



# 非物质文化遗产的知识产权保护

## ——以内蒙古自治区为例

---

罗宗奎◎著



中国政法大学出版社



# 非物质文化遗产的知识产权保护 ——以内蒙古自治区为例

罗宗奎◎著



中国政法大学出版社

2015·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
  2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

### 图书在版编目（CIP）数据

非物质文化遗产的知识产权保护：以内蒙古自治区为例/罗宗奎著. —北京：中国政法大学出版社，2015.4

ISBN 978-7-5620-6028-4

I. ①非… II. ①罗… III. ①文化遗产—知识产权保护—研究—内蒙古 IV. ①D922.164②D923.404

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第080022号

---

- 出版者 中国政法大学出版社  
地 址 北京市海淀区西土城路25号  
邮寄地址 北京100088 信箱8034分箱 邮编100088  
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)  
电 话 010-58908285(总编室) 58908334(邮购部)  
承 印 固安华明印业有限公司  
开 本 880mm×1230mm 1/32  
印 张 7.75  
字 数 180千字  
版 次 2015年4月第1版  
印 次 2015年4月第1次印刷  
定 价 35.00元

本书为内蒙古自治区高等学校科学研究项目  
《内蒙古“非遗”资源的知识产权保护与开发研究》  
(NJSY14077) 的阶段性成果

## 序 言

对非物质文化遗产的知识产权保护问题，笔者多年以前就已开始关注。在不断考察和思索相关问题的基础上，一些还不太成系统的思绪也陆续形成了文字，便有了前期在相关期刊上发表的若干篇与此相关的论文。这些论文就知识产权法在内蒙古非物质文化遗产资源保护和开发利用中的意义、机制、优势和局限等问题进行了一系列探讨，还就非物质文化遗产档案的开发利用问题从知识产权法的角度进行过详细思考。自2012年攻读知识产权法博士学位以来，在对知识产权法不断学习的过程中，对知识产权法相关理论日益有了更加深刻的认识和体会，对知识产权法于非物质文化遗产的保护与开发之上的原理和作用机制亦愈发清晰。此次借内蒙古自治区高等学校科学研究项目之机，将笔者多年来关于非物质文化遗产的知识

产权保护与开发的诸多思绪进行一次系统的整理和归纳，希望可以非物质文化遗产与知识产权法之间的紧密互动关系的探讨提供些许思想的火花。该书以非物质文化遗产的知识产权保护和开发为中心内容，结合内蒙古自治区非物质文化遗产资源，提出非物质文化遗产与现行知识产权法保护的对接机制，以实现一种现实的知识产权保护方案设计。全书内容分为八个部分，简要概述如下：

第一章主要是界定非物质文化遗产保护的范畴问题。包括非物质文化遗产的定义和范围、非物质文化遗产的特征、非物质文化遗产保护的双重内涵、保护的意义、非物质文化遗产保护与法律的关系等问题。其中关于非物质文化遗产保护的双重内涵的观点系作者在对非物质文化遗产保护这一问题进行理论分析的基础上提出的。该双重内涵指的是从两种视角看待“保护”的含义：一方面是从非物质文化遗产传承的视角，从文化、历史、科学、艺术等学科的角度探讨非物质文化遗产保护的含义，即要实现非物质文化遗产的传承和发展之意；另一方面是指从法律的视角理解“保护”之内涵，即要保护非物质文化遗产资源所有者的精神权益和物质利益不受侵犯的含义。因循非物质文化遗产“保护”的双重内涵，也就确定了非物质文化遗产保护这一问题的研究方向和思路。该章的整体目标是通过对这些基本问题的分析，界定非物质文化遗产保护的基本范畴，为后续研究定下基调。

第二章是关于非物质文化遗产知识产权保护的理论基础的研究。即从知识产权正当性理论入手，包括洛克的财产权劳动说、康德和黑格尔的人格权论、知识产权激励论以及知识共有理论等方面，将知识产权正当性理论适用到非物质文化遗产这一新型客体上，论证非物质文化遗产知识产权保护的合理性和

必要性。其中关于知识产权正当性的“知识共有理论”的阐述是笔者结合历史上的自然法学家洛克、格劳秀斯和普芬道夫等关于财产权取得的理论和当代澳大利亚知识产权法学家德霍斯教授的“知识共有理论”进行的阐发。这些理论将关于知识产权正当性的论述引向一种利益平衡的视角，为非物质文化遗产的知识产权保护理论提供一种深刻的理论基础。

