



JiNan  
University

暨南大学  
法学文库

严永和 著

# 民间文学艺术的 知识产权保护论



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA



JiNan  
University

暨南大学  
法学文库

# 民间文学艺术的 知识产权保护论

严永和 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论/严永和著. —北京:  
法律出版社, 2009. 10

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0021 - 3

I. 民… II. 严… 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(2009)第 187887 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

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/张宇东

开本/A5

印张/10 字数/272 千

版本/2009 年 10 月第 1 版

印次/2009 年 10 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)

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

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0021 - 3

定价:24.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 序

遗传资源、传统知识和民间文学艺术是国内外知识产权领域正在热烈讨论的话题。世界知识产权组织还专门成立一个政府间委员会(WIPO-IGC)研究这三个主题的知识产权保护问题。世界贸易组织多哈部长会议宣言也呼吁知识产权理事会审议传统知识和民间文学艺术的保护问题。我国作为一个历史悠久、地大物博的文明古国和发展中国家,拥有十分丰富的遗传资源、传统知识和民间文学艺术。到目前为止,我国涉及这三大主题的立法仍然没能面世,立法任务十分急迫和艰巨。

严永和副教授是我2002~2005年指导的博士研究生。其博士论文研究传统知识的知识产权保护问题,已纳入梁慧星教授主编之“中国民商法专题研究丛书”,由法律出版社于2006年出版,从而成为国内研究传统知识的知识产权保护问题领域的开山之作。该书出版之后,在学术界和政府部门引起了良好反映。其本人多次应国务院法制办、国家知识产权局邀请参加非物质文化遗产、遗传资源保护相关立法论证会,为我国相关立法工作建言献策,做了不少贡献。

现在,严永和副教授就与传统知识密切相关的民间文学艺术的知识产权保护问题展开研究,撰写了这本著作。对民间文学艺术的知识产权保护,非洲一些国家和世界知识产权组织在20世纪60~70年代就有相关立法动议和立法工作。1967年《伯尔尼公约》“未出版作品”制度、1976年世界知识产权组织和联合国教科文组织推出的《发展中国家突尼斯版权示范法》、1977年及1999年《非洲知识产权组织班吉协定》、1982年《保护民间文学艺术表达形式防止非法利用和其他损害行为国

内法示范法条款》均是涉及民间文学艺术知识产权保护问题的国际“软法”或者“硬法”规则。

这一时期,国内学术界在上述国际“软法”或“硬法”先后出台和我国1990年著作权法设定民间文学艺术著作权保护条款的背景下,以“民间文学艺术作品”的著作权保护为核心,形成民间文学艺术知识产权保护的研究高潮,出现了不少研究成果。但是,民间文学艺术知识产权保护的立法问题,无论国际还是国内,至今仍然没有得到较好的解决。

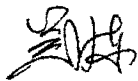
1992年,联合国环境规划署在“地球峰会”上推出了《生物多样性公约》,其中明确规定了遗传资源权利人对其遗传资源利用过程中所产生的利益的分享权,还涉及与遗传资源有关的传统知识的保护问题。2000年WIPO-IGC开始专门研究和探讨三大主题的知识产权保护问题。其中就包括民间文学艺术的知识产权保护。近几年来,WIPO-IGC已形成民间文学艺术知识产权保护的实体条款,民间文学艺术国际保护法律文件草案大致成型。同时,联合国教科文组织推出了《保护非物质文化遗产公约》,其中涉及民间文学艺术的法律保护问题。我国国家版权局也在加紧研究民间文学艺术知识产权保护的立法问题。在这一背景下,我国学术界掀起了研究民间文学艺术知识产权保护的新高潮。这一时期,多位博士研究生以此为题研究撰写博士论文,现已基本出版,如管育鹰博士《知识产权视野中的民间文艺保护》(法律出版社2006年版)、张耕教授《民间文学艺术的知识产权保护研究》(法律出版社2007年版)、黄玉焯副教授《民间文学艺术的法律保护》(知识产权出版社2008年版)等。

严永和副教授的《论民间文学艺术的知识产权保护》一书,对民间文学艺术内涵、民间文学艺术财产权的性质、立法模式、立法目的、保护原则、规则体系等民间文学艺术知识产权保护问题进行了系统的研究,并提出了自己的看法和观点,在现有成果的基础上做出了创新。如他把传统文化智力成果分解为传统知识(狭义)、民间文学艺术、传统名号三类,分别与专利法等技术性成果知识产权、著作权等文学产权、商标

