

建设民间文学艺术惠益 分享制度的著作权路径 探索

陆瑜莉

上海大学法学院, 上海

收稿日期: 2024年1月23日; 录用日期: 2024年2月5日; 发布日期: 2024年3月28日

摘要

中国的民间文学艺术十分丰富且极具价值, 但正面临着被滥用、被盗用等现实困境。为实现“公平公正地分享因利用民间文学艺术产生的惠益”这一目标, 试从著作权法框架下探寻一条出路: 首先, 在辨析“文学艺术作品”“民间文学艺术作品”“非物质文化遗产”三个概念逻辑关系的基础上, 建议删去“民间文学艺术作品”概念内涵的集体创作要件, 并进一步明确世代传承要件的涵义, 即世代传承并非是持续的最终状态且不宜设定最少传承年限; 其次, 从“首次利益分配”与“二次利益分配”角度去具体构建相关著作权制度。在“首次利益分配”问题上, 通过“从解释论上延展对现有的著作财产权保护期的理解”“创设‘视为许可’制度”等具体的著作权制度路径来实现民间文学艺术作品的著作财产权。在“二次利益分配”问题上, 引入“追续权”的同时对其行使主体和权利金提取比例做出限制。

关键词

民间文学艺术作品, 非物质文化遗产, 惠益分享制度, 著作权路径

Exploration on the Copyright Path of Building a Benefit Sharing System for Folk Literature and Art

Yuli Lu

School of Law, Shanghai University, Shanghai

Received: Jan. 23rd, 2024; accepted: Feb. 5th, 2024; published: Mar. 28th, 2024

Abstract

Chinese folk literature and art is rich and valuable, but it is facing the practical difficulties of being misused and misappropriated. In order to achieve the goal of “fair and equitable sharing of benefits arising from the use of folk literature and art”, try to find a way out under the framework of Copyright: First, on the basis of identifying the logical relationship between the three concepts of literature and art works, folk literature and art works and intangible cultural heritage, it is proposed to delete the collective creation element from the connotation of folk literature and art works and further clarify the meaning of the element of transmission from generation to generation, that is, transmission from generation to generation is not a continuous end state and it is not appropriate to set a minimum number of years of transmission; Second, the copyright system should be specifically constructed from the perspectives of “first benefit distribution” and “second benefit distribution”. On the issue of “first benefit distribution”, the property rights of folk literature and art works are realized by extending the understanding of the existing protection period and creating a “deemed license” system. On the issue of “secondary benefit distribution”, the “right of renewal” is introduced, while restrictions are imposed on the subjects of its exercise and the percentage of royalty withdrawal.

Keywords

Folk Literature and Art Works, Intangible Cultural Heritage, A Benefit Sharing System, The Copyright Path

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题的提出

在中华文明上下五千年中，民间文学艺术是普通民众的智慧结晶，展现着当时社会的精神面貌，也给如今留下了无数闪烁着耀眼光芒的文明瑰宝，但也正面临着被滥用、被盗用等困境，就拿中国古代文学作品中的女性人物花木兰来说，被国内影视剧魔改其内容及精神内涵，被国外无偿翻拍赚得盆满钵满¹ [1] [2]。目前，学界就如何保护民间文学艺术问题已从定义、主体、客体、权利的保护期、保护模式等传统研究视角展开了激烈讨论[3] [4]。而随着《知识产权强国建设纲要(2021~2035年)》(以下简称《纲要》)的发布，第一次明确提出要“加强遗传资源、传统知识、民间文学艺术等获取和惠益分享制度建设”²，这便将保护民间文学艺术的研究视角指向了更深层次的利益问题，尤其是民间文学艺术创作者和传承者

