

文章编号: 1005-0523(2008)02-0086-05

# 非物质文化遗产傩舞的知识产权保护对策

吴行华, 肖海

(华东交通大学 知识产权研究所, 江西 南昌 330013)

**摘要:** 傩舞作为非物质文化遗产的一种, 对其进行保护具有很大的历史与现实意义, 但其现状却令人担忧. 首先从傩舞的现状入手, 进而探讨用知识产权对其进行保护的必要性以及在知识产权保护上存在的不足, 针对傩舞在知识产权保护上存在的缺陷, 从商标法、著作权法、专利法、域名等几个方面提出对策. 希望借助这些探讨, 对傩舞保护中所存在的问题, 能从知识产权法上找到很好的对策, 从而为傩舞的发掘和经济利用做出积极的贡献, 使得傩舞这一“舞蹈的活化石”得到存续和发展.

**关键词:** 傩舞; 非物质文化遗产; 知识产权; 保护; 对策

中图分类号: D923.4

文献标识码: A

人类迈入21世纪后, 全球化对传统文化形成了严重挑战. 与物质文化相比, 非物质文化遗产保护面临更加严峻的形势. 虽然我国的非物质文化遗产极为丰富, 可是它们之中很多正迅速地走向衰落, 甚至绝迹. 因此加强对非物质文化遗产的保护, 特别是用法律对其进行保护就显得尤为重要<sup>[1]</sup>.

## 1 非物质文化遗产傩舞的现状

2003年联合国教科文组织第32届会议通过了《保护非物质文化遗产公约》, 在公约中第2条第1款把非物质文化定义为“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. 各个群体和团体随着其所处环境、与自然界的相互关系和历史条件的变化不断使这种代代相处的非物质文化遗产得到创新, 同时使他们自己具有一种认同感和历史感, 从而促进了文化多样性和人类的创造力”<sup>[2]</sup>.

2004年中国加入了《保护非物质文化遗产公约》, 这标志着我国在保护非物质文化遗产方面的观念和法制上都迈出了重要的一步, 也显示了我国

政府加强对非物质文化遗产保护的决心. 虽然2006年5月20日国务院公布了第一批国家级非物质文化遗产名录(共计518项傩舞也包含其中), 可是我国非物质文化遗产方面的专门法律还没有出台.

傩舞被称为“舞蹈的活化石”, 是广泛流传于各地的一种具有驱鬼逐疫、祭祀功能的民间舞. 现存傩舞主要分布在江西、安徽、贵州等地, 各地的傩舞节目丰富. 典型的节目一般有: 单人舞《开山》、《哪吒》, 多人舞《跳判》、《傩公傩婆》, 技巧舞《演罗汉》、《观音坐莲》以及舞剧节目《西游记》等. 跳傩面具造型各异, 有180种之多. 傩舞作为中华民族传统文化的一朵奇葩, 需要我们的精心保护和传承.

在这个民间传统信仰普遍缺失的年代, “傩舞”却固守着汉族源于自身的, 最原始最本真的精神特质: 果敢、坚忍、血性、秩序和尊严. 可当前傩舞却遇到了一个尴尬的局面.

1) 傩舞作为一种古老的艺术存在形式, 得到了国内外各方面的高度关注. 国内举办了各种形式的傩舞节. 国外的有关专家也对傩舞产生了浓厚的兴趣. 如2005年6月15日举办的中国(江西)傩文化艺术周, 中外专家学者400余人来到江西省抚州市南丰县三溪乡石邮村进行田野采风, 观看石邮傩舞

收稿日期: 2007-11-12

基金项目: 江西省软科学计划项目(2006IC0700200); 江西省社会规划项目(05SH346)

作者简介: 吴行华(1985-), 男, 江西上饶人, 华东交通大学2007级民商法硕士研究生, 研究方向为知识产权法学.

