

民间文学艺术作品的版权保护

李永明¹, 杨勇胜²

(1. 浙江大学 法律系, 浙江 杭州 310028; 2. 浙江师范大学 法学系, 浙江 金华 321004)

[摘 要] 民间文学艺术作品法律保护立法滞后的现状威胁着人类文化的多元性及群体和民族的个性。历史和实证分析表明,民间文学艺术作品具有版权法意义上的作品性,版权保护应当是民间文学艺术作品法律保护中的核心手段。民间文学艺术作品的权利主体是多层次的。创作民间文学艺术作品的群体是原始的版权主体,传承人等相关主体则依其付出的劳动的性质获得相应的版权或其他权利。通过群体的代表或组织承担相应权益是民间文学艺术作品的集体版权实现的有效途径。应当针对民间文学艺术作品的特点构建相关的侵权行为和法律救济制度。

[关键词] 民间文学艺术作品; 版权作品; 集体版权; 权利主体; 法律救济

[中图分类号] DF523.1 **[文献标志码]** A **[文章编号]** 1008-942X(2006)04-0132-09

“民间文学艺术作品”一词译自英文的“works of folklore”、“expressions of folklore”或“folklore”等。英国考古学家 W. J. 汤姆森在 1846 年首先用“folklore”一词来表示传统的“民众知识”。后来,国际上统称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、手工技艺、服饰、风俗等为“folklore”^[1]。但目前,在各国的“folklore”尚未有人们普遍认同的内涵与外延。与前述英文词组相关的汉译还有“民间文学艺术”、“民间文学艺术表达”、“民俗”、“民族民间文化遗产”等,本文使用“民间文学艺术作品”这一表述。同时,本文亦将创作民间文学艺术作品的民族、传统部落或原著民等有关群体简称为“有关群体”。

一、民间文学艺术作品法律保护的现状

民间文学艺术作品作为一种文化现象和民间的习惯实践,陪伴人类从远古走到了今天。在漫长的历史岁月里,民间文学艺术作品在有关群体的习惯法的保护下,在群体内部及民间流传,成为该群体的精神纽带和象征。然而在全球化和商业化背景下的今天,西方国家认为民间文学艺术属于公有领域,任何人都无须征得同意即可以无偿使用,这就使得不仅创作了民间文学艺术作品的有关群体没有获得使用和利益的回报,而且出现了这些作品在传统流传范围之外被有悖于群体习惯和原创目的地使用的现象。

对发达国家文化科技成果的有偿利用和对发展中国家的民间文学艺术作品的无偿使用,造成了发达国家与发展中国家在版权^①贸易方面的严重失衡,国际社会以及历史文化遗产丰富的发展

[收稿日期] 2006-01-01

[本刊网址·在线杂志] <http://www.journals.zju.edu.cn/soc>

[作者简介] 1. 李永明(1961-),男,浙江杭州人,浙江大学法学院法律系教授,主要从事知识产权法研究; 2. 杨勇胜(1972-),男,浙江缙云人,浙江师范大学法学院法学系副教授,主要从事知识产权法研究。

① 本文所称的版权或著作权系同一概念。

中国对这种“文化新殖民主义”做出了回应。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,与会者为民间文学艺术作品的国际保护作出了努力。《伯尔尼公约》斯德哥尔摩文本第15条第4款规定:对于作品未发表,作者身份未详,但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及行使作者的权利。目前,已有五十多个国家在国内知识产权法中使用这一条来保护民间文学艺术作品^{[1]17}。1976年,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”)共同制定了《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》),以指导发展中国家对“在本国境内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”进行保护。1977年,非洲知识产权组织《班吉协定》附件7第46条规定,受版权法保护的“民间文学”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”。1982年,WIPO和UNESCO又共同制定了《保护民间文学表达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》)。1994年,世界贸易组织的《与贸易有关的知识产权协议》(以下简称“TRIPS”)对民间文学艺术作品的保护既未明文肯定,也未明文否定。有学者认为,希望保护它的国家当然可以做出该协定可保护民间文学的解释^[2]。

