



人文传承与区域社会发展研究丛书

淮扬文化研究文库

THE RESEARCH OF FOLK
CULTURE INTELLECTUAL-PROPERTY
IN THE PROCESS OF INHERITANCE

民间文化传承中的 知识产权



苏喆◇著



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)



人文传承与区域社会发展研究丛书

· 淮扬文化研究文库 ·

THE RESEARCH OF FOLK
CULTURE INTELLECTUAL-PROPERTY
IN THE PROCESS OF INHERITANCE

民间文化传承中的 知识产权

苏 喆◇著



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目(CIP)数据

民间文化传承中的知识产权/苏喆著. —北京: 社会科学文献出版社, 2012. 7

(人文传承与区域社会发展研究丛书)

ISBN 978 - 7 - 5097 - 3481 - 0

I. ①民… II. ①苏… III. ①民间艺术 - 知识产权 - 研究 - 中国 ②民间工艺 - 知识产权 - 研究 - 中国 IV. ①D923.404

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 117025 号

· 人文传承与区域社会发展研究丛书 民间文化传承中的知识产权

著 者 / 苏 喆

出 版 人 / 谢寿光

出 版 者 / 社会科学文献出版社

地 址 / 北京市西城区北三环中路甲 29 号院 3 号楼华龙大厦

邮政编码 / 100029

责任部门 / 社会政法分社 (010) 59367156

电子信箱 / shekebu@ssap.cn

项目统筹 / 王 绯

总 经 销 / 社会科学文献出版社发行部 (010) 59367081 59367089

读者服务 / 读者服务中心 (010) 59367028

责任编辑 / 何根平 关晶焱

责任校对 / 李 惠

责任印制 / 岳 阳

印 装 / 北京季峰印刷有限公司

开 本 / 787mm × 1092mm 1/20

版 次 / 2012 年 7 月第 1 版

印 次 / 2012 年 7 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978 - 7 - 5097 - 3481 - 0

定 价 / 45.00 元

印 张 / 14.6

字 数 / 251 千字

本书如有破损、缺页、装订错误, 请与本社读者服务中心联系更换

 版权所有 翻印必究

总 序

文化是构成国家综合国力的重要组成部分，文化作为软实力日益受到各国的高度重视。一个国家、一个民族的发展程度是与其文化的发展紧密联系的。当今世界，国家与国家之间的发展差距，不仅体现在经济和军事实力，更体现在文化发展水平，这已为历史和现实所证明。

上世纪 80 年代以来，随着人们对地理人文空间因素的日益重视，我国人文社会科学学术领域出现了区域化研究的趋势。新世纪以来，区域文化的研究与开发较以往呈现出更加丰富的内涵和更加锐利的前进态势，围绕各大区域文化进行的文化学、人类学、政治学、经济学、社会学研究也不断深入进步。从理论与现实角度考察，面对经济全球化的浪潮，要实现区域经济的现代化发展必须高度重视和发挥区域文化的优势，挖掘区域文化的资源。

江苏历来是人文荟萃、文化昌盛之地。新世纪以来，为发扬优秀区域文化精髓，建设文化强省，促进全省各项事业又好又快地发展，江苏省人民政府制定了《江苏省 2001 ~ 2010 年文化大省建设规划纲要》，明确指出：“江苏省在历史演进过程中，形成了吴文化、楚汉文化、淮扬文化、金陵文化等一批特色鲜明的地域文化以及一批具有全国影响的学术流派，要在加强研究、保护的基础上继承创新，赋予传统文化以新的生命力。”在此思想指导下，江苏各地纷纷提出建设文化大市、文化强市的目标，学术界率先行动，出版了一批区域文化研究的论著，江苏省教育厅则及时地批准成立了

扬州大学“淮扬文化研究中心”等一批区域文化研究的重点基地，以推进区域文化的研究和深入发展。

江苏高校林立，各大学因其所处的具体地域不同，在某种意义上也归属于特定的区域文化。特定的区域文化始终对大学的文化形成和发展有着重要的影响。同样，大学所负载的学术、文化与社会责任也日益被推上了更高层次的战略平台。因此，研究、挖掘、整合区域文化使之与大学文化有机地融合，不仅对推动区域文化研究与发展，提高区域文化软实力、构建区域和谐社会、促进区域科学发展具有重要意义，而且，大学吸取特定区域文化精髓的过程，对创建大学自身的特色文化氛围、凝炼大学精神也具有重要意义。在某种程度上甚至可以说，一所缺乏文化传统和历史记忆的大学不是一所好大学；同样，一所没有文化底蕴和历史积淀的大学也绝非真正意义上的高水平大学。

