

知识产权专题研究丛书 总主编 郑成思

知识产权视野中的民间文艺保护

管育鹰 著



 法律出版社
LAW PRESS·CHINA

知识产权专题研究丛书 总主编 郑成思

知识产权视野中的民间文艺保护

管育鹰 著

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

知识产权视野中的民间文艺保护/管育鹰著. —北京:

法律出版社, 2006. 11

(知识产权专题研究丛书)

ISBN 7 - 5036 - 6774 - 5

I. 知... II. 管... III. 民间文艺—知识产权—保护—研究

—中国 IV. D923. 404

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 125927 号

© 法律出版社·中国

知识产权专题
研究丛书

知识产权视野中的
民间文艺保护

管育鹰 著

责任编辑 刘彦洋
刘伟俊
装帧设计 张 晨

开本 A5

印张 11.25 字数 281 千

版本 2006 年 11 月第 1 版

印次 2006 年 11 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑 法学学术出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65293270

书号:ISBN 7-5036-6774-5/D·6491

定价:27.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

代序

“请说轩辕在时事，伶伦采竹二十四”，这两句唐诗可以看作是对中国远古时民间文学艺术的描述，而它自己就属于“美丽的传说”，亦即民间文学的一部分。几千年的中国，许多民族都有绚丽灿烂的民间文学艺术流传下来。按照中外一批“学者”的意见，这些成果应当是“公知公用”的。仅说到此可能还有些道理。不过他们还有进一步的意见，即这种“公知公用”应当是不受保护的，也就是可以被“这人折了那人攀”、应当被知光用尽。真正把中国民间文学艺术当成自己的财富乃至财产的学者，就会难以苟同了。正如已经发表的作品均在公知之列，自然可以被公用；但若进一步认为对其之“用”不应以“保护”限之，则恐怕绝大多数作者是不会同意的，除了那些本身就是靠抄袭或靠其他“不保护”条件产生“自己”作品的人。的确，无论中外，均会有一批号召把智力成果吃光用尽，反对保护的人。而他们打的旗号则往往是“公众利益”。无怪乎同

一首唐诗中又有云：“当初黄帝上天时，二十三管咸相随，唯留一管人间吹。”实际上，支持智力成果保护的人，才真正考虑的是公共利益。他们考虑的是公共利益这块土壤上，要有源源不断的雨露去滋润。这当然是持“吃光用尽论”的侵权人和“学者”所不屑顾及的。何况民间文学艺术这一块，至今尚未被列入发达国家主导的知识产权国际保护的范畴。这样看来，民间文学艺术的保护主张者面临的阻力会更大。所以，仅留在人间的“一管”命运如何，也就可能真如古人所说“无德不能获此管，此管沉沦禹舜祠”。许多“不保护”论者，的确是对智力成果“信息共享，权利专有”的最重要特征不明白；也不可否认有一些“不保护”论者是由于“无德”——他们自己就是有意的侵权人。

而现在，正是在对智力成果应当保护还是不保护的争论中，中国的国家知识产权战略开始制定了。对加入这一制定的保护论者，我想建议：我们以现有的由发达国家早已决定好框架的“国际知识产权”为基础制定知识产权战略时，切切不可忽视了一大部分尚未列入国际知识产权保护框架内的信息财产。因为这一部分恰恰是我国的长项。

近年来，发达国家一再把知识产权保护水平拔高，而发展中国家则提出了保护现代文化及高技术之源的问题，这两部分利益不同的国家实际上在不同的“两端”上，不断争论着。所谓“两端”，实质上是在“源”上的智力成果与在“流”上的智力成果。

21世纪将是中国逐步完成工业化、进而从工业经济向知识经济转变的时期。党和国家提出的“以信息化促工业化”，是促进这一转变尽早完成的正确途径。

美国从1996年开始至今，版权产业中的核心产业（即软件业、影视业等等）的产品出口额，几乎每年都超过了农业、机器制造业（即飞机制造、汽车制造等等）的产品出口额。美国知识产权协会把这当作美国已进入“知识经济”发展时期的重要标志。我国从2000年起，信息产业开始成为第一支柱产业。这一方面说明我国确实在向知识经济迈进，另一方面也说明我们的差距还相当大。

