

非物质文化遗产商标法保护模式构建 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E9_9D_9E_E7_89_A9_E8_B4_A8_E6_c122_485113.htm 【摘要】

采用商标法对非物质文化遗产进行保护是将其纳入知识产权领域主要模式选择，它具有诸多优势：有利于促进非物质文化遗产开发和经济效益的实现；有效解决非物质文化遗产的保护期限问题；商标法中的集体商标和证明商标制度可以有效解决权利主体的问题；将非物质文化遗产的某些人文要素商标化，使得非物质文化遗产的开发、保护及利用融为一体，有利于非物质文化遗产的弘扬与传承。实践中已经存在将其纳入商标法保护的做法。非物质文化遗产商标化在法律适用方面是完全可行的,其中存在商标法适用的局限性,也可以通过在商标法中增设专门条款的方式，加以克服。非物质文化遗产的法律保护是近年来国际和国内都热烈讨论的话题，表明了人们对文化传统的重视。非物质文化遗产的正式定义来自于联合国教科文组织于2003年10月17日第三十二届会议正式通过的《保护非物质文化遗产公约》第2条规定：“在本公约中，‘非物质文化遗产’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。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传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。在本公约中，只考虑符合现有的国际人权文件，各群体、团体和个人之间相互尊重的需要和顺应可持续发展的

非物质文化遗产。”具体而言，非物质文化遗产具体包括以下内容：口头传说和表述，包括作为非物质文化遗产媒介的语言；表演艺术；社会风俗、礼仪、节庆；有关自然界和宇宙的知识和实践；传统的手工艺技能。上述非物质文化遗产的表现形式各异，对其的知识产权保护主要应采用何种保护模式，以及如何进行制度构建，这是我们急需解决的首要问题。我们认为对非物质文化遗产应当采取多元化的法律制度进行保护，既包括私法制度又包括公法制度，本文仅从知识产权的范畴，探讨非物质文化遗产商标法的保护模式。

一、非物质文化遗产的权利性质及法律保护模式的选择

我国作为《保护非物质文化遗产公约》的第一批成员国，从政府层面上明确了保护非物质文化遗产的态度。然而，要将保护落实到一套行之有效的法律制度，则是法学界要面临的全新课题。首先，针对非物质文化遗产的权利性质是属于公共权利或私人权利存在着不同的看法，对此问题的理解直接决定了在保护方式上是采用公权保护还是私权保护。在传统的观念看来，民间传说、歌谣、舞蹈、节庆等作为祖先世代相传保留下来的文化已经融入了人们的日常生活中，羽化在人们的意识中，是人人皆可享有的公共物品。通常认为，公共物品是指那些既不具有消费上的对抗性，也不具有使用上的排他性的事物；它能够同时为许多人享用，并且供给它的成本与使用它的效果并不随着使用它的人数规模变化而变化。公共物品的特点有二：消费上的非对抗性和使用上的非排他性。[1]公共物品并不必然等于公权利，将公共物品界定为公权利或是界定为私权利，是一个法律政策选择问题。笔者认为，就非物质文化遗产总体来讲属于公共物品，国家可以从公权保护的角度

