

分类号 \_\_\_\_\_  
UDC \_\_\_\_\_

密级 \_\_\_\_\_  
编号 10741

兰州财经大学

LANZHOU UNIVERSITY OF FINANCE AND ECONOMICS

# 硕士学位论文

论文题目 非物质文化遗产视角下  
文化产业促进法的立法问题研究

研究生姓名: 杨梦帆

指导教师姓名、职称: 黎明 副教授

学科、专业名称: 法学 经济法学

研究方向: 市场规制法

提交日期: 2021年5月30日

## 独创性声明

本人声明所呈交的论文是我个人在导师指导下进行的研究工作及取得的研究成果。尽我所知，除了文中特别加以标注和致谢的地方外，论文中不包含其他人已经发表或撰写过的研究成果。与我一同工作的同志对本研究所做的任何贡献均已在论文中作了明确的说明并表示了谢意。

学位论文作者签名： 杨梦帆 签字日期： 2021.5.30

导师签名： 郭明 签字日期： 2021.5.30

## 关于论文使用授权的说明

本人完全了解学校关于保留、使用学位论文的各项规定， 同意 (选择“同意” / “不同意”) 以下事项：

1. 学校有权保留本论文的复印件和磁盘，允许论文被查阅和借阅，可以采用影印、缩印或扫描等复制手段保存、汇编学位论文；
2. 学校有权将本人的学位论文提交至清华大学“中国学术期刊(光盘版)电子杂志社”用于出版和编入 CNKI《中国知识资源总库》或其他同类数据库，传播本学位论文的全部或部分內容。

学位论文作者签名： 杨梦帆 签字日期： 2021.5.30

导师签名： 郭明 签字日期： 2021.5.30

# **Research on the legislation of Cultural Industry Promotion Law From the perspective intangible cultural heritage**

**Candidate : Yang Mengfan**

**Supervisor: Li Ming**

## 摘 要

文化产业促进法的立法对于促进文化产业的健康发展具有不可忽视的作用。我国的非物质文化遗产资源非常丰富,对其进行产业化开发不仅可以避免公地灾难与反公地灾难,而且可以发挥非物质文化遗产的文化价值与经济价值。在十四五全面擘画的大背景下,在全面脱贫攻坚向乡村振兴平稳过渡的第一年,2021年作为第二个百年目标的开局之年,发展文化产业正当其时,且十分必要。本文以《文化产业促进法(草案)》为蓝本,文中简称为《草案》,研究了相关内容,并发现了一些问题,主要是立法理念的问题,立法技术的问题以及立法内容的问题,其中立法内容的问题主要是金融财税扶持的局限、监管机制的不足、救济机制设置的缺陷以及非物质文化遗产生产性保护的界限缺失。这些问题都需要透过严密分析,才能从立法与实施的现状中总结出来。笔者借鉴国外文化产业立法的有益经验,从促进我国的非物质文化遗产保护,进一步推动《文化产业促进法》的尽快出台,推动我国文化产业大发展大繁荣的方向出发,给出了关于解决立法理念问题、立法技术问题以及立法内容问题的建议,其中关于立法内容,建议实施文化产业财政资助、实现动态监测与监管机制、完善救济制度以及界定非物质文化遗产生产性保护的界限。

本文主要运用文献分析法,比较分析法以及规范分析法的研究方法,以《草案》为蓝本,分析了非物质文化遗产视角下《草案》出现的问题,并提出了具有针对性的建议,以期使《草案》后期通过立法程序上升为法律。

**关键词:** 非物质文化遗产 文化产业促进法 立法建议

## Abstract

Cultural industry promotion legislation plays an important role in promoting the healthy development of cultural industry. China's intangible cultural heritage resources are very rich, the industrialization of its development can not only avoid the disaster of the Commons and anti-commons, but also bring into play the cultural and economic value of the intangible cultural heritage. In the context of the comprehensive planning of the 14th Five-Year Plan, the first year of the smooth transition from overall poverty alleviation to rural revitalization, and the first year of the second centenary goal in 2021, the development of the cultural industry is timely and necessary. In this paper, the draft based on (referred to as "draft") in this paper, studies the related content, and found some problems, mainly is a question of legislative idea, legislative technology problems as well as the legislation content, the problems of the legislation content mainly is financial limitation of fiscal and taxation support, supervision mechanism, defect remedy mechanism set up, and the deficiency of the lack of protection of intangible cultural heritage of productive line. All these problems need to be analyzed closely before they can be summarized from the current situation of legislation and implementation. The author combined with foreign advanced experience, from the sound of non-material cultural heritage protection in our country, further promote the "cultural industry promotion law" as soon as possible,

to promote China's boom of cultural industry development direction, is given for solving the problem of legislative idea, legislative advice technical problems and the legislative content, including content on legislation, suggest that implementation of the cultural industry fiscal subsidy and realizes the dynamic monitoring and supervision mechanism, perfect the relief system, and define the boundaries of productive non-material cultural heritage protection.

This paper mainly uses the literature analysis method, comparative analysis method and normative analysis method to analyze the problems of the draft from the perspective of intangible cultural heritage, and puts forward targeted suggestions, in order to make the draft become a law through the legislative process in the later stage.

**Keywords:** Intangible cultural heritage; Cultural Industry Promotion Law; Legislative proposals

# 目 录

<b>1 绪论</b> .....	<b>1</b>
1.1 选题背景.....	1
1.2 选题意义.....	1
1.2.1 选题的理论意义.....	1
1.2.2 选题的实践意义.....	2
1.3 文献综述.....	2
1.3.1 国内研究综述.....	2
1.3.2 国外研究综述.....	4
1.3.3 研究述评.....	6
1.4 研究方法思路.....	6
1.4.1 研究方法.....	6
1.4.2 重点解决的问题.....	7
<b>2.非物质文化遗产视角下文化产业促进法概述</b> .....	<b>8</b>
2.1 文化产业促进法的概念与特征.....	8
2.2 文化产业促进法的出台背景.....	10
2.3 文化产业促进法的范围.....	11
2.4 非物质文化遗产与文化产业促进法的关系.....	13
2.4.1 非物质文化遗产对文化产业促进法的影响.....	13
2.4.2 文化产业促进法的立法对非物质文化遗产的重要性.....	17
<b>3 非物质文化遗产视角下的国外文化产业法律规范</b> .....	<b>19</b>
3.1 非物质文化遗产视角下的日本文化产业法律规范.....	19
3.2 非物质文化遗产视角下的美国文化产业法律规范.....	20
3.3 非物质文化遗产视角下的法国文化产业法律规范.....	20
3.4 非物质文化遗产视角下的韩国文化产业法律规范.....	21
<b>4 非物质文化遗产视角下文化产业促进法亟待解决的立法问题</b> .....	<b>23</b>
4.1 文化产业促进法立法理念的问题.....	23
4.1.1 立法目的的实现问题.....	23

4.1.2 立法特色的凸显问题.....	24
4.2 文化产业促进法立法技术的问题.....	25
4.3 文化产业促进法立法内容的问题.....	27
4.3.1 金融财税扶持的局限.....	27
4.3.2 监管机制的不足.....	28
4.3.3 救济机制设置的缺陷.....	29
4.3.4 非物质文化遗产生产性保护的界限缺失.....	30
<b>5 非物质文化遗产视角下完善文化产业促进法的立法建议.....</b>	<b>32</b>
5.1 明确文化产业促进法立法理念问题.....	32
5.1.1 立法目的不能忽视非物质文化遗产传承目的的实现.....	32
5.1.2 立法特色可充分体现非物质文化遗产特色.....	33
5.2 解决立法技术问题, 明确条文规范.....	35
5.3 非物质文化遗产视角下充分保障文化产业市场发展.....	37
5.3.1 实施文化产业财政资助.....	37
5.3.2 实现动态监测与监管机制.....	38
5.3.3 完善救济制度, 保障文化产业非物质文化遗产独特性.....	39
5.3.4 界定非物质文化遗产生产性保护的界限, 促进可持续发展.....	40
<b>6 结语.....</b>	<b>43</b>
<b>参考文献.....</b>	<b>44</b>
<b>致谢.....</b>	<b>49</b>
<b>附录.....</b>	<b>51</b>



# 1 绪论

## 1.1 选题背景

我国创造性地提出了双创理念，<sup>①</sup>不仅为我国文化产业发展的总体布局作出了新的要求，也为我们的实际工作提出了新的标准。在立法工作中要对保护与开发做到统筹兼顾，这样才能更好保持非物质文化遗产珍贵的本真特性，才能按照双创理念更好地去实现非物质文化遗产的继承与传播。《非物质文化遗产法》也为非物质文化遗产的保护作出了指向性的要求。<sup>②</sup>在实践中，我们从各个领域也对非物质文化遗产进行了分门别类的保护型开发，比如从旅游业角度出发，比如研究创造文创产品，比如提供特色文化服务等，寓利用于保护中。但我们依然可以看到，在这个过程中发生了很多对非物质文化遗产造成不可逆的伤害现象。视角转移到文化产业，我们知道，在世界各国都在如火如荼地发展文化产业时，我国也根据实际国情，在不断地实践中提出了文化产业促进法的立法要求，这是文化产业发展的现实需要。而非物质文化遗产是文化产业中一个极具特色的部分，因而从非物质文化遗产视角出发研究文化产业促进法立法，不管是在理论层面还是在实践层面，都具有一定意义。我国对于文化产业的保护其实主要集中在两个方面，一个是对文化产业相关可利用资源的保护，一个是对文化市场的保护。但无论从哪个层面来说，没有一部详细的基本法来引领，无法完成具体诉求。即便我国拥有大量文化产业政策，但是也在实际运用中表现出量多但实际效果单薄的问题，而且显得非常杂乱，没有系统性，那么实际工作还是很难进展。毋庸置疑，2019年《草案》的出现给文化产业市场的发展带来了全新的机缘。

## 1.2 选题意义

### 1.2.1 选题的理论意义

第一，从文化产业促进法立法角度。目前学术界主流观点主要集中在我国文

<sup>①</sup> 《关于实施中华优秀传统文化传承发展工程的意见》文件于2017年1月25日发布并实施，是中共中央办公厅、国务院办公厅为建设社会主义文化强国，增强国家文化软实力，实现中华民族伟大复兴的中国梦印发的文件。《意见》对如何实施中华优秀传统文化传承发展工程做出了具体要求，是指导性文件。

<sup>②</sup> 《非物质文化遗产法》将非物质文化遗产保护的方针政策上升为国家意志，将非物质文化遗产保护的有效经验上升为法律制度，为非物质文化遗产保护政策的长期实施和有效运行提供坚实保障。

化产业体系以及文化产业促进基本法的立法问题研究当中。《草案》出现之后，鲜少有学者专门对其内容进行理论层面的研究。

第二，从非物质文化遗产保护角度，不管是国内还是国外，学者们对非物质文化遗产保护的研究已经持续了多年而且取得很多成绩，但纵观其研究，多是从民族学、艺术学、法学的其他角度进行的研究，从文化产业促进法角度对其保护进行研究和探讨的理论相对较少，因此，本文试图从非物质文化遗产视角出发，在文化产业促进法角度进行研究。

### 1.2.2 选题的实践意义

从实践层面来讲，在 21 世纪，文化产业是产业发展重要的风向标。全球化进程不断加快的大背景下，各国都将文化产业作为重点来发展。尤其是在一些文化产业大国，文化产业成为创造 GDP 的主力军。我国在文化产业立法方面也一直在探索与研究，目的是使文化产业成为创造经济价值的关键产业。同时，通过法律的保护，能够挖掘非物质文化遗产资源的经济带动作用，以及通过传承非物质文化遗产促进社会文化的不断进步。在非物质文化遗产视角下，发现《草案》存在的问题，并且在研究的基础上提出具有针对性的建议，不仅使非物质文化遗产发挥经济效益，更能促进文化产业促进法的立法，实现更大的社会效益。

## 1.3 文献综述

### 1.3.1 国内研究综述

关于文化产业方面的文献研究，笔者总结了两个角度。第一，对国内文化产业进行的研究。学者齐敏（2011）对我国的文化产业立法的过程进行了概述，同时发现了在过程中出现的一些问题，主要是法律体系不健全，以及对文化产业促进法立法的重视问题。<sup>①</sup>学者张庆盈（2011）对文化产业的法治建设问题进行了深入研究，详细研究了中国文化产业立法、司法及执法现状，提出了要加强对文化产业主体的引导和扶持，同时要注意根据文化产业现状适用灵活的准入制度，并强调要通过文化产业促进法立法来确认文化产业市场主体的地位。<sup>②</sup>赵阳、徐宝祥（2012）详述了文化产业政策和法规的概念与体系，区分了二者的关系，

<sup>①</sup> 齐敏.文化产业政策激励与法治保障[M].法律出版社, 2011:68-70.

<sup>②</sup> 张庆盈.中国文化产业法制建设问题研究[D].山东大学, 2011:29-35.

并介绍了各行业当前的政策法规,强调通过立法使文化产业走出去。<sup>①</sup>著名学者花建(2014)教授认为文化产业就是在发展过程中能够利用文化的特性,赚取最大利益,其产业遵循规模化发展规律,整个文化产业在发展过程中形成链条化的特征的产业类别。<sup>②</sup>陶信平(2016)介绍了我国和外国现有的文化产业法律体系,总结了我国研究成果,他的观点主要是通过立法实施文化保护,一定要注意保护民族文化产业,这是我们立足于世界文化产业的中国特色。此外,他对文化产业促进法的调整范围和体系进行了详细研究,具有重要意义。<sup>③</sup>目前文化立法方面的专家贾旭东(2019)等均对文化产业促进法立法的必要性以及《草案》的深刻意义进行了分析,不管是对经济效益还是社会效益,都要从立法层面进行保障。<sup>④</sup>第二,对国外文化产业进行的研究。李思屈(2012)研究了欧美文化产业的发展并进行了概述,提出我们可以借鉴欧美国家对于文化产业立法中的民意征集环节,从调研方面获取文化市场的准确信息,以便根据实际进行文化产业立法。<sup>⑤</sup>杨炼教授(2012)借鉴了各国文化产业促进立法的经验,指出我国应将文化产业促进法与文化产业部门法相配套,国外不少典型国家都是没有基本法,多是单行立法,所以部门法的适配性就显得比较重要。<sup>⑥</sup>齐强军教授(2015)、<sup>⑦</sup>卫霞(2019)<sup>⑧</sup>对国外典型国家的文化产业法制进行了研究,比较了其差异性,总结出了外国代表性国家的立法,主要研究了相关文化政策以及相关金融、监管方面的配套机制。罗艳(2020)主要研究了法国的文化产业,提炼出了法国发展文化产业的优势所在,法国善于运用民间力量,注重民主,善于糅合各种非物质文化遗产文化,使其发挥优势。<sup>⑨</sup>

关于非物质文化遗产与文化产业方面的文献研究。文化产业促进法立法对非物质文化遗产具有重大意义。刘云升、刘忠平(2017)对外国典型国家的文化产业法律规范中的非物质文化遗产因素进行了梳理,不管是遵循保护与开发并重原则,还是政府力推非物质文化遗产产业化,亦或注重民间资本的引入、国家保护

<sup>①</sup> 赵阳,徐宝祥.文化产业政策与法规[M].中山大学出版社,2012:152-153.

