

我国文物立法存在的问题及反思

崔 璨

(中国人民大学法学院,北京 100872)

[摘要]我国当前的文物立法存在着文物保护相关法律法规的执行效果较差、守法自觉性有待提高、立法过程中部门权力的博弈客观上降低了立法效率并影响法律内容的有效表达、文物保护法律体系的统一性不高、救济措施难以达到预期的社会效益以及立法过程中公众参与机制尚未形成等诸多问题,已经不能很好地满足公众对文化生活的需求,其有待改进和完善。

[关键词]文物保护;立法效能;立法创制;立法内容;立法主体

[中图分类号]D901 **[文献标识码]**A **[文章编号]**1674-117X(2013)03-0074-05

Review of China's Cultural Relics Protection Legislation

CUI Can

(Law School, Renmin University of China, Beijing 100872, China)

Abstract: There are many problems existing in China's cultural relics protection legislation as follows, such as: the law cannot be enforced efficiently, the consciousness of law-abiding remains to be improved and the efficiency of legislation has been reduced just because of the wrangle among different powers. All of these problems affected the clear expression to the content of law, reduced the unity of the legal system in cultural relics protection which induce the relief measures that cannot protect the social benefit as well as the mechanism of public participation cannot be formed. That is to say, the legislation on cultural relics protection should be improved to meet the need of the public in cultural life.

Key words: cultural relics protection; legislation efficiency; laws-making; law content; legislator

中华人民共和国的成立,开创了我国文物工作和文物立法工作的新时代。^[1]除了《文物保护法》,我国还制定了一批文物保护行政法规、地方性法规,其中现行有效的行政法规有690多件、地方性法规有8600多件^[2]。但是,我国文物立法还存在很多问题,文物立法的进一步完善和发展有待于对这些问题进行积极的审视与反思。

一 文物保护立法的效能:法律规则缺乏实效

在我国,文物保护立法处于“说起来重要,做起

来次要,忙起来不要”的尴尬境地。一方面是立法对文物建筑、古墓葬等不可移动文物的保护;另一方面是在城市化进程中,大量的文物建筑正在以“保护”和“维修”之名,公然被夷为平地^[3]。违法行为千方百计地钻营制度的空子,不断挑战法律的权威。

(一)文物立法远离城市化进程这一立法环境

所谓实效是指法律规则在社会生活中被实际地服从,人们的行为按照法律规则规定的要求来实施。^[4]法律是有实效的说法仅指人们的实际行为符

收稿日期:2013-01-18

基金项目:中国文化遗产研究院委托课题“《文物保护法》的法律协调问题研究”(36111093);中央高校基本科研业务项目“文物保护与物权法律关系研究——以非国有不可移动文物为对象”(92326020)

作者简介:崔 璨(1981-),女,山西吕梁人,中国人民大学博士研究生,主要从事文化遗产法、法制史研究。

合法律规范,^[5]可见,法律的实效并不是法律规则的必然属性。全国人大教科文卫委员会 2000 年在全国开展了一次文物执法检查工作,并在《关于当前文物保护法执行中若干问题的报告》中指出:“由于不能正确认识和处理文物保护与市场经济发展的关系、文物保护与两个文明建设的关系,因此在处理文物的社会效益和经济效益的关系,文物保护与经济建设、城市建设的关系,文物保护与改善人民群众生活的关系,文物保护与旅游、宗教事业的关系,文物保护与文物流通和文物市场的关系等方面,出现了不少偏差和误区,使得文物保护法的实施遇到前所未有的困难和复杂局面。”^[6]

以历史文化名城的保护为例,我国在 2002 年修改《文物保护法》时就将历史文化名城的保护列入法律,2008 年专门制定《历史文化名城名镇名村保护条例》对历史文化名城予以保护,但是法律实施的效果却不尽如人意。一些地方破坏名城保护范围历史格局和整体风貌,挤占与拆除历史文化街区、损毁历史建筑的情况仍时有发生。^[7]如果说文物立法已经实现“有法可依”的话,那么其最缺少的就是“有法必依”,特别是在城市化进程飞速发展的今天,无论是《文物保护法》还是《历史文化名城名镇名村保护条例》对历史文化名城的保护,与其说是对人们行为的规范,倒不如说是立法者勾勒的一幅美好愿景。立法的制定与实施之间还存在很大的距离,法律实效性不高不仅有损法律的权威,而且降低了社会对法律的信任。

