

文库主编：华东政法大学国际法研究中心

民间文艺的 特别知识产权保护

国际立法例及其启示

杨 鸿 著



*Sui Generis Intellectual
Property Protection for Folklore:*

An Analysis of International Legislations



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

文库主编：华东政法大学国际法研究中心

民间文艺的 特别知识产权保护

国际立法例及其启示

杨 鸿 著

 **法律出版社**
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民间文艺的特别知识产权保护:国际立法例及其启示 / 杨鸿著. —北京:法律出版社,2010.12
(华东政法大学国际法学文库)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 1639 - 9

I. ①民… II. ①杨… 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. ①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 258273 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/何敏

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律出版社上海出版中心

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/陶松

开本/A5

印张/12.75 字数/338千

版本/2011年3月第1版

印次/2011年3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 - 1639 - 9

定价:36.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

本书由

上海市教育委员会重点学科建设项目国际法学（J51103）资助

上海市教育委员会重点学科（第五期）“国际贸易法”（J51204）资助

《华东政法大学国际法学文库》 总序

进入新世纪以来,国际社会正经历着深刻的变化。和平与发展仍然是当今世界的主题。科技日新月异,经济全球化趋势深入发展。同时,我们比以往任何时候都更加深刻地感受到:恐怖主义危害加大,各种局部冲突和战争不断发生,非传统安全问题凸显,跨国犯罪日益猖獗,单边主义抬头,霸权主义和强权政治依然存在,影响世界和平与发展的不稳定、不确定因素增多。与此同时,世界经济发展不平衡加剧,围绕资源、能源、市场、知识产权、人才的国际竞争日趋激烈,贸易壁垒和经济、贸易摩擦明显增多。各种热点问题所涉及的国际问题更加突出。一些发达国家在经济上、科技上占优势,在外交上、法律上动辄采取强势做法的态势在相当长的时期内仍将存在。作为国际关系的产物,国际法面临严峻挑战和前所未有的发展机遇。

在这种错综复杂的国际形势下,中国坚持高举“和平、发展、合作”的旗帜。胡锦涛总书记最近在一系列重大国际场合突出强调了国际法与构建和谐世界的关系,强调了国际法的作用。构建和谐世界思想的提出,既勾画了中国新世纪外交战略的总目标,充分展示了中国作为负责任大国的形象,也指明了新世纪国际关系和国际法发展的正确方向。构建和谐世界,国际法无疑并必须发挥巨大的作用。摆在我们面前的重大课题是:如何从理论上认识国际法在构建和谐世界过程中的重要作用;如何运用国际法建设一个持久和平、共同繁

荣的和谐世界？特别是，如何运用国际法，促进各国间的相互信任、和谐相处，并通过公平、有效的安全机制，建设一个和平、稳定的和谐世界；如何运用国际法，坚持各国主权平等，在国际关系上坚持以法治和多边主义为主，建设一个民主、公正的和谐世界；如何运用国际法，正确应对世界多极化、经济全球化和科技进步的发展趋势，促进国际社会共同发展特别是发展中国家的发展，建设一个互利、合作的和谐世界；如何运用国际法，承认世界多元性、承认人类文明多样性、承认发展中国家与发达国家利益的差异性，运用国际法主张在多样性中和谐共处，求同存异，建设一个开放、包容的和谐世界。

根据和谐世界理念对国际法学研究的新要求，华东政法大学国际法研究中心组织一批青年学者对国际法与构建和谐世界关系的突出法律问题进行专题研究。这些专题包括：国际组织与国际体系架构；国际环境与资源保障体系；国际人权法与人道主义法；国际条约国内适用的理论与实践；WTO 争端解决机制与和谐经贸秩序；国际知识产权保护机制；国际法框架下人民币汇率机制与金融风险防范机制；国际海商法理论与实践的新发展；21 世纪国际私法理论及各国国际私法立法研究；涉外民事法律关系及其法律适用的新发展；各国涉外管辖权的理论与实践，等等。在这些专题研究的基础上，形成专著，共同组成《华东政法大学国际法学文库》。这套文库基本目标是：学术研究服务于中国融入全球化的需要；服务于中国提倡的和谐世界思想的需要；服务于上海市建立国际贸易、国际金融、国际航运和国际经济中心的需要；服务于我国涉外司法实践的需要；服务于培养人才的教学的需要。我相信，通过他们的不懈努力，这套文库一定会达到他们的预期目标，为繁荣我国的国际法学做出一份贡献。

