

中国的文化产业应该加强法律保护

李顺德

(中国社会科学院 法学研究所, 北京 100720)

一、中国的文化产业面临发展的机遇

文化产业, 又称为创意产业、文化创意产业或者内容产业, 一些国家称之为版权产业或者版权相关产业, 尽管含义不尽相同, 但本质上并无太大差别。

文化工业(文化产业) 这一概念的明确的文字陈述是西方马克思主义法兰克福学派霍克海默和阿多尔诺在 1944 年的《文化产业: 欺骗公众的启蒙精神》一文中第一次提出的, 此文后来被收入《启蒙辩证法》一书。英国在 1980 年曾使用文化产业一词, 把文化产业界定为与艺术紧密联系的产业, 将之叫做艺术与文化产业。

笔者认为, 从本质上讲, 文化产业是以版权产业为核心的提供精神产品的生产和服务的产业。狭义的文化产业是指版权产业, 包括出版发行业、新闻业、广播影视业、网络服务业、广告业、计算机软件业、信息及数据服务业等。广义的文化产业除了版权产业以外, 还包括艺术创作业、艺术品制作业、演出业、娱乐业、文物业、教育业、体育业、旅游业等。文化产业的核心是版权产业。

早在 1990 年美国国际知识产权联盟(简称 IIPA) 已使用版权产业的概念来计算这一特定产业对美国整体经济的贡献。1990 年 11 月, IIPA 委托有关机构首次发表《美国经济中的版权产业报告》; 1992 年 9 月, 发表了《美国经济中的版权产业: 1977—1990 年》; 此后分别于 1993 年 10 月、1995 年 1 月、1996 年 10 月、1998 年 5 月、2000 年 12 月、2002 年 4 月、2004 年发表了美国版权产业系列报告。

依照美国的划分方法, 版权产业包括四类: 第一类是核心类的版权产业, 其特征是创造有版权的作品或者受版权保护的物质产品, 主要指对享有版权的作品的再创作、复制、生产和传播, 如报刊、书籍出版业、电台和电视台广播业、录音节目制作及影视磁带出版业、电影制作、戏剧创作演出、广告业, 还有计算机软件开发和数据处理等信息产业。第二类属于部分的版权产业, 就是说有一部分物质产品是有版权的, 如服装、纺织、工艺品、玩具、家具、建筑等产业。第三类是发行类版权产业, 是指对有版权的作品进行批发和零售, 如书店、音像制品出租店等。第四类是与版权有关的产业, 指在生产销售过程中, 要用到或部分用到与版权有关的产品产业, 如计算机、收音机、电视机、录像机、录音机、音响设备等产业。版权产业的概念后来被加拿大、芬兰、澳大利亚等国所采用。

20 世纪 90 年代以来, 电子出版、数字化、网络传输等高新技术的发展及其在文化领域的广泛应用, 大大推动了以版权产业为核心的文化产业的发展, 并使其在许多国家的经济体系中所占的比重快速提升, 正在成为各国经济新的增长点, 甚至成为国民经济的支柱产业。

以美国为例, 版权产业已被作为国民经济中一个单独的产业来看待。2001 年, 美国全部版权产业为美国经济创造了 7912 亿美元的产值, 占整个国民经济总产值的 7.75%。1977 年到 2001 年, 美国全部版权业的净产值在国内生产总值中的年平均增长率为 6.39%, 是同期美国经济总增长率(3.2%) 的 2 倍。美国核心版权业就业人数占全美各行业就业人数的比例从 1977 年的 1.6%(150 万人) 增加到 1996 年的 2.8%(350 万人), 1997 年的 2.9%(380 万人), 1999 年的 3.24%(430 万人), 2001 年的 3.5%(470 万人); 整个版权业的就业人数占全美人数的比例, 1977 年为 3.3%(300 万人), 2001 年为 5.9%(800 万人)。从美国版权业出口角度看, 1991 年核心版权业的出口额是 361.9 亿美元; 1996 年核心版权业的出口额是 601.8 亿美元, 比 1995 年增长了 13.3%, 居美国各行业的第一位, 超过了汽车及配件(598 亿美元)、农产品、航天、计算机(376.3 亿美元) 等产业; 2001 年为 889.7 亿美元, 比 2000 年增长了 9.4%, 仍居各业之首。在核心版权业中, 计算机软件业发展最快, 出口额从 1991 年的 196.5 亿美元增加到 2001 年的 607.4 亿美元, 增长 209.1%; 电影业的出口额从 1991 年的 70.2 亿美元增加到 2001 年的 146.9 亿美元, 增长 109.2%。这样看来, 美国版权业特别是核心版权业成了美国国民经济中发展最快、就业人数最多、出口最多的产业, 在美国占了很大的比重。

