

doi:12.3969/j.issn.1672-0598.2010.06.011

# 论我国非物质文化遗产法律保护体系的构建<sup>\*</sup>

熊英

(北京工商大学 法学院,北京 100048)

[摘要]我国在文化遗产法律保护方面,基本形成体系,但对非物质文化遗产的重视和保护程度远不及对物质文化遗产的重视与保护。然而,非物质文化遗产是文化多样性的熔炉,是人类可持续发展的保证。<sup>①</sup>随着社会经济的发展和现代化进程的加快,文化遗产生态发生了变化,一些文化遗产尤其是其中的非物质文化遗产正在不断的减少。如何通过法律的手段保护非物质文化遗产,成为法律工作者的当务之急。

[关键词]文化遗产;非物质文化遗产;法律保护模式

[中图分类号]D922.10 [文献标志码]A [文章编号]1672-0598(2010)06-0057-09

我国在文化遗产法律保护方面,基本形成体系,即以1982年《文物保护法》(2002年进行了修订)为主,相配套的是国务院颁布实施的《文物保护法实施条例》,文化部发布的《文物保护工程管理办法》等30余项部门规章和规范性文件。但上述规定只涉及对物质文化遗产的保护规定,显然,我国对非物质文化遗产的重视和保护程度远不及对物质文化遗产的重视与保护。<sup>②</sup>

然而,随着社会经济的发展和现代化进程的加快,文化遗产生态发生了变化,一些文化遗产尤其是其中的非物质文化遗产因消失正在不断的减少。如何通过法律的手段保护非物质文化遗产,成为法律工作者的当务之急。

## 一、我国非物质文化遗产法律保护现状

### (一)相关规定

我国现行《宪法》第22条规定,“国家保护名胜古迹、珍贵文物和其他重要历史文化遗产。”此

处的“其他重要历史文化遗产”应包括有形的物质文化遗产和无形的非物质文化遗产。这为我国制定非物质文化遗产保护法提供了宪法依据。<sup>[1]</sup>1990年的《著作权法》第六条专门就民间文学艺术作品的保护作了原则性的规定,确立了采用著作权法保护民间文学艺术作品的基本原则。《著作权法实施条例》第4条对作品的形式进行了具体的列举,此处所列举的作品应包括非物质文化遗产相关的作品。1997年国务院制定颁布了《传统工艺美术保护条例》,通过实行传统工艺美术品种和技艺认证制度、命名中国工艺美术珍品、授予中国工艺美术大师称号等措施保护了一大批传统工艺美术品种。

此外,我国一方面正紧锣密鼓地进行《非物质文化遗产保护法》的立法工作;另一方面,根据《保护非物质文化遗产公约》的基本精神,2005年3月国务院办公厅印发了《关于加强我国非物质文化

\* [收稿日期]2010-06-27

[作者简介]熊英(1963—),女,湖北人;教授,硕士研究生导师,在北京工商大学法学院任教,主要从事民商法研究。

① 参见2002年联合国教科文组织通过的《伊斯坦布尔宣言》(Declaration of Istanbul)。

② 出现这种状况的主要原因是:非物质文化遗产是无形的,其社会价值往往被人们所忽视;其次,非物质文化遗产的内容主要是民族民间文化,被认为是“俗文化”,人们在观念上轻视或忽视其在当今社会主流文化中的地位和作用;第三,不少人认为,传统文化的消失是人类历史发展向前的客观必然,应使其顺从自然而“新陈代谢”。第四,也有不少人认为,中国作为发展中国家,人们的物质生活水平尚有待提高,国家应关注的是国民经济发展。只有当国家经济高度发达后,才有经济实力保护非物质文化遗产。上述种种原因的影响导致人们非物质文化遗产意识的淡薄,国家对非物质文化遗产的立法保护严重滞后。

遗产保护工作的意见》,这是我国最高行政机关首次就我国非物质文化遗产保护工作发布的权威性指导意见。之后不久,2005年12月国务院又颁发了《关于加强文化遗产保护的通知》,其中也对非物质文化遗产作了规定。

总体来说,我国对非物质文化遗产的立法保护时间较晚,且最先出现在地方法规中,或者说,我国对非物质文化遗产的立法保护首先是从地方立法开始的,即云南省第九届人大常委会于2000年5月26日通过的《云南省民族民间传统文化保护条例》。该条例确定了“民族民间传统文化”的概念、范围等。相对日本和韩国的《文化财保护法》,该条例将“民族民间传统文化”的范围扩展到语言文学、民间文学等。2002年制定的《贵州省民族民间文化保护条例》,基本上与云南地方性法规规定的相同。<sup>[2]</sup>之后,陆续出台了《福建省民族民间文化保护条例》(2004年)、《广西壮族自治区民族民间传统文化保护条例》(2005年)等。不过,上述有关规定在名称上未采用“非物质文化遗产”,其内容也只是涉及非物质文化遗产的部分内容而不是全部。

2004年8月我国加入《保护非物质文化遗产公约》,国务院办公厅2005年3月、12月先后发布前述《意见》和《通知》之后,专门针对非物质文化遗产的保护问题,北京市于2006年1月24日下发了《北京市人民政府办公厅关于加强本市非物质文化遗产保护工作的意见》、《北京市文化局、北京市财政局关于加强我市非物质文化遗产保护工作的通知》。并已经起草了《北京市非物质文化遗产保护条例》,正争取早日进入立法程序<sup>[3]</sup>;而江苏省则在全国率先为非物质文化遗产保护立法,颁布了我国第一个地方性的《保护非物质文化遗产条例》,该条例于2006年11月1日生效实施。

