

传统知识及传统文化表达的法律保护问题

管育鹰

(国家法官学院,北京 100031)

摘要:保护传统知识及传统文化表达的目的既有文化传承及文化独立性的考虑,也有经济利益上的考虑。法律保护不应仅限于国家公法的干预,应依私法原理设计更完善的保护体系。传统知识及传统文化表达作为某个地区或人群的共同智力成果具有财产性,但因其客体和主体不像其它知识产权那样容易界定,因此有人对将其纳入财产权范畴表示怀疑。本文试图探讨在界定这种特殊智力成果的客体和主体时所涉及的要素,指出建立特殊权利保护权利人利益的可行性。

关键词:传统知识、传统文化表达、主体、客体、知识产权

中图分类号:DF523 **文献标识码:**A **文章编号:**1001-733X(2005)02-0025-05

Legal Protection for Traditional Knowledge and Traditional Culture Expressions

GUAN Yu - ying

(National Judges College, Beijing 100031, China)

Abstract: Providing legal protection for TK&TCEs can be explained from both cultural and economical considerations. The legal protection of TK&TCEs should take both public and private laws into account. Like other subject matters in IP system, TK&TCEs productions are intellectual fruits made by communities. It's unwise to abandon IP protection just because of the difficulty in specifying its right-holders and subject matters. The ideal protection policy is to assign sui generis rights on them while remaining the protection from government.

Key words: Traditional Knowledge (TK); Traditional Cultural Expressions (TCEs); right-holders; subject-matter; Intellectual Property (IP)

在过去几年里,传统知识中的传统文化表达(TCEs,即民间文艺)的保护问题在国际层面上得到了越来越多的关注。其实这并不是个新问题,早在1967年的斯德哥尔摩知识产权大会上印度代表团就提出了有关民间文艺保护的议案(该提案建议将“民间文艺作品”加入《伯尔尼公约》列举的开放式作品类别中。参阅《斯德哥尔摩知识产权大会记录(1967)》,W IPO出版物,1971年卷,第690-691页)。此后30多年,许多发展中国家都谋求将传统知识及传统文化表达的保护融入他们的国内法中,其中在1982年世界知识产权组织(WIPO)与联合国教科文组织(UNESCO)共同颁布了意在指导各国立法的“示范法”。但是,30多年来此“示范法”并未获得全球性回应,尤其是发达国家更无视其存在。近几年来此议题再次提出,一方面体现了各国政府和公众基于人权、文化多样性和可持续性发展的考虑对土著居民问题的普遍关注,另一方面也反映了土著居民基于民族自决权要求发展和振兴的不断增长的自我意识。中国作为历史悠久的最大的发展中国家,在传统知识及传统文化表达方面具有巨大的利益。

一、保护传统知识及传统文化表达的目的

1、文化传承

虽然当代全球文化受经济一体化的影响呈现融合的趋势,但其发展的目标应是多元化而非一元化,

收稿日期:2004-12-23

作者简介:管育鹰(1969-),女,贵州安顺人。国家法官学院副教授,中国社会科学院知识产权中心博士研究生。研究方向:民法,知识产权。

一元化的结局必然是思想认识的统一,其恶果将表现为僵化和无创新。人们在质疑保护传统知识及传统文化表达必要性的时候,常会延引自然界的优胜劣汰法则:文化或传统也是随着人类生产生活生长或消亡的,应顺其自然而不是动用公共资源去保护。其实保护传统文化的必要性观点与保护珍稀物种的必要性是十分相近的,早在《生物多样性公约》(CBD)之前,人类对保护濒危物种已达成了共识:我们显然不会让大熊猫自生自灭。CBD的成立更充分说明了生物多样性的内在价值不容忽视。同样,在文化领域,只有那些拥有自己特殊“基因”的本土文化才具有无可取代的价值,在世界文化发展中占一席之地。换句话说,越是民族的,就越是世界的人们更愿意接触的有独特风格和文化底蕴的产品。在中国,最著名的舞蹈家几乎来自少数民族地区,如杨丽萍、刀美兰、卓玛等。近两年在中央电视台歌手大赛中演唱“原生态”民歌的歌手更吸引观众和评委,如2004年5月的CCTV电视歌手大奖赛中的云南李怀秀和李怀福的彝族传统民歌唱法“海菜腔”。而对外国人,具有中国特色的民间艺术作品远比一般的国内流行文化产品更受欢迎(相关报道如《他从苍洱之间走向世界——记白族民间艺人施珍华》,2003年12月12日云南日报网)。如果所有的民族失去自己的特色、追逐同一个文化模式,那才是人类的悲哀。每一个拥有自己丰厚文化传统的民族、地区或国家,都不应舍本求末,盲目追求与所谓“主流文化”融为一体,而是应当充分发挥自己的优势,开发利用以求发展。连文化产业发达的国家都开始注重寻找创新之源,我们作为渊源流长的文化持有者,有什么理由放弃自己的传统呢?遗憾的是,改革开放近30年来,西方文化随着经济交往不断侵入我国各个角落,我们的传统文化正经历一个式微的过程。当然,目前许多有识之士已认识到挽救和传承文化传统的重要性,并致力于对传统知识及传统文化表达的保护与利用研究。

