

非遗的私权保护范式理论基础研究

□ 王碧云

摘要 非物质文化遗产对于一个国家一个民族已经有越来越举足轻重的作用了,知识经济时代国家的知识产权竞争也愈演愈烈,准确界定权利属性对于权利的保护有决定性作用,通过对比非物质文化遗产与知识产权的权利特征之上的差异,呼吁建立独立的非物质文化遗产的私权权利体系以及私权保护范式。

关键词 非物质文化遗产 权利体系 私权保护

非物质文化遗产与知识产权的权利对象之间有着极为相似的特点,都是一种无体性财产——人类智力劳动成果,并且在近年来对非物质文化遗产采取知识产权保护模式的呼声也日渐高涨,在 CNKI(学术期刊全文库 1994 至 2015 年)上以“非物质文化遗产知识产权保护”为主题搜索的文章有 64 篇,使得我们把注意力再次放在知识产权和非物质文化遗产之上。准确对非物质文化遗产进行定性,对于其保护至关重要。非物质文化遗产同样是智力创造成果,是浓厚的历史文化传统的人类群体脑力创造成果,正因为如此,我们当前在对于非物质文化遗产的保护从表面上看似乎就有了与知识产权保护相互交织的特殊的法律领域,但是我们深入探讨之后会发觉这是两种完全独立的权利体系,在当前的理论基础之下没有包容和被包容的可能性。

一、建立非物质文化遗产理论体系和私权保护的迫切性

山东省十二届人大常委会第十六次会议立法设立非物质文化遗产月,并将其写入《山东省非物质文化遗产条例》,还将“生产性保护”概念引入立法,鼓励非物质文化遗产代表性项目的保护单位、传承人、其他组织和个人参与非物质文化遗产生产性保护,县级以上

人民政府文化主管部门应当制定并组织实施非物质文化遗产生产性保护规划,愈来愈重视对于非物质文化遗产的保护。我国在 1999 年的《著作权法》第六条中明确说明民间文学艺术作品的著作权保护办法由国务院另行规定,到 2001 年 9 月该法修订,其中关于保护民间文学艺术作品的规定仍未具体化,国务院也一直没有制定出民间文学艺术作品的保护办法。我国在 2004 年 8 月 28 日加入《保护非物质文化遗产国际公约》,并在国内法方面努力对这方面进行建设,例如《物质文化遗产保护法》于 2011 年正式颁布。充分体现我国从地方到中央对于非物质文化遗产保护的高度关注。

二、非物质文化遗产和知识产权的权利产生、所有、使用的差异

(一)非物质文化遗产和知识产权起源上的差异

从非物质文化遗产的保护起源看,“非洲、南美等地的一些不发达国家首先提出了保护民间文学艺术表达的主张,要求在国家及国际层面上建立一种特殊制度,以对抗民间文学艺术表达的任何不适当的利用,尤其是对抗那些由域外人士实施的、利用民间文学艺术赚钱但却不给予其发源地人民任何回报的利用。”关于非物质文化遗产的保护产生于 20 世纪的非洲和南美地区不发达的发展中国家,而知识产权起源于 18 世纪资本主义发达的时期,从某种意义上讲发达资本主义国家在知识产权领域内掌握绝对的话语权,从非物质文化遗产资源储备看,发展中国家和最不发达国家,拥有着丰富的民间艺术传统等非物质文化遗产,而发达国家在科技日新月异、知识产权不断发展的时代掌握着绝对数量和质量上的知识产权。

所以不同发展程度的国家对于非物质文化遗产资源的保护诉求不同,发

展中国家希望给予非物质文化遗产保护,使得其他国家在利用他们文化资源的同时给予经济回报,而希望在知识产权的保护上可以有适当的宽限,即弱保护,从而有利于他们现代科技的发展进步。放眼当下,很多领域的高精尖技术都为发达国家所专有,他们希望对于知识产权的强保护,而在非物质文化遗产的保护问题上,则显得不是那么积极,因为发达国家利用发展中国家的民间传统艺术为源泉而进行知识产权的孕育的情况屡见不鲜,如美国利用中国传统文化拍摄的《花木兰》《功夫熊猫》等题材拍摄电影取得巨大的经济效益时我们无法从私权被侵犯的角度上寻求救济。所以从非物质文化遗产和知识产权之上的利益来讲是有冲突的,两者不能归于一个体系的。

