

分类号:

密级: 公开

学校代码: 10140

学号: 4031941303



遼寧大學
LIAONING UNIVERSITY

专业学位论文

THESIS FOR PROFESSIONAL MASTER DEGREE

论文题目: 民间戏曲改编著作权法律问题研究

英文题目: On the Copyright of the Adaptation of Folk Operas

论文作者: 宋凌宇

指导教师: 李 岩 教授

专 业: 法律 (法学)

完成时间: 二〇二一年五月

遼寧大學

法律硕士（JM）学位论文

题 目：民间戏曲改编著作权法律问题研究

英文题目：On the Copyright of the Adaptation of
Folk Operas

作 者：宋凌宇

年 级：2019 级

专业方向：民法

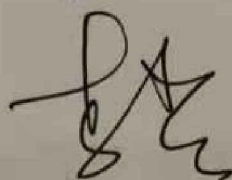
指导教师：李岩 教授

时 间：2021 年 5 月

民间戏曲改编著作权法律问题研究

作者签字：宋爽宇

导师签字：



二〇二一年五月·中国沈阳

中文摘要

民间文学艺术作品的著作权保护一直是我国乃至国际社会所普遍关注和研究的问题，但种类繁多的民间文学艺术作品因其组成元素的特殊性、复杂性一直找不到共性的元素特点而无法通过立法加以保护。民间戏曲作为民间文学艺术中民间艺术的一个小小的分支，具体研究民间戏曲中各元素的著作权问题对民间文学艺术作品的研究也会有所裨益。当前理论和实务界并没有直接研究民间戏曲的资料，但可以通过民间音乐等与民间戏曲存在相同或者相似的民间文学艺术作品寻找可以适用的法律规范。民间戏曲的可著作权性问题一直存在争议，虽然其被明确规定在了著作权法中，但对其的适用和保护却无从下手。流传下来的民间戏曲因为不具备著作权法明确规定的“独”创性特征，以及在公有领域是否公开的不同观点，认为民间戏曲应当不具有著作权。通过对比研究民间戏曲改编作品中音乐和唱腔的权利，二者的权利认定在理论和实务中认定存在交叉，甚至将二者混为一谈。明确区分二者之间的不同，认定民间戏曲改编作品中音乐属于音乐作品而与唱腔区分对待，并根据唱腔设计和唱腔表演的特殊性，扩大了唱腔表演者的著作权地位。通过分析论证民间戏曲不具有可著作权性、民间戏曲改编作品的音乐设计应认定为属于音乐作品、唱腔设计应认定为由唱腔设计者和表演者共同完成、表演者在唱腔设计中也做出了独创性贡献。在研究民间戏曲改编作品中音乐和唱腔的权利的基础之上，明确民间戏曲中音乐和唱腔的保护依据和保护方式，厘清民间戏曲改编作品中唱腔表演者的权利，不仅可以更好地保护民间戏曲的传承发展，也可以为民间文学艺术作品的保护提供思路。

关键词： 民间戏曲改编 音乐作品 唱腔设计和表演 邻接权

Abstract

The copyright protection of folk literature and art works has always been a common concern and research issue in China and even in the international community. However, a wide range of folk literature and art works can not be protected by legislation because of the particularity and complexity of their constituent elements. As a small branch of folk art in folk literature and art, the specific study of the copyright of various elements in folk opera will also benefit the study of folk literature and art works. At present, there is no direct research on folk opera in theory and practice, but we can find applicable legal norms through folk music and other works of folk literature and art that are the same or similar to folk opera. The copyright of folk opera has always been controversial. Although it is clearly stipulated in the copyright law, there is no way to apply and protect it. The folk operas handed down do not have the "independent" creative characteristics clearly stipulated in the copyright law, and there are different views on whether they are open in the public domain. They think that the folk operas should not have copyright. Through a comparative study of the rights of music and singing in the adapted works of folk opera, it is found that the two rights are cross in theory and practice, and even confused. Clearly distinguish the difference between the two, that the music in the folk opera adaptation works belongs to music works and is treated differently from aria, and according to the particularity of aria design and aria performance, expand the copyright status of aria performers. Through the analysis, it is proved that folk opera has no copyright, that the music design of the adapted works of folk opera should be regarded as a musical work, that the aria design should be jointly completed by the aria designer and the performer, and that the performer has also made original contributions in the aria design. Based on the study of the rights of music and aria in the adapted works of folk opera, this paper clarifies the protection basis and methods of music and aria in folk opera, and clarifies the rights of aria performers in the adapted works of folk opera, which can not only better protect the inheritance and development of folk opera, but also provide ideas for the protection of folk literature and art works.

Key words: **Adaptation of folk opera** **Music works** **Singing design and performance** **neighboring right**

目录

摘要.....	I
Abstract.....	II
序 言.....	3
(一) 研究背景和意义.....	3
(二) 国内外研究现状.....	3
(三) 研究思路和方法.....	7
(四) 主要创新点.....	7
民间戏曲改编著作权法律问题研究.....	9
一、民间戏曲可著作权性及其改编作品研究.....	9
(一) 民间戏曲的可著作权性之争.....	9
1、民间戏曲的可著作权属性不同于一般意义上的作品.....	10
2、民间戏曲属于非个体性创作.....	10
3、民间戏曲是否进入公有领域存在争议.....	11
(二) 民间戏曲不具有可著作权性.....	11
1、民间戏曲不具有独创性.....	11
2、民间戏曲是进入公有领域的作品.....	12
3、民间戏曲和著作权集体管理制度矛盾.....	13
(三) 民间戏曲改编作品的保护和权利限制.....	14
1、著作权法保护的是利用民间文学艺术创作的作品.....	14
2、限制改编人的权利来避免民间戏曲被恶意独占.....	14
二、民间戏曲改编中音乐权利问题研究.....	16
(一) 据以研究的案例及引发的思考.....	16
1、黄能华诉中国唱片上诉案.....	16
2、王大卫诉王森昌等著作权纠纷案.....	17
3、案例引发的思考：民间戏曲改编中音乐权利认定模糊.....	17
(二) 民间戏曲改编中音乐的著作权性质.....	18
1、音乐和唱腔的改编存在不同.....	18
2、民间戏曲中的音乐为不带词的演奏乐.....	20
3、民间戏曲改编作品的音乐设计应认定为属于音乐作品.....	20
三、民间戏曲改编中唱腔权利问题研究.....	22
(一) 据以研究的案例及引发的思考.....	22

1、王冠亚等诉广东省深圳书城南山城实业有限公司等侵犯著作权纠纷上诉案.....	22
2、黄能华诉中国唱片上诉案.....	23
3、案例引发的思考：民间戏曲改编中唱腔权利认定模糊.....	23
4、唱腔可以区分为唱腔表演和唱腔设计来分别保护.....	24
(二) 民间戏曲唱腔表演的独创性研究.....	25
1、民间戏曲唱腔表演当然适用邻接权.....	25
2、邻接权是否体现独创性存在争议.....	25
3、表演者在唱腔设计中也做出了独创性贡献.....	26
(三) 唱腔设计的著作权保护.....	29
1、唱腔设计应认定为剧本作品.....	29
2、民间戏曲唱腔设计不能由个人独自完成.....	29
3、唱腔设计应认定为由唱腔设计者和表演者共同完成.....	30
结语.....	32
参考文献.....	33
致谢.....	35

序 言

（一）研究背景和意义

我们众所周知的民间戏曲可谓历史悠久，历经了八百年间地不断完善和发展，同时作为我国重要的非物质文化遗产之一，民间戏曲向世人展现了它们独特的魅力。传统、经典而优秀的民间戏曲剧目往往让人耳熟能详，如京剧、豫剧、昆曲、黄梅戏、二人转等等。这些民间戏曲因其接地气的表演方式，通俗易懂的故事内容，贴近生活的演绎方式而备受百姓喜爱。

我国经济文化事业正处于飞速发展的阶段，民间文学艺术作品的保护自然也得到了高度重视。在广大表演艺术家在忙着将民间文学艺术作品发扬光大的过程中，民间文学艺术作品在法律的保护层面却暴露出越来越严峻的问题。制定的关于民间文学艺术作品的法律数量极少，规范粗糙。我国《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，但国务院的规定至今仍未公布实施。对于民间戏曲的概念界定，民间文学艺术作品著作权保护条例（征求意见稿）中进行了简单地规定。其中，民间戏曲被认为属于民间文学艺术作品中间艺术的范畴。¹

根据以上涉及的法律规范，民间戏曲被明确纳入了民间文学艺术作品的保护范畴，但是民间戏曲又存在与民间文学艺术作品差异的地方，非民族性、非族群性的性质使得民间戏曲在民间文学艺术作品中处于极其尴尬的地位。我国对于民间文学艺术作品的保护只是简单地规定在了著作权法中，将民间文学艺术作品作为一种特殊的著作权客体进行保护，但相关的具体裁判规则却迟迟无法出台。这与民间文学艺术作品的特殊性不无关系，各个民间文学艺术作品的构成差异，元素复杂，几乎无法在其中找到相同之处，进而无法使其均适用同一规则进行裁判。

我国实务和理论界在认定民间戏曲以及民间戏曲改编中的音乐和唱腔权利的过程中，存在很大的分歧，以至于对音乐和唱腔的认定模糊。厘清民间戏曲以及民间戏曲改编中音乐和唱腔权利的认定，将有利于民间戏曲甚至是民间文学艺术作品的保护和发展。

（二）国内外研究现状

一、国外研究现状

¹《民间文学艺术作品著作权保护条例（征求意见稿）》第二条规定：“本条例所称民间文学艺术作品，是指由特定的民族、族群或者社群内不特定成员集体创作和世代传承，并体现其传统观念和文化价值的文学艺术的表达。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。”

1、作品独创性界定模糊，没有科学的解释

著作权法的核心概念之一便是“独创性”，对“独创性”理解的不同将直接导致对作品独创性界定的差异。各国之间对作品“独创性”的界定大致可以分为两种类型：一种是抽象型界定方法。该界定方法认为作品应当具有一定的创作高度，缺少创作高度的作品不具有独创性，法国著作权法认为作品应当表现或显示作者的个性。抽象型界定方法的优点在于从作品本身判断其是否具有独创性，缺陷就在于过于抽象，没有给人们提供比较具体的判断标准，“创作高度”、“作品个性”等概念并不比“独创性”概念更好理解，这种界定实际上等于是没有界定。另一种是经验型界定方法。该方法认为作者独立创作了作品，就具有独创性，倾向于从作品创作过程上判断其是否具有独创性。经验型界定方法的优点在于比较感性、简便、易行。其缺点也很明显，这就是，任何胡编乱造的东西，只要不是从其他地方复制而来，均具有独创性。这必然使得作品类型和范围泛滥，不利于公共利益之保障，殊为不妥。作者投入了一定的劳动，而不去准确界定该劳动其中所蕴含的“智慧性”成分大小，而是仅仅以“有无”来评断。这种界定方式正是美国一开始的“额头流汗”原则，该原则将一切劳动均纳入著作权法保护的范畴，无疑会造成“著作权利”的滥用。因此，无论是英美的经验型界定，还是德法的抽象型界定，均难以对作品独创性进行科学的解释。²

2、邻接权奉行“无独创性”理论

关于“著作权”和“邻接权”的理论一直存在很大的分歧。以大陆法系中的德国目前理论和立法来说，表演者进行的“表演”只能作为“邻接权”的客体加以保护。德国著作权法认为，著作权是一种精神上的创作过程，而邻接权则是一种精神上的投入过程。二者之间的区别在于这种过程是平等的并列关系还是后者仅仅只能是服务于前者的关系。德国目前的理论支撑后者，将作品和表演分别纳入“著作权”和“邻接权”这两个泾渭分明的法律领域。³

