

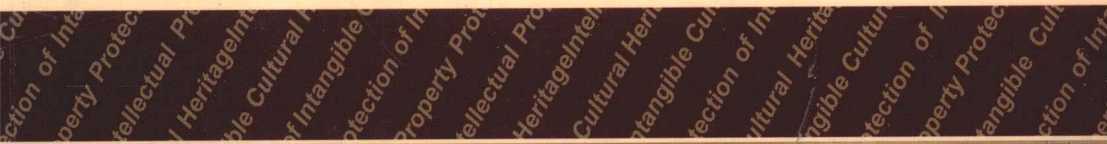


# 非物质文化遗产的 知识产权保护

*Intellectual Property Protection of Intangible Cultural Heritage*



李秀娜 著



法律出版社  
LAW PRESS·CHINA



# 非物质文化遗产的 知识产权保护

李秀娜 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

# 序

非物质文化遗产是遗产研究发展到一定程度后拓展的新领域,是被各社群、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、工艺品和文化空间。各社群不断使这种代代相传的非物质文化遗产得到创新,同时获得认同感和历史感,从而促进文化多样性。非物质文化遗产保护问题因屡屡发生的知识产权剽窃事件引起人们关注,知识产权剽窃行为多发生于发达国家和发展中国家之间,主要表现为发达国家利用技术优势,研究发展中国的非物质文化遗产资源,然后将研究成果申请专利等知识产权权利,从而获得独占使用权的行为。对于发展中国家而言,在此过程中不仅得不到经济利益,甚至有可能被剥夺文化受尊重的权利。

随着经济全球化趋势和科技的发展,知识产权保护规则正面临深刻的变革。为了对抗发达国家在知识产权方面的明显优势,发展中国家提出了保护传统知识和民间文艺等非物质文化遗产的正当主张,要求对非物质文化遗产资源的利用满足主权国家及其权利人知情同意并实现利益分享的条件。为回应广大发展中国家的诉求,保护传统知识持有者、利益相关者和广大公众的正当权益,有关国际组织也就此开展了一系列研究和磋商工作。世界知识产权组织于2000

年成立了“WIPO 知识产权与遗传资源、传统知识和民间文艺政府间委员会”，并已开过十六次会议，取得了一系列阶段性成果，但目前世界知识产权组织内部对此并未达成共识。

非物质文化遗产知识产权保护问题是目前发展中国家和发达国家，乃至国际组织普遍关注的重要问题，在该问题上由于各方立场差异较大，至今未建立具有代表性的理论体系。我国是有悠久文明历史的多民族国家，各族人民通过长期的生产生活传承着大量非物质文化遗产，创设和建构合理的非物质文化遗产保护法律制度，对认识非物质文化遗产和文化多样性的重要性，承认非物质文化遗产对于文化、经济和社会发展的潜在贡献，确认和维护我国在非物质文化遗产上的社会利益、文化利益和经济利益实属必要。我国学者在非物质文化遗产法律保护方面的研究比较零散，非物质文化遗产整体性研究和制度建构方面的深入研究，尚不多见。

李秀娜是我指导的博士。她的博士论文以非物质文化遗产知识产权保护为题，符合知识产权发展趋势，契合发展中国家的需要。在博士论文写作期间，首先，她广泛搜集资料，从事相关课题研究，调研了全国各地许多文化管理部门和大量非物质文化遗产传承人，积累了大量一手材料，为博士论文顺利写作打下了坚实的基础。博士论文中她首先对非物质文化遗产这一术语的内涵、外延进行了深度解析，比较了各国和各国际组织在不同学科背景下不同用语的使用情况，准确界定了非物质文化遗产的内涵、外延，提出对非物质文化遗产整体性保护观点。其次，她从人类共同遗产权、文化人权和生态环境权等方面分析了非物质文化遗产法律保护的法理依据，论证了非物质文化遗产法律保护的法律权利基础。再次，她详细论证了非物质文化遗产法律权利与现行知识产权制度的冲突与融合，提出现行知识产权制度无法全面保护非物质文化遗产，应研究和创设非物质文化遗产知识产权特殊保护制度。又次，她分析了非物质文化遗产特殊保护制度的法律关系和非物质文化遗产特殊保护制度的典型内

