

文物保护法研究专辑

II

《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 II

《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 II / 《文物保护法研究专辑》编辑组编.
—北京: 文物出版社, 2014. 12
ISBN 978 - 7 - 5010 - 4191 - 6

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 (2014) 第 296877 号

文物保护法研究专辑 II

《文物保护法研究专辑》编辑组 编

*

文物出版社出版发行

北京市东直门内北小街 2 号楼

<http://www.wenwu.com>

E-mail: web@wenwu.com

北京宝蕾元科技发展有限责任公司制版

北京京都六环印刷厂印刷

新华书店经销

787 × 1092 1/16 印张: 12.5

2014 年 12 月第 1 版 2014 年 12 月第 1 次印刷

ISBN 978 - 7 - 5010 - 4191 - 6 定价: 52.00 元

本书图版与文字为独家所有, 非经授权同意不得复制翻印

目 录

我国文化遗产保护法律体系的建构	朱 兵	1
略谈文物法律体系与法治文化	李晓东	12
谈谈“文物”与“文化遗产”概念的使用问题	李耀申	17
文化遗产保护法律框架的构建	何戎中	20
文化遗产的概念与分类探析	王云霞	31
文化权利视野下的文化遗产权初探	胡姍辰	42
文化遗产法的立场：民族主义抑或国际主义	王云霞 黄树卿	54
文化权利及其法律保护	江国华	64
文物法律保护的困境及其解决途径		
——以公民对文物的文化权利需求为视角	梁岩妍 薛晋锡	76
我国文物出入境管理制度评述：现状与反思	霍政欣	84
文化遗产的刑法保护	崔 璨	91
政策转向与社区赋权：台湾古迹保存的演变与经验	魏 成	99
英美法中文物保护规定的评析	潘汝欣	110
文化遗产国际司法保护的里程碑		
——纽伦堡审判意义的新发现	黄树卿	121
论文化财产国际争议解决中的利益平衡原则	蒋 新 高 升	130
从“南海一号”事件看我国水下文化遗产保护制度的完善	赵亚娟 张 亮	137
我国海底文化遗产保护制度的立法改进方向	李锦辉	148
德国文化遗产保护的政策、理念与法规	白瑞斯 王霄冰	155
法国水下文化遗产保护立法与实践及其对中国的启示	赵亚娟	168
由几起案例看美国法院在水下文化遗产类案件中的立场	郭 萍	180

我国文化遗产保护法律体系的建构

朱 兵*

[摘要] 我国文化遗产法律制度是中国特色社会主义法律体系的一个重要组成部分。新中国成立以来,我国在文化遗产保护方面的法律制度主要包括两个方面:一是宪法和民族区域自治法所确立的基本法律依据和准则;二是物质与非物质文化遗产保护的专门性法律、法规和规章等。我国文化遗产法律制度建设的基本目标,就是要建立起全方位保护文化遗产的法律制度,这也是我国文化发展和社会主义法制建设的一个重要任务。我国“非物质文化遗产法”的正式出台已指日可待。

[关键词] 物质文化遗产 非物质文化遗产 法律体系

一、当前文化遗产保护的特点

当前,从世界范围来看,随着全球科技、经济的迅速发展,随着人类文明的不断进步,人们对文化遗产的认识也在不断深化。文化遗产保护在今天越来越成为一种潮流,并呈现出以下三个特点:

特点之一是对文化遗产重要性的认识越来越深刻,已经远远超过了传统社会对文化遗产的认识。在经济、科技全球化日益发展的今天,文化遗产对一个国家、民族的重要性越来越突出,对保持文化多样性的的重要性日益凸显。这种重要性除了体现在一般的文化意义上外,还体现在政治、经济、民族、国家文化主权等等方

面。文化的问题、文化遗产的问题从来没有像今天这样为全球所关注。这种趋势和现象具有相当深刻和复杂的历史背景和时代原因:一是在以信息技术、互联网技术为核心的科技、经济发展下,全球一体化的趋势日益突出,国家、民族、地域的特征与界限在相当程度上被不断削弱和打破。二是西方发达国家借助科技、经济的优势,利用全球化的趋势,在全球极力推行西方文化及其相关的价值理念。美国学者亨廷顿的一个著名观点就是当今的世界冲突就是“文明的冲突”。所谓“文明的冲突”,说到底就是文化和宗教的冲突,也就是信念、精神、价值观和文化传统的冲突。在他们看来,所谓全球化就是西方的思想文化、价值观念的全球化。个别西

