻⁴⁶由于民间文学艺术作品的产生发展过程难以考证,其创作一般被推定为代代相传、呈持续的动态性和变异性;这样,某一民间文学艺术作品如果还在传承,则其一直还在处于动态的集体创作过程中,现行著作权制度为作品设定的保护期就不应当适用。具体说,在设定民间文学艺术作品保护期需要考虑以下几个方面:

其一,民间文学艺术作品的作者是某一群体(族群、社区)。群体是若干聚集在某一地域范围内、生活上相互关联的个人集合体,是绵绵不绝延续下来的

族群,而民间文学艺术作品正是这一集体在相同或类似的生产、生活活动中产生和发展的;因此其创作者不具体指向某个或某几个人,相应的其保护期不能适用著作权法通行的“作者终生加上去世后一段时期”的划分方式。只要创作或传承该民间文学艺术作品的族群一直存续下去,就不应该认为“作者去世”。

其二,由于民间文学艺术作品具有口头性、传承性和变异性,某一具体的民间文学艺术作品的内容或表现形式总是处于不断的创作过程中,没有著作权法上“作品完成”或“发表”之概念,因此也难以适用“作品完成后或发表之日起再加上某一段时期”这一普通作品的保护期判断方式。另一方面,即使总处于创作中,其间形成的任何版本也应当受到保护;这类似于著作权法对作品的初稿、二稿、或任何持续创作过程中产生的一稿都同样提供保护,不能认为把作者尚未“最终完成”的作品据为己有而不构成侵权。

其三,西方发达国家早在300多年前就建立了强调私权保护的知识产权制度,为防止长此以往公共资源被瓜分殆尽,专门设定了保护期等限制,将超过保护期限的内容置入“公有领域”以保证创新的可持续。相反,在传统族群,尤其是那些不发达国家穷困地区的传统居民则几乎没有任何知识产权观念,也从未从现行的知识产权制度中对自己的创作成果获得过任何保护,没有意识到自己的创造成果按照现代知识产权法的规则被视为早已经公开、或者处于人人可接触、利用、再创作的所谓的“公有领域”中。不过,当西方文明侵入后外来人以“发现”或“创作”的名义将这些客体私有化并获得现代知识产权制度保护的利益时,这一不公平的现象使得私权观念已逐渐觉醒的传统族群难免产生不满:从未获得过法律赋予知识产权人的专有性权利,为什么要付出同样的对价呢?更何况多数情况下民间文学艺术作品是口头流传甚至是在特定人群中内部传承,没有正式发表过。

其四,从已有的域外立法例看,为实现立法目的,基本上都不对民间文学艺术的保护设置期限。比如,

^① 比如,从中国网的“国家级非物质文化遗产名录”栏目中,可以查询到贵州侗族大歌的代表性曲目有《耶老歌》、《嘎高胜》等,网址:<http://www.china.com.cn/chinese/minge/435499.htm>;在“中国民歌”栏目中,可以查到《阿里玛》是撒拉族民歌,网址:http://www.china.com.cn/culture/zhuanti/whycml/node_7021179.htm,2015年11月10日访问。

^② 这里有两种情况,一种是可以明确为同一民族传承的,比如《格萨尔王传》史诗传说同时流传于西藏、青海、四川、甘肃等藏族聚居地,则该作品属于全体藏族共有,刘三姐的故事也同样可以认定为壮族共有;另一种是可以明确为几个地区或族群共同传承的,比如植根于汉族民间曲艺文化的东北二人转传统剧目,由辽宁、吉林、黑龙江三省和内蒙古东部三市一盟的全体人民共有。

非洲知识产权组织的《斯瓦科普蒙德议定书》第13条规定“传统知识只要符合第4条规定的标准,将一直获得保护;如果传统知识属于个人,则保护期为其公开商业化使用之日起的25年。”该议定书第4条所保护的传统知识应当符合的标准是:(1)在传统族群产生、保存并代代相传;(2)明显属于某一传统社区;(3)属于由传统社区基于文化认同或责任集体保管、守护的文化符号,这种归属关系可以通过习惯法、法律规定或习俗礼仪体现。我国台湾的“原住民族传统智慧创作保护条例”第15条规定“智慧创作专用权,应永久保护之。智慧创作专用权人消失者,其专用权之保护,视同存续;其专用权归属于全部原住民族享有。”

总的来说,民间文学艺术作品与一般的作品在创作过程和方式上都有明显的区别,前者明显具有动态性、变异性;因此可以推定只要某一民间文学艺术作品仍在某一传统族群或社区中传承,它就仍处于该族群社区全体成员参与创作的过程中,其间某个版本的记录时间不能作为推断该作品进入“公有领域”的依据。理论上讲,不设定权利保护期并不违背基本的知识产权法原理;事实上,知识产权保护理论并不排斥以持续知识或经营创造活动为前提的永久保护,比如商标、字号如果经营得当、持续使用,就完全可以创百年品牌一直存在并受到保护,商业秘密、地理标志的保护尤为典型。还有一个需要关注的方面,即建立民间文学艺术作品民事权利、尤其是经济权利保护制度的目的,本身就包括通过市场经济的投入产出机制鼓励其长期传承下去,保护期的设立也应当符合这一宗旨。因此除了由于城市化、迁徙等因素民间文学艺术作品的主体消失、不再具备集体创作和传承的条件而真正成了“遗产”的情形,原则上都应当设定以主体存在为前提的永久性的权利保护期。鉴于如何判断某一民间文学艺术作品是否仍在其所属的地区或族群内传承存在着实际困难,可以推定某主体的存在事实为其民间文学艺术作品仍在其内部传承的依据;如果有证据表明某一民间文学艺术作品的主体已经消失,则其民间文学艺术作品属于全民所有。

简言之,有相关主体能够主张权利和分配收益的,推定其民间文学艺术作品仍在保护期;已经有证据表明长期没有传承、或者主体已经不可考的民间文学艺术作品归入全民共有的民间文学艺术作品,无须支付使用费,但其精神权利的保护期不受限制,精神权利的行使由国家主管部门指定的机构管理。

(三) 民间文学艺术作品的定义与类型

笔者认为,民间文学艺术作品,是指由特定的地

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,包括但不限于以下类型:(1)口头言语、文字符号类表现形式,如民间故事、史诗、传说、谚语等;(2)音乐、曲调的表现形式,如民歌、器乐的曲调等;(3)动作、表演类表现形式,如民间舞蹈、戏剧等;(4)平面或立体的美术、建筑类有形的表现形式,如民间绘画、传统工艺品、建筑等。

在理解民间文学艺术作品这一概念的外延时,我们发现除了群体性、口头性、传承性和变异性等民间文艺的特殊性外,其外在的具体形式包容了几乎所有与著作权法所保护的客体相同的作品类别,如民间文学的内容包括神话、传说、故事、寓言、笑话、歌谣、民间叙事诗、史诗、民间说唱、谚语、俗语、歇后语、谜语等,民间艺术则包括了民间音乐、民间舞蹈、民间美术、地方戏曲、民间曲艺、民间手工艺品等等。

