

# 文物保护法研究专辑

## IV

《文物保护法研究专辑》编辑组

文物出版社

# 文物保护法研究专辑 IV

《文物保护法研究专辑》编辑组 编



文物出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

文物保护法研究专辑. IV / 《文物保护法研究专辑》  
编辑组编. —北京: 文物出版社, 2016. 9  
ISBN 978 - 7 - 5010 - 4726 - 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 (2016) 第 210247 号

## 文物保护法研究专辑 IV

---

编 者: 《文物保护法研究专辑》编辑组

责任编辑: 许海意

封面设计: 程星涛

责任印制: 张道奇

出版发行: 文物出版社

社 址: 北京市东直门内北小街 2 号楼

邮 编: 100007

网 址: <http://www.wenwu.com>

邮 箱: [web@wenwu.com](mailto:web@wenwu.com)

经 销: 新华书店

印 刷: 北京京都六环印刷厂

开 本: 889mm × 1194mm 1/16

印 张: 15.5

版 次: 2016 年 9 月第 1 版

印 次: 2016 年 9 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5010 - 4726 - 0

定 价: 60.00 元

---

本书版权独家所有, 非经授权, 不得复制翻印

# 目 录

公私利益平衡：比较法视野下的文物所有权限制 与补偿 .....	王云霞 胡姗辰 / 1
基于环境立法价值理念下的文化遗产保护研究 .....	李伟芳 / 15
论民事责任制度在文化遗产法律适用中的意义 ——以法律概念生成为视角 .....	张舜奎 / 27
从纳粹掠夺艺术品的返还看日掠文物返还可行性 .....	王云霞 / 38
追索海外流失文物的国际私法问题 .....	霍政欣 / 54
国际水下文化遗产的管辖和保护与我国法之完善 .....	张忠野 / 69
水下文化遗产打捞合同争议解决路径研究 ——以国际投资条约为视角 .....	马明飞 / 82
我国私人介入水下文化遗产发掘之法律研究 .....	叶晓丹 张恋恋 / 95
我国文物保护法制化的发端 ——论清末《保存古迹推广办法》及其历史作用 .....	李 建 / 103
论国家对珍贵文物的优先购买权 .....	戴孟勇 / 115

古玩交易中诈骗罪认定的难题与破解·····	武良军 / 130
非物质文化遗产保护的现实处境与对策研究 ·····	杨 明 / 142
论非物质文化遗产“保护”(safeguarding)的法律含义 ·····	周 超 / 165
非物质文化遗产的刑法保护问题研究·····	吕天奇 / 177
“非遗”知识产权保护的误区与矫正 ——基于四川省立法与实践的对比·····	王黎黎 / 187
中国传统医药知识产权保护法律制度研究 ·····	萨楚拉 / 197
论民族村寨文化保护的本土进路与法制度建构·····	彭清燕 / 205
英国非物质文化遗产保护特色及其启示·····	郭玉军 司 文 / 218
浅谈故宫非物质文化遗产的保护 ·····	武景杉 / 236

# 公私利益平衡：比较法视野下的 文物所有权限制与补偿

王云霞 胡姍辰\*

[摘要] 文物是历史之鉴证，也是重要的文化资源，承载着公共利益。因文物保护而对私人所有权进行限制的理论 and 制度普遍存在。但要求一部分人为全社会共同利益做出特别牺牲而忽视其正当权益，将导致公益与私益的失衡，违背现代法治的基本精神，偏离文物保护的根本目标。大陆法系和英美法系的文物所有权限制理论与实践存在差异，补偿范围和方法也不尽相同，其中有些经验可为我国建立文物所有权补偿机制提供借鉴。我国文物立法应明确对私人所有权限制的补偿，对受偿主体、补偿范围和补偿方式做出规定，引导所有权人更加科学、合理地利用文物，平衡公益与私益，实现文物保护和私权保障的双赢。

[关键词] 文物保护 所有权限制 所有权补偿 公私利益平衡

2013年，浙江省兰溪市芝堰村村民陈某因拆毁自家祖宅被判刑<sup>[1]</sup>一案引起轩然大波。许多人对被告人深表同情，认为其为解决实际生活之需而拆除自家房屋却被判刑，是国家法律不近人情的表现；当地村民反应尤为强烈，认为文物保护不仅限制了他们生活条件的改善，还给他们带来巨大的经济负担；部分村民因此对文物保护产生了抵触情绪。<sup>[2]</sup>此案突出反映了文物保护与公民正当需求之间的矛盾，

尖锐地提出了文物保护实践中公益与私益平衡的现实问题。

笔者通过对两大法系文物所有权限制与补偿理论、制度与实践的对比，分析文物保护中公私利益的平衡问题，探索在我国文物立法中确立所有权限制补偿制度的可能路径。文中所述“文物”仅指不可移动文物；“文物所有权限制”，仅指私人所有权在文物保护过程中受到的限制，既包括对私有不可移动物所有权的限

