

保护非物质文化遗产与开发传统 文化产业的结合路径

丁丽瑛

(厦门大学法学院, 福建厦门 361005)

摘要: 非物质文化遗产是存在于现代的活态传统文化表征, 它的存在和传承形态与现代传统文化产业或产品密切相关。面对商业开发中非物质文化遗产保护存在的现实问题, 应当“警惕危机更看重机遇”, 必须克服过于依赖政府而忽视市场的观念, 找寻保护非物质文化遗产与开发传统文化产业的结合路径, 具体包括: 产业扶持与市场准入的结合; 文化传承与产品创新的结合; 公权管理与私权保护的结合。

关键词: 非物质文化遗产; 传统文化产业; 结合路径

中图分类号: G122

文献标识码: A

文章编号: 1674-8557(2011)03-0012-06

一、不容忽视的非物质文化遗产的存在和传承形态

按照《保护非物质文化遗产公约》第2条的规定,“非物质文化遗产”是指“被各群体、团体或个人视为其文化遗产的各种实践、表演、表现形式、知识和技能及相关的工具、实物、工艺品和文化场所”。2005年3月我国国务院办公厅发布的《国家级非物质文化遗产代表作申报评定暂行办法》第2条规定:“非物质文化遗产指各族人民世代相承的、与群众生活密切相关的各种传统文化表现形式(如民俗活动、表演艺术、传统知识和技能以及与之相关的器具、实物、手工制品等)和文化空间”。作为国内第一个以“非物质文化遗产保护”为题的地方性立法,《江苏省非物质文化遗产保护条例》回避了对“非物质文化遗产”的一般性定义,仅在第2条以列举的方式规定条例所称的非物质文化遗产范围。虽然学界基于上述条款而对非物质文化遗产的概念界定有不同的理解,但对非物质文化遗产的整体性概念的基本特征基本形成共识,认为非物质文化遗产具有“口头性”、“集体性”、“传承性”、“环境依附性”和“变异性”。^[1]2011年6月1日起施行的《中华人民共和

*本文系2009年国家社科基金项目《地方文化生态区建设中的知识产权问题研究——以非物质文化遗产的开发和保护为中心》的研究成果,项目编号为:09BFX003;系2008年福建社科基金项目《福建省非物质文化遗产开发中的知识产权保护研究》的阶段性研究成果,项目编号为:2008B117。

【收稿日期】2011-08-19

【作者简介】丁丽瑛(1965-),女,江苏宿迁人,法学博士,厦门大学法学院教授,博士生导师。

《中华人民共和国非物质文化遗产法》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：（1）传统口头文学以及作为其载体的语言；（2）传统美术、书法、音乐、舞蹈、戏剧、曲艺和杂技；（3）传统技艺、医药和历法；（4）传统礼仪、节庆等民俗；（5）传统体育和游艺；（6）其它非物质文化遗产。属于非物质文化遗产组成部分的实物和场所，凡属文物的，适用《中华人民共和国文物保护法》的有关规定”。

认识非物质文化遗产不仅应当明确其概念以界定其所指对象，还应当从现代社会关系出发，因为非物质文化遗产是存在于现代的传统文​​化表征。法律对因它而产生的社会关系的调整以及对它所采取的具体保护措施必须根植于非物质文化遗产在现代生活的存在形态，特别是对它的价值性的认识不能脱离现实生活需要及传统文化产业开发的考察。非物质文化遗产不是博物馆珍藏的文物，它与物质性文化遗产的不同在于它是活态文化，既有历史积淀下的特定“文化基因”，也反映现代生活的动态发展和变革。因此，笔者认为，非物质文化遗产在现代生活中尤其是在传统文化产业开发中所显现的存在和传承形态是值得归纳和关注的，而这些形态特性恰恰是影响处理保护非物质文化遗产与开发传统文化产业的关系的重要因素。

首先，非物质文化遗产是口头传承、动态变异，并融合于现代传统文化产品中。任何将非物质文化遗产孤立于现代文化构成之外来看待而形成的观点都是不适当的。非物质文化遗产虽为一种“遗产”，但是从它的存在形态上分析，却是融合于现代的传统文​​化之中的，是构成现代传统文化的一个重要因素。从形式上看，非物质文化遗产往往不具物质性表现载体而主要借助口头传承，是一种抽象的文化现象，因而具有弹性的变异空间。基于这样的认识，非物质文化遗产保护的​​法律目标在于保障文化多样性下对非物质文化遗产的“文脉”即文化特质提供保护，维护其不发生质的改变，但不应禁止在此前提下产品的多样性发展和传统文化产业的开拓。唯有如此，才能真正贯彻保存与可持续性发展相结合的原则，才能体现法律保护的价值。

