

新疆非物质 文化遗产的法律保护

XINJIANG FEIWUZH
WENHUA YICHAN DE FALÜ BAOHU

赵虎敬◎著



人 民 大 学 出 版 社



新疆非物质 文化遗产的法律保护

XINJIANG FEIWUZH
WENHUA YICHAN DE FALÜ BAOHU

赵虎敬◎著



 人民出版社



责任编辑:李椒元

装帧设计:卓 墨

责任校对:余 倩

图书在版编目(CIP)数据

新疆非物质文化遗产的法律保护/赵虎敬著.

—北京:人民出版社,2014.1

ISBN 978-7-01-012960-0

I. ①新… II. ①赵… III. ①文化遗产-保护-法律-研究-新疆

IV. ①D927.452.164

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 304015 号

新疆非物质文化遗产的法律保护

XINJIANG FEIWUZHI WENHUA YICHAN DE FALÜ BAOHU

赵虎敬 著

人民出版社 出版发行

(100706 北京市东城区隆福寺街 99 号)

北京京华虎彩印刷有限公司印刷 新华书店经销

2014 年 1 月第 1 版 2014 年 1 月北京第 1 次印刷

开本:880 毫米×1230 毫米 1/32 印张:9.5

字数:208 千字 印数:0,001-3,000 册

ISBN 978-7-01-012960-0 定价:26.00 元

邮购地址 100706 北京市东城区隆福寺街 99 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

版权所有·侵权必究

凡购买本社图书,如有印制质量问题,我社负责调换。

服务电话:(010)65250042

序

《新疆非物质文化遗产的法律保护》是一本专业性很强的著作,但同时生动通俗。新疆维吾尔自治区地处我国西部边陲,面积博大,民族众多。最有特点的就是该地区的文化。承积漫长历史时期,不同历史阶段的文化成果,新疆维吾尔自治区拥有纷繁复杂,异常丰厚的文化遗产。而且,种类繁多,内容各异。最能体现文化精髓的就是其中的非物质部分。非物质文化遗产具有无形性、活态性、传承性等方面的特点,契合于新疆民族文化的承载与体现。新疆非物质文化遗产板块也责无旁贷,一直以来担负着新疆文化事业发展与延承的历史重担。所以,长期以来非物质文化遗产便成为了新疆民族文化的优秀代表。木卡姆艺术已经成为世界性的非物质文化遗产,“达瓦孜”表演也得到了国内外各族人民群众的喜爱。对于新疆非物质文化遗产的保护也就变得越来越有意义,不仅关系到中华民族文化多样性的保持,也事关中华民族文化事业的整体发展。多年来,各级政府部门、科研院所以及专家学者在新疆非物质文化遗产保护方面做了很多工作,倾注了很多心血,进行了多方面的思考,取得了重大成绩,推进了自治区非物质文化遗产保护工作进程的发展。

本书的写作也是基于同样的目的。事实上,本书的初稿来源于虎敬博士的博士后报告。虎敬博士进入社科院法学所博士后流动站采选的研究课题就是本书标题。作为指导导师,选题当初我

2 新疆非物质文化遗产的法律保护

曾经与虎敬博士进行过详细探讨,原因是本题写作难度较大。根据选题,作者至少需要完成三个方面内容的释明,包括新疆非物质文化遗产、自治区非物质文化遗产法制保护现状与改进法律保护途径的探索。每个方面都需要详细踏实的素材积累与千头万绪的整理总结,第三部分还要做理论拔高,工作量大,覆盖面广,非常不容易。而且选题内容学科跨度较大,包括文化、民族、政治、法律等多个题材,多种内容,对作者知识储备、逻辑分析及语言文字等方面的能力都是很大的挑战。好在虎敬博士很刻苦,也很坚韧,最终完成了选题研究,难能可贵的是还能撰文成书。

