

民族文化遗产的知识产权保护(笔谈)

【编者按】在遗产保护之中,有诸如世界文化遗产、非物质文化遗产等不同的概念。这些,都可以归纳为民族文化遗产。因为这些遗产,都是特定国家、民族的文化,都是国家、民族的鲜明的文化标证,也是最值得给予关切和保护。然而,民族文化遗产的保护虽已形成共识,但在法律层面,特别是知识产权方面仍然有许多问题,需要从理论与实践上予以解决。本刊自2005年起设立专栏,对非物质文化遗产保护进行讨论,受到学术界和相关人士的关注,现又特别就“民族文化遗产的知识产权保护”进行探求,欢迎大家踊跃参加。第6期,本刊则将眼光转向“创新型国家建设的哲学探索”。

非物质文化遗产的法律界定及知识产权保护

■李顺德

对非物质文化遗产进行保护现已取得共识,但是在当前的思维框架下,以法律的手段、特别是知识产权法的手段对保护对象进行调控,以何种方式保护、如何具有针对性和可操作性保护却成为摆在法学工作者面前的亟待解决的课题。在对非物质文化遗产进行法学研究的过程中,由于其他学科门类研究形成的多种在先定义和研究对象的自身属性,使得研究对象名称和定义混乱。在法学研究者的面前,诸如世界遗产、文化遗产、文物、传统文化表达,民间文艺表达,民俗文化等互相交叉衔接的概念是

和法学的严谨治学精神相矛盾的。因此,厘清研究对象的内涵,确立严谨的概念界定,研究对象的外延,从法学研究的角度进行探讨、比较,并对“非物质文化遗产”的法律保护提出建议是本文的意义所在。

[关键词]非物质文化遗产,传统知识,法律保护

[中图分类号]D923.4 [文献标识码]A [文章编号]1004-518X(2006)05-0007-06

李顺德(1948—),男,河南郑州人,中国社会科学院知识产权中心副主任、研究员、博士生导师。(北京100720)

经过几年的讨论,对非物质文化遗产进行保护已经取得了全国上下一致的共识。在总的方针确立之后,如何以法律的手段、特别是以知识产权法的手段对保护对象进行调控,以何种方式保护、如何具有针对性和可操作性保护却成为摆在法学工作者面前亟待解决的课题。在对非物质文

文化遗产进行法学研究的过程中,由于其他学科门类研究形成的多种在先定义和研究对象的自身属性,使得研究对象名称和定义混乱。在法学研究者的面前,比如世界遗产、文化遗产、文物、传统文化表达、民间文艺表达、民俗文化等互相交叉衔接的概念是和法学的严谨治学精神相矛盾的。因此,厘清研究对象的内涵,确立严谨的概念界定,研究对象的外延,并从法学研究的角度进行探讨、比较,就成为确定法律保护的前提。

一、“非物质文化遗产”与“传统知识”的分析

出于观察视角的不同,在进行研究的过程中对研究对象确定的概念往往不同,尽管人们研究的对象可能是同一事物或者是同一事物范围的放大或缩小。本文首先将“非物质文化遗产”设定法学研究的本体,而将相关的概念“传统知识”设定为对照物,比较传统知识与非物质文化遗产在法学概念指向上的同一和交叉。

首先,“非物质文化遗产”和“传统知识”的概念比较。

非物质文化遗产(Intangible Cultural Heritage)的定义来自于联合国教育、科学及文化组织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条的规定:“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。”

而传统知识(Traditional Knowledge,简称TK),其知识产权上的概念来自于世界知识产权

组织(WIPO)秘书处的表述^①:“传统知识……是指基于传统的文学艺术或科学作品;表演;发明;科学发现;设计;标志、名称和符号;未公开信息;以及其他一切来源于工业、科学、文学或艺术领域智力活动,基于传统的革新和创造成果”。按照WIPO的文本,传统知识定义中的“基于传统”是指代代相传、被视为隶属于特定人群或地域、并不断随环境变化而发展的知识体系、创造、革新和文化表达。

