



中国政法大学

硕士学位论文

姓名: 郑丽

专业: 民商法

研究方向: 知识产权

指导教师: 张楚教授

完成日期: 二〇〇九年三月

论文编号:

藏戏的法律保护研究

郑 丽

中国政法大学研究生院

二〇〇九年三月

论文独创性的声明

本人郑重声明：所呈交的论文是我个人在导师指导下进行的研究工作及取得的研究成果。尽我所知，除了文中特别加以标注和致谢的地方外，论文中不包含其他人已经发表或撰写过的研究成果，也不包含为获得中国政法大学或其他教育机构的学位或证书所使用过的材料。与我一同工作的同志对本研究所做的任何贡献均已在论文中作了明确的说明并表示了谢意。

签名： 邵丽 日期： 2008年4月10日

关于论文使用的授权

本人完全了解中国政法大学有关保留、使用学位论文的规定即：学校有权保留所送交的论文，允许论文被查询和借阅，并可以公布论文内容及可以采用影印、缩印或其他复制手段保存论文。

签名： 邵丽 导师签名： 张林 日期 2008年4月10日

藏戏的法律保护研究

摘 要

笔者身处藏文化积淀十分深厚的地区，深感由于我国相关法律制度的滞后与缺失，传统文化资源流失十分严重，在此以最具藏文化特色的地方传统戏剧——藏戏为研究客体，探讨这一类传统文化资源在法律尤其是在知识产权框架下的保护。

本文除了前言和结论外，共分五章。

第一章是对藏戏及其研究作了基本概述，分为三节。第一节主要阐述藏戏的起源与历史沿革；第二节介绍藏戏的特点和众多的剧种流派；第三节介绍藏戏研究的文化和产业价值。

第二章是对藏戏进行法律定位并确立保护框架，分为两节。第一节在厘清相关法律术语的基础上，将藏戏的概念从法律意义上界定为非物质文化遗产下的民间文学艺术表达；第二节系统论述藏戏法律保护现状，基于藏戏私益与公益的双重属性，确立藏戏私权与公权并行的双重保护模式，即对其作为民间文学艺术表达进行知识产权保护的同时，辅予以作为非物质文化遗产的公法保护的法律保护框架。

第三章是对藏戏民间文学艺术表达知识产权下特殊权利保护模式的建构，分为四节。第一节分析了藏戏具有知识产品的本质属性，具有利用知识产权保护的可行性；第二节介绍了有关民间文学艺术表达的国际公约和法律保护模式；第三节分析了我国民间文学艺术表达著作权保护模式的缺陷，基于民间文学艺术表达的特殊性与著作权的运作机理相互排斥，版权模式并不能给民间文学艺术表达提供充分的保护，鉴于我国民间文学艺术表达资源的无限丰富性，应该在知识产权体系下建立一种有别于其他知识产权的特殊权利保护模式；第四节构建了民间文学艺术表达专有权。

第四章是对藏戏民间文学艺术表达法律关系的具体分析，分为三节。第一节介绍了藏戏民间文学艺术表达法律关系的客体；第二节分析了藏戏民间文学艺术表达法律关系的主体；第三节阐述了藏戏民间

文学艺术表达法律关系的权利内容，其核心为精神权利和商业化利用的惠益分享，并建议成立藏戏民间文学艺术表达管理委员会作为权利主体，代藏民族行使有关许可、付费、诉讼等具体权利。

第五章是对藏戏作为非物质文化遗产保护的论述。政府应在建立保护名录体系、将藏戏转化为有形形式、大力培养传承人、对藏戏“文化空间”予以保护等方面发挥主导性作用；同时鼓励其他主体积极参与，形成合力，共同确保藏戏非物质文化遗产的活态保护与活态传承。

结论部分总结全文，笔者认为对藏戏应从两个方面加强保护，一方面以非物质文化遗产对藏戏予以抢救保存，赋予公权保护，以求固本；另一方面在知识产权体系下建立特殊权利即藏戏民间文学艺术表达专有权，赋予私权保护，以求发展传承创新。从上述两方面来完成对藏戏的法律保护，最终使这一传统表演艺术走向全世界，因为“最具民族性的艺术才最有国际性”。

关键词：藏戏 特殊权利 法律保护 民间文学艺术表达 非物质文化遗产

ON LEGAL PROTECTION OF TIBET OPERA

ABSTRACT

Living in the region of profound culture, the author feels deeply that the traditional culture has elapsed seriously because of the lack of according statutes. The essay will choose the local traditional opera Tibet opera which can present the Tibet culture most, and discuss its legal protection, specially the protection under the system of intellectual property rights.

The essay is composed of five chapters, except the foreword and the conclusion:

The first chapter is the summary of the Tibet opera and the relative researches. The first section introduces the origin and its history evolution; the second section introduces the traits of the Tibet opera and its numeral categories and schools; the third section introduces the cultural and industrial value of the research of the Tibet opera.

The second chapter defines the Tibet opera legally and establishes the protection structure. The first section defines the Tibet opera as the expression of folklore which belongs to the intangible cultural heritage after figuring out the relative legal terms. The second section analyzes the status in quo of the legal protection of the Tibet opera, and considering that the Tibet has both the private and public attribute, establishes the dual protection mode of both the private law and public law. It means that the Tibet opera should be protected mainly by the intellectual property as the expression of folklore, and subsidiary by the public law as the intangible cultural heritage.

The third chapter establishes the protection mode which means the Tibet opera as expression of folklore is protected by special right under the system of intellectual property. The first section analyzes the Tibet opera has the attribute of intellectual product, so it is a kind of intellectual product; the second section introduces the international pact and legal

protection modes of the expression of folklore; the third section analyzes the disadvantages of the copyright protection mode of the expression of folklore. Because the specialty of the expression of folklore and the principle of the copyright repels each other, the copyrights mode can not provide sufficient protection for the expression of folklore. Because of the enrichment of the expression of folklore, we should establish a protection mode under the system of intellectual property in which the Tibet opera is protected by a special right different from the other intellectual property rights; the fourth section establishes the specific content of the exclusive right of expression of folklore.

The fourth chapter analyzes the legal relationship of the Tibet opera as expression of folklore. The first section introduces the object of the legal relationship which is the comprehensive expression; the second section analyzes the subject of the legal relationship, points that the owner of the exclusive right is Tibetan nationality and the owner of the other rights is the inheritor; the third section introduces the rights and obligations of the legal relationship, whose core is the spiritual rights and the share of the benefit from the commercial using. The author also suggests establish the management committee of Tibet opera, who will present the Tibet people permit, pay and litigate and other specific things.

The fifth chapter introduces the protection of Tibet opera as the intangible cultural heritage. The country and government can make dominant function in several aspects, such as establishing the list of protected objects, transforming the Tibet opera to tangible form, training the inheritors and protecting the “cultural space” of Tibet opera. At the same time, the author also encourages the participation of other subjects, in order to ensure the living protection and inheriting of the Tibet opera as the intangible cultural heritage.

Key words: Tibet opera Special right Legal protection
Expression of folklore Intangible cultural heritage

目 录

摘 要	1
ABSTRACT	1
前 言	1
第一章 藏戏及其研究概述	3
第一节 藏戏的起源和历史沿革	3
一、藏戏的起源	3
二、藏戏的历史沿革	5
第二节 藏戏的特点与剧种流派	6
一、藏戏的特点	6
二、藏戏的剧种流派	7
第三节 藏戏的文化和产业价值	8
一、文化传承价值	8
二、产业开发的价值	8
第二章 藏戏的法律保护：概念的界定与保护框架确立	10
第一节 与藏戏相关法律术语的辨析与选择	10
一、传统知识的概念	10
二、民间文学艺术、民间文学艺术作品与民间文学艺术表达的概念	11
三、非物质文化遗产的概念	13
四、藏戏的法律定位	14
第二节 藏戏的法律保护现状与法律保护框架确立	14
一、藏戏的法律保护现状	14
二、藏戏私法保护与公法保护并行的保护框架确立	16
第三章 藏戏民间文学艺术表达的知识产权特殊权利保护模式研究	18
第一节 利用知识产权保护藏戏的可行性研究	18
一、藏戏具备民间文学艺术表达的特征	18
二、利用知识产权保护藏戏的可行性	20
第二节 民间文学艺术表达的国际保护制度和模式	22
一、相关国际公约	22
二、几种民间文学艺术表达的法律保护模式	24
第三节 我国著作权保护模式的缺陷与特殊权利保护模式的选择	27
第四节 我国民间文学艺术表达特殊权利保护模式的建立	29
一、特殊权利的术语选择——民间文学艺术表达专有权	29
二、民间文学艺术表达专有权的主体	30
三、民间文学艺术表达专有权的权利内容	32
四、民间文学艺术表达专有权的限制	36

第四章 藏戏民间文学艺术表达法律关系	38
第一节 藏戏民间文学艺术表达法律关系的客体	38
第二节 藏戏民间文学艺术表达法律关系的主体	39
一、藏戏民间文学艺术表达专有权人——藏民族	39
二、藏戏民间文学艺术表达传承人	40
第三节 藏戏民间文学艺术表达法律关系的内容	42
一、藏戏民间文学艺术表达专有权的权利内容	42
二、藏戏特殊权利的行使	45
第五章 藏戏的非物质文化遗产保护	47
第一节 国家在保护藏戏非物质文化遗产中的作用	47
一、国家在保护藏戏中的权利	48
二、国家在保护藏戏中的义务	48
第二节 其他主体在保护非物质文化遗产中的作用	51
结 论	52
参考文献	53

前 言

藏民族在世界的第三极——青藏高原上以自己的勤劳与智慧创造了灿烂的传统文化。西藏文化是中华文化中一颗璀璨的明珠，也是世界文化史上一笔宝贵的财富。笔者在西藏工作了十多年，穿插于不同的文化场中，耳濡目染、身临其境地感受着西藏文化的独特魅力。同时，也看到随着全球化趋势的加强和现代化进程的加快，传统文化资源流失十分严重，一些依靠口传身授传承的文化遗产正在不断消失。对这些不可再生的文化资源在法律层面上，尤其在知识产权框架下如何进行保护，非常值得研究。正是基于此考虑，笔者以藏文化的“活化石”——藏戏这一地方传统戏剧为切入点，来探讨对这一传统文化资源的法律保护。

藏戏是高原的艺术，声音悠远而铿锵，是唱者全身气力的投入，感情充沛而丰富，曲调跳动而激越，豪壮而忧郁，更饱含沧桑，自然融入了高原的雄浑与气魄。其高亢广袤的唱腔能把人的心紧紧抓住，一顿一扬，时而如小溪潺潺的流水，时而又如高原遒劲的疾风；一曲一调，正迎合了听者心灵深处的真性情，所以有人在听时便边舞边合。加之藏戏神奇瑰丽的面具艺术，使观者在视听中感受震撼，在震撼中有所感悟。这就是藏戏的神奇。它承载着藏民族的文化记忆，是藏民族历史发展的见证，是珍贵而应倍加珍惜的文化资源。

在当前这个日渐趋同的世界里，“越是民族的就越是世界的”。事实证明，只有拥有自己特殊基因的本土文化才具有不可替代的价值，人们也更愿意接触那些具有独特风格和文化底蕴的产品。如果所有民族失去自己的特色而去追求同一个文化模式，那将造成人类文化的悲哀。但藏戏也同其他少数民族剧种一样，面临着传承困难、甚至濒临失传的状况，所以有必要对其进行法律层面上的引导和制度保护研究，以确保藏戏文化的传承，为维护世界文化的多样性尽一份义不容辞的责任。

笔者正是怀着无比敬仰而又惴惴不安的心情展开对藏戏的研究。有关藏戏的著述很多，但大都从历史学、民族学、社会学等角度探讨其人文价值和艺术价值，从法律保护角度探讨得不多，所以本文在此作一些基础性地探讨，从某种意义上讲，在一定程度上填补了关于藏戏法律保护研究的空白。

藏戏作为民间文学艺术表达，即一种传统文化表现形式，是非物质文化遗产的重要类型，具有民族性、地域性、活态性、集体性、传承性、变异性等特征。它是藏民族以传统为依据，通过世代口头传述和行为模仿而得以流传下来，具有

知识产品的非物质性、创造性和价值性等本质属性，因而首先进入知识产权保护的视野。但我国的著作权法无疑是存在制度缺失的，由于民间文学艺术表达与传统版权法的客体相比存在较大的差异，例如主体不明确、表达形式的独创性不高、表达形式多样而不固定、保护期限特殊等，因而难以符合现有知识产权保护的条件。借鉴国际上的立法例，有必要在知识产权体系下建立民间文学艺术表达的特殊权利保护模式。在此基础上笔者构建了藏戏民间文学艺术表达专有权，通过该特殊权利赋予藏民族更多的私权利，使其能够根据自己的意愿更好地行使各项权利，包括精神权利和经济权利，例如使用者使用时应表明来源，不得歪曲、丑化藏戏，防止对藏戏侮辱性、减损性和精神上的冒犯性使用，如进行商业化利用的还须遵循“知情同意+惠益分享”的原则。此外，笔者还建议成立半官方的机构——藏戏民间文学艺术表达管理委员会来代藏民族行使有关许可、付费、诉讼等方面的权利。另一方面，基于我国强大的行政能力背景，政府应在藏戏非物质文化遗产保护中采用诸多行政手段，发挥主导性作用；同时积极鼓励其他主体广泛参与，一并形成合力来实现藏戏的保存传承与发展。

综上，笔者基于藏戏私益与公益的双重属性，一方面探讨对其私权性质的民事保护（主要为民间文学艺术表达的知识产权保护），另一方面探讨政府对其作为非物质文化遗产公权性质的行政保护，主张建立一个双管齐下的保护模式，以实现对其法律保护上的有效衔接与覆盖。在此，笔者努力通过演绎、案例分析、比较的方法来完成这一任务，同时也有幸做了一回藏戏文化的传承人，为守护藏民族、中华民族乃至全世界的精神家园尽一份绵薄之力。

第一章 藏戏及其研究概述

黑格尔曾经说过：“哪个民族有戏剧，就标志着这个民族走向成熟……戏剧是一个民族开化的民族生活的产物。”^①藏族，一个堪称古文化相当发达的民族，由于居住地势峻远，古时交通不便，与外界交流较少，所以无论从地域、文化、民俗、宗教等方面来讲，其都有一个完整的体系。藏戏作为长期在雪域高原这一人类生存极限之地创造的优秀文化，是中华民族也是全人类极为宝贵的文化资源。它是中国戏剧剧种中最为古老的剧种之一，据传广场演出已经有 1000 余年的历史。其他一些大剧种诸如京剧、昆曲、川剧等，历史都比藏戏短。^②

西藏藏戏是藏戏艺术的母体，它通过来卫藏^③寺庙深造的僧侣和朝佛的老百姓传往青海、甘肃、四川、云南四省的藏区，形成了青海的黄南藏戏、甘肃的甘南藏戏、四川的色达藏戏等分支。印度、不丹等国的藏族聚居区也有藏戏流传。^④现在通说认为，起源于公元 8 世纪的宗教艺术，在公元 17 世纪时从寺庙仪式中分离出来，逐渐形成以唱为主，唱、诵、舞、表、白和技等基本程式相结合的生活化表演，并形成了《文成公主》、《诺桑王子》、《朗萨雯波》、《卓娃桑姆》、《苏吉尼玛》、《顿月顿珠》、《智美更登》及《白玛文巴》等八大藏戏。

下面我们来一起揭开藏戏神秘的面纱。

第一节 藏戏的起源和历史沿革

一、藏戏的起源

藏戏，在藏语里叫“阿吉拉姆”，是“仙女大姐”的意思，简称“拉姆”。^⑤关于藏戏产生的年代，理论界众说纷纭。

曲六乙在《中国少数民族戏剧》论及藏戏说：“一般认为产生于 14 世纪”，文献记载 17 世纪有藏剧演出。关于藏戏的起源，有学者认为 11 世纪初叶的汤东杰

^① 载中国藏戏网，网址：http://www.tibetinfo.com.cn/tibetzt/zangxi/03/menu_jzlp.htm，2009 年 3 月 13 日日访问。

^② 李云、周泉根著：《藏戏》，浙江人民出版社 2005 年 3 月版，第 2 页。

^③ 藏戏流传的藏族地方以方言划分为三大方言区：一是卫藏方言区，西藏山南、拉萨、日喀则等地；二是康巴方言区，四川甘孜州、西藏昌都地区、青海玉树州、云南迪庆州等地；三是安多方言区，甘肃甘南、青海黄南、果洛、四川阿坝等地。

^④ “藏戏综述”：载于百度百科网，网址：<http://baike.baidu.com/view/74674.htm>，2008 年 11 月 25 日访问。

^⑤ 这里有一个美丽的传说：高僧汤东杰布主持营建据说是西藏第一座铁索桥时，因为资金匮乏，其在白面具戏的基础上，吸收佛经中的传说和民间故事中戏剧性因素，组织其在山南穷结县境内发现生得聪明美丽能歌善舞的七姐妹进行表演，用于宣传佛教和为修桥行善募集资金。七姐妹天生丽质、舞姿轻盈，观看的人都以为仙女下凡，故赞其为“拉姆”（藏语意为仙女），后来藏戏也被称为“拉姆”。由此汤东杰布被称为藏戏的开山鼻祖戏神。至今藏戏演出舞台背景和自治区藏剧团的大门上都要悬挂汤东杰布的画像。

布为创始人,17世纪的五世达赖是藏剧剧本的第一个写作人。^①而西藏藏戏研究者大都认为藏戏起源远远早于14世纪,在吐蕃时期就已经产生。例如著名藏戏藏民俗研究专家边多先生认为最早的藏戏流派是白面具藏戏,它形成于吐蕃时期(公元8世纪),产生于雅砻地区,是西藏最原始的一种民族戏曲,是所有藏戏的母体剧种。^②泽仁登珠也在《西藏通史》中表明了同样的观点。^③

藏戏起源之一:民间歌舞。其最早可以上溯到原始社会时期,与祈祷祭祀联系在一起以及在狩猎、播种、收割的季节对自然表示敬意的舞蹈,后面在长期的劳作过程中又产生了果谐(圆圈歌舞)、堆谐(西藏上部地区的歌舞)、卓^④等民间舞蹈。^⑤

藏戏起源之二:宗教仪式和宗教艺术。^⑥《西藏历史文化辞典》对藏戏起源描述为“藏戏缘起于佛教跳神仪式”。17世纪,五世达赖将藏戏从宗教跳神仪式中分离开来,成立了职业剧团,以表演经过艺术加工的民间故事和佛经故事。^⑦

藏戏起源之三:民间折嘎(即民间说唱艺术)。早在苯教时期,就已经出现了专门从事说唱的故事师和歌唱家。当时,民间说唱艺术在藏区已经很发达,例如藏族民间英雄史诗《格萨尔王传》,除独白和对话是适宜歌唱的韵文之外,部分故事情节叙述也改为可歌唱的韵文,而韵文的写法就是民歌体。这样的民间说唱艺术对藏戏起到了潜移默化的作用。藏戏在故事叙述过程中也用民歌形式的韵白来增加可唱性,直到今天藏戏表演格式中还明显保留着说唱故事的痕迹。民间藏戏的演出,全场就一个“堆谐巴”(讲解人),其专门在幕前幕后道白介绍剧情的发展,介绍到哪里就演到哪里,演出剧目的长短也由其掌握。

^① 叶长海主编:《中国戏剧研究》,福建人民出版社2006年1月版,第554—555页。

^② 边多先生是西藏民族艺术研究所的退休研究员,于1960年考入上海音乐学院,1965年毕业后进入西藏自治区藏剧团从事藏戏音乐的创作三十余年,于1989年调到西藏民族艺术研究所工作,1993年获国务院“特殊津贴”,现已退休,有丰富的学术理论著作,至今仍从事藏戏理论研究。他认为:“根据史实和记载,白面具藏戏是古代藏族在模仿狩猎时的原始劳动歌舞的基础上,编织一些寻猎等民间故事而形成的。”参见边多:《当代西藏乐论》,西藏人民出版社1993年版,第22页。

^③ 泽仁登珠认为“藏族远古时代的戏剧,其起源和萌芽时间可以追溯到藏族发祥的时代,它最早是拟兽图腾舞,随着社会的进步,在原始拟兽舞的基础上,还逐步吸收了民间歌舞的表演形式,开始有了人戴面具,集戏剧与歌舞为一体的一种民间艺术,即白面具藏戏。这种白面具藏戏是在古代藏族模仿狩猎时原始劳动和歌舞的基础上,编织一些狩猎等民间神话故事而形成的。”参见泽仁登珠:《西藏通史》,西藏人民出版社,2001年版,第680页。

