

# 后非遗时代民族医药跨界发展与知识产权保护

罗澍

(西南民族大学 法学院,四川 成都 610041)

**摘要:**《中华人民共和国非物质文化遗产法》(以下简称《非遗法》)对民族医药的保护体现着知识产权行政保护的制度逻辑,但在后非遗时代如何提升民族医药可持续发展能力,并实现经济发展方式转变已成为需要研究的问题,对民族医药非物质文化遗产(以下简称“非遗”)知识产权行政保护的制度逻辑、内在要求与保护目标进行分析与理论总结。研究认为,非物质形态的民族医药文化表现形式是知识财产,从法律保护角度中受知识产权制度调整,但现有法律在民族医药文化与民族医药文化表现形式的权利归属、权利内容以及在民族医药的非遗保护等方面均存在司法保护不足的问题;为提升民族医药文化财产的传承与发展的质量,以及参与市场的竞争力,民族医药需要从“文化遗产”单一结构向“文化遗产、文化产品和服务、知识产权”三位一体的财产结构转变,并形成货物贸易、服务贸易和知识产权贸易等多种创新发展方式,利用新载体与新传播方式进行跨界发展,积极开发文化衍生产品和服务,推动民族医药文化表现形式资源与其他资源跨界整合集聚,用跨界发展实现财产结构转变;后非遗时代对民族医药知识产权行政保护工作的重心应该由“保存、保护”向“知识产权促进”转移,提升民族医药自主知识产权的研究和运用能力,适时制定地方性民族医药单行条例,打造和保护民族医药品牌,推动民族医药知识产权贸易与融资。

**关键词:**民族医药;非遗保护;跨界发展;知识产权保护;自主知识产权;行政保护;三位一体

**中图分类号:**D923.4

**文献标志码:**A

**文章编号:**1671-6248(2017)02-0089-06

## Cross-border development and intellectual property protection of national medicine in the post-intangible cultural heritage era

LUO Shu

(School of Law, Southwest Minzu University, Chengdu 610041, Sichuan, China)

**Abstract:** *The Intangible Cultural Heritage Law of the People's Republic of China* (hereinafter

收稿日期:2017-02-07

基金项目:中央高校基本科研业务费专项资金项目青年教师基金项目(13SZYQN20)

作者简介:罗澍(1977-),男,四川平昌人,副教授,硕士研究生导师,法学博士。

referred to as “Intangible Cultural Heritage Law”) protects the national medicine which embodies the institutional logic of administrative protection of intellectual property rights. But in the post-intangible cultural heritage era, how to promote the sustainable development of national medicine and how to achieve the transformation of the economic development mode have become the problems need to be studied. This paper analyzed and theoretically summarized the institutional logic, internal requirements and protection objectives of administrative protection of intellectual property rights to the national medicine intangible cultural heritage (hereinafter referred to as “Intangible Cultural Heritage”). The results show that the expression form of non-material form of national medicine culture is intellectual property, which is regulated by the intellectual property system from the legal attribute. However, the existing laws have the problem of lack of judicial protection on rights attribution and rights content in the national medicine culture and the national medicine culture expression form as well as the intangible cultural heritage protection of national medicine. In order to improve the quality of the inheritance and development of national medicinal cultural property and the market competitiveness, the national medicine needs to transit from the single structure of “cultural heritage” to the three aspects of property structure, including “cultural heritage, cultural products and services and intellectual property”. It also needs to form various innovative development methods of trade in goods, trade in services and intellectual property trade, use new carriers and new transmission mode to carry out cross-border development, and actively develop cultural derivative products and services to promote the cross-border integration agglomeration of national medicine cultural expression resources and other resources by means of cross-border development to achieve property structure transformation. The focus of administrative protection on intellectual property rights of national medicine should be transferred from “preservation and protection” to “promotion of intellectual property rights” in the post-intangible cultural heritage era. The research and application of independent intellectual property rights of national medicine should be promoted, and the local national medicine regulations also should be formulated timely, which can build and protect the national medicine brand to promote the national medicine intellectual property trade and financing.

**Key words:** national medicine; intangible cultural heritage protection; cross-border development; intellectual property protection; independent intellectual property rights; administrative protection; three aspects

在已公布的 4 批国家级非遗名录中,共有 28 项传统医药获得认定,涉及中医药、藏医药、蒙医药、苗医药、侗医药、畲族医药、回族医药、瑶族医药、壮医药、傣医药、彝医药、维吾尔医药、哈萨克族医药和布依族医药等,主要针对民族医药。利用非物质文化遗产保护模式,中国民族医药的保护现状得到较大改善,保护水平也不断提升。然而,进入后非遗时代<sup>①[1-2]</sup>,民族医药正普遍面临制

