

非物质文化遗产的商标权保护 模式与著作权保护模式之比较

——兼论我国商标法修改的相关问题*

齐爱民, 赵敏

(重庆大学法学院, 重庆 400045)

[摘要]非物质文化遗产的法律保护日益受到重视,是国家实施知识产权战略的重要内容。以著作权保护非物质文化遗产的同时,可采用商标权保护模式,促进文化资源向经济效益的转换,实现对非物质文化遗产的综合保护。商标法应当将非物质文化遗产纳入其保护范围,明确非物质文化遗产可以作为证明商标或集体商标申请注册。

[关键词]非物质文化遗产;商标权保护模式;著作权保护模式

[中图分类号]D923.4 [文献标识码]A [文章编号]1672-0598(2007)01-093-05

非物质文化遗产是人类不可再生的文化资源。非物质文化遗产的保护已成为国家实施知识产权战略的重要内容。非物质文化遗产的保护目标有两个:一是为了国家的文化安全、社会的和谐发展和民族文化的血脉传承;二是要促进文化资源到经济效益的转换。知识产权法是保护非物质文化遗产的主要法律手段。目前,著作权模式是保护非物质文化遗产的主要模式。著作权保护模式重在“静态的保护”,而非效益的实现。最好的保护莫过于合理开发非物质文化遗产资源,实现由文化资源到经济效益的转换,在保护中将非物质文化遗产发扬光大。重庆“铜梁火龙”商标注册给非物质文化遗产的保护开辟了一条现实可行的、重在效益开发的商标权保护途径。

一、铜梁火龙商标注册的背景

铜梁龙舞于2006年正式列入为第一批国家非物质文化遗产名录,是我国宝贵的非物质文化遗产之一。铜梁火龙源于铁炉业的行业龙,历史悠久,是流传于重庆市铜梁地区的一种传统龙舞表演,通常由两条火龙配合玩舞,外加吹灯乐队、干花队、铁水花队以及喷花、烟火、火流星等助阵。国家商标局于2004年6月4日核准铜梁县高楼镇火龙文

化服务中心注册“铜梁火龙”为商品商标的申请。将该商标注册的核定服务项目为:文娱活动、组织表演、演出、节目制作、录像等。2005年,商标注册人变更为重庆市铜梁县高楼镇文体服务中心。通过商标注册,权利人取得了“铜梁火龙”的注册商标在铜梁火龙的龙具造型、队员着装、龙舞套路、火花燃放、吹打乐等在表演、节目制作、录像等核定服务项目上的独占性使用权。商标权保护非物质文化遗产是一种立足开发的保护模式,和著作权模式有着明显的不同和一定的优势。

二、非物质文化遗产的知识产权保护

非物质文化遗产(intangible culture heritage)和民间文学艺术(folk literature)、民间传统文化(traditional culture)等概念的内涵基本一致。1998年联合国教科文组织执行局第155届会议文件《教科文组织宣布人类口头和非物质遗产代表作条例》中规定“民间文学艺术”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、由某一群体或者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,它的形式包括语言、文学、音乐、舞蹈、游戏、神话、礼仪、习惯、手工艺术、建筑术及其他艺术。早在1989年联合

* [收稿日期]2006-09-15

[作者简介]齐爱民(1970-),河北晋州人,重庆大学法学院教授、博士研究生导师。法学博士、中国社会科学院法学所博士后。研究方向:知识产权法、网络与电子商务法。

赵敏(1983-),四川洪雅人,重庆大学法学院研究生。研究方向:知识产权法。

国教科文组织第25届会议文件《保护民间创作建议书》A条关于“民间创作的定义”中就做出了与上述基本相同的定义规定。联合国教科文组织通过的《保护非物质文化遗产公约》第二条规定,非物质文化遗产是“指被各群体、团体、有时为个人视为其文化遗产的各种实践、表演、表现形式、知识和技能及其有关的工具、实物、工艺品和文化场所。包括以下方面:1、口头传说和表述,包括作为非物质文化遗产媒介的语言;2、表演艺术;3、社会风俗、礼仪、节庆;4、有关自然界和宇宙的知识和实践;5、传统的手工艺技能”。非物质文化遗产是各民族人民群众长期生产、生活实践的结晶。有效保护和合理利用非物质文化遗产,有利于世界文化和生活多样性的实现,有利于增强文化事业的繁荣和促进文化产业的发展。国际社会已经开始加强对非物质文化遗产的知识产权保护。联合国制定了《人类口头和非物质遗产代表作条例》、《保护非物质文化遗产公约》等以保护非物质文化遗产为对象的法律文件;《伯尔尼公约》第十五条专门规定了对“民间文学艺术”的法律保护;《非洲知识产权组织的班吉协定》是一个区域性的保护民间文艺的国际条约;《突尼斯文学艺术产权法》、《多哥版权、民间与领接权法》等国内立法也都积极提倡对民间文艺给予知识产权保护。