从以上单纯的两个定义的对照中可以看出,前者是建立在主体对于保护对象认知基础之上的。这种先决条件的认知主体范围可能包括以保护对象享有者的主体身份,以保护对象表演者的主体身份,或者生活于保护对象中的主体身份。而后者是基于保护对象的客观存在形式进行的概括,所采用的列举的方式比前者“非物质文化遗产”的内容更确定和详细,同时它的缺点也是明显的,即这种列举的方式必定是片面的、不完备的。

其次,“非物质文化遗产”和“传统知识”的范围分析

我们仅从定义就可以推断,那些并非从工业、科学、文学或艺术领域智力活动中得来的对象,诸如人类遗迹、一般语言和其它类似的广义“遗产”元素应当排除在传统知识的范围之外。那么这些广义的“遗产”元素是否也被排除在非物质文化遗产之外呢?按照“非物质文化遗产”的上述定义,它应当包括五个方面: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和传统的手工艺技能。这显然又包含了广义“遗产元素”。

2005年3月26日发布的《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》所附的《国家级非物质文化遗产代表作申报评定暂行办法》第二条对非物质文化遗产作了如下定义:“非物质文化遗产指各族人民世代相承

的、与群众生活密切相关的各种传统文化表现形式(如民俗活动、表演艺术、传统知识和技能,以及与之相关的器具、实物、手工制品等)和文化空间。”其中第三条第二款规定:“非物质文化遗产的范围包括:(一)口头传统,包括作为文化载体的语言;(二)传统表演艺术;(三)民俗活动、礼仪、节庆;(四)有关自然界和宇宙的民间传统知识和实践;(五)传统手工艺技能;(六)与上述表现形式相关的文化空间。”

与《保护非物质文化遗产公约》第2条相比,我国“非物质文化遗产”的范围增加了“文化空间”。对于“文化空间”,《国家级非物质文化遗产代表作申报评定暂行办法》第二条第一款作了如下解释:“文化空间,即定期举行传统文化活动或集中展现传统文化表现形式的场所,兼具空间性和时间性。”因此,“传统知识”和“非物质文化遗产”的范围出现了交叉和重复,“非物质文化遗产”包含广义的“遗产”元素在我国的行政文件中得到肯定。

第三,“传统知识”和“非物质文化遗产”的分类研究。

传统知识有广义和狭义的分类方式。广义的类别包括:农业知识;科学知识;技术知识;生态学知识;医药知识,包括相关的医药和治疗方法;与生物多样性相关的知识;以音乐、舞蹈、歌曲、手工艺、设计、传说和艺术品为形式的传统文化表达(民间文艺表达);语言要素,诸如名称、地理标志和符号;以及活动的文化财富。按照WIPO的意见,广义的传统知识包括遗传资源、狭义的传统知识、传统文化表达。这里我们可以发现,人们对同一事物有时使用“遗传资源”,有时使用“传统文化表达”,概念差异说明,WIPO本身的文件也没有对多种定义和概念之间的归属进行系统的选用和认定,这给法律保护的条款式制定带来了难度。下面是WIPO本身的文件广义的传统知识里面所包含的三个方面的定义:

1. 遗传资源 (Genetic Resources) 《生物多样性公约(1992)》第2条将“遗传资源”定义为:具有现实或潜在价值的遗传材料。而遗传材料 (Genetic Material) 在同一公约同一条目中定义为:来自植物、动物、微生物或其他来源的任何含有遗传功能单位的材料。

2. 传统知识:包括农业知识;科学知识;技术知识;医药知识,包括相关的医药和治疗方法等。

3. 传统文化表达 (民间文学艺术表达) (Traditional Cultural Expressions) (or Expressions of Folklore), “民间文学艺术 (Folklore)”是指“在本国境内由被认定为该国国民的作者或种族集体创造,经世代流传而构成传统文化遗产基本成分之一的一切文学、艺术和科学作品”。^②

