

民间文艺指由某个社会群体集体创作或保持的,由该群体世代心口相传并不断发展的,体现该群体发展历史、风俗习惯、生活环境、心理特征、价值观念等内容的文学和艺术表现形式。民间文艺的保护问题是国际上最具争议的知识产权问题之一。近几年以来,这方面的研究和探讨成了知识产权领域的一个重要的热点问题。我国的相关政府职能部门和科研机构也曾就传统知识,尤其是民间文化艺术的法律保护问题数次召开专题研讨会,已经取得了相当有益的成果。初步达成的共识是:作为民间文艺极为丰富的大国,我们理应建立完备的法律保护制度以保持国家民族特色;但对于建立什么样的法律制度问题,目前还未有定论。不过,由于民间文艺往往为偏远落后地区的人们所保有,实践中常被商业意识强的人利用市场优势将其包装成具有知识产权的产品据为己有。这类事例在全球范围内已再三出现,而且侵害已延及民间文艺的基本要素,如民间文艺的名称、简称、代表作、发源地、保有该文艺的群体名称、所代表的文化称谓,等等。

开发民族民间文艺及其要素资源的一个利益驱动力是:物质生活优越的人们开始在精神享受上追求文化多样性;因此在消费价值取向上青睐“原生态”的文化特色。如果说文化作为一种特殊的无形财产在今天都可以商业化,那么其产生的利益理应有其创造者及保有人的一份,而不仅仅属于那些投资者;在一种合理的积极的惠益共享的机制建立起来之前,一个最直接的防御性保护方式就是阻止他人任意盘剥民族民间文艺及其要素蕴涵的商业价值。商标制度虽不能保护

民间文艺的表达形式不被复制和滥用,但至少可以阻止他人冒名和进行不正当竞争,这在市场竞争环境下具有重要意义。本文主要探讨如何运用和改进现有的商标和制度对“正宗的”民间文艺提供及时的法律保护。

### 一、排除以民族民间文艺及其要素的商标使用及注册

将民族民间文艺及其要素作为商标使用或注册,在很大程度上是

之争。“刀郎”两个字的含金量究竟是3000万、800万、还是100万?诸多“刀郎”间关系如何?论证者似乎都见仁见智,然而这并不是最值得关注的问题。笔者所关心的是:是否任何人都可以将“刀郎”二字作为商标使用或获得注册?

事实上,“刀郎”是人们对新疆麦盖提县央塔克乡维吾尔少数民族文化的称谓。这一地区早在公元十五世纪后就有“刀郎人”在此游



## “刀郎”现象折射出的民间文艺保护问题

管育鹰

利用该民间文艺的典型特色吸引消费者的注意力,这种商业化使用多发生在与文化有关的产业中。2004年歌手罗林(艺名“刀郎”)的一夜成名,引发了恐怕连他自己也没预料到的“刀郎系列案”<sup>[1]</sup>;这其中颇值得回味的,除了一度高调宣传、但后来却不甚了之的“刀郎”酒类商标拍卖事件外,还有两个歌手“刀郎”罗林与“西域刀郎”潘晓锋的“艺名”与“商标”

牧、狩猎、捕鱼,繁衍生息,在长期的生产活动中形成了这种独特的西域文化,成为刀郎舞、刀郎民间绘画、刀郎文艺的发源地。无疑,唯有创造和保存着“刀郎”文化的“刀郎人”才是该文化及其各种表达形式的真正主人。如果说传统文化的商业化在市场经济条件下可以带来利益回报,那么这些利益中应有该文化的创造者和保有人的一份。“刀郎”的出名在一定程度上

与消费者喜爱这两个字所蕴涵的具有怀旧意味的西域风情这一因素有关。从保护真正权利人的角度,商标法不应当放任其他人把这两个字做商标使用并注册。当然,至于个人将其取为笔名(事实上在罗林之前已有新疆本地的阿尔肯刀郎),不属于知识产权领域的事,在此不做论述。

依据我国商标法的规定,笔者将商标的使用和注册分为三种情况:即第十条、第十一条及第九或三十一条所表述的有关情形,并分析各种情形下法律对民族民间文艺及其要素进行保护的可能性。

