

# 非物质文化遗产的法律属性研究

骆旭旭

(华侨大学法学院, 福建泉州, 362012)

**[摘要]** 关于非物质文化遗产的法律属性界定, 学术界和司法实践中一直存在着不同的声音, 也导致了司法实践中保护非物质文化遗产的法律困境。通过考察非物质文化遗产的概念来源及界定, 分析非物质文化遗产法律制度的目的, 比较非物质文化遗产的法律属性的理论争议, 非物质文化遗产应认定为具有公益和私权的混合新型权利。我国应建立非物质文化遗产公私法统一的保护体系。

**[关键词]** 非物质文化遗产; 公共物品; 知识产权

**[中图分类号]** D922.16

**[文献标识码]** A

**[基金项目]** 泉州市委托课题“泉州非物质文化遗产法律保护问题研究”(2011WT32)

**[作者简介]** 骆旭旭(1977-), 男, 博士, 副教授, 研究方向为国际经济法、反垄断法。

## 一、问题的提出

张艺谋导演的电影《千里走单骑》将贵州安顺地戏中的传统剧目中的《战潼关》和《千里走单骑》部分内容剪辑到电影中, 但却在影片中将安顺地戏称为“云南面具戏”。贵州省安顺市文化体育局认为张艺谋将特殊地域性、表现唯一性的安顺地戏误导成云南面具戏, 侵犯了安顺地戏的署名权。因而, 安顺市文化体育局向北京市西城区人民法院提起诉讼, 请求被告张艺谋在《法制日报》刊登声明, 消除影响, 并在影片《千里走单骑》中注明“片中的云南面具戏实际上是安顺地戏”。经过一审和二审长达近两年的审理, 北京市第一中级人民法院作出了终审判决。法院认为安顺地戏作为非物质文化遗产应该受到法律的保护, 但是, 安顺地戏属于剧种, 不属于作品, 不受著作权法保护。因此, 法院最终判令原告败诉。<sup>[1]</sup>

该案经二审终审, 结果已经尘埃落定。但是, 该案所涉及非物质文化遗产的法律保护问题却值得进一步思考。第一, 虽然判决书中明确了安顺地戏作为非物质文化遗产应该受到法律的保护, 但却最终判决原告败诉。那么, 民族性的非物质文化遗产应受到何种法律保护? 第二, 在本案中, 被告律师曾在庭审过程中对原告起诉的动机提出质疑, 认为原告起诉的真实原因不在于维护权利, 而在于新闻炒作。并认为原告本身不具有起诉的主体资格, 那么, 非物质文化遗产的权利主体如何确定? 第三, 法院判决, “涉案电影使用‘安顺地戏’进行了创作虚构, 并不违反我国著作权法的规定”, 那么应该如何确定行为是否侵犯非物质文化遗产。换言之, 非物质文化遗产法律保护的权利内容是什么?

要对上述的法律问题进行解答, 前提在于从法律属性上对非物质文化遗产进行清晰界定。关于非物质文化遗产的法律属性界定, 学术界和司法实践中一直存在着不同的声音, 也导致了司法实践中保护非物质文化遗产的法律困境。我国作为一个历史悠久的文明古国, 有56个民族, 而各

个民族都拥有丰富的非物质文化遗产资源。明确界定非物质文化遗产的法律属性, 有效保护各个民族的非物质文化遗产, 对于维护我国各民族的优良传统、促进我国文化产业的大繁荣大发展具有十分重要的意义。本文试图梳理学术界关于非物质文化遗产法律属性的理论争议, 结合我国最新颁布的《中华人民共和国非物质文化遗产保护法》, 对非物质文化遗产的法律属性提出一己之见。

