

# 文物保护法研究专辑

## I


---

《文物保护法研究专辑》编辑组 编

文物出版社

# 文物保护法研究专辑 I

《文物保护法研究专辑》编辑组 编

 文物出版社

责任印制：张道奇

责任编辑：许海意

封面设计：程星涛

#### 图书在版编目 (CIP) 数据

文物保护法研究专辑. 1 / 《文物保护法研究专辑》

编辑组编. —北京：文物出版社，2013. 12

ISBN 978 - 7 - 5010 - 3893 - 0

I. ①文… II. ①文… III. ①文物保护 - 法律 -  
中国 - 文集 IV. ①D922. 164 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 261213 号

## 文物保护法研究专辑 I

《文物保护法研究专辑》编辑组 编

\*

文物出版社出版发行

(北京市东城区东直门内北小街 2 号楼)

http: //www. wenwu. com

E-mail: web@wenwu. com

北京京都六环印刷厂印刷

新华书店经销

787 × 1092 1/16 印张: 16. 25

2013 年 12 月第 1 版 2013 年 12 月第 1 次印刷

ISBN 978 - 7 - 5010 - 3893 - 0 定价: 60. 00 元

# 目 录

论文化遗产权 .....	王云霞 1
文化遗产权利的公益透视 .....	邢鸿飞 杨 婧 12
文化遗产国际法保护的历史回顾与展望 .....	郭玉军 唐海清 20
武装冲突中文化遗产保护思想及 制度的起源和发展 .....	黄树卿 43
“埃尔金大理石”事件 ——作为重要文化财产的艺术品的归属问题 .....	丁 宁 54
文化财产返还国际争议的理论之争 .....	高 升 73
文物返还问题的法律思考 .....	李玉雪 83
我国追索非法流转境外文化财产 的国际法律问题研究 .....	龚柏华 阮振宇 107
追索海外流失文物的法律问题探究 ——以比较法与国际私法为视角 .....	霍政欣 118
《文物保护法》价值与修改和修订 ——纪念《文物保护法》公布三十周年修订公布十周年 .....	李晓东 142
国际水下文化遗产若干法律问题研究 .....	郭玉军 徐锦堂 148
联合国教科文组织 2001 年《保护水 下文化遗产公约》评析 .....	傅崑成 168
试论中国水下文化遗产的法制建设与国际合作 .....	刘丽娜 王 晶 郭 萍 185
论文化遗产保护中社会组织的作用 .....	胡姍辰 193
论我国文化遗产公益诉讼制度 .....	崔 璨 211
中国公众参与文化遗产保护的实践： 以广州市恩宁路改造为例 .....	张舜奎 221
论知识产权框架下的非物质文化遗产及其保护 .....	齐爱民 237
非物质文化遗产保护公众参与的法律制度构建 .....	马洪雨 247

# 论文化遗产权

王云霞\*

[摘要] 文化遗产权是个人、团体及国家等权利主体对文化遗产的享用、传承及发展的权利。鉴于物质文化遗产与非物质文化遗产具有相互依存关系，文化遗产权不宜机械地划分为物质文化遗产权和非物质文化遗产权。由于文化遗产的特殊价值和属性及其与公共利益的密切关系，文化遗产权的行使也受到公共利益的极大限制。这种权利在很大程度上是一种需要以公法加以规范与保护的公权。

[关键词] 文化遗产 文化遗产权 权利 公权

法律的真谛在于明晰主体之间的权利义务关系，从而维护社会公平与正义。国家或国际社会之所以要以法律保护文化遗产，不仅仅因为文化遗产是一种珍贵的文化资源，更因为不同的主体对这种珍贵资源享有不同的权利，从而也承担着不同的义务。因此，在文化遗产法制建设过程中，文化遗产权的性质界定是一个无法回避的关键问题，它关系到文化遗产保护中各利害方权益的平衡，关系到文化遗产立法的基本价值取向，也关系到国家采用何种法律手段保护文化遗产。本文拟从文化遗产权的概念界定入手，厘清各种权利主体对文化遗产享有的权利范围，并对文化遗产权的属性进行阐释和分析。

## 一、何谓文化遗产权？

讨论文化遗产权离不开文化遗产的概念。文化遗产一词本身很难在法律上清晰界定，学界对该概念的解读也五花八门。本文的核心为文化遗产权，不打算就文化遗产概念着墨过多。<sup>[1]</sup>根据2005年国务院《关于加强文化遗产保护的通知》，文化遗产指的是具有历史、艺术和科学价值的文物，以及人民群众世代相传的、反映其特殊生活方式的口头传统、表演艺术、民俗节庆、传统知识和实践等传统文化形式。由于文化遗产包括物质文化遗产与非物质文化遗产两个部分，这两个部分在形式和特性上有较大的差异，有学者认为，

