



YUNNAN DAXUE FAXUE WENKU

云南大学法学文库

杨临宏 主编

民族民间传统文化产业的 制度环境

戴琳 著

MINZU MINJIAN
CHUANTONG
WENHUA CHANYE
DE ZHIDU
HUANJING

中国社会科学出版社

YUNNAN DAXUE FAXUE WENKU
云南大学法学文库

杨临宏 主编

民族民间传统文化产业的 制度环境

戴琳 著

MINZU MINJIAN
CHUANTONG
WENHUA CHANYE
DE ZHIDU
HUANJING

中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

民族民间传统文化产业的制度环境/戴琳著. —北京:
中国社会科学出版社, 2007. 9

ISBN 978-7-5004-6397-9

I. 民… II. 戴… III. 民族文化—文化事业—行政管理—
法规—研究—世界 IV. D912.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 139528 号

策 划 张 林
责任编辑 张 林
责任校对 刘勇勤
封面设计 格子工作室
版式设计 戴 宽

出版发行 中国社会科学出版社

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 邮 编 100720

电 话 010—84029450 (邮购)

网 址 <http://www.csspw.cn>

经 销 新华书店

印 刷 华审印刷厂

装 订 广增装订厂

版 次 2007 年 9 月第 1 版

印 次 2007 年 9 月第 1 次印刷

开 本 880 × 1230 1/32

印 张 9.75

插 页 2

字 数 282 千字

定 价 28.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社发行部联系调换
版权所有 侵权必究

作者简介:

戴琳，女，1973年1月生于云南通海县，法学硕士，现在云南大学法学院任教。1995年毕业于华东政法学院，获法学学士学位；2006年毕业于云南大学，获法学硕士学位。自1995年至今，主要从事知识产权法学和经济法学的教学与研究工作，曾主持校级科研项目一个，公开发表学术论文6篇，参编经济法学、知识产权法学等类教材3部，担任2部论文集的副主编。

编辑委员会

主 任 陈云东

副 主 任 杨临宏

委 员 陈云东 杨临宏 陈铁水

郑冬渝 牟 军

丛书总主编 杨临宏

总 序

法之兴废，国运攸关；学之展进，民智必昌。

自启蒙时代以来，法治思想逐渐深入人心，法治之弘扬促进了社会公正与和谐。19世纪末，西法东渐，法治、权利、民主等理念之风吹入我文明古国，经过先贤百余年之不懈努力，建设法治国家之理念终成上下之共识，成为共和国永久之基本国策。以各国经验观之，一国之法治水平与其发达程度相关，法治水平较高的国家或地区，其经济社会发展水平也较高；反之，亦然。而欲提高法治之水平，必然以开展法学研究和教育为前提。

云南大学虽地处西南边陲，然自1931年建立法科，20世纪40年代虽民贫国乱，但法科教育已颇具规模。其时，名师大家云集，鸿篇巨著纷呈，瞿同祖、杨鸿烈、陈盛清、王伯琦等先后执教于此，先进之法治理念、法律知识在国之西南得以广泛传播。50年代初，因国家调整大学之院系，法律系整体并入西南政法学院，云南大学之法科教育即告中断。70年代末，云南大学重建法律系，于1981年恢复招生，自此始，我院以培育人才为根本，以弘扬法治为己任，立足边疆，奋进不懈，旨在振兴法学、育才济世，建设社会主义法治国家。七十年来，云大法科为国家和社会培养了数以千计的优良人才，声誉日隆，规模益大，层次更高。21世纪以来，云南大学法学院进入了快速发展

期，教学、科研、管理等方面呈现出跨越式的发展态势，学院进一步拓宽了法学研究的视野，提高法学研究的质量，鼓励师生参与法学研究、重视学术交流，欣欣向荣之景象已然成风。

法学研究和法律实践不尽相同，其具有前瞻性和创造性。概而言之，法学教育虽然关注现实问题，但并不拘泥于解决现实问题，更注重法治精神的传播和对法律实践的引导。正是基于此，我院组织出版“云南大学法学文库”。该文库以云南大学法学院师生的著作为选题范围，并由云南大学法学院学术委员会组成编委会，注重选题之前沿性与全新性，审慎选择其中的优秀成果编辑出版。期能够籍该文库之出版，促进云南大学法科研究的水平，激励师生积极参与法学研究，并为繁荣社会主义法学研究尽绵薄之力。

