

西南知识产权博士文库

张玉敏 主编

民间文学艺术的 知识产权保护研究

张
耕◎著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

民间文学艺术的 知识产权保护研究

张耕◎著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民间文学艺术的知识产权保护研究/张耕著. —北京:法律出版社, 2007. 9

ISBN 978-7-5036-7680-2

I. 民… II. 张… III. ①民间文学—知识产权—保护—研究②民间工艺—知识产权—保护—研究 IV. D913.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第137233号

© 法律出版社·中国

西南知识产权博士文库

张王敏 主编

民间文学艺术的
知识产权保护研究

张 耕 著

责任编辑 刘文科

装帧设计 汪奇峰

开本 A5

版本 2007年10月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 10.625 字数 270千

印次 2007年10月第1次印刷

编辑 法学学术出版分社

经销 新华书店

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-7680-2

定价:26.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介

张耕 男，重庆璧山人，1964年8月出生，教授，博士，西南政法大学民商法学院副院长，司法部国家司法考试命题委员会委员，国家知识产权战略办公室专家库成员，重庆市律师专业高级职称评审委员会委员，重庆市知识产权研究会常务理事，重庆市法学会民法经济法研究会理事，重庆仲裁委员会仲裁员，武汉仲裁委员会仲裁员，桂林仲裁委员会仲裁员，淮阴仲裁委员会仲裁员，重庆坤源律师事务所执业律师。获得过国家级优秀教学成果二等奖、四川省优秀教学成果一等奖、重庆市优秀教学成果二等奖、重庆市优秀中青年骨干教师等奖励或荣誉称号。主要研究方向为知识产权法和合同法，公开发表学术论文40余篇，出版《知识产权民事诉讼研究》、《商业秘密法律保护研究》、《走向21世纪的中国知识产权法》、《法律谈判的理论与实务》等专著，译著、教材等著作10余部，主持和承担了国家级和省部级科研项目5项。



“博学笃行 厚德重法”为西南政法大学校训

此为试读, 需要完整PDF请访问: www.ertongbook.com

总 序

随着信息技术的发展、经济的全球化以及对外开放的逐渐扩大和深入,历经三十年,中国的知识产权制度已经日趋完善,知识产权研究也呈现出多元化的趋势。在知识产权立法的早期阶段,出于工具主义思考,为了尽快为中国移植发达国家的知识产权制度,更多的知识产权研究着力于注释知识产权的一些基本制度、基本框架。在从学术史上看,这大致属于知识产权的注释法学阶段。至20世纪90年代末、21世纪初,在中国的知识产权制度基本完善的前提下,学者们对知识产权的研究拓宽了视野,知识产权的概念、历史、哲学、体系化、性质、经济分析等逐渐进入研究视野,并涌现出一批优秀的学术成果。套用苏力关于中国法学三个阶段的论述,这一阶段的知识产权研究进入了“诠释法学”和“社科法学”并举的时期。

在知识产权研究日益多元化的情况下,我们应当贡献什么?基于这种问题意识,我们推出了这套“西南知识产权博士文库”。然而,问题在于,在今

天这个日益信息化的时代,人们为诸多的文字材料所包围,由于自身精力的限制,人们根本没有太多时间去触摸、更不用说去阅读书店里的一些文献。因之,这套文丛是否只意味着占用了一些书号,挤占了书架的一些空间?在很多情况下,一些哪怕是经典的书籍都被束之高阁。这套文库的未来命运将会如何?

担心将我们推向了知识产权研究多元化氛围的思考。在日益市场化的今天,学术产出也必须符合市场经济的规律,供给与需求相符相成。如社会分工之于市场的重要性一样,学术分工也在学术研究中发挥着重要作用。如果承认道德多元化、思想多元化是法治社会的重要特征,那么,我们就可以断言,无论书籍的行文风格、价值取向、问题意识等,我们都可以找到一些哪怕是个别的读者。更重要的是,书籍一面世,作者便丧失了控制它的权力。在作者、作品和读者这个文学系统中,重要的已不再是作为支配一方的作者,而是作者与读者之间的那种主体间性。这对我们意味着,只要认真、努力也就够了。

从基本方向上看,这套博士文库尽管包括了学术前沿、热点问题等,但基本理论研究是其主旋律。当然,这并不意味着我们认为学术研究存在一个高低贵贱之分的问题;事实上,我们真正考虑的是学术上的比较优势。

西南政法大学 张玉敏
2007年9月

序

民间文学艺术由于其悠久的历史、丰富的内容、绚丽多姿的表达形式和神秘色彩,成为现代文学艺术创作的重要源泉。但是,在发达国家主导下构建的现代知识产权制度在保护创新的名义下将民间文学艺术、遗传资源、传统医药等传统文化遗产排除在保护范围之外,发达国家利用先进的科技手段和传播技术无偿利用他人文化遗产获得之“新”成果却能够获得知识产权的保护,殊失事理之平。