¹ 中国古代巾帼英雄花木兰的故事源于南北朝的《木兰辞》(北朝乐府民歌)，后被改编为明代的戏剧作品《雌木兰》、清代的花部《花木兰》、清代的小说《隋唐演义》人物之一和《木兰奇女传》，故事内容与精神内核一脉相承(忠孝节义，代父从军)，经过中国人民世代的共同努力下，花木兰的故事不断被丰富完善、流传后世，形成了如今妇孺皆知的中国故事。但是，自新中国成立之后的影视改编则开始逐渐脱离传统故事内容与精神内核，1964年的电影《花木兰》尚且忠于原故事，而之后1996年的电视剧《天地奇英之花木兰》则加了大量花木兰的爱恨情仇纠葛，与传统花木兰故事的忠孝节义的侧重开始有所背离，再到2017年徐克执导的动画电影《花木兰传奇》更是被魔改成玛丽苏公主与王子的故事，民间文学艺术被严重滥用；另一方面，早在1998年美国迪士尼公司就出品过动画电影Mulan(1998)，在全球取得了304,320,254美元票房，荣获多项大奖。又于2020年翻拍成真人版电影Mulan(2020)，再次收割美国国外票房66,800,000美元，美国不仅改变故事立意侧重甚至夹带美国文化输出，而且多次无偿“盗用”中国民间文学艺术赚得盆满钵满，中国观众观看仍需付费。

² 《知识产权强国建设纲要(2021~2035年)》，2021年9月22日发布。

与后世再次开发利用民间文学艺术的收益者之间的利益分配问题³[5]。鉴于《著作权法》已将民间文学艺术纳入著作权保护,继续采用特殊版权保护模式最为经济⁴[6][7],故笔者将顺着现有法律框架下的保护方向来探寻一条建设民间文学艺术惠益分享制度的著作权路径,既不阻断文化传承与中华民族的分享传统,也能使民间文学艺术创作者及其传承者与再次利用者利益达到平衡,形成一种文化交融、促进和谐、传承共赢的局面。

2. 民间文学艺术作品之界定

惠益分享制度最先被确定于生物遗传资源领域,本身并非是一项具体的制度,而是“公平公正地分享因利用生物遗传资源产生的惠益”的目标,为实现这一目标的一系列制度可统称为惠益分享制度⁵[8]。后来,惠益分享目标逐渐延伸至其他领域,所以才有了《纲要》中提出建设“遗传资源、传统知识、民间文学艺术等获取和惠益分享制度”的目标与要求。为达到“公平公正地分享因利用民间文学艺术产生的惠益”的目标(即建设民间文学艺术惠益分享制度),上文已交代笔者欲从著作权法的思路去探寻一条路径,具体构建出与实现这一目标相匹配的、切实可行的著作权法制度规则。著作权法制度适用的基石在于是否落入《著作权法》保护的作品范畴,而民间文学艺术理论上又可能会受到《著作权法》以外如《商标法》《反不正当竞争法》等法律规范,故理应率先厘清需要在著作权法领域内(或者说可以通过著作权法)实现惠益分享目标的民间文学艺术范围,即确定《著作权法》保护的民间文学艺术作品的内涵与外延。

2.1. 民间文学艺术作品渊源反推

“民间文学艺术作品”这个法律概念是如何产生的?与现有《中华人民共和国非物质文化遗产法》(以下简称《非物质文化遗产法》)中的法律概念“非物质文化遗产”⁶又有何关联?这一系列的疑问,单看每个法律文件中的定义是没有意义的,必须搭乘时光机回到源头,俯视整个历史长河才能窥探一二。

2.1.1. 文学艺术作品与非物质文化遗产

“文学艺术作品”这一法律概念可以追溯到1886年的《伯尔尼公约》[9],这也是著作权法的源头。出于保护智力成果、鼓励创新的目的,当年立法者通过法律创设著作权对文学艺术领域中的人的部分智力成果进行保护,将文学艺术领域内符合一定条件的智力成果定义为文学艺术作品。换言之,文学艺术作品是文学艺术领域内智力成果的子集。

³往往是再次利用方几乎无偿地使用民间文学艺术后赚得盆满钵满,而民间文学艺术创作者与传承者则无法分享到那巨大的利益。

⁴而且,特殊版权保护模式在国内案件中基本能够适用,比如“乌苏里船歌案”(民间文学艺术作品保护第一案)。另一方面,国际立法现状也有先例可循。较有影响的国外立法,如:突尼斯作为1886年《伯尔尼公约》10个创始国中唯一一个第三世界国家,于1966年颁行《文学和艺术版权法》,在全世界首先确立以著作权保护民间文学艺术作品的方案;联合国教科文组织和世界知识产权组织于1976年通过《发展中国家突尼斯版权示范法》(Tunis Model Law on Copyright for Developing Countries),专门规定对“民间创作作品”的保护;等等。目前,已用著作权法保护民间文学艺术作品的国家有:突尼斯、智利、摩洛哥、阿尔及利亚、塞内加尔、肯尼亚、马里、布隆迪、象牙海岸、几内亚等国。

