

# 非物质文化遗产的公共属性

孙昊亮\*

---

**内容提要：**非物质文化遗产具有文化本位性和公共物品的属性，关系公共利益，公权保护是最适合的保护方式。我国应该尽快立法，明确由政府承担保护非物质文化遗产的主要责任，以公权为基础，主要运用公法手段，在政府的主导下采取各种措施为非物质文化遗产的传承和发展提供平台、创造条件。非物质文化遗产的开发利用与保护是不同性质、不同领域的问题，政府应当引导和规范非物质文化遗产的开发利用和产业化，保证公共利益不被损害。

**关键词：**非物质文化遗产 公共属性 私权 产业化

---

## 一、引言

近年来，随着人类物质生活水平的提高和传统文化保护意识的增强，非物质文化遗产的保护日益受到人们重视。特别是2003年《保护非物质文化遗产公约》签订以来，世界各国特别是传统文化丰富的发展中国家对非物质文化遗产保护的热情空前高涨。我国更是掀起了一股非物质文化遗产热。2006和2008年，国务院先后公布了第一批和第二批国家级非物质文化遗产名录，有1075个项目被确定为国家级非物质文化遗产。由各地方确定的省、市、县级非物质文化遗产更是数不胜数。

理论上，近年来对非物质文化遗产保护的研究亦颇为热烈。有学者认为，应该将非物质文化遗产的保护作为政府责任，通过公权来保护非物质文化遗产。<sup>〔1〕</sup>也有学者指出，有必要在公权保护之外用私权来保护非物质文化遗产，私权保护有助于非物质文化遗产的保存、保护与弘扬。<sup>〔2〕</sup>多数学者主张采取公权与私权相结合的方式对非物质文化遗产进行保护。<sup>〔3〕</sup>

随着研究的进一步深入，学者们在单纯公权与私权保护之争的基础上提出了更为深入、具体

---

\* 西北政法大学副教授。

本文是2006年司法部项目“中国非物质文化遗产保护的法律问题研究”（06SFB2039）的阶段性成果。

〔1〕 参见牟延林、吴安新：《非物质文化遗产保护中的政府主导与政府责任》，《现代法学》2008年第1期。

〔2〕 参见黄玉焯：《论非物质文化遗产的私权保护》，《中国法学》2008年第5期。

〔3〕 参见徐辉鸿：《非物质文化遗产传承人的公法与私法保护研究》，《政法与法律》2008年第2期；张玉敏：《民间文学艺术保护模式的选择》，载吴汉东主编：《知识产权年刊》2007年号，法律出版社2008年版；黄玉焯、戈光应：《非物质文化遗产的法律保护模式》，《重庆工学院学报》（社会科学版）2009年第5期。

的观点。有学者认为,应当从传统文化的客体属性出发,对传统文化实行双重权利保护,即传统文化表现形式的知识产权和非物质文化遗产的文化权利。传统文化表现形式的知识产权是一种“集体产权”,而非物质文化遗产的文化权利是一种“集体人权”。因此,主张在传统文化领域,分别在私法和公法领域建立“传统文化表现形式保护制度”和“非物质文化遗产保护制度”。〔4〕也有学者主张对非物质文化遗产的保护采取特别权利模式——设立无形文化标志权,将非物质文化遗产保护与知识产权进行有机对接。〔5〕还有学者提出,对民族民间文艺等非物质文化遗产应当以集体主义作者观为指导,把有关少数民族或其村寨确定为权利主体;以独创性、集体性、传统性为保护标准,确认其精神权利、消极经济权利和以“经济补偿权”为内容的积极经济权利,并对精神权利和消极经济权利提供无期限保护,对积极经济权利给予有期限保护。〔6〕这些学者的观点都从不同视角进一步剖析了公权保护与私权保护的具体措施及其内部的逻辑关系。然而,目前国内外对非物质文化遗产的保护模式还远未取得共识,众多学者所提出的非物质文化遗产的私权保护模式也没有找到理想的制度体系,我国几易其稿的《非物质文化遗产保护法》尚未出台。

实践中,许多地方政府和企业表面上热衷于非物质文化遗产的保护,实际上却是以保护的名义对非物质文化遗产进行产业化开发,非物质文化遗产成为拉动经济的工具。一些地区把民间习俗搬上现代化舞台,通过表演的方式进行保护和传承,使民间习俗脱离其生态文化土壤,这种简单的嫁接和抽离极大损害了民间习俗的形象,最后只保留了非物质文化遗产的形式和皮毛,却丢掉了实质和精髓。甚至个别非物质文化遗产项目被变相出售给企业家,进行冠名、宣传和产业化开发,这种行为严重损害了非物质文化遗产的完整性和独立性。

非物质文化遗产保护中所遇到的理论和实践上的这些问题,很大程度上与对非物质文化遗产的本质属性认识不清有关。本文试图从非物质文化遗产的文化本位性出发,揭示非物质文化遗产所具有的处于公共领域、关系公共利益、属于公共产品的公共属性,并通过剖析非物质文化遗产与其表达形式之间的区别,厘清非物质文化遗产私权保护的性质,得出非物质文化遗产应由公权保护的结论。

## 二、非物质文化遗产的本质属性

关于非物质文化遗产这一概念的内涵,国内外存在一定的争议。即使在联合国教科文组织这样的权威机构发布的文件中,也对这一概念的定名、定义等作了不下五六次修改,在不同时期曾经使用过“口头和非物质文化遗产”、“无形文化遗产”、“非物质文化遗产”等术语,至于定义的变化就更加复杂了。〔7〕

