



近期热门文章

- 新疆出土3300年前裤子 由3块布料缝制(图)
- 中国民协召开座谈会纪念“中国民间文学三套集成”启动30周年
- 中国大运河成功列入世界遗产名录
- 人类历史上首次对农耕家园进行全面盘点和记录
- 【陶立璠】为一民先生喝彩
- 《玛纳斯》演唱大师居素甫·玛玛依逝世
- 丝绸之路成功申遗 系首例跨国合作成功申遗项目
- 大运河申遗成功背后那些事
- 【陶立璠】“留住记忆”的伟大工程
- 大学生对民间信仰的认知和价值取向
- 文化部办公厅关于公示第四批国家级非物质文化遗产代表性项目名录推荐项目名单的公告
- 《城镇村寨和民俗符号——羌文化走访笔记》
- 【冯骥才】行动起来，盘点我们文明的家园——冯骥才在“中国传统村落立档调查启动仪式”上的讲话
- 庄孔韶 麻国庆：人类学所理解的“传统”
- 【陶立璠】天空、太阳——大地、山岳
- 马文化由“政治”到“审美”的流变
- 【施爱东】民俗学在非物质文化遗产保护运动中的尴尬处境
- 关于新阶段非物质文化遗产传承保护的思考
- 舌尖上的清真文化
- 黄涛：节日庆典的民间传承与政府介入
- 记录乡村 留住乡愁
- 传统村落 文化之根
- 世纪老人和“他的史诗”——记《玛纳斯》史诗演唱大师居素甫·玛玛依
- 传承“太阳文化” 感受“日照太阳节”
- “民间故事大王”杨久清病逝

首页-民俗研究-对非物质文化遗产立法保护的几点思考

more...

对非物质文化遗产立法保护的几点思考

2008/6/24 20:25:20

转到腾讯微博

对非物质文化遗产立法保护的几点思考

章建刚

与《文物法》等物质文化遗产保护立法相比，非物质文化遗产保护立法有更多的复杂性。归根到底，它不仅涉及（文）物涉及到（非物质文化遗产传承）人的问题，而且在其对象形态、流传范围、传承人与相关遗产的继承关系等方面有不少难以界定之处。一些法律专家希望保护可以一步到位，落实到对相关民事权利的保护上。但非物质文化遗产保护似有比知识产权保护更为复杂的情况，具体的法律设计更为困难。就我所接触的情况看，在几个重要问题上专家学者有一些争议。我觉得这些问题应该结合对非物质文化遗产本身的特质，尤其其历史命运，进行更深入、更广泛的讨论。这样做对于提高相关立法的质量大有益处。

一、非物质文化遗产自身的特质

不了解非物质文化遗产的历史属性和自身发展特点就难以对其进行有效的法律保护。《保护非物质文化遗产公约》对其保护对象下的定义是：“非物质文化遗产指被各群体、团体、有时为个人视为其文化遗产的各种实践、表演、表现形式、知识和技能及其有关的工具、实物、工艺品和文化场所。”这显然只是一个工作性定义，可以避免定性方面的偏颇，但又一定程度上陷入循环定义。《公约》在此定义之下还不无赘言地开列了非物质文化遗产包括的五个方面：（1）口头传说和表述，包括作为非物质文化遗产媒介的语言；（2）表演艺术；（3）社会风俗、礼仪、节庆；（4）有关自然界和宇宙的知识与实践；（5）传统的手工艺技能。这仍然没有让人们对非物质文化遗产的性质有更多的了解。

我们从五个方面对其加以界定：他们总是流传在一些相对封闭的小型社会当中；他们主要属于前现代尤其是农业文明；他们往往具有功能性，负载了特定的伦理—政治—宗教功能；他们的产生带有随机性、即兴性；他们的作品往往具有多种版本或表现形式。这样我们可以了解到，非物质文化遗产不具有固定的作品形态。这不仅说他们主要由传承人的口头表述或肢体行为所负载，而且说，他们往往不是前现代社会成员的身外之（财）物，而是其内在的存在状态。必须考虑这种状态如何加以“保护”。

进而，他们之所以濒危而成为“遗产”，主要是现代化“惹的祸”：是较为片面的现代化进程将其作为“过时的”文化几乎一扫而光了。所幸在当今这个“后现代”或第二次现代化进程中，文化复兴了，非物质文化遗产被作为后现代的文化资源大力挽救。因此，他们因此获得了最后的机遇。但是必须意识到，这里“他们”和“我们”之间是有“时间差”的，因此双方的交往包括我们所说的“保护”需要贯彻一种伦理原则。