二、国内研究现状：

1、对“独创性”的理解

应当将“独创性”分为“独”和“创”来理解：一、“独”的理解：“独”便是自己依靠自己的力量独立创作，源自于本人。这里的“独”为两种含义，一是对于自己进行独立创作的情形，即使处于巧合与他人作品一样，也可以成为著作权所保护的作品。

²王坤：《论作品的独创性——以对作品概念的科学建构为分析起点》，载《知识产权》2014年第4期，第15~16页。

³冯术杰：《寻找表演中的作品——对表演和表达的概念反思》，载《清华法学》2011年第1期，第99页。

二是对于在他人作品基础之上进行创作的情形,与原作品相比,新作品必须有可以客观区别的变化,而且这种变化不能太过细致。二、“创”的理解:“创”就是自己所进行的最低限度的智力创造性。第一、应具备最低的智力创造性,而不能仅仅是“额头流汗”。第二、创造性也不能太过微不足道,要具备一定的高度,不能过于平庸或者缺乏最基本的美感价值。⁴

2、民间文学艺术不符合著作权法保护的条件

民间文学艺术作品明确规定在我国著作权法中,并且被分类归纳为特殊作品。但民间文学艺术作品是否符合传统著作权法的保护要件,一直以来大多数学者是持否定性观点的,主要原因有四:第一,民间文学艺术作品具有极强的“民族性”、“地域性”的特点,创作活动具有继承性,经历了漫长的创作和传承过程。这种群体性的创作被“集体性”的特征所掩盖,排斥了受著作权法保护的普通作品个人独创的痕迹。第二、民间文学艺术作品是大众的文化,并无严格意义上的文字记载,口头传播并不具有固定性。第三、民间文学艺术的形式并不是一朝一夕之间,而是经历了数百年一代又一代人共同的努力,这种保护的期限应当如何确定?没有明确的主体便不能依照普通作者生前和死后的保护时间计算,无限的保护又不利于民间戏曲的传播、传承和发展。第四、著作权法保护的是一种民间文学艺术的表达,具体何为表达?表达的外延范围应当如何确定?描述东北日常生活的“二人转”之类的民间戏曲有什么表达均无法做出明确的界定。⁵

3、“独创性”和集体作者观的否认

民间文学艺术的传统保护更加注重文化民族主义的民族情感,将集体的民族荣誉感倾注其中。在这种情感的影响下,将民间文学、民间艺术构建成所谓的“集体性”管理。这种观点强调集体在民间文学艺术传承和发展中的重要性,否定了个人主义观。但这种观点遭到了法律学者的一致反对,他们认为,集体性的虚构、集体作者的虚构、集体机制的创新性难以维系,应当严格按照著作权法的规定,坚持传承人的作者身份。充分体现个人在民间文学艺术的传承和发展中的重要作用,严格适用“独”“创”性的判断标准予以评价,来确定民间文学艺术的可著作权性才能更好的保障民间文学艺术。⁶

4、著作权法保护的大多数是利用民间文学艺术的作品

⁴王迁著:《知识产权法教程》,中国人民大学出版社2015年版,第33页。

⁵黄玉桦:《我国民间文学艺术的特别权利保护模式》,载《法学》2009年第8期,第122页。

⁶崔国斌:《否弃集体作者观——民间文艺版权难题的终结》,载《法制与社会发展》2005年第5期,第67页。

各个国家关于民间文学艺术作品的立法和实践均存在很大的空白，以较为具有代表意义的《伯尔尼公约》来看，对民间文学艺术作品的保护并不是一种直接的保护，而是选择了一种可行的替代模式。即通过保护民间文学艺术作品的改编作品来间接保护民间文学艺术作品。这种更贴近著作权法的客体更容易在实践中得到适用。⁷

5、通过明确民间文学艺术改编作品的保护方式也可以实现对民间文学艺术的保护

民间文学艺术作品的保护在本质上存在很大的特殊性，导致这种保护的立法完善并不会是一蹴而就的事情，理论界对此亦争议颇丰。实际上，在民间文学艺术作品保护困难的情况下，寻找一种“替代”保护的模式成为了可能。分析民间文学艺术作品和民间文学艺术作品改编作品的关系，将二者之间“源”和“流”的关系加以利用。改编作品必须维护作为“源”作品的精神权利和精神利益。因此，明确民间文学艺术改编作品的保护方式也可以实现对民间文学艺术的保护。⁸这种观点是建立在认为民间戏曲具有可著作权性的基础之上。

6、唱腔设计和唱腔表演分别对应著作权和邻接权

唱腔是一类具有综合元素的艺术形式，从专业的戏曲角度进行分类，唱腔可以区分为“唱腔表演”和“唱腔设计”。从著作权法的角度而言，唱腔设计和唱腔表演分别对应著作权和邻接权。对于民间文学艺术作品、民间戏曲等的唱腔表演（具有强烈的个人色彩）应当具体由谁主张权利是一个存在争议的问题。唱腔表演的“著作权”和“邻接权”的界限和归属，值得深刻谈论。⁹

7、我国著作权和邻接权领域对“表演”没有明确的认定

表演者在进行舞台表演的过程中，基于其对自己劳动成果的保护，而形成了有关“邻接权”的制度。在我国理论界，将邻接权置于何种地位进行立法保护，一直备受争议。著作权法将“邻接权”和“著作权”分开讨论，但理论界争议颇多，甚至有学者直接主张废除“邻接权”的制度，全部直接适用“著作权法”加以保护。这种将“著作权”和“邻接权”完全等同或者完全割裂的理论均存在一定的弊端。目前我国的理论均未能说明表演者对作品创作的影响，究其原因，是因为我国理论界未对作品和表演的概念进行更加深入的探究，同时也缺乏对于从作

⁷前注 5，第 123 页。

⁸潘霞：《民间文学艺术改编作品的法律应用》，载《出版发行研究》2017 年第 3 期，第 65 页。

⁹杨明：《唱腔、戏曲作品与戏曲电影作品的著作权问题——由“<天仙配>案”引发的思考》，载《知识产权》2007 年第 1 期，第 58 页。

品到表演的过程的法律剖析。¹⁰

目前研究存在如下几个问题：

第一：否认集体作者观、否认民间文学艺术的“独”创性、民间文学艺术是否具有可著作权性尚无定论。

第二：著作权法目前倾向于保护民间戏曲改编过程中的权利。

第三：民间戏曲改编作品中的音乐设计不同于唱腔设计，不能混淆适用。

第四：表演者对作品创作的影响没有研究，唱腔表演者对唱腔设计的贡献未进行评价。

（三）研究思路和方法

本文的研究思路在于，不同于其他学者所认为的，应当将民间戏曲的主体列为相应的集体管理者。本文将民间戏曲的音乐类型以及唱腔构成进行了分别的分析和讨论，明确分析了民间戏曲的组成元素是否享有著作权，从而将民间戏曲是否值得著作权的保护。笔者认为，以这样的方式更有利于民间戏曲在概念模糊下的认定，从而更明确的追究侵权者的责任，保护了民间戏曲的传承和发展。

本文在写作过程中主要采取了案例分析法、比较研究法、归纳总结法等法学研究方法。首先是案例分析方法，通过研究实务中对民间戏曲的裁判结论，了解针对民间戏曲问题在我国实务中的应用规则。在论文的正文中，以插入的形式在每个问题的研究前加入案例，引出该段要讨论的内容；其次是比较分析法，通过比照民间戏曲这一特殊的著作权保护客体与著作权保护的普通客体之间的异同，探讨同一规则在他们之间适用的矛盾；最后是归纳总结的方法，将本文中所有关于民间戏曲以及其改编作品中诸多元素的适用问题进行归纳，将其整合成一个独立的主体，为民间戏曲不同元素的保护提供理论依据。

（四）主要创新点

民间文学艺术作品的著作权保护一直是学术界热烈研究的问题，既然庞大的民间文学艺术作品不能轻易形成共同的、行之有效的解决方案，不妨从某一个角度入手，研究某一部分即民间戏曲的著作权保护。由点及面，逐渐完成对多样复杂的民间文学艺术作品的立法进程推进。在学术界百家争鸣的大环境下，笔者认为，本文的创新之处在于：

第一、认定流传下来的民间戏曲不具有可著作权性。

¹⁰前注3，第97~98页。

第二、将民间戏曲以及民间戏曲改编过程中的音乐和唱腔分别讨论。

第三、扩大了唱腔表演者的权利，在唱腔表演者具有原本就已经存在的唱腔表演邻接权的基础之上，分析其在著作权方面的贡献。

民间戏曲改编著作权法律问题研究

一、民间戏曲可著作权性及其改编作品研究

（一）民间戏曲的可著作权性之争

“民间戏曲”作为中国特色的作品，从未在法律层面对其概念界定和法律适用作出明确的规定。其在构成元素上具有较强的特殊性和复杂性，在学术上值得单独讨论。“民间戏曲”的可著作权性至今没有定论。从关于“民间戏曲”的概念属性来看，我国《著作权法》第六条规定了民间文学艺术作品的著作权保护办法由国务院另行规定。我国民间文学艺术作品著作权保护条例（征求意见稿）第二条第三款明确规定了“民间戏曲”属于民间文学艺术作品的一种。¹¹因此，对民间戏曲的著作权处理规则应当参照适用民间文学艺术作品。根据我国著作权法的规定，民间文学艺术作品一般可以概括分为民间文学和民间艺术两大类¹²，民间戏曲便属于民间艺术中的一个小小的分支。关于民间戏曲的可著作权性问题，首先我们要了解可著作权性的一般原则。著作权法保护的客体是“作品”，“作品”是著作权法最基本的法律概念之一，更是著作权法律制度的“基础”。我国著作权法中所称的作品，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。¹³据此，我们可以概括总结出受著作权法保护的作品的一般性原则为如下四点：一、文学艺术和科学领域的客观外在表达；二、具有独创性；三、可以复制；四、属于智力成果。本文将要讨论的民间戏曲，属于艺术领域的客观

¹¹《民间文学艺术作品著作权保护条例（征求意见稿）》第二条：“本条例所称民间文学艺术作品，是指由特定的民族、族群或者社群内不特定成员集体创作和世代传承，并体现其传统观念和文化价值的文学艺术的表达。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。”

¹²肖少启：《民间文学艺术作品著作权保护路径分析》，载《河北法学》2010年第4期，第100页。

¹³《中华人民共和国著作权法(2020修正)》第三条：“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。”

外在表达，属于智力成果（是否属于确定的个人还是属于不确定的部分人、一定区域的人并不影响其智力成果的认定），民间戏曲具有可复制性，可以通过口口相传，音频、视频等音像资料进行复制传播。但民间戏曲流传时间久远，具体改编者身份不明，民间戏曲的可著作权性便和其是否具有独创性密切相关。而民间戏曲组成元素的复杂性，使得其各元素的著作权保护在认定上困难重重。

