

文化财产的跨国流转与返还的法律问题与对策

孙南申 张程毅

(复旦大学法学院, 上海 200433)

摘 要: 文化财产的跨国流转与返还具有一定的联系, 主要涉及战时被掠夺文化财产、盗窃文化财产以及非法贸易下文化财产的返还问题。在现有的法律语境下, 这不仅是国内法问题, 亦产生国际法问题。相应的法律问题主要包括: 国家作为所有人时的返还问题、文化财产返还的实质性限制问题、善意第三人保护的问题、诉讼时效问题等。由于国内法并不能为文化财产的返还提供可预期的框架, 因此有必要通过国际法体系来处理文化财产的返还问题。对此, 本文将重点评价联合国教科文组织关于文化财产保护的 UNESCO1970 公约和国际统一私法协会关于文物返还的 UNIDROIT1995 公约的作用与缺陷, 并对文化财产返还的法律途径予以进一步探讨。

关键词: 文化财产的返还; UNESCO1970; UNIDROIT1995; 外交途径; 跨国诉讼

中图分类号: DF97 **文献标识码:** A **文章编号:** 1006-1894(2012)01-0062-13

随着中国市场的开放, 近年来文化财产流失现象日趋严重。2004年, 中国政府要求美国政府提供 1970 年联合国教科文《关于禁止和防止非法进出口文化财产和非法转让其所有权的方法的公约》(UNESCO1970) 项下的协助义务, 限制某些中国文物的进口。2008年, 中美双方在第四次战略经济对话成果中提及, 同意加强在文物保护领域的合作。2007年12月, 新修正的中国《文物保护法》全面施行。总体上, 现

在已经基本具备关于文化财产保护的国内立法和国际立法。立足于中国是文化财产来源国这一客观事实, 当前国内学界对文化财产的关注及研究主要集中在中国文物返还与文化财产的流转及限制等问题。然而, 在法律制度已经基本完备的情况下, 为何文化财产流失的现象却越来越严重? 是执行的问题还是制度设计问题? 这是一个值得重视与思考的问题。

一、文化财产的跨国流转与返还的联系及争议问题

虽然文化财产的跨国流转与返还并无必然的逻辑关系, 但两者仍有一定的联系。易言之, 如下 3 种情况均可能涉及返还问题: 第一, 战时被掠夺文化财产的返还问题; 第二, 盗窃文化财产的返还问题; 第三, 非法贸易下文化财产的返

还问题。在现有的法律语境下, 战时被掠夺文化财产和盗窃文化财产的返还主要是一个国内法问题, 通常由文化财产所在地的法律确定, 但亦涉及国际法问题, 尤其是返还争议的解决。实质性的法律争议主要集中在 4 个方面:

收稿日期: 2011-11-16。

基金项目: 国家社科基金项目《文化财产的跨国流转与返还法律问题研究》(项目编号: 09BFX087)。

作者简介: 孙南申, 男, 复旦大学法学院院长、教授; 张程毅, 男, 复旦大学法学院法律硕士。

1. 国家作为所有人时的返还问题 相关的争议主要体现在,仅仅通过法律宣告,国家作为文化财产所有人的法律地位能否得到文化财产所在国的承认?

2. 文化财产返还的实质性限制问题 即文化财产所在国能否依据文化财产所表达的文化内涵而拒绝返还该财产?判断文化内涵优劣的依据是什么?

3. 善意第三人保护的问题 被掠夺或被盗文化财产的善意购买人能否拥有免受原所有人追偿的特权?对此,英美法和大陆法系存在明显的冲突之处。

4. 诉讼时效问题 文化财产从遗失到重现通常会有较长的时间间隔,在时效的起算方面,是采用“请求规则”,还是采用“发现规则”?这不仅仅是一个法律技术问题,更是一个法律政策问题。对此,各国法律规范存在较大的冲突。

文化财产的返还着眼于事后补救,文化财产的国际流转更着重于事先预防。在国内法层面,各国禁止或限制文化财产国际流转的措施主要理论依据:一是国家所有制理论,这必然涉及国有化的合法性和合理性问题;二是文化财产的非让渡性理论,涉及“间接征收”以及与之相关的补偿问题。

2009年2月所发生的法国佳士得公司拍卖圆明园兔首和鼠首铜像的事件很典型地说明上述法律问题直接影响到法院的立案、审理和判决。由中国81名律师组成的“追索圆明园的流失文物律师团”曾向收藏人与拍卖行发出律师函阻止这两件文物的拍卖,并提及通过法院诉讼解决的法律途径问题。

纵观近年来文化财产来源国请求返还无果的现状,现行的国内法并不能为文化财产的返还提供可预期的框架,因此有必要通过统一的国际实体法体系来处理文化财产的返还问题。对此,首先需要厘清的问题是,既然绝大多数的财产争议通过国内法来解决,为何文化财产的返还不能容忍这种不确定性?这就有必要探讨文化财产不同于一般财产的独特性以及这种独

特性在法律上的意义。

与具有浓厚私法色彩的返还问题有所不同,文化财产的跨国流转主要涉及公法。鉴于关贸总协定(GATT1994)第20(f)条将文化财产列入“一般例外”,可以认为,文化财产的跨国流转与一般财产的跨国流转存在本质区别。一个顺理成章的推论是:文化财产的国际流转以限制为原则、以自由为例外。相关的法律争议点主要体现在:

1. 目标之争 一般认为,规制文化财产跨国流转的最终目的在于维护文化的多样性。然而,在理解这一目标的确切含义时,存在着民族主义和国际主义两个视角的冲突。虽然1954年《关于在武装冲突情况下保护文化财产的海牙公约》(Hague1954)持国际主义视角,但UNESCO1970和UNIDDOIT1995两公约均沿着民族主义思路演进。在文物来源国国内立法层面,民族主义几乎是一个不证自明的公理。但是,在实践层面,文物市场国的执法和司法依然带有国际主义的印记。