## 二、非物质文化遗产的内涵及外延

### (一) 概念来源

“非物质文化遗产”概念的外延及内涵一直存在着争议。世界上许多国家很早就开始立法对历史文化遗产进行保护, 但是采用的概念各不相同。<sup>[2]</sup>发达国家方面, 法国作为历史悠久的欧洲国家, 较早就开始立法保护历史文化遗产。1913年, 法国颁布实施了《历史古迹法》, 1930年又颁布了《遗址法》。这两部法律对法国历史、艺术和科学价值的遗址进行分类和保护。在1962年, 法国在上两部法律的基础上, 颁布了欧洲保护历史文化遗产立法中最重要和最有影响的一部法律——《马尔罗法令》。在《马尔罗法令》中, 法国提出了历史地段的概念。随后, 其他国家, 如英国、日本也都纷纷立法对本国的传统文化和历史文化遗产进行保护, 但采用的概念也各不相同, 没有统一的概念。发展中国家方面, 自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, 要求建立一种特殊制度以防止民间文学艺术的任何不正当利用, 尤其是对抗那些域外机构、人士用他国和地区的民间文学艺术赚钱却不给予其发源地人民任何报酬的利用。在发展中国家的立法和区域性条约中, 更多采取的是“民间文学艺术”的概念。

在国际公约中, 早期对于非物质文化遗产的保护主要是采取“民间文化作品”的概念。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, 就已经有代表提出了通过著作权保护民间文学作品的建议。

1971年《伯尔尼公约》修正时,吸收了该建议并增加了“著作权人推定”条款,加强了对形成作品的民间文化的保护。

真正提出非物质文化遗产概念的是联合国教科文组织的有关文件和条约中。在全球化进程中,资本主义经济方式和文化方式席卷全球,对传统的民俗文化带来了新的挑战。认识到维持文化的多样性是保证全球文化健康发展的原动力,联合国教科文组织致力于保护全球文化的多样性。联合国教科文组织于2003年通过了《保护非物质文化遗产公约》,公约与物质文化遗产相对应,第一次提出了非物质文化遗产的概念,并在公约的第2条正式对非物质文化遗产进行定义。

## (二)概念解析

《保护非物质文化遗产公约》第2条规定,“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、手工艺品和文化场所。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。包括口头传统和表现形式,包括作为非物质文化遗产媒介的语言;表演艺术;社会实践、仪式、节庆活动;有关自然界和宇宙的知识 and 实践;传统手工艺。

我国2011年颁布的《中华人民共和国非物质文化遗产保护法》对非物质文化遗产的定义参照了公约的规定。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。包括传统口头文学以及作为其载体的语言;传统美术、书法、音乐、舞蹈、戏剧、曲艺和杂技;传统技艺、医药和历法;传统礼仪、节庆等民俗;传统体育和游艺;其他非物质文化遗产。

对比公约与我国立法的规定,我国立法虽然参照了公约,但在文字表述上有一定的差异:第一,主体范围不同。公约概念中的主体范围包括社区、群体甚至个人;而我国立法中的主体是各族人民。相比较而言,我国的立法中更注重了非物质文化遗产的民族性。第二,非物质文化遗产的具体列举有细微的差别。与公约相比,我国的列举更加具体和细化。如将表演艺术细化为传统美术、书法、音乐、舞蹈、曲艺和杂技;将有关自然界和宇宙的知识和实践细化为传统技艺、医药和历法;同时,我国立法还增加了传统体育和游艺。

尽管两者概念在文字表述上的细微差异,但是,两个概念中非物质文化遗产应具备基本要素是一致的。从公约和我国的立法可以分析出非物质文化遗产应具有的基本要素包括:

第一,主观自认性。主观自认性是非物质文化遗产与物质文化遗产的一个重要区别。根据世界遗产公约的规定,物质文化遗产认定是建立在客观的标准上,而非物质文化遗产则更多地是从主观的标准进行认定。换言之,一种文化或制度可能对他人或其他民族并不存在任何的实际价值,但在某个民族或群体内认为能体现出其特征和文化,并被认为是其文化遗产,就可以界定为非物质文化遗产。因此,公约和我国立法的概念中也都强调非物质文化遗产应该是被某一民族

