

传统技艺的专利法保护路径探究

——以歙县徽墨的保护为例

吴椒军 王月¹

(合肥工业大学 文法学院, 合肥 230009)

【摘要】: 传统技艺作为非物质文化遗产的重要组成部分,有较强的技术性和较高的商业开发价值,通过《中华人民共和国专利法》实现对传统技艺的保护,对提高传承人在传统技艺创新方面的积极性,推动传统技艺实现商业化发展具有重要作用。但是传统技艺因其传承性、集体性等特征,在实用性、新颖性、创造性和主体设定等方面与现行法规难以实现有效衔接。文章通过对传统技艺权利主体、保护标准等问题的探讨,提出在专利申请标准上对传统技艺开放口径,将是对传统技艺保护的有效措施。

【关键词】: 传统技艺 《中华人民共和国专利法》 保护

【中图分类号】: D923.4 **【文献标志码】:** A **【文章编号】:** 1008-3634(2018)04-0033-06

2016年12月30日,国务院在《“十三五”国家知识产权保护和运用规划》中提出要“制定非物质文化遗产知识产权工作指南,加强对优秀传统知识资源的保护和运用”^[1],对非物质文化遗产的知识产权保护再度成为知识产权和文化建设研究的重点专题。传统技艺作为人类最优秀的文化积淀之一,在寻求《中华人民共和国专利法》(以下简称《专利法》)保护的过程中却存在着种种障碍,这不利于传统技艺的长远发展。文章在考察歙县徽墨制作技艺发展现状及困境的基础上,分析了其中的一些突出问题,进而就加强《专利法》对传统技艺的保护提出了一些具体建议。

一、徽墨制作技艺传承面临的困境

1. 徽墨制作技艺传承后继无人

徽墨的制作工艺繁杂,共有二十多道工序,每一道工序的保留都是无数徽墨传承者在反复的试验中得出的,也正是这样精湛的制作工艺才能使徽墨在国内甚至国际社会享有盛名。但是,近年来徽墨制作技艺的传承却面临着后继无人的尴尬处境。我们在对歙县徽墨生产企业进行走访的过程中发现,能熟练掌握徽墨制作技艺的多是40岁以上的中老年手艺人,徽墨制作技艺在传承上几乎出现了年龄断层。徽墨的制作涉及绘画、雕刻、原料调配等多个领域,这就要求传承者不仅需要了解徽墨生产的各个流程,掌握徽墨的制作技术,还需要有良好的文化素养和雕刻知识,而这些知识都需要日复一日的经验积累。徽墨制作技艺的学习时间长,工作环境差,前期收入较低,且伴随着现代液体墨的流行和电脑的普及化,徽墨的商业市场也进一步萎缩,效益下滑,这些都导致当地青年更向往去大城市寻求发展机会,而不愿意从事徽墨制作工艺的传承工作。如何通过法律来保护徽墨技艺传承者的利益,吸引青年人从事徽墨的制作和技艺的传承,很大程度上决定了这一传统技艺未来的兴衰。

¹基金项目:安徽省科技创新战略与软科学研究专项项目(1706a02020034)

作者简介:吴椒军(1965-),男,安徽歙县人,教授,硕士生导师。

2. 徽墨制作技艺缺乏创新

自南唐至今,徽墨的发展已经有几千年的时光,在漫长的历史长河中,徽墨的制作工艺和配方都在不断探索中得到完善并逐渐稳定下来,形成后世生产徽墨的固定模板。但是,随着时代的变迁,当今社会徽墨的功能已经发生了很大的变化,它的主要作用已经由书写作画而转为观赏和书画并重,这就要求徽墨在造型和外观上紧跟时代潮流,迎合现代社会的审美和需求。但是,从对徽墨生产企业的走访来看,目前徽墨在外观及造型的设计上依旧以传统因素为主,缺乏对现代元素的发掘和创新,这一点在中高端徽墨市场上体现的尤其明显。而且,因为常年的消耗、自然条件的改变以及政府对徽墨生产地区更为严格的生态保护,徽墨的生产已经逐渐面临原材料短缺的困境,制作徽墨的重要原料油烟和炭黑,目前很大程度上依赖进口,而古徽州地区最负盛名的松烟墨,也因为松烟的缺少而陷入生产的危机。徽墨制作技艺传承人项德胜表示,如果徽墨的设计理念不随着时代做出改变,徽墨就无法生存。

