

非物质文化遗产的知识产权保护制度设计

李子昂

武汉工程大学法商学院, 湖北 武汉

收稿日期: 2024年4月22日; 录用日期: 2024年5月9日; 发布日期: 2024年6月19日

摘要

非遗的保护是保护人类文化多样性的重要途径之一,也是现阶段我国知识产权保护制度不断完善背景下的应有之义。目前我国虽然颁布了《非遗法》和相关《意见》,但也仅从行政法层面对非遗进行保护,在知识产权方面鲜有涉及,因此在非遗不断商业化的今天缺乏相应的可行性。在综合分析国内外非遗保护制度以及我国现行的法律制度之后,本文着重从专利权、商标权、著作权三个常见的知识产权形式进行着手,探讨我国非遗知识产权保护制度完善的可行路径,以期尽快推进非遗知识产权保护的发展。

关键词

非物质文化遗产, 知识产权保护, 制度设计

Design of Intellectual Property Protection System for Intangible Cultural Heritage

Zi'ang Li

Law and Business School of Wuhan Institute of Technology, Wuhan Hubei

Received: Apr. 22nd, 2024; accepted: May 9th, 2024; published: Jun. 19th, 2024

Abstract

The protection of intangible cultural heritage is one of the important ways to protect the cultural diversity of human beings, and it is also the due meaning under the background of the continuous improvement of China's intellectual property protection system. At present, although China has promulgated the *Law of Intangible Cultural Heritage* and the relevant *Opinions*, it only protects intangible cultural heritage from the level of administrative law, and rarely involves intellectual property rights, so it lacks the corresponding feasibility in today's continuous commercialization of intangible cultural heritage. After a comprehensive analysis of the protection system of intangible cultural heritage at home and abroad and the current legal system in China, this paper focuses

文章引用: 李子昂. 非物质文化遗产的知识产权保护制度设计[J]. 法学, 2024, 12(6): 3662-3669.

DOI: 10.12677/ojls.2024.126521

on the three common forms of intellectual property rights, patent right, trademark right and copyright, and discusses the feasible path to improve the protection system of intangible cultural heritage in China, so as to promote the development of the protection of intangible cultural heritage intellectual property as soon as possible.

Keywords

Intangible Cultural Heritage, Intellectual Property Protection, System Design

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

非物质文化遗产的保护是一项长期而艰巨的任务,自2004年我国正式加入联合国《保护非物质文化遗产公约》以来,国内正式开启了大规模的非物质文化遗产保护工作。而从法律角度来看,必不可少的就是知识产权保护,2021年8月,中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于进一步加强非物质文化遗产保护工作的意见》(以下简称《意见》)中特别提到,要综合运用著作权、商标权、专利权、地理标志等多种手段,加强非物质文化遗产知识产权保护。可以视为对我国非遗知识产权保护的一个信号和指向[1]。

如今,经济社会转型所带来的巨大改变是非物质文化遗产普遍面临的外在威胁和严峻挑战。自改革开放以来,我国的社会发生了深刻的变革,对于非物质文化遗产的保护工作进入到了“深水区”,难度增加,挑战增多[2]。加上社会风气普遍浮躁,人们急于求成的心理十分普遍。而且我国现有传承人队伍高龄化现象突出,后继乏力严重。国家级代表性传承人中,70岁以上的传承人占百分之50以上。根据中国非物质文化遗产官网的数据统计,我国目前的国家级代表传承人共计3068人(不包含台湾省),但是截至2022年1月,3068人中去世人员已超过400多人,老一辈传承人的坚守难度大,各种冲击增多,一定程度上造成传承链条的断层。此外,非遗从业者知识产权保护意识不强、对公知公用素材缺少整理汇编等问题,这也成为制约非遗传承创新的一大瓶颈。

非物质文化遗产具有着宝贵的历史价值和现实价值。但是在现代化浪潮的不断冲击之下,诸多非物质文化遗产乃至物质文化遗产都难逃消亡的命运。如何在现代化不断加快的进程中保持传统与现代的平衡,保护好这些宝贵财富,是我们这一代人必将面对的问题[3]。