1、民间戏曲的可著作权属性不同于一般意义上的作品

民间戏曲数量众多，差异巨大，至今仍然没有一部可以完全参照适用的法律规范。民间戏曲具有的和其他作品不同的特殊性，使得民间戏曲和普通作品在著作权法的保护上存在区别。民间戏曲是一种大众化的通俗文化，绝大部分的民间戏曲都以口头的方式进行传播和继承，不具有固定性；我国著作权法虽然明确规定了对“口述作品”的保护，但对这种“没有以某种有形形式固定下来的作品”的立法存在很大的缺陷，主要体现在诉讼中的举证困难。我国《著作权法》对作者的生前和死后一段时期进行了保护，而我国民间文学艺术作品著作权保护条例（征求意见稿）¹⁴却将民间文学艺术作品的保护期无限延长。民间文学艺术的表达不仅仅只是作品所呈现出来的表演等，其更是有着丰富、宽泛的艺术外延，包括生活方式、价值观念、传统信仰；相比于著作权法所保护的“作品”其范围差距非常巨大。¹⁵这些特征也恰恰决定了民间戏曲是否可以完全参照适用民间文学艺术作品。我国学者并未对“民间戏曲”有过深刻的研究和分析，而“民间音乐”确是社会和学界一直乐于探讨的问题，《月亮之上》和《乌苏里船歌》案也成为学者研究和重点关注的对象。“民间戏曲”和“民间音乐”均被规定在民间文学艺术作品著作权保护条例（征求意见稿）第二条中，二者同属“民间文学艺术作品”。在性质和特征上具有一定的相似之处。因此在研究“民间戏曲”的可著作权性的问题上，可以以“民间音乐”作为参考。

2、民间戏曲属于非个体性创作

我国学者认为，“民间音乐”和“民间戏曲”同属于“民间文学艺术作品”的概念范畴，均具有集体性、继承性、地域性和民族性等一系列的特点。这些特点均包含了民间戏曲不同于著作权法保护的其他客体最突出的特点，即“非个体性”。该特点和一般意义上的著作权主体明显不同，首先，“集体性”是一定区域内的群体，权利主体并不是可以明确区分的个人。其次，“继承性”的特点不仅体现了创作主体的数量之多，而且体现了创作时间之长，代代相传，生生不息正是民间文学艺术作品得以传承和发展的动力。最后，“地域性”的特点表明了

¹⁴《民间文学艺术作品著作权保护条例(征求意见稿)》第七条：民间文学艺术作品的著作权的保护期不受时间限制。

¹⁵前注 5，第 122 页。

民间文学艺术的传承被限定在了一定的地域范围，和“民族性”的特点相辅相成，二者将创作的主体进行了进一步的限定，将范围缩小至特定的民族和地域，但究其本质，这仍然是民间文学艺术作品“非个体性”的体现。¹⁶我国学者认为，即使民间文学艺术作品“非个体性”的特点使得其只能被纳入为“特殊作品”进行保护。“群体”依然可以成为民间文学艺术作品的权利主体。

3、民间戏曲是否进入公有领域存在争议

我国学者认为，民间文学艺术作品是未进入公有领域的作品。原因有二：其一，民间文学艺术作品并未向社会公开，民间文学艺术作品的“地域性”和“民族性”便是其隶属于特定“族群”的依据。这种传播和继承是一种封闭式的循环，并未流入外部社会。其二，民间文学艺术作品的保护期限是“无限制”，因此不可能进入公有领域。我国《著作权法》规定“保护期限”的目的在于，一部作品只要超过著作权法规定的保护期限，便不再受到著作权法的保护。而民间文学艺术作品无限制保护期限便注定其不可能超过保护期限。以上两点是我国大多数学者所秉持的观点，认为民间文学艺术作品并未进入公有领域。

（二）民间戏曲不具有可著作权性

1、民间戏曲不具有独创性

我国《著作权法》中对于民间文学艺术作品的概念界定，是指由特定的民族、族群或者社群内不特定成员集体创作和世代传承，并体现其传统观念和文化价值的文学艺术的表达，而民间戏曲在创作成员的组成上，实际上突破了《著作权法》对于民间文学艺术作品的界定。以传统的地方戏“二人转”为例，二人转之所以被冠以东北特色的头衔，是因为二人转的创作突破了民族、族群的束缚。与豫剧、昆曲等地方戏比较，又突破了狭隘的地域限制，以东北三省为创作的中心。民间文学艺术作品著作权保护条例（征求意见稿）第二条第三款规定民间舞蹈、歌舞、戏曲、曲艺、等以动作、姿势、表情等形式表达的作品属于民间文学艺术作品。但动作、姿势、表情并不能充分完整的反映民间戏曲的特殊性，在动作、姿势、表情之外，民间戏曲的故事内容，以及极具识别力的独特的唱腔更是民间戏曲的生命力所在。民间文学艺术和普通的受著作权法保护的作品均具有创造性，但民间文学艺术并不具有独创性。独创性作为著作权法的核心概念之一，是区分民间文学艺术和普通作品的最本质的特征。“独创”可以分为“独”和“创”来进行理解：“独”就是独立创作，源自于本人，印有个人的独创的痕迹，包括自己进行独立创作的情形和在他人作品之上进行创作的情形；“创”就是最低限度的智力

¹⁶张娜：《论民间音乐的著作权保护——从〈月亮之上〉、〈乌苏里船歌〉案谈起》，载《法律适用》2018年第16期，第112页。

创造性。¹⁷本文在确定民间文学艺术是否具有独创性时，即是根据该独创性的通说，即当将“独”和“创”分开进行讨论，分析其是否系独立完成（是否具有个人创作的痕迹）并且具有创作性。¹⁸民间文学艺术的创作主体具有群体性和不确定性的特点，没有个人“独”创的痕迹。流传下来的民间戏曲因其不具有“独”创性而不符合著作权保护的条件。

民间戏曲故事内容来源广泛，神话故事、风俗人情、生活习惯都可以经过演绎和改编而成为民间戏曲的故事内容。神话故事是民间戏曲的重要来源之一，例如，黄梅戏作为安徽省主要地方戏剧种，其经典保留剧目《天仙配》的故事内容大家耳熟能详，取材于七仙女和董永的爱情故事；而东北地区地方戏代表二人转，其故事内容大多取材于东北百姓的日常生活故事，内容极具代表性，体现了东北人特有的风俗习惯，讲述了东北的风土人情。民间戏曲主要是由故事内容和唱腔这两个典型元素构成，对于流传下来的故事内容和唱腔而言，它的创作和传播过程经历了八百多年之久，是不特定的人数众多的同民族、同种族、同地域的精神文化产物。不断的模仿、不断的加工、漫长的持续过程使得个人“独”创的痕迹在时间的长河中消失殆尽。无法确定创作主体，个人的思想表达已经融入群体的智慧创作中，使得作品的必要性特征“独创性”中“独”的特点并没有完整的体现。这是民间文学艺术区别于一般作品的最主要的特点。因为“独创性”是评价“一部作品”是否值得著作权法保护的最根本的判断标准，据此，民间戏曲的故事内容和音乐唱腔均不符合“独创性”标准。

2、民间戏曲是进入公有领域的作品

与我国大多数学者的观点相反，笔者认为，民间戏曲是已经进入公共领域的作品。主要原因仍从民间戏曲是否进入公共领域以及民间戏曲保护期限两部分进行探讨。其一，何为“公有领域”？若要判定民间戏曲是否已经进入“公有领域”便一定要了解“公有领域”的概念和适用范围。“公有领域”即人类的作品在一定的领域内任何人和任何团体均不具有所有权益。问题的关键在于“领域”的具体界限到底应当如何界定？我国学者将“领域”理解成“社会公众”将民间戏曲的创作族群或种群之外的所有人均认定为“社会公众”。这样的观点依据是站在民间戏曲“民族性”的角度出发，将某一地区的特定居民与外界机械分割。这种“地域性”和“民族性”的分割在人口完全封闭的环境下才得以适用，人口的流动将会对这种封闭的空间产生影响，不利于“领域”的适用。同时，即使处于同一地域内的居民或族人，并不会所有人均参与民间戏曲的创作和传承，仅仅因为

¹⁷前注 4，第 33 页。

¹⁸《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 15 条规定：“由不同的作者就同一题材创作的作品，作品的表达系独立完成并且有创造性的，应当认定作者各自享有独立的著作权。”

找不到明确的个体便将部分人传承发展的劳动成果平分至每一个人的身上，这不仅使未参与民间戏曲创作的部分人“不劳而获”，仅仅因为自己独特的身份便获得权利，更是将本属于部分创作者的权利稀释至每一个人的身上，这是对创作者极大地不公平。“领域”和“个人”的权利界限不清，部分人的创作为本领域内所有人知晓，本领域内依然可以认定为是一种“公有领域”。同理，人口流动造成的民间戏曲向不特定公众传播与族群内部的传播具有相似的特点，应当认为民间戏曲已经进入共有领域。其二、著作权法规定一般意义上的作品均具有保护期限，而民间文学艺术作品的保护期限为永久。著作权法规定之处，对民间文学艺术作品保护期限的规定是基于保护民间艺术作品的相应制度，考虑到民间文学艺术作品的利用和利益分享，更是提防不同国家尤其是发达国家的文化侵略。在著作权法并无理论依据可寻，根据该规定而直接认定民间文学艺术作品永远不能进入公有领域是在认定民间戏曲符合著作权法其他要求的基础之上而认定的。而笔者认为，民间戏曲不具有独创性，适用无限保护的制度是相互矛盾的。民间戏曲是已经进入共有领域的作品，更无须考虑保护期限的问题。

3、民间戏曲和著作权集体管理制度矛盾

我国著作权法的代表性主张一直强调民间文学的集体性，主张集体或者国家所有，并提出了民间文学的集体性、集体作者、集体创性机制等相关的概念。¹⁹集体性主张的提出主要是依据民间文学艺术作品中不同时空下人数众多的个体所持续进行创作的特征。将民间文学艺术表现的不同于普通作品的民族性、种族性、地域性概括而成一种集体性的特点，并以此为基础制定出集体管理、无限保护期限以及与此相关的一系列人身性和财产性的权利。

笔者认为，集体作者观的提出，看似从一种全新的角度给出了一种解决民间文学艺术著作权的办法。但这种直接虚构出来的概念只是强行将在“道德”上应当保护的作品纳入著作权法保护的范畴，这种制度在一定程度上保护了一部分民间文学艺术，但这样的保护很大程度上是为了对抗“发达国家对发展中国家的文化侵略”，而所能制定的看似符合民间文学艺术特征的办法。但这种制度是经不起推敲的，主要是因为：其一、正如上文所述，民间文学艺术具有创造性，是八百年来在某些特定地区不特定的人群不断发展和创造而来。因为人数众多，且无法确定真正的著作权人，个人创造的痕迹并不能得以清晰的显示。“独”的特点是不存在的，基于此，民间文学艺术因不具有“独创性”而不能被评价为作品，更谈不上著作权的集体保护问题。其二、集体作者虚构存在矛盾。《乌苏里船歌》案，在民间文学艺术作品保护的法制进程道路上具有里程碑式的意义。《乌苏里

¹⁹前注 6，第 70~72 页。

船歌》案也是我国正式对民间文学艺术作品进行保护的“第一案”。在该案的审理过程中，黑龙江省饶河县法院审理认为：民间文学艺术作品作为一种特殊类型的著作权法保护的客体，它应当属于饶河县赫哲族中每一个成员，任何群体和成员都有义务保护自己本民族的优秀民间文学艺术作品不受侵害。但众多的赫哲族成员并不能形成有效的诉讼途径去解决该侵权问题，依据中华人民共和国独特的民族区域自治制度和著作权法规定的著作权集体管理制度，由当地饶河县四排赫哲族乡人民政府以自己的名义起诉郭颂完全符合我国著作权法的规定。但从权利的角度，饶河县四排赫哲族乡人民政府却并未取得任何人或者组织的授权，况且本来就没有明确的个人作者，根本谈不上任何形式的授权。同时，并非该民族该区域所有的族人都对其艺术进行了创造，这种制度导致了很多的族人并未付出劳动而直接获得了利益。不劳而获在法律和道德层面显然都是无法被认同的。综上所述，民间戏曲因其不具有“独”创性，同时应当被认定为已经进入公有领域，而不具有可著作权性。

