

• 青年论坛 •

民间文学艺术作品独创性认定的困境与破解路径

王千予 *

【摘要】民间文学艺术作品因其群体性、历史性与活态性的特征，在其独创性认定方法及标准的选择上具有特殊性。当前司法实践对民间文学艺术作品保护暴露出界定泛化且独创性判断标准不一的局限，加剧了同案不同判的困境甚至将民间文学艺术的整理作品视为普通演绎作品赋予现代创作者排他权，抑制文化共享。破解上述困境需以利益平衡为核心，构建兼顾创作激励与文化共享的独创性认定框架。民间文学艺术作品的独创性达到“高度盖然性”即可推定成立，赋予相关主体有限权利；对于基于民间文学艺术创作的演绎作品，应明确其为普通作品，以较高的独创性标准要求，突破传统程式并形成显著差异。

【关键词】民间文学艺术作品 演绎作品 独创性 利益平衡

一、问题的提出

我国拥有丰富的民间文学艺术资源，对民间文艺的保护关系着国家文化安全和源生社群的发展权益。^[1] 1990 年出台的《中华人民共和国著作权法》第 6 条规定，民间文学艺术作品的著作权保护办法由国务院另行规定。数十年来，著作权法历经多轮修改，都保留了该条，但关于民间文学艺术作品的著作权保护办法却始终未能出台。在民间文学艺术作品的概念、权利归属、保护期限以及保护范围等问题上，学界认识不一，司法实践虽有分歧，但基本形成了一套主流的裁判规则。根据世界知识产权组织（WIPO）的定义，“传统文化表现形式 / 民间文学艺术表现形式”意为由具有传统艺术遗产特征要素构成的，并由某一社区或由反映该社区的传统艺术

* 王千予，女，中国科学院大学知识产权学院 2023 级民商法学硕士研究生，主要从事知识产权法研究。

[1] 参见潘鲁生：《推进民间文艺版权立法与实践》http://www.cnci.net.cn/content/2023-09/01/content_30446278.htm，最后访问日期：2025 年 4 月 5 日。

追求的个人所发展并维持的创作成果。^[2]《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》(以下简称《伯尔尼公约》)把民间文学艺术作为“无作者作品”的一种特例来处理。尽管学界对民间文学艺术的范围界定仍存在争议，但就其“群体性”“历史性”与“活态性”三大特征已形成普遍共识。这些特征不仅成为民间文学艺术区别于普通作品的表现，也影响着民间文学艺术的法律保护路径选择。然而，现有司法裁判一方面对民间文学艺术作品的概念泛化处理，民间文学艺术作品范围广到近乎民间文学艺术本身，导致保护范围不当扩大；另一方面，法院在民间文学艺术作品独创性判断中陷入价值摇摆的困境，使得同类案件裁判尺度不一。从学界研究来看，民间文学艺术作品有两种形式，一种是民间文学艺术原生作品；另一种是民间文学艺术派生作品，又称为衍生作品、演绎作品。^[3]学者主要关注对后者独创性认定的探讨。具言之，一类观点认为，对于民间文学艺术演绎作品的独创性认定，不存在统一标准，需要结合具体情况分析。^[4]还有一类观点认为独创性有高低之分，如部分学者认为应以高于一般作品的独创性标准要求民间文学艺术演绎作品，来保护公有领域不被私人侵占；^[5]也有学者认为应适用较低标准来激励创新。^[6]还有学者将民间文学艺术演绎作品划分为原生态式演绎和再生式演绎，前者适用“实质性贡献”标准，后者需满足“显著独创性”标准，并实行“双轨制”的许可模式。^[7]不难发现，现有研究虽然在民间文学作品的分类、独创性探讨方面提供了基础框架，但仍存在局限性：一是研究对象存在基础性混淆，部分研究选取的典型案例例如赵梦林京剧脸谱案、《和谐共生十二》蜡染创作案等，其作品本质上属于普通作品类型，只是一类利用了民间文学艺术素材的演绎作品，却被纳入民间文学艺术作品的框架中讨论；二是较少论及具体利益或权利主体、权利内容的问题，对策缺乏可操作性。

基于此，当前应立足利益平衡视角，细化民间文学艺术作品的分类，分层判断其独创性，并明确不同类型的民间文学艺术作品相关利益主体享有的权利，完善普惠共享机制，尤其要将部分经济收益回馈源生社群，实现“创作激励”与“文化资源共享”的良性互动。

二、民间文学艺术作品独创性认定的困境胪列

对作品的保护范围应以其独创性表达为限。而囿于民间文学艺术作品独创性认定规则的缺位，司法裁判中对民间文学艺术作品的保护范围飘忽不定。一方面，司法机关试图通过较低的独创

[2] 世界知识产权组织：《知识产权与传统文化表现形式／民间文学艺术》，https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/zh/tk/913/wipo_pub_913.pdf，最后访问日期：2025年4月5日。

[3] 参见孙宇、冯向辉：《民间艺术演绎作品的著作权保护》，《北方论丛》2021年第2期；张革新：《民间文学艺术作品权属问题探析》，《知识产权》2003年第2期。

[4] 参见王倩：《民间文学艺术衍生作品的认定和保护——以民歌〈玛依拉〉案为视角》，《法律适用》2023年第10期。

[5] 参见林秀芹、曾斯平：《论民间文学艺术衍生作品独创性的认定——以赵梦林京剧脸谱系列案为例》，《湖南社会科学》2013年第6期。

[6] 参见唐海清、胡灵：《民间文学艺术衍生作品著作权的认定及其权利边界——基于相关司法判例的思考》，《贵州民族研究》2022年第43卷第3期。

[7] 参见俄木木机：《论民间文学艺术演绎作品的版权保护》，《西昌学院学报(社会科学版)》2022年第34卷第4期。

性标准使其得到充分的版权保护，另一方面又担忧因保护传统要素抑制创新空间，背离版权制度的初衷。

（一）内容困境：民间文学艺术作品独创性认定判断规则存疑

在民间文学艺术相关的案件审理中，由于缺乏系统化的独创性认定方法论指引，民间文学艺术作品与民间文学艺术演绎作品之间适用的独创性标准混乱，同一类基于民间文学艺术素材 / 作品再创作的作品又面临判断标准宽严不一的争议，同案异判现象频发。

