



非物质文化遗产保护法

——超越知识产权与知识产权的超越

Intangible Cultural Heritage Protection Law 齐爱民 等著

——*Beyond IPR and beyond by IPR itself*



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



非物质文化遗产保护法

——超越知识产权与知识产权的超越

Intangible Cultural Heritage Protection Law

齐爱民 赵敏 齐强军 著

——Beyond IPR and beyond by IPR itself



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

非物质文化遗产保护法:超越知识产权与知识产权的
超越 / 齐爱民,赵敏,齐强军著. —北京:法律出版社,
2009. 1

(重庆大学法学文库)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9106 - 5

I. 非… II. ①齐…②赵…③齐… III. 文化遗产—保护—
法律—研究—中国 IV. D922. 164

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第196588号

©法律出版社·中国

责任编辑/张立明

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/8.625 字数/218千

版本/2009年1月第1版

印次/2009年1月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9106 - 5

定价:26.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

重庆大学法学文库编委会

主 任:许明月

编委会成员(按姓氏笔画排序):

齐爱民 张 舫 陈 刚 陈伯礼

陈德敏 杨春平 胡光志 黄锡生

曾文革 程燎原

序 言

非物质文化遗产是人类历史上形成的一种源远流长的文化,同时也是知识产权的一种新客体。尽管非物质文化遗产的保护问题由来已久,但以知识产权模式保护非物质文化遗产却是当前正在兴起的一种新的理念。这种理念超越了知识产权的诸多具体制度,对非物质文化遗产进行保护,是现有的知识产权的某些制度无法企及的,此为超越知识产权;从另一个方面看,没有一个制度是一成不变的,面对非物质文化遗产这个年代久远而又崭新的客体,知识产权也在积极演变之中。通过自身的完善,甚至是变异性发展,从而扩展保护能力,使非物质文化遗产被涵盖在其保护范围之内。这个过程,是在非物质文化遗产的冲击下,知识产权的飞跃过程,是质变过程,是知识产权的超越。

任何一场科学技术的革命,都将导致经济和法律的改革。现代信息技术的产生和发展,影响了信息法律的制定、完善。但是,在科学技术日新月异,世界日趋全球化的过程中,人们也逐渐发现,与他们自身历史、文化、地域环境相关的艺术、知识,甚至是他们的日常传统生活形态都越来越具有商业价值。音乐人利用各民族、地域的风俗音乐融合形成新世纪音乐风(New Age),科研学者、尖端企业通过对传统医药等的开发,研究得到新的治疗成果,而取得巨大的经济利益。人类的各种古老传统,在科技迅猛发展的今天,仍然是人类生活

中的重要组成部分,是人类千百年智慧成果的象征,是人类文明之路继续前行的源泉和动力。但是,人们在开发、利用各种优秀文化传统,享用其现代成果之时,却似乎遗忘了对文化传统本身的保护、延续,以至于其社会现代化的过程中越走越少,直至某一日,人类会发现传统已成为历史,只是博物馆、教科书的陈列和叙述,而不是社会生活中灵动的精神和文化。

因而,从上世纪70年代起,文化遗产保护的有志之士便开始关注传统文化,而后逐渐发展开始对民间文艺、传统知识关注和保护。2003年,联合国教科文组织将此类传统智慧定义为非物质文化遗产,通过了《保护非物质文化遗产公约》。世界范围内开展的抢救和保护非物质文化遗产的活动,是人类为保护自己的精神家园而开展的一项伟大的文化传承工程。我国于2004年签署了《保护非物质文化遗产公约》,2005年3月国务院办公厅印发了《关于加强我国非物质文化遗产保护工作的意见》,同年12月,国务院颁布了《关于加强文化遗产保护的通知》,并逐步开展非物质文化遗产的宣传活动。2006年,我国公布了第一批国家级非物质文化遗产保护名录,并确定了我国的“文化遗产日”。如今,非物质文化遗产保护已得到全社会的广泛响应,保护意识逐渐深入人心。

