

民间文学艺术的权利归属

龙 文

民间文学艺术是群体创造积淀和个体传承表现二位一体、无形的智力创造成果与有形的物质承载对象难以分割的文化原生形态。尽管在现实生活中它表现为纷繁复杂的事象，然而一旦我们试图运用法律手段来加以保护，就应当透过现象看本质，分析出确切的保护对象及其权利归属，才能确立务实的保护原则，进而建立一套可操作性较强的法律保护体系。

知识产权制度是保护民间文学艺术最为现实的选择，不过“公有领域”的概念一直构成民间文学艺术知识产权保护的最大障碍。按照发达国家确立的知识产权保护规则，没有特定权利主体的文化现象，以及存在超过一定时间的文化成果都被视为“公有领域”的东西，任何人均可随意使用而无需征得他人的许可，更不必向他人支付使用费。据此，那些自古以来就有的文化成果，以及在传统文化现象基础上自然发展的民间文学艺术传统都将属于公共资源，人人得根据自己之需取而用之。¹

将民间文学艺术纳入“公有领域”的观点似是而非。民间文学艺术的“民间（Folk）”一词并非就全人类而言，而是指特定群体，民间文学艺术是群体创造积淀和个体创编表演二位一体的文化传承形态，即便按照最西方化的认识，也不能断言它是没有特定权利主体的文化现象。事实上，传统社群常常有自己的习惯法规范和控制传统知识的接触使用和民间文学艺术的创造利用，尽管群体和群体之间可能完全不同，但也决非必然与现行的知识产权体系的理论基础大相径庭。

例如，有的传统社群通过社会手段来保持它们口头传统的可靠性。当库巴人想复述一段团体证词时，他们成立一个库姆（Kuum）或秘密会议（secret conclave），在会上指定一个发言人，让他背诵证词，在大家都同意后再在公众面前复述。更具强制性的情况发生在波利尼西亚，如果一位发言人的表现不完善，可能要受到例行的惩罚。在不久以前的新西兰，背诵者对传统有最微小的偏离都会立即遭到处死。

在传统的公共控制非常严厉的情况下，个人复述者的风险是他或她总是小心地限于复述的最简短的形式，口头传统也保持的最好。而在讲述者因为可供利用的传统非常丰富从而削弱了社会控制程度的地方，个性因素将在选择和表达上表现出来，传统的流变性也将体现出来。

另一种保持口头传统的精确性的方式是限制其扩散，将其作为一个特殊群体的财产。这样它们就变成秘密知识，其他人可以拥有，但不许传播。比如在卢旺达，某些家庭受委托担任已经选择出来的传统的监护责任，并以社群特权作为交换。如果他们想保持特权，挑选出来的家庭必须

¹ 唐广良：《知识产权的国际保护》，p. 483，知识产权出版社，2002。

防止把传统变成公共财产。

可以说，传统社群控制知识扩散的重要办法就是使它可供专用，使它具有产权性质，建立对珍贵资源的排他性的或有序的获取。

在太平洋上的托布里安德岛人确实可以买传统。因此某个奥马拉卡那（Omarakana）的首长有一次给了某个托马卡姆（Tomakam）的后代食物和珍贵的物品以交换舞蹈、歌唱和他们所拥有的传统的评论。

我们较为熟悉的自己工业化社会中的例子是技术许可协议，通过该协议，专有知识和技术在服从某种限制的情况下在选择的基础上提供给其他人以交换特许使用费。²

由此可见，如格雷厄姆·杜特菲尔德所言，“设想存在一个集体/群体知识产权的一般形式也许是南辕北辙，因为它忽略了传统财产权体系巨大的多样性，其中的许多是高度复杂的。”³

因此，在考虑民间文学艺术的知识产权归属时，应当进行分解，不宜将其笼而统之地归属为一个当然主体，无论是国家、民族，还是社区或个人。下图揭示了民间文学艺术的创造来源：

