

目 录

第一章 传统文化资源与知识产权经营的基本理论	(1)
第一节 传统文化资源的内涵界定	(1)
一、传统文化资源的概念	(1)
二、传统文化资源与相关概念的关系	(7)
第二节 传统文化资源的学理与法律特征	(13)
一、传统文化资源的学理特征	(13)
二、传统文化资源的法律特征	(16)
第三节 关于知识产权经营的基本理论	(20)
一、知识产权经营的分类	(20)
二、知识产权经营的内容	(20)
三、知识产权经营的作用	(21)
四、知识产权经营与知识产权法律保护、知识产权运用的关系	(22)
第二章 保护传统文化资源的国际公约	(25)
第一节 《保护世界文化和自然遗产公约》	(25)
一、公约产生的原因	(25)
二、文化遗产和自然遗产的定义	(26)
三、关于文化和自然遗产的国家保护和国际保护	(27)
四、公约的组织机构	(27)
五、世界遗产的评定	(28)
六、《保护世界文化和自然遗产公约》的意义和影响	(29)

2 传统文化资源的知识产权保护与经营

第二节 《保护非物质文化遗产公约》	(29)
一、人类非物质文化遗产保护历程和《保护非物质文化遗产公约》 的由来	(30)
二、《保护非物质文化遗产公约》的主要内容	(33)
三、非物质文化遗产的标志	(38)
第三节 《保护和促进文化表现形式多样性公约》	(39)
一、公约的制定背景	(39)
二、公约的主要内容	(40)
三、公约的意义和影响	(42)
第三章 浙江省本土文化资源的现状与保护思路	(43)
第一节 浙江省本土文化资源的现状	(43)
一、浙江省本土文化资源的保护与开发现状	(43)
二、浙江省本土文化资源经营的经验	(45)
三、浙江省本土文化资源经营的不足	(47)
第二节 浙江省本土文化资源经营的原则与思路	(49)
一、浙江省本土文化资源经营的原则	(49)
二、浙江省本土文化资源经营的思路	(59)
第四章 “创意型”文化资源的知识产权保护与经营	(78)
第一节 创意产业与知识产权的关系	(78)
第二节 创意产业与外观设计	(79)
第三节 创意产业的商标权保护	(80)
第四节 创意产业的版权保护	(81)
一、创意产业在一定意义上就是版权产业	(81)
二、版权保护的客体是具有独创性的作品	(83)
三、版权的权利内容:经济权利与精神权利的保护	(83)
四、创意产业的最大威胁:非法复制——盗版	(83)
五、创意产业的营销模式:版权的转让与许可	(83)

六、著作权集体管理	(84)
第五章 浙江省传统“技艺型”文化资源的知识产权保护与开发	(86)
第一节 浙江省“技艺型”资源的产业困境	(86)
一、传承的困难	(86)
二、仿制产品的侵蚀	(87)
三、文化内涵的匮乏	(87)
第二节 “技艺型”资源的权利配置模式	(88)
一、“三种规则”下文化资源的权利配置分析	(88)
二、现实情况下“技艺型”传统资源保护的学说理论与法律实践	(90)
第三节 “技艺型”资源的知识产权保护	(94)
一、现行制度体系下浙江省“技艺型”资源的知识产权保护	(95)
二、制度创新背景下浙江省“技艺型”资源知识产权保护的前瞻性 预测	(97)
第四节 促进“技艺型”资源的成果转化和产业化	(102)
一、知识产权经营视角下“技艺型”资源与相关产业的对接机制	(102)
二、知识产权经营视角下“技艺型”资源与企业知识产权管理机制	(106)
第五节 相关案例研究	(111)
一、王星记扇子的知识产权经营之路	(111)
二、“张小泉剪刀”的知识产权经营之路	(114)
三、杭州张小泉剪刀厂诉南京张小泉刀具厂商标侵权案述评	(115)
第六章 浙江省传统“遗产型”文化资源的知识产权保护与开发	(118)
第一节 浙江省传统“遗产型”资源公共管理体制研究	(119)
一、现行“遗产型”资源管理体制特征	(120)
二、目前存在的主要问题及分析	(121)
三、“遗产型”资源管理体制创新	(123)
四、文化遗产经营体制创新	(128)
第二节 浙江省传统“遗产型”资源的知识产权开发与产业化研究	(130)

