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

传统文化产权制度研究

CHUANTONG WENHUA CHANQUANZHIDU YANJIU

田 艳 / 著

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

中国法学会部级科研项目“传统文化产权研究”最终成果

传统文化产权制度研究

田 艳／著

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

图书在版编目（CIP）数据

传统文化产权制度研究／田艳著. —北京：中央民族大学出版社，2011.2

ISBN 978-7-81108-962-2

Ⅰ.①传… Ⅱ.①田… Ⅲ.①传统文化—知识产权—研究—中国 Ⅳ.①D923.404

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2011）第 025223 号

传统文化产权制度研究

作　　者　田　艳
责任编辑　黄修义
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：9
字　　数　230 千字
版　　次　2011 年 3 月第 1 版　2011 年 3 月第 1 次印刷
书　　号　ISBN 978-7-81108-962-2
定　　价　26.00 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的挑战，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经济效益，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

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com

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、可持续的发展，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、选题意义 …… (1)
二、研究现状 …… (3)
三、研究方法 …… (7)
四、主要观点及创新之处 …… (10)
第一章　传统文化法律保护的现状研究 …… (12)
第一节　《乌苏里船歌》案 …… (12)
一、《乌苏里船歌》案的案情介绍 …… (12)
二、赫哲族文化权利的主体问题 …… (15)
三、《乌苏里船歌》是作曲还是编曲 …… (16)
四、赫哲族人对《乌苏里船歌》案的看法 …… (19)
五、本书观点 …… (21)
第二节　传统文化产权不明的消极后果 …… (22)
一、文化群体的尊严被漠视 …… (23)
二、争夺传统文化使用权与开发权 …… (26)
三、争夺传统文化解释权 …… (30)
四、因产权不明引发的冲突逐渐升级 …… (31)
五、传统文化流失严重 …… (33)
六、对前述现象成因的初步分析 …… (34)
第三节　传统文化保护的相关立法 …… (38)
一、中央立法 …… (39)
二、地方立法 …… (46)

三、对我国传统文化法律保护立法的反思 …… (53)
第二章 传统文化产权制度概述 …… (58)
第一节 传统文化产权的界定 …… (60)
一、学者对传统文化产权的不同观点 …… (60)
二、传统文化产权的理论基础 …… (63)
三、本书对传统文化产权的界定 …… (68)
第二节 传统文化产权的性质 …… (72)
一、无形财产权属性 …… (72)
二、无时限性 …… (74)
三、文化属性 …… (76)
第三节 传统文化产权与相关概念的区别 …… (77)
一、传统文化产权与文化主权 …… (77)
二、传统文化产权与文化权利 …… (81)
三、传统文化产权与知识产权 …… (83)
第三章 传统文化产权制度的必要性研究 …… (85)
第一节 我国传统文化法律保护的特殊重要性 …… (85)
一、传统文化是中国文化安全的中心一环 …… (85)
二、少数民族的传统文化是该民族的重要特征 …… (87)
三、传统文化的现状堪忧 …… (89)
第二节 现行传统文化法律保护制度的不足 …… (91)
一、对“田丰模式”的反思 …… (91)
二、对“杨丽萍模式”的思考 …… (94)
三、现行知识产权制度在传统文化保护方面的不足 …… (98)
第三节 落实人权保障的具体制度措施 …… (103)
一、传统文化产权制度以文化权利和发展权利为核心 …… (103)
二、从经济学视角看传统文化产权保护的正当性 … (106)

三、有利于促进文化多样性的保护 …… (109)
第四章　传统文化产权制度的可行性研究 …… (113)
第一节　落实《文化多样性公约》的具体规定 …… (113)
一、《文化多样性公约》的产权视角 …… (114)
二、文化多样性是传统文化产权存在的前提 …… (115)
第二节　全球视野中的传统文化产权法律保护的探索与实践对中国的启示 …… (116)
一、国际法视野中的传统文化产权的法律保护 …… (117)
二、其他国家对传统文化产权的法律保护 …… (119)
三、从财产权法律保护的历史看传统文化产权 …… (129)
第三节　我国事实上的传统文化产权制度安排及其评析 …… (134)
一、黄姚模式 …… (134)
二、新庄村模式 …… (136)
三、箐口村模式 …… (139)
四、对上述模式的评价 …… (142)
第五章　传统文化产权制度的构建 …… (145)
第一节　传统文化产权的主体 …… (145)
一、传统文化产权主体缺位 …… (146)
二、学者对传统文化产权主体的不同观点 …… (148)
三、本书观点 …… (155)
第二节　传统文化产权的客体 …… (160)
一、“对传统文化不必保护”观点的批判 …… (160)
二、作为传统文化产权客体的“传统文化” …… (164)
三、传统文化产权客体的排除规则 …… (173)
第三节　传统文化产权的内容 …… (182)
一、学者对传统文化产权内容的不同观点 …… (182)
二、作为传统文化产权内容的精神性权益 …… (186)

