



《中华人民共和国非物质文化遗产法》形成的法律法规基础[※]

● 康保成

摘要 2011年2月公布的我国《非物质文化遗产法》有如下法律和法规作基础:1.《宪法》及相关法律 2.国家行政法规 3.省级及以下行政法规 4.联合国相关法规。《非物质文化遗产法》的立法过程,具有先自下而上、后自上而下,先专项、后综合的过程,同时也受到相关国际法规的推动。在这个过程中,国内外的一些先行的法律法规,为国家《非物质文化遗产法》的制定奠定了基础,提供了有益的借鉴。

关键词 非物质文化遗产法 法律基础

文章编号 :1003- 2568(2012)01- 0047- 05

中图分类号 :G122

文献标识码 :A

作者 康保成,中山大学中文系教授、博士生导师,教育部人文社会科学重点研究基地中山大学中国非物质文化遗产研究中心主任。 邮编 510275

2011年2月25日,《中华人民共和国非物质文化遗产法》(以下简称《非物质文化遗产法》)在第十一届全国人民代表大会常务委员第十九次会议上获得通过。当天,胡锦涛主席签发《中华人民共和国主席令》(第四十二号)予以公布,并宣布《非物质文化遗产法》自2011年6月1日起施行。

我国从20世纪90年代末启动“民族民间文化保护”立法,到《非物质文化遗产法》的正式颁布,其间走过了十多年并不平坦的路。本文不拟一一叙述《非物质文化遗产法》的立法过程和细节,而只想梳理其形成的法律法规基础,借以从中窥见《非物质文化遗产法》的立法依据和相关参照。

一、《宪法》及国家相关法律

《宪法》是一个国家的根本大法。一切团体和个人的所有活动,都必须在《宪法》和法律的框架之内进行,而《非物质文化遗产法》的制定,无疑应当与

《宪法》的相关条款相吻合。

虽然“非物质文化遗产”这个被整合起来的、带有外来词色彩的新概念传入我国仅仅十年,但对非物质文化遗产所涵盖的具体内容进行保护,早在我国的《宪法》中已经有明确的表述。例如《宪法》第四条第四款规定:“各民族都有使用和发展自己的语言文字的自由,都有保持或改革自己的风俗习惯的自由。”这里提到的两个“自由”,含有不允许干涉的、受法律保护的意味。第二十二第二款更明确规定:“国家保护名胜古迹、珍贵文物和其他重要历史文化遗产。”这里所说的“其他重要历史文化遗产”,无疑应当包括非物质文化遗产。

《宪法》之外,《民族区域自治法》、《刑法》、《著作权法》、《教育法》、《体育法》、《药品管理法》等国家级的法律,也都有与《非物质文化遗产法》相吻合的相关条款,请参下表:

序号	法规名称	相关内容	
1	《宪法》	第四条第四款	各民族都有使用和发展自己的语言文字的自由,都有保持或改革自己的风俗习惯的自由。
		第二十二第二款	国家保护名胜古迹、珍贵文物和其他重要历史文化遗产。
		第四十七条	国家对于从事教育、科学、技术、文学、艺术和其他文化事业的公民的有益于人民的创造性工作,给以鼓励和帮助。
		第四十七条	中华人民共和国公民有进行科学研究、文学艺术创作和其他文化活动的自由。
		第一百一十九条	民族自治地方的自治机关自主地管理本地方的教育、科学、文化、卫生、体育事业,保护和整理民族的文化遗产,发展和繁荣民族文化。

※本文为教育部人文社会科学重点研究基地重大项目《非物质文化遗产保护法制建设研究》(项目编号:10JJDZONGHE004)、中山大学新兴、交叉学科项目《我国非物质文化遗产保护的法规建设研究》的阶段性成果。