我们先分析第九条和第三十一条中提到的在先权利问题<sup>[2]</sup>。“商标的使用和注册不得侵害他人的合法在先权利”是商标法2001年修改后的一个亮点,其出发点是从立法技术上消除实践中屡现的所谓“权利冲突”问题。近期绝大多数的知识产权论著或教科书均无例外地列举了在先权利的类型,基本上各类民事权利,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<sup>[3]</sup>等。遗憾的是尽管著作权法提及“民间文艺作品”的保护问题,但我国至今尚未通过保护民间文艺(作品)的专门立法,因此暂时找不到为民间文艺设定民事权利的具体法律依据,很难把民族民间文艺及其要素保有人的权利名正言顺地纳入商标法所指的“在先权利”。不过,商标法这两条开放式的规定在将来条件成熟时必定能为传统知识和民族民间文艺及其要素的权利人提供救济;从长远来看,该规定是商业竞争领域内最恰当的保护传统文化及其表达的方式,因为无论某一地区的具体民间文艺表达形式

(民间歌舞、民间神话、民间美术等)、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”,不能为他人任意作为商标使用并注册,或进行不正当竞争。可惜的是,在目前这一条款还难以为保护民族民间文艺及其相关要素提供任何保护。据称“刀郎”酒的使用者在2002年便完成了该商标的注册,“西域刀郎”的注册是在罗林出名之后;这两个商标的注册,说明了目前我们的困境:民间文艺及相关要素,像其它任何自由传播的无主信息一样,是“公有领域”的资源,可以被任何人合法“抢注”。

商标法第十条罗列了一系列“不得作为商标使用”的情形<sup>[4]</sup>,即使没有注册、仅“使用”也不符合商标法。这一条的规定仅有第八(八)项,即“有民族歧视性的标志”与民间文艺及其相关要素有一点关系。不过,歧视作为一种比较敏感的社会现象,现实中是极少有人以此类标志做商标使用而触雷的,歧视并不符合商家将民族民间文艺商业化以求新谋利的初衷。那么我们是否可以反之推论:只要没有“歧视”含义,任何涉及民族的商标都可以使用呢?商标法没有给我们答案,但理论上这是成立的,如我们把“傣”字作为商标用在竹制品上,或是把“苗”作商标用在中草药上,并没有任何民族歧视的意思,商标法第十条不能禁止。由此看来,这一条的运用并不能为民族民间文艺及其相关要素提供真正的保护。不过,我们发现在正规的市场中我们至今也极少见到这类并无歧视性的民族要素组成的商标,原因有二:其一是对民族民间文艺

资源的开发近来才刚兴起;其二是多年以来,正式厂家为树立自己的品牌,往往力求使用注册商标,而在注册的过程中,这类含民族要素的商标申请多被驳回了,依据是我们下面要讨论的商标审查中遵循的商标显著性准则。

商标法第十一条列举了“不得作为商标注册”的情形;根据这一条的规定,商标不能获得注册的关键因素是缺乏显著特征。目前,我国的商标评审机构主要以内部评审准则的形式将“显著性”标准具体化,申请人的法律顾问也会依据这些准则提出意见。1994年以来,在常用的关于显著性审查的十四项准则中,有一项与民族民间文艺及其要素及表达的要素之一有关,即:“民族名称作商标容易使消费者认为来自某民族的或者表示民族特色,不易使人识别,因此不具备商标作用,但民族名称具有其他含义的不受此限。”<sup>[5]</sup>从效果上看,这一准则的实施可以排除某一具有唯一性的民族名称或称谓本身被他人合法占有的可能性,比如不能申请注册“藏族”牌毛毯、“回族”牌牛肉干等,从而保护了该民族的利益。不过遗憾的是,绝大多数民族的名称或简称都可以解释为其他汉语含义(在没有“族”字做后缀时),如“高山”、“壮”、“白”、“满”等等,因此落入商标法所称的“除外”条件而得不到保护。至于某个地区族群的特色文化及其代表性表达形式的称谓或内容,无论是“刀郎”、“西域刀郎”,还是“夜郎”、“东巴”,第十一条的有限保护更难以延伸到。另外,值得注意的是,第十一条列举的这些标志虽然不能注册,但是也无明文规定禁止使用,因此不排除“经过使

