

张洁 / 著

Research on The Legal Protection
of Intangible Cultural Heritage

非物质文化遗产
法律保护研究

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

非
外
借

Research On The Legal Protection
Of Intangible Cultural Heritage

张洁 / 著

非物质文化遗产
法律保护研究

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

非物质文化遗产法律保护研究 / 张洁著. —北京:
中国法制出版社, 2018. 3

ISBN 978 - 7 - 5093 - 9363 - 5

I. ①非… II. ①张… III. ①非物质文化遗产保护 -
法律 - 研究 - 中国 IV. ①D922. 164

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 054337 号

策划编辑 耿旭冉

责任编辑 胡斌 耿旭冉

封面设计 杨泽江

非物质文化遗产法律保护研究

FEIWUZHI WENHUA YICHAN FALÜ BAOHU YANJIU

著者 / 张洁

经销 / 新华书店

印刷 / 北京京华虎彩印刷有限公司

开本 / 880 毫米 × 1230 毫米 32 开

版次 / 2018 年 3 月第 1 版

印张 / 7 字数 / 104 千

2018 年 3 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 9363 - 5

定价: 28.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfs.com>

市场营销部电话: 66033393

传真: 66031119

编辑部电话: 66066324

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)

导 言

非物质文化遗产保护系舶来品，在我国实践时间不长，而非物质文化遗产法律保护的理论研究更在起步阶段，理论和实践面前均存在着种种不确定性和难题。作为法律从业者，在这篇不成熟的画卷面前，笔者时有惊喜，时而困惑，为此一直跟踪非物质文化遗产法律保护的发展，学习相关方面的中外法律知识，深感于这一领域依然存在诸多可以探讨的问题，亟待深入研究。回顾我国物质文化遗产法律保护，2011年6月1日，《中华人民共和国非物质文化遗产法》的正式实施标志着我国非物质文化遗产法律保护踏入新的历程。在实施五周年之际，文化部于2016年又组织开展了《中华人民共和国非物质文化遗产法》在各地贯彻落实的情况报告，点明了国内非物质文化遗产保护的现状和面临的主要问题。本书结合我国的立法、司法和行政实践，运用了法解释学、实证分析、比较学等理论方法，对非物质文化遗产进行了概念界定，深入分析了非物质文化遗产法律保护的必要性与原则，并针对非物质文化遗产法律保护

的理论缺陷引入利益衡量原则，重新论证非物质文化遗产法律保护理论基础，对非物质文化遗产法律保护的不同模式进行了总结和分析，同时对国内外关于非物质文化遗产法律保护的立法体系及主要国际公约的重要内容进行了必要分析，以及结合我国司法实践中遇到的问题与现状对非物质文化遗产的司法规制进行了学理上的评价，最后提出了构建我国非物质文化遗产法律保护的体系。本书对从事非物质文化遗产法律保护工作的学者、立法者、司法从业人员有借鉴价值，对相关人员在物质文化遗产法律保护研究的系统化和理论化研究均有一定的启示作用。

第一章 非物质文化遗产的界定

第一节 非物质文化遗产的概念与特征

- 一、非物质文化遗产的概念 003
- 二、非物质文化遗产的特征分析 007

第二节 非物质文化遗产的分类

第三节 非物质文化遗产保护的意义

- 一、保护非物质文化遗产有利于保护文化多样性 015
- 二、保护非物质文化遗产有利于开发其经济价值 017

第二章 非物质文化遗产法律保护的学理分析

第一节 非物质文化遗产法律保护的原则

- 一、人本位原则 023
- 二、科学性原则 026
- 三、文化价值与经济价值并重原则 026

第二节 非物质文化遗产法律保护的模式

- 一、非物质文化遗产法律保护的公法保护模式 028
- 二、非物质文化遗产保护的私法模式 031

第三节 利益衡量的介入——非物质文化遗产法律保护理论新论

- 一、利益衡量缘由 033
- 二、利益衡量在非物质文化遗产法律保护中的意义 037
- 三、利益衡量的缺陷与补足 040

第三章 非物质文化遗产公法保护模式

第一节 非物质文化遗产行政法保护概述

- 一、行政法保护对非物质文化遗产保护具备时代意义 046
- 二、非物质文化遗产行政法保护能弥补私法保护的局限 048

第二节 非物质文化遗产行政法保护的具体制度	
一、非物质文化遗产的普查和名录制度·····	050
二、非物质文化遗产行政法保护主体·····	057
三、非物质文化遗产传承人制度·····	067
第三节 非物质文化遗产刑法保护	
一、非物质文化遗产刑法保护的可行性·····	071
二、盗掘古文化遗址罪案例分析·····	073
三、非物质文化遗产刑法保护的现状与 补足·····	078
第四章 非物质文化遗产知识产权法保护模式	
第一节 非物质文化遗产知识产权法保护的可行性	
一、非物质文化遗产与知识产权法的 客体具有一致性·····	085
二、非物质文化遗产与知识产权制度的 契合性·····	086
三、非物质文化遗产知识产权法律保护的 实践·····	088
第二节 非物质文化遗产著作权法保护	
一、非物质文化遗产的著作权法保护的 可行性·····	092
二、非物质文化遗产著作权保护的内容·····	094

三、从“安顺地戏”案例看非物质文化 遗产著作权保护	099
四、著作权法模式下的非物质文化遗产 保护制度	105
第三节 非物质文化遗产商标权法保护	
一、商标权法保护非物质文化遗产的可 行性	109
二、“古井”烧鹅案例评析	112
三、商标法保护非物质文化遗产的各项 制度	117
第四节 非物质文化遗产专利权法保护	
第五章 非物质文化遗产法律保护的立法规制体系	
第一节 国际上非物质文化遗产法律保护的立法经验	
一、保护非物质文化遗产公约	125
二、日本的立法经验	128
三、韩国的立法经验	132
四、法国的立法经验	134
五、非洲国家的立法经验	135
六、拉美和加勒比地区的立法经验	137