是为序。

最高人民检察院检察长、教授、博士生导师：曹建明

2007 年 4 月 27 日

序

民间文学艺术(或称民间文艺),对于人们来说并不陌生,从汉语的字面意思即可看出它大体上包括在民间经过代代流传的各种文学艺术成果。然而,问题又并非如此简单。在我国这样幅员辽阔的国家,民间文艺的内容丰富而杂乱,上至阳春白雪,下至下里巴人,既有“女娲补天”、“牛郎织女”这样或雄浑或凄美的美丽传说,也有陕北民歌中乡土男女间最直白的情话唱词。甚至“白雪”与“巴人”这两个“境界”会随着历史的演变而同样适用于一件民间文艺作品。《诗经》中所摘编的民歌即是很好的例子,其中一些民歌在今人看来文字古朴内涵深邃,绝不至将其归为“下里巴人”,而究其历史源头,其中许多正是当时男女间生活化的情意倾诉。再考察我国久远的历史,会发现历朝历代一方面见证着民间文艺的传承、演变,另一方面又造就着无数新生的民间文艺作品。

当然,以上问题并非本书作者深入讨论的问题,但它构成了一个重要背景。无论格调高下或时间不同,这些流传于民间直至今天的文艺成果共同构成生活在这片土地上的中国人文化的根,我们既是女娲的后代,也是某个哼着乡村小曲的农妇的后代,这些精神成果决定了我们的民族来自哪里,我们是谁。由此,保护我们世代相传的民间文艺的内容与形式的完整性成为我们的重要使命。这一任务在我们所处的时代尤其重要,因为全球化与工业化正使越来越多的中国孩子以美国电影《花木兰》的情节来理解木兰的传说,感动于“沉香”

的“爱情”而非劈山救母的故事,知道成龙演唱了“男儿当自强”却不知它改编自古曲《将军令》,或是哼唱并喜爱着“小河淌水”的曲调却以为这是伊能静的通俗歌曲。这样的事正真实地发生,并且愈演愈烈。

遗憾的是,虽然以上事实从反面证明了人们的确喜爱民间文艺中多样的内容,但却又表明人们并未重视民间文艺中精神权益乃至经济权益的维护。一个当地族群特有的民歌被改编为优美曲调后,究竟是否可以完全地被改编者作为个人的作品?一个地方流传的古老传说的基本情节是否可以在当代人的创新演绎下进行任意改变?一个少数民族历代共同创作、流传的舞蹈,在被他人任意拍摄、演出甚至篡改并赚取利润时,这个民族作为一个共同体是否有某种权利去阻止这样的行为,或是从中获得一部分利益?如果完全站在公共信息自由、文化传播的角度,以上的改编、演绎的行为都是合理的。根据国际通行的各国知识产权制度,古老的民间文艺成果属于公有领域,任何人都可以自由使用。这也正是当前很多国家的法律现状。但若考虑民族,尤其是一些少数民族对自己智力成果的利益,可以说他们所创作传承的民间文艺是他们的基本权利乃至人权的一部分,那就不应被任意滥用。更简单的道理在于,如果我们简单将以上一系列情况视为合理,即使现在个别孩子将民间文艺与当代个人作品混淆的情况尚不需要“大惊小怪”,但50年后的情况又会如何?当这种情况逐渐在他们以及他们的后代中继续泛滥,“中华民族”或是这片土地上的某个“民族”是否还将真正存在,抑或到那时人们将很自豪地作为“地球人”而不在乎自己的文化历史与传统究竟如何?最关键的问题在于,一旦真正的“民间文艺”在这种被部分当代人混淆、改变甚至异化的过程中逐渐消失,它将在创作传承它的传统民族中永久消失。届时也许这些民族的名义还会存在,但我们已再也无法找到来自传统中的民间文艺的真实内容,就像如今我们已无法欣赏真正的《广陵散》、《霓裳羽衣曲》一样。