从这些规定中我们也可以推论出，尽管他们源远流长，却也没有几千年乃至更久的“原汁原味”，其尚可耳闻目睹的表现形式不过比我们的现代化进程有稍早些年的经历吧。一般说，种种非物质文化遗产都会经历一个从较简单的、集体性的民俗礼仪、节庆活动经分工，随着社会发展不断向分散的、更精致的、更多个人风格的工艺、技能转化并形成特定（无形或非物质）作品、产品的过程。并且这些技艺和产品也可以找到特定的流通、交换、传播、消费方式

这也就是说，即使现代化的一方如果不刻意挤压、限制甚至彻底抹杀他们，这些小型社会及其文化都会慢慢完成自身的现代化转型。但由外力促成的转型与内力造成的转型会有一些区别。后者往往可以将自身既往的价值表现形式更多地带给现代或是后现代的文明。这之间的利弊权衡是个微妙的问题。

我认为，这样理解非物质文化遗产要更平实一些。在此基础上可以讨论两个问题：非物质文化遗产保护的国家责任和选择标准问题；在什么情况下可对非物质文化遗产予以知识产权形式保护？讨论之后可以得到一个推论，即我们首先需要一部行政法还是一部民法？

二、非物质文化遗产保护的国家责任和选择标准问题

我国是一个后发现代化国家，和一些先步入现代化的西方国家相比，它的现代化模式是赶超型或跨越式的。社会化大生产的本性使这个难免仓促的进程势必大批而迅速地摧毁原有相对封闭的乡土社会。粗放工业体系的构建有对潜藏在乡村的资源和原材料的巨大需求，工厂矿山水库、公路铁路及大型通讯设施径直布局于小型社会密布的乡间版图，去除了它们的植被，改变了它们的景观。发展起来的商业网络和媒体网络覆盖农村，现代教育体系以新的知识体系教化了几代乡民，乡土社会居民原来相对完整的宇宙观背景现在明显破碎，乡村的人际关系准则和生活仪式的模式也更加多元化。在这个进程中，它们原有的文化表达、文化认同被抛弃殆尽。这不是一种错误，而是一种历史命运。但也是因此，一个经济上正在迅速成长、国际地位正在迅速提高、文化影响力正蓄势待发的国家的政府，有必要以更全面、更多责任感的态度来对待非物质文化遗产保护问题。

民俗大家

more...

民间艺人

more...

国家在这个问题上有三重责任。其一，帮助各非物质文化遗产地的社区和居民，以更新的技术手段更完整地记录、整理、发表各种遗产形式。其二，更多尊重遗产地居民对发展道路的选择，通过对话解决相互依赖的各种问题。在发展中，尤其要关注其文化表达形式的传承与创新。第三，既然现代化进程已经去除了许多前现代文化遗产，那么对于剩余的遗产应该予以格外补偿。因此要考虑更多恰当的优惠措施。

这就是说，今后的发展将更多统筹兼顾，势必也更多宽容。但无论国家发展到什么程度，财政增加到什么程度，公共投入都不可能绝对充裕。国家动用公共财政所采取的保护措施必然是有限的，因此需要对各类非物质文化遗产进行选择，进行优先性排序。国家只可能保护最重要或者是高度濒危的非物质文化遗产。向政府部门授予过多的职责将使其无力承担，无法予以有效监督和问责。因此就必然有一个选择标准的问题。目前保护法的若干草稿中都有一个提法，说国家要保护“具有历史、文学、艺术、科学价值的”非物质文化遗产。应该说，这比早先说要以科学、艺术的标准选择保护对象有了一些改进。但这个提法仍然是有歧义的，如果出现在正式法律文本中，会给执法带来很多模糊和不确定因素。

我们说，欠缺反思的现代化进程有意无意地扫除了各种前现代的非物质文化存在形态，同时也埋葬了它们作为符号形态所负载的各种珍贵价值资源；而这些历史、文学、艺术、科学价值本来可以成为当代人生存及文化创新创造的基础、源泉和重要参照。这里所谓“具有历史、文学、艺术、科学价值的”这一短语中的几个定语既可能是评价性形容词的用法，也可能是介词结构的用法。如果翻译成英文，既可能成为historical, literate, artistic, or scientific values, 也可能成为values of history, literature, arts, and science. 我认为，有必要选择明确的表达，让这个词组仅表达英译文后一层意思。