加大对它的保护力度,将其视为政府的职责,但仅仅依靠政府单方面的力量显然是不够的。应当看到在非物质文化遗产保护过程中,调动原住民的积极性对于有效实现文化传承和发展意义重大。而现实的情况却不容乐观,在经济浪潮和所谓现代文明的冲击下,很多非物质文化遗产所在的族群、社区逐渐抛弃了自己固有的文化,使之濒临消亡。为了激发孕育非物质文化遗产的原住民保护、传承和发展自己文化的积极性,通过将非物质文化遗产的部分因素私权化,为权利人其带来相应的经济回报将会是一个比较有效的办法。虽然作为一种公共物品,但非物质文化遗产中的部分因素也适宜于用私权来保护,因为它具有鲜明的族群性和地域性的特点。一个民族或地区的民俗、传统常常为该民族或地区所独有,是一种群体性、地域性特征很明显的“公有领域”,也可以将其看作是一种“集体私权”。对于采用私权保护的方式,学者们比较一致的看法是适用知识产权制度,TRIPs协议明确指出知识产权法是私法,明确了非物质文化遗产具有私权属性,就具备了知识产权法保护的前提。其次要看非物质文化遗产的客体是否与知识产权法类同,顾名思义,非物质文化遗产的一个显著特点是无形性,因此在私权保护手段里与知识产权法律制度相契合。通过将非物质文化遗产中的部分要素转化成知识产权,实质上就是将公共物品的某些要素变成私人物品,是公共资源的私有化,从法律角度来说就是公权私权化,但是这种公权私权化并不会影响非物质文化遗产作为公共物品的完整性。[2]但也应当看到,现代知识产权制度是在工业社会中创造出来的一种制度,倾向于保护创造性的知识,而将传统知识视为公共领域,人人得而用之。对此有学者

提出了批评,“ 现有知识产权制度对生物技术等高技术成果的专利、商业秘密等保护,促进了发明创造;对计算机软件、文学作品的版权保护,促进了工业与文化领域的智力创作。但它在保护各种智力创作与创造之‘流’时,在相当长的时间里忽视了对‘源’的知识产权保护。这不能不说是一个缺陷。而传统知识,正是这个‘源’的重要组成部分。” [3]完全照搬现有的知识产权制度来解决非物质文化遗产的保护问题会遇到很多问题,因此学界的通识是要对知识产权制度进行改革,创设出新的制度来承载非物质文化遗产保护。但这是一个艰巨的任务,因为对此发达国家和发展中国家存在针锋相对的看法,即便是均认可用知识产权法来保护的学者,对具体措施的采用也是观点不一。可以预见,这些争论还将在相当长的时间内持续下去,因此,新制度的创建还有待时日。目前切实可行的做法是在现有的知识产权制度中寻找可以用来保护非物质文化遗产的制度以满足现实之需。从我国现行的知识产权法律规定来看,能够直接用来保护非物质文化遗产的规定主要体现在《著作权法》中,《著作权法》第6条明确规定了民间文学艺术作品由著作权法保护。一些地方省市也出台了一些地方法规规章,也多采用著作权的保护模式。非物质文化遗产中的一部分内容如民间传说等与著作权法的客体具有共通性,用著作权法来保护有一定的合理性,但也有其缺陷:其一,有些非物质文化遗产形式无法用著作权法保护,如传统手工艺、社会风俗、节庆、仪式等;其二,著作权保护的时间性限制无法满足非物质文化遗产保护无限性的要求;其三,著作权侧重于权利人的精神利益,而对其经济利益无直接体现。如“乌苏里船歌案”权利人只获得了被标明

出处的精神权利，对其经济赔偿的诉求法院没有支持。[4]因此，笔者认为，除民间文学艺术等内容适合用著作权法保护之外，非物质文化遗产资源还可以用于设计商标，从而采用商标法保护模式。

二、非物质文化遗产商标法保护的的优势及国内外立法与实践对非物质文化遗产采用商标法保护模式，其优势如下：

- (1) 有利于促进非物质文化遗产开发和经济效益的实现。在市场经济下，大量的非物质文化遗产因其无法带来一定的经济效益而无人传承，逐渐消失。将非物质文化遗产用知识产权保护目的就是通过使用权利人获取一定的经济利益而调动其保护和传承的积极性，非物质文化遗产在长期的历史发展中逐渐被人们所认同，显示出与特定族群或地区相联系的符号功能，其中蕴涵着巨大的商业价值，可以通过注册商标的方式得以实现。
- (2) 有效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长期的生产和生活过程中积累形成的，存在历史悠久，而且将会继续传承、发展下去。用著作权或专利权保护无法解决保护期限的问题，在商标权保护模式下，不会因其年代久远而无法申请注册；并且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。
- (3) 商标法中的集体商标和证明商标制度可以有效解决权利主体的问题，非物质文化遗产的显著特点是群体性，通常难以将权利具体落实到个人，集体商标和证明商标为群体共享权利提供了解决之道。
- (4) 将非物质文化遗产的某些人文要素商标化，使得非物质文化遗产的开发、保护及利用融为一体，有利于非物质文化遗产的弘扬与传承。一枚饱含着非物质文化遗产的意境、意趣或意蕴的商标会赋予某一商品或服务丰富的文化底蕴，进而获得商业巨大的成功。消