⁵公平公正地分享因利用生物遗传资源产生的惠益是1993年生效的《生物多样性公约》(以下简称《公约》)的三大目标之一。为推动惠益分享目标的实现,1998年,《公约》第四次缔约方大会决定,成立获取与惠益分享问题的特设工作组(ABS工作组),就获取与惠益分享议题开展谈判。经过十年的艰苦谈判,2010年,《公约》第十次缔约方大会通过了《〈生物多样性公约〉关于获取遗传资源和公正公平分享其利用所产生惠益的名古屋议定书》(以下简称《名古屋议定书》)。2014年10月,《名古屋议定书》正式生效,标志着《公约》确立的生物遗传资源(含生物遗传资源相关传统知识)获取与惠益分享目标得以实现。我国于2016年9月6日正式成为《名古屋议定书》缔约方,这标志着我国生物产业进入惠益共享时代,生物遗传资源监管工作将迈入日趋规范化的法治轨道。

⁶《中华人民共和国非物质文化遗产法》第2条第1款规定,本法所称非物质文化遗产,是指各族人民世代相传并视为其文化遗产组成部分的各种传统文化表现形式,以及与传统文化表现形式相关的实物和场所。

“非物质文化遗产”(无形文化遗产)这一法律概念可以追溯到 2003 年的《保护非物质文化遗产公约》(以下简称《非物质文化遗产公约》)⁷[10],是与“物质文化遗产”(有形文化遗产)相对的概念,两者共同构成“文化遗产”。其中,物质文化遗产也即传统意义上的文化遗产源自 1972 年的《保护世界文化和自然遗产公约》[11],后来,国际社会逐渐意识到非物质文化遗产的重要性,经过多年努力才有了 2003 年《非物质文化遗产公约》的通过。《非物质文化遗产公约》强调的是保护与传承(更多强调的是传承,尚未提及惠益分享问题),想必不是所有的非物质文化都需要或者说有必要得到保护,比如中国古代凌迟等酷刑想必也无保护的必要。非物质文化遗产的用词也佐证了笔者这一猜想,“遗产”一词是指“先人所留下来的财富”[12],既然是财富,那么一些先人留下的糟粕则理应排除在外。因而,非物质文化遗产是非物质文化的子集。当然,文学艺术领域内的智力成果必然是非物质文化的子集,那么文学艺术作品也是非物质文化的子集。可见,出于不同的立法目的,目前已形成了两条不同的对部分非物质文化(也即各领域内的智力成果)进行保护的途径,创设了“文学艺术作品”和“非物质文化遗产”两个法律概念。因此,光看两个概念所包含的非物质文化范围或者说是表现形式(即两个法律概念的外延)必然是有重叠也有不同的地方,但“文学艺术作品”与“非物质文化遗产”这两个法律概念在法律意义上基本没有交集,至多存在“保护期过了很多年的‘文学艺术作品’符合‘非物质文化遗产’的要件后又同时受到了‘非物质文化遗产’制度的保护”的可能。若硬要找出关系则只能说是“文学艺术作品”与“文学艺术遗产”是同领域(文学、艺术领域)的两个独立概念。

2.1.2. 民间文学艺术作品的定位

“民间文学艺术作品”这一法律概念源自 1966 年突尼斯颁行的《文学和艺术版权法》,该概念的创设旨在解决超过保护期多年且传承下来后仍极具经济价值的文学艺术作品想要再次收益的问题。众所周知,知识产权可以理解为是一种商业模式,笔者猜想很可能是当年突尼斯想要解决那个问题,看到已有现成的著作权法,故直接创设了民间文学艺术作品置于著作权法中。“民间”这一修饰词只是为了区别于“文学艺术作品”,同时对自身限定,毕竟要让过保的文学艺术作品再受《著作权法》保护总得有其合理性,因而才有了民间文学艺术作品的内涵,并为构成民间文学艺术作品设立了一些条件来使这一创设更为合理。换言之,民间文学艺术作品又将是文学艺术作品的子集,此处的“民间”也并非是与“官方”相对的概念。而《非物质文化遗产公约》又晚于突尼斯颁行的《文学和艺术版权法》,从两个概念内涵上看,有可能部分民间文学艺术作品由于传承时间较长,则可能又受到《非物质文化遗产公约》的保护,也有一些文学艺术作品过了保护期虽然传承了很久但又不怎么具有经济价值,那么也可能被民间文学艺术作品排除在外。因此,民间文学艺术作品是文学艺术作品的子集,且部分民间文学艺术作品又能够落入非物质文化遗产的保护范围,而具体关于文学艺术作品、民间文学艺术作品和非物质文化遗产的逻辑关系则见图 1。