我们知道有人曾认为非物质文化遗产是迷信，也许这些人没有阅读过弗雷泽的著作《为迷信辩护》。实际我们将那些遗产当作迷信的时候，我们自己正陷于一种对近代科学的迷信之中。我们并不能根据这些非物质文化遗产所表达的价值是否足够传统、足够艺术或足够科学来进行保护资格认定。相对于今天的科学，他们总是不那么科学的；相对于不断受到挑战的文学或艺术的概念，他们几乎总是表现力有限的；而相对于人对自身存在状态的不断探索，他们所负载的价值观念往往是过时的。因此，我们需要进一步的尺度对其进行筛选。事实上，我们或许应该根据这些符号遗存的精致度和珍稀度、其符号所指的丰富度和符号能指的清晰度与灵活性等指标，来对非物质文化遗产进行列入保护资格的遴选。

三、在什么情况下可对非物质文化遗产予以知识产权形式保护

一些法学界专家认为，对非物质文化遗产的法律保护就是确定其产权归属，让这些遗产的传承人取得其知识或技术的知识产权，并可以依法转让、出售。这一动机无可厚非：知识产权立法就是要保护原创的积极性。但问题是，知识产权属于现代范畴，这无论是独立的个人还是其财产都得到了充分的肯定。适用于知识产权法保护的对象是可以清晰界定的；其所有人也是明确的。但对绝大部分非物质文化遗产来说，这些条件恰恰是不具备的，因此很难适用。

一些专家想到了持有人这个概念。意思是说，这些传承人虽然不是这些遗产的明确的创作者，因而不能定义他们为所有人，但这些遗产事实上就在他们手里，因此也应该具有相关的权利。这有些像非遗继承。但各个遗产的持有人很多，甚至难以完全认定。尤其是当一种遗产还处于民俗或宗教仪式状态时，怎么去确定其持有人呢？有的专家认为可以选择或指定一个法人代表。这似乎更难操作。尤其是一些草案文本甚至希望由地方政府作一些无主遗产持有人。这时似乎持有人连传承的技艺都不用具备，听上去更不合理。

从经济学的角度说，一个产品或服务要求获得知识产权，其前提应有两个方面。一是其作品的产生需要有一些过人的诀窍，对文化艺术作品来说，是要有特定风格或技巧；其二是有明确的市场需求。有需求而极易获得的东西没有稀缺性，因而不具有经济品的性质。反之有需求而供应不足的产品极易出现仿制品，而在复制技术突飞猛进的时代，对文化产品进行复制传播已经变得易如反掌。传播商甚至可以完全不依赖生产者（即产权所有者）就将其作品大量复制送上市场，而将所有所得据为己有。这显然会极大伤害原作者的权益及继续创作的积极性。而在这个时代，文化原创变得空间短缺，一个民族如果不进行知识产权保护，就意味着在根本上放弃话语权、放弃文化竞争、放弃创造或创新。这对任何文化都是致命的。

但是文化事物还有另外一个方面，其伦理本性要求传播，渴求得到更多人的认同；它要让消费者在尝试后产生喜好和需求。因此，生产者在获得知识产权收益前，会有一个培育市场的阶段。这是由长远动机和销售策略促成的。里面有一个声明知识产权所有的时机问题。对于多数已处于濒危状况的非物质文化遗产来说，他们能够不胫而走，声名远播是巴之不得的事。这时知识产权还是一个远水不解近渴的东西。有了这个保护他们可能消失得更快！

说到底，知识产权制度是保护创作创新积极性的，对任何作品的保护也都有时限规定。文化产品具有深层的公共属性。因此希望有人能靠祖先留下的遗产吃上几辈子本来就是不符合知识产权保护的立法主旨的。

那么，对非物质文化遗产究竟需不需要以知识产权的方式加以保护呢？我以为并不是完全没有意义和必要性。也许应该让其末端和现代市场制度、知识产权制度接轨。前面讲过，非物质文化遗产本身有个发展过程。一些精致的作品、能工巧匠的技巧、专门家的个性表达和独立创作会在其流传过程中慢慢分化、产生出来。我们在扶持各种非物质文化遗产传承的过程中，应有意识地鼓励其内部产生创新和创作活动，并帮助这些作品和作者及时取得相应的知识产权。这样才一方面鼓励了小型社会中特定非物质文化遗产的传承；另一方面向更大共同体输送了具有特殊性的价值表达，增进其文化多样性的丰饶度。问题是，这样做既不需要有新的专门立法，也不需要由政府作所谓持有人。