2. 手段之争 实践中,来源国为保护本国文化财产,一般采取两种手段,即国有化和文化财产的不可让渡性。国有化的法律功能之一体现在可以将贸易限制的公法属性转变为私法属性,即将非法出口认定为盗窃国家文化财产,从而适用于文化财产所在国的盗窃物返还法律制度。但是,文化财产来源国也可能刺破私法面纱而将国有所有的文化财产认定为公法问题。另一方面,文化财产的不可让渡性又有可能引发“间接征收”的补偿问题。对此,各来源国的法律实践并不相同。

3. 效果之争 文化产品的非法贸易额仅次于毒品和武器走私。由此引发的争议是,当市场存在对文化产品的刚性需求时,严格限制文化财产流转是否可行?就此,存在3种观点:第一种观点认为问题出在制度执行方面。为此,在国内层面需要加大投入、严格执法;在国际层面需要获得市场国的大力支持。第二种观点认为问题出在制度设计方面。为此,需要重新审视市场机制在保护文化财产方面的积极作用,通过开放

贸易的方式促进文化财产的正常流通。第三种观点认为问题出在法律之外。主要表现在,在来源国,一方面,仍有大量的人员以掠夺文化财产

为生,另一方面,即使政府愿意开放文化财产市场,国内政治也不允许本民族文化财产流失国外,这就必然影响到执法质量。

二、文化财产的性质与界定

1. 文化财产的特殊性 在讨论文化财产的跨国流转与返还问题时,无论是将文化财产界定为普通财产之一种,还是将之视为一种新型的权利或权利综合,均绕不开如何在传统的法律体系中认识和处理文化财产的特殊性这一问题。对此,无论是理论层面还是实务层面均存在严重的分歧。这些分歧可以总结为:首先,在界定文化财产时,对“文化”的界定存在“文化多元”和“文化融合”之争,对“财产”的界定存在财产权是“对世权”还是“权利综合”之争。其次,文化财产的保护问题亦可从民族主义和国际主义两种视角展开。例如,有关文化财产的价值之争就涉及国内法和国际法的不同规定,有关文化财产的利益之争则主要体现在来源国、市场国、市场主体、研究机构等不同主体的利益诉求之上。

作为典型的文化财产来源国,中国倾向于将文化财产视为一种新型的权利,认为文化财产的返还应遵循有别于一般财产法的制度加以解决。在效果上,这种观点有助于最大限度地维护中国以及其他文化来源地如意大利、希腊等国的利益。然而,在法律制度层面,坚持这一观点的逻辑前提是必须首先解决文化财产的特殊性问题。

在实务领域,文化财产的特殊性主要体现在返还和流转两个方面。通行的理论仍将文化财产界定为财产之一种,依据“物之所在地法”,认为应根据流失地国的法律来界定文化财产流转的合法性与否问题,应根据文化财产所在地国的法律确定文化财产的返还问题。

就文化财产的返还而言,应区分文化财产流失国外的不同方式:对于因违反流失地国贸易管制法而流失国外的文化财产,文化财产所在地国一般主张无义务返还,其主要的法理依

据是他国公法在本国并无域外效力;而对于在战时被掠夺的文化财产、盗窃的文化财产,文化财产所在地国原则上应承认原文化财产所有权人的合法利益,其主要的法律依据是,在不违反本国公共政策的前提下,他国私法在本国具有域外效力。

问题在于,对于那些被盗窃、战时被掠夺的文化财产的返还而言,在法律上仍需面临两种障碍:(1)“财产”方面的障碍,如善意第三人保护、诉讼时效等;(2)“文化”方面的障碍,即文化内涵的实质性限制问题。因此,对于中国文化财产的返还问题,除了通过文化财产所在地国内法途径之外,借助国际公约下的外交途径与协助途径不可或缺。

2. 文物的意义与界定 作为文化财产的主要表现形式,文物价值在于其所体现的民族历史与文化属性中的诸多要素,包括历史记载、原始用途、社会意义及人文精神。故文物认定的过程亦是价值评估的过程,藉以把握其文化历史与流传经历,鉴定其在历史、艺术、科学等方面对社会发展的影响。

文物的内在价值决定了其代表着一个民族的文明,并且是这一文明蕴含的民族的历史、文化、精神、尊严的重要组成部分,文物的历史延续性深刻地影响着其所代表民族的现在与将来,对于一个文明从来未中断过的中华民族来说尤其如此。文物的珍贵性与重要意义还在于:文物作为一种历史实物的证据是不能更改的,而历史文献是可以根据政治需要改变的,因为文献是一种主观的记录,而文物是一种客观的物证。这就是为什么文物必须不遗余力地追索和返还的原因。

不少国家均通过国内立法并以列举的方式界定所保护的文物范围。例如,我国 2002 年

《文物保护法》以列举的方式对受保护文物的范围作出如下规定:(1)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;(2)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;(3)历史上各时代珍贵的艺术品、工艺美术品;(4)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;(5)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。^①采用类似方式的国家还有日本、印度、俄罗斯等国,通过这种方式界定文物范围的优点是具有可操作性和便于实施。

也有一些国家在国内立法中通过概括性规定的方式来界定所保护的文物范围。这种方式的特点是对文物内涵和外延作出明确界定,以在客观上有利于认识的统一。如埃及的《文物保护法》规定:(1)凡史前、历史上各时代直至100年前的与各种文化、艺术、科学、文物和宗教有关的一切具有考古价值或历史意义的动产和不动产均属文物;(2)这些文物都是在埃及领土上出现的或与历史有联系的各种文物的标志;(3)人类遗骸的同时期的生物遗骸也属文物;(4)任何具有历史、科学、宗教、艺术和文物价值的动产或不动产,当予以保护和维修,对国家有利时,可根据主管文化事务的部长的建议,经总理批准,将其视为文物,不受前条有关时代规定的限制,并根据本法规定予以登记注册。^②除了埃及外,采取这种界定方式的国家还有法国、希腊、意大利、西班牙、美国等国。

