



中央民族大学“985工程”
中国当代民族问题战略研究哲学社会科学创新基地
民族法理论探索丛书

中国少数民族非物质文化遗产 法律保护基本问题研究

Zhongguo Shaoshuminzu Feiwuzhi Wenhuaichan Falubao hu Jibenwenti Yanjiu

■ 韩小兵 / 著

中央民族大学出版社
China Minzu University Press



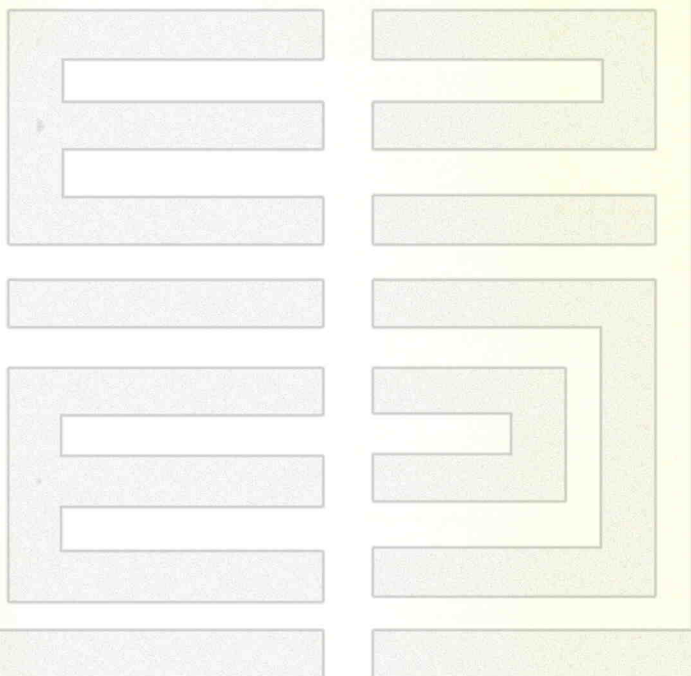
韩小兵 汉族，辽宁海城人，法学博士。先后就读于中国政法大学、中央民族大学，曾赴美国加州大学伯克利分校作访问学者。现任中央民族大学研究生院副院长、法学院教授、硕士研究生导师；兼任中国人权研究会理事、北京市经济法学会常务理事。近年来主要讲授合同法、知识产权法、涉外经济法专题等课程，同时专注于少数民族人权研究。10年来，公开发表学术论文、著作20余篇（部），完成各类科研课题多项，多次参加国际学术会议并作大会主题发言。有的论文发表于权威期刊《民族研究》，或被《新华文摘》摘编，有的论文获省部级科研奖励。

中央民族大学“985工程”

中国当代民族问题战略研究哲学社会科学创新基地

编委会成员

杨圣敏 马戎 郝时远 朱苏力 卓新平



Zhongguo Shaoshuminzu
Feiwuzhi Wenhuaqichan
Falubao hu Jibenwenti Yanjiu

中国少数民族
非物质文化遗产

法律保护基本问题研究

◎ 韩小兵 / 著



新疆维吾尔自治区图书馆 XT0-1078552

中央民族大学出版社
China Minzu University Press

图书在版编目(CIP)数据

中国少数民族非物质文化遗产法律保护基本问题研究/
韩小兵著. - 北京:中央民族大学出版社,2011.8
ISBN 978-7-81108-981-3

I. ①中… II. ①韩… III. ①少数民族—文化遗产—
保护—法律—研究—中国 IV. ①D922.164

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 035489 号

中国少数民族非物质文化遗产法律保护基本问题研究

作 者 韩小兵
责任编辑 白立元
封面设计 布拉格
出 版 者 中央民族大学出版社
北京市海淀区中关村南大街 27 号 邮编:100081
电话:68472815(发行部) 传真:68932751(发行部)
68932218(总编室) 68932447(办公室)
发 行 者 全国各地新华书店
印 刷 者 北京宏伟双华印刷有限公司
开 本 880×1230(毫米) 1/32 印张:8.25
字 数 204 千字
版 次 2011 年 8 月第 1 版 2011 年 8 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-81108-981-3
定 价 20.00 元

