

文化遗产法学

框架与使命

CULTURAL HERITAGE LAW
FRAMEWORK AND MISSION

○ 主 编 王云霞

中国环境出版社

014035801

D912.1
49

中国人民大学法学院重点标志性研究基金资助

文化遗产法学：框架与使命

王云霞 主编



中国环境出版社·北京



北航

C1723101

图书在版编目 (CIP) 数据

文化遗产法学: 框架与使命/王云霞主编. —北京: 中国环境出版社, 2013.10

ISBN 978-7-5111-1508-9

I. ①文… II. ①王… III. ①文化遗产—保护—法的理论—中国 IV. ①D922.161

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 142438 号

出版人 王新程
责任编辑 赵惠芬
责任校对 唐丽虹
封面设计 刘丹妮

出版发行 中国环境出版社
(100062 北京市东城区广渠门内大街 16 号)
网 址: <http://www.cesp.com.cn>
电子邮箱: bjgl@cesp.com.cn
联系电话: 010-67112765 (编辑管理部)
010-67112736 (监测监理图书出版中心)
发行热线: 010-67125803, 010-67113405 (传真)

印 刷 北京市联华印刷厂
经 销 各地新华书店
版 次 2013 年 10 月第 1 版
印 次 2013 年 10 月第 1 次印刷
开 本 787×960 1/16
印 张 35
字 数 492 千字
定 价 85.00 元

【版权所有。未经许可, 请勿翻印、转载, 违者必究。】

如有缺页、破损、倒装等印装质量问题, 请寄回本社更换

前言

自加入《保护世界文化和自然遗产公约》等一系列文化遗产保护国际公约以来，我国文化遗产保护事业得到了快速发展，《文物保护法》（修订）、《非物质文化遗产法》等一系列文化遗产法律法规相继出台，对文化遗产保护实践起到较好的规范和引导作用。随着我国城市化、工业化和全球化进程的不断深入，文化遗产保护实践也出现许多新问题，对相关法律法规的完善提出了更高的要求，需要法学界进行相应的理论与实践探索。一个新兴的法学分支学科——文化遗产法学应运而生。

文化遗产法学是研究文化遗产保护相关法律制度及其社会功能的一门学问。与既有的法学分支学科不同，它的综合性特别强，既涉及宪法、行政法、刑法、民法、知识产权法、环境资源法、国际法等部门法学，也涉及比较法、法理学等理论法学。近几十年来，国外文化遗产法学研究已经成果斐然，文化遗产法在很多著名大学的法学院已经成为一个独立的专业。然而在中国，虽然文化遗产保护已逐渐成为社会各界普遍关注的热点问题，但法学界迄今为止还很少有人从事这个领域的专门研究，成果之少与文化遗产保护的需求极不相称，而且研究视野往往都局限在国际法、行政法、知识产权法等领域，缺乏更开放的视野和系统性的研究。可以说文化遗产法学研究的薄弱和滞后已经严重影响和制约了文化遗产法律实践和文化遗产保护事业的发展。

为了加强文化遗产法的学科建设，中国人民大学法学院于 2010 年将“文化遗产法学”纳入 2010—2013 年“法学院重点标志性研究基金资助课题”，本书即为该研究课题的终期成果。课题组以中国人民大学法学院文化遗产法研究所的师资为核心，结合人大法学院其他相关专业有志于文化遗产法律问题研究的教学骨干以及国内其他院校的文化遗产法专家，组成了比较精干的作者团队，经过三年的努力，最终完成了《文化遗产法学：框架与使命》一书。承蒙中国环境出版社的大力支持，本书最终得以面世。在此向中国人民大学法学院与中国环境出版社的慷慨资助和大力支持表示感谢！