就民间文学艺术作品的保护问题而言,郑成思教授很早就关注和论述这一问题;后来更直接将其提高到国家经济利益的高度,他指出“多数发达国家的法律及学术专著,强调对高科技作品(如计算机软件)的版权保护及其他知识产权保护,忽视或有意节略对民间文学的保护,其基本出发点还是保护本国经济利益。我们则应把民间文学的保护提到应有的位置,在本书中,特别把它作为一个重点来论述。”⁽¹⁾¹²⁴在这一理论的引导和影响下,我国立法机关最早的尝试是以著作权法保护模式保护民间文学艺术作品,这反映在1990年制定的《著作权法》第6条中,即“民间文学艺术作品的著作权保护办法由国务院另行规定”。考察国际讨论方向和国内实际需求,应该说,当时中国立法者的意图是对民间文学艺术作品采取著作权保护模式。

然而,由于民间文学艺术作品客体的复杂性,著作权制度中的许多规则,如主体和客体的确定性、保护期的限制等,难以适应其保护的特殊要求,再加上在国际层面著作权保护模式逐渐被特殊权利保护模式的讨论和尝试所取代,我国的研究者和立法者在民间文学艺术作品的定义与范围、权利的内容及其行使方式、相关主体的认定与利益分享、甚至著作权法律保护模式是否适当等重要议题上莫衷一是,因此1990年《著作权法》第6条所说的保护办法一直难以出台。直到《著作权法》第三次修改的启动,国家版权局接受知识产权学界多数专家的意见,将《著作权法》第6条的“民间文学艺术作品”术语改为“民间文学艺术表达”,并删掉了“著作权”的限定,该草案送审稿已经于2014年6月6日由国务院法制办公布征

求意见^①;同时2014年以来国家版权局又一次启动了民间文学艺术表达保护的立法工作;当然,限于《著作权法》本身尚未修改,草案的名称仍然只能依据现行法第6条草拟,即仍称为《民间文学艺术作品著作权保护条例》(草案)。

由于上述原因导致的“另行制定”迟迟未出台,人们并不是都完全了解、也分不清立法意图中的“民间文学艺术作品”概念不同于《著作权法》上的其他作品、尤其是当代作者根据民间文学艺术作品演绎创作的“民间文学艺术改编作品”。即使是法律专业人士,也面对着法律适用中如何准确阐明“民间文学艺术作品”定义的困境。比如,在白秀娥剪纸案中^②,北京市第一中级人民法院认为,民间文学艺术作品应为民间世代相传的、长期演变、没有特定作者、通过民间流传而逐渐形成的带有地域色彩、反映某一社会群体文学艺术特性的作品,本案剪纸是原告运用民间剪纸技法创作完成的,不属于民间文学艺术作品^③;北京市高级人民法院的终审判决表述有所不同:该剪纸作品虽然采用了我国民间传统艺术中“剪纸”的表现形式,但其并非对既有同类题材作品的简单照搬或模仿,而是体现了作者的审美观念,表现了独特意象空间,是借鉴民间文学艺术表现形式创作出来的新的作品,是对民间文学艺术的继承和发展,应受著作权法保护;可见,二审法院判决刻意避开了一审法院对“民间文学艺术作品”的解释。笔者认为,为更好理解“民间文学艺术表达/作品”的定义,可以在草案中明确“民间文学艺术改编作品”的概念,即“基于对民间文学艺术作品进行翻译、汇编、改编等再创作产生的作品”,以有助于草案通过后各方的理解一致。

如果按照以上对“民间文学艺术作品”的定义理解,检索我国已发生的要求保护“民间文学艺术作品”著作权的案例^④,其中仅“乌苏里船歌”是真正的民间文艺作品主体与改编者的纠纷(“安顺地戏”案中原告主张的不是对民间文学艺术作品而是对非物质文化遗产的署名权),其他都是民间文学艺术改编作品主体之间或改编者与第三方的著作权纠纷。这类纠纷出现的主要原因是由于都脱胎于同一个民间文学艺术作品母体,这些民间文学艺术改编作品之间的相似性高、容易产生改编主体之间的著作权纠纷。这种情况下,如果有证据表明原被告的民间文学艺术改编作品都是独立创作、且相似之处都源于母体的,我国法院通常会判决改编者之间互不侵权^⑤,比如《十送红军》被认定为与《送同志哥上北京》一样来源于江西民歌《长歌》、《高高的白杨》与《我的花园多美丽》两首新疆民歌改编作品的著作权被认为是平行

有效的;但是,如果有证据表明在后改编者的作品更接近在先改编者的作品而非民间文学艺术作品母体本身的,则在后改编者构成侵权^⑥,比如歌曲《月亮之上》被判定为与《敖包相会》相似度多于与内蒙民歌《韩秀英》相似度。

二、民间文学艺术作品的保护机制

笔者认为,要实质性推进我国民间文学艺术表达法律保护制度的建立,应当考虑一套合理的、可行的方案,具体需要考虑以下方面的问题:

(一) 民间文学艺术作品的权利内容

本文仅探讨目前在《著作权法》框架下如何为我国民间文学艺术作品设立一种类似著作权、但又与其他作品保护机制略有不同的特殊权利保护制度;囿于我国的现有立法框架,本文仍将按照现行《著作权法》这一特殊保护方式称为“民间文学艺术作品的著作权保护办法”。民间文学艺术作品的著作权属于共同创作并世代传承体现其传统观念和文化价值的民间文学艺术作品的民族、族群或者地区全体人民。

民间文学艺术作品的权利主体享有精神权利和经济权利:

1. 精神权利:包括:(1)署名权,即表明主体身份的权利;(2)发表权,即将民间文学艺术作品向主体群体的范围之外公开的权利;(3)禁止歪曲篡改权,即禁止对民间文学艺术作品做出有违主体传统观念和文化价值之使用的权利。

精神权利的主要内容是指明来源。可以肯定的是,保护民间文学艺术作品主体的精神权利是建立民间文学艺术作品民事法律保护制度的最基本要求;无论是对民间文学艺术作品本身的利用,还是现代再创作者从民间文学艺术作品中演绎出新作品,都应当本着诚实信用的基本原则指明其来源,并且尊重民间文学艺术作品的完整性和真实性。从前文介绍的我国

^① 《中华人民共和国著作权法》(修订草案送审稿),中国政府法制信息网(2016年1月访问):<http://www.chinalaw.gov.cn/article/cazjgg/201406/20140600396188.shtml>。

^② 参见北京市第一中级人民法院(2001)一中民初字第185号民事判决书,北京市高级人民法院(2002)高民终字第252号民事判决书。

^③ 北京市第一中级人民法院(2001)一中民初字第185号民事判决书。

^④ 《民间文学艺术作品著作权保护条例》(征求意见稿),国家版权局网(2015年11月10日访问):<http://www.ncac.gov.cn/china-copyright/cintents/483/225066.html>。

