

史诗作品的法律保护

刘银良

(中国政法大学, 北京 100088)

摘 要: 史诗是一种重要的民间文学艺术表达形式, 是我国民族文化的重要组成部分, 是传承民族文化之根。很多史诗在我国至今仍被广为传唱。有无必要为我国史诗作品提供著作权框架下的特别权利保护, 如何确定相应的客体和主体, 如何设置相应的权利和义务, 都属应予关注的方面。对此中国特色问题的探究可望有助于为世界传统知识和民间文学保护提供借鉴。

关键词: 史诗; 民间文学艺术表达; 知识产权; 著作权; 特别法

中图分类号: DF523.1 **文献标识码:** A **文章编号:** 1000-0208(2006)01-116-10

世界有“五大史诗”, 分别是古巴比伦史诗《吉尔伽美什》、古希腊“荷马史诗”《以利亚特》和《奥德赛》、印度史诗《罗摩衍那》和《摩诃婆罗多》^{[1](P.29-30)}。我国有“三大史诗”, 分别是藏族史诗《格萨尔》、蒙古族史诗《江格尔》和柯尔克孜族史诗《玛纳斯》, 其中《格萨尔》一部史诗就比世界“五大史诗”的总和还要长, 并且至今还在被广泛传唱, 属“活着的史诗”^{[2](P.32)}。那么, 有无必要对我国的史诗作品提供法律保护? 并如何确定应受保护的客体? 如何确立相应的权利主体和权利内容? 随着对传统知识产权的法律保护问题研究的深入, 对作为民间文学艺术表达的史诗作品的法律保护问题也逐渐走进研究者的视野^{[3](P.215-268)}, 现实中涉及史诗作品著作权纠纷的案件也引起人们的广泛关注。这种现实冲突与学术视野的契合恰为本文论题的提出与展开提供了适当的社会背景, 本文也乐意在此学术和现实互为诉求的情境下开始本题的论证。

一、我国史诗作品的特征

在很多国家, 史诗都早已固定为文字, 虽然其间也可能发现并出版了不同的异文或变体, 但如今它们基本不再被民间传唱, 也不再处于变异和演化之中。根据著作权法基本原理, 这些作品已进入公有领域, 成为人类文化的共同财富, 因此没有再利用著作权为之提供保护的必要和可能。

但我国的情形就完全不同。我国史诗作品异常丰富, 不仅类型全面, 为世界各国和各民族所少见, 而且数量繁多, 质量优秀。对于我国多个民族来说, 流传了数百年甚至上千年的史诗对于其民族而言意义重大, 因为史诗沉积了其民族创世史、英雄史或迁徙史, 不仅是民族文化多样性的载体, 更是各民族之根所在。随着当今经济和文化全球化进程的推进, 传统的民族文化正面临着萎缩和凋零的危险, 如果放任他人占有或使用一个民族特有的史诗, 就可能加速外来文化对民族文化的侵蚀, 不利于文化多样性的保存和保护。反之, 如果能够利用知识产权等法律为史诗作品提供必要的保护, 通过合理的权益配置和

收稿日期: 2005-10-15

作者简介: 刘银良 (1966—), 男, 山东菏泽人, 中国政法大学民商经济法学院副教授。

还有世界“四大史诗”的说法, 即不包括古巴比伦的《吉尔伽美什》。参见玉珍、许妮: 《世界民族史诗概览》, 《中国民族》2001年第3期, 第29-30页。

例如于2004年底由新疆维吾尔自治区高级人民法院审结的《玛纳斯》著作权纠纷案就曾引起媒体的竞相报道。参见“我国三大英雄史诗之一《玛纳斯》著作权案终审”(新华网乌鲁木齐2004年12月17日电), 网址为 <http://news.xinhuanet.com/legal/2004-12/17/content_2346473.htm> (2005年12月4日最后访问)。

有效的管理,就更有可能增加民族文化生存和发展的机会,增加民族凝聚力,使民族文化得到可持续发展,起到保护文化多样性的作用。更为重要的是,我国很多史诗千百年来口耳相传,至今仍保留着说唱传统,仍有不同的艺人在传承和演唱,仍处于发展和演化之中,属于“活的史诗”。如我国宏伟的藏族史诗《格萨尔》至今仍在雪域高原被广泛传唱^{[4](P.164)}。经过历代说唱艺人的继承、传播和创新,这些史诗不断演化出绚丽多姿的异文和变体。如《格萨尔》变体异常丰富,有“岭国每人嘴里都有一部《格萨尔》”的藏谚,在已记录的三百多部《格萨尔》中,异文本就占据了大部分^{[5](P.10-11)};我国柯尔克孜族史诗《玛纳斯》也已录有七十余种异文之多^{[6](P.15-18)}。根据著作权法基本原理,这些不断创新的史诗作品应该获得相应地法律保护。如果听任他人无偿地商业性使用这些作品,不仅会直接违背著作权法基本原理,也会阻碍民族文化的继承和创新。因此,与其他国家不同,对尚处在口承和演化之中的我国史诗作品而言,就很难主张它们已进入公有领域而不可再享有著作权的保护。本文认为,以上几点理由足可构成我国史诗作品提供法律保护的必要性。

那么,为我国史诗作品提供法律保护的目的是什么呢?应该说最直接的目的是保护史诗作品免于失传的危险和免于为他人未经许可的商业性使用,而根本目的则是保护我国的民族文化,进而保护文化多样性及其发展。