第三章是在前面基础理论的基础上提出非物质文化遗产知识产权保护的现实因应措施，即利益平衡理论的应用。本章是在前述理论上关于非物质文化遗产知识产权保护因应措施的确定，主要内容聚焦于非物质文化遗产知识产权保护中可能存在的四种利益冲突关系：非物质文化遗产权利人和社会公众之间的利益冲突和平衡；发达国家和发展中国家之间的利益冲突和平衡；国家、政府与非物质文化遗产权利人之间的利益冲突和平衡；非物质文化遗产权利人相互之间的利益冲突与平衡。本章阐述这些利益冲突存在的机理和性质，并通过一些典型案例予以说明和阐释。

第四章是关于非物质文化遗产知识产权保护的基本原则的论述，是在前述理论上为非物质文化遗产的知识产权保护确定实施的机制和标准问题。这些原则包括：非物质文化遗产知识产权保护的“活态传承”原则，这是与第一种含义的非物质文化遗产“保护”相协调的必然要求；公法与私法相结合原则，这是知识产权法保护非物质文化遗产实施机制方面的标准；利益平衡原则，这是非物质文化遗产知识产权保护实质内涵方面的要求。这三个原则将非物质文化遗产知识产权保护中的目标、实施机制和具体内涵予以明确，是非物质文化遗产知识产权保护的基本指导方针。

第五章是关于非物质文化遗产知识产权保护的法律机制的

阐明，其目的是要阐述知识产权法律制度在非物质文化遗产保护方面所能起到的作用和具体的作用方式。本章首先指出非物质文化遗产知识产权保护的优势和局限性，提出其优势在于私权保护带来的内在激励机制的增益上。然后详细阐述非物质文化遗产知识产权保护的两种作用机制，即激励机制和排除机制。激励机制内涵是以激励非物质文化遗产权利人通过非遗资源取得物质利益并排除他人侵害的方式提高传承和保护非物质文化遗产的动力；排除机制主要是通过法律对侵权的救济排除他人对非物质文化遗产的知识产权意义上的侵犯，保护非物质文化遗产的知识产权收益。最后就非物质文化遗产的行政保护和知识产权保护的衔接机制进行说明。

第六章是对知识产权法目前可以提供的保护非物质文化遗产的客体方面进行保护模式的介绍。这些保护模式以知识产权保护客体为分类标准，从著作权保护模式、商标权保护模式、专利权保护模式、商业秘密保护模式等方面予以详细阐释，说明这些保护模式的要求、要件、优势和不足，为非物质文化遗产的知识产权保护模式选择提供参考标准。

第七章是以内蒙古地区为例对非物质文化遗产的知识产权保护，尤其是对我国少数民族地区的非物质文化遗产保护的现实方案选择提供建议。本章首先对我国少数民族地区非物质文化遗产知识产权保护面临的主要问题、紧迫性、必要性和重大意义进行现实考察和阐述。其中对于纳西族东巴文化和内蒙古典型非物质文化遗产目前存在的知识产权侵权现状进行了初步考察。在此现实基础上，对内蒙古自治区典型非物质文化遗产项目那达慕、阿拉善地毯、蒙古族长调民歌进行知识产权保护模式的方案设计和建议，这三个项目分别代表着传统民俗、传统技艺和传统民间文艺三大类非物质文化遗产项目，具有代表



性。因此这一模式设计具有一定的启发意义，可以在此基础上适用到其他非物质文化遗产项目的知识产权保护上去。

第八章是对非物质文化遗产知识产权保护其他相关因素的研究。考虑到非物质文化遗产知识产权保护的运行问题，因此特别考察了其中几个可能关系到非物质文化遗产知识产权法律保护效果的因素。这些因素包括非物质文化遗产档案对非遗知识产权保护的证据作用的问题；非物质文化遗产知识产权保护在各地区尤其是少数民族地区知识产权战略中的重要地位；知识产权意识和文化培养问题；非物质文化遗产知识产权保护中特殊知识产权人才培养的问题。

