



# 非物质文化遗产保护 问题研究

中国社会科学院知识产权中心 编



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

# 非物质文化遗产保护 问题研究

中国社会科学院知识产权中心 编



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

## 内容提要

本书汇编了有关非物质文化遗产保护的立法概况、理论与实践,以及保存与运用等方面的论文,可供非物质文化遗产保护领域的实践工作者、相关政府部门和理论研究人员阅读和参考。

责任编辑:龙文  
装帧设计:开元图文

责任出版:卢运霞  
特约编辑:李怡婷

## 图书在版编目(CIP)数据

非物质文化遗产保护问题研究/中国社会科学院知识产权中心编. —北京:知识产权出版社, 2011. 8

ISBN 978-7-5130-0715-3

I. ①非… II. ①中… III. ①文化遗产—保护—研究—中国 IV. ①K203

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第144415号

## 非物质文化遗产保护问题研究

Feiwuzhi Wenhua Yichan Baohu Wenti Yanjiu

中国社会科学院知识产权中心编

出版发行: **知识产权出版社**

社址:北京市海淀区马甸南村1号

网址: <http://www.ipph.cn>

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

责编电话: 010-82000860 转 8123

印刷: 知识产权出版社电子制印中心

开本: 880mm×1230mm 1/32

版次: 2012年3月第1版

字数: 300千字

邮 编: 100088

邮 箱: [bjb@cnipr.com](mailto:bjb@cnipr.com)

传 真: 010-82005070/82000893

责编邮箱: [longwen@cnipr.com](mailto:longwen@cnipr.com)

经 销: 新华书店及相关销售网点

印 张: 12.25

印 次: 2012年3月第1次印刷

定 价: 36.00元

ISBN 978-7-5130-0715-3/K·101 (3620)

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

## 序 言

非物质文化遗产是指各民族、社区和群体视为其文化遗产组成部分的各种文化表现形式，以及与这些文化表现形式相关的实物和场所。非物质文化遗产涉及非常广泛的内容，包括传统的口头表达、语言文字、表演艺术、宗教仪式、节庆风俗、医药知识、手工艺，以及传统的有关自然和社会的知识等等。

非物质文化遗产与人类漫长的农耕社会密切相关。随着工业社会的到来，无论是在发达国家还是在发展中国家和最不发达国家，非物质文化遗产都在迅速消失。于是，抢救非物质文化遗产，尤其是发展中国家和最不发达国家的非物质文化遗产，成了摆在国际社会面前的紧迫问题。同时，发达国家的个人和公司利用发展中国家和最不发达国家的非物质文化遗产，创作出可以受到著作权或者版权保护的作品，做出可以获得专利的技术发明，也从另一个角度提出了如何让非物质文化遗产的持有者或者传承者获得必要经济利益的问题。

与此相应，国际上有关非物质文化遗产的保护，也有了行政保护和民事权利保护的 mode。所谓行政保护模式，是由政府的主管部门采取行政措施，积极、主动地保存或保护非物质文化遗产。例如政府部门建立非物质文化遗产的名录体系、传承制度和保障制度等等。联合国教科文组织通过的《非物质文化遗产保护公约》，是行政保护模式的典型代表。所谓民事权利保护的 mode，则是在非物质文化遗产上设定民事权利，防止他人未经许可而商业性地利用相关的非物质文化遗产，并在必要的时候给予法律救济。