三、作为传统文化产权内容的经济性权益 …… (189)
第六章 传统文化产权制度的实施 …… (195)
第一节 传统文化产权与相关民事权利的协调 …… (195)
一、传统文化产权与社区成员财产权的协调
——以乡土建筑为例 …… (195)
二、传统文化产权与传承权、继承权的协调 …… (199)
三、传统文化产权与传承权的调适 …… (203)
四、传统文化产权与著作衍生权的协调 …… (207)
第二节 传统文化产权制度的实现方式 …… (211)
一、传统文化产权的许可使用 …… (211)
二、传统文化产权的合理使用 …… (214)
三、传统文化产权的利益分享 …… (220)
第三节 传统文化产权的管理制度 …… (230)
一、传统文化产权集体管理的方式 …… (230)
二、传统文化产权的强制实施许可 …… (233)
三、促进社区成员对其传统文化产权保护的有效参与
…… (237)
四、传统文化产权管理体制的创新 …… (245)
第四节 传统文化产权纠纷的解决 …… (254)
一、司法中的纠纷解决方式 …… (254)
二、行政手段中的纠纷解决方式 …… (256)
三、习惯法中的纠纷解决方式 …… (261)
参考文献 …… (267)
一、著作类 …… (267)
二、论文类 …… (270)
后记 …… (275)

此为试读,需要完整PDF请访问: www.ertongbook.com

导　论

一、选题意义

（一）传统文化的主体不明，是当前以非物质文化遗产为主的传统文化法律保护的“瓶颈”问题。一般认为，文化遗产（传统文化）基本上可以分为有形文化遗产和无形文化遗产；也有学者认为，一般可以分为物质文化遗产和非物质文化遗产，它们的基本内涵是一致的。中国于2004年8月加入了《保护非物质文化遗产公约》，目前该公约已经正式生效。中国的非物质文化遗产的保护将融入国际社会对文化的尊重与保护的洪流中。由于传统文化的特殊性，比如没有明确的作者，作品创作完成的时间不确定，在本社区范围内早已公开等一系列特点导致现行知识财产制度不足以很好地保护传统文化尤其是少数民族传统文化。这势必造成传统文化产权主体不明，文化产业缺乏持续发展的动力，也会引发一系列的社会问题（如利益分配机制有欠科学，保护与开发的关系难以协调，现行管理体制与传统文化保护的冲突等），本书关于传统文化产权制度的研究意在解决这一难题。简单地讲，本书要解决的是“传统文化归谁所有”这一困扰当前法律实践的核心问题。

（二）明晰传统文化产权是保护其所在社区群体集体人权的重要手段。少数民族基本文化权利，主要指中国内部的各个少数

民族集体保持其传统生活方式[①]的权利，这是因为生活方式在人们的整个文化中居于核心地位。传统文化尤其是非物质文化遗产的开发是当前以及未来相当长的时期内经济发展的强大助推器，这势必牵扯传统文化产权问题，牵扯这些传统文化所有者——传统文化所归属的社区或民族的经济利益与文化利益，对传统文化进行保护就是保护传统文化所在社区的群体的集体人权。