在中国“入世”前后,关于如何转变政府职能、关于如何修改与世贸组织的要求有差距的国内法、关于如何使行政裁决均能受到司法审查,等等,人们关心得较多,报刊上讲得较多,立法与行政机关围绕这些问题采取的相应措施也较多。应当说,这都是对的。但我们更需要思考进一步的问题。

仅以有形商品贸易为支柱的原“关贸总协定”演化成“世界贸易组织”,最明显的变化就是增加了服务贸易与知识产权保护两根支柱。这种变化的实质究竟是什么?如何在立法方面跟上这种变化?这些更重要的问题,却不是所有应当思考它们的人都在思考。

与中国争取“入世”的进程几乎同步的,是“经济全球化”、“知识经济”、“信息网络化”等等越来越被人们提起和关注的问题。这些,与上述国际贸易活动及规范的发展趋势又有什么内在联系,也不是所有应当思考它们的人们都在思考。

我们如果认真分析一下,就不难看到:第一,世贸组织时代与“关贸总协定”时代相比,无形财产的重要性大大提高了;从而规范服务、规范知识产权的国际规则显得十分重要了。第二,如本文前面所述,知识经济与工业经济(乃至农业经济)时代相比,知识成果的投入开始取代土地、厂房、机器等有形财产的投入,起到关键作用;从而规范知识成果的知识产权法,开始取代有形财产法,在市场规范中起关键作用。第三,信息网络化的时代与公路、铁路乃至航空网络时代相比,无形市场(网络市场)已经开始在促进有形市场的发展上起关键作用;从而电子商务法将取代货物买卖(保管、租赁等)合同法,起关键作用。这些,并不是说有形财产法、传统合同法等等不再需要了,只是说重点转移了;也不是说人类可以不再依赖有形财产去生存,只是说有形财产的积累和有形市场的发展,在当代要靠无形财产的积累和无形市场的发展去推动。

目前,中国在知识产权、特别是“自主知识产权”的拥有及利用上,从总体看不占优势。这主要是因为发明专利、驰名商标、软件与视听作品等等的版权主要掌握在少数发达国家手中。而要增强我们的地位、至少

使我们避免处于过于劣势的地位,我们有两条路可走。一是力争在国际上降低现有专利、商标、版权的知识产权保护水平,二是力争把中国占优势而国际上还不保护(或者多数国家尚不保护)的有关客体纳入国际知识产权保护的范围,以及提高中国占优势的某些客体的保护水平。走第一条路十分困难。从1967年到1970年《伯尔尼公约》的修订过程看,从世界贸易组织《与贸易有关的知识产权协议》形成的历史看,走第一条路几乎是不可能的。

就第二条路来说,至少在三个方面我们可以做必要的争取的工作:

1. 强化地理标志的保护。

对此,多哈会议、坎顿会议等外交谈判中已经列为世界贸易组织多边谈判的议题。我国2001年修正商标法已经增加了相关的内容,但离能够充分发挥我国的长项还有较大差距。

2. 把“生物多样性”纳入知识产权保护。

3. 把“传统知识”纳入知识产权保护。

对后面两点,多哈会议后,世界贸易组织的多次多边谈判以及现有的生物多样性国际公约均已在加以考虑。虽然2003年的世界贸易组织的坎顿多边谈判在这两点上并未达成任何协议。但发展中国家仍旧会继续争取下去。这两点也是我要谈的主要问题。

现有知识产权制度对生物技术等等高新技术成果的专利、商业秘密等保护,促进了发明创造;现有知识产权制度对计算机软件、文学作品(包含文字作品及视听作品等等)的版权保护,促进了工业与文化领域的智力创作。对现有知识产权制度无疑是在总体上应予肯定的。但在保护今天的各种智力创作与创造之“流”时,人们在相当长的时间里忽视了对其的“源”的知识产权保护,则不能不说是一个缺陷。而传统知识、尤其是民间文学的表达成果,正是这个“源”的重要组成部分。

“传统知识”,是在世贸组织成立时,印度等国就提出应在世贸框架中保护的内容。近年世界知识产权组织已召开多次国际会讨论这一问题,并于2000年成立了专门委员会来研究这一问题。世贸组织在2001

年11月的多哈会议的“部长声明”第18—19条已列为多边谈判应考虑的议题。发展中国家安第斯组织在其2000年的《知识产权共同规范》中,已要求该组织成员在国内法中予以保护。