或特定群体自认为是文化遗产。

第二,持续传承性。持续传承性是非物质文化遗产成为“遗产”的关键。持续传承性体现在两个方面:一方面,“文化遗产”是一个民族或特定群体在长期的历史积累过程中不断使用,并传承下来的。也正因为如此,该文化才能被民族或群体自认能代表其文化;另一方面,“文化遗产”在持续的传承中,可能发生不断改进和变化。“文化遗产”不断改进和变化和法律制度上权利客体的稳定性形成一定的冲突。但是,这也是非物质文化遗产法律制度与其它法律制度的差异所在。非物质文化遗产制度的目的在于保护该种文化的存在和向前发展,而非简单保存文化制度。我国立法与公约中的概念也都强调了非物质文化遗产是“世代相传”。

第三,表现载体的多样性。“非物质文化遗产”中“非物质”是指制度保护的核心是文化的内涵,并非不能通过物质方式表现出来。事实上,公约和我国立法中都认为非物质文化遗产的表现载体应该具有多样性,不仅可以通过观念、文化等非物质的方式表现,而且可以体现在实物、场所等实物载体表现。

第四,身份认同的关联性。身份认同的关联性意味着通过非物质文化遗产可以呼唤起一个民族或一个群体的独特的共同意识。关联性是自认性的基础,也是非物质文化遗产的真正价值所在。非物质文化遗产的价值并不在于其带来的经济利益,而更应注重非物质文化遗产所表现出来的这种文化独特性和传承性,并能给特定民族或特定群体共同的身份认同。以泉州南音为例,泉州南音作为一种艺术形式,除了艺术方面的贡献外,尤其重要的是,南音可以给海外的闽南侨胞带来身为中华民族闽南人的身份认同。

## 三、非物质文化遗产法律属性界定的理论争议

从非物质文化遗产的概念解析可以看出,非物质文化遗产本质并非私人经济性,而是共同文化性和身份认同性。因此,法律上对非物质文化遗产的保护侧重于其文化性和认同性的保护,而非仅仅从经济性的角度思考。但是,在经济全球化大潮中,非物质文化遗产的认定和使用往往带来经济利益。经济利益的冲突也凸显了非物质文化遗产私人经济性保护的必要性。共同文化性与私人经济性的共存也成为非物质文化遗产法律属性界定的难题。在我国非物质文化遗产保护法起草过程中,学者对非物质文化遗产的权利属性的界定有一定的争议。

### (一)知识产权说

知识产权说是我国学者比较普遍的一种观点。这部分学者认为非物质文化遗产本质上属于知识产权,应采取或完善我国的知识产权制度进行保护。持知识产权说学者的立论点主要体现在以下三个方面:第一,从民法的角度将非物质文化遗产与物质文化遗产做比较,物质文化遗产的本质是实物,通过物权法进行保护;而非物质文化遗产的本质是信息,为知识产权的客体,非物质文化遗产保护的法理基础为知识产权法。<sup>[3]</sup>第二,从知识产权的角度将非物质文化遗产与传统知识的特性进行比较,非物质文化遗产与知识产权都具有无形性的特征,非物质文化遗产本质上是知识产权种类的一种,但非物质文化遗产与传统的知识产权两者之间的关



系是交叉而非重叠关系。也就是说,从本质上分析两者的权利属性都大体一致,都是知识产权。只是两者的表述和范围有差别。<sup>[4]</sup>第三,以法经济学为基础,认为在市场经济背景下,非物质文化遗产可以带来巨大的市场经济价值,与知识产权相似具有财产权和人身权的双重属性,因此“以非物质文化遗产为客体的知识产权的创设成为一种必然”。<sup>[5]</sup>