^④ 在藏语里“谐”为歌,“卓”为舞。

^⑤ 桑吉嘉措的藏医著作《亚色》中对民间歌舞的形式也有记载:“在桑耶寺落成典礼上,臣民们进行‘卓’、‘鲁’、‘谐’等文艺活动。‘卓’是戴面具的鼓舞;‘鲁’是只唱不舞;‘谐’是即唱又舞。”当时的演员全是僧人,表演时有时配上诵经为伴唱,这就形成了哑剧性的跳神颂佛祈愿的新形式。参见“藏戏综述”:百度百科网,网址:<http://baike.baidu.com/view/74674.htm>,2008年11月25日访问。

^⑥ 藏史《巴协》中记载:“八世纪时吐蕃赞普赤松德赞修建桑耶寺时,莲花生大师为调伏恶鬼所行轨仪中率先应用一种舞蹈”,这种舞蹈就是藏传佛教寺院跳神“多吉嘎羌姆”(金刚舞,简称羌姆)的起源。羌姆是在原始苯教巫师祭祀自然神仪式的基础上,吸收民间土风舞演变而来的新的宗教仪式舞蹈。开始羌姆完全是在寺院里为僧人表演,后来传入民间,僧俗均可观看,逐渐成为僧人和俗人群众喜闻乐见的一种具有一定娱乐性的宗教舞蹈。参见“藏戏综述”:载于百度百科网,网址:<http://baike.baidu.com/view/74674.htm>,2008年11月25日访问。

^⑦ 王尧、陈庆英主编:《西藏历史文化辞典》,西藏人民出版社、浙江人民出版社1998年版,第323页。

二、藏戏的历史沿革

藏戏起源的具体年代有待考证，但一般认为，藏戏发展的日趋成熟有以下几个代表时期：

一是十四世纪的汤东杰布时期。汤东杰布被称为藏戏的开山鼻祖戏神，其为了修桥募捐而对白面具戏进行改革，指导七姐妹演出。据《汤东杰布传》记载，汤东杰布将其发展了的白面具戏带回家乡主庙迥·日吾齐戏班，把山羊皮面具加以装饰改为蓝面具，在白面具表演艺术的基础上，结合本地歌舞和古老瑜珈术、杂技等，编演了佛经故事《智美更登》。从此蓝面具藏戏形成。^①

二是十七世纪五世达赖时期。五世达赖执掌西藏政教大权后，藏族文化达到了历史上的最繁盛时期，藏戏表演艺术相应呈现出蓬勃生机，开始走上规范化、程式化、体系化、专业化的道路。五世达赖在酸奶宴会上邀请民间有名的藏戏班进哲蚌寺助兴演出，开创了“哲蚌雪顿”观摩藏戏的先例。之后便形成了开始在哲蚌寺、幸福园林，最后于雪顿节^②期间在罗布林卡举行一年一度规模盛大的藏戏献演活动的惯例。在这个时期，民间出现了专门改编加工并记录成文字的手抄或刻印的藏戏剧本，还有相对固定并带有职业性质的藏戏剧班。于是，藏戏开始从宗教仪式中分离出来，成为一种独立的戏剧艺术形式；德格戏、昌都戏等多种藏戏剧种也相继衍生出来。

三是新中国成立以后。藏戏最辉煌的时期是新中国成立后尤其是西藏实现民主改革后，藏戏焕发了青春与活力，无论在唱腔表演还是服装道具方面都更加完善。西藏自治区人民政府在原觉木隆藏戏班的基础上组建了西藏自治区藏剧团，自此广场戏被搬上了舞台，并有了灯光音响布景和乐队伴奏。西藏自治区藏剧团整理传统戏剧并创作排演了新戏。^③例如，融京剧和藏戏为一体的新编历史剧《文成公主》曾入选“国家舞台艺术精品工程”十大精品剧目之一。^④在2008年北京奥运会开幕式上，藏戏《吉祥奥运》将传统藏戏中不同流派的舞蹈、唱腔、念白、鼓点及服饰等作为基本元素，以其古朴、悠久、独特的艺术风格，极力展现热烈欢快、喜庆隆重的庆典场面，给人留下深刻的印象。^⑤

^① “藏戏综述”：参见百度百科网，网址 <http://baike.baidu.com/view/74674.htm>，2008年11月25日访问。

^② “雪顿节”：“雪”是酸奶，“顿”是宴会的意思，“雪顿节”按藏语可译为吃酸奶的节日，其最早是一种宗教活动，由于戒律严格，从藏历4月至6月要求喇嘛在室内安心念经修行，到6月底7月初开禁，老百姓给他们解禁供奉酸奶白糖米饭。到17世纪下半叶，逐渐演变为以展佛和藏戏汇演为主、宗教与文娱相结合的节日，所以雪顿节又被称为“展佛节”和“藏戏节”。参见刘志群：《藏戏与藏俗》第43页，西藏人民出版社、河北少年儿童出版社2000年3月版。

^③ 自治区藏剧团70年代改编移植京剧《红灯记》，80年代创作排演大型历史剧《汤东杰布》、大型现代剧《仓决的命运》、《解放军的恩情》和《因果》等中小型现代剧。近几年还新编藏戏《朵雄的春天》。

^④ “《文成公主》亮相中国大剧院”：载中国网，网址：http://www.china.com.cn/culture/txt/2008-08/19/content_16273174.htm，2005年11月25日访问。

^⑤ “开幕式前表演别样精彩 遗产级民间舞蹈缤纷呈现”：载中国网，网址：http://www.china.com.cn/sport/zhuanti/2008ay/2008-08/08/content_16164725.htm，2008年12月19日访问。

四是藏戏的濒危现况。藏戏在藏族人民的精神生活中占有不可替代的地位，由于受到严格的宗教神规制约，其在发展过程中较少受到汉族文化的影响，属于保留原始风貌相对较多的剧种。但是目前，它也同其他内地剧种一样，随着社会经济的发展与电影、电视及网络的不断普及，以及现代艺术和娱乐形式不断争夺观众和演出市场，藏戏剧团在这种尴尬的局面中艰难地生存着，藏戏也陷入了“人亡艺亡”的困境。

第二节 藏戏的特点与剧种流派

一、藏戏的特点

（一）面具戏

面具在藏语里称“巴”，是藏戏艺术独有的面部化妆手段，其以夸张的色彩与造型艺术表现出各种角色的不同性格。^①藏戏早期全部都由男演员出演，男演员借助面具可扮演女角。

（二）浓厚的宗教色彩

在西藏，宗教传播主要借助两种方式，一是藏戏，二是唐卡。藏戏受宗教影响较深，著名的八大藏戏中，有的本身就是佛经故事。^②藏戏中还有两个特殊的剧目，一是历史人物剧《文成公主》，虽是根据历史资料和民间传说综合编创而成，但其男主角松赞干布完全是被当作藏传佛教的首位法王来塑造的，渲染了浓厚的宗教色彩。二是现实生活剧《朗萨雯波》，根据江孜地方一个领主头人将一个农家女强娶到家而又将其迫害致死的真实故事编创而成，故事反映了农奴主与农奴之间尖锐的阶级矛盾，通过从小就具有佛性的农家女郎萨历经种种磨难最后修炼成为女菩萨的故事，体现了“人生就是苦谛”的教义，其宗教色彩格外强烈。

（三）广场戏

藏戏的演出，一般是广场戏，少数也有舞台演出形式，这与西藏地域辽阔、流动性大，每到一处即刻就在村头平地、寺院广场、草原牧场演出有关。演出时，

^① 例如善者的面具——白色（纯洁），国王的面具——红色（威严），王妃的面具——绿色（柔顺清爽），活佛的面具——黄色（吉祥），农民老人的面具——白色或黄色，眼睛嘴为一窟窿（农民老人的朴实敦厚），巫女的面具——半黑半白（两面三刀），妖魔的面具——青面獠牙（压抑和恐怖）。有些丑角不戴面具，扑上糌粑作白脸，涂上锅灰成妖魔鬼怪的黑花脸，黑底中画上红嘴唇、绿眼窝，再配上眼白和白长的獠牙，扮相恐怖。现在面具发展了，不是每个演员都戴面具，有些主要角色反而不戴，像《诺桑王子》里的王子与仙女就化装成白金红润的脸谱来表演。

^② 例如藏戏《智美更登》是根据释迦牟尼为其弟子讲的一个故事改写而成；《白玛文巴》编演的是莲花生佛的本生故事；《顿月顿珠》是五世班禅洛桑益西因看到社会上的世态炎凉和部分僧侣不守清规的现象根据民间故事编写而成。

化妆比较简单，除戴面具外，其他就是一般的粉面与红脂，没有复杂的脸谱。乐器也较简单，打击乐只有一鼓一钹。由于是广场演出，演员的唱腔多高亢嘹亮，拖腔也多，便于距离较远的听众也能听得清，后台一般有帮腔。在表演和唱腔中间，大量穿插民间舞蹈和演出实践中逐渐形成的特殊藏戏舞蹈，舞步动作起落幅度大，有特殊的韵律之美。另外藏戏还吸收了民间杂技技巧。这样既调节了场上的气氛，又不至于因为大段的吟唱而产生单调枯燥的感觉，因此藏戏便成为一种歌舞成分很强的戏剧。

（四）仪式戏曲剧

藏戏在长期表演实践中，逐步形成了一种比较固定的程式。一般每台藏戏都可分为三大部分：第一部分是藏戏开场的序幕。首先是“温巴顿”，意为猎人净地，即着猎人装束者手持彩箭出场，净场地，高歌祝福；其次是“加鲁钦批”，意为太子降福，即着太子装束者手持象征权力的竹弓登场舞蹈，表现祈神驱邪，给观众带来福泽；最后是“拉姆堆嘎”，意为仙女歌舞，即着仙女装束者慢慢起舞，表现仙女下凡，与人间共享欢乐。第二部分是“雄”，即正戏，是演出的主要内容。第三部分是“扎西”，即告别祝福仪式，在过去就是通过集体歌舞向观众募捐，接受观众和地方头人、富户的捐赠。藏戏与其他地方戏剧不同的是：演出正戏时，不论是否轮到表演，演员全部出场，围成半圈，轮到自己即出列表演，其余时间就参加伴唱和伴舞。

二、藏戏的剧种流派

我国戏剧理论界历来把藏戏当作藏民族和藏族地区的唯一剧种对待，而实际上藏戏由于历史、地理、语言、风格、及造诣上的差别，形成了不同风格的流派。1989年5月《中国戏曲志·西藏卷》在西藏进行了终审，确认区内五个戏曲剧种：藏族的白面具藏戏、蓝面具藏戏、昌都藏戏、传自四川的江达德格戏以及门巴族的门巴戏。同年8月对《中国戏曲志·青海卷》初审时，确认青海有三个剧种：安多藏语方言区的黄南藏戏、华热藏戏以及传自甘南的果洛藏戏。^①

旧派戴的是白面具，所以叫白面具派，有穷结的宾顿巴、堆龙德庆的朗则娃，乃东的扎西雪巴等，其动作和唱腔都比较简单，影响较小。

新派即为迥巴、江嘎尔、觉木隆、湘巴四大剧团，其演出开始时由戴蓝面具的演员出场，故称蓝面具派。现在国内外一般人所说的藏戏主要是指蓝面具藏戏，它直接由白面具藏戏发展而来，其表演艺术有较大发展，影响也比较大，并逐步取代旧派。

^① 载中国藏戏网，网址：http://www.tibetinfo.com.cn/tibetzt/zangxi/03/menu_jzlp.htm，2008年12月19日访问。

第三节 藏戏的文化和产业价值

一、文化传承价值

在 2001 年 9 月第二次少数民族文艺会演期间，当时我国 90 岁高龄的戏剧专家张庚先生说：“我对藏戏很喜欢，可以说一见钟情，那么高的文化价值，戏剧史没有写进去。^①藏戏是中华民族共同的文化遗产，是大戏剧观点，昆曲被列为世界‘口头与非物质遗产’代表作，藏戏也有条件，更古朴，更有价值。”^②张老的上述话语道破了藏戏非同寻常的文化价值。藏戏产生的文化底蕴有来自纵向的原始巫文化——苯教文化——佛教文化（即后来的藏传佛教文化），也有来自横向的中原文化和印度文化的影响。同其他少数民族剧种相比，藏戏更具独特之处。其他少数民族聚居区由于与汉族地区较为接近，因而其表演形式、发展行程和所演剧目或多或少都受到汉族戏曲的影响。藏戏虽然也受到中国各民族文化主要是汉族文化的影响，但其主要是在独特的藏民族社会历史和生活土壤里生长起来的，形成了具有自己独特风格的艺术形式和韵致，在各个方面完整地保留了自己的特色。由于藏戏所演绎的内容大多为佛教故事，因而藏戏对藏传佛教乃至藏族文化的深入研究起着不可估量的作用。

二、产业开发的价值

我们应当认识到民间文艺的保护不仅是个保持民族文化特色的问题，也应当为其权利人带来经济利益。民间文艺的常用常新，保持传承性与变异创新性，必需有适当经济利益的介入，才能使民间文艺被更多的人认可与愿意传承，这样才能继续使其保持生命力。藏戏作为藏文化非常杰出的代表，其在一年一度的藏族传统节日“雪顿节”上大放异彩，不仅本地观众热情很高，外地游客也为其独特的表演程式和唱腔所震撼。藏戏对打造西藏旅游产业开发的作用是毋庸置疑的，尤其当今文化旅游已经成为世界旅游中增长最快的项目，西藏以其独特的文化魅力将会吸引全世界人的眼球。

近几年来，我国开始关注文化产业对国民生产总值增长的贡献，各有关方面从政策到法律等各方面的研究日渐增多；而文化产业的发展与知识产权制度息息相关。^③实际上民间文学艺术表达往往是现代文化的创新之源，并且在现今全球化

^① 国内外的藏戏研究是从 20 世纪 80 年代以后开始繁荣的，涌现了许多关于藏戏理论的艺术成果，如《中戏国戏曲志·西藏卷》、《中国藏戏艺术》。前不久由西藏民族艺术研究所刘志群作为项目负责人编撰完成了国家社会科学基金艺术学“十五规划年度项目成果——《中国藏戏史》，该书成为国内外第一部系统研究中国藏戏艺术的学术专著，填补了藏学和中国戏剧戏曲学的学术空白。见文化部教育科技司、全国艺术科学规划领导小组办公室编：《国家社科基金艺术学规划研究项目成果要报》（2008 年第 6 期总第 32 期），2008 年 5 月 30 日。

^② 李云、周泉根著：《藏戏》，浙江人民出版社 2005 年 3 月版，第 2 页。

^③ 管育鹰著：《知识产权视野中的民间文艺保护》，法律出版社 2006 年 11 月版，第 41 页。

和商品化的社会里，一切具有独特价值并为人们所需要的文化信息都可以成为市场交易的标的。藏戏的表演形式、物质载体道具例如蓝白黄面具、佩戴饰品、盔帽以及戏靴等都可以作为产业来进行开发，并将带来可观的经济效益。虽然目前还尚未发生涉及藏戏相关利益纷争的司法案例，但考虑到将来可能出现此种情形，笔者认为现在很有必要作前瞻性的考虑，利用现有制度或倡导建立新机制以平衡各方利益，以达到对藏戏的经济价值进行合理开发的目的。

第二章 藏戏的法律保护：概念的界定与保护框架确立

第一节 与藏戏相关法律术语的辨析与选择

正如博登海默教授所言：“概念乃是解决法律问题所必需的和必不可少的工具。没有限定严格的专门概念，我们便不能清楚和理性地思考法律问题。”^①藏戏历史源远流长，表现形式丰富多样，它是地方传统戏剧；由于不同的概念涉及不同的法律保护方法，通过对其相关法律术语的辨析与选择，从法律角度对藏戏进行概念上的位阶界定，将是本文研究的前提和基础。下面笔者将涉及到的一些基本法律术语进行分析与界定。

一、传统知识的概念

近年来，传统知识（Traditional knowledge）在国际上和学界并没有统一的定义。根据世界知识产权组织 WIPO 的报告，传统知识是“以传统为基础的文学、艺术或科学作品、表演、发明、科学发现、设计、标识、名称或者符号、未公开的信息，以及其他所有来自工业、科学、文学或艺术领域的智力活动中产生的基于传统的知识创新创造”。^②综合而言，有广义与狭义之分。狭义上的传统知识仅指在传统的生产生活实践中创造出来的知识、技术、诀窍和经验，包括农业知识、生态知识、医药知识（包括有关的医药治疗方法）、与生物多样性有关的知识。广义上的传统知识包括三个方面：一是狭义上的传统知识；二是以音乐、舞蹈、歌曲、手工艺品、设计、故事与艺术品形式表达的民间文学艺术；三是传统标志，如姓名、地理标志与符号。^③起初，WIPO 从广义角度把传统知识作为一个高位阶概念使用，其范围涵盖民间文学艺术，后来对二者进行了区分，把传统知识限定为产业领域内的技术性知识。2000 年 9 月 WIPO 在第 26 届大会上成立了“知识产权与遗传资源、传统知识及民间文学艺术政府间委员会”（WIPO—IGC）。该委员会第六次会议（2004 年 3 月在日内瓦召开）文件《传统知识政策和法律选择修订本》第 6 段、第 58 段均从严格意义上使用“传统知识”概念，即把传统知识和民间文学艺术等加以区分。^④由此，传统知识通常仅限定在狭义上使用，与民间文学

^①【美】E.博登海默著：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 504 页。

^②【印】甘古力著：《知识产权：释放知识经济的能量》，宋建华等译，知识产权出版社 2004 年版，第 97 页。

^③ 黄玉烨著：《民间文学艺术的法律保护》，知识产权出版社 2008 年 4 月版，第 19 页。

^④ The Secretariat of WIPO, Revised Version of Traditional Knowledge Policy and Legal Options, Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, Sixth Session (Geneva, March 15 to 19, 2004), paragraph 6, 58. 转引自严永和著：《论传统知识的

艺术分开来使用。

二、民间文学艺术、民间文学艺术作品与民间文学艺术表达的概念

（一）相关条约的术语表述

1.民间文学艺术

英语表述为“folklore”，最早由英国著名的考古学家 W.G.汤姆斯先生在 1846 年使用。从词源学的角度看，它是一个复合词，由 folk 和 lore 组成，folk 指“民间”，代表了一般平民的一个集合概念，lore 指“学问、传统”，尤指某一学科或某一部分人的学问、知识和传统。因而“folklore”一词的原始含义应为“民间文学”或“民众知识”。^①有日本学者也将其翻译为“民俗”。

最初的民间文学艺术概念，包括传统部族的全部文化产物和文化结晶，涵盖传统部族在长期历史过程中所创造的全部精神成果。非洲知识产权组织 1977 年的《班吉协定》即在此种意义上使用民间文学艺术概念。其附件 7 第 46 条定义为：“一切由非洲的部族团体所创作的、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”。^②

2.民间文学艺术作品

英语表述为“works of folklore”，其最初出现在 1976 年 WIPO 和 UNESCO 共同制定的《发展中国家突尼斯版权示范法》（以下简称《突尼斯版权示范法》，该示范法将“民间文学艺术”定义为：在某一国家领土范围内可认定由该国国民或者种族群落创作的、代代相传并构成其传统文化遗产之基本组成部分的全部文学、艺术和科学作品。

3.民间文学艺术表达

英语表述为“expressions of folklore”。1982 年 WIPO 和 UNESCO 共同制定的《保护民间文学艺术表达、防止不正当利用及其他侵害行为的国内法示范条款》（以下简称《1982 年示范法》）中没有直接使用民间文学艺术“folklore”，而是使用了民间文学艺术表达“expressions of folklore”，将“民间文学艺术表达”定义为：由传统艺术遗产的特有因素构成的、由某国的某居民团体（或反映该团体的