中华民族创造了辉煌的非物质文化遗产。这些文化传承至今,已经成为东方文化的代表,对人类文明的发展做出了巨大的贡献。不仅如此,非物质文化遗产还是后人永不枯竭的财富。我国目前对非物质文化遗产的保护持积极态度,具体的保护方式上倾向于著作权保护模式。我国云南、福建、广西、苏州等省市分别制定了地方民间传统文化保护条例以保护其非物质文化资源。从上述“铜梁火龙”商标的申请注册来看,实践中对于非物质文化遗产已开始采用商标权保护模式。商标权保护模式是对非物质文化遗产的知识产权保护途径的拓宽,此种保护模式可以有力地实现非物质文化遗产保护模式的转向——由以静态保护为着眼点向以文化换效益的合理开发利用模式转变,是一条值得推广的保护模式。

三、商标权保护模式之优势

(一)有利于促进非物质文化遗产开发和经济效益的实现

在市场经济以迅雷不及掩耳的速度在中国内地推广的过程中,在市场经济的刺激下人们对经济效率的盲目追求中,一部分非物质文化遗产因为无人传承而逐渐消失,大量的非物质文化遗产也面临着巨大的延续困难。透过现象看本质,其原因就在

于非物质文化遗产无法实现机器生产,不能带来既符合现代社会节拍、又能批量生产的产品,也就不能满足效益最大化的投资追求。曾有报道说皮影戏艺人一天只挣七毛钱。而商标权保护模式为解决效益问题提供了新的出路。“铜梁火龙”商标注册能促进铜梁舞龙文化由资源向经济效益的转换,促进铜梁火龙非物质文化遗产的产业化发展,使得铜梁火龙艺术得以发扬,这是最理想的保护。在著作权法保护非物质文化遗产方面,许可使用制度也可以为权利人带来一定的经济效益,但其无法形成规模经济效益。因此,以注册商标的方式保护非物质文化遗产不仅可以促进文化的传承和保护,而且可以产生直接的经济利益,使非物质文化遗产的价值得到最大的发挥。

(二)有利于保持非物质文化遗产的特性

保护非物质文化遗产的基本目标是促进非物质文化遗产的传承、弘扬。这就要求必须在尊重非物质文化遗产的原始特性的基础上对其提供保护。著作权保护模式对作品是否须被固定下来无明确规定,但只规定了口头作品和书面作品是著作权法的保护对象,而对于其他形式的非物质文化遗产没有规定,因而只有在非物质文化遗产为书面形式或者为口头形式时才能得到法律保护,若没有则无法对其提供法律保护,而许多非物质文化遗产都无固定形式。譬如,和非物质文化遗产表演内容的记载相比,民间艺人的表演本身对于非物质文化遗产的传承更为重要。这个特性和著作权法上的一般作品不同,针对这些作品,只要保护了作品本身就可以实现目的。而对非物质文化遗产的保护除文稿的保护外还需要重点保护民间艺人的表演、装饰等。否则,非物质文化遗产无法完整传承,如“青海花儿”等民歌如果只保护其整理所得的文稿而不关心艺人的表演是无法完整实现其传承和发展的。通过将“铜梁火龙”这一注册商标标识在舞龙队员的着装、龙舞套路、火花燃放等项目上,使铜梁火龙与假冒铜梁火龙的龙舞得以有效区分。

(三)彻底解决非物质文化遗产的保护期限问题

非物质文化遗产是由特定群体在千百年的生产和生活过程中长期积累而形成的文化、艺术,在相关群体依照传统生活方式生产与生活的前提下,这种文化、艺术将不断发展、延续和演变。著作权保护模式下,作品著作权财产权的保护期限都是有限的,一方面,许多非物质文化遗产将因年代久远而无法得到保护;另一方面,可以得到保护的非物质文化遗产也只能得到一定期限的著作权保护。这和非物质文化遗产的特性相违背。商标权保护模式下,第一,不存在年代久远而无法申请注册的情

况;第二,注册商标续展制度可以为非物质文化遗产提供长期的有效保护。注册商标的有效期限为核准注册之日起10年,商标权人可以申请续展,续展不受限制。因此,只要注册人依法续展,就可以得到长久的、不终止的法律保护。

