

我国非物质文化遗产的
法律保护研究

CHINA'S LEGAL PROTECTION OF INTANGIBLE
CULTURAL HERITAGE RESEARCH

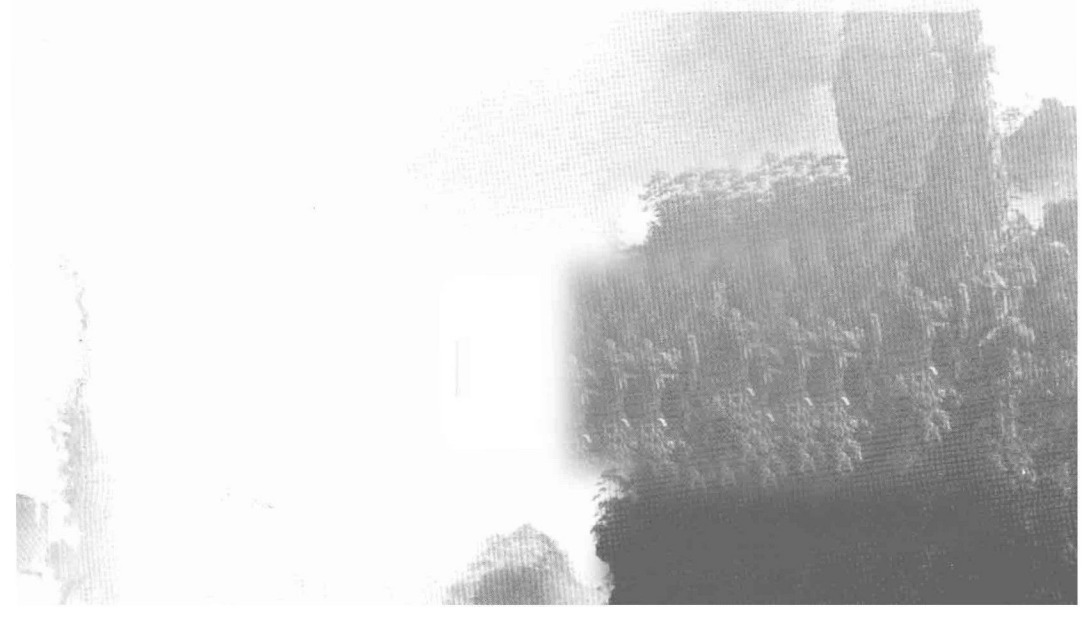
赵方 / 著

中国社会科学出版社

我国非物质文化遗产的 法律保护研究

CHINA'S LEGAL PROTECTION OF INTANGIBLE
CULTURAL HERITAGE RESEARCH

赵方 / 著



图书在版编目 (CIP) 数据

我国非物质文化遗产的法律保护研究 / 赵方著. —北京:
中国社会科学出版社, 2009. 9

ISBN 978 - 7 - 5004 - 8593 - 3

I. ①我… II. ①赵… III. ①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 (2010) 第 039146 号

出版策划 任 明
特邀编辑 李晓丽
责任校对 张 青
技术编辑 李 建

出版发行 **中国社会科学出版社**

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 邮 编 100720

电 话 010 - 84029450 (邮购)

网 址 <http://www.csspw.cn>

经 销 新华书店

印 刷 北京奥隆印刷厂 装 订 广增装订厂

版 次 2009 年 9 月第 1 版 印 次 2009 年 9 月第 1 次印刷

开 本 880 × 1230 1/32

印 张 9.25 插 页 2

字 数 229 千字

定 价 26.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社发行部联系调换
版权所有 侵权必究

摘 要

非物质文化遗产是各民族世代相承的、与群众生活密切相关的各种传统文化表现形式和文化空间。它是一个民族古老的生命记忆和活态的文化基因，体现着一个民族的智慧和精神、维护着世界文化的多样性，与物质文化遗产一道共同承载着人类社会的文明。但是，近年来，随着全球化趋势的加强和现代化进程的加快，我国的文化生态发生了巨大变化，非物质文化遗产受到猛烈冲击。一些依靠口授和行为传承的文化遗产正在不断消失，许多传统技艺濒临消亡。

就法律保障机制而言，我国保护非物质文化遗产的立法比较零散，缺乏专门的基本法，还没有形成完备的法律保障体系。《中华人民共和国非物质文化遗产保护法（草案）》从2005年至今已连续四年被列入全国人大立法计划，但至今未获通过。因此，当前对非物质文化遗产法律保护的研究依然具有重大的理论和实践意义。同时，对这一课题的探讨也将有助于强化我们保护非物质文化遗产的意识，维护中华文化的独特性，保护本国的传统文化，从而保持世界文化形态的多样性。