相关的国际公约对文化遗产的界定则采用了列举与概括结合的方式。如1972年《保护世界文化和自然遗产公约》将文化遗产规定为以下3种类型:第一类为文物,即从历史、艺术或科学角度看具有突出的普遍价值的建筑物、碑雕和碑画、具有考古性质成分或结构、铭文、窟洞以及联合体;第二类为建筑群,即从历史、艺术或科学角度看,在建筑式样、分布均匀或与环境景色结合方面,具有突出的普遍价值的单立

或连接的建筑群;第三类为遗址,即从历史、审美、人种学或人类学角度看具有突出的普遍价值的人类工程或自然与人联合工程以及考古地址等地方。^③此处的文化遗产所包括的可移动与不可移动的实物遗存同我国《文物保护法》所规定的文物范围大体一致。

以上各国法律和国际公约有关文物范围的规定表明,文化财产的认定几乎都是以其内在历史、文化与社会价值为其基本标准。如我国《文物保护法》所规定的历史、艺术、科学价值;意大利《关于保护艺术品和历史文化财产的法律》所规定的艺术、考古或民族学价值;西班牙《历史遗产法》规定了艺术性、历史性、人种学、古生物学和科学价值的标准等。

3. 文物的所有权归属 文物的所有权归属涉及跨国追索主体合法性问题,在国际私法理论上应适用文物来源国法律,亦是各国立法均采纳的国际惯例。作为主要的文物来源国,除了法律另有明确规定外,中国文物应为国家所有。中国《文物保护法》中有关于文物为国家所有的基本规定为:第一,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。第二,下列可移动文物,属于国家所有:(1)中国境内出土的文物,国家另有规定的除外;(2)国有文物收藏单位以及其他国家机关、部队和国有企业、事业组织等收藏、保管的文物;(3)国家征集、购买的文物;(4)公民、法人和其他组织捐赠给国家的文物;(5)法律规定属于国家所有的其他文物。^④

但我国《文物保护法》并未禁止私人在一定情况下亦可成为文物所有人,而是具体规定了私人取得文物的合法来源,即文物收藏单位以外的公民、法人和其他组织可以收藏通过下列方式取得的文物:(1)依法继承或者接受赠与;(2)从文物商店购买;(3)从经营文物拍卖的拍卖企业购买;(4)公民个人合法所有的文物相互交换或者依法转让;(5)国家规定的其他方式。^⑤该法同时规定:文物收藏单位以外的公民、法人和其他组织收藏的前款文物可以依法流通。^⑥

根据以上规定,凡1949年建国后在中华人民共和国境内出土的文物均为国有文物,而在建国前境内出土的文物,除已经作为传世文物属私

人所有外,其他无论是权属不明还是属于前政府遗留下来的财产,基于国际法的政府继承原则和《文物保护法》的法定原则均属国家所有。

三、相关国际公约的作用与局限

在现有国际公约的框架下,一些国家通过国际合作框架追索非法流失的文物,取得了一定的、实质性的发展。虽然国际社会目前存在着三部关于文化财产非法流转追索的国际公约,但受条约不溯既往原则的限制,公约的有关规则无法适用于其生效前发生的文化财产流失问题。对公约生效后发生的文物流失的追索,也因一些主要文物市场国的抵制,使相关公约的实施范围受到限制。因此,对于历史上流失海外的文化财产,通过国际公法层面进行追索的空间依然有限。

1. 1954年公约 在联合国教科文组织的安排下,各国于1954年制定了《关于在武装冲突情况下保护文化财产公约》及其议定书,开创了文化财产国际保护机制中的先河。迄今为止,已有100多个国家签署与加入该公约,中国亦于2000年加入。公约明确禁止一国在武装冲突情况下对另一缔约国文化财产的盗窃、盗用、掠夺和任何形式的破坏行为,如有违反,则予制裁;同时要求每一缔约国应在武装冲突终止时,向先前被占领的主管当局归还处于其领土内的文化财产。

但该公约所保护的文物范围有限,仅针对在战时占领国或者第三国为了妥善保护文物的需要而移出的并由其监管保管的文物,而未包括那些在战时被掠夺或者以其他不法手段转移出去的文物。易言之,公约并不适用于那些在战争中因被抢夺、偷盗以及其他非法手段流失至国外的文物。中国流失海外的文物,多数是被以非法手段流失到境外的。除了适用范围的局限,另一个不利因素是该公约对生效之前发生的盗窃、抢夺文物的行为并不具有追溯力。

2. 1970年公约(UNESCO1970) 为了解决和平时期文化财产国际间的非法流转问

题,在联合国教科文组织主持下,各国于1970年11月在巴黎通过了《关于禁止和防止非法进出口文化财产和非法转让其所有权的公约》(UNESCO1970),旨在限制文化财产的非国际贸易,保护文物来源国对于其本国文化财产的权利,确立文化财产来源国保护的国家主义立场。在此基础上,1970年公约允许各缔约国制定其自身的文化财产保护政策,同时承认缔约国“有权利规定并宣布某些文化财产是不能让与的”。^⑦

在文化财产的范围界定上,公约赋予文物来源国自行界定其意欲保护之文化财产的自由,但来源国需拟定其全国受保护财产的清册,以符合各缔约国之间相互保护文化财产的需要,这也构成进口国禁止进口的要件之一。^⑧

公约不仅适用于在和平状态下由于偷盗等犯罪手段非法出口至其他国家的文物,也适用于在战争状态下一国由于被他国占领而被迫出口的文化财产或转让其所有权的文物,并明确这一部分文物的进出口行为也属非法,这两类文物均应适用本公约的返还程序。公约因此要求各缔约国应对每一件从他国进口的文物进行审查,确定其是否具有来源国签发的合法性文件,以确保本国领土内的博物馆不得获取来源于另一缔约国非法出口的文化财产。

