

非物质文化遗产 数字化

王历 著

法律出版社 LAW PRESS · CHINA



非物质文化遗产数字化

王历 著

图书在版编目(CIP)数据

非物质文化遗产数字化 / 王历著. -- 北京 : 法律出版社, 2019

ISBN 978 - 7 - 5197 - 3160 - 1

I. ①非… II. ①王… III. ①非物质文化遗产—数字化—法律—研究—中国 IV. ①D922.164

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2019)第 030158 号

非物质文化遗产数字化
FEIWUZHI WENHUA YICHAN SHUZHUA

王 历 著

策划编辑 黄琳佳
责任编辑 黄琳佳
装帧设计 鲁 娟

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京虎彩文化传播有限公司
责任校对 马 丽
责任印制 陶 松

编辑统筹 学术·对外出版分社
开本 A5
印张 11.25
字数 269 千
版本 2019 年 4 月第 1 版
印次 2019 年 4 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-83938336

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-83938334/8335 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-3160-1

定价:56.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介

王历

法学博士，中南大学法学院副教授，巴黎社会科学高等学院（EHESS）客座研究员，巴黎南大学客座教授。

缩写列表

Unesco:联合国教科文组织

WIPO:世界知识产权组织

WIPO - GRTKF 委员会:世界知识产权组织知识产权与遗传资源、传统知识和民间文艺政府间委员会

CBD:《保护生物多样性公约》

PIC:事先知情同意

GNU:通用公共许可证

ICOM:国际博物馆协会

【注】:缩写的大小写依各个国际组织的内部习惯而定

关于研究方法的一般说明

因世界知识产权组织和联合国教科文组织的日常工作中均对非物质文化遗产有大量讨论,故本书多处参考这两个国际组织的文献。当文献有官方中文版时,将使用中文名称,否则将使用英文名称。为了方便读者回查文献,脚注中也系统地注明了各个组织的内部文献编号。为保持文本的简洁,本书与两个国际组织的文献处理习惯保持一致,除内部文献编号之外,不再就每个文献的具体形成背景(如会议名称)进行描述。

本书援引了大量英语和法语的专业文献,其中多数尚未有中文翻译。为了方便读者回查文献,笔者在脚注中注明了著作和重要表述的原文。除特别指出,书中援引的外文著作和表述均由作者本人翻译而成。

本书中所有网页链接的最后访问日期均为2018年10月,为求文本简洁,文中不再一一注释。

目 录

缩写列表 / 1

关于研究方法的一般说明 / 1

导 论 / 1

一、非遗数字化的基本概念 / 3

二、目前国内外非遗数字化保存的类型和性质
/ 15

三、数字化带来的法律价值冲击 / 19

◆ 第一编 ◆ 非遗数字化的先决 法律问题

第一章 对非遗的权利之性质和归属 / 33

第一节 权利的性质:政治权利还是经济权利?
/ 34

一、“文化权”作为一种人权 / 34

二、文化作为一种权力 / 37

三、知识产权无法适用于非遗 / 41

四、特别权利的构建:Unesco 和 WIPO 的不同
路径 / 49

第二节 “社群”概念的模糊性 / 58

一、实质性问题:是否存在“社群”的法律定义?
/ 58

二、可操作性问题:谁能代表社群? / 65

第三节 权利的归属:社群对非遗的非所有权
性的权利 / 70

一、“社群参与权”的发展和阻碍 / 71

二、“来源表明”的理论及实践 / 83

本章小结 / 96

第二章 数字化和创建数据库的主体资格 / 99

第一节 谁应该? —— 法定主体的缺失 / 100

一、2003 年公约的规定 / 100

二、WIPO 的倾向 / 101

第二节 谁可以? —— 法律允许的主体 / 105

一、国家和国家机构的行动 / 105

二、社群的行动 / 109

三、非营利组织受限的行动 / 113

第三节 谁不应该? —— 不适格的主体 / 115

本章小结 / 118

第三章 “事先知情同意”(PIC):权利持有人对数 字化的许可 / 119

第一节 PIC 原则及对非遗的适用 / 119

一、PIC 原则的起源和发展 / 119
二、从非遗视角看 PIC 的构成要素 / 122
三、PIC 在非遗数字化保护中的应有之义 / 127
第二节 非遗数字化保护中取得 PIC 的具体制度 / 129
一、2003 年公约的 PIC 规则 / 129
二、PIC 规则在与环境和自然资源相关的国际法框架中的适用 / 138
三、PIC 规则的国家实践 / 141
四、各大文博机构的 PIC 实践 / 152
第三节 获取 PIC 制度化过程中的实践问题 / 161
一、区别讨论以普查、列入名录和商业化为目标 的数字化活动 / 162
二、获取 PIC 前应该告知的信息 / 164
本章小结 / 165