2. 经济利益

传统知识及传统文化表达的保护并不仅是个保持民族传统特色的问题,它还能为我们带来相应的经济利益。有的发达国家或新兴发展中国家如法国、日本、韩国等,在保护传统知识及文化上均有丰富的经验。日本著名的民俗学家柳田国男曾经说过:“日本农民为什么生活这么贫穷?我研究民俗就是为了解决这个问题”(见《日本人热爱广东民俗》,羊城晚报,2004年9月17日,A18版)。在我国,虽然越来越多的有识之士呼吁保护传统文化,但少有讨论如何利用现有制度或倡导建立新机制以对其进行经济价值开发的。其实,在全球化和商品化的社会里,一切有独特价值并为人所需的文化知识信息都可以成为市场交易的标的。我国丰富的传统知识及传统文化表达的潜在经济价值应当被充分地认识到并挖掘出来。这一思路不仅应在国际竞争的层面上得到考虑,在目前的国内社会发展态势下也不失为解决经济发展不平衡、贫富差距的对策之一,因为那些传统知识及传统文化表达的权利人往往是不发达地区的少数民族或土著居民。从市场经济的意识不可避免地入侵以来,不发达地区的少数民族或土著居民在经济竞争中一直处于劣势,其生活环境根本无法和发达地区的资讯、设备、人才等便利条件相比;但正因为此,他们保留了相对独特、丰富的传统。发展经济应当扬长避短,在“知识经济”时代,这种深受冲击、濒临消失的传统知识所具有的独特经济价值应得到更广泛的认识。事实上,一些传统知识及传统文化表达的持有者已开始意识到可以将之转换为经济利益,比如民间工艺美术品已成为一些少数民族地区收入的主要来源。

二、受保护的客体和主体

尽管认识程度不够,人们对传统知识及传统文化表达应受保护似乎并没有太多疑问,但对在市场竞争环境中如何利用与发展传统知识及传统文化表达却认识不一。由于作为保护客体的传统知识及文化表达具有典型的无形性,在为其设立法律保护制度时,现有的保护无形文化科技成果的知识产权制度自然而然地成了研究传统文化保护的首选参照目标。但是,传统知识及传统文化表达具有群体性、口头性和变异性,其客体和主体不像其它知识产权那样容易确定,因此有人对将其纳入财产权范畴表示怀疑。^{[1](P161)}考察其本质,我们可以看到,尽管我们保护传统知识及文化表达也考虑到国家利益因素,但更重要的是考虑到有某个地区、民族的群体利益值得法律提供保护。公益应该是建立在私益的基础上而不是凭空抽象出来的。在这里首先存在的是某个群体、地区或民族对其传统知识及文化表达的私益,只有那些对整个国家和中华民族至关重要的传统才上升为社会公共利益。如果不将传统知识及传统文化表达视为相应群体的自然民事权利,仅以国家公法模式保护,则不免产生如何认定哪些传统知识及传统

文化表达值得保护等问题,既耗费公共资源又无法避免遗漏。尤其是真正需要保护的弱势群体的权利可能会成为牺牲品。相反,如果将传统知识及传统文化表达视为相应群体的私权,则只要权利人主张有依据,其权利就可得到充分的法律保护。尽管判断有难度,传统知识及传统文化表达的主客体的确是存在的,这就为我们为其提供类似财产权的保护提供了基础。

