

文化遗产的
刑法保护研究

郭理蓉 / 著

Research on Criminal Law
Protection of Cultural
Heritage

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

引 言

提及文化遗产，人们会想到很多具体而且有历史感的事物，大到磅礴大气的古长城、宏大壮丽的故宫建筑群、令人惊叹的古埃及金字塔，小到精致玲珑的鼻烟壶、中学古文课文中所讲的明代奇巧人王叔远雕刻的“核舟”、令人叹为观止的米刻微雕……浩如繁星，难以尽数。文化遗产是人类文化的符号，它们凝聚了每个民族在悠久历史进程中的文化成果、智慧和经验，承载了每个民族乃至全人类共同的精神财富，是人类智慧的结晶和人类文明的载体，它们的演进、流传见证着人类历史的传承与变迁。

文化是一个国家的“软实力”。文化软实力的强弱，直接关系到国家的凝聚力和国际竞争力，也关系到国家维护自身利益、实现自身战略目标的能力。^①近些年来，我国政府与民间都越来越深刻地认识到文化软实力的重要性，对文化遗产的重视程度与日俱增。“十二五”以来，中国共产党全国代表大会报告中都强调文化遗产事业与经济社会发展的关系空前重要，以文化自觉、文化自信和文化自强为特征的文化强国梦是中国梦的重要组成部分。党的十八届六中全会文件提出了建设文化强国战略。十七大报告中，“文化软实力”被提到重要位置，

① 李伟：《文化软实力》，载《三联生活周刊》2012年12月11日，<http://www.lifeweek.com.cn/2012/1211/39439.shtml>。

“当今时代，文化越来越成为民族凝聚力和创造力的重要源泉，越来越成为综合国力竞争的重要因素”。因此，“要坚持社会主义先进文化前进方向，兴起社会主义文化建设新高潮，激发全民族文化创造活力，提高国家文化软实力”。十八大报告进一步将增强文化软实力明确为“全面建设小康社会”的目标，明确了文化建设的重点是加强社会主义核心价值体系建设，全面提高公民道德素质，丰富人民精神文化生活，增强文化整体实力和竞争力。文化软实力是一个国家的综合国力和国际竞争力的重要组成部分。随着经济的发展，我国要想在国际社会上发挥更大的作用和吸引力，获得更多的国际话语权和主导力，就必须增强我国的文化软实力。文化软实力的展现和增强，从其方向来看，可以分为对外和对内两个角度，对外的方面主要表现为对外的文化传播和文化交流，对内的方面则主要体现为对本国文化资源的传承、保护和发展。在文化遗产强国建设的过程中，文化遗产作为物证、资源，其事业发展成果对文化建设、社会建设等无疑具有不可替代的重要作用。^①党的十八大以来，习近平总书记就传承中华优秀传统文化、保护历史文物做出了一系列重要论述和批示。2015年至今连续三年，国务院总理李克强在“两会”的政府工作报告中都专门强调要加强文化遗产的保护利用。2017年10月，党的十九大报告中也提到“加强文物保护利用和文化遗产保护传承”。

文化遗产体现的是一个民族、一个国家的文化的灵魂，是一个民族的根脉所在，很多时候，文化遗产就好比一个民族或者一个国家的“名片”。作为一个有着五千多年悠久历史的文明古国，我国的文化遗产非常丰富，这是我们始终引以为傲的。但是，在漫长的岁月中，伴

^① 刘世锦主编：《文化遗产蓝皮书：中国文化遗产事业发展报告（2013）》，社会科学文献出版社2013年版，摘要，第1页。

随着国运的兴衰,我国文化遗产的命运也经历了跌宕起伏,除岁月流逝而造成的自然消亡外,很多是因人为的破坏和摧残导致灭失,其间不乏令人扼腕长叹甚至捶胸顿足之事,如大量珍贵文物被盗抢或者因其他诸多原因而长久流失海外,直到现在仍然故土难归。而那些留在我们身边的文化遗产,也面临着极大的冲击和威胁。近些年来,随着我国现代化和城市化进程的加快,很多文化遗产的生存环境渐趋恶化,有些文化遗产甚至濒临消亡。文化遗产是历史的载体,也是一个民族的精神家园和灵魂依托,如果失去这些千古传承的文化遗产,我们凭借什么来缅思我们民族的历史、回望我们的来处?我们又要从何处获取精神力量从而使我们能够坚定而沉静地面对眼前的境遇、遥望那未知的去处?