<sup>②</sup> 花建.文化创意产业与相关产业融合发展的四大路径[J].上海财经大学学报,2014,16(04):26-35.

<sup>③</sup> 陶信平.文化产业法概论[M].中国人民大学出版社,2016:121-123.

<sup>④</sup> 贾旭东.文化产业促进法的重大意义与解决的基本问题[N].中国旅游报,2019-09-17(003).

<sup>⑤</sup> 李思屈.中国文化产业政策研究[M].浙江大学出版社,2012:33-35.

<sup>⑥</sup> 杨炼.文化产业立法的国际借鉴及启示[J].重庆社会科学,2012,12(25):55-59.

<sup>⑦</sup> 齐强军.论我国文化产业促进立法模式、原则与基本制度[J].学术论坛,2015,38(04):86-90.

<sup>⑧</sup> 卫霞.政府主导型文化产业立法的域外启示——以法国和韩国为例[J].甘肃理论,2019,11(12):107-112.

<sup>⑨</sup> 罗艳.法国文化产业与公共文化服务融合对我国的借鉴及启示[J].江苏商论,2020,12(11):77-80.

与市场运作相结合,都因地制宜的建立起消费者与消费市场的联系,为非物质文化遗产产业发展做出了巨大贡献。<sup>①</sup>付世秋(2017)从民族非物质文化遗产的稀缺性角度出发,把研究视角重点挪向非物质文化遗产在进行开发时应该遵循的原则上,防止出现资源配置不公等问题,以免产生矛盾,致使发展差距越来越大。<sup>②</sup>李袁婕博士(2019)就《草案》的修订提出了一些修改意见,<sup>③</sup>其中提到了关于非物质文化遗产的一些内容。姜凝(2019)把研究的重点放在了非物质文化遗产与文化产业的融合上,尤其是与第三产业的融合,以非物质文化遗产与旅游业、服务业的融合案例进行开展研究,得出了一些适合非物质文化遗产产业化发展的道路,同时对融合过程中一些无法避免的问题如技术手段跟不上、和市场的衔接不够灵活等进行了梳理。<sup>④</sup>夏艳萍(2020)的研究以敦煌彩塑制作技艺为例,研究了其在文化传承、文化创新、绿色环保等方面均有着巨大的开发潜能,可在旅游产品开发、高校美术教学、文物复制、艺术创作等领域得到广泛而深入的实践应用。<sup>⑤</sup>叶奕瑕(2020)从文化产业角度出发,强调的是对非物质文化资源进行合理运用,保证非物质文化遗产得到传承的同时,也能为文化产业发展带来新的方向。<sup>⑥</sup>以下章节中笔者也会将国内学者从非物质文化遗产与文化产业的联系出发,去探寻非物质文化遗产产业化开发道路的可行性与必要性的研究进行表述。

### 1.3.2 国外研究综述

1947年,文化产业一词最早出现在法兰克福学派的两位代表性人物霍克海默和阿道尔诺共同出版的《启蒙辩证法》中。主要观点是文化在发展过程中,势必会产业化。<sup>⑦</sup>工业革命的进程中,不少学者赶上文化产业的热潮,对其进行了深入研究。针对国外研究,笔者作出了如下分类:

在对文化产业的法律体系方面,学者 David Hesmodhalgh(2008)的研究重点在文化产业的概念、特征、以及发展的必要性上,在这些基础之上,对文化产业法律体系进行了进一步描述。<sup>⑧</sup>除此之外,他还对法律以外的政策作了相应梳

<sup>①</sup> 刘云升,刘忠平.非物质文化遗产产业化法律规制研究[M].知识产权出版社,2017:23-25.

<sup>②</sup> 付世秋.民族地区非物质文化遗产发展的经济法激励研究[J].贵州民族研究,2017,38(08):56-59.

<sup>③</sup> 李袁婕.关于《文化产业促进法(《草案》征求意见稿)》修改建议[N].中国文物报,2019-08-09(004).

<sup>④</sup> 姜凝.非遗特色小镇产业融合路径研究[D].天津财经大学,2019:20-25.

<sup>⑤</sup> 夏艳萍.非物质文化遗产敦煌彩塑制作技艺在文化产业中的应用研究[J].美术研究,2020,23(18):59-60.

<sup>⑥</sup> 叶奕瑕.文化产业视野下非物质文化遗产保护方式与传承路径[J].文化创新研究,2020,14(18):166-168.

<sup>⑦</sup> Horkheimer Max,Adorno Theodor. Dialectic of Enlightenment[M].Stanford University Press:2020-07-01.

<sup>⑧</sup> David Hesmodhalgh,Andy C. Pratt. Cultural industries and cultural policy[J]. International Journal of Cultural Policy,2008,11(1).

理,他提到进入数字时代,如何在互联网浪潮中发展文化产业至关重要。

在金融财政对文化产业的重要性方面,学者 Stuart Cuningham (2011) 强调如果一国国内金融扶持机制不完善,那么国内的文化产业很容易对外资产生依赖性。一些小微贷款企业为发展困难的民间文化产业提供贷款服务,但不能得到正规认可,阻碍了民间文化产业的前进。政府如果不能提供灵活的融资渠道,使各种融资渠道畅通以便服务文化产业,那么就会使文化产业失去资金支持,没有资金,更不用谈转型升级。<sup>①</sup>他强调文化产业发展的条件以及文化产业的管理非常重要,认为形成良好的文化产业的融资发展环境和体制可以起到保护作用。

在非物质文化遗产与文化产业的联动方面,英国资深创意产业研究学者 Justin Connor (2016) 提到文化产业要想高质量发展,与传统文化,也就是地域特色相联动密不可分。“文化创意产业的灵活性非常强,难以对它进行强硬的、刻板化的管理,因而文化创意产业的发展与传统文化的结合不可分离,这可以保证创意产业的根基稳固,同时为它的发展注入创造力。”<sup>②</sup> Bonita M.Kolb (2020) 主要研究了结合一些具有特色的文化产业来进行高级营销,但这个营销是从各个层级来进行切入的,比如政府要加强解读,借助本国文化产业进行输出,企业要利用好高级人才,结合特色文化来进行头脑风暴,这样不仅会使营销成功,也很好找到了一条适合特色文化产业发展的道路。<sup>③</sup>

在政府对于文化产业的促进方式方面,学者 Santos Cummings (2011) 梳理了四种类型,分别是推动型、保护型、创新型与计划型。<sup>④</sup>日本学者中村伊知哉 (2014) 提到日本的文化产业在发展中存在以下问题:日本的文化产业政策松散,问题主要出现在执行过程中,往往出现权责不明确、归责程序模糊等问题,而且救济制度被忽视,文化产业遭到侵害后往往无法及时得到保护,即使是通过诉讼也很难实现。<sup>⑤</sup>

国外很多国家都越来越重视文化产业的发展,因而国外的理论研究也呈现出研究数量不断增多、研究体系越来越细化、从宏观到微观的趋势。从法律到政策,

<sup>①</sup> Stuart Cuningham. The Creative Industries after Cultural Policy[J]. International Journal of Cultural Studies,2011,7(1).

<sup>②</sup> Justin Connor.创意产业与中国的现代化(英文)[C]..北京论坛(Beijing Forum):北京大学北京论坛办公室,2016:8-29.

<sup>③</sup> Bonita M. Kolb. Marketing Strategy for Creative and Cultural Industries[M].Taylor and Francis, 2020.

<sup>④</sup> Stuart Cuningham. The Creative Industries after Cultural Policy[J]. International Journal of Cultural Studies,2011,7(1).

<sup>⑤</sup> 文化产业网.日本文化产业: [www.cnci.net.cn](http://www.cnci.net.cn), 最后访问日期: 2021年3月14日。

从文化产业到相关拓展范围，也呈现出问题导向趋势。

### 1.3.3 研究述评

第一，从目前的研究来看，对文化产业促进法的研究自成体系，前期集中在政策上和地方立法上的研究较多，后期大多数集中在文化产业促进法的基本法立法问题上。总体来说，研究的成果可以总结为两个层面。一是在文化产业相关法律层面，我国已经有比较系统的保障，对文化产业的发展、相关体系的研究比较全面。二是个别部分显得比较失衡，到目前为止还是政策偏多，一些细化的问题如监管、财政、救济制度不够完善。

第二，当前我国文化产业促进法进程已经逐渐形成独立的立法格局，总体上研究成果显著，但单独研究《草案》的可行性与相关问题的文献比较少，而从非物质文化遗产视角出发研究《草案》存在的问题的文献少之又少。需要关注的是，相关专题的理论论著较为匮乏。<sup>①</sup>研究缺乏体系化、科学化理论支撑，且主要是针对促进文化产业的发展来论述，在个别章节提到非物质文化遗产与文化产业的关系，比如非物质文化遗产的经济属性与市场经济契合等。就目前已有的非物质文化遗产保护现状来看，学者们普遍在其他学科领域对非物质文化遗产的保护与发展进行了研究，认为非物质文化遗产的保护在促进我国的文化发展与文化繁荣方面能够起到非常显著的作用，在文化产业与非物质文化遗产的联系方面研究文献较多，但关于运用文化产业促进法来保护非物质文化遗产以及《草案》出现的问题的研究方面存在着不足。

## 1.4 研究方法思路

### 1.4.1 研究方法

研究方法一方面与我们的研究立场有关，另一方面与我们所要解决的问题有关。本文主要从非物质文化遗产视角出发，针对《草案》在促进文化产业发展中存在的现实问题，探寻解决对策，因此论者针对所要解决的问题拟采取以下研究方法：

<sup>①</sup> 目前较有代表性的专著有：赵玉忠编著的《文化产业法学通论》（云南大学出版社 2009 年版）、王敏等人编著的《文化产业政策激励与法治保障》（法律出版社 2011 年版）、以及陶信平主编的《文化产业法概论》（中国人民大学出版社 2016 年版）、张书勤编著的《文化产业政策与法规》（中国政法大学出版社 2018 年版）等。

第一，文献分析法。通过对国内外在文化产业促进法的文献资料整理以及分析，以及对现行文化产业促进法的文本与非物质文化遗产结合，进行立法目的、立法内容、立法技术以及操作性的分析，试图找出现行法律制度存在的不足，为进一步促进该法律的完善提供新的思路。

第二，比较分析法。“他山之石，可以攻玉”。国外文化产业法立法先进，目前已相对成熟，法制全，则产业强。笔者通过对国内外文化产业促进法及其中的非物质文化遗产因素的分析与研究，得出当前文化产业促进法中的问题，在了解与借鉴域外制度内容的基础上，结合我国的实际情况，提出相关针对性建议。

第三，规范分析法。笔者通过从非物质文化遗产视角出发，对文化产业促进法法律条文的规范分析，提出了其中存在的问题，根据问题提出针对性的建议。

### 1.4.2 重点解决的问题

本文从非物质文化遗产视角出发，着重分析了《草案》存在的问题，结合域外文化产业发达国家的先进经验，通过对国内外文化产业法律制度方面的文献资料进行收集、归纳、研究，结合非物质文化遗产因素，给出完善《草案》的立法建议，以期为我国《文化产业促进法》的尽快出合作出努力。

但是由于平时专业学习中没有足够的实践经验，对问题的研究深度上存在不足。文章涉及领域广阔，法学、经济学、文化学等学科内容，对笔者研究中还存在较大挑战。受限于外文资料的收集难度和研读难度，在整体把控上存在欠缺。

## 2.非物质文化遗产视角下文化产业促进法概述

### 2.1 文化产业促进法的概念与特征

我们从文化产业视角切入，作为文化产业来说，它的显著特征就是创造性，主要表现为带有文化属性的商品及服务，所以也被叫做创意产业或文化创意产业。在不同国家的法律法规与政策之中，对文化产业的叫法也是不尽相同的。我国和韩国称为文化产业，日本称为内容产业，美国称版权产业。笔者总结了我国文化产业概念发展概况如下：

表 2.1 我国文化产业概念发展

2000 年	“文化产业”概念首次出现，是在《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》中，这也是国民和相关学者对于文化产业这一概念了解和重视的源头，虽然我国的文化产业已有起色，但这是文化产业这一特殊领域首次以官方概念进入人们的视野。 <sup>①</sup>
2003 年	《关于支持和促进文化产业发展的若干意见》中明确将“文化产业”界定为：“从事文化产品生产和提供文化服务的经营性行业”。
2004 年	列入《关于制定我国文化立法十年规划（2004~2013）的建议》，《文化及相关产业分类》统计标准中对“文化及相关产业”的界定是：“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”。
2013 年 -2018 年	对文化产业发展状况不断进行调研，文化产业概念也一直在不断丰富与完善。尽管在文化产业立法尚不明确的这段时期，我国的文化产业也依然在蓬勃发展，但不可否认文化产业需要一部基本法立法来对其进行引导和规制。
2019 年	《草案》征求意见稿首次明确界定了文化产业概念：“本法所称文化产业，是指以文化为核心内容而进行的创作、生产、传播、展示文化产品和提供文化服务的经营性活动，以及为实现上述经营性活动所需的文化辅助生产和中介服务、文化装备生产和文化消费终端生产等活动的集合。”

<sup>①</sup> 《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》：深化文化体制改革，实施重大文化工程，完善公共文化服务体系、文化产业体系、文化市场体系。推动基本公共文化服务标准化、均等化发展，引导文化资源向城乡基层倾斜，创新公共文化服务方式，保障人民基本文化权益。推动文化产业结构优化升级，发展骨干文化企业和创意文化产业，培育新型文化业态，扩大和引导文化消费，普及科学知识。



因文化产业促进法还未出台，对于文化产业的定义也尚未统一。现有定义基本都是对文化产业法的定义，缺少对促进因素的解读。根据所研究文献的相关描述，笔者认为文化产业促进法可定义为：一种以国家强有力的文化产业发展战略为支撑，以促进文化产业及相关市场健康发展为直接目的，以文化产业发展过程中产生的各种社会关系为调整对象的法律规范的总称。文化产业促进法具有政策性，国家给予各项措施支持文化产业，表现为国家对文化产业的干预，属于经济法。那么我们就可以准确把握到文化产业促进法的特征，这对于理解文化产业促进法的目的、运作过程、促进方式具有重要意义。

第一，经济性。本法的调整范围是文化产业领域，根据马克思关于市场基本运行规律的思想，那么本法就要与市场规律相结合并行，这样文化产业才能在其中健康发展。文化产业是关于创造、创意、创新等内容的产业，是这些要素才使文化产业能够有源源不断的动力。文化产业的发展，不仅是文化的发展，也是市场经济的发展。根据上述内容，我们可以得知文化产业促进法需要着重考量它对于文化产业在市场中生存及发展所发挥的重要作用。法制的作用是为文化产业发展保驾护航，这体现在它作为指导性上位法律，能够调整各主体之间的利益与法律关系，从而规范好市场秩序，为文化产业提供一个良好的市场生态环境；还体现在市场主体在以上基础上发挥的积极性和主动性，利于他们发挥主观能动性去创造经济效益；更体现在为国家层面作出的突出贡献，不仅仅是文化产业体系的建立与发展，还有文化产业能够在金融支持、人才支撑、制度保障等方面获取更丰富的内容。