版权所有 翻印必究

总 序

《民族法理论探索》丛书是中央民族大学“985 工程”中国当代民族问题战略研究哲学社会科学创新基地民族法研究中心的主要研究成果，并且由国家“985 工程”专项经费资助出版。我们立足于将民族法学的基础理论与当前国家关于民族问题的相关立法、民族政策以及民族地区社会主义法制建设实际相联系，既注重理论的丰富与发展，也关注民族地区法制建设实际。在研究过程中，我们邀请了国内民族法学界较有影响的专家学者共同开展项目研究。

国内民族法理论研究已有 20 余年，有了一定的学术积累，产生了一批有影响的成果，也形成了一支专业学术队伍。中国已经建立起具有中国特色的民族区域自治法律制度和民族区域自治理论体系。目前我们面临着在全球化、现代化背景下如何应对发展与创新挑战，如何应对全球化和城市化进程中出现的新问题，如何结合形势发展，实现我国民族区域自治理论研究的与时俱进，如何通过推出高水平的研究成果，为国家民族法制建设提供政策咨询意见，如何通过研究和交流，增进世界各国对中国民族政策和民族法制建设的了解，这既是民族法研究中心的重要任

务，也是本丛书的基本价值取向。

本丛书主要涉及如下研究方向：（一）民族区域自治法的实践与民族区域自治制度创新研究，主要内容包括：西部大开发与民族地区经济法制建设，民族自治地方刑事法律制度研究，民族自治地方财政法制建设研究，民族自治地方环境资源法制研究，广西瑶族地区的自治制度研究，民族经济法律制度研究，俄罗斯民族文化自治与人权保障，自治条例和单行条例研究；（二）中国少数民族自治历史研究，主要内容包括：中国古代至清代少数民族“自治”研究，近代少数民族“自治”研究，新中国成立以后民族区域自治制度的历史发展研究；（三）少数民族权益保障研究，主要内容包括：少数民族权益保障基础理论研究，以及民族教育、少数民族文化保护和对少数民族权利的司法保护等具体的少数民族权益保障研究。

长期以来，中央民族大学一直以研究民族问题见长，但是，如何使学科优势转化为社会效益，为将中央民族大学建设成为世界一流的民族大学，成为促进我国各项民族事业发展的重要理论研究基地以及党和国家民族问题决策的思想库，通过改革管理体制和运行机制做到资源整合、学科整合、人才整合、项目整合，提升科研创新能力和核心竞争力，依然需要更多的投入和做更多的努力。

中央民族大学有着良好的学术传统、深厚的人文底蕴，在国内外有广泛的学术影响，应当肩负起中国民族法学的教学、科研重任，应当支撑起民族法学学科在中国法学学科中的应有地位，并在国际人权（特别是少数人权利保障）、国际上民族纠纷的法律解决机制、民族区域自治与其他类型自治的比较研究等方面展

开积极的对话，为我国党和政府正确处理国内民族问题提供切合国情的理论依据和有益借鉴。中央民族大学法学院在未来几年内将具备更加良好的办学条件，形成一支结构合理、教学科研力量雄厚的师资队伍，培养出一批民族法制理论研究和应用的高级人才，为推进民族法理论建设做出应有贡献。

在研究方法上，本丛书力图将人类学（民族学）的田野调查、社会学定量分析等社会科学研究方法与法学的规范实证分析方法相结合，充分发挥我校人类学、民族学和社会学研究的优良传统，并将其相关研究成果应用到法学研究上，既注重田野调查第一手材料的搜集，也加强从法学角度对人类学（民族学）田野调查材料进行分析，力图使本丛书的研究建立在坚实而丰富的资料基础上，做到立足中国实际，理论与实际相结合。

本丛书在当前和今后一个时期具有广阔的应用前景。首先，力求探索一条适合我国国情的坚持和完善我国民族区域自治与少数民族权益保障制度的道路，为解决中国当前民族工作面临的各种问题做出理论尝试，而这对各民族长期的、稳定的、可持续发展，促进民族团结、维护国家统一具有重要的意义。第二，有助于向世界展示我国各少数民族在社会主义现代化建设中政治、经济、生活方面的成就，展示我国各少数民族所享有的权利和自由，展示我国党和政府为促进少数民族发展与保障人权方面所做的努力，使外国人民，尤其是相关领域的专家学者和国际组织了解中国包括少数民族在内的人权的真实状况，有力回击某些西方国家的无端攻击。第三，有利于加强民族法学学科的自身建设，培养造就一支有较高理论素养、较强科研能力和敬业精神的科学研究队伍，并将形成广泛的国际国内学术联系，能持续地为国家