度性困扰:为什么非遗保护并没有提升民族医药的市场竞争力?“重申报、轻发展”现象背后的问题症结到底在哪里?民族医药非遗保护的发展方向是什么?对这些问题的思考无疑具有重要的理论和现实意义。

① 关于后非遗时代,一是郭文岭等提出的“《中华人民共和国非物质文化遗产法》颁布实施以后”,二是冯骥才提出的“遗产挖掘并进入名录之后”,也称为“非遗产后时代”。本文后非遗时代是指第二种观点。

## 一、民族医药非遗保护遵循着知识产权行政保护的制度逻辑

民族医药的非遗保护模式针对的是民族医药文化表现形式,围绕“保存”与“保护”两大核心任务,强调行政主体通过调查、认定、规划、实施、监督等行为的实施,以推动民族医药的传承与发展。可见,对民族医药的非遗保护遵循的是知识产权行政保护的制度逻辑。

第一,赋予非物质形态的民族医药独立法律地位是非遗知识产权行政保护的逻辑起点。知识产权制度擅长知识财产客体立法,而非遗保护突显了非物质形态民族医药的独立价值,而且侧重对民族医药文化表现形式进行保护,从法律属性上讲,该非物质形态的民族医药文化表现形式是知识财产,受知识产权制度调整。在实践中,人们对民族医药的物质形态和非物质形态区分早有认识,并形成了民族医和民族药的传统二元划分。但无论是民族医还是民族药,还可以成为另外一种非物质形态财产的载体,即成为知识财产的载体而存在。这种知识财产是基于人的脑力劳动而创造出来的智力成果,包括医学著作、医学挂图、传说、习俗等文化表现形式,民族医优势病与民族医特色诊疗技术,诀窍和体验性消费中形成的商誉等。民族医药作为一种特殊的知识财产,容文化与技术于一体,但是《非遗法》保护的仅仅是文化表现形式,并不擅长对民族医药技术的保护。在知识产权制度框架内,对民族医药技术的保护主要依赖于专利制度、商业秘密制度、中药品种保护制度、传统知识和遗传资源保护制度等。

第二,民族医药非遗行政保护体现知识产权制度逻辑。知识产权制度围绕客体的创造与推广应用、知识产权的取得与行使这一主线展开,《非遗法》同样强调了对民族医药非遗项目的确定、开发与使用等围绕传承与发展的重要制度,两者具有相同的制度逻辑。不过,在权利设置方面,没有像商

标法、专利法那样对知识财产及其知识产权的产生及运行进行规制,避开了民族医药文化与民族医药文化表现形式的权利归属、权利内容等重要问题,只是在很小范围内对传承人及参与调查、传承与传播的一般主体的权利进行规定。从权利内容及排他性而言,既承认对非遗项目的二次创作取得知识产权的机会,如整理、出版、科学研究等,又对非遗本身没有明确相应的权利。

第三,民族医药非遗知识产权行政保护是知识产权保护机制的重要组成。知识产权保护形成了行政保护和司法保护双轨制,对民族医药的非遗保护强调的是行政保护。《非遗法》明确了县级以上人民政府及文化主管部门在非遗保存和保护中的职责,涉及非遗项目的调查、保存(含记录和建档等)、认定(包括非遗项目的认定和传承人的认定等)、规划(包括一般保护规划、重点保护规划、专项保护规划等)、实施(包括财政预算、税收优惠、政府奖励等)、监督等多个环节,并对非遗项目的传承、传播、使用等行为进行规范。在责任追究方面,也主要突出了文化主管部门及工作人员的行政责任。

总之,民族医药文化的表现形式这一特殊的知识财产决定了非遗行政保护的的特殊性,即体现了知识产权行政保护的制度逻辑。然而在知识产权制度框架内,非遗保护模式的功能和效力是有限的。突出表现在:一是以民族医药文化表现形式为保护对象,但是没有明确相应权利产生与运行规则;二是容易产生对财政扶持政策的依赖,不利于自身的财产价值挖掘和可持续发展;三是权利格局的不完整导致非遗模式下财产结构单一,不仅影响民族医药文化表现形式的价值评估,也直接影响其参与市场的竞争力。

## 二、后非遗时代民族医药行政保护应当顺应跨界发展的内在要求

针对当前非遗保护中民族医药可持续发展能力较差,财产结构相对单一等问题,要提升该文化

财产传承与发展的质量和参与市场的竞争力,需要实现财产格局的转变,即由单一格局向文化遗产、文化衍生产品与服务及知识产权三位一体格局转变,以提升自我发展的能力。这也成为新形势下,民族医药非遗保护实现跨越式发展的基础,也是“传承与发展”这一核心内容的重要发展。