杨临宏

2007年夏于昆明

前 言

当前，为保持文化的多样性，实现全社会的可持续发展目标，国际社会普遍关注民族民间传统文化的保护和利用问题，许多国际组织、国家和地区纷纷展开调研，为构建科学合理的传统文化保护和发展机制而不懈努力。

我国是一个有着五千年悠久历史的多民族国家，民族民间传统文化资源极其丰富。作为历史的积淀，民族民间传统文化承载着一个民族的价值取向，影响着一个民族的生活方式，拢聚着一个民族自我认同的凝聚力，它包含了过去世代累积的信息和发展的可能性。自改革开放以来，我国人民的物质生活条件得到极大改善，人们的精神需求不断增长，文化消费规模迅速扩张，于是，人们开始从产业利用层面审视民族民间传统文化的传承与发展。实践表明：走产业发展之路，是保护和弘扬民族民间传统文化的重要途径，也是实现民族地区 and 传统社区^①经济跨越式发展的有效手段，并且，通过对传统文化产业进行规模化和集约化的发展，还能有效增强我国文化产业的整体竞争力。近年来，许多地方政府已将民族民间传统文化产业作为地方经济发展战略中的

^① 本书提及的“民族地区 and 传统社区”，是指在文化资源的保有和传承方面有别于主流社区的少数民族地区 and 非少数民族区域。下同。

一项重要内容进行规划，并纷纷倾力打造自己的特色文化品牌，从而形成一种传统文化保护热和利用热。在此过程中，社会各界对发展民族民间传统文化产业的思路 and 方向大多持肯定态度，并对其间的具体制度构建提出许多有益的构想。

作为一项具体的产业形式，民族民间传统文化产业的发展也应遵循市场经济的基本运作规律，并应依照现有政策和法律等制度性规则调整和规范与此相关的系列社会关系。但从我国目前民族民间传统文化资源的存在和发展状态来看，因受各种主客观因素影响，其显示出一定的脆弱性，倘若不采取特别的保护性措施，仅仅依靠单纯的市场化产业运作规律，将难以保证对传统文化资源的保护性传承与发展。为有效保护这些弥足珍贵的文化资源，国家应不断建立和完善与民族民间传统文化产业运作相关的制度性规则，如出台倾斜性政策、制定专门的法律规范等。其中，政策具有灵活性，能够及时应对多变的社会现实；而法律规范则有由国家制定或认可的高位阶优势和以规定权利义务方式“定分止争”的功能。

目前，我国关于民族民间传统文化保护和利用方面的制度性规范，主要体现为国家相关职能部门和地方各级人民政府出台的大量规章和政策，专门性的、高位阶的法律规范相对匮乏。这样的制度格局显然不利于对传统文化资源的保护，也不利于对其进行产业化的开发利用。因为政策性规范虽然具有灵活的优点，但却没有系统的国家强制力作为实施保障，加之其在实施过程中存在许多变数，故而往往难以达到预期的政策目标。所以，我国必须在进一步巩固完善政策性规范的同时，审时度势，将有关民族民间传统文化保护和产业化发展过程中的系列社会关系纳入法律调整领域，根据需要制定或完善相应的法律规范，从而充分发挥政策和法律在调整该领域社会关系的各自优势。

本书首先通过介绍民族民间传统文化的特性和保护现状，论证了给予其知识产权保护的必要性和可行性；继而，基于对市场经济运行规律与传统文化产业公益性价值取向之间所存在的矛盾进行辩证分析，结合我国现行的相关制度性规范，对完善我国民族民间传统文化产业的宏观调控法律制度提出一些基本构想；最后，本书以我国现阶段“政府主导”型的发展理念为线索，从发挥政府职能的角度剖析了培育民族民间传统文化产业市场的重要环节。总之，本书认为：保护和利用民族民间传统文化资源，应在借鉴外国及相关国际组织的先进经验基础上，结合我国国情，进一步建立和完善相关制度性规范，为民族民间传统文化的传承与利用提供程序和实体方面的制度保障。

本书综合运用了民族文化学、知识产权法学、经济法学、行政法学等多学科的理论、方法和知识，对民族民间传统文化保护领域及其产业发展领域所涉及的基本问题进行了专门性的研究，并对与此相关的制度化建设提出一些框架性的构想。

