

论非物质文化遗产数字化中的财产权： 确权、类型与法律适用

覃榆翔

(中国政法大学民商经济法学院, 北京 100088)

[摘要] 非遗的数字化保存、传播与发展对推动中华优秀传统文化的传承具有深远意义,但由于目前非遗的数字化存在权利归属不清、法律关系交织复杂的现实积弊,未能激发政府之外的主体推动非遗数字化的动力。因非遗的数字化具有将非遗的公益属性转向私益之效用,为非遗数字化财产权的证立提供了相应的法理基础。基于非遗数字化生成财产利益的逻辑构造,勾勒出非遗技术型财产权与成果型财产权二分的权利类型,前者适配专利法等知识产权法,后者配适著作权法,从而构建非遗数字化财产权的权利体系,保障利益相关主体的合法利益。同时,为统一协调非遗数字化中复杂的权利关系,提升利益协调的效率,强化非遗数字化的流程管理,需要建构非遗数字化集体管理制度,藉此消释非遗的传承保护与非遗数字化私法确权的扞格,促进非遗的保护传承与发展。

[关键词] 非物质文化遗产; 数字化; 财产权; 私法确权; 法律保护

[中图分类号] DF5

[文献标识码] A

[文章编号] 1671-6973(2023)03-0014-13

《“十四五”非物质文化遗产保护规划》明确要实现非物质文化遗产(下文简称“非遗”)的保护、传承与数字化产业的深度融合,多省市相继出台的非遗保护条例或指导性文件均强调要对非遗数字化形成有效的利用和有力的保护。^①在科技赋能文化发展的数字化时代,通过数字化技术保护、传承与发展非遗具有深刻意义和重大价值。现阶段,非遗的数字化缺乏民间主体的力量,这或许是缺乏财产权制度的保护,易引发非遗数字化的“公地悲剧”所致。因此,就目前的研究而言,对于非遗数字化的讨论与研究不应只着墨于通过数字化技术的非遗保护与传播,^②更需要将目光放到对非遗数字化本身所含利益的保护上。

申言之,在非遗数字化的过程中,对于非遗数字化利益相关者之权益,是否有必要构建起财产权的保护路径,若确有实践价值,如何对其进行权利的类型化并配之以有效的法律制度供给,便是

[收稿日期] 2023-03-10

[作者简介] 覃榆翔(1996—),男,广西河池人,中国政法大学民商经济法学院博士研究生,主要研究方向为民商法、知识产权法、财税法等。

^① 比如,《广西壮族自治区非物质文化遗产保护条例》《北京市非物质文化遗产条例》《2021年青海省非物质文化遗产保护工作要点》等。

^② 截止至2022年4月18日,以“非物质文化遗产”与“数字化”作为主题词在中国知网中搜索,收录于核心期刊、中文社会科学引文索引目录期刊的文章共有244篇。这些研究主要是围绕非遗保护、数字化技术、数字化传承、数字化保护、数字博物馆的建设等主题展开的。

值得深究的问题。虽然笔者曾认为,对于非遗数字化成果可从著作权法中获致制度保护的基础,^[1]但非遗数字化的生成过程涵括着复杂的权利类型,著作权法或许独木难支,且在技术发展日新月异的今天,非遗数字化不仅指作为呈现内容的非遗数字化成果,^[2]¹⁹亦应当包括虚拟现实、沉浸式场景等表现形式及其技术方案。值得特别注意的是,若罔顾非遗公益属性之本质,径直适用现行法律体系予以保护,难免会发生制度供给不足之窘境。因此,在《非物质文化遗产法》(下文简称《非遗法》)面临修改之际,亟需在对非遗数字化权利予以类型化的基础上,根据其权利构造的特殊性,因应非遗本身的特殊性适配相应的法律规范,使得非遗数字化权利进入全方位保护的時代,形成政府调控和市场机制协同并存,政府力量和民间力量共同推进的非遗数字化格局,实现《国民经济和社会发展规划第十四个五年规划和2035年远景目标纲要》既定的非遗系统性保护的重要目标,推动中华优秀传统文化的创造性转化、创新性发展。

一、确权之于非遗数字化的基础前提

(一)非遗数字化所涉利益属性的分野

联合国教科文组织所通过的《保护非物质文化遗产公约》(以下简称“《公约》”)在公权力层面强调缔约国对非遗保护的职责。我国作为缔约国之一,在2011年通过的《非遗法》承继了《公约》的保护模式:《非遗法》第三条、第六条、第七条等条文规定了国家在非遗保护和传承工作中的主导地位,并由国务院文化主管部门、地方政府共同承担保护和传承非遗的具体职责,在这个层面上来说,《非遗法》作为行政法的公法定位是明确的。^[3]因此,在我国,对非遗的保护传承更多是依赖于国家和地方政府,这亦是对《宪法》第二十二条第二款和第一百一十九条所规定的国家、民族自治机关对中华文化保护、发展和传承任务的具体落实。

文化权作为一项基本权利在《宪法》的第四十七条中得以明确,其通常被认为是对非遗使用、传播和共享进行法律规制的基本理论依据。^[2]³⁶非遗孕育、传承和发展于民众的社会生产生活,是一定群体社会生产生活中的精神结晶,更是一种群体文化信息利益的表达,^[4]作为特定群体文化权的客体而具有鲜明的社会属性。有鉴于此,非遗作为一项公共利益(公益)的存在而以公法的模式加以保护具有其合理性与合法性基础。

非遗的数字化实则是将非遗文化信息的载体由原先的物质或非物质的形式转化为数字载体,其只对文化信息的载体做改变,而不改变文化信息的本真性。文化权的权利人并未因此受到干预和改变,只是文化权的具体行使方式发生了更迭,非遗公益的本质属性依然存在,不过,由于数字化技术的介入,使得非遗的数字化具备配置私益属性的应然归宿。当非遗以数字化的形式存在时,因数字化所蕴涵的劳动工序和劳动价值使得数字化后的非遗产生相应的财产价值,由此具备了私的利益(私益)属性,数字化者的私益得以明确。^[5]由此可见,非遗资源的数字化开发和利用具备“公益”与“私益”并存的法律属性,^[6]进而由公法与私法规范形成规制与保护的规范体系便有了法理基础。

