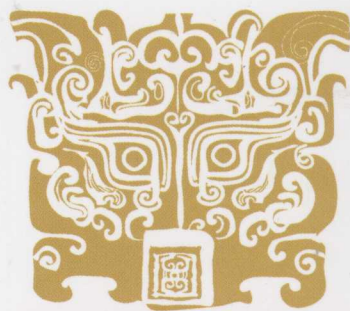




上海政法学院学术文库-行政法学丛书



孙彩虹 著

民间文学艺术知识产权保护策略研究

MIN JIAN WEN XUE YI SHU ZHI SHI CHAN QUAN BAO HU CE LUE YAN JIU

大学出版社

D923.4
252

政法学院学术文库——行政法学丛书

间文学艺术知识产权保护策略研究

孙彩虹 著



中国政法大学出版社

2011·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

民间文学艺术知识产权保护策略研究 / 孙彩虹著. —北京: 中国政法大学出版社, 2011. 7

ISBN 978-7-5620-3971-6

I. 民… II. 孙… III. ①民间文学-知识产权-保护-研究-中国 ②民间艺术-知识产权-保护-研究-中国 IV. D923.404

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第123311号

出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088 信箱8034分箱 邮编100088 zfs5620@263.net
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908289(编辑室) 58908325(发行部) 58908334(邮购部)

承 印 固安华明印刷厂

规 格 787mm×960mm 16开本 15.25印张 245千字

版 本 2011年9月第1版 2011年9月第1次印刷

书 号 ISBN 978-7-5620-3971-6/D·3931

定 价 30.00元

声 明

1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

“上海政法学院学术文库”

编 审 委 员 会

主 任 金国华

副主任 闫 立 倪正茂

秘书长 何平立

委 员 (以姓氏笔画为序)

王明华 王 蔚 闫 立 关保英

刘 强 汤啸天 杨 寅 何平立

吴益民 张森年 金国华 倪正茂

章友渡

学术文库·总序

中华民族具有悠久的学术文化传统，两千年前儒家经典《大学》即倡言“大学之道，在明明德，在亲民，在止于至善”。即蕴涵着彰扬学术、探索真理。而《中庸》论道：“博学之，慎思之，审问之，明辨之，笃行之。”则阐释了学术研究的治学精神以及达到真实无妄境界的必由之路。因此，从对世界历史进程的审视与洞察来看，社会发展、科学昌明、思想进步，从来都离不开学术科研力量与成就的滋养与推动。

大学是国家与社会发展中一个不可或缺的重要力量，而科学研究的水平则又体现了大学的办学水平和综合实力，是一所现代大学的重要标志。因此，一个大学的学术氛围，不仅在很大程度上影响和引导着学校的科研状态，而且渗透和浸润着这个大学追求真理的精神信念。这正如英国教育思想家纽曼所言：大学是一切知识和科学、事实和原理、探索与发现、实验与思索的高级力量，它态度自由中立，传授普遍知识，描绘理智疆域，但绝不屈服于任何一方。

大学的使命应是人才培养、科学研究和服务社会，而高等教育发展的核心是学术和人才。因此，大学应成为理论创新、知识创新和科技创新的重要基地，在国家创新体系中应具有十分重要的地位和意义。上海政法学院是一所正在迅速兴起的大学，学院注重内涵建设和综合协调发展，现已有法学、政治学、社会学、经济学、管理学、语言学等学科专业。学院以“刻苦、求实、开拓、创新”为校训，这既是学校办学理念的集中体现，也是上政学术精神的象征。这一校训，不仅大力倡导复合型人才培养，注重充分发挥个性特色与自我价值实现，提供自由选择学习机会，努力使学子们于学业感悟中启迪思想、升华精神、与时俱进，而且积极提倡拓展学术创新空间，注重交叉学科、边缘学科的研究，致力于对富有挑战性的哲学社会科学问题的思考

