

IP

知识产权专题研究书系

传承与秩序

我国非物质文化遗产保护的法律机制

蒋万来 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

—IP

知识产权专题研究书系—

传承与秩序

我国非物质文化遗产保护的法律机制

蒋万来 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

传承与秩序：我国非物质文化遗产保护的法律机制/蒋万来著. —北京：知识产权出版社，2016. 2

(知识产权专题研究书系)

ISBN 978 - 7 - 5130 - 4072 - 3

I. ①传… II. ①蒋… III. ①文化遗产—法律保护—研究—中国 IV. ①D922. 164

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 036444 号

内容提要

本书系统介绍了非物质文化遗产的概念、保护、基本理念及相关法律，同时对不同国家的保护机制进行了比较，提出了非物质文化遗产法律保护的整理思路和机制建设，为我们的非物质文化遗产的保护提供了理论基础和实践借鉴。

读者对象：知识产权法研究人员及相关从业人员。

责任编辑：王玉茂

责任校对：董志英

封面设计：SUN 工作室

责任出版：刘译文

知识产权专题研究书系

传承与秩序

——我国非物质文化遗产保护的法律机制

蒋万来 著

出版发行：知识产权出版社有限责任公司

网 址：<http://www.ipph.cn>

社 址：北京市海淀区马甸南村 1 号 (邮编：100088) 天猫旗舰店：<http://zscqbs.tmall.com>

责编电话：010 - 82000860 转 8541

责 编 邮 箱：wangyumao@cnipr.com

发行电话：010 - 82000860 转 8101/8102

发 行 传 真：010 - 82000893/82005070/82000270

印 刷：北京科信印刷有限公司

经 销：各大网上书店、新华书店及相关专业书店

开 本：720mm × 1000mm 1/16

印 张：21. 25

版 次：2016 年 2 月第 1 版

印 次：2016 年 2 月第 1 次印刷

字 数：336 千字

定 价：65. 00 元

ISBN 978 - 7 - 5130 - 4072 - 3

出版版权专有 侵权必究

如有印装质量问题，本社负责调换。

目 录

第 1 章 非物质文化遗产概述	(1)
1.1 非物质文化遗产的概念及其渊源	(1)
1.2 非物质文化遗产与相关概念辨析	(7)
1.3 非物质文化遗产的基本特征	(14)
第 2 章 非物质文化遗产的国际保护实践及趋势	(22)
2.1 非物质文化遗产的国际保护现状	(22)
2.2 各国的成功经验和存在的问题	(65)
2.3 非物质文化遗产保护的发展趋势	(81)
第 3 章 我国非物质文化遗产保护的实践和困境	(93)
3.1 我国非物质文化遗产保护的由来	(93)
3.2 我国对非物质文化遗产保护的立法	(101)
3.3 我国非物质文化遗产保护面临的法律困境	(111)
3.4 我国非物质文化遗产保护的社会现实困境	(116)
第 4 章 我国非物质文化遗产保护的基本理念和原则	(128)
4.1 基本理念	(128)
4.2 非物质文化遗产保护的法律价值	(132)
4.3 人权原则	(139)
4.4 族群利益原则	(149)
4.5 利益平衡原则	(158)

4.6 生态可持续发展原则	(165)
第5章 非物质文化遗产保护的法律关系	(168)
5.1 非物质文化遗产法律关系的含义	(168)
5.2 非物质文化遗产的客体	(171)
5.3 非物质文化遗产的权利主体	(174)
5.4 非物质文化遗产权利内容	(180)
第6章 非物质文化遗产知识产权保护的导入	(194)
6.1 非物质文化遗产中的知识产权权益	(194)
6.2 知识产权法调整的现实基础	(198)
6.3 知识产权法调整的理论基础	(211)
第7章 非物质文化遗产知识产权保护的制度分析	(224)
7.1 非物质文化遗产保护和知识产权制度的兼容和互动 ...	(224)
7.2 现行知识产权法调整模式分析	(237)
7.3 基于对非物质文化遗产保护的知识产权制度创新	(262)
第8章 非物质文化遗产的公法保护	(285)
8.1 国家的行政干预	(285)
8.2 对传承人的特别保护	(294)
8.3 非物质文化遗产的行政法保护	(305)
8.4 非物质文化遗产的刑法保护	(319)
8.5 非物质文化遗产民事诉讼制度的完善	(324)