由于文化遗产法学属于新兴学科，其体例还很不成熟，本书没有采用一般法学著作常见的总论、分论结构，而是围绕文化遗产法领域若干个重要专题，按照先基础理论、后具体制度，先国内、后国际的思路进行编排。力图使各章之间在结构上既具有一定的系统性，又保持相对的独立性。本书不仅注重文化遗产法的重大基础理论问题，如文化遗产法的渊源和框架、文化遗产权的概念和性质、文化遗产法与其他相关学科的关系等，也不回避文化遗产保护实践中矛盾比较突出的一些实际问题，如文物和非物质文化遗产的所有权及其合理利用和限制、文物鉴定和拍卖的法律乱象、文物国际争议的解决等，力图理论与实践并重。本书不仅可供高等院校法学、文博学、民俗学等相关专业本科生、研究生学习文化遗产法之用，亦可供文化遗产保护从业人员及其他对文化遗产保护感兴趣的人员参考。

由于文化遗产法学研究刚刚起步，本书缺点谬误在所难免，敬请读者批评指正！

王云霞

2013 年 9 月 1 日

目 录

第一章 文化遗产概念的界定及其意义	1
一、文化遗产的概念	1
二、文化遗产的分类	11
三、文化遗产的特征	15
四、文化遗产的价值	21
第二章 文化遗产法的对象、特征和原则	25
一、文化遗产法的调整对象	25
二、文化遗产法的特征	26
三、文化遗产法在法律体系中的地位	28
四、文化遗产法的意义	32
五、文化遗产法的基本原则	34
第三章 中国文化遗产法的基本渊源和框架	40
一、宪法及宪法性法律	41
二、文化遗产保护基本法律	43
三、其他相关法律	45
四、行政法规、部门规章和地方性法规、规章	52
五、中国已加入的国际条约	58

第四章 文化遗产权的概念和性质.....	69
一、何谓文化遗产权	69
二、谁是文化遗产权的主体	71
三、公权还是私权	79
第五章 公众参与文化遗产保护的法制机制.....	84
一、公众参与文化遗产保护的法制依据.....	85
二、公众参与文化遗产保护的具体内容.....	89
三、公众参与文化遗产保护的法制保障.....	96
第六章 环境法视野下的文化遗产保护.....	102
一、环境法体系中的文化遗产保护	102
二、环境法对人与自然关系的反思与文化遗产保护理念的发展.....	107
三、生态文明理念与文化遗产保护立法的趋势.....	115
第七章 文化遗产开发与利用的法制规制.....	119
一、文化遗产开发、利用与保护的关系.....	119
二、文化遗产开发与利用的指导原则.....	120
三、可移动文物开发与利用的法制规制.....	121
四、不可移动文物开发与利用的法制规制.....	125
五、非物质文化遗产开发与利用的法制规制.....	132
第八章 不可移动文物的法律保护.....	138
一、不可移动文物的所有权主体	138
二、不可移动文物的保护制度	151
三、侵犯不可移动文物的法律责任	164

第九章 可移动文物的法律保护	170
一、可移动文物的保护主体	170
二、可移动文物的管理与保护制度	179
三、可移动文物流转的法律规制	190
四、侵犯可移动文物的法律责任	203
第十章 文物拍卖法律问题	207
一、文物拍卖制度	210
二、文物拍卖中的瑕疵不保障条款	223
三、文物的网上拍卖	232
第十一章 侵犯文物的犯罪及刑事责任	236
一、中国刑法中的文物保护	236
二、现行《刑法》中的妨害文物管理罪	243
三、我国刑法在文化遗产保护方面的缺陷和问题	268
第十二章 非物质文化遗产的公法保护	273
一、非物质文化遗产的认定与名录制度	274
二、非物质文化遗产的传承制度	280
三、非物质文化遗产开发中的补偿制度	288
四、非物质文化遗产的社区管理制度	296
第十三章 传统文化表达的特别保护模式	305
一、概念辨析	306
二、传统文化表达的现有保护模式及其局限	313
三、特别保护模式的内容与特点	324

四、结语	337
第十四章 文化遗产的专利权和商标权保护	339
一、文化遗产与专利权、商标权的关系	339
二、文化遗产知识产权保护的背景	343
三、文化遗产的专利权保护	347
四、文化遗产的商标保护	371
第十五章 世界文化与自然遗产的法律保护	386
一、“世界遗产”内涵的确定与外延的发展	387
二、“世界遗产”的法定表现形式及其发展	390
三、世界遗产的法定标准	395
四、世界遗产保护的国际法律框架	399
五、世界遗产保护的基本原则	403
六、中国的世界遗产法律保护制度	404
第十六章 水下文化遗产的法律保护	410
一、概述	411
二、水下文化遗产的国内法保护	412
三、《水下文物保护管理条例》的制定背景	412
四、1989年《水下文物保护管理条例》解析与评价	414
五、水下文化遗产的国际法保护	421
六、《2001年公约》与中国水下文化遗产法律制度的比较	442
第十七章 武装冲突情况下文化遗产的法律保护	444
一、武装冲突情况下文化遗产保护的起源与演变	444