表演,来自美国、法国、日本等国学者,对石邮傩舞赞不绝口。近几年,随着石邮村的傩舞名声大振,国内外大批学者、摄影师每年春节都如期而至,有位日本学者甚至连续来了7年。

2) 随着傩舞日益被世人所关注,傩舞却面临着生存问题。其一,目前随着城市现代化进程的提速,傩文化正迅速消失;其二,傩文化的旅游化、商业化趋势非常明显,为了适应商业化,傩文化正在急速改变着自己,其精神内核已经被抽空,只剩下一个外壳,审美上被庸俗化;其三,傩舞的生存环境并不乐观,在全国,信傩、崇傩、观傩的大多是些老艺人,且这些老艺人年事已高,而现在农村许多年轻人都外出打工,传承乏人,老艺人的相继谢世,而接班人缺乏,是傩舞传承发展的一大瓶颈。

## 2 对傩舞进行知识产权法保护的必要性分析

傩舞之所以面对如此尴尬的现状,就其原因,其中一点最为关键,即从事傩舞行当的人或组织,缺乏必要的经济来源。以往在挽救某种文物或是非物质文化遗产时,一般有两种分歧:一种认为该完全保留被挽救物的原貌;另外一些人则提出该把濒危事物当作一件商品,经过“包装”推向市场。其实这两种建议都有过于偏激的一面,从长远看,对于傩舞的存续和发展都很不利。如何更好的保护傩舞,笔者认为该多方携手,既要保持傩舞原貌,又要把握住其流变性。当今社会,把傩舞适当推向市场,傩舞才能再获生机,使其得以延续。把其推向市场,其就成为一种广义上的商品,也不可避免的会面对各种纠纷。这时,法律的武器对于维护傩舞的合法权益来说,就显得非常重要了。

从前面概述中了解到,傩舞它是一种精神的实践、经验的积累,即是智力创造的成果。而当代知识产权的宗旨恰恰是保护人们的智力成果。从这个意义上说,傩舞与知识产权法的保护客体存在着一定的暗合。其次,非物质文化遗产自身的若干特点也表明它在很多时候可以构成知识产权法的保护客体,最直接的一点就是他的非物质性。非物质文化遗产是靠人们代代相传的口头传述和行为模仿而形成,其本身一定是与有形介质无关的。而知识产权法正是私法领域中财产“非物质化革命”的结果<sup>[3]</sup>。最后,非物质文化遗产的地域性也和知识产权法的地域性和保护客体的开放性在一定程度上相吻合<sup>[4]</sup>。傩舞作为非物质文化遗产中的一种,其也具有非物

质性、地域性的特点,对其可适用知识产权法。因此,在当前没有专门立法保护的前提下,用知识产权法对傩舞进行保护就变得非常必要了。

## 3 傩舞在知识产权保护上存在的问题

人们在拥有“武器”的同时,却不知怎么去保护自己的合法权益。2007年10月27日在百度搜索引擎上做的一些检索中发现,很少有人用知识产权法来维护傩舞的合法权益,傩舞在知识产权保护上存在以下问题:

1) 傩舞的商标保护不力。在中国商标网上的商标查询中,有关傩舞的名词如“傩舞”、“舞傩”、“傩舞面具”、“nuowu”、“wunuo”等,以及文字和图形的组合都没有人申请注册商标。没有注册商标,商标的专权就无从谈起,更谈不上商标的保护。

2) 登记注册的傩舞著作权保护缺失。在中国版权信息网上,关于“傩舞”、“舞傩”、“傩舞面具”的检索结果为零。中国音乐著作权协会网站上,与“傩舞”有关的信息,检索结果依然为零,著作权登记为零也可以说傩舞相关的作品不多。虽然著作权不是否是登记为保护的前提,但作品的著作权登记却能迅速提供证据,以便在作品被侵权时迅速有效地制止。

3) 傩舞专利权保护不足。在国家知识产权局的中国专利数据检索中,关于“傩舞”、“舞傩”、“傩舞面具”的发明专利、实用新型、外观设计,检索得到的结果仍然为零。傩舞的专利申请为零。

4) 傩舞的域名保护不全面。在网络域名注册的检索中,得到的结果还是让人有一丝的欣慰,毕竟有人从法律的角度,为保护好傩舞采取了一些法律措施,这是很值得学习的。如“<http://www.nuowu.com/>”、“<http://www.nuowu.net/about.asp>”已经有人或组织为了傩舞而予以注册了。这个虽然是个好消息,可是“<http://www.nuowu.cn/>”的域名却被“杭州狗狗网络有限公司”注册为一个各类商品检索的一个网址,而该网址和傩舞没有丝毫的关系,这样的注册对于傩舞以后的发展很不利。