第1章

非物质文化遗产概述

1.1 非物质文化遗产的概念及其渊源

当今世界，不但政治和经济呈现多极格局，文化也同样显示出其丰富的多样性特征。文化起源于人类生存活动的创造性和超越性，体现了人的需要和价值体系，是历史凝结成的生存方式。虽然文化的影响力不像政治、经济那样直接和强烈，但更为持久和稳定，它往往能够跨越时代、超越政治、经济体制而左右人的行为，进而影响政治、经济活动和历史的进程。因而，文化是人类生存的深层维度。^①文化的多样性如同大自然的生物多样性，是人类宝贵的财富和资源。文化遗产是体现和维持文化多样性的载体，尤其是非物质文化遗产，是文化多样性的重要表现形式。

1.1.1 概 念

科学界定非物质文化遗产，是研究保护非物质文化遗产的起点。目前，国际社会普遍沿用联合国教科文组织2003年通过的《保护非物质文化遗产公约》中的定义。《保护非物质文化遗产公约》第2条

① 衣俊卿. 论哲学视野中的文化模式 [J]. 北方论丛, 2001 (1): 4.

第1项规定：“非物质文化遗产是指被各社区、群体，有时为个人，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认同感和持续感，从而增强对文化多样性和人类创造力的尊重。在本公约中，只考虑符合现有的国际人权文件，各社区、群体和个人之间相互尊重的需要和顺应可持续发展的非物质文化遗产。”《保护非物质文化遗产公约》在界定概念后，还对非物质文化遗产的保护范围进行了列举，更进一步明确界定了非物质文化遗产概念的内涵和外延。该公约第2条第2项规定：“按上述第（一）项的定义，非物质文化遗产包括以下方面：（1）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；（2）表演艺术；（3）社会实践、仪式、节庆活动；（4）有关自然界和宇宙的知识和实践；（5）传统手工艺。”^①

我国于2004年8月24日经全国人大常委会批准加入该公约，并于同年12月2日向联合国教科文组织总干事正式提交了批准书，从而成为该公约的第六个缔约国。作为缔约国，我国无疑也受到该公约的制约，故对非物质文化遗产的定义，实质上采纳了与该公约相同的主张，但在不同时期的立法进程中，其表述略有不同。2005年，国务院办公厅颁布了《关于加强我国非物质文化遗产保护工作的意见》，其附件《国家级非物质文化遗产代表作申报评定暂行办法》第2条规定：“非物质文化遗产是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。”同时该附件的第3条将非物质文化遗产分为两类：一类是传统的文化表现方式，如民俗活动、表演艺术、传统知识和技能等；另一类是文化空间，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。具体来说，非物质文化遗产的范围包括：（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

^① 联合国教科文组织. 保护非物质文化遗产公约 [J]. 文物工作, 2004 (8): 1.

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。该附件对非物质文化遗产作出的界定与《保护非物质文化遗产公约》类似，仅在概念外延方面进行了扩展，增加了“相关的文化空间”。

此后，国务院又于2006年公布《国务院关于公布第一批国家级非物质文化遗产名录的通知》（国发〔2006〕18号）中的《第一批国家级非物质文化遗产名录》，将非物质文化遗产分为十类，分别是民间文学、民间音乐、民间舞蹈、传统戏剧、曲艺、杂技与竞技、民间美术、传统手工技艺、传统医药、民俗。该分类是以《保护非物质文化遗产公约》中非物质文化遗产的分类为基础，只是将其进一步细化成类。