知识产权保护》，法律出版社 2006 年 1 月版，第 17 页。

^① 郑成思：“民间文学艺术作品及我国对其保护方式的建议”，载郑成思主编：《知识产权研究》（第 3 卷），中国方正出版社 1997 年版，第 84 页。

^② 按照 77 年《班吉协定》的定义，民间文学艺术至少包括以下六个方面：（1）以口头或书面形式表达的文学作品，如故事、传说、寓言、叙事诗、编年史、神话等；（2）艺术风格与艺术作品，如舞蹈、音乐作品、舞蹈与音乐作品结合的作品、哑剧，以手工或者以其他方式制作的造型艺术品、装饰品、建筑艺术的风格；（3）宗教传统仪式，如宗教典礼、宗教礼拜的地点、祭奠礼服；（4）传统教育的形式，传统体育、游戏、民间习俗等；（5）科学知识及作品，如传统医药品及诊疗法知识、物理、数学、天文学方面的理论与实践知识；（6）技术知识及作品，如冶金、纺织技术知识、农业技术、狩猎、捕鱼技术知识等。郑成思：“民间文学艺术作品及我国对其保护方式的建议”，载郑成思主编：《知识产权研究》（第 3 卷），中国方正出版社 1997 年版，第 85 页。

传统艺术发展的个人)所发展和保持的产品,尤指下列内容:(1)口头表达形式,诸如民间故事、民间诗歌及民间谜语;(2)音乐表达形式,诸如民歌及器乐;(3)活动表达形式,诸如民间舞蹈、民间游戏、民间宗教仪式;(4)有形表达形式,诸如民间艺术品、乐器、建筑艺术形式等。其中,前三种形式无论是否固定在有形物上均属于民间文学艺术表达形式。^①

2006年10月WIPO发表了《保护民间文学艺术草案》,该草案第1条规定:“传统文化表达”^②或“民间文学艺术表达”是指表现、显示或体现传统文化和传统知识的、任何有形或无形的表现方式及其组合。^③这是WIPO在综合多年对民间文学艺术的讨论研究基础上所做出的最新定义。

(二)三者辨析

民间文学艺术最先开始在某种意义上讲就是民间文学艺术作品(如前《突尼斯版权示范法》的表述),但民间文学艺术不同于民间文学艺术作品,其在内涵外延上要比民间文学艺术作品宽泛一些,主要是文学研究的对象,是个文学概念,不是法律概念,主要对应于文学领域,同时与民族学、民俗学、社会学等社会科学有着密切的联系。

1977年的《班吉协定》对民间文学艺术赋予最广泛的含义,这在汉语语境中更接近于传统文化的定义,终因范围太广遭致非议而在1999年予以缩小。(新《班吉协定》将“民间文学艺术表达”限定为具有“传统艺术遗产特色要素”的表达形式,将民间文学艺术中不具有“传统艺术遗产特色要素”的表达形式例如技术知识等明确排除在外。^④)《1982年示范法》中,WIPO使用了民间文学艺术表达,将作品的表述更改为产品,并赋予民间文学艺术表达除传统的有形表达形式外还有口头表达形式、音乐表达形式、活动表达形式等非固定在有形物上的表达形式。可以说从《1982年示范法》来讲,民间文学艺术表达作为法律研究的客体更为确

^① 王鹤云:“保护民族民间文化的立法模式思索”,载郑成思主编:《知识产权文丛》(第8卷),中国方正出版社2002年版,第179页。

^② WIPO大会于2000年成立的WIPO—IGC同时使用了Traditional Cultural Expressions(传统文化表达)和Expressions of Folklore属于同义语,然而民间文学艺术一词在拉美的一些国家被认为有贬义,因而WIPO在2003年出版的文件中指出Traditional Cultural Expressions作为中性词,予以保留。其认为并非建议各个参与者一致同意使用它们,也不影响或限制各国使用其他术语,一个适当的术语或术语的选择,以及它们所要证明的主题思想,最终取决于国家和地区层面上的决策者和有关社区。转引自张耕著:《民间文学艺术的知识产权保护研究》,法律出版社2007年10月版,第13页。

^③ WIPO, The Protection of Traditional Cultural Expression / Expressions of Folklore: Draft Objectives and Principles (WIPO/GRTKF/IC/10/4ANNEX), published on October 2, 2006, p.11. http://www.wipo.int/edocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_10/wipo_grtkf_ic_10_4.pdf. 转引自张耕著:《民间文学艺术的知识产权保护研究》,法律出版社2007年10月版,第14页。该草案规定标准为:(1)属于创造性智力活动的产物,包括个人和集体的智慧创造物;(2)具有反映某一群体的文化和社会特征与文化遗产的特性;(3)由拥有相关权利义务的群体或个人根据本群体的习惯法和惯例来维持、使用或发展。

^④ 新《班吉协定》附件7第2条的第20项将民间文学艺术表达定义为:“由社区或者满足社区愿望的个人创造或传承,体现传统艺术遗产特色要素的产品,包括民间传说、民间诗词、民歌和器乐、民间舞蹈、宗教仪式中具有艺术表达性质的庆典活动以及民间艺术产品”。

切。“Expressions”意在强调文化的表达方式，说明其保护的并非“Works”，这一点在之后的2006年WIPO对民间文学艺术表达的定义中得到了进一步的印证。

民间文学艺术作品是指由某社会群体（如民族、区域、国家）在长期的历史过程中创作出来并世代相传、集体使用的歌谣、音乐、戏剧、故事、舞蹈、建筑、主体艺术、装饰艺术等作品、素材或风格。^①其从字面上理解即为作品，它将不具有作品形式或者说是无法用纸质或其他方式进行再现的民间文学艺术表达排除在外，具有很大的局限性。民间文学艺术作品是民间文学艺术表达的固定和有形形式，它只是民间文学艺术的局部与片段，它与其他作品一样，纳入著作权的保护范围。

现今对民间文学艺术表达的研究领域中，术语繁多，笔者认为有必要予以厘清概念。另外我国在一些政府文件和地方性的自治条例中出现大量民族民间传统文化或民族民间文化的表述，这样的表述属于文化行政部门的行文习惯，现在已被社会广泛接受，属于约定俗成，但不宜过分强调其民族性，否则容易引发民族矛盾和民族冲突。针对本文研究的客体，笔者认为民间文学艺术表达的术语选择或许更为准确一些。

三、非物质文化遗产的概念

非物质文化遗产（Intangible Cultural Heritage）虽然是个新型的概念，但它不是凭空臆想出来的，而是近几十年来人类文明发展对社会生活的深刻反思和科学总结后提出来的。人们最先只是两分为文化遗产、自然遗产，后面逐步发现除物态化的文化遗存外，还有大量的活态文化，代代相传生生不息，它们是“活态的”、“口头传承的”、“非物质的”，于是非物质文化遗产进入人们的视野之中。

联合国教科文组织 UNESCO 于 1998 年在第 155 届执委会上通过了《宣布人类口头和非物质遗产代表作条例》，将 1989 年的《保护民间创作建议案》中的“民间创作”修改为“口头和非物质遗产”，自此非物质遗产的概念正式提出，其另一译法为“无形文化遗产”。

UNESCO 又于 2003 年 10 月 17 日在第 32 届大会上通过了《保护非物质文化遗产公约》，对“口头和非物质遗产”的定义予以重新修正为“人类非物质文化遗产”，实际上是将“人类口头和非物质遗产”的概念纳入了“非物质文化遗产”的概念之中。非物质文化遗产指：“被各社区群体，有时为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、技能及相关的工具、实物、手工艺和文化场所。”依此定义，非物质文化遗产包括以下几个方面：1.口头传统和表现形式，包括作为非物质文化遗产媒介的语言；2.表演艺术；3.社会实践、礼

^① 吴汉东、刘剑文著：《知识产权法学》，北京大学出版社 2002 年版，第 56 页。

仪、节庆活动；4.有关自然界和宇宙的知识和实践；5.传统手工艺。^①该公约于2006年4月21日起在全球范围内生效。它的通过标志着全球关于非物质文化遗产保护观念的正式形成，也有助于各国把国际法和国内法有机地结合起来，从而更好地促进对非物质文化遗产的保护。

四、藏戏的法律定位

综合上述对相关术语的法律文件的梳理，我们可以得出这样的结论：传统知识在广义上讲包括遗传资源、狭义传统知识、民间文学艺术表达（传统文化表达）三大类，与非物质文化遗产的范围出现了交差和重复。非物质文化遗产包括文化遗产遗址、历史名城、文化景观、传统医学等20多项，相对传统知识的三分法，非物质文化遗产的分类更加清晰和条理，民间文学艺术表达被非物质文化遗产所覆盖。^②民间文学艺术表达作为重要的非物质文化遗产类型，《保护非物质文化遗产公约》为民间文学艺术表达的法律保护提供了更大的平台。

民间文学艺术表达是广义传统知识的下位概念，根据WIPO的观点，其又是民间文学艺术作品的上位概念。民间文学艺术表达中除了构成作品以及通过某种有形载体表现出来的部分以外，还包括了大量的未通过有形载体表现出来，而是通过人们口传身授方式世代流传的传统文化信息表达。

藏戏作为有着悠久的历史，其在传统戏剧分类上应属于古老的濒危剧种。^③在表演上形成了以唱为主，唱、舞、韵、技、艺相结合的一套程式，是藏区老百姓喜闻乐见的表演艺术。作为一种传统文化表现形式，如第一章所述其融合语言表达、音乐表达、行为表达及其他有形表达形式为一体。藏戏是非物质文化遗产的一部分，同时将其作为非物质文化遗产的下位概念即民间文学艺术表达更为精确一些。藏戏民间文学艺术表达就是藏族群众经过集体创作并不断创新，通过口传身授的方式世代流传，反映该民族生活历史、风俗习惯和心理特征的文学艺术产品。

第二节 藏戏的法律保护现状与法律保护框架确立

一、藏戏的法律保护现状

如前所述，藏戏民间文学艺术表达作为一种传统文化表现形式，我们应当在

^① 《保护非物质文化遗产公约》第2条。

^② 李顺德：“非物质文化遗产的法律界定及知识产权保护”，载《江西社会科学》2006年第5期，第9—10页。

^③ 传统戏剧从戏曲音乐角度可分为不同的声腔系统；按形成年代可分为古老剧种、近代剧种、新兴剧种；按流行范围可分大剧种、小剧种，以及全国性剧种和地方性剧种；按文化性质分文人的戏剧和民间戏剧；按现在的生存状态可分广泛流行的、困难较大的和濒危的剧种。参见安葵：“传统戏剧的保护、传承及其研究”，南阳师范学院学报（社会科学版）2007年第7期，第63页。

法律层面上进行引导与保护，使这一古老的少数民族剧种得到传承与发展。本节首先审视其法律保护现状。

（一）藏戏的宪法、民族区域自治法的保护

藏戏作为藏文化的活化石，是活态的非物质文化遗产。虽然非物质文化遗产的概念产生不久，也是个比较新型的学科，但对文化遗产尤其是少数民族文化我国一直持肯定和保护态度。例如，我国《宪法》就明确了保护少数民族文化的原则。^①我国《民族区域自治法》规定民族自治地方的自治机关应继承和发扬民族文化的优良传统；并自主发展具有民族形式和民族特点的文学、艺术、新闻、出版、广播、电影、电视等民族文化事业，并收集、整理、翻译和出版民族书籍，保护民族的名胜古迹，珍贵文物和其他重要文化遗产。^②这些规定原则性较强，不具体更不具可操作性，其积极意义在于为下一步的保护民间文学艺术表达的立法提供了上位法的法律依据。

（二）藏戏的著作权法保护

《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。”而该具体办法由于种种原因至今没有出台，并且本条也仅对民间文学艺术作品提供保护。藏戏在发展中虽然形成了八大剧目，但很多本子现已流散失传，仅存剧目名，或略知故事梗概，至今人们所能看到的用文字记载的只有藏文故事本，而不是“八大藏戏”剧本。虽然有人把故事本当剧本评头论足，但它根本不具备剧本的文体特征。^③并且藏戏是一种民间文学艺术表达或者说是一种传统文化表现形式，我国现在还没有具体的法律法规对民间文学艺术表达进行调整和规范。无疑藏戏在著作权法保护上是存在严重制度缺失的。

（三）藏戏的非物质文化遗产保护

我国已于2004年加入了《保护非物质文化遗产公约》，国务院办公厅于2005年3月26日下发了《关于加强我国非物质文化遗产保护工作的意见》，其附件《国家级非物质文化遗产代表作申报评定暂行办法》中第3条第2款第2项中将传统表演艺术纳入非物质文化遗产的范围。根据《保护非物质文化遗产公约》第2条第2项和我国《国家级非物质文化遗产代表作申报评定暂行办法》第2条、第3条之规定，藏戏作为一种传统表演艺术，具有杰出价值，理应列入非物质文化遗产范围之内。2003年西藏自治区政府向国家文化部申报了日喀则地区昂仁县迥巴

^① 如《宪法》第119条：民族自治地方的自治机关自主地管理本地方的教育、科学、文化、卫生、体育事业；保护和整理民族的文化遗产，发展和繁荣民族文化。”

^② 《民族区域自治法》第6条、第38条。

^③ 李云、周泉根著：《藏戏》，浙江人民出版社2005年3月版，第132页。

藏戏为中国民族民间保护工程第一批国家级试点，同年10月，迥巴藏戏被国家文化部命名为中国民族民间文化保护工程首批试点单位。^①到目前为止，拉萨觉木隆藏戏、日喀则迥巴藏戏、日喀则南木林湘巴藏戏、日喀则仁布江噶尔藏戏、山南雅隆扎西雪巴藏戏、山南琼结卡卓扎西宾顿藏戏等被列入西藏自治区第一、二批国家级非物质文化遗产名录。^②西藏自治区政府在对藏戏的保护方面作了大量卓有成效的工作。（这点将在第五章论及）

二、藏戏私法保护与公法保护并行的保护框架确立

目前，国家对藏戏更多的是定位于非物质文化遗产而展开保护的。非物质文化遗产保护法还未出台，据现有信息看，非物质文化遗产保护法并不能为民间文学艺术表达提供具体的保护。

首先，非物质文化遗产的范围比物质文化遗产的范围广，也要复杂的多，仅凭一部法律想要解决非物质文化遗产所有的问题是不可能的。国内有学者认为在设置“非物质文化遗产”专门法的时候，可以直接兼容“传统知识”中的传统文化表达（民间文学艺术表达）的立法，而对于“传统知识”的另两个构成部分：遗传资源和狭义的传统知识（例如传统医药）等，由于其特殊性，可以考虑另外单独立法或制定法规保护。^③笔者认为民间文学艺术表达虽被列入非物质文化遗产的保护范围，但终因非物质文化遗产各个类型的客体特征悬殊太大，非物质文化遗产保护法不可能达到面面俱到的法律效果。实际上藏戏作为具体的民间文学艺术表达，可在非物质文化遗产保护的宏观框架内，借鉴国外的立法例和保护经验，遵循较微观而针对性强的民间文学艺术表达保护体系来展开对其私权性质知识产权保护的研究。

其次，非物质文化遗产的保护方法更侧重于公法层面的保护。一方面，《保护非物质文化遗产公约》对缔约国的国家责任作了详细规定，督促各缔约国在非物质文化遗产的保护过程中要积极采取措施（联合国教科文组织本身也主持着相关遗产的认定工作）。该公约规定了确保非物质文化遗产生命力的各种措施，包括对这种遗产各个方面的确认、立档、研究、保存、保护、宣传、弘扬、传承（特别是通过正规和非正规教育）和振兴。^④可见非物质文化遗产的保护方法更侧重于公法层面的保护，对一部分客体通过行政手段予以确认和保护。另一方面，综合我国所颁布的两个规范性法律文件和8个省市制定的地方性法规^⑤来看，也是把政府

^① 《加强非物质文化遗产保护 弘扬藏民族优秀传统文化——西藏自治区非物质文化遗产保护工作情况》：载西藏自治区人大教科文卫委员会2008年第三次会议文件（2）第7页。

^② 上述文件第18、19页。

^③ 李顺德：“非物质文化遗产的法律界定及知识产权保护”，载《江西社会科学》2006年第5期，第11—12页。

^④ 《保护非物质文化遗产公约》第2条第3项。

^⑤ 周和平委员：“非物质文化遗产是一个民族的DNA”，载文化传播网，网址：

职责列于主导地位，确立了县级以上人民政府对非物质文化遗产保护工作的领导地位。例如江苏省《非物质文化遗产保护条例》指出“非物质文化遗产保护工作坚持政府主导、全社会共同参与，贯彻保护为主、抢救第一、合理利用、传承发展的方针”。^①我国于 2004 年由文化部起草的《民族民间文化保护法》，考虑到与上述国际公约的相对应，而更名为《非物质文化遗产保护法》。该法已进入全国人大立法规划中，据现有信息看也是将其定位为行政法。^②可见，现阶段针对非物质文化遗产的保护方法主要为行政保护手段。

第三，民间文学艺术表达既是传统保有人创造并保有的具体文化表现方式，又是人类非物质文化遗产的组成部分，国际上已有的法律保护经验既有以公力介入的行政性保护措施，也有通过法律赋予民间文学艺术表达保有人某种民事性权利的私权保护方式。^③如 1989 年 UNESCO 通过的《保护民间传统的民间文化建议案》，其中涉及保护民族民间创作所需的各种措施，强调多种手段的综合运用。我国也有学者认为，在民间文学艺术表达法律保护制度中应当融入公法性质的保护手段，以求实现民间文学艺术表达的全面保护。^④

综上，笔者认为藏戏作为民间文学艺术表达，对其保护落脚点在于授予创造并保有它的群体藏民族以经济利益和精神利益，以更好地合理利用与发展传承藏戏，在其上有私人利益；同时，藏戏反映了藏民族的优秀文化底蕴，代表着藏民族文化认同感、民族归属感、历史传统、价值观、人生信仰等，是我们中国乃至全世界的宝贵文化财富，在其上又有公共利益。基于藏戏民间文学艺术表达的私益与公益的双重属性，在法律保护上，应在私法之外兼顾公法，即在民事性保护（主要是知识产权保护）外还应当有行政性保护。前者赋予并保障相关知识产权人的权利，后者规范国家的行政保护行为，二者相辅相成，仅在保护路径有别，但目标一样，都是民间文学艺术表达保护中不可缺少的手段。鉴于我国强大的行政调控能力之背景，行政性保护还可能在相当长的一段时间内发挥强有力的作用。下面笔者将以民间文学艺术表达的知识产权保护为主、同时辅以国家政府在非物质文化遗产所采行政保护的框架，对藏戏这一传统表演艺术的法律保护作一些基础性研究。

<http://www.ccdy.cn/pubnews/492526/20090310/570084.htm>，2009 年 3 月 22 日访问。

^① 江苏省《非物质文化遗产保护条例》第 3 条。

^② “《非物质文化遗产保护法》立法工作联席会议召开”：载广东省医药信息网，网址：<http://www.medste.gd.cn/Html/tcm/zyyztsbsjwc/Class1863/21193320070615144500.html>，2009 年 3 月 22 日访问。2005 年文化部牵头召开会议，该会议强调：“要注重工作的连续性，在《民族民间传统文化保护法》基础上修改完善，避免重复劳动；《非物质文化遗产保护法》的性质主要是一部行政法。”

^③ 管育鹰著：《知识产权视野中的民间文艺保护》，法律出版社 2006 年 11 月版，第 46 页。

^④ 此为西南政法大学知识产权中心张玉敏教授的观点，参见梅术文：“‘非物质文化遗产保护与知识产权国际研讨会’综述”，《法商研究》2007 年第 4 期，第 159 页。

第三章 藏戏民间文学艺术表达的知识产权特殊权利 保护模式研究

如前所述，藏戏的准确法律定位应为民间文学艺术表达，下面笔者将从对民间文学艺术表达的保护入手来探讨利用知识产权保护藏戏的可行性。

第一节 利用知识产权保护藏戏的可行性研究

一、藏戏具备民间文学艺术表达的特征

藏戏作为中国最为古老的剧种之一，以其独特性征服世人，被誉为藏文化的“活化石”与“藏民族记忆的背影”，它承载着丰富的藏民族的文化内涵与价值取向，不仅具有强烈的民族性和地域性外，还有下列特征：