### (一) 民族医药三位一体财产结构的确立

《非遗法》所保护的文化表现形式,在法律上属于知识产权。实际上,在知识产权视野中,除该知识财产外,还存在以下几种财产:一是文化表现形式的物质载体或特定文化空间;二是对该文化表现形式进行商业开发而形成的文化衍生产品或文化衍生服务;三是围绕非遗项目依法获得的知识产权等。从财产属性看,这些财产又可以划分为物(或货物)、服务、知识产权等三种类型,它们可以单独成为交易的对象,也可以以财产组合形式参与市场活动。在非遗制度框架内,这些财产类型都有所区分。

然而,在非遗保护实践中,民族医药所体现的文化表现形式及其载体受到重视,而对文化衍生产品和服务、相应的知识产权等财产类型的关注不够。这一方面受制于对民族医药文化认识传统的局限,另一方面在于非遗行政保护中还缺乏知识产权思维。知识产权法作为价值理性与工具理性的统一体,包括正义、效率和创新<sup>[3]</sup>。因此,为实现这些价值,需要形成围绕民族医药文化表现形式的三位一体财产结构,并针对实际需要进行三种财产的价值挖掘与商业开发,并处理好原真性与创新性、所有权与知识产权等矛盾。

### (二) 跨界发展促成三位一体财产结构形成

所谓跨界发展,是指民族医药突破固有载体、单一财产结构等局限,而形成的一种创新发展方式。第一,跨界发展建立在非物质形态的民族医药文化表现形式具有容易与不同载体结合的特性基

础上。《非遗法》强调的整体性、原真性更多针对调查、保存等工作而言的,并不意味着非遗项目只能与其固有的载体结合,新载体的选择与新的传播方式的选择都是对原真性和整体性的破坏。相反,无论是数据库、档案建设以及拍照、展示、生产性使用、宣传等行为,都体现了容易与载体结合的特性。第二,文化认同与文化自豪在一定程度上需要能够满足人们物质或精神方面需求而具有实用性,而跨界发展可以围绕民族医药文化表现形式衍生系列文化产品或者文化服务,以满足人们需求同时实现独特民族医药文化的推广。第三,作为一种创新发展方式,将立足三位一体财产结构并形成货物贸易、服务贸易和知识产权贸易三大格局,以改变当前资源型发展模式,实现经济发展方式的转变并提升经济发展质量。

对于国家级非遗名录的民族医药项目,更应当充分认识到推进民族医药文化表现形式跨界发展的必要性和紧迫性。第一,面临资金短期问题,财政扶持虽然可以缓解非遗项目传承与发展中资金不足的问题,但是对非遗项目而言,提升自身融资能力刻不容缓。提升融资能力就应该充分认识到自身具有的独特财产价值。作为一种差异性文化财产,面临人们日益增长的文化需求,具有巨大的商业开发潜力,通过跨界发展可以在资源整合过程中提升自身融资能力。第二,“重申报轻发展”现象比较普遍,除资金等因素外,还有一个重要因素是担心创新与发展可能违反原真性、合理利用规则而承担不利后果,这正体现了单一财产结构的弊端。第三,跨界发展有利于实现民族医药进行文化与技术的区分。西医药之所以能够取得全球性成功,一个因素在于建立在医药文化与医药技术相区分基础上,通过技术研发及成果转化成功实现市场占有,同时将医药文化以产品和服务形式成功输出。而在中国实务中,对待民族医药过分强调了文化与技术的关联性,而忽略两者区别的现象比较普遍。

### (三) 民族医药跨界发展的主要内容

通过跨界发展推动财产结构重建、提升其内涵发展,也有利于非遗保护的实现。针对当前民族医药发展的实践,跨界发展主要包括以下内容:

第一,延续民族医药文化表现形式对载体与传播方式选择的开放性传统,顺应科学技术与社会发展规律,进行新载体与新传播方式的跨界发展。民族医药文化表现形式在传承与发展过程中形成了有其固有的载体,如医著、挂图、传说、节日(如藏医药的采药节)、雕塑等,并通过家族(庭)传承、师徒传承、图书出版、医辩、寺庙医学院等传播方式进行传播,对物质载体和传播方式选择的开放性一直是民族医药得以形成和发展的重要因素。如今,随着信息技术与电子商务等发展,民族医药文化表现形式可以与新载体进行结合,并借助微信、微博、易信等交互性新传媒提升传播的质量。重点在于:一是提升民族医药新型文化表现形式创造的质量;二是注重传播组织机构和传播平台的培育。

第二,为充分实现民族医药文化表现形式独特的财产价值,积极开发文化衍生产品和服务,以满足市场需求同时,提升文化认同与文化自豪。如围绕民族医药文化开发的体验性旅游产品与服务为例,实践中大致又形成了三种模式:一是以单一商品和服务为主,如某种认可度较高而且市场相对成熟的文化表现形式为核心,打造旅游产品,如药物温泉项目、香囊、枕头等。二是以民族医药文化表现形式为核心资源打造和利用平台,集中推出多类型的知识财产,如民族医药博物馆展示、采药节、甘露加持法会等。三是发挥联盟和资源整合效应,积极推动和实现民族医药文化表现形式资源与其他资源整合,推出市场认可的时尚产品与服务,如电子游戏、吉祥物、实用工艺品、融资产品等。民族医药文化财产类型很多,而在促进