1. 不同类别民间文学艺术作品独创性认定标准混乱

一方面，民间文学艺术作品独创性认定标准缺位。司法实践中对民间文学艺术作品独创性判断的模糊处理，源于未能建立与其特性相匹配的认定方法。事实上，有些法院即使明确提及“民间文学艺术作品”一词，也很少涉及对其本身独创性的明确判断。例如，《乌苏里船歌》案^[8]是群体主张民间文学艺术作品本身版权保护的典型案例，该案明确了民间文学艺术作品在我国应受到法律保护，但仍然没有回答如何认定民间文学艺术作品独创性的问题。在河南省高院审理的张正等与马卉欣著作权侵权纠纷上诉案^[9]中，法院将具有千年演变史的集体创作的盘古神话直接认定为“民间文学艺术作品”，却回避了这种经过代际叠加的群体智慧结晶是否符合《中华人民共和国著作权法》（以下简称《著作权法》）独创性的要求这一核心问题。原因在于具体的审判中对民间文学艺术的保护范围较为混乱，未能区分民间文学艺术表达、民间文学艺术作品及其演绎作品等相关概念，且法院普遍认为民间文学艺术表达属于公有领域的作品。^[10]还有法院认为，利用民间工艺完成的作品也是民间文学艺术作品。^[11]对于源生社群代际传承的民间文学艺术与现代创作者基于传统元素的新创作，应适用有所区分的独创性分析方式。在再创作作品中，对于单纯记录、基础整理到实质性改编的行为也应作出区分，有些行为的性质应被囊括在传承的概念之中，属于原作品的延续，而非新作品的创作。若将同样的独创性认定规则适用于不同的民间文学艺术创作场景，可能会导致权利保护范围混乱的问题。

另一方面，对民间文学艺术演绎作品认定过于宽松。司法实践中，往往是个体对民间文学艺术演绎作品提出权利主张。^[12]而法院审理这些案件，普遍采取宽松的独创性认定标准，放大演绎行为的范围，让一些本应作为民间文学艺术作品特殊对待的作品被当作普通作品处理。纵观中外民间文学艺术演绎作品的保护实践，确实有人以“采风”的名义，把他人的或某一居民团体的已经形成作品的民间文学艺术，作为自己的“创作成果”发表，利用版权法保护民间文学艺术作品，就是要制止这种情况再发生。^[13]其中民歌类案件最为典型，常见的纠纷场景是原告对传统民歌进行采风与整理，而被告往往以这类整理工作缺乏独创性抗辩。法院考虑到民歌来源于公共领域，改编者自由创作的空间较小，对这类作品的态度更为包容，一是低门槛认可整理者贡献，只要记录整理过程存在“创造性劳动”，如将口传民歌转化为规范乐谱时对节奏、

[8] 参见北京市高级人民法院（2003）高民终字第246号民事判决书。

[9] 参见河南省高级人民法院（2008）豫法民终字第49号民事判决书。

[10] 参见易玲：《民间文学艺术表达专有权的构建》，《法律科学（西北政法大学学报）》2024年第42卷第6期。

[11] 参见北京市东城区人民法院（2010）东民初字第02764号民事判决书。

[12] 参见孙山、张雯雯：《民间文学艺术作品版权保护中的想象、真相与走向》，《中国版权》2024年第2期。

[13] 郑成思：《版权法》，中国人民大学出版社2009年版，第146页。

调式的确定，即认可其独创性；二是不求“显著差异”，即使改编幅度较小，只要形成可识别的新表达即满足要求；三是侧重文化传承价值，鼓励公众对民间文学艺术的二次创作。例如，在《都达尔与玛丽亚》案^[14]中，法院允许“民歌演绎作品平行共存”，只要各演绎版本体现各自独特的艺术判断，即可并存受保护，避免因过度保护在先演绎作品而抑制民歌再创作生态。在王某等与北京战马时代文化传播有限公司等著作权权属、侵权纠纷案^[15]中，法院同样认为“只要不同整理人的整理行为系独立完成且符合最低独创性要求，即可对自己整理的版本享有著作权”。但若是纯粹地对民歌进行整理的衍生品则不具有独创性。^[16]然而，司法实践中的上述做法，既可能不当地扩张民间文学艺术演绎作品概念的外延，亦不利于区分民间文学艺术作品和民间文学艺术演绎作品。两者的主要区别是，前者往往由集体创作，且由于历史原因难以追溯具体创作时间与具体创作者；而后者是现代作品，具有明确的创作者。因此，对二者的区分是有必要的，这决定了适用《著作权法》的一般规则还是特殊规则的问题。

2. 同类民间文学艺术作品独创性认定标准不一

在相关案件中，法官对民间文学艺术作品独创性标准高低的把握更多依赖心证，导致即使在针对同一个作品，法院也可能作出不一样的裁判。例如，在《玛依拉》案^[17]中，二审法院推翻了一审关于王洛宾采风行为非具有独创性的创作行为的认定，认为涉案歌曲不同版本在音符、节奏上的差异，恰恰证明了民歌整理者的个性化构思和意志，同时结合记载了其整理、改编歌曲过程的相关文章，可以认定为演绎作品。在该案之后，北京互联网法院也采取了类似立场，法院将民歌传承过程中的记谱行为直接推定为创造性劳动，放宽了对民间文学艺术演绎作品的独创性认定。^[18]然而司法认知并非统一，在2021年重庆自由贸易试验区人民法院审结的《玛依拉》案^[19]中，法院认为王洛宾的曲调记录行为未形成独创性的新表达，故王洛宾对其记录的《玛依拉》曲调不享有著作权。对于司法裁判中这种不统一的独创性判断，案件当事人很难对裁判结果有预见性，也不利于相关权利的保护。

3. 民间文学艺术作品独创性认定举证责任的失衡

实践中，原被告双方对民间文学艺术作品独创性举证责任的负担差距较大，相较而言，被告要想以涉案作品缺乏独创性进行抗辩更为困难。《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条进一步界定了“独创性认定”的规则，“由不同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作性的，应当认定作者各自享有独立著作权”。由此可见，我国著作权法关于作品独创性的认定标准规定得比较笼统，即满足“独立完成”和“创作性”两个条件即可。其中，是否独立完成属于客观事实层面的认定，而是否具有创作性，