哈佛大学前校长德里克·博克说过：“无论是在城市还是乡镇，大学的文化、反世俗陈规的生活方式和朝气蓬勃的精神面貌，常常成为刺激周边社区的载体，同时也是他们赖以骄傲的源泉。”

扬州大学所处的苏中地区，是淮扬文化的核心区之一。作为淮扬文化区域唯一的省属重点综合性大学，扬州大学具有学科门类齐全、多学科交叉融合的显著特点。学校集中人文社会科学诸学科的精干力量，发挥融通互补、协同作战的优势，继承发扬以任中敏先生为代表的老一代学术大师的风范，对内涵丰富、底蕴深厚的中国传统文化包括区域文化进行多方面的综合研究，挖掘整理其丰厚资源并赋予时代精神，阐扬其独特蕴涵并寻找其与当前经济建设、社会建设、政治建设、文化变革相结合的生长点，以求对地方乃至全省经济社会发展作出积极的贡献。

江苏省人民政府在“九五”和“十五”期间对扬州大学进行重点投资建设的基础上，在“十一五”期间对扬州大学继续予以重点资助，主要培植能够体现学科交融、具有明显生长性且预期产生良好经济、社会效益的五大重点学科，其中包括从人文社会科学

诸学科中凝炼而成的“人文传承与区域社会发展”重点学科。这一重点学科的凝成体现了将江苏优秀的古代文化与灿烂的现代文明有机交融、相得益彰、交相辉映和发扬光大的理念，符合扬州大学人文社会科学诸学科已有的专业背景、研究基础和今后的学科发展和学术追求。该重点学科包括“文学转型与区域社会发展”和“历史文化与区域社会发展”两个研究方向，其建设的标志性成果就是以任中敏先生别号命名的《半塘文库》和以区域名称命名的《淮扬文化研究文库》，总计 50 余种学术专著，计 1500 万字。“文库”是“十五”期间“扬、泰文化与‘两个率先’”重点学科研究成果的新发展，汇集了扬州大学众多学者的智慧和学识，体现了社会各方面的关心和支持，可谓是一项规模宏大、影响深远、功在当代、利在千秋的大型文化工程。可以期待，“文库”的出版将对当前物质文明、政治文明、精神文明、社会文明和生态文明等“五个文明”建设，对构建和谐社会、促进区域科学发展起到积极有力的推动作用。

在人文传承与区域社会发展研究丛书出版之际，我们向始终支持和关心“人文传承与区域社会发展”重点学科建设的教育部社科司、江苏省教育厅的领导及专家表示衷心感谢，对负责定稿的中国社会科学院诸位专家学者表示衷心感谢！同时也衷心感谢社科文献出版社的领导和编辑为丛书出版付出的辛勤劳动！

扬州大学人文传承与区域社会
发展研究丛书编辑委员会
2010 年 12 月

目 录

上篇 总论 民间文化保护的价值与模式选择

第一章 导论	3
第一节 加强民间文化及其保护的理论研究	4
第二节 民间文化保护的重要性和紧迫性	10
第三节 民间文化保护规律的总体把握	15
第四节 本书的基本思路、主要内容与研究方法	23
第二章 什么是民间文化	27
第一节 民间文化概念的表述	28
第二节 民间文化的基本特点	36
第三节 关于民间文化的性质	45
第三章 民间文化的价值	48
第一节 民间文化价值的丰富性	49
第二节 民间文化的历史价值	52
第三节 民间文化的现实价值	58
第四章 保护民间文化的意义	73
第一节 保护民间文化的理论意义	74
第二节 保护民间文化的实践意义	82

第五章 民间文化保护的法律机制	108
第一节 建立健全法律保护机制的意义	110
第二节 民间文化法律保护机制的模式选择	118
第三节 知识产权法保护机制的正当性分析	133
第四节 知识产权法律保护机制的基本原则	141
第五节 知识产权法保护的框架体系与战略选择	151