费者在消费商品和接受服务的同时，也能感受传统文化的浓浓的幽香，获得精神境界的升华。另一方面，蕴含非物质文化遗产因子的驰名商标无形中固化和保存了非物质文化遗产的一些内容和形式，作为一种媒介、载体能够促使非物质文化遗产千古流芳。我国现行商标法及相关法律法规中并没有明确提及非物质文化遗产保护问题，但在实践中，我国已经存在将其纳入商标法保护的做法，只是以前非物质文化遗产的概念尚未明确，人们也未给予过多的关注。1998年，少林寺正式注册了“少林”、“少林寺”商标，注册类别是武术表演。1999年，景德镇陶瓷协会向国家申请注册了“景德镇”陶瓷证明商标，用以证明具有景德镇特色的日用瓷、陈设艺术瓷新产品。商标注册之后，权利人在多次商标侵权诉讼中维护了自己的利益。国家商标总局曾于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。[5] 2006年文化部公布了第一批国家级非物质文化遗产名录，“少林武术”、“景德镇手工制瓷技艺”、“铜梁龙舞”均被列入其中。以上事例说明我国实践中已经存在非物质文化遗产和商标法的契合。从国外的情况看，一些国家也开始了针对非物质文化遗产的商标法保护的立法和实践。新西兰最近注册了一个证明商标“toi iho”以确保当地土著居民毛利人艺术和工艺品的真实性和品质。在美国新墨西哥州的印第安部落，当地的印第安手工艺人在其制造的陶器或珠宝上标记象征当地部落的特别图案等标记，每年就可以在这些工艺品的商业销售中获取8亿多美元的收入。1990年，美国通过了《印第安人艺术和

手工艺保护法》，设立了印第安艺术和手工艺委员会，以确保印第安艺术和手工艺品的真实性，防止那些不是印第安人制造的产品使用“印第安制造”的标记。[6]

三、非物质文化遗产商标化的法律适用

前文从理论和实践上均证明了可以用商标法来保护非物质文化遗产，但由于目前商标立法就此问题的专门规定尚属空白，因此，现行《商标法》对非物质文化遗产商标化的适用问题需要可行性分析。

（一）基本原则

在用商标法保护非物质文化遗产时应遵循以下原则：

（1）不得妨碍公共利益原则。

《商标法》第10条明确规定，带有民族歧视性的、有害于社会主义道德风尚或者有其他不良影响的标志不得作为商标使用。非物质文化遗产也应包含在公共利益的范畴之内，在将其申请注册商标时，也应遵守这一原则。如2004年广西省黄女士提起将“二人转”注册为安全套商标的申请，国家商标局受理后，吉林省“东北风二人转艺术团”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，亦会对“二人转”艺术形式造成不良影响，国家工商总局商标局最后以上述理由驳回了该项商标申请。[7]

此外，也曾有企业将“少林”商标使用在火腿肠上，并在电视上大做广告，后来被少林寺以损害少林寺名誉，伤害了少林寺僧人的宗教感情为由告上法庭，法院最终判决被告停止、生产、销售“少林”火腿肠并公开道歉。可见，将非物质文化遗产申请商标注册应以不损害该非物质文化遗产的声誉为前提。