2.2. 民间文学艺术作品内涵明晰

根据上一部分可知,民间文学艺术作品的具体表现类型(即概念外延)与文学艺术作品、非物质文化遗产的基本一致,只有个别类型有差异,如建筑作品既属于文学艺术作品又属于民间文学艺术作品,但不

⁷《保护非物质文化遗产公约》第 2 条规定,“非物质文化遗产”,指被各社区、群体,有时是个人,视为其文化遗产组成部分的各种社会实践、观念表述、表现形式、知识、技能以及相关的工具、实物、手工艺品和文化场所。这种非物质文化遗产世代相传,在各社区和群体适应周围环境以及与自然和历史的互动中,被不断地再创造,为这些社区和群体提供认同感和持续感,从而增强对文化多样性和人类创造力的尊重。在本公约中,只考虑符合现有的国际人权文件,各社区、群体和个人之间相互尊重的需要和顺应可持续发展的非物质文化遗产。

属于非物质文化遗产，因为建筑已被物质文化遗产所涵盖⁸。因而，关于民间文学艺术作品的概念，外延并非是在讨论重点，关键在于内涵的界定。从现有国外已有立法来看，其内涵主要有四个要素：集体创作、世代传承、价值性和领域性[13]，争议主要在前二。

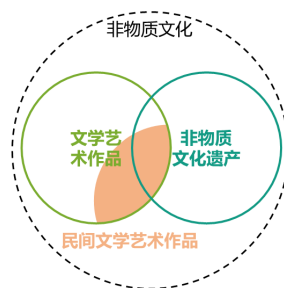


Figure 1. The logical relationship between literature and art works, folk literature and art works and intangible cultural heritage

图 1. 文学艺术作品、民间文学艺术作品和非物质文化遗产的逻辑关系

2.2.1. 集体创作要件

一般提及集体创作要件，往往与没有特定作者相联系，1990年著作权立法时便是如此理解的，沈仁干在《著作权立法情况介绍》中便指出，“民间文学是指没有固定下来的，由一代又一代人口头流传的，难以分清谁是作者的作品”[5]。但事实上，每一个作品创作之时必定会对应一个或几个特定作者，只是由于时代久远的问题而搞不清作者是谁，再久远一点的，往往是没有文字记载只能口口相传而丢失了作者信息而已。换句话说，不能因为部分民间文学艺术作品的作者难以明确就直接规定集体创作的要件，否则让至今仍明晰作者的民间文学艺术何去何从，就拿花木兰的故事来说，虽木兰辞作者未知，但将其改编为戏剧作品《雌木兰替父从军》的作者则是明确的，即明代文学家徐渭；

另一方面，集体往往是指三人及以上，但有时相关传承人可能只有一两个人，若坚持集体创作要件，则可能部分家族传承的民间文学艺术便得不到相关保护。目前，司法实践中已有相关案例，比如在白广成诉北京稻香村食品有限责任公司著作权权属、侵权纠纷案中，北京鬃人是北京传统民间工艺，已经获得北京市级非物质文化遗产认证保护，原告白广成是北京鬃人仅有的两位传承人之一，法院在认定时并未因其传承人只有两个而影响民间文学艺术作品的认定⁹。此外，在语义层面，有时世代传承要件已隐含集体创作要件。因此，笔者认为应将集体创作要件从民间文学艺术作品的内涵中去除。

2.2.2. 世代传承要件

关于世代传承要件，笔者认为主要有两点需要明确：一是，世代传承并非是持续的最终状态，而应当理解为是一个过程状态，即只要在民间文学艺术发展过程中存在过世代传承的过程，不论最终是否还

⁸《中华人民共和国著作权法(2020修正)》第3条规定，本法所称的作品，是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以一定形式表现的智力成果，包括：(一)文字作品；(二)口述作品；(三)音乐、戏剧、曲艺、舞蹈、杂技艺术作品；(四)美术、建筑作品；(五)摄影作品；(六)视听作品；(七)工程设计图、产品设计图、地图、示意图等图形作品和模型作品；(八)计算机软件；(九)符合作品特征的其他智力成果。