其间，我国学术界对非物质文化遗产也展开了诸多讨论，但根据我国非物质遗产的保护实践，主流的观点普遍认为，非物质文化遗产是在特定群体内世代传承，反映该群体独特文化和社会属性的各种文化表现形式以及与之相关的器物、工具、工艺品和文化空间。其范围包括：(1) 各种口头表述，包括对群体有意义的诗歌、史诗、神话、民间传说及其他形式的口头表述，也包括作为其载体的语言；(2) 传统表演艺术，包括戏剧、音乐、舞蹈、曲艺、杂技、木偶、皮影、宗教表演等表现形式；(3) 社会风俗、礼仪、节庆，包括重要的节庆、游戏、运动和重要集会等活动，有原始感的打猎、捕鱼和收获等习俗，日常生活中的有意义的居住、饮食、习俗，人生历程（从出生到殡葬）的各种仪式、亲族关系及其仪式、确定身份的仪式、季节仪式、宗教仪式；(4) 有关自然界和宇宙知识与实践，包括时空观念、宇宙观、对宇宙和宗教的信仰，图腾崇拜，记数和算数的方法、历法纪年知识，关于天文与气象的知识和预言，关于海洋、火山和气候的知识和对策，农耕活动和知识、植物的知识等；(5) 传统的手工艺技能和文化创造形式，包括传统的冶炼等传统工艺技术知识和实践，医药知识和治疗方法，烹饪技艺，工艺美术生产、雕刻技术，包括设计、染色、纺织等环节在内的纺织技艺，丝织技术，包括文身、穿孔、彩绘在内的人体传统绘饰技术等；(6) 与上述表现形式相关的文化空间，即定期举行文化活动或集中体现或展现某种特定文化传统的

场所。^①由此可见,我国学者对非物质文化遗产的范围的理解十分广泛且具体,但在概念的抽象性上仍有待提炼。

直至2011年2月25日,我国通过了《非物质文化遗产法》,其第2条规定:“本法所称非物质文化遗产,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。包括:(1)传统口头文学以及作为其载体的语言;(2)传统美术、书法、音乐、舞蹈、戏剧、曲艺和杂技;(3)传统技艺、医药和历法;(4)传统礼仪、节庆等民俗;(5)传统体育和游艺;(6)其他非物质文化遗产。属于非物质文化遗产组成部分的实物和场所,凡属文物的,适用《中华人民共和国文物保护法》的有关规定。”至此,我国以权威的立法形式,明确了非物质文化遗产的法律概念。

1.1.2 渊 源

尽管近年来国际社会对非物质文化遗产的保护日益重视,但是,人们一开始对它的认识并非十分清晰,而是经历了一个渐进的过程。工业革命之后,西方工业文明的迅猛发展,形成了强势文化对传统农耕文明和农耕文化的侵蚀。在不同文化的博弈中,伴随而来的是新的物质生产方式和消费模式的诞生,导致许多民族的本土文化传统急剧衰落甚至消亡。在这种背景下,人们开始关注保护和弘扬文化的多样性,关注人类文化创造和遗存,关注不同族群的历史生命记忆和独特的生存象征。由此,“非物质文化遗产”作为人类文化遗产的重要组成部分,开始被世界各国所重视。

最早提出“非物质文化遗产”这个概念的是联合国教科文组织,联合国教科文组织最初使用“非物质文化遗产”的概念,则是受到美国的影响,是一个与“物质文化”相对称的术语。^②根据2002年关于非物质文化遗产保护的国际公约草案初稿的专家会议资料显示,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中。在

① 王文章. 非物质文化遗产概论 [M]. 北京: 文化艺术出版社, 2006: 54-55.

② 王文章. 非物质文化遗产概论 [M]. 北京: 文化艺术出版社, 2006: 2.

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。虽然该提案最终被否决,但却为1989年《保护传统文化与民间创作的建议书》和2003年《保护非物质文化遗产公约》奠定了基础。^①在1972年,联合国教科文组织通过了一项十年计划去研究非洲口头传统文化和非洲语言文化。由此,文化遗产的概念不再严格局限于有形领域。^②但是,由于1966年通过的《经济、社会、文化权利国际公约》的影响,以及当时拯救努比亚神庙和遗物实践运动的影响,1972年制定的《保护世界文化和自然遗产公约》仍然仅强调对有形文化的保护,而将文化遗产保护限定在文物、建筑群和遗址中。

随着时间的推移,联合国教科文组织在保护世界文化和自然遗产的过程中,认识到保护非物质文化遗产的重要性和特殊性,逐步在全世界范围内开展非物质文化遗产的保护工作。在联合国教科文组织的中期计划(1977—1982)中,对文化遗产的概念进行了扩展。“从广泛意义上理解,文化遗产不仅仅包括有形的物质遗产,特别是古迹,也包括表达口头传统(oral traditions)、音乐(the musical)和人类学遗产(ethnographic heritage)、民间传说(the folklore)、当然法律(the law)、习惯(customs)以及表现国家和民族本质的生活方式(ways of life)。”^③1982年,联合国教科文组织首设以“非物质遗产”(nonphysical cultural heritage)命名的部门。随后,联合国教科文组织在中期计划(1984—1989)更加明确了非物质文化遗产的概念。“文化遗产包括物质(physical)和非物质(nonphysical)文化遗产。”^④同时,联合国教科文组织把规划和预算文件中“保护文化遗产”项目更名为“保护物质遗产”项目,另外增设保护“非物质文化遗产”

① UNESCO. The meeting of the experts on the preliminary draft of International Convention for the safeguarding of the Intangible Heritage (DG/2002/26) [EB/OL]. [2002-03-20]. <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001252/125258e.pdf>.