用取得显著特征,并便于识别的,“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。”<sup>[6]</sup>也就是说,根据新的审查标准,如果有人申请注册“藏”牌毛毯、“纳西”文化传播公司或“回族”饭店服务商标,审查员并不能以商标法第十条所称的“带有民族歧视性”驳回或禁止使用;也没有其他依据不予注册。相比之下,商标法对民间文艺及其相关要素的保护更无从谈起了。可以预见,在公有信息资源日益紧缺和民族民间文化开发日益受到关注的今天,如果对商标法的适用作出如此调整,必将使越来越多的“刀郎现象”出现,这与我们正倡导并致力的民族民间文艺保护事业是不相符的。

总之,从理论上分析,以民族民间文艺相关权利为“在先权利”而提供保护,是商标法能够发挥的最大作用;在此机制建立起来之前,应尽量灵活适用法律规定对有关商标的注册申请予以驳回,以避免民族民间文艺受到不正当利用。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<sup>[7]</sup>。

如此看来,目前为止商标法对保护民族民间文艺力所能及的一点作用,仅体现在商标审查员对第十一条的运用上,即原则上对此类商标不予注册。但是,1994年以来实行的这项审查准则如今却正处于变动之中。在2005年8月商标局公布的新的《商标审查标准(征求意见稿)》的第二部分“商标显著特征的审查”标准中,已找不到任何与民族民间文艺及其要素有关的规定;相反,相关内容被调到第一部分关于“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:

族或地区人民获取文化资源商业化利益的理想手段。

地理标志权是随着知识产权制度的发展从商标权派生出来的一种知识产权保护方式,它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。”<sup>[8]</sup>由于地理标志能够指明决定产品质量品质的特定区域或来源地,而使产品和产地之间建立了一种很自然的联想关系,从而便于消费者辨识和选择。国际贸易中的许多商品,如法国的香水和葡萄酒,我国的瓷器、丝绸和茶叶,均因历史悠久富有特色而备受青睐。知识产权对地理标志的保护,明确了商品与地理来源之间的唯一对应关系,有利于保护生产者、销售者和消费者的利益。不过,因为地理环境的天然性因素,这种制度目前远未发挥其作用,几乎还仅限于农业产品方面。其实,地理环境除了天然因素,还有人文或文化因素,“地理”二字不应被局限性地解释为某个县市、地区或国家的地理边界内的自然环境。在文化产品推陈出新成为商品的今天,我们应当洞察到某个地区人文因素的价值。如果明确了某种民间文艺表现形式(主要是民间手工艺品)产生发展并保存于某个地区的本地居民中,那么地理标志制度就十分适合于该地区人民对自己的民间文艺相关产品的特别保护,比如“安顺蜡染”(贵州省安顺地区)“潍坊风筝”、“南京云锦”,等等。

二、以地理标志(证明商标与集体商标)方式取得权利

由于地理标志保护的重要特点是权利主体的群体性和无限期性,因此它理所当然地被考虑为保护民

族或地区人民获取文化资源商业化利益的理想手段。

地理标志权是随着知识产权制度的发展从商标权派生出来的一种知识产权保护方式,它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。”<sup>[8]</sup>由于地理标志能够指明决定产品质量品质的特定区域或来源地,而使产品和产地之间建立了一种很自然的联想关系,从而便于消费者辨识和选择。国际贸易中的许多商品,如法国的香水和葡萄酒,我国的瓷器、丝绸和茶叶,均因历史悠久富有特色而备受青睐。知识产权对地理标志的保护,明确了商品与地理来源之间的唯一对应关系,有利于保护生产者、销售者和消费者的利益。不过,因为地理环境的天然性因素,这种制度目前远未发挥其作用,几乎还仅限于农业产品方面。其实,地理环境除了天然因素,还有人文或文化因素,“地理”二字不应被局限性地解释为某个县市、地区或国家的地理边界内的自然环境。在文化产品推陈出新成为商品的今天,我们应当洞察到某个地区人文因素的价值。如果明确了某种民间文艺表现形式(主要是民间手工艺品)产生发展并保存于某个地区的本地居民中,那么地理标志制度就十分适合于该地区人民对自己的民间文艺相关产品的特别保护,比如“安顺蜡染”(贵州省安顺地区)“潍坊风筝”、“南京云锦”,等等。