[14] 参见重庆市第一中级人民法院（2021）渝01民终6354号民事判决书。

[15] 参见北京互联网法院（2019）京0491民初39574号民事判决书。

[16] 参见四川省高级人民法院（2023）川知民终137号民事判决书。法院认为：“渠某某对师长传授以及其采风获取的舞蹈、曲调进行整理，如实反映了虎牙藏族民间歌舞的本来面貌，未对虎牙藏族民间歌舞添加任何独创性的表达。因此，渠某某在书籍中记载有关曲谱、舞蹈的行为是一种如实记录行为，并非作品的创作行为。”

[17] 参见天津市高级人民法院（2021）津民终249号民事判决书。

[18] 参见北京互联网法院（2019）京0491民初31994号民事判决书。

[19] 参见重庆自由贸易试验区人民法院（2019）渝0192民初16218号民事判决书。

则涉及主观判断因素。实践中，只要原告出具作品原件、合法出版物或作品的登记证书，法院通常就认定其已尽到独创性的证明义务，而被告若要抗辩则需另外举证，这种做法其实是将“独立完成”的客观证明归于原告，“创作性”的否定性证明归于被告。^[20]然而，对于民间文学艺术作品创作性的证伪是极其困难的，这表现在时间久远而难以查证其原始内容进行比对。

上述举证责任的分配导致司法实践中出现“双重推定”现象。既推定原告已完成创作性举证，又要求被告承担创作性不存在的证明责任。这种做法实质上将“独创性”要件的证明拆分为两个不对等的阶段。特别是对于民间文学艺术作品而言，其历史传承的特性进一步加剧了举证困难。当作品经数千百年口头传承形成固定表达时，被告既难以获取原始版本进行比对，也缺乏判定创作性的客观时间节点，最终导致被告很难否定作品的独创性。

（二）保护困境：民间文学艺术作品是“无作者作品”且保护范围不明

尽管《伯尔尼公约》等文件确立了对民间文学艺术的特殊保护原则，但在具体制度构建中，民间文学艺术作品与传统知识产权理论的冲突始终未能弥合，主要体现在集体作者的事实与传统“作者观”理论的不兼容以及相关权利配置的失衡。

1. 代际传承消解作者的可识别性，权利归属认定不彰

民间文学艺术代际传承的模式，与传统版权法理论存在天然冲突。首先是作者身份的冲突，《著作权法》并未规定集体版权，而民间文学艺术作品的作者大多是世代相传的族群成员，两者无法相适应。民间文学艺术的形成具有群体共创的特征，代际之间不是简单的重复，是集体的独创性，这种动态创作过程既体现创作者的艺术创造力，又融合受众的审美反馈，形成双向互动的创作机制。例如，在《乌苏里船歌》案^[21]中，法院认为民间文学艺术具有创作主体不确定和表达形式在传承中不断演绎的特点，赫哲族民歌虽不是个体独占的权利客体，但承载着族群成员的共同利益。在 Bulun Bulun 诉 R&T Textiles 案^[22]中，澳大利亚法院承认了原住民艺术家与其氏族之间的信托关系，但法官也指出，没有普通法基础支持对艺术作品的集体版权。

其次，现行著作权法以“可识别作者身份”作为权利基础，而民间文学艺术作品的创作者很难记录，相关权利主体的范围不确定。并且，部分族群出于维护群体精神利益的考虑，对具有文化象征价值的民间文学艺术成果实施内部保密的机制，这种文化保护措施客观上造成了创作者身份难以明确界定的状况，例如某些族群采取严格的内部传承制度，使得确定民间文艺作品的原始权利主体变得更为复杂。

因此，当前以个体为核心的版权理论仅能维护具体主体的利益，导致集体权益往往被少数个体实际掌控。在此背景下，版权体系将会进一步巩固个人的权利主体地位，却未能充分重视民间文学艺术作品集体作者的属性。不仅会造成民间文艺发展空间逐渐收窄，更会阻碍良好的传统文化发展生态的形成。

2. 权利配置偏重精神权利保护，财产权利的保护薄弱

一方面，我国司法裁判中确认的权利主要聚焦于精神权利的范畴，主要包括标明来源、禁

[20] 前引5：林秀琴、曾斯平文。

[21] 参见北京市高级人民法院（2003）高民终字第246号民事判决书。

[22] See (1998) 41 IPR 513.

止他人未经许可使用等权利，很少涉及财产权利的保护。例如，在《乌苏里船歌》案^[23]中，法院认定了《乌苏里船歌》是被告改编赫哲族民歌形成的作品，但基于“在禁止歪曲和商业滥用民间文学艺术的前提下，鼓励合理开发、利用民间文学艺术”的宗旨，法院仅支持了被告在使用《乌苏里船歌》时应注明来源，驳回了经济损害赔偿的请求。在《妈勒访天边》案^[24]中，虽然法院已经提出间接受益于他人收集整理的民间文学艺术作品，受益人给予收集整理者适当补偿的规则，但现实中个体对民间文学艺术作品进行演绎创作，其对源生社群所应承担的义务等相关具体规则的构建仍是缺失的。因此，从司法实践来看，现行司法救济体系在财产权利保护维度存在疏漏，既未能构建财产权利的完整保障体系，亦未能实现对源生社群的充分赋权。同时，民间文学艺术作品除了涉及源生社群的群体利益，也会涉及一些其他具体主体的利益，现代背景下民间文艺活态传承过程中创作主体与传播主体的法律地位的确立以及利益分配不无疑问。

另一方面，对于民间文学艺术作品权利主体是否享有财产权，学界争论也不一。部分学者支持创设集体权利的新模式，来保护民间文学艺术的文化财产权。^[25]也有部分学者认为应推定传承人为著作权人，当侵权行为涉及民间文学艺术作品精神权利并实质性损害社会公共利益时，可援引《著作权法》第47条启动行政追责机制；若仅侵害著作财产权而未损及公共利益，则损害的只是个人作者的财产利益。^[26]反对者则认为艺术家运用民间文学艺术素材进行现代创作实质上助推了民间文学艺术的传播与创新；若强调其经济权利保护，反而存在抑制创作主体对民间素材合理运用的风险，进而阻碍民间文学艺术的再创作与长远发展。^[27]上述司法实践与理论争议表明，现行法律框架下倚重署名权、禁止滥用等精神权利保护，未能充分回应源生社群对传统民间文艺经济价值的合理诉求，亦难以平衡传统传承与现代创新的利益关系。