（2）保护在先权原则。

在先权利是指在申请人商标注册申请以前，他人即已取得或享有的权利。TRIPs协议第16条规定：“商标权不得损害任何已有的在先权，也不得影响成员依使用而确认权利的可能。”

《商标法》第9条规定：“申请注册的商标，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。”《商标法》第31条规定：“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。”《商标法》第41条规定对违反上述规定已经注册的商标可以予以撤销。立法上并没有对在先权利给出明确的范围界定，学者一般认为应当包括在先著作权、商标权、专利权、商号权等。如前文中分析的，非物质文化遗产本身是一种公共物品，难以直接作为在先权利，只有通过公权私权化转化，将其中的部分要素形成知识产权后，方可以该知识产权作为在先权利来阻却他人商标注册。（二）权利主体用商标法保护非物质文化遗产首先要考虑的是谁有资格来申请商标注册以及享有商标权利。笔者认为应当根据申请的商标拟使用商品或服务的类别来区别对待：如要将商标用于体现非物质文化遗产内涵的商品或服务类别上，考虑到该类商品或服务与非物质文化遗产的人文内涵紧密相联，只应由真正有能力提供真实的代表非物质文化遗产商品或服务的原住居民来注册商标。若由原住民之外的人来申请普通商标，一方面将会把在特定地域或民族中具有公共性的非物质文化遗产转化成具有独占性和排他性的私人权利，将会有损该地域或民族的整体利益；另一方面也会形成对非物质文化遗产的误读，误导消费者，从而有损于非物质文化遗产的价值，因此不应由他们来注册。对于与非物质文化遗产没有直接联系的其他类别的商品或服务商标注册申请，只要不会对非物质文化遗产产生不良影响，就应当许可注册。但如果非物质文化遗产已被原住民注册为商标，且被认定为驰名

商标，则他人不得注册。对于非物质文化遗产的实际拥有人申请商标注册的，由于其权利状况的多样性，应做不同的处理。根据《保护非物质文化遗产公约》中所下的定义，关于非物质文化遗产，第一种情况是个人拥有，比如我国存在众多的老字号，多是由家族世代相传，可以确定其权利人为个人或家族。第二种情况是由特定的族群或地区所享有，虽然人数众多且无法确定具体的权利人，但毕竟是不属于其他族群或地区的文化。此种非物质文化遗产的权利人可确定为该特定民族或地区的群体，如乌苏里船歌属于东北赫哲族。第三种情况是一些非物质文化遗产在长期的历史传播过程中，已经成为一个国家的大众文化的有机组成部分，成为国民日常生活无法剥离的部分，如梁祝传说、白蛇传等民间传说，又如春节、端午节等节庆等。这部分非物质文化遗产难以确定其权利主体，但考虑到在国际知识产权体系中发达国家和发展中国家的知识产权享有优劣状况，可以从维护国家利益的角度，在知识产权贸易中由国家来作为这部分非物质文化遗产的权利主体。对于以上各种主体的状况来说，第一种情况完全可以作为普通的商标由现行商标法来规范，第三种情况主要涉及国际层面国家利益的保护，商标法难当其任，应当通过公法保护模式，由立法宣布为国家所有。因此，本文主要讨论第二种情况下的非物质文化遗产的商标法保护。这种非物质文化遗产属于特定的族群或地区，无法具体落实到个人，所以不应申请普通商标，而只能适用商标法中的证明商标或集体商标。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。[8]集体商标的注册人应是由孕育非物质文化遗产地原居民或特定民族以及特定群体组成的自治团体、协会等。而证明商标的注册人应是有检验、监督能力的机构，或者是有识别、监督能力的协会、组织。如前例中“铜梁火龙”的商标注册人重庆市铜梁县高楼镇文体服务中心，以及“景德镇”的商标注册人景德镇陶瓷协会均是属于这种情况。以集体或协会取得商标注册，对于其中取得的商业利益，要考虑如何在社群中进行合理分配。

