

新疆民间文学艺术 知识产权保护研究

吕睿 / 著



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

新疆民间文学艺术 知识产权保护研究

吕睿 / 著

本书由新疆艺术学院资助出版



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

新疆民间文学艺术知识产权保护研究 / 吕睿著. —
北京:法律出版社,2014.8

ISBN 978-7-5118-6795-7

I. ①新… II. ①吕… III. ①民间文学—知识产权—
保护—研究—新疆②民间艺术—知识产权—保护—研究—
新疆 IV. ①D927.450.340.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 200120 号

新疆民间文学艺术知识产权保护研究
吕睿 著

编辑统筹 政务出版分社
策划编辑 刘 雪
责任编辑 刘 雪
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任印制 吕亚莉

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 19.75
字数 280千
版本 2014 年 9 月第 1 版
印次 2014 年 9 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

电子邮件/info@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:

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

重庆公司/023-65382816/2908

深圳公司/0755-83072995

第一法律书店/010-63939781/9782

书号:ISBN 978-7-5118-6795-7 定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 一

知识产权国际制度是近代以国家实力角逐奠定的国际秩序的有机组成,随着全球化与工业化市场扩张至整个世界,西方主导的秩序状态形成。在这一环境下,后起国家在快速但被动的知识产权制度建设中承担了沉重的成本,这对其发展无疑是雪上加霜。后起国家可以为自己争取的余地是有限的,在本土化原则下获取保护条约的弹性回旋空间与纳入或提高优势知识产品保护这两条路径。后起发展中国家多传统优势资源,现代知识创新产品较少,力求对民间文学艺术、传统知识和遗传资源的保护是现实通道。当然,以国家利益为中心的知识产权制度磋商并不容易达成共识。

民间文学艺术知识产权保护研究遵循一般演绎与特殊归纳结合的路线。本书以国际经验总结与新疆区域实践的对接来探求我国保护框架。法律是一国统一的规范,以某一区域所进行的研究并不能适用为法律,但也只有从对各区域进行的实证性研究才能充分提炼出一般性规范的尺度,从而获得可行性支撑,避免理论研究的简单指导。本书的研究正是为国家统一法律规范的上位研究提供一个区域分析成果参照。新疆在我国民间文学艺术知识产权保护框架中具有代表性和独特性,这不止于四大文明交汇造就的文化多样性,也在于传统文化现代化面临的困境。吕睿博士的此著作正是基于这种思考,尝试为国家制度建设填补新疆区域研究的空白。对新疆民间文学艺术及其保护进行全面完整的资料搜集、整理与分析;以新疆区域研究,支撑我国民间文学艺术知识产权保护制度的构建;同时在解决新疆面临的以现代文化引

领、推进文化优势资源转换,实现地区稳定发展问题提供知识产权的新维度方面具有推进性。

吕睿博士是新疆支边人的后代,对新疆有着深厚的情感,也是该地区从事知识产权研究的代表,期待她立足当地的研究对新疆知识产权事业的发展做出贡献!

曹新明

2014年9月4日

序 二

给即将印行的博士学术著作作序是第一次,一开始很犹豫。因为这类论著的学术性很强,加之本篇论著的选题又具有一定的挑战性,所以有些畏难,恐难胜任而婉辞。但面对著者再三的、不容置疑的信任,也只好勉为其难了。也许是因了该著作在专业上应体现博学的要求吧,这篇论著共有28万字左右,我拿到该著作后在工作之余断断续续用了近2个月时间才通读了一遍。在为著者的执着所感动的同时,也为其中宽领域、大纵深的丰富信息而深感开卷受益。

吕睿是个勤勉好学、善思敢当的人。作为新疆本土高等艺术院校的年轻教师,在事业、家庭都需要尽全力经营的时候,她却选择了坚持向学,自加压力,向更高学位攀登以提高自身素质。寒暑四载,终于完成了由法学硕士到法学博士的蝶变,实属不易。一个艺术类院校的教师主攻法学,似乎不太符合常规。但她选择艺术法学作为主要研究方向,并选择当今国内外都十分关注但却面临许多未解难题的知识产权保护这一与文学艺术关联度很高的法学领域作为主要研究领域,比较好地找到了学习与工作的契合点。而且,在与其攻学时段相重叠的近4年中,她同时争取并完成了国家社科基金西部项目《新疆知识产权战略视野中的民间文化艺术保护研究》和新疆维吾尔自治区高校科研计划项目《新疆民间文化艺术知识产权的保护研究》2个课题。这与其完成博士学业,起到了相互促进、相得益彰的功效。