\* 王云霞，中国人民大学法学院教授，博士生导师，文化遗产法研究所副所长。原载《中国人民大学学报》2011年第7期。

文化财产权也应包括两种类型：一是物质形态的权利；二是精神形态的权利。物质形态的文化财产权利主要是对以物质形态存在的文化遗产所享有的占有、使用、处分的权益；精神形态的文化财产权利主要是对以思想、观念、理论、风俗、习惯等精神形态存在的文化遗产所享有的权利，包括思想自由和表达自由权，以及知识产权。<sup>[2]</sup>

这种两分法不免过于简单和机械。首先，将权利划分为物质形态与精神形态很难令人信服。权利是一个多层次的概念，在道德、法律、习惯等不同层面有不同的内涵，法律上的权利“指法律对法律关系主体能够做出或者不做出一定行为，以及要求他人相应做出或不做出一定行为的许可与保障”。<sup>[3]</sup>这种许可与保障使得权利人有资格自由实现自己的权益，并阻止他人侵犯自己的权益。因此，权利本身是一种法律上的资格，无所谓“物质形态”或“精神形态”。如果说对物质文化遗产所享有的权利就是物质形态的文化财产权利，而对非物质文化遗产所享有的权利就是精神形态的文化财产权利，那就是将权利客体的形态等同于权利的形态，明显地偷换了概念。其次，无论是物质形态的文化遗产还是非物质形态的文化遗产，都是特定人群对自己独特生活方式的一种表达。<sup>[4]</sup>对物质形态的文化遗产可以享有占有、使用、处分的权益，同时也存在权利主体的思想自由和表达自由权利；而对于非物质文化遗产，权利主体除了享有充分的思想表达自由权利外，也可对其思想或

精神的产物享有占有、使用和处分的权益。最后，物质文化遗产与非物质文化遗产本身就很难截然分开。物质文化遗产虽然表现为具体的物体，但任何物质形态都是一定精神、思想、技艺、知识的反映和固化；而非物质文化遗产虽然通常以精神、思想、技艺、知识等抽象形态存在，但任何抽象形态都会通过一定的物质载体表现出来。它们在表现形式上虽有所不同，但在价值和功能上是一致的，互为表里，相互依存。因此，对两种形态的文化遗产所享有的权利理应也是相互包容、不可割裂的。

笔者认为，文化财产权是特定主体对其文化遗产的享用、传承与发展的权利。享用是主体对文化遗产的接触（access to cultural heritage）、欣赏、占有、使用以及有限的处分权利，传承是主体对文化遗产的学习、研究、传播的权利，发展则是主体对文化遗产的演绎、创新、改造等权利。

## 二、谁是文化财产权的主体？

如果把这个问题替换为“谁是文化遗产的主人”，恐怕很多人都会认同“是文化遗产的创造者”。的确，谁创造了文化遗产，谁就是该文化遗产的主人。文化遗产是一个民族或群体历史发展的见证，是创造它的民族或群体世代相传的精神纽带，对于该民族或群体而言具有文化认同的独特价值。因此，现有的所有国际公约都肯定了对文化遗产创造者权利的尊重。

然而，要在法律上明确文化遗产权的主体却是一个复杂的问题，这不仅因为文化遗产的创造者本身很难确定，也因为除了创造者之外，还可能存在许多其他合法主体。而“文化遗产的主人”这个命题一方面暗含了“文化遗产所有人”的法律资格，另一方面也明显带有道义上的归属感。

法律上的权利主体，就是依法能够享有权利也承担相应义务的主体。文化遗产权的主体，就是依法能够对文化遗产享有权利并承担义务的主体。这些权利既包括所有权，也包括其他各种形式的人身权、财产权，还包括政治、社会和文化权利。在现有的法律框架下，文化遗产权的主体包括以下几类：

### （一）个人

几乎所有的文化遗产及文化多样性领域的国际公约和法律文件，都承认了个人对其国家、民族、团体及其个人所有的文化遗产的权利。1948年《世界人权宣言》第27条和1966年《经济、社会、文化权利国际公约》第15条都确认：人人有权自由参加社会的文化生活；享受艺术并分享科学进步及其应用所产生的利益；对其本人的任何科学、文学或艺术作品所产生的精神上和物质上的利益，有被保护的权利。这里的“文化生活”当然不只是现代文化生活，也应包括传统文化生活及其表现形式，即文化遗产；“科学、文学或艺术作品”也绝不仅仅是现代作品，更包括世代传承下来的文化遗产。正如联合国特别报告员卡波托蒂（Francesco Cap-

torti）所指出的，“‘文化’必须被广义地解释为包括习俗、道德、传统、仪式、建筑形式、饮食习惯，以及艺术品、音乐、文化组织、文学和教育。”<sup>[5]</sup>2005年欧洲委员会《文化遗产社会价值框架公约》序言也宣称：“作为《世界人权宣言》和《经济、社会、文化权利国际公约》所保护的文化生活权利的一个方面，在尊重他人权利和自由的情况下，人人都有权利与他们所选择的文化遗产密切结合在一起。”其第4条规定：“人人，包括个体和群体意义上的人，都有从文化遗产中获益的权利和为丰富文化遗产做贡献的权利。”<sup>[6]</sup>