大体说来，国际上有关非物质文化遗产保护的探讨，开始于民事权利的保护模式。1967年的《突尼斯著作权法》率先规定，以

## 2 非物质文化遗产保护问题研究

著作权的方式保护民间文艺，开了以民事权利的方式保护非物质文化遗产的先河。随后，世界知识产权组织和联合国教科文组织于1982年推出了《发展中国家著作权保护突尼斯示范法》，就民间文艺表达的著作权保护做出了示范规定。此后，世界知识产权组织于2000年成立了一个“知识产权与遗传资源、传统知识和民间文学艺术政府间委员会”，就遗传资源、传统知识和民间文艺的民事权利保护问题进行了积极的探索。然而，由于民事保护模式涉及较为复杂的民事法律和知识产权法律的问题，很难在国际上达成共识。另一方面，有关行政保护模式的探讨虽然起步较晚，但由于简单易行，很快在国际上达成共识，形成了具有约束力的《非物质文化遗产保护公约》。中国对于非物质文化遗产保护的探讨，同样开始于民事权利保护的探讨。早在20世纪80年代，当中国制定《著作权法》时，就开始了对于民间文艺保护的探讨。1990年通过的《著作权法》，也在第6条原则规定了对于民间文学艺术作品的保护，授权国务院制定相关的条例。在此之后，中国社会科学院知识产权中心主任郑成思教授，翻译了国际上有关民间文艺保护的立法文件，以期推动民间文学艺术作品保护条例的制定。进入21世纪以后，中国对于非物质文化遗产保护的探讨，则是在两个因素的推动下进行的。一是中国加入世界贸易组织，大大提高了知识产权的保护标准，促使一些学者探讨如何更加有效地保护同样属于智力活动成果的遗传资源、传统知识和民间文艺。二是世界知识产权组织、联合国教科文组织和其他国际组织，积极推进有关非物质文化遗产保护的探索，推出了一系列富有成效的文件。这也促使国内的很多专家学者，从民事权利保护和行政保护的角度，探讨对于非物质文化遗产的保护。

与国际上的情形类似，中国对于非物质文化遗产保护的探讨虽然开始于民事权利的保护模式，但行政保护模式迅速走在了前面。早在1998年，文化部与全国人大教科文卫委员会就起草了一部《民族民间传统文化保护法》（草案）。2004年8月，中国加入联合

国教科文组织制定的《非物质文化遗产保护公约》。随后，文化部将原来的《民族民间传统文化保护法》改名为《非物质文化遗产法》，经国务院讨论后，提交全国人大常委会讨论，于2011年2月获得通过。这部法律全面规定了行政机关对于非物质文化遗产的保护，包括对于非物质文化遗产的认定，公布名录和确定传承人等等。

与此相成鲜明对比的是，1990年通过的《著作权法》虽然原则规定了对于民间文学艺术作品的保护，但在经过了20多年以后，仍然没有制定出“民间文学艺术作品保护条例”。又如，2008年修订《专利法》，曾经在草案中规定，利用他人的遗传资源和传统知识做出的技术发明，申请人应当在申请文件披露相关的遗传资源和传统知识。然而，由于众多利益集团的反对，最终通过的《专利法》删除了有关传统知识的披露要求。即使是对于遗传资源的强制披露要求，也没有相应的惠益分享机制加以补充。由此看来，在非物质文化遗产的民事权利保护方面，我们仍然是任重而道远。

中国社会科学院知识产权中心与台湾清华大学科技法律研究所自2004年以来，连续举办了五届有关知识产权的会议。其中两次会议的主题，都是关于非物质文化遗产的保护，显示了两个单位对于这个问题的重视。在2005年5月，两个单位与贵州师范大学合作，召开了“遗传资源、传统知识和民间文艺保护研讨会”。这次会议达成了一个共识，保护遗传资源、传统知识和民间文艺，并不是要把这些非物质文化遗产封闭起来，而是要在商业化运用的过程中，既传播、发扬和充分利用遗传资源、传统知识和民间文艺，又让其持有者或者传承人获得一定的经济利益。这就是引入特殊权利的保护，设定惠益分享的机制。会议的论文纳入了《知识产权文丛》第十三卷（中国方正出版社2006年版），在学术界引起了广泛的影响。

到了2010年11月，当《非物质文化遗产法》正在全国人大常委会审议之时，两个单位再次与湖南大学、湖南省文化厅和中共炎

#### 4 非物质文化遗产保护问题研究

陵县委、县政府合作，在湖南省炎陵县举办了“非物质文化遗产保护中的法律问题研讨会”。研讨会的开幕式是在中华民族的始祖之一炎帝的陵墓前面举行的。我作为会议主办方的代表，有幸主持了研讨会的开幕式。祭灵仪式由朝拜、歌舞、仪仗、锣鼓、献祭等传统的文化要素所构成。与祭灵的仪式相结合，台湾清华大学科技法律研究所所长范建得教授、湖南省文化厅的周用金厅长、中共炎陵县委书记李晖分别致辞。在庄严的祭灵仪式中，我们再次感受到了非物质文化遗产的巨大生命力，以及在当今的社会经济条件下保存和保护中华民族非物质文化遗产的重要性。