经济发展过程中所产生的影响力和辐射功能是不一样的。民族医药文化财产若各自为阵,便难以形成聚集效应。因此在实现财产性内容过程中,需要打造以某类文化财产为核心财产的平台,以此带动其他文化财产整体推进。

第三,提升民族医药文化表现形式及其载体的知识产权附加值,并注重知识产权权利运行中合同与侵权规则运用,积极推动经济发展方式转型。知识产权不仅是对从事知识财产创造行为的认可与激励,也可以作为独立的交易对象参与市场竞争。这同时需要结合民族医药文化表现形式保护和开发的不同阶段,形成梯队意识:一是对发展水平较低的民族医药,加强知识产权宣传与教育;二是对发展水平较好、优势明显且集中的民族医药,积极引导知识产权申请,并以此取得竞争优势;三是对市场认可度较高、发展具有规模、参与市场竞争具有竞争力的民族医药参与者,在消极保护基础上,积极实施与行使知识产权,以提升竞争质量。

## 三、民族医药非遗知识产权行政保护的目标

民族医药财产结构由单一结构向三位一体结构转变,对非遗知识产权行政保护水平提升与政府管理创新提出了更高的要求。新形势下的非遗行政保护需要从非遗项目的“保存”“保护”向“知识产权促进”转移,以实现提升知识产权核心竞争力的终极目标。

### (一) 提升民族医药文化表现形式的自主知识产权的研究和运用能力

第一,树立文化遗产非遗保护的知识产权思维,在规划中强调民族医药文化表现形式的传承和发展与对选择适当的知识产权制度的重要性。第二,对于通过知识产权制度推动民族医药文化产业发展并带

动民族地区经济发展方式的转变作出规划。第三,充分利用民族自治地区的立法权优势,依法变通或补充相关法律法规,化解民族医药基层实践与知识产权顶层设计之间的矛盾,为民族医药发展与创新提供切合实际的法制保障。当前,民族地区制定地方性民族医药单行条例具有必要性和可行性<sup>[4]</sup>。

### (二) 加强民族医药文化及其文化表现形式的保护

第一,在对民族医药文化表现形式普查、保存基础上,建立和完善民族医药文化相关数据库,并注重数据库的开发与利用。第二,为展示和传播民族医药文化,可以通过委托、合作开发、职务开发等多种方式,展开比赛、陈列与展览、二次创作、跨界创作、纪录片制作等活动,鼓励优秀作品创作和优秀民族医药文化产品创造。第三,尊重民族医药文化传统,维护民族医药文化的原真性和整体性,打击歪曲、贬损、歧视民族医药文化及非法出版、复制等不法行为,也要对因翻译、出版、发行等行为而泄密或损坏其他人合法权益的行为进行预警。

### (三) 加强民族医药文化产品与服务及相关知识产权的商业化开发

目前,民族药材的商业开发中货物交易比重较大,而治疗服务、知识产权交易等尚需进一步提高。一是建立和健全民族医药产品与服务的商标识别体系,出台相应的政策鼓励从业人员和监管部门打造和保护重点民族医药商标。二是促进民族医药

服务贸易。鼓励民族医药文化资源与旅游资源、文化产品及其他特色资源结合,针对不同消费者进行商业化开发,提升识别度、认可度和美誉度。四是借鉴其他成功经验,推动民族医药知识产权贸易与融资,同时要严厉打击各种不正当竞争行为,维护市场秩序。

## 四、结语

入选非遗名录仅仅是保护民族医药的一种方式,而非终极目标,后非遗时代的民族医药需要灵活运用知识产权制度以提升核心竞争力。知识产权制度虽然不是中国民族医药产生与发展过程中形成的内生制度,但是如果运用好该制度,不仅可以提升民族医药在当前市场竞争格局中的竞争力,也能够推动民族医药产业经济发展方式的转变。

### 参考文献:

- [1] 郭文岭、刘贤. 拥抱“后非遗时代”[J]. 当代人, 2011(6):15-17.
- [2] 项江涛. “非遗后时代”保护是学者的时代担当——访中国民间文艺家协会主席冯翼才[N]. 中国社会科学报, 2011-12-15(6).
- [3] 吴汉东. 知识产权法价值的中国语境解读[J]. 中国法学, 2013(4):15-26.
- [4] 周明高. 加强地方立法保护 促进民族医药发展[J]. 亚太传统医药, 2008(9):1-3.