四、商标权保护模式之制度构建

(一)非物质文化遗产注册商标的申请人

“铜梁火龙”注册商标的权利人为重庆市铜梁县高楼镇文体服务中心(简称“文体服务中心”),其为高楼镇政府所设立的具有独立法人资格的文化站。根据《文化站管理办法》的规定,文化站是国家最基层的文化事业机构,是乡镇人民政府、城市街道办事处所设立的全民所有制文化事业单位。文体服务中心的任务之一为搜集、整理民族民间文化艺术遗产,做好文物的宣传保护工作。苏州市政府发布的《苏州市民族民间传统文化保护办法》第十四条第二款规定,符合下列条件之一的,可以申请命名为民族民间传统文化传承单位:(一)掌握某项(类)有代表性的民族民间传统文化,或者对其开展相关研究;(二)以传承、发展该民族民间传统文化为宗旨并坚持开展相关活动;(三)有效保存该民族民间传统文化的相关资料或者实物。因此非物质文化遗产发源地的文化站可以作为该非物质文化遗产的传承单位申请对该非物质文化遗产的商标注册。根据《商标法实施细则》第二条规定商标注册的申请人必须是依法成立的企业、事业单位、社会团体、个体工商户、个人合伙以及符合《商标法》第九条规定的外国人或者外国企业。因此文体服务中心作为事业单位,符合法律规定,可以申请非物质文化遗产的商标注册。

非物质文化遗产多产生于民间,就其主体而言,具有不特定性的特点。非物质文化遗产是某一民族或地域内的人们,在长期的生产生活过程中共同创作、世代流传的智力成果,其应该属于产生这些文化、艺术的群体。除非特殊情况,一般不属于特定个人。这个特性被称为非物质文化遗产主体的不特定性。保护民间文艺等非物质文化遗产的主要目的是保障其传承,所以确认非物质文化遗产主体显得更为重要。文体服务中心将“铜梁火龙”注册为商标也带来一个不利的客观后果——依据注册商标的专有性,除注册人及其许可的主体外,包括高楼镇人在内的铜梁人民都无权使用“铜梁火龙”商标。这和非物质文化遗产的主体不特定性相矛盾,从而排斥了非物质文化遗产发源地居民对该非物质文化遗产的合理利用。铜梁火龙毕竟是广泛流传于铜梁地区的传统舞龙艺术,将此种独占利益赋予某一个单位缺乏事实上的合理性。这个问

题可以利用证明商标和集体商标制度予以解决。

(二)注册商标——证明商标或集体商标

对非物质文化遗产的商标申请,应当类推适用我国商标法有关地理标志的规定,申请证明商标或集体商标。根据我国《商标法》第十六条和《商标法实施条例》第六条的规定,申请人可就地理标志申请证明商标或者集体商标。地理标志是表示产品和服务地理来源的名称、标记或符号。TRIPS协议使用了地理标志的术语,并将其定义为:“识别商品来源于某成员的地域或该地域中的某一地区或地点的标识,而该商品的特定质量、声誉或者其他特征主要源于该地理环境。”非物质文化遗产和地理标志在商标申请方面具有两个主要相似的特征:第一,非物质文化遗产和地理标志一样具有地域性,非物质文化遗产是某个地域的文化资源。地理标志是和地域紧密联系在一起的一种具有商业价值的标识,能够指明产品质量、品质的特定区域或来源地,明确了商品与地理来源之间的唯一对应关系;第二,在主体方面,一般情况下,非物质文化遗产和地理标志的主体都具有不特定性的特点。因此,在我国现行商标法没有关于非物质文化遗产的注册商标申请的情况下,可以类推适用地理标志申请注册商标的有关规定。我国商标法的修改正在酝酿之中,商标局于2006年5月上报《商标法》修改草稿,征求意见。该修改草稿着力在五个方面:缩短审查周期、完善确权程序、加大保护力度、提供更好服务、与《商标法新加坡条约》规定相衔接,并力图使修改后的《商标法》成为与时俱进、内容详实、规范周全,便于理解和操作的法律。笔者建议,商标法的修改应该将商标法对非物质文化遗产的保护纳入其中,并对其商标的注册申请、使用加以明确规定。现阶段,我国商标法明确规定地理标志可作为证明商标或集体商标申请注册。由于非物质文化遗产与地理标志特点的相似性,商标法修改可明确非物质文化遗产可以作为证明商标或者集体商标申请注册。证明商标是指由对某种商品或者服务具有监督能力的组织所控制,而由该组织以外的单位或者个人使用于其商品或者服务,用以证明该商品或者服务的原产地、原料、制造方法、质量或者其他特定品质的标志。其主要作用是在于证明商品或服务达到了某种特定标准,证明商标注册人对使用人提供的商品/服务有检测、评定及监督控制的责任。因而证明商标在表明非物质文化遗产来源及特定品质的同时,还能保证非物质文化遗产在利用时不被歪曲、变形。集体商标是指以团体、协会或者其他组织名义注册,供该组织成员在商事活动中使用,以表明使用者在该组织中的成