《民间文学艺术作品著作权保护条例(征求意见稿)》第2条第2款规定，民间文学艺术作品包括但不限于以下类型：(一)民间故事、传说、诗歌、歌谣、谚语等以言语或者文字形式表达的作品；(二)民间歌曲、器乐等以音乐形式表达的作品；(三)民间舞蹈、歌舞、戏曲、曲艺、等以动作、姿势、表情等形式表达的作品；(四)民间绘画、图案、雕塑、造型、建筑等以平面或者立体形式表达的作品。

《中华人民共和国非物质文化遗产法》第2条第1款规定，本法所称非物质文化遗产，是指各族人民世代相传并视为其文化遗产组成部分的各种传统文化表现形式，以及与传统文化表现形式相关的实物和场所。包括：(一)传统口头文学以及作为其载体的语言；(二)传统美术、书法、音乐、舞蹈、戏剧、曲艺和杂技；(三)传统技艺、医药和历法；(四)传统礼仪、节庆等民俗；(五)传统体育和游艺；(六)其他非物质文化遗产。

⁹参见北京市东城区人民法院(2010)东民初字第02764号民事判决书。

会一直传承下去。就像北京鬃人，如果这两个传承人之后不再有人传承，但北京鬃人这项北京传统民间工艺仍应当认定为民间文学艺术作品，其依旧有价值。若北京鬃人因为没有传承人而仅落入非物质文化遗产的保护范围，则只能受到保护而无法再依据著作权阻止他人利用其牟利，这显然也是不合理的。

二是，世代传承要件不需要像非物质文化遗产一样规定最低传承年限，只需要发生过代际传承即可。我国申报非物质文化遗产需要该非物质文化遗产流传至今超过 100 年^[14]，但笔者认为民间文学艺术作品的世代传承要件则不宜做此限制。一方面，世代传承体现的是一种文化传承与该民间文学艺术的价值，价值本身并不会因时间的长短而产生实质性改变；另一方面，若增加最低年限的限制，则必然会影响部分民间文学艺术受保护的机会，难道传承 99 年就不构成民间文学艺术作品了吗？同时，也会造成司法适用时的机械性，比如，在候占元诉定边县委史志办公室等著作权侵权纠纷案中，四支队打盐歌是抗战时期在盐场堡打盐的 359 旅四支队自编自唱、至今还在当地群众中流传着的抗日歌谣，虽然本案法院并未回应该抗日歌谣的作品属性问题，主要以被告不适格解决的此案¹⁰，但不可否认，这样的案件便涉及本处讨论的理论问题，如若将世代传承要件理解为非物质文化遗产的最低 100 年年限，则四支队打盐歌便无法被认定为民间文学艺术作品，无法受《著作权法》保护，这想必也是不合理的。

3. 民间文学艺术作品的特殊制度构建

基于前文的论述，笔者既然选择了著作权路径去建设民间文学艺术作品惠益分享制度，那么在明确“民间文学艺术作品”概念之后的当务之急便是构建针对民间文学艺术作品特殊的著作权制度以实现惠益分享目标。鉴于篇幅所限，笔者在此不去构建规范民间文学艺术作品的每一条法条，而是从制度设计层面去宏观构建最核心的惠益分享制度，具体而言，笔者则试图从“实现财产权”与“引入追续权”两个视角去展开(下文为具体的制度构建方案阐述，而该方案的配图则见图 2)。而诸如著作权人的确定、权利归属之类的一般性问题则在此不加赘述，相关专门研究已较为丰富^{[15] [16]}。

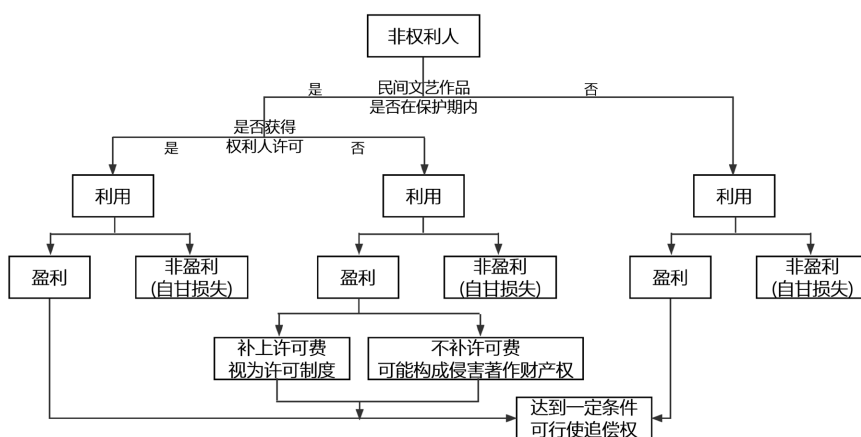


Figure 2. Construction of the copyright path of building a benefit sharing system for folk literature and art