与批判,探求科学与人文的交融与整合。“上海政法学院学术文库”正是在这一精神理念引领下出版问世的。

“上海政法学院学术文库”的出版,不仅是《上海政法学院教育事业“十一五”发展规划》的起跑点,而且是上海政法学院教师展示学术风采、呈现富有创造性思想成果的科研平台。古代大家云:“一代文章万古稀,山川赖尔亦增辉”;“惟有文章烂日星,气凌山岳常峥嵘”。我相信“上海政法学院学术文库”的出版,不仅反映了上海政法学院的学术风格和特色,而且将体现上海政法学院教师的学术思想的精粹、气魄和境界。

法国著名史学家、巴黎高等社会科学学院院长雅克·勒戈夫曾言,大学成员和知识分子应该在理性背后有对正义的激情,在科学背后有对真理的渴求,在批判背后有对更美好事物的憧憬。我相信“上海政法学院学术文库”将凝聚上政人的思想智慧,人们将从这里看到上政人奋发向上的激情和攀登思想高峰的胆识与艰辛,上政人的学术事业将从这里升华!

祝愿“上海政法学院学术文库”精神,薪火传承、代代相继!

上海政法学院院长 金国华

2006年9月10日于求实楼

学术文库·行政法学丛书·总序

“行政法学丛书”作为“上海市重点学科（行政法学）”、“上海市教委重点学科（行政法学）”的部分成果，是我们多年来对行政法学哲理、实务等问题所作思考的系统总结。2006年9月，承蒙上海市教委的正确指导和资助，上海政法学院的行政法学科被批准为“上海市重点学科”，该学科于2008年顺利通过上海市教委组织的评估和验收，并于2009年被立项为“上海市教委重点学科（行政法学）”。该学科立项后，上海政法学院领导给予了高度重视，从组织机构、人员配置等方面进行了部署。学科组对该学科发展的整体建设进行了规划，并得到了院领导的认可和市教委的批准。该学科以行政法理论与实践为总的建设方略，设有行政法基础理论与实务、公共政策与行政法治、部门行政法等方向。学术著作的撰写和编著是学科建设的重要组成部分，本学科拟在建设期间出版学术专著和规范化的教科书三十余部。基于我国行政法基础理论相对薄弱的现实，我们在学术著作的选材上以行政法基本原理、行政法史、比较行政法为主，并照顾到部门行政法中的一些社会关注的热点问题，通过系列学术著作和规范化教科书的出版使本学科通过数年的建设形成自己的特色。希望学术界同仁和广大读者给我们提出批评和建议，帮助我们在这套丛书做好。

上海市教委行政法学

重点学科负责人

吴保英

2010年4月

序 一

民间文学艺术是人类历史上创造的最为宝贵的精神财富和文化遗产，是经过历史沉淀的各个文化群体的智慧结晶，它负载着一个群体的价值取向，是各民族彰显其文化特征与个性的重要标志，因此被誉为人类历史的“文化活化石”。但在全球一体化的今天，民间文学艺术一方面获得了发展的机会，另一方面也受到了极大的威胁。以传统文化为蓝本进行的文化创作、文化传播，打着知识产权的名义开始了又一轮的文化掠夺，其结果不仅侵害了原住民的经济利益，还严重伤害到了原住民的民族感情，甚至宗教信仰。在提倡文化自觉、倡导文化多样性的时代背景下，保护文化多样性，传承传统文化，给予传统社区足够的尊重已成为国际社会、联合国教科文组织、世界知识产权组织的一个重要议题。保护民间文学艺术，促进文化多样性发展，也成为许多国际公约、地区立法、政策和实践的核心目标之一。国际、国内纷纷尝试建立新型法律制度对民间文学艺术进行直接或间接地保护。

我国是一个拥有丰富文化资源的发展中国家，56个民族创造出了与其生存环境、民情民风相融合的、多姿多彩的民族民间文化。民间文学艺术作为民族精神的财富和情感的积淀，是构成民族精神家园不可或缺的一个重要源泉。但随着我国社会经济的持续快速发展，文化生态也发生了巨大的变化，民间文学艺术的生存环境面临着越来越严峻的挑战。在建设社会主义和谐社会、落实科学发展观、实现社会可持续发展的大背景下，民间文学艺术的保护已上升到国家文化发展战略的高度。在这样的时代背景下，探讨民间文学艺术保护的重要性，清晰认识民间文学艺术的概念内涵和独特的价值所在，研究民间文学艺术的保护原则与策略，为民间文学艺术保护给予理性的指导，就显得尤为重要。