目 录

第一章 民族民间传统文化概论	(1)
第一节 民族民间传统文化的内涵与范围.....	(1)
第二节 民族民间传统文化的现状及其保护意义	(13)
第三节 国际社会对民族民间传统文化的保护	(26)
第二章 民族民间传统文化产业	(45)
第一节 文化产业概述	(46)
第二节 发展民族民间传统文化产业的重要意义	(57)
第三节 发展民族民间传统文化产业的基本思路	(66)
第四节 我国民族民间传统文化产业的主要类型	(75)
第三章 民族民间传统文化的知识产权制度概论	(79)
第一节 民族民间传统文化知识产权保护的意義	(80)
第二节 民族民间传统文化知识产权保护的利益平衡	(86)
第三节 民族民间传统文化知识产权保护的障碍解析	(90)
第四章 民族民间传统文化的知识产权保护制度构想	(105)
第一节 民族民间文学艺术形式的著作权保护.....	(105)
第二节 传统科技知识的专利权保护.....	(126)

第三节	传统科技知识的商业秘密保护·····	(140)
第四节	民族民间传统文化的商标权保护·····	(147)
第五节	地理标志与民族民间传统文化的保护·····	(151)
第五章	民族民间传统文化产业的宏观调控法律制度·····	(160)
第一节	民族民间传统文化产业的发展目标与宏观 调控法律制度的价值取向天然契合·····	(161)
第二节	民族民间传统文化产业宏观调控法律制度的 调控利益层面·····	(173)
第三节	民族民间传统文化产业宏观调控的法律程序 保障·····	(177)
第六章	理性构建民族民间传统文化产业的宏观调控 法律制度·····	(188)
第一节	民族民间传统文化产业宏观调控法律制度的 应有层面·····	(188)
第二节	民族民间传统文化产业的事前 调控预测机制·····	(196)
第三节	民族民间传统文化产业中的市场法群 利益归属平衡调控机制·····	(211)
第四节	民族民间传统文化产业在市场运行中的 动态调控·····	(216)
第五节	民族民间传统文化产业发展过程中的 宏观利益平衡调控机制·····	(221)
第七章	民族民间传统文化产业领域的政府行政决策·····	(226)
第一节	确保政府行政决策的科学化·····	(228)

第二节 确保行政决策的民主化·····	(242)
第八章 大力培育民族民间传统文化产业市场·····	(247)
第一节 民族民间传统文化产业的投融资方式·····	(250)
第二节 民族民间传统文化产业的人力资本培育·····	(259)
第三节 民族民间传统文化产业的消费市场培育·····	(275)
第四节 与民族民间传统文化产业有关的 社会中介组织·····	(281)
参考文献·····	(289)
后记·····	(299)

第一章 民族民间传统文化概论

第一节 民族民间传统文化的内涵与范围

一 民族民间传统文化的内涵

(一) 术语简介

在我国，与“民族民间传统文化”相关的术语很多，如“民族民间文化”、“非物质文化遗产”、“无形文化遗产”、“民族文化”、“民间文化”、“民间文学艺术”、“无形文物”等多种术语同时并存。^①国际上，不同国家及国际组织在术语的运用上也各不相同，如联合国教科文组织对具有历史、艺术、科学等价值的无形文化遗产称为“传统与民间文化”（traditional and folk culture）、“非物质文化遗产”（intangible heritage）或“口头及非物质文化遗产”（oral and intangible heritage），其中，该组织于1989年11月通过的《保护传统文化与民间文化建议案》中称为“民间文化”和“传统文化”。此外，“民俗”或“民间文学艺术”（folklore）或“民间文学艺术表达”（expressions of folklore）、“本土和地方社区知识”（knowledge of indigenous

^① 参见王晔《没有保护，民间文化就会没落》，<http://bbs.shanbei.cn>。

and local communities)、“本土遗产”(indigenous heritage)和“本土文化和知识产权”(indigenous cultural and intellectual property)等也较为常用。近年来,“传统知识”(traditional knowledge)也被广泛使用。^①简言之,尽管上述术语被使用的频率和使用者各不相同,但其所指向的内容却属同一领域,使用者通常是根据具体的使用目的作出不同的倾向性选择。

“民族民间传统文化”,在我国通常被解释为包括少数民族和汉族的民间传统文化。“民族民间传统文化”在我国文化行政部门、全国人大教科文卫委员会以及国家文物局主办的国际、国内研讨会中被广泛使用,此外,一些地方性法规和自治条例还从立法层面直接使用该术语,如《云南省民族民间传统文化保护条例》、《贵州省民族民间传统文化保护条例》、《广西壮族自治区民族民间传统文化保护条例》和《长阳土家族自治县民族民间传统文化保护条例》等。可见,“民族民间传统文化”已经约定俗成,因此,本书根据我国的传统习惯和立法现状,亦选用“民族民间传统文化”作为正式术语^②。