图 2. 建设民间文学艺术惠益分享制度的著作权路径流程图

3.1. 实现财产权

“民间文学艺术作品”这一特殊作品在适用一般的著作权法规则时最大的问题往往就是无法获得著作财产权，著作人身权的适用并无障碍。而著作财产权无法实现的根本障碍在于其保护期的规定。因而，

¹⁰ 参见陕西省榆林市中级人民法院(2013)榆中法民二初字第 00004 号民事判决书。

笔者试图率先从著作财产权的保护期制度设计进行解释论上的突破。

3.1.1. 延展现有保护期理解

现有《著作权法》规定的著作财产权的保护期为(最后一位)作者终生及其死亡后五十年¹¹，单从法条本身看，民间文学艺术作品往往已过保护期而无法获得著作财产权。但回归著作财产权保护期设立初衷，则答案也许会有变化。著作权法为了与公共利益平衡才设立了有期限的垄断权(即保护期的限制，亦是权利的限制)，而作者死后加五十年的设定则是为了有期限供养作者及其后代，换言之，如此设置著作财产权保护期的目的是在供养作者及其后代与公共利益间达成一个平衡。而民间文学艺术作品具有世代传承性，同时这个传承性需要后人不断复现甚至有所创新成分再添加，而不是单单的作者与后代的关系。因而，民间文学艺术作品的最初创作者与其传承创新的后代应当看作是一个生命整体，传承创新的后代是最初创作者生命的延续。换言之，只有当最后一个传承人不再传承再现该民间文学艺术作品并离世时，这个五十年才开始起算。

而当一个民间文学艺术作品不再有人传承时，且过了五十年后，便不再享有著作财产权而进入公有领域，著作人身权则落到国家，由国家为其维权，同时国家负责收集整理入册，视情况归入非物质文化遗产保护，或者单单是作为历史记录。但当这样的失传民间文学艺术作品被无关第三人甚至是无关外国人再利用后，若其靠此盈利巨多，则就打破了前述提及的设置著作财产权保护期所意图实现的利益平衡，此时就有了再次分配利益的现实需求及其合理性正当性。因而，笔者主张此时应当再由国家在符合条件的情况下行使“追续权”来实现二次惠益分享的目标(详见下文第二部分“引入追续权”的论述)。

3.1.2. 创设“视为许可”制度

对民间文学艺术作品的保护本身就属于特殊保护，因而在一般著作权法限制的基础上理应进一步限制民间文学艺术作品权利人，因而在“从解释论上通过延展对现有著作财产权保护期的理解来实现著作财产权”的同时理应对其进行一定限制。同时，为了避免因保护民间文学艺术作品带来的再次利用积极性降低，故笔者主张创设“视为许可”制度。其含义如下：当非民间文学艺术作品权利人(以下简称“非权利人”)未经该民间文学艺术作品权利人(以下简称“权利人”)许可而利用该民间文学艺术作品后，将所获收益的一部分回馈给权利人或补上许可费则视为非权利人自始便获得了权利人的许可，即在不侵害著作人身权的前提下非权利人便不会有侵权的可能，这也就变相地鼓励了非权利人对民间文学艺术作品的再利用与再创作，对中华传统文化的传承也能起到一定的促进作用¹²。其反面的另外两个情形便是：若非权利人利用后未盈利则不用管许可不许可、会不会构成著作财产权侵权问题，在不侵害著作人身权的情况下这件事就几乎等同于未发生；若非权利人盈利后不补上这份许可费，那么许可自始未发生则有可能构成著作财产权侵权。此外，为了管理与传承需要，笔者还认为权利人与非权利人任意一方自明知或应知利用行为之日起应当向相关行政机构登记备案，这也能成为日后纠纷的有利证据。