非物质文化遗产是活态的文化,是人类世代相传的智力活动成果,其不同于历史纪念性的文物等。所以,在保护过程中人类更多的采用灵活的、便于传承的方式加以保护,例如,制作音像制品、进行教学传承。非物质文化遗产随之显露出适于市场化的价值。但是,由于非物质文化遗产发源地偏处一隅、信息闭塞,很少认识到该遗产的商业价值,而被发达地区、外来族群抢先开发、利用,创造出丰厚的经济利润,发源地却一无所获、甚至完全不知晓。随着社会的发展,愈来愈多的个人、组织、国家开始注意到该现象,认为此种无偿使用非

物质文化遗产用于营利的行为是对发源地利益的侵犯,是不公平的。随后,部分发展中国家试图通过知识产权法保护非物质文化遗产及其发源地利益。世界知识产权组织亦开始了对民间文艺、传统知识的知识产权保护的探讨。我国政府也逐渐意识到法律保护非物质文化遗产的重要性。2007年,全国人大教科文卫委员会将《中华人民共和国民族民间传统文化保护法》草案调整为《中华人民共和国非物质文化遗产保护法》,部分省市纷纷出台地方《非物质文化遗产保护条例》。法律界人士积极推动着我国非物质文化遗产的知识产权保护,并应用于实践中。通过知识产权法保护非物质文化遗产,在促进非物质文化遗产的传承和延续,发扬我国五千年的传统文化的同时,还可以发挥非物质文化遗产的经济价值,缩小我国与西方发达国家在知识产权竞争中的差距,平衡我国东、西部的发展,提高我国的整体实力。

非物质文化遗产源于人类千百年的文明历史,深深植根于各民族、各地域中,是民族、地域身份、文化的象征,是培养民族、地域文化认同感的宝贵资源,是促进人类文化多样性发展、推动人类文明前进的重要力量。为促进非物质文化遗产保护工作的合理化、有效化、法制化,寻找非物质文化遗产的最优保护路径,法律人应当从非物质文化遗产的基本理论出发,在法律框架下研究和探索非物质文化遗产的保护机制。非物质文化遗产是什么?它的法律界定及构成要件又是什么?它具有怎样的特征?法律对于非物质文化遗产保护的理念是如何发展的?知识产权制度具有怎样的扩展性?与非物质文化遗产保护具有什么样的契合点和法律依据?目前知识产权保护非物质文化遗产的现状是如何?现行法律框架下怎样最完善的保护非物质文化遗产?又如何推动知识产权与非物质文化遗产保护更和谐的结合?这些都是非物质文化遗产知识产权保护问题研究中迫切需要理

目 录

(39) 非物质文化遗产的构成要件	二
(34) 非物质文化遗产的概念	第二章
(34) 非物质文化遗产的概念	第一节
(32) “天人合一”	一
(37) 非物质文化遗产的主张	二
(38) 非物质文化遗产的效力	三
(40) 非物质文化遗产的构成要件	四
序言 非物质文化遗产的概念	(1)
(43) 非物质文化遗产	一
引言:生存与毁灭 非物质文化遗产	(1)
第一章 非物质文化遗产的法律界定 非物质文化遗产	(4)
第一节 非物质文化遗产的概念 非物质文化遗产	(4)
一、非物质文化遗产概念的提出 非物质文化遗产	(4)
二、非物质文化遗产的概念界定 非物质文化遗产	(6)
第二节 非物质文化遗产与相关概念之比较 非物质文化遗产	(13)
一、民间文艺 非物质文化遗产	(13)
二、传统知识 非物质文化遗产	(15)
三、民间文化遗产 非物质文化遗产	(16)
四、民俗 非物质文化遗产	(17)
五、物质文化遗产 非物质文化遗产	(18)
第三节 非物质文化遗产的特征 非物质文化遗产	(19)
一、活态性 非物质文化遗产	(19)
二、独特性 非物质文化遗产	(20)
三、多元性 非物质文化遗产	(21)
四、传承性 非物质文化遗产	(23)
五、地域性 非物质文化遗产	(24)
六、集体性 非物质文化遗产	(26)
第四节 非物质文化遗产的法律性质和构成要件 非物质文化遗产	(28)
一、非物质文化遗产的法律性质 非物质文化遗产	(28)

