

# KANSAI GAIDAI UNIVERSITY

## 文物友現枚及其法律保扮： 以兵島桶的笈現枚之爭力例

メタデータ	言語: zh-cn 出版者: 関西外国語大学・関西外国語大学短期大学部 公開日: 2016-09-05 キーワード (Ja): キーワード (En): Discovery Rights of Cultural Relics, Legal Issues, Research Analysis, Legal Consciousness 作成者: 周, 小臣 メールアドレス: 所属: 関西外国語大学短期大学部
URL	<a href="https://doi.org/10.18956/00006130">https://doi.org/10.18956/00006130</a>

# 文物发现权及其法律保护

—— 以兵马俑的发现权之争为例 ——

周 小 臣

## 要 旨

关于“兵马俑”发现权确认的纷争并不是偶然现象，而是已有的和潜在的关于文物发现权确认问题的典型代表，它表明公民法律意识的增强，也暴露出我国发现权立法中需要完善的问题。本文从系统地阐述文物发现权概念入手，分析性的描述和探讨了我国文物保护的立法及执法现状，并对文物发现权保护模式进行了探讨，拟为我国“发现权法律体系”的建立提供理论依据。

キーワード：文物发现权、法律问题、探析、法律意识

## 引 言

1974年在执行打井任务时发现“兵马俑”的9位农民在29年后的2003年12月向秦俑博物馆和陕西省文物局提交了确认“兵马俑”发现权的申请书，此事再次成为学者、业界及媒体关注的焦点，该事件对建立和完善我国发现权及其文物保护法律制度具有积极的现实意义，为此本文在此进行分析和探讨。

### 一、文物发现权概念的界定

有关“兵马俑”发现权的争论实际上涉及到文物发现权的法律性质问题，因此，全面界定文物发现权概念的内涵和外延是保护文物的关键。我国《文物保护法》未对文物的概念进行界定，只是对受国家保护的文物的范围进行了列举式的规定，其范围有5大类：具有历史、艺术、科学价值的古文化遗址、古墓葬、古建筑、石窟寺和石刻、壁画；与重大历史事件、革命运动或者著名人物有关的以及具有重要纪念意义、教育意义或者史料价值的近代现代重要史迹、实物、代表性建筑；历史上各时代珍贵的艺术品、工艺美术品；历史上各时代重要的文献资料以及具有历史、艺术、科学价值的手稿和图书资料等；反映历史上各时代、各民族社会制度、社会生产、社会生

活的代表性实物。此外，具有科学价值的古脊椎动物化石和古人类化石同文物一样受国家保护。可见，文物的种类很多，按照不同的标准，有不同的划分方法：如，按照性质分类，可将文物划分为历史文物和革命文物；按照来源分类，可将文物分为出土文物和传世文物；按文物的保存方法分类，可分为馆藏文物和散存文物；按文物移动状况，可将文物分为不可移动文物和可移动文物。

目前，世界各国对不同类别的文物有不同的称谓，但大都没有能与中国的“文物”一词完全相对应的词汇，也没有概括所有类别文物的统称。我国《文物保护法》第1条规定：“为了加强对文物的保护，继承中华民族优秀的历史文化遗产，———。”这里的“文化遗产”，根据《保护世界文化和自然遗产公约》的规定，是指从历史、艺术或科学角度看文化遗产是指具有突出普遍价值的建筑物、碑雕和碑画、具有考古性质的成分或结构、铭文、窟洞以及联合体及建筑式样、分布均匀或环境风景结合方面具有突出价值的单立或连接的建筑群；从历史、审美、人种学或人类学角度看具有突出普遍价值的人类工程或自然与人联合工程及考古地址等。文化遗产是民族的生命和根基，当前保护我国文化遗产要注意把握三个层次：第一、保护文物古迹。主要包括古建筑、古墓葬、古遗址、石刻、名人故居和近现代有纪念意义的建筑物等；第二、保护具有传统风貌的历史街区。有些建筑物单独看，可能不够确定为“重点文物保护单位”，但是建筑群加在一起，其价值就得到升华，就能反映某一历史时期城市的传统风貌特色；第三、保护历史文化名城。历史文化名城，关键是要看其保存有价值的历史遗产多少。近年来，随着人们对文化遗产的认识在不断深化的同时，文化遗产保护的范围和对象也在不断扩大，从早期的有形文化遗产的保护发展到近些年来无形文化遗产的保护；从个体的建筑扩大到历史街区、建筑群乃至一个完整的古城，并强调保护历史环境，从地上遗存的建筑群扩大到地下埋藏的古文化遗址、古墓葬，等等。由此可见，联合国教科文组织通过的一些有关保护文物的国际公约所称的“文化遗产”是指不可移动的文物；可移动文物联合国教科文组织一般称其为“文化财产”。