在一系列生产瓶颈的限制下,徽墨的辉煌似乎已是明日黄花,缺乏进一步发展后劲和动力。培养传承人的创新精神,通过徽墨外观造型的与时俱进来拓宽市场,并积极探索徽墨生产的新配方,寻找合适的新原料,是徽墨传承和创新急需解决的现实问题。

3. 创新成果难以得到有效保护

在徽墨制作技艺的传承中,一些传承人也逐渐认识到墨守成规会阻碍徽墨行业的发展,他们在不断地探索中进行积极的尝试和创新。而对于徽墨制作领域的创新成果,虽然一些企业积极申请专利保护,但对于不适合申请专利的核心机密,很多企业还是寄期望于通过商业秘密的方式实现自身利益。例如歙县老胡开文墨业的传统制墨配方,几百年的传承,都是通过商业秘密的形式来保护的。但是,因为徽墨技艺传承人和徽墨生产企业缺乏保密意识,也没有设立完善的保密措施,在实践中很多优秀的创新成果都遭到了不同程度的泄露和侵害,这大大打击了徽墨制作技艺传承者的创新热情。歙县聚墨堂有限公司董事长项胜利就在采访中表示:“徽墨生产行业人员流动性大,一批技术人员的离开往往也伴随着公司核心技术的泄露,新设计的比较有市场的产品,也总是在面市不久后就被其他小公司所仿冒。但因为基本都是歙县本地企业,很多侵权和泄密的行为最终不了了之,权利人很少会去追究。”

正是因为法律意识的淡薄和对研究成果缺乏有效的保护措施,才导致徽墨生产企业普遍缺乏创新的动力,从而阻碍了徽墨制作技艺的流传和发展。

二、传统技艺难以寻求《专利法》保护的原因分析

传统技艺作为一项具有很强技术性的非物质文化遗产,与《专利法》的保护客体有着很高的相似性,因此,将其纳入专利法保护体系是通过现代知识产权制度实现对传统技艺保护的一个重要突破口。但是因为传统技艺本身的特点,使其难以和《专利法》的相关规定实现有效的衔接,为解决发展中的现实问题,《专利法》需要给予传统技艺特殊的关注。目前《专利法》在传统技艺的保护中难有作为,主要有以下几点原因:

1. 传统技艺权利主体规定不明

传统技艺究竟应该归谁所有,法律并没有明确的答案,这就导致了在传统技艺的保护中权利主体的缺位。我们虽然一直在积极寻求《专利法》对传统技艺的保护,但是《专利法》是站在工业社会的角度制定的,是为了对近现代以来取得的工业成果提供保护,而并非针对传统知识领域的技术成果。且传统技艺因其传承性、地域性、社会性和活态性等与现代知识成果明显区别的特征,而无法完全融入《专利法》保护体系,《专利法》中关于权利主体的设计也难以直接适用于传统技艺的保护之中。

例如,对于专利申请,《专利法》要求权利人必须明确且具体,否则将不能授予专利。而对于传统技艺而言,传统技艺的掌握

者也许是一个人,也许是一个家族,也许是一个地区的少数人,更有可能是一个单独区域内所有的群众,因此,要想将主体人员不明确的传统技艺申请为专利,在现有的《专利法》制度下是难以实现的。以徽墨的制作工艺为例,徽墨制作的原始配方和步骤,是古徽州人民智慧的结晶,这一技艺在古徽州地区的徽墨生产企业中基本已经是公知的秘密。徽墨制作技艺是徽州地区群众的文化财产,也是我国优秀的传统知识,对徽墨制作技艺权利主体的确定,需要通过法律形式来予以明确。