容,研究了各国和各国际组织在此问题上的态度和制度选择。最后,根据我国非物质文化遗产保护情况和法制建设情况,创新性地提出我国非物质文化遗产知识产权保护制度的框架和具体内容。她提出的非物质文化遗产保护框架和内容逻辑严谨、论证充分,具有相当的理论意义和现实意义。

经过修改和补充研究,她的博士论文就要付梓出版了,作为她的导师,感到非常欣慰,也希望她在学术之路上继续努力,取得更大的成绩。

是为序。

沈四宝

2010年5月30日

于北京对外经济贸易大学

非物质文化遗产对人类社会的重要性毋庸置疑,其对现代社会的潜在经济贡献也已经被广泛承认。发达国家对非物质文化遗产资源丰富的发展中国家的非物质文化遗产资源无偿使用的现象层出不穷,对非物质文化遗产采取法律保护,提供非物质文化遗产生存、发展和传承的制度平台成为发展中国家迫切关心的问题。

非物质文化遗产是一种知识存在,传统社群在使用非物质文化遗产过程中不断创新丰富非物质文化遗产的内容,非物质文化遗产通常被认为与知识产权有关。知识产权是一个国家根据现实发展状况和未来发展需要所做出的制度选择和安排。四百多年前知识产权制度在西方社会出现,科学技术领域的革命通过激励创新制度进一步推动了经济发展,知识产权制度也为更多国家所采用。20世纪70年代末我国开始融入知识产权保护的国际潮流,随着80年代我国几部知识产权法的颁布实施,我国知识产权制度进入了高速发展时期。中国知识产权制度的产生和发展受欧美国家影响至深,在理论架构和内容设定上也基本仿照欧美知识产权制度。

非物质文化遗产知识产权与现行知识产权制度存在巨大的理念冲突和规则冲突,主张非物质文化遗产知识产权保护的广大发展中国家必须建立自洽的非物质文化遗产知识产权制度体系,才能建构

有利于非物质文化遗产传承的制度环境,保证非物质文化遗产的活态传承。中国非物质文化遗产资源丰富,建构非物质文化遗产知识产权保护制度体系对我国同样重要,但对此问题的关注,国内起步较迟。我的博士论文选取此问题为题,希望能对我国非物质文化遗产传承的制度建设贡献微薄之力。

非物质文化遗产知识产权保护不仅是经济问题,而且是人权问题,也是社会问题和文化问题。提供和保证一个公平、合理的制度环境,有利于实现非物质文化遗产的活态传承。我认为,对非物质文化遗产进行由下而上的、自发的知识产权保护,而非单纯采取从上而下的行政式强行保护,更符合非物质文化遗产活态传承的特性和要求。非物质文化遗产作为不断创新的知识体系,应该也能够纳入知识产权制度保护的范畴。将非物质文化遗产纳入知识产权体系不是简单的解释适用现行知识产权制度,而应该创新知识产权理论体系,摆脱现行知识产权制度的范式依赖,将保护范围从智力成果本身发展到智力成果的源泉,构建符合非物质文化遗产性质的新型知识产权保护制度。这正是本书对非物质文化遗产知识产权保护及其制度设计的基本考量。

志此为序。

李秀娜

2010年5月25日于北京

Abstract

## 摘要

本书运用法解释学方法、比较研究方法等研究方法,对非物质文化遗产的知识产权保护进行了深入探讨,提出建立独立于现行知识产权体系的非物质文化遗产特殊保护制度,以实现非物质文化遗产的文化价值和经济价值,平衡非物质文化遗产生产性保护中的各方利益。

随着世界性劳动生产率提高和世界性经济结构转型,非物质文化遗产被赋予了较强的经济属性。由于经济实力和科技手段的不平衡,发展中国家和传统社群的非物质文化遗产被发达国家和地区不当利用的案例层出不穷。在此背景下,非物质文化遗产保护研究已经成为全球和我国相关研究领域的热点,各国际组织和各国都在探讨保护非物质文化遗产的有效方式。