\* 王云霞（1962~），女，浙江金华人。法学博士。中国人民大学法学院教授，博士生导师，文化遗产法研究所所长，研究方向为外国法律史、比较法、文化遗产法。胡姍辰（1990~），女，江西靖安人，中国人民大学法学院文化遗产法研究所研究助理，法国图卢兹第一大学博士研究生，中国人民大学法学院博士研究生，研究方向为文化遗产法、外国法制史。原载于《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2015年第6期。

制，也包括对私主体其他不动产所有权的限制。私主体的其他相关权利及对国有文物所有权的限制不在本文的探讨范畴。

## 一、公益优位：文物保护中的 所有权限制

### （一）文物保护中的所有权限制制度 及其实践

纵观各国文物保护法制与实践，对私人所有权进行限制的情形普遍存在。我国《文物保护法》明确规定了“保护为主”、“合理利用”的文物工作方针。<sup>[3]</sup>

以此为依据，相关法律对公私文物所有权设置了一定的限制，并为相关权利人设置了一定义务。一方面，法律为私人文物的使用和处分作了一定限制。《文物保护法》规定，不可移动文物实行原址保护，不得擅自拆除；<sup>[4]</sup>非国有不可移动文物由所有权人负责修缮、保养，对该文物的利用、修缮、保养、迁移，都必须遵守不改变文物原状的原则；所有权人对其不可移动文物进行修缮前，应当根据该文物的保护级别依法报相应的文物行政部门批准；私有不可移动文物不得转让、抵押给外国人，所有权人转让、抵押不可移动文物或者改变其用途的，应当根据其保护级别报相应的文物行政部门备案。<sup>[5]</sup>另一方面，位于受保护文物周边、可能对该文物的保存和保护造成影响的私人不动产所有权人处分和利用其不动产的行为也受到一定限制。如位于文物保护单位保护和建设控制地带，或历史文化街区、村镇或者

历史文化名城保护范围内不动产所有权人，若需对该不动产进行修缮或添建、拆建等建设行为，均需符合《文物保护法》和其他相关法律、法规或者文物保护规划的规定和要求。

在国外的相关立法和实践中，因文物保护而对私人文物所有权或者相关不动产所有权进行限制的情形也大量存在。在大陆法系国家，行政法规或法令基于公共利益而对私人不动产所有权人设置一定的积极或消极义务属于行政役权<sup>[6]</sup>的范畴，文化遗产保护领域的行政役权在许多国家广泛存在，表现为通过文物立法为不动产所有权之行使设置一定的限制，或要求所有权人履行一定的义务。概括说来，文物保护役权为所有权人设置的主要负担包括：（1）维持文物的历史文化和艺术价值，对文物的利用不得超出法律限制的范围和方式，如不得对文物进行破坏、移位；实施修复或者其他改变文物现状之相关工程、或者对文物的利用可能使文物的保存状况受到影响的，需事先取得文物行政部门的许可。文物受保护级别不同，需要事先报批的活动的范围亦不同。<sup>[7]</sup>（2）容忍义务：有权主体依法履行文物保护职能对所有权之行使造成影响的，所有权人必须容忍。<sup>[8]</sup>（3）维护与修缮义务：不可移动文物所有权人是文物维护与修缮的法定义务主体，但对文物进行修复或者修缮的具体工作应由有资质的专业人员进行，对文物的维护和修缮应在行政机关许可的范围内，依其指令和指导进行。<sup>[9]</sup>

在英美法系国家，除了文物保护相关

立法明确规定所有权人必须履行一定义务外，还存在源于普通法地役权的遗产保护地役权。该地役权以保护不动产之自然的、景观的、公共空间的价值，确保农业、林业、休闲娱乐或者公共空间在利用上的有效性，保护自然资源以及不动产之历史、建筑学、考古学或者文化方面的价值为目的，对该不动产之利用设置一定限制或者对该不动产所有权人规定一定的积极义务。<sup>[10]</sup>该地役权又可分为保护自然及乡村景观的保存地役权（Conservation Easement）和偏向历史建筑或其他不可移动文物保护的保护地役权（Preservation Easement）两种。遗产保护地役权的实质即有关政府机构或非营利组织（受役主体，donee/grantee）与不动产所有权人（供役主体，donor）之间签订的保持其土地或房屋等不动产的某种自然状态或历史建设形态，并赋予受役主体对该不动产进行限制和监控之权利的协议。该协议为不动产所有人所设置负担既可以涵盖其不动产之整体，也可以只包括某些部分，内容通常包括以下几个方面：（1）供役主体具有保持其不动产景观或历史建筑的风格和文化之完整性的义务，其开发利用供役不动产的行为不得对文物建筑的历史文化价值造成破坏；（2）未经受役主体首肯，禁止对文物建筑的外立面、结构等做出变动，禁止拆除和改建，禁止变更或移除室内装饰；（3）供役主体必须尽到维护供役不动产的责任；（4）允许每年有若干天将供役不动产向公众开放；（5）供役不动产权属需要变更时，受役主体有优先