4	传统文化资源的知识产权保护与经营	
	一、浙江省传统“遗产型”资源的知识产权开发	(130)
	二、浙江省传统“遗产型”资源产业化的知识产品开发方式	(132)
	第三节 浙江省传统“遗产型”文化资源的知识产权保护研究	(135)
	一、浙江省传统“遗产型”文化资源品牌的构建与保护	(135)
	二、浙江省传统“遗产型”资源的版权保护	(140)
	三、浙江省传统“遗产型”资源的专利权与商业秘密保护	(141)
	第四节 案例研究:浙江省“遗产型”资源“神龙川”商标抢注案	(142)
	一、案由	(142)
	二、一审法院判决理由与结果	(142)
	三、二审中当事人抗辩理由	(145)
	四、二审法院判决理由与结果	(146)
	五、分析及评论	(148)
	第七章 浙江省传统文化资源知识产权保护与经营的对策与建议	(151)
	第一节 宏观层面:浙江省传统文化资源知识产权保护与经营的路径选择	(151)
	一、浙江省传统文化资源的保护与经营的基本理念	(151)
	二、浙江省传统文化资源的保护与经营模式	(157)
	三、完善浙江省传统文化资源的保护与经营环境	(160)
	第二节 微观层面:建立与完善浙江省传统文化资源知识产权保护与经营的制度	(164)
	一、浙江省传统文化资源的管理体制完善	(164)
	二、浙江省传统文化资源的传承制度完善	(166)
	三、浙江省传统文化资源的保障制度完善	(169)
	第三节 相关立法与修改建议	(171)
	一、《浙江省非物质文化遗产保护条例》的修改与完善	(171)
	二、《浙江省历史文化名城保护条例》的修改与完善	(177)
	三、《浙江省非物质文化遗产保护专项资金管理暂行办法》的修改与	

完善	(179)
余论:关于知识产权与文化权利的进一步的理论探讨	(180)
第一节 作为“文化权利”的“对知识财产”的人权	
——对“知识产权属于基本人权”观点的质疑	(180)
一、国际人权文书与知识产权有关的规定	(180)
二、有关国家宪法文本中关于人权与知识产权的表述	(181)
三、关于知识产权属于基本人权的主要观点及评价	(182)
四、知识产权同人权之间的交集与区别	(188)
五、对《经济、社会和文化权利国际公约》第15条第1款第3项的 规范性解释	(194)
六、结论	(195)
第二节 知识产权与传统资源权	(196)
一、传统资源权的概念与相关案例	(196)
二、传统资源权与知识产权的冲突	(202)
三、传统资源权的治理情况	(205)
附1:保护世界文化和自然遗产公约	(210)
附2:保护非物质文化遗产公约	(221)
附3:《保护和促进文化表现形式多样性公约》	(234)
附4:《浙江省非物质文化遗产保护条例》	(250)
附5:《浙江省历史文化名城保护条例》	(259)
附6:《浙江省非物质文化遗产保护专项资金管理暂行办法》	(267)

第一章 传统文化资源与知识 产权经营的基本理论

第一节 传统文化资源的内涵界定

一、传统文化资源的概念

为某一民族、社区或特定个人所特有的传统文化资源(Traditional Culture Resources),长期以来一直是依据当地的法律、习惯和传统使用、代代相传并不断发展。由于在全球市场中的价值日益被察觉,传统文化资源保护的探讨已经到了关键时刻。传统文化资源已经被用于创造新的工业品、医药产品和农产品。另外,许多传统文化资源体系,其文化、精神和技术的内容得以幸存而免于作为历史奇珍归入档案——(这些内容)常常被用于对抗现代科技社会的影响和冲击:传统文化资源保留了许多现存社区的生活片段。^[1]

在全球化浪潮席卷各国,有关知识产权保护的话题不断被西方知识产权强国高调提起的今天,许多国家和民族中有着几千年悠久传统的知识遗产却被一些经济发达国家肆意践踏,他们凭借自己科技和法律的强势地位将这些民族的传统文化资源据为己有,使之成为自己的“摇钱树”。因为在现有的法律体系中,受保护的知识一般是指知识产权保护的客体,如文学艺术和科学作品、发明创造、技术秘密等。既不享有专有权也未保密而处于公有领域(Public Domain)里的知识,一般不

[1] See “The Protection of Traditional Cultural Expressions/Expressions of folklore: Overview of Policy Objectives and Core Principles”, WIPO/GRTKF/IC/7/3.

2 传统文化资源的知识产权保护与经营

受法律保护,任何人都可以无偿地自由使用。因此,从知识产权的角度看,绝大多数传统文化资源正是这种公有领域里的知识,人人可以自由使用,因而出现了这种情况:他人未经许可,获得并利用社区的传统文化资源或含有传统文化资源的生物遗传资源完成新的发明并获取知识产权,而没有给持有这些传统文化资源或遗传资源的社区以任何利益分享;更有甚者,有的公司(尤其是发达国家的跨国公司)或其他机构利用其在资金、技术方面的优势和传统文化资源传播方式(主要是口头传播)的限制,谋求将某些社区公有的传统文化资源私有化,即主张知识产权,进而限制原传统文化资源持有者的使用,例如,好莱坞动画片《狮子王》的配乐“雄狮今夜沉睡”就是改编自非洲祖鲁族民歌。类似的案例比比皆是。^[1]