## 4 用知识产权对傩舞进行保护的对策

根据傩舞的特征和国内外的经验,以及当前傩舞在知识产权保护上存在的问题,结合知识产权法自身的特点,对于如何用知识产权法保护好傩舞的

合法权益,提出以下对策:

### 1) 傩舞的商标法保护

《中华人民共和国商标法》第4条规定“自然人、法人或者其他组织对其生产、制造、加工、拣选或者经销的商品,需要取得商标专用权的,应当向商标局申请商品商标注册。自然人、法人或者其他组织对其提供的服务项目,需要取得商标专用权的,应当向商标局申请服务商标注册。”从条文中我们了解到,商业商标只有进行注册以后,商标法才对其予以保护。所以,商标注册对于傩舞的品牌保护非常重要。

虽然《商标法》从正式实施至今,有关“傩舞”这方面的商标,还没有出现抢注的行为。没有出现并不就高枕无忧了,惨痛的教训告诉我们,绝不可掉以轻心。在《商标法》实施过程中,国内曾出现过大规模的抢注商标事件。为防止傩舞再走前人之路,提出以下意见:

(1) 形成傩舞的商标保护意识。一个运作傩舞的法人或其他组织在成立之初,就该强化商标的保护意识,及时设计和申请注册集体商标以求得法律保护,同时应依据傩舞行业发展情况,适时扩展该集体商标的注册类别,覆盖其相关的商品或者服务群组,以便更加全面保护自身的权益。同时,在使用集体商标或者证明商标时一定要规范,不给别人提供任何可乘之机。

(2) 确定傩舞的权利主体和管理主体。从整体上看,傩舞是由其所在的群体在长期的生产生活实践中共同完成的,其具有群体性的特点。所以傩舞的权利主体是一个个的群体,而不是单个的自然人。鉴于传统部族的弱势地位,依靠传统部族自身很难比较充分地实现其传统知识上的财产利益。为此,就需要确立有关的传统知识管理主体对其予以扶助<sup>[5]</sup>。首先,如何确定傩舞的权利主体。现存傩舞主要分布在江西、安徽、贵州等地,而且各地的傩舞有一定的差异。所以,对于谁才是傩舞的权利主体,笔者认为,该把傩舞的权利主体分成若干:对各地傩舞的专有部分,其权利主体是专有的;对傩舞的共有部分,其权利主体是共同的。如江西有南丰傩舞、婺源傩舞等各种类型的傩舞,这个时候南丰傩舞所特有的东西,其权利主体就是南丰傩舞这个群体。但对于南丰傩舞、婺源傩舞等江西傩舞所共有的表演形式、面具、奏乐等,南丰傩舞、婺源傩舞等群体都是它的权利主体。其次,对于傩舞的管理主体的确认,应该把各地的傩舞组织进行整合,成立一个全国性的组织,如中国傩舞协会,由该组织申请一个全国范围的集体商

标或者证明商标,中国范围内的任何傩舞组织都可以使用该集体商标或者证明商标;有关的省、自治区组建地方性的傩舞组织,如江西就可设立一个江西傩舞分会,由它来申请江西范围内各个傩舞组织的集体商标或者证明商标,江西范围内的任何傩舞组织对于江西傩舞分会所注册的集体商标或者证明商标,都有使用权。

(3) 傩舞的商标注册。未注册商标始终处于一种无权利保障状态,随时可能因他人相同或近似商标的核准注册而被禁止使用<sup>[6]</sup>。在还没有人对有关傩舞的商标进行抢注的大好形势下,傩舞的权利主体和管理主体更应该积极采取行动,保护好傩舞的权利主体和管理主体的权益。所谓“市场未动,商标先行”,既然要把傩舞推向市场,使其得以延续、发展,就应该尽量避免傩舞的有关商标被抢注。