三、利益平衡视角下民间文学艺术作品独创性的困境破局

知识产权法的利益平衡论主张：知识产权法产生的原因便是权利人的垄断利益与社会公益博弈与妥协的结果，其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。^[28]因此，当前可立足利益平衡视角，为民间文学艺术作品独创性的认定困境寻找破局方向。

（一）民间文学艺术作品中的多元利益冲突

1. 不同主体的利益冲突

民间文学艺术作品的利益相关者有源生社群、传承人、整理者以及改编者等，不同主体之

[23] 参见北京市高级人民法院（2003）高民终字第246号民事判决书。

[24] 参见广西壮族自治区高级人民法院（2008）桂民三终字第15号民事判决书。

[25] 参见梁志文：《民间文学艺术立法的集体权利模式：一种新的探讨》，《华侨大学学报（哲学社会科学版）》2003年第4期。

[26] 参见崔国斌：《否弃集体作者观——民间文艺版权难题的终结》，《法制与社会发展》2005年第5期。

[27] 参见黄玉烨：《民间文学艺术的法律保护》，知识产权出版社2008年版，第195页。

[28] 参见冯晓青：《利益平衡论：知识产权法的理论基础》，《知识产权》2003年第6期。

间存在利益冲突。其中，源生社群指的是某一民间文学艺术发源地生活的群体，它代表的是集体利益。应然层面上，传承人的价值取向应与源生社群一致，但同时传承人与整理者、演绎者这些个人现代创作者一样都有私人利益的追求。对于源生社群而言，民间文学艺术的传承与发展是一项公益性事业，他们更看重的是社会公益，其诉求聚焦于非财产性文化利益：既包括维护民间文学艺术的原真性、完整性和文化尊严，又涉及对作品演绎方向的集体控制权。这种诉求具有鲜明的公共属性。例如，在《乌苏里船歌》案^[29]中，赫哲族乡政府要求标注曲调来源的主张，本质上是保护自身传统文化不被商业化“窃取”的自卫行为。而对于多数整理者、演绎者等现代创作者而言，他们更看重的是个人利益，其利益诉求呈现出显著的私权化特征。整理者主张其对原始素材的创造性劳动成果享有排他性财产权，演绎者则试图通过演绎行为实现商业价值最大化。传承人作为文化传递枢纽，既需维护文化本真性，又面临着通过商业化实现生存的需求。因此，源生社群的精神性利益追求会与现代创作者的财产性利益追求产生冲突。同时，不同的现代创作者之间也会因各自创作而产生侵权诉争。

2. 文化传承与鼓励创作的博弈

民间文学艺术保护面临传承主体与创新主体的制度性博弈。从激励理论来看，著作权法通过赋予排他权激发创作，但民间文学艺术的集体创作特性与现行法的个体权利框架产生冲突。从司法案例来看，最突出的矛盾往往源于两种价值取向的对立，一是市场主体为追求经济效益对民间文学艺术的“创新性发展”；二是文化主体对民间文学艺术公益性的“传承性保护”。^[30]文化传承与创新激励的张力在独创性认定标准上尤为突出。二者的矛盾在于民间文学艺术需要保护与传承，希冀著作权法加强保护的同时又能激励新的创作，但对民间文学艺术作品的传播或再创作又会不可避免地损害原作品的部分权利。若采取较宽松的独创性认定标准，可能导致现代创作者通过微量演绎获取垄断权利，形成文化领域的“反公地悲剧”，阻碍源生社群的自主传承。反之，若采取严格的独创性认定，虽然有助于保护传统文化完整，却又会打击创作积极性，抑制民间文学艺术发展的动能。除此之外，现代创作者利用现代技术对民间艺术进行解构重组，源生社群在数字时代的文化解释权被实质性削弱。若从这一角度衡量，则又宜在原作品与传播、演绎行为之间建立起制度的高墙。

（二）民间文学艺术作品的利益调适

破解利益冲突的关键，在于构建具有文化适应性的调适机制。这种机制既需超越简单的非此即彼思维，又要警惕将复杂文化生态简化为法律关系的认知偏差。从基本逻辑看，应当遵循文化传承与创新的基本规律，通过正向激励机制激活文化创新链，借助反向限制规范权利的行使边界，最终在动态平衡中实现文化传承与创新的共生共荣。

1. 基本逻辑：文化传承与创新的关系协调

当民间文学艺术作品寻求版权法保护，首要考虑的是如何使两者相适应，公平协调文化传承与创新的关系。版权制度对于民间文学艺术，既要做到对民间文学艺术作品的保护，防止其被“窃取”，又不能妨碍文化的传播，还要控制对其保护的适当性，避免减损文化公共属性。首先，

[29] 参见北京市高级人民法院（2003）高民终字第246号民事判决书。

[30] 参见孙山、张雯雯：《民间文学艺术作品版权保护中的想象、真相与走向》，《中国版权》2024年第2期。

从立法目的来看，我国《著作权法》本质是一项在“保护创新”与“促进传播”间寻求平衡的制度设计。^[31] 它通过独创性标准划定权利边界，运用合理使用制度预留公共文化空间，借助保护期限设置实现知识财富的代际流转。这种制度设计的深层逻辑实际也与文化发展的内在规律相契合。其次，民间文学艺术有活态传承的需求，其保护不仅涉及既有成果的“守正”，更需维系文化延续的“创新”，版权制度恰好为协调文化传承与创新提供了制度框架。它既能保障传承主体对既有文化成果的控制权，又让创新主体能合法获取文化素材。但版权制度的介入必须考虑相关的利益平衡：一是需区分传统文化表达与当代演绎成果，前者侧重防止文化基因被商业性“窃取”或“歪曲”导致文化断流，后者则应激励符合时代审美的创新转化；二是在传播和使用维度，区分已进入公有领域的文化母题和受保护的民间文学艺术作品，对基础性文化元素保持适度流通，以及对使用者收取合理的报酬；三是在权利配置层面，赋予民间文学艺术作品相关群体有限权利，考虑现代个人创作者的合理诉求，既保障他们的合法利益，又为未来创新预留文化资源。

