

# 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

**【提要】**我国拥有丰富的水下文化遗产,为了解决资金和人员队伍建设方面不足等问题,也为了平衡私人利益和公共利益并促进利益增进,当前私人介入水下文化遗产的保护性发掘是突破困境的最佳路径。考量国外诸多国家在私人介入水下文化遗产发掘的立法和实践现状,结合我国有关法律规定和南海一号的实践模式,应进一步通过立法完善我国私人介入水下文化遗产发掘制度。立法应将限制介入作为基本原则,并构建完善的授权发掘制度和全程监督制度,同时应通过明确私人主体的文物展览收益权及部分文物出卖收益权来保障介入主体的合法权益。

**【关键词】**水下文化遗产 水下考古 授权发掘制度

**【中图分类号】**D 912.1 **【文献标识码】**A **【文章编号】**1000—2952 (2015) 02—0078—06

1983年,英国人哈彻在中国南海水域一艘无名沉船上打捞了约25000件17世纪的中国瓷器,其后他在阿姆斯特丹拍卖了大部分瓷器并从中获得了巨额利润。<sup>①</sup>这一事件引发了我国对于水下文化遗产保护的高度重视,我国水下文化遗产的保护开始走上轨道。

## 一、我国水下文化遗产 保护现状的分析

我国拥有丰富的水下文化遗产资源,其蕴含了重大的历史、艺术和科学价值。然而,水下文化遗产因其所处的环境特殊,当前的保护主要面临水文环境的威胁和人文环境的威胁两大类。<sup>②</sup>为此,国务院在1987年批准成立了国家水下考古协调小组,并于2009年成立了水下文化遗产保护中心,负责组织全国水下文化遗产

的调查、发掘、研究和保护等工作。<sup>③</sup>

1989年国务院正式颁布了《水下文物保护管理条例》,以此规范水下文化遗产的管理和保护工作。<sup>④</sup>同时,我国《文物保护法》当中绝大部

\* 基金项目:福建省教育厅B类社会科学研究项目计划“海洋文化”专题研究课题《涉海文化遗产保护与立法研究》(JB13033S)。

① 李锦辉:《论我国海底文化遗产保护制度的改进》,《海洋开发与管理》2011年第11期。

② 张威:《中国水下文化遗产保护面临的问题》,《新华文摘》2006年第1期。

③ 国家水下文化遗产保护中心简介, <http://english.cach.org.cn/col/col691/index.html>, 2014年1月10日访问。

④ 魏峻:《中国水下文化遗产保护现状与未来》,《国际博物馆(全球中文版)》2008年第4期。

分条款也都适用于水下文化遗产的保护。然而，基于我国“国家所有权”的法律规定，以及水下文化遗产本身所具有的国家主权方面的重要意义，目前我国还是由政府有关部门直接负责水下文化遗产的发掘工作。法律虽未明文规定或明确表态有关私人主体在水下文化遗产的保护方面应发挥的具体作用，但出于“国家所有权”和“国家主权”的敏感性，政府在这一问题上一直禁止商业性开发。

尽管我国开展水下文化遗产的保护时间较早，也初步取得了一些诸如广东省“南海一号”和福建省平潭“碗礁一号”等保护的成果，但相对于存量巨大的水下文化遗产而言，其保护措施方面的效率仍有待进一步提高。据悉，当前中国能够独立进行水下考古作业能力的只有国家博物馆、广东省文化厅等少数单位，其专业考古人员总数不超过80人，具体负责管理和保护水下文化遗产的人员数量更加稀少。同时，水下文化遗产保护的难度巨大，需要投入的资金巨大，但当下不论中央政府或者地方政府在相关资金投入方面均相对有限。<sup>①</sup>

此外，近年来由于南海周边国家绝大部分采取开放打捞的政策，其必然导致这些国家值得打捞的水下文化遗产数目减少。这一结果将导致私人主体将盗捞的目标向我国周边水下文化遗产转移，故未来我国极有可能面临更加严峻的水下文化遗产保护的壓力。<sup>②</sup>

