

**21**世纪通用法学系列教材

# 文化产业法概论

**LAW** TEXTBOOKS FOR NON-LEGAL MAJORS

主编 陶信平

 中国人民大学出版社

**21**世纪通用法学系列教材

# 文化产业法概论

 **LAW** TEXTBOOKS FOR NON-LEGAL MAJORS 

主 编 陶信平

撰稿人 (以撰写章节先后为序)

陶信平 金荣州 陈 蓉 闫雅琴 白荣君 张红梅 刘 萍

中国人民大学出版社

• 北京 •

图书在版编目 (CIP) 数据

文化产业法概论/陶信平主编. —北京: 中国人民大学出版社, 2016. 3  
21 世纪通用法学系列教材  
ISBN 978-7-300-22677-4

I. ①文… II. ①陶… III. ①文化产业-法律-中国-教材 IV. ①D922.164

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 053361 号

21 世纪通用法学系列教材

文化产业法概论

主编 陶信平

Wenhua Chanyefa Gailun

---

|      |                                                                   |                       |
|------|-------------------------------------------------------------------|-----------------------|
| 出版发行 | 中国人民大学出版社                                                         |                       |
| 社 址  | 北京中关村大街 31 号                                                      | 邮政编码 100080           |
| 电 话  | 010-62511242 (总编室)                                                | 010-62511770 (质管部)    |
|      | 010-82501766 (邮购部)                                                | 010-62514148 (门市部)    |
|      | 010-62515195 (发行公司)                                               | 010-62515275 (盗版举报)   |
| 网 址  | <a href="http://www.crup.com.cn">http://www.crup.com.cn</a>       |                       |
|      | <a href="http://www.ttrnet.com">http://www.ttrnet.com</a> (人大教研网) |                       |
| 经 销  | 新华书店                                                              |                       |
| 印 刷  | 北京密兴印刷有限公司                                                        |                       |
| 规 格  | 185 mm×260 mm 16 开本                                               | 版 次 2016 年 4 月第 1 版   |
| 印 张  | 18.25 插页 1                                                        | 印 次 2016 年 4 月第 1 次印刷 |
| 字 数  | 439 000                                                           | 定 价 35.00 元           |

---

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

## 前言

当前,在经济全球化背景下,传统经济发展模式对整个经济的推动作用日渐减弱,而以知识经济为代表的新型经济模式日益成为经济发展的主力军,尤以文化产业的快速发展为其显著特征。各国充分认识到文化产业的经济价值功能,为将文化产业从“新引擎”发展成为国民经济核心产业,纷纷致力于通过法制途径保障和促进产业发展。因此,探索我国文化产业法制建设之路既是我国文化产业法制现实的迫切要求,也是我国推进文化市场繁荣与可持续发展、增强国家综合实力的重要举措。“文化产品本身具有内在的象征意义,当它作为商品传达到消费者那里时,其代表的特定国家的意识形态同时也得到了传播,并在被接受的过程中合理化”<sup>①</sup>。一方面,文化产品这一特殊性质使其成为国际社会关注的焦点,也使其行业成为各国广泛、深入研究和挖掘的重点行业;另一方面,当前“软力量”在国家综合实力指标中占有率不断攀升,对国民经济的推动力日益显著,而我国文化产品供给“战略性短缺”的现象突出,若不通过文化产业立法对文化产业加以必要的引导、促进,最终将导致文化产业在国际化发展趋势下被同质化,其结果是造成文化产业体系的变质以及文化认同性的退化,给国家利益以及文化安全带来极大的威胁和破坏。因此,健全的文化产业法制体系能够促进文化主体“文化自觉意识”和“文化法律素养”的提升,使文化产业市场以法律规范和法律激励促进机制为导向,使我国能在国际文化市场交流互动中保持自我文化自觉和文化自信,从根本上提升我国文化软实力。

市场经济的有序运行,需要法治作为规范手段,而法制使这种规范手段成为可能。实施依法治国方略,首先应当做到国家和社会生活的主要方面有法可循,文化领域也不例外。加强文化产业的立法,是完善法制体系的必要步骤。只有将文化产业的整个运行机制纳入法治轨道加以促进和监督,才能保障文化产业的规范化运行,并使其得到持续、健康、高效、稳定的发展。由此可见,文化产业立法是我国建设社会主义法治国家的内在要求。我们应当顺应历史潮流,学习文化产业发达国家的经验,结合我国的实际国情,摸索、总结文化产业发展的规律。要实现我国文化产业的繁荣和健康发展,推动其成为国民经济支柱性产业,就必须为其发展提供良好的法制环境,建立既能保障又能促进其发展和完善的法律体系。“文化产业法制建设是为文化产业发展服务,原动力应是促进规制对象繁荣、健康发展,而非扼杀其发展的可能性”<sup>②</sup>。从法治角度来看,健全的文化产业法制体系,能够使文化市场法治建设成为可能。法制是法治的必要前提,而法治则是法制的最终归宿,二者相辅相成,缺一不可。一方面,文化