《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。”该条还对非物质文化遗产进行了列举,包括:(a)口头传说和表述,包括作为非物质文化遗产媒介的语言;(b)表演艺术;(c)社会风俗、礼仪、节庆;(d)有关自然界和宇宙的知识与实践;(e)传统的手工艺技能。联合国教科文组织在其《第二个中期计划(1984—1989)》中以列举的方式对非物质文化遗产的概念进行了界定:“‘非物质的’文化遗产包括通过艺术、文学、语言、口头传说、手工艺、民间传说、神话、信仰、道德准则、习俗、礼仪和游戏

〔4〕 参见吴汉东:《论传统文化的法律保护——以非物质文化遗产和传统文化表现形式为对象》,《中国法学》2010年第1期。

〔5〕 参见曹新明:《非物质文化遗产保护模式研究》,《法商研究》2009年第2期。

〔6〕 参见严永和:《民族民间文艺知识产权保护的制度设计:评价与反思》,《民族研究》2010年第3期。

〔7〕 刘魁立:《论全球化背景下的中国非物质文化遗产保护》,《河南社会科学》2007年第1期。

等流传的标记和符号。”

学者们对非物质文化遗产的定义也是众说纷纭。有学者认为“非物质文化遗产是指在特定的社区世代相传的、作为该社区的文化和社会特性的组成部分的智力活动成果”。〔8〕有学者认为,“《保护非物质文化遗产公约》第2条对非物质文化遗产所下的定义并非是一个科学的定义”,“非物质文化遗产应当是指借助或不借助物质媒介所表现的世代传承的特定民族的文化信息利益”。〔9〕也有人认为,非物质文化遗产是指各族人民世代相承的、与民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。〔10〕

笔者认为,认识非物质文化遗产概念的内涵,最重要的是厘清非物质文化遗产的本质属性。非物质文化遗产是“文化”的下位概念,是文化的载体,民间文化通过非物质文化遗产(如口头传说、传统戏曲、民俗等)表现出来。因此,非物质文化遗产所具有的最重要属性就是文化本位性。

#### (一) 非物质文化遗产的文化本位性

非物质文化遗产具有两方面的内涵。首先,“文化”作为遗产的修饰语,说明非物质文化遗产的文化属性,这种文化性是非物质文化遗产的本质属性,非物质文化遗产作为文化的下位概念,含有特定的文化信息;其次是“遗产性”,即非物质文化遗产具有历史性和传承性,是各个群体随着其所处环境、与自然界的相互关系和历史条件的变化而不断创新和传承的结果。〔11〕据此,文化性不仅是非物质文化遗产的内涵,而且是其本质属性和价值体现。

文化的概念非常宽泛,不同领域对文化的定义不尽相同。中国古代哲人所理解的文化是“人文化成”。《易传》中说“观乎人文,以化成天下”。在西方,“文化”一词产生于拉丁语 cultura,原义是指对土地的耕作及动植物的培养,后逐渐转义为培养、教育、发展、信仰、尊重等含义。从1871年英国文化人类学家爱德华·泰勒在其《原始文化》一书中第一次给“文化”下了一个明确的定义至今,有关文化的定义已近300种。从最广义的角度来看,文化是人类的主要行为特征,文化是人与自然的相互区别。〔12〕梁启超先生在《什么是文化》一文中称,“文化者,人类心能所开释出来之有价值的共业也。”

文化是人类社会群体共同行为的抽象聚合,其存在的意义表现在对社会群体潜移默化的影响。从文化哲学的角度上说,“人是一种文化的存在。通过文化,人类在不同层面和视角中确证着自己的本质”。〔13〕这一点与非物质文化遗产的功能和价值完全吻合。人类具有多样的行为特征,反映了人类行为的差异性,导致了文化的多样性。非物质文化遗产保护的\*\*根本目标就是维护人类文化的多样性。《保护非物质文化遗产公约》指出:非物质文化遗产是“文化多样性的熔炉,又是可持续发展的保证”,使人们“具有一种认同感和历史感,从而促进了文化多样性和人类的创造力”。〔14〕国务院2006年发布的《国务院关于公布第一批国家级非物质文化遗产名录的通知》(国发〔2006〕18号)指出:“非物质文化遗产是文化遗产的重要组成部分,是我国历史的见证和中华文化的重要载体,蕴含着中华民族特有的精神价值、思维方式、想象力和文化意识,体现

〔8〕 齐爱民:《非物质文化遗产的概念与构成要件》,《电子知识产权》2007年第4期。

〔9〕 费安玲:《非物质文化遗产法律保护的基本思考》,《江西社会科学》2006年第5期。

〔10〕 参见前引〔7〕,刘魁立文。

〔11〕 实际上,人类的任何文化载体都具有继承性,只不过非物质文化遗产在这方面的表现更加突出。这一点也给非物质文化遗产的确认带来了相当的难度。

〔12〕 参见邹广文:《当代文化哲学》,人民出版社2007版,第8页。

〔13〕 同上书,第1页。

〔14〕 参见《保护非物质文化遗产公约》序言和第2条。

着中华民族的生命力和创造力。保护和利用好非物质文化遗产,对于继承和发扬民族优秀传统文化、增进民族团结和维护国家统一、增强民族自信心和凝聚力、促进社会主义精神文明建设都具有重要而深远的意义。”

