

国际 DOI 编码: 10. 15958/j. cnki. gdxshb. 2026. 04. 10

非物质文化遗产获取和惠益分享制度的法理与构造

李一丁

(贵州大学 法学院 贵州 贵阳 550025)

摘 要: 非物质文化遗产(以下简称“非遗”)获取和惠益分享法律制度的事实基础为生物多样性和文化多样性,应在获取者、传承人以及其他利益相关方缔造首次和二次惠益分享法律关系。由于获取并非获取者强制履行义务,传承人及其他利益相关方所获惠益不能称为权利,仅为法律保护的利益。非遗获取和惠益分享法律制度构造应坚持共享利益观、公正程序观和主客分类观,通过设定标准区分不同身份获取者、划定获取客体和其他利益相关方惠益分享顺位,设置事先知情同意、共同商定条件等内部规范要素并厘清二次惠益分享的流程与要点。同时还需关注转致与确证条款、知识产权法律条文、纠纷争议司法路径以及传承人酬劳补助制度、生产性保护制度和非遗保护基金制度等外部规范要素的配套和关联。

关键词: 非物质文化遗产; 获取和惠益分享; 文化多样性; 生物多样性

中图分类号: D923. 41 **文献标识码:** A **文章编号:** 1000 - 5099(2026) 04 - 0108 - 12

一、问题提出

2022年,中共中央办公厅、国务院办公厅发布《关于进一步加强非物质文化遗产保护意见》(以下简称《非遗意见》)正式提出建立获取和惠益分享法律制度。该动议一方面表明我国开始转化《保护非物质文化遗产国际公约》(以下简称《非遗公约》)业务指南、《关于非物质文化遗产的伦理原则》(以下简称《伦理原则》)获取和惠益分享内容^①,另一方面彰显从中央政策层面正式回应近年地方非遗获取和惠益分享超前立法的正当性。随着非遗生产性保护、商业性开发纵深推进,越来越多非遗传承主体以不同级别的非遗作为消费口号和营销方式,非遗商业宣传开发日盛导致传承人利益异化、失衡甚至垄断,非遗公共性、公益性和共有性遭到贬抑或者减损,这些问题均有待学理关注。

齐爱民^[1]提出“利益分享机制”;丁丽瑛^[2]从非遗商业开发引出惠益分享;袁晓波^[3]从原则探讨非遗获取和惠益分享;刘勇军^[4]否认知识产权模式、提倡生物多样性公约共享模式。前列成果要么时间年代久远,先后发生隔阂,无法映衬现实;要么缺乏深入探讨,如非遗获取和惠益分享法律制度的逻辑起点、法律关系、权利义务、功能价值以及内部、外部要素等。对此,本文从法理和构造两大层面对上述问题进行回应,尝试为《非遗意见》的贯彻落实以及《中华人民共和国非物质文化遗产法》(以下简称《非遗法》)的修改提供参照与支撑。

二、非遗获取和惠益分享制度的法理

获取和惠益分享表述最早源于生物多样性国际法。生物多样性公约及议定书提出专事生物遗传资源

收稿日期: 2025 - 11 - 18

基金项目: 贵州省科技支撑计划项目“《贵州省民族医药传统知识保护条例》立法质量提升调研项目”(黔科合支撑【2025】)。

作者简介: 李一丁,贵州大学法学院副教授、硕士生导师。

①《非遗公约》业务指南(第六版)新增第六章认为,非遗知识和实践可视为非遗利益平均分配一部分。《伦理原则》第4条:与创造、保护、维持和传播非物质文化遗产的社区、群体和有关个人之间的所有互动,应以透明合作、对话、谈判和协商为特征,并以自愿、事先、持续和知情同意为前提。第7条:创造非物质文化遗产的社区、群体和个人应从保护该遗产所产生的精神和物质利益中获益,特别是社区成员或他人对其进行的使用、研究、文件编制、推介或改编。

和相关传统知识获取和惠益分享国际法律方案，非遗获取和惠益分享属于典型的场域“借用”或“迁移”。“‘生物－文化多样性’理念是一种基于生物多样性和文化多样性，整合、全面与协同看待人类与自身、文化、环境关系的世界观与认识论。”^[5]对此，证成非遗获取和惠益分享法律制度可行性需要满足下列要件：

- (1) 存在能够被获取和惠益分享的非遗表现形式；
- (2) 非遗传承人、其他利益相关方与生物遗传资源相关传统知识所有者、持有者和管理者具备身份契合。

前者已由《非遗公约》提供注脚，该公约非遗定义包括自然界和宇宙的知识实践。自然界和宇宙的知识实践本质，即生物遗传资源相关传统知识。后者认识相继见诸我国理论界，如文化多样性视野下生物多样性保护主题探讨。非遗获取和惠益分享制度的法理逻辑包括制度逻辑起点、法律关系厘定、权利义务配给、法权结构重塑、定位功能设置、观念价值探究等方面。

(一) 制度逻辑起点

非遗获取和惠益分享法律制度内生逻辑起点源自传承行为或者活动的效果，非遗的获取、惠益分享终究为非遗传服务。一方面，传承行为或活动体现非遗价值。非遗本质上是一种兼具物质利益和精神利益，蕴含国家利益、公共（民族）利益、群体利益和个人利益，体现经济利益、生态利益、文化利益和安全利益等，聚无形和有形化于一体的特殊资源。例如：物质利益的识别和匡算，生产性保护使非遗经济、商业价值得以生发；精神利益的接受与认可，整体性保护使非遗所处文化氛围、生态环境得到正视。另一方面，获取和惠益分享机制帮助传承人履践和实现价值，改变、重构传承人及其他利益相关方相处状态和互动结构。“…人类非物质文化遗产保护的目的之一是文化遗产的共享…”^[6]生物多样性和文化多样性视角获取和惠益分享法律关系基础、主体、客体和内容存在差异（见表1）。非遗获取和惠益分享法律制度体现两种多样性保护在理念、目标、措施等方面的趋同性。“非物质文化遗产在根本上乃是环境的产物，这是对非物质文化遗产文化生态特性的确认，这一结论在世界范围内非物质文化遗产保护观念与实践中获得认同。”^[7]

