

北京市社会科学基金项目

法治视野下的 博物馆研究

焦晋林◎著



Museum Research
in the Perspective of
the Rule of Law



北京联合出版公司
Beijing United Publishing Co., Ltd.

法治视野下的 博物馆研究

焦晋林◎著



北京联合出版公司

Beijing United Publishing Co., Ltd.

图书在版编目(CIP)数据

法治视野下的博物馆研究/焦晋林著. —北京:
北京联合出版公司, 2016. 6

ISBN 978-7-5502-7985-8

I. ①法… II. ①焦… III. ①博物馆—管理—
法规—研究 IV. ①D912. 104

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 143870 号

法治视野下的博物馆研究

责任编辑: 夏艳 章懿

出版发行: 北京联合出版有限责任公司

社 址: 北京市西城区德外大街 83 号楼 9 层

邮 编: 100088

印 刷: 北京市天河印刷厂

开 本: 32 开

字 数: 200 千字

印 张: 8

版 次: 2016 年 6 月第 1 版

印 次: 2016 年 6 月第 1 次印刷

定 价: 58.00 元

文献分社出品

序

给晋林的研究专著写序是我愿为而不敢为的事情。“不敢为”的原因很简单，因为就自己的学术水平而言，尚无能力为这样一本涉及法学多个“二级学科”领域的研究专著作序，书中所论及的一些问题对我而言是一知半解，甚至是陌生的。

虽勉为其难，但最终还是应承了来写这个序言，深层的原因当然是因为虽不敢为却又很想为，这其中的原因有两个：一是我对晋林的为人为学有比较深的了解，对晋林的研究成果实在是很放心。二是为了破除“不敢为”的心理，我也是将他的书稿反复阅读，在阅读过程中受益良多，深感能为此书作序，也实在是我的荣幸。

我是晋林硕士论文的“指导”老师。说来惭愧，大约三年前，第一次与晋林见面。边谈边翻看 he 带来的学位论文初稿，记得内容是对博物馆馆藏文物物权的法理分析。可能因为我是学历史的出身，又刚刚从理论法学教研中心的法史教研室调入法理教研室。教务老师看到又是“博物馆”，又是“法理”，便把他分在了我的名下。那一次的论文指导，实则变成了教学相

长的长谈，使我对法史研究的实际意义有了确切的感悟。

以往在课堂或学术交流中，常常被问起“学习法史有什么用”，庄子精彩的“无用之用”成为当下法史学者（当然也包括我）应付此问的最有力回应。虽然有先哲名言作为“甲冑”，但心里也明白这种回答有些“所答非所问”，而对于涉世未深的年轻学子来说，这种回答也确实过于玄妙了。对于法史研究的学术价值我从来没有过丝毫的怀疑，但说到理论意义与实际作用，多少就会有些心虚。因为“无用之用”的“用”毕竟是脱离了大多数人认为的那个“现实社会实践”的，这个“用”非提问者所言之“用”。随着晋林对自己论文要旨的介绍，法史学研究局限于历史上法律制度与法律思想的传统定义被突破，“复原”与“阐释”以往的法律制度与思想，探索不同文明的法律所具有的不同特点与普遍发展规律只是法史研究的基本内容。现实中，许多理论与实际问题需要在史学与法学双视角的研究中予以阐释与解答。这个“用”才是提问者所想要知道的那个“用”。比如，就中国古代法律制度而言，自上而下的行政“管理”色彩浓厚，政治、军事自不待言，就是经济、文化、教育等各个领域的法律法规基本也都是以行政管理性质的规范为主。在这种浓厚的传统氛围中，仅以民法学的理论阐述博物馆藏品的物权属性是否准确？现实中解决博物馆藏品物权纠纷的法律依据是什么？法律如何保障博物馆履行社会服务职能又不损害物权人的应有权利等等。这些都是实实在在的法律史研究应该关注到的实际问题。第一次对晋林学位论文的“指导”，作为“指导老师”的我再次体会到了“生也有涯，学无涯”的学术乐趣。晋林朴实、严谨与开阔的学术视野给我留下了深刻的印象。阅读了晋林的论文后，我坦言告诉他，论文水平之高出乎我的