② Working towards a convention on Intangible Cultural Heritage, The Cultural Space of Sosso - Bala, Guinea Photo© Philippe Bordas/UNESCO [EB/OL]. <http://www.unesco.org/culture/ich/doc/src/01854-EN.pdf>.

③ UNESCO's Medium - Term Plan (1977 - 1982), Publish in 1977, Paris, 267.

④ Blueprint for the future, Unesco's Medium Term Plan 1984 - 1989, Published in 1984, Paris, 39.

项目，两者共同构成“保护文化遗产”总项目。这一举措清晰地表明联合国教科文组织接纳了非物质文化遗产概念，在保护非物质文化遗产计划的规划下，分阶段完成了非物质文化遗产的概念和研究方法的定义、非物质遗产类型学的建立工作，并在非洲、拉美、阿拉伯、亚太地区展开了对口头传统文化的记录和收集。^①到1998年，联合国教科文组织通过了《人类口头和非物质遗产代表作条例》，提出“口头和非物质文化遗产”（oral and intangible heritage）概念。该条例的颁布也直接促成非物质文化遗产概念在世界各国广泛传播和认同。

也有学者认为，日本的“无形文化财”概念是“非物质文化遗产”概念的重要渊源之一，并且在内涵与外延上，与“非物质文化遗产”概念基本相同，两个词语可以相互交替使用。^②日本在1950年颁布了《文化财保护法》，提出了“无形文化财”的概念。所谓无形文化财，是指与日本传统文化有关的音乐、舞蹈、戏剧等艺术形式（如箏曲、歌舞伎、能乐等）及与陶瓷、染织、漆器艺术、金属加工等工艺美术有关的传统技能中对于日本历史和艺术方面具有较高价值者。^③联合国教科文组织由于受日本“无形文化财”概念的影响，将“非物质文化遗产”（nonphysical heritage）改称为“无形文化遗产”（intangible cultural heritage）。2003年，联合国教科文组织颁布了《保护非物质文化遗产公约》，正式使用“the Intangible Cultural Heritage”这一概念。

在我国，非物质遗产的概念出现得相对晚一些。事实上，2001年，我国开始向联合国申报第一批人类口头和非物质遗产代表作项目时，这一概念才开始频繁进入国人的视野。2004年，经全国人大常委会批准，我国正式加入《保护非物质文化遗产公约》，官方译本将其翻译为“非物质文化遗产”。我国国务院及国务院办公厅等官方文件中，也一直统一使用“非物质文化遗产”的概念。有学者提出，在中文语境里，“the Intangible Cultural Heritage”被翻译成“非物质文化遗产”是不合适的，容易发生歧义和误解，让人产生这一类文化遗产似乎没有物质表现形式，不需要物质的载体加以呈现之类的错觉，正确

① 吕建昌，廖菲，非物质文化遗产概念的国际认同[J]，上海大学学报，2007（3）：104.

② 王文章，非物质文化遗产概论[M]，北京：文化艺术出版社，2006：3.

③ 王军，日本的文化财保护[M]，北京：文物出版社，1997：90.

应翻译成“无形文化遗产”。^①但是随着社会传播的影响,“非物质文化遗产”概念已经在中文语境中被广泛传播,并加以使用,正如前述,我国于2011年颁布实施的《非物质文化遗产法》,也正式沿用此概念。

1.2 非物质文化遗产与相关概念辨析

自非物质文化概念提出后的近三十年间,联合国教科文组织使用过诸如“民俗”“民间创作”“口头与非物质文化遗产”等多个概念。在理论研究和司法实践中,关于非物质文化遗产概念的界定容易与文化遗产、自然遗产、传统知识、民间文学艺术产生混淆和重叠。在法律保护领域,世界知识产权组织及菲律宾、巴拿马等国家仍采用民间文化艺术、传统知识等相关概念。在此,我们有必要逐一阐述非物质文化遗产与这些相关概念的区别和联系。