^⑤ 参见北京市海淀区人民法院(2003)海民初字第19213号,新疆维吾尔自治区高级人民法院(2005)新民三终字第2号民事判决书。

^⑥ 参见北京市第一中级人民法院(2008)一中民终字第5194号民事判决书。

现有两例相关纠纷看,精神权利的主张是相关主体的首要诉求。从国际上已经建立民间文学艺术作品版权保护制度的国家或地区的经验看,精神权利也是最基本的权利内容;比如,莱索托、摩洛哥、尼日利亚、坦桑尼亚、斯里兰卡等国家立法明确把指明民间文学艺术表达的来源规定为一种义务,阿尔及利亚等国的立法还增加规定了禁止歪曲的义务,约旦等阿拉伯国家对民间文学艺术的保护仅关涉精神权利的内容。⁽¹⁰⁾³⁴³⁻³⁵¹

2. 经济权利:即民间文学艺术作品主体就主体群体之外的人以复制、发行、表演、改编或者向公众传播等方式商业化使用其作品获得报酬的权利。

可以看到,前3项类似著作权中的署名、发表、禁止歪曲贬损的精神权利,而第4项是经济权利,即以著作权领域常见的方式使用民间文学艺术作品的权利。笔者认为,与世界上最早规定原住民对其传统知识享有“特殊权利”、并赋予原住民从防御性和主动性两个方面行使该权利的巴拿马法律相比^①,我国现行《著作权法》框架下拟设定的经济权利内容应该要窄一些,这是因为权利客体仅涉及能确定为作品的部分。在此意义上,我国民间文学艺术作品的权利内容及其保护机制可以称为“类著作权”保护。事实上,在选择版权模式保护民间文学艺术作品的国家,法律赋予权利人的经济权利内容也与著作权大同小异,或者直接对民间文学艺术作品适用著作权法保护。比如1994年《突尼斯著作权法》第7条禁止“任何以营利为目的而复制民间文学艺术的行为”^{2003年第36号《斯里兰卡知识产权法》第24条规定“民间文学艺术表达应当受到保护以禁止:为了商业目的或者超出民间文学艺术表达的传统或习惯范围复制,通过表演、广播、有线或其他方式向公众传播,改编、翻译及其使用”;2005年的《加纳著作权法》第4条规定:“本法保护民间文学艺术表达不被复制、通过表演向公众传播、通过有线或其他任何方式发行、改编、翻译或其他任何使用”^②。}

对我国民间文学艺术作品的“类著作权”之内容,笔者认为有几个方面需要进一步明确:

(1) 关于表明身份的内容和方式问题

署名权的实现表现为使用民间文学艺术作品须指明其来源或出处,常见的方式是“族群、地区名称+表达形式+具体作品名称”,如“新疆民歌扎巴依的春天”、“彝族舞蹈阿细跳月”,“安顺地戏战潼关”,等等。一般来说,在实现署名权时,文字类民间文学艺术作品可以文字进行标注;音乐、表演艺术类的可以通过旁白、解说、以及印制在海报和节目单等方式

表示;手工艺品、建筑等有形表达上可用附加标示牌等方式指明,也可通过相关主体在国家主管部门正式注册的商业标识来证明。

另外,在一些民间文学艺术作品的发掘和使用中,记录(采风人)的作用很重要,虽然其地位不同于权利人,但也应当有表明自己身份的权利,而且有口述人、表演者的还应同时表明其身份。采风人对记录的民间文学艺术作品进行改编的,其作为民间文学艺术改编作品的著作权人可依法获得保护;关于民间文学艺术改编作品的使用问题,本文后面再论述。

(2) 关于民间文学艺术作品的使用方式和范围

笔者建议,民间文学艺术作品的权利仅针对习惯法之外的“商业性使用”。为避免不确定性,可以在立法上对经济权利采取笼统的规定,即“以复制、发行、表演、改编或者向公众传播等方式使用”,同时在“例外与限制”中明确规定主体的群体成员之“未超出传统习惯和范围的使用”不属于法律适用对象。“未超出传统习惯和范围的使用”之情形,比如在民间文学艺术作品发源地或流传地的传统族群中,长期以来存在一批专门经营民间文学艺术作品的传承人,他们往往将表演民间歌舞器乐或剧目,以及制售民间手工艺品等有形产品作为收入的主要或补充来源;这些使用方式长期为整个族群所容忍甚至鼓励,他们的行为由族群内部的乡规民约来规范,应当属于民间文学艺术作品保护立法规定的例外情形。当然,如果随着传播和生产技术的改进、对民间文学艺术作品的 usage 方式发生了变化,如由经营者(尤其是与族群之外的开发投资者合作)雇用本族群成员、组织脱离日常生活场所进行民间文学艺术作品商业演出或者有形产品的机械化量产,则应当认为其已经超出了传统习惯和范围。

(3) 关于保护期和权利变动问题

虽然目前《著作权法》未修改,《条例》草案只能称民间文学艺术作品的这种权利为“著作权”,但与其他作品不同,民间文学艺术作品的“著作权”是不受时间限制的;同时,这种著作权不得转让、设定质权或者作为强制执行的标的。理论上说,只要民间文学艺术作品的主体还存在,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

^① 参见 Panama : Law No. 20 of June 26, 2000 on Special System for the Collective Intellectual Property Rights of Indigenous Peoples for the Protection and Defense of their Cultural Identity and their Traditional Knowledge. WIPO 网站: <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=3400> 2015年11月10日访问。

^② 这些立法的英文版在 WIPO 网站可查询: <http://www.wipo.int/wipolex/en/>. 2015年11月10日访问。

免费的公有领域;同时与地理标志相似,作为专属于特定主体拥有的集体权利,其权属不得自由流转。这些规定与典型的著作权保护制度有着明显的区别,但也是为民间文学艺术作品设定类似著作权保护制度的宗旨所在,应由《条例》加以明确以明示各方。

(4) 合理使用的例外情形

与著作权保护制度类似,民间文学艺术作品的保护机制仅适用于商业性使用,因此《条例》应当明确规定合理使用的例外情形。笔者认为,为了平衡民间文学艺术作品主体与社会公众之间的利益、维护公共利益,在下列情形下可以无偿使用民间文学艺术作品及其改编作品,但应当标明出处,并尊重民间文艺作品主体的传统习惯、不得歪曲和贬损:

1) 民间文学艺术作品主体的内部成员不违反传统习惯法的使用,包括通过对民间文学艺术作品表演、制作提供民间文学艺术作品有形载体等方式使用并获得报酬的情形;