输送高质量人才，以及为国家和政府各部门提供决策和咨询服务等，其效益、持续力是广泛久远的。第四，本丛书努力突出理论和需求的适应性，其对民族区域自治与少数民族权益保障等重大现实问题的研究，将直接为立法、司法、执法部门提供决策咨询服务，提供参考意见和材料。第五，通过本丛书的出版和发行，整合有利资源，突出学科优势，提升学科的核心竞争力，同时强化基础设施建设和办学条件的改善，使我校学生能够将强烈的使命感、对民族问题研究的浓厚兴趣与自身的学术功底相结合，为我国各民族的共同繁荣提供法律人才保证和智力支持。

徐中起

2008年5月

目 录

导 论	(1)
一、少数民族非物质文化遗产法律保护的现实意义	(1)
二、研究现状综述	(16)
三、主要研究内容和研究方法	(23)
四、本书的创新与不足	(26)
第一章 少数民族非物质文化遗产概念法律解析	(28)
第一节 非物质文化遗产及其相关术语解析	(29)
一、“非物质文化遗产”(Intangible Cultural Heritage) 的定义及其解读	(29)
二、与非物质文化遗产相关的法律术语辨析	(42)
第二节 少数民族非物质文化遗产概念界定及其法律意义	(54)
一、少数民族非物质文化遗产的概念及其特征	(54)
二、少数民族非物质文化遗产概念界定的特殊法律意义	(67)
第二章 少数民族非物质文化遗产保护法律关系客体研究	(73)
第一节 少数民族非物质文化遗产的表现形态	(74)
一、少数民族非物质文化遗产表现形态学术分类及浅见	(74)
二、作为法律保护客体的少数民族非物质文化遗产 表现形态解读	(78)

第二节 少数民族非物质文化遗产法律保护客体	
视阙下的几个突出问题探讨	(102)
一、少数民族非物质文化遗产法律保护客体中的“非物”与“物”	(102)
二、少数民族文化传统性与现代文明价值观的关系	(108)
三、少数民族非物质文化遗产中的民间信仰或宗教因素	(115)
第三章 少数民族非物质文化遗产保护法律关系主体研究	(125)
第一节 国际法律关系中的主体	(127)
一、国际组织	(128)
二、国家	(139)
第二节 国内法律关系中的主体	(145)
一、源生非物质文化遗产的少数民族群体——所有人	(147)
二、少数民族非物质文化遗产传承人	(153)
三、承担保护少数民族非物质文化遗产职能的国家机关	(159)
四、少数民族非物质文化遗产权利的代表机构	(170)
五、参与少数民族非物质文化遗产保护的其他人	(179)
第四章 少数民族非物质文化遗产权利性质及其内容研究	(184)
第一节 少数民族非物质文化遗产的权利性质	(184)
一、少数民族非物质文化遗产面临民事权益保护的尴尬	(184)
二、关于“少数民族非物质文化遗产”权利性质的学术见解	(187)

三、“少数民族非物质文化遗产”应界定为一种 超越知识产权的新型民事权利	(193)
第二节 少数民族非物质文化遗产的权利内容	(205)
一、权利内容的构成要素	(205)
二、精神权利	(207)
三、财产权利	(214)
四、权利的限制	(217)
第五章 少数民族非物质文化遗产的权利救济机制研究	(223)
第一节 权利救济制度的基本概念	(223)
一、救济的基本含义	(223)
二、救济是法律关系主体权利实现的保障	(224)
三、追求主体的现实权利是法治社会的标志	(225)
第二节 少数民族非物质文化遗产权利的国际救济 模式探讨	(227)
一、国际人权法框架下的救济机制概览	(227)
二、现有国际人权法框架下救济机制的局限性	(234)
三、创新国际救济途径的思考	(237)
第三节 少数民族非物质文化遗产权利的国内主导性 救济制度	(240)
一、对我国现行少数民族非物质文化遗产权利国内 主导性救济制度的基本评价	(241)
二、少数民族非物质文化遗产权利国内主导性救济 制度的思考	(245)