从非物质文化遗产国际公约和我国的相关政策法规来看,非物质文化遗产保护的目的是宗旨是保护民族传统文化基因,维护文化多样性,增强社会凝聚力和群体认同感,繁荣人类文化,促进人类创造力,满足人类日益增长的精神文化需求。非物质文化遗产保护是对人类多样化生活方式和价值追求的维护,这与文化本身的功能是一致的。

然而,我国目前的非物质文化遗产保护热中存在着片面追求经济利益,忽视文化本位性的现象。不可否认,在现今的经济社会中,文化可以和经济相结合,社会也需要大量优秀的文化产品。非物质文化遗产完全可以和经济发展密切结合,甚至许多非物质文化遗产就诞生于商品生产的过程中。<sup>[15]</sup>但是,文化的功能更多地表现在人类的精神领域。在人类创造文化、需求文化的同时,更重要的是文化反过来也在塑造人。作为“人文化成”的文化,表现出来的是作为主体主动地塑造人而不是作为客体被动地迎合人。非物质文化遗产的保护不是为了迎合人们的文化需求,它不是作为客体的被人消费的文化。非物质文化遗产作为一种“弱势文化”,实际上是在人类自发选择中被人类的商品需求所抛弃的文化。从某种程度上说,非物质文化遗产不可能在人类自发选择的文化市场中生存。<sup>[16]</sup>《保护非物质文化遗产公约》中所提到的非物质文化遗产使人们“具有一种认同感和历史感,从而促进了文化多样性和人类的创造力”等,都不是人类单个个体的自发选择,而是人类社会的价值追求目标。就像受教育不仅是公民的一项基本权利,同时也是一项义务一样,人类单个个体甚至需要被动地接受塑造其人格的优秀文化,而国家作为特定人类群体的利益代表者必须从公共利益的角度出发,提供这种作为主体塑造人的文化。<sup>[17]</sup>所以,对非物质文化遗产的保护是从人类共同利益的角度出发的,具有公共性的特征,这也是文化的本质属性。

## (二) 非物质文化遗产的公共物品属性

公共物品理论无疑是现代经济学发展过程中里程碑式的理论,它为我们市场机制之外找寻一个非市场的物品提供方式。市场机制不是万能的,市场并不总是能够有效地提供人们所需要的物品,高速公路网建设、国家气象服务、基础科学资助以及提高公众健康水平等就不是可以在市场上进行买卖的物品。根据西方经济学理论,由于存在市场失灵,市场机制难以在一切领域达到“帕累托最优”。私人生产公共物品势必导致供应不足,因为生产这些物品的收益非常分散,单个企业不会有经济动力去提供这些服务并试图从中获利。这是市场机制本身难以解决的难题,需要政府的介入。当然,政府介入并不意味着完全排除了市场机制,在购买公共物品如国防或灯塔时,政府的行为与其他任何大笔开销的个人行为并无二致。政府通过向某些领域投入足够的货币选票,使资源向那里流动。一旦投入货币选票之后,市场机制就接过来,引导资源流入企业,从而生产出灯塔或坦克。<sup>[18]</sup>

无论从其本质属性还是其功能和价值的角度而言,非物质文化遗产都是为了国家、社会的公

[15] 比如以“同仁堂”为代表的传统医药、以天津“泥人张”为代表的泥塑等非物质文化遗产都是在商品生产过程中逐渐形成的。

[16] 比如,我国有几百种地方戏,在电影、电视、网络等现代娱乐手段的冲击下,很难想象这些地方戏能够在市场中找到生存的机会。

[17] 国家作为主体实际上源源不断地为社会提供着大量的文化产品,这些文化产品都不是单个个体所自发选择的,而是为了整个国家、社会甚至人类的公共利益而必须接受的。爱国主义、道德规范、遵纪守法等文化教育都必须由国家通过公权力来实现。

[18] 参见[美]保罗·萨缪尔森、威廉·诺德豪斯:《微观经济学》,萧琛等译,华夏出版社1999版,第29页。

共利益而非私人利益，从经济学的角度而言属于典型的公共物品。公共物品是指这样一类物品：将该物品的效用扩展于他人的成本为零，因而也无法排除他人共享。公共物品的最好示例是国防。非物质文化遗产与国防具有相同的特征，都是为了国家、民族的共同利益，这种利益无法排除他人的共享。非物质文化遗产所追求的民族认同感、凝聚力和文化多样性等目标都由全体成员所共享，具有非排他的正外部性。由于外部效应的存在，私人往往不能有效提供公共物品，这会导致公共物品供给不足，需要政府出面弥补这种市场缺陷。

从动态的角度而言，非物质文化遗产的保护旨在为社会提供更多的非物质文化遗产这种公共物品。将非物质文化遗产的保护单纯理解为对已有传统文化的保护是片面的，忽略了非物质文化遗产的“活态性”。非物质文化遗产保护并非仅仅是对已有的、逝去的、固化的传统文化的保护，非物质文化遗产的“活态性”决定了传承与创新才是保护的最终目标。因此，非物质文化遗产保护是动态的公共物品提供过程。通过非物质文化遗产的保护，人们能够在现在和将来享受到更多的文化产品，这是非物质文化遗产保护追求的根本目标。