2) 民间文学艺术作品的非商业性使用,包括:

a. 为教学科研目的在正常范围内使用;

b. 为个人学习、研究或者欣赏目的的使用;

c. 为介绍、评论的目的在个人创作的作品中适当引用;

d. 为报道时事新闻,在报纸、期刊、广播电台、电视台、信息网络等媒体中不可避免地再现或者引用;

e. 图书馆、档案馆、博物馆、美术馆等为陈列或保存版本需要进行的复制;

f. 国家机关为执行公务在合理范围内使用;

g. 对设置或者陈列在公共场所的民间文学艺术作品及其改编作品进行临摹、绘画、摄影、录像;

h. 专为残障人士提供服务的使用。

3) 其他合理使用民间文学艺术作品及其改编作品的情形。

需要指出的是,即使是商业性使用,如果不是针对民间文学艺术作品本身,而仅是利用了相关片段或元素,或者不可避免地使用的(比如“安顺地戏”案中电影作品对民间文学艺术作品的的使用方式),可以适用合理使用的规定,但仍需尊重主体的精神权利。

(二) 民间文学艺术作品的保护机制

1. 以使用登记和付费为前提的法定许可模式

在《条例》草案制定过程的讨论中,有观点认为应该采取将复杂问题简单化的思路,仍按传统著作权模式,要求使用者事先获得许可并支付报酬;同时,在实施机制上采取变通办法,比如可以向已经登记的著作权人、也可以向专门成立的机构取得许可并支付合理报酬。这一思路最终被国家版权局公布的《条例》

草案征求意见稿采用^①。

笔者认为,这一双轨式的事先许可授权和收费的保护模式,其实施效果相当于将大部分的民间文学艺术作品主体的事先许可使用权赋予了特设的专门管理机构。简单地说,鉴于国家民间文学艺术作品分布状况的复杂性和主体权利意识、登记和确权程序的困难,民间文学艺术作品的使用人选择向专门管理机构获得授权和付费的简单途径是必然的。这一双轨式立法思路的实质是由国家设立的专门管理机构代替民间文学艺术作品权利人集中、主动地行使权利。笔者设想的保护方案与此有所不同。

首先,为我国的民间文学艺术作品设定民事权利要考虑到民间文学艺术传承和发展的需要,为此,除了明确此权利仅针对超出传统范围的商业性使用外,还应当明确建立一种有别于传统、典型的著作权之事先许可的授权模式,不应要求使用者事先需要获得许可,而仅应规范作品的使用方式和使用者与民间文学艺术作品权利人之间的利益分享。换言之,对民间文学艺术作品的商业性使用,采取严格的附条件的法定许可模式更符合民间文学艺术传承的长远需要。主要原因是,我国民间文学艺术作品种类繁多,且权利主体多处于偏远闭塞地区,族群没有受到西方文化和法律思维的影响,也没有非政府组织活动的渗透、帮助,缺乏相应的权利意识和依法事先进行登记的能力。这一具体国情与非洲、东南亚、大洋洲等地区传统族群所处的境地不同(这些地区的族群成员因原先的殖民地历史,甚至能够掌握英国、法国、葡萄牙或西班牙等宗主国的语言),因此在民间文学艺术作品使用的授权模式上不可能完全照搬这些地方的事先登记和授权许可使用模式。

其次,我国民间文艺界长期以来形成的既有观念和做法是鼓励当代创作者和使用人深入这些条件艰苦的不发达地区,采集、开发民间文学艺术作品,或者据此创作新的作品,要求使用人事先经过权利人许可和付费才能使用的方案基本上是行不通的。从域外经验看,国际上事先知情同意规则已经成为有执行力之法律的情形,主要是针对遗传资源的获取或者通过立法将民间文学艺术全部划归国家所有,而这与国家基于领土主权对有形物的所有权以及相关国家族群的单一性紧密相关。我国民间文学艺术作品的归属由于长期的民族迁徙、融合变得难以简便快捷地确定,能统一代表所有成员的代表机构更难形成。因

^① 参见国家版权局《民间文学艺术作品著作权保护条例》(征求意见稿)第8条。

此,我国的民间文学艺术作品保护制度不可能与那些民族、族群构成相对简单,主体容易确定的国家或地区(比如台湾的事先登记和许可的模式^①)相同。在我国,赋予民间文学艺术作品主体事先许可专有权,可能会使绝大多数民间文学艺术作品的潜在使用人望而却步、反而不利于偏远地区民间文学艺术作品的抢救和利用,不符合民间文学艺术作品保护制度设立的初衷。

至于《条例》草案所设立的事先许可授权模式的另一途径,即由国家设立的专门管理机构代替民间文学艺术作品权利人集中、主动地行使权利,则存在着一些理论上的障碍。正如前文指出,绝大多数情况下理性的使用人不会耗费精力去寻求谁是真正的民间文学艺术作品主体并与之协商、而是直接找专门管理机构获得许可授权,这样不仅能规避可能存在的交易主体错误的法律风险,还能直接按最低标准交纳使用费。另外,我国的民族传统文化历来强调对少数民族文化的保护,也不宜像埃及、沙特等阿拉伯国家一样将所有的民间文学艺术一律视为国有财产。⁽¹⁰⁾³⁴⁵由于我国并没有现行法律规定著作权主管部门可以指定某个专门管理机构作为民间文学艺术作品主体的法定代理人,如果《条例》以明确条款将民间文学艺术作品事先许可使用的专有权赋予专门管理机构,则可能免不了像《著作权法》第三次修改过程中关于著作权集体管理延伸制度等争议一样,产生创作者(权利人)“被代表”^②的指责和学界在理论上的质疑。⁽¹¹⁾因此,从社会效果上看,采取法定许可模式可以在一定程度上减少学界和公众的质疑,因为使用民间文学艺术作品无需权利人或专门管理机构事先许可;专门管理机构仅负责登记、使用费收转,以及必要时时代行诉权,并不事先、主动地参与民间文学艺术作品的具体使用方式、费用等相关事项的谈判,其角色比较容易被社会各界所接受。另外,有观点担心法定许可这种事后收费制度在我国一直面临着实施困难,因而采用此模式将使民间文学艺术作品保护制度落空;对此,笔者认为可以采用强制性的使用者登记和交费制度以及专门管理机构代行诉权制度予以保障,具体在本文后面的登记制度部分论述。

简言之,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。此方案与《条例》草案双轨式保护机制的主要区别在于:民间文学艺术作品的使用者不需要事先获得许可,但需要在规定期限内登记并支付报酬,否则将依法承担法律责任。

2. 民间文学艺术改编作品的使用问题

很多情况下,商业使用人使用的是有具体现代作者的民间文学艺术改编作品而不是民间文学艺术作品本身,比如制作发行根据民歌改编的歌曲专辑或根据民间故事传说或传统剧目内容拍摄影视作品。笔者认为,既然对民间文学艺术作品本身采取法定许可保护模式,则要求民间文学艺术改编作品的使用人须获得民间文学艺术作品权利人的事先许可也就不必要了;也即,使用人仅需依据《著作权法》获得改编作品著作权人的许可。但是,鉴于民间文学艺术作品与改编作品之间“源与流”上的关系,使用人仍应当依法进行使用登记,并参照市场上原作与改编作品的使用费比例交纳民间文学艺术作品的使用费。