真正意义上的国际知识产权保护主要始于19世纪后期,以两大公约诞生和世界知识产权组织的成立为显著标志,肇启了国际知识产权保护制度的构

建。随着经济全球化的逐步形成和知识经济时代的到来,特别是一批新兴发展中国家的崛起,知识产权日益引起世界各国的重视与关切。因为,它已成为国家发展的战略性资源和国际竞争力的核心要素、建设创新型国家的科技支撑、掌握国家发展主动权的关键软实力。我国自改革开放以来,经济取得巨大发展并已走在世界前列,教育、科技、文化事业也快速发展,取得了重大进步。但知识产权保护方面的困难和问题依然存在且日益突出和严峻,一些方面明显地存在着受制于人的“制度瓶颈”,尤其在地理标志、遗传资源、传统知识、民间文艺等特定知识产权的保护方面。

本书立足国情、区情,放眼国际视域,将探索国际经验与研究本土实际有机结合,试图从研究制度建构与实际需求间存在的相适与不适中,找到适合国情、区情的特定知识产权保护的路径和方法。但是,这一领域现阶段虽是世界性关注热点,但同时又处于一种普遍、胶着、对冲的博弈状态,直面的核心问题可能在相当一段时间内很难找到突破的出口,着实是一块难啃的“硬骨头”。选择这样的论题,是对著者耐心、智慧与顽强的一种深刻考验。当读罢掩卷时,我庆幸著者没有退缩,更没有放弃,而是坚持前行,走到终点,交出了既合学理又切实际的答卷。

著者遵循从一般到特殊、再到一般的研究方法,以问题为导向,以提出、分析、研究、解决问题为学术研究过程,抽丝剥茧,条分缕析,宏微结合,纵横呼应,逐渐丰满了论著的理论架构和学术成果。最终落脚于新疆具体实际分析的对策建议,划上了学术研究的务实句号。

本书内容共有五章,始终紧扣知识产权保护法律制度研究主题,从国际主流发展至区域寻求突破、再到新疆现实结合的层进式研究,体现了著者博览群书、深学细研的刻苦精神。

掩卷沉思,我认为著者是一位责任感、使命感都很强的当代学者。正如她在结语中所表达的认识与抱负:社会科学的研究承载着社会发展的使命。

探讨新疆民间文学艺术知识产权保护,以制度机制激发传统文化传承动力,推动传统文化与当代社会相适应、与现代文明相协调,以文化自信自觉消解封闭宗教化倾向,形成尊重差异、包容多样、相互欣赏,大力发展一体多元、融合开放、具有新疆特色的现代文化。并由此推进文化优势资源转换,增强内生自主发展动力,依托援助的较高平台搭建立足区域优势的发展结构布局,实现跨越发展和维护长治久安。

中华民族正处在文明复兴的前夜,迎来那复兴的灿烂曙光,需要千千万万有理想、有抱负、有作为的建设者共同为之不懈地努力。

马彦峰

2014年8月31日

目 录

前 言	(001)
第一章 逻辑起点:新疆民间文学艺术概述	(012)
第一节 文艺学论域之民间文学艺术	(012)
一、民俗学与民间文学艺术	(013)
二、民间文学与民间文学艺术	(016)
第二节 法律论域之民间文学艺术	(019)
一、非物质文化遗产与民间文学艺术	(021)
二、民间文学艺术表达/传统文化表达与民间文学艺术	(022)
三、相关概念	(023)
第三节 知识产权论域之民间文学艺术	(026)
一、民间文学艺术的概念	(026)
二、民间文学艺术的属性	(028)
第四节 新疆论域之民间文学艺术	(036)
一、新疆民间文学艺术形式多样的种类	(037)
二、新疆民间文学艺术卓尔不群的特色	(040)
三、新疆民间文学艺术极致典型的特殊	(042)
第五节 新疆民间文学艺术价值论	(044)
一、新疆民间文学艺术文化价值解读	(044)
二、新疆民间文学艺术经济价值解读	(049)
三、新疆民间文学艺术政治价值解读	(063)

第二章 理论基石:新疆民间文学艺术知识产权保护的应然性 (070)

第一节 新疆民间文学艺术知识产权保护应然性的

历史审查 (070)

一、世界政治经济秩序演变的历史审查 (071)

二、国际知识产权制度演变的历史审查 (081)

三、新疆民间文学艺术知识产权保护的历史应然性 (086)