(二)法律规则在内容上缺少对文物保护意识提升的宣传

《文物保护法》实施 30 年来,法律责任倚轻一直为学界和实务界所诟病。法律作为一种统治手段首先应当具有强制力,只有具有威慑力的法律才能被人们所敬畏,甚至信仰,外在的法律规则也才能内化为人们内心对某种秩序的内心确信。

以破坏不可移动文物的行为为例,法律规定“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 5 万元以上 50 万元以下的罚款;情节严重的,由原发证机关吊销资质证书”(《文物保护法》第 66 条)。该条规定制定于 2002 年,并一直沿用到今天,在该规则制定之初,综合社会经济状况,在一定程度上确实起到了法律应有的震慑作

用,但是随着经济的发展,该规则的弊端就日益凸显,今天的 50 万元已经远远不是立法之处的 50 万元,加之破坏不可移动文物的主体一般都是房地产开发企业,房地产开发企业因所得的收益远远高于应得的行政处罚,这就造成了守法成本高、违法成本低的现状,房地产开发企业完全可以为了高额利润铤而走险,触犯法律,该条规则被屡屡违反。如此,法律规则也难免流于形式。

守法成本与违法成本不应当仅仅是潜在违法者权衡的对象,更应当是立法者应当关注的问题。但是,归根结底法律的制定能否为人们所遵守,在很大程度上取决于立法的技术与法律内容的完善。如果在法律的实际运行过程中,行为人对文物保护法律义务的遵守只是基于在违法与守法的博弈过程中对违法后果的预测,社会公众对法律规则的实效缺乏内心确认,那么这样的法律将无法获得其应有的尊严,也不会被人们实际信仰。

二 文物保护立法的创制:利益的博弈与妥协

实践中,我国的立法一般都遵循所谓的“部门立法”模式,但是部门之间权利的博弈增加了文物立法和执法的难度。

(一)“部门立法”模式无法满足文物综合性、全局性保护的需要

之所以实行“部门立法”就是因为相关职能部门提出立法草案可以弥补立法者因不熟悉该领域的具体事务导致立法草案有失偏颇的缺陷,可以使立法草案更具有针对性。但是现有的行政管理体制存在横向的管理分散、纵向的利益分割等问题,由某一个部门提出立法草案,在客观上使得立法无论是在框架结构、体系还是在内容上都严重受限于该行政管理体制及其工作范围;在主观上,其所处的地位和管理权限决定了其很难超然于本部门的利益而保持中立,使得立法难免会从本部门利益出发“以法谋私”,将部门利益法制化,立法成为谋取部门利益的工具,^[8]最终导致制定出台的法律可能就是屈从于各不同部门权利主张的奇怪产物。

《文物保护法》规定了文物保护工作的政府权责分配,要求在国务院文物行政部门的主管之下,公安机关、工商行政管理部门、海关、城乡建设规划

部门和其他有关国家机关应当依法认真履行所承担的保护文物的职责,维护文物管理秩序,从而形成了权力分立与制衡的文物保护的基本格局。但是在没有法律对其进行强制性规定的情况下,这种多元化的行政管理体制极易导致因单纯追求部门利益而影响立法的效率,并进而影响法律草案的科学性和可行性。