每个人不仅对其创作或传承的文化遗产有享用、传承和发展的权利，对其所属社区、民族或国家的文化遗产享有接触、欣赏、利用、传承与发展的权利，对其他国家、民族的人民创造的文化遗产也享有一定的接触、欣赏和利用的权利。这已经成为国际社会的共识，也是众多保护文化遗产和文化权利国际法律框架的基础。《世界文化多样性宣言》第7条指出：“每项创作都来源于有关的文化传统，但也在同其他文化传统的交流中得到充分的发展。因此，各种形式的文化遗产都应当作为人类的经历和期望的见证得到保护、开发利用和代代相传，以支持各种创作和建立各种文化之间的真正对话。”不同文化传统之下的人们需要通过接触其他民族创造的文化遗产，了解其民族特性和社会状况，从而达到彼此尊重、理解和宽容，并从不同民族的文化遗产中得到灵感，促

进入类文明的可持续发展,国际社会才会以法律手段要求各国保护其文化遗产,尊重其他国家和民族的文化遗产,甚至将各民族的重要文化遗产作为“人类共同遗产”加以保护。有学者认为,人类共同遗产的权利主体是全体人类,而非个人。<sup>[7]</sup>这实际上是将权利主体等同于所有权主体了。人类共同遗产当然不是任何个人的私有财产,不能完全由所有权人来支配和处置,而必须为了全人类(包括当代和后世)的共同利益加以妥善保存、维护和传承。既然人类共同遗产是全人类都共同享有的遗产,那么,作为人类的一分子,每个人都应该对这些共同遗产享有权利,只不过由于它们的所有权属性不同,每个人对其享有的权利范围亦不同。

从国内法律层面看,个人也是文化遗产权的重要主体。我国《宪法》第47条规定:“公民有进行科学研究、文学艺术创作和其他文化活动的自由。”这里虽未明确规定文化遗产权利,但文化遗产是进行科学研究、文学艺术创作的源泉和动力,任何科学研究和文学创作都离不开文化遗产。“其他文化活动的自由”的内涵虽未明确界定,但根据《宪法》第22条“国家发展为为人民服务、为社会主义服务的文学艺术事业、新闻广播电视事业、出版发行事业、图书馆博物馆文化馆和其他文化事业,开展群众性的文化活动。国家保护名胜古迹、珍贵文物和其他重要历史文化遗产”的规定,应该包括公民通过参观、游览、展示、表演等文化活动接触、欣赏、利用和传播文化遗产的自由和

权利。根据宪法的精神,其他相关法律法规也对个人的文化遗产权进行了具体规定。《文物保护法》第5章确认,公民通过合法继承、购买、转让等方式获得的文物受法律保护,可以依法流通。《文物认定管理暂行办法》则在程序上保障了公民参与认定文物的极大权利。非物质文化遗产方面的相关立法虽然很不完善,对相关权利主体的规定也不够清晰和完整,但已有的多部行政法规和地方法规都确认了各级传承人的权利和义务。如《国家级非物质文化遗产项目代表性传承人认定与管理暂行办法》规定:传承人有权开展非物质文化遗产的传艺、培训、展示、宣传等工作,有权接受国家就其传承活动进行的资助;传承人应承担提供相关技艺要领、制定传承计划、传授技艺、培养人才、参与展示交流活动等义务。

## (二) 团体

由于文化遗产的传承与保护通常以团体的方式进行,因此团体必然成为文化遗产权的主要主体。但团体是个模糊概念,各种团体使命不同,范围不同,法律资格和地位也不同。在现有法律框架下,文化遗产权的团体主体主要包括以下几种:

### 1. 法人团体

即依法设立的各种文化遗产保护法人团体。在我国现有法律框架下,这些团体主要包括:各种文物收藏机构和非物质文化遗产的展示传习机构,如博物馆、档案馆、图书馆、传习所、群艺馆等;各种文化遗产管理机构,如各级文物保护单位的管理机构、各类文化生态保护区的管理机



构等；各种文化遗产研究机构，如考古研究机构、文物修缮和保护研究机构、非物质文化遗产研究机构等。由于我国大量的文物保护单位和收藏品都属国有，而且相关研究机构也多由国家设立，因此，这些文化遗产权的主体也大都属于国家事业单位，是代表国家管理和保护文化遗产的专门机构，在享有对文化遗产的占有、使用、管理、研究等权利的同时，也承担着保存、维护、修缮、整理、建档、展示等义务。此外，随着社会各界对文化遗产保护事业的关注，各种公益性的文化遗产保护非政府组织也逐渐增多，它们在启发公民参与文化遗产保护、提高公民文化遗产保护意识、传播文化遗产保护知识、调查和监督文化遗产保护状况、维护公众文化遗产权益等方面发挥了重要作用。