此类问题在我国并非未引起过关注,《著作权法》在1990年颁

布时就企图避免以上情况,从而规定了民间文艺作品的保护原则;但具体的规定至今仍难以出台。这一方面由于相关问题的复杂性,另一方面似乎也与人们的关注程度有关。对这些问题以及由此产生的民间文艺知识产权议题,多数人不甚了解,甚至也没有兴趣了解。毕竟,这个议题不像经济、政治那样,直接关系到每个人现实的、切身的利益。然而,不直接关乎切身利益绝不代表不重要,有些问题的重要性是必须放在长远的历史环境中衡量的,它对社会以及社会的每个成员的影响是缓慢、不易察觉却又真实有力的,而民间文艺也正是这样的问题。

本书的作者正是一个对以上情形有着深深担忧的人,他对于民间文艺的法律保护问题一直保持浓厚的兴趣与积极的思考。本书将以下问题作为论述的前提:在工业现代化、经济全球化的今天,民间文艺的来源被逐步淡化、内容被日渐歪曲,而创作与保有民间文艺的传统群体的利益也缺乏法律的保障。在此背景下,该书认为知识产权类型的保护才能真正避免相关问题的严重后果。在本书的第一章中,作者就做了一个重要区分,即将非物质文化遗产保护与民间文艺的知识产权保护区别开来,前者已成为国家越来越重视的并为人们越发熟知的热门话题,而后者则在公众中少有讨论,在学界备受争议。而本书作者希望强调并引起关注的,正是后者。

当然,本书并非围绕一般性的知识产权问题宏观泛谈,而是聚焦于针对民间文艺而做出制度革新的特别知识产权制度,并且专门研究其立法实践而非单纯的理论辨析。在论述特别知识产权对于民间文艺保护的必要性后,作者以其国际法的专业背景,详细考察了国际法与各国国内法中以特别知识产权方式保护民间文艺的各种已有立法例,对其一一进行个案分析,并进而进行了比较分析。最后,作者还基于对相关立法实例尽可能全面而详细的考察,提出了其对我国保护民间文艺立法的借鉴意义,以及我国相关立法的完善路径。

本书关注的立法例是值得研究并且在此之前缺乏足够的细致研究的。这些立法例是保护民间文艺的最切实践,它们不停步于理

论争论或单纯呼吁,而是形成了立法实践,并且其方式都与知识产权有关但又有特殊之处。在本书之前,关于民间文艺的专著已有数本,基本是从综合论述的角度阐述理论上涉及的各种问题;而本书的研究对象与思路完全不同,它专门以相关立法例作为研究对象,采用个案与比较研究结合的方式对其分别考察。并且,本书的研究专门针对以知识产权框架直接保护民间文艺的立法例,而排除了那些表面看来涉及民间文艺但实际仅保护了民间文艺的当代表演者或改编者的非直接保护。因此,本书的研究相对更注重对实例本身的分析,更强调针对性。

对我国这个传统文化大国而言,关于民间文艺法律保护的任何研究都是有意义的,本书是将这种研究细化、深入的一次尝试。其研究的相关立法例的经验与问题都可为我国提供具有实践意义与可操作性的参考。诚然,我国目前有待解决的迫切问题仍有很多,这也部分决定了民间文艺这种关系长远利益的问题在实务界尚未引起很大重视,但这种现状本身并不代表合理。上文一开始提到的那些问题也是需要尽快解决的,这也是任何一个有历史、有文化积淀的国家、民族需要尽早思考并解决的。就此而言,本书的研究也在这方面尽了其一份努力。