以《山东文物保护条例(草案)》为例。在2010年9月山东省人大常委会在进行第二次审议之前的意见征集时,就有人指出其中有多处涉嫌部门利益法制化。^[9]如认为规定“国有文物收藏单位、考古发掘单位向社会提供的文物咨询、鉴定等服务活动,可以收取一定的费用”是对国有文物收藏单位、考古发掘单位等部门收费权的扩大。^[10]可见,虽然部门立法为广大学者和社会所诟病,但是在实践中,将公共利益部门化、部门利益法制化已经是一种司空见惯的现象。而2002年《文物保护法》修订过程中也存在着不少矛盾和争议,特别是对文物保护法立法的基本宗旨,是以保护为主,还是利用为主,或是保护与利用并举,一度争执不下。^[11]最后,全国人大常委会采纳了专家学者、文物工作者的意见,认为文物保护立法的基本宗旨应当是以保护为主。《文物保护法》立法宗旨得以确立和重申不能不说是各方利益博弈的结果,是立法机关对不同价值的选择。

(二)部门间利益的博弈有损立法对于文物保护目的的表达

文物保护领域的很多方面急需立法规范,并已具备立法条件,但是却迟迟不见立法的出台,这很难说与不同相关部门的“争权夺利”无关。各相关部门无法实现有效沟通必然产生两种后果:其一是使本已条件成熟的立法被无限期搁置,亟需立法调节的领域无法可依;其二是为了权宜各部门的利益,出台一个足以保证各方利益平衡的立法“怪胎”。立法之所以要建立利益表达和意见沟通机制,是因为法律规则在实践中的运作效果完全取决于主体之间的意见沟通、观念重叠共识和行动配合,没有各方参与制定的规则将加大执法成本且不具有实效。^[12]然而,在实践中,文物立法的沟通协调机制往往不能产生制度设计之初所预期的良好效果。

如何处理立法起草过程中出现的不同意见,主持立法起草的部门通常会采取两种解决方式:一种可谓是消极处理法,即将有争议的问题暂时搁置,对于某一部法律,暂时不予提交,对于某一个条款,则予以删除或规定由下位法予以补充;另一种可谓是模糊处理法,即将某一规则用尽可能模糊的语言表述出来,似乎对不同的意见有所采纳但同时又为法律适用过程中的变通留有余地。《文物保护法》有关对国有馆藏文物退出机制的规定,就是在文物保护与文物流通之间所做的妥协,为了求得平衡,规定对国有文物收藏单位不再收藏的文物的处理办法,由国务院另行制定。但是,众所周知,自该条款于2002年被列入法律,至今已有10年时间,但是国务院至今仍未出台相关规定。因此,可以说,立法的沟通协调机制在保障法律的实效性以及防止部门利益法制化方面很大程度上难以发挥应有的作用。

三 文物保护立法的内容:法治基础薄弱

我国的文物立法遵循先原则后具体的立法路径,文物立法还在不断的完善过程中。

(一)文物保护法律体系内部统一性有待提高

1982年全国人大常委会颁布实施《文物保护法》,国务院和有关部门、地方政府也都制定了一系列配套法规,基本形成了中国文物保护法律体系。^[13]《文物保护法》是文物保护法律体系中的统领性法律,是有关物质文化遗产的总的规定,内容涵盖可移动文物和不可移动文物。由于内容的广泛性,《文物保护法》对每一类文物只能是宏观的、纲领性的规定,不可能面面俱到。但是随着人们文物保护认识的提高,对文物保护的要求越来越细,仅仅依靠一部《文物保护法》无法实现对文物的有效保护。

于是,国家相继出台了《古人类化石和古脊椎动物化石保护管理办法》《长城保护条例》《世界文化遗产保护管理办法》等法规和规章,对文物进行精细化保护。但是,随之也带来了一系列新的问题,特别是由于负责起草的部门不是同一个部门,各部门之间的权责界限模糊、部门内部权力分散等诸多现实因素的限制以及部门对于制定法规和规章的“话语权”较法律而言要大得多,文物立法的细

化往往并不能必然导致法律的“细化”,而使之更具执行力,反而会使法规和规章在内容上具有更加明显的部门利益色彩,从而影响作为整体的文物保护法律体系的统一性。

(二)事后性救济措施无法对文物违法产生事前预防效果

法律规范通常由条件、行为模式和法律后果组成,^[14]法律规范中包含着立法者“对人们的行为选择给予何种评价”^[15]的因素,法律后果决定了法律规范的导向性,^[16]可以确保行为模式的遵守。但是,在文物立法中,一方面表现出“重行为、轻后果”的特点,很多行为模式没有相应的法律后果客观上降低了法律的权威;另一方面,对于法律后果的规定没有从成本效益的角度进行科学细致的分析,法律后果的制定缺少具体的数字化的支撑,从而使立法所规定的法律后果无法产生预期的社会效益。如,上文提到的50万元以下的罚款的规定,无法起到应有的威慑作用。

