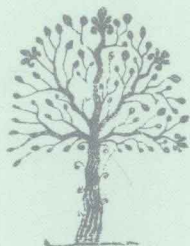


文库主编：华东政法大学国际法研究中心

# 非物质文化遗产保护 国际法制研究

李墨丝 著



华东政法大学  
国际法学文库

*Research on the International  
Legal System for the Safeguarding  
of Intangible Cultural Heritage*



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

文库主编：华东政法大学国际法研究中心

# 非物质文化遗产保护 国际法制研究

李墨丝 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

非物质文化遗产保护国际法制研究 / 李墨丝著. —  
北京:法律出版社,2010.9  
(华东政法大学国际法学文库)  
ISBN 978-7-5118-1204-9

I. ①非… II. ①李… III. ①文化遗产—保护—国际  
法—研究 IV. ①D912.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 179615 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/何敏

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律出版社上海出版中心

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶松

开本/A5

印张/11.25 字数/296千

版本/2010年11月第1版

印次/2010年11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 978-7-5118-1204-9

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)

## 《华东政法大学国际法学文库》 总序

进入新世纪以来,国际社会正经历着深刻的变化。和平与发展仍然是当今世界的主题。科技日新月异,经济全球化趋势深入发展。同时,我们比以往任何时候都更加深刻地感受到:恐怖主义危害加大,各种局部冲突和战争不断发生,非传统安全问题凸显,跨国犯罪日益猖獗,单边主义抬头,霸权主义和强权政治依然存在,影响世界和平与发展的不稳定、不确定因素增多。与此同时,世界经济发展不平衡加剧,围绕资源、能源、市场、知识产权、人才的国际竞争日趋激烈,贸易壁垒和经济、贸易摩擦明显增多。各种热点问题所涉及的国际问题更加突出。一些发达国家在经济上、科技上占优势,在外交上、法律上动辄采取强势做法的态势在相当长的时期内仍将存在。作为国际关系的产物,国际法面临严峻挑战和前所未有的发展机遇。

在这种错综复杂的国际形势下,中国坚持高举“和平、发展、合作”的旗帜。胡锦涛总书记最近在一系列重大国际场合突出强调了国际法与构建和谐世界的关系,强调了国际法的作用。构建和谐世界思想的提出,既勾画了中国新世纪外交战略的总目标,充分展示了中国作为负责任大国的形象,也指明了新世纪国际关系和国际法发展的正确方向。构建和谐世界,国际法无疑并必须发挥巨大的作用。摆在我们面前的重大课题是:如何从理论上认识国际法在构建和谐世界过程中的重要作用;如何运用国际法建设一个持久和平、共同繁

荣的和谐世界？特别是，如何运用国际法，促进各国间的相互信任、和谐相处，并通过公平、有效的安全机制，建设一个和平、稳定的和谐世界；如何运用国际法，坚持各国主权平等，在国际关系上坚持以法治和多边主义为主，建设一个民主、公正的和谐世界；如何运用国际法，正确应对世界多极化、经济全球化和科技进步的发展趋势，促进国际社会共同发展特别是发展中国家的发展，建设一个互利、合作的和谐世界；如何运用国际法，承认世界多元性、承认人类文明多样性、承认发展中国家与发达国家利益的差异性，运用国际法主张在多样性中和谐共处，求同存异，建设一个开放、包容的和谐世界。

根据和谐世界理念对国际法学研究的新要求，华东政法大学国际法研究中心组织一批青年学者对国际法与构建和谐世界关系的突出法律问题进行专题研究。这些专题包括：国际组织与国际体系架构；国际环境与资源保障体系；国际人权法与人道主义法；国际条约国内适用的理论与实践；WTO 争端解决机制与和谐经贸秩序；国际知识产权保护机制；国际法框架下人民币汇率机制与金融风险防范机制；国际海商法理论与实践的新发展；21 世纪国际私法理论及各国国际私法立法研究；涉外民商事法律关系及其法律适用的新发展；各国涉外管辖权的理论与实践，等等。在这些专题研究的基础上，形成专著，共同组成《华东政法大学国际法学文库》。这套文库基本目标是：学术研究服务于中国融入全球化的需要；服务于中国提倡的和谐世界思想的需要；服务于上海市建立国际贸易、国际金融、国际航运和国际经济中心的需要；服务于我国涉外司法实践的需要；服务于培养人才的教学的需要。我相信，通过他们的不懈努力，这套文库一定会达到他们的预期目标，为繁荣我国的国际法学做出一份贡献。