对文化遗产的保护不仅关系到一个民族的文化遗产、民族特征的延续,也关系到一个民族的文化权利和国家文化主权的安全。文化主权就是文化上的国家主权,是以文化为主体的权力。文化主权是指现代民族国家将本民族文化的习惯、信仰和价值观念上升为国家意志,意味着对本民族文化拥有的独立权利和权威。文化主权包括普通意义上的文化主权和抽象意义上的文化主权,前者主要指国家在保护传统文化方面的权力,后者主要指不同文化形态在国际社会中的平等权利。^①文化主权作为国家主权的新内容是经济全球化时代的产物,是发展中国家针对西方凭借其在经济全球化进程中的强势地位对外推行文化扩张而提出的主权要求。20世纪90年代以来,经济全球化进程不仅给各个国家的经济生活带来革命性改造,还对社会生活的其他领域产生了同样深刻的影响。西方发达国家作为经济全球化进程的推动

① 李英芬:《关于国家文化主权的国际法思考》,载《内蒙古大学学报(哲学社会科学版)》2010年第2期。

者和主导力量，通过西方政治制度和文化价值观的推广，使西方国家的制度模式和文化观念成为压倒一切的意识形态。面对西方文化扩张的挑战，发展中国家在加快参与经济全球化进程步伐的同时，提出了文化主权的概念，把维护国家文化主权放到国家主权战略的重要位置上。^①经济全球化在给我国带来新的发展机遇的同时，也对我国的文化主权提出了挑战。由于文化因素在当今非传统安全中的特殊地位和复杂作用，在经济全球化时代，谋求各国自身的文化安全成为不可回避的问题。保护和抢救本国、本民族独特的文化遗产已成为各个国家（尤其是发展中国家）维护本国和本民族文化安全、抵制文化霸权的重要一环。当然，保护并不意味着抱着祖产墨守成规或者夜郎自大式的敝帚自珍，保护的目的地和主要意义在于创造和发展。

文化遗产的保护是一个非常宏大的课题，涉及的范围非常广泛，既需要意识的觉醒，也需要果敢的行动；既需要政府的得力措施，也需要社会的广泛关注和公众的积极参与；既需要公民的自觉自省，也需要制度的外在强制。法律就是制度强制中至关重要的一环，关于文化遗产的法律保护，民法、行政法方面的研究已有不少，刑法方面的研究及其成果则相对较少。文化遗产的保护需要多管齐下，而刑法作为强制力最强的“后盾法”，当然是不可缺位的。如何运用刑法加强对文化遗产的保护，正是本书所要研究的内容。

① 李英芬：《关于国家文化主权的国际法思考》，载《内蒙古大学学报（哲学社会科学版）》2010年第2期。

目 录

C O N T E N T S

第一章 概念的界定与辨析

第一节 | 文化遗产的概念与分类 / 2

一、文化遗产的定义 / 2

二、文化遗产的分类 / 5

第二节 | 文化遗产与相近概念的辨析 / 8

一、文化遗产与文物 / 8

二、文化遗产与文化财产 / 11

第二章 文化遗产保护的國際視野

第一节 | 国际社会有关文化遗产保护的法律法规 / 18

一、有关文化遗产保护的國際法的产生与发展 / 21

二、有关文化遗产保护的主要國際法律文件介绍 / 27

三、文化遗产保护的國際立法之简要评析 / 58

第二节 | 其他国家关于文化遗产保护的法律法规 / 62

一、日本文化遗产保护的法律法规 / 63

- 二、韩国文化遗产保护的法律制度 / 68
- 三、英国文化遗产保护的法律制度 / 73
- 四、法国文化遗产保护的法律制度 / 77
- 五、意大利文化遗产保护的法律制度 / 80
- 六、德国文化遗产保护的法律制度 / 86
- 七、美国文化遗产保护的法律制度 / 89

