



Ningbo Wenhua Chanye Fazhan
Fazhi Baozhang Wenti Yanjiu

宁波文化产业发展 法制保障问题研究

晁秀棠 等著



Ningbo Wenhua Chanye Fazhan
Fazhi Baozhang Wenti Yanjiu

宁波文化产业发展 法制保障问题研究

晁秀棠 等著



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS
浙江大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

宁波文化产业发展法制保障问题研究 / 晁秀棠等著.
—杭州:浙江大学出版社,2015.4
ISBN 978-7-308-14374-5

I. ①宁… II. ①晁… III. ①文化产业—产业发展—
法律保护—研究—宁波市 IV. ①D927.553.216.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 022957 号

宁波文化产业发展法制保障问题研究

晁秀棠 等著

丛书策划	吴伟伟 weiweiwu@zju.edu.cn
责任编辑	
封面设计	春天书装
出版发行	浙江大学出版社 (杭州市天目山路 148 号 邮政编码 310007) (网址: http://www.zjupress.com)
排 版	浙江时代出版服务有限公司
印 刷	杭州日报报业集团盛元印务有限公司
开 本	710mm×1000mm 1/16
印 张	14.75
字 数	234 千
版 次	2015 年 4 月第 1 版 2015 年 4 月第 1 次印刷
书 号	ISBN 978-7-308-14374-5
定 价	45.00 元

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换

浙江大学出版社发行部联系方式 (0571)88925591; <http://zjdxcs.tmall.com>

目 录

第一章 文化产业发展与法律制度建构基础理论研究	(1)
第一节 文化产业的法治化背景	(1)
第二节 文化产业特征与法律保护必要性	(4)
第四节 文化产业法律政策体系的构建	(14)
第五节 国际化背景下政府对文化产业引导与扶持建议	(22)
第二章 宁波现代传媒业发展法制保障问题研究	(26)
第一节 宁波现代传媒业的发展和法制保障现状	(26)
第二节 宁波现代传媒业发展法制保障存在的问题	(37)
第三节 国内外现代传媒业发展法制保障的比较和借鉴	(41)
第四节 宁波现代传媒业发展法制保障的完善	(44)
第三章 宁波动漫游戏业发展法制保障问题研究	(51)
第一节 宁波动漫游戏业发展现状概述	(51)
第二节 宁波动漫游戏业发展存在的问题及法制保障现状	(60)
第三节 完善宁波动漫游戏业发展法制保障的对策	(72)
第四章 宁波出版发行业发展法制保障问题研究	(80)
第一节 宁波出版发行业发展法制保障的现状和问题	(81)
第二节 其他区域出版发行业发展的法制保障	(92)

第三节	宁波出版发行业发展法制保障的建议与对策	(107)
第五章	宁波影视制作业发展法制保障问题研究	(113)
第一节	宁波影视制作业发展现状与存在问题	(113)
第二节	影视制作业相关法律问题评析	(117)
第三节	影视制作业相关立法现状和国际比较	(127)
第四节	加强宁波影视制作业法制保障的建议和措施	(133)
第六章	宁波文化旅游业发展法制保障问题研究	(137)
第一节	宁波文化旅游业发展现状	(137)
第二节	宁波旅游文化产业的立法现状	(142)
第三节	宁波旅游文化产业的立法存在的问题	(149)
第四节	完善宁波文化旅游业法制保障的对策建议	(159)
第七章	宁波市创意设计业发展法制保障问题研究	(168)
第一节	创意设计业发展概述	(170)
第二节	国内外创意设计业法制保障体系建设状况	(176)
第三节	宁波创意设计业发展中的法制保障体系建设现状	(183)
第四节	完善宁波创意设计产业法制保障体系的思路与对策	(188)
第八章	宁波文化会展业发展法制保障问题研究	(193)
第一节	文化会展业法律制度概述	(193)
第二节	宁波文化会展业法制保障现状	(198)
第三节	宁波文化会展业法制保障存在的问题	(211)
第四节	国内外其他城市文化会展业法制保障分析与借鉴	(214)
第五节	完善宁波文化会展业法制保障建议	(219)
参考文献		(225)
索引		(228)
后记		(230)