上述案例说明了保护传统文化资源迫在眉睫。如果对上述不公平利用现象不予以法律调整,势必引起当地社区人民和其所在国家的不满甚至愤慨;这些传统文化资源的持有者也会失去维护、保存和发展这些传统文化资源的积极性,同时还会采取一切可能的措施阻止外界取得其传统文化资源,使传统文化资源在维护人类健康、促进农业发展和环境保护等方面不能发挥其应有的作用。这极不利于人类社会的文化多样性的发展,最终可能导致这些传统文化资源的消亡。有研究者指出,在100年内作为传统文化资源组成部分的现有6000种以上的口语语言(及其表

[1] 其中比较著名的有:1. 姜黄案。姜黄(*Curcuma longa*)是一种姜类植物,能产生橘黄色根茎,被印度人用作烹饪时调味的香料,而且其特性使其成为医药、化妆品以及染料的有效成分,作为药品,一般用于愈合伤口和皮疹。姜黄被用于愈合伤口和皮疹在印度已经有数千年了,包括一份古代梵文本在内的许多古代文献对其都有明确记载。1995年,密西西比医学中心的两位公民竟然宣称自己拥有该专利,并且成功申请专利,被授予名称为“姜黄在伤口愈合中的应用”。2. 印度楝树案。印度楝树(*Azadirachta indica*)是一种产自印度和南亚以及东南亚部分地区的树木。因为它可以作为天然药品、农药和肥料,目前在整个热带地区都有种植。印度楝树的提取物可用于对抗侵袭粮食作物的数百种害虫和真菌病害;从其种子中提取出来的油可以被用于治疗伤风和流感;人们相信将其混合在肥皂中可以提供低成本的疟疾、皮肤疾病,甚至是脑膜炎的缓解剂。印度楝树种子的提取物的杀真菌作用是已知的并且该提取物在印度农业中被用于保护作物已有数个世纪。1994年欧洲专利局授予美国公司W. R. Grace and USDA名为“采用疏水方式提取印度楝树油,用于防治植物真菌的方法”的欧洲专利。3. 死藤水案。整个亚马孙流域的当地部落的巫医们世代都用一种**banisteriopsis caapi**的树皮制造一种称为“死藤水”的祭祀饮料。巫医们在宗教仪式上使用死藤水(表示“灵魂之藤”)来诊断和治疗疾病,与灵魂相会和预言未来。一个美国人Loren Miller在1986年6月获得了一项美国植物专利,该专利授予他对所谓的**B. caapi**品种(他称为“Da Vine”)享有独占权。该专利的说明书中描述“该植物是在南美的亚马孙雨林的一个家庭花园中被发现的”。该专利权人声称Da Vine代表一种与**B. Caapi**不同的新品种,因为花的颜色不同。

达的文化)中,90%将绝迹或濒临绝迹。^[1]因此,保护传统文化资源,制止对其不正当的利用,保证传统文化资源持有者享有合理的利益,有利于促进传统文化资源的妥善保存和以传统文化资源为基础的创新,造福于全人类。

然而在对其上升到法律高度保护之前我们必须厘清传统文化资源的基本概念及其内涵。何为传统文化资源?而“保护”意味着什么?保护什么,从什么保护,为了什么目的,为了谁的利益?如果传统文化资源中存在权利,谁应当享有权利,而其又应当如何执行?

近年来,联合国有关机构如联合国教科文组织(UNESCO)、世界知识产权组织(WIPO)等都在不同的场合、从不同的角度探讨了传统文化资源保护的不同方面的问题。

1988年,在巴西贝伦召开了第一届国际民族生物学大会,此后建立了生物文化多样性全球联盟。全球联盟的第一项工作是形成一个知识产权工作小组,称为传统资源权利工作小组(Working Group on Traditional Resource Rights, WGTRR),并提出了“传统资源权”的概念。^[2]传统资源权不同于现有的知识产权,它同现有的知识产权有冲突。现存的国际知识产权制度是由西方保护个人主义的自由政治传统塑造出来的“积极的”法律制度。几乎任何一个西方国家的知识产权法律,或者移植自西方国家的发展中国家的知识产权制度,都将知识产权的来源同个人的所有权相联系,并且尽可能使个人所有者交易这种权利的能力最大化。西方法律划分不动产与个人财产权,很难认同将土地、知识和艺术形式视为有机整体的原住民文化。有学者指出西方知识产权源自二元论。而原住民传统上对传统资源的权利