2. 传统技艺难以达到《专利法》的要求

专利的申请要求其产品或技术的实用性、新颖性、创造性达到一定的程度,但是传统技艺通常都有着上千年的发展历史,其发展的基础是对知识的继承和对文化的保存,因此其实用性、新颖性和创造性往往很难达到申请专利保护的标准,也就难以获得《专利法》的保护。

从实用性来看,随着工业社会的推进,在传统技艺的发展中,实用性标准已经逐渐降低,并且也不再是社会对其最主要的要求了,反而传统技艺中蕴含的文化价值受到越来越多的关注。如聚墨堂墨业有限公司董事长项胜利在采访中表示,当下以观赏价值为主的仿古墨较受欢迎,在徽墨高端市场中占据重要的位置,很多徽墨爱好者会专门收藏。再如出自江南水乡的油纸伞,其如今畅销四海的发展盛况并不是因为其精细的制作技术,也不是因为其具有防雨的功能,而是因其蕴含着独特的江南水乡的文化韵味。所以如果依旧对传统技艺提出较高的实用性要求,对传统技艺的传承和保护是非常不利的,这与通过对传统技艺的保护来实现文化自信的国家立场也是相违背的。

从新颖性来看,专利法中的新颖性是指从未公开过的技术发明,如果技术已经公开或已有类似技术的存在,则意味着技术新颖性的丧失。传统技艺具有传承性和集体性,通常被某一区域内的群众普遍掌握,这种在特定区域内的公开是否属于丧失新颖性情形,《专利法》并没有给出明确的表态,这在理论上仍是一个需要讨论和界定的问题。欧洲专利公约和日本新专利法均规定,以任何方式在国内外公开出版、公开使用或公开发表的技术均丧失新颖性^[2];美国则认为,只有在本国国内公开出版、公开使用或公开发表的技术才失去新颖性^[3]。

美国、欧洲国家及日本关于新颖性的规定是站在本国工业发展的角度考量并制定的,缺乏对传统技艺特殊性的考虑。对于特定领域内的群众而言,传统技艺可能是众所周知,但是对于这一领域外的群众而言,传统技艺的发展传承又处于秘密状态。如果认定传统技艺因此丧失新颖性,《专利法》不能为其提供保护,传统技艺的商业开发就有可能流于商业化、利益化,这对传统技艺长久的发展不利的。

就创造性而言,申请专利保护的技术发明等需要有实质性特点及显著的进步。而在上千年的探索中,传统技术已经较为成熟,并逐渐固化,传统技艺实现创造性发展的空间很小,且传统技艺的生存和流传的地域往往较为单一封闭,传统技艺与现代的发明创造相比,要想具有显著的进步性是很难的。对创造性要求过高,不仅会阻碍传统技艺寻求《专利法》的保护,还会打击传统技艺传承人创新的热情,使传统技艺的发展失去活力。

3. 专利保护时间较短

专利保护的观念是以公开换保护,如果传统技艺想要获得《专利法》的保护,就必须将其公之于众。而《专利法》最多能够给与专利权人 20 年的保护,保护期过后,专利持有人将不能再获得由专享专利带来的经济利益,这对传统技艺的拥有者来说往往是难以接受的。一个地区的群众可能为某一项传统技艺的发展付出了很多心血,包括他们祖辈的辛苦传承和不断创新,如果一旦申请专利就意味着他们最多只有二十年的技术专有期限,那么他们对本地区的传统技艺的发展信心和传承热情可能会因此大打折扣。因此,许多传统技艺的掌握者并不倾向于申请专利保护自身权益^[4]。