“传统知识”按世贸组织、世界知识产权组织及国外已有的立法中的解释,主要包含“民间文学艺术”与“地方传统医药”两大部分。其中“民间文学艺术”部分,已经暗示保护或明文保护的条约与外国法很多。如:《伯尔尼公约》第15条,英国1988年《版权法》第169条,是“暗示”性规定的典型。实际上,世界知识产权组织在给《伯尔尼公约》第15条加标题时,已明文加上“民间文学艺术”。^①

“地方传统医药”的保护,虽然亚、非一些发展中国家早就提出,却是在1998年印度学者发现了某些发达国家的医药、化工公司,把印度的传统药品拿去,几乎未加更多改进,就申请了专利这一事实后,在发展中国家引起更大关注的。发展中国家认为,像无报酬地拿走民间文学艺术去营利一样,无报酬地拿走地方传统医药去营利,也是对这种知识来源地创作群体极不公平的。发展中国家的安第斯组织已在其《知识产权共同规范》总则第3条中,把“传统知识”(即包含上述两部分)明文列为知识产权保护客体。印度德里大学知识产权教授、国际知识产权教学与研究促进协会原主席维尔玛在给我的关于中国起草民法典知识产权篇的复信中,特别指出了希望中国能将传统知识及生物多样性纳入知识产权保护范围。

这两部分,在中国都是长项,如果我们只是在发达国家推动下对他

① 20世纪90年代,在版权法体系中明文规定保护民间文学艺术的至少有:

《突尼斯文学艺术产权法》(1994年)第1条,第7条;

《安哥拉作者权法》(1990年)第4,8,15条;

《多哥版权、民间文艺与邻接权法》(1991年)第6条,第66—72条;

《巴拿马版权法》(1994年)第2条,第8条;

此外,在20世纪90年代之前,斯里兰卡及法语非洲国家等一批发展中国家,就已经在知识产权法中开始了对民间艺术的保护。目前,世界上明文以知识产权法保护民间文学艺术的国家已有五十个左右,还有一些国家(如澳大利亚等)已经在判例法中,确认了民间文学艺术的知识产权保护。

们的长项(专利、驰名商标等等)加强保护,对自己的长项则根本不保护,那么在国策上将是一个重大失误。即使传统知识的这两部分不能完全像专利、商标一样受到保护,也应受“一定的”保护。我认为中国在这个问题上,与印度等发展中国家的利益是一致的,应在立法中表现出支持对传统知识的保护。更何况国际(乃至国内)市场上,外国公司对中医药提出的挑战,已使我们不可能对这种保护再不闻不问或一拖再拖了。“民间文学艺术”即使只限于“作品”的保护,在我国尤其应当有法可依。但这个法,我国1990年颁布《著作权法》时就曾宣布过“另定”,却至今也一直没“定”出来。

传统知识与生物多样性两种受保护客体与世界贸易组织中已经保护的地理标志有许多相似之处。例如,它们的权利主体均不是特定的自然人。同时,传统知识与生物多样性两种受保护客体又与人们熟悉的专利、商标、版权等等的受保护客体有很大不同。所以,有人主张把它们另外作为知识产权的新客体,而不是与其他客体一样并列在一起。不过,必须给予一定的保护,在这一点上,则是需要力争的。“力争”的第一步,就是本国的立法与执法首先把它们保护起来。

这种保护,首先是应当要求使用者尊重权利人的精神权利。例如,要求使用者指出有关传统知识或者生物品种的来源。如果自己创作的新作品或者开发的新技术方案是以有关传统知识或者生物品种作为基础的,必须说明;如果自己推向市场的商品或服务本身就是他人已有的传统医药、民间文学艺术等等,就更须说明。近年拿了中国人开发并使用了千百年的中药乃至中成药推入国际市场、却引世人误以为该中成药出自日本、韩国等国者,并不在少数。这对中国的传统知识是极大的不尊重。2002年北京二中院受理、2003年底由北京高级人民法院终审的“乌苏里船歌”版权纠纷,实质上首先也是原告希望有关民间文学的来源这项精神权利受到尊重。其次,这种保护必然涉及经济利益,即使用人支付使用费的问题。至于法律应当把付费使用的面覆盖多广,以便既保护了“源”,又不妨碍“流”(即文化、科技的发展),则是个可以进一步研