第四章 涉及“文化敏感性”问题的授权方式 / 167

绪论：文化敏感性与数据库和数据表现形式 / 167

第一节 “文化敏感性”的概念和法律性质 / 171

一、“文化敏感性”中的“秘密性”与“神圣性” / 171

二、文化敏感性尚不是一种法定权利 / 180

第二节 各国保护文化敏感性的实践 / 183

一、以背信责任保护“文化秘密”：澳大利亚 Mountford 案 / 183

二、以文博档案管理中的行为准则保护文化敏
感性 / 186

三、对文化敏感性信息处理的一般程序的总结
/ 192

本章小结 / 194

◆第二编◆ 非遗数字化成果和数据库 涉及的权益关系

第五章 数据库内容的获取:以公开为原则 / 199

第一节 支持信息获取权的理论 / 200

一、各国行政法理论中关于信息公开的理论
/ 200

二、知识产权中的信息获取 / 203

三、信息获取作为人权 / 205

第二节 公开原则的例外:秘密问题 / 207

一、以知识产权处理文化敏感性信息的主张
之争 / 208

二、原始数据和展示数据之辨 / 212

第三节 非遗数据库的可公开性具体操作
方案 / 216

一、各国数据公开实践 / 216

二、创设分级措施和协议相结合的保护
方案 / 221

本章小结 / 223

第六章 因非遗数据库产生的法律权益 / 225

第一节 因非遗数据库创设权利的可能性 / 226

一、以数据库制度保护非遗数据的不同路径 / 226

二、以数据库制作者的权利为非遗信息提供保护的可能性 / 237

三、“获取渠道管理权”及其实现方案 / 252

第二节 数据库之上的权益冲突和惠益分享模式 / 262

一、数据库构建过程中的利益冲突 / 263

二、实践中的惠益分享模式 / 267

三、应以习惯法处理社群内部的惠益分享 / 272

本章小结 / 275

第七章 数字化技术的局限性造成的风险及规避 / 277

绪论：标准的法律价值 / 278

第一节 数据整合困难与采录技术标准 / 282

第二节 数据安全隐患与整理和储存技术标准 / 288

一、储存规范 / 289

二、整理方式规范 / 290

三、格式规范 / 296

第三节 数据利用不足与元数据规范 / 298

本章小结 / 305

结论 / 308

一、平衡各方诉求的解决方案 / 308

二、警惕与非遗保护目标背道而驰的过度刚性的管理 / 317

参考文献 / 321

专著、论文集 / 321

期刊 / 328

法律法规、软法性文件 / 336

国际组织或政府文件、报告 / 338

WIPO / 338

Unesco / 340

其他 / 341

重要网站 / 343

国际组织 / 343

其他 / 344

导 论

非物质文化遗产(以下简称非遗)的法律问题在最近十余年受到诸多关注,对非遗的保护实际是各国“文化自觉”的开始。非遗保护是我国国家文化发展战略的重要内容,^①也必将是中国从文化自觉走向文化自信以及增强软实力的重要途径之一。随着近年来数字科技的高速发展,数字化也成为非遗保护工作的重要一环。早在2010年,国家社科基金就开展了关于非遗保护和传承的数字化方法的重大项目;2010年10月,文化部启动了“中国非物质文化遗产数字化保护工程”;2012年6月由科技部、中宣部、财政部、文化部等十二家单位联合发布的《国家文化科技创新工程纲要》就明确提出,应针对非遗等文化遗产资源加强数字化保护和开发利用。诸多研究也表明,数字化技术的运用能够便于非遗资料的保存、整理、传承、利用。^②

① 王文章、陈飞龙:《非物质文化遗产保护与国家文化发展战略》,载《华中师范大学学报》(人文社会科学版)2008年第2期。

② 林毅红:《基于数字化技术视角下的非物质文化遗产保护研究——以黎族传统纺织染绣工艺为例》,载《民族艺术研究》2011年第5期;黄永林、谈国新:《中国非物质文化遗产数字化保护与开发研究》,载《华中师范大学学报》(人文社会科学版)2012年第2期。

一般认为对非遗的法律保护有行政保护和民事保护两种机制,法学界对非遗的研究以民事保护领域为主,王鹤云、高绍安则从行政保护方面作出了系统性论述。^①通过对近年相关学术文献的归整,可以发现:虽然一些学者出于务实的态度,认为可以直接对非遗适用一般知识产权制度,^②但更多学者仍倾向于不采用传统知识产权的视角,认为应建立特殊知识产权体系,^③提倡设立独立的私权,^④或者适用侵权法进行保护。^⑤整体而言,学者共同倾向于强化精神权利保护,弱化经济权利保护,将公权保护和私权保护相结合。