（三）民间戏曲改编作品的保护和权利限制

1、著作权法保护的是利用民间文学艺术创作的作品

相较于民间文学艺术作品，受著作权法保护更多的则是利用民间文学艺术作品而产生的作品。民间文学艺术改编作品是基于对民间文学艺术作品的改编、翻译、汇编等再创作而形成的作品，是民间文学艺术作品传承发展的现代形式。²⁰民间戏曲的改编也是如此，在传统的民间元素中加入当代艺术元素，使其符合当代审美。但这种改编具有强烈的作品依附性，必须依附于原民间戏曲的在先存在。在原民间戏曲的基础上，改编而成的子作品与原作品的关系为“源”与“流”的关系。²¹我们对于民间戏曲故事内容和唱腔的了解大多来源于文字载和影像资料，这些记载文字和收集整理民间戏曲的汇编作品当然会受到著作权法的保护。这样的作品即是利用民间文学艺术作品创作的作品，对这样的作品进行保护，并不直接等于对民间戏曲的著作权保护。根据这样的立法规律，充分分析民间戏曲衍生作品的著作权保护，界定民间戏曲衍生作品的特殊性，明确民间戏曲衍生作品各元素的性质，在著作权法中加以明确的规定，不同的作品适用不同的保护方式。这也正从侧面证明了民间戏曲本身可著作权性适用困难。

2、限制改编人的权利来避免民间戏曲被恶意独占

民间戏曲改编作品的改编人因其改编的作品属于民间文学艺术作品的范畴，

²⁰吕睿：《作品与民间文学艺术作品之辩》，载《新疆社科论坛》，2012年第1期，第78-81页。

²¹前注8，第65页。

这类作品在著作权法的保护上、甚至流传下来的民间戏曲并不符合著作权法保护的条件。因此，民间戏曲改编作品的改编人其权利的行使不能完全等同于普通作品改编作品改编人的权利，其权利应当受到一定的限制。正如上文所论述，民间戏曲主要是由故事内容和唱腔这两个典型元素构成，对于流传下来的故事内容和唱腔而言，它的创作和传播过程经历了八百多年之久，是不特定的人数众多的同民族、同种族、同地域的精神文化产物。不断的模仿、不断的加工、漫长的持续过程使得个人“独”创的痕迹在时间的长河中消失殆尽。无法确定创作主体，个人的思想表达已经融入群体的智慧创作中，使得作品的必要性特征“独创性”中“独”的特点并没有完整的体现。这是民间文学艺术区别于一般作品的最主要的特点。民间戏曲改编作品在对原型民间戏曲进行改动的过程中，加入印有个人的痕迹的“独”、“创”性设计，用以达到著作权法对独创性的要求。首先，这种改编作品中，改编者对“源”民间戏曲的改动达到一定程度的原创性，可就其独创的部分享有著作权。²²改编作品作为一部完整的受著作权法保护的作品，其作品的完整性不容侵犯，因此在保护普通作品的著作权时，对于作品的任何一部分的抄袭、扭曲、篡改均会被认定为侵犯著作权的行为。民间戏曲改编作品的特殊性在于民间戏曲改编作品=原流传故事内容、音乐及唱腔部分+改编者具有独创性的部分。因此，民间戏曲改编作品的创作者在对其改编作品主张相应的权利时，仅可就自己拥有独创性的部分主张权利，而不可据此主张原流传故事内容、音乐及唱腔部分的著作权。否则，改编作者可以以这样的方式将作为“源”的流传下来的不具有著作权的民间戏曲据为己有，而排除了他人对民间戏曲的改编和运用。将渊源流传的民间戏曲中凝聚了八百余年的中国广大劳动人民的智慧以一种合法的手段而将其变成自己所独有的作品。这种做法违背了著作权法立法的目的和初衷，更不利于民间戏曲的长远发展。其次，对民间戏曲改编中唱腔侵权的认定仅考虑侵权部分占改编部分的比例计算。“作品的抄袭”是著作权的侵权之诉中最常见的，“抄袭”也并不代表百分之百的照搬照抄，只要部分的作品抄袭达到一定的程度或比例就可以认定为是侵权作品。因此，这种抄袭程度的确认需要将涉诉作品中涉嫌抄袭的部分与原作品进行比对，通过数学化的比例合意更好的认定。那么如何确定权利人作品的范围将会使侵权的比例产生不同，我国理论和实务界存在两种比对的方式，即“整体比对”和“部分比对”。所谓的“部分相似”是指仅仅使用了权利人作品中的一部分。²³正如本文的观点，民间戏曲改编作品的组成为：“原流传部分+改编人具有独创性的部分”，改编人不可据此主张原流传故事内

²²同上，第 66 页。

²³袁博：《著作权侵权比对中的整体与部分》，载《人民法院报》2018 年 8 月 22 日 07 版。

容、音乐及唱腔部分的著作权,因此民间戏曲改编作品作者的权利实际上并不是对于该作品完整的权利,而是一分为二,仅对自己享有独创性权利的部分享有完整的著作权。因此,对被诉的民间戏曲改编作品进行“部分比对”将更有利于保护相关权利人的权益。

例如,某民间戏曲改编作品的组成为“20%部分的原流传民间戏曲 80%部分的独创性改编”,对于该改编作品的再改编人而言,如果仅对于 20%进行改编,因这部分民间戏曲并不具有可著作权性,则不涉及任何侵权的问题。而如果对 80%的独创性部分进行抄袭,抄袭率为 40%,则抄袭的计算比例应当仅仅从具有独创性的部分比对出发, $40\% \div 80\% = 50\%$ 的抄袭率,而不能认定为只有 40%的抄袭率。在充分考虑民间戏曲改编后作品的组成和组成部分的著作权保护性中,对于再改编人的侵权认定比例增加,将更有利于保护改编者的改编作品不受侵犯。因此在对民间戏曲改编中侵权的认定仅考虑侵权部分占改编部分的比例计算。

二、民间戏曲改编中音乐权利问题研究

(一) 据以研究的案例及引发的思考

1、黄能华诉中国唱片上诉案²⁴

在“黄能华 v. 中国唱片上诉案”中,人民法院审理认为:沪剧音乐并不是近几年才创作出现的,而是老一辈的音乐家、艺术家、琴师等通过对传统优秀剧目的分析和演绎,而共同创作出来的合作作品。沪剧音乐因其起源于传统的民间戏曲,其中各个的组成部分包括开幕、唱段、闭门、闭幕等一系列的程序与传统的民间戏曲有异曲同工之妙。本案中所涉及的沪剧音乐可以追溯到上世纪五六十年代,在当时特定的历史环境之下,沪剧曲目是由各个艺术家共同所在的剧院集体行使所有权。该沪剧音乐应当按照集体作品加以认定。但仔细分析在该沪剧曲目的创作过程中,每一个演员在依照已经存在的剧本进行表演的同时,对传统的曲调、曲牌进行了较大程度的修改,使其更加符合自身的嗓音特点和旋律。这样的修改凝聚了每一个音乐家、艺术家、琴师的汗水和心血,在作品中注入了独创性的贡献,因此,这些参与整个环节的人员应当被认定为是合作作者,依照著作权法的相关规定,可以共同行使该沪剧剧目的著作权。

²⁴参见上海市高级人民法院民事判决书(2007)沪高民三(知)终字第 58 号。

2、王大卫诉王森昌等著作权纠纷案²⁵

在上述“王大卫 v. 王森昌案”中，法院审理认为：在《白奶奶醉酒》这部剧中，“白奶奶”的饰演者毛爱莲主张称：该剧的音乐设计来源于她对原流传曲调的记忆，并非他人直接创作，而是他人根据自己的唱腔记谱整理汇总得出来的剧本。法院经过调查，毛爱莲的证词是符合当时特定的历史条件的。《白奶奶醉酒》中的唱腔桥段，是源于《老赵常借闺女》的唱腔记谱，之后由原许昌地区的越调剧团主持并进行了改编而独立完成。在上世纪特定的历史条件下，该剧的音乐曲目应当由许昌地区的越调剧团享有编曲或音乐设计的著作权，是典型的集体作品。毛爱莲即使参加了当时许昌地区的越调剧团的改编，应当承认其在作品创作过程中的贡献。但只能作为合作作者对该剧目享有著作权，并不能直接主张该剧目的唱腔记谱著作权。这一类民间戏曲的音乐设计具有很大的特殊性，主要在于并不是由音乐的设计者一次性设计完毕并由表演者直接表演的作品，而是要有表演者亲自参与，将设计中的唱腔一句一句表演出来，一句一句进行表演和磨合，以此来达到对唱腔的改进和完善。

3、案例引发的思考：民间戏曲改编中音乐权利认定模糊

在上述“黄能华 v. 中国唱片上诉案”中，人民法院审理认为：沪剧音乐由场景音乐、唱腔音乐、乐队配器等组成，涉及开幕曲、唱段、过门、幕间曲、闭幕曲等诸多音乐部分。而在“王大卫 v. 王森昌案”中，法院审理认为：这一类民间戏曲的音乐设计具有很大的特殊性，主要在于并不是由音乐的设计者一次性设计完毕并由表演者直接表演的作品，而是要由表演者亲自参与，将设计中的唱腔一句一句表演出来，一句一句进行表演和磨合，以此来达到对唱腔的改进和完善。根据这两个案例的判决，笔者认为，在实务中存在将民间戏曲音乐和民间戏曲唱腔进行混淆甚至当成同一种概念进行保护的情况，这样的混淆保护并没有厘清二者之间真正存在的差别，而这样的混淆认定在理论界也普遍存在。我国学者在研究民间音乐的演出方式时，除了认为民间音乐的演奏乐器属于中国民间的特有乐器，还认为其在演奏程式、演唱技巧、甚至是唱腔上均具有一定的特殊性。²⁶这样的观点并没有将民间戏曲中的民间音乐和民间唱腔区别对待。而其他学者在研究唱腔与戏曲作品的著作权权属关系时认为，民间戏曲作品作为一个整体，其通常是由编剧、唱腔设计、唱腔表演、音乐、舞美等多个元素共同组成，而这些元素

²⁵参见河南省许昌市中级人民法院民事判决书（2005）郑民三初字第71号。

²⁶杨怡悦：《论我国民间音乐的知识产权保护——基于陕西传统戏曲、民歌的特点》，载《西北大学学报》2016年第4期，第119页。

也构成著作权法意义上的作品，能够独立使用，产生著作权（及邻接权）。²⁷这样的观点与将民间戏曲中的音乐和唱腔作为相同的概念或者将二者作为组成和被组成的关系完全不同，其将唱腔的设计和唱腔的表演与音乐至于相同的概念之下。因此，在理论界和实务中对于民间戏曲改编作品音乐权利的认定存在分歧，如果不明确民间戏曲改编作品音乐权利的认定，将不利于对民间戏曲改编作品音乐的保护甚至唱腔权利的保护。因此，我们可以总结归纳出，在理论和实务中，对于民间戏曲以及民间戏曲改编作品中的音乐和唱腔的权利认定存在分歧，将二者作为相似的概念或完全相同的概念进行立法保护。将民间戏曲中的音乐作品和民间戏曲的特殊性不进行区分，将民间戏曲中的音乐仍然适用民间文学艺术作品的保护。这样的权利认定是存在瑕疵的，笔者认为，民间戏曲以及民间戏曲改编作品中的音乐及其特征、固定行使、演出方式均不存在任何的特殊性，与普通的音乐作品并不存在区别。对于民间戏曲以及民间戏曲改编作品中的音乐权利应当进行清晰的认定，可直接将其作为普通的音乐作品进行保护。

