
文化财产的 跨国流转与返还 法律问题研究



STUDY ON LEGAL ISSUES OF
TRANSNATIONAL TRANSFER AND
RETURN OF
CULTURE PROPERTY

孙南申 彭岳 等著



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

文化财产的 跨国流转与返还 法律问题研究

孙南申 彭岳 孙雯 侯幼萍 杨晓溪 张程毅 张文静 著

图书在版编目(CIP)数据

文化财产的跨国流转与返还法律问题的研究 / 孙南申等著. —北京:法律出版社,2017

ISBN 978-7-5197-1022-4

I. ①文… II. ①孙…②彭… III. ①文化—财产—国际法—研究 IV. ①D997.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 150059 号

文化财产的跨国流转与返还法律问题的研究
WENHUA CAICHAN DE KUAGUO LIUZHUAN
YU FANHUAN FALÜ WENTI YANJIU

孙南申 等著
彭 岳

策划编辑 黄彬洁
责任编辑 黄彬洁
装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任校对 晁明慧
责任印制 张建伟

编辑统筹 法律出版社
开本 A5
印张 13.5
字数 350 千
版本 2017 年 8 月第 1 版
印次 2017 年 8 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-1022-4

定价:55.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

《文化财产的跨国流转与返还法律问题研究》是一部从国际法与国内法、公法与私法的不同层面与角度论述文化财产法律制度的专著,亦是作者承担国家社会科学规划基金资助项目“文化财产的跨国流转与返还法律问题研究”的最终研究成果。

一、研究的目的是意义

1. 近年来,文化财产的盗窃与非法流转已是世界范围内的一个国际性问题。近30年来,随着中国市场的开放,文化财产流失现象日趋严重,面临着因盗掘地下文物、非法转让、文物走私而造成的大量文化财产流失海外的现状。立足于中国是文化财产来源国这一客观事实,我国正面临着既要防范与打击文物非法出口,又要积极追索流失海外文物的重任。其中所涉及的文化财产的跨国流转与返还法律问题,是我国目前急需深入研究并具有重要理论价值和实践意义的课题。

2. 在国际法层面,1970年《关于禁止和防止非法出口文化财产和非法转让其所有权的方法的公约》(以下简称1970年UNESCO公约)专门针对平时文化财产的保护。面对日益发展的文化财产市场,1995年《关于被盗或非法出口文物的公约》(以下简称1995年UNIDROIT公约)专项规定了“被盗文物”和“非法出口文物”的返还机制。在国内法层面,各国也存在相应的文化财产保护立法。总体上,已经具有较为完整的文化财产保护的国内法和国际法。在法律制度已经基本完整的前提下,为何文化财产流失的现象却越来越严重?是制度执行的问题还是制度设计问题?当前的法律制度是否还有改进的余地?如何确定文化财产出口限制措施与文化财产贸易的自由化的关系?如何处理文化财产返还中的法律适用和利益冲突等一系列法律问题?这是本课题所需研究解决的问题,亦是项目研究的目的所在,通过本课题的研究,不仅能够对现有的文化财产法律制度做一体系性的梳理与分析,更力图在实施这一制度的理论性和现实性之间达至平衡,就如何保护文化财产与解决跨国流转与返还中的法律问题,提出具有前瞻性和可行性的方案。

3. 本课题从文化财产法律体系化的角度,探讨国际公约与国内规制的脱节和冲突之处,并提出有助于解决两者衔接与适用关系的思路。研究内容充分结合跨国流转与返还的实践案例,分析现有财产法体系在处理文化财产问题方面的不足,立足于解决中国文化财产流失与返还的问题,探讨新的法律解决思路,从规范主义角度提出对策建议。本课题研究的理论重点在于,如何在支离破碎的国内法和国际法之间建构一个分析文化财产法律问题的基本概念体系,并以这些概念为基础使现有的法律制度体系化。因此,本课题研究对文化财产的法律保护与体系完善具有重要的理论意义和实践价值。

二、研究成果的主要内容和重要观点

1. 研究成果的第一章讨论了文化财产跨国流转与返还法律问题

的基本理论问题,涉及文化财产的地位界定、国际主义和民族主义的理论之争、跨国流转与返还的法律定位、中国的现状与问题等方面。在论述文化财产的范围、价值与特征的基础上,本章研究成果认为:

(1)各国对于文化财产的定义不一,相关的判断标准既有价值上的,涉及相关文化产品的艺术性、历史意义和考古价值;也有时间上的,或以期间为准,或以某一具体时点为准。各国在文化财产法的规定方面存在具体分歧,因而在国际层面很难就财产法形成统一法。故各国通过国际公约的方式就文化财产保护设立了最低标准,从而形成了国际文化财产保护公法化的局面。

(2)在理解文化财产保护的确切含义时,存在民族主义和国际主义两个视角的冲突。在应然层面,民族主义似乎得到了普遍的认同,虽然1954年的海牙公约持国际主义视角,但1970年UNESCO公约和1995年UNIDROIT公约均沿着民族主义思路演进。在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,在实然层面,市场国的执法和司法依然带有国际主义的印记。

(3)文化财产的非法贸易额仅次于毒品和武器走私。由此引发的争议是,当市场存在对文化财产的刚性需求时,严格限制文化财产流转是否可行?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。

(4)文化财产的国际流转和返还归根结底是一个国际法问题,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,均因国内法自身的缺陷而难以保证行为目标的实现。为此,应分析相关法律的脱节和冲突之处,并在此基础上提出具有可行性的问题解决方案。