## (二)人权说

另外一部分学者认为非物质文化遗产本质是人权。这些学者更多地是从国际法的层面进行分析,认为保护非物质文化遗产法律制度的目的在于保护传统文化,防止全球化对传统文化的侵蚀。持这种观点的学者的分析角度有以下两个方面:第一,文化权利的视角。以《世界人权宣言》、《经济、社会、文化权利公约》等人权公约为基础,分析文化权利的内涵,并认为非物质文化遗产是“少数人同他们的集团中的其他成员共同享有自己的文化、信奉和实行自己的宗教或使用自己的语言的权利”,因而从本质上分析,非物质文化遗产是一种民族权和人权;<sup>[6]</sup>第二,保护少数人利益的角度。这部分学者从保护原住民的传统知识、文化角度入手,认为“非物质文化遗产是一种传统资源,在这里持有人权利的内容应该就指的是与传统资源相关的权益”。<sup>[7]</sup>因此,保护非物质文化遗产在于保护少数人的利益,非物质文化遗产视为少数人的人权更恰当。

## (三)新型民事权利说

新型民事权利说的学者认为非物质文化遗产并不能划归传统的知识产权,另外认定非物质文化遗产是人权的看法更多是从国际法的层面,而非国内法的层面,难于在实践中确实有效地保护非物质文化遗产,非物质文化遗产从法律性质上应认定为一种新型的民事权利。新型民事权利说最早由英属哥伦比亚大学法学院罗伯特教授(Robert K. Paterson)和亚利桑纳州立大学法学院邓尼斯教授(Dennis S. Karjala)在其《超越知识产权框架的原住民非物质文化遗产保护》一文中提出。我国的韩小兵教授在《非物质文化遗产——一种超越知识产权的新型民事权利》一文中也支持这种观点,认为非物质文化遗产与知识产权存在很大的区别,本质上是一种新型的民事权利。<sup>[8]</sup>

# 四、非物质文化遗产的法律属性分析

## (一)以上三种学说分析

上述三种理论都从一定的角度分析了非物质文化遗产权的法律属性。分析非物质文化遗产权的法律属性应考虑哪一种理论能更好地服务于非物质文化遗产法律制度设立目的。从本文非物质文化遗产概念来源及概念解析部分可以看出,国际社会和主权国家设立非物质文化遗产制度的原意在于一方面保持文化的多样性,减少经济全球化带给主权国家传统文化的冲突,另一方面维护非物质文化遗产民族的经济利益,促进保持文化的多样性。为了实现上述的制度目的,我们对上述的三种理论进行逐一的分析。

第一,知识产权说将非物质文化遗产视为私权,侧重于保护非物质文化遗产传承人的垄断权。但是,正如韩小兵教授在《非物质文化遗产——一种超越知识产权的新型民事权利》一文中雄辩地指出,非物质文化遗产与传统的知识产

权相比,权利客体、制度目的和公共性方面都存在着较大的差异,将“非物质文化遗产权”直接定性为“知识产权”的观点无论在理论上还是在实践上都有其难以逾越的障碍。即使采取知识产权说的学者,也承认现有的知识产权制度难于不经修改直接适用于非物质文化遗产。

第二,人权说将非物质文化遗产提升为宪政权利,能有效地提高非物质文化遗产在法律体系中的地位,引起重视。应该说,非物质文化遗产法律制度作为保护全球化下弱势民众的文化的一种制度设计,和人权具有一定的关联关系。但是,由于我国在宪政司法体系还有待完善的基础上,只采用人权说难免过于抽象和虚幻,缺乏具体实施操作规定,难于从具体实施层面有效地保护非物质文化遗产。同时,人权说更侧重于国际法层面对弱小民族权益的保护,而在国际法与国内法二元体系的情况下,这种观点在国内法层面难于得到有效地适用。

第三,新型民事权利说认为现有的权利都难于直接适用于非物质文化遗产,希望创设一种新型的民事权利保护非物质文化遗产。新型民事权利说认识到了非物质文化遗产权与知识产权的区别,提出非物质文化遗产权属于一种新型权利,这无疑是一个突破。但是,新型民事权利将非物质文化遗产权框定于民事权利中,而民事权利的本质是私权。私权的法律属性界定突出了非物质文化遗产的个体性和经济性,而忽视了非物质文化遗产公共文化性的本质属性,不符合非物质文化遗产全人类共同遗产的特性。因而,新型民事权利说难于解答为何主权国家政府对不具有经济利益的少数民族的非物质文化遗产采取特别行政手段进行特别保护的原因。