虽然我国很多史诗尚具有旺盛的生命力和广泛的群众基础,但也确实有不少史诗正逐渐面临失去口传的危险,即使是我国“三大史诗”也是如此^{[7](P.32)}。这一方面是因为老一代史诗说唱艺人的去世或老龄化,说唱艺人后继乏人的现象日趋严重,例如在当今能够完整演唱八部《玛纳斯》的玛纳斯奇(即《玛纳斯》说唱艺人),也仅有被称为“活着的荷马”的居索普·玛玛依一人^{[6](P.15-18)},而史诗说唱艺人的多样化正是史诗流传、变异和创新的灵魂。另一方面,令人更感无助的是,随着现代化进程在我国民族地区的推进,孕育史诗和哺育史诗的环境不可避免地遭到破坏,更多的年轻人热心对现代音乐或电影的欣赏而不是史诗的演唱,这对史诗的保留和传播都极为不利。防止他人未经许可地商业性使用史诗作品,目的就是诉诸著作权法等法律保护,为传唱史诗的本民族提供经济上的利益,以资鼓励对史诗作品的传承,加强民族精神和民族文化的凝聚力,这与当今知识产权制度的作用是一致的。

应该看到,上述两个目的互相联系、互为依存并互为支持,又都和保护我国史诗作品的根本目的即保护我国民族文化多样性有关。通过相关的法律保护,鼓励人们关心史诗、欣赏史诗和传承史诗,并可望能够改善或延缓史诗文化的衰落趋势。

二、史诗作品保护的客体分析

(一) 史诗的概念与分类

史诗属于一种文学体裁,本文仅涉及民间史诗而不涉及文学史诗。民间史诗(folk epic)又称“口承史诗”(oral epic)^{[8](P.176-189)},是指在历史上曾有口承传统或现在仍在口传的史诗,如“荷马史诗”《以利亚特》和《奥德赛》、印度史诗《罗摩衍那》和《摩诃婆罗多》,以及我国“三大史诗”《格萨尔》、《江格尔》和《玛纳斯》等^{[8](P.176-189)[9](P.342)[10](P.240-247)}。我国有学者认为,史诗是讲述天地形成、人类起源或民族历史、民族英雄等内容的规模宏大、自古流传的民间叙事长诗^{[11](P.320)}。但此概念有较多可商榷之处:如以“民间叙事长诗”来定义史诗,但我国史诗学者却未必认可民间叙事长诗为史诗或属于史诗的一种^{[12](P.41-45)};又如未能包括为我国史诗学界新近发现和认可的迁徙史诗^{[12](P.42-45)};因强调“规模宏

参见央视国际:《我国收集研究藏族史诗:格萨尔》取得重大成果。网址为: <http://www.cctv.com/folklore/special/C11384/20031210/100483.shtml> (2005年12月4日最后访问)。

杨恩洪(受访者)、陈一鸣(采访者):《说唱传统是民族的共同记忆》,2004年8月12日《南方周末》,第32版。

对我国民间叙事诗的介绍,可参见贺学君:《千古歌吟的故事:中华民间叙事诗》,《中国民族》2001年第3期,第7-9页。显然,在民间叙事诗和史诗之间有交叉,例如规模庞大、长达数万行至数十万行的傣族“五大诗王”,包括《兰嘎西贺》和《粘响》等,就既被有的学者认为是民间叙事诗,又被有的史诗学者认为是史诗。参见贺学君:同上;钟敬文、巴莫曲布嫫:《南方史诗传统与中国史诗学建设——钟敬文先生访谈录(节选)》,《民族艺术》2002年第4期,第40-47页。

大而可能忽略篇章相对短小的我国南方史诗群;又因强调“自古流传”而可能屏除后世产生史诗的可能性。如此看来,试图为史诗下一个全无争议的定义的这种做法似乎并不可行,并且这对于本文而言也没有必要,因此笔者将不寻求对史诗的精确定义,而是希望能够通过阐述史诗特点等方式对史诗做出界定。

现在基本为我国史诗学界接受的一种分类方法是按照故事范型、意义指归和叙事传统等,把史诗分为英雄史诗、创世史诗和迁徙史诗三类。其中,英雄史诗是东、西方各国都有的类别,也见于我国的北方和南方民族,但创世史诗和迁徙史诗则多见于我国南方少数民族地区^{[12](P.40-45)}。这些多类型的史诗分类既表明我国史诗文化丰富多彩、史诗作品摇曳多姿,也显示我国史诗学界对史诗理解的宽泛和包容。本文既然旨在探讨对我国史诗作品的法律保护,就理应吸收我国史诗学界的研究成果,对我国史诗作品采取包容的视角:在本文中,史诗或史诗作品是一广义概念,包括各种类型的民间史诗,但不包括民间叙事长诗,也不涉及文学史诗。

(二) 史诗的认定标准

如上所述,现阶段我国史诗学界难以对史诗概念达成统一认识。但一种法定权利的确立需要有确定的客体,并且在为客体设置权利时,需避免对社会公共利益的侵扰,这一点对于流传时间颇为久远的史诗作品而言更是如此。因此,在试图为史诗保护确定客体的过程中,为避免出现滥设权利的现象,本文主张尽可能严谨地确定受保护的史诗作品范围,从而既能消除权利设置中的模糊性,增加法律的确性和可诉性,同时又保证不侵扰或不过多侵扰社会公共利益。

为此,本文主张按以下标准选择和认定应得到法律保护的史诗作品。

首先,史诗作品应具有鲜明的民族特色,对于传承的民族意义重大。很多史诗作品综合了传承民族的历史、哲学、宗教、道德、伦理、风俗、法律、科学(如天文、农耕和作物)等文化因素,代表着本民族的文化之根,肩负着传承本民族精神和凝聚民族向心力的重任,与本民族连为一体,不可分割。因此,史诗之成为史诗,不仅应为史诗学界所认可,更应为传承民族所认可和尊崇。在满足其他条件的前提下,这些史诗理应得到保护。

