

杨建斌 著

知识产权体系下非物质传统资源权利保护研究

Studies on the Protection of the Intangible Traditional Resource Rights
in the Context of the Intellectual Property Rights



黑龙江大学法学文丛

法学文丛


法律出版社
LAW PRESS · CHINA

杨建斌 著

知识产权体系下非物质传统资源权利保护研究

Studies on the Protection of the Intangible Traditional Resource Rights
in the Context of the Intellectual Property Rights



黑龙江大学法学文丛



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

知识产权体系下非物质传统资源权利保护研究/
杨建斌著. —北京:法律出版社,2011.8
(黑龙江大学法学文丛)
ISBN 978-7-5118-2334-2

I. ①知… II. ①杨… III. ①文化遗产—知识
产权保护—研究 IV. ①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 149962 号

黑龙江大学
法学文丛

知识产权体系下
非物质传统资源权利保护研究

杨建斌 著

责任编辑 贾 菲
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2011年9月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 永恒印刷有限公司

印张 10 字数 248千

印次 2011年9月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 吕亚莉

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-2334-2

定价:28.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

民间文学艺术、传统知识及遗传资源的法律保护问题是目前知识产权学界的理论热点之一,虽然在国际层面缔结了一些公约,且很多国家已有国内立法,但这一法律制度的一体化进程和国际约束力却有待加强;而对于是否给予权利保护,给予何种权利保护,在国际范围并没有完全形成一致意见。杨建斌是我指导的博士,他的博士论文以民间文学艺术、传统知识及遗传资源权利保护为主题,进行了系统地研究,提出了许多有价值的新观点,这对于相关问题的探讨无疑是非常有意义的。

在人类的生产活动中,作为商品的劳动产品可以分为两类:一类是人类在物质生产过程中创造出来的物质产品,其不仅有外在的形体,而且具有价值和使用价值;另一类是人们在精神生产过程创造出来的非物质产品,他没有外在的形体,但是具有内在的价值与使用价值,这类产品具有非物质性。民间文学艺术和传统知识无论是否属于知识产权客体,都应该属于非物质产品。

现有知识产权制度对于这些客体的保护存在诸多缺陷。有鉴于此,WIPO于2000年成立了专门机构,即“知识产权与遗传资源、传统知识和民间文学艺术政府间委员会”(简称IGC),其工作主要围绕遗传资源、民间文学艺术、传统知识三种客体展开。目前,该委员会已经举行了17次会议,制定了多个版本的传统知识、遗传资源和民间文学艺术保护目标和原则草案以及相关的法律文件,虽然这些文件目前还没有成为具有法律效力的公约。但是,其为建立国际保护制度和各国的国内立法发挥了重要的指导作用。

民间文学艺术和传统知识是人类在历史演进过程中创造的文化成果,代表着民族智慧和精神,代表着民族的特定身份认同和文化基因传承。我国作为世界文明古国,有着丰富多彩的民间文学艺术、传统知识和遗传资源;在经济全球化的今天,中国民间文学艺术、传统知识和遗传资源的生存和发展面临着许多新的挑战。建立民间文学艺术、传统知识和遗传资源保护制度意义重大,自不待言;但如何构建这种保护制度,我们必须在这一国际性难题中找出中国的答案。

就国家层面而言,民间文学艺术、传统知识和遗传资源保护制度是公共政策的重要组成部分。是否保护,保护哪些类型,以何种法律模式保护,是一个国家为实现文化政策目标而作出的制度安排和立法选择。如何进行相关法律制度设计,应处理好以下几个关系:(1)国际化与本土化。在后TRIPs时代,国际社会不仅聚焦于现代知识产权保护,且也在谋划民间文学艺术、传统知识和遗传资源保护。对于发展中国家而言,应该在新的多元立法机制和场所中赢得主动及优势,以扭转其在知识产权制度国际化进程中的不利局面。具言之,保护民间文学艺术、传统知识和遗传资源,可以导致新公约的制定、现行协议的重新解释以及非约束性宣言的产生,即以“软法”规则弥补《知识产权协定》等“硬法”规则的不足。关于民间文学艺术、传统知识和遗传资源保护,中国立法不仅应立足本土文化、经济与社会发展的需要,而且也要考虑国际制度发展趋势,借鉴他国立法经验。(2)前瞻性与现实性。民间文学艺术、