第一章

文化遗产概念的界定及其意义

一、文化遗产的概念

文化遗产法是以文化遗产为保护对象的特殊法律部门，文化遗产概念的明确界定是文化遗产法得以形成和发展的重要基础。因此，研究文化遗产法，首先需要廓清文化遗产概念的内涵与外延，并将其与相关概念进行辨析。

(一) 文化遗产的内涵和外延

“文化遗产”(cultural heritage)是一个很不容易界定的词汇。作为一个普通词汇，它通常是指某个民族、国家或群体在社会发展过程中所创造的一切精神财富和物质财富，这种精神财富和物质财富代代相传，构成了该民族、国家或群体区别于其他民族、国家或群体的重要文化特征。在汉语中，“文化遗产”是个常用词汇，比如人们常说：“尊老爱幼是中华民族的传统美德，是我们的优秀文化遗产。”胡适先生1933年在芝加哥大学所作的题为《中国的文艺复兴》的著名演讲中，也提到：“这场新的运动（指五四新文化运动）却是那些懂得他们的文化遗产而且试图用新的现代历史批评和探索方法来研究这个遗产的人来

领导的。”^①在这里，“文化遗产”基本等同于“文化传统”。在英语中，“heritage”一词也是指“国家或社会长期形成的历史、传统和特色”^②，与“传统”一词几乎同义。

作为一个法律词汇，无论在国外还是国内，“文化遗产”的出现都只是最近几十年的事情，至今缺乏统一的界定，不同的法律文件对该词汇常有不同的界定，甚至称呼都不太固定。

1. 国际法律文件中“文化遗产”概念的出现及其界定

在国际法律文件中，最初使用的不是“文化遗产”，而是“文化财产”（cultural property）。在联合国教科文组织早期的相关公约中，如1954年《武装冲突情况下保护文化财产公约》（以下简称1954年《海牙公约》），1970年《关于禁止和防止非法进出口文化财产和非法转让其所有权公约》，用的都是“文化财产”。虽然在公约内容中也偶尔出现“文化遗产”一词，但只具有抽象的意义而无具体的法律意义。如1954年《海牙公约》序言提到：“确信对任何民族文化财产的损害亦即对全人类文化遗产的损害，因为每一民族对世界文化皆有其贡献。”在这里，“文化遗产”只是“文化财产”的抽象集合体，提到“文化遗产”只是为了表明保护“文化财产”有多么重要。

1972年，“文化遗产”正式被国际公约确定为直接保护对象，联合国教科文组织在《保护世界文化和自然遗产公约》（以下简称《世界遗产公约》）中正式采用了“文化遗产”一词。该公约第1条对“文化遗产”一词进行了界定：“在本公约中，以下各项为‘文化遗产’：纪念地^③，即从历史、艺术或科学角度

① 转引自杨志刚：“试谈‘遗产’概念及相关观念的变化”，载《文化遗产研究集刊》第2卷，上海古籍出版社2001年版，第12页。

② 《牛津高阶英汉双解词典》，商务印书馆2004年版，第826页。

③ “纪念地”，原文为“monuments”，公约的官方中译本译为“文物”，笔者以为不妥。“文物”一词是中国法律文件中普遍适用的词汇，有其较为明确的含义，而“monuments”一词在英文中一般“指建筑、雕塑作品，也包括具有建筑因素的历史性公园和庭院”（参见Robert Pickard, Policy and Law in Heritage Conservation, London and New York: Spon Press, 2001, p.15）。可见，“monuments”的外延比中国法律文件中所称“文物”狭窄很多，若将其译为“文物”极易导致混淆和误解。