等商业标志性知识产权及反不正当竞争知识产权相因应,在传统文化智力成果分类理论体系和立法模式安排上颇具合理性和科学性。他把民间文学艺术界定为“由特定社区的个人或集体创造、并根据该社区的习惯法与惯例进行维持、使用或发展、反映该社区传统文化特色的、有形或者无形”、由民间文学、民间音乐、民间舞蹈与其他动作表达形式、民间美术及其组合构成的文学艺术智力成果体系,具有相当合理性;把民间文学艺术财产权界定为创造性特别权利,并以此为前提,在民俗学成果法学化、域外资源本土化的思路下,充分消化和吸收 WIPO - IGC 相关会议文件精神,结合我国民间文学艺术的具体国情,对我国民间文学艺术知识产权保护制度的建构提出了比较科学的、有针对性的设想,涵盖立法目的、基本原则和规则体系等内容,是新近我国民间文学艺术知识产权保护领域不可多得的力作,对我国民间文学艺术知识产权保护立法和司法具有较好的参考与指导作用。

作为他的老师,我乐于向广大读者推荐此书。

是为序。



2009年7月14日

# 目 录

导言 .....	1
<b>第一章 民间文学艺术的内涵界定 .....</b>	<b>11</b>
第一节 民间文学艺术相关术语辨析 .....	11
第二节 我国文学艺术界对民间文学艺术内涵的诠释 .....	22
第三节 国际法文件对民间文学艺术内涵的界定 .....	31
第四节 我国法学界对民间文学艺术内涵的探索 .....	38
第五节 民间文学艺术的内涵 .....	49
<b>第二章 民间文学艺术知识产权保护的正当性 .....</b>	<b>65</b>
第一节 正义理论与民间文学艺术的知识产权保护 .....	67
第二节 产权理论与民间文学艺术的知识产权保护 .....	74
第三节 连锁反应理论与民间文学艺术的知识产权保护 .....	78
第四节 新重商主义与民间文学艺术的知识产权保护 .....	81
第五节 民间文学艺术的价值与民间文学艺术的知 识产权保护 .....	85
<b>第三章 民间文学艺术的知识产权保护模式 .....</b>	<b>92</b>
第一节 综合保护模式与单一保护模式 .....	92
第二节 间接保护模式与直接保护模式 .....	96
第三节 特别权利(制度)保护模式与著作权(法)保护 模式 .....	98
第四节 现行著作权法保护模式与经有限修改的著作权法 保护模式 .....	101
第五节 民间文学艺术知识产权保护模式的选择 .....	104

## 2 目 录

<b>第四章 民间文学艺术知识产权保护的现行法审查</b> .....	107
第一节 著作权法与民间文学艺术的保护 .....	108
第二节 邻接权制度与民间文学艺术的保护 .....	124
第三节 商业秘密制度与民间文学艺术的保护 .....	127
<b>第五章 民间文学艺术知识产权保护制度的演进及其评价</b> .....	137
第一节 民间文学艺术知识产权保护制度演进概况 .....	137
第二节 著作权法模式与民间文学艺术的知识产权保护 .....	152
第三节 特别权利模式与民间文学艺术的知识产权保护 .....	167
<b>第六章 民间文学艺术知识产权保护制度的构造</b> .....	201
第一节 民间文学艺术知识产权保护制度的性质 .....	202
第二节 民间文学艺术知识产权保护制度的目的 .....	208
第三节 民间文学艺术知识产权保护制度的基本原则 .....	214
第四节 民间文学艺术知识产权保护制度的主要规则 .....	231
<b>第七章 我国民间文学艺术知识产权保护制度的建构</b> .....	249
第一节 我国民间文学艺术知识产权保护制度的性质与 目的 .....	251
第二节 我国民间文学艺术知识产权保护制度的基本 原则 .....	254
第三节 我国民间文学艺术知识产权保护制度的主要 规则 .....	256
<b>第八章 余论</b> .....	261
第一节 商业标志制度与传统名号的保护 .....	261
第二节 反不正当竞争制度与传统名号的保护 .....	284
第三节 工业设计制度与传统设计的保护 .....	288
<b>结语</b> .....	295
<b>缩略语</b> .....	297
<b>参考文献</b> .....	299