(二)非物质文化遗产和知识产权在权利特征上的差异

1. 非物质文化遗产权利主体的群体性

非物质文化遗产的权利主体具有群体性或者说非物质文化遗产无法为创造者所有。认定的非物质文化遗产的标准是以其历史传承的时间以及其本身的价值上来判断和确认的,即从常理讲很难确定其的权利主体,或者说非物质文化遗产的权利主体在大多数情况下都是一个地区一个民族的人民群众,其权利主体具有不确定性和群体性,不可能为个人所专有。而知识产权是一种专有权,为创造者所有,知识产权最为核心的三个权利都是以创造者所有,著作权随作品创作完成而自动取得,作者以及其他著作权人是著作权的享有者,专利权的享有者是发明人或设计人(特殊的是职务发明中的单位和委托发明中的委托人);商标权的所有者为其注册申请者和使用取得者,原则上都遵循谁完成谁享有。所以近些年出

现的美国利用中国民间传说拍摄了《花木兰》、利用中国传统武术拍摄了《功夫熊猫》等取得巨大经济效益时,我们却无从从权利所有人角度上寻求救济。但是在郭颂等人以在乌苏里江流域赫哲族的民间曲调为素材而完成的《乌苏里江船歌》,原告赫哲族一方所要求的正是让被告捐助建设“希望小学”,这给予我们关于非物质文化遗产利益共享的保护方法,当然从侧面更是反映了民间文学艺术作品不是一种群体性的权利,无法为创造者所有。

2.非物质文化遗产是社会性权利,并且带有一定的行政色彩。它以社会公共利益为立法的基本目的,促进社会文化的发展。非物质文化遗产所在地区的人民群众并没有把非物质文化遗产的作为一种私人的财产来专有,而是作为公共文化与一定范围内的人民共享,使非物质文化遗产属于公共财产。在非物质文化遗产的保护上,我们动用了大量的行政权力,如我国参加的国际公约《保护非物质文化遗产公约》中有大量的规定要求政府在非物质文化遗产的保护上动用其自身的行政权力,积极履行缔约国应尽的义务,并且在我国《著作权法》第六条规定了民间文学艺术作品的著作权保护法由国务院另行规定,又一次明确了公权力尤其是行政权力在其保护中的重要作用。所以笔者认为非物质文化遗产是社会性权利,并具有一定的行政色彩。而知识产权为私权,它只要是保护作为权利主体的利益赋予其在一定期限内的对其创造的知识财产的垄断,但当然的兼顾社会公共利益,设立了合理使用制度和强制许可制度,以及知识产权的期限性都是对社会公益的保护,平衡了所有者个人的利益和社会公共利益,终究保护的是权利人的私权。

3.非物质文化遗产权利客体具有历史传承性。非物质文化遗产虽然是人类智力创造的成果,极有可能在当时具有创造性和创新性,但是在当下,将其列为非物质文化遗产之时起就须具有历史传统性,其传承的历史时期愈久远,愈有历史价值,历史性越强烈,越具有浓厚的文化底蕴。这跟知识产权的根本性特征大相径庭,知识产权是越具有创新性越能体现出一个国家的创新能力。

知识产权保护的对象都具有一定程度的创新性,虽然各个部门法对知识财产的创新性要求高低不同,但也至少要求最低限度的独创性,专利法要求发明创造要具有新颖性、实用性和明显的进步性,著作权法要求作品具有原创性,也要求一种从无到有的创作过程,并且创作者必须实际地从事创作活动,商标法同样要求商标商号等具有之于其他的显著性区别。这种创新性体现了知识产权的基本目的就是鼓励发明创造、创作和诚信的商业秩序。

4.非物质文化遗产无时效限制性。非物质文化遗产是世代相传,其保护期限很难确定,或说其不应当设立保护期限,非物质文化遗产具有历史积淀性,如酒愈陈愈香,一旦被列入该范畴,其价值自是不言而喻,随着时间的推移,其价值性只会增加而不会削减,对非物质文化遗产不设保护期限是最为适宜的。知识产权具有期限性,超过保护期限就会进入公共领域,为社会公众所利用,知识产权的独创性和新颖性要求其与时俱进,并且要兼具权利所有者的利益和社会公共利益的考虑,平衡二者之间的利益,就要求必须给予知识产权这一私权利以一定的期限性,保证文化传播,公众信息的获取和社会文明的进步。发明专利权的期限为20年,实用新型专利权和外观设计专利权的期限为10年,均自申请日起计算,商标权的保护期限为10年,并且可以无限续展,看起来商标权的保护期限是无期限的,但是续展这一行为从某种意义上讲就是再次注册,著作权经济权利的保护期限是作者生前以及死后50年(法人或其他组织作品、影视作品、摄影作品经济权利保护期为其首次发表之日起50年)。