其次，非物质文化遗产已经成为支撑地方特色经济的传统文化产业的重要来源，文化传承与产业开发具有十分密切的关系。正如学者所指出的，非物质文化遗产的开发具有十分突出的经济价值：它有助于地方特色经济的形成，可以孵化和培育具有中国文化特色的新产业；有助于促进区域经济合作目的的实现；具有可循环使用、无污染的经济特征，有助于实现节约型、环保型的经济发展模式。^[2]着眼于当前及未来经济发展趋势，文化产业被确定为未来经济发展的新的增长点，成为一个地区乃至国家重要的支柱产业。而文化产业的竞争和推动核心之一在于文化产品的附加值。我国的许多地区拥有个性突出的地域文化特色和民间文化艺术优势，传统文化资源丰富，因此应当将非物质文化遗产作为一项重要的文化产品的高附加值来看待，并通过适当的制度设计使它的商业利用价值转化为财产或市场竞争优势。

最后，非物质文化遗产从历史形成上看虽具集体性，但在现代传承中却有相对确定的代表性传承主体，而且该传承主体又往往作为市场主体参与了文化产业活动或经营。一方面，非物质文化遗产的形成和传承不仅具有鲜明的地方性，而且是渗透着共同祖先的灵魂和凝聚着群体智慧的集体记忆，从这一意义上说，非物质文化遗产的集体性是不可否认的。另一方面，从当前的现实出发，保有和守护着特定的非物质文化遗产的却往往是一个特定的主体，该主体可能是一个团体、组织，也可能是一个家族，甚至可能就是一个自然人，现有的规范将他们归为非物质文化遗产“代表性传承

人”或“代表性传承单位”。对于这些传承人或传承单位而言，非物质文化遗产是构成他们个体生存和发展的基础，而不仅是兴趣爱好或副业，也非公益事业。这使非物质文化遗产的传承往往是在传统文化产品的开发、提供和消费活动中进行的。因而，仅将非物质文化遗产的传承视为一种社会公益是不够的，必须重视传承人或传承单位的市场主体地位和经济发展需要，对非物质文化遗产保护所设定的政策或措施不仅应当包括公权管理上的扶持、抢救和弘扬等，而且也应当包括私权保护措施的强化。

二、商业开发中非物质文化遗产保护面临的问题

面对全球化和现代化的冲击，非物质文化遗产正在面临现实的流失与淡漠。在我国，尤其令人心痛的是，以非物质文化遗产为核心的传统文化产业在我国许多地方的发展缓慢，尚未发挥助飞地方经济的动力，却成为流失海外的娱乐产业或产品的高附加值。正如上文所指出的，非物质文化遗产的保存与传承是与文化市场的需求紧密相关的，因此，我们探讨非物质文化遗产保护面临的现实问题以及应当采取的对策或措施，都离不开非物质文化遗产的商业开发。综合目前的资讯及研究，笔者认为，非物质文化遗产保护面临的现实问题主要体现如下：

第一，在非物质文化遗产的保护观念上，未能处理好保存与发展的关系，保护非物质文化遗产与开发传统文化产业脱节、失衡。这主要反映为两种极端：一是在商业开发中，非物质文化遗产的商品化现象越来越严重，非物质文化遗产的原貌逐步被扭曲和改变，致使其内涵和价值最终被扭曲，因此导致非物质文化遗产的“异化”；^[3]二是未能充分重视市场的调节作用和正确处理好保留和传承非物质文化遗产的文化特性与创新传统文化产品形式及开发传统文化市场的关系，忽视传统文化市场的需求和价值，因此导致非物质文化遗产的“僵化”或与现代生活需要的“格格不入”。

第二，在非物质文化遗产的保护方式上，过于强调公权管理而忽视私权保护，非物质文化遗产传承中的私权利益未获得适当的彰显。这主要反映为两个问题：一是对非物质文化遗产开发中衍生的传统文化产品的知识产权利益重视不够；二是对非物质文化遗产代表性传承人或传承单位的私权主体定位不清，也制约了传承人传承及创业的积极性。