研究发现,我国在2011年已经正式颁布了《中华人民共和国非物质文化遗产法》(以下简称《非遗法》),但是这部法律仅仅只是通过行政手段来引导人们对非物质文化遗产进行保护,而对于相关的知识产权保护并未做出任何规定,在具体现实的司法活动中可操作性极低。因此,在《意见》出台后,加快对于非物质文化遗产的知识产权保护已经是势在必行。

综上所述,本文将从国内外两个角度入手,首先明确我国现阶段对于非遗保护存在的问题和不足,然后对域外具有代表性的国家的非遗保护制度进行分析探讨,从而针对我国的问题提出相应的切实可行的制度设计。

2. 国内非物质文化遗产的知识产权保护现状

2.1. 我国非物质文化遗产面临的侵权问题

根据笔者在中国裁判文书网的查询结果来看,截止至2022年1月31日,共有3282件涉及非物质文

化遗产的案件，其中有 2516 件属于民事纠纷，在总共的 3000 多件案件中，有 1280 件属于侵权行为。根据笔者的归纳整理，大致可以分为以下几种：

1) 所有权、著作权等归属类侵权

以江苏省高级人民法院审理的“濮凤娟与曹新华著作权权属、侵权纠纷案”(案号(2019)苏民终 1410 号)为例。非物质文化遗产的特征之一在于其传承性，大多采用口耳相传等方式代代相传，在这个过程中必然离不开传承人的存在，而不同的传承人经过多代传承后，创作出的相似的智力成果，其权利应当如何归属，就属于这一类纠纷。

2) 剽窃、抢占类侵权

以山东省高级人民法院审理的“博兴县德仁堂大药房连锁有限公司、四川德仁堂药业连锁有限公司侵害商标权纠纷案”(案号(2021)鲁民终 872 号)为例。在当今社会，非物质文化遗产同时还具有极大的财产价值，因此，不少个人、组织正是看准这一点，通过大量的抢占或剽窃，打着非遗的名号，谋取经济利益。

3) 虚假宣传、误导类侵权

以陕西省高级人民法院审理的“李发源与中国人民政治协商会议陕西省榆林市榆阳区委员会著作权侵权纠纷案”(案号(2019)陕民终 137 号)为例。因为非遗通常具有区域性，且在长期的传承延续过程中，往往存在于偏离现代都市的地区，普及性不高，这就给了侵权者钻空子的机会，对非物质文化遗产进行虚构、包装，从而误导大众。

根据笔者统计，在中国裁判文书网上涉及到非物质文化遗产的案例仅占 0.0025%。同时到目前为止，我国对于非物质文化遗产的明确的法律保护几乎只有一部《非遗法》，而且该部法更多侧重于行政保护，使得法官在实际的司法活动中难以适用，只能更多依赖知识产权法律进行裁量[4]。由此可见，针对非物质文化遗产的法律保护，尤其是在当今社会，将非遗同知识产权相结合，完善相应的法律规范势在必行。

2.2. 我国非物质文化遗产保护现状

从上世纪末开始，我国也开始针对非物质文化遗产的保护出台了相关的法律，不仅有国家层面的法律法规，各地方政府也因地制宜制定了相关的地方性法规和地方规章。但严格地说，我国并没有真正意义上的非物质文化遗产的知识产权立法，在相应的司法实践中，更多的依赖现有的知识产权法律来解决问题。

2.2.1. 国家对于非遗的保护

在 1997 年，国务院就颁布了《传统工艺美术保护条例》，其实质就是一次用法律对工艺美术进行保护的尝试。之后，随着国家法治的不断发展和完善，司法机关也对相关制度进行了尝试和探索：最高法于 2007 年发布了《关于充分发挥知识产权审判职能作用推动社会主义文化大发展大繁荣和促进经济自主协调发展若干问题的意见》，正是这一文件为司法工作人员在实际工作中根据具体的案情和规定适用相应的法律奠定了基础。

在 2011 年，我国正式颁布《非遗法》，这部法律是我国第一部正式用法律来确认非物质文化遗产的地位并加以保护的，对于非物质文化遗产的保护和传承至关重要[5]。该部法主要规定了对非物质文化遗产的认定、保护以及宣传等制度，并且将相应的权力交给行政机关，同时给予各方面的支持，同时确认了相应的申报制度以及法律责任等，可谓是意义重大。