相对其法律保护机制而言,非遗数字化在国内学界仍是一个较新的话题,一直以来,对该问题的研究主要集中在信息学、图书馆学上,法学研究则开始较晚,且主要集中在数据库信息的经济权方面。一些学者认为应当适用版权规则来保护非遗数据库或数字图书馆,^⑥也有学者主张,对数字化作品应根据其是否具有独创性,按照著作权或者邻接权进行保护。^⑦然而,非遗数字化的法律问题涉及的不仅是作为数字化结

① 王鹤云、高绍安:《中国非物质文化遗产保护法律机制研究》,知识产权出版社2009年版。

② 张耕:《民间文学艺术的知识产权保护研究》,法律出版社2007年版;徐辉鸿、郭富青:《非物质文化遗产商标法保护模式的构建》,载《法学》2007年第9期;郭玉军、唐海清:《非物质文化遗产的国际人权保护研究——以〈保护非物质文化遗产公约〉为视角》,载《法律科学》(西北政法大学学报)2009年第6期。

③ 吴汉东:《论传统文化的法律保护——以非物质文化遗产和传统文化表现形式为对象》,载《中国法学》2010年第1期;冯晓青:《非物质文化遗产与知识产权保护》,载《知识产权》2010年第3期;严永和:《论我国少数民族非物质文化遗产知识产权保护之制度构建》,载《文化遗产》2013年第4期;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》,载《法学杂志》2011年第1期;曹新明:《非物质文化遗产保护模式研究》,载《法商研究》2009年第2期。

④ 黄玉烨:《论非物质文化遗产的私权保护》,载《中国法学》2008年第5期。

⑤ 雷秋玉:《论非物质文化遗产的侵权法保护——基于权利与利益的二分法》,载《昆明理工大学学报》(社会科学版)2012年第3期。

⑥ 马海群、王英:《数字图书馆在非物质文化遗产保护中的价值及版权问题研究》,载《数字图书馆论坛》2011年第6期。

⑦ 韩娟:《非物质文化遗产数字化的著作权保护——集体管理模式的设想》,载《法制与社会》2012年第35期。

果的版权,更重要的是作为非遗元素持有者和实践者的社群的精神权利,与非遗相关的文化秘密、生物遗传资源秘密的法律保护,以及商业开发中相关经济利益分享的问题。对这些问题,现有讨论广度有限且不够深入。此外,对于数字化技术的局限性带来的法律风险问题国内学界也鲜有涉及,需进一步思考。下面将在回顾“非遗”概念、“数字化”概念的基础上,简单了解目前国内外非遗数字化保护的现状,并梳理学界对数字化带来的挑战的一般论述。

一、非遗数字化的基本概念

(一)非遗概念溯源

关于“非遗”的讨论最早源自于20世纪70年代由南美国家提出的“民俗文化”(folklore)概念。随着录音、录像技术的发展,发达国家文化产业开始对世界各地的传统民间文化表现形式进行商业开发;而随着医药生物技术的发展,发达国家制药工业开始对一些传统药物及其相关传统知识进行商业使用,并产生巨大盈利。然而,这些使用和开发极少惠及原有社群,甚至还会出现不符合原社群文化习惯和禁忌的使用,造成世界对这些传统文化元素来源的误解,著名的案例有姜黄(*Curcuma longa*)案、印度楝树(*Azadirachta indica*)案、仙人掌(*Hoodia*)案^①、郭英男案^②等。这个时期关于非遗的讨论实际上有着双重意义:它一方面是一些尚在寻求民族解放的新兴国家争取民族文化承认的契机(“意识形态”元素),另一方面是这些国家对文化产权尤其是对知识产权保护诉求(“法律技术”元素)。当今国际社会对民俗文化的国际法保护问题的起点是玻利维亚于1973年4月24日向联合国教育、科学及

① 这几个案件均涉及传统医药知识被西方大制药公司使用,或者获得欧美国家专利,但相关社群未能受益。宋晓亭、胡惠平、林洁:《论传统医药知识利益的保护》,载《法学》2006年第3期。

② 参见第一章第一节。

文化组织(以下简称 Unesco)大会提交的一封信。在这封信中,玻利维亚请求为 1971 年刚刚通过的《世界版权公约巴黎文本》制定一份议定书,以保护民间文艺和民俗遗产免受非法商业化的侵害,并要求将传统文化表现形式认定为国家所有的知识产权性质的财产,从而将其剥离出知识产权法意义上的公域。^①