[1] 朱雪忠:“传统知识的法律保护初探”,载《华中师范大学学报》(人文社会科学版)第43卷第3期。

[2] 全球联盟在《贝伦宣言》中认为,“传统资源权利”(TRR)这一术语被采用反映了“知识产权”概念的局限性和对局限进行反思的必要性。“传统”这个术语指与土地密切相关的原住民和当地社区珍爱的经验、信仰、习惯、知识及文化遗产;“资源”是指其最广泛的意义,即所有的知识和技术、审美及精神品质、有形的和无形的资源、它们被当地社区认为是现在和将来几代人维持健康和完整生活方式的保证;“权利”指对全人类和集体组织基本的不可剥夺的保证,从中他们选择必要的参与达到和维持他们自己、他们的前辈和他们的子孙后代做人的尊严。“传统资源权利”这个概念作为保护原住民及其资源的一个独特体系的基础,能适应众多相关国际协定——这是一个独一无二的体系,不属于现存的知识产权类别。参见达里尔·A.波塞、格雷厄姆·杜特费尔德:《超越知识产权》,许建初等译,第7页。转引自郑万青:“论知识产权及传统资源权的冲突及其全球治理”,载《浙江学刊》2007年第5期。

观念与之大相径庭。^[1]但是,目前所谓“传统资源权”的提法已经淡出了学界的主流话语中,原因无它,只因该概念存有以下问题:其一,“传统资源”不能够区分物质型资源和非物质型资源;其二,目前世界上通过“赋权”的方式对传统资源进行积极保护的国家仍属罕见;其三,与现代知识不同,传统文化资源的创造、创新以及表达通常不是通过正规的、制度化的方式而是代代相传的,意味着该知识的创造和使用属于群体文化传统的一部分,反映的是相同的文化和精神追求,而“传统资源”却不能反映这种文化认同感与精神归属感。

在国内也有学者采用过近似的术语。如唐广良教授把传统文化资源、民间文学艺术表达及遗传资源统称为“传统资源”,并在一国的范围内统称为“民族的传统资源”。^[2]刘友华和冯晓青教授也使用过“传统资源”或“文化资源”的术语,但其更倾向于把传统资源等同于生物遗传资源。^[3]北京中华文化促进会会长钱光培先生从“文化产业”的角度提出了“传统文化资源开发”的概念,极大地丰富了我国传统文化的内涵。^[4]

在本书中,笔者也采用“传统文化资源”的概念。这一概念包含三个词汇:“传统”、“文化”和“资源”。首先是“传统”。传统是与现代对应的概念,现代汉语词典中对传统的解释为:世代相传、具有特点的社会因素,如文化、道德、思想、制度等。美国著名社会学家希尔斯认为,传统的基本含义是世代相传的事物,即任何从过去延传至今或相传至今的东西,具体地说,传统包括物质实体,包括人们对各种事物的信仰,关于人和事件的形象,包括经营和制度。^[5]所谓“传”,就是传递、向下、向后的意思。而“统”则是指源头、端绪。所以,传统首先呈现的是一个时间概念。其

[1] J. Michael Finger & Philip Schuler:《穷人的知识——改善发展中国家的知识产权》,中国财政经济出版社2004年版,第147~148页。

[2] 《经济参考报》2004年2月16日版。

[3] 刘友华、冯晓青:“土著人传统资源的知识产权保护”,载《广西民族研究》2006年第1期。

[4] 钱光培:“传统文化资源的形态与开发”,载《人民论坛》2005年第5期。

[5] 爱德华·希尔斯:《论传统》,傅铿、吕乐译,台北桂冠图书股份有限公司1992年版,第1~2页。

次是“文化”。关于文化的定义,据说现在世界上已经有超过 200 种^[1]。在东方文化中,“文”和“化”是分开解释的。郑玄注《礼记》中也有言:“文,犹美,善也。”可以说,中国传统意义上“文”字蕴涵着一定内在的精神、思想意义。《说文解字》里这样释“化”：“化——教行也。教行于上则化成于下。”所以“文化”意思就是通过内在精神和思想认识的教行来使人、人群、社会发生变化。因此,文化具活性,通过人的行为产生和发展;文化具有传承性,“教行于上则化成于下”;文化具有精神蕴涵,体现一种精神认同感和归属感。最后是“资源”。“资源”的概念运用于众多领域,如经济学、生物学、信息技术学等,很难对其下一个完美的定义。诺德豪斯教授在其《经济学》中认为“资源是利益产生之源”,并具有“有用性”(utility)、“稀缺性”(limited availability)和“可消耗性”(potential for depletion)的特征。^[2] 所以,这里的传统文化资源是指基于传统而产生的,与人们生活密切相关的,能够产生直接和间接的历史、艺术、科学、经济等价值或利益的精神文化内容,主要包括没有物质载体的各种文化表现形式、文化现象和事实以及与之相关的资料、实物和其他物质载体。

这一概念包含以下特点:

其一,从内涵上看,“传统文化资源”体现了一定的文化的、精神的内涵。《联合国关于原住民权利宣言的草案》第 12 条要求国际社会保护原住民的文化传统,并归还其被侵占的其文化的、知识的、宗教的和精神上的财产。^[3] 《保护和促进文化表现形式多样性公约》也要求人们“认识到文化表现形式,包括传统文化表现形式

[1] 而在西方文化中最具有代表性的应该是爱德华·泰勒 1871 年在其《原始文化》一书中提出的:“文化或文明是一个复合的整体,包括知识、信仰、艺术、道德、法律、风俗以及作为一个社会成员的人所习得的其他一切能力和习惯。”这一对文化的较早定义对后世关于文化的理解产生了极大的影响,并且在大量学术著作中被引用。参见泰勒:《原始文化》,上海文艺出版社 1992 年版,第 1 页。

[2] “A resource is a source or supply from which benefit is produced”, Samuelson, P. A. and W. D. Nordhaus. 2004. Economics, 18th ed. McGraw-Hill/Irwin (ISBN - 10:0072872055), Boston, MA. p. 58.

[3] 《联合国关于原住民权利宣言的草案》第 12 条规定:“原住民有实践和恢复他们的文化传统和习俗的权利。这包括保持、保护和发展他们的文化在过去、现在和将来的表现,例如考古学和历史学的场所、图案、祭祀典礼、技术、供观赏的和表演的艺术和文学;同时也有要求归还其文化的、知识的、宗教的和精神上的财产的权利,这些财产是在没有得到他们知情同意的情况下或在侵犯他们的法律、传统和习俗的情况下被抢走的。”

的多样性,是个人和各民族能够表达并同他人分享自己的思想和价值观的重要因素”。可见,在国际层面,传统文化资源的重要性已经得到了足够的认识,而保护传统文化资源更重要的是保护其文化传承和精神传递。传统文化资源关系到一个民族的精神生命,是一个民族的身份标志,是一个国家和民族历史创造的集体记忆与精神寄托。如果任由其遭受损毁和践踏,任由其逐渐流失直至消亡,人类文化的多样性和国家的文化安全必将陷入危机。

其二,从外延上看,传统文化资源主要包括没有物质载体的各种文化表现形式、文化活动等现象和事实以及它们的物质载体。在具体形态上,传统文化资源大致包括以下方面:口头传承形态、文献形态、艺术表演形态、技能技艺形态、节庆活动形态、器物形态等。在具体内容上,包括非物质文化遗产的全部内容。我国2011年公布的《非物质文化遗产保护法》第3条规定:“本法所称非物质文化遗产,是指各族人民世代相传并视为其文化遗产组成部分的各种传统文化表现形式,以及与传统文化表现形式相关的实物和场所。”^[1]这里的实物和场所要求与传统文化表现形式具有联系性,这点与传统文化资源是相同的。

其三,从其本质特征上,该概念更重视的是文化的传承、发展、开发以及由此产生的对文化资源的经营和管理。“文化资源”是一种文化人类学上的词汇,^[2]更是一种法学上的词汇。“文化资源”这一概念自从1966年美国《国家历史文物保护法案》通过后逐渐流行起来。在我国2009年公布的《文物认定经营暂行办法》第1条规定,“本办法所称文物认定,是指文物行政部门将具有历史、艺术、科学价值的文化资源确认为文物的行政行为”,该法使用了“文化资源”的概念,并确认了其“历史”、“艺术”和“科学”的价值。“文化资源”还是一种经济学上的词汇,在这里其“经济价值”获得承认,文化资源即文化资本,是继物质资本、人力资本、自然资本之

[1] 该条同时规定“属于非物质文化遗产组成部分的实物和场所,凡属文物的,适用《中华人民共和国文物保护法》的有关规定”,可见非物质文化遗产与文物有重合之处。

[2] 文化人类学意义上的“文化资源”指“包括文化遗产在内的人类创造的各种物质文明和精神文明的总和。它分为有形的或物质的文化资源与无形的文化资源两类。前者指以物质形式表现的各种文化现象与事实,如各种考古学的遗迹和文物、人类现行所创造的各类物品等。后者指没有物质载体的各种文化现象和事实,以及由物质载体所体现与反映的各种文化精神,如社会组织、语言特征、思想观念、心理特征、建筑风格等”,参见陈国强、石奕龙:《简明文化人类学词典》,浙江人民出版社1990年版,第90页。