表1 生物多样性和文化多样性视角获取和惠益分享法律关系的差异

差异	生物多样性	文化多样性
基础	《生物多样性公约》	《非遗公约》；与生物遗传资源和相关传统知识获取和惠益分享主体存在叠合
主体	获取者和提供者（生物遗传资源或相关传统知识所有者、持有者或者管理者）、行政监督管理部门	获取者和传承人（提供者）；传承人和其他利益相关方、行政监督管理部门
客体	生物遗传资源 生物遗传资源相关传统知识	特定非遗表现形式
内容	事先知情同意；共同商定条件；来源披露	参照生物多样性

(二) 法律关系厘定

非遗获取和惠益分享制度的法律关系殊异在于获取者和传承人在首次惠益分享完结基础上生成的二次惠益分享法律关系。提出非遗二次惠益分享表述的原因，即试图真正实现非遗公平、公正惠益分享。“获取者—传承人”“传承人—其他利益相关方”之间关系为阶段性、递进性、层次性复合样态。基于传承事实出现前述传承人身份转化，不管传承主体数量多寡，传承人始终为非遗传首位主体，都是获取者接触非遗表现形式主要对象。同时，基于其他利益相关方的贡献、辛劳与努力，例如，探讨技艺、提供场地、营造范围、协助传承等辅助性工作。“传承人……存在的基础是地方人群共同体的思想世界和基于思想世界的行为实践。”^[8]

其他利益相关方包括保护主体、传承群体、传承人所在社区以及具备传承技艺、能力和水平但未被认定为传承人的个体等。在特定情形或者条件下,非遗获取和惠益分享需行政监督管理部门介入。行政监督管理部门在境外获取者获取非遗时扮演“守门人”和“看护者”角色,以防文化安全风险,“获取者—传承人”转化为“获取者—传承人—行政监督管理部门”三元法律关系。行政监督管理部门应对境外获取行为或者活动予以主动监管,配套行政审批、安全评估程序和国家惠益分享方案探讨拟定等环节。在特殊情况下,行政监督管理部门还应作为所有传承主体代表,对随意获取、频繁滥用“公共领域”的非遗现象提出观点、发表主张和声明利益。

(三) 传承人惠益分享权利

非遗获取和惠益分享法律关系催生传承人及其他利益相关方是否拥有惠益分享权利的讨论。此处权利并非行政监督管理部门通过行政权力赋予,即部分公法学者认为“客观权利”,而是一种“主观权利”,需由权利主体主动确证、识别和践行。一方面,我国非遗的公法导向不承认传承人存在权利^[9],这可从《非遗法》传承人义务、责任条款中得证。诸多非遗地方性法规创制权利^[10],“…仅仅依靠政府的行政性措施保护非物质文化遗产远远不够…”^[11]。“良性违法”现象仅能说明地方法制需求正当性,无法验证合法性。然而,《非遗法》增设传承人权利条款至少要经历部门法层面普遍共识到接受法理学新兴权利检验等步骤,由此来看任重道远。另一方面,基于权利义务的对等与一致,非遗惠益分享权利的实现源自获取者应当履行义务。将获取者的获取认定为义务有失偏颇,义务属于法律强制当事人主动作为或被动不作为,获取者是否获取、如何获取,全凭自行决断。若认为传承人存在与其他利益相关方惠益分享法定的义务,也非后者主张权利实现,而是法律对拟保护利益的特殊规范要求。上述观点侧重于将非遗传承人及其他利益相关方首次、二次惠益分享所得视为法律保护的利益而非权利。

《伦理原则》是仅次于《非遗公约》的全球非遗治理的重要软法文件,其仅在第二条述及权利,但并不直指知识产权。惠益分享利益不能被解释为“传承人获得报酬权”。此利益被冠以“文化权利”^[12]、“非遗权”^[13]、“非遗财产权”^[14]也不太妥当。文化权具有对象广泛性、范围普适性和效力共通性,惠益分享利益仅能被特定传承人拥有和维护。遗产并不能天然被解读为财产。财产权提出是一种从所有权视角出发的权利界定理路,背后法理即对权利对象的掌握和控制。惠益分享利益是获取者、传承人、其他利益相关方借获取非遗实现精神利益肯认与物质利益分配,不涉及财产权能识别、确认、施行、保障和救济,非遗表现形式也不能被划归特定主体排他所有或者占有。获取者、传承人通过义务设定和履行保证非遗惠益分享利益实现。此种义务是一种对人义务、相对义务、排他义务,未履行或不能完全履行可能触及道德否定和法律制裁。这种义务透过事先知情同意、共同商定条件、来源披露等制度设计呈现,通过义务履行展现获取和惠益分享机制内含的公平、公正秩序价值优于自由价值的法制考量。传承人因不同法律关系而享有不同身份,非遗首次惠益分享关系为义务履行对象,非遗二次惠益分享关系则转为义务履行主体。

(四) 法权结构重塑

除去传统、绝对和单一的“权利—义务”架构外,非遗获取和惠益分享行为或者活动本质为传承人与其他利益相关方之间的非遗利益交易、互换和流转。“这种流动和转化,不过是利益相应地转移和财产流动、改变形态、改变归属等内容的法律表现。”^[15]一方面,非遗公法关系背后的利益考量。作为获取和惠益分享启动与施行的前置环节或者步骤,非遗行政监督管理部门透过调查、登记等手段赋予传承人传承身份与资格,“命令—控制”型互动模式暗含个人利益与群体利益、国家利益之间的有序交流与友善互动。非遗传承人退出机制的提出和推广意味着个人利益与群体利益、国家利益出现差序交流与恶意互动。从某种角度而言,非遗公法主体关系也可从获取和惠益分享角度解释,传承人履行非遗传承义务使得非遗得以