意料，对错综复杂的问题轻重有序地娓娓道来，新颖的见解和颇有深度的理论阐述在简洁准确的文字及术语的表述中得以淋漓尽致的展现。

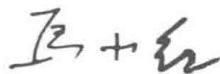
硕士毕业后，晋林有继续学习的愿望，我也是很想将他收为博士，孟子言，君子有三乐，其中“得天下英才而教育之”为其中之一。身为教师，“得天下英才而教育之”更是职责所在。但因为学校对在职学习的要求日益严格，晋林继续学业的愿望成为难事。其实在我看来，博士学位对于晋林的实际意义已经不大，他的硕士学位论文所表现出的出色的研究能力与严格的学术训练，毫不逊色于博士，而我也是一直将他视为学之“益友”的，因为就文博方面的法律研究而言，他已是学界的佼佼者。

虽然我很遗憾无缘成为晋林的博士导师，但是我们的学术交流与合作从未间断。我收到他赠予的专著《丹稜撷贝——京西出土文物品鉴》，字里行间透露了他对历史传统的热爱和对文明传承载体——文物造诣颇深的鉴赏力。中国人民大学法学院的学习，则使晋林进一步将对传统的热爱转化为一种自觉的责任与身体力行的行动，即依据法律更好地发挥博物馆作为社会服务机构的作用，更好地保护、利用文物，使公民的文化遗产权得以切实实现。我想，正是基于这种使命感，晋林才又有了这本《法治视野下的博物馆研究》。

对于研习法律的人来说，这是一本开卷有益的力作。晋林以关涉博物馆法律的最为基础的问题——博物馆的法律地位与博物馆藏品物权为研究的突破口，以便对已经基本构建起的以宪法为核心的文博领域的立法体系进行举一反三的研究。因此，本书研究的视野较以往多以民法学理论为主而有了大大的拓展

和进步。在立足于民法学理论基础的同时，晋林更多地结合了行政法学的理论和方法，尤其是吸纳了行政法学的公物法研究成果；注意到了与许多国家将博物馆划分为“公立”与“私立”的不同，我国相关立法则是将博物馆划分为“国有”与“非国有”这一根本性的国情；阐述了博物馆所参与的法律关系不是单一的，其涉及民事、行政、刑事、诉讼等各种法律关系。晋林认为，在公物法理论的解释中，博物馆具有“人”与“物”的双重属性，只有将这两种属性置于不同的法律关系中进行动态的解析，才能更贴近我国的博物馆实务。同时，博物馆藏品的物权属性也不是单一的，其具有“公物”与“私物”的双重属性。

由于学识所限，我无法对晋林的这本著作做更多、更深入的介绍，重要的是我从中可以看到晋林的学术抱负，即丰富、完善中国的文博法理论，使博物馆更好地发挥服务于民的作用，让承载着中华文明的物质载体——文物得以更好的保护与流传。如此抱负，使我感佩，因此而为之序，与晋林共勉。



2016年4月11日

概 论

博物馆作为向社会提供公益服务的文化平台，不仅是国家服务行政理念在公共文化领域的直观体现，也是公民实现文化遗产权的重要途径。实践中，我国文博法治进程在不断取得成绩的同时，也存在着许多值得关注的实际案例和与之相关的基础法理问题需要明晰，其中不少典型案例所表现出的社会影响力和复杂性也给博物馆学和法学理论研究提出了新挑战。比如，博物馆法学作为博物馆学的分支还有待进一步纳入到博物馆学的整体学科体系中；博物馆及藏品的法律属性研究有待继续深化和明晰；与博物馆相关的法律关系的性质尚需系统梳理；博物馆法学理论研究成果的时效性、针对性与博物馆实务之间的联系仍需加强；针对博物馆实务中出现的权属争议等热点问题所进行的理论研究还需在广度和深度上继续拓展；文博法律规范与其他领域法律规范之间的协调及衔接仍然存在不少冲突；等等。在面对这些问题时，如何认识和定位博物馆的法律地位、藏品属性，直接关系到博物馆法学理论体系的科学构建，以及相关立法基于不同利益取向和价值取向的规划和设计，进而会

对博物馆司法实践产生深刻影响。

在涉及以上问题的相关研究中，博物馆学和法学领域的学者们也曾进行过多方面努力，取得了不少理论成果。其中既有针对博物馆机构性质的研究，也有针对博物馆法人资格的研究，并且随着我国以构建服务型政府为特点的行政体制改革进程，还有行政法学者从公物法学理论视角关注到了包括博物馆在内的公共设施的诸多基础法理问题。本书正是在前人研究成果基础上，对博物馆法律地位、藏品法律属性、馆藏文物物权等博物馆法学问题进行的专题研究。就研究方法而言，本书是以传统民法和行政法研究视角为基础，紧密结合现阶段公物法理论研究成果，立足于现有法律框架和博物馆实务，综合运用历史分析法、规范性文件比较法、案例分析法、法律关系分析法等研究方法，对博物馆社会现象进行的一次跨学科、跨部门法研究的尝试。作者认为，从公物法视野研究博物馆法律问题，既有利于拓展研究空间，更加贴近博物馆实务；也有利于在统一规则前提下，考察所有类型博物馆的共同规律；还有利于兼顾私权与公权，为博物馆立法和实践提供可行的学理支撑。