与国际社会的努力相呼应,一些民族多样、文化多元的国家也在积极地进行民间文学艺术作品保护的国内立法。1967年,突尼斯颁行了《文学艺术产权法》,成为第一个利用版权法保护民间文学艺术作品的国家。已有的五十多个将民间文学艺术作品的保护纳入版权法框架的国家,主要来自亚非拉。在有大量原住民的太平洋地区,许多国家正在建立或修订版权法,以保护原住民传统民间文化。多数西方国家视民间文学艺术为公有领域的作品,但英国是一个例外。英国在1988年的《版权法》中,明文规定按照《伯尔尼公约》的规定对民间文学艺术作品进行保护。澳大利亚的版权法没有明文规定保护民间文学艺术,但从该国一法院1995年就土著居民的艺术作品被越南地毯进口商侵犯一案的判决来看,其判例法确认了对民间艺术作品予以知识产权保护。另有一些国家的法律将民间文艺创作视为一般的文学艺术作品加以保护^[3]。2003年10月WIPO大会期间,政府间委员会编拟了两套有关传统知识和民间文学艺术表现形式的核心材料,以此作为保护传统知识和传统文化表现形式的国际框架^{[3]51}。

从前述国际公约的规定以及一系列的UNESCO和WIPO保护民间文学艺术的亚非拉地区磋商会来看,UNESCO和WIPO是建议在知识产权法律范围内解决民间文学艺术的保护问题的,并认为《示范条款》是各国采取行动时的良好框架,把版权保护放在首要的位置上。《土著居民权利宣言草案》第29条承认土著居民有权保护自己传统文化的知识产权,建议国际社会修改现有的知识产权公约或发展新型的知识产权,各国则应改进本国内与文化传统的实践和复兴相一致的知识产权制度。联合国计划开发署在一项关于保存土著居民文化的研究中,考察了当前的知识产权制度与土著居民的关系,提出替代当前知识产权制度的解决办法和土著居民可以考虑的战略:采用现有的(正在变化中的)知识产权制度或建立知识产权特别保护制度^{[4]46}。

但是,运用已有的版权法律制度来保护民间文学艺术作品时遇到了障碍,民间文学艺术作品较之于传统的一般版权客体在法律特征上存在差异:一是版权权利主体和作品权利的归属难以确定。传统观点认为版权属于个人,而民间文学艺术作品的权利主体是国家、民族、群体还是个人?二是民间文学艺术作品是否具有个人独创性。传统版权保护的作品须是个人的独创,而民间文学艺术作品是一个集体的和漫长的创作过程的产物。三是许多民间文学艺术作品是以未经“固定”的非物质形式存在,不能满足作品“须可固定复制”的要求;四是民间文学艺术作品一直处于流传及发展的

过程中,无法确定是何时完成创作的,因此,对它的保护期不能具体化,而传统版权的保护是有期限的;五是作品属于公有领域还是私有领域难以界定等。所以,国内外许多学者认为传统版权法不能为民间文学艺术作品提供有效保护,主张通过制定专门法来进行综合保护。还有的主张在现有知识产权保护机制基础上建立特别保护体系^{[5]45}。

我国1990年颁布的《著作权法》第六条规定:“民间文学艺术作品的著作权保护办法,由国务院另行规定。”该法在2001年修订时对此条未作修改,可见我国是把民间文学艺术作品纳入版权法保护范围的。但文化部和国家版权局先后起草的《民间文学艺术作品保护条例》和《民族民间文化保护法》均未出台。滞后的立法工作,与我国作为一个民间文学艺术遗产极其丰富的文明古国和文化大国的地位确实显得不甚相称。

二、民间文学艺术作品是版权作品

版权法的保护对象是“文学、科学和艺术作品”已为各国所公认,《伯尔尼公约》第2条表述为“文学和艺术作品”一词包括文学、科学和艺术领域内的一切作品,不论其表现形式或方式如何”。民间文学艺术作品是文学、艺术和科学作品之一,是文学艺术的一个类别,本身就与一般的文学艺术作品具有种属关系。所以,给予民间文学艺术作品版权保护在逻辑上不存在任何问题。民间文学艺术作品是集体创作的智力成果,是有关群体的思想的表现,是具有外在表现形式的智力活动结果。根据“版权只保护思想的表现形式不保护思想本身”^{[6]319}的原则,民间文学艺术作品显然是具有可版权性的,是可版权作品。

各国的版权国内立法,尚需结合本国的历史、政治、经济、文化、宗教、传统道德观念等具体国情,在可版权作品的概念的基础上附加一定的肯定或否定条件^{[7]317}。可版权作品满足了这些条件,便成为版权作品。肯定条件在英美法系是作品的独创性和可固定性,大陆法系国家并不将可固定性作为作品版权保护的肯定条件。迫切需要保护民间文学艺术作品的国家,可以针对民间文学艺术作品集体性、传承性等法律特征,为其进入版权法保护范围设置适当的肯定或否定条件,使民间文学艺术作品成为版权法意义上的版权作品。在肯定条件方面,应当引入集体版权(或群体版权)的概念,确认有关群体集体作者的身份,肯定民间文学艺术作品的独创性,排除对民间文学艺术作品的固定的要求等^①。