留存、延续 相当于为国家和群体等利益相关方带来正向利益。另一方面,非遗私法关系背后的利益指向。“任何权利的重要性与其所依据的利益的重要性都是成正比的。”^[16] 尽管权利被视做利益的最高法治表达,但从人权、财产权等视角论证必要性而忽略可行性,难以避免生搬硬套之嫌。获取和惠益分享的探究与讨论提供看待非遗权利学说的全新视角,特定权利构成要件看待非遗现象或者状态无法获得适恰立场。作为西方话语体系的权利不可能为非遗保护敞开怀抱,非遗权利生效与践行仅是获取和惠益分享的场域之一而非唯一。“此外,知识产权规则本质上是个人主义的,其潜在价值高度重视作者和创新的核心概念;这些规则是‘以欧洲为中心的’,与许多原住民和地方社会的价值体系格格不入。”^[17] 非遗权利的确立、生效与施行系获取和惠益分享的催化剂与助推器。

(五) 定位功能设置

从语序和逻辑看,《非遗意见》有关“…建立非遗获取和惠益分享制度…”的表述凸显非遗获取和惠益分享基本性、专门性法律制度定位。该制度可被理解为实现传承主体物质精神诉求、确保非遗活态传承的创新规范。该制度实定法化后,将变更《非遗法》的目标导向与价值追求,变相承认传承主体被法律保护的利益。非遗获取和惠益分享法律制度具有以下功能:

其一,优化非遗物质利益传递流转。传承人与其他利益相关方二次惠益分享法律关系缔结较好地解决传承人认定命名后各方利益冲突仍未得到“根治”的沉痾旧病,即突出传承人与具备传承技艺、能力和水平但未被认定传承人等主体间惠益分享。

其二,提高传承积极性和主动性。《非遗法》义务论导向致使非遗传承人成为行政监督管理部门完成任务与触达指标的法定代理人。近些年来,部分非遗传承人在确立传承主体身份后消极、情怠传承情况时有出现,减损我国传承机制号召力、公信力和说服力,不利于非遗传承整体局面和宏观态势。非遗获取和惠益分享法律制度设计使传承主体形塑并养成“主人翁”意识,变“要我传承”为“我要传承”,消除当前传承机制滋生利益分配隐患。

其三,拓展多样性法制保障新路径。生物多样性获取和惠益分享法律制度在我国法律、政策中初见雏形,但缺乏明确的规范指引^①。实施多年的非遗传承人认定退出机制是为提供者构建认证体系,确保一方主体的具象与清晰。如果认为前者属于行政权力主导的他治,非遗获取和惠益分享法律制度则为自治、共治。非遗获取和惠益分享法律制度可被解释为获取者、传承人、其他利益相关方悉数加入、参与的规范类型,基于非遗精神接受、肯认与物质利益识别、确定、分配的规则设计与规范安排。

(六) 观念探究追寻

观念背靠价值是法律的目标持续进化和进阶具象,意指非遗获取和惠益分享法律制度遵循的理念、思路 and 方针。非遗获取和惠益分享法律制度构造应坚持共享利益观、公正程序观和主客分类观。具体而言:

共享利益观。共享利益观打破非遗传承人独享利益状态,提倡利益均沾。惠益分享利益既包括物质利益,也包括精神利益。物质利益不限于货币惠益,还包括非货币惠益。例如,支持或者协助传承主体能力建设。精神利益是获取者、传承人及其他利益相关方内外身份相互认同与人格彼此尊重。共享利益观充分践行“人民非遗人民共享”“人民非遗人民共用”理念。

公正程序观。公正程序观确保非遗各方主体利益得到确证与不被减损。当获取者遵照程序获取非遗时,知悉获取流程和要求、预判获取结果等程序利益也应得到满足。但是,公正程序观也存在例外。例如,纯粹购票观看非遗表演、参与非遗演示无需满足获取程序,仍产生承认精神利益与交换物质利益类推法律

^①例如,《中华人民共和国种子法》(2000年通过、2021年第三次修正)、《中华人民共和国中医药法》(2017年通过)、《中华人民共和国畜牧法》(2006年通过)、《中华人民共和国生态环境法典》(2026年通过)等仅有获取和惠益分享的初步表述。

效果。

主客分类观。并非所有非遗主体和客体均具备获取和惠益分享条件的可能,而应通过恰当标准评估其他利益相关方倾注、投入传承程度判定是否具备惠益分享资格。并非所有情形和状态的非遗都能被获取和惠益分享。

三、非遗获取和惠益分享法律制度的构造

通过对上述非遗获取和惠益分享制度的法理分析,其法律制度的构造,既要注意内部规范构造,还要考虑外部规范设计,需要与现行法律制度相关联并给予配套措施。

(一) 内部规范

非遗获取和惠益分享法律制度内部规范构造应立足于生物多样性获取和惠益分享法律制度精髓、范式 and 要义以作调适和转换。

非遗获取和惠益分享的标准条款。标准仅为区别境内、境外不同的获取主体身份,应对境外获取者设置限制性和禁止性要求,获取者的实力、能力等要素则在所不问。申言之,仅需获取行为或者活动产生物质价值即可,意指催生、挖掘和转换非遗利益。个人购票观看非遗庙会、展览消费即创造价值,传承人成立的非遗工坊也能收益颇丰,非遗产业化关联企业更能创造巨额收益。标准条款还适用获取客体划定以及其他利益相关方惠益分享顺位安排。其一,获取客体划定。存在下列情形不得进行非遗获取和惠益分享。一是不具备物质利益的非遗表现形式。如传统礼仪、节庆、传统口头文学以及作为载体的语言。“对于那些不能自己进入市场或者主要基于民族国家利益与社会效益的非遗,就必须提供政府与社会保障扶持……”^[18]。二是非公开非遗表现形式。某些非遗表现形式一经公开便丧失地域性、本土性、神圣性进而危及文化多样性。这是鲁春晓教授提及的礼俗交融类非物质文化遗产^[19]。三是传承人出现利益争执的非遗表现形式。利益争执可能使传承人自动丧失参与机会,导致获取和惠益分享无法启动。上述情形若得到我国非遗中央立法确证,将成为具有强制力、约束力和执行力的法定标准。其二,其他利益相关方惠益分享顺位安排。此标准可由传承人及其他利益相关方商议确立,并非绝对全然入法。具备传承技艺、能力和水平但未被认定为传承人的个体应处优先位序。传承群体、传承人所在社区宜结合非遗所在地域、存续环境和传承氛围,为传承提供辅助、协力程度等要素决定是否将其纳入传承对象。非遗保护主体属于选择性参与惠益分享主体,大概率处于位序末端。