根据以上分析，本文以为，文物是历史的见证，作为人类文明史的载体，是反映人类社会发展的，具有历史、艺术或科学价值，可供人们纪念观赏的遗存在地上或埋藏在地下的物品。

对于“发现权”的界定，根据《建立世界知识产权组织公约》的规定，发现是指人们经过探索、研究，对自然现象、特征或规律做出前所未有的阐述。如对星体或物质的新发现，新的定理的提出，对地震、火山爆发规律的认识，或指阐明客观物质世界的现象、特性或规律而提出的一种新认识。发现的成果是属于自然科学而不是社会科学。由此可见，这里的“发现”是属于自然科学领域，保护发现权在于鼓励人们在发现未知，探索自然界奥秘，为人类认识世界和改造世界的活动创造更多的已知和成就。而我国的理论界和司法界对于这些问题一般认为，发现是对“自然规律、自然现象的特征进行科学的创造性的新揭示。”也就是说，发现权的客体是科学发现。那么，对于“文物”这一本身就很特殊的物质，其是否属于发现权的客体，就我国当前的立法和习惯理论来看，还没有明确的法律依据。

## 二、我国文物发现权及其法律保护的立法实践

我国有关文物保护的立法最早是在《宪法》中，该法规定，“国家保护名胜古迹、珍贵文物和其他重要历史文化遗产。”这是我国在文物保护方面的基本法律依据和准则。1982年全国人大常委会颁布《文物保护法》，中国对文化遗产的保护开始走上法制化的轨道。该法第18条第2款规定“在进行基本建设工程或者农业生产中，任何单位或者个人发现文物，应立即报告当地文化行政管理部门。遇有重要发现，当地文化行政管理部门必须及时报请上级文化行政管理部门处理。”这一规定表明，公民发现文物有及时上报的义务。第29条规定“有下列事迹的先进单位或者个人，由国家给予适当的精神鼓励或物质奖励。”其第四款为“发现文物及时上报或者上交，使文物得到保护的”。第30条规定“有下列行为之一的，给予行政处罚”，其第2款为“在地下、内水、领海及其他场所中发现文物隐匿不报，不上交国家的，有公安部门给予警告或者罚款，并追缴其非法所得的文物”。这说明，国家对于发现文物的公民，如果“及时上报或上交”，则予以奖励，但是也没有具体说到文物发现者的发现权问题；如果“隐匿不报”，则要受到惩处。随着改革开放的深化和扩大，文物管理工作出现了许多新情况和新问题，原文物保护法的一些规定已不能完全适应形势发展的要求，2002年5月全国人大常委会对《文物保护法》进行了修改、补充，建立和完善了一系列保护文物、确保文物安全的制度和措施，将“保护为主、抢救第一、合理利用、加强管理”的文物十六字工作方针以法律的形式写进总则。提倡在确保文物安全的前提下，对文物的合理利用，用科学精神和创新意识解决新形势下的新问题，满足人民群众日益增长的文化生活需求，形成保护与利用的良性互动。2002年我国颁布实施了新的《文物保护法》。总则第12条规定“有下列事迹的单位或个人，由国家给予精神鼓励或物质奖励。”其中第4款为“发现文物及时上报或者上交，使文物得到保护的——”，第32条规定“在进行建设工程或者在农业生产中，任何单位或者个人发现文物，应当保护现场，立即报告当地文物行政部门，文物行政部门接到报告后，如无特殊情况，应当在24小时内赶赴现场，并在七日内提出处理意见。文物行政部门可以报请当地人民政府通知公安机关协助保护现场；发现重要文物的，应当立即上报国务院文物行政部门，国务院文物行政部门应当在接到报告后十五日内提出处理意见。依照前款规定发现的文物属于国家所有，任何单位或者个人不得哄抢、私分、藏匿。”这条规定与1982年《文物保护法》的相关规定相比，更为详细具体，而且特别提出“发现的文物属于国家所有”，公民仍然负有报告的义务。第74条规定“有下列行为之一，尚不构成犯罪的，由县级以上人民政府文物主管部门会同公安机关追缴文物；情节严重的，处五千元以上五万元以下的罚款”，其第1款为“发现文物隐匿不报或者拒不上交的”。2003年公布实施的《文物保护法实施条例》总则第6条规定“有文物保护法第十二条所列事迹之一的单位或者个人，由人民政府及其文物行政主管部门、有关部门给予精神鼓励或者物质奖励”。总之，纵观我国关于文物的相关立法，对于公民发现文物上报的行为，只是给予奖励，并没有“文物发现权”的说法。所以，对于“文物发现权”的确认，从《文物保护法》