3.2. 引入追续权

前文所述的第一步“实现著作财产权”的制度构建往往是完成了民间文学艺术作品利益的首次分配，

¹¹ 《中华人民共和国著作权法(2020 修正)》第 23 条第 1 款规定，自然人的作品，其发表权、本法第十条第一款第五项至第十七项规定的权利的保护期为作者终生及其死亡后五十年，截止于作者死亡后第五十年的 12 月 31 日；如果是合作作品，截止于最后死亡的作者死亡后第五十年的 12 月 31 日。

¹² 因为民间文学艺术作品在如今的资本市场中并不吃香，只有一些诸如花木兰、西游记的大热 IP 才会有资本注入，其他一些未知市场反响的小众民间文学艺术作品往往是无人问津，就算有也是二创作者们的一腔热爱去支撑。所以如若一开始强制要求获得许可否则便是侵权的设定只会阻却二创作者们的热情，而且二创有风险，尤其是二创不知未来的小众民间文学艺术作品，有可能是多年心血亏得一塌糊涂。因而，如若不能盈利则其自甘损失即可，不必再额外增加一笔许可费或是侵权赔偿费了，这也就变相地替二创作者们分担了一部分初始成本，从长远来看，对中华传统文化的传承必然有一定的积极促进作用。

因为创设民间文学艺术作品的初衷是为了那些在现代《著作权法》出台前就已经存在很久并世代传承至今的遗产能够获得首次收益，少有类似“四支队打盐歌”这类现代作品过了保护期后又因巨大价值且被世代传承后又拓展其保护期的情形。但能够被世代传承的民间文学艺术作品其(文化)价值往往远超出通过首次分配获得的许可费收益，因而有必要将非权利人的巨大利用收益进行二次分配以期实现惠益分享的目标，达到利益平衡，故笔者建议借鉴并引入1920年起源于法国的在普通美术作品领域内的追续权制度，1976年的《发展中国家突尼斯版权示范法》也有相关规定¹³[7][17]。鉴于该制度是对非权利人收益的二次分配，故应当更为谨慎，笔者主张从追续权行使主体和权利金的提取比例两个方面进行限制。

3.2.1. 追续权行使主体

欧共体于2001年颁布的《追续权指令》中规定“享有追续权的主体为平面和立体造型作品的作者或其继承人”[18]。可见，《追续权指令》规定的追续权行使主体仅限于作者或其继承人，而根据前文的分析与构建可知，民间文学艺术作品的权利人要么是民间文学艺术作品世代传承相关的人员要么是国家，因而民间文学艺术作品的追续权行使主体应当仅限于与其世代传承相关的人员或国家。由于国家相较于个人而言，力量对比悬殊，不应无任何限制地参与其中。因此，笔者认为追续权的行使主体应当是个人或集体为主，国家为辅。只有当“民间文学艺术作品不再传承且已过保护期，国家接管民间文学艺术作品的著作人身权之后，同时非权利人的利用已获得了巨大利润”的时候，国家才有可能行使追续权。

3.2.2. 权利金的提取比例

由于追续权制度的引入是对民间文学艺术作品被非权利人利用所获收益的二次分配，理应受到更为严格的限制，即追续权的行使应当极其谨慎且附有一定的限制条件。因而，并非是非权利人一旦盈利，权利人就能行使追续权，而应当是盈利的金额达到一定的程度，那么此时权利金的提取起点与提取比例便显得尤为重要。鉴于目前我国普通作品的追续权尚未被承认，民间文学艺术作品的追续权问题有待进一步详细探讨与补充，故笔者在此不加展开，只是提供一则国际社会上的已有实例以供参考：《追续权指令》中明确规定了在美术作品领域的追续权提取比例为：艺术作品销售价格在3000到50000欧元时，权利金的收取比例为4%；50000.01到200000欧元时，收取比例为3%；200000.01到350000欧元时，收取比例为1%；350000.01到500000欧元时，收取比例为0.5%；超过500000欧元时，收取比例为0.25%。同时对于该条第一款，成员国可以规定5%的收取比例。另外，成员国也可以将该款的门槛降低到3000欧元以下，但这时权利金的收取比例不得低于4%[19]。

此外，《追续权指令》中还规定了“追续权的保护期限为作者一生及死后70年”[18]。鉴于民间文学艺术作品的特殊性，笔者认为此处对追续权保护期的理解也应当同前文对著作财产权保护期的理解保持一致，即只有当最后一个传承人不再传承再现该民间文学艺术作品并离世时，这个保护期限才开始起算。

