

文物保护法研究专辑

Ⅲ

《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 III

《文物保护法研究专辑》编辑部 编



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 III / 《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 - 4192 - 3

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 296874 号

文物保护法研究专辑 III

《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](http://www.wenwu.com)

E-mail: web@wenwu.com

北京宝蕾元科技发展有限公司制版

北京京都六环印刷厂印刷

新华书店经销

787 × 1092 1/16 印张: 14

2014 年 12 月第 1 版 2014 年 12 月第 1 次印刷

ISBN 978 - 7 - 5010 - 4192 - 3 定价: 56.00 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

当前文物工作的四种错误倾向

- 在全国人大常委会纪念《文物保护法》颁布 30 周年座谈会上的发言 谢辰生 1
- 文化遗产保护法律体系完善探析 张传伟 6
- 《文物保护法》修法工作应重视的几个问题 何 流 13
- 中国世界文化遗产的法律保护模式
- 以北京故宫为样本 王云霞 17
- 中国文化遗产法发展史概论 黄树卿 27

世界遗产地管理体制之争及其理论实质 张朝枝 38

城市化背景下的文物保护法理探析 梁岩妍 47

公益与私益之间：论文物保护法的价值取向

- 以非国有不可移动文物保护为例 张舜奎 马作武 57
- 文物捐赠的法律问题研究 王云霞 崔 璨 67
- 文物的私法问题研究
- 以文物保护为视角 李玉雪 80

论传统文化的法律保护

- 以非物质文化遗产和传统文化表现形式为对象 吴汉东 98
- 非物质文化遗产与知识产权保护 冯晓青 118
- 《乌苏里船歌》案与少数民族文化权利保障研究 田 艳 131

中国追索流失海外文物的国际法困境与出路

- 以“鼠首兔首拍卖案”为例 罗国强 144

追索海外流失文物法律分析

——从圆明园兽首拍卖事件谈起	萧 凯 159
二战被掠文物返还的法律基础及相关问题	王云霞 175
我国二战前流失海外博物馆文物回归的国际法探析	刘丽娜 184
论法国文化遗产的法律保护及其对中国的借鉴意义	叶秋华 孔德超 196
日本法律对“文化遗产”的定义、分类与分级	周 超 210

当前文物工作的四种错误倾向

——在全国人大常委会纪念《文物保护法》颁布
30 周年座谈会上的发言

谢辰生*

〔摘 要〕谢辰生先生在全国人大纪念《文物保护法》颁布 30 周年大会上关于《当前文物工作的四种错误倾向》的发言，在文物界内外引起广泛的反响，受到广大文物保护工作者的热议和好评。最近谢辰生先生提出希望在《中国文物科学研究》上将其发言全文发表以飨读者。其实，这“四种错误倾向”的存在和提出，已是上世纪 90 年代和世纪之交期间的的事情。但是，至今仍然具有很强的现实的针对性，值得有关方面高度关注。今天的现实情况比起十多年前并无多少好转，有的问题甚至表现得更为严重。谢老在发言中又针对当前现实作了深刻的补充论述。为此，本刊尊重谢老意见，将谢老发言的全文登载。

〔关键词〕文物保护法 文物价值经济化 文物工作产业化 文物管理市场化
文物产权国际化

今年是《文物保护法》颁布 30 年，同时又是对保护法进行修订的 10 周年。1982 年颁布的《文物保护法》是在总结新中国成立以来文物保护工作正反两方面的经验基础上，借鉴了国际社会的新经验而制定的，是对“文革”期间，严重破坏法制，造成文物重大损失的拨乱反正。2002 年新修订的《文物保护法》是一部与时俱进的法，但它在立法精神上是与原法一脉相承的。修改是围绕着在新的历史

条件下，如何进一步实现 1982 年《文物保护法》的立法宗旨来进行的。修改的新法总结了改革开放 20 年实践的新经验，从现实存在的实际出发，对因社会主义市场经济的发展而变化了的社会环境和出现的新情况、新问题，特别是一些不利于文物保护的突出问题，作出了比原法更明确、更严格、更严密、更具有操作性的新规定。新法条文从原法三十三条增加到八十条，比原法多了一倍多，而且很有针对