第三，在非物质文化遗产的保护措施上，重视宣扬非物质文化遗产的文化价值，忽略挖掘非物质文化遗产的经济价值，急于其创新和发展。一方面，政府的政策高调，但资金上的鼓励和扶持力度有限，难以满足非物质文化遗产保存与发展所需要的经济支撑，许多代表性传承人或传承单位在观念上过于依赖政府，往往面临经费筹措困难之制约发展瓶颈；另一方面，现实中对非物质文化遗产的商业开发模式散乱，管理与利用政策弹性或张力过大，适当的利益分享机制未能获得很好的引入或引导。

三、保护非物质文化遗产与开发传统文化产业的结合路径

为了解决这些现实问题，在非物质文化遗产保护的决策或制度设计中，应当“警惕危机更看重机遇”，必须克服过于依赖政府而忽视市场的观念，找寻保护非物质文化遗产与开发传统文化产业的结合路径，并将它融入《非物质文化遗产保护法》之规定中。具体而言，笔者认为以下的结合方案是值得考虑的：

（一）产业扶持与市场准入的结合

既然承认非物质文化遗产为活态文化，就应当给它适当的发展空间，并且该发展空间又是与市场需求紧密相关的。在非物质文化遗产保护上，应当贯彻政府与市场相结合的原则。政府扶持体现的是政策导向、产业引导和社会公共利益的维护，具体的措施包括财政经费支持、税收优惠、融资

帮助等等。同时,值得重视的另一举措是传统文化市场准入上的管理。2007年6月文化部正式批准设立闽南文化生态保护实验区,这是中国首个国家级文化生态保护区,可以预测,在未来,文化生态保护区可能成为各地对非物质文化遗产提供整体性保护的一种重要模式。

为了防止非物质文化遗产在商业开发过程中被“异化”,其中一个十分重要的手段就是通过市场准入管理保证非物质文化遗产的原生态传播。在市场准入管理中应当做好三方面的工作:一是将非物质文化遗产代表性传承人或传承单位作为考察合格市场主体的关键因素,特别是在文化生态区建设中,必须将保护和扶持非物质文化遗产的代表性传承人或传承单位放在优先的位置,予以重点关注;二是尊重非物质文化遗产保存和传承的历史脉络和客观规律,承认非物质文化遗产在现代生活中继续存在的重要性和固有价值,维护其原生态下的传承、利用和发展。应当尽可能地保障任何合法、正当的商业开发不会导致非物质文化遗产的“异化”或“变相流失”;三是保障传统社区的生存和发展权利,建立发源地参与和适当的利益分享机制。对非物质文化遗产的商业开发可以采用多种模式进行,^[2]必须重视和加以思考的关键性问题是这种商业开发,代表非物质文化遗产特定利益群体或主体的传承人或传承单位基于这种商业利用获得哪些利益,该利益的实现是否足以维护其生存和发展的需要,是否足以保证其获得与其他人群同样的生活质量和发展空间的可能性。在这样的要求下,首先需要优先考虑的是在市场准入上突显非物质文化遗产代表性传承人或传承单位在保存和利用非物质文化遗产开发传统文化产业或产品上的优势利益;其次在前一种情形明显存在事实上的障碍或困难,需要考虑借助非物质文化遗产代表性传承人或传承单位以外的其它主体之力量加以传承并使非物质文化遗产获得有效和正当的利用时,则需要给予必要的制度约束,保障非物质文化遗产代表性传承人或传承单位得以参与决定非物质文化遗产的利用,并以适当的方式分享因此所获得的经济利益。

(二) 文化传承与产品创新的结合

正如学者所指出的,“保护传统知识并非仅仅为了使某些可能已经过时的知识不致消灭,更不是为阻止现代社会的人们利用那些有价值的传统知识;恰恰相反,保护的目的是为了更好、更积极地利用。一方面,在全人类共同走向现代化的背景下保持文化与传统的多样性;另一方面,积极挖掘传统知识的人类生产与生活中特有的作用和价值,使其服务于现代社会与现代文明。”^[4]同样,非物质文化遗产保护的意义和价值也不在于对非物质文化遗产进行“文物考古”,而在于发展性保存和可持续性利用。所谓的发展性保存,就是应当维护非物质文化遗产的动态发展和革新,使之在保持自身传统文化特质的同时服务于现代社会发展。所谓的可持续性利用,就是应当将非物质文化遗产视为一种资源,一种需要人为的挖掘和利用才能发挥经济价值的财产,而不是锁在保险箱里也能增值的珠宝或文物。沿着这样的思路,我们应当处理好非物质文化遗产传承与创新、保护与利用的关系。