## 导 言

民间文学艺术是原住民社区、传统社区以及其他文化社区在长期的生产生活过程中创造、传承、发展的知识体系和智力成果的一部分。笔者几年前研究“传统知识的知识产权保护”问题时说过：若干世纪以来，原住民、传统居民等传统部族在自我封闭的局域内因应自身环境的变化，创造了有自身特色的源远流长的文化传统和知识体系，如传统农业知识及其有关农业动植物资源、传统医药知识及其有关的医用动植物资源、传统生态环境保护知识及其有关动植物资源、民间文学艺术、与传统文化有关、体现传统文化声誉和特征的标志、符号、图案、样式等。<sup>〔1〕</sup> 上述知识类别和智力成果可以概括为传统知识（包括传统设计<sup>〔2〕</sup>）、民间文学艺术和传统名号三大部分，并可统称为传统文化智力成果。传统文化智力成果经过长期的传承与演进，型构为原住民、传统居民等传统部族文化的核心价值，演进为原住民社区、传统社区以及其他文化社区传统文化资源和知识财产的中心内容。

长期以来，传统文化智力成果是原住民社区、传统社区以及其他文化社区生产生活的一部分，是他们维持生计的重要资源。在现代，传统文化智力成果对原住民社区、传统社区以及其他文化社区乃至外部

---

〔1〕 参见严永和：《论传统知识的知识产权保护》，法律出版社2006年版，第2~3页。

〔2〕 2008年WIPO-IGC《传统文化表达形式/民间文学艺术表达形式保护修订条款》实体条款第1条第1款第4项所列举的民间文学艺术的“有形表现形式”，在理论上，其内涵既包括民间美术“作品”如绘画等，也涉及民间传统的“外观设计”如手工艺品等（即传统设计）以及相关制作技艺和方法等民间传统的“技术方案”。后者属于传统知识的范畴。

社会,具有更重要的财产价值和经济意义,成为重要的经济资源和知识财富。在现代化和全球化快速发展的背景下,总体上看,传统文化智力成果被外部社会大量不合理获取与利用,为其创造了巨额财富;而原住民社区、传统社区以及其他文化社区却更加贫困。传统文化智力成果的财产权(知识产权)保护,变得日益紧迫。

与上述传统文化智力成果的类型相对应,传统文化智力成果知识产权保护制度框架,涵盖传统知识保护制度、传统名号保护制度、民间文学艺术保护制度等部分。这些制度成分分别与专利制度、商标法等商业标志制度、反不正当竞争制度和著作权制度具有某种关联性和对应性。鉴于传统知识和传统名号的知识产权保护问题,笔者已有论述,<sup>[3]</sup>本书着力研究民间文学艺术的知识产权保护问题。

### 一、民间文学艺术的经济意义和财产内涵

作为原住民社区、传统社区以及其他文化社区在长期的生产生活中创造、传承、发展的文学、艺术领域的智力成果,民间文学艺术具有不可忽视的经济意义和财产内涵。其主要表现在以下两个方面:

第一,由于迥异于欧美现代文化的文化特征和艺术特性,作为传统部族文化<sup>[4]</sup>重要表现之一的民间文学艺术,在现代社会至少为相当一部分成员所接受和认可,<sup>[5]</sup>从而在现代经济生活(特别是文化创意产

[3] 参见严永和:《论传统知识的知识产权保护》,法律出版社2006年版。严永和:“论商标法的创新与传统名号的知识产权保护”,载《法商研究》2006年第4期。

[4] 关于传统部族文化主要特征,可参见严永和:《论传统知识的知识产权保护》,法律出版社2006年版,第53页。

[5] 如融入了民间音乐的新音乐作品,拥有更广泛的音乐迷。1986年的Paul Simon's Graceland和1990年的Rhythm of the Saints,在西方音乐中分别加入了非洲和拉美的音乐,获得了爆炸性的利润。前者卖出了3500万张唱片,后者在最初的四周就卖出了1300万张唱片,市场表现极为优秀(See WIPO/GRTKF/IC/5/3, Annex, p. 29)。而2000年悉尼奥运会期间,澳大利亚以原住民民间文学艺术和传统知识为基础或者在其启发下制作的产品,获得了很好的销售业绩,创造了巨额的收入。See Weerawit Weeraworawit, Formulating an International legal Protection for GR, TK and F: Challenge for the Intellectual Property System, 11 Cardozo J. Int'l & Comp. L. 769 (Summer, 2003)。