下篇 分论 民间文化知识产权保护问题分析

第六章 民间文化的知识产权权利主体	175
第一节 传承性主体	176
第二节 邻接性主体	185
第七章 民间文化知识产权的权利内容	189
第一节 精神性权利	190
第二节 财产性权利	196
第八章 民间文化知识产权权利的限制	202
第一节 合理使用制度	204
第二节 法定许可制度	207
第三节 强制许可制度	209
第九章 民间文化传播中的著作权集体管理	212
第一节 著作权集体管理组织概述	213
第二节 著作权集体管理的方式	218
第十章 民间文化的反不正当竞争法保护机制	221
第一节 反不正当竞争法律机制保护民间文化的 作用和基本原则	223

第二节	反不正当竞争法保护机制的适用情形及其 规制方法和措施·····	230
第三节	从民间文化保护角度看我国反不正当 竞争法的完善·····	240
第十一章	民间文化符号的商品化权保护机制·····	245
第一节	商品化权保护机制保护民间文化符号的 基本原则·····	247
第二节	建立商品化权保护机制的必要性和可行性·····	255
第三节	商品化权保护机制的基本框架·····	273
参考书目	·····	277

上篇 总论

民间文化保护的 价值与模式选择



第一章 导论

民间文化是一种自发生长的活态文化，就像烂漫的山花开遍了祖国的原野，绚丽多姿，生生不息，是广大人民群众在绵延不断的生产和生活中自主创造、传承和发扬光大的。我们所研究的民间文化，既包括物质文化，比如民居建筑、民间服饰、民间食品、民间药品、手工艺品、民间文化器材等等，又包括非物质文化，比如口头传唱艺术、地方曲艺、民间体育杂技、民俗仪式、民间绘画技艺、民间雕刻技艺等等，特别是很多情况下物质文化和非物质文化是交织在一起不可分割的。本书主要探讨民间文化的知识产权问题，分析民间文化在使用和传播过程中不同主体的权利义务关系，所以侧重从非物质文化的角度来表述，所分析的对象主要是民间文学艺术。

近年来，掀起了一股保护民间文化新的热潮，从这股新的潮流我们看到了人类的文化自觉。民间文化在历史的长河中一路走来，吸附着历史的尘埃，甚至深深地留下了历史的烙印，它是人类联系过去和现在的纽带，也是指引人类未来航向的灯塔。从民间文化的表现形式中，我们能够看到许许多多随时代变迁而留下的文化记忆。这些文化记忆，是人类的宝贵精神财富，值得人们珍视。这些精神财富，对于人类启迪智慧，探索未来发展之路，具有十分重要

的意义。人类社会需要稳定的、全面的、协调的、可持续发展的科学发
展，在 21 世纪世界经济贸易一体化和工农业生产现代化进程迅猛
发展的大背景下，如何促进人精神生活的发展，使人觉得活得有意
义、有价值、有尊严，需要我们留住这些记忆，让这些记忆来帮助
我们时刻审视自身，保持人类自身不被物欲所异化。保护民间文
化，既是守望人类的精神家园，也是保护人类创新所需要的永不枯
竭的源泉。因此，我们今天大力保护民间文化，不是为了简单回顾
历史，也不是为了刻意模仿过去，而是为了我们中华民族自身更好
更快地发展。当今时代，文化软实力已经成为经济和社会发展的重要
推动力，文化产品已经成为蕴含巨大商业价值的商品，文化产业
已经成为迅速增长的新兴产业。文化因素在市场经济中的作用已经
凸显，民间文化的交流、传播和商业性使用越来越频繁，随着民间
文化热的掀起，围绕民间文化传承、利用和传播的法律问题，特别
是各种不正当行为大量出现，由此产生的各种社会关系需要法律工
作者来加以梳理，需要研究制定相关的法律法规来加以规制，从而
促进我们的立法和司法能更好地保护民间文化。

第一节 加强民间文化及其保护的理论研究

一 民间文化是历史的积淀和人类可持续发展的基石

民间文化和各个历史时期的生产劳动与日常生活相生相伴、相
辅相成，它的主要表现形式大多是民间文学艺术，当然也包括许多
传统知识。在我国历史上具有尊重民间文化的传统和习惯，长期将
民间文化中的民间文学艺术尊称为民间瑰宝而加以保护。例如，我
国的民间诗歌曾受到各朝各代的高度尊重，由官方资助加以收集和
整理，我国第一部集民间诗歌之大成的诗歌总集——《诗经》，收
集了从西周到春秋战国中期约 500 年时间内的诗歌共计 305 篇，
《诗经》由“风”、“雅”、“颂”三部分组成，其中的“国风”部