* 朱兵,全国人大教科文卫委员会文化室主任。原载于《中国人民大学学报》2011年第2期。

方国家极力在全世界通过种种手段推销其思想文化，在文化上大力推行“单边主义”，严重威胁到其他国家的文化主权和文化安全。因此，保护不同民族、群体、地域的传统文化，维护世界文化的多样性，成为各国政府普遍关注并付诸实施的重要战略问题。不仅越来越多的发展中国家意识到保护本国文化遗产的重要性，一些发达国家也逐步认识到不能忽视这个问题。三是文化及其文化遗产，特别是以活态文化为特点的非物质文化遗产，体现了一个国家、民族的血脉和精神，是国家、民族的身份象征和价值象征，其源自农耕文明的独特性其他依附现代工业社会、信息社会所产生的文化所不能取代的。在某种意义上，它的消亡意味着民族个性、民族特征的消亡，也意味着文化基因和文化血脉的中断。因此，保护文化遗产，既是不同文化尤其是弱势文化实现文化平等权、文化认同权的需要，更是维护世界文化多样性、促进世界和平共处、共同发展的需要。

特点之二是伴随着对文化遗产保护对象的认识不断加深，保护范围在不断扩大，保护程度在不断提高。用今天的观念看，在文化遗产的范畴中，主要包括物质文化遗产（有形文化遗产）和非物质文化遗产（无形遗产）两大类。但在相当长的时间内，人们对文化遗产的保护主要是围绕着物质形态的文化遗产来进行的。物质形态的文化遗产（主要指文物、建筑群和遗址）保护的发展从近代以来大体可以概括为三个阶段：第一个阶段是对

重要的、单体的文物古迹的保护。在欧洲工业革命之前，欧洲大陆对文化遗产的保护主要集中于此。第二个阶段则扩大到对文物古迹周边环境、对以某个历史建筑群为主体的历史街区、历史区域乃至某个古城镇的保护。第三个阶段则是由物质文化遗产保护扩大到对非物质文化遗产的保护。这三个阶段大体上反映了人们对历史文化遗产保护认识的深化。由于历史原因，各国对物质文化遗产的保护有着明确的共识，形成了较为完备的国内法，国际上也达成了不少的协定和公约。

近些年来，非物质文化遗产成为文化遗产保护的一个重要内容，引起了广泛的关注。因此，文化遗产保护对象已经突破了传统范畴，涵盖了物质文化遗产和非物质文化遗产两大部分。保护方式呈现出多元化的趋向，保护对象与人们的社会活动愈来愈紧密相联，成为其社会生活、生存方式的重要组成部分。从我国国务院发布的有关文件也可以看出这种认识上的发展变化。以前国务院发布的都是加强和改善文物保护的通知，其后又就非物质文化遗产的保护发出专门通知。2005年12月，国务院发布《关于加强文化遗产保护的通知》，首次在政府文件中用“文化遗产”一词涵盖物质文化遗产和非物质文化遗产，并决定自2006年起，每年6月的第二个星期六为我国的“文化遗产日”。

特点之三是重视文化遗产的不可再生性，强调文化遗产的可持续发展。文化遗产是一个国家、民族历史文明的载体，是

不可再生的文化资源。这种“不可再生性”就是文化遗产的本质属性。但是，随着文化遗产在经济社会发展中的作用日益突出，由于观念认识和市场经济下追求经济效益等原因，使得保护与利用的矛盾日益尖锐、突出，成为文化遗产保护工作面临的一个焦点问题。一些地方为了谋取经济利益，对文化遗产采取竭泽而渔的态度，对其进行破坏性的开发利用。例如：为了实现经济效益，不尊重、弘扬文化遗产的文化属性和优秀价值，毁坏文化遗产的原生态环境和历史风貌；无限制地发展游客数量，使文化遗产本身难以承受；只谋取经济利益而不维护文化遗产，甚至以种种名目改变文化遗产的原始形态等。一些地方在开发利用非物质文化遗产时存在的问题也非常突出：在一些民俗旅游点、民俗风情园，非物质文化遗产保护的展示演变为纯粹的商业行为，其文化的珍贵价值和意义却被抛弃、湮灭；在世界文化遗产的申报工作中也出现了“重申报，轻保护”的现象。因此，如何有效保持文化遗产的可持续发展是我们在文化遗产保护工作中需要解决的一个突出问题。一些发达国家在这方面做得比较好，采取多种措施保护文化遗产的原生形态、防止出现过度利用。这一现象也引起了我国党和政府的高度重视，不少地方开始采取相关措施，比如龙门石窟、黄山、张家界开展环境整治，布达拉宫实行对旅游人数的限制等。从根本上说，是坚持保护为主、合理利用，还是主张经济效益优先、利用优先，这种观念认识上的分歧决定了对待文

化遗产的基本态度。为此，我国《文物保护法》明确规定：“文物工作贯彻保护为主、抢救第一、合理利用、加强管理的方针。”国务院在有关文件中将非物质文化遗产工作的方针也明确为：“保护为主、抢救第一、合理利用、传承发展。”^[1]这一方针符合非物质文化遗产保护的特点和规律。