(一)作者。民间文学艺术作品是群体创造性思维活动的结果,不是没有作者,只是不是传统版权法意义上的个人作者而已,有关群体就是民间文学艺术作品的作者。美国的拉尔夫·欧曼认为,现代著作权中共同作品、集体作品和复合作品的概念是讨论民间文学艺术作品保护的有益基础。他认为,当代著作权正朝着集体著作权的方向发展^{[8]37}。卡达尔·普里也认为,“为了在版权的名义下保护民间文学艺术作品,确定作者并非难事”^{[9]12}。

(二)独创性。民间文学艺术作品的独创性表现在两个方面:首先表现为群体的独创性,相对于其他群体,本群体的民间文学艺术作品具有高度的独创性。每一群体的每一部民间文学艺术作品都各有特点和个性,这是不同的创作群体在其独特的历史传统、民俗人情、地理环境、社会心理、审美视角、艺术追求和表现手段等因素影响下进行创作的结果。例如我国的民间舞蹈,南方少数民族则踏足为节,婀娜柔韧,弯膝懈膊;北方少数民族或鹤步柳手,或呈森林骑射之姿,或扬草原放牧之情,或抒绿洲之趣。其次表现为传承人的独创性,传承人相对于前人,传承中必有一定独创性的发

① 否定条件是指将可版权作品排除于版权法保护范围之外的法律规定。如我国《著作权法》第4条规定:“依法禁止出版、传播的作品,不受本法保护。”本文主张民间文学艺术作品纳入版权法的保护范围,因此,对否定条件不作详述。

展。传承人在独特的地理人文环境中经历了生活的磨砺,形成各异的天资禀赋、性格爱好和表达习惯。传承人的创作不是对已有的民间文学艺术的简单再现,而是融入了自己的见解、构思、思想情感、审美意识和独立地取舍,融会了自身的艺术风格、表现手段等。“他们记忆、背诵、不断地完善作品,对民间文学艺术的传承付出了艰辛的智力劳动,体现了较强的创造性。”^{[10]48}正是历代的江格尔奇们(指演唱《江格尔》的民间艺人)创造性地运用蒙古草原勇士的故事,结合自己所处时代的社会现实,才逐步创作和完善了蒙古族英雄史诗《江格尔》。

在一些个案中,确定民间文学艺术作品的独创性确实并不容易。但是,我们注意到,在各国版权法中,对独创性的理解是多样的,甚至在同一国家,对不同作品适用不同的独创性标准。德国的“小铜币”理论对不同作品的“独创性”认定采用不同的标准,对一些特殊的作品不要求其具有“特别个性”,仅要求一般“单纯的个性”即可^{[11]384}。美国 Feist 一案将“独创性”定义为著作人独立创作,非窃取他人的,且至少具有少量的创作性^①。Bleistein 案确定的原则不要求作品存在什么创作高度,只要求作品是由作者独立完成^②。属于普通法的澳大利亚版权法虽没有保护民间文学艺术作品的明确规定,但在“在澳大利亚布伦·布伦案判决中的思路,等于在司法上承认了土著人艺术作品可以具有版权意义上的原创性。这种承认在庸布鲁尔案中再次得到肯定”^{[9]113}。WIPO 认为,一件作品的独创性指它是作者自己的创作,完全不是或者基本上不是从另一作品抄袭来的。

不论是按照 WIPO 的解释,还是考察大陆法系或是英美法系的版权法理论和实践,版权法为民间文学艺术作品的独创性的认定保留了空间。一般作品的独创性要求作品是由作者个人创作的。但独创性应当依据具体的国情和价值取向、作品的情况以及立法者的认识而解释。因此,我们要从民间文学艺术作品的特殊性出发,灵活地理解独创性。