## 二、突破困境的路径选择——私人介入水下文化遗产的保护性发掘

针对目前我国所面临的现实困境，学术界有学者陆续提出了允许商业力量<sup>③</sup>介入水下文化遗产的保护性发掘这一观点。<sup>④</sup>但也有学者提出“现在商业开发发掘水下文化遗产的合法性，已经引起了国际社会的质疑，将来各国政府都有可能逐步强化对探宝行业的管制。”<sup>⑤</sup>观点差异的实质在于各方利益的考量和博弈：前者认为，私人的介入为政府开展水下文化遗产的保护性发展提供了资金和人力、技术的支持，值得推崇；

后者则认为私人的逐利本质侵蚀了政府管制，应当限制。笔者认为，私人介入水下文化遗产的保护性发掘是否成为当前突破困境的最佳路径选择，关键在于剖析私人介入与政府保护水下文化遗产二者所涉利益是否能够实现平衡并相互增进。

亚当·斯密认为人都是理性的经济人，追求自身利益最大化。私人主体介入水下文化遗产发掘的本质在于获取经济利益，与政府强调的保护水下文化遗产的历史、文化、考古等价值所体现的公共利益存在一定的冲突。缺乏规制的私人发掘往往容易产生较为极端的破坏结果。例如西沙华光礁南宋沉船发现之后，与政府为充分保护水下文化遗产历史文化价值而采取的科学漫长的考古发掘方式不同，盗掘者为自身短期内最大利润的实现，采取了野蛮的方式即用炸药炸开遗址表面获取相关文物，但也因此造成了严重的破坏。<sup>⑥</sup>

法的本质就是调整利益关系的规范，其最高任务是为了实现利益的平衡和利益的最大化。解决私人介入水下文化遗产保护性发掘与政府保护水下文化遗产之间的利益平衡问题，需要清醒地审视水下文化遗产保护的现状和二者对水下文化遗产保护所产生的作用力。<sup>⑦</sup>关于现状，当前政府的独立发掘已难以应对水下文化遗产保护的种种困境，具体已在前文阐述。二者对水下文化遗产保护所产生的作用力具体分析如下：

从私人主体对政府实现水下文化遗产保护

- ① 魏峻：《中国水下文化遗产保护现状与未来》，《国际博物馆（全球中文版）》2008年第4期。
- ② 李锦辉：《南海周边主要国家海底文化遗产保护政策分析及启示》，《太平洋学报》2011年第6期。
- ③ 此处为行文方便，不予具体区别商业力量与私人力量，主要原因在于具体主体通过法律规定的资质评级予以确定。
- ④ 文亚军：《南海诸国水下文化遗产许可打捞情况之比较研究》，[http://www.chinalegalmethod.com/contents/38/1885\\_v.aspx](http://www.chinalegalmethod.com/contents/38/1885_v.aspx)，2014年2月22日访问。
- ⑤ 靳婷：《文化财产所有权问题研究》，中国政法大学出版社2013年版，第78~79页。
- ⑥ 张威：《中国水下文化遗产保护面临的问题》，《新华文摘》2006年第1期。
- ⑦ 参见徐英：“公共利益与私人利益保护的平衡性法律制度研究——经济法之解”，南京航空航天大学硕士学位论文，2007年。

的利益促进角度来说,首先,私人的介入可以为政府节省下大量资金用于后续的保护或其他的重点水下文化遗产的发掘,同时可以收获一定量的发掘品,很好地弥补了政府力量的局限性。其次,从“南海一号”引入商业力量的模式来看,其后期为带动旅游产业以及其他相关服务产业的发展发挥了重要的作用。私人介入水下文化遗产保护性发掘引入了大量资金,其必然为进一步赚取利润而带动相关产业发展并提供大量就业机会,为发展经济提供了一个良好的契机,而经济的发展又从一定程度上促进文化保护事业的发展。最后,私人介入水下文化遗产保护性发掘有利于提升公众对水下文化遗产的保护意识。私人介入水下文化遗产的保护性发掘有效地将水下文化遗产的保护引入社会公众的视野。政府在允许私人介入水下文化遗产保护性发掘的过程中,通过对文物商业价值的正当利用以及对水下文化遗产历史和考古等价值的强调,能够有效提高公众保护水下文化遗产的意识。