二、我国对文化遗产的保护和实践

我国是一个有着五千年文明史的发展中国家，有着极为丰富的文化遗产。新中国建立以来，对文化遗产的保护也经历了一个发展过程，即从最重要的单个有形文物古迹的保护逐渐扩大到对历史街区、城镇和自然遗产及自然景观的保护，再扩大到对以非物质文化遗产为主要对象的民族民间传统文化的全面保护。改革开放以来，我国文化遗产保护工作成就斐然，保护的规模、范围、程度都大大超过前30年。

一是文物保护工作成绩显著。在国务院公布的六批全国重点文物保护单位中，有五批是改革开放以来所公布的。自2008年起，在全国范围内开展了第三次文物普查工作，基本上摸清了全国不可移动文物和地下埋藏文物的情况。截至2010年上半年，全国共调查登记不可移动文物约90万处，其中，新发现60余万处。目前，我国有全国重点文物保护单位共六批2353处，省级文物保护单位7000处，县级文物保护单位6万多处。全国有114个城市被列为国家历史文化名城。长

城、故宫等 40 处文化和自然遗产被列入世界遗产名录，世界遗产数量位居世界第三。全国有博物馆 2400 多座，馆藏可移动文物 2000 余万件，每年举办陈列展览上万个，接待观众数亿人次。特别是自 2008 年以来，各地陆续实行了博物馆免费参观制度，在充分利用博物馆的公益作用和功能、宣传和弘扬爱国主义精神方面发挥了巨大作用。在考古发掘方面，以配合三峡工程、小浪底水库、京九铁路等重大工程为重点，开展了大规模的考古发掘工作，取得了重大成果。同时，我国还建立了历史文化名城保护制度，强调对文物周边环境和历史文化名城、历史街区、村镇的整体格局和历史风貌的保护，逐步扩大了文物保护的对象和范围，形成了我国文物保护的思路和特点。

二是非物质文化遗产保护工作取得重大进展。我国有 56 个民族，这些民族都有着历史悠久、丰富多彩、特色鲜明的非物质文化遗产。我国对传统民族民间文化的保护有着悠久的历史。新中国成立以来，我国政府有组织、有计划地开展了一系列抢救、保护活动，在民族民间传统文化的整理、研究、保护和发展方面都投入了大量的人力、财力，取得了相当成就。例如，对三大史诗《格萨尔王传》（藏族）、《江格尔》（蒙古族）、《玛纳斯》（柯尔克孜族）的收集整理，对维吾尔族的大型传统音乐经典套曲《十二木卡姆》的收集整理等。改革开放以来，我国政府在全国范围内开展了一项浩大的民族民间传统文艺十大集成的收集、整理、编撰、

出版工作。不少地方建立了专门的民族博物馆或民俗博物馆。一些省市区地方政府和社会各界也开展了很多工作，抢救、保护和传承当地民族民间文化，出现了很多形式和做法。例如，云南的民族村、民族文化传习馆，贵州的民族文化生态博物馆等等都是如此。2005 年 3 月，国务院办公厅颁发了《关于加强我国非物质文化遗产保护工作的意见》。这是国家最高行政机关首次就我国非物质文化遗产保护工作发布的权威指导意见，明确提出了保护工作的重要意义、目标和方针，建立保护制度、工作机制等。《意见》指出：“我国各族人民在长期生产生活实践中创造的丰富多彩的非物质文化遗产，是中华民族智慧与文明的结晶，是连接民族情感的纽带和维系国家统一的基础。保护和利用好我国非物质文化遗产，对落实科学发展观，实现经济社会的全面、协调、可持续发展具有重要意义。”^[2]从 2005 年起，文化部门在全国范围内开展了非物质文化遗产资源普查，普查出非物质文化遗产资源近 87 万项，建立了非物质文化遗产代表性项目国家级名录和地方名录，命名了一大批代表性传承人。被列入各级名录的非物质文化遗产代表性项目有 7 万项之多，其中 1028 项被列入“国家非物质文化遗产名录”，7109 项被列入“省级非物质文化遗产名录”。文化部还公布了 3488 名国家级项目传承人，各省、市、自治区公布了 6332 名地方项目传承人。此外，我国还建立了闽南、徽州、四川羌族等十个文化生态保护实验区，有 520 多座专题博物