非遗获取和惠益分享机制的规范构成。现阶段我国非遗获取和惠益分享超前立法的样态大致分为三种,即赋予传承人惠益分享权利(权益)、事先知情同意制度创设^①以及惠益分享条款创制^②。然而,这三种样态并未完整呈现非遗获取和惠益分享机制的应然样貌。首先,非遗获取和惠益分享机制遵照“事先知情同意—共同商定条件—来源披露”规则运行逻辑。事先知情同意与共同商定条件相伴相生,仅完成事先知情同意程序而不商定如何惠益分享,事先知情同意仍处履行不能。同时,只有完成前述两大环节才能申请知识产权保护。其次,共同商定条件事关非遗惠益分享的安排与落实。“共同”意味着非遗(物质和

①我国非遗获取和惠益分享立法采取事先知情同意制度的地区:天津、四川、江西、云南、浙江、甘肃、甘肃甘南藏族自治州、四川甘孜藏族自治州、四川凉山彝族自治州、吉林前郭尔罗斯蒙古族自治县等非遗地方性法规规定,采访、实物征集摄影、录音和录像活动应获得事先知情同意。江西、甘肃、辽宁、安徽、河南、山西、重庆、贵州、云南大理白族自治州、西藏日喀则市、安徽蚌埠市、贵州安顺市、甘肃阿克塞哈萨克族自治县、云南怒江傈僳族自治州等非遗地方性法规要求申报非遗项目获得事先知情同意。

②我国非遗获取和惠益分享立法采纳创制惠益分享条款的地方条例《江苏省非物质文化遗产保护条例》(2013年通过)第四十四条;《浙江省非物质文化遗产保护条例》(2003年通过)第三十二条《宜昌市非物质文化遗产保护条例》(2019年通过)第二十条述及非遗与传统知识、遗传资源、民间文学艺术相关天然权利或者法定权利得到保护。

精神) 利益分布广泛性,“商定”意味着非遗(物质)利益分配平等性,“条件”则意味着非遗(物质)利益对价互换性。经过协议或者文本体现共同商定结果,不仅固化双方协商成效以兹监督,也为纠纷争议解决提供书面证据。非遗获取和惠益分享法律制度内部规范关系(见图1)。

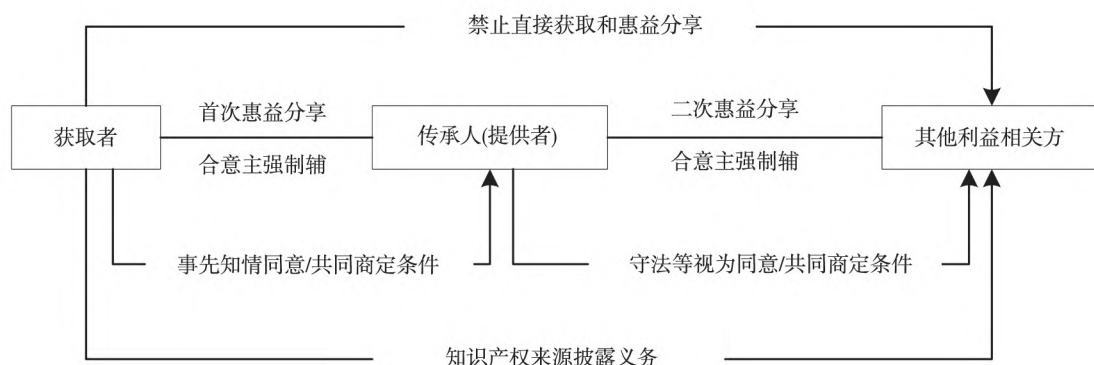


图1 非遗获取和惠益分享法律制度内部规范关系

非遗二次惠益分享的流程要点。首先,以非遗首次惠益分享为根。在获取者肯认传承人非遗精神利益前提下,通过购买、观看、感受非遗技艺(产品)或者聘请、延用传承人分享非遗物质利益。非遗二次惠益分享将在获得物质利益的传承人与其他利益相关方展开。其次,以非遗二次惠益分享为魂。两次非遗惠益分享呈层递关系,原则上完成非遗首次惠益分享才能开启非遗二次惠益分享,获取者不得跨过传承人与其他利益相关方直接惠益分享。其他利益相关方即使存在传承,也未触发非遗物质利益对价交换而只能与传承人进行惠益分享。最后,以合意为主,强制为辅。理想合意状态为各方完成事先知情同意和共同商定条件。“这赋予民众确定非物质文化遗产价值和采取保护措施自主决定权……。”^[20]正如前述,在非遗二次惠益分享阶段传承人也可称为“获取者”,视为从其他利益相关方获取非遗表现形式。“非物质文化遗产是从具体的社区、群体中,历史地、自然地生发出来的‘积累性劳动’……。”^[21]事先知情同意应有特定程序设计,例如,确立何为“事先”“知情”“同意”,需要各方遵守非遗法律、政策甚至习惯法等情节视同完成事先知情,此时,具备潜在同意后果。不论处于哪一阶段的非遗获取和惠益分享,均需经历共同商定条件。因此,如何构建非遗惠益分享强制退出机制,可以视情节轻重剥夺传承人身份并适时纳入社会征信系统。