第二节 新疆民间文学艺术知识产权保护应然性的

理论检视 (093)

一、知识产权制度正当性基础理论检视 (093)

二、知识产权制度正当性的理论回归 (101)

三、新疆民间文学艺术知识产权保护的理论应然性 (108)

第三章 实践启示:新疆民间文学艺术知识产权保护路径探求 (115)

第一节 民间文学艺术法律保护的国际实践 (116)

一、民间文学艺术早期国际法律保护实践:探索与合作 (116)

二、民间文学艺术晚近国际法律保护实践:分立与综合 (126)

三、民间文学艺术相关国际法律保护实践:多元与促进 (138)

第二节 民间文学艺术法律保护的区域实践 (142)

一、民间文学艺术的区域文化遗产保护:统一有序、特色鲜明 (142)

二、民间文学艺术的区域知识产权保护:立场差异、多样探求 (149)

第三节 民间文学艺术法律保护实践的评析:国际启示 (168)

一、民间文学艺术法律保护的二元综合格局 (168)

二、民间文学艺术法律保护格局的倾斜与衡平 (171)

三、民间文学艺术知识产权保护的模式与选择 (175)

第四节 新疆民间文学艺术法律保护实践:本土需求 (177)

一、新疆民间文学艺术遗产行政保护实践 (178)

二、新疆民间文学艺术立法司法保护实践 (181)

三、新疆民间文学艺术法律保护实践评析 (183)

第五节 新疆民间文学艺术知识产权保护路径探索	(186)
一、知识产权制度框架讨论民间文学艺术保护的必要性	(186)
二、新疆民间文学艺术知识产权保护路径选择	(189)
第四章 差距分析:新疆民间文学艺术保护与知识产权制度的	
契合与错位	(192)
第一节 著作权制度与新疆民间文学艺术保护的差距分析	(193)
一、著作权制度与新疆民间文学艺术保护的相关	(193)
二、著作权制度与新疆民间文学艺术保护的困境	(195)
第二节 商标、地理标志制度与新疆民间文学艺术保护的	
差距分析	(206)
一、商标、地理标志制度与新疆民间文学艺术保护的相关	(206)
二、商标、地理标志制度与新疆民间文学艺术保护的困境	(223)
第三节 其他知识产权制度与新疆民间文学艺术保护的	
差距分析	(232)
一、外观设计制度与新疆民间文学艺术保护的相关与困境	(232)
二、反不正当竞争制度与新疆民间文学艺术保护的相关与	
困境	(234)
第五章 重构调适:基于新疆分析的我国民间文学艺术知识产权	
保护制度构建	(239)
第一节 基于新疆分析的我国民间文学艺术独立特别权利	
重构	(240)
一、民间文学艺术特别权利保护价值目标	(240)
二、民间文学艺术特别权利保护基本原则	(242)
三、民间文学艺术特别权利保护权利客体	(243)
四、民间文学艺术特别权利保护权利主体	(251)
五、民间文学艺术独立特别权利制度设计	(260)
六、民间文学艺术特别权利模式实践样本	(269)

第二节 基于新疆分析的我国知识产权制度调整适用	(272)
一、民间文学艺术保护的商标、地理标志制度调整适用	(272)
二、民间文学艺术保护的外观设计调整适用	(276)
三、民间文学艺术保护的反不正当竞争有限适用	(277)
结 语	(278)
参考文献	(281)
后 记	(301)

前 言

一、研究的背景和意义

(一) 理论意义

民间文学艺术保护的初始动力与有形文化遗产保护一样都源自工业化进程的影响。自进入知识经济、信息经济时代以来,技术与市场为全球化插上两翼,使发展前所未有的加速和紧密。以市场为先导,工业化模式推进所向披靡,同质化将文化多样消解的岌岌可危,族群文化认同危机的挣扎掀起了无形文化遗产保护的高潮。

一切族群传统文化都面临着破茧重生的现代化问题,没有例外。工业化时代取代农耕时代是人类生产方式的重大变迁,摧毁了传统文化赖以生存的土壤,对其影响是根本性的,如何在大转折中实现与现代社会相适应的扬弃再生是生死攸关的挑战。民间文学艺术是生活的,与特定族群天然依存,具有与生的文化表征和身份标志,它的命运与族群休戚与共,具有主权和人权的意义。同时,一个缤纷多彩的世界是生物多样性与文化多样性环境的产物,文化多样性的维系寄托于不同族群的各样传统文化,所以,民间文学艺术保护的论题不是出自狭隘而粗浅的族群需求权衡。