鉴于非法转让问题是导致国际社会中文物无法返还的重要原因,1970年公约对文物非法进出口、所有权非法转让问题作出规定,即缔约国“承认文化财产非法进出口和所有权非法转让是造成这类财产的原主国文化遗产枯竭的主要原因之一,并承认国际合作是保护各国文化财产免遭由此产生的各种危险的最有效方法之一”。^⑨

1970年公约的一个里程碑意义在于首次

确立了国家具有文物所有权的基本条件,即规定:“凡属以下各类财产均为每个缔约国的文化遗产的一部分:(1)有关国家的国民的个人或集体天才所创造的文化财产和居住在该国领土内的外国国民或无国籍人在该国领土内创造的对有关国家具有重要意义的文化财产;(2)在国家领土内发现的文化财产;(3)经此类财产原主国主管当局的同意,由考古学、人种学或自然科学团体所获得的文化财产;(4)经由自由达成协议实行交流的文化财产;(5)经此类财产原主国主管当局的同意,作为赠送品而接收的或合法购置的文化财产。”^⑩这一规定同时亦被视为公约有关文物的定义。

1970年公约的另一重要意义在于要求缔约国应承担帮助文物流失国收回并归还非法出口文化财产的义务。但公约在确定此返还义务的同时,亦作出了关于善意第三人的规定,即要求请求返还国必须向不知情的买主或对该财产具有合法权利人给予公平的赔偿,该流程需由双方的外交部进行,并由请求国承担期间发生的一切费用。

1970年公约得到了国际社会的广泛认同,加入国迄今已达100个,但公约亦受到一些西方文物市场国(即流失文物所在国)的抵制,如英国、日本、德国等国拒绝加入,美国、法国、加拿大、澳大利亚等国均已加入,我国也于1989年加入了该公约。^⑪鉴于近十几年来我国文物被偷盗、非法流转的现象非常严重,这部公约对我国追索近年流失到海外的文物起到积极的作用。不过,公约并未对强制性执行措施作出具体规定,这是其存在的一个缺陷。

1970年公约对世界各国文化财产的保护推进了一大步,但难以解决那些已经流失至海外并被私人所占有或已成“既成事实”的文物的返还问题。因为不论是战争时期被掠夺的文物还是和平时被盗窃或非法出口的文物,当其被进口国允许进口或逃避进口国海关管制而流失至另一国境内时,经过市场行为如买卖、交换或赠与等方式为各国的博物馆、宗教机构、研究机构等公共机构或个人以所有的意思占有,

文物最终可能以国家、组织或个人的私人财产的形式而存在,文物返还问题就不能援引公约加以解决。^⑫

2002年12月,世界最主要的流失文物收藏机构包括大英博物馆、巴黎卢浮宫博物馆、纽约大都会艺术博物馆等18家欧美博物馆通过联合发表《关于环球博物馆的重要性的价值的声明》,公开反对返还流失文物,所持主要理由为:(1)文物基本都是通过购买或受赠获得,来源合法,并已成为博物馆乃至所在国财产的一部分;(2)文物原属国没有足够的经济实力和技术能力保护文物;(3)文物属于全人类文化和精神遗产,应为全人类享有。^⑬

3. 1995年公约(UNIDROIT1995)

1995年6月,各国在罗马外交大会上通过了《国际统一私法协会关于被盗或者非法出口文物的公约》(UNIDROIT1995)。不同于1970年公约,1995年公约一方面将使用范围扩展到被盗文物,其中凡非法发掘或者合法发掘但非法持有的文物也视为被盗文物,另一方面允许政府及其所属博物馆之外的其他私人主体在其他缔约国境内提起追索被盗或被非法出口文物。公约针对1970年公约没有解决的文物追索中确权和赔偿的问题,确立了被盗文物返还的3个原则:一是非法挖掘的文物也视为被盗;二是被盗文物的持有者应该归还被盗文物;三是被盗文物的善意取得人在归还文物时,有权获得公平合理的补偿。与前两个公约相比,1995年公约具有一定可操作性。公约严格限定于私法框架,而无任何有关公法领域的规定,这不同于规定缔约国负有诸多行政性义务的1954年公约和1970年公约。

但该公约出台后,仍受到西方国家的广泛批评,其主要观点认为,公约对“文化财产”的定义并未走出1970年公约对文化财产的定义,而且公约进一步偏向于保护文物来源国严格的文物保护法,使西方主要文物市场国处于更加劣势的地位,西方主要文物市场国因此拒绝签署该公约。^⑭中国已于1997年加入该公约。

1995年公约在条文中也明确了条约不溯

及既往原则,公约第二章关于文物返还的规定仅适用于公约对一国家生效后在该国提出归还请求的被盗文物,该文物必须是公约对缔约国生效后从该国领土内被盗的或者是在本公约对缔约国生效后位于该国。因此,对中国而言,只有1997年以后从我国境外流出的文物才可以适用该公约进行追索。

但公约同时又强调,其不以任何方式证明发生在本公约生效以前的、或者其他非法移交是合法的,也不限制国家或者其他人根据本公约框架外可援用的救济措施,对于本公约生效前被盗或者非法出口的文物提出返还或者归还请求的权利。^⑮与此相应,中国在1997年加入该公约时声明,中华人民共和国保留具有追索被战争掠夺和被盗窃走私出境的文化遗产不受年限限制的权利。但这一声明难以构成对公约的保留,因为条约的保留必须使条约的某一规定的法律效果在对保留国的适用上被排除或被改变,否则就不是保留。^⑯因此,中国政府的声明不会对其他缔约国产生条约上的法律效力,但起到宣示中国立场的作用,并为在国内法体系下跨国追索流失文物预留了空间。