导 论

一、少数民族非物质文化遗产法律保护的现实意义

21 世纪以来,国际社会保护非物质文化遗产的呼声日渐高涨。最具有代表性的事件是:2003 年 10 月 17 日,190 个国家参加的联合国教科文组织大会通过了《保护非物质文化遗产公约》;2005 年 10 月 20 日,148 个国家通过了《保护和促进文化表现形式多样性公约》。《保护非物质文化遗产公约》于 2006 年 4 月正式生效,我国于 2004 年 12 月 2 日签署批准书。“至今已经超过 100 个缔约国贯彻执行该公约”。^①《保护和促进文化表现形式多样性公约》于 2007 年 3 月正式生效,“成员国至今已超过 90 个”。^②这两个国际条约的签署标志着世界各国就非物质文化遗产保护达成基本共识。

公约的签署确定了非物质文化遗产保护的历史意义。正如 2007 年 5 月 24 日由 40 多名来自世界各国的专家学者在中国成都国际非物质文化遗产节和联合国教科文组织保护非物质文化遗产政府间委员会第一届特别会议上通过的《保护非物质文化遗产成

^① Peter K. Yu, CULTURAL RELICS, INTELLECTUAL PROPERTY, AND INTANGIBLE HERITAGE, Temple Law Review. Vol. 81. 2008.

^② Peter K. Yu, CULTURAL RELICS, INTELLECTUAL PROPERTY, AND INTANGIBLE HERITAGE, Temple Law Review. Vol. 81. 2008.

都宣言》所阐明的：

“非物质文化遗产是人类的生命记忆，是人类创造力的精神源泉，是人类智慧的结晶，是世界文化多样性的生动展现，是人类永恒的精神家园。

随着经济全球化的推进和现代化进程的加快，文化生态发生了巨大变化，非物质文化遗产受到越来越大的冲击，许多珍贵的非物质文化遗产濒临消亡，保护非物质文化遗产刻不容缓。

我们呼吁国际社会和各国政府对非物质文化遗产保护给予足够重视，提高人们保护非物质文化遗产的自觉意识，切实加强非物质文化遗产保护工作，使非物质文化遗产生生不息、代代相传。”^①

中国作为一个由 56 个民族组成的历史悠久、统一的多民族国家，在历史上，各民族创造了绚丽多彩的文化，少数民族文化遗产十分丰富。2011 年 2 月 25 日第十一届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议通过了《中华人民共和国非物质文化遗产法》（2011 年 6 月 1 日起施行）。该法第六条第 2 款特别规定：“国家扶持民族地区、边远地区、贫困地区的非物质文化遗产保护、保存工作。”要切实加强对各少数民族非物质文化遗产保护工作，特别是法律层面的保护制度建设尤为重要。

（一）我国少数民族非物质文化遗产保护面临严峻挑战

民族文化遗产是经历几千年的发展沉淀而成的，在历史上对人类的经济、社会发展起了不可磨灭的作用。但是“非物质文化遗产十分脆弱，与物质文化遗产相比更是如此，面临更多消失的

^① 《保护非物质文化遗产成都宣言》，载《成都日报》2007 年 5 月 25 日。

危险。”^①正如联合国教科文组织总干事松浦晃一郎先生针对全球整体现状所言：“当前，非物质文化遗产的传承受到工业化、城镇化、移民、武装冲突、环境恶化、过度旅游和其他导致文化统一化因素的严重威胁。”^②就我国而言，虽然近年来不断加强包括少数民族在内的非物质文化遗产的保护，但由于历史的原因，全球化趋势和现代化进程的加快，其他社会因素及自然因素等，导致一些独具特色的少数民族非物质文化遗产正在消亡，我们面临着极为严峻的保护重任。概括起来，我们面临的挑战主要有：

1. 少数民族非物质文化遗产保护担负着历史性破坏后遗症的修复重任

“上世纪五六十年代，我国在全国范围内开展了少数民族社会历史和文化大调查，其规模之大，调查收集的资料之丰富，意义之深远，不仅在我国是空前的，在世界上也是罕见的。自1956年8月至1964年4月，国家组织力量对当时已确认的50个少数民族开展普遍调查，整理付印调查资料共计4000余万字。在收集的资料中，除了社会形态的资料之外，其余大多是关于社会风俗、节庆、艺术、传统生产技术等材料。当时的大调查对于抢救和保护非物质文化遗产做出了重要贡献。”^③

^① 转引自 Erin K. Slattery, PRESERVING THE UNITED STATES' INTANGIBLE CULTURAL HERITAGE: AN EVALUATION OF THE 2003 UNESCO CONVENTION FOR THE SAFEGUARDING OF THE INTANGIBLE CULTURAL HERITAGE AS A MEANS TO OVERCOME THE PROBLEMS POSED BY INTELLECTUAL PROPERTY LAW, DePaul - LCA Journal of Art and Entertainment Law, Spring 2006.