二、非物质文化遗产的构成要件	(29)
第二章 非物质文化遗产保护的理论与宗旨	(34)
第一节 非物质文化遗产保护理念	(34)
一、“共同财产”保护理念	(35)
二、国家主权保护理念	(37)
三、开放式保护理念	(38)
四、知识产权保护理念	(40)
第二节 非物质文化遗产保护法的宗旨	(42)
一、保存遗产	(43)
二、发展文化多样性	(44)
三、促进传统文化的回归	(46)
四、促进开发利用	(48)
五、确认发源地权利	(49)
第三章 知识产权保护模式之合理性	(52)
第一节 知识产权保护模式之必要性	(52)
一、知识产权保护模式有利于文化的传承	(53)
二、知识产权保护模式有利于发源地经济的发展	(55)
三、知识产权保护模式有利于实现社会发展过程中的利益平衡	(57)
第二节 知识产权保护模式之可行性	(60)
一、非物质文化遗产的本质是信息	(62)
二、非物质文化遗产的经济价值性	(65)
三、知识产权制度的开放性	(67)
第四章 知识产权保护现状与反思	(69)
第一节 国外非物质文化遗产知识产权保护现状	(69)
一、国际组织非物质文化遗产保护的现状	(69)
二、国家内部非物质文化遗产保护的现状	(75)
第二节 我国非物质文化遗产知识产权保护现状	(83)
一、我国非物质文化遗产的保护工作	(83)

二、我国非物质文化遗产保护的立法探索	(84)
三、我国非物质文化遗产知识产权保护的司法案例	(86)
第五章 现行知识产权保护模式	(90)
第一节 非物质文化遗产的著作权保护模式	(91)
一、著作权保护模式概述	(91)
二、著作权保护模式下的制度建构	(92)
三、著作权保护模式之得失评判	(100)
第二节 非物质文化遗产的商标权保护模式	(102)
一、商标权保护模式概述	(102)
二、商标权保护模式下的制度建构	(103)
三、商标权保护模式之得失评判	(111)
第三节 非物质文化遗产的专利权保护模式	(113)
一、专利保护模式概述	(113)
二、专利权保护模式下的制度构建	(114)
三、专利权保护模式的得失评判	(128)
第四节 非物质文化遗产的反不正当竞争法保护模式	(131)
一、反不正当竞争法保护模式概述	(131)
二、反不正当竞争法保护模式下的制度建构	(133)
三、反不正当竞争法保护模式之得失	(141)
第六章 专门知识产权保护模式	(143)
第一节 专门知识产权保护模式的提出	(143)
第二节 非物质文化遗产保护法的基本原则	(145)
一、真实性原则	(145)
二、整体性原则	(147)
三、可持续性原则	(149)
四、国家主权原则	(152)
第三节 非物质文化遗产之上的权利制度	(155)
一、权利确认制度	(156)
二、权利主体	(158)

三、权利内容	(161)
四、非物质文化遗产的合理使用	(168)
五、保护期限	(169)
第四节 非物质文化遗产的管理机构	(170)
一、非物质文化遗产管理机构的设立及职能	(170)
二、非物质文化遗产管理机构的完善	(172)
第五节 非物质文化遗产保护的立法模式	(174)
第六节 非物质文化遗产的习惯法保护	(176)
一、习惯法的制度支撑	(176)
二、习惯法的现实作用	(178)
第七章 知识产权合作框架下的利益分享机制	(181)
第一节 我国知识产权合作现状及其背景下的非物质文化遗产开发	(181)
一、我国知识产权合作现状	(181)
二、非物质文化遗产商业开发的必然性及现存问题	(182)
第二节 利益分享机制的概况	(185)
一、利益分享机制的理论基础与基本原则	(185)
二、知情同意原则	(186)
三、非物质文化遗产利益分享机制的必要性	(187)
第三节 实现利益分享的具体途径	(189)
一、合作开发方式	(189)
二、合资开发方式	(190)
三、投资发源地方式	(191)
四、联营方式	(192)
五、非物质文化遗产与知识产权互换的方式	(193)
六、免费或低价获得非物质文化遗产开发成果方式	(195)
七、版税补偿方式	(195)
展望	(198)