5.非物质文化遗产的经济效益性。非物质文化遗产是要经过发掘,具有历史积淀并有强大文化价值才可,并且主要着眼于上层建筑,不能被产业化,不能被转化为生产力,其带来的经济效益有限且速度缓慢,作为经济发展的推动力就愈发显的动力不足。知识产权可以成为经济发展的强大动力,非物质文化遗产具有很浓厚的历史积淀性,但作为经济发展的强大动力可能力量多为薄弱。知识产权按照是否应用于工业领域

方面划分为工业产权与文学产权,工业产权与工业活动紧密相连,申请专利权和商标权要缴纳一定的申请费以及维持费,以及其具有期限性,超过保护期限就进入社会公共领域不再为权利人所垄断,这就促使在有限的期限内权利人在更大限度内把工业产权应用于生产上,创造更多的经济效益,从而促使更多人创造知识财产,循环往复,成为经济发展的强大动力。工业产权具有可复制性,不断提高效率,降低生产成本,提高生产力,为工业活动带来巨大的经济效益。

(三)非物质文化遗产与知识产权相包容之处

因为非物质文化遗产和知识产权的权利对象都是无体性财产,所以在权利的使用方面还是会产生交叉之处的。非物质文化遗产在传承过程中不是像商标权、专利权、著作权那样在权利的使用过程中具有一定的稳定性,相反在传承的过程中会加入地区群体人民的创造因素。那么我们说在传承过程中形成新的智力创造成果并且被表达出来,处于一种未被公开的情况之下我们是不是应该考虑可以给予知识产权的保护(我们认为在这种情况下,符合知识财产的构成条件),那么笔者认为在这种情况下基于非物质文化遗产的不稳定性和发展性,已经构成了知识产权客体的要求,我们是授予知识产权并予以知识产权的保护(当然仅限于部分形式的非物质文化遗产)。但是在这样的制度下,又出现一个问题是,非物质文化遗产的群体性权利主体可以享有利益分享的权利。

三、对于非物质文化遗产保护的启示

当前在我国学界对非物质文化遗产的保护大致有两个趋势的观点。

第一种观点是给予非物质文化遗产沿用知识产权的保护,第二种观点是在知识产权的制度之外建立专门的对非物质文化遗产的保护。我大致同意后,非物质文化遗产仅仅在一定条件下可以受到知识产权制度的保护,例如,非物质文化遗产以秘密状态,未被公众所知,非物质文化遗产在传承过程中有了创新,符合新颖性或独创性。但如果给予部分非物质文化遗产以知

知识产权制度的保护势必割裂了非物质文化遗产的体系性,所以在我看来,似乎仅仅只有两个做法是最为妥当的:

(一)在知识产权制度体系外建立专门对非物质文化遗产的特色保护制度,整合司法资源,最大程度将司法资源充分的利用,系统优化法律体系内部,并解决我国法律体系庞杂的问题,建立我们精简高效的中国特色社会主义法律体系。

(二)突破知识产权理论,知识产权体系具有极大地包容性和开放性,并且随着科技的进步,现有的知识产权理论体系被突破是必要的,所以在我国立法工作者和理论学者的努力下,我们说有望知识产权体系会将非物质文化遗产

予以包容,但仅仅是我们的希冀。

注释:

非物质文化遗产,根据《保护非物质文化遗产公约》所下的定义是指被各群体、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、知识和技能有关的工具、实物、工艺品和文化场所。

唐广良,董炳和.知识产权的国际保护[M].知识产权出版社,2006:491-492.

参考文献

[1]韩小兵.非物质文化遗产一种超越知识产权的新型民事权利[J].法学杂志,2011(1):35-44.

[2]冯晓青.非物质文化遗产与知识产权保护[J].知识产权,2010(117):15-23.

[3]李明德,许超.著作权法[M].法律出版社,46.

[4]高轩.我国非物质文化遗产行政法保护立法模式[J].甘肃社会科学,2009(3):33-36.

[5]吴汉东.知识产权总论[M].北京:中国人民大学出版社,2002:44-69.

[6]王平.非物质文化遗产知识产权保护相关问题研究[J].北京邮电大学学报,2012(14-3):51-58.

[7]安雪梅.非物质文化遗产保护与知识产权的兼容互动[J].河北法学,2010(12):65-70.