## (二)混合新型权利——非物质文化遗产权的界定

分析了学者的上述三种主要学说,可以看出三种学说都从一个侧面或一个角度对非物质文化遗产权进行了界定,难于全面地描述出非物质文化遗产法律制度设计的根本目的。那么,非物质文化遗产权应界定为何种权利,笔者认为将非物质文化遗产界定为一种混合新型权利更为恰当。这种混合新型权利既有宪法意义上保护民族或弱势群体的文化的内涵,也应该兼顾非物质文化遗产地区利益、非物质文化遗产传承人的私权保护。非物质文化遗产权的混合权利性质可以从以下两个方面分析:

1.非物质文化遗产本质上是一种混合物品。根据公共经济学的研究,社会物品可以划分为公共物品、俱乐部物品和私人物品三种。<sup>[9]</sup>公共物品具有消费的非竞争性和非排他性,以及收益的不可分割性三个基本特征,如国防、法律制度等属于纯公共物品;纯私人物品在理论上是指具有完全的竞争性和排他性的物品和服务,如衣服、食品等。有些物品的消费包含着某些“公共性”,在这里,适度的分享团体多于一个人或一家人,但小于一个无限的数目。“公共”的范围是有限的。这些物品介于纯私人物品和纯公共物品之间属于俱乐部物品。

非物质文化遗产同时拥有公共物品、俱乐部物品和私人物品的部分属性,属于混合物品。

首先,从法学的角度分析,非物质文化遗产作为一种信息资源,在其消费上并不具有竞争性和排他性。从某种意义

上分析,越多人分享和消费非物质文化遗产,非物质文化遗产越为人所熟知,其本身的价值越能得到体现。联合国公约的制度设计初衷,非物质文化遗产是作为全人类共同拥有的文化财富,保护非物质文化遗产,促进全球文化的多样性可以使得公众一起受益。因此,非物质文化遗产具有公共物品的属性。

其次,非物质文化遗产可能使某一地区或民族共同受益,存在俱乐部产品的属性。在市场经济的今天,非物质文化遗产可以通过旅游项目带来巨大的经济利益。这种旅游收益不是局限于某个人或某个家庭,而会给一个地区或民族带来经济利益。在这个意义上说,非物质文化遗产是一个地区或民族的先辈遗留给该地区或民族的宝贵财富,属于俱乐部产品。但是,由于市场经济利益的推动,其他一些地区可以通过抢先申报非物质文化遗产的方式增加本地旅游品牌的吸引力。例如,韩国作为整合旅游资源的一个措施,欲申报“端午节”为其非物质文化遗产。<sup>[10]</sup>又如闽南拍胸舞的表演方式,这种编曲一方面具有历史的遗留的特点,另一方面又体现了闽南人传统粗犷和航海文化的地区元素。这些元素所带来的利益应属于闽南人这个小群体的共同权利范畴。

再次,非物质文化遗产的某些方面又具有私权的属性。例如泉州南音的演奏曲目的编曲,这种编曲一方面具有历史的遗留的特点,另一方面又有演奏者和编曲者本身的创造的元素。演奏者和编曲者本身的创作因素属于私人权利范畴,应得到法律的有效保护,才能促进其进一步推动非物质文化遗产的持续传承。