传统知识和遗传资源保护很多问题本是 20 世纪延续下来的“老问题”，但在知识经济时代却变成国际社会的“新热点”。当代知识产权法的使命，即是通过制度创新推动知识创新，促进经济发展。诚然，这种发展需要是现实的，也是合理的。应该指出的是，以基本人权为基础的民间文学艺术、传统知识和遗传资源保护，同样是致力于发展，其目标在于保持文化和生物多样性，实现人类的全面发展。我们既要重视现代知识产权的制度功能，激励文化创新，推动文化产业发展；又要建立民间文学艺术、传统知识和遗传资源保护制度，以法律手段维系文化、自然生态平衡。这是中国立法的现实需要和前瞻目标。（3）集体权益与社会公益。民间文学艺术、传统知识和遗传资源表现形式的知识产权是一种“集体产权”，民间文学艺术、传统知识和遗传资源权利，是“以种族、民族为构成内容的集体人权”。相对其他主体而言，民间文学艺术、传统知识和遗传资源的权利主体依然是特定的，所涉及的权益也是专有的。应该看到，上述集体权益，特别是以知识产权形式存在的“集体产权”，不过是实现社会公共利益的政策手段。民间文学艺术、传统知识和遗传资源权利保护的制度设计，其目的并不是在一个封闭的环境中维系自己的“文化原貌”和“文化传统”，固守排他性、封闭性的本土化。中国对民间文学艺术、传统知识和遗传资源保护制度的选择，当然表现了国家利益本位的政策立场，即法律必须服务于国家生存和发展的利益需要；同时，在国际社会推行这一制度，理应反映发展中国家的利益诉求，改变现行知识产权资源分配不尽合理的现状；最后，就更高目标而言，民间文学艺术、传统知识和遗传资源保护制度的构建，有助于人类的全面发展，符合和谐世界的整体利益。

《知识产权体系下非物质传统资源权利保护研究》是一部难得的力作，取得了一些创新性的研究成果。作者从无形财产、知识产权客体体系化的角度提出了“非物质传统资源”的新用语，令人耳目一新，对揭示民间文学艺术、传统知识和遗传资源的本质有很大的启发性。目前此领域的研究成果多囿于民间文学艺术、传统知识和遗传资源的某个方

面,本书能够将民间文学艺术、传统知识和遗传资源融于一体,综合起来分析和探讨问题,是个非常有价值的尝试。民间文学艺术、传统知识和遗传资源保护显然超出了现有知识产权制度的范围,但是与现有知识产权又必然有着千丝万缕的联系,本书能够对民间文学艺术、传统知识和遗传资源保护新制度的设计与现有知识产权制度关联性进行深入研究,这一点也是本作品的重要价值之一。本书的创新之处就不一一评述了,还是留给阅读此书的人自己去体会。需要强调的是,任何新观点、新理论的提出都不会是一蹴而就的,一般都要有一个逐步完善的过程,本书作者提出了很多自己的独到见解,不能说都是完美无缺的,但是,至少对以后相关主题的研究有非常大的借鉴意义,这就是学术研究成果的真正价值所在。世界上本来就没有绝对正确的理论学说。