## 2. 社区或群体

“社区”（community）或“群体”（group）并非我国现行法律框架下的独立主体，但相关国际公约及法律文件已将“社区”或“群体”作为文化遗产权的重要主体。2003年联合国教科文组织《保护非物质文化遗产公约》第1条第2款规定：“尊重有关社区、群体和个人的非物质文化遗产。”第2条第1款规定：“在本公约中，‘非物质文化遗产’，指被各社区、群体，有时是个人，视为其文化遗产组成部分的各种社会实践、观念表述、表现形式、知识、技能以及相关的工具、实物、手工艺品和文化场所。”1999年国际古迹遗址理事会《国际文化旅游宪章（重要文化古迹遗址旅游管理原则和指

南）》确立的第四项原则要求：“东道主社区和原住民应该参与到古迹保护和旅游的规划中。东道主社区在区域和地方层面的权益、财产所有者和相关原住民对其土地及其重要古迹的传统权利和责任应该得到尊重。他们应该参与到涉及对其遗产资源、文化活动和当代文化表达的认识、保存、管理、展示和解读的目标、战略、政策和制度的制定中。”<sup>[8]</sup>《保护非物质文化遗产公约》并未对“社区”进行界定，而《国际文化旅游宪章》对“东道主社区”的解释是：“东道主社区是一个集合概念，包括所有居住在被定义的地理范围中的人们，其范围包括一个大陆、一个国家、一个区域、一个城镇、一个村落或者一处历史古迹。东道主社区所有成员都有责任管理该地点，这种责任已经成为或继续构成其文化认同、生活方式和多样性的基础。”<sup>[9]</sup>按照德国社会学家滕尼斯的观点，“社区”是指那些有着相同价值取向、人口同质性较强的人类共同体。<sup>[10]</sup>可见，社会学和人类学意义上的“社区”完全不同于我国目前城市社区建设中那个类似于居民委员会辖区的“社区”概念，从地理上看它是不确定的，关键是能否使该范围内的人们具有文化认同感。比如，一个处于异国的犹太人社区、华人社区，就具有强烈的文化认同感。对于那些地域较小、民族成分单一的国家而言，国家本身可能就是一个社区，而对于中国这样幅员辽阔、民族多元的国家而言，社区则是具有相同文化传统和生活方式的一定地域的人类共同体。“群体”是一个更加缺乏

准确内涵和外延的概念，既“可以是一个文化圈，也可以是一个民族，还可以是一个家族、一个社会团体”。<sup>[11]</sup>其实，“社区”和“群体”并非是完全并列的概念，社区在很大程度上就是一个群体。《保护非物质文化遗产公约》将它们列举到一起只是表明在不同国家、不同地区非物质文化遗产的主体构成方式有很大的差异性。

相对说来，在我国现行法律框架下，“民族”是一个与“群体”外延最接近的概念。《宪法》第4条规定：“各民族都有使用和发展自己的语言文字的自由，都有保持或者改革自己的风俗习惯的自由。”这里的语言、文字、风俗、习惯等都是文化遗产的重要组成部分，各民族，尤其是少数民族，既有使用、保持它们的自由，也有发展或改革它们的自由，这是民族自决权和文化权的基本要求。《民族区域自治法》重申了《宪法》的规定，并进一步加以具体化。该法第38条规定：“民族自治地方的自治机关自主地发展具有民族形式和民族特点的文学、艺术、新闻、出版、广播、电影、电视等民族文化事业，加大对文化事业的投入，加强文化设施建设，加快各项文化事业的发展。民族自治地方的自治机关组织、支持有关单位和部门收集、整理、翻译和出版民族历史文化书籍，保护民族的名胜古迹、珍贵文物和其他重要历史文化遗产，继承和发展优秀的民族传统文化。”项规定确认了几种权利主体：“民族自治地方的自治机关”作为国家的地方政府，代表国家

保护和发展民族文化遗产；“有关单位和部门”有收集、整理、翻译和出版民族历史文化书籍，保护民族名胜古迹、珍贵文物和其他重要历史文化遗产，继承和发展优秀的民族传统文化的权利和责任；而“民族”则是其创造的文化遗产的所有者和传承者，有享用、传承和发展民族文化遗产的权利。

### （三）国家

国家作为国际法的主体，无疑也是各国文化遗产保护的重要权利主体。几乎所有文化遗产保护和文化权利公约及国际法律文件，都认可国家对其领土内的文化遗产所享有的保护、管理、开发等权利，同时也承认国家对其领土内特定文化遗产的所有权，并且要求缔约国尊重其他缔约国管理和保护文化遗产的权利，接受其他缔约国找回其被非法流转的文化遗产的诉求，即便在武装冲突情况下，也要保护和尊重被占领土上属于被占领国家的文化遗产。这是国家主权的应有之义。2001年联合国教科文组织《保护水下文化遗产公约》第7条第1款承认：“缔约国在行使其主权时，拥有管理和批准开发其内水、群岛水域和领海中的水下文化遗产的活动的专属权利。”当然，相关国际公约和法律文件也要求国家在行使文化遗产权利的同时承担相应的责任和义务，即制定文化遗产保护政策和法律，为了全人类的共同利益保护好其领土内的文化遗产，禁止和防止文化遗产被自然和人为破坏及过度开发。