1.2.1 文化遗产

文化遗产首先是人类历史的积淀,也是人类世代创造和积累的见证物。《保护世界文化和自然遗产公约》最初过于强调文化遗产见证物的观念,把遗产的保护局限在有形的建筑遗迹上。《保护世界文化和自然遗产公约》的缔结之所以具有里程碑意义,是因为它首先启动了世界范围的遗产保护的法律工程。当时,全世界文化遗产和自然遗产遭受着越来越严重的破坏,一方面因一些建筑古迹年久腐变失修所致,另一方面由于急剧变化中的社会和经济条件加速了恶化程度,造成了难以弥补的损坏或破坏。最重要的原因是20世纪60年代,埃及在尼罗河上游修建了耗资巨大的现代化工程阿斯旺水坝。水坝建成,世界闻名的两座千年神庙古迹却毁于一旦。人类修建水坝获得了水利效应,却导致了神庙的厄运,给子孙后代留下了永远的遗

^① 王巨山. 无形文化遗产的概念、认识过程及研究现状 [G] // 于广海. 传统的回归与守护: 无形文化遗产研究文集. 济南: 山东大学出版社, 2005: 1.

憾。尽管两次世界大战、地区争端和内乱的战火毁灭了许多古迹，但在20世纪六七十年代，因为旅游和水利工程而毁掉的古迹要大大多于两次世界大战对古迹的破坏。这些事实和严峻的形势，都促使联合国下决心来改变这种局面，也引起了当时对保护世界遗产的重视。^①

文化遗产是世界遗产的一个方面，《保护世界文化和自然遗产公约》规定，属于下列内容之一者可列为文化遗产：（1）文物，从历史、艺术或科学角度看，具有突出、普遍价值的建筑物、雕刻和绘画，具有考古意义的成分或结构，铭文、洞穴、住宅及各类文物的综合体；（2）建筑群，从历史、艺术或科学角度看，因其建筑的形式、同一性及其在景观中的地位，具有突出、普遍价值的单独或者相互联系的建筑群；（3）遗址，从历史、美学、人种学或人类学角度看，具有突出、普遍价值的人造工程或人与自然的共同杰作以及考古遗址地带。关于文化遗产的甄别，《保护世界文化和自然遗产公约》规定，凡列入《世界遗产名录》的文化遗产项目，必须符合下列一项或者几项标准方可获得批准：（1）代表一种独特的艺术成就，一种创造性的天才杰作；（2）能在一定时期内或世界某一文化区域内，对建筑艺术、纪念物艺术、城镇规划或景观设计方面的发展产生过大影响；（3）能为一种已消逝的文明或文化传统提供一种独特的、至少是特殊的见证；（4）可作为一种建筑或建筑群或景观的杰出范例，展示出人类历史上一个（或几个）重要阶段；（5）可作为传统的人类居住或使用地的杰出范例，代表一种（或几种）文化，尤其在不可逆转之变化的影响下变得易于损坏，与具特殊普遍意义的事件或现行传统或思想或信仰或文学艺术作品有直接或实质的联系（只有在某些特殊情况下或该项标准与其他标准一起作用时，此款才能成为列入《世界遗产名录》的理由）。

然而，随着遗产保护工程的开展，国际社会认识到，口头表达、风俗、表演艺术和手工技能等方式也是表现历史，记录早期文明的另一种形式。历史的见证不仅仅表现在有形的建筑古迹中，文化遗产的概念应该向非物质层面扩展。据此，文化遗产的定义包括“物质的”

^① 王文章：《非物质文化遗产概论》[M]，北京：文化艺术出版社，2006：39。

和“非物质”两个方面。“物质的”文化遗产包括古迹、建筑群和其他具有历史价值的遗址，具有历史、艺术、科学和技术意义的物品，以及作为世代人类生活见证的其他各类动产和不动产。“非物质的”文化遗产包括通过艺术、文学、语言、口头表达、手工艺、民间传说、神话、信仰、道德准则、习俗、礼仪和游戏等传统的标记和符号。^①很明显，文化遗产是非物质文化遗产的上位概念，非物质文化遗产具有文化遗产的内核，是文化遗产中非常特殊的一部分。同其他文化遗产相区别的是，《保护非物质文化遗产公约》在概说中明确了非物质文化遗产的传承主体，即群体、团体、甚至个人，并且被各群体、团体、有时为个人视为其文化遗产。也就是说，非物质文化遗产的承袭面可能远远小于文化遗产的其他部分，有可能只是同一文化版图图中的一些群体、团体。作为一种极端的方式，甚至是个人也被许可。值得注意的是，《保护非物质文化遗产公约》的规定，将传承主体对非物质文化遗产的文化属性的自我认同，作为确认非物质文化遗产的必要条件。

