

论非物质文化遗产 保护中的传统文化表达

【摘要】非物质文化遗产与知识产权(保护私权激励创新)的结合是双赢的结果。但是,仍然存在众多未解决的难题,如确定传统文化表达的内涵和特性,以及它们对知识产权体系的冲击。传统文化表达的有形与无形,传统与现代都是在知识产权框架下急需勘定的问题。除了完善现有的知识产权法律制度,对传统文化表达进行系统化和文献化,以及积极寻求第四方力量的介入也是有效保护传统文化表达的有益实践。

【关键词】 传统文化表达 知识产权 文献化 NGOs

张 曼/文

现代市场经济下,新技术、新概念、新产品的开发与定位是刺激经济不断飞跃的踏板。当人们把视线投入到非物质文化遗产中时,似乎又看到了一个新的财富源泉。但是,非物质文化遗产不是无主物,任何针对非物质文化遗产的探寻与开发行为必须受到有效约束,同时还需要在充分理解非物质文化遗产特性的前提下,恰当分配非物质文化遗产所创造的财富。从历史上看,对非物质文化遗产的保护有两种方式:一是静态的,主要是对非物质文化遗产的成果加以记录、收集保存;二是动态的,主要是从政策制度层面上使非物质文化遗产长远存在下去,并使之适应当代生活。传统文化表达是非物质文化遗产保护工程中的重要一环,需要认真对待。

一、传统文化表达的概念

早在 21 世纪初,世界知识产权组织(WIPO)就率先开

始审议知识产权与传统文化表达之间保护、保存和促进的关系。WIPO 把“传统文化表达”(Traditional Cultural Expressions,以下简称 TCEs)界定为一个法律术语,其对应的稍通俗一些的概念是“民间文学艺术”或“民俗”(folklore)。有观点认为,“传统文化表达”意味着“土著文化”,这种理解使得一些文化保护团体对“传统文化表达”一词的含义持保留意见。依据 WIPO 近些年来在保护非物质文化遗产的实践,对于传统文化表达采用了另外一种较为中性和严格的法律术语,即“民间文学艺术表现形式”(Expressions of Folklore)^[1]。

在了解 TCEs 这一法律术语的由来和内涵之前,我们有必要从常识角度看一看“民间文学艺术”的含义。它是指以传统为基础(通常是代代相传的,仅限于特定人群或区域的、不断根据环境的变化而变化)的、人们在文学或艺术领域的智力活动的创新创造成果。之所以强调“创新”,是为了摒弃之前对民间文学艺术的偏见(老而旧、

1. 2000 年,WIPO 建立了“知识产权与遗传资源、传统知识与民间文艺政府间委员会”(Intergovernmental Committee on Intellectual and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore,以下简称 IGC),专门处理包括传统文化表达在内的相关领域的国际研讨,该委员会由 WIPO 成员国大会建立,其成员代表的观点具有官方代表性。

过时和落伍)。没有传统,民间文学艺术无法区别于他事物,没有创新,则无法在现代市场经济体系下闪烁价值之辉。

基于 WIPO 在这一领域的广泛调研与权威,本文采纳 2003 年 WIPO 的一份专家报告的观点^[2],所谓“传统文化表达”就是指“全世界众多团体、部落内所产生的综合大量风俗、传统、艺术表达方式、知识、信仰、产品以及生产过程的总体”,特别是:语言表现形式,如民间故事、民间诗歌和谜语、记号、文字、符号和其他标记;音乐表现形式,如民歌和器乐行动表现形式,如民间舞蹈、游戏、艺术形式或礼仪;无论是否已被浓缩为某种物质形式;以及有形表现形式,如民间艺术作品,特别是绘画、素描、雕刻、雕塑、陶土艺术、赤陶、镶嵌、木工、金属器皿、珠宝、筐篮编织、刺绣、纺织品、织毯、服饰;工艺品;乐器以及建筑形式。

对于传统文化表达这一独具民族特色的事物,选择某一个或某几个合适的用语,并明确它或它们所覆盖的主题范围,或许还是留给地方或国家一级政策制定者和相关团体来做比较合适。正因如此,上述提到的这份 WIPO 专家报告也无意劝说在国家、团体或其他权利人之间就该术语的有效性或适用性达成一致意见。但是,当今全球经济文化交流越来越频繁,一国的做法往往会影响到他国制定政策时未曾想到的地方。对于“传统文化表达”的含义无法在国际层面上达成一致,就会给各个国家在保护各自民间文学艺术时带来困扰。