选择权。此外，为保护历史地段和风貌区而设置的遗产保护地役权往往还会带有一些前瞻性的规划内容，如限制供役不动产高强度的商业开发，确定其将来可能的使用功能；限制供役土地范围内建筑物的高度、容量；对供役土地将来可能添建和改造的建筑物或市政设施划定范围等。<sup>[11]</sup>遗产保护地役权协议始终跟随供役不动产及其附着土地（run with the land），不管所有权人或占有、使用权人如何变动，该协议都具有永久法律效力。1981年，美国统一州法协会还起草并发布了《统一保存地役法》，对保存地役权的设立、转让、期限以及法律诉讼等问题进行规定，为各州立法部门或文物保护实践中遗产保护地役权的设立提供参考。此外，一些文物保护机构还将英美法中的信托制度运用于文物保护实践中，通过与文物所有权人签订信托协议的方式取得对该文物的普通法上的所有权（legal title），根据信托协议排除文物所有权人的部分权能，对文物进行更加科学的保护和利用。

## （二）文物保护中所有权限制的理论基础

私有财产权神圣不可侵犯作为近现代各国宪政和法治的核心内容之一，源于罗马法中绝对、排他和永续的所有权制度。但在罗马法中，不受任何限制的绝对财产权并不真正存在。罗马法上有一种物不能作为私人所有权客体，即“非财产物（res extra nostrum patrimonium）”，其范围既包括与供奉神灵、受神灵庇佑或安葬亡灵有关的土地、教堂、庙宇、城墙、城门、丧



葬用品，也包括供公众使用之空气、阳光、海岸、牧场、公路、河川以及城市的公共活动空间。<sup>[12]</sup> 这些物因为涉及神灵或者承载着重要的公共利益，不能为私人排他地占有、使用和处分，被认为是大陆法系现代行政法中公物制度之滥觞。渊源于日耳曼法的英美法系的财产权观念以物的利用关系为中心，同一物上可以存在多种“所有权”，每种权利都有固定边界，且相互制约。20 世纪以来，“社会本位”逐渐成为法学理论和各国法治实践中的核心价值取向，所有权之目的不再局限于实现个人意志和行动的自由，还包含促进社会发展和增进公共利益之价值。与私人所有权所承载的私人利益相比，公共利益之保障和公共福祉之增进具有价值上的优位性，从而形成“私人所有权社会化”理论。该理论关注那些虽在法律上属于私人所有，但又承载着一定的社会公共利益的公共物品和资源的保护和利用问题。

大陆法系行政法中公物制度的发展是“所有权社会化”的鲜明体现。现代公物制度是法国行政法的创造，公物被称为“公产 (le domaine public)”，指的是为公法人所有的，能为公众或公务所利用、旨在实现公共利益，并因此而受行政法院管辖的财产，<sup>[13]</sup> 但行政主体对公产所享有的所有权不同于私法上的所有权，只在供公众或者公务使用的范围内才存在。此外，行政主体也可为了公共利益指定作为公用的财产。德国学者在法国公物理论的基础上提出公物性质之“修正的所有权说”，认为“成立公物的标的，其私法所有权

受公法的特别规制，产生公法上的役权 (Öffentlichrechtliche dienstbarkeit)，所有人在公物的特定目的范围内，必须容忍该物的使用。公物的所有权人若为私人，仍得以买卖或赠与的方式让与，但原所有权人或受让人，皆不得为有害公用目的的处分”。<sup>[14]</sup> 该理论在承认私法所有权制度的基础上确立了公法对公物的支配权，区分了所有权人、支配权人和管理义务人，并使公法支配权建立在公务目的之基础上。在日本，有关公物性质的“私法所有权说”成为当今行政法之通说，此学说一方面承认因公物的目的带来的约束，另一方面则认为只要不妨碍公物的目的，公物也可适用私法，本质上是私法上所有权之对象。还有学者还从实证法视角出发考察公物与私权的关系，认为公物只是公物主体的管理权而非所有权对象，对于公物的认定和考察应侧重于功能方面，即是否用于公共之用。<sup>[15]</sup> 据此，公物并不当然排斥私人的所有权，在私人财产上可以通过行政行为和合同等方式设置公物，此即私有公物，当其所有权发生转移时，并不丧失作为公物的法律地位。<sup>[16]</sup>

在英美法系国家，因公共利益之需而对私权进行限制则建立在公共信托理论 (Public Trust Doctrine, PTD) 的基础上。公共信托源于限制王权过程中对信托理论的应用，其逻辑起点在于，社会公众作为信托受益人，对于公共的自然资源享有衡平法上的所有权 (equitable title)，此权利在位阶上超越了与之相冲突的私人权利，也超越了国王的权利；英国君主只是海域、