上找不到法律依据。

我国《民法通则》第五章“民事权利”第三节“知识产权”第97条第1款规定，公民对于自己的发现享有发现权。发现人有权申请领取发现证书、奖金或者其他奖励。该法第118条有关“侵权民事责任”中又规定，公民、法人的著作权（版权）、专利权、商标专用权、发现权、发明权和其他科技成果权受到剽窃、篡改、假冒等侵害的，有权要求停止侵害、消除影响、赔偿损失。这些规定只是对发现权的原则性的规定，而对发现权的客体以及发现权如何确认等细节性的问题没有明确的规定。

2003年国务院修订的《国家科学技术奖励条例》第9条规定，国家自然科学奖授予在基础研究和应用基础研究中阐明自然现象、特征和规律，做出重大科学发现的公民。前款所称重大科学发现，应当具备下列条件：（一）前人尚未发现或者尚未阐明；（二）具有重大科学价值；（三）得到国内外自然科学界公认。可见，该条例规定的奖励对象是科学发现，发现人享有获得证书的确认和保护的权利，包括人身权和领取奖金或实物奖的财产权利两项。

### 三、文物发现权保护模式分析

有关发现权的法律规定最早见于前苏联，1947年由苏联部长会议决议规定了发现权保护制度，而我国《民法通则》关于“发现权”的上述规定源于世界知识产权组织（WIPO）于1967年在瑞典斯德哥尔摩签订《建立世界知识产权组织公约》。该公约所划分的知识产权包括著作权、邻接权、专利权、科学发现权、外观设计权、商标权、商号权、地理标记权等，“关于科学发现的权利”成为该公约规定的知识产权的范畴。1980年6月，我国成为世界知识产权组织的成员国，在有关法律法规上就与世界知识产权组织的有关规定保持一致，因此，除《民法通则》外，我国还在与知识产权有关的单行法律中规定了“发现权”。事实上，对于发现权是否属于知识产权范畴一直以来都存在不同意见。1994年，在关贸总协定乌拉圭回合部长级会议上签署了《与贸易有关的知识产权协议》（简称TRIPS协议）。该协议规定的知识产权包括：版权与邻接权；商标权；地理标识权；工业品外观设计权；专利权；集成电路布图设计权；未披露过的信息权。与《建立世界知识产权组织公约》中规定的知识产权的范围相比，该协议缩小了知识产权的范围，“与科学发现有关的权利”不再属于知识产权的范畴。2001年，中国成为世界贸易组织的成员国，有关发现权的规定应与《与贸易有关的知识产权协议》保持一致，这是因为：

首先，所谓知识产权（Intellectual Property），是指民事主体依法对其创造性的智力成果所享有的专有权利，世界知识产权组织（WIPO）将知识产权解释为：基于智力的创造性活动所产生的权利，知识产权是一种民事权利，它除了具有民事权利的共同特点外，还具有一些独有的特点，如专有性、地域性、时间性、权利双重性和法定性。虽然，我国《民法通则》将发现权规定在知识产权里面，对应的是知识产权领域。但是，发现不是发现人的发明创造，只是一种客观存在，

对客观存在的事物或现象不能形成垄断，不具有知识产权的专有性。同时，知识产权必须要依法产生。但是，在世界范围内，几乎找不到任何一个国家专门立法保护发现权的，我国《民法通则》、《文物保护法》等法中规定的“发现人有权申请领取发现证书、奖金或者其他奖励”，这里的文物“发现权”是指发现文物的单位或个人，在发现文物后，及时上报或上交，使文物得到保护的情况下，由国家给予适当精神鼓励和物质奖励的权利。这与知识产权领域的发现，有明显的区别。确认文物“发现权”不仅是尊重发现者的权利，同时也是鼓励发现，有利于科学文化进步。由此可见，发现权可归属于人身权。由于人身权又分为人格权和身份权，前者是指主体依法所固有的，以人格利益为客体的，为维护主体的独立人格所必备的权利。后者指作为民事主体的公民和法人基于一定的地位、资格或身份所享有的人身利益，因此，本文认为发现权属于人身权中身份权的范畴。