而从知识产权层面来看，我国主要更注重从著作权和商标权两个方面进行保护，但是仍有不足。首先从著作权方面来看，主要侧重于从保护作品本身这一方面，但是对于非物质文化遗产来说，更加注重的应该是蕴含在其中的精神追求等内在要素，而这些并不能成为著作权的保护对象[6]，因此从这一角度

来说,相关的保护制度仍需完善。

其次从商标权方面来看,我国商标权对于非物质文化遗产的保护主要从两个方面进行,其一是通过对非遗自身相关的标志等进行商标注册保护,其二则是对非遗的产品等进行注册保护。但是对于一些技术性、理念性的非遗,例如藏医药,应当保护的是这些非遗的理念知识以及技术等方面,而不能仅限于对于产品和品牌的保护[7]。

2.2.2. 地方对于非遗的保护

我国对于非物质文化遗产保护活动的兴起并不是率先从中央开始,而是从各个地方的探索尝试开始的。地方性文件最早的是2000年云南省颁布的《云南省民族民间传统文化条例》,开启了地方规定保护非物质文化遗产的先河,经过长期的发展,截止到2022年2月,已经有了35部涉及到非物质文化遗产的地方性文件。

以湖北省为例,湖北省于2012年通过了《湖北省非物质文化遗产条例》,该条例总共分为:总则、非物质文化遗产的调查和代表性名录、非物质文化遗产的传承与传播、非物质文化遗产的合理利用与发展、法律责任和附则六大部分共计56条。在《条例》中,明确规定了对于非物质文化遗产应当采取认定、记录、建档等措施进行保护,同时第4条至第10条也指出,对于非物质文化遗产的保护,应当是政府带头主导,社会各界参与[8],除此之外,县级以上政府应当因地制宜制定相应的保护规划,并且应当将非物质文化遗产的保护工作所需经费纳入财政预算,随财政收入增长而增加。不仅如此,部分地区还根据本地区具有的非物质文化遗产本身制定了相应的规定,例如《恩施土家族自治州民族文化遗产保护条例》等。虽然这些文件大多都是以行政手段进行保护,但也在一定程度上丰富了非物质文化遗产保护的形式。

2.3. 我国现行非遗知识产权保护制度存在的问题和不足

根据笔者调查的数据来看,在目前,我国一般民众对于非物质文化遗产的知识产权保护不够重视,相关的侵权事件经常发生。一方面是由于民众自身的法律意识的欠缺,另一方面在法律上也缺乏具体可行的规定。随着我国现代化进程的不断加快,市场经济不断冲击,非物质文化遗产难免被卷入资本市场,最终成为文化产品或文化产业。

我国的《非遗法》是一部行政意义的法律,更多依赖政府的公权力来保护非物质文化遗产,依靠政府机构的强制力以及各方面的支持来维持非物质文化遗产的传承。但是,在市场经济的环境下,过多的依靠行政机关,很难焕发自身的活力,从而难以长期维系[9]。总的来说,我国虽然有部分法律涉及到了非物质文化遗产的保护,但并未形成一个完整的知识产权体系。我国法律经过长期的发展和完善,已经具有了《著作权法》、《专利法》、《商标法》等多部可能涉及非物质文化遗产保护的法律文件,但就目前的非物质文化遗产种类来说仍不全面,难以囊括多种多样的非物质文化遗产类型,因此在实际操作中或多或少会存在一些缺陷和漏洞,因此就需要根据不同的非物质文化遗产自身特点来对相应的法律法规加以完善[10]。

3. 域外非遗知识产权保护制度分析

自上世纪50年代起,世界上部分国家兴起了对非物质文化遗产的发掘和抢救保护工作。2003年联合国教科文组织颁布的《保护非物质文化遗产公约》可以视为一个信号。自此以后,世界各国开始广泛的关注并保护非物质文化遗产。

3.1. 日本对于非物质文化遗产的保护

日本可以说是最早开始以法律形式对非物质文化遗产进行保护的国家,其中,《古器旧物保存法》

可谓是日本非物质文化遗产法律保护的开山之作。后续的《文化财保护法》经过多次修改，形成了如今日本非物质文化遗产的七大类保护对象，并为联合国所采纳，为世界各国的非物质文化遗产保护提供了新思路。