其次,史诗作品应流传年代久远,至少为百年以上,传唱的民族可有一个或多个,流传的区域可为一个或多个民族地区。如《格萨尔》已传唱了上千年的时间,不仅在我国藏族,还为我国蒙古族、纳西族、裕固族和白族等民族广泛流传,涉及的区域不仅包括上述民族地区,也包括蒙古、俄罗斯、印度、巴基斯坦和尼泊尔等国家的一些地区^{[2](P.32)}。本文主张史诗应有百年以上的流传历史,既是为了维护史诗的传统性,同时又不拘泥于“自古流传”,以尽量避免史诗作品认定中的模糊性,避免遗漏对后世产生的史诗作品的保护。

再次,史诗的流传方式可为口头传承,也可为口承和文字传承并行,史诗应有异文和变体,并仍处于演化之中,即仍有新异文和变体产生的可能性。史诗的生命在于传承,在于流动,在于有变异产生的机会和产生的变异被保存的机会。强调口承的重要性,是因为只有口承存在,才有异文和变体产生的土壤,而一旦没有了口承,史诗就不再是“活的史诗”,而固定为书本上的史诗或录音中的史诗,如“荷马史诗”和《罗摩衍那》等。按照著作权法基本原理,这些被固定的作品即使能够获得著作权的保护,也仅

关于史诗的长度或篇幅问题,也是我国史诗学界争论的一个问题。有学者认为史诗应规模宏大,但也有学者反对把篇幅作为界定史诗的惟一标准,认为对史诗的界定需有其他标准的综合,如题材或故事范型等。参见钟敬文、巴莫曲布嫫:《南方史诗传统与中国史诗学建设——钟敬文先生访谈录(节选)》,《民族艺术》2002年第4期,第44页。

依据现代著作权法的要求,作品应具有独创性和可复制性。根据本文以下将要讨论的认定标准,本文涉及的史诗都可被认定为作品,因此在本文中“史诗”和“史诗作品”等义。参见我国著作权法实施条例第2条。

在《格萨尔》多种说唱艺人中,吟诵艺人是手中拿着史诗文本边看边说唱的艺人,通过他们的史诗流传就可基本认定为文字流传。因此可认为《格萨尔》在我国藏族地区的流传是口头传承和文字传承并行的流传方式。参见陈一鸣:《世界最长史诗〈格萨尔王传〉》,2004年8月12日《南方周末》第32版。

关于口承和史诗变异及演化的关系,可参见施爱东:《回到原点:史诗叠加单元的情节指向——以季羨林译〈罗摩衍那·战斗篇〉为中心的虚拟模型》,载张玉安、陈岗龙主编:《东方民间文学比较研究》,北京大学出版社2003年版,第179-181页。

有有限的保护期,一旦过了保护期,作品就会进入公有领域。至于要求史诗应有新异文或变体产生的可能性,主要是出于两方面的考虑:基于作品“不断创新”的条件而为之提供“不断更新”的保护,不会与著作权法基本原则相冲突或相去甚远,从而避免被指责对史诗作品提供一般作品不能享有的权利保护缺乏道德基础;通过设置此种要求,希望能够施加一定的压力,促进一个民族对其史诗作品的传唱、继承和创新,增强史诗的生命力,促进民族文化的繁荣,因为如果仅是为保护而保护,结果就可能适得其反。

最后,史诗作品应篇章宏伟,一般应具有 3000 诗行以上的规模。虽然我国史诗学界在史诗长度标准上有所争论,且本文支持较为宽泛的史诗定义,但本文仍坚持要求受法律保护的史诗作品应有一定的长度规模,至少在初期应如此。至于 3000 诗行的标准,一方面是考虑到我国及世界上大部分史诗的规模都在 3000 诗行以上,另一方面则是为避免和民间叙事长诗相混淆或冲突,因为后者的长度通常不超过几百诗行。因此,坚持此标准既能够涵盖我国大部分重要史诗作品,又能够把我国的史诗作品与其他类型的作品大致区别,还能够平衡我国不同民族间的史诗作品差异和史诗学界的不同观点,因而有可能在更大范围内得到理解和支持。在此条件下,属于“南方史诗群”的一些史诗可能因为不能达到此篇幅要求而暂时不能得到保护^{[12](P.44)}。

总结以上四个标准,就可把史诗保护的客体界定为:流传百年以上,世代口承或口承和文传并行,有异文和变体,并仍有新异文和变体产生的可能,传唱的民族可有一个或多个,流传的区域可为一个或多个民族地区,篇章宏伟,具有 3000 诗行以上,具有鲜明民族特色,对于传承民族意义重大的史诗作品。此标准虽稍嫌繁琐,但对于立法或司法实践中对史诗作品的具体界定可能会有帮助。

(三)与客体认定相关问题的讨论

在确定史诗作品的认定条件之后,还有一些涉及史诗作品的重要问题需要澄清,包括如何认识史诗作品的异文和变体、如何处理史诗传承中较为普遍的借鉴现象和如何对待史诗作品中母题与叙事框架的借鉴与共享等。异文和变体的产生是史诗口头流传阶段的普遍现象,像印度学者就搜集到先是口传后被文字固定的《罗摩衍那》的两千多种写本和印本^{[13](P.180-181)}。可以理解,不同的书面异文和变体应是不同时期、不同地区或不同说唱艺人说唱或流传的史诗的文本固定。不同民族对史诗的传承也有多样化的传统,也会产生不同的史诗文本,像在彝族史诗传统“勒俄”中,就因为严格的文本界限和不同的口头叙事界限,从而有“公勒俄”和“母勒俄”、“黑勒俄”和“白勒俄”之分^{[14](P.13-14)}。本文认为,同一史诗作品的不同异文和变体都应被视为史诗作品并得到同等对待。