（一）藏戏的活态性

藏戏在创作流传过程中不是依靠文字或书面方式，而是采用人们熟悉的口头传唱、手把手地教、身形相授等方式，通过群众性的口头模仿表演而得以流传下来。藏戏在西藏自治区藏剧团没有成立之前，用文字记载的剧本是不存在的。在广大民间，表演藏戏的人们根据八大故事本各自进行加工与改编，不仅加进大量民歌插曲，还糅合了民间音乐、民间舞蹈、杂技和剧中反面人物的即兴戏剧性表演，形成各色风格的藏戏口头剧本。这也实际上是对藏戏的再创作，保留有一定的传承与流变性。现在西藏民间藏戏演出的剧本，也就是民间说唱艺人“喇嘛玛尼”的说唱脚本。可以说民间说唱与藏戏的发展有着密切的联系，在今天藏戏的演出程式中仍然保留有明显的说唱痕迹。例如青海果洛的《格萨尔》藏戏就保留了说唱文学输入戏曲的初始形态。^①藏戏的表演在传承中既需要语言也需要行为，并且都是动态的过程。藏戏的活态性还表现在有的学者所说的“灵魂”，即“创作并传承它的那个民族在自身长期奋斗和创造中凝聚成的特有的民族精神和民族心理，集中表现为共同信仰和遵循的核心价值观。”^②

（二）藏戏的集体性

民间流传藏戏是戏神“汤东杰布”所创，但实际上，根据藏戏的思想内容、

^① 李云、周泉根著：《藏戏》，浙江人民出版社 2005 年 3 月版，第 46 页。

^② 王文章主编：《非物质文化遗产概论》，文化艺术出版社 2006 年 10 月版，第 63 页。

语言、形式、艺术风格和规模来看，绝非一人一世之创，至多是其在藏戏的发展中起着提倡和推动作用，并且在后来的演变中五世达赖等人也都起了很大的作用。不可否认，藏戏来源于民间也发展于民间，它是人们在长期的生产与生活活动中不自觉共同创作的，然后通过口头模仿等方式世代相传，在流传过程中，再加入说唱者、模仿者个人的感情因素和思想火花，这种个性化因素又在以后的流传中不断融化，逐渐成为一种得到群体认同比较固定的模式。所以说，藏戏是广大农牧民亲手浇灌而成的艺术之花，它的产生不是一蹴而就的，是集体创造积累的智慧结晶。

（三）藏戏的变异性

藏戏由于口传身授的不稳定性，常常因时间、地域以及传播者的思想感情和受众的情绪变化因素等而有所变化、改进，于是便一直处于常用常新不断创新的过程中。例如，藏戏在现代发展中也与其他剧种相互取长补短，把广场戏有选择性地搬上了舞台，运用灯光、背景增强藏戏的观赏性。再如，在 2008 年北京奥运会期间，西藏自治区藏剧团和国家京剧院联合上演倾力打造了《文成公主》，将京剧与藏戏两种戏剧样式熔于一炉，在兼顾京剧与藏戏美学特征的基础上，对两个剧种的唱腔和音乐进行了大胆革新，唱腔方面保留了藏戏的原生态风貌，音乐方面京剧乐队伴奏辅之以藏乐，将演唱的磅礴气势发挥得淋漓尽致。该剧不仅精彩演绎了文成公主与松赞干布的爱情故事，也使藏戏艺术为更多人的认识和认可。^①

（四）藏戏的传承性

传承性指民间文艺在某个群体中是靠行动、语言来传播和继承的。^②藏戏由于都是口头剧本，靠师徒之间的身心相授得以流传。藏戏戏师是班主、导演、教师、主要演员、鼓师、经营者身份的总和。这也是藏戏不同与内地其他戏曲的地方之一。^③戏师在藏戏艺术的传承中发挥了很大作用。藏戏表演艺术对藏族英雄史诗《格萨尔》的演绎，为这部反映当时藏民族社会状况百科全书的流传贡献不小。再如，藏戏在西藏民主改革前，只有一鼓一钹的伴奏，音乐家边多先生对藏戏唱腔予以综合管弦乐队伴奏，在剧目中还增加了人物主体音乐、舞蹈音乐和幕间音乐。这种基于传统而进行的大胆改良传承，收到了良好的效果。

^① 《京剧藏戏文成公主 汉藏合璧庆奥运》：载中华人民共和国文化部网站，网址：

http://www.ccnt.gov.cn/xwzx/whbzhxw/t20080819_57230.htm，2009 年 3 月 22 日访问。

^② 参见叶春生著：《简明民间文艺学教程》，湖南文艺出版社 1987 年版，第 4 页；钟敬文：“民间文学，神话传说”，网址：<http://poetic.aiinfo.cn/scs/shenhua/010.htm>。

^③ 李云、周泉根著：《藏戏》，浙江人民出版社 2005 年 3 月版，第 82 页。

（五）藏戏的综合性

正如王文章^①所说，“藏戏艺术通过民族歌舞、民族说唱等综合性的表演形式来表现故事内容，离开了其中的任何一种表演形式，就会削弱其完整性和艺术魅力。”^②

二、利用知识产权保护藏戏的可行性

藏戏作为民间文学艺术表达，其中蕴涵何种性质的权利，将直接影响到对其法律保护模式的选择。因此有必要对民间文学艺术表达的性质进行分析。

民间文学艺术表达作为某一群体集体创造的智慧劳动成果，在知识经济时代，越来越呈现出其无穷的商业价值与开发潜力。例如美国迪斯尼公司将我国众所皆知的民间故事花木兰拍成动画片，赚取了巨额利润，而我国作为民间文学艺术表达来源地，却未分享到任何利益，并且要想欣赏还得掏钱去电影院看，这极大地伤害了我们的民族自尊心和自豪感。现在多为历史较短的发达国家充分利用其先进的科学技术知识和传播手段，来榨取发展中国家的民间文学艺术表达资源，因此国家和社会应当赋予保存和传承民间文学艺术表达的群体一种合法的权利以使其利益不受侵害。

藏戏虽然现在还处于保存和保护阶段，但其中所蕴藏的巨大商业价值今后必将会被进一步挖掘，所以，应对藏戏这一民间文学艺术表达中所可能涵盖的权利性质予以充分认识。笔者认为，这是一种私权性质的民事权利，具有知识产权保护的可行性。

（一）藏戏作为民间文学艺术表达所具有的知识产品的本质属性

关于知识产权的定义，郑成思教授认为“知识产权是人们就其智力创造的成果依法享有的专有权利”^③，刘春田教授认为“基于创造性智力成果和工商业标记依法产生的权利的统称”^④。笔者认为，不论是概括式定义还是列举式定义，知识产权就是有关智力创造劳动成果与经营管理活动中产生的标记、信誉的权利。在知识经济时代的背景下，吴汉东教授对知识产权的客体即知识产品作了高度概括：一是非物质性，即知识、信息是区别于物的另类客体，属于非物质财富的范畴；二是创造性，即知识、信息与人们的智力活动有关，产生于知识或精神领域；三是价值性，即知识、信息作为民事客体，其意义在于它们构成知识产权所保护的

^① 王文章为我国文化部副部长。

^② 王文章主编：《非物质文化遗产概论》，文化艺术出版社 2006 年 10 月版，第 66 页。

^③ 郑成思主编：《知识产权法教程》，法律出版社 1993 年版，第 1 页。

^④ 刘春田主编：《知识产权法》，中国人民大学出版社 2002 年版，第 6 页。

利益。^①

藏戏作为民间文学艺术表达，也具有上述三种特征。

藏戏是藏民族同胞以传统为依据、通过世代相传的口头传述和行为模仿形成、反映其民族文化和社会认同感的艺术表达形式，具有非物质性即无形性，它是一种精神产品。

藏戏在漫长的历史过程中，以滚雪球的方式吸纳了不同时代、不同阶层、不同文化素养的创作主体和传承主体的世界观和价值观，由劳动人民集体创作、反映劳动人民思想感情，体现他们的审美观念、艺术特色和精神信仰，其具有活性，是不断传承变化着的，并且这种变化仍在进行并将延续下去，是“永远不可能完成的创作”，藏戏具有创造性的特点。

藏戏能为人们带来经济利益，具有价值性的特点。其中基于传统的语言、音乐、舞蹈、手工艺品、故事表达，具有内在价值和使用价值。现在，藏戏还处于抢救和保存阶段，但随着人们对其认识水平不断提高，其所蕴藏的商业价值会进一步凸显出来。

（二）知识产权法的开放性体系为民间文学艺术表达保护的纳入提供了可能性

在现代知识产权法上，民间文学艺术表达被视为公有领域里的东西，可以被任何人免费使用，这是某些国家利益考量的结果，但民间文学艺术表达不可能永远都不被纳入知识产权保护范围之内。

知识产权体系本身就具有开放性的特点，就其整个法律体系而言，在传统的著作权、专利权、商标权之外，又增加了商业秘密权、集成电路布图设计权、地理标志权、域名权、反不正当竞争权、商号权等新型的知识产权权利形态。另一方面知识产权作为一种法定财产权，其在产生之初就是公共政策的产物，当公共政策需要鼓励某种特定非物质成果的产生，或保护与其相关的利益时，就可能通过立法赋予相关主体对这种非物质成果以财产权。随着科技与经济的不断进步，越来越多的非物质成果根据公共政策的需要被法律列为知识产权的客体。^②因而知识产权的体系总是在动态发展过程中不断扩张的。

综上，将民间文学艺术表达纳入知识产权体系的保护是正当合理的。藏戏作为民间文学艺术表达，其也应当纳入知识产权的保护范围。

^① 吴汉东主编：《知识产权法》，法律出版社 2004 年版，第 17—22 页。

^② 王迁著：《知识产权法教程》，中国人民大学出版社 2007 年 9 月版，第 5 页。

第二节 民间文学艺术表达的国际保护制度和模式

世界上最先提出对民间文学艺术表达保护的是非洲国家，这与他们的殖民地地位有很大的关系。早在殖民统治时期，对民间文学艺术表达的利用就已经初显商业价值，后来发达国家对非洲传统文化的商业利用达到了前所未有的程度：手工艺品和艺术作品被贩卖，具有民族特色的舞蹈和音乐被录制出版，当地的植物被当作药材采集，而作为民间文学艺术表达来源地的非洲人民却没有得到任何好处。从 20 世纪中叶起，非洲的发展中国家就开始提出要求，主张在国际和国内层面上建立一种制度来保护民间文学艺术表达。除此之外一些拉丁美洲和亚洲的发展中国家也开始把民间文学艺术表达纳入到本国法律保护体系中。

而大部分发达国家^①则对民间文学艺术表达的保护持相反态度，一方面他们大都发展历史较短，本国可供利用的资源有限；另一方面他们认为民间文学艺术表达已经进入公有领域，因而任何人都可以免费利用，公有领域成为他们侵权的合法理由。发达国家利用自己先进的科学技术和传播手段无偿利用发展中国家的文化遗产获得的新成果，反而能够得到将民间文学艺术表达排斥在保护范围之外的现代知识产权制度的保护。这有悖于法律的公平和正义价值观，所以民间文学艺术表达资源丰富的发展中国家一直在致力于运用知识产权手段来进行保护，各种政府间论坛、地区性论坛和非政府组织也在积极地进行研究和讨论，并取得一些好的进展。

一、相关国际公约

（一）《伯尔尼保护文学和艺术作品公约》

国际上关于著作权（版权）的公约主要是《伯尔尼公约》。早在 1967 年的斯德哥尔摩知识产权大会上印度代表团就提出了有关民间文学艺术保护的议案，建议将“民间文学艺术作品”放在该公约所列举的开放式作品类别中。由于对“民间文学艺术作品”的定义难以达成一致，《伯尔尼公约》并没有在条文中明确对“民间文学艺术作品”的保护，但在该公约第 15 条第 4 款中作了特殊规定，^②在讨论著作权法对民间文学艺术提供保护时经常可看到引用。但该条款过于原则，保护范围和力度有限，例如需要以国内立法为前提，其将“民间文学艺术”作为一种

^① 有个别发达国家如澳大利亚虽未在法律上明确为民间文学艺术表达提供保护，但在司法实践中有澳大利亚法院对土著居民的民间文学艺术表达被越南地毯进口商侵犯一案对当地土著居民提供了保护（本文后面有论述此案例）；英国在 1988 年的版权法中，将民间文学艺术作为一种身份不明的作品给予保护。

^② 《伯尔尼公约》第 15 条第 4 款：（a）对于作品未曾出版，作者身份未详，但却又足够理由推定该作者系本联盟某成员国国民的情况，该成员国可自行以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。（b）按本款做出上述指定的本联盟成员国，须以书面形式通知总干事，详细开列被指定的主管当局的全部情况。总干事必须立即将声明通报所有其他成员国。

特殊的、作者身份不明的作品进行保护，实际上意味着民间文学艺术作品适用于第7条规定的匿名作品的保护期间。^①这与民间文学艺术的保护期不受时间限制的观点相冲突。并且《伯尔尼公约》忽略了对民间文学艺术作品之源即抽象意义上的民间文学艺术表达的保护，这一点是不可取的。该公约到目前也只有印度向世界知识产权组织总干事提交了第15条第4款（b）规定的声明。^②

从《伯尔尼公约》给出的所有条款及定义中，我们并没有发现任何与“民间文学艺术作品”、“民间文学艺术”、“民间文学艺术表达”等有关的措辞，所以该公约对民间文学艺术表达的保护是持回避态度的，其积极意义在于为各国对外主张部分国内民间文学艺术作品的著作权提供了依据，也积极敦促各国对民间文学艺术表达进行著作权保护的国内立法。例如如果有人西藏收集了一些精美的面具制品，欲将其图片（作者不详，但肯定是藏戏的面具）编辑成册并在国外公开出版发行，我国的版权管理机关可以代表这些藏戏面具的制作者向国外使用者主张权利。

（二）《表演和录音制品公约》（WPPT）

该公约为WIPO于1996年通过，专门针对数字及网络技术对表演者及录音物等权利的保护而提出，进一步提高了表演者权的保护水平。但由于国际社会对表演者与制片者之间的法律关系问题始终没有达成共识，该条约至今未生效。^③第2条对表演者作扩大解释，将表演“民间文学艺术作品”的人也包括在内。^④第5条规定了表演者享有广泛的精神权利和财产权利。第15条规定了表演者享有获得报酬的权利。

WPPT中表演者权等邻接权对民间文学艺术表达传承人有了很大的保护，但没有为创造民间文学艺术表达的来源群体提供直接利益。如果表演者和民间文学艺术表达来源群体同一，邻接权可以间接起到保护民间文学艺术表达来源群体的利益，若表演者是民间文学艺术表达来源群体以外的人，而民间文学艺术表达本身又缺乏版权或其他特别权利保护的话，表演者权、录制者权有时反而成了侵害民间文学艺术表达来源群体利益的工具。^⑤

所以邻接权制度只能直接保护民间文学艺术表达的演绎人，对民间文学艺术表达的保护仍存在严重缺陷。

^① 【法】克洛德·马苏耶著：《保护文学和艺术作品伯尔尼公约（1971年巴黎文本）指南》，刘波林译，中国人民大学出版社2002年版，第75页。

^② 张耕著：《民间文学艺术的知识产权保护研究》，法律出版社2007年10月版，第103页。

^③ 管育鹰著：《知识产权视野中的民间文艺保护》，法律出版社2006年11月版，第74页。

^④ 见《世界知识产权组织表演和录音制品条约（1996）》第2条的定义：“在本条约中：（a）表演者指演员、歌唱家、音乐家、舞蹈家以及表演、歌唱、演说、朗诵、演奏、表现，或以其他方式表演文学或艺术作品或民间文学艺术作品的其他人员。”

^⑤ 张耕著：《民间文学艺术的知识产权保护研究》，法律出版社2007年10月版，第104页。

（三）TRIPS 协定

世界贸易组织中的 TRIPS 协定虽然没有直接规定民间文学艺术的知识产权保护问题，但该公约第 9 条实际上间接保护了民间文学艺术。其第 9 条第 1 款规定：“成员们应遵守《伯尔尼公约》（1971 年）第 1 条至第 21 条及附录，但是，在该公约第 6 条之 2 规定所指的权利或由此派生的权利方面，成员们依本协定没有权利或义务。”^①该款规定实际上将《伯尔尼公约》除第 6 条之 2 规定之外的条款强制性地纳入了 TRIPS 协定中，任何对《伯尔尼公约》除第 6 条之 2 规定之外的条款的违反，都被视为是对 TRIPS 协定的违反。此外，TRIPS 协定第 9 条第 2 款规定：“版权保护应延及表达，而不延及思想、工艺、操作方法或数学概念之类”。民间文学艺术表达不属于该款明确不予保护的对象，所以《伯尔尼公约》第 15 条第 4 款的规定就构成了 TRIPS 协定的内容。TRIPS 协定也间接涉及了民间文学艺术表达的保护。

二、几种民间文学艺术表达的法律保护模式

从民间文学艺术表达的保护受到关注开始，相关的国际组织就围绕着法律保护模式进行了各种尝试。所谓模式，一般指可以作为范本、模本、变本的式样。^②下面笔者将国际或区域性组织提出的几种立法建议保护模式作一些探讨。

（一）突尼斯模式——版权保护模式

版权是涉及书籍、歌曲、舞蹈、音乐、美术等文化产品表达创造和使用的一种知识产权。^③在最初讨论民间文学艺术保护时，各国通常都选择了版权法。1966 年 2 月，突尼斯颁布《文学和艺术产权法》率先将民间文学艺术作品列入版权法的保护范围，成为世界上第一个以法律形式保护民间文学艺术的国家。后来一大批发展中国家诸如图尼西亚、玻利维亚、智利、摩洛哥、阿尔及利亚等国家纷纷效仿突尼斯，通过版权法来保护民间文学艺术。

论及版权保护模式不得不提《突尼斯版权示范法》。如本文第二章第一节所述，该文件由 WIPO 和 UNESCO 于 1976 年 3 月颁布，提出了民间文学艺术作品受独立保护的概念。该法第 18 条给出了具体的民间文学艺术作品的定义，其第 2 条针对个体性创作成果“受国家民间文学艺术启发而创作的作品”提供保护；该法第 6 条针对“民间文学艺术作品”保护，其注解进一步说明“本条款之目的在于防止对民间创作等文化遗产的不合理利用和允许对其适当保护，民间创作不仅是一种

^① 张乃根著：《TRIPS 协定：理论与实践》，上海人民出版社 2005 年 5 月版，第 67 页。

^② 《辞海》，上海辞书出版社 1999 年版，第 1492 页。

^③ Lionel Bentley & Brad Sherman, Intellectual Property Law, Oxford University Press, 2001, p.27. 转引自张耕著：《民间文学艺术的知识产权保护研究》，法律出版社 2007 年 10 月版，第 153 页。

经济发展的潜在力量，而且是一种与每个民族的特性密切相关的文化遗产……这些作品的经济权利和精神权利由被授权代表产生民间创作的民族的本国主管当局来行使，无时间限制”。另外该法在第 17 条中引入了“付费公有领域制度”，即为了特定目的使用国家民间文学艺术表达的必须向国家主管当局按收入比例支付报酬；第 18 条对主管当局的职责作了限定，包括将所收报酬用于国家的民间文学艺术的保护。^①

笔者认为，《突尼斯版权示范法》选择著作权保护模式有其合理性。该法针对民间文学艺术作品的特点设计的永久性保护、种族团体权利、无固定性限制、不禁止使用但保留获酬权等具体制度，具有重要意义，但同时也有缺陷，例如“受民间文学艺术启发的作品”和实行“付费公有领域制度”的民间文学艺术作品如何划分，时间的分水岭如何确定，这些问题可能因规定的笼统得不到具体操作而落空。

非洲知识产权组织 1977 年制定的《班吉协定》（1982 年生效）也采取了著作权保护模式。该协定是世界上第一个全面涉及工业产权和著作权的地区性国际公约，其附件七是关于“著作权与文化遗产”的，被称为世界上第一部“跨国版权法”。^②其在 1999 年作了大量修改，仍将“民间文学艺术表达形式和衍生作品”列举为可获著作权保护的客体。还有就是为民间文艺提供了较为具体的“付费公有领域”模式的保护，即不再讨论民间文学艺术表达是否过期，而是规定对这些客体进行商业利用者要向国家的集体权利管理机构支付一定的使用费；所收取费用的一部分应当用于公用福利及文化事业。

（二）示范法模式——特殊权利保护模式

针对民间文学艺术的传播可能引起对文化遗产的不适当利用，甚至是滥用歪曲而损害民族文化和经济利益，WIPO 和 UNESCO 共同颁布了《82 年示范法》，意在为各国建立自己的民间文学艺术保护模式提供可选择的范本，鼓励各国根据本国国情选择合适的保护模式。