参考文献	(199)
附录一 保护非物质文化遗产公约	(205)
附录二 世界文化多样性宣言	(216)
附录三 生物多样性公约	(222)
附录四 宁夏回族自治区非物质文化遗产保护条例	(241)
附录五 无锡市第十三届人民代表大会常务委员会 公告(2006年第4号)	(248)

于全球经济一体化和社会生活现代化的大潮中,非物质文化遗产受到了社会化大生产和主流文化的强势撞击。在这种撞击下,本已脆弱的非物质文化遗产正在迅速变异,甚至消亡。人类在肯定和享受经济发展、科技进步的同时,需要关注非物质文化遗产受到的严重冲击和破坏现象,关注非物质文化遗产的生存和延续。人类关注非物质文化遗产的具体制度就是知识产权和知识产权法。

引言:生存与毁灭

随着社会的发

展,民俗风情正在发生严重变异,大量传统工艺无人通晓,许多传统知识的延续已经断裂。以我国南京为例,南京地区原有的传统文化大半失传或消失。2006年6月10日开始的南京非物质文化遗产普查结果表明:南京地区非物质文化遗产种类原有100多种,至今只剩40多种。相当一部分发源地人民离开发源地,身在城市后不可避免地受到城市文明和外来文化的影响,传统观念看来非常重要的祭祀、庆典、祈祷、娱乐活动,现在不少人看来已经失去了存在的意义和价值,从而与之相关的古老技艺也没有了传人。^[1] 诸多语种的消亡也是一个突出的例子。目前互联网已成为人类生活中信息来源的重要集散地。而互联网上的信息约80%以上都是通过英语来传递的,并且这种情形有愈演愈烈之势。随着互联网的普及,英语成为霸王语种。这种情形造成很多其他语种的消失。据估计,世界上大约有6000种语言,而其中20%—50%已经失

随着社会的发

[1] 陈燕、喻学才:“关于南京非物质文化遗产的保护和经营刍议”,载《东南大学学报》(哲学社会科学版)2006年S2期。

传。在幸存的语种中,到 2100 年可能将有 90% 的语种消亡或趋于消亡。^[1]

非物质文化遗产在现代社会中的迅速变异、消失,令人堪忧。首先,非物质文化遗产的生存环境破坏严重。非物质文化遗产大多偏处一隅,分散、存留或流传于鲜为人知的地方。随着经济的发展,发源地的规划、开发由于缺乏对非物质文化遗产重要性的认识、相关法律法规的约束、有效方式的管理、必要经费的支持以及信息不畅通等多种原因使得非物质文化遗产的生存环境在全球经济发展中愈加脆弱,非物质文化遗产的流失愈演愈烈。现在各城市实施的城市改造,可能会把曾经孕育的地方小吃、传统手工艺等当地独特传统文化一起“改造”掉。非物质文化遗产自身的地域性特征决定了其若失去原有的生存环境,将难以继续生存、延续。其次,非物质文化遗产的传承乏人。非物质文化遗产大多属于独门绝技或一个地域、民族的独有文化,需要口授心传代代延续,往往因人而存、人亡而亡。但目前掌握传统技艺的艺人已为数不多,且大多年事已高,他们掌握的传统技艺随时都有消失的可能。并且由于非物质文化遗产现行开发模式的缺陷,不能完全适应市场经济的规模化生产,大部分艺人都生活困难。曾有报道皮影戏艺人一天只挣七毛钱,因而造成后辈人才流失,不愿费时学习以致于非物质文化遗产消失。

究其原因,非物质文化遗产的日渐消失,一方面由于非物质文化遗产的保护意识淡薄,保护方式不适。目前,大部分群众不知非物质文化遗产为何物,更不用提对其的保护方式了,对其保护缺乏普遍的自觉性。由于非物质文化遗产的宣传力度不足,只有一部分艺术研究专业人士了解,以至于其演变为一种高端文化,殊不知其本为大众文化,需要大众了解才能传播、发扬。并且非物质文化遗产的活态性和不可再生性等特点增加了其保护难度,非物质文化遗产更需要日

[1] Curtis M. Horton, *Protecting Biodiversity and Cultural Diversity Under Intellectual Property Law: Toward a New International System*, 1995, 10, J. Envtl. L. & Litig. 1.