关于史诗传承中的借鉴现象,应该认识到,在不同民族或同一民族的不同史诗作品中,存在着较为普遍的借鉴。如在我国藏族史诗《格萨尔》和印度史诗《罗摩衍那》之间就有一些相似,并且是“如此之相似,实在难以用‘不谋而合’的理由加以解释”^{[4](P.158-159)};在我国傣族史诗《兰嘎西贺》和《罗摩衍那》之间则有更多相似,除主要情节安排相似外,连出场人物甚至主人公的名字都是相似的^{[4](P.165-166)[15](P.216-220)}。但同时,存在着某种程度相似的不同史诗作品之间也会有很多不同。如语言、艺术风格、结构、变体的多寡和是否仍在变异演化等多方面,《格萨尔》和《罗摩衍那》都有明显不同^{[4](P.164)};在于阗语《罗摩衍那》和印度梵文本《罗摩衍那》之间也有很大差异,并被认为体现了于阗社

据统计,包括我国史诗在内的世界著名史诗的长度分别为(单位为诗行):《格萨尔》,50余万行(也有称100万诗行的);《玛纳斯》,23万余行;《摩诃婆罗多》,20余万行;《江格尔》,10万行;《罗摩衍那》,24 000行(一说为24 000颂即48 000行,新校本为18 550颂);《伊利亚特》,15 693行;《奥德赛》,12 110行;《苗族古歌》,8 000余行;《吉尔伽美什》,约3 000余行;《梅葛》,约3 000行;《人类迁徙记》,约3 000行。参见黄涛:《中国民间文学概论》,中国人民大学出版社2004年版,第321-334页;玉珍、许妮:《世界民族史诗概览》,《中国民族》2001年第3期,第29-30页;朝戈金:《“口头程式理论”与史诗“编创理论”》,《中国民俗学年刊》1999年版,第176-189页。

我国较为著名的民间叙事长诗包括乐府民歌《孔雀东南飞》、《木兰诗》、《陌上桑》;汉族的《钟九闹漕》、苗族的《张秀眉之歌》、蒙古族的《嘎达梅林》和彝族的《阿诗玛》等。当然也有3 000行以上的民间叙事长诗,如《黑暗传》(5 000余行)和《华抱山》(6 000余行)。参见黄涛:《中国民间文学概论》,中国人民大学出版社2004年版,第374-376页;贺学君:《千古歌吟的故事:中华民间叙事诗》,《中国民族》2001年第3期,第7-9页。

会对梵文本《罗摩衍那》的吸收和利用本土文化的改造^{[16] (P. 138 - 146)}。可以认为,具有借鉴现象的史诗作品中的差异是各民族在宗教、历史、文化、社会制度和史诗传承等方面的差异在史诗发展中的反映。

这种“异中有同、同中有异”的史诗交融现象,既反映了民族文化间的广泛借鉴,也说明不同民族文化又各有自己的特点和发展。有学者论述道:“世界上没有纯而又纯的文化,每个民族的文化都是在与其他民族的文化交流中形成、发展的。作为古老的宏伟史诗,更是在继承民族文化的同时,借鉴、吸收其他民族文化精华的基础上形成发展的。”^{[4] (P. 165)}在此“借鉴、吸收、融合、发展”的过程中,“一部史诗无论受到外来文化的影响有多么大,经过文化的吸收与整合,这种影响已融会到史诗的结构之中。因此,《罗摩衍那》是印度文化的经典,是印度人民智慧的结晶,而《格萨尔》则是在藏族文化土壤中形成,反映了藏族人民群众的智慧。《兰嘎西贺》形成于傣族文化土壤,具有鲜明的傣族文化特色。它们已成为各民族文化的有机组成部分,成为具有民族特色的优秀文化遗产。”^{[4] (P. 167)}

本文认同此观点并认为,只要相关的借鉴是在漫漫历史长河中基于宗教的信仰或文化的借鉴、吸收与交流等原因形成的,并且具有本民族自己的加工与创造,则应把史诗间的借鉴或史诗对其他文化因素的借鉴视为合理借鉴,不应因此受到现代著作权法基本原则的责问。

此外,在史诗作品创作中涉及母题与叙事框架的应用。母题 (motif)是指在一个故事中能被持续或重复使用的最小情节单元^{[17] (P. 203)},也可被称为“基元”,即故事的基本单元。多个母题可组成母题群或母题系列。根据民间故事研究者的分类,在民间故事中有三类母题,分别是角色(如众神、神灵、妖魔、非凡的动物、巫婆、残忍的后母和可怜的孩子)、背景(如奇特的习俗、信仰和有魔力的器物)和事件^{[17] (P. 203)}。这些母题也在史诗作品中不同程度地存在着。如在我国柯尔克孜族神话史诗《艾尔托西图克》中,就有众多此类母题,包括祁子、神奇受孕、英雄特异诞生、圣人取名、神速成长、英雄入地、懂人语通人性的骏马、考验勇敢者及求婚、独眼巨人和灵魂外寄母题等^{[17] (P. 204 - 206)}。这些母题或母题系列不仅是中亚地区和突厥语族民间文学中广泛流传的母题,而且其中的一些母题如英雄地下历险和灵魂外寄等还是世界范围内的神话、民间故事和史诗中广泛存在的母题^{[17] (P. 205 - 210)}。这种在较大地理范围内分享母题的现象非常复杂,可能反映了古人对生命、灵魂及人与自然关系的原始认识,也因而使众多史诗作品(尤其是一些具有毗邻地理关系或民族关系的民族的史诗作品)之间具有密切联系^{[17] (P. 205 - 210)}。与母题相联系,不同的史诗作品在叙事框架方面也可存在近似,如我国史诗学者曾总结我国突厥族与蒙古族英雄史诗的基本叙事框架为:“祁子——英雄特异诞生——苦难童年——少年立功——娶妻成家——外出征战——进入地下(或死而复生)——家乡被劫——敌人被杀——英雄凯旋(或牺牲)”^{[4] (P. 158 - 159)}”。