第二，政策性。从社会矛盾的转化开始，我国越来越重视文化的战略发展地位。在共筑全球生命共同体的进程中，文化交流也是其中一个非常重要的内容。在发达国家，更是把发展文化产业上升为国家战略地位，比如日本的动漫产业、美国的好莱坞产业。但是由于法律的滞后性，各国都会通过制定一系列政策对文化产业的发展起到促进作用，而且已经成为各国文化产业法律法规的一个显著特征。文化产业政策的法律化，可以帮助措施的实施、政策的落地，促进文化产业市场平稳发展。

第三，分散性。文化产业促进法所涉及的内容非常之广泛，除了文化相关，还涉及到金融、财税、工商等部门。在各大部门法中，更是体现非常多的文化产

业法律规范。无论是实体性规范还是程序性规范，都将文化产业法律规范的分散性体现的淋漓尽致。

第四，社会性。文化产业发展遵循社会利益本位原则，以社会利益为着力点，承担社会责任，促进整个社会发展。相对于经济利润，文化产业更加遵循公共性，以社会效应的引导和传播为重点。正是因为文化产品具有公共性，它更注重在精神文明建设的大环境下，在文化强国的大背景下，更好地服务于整个社会的良性发展，因为对于社会价值观的形成，它的作用不可估量。

## 2.2 文化产业促进法的出台背景

从实际来说，尽管在文化产业促进法尚未出台的这些年，我国的文化产业依旧取得了不错的成绩，但依旧有缺陷。一个重要原因就是我国的文化产业政策非常多，虽然起到了一定程度上的作用，但没有一部文化产业基本法来对其发展进行法律层面的指导和帮扶是绝对不行的。但是我们要看到积极的一面，在文化产业发展的进程中，文化产业相关法制也在不断发展。在这段进程中，我们取得了不朽的成就，国外方面我们加强了与国外文化企业的联系和合作，国内方面我们也融合了各种投资、融资方式，直接或间接地推动了我国文化产业的发展。

我国关于文化产业的法律越来越多，总体上值得肯定。但我们都知道，《电影产业促进法》是单独针对电影产业的法律，好处是它是一部激励性质的法律。除此之外，我国有《非物质文化遗产法》，但其着力点在对非物质文化遗产的保护，而不重视激励作用的发挥；也有《公共文化服务保障法》，对象只涵盖公共文化服务，也是只重视保障作用，而忽视促进与激励作用；还有《文物保护法》，调整对象只包括文物，非常单一，相比起文化产业，还不能相提并论；另外，我们有《公共图书馆法》，其调整对象也是只包括单一的对象，更没有促进作用。在现实当中，关于文化产业方面的法律规范，以法规和规章居多，还有一些文化产业相关政策。因此，需要一部文化基本法并使其发挥激励与促进功能。

关于我国地方文化产业立法情况，从积极的层面来说，地方立法的好处是比较具备适配性。因为如果是冲着制定全国性立法的目的，那么所考虑的立法高度一定是站在全国的文化产业角度之上，那么相应的地方立法的优势就在此显示。尤其是一些省份针对自己省的文化产业发展的实际情况进行了多次调研，那么本省市的地方立法就着重解决这些文化产业发展中的重点和难点问题。考虑到地方

立法的特殊性，那么有针对性的地方立法就会更加发挥它的作用。关于我国几个省的文化产业地方立法，笔者也整理出了相应的概况如下：

表 2.2 我国地方文化产业立法概况

云南省	《云南省专利保护条例》《云南省文化市场管理条例》《云南省非物质文化遗产保护条例》
贵州省	《贵州省专利保护条例》《贵州省非物质文化遗产保护条例》《黔东南苗族、侗族自治州镇远历史文化名城保护条例》
广西壮族自治区	《广西壮族自治区文化产业市场管理条例》《广西壮族自治区著作权管理条例》
广东省深圳市	《深圳市文化产业促进条例》
山西省太原市	《太原市促进文化产业发展条例》
陕西省西安市	《西安市文化产业促进条例》

在此背景下，我国于 2012 年计划进行关于文化产业促进法的立法，我国的十一五和十二五计划也将文化产业发展纳入到其中。在 2013 年，我国多次进行了各种途径的调研，争取将本国文化产业发展状况进行深入了解，以便为制定文化产业促进法提供现实依据，在此基础上，我国正式决定将文化产业促进法纳入立法的规划之中。2014 年，我国全面推进依法治国，那么自然而然地就将使文化市场有法可依，所以制定文化产业促进法还是时势所趋。2015 年，文化产业促进法起草工作正式开始。<sup>①</sup>2018 年，我国将完善文化产业法律体系纳入到国家发展目标之一。<sup>②</sup>2019 年，文化和旅游部公布《草案》，标志着我国文化产业促进法立法已经进入一个新的阶段。

## 2.3 文化产业促进法的范围

当前《草案》共设九章、七十五条，主要解决的是三个基本问题，即谁来促

<sup>①</sup> 陕西传媒网.文化产业促进法起草工作正式启动: [www.sxdaily.com.cn](http://www.sxdaily.com.cn), 最后访问日期: 2021 年 3 月 13 日。

<sup>②</sup> 中共中央印发了《社会主义核心价值观融入法治建设立法修法规划》，明确指出完善公共文化服务和文化产业法律体系。

进、促进什么以及如何促进。文化产业促进法主要分为以下三部分：

首先，促进主体。《草案》以市场机制发挥不受限制的作用为基础，通过建立国家主导的多元化机构，促进我国文化部门的发展。它包括三个要素：促进主体发展的要素、明确主体责任的要素、明确主体关系的要素。它是指不同的行为主体在促进其作为行为主体的作用的同时，加强它们之间的沟通与协调，以及它们之间在文化产业发展中的密切互动与合作。政府和市场的辩证关系对于我们研究促进机构具有重要作用，同时，在政府主导下，确保市场按照各自的任务和规则共同运作至关重要。各市场主体进行有效沟通，及时的处理矛盾，才便于解决运转过程出现的各类问题。

所涉主体包括公共部门管理单位、文化部门、相关法律组织和个人，以及与发展、公共福利和经营业务领域有关的利益方，具体如下：《草案》总则第六条部门职责，明确规定了全国各文化主管部门的职责，主要是负责相关促进工作。<sup>①</sup>《草案》总则第七条行业组织，明确规定了行业组织的职责。<sup>②</sup>《草案》总则第十条合法经营，规定了从事文化产业活动的公民、法人和非法人组织的职责。<sup>③</sup>第三章第二十九条社会责任，强调了文化企业的社会责任。<sup>④</sup>关于政府与文化企业的关系，《草案》第二章第十二条创作原则、<sup>⑤</sup>第三章第二十七条企业主体、<sup>⑥</sup>总则第七章金融财税扶持<sup>⑦</sup>等规定了文化企业的职责，主要是经营原则以及应该承担的社会责任。

<sup>①</sup> 《草案》总则第六条【部门职责】国务院文化和旅游主管部门、广播电视主管部门、工业和信息化部主管部门和国家网信部门、国家新闻出版（版权）主管部门、国家电影主管部门依照本法及相关法律法规和部门职责负责本领域文化产业促进工作；国务院其他有关部门在各自职责范围内负责文化产业促进相关工作。县级以上地方人民政府文化和旅游主管部门、广播电视主管部门、工业和信息化部主管部门和地方网信部门、地方新闻出版（版权）主管部门、地方电影主管部门依照本法及相关法律法规和部门职责负责本领域文化产业促进工作；县级以上地方人民政府其他有关部门在各自职责范围内负责文化产业促进相关工作。

<sup>②</sup> 《草案》总则第七条【行业组织】国家鼓励和支持文化产业行业组织建设，指导设立文化产业全国性行业组织。文化产业行业组织依法制定行业自律规范，依据章程开展业务活动，加强职业道德教育，维护其成员的合法权益。

<sup>③</sup> 《草案》总则第十条【合法经营】从事文化产业活动的公民、法人和非法人组织应当依法经营、纳税。

<sup>④</sup> 《草案》第三章第二十九条【社会责任】文化企业应当坚守中华文化立场，自觉弘扬和践行社会主义核心价值观，自觉维护国家文化安全和社会公共利益，充分考虑未成年人身心发展特点，维护社会公序良俗，承担社会责任和道德责任。

<sup>⑤</sup> 《草案》第二章第十二条【创作原则】国家尊重和保障公民、法人和非法人组织的创作自由，激发全民族文化创新创造活力，鼓励创作生产和提供健康向上、品质优良、种类丰富、业态多样的文化产品和服务。

<sup>⑥</sup> 《草案》第三章第二十七条【企业主体】国家鼓励公民、法人和非法人组织依法设立文化企业，尊重各类文化企业的市场主体地位和自主经营权，保障其合法权益，营造公平竞争的发展环境。

<sup>⑦</sup> 《草案》第七章，关于金融财税扶持的相关事项。

文化产业发展由国家来制定专项规划,在这个框架内,有关部门在执行各自的支持任务时,应加强配合、促进政策协调。虽然目前《文化产业促进法》还未出台,但实际中通过中央政府引导地方政府的文化产业发展的这些过程,推行了发展民族文化产业的创新政策,提升了地方认同感,推动了地方特色文化产业发展。

其次,促进对象。本法的促进对象就是文化产业。《草案》总则第二条阐明了本法的调整范围,<sup>①</sup>且第二章、第三章和第四章的大部分条款都具体规定了此项内容。<sup>②</sup>关于文化产业的定义,前文也已经述说了其概念的发展历程。《草案》通过对社会中各类文化产业发展运行中出现的各种问题和难题进行两点论的过程把控,目的是解决文化产业在市场经济中遇到的阻碍。

主要内容包括:促进创作生产,目的是让文化产业市场保持创新能力,以此来激发市场主体的积极性和创造性;促进文化企业的发展,目的是保障其商品、服务等事项的合理合规发展,助力文化宣传;促进文化市场发展,以促进经济增长,维护市场秩序,促进文化产业兴旺发达。

最后,促进手段。主要由《草案》第五、六、七章构成,主要内容包括:第五章文化人才保障,文化人才是文化产业发展的基础和保障;第六章科技支撑,科技在我国处在战略发展地位,文化产业须与科技创新实行联动;第七章金融财税扶持,这是文化产业发展必不可少的一个重要部分。此外,《草案》第八章规定了法律责任,对相关主体的失职责任、渎职责任、市场主体责任、失信惩戒、传播限制等行为规定了处罚条款,为文化产业市场的健康发展提供法律支撑。

## 2.4 非物质文化遗产与文化产业促进法的关系

### 2.4.1 非物质文化遗产对文化产业促进法的影响

我们说的非物质文化遗产,是指被各族人民祖祖辈辈传下来的各种传统文化的表现形式,以及与这些形式相关联的各种场所及实物等的文化遗产。对于它的

<sup>①</sup> 《草案》总则第二条【调整范围】本法所称文化产业,是指以文化为核心内容而进行的创作、生产、传播、展示文化产品和提供文化服务的经营活动,以及为实现上述经营活动所需的文化辅助生产和中介服务、文化装备生产和文化消费终端生产等活动的集合。前款所称经营活动的类别包含内容创作生产、创意设计、资讯信息服务、文化传播渠道、文化投资运营、文化娱乐休闲等。

<sup>②</sup> 《草案》第二章【创作生产】、第三章【文化企业】、第四章【文化市场】。

保护，我国出台了相应的《非物质文化遗产法》。其中规定非物质文化遗产包括：“（一）传统口头文学以及作为其载体的语言；（二）传统美术、书法、音乐、舞蹈、戏剧、曲艺和杂技；（三）传统技艺、医药和历法；（四）传统礼仪、节庆等民俗；（五）传统体育和游艺；（六）其他非物质文化遗产。”<sup>①</sup>根据其规定内容可整合出以下权利客体：

表 2.3 非物质文化遗产权利客体

非物质文化遗产	表现形式为 无形物	传统礼仪与节庆（中秋节吃月饼等）
		观念表达或表现形式（传统口头文学、美术、书法、音乐、舞蹈、戏剧、体育等）
		知识（传统医药、历法等）
		技能（制陶、织造、印刷、茶道等）
	表现形式为 有形物	工具、实物和手工艺品（美术作品载体等）
		文化空间（戏台、鼓楼、说书场、庙会等）

关于非物质文化遗产的特征，笔者根据所研究资料整合了以下主要特征：一是非物质性，与物质性相对应。说到底非物质文化遗产更是一种精神，一种文化，一种群族与个人在历史的发展中凝结的共同文化意志，只不过是以一种物质性载体表现出来，且多数非物质文化遗产都是以物质为载体。二是活态性，非物质文化遗产传承与传播的过程是一个动态的过程，内涵的不断丰富与形式的不断创新，所以非物质文化遗产才能一直传承下来。三是民族性，我国拥有众多民族，其中又有众多非物质文化遗产。它们把民族本身的思想、意识、价值观等特点体现得淋漓尽致。四是社会性，非物质文化遗产是公共资源，具有公共属性。它的开发利用也是本着社会利益本位原则进行的。各民族间的非物质文化遗产资源与非物质文化遗产传承主体，更是存在着千丝万缕的联系。在共筑全球命运共同体的进程中，非物质文化遗产保护也是早已形成的共识。因此，从各个角度都有学者进行详尽的研究。但是在保护过程中，会出现种种问题，这不仅需要行政法、

<sup>①</sup> 根据我国 2011 年出台的《非物质文化遗产法》相关内容罗列。

刑法、民法等来保护，也需要作为促进法和经济法的文化产业促进法来保护。

表 2.4 文化及相关产业分类表 (2018)

代码			类别名称	说明	行业分类 代码
大 类	中 类	小类			
02	025	0253	文物及非物质文化遗产保护	对具有历史、文化、艺术、科学价值，经有关部门鉴定，列入文物保护单位保护的不可移动文物的保护和管理活动； 对我国口头传统和表现形式，传统表演艺术，社会实践、意识、节庆活动，有关的自然界和宇宙的知识和实践，传统手工艺等非物质文化遗产的保护和管理活动。	8840

第一，根据上表可以得知，《文化及相关产业分类 2018》中，非物质文化遗产是我国文化产业的核心产业之一，很多类别都可以进入到文化市场，如民间文学艺术、传统医药、传统手工技艺等。我国现有的非物质文化遗产文化产业成果，如将民间文学艺术的产业化刘三姐歌谣、梁祝传说等进行了电影改编与旅游资源开发；表演艺术的产业化如东北“二人转”、云南原生态歌舞、广东咸水歌及西北民歌“花儿”等的剧场演出与歌舞演出方式；民间美术的产业化如“泥人张”彩塑、河北剪纸等，打造产业园区；手工技艺的产业化如磁州窑烧制技艺、衡水老白干酒传统酿造技艺等，在当地政府的支持下，推动文化旅游业的发展，衡水老白干更是建立了知名品牌，带来了巨大的经济效益。

第二，非物质文化遗产产业经济活力非常强。文化产业是二十一世纪最有前景和增长潜力的产业。满足人类对文化精神的需求，是文化产业的根本目标。文化产业的快速发展，更是让其所占 GDP 超过世界总体的 6%。我国的文化产业在

最近几年里保持了 15.6% 以上的增长率，文化市场也在不断扩展。<sup>①</sup> 非物质文化遗产带有经济属性，权利人拥有使用权，包括许可他人使用时，采用知情同意加利益分享的方式即可。转让权，但要注意一点，如果是集体性权利主体，转让时有限制。改编权，但有法定许可、合理使用等限制，它在一定意义上是非物质文化遗产传承的一种方式。获得报酬权，非物质文化遗产有其归属，传承人对它拥有所有权，那么自然由非物质文化遗产载体上产生的利润，应该在相关主体之间进行公平分配。非物质文化遗产作为文化产业中一个特殊类别，通过经济的刺激，能够使它发挥出更大的活力。非物质文化遗产类别中有许多适合进行产业开发的，比如手工技艺制造出的工艺品，传统美术延伸的艺术品等，不仅能够更新文化产业的内容，也能使经济效益最大化。

第三，非物质文化遗产是后扶贫时代的重要发展内容。借助非物质文化遗产力量，调整供给侧结构，不仅能帮助非物质文化遗产传承人实现手艺价值，而且对于新时代我国经济的升级发展也有重要作用。利用信息时代的优势，在互联网的浪潮中顺势而为，促进非物质文化遗产传承，具有时代意义。十八大到十九大，短短五年之间，习总书记去调研走访我国的非物质文化遗产数量却非常之多，习总书记对于非物质文化遗产的重视可见一斑。2021 年是我们从脱贫攻坚向乡村振兴过渡的交汇之年，我们的党中央曾经提出文化强国理念，后扶贫时代的重点是乡村振兴，我国的扶贫办也已经改名为国家乡村振兴局。乡村振兴中，文化振兴和产业振兴是其中的两个重要层面，<sup>②</sup> 乡村振兴促进法《草案》也已提请审议。<sup>③</sup> 尤其是在今后一段时期，疫情防控成为常态化基础上，平衡好疫情防控和经济发展的关系，助力文化振兴、产业振兴，《文化产业促进法》立法考虑非物质文化遗产正当其时，且十分必要。

第四，解读完非物质文化遗产与文化产业的关系后，我们把视角切入到《文化产业促进法》与《非物质文化遗产法》之间的关系。《非物质文化遗产法》第四章第二十八条、<sup>④</sup> 第三十七条<sup>⑤</sup> 就有关于开发利用非物质文化遗产的规定，但

<sup>①</sup> 国家统计局. 世界主要经济体文化产业发展状况及特点:

<https://wenku.baidu.com/view/e7831052e2bd960590c677eb.html>, 最后访问日期: 2021 年 3 月 9 日.