本书内容主要由公物与公物法概述、博物馆的双重法律属性、博物馆法人制度、博物馆藏品的公物属性、博物馆公物法律关系、馆藏文物的物权结构、馆藏文物所有权以及公物法理论在博物馆相关案例的具体应用分析等几部分组成：

第一章，公物与公物法概述。公物法学理论不仅对于博物馆学来说非常陌生，即使对于我国部门法的研究来说也是进入二十一世纪以来才逐渐引起重视的行政法学分支学科，并且，本书所采用的研究进路主要建构于公物法学理论背景之下，通过整合不同学科理论资源来梳理和深入分析博物馆立法和实务

中的法学问题。因此，在对博物馆社会现象进行针对性研究之前，有必要对公物、公营造物及公物法学的基本理论问题进行概括性介绍和提炼。

所谓公物，学者们对其定义有不同的表述，但核心意思基本相同，即指或者服务于行政活动，或者是供公众无须许可，或者根据特定许可使用的物。其基本特征主要有三方面：一是以公用为目的；二是应由行政主体提供或管理；三是受到公法与私法的共同调整。公营造物属于公物的一种特殊存在形态，其概念由德国行政法之父奥托·迈耶首创，具体是指为持续履行特定的公共目的，由行政主体掌握的一个人与物相结合的公法上的组织体，在语义上与法国的公共机构或公共设施相对应，我国行政法学前辈王名扬老先生则将其译为公务法人。其特点也可以通过以下几方面体现出来：第一，公营造物是特定物与特定人结合的组织体；第二，公营造物需依法由行政主体设立或管理；第三，公营造物的目的是提供持续性的公益服务。就公物法的定义而言，是指有关公物的设置、公物使用及管理的法律规范的总称。在法律渊源上包含了宪法、法律、行政法规、地方性法规、国务院部门规章、地方性规章及其他规范性文件、国家公约等。

第二章，博物馆的双重法律属性。根据我国《博物馆条例》，同时结合国际博物馆协会章程以及其他国家相关立法表述，博物馆是指以教育、研究和欣赏为目的，收藏、保护并向公众展示人类活动和自然环境的见证物，经登记管理机关依法登记的非营利组织。就其专业构成而言，主要包括了藏品、馆舍设施、专业人员等几方面要素。其中，博物馆藏品既是博物馆存在和发展的物质基础，也是博物馆的首要服务对象；固定

的馆舍和完善的配套设施是博物馆存在和提供公共服务的重要物质基础；博物馆专业人员则是博物馆存在和履行职能所必需智力因素。

在公物法视野下，博物馆表现出明显的兼具“物”与“人”的双重属性特征。一方面，在福利行政、服务行政背景下，行政主体通过直接或间接设立的博物馆，为社会公众提供公益性文化服务，使博物馆成为社会公众接受社会教育、共享文化资源、开展科学研究的重要场所和机构，从而具有了公营造物属性。另一方面，博物馆为了正常发挥其公益职能，法律赋予其法律关系主体资格，进而参与到相关的法律关系中，从而具有法律人格属性。

第三章，博物馆法人制度。博物馆的法律人格属性是通过法人制度体系产生和发挥作用的，通过横向和纵向视角对我国博物馆法人的设立原则、构成要件、类型划分、治理结构和责任形态等问题进行比较研究后，作者认为：第一，我国博物馆法人的设立原则经历了从许可主义到准则主义的演变，在程序上放松了准入限制的同时，也为博物馆的监督管理提出了新的要求。第二，在构成要件上，博物馆法人是特定人与特定物的结合。第三，在博物馆法人分类上，虽然大多数国家立法对于博物馆法人分类上都采用了二分法，但其所依据的法理基础存在巨大差异，即我国二分法是以物权为标准的划分，而德法等大陆法系国家的二分法则是以设立主体为标准进行的划分。第四，博物馆的法人治理结构是法人机关与意思自治的有效结合方式。第五，博物馆法人虽然承担独立责任，但在责任范围和责任财产上与普通民事主体有着明显不同。