员资格的标志。集体商标具有封闭性,只能由集体商标注册人的所属成员加以使用。由于注册人通常要求其成员达到一定的条件并履行一定的手续才能使用集体商标,所以集体商标往往也具有一定的品质证明功能。其有利于保持非物质文化遗产的特性,并且可以起到鼓励企业参与,发展经济的作用。

对非物质文化遗产申请证明商标或者集体商标,一方面可以有效地防止他人对该非物质文化遗产的仿冒、侵害,保护非物质文化遗产发源地人民开发非物质文化遗产的独占性的经济权利;另一方面,可以更好的协调非物质文化遗产发源地人民内部对该非物质文化遗产的利用关系,形成公平的利用观念,促进非物质文化遗产的发展。

(三) 在先权利保护与歧视性使用禁止

在2005年8月商标局公布的新的《商标审查标准(征求意见稿)》的第一部分关于“民族歧视”的解释项下,总的原则不变,即“商标带有民族歧视性的,不予注册”,但“商标的文字构成与民族名称相同或者近似,但不会产生民族歧视性,可予注册。”由此可以看出非物质文化遗产可以作为商标使用的标志进行申请注册。同时,我国《商标法》第九条及第三十一条规定“商标使用的文字、图形或者其组合,应当有显著特征,便于识别,并不得与他人在先取得的合法权利相冲突。”“申请商标注册不得损害他人现有的在先权利,也不得以不正当手段抢先注册他人已经使用并有一定影响的商标。”其中都提到了在先权利的问题,在先权利基本上是各类民事权利,即著作权、商标权、外观设计及实用新型专利权、商号权、姓名权、肖像权、隐私权等。虽然我国暂无具体法律依据将非物质文化遗产归入商标法所指的“在先权利”。但是从长远来看,该规定是商业竞争领域内最恰当的保护非物质文化遗产及其表达的方式,因为无论某一地区的具体非物质文化遗产的表达形式(歌舞、神话、美术等)、还是以此闻名的某一族群的名称或某一文化的特定称谓本身,都毫无疑问属于该群体,也足以形成商标法所指的“在先权利”。

2004年2月4日广西壮族自治区黄女士提起将“二人转”注册为安全套商标的申请,2月10日国家商标局受理该申请。2006年2月6日,吉林省“东北风二人转艺术团”正式致函国家工商总局,对该商标注册申请提出书面异议,认为将“二人转”注册于安全套商品之上,有辱我国传统文化,亦对“二人转”艺术形式造成不良影响。国家商标主管部门至今还没公布最后的意见。笔者认为,“二人转”已列入国家级非物质文化遗产名录,

是东北地区的著名的非物质文化遗产之一,其发源地群体对其享有在先权利,不能为他人任意作为商标使用并注册,或进行不正当竞争。事实上,世界其他一些国家正在设计或已经设计了这样的商标注册制度,即排除传统群体之外的人未经有关社区的许可或者可能冒犯有关社区,注册与传统群体相关的民族词语、文字、肖像或其他与众不同的符号作为商标。如在哥伦比亚,因为“TAIRONA”是西班牙统治时期的哥伦比亚土著社区的名称,以“TAIRONA”为标志的商标注册申请被驳回。我们可以看出,商标权模式能够为非物质文化遗产提供保护,避免非物质文化遗产受到不正当利用。并且,商标权保护模式是与实现向资源要效益的知识产权战略目标相一致的保护模式,能够保护非物质文化遗产的服务品牌,客观上也起到了保护非物质文化遗产的作用。“铜梁火龙”商标的注册人对于“铜梁火龙”商标在表演、录制等核定服务项目上具有排他性权利,若他人冒用“铜梁火龙”进行舞龙表演则是侵权,由此也可以保证铜梁火龙这种非物质文化遗产不被歪曲。