<sup>②</sup> 乡村振兴内容包括组织振兴、产业振兴、生态振兴、文化振兴及人才振兴。

<sup>③</sup> 乡村振兴促进法《草案》分为 11 章，立足于发挥好乡村在传承发展中华优秀传统文化方面的独特功能。第二章规定了产业发展相关内容。

<sup>④</sup> 《非物质文化遗产法》第四章第二十八条：“国家鼓励和支持开展非物质文化遗产代表性项目的传承、传播”是原则性规定，其中就有要求对非物质文化遗产合理开发利用的规定。

<sup>⑤</sup> 《非物质文化遗产法》第四章第三十六条：“国家鼓励和支持发挥非物质文化遗产的特殊优势，在有



《非物质文化遗产法》倾向于非物质文化遗产的调查、代表性项目名录等，侧重于非物质文化遗产的传承与传播。非物质文化遗产是文化产业相关法律保护的重要内容，由上表可知非物质文化遗产权利客体皆可转化为文化产业成果。非物质文化遗产法律保护形式由部门法转向基本法，由地方性立法转向国家性立法。而《文化产业促进法》各章节可以有效与非物质文化遗产相连接与联动，通过法律规定将非物质文化遗产纳入到其调整范围，实现非物质文化遗产的传承与传播的实际效果，将其落到实处。

## 2.4.2 文化产业促进法的立法对非物质文化遗产的重要性

第一，政策性促进手段起不到高效率的作用。虽然政策有它的柔软性和广泛性，且政策的成本低，程序也比较简单，但是政策毕竟没有强制性，也不能对一些伤害非物质文化遗产的行为作出强制性处罚。因此，制定一部有效的文化产业促进方面的基本法是必须的。我们要考虑到政策的外力作用，不能将行之有效的实际效果落实到非物质文化遗产产业化发展当中；产业不断前进发展，政策的滞后性也无法及时解决问题，甚至在政府保护文化产业发展过程中，不同主体之间会产生矛盾与冲突，且政策具有不稳定性，一旦受到干扰，就做不到行之有效。无论是哪一方面出了问题，都会限制非物质文化遗产在文化产业市场中的发展。

第二，文化产业促进法使政府在促进非物质文化遗产的产业发展中有法可依。政府在保护和合理利用非物质文化遗产工作中发挥着至关重要的作用。一旦政府有法可依，就可以避免在保护非物质文化遗产当中容易出现的一些负面现象如政绩工程。<sup>①</sup>政府在非物质文化遗产保护中扮演的角色不可忽视，<sup>②</sup>《草案》中，政府的权责已经非常明确，不管是协调市场关系方面、发挥指导作用方面还是协调文化产业发展方面，都要求政府履行职责，积极发挥作用，为文化产业的发展创造清明的市场环境。

第三，提高非物质文化遗产传承主体的积极性。非物质文化遗产在传承过程中面临着意想不到的困难，如今，很多非物质文化遗产项目已经面临绝迹。一个明显标志就是非物质文化遗产产业规模逐渐缩小，甚至不得不退出历史舞台。这

---

效保护的基础上，合理利用非物质文化遗产代表性项目开发具有地方、民族特色和市场潜力的文化产品和文化服务”。

<sup>①</sup> 齐易光.非物质文化遗产保护中的地方政府职能研究[D].华北电力大学,2016:14-15.

<sup>②</sup> 姚庆武.政府在发展文化产业中的角色定位[J].理论观察,2009(04):47-48.

里我们可以发现,在时代高速发展中,非物质文化遗产传承人和接受非物质文化遗产文化的受众,规模都越来越小。<sup>①</sup>在文化产业发展中,只有按照利益分配原则,使非物质文化遗产传承人的获得报酬权得到保障,才能激发他们保护与积极创造的积极性。

第四,减少非物质文化遗产相关产业资源的滥用现象。当前,由于利益的纷争而使非物质文化遗产资源受到伤害的现象越来越普遍,市场主体追逐的始终是利益,如果企业没有承担起积极的社会责任,那么就会造成产权不明确的问题,进而使责任无人担当,受到侵害的主体权利更无法得到救济,那么就会对非物质文化遗产资源造成不可逆的伤害。<sup>②</sup>文化产业促进法立法可以帮助非物质文化遗产确权,进而做到职责明确,也可以使市场主体有计划、有目标地去利用非物质文化遗产资源。还有重要的一点是政府可以净化市场,为市场投入所需的资金等,并且可以建立有效监督机制,保证非物质文化遗产的合理开发利用,促进文化产业市场有序发展。

第五,增强国家和地方的经济实力。非物质文化遗产产业化肩负着发挥经济效益和社会效益双重使命。<sup>③</sup>非物质文化遗产进入文化产业市场,是一种全新的传承方式,促进了国家和地方经济的发展,如沙县小吃、兰州拉面,都是已经发展得很可观的地方非物质文化遗产项目;如已经是世界知名的旅游产业品牌广西“印象刘三姐”、云南“云南映像”以及广东“客家意象”,不仅丰富了游客的文化之旅,更是带来了巨大的经济效益。非物质文化遗产产业化对国家和地方经济的促进作用是长远的,《文化产业促进法》的出台更将保护全新的非物质文化遗产的传承方式,为国家GDP的创造注入新的活力。

综上,文化产业促进法的立法对非物质文化遗产的保护与传承具有重要意义,由此推动具体制度的运作,使非物质文化遗产与文化产业二者达到双赢效果。

<sup>①</sup> 左迎颖.非物质文化遗产品牌创新推广研究[J].品牌研究,2019,13(01):35-36.

<sup>②</sup> 胡卫萍.非物质文化遗产资源产权确认与交易的立法保护[J].江西科学,2018,38(04):153-160.

<sup>③</sup> 肖锋.非物质文化遗产的保护与产业研发[M].人民日报出版社,2016:55-59.

## 3 非物质文化遗产视角下的国外文化产业法律规范

### 3.1 非物质文化遗产视角下的日本文化产业法律规范

日本也是为数不多的文化产业大国之一，日本 GDP 中，第三产业占比极高，其中最重要的板块就是文化产业。从非物质文化遗产保护视角来看，日本也是捷足先登。1950 年，日本就颁布《文化财保护法》，与“有形文化财”相对应，提出了“无形文化财”的概念，作为先行者以法律形式规定了保护范畴和保护办法。在 2004 年，日本颁布了《文化产业促进法》，在其中以明确的法律条文规范规定了相关的文化产业促进事项。<sup>①</sup>

笔者通过阅读文献发现，日本属于分散型立法模式。2014 年《文化基本法》才确立了完善的法律体系，并制定了及时有效的配套措施以及规定行政指导体制。日本还建立人间国宝制度来保护非物质文化遗产传承人，重点是给予奖励金。除了基本的国家金融扶持，日本政府还特别注重与大企业的合作，通过融资、担保等合作，来建立投资联合渠道。同时，日本也注意减免税收，除了国有文化产业企业外，非常注意为中小型企业减负。总之，日本非常注重强有力的文化产业保护财政支撑。

对我国的借鉴意义在于：在财政支撑下，通过文化产业加强和促进对非物质文化遗产的保护。在此笔者用日本非物质文化遗产和食来做实例论证，和食是在 2013 年被纳入人类非物质文化遗产名录。为了发扬和食文化，日本制定了《重振食品和农林渔业的基本方针和行动计划》，来带动和食发展。仅仅是和食产业这一项，就带动了相关产业链的就业，也出了一些周边文化创意产品，使其成为相关领域经济增长的源头产业。延伸到我国的非物质文化遗产也可以通过此种方式进行拓展开发利用渠道，文化产业促进法在第四章“文化市场”中可以通过具体规定拓展第三十八条“文化消费”的内容。2020 年前夕，日本还出台了一系列文化振兴计划：继承和保护非物质文化遗产，通过非物质文化遗产与文化产业的有机联动来带动一系列产业的发展，如旅游业、文化相关创意产业。在这项计划中日本注重财政支撑，使文化产业发展拥有强力后盾，使非物质文化遗产在文化产业发展过程中加强保护。非物质文化遗产一直是日本政府的重点保护对象，日本的文化产业促进立法的成功经验，可以给我们有益借鉴。

<sup>①</sup> 魏晓阳.日本文化法治及其对中国的启示[J].北京大学学报(哲学社会科学版),2017,54(01):142-149.

### 3.2 非物质文化遗产视角下的美国文化产业法律规范

美国文化产业发展的背景与韩国有异曲同工之妙，也是因为金融风暴的影响，美国开始注意到文化产业这一新兴产业的优势所在。到二战前，美国已建立起国内的文化产业市场基础。如今，文化产业已经成为美国的经济主流。截至2020年，美国文化产业占GDP总值为35%左右，欧洲文化产业占GDP总值17%左右，而中国文化产业占GDP总值比重仅为4.7%左右，美国的文化产业GDP占比处于遥遥领先的地位。<sup>①</sup>

美国的文化产业早期政策法规主要是自由主义产业，让文化产品在市场经济的激烈竞争中优胜劣汰，政府并不设立文化管理机构，但美国也并非完全放任文化产业的发展。美国是文化产业大国，其发展历程在一定程度上反映了市场经济体制下，文化产业发展的一般性规律。在很早以前美国就认识到创意产业是拉动经济增长的一个新兴产业部门，也是解决国内就业问题和出口创汇的一个重要途径。于是在1964年，美国国会通过了《国家人文艺术就业基金法》，并创立了“国家人文艺术基金会”，这是历史上第一个致力于人文艺术产业的机构。美国后期的文化产业立法当中，组织机构一直是美国文化产业立法重视的内容。美国的非物质文化遗产数量并不占优势，但纵观美国的文化产业促进法律政策，他们善于用组织机构形式来进行有针对性的指导保护，其实这在另一种层面来说，也是促使文化产业自身进行升级与优化，不断改良产业结构，这是一种自身动力的作用发挥。另外，美国的这些财团与组织机构，发挥了集纳资金的作用，这在一定程度上减小了美国文化产业发展中的风险程度，这些都在法条当中体现。

对我国的借鉴意义在于：美国通过成立委员会及财团等组织机构形式，来强化对保护非物质文化遗产和促进文化产业发展的指导，开展遗产旅游项目，奖励突出贡献，成立专门机构，注重调查研究，更好的融合非物质文化遗产保护和文化产业发展。

### 3.3 非物质文化遗产视角下的法国文化产业法律规范

法国文化产业的第一大优势就是非物质文化遗产，法国能够拥有强大的特色文化产业优势，非物质文化遗产发挥了不可估量的作用。因此，法国的文化产业

<sup>①</sup> 国家统计局.世界主要经济体文化产业发展状况及特点:

<https://wenku.baidu.com/view/e7831052e2bd960590c677eb.html>, 最后访问日期: 2021年3月9日。

立法,首要考虑因素就是非物质文化遗产。法国注重把文化产业与其他产业作区分,把文化产业放在特殊发展领域的地位,并且注意到文化产业对于国家安全的重要性,自然而然地把对非物质文化遗产的保护上升到国家战略层次。法国关于创意产业的研究都突出了重要的一点即:文化产业所创造的价值是无限的不仅表现在文化方面,还表现在经济方面,更延伸到社会方面。<sup>①</sup>1793年,法国颁布“共和二年法令”,规定了本国文化艺术必须受到严格保护,要坚持对所有破坏文化艺术的行为严厉打击。1913年,法国通过了世界上第一部文化遗产保护法《保护历史古迹法》。

笔者主要研究了具有代表性的2003年颁布的《文化产业赞助法》,它是一部主要通过财政手段来促进文化产业发展的法律。但法国的文化产业法多为单行立法,涉及到各个领域,其中文化遗产是其重要产业基础。法国的文化产业单行立法有一个明显的重点是通过发展文化产业来维护国家文化安全,因此我们可以看出,以非物质文化遗产为重心的法国文化产业立法体现出法国强大的文化自信。法国政府主导的文化产业法律制度体现了对非物质文化遗产的高度保护。法国做的非常好的一点就是重视帮助人们认识非物质文化遗产是环境和人类活动结合的产物,使人们积极投入到非物质文化遗产保护中,不管是文化产业,还是音乐节、文化遗产日活动等,都让公众的热情自觉转化为保护非物质文化遗产的行动。同时,法国非常注重非物质文化遗产在保护和发展当中的情况普查,一旦非物质文化遗产在文化产业中受到创伤,政府必须立即采取救济手段。<sup>②</sup>

对我国的借鉴意义在于:重视救济机制,重视全民参与,重视调查研究,重视过程把控与监管。因法国极其重视非物质文化遗产保护,所以对法国文化产业法律制度中非物质文化遗产因素的研究对我国的非物质文化遗产文化的保护具有重要借鉴意义。

### 3.4 非物质文化遗产视角下的韩国文化产业法律规范

在1998年,韩国确立“文化立国”方针后,韩国开始对文化产业进行大力的培育扶持,也是因为金融风暴的影响,韩国将经济发展的重点视角移向了文化产业。1999年,韩国出台了文化产业方面的基本法之《文化产业振兴基本法》,

<sup>①</sup> Jason Potts. Creative Industries and Economic Evolution[M].Edward Elgar Publishing:2011-05-31.