地理标志保护制度目前在我国还处于较为零散的状态。从国家法

律层面来看,2001年的商标法第十六条规定,除以前善意取得并仍在延用的外,商标中含地理标志的不予注册并禁止使用。这明确了地理标志应受法律保护,但没有从正面规定地理标志应如何正确使用。在实践中,地理标志的注册和使用是依据商标法第三条中关于集体商标和证明商标的规定。为此,2003年国家工商行政管理总局修订了1994年制定的《集体商标、证明商标注册和管理办法》。同时,因反不正当竞争法和产品质量法中也涉及地理标志的保护问题,国家质检总局制定了《原产地标记管理规定》及《原产地域产品保护规定》(1999年7月30日施行),在这一系统下注册的地理标志也有一批,但这不同于商标法意义上的地理标志注册人,两套体系难免发生冲突。

应该说,目前地理标志保护制度的不完善问题不应当影响我国将其作为民间文艺及其要素保护的有效方式的立场。因为各类造成混淆的地理标志认定措施原则上都仅限于农产品,不针对文化产品。地理标志制度本身仍应被考虑为保护民间文艺及其要素的重要措施。事实上,由于认识到地理标志可以成为提高农产品、手工艺品和其他由传统知识衍生的产品的价值的合适办法,一些发展中国家已经在世界贸易组织(WTO)中表示对加强地理标志保护感兴趣,谋求修改TRIPS协议中有关地理标志的规定以有利于对传统知识的保护。比如埃及、印度建议把对葡萄酒和白酒的地理标志的补充保护(知识产权协议第23条第1款)延伸到其他产品,尤其是那些涉及发展中国家利益的产品。扩大补充保护涵盖的

产品范围的建议受到了拉丁美洲、非洲和南亚一些国家的支持。我国也认识到了自己在这一领域的利益:尽管在世界范围内地理标志保护涉及的产品主要是农产品和食品,但从我国的实践来看,目前通过或正申请通过地理标志方式保护的商品范围已经大大超过了欧盟国家和美国,受保护的品种除雪梨、芦柑、密桔、柚、橙、茶叶等农产品外,还包括烟花爆竹、瓷器、石雕等手工艺品。这一发展态势是令人欣喜的。

地理标志之下的集体商标、证明商标及其组成部分可以突破商标法关于县级以上行政区划的地名不得作为商标的规定,就为某个地区的群体及其中的任何成员都可以受保护打开了方便之门。因此,许多传统民族民间文艺的保有社区正在寻求注册集体商标和证明商标;使用这些标记的商品或服务必须是来源于拥有该商标权的社区,或者是按照该社区特有的方法或标准生产、提供的。如澳大利亚的“土著人艺术管理协会”正将其证明商标用在正宗的土著人艺术品上;加拿大的因纽特土著艺术家也组成合作协会注册了艺术品上的集体商标,只有合格的因纽特人才能使用;在美国,“印地安艺术及手工艺管理局”注册了证明商标,以保证原产于某地区某群体艺术及手工艺品的来源正宗<sup>[9]</sup>。在我国,根据商标法,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;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。可见,这两类商标的注册者通常是法人或其他组织(通常是某一协会<sup>[10]</sup>),它要通过协会来管理。但是,商标法仍然无法解决协会是否能真正代表全体保有人问题,即什么样的组织或机构才能界定并代表某个民族、某个地区、某一文化传统的全体?为弥补主体构成可能产生的缺陷,法律做了开放性规定<sup>[11]</sup>,明确协会拥有这个商标,但是这个协会不是哪个公司的,而是这个地方的。这个地方的当地人生产该类产品就可以使用这个商标;当地的任何一个居民都可以申请参加这个协会;符合条件的人申请使用该地理标志,协会不能拒绝。