本书结合多方面的题材,最终将着眼点落在法律保护的完善上,参考日本、韩国、法国的成功经验,对于新疆非物质文化遗产法律保护的体制构建、方式选择进行了深度思考。本书先是序明了新疆非物质文化遗产法律保护的法律渊源,接着对目前的法制现状进行了梳理,对存在的问题进行了归纳总结,找到了保护体系公私法制搭配失衡,立法缺失,尤其是民事权利受侵救济通道不畅等相关问题。针对问题,作者做了认真思考,结合新疆维吾尔自治区非物质文化遗产的地域特点、民族特点与保护现状,分层次、多角度地进行了法制构建。先是明确了新疆非物质文化遗产进行法律保护应该遵循的基本原则,接着阐述了加强行政保护的重要意义与具体措施的采取。最后,根据国内外的先进经验,作者在引荐知识产权保护机制对新疆非物质文化遗产进行保护方面做了很多设想,分析了两种题材结合的融适与相互排斥,并对知识产权机制的引入进行了具体制度上的尝试分析。相关想法很新颖,很有突破,不过实际适用可能需要较长的一段时间。但是虎敬博士敢于思考,勇于思考的努力体现了一种做学问的端正态度。系统缜密的逻辑构思,严谨规范的写作文风体现了作者深厚的研究功底。整

体上讲,本书的写作不仅丰富了选题方面的学术研究,开拓了相关思路,对于新疆非物质文化遗产保护事业的进步与完善也定会有所裨益。

李步云

2012年12月25日

目 录

绪 论	1
第一章 新疆非物质文化遗产法理追溯	7
第一节 非物质文化遗产与相关概念	7
一、“非物质文化遗产”与“文化”	7
二、“非物质文化遗产”与“文化遗产”	10
三、“非物质文化遗产”与“传统文化”	11
四、“非物质文化遗产”与“物质文化遗产”	15
第二节 非物质文化遗产法律概念	17
一、非物质文化遗产概念的产生历程	18
(一)“世界遗产”概念的出现	18
(二)民间文化保护的开始	20
(三)人类口头和非物质遗产保护主张的正式 提出	21
(四)《保护非物质文化遗产公约》的颁布实施	22
二、非物质文化遗产概念界定	23
(一)联合国教科文组织关于非物质文化遗产的 界定	23
(二)我国政府对非物质文化遗产的概念界定	26
第三节 新疆非物质文化遗产法律保护基本原则	28

2 新疆非物质文化遗产的法律保护

一、明确依法保护的原则	29
二、遵循保护有益内容的要求	31
三、做好认定的前置工作	32
第二章 新疆非物质文化遗产内容、特征及保护意义	35
第一节 新疆非物质文化遗产主要内容	35
一、传统口头文学以及作为其载体的语言	36
二、传统美术、书法、音乐、舞蹈、戏剧、曲艺和 杂技	42
(一)传统美术	42
(二)传统音乐	45
(三)舞蹈	51
(四)民族曲调	55
三、传统技艺、医药和历法	56
(一)服饰制作技艺	56
(二)地毯与毛毡制作工艺	59
(三)维吾尔族模制法土陶烧制技艺	60
(四)民居、毡房营造技术	61
(五)维吾尔族桑皮纸制作技艺	62
(六)刀具制作工艺	63
(七)民族乐器制作工艺	64
(八)土碱烧制技术	65
(九)传统医药	66
四、传统礼仪、节庆等民俗	68
(一)生活居住习俗	68
(二)婚丧习俗	72
(三)节庆习俗	74