IIPA《2004 年报告》与以前发布的 9 个系列报告不同的是, 它采用了新的统计口径: 在以前关于版权产业的 9 个经济报告中, IIPA 将版权产业分为以下四个部分: 核心、部分、发行、版权关系。这是 IIPA 在 1990 年的首个报告中发展和界定的。在《2004 年报告》中, IIPA 仍然使用这四种分类, 但为了与国际标准相一致, IIPA 采用由世界知识产权组织(WIPO) 界定的四种版权产业分类: 核心版权产业、交叉产业、部分版权产业、边缘支撑产业。以上四个部分合称为全部版权产业。

据《美国经济中的版权产业: 2004 年报告》提供的数据, 2002 年美国核心版权产业的增加值为 6262 亿美元, 占 GDP

收稿日期: 2007- 04- 06

作者简介: 李顺德(1948—), 男, 河南林州人, 中国社会科学院法学研究所研究员, 博士生导师。

的 5.98%，总体版权产业增加值为 12540 亿美元，约占美国 GDP 的 11.97%。2002 年核心版权产业就业人数为 548.4 万人，占美国就业总人数的 4.02%。同年，全部版权产业雇佣了 1147.6 万人，占美国就业总人数的 8.41%。2002 年尽管受到盗版和全球整体经济衰退等状况的影响，美国核心版权产业中四个部分的海外销售和出口仍然增长了 1.1%，达到了 892.6 亿美元。

1994 年澳大利亚以创意的国度为核心目标，发布了澳大利亚第一份文化政策报告。受到澳大利亚文化政策报告的启示，英国 1994 年成立以首相布莱尔为组长的创意产业特别工作组，研究相应的文化产业发展问题。1997 年，英国提出创意产业（又译为创意经济、创造性产业、创意工业）一词，在文化媒体和体育部成立创意产业特别工作组，落实文化产业发展问题，力图把文化产业部门扩大到包括相关的制造业（如电子）。1998 年创意产业特别工作组出台英国创意产业路径文件，将创意产业定义为源于个人创造力、技能和天分，通过知识产权的开发和利用，创造财富和就业机会的产业。根据就业或参与人数多、产值高或成长潜力大、原创性或创新性强这样 3 个条件，选定 13 个产业作为创意产业：软件开发、出版、广告、电影、广播电视、视觉艺术、表演艺术、文化展演、工艺制作、工艺设计、建筑设计、休闲娱乐、生活创意等。提出了发展创意产业的 5 项基本措施：第一，加强组织管理；第二，加强人才培养；第三，加强资金支持；第四，扶持文化产品的开发、制造、经销、出口；第五，逐步建立创意产业的财务支持系统。英国的研究模式随后被许多国家纷纷仿效，其中包括新西兰及新加坡。

根据英国文化媒体体育部发表的《创意产业专题报告》，2001 年英国的创意产业产值约为 1125 亿英镑，占 GDP 的 5%，已超过任何制造业对 GDP 的贡献；2001 年，创意产业占总增加值（GVA）的 8.2%。2002 年，英国的创意产业增加值达 809 亿英镑，已经成为仅次于金融服务业的第二大产业，创意产业行业内约有 122000 家公司在部际商业注册机构注册。到 2002 年 6 月，创意产业雇佣总人数为 190 万，其后继续增长，成为就业人数最多的产业。以增加值计算，软件自 2002 年取代服装成为最大的创意产业。2003 年，英国创意产业特别工作组指出，用就业和产出衡量，伦敦的创意产业对经济发展的重要性，已经超过了金融业。一年中前来伦敦的境内外游客在艺术文化方面的花费超过了 60 亿英镑。

