

中国社会科学院知识产权中心

Intellectual Property Center Chinese Academy of Social Sciences

知识产权研究

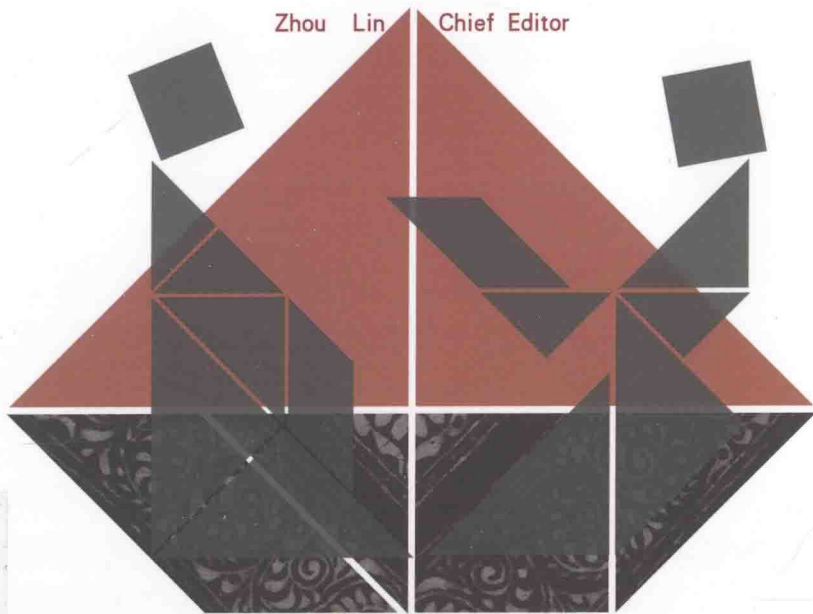
Intellectual Property Studies

■ 第二十三卷 ■

Number Twenty Three

周 林 主编

Zhou Lin Chief Editor



2014年12月

December 2014



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

知识产权研究

第二十三卷

周 林 主编



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

知识产权研究. 第二十三卷 / 周林主编. —北京: 知识产权出版社, 2014.12
ISBN 978-7-5130-3240-7

I. ①知… II. ①周… III. ①知识产权—文集 IV. ①D913.04-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第295507号

内容提要

本系列出版物阶段性地汇集国内外知识产权研究领域的前沿理论、学术观点、问题探讨、案例分析和实例研究等问题, 跟踪和展示知识产权研究领域的主要问题和研究水平, 可供法学和知识产权学界理论及实务工作者阅读, 也可供高等院校法律及知识产权相关专业学生深入学习参考。

责任编辑: 龙文

责任校对: 董志英

装帧设计: 品序

责任出版: 刘译文

知识产权研究: 第二十三卷

Zhishichanquan Yanjiu: Di 23 Juan

周林 主编

出版发行: 知识产权出版社有限责任公司 网 址: <http://www.ipph.cn>

社 址: 北京市海淀区马甸南村1号(邮编:100088) 天猫旗舰店: <https://zscqbs.tmall.com>

责编电话: 010-82000860-8123

责编邮箱: longwen@cnipr.com

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

发行传真: 010-82000893/82005070/82000270

印 刷: 北京科信印刷有限公司

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

开 本: 787mm×1092mm 1/32

印 张: 10.125

版 次: 2014年12月第1版

印 次: 2014年12月第1次印刷

字 数: 400千字

定 价: 48.00元

ISBN 978-7-5130-3240-7

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

本书出版得到华诚律师事务所华诚基金赞助！

编者的话

“民间文艺”版权保护立法须有突破

周 林

我国《著作权法》明文规定保护民间文学艺术作品。但是，这部法律从1990年颁布到现在已经24年了，有关实施条例却迟迟出台不了。2014年9月2日，国家版权局发布《民间文学艺术作品著作权保护条例（征求意见稿）》（以下简称《意见稿》），向社会各界公开征求修改建议和意见。尽管如此，仍然能够听到一些不同意见。有人提出，这个条例既然这么长时间出台不了，干脆就把它废掉。自2011年启动的《著作权法》第三次修法活动中，也确实有人提出废除这个条文。在三个由学者提出的修法版本中，没有一个提及民间文学艺术作品版权保护问题。这说明，涉及民间文艺版权立法的争议一直存在，并不因一个《意见稿》而消弭。