第二节 我国非物质文化遗产立法现状

- 一、我国非物质文化遗产国家立法现状····· 139
- 二、我国非物质文化遗产地方立法现状····· 144

第三节 对我国非物质文化遗产保护各项制度的立法建议

- 一、非物质文化遗产的传播与利用制度的立法建议 ····· 147
- 二、非物质文化遗产的保障措施制度的立法建议 ····· 156
- 三、对非物质文化遗产法律责任的立法建议 ····· 165

第六章 构建我国非物质文化遗产法律保护体系

第一节 我国非物质文化遗产法律保护体系的不足

- 一、非物质文化遗产法律保护行政规制的不足 ····· 179
- 二、非物质文化遗产法律保护私法规制的不足 ····· 187

第二节 对构建我国非物质文化遗产法律保护体系的建议

- 一、构建我国非物质文化遗产法律保护体系的原则 ····· 192
- 二、构建我国非物质文化遗产法律保护体系的具体建议 ····· 197

第一章

非物质文化遗产的界定

第一节

非物质文化遗产的概念与特征

一、非物质文化遗产的概念

作为法学研究范畴的非物质文化遗产并非是法学上的固有概念，本书对非物质文化遗产的法律研究亦需要对基本概念进行界定。非物质文化遗产的概念起源最早是日本提出的有关无形文化的概念。联合国教科文组织文化部国际标准司的司长普罗特曾明确指出，“无形遗产”这一概念是由日语翻译成英语的，直接来自日本在这一领域具有前瞻性的立法中，即1950年该国颁布《文化财保护法》，世界范围内率先将文化遗产纳入国家立法进行制度化保护的重要举措，将有形文化遗产和无形文化遗产同时

作为并列的保护对象。日本政府在 1950 年将拥有精湛传统技艺的民间艺人第一次授为“人间国宝”的美誉〔1〕。

联合国教科文组织对无形文化的保护最先起源于其早期推进“保护民俗”的工作计划。英国学者汤姆斯于 1846 年首次提出了“民俗”这一词汇，用于指代说明“民众的知识”〔2〕。“非物质文化遗产”的称谓最早是在 1972 年出现在联合国教科文组织的会议文件中。1972 年，联合国教科文组织召开了第 17 届大会，在这次会议讨论通过了《保护世界文化和自然遗产公约》，并且这次会上还提交了一份提案，这份提案正是有关非物质文化遗产的，在提案中，将“无形文化财产”又称“非物质文化遗产”〔3〕。联合国教科文组织在 1977 年有关保护遗产的文件中，对文化遗产的解读又开始分类为两大类，即有形文化遗产和无形文化遗产〔4〕。在日内瓦，世界知识产权组织与联合国教科文组织于 1982 年召开了专家会议，在这次会议上，对非物质文化遗产有重大意义的《保护民间文学艺术的表达、禁止不正当利用和其他破坏性行为

〔1〕 杨怡：“非物质文化遗产概念的缘起、现状及相关问题”，《文物世界》2003 年第 2 期。

〔2〕 朱祥贵：“非物质文化遗产法的价值理念”，《湖北民族学院学报（社科版）》2004 年第 3 期。

〔3〕 向云驹：“论口头和非物质遗产的概念和范畴”，《民间文化论坛》2004 年第 5 期。

〔4〕 张军：“论无形文化遗产在旅游开发中的有形化利用”，《中南民族大学学报（社会科学版）》2005 年第 3 期。

的国家法律示范条款》得以通过，其中规定“民间文学表达形式”是指由传统艺术遗产的特有因素构成的、由某国的某居民团体所发展和保持的产品。时至今日，对该术语的解释多来源于联合国教科文组织在2003年10月17日通过的国际法律文件《保护非物质文化遗产公约》中，该公约系国际法的重要渊源之一。该公约第二条定义中，“非物质文化遗产”，指被各社区、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、手工艺品和文化空间。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》将非物质文化遗产所包含的范围具体列为五个方面：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。《保护非物质文化遗产公约》具有法律上的约束力。我国作为加入该公约的最早成员国之一，该公约对这一术语的认定在我国很快被使用，并在颁布的法律法规上均采用了这一术语。

我国在2011年2月25日通过了《中华人民共和国非物质文化遗产法》（以下简称《非物质文化遗产法》），该法第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：（一）传统口头文学以及作为其载体的语言；（二）传统美术、书法、音乐、舞蹈、戏剧、曲艺和杂技；（三）传统技艺、医药和历法；（四）传统礼仪、节庆等民俗；（五）传统体育和游艺；（六）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。”我国作为一个历史悠久的文明古国，五千年的悠久历史不仅给我们留下了大量的物质文化遗产，而且有丰富的非物质文化遗产。非物质文化遗产既是历史发展的见证，又是珍贵的文化资源。根据这部法律规定，我国在立法实践中，参照了国际经验，并根据我国特色，将非物质文化遗产定义为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。与《保护非物质文化遗产公约》相比，我国在《非物质文化遗产法》中对非物质文化遗产界定的定义基本相同，有细微差异：第一，《保护非物质文化遗产公约》里对非物质文化遗产的描述使用了“各社区、群体，有时是个人”这种表述方式，而《非物质文化遗产法》使用的是“各族人民”这种表述方式。虽然两者类似，但我国的表述方式无具体区分，非物质文化遗产实践中主要是依附于个体存在，代代以口相传。而《保护非物质文化遗产公约》则区分得更详细，有群体，有个