(4) 傩舞的商标构成。在申请商标注册的时候,该考虑好商标图案的设计。关于商标图案的设计,考虑以下几点:首先,在文字图形的选择组合方面,选择文字时,用的最多的就是简体汉字或简体汉字加拼音,但对于繁体字以及各种字体如楷体、宋体、仿宋体进行注册也是非常必要的。在注册商标的时候,不应该只是注册一个“傩舞”就可以的,而该把有关傩舞的常见商标都进行注册。如“傩舞”、“舞傩”、“傩舞面具”、“nuowu”“wunuo”“舞”、“舞”、“舞面具”等等,都应该注册到。在图案的选择上该以表演者的服装、面具为蓝本,颜色上以红色的为主。其次,中英文应该相互结合。

### 2) 傩舞的著作权法保护

《中华人民共和国著作权法》第3条规定了舞蹈可以作为受保护的一种作品。傩舞作为一种舞蹈形式,自然可以获得著作权的保护。

(1) 傩舞的原始舞蹈固定。文化保护部门该用现代科学技术(照片、摄影的形式),把傩舞的表演形式、演出服装、面具等固定下来。如此一来,一方面文化保护部门所固定下来的傩舞,可以作为一种“在先权利”排除任何他人就傩舞的原始舞蹈获得著作权的可能;另一方面也为后人留下了宝贵的财富,因为,以前人们学习傩舞只是口传身教,使得傩舞在日积月累中,慢慢失去了它本来的面貌。把它用现代科技固定下来,使人们对本来的傩舞面貌有迹可循了。

(2) 傩舞的著作权归属。在上面谈商标法的保护中,已经谈到了傩舞的权利主体和管理主体的问题。由于傩舞经过了几千年的变迁,谁是傩舞的原始

舞蹈创作者已经很难分清,这个时候,如果让傩舞的权利主体来享受傩舞的原始舞蹈著作权的话,会带来不必要的麻烦。我们可以让傩舞的管理主体来享受这个权利,如中国傩舞协会享受全国范围内所有傩舞的原始舞蹈著作权;江西傩舞分会享受江西省范围内所有傩舞的原始舞蹈著作权。对于以后,在傩舞的原始舞蹈基础上演绎出来其他傩舞形式,其著作权该归属于那些演绎作者们。

(3) 傩舞的邻接权归属。在著作权中的邻接权包括表演者权、录音制品作者的权利、广播电台的播放权、出版者的权利等。这些权利中,表演者的权利应该归属于每个傩舞的表演者;录音制品作者的权利、广播电台的播放权、出版者的权利在傩舞著作权者的允许下,由各个录音制品作者、广播电台、出版者获得相应的权利。

### 3) 傩舞的专利法保护

傩舞从产生至今已经有一两千年的历史,已经丧失了其新颖性,对于傩舞自身获得专利权中的发明创造、实用新型保护已经不大可能。但可以通过文献化把传统知识确定为专利机构可以查询到的“在先技术”,排除任何他人就传统知识获得专利权的可能<sup>[5]</sup>。从而为傩舞的保护又提供了一种可能。而且,傩舞获得外观设计以及傩舞的纪念品获得实用新型、外观设计的保护还是非常有可能的。

(1) 傩舞的外观设计保护。由于外观设计没有创造性、新颖性的特别要求,且傩舞表演者在表演傩舞的时候,都会穿上一些很鲜艳的衣服并戴上形状奇特的面具(歪嘴皱鼻的秦童、威严神勇的开山莽将),这些表演服装和面具各具特色。如把这些表演服装和面具加以归纳整理,绘制出一些具有代表性的图案,傩舞获得外观设计的保护是可行的。

(2) 傩舞衍生产品的实用新型、外观设计保护。可以依照傩舞表演者的服装、面具等,做出有关的小木偶、洋娃娃、茶杯等各类有关纪念品。这些纪念品可以获得实用新型、外观设计的保护。

### 4) 傩舞的网络域名保护

虽然在网络域名的注册上,有关傩舞的已经有了“http://www.nuowu.net/about.asp”、“http://www.nuowu.com/”两个域名。可是当你进入这两个网址你会发现,里面的内容少的可怜。“http://www.nuowu.com/”中只有关于傩舞的简单介绍,内容非常单调。而且,“http://www.nuowu.net/about.asp”是个英文的网址,里面只是说了关于浙江傩舞的一些基本概况。“http://www.nuowu.cn/”是被浙