(三)固定与复制。民间文学艺术作品只是未固定的表达,不是不能固定。多数民间文学艺术以口头等非物质的形态存在于民间,存在于集体记忆和个人记忆之中,是有关群体的传统习惯,是其独特的生命力的体现。有些群体则受文明程度的限制,缺乏复制的人才、工具和手段(如文字)。实际上,这样的群体也并不是没有记录和复制,例如岩刻、壁画、传统服饰、剪纸、工艺品、泥塑等形式本身就是一种记录^{[12]42}。版权保护制度应当顺应这一特殊客体的个性,排除对其物质固定的要求。在大陆法系国家,一定物质形式的固定并不是对作品进行保护的条件,《突尼斯示范法》也树立了固定规则的例外。1981年,澳大利亚工作组关于保护土著人民间文学艺术报告也认为,保护民间文学艺术作品不要求其固定在物质载体上。“作品的印刷和出版,不应是法律保护的唯一标准。”^{[9]305}实际上,有形复制的要求在科学技术高度发达的今天已没有实质意义。利用文字、音像等物质形式对民间文学艺术进行复制、出版和传播等已不存在任何技术上的障碍。

(四)公有性。西方从传统的知识产权概念出发,一切地把民间文学艺术作品归入公有领域是一种典型的文化霸权主义。民间文学艺术作品在群体内部代代相传,处于连续而缓慢的创作过程中,并且每一民间文学艺术作品流传于特定地域内,它们甚至是长期处于封闭状态之中。所以,尚未在有关群体之外公开和传播的民间文学艺术作品,都没有进入公有领域。美国的拉尔夫·欧曼针对“著作权旨在保护新创作,不是保护民间文学艺术的理想方法”的观点反驳说,民间文学艺术传统从来没有向公众进行著作权意义上的提供^{[8]37}。

民间文学艺术作品具有版权法上的可版权性,是版权作品。但在立法上,还须明确其内涵和保护范围。笔者认为,版权法保护的民间文学艺术作品是指由某一地域的群体集体创作或由群体的成员创作并为群体认可的,通过口传心授、模仿等方式在传统和习惯的背景下世代相传,具有相对

① 参阅 Feist Publication, Inc. v. Rural Telephone Service Company, Inc. 111 Sup. Ct. 1282(1991).

② 参阅 Bleistein v. Donaldson Lithographing Co., 188 U. S. 239, 23 S. Ct. 298, 47 L. Ed. 460(1903).

稳定的内容和表现形式又不断地为群体发展,成为承载群体精神、表象群体特征的文学和艺术作品。借鉴《突尼斯示范法》,可以纳入版权法保护范围的一是口头或书面表达的民间文学作品,如民间故事、民间诗歌、民间谜语和谚语,民间传说和神话,民间俚语、秘语和箴言等;二是音乐表达形式,如民歌民谣和民间器乐曲等;三是活动表达形式,如民间舞蹈、民间说唱、民间戏曲、民间游戏、民间体育活动、类似表演的节日庆典活动和宗教礼仪方式等;四是民间艺术作品,如民间穿戴服饰、民间装饰、民间绘画、民间建筑、民间工艺品和民间乐器等^①。

三、民间文学艺术作品的权利主体

民间文学艺术作品的版权首先应该归属于创作民间文学艺术作品的群体,这是基本原则。依据创造性的劳动应获得相应的版权权利和权利义务对等的原则,不同的主体参与了民间文学艺术作品的传承、发掘、整理、完善、提高、传播、保存、保护,民间文学艺术作品的原创者、传承人、发现人、记录人、收集人、整理人、传播人以及民间组织等也应享有相应的权利(版权或其他权利)。从这个意义上讲,与民间文学艺术作品相关的权利主体又是多层次的。

“现有的知识产权法体系深受自然法哲学影响,谁付出,谁获益,不仅有明确的可保护客体,还必须有可证明的智力劳动投入者。”^{[13]27} 版权的原始取得来源于主体的创作行为,创作行为属于事实行为,主体只要以自己的创作行为完成作品,即可以作者的身份依法取得权利。民间文学艺术作品是有关群体创作活动的外在表现形式,民间文学艺术作品的版权首先应该归属于创作该民间文学艺术作品的群体。传统版权法上的一切经济权利均适用于民间文学艺术作品,尤其是与民间文学艺术作品的常见使用方式相关的出版权、发行权、复制权、传播权、翻译权、改编权、表演权等。《突尼斯示范法》尤其强调了对民间文学艺术作品精神权利的保护,传统版权的四项精神权利:发表权、署名权、修改权、维护作品完整权无一例外地适用于民间文学艺术作品。另外,笔者认为,有关群体还应享有以下与精神方面有关的权利:一是保真权利,即维护民间文学艺术作品真实性和原生面貌的权利。为了强调与起源群体之间的联系,有关群体有权要求任何在其传统背景和习惯范围以外使用民间文学艺术时,必须注明民间文学艺术的出处,指出民间文学艺术的创作群体。有关群体有权禁止使用者歪曲、篡改、贬低、亵渎民间文学艺术作品。二是继承与再创作权。民间文学艺术作品具有集体性,群体中的任何成员都有权继承本群体的文化精神财产,可以在原作品的基础上自由进行再创作。三是回归权。有关群体对于在历史上,特别是殖民时期流落于群体之外的民间文学艺术,应享有将其追回的回归权。