反过来,从政府允许私人介入水下文化遗产的保护性发掘对私人利益的促进角度分析。首先,政府的允许赋予了私人具备介入水下文化遗产发掘的合法性,通过法律设权制度,授予私人介入水下文化遗产保护性发掘的权利,实际上为私人获取利益带来更多的保障。其次,根据动机心理学最具影响的理论之一即期望价值理论,个体完成各种任务的动机是由他对这一任务成功可能性的期待及对这一任务所赋予的价值决定的。个体自认为达到目标的可能性越大,从这一目标中获取的激励值就越大,个体完成这一任务的动机也越强。<sup>①</sup>这进一步启示我国在通过法律制度允许私人介入水下文化遗产的保护性发掘时,应通过法律制度的设计赋予私人直接获取经济利益的权利。最后,对于私人介入水下文化遗产的保护性发掘,政府还可考虑通过对其所得的税收优惠、发掘技术的支持等方面采取激励措施,既实现了私人利益增大,也从激励私人完成发掘的任务中增进了政府保护水下文化遗产所要实现的公共利益。

### 三、私人介入水下文化遗产保护性发掘的制度构建

正如前文所述,在当今水下文化遗产保护面临巨大威胁的形势下,私人介入水下文化遗产的保护性发掘是当前解决困境的最佳路径。制度的构建应充分考虑私人 and 政府二者利益的平衡,以期发挥法律对利益进行再分配和促进利益发展的最终目的。

#### (一) 明确限制性介入为原则

为了更好地保护水下文化遗产,实现其历史、艺术方面的价值,也为了避免私人介入水下文化遗产发掘的特许被肆意滥用,我们有必要在修订相关法条时明确提出限制性介入的原则,并将该原则作为贯穿私人介入水下文化遗产相关制度的指导性原则。

限制性介入原则主要体现在以下三个方面:其一,必须通过授权发掘制度允许私人介入水下文化遗产的保护性发掘。其二,通过对授权发掘制度的构建,强调私人介入的前提必须符合诸多实体和程序方面的条件,这是允许私人介入水下文化遗产保护性发掘不至于被肆意滥用的硬件工具,其本身也是限制介入原则的具体内涵。其三,若发现的水下文化遗产是具有极其重要的历史文化价值的情形,应当限制私人力量的介入,这也是出于历史文化的价值导向需要。当然,这一原则的适用并非绝对,一旦水下文化遗产可能遭遇环境的突然恶化或者遭遇严重盗捞的紧急情况,即使是极其重要的水下文化遗产,仍然可以允许私人参与抢救性打捞。<sup>②</sup>

#### (二) 构建完善的授权发掘制度

法国对于海洋文化财产的调查、研究与发掘,规定了既可以授权私人也可以由国家直接进行相关活动。在《遗产法典》L532~7条、R532~7条、R532~8条规定了海洋文化财产的授权发掘制度,即由相关个人提出发掘申请,

<sup>①</sup> 参见熊卫:《期望效用理论的两个悖论及其消解:兼谈决策论的发展》,《现代哲学》2013年第5期。

<sup>②</sup> 赵亚娟、张亮:《从“南海一号”事件看我国水下文化遗产保护制度的完善》,《法学》2007年第1期。

由文化部长根据申请人的资质、团队构成、研究目标与方法等因素，同时结合跨区考古研究委员会的建议，对申请做出授权。此外，根据第 R532~12 条，该授权在符合一定条件的情况下可以由文化部长做出撤销的决定。这一条件主要是基于被授权一方严重或多次违反相关规定或者出现适于国家发掘的重大发现的情况。当然，作为撤销授权的结果，相关法条还规定了有关费用赔偿的具体操作。<sup>①</sup>可以看出，法国在水下文化遗产的私人介入方面已经形成了较为完整的规定，关于“授权发掘”制度的可获授权的主体资质、审批主体、审查因素、责任主体、授权撤销、赔偿等方面在立法上都有明文的规定。其对我国在水下文化遗产发掘的私人介入方面具有一定的参考价值。