第四章，博物馆藏品的公物属性。博物馆藏品不仅是博物

馆作为公营造物的重要组成部分，其本身也具有公物属性。首先，藏品作为“人类活动和自然环境的见证物”，是见证人类社会发展和自然环境变迁的物质载体，承载着丰富的历史文化信息，因而具有信息性；其次，藏品作为资源和经济利益载体，具有财产性；第三，藏品所具有的信息性和财产性只是回答了怎样区分“见证物”与“非见证物”的问题，并没有回答“博物馆藏品”与“非博物馆藏品”之间的区别问题。而在现实生活中，博物馆藏品在收藏的方式、范围、条件、管理、处置等方面的确与非博物馆藏品之间存在很大不同，并且这些不同基本都可以在相关法律规范中找到实定法依据。也就是说，法律将“博物馆藏品”视为专门的调整对象，具有明显的法律拟制性特征。

本书在对博物馆藏品的法律属性进行比较法研究后发现，大陆法系国家基本上是将其视为公物对待的，比如《法国博物馆法》的有关规定，而英美法系国家基本上是将其视为公共信托资源来对待的，比如源自于英国发展于美国的公共信托理论。在此基础上，通过在我国博物馆与大陆法系中公物要件之间进行对位分析后得出以下认识，即在实体要件方面，博物馆藏品既具有承载公众共同利益的功能，也直接适用公法规则调整；在程序要件方面，从藏品到博物馆藏品的转化需要公物命名程序的存在才能实现，并且藏品利用本身即是博物馆藏品区别于民间藏品的内在特征之一。因此，博物馆藏品具有公物属性的认识是可以得到理论和实务支持的。

第五章，博物馆公物法律关系。如果说博物馆兼具物与人的复合法律特性所体现的是博物馆静态法律地位的话，那么，在法律关系中考察博物馆这种复合法律特性的具体表现形式和

规律，则是体现其动态法律地位的优先途径。在对博物馆静态法律地位的分析中，重点考察的是典型博物馆文化现象的基本理论特征，作为一种既具有很强专业性，又带有明显普世性的社会现象，博物馆需要在实际存在的社会关系中才能发挥其所具有的各项公共服务职能，也才符合设立博物馆的目的和体现其存在的价值。当博物馆参与 to 社会关系中时，会因一定的法律事实而产生相应的法律关系，其中，主要依据公物法律规范形成或调整的法律关系，即为博物馆公物法律关系。

就博物馆公物法律关系的定义而言，本书则将其界定为：围绕博物馆及其藏品的设立、管理、使用而形成的受公物法规范调整的权利和义务关系的总称。其特点主要有以下几方面：第一，博物馆公物法律关系的性质具有混合性，即博物馆公物法律关系是以行政法律关系为主体，同时兼具民事法律关系和刑事法律关系因素的混合法律关系。在这种混合性法律关系中，行政法律关系占据主导地位，民事法律关系和刑事法律关系处于辅助地位。第二，博物馆公物法律关系的客体具有层次性。当博物馆在公物法律关系中主要体现其公营造物属性时，博物馆是作为公物法律关系客体存在的，而当其在公物法律关系中主要体现其法人属性时，博物馆法人是作为公物法律关系主体存在的。第三，博物馆公物法律关系的主体具有广泛性，主要包括公物提供者、公物所有者、公物利用者、公物管理者、公物监督者等。博物馆公物法律关系存在多种类型。其中，根据法律关系所依据法律规范的部门法类别，可以分为民事法律关系、行政法律关系、刑事法律关系和诉讼法律关系；根据法律关系所指向的对象不同，可以分为以博物馆为表现形式的公营造物法律关系和以藏品为表现形式的公物法律关系；根据法律