原作与改编作品的使用费及其比例一般采取业内最低标准。例如,针对因商业秘密等因素导致市场定价无法获得明确数据的问题,国家版权局自上世纪改革开放以来对文字作品的基本稿酬即有指导性定价建议,1999年颁布了《出版文字作品报酬规定》,2014年11月1日废止、同日起施行《使用文字作品支付报酬办法》。根据此办法,原创与改编文字作品的建议稿酬分别为千字80-300元和千字20-100元。另外,国家版权局颁布的另一个针对教科书法定许可使用付酬的指导性文件《教科书法定许可使用作品支付报酬办法》于2013年12月1日起施行;其中第5条指出“使用改编作品编写出版教科书,按照本办法第4条的规定确定报酬后,由改编作品的作者和原作品的作者协商分配,协商不成的,应当等额分配。”

就民间文学艺术作品及其改编作品的使用来说,因民间文学艺术作品主体的特殊性,事先协商缺乏可行性,民间文学艺术作品主管机构可以依法制定不同类别民间文学艺术表达使用费的最低标准;为激励优秀民间文学艺术改编作品的创作者,笔者认为使用民间文学艺术改编作品的,其所支付的民间文学艺术作品使用费减收1/2到1/3。还需要注意的是,民间文学艺术改编作品按照现行《著作权法》的规定保护期满后,其使用人虽然不必支付该改编作品的使用费,但仍须进行使用登记并按规定比例支付民间文学艺术

^① 即使在主体相对容易认定的台湾地区,这种事先登记许可授权模式也难以推行,比如其2007年通过的《原住民族智慧创作保护条例》所设立的事先登记许可制度,直到2015年1月才出台配套的《原住民族智慧创作保护实施办法》,这种事先登记许可使用模式到底施行效果如何,还有待于观察。

^② 在《著作权法》第三次修改过程中,对于与集体管理组织相关的一些修订,音乐著作权人担心自己的权利得不到保障,首先提出了“被代表”的疑问,国家版权局相关负责人也对此做出了回应。

术作品的使用费。

3. 记录人、口述人、表演者的权益问题

虽然民间文学艺术作品保护机制主要基于“惠益分享”原则,解决商业性使用人对权利主体的利益回馈问题,但此机制建立和运行也涉及其他人的权利义务,需要加以关注。

民间文学艺术作品在很大程度上容易与民间文学艺术改编作品混淆,二者的关系本文前面部分已经论述不再复述。需要指出的是,记录人虽然不是民间文学艺术作品的主体,也不同于民间文学艺术改编作品的作者,但其忠实的记录活动不仅需要比较艰苦的劳动和投入,有时还需要具备特别的技能;鉴于其在民间文学艺术作品的传承和利用中具有特殊作用,法律对其利益保护应有所体现。关于记录人的权益,主要是署名权和劳务报酬权。众所周知,我国民间文艺领域长期以来有“采风”一说。与有完整构思方案的创作形式所产生的成果不同,民间文学艺术作品的原生形态多为口头相传的版本,难免零碎、混杂、粗陋,而且通常散存于居住在贫穷偏僻、对汉语普通话、乐谱、机械复制等现代化交流方式均不很熟悉甚至无法接触的族群之中,因此通过记录将这些作品固定下来形成较完整版本的过程是需要相当多投入的,尤其对那些濒临失传的民间文学艺术作品,记录人能将其发掘整理出来可以说功不可没。发现、整理、记录人对其发现、整理、记录的民间文学艺术作品虽然不享有著作权,但享有标明自己身份及获得相应报酬的权利。如果没有明确的法律规定为这些人的利益提供保护,则可能会造成无人愿意花时间精力去采风,从而加速闭塞之地的民间文学艺术作品更多地消逝得无影无踪的后果。在这方面,《条例》应当明确记录人的署名权和获得报酬的权利,即使用人使用记录者搜集、记录的民间文学艺术作品的,应当指明记录人的身份,并向其就其劳务支付相应的报酬(但这不等同于民间文学艺术作品的使用费),使用者不履行这一义务应当承担相应法律责任。当然,有的采风者进行的不仅仅是记录,而是再创作,如前文提到的“乌苏里船歌”则其形成的是民间文学艺术作品的改编作品,可以根据《著作权法》获得保护;只是著作权人行使权利应当尊重民间文学艺术作品主体的精神权利,使用人对改编作品进行商业化利用的,应当依据《条例》的规定履行相关义务。

另外,即使《条例》不作规定,民间文学艺术作品的表演者也可以根据现行《著作权法》第38条获得保护;根据该条,表演者对其表演享有的权利包括表明表演者身份、保护表演形象不受歪曲、许可他人从

现场直播和公开传送其现场表演,并获得报酬、许可他人录音录像并获得报酬、许可他人复制发行录有其表演的录音录像制品并获得报酬、许可他人通过信息网络向公众传播其表演并获得报酬的权利。口述人的地位与表演者类似,都是来自相应主体的成员,但一般说来口述人更加资深,有的甚至是根据族群习惯法确定的唯一或极少数传承人。在根据族群习惯法不得外传的情形下,相关的民间文学艺术作品处于未公开状态、仅限于内部传承使用的范围,使用人如果将表演或口述内容公开发表和获利的,表演者和口述人将依法承担共同侵权责任。不过,在绝大多数情况下,民间文学艺术作品流传地的族群成员往往淳朴热情,对其作品亦乐于分享,因此使用人的行为一般不会构成侵权,但其对民间文学艺术作品的商业化使用则应当按照《条例》进行使用登记和支付报酬。值得注意的是,文化领域追求原生态艺术风格的趋势日益明显,使用人通常更倾向于使用“正宗”的表演,即由民间文学艺术作品主体族群的内部成员按其传承方式进行原汁原味的表演。在此过程中,使用人基于支付劳务报酬的义务和回馈当地人的意识,也会向表演者支付一定报酬,并对表演者的署名权有一定的体现,比如,在“安顺地戏”案中,地戏作品的表演者是获得报酬和片尾致谢方式署名的。不过,对表演者支付的这些对价,并不能取代《条例》设定的使用登记和付费义务;明确这一点,有助于解决实践中关于民间文学艺术作品使用中的一些疑惑,尤其是使用者、民间文学艺术作品主体与成员个体之间的权利义务关系问题。比如,同一民间文学艺术作品往往同时在相邻的不同村寨、地区流传,使用者可以根据各种因素选择适合自己需要的某一村寨的表演者进行表演录制并支付报酬(通常这些村寨会设置门票准入制度,但是否准许录制表演和另行付酬仍要看有无其他约定);如果使用者使用民间文学艺术作品的方式不属于合理使用的情形,仍须依照《条例》规定到民间文学艺术作品专门管理机构进行登记交费,由该机构根据本文前述的程序和不同的权属登记结果将使用费转付能代表该作品流传地全部主体的代表机构、NGO或当地政府文化主管机构。至于族群外的机构专门组织族群成员进行脱离原生态环境的商业演出,更是典型的超传统范围的民间文学艺术作品商业使用方式,使用人需要依法进行登记和支付报酬。