<sup>①</sup> 胡惠林:《文化产业概论》,3页,昆明,云南大学出版社,2005。

<sup>②</sup> 张庆盈:《我国文化产业的历史发展》,载《社会科学家》,2011(1)。

产业法制建设能够为我国传统优秀文化产业提供良好的法律保护机制，为其健康、有序发展提供法律制度保障，促进整个文化产业逐步走向繁荣。正如有学者所说：“通过文化产业立法强化对文化产业的促进发展，弱化管理、限制和处罚，坚持‘政府推动、市场主导’的基本方针，强化政府扶持、促进和引导作用，同时重视民间力量的发掘与激励，借此从法律制度上推动文化产业发展，为文化产业各行业发展提供整体性制度安排和法律保障”<sup>①</sup>。党的十八届四中全会明确提出建立健全文化法律制度，目前文化立法方面的工作正在有序进行。这充分表明我国对加强文化法治建设的高度重视，也充分体现了全国人大常委会切实贯彻落实中央精神、通过法治手段推进经济社会和文化建设全面发展的积极努力。

---

<sup>①</sup> 杨丽：《文化产业立法之必要性探析》，载《经济研究导刊》，2013（24）。

# 目 录

|                                     |     |
|-------------------------------------|-----|
| 第一章 文化产业法概述 .....                   | 1   |
| 第一节 文化产业法的概念和特征 .....               | 1   |
| 第二节 文化产业法的性质和调整对象 .....             | 6   |
| 第三节 文化产业法的渊源、内容、体系 .....            | 13  |
| 第四节 文化产业法与相关部门法的关系 .....            | 21  |
| 第二章 文化产业法的产生与发展 .....               | 25  |
| 第一节 世界文化产业法发展概述 .....               | 25  |
| 第二节 国外文化产业法的发展 .....                | 31  |
| 第三节 中国文化产业法的发展 .....                | 43  |
| 第三章 文化产业促进法 .....                   | 48  |
| 第一节 文化产业促进法的理论基础 .....              | 48  |
| 第二节 文化产业促进法的立法宗旨与基本原则 .....         | 56  |
| 第三节 文化产业促进法的经济政策工具分析 .....          | 60  |
| 第四节 文化产业促进法规范的类别分析 .....            | 63  |
| 第四章 文化产业规制法 .....                   | 70  |
| 第一节 文化产业规制法的产生依据 .....              | 70  |
| 第二节 文化产业规制法中的规则形态 .....             | 76  |
| 第三节 文化产业规制法的分类与工具 .....             | 78  |
| 第五章 出版法 .....                       | 85  |
| 第一节 出版法律、法规的基本概念与我国社会主义出版法制建设 ..... | 85  |
| 第二节 报刊图书出版 .....                    | 88  |
| 第三节 印刷行业经营 .....                    | 96  |
| 第四节 音像制品、电子出版物出版 .....              | 102 |
| 第五节 出版物市场管理 .....                   | 107 |

|                                     |     |
|-------------------------------------|-----|
| 第六章 广播电视、电影法 .....                  | 111 |
| 第一节 广播电视、电影法概述 .....                | 111 |
| 第二节 广播电台、电视台的设立与经营 .....            | 121 |
| 第三节 广播电视节目的制作、审查、传送 .....           | 124 |
| 第四节 电影制片、审查、进出口和发行 .....            | 128 |
| 第五节 广播影视监管 .....                    | 133 |
| 第七章 广告法 .....                       | 135 |
| 第一节 广告法概述 .....                     | 135 |
| 第二节 广告主体法律制度 .....                  | 141 |
| 第三节 广告活动准则法律制度 .....                | 143 |
| 第四节 广告活动的监督管理制度 .....               | 152 |
| 第五节 广告法律责任 .....                    | 156 |
| 第八章 计算机软件、互联网法 .....                | 159 |
| 第一节 计算机软件和互联网概述 .....               | 159 |
| 第二节 计算机软件管理与保护 .....                | 164 |
| 第三节 网站、互联网上网服务营业场所经营和互联网络域名管理 ..... | 170 |
| 第四节 网络安全保护及管理 .....                 | 175 |
| 第九章 文化遗产法 .....                     | 185 |
| 第一节 文化遗产法概述 .....                   | 185 |
| 第二节 文物保护 .....                      | 189 |
| 第三节 文物利用和文物市场管理 .....               | 192 |
| 第四节 非物质文化遗产的法律保护 .....              | 196 |
| 第五节 非物质文化遗产的利用 .....                | 202 |
| 第十章 旅游法 .....                       | 205 |
| 第一节 旅游法概述 .....                     | 205 |
| 第二节 旅游活动主体法律制度 .....                | 212 |
| 第三节 旅游活动管理法律制度 .....                | 219 |
| 第四节 旅游资源保护法律制度 .....                | 223 |
| 第五节 旅游发展规划与促进 .....                 | 228 |
| 第十一章 演艺、娱乐、休闲法 .....                | 231 |
| 第一节 演出法 .....                       | 231 |
| 第二节 娱乐法 .....                       | 236 |
| 第三节 休闲法 .....                       | 247 |

|                            |     |
|----------------------------|-----|
| 第四节 演艺、娱乐、休闲市场监管 .....     | 250 |
| 第十二章 国际文化产业法 .....         | 254 |
| 第一节 国际文化产业法概述 .....        | 254 |
| 第二节 联合国关于文化产业发展的规制文件 ..... | 256 |
| 第三节 其他文化产业国际法律、政策 .....    | 263 |
| 参考文献 .....                 | 274 |
| 后记 .....                   | 282 |