本文认为,应该理解不同民族的史诗作品之间或同一民族的不同史诗作品之间分享母题或基本叙事框架的现象,因为这可能和古人的原初认识有关,也可能部分来自于相互间的借鉴与交流。基于此,本文主张对史诗间广泛存在的母题或叙事框架分享现象采取客观的认可态度。

三、史诗作品保护的主体及其权利分析

权利主体是权利的享有者和义务的承担者。对于史诗作品保护而言,依据著作权法基本原理,相应的权利享有和义务承担可能涉及的主体包括史诗作品的创作者、传播者和演绎者。由于史诗已经流传了几百年甚至上千年的时间,对于流传民族意义重大,无论是其创作还是传承,都具有明显的集体性质,都离不开整个民族,因此其权利理应属于传承民族,但同时,史诗作品的权利享有和义务承担也不排除

此叙事结构和非洲史诗的基本框架“英雄被迫害——逃往他乡——建立英雄业绩——回到故乡——成为民族领袖”有些类似,但显然更为复杂和完善。参见王涛:《论非洲史诗中的‘弑父’情结》,载张玉安、陈岗龙(主编),《东方民间文学比较研究》,北京大学出版社2003年版,第215页。

可能涉及具体的个人,如史诗的传唱者和演绎者等。

(一) 传承民族对史诗作品的所有权

本文认为,史诗作品的所有权应属于创作及传承史诗的本民族。首先,史诗作品对于传承民族意义重大,是民族文化和民族之根所系,与本民族不可分割,如《格萨尔》之于藏族、《江格尔》之于蒙古族和《玛纳斯》之于柯尔克孜族;其次,无论是史诗的创作还是传承都离不开本民族的文化土壤和本民族人民的支持,否则一部“活的史诗”面临的命运要么是失传,要么是仅能成为书本上的史诗,因而史诗只有属于一个民族,对其权利的拥有才更有可能长久甚至到永远;再次,史诗初始创作的年代久远,其具体的创作者已不可考,在其后的传承过程中,经过历代说唱者的不断继承和加工,产生了众多异文和变体,这些异文和变体到底由谁具体创作完成,在很多情形下也同样已不可考。基于这些理由,本文认为一个民族理所当然地拥有其史诗作品的所有权,无论是以著作权的形式,还是以特别权利的形式。

(二) 史诗说唱艺人的权利

说唱艺人是史诗创作、流传和发展的灵魂,他们不仅是史诗作品的表演者或传播者,还可能同时是史诗作品的创作者。如对于《格萨尔》说唱艺人的作用,有学者评论道:

“千百年来,《格萨尔》能在世界屋脊之上广泛流传,历久不衰,主要应该归功于那些优秀的民间说唱艺人,即行吟诗人,他们是史诗最直接的创作者、继承者和传播者,是真正的人民艺术家,是最优秀、最受群众欢迎的人民诗人。在他们身上,体现着人民群众的聪明才智和伟大创造精神。”^[5](P.10-11)

全国《格萨(斯)尔》工作领导小组常务副组长杨恩洪教授把《格萨尔》说唱艺人划分为神授艺人(自称通过做梦不学自会开始说唱者)、闻知艺人(在听了别人说唱或看到史诗文本后才会说唱者)、掘藏艺人(自称可发掘别人看不到的经典者)、吟诵艺人(手中拿着史诗本子边看边说唱者)和圆光艺人(自称眼睛可借助铜镜看到别人看不到的文字与图像者)。在这些说唱艺人中,吟诵艺人基本照着固定文本边看边说唱,可认为他们只是史诗的表演者,而其他几种说唱艺人则可能在表演的同时也会有自己的即时创作,因此既是表演者,又可能是创作者。

那么依据著作权法基本原理,是否应认为这些可能创作出新的史诗内容的说唱艺人应该对其新创作的史诗作品部分享有著作权或其他特别权利呢?笔者认为,虽然说唱艺人可能在说唱史诗作品时有所创新,也不应因此对新作品主张著作权等权利,而应把此权利归于本民族。因为无论是通过“神授”、“圆光”、“闻知”、“掘藏”或“师承”等任何方式,任何一个后世说唱艺人都是从本民族的文化宝库中继承了史诗作品的说唱,他对史诗的传承仅是千百年来本民族史诗传承历史长链中的一环,仅是历史长河中的一朵浪花,他的传承和发扬仅在本民族的大背景下才有意义,他的发扬或创新也仅通过本民族文化的累积才有可能得到保存和发展,而来源于本民族,贡献于本民族,正是史诗传承民族的习惯做法,应予尊重。与之相关,赋予个人的多数权利都是有期限的,而只有赋予民族的权利才可能是永久的,以有限的个人权利去牺牲本民族的永久利益,无论是从经济上,还是从道德上,都难以说得通。并且退一步讲,即使赋予说唱艺人对其新创作部分独占的权利,也可能并不具有可行性,因为要在异文和变体多如烟海的史诗作品中证明一个说唱艺人的原创性而不是仅为复述,可能非常困难甚至是不可能的。

为此,本文认为,即使有的说唱艺人在传承史诗过程中有所创新,他也不应因此主张独占的权利,他应把相应权利归于本民族而得到其他相应回报,如本民族人民的尊敬或其他物质报酬或精神奖励^[6](P.15-18)。依据同样道理,根据著作权法或其他特别法,针对史诗说唱艺人的说唱或表演可能产生的