开幕式之后，来自海峡两岸的专家学者，就“非物质文化遗产保护的立法概况”、“非物质文化遗产保护的基本理论”、“非物质文化遗产的保存与保护”、“非物质文化遗产的产业化”等专题进行了深入的研讨。会议期间，还穿插了炎陵县政府组织的“非物质文化遗产传承人表演和解说”等内容。根据研讨的专题可以看出，会议不仅探讨了非物质文化遗产保护的基本理论和立法概况，而且着力探讨了非物质文化遗产的保存、保护和产业化等问题。在这方面，台湾在非物质文化遗产的保存方面，在非物质文化遗产的产业化方面，已经积累了一些宝贵的经验，值得大陆的相关部门和学术界加以借鉴。

会议结束之后，我们按照以往的惯例，从会议论文中精选了16篇，在作者进一步修改的基础上，汇编了这本《非物质文化遗产保护问题研究》。我们希望，本文集的出版，能够进一步推动我国对于非物质文化遗产的保护和保存，尤其是推动对于非物质文化遗产的民事权利的保护。

李明德

2011年5月于北京

# 目 录

## 一、非物质文化遗产保护的立法概况

关于非物质文化遗产立法的几个问题 .....	王建华 ( 3 )
论非物质文化遗产的公权保护 .....	黄玉焯 ( 12 )
非物质文化遗产的法律保护问题 .....	管育鹰 ( 26 )
台湾地区鼓励民间参与保存非物质文化 遗产之作为 .....	范建得 罗雅之 ( 49 )
台湾地区对于遗传资源法之立法方向 .....	陈昭华 彭怡静 ( 63 )

## 二、非物质文化遗产保护的理论与实践

### 非物质文化遗产保护与著作权保护的

冲突与协调 .....	董炳和 於亚萍 ( 97 )
论非物质文化遗产衍生“作品”的 著作权 .....	孙元清 余 晖 ( 112 )
我国传统村落及其文化遗存现状与 保护思考 .....	胡彬彬 ( 126 )
农业文化遗产的概念、特点与 保护要求 .....	闵庆文 孙业红 ( 140 )
法律视野中的全球重要农业文化遗产 (GIAHS) .....	吴 莉 焦洪涛 ( 151 )
知识产权、“集体共有知识产权”与非物质 文化遗产 .....	喻 铃 ( 199 )



### 三、非物质文化遗产的保存与运用

非物质文化遗产的商业化利用 ..... 何家怡 (225)

证明标章保护原住民工艺品之功能 ..... 李崇僖 (236)

原始部落的文化与传承 ..... 林素甘 郭良文 (254)

数位典藏之权利盘点 ..... 陈晓慧 (282)

燕赵民间文化传承的法律保护机制  
研究 ..... 胡云红 杨朝 胡海涛 (302)

附录 1: 非物质文化遗产法律保护研究  
报告 ..... 李明德 管育鹰 (320)

附录 2: 《中华人民共和国非物质文化遗产法》 ..... (371)