2010年11月于上海

目 录

导言 / 1

- 一、研究对象与意义 / 1
- 二、相关研究现状综述 / 5

第一章 概论:民间文艺的特别知识产权保护及其国际立法例 / 12

第一节 民间文艺的问题由来与概念界定:以知识产权为背景 / 12

- 一、民间文艺与 folklore:通常含义概述 / 13
- 二、民间文艺知识产权保护问题的由来 / 16
- 三、知识产权背景下民间文艺的概念界定 / 23
- 四、民间文艺与相关概念的区分 / 33

第二节 民间文艺受知识产权类型的特别保护之必要性 / 38

- 一、对民间文艺提供知识产权类型保护的必要性 / 38
- 二、普通知识产权法保护民间文艺面临的障碍 / 54
- 三、特别知识产权保护的必要性:问题的提出 / 65

第三节 民间文艺的特别知识产权保护立法:概念与具体模式 / 68

- 一、民间文艺特别知识产权保护立法的概念界定 / 68
- 二、民间文艺特别知识产权保护的立法模式:特别版权与
新型特别知识产权 / 72

第四节 民间文艺特别知识产权保护的国际立法例概述 / 76

- 一、“国际立法例”及其相关概念在本书中的界定 / 76
- 二、采用特别版权模式的国际立法例概述 / 77
- 三、采用新型特别知识产权模式的国际立法例概述 / 82
- 四、相关国际立法例的综合分类标准 / 83

第二章 知识产权国际保护背景中的相关示范法评析 / 85

第一节 特别版权模式示范法的唯一实践:《突尼斯发展中国家版权示范法》 / 86

一、《突尼斯示范法》保护民间艺术的相关条款 / 87

二、《突尼斯示范法》保护民间艺术的相关条款评析 / 92

三、《突尼斯示范法》的立法模式特点 / 101

四、《突尼斯示范法》相关制度的成就与不足 / 104

第二节 新型特别知识产权模式示范法的开创性实践:WIPO-UNESCO 1982年《保护民间艺术表达示范条款》 / 108

一、WIPO-UNESCO 1982年《保护民间艺术表达示范条款》的产生背景 / 108

二、示范条款的主要内容评析 / 110

三、示范条款的立法模式特点 / 134

四、示范条款的成就与不足 / 138

第三节 新型特别知识产权模式示范法的晚近实践 / 158

一、2002年太平洋地区《保护传统知识和文化表达示范法》评析 / 158

二、WIPO 保护民间艺术条款草案评析 / 165

第三章 国际法层面的相关生效立法评析 / 173

第一节 《伯尔尼公约》:间接而有限的特别版权保护 / 173

一、《伯尔尼公约》涉及民间艺术的相关条款 / 173

二、《伯尔尼公约》的相关条款评析 / 174

第二节 1977年《班吉协定》的相关制度 / 176

一、1977年《班吉协定》及其民间艺术保护制度概述 / 176

二、《班吉协定》中的民间艺术特别知识产权保护制度分析 / 177

三、《班吉协定》中民间艺术保护制度的成就与不足 / 184

第三节 新《班吉协定》的相关制度 / 188

一、新《班吉协定》的产生背景 / 188

二、新《班吉协定》中民间艺术特别知识产权保护制度的分析 / 189

三、新《班吉协定》相关保护制度的成就与不足 / 203

第四章 国内法层面的相关各国生效立法评析 / 215

第一节 采用特别版权模式的生效立法 / 215

- 一、相关立法例的具体范围与分类 / 215
- 二、非洲地区的相关国家立法评析 / 217
- 三、拉丁美洲地区的相关国家立法评析 / 237
- 四、南太平洋地区的相关国家立法评析 / 243
- 五、亚洲地区的相关国家立法评析 / 249