值得一提的是,该公约进一步规定了在1970公约中提及的善意取得人的善意衡量标

准。1970年公约仅用“不知情”来定义善意取得人,而1995年公约中明确了“在确定拥有者是否慎重时,应当注意到获得物品的所有情况,包括当事各方的性质、支付的价格、拥有者是否向通常可以接触到的被盗文物的登记机关进行咨询、他通常可以获得的的其他有关信息和文件、拥有者是否向可以接触到的机关进行咨询,或者采取一个正常人在此情况下应当采取的其他措施”。这一规定对于在有关机关进行衡量是否符合善意标准时提供了方便,该规定也影响到了各国国内法院在判定文物案件时衡量善意的标准。

综上所述,3部公约对世界文化财产保护和回归的积极意义不言而喻,由于世界文物市场国基本为发达国家,在相当程度上主导着该领域的国际话语权,因而3部公约都对历史问题避而不谈。《维也纳条约法公约》第28条也规定:“除条约表示不同意思或另经确定外,条约对当事国生效之日以前所发生的任何行为或事实或已不存在之任何情势,条约之规定不对该当事国发生拘束力,”^⑰虽然法不溯及既往的原则限制了3部公约对过去流失文物的适用,但对于已发现在公约生效后的近年来流失出境外的文物,则应努力依公约主张实现文物回归的权利。

四、文物返还的路径分析

目前中国文物的返还路径大致有3种形式:外交途径、跨境诉讼、购买回流。其中外交途径与跨境诉讼在现状中均为少数的特例,较多的还是靠民间的购买与捐赠的方式回流文物。

1. 外交途径 相关国际实践表明,通过外交途径,即在国际法层面由文物来源国的政府主管部门与文物所在国的政府相关部门进行沟通与交涉,并在后者的干预与帮助下追索历史上被掠或非法流失海外的文物,不失为一种直接有效的方法。

埃塞俄比亚多年来锲而不舍地向意大利追索返还历史上被掠走的文物,是较为典型的外

交途径事例之一。早在1946年巴黎和会时,埃塞俄比亚政府代表就极力主张被意大利侵略者掠走的文物必须返还,在此情况下,意大利政府被迫在1947年与埃塞俄比亚签订的和平条约的第37条中同意归还自1935年从埃塞掠走的文物——国宝方尖碑塔。此后多年虽有内战的纷扰,但历届埃塞政府都为国宝的回归而作不懈的努力与奔波,并于1996年举行了专门的听证会。但因种种原因,方尖碑塔依然未能回归。在2002年于罗马举行的世界粮食问题首脑会议上,埃塞俄比亚总理梅莱斯再次借机强烈要求意大利政府返还阿克苏姆方尖碑塔,这种出乎意料的举动让意大利政府异常尴尬,会议结

束后不久,意大利政府正式决定返还方尖碑塔。2008年9月4日,有着1700余年历史的方尖碑塔在漂泊海外70余年后终于荣归故里。^⑩

其他国家亦不泛通过外交途径追索文物的事例,如埃及文化部部长法鲁克·胡斯尼宣布,约2.5万件古埃及文物从英国回到埃及。英国能够归还这批古埃及文物,是埃及方面与英国伦敦大学艰苦谈判的结果,整个谈判过程持续了一年多时间,埃及终于成功从英国追讨回2.5万件文物。^⑪又如,2006年4月韩国国会议员金元雄会见东京大学图书馆事务部长时,要求日方归还藏于东京大学图书馆的韩国被劫国宝——《朝鲜王朝实录》五台山史库本。经过交涉,东京大学最后以“捐赠”史籍,庆祝首尔大学建校60周年和奎章阁成立230周年的名义,归还了流失日本近100年的韩国国宝。

对于战时流失的珍贵历史档案,外交途径亦为有效的返回方式。例如2001年,经过反复的磋商谈判,比利时和俄罗斯两国政府就二战期间被纳粹掠走的、后被苏军带至莫斯科的一批军事档案的返还达成了协议,协议规定,只要比利时支付档案保存费用,俄罗斯就返还这批档案。^⑫

除了国际公约机制外,还可在双边条约基础上通过外交途径追索文物。我国已先后与秘鲁、印度、意大利、菲律宾、希腊、智利、塞浦路斯、委内瑞拉、美国等国签署了防止盗窃、盗掘和非法进出境文物的双边协定,近年来亦多次在国际合作机制下成功追索了非法流失境外的中国文物。如2005年,一件汉朝的陶马被卖到瑞典博物馆,但瑞典政府很快就发现这件文物系走私而来,就立即通知中国国家文物局,表示将依据国际公约返还中国,仅半年后这个陶马就被归还,现藏于国家博物馆。又如2001年,经过友好协商,加拿大国家博物馆将一件龙门石窟石雕佛像归还给了中国。2008年,日本美秀博物馆向中国无偿归还了被盗的山东博兴北朝石刻菩萨造像。因此,按照国际公约的原则,通过外交与法律手段,无疑是解决非法流失海外文物返还问题的有效方法。

2. 跨国诉讼 除了外交途径外,文物的跨境追索亦可双管齐下,在国际私法框架下通过文物追索的跨国诉讼进行。如能清晰确认文物权属的,且其流失境外历史不长,在有充足证据情况下,则可尝试以诉讼形式实现文物回归。问题在于,历史上流失的文物由于年代久远,文物往往几经周转,早已漂白,这样的标的难以通过诉讼形式追回。此外,国际私法层面的文物追索亦面临各国对善意取得的认定和诉讼时效的争议,存在一定的障碍。

跨国诉讼追索文物涉及国家作为文化财产所有人的主体问题。2009年2月发生的法国佳士得公司拍卖圆明园兔首和鼠首铜像的事件,典型说明了文物主体问题会直接影响到法院的审理与判决。为阻止佳士得在巴黎拍卖100多年前被八国联军掠夺的青铜鼠首和兔首,高度关注此事件的律师代表团请“欧洲保护中华艺术协会”(APACE)作为申请人出面,向法国巴黎大审法院提出对该文物拍卖品进行财产保全的“禁拍令”申请,以禁止拍卖会的进行。但巴黎大审法院经过紧急审理后以APACE无权代表中国政府、不具备诉讼主体资格,因而不能作为本案直接请求人为由,裁定驳回对该文物“禁拍令”的申请。