## 第一章

## 文化产业法概述

## 第一节 文化产业法的概念和特征

## 一、文化产业和文化产业法

## (一) 文化、文化产业

文化产业法的概念涉及文化、文化产业等几个前提性概念,因此,在讨论文化产业法的概念和特征时必须先了解和掌握这几个概念。

## 1. 文化

“文化”是我们日常生活中常常遇到的一个概念,不同的时期、不同的地域、不同的人对文化都有不同的理解。“文化”一词在西方来源于拉丁文 cultura,原义是指农耕及对植物的培育。自 15 世纪以后,逐渐引申使用,把对人的品德和能力的培养也称为文化。在中国的古籍中,“文”既指文字、文章、文采,又指礼乐制度、法律条文等。“化”是“教化”“教行”的意思。文化一词的中西两个来源,殊途同归,在现代社会主要用来指称人类社会的现象,抑或泛指人类所创造的一切物质产品和非物质产品的总和。

对于文化的内涵,西方学者持有不同的见解。英国人类学家泰勒认为,“所谓文化或文明,包括知识、信仰、艺术、道德、法律、习惯以及社会成员所掌握和接受的其他能力的复合体”<sup>①</sup>。美国社会学家戴维·波普诺在分析文化定义时认为,文化是人类群体或社会的共享成果,这些共有产物不仅包括价值观、语言、知识,而且包括物质对象。<sup>②</sup> 罗斯·班尼迪克认为,文化是一种贯穿于一个民族的行为并使该民族有别于其他民族的思维方式。美国著名历史哲学家海登·怀特(Hayden White)认为,文化由技术、社会、意识形态三大体系构成,文化就是人们为了生存下去而适应自然界的一种机制;强调文化是对生态的适应。<sup>③</sup> 美国人类学家克莱德·克鲁克洪在《文化与个人》一书中也对文化的定义作了一些总结:(1)文化是学而知之的。(2)文化是由构成人类存在的生物学成分、环境科学成分、心理学成分以及历史学成分衍生而来的。(3)文化具有结构。(4)文化分隔为各个方面。(5)文化是动态的。(6)文化是

① [英] 泰勒:《文化之定义》,顾晓鸣译,98 页。转引自庄锡昌等编:《多维视野中的文化理论》,杭州,浙江人民出版社,1987。

② 参见 [美] 维·波普诺:《社会学》,10 版,87 页,北京,中国人民大学出版社,1999。

③ 参见郭艳君:《论海登·怀特对历史的文化阐释》,载《江海学刊》,2007(2)。

可变的。(7)文化显示出规律性,它可借助科学方法加以分析。(8)文化是个人适应其整个环境的工具,是表达其创造性的手段。<sup>①</sup>

《现代汉语词典》将文化界定为:通常指人类在社会历史发展过程中所创造的物质财富和精神财富的总和,有时又特指精神财富,如文学、艺术、教育、科学等。《辞海》的解释为:文化包括社会的意识形态,以及与之相适应的制度和组织机构。文化是一种历史现象,每一社会都有与其相适应的文化,随着物质生产的发展而发展。作为意识形态的文化,则是一定社会的政治和经济的反映,又对一定社会的政治和经济产生巨大的影响和作用。确切地说,文化是凝结在物质之中又游离于物质之外的,能够被传承的国家或民族的历史、地理、风土人情、传统习俗、生活方式、文学艺术、行为规范、思维方式、价值观念等,是人类之间进行交流的普遍认可的能够传承的一种意识形态。综上,我们可以将文化一词界定为:文化是一个国家或民族的历史、地理、风土人情、传统习惯、生活方式、文学艺术、行为规范、思维方式、价值观念等的总称。

## 2. 文化产业

产业属于经济学范畴,是指具有某种同类属性的经济活动的集合或系统。在传统社会主义经济学理论中,产业主要指经济社会的物质生产部门。一般而言,每个部门都专门生产和制造某种独立的产品;某种意义上,每个部门也就成为一个相对独立的产业部门,如“农业”“工业”“交通运输业”等。“文化产业”这一概念源于德国法兰克福学派阿多诺和霍克海默在《启蒙的辩证法》中提出的“文化工业”。在后工业社会与文化消费市场不断扩张的影响下,这一概念与消费文化、视觉文化、电子文化等结合起来,逐渐在西方文化研究中发展成为一门科学。从文化人类学角度来讲,一切人类的物质遗存物都具有“文化符号”的意义,都承载和述说着某种文化意义,人类的一切精神和物质活动都具有传达社会意义的“符号”作用。因此,有些西方学者从文化人类学角度把文化产业定义为生产文化意义内容的产业。

联合国教科文组织把文化产业定义为“按照工业生产、再生产、储存以及分配文化产品和服务的一系列活动”<sup>②</sup>。简言之,文化产业是指通过工业化和商业化方式所进行的文化产品和文化服务的生产、再生产、供应和传播。按照联合国教科文组织的归纳,它至少包括以下行业:影视业、音像业、广告业、咨询业、网络业、出版业、文化娱乐业等。但目前,国际上对文化产业还没有统一的认识:英国、新加坡等国家称之为“创意产业”,欧盟、日本称之为“内容产业”,美国称之为“娱乐业”或“版权产业”,韩国称之为“文化产业”。