首先,应当正确认识非物质文化遗产传承与创新、保护与利用的关系。诚然,在保护非物质文化遗产的基本理念上,“非物质文化遗产的真正价值不是创新,而是保留”,^[3]但是无视非物质文化遗产在现代生活中的存在和传承形态,脱离现实的文化市场需求,这种理念的坚持无异是“纸上谈兵”。在非物质文化遗产的传承中,保留与创新完全是可以处于协调而不矛盾的和谐态势的。一方面,应当保留非物质文化遗产的传统文化特质;另一方面,应当以该传统文化特质为基础,创新文化产品的内容和形式。因此,从这一意义上说,可持续性的利用本身也是保护非物质文化遗产的一种方式。

其次,以传统文化产业开发带动和激励非物质文化遗产的传承。除了信仰、民俗外,许多非物质文化遗产是以民族或民间文学艺术表达或工艺来体现的,而这种表达或工艺又是与非物质文化遗产代表性传承人或传承单位的生存和发展紧密相关的。换言之,文化传承本是传承人或传承单位谋生之手段,而文化市场的认同和需求则是他们重要的经济出路。单靠政府的扶持或救济是难以维持传承人或传承单位的生存和经济发展的,而且对非物质文化遗产的“死汰留存”也不符合非物质文化遗产保护的精神和政策;因而应当调动传承人或传承单位开发传统文化产业的积极性,在保留文化命脉和不改变文化基因的同时,变革传承方式和创新传承产品,以开发传统文化产业所获得的经济利益来带动和激励非物质文化遗产的传承。

最后,在文化传承、文化认同中培育传统文化产品的消费市场,使文化欣赏与文化消费相结合。要使文化传承与文化产业开发相结合而成为地方经济的支撑或亮点,并产生良好的社会效益和经济效益,就必须重视消费市场的培育。虽然非物质文化遗产具有“自我繁衍”的功能,但是在当前的经济浪潮下,失去文化认同和市场需求,就很难摆脱“断代失传”或“加速消亡”的濒危命运。因而,无论是政府就保护非物质文化遗产所采取的具体措施,或是代表性传承人或传承单位的传承活动,不仅应当重视非物质文化遗产的展示、宣传、弘扬,使对传统文化的认同得以延续,而且应当重视市场运作规律,变革和开拓实现非物质文化遗产经济价值的途径或方式。

(三) 公权管理与私权保护的结合

在非物质文化遗产保护前期工作中,我们所采取的主要措施是发挥政府的管理职能和支持作用,采取普查、认定代表作、建立名录、确定和命名代表性传承人或传承单位,并对非物质文化遗产的传承和利用予以一定的经济救助或扶持。毫无疑问,对于非物质文化遗产的保护来说,这种具有公权介入属性的行政管理是十分必要的,但是另一方面私权保护模式的运用也是十分重要和不容忽视的,尤其是在非物质文化遗产的商业开发中。

将知识产权制度的运用融入非物质文化遗产的传承与保护是私权保护的一种重要选择。知识产权制度是对非物质性的知识信息提供财产权保护的法律工具,因而它对非物质文化遗产保护所能够发挥的作用是不可替代的。虽然由于存在许多现实的制度障碍及国际环境的考虑,《中华人民共和国非物质文化遗产法》最终并没有如部分学者所期望的直接赋予非物质文化遗产私权保护,而是明确排除了非物质文化遗产的私权保护模式,但同时也在第44条规定“使用非物质文化遗产涉及知识产权的,适用有关法律、行政法规的规定”,据此可以认为,非物质文化遗产的衍生品可以纳入现行知识产权的对象范畴。

第一,非物质文化遗产传承活动中延伸和创作出的文学艺术新作品可以依法获得著作权保护,即使它们已经被视为地方非物质文化遗产的新的代表作品,同样具有私人物品属性而得以主张私权利益。

第二,利用地理标志保护和商标注册制度,彰显非物质文化遗产发源地的地源价值。在这种模式的运用上,“铜梁火龙”商标注册就是一个典范。^[5]