于是,较为明智的做法是舍弃对“传统文化表达”内涵的争议,把注意力转移到外延的界定上。2003 年在巴黎通过的《保护非物质文化遗产公约》第 12 条²里要求各国根据自己的国情拟定一份或数份关于传统民间文学艺术的清单,并定期更新。这样就可以从类别上划分出此事物与彼事物之间的区别,而且如果各国能够真正贯彻第 12 条,那么离真正统一“传统文化表达”定义或范围的日子也为期不远。

二、传统文化表达的特性

(一)有形与无形

传统文化表达可以是有形的或是无形的,但常见的是两者的结合。譬如,编制的挂毯(有形的表达形式),

它表现了传统故事要素(无形的表现形式)。在探讨传统文化表达“有形”与“无形”这一问题时,2001 年 WIPO 的一份报告提出以下看法^[3],即“为知识产权目的的传统文化表达包括无形与有形成分。正如可以把‘有形’的解释为‘身体’,而‘无形’的可以解释成‘灵魂’一样,两者之间的区别纯粹是人为的。即文化的‘有形表达’与‘无形表达’只是说明要对他们各自的法律保护采取不同的措施”。按照这份报告的要旨,有形文化表达(如史前器物)与无形文化表达(如歌曲、口头叙说和宗教礼节)之间的区别是:一个实物物体只能一次出现在一个地方,然而民歌等却可以借由复制、传唱、再现等方式多次出现在不同地方。这也再次证明了上述 WIPO 报告的意见,即要对“无形文化表达”和“有形文化表达”采取不同保护方式的观点。

作为收集与整理传统文化的集中地——博物馆在识别传统文化表达方面无疑是具有发言权的。从世界各国博物馆的反馈来看,有一种倾向是把“有形的博物馆藏品”视为四元物体,即物体本身、博物馆、物体所包含的思想、该物体源地部落群体四个方面。这样的划分主要是为了以后在制度上达到更好的利益平衡。物体本身由于收藏在博物馆,博物馆有权对其使用(拍照、绘图以及存档等),而该物体来源地的社群或社区则对该物体体现的思想和知识拥有所有权,任何人非经社群或社区的同意不得使用或损毁。“有形的博物馆藏品”视为四元物体的做法正说明了传统文化表达中“有形”与“无形”的紧密结合,但问题在于这样的结合越紧密越难以区分,而越难于区分,利益的分配越难以完成,最终对于相应的知识产权保护提出的要求也就更高。

(二)传统与现代

传统文化表达常常是几代人源远流长的社会和社区的创造得出的产品,反映和证明一个社区历史、文化和社会特征与价值^[4]。传统文化表达的中心——各种各样的文化遗产并非一成不变,它借由代际传承而生机勃勃。在传统艺术家和实践者的参与下,传统文化表达不仅仅涉及到复制与模仿,还是在传统框架内进行创造与创新^[5]。这是传统文化表达历时千年而仍能够存在并发扬于世界各地各民族的根本原因。

区分传统文化表达的传统与现代,只是一个现代的

2. 第 12 条:清单 一,为了使其领土上的非物质文化遗产得到确认以便加以保护,各缔约国应根据自己的国情拟订一份或数份关于这类遗产的清单,并应定期加以更新。二,各缔约国在按第 29 条的规定定期向委员会提交报告时,应提供有关这些清单的情况。

学术观点^[6]。即上述所谈到的传统文化本身固有的传统与创新本质不在讨论范围之内。这里,我们要探寻的是利用现代技术开发传统文化表达,以及对传统文化表达所作的更新与改造。这种更新与改造与之前传统文化表达本身的创新不同之处在于,主体发生了变化。前者是商业经济的代表,而后者是社群集体或个人。主体的改变决定了利益划分的改变。

为了便于分析,我们按照时间纬度来划分“传统”的传统文化表达与“现代”的传统文化表达。“传统”的传统文化表达通常被定义为开始于过去数个世纪里,结束于19世纪80年代至20世纪60年代世界各地所收集和记录的具有多种形式的特有民族物质(文本、相片和视听资源等等)^[7]。而所谓的“现代”的传统文化表达通常包括了对民间传说,民歌,舞蹈,宗教礼节,诗篇谜题,符号,文字等使用“有形表达”的再现,例如素描,油画,雕塑,镶嵌工艺,陶器,纺织,手工艺品,乐器和一些建筑形式^[8]。因此,相对于后者,“传统”的传统文化表达其特点是:1.是代代相传的,无论是口头或模仿的;2.反映社区文化和社会特征;3.有一个社区遗产特征要素构成;4.由“匿名作者”和/或社区和/或社区承认其享有权利,责任并在社区内部重新创作的、个人制作的;5.常常不是为了商业目的创作,而是作为宗教和文化表现形式的工具;6.在社区内稳定演化、发展和再创造。