### （三）非物质文化遗产应由政府通过公权进行保护

非物质文化遗产具有文化本位性，属于公共物品，对其保护是基于实现文化多样性和完善人类内在精神信仰等以人为本主义思想，关系公共利益，属于公法框架下的公权问题，必须在政府的主导下进行供给。著作权法、商标法等私法是为了保护私人利益而创设的制度体系，不可能在根本上起到保护非物质文化遗产的作用。市场规则只能解决非物质文化遗产的利益归属问题，而不能解决非物质文化遗产日渐衰亡的问题。政府作为公共利益的代表者，理应承担起保护非物质文化遗产的重任。

文化产品包括作为客体被大众所消费的“文化商品”和作为主体塑造健全人格的“文化公共品”。文化商品用来满足或者迎合大众的需求，成为大众文化消费的对象；而文化公共品则是作为主体来塑造人类的精神世界，往往由国家通过教育、宣传等方式提供给公众，起到提高人民素质、增强凝聚力等作用。“作为消费品的文化产品完全可以也应该市场化，而作为政府政治权力行使的一部分的文化产品则是纯公共物品，不能被市场化。”〔19〕非物质文化遗产一方面具有文化本位性，另一方面属于纯公共物品，理应在政府的主导下进行提供。

政府能够采取的保护非物质文化遗产的措施是多种多样的，包括对非物质文化遗产进行挖掘、整理、归档和研究；宣传、弘扬、传承和振兴非物质文化遗产；对非物质文化遗产传承人予以保护；防止非物质文化遗产被不当利用等。政府在非物质文化遗产保护过程中主要起引导作用。非物质文化遗产的存续有其规律性和自发性，政府所要做的并不一定是投入大量的资金、人力和物力。相对于浩如烟海的非物质文化遗产而言，政府的资金、物质投入都是杯水车薪。幸运的是，非物质文化遗产的创造者和传承者们不是而且从来都不是为了获得经济利益，甚至不是“为了艺术而艺术”。〔20〕非物质文化遗产作为一种文化的载体，是特定群体行为抽象聚合的反映，换句话说，非物质文化遗产就是其创造者们生活的一部分。如今遇到的问题是，现代科技手段和商品经济的无限扩张压缩了非物质文化遗产传承的空间。政府所要做的主要是扶持、引导工作，为非物质文化遗产的传承和发展排除障碍，搭建平台。

例如，陕西针对“秦腔”的振兴推出了“天天有戏看”活动。据陕西省戏曲研究院院长陈彦介绍，如今在西安，一年三百六十五天，天天有秦腔，票价定得很低，2009年陕西省戏曲研究院还发放赠票1万张，主要是为了培育秦腔市场，弘扬这个古老的戏剧品种。这是一个长期的艰

〔19〕 王晓升：《文化：意识形态抑或商品？——兼与〈科学发展观与新文化观〉一文商榷》，《哲学动态》2007年第11期。

〔20〕 参见汤跃：《传统知识保护进程的促进力》，《中国知识产权报》2005年7月28日。

难的过程,但取得了很好的效果。据了解,2009年,陕西省戏曲研究院能容纳500人的中型剧场几乎天天满场,上座率达到95%以上。<sup>[21]</sup>此外,西安市还将在市区建立7个24小时全开放式主题公园,其中“秦腔园”里将建设手工绘制的经典秦腔剧目的景墙和脸谱,附近的戏迷可以在这里尽情“吼秦腔”。<sup>[22]</sup>在传承人保护方面,国家和地方政府也做了很多切实有效的工作。2010年3月5日,在新疆文化文物工作会议上,16位国家级非物质文化遗产传承人领到了每年8000元的国家补助金,这些补助很好地解除了他们生活上的后顾之忧,让他们安心传承艺术、教育后人。<sup>[23]</sup>可见,非物质文化遗产具有“活态性”和巨大的生命力,只要提供良好的平台和创造适宜的条件,就可以很好地存活下去。甚至政府仅仅需要调整放假时间,增加传统节日为法定节假日,就可以起到非常好的弘扬传统文化、保护非物质文化遗产的作用。<sup>[24]</sup>相反,单纯依靠经济手段很可能会忽略非物质文化遗产的本质属性,反而造成其异化或者加速其灭绝。

总之,非物质文化遗产保护热是人们在物质生活日益满足的情况下对精神文化需求的一种表现。从本质上说,非物质文化遗产具有文化本位性和公共物品的属性,关系公共利益,其保护的最终目标不是为了生产更多的文化商品,而是为了实现文化多样性、增强群体认同感以及为文化繁荣提供源泉等公共利益目标。保护非物质文化遗产必须以公权为基础,主要运用公法手段,在政府主导下充分挖掘、整理现存的非物质文化遗产,做好宣传、弘扬、传承和振兴非物质文化遗产以及传承人保护方面的工作,实现非物质文化遗产保护的最终目标。

### 三、非物质文化遗产表达形式的私权保护及产业化解析

尽管步履艰难,非物质文化遗产的私权保护始终是学者们追求的目标。这种私权化的冲动并非仅仅源于学者们的习惯,而是有着更为深刻的经济、社会根源。从经济学的角度而言,私有化是最有效的一种经济模式。英格兰的圈地运动就是把公共的草地转换成私人财产,它尽管受到了诸多批评,但极大地提高了农业生产率。<sup>[25]</sup>私权保护的经济性和高效率是学者们主张对非物质文化遗产进行私权保护的重要理由。“通过产权的确认可以激励非物质文化遗产所有人的积极性,尤其是传统的口头文学、表演艺术、美术以及传统的手工艺、医药等知识和实践活动等,予以私权保护更有利于非物质文化遗产的保护。”<sup>[26]</sup>印度尼西亚就在其2002年著作权法中为现代木雕、蜡染艺术以及其他有特色的、作为其丰富文化遗产组成部分的艺术产品提供传统著作权保护。该法允许版权作品的非强制性登记,国家版权局每个月都会收到许多主要来自中小企业的有关新蜡染艺术的注册申请。<sup>[27]</sup>但是,私权不能从根本上起到保护非物质文化遗产的作用。