本书是在作者的博士论文基础上修改补充完成的,即将付梓之际,作为他的指导老师,非常高兴为之作序,希望作者继续努力,不断取得新成就。

吴汉东

2011年1月22日

目 录

导论 /1

第一章 非物质传统资源相关的概念体系 /4

第一节 非物质传统资源及保护的涵义 /4

一、传统资源与非物质传统资源 /4

二、非物质传统资源的“保护”含义分析 /6

三、不同概念和保护制度的协调问题思考 /8

第二节 非物质传统资源相关术语界定 /10

一、非物质文化遗产 /10

二、民间文学艺术 /13

三、传统知识 /16

四、遗传资源 /18

第三节 生物多样性和文化多样性 /19

一、生物多样性和文化多样性的涵义和价值 /19

二、多样性与非物质传统资源知识产权保护的正当性 /21

2 知识产权体系下非物质传统资源权利保护研究

第二章 非物质传统资源保护的制度和观念沿革 /24

第一节 国际视野下的非物质传统资源保护制度的产生和发展 /24

一、民间文学艺术和传统知识权利保护制度的产生和发展 /24

二、非物质文化遗产保护的产生和发展 /30

第二节 中国非物质传统资源保护现有基础 /33

一、新中国成立前的非物质传统资源保护 /33

二、新中国成立后对非物质传统资源的保护 /34

第三章 非物质传统资源在财产体系中的地位 /39

第一节 无形财产的体系构成 /39

一、财产与物 /39

二、无形财产 /41

三、知识产权客体 /43

第二节 特殊的无形财产 /47

一、证券财产 /47

二、虚拟物 /52

第三节 非物质传统资源的本质属性 /64

一、非物质传统资源的财产属性 /64

二、非物质传统资源是知识产权的客体 /68

三、非物质传统资源的独有特征 /73

第四章 非物质传统资源相关权利保护 /79

第一节 非物质传统资源相关权利体系 /79

一、非物质传统资源相关权利的分类 /80

二、公权、私权和人权 /81

第二节 非物质传统资源权 /87

一、非物质传统资源权的概念 /87

二、非物质传统资源权的特点 /88

三、非物质传统资源权的内容 /90

第三节 非物质传统资源公权利 /109

一、非物质传统资源的国家主权 /109

二、非物质传统资源的文化公权 /113

第四节 非物质传统资源权主体与其他相关主体 /118

一、非物质传统资源权主体 /118

二、与非物质传统资源权相关的权利主体 /120

第五章 现有知识产权制度及其他权利制度对非物质传统资源的保护 /124

第一节 著作权制度与非物质传统资源的保护 /124

一、非物质传统资源的著作权和邻接权保护模式 /124

二、民间文学艺术与民间文学艺术作品 /130

第二节 商标权制度与非物质文化遗产的保护 /135

一、商标法保护非物质传统资源的优势和局限性 /136

二、非物质传统资源的各种商标权保护 /139

三、商标法对非物质传统资源的防御性保护 /143

第三节 专利权制度与非物质传统资源的保护 /150

一、非物质传统资源与非物质传统资源专利的关系 /150

二、非物质传统资源在专利制度上的防御性保护 /156

第四节 信息权和无体物权对非物质传统资源的保护 /159

一、非物质传统资源的数字化保护 /159

二、信息权的本质和其特性 /161

三、对非物质传统资源数字化后的信息权和无体物权规制 /167

第六章 非物质传统资源权利的界限和限制 /172

第一节 权利界限和限制的法理基础及经济分析 /172

一、权利的限制和权利的界限 /172

二、权利限制和权利界限的目的 /175

三、知识产权界限和限制的经济分析 /178

4 知识产权体系下非物质传统资源权利保护研究

第二节 非物质传统资源权界限和限制的具体化 /180

一、知识产权界限和限制的种类 /180

二、非物质传统资源权界限和限制的特殊性 /185

三、非物质传统资源权界限和限制需要考虑的因素 /189

四、非物质传统资源权的具体界限和限制 /190

第三节 非物质传统资源国家主权和文化公权的限制 /194

一、非物质传统资源国家主权的限制 /194

二、非物质传统资源文化公权的限制 /196

参考文献 /198

附录1 中华人民共和国非物质文化遗产法 /211

附录2 中华人民共和国专利法(部分条款) /220

附录3 保护非物质文化遗产公约 /222

附录4 保护和促进文化表现形式多样性公约 /236

附录5 生物多样性公约 /254

附录6 世界知识产权组织 WIPO/GRTKF/IC/18/4 /277

附录7 世界知识产权组织 WIPO/GRTKF/IC/18/5 /290

后记 /304

导 论

非物质传统资源的保护是近些年来国内外关注的焦点。非物质传统资源是很多国际组织关注的议题,联合国教科文组织(UNESCO)、世界知识产权组织(WIPO)、联合国粮农组织(FAO)、世界卫生组织(WHO)、联合国经社理事会(ECOSOC)、世界贸易组织(WTO)、植物新品种保护联盟(UPOV)都从不同的角度开展相关的保护工作,日本、韩国、菲律宾等一些国家也都制定了相应的国内法。我国目前已制定了一些有关的法律、行政法规和地方法规。学者们积极开展相关的理论研究工作,在传统知识、民间文学艺术的知识产权保护理论研究方面取得了可观的成果。但是,无论国际上还是我国国内,非物质传统资源保护都仅仅是起步阶段。