约翰·霍金斯在《创意经济》一书中明确指出，全世界创意经济每天创造 220 亿美元产值，并以 5% 的速度递增。在一些国家，增长的速度更快，美国达 14%，英国为 12%。

从国外创意产业的发展来看，英国、美国、澳大利亚、韩国、丹麦、荷兰、新加坡等国都是创意产业的典范国家，它们都有自己的发展特色，并产生了巨大的经济效益。

根据世界知识产权组织的调查，版权相关产业的产值占国内生产总值比例，美国为 12%，新加坡为 5.7%，加拿大为 5.38%，匈牙利为 6.67%。

2004 年，我国新闻出版、广播影视的文化产业实现增加值 3440 亿元，占 GDP 的 2.15%；2005 年软件产业产值 3900 亿元，占 GDP 的 2.17%。

二、知识产权保护是发展中国文化产业的重要保障

纵观整个文化产业，其下属的各行各业，几乎都涉及了知识产权问题。文化产业，不论是从广义而言，还是从狭义而言，都与知识产权有着极为密切的关系。

以影视产业为例，一张空白的光盘或软磁盘售价不过几元钱，而录制上影视节目后售价可达数十元，甚至数百元，其差价就是知识产权所保护的智力劳动成果——影视作品的价值，也就是该智力成果知识产权的价值。如果没有知识产权中的版权保护，就不会有好莱坞，也不会有今天影视产业的蓬勃发展。

广义的文化产业，同样离不开知识产权保护。以旅游业（包括直接为旅游业配套的餐饮业、饭店业、交通业、旅游纪念品的制作和销售业）为例，它的下属各业按传统习惯大都划归服务业，它们也同样存在着品牌（主要是服务商标）、商誉的创立和保护问题，商业秘密问题，反不正当竞争问题，这些都是知识产权问题。

也就是说，知识产权已经广泛渗透到社会经济的各行各业，并形成了知识产权产业。版权作为知识产权的重要组成部分，已经渗透到出版发行业、新闻业、广播影视业、网络服务业、广告业、计算机软件业、信息及数据服务业等行业，形成了版权产业。版权产业不仅是文化产业的核心产业，也是知识产权产业的重要组成部分，版权产品也成为知识产权产品的重要组成部分。

在网络环境和知识经济条件下，文化产业的发展，同样与知识产权的关系极为密切。以 Internet 为基础的互联网技术的发展，给全人类的政治、经济、文化、生活都带来了深刻的影响，从某种意义上讲，它大大改变了传统社会。互联网被称之为继报刊、广播、电视之后的第四新闻媒体。互联网的出现和发展给文化产业的发展开辟了新的广阔空间。随着互联网的出现和发展，一种新型的贸易方式——电子商务也得到了长足的发展。文化产业中的相当一部分文化产品，如计算机软件、影视作品、录音制品、文字作品等，以及在文化产业中占有重要地位的文化服务（包括信息服务），作为交易的对象，在互联网上以电子商务的方式进行交易是十分方便、独具优势的。

互联网的出现和发展，同样给文化产业的知识产权保护，特别是版权保护，提出了许多新的课题，主要涉及作品和录音制品的数字化、作品和录音制品在网络环境下的传播、对作品和录音制品的技术保护措施、作品和录音制品的权利管理信息的保护、数据库的保护、网络环境中商业标记的保护等，这些都是发展文化产业必须解决的问题。