强制性非遗惠益分享既包括非遗惠益启动强制,也包括非遗惠益安排强制,均属行政监督管理部门行政强制措施权限。无论行政监督管理部门采取何种强制措施,都是在维护非遗保护传承公共利益前提下对获取者、传承人施予的行政督促,以实现非遗惠益分享终极目标。行政监督管理部门启动强制程序需遵循比例原则,同时应将下列因素纳入考量序列:首先,获取主体身份。相较于个人,企业挖掘、释放非遗物质利益的技术、工艺和能力较强,加之逐利属性,企业在尊重非遗精神利益前提下更能把握物质利益产生步调和流转规律。因此,理应更多关注企业对传承人非遗物质利益的传递及增益。当企业处于主观故意或者客观不能时,行政监督管理部门应视情况强制其在完成非遗获取后与传承人进行非遗惠益分享。商业实践可能存在企业、代理人等多重获取主体样态,后者仅进行非遗物质利益传递。在商业化背景下,非遗可能存在超额利润,如果代理人并未实质性参与非遗保护、传承、生产、研究等行为或活动,就不宜被认定为获取者。其次,物质利益溢出价值。不同非遗表现形式蕴含物质利益各不相同,加之传承能力、水平以及市场认可接受程度等因素影响,非遗溢出价值参差不齐,其溢出价值大小将影响非遗二次惠益分享程度与效果。再次,非遗获取和惠益分享进度状态。非遗获取者完成获取行为或者活动后未与传承人商定

非遗惠益分享类型、内容,传承人与其他利益相关方未得到惠益分享,行政监督管理部门亦可视情况介入。最后,社会认知评价。非遗传承关乎一国维持文化多样性、文化自觉乃至文化自信,层级越高的非遗代表性传承项目价值彰显与利益分配愈发受到社会各界关注。行政监督管理部门宜通过强制性非遗惠益分享安排避免后续争议纠纷。

综上,决定非遗获取和惠益分享启动与进行的自变量有类型、价值、主体(包括行政监督管理部门等)、目的、程序、进度等,先后顺位次序大致为非遗类型是前提、溢出价值是关键、参与主体是核心、获取目的是归宿、程序规定是要领、施行进度是保障。这些变量不同程度地发挥作用并影响获取和惠益分享的启动、运行和完结。无论是哪类主体,拟就获取非遗并开展惠益分享,抑或以公权力机关或其他利益相关方身份参与介入,都应对上述变量予以全面、系统和周延考察。兹以笔者亲身经历或者调研事项为例:

例一 陕西省周至县县级非遗名录的拉指诊疗道医技法以公益培训为主要传承方式,个别传承人设立中医保健机构提供免费拉指诊疗服务,要求二次惠益分享勉为其难。由于受到公共利益目的限制,该例不能进行二次惠益分享。

例二 湖南省湘潭市槟榔制作非遗技艺已由某食品公司申报立项。近些年湘潭市槟榔技艺产值超过200亿元^[22],因此,不论该食品公司依托传承人身份创造多少价值,强制二次惠益分享理所应当。此例匹配非遗获取和惠益分享所有要素,因而能够完全实现非遗获取和惠益分享。

例三 某省苗族银饰产业化。某省已将省级非遗苗族银饰制作技艺产业化纳入规划,规模化、建制化和集团化非遗产业园建成并投产。由于该例匹配非遗获取和惠益分享所有要素,因而能够完全实现非遗获取和惠益分享。

例四 吉林省九台区国家级非物质文化遗产某氏浸膏仍以家族式诊所提供诊疗服务,未引入战略投资者。传承人平日亦多次举办义诊惠及乡邻,前述义举兼含惠益分享功能,要求二次惠益分享应当慎重,否则有违公平。此例因受到非遗获取和惠益分享进度限制(已透过义诊、医疗资源支援进行惠益分享)从而需限制二次惠益分享。

(二) 外部规范

非遗获取和惠益分享法律制度外部规范不仅包括配套条款或制度,也包括关联制度。配套条款或制度使非遗获取和惠益分享的施行得以畅顺稳妥,关联制度使非遗获取和惠益分享更快、更好地融入非遗现存法律制度体系,两者区分标准为非遗获取和惠益分享行为或者活动的紧密程度。相较于前者,后者可能与非遗获取和惠益分享行为或者活动更为疏离。

1. 配套条款或制度

配套条款或制度指非遗获取和惠益分享法律制度协同互动的规范类别。大致涉及转致与确证条款、知识产权来源披露制度以及纠纷争议司法制度。

转致与确证条款。中共中央办公厅、国务院办公厅《关于进一步加强生物多样性保护的意见》提出研究起草生物多样性相关传统知识保护条例,该意见所涉对象与部分非遗表现形式存在重合^[23]。国家中医药管理局起草《中医药传统知识保护条例》(草案,暂定名)涉及中医药传统知识获取和惠益分享,作为一种利益分配方式或方案的获取和惠益分享正在我国各领域法制进程多点铺开^[24]。非遗获取和惠益分享法律制度适用应考虑与上述文本关系,并提供衔接协调方案。非遗、生物多样性相关传统知识、中医药传统知识三者包容互嵌,生态环境、文化旅游、中医药等行政监督管理部门主导获取和惠益分享立法呈平行并进状态,应相互保留转致条款。非遗表现形式与前述法律适用对象产生重合应自动适用已生效法律规范。同时,各行政监督管理部门应确认已完成且与前述法律适用对象存在交叉的非遗获取和惠益分享法

律事实并通告其他行政监督管理部门。《非遗法》第二条所指“传统医药”实质是中医药传统知识,应当依据《中医药传统知识保护条例》(草案,暂定名)完成获取和惠益分享,中医药行政监督管理部门应将此情况告知文化和旅游部门,后者与中医药行政主管部门商议后启动二次惠益分享。

知识产权来源披露制度。非遗惠益分享利益不是创新产生的知识产权利益,故不受知识产权法保护,与知识产权衔接原因在于该制度激发非遗经济价值,提高惠益分享概率和比例。但是,本文反对纯粹非遗知识产权保护说,非遗保护不能生硬套用知识产权制度。来源披露属于获取和惠益分享机制制度要件,本质为申请非遗知识产权附随防御性、消极性规范,目前仅在《中华人民共和国专利法》略有涉及。“来源披露作为一种程序性、辅助性条件,对传统资源的披露也应当有利于实现传统资源的事先知情同意和惠益分享。”^[25]它应扩散至《中华人民共和国著作权法》(1990年通过,2020年第三次修正;以下简称《著作权法》)、《中华人民共和国商标法》(以下简称《商标法》)等法律,非遗表现形式知识产权申请均应履行此项义务。商标权和专利权采取申请审批制,未履行来源披露义务将影响初审甚至权利授予^①。著作权采事实取得,未履行来源披露义务情节严重者可因违背公序良俗而被撤销。