* 谢辰生，国家文物局原顾问，中国文物学会名誉会长，著名文物学专家。原载《城市规划》2013 年第 3 期。

性。在加强文物行政管理职权和明确文物行政部门及政府有关部门的行政执法主体和执法权等方面都较原法有了很大的改进。特别是把新中国成立以来在实践中行之有效的文物工作方针写入了新法的总则，上升为法律准则；把“五纳入”的具体要求分别写进了新法的条文。这对我国文物保护工作具有重大的现实意义和深远的历史意义。

改革开放 30 多年，我国文物保护工作取得了举世瞩目的显著成绩，文物事业发展的规模和速度以及国家对文物事业的投入，都远远超过了前 30 年。这正是认真贯彻执行《文物保护法》，依法行事所取得的成就。同时我们也应当看到近 30 多年中，有一些在前 30 年早已消失的文物犯罪活动，又在新的历史条件下，沉渣泛起。在上世纪 80 年代中期一些文物犯罪活动又开始活跃起来，到 90 年代达到了高潮，盗掘古墓活动不仅在中原地区，杳无人烟的大漠也未能幸免，内蒙古的辽墓 90% 以上被盗掘一空，大量珍贵文物被走私出境，出现在伦敦文物市场上。国家公布的 100 多座历史文化名城，除了平遥、丽江、韩城少数几个保存比较完好外，有相当一部分名城在旧城改造中，大拆大建，或者拆真文物，造假古董，致使有的名城已面目全非，名存实亡。上述情况之严重，为新中国成立以来所未有，也为历史上所罕见，其严重性已远远超过了包括“文革”在内的前 30 年。如果不严加整治，遏止其继续发展，将会造成更加严重的后果。更值得注意的是，近年来，

随着社会主义市场经济的深入发展，社会上各种思潮也普遍活跃起来，在文物保护问题上，出现了一些值得高度重视的倾向，不断地干扰和影响文物工作方针的贯彻执行，不断地干扰和影响文物事业的健康发展，而且对各种文物犯罪活动和文物破坏活动起了推波助澜的作用。这些错误倾向的主要表现是：

第一，文物价值经济化。即用商品经济的理论来判断文物的价值，用经济效益来衡量文物工作的意义，从市场效应来确定文物利用的取向。这是与文物保护工作本身内在的本质要求相违背的。文物是一个国家和民族的文化遗产，从本质上说，它不是商品，只有一小部分在国家政策的允许下进入流通领域，才成为区别于一般商品的特殊商品。但从总体上说，文物的价值是它本身固有的历史、艺术、科学价值而不是经济价值。文物工作为社会发展服务，是为社会提供精神力量和智力支持，而不是创造物质财富。文物工作是文化现象，不是经济现象，是属于精神文明建设范畴，不是属于物质文明建设的范畴。因此，只能从社会效益来判断文物工作的意义和确定对文物利用的取向。即使在坚持社会效益的标准下，同样会取得相应的经济效益。事实上，社会效益与经济效益是统一的，而且应当成正比，越是重视社会效益，经济效益就会越好，如果只是片面地追求眼前的局部的、暂时的经济效益，不但会损害社会效益，而且归根结底还会损害长远的经济效益。对文物事业来说，必须要把社会效益放在首位。这是

必须坚持的基本原则。

第二，文物工作产业化。这是文物价值经济化的表现和发展。近十年来，在文物界内外，部分人主张文物工作产业化。他们要求把文物保护维修、考古发掘、科学研究、宣传展示等各个部门和各个环节统统按市场经营机制运作，以期获得最高的经济效益，并以此作为文物工作改革创新标志。这是完全错误的理论。产业主要是指在社会分工条件下从事经济活动的国民经济各部门，而文物工作所从事的不是经济活动而是文化活动，不是国民经济部门，而是不以追求营利为目标的社会公益事业，二者性质是根本不同的。如果文物工作实行产业化，就从根本上改变了文物工作的基本性质，也必然要改变它的正确方向而走到邪路上去。但这并不排斥利用文物资源发展相关产业，文博单位完全可以从宣传文物、服务群众出发，密切结合文物工作的业务特点，开发具有行业特色的文物第三产业，并且应当努力做到社会效益与经济效益的最佳结合，这对文物工作发展是有利的。因此，文物工作可以办产业，但不能产业化。

第三，文物管理市场化。这主要是指一个时期以来，一些地方主要领导由于在认识上存在误区，在决策上存在错误，以管理权与经营权相分离为理由，由旅游公司兼并文物单位，进行所谓“强强联合、捆绑上市”，试图实行文物管理市场化。正是因为这种管理体制的改变，而导致了“水洗三孔”等这样严重的事件。文物是国家的历史文化遗产，保护文物是政府行