我国《文物保护法》第5条明确列

举了国家文物所有权客体的特定范围，规定：“中华人民共和国境内地下、内水和领海中遗存的一切文物，属于国家所有。古文化遗址、古墓葬、石窟寺属于国家所有。国家指定保护的纪念建筑物、古建筑、石刻、壁画、近代现代代表性建筑等不可移动文物，除国家另有规定的以外，属于国家所有。”该法还规定，中国境内出土的文物，国有文物收藏单位以及其他国家机关、部队和国有企业、事业组织等收藏、保管的文物，国家征集、购买的文物，公民、法人和其他组织捐赠给国家的文物，均属国家所有。值得注意的是，文物的国家所有权并不意味着国家可以对文物行使无限制的权利，更并不意味着国家在文物保护方面的特权。事实上，国家对文物的占有、使用、保护、管理、开发甚至处分等权利，在某种意义上说也是国家对文化遗产保护应尽的责任和义务。

至于国家能否作为非物质文化遗产的权利主体，学界还有争论。《保护非物质文化遗产公约》只提到“尊重有关社区、群体和个人的非物质文化遗产”，未提及“国家的非物质文化遗产”，有学者认为，这意味着公约未认可国家是非物质文化遗产的权利主体，而且国家也不是非物质文化遗产的创造者，不能成为非物质文化遗产的所有者。<sup>[12]</sup>诚然，国家作为一个抽象的集合概念，不可能亲手创造任何财富，但是，只有创造者才能享有所有权的说法本身就站不住脚。创造只是所有权原始取得的一种方式，国家完全可以通过征收、先占、受赠、购买及法律直接规定等各种

方式而成为文化遗产的所有者。而且有些非物质文化遗产经过不断传播发展以后，其创造者甚至传承者的范围都很难确定，明确国家作为非物质文化遗产的所有者是合理和必要的。比如《保护文学艺术作品伯尔尼公约》第15条第4款(a)就规定：“对作者的身份不明但有充分理由假定该作者是本联盟某一成员国国民的未发表作品，该国法律有权指定主管当局代表该作者并据此维护和行使作者在本联盟各成员国内的权利。”<sup>[13]</sup>也就是说，国家主管当局可以就作者不明的本国国民作品享有著作权。更何况，前文已经提及，权利主体并不等同于所有权主体，即便国家不直接对非物质文化遗产行使所有权，也有权对领土内的非物质文化遗产实行管理和保护，并在尊重所有者意愿和可持续发展的前提下，出于维护社会公共利益的需要对非物质文化遗产进行合理开发和利用。

### 三、公权还是私权？

文化遗产权是公权还是私权？还是混合型权利？或者是特别权利？这个问题关系到文化遗产法律保护模式的选择和文化遗产法律框架的建构。笔者认为，文化遗产权作为一个整体而言，主要是一种公权，但在有限的意义上又具有私权的某些属性。

在此，我们首先要确定公权与私权的划分依据，因为这组概念具有多重含义。很多人提及“公权”时往往把它等同于

国家“公权力”，而将“私权”等同于私人享有的权利。<sup>[14]</sup>本文倾向于按照罗马法的传统，以权利所维护的基本利益为依据进行界定：公权是为保护公共利益而设定并由公法来保障的权利，而私权则是为保护私人利益而设定并由私法来保障的权利。也就是说，公权与私权的划分不在于主体是公还是私，国家可以在私法关系中享有私权，而私人同样可以在公法关系中享有公权。正如有的日本学者所言：“私权，主要是为保护作为权利主体的私人的利益（多半是经济性利益）而予以确认的，其发生、变更和消灭，根据私人自治的原则，一般委任给私人的自由意思。而私人公权，不仅是为保护权利主体自身的个人性利益而赋予的，而且是为了实现公共利益，或者说主要是为了实现公共利益而确认的。因此，关于私人公权，一般认为，有必要予以不同于私法的特殊保护。”<sup>[15]</sup>当然，这里所谓的“公共利益”也是一个含义不清、争议很大的概念，笔者赞同这一观点：“公共利益”可以界定为符合社会全体或大多数成员需要，体现他们的共同意志并能让他们共同受益的那类利益。<sup>[16]</sup>

在满足这些概念的特定内涵的基础上，我们可以从以下几个方面来理解文化遗产权的基本属性：

首先，文化遗产是极易灭失、不可再生的稀缺资源。文化遗产权的性质，首先是由这种权利的客体，也就是文化遗产本身的特性决定的。文化遗产是一个国家和民族世代传承下来的珍贵文化资源，具有