值得注意的是,即便非遗的数字化存在由私法提供保护的私益,但囿于非遗公益属性的定位,非遗的保护传承仍需以公益为依归,故而,对非遗的数字化应当是有利于非遗的保护、传承与发展。譬如,《非遗法》第十三条的公开性要求和非遗数字化者对非遗的文化秘密、文化敏感信息等的尊重和保密义务皆为亦然。简而言之,非遗数字化者因私益而产生的权利受到非遗公益属性的限制,在制度规范上,《非遗法》第十五条和第十六条可作为非遗数字化者的主体限制和行为规制的规范依据。

(二)尊重非遗权利主体的在先权利

由于非遗公益属性的本质,其往往被视为公共产品而无须对权利人做出清晰界定。但是,非遗亦是一个群体民族文化实践活动的结果,其需要传承者对非遗实施保护、传承和再创造的活动,可以说,非遗的活态传承和可持续性保护须依仗于传承者,乃至其一代又一代的传承者才能得以完成,^[7]而这也正是《非遗法》确立以代表性传承人为核心传承制度的立法初衷。在这其间,传承者自当享有因保护、传承、传播非遗而产生的相关利益,^[8]倘若发生非遗被不正当利用,传承人有权制止该行为并要求相应的损害赔偿,因此,需要赋予非遗传承者相应的权利以保障非遗的保护、传承和发展。但是,由于非遗类型的多样性,非遗的权利人并非是显而易见的。知识性非遗的传承人(权利人)可以得到明确的界定,但对于文化性非遗,比如民俗、节庆等文化活动,如果其传承人是一个民族群体,此时权利人则为一个群体,若是难以确定传承人的,则可根据利益享有理论,将对非遗承担保护义务的国家部门、地方政府视为非遗的权利主体。^[9]

在明确了非遗的权利人之后,基于非遗权利人对非遗保护传承的决定性地位,同时,囿于非遗的数字化亦是非遗权利人对非遗利用的一种方式,因此,非遗数字化权利人要想对非遗进行数字化享有财产权利,首先要取得非遗权利人的许可。结合我国现行法的规定,《非遗法》第十六条规定需要事先征得调查对象的同意才能对非遗进行数字化记录、保存与传播,此可作为许可规则的雏形。在许可规则下,非遗数字化者有义务将数字化的方式、风险等告知非遗权利人,使其能够对数字化传播中相关风险进行把控,避免因数字化、商品化而给非遗权利人带来损害,维护非遗的可持续性保护。若未经非遗权利人同意的数字化行为,非遗数字化者将承担相应的侵权责任自不待言,但是具体侵权责任的认定、损害赔偿的计算,端视侵权的类型而定。

众所周知,从非遗活态性保护和传承的角度来说,为避免出现因资金不足、活力减少、声誉下降而导致传承人无力实施对非遗的保护与传承,甚至是发生后继无人的结果,非遗数字化者通过非遗的数字化而获得的利益须通过一定的机制与非遗权利人共享。正如《知识产权强国建设纲要(2021—2035年)》指出,“要加强遗传资源、传统知识、民间文艺等获取和惠益分享制度建设……”,以此实现分配正义,促进非遗权利人与非遗数字化者之间形成利益分配的帕累托最优。在惠益分享制度下,非遗数字化者在征得非遗权利人同意时,需与非遗权利人订立具有惠益分享条款的合同,按照一定比例与非遗权利人分享所得之经济利益。若合同中没有惠益分享条款,非遗权利人可依据《民法典》第一百五十一条之规定行使对合同的撤销权。其合理性在于,非遗数字化者一般是具有信息优势的商事主体,相较而言,非遗权利人则处于信息不对称的一方,如果二者之间所成立的合同欠缺惠益分享条款,将导致利益分配的显失公平^[10]——非遗数字化者通过非遗的商业化获取利润,与之相反,非遗权利人的传承、传播活动的实益却愈发削弱,进而损及非遗权利人的相应利益,有损非遗的代际传承和活性传承。

2011年最高人民法院曾发布的《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》(法发〔2011〕18号)第九条就指出,“非物质文化遗产利用者应尽可能取得保存者、提供者、持有者或者相关保护部门的知情同意,并以适当方式与其分享使用利益。”但该文件只是起了指导性作用,而在数字化时代亟需立足于对非遗权利主体尊重的理念引导,对非遗数字化者与非遗权利人之间的权义关系作出妥当的制度安排。

二、确权之于非遗数字化的价值效用

从目前的非遗数字化格局来看,虽然我国非遗数字化的进程多是由政府和事业单位在主导——财政部、文化和旅游部 2021 年出台的《国家非物质文化遗产保护资金管理办法》规定国家设立专项资金以落实非遗的具体保护工作;该文件的第六条规定,专项资金中的“组织管理费”用于非遗保护工作和管理工作所发生的支出,明确将数据库建设的支出涵盖在内;而第七条规定的“保护补助费”则主要是用于国家级非遗保护性活动中所发生的支出。但随着数字经济的到来,市场主体的活力得到进一步激发,前述格局将发生根本性的改变。正如《关于促进文化和科技深度融合的指导意见》所言,要形成具有品牌效应、竞争力强的文化企业,作为文化与科技深度融合与高质量发展的引擎。2020 年在国内就涌现出一大批以非遗资源的数字化为内容的商业模式,比如,广西旅发科技有限公司的“广西游直通车项目”、咪咕文化科技有限公司的“基于 5G 传输及 4K 超高清编码采集技术的演艺直播模式创新”、上海国际文化装备产业园管理有限公司的“‘遇见中国’数字科技艺术特展”、湖南一二三零一旅游服务有限公司的“‘锦绣潇湘·金牌解说’云平台”等等。由此可见,非遗的数字化工程将由政府发力转向政府和企业共同推进的发展格局。