五、传统体育和游艺	77
(一) 马球	77
(二) 达瓦孜	79
(三) 维吾尔族叼羊	79
第二节 新疆非物质文化遗产的特征	80
一、无形性	81
二、活态性	85
三、多元性	88
四、宗教性	90
五、利益性	93
六、民族地域性	95
第三节 保护新疆非物质文化遗产的重要意义	97
一、保持和促进文化多样性的需要	97
二、传承保护文化遗产的需要	103
三、维护国家安全的需要	106
四、加强民族团结的需要	108
五、建构和谐社会的需要	111
六、促进地方经济建设的需要	113
第三章 新疆非物质文化遗产法律保护现状	116
第一节 保护新疆非物质文化遗产法律渊源	116
一、宪法	117
二、民族区域自治法	118
三、保护民族非物质文化遗产的专门法律法规	120
四、民族非物质文化遗产保护的部门法规	126
五、国际条约	128
第二节 新疆非物质文化遗产法律保护的必要性	129

4 新疆非物质文化遗产的法律保护

一、法律保护体现了宪法的基本原则	129
二、法律保护是综合法律保护体系中的刚性需求	131
三、法律保护是国际法义务的国内履行	133
四、法律保护是目标实现的有效途径	134
第三节 新疆非物质文化遗产法律保护问题分析	136
一、新疆非物质文化遗产综合保护	136
二、新疆非物质文化遗产司法保护	139
三、新疆保护非物质文化遗产的法治不足	141
(一)法制建设相对滞后	141
(二)法律机制动态保护不足	150
(三)民事法律保护相对缺失	152
(四)开发利用缺乏法律规范	154
第四章 非物质文化遗产法律保护国内外经验借鉴	158
第一节 我国保护非物质文化遗产的法治概述	158
一、我国少数民族非物质文化遗产法律保护的发展历史	158
二、我国少数民族非物质文化遗产法律保护的特点	168
第二节 国外非物质文化遗产保护的法治状况	172
一、日本	172
(一)立法方面	172
(二)传承人保护	174
(三)田野调查	176
(四)机构设置	176
二、韩国	179

(一)立法方面	179
(二)传承人保护	179
(三)机构设置	180
(四)商业化的保护模式	181
三、法国	183
(一)立法方面	183
(二)公众参与	184
四、意大利	185
(一)保护文化遗产的优良传统	185
(二)知识产权制度的引鉴	186
(三)机构设置	187
第三节 国内外先进法治经验的新疆启示	187
一、完善法律保护体系	188
二、对传承人的着重保护	189
三、专门保护机构的设置	191
四、拓宽公众参与保护通道	193
第五章 新疆非物质文化遗产的行政法保护	196
第一节 行政法保护模式概述	196
一、非物质文化遗产行政保护	196
二、非物质文化遗产行政保护的必要性	197
三、行政保护模式的特殊性	200
第二节 推进行政法保护发展历程	204
一、加快立法	204
二、行政工作要体现区域特点	207
三、搭建行政法制综合保护体系	209
四、引鉴知识产权保护机制	211

第三节 完善行政法保护具体措施	213
一、夯实非物质文化遗产保护的基础性工作	213
(一)普查工作	213
(二)存档工作	215
(三)申报工作	216
二、落实资金工作	218
三、确立文化部门的行政主管部门地位	220
四、扩大非物质文化遗产保护中的群众参与	222
五、采取合理的行政保护措施	224
(一)明确传承人保护机制	224
(二)建立生态博物馆	226
(三)高校等科研机构的智力支持	227
第六章 新疆非物质文化遗产知识产权保护机制引荐	229
第一节 利用知识产权制度保护非物质文化遗产的 司法困境	230
一、法律性质存在差异	230
二、独创性认定存在困难	232
三、权利主体无法确定	233
四、保护期限有所不同	235
第二节 知识产权制度保护非物质文化遗产存在 可能	237
一、法律性质上的相似性	238
二、非物质文化遗产需要知识产权制度的保护	240
三、知识产权制度开放性质的吸纳能力	241
四、保护客体存在交集	243
第三节 引荐知识产权保护机制的路径思考	245

一、权利主体问题	245
(一)个体权利人	246
(二)群体权利人	248
二、保护期限问题	252
三、知识产权制度保护非物质文化遗产的适用 设想	254
(一)著作权保护制度	254
(二)商标权保护制度	258
(三)专利权保护制度	263
(四)商业秘密权保护制度	265
(五)知识产权专门法保护	268
结 论	272
参考文献	276