传承人于民间文学艺术作品的继承、发展、创新并保持其生命力的意义是不言而喻的。根据前文所述,传承人在民间文学艺术作品的传承过程中往往付出了具有独创性的劳动,因此,在集体享有版权的前提下,传承人应当取得部分版权。传承人享有的部分版权可以侧重于财产权利,同时可以授予其发表时适当的署名权。

由于其民间性和地域性的特点,许多民间文学艺术作品因为缺乏传承人正面临消亡的命运,有的则流传于远离现代文明的边远地区,具有一定的隐蔽性,发现并将民间文学艺术记录下来,对于延续其生命非常重要。客观、忠实和尊重原貌是民间文学艺术作品收集记录的原则,收集记录人不能改变民间文学艺术原有的面貌,不能加入个人的主创意识。发现记录人在民间文学艺术作品的文字化、有形化过程中的付出不是具有独创性的劳动,所以不是经收集有形化了的作品的作者,该作品的版权仍由创作该民间文学艺术的群体享有。记录收集人不享有版权法意义上的署名权,应

^① 有关民间文学艺术作品的界定亦可参见蒋万来《民间文学艺术的法律保护》,载《电子知识产权》2004年第5期第19页等。

署名创作群体的名称,可以适当方式注明记录收集人。对于版权法意义上的财产权利,也只能属于有关的群体。记录收集人可以通过其与有关群体的约定获得与其在记录收集过程中付出的劳动相应的报酬。但对原始、零散的民间文学艺术作品进行整理并使之成为有初步成型的作品,整理人无疑是要付出具有独创性的劳动的,因此,整理人也就取得相应的版权。

丰富的民间文学艺术作品是一座富饶的艺术宝藏,是现代文学艺术创作取之不尽用之不竭的素材库。在实践中,对民间文学艺术进行改编和再创作非常普遍,原来可能默默无闻的民间文学艺术借此获得广泛的传播。改编和再创作注入了作者的独创性劳动,是作者情感、想像、思维等诸多个性创作心理活动的精神产物,符合版权法保护的要求,作者对经其改编或再创作的作品享有完全的版权,只要改编和再创作尊重了有关群体对民间文学艺术的真实标记权,不构成对民间文学艺术的歪曲、篡改和诋毁。掌握着传播的技术手段和艺术再现能力的传播人——出版者,表演者,录制者,有线、无线及网络等传播者,对于民间文学艺术作品传承来说是不可或缺的。在承认有关群体集体版权的前提下,民间文学艺术作品的传播人所享有的邻接权与一般作品的传播人所享有的权利应无二致,只是传播人必须尊重有关群体的集体版权,不得在未经许可的情况下,将民间文学艺术作品视为已进入公有领域而任意“传播”。

从方便群体权利行使的实际需要出发,民间文学艺术作品的集体版权可以由群体的代表来行使。这个代表在小群体可以是威望人士,在大群体则可以由群体的诸多代表组成,甚至可以吸纳群体成员之外的文艺工作者、法律专家、政府有关公务人员以及热心的志愿者参加组成一个非赢利的民间组织。通过立法拟制该民间组织为群体的版权主体,其名称可以为“民间文学艺术保护中心”或其他类似的名称。该民间组织代表有关群体的共同意愿,以确保有关群体真正行使民间文学艺术作品版权为宗旨,为实现群体在民间文学艺术作品方面的利益而开展活动。民间文学艺术保护中心有权根据设立的目的,以自己的名义提起诉讼,维护有关群体的民间文学艺术作品版权。