基于非遗公益的本质属性,需要站在利于民族延续、文脉传承的立场实施对非遗的保护与传播,但道德的要求与具体措施的经济成本之间形成的张力,将会不可避免地导致非遗数字化“公地悲剧”的发生。^[11]易言之,囿于非遗公益属性的要求,若就此认为不应对非遗的数字化权益赋予排他性特质,将挫伤数字化利益相关者技术创新、变革的积极性,不利于非遗数字化的进一步推进,更不利于非遗的可持续发展。

非遗的数字化记录、保存、传播与传统的保护传承方式迥异,后者主要依赖于对非遗传承人的社会地位、技术传承、资金资助、商业推广等方面的支持来完成,而基于非遗传承人自身的道德约束、历史责任感,依靠传统方式所进行的保护与传承,其投入与产出之间的差距并不会构成巨大风险,唯依赖于国家资金落实具体举措足矣。但是,非遗的数字化更注重技术的研发和创新,前期资本的投入不可小觑,而后期的利益实现环节也并非可控,既有可能迎合市场需求实现利益创收,亦有可能供不迎求,与市场失之交臂,因而,尤其是在 Web3.0 时代下更需要注重对非遗数字化财产权的确立与保护。

非遗数字化财产权的确立助益于权利主体形成一个合理的预期与期待,^[12]在确权的前提下,无论是政府、事业单位,还是作为市场主体的企业,甚或是个体用户,在其作为非遗数字化者时,通过财产权的排他性利用、自由性处分,防止损及非遗数字化不正当行为的发生,并可以通过法律获得相应的救济。此外,确权能够大大激发权利主体的积极性、提高资源的利用效率,由此形成技术革新和数字化资源再创造的生产性激励,实现非遗数字化技术的社会化生产,藉此推进非遗社会价值和经济效用的进一步实现,而这也正是非遗数字化财产权得以确立的制度诱因,更是落实非遗数字化工程的制度支持和法律回应。

财产权作为法律的一种技术工具,其以财产利益为内容,直接体现财产利益,系以财产利益的分配为效用价值的利益分配工具。^[13]通过确立非遗数字化者对非遗数字化中的财产权益以财产权的状态享有,将可以明确权利的归属、内容,非遗数字化的财产利益价值才能通过权利行使的方式得以彰显。以财产权构建非遗数字化者对非遗数字化利益享有的权利体系,藉此形成权利的交易和重新组合的市场,^[14]并通过市场的交换行为实现非遗数字化无形财产的交换价值,由此,财产权

人对非遗数字化财产利益的专有权将转化为权利人在相关市场的竞争优势,进而使得财产权人对非遗数字化的前期投入得以通过市场机制完成成本向收益的转化,助益于非遗数字化财产性资源的再生成和再利用。^[15]

三、非遗数字化财产权的具体类型

(一)非遗数字化财产权的生成理路

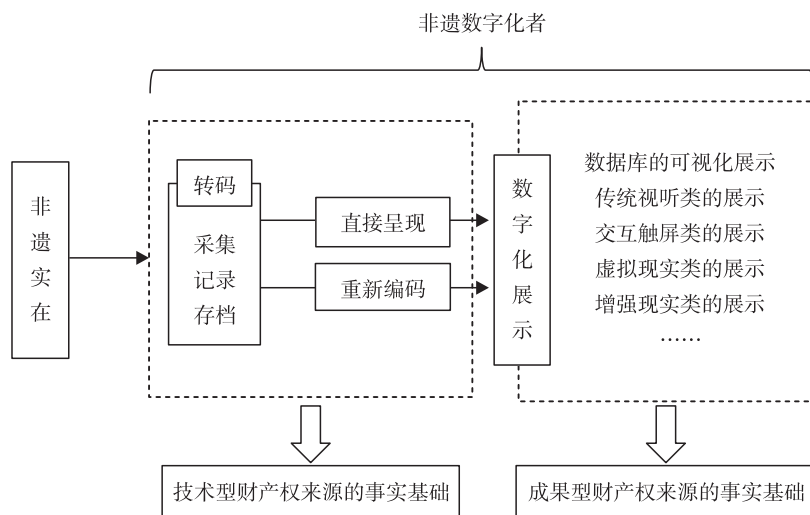


图1 非遗数字化财产权生成的逻辑图

从技术的角度来说,非遗的数字化是将知识类、文化类的非遗原生形态(非遗实在)通过数字化技术(比如录音、录像、3D建模、动作捕捉等)进行采集、记录和存档,而后利用计算机系统将所获取的数字信息转换成数字编码,并通过直接呈现或者经由数字化者技术处理形成新的编码后,以数据库的可视化、传统视听、交互触屏、增强现实、虚拟现实等技术手段转化成可再现、可再生、可共享的数字形态,实现二维、三维甚至多维的非遗数字化展示。^[16]

在文化传播研究范式上,斯图亚特·霍尔的“编码—转码”理论旨在剖析文化作为符号在传递过程中发生效用价值的结构。^[17]基于此,非遗对受众的价值效用可通过“编码—转码”理论予以解构,从而获得数字化的非遗于非遗受众、非遗数字化者价值效用所在的理论透视,为聚焦非遗数字化财产性利益的证成提供理论准备。非遗作为一种文化的表现形式,其由客观本体和精神内涵组成。所谓的客观本体,是可视化的各种外在表现形式,根据其内涵的不同,又可界分为文化性或知识性的客观本体;^[18]¹⁵精神内涵是非遗所蕴含的精神价值、思维方式、想象力和文化意识,其所产生的凝聚力将促使人们在思想上形成价值共识,在观念上形成身份归属和文化认同。客观本体是精神内涵的载体,精神内涵是客观本体存在的本质属性,亦是非遗本真性的集中体现,因此,精神内涵是否能够得到同质化的存储与表达、能否在数字化中勾勒出非遗的本来样态,是非遗数字化的关键所在。

对非遗在理解上的编码与转码,其实质是将非遗实在转化为文化的符号表达,其中,非遗数字化者通过对现有的非遗文化表达所蕴涵的文化与知识意涵的理解,提炼出相应的文化因子和知识因子形成数字编码,并通过转码转化为数字化的文化符号表达,而非遗数字化的受众也正是在此基础上通过对文化符号表达的解码,才得以形成对非遗数字化形态精神内涵的理解。由此可知,非遗数字化本真性的保持,与数字化形态中所蕴含的文化因子与知识因子的原真性程度有关,而文化因