我认识彩虹已有多多年，其拼搏进取的精神令人钦佩。彩虹多年来从事诉

讼法的教学和理论研究，在工作中踏实肯干、爱岗敬业；在科研上具有扎实的理论研究基础和较强的创新意识，近几年迅速成长为我院的教学和科研骨干。随着知识的积累和能力的提升，其研究领域不断拓展，在传统文化法律保护、知识产权公益诉讼制度等领域的研究都有着自己独到的见解，并有高质量的研究成果问世。该专著——《民间文学艺术知识产权保护策略研究》，即是其长期思考、深入钻研、实地调研、仔细推敲的精心之作。该专著采用比较研究的方法，详细梳理了国内外民间文学艺术知识产权保护的立法、国际条约和地区协定，分析了有代表性的理论观点、具体保护措施以及典型案例和相关事件，通过对民间文学艺术知识产权及其保护规律的认识，分析了民间文学艺术知识产权保护各种路径的利与弊。作者分别从公法、私法的不同角度，探讨了民间文学艺术保护模式的选择与各种保护机制的协调，提出了“承认加改进”的观点和多种保护策略的构想，以此为基础建构起我国民间文学艺术知识产权的保护策略，具有十分重要的理论价值和实践意义。

该专著出版正值我国《非物质文化遗产法》出台并即将实施之际，希望能为进一步完善我国民间文学艺术知识产权立法提供有益的借鉴和参考。由于民间文学艺术保护是一项系统工程，不仅涉及法学，还涉及社会学、民俗学、哲学、经济学、管理学等领域的知识，研究难度很大，不足之处也在所难免。希望彩虹以此为起点，再接再厉，不断升华，以期能对我国传统文化保护的立法和政策制定提供更加完善、科学的理论支撑。

是为序。

吴保英

2011年4月于上海苏河畔

序 二

民间文学艺术作为人类文化遗产的“活化石”，从来没有像今天这样处境矛盾。一方面，由于民间文学艺术生存的政治经济环境的变化，其源头已遭到严重的侵蚀，生存状况异常脆弱；另一方面，民间文学艺术作为低成本、廉价的商业资源，无论是文化创作者还是文化传播者，都对其表现出越来越浓厚的兴趣，民间文学艺术的再开发和被利用的价值不断提升。

在这种情况下，民间文学艺术来源地群体抱怨他们的知识被剽窃，甚至还伤害到了他们的民族感情、宗教信仰。作为对这种剽窃行为的反击，民间文学艺术的拥有人提出了一系列的要求：要求确认他们为民间文学艺术的创作者和所有者；要求保留他们的文化身份和传统习惯；要求控制对民间文学艺术的不当获取和利用，并要求能从对民间文学艺术的再开发和使用中分享一定的利益等。

作为呼吁保护非物质文化遗产（包括民间文学艺术）的结果，联合国教科文组织于2003年9月通过了《保护非物质文化遗产公约》，希望能化解经济全球化和世界文化多样性之间的矛盾和冲突。由于长期以来，民间文学艺术一直被视为公有领域的知识，人人皆可自由使用且无需付出任何代价，因此，当原来被视为公有领域的民间文学艺术的利用方式，由开放获取转变为需要有偿使用时，利益格局就发生了很大的变化。在对民间文学艺术文化资源开发过程中，不同利益团体之间的利益分享、价值取向、保护模式等，就不可避免地产生了冲突。

站在人类历史发展的高度上看，对民间文学艺术的保护，关系到不同国家、不同民族生存和发展的根基，也关系到一个国家民族凝聚力的形成和延续；站在市场经济繁荣发展的角度看，对民间文学艺术的保护，关系到它的存续和创新。中国的民间文学艺术历史悠久，是世界上拥有传统文化资源最

丰富的国家之一，我们理应站在更高的层面上，建立完善的民间文学艺术保护机制，在民间文学艺术的保护、开发、利用上，更好地保护本国的资源，使其在为世界文明做贡献的同时，也为本国获取更多应有的利益。只有这样，才能阻止我国民间文学艺术人力和物力资源的流失，确保文化主权和文化安全，并为解决传统文化知识产权纠纷提供法律原则和依据，以期最终获得良好的社会效益和经济利益。