馆和 197 座民俗博物馆。

尽管如此，我国的非物质文化遗产保护工作仍面临着严峻形势，特别是一些以口口相传为依存形式的非物质文化遗产正在迅速损毁、消失和流失。在全球一体化的趋势下，民族民间传统文化的多样性受到了外来文化的强烈冲击。随着市场经济和工业化、城市化的飞速发展，随着生活方式的改变，非物质文化遗产的生存环境发生了变化。民族民间独有的文化习俗、服饰、建筑、传统工艺等逐渐被消融、湮灭。例如：在一些原住民族的服饰和织锦中，祖传的民族图案和手工艺品被现代图案和现代日用品所取代；外来文化的装饰替代了传统装饰；现代建筑替代了传统民居；民族民间的传统口头文学、史诗自然流失；掌握一定传统艺术技能的民族民间艺人已为数不多，传承困难，后继乏人；收集、整理、调查、记录、建档、展示、利用、人员培养等工作相当薄弱，普遍存在资金、人员不足的困难。造成这种状况的一个主要原因就是缺乏国内法律的保障。同时，境外一些国家和机构通过各种渠道大量采集、收购我国珍贵的非物质文化遗产实物资料，造成了文化资源的严重流失，对此也缺乏国家法律的限制。正是在这样的背景下，通过制定相关的法律来保障非物质文化遗产的生存和发展，就成为一种现实的迫切要求。

三、我国物质文化遗产保护法律制度的形成和发展

我国文化遗产法律制度是中国特色

社会主义法律体系的一个重要组成部分。新中国成立以来，我国在文化遗产保护方面的法律制度主要包括两个方面：一是宪法和民族区域自治法所确立的基本法律依据和准则；二是物质与非物质文化遗产保护的专门性法律、法规和规章等。从专门法的角度看，我国物质文化遗产法律制度的形成和发展大体可以分为三个时期：

第一个时期是从新中国成立前后到 20 世纪 60 年代的初创时期。新中国成立前夕，著名建筑学家梁思成先生编写了《全国重要建筑文物简目》共 450 条，并附“古建筑保护须知”，这为当年的解放战争提供了文物保护的依据。1950 年 5 月，政务院发布保护古迹的政令，从中央到地方设立了文物保护单位。1961 年，国务院颁布了《文物保护单位暂行条例》。同年，以梁思成的《全国重要建筑文物简目》为基础，国务院公布首批 180 处全国重点文物保护单位。这个时期一个最重要的成果就是建立了文物保护单位制度，针对不可移动文物，根据不同价值，分别确定为不同级别的文物保护单位。这期间，行政命令是文物保护单位的主要依据和规范，对文化遗产的认识也仅限于重要的文物古迹本身。

第二个时期是 20 世纪 80 年代改革开放时期。以 1982 年全国人大常委会颁布实施《文物保护法》为标志，我国对物质文化遗产的保护开始走上法制化的轨道。这一时期，文物保护出现了全新的局面。随着大规模经济建设的发展，

国家制定了新时期文物保护的基本方针政策。1982年，全国人大常委会颁布实施《文物保护法》后，国务院和有关部门、地方立法机关和地方政府也都制定了一系列配套性法规和规章，初步形成了我国物质文化遗产保护法律法规体系。《文物保护法》初次颁布时虽然只有33条，但它首次从国家行政法律的层面对文物保护的对象和范围、标准，对文物保护单位、考古发掘、馆藏文物、私人收藏文物、文物出境都作出了规定，确立了一些重要原则和制度。例如：明确了文物保护对象的标准是“具有历史、科学、艺术价值的文物”；划定了文物保护的范围共五大类；确立了文物保护单位制度和历史文化名城保护制度；明确了配合基本建设的抢救性发掘的原则；确立了文物修缮、保养、迁移时“不改变文物原状”的原则等。

在这期间，由于对文物保护的认识在不断加深，文物保护的标准、范围开始注意到文物古迹与周边环境的关系，法律规定要“划定保护范围”和“划定建设控制地带”；注意到历史城区的保护问题，确立了历史文化名城的概念并将其纳入法律调整的范围，建立了具有中国特色的历史文化名城保护制度。1984年，国务院也注意到传统街区、建筑群、小城镇、村寨的保护问题，下发通知，提出设立“历史文化保护区”，以作为对历史文化名城的补充。各地政府也据此设立了不少地方保护的“名城”、“名镇”、“名村”或“文化保护区”等。显然，这一时期

无论是在立法上还是在观念上，我国文物保护的范围已被大大拓展。

第三个时期是20世纪90年代后期以来，是进一步建设和完善物质文化遗产法律制度的时期。随着社会主义市场经济的迅猛发展，文物保护面临一系列新情况、新问题，如大规模经济建设和城市改造对文物、历史文化名城、大遗址保护所造成的压力，旅游开发与文物资源保护之间的冲突，盗掘古墓葬、盗窃馆藏文物等各种文物犯罪活动日趋严重等。为及时解决这些问题，立法工作有了重大进展：

