



现行立法建立的文化传承制度与保护机制

前沿话题

□ 杨建军

(一) 现行立法建立的文化传承制度

1. 确立了国家作为文化遗产保护主体的法律责任,建立了文物保护与管理的科层体系。

2. 建立了物质文化、非物质文化遗产保护的系列制度。对中华传统文化中的原创文化专门立法,具有更加重大而独特的价值。(1)语言文字立法。国家通用语言文字法的出台,既有助于推动国家通用语言文字的规范化发展,也有助于促进经济文化交流,壮大“语言的生命”。(2)中医药保护立法。中医药法的制定,初步改变了中医药发展失衡的状态,为中医药、各民族医药的振兴提供了法律依据。(3)国家先后制定了《长城保护条例》《历史文化名城名镇名村保护条例》《风景名胜区管理暂行条例》《曲艺传承发展计划》等法律法规及规范性文件对相关物质文化、非物质文化遗产予以特别保护。

3. 构建公共文化服务保障的基本制度。(1)完善公共文化服务法律制度。(2)促进传统文化与人民大众的生产与生活融合。除了立法,国家还出台了相关规范性文件。如《中国传统工艺振兴计划》将涵盖大众衣、食、住、行等方面的“剪纸、刺绣、年画、木雕、金银制作工艺、建筑营造”等具有工业化生产不能替代特性的传统工艺作为振兴对象,既有助于调动年轻一代从事传统工艺生产的积极性,也有助于增强传统街区和村落活力。(3)设定大众文化传播的基本目标和制度底线。(4)建立标准化、数字化文化传承法律制度 and 互联网领域的文化传播制度。

4. 通过关联立法,传承文化精神。主要有:(1)刑法修正案(八)“宽宥”精神,规定已满七十五周岁的人故意犯罪的,可以从轻或者减轻处罚,且一般不适用死刑。(2)民法典第七、八、九条关于“诚信原则”“不得违背公序良俗”“有利于节约资源、保护生态环境”的规定;第一百八十四条规定“自愿实施紧急救助行为造成受助人损害的,救助人不承担民事责任”;第一百八十五条则以专条规定捍卫英雄烈士的“姓名、肖像、名誉、荣誉”权利。(3)志愿服务与鼓励见义勇为立法。(4)红色文化传承发展立法,填补了尊崇、铭记英雄烈士精神等立法空白。

(二) 现行立法建立的文化保护与传承法律机制

主要有六种:1. 行政法保护机制;2. 知识产权法保护机制;3. 反不正当竞争法保护机制;4. 商业秘密保护法律机制;5. 物权法保护机制;6. 刑事法律保护机制。

完善文化传承立法的难题及其成因

(一) 现代化的挑战与文明自主性保存之间的冲突

1. 直面西方文化冲击和文明竞争。2. 立法中的扬弃与传承。顺应科技革命发展趋势,在探寻既符合民族文化传统,又符合世界通行的环境伦理、科技伦理、法律伦理的基础上开展立法。3. 针对实践中文化传承的突出问题加快立法。如本土传统文化资源被掠夺,民族传说被野蛮开采,国家经典故事被篡改,民族特色节日和传统习俗被他国抢注等突出问题,应属于文化传承立法重点矫正的问题。

(二) 文化传承与经济社会发展的矛盾

平衡文化传承与经济社会发展的矛盾,需要做到:1. 积极履行宪法法律和条约确立的文化遗产保护和传承的法定义务。2. 国家力量与社会力量相结合,履行国家义务与保障公民权利相结合。

(三) 立足时代推进传统文化创造性转化与创新性发展

1. 目前,虽然有了中医药法,但是,中医药发展面临的深层制度障碍,并未完全消除。2. 促进传统文化的大众化传承。要保护戏曲、杂技等舞台“展示”的艺术,更要保护传统的“生活”技艺。3. 在文化产业化过程中,需要高度警惕“大众文化”过度商业化、市场化,演化为“文化产业”,演变为“商业机构和政治权力强加给‘大众’的文化商品”。4. 立足现代生活开掘传统文化。

文化。中华传统文化总体上属于义务本位文化、秩序文化、德性至上的文化,但现代国家的治理高度强调权利、自由、民主,因而整个法律制度自身在迈向现代化过程中,也需要更多地融入权利、自由、民主等现代文化因子。