为，对文物的保护管理只能由政府分工的职能部门负责，而不能由其他任何部门特别是旅游企业或改头换面的“管委会”来越俎代庖。旅游业不是资源型产业，不应掌握资源。它是服务型的第三产业，只是为人民生活、公共需求服务的经济活动部门。实践证明，旅游公司兼并文物单位的做法是十分有害的，必须纠正。文物与旅游两个部门又必须进行合作但不能合并。因为保护好文物是促进旅游发展的重要条件。同时，通过旅游活动，可以更充分、更广泛地发挥文物在国民素质教育、丰富人民精神文化生活以及促进中外文化交流等多方面的积极作用。因此，两个部门是应当相互促进、相辅相成的。文物部门应当加强旅游意识，在保护文物的前提下，为旅游发展创造条件，旅游部门则应当认真贯彻文物工作方针，尊重文物工作的客观规律，彼此密切合作，相互促进，共同发展。只有这样，才能形成良好循环，达到“两利”的目的。反之，势必造成两不利，既不利于文物保护，更不利于旅游可持续发展。同时，文物工作是一项政策性、专业性很强的工作，因而不是任何部门单位、任何人都可以掌握好这个“度”的。哪些文物可以开发，如何开发，开发到什么程度，哪些文物不适宜开发，或者暂时不适宜开发，都应当由文物主管部门根据相关的政策，遵循文物工作本身的客观规律来作出决定，而不宜单纯由旅游需要来决定。因此，旅游和文物保护相结合必须要有个“度”，即必须以文物保护为前提，必须坚持社会主义公益事

业不能企业化、市场化，国有资产不能私有化。

第四，文物产权国际化。早在 20 世纪 90 年代初，就有人提出文化遗产应是“世界共有”的观点。从此，一些媒体为之广泛宣传，有的文章认为这是文物理论上的突破。他们认为，文物无国界，任何珍贵文物摆在中国故宫和摆在法国卢浮宫“其性质没有什么差异”。有人还宣扬掠夺文物有功，为帝国主义盗窃敦煌文物翻案，甚至美化斯坦因、伯希和等是“旷世大师”、“文化功臣”，对他们“大可不必计较恩怨”，应该给予“百分之百的宽容”。这种观点如果成立，过去列强掠夺其他国家文物的行径，岂不都是合理合法了吗？因此，共有的观点是极其有害的。不管其主观动机如何，至少客观的效果，就是否定国家禁止珍贵文物出境的法律，为敞开国门卖文物和听任文物大量外流制造“理论”根据。文物是历史文化的载体，所体现的文化和科学成果作为一种精神财富可以是属于全世界的，但具体到每一件本身则只能是属于它的国家甚至个人。在这里，必须把精神财富与文物所有权区别开来。正如一项科学技术全世界都能应用，但具体的产品则是有国别乃至厂别的。即使科学技术也还有专利的问题。因此，文物只能共享，不能共有。

以上所列举的种种错误倾向，其产生的一个重要原因，是不少同志没有正确认识文物保护与市场经济的关系，仿佛实行市场经济体制，一切社会领域都必须按市场经济规律来运作，这是走进了对市场经济

认识的误区。因此，一个时期以来，不少人说《文物保护法》是计划经济的产物，实行市场经济就必须打破它所规定的条条框框。应当承认，《文物保护法》原来规定的一些具体要求和措施，已经不能完全适应客观情况的发展与变化，需要进行必要的修订和完善；但绝不是要修改它所确定的而且实践证明是正确的文物保护基本原则和基本方法。这些原则和方法是遵循文物保护工作规律而制定的，而且大都是国际社会共同确认的原则，是国际社会总结了 100 多年来在文物保护问题上的正反两方面的经验教训而形成的。它所体现的客观规律，并不因为国家、民族和社会制度的不同而有所区别，更不能因为经济体制的改变而改变。因此，那种认为随着社会主义市场经济体制的确立，文物保护工作也要完全改变成为“经济行为”，并且必须照搬经济领域中的原则和做法来规范文物工作的观点是完全错误的。文物保护与市场经济是分别属于两个性质不同的社会领域，都有各自的客观规律，二者是不能互相取代的。否则就混淆了事物的质的区别，就会把事情搞乱。