一是修改刑法，加大打击各种文物犯罪活动特别是日益严重的盗掘古墓葬古遗址和文物走私活动的刑事处罚力度。1991年，全国人大常委会对《文物保护法》中涉及盗窃、走私、故意破坏、玩忽职守造成损毁流失、私自出售文物等行为，明确要求追究刑事责任。同时，全国人大常委会还颁布《关于惩治盗掘古文化遗址古墓葬犯罪的补充规定》，对刑法进行了修改，规定对有关犯罪行为，情节较轻的处三年以下有期徒刑，情节严重的处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。1997年，全国人大常委会对刑法进行了全面修改，增加了“妨害文物管理罪”，共六条，对故意损毁、过失损毁、私自出售赠送外国人、倒买禁止经营的文物等行为，分别处以3年、5年和10年以下的有期徒刑，对严重盗掘、盗窃行为的处罚则更为严厉。^[3]

二是全面修订《文物保护法》，使之

适应经济社会的发展。从20世纪90年代中期，全国人大和国务院有关部门就开始了对《文物保护法》的修订调研工作。这次修订在全国引起了一场相当广泛的争论，集中反映了我国在社会主义市场经济发展过程中文物保护工作所面临的新挑战。九届全国人大常委会在广泛深入征求意见的基础上，经过四次审议通过了新修订的《文物保护法》。新修订的《文物保护法》由原来的33条增加到89条，在保留旧法一些好的原则和制度的前提下，针对现实需要和文物保护认识的发展，增加了相当多的内容，主要有：明确规定文物工作的基本方针是“保护为主、抢救第一、合理利用、加强管理”；规范了保护与利用的关系，明确规定各级人民政府应当重视文物保护，正确处理经济建设、社会发展与文物保护的关系，确保文物安全；基本建设、旅游发展必须遵守文物工作的方针，其活动不得对文物造成损害；明确规定各级政府应当把文物工作纳入地方经济和社会发展规划、纳入城乡建设规划、纳入财政预算、纳入体制改革、纳入各级领导责任制；进一步扩大文物的范围，特别在文物定义的第二项中增加了近现代重要史迹、实物、代表性建筑，增加了历史文化街区、村镇保护制度；完善了不可移动文物保护制度，增加了对文物保护单位的保护范围和建设控制地带内禁止行为的具体规定；完善了考古发掘制度；增加了馆藏文物交流渠道，补偿制度和退出馆藏的制度；扩大了民间文物流通渠道，建立了文物拍卖制度；进一步完善了

相关法律责任。新《文物保护法》的出台，为我国新形势下依法开展文物保护工作奠定了坚实基础。

四、加入《保护非物质文化遗产公约》，全面启动我国非物质文化遗产立法工作

自20世纪90年代初，我国开始注意非物质文化遗产保护的法制建设问题，但由于认识上的局限性，相关的立法实践零散而不完整。1990年颁布的《著作权法》首次确认民间文学艺术作品享有著作权并受法律保护，同时规定具体保护办法由国务院另行制定。民间文学作品是传统文化知识的一个重要组成部分，这是国家法律第一次明确从保障民事权利的角度来确认传统文化知识的法律地位。从实践看，建立保护民间文学作品著作权的国内法是世界知识产权组织大力推动的一项重要工作，并早在20世纪80年代就提出了示范法条，这对历史悠久、传统文化资源丰富的国家具有积极意义。但由于民间文学作品的著作权有着相当的特殊性、复杂性，如何对其加以具体规范，在理论上存在较大争议，有关部门一直在进行立法调研。在专门法规方面，1997年，国务院制定颁布了《传统工艺美术保护条例》，这是我国第一个关于传统工艺美术行业发展、人才保护的行政法规。人才、技能是传统工艺美术继承与发展的基础，也是非物质文化遗产的一个重要内容。该法规对此

作出了一些具体规定，建立了工艺美术大师的评定、保护制度，确立了一些相关保障措施。由于行政管理机构的变化，该法规的执行在实践中也出现了一些困难。

20 世纪下半叶以来，非物质文化遗产保护逐渐成为一个国际性问题，出现了一股强化政府行政保护的势头。联合国教科文组织于 1989 年提出了《保护民间文化和传统文化的建议案》，倡导各成员国保护传统文化和民间文化。1997 年 11 月，联合国教科文组织第 29 届大会通过了建立《人类口头和非物质文化遗产代表作》的决议。2000 年 4 月，该组织总干事致函各国，正式启动了《人类非物质文化遗产代表作名录》的申报、评估工作，并于 2001 年开始在全球范围内选评。迄今，我国已有昆曲艺术、古琴艺术、新疆维吾尔木卡姆艺术、蒙古族长调民歌、端午节、中国书法等 29 项名列其中。2001 年 11 月，联合国教科文组织第 31 届会议通过了《世界文化多样性宣言》。宣言强调文化多样性的重要意义，主张各国应制定相应文化政策，保护文化的多样性。2002 年 9 月，该组织专门就非物质文化遗产的保护召开第三次全球文化部长会议，通过了《伊斯坦布尔宣言》，强调非物质文化遗产是构成人们文化特性的基本要素，是全人类的共同财富，各国政府有责任制定政策和采取措施保护它们，使之不断传承和传播。近些年来，该组织还积极推动相关国际公约的达成，经过多次修改，2003 年 10 月，联合国教科文组织第