目前，我国《文化保护法》第 27 条<sup>②</sup>和《水下文物保护管理条例》第 4 条第一款<sup>③</sup>和第 7 条、第 8 条<sup>④</sup>本身对于非政府主体介入水下文物的考古发掘方面有相关规定，但相关规定不够明确，且过于抽象缺乏操作性。故法律应该进一步明确提出“授权发掘制度”，由国家文物行政部门授权有资质的单位或者个人参与水下文化遗产的发掘。<sup>⑤</sup>这一制度的具体内容应包括以下五个方面：

第一，“授权发掘制度”的适用主体。这一内容涉及具体的主体资质要求，必须由法律明确规定严格的允许私人介入水下文化遗产发掘的资质条件。其资质条件必须涉及资金、人员、技术、经验、设备条件等各方面的综合考察。我国于 1999 年施行的《沉船沉物打捞单位资质管理规定》对于在我国沿海及内河通航水域内从事打捞作业的打捞单位的具体资质核准规定了具体的认定标准，并规定由交通部救助打捞局负责对有关打捞单位核准、发放和管理有关资质等级证书。然而，对于沉船沉物的打捞，我国有关规定都只局限在不具有军事意义及文物的范畴之内。对于授权发掘制度适用主体的认定应该说仍具有重要的参考价值，但鉴于水下文化遗产的特殊性，此处适用主体的标准应由国家文物局参照前述资质管理规定，并结合《文物保护工程施工资质管理办法》、《文物保护工程勘察设计资质管理办法》相关条文的设计

等制定。

第二，“授权发掘制度”的对象。对这一问题的做法，英国政府考虑到其庞大的水下文化遗产的保护需要耗费巨大的资金，其可操作性方面仍需具体考量。对此，英国政府强调集中精力和资源对重要的水下文化遗产进行保护。而美国政府对于水下文化遗产认定必须经过一定时间，还强调了“重要性”，<sup>⑥</sup>以保障国家资金用于保护重要的水下文化遗产，而私人资金则用于保护其他的水下文化遗产。

这些对我国开展水下文化遗产的重点保护和允许私人介入非重要水下文化遗产发掘的可行性方面提供了一个思路。在授权发掘制度设计中，可以授权发掘的只能是“不具备重要价值”的水下文化遗产，这是我国允许私人介入水下文化遗产发掘的一个重要前提。至于“不具备重要价值”的认定必须综合考量具体水下文化遗产涉及的历史、艺术、科学和考古价值，

① 赵亚娟：《法国水下文化遗产保护立法与实践及其对中国的启示》，《华南理工大学学报（社会科学版）》2013 年第 3 期。

② 《文化保护法》第 27 条：“一切考古发掘工作，必须履行报批手续；从事考古发掘的单位，应当经国务院文物行政部门批准。”

③ 《水下文物保护管理条例》第 4 条第一款：“国家文物局主管水下文物的登记注册、保护管理以及水下文物的考古勘探和发掘活动的审批工作。”

④ 《水下文物保护管理条例》第 7 条：“水下文物的考古勘探和发掘活动应当以文物保护和科学研究为目的。任何单位或者个人在中国管辖水域进行水下文物的考古勘探或者发掘活动，必须向国家文物局提出申请，并提供有关资料。未经国家文物局批准，任何单位或者个人不得以任何方式私自勘探或者发掘。”

外国国家、国家组织、外国法人或者自然人在中国管辖水域进行水下文物的考古勘探或者发掘活动，必须采取与中国合作的方式进行，其向国家文物局提出的申请，须由国家文物局报经国务院特别许可。”

第 8 条：“任何单位或者个人经批准后实施水下文物考古勘探或者发掘活动，活动范围涉及港务监督部门管辖水域的，必须报请港务监督部门核准，由港务监督部门核准划定安全作业区，发布航行通告。”

⑤ 余诚：《英美有关水下文化遗产保护的的政策及立法介评》，《武大国际法评论》2010 年第 12 卷。

⑥ Patrick J. O'keefe, *Shipwrecked Heritage: A Commentary on the UNESCO Convention on Underwater Cultural Heritage*, *Institute of Art and Law*, 2002, p. 42.