第三节 | 域外文化遗产保护的法律制度对我国的启示 / 95

- 一、政府高度重视是确立完善的文化遗产保护制度的前提 / 95
- 二、文化遗产保护的法律制度要符合本国国情 / 97
- 三、唤醒公众意识，全民参与保护文化遗产 / 99
- 四、积极参与国际社会相关规则的制定 / 102

第三章 我国文化遗产犯罪的现状与特点

第一节 | 我国文化遗产犯罪的现状 / 107

- 一、文物犯罪的概况 / 107
- 二、文物犯罪的地域分布 / 108

第二节 | 当前我国文化遗产犯罪的特点 / 110

- 一、犯罪数量多，盗抢文物犯罪突出 / 110
- 二、犯罪主体复杂化，有组织犯罪占绝大多数 / 113
- 三、作案手段趋向暴力化、公开化、智能化和专业化 / 116
- 四、单位违法犯罪案件增多 / 118

第四章 我国文化遗产犯罪的刑事立法及评析

第一节 | 我国文化遗产犯罪的刑事立法概况 / 123

- 一、民国时期文化遗产犯罪的刑事立法 / 123
- 二、1949—1997 年文化遗产犯罪的刑事立法 / 126

三、1997 年至今文化遗产犯罪的刑事立法 / 130

第二节 | 我国现行刑法中文化遗产犯罪的罪名解析 / 135

一、损毁文物犯罪 / 136

二、非法处置文物犯罪 / 143

三、盗抢文物犯罪 / 161

四、渎职类文物犯罪 / 169

五、针对非物质文化遗产的犯罪 / 173

第三节 | 我国文化遗产犯罪的刑事立法评析 / 177

一、以“妨害文物管理罪”作为次级类罪名有欠恰当 / 177

二、个别罪名在刑法分则中的归属不太合理 / 180

三、文物与财物的区分含糊，罪名归类标准不清晰 / 182

四、罪与刑的配置不够协调 / 184

五、对于文化遗产犯罪的规制不够全面 / 188

第五章 我国文化遗产犯罪的刑事司法及其评析

第一节 | 我国文化遗产犯罪的刑事司法现状 / 192

一、我国文化遗产犯罪的刑事司法概况 / 192

二、有关文化遗产犯罪的司法解释 / 201

第二节 | 我国文化遗产犯罪司法适用中的若干问题 / 207

一、故意损毁文物罪与故意损毁名胜古迹罪的界限 / 208

二、倒卖文物罪与非法经营罪以及掩饰、隐瞒犯罪所得罪的界限 / 210

三、文物的鉴定与价值认定 / 212

四、单位实施文物犯罪的认定与处罚 / 215

五、侵害“非遗”传承人的犯罪应否从重处罚 / 218

第三节 | 我国文化遗产犯罪的刑事司法评析 / 219

一、司法解释应当适应犯罪的变化与打击需要而及时跟进 / 219

二、司法解释中某些规定的合理性值得商榷 / 222

三、行政执法与刑事司法没有实现充分有效的衔接 / 225

第六章 我国文化遗产保护模式与文化遗产犯罪的刑事政策

第一节 | 我国文化遗产的保护模式 / 230

一、关于文化遗产保护模式的争议 / 230

二、文化遗产的综合保护模式 / 231

第二节 | 我国文化遗产犯罪治理的刑事政策 / 234

一、从严打击的刑事政策之评析与解读 / 234

二、文化遗产犯罪的综合治理 / 237

三、文化遗产犯罪综合治理中的公众参与 / 241

四、非物质文化遗产保护与刑法的冲突与协调 / 247

第七章 我国文化遗产保护的刑事立法与刑事司法完善

第一节 | 我国文化遗产保护的刑事立法完善 / 260

一、文化遗产犯罪罪名体系之完善 / 260

二、文化遗产犯罪的刑罚之完善 / 272