孙彩虹博士的《民间文学艺术知识产权保护策略分析》一书，完成于我国《非物质文化遗产法》出台并即将实施之际，它的出版可谓是恰逢其时。这本书是孙彩虹博士在其博士学位论文的基础上经过反复修改、不断完善最终定稿完成的，既有严谨的理论分析，又有创新的制度设计。希望该书的出版，能为我国民间文学艺术保护立法，为进一步完善《非物质文化遗产法》配套法律制度的制定，提供有价值的理论和实践参考。

孙彩虹曾是我在华中科技大学指导的博士研究生，她本人在就读博士之前已从事法学研究十几载，拥有比较系统深厚的法律理论知识。民间文学艺术的保护问题涉及法学、管理学、社会学、民俗学等领域，属于跨学科的研究课题，对研究者的研究能力与知识功底都是不小的考验。如今本书即将由我国法律界久负盛名的中国政法大学出版社出版，作为导师，我深感欣慰，特示祝贺。并希望孙彩虹博士以此为契机，在学术研究上取得更多更好的成绩。

余 翔

2011年4月28日于武汉喻家山

| 目 录 |

学术文库·总序	I
学术文库·行政法学丛书·总序	III
序 一	IV
序 二	VI
绪 论	1
一、研究背景及选题由来 / 1	
二、研究目的与意义 / 2	
三、国内外理论研究现况 / 5	
四、本书基本框架及研究方法 / 10	
五、创新点 / 12	
第一章 民间文学艺术概念辨析及使用	13
第一节 术语使用与基本概念的界定 / 13	
一、民间文学艺术 (Folklore) / 13	
二、民间文学艺术表达 (Expression of Folklore) / 16	
三、相关概念与释义 / 17	
第二节 民间文学艺术的特征 / 23	
一、群体性 / 23	
二、地域性 / 24	

2 民间文学艺术知识产权保护策略研究

三、民族性 / 25

四、整体融合性 / 26

五、民间性和乡土性 / 26

六、变异性 / 27

第三节 民间文学艺术的保护范围 / 28

一、界定民间文学艺术的范围应注意的问题 / 28

二、民间文学艺术保护范围的界定 / 30

三、民间文学艺术的分类 / 32

本章小结 / 35

第二章 民间文学艺术的保护价值及保护目标 36

第一节 民间文学艺术的保护价值 / 36

一、政治价值 / 36

二、社会和谐价值 / 38

三、经济价值 / 40

四、文化价值 / 42

第二节 民间文学艺术的保护目标与保护原则 / 43

一、保护目标 / 44

二、保护原则 / 46

本章小结 / 49

第三章 国际视野下的民间文学艺术知识产权保护 50

第一节 有关的国际公约和地区协议 / 50

一、版权保护模式下的国际公约和地区协议 / 50

二、商标与地理标志保护模式下的国际公约和地区协议 / 56

三、专利和商业秘密保护模式下的国际公约和地区协议 / 57

四、特别权利保护模式下的国际公约或地区协议 / 58

五、保护成效与评析 / 60	
第二节 各国的立法尝试 / 66	
一、发展中国家 / 66	
二、发达国家 / 68	
第三节 典型国家或地区的相关探索与实践 / 71	
一、澳大利亚 / 71	
二、菲律宾 / 75	
三、美国 / 76	
四、秘鲁 / 79	
五、非洲地区 / 80	
六、传统部落(或社区)的习惯法 / 82	
本章小结 / 83	
 第四章 我国民间文学艺术保护现状与保护成效评析	84
第一节 我国关于民间文学艺术保护的理论研究 / 84	
一、关于保护模式的讨论 / 84	
二、关于权利主体的讨论 / 85	
三、关于保护客体的讨论 / 87	
四、关于公有领域付费制度与惠益分享的讨论 / 89	
第二节 我国民间文学艺术保护的相关立法 / 90	
一、立法概况与立法进程 / 90	
二、相关法律、法规、规章及规范性文件的规定 / 92	
第三节 我国民间文学艺术保护的行政举措 / 96	
一、统一部署、全面推进 / 96	
二、研究制定政策法规, 确定保护方针、原则和目标 / 100	
第四节 我国民间文学艺术保护的法律实践 / 101	
一、《乌苏里船歌》案 / 101	