2. 正向激励：利益共享机制保障多元主体权益

民间文学艺术作品的权利主体应享有精神权利与财产权利，这已成为国际公约与主流学理的基本共识。国内学者主张以著作权法对民间文学艺术表达提供保护，其主要依据在于该类型作品所涵盖的精神权益与经济利益同著作权法的保护客体具有高度契合性；此外，通过著作权路径实现保护，也有助于推动国内立法与相关国际条约的衔接，更容易获得国际社会的认同。^[32]

保护民间文学艺术作品财产权利的正当性源于分配正义与文化自决原则。一方面，其符合劳动财产权理论。民间文学艺术是特定群体在历史进程中集体创作、世代传承并不断创新的智力成果，其创造性价值应转化为财产性权益。另一方面，根据经济激励理论，清晰的产权界定是激励创新和实现资源最优配置的关键。确立财产权不仅能够为文化传承注入持续的经济动力，还可通过利益分享机制保障源群体从其文化资源的商业化利用中获得合理回报，体现分配正义。并且，财产权利与精神权利是相辅相成的关系。精神权利致力于维护文化的真实性与尊严，防止篡改和歪曲；而财产权则是实现精神权利的重要保障。即使相关主体可以行使精神权利以实现对文化的“禁止歪曲”，若无法规制他人无偿、大规模地商业使用，仍难以真正实现文化自决。因此，财产权利是决定民间文学艺术作品是否以及如何进入商业领域，还有推动文化资源可持续利用的关键权利。

基于上述权利结构的完整性及相互支撑性，正向激励机制应立足民间文艺传承与创新的价值传导链，既需要维护原生文化的集体性特征，又要激励个体创作者的创新活力。在民间文学艺术的创作生态里，各主体存在利益冲突，但同时也存在互惠互动的模式，在利益调试中，应扬长避短，尽可能地实现多赢。首先，从创作生态来看，传承的民间文学艺术为后续创作提供文化母题，现代创作者在其基础上注入个性表达，形成新的生命力。对于源生社群而言，现代创作者对传统素材的保存、系统化整理与演绎，有助于文化的传承。对于现代创作者而言，对民间文学艺术的二次创作成果之所以能引发市场共鸣，关键在于新作品既保留了传统文化的素

[31] 参见《中华人民共和国著作权法》第1条。

[32] 参见蒋涵：《民间文学艺术保护与传承发展的知识产权制度回应》，《知识产权》2018年第9期。

材，又注入了时代性的创新表达。这类作品通过激活集体文化记忆形成情感联结，同时凭借艺术重构带来的陌生效果满足现代审美需求。这种守正与创新的辩证统一，正是传统文化资源实现当代转化的核心路径，使得古老的艺术形态得以在现代延续其文化影响力。对于社会公众而言，民间文学艺术的良好创作生态的形成，也能够提供更加多元化的精神文化滋养。其次，从正向激励机制的目标来考虑，其核心在于构建文化传承与创新的共生体系。在基础层面，依靠非物质文化遗产数据库，对经社群长期传承的程式化表达进行系统性梳理，形成可供后续创作的公共素材库。在转化层，建立民间文学艺术元素商业使用补偿机制，要求商业创作者在利用相关元素时向源生社群支付合理补偿，通过制度化的利益分配设计，实现传承者、创作者与使用者之间的利益平衡。这样既尊重传统文化发展过程中的衍变特性，又能通过经济激励促进传统文化资源的活态保护与创新性发展。

3. 反向限制：设定权利行使边界避免负外部性

在界定受保护的民间文学艺术作品范畴时，应当采取审慎态度，一方面，要有效防范权利过度扩张和权利行使异化，防止侵扰公共利益；另一方面，需要通过清晰的权利边界设定，消解法律规范中的模糊地带，从而提升法律制度的可预期性，降低法律实施的成本。^[33]一是在客体认定阶段，严格区分民间文学艺术、民间文学艺术作品、民间文学艺术演绎作品。首先排除进入公有领域的传统表达，其次判断是利用民间文学艺术素材创作的作品，还是利用民间文学艺术作品再创作的作品。二是在独创性认定中，应根据民间文学艺术作品的创作情形适用有区别的独创性判断标准。只有尚未形成作品的民间素材，才是任何从事创作的人在“采风”中可以搜集和利用的。^[34]在此判断维度，要求以极高的独创性标准区分民间文学艺术作品与民间文学艺术演绎作品。例如，法院就以极高的独创性标准认定《乌苏里船歌》是赫哲族民歌的改编作品，需达到“无论从创作的艺术水平或作品整体的思想表达形式上都发生了质的变化”的水平。^[35]因此，在相应规则的制定中，应合理界定保护范围，顺应知识产权鼓励再创作与传播的公共政策目标，避免通过扩张性维权损害文化传播的公共利益。

四、利益平衡视角下民间文学艺术作品独创性认定规则的展开

行文至此，至少可以明确在民间文学艺术作品独创性尚存司法认定困境的背景下，利益平衡分析范式可以为破除上述困境提供方法论指引。据此，应依次从客体范围界定、独创性判断标准分层、举证责任配置三个层面，具体阐述利益平衡理论如何系统性地重塑独创性认定规则。

（一）廓清民间文学艺术的版权保护范围

对民间文学艺术的版权保护范围的划定是利益平衡的首要环节，直接影响后续权益的分配与归属。民间文学艺术既关乎族群文化尊严与身份认同，也涉及社会公众对传统文化资源的合理使用，