^② UNESCO: UNESCO/Japan Funds - in - Trust for the Preservation and Promotion of the Intangible Cultural Heritage 5, <http://www.unesdoc.unesco.org>, 2010年1月5日访问。

^③ 何星亮：《30年来少数民族非物质文化遗产的保护与利用》，载《中国民族报》2008年7月25日。

但在10年“文革”期间，全国的非物质文化遗产保护工作受到重创，主要表现为将各民族的传统文化冠以“封建糟粕”之名，借“破四旧”之风予以铲除。这种“否定传统文化的思潮与行为，造成了对民族民间文化的破坏与丢失”。^①中国少数民族非物质文化遗产保护因此造成的断层是不容否认的历史事实，要修补这一历史断层并非一蹴而就之事。

2. 当今外部“大环境”的发展形成对少数民族非物质文化遗产保护的某些“反向力量”

少数民族非物质文化遗产保护在现代化和全球经济一体化的冲击下，正面临着前所未有的挑战，较为典型的情形有：

在城市化进程或基础设施建设过程中对某些少数民族非物质文化遗产造成破坏。如“一些民族地区对非物质文化遗产认识不足，片面强调经济发展，许多具有科学和艺术价值的建筑、村落被破坏，拆旧城建新城、拆旧村建新村的现象较为严重。非物质文化遗产与传统的有形遗存是相辅相成的，如果承载非物质文化遗产的特定空间荡然无存，也就难以实施有效的保护”。^②

一些地方为经济利益所驱动，将少数民族非物质文化遗产过度商业化利用，使其文化色彩日益淡化。“比如说某项‘非遗’并不具有表演取悦游客的性质，属于较为严肃的民间仪式，承载着敬畏天地、教育下一代等社会功能，但却很可能被误用为让人们去观赏花哨的服饰以及热闹的过程。这样一来，不仅会让那些局外人‘误读’其严肃的内涵，还会让局内人，也就是应该传承这一‘非遗’文化的年轻人，对原来这一仪式的庄严感、神

^① 王巧玲：《湖南：“非遗”保护迫在眉睫》，载《中国民族》2007年第1期。

^② 何星亮：《30年来少数民族非物质文化遗产的保护与利用》，载《中国民族报》2008年7月25日。

圣感以及敬畏精神有所减淡，甚至文化内核被误导、被置换”。^①

“我国在世界文化物品与服务的流通和交换中同样处于被动地位。一方面是大量的西方文化产品销往国内，另一方面是大量的文化资源流往国外。目前后一种情况比较严重。‘许多外国人借商贸、旅游、学术交流之机进入我国民族地区，大量采集、收购、记录和使用少数民族民间文学艺术，甚至通过非法渠道买卖少数民族文物，形成了一股变相文化掠夺的浪潮，造成了文化资源的大量流失。在西南、东北等少数民族文化艺术丰富的地区，许多外国人深入村寨，低价收购民族服装、头饰、配饰，而且有的专门收购年代久远的工艺品，或者收录歌曲、舞蹈等民间艺术，制作成光盘，或出版作为自己的研究成果’”。^②

另外，随着通讯、交通、互联网的日益发达，少数民族地区与外部世界的交流更为便捷，青年一代在迅速接受外来文明的同时极易丢掉其传统文明。例如：著名学者朝戈金在新疆做田野调查时发现，在天山深处一个小毡房中本来应该放置神龛的位置上放着一张刘德华的照片。^③

3. 少数民族非物质文化遗产面临着“自然消亡”的威胁

人口老龄化必然导致传承人的数量锐减，进而必将使少数民族非物质文化遗产的传承无法延续或延续困难。

中国非物质文化遗产保护专家委员会副主任刘魁立在阐述少数民族非物质文化遗产传承和保护存在的难点和问题时说：“非

^① 杜晓：《非物质文化遗产保护状况逐步好转但仍存立法难点 业内知名学者朝戈金深度剖析中国“非遗”保护立法面临冲关之战》，载《法制日报》2009年6月2日。

^② 王文章、陈飞龙：《非物质文化遗产保护与国家文化发展战略》，载《华中师范大学学报》2008年第2期。

^③ 王文章、陈飞龙：《非物质文化遗产保护与国家文化发展战略》，载《华中师范大学学报》2008年第2期。