续表：

序号	法规名称	相关内容	
2	《民族区域自治法》	第六条第四款	民族自治地方的自治机关继续和发扬民族文化的优良传统,建设具有民族特点的社会主义精神文明……
		第三十八条	民族自治地方的自治机关自主地发展具有民族形式和民族特点的文学、艺术、新闻、出版、广播、电影、电视等民族文化事业。
		第三十八条	民族自治地方的自治机关组织、支持有关单位和部门收集、整理、翻译和出版民族历史文化书籍,保护民族的名胜古迹、珍贵文学和其他重要历史文化遗产,继承和发展优秀的民族传统文化。
		第五十九条	国家设立各项专用资金,扶助民族自治地方发展经济文化建设事业。
3	《刑法》	第二百五十一条	国家机关工作人员非法剥夺公民的宗教信仰自由和侵犯少数民族风俗习惯,情节严重的,处2年以下有期徒刑或者拘役。
4	《著作权法》	第三条	本法所称的作品,包括以下列形式创作的文学、艺术和自然科学、社会科学、工程技术等作品:(一)文字作品(二)口述作品(三)音乐、戏剧、曲艺、舞蹈、杂技艺术作品。
		第六条	民间文学艺术作品的著作权保护办法由国务院另行规定。
5	《教育法》	第七条	教育应当继承和弘扬中华民族优秀的历史文化传统,吸收人类文明发展的一切优秀成果。
6	《义务教育法》	第六条	招收少数民族学生为主的学校,可以用少数民族通用的语言文字教学。
7	《高等教育法》	第十条	国家依法保障高等学校中的科学研究、文学艺术创作和其他文化活动的自由。
8	《民办教育促进法》	第十一条	举办实施学历教育、学前教育、自学考试助学及其他文化教育的民办学校,由县级以上人民政府教育行政部门按照国家规定的权限审批;举办实施以职业技能为主的职业资格培训、职业技能培训的民办学校,由县级以上人民政府劳动和社会保障行政部门按照国家规定的权限审批,并抄送同级教育行政部门备案。
9	《体育法》	第十五条	国家鼓励、支持民族、民间传统体育项目的发掘、整理和提高。
10	《药品管理法》	第三条	国家发展现代药和传统药,充分发挥其在预防、医疗和保健中的作用。

上述法律都不是从非物质文化遗产保护的角度制定的,但却为制定非物质文化遗产保护的法律法规提供了依据。此外《反不正当竞争法》第十条关于惩罚侵犯商业秘密行为的有关规定,也可以作为非物质文化遗产知识产权保护的法律依据。

二、国家行政法规

按照我国《宪法》、《立法法》和《行政法规制定程序条例》的相关规定,我国的法律体系包括法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例。法律由全国人民代表大会及其常务委员会制定,而行政法规则由国务院各部门根据全国人大及其常委会的授权制定。

在《非物质文化遗产法》正式出台之前,行政法规一直是我国非物质文化遗产保护的法律法规。其中2005年3月,国务院办公厅颁发的《关于加强我国非物质文化遗产保护工作的意见》(以下简称《意见》),以及同时印发的作为《意见》附件的《国家级非物质文化遗产代表作申报评定暂行办法》(以下简称《办法》),在六年来的非物质文化遗产保护中发挥了十分重要的号召、推动和规范作用。这两个文件下发后,围绕着申报第一批国家级非物质文化遗产名录,在全国上下掀起了文化遗产保护的热潮。

其实早在1998年,我国已经着手进行民族民间

文化保护的立法准备。在“先地方、后中央”的立法思路指导下,于2000年产生了第一部省级保护法规《云南省民族民间传统文化保护条例》。在此基础上,文化部和全国人大教科文卫委员会组织起草了《中华人民共和国民族民间传统文化保护法(建议稿)》。2003年11月,全国人大教科文卫委员会拟定了《中华人民共和国民族民间文化保护法草案》。2004年8月我国加入UNESCO《非物质文化遗产保护公约》(以下简称《公约》)后,该草案修改为《中华人民共和国非物质文化遗产保护法草案》,并列入全国人大立法规划。鉴于立法程序之复杂和保护工作的急需,国办的《意见》和《办法》应运而生。可见《意见》和《办法》虽然是行政法规,但从某种意义上起到了法律的作用。也可以说,从国家的层面上看,《意见》和《办法》是《非物质文化遗产法》的前身。

2004年4月8日,文化部、财政部联合颁发了《关于实施中国民族民间文化保护工程的通知》(以下简称《通知》),并同时印发了附件《中国民族民间文化保护工程实施方案》(以下简称《方案》)。这两个文件显然是与民族民间文化保护的立法相配套的产物。

综合性的行政法规之外,某些专门法规产生的更早,例如:

1993年1月1日,国务院颁布施行了《中医药品种保护条例》。本条例旨在建立一套中医药品种的分

级保护制度,以保护中药生产企业的合法权益,与后来非物质文化遗产框架下的中医药保护有一定的关联。

1997年5月20日,国务院发布《传统工艺美术保护条例》。这是一部与现行的非物质文化遗产保护理念相吻合、针对传统工艺美术门类的专门保护条例。条例包括对传统工艺美术品种和技艺、制作者(相当于传承人)的认定,对珍品的收藏、命名和禁止出口,对保密制度的规定,以及对传统工艺美术原材料的管理规定等内容。

2000年2月13日,文化部、国家民委印发了《关于进一步加强少数民族文化工作的意见》,提出要加强对少数民族传统文化的保持和利用,扶持优秀的少数民族文化,建立少数民族文化生态保护区。

以上是“非物质文化遗产”概念引入我国之前相关领域的法规建设情况。2005年以后,以 UNESCO《公约》和国办《意见》为依据,文化部、财政部、商务部和国家民委先后或联合或单独制定了一系列行政法规,例如:《国家非物质文化遗产保护专项资金管理暂行办法》(2006年7月,财政部、文化部)、《国家级非物质文化遗产保护与管理暂行办法》(2006年11月,文化部)、《关于加强老字号非物质文化遗产保护工作的通知》(2007年2月,商务部、文化部)、《关于印发中国非物质文化遗产标识管理办法的通知》(2007年7月,文化部)、《国家级非物质文化遗产项目代表性传承人认定与管理暂行办法》(2008年5月,文化部)。

其中文化部制定的《国家级非物质文化遗产保护与管理暂行办法》是综合性法规,可看成是国办《意见》和《办法》的实施细则,所以从某种程度上也是通向《非物质文化遗产法》的过渡性法规。

三、地方性法规

(一)综合性法规

据有关介绍,1998年底,全国人大常委会教科文卫委员会主任委员朱开轩率队对云南省民族民间传统文化保护工作进行了考察。考察后,朱开轩向云南省人大建议,可否在全国率先制定有关保护民族民间传统文化的地方性法规,既为各地制定类似的法规提供借鉴,也为国家立法积累经验。云南省人大采纳了这一建议,组织班子起草文件并作了十四次较大修改。2000年5月26日,云南省第九届人大常委会第16次会议表决通过了《云南省民族民间传统文化保护条例》。这是我国第一个通过立法对传统文化进行保护的地方性法规。^①

资料显示,国内出台的此类省级保护条例共有4部,即:《云南省民族民间传统文化保护条例》(2000年)、《贵州省民族民间传统文化保护条例》(2002

年)、《福建省民族民间传统文化保护条例》(2004年)、《广西壮族自治区民族民间传统文化保护条例》(2005年)。

2006年以后,各地出台的省级保护条例已经改用“非物质文化遗产”的名称,如:《宁夏回族自治区非物质文化遗产保护条例》(2006年)、《江苏省非物质文化遗产保护条例》(2006年)、《浙江省非物质文化遗产保护条例》(2007年)、《江西省非物质文化遗产保护与管理暂行办法》(2007年)、《新疆维吾尔自治区非物质文化遗产保护条例》(2008年)。另外广东省和河北省的《非物质文化遗产保护条例》已公布征求意见稿。

从上述情况看,已有《民族民间文化保护条例》的省区并未重复出台《非物质文化遗产保护条例》,这既反映出我国“民族民间文化”保护与“非物质文化遗产”保护一脉相承的事实,也反映出各地普遍存在的将二者基本划等号的理念。

值得关注的是,某些县级行政单位,直到2008年乃至2010年,还在出台《民族民间文化保护条例》,其原因多是受上级“引导”所致。例如2008年通过的《云南省维西傈僳族自治县民族民间传统文化保护条例》第一条就说:“为保护、传承和弘扬民族民间优秀传统文化,根据《云南省民族民间传统文化保护条例》结合维西傈僳族自治县实际,制定本条例。”^②

可想而知,各地的非物质文化遗产保护条例(或非物质文化遗产保护与管理暂行办法)受 UNESCO《公约》、国办《意见》等上一级法规文件的引导,不仅在基本精神的层面,而且在条款设置、遣词用语等方面与上位法律法规基本一致。