即使是“荷马史诗”,也有人认为在历史上未必确有荷马此人,或者未必一定是荷马创作了“荷马史诗”,从而认为所谓的“荷马史诗”实质上是古希腊人民的史诗。参见朝戈金:《‘口头程式理论’与史诗‘编创理论’》,《中国民俗学年刊》1999年版,第176-189页。杨恩洪(受访者)、陈一鸣(受访者):《说唱传统是民族的共同记忆》,2004年8月12日《南方周末》第32版。

经济权利也应归于本民族所有,说唱艺人作为表演者可获得相应的物质报酬或奖励,并享有表明表演者身份和保护表演者形象不受歪曲等精神权利(著作权法第37条)。

通过此种处理,史诗说唱艺人和本民族之间的关系得以协调,他们不仅可在精神上互为依赖,也可在利益上融为一体。

(三) 史诗作品演绎者的权利

从20世纪50—60年代开始,我国记录史诗文本和录制史诗演唱的文献化活动得以如火如荼地展开,在此过程中出现了很多史诗作品的演绎者,如史诗作品的整理者、汇编者和翻译者等。那么应如何对待演绎者的权利呢?依据我国现行著作权法的规定,在事先取得演绎许可和保证对演绎作品的使用不会侵犯原作者合法权利的前提下,演绎者对演绎作品享有权利,保护期一般为50年(法人作品)或作者有生之年加去世后50年(自然人作品)(著作权法第12、14、21条)。

需要解决的关键问题是,能够保证演绎者对史诗演绎作品的使用不会侵犯原史诗传承民族的正当权利吗?本文认为可能很难做到,例如《格萨尔》汉译者对汉译文本《格萨尔》的出版或授权他人改编或摄制电影就可能直接危及藏民族对《格萨尔》的权利。尤为棘手的一个难题是,依据著作权法基本原则,在演绎者对演绎作品享有的权利保护期限届满后,演绎者的权利将消失,演绎作品将进入公共领域,人人皆可自由使用,那么这么做是否会让拥有该史诗作品的民族的合法利益受到侵犯呢?答案显然是肯定的。

为此,为保护史诗传承民族对史诗作品的合法权利,就有必要对演绎者就演绎作品可能享有的权利做出限制。本文认为这可有合同约定和直接法定两种解决方式。前者是指,在演绎者试图为整理、汇编和翻译一个民族的史诗作品而征得该民族(可通过其代表组织或信托组织)授权时,双方可通过合同约定演绎作品的著作权由本民族享有,演绎者仅享有署名权和获得报酬的权利,这类似于著作权中对委托作品的处理方法(著作权法第17条);后者是指,由法律直接规定,凡是史诗作品的演绎作品,除相应的署名权和获得报酬权外,其他著作权皆属史诗传承民族所有。就两种方式比较而言,直接法定的方式可能更为可取,因为此规定更易操作,也可防止因疏漏或其他原因可能导致的史诗传承民族权利流失的现象。无论采取哪种方式,依据著作权法基本原则,对演绎者署名权的保护应不受时间限制,对其获得报酬的权利可规定为50年(法人演绎者)或作者有生之年加去世后50年(自然人演绎者),但更为可行的做法是给予演绎者一次性的补偿。

综上,本文主张,史诗传承民族应享有的权利包括:史诗作品(包括异文和变体)的所有权(包括著作权或特别权利);史诗说唱表演的表演者权中的经济权利;史诗演绎作品中除署名权之外的精神权利和除有限期间(50年或演绎者有生之年加去世后50年)内的获酬权之外的经济权利。史诗说唱艺人对史诗说唱享有表演者权中的精神权利和获得物质报酬或精神奖励的权利。史诗作品的演绎者对演绎作品享有署名权和有限期间的获酬权。至此,本文就基本厘定了在史诗传承过程中可能涉及的权利义务主体及他们可享有的权利。

(四) 与主体相关问题的讨论

在史诗作品保护的主体问题上,仍有如下问题需要澄清和解决:如果一部史诗在多个民族或民族地区流传,如何确认相应的权利人和如何对待不同民族的权利?鉴于一个民族很难成为著作权法上的主体,如何才能实现一个民族对其史诗作品的权利?换言之,如何使一个民族在主体资格上能够和现代知识产权法的要求相一致?

同一部史诗可能会在不同民族或民族地区流传。史诗可能有相同或相似的主人公、叙事方法、母题

为逻辑清晰起见,在本文中,演绎者的概念并不包括本民族的史诗说唱艺人在内。史诗说唱艺人视为史诗作品的创作者或表演者。

系列和基本结构等,但同时也会有差异。例如,尽管演唱的都是《艾尔托西图克》,并且在叙事方法、人物的名称以及故事的基本结构方面一致,但由我国柯尔克孜族的著名玛纳斯奇居素普·玛玛依演唱的长度约为 8000 行,由吉尔吉斯斯坦著名的玛纳斯奇萨雅克拜·卡拉拉耶夫演唱的约有 1.6 万行,且二者在一些情节和母题的安排上也有一定差别^{[17](P.203)}。这些文本可被认为属于同一部史诗的异文和变体^{[17](P.195-196)}。本文认为,任意剥夺或限制一个民族针对其世代传承的史诗的权利,既不公平,也不现实,可行的做法是赋予每一个民族拥有其传承的史诗作品的异文和变体的权利。对于不能够分开各自的异文和变体的史诗作品,也可通过适当机制(如成立联合基金会)在两个或多个民族间实现权利的共有和共享。接下来,如何使一个具有天然松散结构的“民族”能够成为现代知识产权法所认可的主体,从而保证实现该民族对其史诗作品的权利呢?这可通过几条互补的途径实现,包括建立具有社会团体性质的代表机构(如藏族《格萨尔》史诗保护委员会)、依托地方政府机构或通过独立的信托组织(如《格萨尔》史诗保护基金会)等^{[3](P.215-268)}。如果条件成熟,也可考虑在全国范围内成立一个公益性的史诗保护基金会,通过法律或法规授权,全面管理和保护我国史诗作品的著作权(包括邻接权)或特别权利,把收益在各主体之间合理分配,促进我国史诗作品和史诗文化的繁荣和可持续发展。