罗宗奎

2015年2月5日

## 引 言

综合来看，对非物质文化遗产的保护与开发主要有两种观点和做法：一是“自上而下”的行政保护模式，其注重政府外部力量的推动，是一种“输血”机制，但缺点是有精英文化干预之嫌，难以调动民间积极性和自主性；二是“自下而上”的私法保护模式，注重非物质文化遗产原住民自我意识之觉醒，是一种“造血”机制，更能调动和鼓励原住民积极性。目前美国、澳大利亚、巴西、巴拿马、联合国、世界知识产权组织、安第斯组织等国家和国际组织都以知识产权这种私权模式对非物质文化遗产予以保护。

在我国，非物质文化遗产保护在实践中主要是以《中华人民共和国非物质文化遗产法》为代表确立的行政保护模式，即通过田野调查、记录、申报各级非物质文化遗产项目，以政府

力量传承和保护。理论界关于非物质文化遗产保护也多是从事文化传承、政府管理和责任的角度论述，重政府外部推动轻原住民内部积极性，重“保护”轻“开发”。而关于非物质文化遗产知识产权保护 and 开发的论述多见于知识产权法学者。知识产权保护作为非物质文化遗产保护的一种模式，是目前和未来理论研究和实践操作的一大趋势，但研究尚不深入，非物质文化遗产知识产权保护与开发的理论基础、内在机理、具体措施等问题的论证均远远不足。就我国少数民族地区而言，如何有针对性地將知识产权法融入非物质文化遗产的保护与开发，研究成果更是寥寥。

知识产权法保护智力创造成果，而非物质文化遗产是智力成果的源泉，两者内涵契合，关系密切。知识产权是私权，如何将知识产权法独特的激励机制运用到非物质文化遗产这种智力成果源泉的保护与开发上，通过使非物质文化遗产原住民享受到实际的利益，激励其自觉自愿地保护和传承非物质文化遗产，本身是知识产权法一个重大的理论命题，此为该研究的理论意义之所在。

在我国广大少数民族地区，非物质文化遗产资源丰富，保护、开发和传承非物质文化遗产不仅可以展示民族特色，体现民族文化内涵，保护人类文化多样性，更具有潜在的巨大经济价值。近年来，少数民族地区经济有所发展，但资源过度依赖性和不合理的经济结构制约着经济的可持续发展，且不易解决贫富差距过大的民生问题。如果能够合理利用和充分发掘这些地区丰富的非物质文化遗产资源，则势必能以绿色文化产业的崛起培育我国少数民族地区经济新的增长点，并带动少数民族地区商业、旅游业等多种产业的巨大发展，转变经济增长结构，为这些地区的经济发展作出独特而深远的贡献。

# 目 录

- | 序 言.....1
- | 引 言.....1
- 第一章 | 非物质文化遗产保护之范畴.....1
- 一、非物质文化遗产的定义和范围.....2
- 二、非物质文化遗产的特征.....5
- 三、“非物质文化遗产保护”的双重内涵.....7
- 四、非物质文化遗产保护的意义——文化多样性及其价值.....9
- 五、非物质文化遗产保护与法律.....13
- 第二章 | 非物质文化遗产知识产权保护的理论基础.....17
- 一、知识产权与非物质文化遗产——融合与问题.....18
- 二、知识产权正当性理论与非物质文化遗产保护.....32