该示范法最大特点是将“民间文学艺术表达形式”从著作权法中独立出来，其第 2 条“民间文学艺术表达形式”是指“由传统艺术遗产的特有因素构成的、某国的某居民团体（或反映该团体的传统艺术发展的个人）所发展和保持的产品”。条文所列举的范围很广泛，着重强调口头、行为表达形式和有载体的有形表达形式，只要具有传统艺术遗产的独特性要素就能成为受保护的民间文学艺术。该法第 3 条明确禁止未经许可“以营利为目的、并在传统或习惯法范围之外”使用民

^① 相关条款参见 Tunis Model Law on Copyright for Developing Countries, and its Commentary; UNESCO & WIPO, 1976. 转引自管育鹰著：《知识产权视野中的民间文艺保护》，法律出版社 2006 年 11 月版，第 14 页。

^② 郑成思著：《知识产权与国际贸易》，人民出版社 1995 年版，第 527 页。

民间文学艺术表达形式，如复制、出版发行及公开表演、传播等；同时在第 5 条中要求即使是非营利的使用者也应负“告知来源”的义务以保护民间文学艺术表达权利人的精神权利。该法也一样没有规定权利保护期，规定了由主管当局进行管理，但对该机构没有做出具体规定，而交由各国国内法解决，并提倡如果民间文学艺术表达群体拥有完善的决议组织机构则应由其决定，国家行政机关只有在自治机构无力或空缺时才介入（第 9、10 条）。从第 4 条“合理使用”和第 6 条“违法行为”列举情况来看，它所限制的是对民间文学艺术表达进行营利性利用而又未经许可的活动，所以不会禁锢民间文学艺术表达的正常研究学习传承。^①

《82 年示范法》对民间文学艺术表达提供的实际上是“特殊权利”保护模式，其优点在于避开了西方传统著作权法所要求的权利保护期、客体固定性、主体明确性等，对民间文学艺术表达权利人提供了与著作权相似的精神权利和经济权利的保护。

通过特殊权利保护民间文学艺术的国家，通常都设立一种传统资源或传统文化权等新型知识产权，其保护对象十分广泛，包括遗传资源、传统知识和民间文学艺术。如菲律宾于 1997 年通过《土著人权利法》确立了土著文化社区/土著人享有系列权利。^②

（三）版权保护模式与特殊权利保护模式之争

正如我国部分学者所说，邻接权只能保护民间文学艺术表达传承人的传承活动而不能作为直接保护民间文学艺术表达的选择模式，商标法保护（地理标志保护）和反不正当竞争法保护只能在市场环境中从一个侧面发挥作用，如地理标志保护只能在市场竞争中保护注册了证明商标或地理标志的民间文学艺术，防止“搭便车”行为；反不正当竞争法只能赋予权利人在市场环境中排除不正当竞争行为的权利。所以商标法和反不正当竞争法都属于辅助性的保护手段，保护民间文学艺术表达的主要的、基本的制度要么是特殊权利保护，要么是版权保护。^③

所谓版权保护模式^④，就是将民间文学艺术作品作为著作权法所规范的作品的一种，从而利用著作权制度对其进行保护，持该观点的学者认为版权体系具有相当大的包容性和发展性，鉴于民间文学艺术与版权客体的相似性，通过适当调整完全可以将民间文学艺术表达纳入到版权体系当中去。

所谓特殊权利保护模式，就是因为民间文学艺术表达是一种特殊的文化表达，

^① 《82 年示范法》的条文参见《版权参考资料》中所载的法条，郑成思译，1988 年第 2 期。

^② 秦天宝编译：《国际与外国遗产资源选编》，法律出版社 2005 年版，第 363—364 页。

^③ 张玉敏：“民间文学艺术法律保护模式的选择”，《法商研究》2007 年第 4 期（总第 120 期），第 5 页。

^④ 代表性著述有：郑成思：《版权法》（修订本），中国人民大学出版社 1997 年版，第 124—137 页；梅臻：“中国民间文学艺术作品的版权保护”，载郑成思主编：《知识产权文丛》（第 10 卷），中国方正出版社 2004 年版，第 346—405 页；李顺德：“对传统知识、民间文学艺术、生物多样性等知识产权保护问题的探讨”，载郑成思主编：《知识产权文丛》（第 8 卷），中国方正出版社 2002 年版，第 139—140 页等。

与传统版权法的客体即作品相比，民间文学艺术表达的主体不明确，表达形式的独创性不高，表达形式多样而不固定，保护期限特殊等，因而应当承认民间文学艺术表达的特殊性，并且这种特殊性使其难以被包容于既有的法律保护制度中，主张摆脱已经发展成熟、具有较固定保护范围的版权体系，而对民间文学艺术表达进行独立的制度构建，在知识产权框架下，在版权体系外为民间文学艺术表达量身定做一个全新的法律体系，以实现民间文学艺术表达的最优保护。

第三节 我国著作权保护模式的缺陷与特殊权利保护模式的选择

我国《著作权法》第6条规定：“民间文学艺术作品的保护办法由国务院另行规定”。该条表明我国立法机关已经意识到了民间文学艺术作品与一般作品的不同之处，因而没有贸然将其在著作权法中规定，但隐含了对民间文学艺术作品予以版权保护模式之意。但既然限定了“著作权”法的保护办法，就表明其是针对那种有明确作者、仍在保护期内的民间文学艺术表达衍生作品^①，而非针对群体所创作并保有的整体性民间文学艺术表达的，所以该条文不能为我们提供对具整体性的民间文学艺术表达的法律保护。由于种种原因该保护办法至今没有出台，这也就为我们现在认真思考民间文学艺术表达的法律保护模式预留了空间。笔者认为，民间文学艺术表达法律保护采用特殊权利的保护模式尤其在我国更为合理一些。

首先，民间文学艺术表达是一种特殊的传统文化表达，它与现代版权制度中的作品有着重大差异，使得很多民间文学艺术表达不符合传统著作权法规定的保护条件，即民间文学艺术表达的特殊性与著作权法的运作机理相互排斥。

1、民间文学艺术表达的群体性与不确定性

民间文学艺术表达的产生往往是在特定的地域环境下某个群体不断模仿并注入一些个性化因素最终同群体相融合而成为集体因素的创作过程中得以传承下来，这种创造性活动经历了一个持续而缓慢的过程，有着创作主体的群体性和不确定性，不能像普通作品那样确定明确的作者。藏戏是广大藏民族在藏区世代相传并经过若干人的改良而得以流传下来，它的表演程式、包括唱腔里都蕴涵着许许多多人的创造性劳动，有创新但更多的是保留传统，所以这又与受著作权法保护的作品必须具备确定无疑的独创性有着很大的区别。

2、民间文学艺术表达的活态文化的非固定性

民间文学艺术表达很多是采用口头语言形式，不具有固定性；而著作权法将固定性作为作品受保护的必要条件。民间文学艺术表达的活态表现在：（1）“底本”即脚本是活的——虽然可能有基本主题和程式，但没有固定的书面文本，每次表

^① 受民间文学艺术表达的启发或借用该民间文学艺术表达的主题风格而创作产生的作品。

演都会建构新的文本（藏戏基本上是口头剧本）；（2）表演是活的——每次都有特定的心境，都有即兴的发挥，都是一种新创造；（3）受众是活的——每一次都有不同的对象，他们可能随时做出现场反应，参与表演和创造；（4）场景是活的——每一次都有新的变化，不同场景对表演者会有不同的影响（藏戏班子到不同的村落、寺院进行流动演出）；（5）传布是活的——每到一处，都要同那里特有的自然、人文环境、讲述者及听众相结合，形成新的变异；（6）历史是活的——不同时代有不同的面貌。在这些因素中，演唱者表演者居于核心地位，多向互动而形成立体动态的生命场。民间文学的创作、生存、流布和传承，都是在这个生命场中进行的。可以说“活态”是民间文学艺术表达的本然形态，也是它的生命线。^①

3、民间文学艺术表达的长期性与持续性

民间文学艺术表达的形成不是一朝一夕，而是世代相传经过无数人的精雕细琢得以流传下来，并且经过历史的洗礼流传至今的都具有很高艺术价值，并且随着时间的延长其艺术价值还会递增。对民间文学艺术表达保护期限的永久性与著作权的有期限性存在不可调和的矛盾。

4、民间文学艺术表达暗含的范畴较广

民间文学艺术表达除其自身表现形式外，还包括生活方式、共处的方式、价值观体系、传统和信仰，还有民族认同感、归属感之类的东西，而著作权法所能保护的仅为作品。另外值得注意的是，从《伯尔尼公约》以及各国以著作权法保护民间文学艺术表达的立法与实践来看，受著作权法保护的是“受民间文学艺术启发而创作的作品”。所以著作权法对民间文学艺术表达的保护是有局限性的。这里我们可以参看澳大利亚一个被誉为“用著作权法保护土著艺术和文化表达具有里程碑意义”的案例。原告根据其部落文化合作创作了一副浮雕图案，该图案对原告部落而言具有神圣的意义，因而原告认为将这一神圣图案复制在地毯上任人踩踏给她造成了极大的痛苦，不仅影响到她的艺术生涯还影响到她本人在社区文化的实践与参与能力。从原告的主张来看，其诉讼请求不仅包括对其作品的保护还有对其部落文化的保护。最后法官只是依据著作权法认定原告的作品是受著作权法保护的作品，被告未经许可进口复制有该图案的地毯是侵犯原告作品著作权的行为。由此可见，该作品所承载的土著文化并没有得到保护。但法庭判决书考虑到土著人文化感情的意愿，通过惩罚性赔偿体现了对这种感情的保护。^②

其次，虽然有很多国家都采用版权保护模式，但随着有关研究的深入，现在越来越多的学者认为版权模式只是权宜之计，从长远来看特殊权利模式更有合理

^① 贺学君：“从书面到口头：关于民间文学研究的反思”，载周星主编：《民俗学的历史、理论与方法》（上册）商务印书馆 2006 年版，第 89—90 页。

^② See Ms. Terri Jake Prepare for WIPO 2003: Minding Culture: Case-Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions, <http://www.wipo.int>. 转引自黄玉烨著：《民间文学艺术的法律保护》，知识产权出版社 2008 年 4 月版，第 131—132 页。

性。例如有学者从版权保护个人权利的核心思想与民间文学艺术表达的群体性特点相冲突的角度,说明以版权保护民间文学艺术表达不是最好选择;^①还有学者认为一些国家之所以在版权法或其他知识产权法中规定了对传统知识的保护,其实是一种无奈的选择,而且这种选择只能是在没有找到根本解决办法之前的一种变通措施。^②

国际社会在这一问题上也提出了同样的观点,1997年WIPO和UNESCO在泰国曼谷举办的民间文学艺术保护世界论坛,其结论中确定的原则之一便是:“国际间仍未有一项保护民间文学艺术的标准,而以著作权法来保护民间文学艺术并不适当。密切的区域性与国际合作,对于建立民间文学艺术的国际性保护标准及有效的执行非常重要。”其明确指出,著作权法并不能为民间文学艺术表达提供充分的保护,应该对民间文学艺术表达的保护予以特别立法。对于特别立法的具体形式,国际会议并没有给出明确的答案,而由各国根据本国的实际情况加以确定。

第三,版权保护模式通过修改著作权法,必然会触动甚至颠覆知识产权的一些根本原则,还必然造成今后法院审判法律适用上的困难。特殊权利立法模式将民间文学艺术表达保护的问题集中规定在一部法律中,无论是其权利主体、权利客体、权利内容还是主管部门、侵权责任都有明确统一的规定,这样在法律适用时就比较明晰,从而节省法律适用成本。另一方面,鉴于我国民间文学艺术表达资源的无限丰富性,不宜采用版权模式,在知识产权体系下建立一种有别于其他知识产权的特殊权利模式,更能体现对民间文学艺术表达或传统文化表达资源的尊重与合理利用。

第四节 我国民间文学艺术表达特殊权利保护模式的建立

一、特殊权利的术语选择——民间文学艺术表达专有权

如前所述,版权模式在保护民间文学艺术表达方面存在诸多障碍,所以有必要在我国建立特殊权利保护模式,构建一种特殊权利保护民间文学艺术表达。关于这种特殊权利,学者观点不一。有学者认为,应为“传统资源权”,即被定义为保护、补偿和保存传统资源的系列“捆绑性权利”。^③还有学者认为是“传统文化权”,将知识产权法和文化遗产保护法等其他法律进行整合,明确其产权属于“共

^① 张辰:“论民间文学艺术的法律保护”,载郑成思主编:《知识产权文丛》(第8卷),中国方正出版社2002年版,第103—104页。

^② 唐广良:“遗传资源、传统知识及民间文学艺术表达国际保护概述”,载郑成思主编:《知识产权文丛》(第8卷),中国方正出版社2002年版,第70页。

^③ Shahid Alikhan and Raghunath Mashelkar, *Intellectual Property and Competitive Strategies in the 21 Century*, Kluwer Law International, 2004, p.86 转引自张耕著:《民间文学艺术的知识产权保护研究》,法律出版社2007年10月版,第156页。

有产权”，从而区别于现行知识产权。^①还有认为“文化特性权”，包括文化归属权、公布权、文化尊严权、使用权、传授权、传播权和获得报酬权。^②

笔者认为，传统资源权涵盖的客体范围太广，分为有形传统资源和无形传统资源，即使针对无形传统资源，民间文学艺术表达和传统医药、遗传基因等方面的制度设计就有很大不同；在我国，传统文化的范围十分广泛，它同传统资源权一样，存在相同的缺陷，难以在单一的法律框架下对民间文学艺术表达进行周全而细致的保护。而其他几种都没有“民间文学艺术权”更合适我国具体国情。目前持“民间文学艺术权”主张的学者有不少，有学者进一步认为应将民间文学艺术权再细分为民间文学艺术传统知识产权和民间文学艺术表达权。^③

综上，笔者认为，选择民间文学艺术表达专有权更合适一些，它摆脱了在传统版权制度框架下进行制度设计的羁绊，其实质是建立一种类似于版权而又不同于版权的新型知识产权制度，通过制度设计赋予民间文学艺术表达权利人以知识产权，进而通过利益分享机制，来激发有关民间文学艺术表达来源群体保护和传承自己传统文化表达的积极性、主动性和创造性。

二、民间文学艺术表达专有权的主体

民间文学艺术表达基于传统世代流传，其创作主体不明确并且还带有群体性。有关民间文学艺术表达专有权利归属的理论与立法实践呈多样化态势。史尚宽先生认为：为权利之主体，第一须有适于享有权利之社会的存在，第二须经法律之承认。^④一般认为，知识产权的原始取得，以创造者的身份资格为基础，并以国家认可或授予为条件。创造性活动是权利产生的“源泉”，而法律是权利产生的“根据”。^⑤民间文学艺术表达作为一种智力成果，其在适用知识产权保护时也应遵循“创造性活动是权利产生的源泉”这一基本原则。民间文学艺术表达的权利主体，首先也应该是产生了民间文学艺术表达的创作者。由于民间文学艺术表达的创作主体本身就具有多元化的特点，所以民间文学艺术表达专有权的主体也呈多元化倾向。

（一）民间文学艺术表达专有权主体之一：原住民或原住民族文化社区

关于原住民，国际上没有统一的定义。使用这些概念的学者、国家及区域性组织主要位于美洲、澳洲、非洲和太平洋地区，主要因为原住民或原住文化社区也主要分布在这些地区，如美洲大陆的印第安居民和爱基斯摩人、澳大利亚与菲

^① 卓仲阳、杨正文：“民族传统文化保护与知识产权”，载《科技与法律》2003年第4期，第79页。

^② 王鹤云：“民间文学艺术的知识产权特性”，载《中国知识产权报》2003年3月19日。

^③ 龙文：“论民间文学艺术的权利归属及其知识产权保护模式”，载郑成思主编：《知识产权文丛》（第10卷），中国方正出版社2004年版，第331页。

^④ 史尚宽著：《民法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第86页。

^⑤ 吴汉东：“关于知识产权本体、主体与客体的重新认识”，载《法学评论》2000年第5期。

律宾的原住民族、太平洋岛屿的丛林原住民族等，那里蕴藏着丰富的民间文学艺术表达资源。许多国家和区域性的政府间组织和机构也都尝试建立“社区权”制度，对原住民族文化社区的民间文学艺术表达给予保护。^①即民间文学艺术表达的权利主体不是某个具体的个人而是某个群体。

（二）民间文学艺术表达专有权主体之二：国家

在对民间文学艺术表达进行保护的实践中，很多国家都将“国家”作为民间文学艺术表达的权利主体。如突尼斯《文学艺术产权法》第6条规定：“民间艺术属于国家遗产，任何以营利为目的的使用都应经过国家文化部的允许，民间作品的全部或部分著作权转移，需经国家文化部的特殊许可。”加纳《著作权法》第5条也规定：“作者将民间文学艺术的权利授予加纳共和国，因为加纳共和国是民间文学艺术作品的原创者。”

我国也有很多学者认为应将国家确定为权利主体，其理由为：民间文学艺术作品属于一国内所有的民族（在我国表述为中华民族），国家作为政治和法律实体，是一国内所有民族的总代表，有关群体是世代居住在这个国家的全体居民的后裔。^②《伯尔尼公约》第15条第4款（a）规定，国家针对作者不明的未发行作品，可指定主管当局作为代理人保护和行使有关作者的权利。

（三）民间文学艺术表达专有权主体之三：创作者

民间文学艺术表达的创作者可以是个人、家族，也可以是某个民族或群体，按照“知识产权的取得以创造性活动为基础”的原则，其权利主体也可以相应地为个人、家族或民族。

（四）民间文学艺术表达的其他权利主体：传承人

民间文学艺术表达的权利主体还有传承人，学界一般认为作为原始材料提供者的讲述人、演唱人、制作人、表演人等，家庭祖传秘方的家庭或某个家庭成员是传承人，发掘研究并持有民间文学艺术作品的社会组织都可能是传承人。国家可以采取必要措施，主动收集本国濒临失传的有价值的民间文学艺术的材料，使自己成为传承人。出于保护国家重大利益的需要，国家还可以依法公开宣称自己是某项民间文学艺术表达的传承人，比如景泰蓝的制作和景德镇的某些国宝级瓷器等。^③

这里应当注意民间文学艺术表达的传承人与专有权人法律地位的不同。一方

^① 吴汉东：“后 TRIPS 时代知识产权的制度变革与中国的应对方略”，载《法商研究》2005 年第 5 期。

^② 王鹤云：“民间文学艺术的版权保护制度”，载《中国知识产权报》2002 年 7 月 5 日第 3 版。

^③ 田文英：“民间文学艺术传承人的法律地位”，载《中国知识产权报》2002 年 7 月 5 日第 3 版。

面，民间文学艺术表达专有权人是创作该民间文学艺术表达的人，往往带有创作主体的群体性，而传承人仅仅是传承活动者，其主体主要为个人或家庭。如韩国《文化财富法》及实施条例依不同情形规定了文化遗产的权利人有所有者、持有者、占有者和管理者四种，其中持有者是指“原样领会或保存重要无形文化遗产的技艺或技能，并能够原样表演、实现的人”，也就是我们所指的传承人。在认定重要无形文化遗产的持有团体时，只限于“该重要无形文化遗产的技艺或技能，在性质上无法由个人实现的、或者应该认定为持有者的人数多的情况”。^①另一方面，传承人在传承活动中也付出了很多创造性的劳动，可以就其创造性成果与表演活动享有相应的权利，例如对其再创作作品享有著作权，对其表演活动享有表演者权，还可以根据政策享有获酬权。

三、民间文学艺术表达专有权的权利内容

（一）民间文学艺术表达专有权之精神权利

著作人身权，又称精神权利，是与著作财产权或经济权利相对的一个概念，指作者基于作品依法享有的以人身利益为内容的权利。^②按照传统大陆法系的著作权法理论，著作权是一种天赋人权，著作权法首先要保护的就是这种蕴涵在作品中的独特的人格利益。作者创作作品的过程，就是一个表现作者独特的思想、感情、意志和人格的过程。^③

民间文学艺术表达同著作权意义上的作品一样，也反映了创作者的民族特性与人格，创作者在其中表达了一定的思想或情感，民间文学艺术表达专有权人对其中所蕴含的人格利益应当受到法律保护。例如，对一般人来说，鼓是一种乐器，但在我国云南，鼓不仅仅是一种乐器，而是一种民族的崇拜和图腾，它象征着母体，而鼓槌象征着男性，打鼓表现了一种人类的繁衍生息。^④由于民间文学艺术表达的民族性，我国有学者甚至认为民间文学艺术表达有“精神利益和物质利益为一体并以精神利益为主的特征”，更强调对其所蕴涵的精神利益的保护。^⑤