第二节 采用新型特别知识产权模式的生效立法 / 256

- 一、巴拿马土著社群集体权利特别知识产权制度评析 / 256
- 二、《阿塞拜疆民间文艺表达保护法》评析 / 272

第五章 相关立法对共性问题的解决方式及其完善 / 282

第一节 相关立法所涉前提问题的解决方式及其完善 / 284

- 一、特别知识产权保护的具体立法模式 / 284
- 二、受特别知识产权立法保护的客体范围 / 292

第二节 权利类型与权利内容相关问题的解决方式及其完善 / 317

- 一、经济权利相关问题的解决方式及其完善 / 318
- 二、精神权利相关问题的解决方式及其完善 / 335

第三节 权利主体与权利实施相关问题的解决方式及其完善 / 340

- 一、权利主体及其行使权利相关问题的解决方式及其完善 / 340
- 二、权利实施保障相关问题的解决方式及其完善 / 355

第六章 对我国的启示:我国的民间文艺特别知识产权保护之完善 / 359

第一节 我国的民间文艺特别知识产权保护:必要性与立法现状 / 360

- 一、我国对民间文艺进行特别知识产权保护的必要性 / 360
- 二、我国民间文艺特别知识产权保护的立法现状 / 362

第二节 我国民间文艺保护的现行立法及立法规划的不足 / 362

- 一、现行著作权法对民间文艺的保护条款及其不足 / 362
- 二、其他现行相关法规及其在民间文艺保护方面的不足 / 363

三、我国的相关立法规划及其不足 / 365

第三节 对完善我国民间文艺特别知识产权保护立法的建议 / 368

一、对具体立法模式选择的建议 / 368

二、对民间文艺保护条例基本内容的建议 / 370

结论 / 376

参考文献 / 379

后记 / 394

导言

一、研究对象与意义

本书主要研究国际范围中以特别知识产权保护民间文学艺术(以下简称民间文艺)的各类立法例及其问题与启示。民间文艺有时也被称为“民间文艺作品”〔1〕“民间文艺表达”〔2〕或“传统文化表达”〔3〕。顾名思义,它主要包括在民间流传的文学艺术领域的智力成果。它与版权法保护的“作品”相似,但它通常在古代就已产生并代代相传至今,其创作者往往是个体身份不明确的群体,这些又使它极大地区别于通常版权法所保护的现代的、个人的“作品”。

在我国,民间文艺的重要性自古就有体现。《礼记·王制篇》记载:“天子五年一巡守……命太师陈诗以观民风。”《汉书·艺文志》则云:“古有采诗之官,王者所以观风俗,知得失,自考正也。”〔4〕直至高度现代化乃至后现代的当今社会,民间文艺的意义已超越上述对

〔1〕 参见胡康生主编:《中华人民共和国著作权法释义》,法律出版社2002年版,第27页。

〔2〕 See WIPO Secretariat, Traditional Knowledge-Operational Terms and Definitions, WIPO/GRTKF/3/9, May 20, 2002, p. 10.

〔3〕 WIPO Secretariat, Consolidated Analysis of the Legal Protection of Traditional Cultural Expressions, WIPO/GRTKF/IC/5/3, May 2, 2003, Annex, p. 17.

〔4〕 转引自段宝林:《中国民间文学概要》(增订本),北京大学出版社1998年版,第268页。

“王者”的参考作用,而具有更复杂而深刻的寓意:它代表一个民族甚至一个国家独有的文化,代表其成员特定的精神内涵,能够创造巨大的有形与无形价值。因此,民间艺术是一个国家与其中的民族至关重要的无形财富,是民族文化世代相传且最为根本的部分,它所传承的是民族作为一个特定共同体所拥有的最本质、最具决定性的精神内涵。这种精神内涵直接决定了该民族为什么被认定为该民族,代表着它区别于其他民族的身份。作为这种精神内涵的载体,民间艺术代代传承民族成员共同赖以身份基础的精神财富。甚至可说它承载的是一个民族存在的文化根基,它在这个民族的不断创新与发展中维持着民族自身最具特质、最根本的文化,维持着它的从诞生至今的根本身份。民间艺术的价值难以用金钱衡量。