如果我们能够冷静想一想，当初把有关议题纳入法律中原本很不容易，如果现在要把它废掉，恐怕更不容易。立法者如何向中国民众交代？如何在国际上作出解释？因为有那么多的发展中国家对我们寄予希望，希望中国在民间文艺的版权保护方面做出榜样。民间文艺版权立法，不是理论层面的逻辑推演，也不是理想层面的高尚追求，而是我国民间社会的实际需要。在实践中，我们的民间文艺传承人确实存在着实际需求。他们正面临着困难。他们希望国家有关法律对他们的生活有所关照，特别是帮助他们能够把已经传承多年的民间文艺继续传承下去。

从1790年英国《安妮女王法》算起，版权保护的历史已经有224年了。在200多年间，经过各国的实践，已经形成了一整套版权保护规则。而这套大家熟悉的版权规则，更加适合现代文学艺术作品，而难以简单地适用于民间文艺保护。我国版权法在保护民间文艺这一点上在24年中没有进展，跟这套规则密切相关。这套规则是什么呢？这套规则有三个要点：要有明确的作者，要有具体的表现形式，要有限定的保护期。这就是现有的版权保护规则。但是民间文艺的特点恰恰与此相反。比如，作者不明，表现形式不具体，也很难给它规定一个保护期限。

有人说，民间文艺完全符合现代文学艺术作品的标准。做这个判断有一个前提，要看这个标准定在哪里。民间文艺表现形式往往很不具体，在很多情况下，民间文艺往往因人因事而变，甚至同一个传承人，他/她在叙述或者再现某一民间文艺的时候，每一次的叙述或再现都不一样。民间文艺实际上没有一种固定的形式，但是你却可以感知它的存在。民间文艺的表现或存在形式，跟版权所指向的作品形式是不同的。而且，民间文艺是世代流传、绵延不绝的。它不因为被确定或者被认定的某种可感知的形式而存在。民间文艺在获得认定之前，它早就存在了。保护，或者不保护，认定，或者不认定，它就在那里。

那么突破口在哪里？首先是，不论是研究法律，还是研究社会，如果一直固守现存规则，被已经熟悉的知识体系和话语体系所束缚，在民间文艺版权保护上，就将永无答案。必须要跳出这个怪圈，打开这个心结，正视民间文艺作品，反思现行版权法规则。的确，版权无须登记，自动产生，而《意见稿》规定，民间文艺作品要（登记）备案。实际上民间文艺的特点是，登记不登记，备案不备案，都不影响它自始存在。这个特点需要跟现行版权法的“无须登记、自动产生”相衔接。另外，很多研究者坚持公权与私权之间的法律区分，认为公权不能干预私权。受这样的框框束缚，整个研究就难以向前推进。民间文艺作品版权保护的突破口就在于把这些心结打开。

为什么要保护民间文艺？什么是对民间文艺最好的保护？这些问

题在立法时必须作出回答。版权是对作品利用的控制权。国家通过赋予创作者对其创作作品的市场利用一定期限的垄断权，使创作者从中获得回报，从而维持和激励其创作。民间文艺版权立法，首先不是要解决民间文艺的市场化问题，不是通过赋予民间文艺传承人对其传承的民间文艺作品的垄断权，让他们有机会从市场上得到多少钱的问题。对于民间文艺的保护，有各种目标追求。比如，制止擅自利用民间文艺，制止通过对民间文艺的非法控制而获利。也有人提出保护民间文艺着眼点在于民族文化的可持续发展。《意见稿》似乎把对民间文艺的保护，落脚点放在了“保障民间文学艺术作品的有序使用”上面，通过“有序使用”，“鼓励民间文学艺术传承和发展”。那么对民间文艺传承人的尊重，或者对他们的精神权利的保护体现在哪儿？怎么去保护？什么是对民间文艺最好的保护？

最好的保护应该是承认民间文艺传承人的自决权，落脚点应放在充分尊重传承人的精神权利方面，而不是放在“有序使用”的财产权利方面。传承人有权选择他们的生活和传承方式，拒绝任何外来干扰。许多专家都提到，对包括民间文艺在内的传统知识进行登记的时候要格外的慎重，不能想当然，不能因为是政府部门派去的，是大城市去的，就要求传承人必须配合工作，进行登记。政府的责任，第一位的就是尊重传承人的自决权。对于民间文艺传承人，没有尊重，就没有保护。实践中发生过一些案例，例如，对非物质文化遗产的保护，有的地方，政府派人下去，仅仅挂个牌，就拍拍屁股走了，这不仅没有保护好文化遗产，反而因为挂了牌，引来了不适当的商业开发，影响了传承社区传承人和当地居民的生活。政府第二个责任就是根据传承人的实际需要提供帮助，例如，对民间文艺进行登记备案和提供所需的物质条件。这一点在《意见稿》中有所规定。政府第三个责任，是对违法行为予以查处。