市场经济是法制经济，越是改革开放，越要加强管理，越是市场经济，越要加强法治，要警惕伪市场经济的陷阱。在市场经济条件下，绝不是要用市场经济规律取代文物工作规律，而是要更加坚定地遵循体现了文物保护自身发展规律的基本原则和方法，研究因社会主义市场经济体制的建立而变化了的社会环境和出现的新情况、新问题，从实际出发，有针对性地

把这些原则和方法具体化，提出更明确、更具体、更具有操作性的新措施，并且应当加强和充实各级文物部门，树立文物部门的执法权威，在执行中大力加强执法力度。因此，在文物保护的指导思想上绝不是要放松、放宽，而是要更加严格、更加严密。只有这样，才能保证在社会主义市场经济的条件下，能更加科学、规范和有效地保护好文物，使我国的文物事业沿着正确的方向，持续健康地向前发展。

邓小平同志明确提出，“思想文化教育卫生等部门，都要以社会效益为一切活动的唯一准则，它们所属的企业也要以社会效益为最高准则”；^[1]并且对精神产品商品化的倾向进行了尖锐批评，他指出：“有些混迹于文艺界、出版界、文物界的人简直成了唯利是图的商人。”^[2]文物事业是文化事业的一个重要组成部分，是社会主义精神文明建设的重要阵地。保护好、利用好、传承好中华民族珍贵的历史文化遗产正是体现了广大人民群众的根本利益和长远利益。因此，那种要求文物事业产业化、市场

化的观点，都是违背邓小平理论的，都是不符合科学发展观要求的。

当前，文物工作面临的形势是既有机遇又有严峻挑战，我们要抓住机遇，迎接挑战，在工作中严格执法，全面准确地认真贯彻执行国家文物工作方针。正确处理文物保护与利用的关系、社会效益与经济效益的关系，特别是文物保护与市场经济的关系。坚持把保护放在首位，以社会效益为最高准则，克服危害文物事业的种种倾向，巩固60多年来的光辉成就和成果，在马克思列宁主义、毛泽东思想和邓小平理论的指引下，全面贯彻落实科学发展观，把新时期文物工作提高到一个新的水平，为全面建设小康社会做出新的贡献。

注 释

[1] 《邓小平文选》第3卷，人民出版社，1993版，第145页。

[2] 《邓小平文选》第3卷，人民出版社，1993版，第43页。

文化遗产保护法律体系完善探析

张传伟*

〔摘要〕经济社会发展与文化遗产保护之间存在着现实的矛盾和冲突。在国人文化遗产保护意识淡漠的背景下，城市化进程加快、过度旅游开发、管理不当，都加剧了对文化遗产的破坏。我国保护文化遗产方面的法律体系存在缺陷。从文化遗产保护视角，应确立工程立项文化遗产评估先行程序，确立文物保护经费的政府责任，组建文化稽查警察队伍。从制裁破坏文化遗产违法犯罪行为的视角，应强化对破坏文化遗产行为负直接或领导责任的国家工作人员的行政责任，对法人违法犯罪，在进行刑事、行政责任追究的同时追究当事人的民事责任。严密破坏文化遗产犯罪的刑事法网。

〔关键词〕文化遗产 法律保护 法律责任

文化遗产是人类祖先留给我们的宝贵财富，它携带着历史情感、国家和民族的象征及信仰，巩固了个人、民族和国家的文化认同。^{〔1〕}近几年，我国不少地方为了经济利益屡屡上演毁坏、甚至灭失文化遗产的悲剧，悲剧制造者大多没有受到应有的法律制裁，形成了破坏文化遗产的恶性循环怪圈。经济社会发展与文化遗产保护存在着现实矛盾，文化遗产合理开发利用与保护，应由法律做出公正的平衡。

一、经济社会发展与文化遗产保护之间存在着矛盾与冲突

（一）文化遗产保护与经济社会发展的矛盾表现

本文中所称文化遗产，主要指的是物质文化遗产，它是某个历史时期人类文明的见证，蕴含了丰富的文化底蕴，具有不可再生性。历史遗留下的建筑空间环境，是一种特殊的文化载体，它们凝固与浓缩了当时的文化，并以物质的形态进行展示，是文化传统与特色的继承。具有丰

* 张传伟，时为山东大学法学院博士研究生，现为山东政法学院教授。本文是山东省软科学项目“文物古迹保护与开发利用法律规制研究”（2009RKB430）的阶段性成果。原载《山东社会科学》2011年第10期。