底土、潮汐地 (tidelands) 等作为信托财产的自然资源的受托人, 只拥有普通法上的所有权 (legal title)。国王对信托财产的处置不得只为自己的利益而进行, 而应当保证并增进作为受益人的公众之固有利益。<sup>[16]</sup> 美国对源于英国的公共信托理论进行了改造, 将其发展成为政府管理和保护公共环境资源之理论依据。<sup>[17]</sup> 美国环境资源公共信托理论构筑了环境资源作为公共信托财产的双重所有权制度, 即环境资源与人类的生存和发展息息相关, 是全人类共同财产。公众有权为了不同的公共用途和目的使用这些资源; 公众为管理其共同财产, 通过信托的方式将环境资源委托给政府管理, 政府作为受托人取得普通法上的所有权, 是环境资源名义上的所有者, 负有为全体公民及后代子孙的公共利益而管理和保护作为信托财产的环境资源之义务, 需依照公共信托设立之意图, 为作为信托受益人之全体公民及其后代的利益对环境资源进行管理和处分; 公民作为信托关系中的委托人和受益人, 是环境资源的实质拥有者, 享有衡平法上的所有权。<sup>[18]</sup> 这种依信托关系而产生的环境资源的“双重所有权”属性既暗示了私人使用环境资源所受到的限制, 又为政府管理环境资源提供了理论依据。由于私有制在美国的盛行, 大量公共信托财产处于私有状态而非公众控制之下,<sup>[19]</sup> 私有财产亦可能因其在某些方面具有的公共价值而成为公共信托财产, 私有属性并不影响公共信托之成立。不难发现, 随着理论和实践的发展, 大陆法系之“公物”和英美法系中“公共信托

财产”在认定标准上日趋功能主义, 是否承载着一定的社会公共利益并为公共所用, 成为认定“公物”或“公共信托财产”之主要因素。民法上的所有权归属与“公物”或“公共信托财产”之认定不再有直接关系, 私有财产只要符合公益和公用之条件, 也可被认定为“公物”(即“私有公物”)或“公共信托财产”。在“私人所有权社会化”的趋势下, “公物”或“公共信托财产”承载的社会公共利益及其对于公众的公用意义, 在价值位阶上优先于其所有权彰显的私人利益, 因此, 为公共利益而使被认定为“公物”或者“公共信托财产”的私人所有物在所有权权能上受到限制, 具有理论上的正当性。

与一般财产相比, 文物的特殊性在于其不仅具有使用价值和交换价值, 还可给人带来精神文化方面的启迪与享受。文物作为前人智慧的结晶, 为其传承者提供了特别的精神寄托和文化认同。对于这些主体来说, 该文物所承载的特定精神价值是其他财产无法取代的。与此同时, 文物作为人类历史之鉴证, 是世界文化多样性之有机组成部分, 可以给每一个人带来精神的享受或启迪, 其所具有的历史、文化、艺术、美学和科学价值, 对每一名普通公众和整个人类文明的可持续发展来说都具有重要意义。这些独立于其使用和交换价值之外的精神和文化价值, 使文物超越了其对于法律上所有权主体的意义, 从而具有了社会公益性。从另一方面来说, 既然全体社会成员都对社会文明和多样性文化的发展作出了贡献, 当然也就对文化遗产

享有一定的权利。《世界人权宣言》和《经济、社会和文化权利国际公约》等国际公约已将以“参与文化生活，享用科学文化成果”为核心内容的文化权利确立为普遍人权的一部分。公众对于文化遗产的接触和参与，无疑是其参与文化生活的重要方面。<sup>[20]</sup>事实上，对于公众的文化财产权，一些区域性国际文件已有专门的倡导。<sup>[21]</sup>公众对文化遗产拥有一定的接触、欣赏和参与的权利，不仅体现了文化遗产自身固有的社会公益价值，而且明确了文化遗产可以且应当为保障公众的权利所用。公众的文化财产权在性质上属于人权，作为该权利之载体的文化遗产在人权保障的意义上即具有公益价值。文物作为文化遗产的有机组成部分，有超越私人财产权的公益属性，具备现代“公物”或者“公共信托财产”之核心要素和特征，这一属性不受其所有权归属之影响。因此，因文物保护而对私人所有权进行一定限制具有明确的理论依据。

## 二、私益保障：对文物所有权人的补偿

诚然，任何财产权都会受到一定的限制，但维护公共利益的社会责任应当由全体社会成员分担，作为公共利益之代表的国家为保障公共利益而对全体社会成员设定的权利限制和义务负担应当是均衡的。当某些限制落在一部分社会成员身上，使其承担的义务重于相同情况下的其他人时，实际上就给这部分人设定了额外负

担。人与人之间存在着一种社会协作关系，在某些社会成员为全社会的存在和发展牺牲了部分权利和自由时，全社会应以其整体的力量来保障这些社会成员的生存和发展之需，要求一部分人自行承担保障公共利益之负担，显然是不公平的，这部分人有权要求社会给予公平的补偿。文物保护是维持文化多样性、丰富社会成员精神文化生活之需要，而文物资源具有数量稀缺性、分布随机性的特点，私人所有权因文物保护而受到限制，实质上是以社会全体成员的共同福利来限制所有权人的个人利益。基于公平负担和利益均衡的理念，为文物保护之公益负担额外义务、做出特别牺牲的所有权人应当得到补偿。