#### (一) 非物质文化遗产的二维性

非物质文化遗产具有二维性。所谓二维性,指非物质文化遗产在具有公权性本质的同时,其

[21] 参见田朝旭:《秦腔:天天有戏看,票价低至10元》,《华商报》2009年3月27日。

[22] 参见刘俊锋:《西安南三环下月建成7个主题公园,赏画品茶吼秦腔》,《华商报》2009年9月3日。

[23] 参见王瑟:《新疆再次向“非遗”代表性传承人发放国家补助金》,《光明日报》2010年3月6日。

[24] 2006年5月20日,经国务院批准将端午节列入第一批国家级非物质文化遗产名录。2007年12月,国务院颁布《国务院关于修改〈全国年节及纪念日放假办法〉的决定》(国务院令 第513号),从2008年起,端午节被列为法定节假日,全国放假一天。同时,清明节、中秋节也都增列为法定节假日。自成为法定节假日后,每到端午节,全国各地“艾叶飘香、龙舟似箭、锣鼓喧天,传统民俗文化活动得到了发掘和复兴”。参见李舫等:《今年端午民俗味更浓,民族公共意识觉醒》,《人民日报》2009年7月21日。

[25] See J. R. Wordie, *The Chronology of English Enclosure, 1500-1914*, 36 *Economic History Review* 483, 504-505 (1983).

[26] 前引[2],黄玉焯文。

[27] 同上文。

表达形式在特定情形下属于私权的保护范围。举例而言，“皮影”是典型的非物质文化遗产，但具体“皮影”剧目的创作者和表演者可以根据著作权法享有相应的著作权和邻接权。也就是说，应该区分对非物质文化遗产的保护和对非物质文化遗产表达形式的保护这两个层面。权利人可以对非物质文化遗产的表达形式享有私权，这是对权利人个人利益的保护；而在其表达形式背后还蕴藏着关系公共利益的文化价值。“比如剪纸，我们关注的不仅仅是或者说不主要是被剪出的那幅美丽精致的图样，而是作为剪纸主体的这位妇女、这位传承人在剪纸过程中代代相承的技艺，特别是她的信仰、审美、习俗传承的诸多特点，以及这幅剪纸作为窗花的剪制和张贴的时空环境和民俗功能。”〔28〕

国家从公共利益的角度颁布法律、法规，采取各种政策和手段鼓励非物质文化遗产的传承和发展，而符合条件的私主体也可以对非物质文化遗产的表达形式享有私权，从而间接地使非物质文化遗产获得保护，这也是诸多学者主张非物质文化遗产私权保护的原因之一。

但是，对非物质文化遗产表达形式的保护显然不同于对非物质文化遗产本身的保护。非物质文化遗产是在特定群体内世代传承、反映该群体独特文化和社会属性的传统文化，如民间传说、表演艺术、社会风俗、礼仪、节庆、有关自然界和宇宙的知识和实践、传统的手工艺技能等。非物质文化遗产属于文化遗存的范畴，具有相当的抽象性，不应该也无法纳入私权保护。而非物质文化遗产的表达形式则不同，它是反映非物质文化遗产的具体表现形式。比如，反映传统文化的民歌通过具体的音乐作品表现出来，反映传统戏曲文化的京剧通过具体的剧目表现出来。“京剧”是非物质文化遗产，但谁也无法对“京剧”本身享有私权。能够享有私权的只能是非物质文化遗产的表达形式，也就是“京剧”的具体剧目。这种区分具有非常重要的意义。一些地方只注重通过表演民歌、民俗、演奏传统音乐来赢利，或者仅仅将民歌、戏曲曲目等非物质文化遗产的表达形式通过录音、录像等方式“封存”起来，而忽视了其“活性”，其实就是只注重非物质文化遗产的表达形式，使非物质文化遗产走向了衰亡。

## （二）非物质文化遗产表达形式私权保护的局限

非物质文化遗产的表达形式范围很广泛，内容千差万别，其不同表达形式的私权保护在功能、价值以及手段上都有很大的差异，对非物质文化遗产的间接保护也有着自身的局限性。从我国现有的法律法规来看，非物质文化遗产表达形式的私权保护有以下几种情况：

### 1. 属于非物质文化遗产表达形式的普通作品的著作权保护

属于非物质文化遗产的表达形式，经现代人演绎、表演，符合著作权法保护条件的普通作品可以受到著作权法的保护。比如，特定地方的民歌，作为一种非物质文化遗产不可能被任何人所私有，但是特定曲目的民歌却可以由演绎作者基于其改编、翻译、注释、整理等创作行为而享有著作权。

2001年引起社会广泛关注的“白秀娥剪纸案”就是比较典型的案例。2001年1月5日，蛇年生肖邮票向社会公开发行人。陕北的剪纸艺人白秀娥发现，国家邮政局和国家邮票印制局印制发行的“蛇年邮票一图”是她曾经交给国家邮票印制局参评蛇年邮票图案的一幅剪纸作品，但是设计者署名却是他人。白秀娥遂以侵犯著作权为由，将国家邮政局和国家邮票印制局告上法庭，要求对方公开道歉并赔偿经济损失100万元。