是为序。

最高人民检察院检察长、教授、博士生导师：曹建明

2007 年 4 月 27 日

## 序

非物质文化遗产作为各族人民世代相承、与其生活密切相关的各种传统文化表现形式和文化空间,既是历史发展的见证,又是珍贵的、具有重要价值的文化资源。我国是历史悠久的文明古国,各族人民在长期生产生活实践中创造的丰富多彩的非物质文化遗产,是中华民族智慧与文明的结晶;这些非物质文化遗产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,是中华民族宝贵的文化资源,是连接民族情感的纽带和维系国家统一的基础,是维护我国文化身份和文化主权的基本依据。因此,保护和利用好我国的非物质文化遗产,不仅是国家和民族发展以及国际社会文明对话的必然要求,也是落实科学发展观,实现经济社会的全面、协调、可持续发展的重要体现。

党和国家一直高度重视非物质文化遗产保护,国务院及有关部门先后颁发了《关于加强我国非物质文化遗产保护工作的意见》和《关于加强文化遗产保护的通知》,积极开展了非物质文化遗产的收集整理、濒危非物质文化遗产的抢救和非物质文化遗产的适当开发、非物质文化遗产生存环境的维护以及非物质文化遗产的宣传、研究和教育等工作,取得了显著成绩。同时,我国还积极参加有关非物质文化遗产保护的国际交流与合作,并加入了联合国教科文组织的《保护非物质文化遗产公约》,积极申报《人类非物质文化遗产代表作名录》和《急需保护的非物质文化遗产名录》。

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

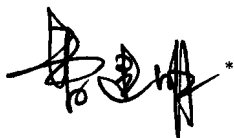
发生了巨大变化,非物质文化遗产的保护也面临严峻挑战:一些依靠口授和行为传承的非物质文化遗产正在不断消失;许多传统技艺濒临消亡;大量有历史、文化价值的珍贵实物与资料遭到毁弃或流失境外;随意滥用、过度开发非物质文化遗产的现象时有发生。有鉴于此,加强我国的非物质文化遗产保护已经刻不容缓。

自20世纪80年代以来,如何保护非物质文化遗产的问题一直为国际社会所关注,在世界范围内开展了保护非物质文化遗产的行动。在各国保护非物质文化遗产的过程中,加强非物质文化遗产保护的立法成为普遍采取的基本手段。但是,随着非物质文化遗产保护立法工作的逐渐展开,诸多理论上的难题也日益凸显,诸如非物质文化遗产的内涵与外延;保护非物质文化遗产的理论基础;非物质文化遗产保护的法律模式;非物质文化遗产保护的程度;非物质文化遗产权利属性;非物质文化遗产权利的主体等。这些问题都是目前非物质文化遗产保护立法中迫切需要明确的问题。就我国而言,鉴于我国有关非物质文化遗产保护的立法正在起草和征求意见的过程中,如何立足于我国的具体国情,借鉴国际和国外非物质文化遗产保护的经验和加强我国非物质文化遗产保护的立法,实现非物质文化遗产的全面、协调、可持续发展是一项时代赋予学者的重大课题。李墨丝博士的著作《非物质文化遗产保护国际法制研究》就是试图在探索上述非物质文化遗产保护立法中迫切需要解决的问题的基础上,就如何构建我国非物质文化遗产保护的法律体系提出具体思路和建议。

本书是李墨丝博士在她博士论文的基础上修订而成。该书以非物质文化遗产保护法律体系的构建为立足点,从非物质文化遗产公法保护和私法保护两条主线出发,深入探讨了非物质文化遗产保护的国际法基础以及法律模式的选择问题;从理论和实践层面回应了应否保护非物质文化遗产、如何保护非物质文化遗产以及在何种程度上保护非物质文化遗产这三大基本法律问题。我国目前正在讨论加强非物质文化遗产保护的立法,希望本书的出版将为我国构建和