第一章 文化产业发展与法律制度 建构基础理论研究

第一节 文化产业的法治化背景

一、文化产业发展与法的关系

由于法律的滞后性,文化产业在中国的发展在实体意义上的如火如荼,反而突出了法律作为制度配套的不协调。法治内化到每个人,其实是一个意识的重建或者是修复的过程,它的被消化是一个意识的被接受的过程。文化商业化带来的普及无疑是绝佳的意识的载体,文化上法治观念深入人心,恰好也是法治实现的前提和基础。

当今,在借助现代多媒体和网络的高普及率的传播之下,处于各个终端的文化产品制造者将其产品迅速地以发散式传播,这种传播往往在地理上是跨地域的,这样,文化产品的制作者本身所具备的文化特性被不同的受众分享,也就促进了具有不同特色的文化的交流、互动,也就可能促使了文化的趋同。

西方国家的文化,特别是美国文化,是以其高度发达的文化产业在全世界成为一种强势文化的。在其背后,必然存在着大量促使其健康持续发展的法律规范体系。两者的结合作为一种强势资本输出,在全球化

的带动下在全世界蔓延,所到之处,必然会给当地造成意识形态的灌输和思想上的变革。从保护传统文化和促进本土文化再发展的角度出发,我们既要“拿来主义”,又要“拿去主义”。即在面对这种强势文化冲击的同时,充分利用自身的独有的文化优势,必须配之以制度保护——健全的法律体系,同时,用本土性文化参与到全球化中,使全人类文化更为丰富多彩。这是现实的需要,也是历史发展的必然。正如美国学者布莱克所说“文化的量与法的量成正比,文化的量越大,法的量越大”,这是一种立法规律。同时,在加强文化领域立法的同时,法治观念的推行,也在客观上促进了我国法制的进一步发展。^①

二、文化产业法治化可行性

当今,与文化产业密切相关的法律法规相继出台,以保护文化产品进入市场后的公平竞争。但我们同时也应看到,从立法的现状看,文化产业立法规模及层次仍有待提高,主要表现在:一方面,现行立法涵盖面不够,很多方面,特别是对在文化领域内文化主体的地位和权利义务认定上缺少法律、法规依据。另一方面,缺少高层次立法。目前我国文化制度体系主要是由行政机关的行政法规、规章,甚至规范性文件来填补的,这种状况与法治全面性的要求相悖。而且,行政机关的规章和规范性文件制定程序简略,缺乏公开性、民主性,某些带有部门利益色彩,致使规章之间存在矛盾和冲突。^② 所以,对文化产业进行立法规制,完善法律体系至关重要。但是在具体的立法模式上,遵从传统大而统的观点,与民法和刑法等传统部门法一样向法典化发展,存在诸多障碍。

1. 调整对象的确定。在现实生活中,文化立法调整的对象实际上是不不断变化的,不可能一劳永逸。仅从文化法中的传媒法来看,西方国家的传媒法包括诽谤法,媒体与议会、政府和法院的关系法,互联网法,广播法,电视法,信息公开法,有的国家除了上面的一些法律外,还包括知识产权法、信息公开法、隐私权法等。各国根据自身的社会进程和文化

^① 赵永辉:《从法律和文化的视角试谈我国的文化法建设和再完善》,《法制与社会》2007年第5期,第497—498页。

^② 陈甦:《司法解释的建构理念分析——以商事司法解释为例》,《法学研究》2012年第2期,第3—19页。

特征需要突出不同的规制特点,说法不一,也很难归纳。在这方面我国与国外相关方面的立法不具备很强的可比性,换句话说,在确定调整对象的法律移植的成本将是十分巨大的,也就自然无所谓参照了。^①

2. 立法成本过大。由于文化立法的对象具有跨时空的不确定性,而且不同文化之间的同质性较差,包含的内容太多,调整的方式、机构、原则、标准、制裁手段存在较大差异。把如此庞杂的内容糅合到一部法律之中,制定出来的法律有可能缺乏可操作性。

3. 从各国立法情况看,几乎没有国家制定文化基本法。文化方面的立法通常是由一系列的特别法构成的。基于以上原因,根据文化法律关系的不同制定有针对性的法律似乎更具可行性。