在我国,文化产业这一概念是20世纪80年代伴随所谓的“三产”的发展而产生的。2000年,中共十五届五中全会通过《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十个五年计划的建议》,第一次使用“文化产业”这一概念。著名学者谢名家从精神生产角度定义文化产业,他认为,“文化产业就其本质而言,就是以人类劳动力为基础的精神生产力发展的形态。它通过精神文化产业生产和再生产的规模化、商品化、信息化方式,使精神文化产品生产多样化、精神文化服务市场化。其外延包括教育、科技、信息、文艺、新闻、出版、设计、策划、咨询、

<sup>①</sup> 参见[美]克莱德·克鲁克洪:《文化与个人》,高佳等译,5页,杭州,浙江人民出版社,1986。

<sup>②</sup> 联合国教科文组织官方网站: [http://portal.unesco.org/culture/en/ev.php\\_URL\\_ID=35024&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/culture/en/ev.php_URL_ID=35024&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html), 2015年3月访问。

决策等,涵盖了文化财产(书籍、音像制品、设计策划方案、软件等)、文化设备(各种硬件)和文化载体(报纸杂志、发射机、接收器)等三个方面”<sup>①</sup>。花建教授认为,文化产业具有三大特征:第一,文化产业必须是提供文化产品和文化服务的大规模商业运作;第二,文化产业必须以追求利润最大化的企业为核心;第三,文化产业的主体是一条以企业为主的协作链条。<sup>②</sup>

文化部在2003年9月4日签发的《关于支持和促进文化产业发展的若干意见》中指出:文化产业是指从事文化产品生产和提供文化服务的经营性行业。国家统计局在《〈文化及相关产业分类〉编制说明》中指出:“文化产业是为社会公众提供文化、娱乐产品和服务的活动,以及与这些活动有关联的活动的集合。其范围包括提供文化产品(如图书、音像制品等)、文化传播服务(如广播电视、文艺表演、博物馆等)和文化休闲娱乐(如游览景区服务、室内娱乐活动、休闲健身娱乐活动等)的活动,它们构成文化产业的主体;同时,还包括与文化产品、文化传播服务、文化休闲娱乐活动有直接关联的用品、设备的生产和销售活动以及相关文化产品(如工艺品等)的生产和销售活动,它们构成文化产业的补充。”从上述分析可以看到,文化部主要是在最高抽象意义上界定了文化产业的概念,而国家统计局是使用概括式加列举式对文化产业进行定义,这样的定义方式符合我国法律定义习惯,因此可以作为本书的主要依据。

学者李有根、肖冰认为,从法律角度认识文化产业的特殊性,着眼于其与一般产业的区别加以观察,文化产业具有以下特性:第一,文化产品的二重性,文化产品的特殊性在于其具有另一重要功能即意识形态属性。第二,文化产品的非标准化,文化产品的首要功能在于满足人们的精神需求,而此种精神需求的满足并无固定的格式;相反,越具有个性,越具有此种功能,因此,文化产品从其内容角度看并无统一的标准。文化产品的这一非标准化特性,决定了文化产业法律调整的特殊性。第三,文化产品的知识产权属性。总体而言,文化产业中,无论是电影、广播电视、报刊,还是图书出版、音像、娱乐业、广告业等主体产业,其产品或服务的内容,均普遍存在着知识产权特别是著作权(版权)问题,具有很强的知识产权属性,一定程度上文化产业可以直接称为版权产业。可以说,文化产业的发展取决于知识产权法律制度的完善与实施。第四,文化产业的产业政策特殊性。从产业经济学角度来看,任何一种产业均存在相应的产业政策,由于不同产业的特性,国家需要实行不同的产业政策。例如,将某一产业确定为主导产业、支柱产业、幼稚产业和衰退产业,采取不同的政策措施。<sup>③</sup> 尽管作为一种产业,文化产业与其他经济产业具有共性,但在我国作为一种新兴的产业,文化产业既具有特殊的战略意义,又背负着沉重的历史包袱;既具广阔的发展前景,又面临着严重的问题与制约,需要国家实行相应的产业政策,以保障、扶持、推动其健康发展。此种特殊的产业政策,就必然要求从法律角度加以规定与落实,从而呈现出文化产业法律问题的特殊性。<sup>④</sup>