子与知识因子的保持,则由数字化技术对非遗介入的形式与程度所决定。由此,依数字化技术与非遗的融合程度,可将非遗数字化分为“记录”“加工”“优化”和“重组”四个层次,随着融合程度的提升,非遗数字化所表达的文化价值业已与非遗实在有所增益。^[1]

简而言之,经过数字化技术的介入,非遗的数字化将使得非遗以崭新的形态表现出来,非遗数字化者改变了非遗实在与非遗受众之间的文化传播结构,拓展了非遗的传播面和符号意义,相较于非遗实在而言,数字化的非遗对非遗受众形成了迥异的价值效用,而这一切实则是非遗数字化者的智力、劳动、技术等要素投入的结果,由此揭示出非遗的数字化形态不仅是一种非遗保护和传播的方式,更是可以作为一种生产要素得以存在,这就为非遗的数字化提供财产权法律制度的保护奠定法理基础。详言之,非遗的数字化过程可以分为两个过程,第一个是非遗数字化者利用数字化技术将非遗实在转变为数字信息的过程;第二个是通过数字化技术将非遗的数字编码呈现为可视化的数字表达。这两个过程均能为非遗数字化者带来一定的经济效用,并由此取得相关市场的竞争权益,退一步说,即便经济效用不来源于市场,亦能由国家或地方政府的资金支持转化而来,于此,非遗数字化的财产价值得以显现。在第一个过程中,如果非遗数字化者将所采集的非遗数字化信息进行深入的改造,使得最终呈现在非遗受众面前的非遗数字化展示具有“加工”及以上的品级,也即属于“重新编码”的过程,其中所运用的技术方案将可以命名为“非遗数字化的技术型财产权”,而形成这一技术方案数字化者享有该权利的归属,谓之“非遗数字化技术创造者”。由于第二个过程是非遗数字化最终内容的呈现,因而可将其作为“非遗数字化的成果型财产权”,而创作这一可视化表达形式的非遗数字化者谓之“非遗数字化成果创作者”。该二者唯有在非遗数字化者运用自己所生产的技术形成的非遗数字化表达时,才发生主体的同一,但通常而言,对于利用他人之现有技术生成非遗数字化成果的主体而言,其是通过合同之债才得以从非遗数字化技术创造者之处获得对非遗数字化技术利用的权利。

同属于财产权,非遗数字化技术型财产权和非遗数字化成果型财产权均具有以下两点表征:第一,具备有用性(使用价值),第二,具有可交换性(交换价值),^[19]而价值的生成是技术劳动付出的结果,价值的享有与交换则是排他性支配权行使的结果。因此,为一探这两种财产权的具体构造,需对非遗数字化者在非遗数字化技术和非遗数字化成果的形成中所投入的劳动价值,以及是否具备使用价值和交换价值做具体的分析。

(二)非遗数字化中的技术型财产权

非遗的数字化实际上由非遗数字化技术处理和非遗数字化展示两个部分组成。其中,非遗的数字化技术是数字化展示形态得以形成的技术前提,其主要是将非遗的历史、人文、环境、地理等本真性元素进行系统编码,然后转化为数字信息进行存储,以扩大现实环境承载文化内涵的物理空间,提高现实环境承载文化内涵的能力,实现非遗传承的本真性、整体性和时代性。而通过数字化技术实现非遗数字化的途径有两种:第一种是通过现有技术实现非遗的数字化展示,由此形成的非遗数字化展示属于“记录”品级;第二种是根据非遗的文化和知识元素之特性,以非遗的本真性表达为核心,在对现有数字化技术进行相应改造的基础上而为之的非遗数字化,由此形成的非遗数字化展示依据改造程度的递增依次归属于“加工”及以上的品级。

第一种非遗数字化技术的使用是非遗数字化的初级水平,其实质是将现有的数字化技术搬移到非遗场域,由此形成非遗的数字化表达。典型的例子如通过图像、视频、音频等数字化技术对非

遗实施抢救性记录和留存、对传承人具体信息的记录、对非遗进行三维扫描的采集等等。在此过程中,非遗数字化技术使用者只是依据现有技术本身使用的流程而为的非遗数字化,其中并未含有具有劳动价值的技术改造。

然而,对于第二种非遗数字化技术的使用而言,非遗数字化者将成为具有法律意义的非遗数字化技术创造者,由此享有相应的非遗数字化技术型财产权。具体而言,非遗数字化者此时不再是依据现有数字化技术的使用对非遗进行数字化记录和传播,而是依据非遗本身的文化、知识元素,将现有数字化技术与非遗进行深层次的融合,在资源与媒介、内容与技术之间搭建起新的桥梁,重组、优化非遗的内在信息与知识元素,以实现非遗的本真性记录 and 高效传播。比如,针对清明上河图散点透视的空间特点,非遗数字化技术创造者研发出具有独创性的三位布局恢复算法和虚拟环境组织方法;^[20]为展现非遗文化元素的整体性表达,通过三维技术、动作捕捉等数字化技术的综合运用,形成场景重建、叙述性故事等多元素组合的特定技术方案等等,尤其是在“元宇宙”的场域下,非遗数字化技术创造者更需要通过多种技术的独特性组合和改进,形成具有实用性并能够改进现有技术问题的技术方案。

如此一来,基于非遗的文化与知识元素的重新组合而形成的具有新颖性的非遗数字化保存与传播技术,其实质是凝结了数字化技术者的智力劳动,体现了一定的经济价值,亦即,非遗数字化者既可以通过将技术许可给他人使用而获得相应的经济对价,亦可以通过对该技术的直接利用获得相应的商业利益。由此可见,在第二种非遗数字化的情境下,非遗数字化者对该技术享有财产权的权能,与此同时,由于该技术方案是以非遗的资源信息为主体内容的,由此将导致非遗数字化者的技术型财产权受到非遗公益属性的制约,以及非遗权利人在先权利的限制,遂而在一定程度上弱化了支配权能的排他性。具体就体现在,未经非遗权利人的允许,其他人不得以该技术从事具体的活动,除非为非遗的本真性采集、记录和存档而不得不使用、改进该技术。