三、文化产业法治化基本思路

1. 文化产业立法应有体系化的布局。文化立法的法律体系由宪法、法律、行政法规和地方性法规三个层次构成。当前我们的主要任务是制定和完善第二个层次的立法。

2. 文化产业立法范围应注意规制领域的包容和交叉。以文化法律关系为标准,文化立法可由以下法律构成:新闻法、出版法、广播电视法、电影法、著作权法、语言文字法、图书馆法、博物馆法、文物保护法、民族民间文化遗产保护法、演出法、文化社团组织法、文化企业法、文化产业发展促进法、互联网法等。需要说明的是,随着技术的进步和管理方式的改变,新的文化立法会不断涌现,文化立法的范围也会不断变化。

3. 文化产业立法应分阶段实施。我国目前已制定了著作权法、文物保护法和语言文字法。以立法难度、敏感度为标准,可以分三个阶段制定剩余的法律:第一阶段的立法可以包括电影法、图书馆法、博物馆法和民族民间文化遗产保护法。目前这些法律的立法条件已完全成熟,可以列入全国人大立法的议事日程。第二阶段的立法可以包括文化产业发展法、广播电视法、互联网法、演出法、文化社团组织法和文化企业法。目前这部分法律的立法条件已基本具备,应加强研究上述立法还存在的难

^① 张丽:《法律移植的成本分析》,《渤海大学学报》(哲学社会科学版)2009年第2期,第86—89页。

点和问题,在适当的时候开展立法活动。第三阶段的立法可以包括新闻法和出版法。由于这两部法律与意识形态的关系较为密切,在加强理论研究的同时,应积极探索符合我国实际情况,并满足公民权利和政治权利国际公约要求的立法途径。^①

第二节 文化产业特征与法律保护必要性

一、文化产业发展的开放性及存在的问题

在全球经济结构调整过程中,文化产业兴起并发展成为一种战略产业,文化贸易是其中一个重要推动力量。文化贸易不仅是构成国际贸易越来越重要的内容,而且也是塑造国际新秩序的重要力量。面对西方发达国家文化产业占据强势的现实,发展中国家必须采取正确的文化贸易战略,以推动自身文化产业的发展。战略性贸易政策的推行并不是闭关锁国,而是在认识现实世界秩序和情形的基础上做出的理性选择。^②事实上,开放与贸易不仅是经济发展的重要推动力,而且也是文化繁荣的基本途径之一。因此,对外开放是中国毫不动摇的国策,进行文化贸易也是中国文化产业发展的必经之路。我国目前必须改变文化贸易中的输入国地位,在自我发展的基础上更多地输出,形成一种相对的平衡状态。

国内外的理论研究和产业实践表明,文化产业无论有什么其他的表述方式,还是被划分出多少种类,其所涉及的行业都离不开被视为主体的“新闻出版”“广播影视”“文化艺术”和“文化休闲娱乐”四大行业,更离不开被喻为高新技术产业的“软件及计算机服务”和“网络文化服务”两

^① 李世涛:《上层建筑视域中的文艺——中国当代文论界关于文艺与上层建筑关系的讨论》,《新疆艺术学院学报》2010年第3期,第77—83页。

^② 孙相东:《亨廷顿的文明冲突论再解读——兼论“9·11”与文明冲突论》,《世界经济与政治》2003年第1期,第34—39页。

大行业以及被喻为传统行业的“设计策划”，更离不开“知识产权”的保护。^① 由于这些行业无一例外地都以文学、艺术和科学作品创作者的创作活动为基础，以传播他们创作的作品为手段，以把这些作品变成精神产品作为目标，因此可以说，在这些行业的知识产权中，最重要的就是版权了。而正是由于充分意识到文化产业的基础就是因“作品创作”而形成的“版权”或者由“版权保护”的“作品”，正是充分认识到没有“创作”就没有“作品”，没有“作品”就没有“传播”，没有“传播”就没有“产业”，这些政府、民间组织和企业，才把大量的精力投入“知识产权”——特别是“版权”的保护之中，并且越来越普遍地把“打击侵权盗版行为”作为一项国家战略，提升到国家之间的双边关系、多边关系乃至全球关系的高度。

