



JiNan
University

暨南大学
法学文库

高 轩 著

我国非物质文化遗产 行政法保护研究



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本书是广东省普通高校人文社会科学重点研究基地重大项目
“知识产权特别权利理论与制度研究”（项目批准号：
09JDXM82004）的阶段性成果



JiNan
University

暨南大学
法学文库

我国非物质文化遗产 行政法保护研究

高 轩 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

我国非物质文化遗产行政法保护研究 / 高轩著. —
北京:法律出版社,2012.5
(暨南大学法学文库)
ISBN 978-7-5118-3475-1

I. ①我… II. ①高… III. ①文化遗产—保护—行政
法—研究—中国 IV. ①D922.164

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 083216 号

©法律出版社·中国

责任编辑/陈慧	装帧设计/凌点工作室
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/北京中科印刷有限公司	责任印制/张宇东
开本/A5	印张/11.5 字数/328千
版本/2012年5月第1版	印次/2012年5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 978-7-5118-3475-1	定价:32.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

“非物质文化遗产”(intangible cultural heritage)是联合国教科文组织2000年前后提出并逐步向世界广为推广的一个新概念。2003年9月29日至10月17日联合国教科文组织大会在巴黎举行的第三十二届会议通过了《保护非物质文化遗产公约》(Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage)。2004年8月,我国第十届全国人大常委会批准中国加入该公约。联合国教科文组织总干事伊琳娜·博科娃于2010年5月18日参加了在中国艺术研究院·中国非物质文化遗产保护中心举行、由联合国教科文组织支持的亚太地区非物质文化遗产国际培训中心签字暨揭牌仪式,在致辞中,她表示对中国丰富博大的非物质文化遗产早已有所了解并曾亲身感受,对中国政府保护非物质文化遗产所做的工作表示赞赏,并希望在中国启动非物质文化遗产保护亚太中心,能够让更多的专家与学者参与并共同保护属于人类的非物质文化遗产。

“非物质文化遗产”在短短的几年时间里进入了中文世界,其传播正在从小范围的文化研究扩展到全社会的认识。我国法学界也积极投入到了非物质文化遗产的法律保护研究之中,目前已有多种以非物质文化遗产法律保护为主题的著述。学者们正在从不同角度探讨非物质文化遗产的法律保护问题,但有关非物质文化遗产行政法保护的研究仍不多见。2011年6月1日,《中华人民共和国非物质文化遗产法》生效实施,这标志着我国非物质文化遗产保护的法治建设进入了一个新的历史时期,非物质文化遗产的保护问题当属我国行政法学一个新的研究领域。

高轩博士的《我国非物质文化遗产行政法保护研究》一书,选题正

2 我国非物质文化遗产行政法保护研究

当其时,也具有很强的现实意义。该书着力探讨了我国非物质文化遗产行政法保护的现状及制度缺失,提出了“非物质文化遗产行政法保护机制”的构建问题。他研究了各种非物质文化遗产行政法保护的运行环节和国际上相关的立法模式,经过比较分析,思考了适宜我国非物质文化遗产行政法保护的一种立法模式,并较系统地建立了我国非物质文化遗产的行政法保护理论体系。我认为,这对我国行政法学的研究领域是一种丰富和拓展。

高轩博士曾是我在中南财经政法大学指导的硕士研究生,在攻读硕士学位期间,就知他学习刻苦,阅读广泛,勤于思考,勇于开拓,有良好的法学功底和较强的研究能力。毕业后虽有联系却很少见面。2010年8月在湖北、广东两省行政法学会年会期间相见时,他已是法学博士、副教授,并在非物质文化遗产行政法保护领域取得了重要的理论研究成果。作为他过去的老师,我感到十分欣慰。

这本《我国非物质文化遗产行政法保护研究》,是我国非物质文化遗产法律保护方面的一部新近力作,相信它对学术同行的进一步深入研究会启迪,对完善我国非物质文化遗产的行政法保护制度也具有重要的参考价值。