另外,依照《国家级非物质文化遗产代表作申报评定暂行办法》,许多地方也制定本地的评定办法,以指导本地的省级、市级或县级的非物质文化遗产代表作名录申报。值得一提的是,2008年6月,澳门发布了《澳门非物质文化遗产申报评定暂行办法》,这是港澳地区首个非物质文化遗产的地方保护法规,其条款在内容和思想上都与国内同类法规相同或相似,显示了澳门对国家保护非物质文化遗产的认同。

(二)传承人认定与管理办法

2008年5月,文化部出台了《国家级非物质文化遗产项目代表性传承人认定与管理暂行办法》。迄今为止,已经出台省级传承人认定与管理条例的省区和直辖市有:陕西省(2007年)、宁夏回族自治区(2008年)、安徽省(2008年)、山西省(2008年)、海南省(2009年)、上海市(2009年)、湖南省(2009年)、福建省(2010年)。其中陕西和宁夏的出台时间略早于文化部的法规,宁夏还曾于1990年出台《宁夏回族自治区民间美术、民间美术艺人、传承人保护办法》。

^①李小林《用法律来保护我们的传统文化》,《民族团结》2000年第7期。

^②《云南省维西傈僳族自治县民族民间传统文化保护条例》,百度文库。<http://wenku.baidu.com/view/cc62e169011ca300a6c39057.html>



(三) 专项保护条例

在地方专项保护条例中,最普遍的一种是传统工艺美术保护条例。据有关资料,国内各地已出台此类条例(或规定、办法)的省区共有9个,其中除江苏省(1993年发布1997年修改)之外,河北省(1999年)、浙江省(2000年)、北京市(2002年)、上海市(2004年)、四川省(2004年)、广东省(2005年)、山东省(2010年)、福建省(2011年)均晚于国务院颁发的《传统工艺美术保护条例》(1997年)。不过,多数省份的传统工艺美术保护条例都早于该省份的非物质文化遗产保护条例,这就不仅为传统工艺美术的保护作出了贡献,也为其他门类保护法规乃至综合性的非物质文化遗产保护法规提供了借鉴。

但是,这类保护条例与非物质文化遗产传承人的保护如何协调值得研究。例如工艺美术大师与非物质文化遗产代表性传承人之间有没有区别?“大师”是不是不需要“传承”?简言之,非物质文化遗产传承人的认定与保护制度是否可以取代传统工艺美术保护条例?这些问题都需要经过深入细致的调查研究之后方能做出合乎实际的结论。

此外还有一些专项法规值得关注,如:《云南省丽江纳西族自治县东巴文化保护条例》(2001年)、《杭州市西湖龙井茶基地保护条例》(2001年)、《哈尔滨市冰雪艺术、民间工艺大师评定办法》(2005年)、《苏州市昆曲保护条例》(2006年)、《维吾尔木卡姆艺术保护条例》(2010年)。

其中《苏州市昆曲保护条例》和《维吾尔木卡姆艺术保护条例》都是在昆曲和木卡姆艺术入选人类非物质文化遗产代表作之后颁布的,从确认、立档、研究、保存、保护、宣传、弘扬、传承和振兴等角度为这两个代表作项目提供了有针对性的法律保障。尤其后者,专门提出了保护木卡姆艺术传承人的知识产权,并设置了详细的违规处罚条款。

四、联合国相关组织的法规文件

如上所述,我国的“非物质文化遗产”保护立法是从“民族民间文化”保护立法“转”过来的,其名称和部分内涵的改变,是为了与 UNESCO 的提法接轨。然而从联合国相关组织的法规看,其“非物质文化遗产”保护理念既有其一贯性,也处在不断的完善之中。以下所介绍的相关文件,不一定对我国《非物质文化遗产法》的制定有直接的借鉴作用,但其精神却相当吻合。以时间先后为序,这些文件是:

1. 《保护民间文学表达、防止不正当利用与其他损害性行为国内法示范法条》(1982年)

该法条将世界各国保护民间文学表现(表达)形式(Expression of Folklore)的代表性法规予以示范性的介绍,其精神实质是提倡保护民间文学艺术。

2. 《保护民间文化和传统文化建议书》(1989年)