经过长达二十年的讨论,Unesco 依靠其组织渠道,寻求各方学术力量,推动各国谈判协商,最终形成了《保护非物质文化遗产公约》^②(以下简称 2003 年公约)文本,并于 2003 年 10 月 17 日在 Unesco 会员国大会上的 120 票赞同、8 票弃权、0 票反对的高票通过。在此过程中,通过 Unesco 对工作语汇的长期打磨,核心概念有了较大的发展,原本的讨论起点“民俗文化”被拓展、重构,形成了非遗概念。后者的外延有了鲜明的发展。原本“民俗”概念中的传统知识和传统民间文艺,主要涉及的是“民间”的、通俗的、非精英的文化元素,但“folklore”一词在诸多语言运用中包含的有关民间、通俗文化的“轻蔑含义”甚至导致了多国学界对这一选词的声讨;^③而非遗概念的发展过程则是在以日本和中国为主导的亚洲国家的推动下,纳入了知识分子文化元素,如最早被列入“人类口头和非物质遗产代表作”^④的昆曲、古琴等,从而跳出了原有的一定程度的第三世界主义倾向,形成了一个更具学术性的、更为完整的概念。

除了上述外延的拓展,在内涵层面,从“民俗文化”到“非遗”的过渡

① Communication DG01/1006 - 79, in. *Proposition visant à élaborer un instrument international pour la protection du folklore*, 12th session of the Intergovernmental Copyright Committee, IGC/XII/12, Annex A, 1973.

② 2003 年 10 月 17 日在联合国教育、科学及文化组织在巴黎举行的第 32 届全体缔约国大会上通过。

③ 参见第一章第一节。

④ “人类口头和非物质遗产代表作”项目是 Unesco 在将非遗问题纳入常规议题后,于 1997 年开始的一个保护项目。2003 年公约生效后,该项目宣告的 90 个“代表作”于 2008 年被一并列入公约第一批人类非物质文化遗产代表作名录。

也体现了两个飞跃:一方面,它逐步摆脱了玻利维亚最初主张的“民俗文化”概念的单一经济价值视角,表明了对传统文化元素社会价值的承认;另一方面,它引入了对文化群体之文化身份的承认,也就是对文化多样性价值的确认。非遗概念在国际法理论中的确认对 Unesco 来说也是一个里程碑,因为民俗文化的“遗产化”事实上扩大了 Unesco 的影响范围:此前被视为主要属于世界知识产权组织工作领域的“民俗文化”,既然成为了文化遗产的一部分,从此也就被纳入了 Unesco 的工作领域。而与此同时,从知识产权角度研究民俗文化、传统知识和与之相关的基因资源的世界知识产权组织,则保留了“民俗”(folklore)这个术语,用来指称其学科视域下的“传统文化表现形式”。^①

2003 年公约第 2 条对“非遗”的定义如下:^②

① 参见第一章第一节对世界知识产权组织相关工作的具体展开。在世界知识产权组织的工作文件中,英文版的“folklore”一词在法语版中表述为“expressions culturelles traditionnelles”,回译成英文即“traditional cultural expressions”(传统文化表现形式)。

② 2003 年公约存在两个中文本,分别是公约缔约国大会投票通过时(2003 年 10 月)使用的中文本,以及公约生效前后(2006 年 4 月)Unesco 官网公约文本档案中公布的中文订正本(官网文本地址:<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001325/132540c.pdf>)。前后两个文本的官方档案编号分别是 MISC/2003/CLT/CH/14 和 MISC/2003/CLT/CH/14 REV. 1。根据 Unesco 组织法,带有 Rev. 后缀的文档表示“替换以前文案”,也就是旧版不再具有法律效力。目前,这两个文本均在中国行政界和学界被援引,但中国人大网公布的是订正本。据巴莫曲布嫫研究员调查发现,两份文本中核心专业词汇的不一致有十一处,再加上各类表述、格式订正等,修订共 679 处。比如,第 2 条中的“社区、群体,有时是个人”,在第一个版本中表述为“群体、团体,有时是个人”。(参见巴莫曲布嫫:《从语词层面理解非物质文化遗产——基于〈公约〉“两个中文本”的分析》,载《民族艺术》2015 年第 6 期。)本书全文均引用修正本。作为比较,第 2 条的英文版如下:For the purposes of this Convention, 1. The “intangible cultural heritage” means the practices, representations, expressions, knowledge, skills—as well as the instruments, objects, artefacts and cultural spaces associated therewith—that communities, groups and, in some cases, individuals recognize as part of their cultural heritage. This intangible cultural heritage, transmitted from generation to generation, is constantly recreated by communities and groups in response to their environment, their interaction with nature and their history, and provides them with a sense of identity and continuity, thus promoting respect for cultural diversity and human creativity. For the purposes of this Convention, consideration will be given solely to such intangible cultural heritage as is compatible with existing international human rights instruments, as well as with the requirements of mutual respect among communities, groups and individuals, and of sustainable development.