32 届大会通过了《保护非物质文化遗产公约》。该公约作为与《保护世界文化和自然遗产公约》相呼应的国际公约，要求“各缔约国应该采取必要措施确保其领土上的非物质文化遗产受到保护”，这些措施包括“适当的法律、技术、行政和财政措施”，^[4]通过拟定清单、制定保护规划、建立保护机构、培养保护队伍、加强宣传教育等措施来确认、展示和传承这种遗产。这为各成员国制定相关国内法提供了国际法依据。2004 年 8 月，我国政府正式向十届全国人大常委会第十一次会议提请加入该项公约，经常委会审议后得到批准，我国成为全球率先批准加入该公约的国家之一。2006 年，我国成为该公约的政府委员会成员。^[5]

在这样的背景下，全面研究并解决我国非物质文化遗产的法律保护问题，成为一个急迫的现实问题。近些年来，党中央、国务院高度重视非物质文化遗产的保护、保存工作，制定了一系列方针政策，明确提出要加快制定相关法律。为了做好立法工作，自 1998 年开始，全国人大教科文卫委员会先后赴许多省份和民族地区，就非物质文化遗产立法工作开展了大量调研，并会同文化部、国家文物局召开了立法座谈会和国际研讨会，积极促进和推动一些地方立法机关如云南、贵州、福建、广西、江苏、浙江、宁夏、新疆等省区人大常委会制定出台了相关地方性法规。2005 年 12 月，国务院发布了《关于加强文化遗产保护的通知》，明确提出要“加强文化遗产保护法律法规建设，推进

文化遗产保护的法制化、制度化和规范化。积极推动《非物质文化遗产保护法》、《历史文化名城和历史文化街区、村镇保护条例》等法律、行政法规的立法进程，争取早日出台”。^[6]随着非物质文化遗产保护政策措施的深入展开和地方立法实践的推行，其实践经验为国家立法提供了很好的参照和依据。文化部经过多年的起草和广泛征求意见，于2006年9月将法律草案向国务院正式报请审议，其后，国务院有关部门对草案送审稿进行了反复研究修改，形成了《中华人民共和国非物质文化遗产法（草案）》，经国务院第115次常务会议讨论通过，于2010年6月提请全国人大常委会审议。为充分利用非物质文化遗产中的积极因素，避免消极影响，草案将“保护”与“保存”区别开来，对不同的非物质文化遗产采取不同的措施，即规定国家对非物质文化遗产采取认定、记录、建档等措施予以保存，对体现中华民族优秀传统文化，具有重要历史、文学、艺术、科学价值的非物质文化遗产采取传承传播等措施予以保护。草案还规定了几项重要原则：一是保护非物质文化遗产，要注重其真实性、整体性和传承性；二是保护非物质文化遗产，要有利于增强中华民族的文化认同，有利于维护国家统一和民族团结，有利于促进社会和谐；三是在有效保护的前提下，合理利用非物质文化遗产开发文化产品和提供文化服务。

《中华人民共和国非物质文化遗产法（草案）》确立的非物质文化遗产的法律

调整范围共六大类：（1）传统口头文学以及作为其载体的语言；（2）传统美术、书法、音乐、舞蹈、戏剧、曲艺和杂技；（3）传统技艺、医药和历法；（4）传统礼仪、节庆等民俗；（5）传统体育、游艺；（6）其他非物质文化遗产。草案规定了各级政府的基本职责：国务院文化主管部门负责全国的非物质文化遗产的保护工作；县级以上地方人民政府文化主管部门负责本行政区域内的非物质文化遗产保护工作。县级以上人民政府应当将保护工作纳入本级国民经济和社会发展规划，将其经费列入本级财政预算。国家扶持民族地区、边远地区、贫困地区的非物质文化遗产保护、保存工作。草案还建立了相关法律制度：（1）调查制度。由于调查是保护非物质文化遗产的基础，所以草案规定，县级以上人民政府应当根据工作需要，组织开展非物质文化遗产的调查，调查由文化主管部门负责实施。县级以上人民政府其他有关部门可以对其工作领域内的非物质文化遗产进行调查，调查时应予以认定、记录、建档，建立健全调查信息共享机制，有关档案和数据信息应当公开。公民、法人和其他组织可以依法进行调查。境外组织应与境内有关部门及学术研究机构合作进行调查，并报经省级以上文化主管部门批准；调查两个以上省市区的，应报经国务院文化主管部门批准。境外个人开展调查的，应报经县级人民政府文化主管部门批准。（2）代表性项目名录制度。建立代表性项目名录制度是国际通行的一个做法，也有利于突出保护重