究的问题。例如,十年前文化部与国家版权局起草的《民间文学保护条例》,仅仅把付费使用延及复制与翻译,就是一种可行的考虑。

中国人在知识创新方面,并不比任何人差。我们其实可以不必去考虑如何去要求降低国际上现有的知识产权高端的保护制度(因为实际上也不可能降下来)。我们应当作的是一方面利用知识产权制度业已形成的高保护推动国民在高新技术与文化产品领域搞创造与创作这个“流”,另一方面积极促成新的知识产权制度来保护我们目前可能处优势的传统知识及生物多样化这个“源”。这样,才更有利于加快我们向“知识经济”与和谐社会发展的进程。

管育鹰博士作为西南布依族的一员,自幼就了解民间文学艺术的许多表达,在学习中更不断加深对保护和光大这块中华瑰宝的认识,特别是对“有保护才能有发展”、“最具民族性的艺术才最有国际性”等一些其他学者始终搞不明白的道理有了深入的研究和深切的认识,于是向读者们展现了她的这部专著。为之序,是希望有更多的人参加到“保护”研究中来,摒弃保护就是保守、就是不许公众使用那种误解或曲解。序之始引唐诗述“管”,只因作者为管姓,提笔想到,并非执意以作者比禹舜。当然,按照中国常言“人皆可以为舜尧”,毛主席诗云“六亿神州尽舜尧”,将真心维护与光大中华瑰宝者比为禹舜,也无不可。

郑成思

2006年6月

内容提要

本书介绍了目前国内外关于民间文艺的保护与知识产权议题的讨论进展和研究成果,指出知识产权制度对民间文艺的法律保护具有十分重要的作用。书中详细阐述了现有知识产权制度的各方面,尤其是著作权方面对民间文艺的保护作用,分析了现有制度对民间文艺保护的缺漏或不利之处,指出了在知识产权领域内为民间文艺提供特殊权利保护的必要性和可能性。最后针对我国具体国情,提出了近期应完善现有知识产权各项法律制度以保护民间文艺、长远来说应建立民间文艺特殊权利保护模式的建议。

本书共分三个部分。

第一部分论述的是“民间文艺的保护与知识产权”这一议题的由来与发展。第一章主要介绍了国际上对传统知识保护的相关讨论,尤其是迄今为止出现的关于民间文艺保护的几种模式以及世界知识产权组织(WIPO)设立的“关于遗传资源、传统知识、民间文艺与知识产权政府间委员会”(IGC)达成的关于民间文艺保护问题的最新研究成果。第二

章讨论了民间文艺的保护无论在文化传承和经济发展方面对我国都具有重要意义,指出我国目前关于民间文艺法律保护的研究及立法现状仍局限于对“非物质文化遗产”的行政性保护方面。因此在随后的第三章中阐述了在知识产权领域讨论民间文艺保护的必要性:现有知识产权制度缺乏对传统资源信息利用的规制,这个问题在生物遗传资源领域已初步得到矫正,即通过对知识产权制度进行调整以保护遗传资源的保有人;而在民间文艺领域也存在相似的商业化利用带来的利益失衡问题,应当引起重视并尽快得到调整。

第二部分论述了现有知识产权制度对民间文艺的保护现状。第一章对国内外以著作权模式对民间文艺及其衍生作品提供保护的相关经验做了介绍、尤其是对我国出现的一些关于民间文艺作品的著作权案例进行了评述,指出现行著作权法在调整民间文艺相关利益关系方面是有缺漏的,即只照顾到了作为个体的民间文艺衍生作品的权利人,而忽略了绝大多数的民间文艺保有人利益。第二章介绍了对民间文艺及其相关因素提供商标法保护的国外经验,分析了我国现行商标法在调整民间文艺相关利益关系方面的缺漏及造成的后果,指出应当对现有商标制度进行调整以为民间文艺保有人提供更有力的法律保护。第三章对现有知识产权制度的其他部门,如专利法或外观设计保护法、反不正当竞争法及数据库保护法等对民间文艺可能起到的保护进行了评析。

第三部分的论述是关于如何建立适合我国实际需要的民间文艺法律保护体系。第一章对当前存在的“公有领域”的认识误区和知识产权法不宜为民间文艺整体提供保护的主要理由进行了剖析,再次强调了民间文艺商业化中产生了私权性利益关系以及以知识产权制度调节这些关系的必要性。第二章则详细阐述了民间文艺知识产权保护中的法律关系内容,指出民间文艺和其他人类智慧与经验的成果一样应当成为知识产权的保护客体;这一特殊客体的主人是创造或保有它的民间文艺族群;民间文艺的保有人、再创作人、传承人、表演者、记录者之间应遵守相应的权利义务关系等。第三章结合我国国情提出了民间文艺保护制度