四、我们亟需一部保护非物质文化遗产的行政法

结论已经变得很清楚：我们首先需要一部有关非物质文化遗产的行政法。这部法不可缺少。首先，我们已经是《保护非物质文化遗产公约》这部国际法的成员国，因此需要一部国内法与之配套。其次，我们正在推行以政府职能转变为主要方式的政治体制改革，向一个全面法制化的国家转型。我们政府的每一项行政权力都应是经过民主程序和相关法律明确授权的。而且从当前的情况看，保护非物质文化遗产的工作主要还是公共文化服务的一项内容，而公共文化服务目前还是由政府为主导的。因此《非物质文化遗产保护法》应该是一部行政法，既宣示国家在这个问题上的立场和政策取向，又规范政府职权责任。

一部对非物质文化遗产保护有较大实效的法律，需要对相应问题的透彻了解。应在文本中细化

政府在对待不同类型非物质文化遗产进行保护的取向。例如，对于尚处于仪式、民俗阶段的非物质文化遗产主要是保护其持续存在和自主发展，努力从多种角度认识其价值的复杂性，同时加强对它的调研、记录与沟通；而对于已经发展到有独立作品形态或高难个人技艺水平的遗产品种，又应分别其有无市场前景做不同对待。有市场需求的支持其产业化操作，以贸易的方式促进文化的“走出去”。而暂时没有市场前景的则主要靠政府公共服务支持。这些专业问题都需要在立法和政策制定过程中认真处理。

制定一部好的行政法意义非常大，但也有一定难度。这主要是因为传统上我们的法律对政府授权较大，甚至预留许多空间，造成政府工作的任意性较大，结果往往是既有越位，也有缺位；既损害了公民的权益，又损害了政府形象。这方面的问题应特别注意防止。有的草案文本中各级政府文化主管部门竟然可以同时成为非物质文化遗产的持有人、申请人、评审人和保护措施执行人。这样既作裁判又作运动员的制度设计有违基本常识，如轻易通过将使行政风险极大，应慎重研究。

法学界一些专家更注重对民事权利的立法保护。这当然是正确的。但对于我国当前的非物质文化遗产保护工作来说，一部行政良法更为亟需。明确了政府的特定职责，就潜在地规范了公民的相应权利。如果政府表示应更多尊重遗产地居民对现代化发展方式的选择，那么，这些遗产传承人群的公民权利也就得到了事实上的认定。上面提到可对非物质文化遗产分别三种情况对待，如果是这样，则各类遗产传承人就享有了三种对应的民事权利。再如果法律肯定民间社会和非政府组织也可以参与遗产保护的公共服务，那么公民的权利也得到了确认。反之对政府授权不精准，无论是过多还是过少，都势必造成对公民民事权利的侵害。

总之，《非物质文化遗产保护法》是一部规范各级政府及文化主管部门进行与非物质文化遗产保护相关的公共文化服务时的目标、原则、职责和权限的法律，也势必涉及并调整在非物质文化遗产保护工作中政府（及其它公共部门）、私人部门、专家、各类非物质文化遗产传承人（含集体）之间的相互关系，所以也有一个到底哪些人有权享有政府这一公共服务的民事权利问题。对于非物质文化遗产立法工作我们不仅有深厚的情感，还要有理性的思索。我们不仅要直接处理对各类非物质文化遗产进行有效保护的问题，也间接地在处理我们公共文化服务的制度设计问题，处理和落实以人为本、科学发展观和和谐社会构建的战略全局性问题。希望我们拿出来法律文本要能经得住推敲，与制度设计相关的工作能做得更精彩。

文章出处：中国社会科学院院报
本网发布时间：2008-5-8 9:32:02

【 关闭本页 】

友情链接

[北京大道文化](#) [中国民间文艺家协会](#) [中国藏族民俗网](#) [中国民俗学网](#) [中国非物质文化遗产网](#) [民间文化青年论坛](#) [社会学人类学中国网](#) [福客民俗网](#) [民族网](#)

[关于我们](#) [友情链接](#) [意见建议](#) [在线联系](#) [加入收藏](#)

主办：中央民族大学民俗文化研究中心 北京大道文化节目制作有限公司 国际亚细亚民俗学会中国分会
Copyright 2006 www.chinesefolklore.com All rights reserved. 中国民俗网 版权所有
京ICP备12040786-2号