总之,以地理标志制度来保护民族民间文艺及其要素,虽然在主体方面的争议还不太容易解决,但至少建立起一个可操作的机制,使那些具有较强商业头脑的民族民间文艺的代表,可以找到主动寻求保护的方式,并以此大大减少局外人对该民族民间文艺的不正当利用;同时这种保护方式的开放性也没有把任何一个合乎要件的个体排除在外。然而我们应当看到,地理标志并不保护特定的技术、知识和民族民间文艺表达形式本身的内容,而仅仅是防止地理标志被虚假使用。也就是说,如果有人把粗制滥造的布匹叫“安顺苗族蜡染”,我们可以依法制止他,但没法制止他用安顺蜡染的制造技术及传统图案制作出“xx蜡染”进行商业化。不过,在文化多样性消费追求“原生态”的今天,商标所起到的保证正宗来源的作用已是对民族民间文艺所做的最大贡献。

保护民间文艺是个庞大而长期

## 湖北举办“ 创立驰名商标研讨会 ”

为大力实施“精品名牌战略”，指导帮助省内企业积极创立驰名商标，为全省经济发展服务，湖北省工商局、湖北省商标协会不久前在随州联合召开了全省创立驰名商标研讨会。省工商局商广处处长叶义权主持会议并作了专题讲座。来自全省17个市州商标管理部门的负责同志及30家商标意识强、争创意识浓的企业代表近60人参加了会议。

会议对新《商标法》实施以来驰名商标申请受理和认定工作情况进行了介绍。省工商局商广处处长叶义权说，创立驰名商标，是各级政府高度重视和广大企业普遍关注的事情，也是工商部门服务企业、促进地方经济发展的一项重要职责和有效举措。他从七个方面就如何依法创立和保护驰名商标问题谈了自己的看法：一是创立驰名商标的意义和目的；二是正确理解驰名商标的法

律概念；三是驰名商标的认定机关、原则和途径；四是正确理解《商标法》第13条、第14条的含义；五是申请认定驰名商标应提交的材料；六是驰名商标受保护的範圍；七是湖北省企业要大力实施企业商标战略，做好争创驰名商标基础性工作。

会议代表还就如何依法创立和保护驰名商标等问题进行了深入研讨，对湖北省著名商标认定和保护条例(草案)进行了讨论修改，并对下半年工作提出了具体要求。

通过研讨会，大家一致认为，此次会议将引导全省企业珍惜重视驰名商标的运用和保护，推动企业争创驰名商标的积极性，从而加强工商部门对驰名商标企业的监管和引导，为企业的发展壮大和振兴湖北经济寻求一条品牌之路。■

(刘琼)

的工程，需要我们认真从尽可能多的角度考虑如何发挥法律上的作用；以任何借口放弃研究都是缺乏信心和责任心的体现，希望本文对商标法作用的探讨起到抛砖引玉的作用。■

注释：

[1] 见“2004中国知识产权十大典型案例推荐版”，中国知识产权报，2005年1月10日。

[2] 商标法第九条：“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，并不得与他在先取得的合法权利相冲突。”第三十一条：“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。”

[3] 如吴汉东等著：《知识产权基本问题研究》第536页，中国人民大学出

版社，2005年3月。

[4] 参见《中华人民共和国商标法》第十条。

[5] 1994年《商标注册审查准则》之“商标应具有显著特征的审查”第(十三)项，参见中国商标网：<http://www.cha-tm.com/NewSbShenChaZZ/ViewInfo.asp?id=7>。

[6] 2005年8月的《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”之第八条，见中国商标网：<http://sbj.saic.gov.cn/sbyw/zqyj.asp>。

[7] 见“Review of Existing Intellectual Property Protection of Traditional Knowledge”，WIPO/GRTKF/IC/3/7，2002，(6)。

[8] 见《与贸易有关的知识产权协议》第22条。

[9] 见S.von Leiwinski主编的“Indigenous Heritage and Intellectual

Property”(2004, London)，第309页。

[10] 例如：“吐鲁番葡萄”注册人“吐鲁番地区葡萄产业协会”、“绍兴黄酒”注册人“绍兴市黄酒行业协会”、“浏阳花炮”注册人“浏阳市烟花爆竹总会”等。

[11] 《商标法实施条例》第六条规定：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。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。