（二）民间戏曲改编中音乐的著作权性质

1、音乐和唱腔的改编存在不同

民间戏曲的唱腔和民间戏曲的音乐本质上存在较大的差别，这种差别首先在于复制上的难易程度。音乐的复制更加轻松而简单，将音乐编成乐谱，再由相同的乐器进行演奏，是可以很容易达到完美复制的效果的。但唱腔不能，目前我国对于地方戏的唱腔传承，仍处于面对面传授和录音录像来进行临摹和效仿。音乐在经由多人传承的条件下，仍具备完美复制的可能性；而唱腔在经由多人传播的过程中，完美复制的可能性微乎其微。基于以上的不同，笔者认为，对于民间戏曲的音乐部分和唱腔部分应当区别对待。

对于民间戏曲的音乐和唱腔，笔者认为存在如下的区别：首先，民间戏曲中音乐和唱腔的固定形式不同。民间戏曲的唱腔和音乐均具有固定的形式化特征，这种特征的背后有着极深的历史渊源。中国自古“乐”“诗”为一体，各个历史时期的诗多配有曲调，用于演奏吟唱。因为诗词的格式较为固定，所以为诗词而赋的音乐也因为配合诗词而形成了固定化的形式。²⁸流传下来的唱腔，即使在数百年的不断改进过程中，多数仍是以套用旧唱腔为主，根据唱词韵脚、剧情和某一

²⁷前注 9，第 59 页。

²⁸前注 26，第 118 页。

演员的演唱风格和习惯，作出细小的调整。²⁹民间戏曲的音乐和唱腔因其基础的形式不同而存在不同的固定形式。其次，民间戏曲中音乐和唱腔的演出和传播方式不同。民间戏曲唱腔的演出方式是在舞台上依靠演员现场演唱的形式进行呈现，对于民间戏曲粉丝来讲，听到一句民间戏曲的片段就可以立刻辨识出来取自于哪部民间戏曲作品。除了对于民间戏曲的熟悉之外，唱腔的独特性正是不同民间戏曲之间进行区分的重要标志。除此之外，民间戏曲唱腔的演唱程序、演唱技巧、记录方式等都存在一定的特殊性。³⁰音乐和唱腔的区别还在于复制上的难易程度。音乐的复制更加轻松而简单，将音乐编成乐谱，再由相同的乐器进行演奏，是可以很容易达到完美复制的效果的。但唱腔不能，目前我国对于地方戏的唱腔传承，仍处于面对面传授和录音录像来进行临摹和效仿。音乐在经由多人传承的条件下，仍具备完美复制的可能性；而唱腔在经由多人传播的条件下，完美复制的可能性微乎其微。再次、民间戏曲中音乐不具有强烈的人身依附性。民间戏曲作品中的音乐因其固定形式和演出方式的特点，通过传统意义上的独特民间乐器演奏出来的音乐和需要表演者亲自登台演唱的唱腔演出方式的差异可以看出，利用民间乐器演奏出来的音乐并不完全依赖于某个具体演奏人员，在民间戏曲音乐的创作和有演唱人员进行演奏的过程中，演奏人员对音乐部分可以完全按照文本进行演奏，并不存在唱腔的演唱过程中存在的相互适应、相互修改的过程。是否具有强烈的人身依附性体现在民间戏曲音乐的复制过程中，通过民间乐器演奏的民间音乐能否通过记谱的方式进行完美的复刻和临摹。在传播的过程中，不同的演奏者使用相同的乐器便可以轻易达到完全相同的演奏效果。这不同于唱腔的特殊性而使得唱腔在复刻和临摹的过程中，因不同的人嗓音、音色的差异而无法达到的精确复制的效果。这种随意且轻松的完美复制的特征，正是民间戏曲中音乐不具有强烈的人身依附性的体现。最后，民间戏曲中音乐的改编更加简单。与唱腔改编的复杂性不同，民间戏曲改编作品中音乐部分进行改编并不复杂，根据民间戏曲中音乐的固定形式和演出方式的特点，民间戏曲中的音乐和普通音乐作品的存在方式是完全相同的，均属于歌曲、交响乐等用乐器或者不用乐器均能够演唱或者演奏的带词或者不带词的作品。这样单纯的作品在设计 and 修改的过程中，仅仅依靠设计者个人的“独创性”劳动即可达到将其改编成受著作权法保护的客体这一标准。而并不需要像唱腔的设计那样，不仅仅在口传或者已经拥有的在先唱腔设计上进行改编，而且为了迎合唱腔表演者自身的嗓音、音色等多重外在的因素，而不得已在自己已经改编的作品上做出较大程度的让步。正是因为民间戏曲中的音乐并

²⁹白欢龙：《戏曲唱腔设计--被忽视的作曲群体》，载《戏曲艺术》2005年第1期，第59页。

³⁰前注26，第119页。

不需要考虑这种特殊的因素在改编过程中的影响，所以民间戏曲音乐的改编相较于民间戏曲唱腔设计的改编更加简单灵活，个人的独创性痕迹更加明显，认定其是否可以受到著作权保护的条件更加清晰。因此，相较于唱腔设计的改编，民间戏曲中音乐作品的改编并不复杂。

2、民间戏曲中的音乐为不带词的演奏乐

民间戏曲中的音乐和普通的音乐作品并不完全一致。我国著作权法中普通音乐作品是指歌曲、交响乐等能够演唱或者演奏的带词或者不带词的作品。我国著作权法并未将普通音乐作品进行细致的区分，将带词和不带词的均认定为音乐作品。这样的认定方式在理论界存在很大的争议，例如带词的音乐作品，何为作品的整体部分？根据定义可以得知，应为“词+曲”的部分，在此前提之下，将歌词再谱曲，或者将乐谱再填词的行为都只抄袭了部分的情形应当如何认定？实务中，绝大部分现象出现在将乐谱进行再填词，实务中也将这样的行为以侵权行为加以认定。但在民间戏曲改编中，音乐部分的认定并不会存在这样的问题，民间戏曲是带词的，但民间戏曲的“词”的部分是由表演者进行演唱的，演唱的过程中，将“词”“腔调”“舞步”“身段”等进行一系列的融合，这一部分构成了民间戏曲独有的组成元素，即“唱腔”。由于将民间戏曲中的“词”的部分归入唱腔的范畴，音乐部分便只剩下“不带词”的演奏乐了。民间戏曲音乐的演出方式和音乐作品的演出方式相同，均依赖于不同的乐器进行演奏，唯一存在不同的是民间戏曲音乐的演奏乐器多为古老的、独特的乐器。与现代意义上的音乐所使用的乐器不同，但这种不同并不能因此否认二者之间的关联性。因此，在我国理论和实务界，将民间戏曲的音乐和唱腔混为一谈的理论并不正确，同时，民间戏曲的音乐仅仅依靠乐器便可以演奏，与普通的“不带词”的音乐作品并无区别。

3、民间戏曲改编作品的音乐设计应认定为属于音乐作品

根据上文的论述，民间戏曲的音乐和民间戏曲的唱腔存在本质上的区别，因此笔者认为，不能将民间戏曲的音乐和民间戏曲的唱腔混为一谈。即使民间戏曲的音乐具有集体性、继承性、地域性和民族性的特点³¹，这些特点究其原因是该民间音乐出自于民间戏曲而体现出来的民间戏曲的特点。对于民间戏曲中民间音乐部分进行改编而形成的民间音乐改编作品，和普通的音乐作品相比具有相似的特征。第一，民间戏曲和民间音乐的法律概念位阶相同。我国《著作权法》中明确规定了民间文学艺术作品的保护，《民间文学艺术作品著作权保护条例》明确规定了民间文学艺术作品项下的具体分类。第二条第二款，规定了民间歌曲、器乐等以音乐形式表达的作品；第二条第三款规定了民间舞蹈、歌舞、戏曲、曲艺、

³¹李琛著：《知识产权法关键词》，法律出版社2006年版，第29~30页。

等以动作、姿势、表情等形式表达的作品。³²根据该条例，民间戏曲和民间音乐（或可表述为民间歌曲、器乐等以音乐形式表达的作品）同为民间文学艺术作品项下的分类，二者应当处于相同的地位。民间音乐在民间戏曲的创作过程中发挥了重要的作用，是民间戏曲的重要组成部分。但重要组成部分并不是代表民间音乐和民间戏曲是不可分割的部分，唱腔是民间戏曲重要组成部分和重要标志，是民间戏曲不可分割的部分。因此，民间音乐作为和民间戏曲等同位阶的概念，并不应当适用和民间戏曲唱腔相同的规则。第二，民间戏曲改编作品音乐和普通音乐作品概念相同。关于普通音乐作品的概念，我国《著作权法实施条例》明确规定了普通音乐作品的概念，即“音乐作品是指歌曲、交响乐等能够演唱或者演奏的带词或者不带词的作品”。³³而民间文学艺术中的民间音乐一直以来并没有明确的概念，究其原因仍是民间文学艺术的特殊性使得对于民间戏曲或者民间音乐并不能找到统一适用的概念。但根据民间戏曲的表演方式和演唱程式，民间音乐仍然是依靠表演者使用乐器而进行的演奏，至于民间音乐演奏中传统乐器的适用，并不影响其成为一种“带词或者不带词的作品”。而改编作品并不会影响这种“作品”概念的认定，因此在这种意义上，民间戏曲中的音乐，民间戏曲改编作品中的音乐和普通音乐作品的概念是相同的。第三，民间戏曲改编作品中的音乐明确具有“独创性”。从民间音乐的天然属性来看，它的产生具有漫长性、流变性和融合性。民间音乐中的一首民歌或者一种器乐曲，往往都不是一个单个的人创作出来的，而是在漫长的时间内经过很多人的集体创造才完成的。而在这源远流长的创造时间中，民间音乐仍然处于一种动态的不断变化的过程。³⁴正是因为这样的特点，使得民间音乐在流传的过程中，将“个人独创的痕迹”消磨殆尽，而不符合“独创性”的著作权保护条件而不能得到保护。普通音乐作品因其创作周期较短，创作主体明确而当然的可以作为著作权保护的客体。而民间戏曲改编作品的音乐显然消除了民间音乐主体不明确的因素，使得其可以因为具有独创性而当然受到著作权法的保护。因此笔者认为，正是因为民间戏曲中音乐所表现出来的与民间戏曲中唱腔与众不同的特征，而与普通音乐作品更加相似的概念和表现形式，使得民间戏曲改编作品中的音乐，在概念和特征上符合普通音乐作品的概念和特征。因此，民间戏曲改编作品的音乐设计属于音乐作品，可以直接适用普通音乐作品的

³²民间文学艺术作品著作权保护条例（征求意见稿）第二条第2、3款：

“（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。”

³³《著作权法实施条例》第4条第3款：“音乐作品是指歌曲、交响乐等能够演唱或者演奏的带词或者不带词的作品。”

³⁴张雅东：《山西民间音乐著作权保护的法律分析》，载《山西警官高等专科学校学报》2016年第1期，第37页。

保护。

三、民间戏曲改编中唱腔权利问题研究

在民间戏曲改编的过程中，民间戏曲改编的创作者（唱腔的设计者）在创作唱腔的剧本时，其最终的目的便是迎合观众的口味来达到作品广受欢迎的程度。此时，民间戏曲的又一特殊性便凸显出来，即观众更加青睐于原汁原味的民间戏曲而不乐于接受融合了现代时尚元素的改编。因此在实际的民间戏曲表演过程中，创作者（唱腔的设计者）往往只是在原有唱腔设计的剧本上进行少量的改动，甚至只是言语上进行简要的说明。表演者在表演的过程中所依据进行表演的往往是其已经接触过很多次、学习过很多次的流传下来的民间戏曲，他们所要做的便是极力维护这种老腔老调的“血统纯净性”。因此民间戏曲唱腔设计和表演在极力维持原有音色的基础上，通常是很难达到具有明显识别性的独创性标准的。表演者在表演过程中，其尽自己最大的努力去维护原作品的“稳定性”，但因个人原因而产生的表演差异是源自个体嗓音条件的不同而不可避免的。这种民间戏曲的演绎方式是当前民间戏曲演绎的主流方式，重在对民间戏曲进行传承而不是“突破性”的发展。这类“局部性”的小改编和改编中“独创性很低”而形成的作品与原作品并没有实质性的区别，只有突破性的“唱腔革新”才使得新唱腔设计和表演明显区别于旧唱腔。本文旨在研究和探讨的是在民间戏曲创作者（唱腔设计者）和表演者在民间戏曲的创新和发展中对原有民间戏曲进行“突破性”的改编。在这种突破性“唱腔革新”的情形下，唱腔设计的著作权是值得保护的，并且这种保护呈现出和其他作品明显不同的特点。