业)中,构成一种重要的经济资源和经济要素,在有关国家和社区的经济增长中发挥了不可忽视的作用,是有关社区和国家经济增长的重要杠杆之一。

现今各国,诸多规模大小不同的企业,充分利用民间文学艺术的形式和素材,大力发展与民间文学艺术有关的产业,如根据传统工艺生产手工艺品、根据传统图案生产工业织物、利用传统音乐制作音像制品、利用传统故事题材拍摄动画片、开发民俗风情旅游产品、创办民间文学艺术主题公园等。这些产业的发展,创造了大量财富:不仅促进有关国家 GDP 的增长,也为有关族群和社区增加了就业岗位,扩大了收入,从而改善了有关族群和社区的经济状况。

据统计,在美国,新墨西哥州印第安艺术和工艺品每年产值达 8 亿美元。<sup>[6]</sup> 在澳大利亚,根据 2002 年通信、信息技术和技艺部(the Department of Communications, Information Technology and the Arts)《当前视觉艺术和手工业调查报告》,视觉艺术和手工业成为该国原住民艺术家和原住民社区重要的收入来源;原住民视觉艺术家和手工业的营业额将近 13 亿美元,原住民大约收到 3 亿美元;<sup>[7]</sup>另据澳大利亚“国家原住民艺术支持协会”(the National Indigenous Arts Advocacy Association)估算,原住民和特雷斯海峡岛民(the Aboriginal and Torres Strait Islander)艺术和文化产业每年产值约 2 亿美元。在南非,通过“文化投资”的政府扶贫方案,南非桑族人(the Khomani San people)的传统手工艺品得以恢复生机,并使这个桑族社区首次创造了自己的收入。<sup>[8]</sup> 现在,他们每个手工艺人每年可以获得 600 美元的收入,而此前,他们一直依赖政府救助。<sup>[9]</sup>

在我国,民俗风情旅游业、工艺品业等与民间文学艺术相关的产

---

[6] See S. von Lewinski, *Indigenous Heritage and Intellectual Property*, Kluwer Law International(2004), p. 260.

[7] See WIPO/GRTKF/IC/4/3, p. 13 and WIPO/GRTKF/IC/5/3, Annex, p. 28.

[8] See WIPO/GRTKF/IC/5/3, Annex, p. 4.

[9] See WIPO/GRTKF/IC/5/3, Annex, p. 29.

业,其产出也颇为可观。张耕教授收集的云南省丽江、石林等旅游景区与民间文学艺术相关的民俗风情旅游业接待游客和营业收入的数据就足以证明,<sup>[10]</sup>而笔者在云南省昆明市与民间文学艺术相关的旅游景点——云南省“民族村”——的亲身考察,<sup>[11]</sup>进一步验证了民间文学艺术的经济前景。

第二,民间文学艺术是一种重要的文学艺术创作资源和生产资料,在文化生产和文化产业中占有十分重要的地位。我国文学艺术理论一般认为,民间文学艺术是文学艺术创作的源泉,是一切文学艺术的根基,是“文艺之母”,<sup>[12]</sup>文学艺术创作的重要规律是“雅俗结合律”,即文人文学艺术与民间文学艺术相结合,文人文学艺术从民间文学艺术中吸取营养;换言之,文人文学文化艺术的发展对民间文学艺术具有一定的依赖性,民间文学艺术是文人文学艺术发展的重要生产资料。这进一步表明,民间文学艺术具有重要的财产价值和经济意义。

## 二、民间文学艺术财产价值的流失

在传统部族文化等非欧美现代文化形成并孕育出民间文学艺术等智力成果和经济资源时,有关族群、社区甚至所在的国家,尚处于自给自足的自然经济时期,商品经济很不发达,私有财产观念特别是对知识产品的私有财产观念极为淡薄,知识公有成为社区的基本准则,谈不上与现代欧美文化中的知识产权制度结缘。而随着资本主义世界经济体系的建立和扩大,特别是随着全球化的迅猛发展,“非现代欧美文化”区