《专利法》的设立是基于权力平衡的目的,是希望通过对专利产品相对较短期的独占性保护,来换取技术的公开,以提高发明

创造的使用效率,推动技术的新陈代谢^[5]。但是,传统技艺与现代技术相比较,其市场活力和创新能力相对较弱,传统技艺传承的不仅仅是工艺,更重要的是文化内涵。一旦传统技艺进入公共领域,人人可以开发,则技艺传承人生产产品的市场被挤占,利润势必会下跌,这对于目前传统技艺传承中普遍出现的后继无人的困境而言无疑是雪上加霜。而且,生产商的混杂会造成作为传统技艺载体的商品质量参差不齐、社会对传统技艺的评价降低,进而影响传统技艺的发展。目前国际社会对传统技艺的保护期问题,或认为应当按照《太平洋地区保护传统知识及传统文化表现形式框架协议》的规定,实施无限期保护^[6],或主张采取《葡萄牙农业、农村发展与渔业部第 118/2002 号法令》的做法,在规定保护期限的同时,赋予权利者进行续展的权利^[7]。

4. 专利申请费用过高

申请专利会产生一定的费用,包括专利申请费以及后续的年费等,这些费用对企业来说也许并不算高,但是对传统技艺传承人来说,可能会给他们造成很大的经济负担。很多传统技艺传承人都生活在偏远的农村,传统技艺给他们带来的收入有限,专利的申请费和年费对他们来说是一笔不小的开支。而且,传统技艺的最主要开发目的是实现对优秀传统文化的发扬和传承,其中蕴含的商业价值并不像现代技术专利可以在短时间内给权利人带来巨大的经济利益,如果依旧按照现代《专利法》的规定,让传统技艺和工业创新成果按照一个标准缴纳专利申请费和后续年费,会打击传统技艺传承人申请专利的积极性,消减他们发明创新的热情,从而给传统技艺的法律保护带来阻碍。

三、加强《专利法》保护传统技艺的建议

1. 明确传统技艺的权利主体

(1) 族群对传统技艺享有主体权利族群是民族学上的概念,是指在宗教、语言、生活方式、文化传统等方面具有明显的特征,以及在民族和地理上具有共同渊源,与其他民族有明显区别的社会群体^[8]。“族群”与“民族”的概念十分相近,我们可以将族群理解为长期生活于某一特定地域,并有其独特文化的民族群体。从传统技艺的起源来看,其首先来源于某一族群,族群在其生存发展的进程中创造并传承了本民族的传统技艺,他们往往是其民族传统技艺最主要最核心的传承力量。钱穆先生有言:“民族创造了文化,民族也由文化而融成”^[9]。民族往往因其内部的血统关系、地理因素、发展历史等原因,形成了和其他民族显著的风俗差异,而这样民族特质往往又孕育出独具特色的文化,传统技艺便是在这样的文化氛围中产生的。Pushpangadan. P 也表示,尊重族群在传统知识中的权利,有利于促进传统知识的应用和发展^[10]。

目前,国际社会对族群享有传统技艺的权利主体资格多持赞成态度。如秘鲁在 2000 年颁布的《原住民群体知识保护条例》中规定原住民群体拥有对传统知识的所有权,并可以通过原住民发展基金会来实现对传统知识的开发控制^[11]。《联合国土著居民权利宣言》也在条约中规定,涉及土著民族利益的非物质文化遗产的商业开发,应当与土著民族权利代表机构协商进行^[12]。

对族群在传统技艺传承中权利的尊重,是对各民族文化的尊重,这对促进我国文化多样性发展,提升国家文化软实力,实现文化自信有重要意义。但是,族群并不是单一的个人,而是一个群体的集合,这就面临着权利行使上的障碍。在实践中,也出现过地方政府代表民族群体行使主体权利的案例,如赫哲族乡人民政府就曾代表当地赫哲族人就其民间音乐受到侵权的事件提起过侵权诉讼,并被法院所认可。但是,由于我国正在建设服务型政府,政府权利也在逐渐限缩,因此,由政府代表族群来行使主体权利并不是长久之策。虽然我国目前民间组织和地方社团发展不够完善,但是随着社会的进步,民间组织和社会团体的力量壮大是大势所趋,通过设立代表族群利益的、具有公益性的社会团体或者民间组织,并赋予他们代为行使主体权利的资格,将是未来族群在传统知识保护中的工作方向^[13]。