## (二) 文化产业法

### 1. 文化产业法的概念

目前,学界大多在经济学、管理学、传播学、法学等不同学科语境中研究我国文化产业。

① 谢民家:《文化产业的时代审视》,32页,北京,人民出版社,2002。

② 参见花建等:《文化产业竞争力》,1页,广州,广东人民出版社,2005。

③ 参见芮明杰:《产业经济学》,491页,上海,上海财经大学出版社,2005。

④ 参见李友根、肖冰:《论文化产业的法律调整》,载《文化产业研究》,2006(1)。

其中,从法律角度对文化产业的研究一般都回避对“文化产业法”下定义。真正学术意义上的文化产业法学研究几乎没有。个别学者从文化产业法法律分类视角对文化产业法作出解释,认为,在传统的法律分类中,文化产业法并不是一个独立的法律部门,我们所说的文化产业法是以宪法为核心,横跨行政法、民法、经济法等多部门,多层次调整文化产业关系的法律规范的总称。法律部门的存在既是一个客观事实,也是法学界、法律界的共识。法律部门的划分标准一般是法律调整的对象和法律调整的方法。<sup>①</sup>我们认为,即使文化产业法现在还不足以成立为一个像民商法、刑法、行政法那样独立的部门法,但是,通过研究其独立的调整对象、调整方法和基本特征,依然可以明确文化产业法在国家法律体系中的地位和作用。从现有的法律部门分类来看,文化产业法还不可能达到与之平行的高度,它实际上只能是其中某一个部门法的下位法,或者是某一现有法律部门的组成部分。通过深入分析研究,我们认为,文化产业法可以确定为经济法中产业法的一个组成部分,它的概念可具体表述为:文化产业法是指以实现国家文化产业发展战略,促进和保障社会文化产业有序、健康发展为目的,调整从事文化产品生产经营和提供文化服务过程中产生的各种社会关系的法律规范的总称。

## 2. 文化产业法的立法目的和宗旨

立法目的是指立法者通过制定法律,对一定社会关系进行调整所欲达到的实际目的,从而实现法的价值和法的使命。了解立法目的,有助于理解立法意图、正确运用和执行法律。由于很少有学者讨论文化产业法,因而关于文化产业法的立法目的和宗旨基本上没有参考文献可资借鉴。如前所述,我们认为,我国的文化产业法从总体上说,其立法目的可以归纳为:第一是实现国家文化产业发展战略,提升我国文化软实力和文化的国际竞争力;第二是促进和保障社会文化产业有序、健康发展。二者相辅相成:文化产业的有序、健康发展是实现文化发展战略、提升文化软实力和国际竞争力的前提和保障;实现国家文化产业发展战略,提升我国文化软实力和文化的国际竞争力是社会文化产业有序、健康发展的指导思想和基本原则。

立法宗旨是立法目的的具体体现,也是法律价值的具体体现。根据文化产业法的立法目的,文化产业法的立法宗旨主要体现在以下几个方面:首先,文化产业法的制定应当贯彻和实施宪法及中共中央十八届四中全会精神和原则,将宪法中关于加强社会主义精神文明建设和发展文化产业的原则与中共中央十八届四中全会的相关原则和指导思想落实到整个文化产业法治建设中。其次,以实施国家文化产业发展战略为主要目的。国家的文化产业发展战略是我国以文化产业为引擎,进一步带动国民经济发展的新方略,也是提升我国文化软实力和文化的国际竞争力的基础,文化产业立法应该牢牢把握这一基本方向。再次,文化产业立法应当遵循和贯彻可持续发展理念。文化产业立法应当改变传统立法思维和模式,更新观念;在文化立法活动中,始终贯彻可持续发展理念,既要充分考虑当代人类社会文化、文化产业发展所必需的环境与自然条件的保护,满足当代人对文化精神产品的需求,又要考虑文化环境与文化资源所能提供的满足世代人类发展的能力和基础,并以此作为指导立法和确立法律规范的理论基础。最后,文化产业立法应当遵循客观规律,完善文化产业发展的促进和保障机制,促进我国文化产业健康发展,维护文化产业公平竞争,实现社会经济、政治、文化和谐发展。

<sup>①</sup> 参见葛洪义:《法理学》,3版,248页,北京,中国人民大学出版社,2011。

## 二、文化产业法的基本特征

文化产业法是调整文化产业领域社会关系的法律规范体系,是保障与促进文化产业稳健、有序发展的重要力量。因此,准确把握文化产业法的特征对于理解文化产业法具有重要的意义。

### (一) 社会性

文化产业法的性质和特征与其所调整的社会关系密切相关。文化产业以社会利益为本位,强调文化产业的社会性和公共性。文化产业与其他产业不同,在使用价值之外更显著的是文化产业意识引导性,相对于经济收益,文化产业更加注重社会效应;文化产品属于公共产品,其传播内容对于社会群体的精神文明建设和价值观的构成具有显著的影响力。因此,文化产业法的制定首先应该考虑的是其在社会中如何更好地引导文化产业的发展方向,规范文化产业活动,使文化产业更好地服务于整个社会的健康发展。

### (二) 经济性

文化产业法作为规范文化产业领域的法律,不可避免地要同文化产业市场规律相结合,以保障我国文化产业的健康、蓬勃发展。文化产业以内容为主,以思想创造为核心,以文化符号性商品与服务的经营为表现形式,因此也被称为创意产业或文化创意产业。文化产业的内容元素、创造与创意秉性及发展活力,使得文化产业的发展、文化产业与相关产业的融合不仅是文化本身发展、繁荣的需要,也是市场经济整体发展的内在要求。因此,文化产业法需要特别地考虑其对文化产业在市场经济环境中的影响和作用。一方面,健全的文化产业法能够增进市场主体特别是文化企业对文化产业建设与发展的预期,从而增进市场主体从事文化产业活动、推动文化产业发展的主体积极性与主体自信;另一方面,健全的文化产业法能够有效调整文化产业领域的社会关系,规范文化市场秩序,从而为文化产业发展奠定良好的基础环境。此外,健全的文化产业法能够为文化产业的建设与发展、文化与科技及相关产业的融合提供制度导向与制度保障,使文化产业发展能够在金融、人才、税费、资源等方面获取理性、稳定、有力的支撑与保障。可见,文化产业法具有很强的经济性。