四、史诗作品的特别法保护

史诗作为一种民间文学艺术作品,理应在著作权法的框架下获得保护。但与现代文学艺术作品相比,民间文学艺术作品具有自己的一些特点,在现代著作权法体系下,这些特点可能使民间文学艺术作品不能得到完全的保护。有研究者指出,民间文学艺术作品的集体创作特性、著作权法对作品的独创性要求和固定要求等可能构成保护民间文学艺术作品中的难点^{[18](P.374-388)}。但也有研究者认为,对于我国史诗作品的著作权保护而言,集体创作特性和固定性要求都不会构成障碍^{[3](P.215-268)}。至于对史诗作品的独创性要求,因为本文主张认可不同史诗作品之间的借鉴并主张保护史诗的所有异文和变体,因此独创性也就不成为一个障碍或问题。对于利用著作权法保护我国史诗作品而言,可能存在的障碍主要有:在我国著作权保护制度建立之前史诗作品就已传承了千百年的时间,在形式上看已经进入公有领域,很难在著作权法体系下再主张权利;与之相对应,现行著作权法所赋予的仅可涵盖作者有生之年加去世后 50 年的保护期对于传承久远并对本民族具有重大意义的史诗作品来说没有太大意义。

如上所述,史诗作品不是一般意义上的文学艺术作品,我国史诗作品基本集中在少数民族地区,通过为史诗作品提供保护,可使传承民族得到应得的经济利益和精神奖励,从而激发本民族传承史诗的积极性,尤其是鼓励年轻一代更有兴趣和动力欣赏和传承民族史诗,从而保证史诗文化的可持续发展;进一步,与那些已完全进入公有领域的历史作品不同,我国很多史诗至今仍有可能会演变出新异文和变体,因而即使根据现代著作权法基本原则,这些新产生的作品也应获得相应权利的保护;最后,我国史诗作品数量相对有限,若严格控制可得到法律保护的史诗作品,就可把对社会公共利益的可能影响降低到最低限度。基于这些考虑,本文认为有理由为我国的史诗作品提供追溯性的和永久性的保护(只要相应的史诗作品仍在被口头传承)。这两点显然已超越了现代著作权法,本文因此主张对我国史诗作品实行著作权法框架下的特别法保护。

具体而言,在著作权法框架下,通过借鉴我国《传统工艺美术保护条例》(1997 年 5 月 20 颁布施行)对传统工艺美术的保护,制订《史诗作品保护条例》,对我国史诗作品提供全面的特别权利保护。

首先,是对史诗作品的界定。上文第二部分所述,对史诗作品的界定条件对于界定应受保护的史诗作品至关重要,应予坚持,以免涉及的作品太多而影响社会公共利益。其次,建议对史诗作品实行“认

对于本文第二部分所述的那些在借鉴其他民族史诗的基础上创作出的史诗作品而言,如《兰嘎西贺》对《罗摩衍那》的借鉴,本文认为应该把它们与被借鉴的史诗作为不同的史诗作品给予保护。本节仅讨论属于同一部史诗的情形。

我国著作权法第 6 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。”

证与保护的总原则,即在对史诗作品按以上条件进行认证的基础上再给予特别保护。史诗作品认证机构应由多元化的成员组成,如史诗研究专家、史诗说唱艺人、法律专家和行政人员等。认证机构可对以下内容做出认证:一部作品是否为史诗作品;史诗传承民族;史诗说唱艺人;一部史诗对另一部史诗的借鉴是否合理;异文和变体是否属于一部史诗等。

对于认证后的史诗作品,应规定其权利和义务主体是传承该史诗的民族,并规定给予永久的著作权保护,包括认定前已出版或公开的文本。史诗作品可享有的著作权内容可援引我国著作权法对于一般文字作品和口述作品赋予的权利并作必要修改。其中,精神权利可包括署名权、修改权和保护作品完整权。史诗作品的署名应是传承民族,如《格萨尔》可署为藏族史诗、《江格尔》可署为蒙古族史诗、《玛纳斯》可署为柯尔克孜族史诗等。修改权可包括史诗说唱艺人或本民族成员有创新史诗作品的权利和禁止本民族之外的其他人进行未经许可的修改的权利。史诗作品可享有的经济权利应包括涉及复制、发行、出租、表演、广播、信息网络传播、摄制、改编、翻译、汇编、整理、注释和其他行为的权利(著作权法第10、12条)。对于相应的收益,应通过公平分配机制用于本民族的公益事业,尤其是文化发展和传播事业,其中包括对史诗作品的保存和传播。这些权利的享有与保护都可通过上述民族代表组织或信托组织行使。

鉴于史诗说唱艺人和本民族的命运密不可分,他们可能作为史诗创作者的全部权利或作为表演者的所有经济权利都应归于本民族,不再为个人享有,但他们作为表演者的相关精神权利和物质权利应得到尊重和保护,包括表明表演者身份、保护表演形象不受歪曲和获得报酬等。获得报酬的方式可以是在艺人说唱的史诗作品的著作权(包括邻接权)收益中予以奖励,也可由地方政府、民族代表组织或信托组织直接予以奖励或资助。在具体管理活动中,无论是归于本民族的权利,还是为说唱艺人保留的精神权利等,都应统一通过民族代表组织或信托组织行使或保护。在认证的基础上对于史诗说唱艺人也可授予其“史诗说唱艺人”等荣誉称号。