另一方面，“公益优于私益”这一价值导向在实践中也存在一定的局限性，只能在一定范围内加以适用。由于“公共利益”在实际认定中具有一定的模糊性，在某些场合，与“公共利益”相冲突的，是个体生存和发展所必需的基本权利与需求。在这种情况下，要求个体认同“公益优于私益”原则，无条件为公共利益而放弃自己基本的正当权利与需求，则是公权力过度侵犯了私权利。这不仅违反现代法治人权保障和公平正义的基本精神，不符合法律保障公共利益的根本目标，实践中也因无法获得相关私主体和社会公众的认同而难以将公共利益的保障落到实处。事实上，在绝大部分情况下，公益与私益的矛盾并非不可调和，公益优于私益也并不意味着国家在维护和保障公共利益时对私人正当利益的干预可以毫无

限度、毫无代价。在因公益保障而对私主体正当权利进行限制时给予其一定的补偿，既是调和公益与私益之冲突、平衡公私利益的有效方式，又是保障私主体基本权利和正当利益之必须。在不可移动文物保护实践中，社会公益与私人不动产所有权之间的矛盾尤为突出。由于不动产在大部分情况下是所有者的栖身之所，所有权能的行使直接影响所有人的生活水平和生活品质，因保护的需要而对不动产所有权进行的限制，不仅影响所有权人对不动产的占有、使用、收益和处分，还将对其生存和发展的权利产生一定影响。通过适当的方式平衡所有权因文物保护而受到限制及其利益的损失，是各国文物保护制度设计中面临的重要问题。

### （一）补偿主体

对因公益而遭受财产权限制的补偿，从性质上来说属于行政补偿的范畴。依据现代行政法基本原则，行政补偿关系中的补偿主体应是国家。文物保护中对受限制所有权的补偿也不例外。首先，文物保护以促进文化多样性、保障公民的文化生活和文化权利为价值，受益主体是全体社会公众。根据“谁受益、谁补偿”原则，全体公众作为文物保护所承载的公共利益的受益人，应当成为文物保护中所有权限制补偿制度的补偿主体。而现代民主国家作为公意之代表，聚社会成员个体之力，通过一整套有效的制度进行社会管理，以维护公共利益、保障公众权利，当是因公共利益而限制私人正当权利之补偿法律关系中的补偿主体；其次，因公共利益而对私

人财产权进行限制的行为一般通过立法或者行政权力的行使进行，文物保护作为政府职能的一部分，在很大程度上也依赖法律和行政规制的方式开展。国家及其政府在文物保护中运用公权力对私人所有权进行限制和部分剥夺的行为，实质上是通过征收部分人的部分正当权利、利用部分社会资源来实现自己文化管理职能的行为，因此，由国家为其履行文物保护职责而导致私主体的所有权限制和损失进行补偿，亦符合现代法治理论中的“行为责任自负”原则。

### （二）补偿范围

对文物保护中所有权限制的补偿范围需要考察三个层面的问题：一是补偿事由，即因文物保护给所有权人造成的哪些限制应予补偿；二是损失认定，即所有权人受到的哪些利益损失可以得到补偿；三是补偿标准，即这些利益减损在多大程度上得到补偿。

#### 1. 补偿事由

依据所有权受限制的程度和造成利益减损的原因不同，国外的补偿事由主要包括以下几种类型：

（1）所有权剥夺之补偿：对于因文物保护而对私人所有权进行剥夺或者重大限制导致所有权主要权能丧失的，国家将启动行政征收程序，或参照行政征收的标准对所有权人进行补偿。如英法两国的文物立法中都有行政征收或者国家强制收购的相关规定。在英国，政府主管文化事务的部长、“英格兰史迹”（Historic England）组织以及依法确定的不可移动文物监护主

体有权为保护文物之需，协议或强制收购具有突出历史、建筑学价值的文物及其所在或毗邻的土地，<sup>[22]</sup> 各类强制收购所获补偿，根据被收购土地与文物建筑所在地区的《土地补偿法》的相关规定确定。<sup>[23]</sup> 在法国，因文物保护而对所有权进行的限制超过一定限度时，国家或地方政府便根据《遗产法典》，对具有历史或艺术价值、已受列级或紧急列级保护的不可移动文物，为列级文物或者考古遗址实施必要隔离、保持畅通、恢复或实现其价值提供必要条件的不动产，以及位于列级文物可视范围内的不动产进行征收、征用，<sup>[24]</sup> 并根据《公益征收法典》进行补偿。<sup>[25]</sup>

(2) 对法律要求所有人承担特殊义务和特别牺牲的补偿：立法为文物所有权人设定了保护文物的义务，所有权人因此而遭受损失的，有权获得补偿。许多国家文物立法中都为依法履行文物维护、修缮或向公众展览开放等法定义务的所有权人规定一定的财税补贴。<sup>[26]</sup>