该案中的剪纸显然属于非物质文化遗产的范围，在2006年公布的第一批国家级非物质文化遗产名录中就有剪纸。但这并不影响剪纸作品的创作者因创作而享有著作权。该案的审理法院在判决中指出：“本案涉及的蛇图剪纸系白秀娥独立创作完成，该剪纸作品虽然采用了我国民间传

〔28〕 前引〔7〕，刘魁立文。

统艺术中“剪纸”的表现形式，但其并非对既有同类题材作品的简单照搬或模仿，而是体现了作者白秀娥审美观念，且表现出独特意象空间，属于应当受著作权法保护的美术作品。”<sup>[29]</sup> 笔者赞同这一立场。白秀娥作为传统剪纸技艺的传承者，其剪纸行为既是对民间美术的一种传承，又是体现独创性的一种艺术创作，如果否认了这种创作性，就会使非物质文化遗产失去其“活态性”，使传承者变成机械记录的“机器”。实际上，非物质文化遗产的传承者只要有符合著作权法规定的创作行为，就可以受到著作权法的保护，符合邻接权保护条件的民间文学、民间音乐、民间舞蹈、传统戏剧、曲艺等表演者也可以根据著作权法中关于邻接权的规定享有权利。

同样，对于遭人热议的“王洛宾现象”，<sup>[30]</sup> 国家版权局负责人认为：王洛宾如果对收集来的民歌进行了改编、整理，那么作为演绎作者有权享有相应的著作权，而对于原作品，也就是改编、整理前的民歌，由于目前我国还没有民间文学艺术作品保护的相关法律规定，所以暂时无法得到法律的保护。王洛宾作为民歌的演绎作者，将其享有的演绎作品的著作权转让给他人，并不违法。<sup>[31]</sup> 在国家版权局2005年7月22日作出的《关于“安代”艺术版权保护的答复》（权司〔2005〕61号）中也指出：“在民间文学艺术基础上，经过改编、再创作而形成的新作品，受著作权法保护，可以申请版权登记。”

虽然属于非物质文化遗产表达形式的普通作品可以受到著作权法的保护，但保护的对象是权利人对非物质文化遗产的再创作部分，而非处于公有领域的非物质文化遗产。比如，对改编、整理后的民歌的保护，是对改编、整理者创造性脑力劳动的保护，而不是对民歌这种非物质文化遗产本身的保护。否则，以改编、整理者为权利人规定著作权的保护期，显然是不合适的。因此，在著作权制度体系下对属于非物质文化遗产表达形式的普通作品的保护，虽然能够间接地起到鼓励非物质文化遗产传承的作用，但是本质上不是非物质文化遗产保护的主要方式，也不能从根本上起到保护非物质文化遗产的作用。著作权制度的私权性和期限性与非物质文化遗产的公共属性相抵触。

## 2. 民间文学艺术作品的著作权保护

民间文学艺术作品属于非物质文化遗产的表达形式，也是我国著作权法第6条所规定保护的内容。但是，该条规定“民间文学艺术作品的著作权保护办法由国务院另行规定”，而相关办法尚未出台，所以目前其保护仍然无章可循。

实践中，“饶河县四排赫哲族乡政府诉郭颂等侵犯民间文学艺术作品著作权纠纷案”的原告饶河县四排赫哲族乡政府诉称：《乌苏里船歌》是赫哲族民歌，属于我国著作权法保护的民间文学艺术作品，赫哲族人民依法应享有署名权等精神权利和获得报酬权等经济权利。1999年11月12日，在“南宁国际民歌艺术节”晚会上，中央电视台的主持人称《乌苏里船歌》系汪云才、郭颂创作而非赫哲族民歌，侵犯了原告的权利。原告由此请求法院判令被告在中央电视台播放《乌苏里船歌》数次，说明其为赫哲族民歌，并对其侵权行为作出道歉；赔偿原告经济损失人民币40万元，精神损失人民币10万元。法院最终判决：郭颂、中央电视台以任何方式再使用音乐作品《乌苏里船歌》时，应当注明“根据赫哲族民间曲调改编”；郭颂、中央电视台在《法制日

[29] 参见“白秀娥诉国家邮政局、国家邮政局邮票印制局侵犯著作权纠纷案”，北京市高级人民法院（2002）高民终字第252号民事判决书，<http://vip.chinalawinfo.com/newlaw2002/slc/slc.asp?db=fnl&gid=117512556>。

[30] 相关讨论参见戴鹏海：《历史是严肃的——从“王洛宾热”谈到“炒文化”》，《人民音乐》1994年第6期；戴鹏海：《民歌岂容出卖?!——〈历史是严肃的〉续篇》，《人民音乐》1994年第6期；朱志远：《尊重历史，实事求是——“王洛宾现象”的思考》，《人民音乐》1995年第4期；倪瑞霖：《王洛宾先生，您越位了——关于〈掀起你的盖头来〉》，《人民音乐》1995年第5期。

[31] 参见于庆新：《国家版权局版权司负责人谈〈著作权法〉》，《人民音乐》1994年第8期。



报》上发表音乐作品《乌苏里船歌》系根据赫哲族民间曲调改编的声明。〔32〕

《乌苏里船歌》案不同于王秀娥剪纸案之处在于，任何人均不对后者所涉及的剪纸本身拥有私权，而民间文学艺术作品从形式上来说具备了作品的要件，与普通作品的不同主要是创作时间久远，难以确定作者。虽然郭颂可以因演绎创作而享有演绎作品的著作权，但是如何保护被演绎的民间文学艺术作品则成为争议的焦点。