江的一个公司抢注了的域名,里面是各类商品的检索网址。新增加的7个国际通用顶级域名:firm(公司企业)、store(销售公司或企业)、Web(突出WWW活动的单位)、arts(突出文化、娱乐活动的单位)、rec(突出消遣、娱乐活动的单位)、info(提供信息服务的单位)、nom(个人)中,傩舞还没有申请一个域名。如果把傩舞推向市场,让世人了解傩舞的一个大窗口就是网络。运作傩舞的各个组织该积极行动起来,对已经存在的“http://www.nuowu.net/about.asp”、“http://www.nuowu.com/”域名该对它进行护理,把有关傩舞的详细信息、最新动态放入其中,使人们真正可以快捷、深入的了解傩舞。对于还没有申请的网络域名该马上申请,如www.傩舞.com、www.傩舞.net、www.傩舞.org、www.nuowu.org、www.chinanuowu.com、www.chinanuowu.net、www.中国傩舞.com、www.中国傩舞.net等等域名,都应该尽快申请注册。至于申请的主体,在前面的商标保护中已经指出,这就不再敷衍了。

## 结束语

自中国加入WTO以来,国内市场日益开放,中国已经融入了世界经济大家庭,市场间的合纵连横对大多数商家而言都是实实在在的利益考量。站在民族品牌背后的运营者们,也理应站在市场规则之上,以放眼全球的参与意识和竞争意识,认真对待傩舞,充分运用好知识产权这个武器,从而防止傩舞的合法权益受到不必要的侵害。因此,用知识产权对傩舞的保护应该趁早,早保护代价小、收益大。

## 参考文献:

- [1] 郑文明. 我国非物质文化遗产的法律保护——以北京为例[J]. 首都经济贸易大学学报, 2006, 15(4): 81.
- [2] 联合国科教文组织. 保护非物质文化遗产国际公约[EB/OL]. http://typo38.unesco.org/zh/unesco-home/unesco-search.html 2007-11-10.
- [3] 吴汉东. 知识产权法[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2002.
- [4] 李宗辉. 非物质文化遗产的法律保护——以知识产权法为中心的思考[J]. 百家言, 2005, 8(6): 54.
- [5] 严永和. 论传统知识的知识产权保护[M]. 北京: 法律出版社, 2006.
- [6] 肖海. 企业商标注册的策略[J]. 企业经济, 2007, 11(5): 83.

## On the Protective Countermeasures of Exorcise Dance's IP Law of Intangible Heritages of Humanity

WU Xing - hua ,XIAO Hai

( Research Center of Intellectual Property ,East China Jiaotong University ,Nanchang 330013 ,China)

**Abstract:** As an intangible heritage of humanity ,protection of exorcise dance has a great historical and practical significance ,but its status is worrisome. Beginning with the status of exorcise dance ,this article discusses the necessary of protecting it by IP rights and the insufficiency which exists in IP rights protection. In view of the flaw of exorcism dance which exists in the IP rights protection ,the article comes up with countermeasures from the trademark law ,the copyright law ,the patent law ,the domain name and so on. The author wants to find a good solution to solve the problem which exists in the protection of exorcism dance from the intellectual property rights law to make a positive contribution for its exploration and economic use to enable the exorcism dance which is called “ living fossil of dance ” to maintain and develop.

**Key words:** exorcise dance; intangible heritages of humanity; intellectual property rights; protection; countermeasures

( 责任编辑: 刘棉玲)

简 讯:

### 华东交通大学荣获三项江西省科技进步奖

2007 年度 ,我校作为第一单位有 3 项科技成果荣膺科学技术进步奖三等奖.

具体获奖项目和主要完成人是:

- 1) 汽车后桥 3C 一体化技术研究. 黄志超、黄薇、雷晓燕、胡义华、赖家美、倪昀.
- 2) 稀土萃取过程智能化控制技术及应用. 杨辉、柴天估、曹义亲、杨春燕、林品光、徐雪松.
- 3) 京九铁路沿线滑坡、路基病害预测及防治研究. 郑明新、艾瑶、方焘、徐传保、刘棉玲、赵小平.

资料来自 <http://kyc.ecjtu.jx.cn/dsnews25/list.asp?id=211>