(3) 所有权因文物保护受到的合法权益和限制之补偿：如英国《古迹与考古区域法》规定，因行政机关依法同意或者拒绝颁发对文物开展一定工程的许可而给相对人造成损失的，其直接的实际的损失可获得行政赔偿。<sup>[27]</sup> 在美国，“发展权转移”作为一种私权补偿机制，允许不动产所有权人在其所有权因文物保护和城市规划而受到限制时，将附着于自己建筑物上的高空权利（air right）转移至相邻的土地或者建筑上，使后者可以突破相关规划中的对建筑物高度、位置和其他相

关规则的限制。<sup>[28]</sup> 法国《遗产法典》、意大利《文化与景观遗产法典》相关条款都设置了因文物保护或考古挖掘对不动产或其附着的土地进行临时占用时，对所有权人的补偿。<sup>[29]</sup>

(4) 行政违法或者信赖利益之补偿：如英国《古迹与考古区域法》和《登录建筑和保护区规划法》对由于政府行政行为的更改给文物所有权人造成的损失予以补偿，<sup>[30]</sup> 日本《文化财保护法》对于因文化厅拒绝颁发“重要文化财”修缮许可证，或者在主体依文化厅的指导进行修缮而造成的意外损失予以补偿。<sup>[31]</sup>

## 2. 损失认定

行政补偿制度的基本标准为因国家行政行为而使相关主体之权利受到的“直接的、物质的和确定的损失”。<sup>[32]</sup> 直接损失是指因对正当权利进行特别限制而直接导致的损失；物质损失是指因权利限制而造成的所有权人财产性利益的减损；确定的损失是指现实中已经实实在在发生的损失，或者虽尚未发生但将来必定发生的损失。间接损失、精神损失和期待利益损失能否获得补偿，则依各国法律的特别规定、有权机关在个案中的认定以及补偿程序、补偿方式的不同而存在差异。如根据法国《遗产法典》的相关规定，国家因遗产保护之需而对不动产进行征收或者征用的，应依照《公益征收法典》之规定，对所有权利人遭受的直接的、物质的和确定的损失进行补偿；但对于因文物保护而使财产所有权受到限制的，补偿金的确定应由补偿主体和受偿主体协商决定，只有

在协商不成时，才适用相关的法律法规由有权机关做出裁决。<sup>[33]</sup>在日本，虽然立法未明确将精神损失纳入补偿范围内，但因整个村落的房屋征收而对居民背井离乡的主观情感给予补偿的例子在实践中早已出现。<sup>[34]</sup>此外，美国文物保护和规划实践中广泛应用的“发展权转移”的补偿方式，也涉及期待利益的补偿。

### 3. 补偿标准

对于文物保护中所有权限制的补偿能否覆盖所有权人受到利益减损的全部，究竟是“完全补偿”还是“适当补偿”，也因权利受限制程度和补偿方式的不同而存在差异。一般而言，对于所有权剥夺性补偿或者所有权受到重大限制而丧失其主要职能的补偿，相对来说是一种完全补偿。如美国征收制度给予被征收人的补偿即为“公平补偿”，即完全补偿，它给予被征收人以征收财产的公平市场价值，包括财产的现有价值和未来盈利的折扣价格，从而使被征收人在财产被征收后的状况不会比征收前更差。<sup>[35]</sup>而在因文物保护而使所有权受到一般限制的场所，大多数国家确立了“合理补偿”原则，即适当补偿，只补偿由所有权人承担的超出一般社会公众之文物保护义务的“特别利益损害”，若与一般社会公众应承担的义务相当则不予补偿。

### （三）补偿方式

传统的行政补偿以金钱补偿为唯一形式，且要经过严格而烦琐的行政程序，在补偿范围和补偿标准上严格依照法律规定执行。但随着社会管理手段的创新，

文物保护实践中对所有权限制出现了一些新型补偿方式，主要包括：

1. 协议补偿在西方发达国家，特别是英美法系国家，协议补偿由专业的遗产保护社会团体或者非营利组织负责实施。这些社会组织根据不同情况，采取一系列灵活的市场化方式，通过平等协商和补偿激励使不动产所有权人自愿参与到文物保护实践中。如在美国，一些专门的民间组织或基金会从所有权人手中购买不可移动文物的地役权，以实现对该不可移动文物所有权的限制，所有权人自愿将地役权出售给特定的机构以获得一定的补助。近年来，大陆法系国家逐渐开始注重柔性行政在行政管理中的应用。在文物保护中注重公私合作，强调社会参与，尤其是相对人的参与，通过与不动产所有权人签订行政合同的方式，就其权利和义务作出约定。所有权人必须依照协议规定的方式保护和利用文物，遵守协议为之设定的义务，行政机关则依照合同的约定给予所有权人一定的补偿。协议补偿方式不仅体现了对所有权利人权利和意愿的尊重，而且在补偿期限、补偿金额和补偿方式上均有一定的自由协商空间。