2006 年 12 月 13 日，北京市统计局、国家统计局北京调查总队首次发布了《北京市文化创意产业分类标准》，明确了北京市文化创意产业主要包括 9 个大类，《国民经济行业分类》中的 82 个行业小类和 6 个行业中类被纳入了北京市文化创意产业范围，并建立了包括新闻出版，广播、电视、电影软件，网络及计算机服务，广告会展，艺术品交易，设计服务，旅游，休闲娱乐，其他辅助服务等 9 个大类在内的分类体系。

文化创意产业是指以创作、创造、创新为根本手段，以文化内容和创意成果为核心价值，以知识产权实现或消费为交

易特征,为社会公众提供文化体验的具有内在联系的行业集群。为了充分调动全社会参与文化建设的积极性,进一步引导和规范非公有资本进入文化产业,逐步形成以公有制为主体、多种所有制经济共同发展的文化产业格局,提高我国文化产业的整体实力和竞争力,国务院于2005年4月13日发布了《国务院关于非公有资本进入文化产业的若干决定》。

我国鼓励和支持非公有资本进入以下领域:文艺表演团体、演出场所、博物馆和展览馆、互联网上网服务营业场所、艺术教育及培训、文化艺术中介、旅游文化服务、文化娱乐、艺术品经营、动漫和网络游戏、广告、电影电视剧制作发行、广播影视技术开发运用、电影院和电影院线、农村电影放映、书报刊分销、音像制品分销、包装装潢印刷等。非公有资本可以投资参股下列领域国有文化企业:出版物印刷、发行,新闻出版单位的广告、发行,广播电台和电视台的音乐、科技、体育、娱乐方面的节目制作,电影制作发行放映。上述文化企业国有资本必须控股51%以上。非公有资本可以建设和经营有线电视接入网,参与有线电视接收端数字化改造,从事上述业务的文化企业国有资本必须控股51%以上。非公有资本可以控股从事有线电视接入网社区部分业务的企业。非公有资本不得投资设立和经营通讯社、报刊社、出版社、广播电台(站)、电视台(站)、广播电视发射台(站)、转播台(站)、广播电视卫星、卫星上行站和收转站、微波站、监测台(站)、有线电视传输骨干网等,不得利用信息网络开展视听节目服务以及新闻网站等业务,不得经营报刊版面、广播电视频率频道和时段栏目,不得从事书报刊、影视片、音像制品成品等文化产品进出口业务,不得投资国有文物博物馆。

三、应该加强传统文化保护

我国是历史悠久的文明古国,拥有丰富多彩的文化遗产。非物质文化遗产是文化遗产的重要组成部分,是我国历史的见证和中华文化的重要载体,蕴涵着中华民族特有的精神价值、思维方式、想象力和文化意识,体现着中华民族的生命力和创造力。保护和利用好非物质文化遗产,对于继承和发扬民族优秀传统文化、增进民族团结和维护国家统一、增强民族自信心和凝聚力、促进社会主义精神文明建设都具有重要而深远的意义。

对于包括传统文化在内的文化遗产的保护,已经引起国际的关注,特别是引起了发展中国家的高度关注。大多数发展中国家都把包括传统文化在内的文化遗产作为发展文化产业的宝贵资源加以保护。

联合国教育、科学及文化组织(UNESCO)于1970年11月14日通过了《关于禁止和防止非法进出口文化财产和非法转让其所有权的方法的公约》(1972年4月24日生效),1972年11月16日通过了《保护世界文化和自然遗产公约》(1975年12月17日生效),2001年11月通过了《世界文化多样性宣言》,2003年10月17日通过了《保护非物质文化遗产公约》(2006年4月20日生效),2005年10月20日通过了《保护和促进文化表现形式多样性公约》(尚未生效)。

世界知识产权组织(WIPO)与联合国教科文组织于1976年共同制定了《发展中国家突尼斯示范法》;1982年7月2日通过了《保护民间文学艺术表达,防止不正当利用及其他侵

害行为的国内法示范法条》,对于民间文艺表达这种传统文化的保护提出了明确的要求;2000年9月WIPO第26届大会成立了知识产权和传统知识、遗传资源及民间文艺政府间委员会(即IGC),专门负责讨论与遗传资源、传统知识和传统文化相关的问题,自从2001年4月召开了第一次会议以来,到2006年12月已经召开过10次会议。