<sup>②</sup> 《保护和促进文化表现形式多样性公约》规定了以适当方式在本国境内为创作、生产、传播和享有本国的文化活动、产品与服务提供机会的有关措施。

后续又相继出台了很多文化产业单行法及相关政策。韩国运用的是以文化产业促进法为主导的发展模式。韩国文化产业基本政策注重培养国民文化创意人，卢太裕政府、金大中政府、卢武铉政府、李明博政府等都提出了文化产业人才保障的一系列措施。比如在资金扶持制度方面，韩国设立传承支持资金以及突出成就奖励金。其中传承支持资金就和我国文化产业促进法非常契合，它是针对保护和传承非物质文化遗产有贡献的人发放的慰问金，是通过鼓励性政策来促进非物质文化遗产传承。除此之外，韩国为了培养文化产业中的创新人才，还注重在高校设立培育基金，重视创意产业人才挖掘，在全社会引导一股创新风气。

韩国注重培养文化创意人才的具体表现：卢太裕政府出台了《经济发展七五计划》，目的是提高全国民众的创造力；金大中政府出台了《21世纪文化韩国蓝图》，详细规定了如何扶持非物质文化遗产传承人；卢武铉政府重视培养创新型民众、特色型地区、创新型国家以及输出型文化，提出了“创意韩国”口号，还颁布《文化强国》，再次强调“运用文化参与增强公民积极性与创造性”的发展方向；<sup>①</sup>2010年李明博政府设立“创造支持中心”、“神话创造项目”来促进非物质文化遗产的传承。韩国还注重设立文化遗产振兴基金，并在文化产品的包装上下功夫，充分凸显韩国的非物质文化遗产特色。不仅提高文化产业的品位，促进产业发展，也提高了非物质文化遗产的影响力。

对我国的借鉴意义在于：政府主导之下，加强对相关创意人才的培训。近年来，韩国对创意产业人才的培养的投入每年都有近3000亿韩元。韩国通过对非物质文化遗产传承人的保护、支持与培训，提高他们的积极性，以达到为非物质文化遗产文化产业运作和发展提供优秀人力来源的目的。

<sup>①</sup> 卫霞.政府主导型文化产业立法的域外启示——以法国和韩国为例[J].甘肃理论,2019,15(02):107-112.

## 4 非物质文化遗产视角下文化产业促进法亟待解决的立法问题

### 4.1 文化产业促进法立法理念的问题

我国的文化产业相关法律存在的内容不全面，结构松散等问题是不可忽视的。这一点也可反映出我国基本法律不健全、规章部门多、不成体系的现状，并且保护促进类型的法律少，大多是规制限制类型的法律。文化产业促进法以宪法为立法指南，以全国人大现行法为基本架构，以国务院法规为理论依据。我国文化产业的法治化建设进程是一个从一般到特殊、从杂乱到系统的循序渐进的过程。在实践中一些地方政府勇于创新，获得了很多与文化产业立法相关的宝贵经验，这些都为《文化产业促进法》的出台进行了铺垫。但当前的《草案》在立法层面仍存在问题，本章主要就立法层面中出现的问题展开相关论述。

#### 4.1.1 立法目的的实现问题

从根本上说，我们将文化产业促进法立法提上日程，首要目的当然是激励产业发展。我国的立法目的体现在文化产业促进法立法上的重点，在于以实施文化强国战略为目标，以新发展理念为原则，以客观规律为基础，以促进和保障机制为工具，最终实现文化市场的公平竞争秩序，促进文化产业和谐发展。文化产业促进法的立法目的其实非常显而易见，它就是以促进文化产业发展为直接目的，以满足人民的文化需求为出发点，来保护我国公民所享有的文化权利，以带动产业创造经济价值。文化产业促进法是一部促进型的经济法，通过《草案》的各项规定我们可以看出它起到的作用主要包括规定了系统性的制度，为文化产业发展创造一个良好的生态环境，符合大众对文化产品的需求，符合市场竞争规律。

但是我们从非物质文化遗产视角出发可以看到，《草案》的行政色彩较为浓重，<sup>①</sup>规定的大部分处罚机制都是从行政主体及相对人的角度出发的。拿第八章规定的相关法律责任来论证，虽然规定的角度比较全面，包括作为和不作为两个方面的责任，<sup>②</sup>但主要是文化产业主体发生的违法行为应该受到的行政处罚。关

<sup>①</sup> 张美英.中国文化产业发展的政府规制研究[J].产权导刊,2019,23(06):31-36.

<sup>②</sup> 《草案》第八章关于法律责任的表述绝大部分规定了行政主体违法时受到的行政处罚，“责令停产停业”“吊销许可证”“处以罚款”等字眼比比皆是，对于行政相对人的规定则较少。

于刑事责任，笔者发现在“法律责任”一章中每一条的最后都标注为“情节严重，触犯刑法的还应当承担刑事责任”，虽然作了相应刑事责任的规定，但缺乏实际可操作性，没有具体标准。尤其是对于非物质文化遗产来说，界定责任的界限是极其重要的。笔者认为，应制定相应配套规章制度，便于和执法、司法部门实行联动。管理文化市场的行为属于行政责任，那么要考虑应归属到民事法律范畴以及相关文化市场管理法范畴的部分。在文化市场中，文化产业的整条发展链包括经营行为、交易行为等，都应体现出文化产业促进法的管理。另外，面对文化产业促进法提出的新要求，需要考虑政府是否还需对文化产业进行全方位监督？政府出现的一些问题比如要么大包大揽要么放任不管，政绩先行、实质投入不够、架空传统社区和传承人，最终都将导致消极结果，这些都无法实现真正促进非物质文化遗产发展的目的，更不用说实现文化产业的发展目的。

#### 4.1.2 立法特色的凸显问题

一国立法要有自己的立法特色，必须立足于本国的政治、经济、文化的现实情况，笔者认为《文化产业促进法》作为中国特色社会主义法律体系的一部分，应凸显社会主义法治体系的立法特色。

从《草案》整体条文中不难看出其作为一部促进法以及经济法，都是在立法原则的指导下，以政府与市场关系为基础所罗列的浮泛条文。我国的非物质文化遗产百花齐放，各具特色，是文化产业中非常具有中华民族特色的一部分。我国是一个多民族国家，很多非物质文化遗产各具特色，甚至是全世界独有，比如甘肃花儿。<sup>①</sup>因此在市场上我们应考虑到每个非物质文化遗产的特点，突出保护其特色，在调整范围以及调整事项应追求精细、具体而不是用很广泛的规定规定所有。

笔者整理了立法对非物质文化遗产因素体现不充分的主要问题。一是文化产业法律概念的要素缺失。在《草案》中，根据第一条<sup>②</sup>和第三条<sup>③</sup>的条文内容，并未将非物质文化遗产相关文化产业随着科技发展而出现的新业态要素纳入其

<sup>①</sup> 花儿产生于明代初年，流行于甘肃、青海、宁夏等广大地区的一种山歌，是当地人民的口头文学形式之一。花儿结构分两段，前段比兴、后段是歌唱的主题内容。曲调具有浓郁的抒情性，有浓郁的地方气息，因歌词中把女性比喻为花朵而得名。

<sup>②</sup> 《草案》总则第一条【立法目的】为促进文化产业健康持续发展，满足人民向往美好生活的精神文化需求，建设社会主义文化强国，制定本法。

<sup>③</sup> 《草案》总则第三条【发展方针】坚持以人民为中心，坚定文化自信，坚持中国特色社会主义文化发展道路，坚持为人民服务、为社会主义服务，坚持百花齐放、百家争鸣，坚持创造性转化、创新性发展，坚持弘扬社会主义核心价值观，坚持社会效益优先、社会效益与经济效益相统一，推动文化产业高质量发展。



中。因此，如果采取列举式的定义方式，势必会将未来存在的一些非物质文化遗产产业的业务经营形式、状态排除在促进法的调整范围之外；如果采取归纳式的方式，则可能存在条文过于简捷，甚至特征笼统等原因，导致法律实践中产生分歧，欠缺可操作性。二是规定政府依法承担责任和义务的部分法律规范缺失。首先，由于非物质文化遗产的特殊性，需要进行一定的市场调研才能够制定适当的开发方案，实际上，无论是针对非物质文化遗产还是其他的文化产品，《草案》并没有明确政府的调研和考核责任。其次，《草案》应对所有进入、运营、退出文化市场的非物质文化遗产相关文化产品进行明确规范，予以市场行为指导。《草案》规定的市场准入制度不宜过于严格，同时也不应过分宽松。再次，从文化产业的社会特征来看，盈利对象需将所获利益适当投入到非物质文化遗产的传承中，而《草案》并没有体现这一点。最后，保障要素不尽完善，无法合理把控非物质文化遗产发展进程。三是从文本方面来看，刚性因素缺失。虽然对于文化产业的重要价值和作用方面，政府、社会和学术界已达成基本共识，但文化市场与政府的关系模式以及文化体制改革措施和政策的保障上，仍缺乏有力的举措和严格的约束要素。

当然，一味强调特殊性，把目光都集中于立法的特色问题上也是不恰当的，在立法过程中，应该注意立法特色与立法实际相结合。

## 4.2 文化产业促进法立法技术的问题

立法技术是法理外化的一种形式。我们所说的立法技术，就是在起草、制定和修改法律规范过程中所遵循的规则、方法和规范表述。文化产业促进法作为促进性立法，操作空间有限，只在宏观层面作相对全面规定而忽视具体落实细节。但在同一章节中，有些条款规定的比较详细，有的条款就比较泛泛而谈，这其实是没有考虑通篇布局的结果。还有的条款要素不完整。最常见的情况是，已经规定行为模式，却没有规定法律后果。关于立法语言，法律语言应该严谨且准确，也不能引起歧义。形式是非常重要的，形式不及格，内容就会失去载体。立法技术与立法内容相辅相成。

笔者根据《草案》从非物质文化遗产视角出发，整合出以下条文规范问题：

表 4.1 《草案》条文规范问题整合

第一章 总则	1、“文化”及“文化产业”概念的内涵与外延不全面。 2、非物质文化遗产主体不甚明确。《非物质文化遗产法》没有解决权利主体问题，虽然该法已经肯定了传承人的主体地位，规定义务，却也几乎没有规定任何权利。《文化产业促进法》也没有做详尽规定。	
	第一条和第三条	缺失保护和弘扬优秀传统文化的内容。
	第七条	缺失设立地方性组织的内容。
	第十一条	传播包含展示，逻辑顺序不通。
第二章 创作生产	第十二条	缺失独创性。
	第十七条	与第六十一条不衔接。
	第二十三条	“传统工艺振兴”表述不明确。
	第二十五条	境外推广缺失合作环节。
第三章 文化企业	第三十五条	四个方面，应该是市场性行为，登记与流转都是商业性行为，如果由国家去规定，就有可能形成行业部门的垄断，阻碍市场发展。
第四章 文化市场	第四十五条	语序不通。
第五章 人才保障	第四十六条	中介服务缺失。
第七章 金融财税扶持	第六十条	缺失艺术品内容。
	第六十七条	发达国家对艺术品捐赠有税收优惠条款，艺术品税收越来越高，且没有减免税新规，对社会公益是一种伤害。
第八章 法律责任	第七十条	和电影产业促进法的罚则有冲突，该条的执法权主体不明确，是不是每个部门对于同一个行为都可以处罚？容易产生竞争执法、推诿执法的问题。另外，因为知识产权分很多种，有专门法律规定罚则，和本条不匹配，也

		有些不应适应罚则的, 如外观设计专利, 只有民事赔偿;
	第七十二条	传播限制方面, 措施的灵活性不强。最后, 整部法律《草案》偏向于鼓励类的非强制性措施, 通篇可执行的条款是第八章法律责任。

### 4.3 文化产业促进法立法内容的问题

目前, 我国文化产业仍处于发展初期, 这段时期内文化产业的发展显现出诸多问题。鼓励发展代表性文化企业, 展现其对文化产业的引领作用显得举足轻重。但与此同时, 《草案》提到了在法律责任制度方面实行失信惩戒的抑制措施, 在传播限制非物质文化遗产方面笔者认为不甚合理; 在监督体系方面, 除了国家监督, 社会监督也应与其齐驱并进; 在政府职能方面, 要尽力体现政府在非物质文化遗产项目发展中的作用; 实际中政府在税收、财政等方面缺少相应的支持手段; 部分法律条文欠缺可操作性, 原则性过强; 在知识产权的激励和保护制度方面, 《草案》不仅需要注重保护功能, 更要注重激励功能, 同时应关注知识产权保护制度的落后问题, 如盗版和衍生品系统。在完善法规和制度的过程中, 在把握文化产业促进法立法目的的前提下还要不断完善非物质文化遗产保护相关程序的立法, 以增强文化产业包括非物质文化遗产产业发展过程的可操作性, 将文化产业促进法的立法精神落到实处。

文化产业促进法的制定, 对所有的能够进行产业化发展的非物质文化遗产来说, 无疑是顶层设计的充分保护。没有明确的法律法规, 公民的积极性难以调动, 权利受到侵害时也无法得到及时有效的保障及救济, 更不用说经济价值的创造。当然, 不能一味追求立法进程, 立法质量是绝对不可草率的一点。加快立法程序, 确保立法质量, 确定主要问题和重要定义, 使行之有效的文化经济政策上升为法律, 为文化产业的发展提供可靠的保障。

#### 4.3.1 金融财税扶持的局限

《草案》第七章“金融财税扶持”规定了直接、间接融资、文化资本投资以及税收扶持等内容, 但对于非物质文化遗产传承人并没有做出详细的规定。在缺

乏文化市场支持的情况下，个别政府定向偏差只重政绩，形式主义盛行，只完成表面化工作，导致资金扶持并未落实到位。很多非物质文化遗产传承人生活贫苦，甚至在北京很多老手艺人无人问津、门可罗雀，只能勉强维持生计。

同时，在市场经济体制下，社会资源的分配工作主要由市场进行，但投资者对于高收益、低风险的要求在无法依靠市场时，就要向政府寻求希望。但我国部分非物质文化遗产留存地在偏远山区，相对闭塞，有的甚至刚在脱贫攻坚战中摘掉了贫困县的帽子仍是一个突出的问题。这些地方极具产业开发价值，但缺乏足够的资金投入和政策补贴。这种非物质文化遗产资源“躲在深闺人未识”的现象，需要政府通过金融和财政支持来解决。有的地方虽然对文化产业有了一定资助，但不够重视并过于随意性的问题仍待解决。《草案》第七章规定的主要条款比较全面，但由于缺乏解决这些实际问题的详细规定，因此不具有完全的可操作性。

#### 4.3.2 监管机制的不足

国家对非物质文化遗产的传承和保护越来越重视，使得非物质文化遗产纷纷进入文化产业领域。因此在全球化及技术革命的大背景之下，作为新兴产业，作为快速发展过程中出现的新业态，那么监管的重要性就显得至关重要。文化产业的监管体现了政府和市场两只手的运作，且监管的目的是最终实现文化产业在市场中平稳运行，而不是去制约其发展。