值得庆幸的是,我国《非物质文化遗产保护法》已经列入全国人大2007年的立法计划,这项工作正在紧锣密鼓地进行。<sup>①</sup>早在1998年,全国人大就组织起草了《中华人民共和国民族民间文化保护法》,2002年8月,文化部向全国人大教科文

卫委员会报送了《民族民间传统文化保护法》的建议稿。之后,全国人大教科文卫委员会成立起草小组,2003年11月形成《中华人民共和国民族民间传统文化保护法》草案。为借鉴《保护非物质文化遗产公约》的基本精神,2004年8月28日全国人大常委会第十届十一次会议表决批准加入《保护非物质文化遗产公约》,并将《中华人民共和国民族民间传统文化保护法》草案的名称改为《中华人民共和国非物质文化遗产保护法》。

## (二)存在的主要问题

虽然我国加入了《保护非物质文化遗产公约》,但公约并不等于国内立法;就国内立法而言,有宪法规定为立法依据,但非物质文化遗产还不是一个法律上的概念,要建立我国保护非物质文化遗产的法律体系,任重而道远!

从现有的立法看,除宪法外均是行政部门的规定,且许多内容具有相当的行政色彩。而一些地方规定虽然是由地方人民代表大会常委会制定,但其效力范围具有地方性。

在讨论我国非物质文化遗产保护法时,乐观者认为,随着我国《非物质文化遗产保护法》的出台,我国非物质文化遗产的法律保护将开始新的一页。其实,一部《非物质文化遗产保护法》是难以充分、有效的保护非物质文化遗产的,必须制定相关的单行法或对现有的法律修改补充,采用综合法律保护非物质文化遗产,才是可行有效的。

## 二、域外非物质文化遗产法律保护分析

随着经济全球化和社会变革进程,非物质文化遗产面临损坏、消失和被破坏的严重威胁。国际组织因此逐渐意识到保护人类非物质文化遗产的紧迫性,于是制定了一系列公约以保护好非物质文化遗产,并使其在原生状态下继续发展并传播;而一些国家对非物质文化遗产的立法保护还走在国际组织之前。<sup>②</sup>

### (一)联合国教科文组织对非物质文化遗产的保护规定

① 例如,针对非物质文化遗产,江苏省颁布了我国第一个地方性的法规,即《江苏省非物质文化遗产保护条例》,并于2006年11月1日起开始实施。

② 美国主张的非物质文化遗产保护途径为“合同”途径,反对国际层面的立法,更反对在TRIPS框架内处理该问题。相反,欧洲及其成员国和绝大多数发展中国家一样支持建立非物质文化遗产法律保护的国际立法模式,为非物质文化遗产的保护设计具有操作性的权利制度,并积极筹划准备将非物质文化遗产的保护纳入RIPS之中。参见齐爱民.论知识产权框架下的非物质文化与遗产及其保护模式[J].贵州师范大学学报(社会科学版),2008(1):53.

有关保护涉及非物质文化遗产的文件,主要由联合国教科文组织拟订并颁布。具体情如下:

1977年联合国教科文组织有关遗产保护的第一次中期计划(1977年—1983年)中,第一次提到文化遗产由有形和无形两部分组成;

1989年10月联合国教科文组织第25届会议通过了《保护传统文化与民间传作的建议案》;

1993年联合国教科文组织第142次会议颁布了《在教科文组织建立“活的文化财产”(活的人类财富)制度》;

1997年联合国教科文组织第29次全体会议通过了《人类口头与非物质文化遗产代表作宣言》。正式提出了人类口头与非物质遗产并列的概念,并启动了申报人类口头与非物质遗产代表作名录工程;

1998年10月联合国教科文组织第155次会议通过了《总干事关于选择应由教科文组织宣布为人类口头和无形文化遗产代表作的文化场所或文化表现形式的具体标准的报告》;

2001年11月联合国教科文组织发布了《世界文化多样性宣言》,首次提出,对于自然界而言,文化多样性与生物多样性是同等重要的观念,即文化多样性“对人类来讲就像生物多样性对维护生态平衡那样必不可少”;

2002年联合国组织召开了以“无形文化遗产——文化多样性的体现”为主题的文化部长圆桌会议,并通过了保护无形文化遗产的《伊斯坦布尔宣言》;

2003年10月联合国教科文组织通过了《保护非物质文化遗产公约》规定,“意识到保护人类非物质文化遗产是普遍的意愿和共同关心的事项”,“从而为丰富文化多样性和人类的创造性作出贡献”,“考虑到非物质文化遗产与物质文化遗产之间的内在相互依存关系”。

联合国教科文组织在全力制定有关保护非物质文化遗产公约的同时,还严格按照有关规定,于2001年5月宣布了首批19项人类口头及无形遗产代表项目名录;2003年11月,联合国教科文组