(2) 社区对传统技艺享有主体权利随着文化的传播和推广,民族融合的进程逐渐加速,仅仅属于单一民族掌握并传承的传统技艺已经愈来愈少了,大多数传统技艺都在民族交流中逐渐吸收其他民族的文化,减弱了其原有的民族性,增强了地域特色,形成了以地区为主要区分标志的传统技艺。对于此类传统技艺,应当考虑其成长和发展的环境,赋予传统技艺所在社区以权利主体的

资格。

社区作为传统技艺的权利主体,是对在民族大杂居环境下传承的传统技艺的保护,也是对族群作为传统技艺权利主体的补充和完善。在历史进程中,由于地理、交通等因素的影响,社区会形成其独特的文化,在这样的文化氛围中得以传承的传统技艺,当然也应当是属于这一社区。而且,社区为传统技艺的发展提供了文化滋养,社区举办的展览会往往是传统技艺对外宣传、吸引投资的重要平台^[14]。Elena Ianni 等人也认为,社区的参与能够促进传统知识保持活力^[15]。菲律宾在 1997 年《土著人权利法》中,就表示传统知识应当推定为社区所有,孟加拉也承认社区知识产权是集体性的专门知识产权,是社区共有财产^[16]。鉴于社区和族群都是集体权利的代表,对社区行使权利的制度设计可以借鉴族群的做法,此处不再累述。

(3) 传承人对创新成果享有主体权利传统技艺传承人对传统技艺的改造和创新,如果符合《专利法》的要求,应当授予其专利权,这是对传承人积极推动传统技艺改进的鼓励,也有利于激发传承人在传承中探索创造、与时俱进的热情,更是对传承人工作的肯定,传承人通过《专利法》来保护其在传统技艺上的再创作,也可以为其带来一定的经济效益。

传承人通过现行的《专利法》来保护其在传统技艺领域的创新成果,可能会和族群、社区对基础性传统技艺拥有的所有权产生冲突。因为传统技艺的特殊性,在传承人行使权利时,可以对其进行一定的限制,如规定传承人在进行专利许可时,需要向传承传统技艺的族群或者社区支付一定比例的费用。

2. 降低对传统技艺的审核要求

通过专利的方式对具有可复制性的发明创造进行保护具有明显的优势,专利不仅能够有效地防止企业的发明创造被滥用,还可以使权利人在权利受到侵犯时获得司法上的救济。以安徽歙县的徽墨企业为例,因为徽墨的制作具有很强的可复制性,徽墨生产企业对于不易保密的发明创造也积极申请专利保护,但是因为传统技艺具有其独特的发展特点,在寻求《专利法》保护时存在一定的障碍。为了实现专利法对传统技艺的有效保护,可以在专利的申请条件上略作调整。

传统技艺的形成和发展都具有一定的连续性,是随着时代的进步而不断创新的过程,弘扬传统技艺主要是为了文化的传承,因此,传统技艺发明创造的新颖性、实用性、创造性可能达不到《专利法》要求的标准^[17]。要实现传统技艺保护与专利法的衔接,就必须降低《专利法》对传统技艺的新颖性、实用性、创造性的认定标准,让更多的传统技艺能够符合申请专利保护的条件。

《专利法》第二十二条专门对专利新颖性、创造性的标准进行明确,如果要加强传统技艺的专利法保护,可以在二十二条中增加一款但书,规定“以传统技艺申请专利时,对其新颖性、实用性、创造性的判断,依有关法律、行政法规的规定进行”,并制定关于传统技艺新颖性、实用性、创造性单独的认定细则,认定细则应当充分考虑到传统技艺发展、创作的特点,适当降低认定要求。