(三) 民间文学艺术作品的登记制度

国家版权局颁布的《条例》草案第6条规定“国务院著作权行政管理部门设立专门管理机构负责民间文学艺术作品的著作权登记工作。经专门管理机

构登记的著作权文书是登记事项的初步证明。民间文学艺术作品未进行著作权登记的,不影响特定的民族、族群或者社群享有著作权。民间文学艺术作品著作权登记办法由国务院著作权行政管理部门另行规定。”此条款涉及的具体登记办法与整个民间文学艺术作品的保护机制紧密相关,需要详细讨论,特别是由谁登记、如何登记、登记内容和性质、登记方式等问题。当然,首先要明确的是,登记需要配置执行机构,可以由国务院著作权行政管理部门依法设立或指定的专门管理机构负责。这里,笔者认为,可以采取将登记与确权、登记与使用费收转分配两个重要问题分开的思路,即由民间文学艺术作品专门管理机构建立两套登记系统:权属登记和使用登记。

1. 建立民间文学艺术作品的权属登记和确权机制

首先,应当明确,对民间文学艺术作品的保护不以主体的事先登记为前提,登记仅是权利归属的初步证明。其次,目前绝大多数的民间文学艺术作品并无公认的、有效的主体或其代表机构;即使有权利主体或其代表人进行事先登记,也难以保证之后不会产生主体资格的争议,从而导致使用人向事先登记人获得许可的使用行为产生一系列不确定的后果。再次,对权利人来说,事先登记会涉及一定的成本支出,尤其是那些偏远地区的群体更缺乏事先登记的意识,只有知晓自己民间文学艺术作品已经被使用、且使用费已经交付专门管理机构代管的权利人,才有积极性主张自己的主体身份以便获得相应报酬。

考虑到这些因素,笔者认为要求民间文学艺术作品主体事先进行权属登记既不现实也无必要,而且,由于我国民间文学艺术作品分布和流传的复杂性,不难想象以登记为前提的保护是不科学、无法执行的;转换思维,不要将权属登记(包括之后的使用费收转分配)这一高度复杂的问题设置为使用民间文学艺术作品的第二道障碍,将其与使用人在一定期限内依法进行的使用登记分开更为可行。同时,这样也可以明示使用人,使其责任义务简单化,避免私下与某一自称的主体或代表达成协议、而后又有其他主体来主张利益分配时造成纠纷。简言之,建立权属登记与使用登记分离的机制,可以将可能发生的主体、客体等争议交给后面的程序去解决,不影响依据使用登记的规定对民间文学艺术作品进行利用和支付使用费。

当然,考虑到目前我国有些民间文学艺术作品的主体已经有了较强的法律意识,《条例》也应当规定相关主体的代表机构可以就其具体的民间文学艺术作品事先进行登记,具体的登记、公告和权属争议程

序由《条例》之外的细则或办法另行制定。这样,一方面相关登记文书可以作为权属的初步证明,另一方面欲使用某一民间文学艺术作品的人也可以参照权属登记的基本信息进行使用登记并交纳使用费。不过,这一涉及主体、客体的事先登记需要满足一定条件才可发生效力(即登记的主体代表机构有权收取和支配民间文学艺术作品专门管理机构收转的使用费)这些条件包括:其一,登记的主体代表机构必须能代表相应主体,比如有相应主体的集体签字授权书,或按照主体内部习惯法获得认可的其他证据;其二,设立一定的公告期间,任何人均可对登记的主体代表机构的资质或代表性向主管机构提出异议,期满没有异议或异议不成立的即推定登记的主体代表机构能代表相应的民间文学艺术作品的主体;其三,事先登记是否产生异议以及异议程序进展不影响相关民间文学艺术作品的使用,使用人可以直接依法使用民间文学艺术作品并到登记机关进行使用登记、交纳使用费,使用费由民间文学艺术作品专门管理机构按照没有事先权属登记的情形处理。

2. 建立民间文艺作品使用登记和付费机制

笔者建议借鉴民法上的提存制度,建立民间文学艺术作品的使用登记和公告制度,明确使用人在规定期限进行使用登记和支付使用费的义务。

我国的民间文学艺术长期传承,不同地区或族群的民间文学艺术作品形成了各自的特色,一般来说使用人都知道自己使用了民间文学艺术作品,也大致知晓使用的是哪个地方哪个族群的作品;即使对自己正使用或欲使用的是否民间文学艺术作品、是谁的作品没有把握,也可以查询参考相关文化部门已经建立的各级非物质文化遗产名录数据库了解情况。另外,我国全国性和地方性的民间文艺家协会汇集了大量相关领域的专家,要鉴定某一具体民间文学艺术作品的来源并没有想象的那么困难。事实上,在文化产业深化发展的今天,我国的民间文学艺术这一丰厚的资源蕴藏着大量的可发掘内容;如鲁迅所言,有地方色彩的文学艺术反而容易为世界其他文化所欣赏;⁽¹²⁾⁸¹正所谓越是地方的就越是世界的,很多使用人正是以某一民间文学艺术作品的特定来源地所具有的久远、神秘、新奇等元素作为商业化利用的卖点。《条例》应当规定民间文学艺术作品的使用者必须在一定期限内到指定机构进行登记并支付相应的使用费,且不能以其已经向民间文学艺术作品的表演者、传承人支付了采风或表演等劳务费用为抗辩(正如向歌手付费不等于向作曲家付费);为保证使用人履行此义务,《条例》后面应配合制定相应的条款予以追责。

对于民间文学艺术改编作品的商业性使用,使用人除了依照《著作权法》与改编作品著作权人事先协商外,也应当到民间文学艺术作品专门管理机构参照以上方式进行使用登记,并比照民间文学艺术作品本身的使用减交一定比例费用;民间文学艺术改编作品著作权保护期已满的并不解除使用人依法登记并交纳一定比例民间文学艺术作品使用费的义务。

3. 进一步明确和细化民间文学艺术作品登记制度的主要内容

笔者认为,颁布《条例》是为了鼓励我国民间文学艺术作品的传承和发展,防止对民间文学艺术作品的正当使用及其他侵权行为,调节民间文学艺术作品主体与民间文学艺术改编者、民间文学艺术作品使用者之间的权利义务关系。为实现这一宗旨,《条例》应当指示建立有操作性的具体登记制度以对民间文学艺术作品的商业性使用进行规范。