织宣布了第二批28项人类口头及无形遗产代表项目名录;2005年11月联合国教科文组织公布了第三批人类口头和非物质遗产代表作43个。<sup>①</sup>

2006年11月,联合国教科文组织(UNESCO)“保护非物质文化遗产政府间委员会”首届会议(11月18-19日)在阿尔及尔召开。“保护非物质文化遗产政府间委员会”的职责是实施2003年通过的《保护非物质文化遗产国际公约》,而第一个任务就是为《公约》制定行动指南。

可见,在联合国教科文组织的主导下,有关保护非物质文化遗产的公约已成体系。尤其是《保护非物质文化遗产公约》的签订,积极引导并鼓励各国对非物质文化遗产保护的意识和立法。<sup>②</sup>

## (二)世界知识产权组织对非物质文化遗产的规定

非物质文化遗产的主要内容是民间文学艺术,因此,世界知识产权组织也试图在知识产权领域为民间文学艺术的保护建立一个统一国际标准。终于在1982年通过了《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》,将民间文学置于著作权法保护体系之外,同时给予各国选择适合本国实际的保护模式的权利。1985年,又与联合国教科文组织共同起草了《民间文学表达形式保护条约》草案,该草案主张对民间文学提供独立于著作权之外的保护。

## (三)日本的相关规定和做法

日本对历史文化遗产进行有意识的保护始于明治4年(即1871年),并先后颁布多部保护文化遗产法,即《古器旧物保存法》(1871年)、《古社寺保护法》(1897年)、《史迹名胜、天然纪念物保存法》(1919年)、《国宝保存法》(1929)。虽然这些法律不涉及非物质文化遗产的保护,但为后来的《文化财保护法》的出台打下了基础。

日本1950年通过了《文化财保护法》,这也是世界范围内第一个将文化遗产纳入基本大法之中,并第一次提出了“无形文化财”的概念。<sup>③</sup>根据规定,文化财包括“有形文化财”、“无形文化财”、“民

① 我国的昆曲名列公布的第一批代表作之中;古琴艺术名列公布的第二批代表作之中;新疆维吾尔族木卡姆艺术、我国和蒙古联合申报的蒙古人的传统民间长调名列公布的第三批代表作之中。

② 2004年3月,阿尔及利亚成为第一个批准《保护非物质文化遗产国际公约》的国家,到2006年11月13日,批准国家已达68个。中国于2004年批准了这个公约。

③ 非物质文化遗产在日语中被称为“无形文化财”,或者说,日本所称的“无形文化财”就是我们所说的非物质文化遗产。

俗文化财”、“埋藏文化财”、“史迹名胜天然纪念物”、“重要文化景观”、“传统建造物群保存地区”等项目。<sup>[4]</sup>

之后,又多次对《文化财保护法》进行修改完善,即1954年5月对《文化财保护法》进行了第一次修改,设立了重要无形文化财的指定工作,明确了保持人的认定制度,新增了无形民俗资料的记录保存制度;1968年6月对《文化财保护法》进行了第二次修改,加强了文化财保护的组织机构,由文化厅取代文化财保护委员会。新设立的文化厅委托都、道、府、县的教育委员会对文化财进行直接的保护和管理;1975年7月对《文化财保护法》进行了第三次修订。这次修改特别考虑到传统的文物保护修复技术后继无人、修复材料生产困难等情况,增加了“文物保护技术的保护”条款内容,并将传统的文物保护技术作为无形文化遗产来保护,在对无形文化遗产认识上又前进一步;1996年10月对《文化财保护法》进行了第四次大修订。这次修订主要引入了欧美等国保护非物质文化遗产的登录制度,即将无形文化财进行注册、登记,通过登录认定无形文化财的资格,确定它们的历史文化价值,并通过大众媒体公布于众,进行舆论宣传,提高大众的保护意识,推动非物质文化遗产的保护。

除日本政府的有关法令和措施保护非物质文化遗产外,日本各地方自治体,即县、市、町、村各级政府,根据《文化财保护法》,先后都制定了“指定无形文化财的技艺保持者及保持团体的认定基准”法案,以加强各地方对无形文化财的保护意识。比如,东京都和京都府分别于1977年1月和1982年12月率先制定了前述的“基准”。

此外,日本对历史文化遗产的保护一直采用指定制度。这种制度主要是由政府 and 专家进行的保护事业,实行的是局限于某一个时代某一种风格的“少数精品主义”和重点保护政策。20世纪80年代,日本实施了由国家组织的“民俗资料紧急调查”、“民俗文化分布调查”、“民谣紧急调查”,举行了全国民俗艺能大赛等。根据1983年统计,被指定为重要文化财的国内美术工艺品共9224件,其中国宝825件;指定重要文化财的历代建筑物1960件,有国宝名衔的占了207件。1996年第四次修改《文化财保护法》,引入了欧美等国保护非物质文化遗产的登录制度,通过登录认定非物质文

化遗产的资格,确定它们的历史价值。<sup>[5]</sup>

#### (四) 韩国的相关规定和做法

韩国于1962年1月出台《文化财保护法》(1964年实施)。该法将文化财分为四项:一是有形文化财,它是指具有重大历史和艺术价值的建筑物、典籍、书籍、古文件、绘画、工艺品等有形的文化遗产;二是无形文化财,它是指具有重大历史、艺术和学术价值的戏剧、音乐、舞蹈、工艺、技术等无形的文化遗产;三是纪念物,它包括具有重大历史和学术价值的寺址、陵墓、圣地、宫址、窑址、遗物埋藏地等历史遗迹地,具有重大历史艺术和学术价值。此外,还包括动物(包括栖息地、繁殖地)、植物、矿物、洞窟、地质及特别的自然现象;四是民俗资料,它包括衣、食、住、职业、信仰等民俗活动,以及进行有关活动时的服装、器具、房屋等。其中,根据无形文化财价值的大小,又将其划分为不同的等级。