[33] 参见刘银良：《民间文学艺术作品的类型化与保护路径》，《北大知识产权评论》（2022-2023年卷），知识产权出版社2024年版，第274-288页。

[34] 前引13：郑成思书，第146页。

[35] 参见北京市高级人民法院（2003）高民终字第246号民事判决书。

应遵循版权制度的基本原理、国际条约的基本规则以及我国国情划定其保护范围。

首先，应明确民间文学艺术的范围。《为发展中国家制订的关于版权的突尼斯示范法》第18条认为民间文学艺术是传统文化遗产的基本元素之一。《中华人民共和国非物质文化遗产法》（以下简称《非物质文化遗产法》）第2条定义了非物质文化遗产的内涵。^[36]根据该定义，民间文学艺术包含于非物质文化遗产。《非物质文化遗产法》第18条说明非物质文化遗产应体现中华民族优秀传统文化，具有历史、文学、艺术、科学价值。^[37]因此，民间文学艺术必须符合第18条的总体要求，并在特定社区或群体中世代相传至今，还需具有鲜明的民族或地域特色。但《非物质文化遗产法》以行政保护和文化保存为主要目标，其提供的仅是一种价值标准并不能说明民间文学艺术能够获得版权保护。

其次，从版权法核心理论出发，只有民间文学艺术的表达才能被版权法保护。从“思想-表达二分法”的角度来看，民间文学艺术的主题、基本情节、角色类型、风格，以及纯粹的事实都属于思想的范畴。只有上述“思想”被赋予具体、有形、独创性的形式才能转化为受保护的“表达”。对此，学界与国际公约提供了多维度的参考。有学者将可被版权保护的民间文学艺术表达的构成要素分为两点：一是符号，指的是民间文学的语言、民间美术的线条和色彩、民间音乐的旋律等；二是结构，指的是对民间文学艺术总体的组织和安排。^[38]还有学者认为传承性和集体性应作为民间文学艺术获得知识产权保护的实体条件。^[39]国际公约方面，《伯尔尼公约》第15条第4款的初衷是对“民间文艺表现形式”进行保护；^[40]该款设置了民间文学艺术作品的三个保护要件：一是作者身份不明；二是未出版作品；三是该未知作者是同盟成员国的国民。上述观点虽然未形成统一的判断标准，但共同指向了民间文学艺术作品的一些关键特征。民间文学艺术作品的判断应先依据集体性、传承性与文化特定性识别潜在保护对象，必要时可规定作品存在的时长排除短期流传的文化形式；再运用思想-表达二分法滤除抽象元素，确定具体表达；最终审查该表达是否具备独创性。

在此基础上，廓清保护范围还需明确民间文学艺术与民间文学艺术整理作品、基于民间文学艺术元素创作的现代作品之间的界限，避免权利范围的混淆。该界限的判断标准在于识别不同作品在创作行为性质、独创性来源与权利主体明确性方面的不同。其一，民间文学艺术作品应区别于民间文学艺术的整理记录成果。民间文学艺术整理作品是由一个或数个可识别的自然人或法人整理形成，其独创性判断的来源在于编排结构。整理者对民歌、传说的忠实记录稿，

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

[37] 参见《中华人民共和国非物质文化遗产法》第18条：“国务院建立国家级非物质文化遗产代表性项目名录，将体现中华民族优秀传统文化，具有重大历史、文学、艺术、科学价值的非物质文化遗产项目列入名录予以保护。”

省、自治区、直辖市人民政府建立地方非物质文化遗产代表性项目名录，将本行政区域内体现中华民族优秀传统文化，具有历史、文学、艺术、科学价值的非物质文化遗产项目列入名录予以保护。

[38] 前引27：黄玉烽书，第42页。

[39] 参见曾礼：《民间文学艺术知识产权保护研究》，武汉大学出版社2022年版，第123页。

[40] 参见世界知识产权组织：《政府间委员会第三十三次会议信息说明》https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/zh/wipo_grtkf_ic_33/wipo_grtkf_ic_33_ref_information_note.pdf，最后访问日期：2025年8月31日。

因其仅具“复制”性质而未体现记录者独创性，不构成新作品；若记录中融入了整理者的独创性编排、注释或演绎，则形成新的演绎作品或汇编作品，整理者对其独创部分享有版权，但该权利不及于原有民间文艺本身。其二，民间文学艺术作品应区别于运用民间元素创作的当代作品。此类作品的创作者是一个或数个可识别的自然人或法人，创作行为中不存在传承过程，并且独创性的来源在于作者脱离传统范式的创新表达。无论是设计师采用传统纹样创作新服饰，还是作曲家汲取民歌旋律创作交响诗，这类作品系由明确作者于当代创作完成，属于普通作品而受版权保护，但其权利范围仅限于其独创部分，不得阻碍源生社群对其所依托之传统文化要素的正当使用。

此外，对于传承人基于传承的民间文艺进行创作的情况，需根据其行为本质认定：若传承人的工作系忠实于传统范式的再现、恢复或表演，其成果虽可能包含个人技艺的发挥，但未脱离传统框架，则应视为民间文学艺术作品的新版本或变体，权利仍归属于特定群体；若传承人在传统基础上进行了明显的独创性加工，融入个人审美与编排而形成显著差异，则其成果构成演绎作品，传承人仅对其独创部分享有版权，且该权利行使不得损害源生社群的权益。

（二）细化民间文学艺术作品独创性的认定方法

目前司法实践中，民间文学艺术作品独创性认定判断规则存疑，未统一独创性判断方法，也未能有效结合不同民间文学艺术作品的特征进行判断。这些困境本质上反映了法院在源生社群文化权益、后续创作者创新自由与社会公众文化获取之间的利益考量。独创性的判断应区分民间文学艺术作品本身与其演绎作品，构建分层认定标准，使保护程度与独创性贡献相匹配。

1. 运用“三步法”认定民间文学艺术作品的独创性

对于民间文学艺术，其既具有传承的稳定性，又具有创新的动态性。对其统一采用“三步法”认定独创性更为合适。最高人民法院关于独创性判断的问题曾指出，既需维系独创性基准的规范统一性，又应关注各类作品的特点和适应相关保护领域的特殊需求，使保护强度与独创高度相协调。^[41]因此，结合民间文学艺术作品的特征构建相适应的独创性判断标准是有必要的。下面以一个金字塔模型（图1）进行说明。第一层为文化母题层，属于思想范畴，例如体现特定的文化品质或文化遗产特性的基本范式或程式，如民间故事中的“脚本”、剪纸中的“式样”、民间舞蹈中的基本动作和旋律、民间工艺中的造型风格等。^[42]第二、三层都属于表达的范畴。第二层为民间文学艺术作品层，它包括语言类民间文学艺术作品、音乐类民间文学艺术作品、舞蹈类民间文学艺术作品等。第三层是民间文学艺术的演绎作品层。