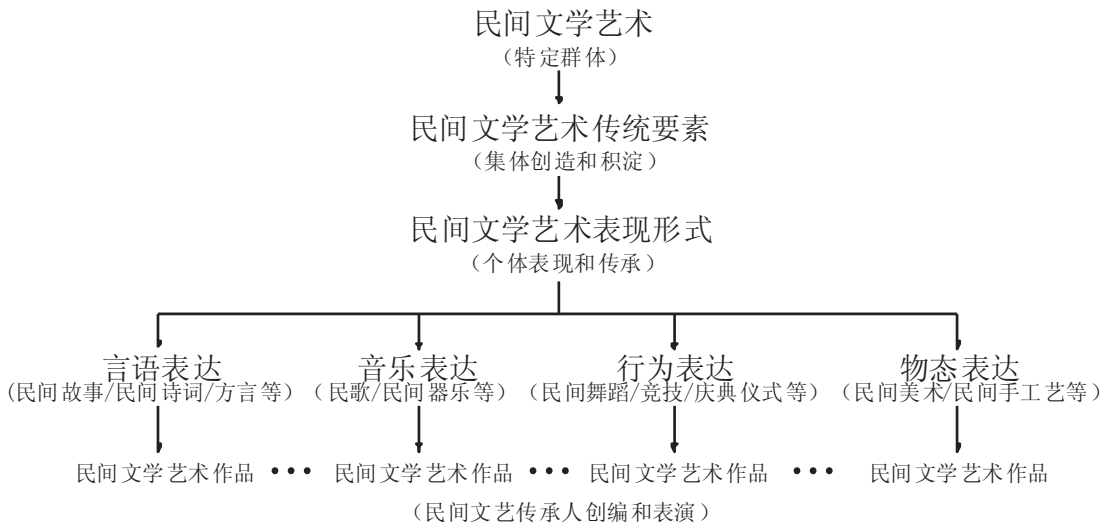


图 1：民间文学艺术的创造来源

民间文学艺术是群体创造和个体传承二位一体的文化原生态，群体的民间文学艺术传统要素（Characteristic Elements of Folklore）如果没有民间文学艺术传承人的创编与表演、没有群体成员的模仿与再现，就不可能代代传承下来。个人的创编、表演、模仿与再现如果不以民间文学艺术传统要素为蓝本，则失去了传统文化的灵魂。正如一棵大树，如果失去了繁茂的枝叶，只能成

² [英] 马克斯·H·布瓦索：《信息空间：认识组织、制度和文化的框架》，王寅通 译，p.195-196，上海译文出版社，2000。

³ Graham Dutfield, *Protecting Traditional Knowledge and Folklore: A review of progress in diplomacy and policy formulation* / 2.5 Intellectual property in traditional societies, p.14-15, UNCTAD/ICTSD, October 2002.

为枯木一桩，而繁茂的枝叶如果失去了深根巨茎的承载，也只能凋零散落，二者是浑然一体、相依为命的。正因为如此，民间文学艺术才成为兼具群体创造性与个体创编性、传统稳定性与时代变异性、信息封闭性与文化扩张性等等众多矛盾性格且充满张力的奇特统一体。

确定民间文学艺术表现形式（Expression of Folklore）所归属的群体必须通过考察群体成员个人的模仿再现尤其是民间文学艺术传承人创作的民间文学艺术作品，甚至要对比民俗文物来实现。因此，记录、整理和发表民间文学艺术传承人创作和表演的民间文学艺术作品和表现形式以及发掘和保护民俗文物，不仅对于抢救民族民间文化意义重大，同时也是对于民间文学艺术知识产权保护的有效促进。

应当说，群体的民间文学艺术传统要素尚处于以保护个人权利为出发点的现行知识产权体系之外，它实际上归属于国际社会正在讨论的一个更为宽泛的权利系统：传统资源权（Traditional Resource Rights）。

“传统资源是原住和本地社群体现传统生活形态并保持身份的核心所在。因而，控制这些资源是他们为其保护家园和领土而斗争的中心问题。发展一个专门权利可以有效联系外部力量与本地群体，该权利必须在接触和传递问题被讨论之前首先保护原住和本地社群并确保其控制家园、领土和资源。进而，对于原住居民和本地社群所拥有的知识、发明和实践及其土地和领土上保存的生物资源的更广泛的使用和应用，通过协商达成公平的利益分享。适当和有效的保护和利益分享程序不可避免地需要从经济或社会生态学决定的立法和政治框架转换到一个权利驱策体系。

“传统资源权用以定义可用来保护、补偿和保存传统资源的许多权利。从知识产权到传统资源权这一术语上的变化反映了一种在知识产权保护和补偿概念之上所作的努力，它认识到，传统资源——既是有形的也是无形的——已被涵盖于可形成一个专门权利之基础的大量国际条约之下。

“传统资源权是一个综合的权利概念，它由人权原则所指导，认可文化和生物多样性之间无法分割的联系，包括：基本人权；自决权；集体权；土地和领土权；宗教自由；发展权；隐私和事先明确同意权；环境完整权；知识产权；邻接权；订立法律协议权；保护文化财产，民间文学艺术和文化遗产权；承认文化景观；承认习惯法和实践，和农业资源权。”⁴

民间文学艺术是传统资源的重要组成部分，而民间文学艺术传统要素则是民间文学艺术保护的核心。如联合国教科文组织《保护传统文化和民间文学艺术建议案》所承认，该组织和世界知识产权组织在知识产权方面开展的工作只触及维护传统文化和民间文学艺术的一个方面，故在各方面采取不同的措施是当务之急。因此，在集体的民间文学艺术传统要素的保护与现行知识产权

⁴ Graham Dutfield, <http://users.ox.ac.uk/~wgtrr/trr.htm#key>, Maintained by Graham Dutfield, Last update of this page on January 9, 2002.