后的第四种资本。^[1]在我国,“文化产业”概念的提出拓宽了我国文化资源开发的思路。^[2]文化资源是产业开发的基础,产业开发是文化资源的延伸,文化资源的产业开发形成现实的文化产业。正是因为“文化资源”具有“历史”、“艺术”、“科学”、“经济”等价值,才需要我们以一种全新的理念与“经营”,以保证其相关价值能够“保值”甚至“增值”。我国《非物质文化遗产法》第3条规定,“对体现中华民族优秀传统文化,具有历史、文学、艺术、科学价值的非物质文化遗产采取传承、传播等措施予以保护”。该条承认了上述“历史”、“艺术”、“科学”等价值;我国《非物质文化遗产法》第37条规定,“国家鼓励和支持发挥非物质文化遗产资源的特殊优势,在有效保护的基础上,合理利用非物质文化遗产代表性项目开发具有地方、民族特色和市场潜力的文化产品和文化服务”,该条间接承认了其“经济”价值。因此,“对文化资源进行开发”是“传统文化资源”概念的应有之义。

二、传统文化资源与相关概念的关系

(一) 传统知识

作为法律意义上的传统知识(Traditional Knowledge, TK)并不是一个由来已久的概念,而是近年来才渐渐出现,首次提到传统知识这个字眼则是1992年通过的《生物多样性公约》(CBD),公约在前言里提道:“认识到许多体现传统生活方式的土著和地方社区同生物资源有着密切和传统的依存关系,应公平分享从利用与保护生物资源及持续利用其组成部分有关的传统知识、创新和实践而产生的惠益。”而作为知识产权意义上的概念则是在1999年在日内瓦召开的“知识产权与传统知识圆桌会议”上开始使用的,虽然世界知识产权组织(WIPO)、联合国教科文组织(UNESCO)和其他国际组织试图对其概念进行解释与界定,但由于传统知识内涵丰富、外延广泛,目前尚未形成一个统一的概念。

《生物多样性公约》被认为是传统知识问题的一个里程碑,《生物多样性公约》

[1] 布尔迪厄:《文化资本与社会炼金术:布尔迪厄访谈录》,包亚明译,上海人民出版社1997年出版,第24页。

[2] 钱光培:“传统文化资源的形态与开发”,载《人民论坛》2005年第5期。

的直接目的是保护遗传资源,它并未对传统知识下一个定义,但由于遗传资源和传统知识存在内在的共通性和难以分隔的联系,不可避免地涉及了传统知识,其提出鼓励公平分享因利用传统知识、创新和实践而产生的惠益,^[1]开创了传统知识保护的先河。之后,随着公约的履行和知识产权的国际化,传统知识越来越受到国际社会和国家的关注,传统知识保护问题的研究也成为热点。

目前对传统知识所作比较有影响力的定义则是世界知识产权组织所作出的界定:“传统知识是指基于传统产生的文学、艺术或科学作品、表演、发明、科学发现、外观设计、标志、名称及符号、未披露信息以及一切其他工业、科学、文学或艺术领域内的智力活动所产生的基于传统的创新与创造。”世界知识产权组织关于传统知识的界定除“基于传统”几个字以外,几乎与《成立世界知识产权组织公约》中对知识产权的界定完全一致。这表明传统知识与现代知识产权制度所保护的现代知识本质上具有一致性,都是人们在改造世界的实践中所获得的认识和经验的总和,应该得到保护。

按照上述表述和界定,可以把传统知识理解为经验知识和文化遗产,是历史形成的文化。根据世界知识产权组织2001年发布的《传统知识持有者的知识产权需要和期望:世界知识产权组织知识产权和传统知识事实调查团报告》,传统知识可分为民间文学艺术表达(包括创作和表演)、传统科技知识(包括生活知识)、传统标记(包括符号和名称)、与传统知识有关的生物资源、有形文化财产(可移动和不可移动的)和传统生活方式及其要素六大类。传统知识是一种创造性的智力成果,那些并非“工业、科学、文学或艺术领域内智力活动”的产物,如精神信仰、争议解决程序和经营手段、语言、人类遗体、自然状态下的生物和遗传资源不属于世界知识产权组织界定的传统知识。这个概念表明世界知识产权组织界定的传统知识仍然限于知识产权的范围内,并未接受那种最广义的传统知识定义。

从上述传统文化资源与传统知识的论述可知,二者有以下区别:

[1] 《生物多样性公约》前言:应公平分享从利用与保护生物资源及持续利用其组成部分有关的传统知识、创新和实践而产生的惠益;第八条第(j)款:依照国家立法,尊重、保存和维持土著和地方社区体现传统生活方式而与生物多样性的保护和持续利用相关的知识、创新和实践并促进其广泛应用,由此等知识、创新和实践的拥有者认可和参与下并鼓励公平地分享因利用此等知识、创新和做法而获得的惠益。

1. 从保护范围上来看,传统知识保护的主体不是体现为静态的实物,而传统文化资源则包括与文化表达相关的资料、实物和其他物质载体。那些并非工业、科学、文学或艺术领域内智力活动的产物如仪式、节庆活动、空间场所等属于传统文化资源却不属于传统知识。

2. 从产生根据上来看,二者都强调“基于传统”,但传统文化资源更强调“活态传承”,强调人们的行为和生活方式对文化遗产的意义,而传统知识虽然也强调“活动”,但这种活动是“智力活动”。