(三)非遗数字化中的成果型财产权

经由非遗数字化技术进而实现非遗的数字化展现是以数字产品为载体,将非遗实在转化为可视化的数字信息形态的总称。根据数字产品的呈现方式的不同,数字化展示形态可以分为数据库的可视化展示、传统视听类的展示等等,而由于基础数字化技术的不同,对于相同的非遗实在亦可能形成不同的数字化展示形式,比如对于剪纸技术而言,通过数据库的存储而展现出来的数字化形态可能只是静态的剪纸技术特征的表达或剪纸形态的图像表达,而若是通过虚拟现实或增强现实技术则可以让受众以游戏参与者的身份加入到“严肃游戏”之中,进而获得沉浸式的体验。

从非遗数字化表达形成的技术逻辑来看,利用非遗数字化技术生成非遗数字化展示内容之主体并非仅是非遗数字化技术创造者,还可能是其他非遗数字化者,比如作为软件使用者的个体用户在平台上创作出以非遗为内容的视听作品(比如在快手、哔哩哔哩、微信视频号等数字自媒体平台创作以非遗为内容的视频),此时,该视听作品的权利人是创作该内容的用户,而与技术的创造者无关,但不排除基于转让协议由软件的运营方(通常是技术的创造者)享有作品权利的情形。

从文化的传播机制来看,非遗的数字化展现其实是将非遗的文化元素和知识元素转化为数字符号的组合或称编码,并通过新视觉的符号传递非遗文化和知识信息,从而形成具有非遗数字化特质的符号形态和符号意义,由此构成具有特定意义的非遗数字化表达形式。而非遗数字化的受众则是以自身所处的客观环境和知识背景为基础,对该特定意义的数字化表达形式加以理解,进而形

成自己对数字化非遗的内在认识,亦即非遗受众对非遗的理解是在根据非遗数字化符号的组合(编码)进行解码的基础上所形成的。其间,非遗受众对非遗文化的信息解码是根据非遗数字化者的二次编码所进行的,而基于数字化表达所呈现的多语态描述特性,则丰富了受众的解码内容。根据“编码—转码”理论,非遗数字化者基于对非遗知识和文化元素的理解,形成第一次编码,在此基础上,出于满足更大范围受众需求的需要,非遗数字化者会结合当代流行范式,对非遗元素进行选择提取和特殊性改造,进而形成基于当代审美取向的内容表达。

从中可以看出,无论是基于何种情形,非遗文化信息经过非遗数字化者的二次编码,当其在一种虚拟的空间中以数字符号予以呈现的时候,将获得非遗数字化成果的法律地位,且其中所蕴含的非遗文化与知识内涵已经由非遗数字化者扩充。由是以观,非遗数字化者通过相应的技术劳动,增益了非遗数字化展示形式中非遗符号的意义,甚至是重构了非遗文化元素的知识体系,由此将能够吸引相应的受众群体,产生一定的市场价值,其财产权特性得以彰显,而该非遗数字化者将获得法律意义上的非遗数字化成果创作者的地位。

与技术型财产权利相同,成果型财产权利同样受到非遗公益属性的影响。有观点就认为,非遗数字化成果的创作者不能获得产权,甚至是专属权。^{[2]252}但是,从非遗数字化展示形态所能够创造的市场价值和通过流转能够获得对价的角度来看,以非遗的公益属性完全排除成果型财产权的观点是不符合激励效用理论的,而且将非遗数字化成果推向公有领域的结果,则会引诱公地悲剧的发生并导致非遗传承的失真。

四、非遗数字化财产权的法律适用

《非遗法》将涉及非遗使用和利用中产生的民事权利的保护明确指向了知识产权法的运用,它不仅明确了保护非遗私法模式建构的法律依据,也对知识产权法的实践运用提出了新的理论要求和完善方向。依据《民法典》第一百二十三条之规定,知识产权是权利人对作品、发明和商业秘密等具有无形劳动价值客体的专有权。由于非遗数字化财产权的客体与知识产权客体的特质符合,故而可以将知识产权法作为非遗数字化财产权保护的制度进路。

(一)技术型财产权利:知识产权法律制度的综合运用

正如上文所言,依据数字化技术与非遗融合程度的不同,非遗数字化的技术层次亦有不同,若只是利用现有技术形成非遗数字化展示,非遗数字化者难以被赋予技术型财产权,正如有论者言,此时对非遗进行数字化而作出的技术方案与数字化技术方案本身的专利保护规则或无差异,无须加以区分。^[21]此种情形下,如若是面对濒危的非遗而必须使用他人非开放性许可的技术专利完成的非遗数字化,可以适用《专利法》第五十四条所规定的为了公共利益目的的强制许可,即便没有专利权人的同意,在向专利权人支付一定的使用费后,技术利用者便可实施相应的非遗数字化。

当然,若针对非遗的文化和知识元素之特性,为非遗的本真性传播或高效优质的传播而提出的新技术方案,该技术方案将作为非遗数字化者的技术型财产权利而存在。由于该技术型财产权是一种以无形财产作为客体的权利,基于不同法律对权利效力范围规制的不同,技术型财产权可以有两种样态:第一是具有法律保护的物理垄断性,但却没有法律垄断性,此时该技术方案可作为商业秘密而得到保护,非遗数字化技术创造者对技术方案控制和使用的排他性以他人不以非正当目的获取该技术为前提,此时便需要技术掌握者付出较大的成本对该技术实施保密措施。第二是具有

法律上的垄断性,并且具有许可的权力,此即非遗数字化技术创造者对该技术型财产权享有专利权,^[22]但若是合同对财产权利的分配有约定的,则从其约定。

施以专利权的保护需要非遗数字化技术创造者向专利管理行政部门申请,若不申请,可依技术本身的特性和权利人自身的需求适配与商业秘密保护有关的法律,以实现非遗数字化私益的最大化与非遗公益属性定位的平衡。