民间文学艺术表达精神权利的内容包含发表权、表明身份权、保护民间文学艺术表达完整权，下面将逐一探讨。

1. 发表权，又称公开权，指决定是否将民间文学艺术表达公之于众以及在何

^① 黄玉烨著：《民间文学艺术的法律保护》，知识产权出版社 2008 年 4 月版，第 179 页。

^② 刘春田主编：《知识产权法教程》，中国人民大学出版社 2000 年版，第 52 页。

^③ 正如德国著作权法专家迪茨将作品比喻为作者“心智的孩子”，作品是精神和人格的产物，作品就像是作者的儿子，作者就像是作品的父亲。参见王迁著：《知识产权法教程》，中国人民大学出版社 2007 年 9 月版，第 99 页。

^④ 萧扬：“杨丽萍主演歌舞集《云南映像》外国记者兴趣大”，载《哈尔滨日报》2004 年 3 月 25 日，载 <http://ent.sina.com.cn>。

^⑤ 王鹤云：“民间文学艺术的知识产权特性”，载《中国知识产权报》2003 年 3 月 19 日。

时何地以何种方式公之于众的权利。从现有对民间文学艺术表达保护的实践来看,大多数国家没有授予权利人以发表权。就民间文学艺术表达而言,发表权非常重要。因为,民间文学艺术表达有些处于公开状态有些处于非公开状态,有许多专有权人只是希望在有限范围内为人所知,尤其对于具有宗教神秘色彩或因其他原因没有公开的民间文学艺术表达,应由专有权人或传承人决定是否公开以及公开的时间地点方式。在没有公开权保护的情况下,民间文学艺术表达常被群体以外的人不适当地公开,这会引起民间文学艺术表达权利人的不满。此外,如果该民间文学艺术表达是商业性利用,也有可能对创作者的精神利益构成损害,所以应当赋予民间文学艺术表达专有权人以发表权或公开权。

2. 表明身份权,又称表明来源权,指通过适当方式表明创作者身份、在民间文学艺术表达上署名的权利,意在表明署名人和民间文学艺术表达的渊源关系。表明身份权是一项被各国在著作权法中广泛承认的精神权利,也是《伯尔尼公约》对作者身份权的最低保护标准之一。

民间文学艺术表达包含了民族 DNA,最能代表特定群体独特的传统文化遗产,反映该民族的历史渊源、生活习俗、心理特征及所赖以生存的自然环境、宗教信仰等诸多文化内容和文化特质,所以民间文学艺术表达总是和特定的专有权人联系在一起,适时表明民间文学艺术表达的出处,指明其权利人身份,与权利人利益密切相关,如果没有标明其来源,则意味着侵权。例如在我国发生的“乌苏里船歌案”中,该歌曲是在赫哲族民间音乐曲调的基础上改编完成,但编曲人郭颂在使用其作品时却没有注明,法院判决应当注明,实际上就保护了民间文学艺术表达专有权人“赫哲族”享有表明来源权。

3. 保护民间文学艺术表达完整权,又称“反丑化权”^①,还有学者认为是“保真权”^②,是保护民间文学艺术表达不受歪曲、篡改的权利。保护作品完整权是《伯尔尼公约》及各国著作权法明确授予作者的精神权利,依公约第 6 条之规定,作者有权反对“任何有损作者荣誉或名声的”对其作品的歪曲、更改或贬低。该权利在民间文学艺术表达保护中具有十分重要的意义,WIPO 的《民间文学艺术报告》指出:民间文学艺术表达权利主体“希望阻止的使用行为”,包括“贬损性使用、诋毁性使用、损害名誉的使用或者产生令人误解的使用”。^③

民间文学艺术表达完整权的保护在于赋予创作者禁止他人将民间文学艺术表达作贬损性利用,歪曲篡改其思想观点。在使用民间文学艺术表达时,应当尊重

^① 张耕著:《民间文学艺术的知识产权保护研究》,法律出版社 2007 年 10 月版,第 217 页。

^② 杨永胜:“民族民间文学艺术作品权利论”,载《西南民族大学学报》(人文社科版)2004 年第 1 期,第 155 页。

^③ WIPO, Consolidated Analysis of the Legal Protection of Traditional Cultural Expressions/ Expressions of Folklore, published on May 2, 2003, p.15. 转引自张耕著:《民间文学艺术的知识产权保护研究》,法律出版社 2007 年 10 月版,第 217 页。

产生民间文学艺术表达的民族或群体的宗教信仰、风俗习惯和精神权利，不得擅自对民间文学艺术表达进行修改，不得歪曲、篡改原生作品，不得违背原生作品独特的表现形式或艺术风格，不得作不适当引用。^①

（二）民间文学艺术表达专有权之经济权利

1. 法理基础

与大陆法系比较偏爱“人身权”不同，英美法系对著作财产权的偏爱体现了一种功利主义的色彩。英国学者杰米·本森评论到：“没有收获的希望，无人会不辞辛劳地耕种。”赛谬尔·约翰逊更是一针见血地指出：“排除了挣钱的目的，只有傻瓜才会埋头写作。”版权的激励机制在很大程度上通过财产权得到了体现。对民间文学艺术表达的知识产权保护倒不是功利目的，而是通过利益分享机制来激发有关民间文学艺术表达专有权人和传承人保护和传承自身文化表达的积极性和创造性。

（1）天赋人权理论

洛克的自然法学说中主张人类的财产权是一种与生俱来的权利，任何社会及其法律都必须提供保护。以其财产权劳动理论讲，民间文学艺术表达作为劳动人民集体智慧的结晶，是创作者的所有物，民间文学艺术表达专有权人可以获得财产权。黑格尔认为，知识产品创造者之所以对自己的知识产品享有权利，是因为该产品不但是洛克所说的劳动成果，更是因为该产品中施加了人的自由意志，烙上了人的精神和整个人格，而人的自由意志和整个人格与精神作为存在的本体是不能放弃和转让的，因此必须给知识产品设置权利，包括物质性权利和精神权利。^②所以民间文学艺术表达是劳动人民集体创作的智力成果，它反映了劳动人民的思想感情和文化信仰，按照“天赋人权理论”，民间文学艺术表达的创作者应当对民间文学艺术表达享有经济权利。

（2）激励理论

古典经济学家以激励理论来论证公共产品保护的合理性，该理论也是最主要的有关知识产权的经济学理论。由于民间文学艺术表达具有公共产品的属性，可以在同一时空下为多数人使用，并且一人消费并不影响他人消费，所以民间文学艺术表达的权利人很难控制不向其支付费用而享受其产品利益的“搭便车”行为。并且从已经发生的实践来看，民间文学艺术表达作为一种重要的文化资源，被直接使用或作为创作之源使用后产生了巨大的经济利益，而作为民间文学艺术表达之源的权利人却没有得到任何回报。所以，以“效益最优”原则来设置有关制度，以矫正外部经济利益，来保护民间文学艺术表达创造者的知识产权利益。

^① 黄玉桦著：《民间文学艺术的法律保护》，知识产权出版社 2008 年 4 月版，第 194 页。

^② 李扬主编：《知识产权的合理性、危机及其未来模式》，法律出版社 2003 年版，第 59—60 页。

（3）利益分享理论

利益分享理论源于美国威廉·伊文教授和爱德华·弗里曼教授提出的著名经济学伦理理论即关民理论，指应由利益创造者和相关的贡献者共享利益。将其运用到基因领域，构成了关民共享利益原则，即与基因研究以及成果运用有关联的人应该在一定程度上分享基因研究所带来的利益或益处。在1992年的《生物多样性公约》中，确定了保护遗传资源的三大原则：国家主权、知情同意、惠宜分享，其第15条、第16条、第19条中均对利益分享理论作了规定。民间文学艺术表达如第二章所述，其作为广义传统知识的一种，与遗传资源具有相同的法律特征和法律属性，其在被作为一种创新之源而加以直接或间接利用时，民间文学艺术表达的专有权利人理应得到有关创新成果利益的分享。

2. 具体内容

《1982年示范法》对民间文学艺术表达专有权利人的经济权利作了详细规定：“除了示范法规定的例外情况，以营利为目的，并在其传统或习惯范围之外，对民间文学艺术进行的下列利用，须经过相关社区有权主管机关的授权：（1）对民间文学艺术的任何出版、复制及其复制品的任何发行；（2）对民间文学艺术进行任何公开的朗诵或者表演，以及以有线或者无线方式或其他传播方式向公众传播民间文学艺术表现形式的。”

从民间文学艺术表达的保护目的和法律基础来看，在民间文学艺术表达内容的界定上，我们应注意以下几点问题：

（1）“以营利性为目的的使用”是经济权利适用的前提。

民间文学艺术表达为现代作品的创作提供了大量的素材，其作为现代作品的创作之源所发挥的作用是不可低估的，并且通过现代作品的创作与传播得到了广泛地发展，如果一味地对民间文学艺术表达的利用予以限制，则不利于民间文学艺术的传播与发展。从上述《1982年示范法》的规定来看，经济权利适用的前提条件在于“以营利使用为目的”，在使用人以获得经济利益为目的并且也有可能据此获得利润的情况下，才能按照惠益分享的原则要求使用人尊重民间文学艺术表达专有权利人的经济权利，即征得许可并支付使用费，所收取的使用费也要回馈给民间文学艺术表达的保护与传承上。

（2）民间文学艺术表达的经济权利包括复制权、发行权、摄制权、表演权、展览权、播放权、信息网络传播权、放映权、出租权、翻译权、改编权和汇编权。民间文学艺术表达经济权利的内容仍然与“以营利目的”相关联。使用人在客观上以上述复制、发行、摄制等方式进行营利性使用，并且事实上也能获得经济利益，就应当征得民间文学艺术表达专有权利人的许可并支付报酬。如果是非营利性使用，则可以适用民间文学艺术表达专有权利的限制制度。

(3) 民间文学艺术表达经济权利的保护期限不受限制。基于民间文学艺术表达创作过程的长期性特点,对民间文学艺术表达的保护很难给予合理的时间上的界定,应当给予永久保护。

四、民间文学艺术表达专有权的限制

(一) 法理基础

知识产权法本身是作为平衡知识产权人的垄断利益与社会公共利益而作出的制度设计,旨在激励知识创造和对知识产品需求的社会利益之间实现理想的平衡。在知识产权法的整个历史发展过程中,利益平衡始终是知识产权法发展的主旋律。^①知识产权法担负着对权利的保护和限制的双重角色,以实现知识产权法律关系中各种利益主体之间的利益平衡。一般认为,知识产权的利益平衡包括知识产权所有权人权利与义务之间的平衡,创造者、传播者、使用者三者之间的利益平衡,个人利益与公共利益的平衡。^②

具体到民间文学艺术表达的知识产权保护中,同样需要平衡三个方面的利益关系,即民间文学艺术表达专有权利与义务之间的平衡,民间文学艺术表达创造者、传播者、使用者三者之间的平衡,私人利益与公共利益的平衡。利益平衡原则也成为 WIPO-IGC 保护民间文学艺术表达的政策目标与核心原则之一,该原则指出,保护民间文学艺术表达应当反映那些发展、保存和保持民间文学艺术表达的人的权利、利益与利用民间文学艺术表达并从中获利的人之间的利益平衡;以及反映具体的保护措施与保护目标、实践经验及需求相适应的需要。^③

(二) 民间文学艺术表达专有限制的具体内容

对民间文学艺术表达专有权进行限制就是对民间文学艺术表达经济权利的限制,即合理使用制度。合理使用指在法定情形下,使用已经公开发表的民间文学艺术表达可以不必征得权利人的许可,也可以不必向权利人支付使用费,但应当指明民间文学艺术表达的来源,注明民间文学艺术表达的出处并尊重权利人的其他权利。^④具体包括三种情形:1. 族群内部成员基于习惯法或实践而使用民间文学艺术表达。由于民间文学艺术表达具有地域性、集体性的特点,它往往由某一民族或地区的人们共同创作,在长期传承与使用过程中,往往会在其内部形成一种使用习惯,所以此时应当允许该群体内部成员在该种使用情况下无须征得许可也

^① 冯晓青:“利益衡量论:知识产权法的理论基础”,载《知识产权》2003年第6期。

^② 吴汉东著:《著作权合理使用制度研究》,中国政法大学出版社1996年版,第9—10页。

^③ WIPO/GRTKF/IC/10/4, <http://www.wipo.int>. 转引自黄玉烨著:《民间文学艺术的法律保护》,知识产权出版社2008年4月版,第212—213页。

^④ 黄玉烨著:《民间文学艺术的法律保护》,知识产权出版社2008年4月版,第215—216页。

不必支付使用费。2. 为创作原创作品合理使用民间文学艺术表达。3. 为公共利益目的合理使用民间文学艺术表达。

第四章 藏戏民间文学艺术表达法律关系

在民间文学艺术表达的特殊权利保护模式下，笔者对藏戏这一具体的民间文学艺术表达法律关系的客体、主体、内容进行逐一探讨。

第一节 藏戏民间文学艺术表达法律关系的客体

法律关系的客体是权利义务所指向的对象，又称权利客体与义务客体。它作为中介将法律关系主体之间的权利义务联系在一起。藏戏作为民间文学艺术表达，是由藏民族集体创造流传至今的传统艺术表现形式，具有藏文化高度的浓缩性，符合WIPO对“民间文学艺术表现形式”的四种表达样态的列举，即言语表达、音乐表达、行为表达及有形表达。

藏戏的起源发展与民间说唱艺术密切相关，其最大特色是在故事讲述中用民歌形式的韵白来增加可唱性，使故事更加通俗易懂优美动听。传说中戏神汤东杰布本身就是一个说唱家，他和七姐妹的组合就是说唱艺术同歌舞艺术的结合。民间说唱艺术可以说对藏戏的发展起到了潜移默化的作用。藏族过去有一类专讲佛经故事的民间说唱艺人“喇嘛玛尼”，其所用的唱本有些就成为了藏戏的脚本。在今天藏戏的表演程式里，仍保留了说唱故事的痕迹。例如：全剧由戏师专门在幕后或幕前以一口快速数板式的连珠韵白念诵特技来介绍剧情的发展，掌握指挥整个演出。戏师讲解剧情角色是藏戏的一个特色。

藏戏在长期的广场演出中培育了曲调高亢、宽厚，音色圆润、脆亮，声律雄浑、激越，让人听了后有气势恢宏的感觉。其集中了歌舞音乐、劳动歌曲、宗教诵经调和模仿动物鸣叫等曲调之长。例如在藏戏唱腔中吸取了传自印度声乐“歌音七品”的传统而形成“西藏歌音七品”。^①传统藏戏唱腔还吸收了古典音乐的精华，形成了藏戏所独有的唱腔风格。

藏戏的起源发展中，有说法认为其最早起源于宗教祭祀的舞蹈——跳神，有学者认为跳神本身就是一种用舞蹈形式来表现鬼神故事的早期戏剧表现艺术形式。暂不管这种说法正确与否有待专家考证，但藏戏的雏形无疑或多或少受到了宗教祭祀舞蹈的影响。另外在其发展过程中，又注入了民间歌舞的重要血液。藏族在长期狩猎、播种和收割的季节，自创歌舞来表现祝福。例如果谐（圆圈歌舞）、

^① 具体为：鸿雁的叫声表示豪强、黄牛的吼声表示神异、山羊的叫声表示恋爱、孔雀的啼鸣表示惊奇、杜鹃的啼鸣表示欢娱、骏马的嘶鸣表示战阵、大象的嚎声表示亲和。见李云、周云根著《藏戏》，浙江人民出版社2005年3月版，第47—48页。

堆谐（西藏上部地区的歌舞）、卓^①等，特别是在藏戏的开场温巴顿的演出中可以看到热巴舞^②的影子。藏族的牦牛舞与蓝面具藏戏也早已融为一体。另外在藏戏中为了增加趣味性，民间或寺庙演出的滑稽表演与杂技也被吸收进去，这种喜剧性穿插与严肃的正剧表演结合在一起，进一步增强了藏戏的渲染力与穿透力。

藏戏面具，藏语称“巴”，是藏戏独有的面部化妆手段，面具以夸张的色彩与造型艺术表现了各种角色的不同性格，凡是欣赏过藏戏的人无不为其古朴、怪诞的风格所吸引。藏戏这一民间文学艺术表达在面具这一物质载体上得以彰显。此外，藏族还有源远流长的服饰文化，戏服与藏戏艺术的发展也密不可分，这些服饰根据角色身份地位配置，服饰艳丽夸张，重在表现力与强烈的装饰效果，^③同时，配以传统的佩戴饰品、盔帽、鞋靴等，都可以作为藏戏这一民间文学艺术表达的有形表达形式。

藏戏在长期发展过程中，吸收了古往今来的众多表演艺术，加以夸张、提炼并逐步类型化、戏剧化，形成了一种具有独特地方民族戏曲表演风格的民间文学艺术表达形式。其有唱、舞、韵、白、表、技、谐等几种功夫。^④

综上，藏戏由具有传统文化艺术特征的要素构成，经藏民族世代相传集体创作并维系，融汇了语言、音乐、行为及有形表达，记录着藏民族的历史生活，包容了藏民族的整个民族文化意识和宗教情感，反映了藏民族的世界观、价值观，是藏民族最典型的文化表达方式。

第二节 藏戏民间文学艺术表达法律关系的主体

法律关系主体是指法律关系的参加者，即在法律关系中享有权利与承担义务的人。在探讨了藏戏是受民间艺术表达法律保护的客体后，这一节旨在明确藏戏这一民间文学艺术表达的归属人（包括权利主体和诉讼主体）。

一、藏戏民间文学艺术表达专有权人——藏民族

藏戏由莲花生的宗教舞剧始创其形，汤东杰布中奠其体，五世达赖终定其制。

^① 藏语“谐”为歌，“卓”为舞。

^② 热巴舞是藏东流传最广的古老歌舞艺术，分为热巴铃鼓、热巴弦子、谐剧及杂技等。转引自李云、周泉著《藏戏》，浙江人民出版社2005年3月版，第20—21页。

^③ 藏戏戏服讲究用真的金银丝缎和各色锦缎作衣服面料和镶配料，手工缝制而成，在西藏自治区藏剧团各个戏中的国王所穿的两套戏装就价值100万元。

^④ 唱（朗达）——藏戏唱腔高亢、嘹亮，由剧中身份来定，且专曲专用，（朗达在藏语里是传记的意思，藏戏都以演唱各种人物传记故事为主要内容，所以人们习惯地把戏曲唱腔统称为“朗达”）；舞（晓卓）——藏戏为广场戏，载歌载舞是藏戏的突出特点；韵（雄谢巴）——类似快板和数板的韵白，主要为介绍剧情和介绍演员出场；白（给卡）——口语道白，便于观众了解剧情；表（郎菊）——指表演，演员若戴面具则不用注意面部表情，一些主要角色不带面具则要注意面部表情的丰富性；技（吕则）——指舞蹈技巧，武功特技等；谐（歌舞）——穿插表演歌舞。见“藏戏综述”：载于百度百科网，网址：<http://baike.baidu.com/view/74674.htm>，2008年11月25日访问。

可以说经过无数人的增减修饰，藏戏才发展成为今天藏族老百姓所喜闻乐见的样态，并且仍在不断的改良当中。藏戏代表的也不是某个人的思想，它是整个藏民族的集体认知和情感，所以藏戏被誉为藏文化的“活化石”、藏文化的代表者。根据“创造性活动是权利产生的源泉”，基于藏戏民间文学艺术表达所产生的知识产权利益应当归属于整个藏民族群体所有。

从宏观上讲，藏戏作为我国所特有的少数民族地方戏曲剧种，其属于中华民族所有。但民法领域早就有“人人都有实际上会变成人人没有”的争论，所以我们应当将其权利主体予以细分，只有这样才能更好地保障其传承与发展。

与一些学者及国际上一些国家所认为的，民间文学艺术应由国家所有的“一刀切”的观点^①不同，笔者更倾向于民间文学艺术表达的主体首先是创造及保有它的族群。国家是一个虚拟的主体，与民间文学艺术表达的创作并没有多大关系，民间文学艺术表达是特定人群的创作结果，国家只有在该民间文学艺术表达无法明确其创作族群时，或已经广泛流传于全国的情况下（例如牛郎织女、梁祝化蝶、木兰从军、孟姜女哭长城等神话传说故事，作为“国粹”的京剧表演形式），或已经世界权威机构认定（例如昆曲成功申报世界口头与非物质文化遗产）等情况下可以认定国家是该民间文学艺术表达的专有权人。国家在作为民间文学艺术表达专有权人的认定序位上居其次的位置。