以 2013 年纳入人类非物质文化遗产代表作名录的和食为例，体现了日本非物质文化遗产保护体系中“举国保护，全民参与”的特点。根据笔者统计，日本在整个过程中采取的措施，大致可以分为以下几种：

(1) 扩大财政支出。根据日本财务数据显示，2016 年日本与文化相关的财政预算为 1016 亿日元，其中有 561 亿日元被用于文化遗产的继承和保护。

(2) 加大宣传力度。为了提高国民对和食文化的关注，日本政府在全国范围内广发宣传册。目前已经制作并发布的有《和食：日本的传统文化》《面向未来的和食》《和食文化的保护、维护与普及》等文件和宣传册。

(3) 在校园内加以推广宣传。通过在学校实施和食供餐，帮助学生了解和食，从而促进青少年对相关文化的理解和传承。

(4) 与媒体合作。日本每年都会定期召开相应的研讨会，并与媒体合作宣传，向大众进行普及。

除此之外，日本社会的各个阶层都对传统艺术有一定的要求，这对于非物质文化遗产的保护和传承至关重要。

3.2. 突尼斯对于非物质文化遗产的保护

突尼斯于 1889 年颁布了文学艺术产权法。经过近一个世纪以后，突尼斯成为了世界上第一个通过国内知识产权法的行使来保护民间文学艺术的国家。根据突尼斯 1994 年文学艺术产权法的规定，民间文艺属于国家遗产，任何以盈利为目的的使用必须经过国家文化部审查同意或授权并缴纳使用费。但公益和个人使用仅需获得许可。此外，在突尼斯，民间文学艺术作品的著作权保护是根据保护对象自身的特点进行保护，且时间上是永久的法律保护，不受著作权保护期限的限制。

3.3. 美国对于非物质文化遗产的保护

美国于 1996 年通过了《国家历史文物保护法》，并通过各个联邦或各个州自主立法的方式来对本国的非物质文化遗产进行保护。1976 年的《美国民俗保护法》规定在国会图书馆建立美国民俗中心来保护并传承美国民俗^[11]。

值得一提的是，美国一直主张根据本国的实际情况和非物质文化遗产本身来进行“个性化”的保护，而不应当采用统一的形式来保护。

4. 我国完善非遗知识产权保护的制度设计

正如上文所说，近年来，随着司法实践中案例的增多，不论是理论界还是实际的司法工作人员，都意识到仅仅依靠行政手段对非物质文化遗产进行保护是不够的，因此越发重视从私法的角度来探索非物质文化遗产知识产权保护的可行之道^[12]。笔者认为，根据不同类型的非物质文化遗产，可以从以下几种不同的角度加以保护。

4.1. 以著作权形式进行保护

根据我国著作权法规定，著作权法所指的作品，是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以一定形式表现的智力成果，其中就包括了民间文学作品，这就给了通过著作权形式对非物质文化遗产进行保护的可能。

以湖北省襄阳市的木版年画为例，该作品是以木板雕刻不同题材的内容，具有极高的文化价值和艺术价值。对于这类非物质文化遗产的保护，可以采用与著作权相结合的形式，通过将作品本身纳入著作权保护范畴，同时将传承人或特定的团体等作为权利人，不仅可以保证作品本身的传承，而且兼顾了权利人的人身权利和财产权利，保障权利主体的各项权利不受侵犯。

4.1.1. 权利主体的划分

根据非物质文化遗产自身的特性，通过著作权对其进行保护首先需要确定权利主体。第一种主体即为全体社会民众，以我国的传统节日为例，这种非物质文化遗产是全体人民所共同享有的，任何人即可使用，不需要单独主张权利。第二种主体则是个人主体，有些非遗的传承需要传承人在其中发挥重要的作用，那么传承人所制作出的非遗产品，就应当纳入知识产权的保护范畴之内，因此，传承人就作为权利主体享受相应的权利。第三种主体为范围性主体，某些非遗的产生、流传可能仅限于一定的区域，由此具有鲜明的地方性特征，因此可以赋予该特定地区、民族相应的权利，让他们成为该项权利的主体，才能更好的对非遗进行保护。