对客体进行分析过滤，关键在于明确每一层临界点的条件。第一层与第二层的分离，实际上是在解决“思想-表达”二分问题，识别不可版权的文化基因，不得对其主张排他权利。反之若是著作权法意义上的表达则可以进入第二层进行下一步的判断。第二、三层在于识别民间文学艺术作品与民间文学艺术演绎作品的区别。只有基于民间文学艺术元素创作的作品达到极高的独创性要求，才可以进入第三层。民间文学艺术作品存在相对稳定的核心部分以及变动较

[41] 参见《关于充分发挥知识产权审判职能作用推动社会主义文化大发展大繁荣和促进经济自主协调发展若干问题的意见》（法发〔2011〕18号）第2条第5点。

[42] 参见李科峰：《案解民间文学艺术作品的知识产权法律保护案例分析》，<https://www.chinaiprlaw.cn/index.php?id=3790>，最后访问日期：2025年4月28日。

多的边缘部分之分，此种分类逻辑是能够有效识别特定民间文学艺术作品的依据，而民间文学艺术演绎作品多是对民间文学艺术作品中稳定、核心的部分进行后续演绎，在获得社会公众认同感的同时又展现了作者的独创性。^[43] 例如，电影《哪吒：魔童降世》系列电影中的哪吒形象颠覆了人们对以往哪吒固有的唇红齿白、身着红肚兜的外貌印象，塑造成为一个化着烟熏妆，穿着马甲，手插灯笼裤的叛逆小孩形象。^[44] 电影《哪吒：魔童降世》是一个视听作品，同时也是一个典型的利用民间文学艺术素材即哪吒传说进行演绎创作的作品。所以，对民间文学艺术演绎作品的独创性应以较高标准要求，既要对民间文学艺术作品的稳定、核心的部分进行后续演绎，也要满足构成一个独立作品的要求。

2. 层级化民间文学艺术作品独创性的认定标准

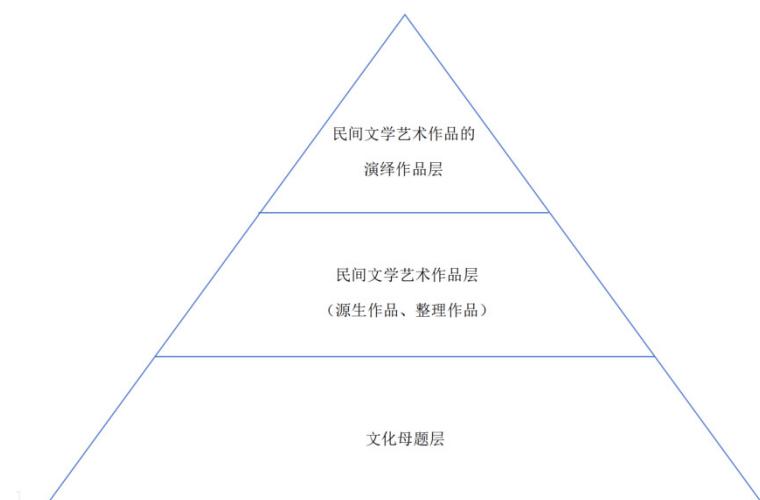


图1 民间文学艺术作品金字塔认定模型

前述三层分别对应着不同的利益考虑。母题层作为“水源”自由流动，滋养创作土壤；作品层作为“水渠”定向引导，保障相关主体的基本权利和收益；演绎层作为“支流”充分竞争，通过市场机制实现价值最大化。母题层与文化尊严相联系，源生社群或者相关集体管理组织应维护文化不被歪曲。第二层民间文学艺术作品层则对应着有限的著作权。民间文学艺术作品包括源生作品与整理作品，对于民间文学艺术作品，仅须最低独创性，可以由法官依据“高度盖然性”标准推定独创性的成立。第三层则需要解决民间文学艺术的演绎作品的问题，该层实质上就是一般的作品类型，需突破创作来源的传统程式并形成显著差异。尽管两类作品在独创性认定上路径迥异，但本质上共同服务于利益平衡的目标。对民间文学艺术作品的低门槛独创性推定，旨在缓解其因历史因素存在的困境，保障文化传承的稳定性；而对演绎作品的高标准要求，意在防止对传统资源的不当圈占，确保后续创作空间与文化创新的可持续性。

[43] 前引12：孙山、张雯雯文。

[44] 参见李鹏睿：《再现到表现：中国动画电影中的民俗文化表达嬗变》，《电影文学》2023年第21期。

(三) 优化民间文学艺术作品独创性判断的举证规则

举证责任的配置直接影响各方主体诉讼地位的平等性与实体权益实现的可能性。鉴于民间文学艺术作品在创作主体、创作过程与传播方式上的特殊性，传统“谁主张，谁举证”的归责会导致利益保护的失衡。因此，有必要构建利益平衡的举证责任分配机制。

1. 对民间文学艺术作品引入独创性推定规则

民间文学艺术作品在版权制度中是特殊的存在，其独创性认定不宜简单套用一般作品的判断标准，而应建立符合其特性的规则。司法实践中，若案件存在涉及民间文学艺术作品的合理怀疑，法官可依职权向诉讼参与人进行法律释明，要求当事人就作品属性提供相应的证据；若属于民间文学艺术作品，则在审理过程中要区别于普通著作权纠纷案件。^[45] 在独创性的举证上，需要区分民间文学艺术作品与民间文学艺术演绎作品。

首先，民间文学艺术演绎作品的创作主体明确、创作过程可知，作为著作权法中的普通作品应遵循举证责任分配的一般原则。主张权利者必须就作品系独立创作并体现其独创性判断承担完整的举证责任。其须提供创作手稿、设计说明、不同阶段的完成稿等证据，证明该作品并非对已有表达形式的简单复制或非实质性改动，而是体现了源自作者的智力投入与个性选择。需要注意的是，由于作品著作权登记证书是以自愿登记为原则颁发的，若原告仅出示了出版证明或登记证书，应视为其只举证了自己的“独立完成”，但未能证明“创作性”，此时不宜直接转移举证责任要求相对方进行反证，原告仍要承担不利的法律后果。^[46]