（三）传统文化产权制度是维护我国文化安全、促进文化多样性的重要措施。2005 年第 33 届联合国教科文组织大会通过了《保护和促进文化表现形式多样性公约》（2007 年 3 月 18 日生效，以下简称《文化多样性公约》）。这表明国际社会充分认识到了保护文化多样性的迫切性。文化传统保护与文化发展选择是国家文化主权的基本内容；保护文化多样性的权利和自由属于基本人权的范畴；知识产权对文化创造参与者的支持和激励具有重要意义。该公约以主权和人权作为文化多样性保护的基本举措，并以对艺术家的知识产权保护作为补充措施，由此构建了一个保护文化多样性的多元权利形态。简单地讲，该公约意在从三个角度来保护文化的多样性，即作为主权的文化、作为人权的文化与作为私权的文化。该制度是在文化的商业开发领域或传统文化产业领域中对传统文化所在社区进行文化补偿的制度依托，是保护和促进文化多样性的动力与源泉，进而有利于我国文化安全战略的实现。

（四）丰富我国的无形财产权法律体系。自从吴汉东教授提出无形财产权制度这一超越知识产权制度的关于财产法的理论构

① 生活方式是主体凭借一定的社会条件把生命纳入一定的文化模式而呈现的稳定的活动，活动的内容可以划分为四个方面，即劳动生活方式、物资消费生活方式、社会政治生活方式和文化娱乐生活方式，参见高丙中、纳日碧力戈等：《现代化与民族生活方式的变迁》，天津人民出版社 1997 年版，第 72 页。

想，得到多数学人的认可。本人认为，随着现代科技以及新兴传播手段的发展，新的无形财产权的类型将会不断出现，它应成为一个开放的体系。现代法制认为，一切有价值的东西都应受到法律的保护。本书所研究的传统文化产权制度就是无形财产权家族的一个新成员。传统文化产权指传统社区对其文化所享有的民法意义上的财产权，它是无形财产权的一种，是无形财产权家族的新成员。

二、研究现状

目前研究传统文化产权的专著还没有，在知识产权研究方面有所涉及，主要有郑成思主编的《知识产权文丛》文集中有一些文章与传统文化产权制度有一定关联，主要是关于民间文学艺术的法律保护研究，该套丛书由方正出版社出版。吴汉东主编的《知识产权年刊》中也有一些文章与传统文化产权制度有一定关联，该套丛书由北京大学出版社出版。该领域的研究论文也不是很多，主要包括马晓京的《旅游开发与传统文化保护的主体》，载《青海民族研究》2003 年第 1 期；杨勇胜的《少数民族的传统文化产权》，载《民族论坛》2003 年第 11 期；张钧的《文化权法律保护研究——少数民族地区旅游开发中的文化保护》，载《思想战线》2005 年第 4 期等。各位研究者的主要观点如下：

吴宗金认为，少数民族权益的类型，从主体上看，有少数民族个体的权益；有少数民族族体的权益；有少数民族群体的权益；有少数民族法人的权益；还有民族国家的特定权益等。其权益内容还有“确定”与“宽泛”之概念，“确定”即只能法定而不能臆定，“宽泛”即是一个包含多元权益内容的权益统一综合体，包括政治、经济、社会文化、财产和人身等项权益，各类权

益又派生出系列的子权益。①

王鹏认为，民族民间文化权益应该包括如下几个方面：……持有使用权，即经认定的持有人或持有群体可以使用民族民间文化成果，包括获得报酬的合法使用。权益间接实现权，即主体不能确定的民族民间文化成果权利可以通过立法取得特殊的实现途径，如通过行政途径实现或通过立法授予特殊机构或公益组织，对特定的民族民间文化成果代位行使使用许可和获得收益的权利。应该强调的是，通过这些途径获得的经济收益，应该专门用于民族民间文化的保护和传承事业。②

曹新明则提出以“无形文化标志权”来保护非物质文化遗产，所谓的“无形文化标志”是指某一种无形文化样态来自于某一个特定国家、民族、群体、团体或者区域，而且与这个国家特定的国家、民族、群体、团体或者地区的民风习俗、文化实践、生活方式、行为惯例、仪式庆典和文化空间直接相关联，被这个特定国家、民族、群体、团体或者地区认定为非物质文化遗产。“无形文化标志权”则是指由无形文化标志依法产生的一种专有权利，而且不受期限的限制。③

杨勇胜认为，少数民族作为传统文化的集体创造者，有权以集体的名义对其智力成果享有文化产权，并将文化产权归结为以下6个方面：（1）包括版权在内的知识产权；（2）保真权利，又可细分为要求真实标记权和维护正确使用的权利；（3）回归