本案如由“中国文物保护基金会”出面提出申请,则可能会是另一种结果,因为法理上该基金会经授权亦可代表政府行使权利。^⑬此案的收场颇耐人寻味:最终以中华抢救流失海外文物专项基金收藏顾问蔡铭超先生通过委托拍下了圆明园兔、鼠首后又宣布因中国政府的限制规定使其无法为拍品付款而结束,^⑭从而导致了这场拍卖会的流产。

跨境诉讼中争议最大的莫过于善意第三人问题。其实,文物所有权的归属是文物追索过程中的首要法律问题。在法理上,只要文物是被以非法手段流出境外的,其物权关系在法律上就应视为始终未发生转移。但被追索的文物占有人通常主张其所持文物此前已经过数次转手与交易,根据善意取得原则就可以合法取得文物所有权,即便当初文物之前是以非法手段

流出的。从法律形式上看,利用善意取得制度的存在,非法流失海外的文物经过数易其手或拍卖,已在文物市场“过滤”为合法交易的文物。但从法律实质上看,善意与否应仍取决于其来源是否合法,故追索后只存在依法对善意取得者的补偿问题。

实践中,虽然苏富比和佳士得这两大文物、艺术品拍卖行在每次拍卖会前均声称已请律师确认拍卖物品的合法权属,但又在明知拍品来源不合法的情况下,为了巨大的商业利益而通过拍卖充当被盗或非法出口的文物的合法过滤器。因此,拍卖的本身并不能通过这种非善意的拍卖取得行为产生合法效果。

大陆法系国家较为注重保护交易的安全稳定,认为善意取得制度是法律上承认占有公信力的逻辑结果,因此偏于保护善意购买人的利益。如在法国民法典下,对于动产,占有具有相当于权利根源的效力。^②不过,法律所规定的善意购买人从占有人或表面所有权人处可取得所有权的原则,亦存在两个例外:一是如果占有物是遗失物或窃盗物,其遗失人或被害人遗失或被盗之日起3年内,得向占有人请求回复其物,3年时效届满则消灭原物主的所有权;^③二是“公开市场”规则,即如果现实占有人如其占有的窃盗物或遗失物系由市场、公卖、或贩卖同类物品的商人处买得,其原所有权人仅在偿还占有物所支付的价金时,始得请求回复其物。^④换言之,即使该物占有人是在市场、公开销售或交易会处购得,原所有权人仍可在向占有人支付价款后请求返还原物。这两项例外体现了“盗赃物”阻却动产善意取得的精神,而“公开市场”的规定则基本与1995年公约规定的“合理补偿”原则相符,即:被要求归还被盗文物的拥有者只要不知道,也理应不知道该物品是被盗的,并且能够证明自己在获得该物品时是慎重的,则在返还物品时有权得到公正合理的补偿。这些规定表明,即便被盗物的占有人取得被盗物时是善意的,也不能取得该物所有权,只是他有权要求合理补偿。^⑤

在德国,其民法典中亦肯定了善意取得制

度,^⑥规定出让人虽然无权处分物,受让人为善意时,可取得所转让的所有权,但盗窃物并不适用善意取得。^⑦但是,根据取得时效的规定,自主占有动产满10年者,取得其所有权。^⑧换言之,只要自主占有人在其占有权方面是善意的,对被盗之物也可以通过时效取得被盗物的所有权。而且,通过时效而善意取得的所有权是永久性的,即使受让人是基于没有法律根据的给付而获得占有,其也没有义务返还所有权和给付不当得利。^⑨

反观英美法系,则不允许被盗物品的善意购买人取得所有权,除非物之所有权人同意或导致第三人相信会取得所有权。就被盗文物而言,很明显所有权人没有同意该文物被盗后的交易,也不会去误导第三人取得被盗文物所有权。因此,不论是否从文物窃贼手中或是其他非所有权人那里购买被盗文物,都不会取得或是移转有效的所有权。在英国法律制度下,善意购买人对被盗物的所有权无效,原所有权人依然保留对被盗物的所有权。不仅如此,如果原所有权人在追回原物之诉中胜诉,善意购买人也得不到任何补偿。

不过,英美法系关于善意购买人的所有权无效理论存在两个例外:一是根据“公开市场”规则,如果善意购买人是在一个公开市场上按市场习惯购买被盗物且不知情,则所有权有效。^⑩但如果购买人哪怕对所买之物有丝毫的赃物嫌疑,则不能称之为善意。第二个例外是根据“可撤销所有权进行的买卖”规则,即如果出售人因欺诈从原物主获得动产只享有可撤销的所有权,而在买卖时此项权利尚未被撤销,如果善意购买人对出售人在所有权上的瑕疵并不知情,则他可取得有关该动产的所有权。^⑪

美国法则更加倾向于原物主:无论是普通法还是统一商法典中都规定,窃贼不能向善意购买人转让合法的所有权。^⑫但是,时效规则、否定占有以及怠于起诉原则也构成例外,允许善意购买人获得被盗物的所有权。

3. 购买回流 通过文物市场回购流失海外的中国文物,已成为近年来中国流失文物

回流的一个主要途径,包括国家购买与民间购买两种形式。2002年,中央政府开始启动了国家重点文物征集专项资金,每年专项拨款5000万元用于征集流失海外和民间的珍贵文物。2002年修订的《文物保护法》允许民间通过购买、拍卖等多重方式获得文物并依法流通,则在一定程度上促进了文物回流的进程。