常化的保护。另一方面,非物质文化遗产的价值没有得到适当的理解和足够重视。非物质文化遗产源于古老的生活发展形成,含有相当的传统成分,易被人误解为落后文化、封建残余,而殊不知其具有的重要价值和作用。非物质文化遗产是人类重要的文化记忆,是民族、地域发展的独特记录,是人类生存和发展的动力、源泉。第一,非物质文化遗产是人类历史发展的重要见证。非物质文化遗产是人类世代代延续下来的文化,它反映了人类各个阶段不同的世界观、不同的生活状态、不同的文化内涵,是珍贵的文化资源,是人类了解自身、借鉴历史的有效工具,是人类继续创造、发展的重要源泉。第二,非物质文化遗产是各民族、地域文明的表现,是连接民族、地域情感的纽带,是民族、地域自我认同的基础。非物质文化遗产中往往蕴涵着各民族、地域独特的文化形态和文化个性,成为民族、地域亲和力、凝聚力的重要源泉。非物质文化遗产作为传统文化的重要组成部分,是各个民族、地域千百年生活的产物,是民族、地域特有精神和智慧的融合。第三,非物质文化遗产代表着民族、地域的文化身份,反映着各民族、地区特有的精神价值、思维方式、想象力和文化艺术。透过丰富多彩的非物质文化遗产,可以感受到各地区、民族的生活观、审美情趣和艺术创造力,可以研究艺术表达和历史发展,弘扬先进文化、丰富大众文化生活。第四,非物质文化遗产包括多种的语言表达方式、多元化的艺术形式等,与物质文化遗产共同承载着社会的文明,是人类文化多样性的体现和保障。非物质文化遗产的存在是各民族、地域不同文化存在的基础,只有在保有各民族不同的文化特点的前提下,全球文化多样性才能发展,才能不断交流推动人类的发展。同时,非物质文化遗产还是人类重要的经济资源,丰富的商业价值可以促进人类的和谐发展。因此,在现代社会的巨大文化变革中非物质文化遗产应该得到足够的重视、保护和开发。

如果我们能建立起适合保护非物质文化遗产的知识产权制度,非物质文化遗产将得到延续和发展,如果不能以对待其他知识财产一样的理性对待非物质文化遗产,它将走向消亡。

第一章 非物质文化遗产的法律界定

第一节 非物质文化遗产的概念

一、非物质文化遗产概念的提出

随着非物质文化遗产宣传的广泛开展和保护意识的不断加强，“非物质文化遗产”目前已成为一个家喻户晓的词汇。但是，作为一个学术概念，即使在较早提出“非物质文化遗产”词语的联合国教科文组织的词语库里，也是一个非常新的术语。^{〔1〕} 根据有关资料，非物质文化遗产概念于1972年首次出现在联合国教科文组织会议文件中。在讨论《保护世界文化与自然遗产公约》的过程中，出现了一份针对非物质文化遗产的提案。^{〔2〕} 虽然这份提案最终被否决，但却为非物质文化遗产作为一个整体概念奠定了基础。1982年，联合国教科文组织首设以“非物质遗产”(Nonphysical Heritage)命名的部门。^{〔3〕} 随后在联合国教科文组织的第二个中期计划(1984—1989)时段，该组织给予“文化遗产”的扩展部分以“非物质文化遗产”(nonphysical cultural heritage)正式命名，而且还着手进行非物质文化遗产概念及保护的研究：“文化遗产总是被视为一个社会、一个民

〔1〕 王文章主编：《非物质文化遗产概论》，文化艺术出版社2006年版，第2页。

〔2〕 联合国教科文组织官方网站文件 [http://unesdoc.unesco.org/ulis/at the meeting of the experts on the preliminary draft of the International Convention for The safe guarding of the Heritage of Humanity \(DG/2002/26\)P1](http://unesdoc.unesco.org/ulis/at%20the%20meeting%20of%20the%20experts%20on%20the%20preliminary%20draft%20of%20the%20International%20Convention%20for%20the%20safe%20guarding%20of%20the%20Heritage%20of%20Humanity%20(DG/2002/26)P1)，第4、5段。

〔3〕 参见 <http://book.qq.com/a/20061212/000028.htm>，2007年1月29日访问。