---

[10] 参见张耕:《民间文学艺术的知识产权保护研究》,法律出版社2007年版,第47~48页。

[11] 2005年10月,笔者到云南省“民族村”实地考察。云南省在昆明市建立一个“民族村”,为全省各少数民族辟一园区,将各少数民族有代表性建筑在园内仿建,作为营业场地和参观场地。园内集中各少数民族有代表性的艺人及传统文化项目。每天定时为游客表演各民族有代表性的歌舞、民俗等节目。可以说,云南省“民族村”较好地各少数民族有代表性的民间文学艺术项目整合起来,通过旅游业进行“打包”经营,在现行法律制度下一定程度地实现了民间文学艺术的经济价值。

[12] 参见段宝林主编:《中国民间文艺学》,文化艺术出版社2006年版,第1页。

域被卷入上述体系之中,并被迫接受包括知识产权制度在内的现代欧美文化的制度体系。而按照现代欧美知识产权制度,民间文学艺术等传统文化智力成果被认为处于公共领域,任何人可免费获取与使用。在这一政策背景和制度基础下,加上原住民社区、传统社区以及其他文化社区权利意识、保密意识的缺乏,<sup>[13]</sup>外部社会不遵守与信息提供者签订的保密协议,致使原住民社区、传统社区以及有关文化社区的大量传统文化信息,未经许可,被外部社会制作、占有和商业化,<sup>[14]</sup>使民间文学艺术的大部分经济价值被外部社会窃取和盗用,导致民间文学艺术及其所体现的传统部族文化正逐步失去生存之基,面临着严峻的生存危机。

根据世界知识产权组织对多个国家的实地调查,外部社会不正当获取和利用民间文学艺术的主要情形如下:<sup>[15]</sup>

第一,民间故事和诗歌等民间文学。民间故事、民间诗歌等民间文学,一般都是口头相传。<sup>[16]</sup>这些口头传承的民间文学大多被外部社会研究人员记载下来,加以翻译和出版。在我国也存在类似情况。如民俗学、民族学、民族法学等各学科学者以及文学艺术界学者,进行各种田野调查,收集、整理、翻译、出版各民族传统的民间故事、民间诗歌、史诗等民间文学作品与信息,使之成为文化产品行销于市。在我国,虽然这些学者、准学者并没有得到多少经济收益,甚至还要掏钱给出版社,才能使这些作品出版面世(成为自己的研究成果以便于晋升职称,出版社作为企业组织获取了这些民间文学的主要经济收益);但是其原创者

[13] 在我国,偏远地区的各民族,虽然较好地保留和延续着自己的传统文化,但他们质朴、善良,对人没有防范之心,通常轻易地应外部社会的请求,将其传统文化的相关信息告诉外部社会的人员,根本谈不上签订保密协议。笔者2004年9月在贵州省从江县某乡调查瑶族浴药相关情况时,当地村民毫无防范地把瑶族浴药的相关情况和信息告诉我;我赶紧告诉对方,至少对浴药配方等重要信息一定要保密。

[14] WIPO/GRTKF/IC/4/3, p. 12.

[15] See WIPO/GRTKF/IC/4/3 p. 9-13 and WIPO/GRTKF/IC/5/3, Annex, p. 30-33.