人类的研究成果已经证明,一种文化类型越是历史悠久,越是在独立封闭的环境中发展起来,其民族特色就越鲜明。从文化“基因”的角度看,其价值也就越大。民间文学艺术从远古走来,承载着漫长的人类历史,体现了特定群体积淀在人们深层心理结构之中的文化形态和文化个性,构成了民族亲和力的源泉和民族认同感的最深厚的依据。因此,保护民间文学艺术主要不是一个经济问题,而是一个文化问题,是保卫多元化的世界文化的问题。

早在上个世纪中后期,随着文化民族主义的张扬、文化多样性的维护以及第三代人权理论的勃兴,在世界范围内兴起了一浪高过一浪的非物质文化遗产保护运动,保护民间文学艺术,守护精神家园,成为全球化语境中引起广泛共鸣的话题。世界知识产权组织成立了知识产权与遗传资源、传统知识及民间文学艺术政府间委员会,就非物质文化遗产的知识产权保护问题在国际层面进行了广泛的研究和磋商,迄今已召开十余次会议。然而,由于民间文学艺术问题本身的复杂性,发展中国家和发达国家在民间文学艺术保护问题上的利益冲突,特别是传统的知识产权理论已经建立的霸主地位,使人们在民间文学艺术知识产权保护的正当性、保护模式以及具体制度的设计等问题上存在着诸多分歧,以致民间文学艺术保护的国际立法和国内立法,甚至主要发展中国家的国内立法都未能取得实质性进展。我国1990年制定版权法时,就对版权法保护的客体是否应包括“民间文学艺术”展开了热烈讨论。尽管当时《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”,但是,民间文学艺术作品版权保护的行政法规至今未能出台。

张耕教授多年来从事知识产权法、民法、经济法的教学和研究,具有深厚的法学理论功底和良好的研究能力。在攻读博士学位期间,知难而上,选择了民间文学艺术的知识产权保护作为自己的研究方向,并如期完成了博士论文《民间文学艺术的知识产权保护研究》。该论文系统探讨了民间文学艺术的定义和范围、民间文学艺术知识产权保护的正当性基础、民间文学艺术知识产权保护的立法与实践、民间文学艺术的版权保护、地理标志保护和反不正当竞争保护这些重大理论问题,资料丰富翔实,逻辑严密,立法建议切合实际,答辩委员一致给予“优秀”评价。

目前,我国的民间文学艺术保护立法正在紧锣密鼓地进行,《民间文学艺术知识产权保护研究》在这时出版,正当其时。期望该书的出版对我国民间文学艺术乃至整个非物质文化遗产保护的研究能起到抛砖引玉的作用。

民间文学艺术的保护是一个涉及多学科、多方面的复杂问题。一方

面,对民间文学艺术的保护不仅是,甚至主要不是知识产权法的问题;另一方面,知识产权的现有理论和法律框架面对诸如民间文学艺术、数据库、遗传资源等的保护问题,越来越显得捉襟见肘。民间文学艺术知识产权保护凸显了知识产权理论革新的必要性、迫切性,我们中国人应当为此做出自己的贡献。