1.2.2 自然遗产

自然遗产是世界遗产的另一个方面。《保护世界文化和自然遗产公约》规定，凡符合下列规定之一者可列为自然遗产：（1）从美学或科学角度看，有突出的普遍价值的地质和生物结构或这类结构群组成的自然面貌；（2）从科学或保护角度看，有突出的普遍价值的地质和地理结构及划定的濒危动植物生态区；（3）从科学、保护或自然美角度看，具有突出的普遍价值的天然名胜或明确划定的自然区域。关于自然遗产的判定标准，该公约规定，凡列入《世界遗产名录》的文化遗产项目，必须符合下列一项或者几项标准方可获得批准：（1）构成代表地球演化史中重要阶段的突出例证；（2）构成代表进行中的重要地质过程、生物演化过程及人类与自然环境相互关系的突出例证；（3）独特、稀有或绝妙的自然现象、地貌或具有罕见自然美的地带；（4）尚存的珍稀或濒危动植物种的栖息地。例如，我国四川省北部的

^① 吕建昌，廖菲．非物质文化遗产概念的国际认同[J]．上海大学学报，2007（3）：104．

九寨沟于1992年被列入《世界自然遗产名录》，以其奇特的水体景观、多样的地貌景观和独特的冰川遗迹而闻名。

比较自然遗产和非物质遗产，我们可以看出，两者都是世界遗产的一部分，但两者的产生原因和侧重不同。自然遗产的产生和存在是大自然在长期的历史演变中，未经人工雕饰自然产生的，具有物质性并符合自然变化的规律。自然遗产的保护是因为从科学、自然审美角度看，具有突出的普遍的价值，其形成的动因和过程都是大自然的变化，没有人主观因素的参与；而非物质文化遗产是在各种社会实践活动中产生的，其产生、传承和发展都离不开人的主观参与，侧重于表现某个社区、族群生活和生产方式、具有社会属性和文化内涵。由此可见，非物质文化遗产和自然遗产的区别还是比较明显的。

1.2.3 传统知识

传统知识（traditional knowledge）这一概念来源于世界知识产权组织（WIPO），其内容涵盖范围非常广泛。国内学界对于传统知识的理解主要有两种意见。第一种是从广义层面把它作为一个上位命题来设定，指由群体创造，世代相传，历史积淀起来的，现在仍然存在并继续发展的知识。其范围主要包括民间文学艺术、传统医药知识和遗传资源。已故著名学者郑成思教授认为，传统知识按WTO、WIPO及国外已有的立法解释，主要包括民间文学艺术、传统医药两大部分；中国社科院的李顺德教授认为，传统知识是指特定的民族在其所生活的特定区域内，由于生存和发展的需要，经长年逐步积累、总结而形成的有其特性的自然科学和社会科学知识的总和，直接涉及人类的衣、食、住、行、医、用、乐等方面；中国政法大学刘银良教授认为，传统知识可以分为民间文学艺术表达（包括创造和表演），传统科技知识（包括生活知识），传统标记（包括符号和名称），与传统知识相关的生物资源，（可移动和不可移动的）有形文化财产，传统生活方式（及其要素）。第二种观点是把传统知识视为一个下位普通命题存在，从狭义的层面理解传统知识，指传统社区生活实践中创造出来的传统科技知识、艺术设计、技术诀窍等总和，与民间文学、遗