在民间文学艺术作品属于哪个群体的确不明,或在有关群体无力保护民间文学艺术作品,难以成为版权主体而向国家授权的情况下,国家可以成为版权主体。具体的“主管机构”可以是国家版权局或文化部,由立法确认,并接受立法机关、社会,尤其是有关群体的监督。加纳版权局局长阿梅加切尔先生认为,部落如何保护和行使著作权是个棘手的问题,有关群体本身或部落的传统机构难以胜任此工作,有必要按照《示范条款》第9条的规定建立权威机构(即主管机构)^{[14]265}。在《亚安蓬萨》一案中,加纳版权局代表加纳政府与纽约的保尔·西蒙·穆西奇签订合同(加纳著作权协会是合同的签字方之一),转让加纳民歌《亚,安蓬萨》的版权,以使保尔·西蒙·穆西奇在其名为《声音的精灵》专辑中使用这首民歌^{[14]263}。国内有观点认为,在我国可设立民间文学艺术集体管理制度,民间文学艺术权利所有人在无法行使版权或者行使权力存在实际困难时,将其权利授予半官方性质的版权集体管理机构,由该组织代为行使和管理^{[15]226}。

笔者认为,民间文学艺术具有别于一般作品的法律特征,其权利主体以及该主体所享有的权利的性质的判断应有自己的标准,那就是依照各个主体在民间文学艺术作品的创作和传承过程中所付出的智力活动的创造性程度和劳动的质与量,来确定其享有的权利是版权还是其他性质的权利,是原始版权还是部分版权,是版权的精神权利还是版权的财产权利。民间文学艺术作品的集体性、流传变异性等特点也表明,其创作与流变过程中可能涉及的主体是非常复杂多样的,本文亦未穷尽。所有其他可能享有相应权利的主体都应依据上述原则各归其位,各取所得。

四、侵权行为及法律救济

在实践中,侵害民间文学艺术作品版权的行为主要有以下几点:一是非法使用。即未获得有关

群体或国家“主管机构”的许可,以营利为目的,并且超出民间文艺传统和习惯的背景的任何使用。二是在使用民间文学艺术过程中,故意或过失地未注明作品的来源群体或地区;使用人擅自许可第三人使用民间文学艺术作品;使用民间文学艺术作品超出许可使用的地区、规模;以未经许可的方式使用民间文学艺术作品等。三是故意以非民间文学艺术作品冒充民间文学艺术作品;以非该群体的民间文学艺术作品冒充该群体的民间文学艺术作品;盗用某群体的民间文学艺术作品为自己创作的作品;滥用、歪曲、篡改、淡化民间文学艺术作品,损害群体形象,伤害群体感情的行为以及其他损害行为;使用者不尊重民间文学艺术的口述者、表演者、收集记录者、整理者、翻译者的应有权利的行为等。

目前,多数保护民间文学艺术作品的国家,对于民间文学艺术作品的侵权行为的法律救济与侵犯一般作品著作权的法律救济的方法基本相同。根据1999年修改的尼日利亚著作权法第29条(A)第1款规定,任何自然人,未征得尼日利亚著作权委员会同意对民间文学艺术表现形式犯有第28条规定行为的,或对民间文学艺术来源故意提供假信息,或故意歪曲民间文学艺术表现形式,以致对产生民间文学艺术的民族的荣誉、尊严或文化利益带来损害,是触犯该法的一种犯罪行为。如果是个人所为,这个个人将被判处最高为10万奈拉的罚金或12个月的刑期,或者同时处以罚款和坐牢。如果是法人团体所为,则将被处50万奈拉的罚金。另外,法院可能命令侵权者将在侵犯过程中所用的侵犯或违法文章交给尼日利亚著作权委员会^{[19]41}。

《示范条款》规定的民间文学艺术作品侵权行为法律责任主要是罚款、监禁,具体处罚的方式和措施则交由各国的立法机关去解决。在我国,《示范条款》规定罚款、监禁的法律责任分别属于行政处罚和有期徒刑。结合民法通则、著作权法、行政处罚法、刑法等其他法律的规定,我国现有法律体系对民间文学艺术作品有下列救济措施:一是民事救济。民事救济的方式主要有停止侵害民间文学艺术作品版权的行为,消除由于滥用、歪曲、篡改民间文学艺术作品等行为而给群体带来的恶劣影响,对侵权行为给群体造成的精神损害进行赔礼道歉、赔偿损失等。二是行政救济。行政救济的主要方式有责令停止与侵害民间文学艺术作品版权有关的营业,没收侵害民间文学艺术作品版权的违法所得,销毁或向有关群体转移侵权复制品及制作侵权复制品的设备、罚款等。三是刑事救济。根据刑法第217条的规定,以营利为目的、未经版权权利人许可复制发行民间文学艺术作品,违法所得数额较大或者有其他严重情节的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金;违法所得数额巨大或者有其他特别严重情节的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金。