4.1.2. 权利内容的确定

根据我国法律规定，著作权内容包括著作人身权和著作财产权。由于非遗本身对于人民群众的依赖性，由此应当更加侧重对于著作人身权的保护。具体包括：(1) 发表权。即非遗传承人或特定区域的人民将相应的知识成果公之于众；(2) 署名权。作为非遗的保护，权利人在行使署名权时，应当明确指出该项成果的地区、民族等具有标识性的内容；(3) 修改权。有些非遗在长期的传承过程中，可能为了适应现代社会发展的需要，发生了不同程度的变化，作为权利主体的传承人有权对相应的内容进行修改；(4) 保护作品完整权。一项非遗成果，哪怕历时千年，也仍然是作为一个整体作为保护，不得随意歪曲、篡改。同时，根据我国著作权法规定，作品保护期限为作者的终生及其死后五十年，但是由于非遗自身的传承性，因此对于非遗的保护，明显不能加上期限的限制，而是应当永久保护。

4.1.3. 权利行使的限制

即使是非物质文化遗产权利人在行使权利时，也不得损害国家、社会和他人的合法权利。对于以全体人民为主体的非遗来说，任何组织或个人对其进行正当利用时，不应当受到限制或干涉，但同时也应当认识到这种非遗是全体社会成员的共同利益，自己也并不能随意行使权利。

4.2. 以专利权形式进行保护

非物质文化遗产作为劳动人民在生产生活中的伟大创造，本身就属于智力成果，自然就和专利权相适应。根据现行的专利法规定，要想取得专利，就必须具有新颖性、实用性、创造性。但是就非物质文化遗产来说，部分技术经过了长期的传承，很难再说具有新颖性，同时一些古药方等知识，如何在长期临床过程中证明其实用性都是需要考虑的问题。因此，针对这些非物质文化遗产，可以适当放宽要求，并不一定具有新颖性，只要是经过长期的传承，具有传统性、特殊性都可以考虑将其纳入专利保护之中，毕竟一项传统技艺、知识，能够传承多年流传至今就必然具有一定的价值。

以湖北省黄石市的大冶石雕为例，这是大冶市保安镇尹解元村特有的一种民间石雕艺术，极具民族文化特色。根据《专利法》的相关规定，外观设计应当具有独特性、艺术感，同时有可复制进行生产。而大冶石雕每一个作品都具有自身特色，同时借助现代科技又可以进行反复制加工走向市场，因此可以通过专利权进行保护。

4.2.1. 权利主体的认定

在众多的非物质文化遗产中，一些传统知识、传统技术是完全可以成为专利权的保护对象，那么作

为掌握这些知识或技术的主体，自然可以申请成为专利权的权利人。当一项非遗具有明确的传承人时，该传承人可以申请专利；而地区性、团体性的非遗，由于难以确定具体的人作为传承人，那么可以以组织或群体作为申请人；若是难以溯源的非遗，则可以由国家作为权利主体，以防止外国抢占。

4.2.2. 权利行使的限制

当权利人取得专利后，就对该项非遗产生了垄断性，由此可能会带来巨大的经济利益或商业价值。但是有些非遗可能在申请取得专利权之前，已经在一定的地区范围内广泛传播，那么就应当允许原来的使用者在合理的范围内继续使用，一方面以保障非遗的公益性，另一方面也在一定程度上保证了非遗的传承和扩散。

4.3. 以商标权形式进行保护

如果说以著作权形式对非物质文化遗产进行保护是一种间接保护，那么通过商标权形式对其进行保护则是直接保护。相较于著作权来说，非物质文化遗产的商标权明显具有更多的经济利益，通过商标权使得非物质文化遗产本身焕发新的活力，同时带来巨大的经济利益，同样也促进了对非物质文化遗产的保护和传承。

现行《商标法》中规定的集体商标可以很大程度上避免非物质文化遗产在传承、营利等活动过程中权利主体的认定问题[13]。同时随着非物质文化遗产的不断商业化发展，很多传统老字号也借助商标权重新成为甚至扩大了自身的知名度，同时也带来了商业价值。以湖北省武汉市的马应龙制药技艺为例，这家传承四百余年，历经十四代传承人的老字号，于2004年正式成为商务部首批认定的中华老字号。可以说通过商标权对非物质文化遗产进行保护是目前看来效益最高的一种，一方面可以通过商标轻松辨别真假，从而杜绝假冒伪劣行为的出现，另一方面商标可以通过相应的方式进行延续，使得其在非物质文化遗产的传承过程中能够提供长期有效的保护。