纠纷争议司法制度。非遗获取和惠益分享纠纷争议焦点为物质利益分配不均,解决方式包括但不限于诉讼。最高人民法院印发《关于充分发挥知识产权审判职能作用 推动社会主义文化大发展大繁荣和促进经济自主协调发展若干问题的意见》(2011)提到“坚持来源披露原则,利用非遗应以适当方式说明信息来源。鼓励知情同意和惠益分享,非遗利用者应尽可能取得保存者、提供者、持有者或者相关保护部门的知情同意,并以适当方式与其分享适用利益。”^[26]最高人民法院发布《关于加强新时代知识产权审判工作 为知识产权强国建设提供有力司法服务和保障的意见》(2021)指出,“加强中医药古方、中药商业秘密、道地药材标志、传统医药类非遗司法保护,推动完善涉及中医药知识产权司法保护的国内国际规则和标准,促进中医药传统知识保护与现代知识产权制度有效衔接。”^[27]贵州省高级人民法院发布《关于司法护航非物质文化遗产“两创”实践的实施意见》(2026)指出,“对依托非遗传统元素形成的改编作品、文创衍生品等创新成果依法予以保护,并引导当事人建立对非遗来源社区或传承群体的惠益分享机制”^[28]。司法机关可从民事法律关系识别和民事事实关系定性出发审理非遗获取和惠益分享案件,证据清单包括事先知情同意证明、共同商定条件文本、来源披露材料等。此类案件考虑暂由各地中级人民法院知识产权审判庭审理,合议庭组成应当考虑民事审判庭、环境资源审判庭的法官抑或专家陪审员、专家辅助人加入。以获取和惠益分享思路重新审视已经审结的汤瓶八诊案^[29],原告若不将商标权争夺作为争议焦点主张惠益分享,而是直接主张盗用或者滥用商标导致的惠益返还,或将得到迥然不同判决结果,法律效果亦会更佳。

2. 关联制度

非遗获取和惠益分享关联制度指与非遗获取和惠益分享机理、功能、作用相似规则,大致有传承人酬劳补助制度、生产性保护制度和非遗保护基金制度。

传承人酬劳补助制度。中央和地方立法对传承人获取酬劳补助性质认定存在分野,《非遗法》第三十条并非多数非遗地方法律所承认的酬劳补助权利。即便如此,传承人一方面获得酬劳补助,一方面得到惠益分享利益,重复获益恐致不当得利,对传承人施加二次惠益分享并无不妥。对已获酬劳补助并得到惠益分享的传承人,除非提供相反证据,该主体与其他利益相关方强制惠益分享不可避免。

生产性保护制度。生产性保护显见于新生“非遗+文创”“非遗+研学”“非遗+数字”等模式范型。

①《中华人民共和国专利法》(1984年通过,2020年第四次修正)第五条第二款即违法不授予生物遗传资源专利规定。

一方面,生产、交换和消费等行为或活动自动认定为获取定义范畴。获取者生产、交换和消费均导致非遗物质利益溢出。“作为资本存量的非遗,可以直接进入最终消费领域,也可以与其他生产要素结合,进一步生产具有经济价值和文化价值的商品和服务。”^[30]另一方面,生产性保护尤需关注传承人与其他利益相关方的二次惠益分享。“建立合理的利益分享机制,···首先应用于该项目的保护,其次才是对相关权利者和经营者的回报···。”^[31]

非遗保护基金制度。非遗保护资金制度已由财政部、原文化部《国家非遗保护专项资金管理条例》(2013年通过)建构,仅广东省、上海市等省市制定非遗保护专项资金地方法律。当前非遗保护专项资金来源为单一财政拨款,渠道较为单一。非遗获取和惠益分享法律制度施行将拓宽基金来源,例如,结合物质利益的数量富余与程度丰沛,按阶段、周期、比例将货币惠益上缴国库或基金会以反哺国家和地方非遗保护传承。

(三) 规范表达

非遗获取和惠益分享制度的创设、运行仰赖专门法律类、知识产权类、文化产业类等不同主题、位阶的法律齐头并进、协同增效。

1. 专门法律

2025年文化和旅游部发布《非遗法》修订草案并面向全社会公开征求意见,2026年全国人大常委会立法计划拟考虑将《非遗法》提交审议。非遗获取和惠益分享法律制度构建可通过修改《非遗法》实现。该制度宜放置第四章“非遗的传承与传播”,归于第三十一条“非遗传承人应当履行义务”之前,大致表达为“获取者基于研究、开发、生产等目的获取非遗表现形式,应与传承人进行惠益分享。传承人应与其他利益相关方进行二次惠益分享。传承人、其他利益相关方惠益分享利益受法律保护,惠益分享争议纠纷可由行政机关或司法机关解决。文化旅游行政部门监督、指导各主体间惠益分享,并在特定情形下强制惠益分享。强制惠益分享要求、情形或者程序由文化旅游商生态环境、中医药等行政部门另行制定。”此条款避免引入权利表述改变传统公法结构,推动上下位非遗法律规范协调,缓和地方非遗超前立法“良性违法”窘境,也为司法机关提供间接裁判依据^①。该法律制度也需要《非遗法》重设第四十四条“非遗表现形式申请知识产权保护,申请者应当履行来源披露义务。来源披露义务履行适用知识产权法律、行政法规的规定。”该法律制度还涉及法律责任条款增补:“获取者未完成事先知情同意和共同商定条件获取非遗表现形式,视情节轻重由县级以上文化和旅游部门给予警告或罚款,责令改正或退出传承人序列,并纳入社会征信系统。”从法权结构表现形式来看,“权力-义务”使得具备特殊身份的传承人存在利益垄断进而阻隔利益流转可能性,最终导致非遗行政监督管理失序。《非遗法》应叙明该法律制度与生产性保护、非遗保护基金制度关系,如非遗获取和惠益分享助益生产性保护,非遗惠益分享货币惠益亦将作为非遗保护基金重要来源之一。