保护体系不兼容的情况下，将视野拓展到更为宽泛也更为兼容的传统资源权体系，不失为明智之举。

由于民间文学艺术传统要素与个人的模仿、再现和创作二位一体，民间文学艺术的保护不可避免地涉及到群体成员个人的知识产权。集体中的每一个成员在日常生活中都会有意识或无意识地模仿和再现民间文学艺术传统要素，融入的个人创作成分有多有少，那些自觉地学习和运用民间文学艺术传统要素进行创编和表演的民间文学艺术传承人自然也应当获得公平的利益回报。民间文学艺术表现形式当中，那些符合作品条件的可被纳入著作权法加以保护，但现有的版权保护范围并不涉及民间文学艺术传统要素，甚至不能完全覆盖民间文学艺术表现形式。

下图揭示了版权所保护的一般作品、已在版权保护之下民间文学艺术作品、以及版权所难以涵盖的民间文学艺术表现形式三者之间的逻辑关系：

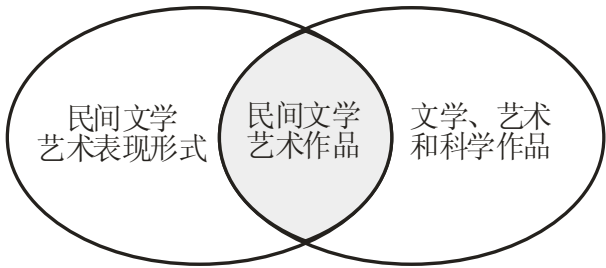


图 2：民间文学艺术表现形式、民间文学艺术作品和一般作品的逻辑关系

国际社会在一段时间以来倾向于拓展版权范围来保护民间文学艺术。但是，且莫说民间文学艺术传统要素非版权所能保护，即便是民间文学艺术表现形式也远远大于现行版权法实际保护的**范围**。究其根源乃在于，民间文学艺术传统要素是一种特殊的传统知识，**其实质是在群体与个体二位一体的民间文学艺术创造中所承载的具有独特性、群体一致性和传承延续性的程式化信息**。这种程式化信息由群体创造积淀并由群体成员口传身授，在丰富多样的民间文学艺术表现形式中体现出来，有的表现形式通过民间文学艺术传承人的创造性劳动加以创编和表演，符合作品的条件，就可以被称之为民间文学艺术作品。

在人类将要或正在进入信息社会的今天，信息也作为财产权的重要内容为人们所重视。正如郑成思先生所指出，信息社会既然已经（或将要）把信息财产作为高于土地、机器等有形财产的主要财产，这种社会的法律就不能不相应地对它加以保护。就是说，不能不产生出一门“信息产权法”。事实上，这门法律中的主要部分，也是早已有之的（至少是信息社会之前就已存在着的），这就是传统的知识产权法⁵。从逻辑上讲，既然个人对其创新的信息拥有知识产权，为什么群体对他们集体创造和延续的传统信息不能享有同样的权利呢？

⁵ 郑成思：《信息、信息产权及其与知识产权的关系》，载《中国知识产权报》理论版，2003 年 11 月 4 日。

创造、积淀并维系民间文学艺术传统要素的特定群体可区分为三个层面，即国家、民族和社区群体。特定群体对民间文学艺术传统要素所享有的权利实际上是对于由其集体创造和延续（也即编码和传递）的程式化信息所应当拥有的传统知识财产权利，而群体成员个人所享有的权利可以作为传统知识财产权利的邻接权看待，其中符合作品条件的仍然可以纳入版权的保护范围。可以说，只要传统资源权不确立，传统知识财产权利就没有立足之地，民间文学艺术传统要素也就无法真正获得有效保护。目前的版权保护是无奈之举，是理想与现实之间暂时妥协的产物。

如果传统资源权能够尽快确立，那么民间文学艺术就能够得到真正的全面保护。一方面，传统资源权承认无形文化遗产归属于特定群体的合法性，使得为保护群体智力成果而设立的传统知识财产权利可以名正言顺地纳入知识产权体系；另一方面，现行知识产权体系的既定构架不会受到过大的冲击，仍然能够发挥其最大效能。毕竟，用版权法来保护民间文学艺术传统要素过于勉强，不符合西方发达国家的习惯思维，这也是他们一直有所保留的症结所在。

下表是笔者对于民间文学艺术的知识产权归属的初步构想，谨呈读者批评指正。

权利	权利主体	权利客体	智力成果创造方式
传统知识财产权利	特定群体（社群、民族和国家）	民间文学艺术传统要素	创造和积淀
传统知识传承者权（传统知识财产权利的邻接权利）	群体成员或该群体之外的不特定人	民间文学艺术表现形式	模仿、再现、表演、创编
版权	传承人	民间文学艺术作品	符合作品条件的民间文学艺术表现形式
	作者（非群体成员）	文学艺术作品	基于民间文学艺术成果再创作的作品
表演者权（版权的邻接权）	传承人	民间文学艺术表演行为	遵循民间文学艺术传统要素进行表演
	表演者（非群体成员）	作品表演行为	对民间文学艺术作品进行表演