其次，对于民间文学艺术作品本身，应确立独创性推定规则。鉴于其集体创作、长期演变与主体模糊的特性，要求权利人证明“从思想到表达”的具体创作过程既不现实，亦有违公平。民间文学艺术作品在形成过程中已经融合了作者的审美选择、叙事结构、艺术表现等个性化因素，已充分满足“独”与“创”的要求。^[47] 因此，只要权利人能够提供初步证据证明该作品源于特定群体、具有世代相传与鲜明的文化特征，就可以推定独创性的成立。被告如主张该作品属于行业通用表达或已进入公有领域，则须提出反证予以推翻。

2. 侵权认定阶段严格把握实质性相似标准

在民间文学艺术作品与运用其相关元素进行创作的演绎作品之间的侵权诉讼中，即便民间文学艺术作品的独创性得以确认，权利主张方仍须就被告作品与涉案作品构成实质性相似承担举证责任。在此环节，应适用更为严格的证明标准，以平衡专有权保护与公共领域之间的关系。

权利人须通过细致比对证明被控侵权作品复制了涉案作品中具有独创性的核心部分，而非那些已处于公有领域的传统母题、必要场景或常规表达。法院应严格遵循“三步法”，首先解构涉案作品中的保护要素与非保护要素；继而过滤掉思想、事实及通用元素；最终将剩余部分与被控侵权作品进行比对，判断相似部分是否落在独创性表达的范围内。

对于民间文学艺术作品而言，由于其表达形式往往源于传统范式，判定实质性相似的阈值

[45] 参见邓玲：《民间文学艺术作品司法保护路径探索——以云南〈蟒蛇记〉著作权纠纷案为例》，《法律适用》2013年第6期。

[46] 参见叶丹：《审判视野中的作品独创性认定问题浅析》，https://www.sohu.com/a/236108172_221481，最后访问日期：2025年5月3日。

[47] 参见胡开忠：《中国特色民间文学艺术作品著作权保护理论的构建》，《法学研究》2022年第2期。

理应相应提高。只有当被控侵权行为超出了合理借鉴的边界，达到了对独创性核心特征的复制程度，方能认定侵权成立。这一严格标准有助于防止权利范围的过度扩张，保障社会公众对传统文化资源的合理利用与再创作空间。

3. 完善专家辅助人与登记制度辅助举证

为保障上述举证规则的有效运行，应建立健全辅助举证的专家证人机制与登记制度等。一是鼓励当事人申请或法院依职权委托民俗学、人类学、艺术学等领域的专家出具意见，就作品的文化渊源、传统范式、独创性体现以及是否构成实质性相似等问题提供专业判断，作为法官心证的重要参考。二是设立备案登记制度^[48]，建议参照《非物质文化遗产法》等相关规范，采取自愿登记原则，设置作品编码系统，记录创作时间、传承谱系及创新要素。登记证书可作为权属初步证据，但不得对抗在先存在的传统集体权利。三是应进一步完善中国非物质文化遗产网的数据库。中国非物质文化遗产网已经记录了部分民间文学艺术的类型、保护单位以及传承人的信息。^[49]在此基础上，该数据库可以补充展示对应项目的具体内容，鼓励各地积极申报，完善相关数据的收录，以便司法裁判中对相关民间文学艺术作品溯源。

五、结语

民间文学艺术本身的特殊性，导致其在寻求版权制度保护的过程中困难重重。破解困境需回归著作权法的利益平衡本质。在实体规则上，应统一采取“三步法”的独创性判断方法：首先剥离出文化母题，保障文化基因的自由流动；其次，识别民间文学艺术作品，对其采取最低独创性标准，赋予相关主体有限著作权；最后界定演绎作品，要求其突破传统程式并形成“显著差异”。在程序优化方面，通过备案登记、专家辅助、举证责任缓和等，辅助具体案件中独创性的认定。但不可否认，版权制度对民间文学艺术的保护存在天然局限性。一方面，作品的构成要件天然排斥部分活态传承的民间文艺形式；另一方面，过度依赖私权保护可能破坏文化传承的公共属性。因此，对民间文学艺术作品的保护，未来还需要考虑法律体系的衔接，例如协调《著作权法》与《非物质文化遗产法》在确权、普惠分享等规则上的互补性；还可以考虑通过非遗名录等公共机制，弥补版权制度在文化尊严维护与群体权益实现上的不足。通过“多元共治”实现文化传承、私权激励与公共福祉的深层平衡。

（收稿日期：2025-06-14 录用日期：2025-11-05）

[48] 参见陶乾：《民间文学艺术作品的分层保护——民间文学艺术专门立法的实现路径》，《知识产权》2023年第8期。

[49] 中国非物质文化遗产网是由中华人民共和国文化和旅游部主管的网站，目前已收录了包含民间文学艺术在内的非物质文化遗产代表性项目名录，<https://www.ihchina.cn/>，最后访问日期：2025年4月28日。

The Dilemma and Resolution Paths in Determining Originality of Folk Literary and Artistic Works⁽¹⁾

Abstract: Folk literary and artistic works demonstrate particularity in determining originality criteria and methodologies due to their communal, historical, and dynamic characteristics. Current judicial practice reveals limitations in protecting such works, manifested through overbroad definitions and inconsistent originality standards, which exacerbate inconsistent rulings in similar cases. Particularly problematic is the classification of low-originality compilations as ordinary derivative works, thereby granting modern creators exclusive rights that impede cultural sharing. Resolving these challenges requires establishing an originality assessment framework centered on balancing interests between creative incentives and cultural dissemination. For folk literary and artistic works themselves, only minimal originality should be required to grant limited rights to relevant stakeholders. Regarding derivative works based on folk art, they must meet higher originality thresholds by breaking from traditional patterns and demonstrating substantial differentiation to qualify for ordinary copyright protection.

Keywords: Folk Literary and Artistic Works; Derivative Works; Originality

[1] 多数学者将“民间文学艺术作品”翻译为 works of folklore，但此处作者选择将其译为 folk literary and artistic works，是参考了 WIPO 官网我国《著作权法》英文版第 6 条的表述：“Article 6 Measures for the protection of copyright in works of folk literature and art shall be formulated separately by the State Council.” 网址：<https://www.wipo.int/wipolex/en/legislation/details/21065>。