当前，我国文化产业的版权法保护还存在以下问题：

第一，全社会对“版权”的经济、社会价值认识不足，消费者个人和单位的版权法律观念淡薄，对购买、使用侵权盗版制品的违法性缺乏认识。同时，从事“文化创意”工作的单位和个人也存在着“版权保护”意识不足的问题，他们一边侵害他人版权、一边忽视自我保护的现象，也是十分普遍的。

第二，我国的版权法律、法规、规章尚不健全，如对网络传播作品的保护、对民间文学艺术作品的保护、版权的贸易规则还存在不明晰之处，给版权贸易带来了极大的不便。

第三，版权的服务、执法、管理体系尚不尽完善。版权管理、执法队伍偏小，管理、执法手段落后，影响了侵权案件的调处水平和盗版行为的打击力度；版权服务机构的单一、服务范围的狭窄、服务理念落后，也影响了版权服务水平和质量的提高。

第四，整个文化产业内部分工不足，人们注重作品的创作与传播，却忽视了版权的中介服务；从事“文化”工作的个人缺乏必要的版权法律知识和版权交易经验，却要负责自己作品的市场化运作；从事“文化创意”的单位缺乏内部版权管理制度，普遍没有专业的版权管理工作。在作品的创作与传播中间，急切需要引入和加强服务。

^① 浙江省政协重点课题调研组：《“智慧浙江”建设之现状与策略》，《浙江树人大学学报》（人文社会科学版）2012年第4期，第39—49页。

第五,由于我国文化产业中版权的中介代理体系尚未形成,版权代理制度尚未建立,各类作品的版权代理行为长期以来很不规范,在版权的交易、结算、履约、使用等方面普遍缺乏诚信制度和调节机制。^①

二、文化产业的发展战略与立法需求

依法治国,建设社会主义法治国家,是我国的基本治国方略。加快推进我国文化法治化进程,是全面落实这一方略的重要组成部分,是推动文化大发展大繁荣的基础性工作,更是我国文化发展的客观要求。抛开是否应该构建相对独立的文化法律体系的争论,尽快出台《文化产业促进法》,是加快推进文化法治化进程的重要步骤。

我国现有的文化产业法律都是以规范和管理为目的的法律,近年来国务院和文化行政主管部门出台的大量旨在促进文化产业发展的政策,因缺乏强有力的法律支撑而未能得到有效执行。以促进文化产业发展为目的的法律的缺失,已经成为制约我国文化产业发展的一大障碍,制定文化产业促进法面临着许多棘手的问题,如何定义“文化产业”这个概念就是其中之一。作为文化产业促进法调整对象的文化产业,其内涵与外延应该如何界定,绝不是一个简单的定义问题,而是事关我国文化产业发展战略的重大问题,也是事关这部法律究竟能否或在多大程度上实现其预期价值的核心问题。

在制定文化产业促进法时,界定文化产业概念必须参照的第一个问题是国家文化发展战略,在概念的选择上要充分反映并体现我国文化产业发展战略的基本要求。在我国,“文化产业”一词多用于理论领域,在实务领域,文化产业是通用的标准用法,同时还有几个竞争性的概念并存,如,创意产业、版权产业、内容产业和数字内容产业等。这是国际上文化产业概念不统一状况的国内表现和反映。国外相关研究认为,这几个概念都是关于文化作为一个产业的不同用语,具有边界模糊和不确定性的特点,主要区别在于所强调的产业性质的不同:文化产业强调的是文化产品的社会功能,或者说,在社会中所起的作用;创意产业强调的是

^① 袁泳:《数字技术与版权领域的利益平衡论》,《南京大学学报》(哲学·人文科学·社会科学版)1999年第3期,第135—143页。

个人的创造性,和以此为基础的生产要素的性质;版权产业强调的是产业产出品作为商品其财产权的性质;内容产业强调的是产业产出品本身的性质;数字内容产业强调的是数字技术和内容的融合性质。按照这个逻辑,文化产业应该是既强调文化产品的社会功能,也强调个人的创造性和生产要素的性质。^①