（一）据以研究的案例及引发的思考

1、王冠亚等诉广东省深圳书城南山城实业有限公司等侵犯著作权纠纷上诉案

35

在“王冠亚 v. 南山书城等上诉案”中，法院判决认为：唱腔的概念界定对于本案的结果会造成不同的影响，唱腔是一种曲调，是民间戏曲的一种重要组成元

³⁵参见广东省（2009）深中法民三终字第86号。

素，根据唱腔的不同，观众可以很轻松地地区分出该民间戏曲属于哪种剧种。因此，唱腔是民间戏曲的重要组成部分，是民间戏曲区别于其他艺术形式甚至是民间戏曲之间互相区分的重要标志。但这并不能证明民间戏曲的唱腔可以独立成为唱腔作品进行著作权法上的保护，组成元素是不能离开整体作品而单独存在的，这也恰恰说明了并不存在独立的唱腔作品。法院的判决认为，唱腔设计是在原有的作品之上，由创作者（唱腔设计者）通过对曲调、舞步、动作的第二次修改，使其产生区别于原民间作品唱腔设计的过程。这种改编的过程会花费创作者大量的心血和努力，将自己的原创智力成果融入的作品，自然可以成为著作权法保护的對象。因此，对于该作品中的唱腔设计部分，唱腔设计者可以依法主张自己合法的权利。本案中法院认为，唱腔设计可以构成作品，应当与唱腔表演区分开，依照著作权法的要求去进行判定。

2、黄能华诉中国唱片上诉案³⁶

许如辉的身份和其在勤艺沪剧团所从事的工作是成为本案解决许如辉是否对唱腔音乐享有著作权的关键。首先，就许如辉从事的工作内容而言，其是对于整体的音乐剧目进行了一定的“局部”润色，对表演者在表演、主要是表演者在排练期间一些唱段和过门的个别性修改意见。这种意见可以肯定是在存在一定的技术、甚至可以称为智力成果。但这种“部分”的修饰和完善，并不足以构成著作权法所要求的独创性的标准，从这一角度而言，许如辉不能主张唱腔音乐的著作权。其次，许如辉本就是勤艺沪剧团的专职作曲家，其主要的工作就是为整体的沪剧音乐提供自己的智力性修改意见，一整部音乐许如辉仅仅只是合作者之一。在本案中可以看出，对唱腔权利的认定，“独、创性的贡献”仍然是认定的最核心标准。

3、案例引发的思考：民间戏曲改编中唱腔权利认定模糊

在上述王冠亚等诉广东省深圳书城南山城实业有限公司等侵犯著作权纠纷上诉案中，仍然认为唱腔属于民间戏曲中音乐的组成部分，对唱腔的保护可以区分为唱腔设计和唱腔表演。在黄能华诉中国唱片上诉案中，对唱腔等其中个别旋律的修改，不足以认定其达到了著作权法上的“创作”的意义，将不能承认其对唱腔设计的著作权保护。以上两个案例均明确地表明了唱腔设计者对唱腔的修改做出了具有“独创性”的贡献，则可以对唱腔设计享有著作权。这样的做法符合著作权法的一般规定，只要创作者创作的作品符合“独创性”的要求，就应当予以

³⁶参见上海市高级人民法院民事判决书（2007）沪高民三（知）终字第58号。

保护。但其对于唱腔表演者对唱腔设计的反作用却并没有直接的说明。关于唱腔设计者和唱腔表演者之间权利的划分。实务和理论界却也存在相反的观点和做法。我国学者甚至认为，唱腔设计者地位低微，其知识产权并不会得到有力的保护。其认为，尽管戏曲唱腔设计者的创造性劳动对戏曲艺术的发展至关重要，然而，他们的价值却很少受到足够的重视。在各式各样出版的唱腔集中，大都只注明了“表演者”，而根本未标注唱腔设计者的名字。这样的做法相当于以实际的行为剥夺了“唱腔设计者”的著作权人身份。³⁷笔者认为，以上两种对唱腔设计者的权利：一是完全承认“唱腔设计者”的著作权而不考虑唱腔表演者在创作过程中发挥的作用；二是实际剥夺了“唱腔设计者”的著作权身份，取而代之以“唱腔表演者”标注成为“唱腔设计”的著作权人。这两种做法均属于非常极端的做法，一方面，“唱腔设计者”在唱腔设计过程中的独创性贡献值得肯定评价，不应当随意剥夺；二是“唱腔表演者”在“唱腔设计”过程中所发挥的创造型作用亦应予以评价。因此，在我国理论和实务界，对民间戏曲唱腔设计的权利认定模糊，具体的表现为，与民间戏曲中的音乐作品不同，唱腔的组成复杂性和强烈的人身依附性导致其权利的认定不应当过于简单。正如我国目前的做法，将唱腔的权利简单粗暴的一分为二，将“唱腔设计”和“唱腔表演”简单地进行“著作权”和“邻接权”的区分。这样的做法往往没有明确清晰地分析在唱腔设计和唱腔表演的整个过程中每一个“参与者”的贡献。因此，这样的唱腔权利认定是模糊的，如何平衡“唱腔设计者”和“唱腔表演者”二者共同对“唱腔设计”的独创性贡献，充分评价每一个参与主体的权利认定，将是本文接下来拟研究和讨论的问题。

4、唱腔可以区分为唱腔表演和唱腔设计³⁸来分别保护

民间戏曲唱腔是民间戏曲剧种风格的重要标志，显著差别的戏曲唱腔曲调是区分不同戏曲的标准。在一部民间戏曲进行演出的过程中，首先应当存在民间戏曲的唱腔设计，之后由专业的表演艺术家进行演唱，即唱腔表演。民间戏曲的唱腔设计和唱腔表演将会涉及不同的著作权法问题，因此，在研究唱腔权利保护的问题之前，我们应当首先明确区分唱腔设计和唱腔表演的内涵和区别。所谓的唱腔设计，即是指带有声乐的戏曲旋律，该旋律不同于民间戏曲音乐的演奏型旋律，该旋律是应当综合演唱者的自身嗓音条件、舞步、甚至是身段等一系列元素的综合设计。这样的唱腔设计一般是先有口传的唱腔设计或是唱腔设计的文本（只涉及唱腔的剧本），之后的唱腔设计者将该唱腔进行改编，并将需要表演者表演的部分内容编排好。³⁹这样的过程我们称之为民间戏曲的唱腔设计，因为设计的过程

³⁷前注 29，第 60 页。

³⁸祝建军：《唱腔设计的著作权保护》，载《人民司法》2010 年第 20 期，第 92 页。

³⁹叶若文、祝建军：《戏曲电影中唱腔设计著作权的保护——评黄梅戏电影<天仙配>案》，载《电子知识产

中设计者对口传的唱腔甚至是唱腔设计的文本进行了自己独创性的贡献或者改编，使之成为具有独创性的作品而受到著作权法的保护。而唱腔表演的概念和唱腔设计不能混同而谈，唱腔表演是基于唱腔设计才能形成的产物，所涉及的权利也与唱腔设计不同。唱腔表演是一种表演者对自己在舞台上表演（民间戏曲的表演方式多为现场表演的舞台形式）而拥有的邻接权利，目的是保护自己基于表演者身份表演出的表演作品的人身和财产权利。因此，唱腔权利的保护可以区分为对唱腔设计的口头、文本著作权保护和唱腔表演的邻接权保护。但是二者之间的区别和联系关系，使得唱腔设计和唱腔表演不能完全割裂的进行评价。

（二）民间戏曲唱腔表演的独创性研究

1、民间戏曲唱腔表演当然适用邻接权

根据邻接权的产生方式，邻接权是在“传播作品”的过程中产生的。这样的“作品”就将邻接权的范围限定为《著作权法》中保护的作品的范畴。如此一来，很多非作品便难以纳入其中受到保护。但是即使是非作品，或者是不受著作权法保护的作品，其创作过程依然耗费了大量的智力劳动，如果不保护这些非作品的合法权益，将不利于非作品所在领域的发展。正如本文研究的民间戏曲改编中涉及的原流传部分的唱腔因为不符合“独”创性的特征而不能受到著作权法的保护。而不保护依据这样的作品表演而形成的表演作品，势必会造成表演者辛苦演绎的作品不受保护而侵权行为肆虐。因此，保护这样的不受著作权保护作品的邻接权，是非常有必要的。在某民间戏曲改编中，对原流传的唱腔进行了具有独创性的改编而形成了可受著作权保护的改编作品。该作品的唱腔构成可以用以下的关系进行表述：改编作品 A=“原流传唱腔 B+独创性唱腔 C”，作为整体的改编作品，A 当然受到著作权法的保护。这其中，表演者对独创性唱腔部分 C 的邻接权适用即是建立在已经享有著作权的作品之上；但对于原流传唱腔 B 的部分，在上文的论述中已经认定为 B 是不享有著作权的，但 B 的部分和 C 的部分只有作为一整部完整的作品才具有创作、传播、保护的意义。基于此，改编作品 A 的邻接权人有权对于唱腔原流传部分的表演主张邻接权。

2、邻接权是否体现独创性存在争议

我国学者认为，对“已有作品”的表演是一种通过演绎演技而忠实再现作品

权》2010年第3期，第80页。

的行为，其中并不会存在任何改编的现象。从表演的终极目的上来说，演员就是要将原作品直观、清晰、形象地展示给观众，是观众在欣赏表演的同时可以更好地理解原作品。这就使得表演的作品区别于在舞台上表演的另一种作品“即兴创作的作品”。二者最典型的区别就在于是直接对原有作品进行演绎还是将“创作”和“表演”集于一身。⁴⁰但另有学者认为，如果从文义上对于表演的内涵进行解读，可将表演拆分为“表”和“演”，“表”即是“表达”“再现”；“演”即是“演绎”“发挥”的意思。基于此，该学者认为，即使取材于同一作品的旋律、音调和歌词等元素，但不同的演唱技巧和对构成元素的取舍选择、强调和弱化等方式则属于“演绎”“发挥”的范畴，是“演”的状态。⁴¹在以上学者的观点中，对民间戏曲唱腔表演的邻接权适用中，表演者的“有无”独创性贡献的认定存在很大的分歧。第一，民间戏曲表演者在表演流传下来的民间戏曲过程中，其意愿即使为忠实演绎原作品的表达，但由于流传下来的民间戏曲大多为口头流传并没有完整的台本可供参考，甚至流传下来的仅仅具有大致的框架，内容的填充均需要设计者的完善和表演者的发挥。在这种情形之下，表演者的发挥部分便具有了“即兴创作”的特征和痕迹，而“即兴创作”当然享有著作权，并不适用邻接权，此时便会出现矛盾的局面。第二，民间戏曲的唱腔表演是极具特色的构成元素，不同表演者的嗓音条件、演唱技巧是截然不同的，当不同的表演者对相同的作品进行构成元素的取舍、选择、强化、弱化而形成符合自身特征的作品时，这样的行为恰恰符合了“表演”中“演”所蕴含的“演绎”和“发挥”的条件。此时，根据表演者在表演过程中具有一定的创新性也属于“表演”的概念，应当认定为表演者仅仅具有邻接权。因此，对表演者在表演过程中的“演绎”和“发挥”的行为进行准确的分析和界定，才能更好地保护唱腔表演者的邻接权。