联合国教科文组织和世界知识产权组织等国际组织在探索保护非物质文化遗产的模式上取得了很大进展,其各自从不同角度提出了非物质文化遗产的相关概念。本书通过分析各国际组织、各国和地区以及学者们关于非物质文化遗产、传统知识、传统文化表达等概念的内涵和外延,创新性地提出:非物质文化遗产包括实质不可分割的传统文化表达、传统知识和传统标记三个部分,其与世界知识产权组织下的广义的传统知识概念完全一致。



人权理论的发展促进了非物质文化遗产保护理念的的形成和传播。本书通过研究人类共同遗产权、文化人权和生态环境权等第三代人权理念的含义和沿革,认为人类共同遗产权体现对人类历史和人类文化的尊重;文化人权原则是人权领域的发展分支,文化多样性保护本质是与人权不能分离的道德必需;非物质文化遗产关系到生态系统中人与文化自然的生态关系,也是生态环境法所关注的重要权利和保护的独特资源。

创设非物质文化遗产法律权利不仅有法理依据,同时也有现实需要。本书通过分析和总结非物质文化遗产开发中利益分配的不公正现象,提出应该创设法律以实现公平的利益分配秩序。创设法律应充分考虑公共领域的合理性,既不能因为保护非物质文化遗产而妨碍社会进步,也不能在非物质文化遗产利用过程中伤害传统社群的利益,对此本书创新性地提出:应对非物质文化遗产进行分类管理,根据实际情况设立不同类别的保护重点和权利范围,考虑当事人之间的利益衡平,正确处理传统社群和原住民与使用非物质文化遗产的外部第三人之间的关系。

将非物质文化遗产作为一种知识产权进行保护已经在国际上形成共识。本书通过分析非物质文化遗产的性质和特点,以及通过其与现行知识产权制度的比较,指出:非物质文化遗产是一种渐进式创新的传统性知识存在,具有可知识产权性。由于技术特征和描述形式的差异,非物质文化遗产知识产权在学理上与因应现代知识而形成的现行知识产权制度并不完全匹配,甚至在某些方面存在冲突。非物质文化遗产在专利法、著作权法和商标法等法律法规的分而治之之下,难于深度挖掘非物质文化遗产的自有特点、共性、保护价值和保护手段,利用现有知识产权制度不足以保护非物质文化遗产法律权利。

利用现行知识产权制度无法系统而科学地保护非物质文化遗产知识产权,各国际组织和部分国家开始趋向探讨利用特殊保护制度

实现非物质文化遗产的知识产权保护,即针对特别客体设立自成体系的法律制度。本书比较分析世界各国相关立法后认为,建立独立于现行知识产权体系的非物质文化遗产特殊保护制度可行且合理,可以避免就事论事和碎片式的立法方式,从而保证造法成功。非物质文化遗产的特殊保护制度能够借助防御性保护方式,防止不当得利,实现文化传播和利益分配二者之间的平衡。

我国拥有丰富的非物质文化遗产资源,虽然政府很重视非物质文化遗产保护,大力组织非物质文化遗产项目的申报,重视传承人的认定,但是由于非物质文化遗产法律权利缺失,民间和政府保护非物质文化遗产方面呈现冷热不均的状态。为解决这一问题,本书提出应创设我国非物质文化遗产知识产权保护法,与非物质文化遗产的行政保护共同实现有效的保护和传承,并创新性地提出了我国非物质文化遗产的知识产权保护的法律框架和主要内容。

本书结合我国实际情况和非物质文化遗产保护过程中的实践经验,分析认为,非物质文化遗产权利主体应是非物质文化遗产产生、弘扬和传承的社群、组织和个人。本书在深入研究联合国教科文组织和世界知识产权组织分类体系的基础上,创新性地从非物质文化遗产从公开性、获利可能性、文化识别性、地域依附性、复制可能性和人类公益性方面,分析其与人身权利和财产权利的适应性,提出非物质文化遗产的权利内容应包括注册权、使用权、来源地披露权、尊重文化尊严权、事先告知同意权、利益分享权和阻止剽窃权等人身权利和财产权利。

**关键词:**非物质文化遗产,知识产权,特殊保护制度

## Abstract

This book has a further study on intellectual property protection of Intangible Cultural Heritage ( ICH ) by using interpretation method, comparative method and other research methods. In order to maintain cultural value, economic value and to balance the benefits of parties in relation to the productive protection of ICH, this book puts forward to establish an ICH sui generis regime which is independent to current intellectual property system.