3. 从保护方式上来看,传统文化资源强调综合运用知识产权制度、物权法、文物保护法、“一揽子”行政法等法律制度以及政府、协会、基金组织、学者团体、社会个人等主体对传统文化资源进行全方位的“经营”;而传统知识则聚焦于知识产权保护。

而从西方知识论传统来看,传统知识这一概念并不利于对传统的“知识体系”进行保护,维娜·艾莉在其所著的《知识的进化》一书中谈及知识的特性时写道:“知识总是个体化的。从某种绝对意义上来说,不存在所谓的公共知识,所有的传统意义上人类千百年来积累的、静态的,以文字、书籍形式存在的,脱离了实际个体的‘知识’体系只是知识的原材料,这些原材料只有被个人理解、吸收、内化,进而在实际的环境中运用时才成为真正的知识。”^[1]按照其说法,传统意义上的人类千百年来积累的静态的以文字、书籍形式存在的,脱离了实际个体的‘知识’体系只是知识的原材料并不是“真正的知识”,而“真正的知识”则是创作出来的、充分表达了的知识,而其正是知识产权制度保护的客体。传统文化资源则强调一种“发展中传承、传承中发展”的保护思路,通过调查、保存、传播、开发、保护等一系列措施进行“经营”,其方式多样,能因地制宜,针对性很强。^[2]

(二)民间文学艺术表达

“民间文学艺术”(folklore)一词,最早由英国考古学家 W. J. 汤姆森提出。但

[1] [美]维娜·艾莉:《知识的进化》,珠海出版社1998年中文版,第27页。

[2] 《非物质文化遗产法》第3条规定:“国家对非物质文化遗产采取认定、记录、建档等措施予以保存,对体现中华民族优秀传统文化,具有历史、文学、艺术、科学价值的非物质文化遗产采取传承、传播等措施予以保护。”该条针对不同的对象采取了不同的措施。

作为规范性解释,其最早出现在1976年世界知识产权组织和联合国教科文组织共同制定的《发展中国家突尼斯版权示范法》中。早期的民间文学艺术采用了广义上的定义,包括传统部族的全部文化产物和文化结晶,涵盖传统部族在长期的历史过程中所创造的全部精神成果。从严格意义上讲,“民间文学艺术表达”是“民间文学艺术”的下属概念,但从理论层面上看,二者几近重叠,并无本质区别。^[1] 世界知识产权组织对民间文学艺术和民间文学艺术表达二者也未作出明确区分。

在不同国家的立法及国际条约中,对“民间文学艺术表达”这一概念的解释并不相同,但大致的共同之处在于,一般都在定义中规定,所谓的民间文学艺术表达必须不知作者是谁,但可认定系该国国民的表达。班吉协定则将民间文学艺术表达界定为由“群体”(communities)而非“作者”(authors)完成的东西,从而排除了可通过常规版权法保护的民间“作品”。突尼斯版权法规定,民间文学艺术表达是指代代相传的,与习惯、传统相关的艺术遗产。^[2] 摩洛哥版权法规定,民间文学艺术表达仅指符合创作条件的未出版的作品;阿尔及利亚与突尼斯两国的版权法则未限定民间文学艺术表达必须是未出版的作品。塞内加尔版权法明确规定,民间文学艺术表达仅涉及文学与艺术领域的创作;^[3] 班吉协定认为,民间文学艺术表达也包括科学领域的作品。^[4] 大多数此类立法都规定,凡基于民间文学艺术而完成的创作属于特殊的一类作品,其商业性利用必须经过主管机关的批准。1982年6月28日至7月2日,联合国教科文组织与世界知识产权组织总干事联合召集了题为“民间文学艺术表达保护知识产权问题政府专家委员会”的会议,讨论了由工作组提交的示范法条草案及相关的意见和建议,最终通过了《保护民间文学艺术表达,防止不正当利用及其他损害性行为国内示范法条》(Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore against Illicit Exploitation and other Prejudicial Actions)。根据该法条,民间文学艺术表达是包含了传统艺术遗产的特殊因素,由国家中的一个群体或一些人发展和保持并反映了这个群体传统艺术追

[1] 张玉敏:“民间文学艺术法律保护模式的选择”,载《法商研究》2007年第4期。

[2] 突尼斯:《文学艺术产权法》(1994)第7条。

[3] 唐广良:“国际上对民间文学艺术表达的法律保护”,载《中华读书报》2002年7月24日。

[4] 非洲知识产权组织:《班吉协定》(1977)附件7第46条。

求的产品。^[1] 1985年,世界知识产权组织与联合国教科文组织共同组织专家起草了《民间文学艺术表达形式保护公约(草案)》,规定受保护的客体不仅仅是“作品”,还包括广泛的“表达形式”,但是未被记录下来的民间诗歌、舞蹈等并不属于保护的客体。