民间文学艺术作品上是否存在财产性权利，学界有不同观点。一种观点主张建立集体权利模式，以之作为民间文学艺术立法的基础；〔33〕而另一种观点则否定以集体性为依据的民间文学艺术集体产权论，主张赋予传承人以作者地位，把这类作品当作普通作品对待，以普通作品的著作权来保护。〔34〕还有一些学者则从文学艺术发展规律和权利属性的角度，强烈反对通过著作权制度保护民间文学艺术作品。他们认为，“将知识产权制度适用于民间文艺这个自发性、非功利性领域，在激励作用无效的同时，千百年来的自由空气一样处于公共领域的民间文艺所面临的，难免更多的是控制和障碍”；“民间文艺保护的私权路径，尤其是有关方面提出的立法草案所采取的授权许可制、永久性保护等，违背了民间文艺、乃至整个文学艺术创作与发展的规律，其结果难免会既阻挠文学艺术的创作与发展，更不利于民间文艺本身”。〔35〕笔者认为，著作权制度是一种私权制度，是对作品创作者利益的保护，具有期限性。这些本质特征导致了著作权法保护必然与民间文学艺术作品的特征相抵触，民间文学艺术作品不适合用著作权法这一私权制度来进行保护。此外，知识产权的过度垄断已经引起了人们的广泛关注和诟病。“知识产权的不断扩张引起了人们对知识产权对立面——公共领域的关注。目前公共领域已经成为西方知识产权学术研究的热点之一。”〔36〕民间文学艺术作品一向被认为处于公共领域，如果将其列入知识产权的保护范围，必将引发更多的问题。

在《乌苏里船歌》案中，法院并没有支持原告的财产权诉讼请求，但是认可了原告对作品的署名权。按著作权法原理，署名权、修改权和保护作品完整权不受时间的限制，而这些精神权利往往可以为其权利人带来巨大的经济利益。〔37〕所以，民间文学艺术作品的精神权利的保护更加复杂。民间文学艺术作品本身就是特定民族世代传承和完善的产物，具有“活态性”。从这个角度上说，由某一个民族或特定区域内的人享有不受时间限制的部分精神权利，符合著作权法的规定。但是，问题并非如此简单。在《乌苏里船歌》案中，赫哲族能否成为私权利的主体即成为新的问题。民间文学艺术作品经过世代传承，大多数情况下已经无法确定准确的民事主体。如果像有些人主张的由国家成为权利的主体，那么国家行使的到底是公法上的公权还是私法上的私权，就显得模糊不清了。笔者认为，代表公众、为维护公共利益而享有的权利是典型的公权，属于公法的范畴，著作权制度作为私权制度无法代劳。实际上，即使在实践中赋予著作权制度这样的功能，也无法解决理论上的先天缺陷。如果改造著作权制度使之适应民间文学艺术作品的保护，也会是削足适履，使著作权制度变得面目全非。

〔32〕 参见“郭颂等诉黑龙江省饶河县四排赫哲族乡人民政府侵犯著作权纠纷案”，北京市高级人民法院（2003）高民终字第246号民事判决书，<http://vip.chinalawinfo.com/newlaw2002/slc/slc.asp?db=fnl&gid=117564529>。

〔33〕 参见梁志文：《民间文学艺术立法的集体权利模式：一种新的探讨》，《华侨大学学报》（哲学社会科学版）2003年第4期。

〔34〕 参见崔国斌：《否弃集体作者观——民间文艺版权难题的终结》，《法制与社会发展》2005年第5期。

〔35〕 宋慧献：《民间文艺版权立法应慎行！》，载吴汉东主编：《中国知识产权蓝皮书（2007—2008）》，北京大学出版社2009年版，第350页。

〔36〕 王太平、杨峰：《知识产权法中的公共领域》，《法学研究》2008年第1期。

〔37〕 在这里，笔者所指的经济利益并不是著作权法意义上的财产权利，而是由于精神利益的实现而可能带来的比如文化旅游、文化产品开发等间接经济利益。

### 3. 非物质文化遗产表达形式的商标法保护

商业标记一般使用在商品生产和服务领域。虽然非物质文化遗产的保护本质上是为了维护文化的多样性和增强群体的认同感,一般不带有商品生产的属性,但是在特定情况下,特别是文化产业飞速发展的今天,非物质文化遗产的表达形式作为商品生产要素出现的情况越来越多。

从某种程度上说,采用商标法保护非物质文化遗产的表达形式,有利于对非物质文化遗产的利用,并进而间接地起到弘扬和传承非物质文化遗产的作用。1998年,少林寺正式注册了“少林”、“少林寺”商标,注册类别是武术表演。1999年,景德镇陶瓷协会向国家申请注册了“景德镇”陶瓷证明商标。商标注册之后,权利人在多次商标侵权诉讼中维护了自己的权益。<sup>[38]</sup>国家商标总局曾于2004年6月4日核准铜梁县高楼镇火龙文化服务中心注册“铜梁火龙”为商品商标。<sup>[39]</sup>1988年,天津著名的泥塑“泥人张”获得了商标注册。<sup>[40]</sup>2006年,“天津泥人张”入选国务院公布的第一批国家级非物质文化遗产名录,与江苏的“惠山泥人”、陕西的“凤翔泥塑”、河南的“浚县泥咕咕”等泥塑一起,被列入民间美术类非物质文化遗产名录。