另外,我国2001年修订的《著作权法》第49条规定:“著作权人或者与著作权人有关的权利人有证据证明他人正在实施或者将实施侵犯其权利的行为,如不及时制止将会使其合法权益受到难以弥补的损害的,可以在起诉前向人民法院申请采取责令停止有关行为和财产保全的措施。”该条款被人们称作我国版权法的临时禁令救济制度。禁令救济是知识产权法律救济的常用手段之一,其作用在于制止即将发生的侵权行为,在实体争议获解之前,防止侵害行为的继续,避免给权利人造成进一步的损失。民间文学艺术作品的侵权行为具有多发性,极易造成群体情感伤害、可能流落国外、可能导致民间文学艺术毁灭的特点,即时的禁令救济是十分必要的。禁令救济可以及时制止即将发生或正在发生的民间文学艺术作品版权侵权行为,避免可能给有关群体和国家的文化利益带来灾难性的后果。

笔者认为,借鉴公益诉讼制度有利于构建理想的民间文学艺术作品法律救济体系。鉴于民间文学艺术的集体性,利益的公共性,可以借鉴公益诉讼制度作为一种对民间文学艺术作品版权侵权行为的救济制度。公益诉讼原来意义上的目的是主持社会正义,实现社会公平,以维护国家利益和社会公共利益。公益诉讼的起诉人可以是与案件无任何直接利害关系的人以及法律规定的组织或国家机关;原告提出的诉讼请求不需要具体化,一般是要求法院发禁止令,或赋予法院较多的自由

裁量权。在民间文学艺术作品法律保护方面,由于社会发展水平、维权意识、知识能力、交通、信息、技术各方面的原因,有关群体很难及时发现侵权行为并提起诉讼,在诉讼中也可能无法完成自己的举证责任。所以,借鉴公益诉讼制度,进一步扩大原告的范围,可以由民事诉讼法或民间文学艺术作品版权保护法规定有关群体的“组织”(如民间文学艺术保护中心)以及与案件不具有实体上直接利害关系的个人或其他组织获得真正意义上的原告资格,在有关群体对民间文学艺术作品享有的权益受到侵害或可能受到侵害时提起诉讼,追究侵权行为者的法律责任。对那些为了保护民间文学艺术作品而起诉的公民或组织,应当给予援助或奖励。同时,增加行政先行处理程序,相对于形式、消极、被动的司法权而言,行政权具有直接性、主动性、高效率的特点。在有关群体对民间文学艺术作品所享有的权利受侵害或可能受到侵害时,法律授权的组织或公民可以先向行政机关申诉或举报,在申诉或举报未果的情况下行使诉权。

另外,对于民间文学艺术作品的保护,习惯法的成文化非常重要。民间文学艺术作品的创作、使用和传承是在群体传统习惯支配下的一种实践活动。“遗憾的是,目前这方面的文献只研究知识产权在保护民间文学艺术中存在的不平衡的技术问题,而掩盖了其他一些重要的方面,例如,民间文学艺术为何具有约束力,传统执法是如何进行的。由于民间文学艺术包含的不同群体的实践是非法典化的,因此它是这些群体的习惯法的一部分,当然属于习惯法体系。首先应由习惯实践来确定民间文学艺术的构成。”^[17]⁴⁸ 国际劳工组织大会于1991年通过的关于独立国家中土著和部落人民的169号公约,要求各成员国充分考虑有关群体的习俗和习惯法。在1999年保护太平洋岛屿原住民传统民间文化表现形式地区讨论会上,卡迈尔·普里和原住民文化遗产和事务局局长阿罗哈·米德都认为,在传统知识的保护方面,应当适用古老的习惯法规则。“加纳宪法规定,习惯法是国内法的一部分……民间文学艺术的全部权利基本上来源于特定群体成员的习惯和实践,习惯法下的执法机制是切实可行的。”^[17]⁴⁹ 在成文法高度发达的今天,习惯法虽然已经弱化,但习惯规则的成文化仍大量存在。在民间文学艺术作品的版权保护立法时充分考虑了群体地区的习惯性实践,习惯规则一旦经过立法程序成文化了,那么它的效力就不像习惯本身那样对群体以外的人鞭长莫及了。