具体来说,民间文学艺术作品登记包括两个相互独立的系统:权属登记和使用登记。

其一 权属登记。民间文学艺术作品的主体是群体,而由群体的全部成员进行登记不具有可行性;而且,由于历史、地理、人文等原因,有些民间文学艺术作品本身的归属可能十分复杂,不可能凭借在专门管理机构的登记而简单地确定权属。将民间文学艺术作品的权属登记与使用登记和付费机制分离开,不会影响民间文学艺术作品的使用;围绕权属问题产生的主体和客体等争议及其解决方案,仅会影响专门管理机构收取的使用费之最终转付和分配去向。因此,民间文学艺术作品的权属登记,可以设计为一个由主体代表机构代为申请的机制,并辅以公告、争议程序,对主体代表机构资格、民间文学艺术作品的内容及归属等可能产生的争议进行协商解决;同时,考虑到民间文学艺术作品的主体多地处偏远、权利意识普遍欠缺等因素,登记的公告、争议解决方式,以及期间的设定等都应当相对宽松。比如,可以规定公告期为专门管理机构收到符合要求的登记申请之日起一年,公告的方式包括在民间文学艺术作品主管机构以及中国民间文艺家协会的官方网站上进行公告,在此期间任何人均可向负责登记的专门管理机构提出异议。民间文学艺术作品专门管理机构下设登记纠纷调解委员会,将民间文艺界的主要专家纳入专家库,收到争议申请后,委员会应当及时组织专家组召开争议申请人和登记申请人双方参加的听证,根据双方证据作出对民间文学艺术作品权属的裁决,必要时还可另行委托专家鉴定。对现有证据无法确定某一民间文学艺术作品归属的,纠纷调解委员会可裁决其为相关主体共

同所有;任何一方不服该裁决的可以在规定的期限内向人民法院起诉要求确权。另外,由于民间文艺文学艺术作品的特殊性,为了避免《条例》通过后法院的压力突增,可以规定民间文学艺术作品专门管理机构设立的纠纷调解委员会的听证和裁决程序为诉前的必要前置程序,以便对可能诉争到法院的案件之原告、被告的适格性,以及被使用的民间文学艺术作品本身的内容等问题事先进行判定,无程序瑕疵的委员会裁决可以作为法院判决的优势证据。民间文学艺术作品专门管理机构应当根据生效的裁决或判决进行公告登记。

其二,民间文学艺术作品的商业使用人应当主动在使用之前,或者接到主管专门管理机构的通知后一年内到民间文学艺术作品专门管理机构就使用情况进行登记,并交纳使用费。使用人可以在使用之前自己了解,也可以根据文化部门名录事先查询(或通过其他方式知晓)其使用的民间文学艺术作品基本信息并据此进行登记。民间文学艺术作品专门管理机构应当设立民间文学艺术作品使用情况登记和公告机制,公告已经登记的被使用的民间文学艺术作品之主体、客体、使用费收取等细节;专门管理机构还应设立民间文学艺术作品使用通知登记制度,对收到通知后没有主动进行登记的使用人采取书面公告通知,限定其在一年内进行登记和交费。在规定时期内若没有收到对所使用的民间文学艺术作品、作品的主体及其代表机构等方面的争议,民间文学艺术作品专门管理机构在扣除一定的管理费后,将民间文学艺术作品的的使用费转付所登记的相应的主体代表机构,由其按照族群内部规约或习惯法分配或使用。如果对民间文学艺术作品的主体或其代表机构有争议并在规定期限内提出的,民间文学艺术作品专门管理机构将留存该使用费,待相关民间文学艺术作品、主体及代表机构的争议纠纷最终解决后转付。

当然,民间文学艺术作品权属登记和使用登记制度的细则,如登记内容和相关期限、纠纷调解委员会的组成和职责、登记的撤销或变更、争议解决程序、通知和公告等事项涉及诸多细节,需要更全面的研究论证,可以稍后通过《条例》之外的细则办法另行制定和完善。在《条例》中仅需制定“民间文学艺术作品的著作权登记办法由国务院著作权行政管理部门另行规定”的过渡性条款作为缓冲。

(四) 民间文学艺术作品保护的受益人

制定《条例》的目的,是为民间文学艺术作品的保护设立法律依据,实质是通过设立专门管理机构收取民间文学艺术作品在传统范围外的商业性使用费、

并将相关费用转付民间文艺作品的权利人代表,由其用于鼓励、促进民间文学艺术的传承和发展。

为实现这一制度目的,《条例》所指的民间文学艺术作品的权利人,当然也就是其作品商业化利用的受益人,即创作和传承该作品的民族、族群或地区全体成员。为了避免民间文学艺术作品主体、客体的复杂性和不确定性给民间文学艺术作品的利用带来阻碍,笔者在前文论述了我国民间文学艺术作品保护机制的设立方式,即将民间文学艺术作品权属登记与使用登记相分离、由使用人直接向民间文学艺术作品专门管理机构进行强制性使用登记和交费的法定许可模式。其中,使用登记并不复杂,使用人只要遵守按期登记和交费的义务即可以放心进行商业化利用而不担心侵权风险;只要没有程序瑕疵,民间文学艺术作品专门管理机构可以代为收取和留存使用费,并将其转付最终确定的权利人代表或相应的公益机构。

民间文学艺术作品保护机制最终落脚点,在于专门管理机构代为收取的民间文学艺术作品法定许可使用费如何转付给其主体;解决这一难题点,还是要借助于权属登记与使用登记两个登记体系,并发挥各级政府文化主管部门和致力于民间文艺传承和发展的非政府组织的作用。具体说,为保障民间文学艺术作品主体的获得报酬权、使之能够获得其作品的商业化利用收益(惠益分享权),可采取以下措施:

1. 使用情况登记及其公示

由于登记事关相关各方的核心权利义务,民间文学艺术作品的使用情况应当登记和公示;事实上,明确使用登记的相关规定,目的就在于增加程序上的透明度、减少社会上可能出现的疑虑,同时也便于相关主体认领自己作品的商业使用报酬。如前所述,使用登记所记载的民间文学艺术作品主体、客体之信息在一开始仅是一种推定,争议发生时还应按争议解决后所确定的最终权属向相关主体转付报酬。

具体说,使用人使用了民间文学艺术作品的,应当在被使用的内容投放市场后的一年内到民间文学艺术专门管理机构登记,民间文学艺术专门管理机构也可以主动或应第三人请求通知使用人进行登记;使用人在收到通知后一年内未进行使用登记和支付使用费、并拒绝协商履行义务的,民间文学艺术专门管理机构可以请求法院判决其承担相应的法律责任。民间文学艺术专门管理机构应当将使用人对民间文学艺术作品的的使用信息登记备案,包括具体作品的名称、推定主体、使用人基本情况、使用数量和范围、使用报酬额及支付办法、使用方式及期限,等等,内容尽量详细。民间文学艺术专门管理机构还应当实时更