分有 160 篇，主要就是民间诗歌。尽管经历了时代变迁甚至是外敌入侵造成的社会动荡，我国近代和现代社会对于民间文化保护的 efforts 始终没有放弃，随着民间文化活动的发展以及学界的深入研究和挖掘，民间文化的内涵得到不断扩充。近年来，随着世界各国学者的深入研究，国际社会的逐渐重视，特别是联合国教科文组织对非物质文化遗产保护工作的积极倡导，我国从 21 世纪开始，较多地使用“非物质文化遗产”的词汇来表述民间文化的内涵和特征。随着我国一大批民间文学艺术表现形式例如“昆曲艺术”、“古琴艺术”、新疆维吾尔“木卡姆艺术”和中国与蒙古国联合申报的蒙古族“长调民歌”先后入选联合国教科文组织宣布的第一批、第二批、第三批“人类口头和非物质遗产代表作”项目名单，“非物质文化遗产”这一概念已经逐渐为我们所了解和接受，成为家喻户晓的词汇。虽然我们认为“非物质文化遗产”的概念与“民间文化遗产”的概念不完全相同，但便于叙述，便于与国际接轨，讨论更具有针对性，因此本课题也在多数场合下将民间文化的范围视同非物质文化遗产的范围来论述，有时把两者视为同义语。特别是在讨论因使用和传播这些文化形式所产生的法律关系时，法律上的含义没有本质的区别。我们选择“民间文化”这一术语，有两重因素，一是民间文化主要表现为非物质的文化，它的范围比“民间文学艺术”要宽泛，它能涵盖一些生产生活技能，这些技能不属于民间文学艺术，但属于民间文化；二是民间文化是一种活态的知识，它是在长期的历史中产生和发展，但又不完全等于已经属于公有领域的“传统知识”，它是符合知识产权法保护对象的基本属性的。

人类对民间文化概念及其内涵的认识，有一个不断丰富和逐渐深化的探索过程，表现出经验性、实践性、可操作性、开放性和衍生性。任何界定和划分都不会是凝固不变的，随着认识的深化，人们会发现更多现存民间文化形式的哲学伦理价值、历史价值以及艺术和科学价值，也就会有新的种类进入民间文化的类别系列。民间

文化是文化多样性的熔炉，是人类可持续发展的基石。一个国家或民族的民间文化越丰富，表明这个国家或民族就越有创造力和发展力，越有民族认同感，越能聚集民族力量，越能屹立于世界民族之林。因此，加强对民间文化及其保护的研究，具有十分重要的意义。

二 我国学界对民间文化保护的研究达到了一个崭新的境界

众所周知，在联合国教科文组织 1972 年于巴黎通过《保护世界文化和自然遗产公约》以后，各国学者以极大的热情投入到民间文学艺术保护的研究中来，推动联合国教科文组织于 1989 年 11 月在巴黎通过了《保护民间创作建议案》（以下简称《建议案》）。《建议案》对民间创作的定义是：民间创作（或传统的民间文化）是指来自某一文化社区的全部创作，这些创作以传统为依据，由某一群体或一些个体所表达并被认为是符合社区期望的作为其文化和社会特性的表达形式；其准则和价值通过模仿或以其他方式口头相传。它的形式包括：语言、文学、音乐、舞蹈、游戏、神话、礼仪、习惯、手工艺、建筑术及其他艺术。1997 年 11 月，联合国教科文组织第 29 届全体会议通过的《宣布人类口头和非物质遗产代表作申报书编写指南》（*Proclamation of Masterpiece of the Oral and Intangible Heritage of Humanity*），对“人类口头和非物质遗产”的界定，基本上沿用了上述《建议案》对“民间创作（民间传统文化）”的定义。2001 年，联合国教科文组织通过了《世界文化多样性宣言》，强调了世界各国各民族包括非物质文化遗产在内的全部文化遗产对于维护人类文化多样性的重要意义，呼吁加强对非物质文化遗产的保护，正式用“非物质文化遗产”的概念来代替“民间文化”的概念。2003 年 10 月 17 日，联合国教科文组织第 32 届大会通过了《保护非物质文化遗产公约》（*Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage*）。这是迄今为止联合