绪 论

新疆非物质文化遗产保护工作不仅很重要,而且十分必要。这项工作关系到中华民族文化多样性的保持,关系到新疆维吾尔自治区少数民族文化事业的发展延续,同时也与该地区民族间关系、民族间团结及社会稳定、社会和谐息息相关。随着我国改革开放,尤其是在西部大开发战略实施以来,包括新疆维吾尔自治区的西部地区经济快速发展,包括文化板块在内的各项事业发展迅速,取得了骄人成绩。但是,在经济主导的社会发展中,新疆地区一些千百年来沉积的文化成果也受到了侵害,有些文化遗产甚至遭到了毁灭性破坏。包括世界文化遗产新疆木卡姆套曲艺术都面临着传承方面的危机。如何对现有文化遗产进行有效保护与合理开发利用已经成为我国社会改革过程必须解决的重要问题。在新疆维吾尔自治区,对于区内非物质文化遗产的保护工作已经变得至关重要。多年来,法律保护手段在保护新疆地区非物质文化遗产方面发挥了巨大作用,法制建设也成为实现新疆文化遗产保护规范化、常态化的努力方向。但是,新疆地区目前在非物质文化遗产保护工作方面还存在机构制度设置不明,经费短缺,立法混乱,司法不力等问题。本书希望借鉴日本、韩国等国家的成功经验,结合知识产权制度的相关规定,在新疆维吾尔自治区尝试构建公权力与私权力,行政管理与民事救济并行不悖的法律保护机制。

目前,国内就本书题目中单一元素进行选题研究的十分普遍,

成果众多。但进行综合分析,结合非物质文化遗产与法律保护模式,将其圈定在新疆地区作专题研究的作品还不多见。国际上,对非物质文化及文化遗产保护的研究十分广泛,日本、韩国、法国等国家保护民族文化遗产的历史比较悠久,在这方面积累了大量的成功经验,相应立法也较为完备。对于法律体系的合理配置,突显知识产权法受益文化遗产传承人的保护特性,国际上的成功经验值得学习借鉴。对于新疆非物质文化遗产,与国际国内其他非物质文化遗产相比具有什么样的不同,对其实施保护除了保护非物质文化遗产统一层面上的需要,它的特殊意义或现实意义体现在什么地方。其实,这是一个需要认真思考的问题。本书选择“新疆非物质文化遗产法律保护”作为题目,主要是基于三个方考的考虑。

一是写作与选题的初衷与目标。新疆维吾尔自治区是一个少数民族聚居地区,也是“东突”分子经常实施破坏活动,我国国家安全与社会稳定受到危害的地区。多年以来,“东突”恐怖分子打着恢复或重建历史上所谓的“突厥共和国”的幌子,利用泛突厥主义迷惑、欺骗广大的少数民族群众,实施了一系列的破坏活动,给新疆地区和我国的国家安全带来了极大的危害与隐患。“9·11”事件以后,“东突”组织、人员和相关活动被国际社会和我国政府认定为一种恐怖主义势力和组织,受到了世界各国人民的唾弃与打击。但是,一直以来,“东突”恐怖活动僵而不死、死而不灭,每有机会就会蹿上台前搞一些破坏活动,发表一些分裂和破坏言论。这种现象的存在与“东突”分子的宣传言论具有的蛊惑性不无关系。与其他分裂活动不同,“东突”恐怖分裂活动打的是一种民族的、文化方面的幌子。他们把已经历史消亡的突厥民族与今天讲突厥语的语族两个概念进行人为的混淆,欺骗不明就里的人民群