为切实有效地保护无形文化财,1964年韩国开始启动了“人间国宝”工程<sup>①</sup>。即对具有重要价值的无形文化遗产的传承者或保持团体通过授予“人间国宝”荣誉称号以确定其责任和义务。获得认证之后,无形文化财特别是具有传统文化技能的人——人间文化财,无不得到中央和地方政府的大力保护和财政支持。

韩国将对非物质文化遗产的保护与商业文化和旅游文化结合,如在地铁站、香烟包装上、飞机上等各处广告宣传韩国的非物质文化遗产;同时,通过各种途径大力宣传保护非物质文化遗产的重要性,以提高国民保护非物质文化遗产的知识和意识。从而使非物质文化遗产通过合理的开发与利用发挥其经济和社会效益,也有利于非物质文化遗产在现代社会环境下传承与弘扬。

#### (五) 一些发展中国家的保护规定

一些发展中国家对非物质文化遗产的保护主要体现在对民间文学艺术的保护。在20世纪50年代开始,非洲和南美洲等地的一些不发达国家首先提出了保护民间文学艺术的主张,要求建立一种特殊的制度限制对民间文学艺术的任何不当利用。60年代到80年代,这些不发达国家先后通过国内立法确立了对民间文学艺术的法律保护。如1967年非洲的突尼斯率先将民间文学列入著作权法保护范围,开创了民间文学版权立法保护的先河。此

① 所谓“人间国宝”是指那些在艺术表演领域具有突出的表演才能、精湛的表演技艺并愿意将自己的这些技艺传诸后人的杰出的表演艺术家,而在工艺制作领域则特指那些身怀绝技并愿意通过带徒方式将自己的技艺传诸后人的著名艺人、匠人。

后,玻利维亚(1968年,仅限于民间音乐作品)、智利(1970)、摩洛哥(1970)、阿尔及利亚(1973)、塞内加尔(1973)、肯尼亚(1975)、马利(1977)、布隆迪(1978)、象牙海岸(1978)、几内亚(1980)先后制定著作权法保护本国的民间文学。1996年,坦桑尼亚将1966年颁布的版权法,更名为《版权及邻接权法》,并扩充了推动文艺作品的创作、保护传统文化的内容,鼓励向大众传播文艺作品、民间文化及其他文化产品,并积极开展群众文化活动。<sup>①</sup>

## (六) 评析与借鉴

### 1. 立法保护非物质文化遗产不是新课题

对一些人而言,非物质文化遗产的概念是陌生的;对一些国家而言,非物质文化遗产的立法保护是空白。但就整个世界而言,立法保护非物质文化遗产并不是新的课题,如果从1950年日本制定的《文化财保护法》作为保护非物质文化遗产的时间起算点,也有50多年的历史了。今天,随着人们对立法保护非物质文化遗产意识的不断增强,有关保护非物质文化遗产的国际公约将不断完善;而在国际公约的影响下,一些国家(无论是发展中国家还是发达国家)保护非物质文化遗产的立法活动必将进入高潮。因此,加强保护非物质文化遗产是大势所趋,我国应该足够重视非物质文化遗产保护立法。

### 2. 保护非物质文化遗产仍没有专门的立法

日本和韩国先后制定的《文化财保护法》,都不是针对非物质文化遗产的保护而制定的单行法;联合国教科文组织通过了《保护非物质文化遗产公约》,但该《公约》并不代表各内国法的制定。可见,尽管有关非物质文化遗产的立法保护已有一定的历史,但当今世界还没有一个国家制定一部单独的非物质文化遗产保护法。我国《非物质文化遗产保护法》仍在起草之中,但愿中国成为世界上第一个专门立法保护非物质文化遗产的国家!在制定我国的《非物质文化遗产保护法》时,完全可以根据我国的国情和需要,参考《保护非物质文化遗产公约》和日本、韩国的《文化财保护法》。

### 3. 发展中国家多采用著作权法模式保护非物质文化遗产

发展中国家经济落后,但传统文化知识和非物质文化遗产丰富。发达国家的组织或个人常常探

寻并利用发展中国家的非物质文化遗产赚钱却不予以发源地人民任何报酬。为了限制外来者的不当利用,非洲和南美洲等地的一些不发达国家在60年代到80年代,这些不发达国家先后通过国内版权法以保护民间文学艺术。我国作为发展中国家,历史悠久,具有丰富的传统文化知识和非物质文化遗产。因此,也可以通过版权法即著作权法以保护民间文学艺术。但是,民间文学艺术只是非物质文化遗产的一部分。如果要全面保护非物质文化遗产,必须还应有其他的配套法律,形成保护非物质文化遗产法律体系。