国内著名文物收藏机构中国保利集团曾在回购文物方面发挥过重要作用。如2000年5月,在佳士得和苏富比两家拍卖公司于香港举行拍卖会上,圆明园牛首、猴首和虎首铜像现身,为了阻止国宝再次流出国门,中国央企保利集团公司毅然参拍,并分别以774.5万港币、818.5万港币、1544.5万港币的价格将牛首、猴首与虎首购回;此外,一些民间收藏家和爱国人士亦加入回购的行列,如2007年8月初,当得知香港苏富比拍卖公司将要于9月拍卖圆明园马首铜像的消息后,爱国企业家、澳门巨子何鸿燊先生迅速与拍卖行进行协商和沟通,终于在拍卖会举行之前以6910万港元的创纪录天价购得马首铜像,随后将其捐赠给了国家。^④

如今,中国文物艺术品拍卖已走过了10多个年头,共有8万余件流散海外的中国文物通过拍卖市场回流。其中,回流文物中有很多属于珍品,包括故宫旧藏、圆明园、清东陵等流失的文物。因为海外中国艺术品中不少精品已经进入博物馆或永久收藏,所以某些可供回流的艺术品中充斥着不少普通艺术品甚至赝品。例如,2004年上海某拍卖公司曾推出一件“海外回流”拍品,其仿自江苏淮安市博物馆潘天寿真迹,最终该拍品以112.2万元成交,并成为当年在国内以“海外回流”名义拍出的假画案例。^⑤

虽然现实中回购方式已成为海外文物回流的一种方式,但此举绝非明智选择。中国政府作为所有人,对于非法流出境外的文物拥有毋庸置疑的所有权,如一味采用回购方式实现文物的回归,其效果无异于客观上承认了流失海外文物来源的合法性,并在法律上授人以柄,严重影响到政府通过法律途径跨国追索流失文物。而且,随着回购文物的不断增多,客观上又会刺激了文物市场的回购价格的飙升,天文数字的价格无疑会对文物的顺利回归造成巨大障碍。

国内学界近年来亦对回购方式提出质疑与反对。他们认为:回购方式会诱使越来越多的人对文物市场的倒卖活动趋之若鹜,进一步刺激那些利欲熏心的盗墓集团和走私团伙,使走私、盗墓、倒卖文物的非法活动更加猖獗并难以遏制;以回购的方式追回文物,特别是那些由于战争被非法掠夺的文物对中国人民的自尊心无疑是一种伤害,明明是自己国家的东西,明明是被非法掠夺的东西却还要我们买回来,难怪有学者称这是“再次被掠,二次被盗”。^⑥

显然,从这种“回购”中得益最大的,往往是参与其中的文物贩子、收藏投资客、拍卖行。拍卖的文物价格不断飙升以致被炒作到“天价”,又会进一步刺激走私与非法盗掘更多的文物,故应防止升温的文物回购被人利用来进行经济讹诈。对于因战争原因被掠至海外的中国文物,实无必要再用中国人的资金购回,而应首先考虑通过外交或法律途径进行交涉与追索,否则无异于二次被掠。从国际实践看,通过重金赎回流失文物的做法实属罕见。因此,回购不应成为追索流失文物的主流方式。

五、文物返还问题的法律对策

1. 完善国内文物保护法律制度 鉴于目前国际条约的现有缺陷,有必要同时立足国内,修订现行《文物保护法》,增加有关流失文物的规定、明确中国政府对其拥有永久所有权及追索权,其实质是以国内法的形式具体落实

国际公约的成果。根据1995年公约的规定,如果请求国证实从其境内移出的文物对于请求国具有特殊的文化重要性,被请求国的法院应当命令归还非法出口的这一物品。^⑦对此国际规则,国内法中应加以具体落实,使各地文物管理

机关、文物经营机构或公益性组织找到法源性依据进行起诉,在宣示文物属于国家财产的同时,允许依法追回流失文物的机构或组织可以受托或代为起诉非法占有人,在获得的流失文物在回归后,国家应给予奖励及补偿相应的费用。同时,健全流失文物的通报和公示制度,完善有关文物出入境的海关管理制度,以有效地遏制非法文物交易。另外,鉴于越来越多的文物交易行为在香港进行,中央政府可积极呼吁香港特别行政区政府对文物的交易及拍卖加强监管措施与立法。

2. 建立流失文物档案制度 据联合国教科文组织 2006 年公布的数据,中国流失海外文物达 164 万件,其中 47 万件被世界各国博物馆收藏。追索这批文物,无论是通过外交途径还是跨国诉讼,提供所有权的证据都是关键。当务之急是要建立流失文物档案制度,还须对现有文物进行系统登记,以防止新的流失。

一是组织国内专业机构展开流失海外中国文物的专题调查,建立详尽的文物的数据库。二是成立由专家组成的文物档案整理机构,全面、细致地对当前现存国内的文物以及流失海外的文物进行备案、清理和调查,制订文物名录,明确所有权归属。三是向国际刑警组织、世界各大文化组织及博物馆备案,将本国流失到外国文物的调查结果向全世界公示,表明中国有哪些文物是被掠夺而必须索回的,以使追索有明确的目标与证据。随着有关文物保护和归还的国际公约及国内法律的日益完善,司法途径或将成为追索文物和保护的主要方式。因此,强有力的权属证据将是诉讼成功的必要保障。

3. 建立负责文物追索的专门机构 建立专门的机构负责追索流失海外文物的专门机构及国际联络工作,并给予相应的资金保障。以意大利为例,有很多此类专业机构,其工作对意大利追索罗马时期的文物起到了相当大的作用。埃及最高文物委员会专门成立了文物归还管理局,负责失踪文物的追缴工作。该机构平时对全世界约 40 家主要经营文物的网站进行追踪,一旦发现有埃及文物参与拍卖、展览等,

便会立即联系拥有该文物的机构或个人,要求其出示拥有该文物的合法文件。与此同时,埃及分布在世界各国的使馆也是追查流失文物的前哨站,密切关注驻在国涉及埃及文物的拍卖和转让等活动。因此,中国在积极追索流失文物的同时,更应健全国内现有的文物保护管理机构。我国已在各地设立了 14 个国家文物进出境审核管理处,但机构建设薄弱、人员紧张,全国专职文物鉴定员仅百余名,远不能满足文物进出境审核管理需要。故中央编制委员会应适当增加专业人员编制,中央财政亦应加大相应的财政投入与业务经费。