### (三) 分散性

文化产业本身内容十分广泛,不仅包含第二产业和第三产业中与文化相关的众多产业,而且涉及财政、税务、海关、金融、保险、工商等部门。因此,作为文化产业活动调整规范的文化产业法其所牵涉的内容和范围当然具有广泛性和分散性。这些规范广泛地体现于现行行政法、民法、商事法、环境法、经济法的具体法律、法规之中,无论是实体性规范还是程序性规范,都会与整个文化产业的分散性相适应,体现出文化产业法律规范的分散性。

### (四) 政策性

随着国家文化战略地位的不断提升和文化经济价值的日趋重要,文化产业已经成为世界主要国家的战略产业和重要的支柱产业,各国政府纷纷出台旨在促进文化产业发展的政策措施。由于法律本身具有相对滞后性,国家往往通过制定一系列政策来规制文化生产者或经营者的生产和服务,这已经成为世界各国在文化产业调整方面的一个主要特征。

文化产业法是国家运用法律的手段,将文化产业政策法律化,以提高国家的文化软实力,保障国家文化市场健康、有序发展,保护国家自己的文化安全。这是文化产业法政策性特征的又一体现。

## 第二节 文化产业法的性质和调整对象

### 一、文化产业法的性质

文化产业法的性质一般来说有两层含义：一是指一般意义上法的阶级性和社会性等，二是指文化产业法具有不同于其他部门法的性质和属性。

文化产业法与其他法一样，在总体上必然要反映全国人民的共同意志和利益，必须为社会主义建设服务，必须以促进改革、发展和民族振兴富强为己任，因此必然具有鲜明的阶级性和民族性。同时，文化产业法作为法的一个部门，当然包含着反映生产力客观要求、市场经济共同规律、现代国家及其职能等共同性的一面，这集中体现为文化产业法属于经济法的范畴，是一种以社会为本位的法，是由社会经济的社会化所导致的国家干预、参与经济调控之法。

传统的经济法学理论认为，经济法的主要内容包括市场规制法和宏观调控法。市场规制法又包含市场竞争法、消费者权益保护法、产品质量法、价格法、会计法、审计法等法律制度；宏观调控法包含固定资产投资法、国有资产管理法、财政法、税法、金融法、对外贸易法等法律制度。经济法学认为，在经济法体系中，应该按照经济关系及其经济法调整的内在逻辑，把经济法分为经济组织法、经济管理法和经济活动法三个部分。经济组织法主要是企业法，而经济法的经济法主要是指特殊企业、公有制企业和公有主体联合投资经营企业的法律制度。经济管理法分为综合职能管理制度和行业管理制度两个部分：综合职能管理制度主要是计划和产业政策、财税和预算内投资、金融和外汇管理、会计、标准、计量、土地和资源的开发利用管理制度等；行业管理制度是工业、农业、商业、运输业等特定产业管理法律制度。<sup>①</sup>经济活动法是调整市场经济条件下国家以社会整体利益为目的而进行的干预经济运行过程中所产生的社会关系的法律规范的总和。其经济法规范作为现代市场经济的基本运行规则和行为模式，必然通过对各主体经济行为的规制来实现解决个体营利性与社会公益性、效率与公平的矛盾，协调经济与社会良性运行的目标。由于各主体在经济运行中所占据的地位不同，经济行为被区分为政府经济行为和市场主体行为这一对相对应的概念，其中，政府经济行为即成为经济法的基本范畴和指导性概念。政府经济行为概念的引入，反映出经济法这一法律部门所具有的，顺应由重制度规范向行为重心转移的法学研究潮流，借鉴相邻法律部门有关法律行为研究成果，意图建立自己基础性概念的愿望。经济法意义上的政府经济行为，作为一种法律上的行为，必须是能够引起一定的法律后果即具有法律意义的，通过人们的意思表现出来的作为或不作为的状态。换言之，政府作为经济法主体而作出的合法的政府经济行为自成立起对当事人即具有法律约束力，当事人非依法律规定不得擅自变更或解除。

产业法这一概念的提出，虽然与传统经济法中的行业管理制度有相似之处，但比之更加清晰、明确，更符合社会经济发展和法律发展的新形势。我们认为文化产业法属于经济法的调整范畴。具体而言，文化产业法是经济法中的产业法的一个组成部分（分支）；文化产业法目前还处于很不成熟的阶段，其所具有的独特的性质和特征尚未完全体现，学术研究也尚不充分。就目前的研究状况和成果而言，文化产业法的性质和特征与产业法的性质和特征具有一致

<sup>①</sup> 参见潘静成、刘文华：《经济法》，3版，52页，北京，中国人民大学出版社，2008。

性,因此,本书主要讨论产业法的地位和性质,并以之为继续研究文化产业法的重要参考。

### (一) 什么是产业法

产业法是指调整在国家产业政策的制定和实施过程中所发生的各种社会关系的法律规范的总称。理解此定义时,应当注意下列问题:

#### 1. 产业法不同于产业政策

我国许多学者认为产业法应为产业政策法,并主张“产业政策法是政策与法律相互交叉而形成的一种法律。在产业政策法中,政策是其内容,法律是其形式,或者说产业政策获得了法律的表现形式,进而具有法律的一般性质,如规范性和约束力,或者说政策本身就具有法律性质,在这里,政策和法律融为一体”<sup>①</sup>。但我们认为,产业法与产业政策法并不是同一概念,产业法也不同于产业政策。产业法有其特定的逻辑结构,稳定性较强,具有法的规范性和强制性;而产业政策具有灵活易变的特点,而且严格地讲,产业政策并不具有强制性。鉴于产业法的特殊性,虽然不能要求所有的产业政策都要采取法律的形式,但对政府制定和执行产业政策的行为进行法律上的规制是一个法治国家的必然要求。

#### 2. 产业法调整的社会关系具有特殊性

产业法是国家为了扶持或者调整特定阶段内特定的产业关系而制定的,它体现了很强的国家政策意图。因此,产业法调整的社会关系具有特殊性,即特定阶段内特定的产业关系,这些产业关系包括产业结构关系、产业组织关系、产业技术关系、产业布局关系等。

#### 3. 产业法的综合性

产业法的综合性主要体现在以下三个方面:(1)产业法调整对象的综合性,即产业政策的制定和实施过程中发生的经济关系,既有竞争关系,也有产业及行业管理关系;(2)产业法调整方法的综合性,即产业政策主要由国家依法运用经济、行政、法律手段制定和推行,其法律规范中以体现间接调控特点的任意性规范、授权性规范和鼓励性规范为主,但也有一些限制性规范和义务性规范;(3)其基本法律制度规范所涉及的领域,涵盖了第一、二、三产业内的各行各业。

#### 4. 产业法的协调性

产业法的协调性体现为产业法和其他各项法律制度的配套实施。产业政策要通过多种政策手段才能实现,一项产业政策至少要涉及财政、货币、对外贸易、收入分配、竞争和反垄断政策的相互综合运用,与此相关的法律制度就显得十分复杂。只有注重众多法律制度相互之间的配套适用,才能使产业法与相关法律制度在互动中实施。

#### 5. 产业法的灵活性

产业法的表现形式非常灵活。产业法以国家的产业政策为基本的规范内容。由于产业政策具有很强的阶段性,所以产业法较之其他宏观调控法,在立法、执法以及法律的表现形式等诸多方面具有很强的灵活性。这种灵活性的特点决定了产业法以行政法规为其基本的表现形式。当然,对于重要的产业政策,应采取法律的形式;同时,对产业政策的制定和修改规定统一和严格的程序,是十分必要的。

#### 6. 产业法规范的选择性

产业政策应该以市场调节手段为主,而市场调节手段在产业政策中的运用,主要表现为以

<sup>①</sup> 董进宇:《宏观调控法学》,212页,长春,吉林大学出版社,1999。

经济杠杆为主要内容的经济法律规范的设立和运用。这种规范中禁止性规范较为少见，更多的是选择性规范。这充分表现出产业法旨在通过以经济杠杆为主要内容的选择性规范，来引导市场主体的生产经营行为符合国家产业政策要求的制度特点。

由此可见，以生产和提供精神产品为主要活动、以满足人们的文化需要为目标的文化产业，其各个方面都具有产业的显著特征，应当是产业法所规范的对象。因此，文化产业法作为规范我国文化产业的法律体系，自然也应具有产业法的各种属性，是产业法的一个重要组成部分或分支。

## （二）产业法的性质

既然文化产业法是产业法的一个分支，而产业法又属于经济法的调整范畴，那么，文化产业法必然体现经济法的属性和特点，它的性质与产业法和经济法的性质应该具有一致性。以下主要论述产业法的性质。

### 1. 产业法是社会本位法

产业法追求的目标是社会经济的整体、协调发展，它强调社会性、公共性。产业的发展是关系一个国家持续发展的问題，而不是简单的某一国对本国政府利益的维护。基础产业的发展、高新技术的采用、产业结构的转换、对公害的治理实质上都与社会利益紧密相关。产业法强调的是国家利益和个体利益以及社会利益和环境利益、经济效益的平衡协调。政府本身不能从产业政策中得到什么直接好处，政府实行产业政策的目的是发展整个国民经济，促进社会的可持续发展。正因为如此，日本产业法曾在协调劳动与资本关系、克服私有制对资源合理分配的阻碍、保护民族经济与国际资本协调方面发挥过重要作用。可以说，在每一部产业法背后，都可以找到协调各种社会利益关系、维护社会整体利益及长远利益的目的。对产业中优和劣的理解与通常的理解是不同的，它主要依据社会利益来确定，而不单是依据经济效益。“劣”并不一定表明这种产业的经济效益不好，也可能它的微观效益很好，但它的宏观效益差或者它的发展与国家总体发展的目标不符，因而国家就要限制或禁止它生产。“优”也并不是从单纯的微观效益来看的，“优”主要是指某种产业的宏观效益和社会效益高。<sup>①</sup>