然而,在全球化、工业化的时代进程中,民间艺术的价值又确实在被转换为金钱,因为当今的人们正越来越多地借助一些民族的民间艺术发展创造新的知识财富。不仅如此,在这一过程中,民间艺术乃至其所承载的传统文化越来越深地受到当今的现代化与全球化进程的影响,并受到前所未有的现代通信科技的传播,以及商业活动的利用,甚至被“不断创新”的现代文化逐渐改造、异化。巨大问题由此产生:当一个民族赖以维持自身精神传承的民间艺术被他国的或是新兴的文化同化、异化时,当它逐渐在全新的时代淡化、丢失时,是否应开始重视保护它自身的原有面貌?如果维持一个民族精神世界根基的民间艺术不断丢失或是被改造得“面目全非”,对这个民族的将来是否意味着无法挽回,甚至导致其丢失自我的损失?与此相关,商业社会的成员在任意地使用各传统群体的民间艺术用以赢利时,是否应认可并尊重创造并维系、保有民间艺术的传统群体所具有的某种精神利益与经济利益?这一系列问题正被越来越多的传统群体及发展中国家政府提出,并引起关于民间艺术法律保护的激烈争论。应该说,重视传统文化,保有丰富民间艺术的国家或民族对以上问题的回答当然是肯定的。民间艺术与版权保护的作品同属文学艺术成

果,而此类成果的版权保护是《保护文学艺术作品伯尔尼公约》所确立的基本原则,因此,民间文艺中自然应存在某种精神权益与经济权益。就精神权益而言,创造并传承民间文艺的群体应该享有某种表明其来源身份的权利,同时应有权保护其保有的民间文艺的完整性,使其免受歪曲等行为。就经济权益而言,由于民间文艺可能被商业社会中的各方进行有形或无形的利用并带来商业价值,民间文艺的来源群体对这种利用行为应具有控制的权利或至少参与其利益分配的权利。因此,民间文艺的法律保护是必要的,至少是值得深入讨论的,而这也是撰写本书的最初缘由。

民间文艺的法律保护可通过差异很大的各种模式进行。例如,近年通过的《联合国非物质文化遗产保护公约》所保护的客体事实上包括大多数民间文艺,但其保护方式仅限于行政手段或者说公法上的保护,严格来说只是“维护”、“保存”,而并非真正的权利保护。要解决前述一系列问题,真正保护民间文艺中的精神权益与经济权益,则知识产权类型的保护是必需的,只有这样才能为创造、传承民间文艺的传统群体提供私法上的权利与利益保护。进一步说,版权法这一保护文学艺术成果的法律对同样体现为文学艺术成果的民间文艺而言应是适合的。然而,产生并发展于工业化时代的知识产权法(包括但不限于版权法),其宗旨是鼓励创新而非保护传统,其保护的客体主体是现当代社会中具有明确个体身份的作者或法人,而非成员范围与身份都不能完全确定,甚至不断变化的传统群体。或者说,民间文艺来自古老传统、由范围不确定的群体创造这两大基本特征使其难以符合知识产权法的保护要求。此外,知识产权法通常仅提供有限期的立法,而民间文艺由久远前流传而来且仍将流传至不确定的将来,有限期的保护对其显然不适应。一方面,真正有意义的保护需要知识产权类型的保护;另一方面,民间文艺又难以符合通行的知识产权法基本原则。在此背景下,适当改革通行的知识产权法(尤其是其中的版权法),结合民间文艺的特征建立特别知识产权制度成为一种必要而可行的折中方法。特别知识产权保护的立法实