【参 考 文 献】

- [1] [澳]卡迈尔普里.国家的法律对民间文学表现形式的保护[J].著作权,1993,(4):12-18.
- [2] 郑成思.世界各国的民间文学艺术保护状况[N].知识产权报,2002-07-05(3).
- [3] 朱枫叶.保护传统知识:知识产权领域的新课题[J].社会观察,2005,(5):50-51.
- [4] [英]莱切尔·迈西,克利斯托夫·斯蒂芬斯.知识产权、法律和土著居民艺术[J].高凌瀚,译.版权公报(中文版),1998,(4):42-54.
- [5] 刘华,胡武艳.民间文学艺术及其特别保护体系研究[J].华中师范大学学报(哲社版),2004,(3):41-46.
- [6] CORNISH W R. Intellectual Property: Patent, Copyright, Trademarks and Allied Right[M]. London: Sweet & Maxwell, 1981.
- [7] 金渝林.论版权理论中的作品的概念[A].刘春田.中国知识产权评论:第1卷[M].北京:商务印书馆,2002. 213-226.
- [8] [尼日利亚]富拉林·席隆.非洲国家民间文学艺术的保存、维护的法律保护概况[J].高凌瀚,译.版权公报(中文版),1998,(4):31-41.
- [9] [澳]卡迈尔·普里.民间文学艺术表现形式的保存与维护[J].高凌瀚,译.版权公报(中文版),1998,(4):3-30.
- [10] 张革新.民间文学艺术作品权属问题探析[J].知识产权,2003,(2):48-50.
- [11] 李伟文.论著作客体之独创性[J].法学评论,2000,(1):84-90.
- [12] 杨新书,刘水云.论中国民间文学艺术版权保护[J].著作权,1993,(4):39-43.

- [13] 管育鹰. 传统知识及传统文化表达的法律保护问题[J]. 贵州师范大学学报(哲社版), 2005, (2): 25-29.
- [14] [加纳] A. O. 阿梅加切尔. 著作权保护民间文学艺术——措辞的矛盾[J]. 张林初, 译. 版权公报(中文版), 2002, (2): 22-29.
- [15] 雷群安, 刘华. 民间文学艺术集体管理制度初探[J]. 求索, 2004, (3): 225-226.
- [16] [尼日利亚] 艾查克伍·马格纳斯·奥吕齐. 依法保护民间文学艺术的各种表现形式[J]. 黄宝祥, 译. 版权公报(中文版), 2000, (2): 40-45.
- [17] PAUL K. Protecting Folklore under Modern Intellectual Property Regimes: a Reappraisal of the Tensions between Individual and Communal Rights in Africa and the United States[J]. American University Law Review, 1999, (769): 769-850.
- [18] [加纳] 保尔·库鲁克. 非洲习惯法和民间文学艺术的保护[J]. 版权公报(中文版), 2002, 7(2): 1-21.

Copyright Protection of Works of Folklore

LI Yong-ming¹, YANG Yong-sheng²

(1. Department of law, Zhejiang University, Hangzhou 310028, China;

2. Department of law, Zhejiang Normal University, Jinhua 321004, China)

Abstract: The human cultural diversity is being faced with severe threatening by the lack of legislation for folklore's protection. After analyzing the dialectical relationship between the practical requirement and the value of copyright legislation, examining the historical development of the objects of copyright and combining the theoretical description and positivist analysis towards folklore's originality and reproduction, it confirms that works of folklore belong to the copyrighted works, and the copyright law must be the core means of folklore' legal protection. The intellectual proprietorship of folklore works is multiple. Under the principle that creative work deserves equivalent interest of copyright and the principle of reciprocity of rights and obligation, the copyright of folklore belongs first of all to its writers, and the other relevant persons enjoy the irrespective shares of the copyright or other rights. By electing certain representatives, groups of folklore writers or nongovernmental organizations can effectively obtain the collective copyright of folklore. The relevant system of copyright infringement and its relief of folklore should be set up according to the characteristics of folklore.

Key words: Works of Folklore; Copyrighted Work; Collective Copyright; Subject of Copyright; Legal Relief

本刊讯:2006年6月27-28日,由浙江大学艺术学院主办的“两宋绘画史研究学术研讨会”在杭州召开,来自中国美术学院、上海大学、南京艺术学院、浙江省文物局、浙江省社科院等高校及单位的四十多名专家学者参加了研讨会,本刊常务副主编楼含松副教授、执行总编徐枫编审也应邀参加了会议。与会代表就两宋绘画研究的现状、具体代表人物及其创作等专题展开了热烈讨论。