本书从法律视角出发，通过运用系统分析法、比较分析法、田野调查法、个案分析等方法来研究我国非物质文化遗产的法律保护问题，进而对我国非物质文化遗产法律保护的完善的可能进路进行探讨。

全书共分为引论、第一章至第六章。

引论部分探讨选题意义、研究现状和主要研究方法并对本书的

主要观点、创新和不足之处进行归纳。

第一章“非物质文化遗产概述”，由于我国引入非物质文化遗产的概念时间不长，所以有必要对非物质文化遗产的一些基础知识作一介绍。本章共分三节，第一节从非物质文化遗产概念的由来和含义对非物质文化遗产进行了界定。第二节介绍了非物质文化遗产的特征。第三节从非物质文化遗产的价值入手，论证了保护非物质文化遗产的必要性。这些非物质文化遗产的基础知识，为后面探讨法律保护问题奠定了基础。

第二章“我国非物质文化遗产法律保护的实践基础”，近年来，非物质文化遗产保护运动在我国蓬勃发展，国家在积极参与国际非物质文化遗产保护工作的同时，还加强了国内的法制建设，实施了中国民族民间文化保护工程，建立非物质文化遗产名录体系，非物质文化遗产的社会保护也日益广泛。尽管如此，我国的非物质文化遗产保护还是存在诸多问题，本章第二节从传承后继乏人、保护意识欠缺、保护机制有待完善和缺乏法律保护依据四个方面进行了剖析。

第三章“对非物质文化遗产进行法律保护的法理学基础”，在探讨非物质文化遗产法律保护的问题之前，必须要弄清法律保护的对象、认定标准、保护主体等几个基本问题，如果离开了这一基础，非物质文化遗产的法律保护就成了无源之水、无本之木。对非物质文化遗产的保护迟迟没有一部系统的法律，在其法律保护层面上肯定有相当的难度，本章第二节从非物质文化遗产的主体难以确定、性质难以确定和独创性难以确定三个方面论证了立法的难度。同时，要做好非物质文化遗产的立法工作还应该树立科学的“保护”理念，坚持正确的“保护”原则。第三节对非物质文化遗产法律保护的几个原则进行了梳理，力图对进一步探讨我国非物质文化遗产的具体法律保护机制作为较为坚实的理论铺垫。

第四章“我国非物质文化遗产法律保护现状研究”，本章是全

书的核心内容，关于非物质文化遗产的具体法律保护模式，法学界、理论界争议颇多。本章将现有的法律保护模式进行了梳理，分四节分别对非物质文化遗产的行政保护模式、民事保护模式、知识产权保护模式和刑事保护模式进行了论证。之所以把知识产权保护模式从民事保护模式中拉出来，主要是鉴于此种模式在整个法律保护体系中的重要地位，研究相对比较成熟，其中，重点研究了著作权法、专利法、商标法和商业秘密四种保护方式的架构问题。在本章的探讨中穿插了若干案例，总结了每种保护模式的长处和不足，力图使读者能够更加直观地了解到我国非物质文化遗产的法律保护现状，并为后章法律机制的完善夯实基础。

第五章“国际社会非物质文化遗产保护的实践及对中国的启示”，本章主要对国际及其他一些国家在非物质文化遗产保护方面的有益经验进行了探讨，试图寻找我国非物质文化遗产法律保护的可借鉴之处，并为我国非物质文化遗产的法律保护探索出一条可能的进路。

第六章“我国非物质文化遗产法律保护制度的完善”，主要包括在立法方面，非物质文化遗产的基本保护与特别法的分别保护相结合，加紧制定《非物质文化遗产保护法》，必要时运用习惯法进行保护；司法方面，完善非物质文化遗产方面的诉讼程序，建立公益诉讼制度，引入听证制度；补偿机制方面，建立对传承人的补偿机制和利益分享机制。

最后的结论部分是对全书所做的总结，希望能起到抛砖引玉的作用，能有更多的学者来研究非物质文化遗产的法律保护问题，并希望能够为其他学者研究此问题提供参考。

Abstract

Non-material cultural heritage of all ethnic groups are each other from generation to generation, and the people's life is closely related to a variety of traditional cultural expressions and cultural space. It is the life of a nation's oldest living memory and cultural gene, which embodies a nation's wisdom and the spirit of safeguarding the world's cultural diversity. Non-material cultural heritage, together with material cultural heritage bear civilization of human society. However, in recent years, with the trend of globalization and modernization, China's cultural ecology has undergone tremendous changes, non-material cultural heritage has been violently shaken. Some of cultural heritage and many traditional arts are disappearing.