针对民间文艺的特点，可以考虑，通过确认民间文艺传承人的特殊民事权利来保护。这种特殊民事权利，不是我们熟悉的版权，也不是我们熟悉的普通民事权利，它所针对的是具备民间文艺特征和一定

表现形式的信息。这类作品的作者可分为三个层次：国家、群体和个人。有关的权利为特殊民事权利，这类权利自始存在，受法律保护；它区别于版权自动产生。在《乌苏里船歌》版权纠纷案中，诉争歌曲是根据赫哲族的两首民歌《想情郎》和《狩猎的哥哥回来了》创作的，经过比较，诉争歌曲跟两首民歌的旋律是一样的。《乌苏里船歌》只不过是原有旋律基础上填词，使它跟现代文艺对接，进入了现代文化市场，成为一首脍炙人口，为全国甚至全世界所喜爱的中国民歌。这个案子的发生和审理，法院并没有保护民间文艺的具体法律可以适用。但这个案子最终还是给予了保护，确认了赫哲族民众对该歌曲所享有的权利。因此，对于民间文艺的法律保护，不论是有规定还是没有规定，保护就在那里。当然，通过立法，承认和确认民间文艺传承人的特殊民事权利，将更加有利于对民间文艺的尊重和保护。

《意见稿》提出，“民间文学艺术作品的著作权的保护期不受时间限制”。这意味着民间文艺版权永远受保护。的确，我们很难想象，对于民间文艺的保护是暂时的、有期限的。但是，民间文艺的特殊性在于：它是不断变动的，对这项特殊民事权利的尊重，包括尊重传承人放弃权利的选择。因为有变动，因为有（放弃）选择，立法上规定对民间文艺永远保护，就不可能实现，也难以充分体现对传承人的尊重。为了实现对民间文艺的保护，既能长久，又现实可行，可规定民间文艺的保护期为50年，50年以后可以续展。

版权保护的落脚点对作品利用的垄断权，目的是通过这种垄断让作者从市场上获得回报。专利制度也是通过赋予发明人对其发明的市场利用进行垄断的形式，让他从相关的市场利用中获得回报。但是民间文艺在多数情况下，是小众的，特定区域的，很难跟市场对接，赋予传承人对其传承的民间文艺的市场垄断权没有多大意义。因此，民间文艺版权应该是区别于传统版权的一种特殊民事权利，其落脚点不在赋予垄断，而在给予尊重。

以阿昌族的史诗《遮帕麻与遮米麻》为例，对该史诗的保护，我们应把对这个史诗的传承人“活袍”的尊重放在第一位，而市场的有

序利用是第二位的。实践中的情况是怎样呢？比如电视台的一些采访，有的采访人一味按照拍摄需要去摆布那些活袍，以适应当下市场的需要，这是典型的对传承人的不尊重。他们很反感这一类的拍摄和干预，反感这种形式的保护。作为民间文艺保护工作者，首先要有这种认识，在立法当中也要首先考虑这一点。另外，对阿昌族民间史诗传承人，政府应当承担起它应当担负的责任，即尊重、帮助和保护。当然，我们也不应忽视民间文艺的市场开发和利用。如果它有市场需求的话，我们需要在承认传承人自决权的基础上建立起市场规则。比如，惠益分享，让传承人从对史诗利用的控制中，合理地分享市场利益。在民间文艺的市场开发和利用中，要警惕过度市场化的行为。过度 and 过滥都是对民间文艺的一种绞杀，造成一种保护什么反而破坏什么的恶果。