(四) 非物质文化遗产注册商标的权利实施

注册人对非物质文化遗产的注册商标拥有商标权。证明商标的商标权人的权利实施有以下两个问题值得关注:第一,证明商标的商标权人不得在自己提供的商品上使用该证明商标,主要对注册商标进行管理。依据《集体商标、证明商标注册和管理办法》第十一条“证明商标的使用管理规则应当包括:(一)使用证明商标的宗旨;(二)该证明商标证明的商品的特定品质;(三)使用该证明商标的条件;(四)使用该证明商标的手续;(五)使用该证明商标的权利、义务;(六)使用人违反该使用管理规则应当承担的责任;(七)注册人对使用该证明商标商品的检验监督制度。”第二,证明商标的商标权人对证明商标有权许可使用。根据《商标法实施条例》第六条第二款规定“以地理标志作为证明商标注册的,其商品符合使用该地理标志条件的自然人、法人或者其他组织可以要求使用该证明商标,控制该证明商标的组织应当允许。”因而可以看出证明商标的使用人为符合使用该地理标志条件的自然人、法人或者其他组织,其根据《集体商标、证明商标注册和管理办法》规定向注册人申请使用证明商标的,注册人许可后一年内报商标局备案,由商标局公告。同时注册人应发给使用人《证明商标使用证》,许可其在使用证规定的范围内使用该证明商标。

集体商标的商标权人的权利实施有以下两个问题值得关注:第一,一般来说,集体商标不得许可

集体成员以外的人使用。根据《集体商标、证明商标注册和管理办法》第十七条规定“集体商标注册人的集体成员,在履行该集体商标使用管理规则规定的手续后,可以使用该集体商标。集体商标不得许可非集体成员使用。”第二,根据《商标法实施条例》第六条第二款规定“以地理标志作为集体商标注册的,其商品符合使用该地理标志条件的自然人、法人或者其他组织,可以要求参加以该地理标志作为集体商标注册的团体、协会或者其他组织,该团体、协会或者其他组织应当依据其章程接纳为会员;不要求参加以该地理标志作为集体商标注册的团体、协会或者其他组织的,也可以正当使用该地理标志,该团体、协会或者其他组织无权禁止。”因而可以看出集体商标的使用人为符合使用该地理标志条件的自然人、法人或者其他组织,其根据《集体商标、证明商标注册和管理办法》规定向注册人申请使用集体商标的,集体商标注册人的成员发生变化的,注册人应当向商标局申请变更注册事项,由商标局公告。同时注册人应发给使用人《集体商标使用证》,许可其在使用证规定的范围内使用该证明商标。

以商标权保护模式保护非物质文化遗产在促进非物质文化遗产的传承的同时更好地促进了非物质文化遗产的经济价值的实现和自身发展。但商标权保护模式也有与非物质文化遗产不完全吻

合的一面,譬如非物质文化遗产内容丰富,商标法规定的商品分类表无法涵盖所有的非物质文化遗产,其后果必然导致一部分非物质文化遗产因无法归入商品分类表而无法申请注册商标。也就是说,商标权保护模式的保护范围方面存在着不足和缺陷。笔者强调以商标权保护模式保护非物质文化遗产,但并不排斥著作权保护模式,主张两种保护模式并用对非物质文化遗产进行综合保护。

[参考文献]

- [1]与贸易有关的知识产权协议(第22条)[EB/OL]. <http://www.ccopyright.com.cn/crprotect/BanQuanfl/GuoJigy/abut-nexus2trade-4.html>.
- [2]齐爱民. 现代知识产权法学[M]. 武汉:武汉大学出版社,2005. 342.
- [3]商标审查标准(征求意见稿)之第一部分“不得作为商标使用的标志的审查”之第8条[EB/OL]. <http://sbj.saic.gov.cn/sbyw/zqyj.asp>.
- [4]吴汉东等. 知识产权基本问题研究[M]. 北京:中国人民大学出版社,2005. 536.
- [5]管育鹰.“刀郎”现象折射出的民间文艺保护问题[M]. 中华商标,2005(11). 53.
- [6]Review of Existing Intellectual Property Protection of Traditional Knowledge, WIPO/GRTKF/IC/3/7, 2002, (6).

(责任编辑:杨 睿)

Comparison between trade mark right protection mode of immaterial cultural heritage and copyright protection mode

On related issues about China's trade mark law revision

QI Ai - min, ZHAO Min

(School of Law, Chongqing University, Chongqing 400067, China)

Abstract: The legal protection of immaterial cultural heritage is more and more paid attention to and is an important content for China to implement intellectual property right strategy. While copyright is used to protect immaterial cultural heritage, trade mark protection mode can be used to promote the change from cultural resources to economic benefit to realize comprehensive protection of immaterial cultural heritage. Trade mark law should protect immaterial cultural heritage and should state that immaterial cultural heritage can apply for registration as certification marks or collective marks.

Keywords: immaterial cultural heritage; trade mark right protection mode; copyright protection mode