张玉敏
2007年8月

目 录

引言 / 1

第一章 回溯与解读：民间文学艺术概说 / 7

一、民间文学艺术概念的纵向考察 / 7

(一)“民间文学艺术”词源考 / 8

(二)“民间文学艺术”概念在中国的流变 / 10

二、民间文学艺术概念的界定 / 11

(一)民间文学艺术的内涵界定 / 12

(二)民间文学艺术的特征 / 18

(三)相关术语辨析 / 26

三、多样性：民间文学艺术的样态分析 / 37

(一)WIPO 的分类 / 37

(二)民间文学艺术的母型与子型 / 40

四、“百宝箱”：民间文学艺术的价值探究 / 42

(一)文化价值 / 42

(二)经济价值 / 45

(三)政治价值 / 48

第二章 民间文学艺术知识产权保护的正当性 / 51

一、劳动说 / 52

(一)洛克的财产权劳动学说 / 52

(二)财产权劳动学说与知识产权的契合 / 54

(三)对民间文学艺术知识产权的理论贡献及局限 / 55

二、人格说 / 56

(一)康德的作者人格权说 / 57

(二)黑格尔的财产权自由意志理论 / 57

(三)对民间文学艺术知识产权的理论支持 / 58

三、正义说 / 61

(一)正义理念的嬗变 / 62

(二)分配正义与民间文学艺术利益分享 / 66

(三)社会正义与知识产权保护的机会拓展 / 68

四、人权说 / 75

(一)人权与知识产权 / 75

(二)自决权与民间文学艺术知识产权 / 80

(三)发展权与民间文学艺术知识产权 / 83

五、文化多样性 / 86

(一)傲慢与偏见:后殖民语境下的文化霸权 / 86

(二)文化民族主义的张扬 / 91

(三)文化多样性的缘由 / 93

(四)民间文学艺术知识产权的切入 / 96

第三章 民间文学艺术知识产权保护的立法与实践 / 100

一、保护民间文学艺术的国际公约 / 101

(一)直接保护民间文学艺术的公约 / 101

(二)间接保护民间文学艺术的公约 / 109

二、保护民间文学艺术的国内立法与实践 / 115

(一) 版权保护 / 115

(二) 商标保护 / 123

(三) 特殊权利保护 / 130

三、保护民间文学艺术的其他国际努力 / 132

(一) WIPO 和 UNESCO / 132

(二) UCOSOC / 136

(三) WTO / 138

(四) 地区层面 / 139

四、保护目标与原则: WIPO 的最新成果 / 140

(一) 民间文学艺术的保护目标 / 141

(二) 民间文学艺术的保护原则 / 144

第四章 特殊版权: 民间文学艺术的直接保护 / 152

一、版权与特殊权利: 保护路径之选择 / 153

(一) 版权保护模式 / 153

(二) 特殊权利保护模式 / 155

(三) 相对合理的选择: 特殊版权 / 160

二、版权性: 民间文学艺术的版权客体属性 / 173

(一) 属于文学艺术领域的智力成果 / 173

(二) 独创性 / 175

(三) 可复制性与固定性 / 184

三、集体与个人: 民间文学艺术二元版权主体之构建 / 186

(一) 工匠与作者 / 187

(二) 浪漫主义作者观 / 188

(三) 集体主义权利主体观的勃兴 / 191

(四) 民间文学艺术的二元主体权利结构 / 200

四、人身权和财产权: 权利类型化设计及限制 / 215

(一) 人身权 / 215

(二) 财产权 / 218

(三) 权利的限制 / 223

第五章 民间文学艺术的地理标志保护 / 229

一、地理标志的界定 / 229

(一) TRIPS 协定对地理标志的定义 / 230

(二) 我国《商标法》对地理标志的定义 / 232

(三) 与原产地名称、货源标记的关系 / 234

二、契合与冲突:民间文学艺术地理标志保护的适当性 / 237

(一) 自然因素与人文因素的双重变奏 / 237

(二) 文化价值与“资本逻辑”的内在矛盾 / 246

三、民间文学艺术地理标志保护的制度设计 / 248

(一) 立法模式 / 248

(二) 权利主体 / 254

(三) 权利内容 / 260

第六章 民间文学艺术的反不正当竞争保护 / 266

一、反不正当竞争对民间文学艺术保护的贡献 / 266

(一) 不正当竞争的道德解读 / 267

(二) 反不正当竞争与知识产权的关系 / 268

(三) 反不正当竞争对民间文学艺术的补充保护 / 272

二、对民间文学艺术虚假宣传的规制 / 275

三、知名商品特有标志与民间文学艺术保护 / 280

四、商业秘密与民间文学艺术保护 / 284

(一) 商业秘密的界定 / 284

(二) 民间文学艺术的商业秘密保护 / 289

结论 / 292

参考文献 / 297

后记 / 321

引 言

人生存在不仅需要粮食,需要安全,需要真理,还需要安慰与梦想,需要理解与狂欢,需要终极关怀,需要精神家园。^①民间文学艺术具有永恒魅力的质朴和天真,可以祝福孤立无援的生命,可以唤起酒神使生命狂欢,可以深度切入悲情与欢乐人生,承担着宣泄压力、净化心灵、神话存在、解释生命的功能,使生命个体真正懂得“身在何处”和“为何而生”。它不仅是人们生活 and 生存中的喜、怒、哀、乐,引领着审美的人生境界,更是我们精神家园的守护神。在全球化语境下,西方文化通过理性扩张,正在利用一整套文化话语,全方位地消解和吞噬着非西方民族的文化个性和历史传统,使文化多样性陷入危机。和其他中国传统文化一起,我国民间文学艺术构成了民族文化之根、民族文化之魂,