对“特别重要”、“重要”、“比较重要”进行分级考量。具体的认定标准可以参考《文物藏品定级标准》的相关规定，由国家文物局制定具体的认定细则。

第三，授权发掘制度的程序。关于程序的规定，已有多国立法和实践经验可供借鉴。印度尼西亚法律规定了打捞许可的具体程序，包括有权批准的政府部门、申请文件、勘探监督、申请费用等方面。菲律宾也采取许可证方式管理，并对申请的具体程序、许可证颁发机构、申请费用、审批时间及外国公司参与情形等方面做了相应规定。<sup>①</sup>

英国《古迹与考古区域法》、《军事遗迹法》及《商船法》当中均强调了私人的所有权以及未经许可情形的明令禁止。2008年4月，英国国会发布的《遗产保护法案草案》当中第4部分“海洋遗产许可证”涉及了海洋遗产许可证的请求及取得，许可证的变动、撤销、上诉、有效性审理等方面。虽然该草案尚未生效，但其许可制度的设计表明了英国政府肯定私人打捞的存在，并通过发放许可证予以控制的态度，其未经许可而实施的相关行为将直接构成犯罪。<sup>②</sup>

在我国，为防止私人利益的任意扩张，制度的构建必须考虑获得发掘的授权程序。相关单位、个人提出介入水下文化遗产的发掘，必须提交相关审查材料例如申请书、保证书、发掘器材名称、发掘计划说明以及相关发掘经验证明文件等等。相关的申请材料具体由国家文物局予以审查，并根据主体资质的标准审查后作出许可或不予许可的决定，许可的颁发许可证书。在获取许可之后，应根据水下文化遗产的初步价值评估要求被授权主体缴纳一定的申请费用作为后续发掘的保证金，这同时也是出于监督的考虑。当然，保证金在完成水下文化遗产的发掘之后，可以根据相关主体的申请予以退还。此外，对于审查之后做出不许可的决定，应当赋予当事人提起行政复议和行政诉讼的权利。

第四，撤销授权。参照前述法国和英国在撤销授权中的制度设计，笔者认为，在我国授权的撤销权应由国家文物局享有，授权撤销的条件应由法律明文规定予以严格限制。例如被

授权的主体存在严重违反或多次违反相关操作规程或许可内容的情形，或者本为“不具备重要价值”的水下文化遗产在后续的发掘过程中遇有重大发现，适于国家出面发掘等情形。由于授权的撤销对于被授权主体一方利益造成直接的损害，故必须考量具体的情形对撤销做出一定的赔偿。例如撤销是由于被撤销主体的过错导致则其不享有索赔的权利，若是转为国家发掘的情形则应当对被撤销主体做出一定的经济赔偿。<sup>③</sup>

第五，法律责任。对被授权主体违反授权的相关法律规定行为以及授权主体违反授权程序的行为视情节严重程度规定相应的行政、刑事责任。同时，在法律责任的设计方面，必须对被授权主体或其他主体违背水下文化遗产的保护原则，侵害其历史、文化等价值的行为从重处罚。