2.非物质文化遗产制度目的实现。从非物质文化遗产制度设立的目的分析,非物质文化遗产也应属于公私混合权利。非物质文化遗产法律制度来源于联合国教科文组织,联合国教科文组织设计非物质文化遗产制度的目的在于两个方面:首要目的在于维护文化的多样性。全球化的今天,通过设立非物质文化遗产保护制度保护文化的多样性,防止经济全球化带来的文化快餐席卷全球,给发展中民族的文化带来覆灭的灾难性后果。保持文化的多样性是人类文明发展的源泉。从这个目的上分析,非物质文化遗产制度设立更多是从全人类的共同利益出发,非物质文化遗产具有公益属性;同时,在市场经济的带动下,非物质文化遗产可以带来巨大的经济利益。为了保护非物质文化遗产,就必须保护私人传承非物质文化遗产的积极性。根据经济学的原理,在法律制度上将非物质文化遗产的经济权利产权化和私有化是保护私人传承非物质文化遗产积极性最有效的制度。因此,非物质文化遗产并不能仅仅具有公益属性,而应该还具有一定的私权属性。

## 五、构建非物质文化遗产公私法统一保护体系

党的十七大六中全会做出了我国文化复兴,推动我国文化大繁荣大发展的决定。非物质文化遗产作为我国传统文

化的精髓,是我国文化产业的宝贵资源,对其进行有效地法律保护是推动其健康发展的有力保证。由于非物质文化遗产兼具公益属性和私权属性的双重属性,这就意味着非物质文化遗产的法律保护应采取公私法统一的保护体系,一方面通过公法的行政方式维护非物质文化遗产的公益属性,另一方面利用私法保护相关权利主体的私权利益。

我国2011年6月1日正式实施的《中华人民共和国非物质文化遗产保护法》注意到了非物质文化遗产的公益属性,更多地从行政法角度规定了非物质文化遗产的保存、传承与保护。但是,该法关于非物质文化遗产的私权保护方面却没有太多规定,仅仅在第44条规定参照知识产权法对非物质文化遗产的私人权利方面进行保护。由于非物质文化遗产在私权方面与传统知识产权仍存在较大的差异,因此,这种将私权部分完全交给知识产权法的做出就容易出现法律保护的空缺,也就是本文开头贵州地戏案中“非物质文化遗产应保护,但案件败诉”司法尴尬的原因所在。

为此,我国立法有必要增加非物质文化遗产保护法中私法保护的规定以适应非物质文化遗产公私混合新型权利特征。作为临时过渡措施,我国有必要在司法实践中对《非物质文化遗产保护法》中的私权保护部分进行扩大司法解释,明确非物质文化遗产的俱乐部产品的属性,在司法解释中明确非物质文化遗产作为俱乐部产品、私权中各方的权利及义务关系。

## 参考文献:

- [1] 常鸣. “安顺地戏”告张艺谋终审败诉 两败犹惑[EB/OL]. (2011-10-20) [2011-09-15]. <http://www.chinacourt.org/ht-ml/article/201109/15/464640.shtml>.
- [2] 杨永芳. 非物质文化遗产保护问题的法学界定[J]. 行政与法, 2007(7):86.
- [3] 齐爱民. 保护非物质文化遗产的基本法律问题[J]. 电子知识产权, 2007(5):23.
- [4] 刘俊, 邹权. 论非物质文化遗产法律保护的几个主要问题[J]. 东华大学学报, 2008(1):43.
- [5] 甘明, 刘光梓. 非物质文化遗产知识产权保护的可行性研究[J]. 图书馆建设, 2009(10):23.
- [6] 郭玉军, 唐海清. 非物质文化遗产的国际人权保护研究——以《保护非物质文化遗产公约》为视角[J]. 法律科学, 2009(6).
- [7] 李发耀. 论非物质文化遗产持有人权利保护的内容及其形式——当前立法焦点分析[J]. 贵州师范大学学报, 2009(1).
- [8] 韩小兵. 非物质文化遗产——一种超越知识产权的新型民事权利[J]. 法学杂志, 2011(1):35-41.
- [9] 吕普生. 公共物品属性界定方式分析——对经典界定方式的反思与扩展[J]. 学术界, 2011(5):75.
- [10] 呼冤, 谢东阳. 端午节之争:韩欲申报文化遗产我应对 可能成共有遗产[EB/OL]. (2011-10-20) [2004-05-10]. <http://www.gxnews.com.cn/staticpages/20040510/newgx409eac3b-185431.shtml>.