看具有突出的普遍价值的建筑物、碑雕和碑画、考古物体的成分或结构、铭文、窟洞以及联合体；建筑群，即从历史、艺术或科学角度看，在建筑式样、分布或与环境景色结合方面，具有突出的普遍价值的单立或连接的建筑群；遗址，即从历史、审美、人种学或人类学角度看具有突出的普遍价值的人类工程或自然与人联合工程以及考古遗址等地方。”^①然而，该条并未对“文化遗产”的内涵加以明确规定，仅用列举的方式确定了公约保护范围内的文化遗产种类，我们只能从其列举的范围看出，公约所认定的文化遗产都是从历史、艺术或科学角度来看具有突出的普遍价值的大型不可移动文化财产。

在那之后，在相关国际组织的法律文件中，“文化财产”、“文化遗产”、“文物”等用语交替使用，但“文化遗产”的使用频率已明显提高。尤其是 21 世纪制定的国际公约，如联合国教科文组织 2001 年《保护水下文化遗产公约》、2003 年《保护非物质文化遗产公约》等，都明确以“文化遗产”为保护对象。但遗憾的是，由于这些国际公约或文件都只涉及某些特殊类型的文化遗产，比如“水下文化遗产”、“非物质文化遗产”，而非整体意义上的文化遗产，与《世界遗产公约》一样，它们仅对属于自身保护范围的文化遗产进行了界定，缺乏对文化遗产内涵的一般界定。因此，要在某个国际法律文件中寻找出一个完整的“文化遗产”概念是困难的。

值得一提的是，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”进行了这样的界定：“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。文化遗产经常表现为无形的或有形的文化遗产。”^②这是相关国际法律文件中较为少见的针对所有类型“文化遗产”概念的界定。它指明文化遗产的本质属性是一个特定区域的人群

① 该条的官方译文个别地方不太准确，故未完全采用官方译文。

② 联合国教科文组织世界遗产中心、国际古迹遗址理事会、国际文物保护与修复研究中心、中国国家文物局编：《国际文化遗产保护文件选编》，文物出版社 2007 年版，第 187 页。本章其他国际法律文件的引文均来自该书，有特别注明的除外。

世代相传的对生活方式的独特表达，无论有形（物质）还是无形（非物质）文化遗产，其核心都是主体对其生活方式的看法，并通过独特的形式表达出来。虽然该宪章本身并不具有法律拘束力，但对各国在制定文化遗产旅游政策和法律时有一定的指导意义。遗憾的是，这个定义界定得过于宽泛，没有提出相对明确的价值标准。因为任何国家的力量都是有限的，不可能将所有社区或人群对生活方式的表达都以立法加以保护。如果在正式的法律渊源中，一定需要对其重要性或价值进行适当的限定。

2. 中国相关法律文件中的“文化遗产”概念

在国内相关的法律文件中，“文化遗产”一词也是近几年才出现的。虽然1982年《宪法》就使用了“文化遗产”一词，比如第22条第2款规定：“国家保护名胜古迹、珍贵文物和其他重要历史文化遗产。”第119条也规定：“民族自治地方的自治机关自主地管理本地方的教育、科学、文化、卫生、体育事业，保护和整理民族的文化遗产，发展和繁荣民族文化。”《宪法》中提到“文化遗产”表明了国家对各地方、各民族重要历史文化遗产的重视，但包括《文物保护法》在内的各种文化遗产法律法规仅将保护对象限于文化遗产中最重要的部分——文物、名胜古迹、传统工艺美术等。直到21世纪初，随着国际上“文化遗产”概念使用频率的日益提高，我国也越来越多地以“文化遗产”这个大概概念来泛指原来的“文物”、“民族民间文化”等概念。尤其是2006年中国设立第一个“文化遗产日”以来，“文化遗产”概念逐渐深入人心。虽然在现行的法律渊源中，仍缺乏对“文化遗产”概念的明确界定，但2005年12月，国务院发布的《关于加强文化遗产保护的通知》对其进行了规范，指出：“文化遗产包括物质文化遗产和非物质文化遗产。物质文化遗产是具有历史、艺术和科学价值的文物，包括古遗址、古墓葬、古建筑、石窟寺、石刻、壁画、近代现代重要史迹及代表性建筑等不可移动文物，历史上各时代的重要实物、艺术品、文献、手稿、图书资料等可移动文物以及在建筑式样、分布均匀或与环境景色结合方