4. 结语

虽然我民间文学艺术浩如烟海、历史悠久，但目前我国关于民间文学艺术惠益分享制度的建设却才刚刚起步，笔者通过本文试图从著作权视角下探寻一条切实可行的宏观制度路径：在明确“民间文学艺术作品”概念内涵的基础上，通过延展现有保护期理解、创设视为许可制度来实现其财产权完成利益的首次分配，并引入追续权完成利益的二次分配。但本文仅从著作权路径的特殊版权保护模式展开构建，并未构想涉及其他部门法的多元保护方案，且更多侧重的是从制度设计层面去宏观构建惠益分享制度，

¹³ “追续权”一词来源于法语‘droit de suite’，其英文表述为‘resale right’或者‘resale royalty’。追续权是指，在艺术作品首次销售后，以由作者或其继承人，或由法律授权的其他机构，在保护期内享有的对美术作品原件每次转售的价格提取一定比例权利金的权利。”

并未涉及详细的具体条文,以期在此抛砖引玉,为后续建设各方面完备的民间文学艺术惠益分享制度提供一个雏形,为共同推动民间文学艺术的进一步发展与传承贡献一份自己的绵薄之力。

参考文献

- [1] 蒋波,丁涛.中国元素成西方电影新灵感[EB/OL].
<http://ent.people.com.cn/n1/2019/0722/c1012-31247125.html>, 2021-12-13.
- [2] 王文珏.《花木兰》:西式破茧[N].大众日报,2020-9-10(8).
- [3] 刘雪凤,王家棋.中国民间文学艺术知识产权保护研究述评及展望[J].贵州师范大学学报(社会科学版),2021(1): 151-160.
- [4] 张军荣.传统知识产权保护的现状、争议与路径选择[J].图书馆建设,2023(1): 106-117.
- [5] 江平,沈仁干,等.中华人民共和国著作权法讲析[M].北京:中国国际广播出版社,1991: 49.
- [6] 黄薇,王雷鸣.《中华人民共和国著作权法》导读与释义[M].北京:中国民主法制出版社,2020: 64.
- [7] 发展中国家突尼斯版权示范法[EB/OL].
https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_812.pdf, 2022-03-13.
- [8] 蒋欣怡.惠益分享的《名古屋议定书》[EB/OL].
https://m.thepaper.cn/baijiahao_7163138, 2020-04-27.
- [9] 伯尔尼保护文学和艺术作品公约[EB/OL].
<https://wipolex.wipo.int/zh/treaties/textdetails/12214>, 2022-03-13.
- [10] 保护非物质文化遗产公约[EB/OL].
<https://www.un.org/zh/documents/treaty/files/ich.shtml>, 2022-03-13.
- [11] 保护世界文化和自然遗产公约[EB/OL].
<https://www.un.org/zh/documents/treaty/files/whc.shtml>, 2022-03-13.
- [12] “遗产”词语解释[EB/OL].
<https://www.zdic.net/hans/%E9%81%97%E4%BA%A7>, 2024-02-06.
- [13] 李秀娜.民间文学艺术表达司法实践发现和概念再认识——兼评《民间文学艺术作品著作权保护条例》(征求意见稿)第二条[J].科技与法律,2019(1): 26-33.
- [14] 9个项目入选非物质文化遗产金山农民画因历史没有100年以上而未上榜[N].青年报,2006-5-28(4).
- [15] 曾礼.非物质文化遗产产权保护的法律逻辑——以民间文学艺术产权为中心[J].中南民族大学学报(人文社会科学版),2023,43(12): 93-100, 208.
- [16] 陶乾.民间文学艺术作品的分层保护——民间文学艺术专门立法的实现路径[J].知识产权,2023(8): 74-90.
- [17] 许辉.追续权介绍[EB/OL].
<https://bjgy.bjcourt.gov.cn/article/detail/2013/03/id/929728.shtml>, 2024-02-06.
- [18] 吴安新,管靖宇.艺术家权益保障研究——美术作品流转中的追续权建构[J].艺术设计研究,2023(1): 55-60, 11.
- [19] 王晓芬,戴哲.追续金计量研究——兼论《著作权法》修改草案[J].浙江学刊,2017(4): 77-85.