对于史诗作品的演绎者,包括整理者、汇编者和翻译者等,可规定凡是涉及史诗作品的演绎作品,除相应的署名权和获得报酬权外,其著作权都属史诗传承民族所有。演绎者署名权的保护应不受时间限制,但演绎者获得报酬的权利的保护期可规定为50年或演绎者有生之年加去世后50年。条例还应规定,只要一个民族对其史诗作品仍享有所有权,则该民族对其史诗作品的演绎作品就应享有同样的权利,即演绎作品的保护期应与史诗作品的保护期相同。

为保护社会公共利益,促进史诗作品传播和文化交流,建议依据我国著作权法基本原则,在条例中明确规定合理使用制度和法定许可制度。建议规定,一旦一部史诗作品不再被口头传承,即不再有新异文和变体产生的可能,则条例规定的特别权利保护将失效,取而代之的将是适用著作权法的一般规定予以保护。这既是为了平衡社会公共利益,也是为了设置必要的生存压力,促进史诗作品的口头传承和可持续发展。

本文认为,对我国史诗作品的保护既应尊重历史和文化传统,考虑在全球化进程中民族文化的境遇,以求最大限度地保护文化多样性和促进我国民族文化事业的繁荣,但同时又应顾及社会公共利益。最后期望对我国史诗作品的特别权利保护能够为我国和世界的民间文学作品保护积累有益经验,提供可资借鉴的模式。

也有直接把史诗说唱艺人录用为国家干部使之享受有关待遇的做法。例如藏族《格萨尔》“神授艺人”玉梅在20年前就被正式录用为国家干部,经历的单位从西藏《格萨尔》抢救办公室到西藏社科院,现已具有副高级职称。参见陈一鸣:“格萨尔‘神授艺人’”,2004年8月12日《南方周末》第32版。当然,这么做是否最有利于史诗作品保护和保持史诗说唱艺人艺术创造力的方法就值得慎重考虑,因为一旦脱离了史诗说唱艺人成长和演唱的环境,包括语言、风俗和听众等,就很可能难以保证他或她的艺术生命力可保持如初。参见陈一鸣:“格萨尔‘神授艺人’”,2004年8月12日《南方周末》第32版。

[参考文献]

- [1] 玉珍,许妮.世界民族史诗概览[J].中国民族,2001,(3).
- [2] 陈一鸣.世界最长史诗《格萨尔王传》[N].南方周末,2004-08-12.
- [3] 刘银良.传统知识保护的法律问题研究[A].郑成思,李明德,主编.知识产权文丛(第13卷)[C].北京:中国方正出版社,2006.
- [4] 郎樱.藏族史诗《格萨尔》的圆形叙事结构——与印度史诗《罗摩衍那》之比较[A].张玉安,陈岗龙,主编.东方民间文学比较研究[C].北京:北京大学出版社,2003.
- [5] 曲成.雪域灵魂《格萨尔》[J].中国民族,2001,(3).
- [6] 郎樱.“活着的荷马”居素普·玛玛依[J].中国民族,2001,(3).
- [7] 陈一鸣.《格萨尔》“神授艺人”[N].南方周末,2004-08-12.
- [8] 朝戈金.“口头程式理论与史诗“编创理论”[J].中国民俗学年刊,1999.
- [9] 仁钦道尔吉.关于《江格尔》的形成与发展[A].苑利,主编.二十世纪中国民俗学经典·史诗歌谣卷[C].北京:社会科学文献出版社,2002.
- [10] 季羨林.罗摩衍那[A].季羨林.比较文学与民间文学[C].北京:北京大学出版社,1991.
- [11] 黄涛.中国民间文学概论[M].北京:中国人民大学出版社,2004.
- [12] 钟敬文,巴莫曲布嫫.南方史诗传统与中国史诗学建设——钟敬文先生访谈录(节选)[J].民族艺术,2002,(4).
- [13] 施爱东.回到原点:史诗叠加单元的情节指向——以季羨林译《罗摩衍那·战斗篇》为中心的虚拟模型[A].张玉安,陈岗龙,主编.东方民间文学比较研究[C].北京:北京大学出版社,2003.
- [14] 巴莫曲布嫫.口头传统与书写传统[J].读书,2003,(10).
- [15] 季羨林.《罗摩衍那》在中国[A].季羨林.比较文学与民间文学[C].北京:北京大学出版社,1991.
- [16] 段晴.于阆语《罗摩衍那》的故事[A].张玉安,陈岗龙,主编.东方民间文学比较研究[C].北京:北京大学出版社,2003.
- [17] 阿地里·居玛吐尔地.神话史诗《艾尔托西图克》比较研究[A].张玉安,陈岗龙,主编.东方民间文学比较研究[C].北京:北京大学出版社,2003.
- [18] 梅臻.中国民间文学艺术作品的版权保护研究[A].郑成思,李明德,主编.知识产权文丛(第10卷)[C].北京:中国方正出版社,2004.

Legal Protection for Folk Epics

LU Yin - liang

(China University of Political Science and Law, Beijing 100088)

Abstract: As an important kind of expression of folklore, folk epics are essential composition of the traditional Chinese culture. Having been passed down from generations to generations, folk epics have been hereby deemed the cultural root of the nation. Many epics are still widely sung. Whether it's necessary to provide a special protection for epics under the framework of copyright and how to determine the corresponding subject matter, subjects, rights and duties are the essential issues that deserves attentions. Exploration to this issue with Chinese character would hopefully contribute to the world forum on traditional knowledge and expressions of folklore.

Key Words: Folk Epics; Expressions of Folklore; IPR; Copyright; Special Law

(责任编辑 鄢梦萱)