笔者认为“一刀切”划归国家所有，将国家作为专有权主体仅具有理论上探讨的意义，但它不符合现代私法理念，在法律实践中也不具有多大现实意义。虽然将民间文学艺术表达都划归国家可以减少很多纠纷（有时一些纠纷甚至还可能涉及民族间的冲突），但这种划分过于简单，不适合我国这样多民族文化共存的国度，而且还极有可能使许多民间文学艺术表达由于权利主体的不确定而变成无主财产，所以比较切合实际的做法是放手将民间文学艺术表达归属于创造并保有它的族群，这样更有利于该民间文学艺术表达的保有、传承与发展。

藏戏就是藏民族群众创作出来的，经过若干年流传、发展、升华而形成代表藏族地域特色、风土文化、情感倾向的艺术成就，虽然也受到其他民族文化和外来文化的影响，但它主要是在藏区这样一个独特的藏族社会历史和生活的土壤里生长起来的，所以藏戏民间文学艺术表达专有权人应为藏民族群众。

二、藏戏民间文学艺术表达传承人

藏戏艺术的形成与发展虽然有着自己文化、历史和地域的种种因缘，但始终离不开一些杰出的传承人诸如剧作家、戏师、演员等藏戏活动家对体制、程式、形象的设计来再现艺术形象，藏戏活动家是藏戏文化传承的核心载体。所以对藏

^① 赵蓉、刘晓霞：“民间文学艺术作品的法律保护”，载《法学》2003年第10期。

戏传承人的法律地位及权利义务内容有必要进行分析。

（一）藏戏传承人的分类

一是民间文学艺术表达专有权人或者民间文学艺术表达群体中的一员。这是最基本、最原始也是最普遍的传承人，他们既是民间文学艺术表达专有权人也是民间文学艺术表达的传承人。例如藏戏中比较特别的戏师^①，他们集导演、班主、演员等身份于一身。他们在表演中所获得的经验以及因戏师身份所特有的权力使得他们更有机会和能力对藏戏进行改革与创新。其中的杰出者有，曾使藏戏历史中一个最有影响的觉木隆戏班从式微走向中兴的戏师唐桑，改造并创新藏戏发声的唱腔宗师米玛强村，以及使得藏戏的观赏性和艺术性发挥到极致的扎西顿珠等。^②另外一些专业藏戏继承人诸如藏戏表演艺术家也对藏戏的发展做出了贡献，如成功扮演《诺桑王子》中皇后形象的卓嘎、《红灯记》中铁梅形象的朗嘎等。

二是民间文学艺术表达专有权人以外的人。他们不属于该民间文学艺术表达群体，通过表演、讲述、再创作等方式来传播与发展藏戏。例如藏戏活动家刘志群老师（汉族），从大学毕业后就去了西藏藏剧团工作，期间个人或与他人合作改编传统藏戏《朗萨雯波》、《诺桑王子》、《苏吉尼玛》，与人合作创作历史藏戏《汤东杰布》，并在很多报刊上发表《藏戏的流派》、《藏戏的起源与形成》等论著文章（近一百万字），其又组班编写了《中国戏曲志·西藏卷》，被誉为“藏戏理论学术研究第一人”。

三是国家有关部门或社会组织、民间协会。目前有西藏艺术研究所、自治区藏剧团等机构，他们正抓紧对藏戏进行抢救与保存发展。例如自治区藏剧团于2004年改编大型传统藏戏《卓娃桑姆》以及与中国京剧院合作新编藏戏《文成公主》。

（二）藏戏传承人的权利

根据传承人的行为可以从三个方面享有权利。

1. 邻接权。在藏戏的保存发展过程中，传承人通过自己的传承活动，例如通过表演、讲述、朗诵、演奏或其他方式表演藏戏，以及通过出版、制作录音制品或广播电视节目来传播藏戏，使得藏戏为更多的人所认识。依据邻接权的规定，表演者对其表演活动享有表演者权，录音录像制作者对其制作的音像制品享有音像制作者权，广播组织对其制作的广播电视节目享有广播组织者权，出版者对其出版的图书享有出版者权等。

2. 对藏戏民间文学艺术表达衍生作品的著作权。传承人在传承活动中，受民间文学艺术表达的启发或借用该民间文学艺术表达的主题风格而创作产生的作品，

^① 戏师，在藏语里称“劳本”或“根拉”。

^② 李云、周泉根著：《藏戏》，浙江人民出版社2005年3月版，第163页。

只要该作品具有独创性，符合著作权法保护的条件，传承人对该衍生作品就依法享有著作权。创作活动有改编、翻译、注释、整理、摄制影视、汇编等，由此产生的作品可分为文字作品、口述作品、音乐作品、戏剧作品、曲艺作品、舞蹈作品、杂技艺术作品、美术作品、摄影作品、电影作品等。

3. 根据国家政策获得奖励和报酬的权利。这是一种出于维护公共利益、促进民间文学艺术表达传播目的的公权保护。国家有义务扶助民间文学艺术表达的发展和利用，而作为在国家有关机关登记备案的传承人来说，他们有权从政府那里获得相应的物质补助。^①值得借鉴的是日本的“人间国宝”认定制度。在日本，每年由国家认定的“人间国宝”备受珍重，每年可以从国家得到 200 万日元补助金，用于鼓励他们不断提高技艺和悉心培养后继传承者。^②藏戏也面临着“人亡艺亡”的困境，为了保护稀有的传承人，西藏政府积极努力申报，拉萨觉木隆戏班的旦达等 9 名藏戏艺人入选第二批国家级非物质文化遗产代表性传承人名录，他们每月从政府那里领取适当补助。

（三）藏戏传承人的义务

根据权利义务的对应性，藏戏传承人在享有权利的同时也负担一部分义务。具体包括：1. 尊重民间文学艺术表达专有权人的精神权利，即表明其身份权、发表权和保护藏戏民间文学艺术表达完整权。2. 尊重民间文学艺术表达专有权人的经济权利，即使用权与获得报酬权。即传承人在使用藏戏民间文学艺术表达应征得权利人的许可，否则就是侵权；另一方面，出于鼓励创作与传播的目的，传承人使用民间文学艺术表达进行创作可以不缴费，但如果利用并获益，则应向民间文学艺术表达专有权人支付使用费，所得费用作为发展基金，用于藏戏的保存、抢救和发展。3. 不得向境外组织或个人转让派生作品的著作权。

第三节 藏戏民间文学艺术表达法律关系的内容

一、藏戏民间文学艺术表达专有权的权利内容

（一）基本内容

藏戏艺术是藏民族群体经过世代相传得以流传至今的戏剧形式，它是藏民族文化或社会特性的反映，是其文化特性的表达，因此授予藏民族集体以精神权利是很有必要的（甚至从某种意义上讲，藏民族更注重对其精神权利的保护）。藏民

^① 田文英：“民间文学艺术传承人的法律地位”，载《中国知识产权报》2002 年 7 月 5 日，第 3 版。

^② 林和生：“日本对非物质文化遗产保护的启示”，载陶立璠、樱井龙彦主编：《非物质文化遗产学论集》，学苑出版社 2006 年 10 月第 1 版，340 页。

族享有表明其创作者身份以及保护其藏戏文化不被歪曲、篡改的权利，即表明身份与保护藏戏表达完整权，还有决定何时何地以何种方式发表藏戏的公开权。

藏戏民间文学艺术表达专有经济权利包括复制权、发行权、摄制权、表演权、展览权、播放权、信息网络传播权、放映权、翻译权、改编权和汇编权。这些经济权利仍与“以营利为目的”相关联，即使用人以上述方式进行营利性使用也能够获得经济利益，应当征得民间文学艺术表达专有权人即藏民族的许可并向其支付报酬。

在对藏戏民间文学艺术表达的保护中，笔者认为，根据学者的观点，对使用是否需要授权应当与三个因素相关：一是使用是否具有营利为目的，二是是否被民间文学艺术表达来源地即族群范围内的人民使用，三是是否在传统或习惯之外的环境中使用。^①如果是在传统或习惯外的环境中^②使用民间文学艺术表达，并且具有营利性，则必须经过授权。这意味着即使是营利性演出，但在传统或习惯的环境内使用，则无须授权；即使是民间文学艺术来源群体（如自治区藏剧团），如果在传统或习惯环境外使用（如出国演出），并且是营利性演出，也必须经过授权。

（二）具体分析

藏戏民间文学艺术表达专有经济权利主要是族群范围外的复制发行权和公开表演权。为充分保障藏戏民间文学艺术表达专有权人的利益，目前这两类权利的行使应采“知情同意+惠益分享”的原则。不论族群内部成员、传承人、族群之外的人，若在族群范围外复制发行藏戏文化表达的内容或者公开表演藏戏，都应当告知藏戏民间文学艺术表达管理委员会（主体代表机构）并将所获利益的一部分反馈给藏民族集体。“知情同意”原则上是个程序而已，一般都应该同意，除非该使用会损害藏民族的精神权利。费用标准、使用方式、期限等具体内容可由使用人和代表机构协商确定。若在族群范围内使用，族群内部成员在不违反习惯法的前提下可随意使用民间文学艺术表达，而不必与藏民族集体分享利益，比如某一藏戏演员在亲友聚会中进行个人表演，纯娱乐而不具营利性，此时可随意表演而不受任何约束；若族群外的任何人在族群范围内使用藏戏文化表达并获取利益的，仍须经前述机构的同意并支付一定的费用。

藏民族的公开表演权和复制权一样，都遵循“对外不对内”的原则，即若是族群内部按照传统习惯进行的利用都不需要规制，这是因为在藏戏长期传承与使用中，往往会在内部形成一种使用民间文学艺术表达的习惯，因而此时应尊重基于习惯法或实践而使用民间文学艺术表达，该种使用无须征得许可，也不必支付使用费。例如藏族逢雪顿节或藏历新年表演藏戏，是风俗习惯所致，没有外界渗

^① 黄玉桦著：《民间文学艺术的法律保护》，知识产权出版社 2008 年 4 月第 1 版，第 202 页。

^② 有学者也称：“原生境”。

入，也不向外界发行，所以不必约束。

对改编权的界定。改编权属于演绎权的一种。根据“专有权利控制行为”的基本原理，我国《著作权法》对改编权的规定实际上是赋予了作者控制改编行为的权利。^①关于民间文学艺术表达专有权人是否享有改编权，是个敏感话题。改编针对原创而言，是对现成的原创作品进行改编或改动而变成一种新的表现方式的行为。一般来说，改编需要经过原创者的同意并应尊重其著作权。在民间文学艺术领域，民间文学艺术表达的创作者虽然是一个族群，但其也应享有一定程度的改编权。一般来说，在族群内部，藏戏流派众多，并且都是靠师徒帮带式口传身形教授传下来的，很多表演者在其中对传统剧目的曲调和唱腔还作了修改，这样就成为改编者，此时的改编不宜事先授权事后付费，在某种意义上讲还是对藏戏的传承发展行为，应当予以鼓励。但也有一部分改编行为，由于改编者占有很强的技术、资金、信息方面的优势，外人很难分清改编作品与原创的关系，所以常与改编者达成商业化利用改编作品的合意并分享利益，这在一定程度上将民间文学艺术表达来源群体的经济利益不当占有，并且依据改编者拥有独立完全的著作权的原理，民间文学艺术表达来源群体无法控制改编者任意处理作品的行为（例如“卖绝版权”）。这种行为有可能还伤害到民间文学艺术表达来源群体的精神权利。所以应当赋予藏戏民间文学艺术表达的权利人一定程度的改编权，即改编人的改编、发表及一般商业化后续利用行为可以不必事先征得同意，但利用该作品商业化的人应反馈使用费之一部分给藏民族。^②

对记录权的界定。记录实际上是一个将口传身授的民间文学艺术表达以某种方式“固定”下来的过程，虽然其中也投入了一定的智力劳动，但不属于创作或演绎等有创造性的智力劳动，因此记录人也不宜成为其所记录出来作品的著作权人，但应当享有发表记录成果、署名、获取首次发表报酬等权利。另外对记录的另一种方式——采风行为也要合理界定，一味要求取得事先同意不符合惯例也难以实行。例如，西藏有着丰富的旅游文化资源，到西藏采风的人络绎不绝，针对外来人的采风记录行为，藏族历来有好客的淳朴民风，所以对这种行为非但不拒绝甚至是十分乐意接受的，比如在民俗旅游点、节假日的公开表演活动中，记录、录音、拍摄等行为不会受到干涉，所以此时对记录行为一味“事先征得许可”就有些机械，当然如果有习俗或习惯不能或不愿公开，或者以种种方式明确不得随意记录的话，未经许可的记录行为就是侵权了。同时，对采风记录后进行创作创新的成果，如果获得知识产权保护并进行商业化利用的，应向民间文学艺术表达

^① 王迁著：《知识产权法教程》，中国人民大学出版社 2007 年 9 月版，172 页。

^② 有学者认为改编作品的利用人可以直接支付改编人相当于原创作品的使用费，再由改编者返还 30% 给代表机构；如果利用人本来就只支付了改编者改编作品使用费（通常为一般原创作品的 70%），则由利用人将剩余部分支付给代表机构。参见管育鹰著：《知识产权视野中的民间文艺保护》，法律出版社 2006 年 11 月版，第 201—203 页。

的来源群体藏民族反馈部分利益。^①

对藏戏民间文学艺术表达的侵权行为，即擅自将处于秘密状态的民间文学艺术表达公开、使用未表明来源、进行歪曲诋毁使用、未经授权或办理合法手续进行营利性使用的，或营利性使用没有向专有权人支付报酬的，应当承担侵权责任，即停止侵权行为、公开赔礼道歉、恢复影响、赔偿经济损失；情节严重的还可能承担行政责任或刑事责任。

二、藏戏特殊权利的行使

藏族在形成发展过程中集体创作集体流传，而为集体共有，整个藏民族享有藏戏民间文学艺术表达专有权。由于其权利主体具有群体性，且藏戏流派多、分布地域广（跨西藏、青海、甘肃、四川等省，并且在海外也有其分支），因而在权利行使上（包括诉讼权利）有很大难度，需要确定一个权益代表机构来代藏民族集体行使相关权利，使藏戏民间文学艺术表达的知识产权保护落到实处。

我国在审判实践中有确立民族乡作为维权的诉讼主体的案例。如《乌苏里船歌》著作权纠纷案中，法院认定了四排赫哲族民族乡政府的诉讼主体地位。法院查明事实确定涉案的《乌苏里船歌》主部即中部主题曲调与赫哲族传统民间曲调《想情郎》、《狩猎的哥哥回来了》相同，该歌曲是在赫哲族民间曲调基础上改编完成，因而认为“涉案的赫哲族民间音乐曲调形式作为赫哲族民间文学艺术作品，是赫哲族成员共同创作并拥有的精神文化财富。它不归属于赫哲族某一成员，但又与每一个赫哲族成员的权益有关。该民族中的任何群体、任何成员都有维护本民族民间文学艺术作品不受侵害的权利。四排赫哲族乡政府作为一个民族乡政府是依据我国宪法和法律的规定在少数民族聚居区内设立的乡级地方国家政权，可以作为赫哲族部分群体利益的代表。故在符合我国宪法规定的基本原则、不违反法律禁止性规定的前提下，四排赫哲族乡政府为维护本区域内的赫哲族公众的权益，可以自己名义对侵犯赫哲族民间文学艺术作品合法权益的行为提起诉讼”。^②

还有学者认为，应由文化行政主管部门来具体行使权利。笔者认为，对民间文学艺术表达赋予私权保护的目的在于保护民间文学艺术表达权利人的精神利益和经济利益。由于文化行政主管部门是带有公权色彩的行政机关，不宜对私权保护干预太多，其也没有足够的时间精力去代表权利主体行使特殊权利的许可、付费等具体职能。

借鉴国际上的立法例，例如 WIPO 和 UNESCO 联合制定《82 年示范法》中第 9、10 条的建议，如果民间文学艺术表达群体拥有完善的决议组织机构则应当由其决

^① 管育鹰著：《知识产权视野中的民间文艺保护》，法律出版社 2006 年 11 月版，第 242 页。

^② 载北京高院民事判决书（2003）高民终字第 246 号。

定，国家机关只有在自治机构无力或空缺时介入。^①在目前还没有成立相关代表机构时，民族自治政府或文化行政主管部门可以暂时作为专有权人的代表机构，行使有关权利和履行有关义务，但这也只是权益之计，从长远来看，有必要通过引进集体管理制度来解决这一问题。

依据著作权法的规定，著作权集体管理组织是为权利人的利益依法设立，根据权利人授权以自己的名义对权利人的著作权或者与著作权有关的权利进行集体管理的社会团体。^②著作权集体管理组织有民间性的私人团体，也有官方或半官方的机构，我国第一个也是目前唯一的著作权集体管理组织即中国音乐著作权协会，就是由国家版权局和中国音乐家协会共同发起的准官方的著作权集体管理机构，其职能有获得授权、发放许可、收费和分配报酬等四项。

鉴于藏戏的专业性较强，分布地域广，笔者认为应当由有关藏戏研究专家学者、演艺家、政府届人士共同组建具有半官方性质的、类似于著作权集体管理组织的藏戏民间文学艺术表达管理委员会，其职能参照著作权集体管理组织有：接受权利人即藏民族的授权；监督检查藏戏民间文学艺术表达被使用的情况；代表权利人藏民族同使用人谈判并发放许可证；收取使用费；将收取的使用费除分配给有关权利人外，设立藏戏民间文学艺术表达基金，用于藏戏的保存传承与发展。

^① 《82年示范法》的条文参见《版权参考资料》中所载法条，郑成思译，1988年第2期。

^② 黄玉烨著：《民间文学艺术的法律保护》，知识产权出版社2008年4月版，第231页。

第五章 藏戏的非物质文化遗产保护

藏戏作为知识产品，具有私益属性。同时，它也是藏民族集体创造积累的产物，附着其上的也有公权因素，因而单纯依靠私法手段难以实现维持、传承和发展。并且由于外界的知晓程度低，藏戏并没有像内地或沿海经济发达地区形成产业化开发的模式，民族的私权利意识还比较淡漠，甚至从某种意义上说还没有“觉醒”。但是，藏戏具有很高的人文价值，作为藏文化的“活化石”与“藏民族记忆的背影”，其上凝结着藏民族的生活方式、价值观、传统信仰等等，是我国乃至全世界的宝贵文化财富，所以其上的公益属性反映得更为强烈一些。因此我们也应该运用公法的保护手段予以保护。根据学者的观点“民间文学艺术表达的公法保护包括两个方面：一是通过行政手段予以确认和保护，使它能够保持成为人类文化遗产的一部分；二是在国内和国际层面上制定保护它们所需要的法律”。^①下面笔者将分国家政府和其他主体，具体论述其在保护藏戏非物质文化遗产中所发挥的作用。

第一节 国家在保护藏戏非物质文化遗产中的作用

藏戏作为一种古老的地方传统戏剧，它也同其他剧种一样，面临着城市化以及文化移入、流行文化在生活中居于优势地位的冲击，同时一些优秀的藏戏戏师和演艺家相继离去，传承人日渐减少，其现状令人堪忧。现在对藏戏这种文化，政府所做的更多的是“抢救”和“保护”的工作，基于我国强大的行政能力背景，政府在保护藏戏非物质文化遗产中发挥了积极有效的主导性作用，所以笔者在此作专章介绍藏戏的非物质文化遗产保护。

联合国教科文组织在《非物质文化遗产公约》中将非物质文化遗产的保护界定为一项系统工程，对“保护”用语为“safeguarding”一词而非“protection”，并明确定义“保护”是指“采取措施，确保非物质文化遗产的生命力，包括这种遗产的各个方面的确认、立档、研究、保存、保护、宣传、弘扬、传承（主要通过正规和非正规教育）和振兴”。国家和政府应采取或改进上述具体的措施，确保非物质文化遗产的保护工作落到实处。