具言之,非遗数字化技术型财产权利的客体是基于非遗数字化技术创造者的智力劳动而产生的技术或程序,其是非遗数字化展示得以产生的前置条件,是衔接非遗实在与非遗数字化展示的“桥梁”。技术专利法律制度是一种科技鼓励制度,其存在的意义就是将能够推动社会生产的技术向社会公开,而作为对价,使用该专利技术的使用者应当向专利权人支付一定的使用费。从非遗的保护与传承的角度来看,对非遗数字化技术型财产权施以技术专利法律制度的保护,公开非遗数字化的技术方案并向技术专利人支付一定的使用费,这与非遗的公益定位具有内在的契合性,更是非遗公益属性的内在要求。但是,专利权的取得要求技术方案符合新颖性、创造性、实用性的特征,而对于部分非遗数字化技术而言,由于其通常是根据现有数字化技术改进而来的,在创造性上或缺乏显著性,难以被赋予专利权,此时,可以退而求其次,寻求以保密性、新颖性和实用性为保护标准的商业秘密保护法律制度,^[23]比如以《反不正当竞争法》等作为技术保护的法律适用路径。当然,由于保护商业秘密的法律制度只保护技术的物理垄断,因此,其他人通过自行研发、反向工程、公开场合观察等行为掌握该数字化技术并将其投之于商业领域时,原权利人也无权干预。

诚然,技术型财产权利的客体除了技术方案外,亦可包括计算机程序在内,比如作为“沉浸式”场景技术基础的计算机程序或者依附于代码的算法,将由《著作权法》与《计算机软件保护条例》形成保护,而如若是能够形成具有算法特征的技术方案,则可以交由专利法形成保护,但如果其难以符合专利的“三性”特征,则可由保护商业秘密的法律制度予以兜底。在权利保护的始点上,除了专利法的保护需要经过申请并批准以外,其他法律制度对权利展开的保护均是非遗数字化技术创造者将该非遗数字化技术创造完毕后即刻开始。

值得注意的是,基于非遗数字化技术系以私人的财产权和公有的财产权共存为本质的,因此适用现有的法律框架时应当作出适当的调整。在适用《专利法》之场域,专利申请人在申请专利的时候,需要根据《专利法》第二十六条第五款的规定,提交非遗权利人许可合同,或者能够证明已获得非遗权利人知情同意与惠益分享条款存在的证明材料,^{[18]31}并由接受申请的机关对许可合同中惠益分享条款的合法性做审查,但不宜做合理性审查;在专利的实施上,其排他性相比于一般专利而言更弱,具体体现在,强制许可的门槛较为宽松,即对于保护、传承濒危非遗而利用已获得专利的非遗数字化技术时,亦无须通过非遗数字化技术创造者的许可;在专利信息公示上,由于专利技术特征包括依据非遗特性而做出的技术改进,由此就可能涉及到对非遗权利人隐私、非遗中的文化或知识秘密的公示,对此需要寻求技术特征公开与非遗保护二者之间最佳平衡的解决方案。在《著作权法》《计算机软件保护条例》适用之场域,最主要的是权利的保护期应当与《专利法》保持一致,同时,为保持与技术权利保护的同质性,应当增设强制许可制度,并协调其与合理使用和法定许可制度的相互关系。

(二)成果型财产权利:著作权法律制度的适配与因应

依据智力成果所含独创性程度不同,著作权法对智力成果的保护由以下两个路径构成:第一层

次是针对具有独创性表达的智力成果,即将该成果作为作品而赋予作者著作权的保护模式;第二层次是赋予传播不具备独创性而区别于作品但又具有思想之外在表达形式的传播者以“著作权有关的权益”,即邻接权的保护模式。^[1]

现行的《著作权法》,既实现了将非典型虚拟数字作品纳入著作权保护客体范畴的可行性,也使得数字作品的复制权、演绎权及向公众传播权延伸到虚拟空间,这就为著作权法对非遗数字化成果型财产权展开法律保护提供了制度空间。结合非遗数字化成果型财产权利的样态来看,非遗数字化成果型财产权利是以非遗数字化的展示内容为权利客体。经由上文所述的文化传播机制可知,非遗的数字化展示的内容实质是将非遗的文化和知识元素转化为数字化符号的表达形式,此时的非遗数字化符号不仅蕴含着非遗的文化和知识元素的因子,还包括了非遗数字化者加入其中的理解与信息的扩充,进而使得非遗数字化展示的受众从数字化非遗符号中得到多于非遗活态性传承的文化和知识信息。于是,通过非遗数字化者所增益的这部分信息便是独创性作品属性的集中体现,此时非遗数字化展示创作者的法律地位相当于著作权法上的作者,对该非遗数字化展示(成果)享有著作权。比如,在编排上具有独创性的非遗数据库可以受到著作权法的保护;^{[18]24}在虚拟现实、增强现实等展示形态中,能够以独创性的数字化表达方式展示非遗形态的动态与静态相结合的画面,或者能够以视觉、听觉和触觉等多感官的调动形成确定的故事叙事场景,亦可受著作权法的保护。

对于并未构成作品的成果型财产权而言,非遗数字化者亦可被赋予源自著作权法的邻接权。虽有论者将此种类型的数字化看作是一般的复制行为,认为数字化后的成果不必然产生独占权能,因此数字化的成果并不需要作为一种财产权利而予以定位。但是,著作权法的立法价值在于对有价值思想的外在表达的鼓励,而前述论点不能否认非遗数字化者通过该种形式传播非遗所做出的努力与产生的社会效果。纵使非遗数字化者所倾注的思想内涵尚未达致将其视为作品的地步,但由于其倾注了具有一定价值的劳动,如果不赋予其一定的专有权利,控制破坏其专有的行为,将难以实现激励非遗传播的短期目标。因此,对该类非遗数字化者赋予邻接权的保护模式,尤其是对根据《非遗法》第十三条需要向公众公开的非遗档案及相关信息的数据库施以邻接权的保护,更具有现实上的需求和理论上的合理性。