2. 税收激励税收优惠不仅能激励有关主体自愿参与文物保护，更是文物保护中所有权限制的补偿方式之一。在美国，对于愿意与文物保护组织签订遗产保护地役协议的不动产所有权人，联邦和州政府通过立法或者相应政策，提供一系列税收减免办法。1976年《联邦税法》允许符合标准的地役权捐献者获得所得税、赠与

税和遗产税的抵减，之后许多州都相继立法确认了供役者所应享受的税费优惠。在政府制订的《总税务优惠纲要》中，土地或者不可移动文物所处的位置、出让的限制大小，是税务官确定地役权价值的主要标尺。最通常被采用的衡量方法是直接比较捐出地役权之前后的市场价差。这实际上相当于针对由于限制而造成的不动产价值减损的补偿。<sup>[36]</sup>意大利《文化与景观遗产法典》中对于自愿履行文物保护和修缮义务的所有权人也规定了一系列税收减免措施。如经遗产、文化活动和旅游部或其授权的相关机构依法批准，不可移动文物所有人、占有人等对不可移动文物进行保护和修缮的，其为保护和修缮文物所支出的必要费用，可在个人所得税的计税收入中予以扣除。<sup>[37]</sup>

### 3. 权利转移与置换

通过转移与置换的方式对因文物保护受到私权限制的所有人提供补偿，在中外文物保护实践中都有存在，包括权利空间转移与所有权置换两种形态。上文所述美国“发展权转移”模式即是权利空间转移的代表。自联邦最高法院通过“纽约中央火车站”（Penn Central Transportation Company v. City of New York, 438 U. S. 104）一案确立“发展权转移”作为一种私权补偿机制的合宪性之后，该制度在 30 多个州得到广泛应用。我国台湾地区的“容积率转移”也是与此类似的补偿模式，它允许因文物指定或保护区划定而受到所有权限制的私有不可移动文物所有权人，在其他地区获得与原依法可建筑之容积率受到限制

的部分等值的建筑使用权。<sup>[38]</sup>我国大陆一些地区则采取所有权置换的方式，通过对文物保护中受到限制的所有权进行置换给予补偿。置换通过协议的方式进行，不可移动文物所有权人将文物所有权捐赠给国家，国家另选址对原所有权人进行安置，也可允许原所有权人继续享有该不可移动文物的使用权。有些地区还出台政策性文件，“鼓励集体和非公有资本依法参与古民居原地保护利用产权转让活动”，<sup>[39]</sup>将参与所有权置换的主体由国家扩大到社会主体。与其他补偿方式相比，权利转移与置换在满足所有人之正当需求方面更加直接，给予所有权人与受限权利基本相同的权利，在补偿所有权人损失方面也更加全面。

### 三、利益平衡：文物立法中所有权限制补偿制度的建构

我国行政补偿制度以特别法的明确规定为依据，而现行文物保护立法中只规定了文物保护对私人文物所有权的限制，却没有明确对所有权限制予以补偿。虽然一些地方政府以优化文物工作效果为目的，在实践中对所有权补偿机制进行积极探索，但《文物保护法》中补偿制度的缺失使得这些制度创新从理论上来说缺乏明确的法律依据，其实施的确定性和稳定性无法得到保障，也无法在更大的范围内进行推广。从理论上来说，补偿制度的缺失使得我国的文物保护制度处于公私利益失衡的局面，国家公权力对私人所有权进行过度干预、限制和侵犯并不符合民主、法

治的现代法治精神；从实践上来说，补偿制度的缺失使得文物保护工作因缺乏相对人和社会公众的广泛认同而困难重重，严重影响《文物保护法》各项制度的实施效果，本文开篇案例中有关部门依法执法却广受诟病的尴尬情形即是真实写照。为此，在文物立法中确立所有权限制补偿制度，平衡文物保护中的公共利益和私主体的正当权益，是完善我国文物保护制度设计、改善文物保护工作效果的关键。

值得注意的是，现行《文物保护法》第二十一条在将所有权人规定为非国有不可移动文物保护法定主体的同时，也肯定了所有人无力修缮时，有权获得政府的帮助。从效果上看，这种帮助可以看做因履行文物保护义务而获得补偿的一种方式。但从性质和功能上说，该条文以促进文物修缮工程顺利完成为目的，政府的帮助指向的是文物修缮本身，并非所有权人因文物保护行为而受到的利益损失；其次，对于政府应当给予所有权人怎样的帮助、在多大程度上给予帮助以及政府提供帮助的资源从何而来等问题，法律法规并无明确规定，使该条文的可操作性大打折扣，文物所有权人能否得到帮助以及得到多少帮助，完全依赖于地方政府有无相关政策。更需商榷的是，该条文为享受政府帮助的所有权人设置了一定条件，即只有无力修缮文物的所有权人才能得到政府的帮助，这又造成了不同的非国有文物所有权人在文物保护义务上的不平等，使得符合受帮助条件的所有权人在文物保护中的责任明显轻于其他不享有此资格的所有权人。