是为序。

方世荣

2012年1月1日

目 录

导言	(1)
第一节 研究的前提	(1)
第二节 国内外研究的现状	(14)
第三节 历史的回顾与未来实践的展望	(21)
第一章 非物质文化遗产的界定	(33)
第一节 非物质文化遗产的概念与特征	(33)
第二节 非物质文化遗产的构成要件	(45)
第三节 非物质文化遗产的分类	(58)
第二章 我国非物质文化遗产行政法保护的必要性	(73)
第一节 行政法对非物质文化遗产保护之独特价值	(73)
第二节 非物质文化遗产行政法保护的社会意义	(92)
第三章 我国非物质文化遗产行政法保护的缺陷	(99)
第一节 我国非物质文化遗产行政法保护现状	(99)
第二节 行政法保护理念的迷失	(107)
第三节 原生境人法律地位的缺失	(118)
第四节 非物质文化遗产范围界定标准的缺失	(122)
第五节 规则衔接制度的缺失	(123)
第六节 救济制度的欠缺	(130)
第四章 非物质文化遗产行政法保护机制	(133)
第一节 非物质文化遗产行政法保护机制概述	(134)
第二节 非物质文化遗产行政法保护机制的种类	(141)
第五章 非物质文化遗产行政法保护的立法模式	(179)
第一节 国际上非物质文化遗产行政法保护的立法模式	(179)

2 我国非物质文化遗产行政法保护研究

第二节 我国非物质文化遗产行政法保护的立法模式	(192)
第六章 我国非物质文化遗产行政法保护立法的应有内容 ..	(205)
第一节 非物质文化遗产行政法保护原则	(207)
第二节 非物质文化遗产的范围	(232)
第三节 主管部门及职责	(235)
第四节 非物质文化遗产的普查与确认	(238)
第五节 非物质文化遗产的传承、传播及许可	(241)
第六节 非物质文化遗产权利人的保护	(244)
第七节 文化生态保护区的确立	(250)
第八节 公众参与制度的建立	(253)
第九节 法律责任及权利救济	(255)
第七章 我国《非物质文化遗产法》的宪政考量及完善建议 ..	(260)
第一节 《非物质文化遗产法》的立法背景	(260)
第二节 《非物质文化遗产法》颁布实施的意义	(272)
第三节 《非物质文化遗产法》的宪政考量	(275)
第四节 《非物质文化遗产法》的完善建议	(295)
结语	(339)
参考文献	(342)
后记	(362)

导 言

第一节 研究的前提

一、非物质文化遗产问题的由来

到目前为止,人类社会经历了前农业文明、农业文明、工业文明。在前农业文明时代,人们高度地与自然融为一体,完全依赖于自然提供的生命之源,主要以采集、游牧为生。进入农业文明时代,人们能够按自己基本生活的要求,进行主动地种植、畜牧,即使如此,其生产仍以人力为主,很大程度上还束缚于自然。后来,工业革命的发生,人们开始逐步摆脱自然对自身的束缚,生产力得到前所未有的提高,人们面对自然获得了很大程度的解放,生产工具得到极大改善,人工操作逐步被机器操作所取代,生产动力开始出现以机械力为主,人力、畜力为生产动力的范围大为缩减。

世界上一些主要的经济区域都经历了或正在经历由农业社会向工业社会的过渡。工业革命让人类取得巨大飞跃。即便是我们正在经历的信息时代,也是以工业时代为基础的,没有工业,信息的价值和意义便不会体现,至少是大打折扣的。

所谓“工业革命”,亦称“产业革命”,照一般的理解,只发生在英

国,是许多必要条件同时具备的结果。^[1] 欧洲其他国家的工业革命都是属于“输入”,都是“外铄”或“移植”,是向英国学习的结果,而不是自发的过程。^[2] 工业革命一旦发生,未发生工业革命的国家或地区已不再有慢慢自发地发生工业革命的必要和可能了。