非物质传统资源保护分为保全保护和权利保护,目前人们更多关注的是保全保护。对相关权利的保护,尤其是整体权利方面无论是从法律制度层面还是从理论层面上都非常缺乏深层次的研究。

权利保护和保全保护是相辅相成的关系,缺少任何一个方面,都无法使非物质传统资源得到有效的保护。

非物质传统资源权利保护的关键是如何定位相关权利的问题,相关的权利比较多,有的权利现有法律制度已经确认,有的权利需要新的立法来规范。应该设定哪些权利,权利的本质是什么,都是国内外目前正在探索的基本理论问题。也只有将权利性质、权利内容、权利限制、权利主体等一系列问题分析清楚,才能进行相关的立法,非物质传统资源权利保护制度才能建立起来。

国内外,大多学者都关注民间文学艺术、传统知识、遗传资源的单项研究,对其进行整体研究却较少。所以,以非物质传统资源概念将这些客体整合起来研究,既是非常有必要的,也是从基础理论上解决当前的一些理论和立法上难点的“必行之路”。有的学者认识到了这一问题,对非物质传统资源进行了一些探索。目前我国国内学者的主要研究成果有:吴汉东先生的“关于遗传资源客体属性与权利形态的民法思考”(载《月旦民商法杂志》第12卷,2006年7月)、龙文先生的“代序:传统资源的财产权制”(载《多维视野下的传统知识保护机制实证研究》,知识产权出版社2008年版)、唐广良先生的“遗传资源、传统知识及民间文学艺术表达国际保护概述”(载《知识产权文丛》(第8卷),中国方正出版社,2002年)、王文章先生主编的《非物质文化遗产概论》(文化艺术出版2006年版)、黄玉烨女士的《民间文学艺术的法律保护》(知识产权出版社2008年版)、张耕先生的《民间文学艺术的知识产权保护研究》(法律出版社2007年版)、严永和先生的《论传统知识的知识产权保护》(法律出版社2006年版)、管育鹰女士的《知识产权视野中的民间文学艺术保护》(法律出版社2006年版)、刘红婴女士所著的《世界遗产精神》(华夏出版社2006年版)。尤其需要说明的是美国学者Darrel A. Posey, Graham Dutfield的*Beyond Intellectual Property: Toward Traditional Resource Rights for Indigenous Peoples and Local Communities*,它是将传统资源统一研究的一部专著。我国持“统一研究各种非物质

传统资源”观点的学者从该著作中获得了很多启发。

但是,目前国内外关于非物质传统资源权利保护研究还属于初级阶段。尚有很多的理论问题没有研究或研究较少,主要问题有:

第一,对非物质传统资源分项研究多,综合研究少。因此,对非物质传统资源的本质认识是有局限性的。

第二,对非物质传统资源的无体本质研究不够,很多学者将遗传资源的物质部分和非物质部分不加区分,而没有揭示出非物质遗产资源权利的本质。

第三,没有将非物质传统资源权利纳入到无形财产体系和知识产权体系进行研究。对非物质传统资源权利保护在财产制度的发展中的重要意义认识不够。

第四,对非物质传统资源权利限制研究薄弱。很多人对非物质传统资源权保护持怀疑态度,最根本原因是认为非物质传统资源权会将公有领域的财产划归私有,损害公共利益。只要对非物质传统资源权进行必要的限制,这种顾虑是完全可以消除的。

本书研究的思路是从无形财产体系化和知识产权客体体系化角度认识非物质传统资源的本质,从而分析相关权利的问题;并以实例分析作为理论分析的重要补充方法,选择了20个与研究内容有密切关系的实例进行实证分析,为理论研究打下基础。