富、珍贵的科学文化价值和教育美学价值。^[2]

随着我国经济社会的快速发展,城市化进程不断加快,受城镇集聚效应的影响、建设土地问题控制和交通成本递增现象的制约,城市发展逐渐将目光放在旧城改造上。经济社会发展的不平衡,往往容易导致政府对文化遗产保护资金投入不足。旧城改造、道路修建等工程建设越来越多出现由房地产开发商介入的办法来平衡资金不足,工程建设正对文化遗产造成不可逆转的破坏,甚至使整个历史风貌逐渐被蚕食。^[3]

（二）以大拆大建为主要标志的城市化对文化遗产破坏的表现

改革开放以来,城市化进程不断加快,我国民众在享受现代城市文明的同时,也付出了文化遗产被毁坏的代价。国家文物局局长单霁翔在中国人民大学演讲时说:旧城改造和危旧房改造直接造成历史性城市文化空间的破坏、历史文脉的割裂、社区邻里的解体,最终导致城市记忆的消失。^[4]诚哉,斯言!2008年,安徽泗县将有900余年历史的释迦寺卖掉从事房产开发,释迦寺被毁。江苏镇江千年粮仓被强拆也因开发商具有官方背景之故。根据我国《文物保护法》规定,大型工程建设,要根据考古调查结果调整设计方案,报规划局审批后才能开工。但该项目没有报批,千年粮仓最终毁于开发商的楼盘开发中。如果这种只顾经济利益的短视行为任其蔓延下去,对文化遗产来说,不啻是一场赤裸裸的浩劫。

（三）旅游开发过度对文化遗产的破坏

文化遗产是一项重要的旅游资源,文化遗产本身就是自然景观,是特定地域历史文化的传承载体。旅游在促成社会重视并支持文化遗产保护方面展现了强大的能量。以这样的理念对待文化遗产,那文化遗产就是旅游发展过程中独特的魅力所在。但现实中大量的过度利用、轻视保护的短视行为,对文化遗产进行掠夺性的开发利用,超负荷地接待旅游者,完全违背了文化遗产保护以“保护为主、合理利用”的原则,加剧了文化遗产的老化、破坏乃至毁灭。^[5]张家界——武陵源几年前被联合国教科文组织亮以黄牌,黄山上增设索道、修建宾馆,大同市用5亿元在云冈石窟周围打造购物街和大型水面工程。^[6]这些文化遗产的过度开发与利用,不仅破坏了属于全人类的宝贵资源,而且更为严重的是,一旦破坏,将永远不可能恢复。

（四）保护观念陈旧、保护手段落后对文化遗产造成不可逆转的破坏

1. 决策者对文化遗产保护知识的无知破坏文化遗产。被二战后西德《远东旅行》称作“远东第一站”的老济南津浦路哥特式火车站,融哥特风格和巴洛克风格于一体,是当时清华大学、同济大学建筑学教科书上的范例。这个本该精心保护的建筑,却在1992年迎来了野蛮的浩劫。决策者的无知,反映出决策者缺乏对文化遗产代表的历史传承最起码的尊重和对文化遗产应有的敬畏感。

2. 保护管理方式落后破坏文化遗产。

2000年12月中旬,曲阜国际旅游股份有限公司对“三孔”进行卫生大扫除,致使“三孔”古建筑彩绘大面积模糊,大成殿内文物几乎全部用水冲过。这些都是因为保护管理方式落后导致文化遗产被毁坏。

3. 随意改变历史原貌破坏文化遗产。1997年,丽江古城被联合国教科文组织列入世界文化遗产保护名录,重要原因是这里保留的“活着的文化——纳西人的生活状态”。古城的灵魂,不仅在小桥流水,更在人家,以及存在于这一民族中的传统文化。后人口置换未能及时控制,导致古城文化主体的转移和失落。^[7]这种随意改变历史原貌的行为,与其说是为了保护文化遗产,不如说是对文化遗产根本性的破坏。

二、我国法律制度在文化遗产保护方面存在的缺陷

(一) 我国还没有形成完整保护文化遗产的法律体系

1. 行政法律法规对文化遗产保护执行力的规定存在缺陷

《文物保护法》第17条规定:“文物保护单位的保护范围内不得进行其他建设工程或者爆破、钻探、挖掘等作业。但是,因特殊情况需要在文物保护单位的保护范围内进行其他建设工程或者爆破、钻探、挖掘等作业的,必须保证文物保护单位的安全,并经核定公布该文物保护单位的人民政府批准……建设工程选址,应当尽可能避开不可移动文物;因特殊情况不