从消极保护的角度来看,对非物质文化遗产的不当利用会造成极大的危害后果,将非物质文化遗产的相关标记注册为商标可以最大程度地保护其原生态性,避免对非物质文化遗产的歪曲和损害。另外,通过注册商标的异议程序,非物质文化遗产的相关人也可以避免他人对非物质文化遗产的不当使用,防止丑化、异化、淡化非物质文化遗产。

虽然商标制度确实可以在保护非物质文化遗产的过程中发挥一定的作用,但其作用是间接的,而且十分有限。商标法保护非物质文化遗产所遇到的问题,首先是非物质文化遗产一般历史悠久,传承人众多,而商标制度特别是我国的商标制度诞生很晚,确定其权利人十分困难。如“泥人张”商标就发生过多次权属争议。<sup>[41]</sup>天津“泥人张”只有180年的历史,就发生了许多权属争议,如果我国剪纸、皮影等流传范围广、时间长的非物质文化遗产也通过商标保护,难免会发生更多更复杂的权属争议。如果通过团体、协会等享有集体性权利,那么权利的享有者仍然是公共利益的代表者,其利益分配、权利期限等问题都难以解决。

其次,可以通过商业化方式生产的非物质文化遗产也是极少数,大量非物质文化遗产无法通过商业化方式进行生产,或者即使能够纳入商业领域也少有人问津。非物质文化遗产是一种“弱势文化”,商标法只能解决其商业利益归属的问题,而无法解决其传承和发展的问題。

所以,虽然商标法对非物质文化遗产的保护会起到一定的作用,但这种作用是间接的、有限的。商标法保护的私权性与非物质文化遗产的公共性之间亦无法调和。

#### (三) 非物质文化遗产的产业化

对非物质文化遗产的保护不可能在产业化的商品生产过程中实现。相反,盲目产业化是造成非物质文化遗产消亡的主要原因之一。剪纸、戏曲、民俗等非物质文化遗产在专为文化消费者量身定做的电视节目、网络游戏、流行歌曲的冲击下濒临灭绝。文化产业化是将文化作为商品的文化同质化运动,简单的复制是文化产业的基本特征,将文化作为客体生产出来,为大众提供文化消费是文化产业化的基本功能。

当然,非物质文化遗产可以被开发和利用,为文化产业的发展提供素材。实际上,在许多网络游戏、文化旅游等文化产业中,非物质文化遗产发挥着极为重要的作用。但是,应该区分清楚

[38] 参见徐辉鸿、郭富青:《非物质文化遗产商标法保护模式的构建》,《法学》2007年第9期。

[39] 参见齐爱民、赵敏:《非物质文化遗产的商标法保护模式》,《知识产权》2006年第6期。

[40] 前引[5],曹新明文。

[41] 相关案件介绍参见张晓敏:《“泥人张”诉讼案始末》,《中华商标》1999年第1期;李立:《京津两个“泥人张”纷争结局?——北京高院判决“北京泥人张”不侵权》,《法制日报》2007年10月11日。

非物质文化遗产保护与开发利用之间的关系，保护是“源”，利用是“流”。非物质文化遗产本身的公共属性和非同质化的要求，使得试图通过产业化的方式保护非物质文化遗产必然南辕北辙。

笔者并不反对非物质文化遗产的产业化，这是文化市场自由选择的结果。优秀的非物质文化遗产被人们喜爱和关注，并进而产生经济利益，也能间接地起到宣传非物质文化遗产的作用。但是，产业化不是保护非物质文化遗产的直接手段，而且如果产业化开发不当，会对非物质文化遗产造成巨大的伤害，这是必须警惕的。

---

---

**Abstract:** Intangible culture heritage has the value and function of protecting cultural diversity and increasing group identification. The protection of intangible culture heritage which plays an important role in the development of human society reflects the growing of man's spiritual and cultural demand after their material life is basically satisfied.

There are a lot of problems in the theory and practice of China's intangible cultural heritage protection. In theory, some scholars confuse the intangible cultural heritage with its manifestation and try to realize the protection of intangible cultural heritage through private rights. In practice, some local governments and enterprises industrialize intangible cultural heritage in the name of protecting it, only focusing on its economic benefits and neglecting its cultural character. Such practice has divorced intangible culture heritage from its original cultural environment and made it lose its original substance and essence.

Intangible culture heritage, relating to the public interest, is of the nature of culture role and public goods, therefore, to protect it through public authority is the most appropriate mode. Although private rights can protect the manifestations of intangible cultural heritage and may thus protect it indirectly, there are many serious limitations in it. Private rights are to protect private interest, and can not play a fundamental role in protecting public interest. Meanwhile, the market rules can only resolve the problem of interest assignment of intangible cultural heritage and can not resolve the problem of its declination.

Therefore, the government, as the representative of public interest, is to assume the responsibility to protect intangible cultural heritage. Relevant laws should be made to stipulate the responsibility of government and adopt various public law measures to support and guide the protection of intangible cultural heritage. The government should provide a platform and create necessary conditions for the protection of it so as to promote its inheritance and innovation. Besides, the government should actively guide and standardize the development, utilization and industrialization of intangible culture heritage and prevent improper utilization of it so as to protect the public interest from being infringed.

**Key Words:** intangible culture heritage, public nature, private right, industrialization

---

---