伴随着工业化的进程,人类及所生存的社会便从传统逐步走向现代。在这漫长的人类发展历史长河中,早期的人类因自然地理的分割而禁锢于各自独立的区域,从而在地理意义上形成了世界各大洲,其中各主要的大洲发展很快,这些主要大洲的文明和文化都相互区别,并按照特有的路径各自独立发展。

16、17 世纪以来,西欧各国通过“三 R”运动,^[3] 逐步迈进了工业社会,形成了不同于传统社会的现代社会,体现了现代文明,渐次地实现了现代化。由于在攫取更大利益的追求下,使得工业化速度不断加快,而西欧本土资源的有限又制约了其进一步发展的速度。为了谋求更大的发展,西欧便把目光转向了相对落后的传统民族、群落和社区,他们不顾相对落后的传统民族、群落和社区人们的拒绝与反抗,竞相使用武力推行殖民运动;同时,又因为全球性自觉不自觉的现代化运动的悄然进行,导致整个世界,无论是进步的还是落后的社会,都朝着现代化方向发展。欧洲、北美洲和亚洲一些新兴工业化国家在经济、政治、文化等方面先后完成了现代化。很多发展中国家也在一定程度上实现了现代化。在特定的发展中国家,可能“部分”地摆脱传统模式地制约,进而实现了现代化。某些特定的发达国家,也相对地存在没有实现现代化的“传统部分”,这些“传统部分”在“属地”意义上被称为“传统社区”或“传统社会”;在“属人”意义上,又被称为“传统部族”。与此

[1] 参见《欧洲经济史》第 4 卷第三章“英国工业革命”,上册,1989 年;上引布罗代尔书第 2 卷第六章“工业革命与经济增长”;[法]保尔·芒图:《十八世纪产业革命》(汉译本),商务印书馆 1991 年版。

[2] 参见《欧洲经济史》第 4 卷“工业社会的兴起”,上册,1989 年版;下册,1991 年版。

[3] “三 R”指西欧文艺复兴、宗教改革和罗马法复兴运动。参见吴汉东:《著作权合理使用制度研究》,中国政法大学出版社 1996 年版,第 5 页。

相对,已经完成现代化的“传统部分”则被称为“现代社会”。〔4〕

处在“传统社会”状态下的一些国家,它们幅员辽阔,民族文化丰富,都具有悠久的历史。若干世纪以来,传统民族、群落和社区的民众在自我封闭的状态下,基于局域的限制,并因应自身环境的变化而不间断地进行着自己的知识生产、知识享有、知识娱乐等知识运动。传统民族、群落和社区的民众在长期的文化实践活动中创造了本民族、群落和社区的特色鲜明的、源远流长的文化传统,这些传统的文化汇聚便成就了传统民族、群落和社区所特有的知识体系。它们是传统民族、群落和社区的文化产物和知识结晶。这些文化产物和知识结晶涉及很广泛的主题,包括的范围极其广大,主要有传统农业知识及其有关农业动植物资源、传统医药知识及其有关的医用动植物资源、传统生态环境保护知识及其有关动植物资源,民间文学艺术表达,与传统文化有关、体现传

〔4〕 转引自严永和:《论传统知识的知识产权保护》,法律出版社2006年版,第2页。这里涉及对传统知识创造及持有者的称谓。国际上对传统知识的创造者、持有者一般称谓土著人(Indigenous People)和原住民。这个术语是联合国防止歧视与少数民族民族保护专门委员会特别报告人 Jose R. Martinez Cobo 建议使用的。在 Jose R. Martinez Cobo 看来,土著人是“那些与占领前、殖民前在其领土上发展起来的社会具有连续性,且认为他们自己与目前在其社会中占主导地位的其他人群不同的那部分人。他们目前在社会上处于非主导地位,不得不保持其祖传的领土与种族特征,按照他们自己的文化模式、社会组织与法律体系将这些东西传给后代,以此作为人种存续的基础(参见 Craig D. Jacoby, Charles Weiss. Recognizing Property Rights in Traditional Biocultural Contribution, *Stanford Environmental Law Journal*, January 1997.)。但土著人这个术语难免产生某种歧视之嫌。为了表达某种政治上的中立性,为了摆脱“土著人”术语的种族歧视之嫌,我国学者把“土著人”这一术语翻译为原住民。