面具有突出普遍价值的历史文化名城（街区、村镇）。非物质文化遗产是指各种以非物质形态存在的与群众生活密切相关、世代相承的传统文化表现形式，包括口头传统、传统表演艺术、民俗活动和礼仪与节庆、有关自然界和宇宙的民间传统知识和实践、传统手工艺技能等以及与上述传统文化表现形式相关的文化空间。”^①这是迄今为止中国法律文件中对“文化遗产”概念最权威、最明确的解释。

当然，从字面上看，这一官方解释其实并未明确界定“文化遗产”这一概念的内涵，只是点明了它的外延：物质文化遗产与非物质文化遗产。但由于它对外延进行了限定，我们仍可以通过这些限定文字对其精神作如下解读：

其一，文化遗产是物质文化遗产与非物质文化遗产的总称，是具有历史、艺术和科学价值的文物，以及为群众生活密切相关、世代相承的传统文化表现形式。

其二，物质文化遗产即中国现行法律中所称的文物，它们具有历史、艺术和科学价值，其外延包括三大类：一是历史上遗留下来的古遗址、古墓葬、古建筑、石窟寺、石刻、壁画，以及近代现代重要史迹和代表性建筑等不可移动文物；二是历史上各时代的重要实物、艺术品、文献、手稿、图书资料等可移动文物；三是在建筑式样、分布或与环境景色结合方面具有突出普遍价值的历史文化名城、街区和村镇。

其三，非物质文化遗产是各群体世代相承的、反映其特殊生活方式的各种以非物质形态存在的传统文化表现形式，包括口头传统、传统表演艺术、民俗、礼仪与节庆、传统知识和实践、传统手工艺技能等。

（二）与文化遗产相关的概念

无论在国际还是国内法律渊源中，都存在若干与“文化遗产”相关或近似的术语，而且使用范围非常广泛。

① 中华人民共和国文化部网站：http://www.ccnt.gov.cn/sjzz/fwzwhyys/flfg/201001/t20100112_76321.html。

1. 文化财产

“文化财产”可以说是国际法律文件中与“文化遗产”含义最接近的一个词汇，也是在文化遗产法领域最早使用的词汇之一。在日本、韩国等国的相关法律中，一般用“文化财产”一词，而我国台湾地区则用“文化资财”一词。文化财产通常是指那些具有历史、艺术和科学价值的财产，与中国法律中所称的“文物”非常接近。如1970年《关于禁止和防止非法进出口文化财产和非法转让其所有权公约》第1条规定：“为了本公约的目的，‘文化财产’一词系指每个国家，根据宗教的或世俗的理由，明确指定为具有重要考古、史前史、历史、文学、艺术或科学价值的财产并属于下列各类者……”从其所列的10类财产的表现形态看，都是有形的可移动文物，这与该公约的主旨在于防止文化财产的非法出口、促进文化财产返还原属国相一致。而1954年《海牙公约》所保护的“文化财产”则是指“对每一民族文化遗产具有重大意义的可移动或不可移动的财产”。

虽然从罗马法开始，法律上的“财产”就不仅仅限于有形财产，也包括无形财产，但现有国际公约及其他法律文件中提到的“文化财产”皆为有形财产。西方学者也认为：“相对于‘文化财产’而言，‘文化遗产’在范围上更宽泛，因为它是指‘保存下来并传承给后人的遗产’，而‘文化财产’并不足够、恰当地涵盖‘文化遗产’，后者还包括舞蹈、民间艺术等近年来才得到国际法律保护的非物质文化形式。”^①之所以避免在国际法律文件中以“文化财产”来涵盖非物质（无形）文化遗产，很可能是因为“财产”一词比较容易与经济价值相联系，而文化遗产，尤其是非物质（无形）文化遗产，具有多重价值，更突出的是其文化内涵和精神意义，经济价值只是其附带的价值。而且纯粹法律意义上的无形财产指的是权利和有价值证券等没有具体物质形态但具有明显经济价值的

^① Manlio Frigo, Cultural property v. cultural heritage: A “battle of concepts” in international law? www.provincia.asti.it/hosting/moncalvo/pbc/frigo_ricr.pdf.