完善非物质文化遗产保护法制提供有益的借鉴和参考。由于非物质文化遗产法律保护是一个系统工程,囿于作者的学识水平和研究手段,专著中的不足之处在所难免。希望李墨丝博士以此为新的起点,在今后的工作和学习中继续关注非物质文化遗产保护问题,拿出更多、更好的研究成果来回馈国家和社会。

是为序。

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized Chinese characters, followed by a small asterisk.

2010年8月25日

---

\* 华东政法大学教授,博士生导师。



# 前 言

李墨丝

脱离人或文化背景的发展是一种没有灵魂的发展。

——《我们创造的多样性》

(Our Creative Diversity, 1995)

20 世纪下半叶以来,文化的发展、文化与发展关系日益引起世界各国的普遍关注。世界经济的一体化、全球化,高新技术特别是信息与媒体技术的发展,使人们不得不对文化的发展给予极大的关注。越来越多的国家和民族认识到文化对于当代社会经济生活的巨大影响和制约作用。1995 年,联合国教育、科学和文化组织推出了题为《我们创造的多样性》的报告,深刻地阐述了文化在人类发展中的极其重要的作用。报告指出,文化应当是国家和民族发展的重要基础:“当文化被理解为发展的基础……文化政策的概念就必须相应地扩大。任何针对发展的政策都必须对文化本身保持敏感,并受到文化的激发……文化是人类的存在方式,文化的繁荣应当成为发展的最高目标”〔1〕。在这种背景下,作为文化的重要组成部分的非物质文化遗产的保护,尤其是从更广泛的人类学角度保护非物质文

---

〔1〕 See *Our Creative Diversity: Report of the World Commission on Culture and Development*, UNESCO, Paris, 1995.

化遗产,越来越为国际社会和世界各国所重视,并成为他们回应上述报告提出的关于文化发展要求的重要手段之一。

一个民族国家创造的文化遗产,包括物质文化遗产和非物质文化遗产,都是人类智慧和劳动的结晶,都是创造力和想象力的体现。作为现存的文化记忆,物质文化遗产和非物质文化遗产具有同样重要的地位。但是,非物质文化遗产作为一种活态的、不断生成的文化表现形式,相对物质文化遗产这种静止的、不可再生的文化表现形式而言更能反映文化传统和文化变迁,体现文化特性<sup>[1]</sup>和文化多元。对于民族国家本身来说,非物质文化遗产是其独有的民族精神全民性的活的记忆,是其深入脊髓的文化积淀,也是其独特文化身份的确证和文化认同的标志,维系民族存在的生命线。对于整个人类社会来说,非物质文化遗产是世界文化多样性的体现,是人类可持续发展的保障。

然而,由于非物质文化遗产本身的脆弱性以及现代文明的强烈冲击,非物质文化遗产面临着前所未有的生存危机。一些依靠口传心授的非物质文化遗产正在不断消失;一些作为传统文化载体的独特的语言文字正在消亡;许多传统技艺濒临灭绝;大量非物质文化遗产的珍贵实物资料遭到毁弃或流失国外;随意滥用、过度开发非物质文化遗产的现象随处可见。非物质文化遗产不断消亡,其包含的文化记忆也随之消失。文化记忆的消失改变了一个民族的深层文化基因。而这必然带来民族个性的变异以及民族特征的弱化。鲁迅先生曾经说过:“只有民族的,才是世界的。”不同民族独特的文化是其赖以生存、延续的必要条件。一旦失去文化的差异性,世界就会丧失文

---

[1] 在人类学中,文化特性是一个极为模糊的范畴。当涉及某个群体时,群体的文化特性意味着将其与其他群体区分开来,以突出相邻群体之间的差异,而非表明其自身特性的固有内容。See Walter E. A. van Beek and Fabiola Jara, “Granular Knowledge” *Cultural Problems with Intellectual Property and Protection*, in F. Willem Grosheide and Jan. J. Brinkhof (eds.), *Intellectual Property Law 2002: Articles on the Legal Protection of Cultural Expressions and Indigenous Knowledge*, Intersentia, 2002, p. 41.