### 二、非物质文化遗产保护的国际经验

(97) 蔡玉芬 咏斌童 ..... 高树己 梁中

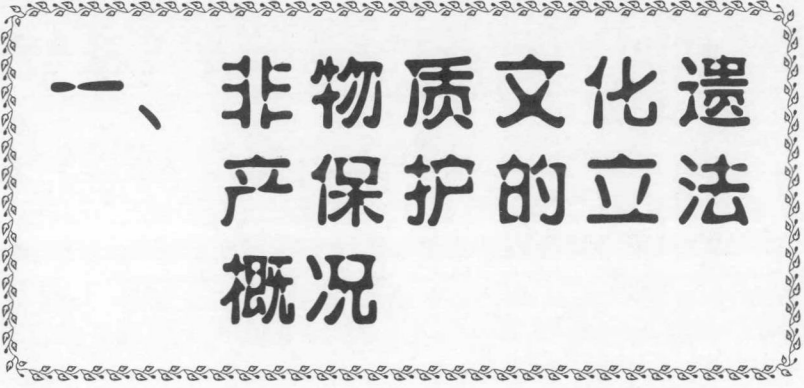
(112) 郭余 素永保 ..... 郭作权

(139) 胡琳琳 ..... 洪思宇

(141) 张业保 文美茵 ..... 朱雯

(151) 李兆熊 薛 昊 ..... (GIAHS)

(159) 蔡 雷 ..... 梁中

A decorative rectangular border with a repeating floral or leaf-like pattern surrounds the text.

# 一、非物质文化遗产 保护的立法 概况



# 关于非物质文化遗产立法的几个问题

王建华\*

**摘要：**2010年8月23日，《中华人民共和国非物质文化遗产法（草案）》（以下简称《草案》）首次提请全国人大常委会进行审议，我国非物质文化遗产的立法进入了十分关键的阶段。目前，全国人大已通过互联网向社会各界征求对《草案》的意见。可以说，非物质文化遗产立法工作，在全社会引起了广泛关注和热烈讨论。这对提高立法的科学性、民主性，推动我国非物质文化遗产事业的发展意义重大。笔者根据自己的体会，谈几点看法。

## 一、关于法律名称

### （一）关于名称之争

根据讨论和反馈的意见，一部分人主张将法律名称修改为《中华人民共和国非物质文化遗产保护法》，理由是：（1）我国已加入联合国教科文组织的《保护非物质文化遗产公约》，国内法的法律名称中没有“保护”二字，显得非常突兀；（2）众所周知，我国关于文物的法律是《中华人民共和国文物保护法》，对于同样作为文化遗产重要组成部分的非物质文化遗产，在法律名称上应一致。

主张法律名称应为《中华人民共和国非物质文化遗产法》的理由，主要有以下几点：（1）“保护”一词涵义过窄；（2）“保护”一词带有价值取向色彩，应当区别保存与保护，以便对不同类型的非

\* 文化部政策法规司。本书汇编时《非物质文化遗产法》正在审议尚未出台，因此在各文中均称《草案》，以下不再一一注明。

物质文化遗产进行区别对待。

## (二) 名称之争产生的原因

笔者认为，产生上述分歧的主要原因有二：

其一，公约翻译上的原因。《保护非物质文化遗产公约》的英文名称为《Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage》。再看公约对“保护”的解释：“保护”指确保非物质文化遗产生命力的各种措施，包括这种遗产各个方面的确认、立档、研究、保存、保护、宣传、弘扬、传承（特别是通过正规和非正规教育）和振兴。我们很快就能发现这里的一个“漏洞”——用“保护”解释“保护”。但是，对照英译本就可以知道，被定义的“保护”是“safeguarding”，用以解释的“保护”是“protection”。可见，正是因为汉语中没有对“safeguarding”和“protection”加以区别，一并译为“保护”，才导致了对其涵义的不同理解。简单地说，主张法律名称为《中华人民共和国非物质文化遗产保护法》的人认为，这里的“保护”相当于“safeguarding”；主张法律名称为《中华人民共和国非物质文化遗产法》的人认为，这里的“保护”相当于“protection”。

其二，非物质文化遗产的特殊性。与静态的、有形的文物不同，非物质文化遗产的特点是“世代相传，在各社区和群体适应周围环境以及与自然和历史的互动中，被不断地再创造”。也就是说，非物质文化遗产具有活态性和传承性，并且与“各社区、群体，有时是个人”关于“自然界和宇宙的知识和实践”密切相关。这一特性，使得人们在面对一个具体的非物质文化遗产项目时，会自然而然地联想到蕴藏其后的世界观、人生观等等，从而作出相应的价值评判。这种价值评判，既可能因人而异，也可能因历史阶段而异，千差万别，甚至截然相反。而一般人对于汉语中的“保护”一词，往往做狭义的理解，即潜意识地认为，需要“保护”的对象，必然在价值导向上有正面意义。既然如此，不加分析地在“非物质文化遗产”之下加上“保护”二字，自然不妥。然而，对那些将“保