## 三、保护非物质文化遗产法律模式主要观点分析

### (一) 行政法和民法保护模式观点分析

所谓行政保护指的是政府、国家在保护非物质文化遗产上的行政行为,如开展普查、建档、研究、保存、传承、弘扬等,以及为实现这些保护行为而提供的财政、行政、技术等措施。所谓民事保护,指的是非物质文化遗产权利人所行使的民事权利或行为。<sup>[6]</sup>该种观点认为,非物质文化遗产是一个内涵非常丰富的概念,其表现形式多样,发挥作用的机制和形式也各不相同,不可能找到一种统一的方法来保护所有的非物质文化遗产。<sup>[7]</sup>要有效保护非物质文化遗产,应结合其范围、特点综合分析选择法律保护模式。非物质文化遗产中的许多内容属于民间文学艺术,对这部分内容应采取民法之著作权法保护模式;<sup>②</sup>非物质文化遗产属于某个社区、民族等,但对其保护关系国家、社会的利益,当然应采用行政法的模式保护非物质文化遗产。

对非物质文化遗产同时采用民法之著作权法和行政法保护并不冲突。作为行政法,规范和调整的主要是政府、国家在保护非物质文化遗产的职责或行为;作为民法之著作权法,规范和调整的是非物质文化遗产之知识产权人的民事权利或行为。二者虽然在保护对象上看似重合,但在法律性质和关系上有着本质的不同。前者规范的是国家的行政保护行为,如普查、建档、研究、保存、传承、弘扬等,以及为实现这些保护行为而提供的财政、行政、

① 意大利也采用著作权法模式保护民间文化,其保护制度的主要特点是:民间文学作品的著作权没有时间限制;严格限期营利目的的使用,即如果以营利为目的使用民间文化,不仅要征得文化行政部门的许可,还要缴纳一定的使用费;建立基金制度,即将收来的使用费以基金的形式进行管理。参阅:龙飞.国外保护非物质文化遗产的现状[J].文艺理论与批判,2005(6).

② 有些非物质文化遗产涉及物质载体,对相关的物质载体由民法之物权法保护。这里不是对非物质文化遗产本身的保护,所以,不应视为保护非物质文化遗产的保护模式之一。

技术等措施。后者提供的则是一种民事保护,即保障相关知识产权人的精神权利和财产权利的实现。无论是就法律本身而言,还是对非物质文化遗产而言,法律上的民事保护并不能简单取代法律上的行政保护,反之亦然。这两种保护各有侧重,也各有局限和难度。

## (二) 知识产权法保护模式观点分析

“知识产权制度在非物质文化遗产的保护中发挥着重要的作用,但非物质文化遗产保护也对现行的知识产权制度提出了巨大挑战。”因此,“各国应当通过完善知识产权等相关法律制度来保护非物质文化遗产,并在资金投入、技术手段、社会宣传和人才培养等方面采取切实有效的措施,建立起完善的非物质文化遗产保护体系”。<sup>①</sup>

该种观点认为,非物质文化遗产是人类智力活动的产物,本质是信息,是知识产权的客体。利用知识产权制度保护非物质文化遗产具有正当性。保护非物质文化遗产的具体知识产权制度有专利权保护、著作权保护、商业秘密保护、商标权保护专门知识产权保护等模式。非物质文化遗产的内容极其广泛,对它的保护依赖于以整个知识产权制度为基础的综合手段。<sup>[8]</sup>所以,建立一套专门的知识产权法律制度来保护非物质文化遗产是比较恰当和实用的。<sup>[9]</sup>应当进一步完善和加强我国非物质文化遗产的知识产权保护的操作性,如明确规定知识产权的权利主体、知识产权的权利内容等。<sup>②</sup>

主张知识产权法保护模式的学者,又有不同的观点。

### 1. 著作权法保护模式

主张采用著作权法保护非物质文化遗产的主要理由是:非物质文化遗产作为一种知识活动过程和知识活动成果,与现行知识产权法律制度必然存在一定的联系和共性,如二者都具有“无形”性、地域性、可复制性等,所以运用知识产权法律制度实施对非物质文化遗产的保护是比较理想的选择。<sup>[7]</sup>目前,我国云南、福建、广西、苏州等省市分别制定了相关条例保护非物质文化遗产,著作权保护模式是这些条例的共同选择。<sup>[10]</sup>还有人认为,我国非物质文化遗产被滥用、盗用的现象十分突出,用著作权法对其加以保护可以防止无偿使用、杜绝外国人歪曲作品原意和损害民族形象。而且目前许多

发展中国家都将民间文学艺术作品知识产权法保护范围,我们应当顺应这种潮流,加快立法步伐。<sup>[11]</sup>

由于非物质文化遗产主要涉及民间艺术作品,所以,有学者提出非物质文化遗产由著作权法保护。但是,著作权法保护的作品必须符合一定的条件;同时,著作权法保护的期限有一定的限制,而一些非物质文化遗产已经进入了公有领域或并不具备作品的条件。因此,用著作权法保护非物质文化遗产是不充分的。

### 2. 著作权法、商标法并用保护模式

该主张认为:仅以著作权法保护非物质文化遗产存在明显的不足,如著作权法无法针对非物质文化遗产中“活的”表演形式给予保护、著作权法无法给予非物质文化遗产“永久”保护。而重庆“铜梁龙舞”商标申请注册表明,在我国保护非物质文化遗产的实践中,已经建立了商标权保护模式。这种保护模式意味着由静态的著作权保护模式向以文化换效益的合理开发的利用模式的转变。因此,应两种模式并用,综合保护非物质文化遗产。<sup>[10]63-66</sup>