易灭失性和不可再生性。能够得到社会成员的认同并被国家指定为文化遗产的传统文化载体，一般都是在社会成员的精心呵护下，经过几代人的传承才得以流传下来的精品，由于自然和生活环境的改变，在工业化、城市化和全球化的背景下，已经非常脆弱，极易遭到自然或人为破坏。如果不以公共利益为目的来设定并行使文化遗产权，就可能使文化遗产由于所有者个人或团体的疏于管理与呵护而遭到毁坏，或出于其私利而被故意破坏或随意处分。同时，文化遗产又是一种稀缺性文化资源，很多文化遗产本身就具有相当高的经济价值，如果不以公共利益为目的来设定文化遗产权，平衡各主体对文化遗产的权益，文化遗产就可能成为某些特权者的私有财产或政府部门的部门利益而被滥用。

其次，文化遗产权的行使应当出于公共利益的需要而受到限制。虽然文化遗产的所有权属于不同的主体，但在一定程度上却具有社会共享的特点。一定社会成员不仅可以对自己所有的文化遗产行使享用、传承、发展的权利，也可以对他人或国家、集体所有的文化遗产享有接触、欣赏以及在某种程度上的利用、传承与发展的权利，甚至对其他国家、民族的文化遗产也享有一定的接触、欣赏与利用的权利。因此，文化遗产不能为任何个人或团体所垄断，甚至也不能为国家所垄断。2001年，塔利班政权为了推行其极端宗教政策，不顾国际社会的强烈反对，炸毁了建于公元3~5世纪的两尊巨型巴米扬大佛。塔利班政权的野蛮行径遭到了国际

社会的强烈谴责，联合国教科文组织总干事松浦晃一郎发表声明说：“这是塔利班所犯下的摧毁文化的罪行。这些佛像不仅是阿富汗人民的文化遗产，也是全人类的文化遗产。”<sup>[17]</sup>为了避免这种破坏文化遗产暴行再次发生，2003年，联合国教科文组织通过了措辞严厉的《关于蓄意破坏文化遗产问题的宣言》，明确指出：“蓄意破坏对人类具有重要意义的文化遗产，或故意不采取适当措施禁止、防止、制止和惩罚一切蓄意破坏行为的国家，不论该遗产是否列入教科文组织或其他国际组织的保护名录，均应在国际法规定的范围内对该破坏行为承担责任。”

与此同时，各国法律或多或少也对文物所有权的行使有所限制。多数国家都对本国文物采取严格的出口限制措施，在文物的修缮、保存、展示及开发、利用等方面亦有严格的规范，而且这些规范大多是在相关国际公约和法律文件的基础上结合各国实践进行细化的结果。我国《文物保护法》第17~19条要求对文物保护单位划定保护范围和建设控制地带，并对其保护范围及建设控制地带内的工程建设活动进行严格控制。该法第21条规定了国有及非国有不可移动文物的修缮、维护责任，并规定修缮及维护必须遵守不改变文物原状的原则。这些规定最大限度地保障了文物的完整性和原真性。然而，在现代化、城市化进程中，我国许多地方出于狭隘的地方利益和对经济利益的非理性追求，不顾社会成员的公共利益及可持续发展的需要，对处于当地的文化遗产或以危

旧房改造为名肆意拆毁破坏，或随意转让管理权和经营权，进行掠夺性的商业开发，严重侵犯了全社会的共同利益，也侵犯了子孙后代。因此，对文化遗产进行享用和传承的权益。

再次，文化遗产的保护主体具有多元性，对文化遗产的保护责任并不平等。任何权利都伴随着一定的义务和责任，文化遗产权的主体在享受权利的同时，也承担着相应的保护、传承与发展的义务。由于文化遗产权的主体具有多元性，加之这种权利并非只能针对自己创造或所有的文化遗产来行使，因此，对文化遗产具有保护义务和责任的主体自然也具有多元性。我国《文物保护法》第7条规定：“一切机关、组织和个人都有依法保护文物的义务。”个人是文化遗产权的重要主体，也是文化遗产保护的义务主体，每个人都有依法保护文化遗产的义务，不仅要依照法律规定的方式和要求保护好自己所有和传承的文化遗产，还要尊重和保护他人的文化遗产，不得侵犯或破坏他人的文化遗产。国家是文化遗产保护的主要主体，对外是文化遗产保护的主体，对内则是文化遗产保护的组织和管理者。国家必须为了中华民族的整体利益而制定文化遗产保护政策和法律，建立相关的文化遗产保护专门机构并培养专业人员，使文化遗产得到妥善的保存和养护，将对文化遗产的利用和开发限制在合理和必要的范围内，使文化遗产的深厚价值和文化内涵得到弘扬和传承。国家也要采取有效措施保证人人有机会方便和公平地接触、欣赏、

利用和传承中华民族的文化遗产，并保护这种权利不受任何个人、组织包括国家的侵犯。由于国家只是一个抽象集合体，因此，国家的责任主要由其机关或管理机构来承担。另外，随着全社会文化遗产保护意识的逐渐提高，越来越多的社会组织和个人参与到文化遗产保护的公益活动中来，成为文化遗产保护的促进力量和重要主体。当然，这些主体对于文化遗产保护的义务和责任并非完全平等。国家及其公共管理机构是积极的义务主体，负有积极主动采取一切措施保护文化遗产的责任，个人和其他社会组织所承担的义务主要是消极义务，是依法尊重他人文化遗产权和不破坏文化遗产的义务。