能避开的,对文物保护单位应当尽可能实施原址保护。”这是从程序上对文物保护单位文化遗产保护的强制性法律规定。《文物保护法》第29条规定了对大型工程与文化遗产保护冲突的处理原则:“进行大型基本建设工程,建设单位应当事先报请省、自治区、直辖市人民政府文物行政部门组织从事考古发掘的单位在工程范围内有可能埋藏文物的地方进行考古调查、勘探。”而这些规定,却被地方政府和施工单位有意无意忽略了,以致文物保护在城市建设过程成了可有可无的事情。

文物保护法律法规对破坏文化遗产的行为规定了相应的法律责任。《文物保护法》规定,违反规定造成文物灭失、损毁的,依法承担民事责任。对擅自在文物保护单位保护范围内进行建设工程或者爆破、钻探、挖掘等作业……对文物保护单位的历史风貌造成破坏、擅自迁移、拆除不可移动文物的行为,由县级以上人民政府文物主管部门责令改正,造成严重后果的,处五万元以上五十万元以下的罚款;情节严重的,由原发证机关吊销资质证书。2003年施行的《文物保护法实施条例》第54条规定也有类似规定。

上述法律、法规虽然规定了行政处罚措施,赋予了文物管理部门一定的行政处罚权力,但由于文物管理部门不具有行政强制权,无论吊销资质证书、还是罚款,违法人的违法成本与其违法获得的利益、造成的不可估量的损失相比太微不足道,何况多数情况下连这些微不足道的惩罚也没有。

2. 民事法律对保护文化遗产的作用存在不足

虽然文物保护法规定“违反规定造成文物灭失、损毁的，依法承担民事责任”，但是，我们见到破坏文化遗产的事件中，真正作为案件处理的，都是罕见的情况。原因主要有：一是文化遗产的价值，其最大价值是其历史文化遗产价值、艺术价值，往往很难从民事法的角度进行价值估量，诉讼请求的赔偿数额也就存在不确定性；二是民事法律制度本身存在缺陷，对破坏文化遗产的案件，民事赔偿请求由哪个机关提起，没有作出明文规定；三是由于片面追求经济利益，对破坏文化遗产案件认识片面，往往处理过轻。

3. 刑法对文化遗产保护的规定存在缺陷

刑法对故意或过失损毁国家保护的珍贵文物、全国和省级文物保护单位的文物、故意损毁国家保护的名胜古迹等行为，规定了故意损毁文物罪、故意损毁名胜古迹罪、过失损毁珍贵文物罪、走私文物罪、倒卖文物罪、非法出售、私赠文物藏品罪、盗掘古文化遗址、古墓葬罪等文物犯罪。但刑法对刚刚出土、破坏行为发生时不属于国家珍贵文物、全国和省级重点文物保护单位的文物、名胜古迹或者是历史、艺术、科学价值无法判断的文化遗产的破坏行为，即使事后证明属于上述范围，破坏行为当时也无法进行处罚。特别是城市建设中故意大量毁坏出土文物的行为没有入罪，在保护范围上存在缺陷。

(二) 我国文化遗产开发利用法律制度欠缺

保护文化遗产的重要目的，是在保护文化遗产基础上对其进行有效利用。所以，利用文化遗产资源促进旅游业的发展，拉动经济的增长，本无可厚非。但如果只考虑对文化遗产的利用，而不考虑对其首先进行保护，那么过分商业化造成了对文化遗产的破坏。北京圆明园建设大剧院的设想令全国人民一片哗然；山西省祁县乔家大院，被专家学者誉为“北方民居建筑史上一颗璀璨的明珠”，2007年成立山西乔家大院旅游开发有限公司，将乔家大院经营权入股归该公司所有，后被认定为一起严重违反国家文物保护法的行为。^[8]虽然上述两起违法行为均被中途制止，但却反映出对经济利益的追求与文化遗产保护方面，二者是不对等的。我国亟需构建文化遗产开发利用的法律制度。