财产，而舞蹈、语言、传说、技艺等非物质文化形态是无法具有直接经济价值的，当然不能用“财产”来涵盖。

2. 文物

在文化遗产法的概念体系中，文物（cultural relics）是中国现行法律最常用的概念。一般来说，“文物是人类在历史发展过程中遗留下来的遗物、遗迹。”^①但人类在其发展过程中留下的遗物、遗迹无以计数，都保存下来显然不可能，而要以法律的手段加以保护的只能是其中的精华部分，即具有历史、艺术和科学价值的部分。《文物保护法》第2条第1款明确规定了受法律保护文物的范围：具有历史、艺术、科学价值的古文化遗址、古墓葬、古建筑、石窟寺和石刻、壁画；与重大历史事件、革命运动或者著名人物有关的以及具有重要纪念意义、教育意义或者史料价值的近代现代重要史迹、实物、代表性建筑；历史上各时代珍贵的艺术品、工艺美术品；历史上各时代重要的文献资料以及具有历史、艺术、科学价值的手稿和图书资料等；反映历史上各时代、各民族社会制度、社会生产、社会生活的代表性实物。“具有科学价值的古脊椎动物化石和古人类化石”由于与人类的进化过程相关也被视同文物列入法律保护范围。

在国际法律文件中，也有直接以“文物”为保护对象的，如1995年国际统一私法协会《关于被盗或非法出口文物公约》。但该公约所指的“文物”范围显然比中国现行法律中的“文物”狭窄。其第2条规定：“为本公约之目的，文物系指因宗教或者世俗的原因，具有考古、史前史、历史、文学、艺术或者科学方面重要性，并属于本公约附件所列分类之一的物品。”而附件所列11项物品皆为可移动文物或业已肢解的不可移动文物的组成部分。当然，作为被盗或非法出口的对象，也只能是可移动的物品。因此，它用了“cultural objects”一词，而不是更大范围的“cultural relics”。

与“文物”近似的词汇还有“古物”、“古玩”、“古董”等。这几个词汇都

① 谢辰生：“文物”，载《中国大百科全书·文物博物馆卷》，中国大百科全书出版社1993年版，第1页。

是指古代流传下来的器物。“古物”(antiques)一词相对比较客观,仅指古代器物,其蕴含的价值或信息可大可小,而且表现形式既包括可移动的器物,也包括不可移动的物体,中华民国时期颁布的相关法律即以“古物”为保护对象,如1930年的《古物保存法》,其所称“古物”即新中国成立后法律中所指的“文物”。而“古董”或“古玩”则有供人把玩、欣赏的主观因素在内,通常为比较珍奇、体态较小的可移动器物。中国历代文人雅士或权贵阶层都有把玩或收藏古董的习惯,统治者也常以攫取和占有前朝珍贵器物来炫耀自己的权势或为自己正名,但这与文物概念强调其对于一个国家、民族或群体而言的历史、文化与科学价值是完全不同的。

3. 非物质文化遗产

非物质文化遗产保护在最近十几年成为中国文化遗产保护中最受关注的课题之一。“非物质文化遗产”(intangible cultural heritage)这个属概念的出现,不仅丰富了“文化遗产”的范畴,也使得“文化遗产”这个种概念的普遍运用显得更加顺理成章。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1款对“非物质文化遗产”作了明确界定:“‘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。这种非物质文化遗产世代相传,在各社区和群体适应周围环境以及与自然和历史的互动中,被不断地再创造,为这些社区和群体提供认同感和持续感,从而增强对文化多样性和人类创造力的尊重。在本公约中,只考虑符合现有的国际人权文件,各社区、群体和个人之间相互尊重的需要和顺应可持续发展的非物质文化遗产。”从该款规定中,我们可以归纳出非物质文化遗产概念有这样一些特点:

(1) 非物质文化遗产的本质属性即被各社区、群体或个人视为其文化遗产的各种实践、表达、知识、技能等传统文化表现形式及其相关的工具、实物和