最后，文化遗产权主要由公法加以保护。文化遗产不同于普通财产，是对一个国家、民族而言具有特别重要意义的珍贵文化资源，而且在现代化背景下特别容易遭到破坏和灭失。国家应从管理和保护遗产的职权出发，对文化遗产资源的保护、利用、分配以及文化遗产权利与义务的平衡进行规定，采用专门立法的方式对文化遗产进行严格系统的保护。虽然文化遗产权涉及个人或群体的部分人身权利和财产权利，但如果以私法保护则意味着权利主体的地位平等，权利的行使以当事人意思自治为原则，而在文化遗产的享用、传承和发展过程中，权利主体之间权益和责任大小各有不同，地位也很难真正平等，既不可能完全由当事人自由行使和处分自己的权利，也不可能任意转移自己应尽的义务和责任。当然，私人（包括个人和群

体）权利主体之间对文化遗产所享有的继承、使用、收益、转让以及善意取得等关系，也可以在不影响公众对文化遗产的接触、享用权益的前提下通过私法加以确认和保护。

总之，文化遗产权是个人、团体和国家等主体对文化遗产的享用、传承和发展等权利，不同主体在行使权利的同时，也对文化遗产的保护承担着相应的义务和责任。由于文化遗产的特殊价值和属性，其传承与保护涉及社会成员的公共利益，文化遗产权的行使也受到公共利益的极大限制，这种权利在很大程度上是一种需要以公法加以规范与保护的公权，只在有限的意义上具有私权的某些属性。

## 注 释

- [1] 关于文化遗产概念的详细解读，参见拙作《文化遗产的概念与分类探析》，载《理论月刊》，2010（10）。
- [2] See Mo Jihong, Legal Protection for Rights to Cultural Heritage, Social Science in China (《中国社会科学》英文版), Spring 2003; 邢鸿飞、杨婧：《文化遗产权利的公益透视》，载《河北法学》，2005年第4期。笔者通过网络进行了检索，主题涉及文化遗产权利的论文20余篇，多数论文仅关注非物质文化遗产权利，而明确提到文化遗产权利概念的只检索到上述两篇。
- [3] 《中国大百科全书·法学卷》，中国大百科全书出版社，1984年。
- [4] 1999年国际古迹遗址理事会《国际文化旅游宪章（重要文化古迹遗址旅游管理原则和指南）》对文化遗产的理解是：“文化遗

产是在一个社区内发展起来的对生活方式的一种表达,经过世代流传下来,它包括习俗、惯例、场所、物品、艺术表现和价值。”参见联合国教科文组织世界遗产中心、中国国家文物局等编:《国际文化遗产保护文件选编》,187页,北京,文物出版社,2007。本文所引国际文化遗产保护法律文件如无特别说明,均出自该选编。

[5] See A. F. Vrdoljak. “Minorities, Cultural Rights and Intangible Heritage” .

[http://www.esil-sedi.eu/fichiers/en/Vrdoljak0\\_0\\_036.pdf](http://www.esil-sedi.eu/fichiers/en/Vrdoljak0_0_036.pdf).

[6] Council of Europe Framework Convention on the Value of Cultural Heritage for Society (2005).

[http://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/12/12-01/value\\_cultural\\_heritage.xml](http://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/12/12-01/value_cultural_heritage.xml).

[7] 刘雪斌:《论人类共同遗产权及其国际保护》,《长春市委党校学报》,2010年第4期。

[8] [9] 官方中译本的相关译文不知所云,笔者在此根据国际古迹遗址理事会官网公布

的英文版重新译出。

[http://www.international.icomos.org/charters/tourism\\_e.htm](http://www.international.icomos.org/charters/tourism_e.htm).

[10] 转引自孙晨光、王冰纯:《社区的异化——全球化视野下的社区转变》,载《中国集体经济》,2010年第6期下。

[11] [12] 李墨丝:《谁的非物质文化遗产》,《求索》,2009年第4期。

[13] 参见 <http://vip.chinalawinfo.com/Newlaw2002/SLC/SLC.asp?Db=eag&Gid=100666745>.

[14] 上官丕亮:《论公法与公权力》,《上海大学学报(社会科学版)》,2007年第3期。

[15] 转引自杨建顺:《日本行政法通论》,北京,中国法制出版社,1998年。

[16] 周义程:《公共利益、公共事务和公共事业的概念界说》,《南京社会科学》,2007年第1期。

[17] 转引自顾卫临:《巴米扬佛像:人类共同的文化遗产》,《瞭望新闻周刊》,2001年第12期。

# 文化遗产权利的公益透视

邢鸿飞 杨 婧\*

**[摘要]** 对于公共利益的探讨成了时下学界关注的热点问题，但鲜有学者研究文化遗产权。试用热点问题的内容来讨论冷门话题，首先，对文化遗产及文化遗产权作了一大致介绍；其次，梳理了一下与文化遗产权有关的公共利益理论，并用现有的公益理论、从公共利益层面来解析文化遗产权，探讨其公权属性；最后，简单谈了一下公益冲突理论对于文化遗产权保护的启示。