1、客体

按国际上通行的划分法,传统文化表达是传统知识的下项。传统知识是“基于传统产生的文学艺术或科学作品、表演、发明、发现、设计、标志、称号或象征、未披露信息、以及其它在工业、科学、文学艺术领域的活动中产生的以传统为基础的创新成果。”^{[21](P25)}这一宽泛的内容也包括功能和美学性质的信息,即所有可以用于农业或工业的方法和产物以及无形的文化价值等。其中具有文化美学价值的传统知识早就被称为传统文化表达或民间文艺(Folklore),尽管无明确定义,但国际上对传统文化表达的范围是基本一致的,即指在某一国家或地区内可以认定是由该国或该地区国民或族群创作并世代相传、构成其文化传统的基础的全部文艺“产品”,如语言、文学、音乐、舞蹈、游戏、神话、礼仪、习惯、手工艺、建筑等等。^{[21](P25)}这样,我们在讨论传统知识时往往做狭义解释,指那些遵照当地法律和风俗习惯世代相传并反映环境变迁的农业知识、科技知识、传统医药救护及生态知识等。^{[21](P25)}值得注意的是,这里说的传统知识及传统文化表达是一个总合概念,即由某个族群共同创造的所有智力成果的总合,不同于具体的、由个人根据传统知识及传统文化表达作出的有新意的智力成果。这后一种成果往往可以通过现有的知识产权制度获得保护,如中国的法院对白秀娥、郭宪剪纸作品的保护,澳大利亚法院对基于民间传说创作的挂毯的保护,这其中的关键问题是如何协调群体的传统知识权利与个人的创新或传承权利之间的关系。许多西方人在反对为传统知识权利提供财产性保护时都指出:有形的文化遗产各国往往有国内法专门保护、无形的文化遗产早就处于公有领域而不应再获得类知识产权的保护。这一论调似乎有理,然而我们可以从两个方面考量其缺憾:其一是这种传统知识及传统文化表达具有变异性,作为一个连续的整体,我们无法说它早已过期;其二,这种传统知识及传统文化表达作为整体并未获得现有知识产权制度的权利保护,因此将“权利保护期”这一限制强加于其上是有失公允的。设想这样的情形:如果有人利用某个国家或族群的传统知识或提取蕴含在其传统文物中的无形表达并根据现有知识产权制度获得了专有权,那么这不正是背离了知识产权制度鼓励创新的宗旨,甚至还违背了民事活动中基本的公平原则。这种情形有时并不一定表现在知识产权经济利益的不正当获取,而是表现为对传统知识及传统文化表达权利人精神权利的不尊重。澳大利亚的“幸运星杆”案就是这样的例子,无奈法院认为根据“当前的版权法”这种明显属于该部落的传统文化表达不能得到保护;即使是精神权利,部落也无法主张(参见澳大利亚联邦法院: Yumbulul v. Reserve Bank of Australia, No. D G26 of 1989 FED No. 448 Trade Practices - Aborigines - Copyright 21 IPR 481)。可喜的是我国的司法实践在这方面前进了一步:在引人注目的“乌苏里船歌”案中,尽管困难重重,法院还是判明了群体拥有的民间文艺应受保护,尽管这种保护还仅限于精神权利方面(参见北京市高级人民法院民事判决书(2003)高民终字第246号)。

由于传统知识及传统文化表达的口头性、无形性及其本身内容的庞杂性增加了其不确定性,许多传统知识及传统文化表达资源丰富的国家开始寻求一种在发生冲突时更加容易界定的方式来作为整个保护传统知识及传统文化表达工程的第一步,这就是“传统文化基因库”。这种努力的目标是通过建立一个不断更新数据库、收录尽可能多的传统知识及传统文化表达来使原先“不可确定”的客体有形化。显然,此类“工程”作为数据库整体得到保护的可能性是很大的;然而由于文化传统层次内容的庞杂,完全的数据库建设缺乏可操作性,而其中最关键的是有关“数据”的权利还是得不到满意回答,因为欧盟保护一般数据库指令中的“特殊权利保护”问题在目前仍未得到世界范围的认可。但是,建立数据库的做法仍是值得鼓励的,尽管某一争议对象是否属于受保护客体应当最终由法院裁决,但在数据库里可以查知至少使传统知识及传统文化表达在遭遇诉讼时有证据上的优势。

2、主体

现有的知识产权法体系深受自然法哲学影响,谁付出、谁获益,不仅有明确的可保护客体,还必须有可证明的智力劳动投入者。发明者由于其智力投入而享有创造性成果的专有权,作者基于其个人智力创作当然地成为其作品的权利主体。但是在传统知识及传统文化表达的创造中,尽管一开始可能有某