化的多样性,人类也可能失去一切智慧和理想的源泉,以及充满分歧与选择的各种可能性。<sup>[1]</sup> 因此,在 21 世纪全球化和现代化高速发展的背景下,如何保护和传承非物质文化遗产,已经成为每个民族国家和整个人类社会发展的重要课题之一。

非物质文化遗产的迅速消解和消逝,已经引起各界的广泛焦虑和关注。自 20 世纪 90 年代起,国际社会和世界各国保护非物质文化遗产的意识不断增强。在世界范围内开展了保护非物质文化遗产的浩大工程,不仅发展中国家在积极寻求非物质文化遗产的保护方法和措施,甚至有些发达国家也高度重视非物质文化遗产的抢救和保护。但与此同时,随着非物质文化遗产潜在经济价值的不断显露,不同国家、群体和个人之间在对非物质文化遗产的利用过程中存在的利益纷争也逐渐突出。尤其是发展中国家和发达国家在某些非物质文化遗产保护问题上产生了明显的利益冲突,摩擦不断增加。这些问题都需要科学完整的法律机制特别是国际立法来加以调整、规范。

我国是一个历史悠久的文明古国,各族人民在长期生产生活中,不仅留下了大量的物质文化遗产,也创造了丰富多彩的非物质文化遗产。这些非物质文化遗产是中华民族宝贵的文化资源,是连接民族情感的纽带和维系国家统一的基础,是维护我国文化身份和文化主权的基本依据。保护非物质文化遗产,对于中华民族的长远发展和振兴,具有重要意义。在我国,非物质文化遗产的生存、保护和发展同样面临着严峻的形势,保护我国的非物质文化遗产刻不容缓。目前,我国非物质文化遗产保护工作的力度还不能适应保护需求,尤其是法律保障的缺失,影响了保护水平的提高和长远的发展。在这种情况下,通过立法为非物质文化遗产提供法律保障的重要性和紧迫性更加突出。

---

[1] 参见[美]罗杰·M.基辛:《当代文化人类学概要》,北辰译,浙江人民出版社 1986 年版,第 28 页。

但是,随着非物质文化遗产保护立法工作的逐渐展开,诸多理论上的难题也日益凸显,诸如什么是非物质文化遗产?非物质文化遗产包括哪些类型?保护非物质文化遗产究竟有什么理论依据?非物质文化遗产保护主要依靠什么法律?应当在何种程度上保护非物质文化遗产?非物质文化遗产是否存在独占性权利?由谁来主张和行使这种权利?这种权利包含什么内容,又存在何种限制?这些问题都是目前非物质文化遗产保护立法中迫切需要回答的问题。只有重视和加强对于非物质文化遗产基本理论问题的研究,才能提高全社会对于非物质文化遗产及其保护工作意义的认识,增强人们保护非物质文化遗产的自觉性,使得非物质文化遗产保护工作走上规范化、法制化的轨道。

从国内外研究现状来看,在20世纪70年代国际社会讨论保护文化遗产之时,非物质文化遗产的保护问题已经引起各国政府和学界的关注。但是迄今为止,这种关注基本上局限于民俗学领域,绝大部分学术著作都是从民俗学的角度分析非物质文化遗产应否得到保护以及如何保护的问题,专门论及非物质文化遗产公法保护(主要是行政法保护)的著作少之又少,基本上只是零星散见于为数不多的学术论文中。而在早些时候,有关非物质文化遗产的私法保护(主要是知识产权保护)问题已经受到普遍关注,大量的研究在如何从知识产权角度保护非物质文化遗产的问题上高度聚焦。然而,这种学术热情似乎遭到了国际和国内立法实践的当头棒喝。因为长期以来,不仅国际社会未能就非物质文化遗产的知识产权保护问题达成一致意见,而且在国内层面上这类保护的的实际执行也收效甚微。相形之下,从公法角度保护非物质文化遗产的提议却在更短的时间内达成了共识,《保护非物质文化遗产公约》获得通过。尽管如此,相关学术研究特别是基本理论研究仍然滞后于立法实践就是明显例子。尤其是与国外的研究状况相比,国内对于非物质文化遗产公法保护的理论研究尚存在较大的差距。理论研究的滞后必然会影响非物质文化遗产保护工作水平的提高以及长远的发展。此外,非物质