（三）权利客体 如前所述，非物质文化遗产的内涵非常丰富，《保护非物质文化遗产公约》的定义中就列举了5个方面，我国于2006年公布的第一批国家级非物质文化遗产名录中将其分了10大类。并非全部非物质文化遗产的内容均适宜商标法保护，应限于表演艺术、传统工艺、民俗文化等适用商业开发的内容，而民间文学艺术等内容则更适合用著作权法来保护。但若要以非物质文化遗产之名来申请商标注册，是否应当限于已被国家批准为非物质文化遗产的范围？我国目前对非物质文化遗产的认定是按照行政级别来分级审批的，这种做法难免会挂一漏万，也受到相关学者的批评。[9]但考虑到实践中的可操作性，笔者认为不应以国家有关部门批准的名录为准。另外，从非物质文化遗产的概念看对其的界定不仅仅局限在无形的方面，而且也包括有关的工具、实物、工艺品和文化场所，因此与传统手工艺密不可分的手工艺品、特色产品等也应看作是非物质文化遗产，因为其中蕴含了独特的人文因素，对他们的保护可以

适用地理标志的保护方法。地理标志，是指标示某商品来源于某地区，该商品的特定质量、信誉或者其他特征，主要由该地区的自然因素或者人文因素所决定的标志。与非物质文化遗产相似，它也具有群体性、地域性等特点。通常认为地理标志只与产品相联，而不适用于服务，但其具备的人文因素与非物质文化遗产相契合，可见非物质文化遗产与地理标志存在交叉。对于地理标志的保护，我国目前在《商标法》、《商标法实施细则》及《地理标志产品保护规定》等法律法规中做出了比较明确的安排。因此对于两者相交叉的部分，完全可以适用相关规定。另外根据我国商标法的规定，商标的表现形式包括：文字商标、图案商标及三维立体图形商标等，根据非物质文化遗产的表现形式不同可以选择相适应的商标形式。例如，部落的图腾图案就可以注册图形商标，以工具、实物、工艺品和文化场所作为载体的非物质文化遗产就比较适合三维立体图形商标。毕竟注册商标不等于非物质文化遗产，只要能体现非物质文化遗产人文精神的要素均可成为商标的表现方式。

（四）权利内容 非物质文化遗产权利人商标上的权利包括消极权利和积极权利两个方面。消极权利首先应包括如前文所述的将非物质文化遗产私权化后作为在先权利阻却他人将之注册成商标，以及对他人已经取得的注册商标申请撤销。其次，还包括对他人的商标侵权予以制止和请求赔偿的权利。非物质文化遗产权利人在商标法中的积极权利是实现其经济利益的最主要的方式，首先包括对所取得的商标的使用权，证明商标注册人自己不得使用，只能进行商标管理，允许符合条件的非物质文化遗产权利人使用；集体商标注册人应许可集体内部成员使用注册商标。其

次，还应包括许可权和转让权。通常认为非物质文化遗产商标应与其所标识的商品或服务密切相联，与特定族群或地区的人文气息密不可分，故不应与之分离。但考虑到对非物质文化遗产进行商标法保护的立法初衷是尽可能给权利人带来经济利益，如果仅限于权利人内部使用，将不利于非物质文化遗产商标利益实现的最大化，从而会影响权利人的利益。非物质文化遗产商标能否转让应当区别对待，笔者认为非物质文化遗产的某些人文因素作为商标的组成部分，如果这些因素明显的地域、族群特征只能注册集体商标或证明商标，这两类商标不得转让；如果这些因素没有地域和族群特征可以注册普通商标法，并且可以转让。例如，端午节传统习惯要赛龙舟，如果利用其中的人文因素，注册普通商标“端午”、“龙舟”、“龙船”，这些商标完全可以转让。第三，标识权，原住民族群内符合要求的企业有权在其商品上或在提供服务时标识非物质文化遗产证明商标或集体商标。不过需要指出的是，在标识时，非物质文化遗产证明商标和集体商标不能单独使用，各企业还需要标注自己企业单独的注册商标。因为非物质文化遗产证明商标和集体商标只是标识了商品和服务与特定非物质文化遗产族群或地区的联系，并不能区别该族群或地区内企业之间提供的商品或服务。对此，国家工商局在《关于可以在一个商品上同时使用两个或两个以上注册商标的意见》明确说明，企业可以根据实际需要在—一个商品上同时使用两个或两个以上注册商标。（五）权利限制 对非物质文化遗产进行保护的最终目的是为了使其更好地传承下去，保持文化的多样性，知识产权保护是达到这一目的的手段，因此在适用《商标法》时一定要围绕这一目的