商标法的核心是保护具有可识别性的商标专用权,维护商标信誉,保障经营者和消费者的利益,维护市场经济秩序的法律。商标专用权取得的前提是该商标必须依法进行注册。可见,申请注册的商标必须符合已定的条件。同样的道理,一些非物质文化遗产因不具备显著性而无法成为注册商标,因此,难以得到商标法的保护。

显然,如果直接套用现有的知识产权法律制度来保护非物质文化遗产存在一些局限性。首先,非物质文化遗产产生年代久远,并且大多数已经公开,权利主体不明确,用现行知识产权法律规定难以有效保护非物质文化遗产。其次,由于非物质文化遗产具有整体性,如果仅以现有的知识产权保护机制来衡量,则会将其分割成专利权、著作权、商标权等几种权利,这将破坏非物质文化遗产的整体性,从而遗漏某些重要内容。而且,现行的知识产权法律制度经过了几百年的发展,在国际上已经被普遍认可和实行,如果修改现有的知识产权法律制度,必将破坏现有专利法、商标法、著作权法等专门的法律制度保护机制,难以得到国际社会的普遍认可和实行。

① 参见:《非物质文化遗产保护与知识产权武汉宣言》,2007年4月21-22日,由教育部人文社会科学重点研究基地、国家保护知识产权工作研究基地——中南财经政法大学知识产权研究中心(以下简称“知识产权研究中心”)承办的“非物质文化遗产保护与知识产权国际研讨会”。

② 常文清,在“中国非物质文化遗产保护·苏州论坛”上的发言。

## 四、构建我国非物质文化遗产法律保护框架

非物质文化遗产是整个文化遗产中的一个重要组成部分。随着当前全球经济社会的快速发展,非物质文化遗产的价值日益显现,对其保护的重要性和紧迫性日益突出。目前我国文物保护法主要是针对有形文化遗产制定的,其内容并不涵盖无形文化遗产部分,因此制定非物质文化遗产方面的专门法律,构建非物质文化遗产法律保护结构体系必要且紧迫。

立法保护非物质文化遗产,重要的是应设计出责任追究制度。根据责任人的行为及其后果不同,依法应适用“民事责任、行政责任乃至刑事责任”。<sup>[12]</sup>

### (一) 保护模式的选择

#### 1. 行政法的一般性保护

行政法保护的方式主要是通过制定非物质文化遗产保护法。在制订我国的《非物质文化遗产保护法》时,一方面应与已有的《文物保护法》相互协调避免抵触;另一方面,通过这一立法,作为保护非物质文化遗产的基本法,确立保护、继承和发展非物质文化遗产的基本原则;建立保护制度体系,如传承制度、普查建档制度;规范管理体制;资金保障等基本制度。

#### 2. 著作法的特别保护

不可否认,对非物质文化遗产实行知识产权保护具有一定的难度。一方面,以现有的知识产权法难以全面的保护非物质文化遗产,应充分利用现有的知识产权保护制度,寻求单行立法的思路;<sup>[13]</sup>另一方面,由于非物质文化遗产的复杂、多样性,制定相应的单行法需要一定的时间。尽管制订单行法保护非物质文化遗产有一定的难度,但立法保护非物质文化遗产刻不容缓。

例如,由于民间文学艺术作品与一般作品的不同,著作权法保护二者的目的也是有侧重的。对一般作品的著作权法保护,目的是鼓励创作;而对民间文学艺术作品的保护目的是:珍爱人类文化遗产,在保护其原生面貌的基础上,鼓励传承,合理开发与利用,以发展和弘扬民间文学艺术。因此,应制定保护民间文学艺术作品的著作权特别法。从我国现行著作权法的规定看,也体现了这种制度安排。<sup>①</sup>只是由于民间文学艺术作品的特殊性,有关保护民间文学艺术作品的特别法还没有出台。这就需要我们加快对民间文学艺术的理论研究和立

法步伐。

### 3. 刑法的特别保护

不论是行政法规或措施对非物质文化遗产的保护,还是知识产权法对非物质文化遗产的保护,都离不开刑法的最后保障。<sup>[14]</sup>当前,中国内地破坏非物质文化遗产的现象较为严重,不仅存在着十分猖獗的破坏传统古文物的犯罪活动,而且存在着大量未被我国法律特别是刑法所规制的破坏其他非物质文化遗产的行为,这些行为已经严重影响了民族精神、民族文化的传承和发扬光大,危及中国的文化权利和文化主权的安全。我们必须对此类问题进行认真研究,以提出行之有效的刑事法律对策,促进社会的和谐发展。<sup>[15]</sup>

非物质文化遗产也是一种财产,具有相应的价值。实践中必然有人为了个人或小集团的利益,而非法利用非物质文化遗产;或者破坏非物质文化遗产,导致非物质文化遗产的流失或灭失。如果这些行为后果严重,应依法承担刑事责任。因此,有必要在刑法中补充规定“毁损非物质文化遗产罪”。