《建议书》的英文原题是 Recommendation on the Safeguarding of Traditional Culture and Folklore,或译为《保护传统的民间文化建议书》、《保护民间创作(民间传统文化)建议书》。文件第一段提出:“民间创作(或传统的民间文化)是指来自某一文化社区的全部创作,这些创作以传统为依据,由某一群体或一些个体所表达并被认为是符合社区期望的作为其文化和社会特性的表达形式;准则和价值通过模仿或其他方式口头相传。它的形式包括:语言、文学、音乐、舞蹈、游戏、神话、礼仪、习惯、手工艺、建筑术及其它艺术。”这与后来《公约》中定义的非物质文化遗产已经相当接近。

3. 《关于保护土著人民遗产的报告》及其附件《保护土著人民遗产的原则和指导方针》(1995年)

4. 《人类口头及非物质文化遗产代表作宣言》(1997年)

5. 《世界文化多样性宣言》(2001年)

该《宣言》第1条指出:人类文化具有多样性,多样性文化是人类共同遗产。第6条指出:在保障思想通过文字和图象的自由交流的同时,务必使所有的文化都能表现自己和宣传自己,言论自由,传媒的多元化,语言多元化,平等享有各种艺术表现形式,科学和技术知识——包括数码知识——以及所有文化都有利用表达和传播手段的机会等,均是文化多样性的可靠保证。

6. 《伊斯坦布尔宣言》(2002年)

2002年9月19日,来自100多个国家的包括70位文化部长在内的400余名代表参加了 UNESCO 在土耳其的伊斯坦布尔召开的为期2天的会议。以中国文化部副部长潘震宙为团长的中国代表团和以澳门特别行政区社会文化司司长崔世安为团长的中国澳门代表团出席了会议。会议发布的《宣言》指出,非物质文化是构成世界各民族特性的重要因素,保护和发展非物质文化遗产对于促进人类文明的多样性,增强人类社会的凝聚力和推动社会的发展具有重要意义。

7. 《保护非物质文化遗产公约》(2003年)

该公约的英文版用词“intangible cultural heritage”在中文文本中被译为“非物质文化遗产”。

8. 《保护和促进文化表现形式多样性公约》(2005年)

上述各种文件,除第一种为联合国教科文组织(UNESCO)与世界知识产权组织(WIPO)联合发布、第三种为联合国人权委员会(UNCHR)防止歧视和保护少数民族小组委员会提出的之外,其余均为 UNESCO 所发布。^①可以看出,提倡人类文化的平等,主张保护文化的多样性是捍卫人权的一个重要方面,而口述的、原住民的、容易濒危的文化(下转第75页)

^①本节内容参考了巴莫曲布嫫的《非物质文化遗产:从概念到实践》,《民族艺术》2008年第1期。

人提供场所,延续古老民族慎终追远的传统风尚。但这种社群公祠、公墓与政治性的圣贤陵园、公墓有所不同,前者是建立在一定血缘或地缘基础上,如新加坡华人社会以帮群为单位设立社团总坟,其目的是为了“社群共祖”,先人的牌位除了“家族先人”,还有“社群先人”——没有血缘关系的社群华人共同的祖先^①,社团总坟和社团灵厅享受着和家族先人一样的待遇,同是华人“春秋二祭”的对象。通过虚拟化血缘或泛血缘化的方式,新加坡华人有效实现了中华文化的传承和内部的自我认同。

构建此类的崇奉空间,显然不是为了强化宗族观念,而是正视宗族文化的历史意义与现实价值。作为一种有效的文化策略^②，“祖先认同”有助于解决当下中国日益显现的深层次矛盾,如文化断裂、代际冲突、价值认同等。理性的“祖先认同”也有利于更广范围的民族祖先认同和凝聚力的回归。

2. 恢复“小传统”构建“大传统”。中国民间信仰因“低层次”、芜杂无系统、神秘无章法被视为迷信妖孽,无法为自己“正名”,后成功渗透、栖身于正统宗教,使中国宗教信仰日益走上一条民间化、世俗化的发展道路,从侧面揭示了中国民间信仰旺盛的生命力。有鉴于此,国外学者多倾向于将“小传统”的乡村信仰纳入中国宗教体系中去,这是“中国民间宗教”