传承人对民间文艺的联系及因此产生的特殊利益，实际上是自始存在的，它跟我们熟悉的版权自动产生是不一样的。版权自动产生有个时间点，而民间文艺的产生和传承没有时间点。民间文艺的产生和传承，不是基于法定，不是因为法律上有了规定它才产生和存在。甚至在很多情况下，民间文艺来自“天意”或者“神授”，这是我们在采访阿昌族史诗过程中发现的。阿昌族的史诗《遮帕麻与遮米麻》，即源自“神授”，它需要经过一系列的宗教仪式，在履行完一套手续之后，传承人从“神”那里获得灵感，才有可能以及获得神的允许把这种民间文艺表现出来。在采访或者“保护”中，如果对这种传统习惯和“神授”仪式不管不顾，这究竟是保护还是扼杀？这种“神授”与基于个人创作冲动的创作是不一样的。或许我们把这种现象归结为“版权神授”。这是很有意思的一个新题目，是我们研究民间文艺版权保护很有意思的一个新话题。它的新颖之处在，这类“作品”（版权）的产生，没有时间点，它自始存在，无论你保护或者不保护，它一直都在那里。

将这类特殊民事权利 / 版权保护期设定为 50 年的理由，主要是让它跟现有版权保护期相衔接。对一般文艺作品而言，保护期为作者有生之年以及作者死亡后 50 年。民间文艺只有传承人，没有作者。

传承人又是不固定的。所以，不可能以传承人生命的存续时间来计算保护期。因此，可以参考一些特定作品，例如法人作品，它的保护期为 50 年，自作品发表之日起计算。民间文艺作品的保护期，可以从传承人提出主张或该作品得到确认之日起计算。例如，赫哲族对《乌苏里船歌》曲调主张权利，就可以从法院判决承认其拥有这项权利之日起计算，保护期为 50 年。但是，50 年之后是否意味着结束保护？这要看具体情况。首先，设定 50 年的保护期肯定不是保护民间文艺的最好的安排。对具体的一件民间文艺来说，50 年之间可能发生很多变化。例如，传承人发生变化，表现形式发生变化，传承人由于某种原因做出放弃权利的选择，等等。因此，根据民间文艺的特点，在国家给予一定期限（例如 50 年）之后，根据情况，传承人可对其传承的民间文艺申请续展保护。

规定民间文艺版权保护期可续展的理由是，这是根据民间文艺特点来决定的。第一，尊重民间文艺传承人的自决权，其中就应包含承认传承人放弃有关权利的权利。这种放弃应该允许并受国家保护。我们不鼓励放弃，但是，我们应尊重传承人的自主选择。不能因为某些传承人被认定或者挂牌，就不准其放弃这项权利。自主选择的放弃，应予以尊重。第二，民间文艺具有不断变化的特点。随着它的主体的变更，表现形式的变更，保护范围的变更，50 年后可能不再是原来的样子了。实际上，民间文艺随时随地都在发生变化。因此，它的权利的主体、权利的范围，也应相应地发生变化。所谓“永久保护”在实践中很难实现。在我们国家乃至全世界，对某件事物的永久的保护不一定是最好的、最现实的保护，相反，有期限的保护才能真正把保护落到实处。

2014 年 12 月

目录

编者的话

- “民间文艺”版权保护立法须有突破 周林 (I)

传统知识法律保护研究

- 拉开民间文化保护立法的序幕 何山 (1)
我国民间文学艺术法律保护模式的现状及完善 杨起源 (6)
由杨家埠木板年画现状引发对非遗保护的思考 王菁 (17)
印度生物资源及相关传统知识获取与惠益分享制度的实效分析
及对我国的启示 林燕梅 成功 (28)

法官论坛

- 浏览器广告过滤功能与诚实作用原则——评合一诉金山
不正当竞争案 芮松艳 (48)
图形用户界面在我国知识产权保护现状研究及其以外外观设计
专利保护的展望——以我国图形用户界面外观设计专利
申请行政“第一案”为研究支点 许波 (62)
修改导致禁止反悔为权利要求修改设定的义务 张晓都 (83)

博士生论坛

- 论智力成果与财产之不兼容——兼议法律经济学的
财产权理论 张晓 (93)
知识产权法视角下的大数据 王德夫 (117)

信息法研究

- 论出版自由——两个概念 马库斯·梅克 (148)

制度变迁过程中的中国媒体法律规治——社会形态特征与

地缘政治对媒体规制的影响 吴伟光 (159)

浅论专利侵权诉讼案件中权利要求的解释——以重机公司

提线杆专利侵权诉讼案为例 黄剑国 周志超 (197)

标准必要专利之专利侵权永久禁令救济问题研究 赵启杉 (208)

论商标侵权构成的判定——以涉外定牌加工为例 张伟君 (225)