统文化声音和特征的标志、符号、图表、样式等。^[5]

伴着现代化的过程,西方主流文化不断对传统部族的传统文化进行浸染与掠夺,这样,拥有大量传统文化知识的一些国家呼吁国际社会应注重对传统知识的保护。1967年伯尔尼公约会员国在斯德哥尔摩召开外交会议讨论《伯尔尼公约》修正案时,印度代表提出用著作权保护民间文学作品的提议。1971年《伯尔尼公约》修正时,增加了第十五条第四款,以“作者人之推定”暗示保护“民间文学艺术”,但该条款只保护已形成“作品”的民间文学艺术,那些还没有被有形载体固定的表达则不在保护之列。20世纪70年代,联合国教科文组织和世界知识产权组织,也把民间文学艺术的保护列为它们的议题。^[6]

用“工业化”来表示人类社会由农业社会向工业社会的过渡,往往过分强调经济因素,而忽略其他因素。人们为正确认识经济因素以外的其他因素,表达工业文明是全方位的、多元一体的发展结果,开始使用“近代化”或“现代化”这些名词,于是,与“近代化”或“现代化”相对应的就是“传统”了。在充分重视“工业化”这一因素在社会演变中所起的关键作用的同时,也关注“传统”因素的作用。比如,布莱克^[7]、罗荣渠^[8]、吉尔伯特·罗兹曼^[9]等在研究现代化时,都特别强调了

[5] 参见严永和:《论传统知识的知识产权保护》,法律出版社2006年版,第6页。The Secretariat of WIPO, Revised Version of Traditional Knowledge Policy and Legal Options, Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Recourses, Traditional Knowledge and Folklore, Sixth Session (Geneva, March 15 to 19, 2004), paragraph 49; Daniel J. Gervais, The Internationalization of Intellectual Property: New Challenges from the Very Old and the Very New, Spring, 2002, 12, Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J. 929.

[6] 参见严永和:《论传统知识的知识产权保护》,法律出版社2006年版,第6页。

[7] 布莱克:《现代化的动力:一个比较史的研究》(汉译本),浙江人民出版社1989年版,第1~4页。

[8] 罗荣渠:《现代化新论——世界与中国的现代化进程》“序言”,北京大学出版社1997年版,第3页;第一编第一章第二节。

[9] 吉尔伯特·罗兹曼:《中国的现代化》(汉译本)“导论”,江苏人民出版社1995年版,第4页。

工业革命在现代化中所起的作用,也不会忘记“传统”因素。而“传统”因素主要就是传统文化等,是精神层面的,而不是物质层面的,即所谓“非物质文化”;既然是“传统”的,也必然以“遗产”冠之。

1972年10月17日至11月21日在巴黎举行的联合国教科文组织第十七届会议,首次提出“世界遗产”、“自然遗产”、“文化遗产”的概念,并考虑到随着现代化进程的加快,威胁这类遗产的危险性规模会越来越大,破坏的严重性也会逐渐加深,所以,有必要通过公约形式的新规定,从世界范围内集体保护这类具有重大的普遍价值的文化和自然遗产。^[10] 于是在1972年11月16日通过了关于保护世界文化和自然遗产条约——《世界遗产公约》。《世界遗产公约》将世界遗产分为文化遗产和自然遗产。1992年在美国圣菲召开的联合国教科文组织世界遗产委员会第十六届会议时,又提出“文化景观”这一概念,把世界遗产重新划分为:自然遗产、文化遗产、双重遗产(自然与文化遗产混合体)和文化景观。