众,谎称在今天的新疆,历史上曾经存在所谓的“突厥共和国”。他们的活动就是要恢复历史上的国家。实际上,他们的谎言非常容易戳穿。之所具有欺骗性,就是因为“东突”分子祭出的是文化突厥的大旗。因为讲着共同的或者相同字根的语言,因为是历史上相同种族的遗传。文化上的认同会让很多人相信“东突”分子的荒诞谎言。文化欺骗在“东突”分子搞破坏分裂活动中发挥了关键性的作用。对于我国政府来讲,从文化方面着手,通过文化的解析,揭穿“东突”分子的谎言,对于打击“东突”破坏活动,解决“东突”问题是一种本质性,源头上的对策与方略。作为文化构成的非物质文化遗产,如何对其进行认定,如何对其进行保护成为做好新疆维吾尔自治区文化工作重要的内容。“东突”分子叫嚣我国政府打压排斥少数民族文化,我们今天加大力度对新疆少数民族文化遗产进行保护,借用事实力证“东突”谎言的欺骗性,对其进行有力驳斥。所以,做好新疆维吾尔自治区非物质文化遗产的保护工作是政治任务的重要构成。当然,这种任务的完成也是维护我国国家安全与社会稳定的必需,是推动中华民族文化事业健康发展的要求。

二是新疆维吾尔自治区的非物质文化遗产与其他地区的文化遗产相比更具有特殊性,是我国多元文化不可或缺的组成部分,保护意义重大。因为地处东亚与中亚交界地区,著名的丝绸之路从此经过,新疆维吾尔自治区有史以来就是一个民族星云变幻,中西文化碰撞交汇的重要区域。在新疆这个地方沉积了太多不同文化、不同民族的历史成果,也就造就了今天新疆维吾尔自治区绚烂多彩的非物质文化遗产。同时,也就形成了新疆维吾尔自治区非物质文化遗产与其他地方文化遗产的不同与特殊性。最为显著的就是其中的宗教性。从最初的萨满教到后来的佛教,一直到今天

的伊斯兰教,新疆地区的宗教更迭动作很大,几经变幻。每种宗教,每个时期都有丰富的历史遗存。今天新疆维吾尔自治区的宗教信仰主要以伊斯兰教为主,造成该地区非物质文化遗产很多都与伊斯兰宗教密切相关。包括文学、艺术、技术、民风民俗都具有鲜明的伊斯兰风格,也就决定了新疆维吾尔自治区非物质文化遗产内容与保护方面尊重伊斯兰教规定的基本要求。新疆文化遗产的特点与特殊主要表现在非物质文化遗产方面。非物质文化遗产具有的无形性、动态性、传承性、价值性等固有特点注定了其承载、体现新疆各民族不同时期历史文化、风情风貌的命运与职守。当然,也正是因为相关属性特点,非物质文化遗产具备新疆民族文化传承的可能与条件。木卡姆套曲艺术的产生沿承历经了漫长的历史时期,其中有着众多的变化与调整,掺杂糅合了不同阶段、不同主题的复杂内容,而诸多的变化与丰富都决定于创作者、传承者的思想内容与表达能力。作为一种活态艺术,思想与技能成为文化存在与传承的关键,这也是非物质文化遗产的美丽所在。像木卡姆套曲艺术这样的非物质文化遗产在新疆维吾尔自治区有很多,是新疆文化构成中的重要内容,也是新疆民族文化重要的表达形式。

三是新疆维吾尔自治区目前非物质文化遗产破坏严重,对其实施保护尤其是法律保护的工作任务十分紧迫。随着 20 世纪 80 年代以来我国实行的改革开放,特别是在 20 世纪末启动的西部大开发战略实施以来,新疆维吾尔自治区包括经济、文化、科技等各方面发展迅猛,成绩斐然。但是,其中有一些文化遗产包括非物质文化遗产也遭到了严重破坏,有的甚至是毁灭性打击。如何保护这些珍贵的历史遗留,如何阻止破坏的加剧,采取必要的政策与措施是当务之急。新疆的民族文化是中华民族文化大家庭中的一朵