### (二) 保护非物质文化遗产法律应包括的主要内容

保护非物质文化遗产的意义和价值在于最大限度地保持人类文化的多样性。国家对非物质文化遗产保护的方针是“保护为主,抢救第一、合理利用、传承发展”。因此,在对保护非物质文化遗产进行法律制度设计时,应树立保护与利用相结合的立法指导思想,过分强调文化遗产的原汁原味,有可能导致故步自封和抱残守缺;而过分强调文化发展的与时俱进,又可能导致割断历史并迷失自我。<sup>[16]</sup>

#### 1. 《非物质文化遗产保护法》的主要内容

全国人大教科文委员会早已成立法律起草小组,于2003年11月形成了《中华人民共和国民族民间传统文化保护法》草案。2004年8月,根据我国加入《保护非物质文化遗产公约》的新情况,全国人大把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》。作为一部专门而全面规定保护非物质文化遗产的行政法,既要有原则规定也应有详细内容,以指导地方立法并易操作可行。

##### (1) 明确立法宗旨和基本原则。

(2) 明确非物质文化遗产的概念、范围及条件。

##### (3) 明确申报非物质文化遗产的原则、条件和

① 我国《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。

程序。非物质文化遗产是人类社会的共同财产,国家有义务主动对非物质文化遗产依法确认并保护;地方主管部门应积极主动申请国家确认。对依法准备确认的非物质文化遗产应组织专家鉴定评估,然后向社会予以公示。在没有异议或异议不成立的情况下,依法确认并公布,让社会公众了解非物质文化遗产的内容,提高国民保护非物质文化遗产的意识。

(4)明确非物质文化遗产的权利主体、权利人的权利内容及权利的行使。创造非物质文化遗产的群体是权利的主体。权利主体可以划分为四个类型,即国家、地区民众、团体组织、个人。作为非物质文化遗产的权利人,应享有的权利包括人身权和财产权。人身权包括表明非物质文化遗产出处和保护非物质文化遗产同一性的权利,前者旨在表明非物质文化遗产的原生境和来源群体的权利,后者是防止他人对非物质文化遗产进行歪曲、篡改的权利。财产权的主要内容是控制商业性利用的行为,权利人可以从他人的商业性利用中获得报酬的权利;在当前情况下,其权利的行使主体应为各级政府或者其委托的机构代理如专门的协会等。

(5)明确激励机制,建立非物质文化遗产的传承制度。

(6)设立专项基金,建立保护基金。非物质文化遗产的保护需要一定的资金,国家作为保护非物质文化遗产义务人,应将非物质文化遗产保护所需资金列入财政预算之中;同时,保护非物质文化遗产也是全社会的责任。一些有能力的单位或个人,可以通过捐款的方式,为非物质文化遗产的保护出力。国家应将这些捐款作为专用基金,以拯救、保护非物质文化遗产。

(7)设立奖励制度,鼓励传承人,鼓励公众参与。非物质文化遗产的存续离不开传承人,国家应给予传承者一定的物质奖励,以鼓励他人的传承行为;同时,对积极参与非物质文化遗产保护的公众也应给予一定的奖励,鼓励公众参与。

(8)建立科学的评估制度和非物质文化遗产名录体系的数据库。并不是所有过去的非物质文化遗产都能作为遗产而须加以保护,我们要保护的是具有文化价值、历史价值和科学价值的文化遗产,这就需要建立科学合理的评估标准。同时,按其价值和影响的大小、分别设立国家级、省级、县市级的遗产名录。

登录制度已是世界各国广泛采用的保护文化遗产和非物质文化遗产的方式。联合国教科文组织对“世界文化和自然遗产”也是采用登录制度。

依法受保护的非物质文化遗产,应作为“在先权利”的对象,他人不得擅自将其申请专利或商标。

(9)弘扬宣传制度。明确将有关非物质文化遗产的知识纳入教学内容,有计划地向社会宣传展示非物质文化遗产,以弘扬振兴我国非物质文化遗产。

(10)责任制度。非物质文化遗产的保护需要主管部门严格履行管理和保护的职责。如果直接责任人疏忽管理、怠慢管理,造成非物质文化遗产遭受严重破坏、灭失等后果,应对责任人给予行政处罚;后果特别严重的,应依法予以刑事制裁。

## 2.《民间文学艺术保护条例》的主要内容

我国《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。”我国未来的《民间文学艺术作品保护条例》应明确以下主要问题:(1)民间文学艺术作品的概念和主要表现。民间文学艺术作品应具备一般作品的构成条件,主要表现形式包括:民间文学、民间美术、民间音乐、民间舞蹈、戏曲、曲艺、民间杂技等表现形式。(2)权利主体。作为非物质文化遗产的民间艺术,其显著特征之一是“群体创作性”,其权利主体应是民间艺术来源地的群体。如果无法确定来源地群体的,则应由国家作为权利。(3)权利内容。应包括人身权和财产权。如他人在公开使用时,应标明其来源的民族、群体或区域等;而一切以营利为目的使用民间文学艺术的,可以不征得许可,但应支付一定的报酬。(4)保护的时间:因为民间文学艺术作品的延续性和动态发展性,无法确定创作的完成时间,不宜适用一定的保护时间限制。埃及、意大利等国的法律均规定民间文学艺术作品的著作权没有时间限制。(5)确立传承人的法律地位。