(三) 对破坏文化遗产行为的法律责任威慑力不足

1. 国家工作人员故意破坏文化遗产行政法律责任的规定存在缺陷。许多破坏文化遗产的案件，其破坏者往往是行政官员，却少有人因此受到行政法律的追究。前文所述“千年粮仓”被毁坏案件，开发商镇江市城市投资公司总经理祝瑞洪是镇江市建设局副局长。我国《公务员法》第53条第14项规定：公务员不得从事或者参与营利性活动，在企业或者其他营利性组织中兼任职务。让人不解的是，到目前为止，我们也没有见到祝瑞洪承担何种法律责任。这不能不拷问公务员违法行为

法律责任承担体系的滞后与不完善。

2. 对经济建设中的破坏文化遗产的行为民事法律手段制约不够,民事责任规定与运行形同虚设。《文物保护法》第65条规定,违反规定造成文物灭失、损毁的,依法承担民事责任。不管是曲阜“三孔”文物遭水洗,还是安徽泗县文化局下达了文物保护通告和停工通知后,开发商仍肆无忌惮施工破坏的案件,我们都没有见到行政执法机关或者司法机关在事后救济时采取民事制裁手段。让违法主体承担民事责任的原则,应使违法主体至少不能因违法行为得到任何经济上的利益,甚至应让其付出经济上的沉重代价。

3. 刑法对法人破坏文化遗产的行为规定不全面,处罚不力。应当说,不论是镇江宋元“千年粮仓”被毁行为、曲阜三孔遭水洗行为,均应构成故意损毁文物罪或者故意损毁名胜古迹罪,应当受到严惩。两个案件的违法行为者均是单位,刑法规定自然人犯罪,没有规定单位犯罪,也是刑法不完善的具体表现。

三、完善文化遗产保护的法治措施

(一) 从文化遗产保护视角进行法律规制

1. 严格遵守《世界文化遗产公约》中规定的文化遗产的保护原则。该《公约》文化遗产的保护原则在世界上得到广泛认同。这些原则有:第一,对建筑物在任何一种干预之前的状态和处理中所采取的所有方法与材料都必须充分完全地记

录下来;第二,历史见证绝不可破坏、失真或抛弃;第三,任何干预都必须是最低限度的和必要的;第四,任何干预都必须不折不扣地尊重文物的、历史的、审美的和形体的完整性。^[9]遗憾的是,作为四大历史文明古国之一的我们,却没有遵守这些公认的保护文化遗产准则。

2. 《文物保护法》应确立工程立项文化遗产评估先行程序,并赋予其强制执行效力。《文物保护法》明确规定大型工程需事先进行文物勘探和保护,经考古勘探和发掘后才施工,施工时发现文物要立即停工报文物管理部门,考古发掘后方可继续施工,经费由建设方负担。但是地方上一些较小工程,建设方和施工方往往不愿出此费用。解决此问题应修订《文物保护法》,工程规划立项之初必须有文物部门参与,由建设单位申请文化遗产评估,将文化遗产评估程序放到与环境评估相同的法律地位上来。

3. 借鉴国外做法,改变现行《文物保护法》文化遗产保护经费制度的软指标规定,变为强制性法律规定。文化遗产保护经费的筹集制度,国外的一些做法值得我们借鉴。在美、日等国,工程遇到地下文物,考古费用也由建设单位承担,但是考古费用可以抵充税款。在西班牙,所有建设项目必须拿出工程款的1%作为文化基金,由政府统一管理。所以,我国应借鉴国外的做法,改变文物保护法中将文化遗产保护经费作为软指标的做法,法律应作出强制性规定,并将其落实情况作为考核地方政府是否称职的重要依据。

（二）从对文化遗产开发利用视角进行法律规制

1. 确立原址保护开发利用的法律原则。在遗产开发利用与保护上，可以借鉴国外法律制度。意大利罗马的主要遗迹，如斗兽场、古罗马市场仍在罗马市中心保存，遍地的断墙残壁、斜躺的大理石拦板、残破的凯旋门等在原地整体得到了很好保护，同时创造了良好的遗产经济效益。政府则把年税收的8‰用于文物古迹的保护，^[10]收到了良好的经济利益与社会效益。对文化遗产的保护，应确立原址保护原则。

2. 确立原物保护利用的法律原则。文化遗产的价值最终在于利用。如果文化遗产在确保安全保护的前提下继续使用不致损毁的，应被允许。意大利财政部楼是17世纪的建筑，现由意大利财政部使用和保护。原物的利用，应由法律规定受益人实施保护，当然这是在确保文化遗产安全的前提下。