三、知识共有理论与非物质文化遗产保护.....45

四、总结.....59

第三章

非物质文化遗产知识产权保护的现实因应.....61

一、知识产权法中的利益平衡.....61

二、非物质文化遗产知识产权保护中的利益冲突类型.....70

第四章

非物质文化遗产知识产权保护的基本原则.....105

一、目标——“活态传承”原则.....105

二、手段——公、私法相结合原则.....110

三、要求——利益平衡原则.....112

第五章

非物质文化遗产知识产权保护实现机制.....116

一、制度优势和局限.....116

二、两种作用机制.....126

三、公、私法保护机制与衔接.....139

第六章

非物质文化遗产知识产权保护模式.....148

一、著作权保护模式.....150

二、商标权保护模式.....167

三、专利权保护模式.....175

四、反不正当竞争保护方式.....181

第七章

非物质文化遗产知识产权保护方案选择.....183

一、少数民族地区非物质文化遗产保护现状.....183

二、分类对接方案——以内蒙古地区为例.....193

三、小结.....207

非物质文化遗产知识产权保护中的其他相关

因素.....209

一、非物质文化遗产档案的角色.....210

二、政策问题.....216

| 结语.....220

| 参考文献.....222

## 第一章

# 非物质文化遗产保护之范畴

近年来，非物质文化遗产保护问题逐渐成为国际及国内社会的一个热点问题。政府部门的极度重视，新闻媒体的密集报道，典型案例的不断涌现，使之成为理论研究和实务关注的焦点。各学科专家学者也都对此付之以满腔热情，各种理论研究成果和实务处理观点相继面世。非物质文化遗产保护问题成为民族学、民俗学、历史学、艺术、法学等多个学科的研究对象。在实践中，非物质文化遗产保护问题似乎也关乎政治、经济、民族、宗教、历史、文化、艺术和人类发展等多方面的事务。我国2005年为保护非物质文化遗产专门建立了部际联席会议制度，联席会议的成员不仅包括主要的牵头单位文化部，还包括发改委、教育部、国家民委、财政部、建

设部、旅游局、宗教局、文物局等，这说明非物质文化遗产保护问题与这些部门管理的事务都有相关性。<sup>〔1〕</sup>非物质文化遗产保护问题成为社会普遍关注的焦点和重点问题。

既然非物质文化遗产保护问题的理论研究涉及多个学科，那么理清其基本范畴就是所有研究工作的基础和前提。这就要求我们在关于非物质文化遗产保护问题上对保护的涵义进行清晰的界定，对涉及的学科研究范围和重点，尤其是保护问题涉及的重点学科和侧重点进行确定。毕竟，法律保护是一种涵义上的保护，文化遗产的传承也是对保护的一种理解。这可能我们需要从非物质文化遗产的定义、范围，以及非物质文化遗产保护的内涵和意义等方面进行一种细致的梳理，将非物质文化遗产保护问题涉及的基本范畴确立下来，为进一步的分析奠定正确的基调。

## 一、非物质文化遗产的定义和范围

### （一）国际上的代表性观点

国际上关于非物质文化遗产保护的实践和研究早于我国。我国关于非物质文化遗产这一概念也正是来自于国际上的研究和界定。在世界各国和国际条约关于非物质文化遗产的各种界定中，联合国教科文组织《保护非物质文化遗产公约》（以下简称《公约》）的规定最具代表性，经常被引用和借鉴。根据该《公约》的规定，“非物质文化遗产”指被各群体、团体、有时为个人视为其文化遗产的各种实践、表演、表现形式、知识和技能及其有关的工具、实物、工艺品和文化场所。各个群体和团体随着其所处环境、与自然界的相互关系和历史条件的变化

---

〔1〕 参见国务院2005年3月26日颁布的《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》附件2——《非物质文化遗产保护工作部际联席会议制度》。



不断使这种代代相传的非物质文化遗产得到创新，同时使他们自己具有一种认同感和历史感，从而促进了文化多样性和人类的创造力。《公约》还根据上述抽象定义概括出常见的几种类型，包括：①口头传说和表述，包括作为非物质文化遗产媒介的语言；②表演艺术；③社会风俗、礼仪、节庆；④有关自然界和宇宙的知识和实践；⑤传统的手工艺技能。

## （二）我国国内的规定

我国国内关于文化遗产的保护首先是从物质文化遗产开始的，非物质文化遗产的保护最初并没有引起政府部门的重视。因此，关于非物质文化遗产的定义出现也较晚。2005年《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》（以下简称《意见》）中才出现了非物质文化遗产的官方定义。在《意见》的附件1，即《国家级非物质文化遗产代表作申报评定暂行办法》（以下简称《办法》）的第2条和第3条中有相关规定。《办法》第2条规定：“非物质文化遗产指各族人民世代相承的、与群众生活密切相关的各种传统文化表现形式（如民俗活动、表演艺术、传统知识和技能，以及与之相关的器具、实物、手工制品等）和文化空间。”这是对非物质文化遗产的概括性规定，根据该规定，《办法》第3条第1款又进一步规定：“非物质文化遗产可分为两类：①传统的文化表现形式，如民俗活动、表演艺术、传统知识和技能等；②文化空间，即定期举行传统文化活动或集中展现传统文化表现形式的场所，兼具空间性和时间性。”接着，《办法》第3条第2款又对非物质文化遗产的范围进行了列举，包括：“①口头传统，包括作为文化载体的语言；②传统表演艺术；③民俗活动、礼仪、节庆；④有关自然界和宇宙的民间传统知识和实践；⑤传统手工艺技能；⑥与上述表现形式相关的文化空间。”