ICH is endowed with distinctive economic attribute in the process of global labor productivity increase and economic structure transformation. The imbalance of economic strength and technological means lead to a series of cases that the ICH of developing countries and traditional communities is used by developed countries/regions illegally. Against the background, the study on ICH protection has become an important issue at home and abroad. Meanwhile, many international organizations and countries are committed themselves to explore effective approaches of ICH protection.

UNESCO and WIPO have made great progress on exploring the mode of ICH protection. They had put forward related concepts from

different perspective. By analyzing the connotation and extension of ICH, Traditional Knowledge (TK) and Traditional Cultural Expressions (TCEs) raised by scholars from different international organizations, countries and regions, this book puts forward a creative point of view: ICH consists of three indiscernible parts. They are TCEs, TK and traditional signs. This conception is in complete accord with broad TK conception definite by WIPO.

The initiation and spread of the conception of ICH protection is promoted by the development of the theory of human rights. This book believes that *Human Legacy Rights* reflects the respect for human history and culture after further researching on the concept of the third generational human rights including human legacy right, human cultural right and ecological environment right; human cultural right principle is the branch of human rights development and the essence of cultural diversity protection is a kind of moral necessity inseparable from human rights; ICH is related to the ecological relationship between human being and cultural nature in the ecological system, which is also the important resource protected by ecological environment method.

ICH legal rights creating need both legal basis and realistic demands. To solve the unfair phenomenon during the process of benefit distribution, this book puts forward that a fair benefit distribution order is needed and the rationality of the existing of public field should be fully considered in order to create legal rights, that means, the protection of ICH can not cumber the progress of society and damage the benefits of traditional community. This book innovatively purposes that the ICH should be classified management according to different situations. The relationship between traditional communities/indigenous people and the third party who use ICH should be correctly handled so as to balance of

benefits between them.

To protect ICH as intellectual rights has reached an agreement internationally. By analyzing characteristics and features of ICH and comparing it with current intellectual property, this book points out that: ICH is a kind of traditional knowledge that innovates progressively and there is the possibility to transfer it into intellectual property. As the description and technical features and description are varied, theoretically, ICH intellectual property does not in complete match to the present intellectual property system which is built on the basis of modern knowledge, and there is even confliction between the two. In the situation that patent law, copyright law and trademark law divide and rule independently, it is difficult to realize an in-depth exploration to the individual characters, common features and the merit and method to protect it. The present intellectual property system is incapable of protecting the legal rights of ICH.

As it is impossible to use present intellectual property system to effect scientific protection to ICH property, some international countries and organizations have begun to discuss using sui generis regime to effect ICH protection, that is to setup independent laws and regulations for specific legal objects. After analyzing related legislation from different countries, the author believes that it is practical and reasonable to set up sui generis regime for ICH protection which is independent of current intellectual property system, and it is possible to avoid matter-of-fact and fragmental legislation method and ensure the success of legislation. The sui generis regime for ICH depends mainly on defensive protection to prevent unjustified enrichment and realizes the balance between the spread of culture and the division of interests.

China has rich ICH resources while the excessive and inadequate

exploration to these resources have caused irreversible loss, although the government attaches great importance to the protection of ICH resources and makes great effort to apply for relevant programs and records them, and we pay great attention to the confirmation of successors and encourage the promotion and transmission of ICH. For the lack of relative legal rights, the efforts made by governmental and non-governmental institutions are in quite imbalance. To solve this problem, this book proposes a view on establishing sui generis regime of ICH protection in our country to realize effective protection and transmission of ICH in cooperation with administrative methods. This book also proposes the major coverage and legal framework for the law of ICH protection.