(作者单位:兰州理工大学法学院)

(上接第45页)

印度尼西亚等国设立境外企业、商务代表处4家,开工建设境外投资项目4个,投资总额1.73亿美元。白银公司在南非、秘鲁、中国香港等地设有3家境外子公司,实施南非第一黄金、首信公司多金属选矿、哈萨克斯坦30万吨铜冶炼厂合作等项目,累计对外直接投资达7.4亿美元。兰州海默科技公司在美国、阿联酋、阿曼、哥伦比亚等国家拥有6家海外子公司及分支机构。天水星火机床公司在法国并购成立法国索玛玛公司。

(五)文化旅游交流日益频繁

目前,甘肃省已与五大洲35个国家建立了50对国际友好城市,其中与“一带一路”国家建立17对国际友好省州和友好城市。2014年以来,临夏州与马来西亚吉兰丹州、伊朗库姆市、敦煌市与印度马哈拉施特拉邦奥兰加巴德市结为友城。目前,我省与摩尔多瓦基希纳乌市、意大利博拉市与金昌市永昌县、韩国高兴郡与酒泉市已获得全国友协批准建立友好城市关系,2015年将正式签署协议。同时,瑞典奥摩尔市、意大利威尼斯市与敦煌市、白俄罗斯格罗德诺市与陇南市、吉尔吉斯斯坦奥什市与兰州市已签署了友好城市意向书。

为积极推介“丝绸之路”,近年来,甘肃省组织开展境内外“双百”旅行商丝绸之路行、境外旅游媒体丝绸之路踩线和美丽中国——丝绸之路宣传推广甘、港、澳旅游交流合作推介等一系列专题

活动,邀请丝绸之路沿线30多个国家和地区的旅游机构官员、国际旅行商来甘肃考察,赴韩国、哈萨克斯坦、土耳其、意大利等国家和地区开展丝绸之路旅游宣传推广活动,甘肃“丝绸之路”旅游持续升温。2015年1至7月,全省接待入境旅游者2.5万人次,同比增长11.96%,高于全国平均增幅7个百分点。

在民间交流方面,甘肃省积极邀请国际友人来甘肃考察访问。近两年,共有丝绸之路沿线20多个国家的民间代表团来我省进行了考察。我省的《丝路花雨》《大梦敦煌》等优秀舞剧赴欧洲、吉尔吉斯斯坦等丝绸之路沿线国家演出取得圆满成功。

三、未来发展重点

(一)积极推动互通互联建设

充分发挥甘肃省在“丝绸之路经济带”中的区位优势,进一步推进互联互通建设。加快打通空中通道,巩固和拓展兰州中川机场现有国际航线,力争嘉峪关机场列入国家口岸发展规划,协调推动马鬃山口岸早日复关,打通铁路通道,以运营中欧国际货运“天马号”班列为依托,建设向西开放的国际物流平台和出口产品加工基地。

(二)积极构建开放平台

提升已有平台,积极争取将“兰洽会”升格为“中国丝绸之路博览会”,使其成为具有国际影响力的向西开放重要战略平台,充分运用“亚洲合作论坛”“丝绸之路(敦煌)国际文化博览会”以

及“敦煌行·丝绸之路国际旅游节”等载体,向世界展示甘肃、推介甘肃,搭建新型平台,积极争取国家丝绸之路基金在兰州新区设立办事处,争取中亚西亚国家在兰州设立领事机构。

(三)加快经贸合作步伐

充分发挥甘肃传统产业、先进技术等方面的优势,拓展交流合作渠道,培植面向沿线国家的生产加工贸易基地。

(四)依托“丝绸之路经济带”的国家战略,促进节点城市建设

要把黄金段建设同新型城镇化建设有机结合起来,要努力把兰州打造成为重要的交通枢纽和陆路进出口集散中心,建成丝绸之路经济带上的核心节点城市,辐射和带动全省串珠状分布在丝绸之路上的节点城市发展,不断强化黄金段建设的骨干支撑。

参考文献

[1]王三运.倾力打造丝绸之路经济带甘肃黄金段.甘肃日报,2015-03.

[2]方言.甘肃倾力打造“丝绸之路”黄金段.兰州晚报,2015-09-07.

[3]关于加快建设丝绸之路经济带新起点的实施方案.西安晚报,2013-11-26(01).

[4]赵建利.打造“丝绸之路经济带”核心节点城市[N].兰州日报,2013-11-11(05).

(作者单位:兰州工业学院经济管理学院)