^① 张小元:《艺术论》,四川大学出版社2000年版,第38页。

既肩负反抗“文化霸权”、^①维护国家文化安全的神圣使命,又以“软实力”^②的形象背负起让中华民族和平崛起于世界强大民族之林的历史重任。

从知识产权博弈的角度看,发达国家有效地通过现代知识产权制度将自己的知识上升为受法律保护的特种资源和生产要素,并通过市场机制参与全球范围的资源配置而充分获益。“由知识产权制度支撑的新的‘全球知识秩序’中,非常引人关注的方面是知识密度方面巨大的地区差异,从而导致‘知识沙漠’和‘知识绿洲’的产生。”^③发达国家与不发达国家、发达地区与不发达地区的知识产权保护发展极不平衡,存在严重的知识产权制度惠益不均、机会不等的状况。由于不发达国家和地区拥有的丰富民间文学艺术、遗传资源、传统医药等传统文化遗产被现行知识产权制度排除在保护范围之外,发达国家和发达地区利用先进的科技手段和传播技术无偿利用他人文化遗产获得的“新”成果反而能够获得知识产权的保护,因而将传统文化遗产资源排斥在保护范围之外的现代知识产权制度成了发达国家和发达地区肆意掠夺他人传统文化遗产资源的帮凶,也成了瓦解传统文化遗产、泯灭民族文化个性的重要诱因。

① “文化霸权”最早是意大利的马克思主义理论家安东尼奥·葛兰西在20世纪30年代提出来的一个命题,用以解释社会或国家的一种统治形式。他认为,统治阶级要统治市民社会,就必须借助于文化人和文化机构,使自己的伦理、政治、文化价值观成为普遍被接受的行为准则,使广大群众自由地同意统治集团所提供的生活方式。就其本意而言,“文化霸权”是指因某个单一群体影响形成了一种民众广为接受的主宰世界观。参见胡惠林:《中国国家文化安全论》,上海人民出版社2005年版,第124页。

② 软实力“soft power”,也译为软权力、软力量、软国力,是美国前助理国防部长、哈佛大学教授约瑟夫·奈率先提出来的。1990年,他在与海军上将威廉·欧文斯合著的书中写到:“软实力是通过吸引力而非高压统治在国际事务中达到索要结果的能力。他通过说服别人追随自己,或者是别人同意自己的规范和制度,并以此方式未使别人产生自己所想要的行为。软实力存在于使别人被某种观念吸引或者能够决定别人喜好的能力”。这是约瑟夫·奈分析了世界500年来霸权国家主要权力变化后得出的结论。参见[美]约瑟夫·奈:《处于十字路口的美国巨人》,转引自胡安刚、门洪华主编:《解读美国大战略》,浙江人民出版社2003年版,第4页。

③ [印]甘古力:《知识产权:释放知识经济的能量》,宋建华、姜丹明、张永华译,知识产权出版社2004年版,第6页。

拒绝保护文化遗产的现代知识产权制度有悖于法律的公平和正义价值观;人权旗帜的张扬,文化多样性的维护,又为变革现行知识产权制度、保护民间文学艺术引入了新的价值观和正当性基础。非洲的发展中国家从20世纪中叶就开始致力于运用知识产权手段保护民间文学艺术,拉开了国际范围内研究、讨论和保护民间文学艺术知识产权的序幕,各种政府间论坛、地区性论坛和非政府组织论坛自此就从未停止过关于民间文学艺术知识产权保护的研究和讨论。2000年9月,在日内瓦举行的世界知识产权组织(WIPO)第26届大会上成立了“知识产权与遗传资源、传统知识及民间文学艺术政府间委员会”(WIPO-IGC)。该委员会成立后,卓有成效地开展了各项工作,截止到2006年底,已经召开了十次会议,成为国际范围内研究和讨论民间文学艺术保护的主要政府间论坛。其主要职责是帮助建立有效保护民间文学艺术知识产权保护的国家和地区制度,制定了许多具有重要指导意义的法律文件。2006年11月30日至12月8日,该委员会在日内瓦召开了第10次会议,中国、美国、英国、法国、德国、日本、意大利、俄罗斯、印度、印度尼西亚、埃及等94个国家的代表出席了会议,就民间文学艺术、传统知识和遗传资源的知识产权保护问题进行了广泛而深入的讨论,其中特别讨论了WIPO秘书处准备的《保护传统文化/民间文学艺术表达草案:政策目标与核心原则》(简称《保护民间文学艺术草案》)。除WIPO外,世界贸易组织(WTO)、联合国教科文组织(UNESCO)、联合国经济和社会发展理事会(UCOSOC)、非洲知识产权组织(AIPO)、“太平洋岛国论坛”(PIF)^①与“太平洋共同体秘书局”^②等国际或区域性政府间组织,以及“非洲文化和传统土著知识中心”(CACTIK)、“澳大利亚艺术法中心”(ALCA)、“秘鲁土著文化中心”(CHIRAPAQ)、“知识产权所有人协会”(IPO)、

① “太平洋岛国论坛”有16个成员国,主要有澳大利亚、新西兰和其他一些位于南太平洋地区的小岛国。

② “太平洋共同体秘书局”由太平洋区域的27个国家和地区组成,主要有美国、法国、英国、澳大利亚、新西兰和南地区的小国以及没有立国的地区。