在社会主义市场经济条件下,发展文化产业是繁荣和发展社会主义文化、满足人民群众日益增长的精神文化需求的基本途径。使文化产业占国民经济的比重明显提高、国际竞争力显著增强、适应人民群众需要的文化产品更加丰富,所有这些要求,强调的都是这个产业的社会功能。也就是说,在文化价值与经济价值的双重追求中,文化产业更注重文化价值,更强调文化价值的优先性。

在制定文化产业促进法时,界定文化产业概念必须参照的第二个所要考虑的问题是法律效力,在概念范围的确定上要充分考虑并提高法律预期价值最大化。实际上,这是关于文化产业概念本身内涵或外延大小的问题。作为以促进文化产业发展为目的的法律,文化产业促进法必须要提高其法律效力,保证其促进文化产业发展这一预期价值的最大化。

技术的发展对文化产业产生的革命性影响还有待评估,但是,已经出现的内容与媒体分离趋势、媒体之间融合趋势和新媒体不断涌现趋势,足以表明文化产业是一个随着技术的发展而呈现无限开放性的产业。^② 对于这样一个产业,用法律这样具有相对稳定特征的强制性规范去定义,确实是一个挑战。如何使概念清晰明确,以便于法律实施,同时又为未来可能出现的新业态预留适当空间,以不至于将那些未来可能出现的重要新业态拒以法律调整范围之外,这是界定文化产业概念,确定其内涵或外延时必须予以恰当解决的问题。

^① 赵力平:《文化产业特征、功能》,《中共杭州市委党校学报》2002年第4期,第20—24页。

^② 田龙过:《媒体融合趋势下的传媒教育改革谨防再陷误区》,《中国广播电视学刊》2010年第4期,第45—47页。

三、文化创意的法律属性

(一)文化创意的物权属性

物权是特定的社会人与人之间对物的占有关系在法律上的表现,是法律确认的主体对物依法享有的支配权利,即权利人在法定范围内直接支配一定的物,并排斥他人干涉的权利。物权是一种典型的支配权。文化创意人对文化创意具有支配权。若文化创意在形成中或形成后,在文化创意人与文化创意使用人是同一人时,或文化创意人并未与他人就文化创意而发生法律关系时,该文化创意权也就是一种对世权,其义务主体是权利主体以外的不特定的任何人,毕竟该文化创意的形成凝聚着文化创意人的精力、时间与智慧。但传统民法物权的标的限于有体物,而文化创意只是一种创造性的构思,它不一定通过某种有形形式固定下来。它或许是通过一定的有体物来表现的,但若脱离这些物质载体,就很难被看成是有体物了,那它就应属于无体物。

(二)文化创意的债权属性

法律上的债,是指特定当事人之间得请求为特定行为的法律关系。我们可以认为文化创意产出者与文化创意使用者之间存在合同关系,文化创意产出者享有根据合同确定的相关请求权,文化创意产出者对于其文化创意拥有专有权,其他人要是使用其文化创意的话,则要得到其允许,文化创意产出者与文化创意使用人签订合同,文化创意产出者为使用人提供文化创意,文化创意使用人拥有使用权及合同中约定的权利,但合同仅约束当事人而往往易导致第三人免费使用该文化创意的结果。由于合同的相对性,合同仅约束当事人而不能产生对抗第三人的强大效力,因此,合同对于第三人的影响较小。如果合同双方没有按照约定履行各自职责,那么也就是说,文化创意产出者不能按合同约定提供相应的文化创意或文化创意使用人没有遵守有关约定,受损方都有权利提出请求,另一方需承担相应的违约责任。如果当事方未做出任何意思表示或承诺,而在承诺没有确实做出的情况下,一方利用了使另一方受损失的文化创意,另一方则从此文化创意中获利,这时双方就形成了不