在狭义分类的三个组成部分中,第三个部分传统文化表达总是引起混乱,因为在定义上它又产生出两个等同的概念:艺术遗产或民俗文化。同时,在范围上,传统文化表达又反复出现了“非物质文化遗产”范围中设定的类似内容。“传统文化表达”的范围主要指:语言表达(口头),诸如民间传说、民间诗歌和民间谜语;音乐表达(音乐),诸如民歌和民间器乐;(人类肢体的)行为表达,诸如民间舞蹈、戏剧、游戏和宗教仪式的艺术形式;以及有形表达(与物质对象一体化的表达),诸如图、绘画、雕刻、雕塑、陶器、瓦器、镶嵌、木工制品、金属器皿、珠宝、篮筐编织、刺绣纺织、地毯、服装等民间艺术品,乐器、建筑艺术形式。^③

通过上述的分析我们不难得出,事实上,多种的概念主要来源于“广义的传统知识”(也就是本文所讨论的“传统知识”)狭义分类的三个部分,而这些概念都属于“传统知识”的下位概念。相对于“传统知识”的三大分类,“非物质文化遗产”的分类则包括文化遗产遗址、历史名城、文化前景、传统医学等20多项。通过上面的比较和分析可以得出这样的结论,“非物质文化

遗产”的分类更加清晰和条理,其内容覆盖了许多“传统文化表达”的内容。

二、传统知识和“非物质文化遗产”的法律特征及保护历史

由于传统知识和“非物质文化遗产”在定义、范围和分类上存在交叉,他们的法律特征应当存在着共通性。关于传统知识文化界已有多种不同的意见,从法律的视野来看,笔者认为传统知识的基本特性包括传承性、社区相关性、相对公开性和公有性。

传统知识的传承性是指,传统知识是人类世代创造、积累、流传、继承的精神财富和物质财富的结晶。传统知识的社区相关性是指,特定的传统知识总是与特定的地域、社区特定的人群密切相关的。传统知识的相对公开性和公有性是指,由于特定的传统知识是与特定的地域、社区特定的人群密切相关的,因而相对于这些特定的人群而言这些特定的传统知识大多是公开的、公知的,因而是属于这些特定的人群公有的,而相对于其他人群而言特定的传统知识未必是公开的、公知的,因而无权占有。

由于长期的多种概念存在,人们仅仅能够明确这样一点,无论“传统知识”还是“非物质文化遗产”,它们都属于人类的共同遗产,因此,在此课题的发展初期,二者等同于“遗产”的保护。在“遗产”保护是否应适用主权原则的问题上,无论是针对“传统知识”的国际公约,还是针对“非物质文化遗产”的国际公约,都经历了类似的发展过程。

早期的与遗产相关的国际公约当中,对于人类共同遗产的着眼点在于“人类共享”这些遗产。随着主权思想的发展,各国均意识到对自己的人类共同遗产应该享有主权。在1962年12月14日,联合国大会通过的《自然资源的永久主权决议》,提出各国对于其国内的自然资源拥有永久主权的观念。在1972年10月21日通过的《保护世界文化和自然遗产公约》中,已经明确肯定

要“充分尊重文化和自然遗产的所在国的主权”,之所以要强调是“人类共同遗产”或“世界遗产”,是为了使“整个国际社会有责任合作予以保护”,而并非是“无偿利用”。在2003年10月17日通过的《保护非物质文化遗产公约》中,不仅承认和肯定《保护世界文化和自然遗产公约》所确认的“充分尊重文化和自然遗产的所在国的主权”的原则,而且进一步明确“尊重有关群体、团体和个人的非物质文化遗产”。

在直接涉及传统知识的国际公约中,也经历了类似的发展过程。在1983年通过的《关于植物遗传资源的国际约定》(简称IUPGR)中,强调植物遗传资源是一种“人类遗产”,对其使用不应有任何限制。1992年6月通过的《生物多样性公约》(CBD),在自然资源的开发利用方面明确了国家享有主权、事先知情同意、利益分享原则。2001年11月3日通过的《粮食和农业植物遗传资源国际条约》,在植物遗传资源领域引入CBD所确认的上述原则。2002年4月通过的《关于获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益的波恩准则》,对《生物多样性公约》确认的事先知情同意、利益分享原则作了具体规定。