^① 黄玉烨著：《民间文学艺术的法律保护》，知识产权出版社 2008 年 4 月版，第 126 页。

一、国家在保护藏戏中的权利

国家在藏戏非物质文化遗产保护中的有很多权利义务，但同时义务重于权利，有一部分可能具有权利义务的双重性。总的来看，政府的权利主要是决策、指挥、管理、协调、监督、控制等。而一切首要前提就是要进行立法保护，这是非物质文化遗产保护的根本保证，通过立法协调各个相关部门的职责，建立健全科学的管理机制。由于国家《非物质文化遗产保护法》还未出台，西藏可以借鉴内地诸如云南、贵州、福建、广西、新疆等省市自治区颁布的关于民族民间传统文化保护条例或者非物质文化遗产管理办法等地方性法规和政府规章，出台自己的法规政策。同时基于前面几章的论述，我们也期待着国家关于民间文学艺术表达特殊权利保护法的出台。

二、国家在保护藏戏中的义务

我国作为《保护非物质文化遗产公约》的缔约国，国务院发布规范性法律文件中确立了非物质文化遗产保护工作的指导方针“保护为主、抢救第一、合理利用、传承发展”，同时^①指出“在文化遗存相对丰富的少数民族聚居地区，由于人们生活环境和条件的变迁，民族或区域文化特色消失加快”，“要求地方各级人民政府和有关部门要从对国家和历史负责的高度，从维护国家安全的高度，充分认识保护文化遗产的重要性，进一步增强责任感和紧迫感，切实做好文化遗产保护的工作。”^②这些都充分表明了国家重视保护非物质文化遗产的决心。

（一）建立保护名录体系

西藏自治区各级人民政府一直在不断加强非物质文化遗产的普查、认定和登记工作，全面了解和掌握非物质文化遗产资源的种类、数量、分布情况、生存环境、保护现状及存在的问题。^③在普查工作的基础上，西藏政府进一步完善评审标准，克服时间紧、任务重、经费短缺、专业人员不足等困难，自 2005 年起，按照有关要求，先后申报了共 95 项非物质文化遗产代表作和 45 名非物质文化遗产代表性传承人。2006 年 5 月，国务院公布了第一批国家级非物质文化遗产名录，其

^① 《关于加强我国非物质文化遗产保护工作的意见》，国务院办公厅文件国办发【2005】18 号，2005 年 3 月 26 日。其附件为《国家级非物质文化遗产代表作申报评定暂行办法》。

^② 《关于加强文化遗产保护工作的通知》，国务院文件国发【2005】42 号，2005 年 12 月 22 日。

^③ 西藏自治区自 2005 年正式启动了非物质文化遗产保护工程，成立了以自治区主管副主席为组长，以自治区文化厅、财政厅、发改委、教育厅、文物局、民宗委、社科院、文联等为成员单位的西藏自治区非物质文化遗产保护工作领导小组，并下设专家委员会，召开专题会议讨论研究部署有关非物质文化遗产的普查、申报和保护工作。2006 年底，自治区成立了 12 支非物质文化遗产普查队，深入民间艺人，了解和掌握当地的非物质文化遗产资源家底，利用现代科技设备收集整理了大量第一手资料，其中收集传统戏剧 9 种，演出机构 83 个，收集传统曲艺记录文本 800 余本，发现传承人 81 人，并取得录音带、录像带及照片。见“加强非物质文化遗产保护 弘扬藏民族优秀传统文化”：西藏自治区人大教科文卫委员会第三次会议文件（2）第 5 页，2008 年 8 月 24 日。

中藏戏、唐卡、格萨尔、雪顿节等共 15 项、24 个点顺利入选。在积极申报的同时，根据国家关于“建立国家级和省、市、县级非物质文化遗产代表作名录体系”的要求，自治区人民政府建立了自治区级非物质文化遗产名录体系，其中拉萨觉木隆藏戏、日喀则昂仁迥巴藏戏、日喀则南木林湘巴藏戏、日喀则仁布江噶尔藏戏、山南雅隆扎西雪巴藏戏、山南琼结卡卓扎西宾顿藏戏等入选该名录体系。^①

（二）将藏戏转化为有形形式

西藏各级政府要立即从仅存的藏戏表演艺术家着手，制作藏戏系统各剧种、流派的录音、录像等，以完成音像资料的保留工作。上世纪 80 年代初，各地艺术研究机构曾一度通过录音录像方式抢救了一批老艺人的表演资料，但由于保存能力弱，这些资料已经遭致严重毁损，其中的相当部分可能变成无法修复的废品。另一方面，一些民间艺人年龄都很大，并且在逐渐逝去。西藏启动了“记录民间藏戏艺人和专业藏戏艺术家音像资料库”的工作计划，该计划投入资金 100 万，由西藏自治区藏剧团^②牵头，组织专业人员，购置先进的数字设备，对藏戏进行清理、抢救，把濒临灭绝的剧目、资料用现代化的科技手段记录下来，为建立藏戏文化数据库做准备工作。在此基础上，在国家文化部社图司民文处的资金支持下，目前正由西藏自治区文化厅着手编辑出版《西藏八大藏戏剧本》、《西藏自治区非物质文化遗产图录》等。

（三）大力培养传承人

“地方剧种是一个拥有无穷开发价值的文化宝藏，然而，这个宝藏还没有得到认真发掘，就即将在我们面前化为尘土。对于像戏剧这样的舞台表演艺术而言，最好也是最可靠的保存手段，就是充分掌握剧种表演艺术精华的艺人的存在。在某种意义上说，任何一个剧种，只有当它还有艺人能够演出时才能说它被保存下来，只有在艺人们‘身上’的戏才是可在舞台上重现的。否则，即使我们记录了所有剧本，甚至有了足够的录音录像，它也仍然是死的存在。”这是学者傅谨对中国濒危地方戏剧的论述。因而培养藏戏传承人就显得尤为重要。

藏戏有许多流派，并且各个流派都有极富艺术特色的剧目和独特的演出技艺，对各个流派都要继承，这样才是全面的藏戏。2008 年 1 月，文化部公布了第二批国家级非物质文化遗产代表性传承人名录，西藏共有 22 名传承人入选，其中有拉萨觉木隆藏戏的旦达（63 岁）、次旦多吉（69 岁），日喀则迥巴藏戏的朗杰次仁（46 岁），日喀则南木林湘巴藏戏的次多（58 岁），日喀则仁布江噶尔藏戏的次仁（79

^① 入选西藏自治区第一、二批非物质文化遗产名录的传统戏剧除了上述藏戏外，还有山南门巴戏。

^② 目前西藏藏剧团是西藏唯一的藏戏表演专业剧团，它虽然在原蓝面具藏戏觉木隆藏戏班的基础上建立，还应该说是承担着藏戏的各个剧种和流派的抢救和保护任务。

岁), 山南雅隆扎西雪巴藏戏的尼玛次仁(34岁), 山南琼结卡卓扎西宾顿藏戏的嘎玛次仁(60岁)、白梅(40岁)等9名藏戏艺人入选。^①政府定期给予他们物质补助。

藏戏是一种民间艺术, 民间的藏戏团很多, 例如“雪巴藏戏队”和“娘热乡藏戏队”, 都是由老百姓、农牧民自发组成, 虽然来自民间, 却有着相当的专业水准, 是大众业余文化生活的重要组成部分。国家和政府不仅要对外述列入国家级非物质文化遗产代表性传承人名录的传承人给予补助, 也应当给予民间藏戏团重点扶持。

另一方面, 藏戏的专业演员宜早选早培养, 西藏自治区藏剧团招收小学员到四川省艺术学校学习, 西藏大学艺术系也招收藏戏学员, 从而使藏戏的新生力量能源源不断。此外, 还要注重对藏戏高级研究人才的培养。目前藏戏的研究人才断代, 在西藏民族艺术研究所、藏戏研究专家刘志群老师退休后, 专门的藏戏高级研究人才已经没有, 虽说刘志群老师还在继续作贡献, 但藏戏研究后继无人却是不争的事实, 这是需要关注并有待解决的问题。

(四) 注重藏戏的“文化空间”的保护

《保护非物质文化遗产公约》在文字表述上为“文化场所”, 而类别里并未列“文化空间”, 但从联合国教科文组织于2001年公布的第一批人类口头和非物质文化遗产19种代表作中便有5种属于“文化空间”^②的操作实践来看, 非物质文化遗产的类别实际上还包括了与公约所列非物质文化遗产表现形式相关的“文化空间”。根据《国家级非物质文化遗产代表作申报评定暂行办法》第2条、第3条之规定, 我国也将传统文化表现形式的相应文化空间纳入非物质文化遗产的保护范围, 这与《保护非物质文化遗产公约》的精神相一致。

关于“文化空间”, 联合国教科文组织北京办事处的文化官员爱德蒙·木卡拉解释道: “是某个民间传统文化活动集中的地区, 或某种特定的文化事件所选的时间”, “在这里必须清醒地认识到文化空间和某个地点的区别。从文化遗产的角度看, 地点是指可以找到人类智慧创造出来的物质残留, 像有纪念物或遗址之类的地方。文化空间是一个人类学的概念, 它指的是传统的或民间的文化表达方式有规律性地进行的地方或一系列地方。”^③

我们可以通过保护相关的“文化空间”来保存藏戏表演艺术, 例如可以利用西藏各地市的藏戏团队于雪顿节期间在罗布林卡和龙王潭公园表演藏戏, 还有在

^① 载西藏自治区人大教科文卫委员会第三次会议文件(2)第16页—17页, 2008年8月24日。

^② 诸如: 多米尼加共和国的圣灵兄弟会文化空间、几内亚的索索·巴拉文化空间、摩洛哥的吉马广场文化空间、俄罗斯的赛梅斯基文化空间、乌兹别克斯坦的博逊地区的文化空间等。

^③ 乌丙安: “‘人类口头与非物质文化遗产保护’的由来和发展”, 《广西师范学院学报》(哲学社会科学版), 2004年第3期, 第10页。

羌塘恰青赛马艺术节、珠峰文化节等重大节日表演和展示湘巴藏戏的传统，来弘扬传承藏戏艺术。

第二节 其他主体在保护非物质文化遗产中的作用

国务院办公厅《关于加强我国非物质文化遗产保护工作的意见》确定非物质文化遗产保护的工作原则为“政府主导、社会参与，明确职责、形成合力”。所以对藏戏的保护不仅需要政府充分发挥其主导性作用更需要其他主体的广泛参与。文化行政部门与各相关部门要积极配合，形成合力，同时广泛吸纳有关学术研究机构、大专院校、企事业单位、社会团体等各方面力量，以便更有效地对藏戏进行保存、保护与传承发展。笔者前述建议成立的半官方机构藏戏民间文学艺术表达管理委员将会对藏戏的保护传承发挥重要的作用。

笔者认为，对藏戏的传承不能仅仅依靠藏戏演员等族群内部的专业传承人，应推崇学校传承和教育传承，不仅要传承表演艺术，还要传承藏戏文化。国务院办公厅《关于加强我国非物质文化遗产保护工作的意见》中规定：“教育部门 and 各级各类学校要逐步将优秀的、体现民族精神与民间特色的非物质文化遗产内容编入有关教材，开展教学活动。”关于在校园传承文化的作法在内地部分地区实行已取得了不错的效果，例如贵州将侗歌纳入小学音乐课学习，并请来歌师教授效果喜人。藏戏多年来凭借口传心授，以相当脆弱的方式代代相传，一旦没有传承人就如断线的风筝，即刻消失。所以吸收内地省市的经验，可以将藏戏的人才教育纳入大专、本科、研究生的教学体系当中去，增加藏戏史、藏戏音乐脚本、藏戏舞台美术、藏戏剧目等课程，从整体素质上培养不同层次的人才。

再如，保护藏戏政府必然投入大量的经费，同时鼓励社会组织和个人向藏戏的保护投入经费，并参与开发有关藏戏的产业，与现在所提倡的以“生产性方式保护”相一致。

结 论

在对藏戏这一非物质文化遗产保护的的工作中，政府的行政保护发挥着重要作用，尤其在当前还没有形成民族自觉的客观情形下，政府应义不容辞地挑起大梁，充分运用法律、政策、行政、经济等手段对藏戏进行抢救和保护。但是，我们也应当清醒地意识到，来自国家自上而下的政策与法律方面的扶持与鼓励固然十分重要，而要使藏戏继续传承下去，则没有什么比赋予藏民族私权利以提高他们对自身权益的关注度以及实现这种合法权益的积极性更有效。并且从长远来看，对藏戏民间文学艺术表达的私权保护应当比公权保护更具影响力。因而，本文笔者拟通过立足于民间文学艺术表达的知识产权体系下的特殊权利保护以及立足于非物质文化遗产的公法保护来对藏戏的法律保护作一粗浅探讨，以期建立一个双管齐下的法律保护模式，使藏戏这一传统文化资源能够得到更好地可持续发展，进一步提升西藏旅游的文化内涵，真正做到将“死保护”变成“活保护”，从而实现藏戏的活态保存、活态传承和活态发展。

参考文献

一、著作类

1. 张乃根：《TRIPS 协定：理论与实践》，上海人民出版社出版，2005 年 5 月版。
2. 李云、周泉根：《藏戏》，浙江人民出版社，2005 年 3 月第 1 版。
3. 叶长海主编：《中国戏剧研究》，福建人民出版社，2006 年 1 月第 1 版。
4. 杨辉麟编著：《西藏的艺术》，青海人民出版社 2008 年 2 月第 1 版。
5. 吴汉东主编：《知识产权年刊》，北京大学出版社 2005 年 12 月第 1 版。
6. 吉布编著：《唐卡的故事》，陕西师范大学出版社 2004 年 11 月版。
7. 张耕：《民间文学艺术的知识产权保护研究》，法律出版社 2007 年 10 月第 1 版。
8. 杨延超：《作品精神权利论》，法律出版社，法律出版社 2007 年 4 月第 1 版。
9. 管育鹰：《知识产权视野中的民间文艺保护》，法律出版社 2006 年 11 月第 1 版。
10. 黄玉烨：《民间文学艺术的法律保护》，知识产权出版社 2008 年 4 月第 1 版。
11. 王文章主编：《非物质文化遗产概论》，文化艺术出版社 2006 年 10 月第 1 版。
12. 王迁著：《知识产权法教程》，中国人民大学出版社 2007 年 9 月第 1 版。
13. 严永和著：《论传统知识的知识产权保护》，法律出版社 2006 年 1 月第 1 版。
14. 罗雄岩著：《中国民间舞蹈文化》，上海音乐出版社 2006 年 10 月第 1 版。
15. 王尧、陈庆英主编：《西藏历史文化辞典》，西藏人民出版社、浙江人民出版社 1998 年版。
16. 【美】E.博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社 2004 年版。
17. 【印】甘古力：《知识产权：释放知识经济的能量》，宋建华等译，知识产权出版社 2004 年版。
18. 吴汉东主编：《知识产权法》，法律出版社 2004 年版。
19. 叶春生著：《简明民间文艺学教程》，湖南文艺出版社 1987 年版。
20. 郑成思主编：《知识产权法教程》，法律出版社 1993 年版。
21. 刘春田主编：《知识产权法》，中国人民大学出版社 2002 年版。
22. 吴汉东主编：《知识产权法》，法律出版社 2004 年版。
23. 郑成思：《知识产权与国际贸易》，人民出版社 1995 年版。
24. 秦天宝编译：《国际与外国遗产资源选编》，法律出版社 2005 年版。

二、期刊类:

1. 钟敬文:“民俗学与民间文学”,载《钟敬文民俗学论集》,上海文艺出版社 1998 年版。
2. 郑成思:“民间文学艺术作品及我国对其保护方式的建议”,载郑成思主编:《知识产权研究》(第 3 卷),中国方正出版社 1997 年版。
3. 郑成思:“民间文学艺术作品及我国对其保护方式的建议”,载郑成思主编:《知识产权研究》(第 3 卷),中国方正出版社 1997 年版。
4. 李顺德:“对传统知识、民间文学艺术、生物多样性等知识产权保护问题的探讨”,载郑成思主编:《知识产权文丛》(第 8 卷),中国方正出版社 2002 年版。
5. 张辰:“论民间文学艺术的法律保护”,载郑成思主编:《知识产权文丛》(第 8 卷),中国方正出版社 2002 年版。
6. 唐广良:“遗传资源、传统知识及民间文学艺术表达国际保护概述”,载郑成思主编:《知识产权文丛》(第 8 卷),中国方正出版社 2002 年版。
7. 王鹤云:“保护民族民间文化的立法模式思索”,载郑成思主编:《知识产权文丛》(第 8 卷),中国方正出版社 2002 年版。
8. 龙文:“论民间文学艺术的权利归属及其知识产权保护模式”,载郑成思主编:《知识产权文丛》(第 10 卷),中国方正出版社 2004 年版。
9. 梅臻:“中国民间文学艺术作品的版权保护”,载郑成思主编:《知识产权文丛》(第 10 卷),中国方正出版社 2004 年版。
10. 安葵:“传统戏剧的保护、传承及其研究”,载《南阳师范学院学报(社会科学版)》2007 年 7 月第 6 卷第 7 期。
11. 王鹤云:“民间文学艺术的知识产权特性”,载《中国知识产权报》2003 年 3 月 19 日。
12. 李顺德:“非物质文化遗产的法律界定及知识产权保护”,载《江西社会科学》2006 年第 5 期。
13. 梅术文:“‘非物质文化遗产保护与知识产权国际研讨会’综述”,载《法商研究》2007 年第 4 期。
14. 张玉敏:“民间文学艺术法律保护模式的选择”,载《法商研究》2007 年第 4 期。
15. 卓仲阳、杨正文:“民族民间文化保护:知识产权大有可为”,载《中华商标》2005 年第 9 期。
16. 王鹤云:“民间文学艺术的版权保护制度”,载《中国知识产权报》2002 年 7 月 5 日第 3 版。
17. 田文英:“民间文学艺术传承人的法律地位”,载《中国知识产权报》2002 年 7

月 5 日第 3 版。

18. 李宗辉：“非物质文化遗产的法律保护——以知识产权法为中心的思考”，载《百家言》2005 年第 6 期。
19. 刘银良：“史诗作品的保护”，载《政法论坛（中国政法大学学报）》2006 年 1 月第 24 卷第 1 期。
20. 安雪梅：“非物质文化遗产保护与知识产权制度的兼容与互动”，载《河北法学》2007 年 12 月第 25 卷第 12 期。
21. 梁广寒：“从作坊师承到校园教授：当代中国传统艺术传承方式的变迁”，载《民族艺术》2008 年第 3 期。
22. 李春霞：“无形文化遗产遭遇的三种‘政治’”，载《民族艺术》2008 年第 3 期。
23. 王太平：“美国知识产权法中的公共领域研究述评”，载《知识产权年刊（2006 年号）》，北大出版社 2007 年 2 月版。
24. 张博、程圩：“文化旅游视野下的非物质文化遗产保护”，载《人文地理》2008 年第 1 期。
25. 李阁霞：“论民间文学艺术表达的法律保护”，载《贵州师范大学学报（社会科学版）》2006 年第 1 期。
26. 古祖雪：“论传统知识的可知识产权性”，载《民商法学》2006 年第 8 期。
27. 张今、严永和：“传统知识权利主体问题研究”，载《知识产权年刊（创刊号）》，北大出版社 2005 年 12 月版。
28. 费安玲：“非物质文化遗产法律保护的基本思考”，载《江西社会科学》2006 年第 5 期。
29. 冯晓青：“知识产权的劳动理论研究”，载《湘潭大学社会科学学报》第 27 卷，2003 年第 5 期。

三、学位论文类

1. 朱谢群：《创新性智力成果与知识产权》，中国社科院博士论文，2004 年。
2. 张阳：《论对民间文学艺术作品的法律保护》，中国政法大学硕士论文，2006 年。
3. 周蓓：《论民间文学艺术表达知识产权保护模式的反思》，西南政法大学硕士论文，2006 年。
4. 李梅：《我国非物质文化遗产的知识产权和特别权利保护研究》，中国政法大学硕士论文，2006 年。
5. 孙乐：《我国民间文学艺术表达法律保护模式研究》，西北大学硕士论文，2007 年。

四、法规类

1. 《中华人民共和国著作权法》
2. 《国务院办公厅〈关于加强我国非物质文化遗产保护工作的意见〉》
3. 《民间文学艺术作品保护条约（草案）》
4. 《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》（1967 年，1971 年）
5. 《世界知识产权组织表演和录音制品条约》
6. 《与贸易有关的知识产权协议》（TRIPS，1994 年）
7. 《突尼斯版权示范法》
8. 《82 年示范法》
9. 《班吉协定》（1999 年）
10. 《保护非物质文化遗产公约》