行为目的不同，可以分为博物馆命名法律关系、管理法律关系、利用法律关系和相关权利救济法律关系。

第六章，博物馆馆藏文物的物权结构。鉴于馆藏文物的公物属性，对其进行物权问题研究时仅从民法角度入手显然不够，仍然需要兼从公物法理论和相关学说中寻找答案。事实上，无论是大陆法系的行政所有权理论还是英美法系的公共信托理论，都承认在公物的私法意义上的所有权之外，还存在着对物进行排他性支配的权利，无论这种权利是“公共地役权”还是“公法所有权”，抑或其他名称，都属于公权范畴，并且在其存在期间，对私法所有权有强烈的排挤作用，致使私法所有权成为名义上的所有权或者“剩余财产权”，从而体现出公物物权的二元性特征。博物馆馆藏文物作为一种兼具文化资源属性和财产属性的特殊公物，是行政主体为了发挥文物的公共文化资源功能，依法将其命名为公物，以满足公共利用的需要。权利主体对馆藏文物的支配权实际上包含了两个层面的内涵，即“对所有权的支配”和“对物的支配”，从某种意义上说，前者属于应然范畴，后者属于实然范畴。博物馆馆藏文物物权的法理核心是行政主体对公物的支配以及公众对公物的利用，馆藏文物的归属关系仅仅是公物支配和利用关系存在的事实状况，不论馆藏文物民法意义上的归属关系如何，均不会影响公物的行政支配和公共利用，仅在法理上存在自有公物物权和他有公物物权的外观差别。

第七章，博物馆馆藏文物所有权。博物馆馆藏文物物权兼具私法物权和公法物权的二元物权结构是通过具体的物权形态表现出来的。其中，私法物权形态表现为私物所有权，即馆藏文物所有权，公法物权形态表现为公物管理权和利用权。本章

专门针对博物馆馆藏文物所有权问题进行分析,指出在公物法视野下,馆藏文物所有权表现出公物所有权的基本特征。受此影响,我国国有博物馆和非国有博物馆的馆藏文物所有权在权利主体、取得方式、权利限制等方面有着不同的外在表现形态,并且无论是国有博物馆还是非国有博物馆,其馆藏文物所有权都与民间收藏文物所有权存在明显不同,从而在馆藏文物的占有、使用、收益、处置权能上表现出明显的弱化现象。

总之,在法治视野下,博物馆是由作为公物的藏品和作为智力资源的人依法结合而成的公营造物,其法律地位兼具“物”与“人”的双重属性。作为“物”,它是行政主体提供给社会公众使用,以实现其公共服务职能的“公共设施”;作为“人”,它依法具有相应的法律人格,并且在法律人格的取得、权利义务范围、取消及终止等方面都有其独特的法律规制。动态上看,博物馆的这种双重法律地位直接影响着博物馆公物法律关系,或者说是通过具体的博物馆公物法律关系表现出来的。当博物馆体现出物的属性时,是作为公物法律关系客体存在的,而当其体现出法人属性时,则是作为公物法律关系主体存在的,从而使得博物馆公物法律关系具有了混合性特征,并且贯穿于博物馆公物命名关系、博物馆公物管理关系以及博物馆公物利用关系的始终。与此同时,作为构成公营造物之物质要素的博物馆藏品同样属于狭义公物范畴,其中,在馆藏文物的物权结构上体现出兼具私法物权和公法物权的二元性特征,并且与民间收藏文物所有权相比,在所有权权能上表现出非常明显的弱化现象。

Abstract

As cultural platform for social service, museums are not only vivid reflection of the administrative idea of state service applied in the regime of public culture, but also a significant approach for citizens to realize their cultural heritage rights. The research from the perspective of rule of law, on the fundamental theories of museums, such as their legal nature, legal status and right—obligation characteristics, will help to clarify the relationship among the interested parties such as museums, their founders and the public, in order to safeguard the legal interests of the involved parties; it will benefit the formulation and enforcement of relevant state regulations for it can offer necessary theoretical supports and in addition promote and secure the social responsibility of museums to preserve the historical cultural heritage, hand down excellent ethnic cultural heritage and protect the state cultural safety. In practice, the continuous economic and social development, in association with abundant cases of muse-

ums' establishment, operation, management, utilization and termination lead to new challenges for the musicology and legal theories, especially concerning the social impact and complexity of a great number of hardship cases. To be more specific, in the judicial practice, how to define the immanent legal nature of museums, accurately recognize the legal status of museums in the active legal relations and reasonably regulate the rights and obligations of museums have amounted to issues urgent to be faced with and deserving serious consideration.

Adhering to the idea of service—oriented and welfare—oriented administration, it is of great significance in theory expansion and practice guidance, as for broadening the train of thoughts, combining the public and private interests and enabling the legislation feasibility, to make an in—depth probe under the perspective of the public property law jurisprudence into the public interest natured entities intimately connected with the public demand such as schools, hospitals, museums, houses of charity, highways, streets, parks, etc.. The study on the museum law, to be specific, if utilizing public property law theories to examine and analyze the fundamental issues concerning the museum itself and its collections, is advantageous to the exploration from the perspective civil law and administrative law in the following aspects: firstly, it is closer to reality, resulting a more extensive research horizon; secondly, it is conduction to explore the common nature of all types of museums under a uni-