术语的由来。

如前所述,“小传统”并不必然是现代化的累赘,反而是“大传统”构建的重要基础。民间的信仰及仪式活动屡被官方吸收、改造,蜕变成官方正统、权威文化的象征,实例也屡见不鲜,中国东南沿海的民间水神妈祖被提升为官方神祇“天后”便是其中最突出的一个。现在,“天后”已跨越江海湖泊,成为华人信仰的重要象征之一。

日本学者田仲一成在考察珠三角和香港等地区的近世文艺后发现,城市文艺很多时候不仅仅起源于乡村祭祀,而且因为中国的城市空间是在与周边农村相互关系中形成的,所以城市文艺明显地残留有农村祭祀的要素。乡村祭祀之所以能发展成为城市文艺,是因为祭祀向娱乐推移的艺术进化和农村向城市化推进的环境进化两者的相互作用。^③在今天,乡村祭祀向城市文艺、城市祭典的推进也正在上演,如广州乞巧文化节开幕式上大型的“七夕祭典”^④,即由原乡村祠堂的“拜七娘”仪式发展而来,体现了地方政府维护正统与权威、重塑文化认同的决心。曾盛极一时的广州“波罗诞”也正在恢复之中,围绕南海神信仰,民间技艺、粤剧、粤曲、“波罗鸡”等民俗记忆重返民间,“他乡”是“我乡”不再是愿景。

①②曾玲《阴阳之间——新加坡华人祖先崇拜的田野调查》《世界宗教研究》2003年第2期。

③田仲一成著,李莉薇译《论乡村祭祀演进为城市文艺的机制》《文化遗产》2010年第3期。

④储冬爱《从民间到官方——乞巧的复活与蜕变》《民族艺术》2009年第3期。

(上接第50页)品种应予优先保护是 UNESCO 以及相关组织的一贯主张,也是形成非物质文化遗产保护理念的重要基石。我国是 UNESCO《公约》的缔约国,无论是国办的《意见》抑或后来的《非物质文化遗产法》,都程度不同地借鉴了 UNESCO 的相关法规。当然,也根据本国情况进行了重大调整。

结 语

单独为非物质文化遗产立法,在世界上是首创。从这个意义上讲,《非物质文化遗产法》具有里程碑式的意义。而立法的过程,具有先自下而上、后自上而下,先专项、后综合的过程,同时也受到相关国际法规的推动。在这个过程中,国内外的一些先行的法律法规,为《非物质文化遗产法》的制定奠定了基础,提供了有益的借鉴。例如《非物质文化遗产法》对非物质文化遗产内涵和外延的界定,就与 UNESCO 的《公约》和国办的《通知》一脉相承。再如《非物质文化遗产法》第六条规定:“国家扶持民族地区、边远地区、贫困地区的非物质文化遗产的保护、保存工作”就与 UNESCO 相关法规的精神一致,只是还不够具体。

在先行的法律法规的基础上,《非物质文化遗产法》的创新之一,就是没有继续沿用“保护法”的名称。综上所述,国内外的相关法规,几乎无一不使用“保护”的名称。国办颁发的《意见》的全称是《关于加强我国非物质文化遗产保护工作的意见》。然而事实上,并不是所有的非物质文化遗产都值得保护。《非物质文化遗产法》第三条规定:“国家对非物质文化遗产采取认定、记录、建档等措施予以保存,对体现中华民族优秀传统文化,具有历史、文学、艺术、科学价值的非物质文化遗产采取传承、传播等措施予以保护。”从而既避开了“精华”、“糟粕”的两分法,又用“保护”和“保存”的不同措施,对于不同价值的非物质文化遗产予以区别。

当然,《非物质文化遗产法》可以完善和细化的空间还不小。例如 UNESCO 的相关法规以及国办的《意见》,都提到非物质文化遗产保护与“文化多样性”的关系,而《非物质文化遗产法》却一语未涉及文化多样性,值得商榷。其第五条规定“禁止以歪曲、贬损等方式使用非物质文化遗产”,何谓“歪曲、贬损”应予说明。第十五条对境外组织和个人来华进行非物质文化遗产调查的限制条款,亦有待细化,等等。