当得利之债的法律关系。

(三) 文化创意的知识产权属性

文化创意是有创造性的构思,属于思想观念范畴。而思想一般是不受法律保护的,各国著作权法的一个基本原则就是只保护文化创意的表达而不包括文化创意本身。一般的构思是为表现抽象的思想寻找具体形式的过程,构思是思想的最后阶段。文化创意是其他传统知识产权客体的雏形阶段,文化创意或构思是一种精神性或思想性的东西,但它又不是纯思想的与工具材料、物质无关的。可以说,构思或文化创意具有创造性智力成果的全部基因,它相当于未来会成长为胎儿,最后成长为婴儿与成人的受精卵。实际上,对于发明的创造、商标的设计和使用,文化创意的性质和作用也大体如此。显然,文化创意与发明、作品、商标均有一些联系,可以说是它们的雏形和初级阶段。当然,文化创意的范围要远远广于发明、创作与商业上的商标文化创意范围,它还可包括其他方面的文化创意,如企业形象文化创意、营销策略文化创意、电视节目文化创意、个人形象策划的文化创意等。总之,文化创意可以说是传统知识产权客体如作品、发明、商标的雏形,是孕育中的知识产权客体,文化创意已经具有了知识产权客体的全部要素,只是不如知识产权那么具体。但它毕竟具有了一定的客观性,这使得其能够在人们之间进行传播,并能够被利用而在生产与社会活动中产生效益,具有一定价值,它在本质上与传统知识产权客体无异。对文化创意本身来说,由于它是一种对传统知识产权客体的创造性的构思,基本上也应属于创造性智力成果,应纳入知识产权保护的范围。^①

四、国外对于文化创意的法律保护比较研究

(一) 美国

文化创意在人类社会生活中的各个领域都发挥着重要的作用,可以说文化创意是人类创造性活动的一个起始阶段,没有文化创意,人类的

^① 曾言:《文化创意保护的法律考量》,《法治论丛》2008年第1期,第90—96页。

全部创造性活动均无法进行,正因为文化创意如此重要,法律更有必要对其进行保护。关于文化创意的保护方法,美国法院已经探索使用财产权方法、准合同或不当得利方法、合同方法、信任(秘密)关系方法、反不正当竞争方法和著作权方法来保护文化创意人的文化创意。

1. 财产权方法

英美法中的财产权大体类似于大陆法系中的物权,使用在文化创意上建立财产权的方法来保护创意的办法就是文化创意保护财产权理论,财产权理论为文化创意的创造者提供未经文化创意人许可就不能使用或披露该文化创意的专有权,之所以可以用财产权方法来保护文化创意,是因为财产所有权既可存在于有形财产中,也可存在于无形财产中。需说明的是,美国通常有两种著作权:一是普通法著作权;二制定法著作权。如果作品没有出版,则其普通法著作权是永久存在的,作品一旦出版,则其只有制定法著作权。

财产权保护对于文化创意人来说显然是最有利的,由于财产权是一种对世权、绝对权,其权利效力非常强大。但它与“思想不可被专有”的公理相冲突:一方面,将阻碍人们对文化创意的自由使用;另一方面,也将激励文化创意人提供更多更好的文化创意。因此,美国法院和评论者在讨论文化创意保护包含财产权理论时,都极度谨慎。^①

2. 准合同方法或不当得利方法

准合同方法是比财产权方法应用稍多的文化创意保护方法,在英美法中,准合同、不当得利和恢复原状几乎被人们交叉使用,准合同不是真正的合同,它不是基于任何有意的当事方或基于其做出的任何承诺,相反它是因公正而由法律所创造的责任。在承诺没有确实做出的情况下给予救济的目的是阻止一方利用使另一方受损失的文化创意,换言之,避免不当得利。

在准合同方法下,法院在对文化创意采取保护措施前要考虑很多因素,包括文化创意的性质、双方的关系和交易、公共政策考虑及双方的预期。准合同方法是一种法律创设的方法,相当于法律对当事人之间的强制干涉,而这种干涉一般只在利益严重失衡的必要情况下才被允许。当

^① 王太平:《美国对创意的法律保护方法》,《知识产权》2006年第2期,第34—40页。

文化创意具备新颖性和具体性时,利益关系才有可能严重失衡。因此,新颖性和具体性是必需的,而且如果不要求新颖性和具体性的话,法律的强制干涉可能产生直接将某些公共领域的东西划入私人领域的危险。因为不新颖的东西本身就是公共领域的东西,如果对原告提供救济的话就相当于将公共领域的东西划给了原告,这显然是不公平的,而一旦要求文化创意具备新颖性和具体性,则很显然又会遇到与财产权方法保护所涉的同样的问题,这又使得准合同方法无法发挥作用。