三、传统文化表达对知识产权的挑战

传统文化表现形式和知识产权之间的关系引发了许多复杂和具有挑战性的问题。如上所述,传统文化或民间文学艺术表现形式确立并反映了土著和其他社区的价值、传统和信仰特征,而多文化主义和文化多样性的挑战,特别是在土著和移民社区共有社会中所产生的这一挑战需要一系列文化政策来维持传统或其它文化表现形式的保护和保存与自由交流文化灵感之间的平衡^[9]。那么,下一步的挑战是要保持在保存传统文化的希望与激励基于传统的创造性愿望之间的平衡,而这一愿望有助于社区或社群的可持续经济发展³。我们要解决:知识产权保护 and 促进文化多样性是什么关系?哪种知识产权保护政策能最好地服务于创造性的和多文化的“公有领域”?简而括之,何时可以算作从传统文化合法启示中“效仿”,而何时是不正当的抄袭?“保存”文化遗产与传统文化表达的知识产权“保护”之间是什么样的关系?虽

3. 可视艺术和工艺是澳大利亚土著艺人和社群的重要收入来源。据估计,澳大利亚土著可视艺术和公约产业营业额约为1.3亿美元,其中土著人得到近3000万美元。瑞士一家大学获得来自Yannomani岛的部落的遗传资源及其不可触摸的成分如传统知识,协助该项目的土著居民将获得合同费用的20%,且委内瑞拉自然部还可以获得研究结果的许可使用费、专利和商业利益的20%。

然众多的问题不能一一在本文得到解答,我们依照传统文化表达的特性从中抽取一些思考来进行说明。

(一)著作权中的形式与内容。著作权理论中曾有形式与内容(也称为表达与思想)之争。无论是英美版权法体系还是大陆著作权法体系,在这一点上还是较为相同的,即著作权保护的是具有独创性的表达。当然也有极端的“个人主义”者认为作为作者人格反映的作品,即使表达不同,但是如果内容(思想)类似也视为剽窃^[10]。且不说这个争议是否得到适当的解决,在面对传统文化表达的“有形”与“无形”时,问题变得更为复杂。譬如,手工编织的地毯拷贝在文化衫、杯子和贺卡上,地毯本身是有形物品,其中又有体现地毯特色的故事为无形之物,假如套用著作权理论中的形式与内容之分,地毯类似于形式,而故事类似于内容,那么直接拷贝地毯应属于复制行为,而把地毯中的故事以另外的手法表现出来,则不属于复制行为,但是地毯与地毯表达的故事密不可分,以相同故事表达的其他物品会对地毯本身造成冲击和淡化,毕竟脱离带有土著特色(现代也称之为原生态)的地毯势必不会引起市场的关注。

(二)改编和派生作品。按照著作权法的规定,对于原作品的改编(再现)可以享受邻接权的保护,同时原作品的著作权依然受法律保护,并且改编或派生作品的使用还应该得到原作品权利人的某种程度上的许可,这是法律保护创造源头的一种表现^[11]。较为公认的是,由于“传统”的传统文化表达按照著作权法的保护时间期限来说是“过期”的,可以纳入公有领域,因此对它们的再创造(再表现)——“现代”的传统文化表达是受著作权法保护的。但是,这种说法并不一定能站得住脚,因为并非所有的“传统”的传统文化表达都处于公有领域,它们可能主要是由社群的家庭、集团或者个人掌握的,这种不加分析的判断可能会打乱他们的传统知识保护和交易体系。不经社群或个人同意,恣意地开发“传统”的传统文化表达,断章取义地截取、改造、甚至歪曲具有特殊信仰价值或宗教含义的传统文化表达,对于这种侵害“原作品”权利人利益的行为,著作权法却表现出无能为力,这样的制度设计应该引起政策决定层的高度关注。

四、积极应对之策——新思路的适用

在现有知识产权框架下讨论传统文化表达,不仅仅

是因为其存在巨大的市场价值,而且也是保护与发展人类自身的需要。一味打压社群的权利要求,不承认现代产品或专利中包含的传统文化表达,这种行为与海盜无异;而随意修改现有知识产权法律,试图削足适履也是不当的做法,任何情况下法律的变动都应该慎之又慎,否则将动摇法律的权威性^[12]。但面临的问题又不能不解决,我们认为针对新问题应该提出创新性的解决方案。