① 吴宗金、张晓辉主编：《中国民族法学》（第2版），法律出版社2004年版，第346－348页。

② 王鹏：《立法为民族民间文化成果保驾护航》，载《2004年山东省群众文化学会“全省优秀论文评选”一等奖获奖论文集》，2004年印。

③ 曹新明：《非物质文化遗产保护与知识产权的对接点——兼论无形文化标志权》，载吴汉东主编：《知识产权年刊》（2007年号），北京大学出版社2008年版，第49页。

权；（4）继承权与发展权；（5）许可使用权；（6）法律救济权。[①] 不言而喻，少数民族对他们的传统文化拥有“文化产权”。现实的状况是，少数民族的文化产权制度尚未确立，少数民族对传统文化的展示、传承和发展就因而得不到产权制度的保障，文化经营商和旅游公司可以随意利用民族文化资源而没有受到应有的制约。

张钧认为，文化权的内容包括文化自决权以及使用、让予等积极权能和制止被盗用、滥用等抵抗侵害的消极权能。除了自决权外，一个少数民族应当有权使用自己的文化，这不仅包括自己民族的使用，还应包括以让予使用权、许可使用等方式实现自己的文化权。从这个意义而言，文化权在性质上类同于所有权、著作权等具有财产性质的权利，也就是说，文化权具有物质内容。未经该少数民族中大部分群众的同意或认同，借用其文化因子用于营利而不支付相应对价，或者在使用中歪曲、贬低该少数民族的文化，应被界定为盗用、滥用文化权的行为，该少数民族应有权加以制止，必要时可寻求行政或司法救助。[②]

国外传统文化保护方面的相关研究主要集中在文化遗产、非物质文化遗产、文化多样性的保护以及原住民权利保护方面，主要有：Nions，Helen：*Minority Rights Protection In International Law*；Skrentny，John David：The minority rights revolution；David W. Elliott：Law and aboriginal peoples in Canada（fifth edition）。

目前该领域的研究主要集中在传统文化的具体保护措施与制度设计上，多数研究者对所面临的问题有深刻的认识，甚至希望

---

① 杨勇胜：《少数民族的传统文化产权》，载《民族论坛》2003 年第 11 期，第 60－61 页。

② 张钧：《文化权法律保护研究——少数民族地区旅游开发中的文化保护》，载《思想战线》2005 年第 4 期，第 30 页。

改造现有的知识产权制度以适应传统文化保护的需要，但可操作性差。

此外，目前国内有些关于文化权利方面的研究对这一问题略有涉及，即艺衡、任珺、杨立青著《文化权利：回溯与解读》①，该书主要对文化权利的内涵、起源、历史、现状、实践等进行了梳理，或论及文化权利实现的手段，或涉及文化权利的法律保护，或分析文化权利意识的觉醒，或讲述对文化权利这一概念的争论等，但没有涉及对少数民族的文化权利的分析。

另外还有一本论文集《全球化背景下的文化权利》②，主要探讨经济全球化、信息全球化、媒介全球化所带来的文化权利与语言问题及其应对措施，也在其中的“国际法中的文化权利”部分论述了作为人权的文化权利及对文化遗产的保护，该论文集侧重的是如何在全球化背景下加强对本土文化的保护，与国际人权法中的少数人文化权利保护还有一定的距离。

David W. Elliott, Law and aboriginal peoples in Canada (fifth edition)③，该书从原住民的界定、原住民权利保障的历史进程与现状、原住民权利保障的司法实践、宪法对原住民权利保障的贡献、现阶段原住民的权利诉求与自治等多方面详细地介绍了加拿大对原住民权利进行保障所采取的各种有力措施及所取得的巨大成效，其中一些行之有效的政策与措施非常值得我们借鉴。该书作者在国际法学界也一直非常有影响，虽然在我国不存在原住民问题，但其相关的具体制度与措施对我国传统文化产权制度研究

① 艺衡、任珺、杨立青：《文化权利：回溯与解读》，社会科学文献出版社2005年版。

② ［新］阿努拉·古纳锡克拉、［荷］塞斯·汉弥林克、［英］文卡特·耶尔：《全球化背景下的文化权利》，张毓强等译，中国传媒大学出版社2006年版。

③ David W. Elliott, Law and aboriginal peoples in Canada (fifth edition), Ontario: Captus press Inc, 2005.

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com