世界贸易组织(WTO)2001年11月在卡塔尔首都多哈举行了第四次部长会议,启动了多哈回合的新一轮多边贸易谈判。根据《多哈宣言》的有关规定,TRIPS理事会将传统知识和民俗文化的保护纳入了谈判议题。

为了加强对包括传统文化在内的文化遗产的保护,我国已经先后批准和加入了许多相关的国际公约。《关于禁止和防止非法进出口文化财产和非法转让其所有权的方法的公约》、《保护世界文化和自然遗产公约》、《保护非物质文化遗产公约》、《保护和促进文化表现形式多样性公约》。

为了加强对于包括传统文化在内的文化遗产的保护,我国已经先后制定一些相关的法律、法规和行政规章,主要包括:《文物保护法》、《文物保护法实施条例》、《传统工艺美术保护条例》、《国务院办公厅关于加强我国非物质文化遗产保护工作的意见》、《国务院关于加强文化遗产保护的通告》、《世界文化遗产保护管理办法》。我国一些省市也颁布了涉及保护传统知识的地方性法规,如《云南省民族民间传统文化保护条例》、《贵州省民族民间文化保护条例》、《云南省丽江市纳西族自治县东巴文化保护条例》、《淮南市保护和发展花鼓灯艺术条例》等。

从1998年起,文化部就与全国人大教科文卫委员会进行了国内外立法调研,2001年3月在国内外立法调研的基础上文化部起草了《中华人民共和国民族民间传统文化保护法》(草案),2002年8月以建议稿的形式报送全国人大教科文卫委员会。我国加入《保护非物质文化遗产公约》以后,为借鉴该公约的基本精神,民族民间传统文化保护法草案改称为《中华人民共和国非物质文化遗产保护法》(草案),已经被国家列入文化立法十年规划重点项目。

在抓紧传统文化立法的同时,我国政府采取了一系列措施抢救、保护传统文化,并取得一定的成效。在20世纪50年代新中国成立之初,我国政府已经开始组织力量抢救、挖掘我国的民间文学艺术;1979年以来开展了一项搜集、整理民间文学艺术的系统工程——编纂中国民间文学艺术十大集成志书;1988年以来,文化部通过开展民间艺术之乡、特色艺术之乡的命名活动,鼓励、推动对民族民间传统文化的整理、保护和开发;1996年以来,在贵州、云南、四川、广西、新疆等地少数民族聚居地建立了几十个国家级文化生态保护区;2000年4月,文化部正式启动人类口头和非物质文化遗产代表作的申报和评估工作;2003年1月,文化部、财政部、中国文联和国家民委等部门联合启动中国民族民间文化保护工程,并且制定了《中国民族民间文化保护工程规划纲要》;2006年5月20日,国务院批准、公布文化部确定的第一批国家级非物质文化遗产名录(共计518项),其中包括:民间文学(共计31项),民间音乐(共计72项),民间舞蹈(共计41项),传统戏剧(共计92项),曲艺(共计46项),杂技与竞

技(共计 17 项), 民间美术(共计 51 项), 传统手工技艺(共计 89 项), 传统医药(共计 9 项), 民俗(共计 70 项)。

文化产业, 对于中国而言, 不仅有丰富的文化遗产资源, 而且有巨大的市场, 发展前景十分广阔。要想使文化产业在中国得到充分的发展, 必须加强对文化产业的法律保护, 不仅要充分利用已有的知识产权制度进行保护, 而且应该充分重视建立和完善相关法律制度, 保护传统知识, 保护传统文化。

注释:

参见金元浦:《文化创意产业相关概念研究》, 转引自文化产业网 (<http://www.culindustries.com>)。

参见周玉红:《殊途同归的创意产业、文化产业和版权产业》。

有关数据来自美国国际知识产权联盟 (IIPA) 1998 年、

1999 年、2000 年、2002 年度报告。参见刘跃伟(译):《美国经济中的版权业: 1999 年综合经营报告》,《著作权》, 2007 年, 第 4 期; 高思(编译):《2000 年美国经济中的版权业概述》,《中国版权》, 2002 年, 第 1 期; 宋慧献:《版权产业 2001: 从美国到中国》,《中国版权》, 2002 年, 第 4 期。同注。

参见王攀:《文化创意产业的概念、内涵及法律问题》。

同注。

同注。

参见魏小毛:《版权产业的价值评估新视角》,《中国知识产权报》, 2006- 11- 20。

同注。

参见 2005 年 4 月 13 日《国务院关于非公有资本进入文化产业的若干决定》。

驰名商标司法认定若干问题探析

刘冠华

(河南省高级人民法院 知识产权庭, 河南 郑州 450008)

驰名商标能够为所有者带来更多经济利益和更大竞争优势, 具有重要的商业价值。近年来, 人民法院受理涉及驰名商标认定的知识产权案件数量呈突增趋势, 但是, 由于目前我国相关法律法规不尽完善, 各地认定驰名商标所掌握的标准也不一致。比如如何确定驰名商标司法认定在案件审理中的地位和作用, 如何把握驰名商标的标准, 如何认识驰名商标个案认定和被动认定的含义等, 均是审判实践中亟须解决的问题。本文立足于审判实际, 就上述问题提出粗浅的看法, 请广大同仁斧正。

一、关于驰名商标含义问题

有关驰名商标保护的规定最早见之于《保护工业产权巴黎公约》(以下简称《巴黎公约》)。但该公约没有给出一个明确完备的驰名商标之定义。因为驰名商标概念的内涵与外延不易把握, 在理论界乃至一些国家的立法中出现的驰名商标定义, 表述也不尽相同。在我国, 学界对驰名商标的名称和定义认识也不同, 但其表述的含义大都是表明商标具有很高的知名度。较为广泛认可的观点认为, 驰名商标是指在广大公众中享有较高声誉、有较高知名度的商标。2003 年 4 月 17 日国家工商行政管理总局发布的《驰名商标认定和保护规定》第二条明确规定:“ 本规定中的驰名商标是指在中国为相关公众广为知晓并享有较高声誉的商标。”理论界和实务界尽管对驰名商标的定义表述不一, 但对其概念或特征

的理解却基本趋向一致。

(一) 驰名商标的首要特征

驰名商标最主要的特征是有较高的(甚至是卓越) 知晓度, 但是较高的知晓度如何把握, 仍然是一个主观性非常强的问题。目前无论是国际上还是我们国内都没有一个量化的、具有可操作性的标准。结合国际公约、一些国家的立法和我们国内理论界及一些规范意见的观点, 考虑较高的知名度可以参考如下条件: 1. 该商标的使用持续时间、程度和地理范围; 2. 该商标的任何宣传工作的持续时间、程度和地理范围; 3. 该商标的产品之质量优异程度及售后服务情况; 4. 该商标作为驰名商标受保护的记录; 5. 该驰名商标其他相关因素等。但是这也只能是给出了考虑的因素, 对这些因素应达到的标准仍然没有通说。实践中, 通常是通过对上述因素所对应的各项指标的综合考量, 行使自由裁量权, 最终形成较为接近客观的判断。

(二) 相关公众的确定

在对上述因素考量中, 我国《商标法》将相关公众对该商标知晓程度作为认定驰名商标的首要因素, 但对相关公众的范围如何确定《商标法》并没有给出明确的规定。

首先是相关公众的地域范围确定问题。其中对于驰名商标是否要求必须在本国范围内驰名存在不同观点。一种观点认为: 商标驰名与否不以认定驰名的那个特定国家为准, 而是以有关商标是否在国际市场驰名为准, 根据是 1999 年 9

收稿日期: 2007- 04- 28

作者简介: 刘冠华(1964—), 男, 河南漯河人, 河南省高级人民法院知识产权庭副庭长, 法学硕士。