- 二、经典民歌《小河淌水》版权之争 / 102
- 三、民间剪纸艺人白秀娥诉国家邮政局、国家邮票印制局案 / 103
- 四、陈启花等村民诉某音像出版社侵犯民间社火表演者权案 / 104
- 五、苗族芦笙演奏家东单甘诉莫厌学 18 管芦笙侵权案 / 104
- 六、洪远福诉北京苗艺民族文化艺术交流中心侵犯著作权案 / 105
- 第五节 我国民间文学艺术保护成效评析 / 107
 - 一、保护成效的整体评价 / 107
 - 二、保护实践中存在的问题 / 110
- 本章小结 / 113

第五章 我国民间文学艺术知识产权保护路径选择 114

- 第一节 我国民间文学艺术的主客体选择 / 114
 - 一、权利主体 / 114
 - 二、保护主体 / 118
 - 三、保护客体 / 121
- 第二节 我国民间文学艺术保护模式选择 / 123
 - 一、版权保护与特别立法保护模式之争 / 123
 - 二、民间文学艺术保护模式的选择——既要避免“因噎废食”，也要避免“削足适履” / 125
- 第三节 我国民间文学艺术多重保护机制选择 / 127
 - 一、民间文学艺术多重保护机制分析 / 127
 - 二、民间文学艺术多重保护机制的构架 / 129
- 本章小结 / 139

第六章 全球化背景下我国民间文学艺术知识产权保护策略 141

- 第一节 积极性保护策略 / 141
 - 一、以知识产权制度保护为主、替代性保护方法为辅的长效

保护机制	/ 141
二、政府主导、多方合作的保护机制	/ 159
三、自我保护机制	/ 169
第二节 防御性保护策略	/ 176
一、制度性防御——反不正当竞争法	/ 176
二、技术性防御——建立民间文学艺术数据库	/ 181
第三节 救济性保护策略——民间文学艺术公益诉讼	/ 193
一、关于公益诉讼	/ 193
二、民间文学艺术公益诉讼	/ 197
三、我国民间文学艺术公益诉讼制度的构建	/ 204
本章小结	/ 208
 结 语	/ 210
 参考文献	/ 213
 后 记	/ 223

绪 论

一、研究背景及选题由来

民间文学艺术 (folklore) 是人类历史上创造的最为宝贵的精神财富和文化遗产,是经过历史沉淀的各个文化群体的智慧结晶,它负载着一个群体的价值取向,是各民族彰显其文化特征与个性的重要标志,因此被誉为人类历史的“文化活化石”。同时,这些珍贵的文化遗产也凝聚了创造者的智慧、传承者的奉献、保存者的坚持。这些人类文化史上最为耀眼的明珠,至今仍焕发着无穷的魅力。在商业化高度发达的当今社会,民间文学艺术在为人们提供精神食粮的同时,无形中又催生了一个新兴的产业——民间传统文化产业的大发展。但长期以来,一方面民间文学艺术没有获得适当的法律保护,该领域一直被视为公共财产,人人皆可自由使用;而另一方面,随着科学技术的发展,特别是音像和录像技术、广播技术的迅速发展,使得对民间文学艺术的商业利用更加便利、日益普遍,也为使用者、开发者带来了巨大商机和切实利益。在这种情况下,民间文学艺术源地群体抱怨他们的知识被剽窃,甚至还伤害到了他们的民族感情、宗教信仰。作为对这种剽窃行为的反击,民间文学艺术的拥有人提出了一系列的要求:要求确认他们为民间文学艺术的创作者和所有者;要求控制对民间文学艺术的获取,并能从对其使用中获取利益;要求保留他们的文化身份和传统习惯等。由此以来,民间文学艺术的创作者、保有者和利用者、开发者之间的利益分配问题就日趋突出。原来被视为“人类文化遗产”的传统文化已开始由开放获取转变为有偿使用,这就使得利益格局发生了很大的变化。因为,民间文学艺术等这些传统文化