4. 保护本国文物,加大执法力度 严厉打击盗窃、走私、倒卖文物的行为,加大海关的出入境检查力度,提高检测技术,增强执法司法工作人员的历史文物知识和保护文物的责任意识。据海关总署统计,从 2002 年到 2007 年,全国 4 个海关共查扣走私文物 15 512 件,其中海关抽检率只是区区 5%。^③可以说,单从文物数量上看,疯狂的文物走私,使得中国几乎每年都要失去一座故宫的文物藏量。在一些文物保护专家看来,国内面临的问题事实上比国外的要严重得多。^④从文物保护的角度来看,追索境外流失的文物固然重要,关乎国人的尊严,但从源头上遏制新的文物的流失,加强力度打击文物犯罪,则更具迫切性与现实意义。

为保护本国文化财产,中国作为文物来源国需要使本国的文物管制法具有域外效力,同时也要将文物市场国的财产法纳入国际法框架。这涉及建立国际合作机制的可行性问题。因此,文化财产的国际流转和返还归根结底还是一个国际法问题。因为无论通过来源国的单方贸易管制,还是通过在市场国诉讼要求返还,均因国内法自身的效力范围而难以保证这一行为目标的实现。

注 释:

① 《中华人民共和国文物保护法》(2002 年)第 5 条。

② 《埃及文物保护法》(1938 年)第 1 条、第 2 条。

③ 参见 1972 年《保护世界文化和自然遗产公约》第

1条。

④ 参见《中华人民共和国文物保护法》(2002年)第5条。

⑤ 参见《中华人民共和国文物保护法》(2002年)第50条。

⑥ 参见《中华人民共和国文物保护法》(2002年)第7条。

⑦ 参见1970年《关于禁止和防止非法进出口文化财产和非法转让其所有权的公约》第5、6、13条。

⑧ 参见1970年《关于禁止和防止非法进出口文化财产和非法转让其所有权的公约》第5、7条。

⑨ 参见1970年《关于禁止和防止非法进出口文化财产和非法转让其所有权的公约》第2条。

⑩ 参见1970年《关于禁止和防止非法进出口文化财产和非法转让其所有权的公约》第4条。

⑪ 参见罗国强. 中国追索流失海外文物的国际法困境与出路. 法商研究, 2009, (3)。

⑫ 李玉雪. 文物返还问题的法律思考. 中国法学, 2005, (6)。

⑬ 大英博物馆、巴黎卢浮宫博物馆等18家欧美博物馆、研究所:《关于环球博物馆的重要性的声明》(2002年12月9日)。

⑭ 参见龚柏华. 追索圆明园流失海外兽首国际法律问题研究. 东方法学, 2009, (2)。

⑮ 1995年《国际统一私法协会关于被盗或者非法出口文物的公约》第10条。

⑯ 参见李浩培:《条约法概论》, 法律出版社, 2003年, 第125页。

⑰ 1985年《维也纳条约法公约》第28条。

⑱ See Richard Pankhurst, Ethiopia, the Aksum Obelisk, and the Return of Africa's Cultural Heritage, African Affairs, 2009, 98(391)。

⑲ 余中. 埃及从英国追讨2.5万件文物回家. 文汇报书周报, 2010-10-22。

⑳ 参见【比】让·马里·亨克茨, 【英】路易丝·多斯瓦尔德·贝克(主编):《习惯国际人道法规则》(红十字国际委员会组织编译), 法律出版社, 2007:507。

㉑ 中国文物保护基金会创立于1992年, 是经中华

人民共和国民政部批准、并由国家文物局主管的社团法人、公募性基金组织。

㉒ 就在法国法院作出上述裁定的当天, 中国国家文物局发布了《关于审核佳士得拍卖行申报进出口的文物相关事宜的通知》, 指出: 佳士得拍卖行近年来多次公开拍卖从中国非法出境的劫掠、盗窃、盗掘和走私文物, 违背了相关国际公约的精神和文物原属国的国际共识, 严重损害了中国人民的文化权益和民族感情; 要求国家各文物进出境审核管理处对佳士得拍卖行及其委托机构、个人在我国申报进出口的文物加强审核管理。

㉓ 参见《法国民法典》(1804)第2279条第1款。

㉔ 参见《法国民法典》(1804)第2279条第2款。

㉕ 参见《法国民法典》(1804)第2280条。

㉖ 1995年《国际统一私法协会关于被盗或者非法出口文物的公约》第4条第1款。

㉗ 参见《德国民法典》(1900)第932条。

㉘ 参见《德国民法典》(1900)第935条第1款。

㉙ 参见《德国民法典》(1900)第937条。

㉚ [德]曼弗雷德·沃尔夫(吴越、李大雪译). 物权法. 法律出版社, 2002:318。

㉛ 参见《英国货物买卖法》(1973年修订)第22条第1款。

㉜ 参见《英国货物买卖法》(1973年修订)第23条。

㉝ See Menzel v. List, 267 N. Y. S. 2d 804, 819 (N. Y. Sup. Ct. 1966); U. C. C. § 2-403, 1998。

㉞ 杨时暄. 圆明园兽首回流困局. 中国新闻周刊, 2009, (2)。

㉟ 王蓓蓓. 拍卖市场促进海外中国艺术品回流. 参考消息, 2010-08-04。

㊱ 王云霞. 二战被掠文物返还的法律基础及相关问题. 中国人民大学书报资料复印报刊《国际法学》, 2008, (1)。

㊲ 参见1995年《国际统一私法协会关于被盗或者非法出口文物的公约》第5条第3款。

㊳ 王萌. 关于实现海外流失文物回归的思考. 法制与经济, 2009, (9)。

㊴ 岳瑞芳. 追索流失文物更要打击走私文物. 瞭望, 2009, (3)。