（三）从制裁破坏文化遗产违法犯罪行为视角进行法律规制

1. 强化对破坏文化遗产行为负直接或领导责任的国家工作人员的行政责任。曲阜水洗“三孔”事件发生后，曲阜市分管文物的副市长颜世全被行政警告；曲阜孔子旅游（集团）有限责任公司董事长兼总经理柴林庆行政记大过。我们在对工程施工、城市建设等过程中见到的破坏文化遗产的案件，对破坏行为负有直接责任和领导责任的国家工作人员，理应进行法律责任追究，让其承担相应的行政法律

责任。但笔者认为，比个案处理更为科学的做法是将负有直接责任和领导责任的国家工作人员行政责任在《文物保护法》中明确下来，由法律规定强制负有保护责任的国家工作人员履行保护人类文化遗产的法律义务。

2. 对破坏文化遗产法人违法的行为，应及时追究法人的民事责任。我国工程建设中野蛮施工破坏文化遗产的案件多为法人所为，并且通过破坏行为获取超额非法利益。所以，法人违法破坏文化遗产时，对破坏文化遗产的行为人追究行政责任的同时，当地文物管理部门应代表国家作为原告向法院提起民事诉讼，要求破坏者承担民事赔偿责任。如果构成犯罪的，在追究其刑事责任的同时，文物管理部门应作为附带民事诉讼原告人依法请求民事赔偿。民事赔偿应采取惩罚性原则，即不能让因破坏文化遗产的法人从破坏文化遗产的行为中获取任何利益。

3. 严密破坏文化遗产犯罪的刑事法网，对故意破坏文化遗产的自然人和法人从严打击，并增加罚金或者没收财产等附加刑的法律规定。第一，故意损毁文物罪、故意毁损名胜古迹罪的犯罪主体应增加单位犯罪。故意损毁文物罪、故意毁损名胜古迹罪的犯罪主体均为自然人，没有将单位规定为犯罪主体，不利于城市建设、工程施工中基于单位意志故意损毁文物和名胜古迹的行为。第二，过失损毁珍贵文物罪的犯罪主体应增加单位，自然人犯罪的刑事责任应增加罚金，有利于行为人在实施可能破坏文化遗产行为时尽到谨

慎的注意义务。

4. 由文化管理部门与公安机关组建新的文化稽查警察队伍。目前,文化稽查队伍不属于警察队伍,不具有采取强制措施权力。而组建由文化管理部门和公安机关共管的文化稽查警察队伍,除从事文化稽查队伍的行政执法活动外,由文化稽查警察队伍与专业文物保护单位一起保护文化遗产,处理破坏文化遗产的违法犯罪案件,可以有效地遏制破坏文化遗产案件多发的局面。

综上所述,文化遗产不是经济发展、城市化进程的累赘,而是其重要支撑。我们不愿意看到具有深厚历史积淀和文化价值的古代人类文明在推土机的轰鸣声中消失,如果中华民族包容不下本民族具有历史意义的文化遗产,那将是中华民族的悲哀,更是全人类的悲哀。

注 释

- [1] 庄孔韶:《文化遗产保护的观念与实践的思考》,《浙江大学学报(人文社会科学版)》2009年第5期。
- [2] 陈宁、周炳中:《城市化进程下的旧城改造和历史文化遗产保护》,《经济论坛》2007年第1期。
- [3] 高耸、姚亦峰:《历史文物古迹保护与城市更新关系的研究——以南京内秦淮地区为例》,《安徽农业科学》2007年第32期。
- [4] 荆楠:《文学节系列讲座之五:城市化进程与文化遗产保护》,中国人民大学文学院网站,2011年4月1日。
- [5] 赵剑辉、刘宏:《浅谈文物保护与旅游开发的对立统一》,《雁北师范学院学报》2007年第3期。
- [6] 刘菊湘:《我国世界遗产过度开发与利用研究》,《山东社会科学》2010年第4期。
- [7] 陈俊生、龙明东、李传贵:《旅游开发中的历史文化遗产保护》,《大众科技》2008年第9期。
- [8] 周佑勇:《乔家大院经营权被转让引发的思考》,《学习月刊》2008年第5期。
- [9] 庄孔韶:《文化遗产保护的观念与实践的思考》,《浙江大学学报(人文社会科学版)》2009年第7期。
- [10] 杨青:《罗马文物保护掠影》,《北京支部生活》2008年第2期。