《草案》第四章第三十六条关于市场体系、<sup>①</sup>第四十四条关于市场监管<sup>②</sup>皆是从宏观层面进行的规定。

文化产业毕竟是一种产业，那么它活跃在市场经济中时，出现市场失灵问题而影响其发展也是在所难免的。非物质文化遗产进入文化产业市场后，信息不对称等负面现象的出现势必会影响非物质文化遗产的发展。非物质文化遗产产品存在的差异化使得文化市场存在一定的垄断性，进而导致不能有效发挥市场潜力，影响非物质文化遗产的文化创新与传播，因此需要规范监管非物质文化遗产产品的生产和销售。而《草案》当中，第四章第三十六条提到的关于文化市场的监督管理，并没有细化监管责任，也没有针对非物质文化遗产特征实施灵活的监管模

<sup>①</sup> 《草案》第四章第三十六条【市场体系】国家构建统一开放、竞争有序、诚信守法、监管有力的现代文化市场体系，发挥市场在文化资源配置中的积极作用。

<sup>②</sup> 《草案》第四章第四十四条【市场监管】县级以上人民政府及有关部门加强对文化市场的日常监督管理，推动文化市场综合执法，提升文化市场技术监管水平，对违反有关法律、行政法规的文化市场经营活动实施处罚，保护文化企业和消费者合法权益。

式。笔者认为，监管需具备适度性。毕竟良好的市场秩序，尤其是针对文化市场中非物质文化遗产的经济效益和文化效益的平衡问题是文化产业健康发展的必要条件。

### 4.3.3 救济机制设置的缺陷

《中华人民共和国非物质文化遗产法》没有规定相应的详细的救济措施，通过法律文书裁判文书网搜索，也未发现相关案例的判决书。对于现实中出现的有关非物质文化遗产的案例，基本都是通过非行政救济手段予以解决的。《草案》中也没有体现。笔者搜集了非物质文化遗产发展中面临的困境，以期有针对性的解决问题。

表 4.2 非物质文化遗产文化产业发展困境之部分案例

一、传统文化表现形式逐渐消亡	1、贵州侗族的传统银饰、裙子等服饰已经逐渐不被人们所穿戴。
	2、《北京传统工艺美术濒临失传的名单》中，一般的项目接近绝迹。
	3、广西民族民间的织锦、印染工艺等，正处于濒临绝境。
	4、《中国戏曲志 2004》统计全国各地大小剧种 395 个、剧目 5328 个，至今存活的不过十几种。
二、后继乏人	1、福州《唐和曲》因传人离世无人记录而消逝。
	2、闽东精致银饰器人亡艺绝。
	3、漳州年画失传不过发生在 10 年间，著名南派剪纸、福建风筝等工艺没落。失去市场，许多非物质文化遗产保护都举步维艰，传承人和保护者甚至在忍受清贫。
	4、福建雕刻声名远扬，寿山石雕、泉州木雕、福安银雕、德化瓷雕等，企业解体，后继无人。
三、不当使用	1、不标明来源群体；最经典案例《乌苏里船歌》案。
	2、资源掠夺：医药企业利用少数民族传统医药知识，开发出新药品，赚取高额利益。
	3、日本：利用张仲景古方制成现代药方制剂返销中国；抢注“三国志”“孔明传”“幻想水浒传”“杏花村”“杜康”等商标。

	4、美国：迪士尼公司根据花木兰制成动画电影《花木兰》在全球赚取高额利润，我国观众须支付费用才能欣赏。
四、资源流失	1、个别外国人通过经济交易、旅游、学术交流等机会，购买、收集和记录等我国的非物质文化遗产资源，甚至通过非法渠道买卖少数民族文物，形成文化海盗现象。
	2、在少数民族地区，外国人收购头饰、服装、工艺品等，或者录制歌舞等音视频资料，转化为自己的研究成果。

无论在任何时候都应当有救济手段，这是宪政的必然要求。而在文化产业发展的过程中，针对上述非物质文化遗产权利主体面临的问题也应当具备相应的救济手段。

我们更可以看到，在外国人将我国非物质文化遗产资源收录之后，形成他们自己的成果时，我国非物质文化遗产资源面临着独特性丢失的风险。因此，文化产业促进法对非物质文化遗产的救济设置，十分必要。

#### 4.3.4 非物质文化遗产生产性保护的界限缺失

界定非物质文化遗产的生产性保护界限是非常必要的，如果缺失这个界限，无疑会对非物质文化遗产造成不可逆的伤害。有些非物质文化遗产甚至物质载体都荡然无存，更不用说其蕴含的艺术价值和中华文化底蕴。如果要使非物质文化遗产在文化产业中健康发展，界定法制化的界限具有必要性。非物质文化遗产和物质文化遗产不尽相同，划定清晰界限并不容易，实际中需要灵活操作。实际中有一些项目必须在文化市场中生存，带有一定限制，如传统技艺、工艺品、戏曲表演等，这些项目带着明显的商业属性。再者，随着时代的发展，陶瓷技艺中运用现代科技手段进行生产制作的流程越来越多，从人力制造到科技智造，是科技的推动造就的便利。如果完全摒弃科技支撑，则与现实不符。但机器生产的死板性就有可能在生产加工过程中使非物质文化遗产的传承失去原来的特点。这些都离不开保护与创新的辩证关系，继承不等于墨守成规、一成不变，但创新又有失去本真性和传统性的可能。如何正确处理好这其中的辩证关系，是文化产业促进法立法需要着重考量的问题之一。

非物质文化遗产保护与人类文化创意的发展是紧密联系在一起。非物质文

文化遗产保护的产业化并非一般意义上文化产业的开发,尤其更不应当是机械的复制时代遗留的文化工业模式,而是与非物质文化遗产保护的终极目标,即促进人类文化的创造性和多样化,有侧重地去实现永续发展。

## 5 非物质文化遗产视角下完善文化产业促进法的立法建议

### 5.1 明确文化产业促进法立法理念问题

#### 5.1.1 立法目的不能忽视非物质文化遗产传承目的的实现

本法的立法目的是实施国家文化产业发展战略,争取在文化产业的国际竞争中具备优势,以此来保障国内文化产业的强有力的竞争力。为实现促进文化产业发展的目的,笔者选取了具有代表性的两者:一是以美国为代表的“无为而治”模式,市场在无干预的环境中肆意发展,民间组织可以在市场中尽情释放活力,政策在其中起到主要的指导和扶持作用,强调经济效率是他们发展的重点内容。<sup>①</sup>二是以法国、韩国和日本为典型代表的“励精图治”模式。政府对文化产业市场进行干预,管理具体事务。不管是在运作过程中,还是产业链发展的后期,政府都有一套专门的干预方案。当然其目的不是为了限制文化产业发展,而是在有充足外部保障的情况下,使文化产业催生最大程度上的创造力。<sup>②</sup>文化产业与法治的发展不仅要以国内文化市场的发展为基础,更要以国际接轨,实现经济效益,更要走出国门,提高国家综合实力,与已有的《非物质文化遗产法》相衔接与扩展,实现“点”到“面”全方位发展的目的。

在全球经济形势不稳定的形势之下,利用好我国的非物质文化遗产优势来发展文化产业,来带动消费和内需,来促进经济发展具有重要作用。文化产业促进法应该在联系非物质文化遗产的内容上更加细化与完善,来实现更好传承非物质文化遗产的间接目的。用经济来引导,来做拉动非物质文化遗产传承的马车。文化产业促进法通过税收、财政等方式,巩固非物质文化遗产传承成果,不断促进我国非物质文化遗产的繁荣发展。

文化产业促进法应多一些鼓励措施以推动文化产业的发展,通过制定鼓励性法律规范,并对有突出贡献的参与者进行奖励,都可以有效促进法律实施。我国文化产业立法缺少相关法律文件这个问题并没有因为文化产业促进法的即将颁布而被解决,《非物质文化遗产法》中所提到的部分规定还是较为笼统,比如在法律责任方面绝大部分只规定了违法行为应该承担的行政责任,其实《草案》仍

<sup>①</sup> 李浩然.美国文化产业的发展经验及其启示[J].人民论坛,2020,12(13):140-141.

<sup>②</sup> 成雯.法国的文化政策及对中国的历史启示[J].知识文库,2019,25(24):23-24.



采用传统行政、刑事立法思维,将惩罚、制裁作为主要调整方式,还是忽视了通过奖励手段实现管理目标的方法。总之,通过国家立法支持、政策引导,设定规范性标准,如可为、应为和勿为,这样制度在运行过程中才具有可操作性。同时,文化产业促进法应坚持放管并举,将管理寓于服务之中,主要目的是为文化产业发展提供便利和保障。对于该放的部分一定放开,能够使其有自由发展的空间,该管的部分也一定管住,不会超过限度。要注意规定政企加以区分、避免责任推诿的现象、权责要分清、加强监督、注重程序,以便实现本法的立法目的。

我国的文化产业促进法一定要充分考虑非物质文化遗产的特殊地位,将其纳入本法保护和促进的一个重点内容,不断促进非物质文化遗产理性健康传承,进一步激发我国文化产业市场新活力,为我国文化产业持续健康发展注入新要素。实现更好保护与传承非物质文化遗产的目的,最终促进文化产业的繁荣发展。

### 5.1.2 立法特色可充分体现非物质文化遗产特色

立法特色是指准确反映本国具体现实和需要的立法,如经济、政治、文化、习俗等,反映本国的具体情况,并反映其具体的区域特点。正是根据国家的发展需要,立法才需要坚持问题导向原则。如何体现立法特色,是立法必须处理和解释的重要问题。幅员辽阔、民族多样性、风俗习惯的不同、经济发展和社会生活的不统一,使立法无法不兼顾特殊问题。具体到非物质文化遗产来说,我国非物质文化遗产数量多,收录不完全。现有的《非物质文化遗产法》中也用了大量笔墨去规定非物质文化遗产的调查与项目名录、传承与传播,并无针对性的给到产业化开发的对策,所以《文化产业促进法》在立法时可着重考量非物质文化遗产因素。立法离不开实践,我国应在调研与实践的基础上来制定我国的文化产业促进法,充分反映我国非物质文化遗产特征,凸显中国特色,树立中国样本。

第一,立法充分体现非物质文化遗产独特性。从本国实际出发,了解文化产业发展的规律性。可以结合我国的发展情况,我们有非物质文化遗产蓝皮书《中国非物质文化遗产保护发展报告》,它是对每年本国非物质文化遗产发展的基本趋势、存在的问题、建议与对策、分题报告、年度热点作出的具体分析,可以提供有效借鉴。非物质文化遗产的最大特点是:带有传承人所生活的环境中形成的独特的生产生活方式,在这种情况下,非物质文化遗产的继承和传播主要依靠个人,他们口口相传,根植于民族。由于其依附性,更容易受到外来冲击而遭到

改变。同时，非物质文化遗产具有公共属性，但不完全公开，可以很好地保护对其的不当占有行为，从而造成非物质文化遗产的消失。非物质文化遗产与文化产业的特征具有一定重合性，比如两者皆有社会性、经济性，同时都比较多元。拿四川绵竹年画来说，它是在农耕文明时期产生并承担人们生产生活功能、又在当今社会承担文明传承与传播功能的一项特殊的非物质文化遗产。国家非常注重绵竹年画的流传，通过各项政策扶持着它走到今天，比如发展旅游业以及生产相关文创产品等。但是它不仅是集体的财富，也是个人应该取得的利益。笔者认为像这类非物质文化遗产，重点是将其从公共领域中区分出来，这样才能保障应该属于私人的那部分利益归属。

第二，立法体现立法差异性。国外文化产业发展多年，已形成自己独特的体系，有自己独特的国家立法特色，如法国重视民间组织发挥作用，美国重视设立相关管理组织等。我们在开发文化产业时，要着重开发相关特色衍生品，突出其艺术内涵和文化价值，也要充分利用现代传媒等，这些都需要《文化产业促进法》为其保驾护航。在当今对非物质文化遗产的生产性保护和开发利用中，要适应时代发展的要求，充分关注目前社会生产、人民生活和消费者审美概念的新变化，使用现代产业的思想来看待传统非物质文化遗产这个问题，在维持传统非物质文化遗产项目的精神核心和生产方法的同时，把活跃、新颖的新兴表现方式放在里面，创造一些具备时代感、现代风味、地区特性、深受现代人喜爱的文化商品。

第三，立法充分体现非物质文化遗产因素。一是根据前章所述，笔者倾向于结合归纳式和列举式两种立法方式对文化产业进行定义，不仅要将在文化产业的特征纳入考量范围，进行概括性定义，也要将我国非物质文化遗产产业化发展的重点纳入其中进行列举。二是立法应当明确各级政府对于非物质文化遗产的责任和义务要素。首先，非物质文化遗产市场调研和管理，各级政府应该对本地区非物质文化遗产项目进行认真研究，并且考察相关项目的市场潜力和发展环境。只有在认真研究项目、考察市场潜力、调研发展环境的基础上，制定合理的开发利用计划，并且引导相关单位企业进入文化市场，防止一哄而上。其次，政府应当制定相关文化产业市场的非物质文化遗产产品和服务准入机制和产品标准。再次，应该明确非物质文化遗产开发利用单位的相应义务，应该明确其所获得利益的分配应该适度倾斜于非物质文化遗产的传承与保护活动。最后，关于一些保障性规

定,在非物质文化遗产的传播和利用过程中,还需要确立一些保障性的规定。例如,传播与利用非物质文化遗产,应该保证其产品不侵害非物质文化遗产资源,不扭曲其内涵,不泄露相应的国家秘密和商业秘密等。《文化产业促进法》有必要进行强调,依据以上的思路制定出来的“传播与利用”,应当可以有效地实现立法目的,让我国的非物质文化遗产在传播和利用的过程中,获得更好的传承与保护。三是在文化产业发展过程中,国家需要建立超越行政渠道的社会共识表达渠道,既然监督渠道是多方向的,那么表达渠道也应畅通,并且从技术层面加强法律执行的刚性约束。比如在当今社会有这样一种现象:虽然在《非物质文化遗产法》中有规定相关事前审批程序,<sup>①</sup>但还是会出现外国人来华听昆曲、把一些民族特色服装买回去进行详细研究、录制一些如传统文化戏曲等音视频资料,回国之后研究出版成为自己的成果,还有大量外国人打着学术交流的旗号盗取中国非物质文化遗产资料等现象。

推动具有特点的文化产业的发展,通过制定保护办法、保护内容和保护机制,扩宽文化产业发展的空间和渠道是非常之重要的。实现文化产业与非物质文化遗产的联动,应考量我国消费者特性,针对具体国情,制定我国的文化产业促进法,形成独特的中国特色社会主义法治体系。

## 5.2 解决立法技术问题,明确条文规范

在立法的过程中,要从小的角度切入,避免笼统的表述。制度性条文要针对实际问题具体化、量体裁衣,完善立法,才能不断改善立法状况。立法最好是从微观文本的角度,结合具体的实际情况进行。因此,就立法文本而言,应将立法结构和立法语言这两个密切相关的方面结合起来。笔者根据《草案》从非物质文化遗产视角出发,整合出以下完善建议:

---

<sup>①</sup>《非物质文化遗产法》第十五条:境外组织或者个人在中华人民共和国境内进行非物质文化遗产调查,应当报经省、自治区、直辖市人民政府文化主管部门批准;调查在两个以上省、自治区、直辖市行政区域进行的,应当报经国务院文化主管部门批准;调查结束后,应当向批准调查的文化主管部门提交调查报告和调查中取得的实物图片、资料复制件。境外组织在中华人民共和国境内进行非物质文化遗产调查,应当与境内非物质文化遗产学术研究机构合作进行。