点。草案规定建立两级名录体系，即：国务院和省级人民政府分别建立国家和地方非物质文化遗产代表性项目名录，对具有（重大）历史、文学、艺术和科学价值的非物质文化遗产予以保护。两个地区以上相同的项目可以同时列入。专家评审小组和专家评审委员会分别进行初审和终审。本级人民政府应对被列入名录的项目组织制定保护规划，实行整体保护。对那些非物质文化遗产代表性项目集中、特色鲜明、形式和内涵保持完整的特定区域，当地文化主管部门可以制定专项保护规划，报经本级人民政府批准后，实行区域性整体保护。（3）传承与传播制度。传承与传播是对需要继承与弘扬的非物质文化遗产进行保护的关键环节。为此草案规定，国务院和省级人民政府文化主管部门可以对本级政府批准公布的项目认定代表性传承人，并规定了认定条件、主要义务和支持措施。代表性传承人无正当理由不履行传承义务的，文化主管部门可以取消其代表性传承人资格，重新认定。国家促进非物质文化遗产的传播如宣传、展示、开发，规定了学校、新闻媒体、公共文化机构的职责。此外，草案还规定了相应的法律责任。2010年8月，十一届全国人大常委会第十六次会议对国务院提请审议的草案进行了初审；12月，第十八次会议对草案进行了二审。至此，我国“非物质文化遗产法”的正式出台已指日可待。

随着对文化遗产保护认识的不断深化，随着社会主义民主法制建设的进一步加快，目前我国对文化遗产保护法律制度

的建立和完善进入了一个新的时期。我国文化遗产法律制度建设的基本目标，就是要建立起全方位保护文化遗产的法律制度，这也是我国文化发展和社会主义法制建设的一个重要任务。从立法角度来说，在国家法律法规的层面上，这一制度包括三个方面：其一，进一步扩大物质文化遗产的法律保护范围，加大保护力度。在立法上除了根据经济社会的发展需要进一步完善《文物保护法》外，还包括就特定对象制定一系列专门的配套性法规，如长城保护条例，历史文化名城、街区、村镇保护办法，博物馆条例，世界遗产保护条例等。目前，这些条例有的已经出台，有的正在制定中。其二，制定《非物质文化遗产法》，与《文物保护法》相互补充，以解决那些未被纳入《文物保护法》范围内的非物质文化遗产的法律保护、保存问题。通过这一立法，确定国家保护、继承和发展非物质文化遗产的基本原则和相关制度，明确管理责任、资金保障、调查建档、名录体制、传承传播等。其三，建立传统文化知识产权的法律保护制度。传统文化知识产权的保护在私权或民法领域是一个全新而复杂的问题，它突破了原有著作权、商标权和专利权的传统知识产权范畴，需要统筹研究加以解决。我国已授权国务院制定专门法规保护“民间文学艺术作品著作权”，此项工作有关部门正在抓紧进行。2008年，国务院颁布了国家知识产权战略，明确提出：“要建立健全传统知识保护制度，加强民间文艺保护，促进民间文艺发展。”^[7]这是在21世纪国际

知识产权保护浪潮中，有效维护我国利益、平衡各方关系的一个重要举措。当然，在这方面，还有大量的基础性工作要做，需要各方进行更加深入的论证和研究，并进而为立法实践提供坚实的基础。

注 释

- [1] [2] 国务院办公厅：《关于加强我国非物质文化遗产保护工作的意见》（国办发〔2005〕18号）。
- [3] 最近，根据经济社会发展的需要，十一届全国人大常委会正在对刑法修正案进行审议，拟减少一批包括文物犯罪死刑规定在内的经济性非暴力犯罪的死刑。
- [4] 联合国：《保护非物质文化遗产公约》。
- [5] 经全国人大常委会批准，我国已加入了5个有关文化遗产保护的公约，即《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的方法的公约》《保护世界文化和自然遗产公约》《国际统一私法协会关于被盗或者非法出口文物的公约》《武装冲突情况下保护文化财产的公约》和《保护非物质文化遗产公约》。
- [6] 国务院：《关于加强文化遗产保护的通知》（国发〔2005〕42号）。
- [6] 国务院：《国家知识产权战略纲要》（国发〔2008〕18号）。