文物保护立法的责任承担分为行政责任、民事责任和刑事责任三类。首先,在行政处罚上,享有行政处罚权的权力主体过于分散。其中,《文物保护法》规定享有行政处罚权的机关包括公安、建设等多个部门。行政处罚是文物得以有效保护的权力保障,这种多头处罚的模式在客观上弱化了文物行政主管部门的文物执法权,容易造成行政处罚权过于分散、职责划分不明的问题,出现“都有权管又都不管”的混乱局面。其次,在行政处罚的手段上,文物立法基本上都是以行政处罚款为主,针对的是既已发生的破坏文物的行为,因此很难达到对文物这一不可再生资源的保护。退一步讲,即便是罚款,文物保护立法也缺乏从守法成本、违法成本与文物保护的社会效益等角度进行的权衡,违法行为与法律责任不相当,难以形成对违法行为的有效威慑。在民事责任方面,文物法规和其他法规一样,也只有通过一定的诉讼程序才能顺利实施,^[17]但是,无论是文物保护的公益诉讼还是文物侵权责任都没有在立法中确立下来,一定程度上削弱了文物保护的民事救济力度。在刑事责任方面,《刑法》以“妨害文物管理罪”一节专门对文物犯罪行为进行了规制,但是对于刑事责任的承担并没有相对具体的规定,导致“一些地方公安、司法机关在对文物犯罪的

立案和定罪量刑上认识不同、标准不一,存在对文物犯罪案件立案不送、以罚代刑、重罪轻判等现象”。^[18]

四 文物保护立法的主体:缺乏公众参与的缺失与误读

公民有权参与立法,是现代民主社会实现法治的基本原则^[19]。公众参与包括立法建议的提出和对已颁布立法的实施情况的监督两个方面。我国《立法法》确定了公开及参与等原则,这对于确保行政立法中的公民参与,充分体现公民的利益,是非常重要的^[20]。但是,我国文物立法的公众参与状况不容乐观,存在以下几个问题:第一,在法律的制定过程中,公众参与的主要方式是通过由人大代表提出议案的方式进行,而由于上文所述的种种原因,法律草案与最终公布的征求意见稿在内容上存在很大的差异,使得公众的意见在实践中往往难以实施,而通过这种方式提出的对法律草案的审查建议也很难对违法或不当的立法行为产生有效的约束;第二,由于对公众参与的规定过于原则而且没有将该行为确立为公民的一项义务,因此,法律对公众参与立法规定的强制力较弱,而且由于缺乏明确的程序性保障,公众参与在文物立法中的应有作用还未得到真正发挥。

在立法监督方面,《立法法》赋予了公众对已颁布立法予以监督的权利,针对立法中存在的法规间的矛盾与冲突等问题,公众有权提出审查建议,但是,法律缺少相关程序性的规定,对立法审查程序的启动有赖于立法机关的决定,而《立法法》所规定的公民提出违宪审查的权利只是一种对已颁布立法予以监督的权利,非常有限,无法直接启动立法审查程序。对于公民针对已有立法所提出的监督意见,是否被立法部门采纳以及何时采纳等,立法也没有将其作为立法部门的一项义务予以规定,而公民的监督权利由于得不到及时的意见反馈,也无法发挥监督作用。

历史文物为全人类所创造,历史文物为全人类所共有,历史文物应得到全体民众的共同保护。^[21]公众参与立法是提高对文物保护意识的重要手段和途径,不仅能够唤起公众保护文物的意识,而且能够使立法更加贴近文物保护的实际需要。如《广