护”一词作广义理解的人来说，这种担心却是多余的。因为，根据不同的价值判断，既可以采取保存、研究的措施，也可以采取传承、弘扬的措施，都属于“保护”的范畴。

### （三）个人观点

综上，两种法律名称均有一定的道理，并没有原则性的分歧。比较而言，笔者倾向于加上“保护”二字，并对其作广义的解释。这样做有以下好处：

（1）保持立法的统一性。在国内来说可与文物保护法相统一，在国际上可与保护非物质文化遗产公约接轨，旗帜鲜明地表达出我们珍视中华民族文化遗产的态度。

（2）使《草案》表述更严谨。目前的《草案》区分了保存与保护，将保护作狭义的理解。《草案》第3条规定：国家对非物质文化遗产采取认定、记录、建档等措施予以保存，对具有历史、文学、艺术、科学价值的非物质文化遗产采取传承、传播等措施予以保护。这里至少有两个地方不够严谨：一方面，很难找出一项在“历史、文学、艺术、科学”任何一方面都没有价值的非物质文化遗产；另一方面，如果从狭义上理解，“保护”一词与“传承、传播”联系起来也比较勉强。如果将“保存”理解为保护手段的一种，则可以避免这些问题。

（3）升华以往的非物质文化遗产政策。《国务院办公厅关于加强我国非物质文化遗产保护工作的意见》（国办发〔2005〕18号）确定的工作指导方针是“保护为主，抢救第一，合理利用，传承发展”。《草案》之所以没有将这一方针原封不动地写进去，可能与对“保护”一词的理解有关，即仔细推敲起来，抢救、利用、传承、发展等实际上都是保护措施，抽去这些措施，“保护”会显得有些空洞。这也说明，文件语言在转化成法律语言之前还要下一番功夫。

（4）使立法目的性更加明确。关于《草案》的说明详细阐述了立法的必要性，即“非物质文化遗产日益受到现代生活方式的冲

击，一些依靠口传身授予以传承的文化遗产不断消失，许多传统技艺面临人亡艺绝的危险，大量具有历史、文学、艺术、科学价值的珍贵实物遭到毁弃”。这些阐述，给人的强烈感觉，就是“保护”非物质文化遗产具有急迫性，而这种“保护”应当是全方位的。另外，在征求意见过程中，一些同志对《草案》第40条关于国家鼓励“合理利用非物质文化遗产代表性项目发展文化产业”的规定表示了担忧。他们认为，市场的力量足够强大，自然会对具有市场潜力的非物质文化遗产进行开发，目前的当务之亟是防止这种开发造成的负面作用，而不是鼓励开发文化产业。这种争论的出现，恐怕与法律名称中没有“保护”一词，至使立法目的不够突出有关。

## 二、关于非物质文化遗产的定义

### （一）立法中面临的困难

如何对非物质文化遗产进行界定是本法的一大难点。表现在以下几个方面：

（1）语境转换的困难。在加入《保护非物质文化遗产公约》之前，国内有一个沿用多年的名称，叫“民族民间文化”。加入公约之后，为了与国际话语体系接轨，相应的政策文件都进行了修改。“the Intangible Cultural Heritage”直译应为“无法触摸的文化遗产”，学界有译为“无形文化遗产”的，也有译为“非物质文化遗产”的。无论如何，这种以否定词作为名词的用法并不符合中国的语境，难免造成理解上的困难。例如，一般人看来，与无形对应的是有形，与物质对应的是精神。难道我们的民族民间传统文化都是看不见、摸不着的？或者是纯粹精神层面的东西？虽然经过多年的宣传，“非物质文化遗产”这一概念已被广泛接受，但由于理解上的差异，在立法过程中的争论非常之多。

（2）对公约定义的不同看法。《保护非物质文化遗产公约》对非物质文化遗产的定义是：“被各社区、群体，有时是个人，视为其文化遗产组成部分的各种社会实践、观念表述、表现形式、知