第二节 | 我国文化遗产保护的刑事司法完善 / 276

一、增强司法的能动性与及时性 / 276

二、完善刑事司法与行政执法的衔接 / 277

第八章 打击跨国非法贩运文化遗产犯罪的国际刑事合作

第一节 | 打击跨国非法贩运文化遗产犯罪的法律基础 / 284

第二节 | 跨国非法贩运文化遗产犯罪的刑事管辖 / 288

第三节 | 跨国非法贩运文化遗产犯罪案件的刑事司法协助 / 291

第四节 | 犯罪嫌疑人的引渡 / 293

第五节 | 犯罪财产的没收和返还 / 298

参考文献 / 304

后记 / 316

第一章

概念的界定与辨析

1

文化遗产并不是什么“高冷”的事物，它与我们的生活密切相关。在日常生活中，文化遗产是一个出现频率相当高的词语，无论是在旅游景点，还是在电视广告或者是产品宣传中……“文化遗产”这几个字总是会频频映入我们的眼帘。如果从具体事物来看，文化遗产所涵盖的范围非常广泛，以至于有时会令人陷入困惑：到底什么是文化遗产？因此，在展开论述之前，笔者认为，有必要对本书所研究的核心概念——文化遗产的定义予以明晰。

第一节 文化遗产的概念与分类

一、文化遗产的定义

从词源的角度讲，英文“遗产”（heritage）一词源于拉丁语，意思是指“父亲留下来的财产”。20世纪下半叶以后，“遗产”一词从内涵到外延发生了巨大变化，它的内涵由原来的“父亲留下的财产”发展成为“祖先留给全人类的共同的文化财富”，外延也由一般的物质财富发展成为看得见的“有形文化遗产”和看不见的“无形文化遗产”及充满生命力的“自然遗产”。在法国、英国、美国、日本、韩国等很多国家，“遗产”一词，从内涵到外延大体上都经历了从“父

母留给子女的财富”逐渐发展为“历史的见证”以及“整个社会的共同继承物”这样一个不断拓展的过程，并出现了“物质遗产”“文化遗产”“自然遗产”“世界遗产”“人类共同文化遗产”这样一些全新的概念。“遗产”一词的外延，几乎囊括了人类社会所创造的所有文明。^①

作为社会历史文化发展、变革的一种载体，文化遗产是极具历史感的事物，但“文化遗产”成为一个高频词汇并受到广泛关注，则是近些年的事。首次在国际法律文件中明确以文化遗产为其保护对象的是1972年联合国《保护世界文化和自然遗产公约》(Convention Concerning the Protection of the World Cultural Heritage)，在此之前，在相关的法律文件中，使用“文化财产”(cultural property)或者“文物”(cultural relic)两词的居多，此后，文化遗产与上述两个词经常在文件中被交替使用，但“文化遗产”的使用频率逐渐提高。21世纪以来，“文化遗产”已成为相关国际法律文件的主要用语，^②如2001年《保护水下文化遗产公约》(Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage)、2003年《保护非物质文化遗产公约》(Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage)等国际法律文件中，都使用了“文化遗产”(cultural heritage)这一概念。不过，在这些公约中，都并未对文化遗产作出一个明确的定义，而是分别对各该公约所调整保护的特定种类的文化遗产采取列举的方式作了规定。例如，《保护世界文化和自然遗产公约》列举了古迹、建筑群、遗址等具有历史、艺术或者科学价值的不可移动的文化遗产；《保护水下文化遗产公约》列举的则是“至少100年来，周期性或连续地，部