来进行。在以非物质文化遗产申请商标注册时，应当将使用范围局限在与其相关的商品或服务上。在对非物质文化遗产商业利用中难免会出现的问题是其纯粹商品化，现今各地热衷于申报非物质文化遗产，其目的不外乎此。然而过分强调其商品性，将会使非物质文化遗产失去了其本来的意义，因此应在法律上对那些有损于非物质文化遗产原真性的商业行为予以制止。此外，对于非权利人有利于非物质文化遗产传播和保护的行为不应做不合理的限制，相反，还应鼓励社会各界对非物质文化遗产进行推广和宣传。如他人在先取得商标注册，而后该商标内容被批准成为非物质文化遗产，如果不能证明商标权人当时是恶意抢注，则应允许其继续使用。

四、《商标法》中增设关于非物质文化遗产商标化专门规范的构想

《国务院关于加强文化遗产保护的通知》（国发〔2005〕42号）要求，认真贯彻“保护为主、抢救第一、合理利用、传承发展”的工作方针，切实做好非物质文化遗产的保护、管理和合理利用工作。非物质文化遗产商标化是将非物质文化遗产中蕴含的中华民族特有的精神价值、思维方式和想象力等人文因素通过形象化的设计，用以标识商品和服务，从而为社会大众消费商品、接受和体验服务，增添文化的底蕴，激发其艺术的想象力，唤醒其人文历史情怀。非物质文化遗产商标化既是一种合理的利用、传承发展，也是一种保护。让商标法对保护非物质文化遗产尽绵薄之力，是实现到2010年，我国初步建立比较完备的文化遗产保护制度，到2015年，基本形成较为完善的文化遗产保护体系，这一历史使命的举措之一。然而，我国现行的《商标法》的立法宗旨是：“为了加强商标管理，保护商标专用权，促进生产、经

营者保证商品和服务的质量，维护商标信誉，以保障生产者、消费者和生产者的利益，促进社会主义市场经济的发展。”[10]由此可见，保护非物质文化遗产并非商标法应有的任务之一。因此，《商标法》没有直接保护非物质文化遗产的专门条款。此外，非物质文化遗产商标化使之与特定生产、经营者的特定商品和服务密切联系起来，对商品、服务起标识作用，彰显商品、服务的质量和特征。加之，生产、经营者作为商人唯利是图的倾向性，决定了非物质遗产在商标法的框架下利用重于保护，利用是目的，保护只是一种附属功能或者说是一种经济的正外部性现象。如果调控不好还会出现经济的负外部性现象[11]，使非物质文化遗产商标化，扭曲为非物质文化遗产的不合理利用，甚至会给非物质文化遗产的保护和传承带来损害。这不符合中央关于非物质文化遗产保护的既定方针。总之，在商标法的构架下保护、利用和传承非物质文化遗产存在着局限性。但是，把非物质文化遗产中的人文因素与现代创意相结合，通过精巧的构思和设计，的确能够制作完美的商标，开发出名牌产品。这种做法不失为一条非物质文化遗产资源合理开发、利用的可行路径，同时，也不乏对非物质文化遗产的保护和传承的成分。由以上对这一问题的审视，我们认为非物质遗产的商标化，如果用一个形象的比喻，他搭乘的是《商标法》的便车，但是，对这位“搭便车者”，我们应给他找一个座位。这就是在《商标法》中增设与非物质文化遗产保护有关的专门条款，使非物质文化遗产的商标法保护模式更加具有可操作性。首先，在《商标法》第一章，总则中可以增加一条：“第#215.条凡具有地缘性的非物质文化遗产因素构成的商标应当采取集体商标或