州市历史文化名城保护规划》(草案)公开征集意见中78位居民的联名上书就是公众参与文物保护的典型例子。^[22]但是,同时我们还应当注意到由于公众自身对文物保护的认识能力具有有限性,因此成为导致社会不能对违犯文物保护相关法律的行为形成有效约束的一个重要原因,甚至部分公众不能正确表达立法者所需要获取的重要信息。由此,民意往往被有意或无意的误读,从而使民意的表达发生异化,扰乱事实的真相。

立法是法治的前提和基础。法律是社会治理的手段,是通过国家强制力对社会关系的调整而实现对一种规范的社会秩序的建立,文物保护立法也是如此。虽然我国文物保护及立法工作取得了可喜的成就,但是随着文物保护意识和人们精神需求的提高,文物立法的现状已经不能满足公众对文化生活的需要。而文物保护立法无论是在调整对象还是在调整方式上都有别于传统部门法,因此,文物立法要紧紧围绕文物保护的特点,使其更具针对性。只有在法律所规范的制度体系当中,才能有序实现对文物的保护,文物立法只有通过自我完善才能切实推动我国文物法治的发展。

参考文献:

- [1] 梁吉生,顾伯平.新中国文物立法的回顾与展望[J].中国博物馆,1988(4):75-81.
- [2] 李晓东.略谈文物法律体系与法治文化[J].中国文物科学研究,2011(2):27-30.
- [3] 楚唐.保护性拆除钻了制度漏洞[N].新京报,2012-02-18(2).
- [4] 王国金,张镭.法律规则实效要件论析[J],理论学刊,2006(12):90-91.
- [5] 凯尔森.法与国家的一般理论[M].沈宗灵,译.北京:中国大百科全书出版社,1996:52.
- [6] 朱兵.论文物保护法的立法宗旨及意义[EB/OL].(2006-11-08)[2012-02-20].http://www.npc.gov.cn/npc/bmzz/jkww/2006-11/08/content_1383621.htm.
- [7] 孙安军.《历史文化名城名镇名村保护条例》实施的研究[J].中国名城,2010(5):4-7.
- [8] 刘武俊.警惕部门利益法制化的“立法腐败”[N].大众日报,2011-05-24(14).
- [9] 山东人大.关于《山东省文物保护条例(草案)》的说明[EB/OL].(2010-09-30)[2012-03-12].http://www.sdrdlf.gov.cn/html/lfbj/lfbj/2001.html.
- [10] 姜玉泰,任秀芳.法律人士质疑部门利益法制化[N].大众日报,2010-09-13(3).
- [11] 朱兵.论文物保护法的立法宗旨及意义[EB/OL].(2006-11-08)[2012-02-20].http://www.npc.gov.cn/npc/bmzz/jkww/2006-11/08/content_1383621.htm.
- [12] 于立深.行政立法过程的利益表达、意见沟通和整合[J].当代法学,2004(2):25-39.
- [13] 刘晓霞.文物保护法通论[M].北京:中国城市出版社,2005:25.
- [14] 李龙.法理学[M].武汉:武汉大学出版社,1996:72.
- [15] 王勇飞,王启富.中国法理纵论[M].北京:中国政法大学出版社,1996:270.
- [16] 尹西明.法律后果论[J].河南社会科学,1999(1):34-36.
- [17] 梁吉生,顾伯平.新中国文物立法的回顾与展望[J].中国博物馆,1988(4):75-81.
- [18] 姚远.几十万罚款难以震慑擅拆文物,学者呼吁司法介入[EB/OL].(2012-06-25)[2012-06-26].http://www.ccdy.cn/xinwen/wenhua/xinwen/201206/t20120625_317410.htm.
- [19] 丁爱萍.开门立法有益于提高立法质量[J].人大研究,2008(3):1.
- [20] 杨建顺.论科学、民主的行政立法[J].法学杂志,2011(8):19-27.
- [21] 王运良.共有、共保、共享:关于社会参与文物保护的思考[J].中国文物科学研究,2010(2):1-8.
- [22] 牛日成.保护城市历史文化,民意当受尊重[N].羊城晚报,2012-02-06(2).

责任编辑:黄声波