外国法研究

版权案例中的法律解释——以加拿大艺术家联盟与加拿大

国家美术馆版权使用费集体谈判 易健雄 (241)

英国版权例外制度的最新修订及对我国《著作权法》修改

的启示 胡开忠 赵加兵 (264)

美国专利审查中的“最宽合理解释”方法 闫文军 (277)

案例选登

未成年上传者监护人的责任

——德国Morpheus案简介 季繁菲 译 (293)

立法信息

国家版权局关于《民间文学艺术作品著作权保护条例

(征求意见稿)》公开征求意见的通知 (303)

Contents

Editor's Note

Zhou Lin: Find A Way Out for the Protection of Copyright in Works of Folk Arts	(1)
---	-------

Studies on the Legal Protection of Traditional Knowledge

He Shan: Opening the Prelude of the Legislation for the Folklore	(1)
Yang Qiyan: The Status and Improvement of the Legal Protection of Folklore in China	(6)
Wang Ran: Thoughts on Protection of Intangible Cultural Heritage Inspired by Current Status of Yangjiabu Wood Paintings	(17)
Lin Yanmei, Cheng Gong: Assessment of the Effect of India's Regime on Access to Biological Resources and Associated Traditional Knowledge and Sharing of Benefits Arising from Their Utilization (ABS) and Its Implication for China	(28)

Judge's Forum

Rui Songyan: Browser Filtering Function and the Principle of Honesty and Credibility-Comment on A Unfair Competition Case	(48)
Xu Bo: Intellectual Property Protection for the Graphical User's Interface in China—from the "First Case" in This Field	(62)
Zhang Xiaodou: The Obligations Set by the Prosecution History Estoppel for the Claim Amendment	(83)

Papers from PhD Candidate

Zhang Xiao: On the Incompatibility between Intellectual Achievements and Property -and Some Comments on the Property Right Theory of Law and Economics	(93)
Wang Defu: Research on Big Data from the Perspective of Intellectual Property Law	(117)

Forum on Information Law

- Markus Meckl: Freedom of the Press-Two Concepts (148)
- Wu Weiguang: Institutional Change in China in the Legal
Regulations Governing the Media-the Impact of
Social Morphology and Geopolitical Media
Regulation (159)
- Huang Jianguo and Zhou Zhichao: Interpretation of the Claims in
Patent Infringement Litigation-Comment on the Case
Juki v. Lijia (197)
- Zhao Qishan: A Comparative Study on the Permanent Injunction for
the Standard Essential Patents (208)
- Zhang Weijun: The Legal Nature of the OEM Activities in
Light of the Chinese Trademark Law (225)

Studies on Foreign Laws

- Yi Jianxiong: Legal Interpretation in Copyright Cases - Collective
Bargaining Relating to the Copyright Royalties between
CARFAC and NGC (241)
- Hu Kaizhong, Zhao Jiabing: On the Latest Revision of the UK
Copyright Exception System and the Inspiration to
the Modification of the Chinese Copyright Law (264)
- Yan Wenjun: "Broadest Reasonable Interpretation" in Patent
Examining Procedure of the U.S. (277)

Selected Cases

- Introduction of Morpheus Case (Germany) ... Translated by Ji Fanfei (293)

Legislative Information

- Circular of the National Copyright Administration on Seeking
Comments on the Regulations on the Copyright
Protection of Folk Literary and Artistic Works
(Draft for Comment) (303)

拉开民间文化保护立法的序幕^①

何 山^{*}

Opening the Prelude of the Legislation for the Folklore

He Shan[†]

摘要：民间文学艺术反映了民族的文化传承，是人类文明延续的果实，对民间文学艺术进行保护意义重大。民间文学艺术世代相传，长期演变，没有特定作者，反映某一社会群体文学艺术特性的特征使得立法保护难以落实。通过考察云南少数民族民间文化以及摩梭母系文化，本文呼吁推动民间艺术作品立法保护，指出民间文学艺术作品是否用著作权法保护仍有争议，并对完善我国民间文学艺术作品保护的法律制度提出了一些思路和建议。

关键词：民间文学艺术 立法 保护

一、关于民间文学艺术作品

国际上保护民间文学艺术作品是20世纪60年代以后发展起来的，一些发展中国家率先用著作权法保护民间文学艺术作品。1976年的《突

^{*} 民法专家，全国人大原法工委民法室巡视员。

[†] Expert of civil law, former inspector of the Civil Division of the Law Committee of NPC.