## 3.《刑法》保护的主要内容

不论是行政法规或措施对非物质文化遗产的保护,还是知识产权法对非物质文化遗产的保护;都离不开刑法的最后保障。换言之,刑法保护也是非物质文化遗产法律保护中的重要一环。刑法具有介入非物质文化遗产保护的正当性。现行刑法通过知识产权罪刑规范和附属刑法规范为非物质文化遗产提供保护。因此,完善侵犯知识产权罪的规定,这样不仅可以为知识产权提供全面和合理的保护,也将为具有知识产权的非物质文化遗产提供良好的保护。

对非物质文化遗产的刑法保护,应确立刑法典与附属刑法规范相结合的立法模式。一是知识产权罪刑规范对非物质文化遗产的保护是通过知识产权法这一中介实现的。个人创造并得到群体认

同的那部分非物质文化遗产相对而言更可以受到确定的知识产权法的保护;得到知识产权法认同的非物质文化遗产,就可能受到刑法中关于知识产权的罪刑规范的保护。二是在关于非物质文化遗产的非刑事法律法规中,一般都设置有保护非物质文化遗产的附属刑法规范。依照这些规定,对于妨害非物质文化遗产的保护并且构成犯罪的,都要根据相应的刑法条文定罪处罚。这就是附属刑法规范对非物质文化遗产的保护作用的体现。例如2006年12月1日施行的《国家级非物质文化遗产保护与管理暂行办法》第二十六条规定:有下列行为之一的,对负有责任的主管人员和其他直接责任人员依法给予行政处分;构成犯罪的,依法追究刑事责任。其中第(二)项规定:玩忽职守,致使国家级非物质文化遗产所依存的文化场所及其环境遭受破坏的;第(三)项规定:贪污挪用国家级非物质文化遗产项目保护经费的。这个附属刑法规范中就涉及刑法中的玩忽职守罪、贪污罪、挪用公款罪等罪名,其实质是利用这些罪刑规范来保护非物质文化遗产。<sup>[17]</sup>

## 结语

非物质文化遗产是确立民族个性的重要标志,其所承载的民族民间文化是民族的根,是民族的母体文化。因此,立法保护非物质文化遗产是维护一个国家文化身份和文化主权的基本依据,是维系民族团结、国家稳定和社会和谐的重要基础。

### [参考文献]

[1] 郑文明. 我国非物质文化遗产的法律保护——以北京为例[J]. 首都经济贸易大学学报, 2006(4):82.

- [2] 朱祥贵. 非物质文化遗产保护法的价值理念[J]. 湖北民族学院学报(哲学社会科学版), 2004(3):27.
- [3] 北京非物质文化遗产将立法保护[EB/OL]. 华夏经纬网[2006-1-25].
- [4] 林和生. 日本对非物质文化遗产保护的启示[J].
- [5] 龙飞. 国外保护非物质文化遗产的现状[J]. 文艺理论与批判, 2005(6).
- [6] 朱兵. 非物质文化遗产保护中的政府行为与制度建设[EB/OL]. 中国人大网 www.npc.gov.cn. 2007-01-11.
- [7] 陈庆云. 非物质文化遗产保护法律问题研究[J]. 中央民族大学学报(哲学社会科学版), 2006(1):42.
- [8] 齐爱民. 论知识产权框架下的非物质文化遗产保护及其模式[J]. 贵州师范大学学报, 2008(1):53.
- [9] 山西科贝律师事务所. 非物质文化遗产的知识产权保护[Z]. 2006-9-20.
- [10] 齐爱民, 赵敏. 非物质文化遗产的商标法保护模式[J]. 知识产权, 2006(6):63.
- [11] 邱平荣, 李勇军. 论民间文学艺术作品的著作权保护[J]. 江淮论坛, 2003(4).
- [12] 费安玲. 非物质文化遗产法律保护的基本思考[J]. 江西社会科学, 2006(5):15.
- [13] 李顺德. 非物质文化遗产的法律界定及知识产权保护[J]. 江西社会科学, 2006(5):11.
- [14] 贾学胜. 非物质文化遗产的法律保护——以刑法为中心的考察[J]. 石河子大学学报(哲学社会科学版), 2008(4):21.
- [15] 朱俊强. 论非物质文化遗产的刑法保护[J]. 广州大学学报(社会科学版), 2007(7):26.
- [16] 彭岚嘉. 物质文化遗产与非物质文化遗产的关系[J]. 西北师大学报(社会科学版), 2006(11):104.
- [17] 贾学胜, 严永和. 非物质文化遗产的刑法保护[J]. 电子知识产权, 2008(3).

(责任编辑:杨睿)

## On Construction of Legal Protection System of China's Intangible Cultural Heritage

XIONG Ying

(School of Law, Beijing Technology and Business University, Beijing 100048, China)

**Abstract:** China basically forms system in the perspective of cultural heritage protection but the degree of emphasis and protection of intangible cultural heritage is far less than that of tangible cultural heritage. However, intangible cultural heritage is the furnace of the diversity of culture and is the guarantee of sustainable development of human beings. With the developing of society and economy and with the acceleration of modernization progress, cultural heritage ecology changes, a number of cultural heritages, especially intangible cultural heritage, are decreasing. How to protect intangible cultural heritage by laws becomes urgent work of legal workers.

**Key words:** cultural heritage; intangible cultural heritage; legal protection mode