[16] 笔者幼年时经常在夏夜乘凉时听舅公讲诵鬼怪故事。现在还后悔当时没有记录下来,而舅公已故。

和传承人则只能得到很廉价的劳务费,有的甚至连劳务费都得不到。

第二,传统绘画、音乐、舞蹈和乐器等民间艺术。外部社会主要把原住民的绘画作品复制在地毯、布匹、服装以及贺卡上,加以发行和销售;人体绘画、岩石画被拍照和复制,并进行销售,如在澳大利亚2000年悉尼奥运会期间,洛桑奥林匹克博物馆(the Olympic Museum in Lausanne)未经同意,就在其网站上上传了三幅澳大利亚原住民的美术作品,并鼓励人们下载上述作品作为墙纸;传统音乐如歌曲等未经许可被录制、改编、公开表演以及传播(包括网络传播)、下载等,如1992年成功发行的《深深的森林》(Deep Forest)CD,融合了加纳、所罗门群岛等国有关社区的音乐;1995年发行的“Boehme”专辑,融合了东欧、蒙古、东亚和美洲原住民的音乐;很多传统舞蹈被录制、改编、公开表演以及上网传播,如秘鲁的“sierra”舞、新西兰毛利人的“haka”舞等;很多传统乐器被外部社会改造成现代社会的乐器,重新命名和商业化,如澳大利亚原住民的一种乐器“didgeridoo”,就被外部社会生产、制作后又输入澳大利亚,冒充为当地制作的乐器而销售。在我国,著名音乐人郭颂在《狩猎的哥哥回来了》、《想情郎》、《我们的家乡多美好》等赫哲族民歌的基础上,加以改编而形成著名的歌曲——《乌苏里船歌》也是一个显例。<sup>[17]</sup>

第三,传统工艺品、传统织物、传统服装。传统工艺品、织物、服装等被外部社会不合理获取与利用的情形主要有:其一,采用机械化手段对有关传统制品进行大规模复制和商业化开发,如秘鲁挂毯、伊朗地毯、北美帐篷等即被大规模复制;其二,大量复制、模仿手工艺品如编篮、雕刻品、剧照等,在非传统商品如T恤衫、茶杯、扑克牌、日历、电脑鼠标垫、手机充值卡上使用;其三,设计和制作非传统商品,假冒传统手工艺品出售;其四,外部社会到传统社区学习有关传统制作方法,然后在传统社区之外,采用传统制作方式生产相关商品;其五,外部社会将原住民的传统文化元素和工艺元素融入其制作的雕刻、织物以及其他

---

[17] 参见张今:“民间文学艺术保护的法律思考”,载《法律适用》2003年第11期。

视觉艺术形式中。<sup>[18]</sup> 在我国,也存在大量类似情况。据笔者在云南省石林景区走访,该景区附近大小商店销售的壁挂等各种少数民族风格的旅游纪念品,大多为附近厂家采用机器大生产方式生产;贵州苗族传统的、手工操作的纳染服饰,也遭到大量机器制作的纳染服饰的假冒;我国的传统剪纸艺术品被用于邮票,皮影戏剧照被用于手机充值卡等现象也很常见。

第四,宗教信仰意义的物品。外部社会未经授权,披露、复制、使用原住民某些神圣的或者秘密的、具有宗教信仰意义的传统文化材料,如玻利维亚神圣的“Coroma”织物(Coroma textiles)、<sup>[19]</sup>新西兰毛利人神圣的、上帝喜欢的“休眠的火山”的神话(被纳入美国好莱坞的电影)等。在我国,由于现代化程度高于一般发展中国家,同时在现代化过程中对传统文化的保护又有一定的忽视,民间一些“神圣”的、秘密的传统文化材料已变得不再“神圣”、不再保密,大多已经公开。据笔者在湘西农村部分地区的采访,民间传统葬礼仪式上的一些物品和音乐、舞蹈等民间传统艺术,仍具有一定宗教信仰意义,存在一定的“神圣性”,但其主持人和权利人缺乏相关权利意识和保密意识,其存在状态堪忧。

上述情形表明,民间文学艺术的财产价值大量流失,一些原住民社区、传统社区以及其他文化社区传统文化培养和孕育的经济资源与有机养料渐渐丧失,使自己一以贯之的传统文化渐渐失去生存和发展的基础。很多文化类型的消亡,就出于这种原因。正如我国著名的知识产权法专家吴汉东教授指出的:“在国际社会,以知识产权名义所进行的文化创作、生产、传播行为,对他种类型的文化表达和知识形式等进行不当占有和利用,往往损害了文化的多样性,特别是非主流文化、传统部族文化、少数人群体文化的存在和发展”。<sup>[20]</sup> 诸多文化类型的消亡,导致世界文化多样性逐步减少,进而危及世界文化安全和世界文化

[18] See WIPO/GRTKF/IC/4/3, p. 12.

[19] See WIPO/GRTKF/IC/4/3, p. 12.