此外,与技术型财产权所受到的限制一样,成果型财产权也受到来自非遗权利人在先权利和非遗本身所具有的公益属性之限制。一方面,应当坚持来源披露原则,标明非遗权利人或非遗来源,并坚持互惠原则,向非遗权利人支付一定的费用,保证非遗的传承性。同时,由于成果型财产权相比于技术型财产权而言,其是以内容为吸引点,当进入市场后,成果型财产权所能带来的收益往往难以估量,因而可以设置公平报酬机制,让非遗权利人在发现自己获得的报酬相比于实际商业开发收益不成比例时,可以向非遗数字化者要求公平合理的额外报酬。值得注意的是,若非遗数字化技术创造者与非遗数字化成果权利人为同一人,由于在技术型财产权生成阶段已支付过相应的费用,此时无须再另行支付,但其仍将受到公平报酬机制的调整。另一方面,由于非遗具有公益属性,因此在合理使用和法定许可制度的具体运用中,应当寻求非遗数字化财产权与非遗公益属性相互平衡的最佳定位,以及需要通过规范性文件缩短权利保护期,以更早地公开非遗数字化展示内容,促进非遗的传播。此外,尚需注意的是,根据《非遗法》第十三条,不具备独创性的数据库,除依法应当保密的外,都应当公开,以便于公众查阅。虽然,这对数据库制作者的财产权造成相当大的限制,但

是并不妨碍其收益、处分等权能的行使。

五、非遗数字化集体管理制度的型构

从非遗的保护传承与传播的层面来观察,非遗深藏民族文化的基因,是以人为核心的技艺、经验、精神,其通过长时间的生活实践早已成为相关群体生活的一部分,具有鲜明的民族、群体、地方文化特征和活态流变的特点,影响着人们思想情感的精神价值。《非遗法》第四条明确指出,对于非遗的保护与传承,应当注重其真实性、整体性和传承性。在非遗的数字化中,真实性的延续转化为本真性的传承,而恰好是本真性的数字化传播,使得需要以活态传承的非遗在数字化技术的介入下,转化为虚拟的数字形式得以保护和传播,也就是说,唯有在数字化保存与传播中保持非遗的本真性,方能不偏不倚地促进非遗的传承、保护和活化利用。^[25]但是,在非遗的数字化中如何保持非遗的本真性,作为非遗传承人的个人并不能很好的把握,更无法实现对非遗数字化的流程控制,导致非遗的数字化可能偏离正常的文化传承航向。此时,亟需有能力鉴别、维持非遗在数字化中的本真性的强有力主体保证非遗的数字化在正常的航向中开展。

从非遗数字化财产权取得和行使的维度来观察,无论是技术型财产权利的生成,还是成果型财产权利的生成,均需取得非遗权利人的同意,并需要向非遗权利人支付一定的报酬。但是,非遗权利人往往存在权利人难以界定的现实困境,以及在征得许可同意的阶段、惠益分享条款的谈判阶段,乃至根据公平报酬机制请求补足报酬的阶段等等,均有可能由于存在众多的非遗权利人而发生意见不一的情形,最后导致非遗的数字化被搁置,不利于我国对非遗数字化工程的整体推进。从经济学的视角来说,组织体的形成有助于内化外在的交易成本费用,^[26]亦即通过组织体对于外在行动的统一协调和安排,将可以减少由于个体行动的分歧而带来的成本支出。因此,如若能建立起非遗数字化集体管理组织制度,以集体管理组织行使非遗权利人的权利、履行非遗权利人的义务,不仅能够避免前述之问题,助益于非遗的数字化进程,还能够统一、专业地管理通过惠益分享而带来的收益,规范资金用途,增益非遗的保护与传承。

关于非遗数字化集体管理组织的建立,已有国际上统一做法的参照:2019年WIPO-IGC第40届会议文件《保护传统知识:条款草案》第八条的第二个方案提出,缔约方(成员国)可以根据其国家法律,建立或指定一个或多个主管机构,对本文书规定的权利/利益进行管理。通过长期的非遗保护实践,在我国业已形成了凡是涉及非遗的调查、资源的获取等由政府部门代表非遗传承人、实践者来表示同意的格局。早在2004年赫哲族民歌案中,法院就肯认乡政府的民事主体资格,乡政府既是赫哲族部分群体的政治代表,也是公共利益的代表。^[27]同时,在国家非遗项目的申报中,非遗申报人亦以政府为主。在合法性层面,由于我国民法典将“特别法人”列为民事主体之一,政府能够作为民事主体行使相应的民事权利并履行相应的义务,这就为政府作为非遗数字化集体管理组织创造了制度空间。

另外,中国非遗保护协会(下文简称“协会”)的成立似乎是一个“保护集体”社会化的良好开端,尤其是随着非遗保护协会非遗数字专业委员会在云南大理成立,在未来,可以将在实践中业已形成的政府为主的非遗保护格局转化为“协会为主,政府为辅”的集体保护格局,充分利用协会的资源 and 经验优势,通过信托模式或委托代理模式,在专业协会与非遗权利人之间构建起合理的制度安排,使其能以非遗数字化集体管理组织的身份,参与到非遗数字化财产权人及其他利益相关者之间的

法律关系中,型构起和谐互惠的非遗数字化利用的局面。

结 论

以数字技术赋能非遗的传承与发展,将学术性与科普性、知识性与趣味性有机结合,增益非遗崭新的生命力与影响力,在实现非遗经济价值的同时,激发民族文化自觉和民族认同感,对于筑牢民族共同体意识,延续中华文脉、坚定文化自信、建设社会主义文化强国具有重要意义。然而,由于非遗的数字化是技术与文化、文化与经济的深度融合,如果不对非遗数字化中相关主体的权利予以确认,将会导致非遗的数字化发生公地悲剧,从而阻碍非遗数字化总体工程的推进。有鉴于此,基于非遗公益性在数字化中实现了向私益的转化,对非遗数字化财产权利的确认具备相应的法理基础。因而,依据非遗数字化的技术逻辑构造,可以将非遗数字化中的财产权分解为技术型财产权和成果型财产权两个类型,前者的权利人为非遗数字化技术创造者,后者的权利人为非遗数字化成果的创作者和传播者。同时,基于二者权利客体与知识产权客体具有同质性,由此在权利保护的法律适用层面,可以适配知识产权的法律制度,并应当立足于非遗的公益属性,在具体制度的设计和运用上做出相应的调试。