证明商标的形式,与该地理区域无关的商品或服务不得申请商标注册。”这一规范,一方面是防止某个生产、经营者将地域性、民族性的非物质文化遗产通过注册普通商标垄断本地区的非物质文化遗产资源商品化开发、利用;另一方面是为了防止对用户和消费者产生误导。其次,《商标法》第十条第二款应增加一项作为第九项,规定:“违背非物质文化遗产保护的精神,不利于其保护或者不合理利用的。”凡是有损于、有辱于非物质文化遗产的因素不得作为注册商标的构成部分。最后,在第六章,注册商标的保护中应增加一条:“第215条 使用含有非物质文化遗产因素的注册商标,其商品粗制滥造,以次充好,欺骗消费者,并且给相应的非物质文化遗产造成不良影响的,应由商标局撤销其注册商标。”这种情况已经构成了对非物质文化遗产的不合理利用,而且严重损害了消费者的利益,必须严格监管和取缔。非物质文化遗产是一个内涵非常丰富的概念,对其法律保护也会是一个系统工程,商标法保护模式只是其中的一个组成部分。可以说,作为保护非物质文化遗产的法律制度之一,包括商标法在内的知识产权法的最大作用不在于对遗产的保护,而在于使拥有遗产的群体、团体和个人获得一定的经济利益,并适当地促进非物质文化遗产的市场化利用,显现其经济价值,从而避免因主体的放弃和传承者的减少而导致的遗产的灭失。[12]但单靠这一制度无法达到良好的效果,这种利益的刺激机制还需和公法上提供的强制性保护相得益彰,两者的结合才能够使我国的非物质文化遗产得到良好的保存、延续和发展。【出处】《法学》2007年第9期。【参考文献】[1]参见[美]萨缪尔森、诺德豪斯:《经济学》下册(第12版),

高鸿业等译，中国发展出版社1992年版，第1192页。 [2]参见郭富青、孙昊亮：《地名资源的商业化开发的法律秩序研究》，《法律科学》2006年第2期。 [3]郑成思：《关于传统知识与两类知识产权的保护》，载《知识产权文丛》第八卷，中国方正出版社2002版，第3页。 [4]参见饶河县四排赫哲族乡政府诉郭颂等侵犯民间文学艺术作品著作权纠纷案，《最高人民法院公报》2004年7期，第26页。 [5]齐爱民、赵敏：《非物质文化遗产的商标法保护模式》，《知识产权》2006年第6期。 [6]Wend Wendland, Intangible Heritage and Intellectual Property: challenges and future prospects, Museum International, 2004, Nos. 221-222. [7]《违反商标法规定“二人转”注册安全套商标被拒》，<http://www.law-lib.com>，2006年3月17日访问。 [8]《商标法》第3条第2、3款规定。 [9]唐广良教授在中南财经政法大学于2007年4月举办的“非物质文化遗产与知识产权”国际研讨会的发言中对将非物质文化遗产人为的划分等级的做法提出了质疑。 [10]《中华人民共和国商标法》第一条。 [11]经济外部性是指某个经济实体的行为使他人受益或受损却不会因之得到补偿或付出代价。经济主体的行为使他人收益而自己受损失或者导致自己应当增加的收益未能增加，却无法获得补偿的，称为正外部效应；经济主体的行为使他人受损，但却不承担任何赔偿损失的，称为负外部效应。 [12]李宗辉：《非物质文化遗产的法律保护??以知识产权为中心的思考》，《知识产权》2005年第6期。 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com