[20] 吴汉东:“文化多样性的主权、人权与私权分析”,载《法学研究》2007年第6期。

的可持续发展。

从理论和实践的情形来看,任何文化类型都会培养和孕育出自己的经济资源和财产价值。只要这种经济资源和财产价值得到恰当的保护而不被他人侵占,该种文化类型就具备了生生不息的土壤和养料。民间文学艺术等智力成果和经济资源,作为一种无形财产,与现代知识产权制度保护的知识产品,具有一些本质的共性,如创造性、无形性等,因而其与知识产权制度具有某种契合性。如果得到知识产权法的周全保护,孕育这些智力成果和经济资源的传统部族文化就获得了内生的营养,就可从物质基础和经济条件上保障传统部族文化绵延不绝,从而为维持世界文化多样性、保障世界文化安全作出贡献。

### 三、民间文学艺术的知识产权保护与本书的基本框架

民间文学艺术的知识产权保护问题,是一个世界性难题。国际上自20世纪六七十年代开始探讨民间文学艺术的知识产权保护问题,期间虽推出过民间文学艺术知识产权保护的示范法,但至今仍未达成一致意见。WIPO-IGC虽然在晚近推出了民间文学艺术知识产权保护的实体条款,但该实体条款及相关制度设想遭遇发达国家的强烈反对。

我国自1990年著作权法规定民间文学艺术保护办法由国务院另行制定至今,仍然没能推出该保护办法。而文化部为落实联合国教科文组织《保护非物质文化遗产公约》推出的《中华人民共和国非物质文化遗产保护法(草案送审稿)》,并无民间文学艺术等非物质文化遗产知识产权保护条款。后来国务院法制办试图在我国《非物质文化遗产保护法(草案)》中增加民间文学艺术、传统知识等民事权利保护条款(在国务院法制办召开的专家论证会上,笔者也努力呼吁、大力支持),但由于我国非物质文化遗产法律保护立法计划与安排的调整,这一努力最终未能成功,民间文学艺术等传统文化智力成果知识产权保护制度的建构仍需时日。

我国学术界近年来虽推出了不少民间文学艺术知识产权保护研究成果,但其中存在许多异议、分歧和颇值商榷之处;同时,不承认和反对



保护民间文学艺术知识产权的声音依然强烈。民间文学艺术知识产权保护问题的研究,还需要进一步深入。有鉴于此,笔者开始研究民间文学艺术的知识产权保护问题,形成了民间文学艺术知识产权保护的基本制度设想及体现这些设想的这本小书。

本书共分八章。第一章首先对民间文学艺术相关术语进行辨析,然后研究我国文学艺术界、法学界、国际“硬法”与“软法”对民间文学艺术内涵的理解与界定,最后得出民间文学艺术的含义及其类型。第二章从正义理论、产权理论、连锁反应理论、新重商主义和民间文学艺术的价值五个角度,探讨民间文学艺术知识产权保护的正当性和理由。第三章对民间文学艺术知识产权保护的法律模式进行探讨。第四章审查民间文学艺术知识产权保护与现行法的关系,讨论著作权法、邻接权制度、商业秘密制度与民间文学艺术保护的关系。第五章对国际范围内民间文学艺术知识产权保护制度的演进进行评价,以吸取此前相关制度的经验。第六章在前述研究的基础上,思考民间文学艺术知识产权保护的制度构造,包括该制度的性质、民间文学艺术知识产权保护的立法目的、基本原则与主要规则的内容。第七章讨论我国民间文学艺术知识产权保护制度的建构,结合我国国情确定民间文学艺术保护制度的性质与目的、基本原则与主要规则等问题。鉴于2008年WIPO-IGC《传统文化表达形式/民间文学艺术表达形式保护修订条款》以及其他有关会议文件把传统名号如“语词、标记、名称和符号”(words, signs, names, and symbols)和传统设计纳入民间文学艺术的范围,相关制度成分涵盖著作权、商业标志制度、反不正当竞争制度、工业设计制度(专利制度)等;受其影响,学术界大多没能将传统名号、传统设计与民间文学、民间音乐、民间舞蹈、民间美术等“文学艺术”领域的智力成果区分开来,导致相关概念、理论和制度设计产生一定的混乱,如将对应于传统名号的商业标志制度和反不正当竞争制度、对应于传统设计的工业设计制度(专利制度)纳入类似于著作权制度的民间文学艺术知识产权制度的范畴;认为民间文学艺术的知识产权保护涉及商标、地理标志等商业标志制度、反不正当竞争制度和工业设计制度(专利制度)