个人对智力成果作出了贡献,但其之所以成为传统知识及传统文化表达是因为该成果经过整个群体的创作、完善、发展,一代代流传下来为所有成员共同享用。在这里,群体(或社区)才是权利主体。那么如何界定作为某一传统知识及传统文化表达的主体之群体?在非物质形态的人类文化遗产保护中,群体应指生活在同一地区、承袭同一文化传统的一群人,即通常所说的土著居民、本地或当地人、民族、部落、原产地居民、族群等。不管如何解释,传统知识及传统文化表达的主体并不像有人所称的那样复杂。在我国,绝大多数的传统知识及传统文化表达是可以找到相应的地区或民族的,比如,中医药在我国有几千年传统,其主体就应该是中华民族,藏医藏药就属于藏族人民;壮族民歌、维吾尔族舞蹈、贵州少数民族蜡染等也是容易明确主体的。有的传统知识及传统文化表达由于流传太广,发展为对外代表整个中国文化的客体的,则应属于全体中华民族所有,仅在对境外主张权利时有意义,比如“梁祝化蝶”、茉莉花江南小调、舞狮等民间文艺。即使是一些有几个地区或群体“共享”某项传统知识及传统文化表达的,如许多少数民族流传相似的神话故事、蒙古族和藏族同流传《格萨尔王》诗史,主体问题也不是无法解决,由历史证据证明其发源地和流传地。如果无清晰的起源证据而有同时流传于不同地区群体中的证据,则可认为该客体由几个主体共有。

在讨论传统知识及传统文化表达的保护时有一种观点认为不应该将其列入私权领域,即在此只有国家主权问题。对此我们应当看到,不应以国家公共利益保护取代群体的私权。就像长期以来某一地区村民集体所有的土地不能笼统的划归国家所有,土地所有权尽管与国家领土主权十分相关,但毕竟是私法领域而非公法领域的概念。对传统知识及传统文化表达的保护仅靠公法是不够的,公共资源力量有限,而且其配置要受多重因素影响,执法难度很大。另外由于传统知识及传统文化表达内容庞杂,仅动用公力救济收效甚微,那些弱势群体更难以借助公力保护自己的合法利益。因此,对传统知识及传统文化表达实施私法上的救济是必须的,它使得权利人可以主动依照程序寻求民法上的保护。

保护传统知识及传统文化表达的关键,在于从法律上设立一种权利主体的认定及权利行使的方式。如在客体部分所探讨的对传统知识及传统文化表达进行不正当利用,往往表现为几乎无任何创新的直接采用情形中,即使有第三人以在先的传统知识及传统文化表达为由提出侵权抗辩,这种不正当获得的利益也会因缺乏明确的权利主张人而无法追还。究竟谁能代表群体呢?当地政府无疑是公权组织,显然并不是合适的选择,这也是至今“乌苏里船歌”案判决仍有争议的原因,此案中乡政府被接受为主张民歌权利的主体。其实,群体作为民事权利主体并不是标新立异的,除了上述农村土地集体所有外,还有归国家所有的知识产权、股权等。当然,关于民事主体的研究在整个民法领域都还是个十分薄弱的环节。知识产权法毕竟有其特殊历史使命,每一个新的知识产权法律制度的产生或更新,都是知识经济利益抗衡的及时体现,我们不能等到民法理论界已得出关于总有的主体机制时才开始讨论保护传统知识及传统文化表达在民法上的可行性。

建立特殊的非政府机构(NGO)来作为主体的法定代表行使传统知识及传统文化表达有关权利是十分理想的设计。^[3]不过,这毕竟只是一种设想,其中的技术性环节是有待论证的,起码我们还缺乏来自真正权利人的意愿调查。传统知识及传统文化表达的主体通常是弱势群体,他们对自己权利及其实现方式的意识是难于用学者或一般人的观念来推定的。但是,我们研究的任务,应当是在调查研究的基础上设计出一套切实可行的方案。目前在尚无制度可循而又有冲突产生的时候,笔者认为任何来自某群体的个人或集体,均可对侵犯其群体对传统知识及传统文化表达的行为主张权利。当然,这种主张的最大胜算目前仍局限在精神权利方面。其实,在经济利益上,如果有切实的证据,侵权人的赔偿或返还不当得利应当提存到法院。

三、知识产权制度的利用

现有的知识产权制度赋予权利人垄断性专有权,以在激烈的市场竞争中保护其无形财产。这一由工业及文化产业发达国家一手创立和发展的制度已在全球范围内形成了旨在鼓励新成果的完善规则。然而在全球走向多极化的今天我们再审视这些规则,是否真的像其所宣称的那样确是保护知识成果的公平完美的制度?我们看到,现有的知识产权制度在鼓励创新方面是功不可没的,也适当照顾到了公众的利益,但却几乎没有涉及为创新提供基础的传统知识及传统文化表达权利人的利益。越来越多的本属于土著居民的传统知识及传统文化表达被有资金、人才和技术的发达国家发掘采用,被开发者按照自