As for the legal protection mechanism, China's legislative which protecting non-material cultural heritage is relatively fragmented, lacks a specific basic law, dose not have a comprehensive legal protection system. Therefore, to explore this topic will help to strengthen our protection awareness of non-material cultural heritage, to maintain the uniqueness of Chinese culture, to protect their traditional culture, so as to maintain the diversity of the world's cultural patterns.

This book from a legal perspective, through the use of systematic analysis of law, comparative analysis, field survey, case study analysis, study on China's legal protection of the non-material cultural heritage, and on how to perfect China's legal protection of non-material cultural heritage.

The book is divided into the introduction and six chapters.

The introduction explains the topics'significance, the status of study, the key researching methods and the book's main points, innovation and weaknesses.

The first chapter is "overview of the non-material cultural heritage". Because the concept of non-material cultural heritage is a relatively new formulation, there is a need to introduce some basic knowledge of the non-material cultural heritage. This chapter is divided into three sections. Section I studies the concept of the non-material cultural heritage from the origin and meaning of the non-material cultural heritage defines. Section II presents the characteristics of the non-material cultural heritage. Section III presents the need to protect the non-material cultural heritage, because of its' value. To know these basic knowledge of non-material cultural heritage is to explore the question of legal protection more easily.

Chapter II is "the current protection situation and problems of China's non-material cultural heritage". In recent years, the non-material cultural heritage protection movement in our country is to be flourish. The government is not only taking an active part in international protection work of non-material cultural heritage, but also to strengthen the domestic legal system. the China's Folk Culture Protection Project has been implemented. The non-material cultural heritage directory system has been established. The social protection of non-material cultural heritage has become more extensive. But, there are many problems in China's non-material cultural heritage protection . The Section II of this chapter is to show readers the problems from four aspects, including the difficult transmission, the lack of protection, the protection mechanisms remain to be improved and the lack of legal protection.

The third chapter, "the legal basis for protection of non-material cul-

tural heritage”. In order to explore the question of the legal protection of non-material cultural heritage more easily, it is necessary to understand some fundamental issues, such as legal protection’ the object, the standards and the number. If without this basis, the legal protection of non-material cultural heritage has been become non - source of water, non-earth of trees. The section II of this chapter explains that it is difficult to legislate for the legal protection of non-material cultural heritage, because of the main body which is difficult to determine, the nature which is difficult to determine and the originality which is difficult to determine. At the same time, it is necessary to do a good job of the intangible cultural heritage of the legislation should also establish a scientific “protect” ideas, adhere to the correct “to protect” principle. Section III is to show readers some principles of the non-material cultural heritage protection, trying to make theoretical groundwork for further studding on the specific legal protection of the non-material cultural heritage.

Chapter IV is “the research on China’s legal protection status of non-material cultural heritage”. This chapter is the core content of the book. The specific legal protection mode of the non-material cultural heritage is different between different person in the academia and the theoretical circles. This chapter will present the legal protection modes of the non-material cultural heritage, is divided into four sections, respectively, including administrative protection mode, civil protection mode, intellectual property protection mode and criminal protection of the demonstration model. The reason why to divide intellectual property protection mode from the civil protection mode, mainly intellectual property protection mode plays an important role in the whole legal protection system, is be researched maturely, which focused on four types of protection, including copyright law, patent law, trademark law and trade

secret. There are a number of cases in this chapter which summed up the strengths and shortcoming of each protected mode and less than an effort to allow readers to more intuitive to learn that China's non-material cultural heritage status of legal protection and legal mechanisms for the post-chapter perfection foundation.

Chapter V is "the practice of the international community to protect non-material cultural heritage and the enlightenment to China". This chapter is focused on the experience of the international community and other countries in the non-material cultural heritage protection and the benefit to China how to protect non-material cultural heritage, in order to find a possible approach to China's non-material cultural heritage protection of the law.

Chapter VI is "China's legal protection of non-material cultural heritage system". Mainly included in the legislation, "non-material cultural heritage protection law" should be established, a comprehensive non-material cultural heritage protection and special protection of the law are combined, the establishment of legal relief mechanism, at the same time great importance to use the traditional customary law of ethnic minorities. The judiciary, it should to improve the proceedings of the non-material cultural heritage, to establish public interest litigation system and the introduction of hearing system. Compensation mechanism, the compensation of the transmission mechanism and benefit-sharing mechanisms should be established.