(四) 促进文化传承立法的进一步体系化

1. 欲建立中华优秀传统文化传承发展的科学法律体系,需对中华传统文化中的物质文化、非物质文化、文化精神传承等立法作合理的界分与勾连。总体来看,文化精神的传承更具创造性转化和创新性发展的时代价值,因为对待文明“不能只满足于欣赏它们产生的精美物件,更应该去领略其中包含的人文精神;不能只满足于领略它们对以往人们生活的艺术表现,更应该让其蕴含的精神鲜活起来”。2. 化解多头立法问题。3. 完善文化传承的法律机制,以公法为重心的保护机制容易造成“重申报,轻保护”等文化公地悲剧,而过多地强调公益性容易忽视文化只有融入现实生活,不断被创新才能更好地传承、延续并保持文化的“活态”属性等特征。文化传承面临的法律问题复杂,除了行政法的保护机制外,还应当建立公法与私法相结合、多部门共同保护的机制。

(五) 文化精神传承与国家社会治理的现代化

文化不仅需要继承,而且需要创造性转化,既保持与传统的连续性,也要在连续性中有转化,在转化中产生新的东西,新与旧之间保持“辩证的连续”,变迁中保持对传统的认同。1. 在中国历史发展中,“齐家、治国、平天下”“大一统”的文化传统,是长期以来华夏民族维护国家统一、民族团结的重要精神纽带。中华人民

共和国是全国各族人民共同缔造的统一的多民族国家。保障各民族合法权益,促进各民族对中华文化的认同,是相关立法必须坚持的基本原则。2. 民本理念和德治传统。3. “诚信”传统与政府诚信、社会信用法律体系建设。4. “孝”文化的传承与家事法的创新。5. 乡贤文化与乡村社会的治理。6. 调解传统与当代调解制度的法治化。

(六) 文化传承的域外立法经验借鉴与中华优秀传统文化世界传播的立法保障

推动传统文化的传承发展,既需要全面系统地认识传统文化,科学准确地评价传统文化,批判地继承传统文化,也需要在传统文化传承发展的法律制度设计上,借鉴域外经验尤其是发达国家的文化保护与传承的经验。1. 针对文化传承制定特别法律和政策。2. 由国家统一的组织管理机构制定文化政策,提供文化保护咨询,审议文化遗产保护、组织和监督地方文化遗产保护工作。3. 细分文化遗产类型,提供不同的法律政策保护。4. 建立多元化的文化传承融资机制。

中华文化影响力的核心是“仁、义、孝、礼、恕、天人合一”等传统价值观在各国共享性;传统中“德治、和平主义、天下为公”儒家文化的传播,可以向世界传递中国和平崛起理念。科学制定传统文化海外传播法律制度,可以使国家文化产品交易平台建设、海外中国文化中心建设、孔子学院建设、中华文化对外翻译与传播、重点文化企业海外发展更具坚实的法律保障和文化价值传播能力。



观点新解

李大勇就网络谣言规制谈——其三种模式应当引入合作规制理念



西北政法大学李大勇在《行政法学研究》2021年第1期上发表题为《大数据时代网络谣言的合作规制》的文章中指出:

大数据时代对网络谣言的规制,既是机遇也是挑战。网络借助网络的手段,无论是传播的方式、手段以及谣言的表现形式都会发生巨大而又深刻的变化。针对网络谣言规制已形成道德规制、法律规制、技术规制三种模式,但各有优劣,应当引入合作规制理念。在网络谣言规制主体上除了政府,还应强化网络服务商的监管责任,依靠其他社会组织,动员社会广泛参与,进行合作治理。在网络谣言治理方式的选择上,采取多元的治理方式,要坚持法治手段为底线,道德熏陶为引导,网络技术手段为保障的整合方式,从而形成制度合力来应对网络谣言。

赵廉慧就信托法谈——应解决其与本土民法制度的融合



中国政法大学赵廉慧在《环球法律评论》2021年第1期上发表题为《作为民法特别法的信托法》的文章中指出:

信托法作为英美舶来品,这一法律制度要在我国落地生根,应逐渐解决其与本土民法制度的融合与协调问题。信托法是民法的特别法,本质上是一个不折不扣的民法制度。自我国引进信托法律制度以来,学界和实务界从各个角度对信托法律制度本身及其存在的制度土壤等问题不断进行解释与质疑。对于信托法能否在缺乏英美衡平法传统的我国存身,信托关系作为信义关系的特殊性(法律关系),信托的财产权结构兼容于我国的可能性(财产权),信托和民事主体法及组织法的关系(主体法和组织法),信托法提供的特殊救济观念(民事责任和经济)等基本理论问题的再认识,将使人们进一步理解信托法律制度之本旨与初衷,澄清其认识偏差,也能够使人们更加深刻理解信托法作为民事特别法的核心方面。

齐恩平就民事政策和私权自治谈——应立足于中国社会与经济发展实践



天津商业大学法学院齐恩平在《政法论坛》2021年第1期上发表题为《私法自治与民事政策的互动及检视》的文章中指出:

在国家治理与社会治理并行的治理结构中,民事政策和私权自治的冲突与共生不可避免,应立足于中国社会与经济发展实践,廓定民事政策介入私权自治的维度,既要阐明二者的相互作用,也要为二者的共生找到路径;既要降低民事政策的随意性和弹性,又要厘清民事政策介入的边界。在尊重私权自治本身目的的基础上,将民事政策予以类型化,以有效弥补私权自治的局限性及滞后性,实现国家治理的有机与协调。

高志宏就同业监督权谈——其易被滥用并异化为商业诋毁手段



南京航空航天大学高志宏在《政治与法律》2021年第1期上发表题为《同业监督法律制度建构:正当性、属性及其边界》的文章中指出:

同业监督克服了产品信息不对称障碍,对于保护消费者合法权益、维护市场竞争秩序、提高产品质量水平有着独特作用,这是建构产品质量同业监督法律制度的正当性基础。我国确立了产品质量国家监督、消费者监督和社会监督三元监督体系。无论是从宪法渊源看还是从法律渊源看,我国并未明确肯定同业监督,亦未明确禁止同业监督,而是将其蕴含在社会监督之中。同业监督权不属于国家公权,亦不属于企业私权,而是属于社会性权利。同业监督权极易被滥用并异化为商业诋毁手段,从而危害市场竞争秩序。我国要通过法律制度创新明确同业监督的合法性,通过修改产品质量法、反不正当竞争法、消费者权益保护法构建同业监督规范体系。

(赵珊珊 整理)

直播打赏

前沿观点

□ 姚欢庆 (中国人民大学民商事法律科学研究中心副主任)

对于网络直播中习以为常的充值购买虚拟道具、给主播打赏等行为的定性以及平台与用户的责任承担问题,在法学理论和司法实践中一直存在不小的争议,也出现了截然不同的判决结果。最近几年,司法面对直播打赏的自信在加强,常见的“和稀泥”做法被最高法院批评,各地法院新出来的司法判决对于用户打赏、直播平台的责任有了更理性的判断,也更好地厘清了各方主体权利义务的界限,在这里结合司法判决进行解读分享。

一、打赏用户与平台构成网络服务合同法律关系,原则上打赏用户应为自己的行为负责

为了完成打赏行为,打赏用户需要先提供直播服务的平台上进行充值,充值后方可购买虚拟道具并用于打赏。打赏用户与直播平台在充值时的法律定性,在理论和司法实践中并无明确结论。

对于用户在直播平台充值的行为,一般都认为充值消费是一种消费行为,打赏用户与直播平台之间成立网络服务合同。由于平台不仅提供充值购买虚拟道具的服务,还提供平台的网站运营、用户个人中心服务、直播服务、搜索服务等,打赏用户则可以使用直播平台提供的各项服务,包含会员服务、观看直播、游戏服务等,这些服务共同构成了平台与用户之间的合同内容,因此,将用户在直播服务平台上进行充值的行为在法律上定性为以网络服务为主要权利义务内容的服务合同是比较妥当的。

对于充值并购买虚拟道具的行为,很多法院的判决只是明确认为是消费行为,并没有进一步论证这种消费行为在法律上的界定。除了消费者权益保护法专门就消费者的消费行为进行规范外,消费行为并不是有明确权利义务的法律概念,因此,在平台充值购买虚拟道具的行为在法律上仍有进一步厘清的必要。从打赏用户购买虚拟道具的权利义务内容来看,其是以支付金钱为对价,购买了平台上的虚拟道具。这些虚拟道具,根据民法典第一百二十七条规定,属于虚拟财产,可以成为交易客体,但是在交易过程中并不