的建立与完善方案,即近期应当利用知识产权法的每一次修改或制定的机会,将有利于民间文艺保护的内容增加、将相反的内容删减;在条件成熟时通过我国的民间文艺特殊权利保护法。

关键词:民间文艺 知识产权 商业化利用 特殊权利

Abstract

Keywords: TCEs Intellectual Property
Commercialization *sui generis*

This article introduces the current progresses and results of the research on the topic of “Intellectual Property and TCEs” in both international and domestic forums, pointing out that the intellectual property system plays an extremely important role for the legal protection of TCEs. The article elaborates on the detailed aspects of protection for TCEs in the existing intellectual property system, particularly the copyright regime, analyzing the possible gaps or disadvantages of the existing protection, and proposing the necessity and possibility of providing TCEs for special rights (*sui generis*) protection in the area of intellectual property laws. Finally this article presents the choices for the legislations: revising the existing intellectual laws to protect the rights of the TCEs holders in the near future, and establishing a *sui generis* protection system

for the TCEs in the intellectual property regime in the long run.

The paper is divided into three parts. The first part dealt with the origin and development of the topic of "TCEs and intellectual property". After introducing the international discussions related to the protection of traditional knowledge, particularly to the emergence of several patterns of the protection of TCEs introduced by WIPO-IGC and the latest relevant research results, the article points out that the protection of TCEs is of great significance for the development of our country from both cultural heritage and economic value perspectives. The TCEs legislation and relevant research work should focus not only on the aspect of "non-material cultural heritage" preservation, but also on the role of the intellectual property protection. The adjustment of existing intellectual property system based on the rule of benefit-sharing on the protection on genetic resources holders provides similar considerations in the field of TCEs protection.

The second part deals with the existing intellectual property protection of TCEs. This part also contains most of the typical cases, disputes, or examples occurred in both domestic and abroad in the field of intellectual property law. Copyright laws in most countries protect TCEs, derivative works though they have almost none saying on the protection on TCEs itself. Trademark laws in many new-immigrant countries are strong tool for the protection on TCEs holders, yet in our country the law is far from unutilized. The other sectors of present intellectual laws, such as patent law, design law, and anti-unfair competition law, may contribute to the TCEs protection. Documentation of TCEs is also of great value from the angle of database protection.

The third part is on how to establish a suitable legal protection system for the actual needs of TCEs in China. This article analyses that there occurs private rights in the field of TCEs commercialization. And because the utilized object is duplicatable information which is similar to the subject

matters of the intellectual property rights, this system is destined to play a key role in the protection of TCEs. The right holder is the indigenous or local people who have been creating or maintaining the TCEs, all the activities involving TCEs such as re-creations, transmissions, performs, and records, should be undertaken according to the rules set by the law. Taking the actual situation of our country, the protection on TCEs by intellectual property law should be set up gradually. We need to modify the present intellectual property system to meet the objectives by making use of every opportunity of law revision, and establish the sui generis law in the regime of intellectual property for TCEs protection when conditions are fulfilled.

前 言

民间文艺是传统知识的组成部分,它历史悠久,源远流长,是人民群众精神生活的重要内容,是民族传统文化的宝贵财富;而知识产权制度虽然是保护人类智慧成果的最主要法律制度,但其自建立之初就一直致力于鼓励文化科技领域的创新。因此,当知识产权制度应当对传统知识和民间文艺的保护有所作为的论点提出来时,有人怀疑,有人反对,也有人嘲笑:对高科技带来的新兴知识产权的问题我们都研究不过来,有什么必要花精力去讨论早已过时的传统知识和民间文艺的知识产权保护问题!传统与创新,似乎是两个完全相反的概念:传统让人联想到陈旧、过时、衰落,而创新则让人想到先进、时髦、兴盛。然而,传统真的就意味着过时吗?有多少次我们惊叹于博物馆里或者是民间珍藏的那些不知名的古人留下的超乎我们想像的精美艺术品;又有多少次我们为自己所获得的生活经验、感悟而洋洋得意时,发现千百年前的古人其实在传唱的歌谣中早已作出了更精辟的注解?笔者承认传统知识的确存在良莠不齐的现象,但相信大