The last part is the summary: a possible way to the solution. The author sums up the whole idea of this book, hoping the ideas presented in the book could provide reference for others' study and attract more scholars and experts to do research on the protection of cultural right of chinese ethnic groups.

目 录

引论	(1)
第一章 非物质文化遗产概述	(9)
第一节 非物质文化遗产的界定	(9)
一、非物质文化遗产概念的由来	(9)
二、非物质文化遗产的含义	(11)
第二节 非物质文化遗产的特征	(14)
一、非物质文化遗产的自然特征	(14)
二、非物质文化遗产的法律特征	(22)
第三节 非物质文化遗产法律保护的必要性	(25)
一、非物质文化遗产的价值	(26)
二、政策保护的单向度效应及多层面断裂	(32)
三、非物质文化遗产法律保护的意义	(33)
第二章 我国非物质文化遗产法律保护的实践基础	(37)
第一节 非物质文化遗产保护在我国的发展轨迹	(37)
一、加快立法步伐	(38)
二、实施中国民族民间文化保护工程	(40)
三、建立非物质文化遗产国家名录体系	(42)
四、非物质文化遗产的社会保护日益广泛	(43)
五、积极参与国际非物质文化遗产保护工作	(47)
第二节 我国非物质文化遗产保护存在的突出问题	(47)
焦点之一：传承后继乏人	(48)
焦点之二：保护意识欠缺	(51)

· 焦点之三：保护机制有待完善	(54)
· 焦点之四：相关法制建设相对滞后	(55)
第三章 对非物质文化遗产进行法律保护的法理学基础	(56)
第一节 立法需要厘清的几个基本问题	(57)
一、法律保护的对象	(57)
二、非物质文化遗产的认定标准	(59)
三、确定非物质文化遗产的保护主体	(61)
第二节 非物质文化遗产的法律保护难点	(64)
一、非物质文化遗产的权利主体难以确定	(64)
二、非物质文化遗产的权利性质难以确定	(66)
三、非物质文化遗产的独创性难以确定	(68)
第三节 对非物质文化遗产进行法律保护的原则	(69)
一、以人为本原则	(69)
二、整体性原则	(71)
三、原真性原则	(73)
第四章 我国非物质文化遗产法律保护现状研究	(75)
第一节 非物质文化遗产的行政保护	(76)
一、国家的立法状况	(76)
二、地方立法经验——以《江苏非物质文化遗产 保护条例》为例	(78)
第二节 非物质文化遗产的民法保护	(83)
一、我国非物质文化遗产的民法保护	(84)
二、国际上对非物质文化遗产的民法保护	(85)
第三节 非物质文化遗产的知识产权保护	(88)
一、现行知识产权法律制度对非物质文化遗产 保护的障碍	(88)
二、知识产权保护的正当性探讨	(91)
三、保护非物质文化遗产的具体知识产权模式	(101)

第四节	非物质文化遗产的刑法保护模式	(148)
一、浙江“非遗”传承人表演“药发木偶”惹		
刑事官司		(148)
二、一些侵害非物质文化遗产可能受到刑事		
制裁的行为		(151)
三、非物质文化遗产刑法保护的具体形式		(154)
第五章	国际社会非物质文化遗产保护的实践及对	
	中国的启示	(162)
第一节	国际组织对非物质文化遗产的保护	(162)
一、联合国有关组织：几个重要国际文件的建立		(162)
二、世界知识产权组织：在知识产权领域对非物质		
文化遗产保护的贡献		(171)
三、世界贸易组织：对传统知识的保护		(173)
第二节	国外对非物质文化遗产法律保护的成功	
经验		(175)
一、日本：《文化财保护法》		(176)
二、韩国：制度化与群众性是保护的两个重要		
基点		(180)
三、法国：文化遗产日		(183)
四、美国：保护美国活动		(186)
五、发展中国家非物质文化遗产的保护		(189)
第三节	国际实践和国外经验对中国的启示	(191)
一、有一套相对完整的法律保护制度是文化遗产		
得以切实保护的基本保证		(191)
二、建立一套遗产教育机制是唤起民众对遗产		
传承保护意识的关键		(192)
三、政府的有效管理是传统文化得以保护与		
传承的制度保障		(194)