传资源等是相平行的概念。^①

根据 WIPO 的定义,传统知识是指以传统为基础的文学、艺术和科学著作、表演、发明、科学发现、外观设计、标志、名称和象征符号、未披露信息,以及所有其他来源于工业、科学、文学或艺术领域内的智力活动所产生的基于传统的革新和创造。^②定义中的“基于传统”是指,某种知识体系、创造、创新以及文化表达方式,通常是代代相传,为某个特定民族或其居住地域所固有的,并且是随着环境改变而不断演进的。根据 WIPO,传统知识的涵盖范围十分广泛,包括农业知识、科学知识、医药知识、有关生物多样性的知识、民间文学艺术(表现为音乐、舞蹈、歌曲、手工艺品、外观设计、故事和艺术作品)、语言要素(如名称、地理标志和符号)和可移动的文化财产。一些其他信息、财产和物质,如墓地、语言、精神信仰和人体遗骸,由于不是工业、科学、文学艺术领域内智力活动的成果,被排除在上述“传统知识”的范畴。根据 WIPO 于 2001 年发布的《传统知识持有者的知识产权需要和期望:WIPO 知识产权和传统知识事实调查团报告》,传统知识可分为民间文学艺术表达(包括创作和表演)、传统科技知识(包括生活知识)、传统标记(包括符号和名称)、与传统知识相关的生物资源、有形文化财产(可移动和不可移动的)和传统生活方式及其要素六大类。可见,WIPO 采用的是广义传统知识概念。

一般地说,广义的传统知识是指特定民族在发展过程中逐步积累创造形成的知识体系,是观察、适应当地环境以及资源利用而形成的自然科学和社会知识的总和。而狭义的传统知识主要指民间文学艺术表达以外的传统知识,包括遗传资源(指与传统知识相关的生物资源)。^③世界贸易组织基于民间文学艺术的特殊性,在多哈会议上将其作为与“传统知识”并列的一个独立议题,给予特别讨论。而最狭义的传统知识不包括民间文艺,也不包括遗产资源,我国法律文件即是持这种立场。2005 年,国务院办公厅颁布的《关于加强我国非物质

① 李发耀.多维视野下的传统知识保护机制[M].北京:知识产权出版社,2008:1.

② WIPO, Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders: WTO Report on Fact-Finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998-1999), Geneva, April 2001, p25.

③ 齐爱民.现代知识产权法[M].苏州:苏州大学出版社,2005:499.

文化遗产保护工作的意见》附件《国家级非物质文化遗产代表作申报评定暂行办法》中，在界定非物质文化遗产概念时使用了传统知识这一概念，将其与民俗活动、表演艺术并列称为非物质文化遗产中传统文化的表现形式。我国2011年颁布的《非物质文化遗产法》第2条第（3）项所谓“传统技艺、医药和历法”其实也应该就是指传统知识。

非物质文化遗产与广义的传统知识是目前国际公约中一直未能完全区分清楚的概念，两者在范围和分类上都存在交叉部分。从范围上看，那些并非从工业、科学、文化或艺术领域智力活动中得来的对象，诸如人类遗迹、一般语言和其他类似的文化遗产应排除在传统知识的范围之外，而非物质文化遗产包含了其中的某些部分。与传统知识的分类相比较，非物质文化遗产则不包括有形文化财产。传统知识中的农业知识、科学知识、技术知识、生态学知识、医药知识（包括药品和治疗方法）、生物多样性知识是属于《保护非物质文化遗产公约》中关于非物质遗产分类中的第四类，即有关自然界和宇宙知识和实践。传统知识中的民间文学艺术表达（包括音乐、舞蹈、歌曲、手工艺品、外观设计、故事和艺术品等形式）是属于《保护非物质文化遗产公约》中关于“非物质文化遗产”分类的第一类、第二类和第五类，即口头传统和表述、表演艺术、传统的手工艺技能。从以上分析中，我们可以发现，广义的传统知识所包含的部分内容被非物质文化遗产所涵盖，传统知识和非物质文化遗产都有其独特的内容。从保护角度讲，非物质文化遗产主要是为了维护文化多样性，而传统知识则是重在保护传统知识的财产权益，故而一般以知识产权制度保护。当然，从传统知识与非物质文化遗产的联系来看，传统知识的知识产权制度保护，也为非物质文化遗产的保护提供了新的思路和途径。因此，对非物质文化遗产的保护应当与对传统知识的保护相结合，特别是要强调两者的协调保护。

1.2.4 民间文学艺术

“民间文学艺术”一词来源于对“folklore”一词的中文翻译，而“folklore”最初是由英国考古学家 W. J. 汤姆斯（Thomas）于1846年