文化遗产的知识产权保护仍然不失为一种重要的保护路径,因此也必须继续开展相关理论研究,以指导具体的立法实践。

在研究方法上,本书以定性分析为主,理论研究和实证分析相结合,并辅之以实地调研。理论研究范围主要涉及非物质文化遗产的概念、特征、类型以及非物质文化遗产保护的国际法基础;实证分析主要立足于非物质文化遗产保护的立法实践以及相关案例。在研究有关公法保护和私法保护的条约和国内立法的基础上,探索非物质文化遗产法律保护的路径及其主要内容;以上述理论研究和实证分析为基础,并针对我国非物质文化遗产保护的相关问题进行实地调研,就如何构建我国的非物质文化遗产保护法律体系提出建议。

在研究体例上,本书主要分为四个部分。第一部分涉及非物质文化遗产保护的提出,包括非物质文化遗产概念的由来、内涵、特征、类型及其与其他相关概念的比较;第二部分涉及非物质文化遗产保护的条约基础;第三部分涉及非物质文化遗产法律保护的路径问题,包括非物质文化遗产保护路径的选择问题以及公法保护、私法保护的主要内容;第四部分涉及我国非物质文化遗产保护法律体系的构建。

本书在研究上述问题的基础上认为,非物质文化遗产需要国际社会和世界各国的共同关注和保护。法律保障对于非物质文化遗产保护工作不可或缺。在非物质文化遗产保护法律体系中,既需要有公法为其提供保障,也需要有私法为其提供保护。公法保护和私法保护各有侧重,也各有局限。两者性质根本不同,但完全可以并行不悖。