四、对非物质文化遗产传承人的保护刻不容缓	(195)
五、完备的机构和雄厚财政支持是保护 切实运转施行的基础	(197)
第六章 我国非物质文化遗产法律保护制度的完善	(200)
第一节 我国非物质文化遗产保护的立法完善	(200)
一、《非物质文化遗产保护法》的制定迫在眉睫	(201)
二、利用特别法进行分别保护	(211)
三、运用习惯法进行保护	(216)
第二节 我国非物质文化遗产保护的司法完善	(219)
一、诉讼程序的完善	(219)
二、建立公益诉讼制度	(223)
三、引入行政程序法中的听证制度	(225)
第三节 建立非物质文化遗产的补偿机制	(225)
一、对传承人的补偿机制	(226)
二、利益分享机制	(227)
结语 寻求我国非物质文化遗产法律保护的可能路径	(231)
一、行为措施和制度措施是保护非物质文化 遗产的两大手段	(231)
二、我国非物质文化遗产法律保护面临多种挑战	(232)
三、加强国际间的交流与合作是非物质文化遗产 法律保护的必要途径	(233)
四、对加强我国非物质文化遗产立法的思考	(234)
附录	
一、联合国教科文组织《保护非物质文化遗产 国际公约》	(236)
二、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	(250)

三、国家级非物质文化遗产代表作申报评定暂行 办法	(255)
四、中华人民共和国国务院《关于加强文化遗产保护的 通知》	(260)
参考文献	(268)
后记	(276)

引 论

非物质文化遗产是各族人民世代相承、与群众生活密切相关的各种传统文化表现形式和文化空间。在人类的文化成果中，非物质文化遗产与物质文化遗产共同承载着人类社会的文明，共同维系着人类的才干与智慧，是世界文化多样性的体现。非物质文化遗产的保护关系到国家的文化安全、社会的和谐发展与民族文化的血脉传承。我国的非物质文化遗产资源十分丰富，我国各族人民在长期生产生活中创造的丰富多彩的非物质文化遗产，其所蕴含的中华民族特有的精神价值、思维方式、想象力和文化意识，是维护我国文化身份和文化主权的基本依据，是联结民族情感的纽带和维系国家统一的基础。^①保护和利用好非物质文化遗产，对保护我国传统文化和民族文化的多样性，促进我国的文化创新和发展先进文化以及促进我国文化产业的发展具有重要意义。

然而，在现代文明的冲击下，传统文化在它的生命流变中显得战战兢兢，许多传统文化在与现代文明的博弈中被冷落、被革新，甚至消亡。^②一些依靠口授和行为传承的文化遗产的消失速度更是惊人，比如，20世纪50年代，我国有戏曲戏剧368个种类，到80年代初减少到317个，2005年只剩下267个，其中一

^① 参见《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》，2005年3月26日。

^② 李真：《湘西土家族非物质文化遗产保护的问题与对策》，《凯里学院学报》2008年第5期。

半剧种只能业余演出，有60个剧种没有保存音像资料。^① 加强我国非物质文化遗产的保护已经刻不容缓。

近年来，随着我国加入国际非物质文化遗产保护公约，我们的非物质文化遗产保护工作取得了显著的成绩。但是，总的来说，对非物质文化遗产的保护还具有浓厚的政策性，没有形成一个保护非物质文化遗产的法律体系。尽管我国已经出台了《中华人民共和国文物保护法》、《中华人民共和国文物保护法实施条例》、《关于加强我国非物质文化遗产保护工作的意见》以及其他地方法规或条例，但在保护非物质文化遗产方面，有关保护期间、权力主体、禁止不法行为与不当使用、合理使用、使用报酬、罚则与救济等问题规定得不太明确具体。^② 有关非物质文化遗产的保护规定主要散见于各种法律、法规中，1990年颁布实施的《著作权法》第6条规定：“民间文学艺术作品的著作权保护办法由国务院另行规定”，2001年经修改的新的《著作权法》仍然保留了这一条。但到目前为止，“民间文学艺术作品保护条例”仍未公布，这就使得上述《著作权法》第6条的规定形同虚设。1997年国务院颁布的《传统手工艺美术保护条例》是我国第一部保护非物质文化遗产的专门法，但是它只能规制非物质文化遗产中的极小部分，并不能将所有的种类都纳入其保护范围内。我国从1998年开始着手非物质文化遗产保护法的起草工作，当时的草案名称为《中国民族民间文化保护法》，2003年我国签署了《保护非物质文化遗产公约》，2004年8月，我国正式加入该公约并正式把正在起草的法律草案的名称调整为《中华人民共和国非物质文化遗产保护法》。2005年至今，该法已连续四年被

^① 《我国非物质文化遗产处境堪忧，人民难找精神家园》，《人民日报》2007年4月28日。

^② 张邦辅：《论我国非物质文化遗产的法律保护》，《韶关学院学报》（社会科学版）2008年第11期。