① 苑利：《文化遗产与文化遗产学解读》，载《江西社会科学》2005年第3期。

② 王云霞：《文化遗产的概念与分类探析》，载《理论月刊》2010年第11期。

分或全部位于水下的具有文化、历史或考古价值的所有人类生存的遗迹”，如遗址、建筑、工艺品、人的遗骸、船只、飞行器及其有考古价值的环境和自然环境等；《保护非物质文化遗产公约》主要保护非物质形态的文化遗产，即“被各群体、团体、有时被个人视为其文化遗产的各种实践、表演、表现形式、知识和技能及其有关的工具、实物、工艺品和文化场所”。

笔者翻阅了目前所收集、整理的关于文化遗产保护的诸多国内法律文本和国际法律文件后发现，迄今为止，关于文化遗产，尚没有一个明确的、统一的、权威的定义，虽然在很多法律文件中都对其有所涉及，但是内容并不完全一致。究其原因，一方面是由于各个国际公约和国内法律文件的宗旨和角度不同，所适用的对象也有所不同，如《保护水下文化遗产公约》规定的仅是水下文化遗产，而不涉及陆上文化遗产，《保护非物质文化遗产公约》规定的仅是非物质文化遗产；另一方面则是因为文化本身的抽象性、多样性、地域性以及主观性，因而造成人们在认识、理解上的分歧，对作为文化载体的文化遗产所作出的定义自然也就存在一些差异，加之文化遗产的种类繁多广杂，难以用寥寥数语予以全面概括，因此无法达成一个统一的、权威性的定义。

从合理界定本书研究对象及其范围的角度出发，笔者试图对文化遗产作一个概括性的界定。参照联合国《保护水下文化遗产公约》与《保护非物质文化遗产公约》的规定，并将这两个公约中关于文化遗产的规定相结合，笔者拟将文化遗产的定义概括为：**文化遗产是指具有文化、历史或者考古价值的所有人类生存的遗迹，以及具有文化、历史或者考古价值的各种实践、表演、表现形式、知识和技能及其有关的工具、实物、工艺品和文化场所。**这一定义的外延是比较广的，既包括物质文化遗产，也包括非物质文化遗产；既包括有

体的文化遗产，也包括无体的文化遗产；既包括可移动的文化遗产，也包括不可移动的文化遗产；既包括陆上的文化遗产，也包括水下的文化遗产。

二、文化遗产的分类

根据其是否表现为具体的物质形态，文化遗产被分为有形文化遗产和无形文化遗产两大类。

有形文化遗产，通常被称为物质文化遗产，在国际法或外国法中，物质文化遗产通常被称为“文化财产”或“文化财”；在我国现行法律中，物质文化遗产则被称为“文物”。^①文物的具体种类有很多，前一段时间热播的电视纪录片《我在故宫修文物》中展示了故宫内珍藏的书画、青铜器、宫廷钟表、木器、陶瓷、漆器、百宝镶嵌、宫廷织绣等领域的一些稀世珍奇文物，令观者惊叹，在文物领域，这还只是其中一小部分而已，行业内依时代、依存在形态、依质地、依功用、依属性、依来源等不同的分类方法对文物有着非常细致的划分。我国现行《文物保护法》采用的是依文物的存在形态将文物分为可移动文物与不可移动文物两大类，古文化遗址、古墓葬、古建筑、石窟寺、石刻、壁画、近代现代重要史迹和代表性建筑等属于不可移动文物，根据它们的历史、艺术、科学价值，分别确定为全国重点文物保护单位，省级文物保护单位，市、县级文物保护单位。历史上各时代重要实物、艺术品、文献、手稿、图书资料、代表性实物等可移动文物，分为珍贵文物和一般文物；珍贵文物又分为一级文物、二级文物、三级文物。