三、“传统知识”与“非物质文化遗产”法律保护的难点及建议

作为法学研究的课题,“传统知识”和“非物质文化遗产”的概念和范围尚未发展成熟。他们的概念过于宏观,范围总是在发展和变化当中。对这种发展中的研究对象运用精炼的语言和固定的条文进行法律保护本身就是法学家们面对的首要难点,这也是我国新旧《著作权法》只能用泛泛的“由国务院另行规定”一句的原因。因此,妥协的办法就是先遵循着“传统知识”和“非物质文化遗产”两个系列的公约方式确定宏观的知识产权保护规则,因为保护他们也是对知识产权保护制度的一种补充和平衡。但是,在简单地以知识产权法保护“传统知识”和“非

物质文化遗产”的过程中,二者独特的性质和知识产权法保护之间的不协调是法学家们面对的又一个难题,在无法找到答案的情况下,国际公约只好为可能产生的新的法律保护方法留出余地。

1982年7月2日,联合国教科文组织与世界知识产权组织联合通过的《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》第12条指出:“本法并不限制或妨碍根据版权法对民间文学艺术表达实施的保护,也不限制或妨碍邻接权法、工业产权法、任何其他法或本国参加的任何国际条约对民间文学艺术表达的保护,本法也不以任何方式妨碍为保障和保存民间文学艺术表达而制定的其他保护形式。”

《生物多样性公约》第16条第2款指出:包括生物技术在内的“技术的取得和向发展中国家转让,应按公平和最有利条件提供给予便利,包括共同商定时,按减让和优惠条件提供或给予便利,……此种技术属于专利和其他知识产权的范围时,这种取得和转让所根据的条件应承认且符合知识产权的充分有效保护。”第16条第5款指出:“缔约国认识到专利和其他知识产权可能影响到本公约的实施,因而应在这方面遵照国家立法和国际法进行合作,以确保此种权利有助于而不违反本公约的目标。”

《关于获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益的波恩准则》第43条把“对知识产权的使用作出的规定,包括规定:进行联合研究、有义务实施对所获得的发明享有的任何权利、或提供共同同意的使用许可”和“根据贡献的程度共同拥有知识产权的可能性”作为利用遗传资源“合同式协定中的指导性参数”和“关于共同商定条件的基本规定”加以明确。

除了上述的难点之外,也有不少法学家针对“传统知识”的第三个部分“传统文化表达”和

知识产权法保护之间的矛盾和可操作性作了探讨,本文这里仅对二者知识产权法保护上的出路提几点建议。首先,可否将对“非物质文化遗产”的保护和对“传统知识”的保护有机地结合起来。如前所述,由于在先研究的影响,目前基本上是两个系列的国际公约进行宏观协调。这无形中造成了研究上的混乱。“传统知识”与文化遗产特别是与“非物质文化遗产”有着极为密切的关系,传统知识中的传统文化表达(民间文学艺术表达)基本上可以被非物质文化遗产所覆盖。在二者产生重合的地方,应当是可以适用共同的法律特征运用相同的调控手段的。其次,明确“非物质文化遗产”和文化遗产的关系。“非物质文化遗产”属于文化遗产的一个组成部分,其保护当然应当与对文化遗产的保护互相协调。但是,“非物质文化遗产”的外延远远大于物质文化遗产的外延,相对于物质文化遗产显得更为复杂、多变。而且,尽管物质文化遗产可以以其物质载体或物质表现形式加以体现,但是非物质文化遗产绝不等同于其物质载体或物质表现形式,在这一方面有些类似于知识产权保护的客体与其客体的物质载体或物质表现形式的关系,非物质文化遗产本身相当于知识产权保护保护的客体,而物质文化遗产本身强调的是物权保护的物体,属于物权保护的客体。第三,对“非物质文化遗产”的保护,应该充分利用现有的知识产权保护制度,寻求单行立法的思路。其中发生重合的“传统文化”中的传统文化表达(民间文学艺术表达)涉及到版权和邻接权以及商业秘密问题,遗传资源和狭义的传统知识往往与专利、商业秘密、植物新品种、地理标志发生交叉关系。因此,对“非物质文化遗产”的保护,应该充分利用现有的知识产权保护制度。