2. 知识产权法律

《著作权法》第六条仍然保留制定民间文学艺术作品著作权保护专项法规的转致规定。国家知识产权强国建设工作部际联席会议办公室发布《2026年知识产权强国建设推进计划》提出加强非遗知识产权保护^[32],同时研究制定《民间文学艺术作品著作权保护条例》(以下简称《民间文艺作品著作权条例》)。根据《民间文艺作品著作权条例》结合作者所做非遗司法判例实证分析,发现民间文学艺术与非遗表现形式部分重合,非遗作品的核心指称即民间文学艺术,非遗著作权司法保护聚焦民间文学艺术。《民间文

^①值得注意的是,请求权基础不应仅限实定法上的权利,亦包括尚未成为权利的利益,这点已在《中华人民共和国民法典》以及最高人民法院发布修改后的《民事案件案由规定》有所涉及。

艺作品著作权条例》(2021年版草案)第八条“授权机制”、第十一条“利益分配”初步涉及惠益分享议题,仍是著作权角度出发的编撰理路。在《民间文艺作品著作权条例》重启的时间档口,需要着重考虑如下问题:其一,与《非遗法》知识产权条款形成跨法域照应。执法机关和司法机关应具备将《民间文艺作品著作权条例》视为中国式非遗法律规范体系的意识自觉。其二,置入来源披露相关规定。现阶段非遗传承与著作权保护存在交织缠绕关系。同等位阶下应注重先后顺序:非遗著作权申请不得损害民间文艺作品著作权;非遗传承不得损害在先著作权。这便要求非遗著作权申请者应当履行来源披露义务,即事先声明或者告知申请的对象、议题和内容。非遗传承人亦应当履行来源披露义务,即披露使用或者参照在先权利的情节、程度、结果等事实。《商标法》(2023年修订草案,征求意见稿)^[33]第十五条新增禁止授予商标情形“同重要传统文化符号名称及标志相同或者近似的,但经授权的除外”^①,即含来源披露意味。相较著作权,非遗商标权直接纠纷较少,此时应结合《非遗法》规定于非遗商标转让情形下推行惠益分享。

3. 文化产业法律

文化产业立法遵循“价值-利益-需求-行为”运营规律。因为价值导致利益,利益生成需求,需求催生行为。只有认定非遗存在价值,文化产业发展才不会成为无水之木、无源之水。以非遗为代表的中国式文化产业发展不能脱离中国传统文化价值理念、目标和观点。《中华人民共和国文化产业促进法》(草案)并无专项条款涉及非遗获取和惠益分享。应考虑通过关联条款的解释和说明支持和鼓励非知识产权视域下非遗获取和惠益分享。“数字文化产业也不应只是传播扩散渠道,而应该是非遗的价值扩大器。”^[34]比如,依据主体、行业、收益、类型、主动性等要素逐步由地区试点向全国范围推广实施。经营规模大、行业辐射强、生产效益好、传承态度佳的主体应积极、主动惠益分享。自愿惠益分享不能情形下考虑由文化和旅游行政监督管理部门及相关部门强制惠益分享。借获取和惠益分享关注知识产权制度滋生精神利益失重、物质利益失衡情形,更好实现非遗“共有、共建和共享”。

四、结语

相较于十年前相关主题成果^[37],本文在内容和观点方面均做补充和修正。本文侧重于非遗获取和惠益分享的法律关系厘定、权利义务配给、定位功能设置、观念价值探究等论题。本文修正在于调整惠益分享权益表述。传承人、其他利益相关方基于获取非遗产生惠益应称“利益”而非“权益”,以更贴合、适应法理。至此,以惠益分享利益为核心内容、获取者和传承人、其他利益相关方和行政监督管理部门为承载关系,事先知情同意、共同商定条件等内部规范创制,转致与确证条款、知识产权来源披露制度、纠纷争议司法制度、传承人酬劳补助制度、生产性保护制度、非遗保护基金制度等外部规范配套、协同的非遗获取和惠益分享法律制度图像正式生成。获取和惠益分享法律制度创制,可能成为《非遗法》以及其他关联法律修改的重要议题关切和主要制度创新,亦将进一步优化完善我国非遗法律制度体系,更好地平衡各利益相关方间权益。

参考文献:

- [1] 齐爱民,赵敏.非物质文化遗产系列研究(五)非物质文化遗产商业开发中的利益分享机制之确立[J].电子知识产权,2007(8):21-24.
- [2] 丁丽瑛.保护非物质文化遗产与开发传统文化产业的结合路径[J].海峡法学,2011(3):12-17.