新并向社会公示已登记的民间文学艺术作品的的使用信息;考虑一定的滞后性,公示应当在使用登记完成之日起一个月内发布。

2. 基于权属登记的使用费收转

事先没有登记的民间文学艺术作品权利人,在民间文学艺术作品专门管理机构将使用登记情况公示后的两年内,应当向该机构进行权属登记,以便该机构将其收取的使用费分配给相应的主体(民族、族群或者地区全体人民)或其代表机构。这里,为转付使用费而进行的权属登记及相关的争议解决办法,可以比照本文前面所述的权属登记和确权程序处理。

如前文所述,民间文学艺术作品的权利人可就其作品进行事先的权属登记,经登记备案和公示无争议的民间文学艺术作品权属登记文书即可作为民间文学艺术作品专门管理机构转付相关作品使用费的依据;当然,民间文学艺术作品事先未进行登记的,也不影响特定的民族、族群或者地区人民享有其作品的使用收益。换言之,使用和权属登记公告期满且没有争议的,相关费用由民间文学艺术作品专门管理机构转付给被使用之民间文学艺术作品的受益人;如果主体发生争议,则按照程序最后确认的受益人(争议各方可以和解)转付相关费用;如果民间文学艺术作品专门管理机构代为收取的使用费自收取后五年内因权利人或其代表机构无法确认而不能分配的,自第六年起转入相应地区的依法设立的相关非政府组织(NGO)(如XXX民间文学艺术保护基金会;事实上基金会若能获得相关族群认可,完全可以作为其代表机构进行事先登记提前认领其民间文艺作品使用费);没有相关NGO的,转入当地地方文化主管部门(通常设有非物质文化遗产管理机构),用以鼓励当地民间文学艺术的传承、弘扬和发展。为体现信息公开,民间文学艺术作品专门管理机构应当将前述具体情况公示。

3. 民间文艺作品权属和使用登记数据库的建立与查询

民间文学艺术作品专门管理机构应当建立数据库,向社会公示民间文学艺术作品权属登记、使用登记以及使用费收转等相关情况并随时更新。

综上,笔者认为,《条例》应当结合民间文学艺术作品权属登记制度来解决受益人的确定和使用费转付机制;同时,依《条例》设立的民间文学艺术专门管理机构应当建立数据库,随时向社会公示民间文学艺术作品的权属状况、使用情况(包括变动情况)和使用费的收取和分配等相关情况。所有因主体或受益人无法确定而无法定向转付的民间文学艺术作品使

用费,应当交由专门的基金会或地方文化主管部门用于鼓励和支持国家民间文艺的传承。

三、结语

现代知识产权法律制度是由科技和文化相对发达的国家和地区创建和推行,随着高新科技的飞速发展,国际知识产权保护范围日益扩大、保护力度日益加强。可以说,在我国知识产权制度建立和发展的前30年,国内知识产权法律规则的制订和修改,主要是围绕着应对融入世界经贸体系的需要进行的;即使在国家知识产权战略实施之后,我国的知识产权法律制度完善的重点,也仍在于应对全球化和高新技术带来的挑战以及规范市场经济秩序的需要。相对来说,尽管各界很早就意识到遗传资源、传统知识、民间文学艺术是我国的长项,但与之相关的知识产权法律制度建设则未及推进;比如地理标志保护制度至今没有统一的立法和实施规则,而早在1990年即明确列入《著作权法》的民间文学艺术作品的保护,立法进程可谓十分缓慢。

民间文学艺术作品是中华文化的有机组成部分。面对民间文学艺术作品逐渐流失的现状,我国目前的研究不应该一直停留在是否应立法保护的问题上,而是要进一步论证落实怎么立法和怎么有效保护民间文学艺术作品的的问题;至于立法保护的客体是叫“作品”还是“表达”、“著作权”三个字的限定要不要去掉等都是技术性的问题,可以根据《著作权法》第三次

修订的最终结果进行调整。应明确的立法思路是:通过《条例》的制定,建立起一套可操作的民间文学艺术作品保护机制,一方面可以通过利益反馈激励主体继续传承和利用以挽救中国逐渐流失的民间文学艺术,另一方面也可以为我国今后在国际论坛上参与国际规则制定争取更多话语权。简言之,制定和通过《条例》的实质,是为我国民间文学艺术中那些具有作品表现形式的内容提供类似著作权的特殊权利保护。笔者认为,建立以严格的使用登记并以公告程序相配套的法定许可模式,并辅以允许权利人选择事先或事后的权属登记的确权程序,可以达到通过让权利人或受益人分享到其民间文学艺术作品商业性使用获益的方式来鼓励其保持民间文艺传承的目的。最后,要落实民间文学艺术作品的民事法律保护,罚则必不可少。具体的民事、行政、刑事责任规则可以参照《著作权法》制定,这里不再详述。还有一点需要再次强调:鉴于现实中民间文学艺术作品权利人主动主张权利极其困难,依《条例》设立的专门管理机构在民间文学艺术作品保护中具有特别重要的作用,应赋予其通知使用人按期进行登记、以及以自己的名义对违法者依法提起诉讼的权利。当然,要在现有的《著作权法》的框架下制定一种实质上属于特殊权利保护的制度并不容易,相关概念、措辞以及具体方案都尚待进一步斟酌;尤其在民间文学艺术作品的认定、登记公告程序方面还需进一步研究,并获得文化主管部门的配合。

参 考 文 献

- (1) 郑成思. 版权法(修订本) [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 1997.
- (2) 郑成思. 知识产权文丛(第8卷) [M]. 北京: 中国方正出版社, 2002.
- (3) 严永和. 论传统知识的知识产权保护 [M]. 北京: 法律出版社, 2006.
- (4) 管育鹰. 知识产权视野中的民间文艺保护 [M]. 北京: 法律出版社, 2006.
- (5) 张小勇. 遗传资源的获取和惠益分享与知识产权 [M]. 北京: 知识产权出版社, 2007.
- (6) 张耕. 民间文学艺术的知识产权保护研究 [M]. 北京: 法律出版社, 2007.
- (7) 黄玉焯. 民间文学艺术的法律保护 [M]. 北京: 知识产权出版社, 2008.
- (8) 中国社会科学院知识产权中心. 非物质文化遗产保护问题研究 [M]. 北京: 知识产权出版社, 2012.
- (9) 钟敬文. 民间文学概论 [M]. 上海文艺出版社, 1980.
- (10) Silke von Lewinski. 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 [M]. 廖冰冰, 等译. 北京: 中国民主法制出版社, 2012.
- (11) 卢海君, 洪毓吟. 著作权延伸性集体管理制度的质疑 [J]. 知识产权, 2013, (2): 51-55.
- (12) 鲁迅全集 [M]. 北京: 人民文学出版社, 2005.

(本文责任编辑 焦和平)