第一章 非物质传统资源相关的 概念体系

第一节 非物质传统资源及保护的涵义

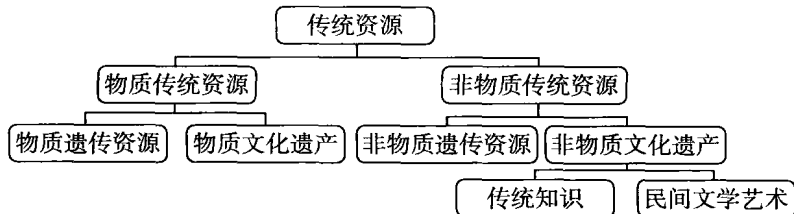
一、传统资源与非物质传统资源

近些年来传统资源保护问题得到了国际和国内各领域普遍地关注。由于各领域关注的重点不同,人们在传统资源用语上也有所不同,如文物、民间文艺、传统知识、物质文化遗产、非物质文化遗产、遗传资源、文化遗产。或者说,由于不同领域所涉及的对象各有局限,往往就传统资源某一部分进行研究和保护。非物质传统资源是很多国际组织关注的议题,如联合国教科文组织(UNESCO)、世界知识产权组织(WIPO)、联合国粮农组织(FAO)、世界卫生组织(WHO)、联合国经社理事会(ECOSOC)、世界贸易组织(WTO)、植物新品种保护联盟(UPOV)等。它们使用不同的用语是可以理解的。

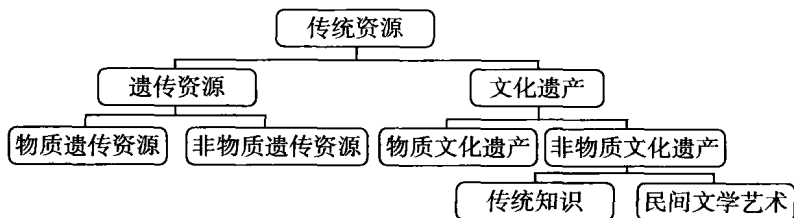
文物、民间文艺、传统知识、物质文化遗产、非物质文化遗产、遗传资源、文化遗产等是传统资源的不同组成部分。它们虽然有所差别,但明显都有着共同的本质和特征。总体上可以将它们概括为传统资源(Traditional Resource)。

传统资源分为物质传统资源(Tangible Traditional Resource)和非物质传统资源(Intangible Traditional Resource),近年来,人们更多关注的是非物质传统资源,所以学者使用传统资源用语一般说的是非物质传统资源。^①本书主要论述的对象也是非物质传统资源。

笔者认为传统资源是传统知识、民间文学艺术、物质文化遗产和遗传资源的总称。物质传统资源是以物质状态存在的传统资源,包括物质文化遗产和物质遗传资源;非物质传统资源是以非物质状态存在的传统资源,包括传统知识、民间文学艺术和非物质遗传资源。(构成体系参见图示1、图示2)



图示 1



图示 2

^① 唐广良:“保护民族的传统资源”,载《经济参考报》2004年2月13日版。

物质传统资源大部分情况下是非物质传统资源的载体。所以人们在探讨非物质传统资源时,往往也一定程度上包括物质传统资源,尤其是在遗传资源领域,这一现象非常明显。

作为非物质传统资源两大部分的非物质遗传资源和非物质文化遗产在本质上存在一定的关联性。有的学者充分认识到了这一点,“遗传基因是内化的人类进化信息载体;而文化传统则是外化(或称异化)的人类进化信息载体。受遗传基因负载之信息指令规范、制约的生物进化,主要是人内部生理性状的进化;而受文化传统负载之信息指令规范、制约的文明进化,主要是人外部人文世界的进化,以及以人外部人文世界为其对象的人本的进化。”^①虽然在用语上不是遗传资源和非物质文化遗产,但是,却阐明了一个重要的结论,非物质遗传资源和非物质文化遗产是人类存续发展过程中的内在和外在两大重要遗产,都是人类发展的重要基础。没有这两大方面的遗产为基础,人类就要倒退到人类的初始。

二、非物质传统资源的“保护”含义分析

非物质传统资源保护日益得到世界各国、各个领域的重视,但人们所说的保护非物质传统资源时所用的“保护”一词的含义并不一定是一致的。至少在由各种不同语言翻译汉语“保护”后,内涵所指是不同的。国际公约中的用词不同就能反映这保护含义的差异性,如2006年世界知识产权组织《传统文化表达/民间文学艺术表达保护草案(目标和原则)》(The Protection of Traditional Cultural Expressions/Expressions of Folklore: Revised Objectives and Principles)和2003年的《保护非物质文化遗产公约》(Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage)虽然翻译的汉语都是保护,但protection和safeguarding两个英语单词并不相同,含义也有所区别。

^① 陇菲:“文化定义再探”,载 <http://www.frchina.net/data/detail.php?id=1785>。