民间文学艺术的知识产权保护作为对无形文化遗产保护的回应方案之一,20世纪60年代开始在国际社会被关注和讨论。随着实践的深入,遗产保护方案与产权保护方案分立,形成联合国教科文组织引领遗产保护,世界知识产权

组织引领产权保护的格局。新千年世界知识产权组织设立“知识产权与遗传资源、传统知识和民间文学艺术政府间委员会”(WIPO-IGC),进行专立探讨,在迄今27次会议中取得了积极进展。知识产权制度以其对文学艺术创作的保护激励而成为众望所归的选择途径之一。然而作为近代人类创设的制度典范,它与历经代代推进沉淀的传统文化来说显得既格格不入,又捉襟见肘。现实需要与现存制度间的协调造就了国际、区域和国家层面的诸多有益探索,形成了多样保护模式。

这些多样的模式令研究的梳理颇费周折和艰辛,但这也见证和积累了民间文学艺术知识产权保护的拓荒和成果。然而难以乐观的局面是对民间文学艺术知识产权保护的认同与否,道路如何选择是基于知识产权制度产权与政策双重本质属性决定的。这就造成了民间文学艺术知识产权保护正当的相对性,立足国家利益的现有制度与突破现有制度的力度分歧和模式差异。民间文学艺术是以人类文化当代形式的节点体现,它连贯过去和未来,会通多种文化,关联不同族群、国家与人类的利益,难以以产权简单分割,传承的遗传与变异也不宜以创造性标准衡量。由于客体的差异、目标的差异与利益的差异,民间文学艺术知识产权保护深陷入差异的困境,国际协调的困难不言而喻。

知识财产地位的上升,国际贸易规模的扩大督促着我们在提升创新,实施知识产权战略中纳入优势资源的保护,这也是制度设计公平的争取。我国民间文学艺术面临着同样的保护紧迫性,同时作为发展中大国、传统文化资源富国,在建设文化强国,推动文化产业成为国民经济支柱性产业的发展部署中具有保护的现实性。在WIPO-IGC推进的民间文学艺术知识产权保护工作中尚未形成实质性的国际文件,各国国内法探索百家争鸣,我国长期制度缺位致使矛盾集聚,法律功能落空,在当前多民族国情面临复杂国际国内环境的情况下,会产生消极的连动反应。在以国际化视野,本土化立场来构建我国民间文学艺术知识产权保护的法制屏障方面应当有所作为。

理论研究必须面对实践检验。我国民间文学艺术知识产权立法的“瓶颈”不仅在于理论难点的克服,更在于国情的把握,尤其是对以新疆为代表的多民

族地区的实际研究来有力支撑制度的设计和实施。本书意在以新疆为分析样本,为我国民间文学艺术知识产权保护研究提供有益的实证研究,助力制度建设,推进支持国家知识产权战略和文化发展部署,以力量成长影响国际协调的进程。

(二) 实践意义

本书选取新疆民间文学艺术知识产权保护为分析路径。新疆极致的典型性与特殊性,成为不可取代的研究素材,对其进行实证研究以提升制度的现实性和可行性。同时对新疆优势资源转换发展,推进传统文化现代化转变,对实现地区长治久安意义现实重大。

新疆样本显露了民族传统文化保护必须面对的深厚多元、利益复杂、现代转型的诸多问题,具有典范深刻的实践分析价值。

第一,新疆民间文学艺术盛名享誉中外,具备多样丰富的种类,完整的原生及现代生长形态、族际与区际间交流的生长生态,清晰地展示了知识产权保护利益链条的样本。

第二,近年来,原先被“冷战”掩盖的民族、宗教矛盾凸显,民族主义、宗教思潮沉渣泛起并同流合污驱动恐怖主义成为新疆安全的最大威胁;全球化解构与民族文化多样性主权冲突的大背景、中亚地缘环境与新疆区域呼应共振,新疆的问题难以孤立而具有国际化特点;多民族与跨界民族所隐含的“民族认同”与“国家认同”问题日益显现其深层次的安全意义;市场化改革加剧了边疆与内地发展差距,成为助长思潮极端化走向的内在诱致因素。新疆问题清晰地显现了民族传统文化关系族群与族群、族群与国家间复杂而敏感的民族问题,其与文化、政治、经济彼此勾连、影响制约的状态,诠释了对其知识产权保护探讨的复杂真实。