无形文化遗产，也被称为非物质文化遗产，是与物质文化遗产

^① 王云霞：《文化遗产的概念与分类探析》，载《理论月刊》2010年第11期。

相比较、相对应而提出来的,这一概念最早来源于1950年日本政府颁布的《文化财保护法》,其中涉及了“无形文化财”的提法。这一概念逐渐被引入国际社会,日语“无形文化财(むけいぶんかざい)”被直接翻译成英语“Intangible Cultural Heritage”,继而为国际采用。^①1973年,玻利维亚首次在教科文组织内部提出保护非物质文化遗产的建议。1977年,联合国教科文组织在有关遗产保护的第一次中期计划(1977—1983)中首次提及文化遗产由“有形”和“无形”两部分组成(在联合国教科文组织的中文版正式文件中,采用了“非物质文化遗产”这一表述)。1997年,为了应对非物质文化遗产濒危的紧急状况,联合国教科文组织第29届大会通过了《人类口头及非物质文化遗产代表作(杰作)宣言》(Proclamation of Masterpieces of the Oral and Intangible Heritage of Humanity),呼吁加强对非物质文化遗产的保护。2001年,联合国教科文组织第31届会员国大会的会议中,以“非物质文化遗产”的称谓代替了“民间传统文化”,逐渐统一术语。2003年10月17日,联合国教科文组织在巴黎召开的第32届会议上通过了《保护非物质文化遗产公约》。该公约第2条对非物质文化遗产作了定义:“‘非物质文化遗产’指被各群体、团体、有时为个人视为其文化遗产的各种实践、表演、表现形式、知识和技能及其有关的工具、实物、工艺品和文化场所。各个群体和团体随着其所处环境、与自然界的相互关系和历史条件的变化不断使这种代代相传的非物质

① 教科文组织在引进这一概念的过程中,最初将“无形文化财产”译作“民间口头创作”或“人类口头非物质文化遗产”,后译作“非物质文化遗产”(Nonphysical Cultural Heritage)。但在此后的使用中,觉得这种译法并不妥当,于是又改译为“无形文化遗产”(Intangible Cultural Heritage),而我国政府在启动中国民族民间文化保护工程时,只注意到了“非物质文化遗产”的最初提法,没有留意后来的改变,因而一直沿用了“非物质文化遗产”的提法,未采用国际社会广泛使用的“无形文化遗产”这个直接译自日语的通用术语。参见苑利、顾军著:《非物质文化遗产学》,高等教育出版社2009年版,第8页。

文化遗产得到创新，同时使他们自己具有一种认同感和历史感，从而促进了文化多样性和人类的创造力。在本公约中，只考虑符合现有的国际人权文件，各群体、团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。”公约罗列的非物质文化遗产具体包括如下几个方面：(1) 口头传说和表述，包括作为非物质文化遗产媒介的语言；(2) 表演艺术；(3) 社会风俗、礼仪、节庆；(4) 有关自然界和宇宙的知识和实践；(5) 传统的手工艺技能。我国2011年2月25日通过的《非物质文化遗产法》第2条规定，“非物质文化遗产，是指各族人民世代相传并视为其文化遗产组成部分的各种传统文化表现形式，以及与传统文化表现形式相关的实物和场所。包括：(一) 传统口头文学以及作为其载体的语言；(二) 传统美术、书法、音乐、舞蹈、戏剧、曲艺和杂技；(三) 传统技艺、医药和历法；(四) 传统礼仪、节庆等民俗；(五) 传统体育和游艺；(六) 其他非物质文化遗产”。略作对比可知，在对非物质文化遗产概念的界定上，我国《非物质文化遗产法》与《保护非物质文化遗产公约》是基本一致的；而且，与公约的穷尽式罗列相比，我国《非物质文化遗产法》中第2条第6项“其他非物质文化遗产”的开放式列举更具有合理性，既体现了定义的明确性，又避免了纯粹列举式定义的缺陷。

物质文化遗产与非物质文化遗产既有区别，又有着密切的联系。二者在表现形式上有明显的区别，前者具有具象的物质形态，表现为具体的物体；而后者则通常以精神、思想、技艺、知识等抽象形态表现出来，不具有具象的物质形态。在保护方式上，二者也有很大的区别：前者强调对文化遗产的静态保护，强调其原真性、不可复制性，侧重对被保护遗产的修复、维护和展示；而后者强调对文化遗产的活态或动态保护，强调其传承和发展，侧重对传承人的保护、培养以及