总之,非物质文化遗产由于其自身的特性所决定,在现有的法律制度框架内,很难被其他法律制度全面保护,因此有必要设置“非物质文化遗产”的专门法进行保护。在设置“非物质文

化遗产”的专门法时,比较成熟的知识产权法律制度可以被借鉴和吸收,因为非物质文化遗产本身具有知识产权客体的类似特点。在设置“非物质文化遗产”的专门法的时候,可以直接兼容“传统知识”中的传统文化表达(民间文学艺术表达)的立法,而对于“传统知识”的另两个构成部分:遗传资源和狭义的传统知识(例如传统医药)等,由于其特殊性,可以考虑另外单独立法或制定法规保护。

注:

① WIPO Report on Fact-Finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998-1999), <http://www.wipo.int/tk/en/tk/ffm/report/final/index.html>。

② 联合国教科文组织(UNESCO)与WIPO于1976年共同制定的《发展中国突尼斯示范法》第18条。

③ 联合国教科文组织与世界知识产权组织的1982年《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示范法》第2条规定,“‘民间文艺表达’理解为反映了一国社区的传统艺术期望的产品,该产品是由被该社区或个人发展或保存的传统艺术遗产的典型因素所构成的……”。

【责任编辑:高玫】

非物质文化遗产法律保护的基本思考

■ 费安玲

法律需要不断地将社会生活中发现的新问题纳入到自己的视野中并提出有效的解决方案、规则机制和权利救济途径。对非物质文化遗产的法律保护问题的思考必须建立在我国已有的法律体系和制度背景下进行分析与思考。非物质文化遗产是指借助或不借助物质媒

介所表现的世代传承的特定民族的文化信息利益。其法律性质具有特定民族性、活态性、以口传身授方式体现的传承性和利益性。任何团体、个人乃至国家对非物质文化遗产,均负有正当利用、不断维护、坚持延承的义务。而对非物质文化遗产的权利则主要表现在对它的使用上和获得相应利益上。非物质文化遗产权利主体的主要类型包括社会民众型、团体型和个人型。对非物质文化遗产法律救济机制的建构应当在非物质文化遗产的确认原则、法律救济方式与途径上有所建树。在建构非物质文化遗产保护法律机制时,我们还应当注意协调如下几个关系:1. 同已有法律的协调;2. 同社会惯例的协调;3. 同我国承诺的国际保护义务的协调。

【关键词】非物质文化遗产;法律保护;法律机制建构

【中图分类号】D923.1 【文献标识码】A 【文章编号】1004-518X(2006)05-0012-05

费安玲(1959—),女,北京人,法学博士,中国政法大学教授,博士生导师。(北京 100089)

法律的功能在于运用自己的价值判断来发现和解决社会生活中出现的需要解决的问题。法律通过使权利人获得法律救济、义务人明了自己的行为限度的规则机制而实现法律的正义。

纵观我国关于人类文化成果保护的立法,应当说,已经具有了相当体系化的立法。这个立法体系由宪法、民法通则、著作权法等法律、法规所构成。但是,该法律体系不是封闭的,它需要不断地将社会生活中发现的新问题纳入到自己的视野中并提出有效的解决方案、规则机制和权利救济途径。

因此,对非物质文化遗产的法律保护问题的思考必须建立在我国已有的法律体系和制度背景下进行分析与思考。作为当代人,我们的立法智慧应当超越此前的一切时代。^[1]

一、非物质文化遗产的法律理解

根据《保护非物质文化遗产公约》第2条对非物质文化遗产所下定义,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。”其具体范围包括:1. 口头传说和表述,包括作为