第一,对于传统文化表达进行系统和可信的文献化。这种从无形到有形的落实,也是对现有知识产权体系智慧的汲取。利用先进的信息技术手段对民间传说,民歌,舞蹈,宗教礼节,诗篇谜题,符号,文字等进行文献化并不难,然后再对这些有形的资料进行分类和归档,建立合适的数据库^[13]。这样做的目的是在遇见相关权利冲突时能够作为佐证,在公信力上得到保证。

第二,建立第四方监督保护机制。在国家(政府)、社群、开发(采集)人之外,还需要第四种力量的参与。多数情况下,社群自身的长期可持续发展至少在某种程度上依赖于这些群体利用其传统知识获取经济利益的能力,而由于资金、信息对比因素,社群与开发(采集)人之间存在交易实力的差异,社群往往处于弱势地位。虽然国家能够从制度、政策方面给予帮助与扶持,但是过多公权力的介入对于社群在当代市场经济环境下能力的提高有害无利。因此,第四种力量从国际层面上是建立有效的非政府组织(NGOs),从国内层面上是扶持社群机构的自我管理。近几年来关于如何更好保护传统文化表达,NGOs提出的设立社群登记簿就是一个很好的例子。

五、结论

虽然现代艺术和科学往往将个人成就置于集体发展之上,但传统文化表达却依然是集体协作努力的成果。传统文化表达是一个多元概念,很多根据传统文化所生产的产品可能无法实现批量生产,但它们却是个人或集体创造者根据其所处的文化环境或与这种文化环境互相影响下创作出来的。需要注意的是,传统文化表达是动态的,不是一成不变的,从本质上说,它充满活力,不断进行验证、调整和创造,其形式和内容会根据环境和社会条件的变化而变化。

综上所述,在全球经济渴望再飞跃的当今,人类对自然资源需求的不断增长,对文化生活更新的需求持续高涨,都役使人们在世界范围内寻找助力剂。传统知识以及传统文化表达对现代技术的启示,以及由此导致对传统

知识和传统文化表达的合作研发、快速创新以及公平利益的分享,在新环境下对传统知识和传统文化表达适用新思路,将成为成功与否的关键,不仅需要现有体制下完善健全相关规则,还要在国家(政府)、社群、开发(采集)人和第四方之间建立紧密地协作,形成利益共同体,为尊重社群和传统知识体系,并为人类长远利益和各种形式的创新提供养分。[13]

(作者单位:厦门大学法学院)

参考文献:

- [1] 管育鹰.传统知识及传统文化表达的法律保护问题[J].贵州师范大学学报(社会科学版),2005(2):25-29.
- [2] 乔玉光.论民族传统文化表达系统[J].内蒙古社会科学(汉文版),2000(4):38-43.
- [3] 刘魁立.从人的本质看非物质文化遗产[J].江西社会科学,2005(1):22-27.
- [4] 柴以华.非物质文化遗产的保护与经营问题研究[J].经济师,2005(10):15-21.
- [5] 崔延虎.社会文化人类视野中的非物质文化遗产保护[J].新疆师范大学学报(哲社版),2005(4):45-51.
- [6] 中国民间文化遗产抢救工程普查手册[S].北京:高等教育出版社.2003:177-183.
- [7] 吴汉东.知识产权法[M].北京:中国政法大学出版社.2004:224.
- [8] 齐爱民.现代知识产权[M].江苏:苏州大学出版社.2005:79-83.
- [9] (印)甘古力.知识产权—释放知识经济的能量[M].北京:知识产权出版社.2004:101.
- [10] Graham Dutfield.Protecting Traditional Knowledge and Folklore:A review of progress in diplomacy and policy formulation[J]. UNCTAD/ICTSD Issue Paper No.1,2003.
- [11] Cathryn A.Berryman.Toward More Universal Protection of Intangible Cultural Property[J]. Journal of Intellectual Property Law,Vol.1,No.2,1994.
- [12] Consolidated Analysis of the Legal Protection of Traditional Cultural Expressions/Expressions of Folklore. WIPO; Geneva; 2003. [EB/OL]http://www.wipo.int.
- [13] WIPO.知识产权(1998-1999):传统知识持有者的需要及期望 [Z], 2001年报告: Identifying Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders, WIPO Report on fact-finding mission on intellectual property and traditional knowledge (WIPO 2001 Report).