(二) 民族民间传统文化的概念

在我国,对民族民间传统文化的概念尚未形成定论,现有的概念多属于个人学术见解,虽然表达不一,但其内涵大同小异。通常,民族民间传统文化是指由某一特定民族或一定区域的人群世代相传,留存于民间的,反映该民族或该区域人群的历史渊

① 参见刘银良《传统知识保护的法律问题研究》, <http://www.chinalawedu.com>。

② 为行文流畅、简洁之需,作者在本书中所用“传统文化”术语系“民族民间传统文化”术语之简称,两者内涵一致。此外,由于不同论著在术语的选择上存在差异,本书中因引注等需要而出现的“传统知识”术语,作者亦将其作为“民族民间传统文化”的同义语。下同。

源、生活习俗、心理特征及所赖以生存的自然环境、群体特征、宗教信仰等诸多内容的文化艺术表现形式的总和。^①从内容上看,民族民间传统文化包括流传于民间或特定民族内部的诗歌、音乐、舞蹈、戏曲、绘画、说唱、谣谚、剪纸、皮影、刺绣、编织、印染、服饰、首饰、雕刻、工具、器具、建筑、标识以及特定的文化区域或场所等等。从形态上看,既包括非物质形态化的部分(如口传文学及语言、传统表演艺术、传统工艺技能、传统民俗节庆等),也包括具有有形物理形态的部分(如传统工艺美术制品、文献典籍、服饰器具等)。

(三) 民族民间传统文化的基本特征

1. 传统性。

民族民间传统文化源于特定民族、社区世代承袭的传统信仰、道德标准和实践活动,通常仅在某些特定的民族、群体中或活动、仪式中产生并存续,基本上是为了满足特定民族或社区群体的自身需求而开发并维系下来的,与开发者的群体生活密切相关,其在产生、发展及应用等方面不具备足够的广泛性,只是民族民间群体生活的一部分,带有鲜明的传统特征,从其存在的基础看,民族民间传统文化与其所在自然环境、人文历史具有不可分割性。

2. 群体性和整体性。

民族民间传统文化的产生与发展不是靠单个社会成员的智慧与灵感完成的,而是由其所在的民族或社区群体,甚至相关联的多个民族群体在长期的生产与生活中共同完成,通常难以判定其具体的创作或产生时间,也难以得知其具体的创作者、

^① 参见王鹤云《保护民族民间文化的立法模式思索》,载《中华读书报》2004年6月14日。

发明者或传承人。从一定意义上说，民族民间传统文化实际上是一种与相关民族或社区群体的生产及生活共生共存、处于不断完善过程中、外延边界不确定的知识系统。同时，民族民间传统文化一般也不是基于某种技术上的分类而独立存在的知识点或知识集合，而是与相关民族或社区群体的文化背景、宗教信仰、道德观念等相互关联、相辅相承，并由该群体成员自然承袭的知识。

3. 延续性和承继性。

民族民间传统文化是在长期的历史过程中自然延续下来，与一个地区、一个民族的生产与生活方式同期演进并共同发展，其仍然保持着鲜明的传统特色，是不具备现代知识特征的知识集合或知识片断。此类知识虽然在大多数人类生活区域都已面临不同程度的灭失危险，但从其本质上看，只要采取相应的保护和抢救措施，它仍具有无限延续的可能。

4. 相对公开性和公有性。

民族民间传统文化是特定民族或社区群体通过世代相传共同开发、培育的知识集合与知识片断。对于特定民族或社区群体而言，此类知识是共同掌握、共同拥有的，且大多与群体的生活自然相伴，没有刻意的保密制度或措施。当然，公开与公有并不等于每一个群体成员都能掌握和运用。某些民族民间传统文化知识可能需要专门的智慧和技能才能加以运用，如传统医药知识、巫术与占卜知识等，即使是诸如编织、刺绣、剪纸这样相对简单的工艺，同样只有一部分群体成员才能掌握。可见，民族民间传统文化知识属于“相对公开”，由特定民族或社区群体中的某些成员掌握和运用，并非人人皆知、人人会用的基本生活常识。据此可知，民族民间传统文化知识既不同于已经进入公有领域的知识，又有别于由特定的个体或机构开发并掌握