1982年《保护民间文学表达、防止不正当利用与其他损害性行为国内法示范条款》获得通过。

1985年联合国教科文组织大会第23次会议通过的《关于保护民间文学国际通用规则中技术、法律和行政方面的初步研究》文件,该文件从内涵到形式对民间文学进行了定义,认为民间文学是一种一定民族、群落和社区的民众集体或者个人的创造,并面向该民族、群落和社区世代传承,它反映了这个民族、群落和社区民众的愿望,是代表这个民族、群落和社区的文化和个性的表达形式,它的准则和价值观念通过口传心授和其他方式,由口头传承下来,其范围主要有语言、舞蹈、游戏、神话、文学、音乐、手工艺、建筑艺术、宗教仪式、风俗习惯及其他艺术等。^[11]

[10] 《保护世界文化和自然遗产公约》的制定与实施[EB/OL],国家环保总局网,法律法规。

[11] 参见陈庆云:“非物质文化遗产保护法律问题研究”,载《中央民族大学学报》(哲学社会科学版)2006年第1期,第41页。

1989年联合国教科文组织第二十五届大会通过《保护民间文化的建议》，重申强调：“传统的民间文化”是指来自一定民族、群落和社区的全部创作，这些创作都是基于传统这一因素，由一定民族、群落和社区民众以集体或个体的方式所表达，并符合一定民族、群落和社区民众的共同期望，以文化和社会特性的形式的准则和价值加以表达，通过模仿或其他方式口头相传，内涵基本上与上述“民间文学”相同。范围包括“语言、文学、音乐、舞蹈、游戏、神话、礼仪、习惯、手工艺、建筑艺术及其他艺术”，除此之外，它还包括其他传统形式的信息，并拓展了“民间文学”的范围。^[12]

1989年11月15日在巴黎举行的联合国教科文组织大会第二十五届会议通过了《保护民间创作建议书》，启动民间创作保护工程。由此引申出人类口头遗产和非物质文化遗产的概念。

1997年联合国教科文组织第二十九次全体会议通过建立“人类口头与非物质遗产代表作”决议，联合国教科文组织执委会第154次会议指出，由于“口头遗产”和“非物质遗产”是不可分的，因此在鉴别中，在“口头遗产”后面加上了“非物质”的限定。该决议确定“人类口头与非物质遗产”的概念，执委会第155次会议制定关于由联合国教科文组织宣布“人类口头与非物质遗产代表作”的评审规则。1998年联合国教科文组织公布了“人类口头和非物质遗产代表作条例”，正式提出了这个概念，也称“无形文化遗产”，并于2001年和2003年先后宣布了两批共47项“人类口头及非物质遗产代表作”。决议鼓励各成员国积极申报口头和非物质遗产的优秀作品，鼓励各成员国政府、各非政府组织和各地方社区开展鉴别、保护和利用口头和非物质遗产的活动。^[13]

联合国教科文组织大会于2003年9月29日至10月17日在巴黎举行的第三十二届会议，并通过了《保护非物质文化遗产公约》

[12] 参见陈庆云：“非物质文化遗产保护法律问题研究”，载《中央民族大学学报》（哲学社会科学版）2006年第1期，第41页。

[13] 参见杨永芳：“非物质文化遗产保护问题的法学界定”，载《行政与法》2007年第7期，第85-90页。

(Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage)。《保护非物质文化遗产公约》确定了“非物质文化遗产”的概念。这样,文化遗产从任其自然自生自灭或小范围的自发保护到全球性的协作保护,从对文化遗产的“有形”保护发展到对文化遗产的“无形”保护。这说明了 we 开始从文化史的纵向来深入认识人类自身文化财富,并越来越敬重人类历代祖先的文化创造成果。同时,人类也开始从横向来认识人类的文化遗产及其关系,现代人类已经改变了由一种文明代替另一种文明的简单的线性认识,转变为不同文化,不同民族之间的多元共存,并能相互理解与尊重。^[14]“可以说 World heritage 和 The Oral & Intangible heritage 相加之和,构成了人类对宝贵遗产的全面尊重,也标志着人类认识自己的一个崭新阶段。”^[15]

综上所述,“非物质文化遗产”(intangible cultural heritage)是联合国教科文组织 2000 年前后提出并逐步向世界广为推广的一个新概念。这个概念在短短的几年时间里进入了中文世界,以致其传播正从小范围的研究扩展到全社会的认识。