其次，目前我国的理论界和司法界认为发现是对“自然规律、自然现象的特征进行科学的创造性的新揭示。”可见，发现权的客体是科学发现。而科学发现须有一定的科学价值，对科技进步、生产实践及学术研究有相当的促进、推动和创新等意义；其揭示或阐述，表明发现人不只是接触或感觉到自然现象、特征或规律这一自然事实，还必须有所认识，或做出论证，能够揭示出其性质、特征，或者归纳出规律。它是前所未有的，或指在此之前无人对该自然现象、特征或规律做出揭示或阐明，即具有新颖性。发现权主要是一种精神利益，因为科学发现的对象是自然现象、特征或规律，不可能为发现人独占，否则违背公共利益的促进，因此发现人不能排斥他人利用其发现成果。那么，对于“文物”这一本身就很特殊的物质，其是否属于发现权的客体，就我国当前的立法和习惯理论来看，还没有明确的法律依据。本文以为，在立法时可考虑扩大我国发现权的客体，即既包含科学发现，也应将包含有重大意义和价值的非科学发现，纳入发现权范畴如古文物发掘。因为，重要的非科学发现与科学发现同样对全人类具有积极意义，因此应当给予发现人以相应的权利，主要是予以奖励并以精神奖励为主，鼓励人类对未知世界的探索、保护。

再次，我国《文物保护法》规定，“在中华人民共和国境内地下、内水和领海中遗存的一切文物属于国家所有”，“出土文物的所有权属于国家所有”。可见，文物发现权更多的是发现人对自己的发现所享有的一种精神利益，如表明身份、受领荣誉等，并不具有直接的财产内容，不能为个人所专有，故不能转让，也不能许可他人使用，当然发现人也不能通过应用发现成果本身来取得经济利益。因此，在文物发现权的保护上应正确处理好国家和发现人之间的利益关系问题。同时，从《民法通则》97条来看，发现权包含人身权与财产权，人身权主要体现为署名权和对奖章证书的受领权。财产权指奖金或者其他奖励的受领权。由于这两方面均属私权性质，而发现人发现的兵马俑又属文物保护法规范的范畴，涉及公权领域，所以要将发现权明朗化，应该进行立法，协调好《民法》与《文物保护法》在发现权上的规定的问题；三是要明确发现人应尽义务，如及时上报、披露、保护等义务。公民有义务将其新发现的地下文物上报有关主管部门，国家也应保护发现人的合法权益。法律赋予发现人以发现权，其目的是鼓励人们探索；此外，在保护时还要

合理确定发现权的保护范围和保护力度，对发现权还应进行适当限制，防止滥用权利而妨害公众利益。

## 结 论

综上所述，关于兵马俑发现权确认的纷争并不是偶然现象，而是已有的和潜在的关于文物发现权确认问题的典型代表，从以上阐述可以看到目前我国关于“发现权”立法的不足以及关于“文物发现权”立法的空缺。我国是一个拥有数千年文明史的泱泱大国，地上地下的文物遗存比比皆是。但这些文物遗存很多都散布在荒郊野外，不为人知，因此很多文物都是普通老百姓无意间发现的。当然，发现文物及时上报是每个公民的义务，但义务也要和权利相结合。对于发现文物（指对于文物的价值的发现，而不仅仅只是“看到”文物本身）及时上报的公民，国家不仅应给予精神鼓励或者物质奖励，而且应该确认其对于该文物的“发现权”。当然，文物发现权虽然是一项权利，它应该主要是一项精神权利。文物发现权的确认，不仅可以减少利益驱动的因素，而且可以调动公民保护文物的积极性，同时也有利于其他传统及自然资源的保护与利用。

## 参考文献

1. 杨 巧 评“兵马俑”发现权的确认 法学杂志 2004. 5
2. 顾昂然 王家福 江平 中华人民共和国民法通则讲座  
北京：中国法律出版社 2000. 7
3. 北京晨报 申请兵马俑发现权“掀热潮”水利队也讨名分  
<http://tech.sina.com.cn/other/2003-12-17/0729269284.shtml>
4. 北坪 “发现权”是项法律空白  
[http://life.huash.com/gb/life/2003-12/16/content\\_722489.htm](http://life.huash.com/gb/life/2003-12/16/content_722489.htm)
5. 南京日报 “发现权”呼吁“立法”  
<http://www.law148.com/shownews.asp?newsid=2846>
6. 新闻晨报 兵马俑发现权再起纷争 打井农民誓为名分争到底  
<http://society.eastday.com/eastday/news/node37955/node37958/node37989/node51125/userobjectlai885054.html>
7. 新闻晨报 “秦俑”最早报道者：兵马俑的发现应该是创造性劳动  
<http://society.eastday.com/eastday/news/node37955/node37958/node37989/node51125/userobjectlai885696.html>

8. 孙瑞江“中国世界遗产的保护与开发” 千龙传媒, 2004年3月11号
9. “他山之石——国外世界遗产的保护”, 《信息导刊》, 2004年, 第24期。

(しゅう・しょうしん 短期大学部准教授)