略谈文物法律体系与法治文化

李晓东*

[摘要] 本文阐述了三个问题，一是中国特色法律体系与《文物保护法》，有法可依；二是完善文物法律体系及统一性、借鉴和“写小不写大”等；三是建设文物法治文化及作为其主要内容的文物法制观念等。

[关键词] 文物保护法 法律体系 法治文化

2011年3月10日，吴邦国委员长向十一届全国人民代表大会第四次会议作的全国人大常委会工作报告中庄严宣布，中国特色社会主义法律体系已经形成，中国已在根本上实现从无法可依到有法可依的历史性转变，各项事业发展步入法制化轨道。这是改革开放30多年来法制建设取得的重大成果，为依法治国奠定了坚固的基石，是中国法制建设史上一个伟大的里程碑，具有十分重要的现实意义和深远的历史意义。

一、中国特色社会主义法律体系 与《文物保护法》

吴邦国在报告中指出：“到2010年底，我国已制定现行有效法律236件、行政法规690多件、地方性法规8600多件，

并全面完成对现行法律和行政法规、地方性法规的集中清理工作。目前，涵盖社会关系各个方面的法律部门已经齐全，各法律部门中基本的、主要的法律已经制定，相应的行政法规和地方性法规比较完备，法律体系内部总体做到了科学和谐统一。一个立足中国国情和实际、适应改革开放和社会主义现代化建设需要、集中体现党和人民意志的，以宪法为统帅，以宪法相关法、民法商法等多个法律部门的法律为主干，由法律、行政法规、地方性法规等多个层次的法律规范构成的中国特色社会主义法律体系已经形成，国家经济建设、政治建设、文化建设、社会建设以及生态文明建设的各个方面实现有法可依”。

吴邦国在报告中所讲的“以宪法为统帅，以宪法相关法、民法商法等多个法律部门”，应是指宪法相关法、民法商

* 李晓东，中国文物学会顾问，研究员，长期从事文物考古、文物法律制度研究与文物保护管理工作。原载于《中国文物科学研究》2011年第2期。

法、行政法、经济法、社会法、刑法、诉讼及非诉讼程序法等七个法律部门。它与有的人说某个法是“部门法”完全不同，所谓“部门法”是根本不存在的。所有的法律都是国家的法律，都是根据宪法和立法程序制定的，它们在法律体系中，从分类上属于不同的类，如宪法类、民法商法类、行政法类、经济法类、社会法类、刑法类、诉讼法及非诉讼程序法类等七大类。

吴邦国在报告中十分明确地指出：“各法律部门中基本的、主要的法律已经制定”。在现行有效的 236 件法律中，包括《中华人民共和国文物保护法》，它是行政法中基本的、主要的法律之一。

在现行有效的 690 多件行政法规中，有《中华人民共和国文物保护法实施条例》（2003），《中华人民共和国水下文物保护管理条例》（1989），《中华人民共和国考古涉外工作管理办法》（1991）、《长城保护条例》（2006）和《历史文化名城名镇名村保护条例》（2008）等 5 件。在现行有效的地方性法规 8600 多件中，也包括了一些省、自治区、直辖市人大常委会制定的文物地方性法规等。

《文物保护法》与《文物保护法实施条例》等文物行政法规和文物地方性法规等，是中国特色社会主义法律体系的重要组成部分。文物保护是文化建设的组成部分。文化建设有法可依，其中包括《文物保护法》等法律法规。在形成中国特色社会主义法律体系中，对文物法律法

规方面取得的成绩，文物界作出了重要贡献。

中国特色社会主义法律体系的形成，使经济建设、政治建设、文化建设、社会建设等实现了有法可依，需要特别指出的是，由于有了《文物保护法》等法律法规，使文物保护和文物保护事业有法可依，使文物保护法和文物保护事业发展步入了法制化轨道。

二、完善文物法律体系与统一性等原则

文物法律体系在新中国成立 60 周年之际，已基本形成。它以宪法为中心和统帅，以基本法律为基础，以文物保护法为主干，以文物法律和文物行政法规、文物地方性法规，以及文物规章等多个层次法律法规规范构成。中国特色社会主义文物法律体系的基本形成，为文物保护、合理利用、加强管理等各个方面实现了有法可依，有了法律保障，使文物保护事业发展纳入了法制化轨道。

文物法律体系的完善永无止境。文物保护实践是文物法律的基础，文物保护法律是文物保护实践经验的科学总结。随着经济社会的发展和文物保护实践的发展，在文物保护领域会出现一些新情况新问题。在认真总结正反两方面实践经验的基础上，会形成一些新的规定；在有关方面认识比较一致的情况下，以其中取得共识的部分，对现有法规作出必要修改、调整，更好地发挥法律法规对文物保护的支