中国五千年的历史源远流长,在漫长的发展历史长河中,中华文明从未间断,传统文化丰富多彩,这在世界上是罕见的。然而,当西方世界发生工业革命并因此而取得飞速发展之后,无论是西方的人们,还是中国人自己,在看待中国的眼神中,既有对她过去的钦羡,也有对她现在的不屑。于是,大家便不断地追问:中国怎么了?对此,我们曾提出过许多解释。笔者认为,造成如此状况的因素很多,但其中可以肯定的是:对中国过去的钦羡,就是对中国非物质文化遗产的尊敬;对中国现在的不屑,应该是对中国一些非物质文化遗产的不断灭失所表示的遗憾。

事实上,我国政府也一直很关注非物质文化遗产的保护与保存工

[14] 参见杨永芳:“非物质文化遗产保护问题的法学界定”,载《行政与法》2007 年第 7 期,第 85~90 页。

[15] 宋才发:“论世界遗产的合理利用与依法保护”,载《黑龙江民族丛刊》2005 年第 2 期,第 4 页。

作,但由于种种原因,却未能真正将我国非物质文化遗产的保护工作纳入法治的轨道。直到2004年8月,我国批准加入了《保护非物质文化遗产公约》,成为第六个批准加入的国家,2008年6月,经过多年的调查研究,国务院法制办数易其稿,完成了《中华人民共和国非物质文化遗产保护法(征求意见稿)》,2011年2月25日,第十一届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议通过了《中华人民共和国非物质文化遗产法》,并于2011年6月1日正式生效实施。

长期以来,不同的民族、群落和社区以其独特、丰富的非物质文化遗产对人文和自然可持续发展,对文化多样性和生物多样性的保存作出了巨大贡献。但在现代化过程中,由于生活方式和生产方式的变迁,非物质文化遗产及其主体逐渐被边缘化,面临着生存危机。在外部,由于现代知识产权法及价值观的影响,整个世界都表现出了对非物质文化遗产的轻视和不尊重。在内部,非物质文化遗产因其缺乏时尚性,缺乏世界主流文化的认同而遭到年轻人冷落、厌烦甚至抵制。而与此同时,现代社会对非物质文化遗产的价值进行无偿利用,如一些商业主体对特定民族、群落和社区的特定非物质文化遗产进行简单的加工和修饰,并继而主张知识产权,获取经济利益。^[16]非物质文化遗产所处的这种境遇,使得很多国际组织、国家、特定民族、群落和社区及学者都在研究和探索非物质文化遗产的保护问题。世界知识产权组织已召开了多次会议,进一步探索非物质文化遗产的保护问题。目前世界范围内还没有产生一套具有普遍性和较高认可度的非物质文化遗产保护的法律法规,因而使非物质文化遗产保护问题成为当今各国、各民族、各群落和各社区及广大民众的一个时代任务。

二、选题的意义

非物质文化遗产是一定民族、群落和社区长久生活的结晶,是这些民族、群落和社区在长期的日常生活和生产中积淀而成的,“被当地社

[16] 参见唐广良:“遗传资源、传统知识及民间文学艺术国际保护概述”,载郑成思主编:《知识产权文丛》(第8卷),中国方正出版社2002年版,第57~59页。

区认为是现在和将来几代人维持健康和完善生活方式的保证”。^[17] 对一定民族、群落和社区而言,非物质文化遗产具有无可争议的价值和重要性。对现代社会而言,现代社会通过对非物质文化遗产的利用,以非物质文化遗产等传统知识为先导和基础,创造出了很多新的知识产品。基于此,非物质文化遗产的价值,如技术价值、经济价值、文化价值等已毋庸置疑。^[18]