3、表演者在唱腔设计中也做出了独创性贡献

“表演者权”一直作为“邻接权”的一种而受到保护。表演更多的是以一种技术或者技巧的方式呈现，将在先作品经过自身的演技或者技艺得以体现而这种体现是要依赖于一个已经存在的在先作品，对该作品而为的一种演绎形式。民间戏曲中音乐作品的记谱或者文本记载，记载的多是如何通过乐器演奏出具有音乐特色的表演程式，这种通过乐器而传播的音乐作品，最大的特点就是可以通过不同的乐器而进行完全精准的复刻。这种完全精准的复刻才会在民间戏曲中唱腔等的传播过程中保持民间戏曲流传下来的“原汁原味”不受到任何的破坏。不同的

⁴⁰前注3，第106页。

⁴¹熊文聪：《论著作权法中的表演与表演者》，载《法商研究》2016年第6期，第181页。

演唱者只需完全忠实于音乐设计者设计的剧本进行演奏，而不必像唱腔表演者那样为了适应自身的嗓音、音色等自身独特的条件而进行必要的修改。因此，民间戏曲中的音乐和普通的音乐作品在表演的过程中，表演者可以完全忠实于音乐作品的设计。

与民间戏曲改编作品中的音乐不同，对于唱腔，我国学者认为，唱腔设计和唱腔表演之间的联系在于，唱腔设计和唱腔表演是不能孤立存在的，二者的存在必须相辅相成。唱腔表演必须依赖一部已经事先存在的唱腔设计。民间戏曲的特殊性在于这种事先存在的唱腔设计大部分是口头作品，一部口头作品却有众多的演员进行表演。⁴²笔者认为，即使不同的演员演唱的是同一民间戏曲，但观众依然可以区分出不同表演者之间的不同，原因仍然在于不同表演者之间的嗓音、音色等的差异而使民间戏曲的演唱呈现出不同的风格特点。因此该种观点只是揭示了唱腔设计和唱腔表演之间的基本关系，但并没有厘清二者在真正创作和表演过程中相互影响和不能忽视的反作用创作关系。民间戏曲唱腔的表演者和民间戏曲音乐的表演者在戏曲作品的创作和传播过程中，发挥的作用是完全不同的。在音乐作品中，演唱者通过表演而对其演唱的作品享有表演者的权利。演唱者对于原有歌词，曲谱不必进行必要的修改，这样的形式使得音乐作品本身和其邻接权的作品之间可以很轻松的进行区分，进而依照不同的规则进行保护即可。但对于民间戏曲唱腔的保护很显然并不能直接适用这样的区分保护原则。唱腔的设计和改编仅仅依靠“剧本”的创作者一己之力是不可能完成的，需要与表演者进行唱腔的必要共同创作，通过适应表演者自身的嗓音、气息、音色的不同特点，唱腔设计者应当在其自己创作的基础上，做出让步性的修改，甚至处于一种辅助性的修改地位。而这种表演者对于唱腔设计的修改，将会使民间戏曲呈现出不同的表演风格和特点，这也正是民间戏曲唱腔强烈人身依附性的重要体现。

“邻接权”制度产生的目的是用以维护表演者在进行表演的过程中所付出的努力，这一制度也明确规定在了我国《著作权法》之上。国际社会上对“邻接权”客体的判断标准一直存在很大的分歧，我国则选择采用“无独创性”的标准来判断邻接权的客体。采用“无独创性”的标准正好和“著作权”的“独创性”标准区分开，使得“著作权”和“邻接权”在判定和适用上并不会存在重复和相交的尴尬境地。这是一种消极定义“邻接权”概念的方式，这种定义方式的弊端在于为了避免权利的交叉而产生的矛盾，从而将二个概念完全分立来看待。⁴³与笔者观

⁴²前注 39，第 81 页。

⁴³王国柱：《邻接权客体判断标准论》，载《法律科学》2018 年第 5 期，第 165 页。

点相呼应的学者观点认为，“著作权”和“邻接权”之间存在严格的界限，这种界限在于“作者”和“表演者”之间的角色定位不同，表演者对剧本的表演，无论是动作、声音还是面部表情的变化均不是基于“初次创作”的目的而进行，因此这种表演中不应当存在任何的改编。况且，“作者”创作的“作品”并不一定完全具有“可表演性”，而表演者依据表演的并不直接是“原作者”直接创作的“作品”，而是一种已经加工过的具有可表演性的“剧本”。⁴⁴根据以上的观点，表演者在对原作品进行演绎的过程中，应当充分保护原作者的著作权，完全忠实于原作品的演绎，进而表演形成的“表演作品”才是可以得到“邻接权”保护的客体。在我国的司法实践中，由于对民间戏曲研究的理论过于缺乏，民间戏曲的改编和“独创性”的程度并没有一个可以参照适用的标准，完全的“独创性有无”存在很大的弊端，这样的理论认为，邻接权的客体在进行重新演绎的过程中，很难可以做到完全忠实复制原作品的程度，很难完全反应原作品的表达。有表演者进行现场表演的艺术作品，由于个人之间嗓音条件、音色差异的不同，而对原作品加入与作品相适应的或者与自己表演相适应的改编在所难免。所以实务中常常运用“独创性的高低”来进行裁判。显然，根据这样的理论，“体现一定的独创性”和“独创性不足”是认定邻接权客体的标准。

显然，无论是邻接权“无独创性标准”还是“独创性较低”的标准均不能适用民间戏曲唱腔表演者的权利认定。首先，邻接权“无独创性”的特征可以适用民间戏曲中的音乐表演，正如民间戏曲中音乐的表演者可以完全忠实于民间戏曲的音乐设计；但若按照邻接权“无独创性”特征去评价民间戏曲唱腔表演者，则对于民间戏曲唱腔表演者在唱腔表演过程中对唱腔设计的独创性贡献便没有进行评价，忽视了唱腔表演者在唱腔设计中发挥的创性作用。这种遗漏评价显然对于民间戏曲唱腔表演者是不公平的。其次，在适用“独创性较低”标准来评价民间戏曲的唱腔表演者，显然将表演者在唱腔设计中的重要程度评价较低。正如上文所述，唱腔的设计和改编仅仅依靠“剧本”的创作者一己之力是不可能完成的，需要与表演者进行唱腔的必要共同创作，通过适应表演者自身的嗓音、气息、音色的不同特点，唱腔设计者应当在其自己创作的基础上，做出让步性的修改，甚至处于一种辅助性的修改地位表演者的“独创性”贡献甚至会影响“唱腔设计者”对唱腔设计的改编，表演者的“独创性”贡献甚至会影响“唱腔设计者”对唱腔设计的改编。最后，若认为表演者的“表演”中的“演”应当具有“演绎”和“发挥”的作用，此时的“独创性”尺度便无法准确的认定，不同程度的演绎和发挥将会对民间词曲的表演产生何种程度的影响并没有统一的认定标准。正如上文的

⁴⁴前注3，第107页。

观点，民间戏曲的唱腔表演是一定存在独创性贡献的，因其特殊性这种独创性的贡献已经不能用“发挥”和“演绎”进行评价，这是一种很大程度上的改变，改变的程度之大甚至会在民间戏曲的改编中具有主要的贡献。此时，将这种程度的“独创性”改编认定为“表演”以此的应有之意，这便是极大地限制了表演者的著作权利。因此，民间戏曲中唱腔表演者的权利，因其在演唱过程中对“唱腔设计”产生了“独创性”的贡献，并且这种“独创性”已经达到了可以与原改编设计相区分的程度。这时，仍对唱腔设计的邻接权（表演者权）适用“无独创性”的标准，显然并不能完整保护表演者的权利。

（三）唱腔设计的著作权保护

1、唱腔设计应认定为剧本作品

根据上文案件和理论的观点，即使在民间戏曲中，也不存在独立的唱腔作品。唱腔组成元素的复杂，使得各个组成元素即使单独列出也能成为可受著作权法保护的对象。根据上文的观点，所谓的唱腔设计，即是指带有声乐的戏曲旋律，该旋律不同于民间戏曲音乐的演奏型旋律，该旋律是应当综合演唱者的自身嗓音条件、舞步、甚至是身段等一系列元素的综合设计。唱腔设计的用途在于，由唱腔设计者将民间戏曲表演者将要表演的一切进行提前的规划和设计，并将此作为“台本”成为民间戏曲表演的重要基础。关于“剧本”的概念，“剧本”主要是由台词和舞台指示组成的，是戏曲戏剧等艺术创作的文本基础，编导与演员演出的依据。剧本虽大多以文字的形式呈现，但剧本并不能完全等同于文字作品。究其原因，剧本应当具有“可表演性”，普通的文字作品是不具备“可表演性”的。民间戏曲的剧本与常见的电影剧本相比，前者很大一部分的来源是口传的剧本蓝本，甚至唱腔设计者改编的剧本也以口头的形式进行传播。同理，这样的口头剧本并不能认定为口头作品，“可表演性”依然是区分二者的关键标准。无论民间戏曲的剧本是以文字还是口头形式存在，其均具备“剧本”“可表演性”的特点。根据以上的观点，唱腔设计可以依照“剧本作品”进行保护，民间戏曲自身的特殊性并不会影响唱腔设计者的著作权利。

2、民间戏曲唱腔设计不能由个人独自完成

至于对唱腔设计的改编，是民间戏曲改编过程中最复杂的部分。笔者认为，“唱腔=音乐+词曲+念白+舞步”等，唱腔设计的部分，唱腔表演的部分，二者是相互联系不可区分的。唱腔的设计不是凭空创作的，要通过与表演者的相互融合，

由设计者构思大概唱腔框架，之后交由表演者进行试唱，表演者在试唱的过程中，将与自身嗓音条件等相符合的部分加入剧本，将与自身嗓音条件不相符的部分进行修改，如此反反复复，才可以得出最后的作品。这种相互渗透的改编方式，正是民间戏曲改编作品复杂性的体现。正是因为这种民间戏曲改编作品的复杂程度使得民间戏曲的唱腔演唱者也加入了民间戏曲改编的行列，这种改编的复杂性特征，也决定了民间戏曲改编作品演唱者并不仅仅只具有演唱者这一单一的身份。

3、唱腔设计应认定为由唱腔设计者和表演者共同完成

在民间戏曲唱腔的创作过程中，表演者的独创性贡献应当给予肯定性的评价并进行保护。因此，民间戏曲改编作品中的唱腔部分应当充分考虑表演者所发挥的重要作用，甚至可以将对唱腔的著作权认定为唱腔设计者和唱腔表演者者共同所有，即增加了民间戏曲表演者对剧本的作者权地位。