国有关非物质文化遗产保护最重要的文件（以下简称《公约》）。

据 2012 年 3 月 12 日中国知网检索数据表明，2003 年以来，我国媒体公开发表关于非物质文化遗产（含民间文化）的文章达到 39000 多篇，涉及如何保护的文章 5200 多篇，其中不乏学者的相关论文。关于民间文化的研究以及非物质文化遗产传承与保护的图书也可谓汗牛充栋，我们收集到的关于非物质文化遗产（含民间文化）保护的理論专著已经达到 20 余部，例如王文章主编《非物质文化遗产概论》，文化艺术出版社 2006 年 10 月出版；乌丙安所著《非物质文化遗产保护理论与方法》，文化艺术出版社 2010 年 7 月出版；全国人大常委会法制工作委员会行政法室编著《中华人民共和国非物质文化遗产法解读》，中国法制出版社 2011 年 3 月出版；王文章主编《非物质文化遗产保护与田野工作方法》，文化艺术出版社 2008 年 9 月出版；李欣著《数字化保护——非物质文化遗产保护的新路向》，科学出版社 2011 年 5 月出版；郑巨欣和陈峰著《文化遗产保护的数字化展示与传播》，学苑出版社 2011 年 6 月出版；张仲谋主编《非物质文化遗产传承研究》，文化艺术出版社 2010 年 8 月出版；康保成主编《中国非物质文化遗产保护发展报告（2011）》，社会科学文献出版社 2011 年 11 月出版；张耕著《民间文学艺术的知识产权保护研究》，法律出版社 2007 年 10 月出版；丁丽英著《传统知识保护的權利设计与制度构建》，法律出版社 2009 年 8 月出版；黄玉烨著《民间文学艺术的法律保护》，知识产权出版社 2008 年 4 月出版；严永和著《论传统知识的知识产权保护》，法律出版社 2006 年 1 月出版；杜瑞芳著《传统医药的知识产权保护》，人民法院出版社 2004 年 12 月出版；宋晓婷著《中医药传统知识的法律保护》，知识产权出版社 2009 年 8 月出版；于海广和王巨山主编《中国文化遗产保护概论》，山东大学出版社 2008 年 5 月出版；白庚主编《民间文化保护前沿话语：民间文化保护讲演录》，学苑出版社 2006 年 1 月出版；管育鹰著《知识产权视野中的民间文艺保护》，法律出版社 2006 年 11 月出版；

王鹤云和高绍安著《中国非物质文化遗产保护法律机制研究》，知识产权出版社2009年8月出版；李秀娜著《非物质文化遗产的知识产权保护》，法律出版社2010年10月出版；李墨丝著《非物质文化遗产保护国际法制研究》，法律出版社2010年11月出版。这些论文和著作，开创性地回答了民间文化保护的一些基本理论问题和实践中的一些基本方法问题，对我国民间文化保护工作产生了积极的影响。特别需要指出的是，王文章主编的《非物质文化遗产概论》，是我国21世纪以来第一部综合论述非物质文化遗产保护的学术著作，在理论界和实务界产生了巨大反响，具有极高的学术价值和理论价值，对于指导我国当前非物质文化遗产保护工作，具有重大现实意义。该书开创了我国非物质文化遗产保护研究的一个崭新时代，该书的出版发行，带动了一大批中青年学者投入到非物质文化遗产保护的 research 工作中来。该书对我们编写《民间文化传承中的知识产权》产生了深刻的启示作用，特别是本书总论部分的编写，较多地参考了该书的写作方法和基本观点。

三 学界关于民间文化法律保护模式的探讨基本达成共识

民间文化的保护，包括行政保护模式和法律保护模式。行政保护的对象主要是民间文化的表现形式及其载体。行政保护是自上而下的政府行政行为，这种行为主要表现为对濒临灭亡的民间文化表现形式加以抢救，对申报的民间文化项目加以确认、立档、建立名录，对民间文化传承人加以资助和培养，对民间文化加以宣传，对民间文化的研究工作给予资助，为民间文化的传播提供平台等等，使得民间文化不断发扬光大，行政保护也必须有相关法律依据，必须依法行政。法律保护是民事主体依靠法律手段来保护自己关于民间文化的权利，这种权利是基于特定的民间文化表现形式而产生，没有特定的民间文化表现形式，就不能产生属于该民事主体所专有的权利，法律保护的直接对象是权利，通过对权利的保护，实现对