作为一定民族、群落和社区民众的智力劳动的产物,非物质文化遗产在自然意义上应与现代社会创作的现代文化一样存在法律权利与利益。但由于当时一定民族、群落和社区商品经济极为落后,类似现代社会的文化保护制度还没有发育起来,非物质文化的财产利益和经济价值没有实现。在融入现代社会的过程中,一定民族、群落和社区逐渐被卷入商品经济的大潮之中。与此同时,现代社会大规模地商业化利用非物质文化,取得了巨大的商业利益,而一定民族、群落和社区没能从中得到恰当的报偿。为此,一定民族、群落和社区及其所在国家提出了对非物质文化给予知识产权保护的问题。但非物质文化通常存在年代久远,具体形成时间和具体的生产者、创作者、持有者往往不可考究。这些原因使得非物质文化的一些特征和内容与现代知识产权法规则要求不相符合,必然导致非物质文化中的大部分知识产权利益不可能得到现代知识产权法的间接或直接保护。一定民族、群落和社区及其所在的发展中国家在《与贸易有关的知识产权协议》(下文简称 TRIPs)谈判中不得已而作出了很大让步,其结果使知识产权天平向发达国家一侧倾斜,导致发展中国家因此丧失了很多利益。^[19] 在发展中国家具

[17] [法]达里尔·A. 波塞、格雷厄姆·杜特赞尔德:《超越知识产权——为原住民和当地社区争取传统资源权利》,许建初等译,云南科技出版社2003年版,第7~8页。

[18] 有关非物质文化遗产的价值,参见[法]达里尔·A. 波塞、格雷厄姆·杜特赞尔德:《超越知识产权——为原住民和当地社区争取传统资源权利》,许建初等译,云南科技出版社2003年版,第30页;崔国斌博士论文:“文化及生物多样性保护与知识产权”。

[19] 参见严永和:《论传统知识的知识产权保护》,法律出版社2006年版,第98~106页。

有很多优势的非物质文化,往往是以世代久远的遗产形式保存下来,一些非物质文化遗产的保护问题也随之提出:如何对非物质文化遗产提供更有力的法律保护?现行法律能否对非物质文化遗产提供适当保护?一定民族、群落和社区的非物质文化遗产的法律权利如何实现?

非物质文化遗产既具有私权性,也具有公益性。对其私权性进行保护(通过知识产权法和民事法律),可使拥有遗产的群体、团体或个人获得一定的权益,并适当促进非物质文化遗产的市场化利用(如转让、许可使用等),显现非物质文化遗产的经济价值,从而避免因主体的放弃和传承者的减少而导致遗产的灭失。非物质文化遗产同时又包含了构成人类文明与文化基础的所有价值的知识与其他非物质资源,这些知识和资源有多种存在方式,发挥作用的机制与形式各不相同,尤其是许多非物质文化遗产已经是公共文化的重要组成部分,是不能被作为私权予以保护的。因此,法律必须将之作为公共文化领域的特殊部分,借助公法的保护形式给予保护。

在当今的现代社会环境里,面对日新月异的高新技术革命、文化革命,非物质文化遗产处于极其弱势的状态,单纯依靠经济利益之驱动而获得知识产权和其他民事法律的保护已无法满足需要,不能及时、有效、全面、主动地对非物质文化遗产加以保护。于此情形下,公法却能超越非物质文化遗产的经济价值之上,立足于公共利益,强调非物质文化遗产文化价值的保护。在公法领域,行政法的保护是最为主动、全面的,也是最为及时、有效的。但是我国学界在论及非物质文化遗产的行政法保护时,一般只停留在传统公权下的行政法保护,是一种纯粹的公权干预下的保护模式,忽略了行政法的私权文化,并未形成与当代行政法理论发展相适应的非物质文化遗产行政法保护制度。

本选题的理论意义主要体现在相关理论的创新上,具体为笔者在对非物质文化遗产行政法保护的必要性及其意义展开论述后,着力探究非物质文化遗产行政法保护的现状及制度缺失,提出了“非物质文化遗产行政法保护机制”这一概念,寻找各种非物质文化遗产行政法保护的运行环节机制,并由此分析国际上相关立法模式,经过优劣对比,寻求一种适宜我国的非物质文化遗产行政法保护立法模式;然后根