打赏的法律思考



存所有权的转移。根据民法典合同编第五百九十五条的规定,买卖合同要求转移标的物所有权。因此,用户购买虚拟道具的合同不能作为买卖合同处理。但是,结合民法典合同编的相关规定,购买虚拟道具的行为应当是类似于买卖合同中的无名合同,仍可以根据民法典第六百四十六条的规定,参照适用买卖合同的相关规定处理。明确打赏用户在直播平台上购买虚拟道具这种消费行为的合同性质,能够理清用户与平台的责任承担,有助于我们理解和解决实践中类似于未成年人充值购买虚拟道具的处理。

二、打赏用户与主播之间的关系,司法实践由原来的赠与合同向服务合同转变

在直播平台上,用户可以免费观看主播的表演,也可以购买虚拟道具打赏主播。这种打赏行为在法律上如何定性,在理论和司法实践中有着很多争议。早期的司法案例中,法院倾向于认为用户

对主播的打赏是与主播建立赠与合同关系。随着网络直播产业的发展,法学理论和司法实践对于此类打赏行为在法律上的定性也在逐步变化。主播提供直播表演是免费的,不能强制观众打赏。但专业主播在直播中付出劳动,除了获得被用户认可产生的精神愉悦外,通过直播活动获利是重要目的。用户的打赏除了获得免费观看时的精神愉悦外,还可以得到与免费观看不同的服务及精神体验。从这个角度看,用户基于自愿作出的打赏其性质并非赠与,完全可以理解为获得一种精神上的愉悦而进行的购买,只是这种购买的价格不是事先确定的,而是由用户根据具体的情况自己决定。

从一个更加广泛的意义上来看,互联网平台基于免费模式获得流量是一种商业模式,主播通过自己的表演让用户打赏获得收入也是一种商业模式。因此,用赠与合同定性用户与主播之间的打赏行为,未免过于简单。而且赠与合同的定性对于主播们个人所得税的征收征管形成阻碍,也会阻隔主播们表演内容对合同效力的影响。

三、每一次的打赏是一个单独的服务合同,不应累积计算打赏额

给主播们打赏获得的精神愉悦,与打游戏获得的快感一样,容易上瘾。单次、频繁的小额打赏,在日积月累下变成了一个巨大的数字,并呈现为新闻媒体中的“巨额打赏”。一旦打赏涉及夫妻共同财产的处分,就会引发法律争议。根据民法典婚姻家庭编的规定,夫妻非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定,夫妻双方应当平等协商,取得一致意见。对于夫或者妻一方单独充值并打赏的行为,如果是单次的巨额打赏且金额明显超出日常生活需要的,则应当属于夫妻协商取得一致意见的范畴,但是,对于单次的、频繁的小额打赏,在日积月累下变成了一个巨大的数字的情形是否属于非因日常生活需要的处理决定,需要结合具体情形考察。

笔者认为,如果这种消费金额被累积计算,那么在其他平台上的电子消费,如支付宝、微信上完成的消费是否都需要累积计算?如果需要被累积计算,那么在电子支付如此频繁的时代,绝大部分人在平台上的消费因为日积月累都会变成一个巨额数字,这类交易一旦涉及夫妻共同财产,就必须以夫妻协商一致为前提,否则就会导致整个社会的交易安全被破坏。

另外,针对网络用户这种小额、多次的消费行为,平台是否需要承担额外的注意义务也是一个问题。正如前面所述,在平台上的电子消费已经实名制的前提下,用户利用支付宝、微信完成的消费都是有记录的,平台也都了解这些消费信息,用户在日积月累中都会形成一个巨额数字,我们没有理由要求平台就此承担额外的注意义务。虽然作为只是从事直播服务的平台,与从事游戏服务的平台一样,容易不见容于保守的社会价值,也容易为新闻媒体所注意,但这些平台是否需要承担额外的注意义务,应当由立法来指引,而不应基于个人的好恶,额外增加此类平台公司的注意义务。

网络直播在技术的加持下,在资本的加持下,攻城略地,取代着传统的文化展示语境,由此也衍生出一系列的社会问题。但这些问题解决,需要社会多方面的共同努力。在不违背合法性及善良风俗的前提下,司法应当保持一贯的谦抑性,给网络直播这一新兴业态多一些发展空间,共同促进文化传播的多样性,真正让司法服务于新时代的社会与经济。