[参 考 文 献]

- [1] 覃榆翔. 挑战与因应:著作权法对非物质文化遗产数字化成果的适配路径[J]. 云南民族大学学报(哲学社会科学版), 2023, 40(02): 140—150.
- [2] 王历. 非物质文化遗产数字化[M]. 北京: 法律出版社, 2019.
- [3] 朱兵. 《中华人民共和国非物质文化遗产法》的主要内容与制度解读[J]. 中国非物质文化遗产, 2021(01): 7.
- [4] 费安玲. 非物质文化遗产法律保护的基本思考[J]. 江西社会科学, 2006(05): 12.
- [5] 杨明. 非物质文化遗产的法律保护[M]. 北京: 北京大学出版社, 2014: 76.
- [6] 宋俊华, 王明月. 我国非物质文化遗产数字化保护的现状与问题分析[J]. 文化遗产, 2015(6): 149—157.
- [7] 建立“活的人类财富”国家体系指南(2003)[EB/OL]. (2006—4—20)[2020—8—17]. 中国非物质文化遗产网·中国非物质文化遗产数字博物馆. http://www.ihchina.cn/zhengce_details/15717.
- [8] 国家版权局. 国家版权局关于《民间文学艺术作品著作权保护条例(征求意见稿)》公开征求意见的通知[EB/OL]. (2014—09—02)[2023—02—23]. <https://www.ncac.gov.cn/chinacopyright/contents/12228/346301.shtml>.
- [9] 杨明. 非物质文化遗产的法律保护[M]. 北京: 北京大学出版社, 2014: 200—203.
- [10] 覃榆翔. 论《民法典》合同无效判定规范体系的新建构[J]. 北京化工大学学报(社会科学版), 2021(03): 47—48.
- [11] HARDIAN G. The Tragedy of the Commons[J]. Science, 1968, 162(3859): 1243—1248.
- [12] 登姆塞茨. 关于产权的理论[M]//R. 科斯, A. 阿尔钦, D. 诺思等. 财产权利与制度变迁——产权学派与新制度学派译文集. 上海: 上海三联书店, 上海人民出版社, 1994: 97.
- [13] 崔建远, 韩世远, 申卫星等. 民法总论: 第三版[M]. 北京: 清华大学出版社, 2019: 64—65.
- [14] COASE R H. The Problem of Social Cost[J]. Journal of Law & Economics, 1960, 3: 8.
- [15] DEMSETZ H. Toward a Theory of Property Rights[J]. The American Economic Review, 1967, 57(2): 347—359.
- [16] Zhou Mingquan, Geng Guohua, Wu Zhongke. Digital Preservation Technology for Cultural Heritage[M]. Berlin Heidelberg: Springer-Verlag, 2012, p. 3.
- [17] 黄典林. 重读《电视话语的编码与解码》——兼评斯图亚特·霍尔对传媒文化研究的方法论贡献[J]. 新闻

- 与传播研究,2016,23(05):58—72+127.
- [18] 严永和. 传统文化资源知识产权特别权利保护制度的构建[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2020.
- [19] 康芒斯. 制度经济学: 下册[M]. 赵睿, 译. 北京: 华夏出版社, 2017: 438—445.
- [20] 马晓娜, 图拉, 徐迎庆. 非物质文化遗产数字化发展现状[J]. 中国科学: 信息科学, 2019, 49(02): 131.
- [21] 易玲. 文化遗产数字化成果私权保护: 价值、成效及制度调适[J]. 政法论丛, 2022(01): 38.
- [22] 王涌. 私权的分析与建构——民法的分析法学基础[M]. 北京: 北京大学出版社, 2020: 246—250.
- [23] 吴汉东, 胡开忠. 无形财产权制度研究: 修订版[M]. 北京: 法律出版社, 2005: 332.
- [24] 王爱霞. 数字图书馆法律属性及其法律责任研究[M]. 北京: 法律出版社, 2018: 129, 132—133.
- [25] 鲁雯. 历史传统、文化自觉与辩证唯物主义——一项文化遗产的人类学分析[J]. 思想战线, 2021, 47(03): 56.
- [26] COASE R H. The Nature of the Firm[J]. *Economica*, 1937, 4(16): 386—405.
- [27] 饶河县四排赫哲族乡人民政府诉郭颂等侵犯民间文学艺术作品著作权纠纷案[J]. 中华人民共和国最高人民法院公报, 2005(12): 26—32.

(责任编辑: 闫卫平)

On the Property Rights in the Digitization of Intangible Cultural Heritage: Confirmation, Categorization and Application of Law

QIN Yu-xiang

(School of Civil and Commercial Economic law, China University of Political Science and Law, Beijing, 100088)

Abstract: The digital preservation, dissemination, and development of intangible cultural heritage have profound significance in promoting the inheritance of excellent traditional Chinese culture. However, due to the current drawbacks of unclear ownership of rights and complex legal relationships in the digitization of intangible cultural heritage, it has failed to motivate entities outside the government to promote the digitization of intangible cultural heritage. The digitization has the effect of shifting its public attributes to private interests, providing a corresponding legal basis for the establishment of digital property rights of intangible cultural heritage. Based on the logical structure of property interests generated by intangible cultural heritage digitization, this paper recognizes the rights types of intangible cultural heritage as technology-based property rights and achievement-based property rights. The former is suitable for intellectual property laws such as patent law, while the latter is suitable for copyright law, thus constructing a rights system for intangible cultural heritage digital property rights and safeguarding the legitimate interests of stakeholders. At the same time, in order to unify and coordinate the complex rights and obligations in the digitization of intangible cultural heritage, improve the efficiency of interest coordination, and strengthen the process management of intangible cultural heritage digitization, it is necessary to establish a collective management system for intangible cultural heritage digitization, so as to dispel the barriers between the inheritance and protection of intangible cultural heritage and the private law confirmation of intangible cultural heritage digitization, and promote the protection, inheritance, and development of intangible cultural heritage.

Key words: intangible cultural heritage; digitization; property rights; private law confirmation of rights; legal protection