在产业法的制定、实施过程中，也都贯彻社会利益原则。“在产业政策的制定与实施过程中，政府代表的是社会共同利益，而不是某种政府利益。”<sup>②</sup> 产业法的制定并不是单纯政府意志的体现。为了使产业法真正反映各方面的利益并在现实生活中得到切实落实，产业法制定主体的构成、制定程序都要体现经济集中与经济民主对立统一运作的原则。

基于产业法的社会利益本位性，产业法法律关系的双方当事人处于平衡协调的关系中，他们都既是权利主体又是义务主体。产业活动的主体不是处于听命、服从地位的完全义务主体，它也有自己的权利，如开业权、兼并权等。产业活动的指导机关行使的权力是社会经济管理权而不是行政管理权，它的实施手段尽管也包括强制性的行政方式，但更主要的是经济手段和法律手段，比如通过给予优惠贷款或优惠税率的方式鼓励市场活动主体向落后地区、扶植产业发展。

### 2. 产业法处于社会法域

产业法的内容既包括宏观经济政策、中观经济政策如区域政策和行业政策，又包括微观经济政策如企业组织政策。由此可见，产业法也是调整宏观和微观相统一的关系的统一体。在产

① 参见刘文华：《论产业法的地位》，载《法学论坛》，2001（6）。

② 陈淮：《日本产业政策研究》，66页，北京，中国人民大学出版社，1991。

业法中,公权力与私权利相互交融,公和私已不存在明显的界限,是你中有我、我中有你的关系,体现出公法、私法相融合的特性。具体来看,产业活动的管理主体既有行使公权力的国家机关,也有各行业同业公会、中介机构等社会组织。这些各行业同业公会、中介机构,集中体现了公私融合性:一方面,它们要接受国家的领导,相对于国家的公权力,它们行使的是本行业的“私己”权利;另一方面,相对于本行业内部的企业、其他经济组织、个人来说,它们又是国家意志的上传下达者,具有一定的“公”色彩。产业活动的被管理主体则为企事业单位、其他经济组织和个人等。产业活动的管理主体所享有的确定优先或限制、禁止发展产业的权利以及征税权、审批贷款发放权等带有公法性质的权力与被管理主体的自主权是紧密相连的,不应侵犯被管理主体的自主权,而是要尊重其自主性,给被管理主体以相应的权利和自由,如除法律严禁进入、限制进入的行业外,对于法律不加禁止、限制的行业企业可自主进入,审批机关不能人为设置障碍,而且,为鼓励发展应尽量给予程序上的便利,注意简化程序。由于产业政策在国民经济发展中居于全局地位,产业法的制定必须从社会、国家的全局出发,这体现了以公为主性。例如,在产业的成长期,产业的接受、吞吐能力很强,但自我辨别能力差,在如何引进高新技术方面易出现错误,可能盲目引进一些自己没有消化能力的高新技术,也可能引进一些实质已被淘汰的技术,这些都需要国家从总体、宏观上进行把握;基于对整个经济发展有利的考虑,国家会依法使一些产业提前进入产业成熟期、延长其成熟期或加快其进入衰退期的步伐。

### (三) 产业法的特征

#### 1. 产业法具有综合性

产业法的综合性有三方面的含义:(1)产业法调整对象的综合性,即产业政策的制定和实施过程中发生的经济关系,既有竞争关系,也有产业及行业管理关系。(2)产业法调整方法的综合性,即产业政策主要由国家依法运用经济、行政、法律手段制定和推行,其法律规范的表现形式,以体现间接调控特点的任意性规范、授权性规范和鼓励性规范为主,但也有一些限制性规范和义务性规范。(3)其基本法律制度规范所涉及的领域,涵盖了第一、二、三产业在内的各行各业。产业法的制定总是从国家和社会的全局出发,同时兼顾行业、企业、个人等各种主体的利益,体现了产业法以公为主、兼顾私益的社会法属性;同时,产业法在调整对象、调整方法、规范领域等方面体现出较明显的综合性。

#### 2. 产业法具有平衡、协调性

产业法法律关系中,行使产业活动管理权的管理主体与从事产业活动的产业组织处于动态的平衡、协调运动过程中。产业法的作用是,以产业政策为导向,加强宏观调控,指导市场发育,平衡、协调、规范各方活动,逐步缓解总需求与总供给、消费结构与产业结构的矛盾。平衡不仅是统一体内部要素间的利益、行为、意志的协调,而且是统一体与外部环境的协调,因此,我国的产业法必须立足本国,又要适应世界产业法发展的需要。产业法的主要手段为促进、扶植战略产业、幼稚产业发展,或限制、禁止非战略产业、夕阳产业发展,要实现促进、扶植和限制、禁止的动态平衡、协调。在产业布局中,要注意发达地区与落后地区的平衡、协调,地方利益与国家整体利益的协调。在产业组织法中,注意大、中、小企业竞争力的协调,鼓励竞争与维护市场竞争秩序的协调。在产业布局法中,建立各产业间协调发展的产业结构体系,在对外开放中,要注意开放产业与保护民族产业的协调。产业政策法的协调是全面的、内外统一的。产业的协调发展是动态的,要依国家经济形势、发展重点的不同而适时进行产业政