There is difference between the sui generis regime on ICH protection and present intellectual property right system. According to the political and social situations of our country and positivistic experience analysis during the process of ICH protection, the subject of ICH right should be the community or local institution in which ICH is born, spread and transmitted. On the basis of in-depth study of the classification system made by UNESCO and WIPO, this book proposes the view of combining the content and right of ICH and makes an analysis of the adaptability of the combination from the aspects of openness, profitability, cultural identifiably, regional dependency, reliability, and human publicity. The content of sui generis regime rights should involve the rights to register, use, reveal the source place, respect cultural dignity, ask for permission in advance, share the interest, and prevent piracy.

**Key words:** intangible cultural heritage, intellectual property, sui generis regime

<b>第一章</b>	<b>导言</b>	1
第一节	问题的由来	1
一、非物质文化遗产概念的历史背景		1
二、围绕非物质文化遗产产生的问题		4
三、需要平衡的主要利益关系		5
第二节	选题意义	7
一、理论意义		7
二、实践意义		8
第三节	研究范围和研究方法	11
一、研究范围		11
二、研究方法		12
<b>第二章</b>	<b>法律视角中的非物质文化遗产</b>	13
第一节	术语的使用和精确化	13
一、非物质文化遗产的概念		13
二、非物质文化遗产的特征		23
三、与相关概念的关系		26
第二节	非物质文化遗产保护的法理依据	28
一、人类共同遗产权		28
二、文化人权原则		30

三、生态环境权 .....	33
第三节 非物质文化遗产的法律权利基础 .....	34
一、利益确认和利益分配 .....	34
二、秩序与正义 .....	40
<b>第三章 非物质文化遗产法律权利与现行知识产权制度的</b>	
<b>冲突与融合</b> .....	47
第一节 非物质文化遗产法律权利的知识产权属性 .....	47
一、非物质文化遗产是一种知识存在 .....	48
二、非物质文化遗产存在知识的创新 .....	49
第二节 非物质文化遗产知识产权与现行知识产权制度的规则	
<b>冲突</b> .....	50
一、难以满足专利权实质性条件要求 .....	51
二、著作权无法保护作品的思想和内容 .....	54
三、商标权保护无法有效排除不当利用 .....	58
四、规范产品的地理标志保护范围有限 .....	60
第三节 构建非物质文化遗产特殊保护制度 .....	62
一、现行知识产权制度无法全面保护非物质文化遗产 .....	62
二、现行知识产权制度的科学化 .....	65
三、特殊保护制度:非物质文化遗产知识产权保护的新思路 .....	69
<b>第四章 非物质文化遗产特殊保护制度</b> .....	73
第一节 非物质文化遗产特殊保护制度的法律关系 .....	73
一、传统社群和原住民主体范围 .....	73
二、非物质文化遗产客体类别划分 .....	76
三、人身权利和财产权利保护内容 .....	79
第二节 非物质文化遗产特殊保护的典型制度选择 .....	84
一、注册登记 .....	84
二、事先告知同意 .....	85



三、授权契约 .....	88
四、来源地披露 .....	89
<b>第五章 非物质文化遗产知识产权的国际保护</b> .....	<b>91</b>
第一节 日本等国家和地区的非直接知识产权保护模式 .....	91
一、立法概况 .....	91
二、保护对象 .....	92
三、主要保护措施 .....	93
四、效果分析 .....	96
第二节 美国等国的直接知识产权保护模式 .....	96
一、立法概况 .....	96
二、保护对象 .....	96
三、主要保护措施 .....	97
四、效果分析 .....	99
第三节 巴拿马等国家和地区的知识产权特殊保护模式 .....	100
一、立法概况 .....	100
二、保护对象 .....	101
三、主要保护措施 .....	102
四、效果分析 .....	105
第四节 主要国际组织的相关立法情况 .....	106
一、联合国教科文组织 .....	106
二、世界知识产权组织 .....	111
三、世界贸易组织 .....	123
第五节 非物质文化遗产国际保护的总体评价 .....	125
<b>第六章 型构我国非物质文化遗产知识产权的保护制度</b> .....	<b>130</b>
第一节 我国非物质文化遗产保护的基本情况 .....	130
一、我国非物质文化遗产的保护情况 .....	130
二、我国非物质文化遗产法制建设情况 .....	132