4.3.1. 权利主体的确定

对于商标权主体的认定，其实一定程度上可以参考专利权的取得。对于有明确个人的，由个人所有；属于特定地区、民族所有的，可以采用地理标志或者集体商标进行注册；而缺乏明确主体的，则可以动用行政力量，以当地政府或政府指定的组织等申请注册。

4.3.2. 权利行使的限制

和专利权类似，注册人在取得商标权之后，在法律许可的范围内可以自由行使权利。除此之外，商标所有权人是可以禁止他人使用，并且禁止其他人在非遗所在地以外的地区使用的。但是由于非遗自身的传承性以及传播性，如果过度的对地区外使用进行限制，将会极大程度阻碍非遗的传播和宣传。因此，商标权的权利人在行使权利时，也应当允许和支持特定地区对于非遗的合理使用。

此外，由于非遗自身的公益性和民族性以及区域性，以地理标志为商标的商标所有人不得随意转让。如果随意转让带有明确地域特征、民族特色的商标，会严重影响他人对于非遗的认识，以至于造成误解，从而丧失成为商标所必要的显著性特征。

5. 结语

非物质文化遗产作为一种宝贵的历史财富，在当今社会不仅具有丰富的历史文化价值，同时在大经济的环境下可以带来巨大的经济价值利益。随着科学技术水平的不断提高，人们对于非物质文化遗产的了解也越来越多，在日常生活中的使用和接触也不断增多，许多非物质文化遗产也逐渐走入了市场。在国际上，非物质文化遗产越来越成为综合国力竞争和增强文化自信的重要组成，因此也受到了不少人

的觊觎,因而,加强对于非物质文化遗产的知识产权保护就显得愈发重要,就目前来讲,我国的《非遗法》并不能给众多非物质文化遗产提供全面的保护。为此,本文从知识产权方面,浅析了通过不同方式保护非物质文化遗产的可能性和问题,希望能够对于改善非物质文化遗产欠缺知识产权保护的现状起到一定的积极作用。

参考文献

- [1] 陈庆云. 非物质文化遗产保护法律问题研究[J]. 中央民族大学学报, 2006(1): 40-44.
- [2] 冯晓青. 非物质文化遗产与知识产权保护[J]. 知识产权, 2010(5): 15-23.
- [3] 孔晓玉. 非物质文化遗产的知识产权保护研究——论我国非物质文化遗产知识产权制度的构建[D]: [硕士学位论文]. 西安: 西北大学, 2008.
- [4] 杨莹. 知识产权制度在非遗保护中的作用研究[J]. 淮南职业技术学院学报, 2020, 20(2): 141-142.
- [5] 陈育. 非物质文化遗产的知识产权保护[D]: [硕士学位论文]. 扬州: 扬州大学, 2010.
- [6] 王云霞. 《保护非物质文化遗产公约》重要精神及其对完善中国非遗法治建设的启示[J]. 中国非物质文化遗产, 2011(2): 6-11.
- [7] 王文章, 陈飞龙. 非物质文化遗产保护与国家文化发展战略[J]. 求是, 2007(17): 46-49.
- [8] 刘倩. 马克思主义文化观视野中的中国非物质文化遗产保护与传承[D]: [博士学位论文]. 广州: 华南理工大学, 2019.
- [9] 吴磊. 我国少数民族非物质文化遗产政策研究[D]: [博士学位论文]. 北京: 中央民族大学, 2012.
- [10] 张颖颖. 从“泥人张第六代传人”之争看非物质文化遗产传承人的法律地位[J]. 法制与社会, 2012(1): 64+66.
- [11] 尚书成. 非物质文化遗产的知识产权保护研究[D]: [硕士学位论文]. 哈尔滨: 黑龙江大学, 2014.
- [12] 王萍, 屠海燕. 试论非物质文化遗产的知识产权属性[C]//新疆标准化论文集. 北京: 《中国标准化》杂志社有限公司, 2021: 150-152.
- [13] 杨小飞. 文化遗产保护立法的知与行[J]. 人民论坛, 2021(2): 105-107.