己的理解包装为新产品和新服务,并由其依照现有的知识产权法获得专有权。这也是土著居民要求其权利得到基本尊重并分享后期利益的原因,也是反省知识产权制度,从中找到新的平衡点的出发点。我们不止一次看到传统知识及传统文化表达被“原生境”外的利用人凭借其资金、人力和技术原封不动的无偿或几乎毫无对价地拿走,却据此获得不相应的利益,而真正的权利人却没有得到任何利益,如宣纸等各种民间工艺、中药配方、民族歌舞、民俗表达等流落到海外,甚至可能受到精神权利上的损害。由于矛盾产生的主要诱因是知识产权制度的失衡,那么在完善的制度建立起来之前,利用现有知识产权法律制度并进行修改是最快捷的保护方式。我们应力争在国内建立起以财产权保护传统知识及传统文化表达的基本框架,才可能对外采取对等原则,进而推行国际上的保护。

保护传统知识及传统文化表达的宗旨是利用与发展。版权法是最常被引入思考的,因为其中传统文化表达的内容与作品十分相似,而且侵权也表现为抄袭或复制。但是,传统文化表达的保护不仅涉及版权,权利人的权利还包括保持原生境内的可持续发展权,如组织或资助传承、创建相应的数据库、与成员在原生境外的商业使用利益分享等。商标品牌效应也是我们应当列入设计范围的利益。除了继续完善有关地理标志的保护制度,我们还应拓展视野,考虑到所有可保护的传统知识及传统文化表达。近来我国有关“刀郎”的争议颇为激烈,几个歌手都号称“刀郎”或“西域刀郎”,而一种酒也注册了“刀郎”商标。所有的争议中并没有人关注真正的权利人,即新疆南部维吾尔族居住地被称为“刀郎文化”之地的当地人民的利益。文化惯常被认为是人人得而用之的公共财产,这在当前的市场经济社会中是不正确的。事实上,所有的文化产品只要进入市场就成了商品。“××文化”之称谓,同样应专属于创造该文化的人们而不是其他外来人。至少,当地人应对这种特殊的文化称谓享有一定的精神权利,有权阻止他人抢注。以专利保护传统知识及传统文化表达目前多限于将传统知识公示以破坏不法利用人的新颖性,如印度及我国知识产权局正组织建立的印度药库或中药库。但由于我国专利制度中包括外观设计,而且该类专利没有实质审查程序,这里也可能涉及大量的传统知识及传统文化表达保护问题,如许多外观设计专利人可能是直接或基本上采用传统知识及传统文化表达形式而获得了专利权,而且一旦被宣告无效,也产生不当得利的归还问题。即使是依据传统知识及传统文化表达作出的创新,^[4](PP9-14)也存在利益分享问题。至于与技术或商业秘密相关的反不正当竞争权,是所有进入市场交易的权利人应当享有的合法利益。总之,传统知识及传统文化表达的保护在当前十分重要,作为不同群体的知识成果,应受到知识产权法的保护,或至少不应被人利用知识产权法无偿占有。

结论

传统知识及传统文化表达成为商品后,在获得系统的法律保护之前,借鉴和利用现有的知识产权法资源不仅是可能的,而且是必要的。这种保护不是单一的采用某一个原由知识产权法,而是综合考虑知识产权各个部门法,寻找所有有关的保护依据,尤其是要辨别出已有知识产权法中对传统知识及传统文化表达不利的方面,增强对现有知识产权适当限制的意识。所有这些对现有知识产权体系的利用与修正,实际上就形成了系统的关于保护传统知识及传统文化表达的制度,即不同于原有知识产权各部门法而仍在知识产权法范围内的“特殊权利”保护制度。

参考文献:

- [1] 韦之,凌桦. 传统知识保护的若干思路 [A]. 郑成思. 知识产权文丛 [C],第 8 卷. 北京:方正出版社,2002
- [2] W IPO. 知识产权 (1998 - 1999):传统知识持有者的需要及期望 [Z],2001 年报告: Identifying Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders, W IPO Report on fact - finding missions on intellectual property and traditional knowledge (W IPO 2001 Report).
- [3] 郑成思. 知识产权文丛 [C],第 8 卷. 北京:方正出版社,2002
- [4] W IPO. 文化作为商品:知识产权与传统文化表达 [J]. 世界知识产权组织杂志,2003,(7 - 8).

责任编辑 汤跃 英文审校 孟俊一