# 目 录

## 前言 / 001

## 第一章 非物质文化遗产保护的提出 / 001

### 第一节 非物质文化遗产概念的由来 / 001

#### 一、文化遗产:概念的缘起 / 002

#### 二、民间文学艺术:概念的衍生 / 004

#### 三、人类口头和非物质遗产:概念的拓展 / 009

#### 四、非物质文化遗产:概念的成型 / 013

### 第二节 非物质文化遗产概念的界定 / 019

#### 一、非物质文化遗产的内涵 / 020

#### 二、非物质文化遗产的特征 / 029

#### 三、非物质文化遗产的类型 / 037

#### 四、非物质文化遗产与相关概念比较 / 042

### 第三节 非物质文化遗产保护:问题的提出 / 052

#### 一、应否保护非物质文化遗产 / 052

#### 二、如何保护非物质文化遗产 / 055

#### 三、在何种程度上保护非物质文化遗产 / 058

## 第二章 非物质文化遗产保护的国际法基础 / 060

### 第一节 非物质文化遗产保护的国家主权依据 / 060

#### 一、非物质文化遗产保护与人类共同遗产 / 061

#### 二、非物质文化遗产保护与国家主权 / 066

### 第二节 非物质文化遗产保护的国际人权法基础 / 072

#### 一、从文化权利的视角审视非物质文化遗产保护 / 073

二、从发展权的视角审视非物质文化遗产保护 /	083
第三节 非物质文化遗产保护的 <span>国际环境法基础 /</span>	087
一、可持续发展对非物质文化遗产保护的 <span>证成 /</span>	088
二、文化多样性对非物质文化遗产保护的 <span>证成 /</span>	092
第三章 非物质文化遗产法律 <span>保护路径的探索 /</span>	100
第一节 非物质文化遗产的 <span>行政法保护 /</span>	100
一、日本：非物质文化遗产保护的 <span>开创者 /</span>	101
二、韩国：非物质文化遗产保护的 <span>推动者 /</span>	107
三、法国：文化遗产保护的 <span>先行者 /</span>	111
四、其他国家非物质文化遗产 <span>保护法概述 /</span>	115
第二节 非物质文化遗产的 <span>知识产权法保护 /</span>	118
一、非物质文化遗产的 <span>版权和邻接权保护 /</span>	119
二、非物质文化遗产的 <span>专利保护 /</span>	128
三、非物质文化遗产的 <span>商标和地理标志保护 /</span>	129
四、非物质文化遗产的 <span>商业秘密保护 /</span>	134
五、建立和完善非物质文化遗产 <span>知识产权保护制度的国际探索 /</span>	136
第三节 保护非物质文化遗产的 <span>其他法律形式 /</span>	147
一、非物质文化遗产的 <span>合同法保护 /</span>	147
二、非物质文化遗产的 <span>习惯法保护 /</span>	150
第四节 非物质文化遗产法律 <span>保护路径的选择 /</span>	152
一、非物质文化遗产的 <span>双重性质 /</span>	152
二、非物质文化遗产体现的 <span>双重利益关系 /</span>	157
三、非物质文化遗产法律 <span>保护路径的选择：公法保护和私法保护的</span>	
协调 /	158
第四章 非物质文化遗产的 <span>公法保护制度 /</span>	164
第一节 非物质文化遗产 <span>公法保护的主体问题 /</span>	164
一、保护非物质文化遗产的 <span>主体 /</span>	164
二、传承非物质文化遗产的 <span>主体 /</span>	177
第二节 非物质文化遗产 <span>公法保护的主要制度 /</span>	186

一、非物质文化遗产名录制度的确立及作用 / 186	
二、非物质文化遗产名录体系的模式选择 / 189	
三、非物质文化遗产代表作名录的评选标准考量 / 194	
第三节 非物质文化遗产公法保护的具体方法 / 201	
一、非物质文化遗产的一般保护方法 / 201	
二、非物质文化遗产名录的特殊保护方法 / 207	
第四节 国际层面的非物质文化遗产公法保护 / 208	
一、保护非物质文化遗产的国际机构 / 208	
二、保护非物质文化遗产的国际制度 / 212	
三、非物质文化遗产保护的国际合作与援助 / 216	
<b>第五章 非物质文化遗产的私法保护制度 / 221</b>	
第一节 非物质文化遗产保护与现行知识产权法的冲突 / 221	
一、非物质文化遗产与现行知识产权法的理念冲突 / 221	
二、非物质文化遗产与现行知识产权法的规则冲突 / 226	
第二节 非物质文化遗产保护的新发展——非物质文化遗产特别权利体系的构建 / 233	
一、非物质文化遗产特别保护体制的建立 / 233	
二、非物质文化遗产特别权利的权利客体 / 239	
三、非物质文化遗产特别权利的权利主体 / 245	
四、非物质文化遗产特别权利的权利内容 / 255	
五、非物质文化遗产特别权利的保护期限 / 261	
第三节 非物质文化遗产特别权利的限制——以利益平衡为限度 / 262	
一、利益平衡是现代知识产权法的基本精神 / 263	
二、非物质文化遗产知识产权保护须以利益平衡为限度 / 265	
三、非物质文化遗产特别权利的限制 / 267	
<b>第六章 构建我国非物质文化遗产保护法律体系 / 271</b>	
第一节 我国当前非物质文化遗产保护的现状与问题 / 271	
一、我国非物质文化遗产的保护现状 / 271	
二、我国当前非物质文化遗产保护的立法概况 / 278	



第二节 构建我国非物质文化遗产的公法保护体系 /	283
一、非物质文化遗产公法保护的根木目标 /	283
二、非物质文化遗产公法保护的基本原则 /	285
三、非物质文化遗产公法保护的主要内容 /	289
第三节 构建我国非物质文化遗产的私法保护体系 /	297
一、非物质文化遗产私法保护的目标 /	297
二、非物质文化遗产私法保护的原则 /	301
三、非物质文化遗产私法保护的主要内容 /	304
结语 /	310
附录 /	312
参考文献 /	326
后记 /	341