**[关键词]** 公共利益 文化遗产 权利

现行宪法修正案第13条是“私产入宪”的标志，同样是这一条，关于“公共利益”的法律表述也引发了人们对公共利益内涵和外延的关注和研究。而文化遗产权作为一项新型权利，与公共利益有无关系以及有何关系，同样值得关注和研究。若能用现有的公共利益理论、从公共利益这个层面来解析文化遗产权利，将有助于我们从更深层次理解文化遗产权利的法律属性。

## 一、文化遗产及文化遗产权

文化遗产权利的客体是文化遗产，因此，谈文化遗产权利，首先要从文化遗产说起。文化遗产是一个在学术上颇有争议的概念。它的主要内容是指那些凝聚了特

定历史时期精神文明建设成果的物质设施以及与之相配套的制度形态和思想意识。文化遗产有有形的，也有无形的。其中，以物质形式表现出来的文化遗产是文化遗产的主要形式，如各种文物、历史遗迹、遗址。作为物质形态的文化遗产有时与一定社会的制度形式和意识形态紧密结合，如少数民族的风俗文化，既包括少数民族的建筑、居住的村落，也包括在该少数民族地区盛行的各种风俗、习惯和宗教信仰等<sup>[1]</sup>，后者是以非物质形式表现出来的文化遗产。甘肃的敦煌莫高窟作为文化遗产，它实质上是石窟、艺术和佛教思想综合而成的文化形态，缺少任何方面都会给敦煌莫高窟的文化价值带来遗憾和损失。所以，保护文化遗产，不仅要保护作为文化遗产的实物，还要保护与这些实物形态

\* 邢鸿飞（1963～），男，江苏高淳人，河海大学法律系教授；杨婧（1981～），女，江苏句容人，河海大学法律系2003级研究生。原载《河北法学》2005年第4期。



相配套的制度文化以及相应的意识形态。

与此相应，文化遗产权利也包括两种形态的权利，一是物质形态的权利，二是精神形态的权利。作为物质形态的文化权利主要是指对以物质形态存在的文化遗产的占有、使用、处分的权益，主要包括对文化遗产的占有权、使用权和经营权。作为精神形态的文化遗产权利，主要是指对以思想、观点、理论、风俗、习惯等精神形态存在的文化遗产所享有的权利。这种权利主要包括两类：一类是思想自由和表达自由权；另一类是知识产权。所谓思想自由和表达自由权是指每一个公民都可以依据法律所规定的方式来对具有文化遗产特征的思想、观点、理论进行思考、表达自己的意见和看法以及进行传播的权利。这种权利的特征是权利所有者可以自由地持有、表达和传播具有文化遗产特征思想和观点，是精神性文化遗产影响社会、传承文明的有效载体。知识产权是与物质形态文化遗产紧密相连的精神形态的文化权利。它通常包括著作权、商标权、专利权和商业秘密，是物质形态的文化遗产权利享有者对文化遗产所产生的精神价值的持有、使用和处分的权利。<sup>[2]</sup>文化遗产权利除了包括文化遗产的实物以及由实物延伸的精神性产品，还包括文化遗产的保护权和发展权这两种不同的权利。对任何民族来说，它们既有保护自己文化遗产的权利，也有发展自己文化遗产的权利。对待具体的文化遗产应根据各民族文化特点和现实国情作出具体的选择，保护措施和发展规划都应在尊重权利主体自主权和意愿

的前提下方可实施。在文化遗产的保护和发展问题上，既不能将传统文化看成是停止不前、一成不变的，以保存、保护的名义来阻碍民族或族群的传统文化的合理发展，尤其是“活态文化遗产”<sup>[3]</sup>；也不能为了所谓的“发展”大肆地破坏文化遗产，使文化遗产失去其本真意义。

由上述分类可见，文化遗产权利是一个多层次、多维度的概念，是一种特殊性质的权利。联合国《世界人权宣言》和《公民权利和政治权利国际公约》中提到，人权包括三类权利：一是基本人权和人身自由，如生命健康、人身安全、人格尊严方面的权利；二是政治权利，包括信仰自由等，三是经济文化权利，如所有权、劳动权、社会保障权，受教育的权利等。从大的方面看，文化遗产权利本质上属于文化权利，是文化权利之一种。公民的基本文化权利主要有文化参与权、文化消费权、文化创造权和文化成果保护权等。笔者认为，文化遗产权利不仅具有人权及文化权利的根本属性，还兼有所有权和知识产权的性质；不仅具有私权的属性，还兼具公权的属性。这里，笔者仅用公共利益的理论分析其公权属性。

## 二、文化遗产权的公益及公权属性

“公共利益”是政治学、法学、经济学、社会学和公共管理学都关注和使用的一个重要词汇，然而，如同大多数学者所言，各个学科都很难对公共利益在概念上达成一致或明确表述其内涵。例如，《公