3. 合同方法

合同方法是文化创意保护的最有力和在实践中最有效的方法。合同方法包括明示合同方法与默示合同方法,其中最为典型的是明示合同方法,默示合同方法只是在合同产生条件上与明示合同方法有所不同,默示事实合同和明示合同之间的唯一区别是合同双方用行为代替词语表达,而且,在默示事实合同理论和明示理论下的政策含义是一样的,因此,在这里主要以明示合同为主谈合同方法。在美国,在对当事人提供保护时,法院比较慷慨。但也并非说合同方法保护下不需要任何条件,在合同方法下保护文化创意同样要求一定的条件,首先是新颖性条件,其次是具体性条件,再次是文化创意是否能构成合同约因。但合同仅约束了合同当事人,而不会像财产权理论那样产生对抗第三人的强大效力,因此,用合同方法保护文化创意对第三人的影响较小,那么如果没有较高文化创意保护形式,任何一方对于之外的盗用人都是不安全的。^①

由于新颖性和具体性等条件的要求,合同方法产生了与前述的财产权方法和准合同方法相类似的问题,即不仅文化创意人可能无法完成新颖性和具体性的证明,而且这些条件显然使得文化创意人希望寻找现行的著作权法保护,而不是这种不确定的仅仅在当事人之间有效的合同法保护。

4. 其他方法

在美国,保护创意的其他方法还包括信任(秘密)关系法、反不正当竞争法以及著作权法,对于文化创意保护来说,相对前述的几种保护方法,信任(秘密)关系法和反不正当竞争法的保护是较弱和不太确定

① 王太平:《美国对创意的法律保护方法》,《知识产权》2006年第2期,第34—40页。

的。信任(秘密)关系法和反不正当竞争法实际上性质是相同的法律,它们对权益的保护均是一种“消极性”的保护,即多数情况下只有当有人来侵犯时,“权利人”才能加以抗击,而正常情况下,“权利人”的“权利”是引而不发的,其“权利”是不全面的。就信任(秘密)关系方法来说,“保护的信任关系理论依赖于明示或默示合同理论的生存能力”。“尽管作为它自己的理论出现信任关系理论是其他各种理论的混血。”^①就反不正当竞争法来说,文化创意是否受保护也不是十分确定,著作权方法类似于前述的财产权方法,只不过其产生依据是著作权法,产生结果是一种制定法著作权,文化创意在著作权法框架内一旦获得保护,那其获得的权利是十分强大的。

(二)日本和韩国

随着文化战略地位的不断提升和文化经济价值的日趋重要,文化产业已经成为世界主要国家的战略产业和重要的支柱产业,各国政府纷纷出台旨在促进文化产业发展的政策措施,围绕文化产业的国际竞争日趋激烈。各国文化背景和法治传统的不同,以及经济发展理念上的差异,决定了各国政府在促进文化产业发展中的角色定位、政策方向和领域选择方面存在着明显的区别。^②根据日本学者的研究,国际上促进文化产业发展的典型模式有三种:一是以美国为代表的民间主导和产业政策中心型;二是以法国为代表的政府主导和文化政策中心型;三是以韩国为代表的政府主导和产业政策中心型。日本的促进模式总体上属于中间型,在政策方向和领域选择方面存在着模糊和重心不明确的情况。^③但是,不论促进模式的选择如何,将促进政策法律化却是一种普遍的做法,所不同的不过是方式不同而已。

韩国是世界上最早制定文化产业促进法的国家。文化产业,在韩国称为“文化内容产业”,韩国的文化产业促进法名为1999年通过的《文化

① 王太平:《美国对创意的法律保护方法》,《知识产权》2006年第2期,第34—40页。

② 刘轶:《他山之石:美、英、法、韩等国的文化政策》,《社会观察》2004年第4期,第10—11页。

③ 方彦富:《国内外文化产业管理若干模式探究》,《亚太经济》2009年第6期,第48—52页。