根据本文的观点，首先，表演者在这里拥有两个身份：即本就存在的表演者身份和应当增加的作者身份。但问题在于，如果将这两个身份分别独立进行保护，将表演者的作者权身份独立出去，直接认定其既是作品的创作者也是表演者，进而适用不同的客体进行保护。这样的分别保护看似可以直接将问题解决，但这样的观点却没有真正厘清民间戏曲唱腔特殊性的本质和与其他可以分别保护作品的区别，二者之间并不能完全照搬适用。其次，民间戏曲的唱腔设计和唱腔表演是相辅相成，互相渗透的关系，不可以简简单单进行区分。在实际的生活中，表演者的身份一定是作为主要的身份存在的，在将唱腔设计中的唱腔、唱段用自己本身的嗓音特点对其进行加工和修饰，是其作为民间戏曲演员的应尽职责。也许，表演者在进行这样的加工和修饰过程中，自己并未意识到这就是一种独创性的作品的创作过程，但客观上却实实在在将一种具有独创性的作品创作出来，基于此充分肯定表演者在唱腔设计中的著作权将更有利于民间戏曲的唱腔保护。因此，基于民间戏曲的唱腔设计和唱腔表演的特殊性，综合唱腔表演者对民间戏曲唱腔设计的“独创性”贡献，唱腔设计应当认定为由唱腔设计者和唱腔表演者共同完成。民间戏曲改编作品的演绎，表演者对于其表演的作品享有“邻接权”是我国《著作权法》的应有之义，但对于民间戏曲表演者的著作权性质分析，本文将以举例的形式进行更加直观的阐释。

例如，在某音乐作品中，由作者 A 作词，作者 B 谱曲，之后整首歌曲仍有 B 以歌手的身份进行演唱。在这种法律关系中，我们可以直接将 B 认定具有两个独立的身份，即作者 B1 和表演者 B2，用分别保护的原则，来保护 A 和 B 的合作作品和 B 的表演者权利，二者的权利都可以得到充分的保护。而传统而经典的民间戏

曲往往是因其历史的浓厚而为大众所喜爱，与风靡一时而迅速衰败的流行音乐不同，创作过程的周期之长，修改次数之多无法计量，唱腔的改编和设计更不是简简单单的个人创作。例如：在某民间戏曲改编作品中，需要对原流传的唱腔进行再创作，作者 A 可以依照其本身的乐理知识对原唱腔的音乐部分进行独创性的修改，但因乐谱上的音乐可以准确传达音乐，而乐谱上的唱腔是没有灵魂的，需要与专业的演唱者进行反复的磨练和融合，才能达到民间戏曲所要求达到的艺术效果。这里表演者对于民间戏曲改编作品的唱腔设计所作出的“独创性”贡献符合著作权法中对于独创性的要求，此时应当将表演者的贡献行为著作权法意义上的创作行为，表演者因此而享有著作权法意义上的作者身份。

民间戏曲改编中表演者因其“独创性”的贡献而应当获得著作权法上的作者身份。关于这样的身份，笔者认为，应当将“著作人身权”和“著作财产权”分开讨论。第一，民间戏曲改编中唱腔表演者著作人身权分析。著作人身权的客体是作者的人格利益，与作品息息相关，自作品完成之日自动取得。⁴⁵这种著作权法中作者人格利益的体现，具有不可分离性和不可剥夺性，民间戏曲的唱腔表演者在唱腔演唱过程中的“独创性”贡献所带来的作者身份中人身权利益的体现不可剥夺，不可分离。该著作权的取得与普通作品的著作权取得相同，自作品完成之时自动取得。在民间戏曲唱腔表演者在舞台上将民间戏曲表演结束，其对唱腔设计的“独创性”贡献融入作品之时，其著作权和相应的著作人身权便自动取得。第二，民间戏曲改编中唱腔表演者著作财产权分析。我国学者认为，表演者对自身的“表演”有较强的人身依赖关系，表演者在“表演”的过程中一定会掺杂符合自身特色的改变，这种改变是一定存在的，只是不同作品改变的程度存在差异。著作财产权是作者享有的依据其作品而享有的经济权利，其不具有人身依附性的特点使得“著作财产权”并不适宜于“著作人身权”共同讨论。况且，表演者在表演的过程中，其生成的邻接权作品已经为其带来了经济利益。因此，其在唱腔设计的著作财产权利益可以进行适当的限制。否定民间戏曲唱腔表演者的著作财产权利益，是出于保护唱腔设计者的著作权利益；肯定民间戏曲唱腔表演者的著作人身权利益，是出于保护唱腔表演者“独创性”贡献的利益。因此，笔者认为，民间戏曲改编表演者不仅享有传统意义上的表演者权，更因为在表演过程中的独创性贡献而享有著作权法意义上的作者身份，做到真正平衡二者之间的利益，甚至是著作人身权和著作财产权的利益。为了达到该目的，民间戏曲改编中应当赋予表演者著作权。

⁴⁵张今著：《著作权法》，北京大学出版社 2015 年版，第 74 页。

结语

关于民间文学艺术作品、民间戏曲以及民间戏曲改编过程中音乐、唱腔以及其他组成元素的特征和法律性质的分析和认定，在我国甚至是国际立法和理论中可供研究参考的文献少之又少，使得本篇的理论研究缺少一定的理论基础和借鉴。本文中，笔者研究的民间戏曲改编中音乐和唱腔的权利，是笔者在综合分析了民间戏曲中音乐和唱腔的不同特点，并发现了我国理论界对音乐和唱腔的概念认定和性质分析存在很大的不同。这种混乱而不统一的认定将无法正确辨别出音乐和唱腔的真正适用。因此，笔者认为，明确音乐和唱腔的不同，将二者明确进行分析是研究民间戏曲以及民间戏曲在改编的过程中权利的重要基础。本文以此为出发点，对二者进行了浅层次的分析 and 探索。但因为笔者水平有限，对民间戏曲以及其改编过程中元素特点并不能达到深层次、精准的分析。关于民间文学艺术作品、民间戏曲的研究将在以后的知识产权理论界重点研究，也必将取得突破性的进展。笔者相信，越来越多的学者会致力于民间戏曲的研究，致力于保护民间戏曲这样优秀的传统文化。

参考文献

著作部分:

1. 王迁. 知识产权法教程 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2015.
2. 张今. 著作权法 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2015.
3. 吴汉东. 知识产权基本问题研究 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2005.
4. 刘筠筠. 知识产权法热点、难点问题研究 [M]. 北京: 法律出版社, 2008.
5. 周林. 知识产权研究 [M]. 北京: 知识产权出版社, 2014.
6. 王迁. 著作权法 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2015.
7. 吴汉东. 知识产权法 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2007.
8. 陈锦川. 著作权审判 [M]. 北京: 法律出版社, 2013.
9. 刘斌斌. 知识产权 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2012.
10. 郑成思. 版权法 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2009.
11. 李琛. 知识产权关键词 [M]. 北京: 法律出版社, 2006.
12. 何敏. 知识产权基本理论 [M]. 北京: 法律出版社, 2011.
13. 卢海军. 版权客体论 [M]. 北京: 知识产权出版社, 2011.
14. 郑成思. 版权法 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 1997.
15. 韦之. 著作权法原理 [M]. 北京: 北京大学出版社, 1998.
16. 孙雷. 邻接权研究 [M]. 北京: 中国民主法制出版社, 2009.
17. 王坤. 著作权法科学化研究 [M]. 北京: 中国政法法学出版社, 2014.
18. 卿越. 民间文学艺术著作权保护模式探究 [M]. 北京: 法律出版社, 2015.
19. 易存国. 中国艺术论: 从非物质文化遗产的视角 [M]. 南京: 江苏人民出版社, 2012.
20. [德]雷炳德著. 张恩民译: 著作权法 [M]. 北京: 法律出版社, 2004.

论文部分:

1. 卓仲阳, 杨正文. 民族传统文化保护与知识产权 [J]. 科技与法律, 2003 (4).
2. 乔玉君. 论著作邻接权的法律保护 [J]. 科技与法律, 1997 (2).
3. 杨明. 唱腔、戏曲作品与戏曲电影作品的著作权问题——由“《天仙配》案”引发的思考 [J]. 知识产权, 2007 (1).

4. 叶若思, 祝建军. 戏曲电影中唱腔设计著作权的保护——评黄梅戏电影《天仙配》案[J]. 电子知识产权, 2010(3).
5. 祝建军. 唱腔设计的著作权保护[J]. 人民司法, 2010(20).
6. 周林. 论民间文学艺术作品的认定[J]. 中国发明与专利, 2018(4).
7. 吴汉东. 知识产权保护论[J]. 法学研究, 2000(1).
8. 王坤. 论作品的独创性——以对作品概念的科学建构为分析起点[J]. 知识产权, 2014(4).
9. 冯书杰. 寻找表演中的作品——对表演和表达的概念反思[J]. 清华法学, 2011(1).
10. 黄玉烨. 我国民间文学艺术的特别权利保护模式[J]. 法学, 2009(8).
11. 潘霞. 民间文学艺术改编作品的法律应用[J]. 出版发行研究, 2017(3).
12. 吴汉东. 论传统文化的法律保护——以非物质文化遗产和传统文化表现形式为对象[J]. 中国法学, 2010(1).
13. 崔国斌. 否弃集体作者观——民间文艺版权难题的终结[J]. 法制与社会发展, 2005(5).
14. 李永明. 论表演者权利的法律保护[J]. 浙江大学学报(人文社会科学版), 2002(4).
15. 杨云锋, 陈峥. 知识产权制度下民间艺术的合法保护和利用[J]. 宜宾学院学报(人文社会科学版), 2013, 13(3).
16. 杨怡悦. 论我国民间音乐的知识产权保护——基于陕西传统戏曲、民歌的特征[J]. 西北大学学报(哲学社会科学版), 2016, 46(4).
17. 白欢龙. 戏曲唱腔设计——被忽视的作曲群体[J]. 戏曲艺术, 2005(1).
18. 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(人文社会科学版), 2004(3).
19. 邓瑾. 表演者权归属及行使规则研究[D]. 上海: 华东政法大学, 2016.
20. 袁博. 著作权侵权比对中的整体与部分[N]. 人民法院报, 2018-08-22(7).

致谢

转眼间，两年的研究生学习生活已经进入尾声，而入学仿佛就是昨天还在经历的事情一样，初来乍到的懵懂和陌生的感觉依然是那样的强烈。2019年至2021年，不能说是最艰难的两年，但可以说是很艰难的两年，突然爆发的新冠肺炎疫情瞬间席卷了全球，世界陷入了一片深深的恐惧和不安之中。作为普普通通公民，我们所能做的，就是积极配合国家的疫情应对措施，不必要不外出，不必要不开学。儿时在家通过网络学习的梦想突然就变成了现实，疫情动荡下国际国内形势翻天覆地的变化，网络在社会生活、工作学习中的重要性凸显出来。学习环境的改变、工作方式的改变无一不是对我们的一种考验。2020年9月，我们正式开学了，疫情的防控取得了世界瞩目的成就，我为自己是个中国人、为中国人民强大的执行力感到骄傲。

汗水和拼搏总能让人学到受益无穷的东西，两年的时间，我结识了众多的良师益友，给我很多的指引和帮助，在此向他（她）们表示最衷心的感谢。深深感谢我的导师李岩老师，他的严厉虽是出了名的，可正是他的严厉，才让我受益良多。方向上的指引，行动上的勇气，失败时的鼓励，成功时的加油，这些激励着我不断向前。除此之外，郭洁老师、杜甲华老师、焦淑敏老师、姚旭老师在开题和答辩的每一过程中都不吝赐教，提出了自己的看法和意见，使我的论文在一次又一次的修改中越来越完善，更加地充实和严谨。

感谢我的父母，感谢我的兄弟姐妹，感谢我的同学们，没有他们的支持，就没有前进的动力，这份爱永远无法回报，但将会永远记在心里。感谢辽宁大学，感谢法学院，短短两年的时光，我已经深深爱上了这里。我以我是辽大学子而自豪。

祝福每一位老师身体健康，每一位同学学业有成，辽大法学院蒸蒸日上，祖国伟大富强。

宋凌宇
2021年5月



辽宁大学
LIAONING UNIVERSITY

专业学位论文

THESIS FOR PROFESSIONAL MASTER DEGREE