3. 对传统技艺实行不定期保护

基于对传统技艺发展状态的考虑,为了提高各权利主体对传统技艺弘扬和继承的积极性,在突破《专利法》关于保护时限的规定时,可以借鉴《太平洋地区保护传统知识及传统文化表现形式框架协议》和我国《民间文学艺术作品著作权保护条例(征求意见稿)》中关于保护期的设计,对经历岁月沉淀流传下来的传统技艺也实行不定期保护,这应当是对技艺传承地域群众利益最有效的维护。实现不限期的专利保护,能有效防止传统技艺流入公共领域而损害集体及国家的利益,还可以实现传统技艺的开发利润部分地向传统技艺所有者转移,从而提高传统技艺所在区域的群体传承传统技艺的动力。

4. 传统技艺申请专利的费用给予优惠

对于传统技艺领域的发明创造,在发明人较为贫困时,可以减收、免收或者缓收专利申请的相关费用。现代社会对传统技艺的重视程度还有所欠缺,传统技艺在进行大规模的商业开发之前,给传承者带来的经济利益是有限的,因此传统技艺领域的发明人在经济上往往都不富裕,如果申请和维护专利的费用过高,则可能会降低发明者对传统技艺申请专利保护的积极性,削减他们推动传统技艺创新的热情,这有违我国加强传统知识知识产权保护的初衷。在对歙县文房四宝市场走访调研的过程中,就发现有商家提出专利申请费用过高,发明者难以负担的问题。因此,为促进传统技艺的创新,可以在《专利法》中规定:“对于传统技艺领域的发明创造,在发明人生活贫困时,应当减收、免收或者缓收专利申请的相关费用”,从而从经济上减少传统知识传承者申请专利的阻力。

参考文献:

- [1]国务院. 国务院关于印发“十三五”国家知识产权保护和运用规划的通知[EB/OL]. (2016-12-30)[2018-05-31]. http://www.gov.cn/zhengce/content/2017-01/13/content_5159483.htm.
- [2]严永和. 传统知识的“新颖性”分析[J]. 贵州师范大学学报(社会科学版), 2006(1):27-31.
- [3] ELIZABETH L. Advancing Science While Protecting Developing Countries from Exploitation of Their Resources and Knowledge, *Fordham Intellectual Property [J]. Media & Entertainment Law Journal*, 2003(13):963.
- [4]蔡晓东. 商业秘密与传统知识保护[J]. 辽宁师范大学学报(社会科学版), 2014(4):492-497.
- [5]刘斌斌, 付京章. 论专利制度的本质及其社会效应[J]. 甘肃社会科学, 2013(5):218-222.
- [6]管育鹰. 知识产权视野中的民间文艺保护[M]. 北京:法律出版社, 2006:285.
- [7]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[M]. 北京:法律出版社, 2009:332.
- [8]覃光广, 冯丽, 陈朴. 文化学词典[M]. 北京:中央民族学院出版社, 1988:664-665.
- [9]钱穆. 民族与文化[M]. 北京:九州出版社, 2011:1-2.
- [10] PUSHANGADEAN P. *Environmental Challenges and Solutions*, Springer International Publishing, 2017, 97-119.
- [11]孙彩虹. 民间文学艺术知识产权保护策略研究[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2011:79-80.
- [12]廖敏文. 为了一个和而不同的世界:《联合国土著民族权利宣言》研究[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2009:264-266.
- [13]李慧娟. 保护非物质文化遗产的重要主体[J]. 边疆经济与文化, 2014(12):56-57.
- [14]王宇翔, 程道品. 近 10 年来(2001-2011)民族地区社区参与非物质文化遗产保护与旅游开发研究综述[J]. 旅游研究, 2014(1):34-39.
- [15] ELENA I, DAVIDE G, MARCO C. Revitalizing Traditional Ecological Knowledge: A Study in an Alpine Rural Community[J]. *Environmental Management*, 2015(56), 148-152.

[16] 吕炳斌, 张影. 知识产权保护的理论与制度分析[M]. 哈尔滨: 黑龙江人民出版社, 2009, 93-94.

[17] 严永和, 彭伟. 论我国少数民族传统设计知识产权保护的法律模式[J]. 民族研究, 2016(3): 15-28, 123.