表 5.1 《草案》条文完善建议整合

第一章 总则	1、建议对“文化”及“文化产业”概念的内涵与外延做进一步界定； 2、建议明晰相关非物质文化遗产主体，《文化产业促进法》应规定以下主体：传承人。包括个人与群体、使用者、有利害关系的第三方。	
	第一条和 第三条	建议增加保护和弘扬优秀传统文化的内容。
	第七条	建议增加设立地方性组织的内容。
	第十一条	如果传播已经包含展示，那么建议删除“展示”。
第二章 创作生产	第十二条	建议增加具有独创性。
	第十七条	建议与第六十一条衔接。
	第二十三条	建议根据其内容，将“传统工艺振兴”改为“保护与传承非物质文化遗产”。 <sup>①</sup>
	第二十五条	建议境外推广改为“境外合作与推广”。
第三章 文化企业	第三十五条	建议将“建立”改为“鼓励”。
第四章 文化市场	第四十五条	建议调整语序。
第五章 人才保障	第四十六条	建议增加中介服务，与总则第二条相对应，且实践中也有对应的经济需求。

<sup>①</sup> 国家鼓励和支持对非物质文化遗产的保护传承和开发创新,鼓励在保持优秀传统文化的基础上,推动手工艺等与现代科技、工艺装备、创意设计的有机融合,推动传统工艺等走进现代生活。《中华人民共和国非物质文化遗产法》第二条第一款规定:“本法所称非物质文化遗产,是指各族人民世代相传并视为其文化遗产组成部分的各种传统文化表现形式,以及与传统文化表现形式相关的实物和场所。包括:(一)传统口头文学以及作为其载体的语言;(二)传统美术、书法、音乐、舞蹈、戏剧、曲艺和杂技;(三)传统技艺、医药和历法;(四)传统礼仪、节庆等民俗;(五)传统体育和游艺;(六)其他非物质文化遗产”根据上述法律规定,非物质文化遗产的概念涵括传统工艺,而且实践证明,很多非物质文化遗产本身就是文化产业,因此,建议使用非物质文化遗产概念取代传统工艺。

第七章 金融财税扶持	第六十条	建议增加艺术品的内容，艺术品有实体资产、知识产权的属性，艺术品可以融资，因此要增加文化资产或财产的融资质押业务。
	第六十七条	建议增加支持文化财产的捐赠减税。
第八章 法律责任	第七十条	调整和电影产业促进法的罚则以及知识产权罚则有冲突的部分，明确执法主体。
	第七十二条	建议扩大传播限制的制度范围及限制传播，可以考虑软化处理。加强措施的灵活性，如果采取措施消除影响的，是否可以继续传播等问题。最后，基于整部法律《草案》偏向于鼓励类的非强制性措施，通篇可执行的条款是第八章法律责任，建议该章细化处罚标准，避免类似于“可以采取”的措辞。

## 5.3 非物质文化遗产视角下充分保障文化产业市场发展

### 5.3.1 实施文化产业财政资助

文化产业与其他产业相比具有众多优势，比如符合绿色发展理念，较少造成资源浪费，相对来说能用较低的成本创造较高的价值，政府更要重视对其进行扶持。政府的作用重在引导各类投资文化产业领域，形成多元化的投资态势。通过前文对日本文化产业发展过程对非物质文化遗产保护的研究，我们可以借鉴到一些有益经验。<sup>①</sup>通过国家层面制定财政资助相关法律法规是明确进路，但要注意这些接受财政资助的主体一定要明确，申请与审批程序也要注意合理明确，在后续使用过程中针对可能出现的问题实施合理的监督，保证权力义务明确，追责机制完整。<sup>②</sup>央行在国家财政中发挥重要调控作用，我国的财政资助应该切实发挥央行及相关金融机构的作用，引导社会闲置资金集中，引流到文化产业当中。那么如何具体到非物质文化遗产产业中，可以选择一批成长性比较好的非物质文化遗产产业，形成以市场为主体的人才进入与退出机制，实施重点扶持，为其提供

<sup>①</sup> 刘元发.促进我国文化产业发展的财税政策研究[D].财政部财政科学研究所,2014:22-24.

<sup>②</sup> 李石勇.财政资助科技成果政府介入权法律制度探究[J].政法论丛,2018,28(24):82-92.

资金、人才、规划以及场租方面的优惠，助其做强做大，使非物质文化遗产产业的发展始终保持旺盛的活力。

之所以重视财政资助，除了资金支持作用，还有重要的一点是文化产业的发展需要信息流通，那么金融机构就可以为文化市场提供一些及时的信息，以此来防范以及最大程度上杜绝风险。<sup>①</sup>财政资助也要因业制宜，联系到非物质文化遗产，《草案》第七章“金融财税扶持”应该着重针对非物质文化遗产传承人的资金补贴以及传承与传播活动给予政策补贴，对于非物质文化遗产进入文化市场给予正确引导与帮扶。

### 5.3.2 实现动态监测与监管机制

非物质文化遗产文化市场监管不能一概而论，而应该按照非物质文化遗产的特性去进行监管。非物质文化遗产是活态的存在，它所表现的重点不是物质载体，而是通过这些物质载体所表现出来的高超技艺及精神内涵。因此，文化产业促进法立法在设定监督管理机制的时候，要充分考虑非物质文化遗产的动态性特征，以便于制定动态监测机制，随时把控好非物质文化遗产进入文化市场、适应文化市场的全过程，随时深入到非物质文化遗产传承人主体之中，调查研究其中出现的问题和难题，便于及时调整监督机制，最大程度实现非物质文化遗产的文化效益和经济利益，实现非物质文化遗产传承与传播目的，保障文化产业有序发展。

同时，文化产业监管包括上层建筑监管、国际层面监管、文化市场运行与产业布局监管。现有《草案》中的监管内容并无涉及非物质文化遗产要素的监管内容，联系到非物质文化遗产相关产品具有复杂性，其中还涉及到有关知识产权的内容，对于有特色的非物质文化遗产相关延伸产品，要及时保护相关专利，并跟踪其产品的销售足迹，防止侵权行为发生。所以，现有《草案》还需对这方面内容进行细化和完善。另外，产业布局监管的重点是使文化产业在全国范围内进行合理布局，更不允许恶性竞争，尤其是在非物质文化遗产方面，不能过度开发非物质文化遗产资源，搞政绩工程而形成破坏，也要尽量去避免法律监管的滞后性。基于非物质文化遗产权利主体的群体性特征，可以设定集体监督管理组织，通过集体监督管理机制，来保障非物质文化遗产主体权利。群体具有集体意思表示，设置机制可以充分解决监督管理主体缺位问题。在实际中，很多国家设立专门机

<sup>①</sup> 甘旭峰.日韩产业政策经验对中国实施“十大产业振兴规划”的启示[J].亚太经济,2009,13(25):71-74.

构,如秘鲁设定原住民发展基金,保护利益分享权。这些组织机构也可以作为非物质文化遗产权利主体的代言人,通过他们可以与市场主体进行有效谈判,从这个角度出发,设定集体监督管理组织来推动文化产业发展,就是非常必要的了。

最后,数字信息时代,文化产业促进法并不完善,我们要认识到信息科技发展对文化产业造成的颠覆性改变,包括技术的创新推动文化体制的结构改革。<sup>①</sup>文化产业促进法规定的监管制度更应该在信息时代的浪潮中顺势而为,乘势而上。

### 5.3.3 完善救济制度,保障文化产业非物质文化遗产独特性

在21世纪,我国的文化产业如何扬长避短,最大程度上发挥我国的文化产业特色,决定着我们在世界文化产业市场中的竞争优势有多大。我们应该探索出一条属于中国自己的带有社会主义制度优势的文化产业发展之路。那么政府如何进行引导文化产业发展,就显得至关重要。文化产业促进法立法可结合我国民族特色,抓住这一关键因素,来促使中国文化在外国的传播,更好地实现中华文化走出去。可在《草案》第二章第二十六条“境外推广”中增加特色文化产业推广。我国的非物质文化遗产各具特色,比如西藏的格萨尔、藏医藏药、唐卡等,我国通过对其进行保护,不仅尊重了民族特色,而且促进了西藏地区的经济发展,还在旅游产业的发展中加深了文化推广。但是,开发过程中要注意避免出现公地灾难,即资源的过度使用和枯竭,避免过度开发资源特色而失去非物质文化遗产,如花木兰替父从军的故事,它在改编过程中出现很多问题,比如内涵被扭曲,韵味被改变。也要避免反公地灾难,即资源的过度闲置和枯竭,避免非物质文化遗产自然死亡状态。在境外企业相关规定方面,非物质文化遗产方面过于限制不利于学术交流,过于放宽会出现“文化海盗”,要平衡和把握好两者关系。

那么我们就可以知道,文化产业促进法应当规定以下两方面的救济途径:一方面,当非物质文化遗产权利主体合法权利遭到侵害时,可以通过有效途径得到法律救济。如在文化产业发展过程中,侵害非物质文化遗产行为包括开发者在资源开发成果中不注明其所使用的非物质文化遗产来源等,并阻碍非物质文化遗产权利主体对其资源的开发利用,要保证这些权利具有排他性和专有性。另一方面,当侵害方法律主体受到法律处罚时,被处罚者可以采取行政复议、行政诉讼等方式予以救济。

<sup>①</sup> 宋利荣.文化产业视野下的非物质文化遗产数字化保护与传承策略[J].科技风,2019,11(36):196-198.

综上，中国拥有的丰富的非物质文化遗产资源，是形成中国特色文化产业的重要基础，文化产业促进法在完善救济制度时应该考虑这些重要问题，使得得天独厚的文化资源在世界文化产业市场捷足先登。

### 5.3.4 界定非物质文化遗产生产性保护的界限，促进可持续发展

现实当中存在着这样一个明显问题：非物质文化遗产资源本身具有巨大的文化价值以及经济价值，但是对于文化价值的凸显和经济价值的追求之间，往往存在着激烈的矛盾，尤其是在社会矛盾转变之后，这样的矛盾越来越突出。

近些年，非物质文化遗产的开发创造了明显的 GDP 成绩，同时其破坏程度也令人触目惊心。如中国故宫，被教科文组织列为世界文化遗产之后，旅游时节往往出现客流量超多从而导致超容现象；莫高窟申遗成功后，迅速成为旅游热点景点，巨大人流量的涌入，造成对壁画的伤害，比如色彩发生变化以及表层物质脱落现象，这些伤害都是不可逆的。

我们可以看到一些地方频繁申请非物质文化遗产项目，但目的都不是为了保护非物质文化遗产，而是追名逐利。非物质文化遗产在保护和开发过程中慢慢变成了急功近利的人用来赚取利润的商品，以及政府追求政绩的工具。但是，我们也可以看到非物质文化遗产文化产业发展进程中的一些成功案例，事物的发展的前进的、上升的，矛盾也是可以相互转化的，运用好发展规律可以很好地解决一些问题。下面笔者以浙江特色小镇为例来叙述界定非物质文化遗产生产性保护界限的重要性以及作用：

表 5.2 非物质文化遗产文化产业成功案例分析之：2014 年浙江特色小镇

发展历程	2014 年：阿里巴巴公司设计出“云栖小镇”，属于新技术产业创业社区模式，以非物质文化遗产保护为重点，以创意产业为主导，以生态建设为特色。
	2014 年-2016 年：三年内，这种创新模式的特色小镇的影响从浙江拓展到全国。
	2017 年至今：“特色”概念的内涵不断扩展和丰富，实践中也在不断完善此种特色小镇模式。
问题	“特色小镇”变成一种热点现象的过程中，理念导向不清楚、宏观指标不明确的问题也开始显露。许多小镇争相效仿，在



	小城市、社区、乡镇层面开展大拆大建，特色变成了仿制异国异域风情的洋山寨，建设模式也以特色小镇建设为名，实则进行房地产开发和水平反生态旅游项目建设。	
对策	2017年，《关于保持和彰显特色小镇特色若干问题的通知》发布，对发展特色小镇提出了三点要求。	1、禁止盲目拆除小镇原有的特色建筑。
		2、保持小镇宜居特色，不跟风盖高楼。
		3、不可照搬照抄外来文化，秉持本镇传承特色。
成果	统筹了文化传承、居民生活以及生态环境的关系，既使小镇的发展方向变得明朗，又很好地保护了小镇非物质文化遗产，开拓了通过创意建设实现生态保护、文化传承与经济发展的新道路。	
启示	标志着非物质文化遗产保护的文化生态要求和文化产业方向逐渐走向明晰，并且具有了可操作性，更加契合可持续发展原则，更加符合新发展理念。 <sup>①</sup>	

通过上述案例来论证界定非物质文化遗产生产性保护界限的作用以及成果，笔者得到以下启示：立法需注意把继承和创新进行不同层级和角度的区分，这样才能对于文化产业发展中的非物质文化遗产进行有针对性的保护与发展。这些把非物质文化遗产资源市场化之后的行为对非物质文化遗产本身造成了巨大伤害和影响，需要文化产业促进法“法律责任”一章对其进行详细的规范，使其在制度的范围内实现可持续发展，毕竟我国的《非物质文化遗产法》中，在“法律责任”一章中对一些超越界限进行开发的行为也只是进行了笼统规定，较为具体的只有罚款项。保护和开发是永久的辩证关系，立法也要遵循可行性、差异性的发展理念，为非物质文化遗产保护和文化产业添砖加瓦。一方面，非物质文化遗产的活态性要求我们不能因循守旧、一成不变，其本身需要创新为它的继承注入活力，要求在立法时也要注意与既有法律的衔接与拓展；另一方面，文化产业

<sup>①</sup> 习总书记多次强调创新、协调、绿色、开放、共享的发展理念，新发展理念是一个整体，必须贯彻落实。

促进法立法不能放弃其历史内涵，应更好地去传承非物质文化遗产的艺术价值。过度开发与创新会失去非物质文化遗产的传统与本真特性，这就与其保护的目的地背道而驰了。非物质文化遗产种类多样、多层次，立法界定生产性保护的界限，可以理清层次，做到因地制宜、因业制宜，使文化产业蒸蒸日上，更能使文化产业促进法的立法更具科学性。

## 6 结语

《文化产业促进法》立法考虑非物质文化遗产因素十分必要，从微观层面来说，非物质文化遗产的开发会带动当地的经济的发展，带动就业与创业，也会增加当地的财政收入，实现经济利益流通，保护非物质文化遗产传承人的经济权利，这样会给自身的发展提供经济条件。从宏观层面来说，结合促进法发展市场经济，更有利于贯彻国家创新发展战略，实现非物质文化遗产的文化产业化发展保护。有了经济后盾，传承和保护才能更有力度。我们应该更好地发展文化产业，为实现国内国际双循环贡献文化力量，也为世界非物质文化遗产保护事业和文化产业发展树立中国样本，贡献中国力量。

纵观我国的非物质文化遗产，令人目不暇接，它是文化产业的一个重要部分与基础，是文化产业格局中一个具有特色的重点扶持对象。然而，在实际工作中确实存在着诸多问题，金融税收扶持力度不够大使非物质文化遗产传承主体积极性不高，监管机制不足使非物质文化遗产资源造成巨大浪费，没有与之相匹配的救济措施使文化市场中双方主体矛盾重重，如果非物质文化遗产不界定生产性保护界限，任由开发与利用，那么恐怕非物质文化遗产也难以实现可持续发展，更不用说创造经济效益。