① 本文摘编自何山，军华：《非物质文化遗产保护法概要》[M]。北京：知识产权出版社，2013。

尼斯样板版权法》规定了保护民间文学艺术作品的条款。20世纪80年代,联合国教科文组织及世界知识产权组织制定了《保护民间文学表达形式,防止不正当利用及其他侵害行为的国内法示范法条》。目前已用著作权法保护民间文学艺术作品的国家有:突尼斯、智利、摩洛哥、阿尔及利亚、塞内加尔、肯尼亚、马里、布隆迪、象牙海岸、几内亚、中国等国。玻利维亚仅保护民间音乐。

关于民间文学艺术作品的概念,《保护民间文学表达形式,防止不正当利用及其他侵害行为的国内法示范法条》第2条规定:民间文学表达形式,是指由传统艺术遗产的特有因素构成的,由××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。《突尼斯样板版权法》为民间作品下的定义是:作者为所在国国民或少数民族社团在本国境内创作的所有文学、艺术和科学作品,它们代代相传,已成为传统文化遗产的一个重要组成部分。通过这些定义可以看出,民间文学艺术作品是一种世代相传、长期演变、没有特定作者、反映某一社会群体文学艺术特性的作品。

二、民间文学艺术作品具有以下特征

第一,民间文学艺术作品是一种通过某个社会群体几代人的不断模仿而进行的非个人的、连续的、缓慢的创作活动过程的产物。例如我国的龙,由仰韶文化的鱼纹龙演进到周朝的蛇纹龙,经汉、明、清,龙的造型一直发展到今日的龙,龙的创作的演变史已达几千年。

第二,民间文学艺术作品的表现形式丰富。《保护民间文学表达形式,防止不正当利用及其他侵害行为的国内法示范法条》第2条规定,民间文学表达形式包括:(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,民间艺术形式或民间宗教仪式;(4)有形的表达形式,诸如:①民间艺术品,尤其是笔画、彩画、雕刻、雕塑、陶器、拼花(拼图)、木制品、金属器皿、珠宝饰物、编织、

刺绣、纺织品、地毯、服装式样；②乐器；③建筑艺术形式。在我国，民间文学艺术作品表现形式有文字、口述、音乐、戏剧、舞蹈、美术等作品。生活习惯、传统礼仪、宗教信仰、科学观点不属于民间文学艺术作品。

第三，民间文学艺术作品的作者是创作该民间文学艺术作品的社会群体。这个社会群体可以是一个民族，也可以是本民族的某个村落，还可以指几个民族。民间文学艺术作品无具体的作者。表演民间文学艺术作品的某个说唱人、舞蹈人，不是民间文学艺术作品的作者。例如，青海省黄南藏族自治州同仁县土族聚居的年都乎村有一种“於菟”舞。“於菟”是春秋战国时期楚人对虎的称谓，从“於菟”舞里可以依稀看到2000多年前楚人祭祀山神舞蹈的情形。“於菟”舞在年都乎村口教身授，代代相传，每年农历11月20日祭山神的时候，村民们都表演“於菟”舞。可以说，年都乎村视为“於菟”舞的作者，饰“於菟”的村民是“於菟”舞的表演者。

第四，民间文学艺术作品的权利属于创作、保存该民间文学艺术作品的社会群体。例如，广西北明县的山崖上，有一组蛙状人群舞蹈的岩画，它是两千多年前祭祀舞的阵式图，而今天峨县的蚂拐舞正是岩画中舞蹈的再现。蚂拐舞作为一种舞蹈作品、祭祀活动，它的权利属于天峨县表演蚂拐舞的村落。

第五，民间文学艺术作品权利的保护，不受时效的限制。民间文学艺术作品的修改权永远由创作、保存该作品的社会群体享有，民间文学艺术作品的财产权亦不存在保护期间。对此，《突尼斯样板版权法》认为，民间作品是共同创作的作品，总有尚未去世的作者存在，因此对民间作品的保护，不受时间的限制。

第六，在传统和习惯范围内使用民间文学艺术作品都属于合理使用，即使营利使用，也不需经许可，不支付报酬。如艺人演唱《格萨尔王传》，无需经许可，无需向藏民族付酬。

第七，民间文学艺术作品的权利由创作、保存该作品的社会群体行使，或者民间文学艺术作品的财产权利由当地民间文学艺术的主管