^①《中华人民共和国商标法修订草案》(征求意见稿,2025)删除“同重要传统文化符号名称及标志相同或者近似的,但经授权的除外”禁止授予商标情形。

- [3]袁晓波 崔艳峰. 论非物质文化遗产获取和惠益分享原则[J]. 湖南社会科学 2013(4): 69-73.
- [4]刘勇军. 中国非遗惠益分享立法的逻辑与模式[J]. 文化遗产 2022(1): 17-23.
- [5]李一丁. “生物-文化多样性”理念证成与非违法治创新[J]. 东南文化 2024(1): 6-13.
- [6]马知遥 刘智英 刘垚瑶. 中国非物质文化遗产保护理念的几个关键性问题[J]. 民俗研究 2019(6): 39-46, 157-158.
- [7]耿波. 地方与遗产: 非物质文化遗产的地方性与当代问题[J]. 民族艺术 2015(3): 59-67.
- [8]吴兴帆. 对非物质文化遗产传承人制度设计的思考[J]. 中南民族大学学报(人文社会科学版) 2017(2): 51-55.
- [9]李一丁. 论非物质文化遗产传承人私权利相关的几个问题[J]. 文化遗产 2015(4): 20-25, 157.
- [10]李一丁. “非遗”传承人权利保障机制地方法制评述: 兼论“非遗法”的反思与完善[J]. 东南文化 2018(6): 12-17.
- [11]刘晓. “一带一路”倡议下非物质文化遗产国际保护的中国进路[J]. 贵州师范大学学报(社会科学版) 2021(6): 135-144.
- [12]杨红朝. 非物质文化遗产的文化权利保护[J]. 郑州大学学报(哲学社会科学版) 2012(4): 54-58.
- [13]韩小兵. 非物质文化遗产权: 一种超越知识产权的新型民事权利[J]. 法学杂志 2011(1): 35-41, 144.
- [14]聂鑫. 制度理性下的非物质文化遗产财产权保护研究[J]. 文化遗产 2021(4): 49-57.
- [15]董之伟. 法权说之应用[M]. 北京: 中国社会科学出版社 2022: 82.
- [16]卡尔·威尔曼. 真正的权利[M]. 刘振宇, 等译. 刘振宇, 校. 刘作翔, 审定. 北京: 商务印书馆 2015: 327.
- [17]珍妮特·布莱克. 国际文化遗产法[M]. 程乐, 袁誉畅, 谢菲, 等译. 北京: 中国民主法制出版社 2021: 220.
- [18]萧放 张士闪 宋俊华, 等. 非物质文化遗产保护“十问”[J]. 原生态民族化学刊 2023(1): 1-15, 153.
- [19]鲁春晓. 非物质文化遗产权利流转与嬗变研究[J]. 民俗研究 2023(5): 120-130, 160.
- [20]黄涛 郑文清. 非物质文化遗产保护工作中社区认同的内涵与重要性[J]. 中国人民大学学报 2018(1): 27-36.
- [21]郑迦文. 非物质文化遗产保护的创新模式研究[J]. 江西社会科学 2016(4): 242-246.
- [22]澎湃网. 困在槟榔产业里的湘潭市: 年产值超 200 亿, 今被迫踩下刹车[EB/OL]. (2021-10-19) [2025-08-10]. https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_14970636.
- [23]中华人民共和国中央人民政府. 中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于进一步加强生物多样性保护的意见》[EB/OL]. (2021-10-19) [2025-11-01]. http://www.gov.cn/zhengce/2021-10/19/content_5643674.htm
- [24]国家中医药管理局. 关于《中医药传统知识保护条例》(草案征求意见稿) 公开征求意见的通知[EB/OL]. (2021-10-25) [2025-11-01]. <http://www.natcm.gov.cn/fajiansi/gongzuodongtai/2021-10-25/22994.html>.
- [25]严永和 刘勇军. 中国专利法传统资源来源披露的制度构建: 以中医药传统知识为对象[J]. 中国医学伦理学 2020(10): 1167-1175.
- [26]中华人民共和国最高人民法院. 最高人民法院印发《关于充分发挥知识产权审判职能作用 推动社会主义文化大发展大繁荣和促进经济自主协调发展若干问题的意见》的通知. [EB/OL]. (2011-12-21) [2026-07-05]. http://www.wenming.cn/fwms/fwzwhy/201112/t20111221_433465.shtml.
- [27]中华人民共和国最高人民法院. 关于加强新时代知识产权审判工作 为知识产权强国建设提供有力司法服务和保障的意见[EB/OL]. (2021-10-29) [2025-11-01]. <https://www.court.gov.cn/fabu/xiangqing/329181.html>.
- [28]贵州长安网. 贵州高院出台十三项具体举措护航非物质文化遗产“两创”实践[EB/OL]. (2026-06-15) [2026-06-17]. <http://www.gzpeace.gov.cn/n1337/20260615/i66109.html>.
- [29]李一丁. 非物质文化遗产知识产权保护之殇 “汤瓶八诊”系列案评析[J]. 重庆理工大学学报(社会科学) 2018(4): 84-91.
- [30]王经绫. 责任、边界与矛盾: 政府支出视角下的非物质文化遗产保护[J]. 青海民族研究 2022(3): 116-123.
- [31]李荣启. 非物质文化遗产生产性保护的途径[J]. 文化学刊 2012(5): 117-122.
- [32]中华人民共和国中央人民政府. 国家知识产权强国建设工作部际联席会议办公室关于印发《2026 年知识产权强国建设推进计划》的通知[EB/OL]. (2026-04-17) [2026-06-18]. <https://www.gov.cn/zhengce/zhengceku/202605/P020260516464045387005.pdf>.
- [33]安徽省知识产权事业发展中心. 国家知识产权局关于《中华人民共和国商标法修订草案》(征求意见稿) 公开征求意见的通知[EB/OL]. (2023-01-14) [2025-10-27]. <http://www.ahipdc.cn/zwyw/tzgg/420095.html>.

- [34]彭验雅. 数字文化产业赋能非遗高质量发展的逻辑、困境与路径: 以贵州省为例[J]. 贵州师范大学学报(社会科学版) 2026(3): 122 – 131.
- [35]李一丁. 再论非物质文化遗产的法律保护: 以获取和惠益分享为视角[J]. 文化遗产 2012(3): 24 – 29.

(责任编辑: 蒲应秋)

Legal Principles and Structure of the Access and Benefit – Sharing System for Intangible Cultural Heritage

LI Yiding

(School of Law , Guizhou University , Guiyang , Guizhou , China , 550025)

Abstract: The legal regime for access and benefit – sharing of intangible cultural heritage (hereinafter " ICH") is factually grounded in both biodiversity and cultural diversity. A legal relationship of primary and secondary benefit – sharing should be established among the accessor , the inheritor , and other stakeholders. Because access does not constitute a mandatory obligation for the accessor , the benefits obtained by inheritors and other stakeholders cannot be characterized as rights , but merely as legally protected interests. The construction of the ICH access and benefit – sharing legal regime should adhere to the concepts of shared benefits , fair procedures , and subject – object classification. It should distinguish accessors of different statuses by setting criteria , delineate the order of benefit – sharing among the accessed objects and other stakeholders , establish internal normative elements such as prior informed consent and mutually agreed terms , and clarify the process and key points of secondary benefit – sharing. At the same time , attention must be paid to the coordination and interconnection of external normative elements , including referral and confirmation clauses , intellectual property provisions , judicial approaches to disputes , as well as the inheritor remuneration and subsidy system , the productive safeguarding system , and the ICH protection fund system.

Keywords: intangible cultural heritage; access and benefit – sharing; cultural diversity; biodiversity