展望未来，《文化产业促进法》的出台不仅对我国非物质文化遗产传承与传播具有举足轻重的意义，更对我国文化产业保有源源不断的活力，带动经济增长具有不可估量的作用。尤其是在今后一段时间，疫情防控成为常态化，如何在世界经济体不稳定的局势之下维持经济正增长，笔者认为，文化产业必须成为经济增长的中坚力量，它的发展前景更是无可限量。从非物质文化遗产视角出发，有针对性地进行解决文化产业促进法出现的问题，其重要意义不言而喻。

## 参考文献

### 1.1 中文著作类

- [1]党的第十九大报告辅导读本编写组.党的第十九大报告辅导读本[M].北京:人民文学出版社,2017.
- [2]葛岩.2005年:中国文化产业发展报告[M].北京:社会科学文献出版社,2005.
- [3]胡惠林,施惟达.文化产业概论[M].昆明:云南大学出版社,2005.
- [4]胡惠林.中国国家文化安全报告[M].太原:山西人民出版社,2005.
- [5]李思屈.中国文化产业政策研究[M].浙江大学出版社,2012.
- [6]刘吉发,岳红记,陈怀平.文化产业学[M].北京:经济管理出版社,2005.
- [7]刘云升,刘忠平.非物质文化遗产产业化法律规制研究 [M] . 知识产权出版社,2017.
- [8]齐敏.文化产业政策激励与法治保障[M].法律出版社,2011.
- [9]祁述裕.中国文化产业发展前沿[M].北京:社会科学文献出版社,2011.
- [10]孙明安.文化产业理论与实践[M].北京:北京出版社,2005.
- [11]陶信平.文化产业法概论[M].中国人民大学出版社,2016.
- [12]王文章.非物质文化遗产概论[M].北京:文化艺术出版社,2006.
- [13]张彩凤,苏红燕.全球化与当代中国文化产业发展[M].济南:山东大学出版社,2009.
- [14]张洁.非物质文化遗产法律保护研究[M].中国法制出版社,2018.
- [15]张书勤.文化产业政策与法规[M].中国政法大学出版社,2018.
- [16]赵阳,徐宝祥.文化产业政策与法规[M].中山大学出版社,2012.
- [17]中国艺术研究院,中国非物质文化遗产保护中心.中国非物质文化遗产普查手册[M].北京:文化艺术出版社,2007.

### 1.2 期刊类

- [1]蔡武进,彭龙龙.法国文化产业法的制度体系及其启示[J].华中师范大学学报(人文社会科学版),2019,58(02):76-84.
- [2]陈柳裕.文化立法研究:共识、争议、进展及其评判[J].浙江工商大学学报,2012,17(5):13-15.
- [3]陈兴贵.少数民族非物质文化遗产产业化探析[J].黑龙江民族研究丛刊,

2016,19(5):153-159.

[4]邓聪,廉洁,李欣嘉,庄家雨,林伟.“非物质文化遗产”在创新商业模式下的保护与发展——陕西省非物质文化遗产市场调研分析报告[J].高等数学研究,2020,23(01):55-59.

[5]付世秋.民族地区非物质文化产业发展的经济法激励研究[J].贵州民族研究,2017,38(08):56-59.

[6]郭玉军,司文.文化产业促进法视角下文化产业界定比较研究[J].武汉大学学报(哲学社会科学版),2015,68(06):93-100.

[7]花建.文化创意产业与相关产业融合发展的四大路径[J].上海财经大学学报,2014,16(04):26-35.

[8]黄永林,纪明明.论非物质文化遗产资源在文化产业中的创造性转化和创新性发展[J].华中师范大学学报(人文社会科学版),2018,57(03):72-80.

[9]贾旭东.文化产业促进法立法的必要性和可行性[J].福建论坛(人文社会科学版),2015(12):122-129.

[10]刘洪彩,高雁,王永学.关于河北省非物质文化遗产产业化发展的思考——以民间美术为例[J].河北学刊,2013,33(06):224-226.

[11]刘梦.非物质文化遗产视域下桐城黄梅戏的创新发展路径[J].蚌埠学院学报,2020,19(01):1-4.

[12]刘馨蔓.《文化产业促进法》的立法思考[J].法制博览,2017,16(14):78-79.

[13]刘芝凤,和立勇.弱经济价值非物质文化遗产保护刍议——以福建省非物质文化遗产保护为例[J].中国人民大学学报,2018,32(01):20-26.

[14]罗艳.法国文化产业与公共文化服务融合对我国的借鉴及启示[J].江苏商论,2020,55(01):77-80.

[15]齐益.试析我国文化产业立法之完善[J].行政与法,2019,22(10):124-129.

[16]齐强军.论我国文化产业促进立法模式、原则与基本制度[J].学术论坛,2015,38(04):86-90.

[17]饶世权.日本文化产业法律制度及其启示[J].社会出版科学,2016,24(02):100-104.

[18]宋利荣.文化产业视野下的非物质文化遗产数字化保护与传承策略[J].科技

风,2019,23(36):196-197.

[19]孙天.非物质文化遗产的产业化发展路径研究——以山东省非物质文化遗产保护传承实践为例[J].艺术百家,2018,34(01):227-232.

[20]唐明良.文化立法的基本原则与基本规律[J].理论研究,2012, 17(6):42-43.

[21]唐银妹,吕敏,农承儒,江金运.非物质文化遗产木偶戏的研究及创新发展——以广西北海、梧州、玉林为例[J].西部皮革,2020,42(06):144-153.

[22]王成宇,胡园晓.非物质文化遗产文化传承与保护的发展策略探析[J].农家参谋,2020,15(14):275-278.

[23]王淑娟,陈胜容.表演艺术类非物质文化遗产产业化之研究——基于台湾霹雳布袋戏的经验[J].社会科学家,2013,12(09):78-81.

[24]王天岚.从品牌形象推广角度看非物质文化遗产的保护、创新和发展[J].大众文艺,2016,44(05):1-2.

[25]卫霞.文化产业法律制度研究述评[J].老区建设,2019,23(02):93-96.

[26]卫霞.西部文化产业发展中的地方立法[J].人大研究,2020,11(02):9-13.

[27]卫霞.政府主导型文化产业立法的域外启示——以法国和韩国为例[J].甘肃理论学刊,2019,15(02):107-112.

[28]魏晓阳.日本文化法治及其对中国的启示[J].北京大学学报(哲学社会科学版),2017,54(01):142-149.

[29]魏世军.《文化产业促进法》立法五大问题思考 [J] . 文化产业评论, 2018, 51(08):115-119.

[30]吴师彦.非物质文化遗产传统手工艺文创产品开发路径——以福州脱胎漆器为例[J].南京理工大学学报(社会科学版),2019,32(06):28-31.

[31]夏艳萍.非物质文化遗产敦煌彩塑制作技艺在文化产业中的应用研究[J].美术教育研究,2020,12(18):59-60.

[32]肖金明.文化法的定位、原则与体系[J].法学论坛,2012,13(15):31-32.

[33]言之有范.文化立法领域专家解读《文化产业促进法（《草案》送审稿）》[J].人文天下,2019,25(23):2-5.

[34]杨积堂.文化产业发展的立法现状与法制建设[J].北京联合大学学报,2012, 18(24): 93-95.

- [35]杨丽.文化产业立法之必要性探析[J].经济研究导刊,2013,13(24):85.
- [36]杨炼.文化产业立法的国际借鉴及启示[J].重庆科学,2012,25(05):55-59.
- [37]杨亚庚,陈亮,陈文俊,贺正楚.论宜产型非物质文化遗产的产业化[J].河南社会科学,2014,22(01):118-122.
- [38]叶奕瑕.文化产业视野下非物质文化遗产保护方式与传承路径[J].文化创新比较研究,2020,14(18):166-168.
- [39]于新循,杨丽.我国《文化产业促进法》的立法选择与总体构想[J].四川师范大学学报(社会科学版),2014,41(03):50-56.
- [40]于语和,苏小婷.文化产业立法视角下多元文化的法律保护[J].邵阳学院学报(社会科学版),2017,16(05):1-7.
- [41]张美英.文化产业发展的政府规制研究[J].产权导刊,2019,14(06):31-36.
- [42]周刚志,姚锋.论中国文化产业的立法模式——以社会主义核心价值观为价值引导[J].湖南大学学报(社会科学版),2019,33(02):133-141.
- [43]朱元吉.非物质文化遗产文化的薪火相传——以苏扇的传承与创新为例[J].牡丹江大学学报,2020,29(03):27-30.

### 1.3 学位论文类

- [1]蔡镇阳.文化产业促进法律的科学立法理念研究[D].西南大学,2014.
- [2]姜凝.非遗特色小镇产业融合路径研究[D].天津财经大学,2019.
- [3]罗鹏.新时期余杭滚灯非物质文化遗产项目的传承现状与发展创新研究[D].杭州师范大学,2019.
- [4]王昊.我国文化产业法治建设研究[D].广西师范大学,2016.
- [5]许立.我国文化产业市场监管法律问题研究[D].西南大学,2019.
- [6]杨丽.我国文化产业法制建设研究[D].四川师范大学,2014.
- [7]叶平.我国文化产业发展法律保障研究[D].广西师范大学,2017.
- [8]张庆盈.中国文化产业法制建设问题研究[D].山东大学,2011:29.
- [9]周柳好.我国地方文化产业立法探究[D].广东外语外贸大学,2016.

### 1.4 报纸、网络类

- [1]李袁婕.关于《文化产业促进法(《草案》征求意见稿)》修改建议[N].中国文物报,2019-08-09(004).

- [2]肖冰,贾陈良.文化产业立法: 缺失与弥合[N].中国文化报,2007-07-13(1).
- [3]中国社科院文化研究中心文化产业促进法立法研究课题组. “促进法” 视角中的文化产业概念—界定维度与方法思考[N].中国社会科学院院报,2008-05-08.
- [4]陕西传媒网.文化产业促进法起草工作正式启动: [www.sxdaily.com.cn](http://www.sxdaily.com.cn).
- [5]文化产业网.日本文化产业: [www.cnci.net.cn](http://www.cnci.net.cn).
- [6]中国非物质文化遗产网.[www.ihchina](http://www.ihchina).

### 1.5 外文文献

- [1]Antonios Vlassis. Soft power, global governance of cultural industries and rising powers: the case of China[J]. *International Journal of Cultural Policy*,2016,22(4).
- [2]Ballard, Phillada. The Loudons and the Gardening Press: A Victorian Cultural Industry[J]. *Agricultural History*,2015,89(3).
- [3]David Hesmondhalgh. 文化产业[M]. 中国人民大学出版社,2016.
- [4]Frederick Harry Pitts. Book Review: Creativity and Precarity, from New Labour to Alt-Labour: Angela McRobbie, Be Creative: Making a Living in the New Culture Industries and Nicole S Cohen. [J].*Writers' Rights: Freelance Journalism in a Digital Age*. 2018, 32(3):616-619.
- [5]Malcolm Miles. The Culture Industries: Symbolic Economies and Critical Practices. [J]. 2007, 51(1):13-27.
- [6]Siow-Kian Tan,Hui-Hui Lim,Siow-Hooi Tan,Yon-Sin Kok. A Cultural Creativity Framework for the Sustainability of Intangible Cultural Heritage[J]. *Journal of Hospitality & Tourism Research*,2020,44(3).
- [7]Seung-Ho Kwon,Joseph Kim. The cultural industry policies of the Korean government and the Korean Wave[J].*International Journal of Cultural Policy*,2014,20(4).
- [8]Stuart Cuningham. The Creative Industries after Cultural Policy[J]. *International Journal of Cultural Studies*,2011,7(1).
- [9]Xinwei Su,Xi Li,Yanbin Wu,Limei Yao. How is Intangible Cultural Heritage Valued in the Eyes of Inheritors Scale Development and Validation[J]. *Journal of Hospitality & Tourism Research*,2020,44(5).



## 致谢

故事不会停在这六章，写下去才知道梦有多长。

雄关漫道真如铁，而今迈步从头越。行文至此，代表着我人生当中研究生这一阶段的结束。始于2018年金秋，终于2021年盛夏。目之所及，皆是回忆。

人生得良师，平生多感激。第一次见到我的导师黎明老师，他为人和善谦虚，笑脸盈盈，让距离感一下子无影无踪。深刻接触，他的才华和见识，乐观的态度和超脱的境界，都是我所仰慕的高度。他带我们领略法学风采，和我们分享生活，教给我们人生道理，也会有用自制表情包的可爱反差萌...问渠哪得清如许，为有源头活水来。他的真诚让我雀跃，真诚是一个人最珍贵的品质。最感谢三年之中老师的指导与用心，才让我的毕业论文顺利完成。尽管我即将毕业，老师带给我的东西，也会让我受益终生。只愿老师保持可爱，健康顺利。

同时，感谢所有老师三年时光的海尔谆谆。研一时，李长兵老师给我们讲授商法学知识，他认真负责，是一位饱学之士；包哲钰老师给我们讲授民法学知识，如今我依然记得他风趣幽默的课堂；吕春娟老师给我们讲授婚姻家庭法，她在温柔优雅之中尽显女性力量；何立慧老师给我们讲授经济法知识，他宽广的眼界和渊博的知识给了我极大人生启示，开拓了我的思想；孙丽君老师给我们讲授法学理论，除了博览五车的学识，还让我感受到善良与正直的人品魅力；陈冲老师给我们讲授经济学知识，我深刻领会到经济学的魅力，那些原理与案例，让人充满探索欲；也感谢马哲课与英语、外教老师的谆谆教诲。研二时，张革新老师给我们讲授知识产权知识，传道授业解惑心，沥血耕耘育人，在他身上体现得淋漓尽致；史正保老师给我们讲授财税法知识，让我打消了对财税法的畏难情绪；李萌老师和杨利华老师给我们讲授金融法，她们温柔风趣的风格，使金融法知识润物细无声；纪晟老师给我们讲授公司法，轻松的上课氛围中我们学到了很多实际知识；张桂芝老师给我们讲授行政法知识，娓娓道来，循序渐进，让我走进了行政法的多彩世界；唐正彬老师给我们讲授劳动法知识，疫情期间认真负责线上授课时仔细的点评让我受益匪浅。

最后，感谢各位答辩组老师，你们提出的宝贵意见我将视之为财富。是你们，我才能做到精益求精。感谢我的家人，感谢师姐邓小婷的指导，感谢我的师妹师弟、我的舍友、朋友、同学，三年之中我度过了很多艰难时刻，是他们的陪伴让

我重新站了起来。

我的朋友是世界上最好的朋友。

特别感谢纪中国同学的陪伴与保护，国家数据库会将这份岁月长久的罗曼蒂克保存一辈子。海风吹不散玫瑰，月色难逃皎皎。

永远年轻，永远热泪盈眶。山水一程，三生有幸。祝所有人前程似锦，平安喜乐!

## 附录

### 1.攻读硕士学位期间发表的论文

[1]论文《浅析非物质文化遗产保护创新发展》载《福建质量管理》，2020年9月。

### 2.攻读硕士学位期间参与的社会实践

[1]2019年10月-2020年2月，在甘肃省精佑明律师事务所实习。