现在国际上对民间文学艺术比较具有代表性的是世界知识产权组织的定义。世界知识产权组织认为,民间文学艺术是指由具有传统文化艺术特征的要素构成,并由一个群体或者某些个人创作并维系,反映该群体传统文化艺术期望的全部文艺产品。^[2] 其表达形态主要包括言语表达(如传说、故事、诗歌等)、音乐表达(如民歌、民间乐曲等)、动作表达(如民间舞蹈、仪式等)、有形表达(如雕刻、陶瓷、纺织、服饰等)。

从上述可见,传统文化资源与民间文学艺术表达有以下关系:

1. 二者都强调文化的“活态传承性”,强调人类的行为在其传承中的作用,但是民间文学艺术表达更多地强调这种行为是“创作”行为。

2. 在保护领域、保护范围等方面都有所不同。二者都强调其“文化属性”或“精神内涵”,但是民间文学艺术更多地适用于“艺术领域”;二者的保护范围都包括无形的文化表达和有形的实物,但是民间文学艺术表达却强调“作品”或“产品”,那些没有被记录的口头作品很难被其包含。

3. 在实践中,民间文学艺术表达由于内涵过大导致其外延过窄,其经常与传统知识一起适用,并有逐渐被非物质文化遗产和传统知识等概念所替代的趋势。

(三) 非物质文化遗产

2003年10月,联合国教科文组织通过了《保护非物质文化遗产公约》,公约指出“非物质文化遗产,指被各社区、群体,有时是个人,视为其文化遗产组成部分的各种社会实践、观念表述、表现形式、知识、技能以及相关的工具、实物、手工艺品和文化场所”。“在本公约中,只考虑符合现有的国际人权文件,各社区、群体和个人

[1] 德利娅·利普希克:《著作权与邻接权》,联合国教科文组织、中国对外翻译出版公司2000年版,第66页。

[2] See *The Protection of Traditional Cultural Expressions/Expressions of folklore: Overview of Policy Objectives and Core Principles*, WIPO/GTRKF/IC/7/3.

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。非物质文化的范围包括:1. 口头传统和表现形式,包括作为非物质文化遗产媒介的语言;2. 表演艺术;3. 社会实践、仪式、节庆活动;4. 有关自然界和宇宙的知识和实践;5. 传统手工艺。”

2011年,我国公布了《非物质文化遗产法》,其第2条规定:“本法所称非物质文化遗产,是指各族人民世代相传并视为其文化遗产组成部分的各种传统文化表现形式,以及与传统文化表现形式相关的实物和场所。包括:(一)传统口头文学以及作为其载体的语言;(二)传统美术、书法、音乐、舞蹈、戏剧、曲艺和杂技;(三)传统技艺、医药和历法;(四)传统礼仪、节庆等民俗;(五)传统体育和游艺;(六)其他非物质文化遗产。属于非物质文化遗产组成部分的实物和场所,凡属文物的,适用《中华人民共和国文物保护法》的有关规定。”

从各自定义来看,我国《非物质文化遗产法》与世界《保护非物质文化遗产公约》并无实质区别。从其范围可见,非物质文化遗产包括:口头形态、音乐表达形态、表演艺术形态、传统技艺形态、传统实践知识形态、传统民俗、礼仪、节庆形态以及与之相关的实物、场所等空间形态。^[1]

从上述可见,传统文化资源与非物质文化遗产有以下关系:

1. 传统文化资源与非物质文化遗产两者有重合的部分。传统文化资源主要包括没有物质载体的各种文化表现形式、文化活动等现象和事实以及它们的物质载体,非物质文化遗产则包括各种传统文化表现形式,以及与传统文化表现形式相关的实物和场所,二者都包括有形资源和无形资源。但从范围上来看,传统文化资源略大于非物质文化遗产。前者强调“基于传统”,如前所述,虽然“传统”具有“世代相传”的含义,但其是一个偏中性的词汇;后者强调“视为文化遗产组成部分”则不仅强调来源上的“久远性”还强调“群体的接受性”,在群体内流传并经过群体的正

[1] 丁丽瑛教授认为“非物质文化遗产保护的对象为传统文化表现形式和文化空间,其重点在于传统文学艺术和民俗,而未能充分地涵盖技术性的传统知识,如传统医药”。参见丁丽瑛:《传统知识保护的权益设计与制度构建——以知识产权为中心》,法律出版社2009年版,第34页。但是,在国务院2006年公布的第一批国家级非物质文化遗产名录中包括民间技艺;在浙江省公布的非物质文化遗产中包括“朱养心传统膏药制作技艺”、“叶种德堂中药文化”、“方回春堂传统膏方制作工艺”、“胡庆余堂中药文化”等数十种中药文化遗产。