针对上述问题，我国《文物保护法》应以公私利益的平衡为基本价值建立完善的所有权限制补偿制度，在坚守“保护为主”的同时，更加关注对私人所有权利益的保障问题。首先，文物保护各项制度的设计应着力挖掘“合理利用”的价值。与一味地用法律和行政权力对私人所有权进行限制相比，通过制度设计引导所有权人更加科学、合理地利用文物，既减少了公权力对私权利的干预与侵犯，又可促使所有权人发挥其主观能动性，自觉参与到文物保护实践中，通过科学合理的利用更好地发挥文物在当今社会的价值，实现文物保护和私权保障的双赢，无疑是一种更好的选择。其次，补偿制度应保证受偿主体的广泛性。一方面，文物所有权人因权利受限和义务履行而获得补偿的权利，不应当因自身履行义务能力、经济状况等差异而存在差别，补偿资格的取得只以其所有权因文物保护受到限制，或相关的正当利益因文物保护而受到减损为条件。但在补偿标准的设定上，应按照文物受保护的级别、保存现状以及所有权人权利受限和利益受损失的程度等因素，在补偿数额、补偿方式上区别对待。另一方面，因文物保护需要而使一般不动产受到限制或者要求所有权人做出特别牺牲的，该一般不动产所有权人也应当成为受偿主体。再次，立法应明确因文物保护而受到权利限制或利益减损的所有权人所获得补偿的范围，明确补偿事由、规定损失认定方式、确定补偿标准，使得受偿主体获得补偿有法可依、清晰透明。最后，由于我



国不同地区经济社会发展和文物保护实践存在一定差异，立法应允许并鼓励多样化的补偿方式，鼓励各地因地制宜地探索并实施灵活的、创新型补偿方式，同时注重受偿主体的意愿和需求，在补偿方式、补偿范围等方面赋予其一定的发言权。

#### 四、结语

文物保护作为承载公共利益的公益事业，不仅要求政府相关部门积极履行职责，也离不开全体社会成员的支持和参与。平衡文物保护中的公益与私益，在保护文物的同时注重对个体正当私权利的尊重和保障，无疑是文物保护事业取得社会成员理解、支持和参与的关键。许多国家和地区通过文物所有权限制补偿制度的确立及其实践，不仅使所有权人成为私有文物保护的主要责任人，还使很多其他社会主体也自愿为文物保护作出贡献，形成了全民参与文物保护的积极风气。反观我国，私人所有权补偿机制的缺失却成为文物保护实践的瓶颈。本文对构建我国文物所有权补偿制度提出的设想，只是对如何实现文物保护中公私利益平衡这一问题的初步探索。该制度在确立过程中可能遇到的困难以及如何对因文物保护而受到所有权之外其他人身、财产权利的限制和损失进行补偿等问题，有待进一步研究。

#### 注 释

[1] 陈某系浙江省兰溪市芝堰村村民，其家传祖宅作为 2006 年被公布为全国重点文物

保护单位的芝堰村古建筑群文物本体之一，早已面临“年久失修，房屋漏雨，房梁蛀空”的危险状况。由于文物修缮所需大量资金远远超出其能够承受的范围，其子又急需结婚用房，陈某不顾文物执法人员的劝阻，于 2011 年分两次拆毁了该祖宅。2012 年 11 月 9 日，陈某被当地检察机关以涉嫌故意损毁文物罪批捕。2013 年 9 月 28 日，兰溪市人民法院认定陈某构成故意损毁文物罪，判处有期徒刑两年，缓刑三年，并处罚金 3000 元。参见浙江省兰溪市人民法院刑事判决书（2013）金兰刑初字第 00282 号。

- [2] 有关该案社会反响和芝堰村居民生活及文物保护现状的调查，参见“村村乐”网站浙江省兰溪市黄店镇芝堰村页面相关报道：<http://www.cuncunle.com/villageweb/501461/news/news-34326.html>，亦可参见腾讯大浙网：[http://zj.qq.com/a/20121201/000026\\_1.htm](http://zj.qq.com/a/20121201/000026_1.htm)，访问日期：2014 年 12 月 26 日。
- [3] 参见《文物保护法》第四条。
- [4] 《文物保护法》第二章“不可移动文物”各条均以“原址保护”为基本要求，以异地保护为例外。若擅自拆除文物需承担行政和民事责任，严重的如拆除省级以上文物保护单位的文物，根据《文物保护法》第 64 条和《刑法》第 324 条的规定需承担刑事责任。
- [5] 参见《文物保护法》第二十一、二十五、二十六条。
- [6] “行政役权”（servitude administrative）是大陆法系国家公物管理制度中的概念，是指为了公物利益或者公共利益之需，通过立法或者行政权力对不动产所有权进行一定限制，为所有权人设立一定的积极或消