第三,新疆是我国西部的门户,其突出的战略地位决定了我国对民族传统文化的保护若没有以新疆进行区域分析的保护方案是难以具有可实施性的,难以有效呼应国家法律的统一适用。而过多依赖区域自治法调节则会加重新疆的特殊性。

第四,近年来,新疆传统文化传承内生动力不足,显现出封闭化、宗教化倾向,与现代制度、公民意识、法制理性格格不入,暴力、恐怖和极端势力创造了可乘之机,面临着严峻和紧迫的文化现代化挑战,并深层制约地区乃至国家安全与发展。

任何社会科学的研究都是不能脱离现实的,对新疆发展的牵怀、问题的反思透视、解决途径的思考深深扎根在专业的研究之中。新疆的战略地位体现在地理屏障与资源基地,这也是它在国家大格局中的角色。丰富的物质资源开发已经相对成熟,形成了以自然能源为特色的新型工业化和自然资源为特色的现代农牧业产业体系。新疆文化资源的优势日益显现,但制约于传统文化自身的衰落、文化产业发展滞后,以及传统文化现代化的“瓶颈”,在这样一个困局中寻求一个解局的路径成为学习研究的现实使命。以知识产权保护新疆民间文学艺术,意在以知识产权功能激励传统文化主体传承内在动力,提升优势资源转换,以文化的自信与自觉推进传统文化精华继承、吸收其他优秀文化成果、推进与时代共进发展的现代文化,实现稳定与发展。

二、国内外研究现状

民间文学艺术知识产权保护是一个兼具理论性与实践性的课题,因此,对其的理论研究与实践尝试相长前进。

国际社会从20世纪60年代斯德哥尔摩《伯尔尼公约》修订外交会议开始初探民间文学艺术知识产权保护问题,此后世界知识产权组织与联合国教科文组织两度合作进行了1976年《发展中国家突尼斯著作权示范法》与1982年《保护民间文学艺术表达、防止不正当使用及其他侵害行为的国内示范法条款》实践。而后,世界知识产权组织逐步分立,以WIPO-IGC专注于知识产权对民间文学艺术的保护磋商,形成了阶段性文件《传统文化表达/民间文学艺术表达保护:修订的目标和原则》。WIPO-IGC多年来通过反复的调查、分析、研讨,对此主题进行了最为广泛和深入的探讨,成为相关研究的指导性理论成果。

在实践层面, WIPO - IGC 是独立特别权利路线, 区域层面的非洲知识产权组织《班吉协定》、非洲地区工业产权组织《关于传统知识和民间文学艺术表达保护的法律规定》、太平洋共同体秘书局、太平洋岛国论坛、联合国教科文组织《太平洋地区保护传统知识及传统文化表达框架协议》, 国家层面的《菲律宾土著人权利法》、巴拿马《关于保护和捍卫原住民的文化特性和传统知识的集体权利特别知识产权制度的法律及相关措施》, 地区层面的台湾地区“原住民族传统智慧创作保护条例”也是这种路线的代表。利用和调整现有知识产权制度路线主要是亚非拉国家利用著作权法对民间文学艺术进行保护, 发达工业化国家侧重利用商标、地理标志和反不正当竞争保护。这与各国的利益诉求与发展状况有关。

在理论研究方面, 对民间文学艺术知识产权保护的研究多通道介入, 包括制度建设、人权、文化多样性、制度正当性以及国家经验等方面。较为全面研究的文献有: Silke Von Lewinski, *Indigenous Heritage and Intellectual Property, Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore* 2nd Edition; Daphne Zografos, *Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions*, 这些研究对民间文学艺术特性、国际国别经验整理、对现有制度分析进行了深入的研究, 提出保护的建设方案和出路方向。从人权、文化多样性视角论证保护意义的研究文献有: Tzen Wong, *Graham Dutfield, Intellectual Property and Human Development: Current Trends and Future Scenarios*; Lea Shaver & Caterina Sganga, *The Right to Take Part in Cultural Life: On Copyright and Human Rights*。地区与国家经验的研究文献有: *Traditional Knowledge, Traditional Cultural Expressions and Intellectual Property Law in the Asia - Pacific Region* (Max Planck Series on Asian Intellectual Property Law); Justice Ronald Sackville, *Legal Protection of Indigenous Culture in Australia*; ES Nwauche, *Protecting Expressions of Folklore Within the Right to Culture in Africa*; *Enacting Laws to Protect Indigenous Intellectual Property Rights in the United States*; *Australia's Heritage Protection Act: An Alternative to Copyright in the Struggle to Protect Communal Interests in*