第三,利用专利权制度对非物质文化遗产的开发提供消极性和积极性保护。消极性或防御性保护主要体现于制止不适当专利权的授予,即对于那些利用公开的非非物质文化遗产(主要是传统工艺)作出的发明创造获得专利独占权的行为进行规制。这种保护模式不仅需要依托于专利权制度的完善与变革,而且制度的实际运行也需要非物质文化遗产传承人或传承单位的积极主张。积极性保护主要体现于就未公开的非非物质文化遗产及其利用提出专利申请和获得专利权保护。当然,采取这种保

护模式必须考虑非物质文化遗产及其利用成果是否符合授予专利权的条件。

第四,重视传统文化产业开发中的反不正当竞争法的调整作用。在以下两个领域中,反不正当竞争法可以对非物质文化遗产提供保护:一是对符合商业秘密条件的非物质文化遗产提供反不正当竞争保护;二是对传统文化产业开发中采取不正当手段从事市场交易,损害竞争对手的不正当竞争行为进行制止。

第五,创设与现行专利权、著作权、商标权并行的非物质文化遗产特别权保护模式最具突破性与开拓性,但需慎行且具配套措施。我国台湾地区在2005年2月5日公布的“原住民族基本法”第13条中规定“政府对原住民族传统之生物多样性知识及智慧创作,应予保护,并促进其发展;其相关事项,另以法律定之”。此后,在2007年12月7日由“立法院”三读通过了“原住民族传统智慧创作保护条例”,与之并行的还有“原住民族传统生物多样性知识保护条例”(目前尚未颁布)。这些法案的立法思路便是按照特别权的模式对原住民传统智慧创作成果(相当于大陆的民间文学艺术作品)和生物多样性知识(相当于大陆的与生物多样性相关的传统知识)提供私权保护,这样的立法思路虽存在一定的施行障碍,但仍具其一定的创新与合理,值得大陆的借鉴。^[6]

参考文献:

- [1] 齐爱民.非物质文化遗产的概念与构成要件[J].电子知识产权,2007(4):17-21.
- [2] 齐爱民,赵敏.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.
- [3] 李晓秋,齐爱民.商业开发和非物质文化遗产的“异化”与反“异化”[J].电子知识产权,2007(7): 38-40.
- [4] 唐广良,董炳和.知识产权的国际保护[M].北京:知识产权出版社,2002:547.
- [5] 齐爱民,赵敏.非物质文化遗产的商标权保护模式[J].知识产权,2006(6):63-66.
- [6] 丁丽瑛.台湾地区原住民族非物质文化遗产权利保护立法评价[J].台湾研究,2010(2):37-41.

(责任编辑:张 韩)

(上接第 11 页)

参见2009年《台湾厂商在大陆智慧财产权保护问题调查与因应研究》,台“经济部智慧财产局”委托案,协同主持人:赖文平、蔡坤财、卢信昌。

参见2010年《两岸智慧财产权问题因应研究——落实台商权益保护计划》,台“经济部智慧财产局”委托案,协同主持人:赖文平、蔡坤财、杨泰顺。

笔者仅在国家工商总局和“非洲知识产权局”(“法语局”),2011年3月28日签订合作谅解备忘录找到类似的机制。第7条:双方依各自规定妥善处理商标、地理标志保护事宜,开展共同行动,防止恶意抢注行为,并充分保障权利人行使申请撤销被抢注驰名商标、地理标志的权利。在处理上述商标保护事宜时,双方可相互提供必要的资讯,并通报处理结果。见中华商标杂志2011年6月号,第9、10页。

参见台“智慧财产局”2011年5月3日《海峡两岸智慧财产权保护合作协议执行成效》新闻稿。又台“智慧财产局”目前内部已统计至2011年6月5日止,计有25家厂商,涉有77件,但截至2011年7月20日仍未在“官方网”公布。参见《两岸智慧财产权问题因应研究——落实台商权益保护计划》研究小组,为了解执法协处机制运作情形,于2011年5月2日与台“智慧财产局”举办座谈会。

① 第六次两岸商标论坛于2011年5月10日在台北举行,于论坛期间宣布“台银”、“台盐”商标恶意抢注已裁定撤销。

② 参见台“智慧财产局”2011年5月19日“两岸商标协处机制又传佳音”新闻稿。

参考文献:

- [1] 台“智慧财产局”.推动两岸智慧财产权保护合作协议之相关说明[R].台北:“智慧财产局”,2010.
- [2] 赖文平.海峡两岸智慧财产权保护合作协议与相关协议之比较[J].海基会两岸经贸月刊,2010(11).

(责任编辑:陈 嘉)