识、技能以及相关的工具、实物、手工艺品和文化场所。这种非物质文化遗产世代相传，在各社区和群体适应周围环境以及与自然和历史的互动中，被不断地再创造，为这些社区和群体提供持续的认同感，从而增强对文化多样性和人类创造力的尊重。”公约还列举了五种形式：口头传统和表现形式，包括作为非物质文化遗产媒介的语言；表演艺术；社会实践、仪式、节庆活动；有关自然界和宇宙的知识和实践；传统手工艺。

有人认为，既然我国已经加入了公约，直接引用其中关于非物质文化遗产的定义就可以了，没必要为此另起炉灶。更多的人认为，我们对非物质文化遗产的界定，不能机械地照搬公约的表述，而应当结合中国的国情，用中国人熟悉的语言进行表述。更何况，国际公约的制定过程，同样是一个争论和妥协的过程。公约关于非物质文化遗产的定义，也不见得每个国家、每个人都心服口服。

(3) 操作层面的困难。如何恰当地对非物质文化遗产下定义，是列举还是解释，或者是列举与解释并用？解释时如何把握非物质文化遗产的主要特征？列举时如何考虑分类的逻辑关系？由于非物质文化遗产具有很强的学术性，专家学者们给出的答案可谓千差万别、丰富多彩。立法者往往无所适从，难以决断。

## (二) 个人观点

目前，草案关于非物质文化遗产的定义是“指各族人民世代相传并视为其文化遗产组成部分的各种传统文化表现形式，以及与传统文化表现形式相关的实物和场所”，并列举了6种具体形式。这一定义，主要是采纳了国办发〔2005〕18号文件中的提法，并进行了适当的改造，是否可行，还有待于更广泛的讨论。笔者不是非物质文化遗产方面的专家，仅仅从立法的角度谈一点看法：

(1) 法律中的定义，要尽量避免卷入学术之争。对于学术争论较大的概念，宁可避免下定义，也不能通过立法的方式定于一尊。否则，不利于事物本身的发展。

(2) 定义要有一定的弹性，或者说留有余地。比如，有人问，



到底什么才算世代相传？这个问题就不好在法律上规定一个具体的年限，而要通过实践来具体解决。

(3) 要客观看待定义的作用。定义很重要，但也不能强调到不适当的地步。在定义比较困难的情况下，可以靠制度设计来确定法律的调整对象。如《文物保护法》并没有对什么是文物进行解释，只是说“在中华人民共和国境内，下列文物受国家保护”，然后列举了五大类文物。《文物保护法》还规定，“文物认定的标准和办法由国务院文物行政部门制定，并报国务院批准。”这样的立法技术，值得我们在非物质文化遗产立法过程中借鉴参考。

(4) 不能无限扩大法律调整对象。仅从定义来看，非物质文化遗产涵盖的面非常广泛，处理不好会使法律无的放矢。我认为，在实际操作中至少应从六个方面进行限制：一是要把握住非物质文化遗产是一种“表现形式”，以避免与这种“表现形式”背后的思想内涵混为一谈；二是要排除那些偶发的文化表现形式，即非物质文化遗产必须是经过相当长时间考验的文化表现形式；三是注意其传承、流变性，排除那些早已定型的古典作品，不管这些作品的作者是否明确；四是排除那些不符合现有的国际人权文件的非物质文化遗产；五是要排除那些不能给社会提供“持续的认同感”的非物质文化遗产；六是要首先关注那些存在状态濒危的非物质文化遗产。

### 三、关于法律性质

#### (一) 关于本法的行政法定位

非物质文化遗产的立法到底是一部行政法还是民商法，或者说是兼顾二者的综合性法律？这一问题缠绕着整个立法过程。从目前的草案看，行政法定位比较清楚。笔者认为，将本法定位为行政法有以下几个方面的原因：

(1) 传统知识、民间文艺的民事权利（特别是知识产权）如何确立，在国际上仍然存在很大的争论。这也是《保护非物质文化遗产公约》未能在世界知识产权组织框架内通过，而是在联合国教科