### （三）构建完善的全程监督制度

允许私人介入水下文化遗产的发掘必须由法律明文确定“全程监督制度”，这是“授权发掘制度”的一个重要保障。关于这点，马来西亚政府规定了在私人参与打捞的实践过程中，必须指派政府机构官员及考古学家进行全程监督。<sup>④</sup>对此，我国法律对监督制度的构建应考虑包含监督主体、监督内容和监督法律责任三个具体内容。监督主体，当前可考虑由国家文物局负责，具体由其下设的水下文化遗产保护中心实施，并由各水下文化遗产所在的当地政府机关、海关、边防等机关予以配合，必要的时候可以由考古学家参与监督并提供专业意见。监督的具体内容包含了授权的范围以及水下文化遗产发掘的一切法律规范和考古潜水的相关规程等，即对被授权主体的发掘行为予以考量。监督法律责任，包含对被监督者的法律责任和

① 魏峻：《中国水下文化遗产保护现状与未来》，《国际博物馆（全球中文版）》2008年第4期。

② 余诚：《英美有关水下文化遗产保护的的政策及立法介评》，《武大国际法评论》2010年第12卷。

③ 赵亚娟、张亮：《从“南海一号”事件看我国水下文化遗产保护制度的完善》，《法学》2007年第1期。

④ 李锦辉：《南海周边主要国家海底文化遗产保护政策分析及启示》，《太平洋学报》2011年第6期。

监督者的法律责任两个方面。前者法律责任前面已经提及，监督者的法律责任主要是其违背监督职责应承担的行政责任。

#### (四) 明确私人主体的文物展览收益权及部分文物出卖收益权

有关私人力量介入水下文化遗产的发掘在制度方面必须面临一个现实问题，即介入水下文化遗产发掘的私人利益的保障。正如本文第二部分关于利益的探讨所述，只有私人主体的利益能够得到法律的现实保障，这一制度的确立才有实现的可能。在水下文化遗产的现实保护中，“南海一号”实现了私人介入水下文化遗产保护方面的突破。1987年在我国广东沿海发现了沉船“南海一号”，2007年对其进行整体打捞之后，其资金投入方面也出现了严峻的情况。随后，当地政府借助新闻传媒和商业推介力量将“南海一号”打造成一个具有发展潜力的旅游产业，引入了社会力量和商业资源，通过旅游产业所取得的种种效益保障了保护资金的来源。<sup>①</sup>

这一实践提供了关于政策引导和激励的思路，即介入水下文化遗产发掘的私人主体可以

从相关文化遗产后期的展览、宣传以及旅游产业的形成所获取的利益中获得相应的收益。由此，我们应当在未来的立法中明确赋予私人主体文物展览收益权。此外，对于发掘出来的部分文物，经过严格的鉴定若能够认定不具备重要价值，可以规定由相关政府部门予以出售。对于这部分出卖文物所取得的收益，应由法律明文规定参与发掘的私人主体所享有的收益权。至于文物展览收益和部分文物出卖收益当中，由私人所享有的具体比例等问题可由具体的实施条例或者各地方的实施办法予以进一步明确。

本文作者：叶晓丹是福州大学法学院副教授、硕士生导师，博士研究生；张恋恋是福州大学法学院硕士研究生

责任编辑：赵俊

<sup>①</sup> 李锦辉：《论我国海底文化遗产保护制度的改进》，《海洋开发与管理》2011年第11期。

## Legal Studies of the Private Involvement in Excavating Underwater Cultural Heritage in China

Ye Xiaodan Zhang Lianlian

**Abstract:** There is a lot of underwater cultural heritage in our country. For not only solving the problems like the lack of funds and personnel troops' construction, but also balancing the interests between the private and the public to promote the interests, we should allow private parties to involve in excavating underwater cultural heritage. By considering the present situation of legislation and practice of the private involvement in excavating underwater cultural heritage in many foreign countries, and combining with the relevant laws and regulations and the practical mode of Nanhai 1, we should perfect the private involvement in excavating underwater cultural heritage through legislation further. Limited intervention should be a basic principle, and the legislation should build a perfect authorization system of excavation and supervision system. At the same time, the legislation should ensure the legitimate rights and interests of the involved subject through defining their rights of usufruct by exhibiting and selling cultural relics.

**Keywords:** underwater cultural heritage; underwater archaeology; authorization system of excavation