2. 研究成果第二章对文化财产返还的国际条约机制进行了深入阐述与分析,包括这一机制下的理论依据与法律关系、适用范围与基本内容、国内实施与面临问题、中国实施与追索途径等内容。

(1)本章的目的在于从国际法与国内法关系的角度阐明,有关文化财产保护公约的规则无疑是文化财产贸易合法与否的有效法律依

据,因为文物来源国禁止出口的法律难以被进口国承认与适用。非法出口文物在进口国被视为违反外国公法,但该行为一般不构成返还非法出口物品的私法理由。因为公法本身不具有域外效力,除非根据条约规定进口国有义务遵守公约的规定而判决或执行返还非法出口文物。

(2)针对有学者认为“1970年 UNESCO 公约规定仅能起到预防文物流失的作用,但无法解决那些已经流失至海外并被私人所占有的文物返还问题”。本书认为:第一,1970年 UNESCO 公约明文承认通过诉讼方式要求返还文物,其前提在于提起诉讼之人应为失落或失窃文物的“合法所有者”。第二,尽管在国际层面存在保护文化财产的国际公约,但这些公约的最终执行仍需落实到各国的财产法之上。其中,1970年 UNESCO 公约以及1995年 UNIDROIT 公约均涉及跨国民事诉讼问题。进行跨国民事诉讼要求返还文化财产会面临诸如诉权归属、善意取得、取得时效和消灭时效等问题,而这些问题上述公约并未予以解决。第三,正是因为各国国内法规定不一致,在公约规定存在缺陷或者国内法执行不力的现状下,相应的努力方向应该是完善国际条约的规定以及强化其在国内的执行。

(3)关于文化财产应返还来源国的理论依据,本章特别指出:从人类社会的发展历史看,我们无法忽视来源国作为文化财产合法的根据地的地位,因为来源国的那些社会组群(各个“社团”)应被视作文化物品的合法生产者与定义者。所以由国家制定政策保护该国所产出的或被视为该国文化一部分的文化遗产是完全合法的。从这一角度来看,文物艺术品是也有类似“国籍”这样的属性。因为几方面因素可能成为文化财产国籍的决定因素,包括艺术家的国籍、涉及的物品的地理位置、对某个组群的宗教意义或其被纳入某一收藏系列的属性。

3. 研究成果第三章对文化财产返还中的一系列法律问题进行了全景式的考察,内容涉及请求基础、法律关系、法律途径、诉讼管辖权、法律适用、国家豁免、承认执行、对策措施等方面。本章的目的在于阐

明文化财产追索中所涉及的外交途径、民事程序、刑事程序的适用条件与关系,以及行使诉权的适格主体和如何了解与运用市场国的私法规则,并重点讨论了以下三方面的问题:

(1)国家作为所有人时的文化财产返还问题。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)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,英美法系和大陆法系存在明显的冲突之处。

(3)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“要求和拒绝规则”还是采用“发现规则”?这不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。

关于文化财产的所有权归属、法律适用和途径选择问题,本章从有利于流失文物归还来源国的角度,提出了以下观点:

(1)虽然文化财产的所有权可属于不同的主体,但一定程度上具有社会共享的特点。即使这些文化财产可以为私人所有,也不意味着所有权人可以随心所欲地处置这些财产,因为这些文化财产维系的是更广泛的公共利益,应以保护公共利益为目的对文化财产权进行设定,防止某些特权者滥用其所有权。

(2)在分析文化财产返还法律问题时,应以概念分析为前提,即以一般财产法的概念囊括文化财产的具体情形,然后对之进行法律规范的推演。如果规范推演的结果与当事方的利益诉求差距过大,则表明传统的法律框架已经不能满足当前的实际需求,进而需要对文化财产“财产化”的思路加以重新检讨。

(3)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。这一理论实践中进一步发展为,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:对于仅因违反流失地国贸易管制法而流失国外的文化财产,文化财产所在地国认为并无义务返还,其主要的法理依据是他国公法在本国并无域外效力;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也是不可或缺的。

4. 研究成果第四章对水下文化遗产保护与返还问题进行了介绍与分析,包括水下文化遗产保护的国际法框架、一般原则、典型案例和中国南海文化遗产保护问题,其重点是对《水下文化遗产保护公约》的阐述,以及西班牙沉船案的分析和对中国的启示。《水下文化遗产保护公约》的意义在于,具体明确了如何对“水下文化遗产”进行保护及其保护的内容和方式,同时为不同水域设计了不同的保护模式,包括内水、群岛水域、领海、毗连区、专属经济区和大陆架范围内的文化遗产保护,更加明确了保护的对象范围以及处理方式。本章另一个重点是通过美国联邦上诉法院作出的关于西班牙沉船案判决的案例分析,详细论述该案所引发的海底文物返还的法律问题,包括水下文化遗产的法律定性、法律归属、主权豁免、保护管辖等方面。并在此基础上,探讨此类案件的相关国际条约与国内立法的适用问题,尤其是对我国追索流失海外文化财产和水下遗产保护的借鉴意义。

5. 研究成果第五章和第六章是对文化财产跨国流转的贸易法律规制所进行的概述、分析与探讨。其中,第五章关注的是文化财产出口限制在国际贸易规制下的合法性问题,以及中国文化财产出口限制的现状与改进措施;第六章则从专业角度讨论具体的文化财产进出口的法律规制,包括文化财产出口管制的法律模式与实施效果,以及进口国对文化财产的进口管理、查处与判例。本章研究内容中的主要观点反映为以下四个方面:

(1) 为保护本国文化财产,来源国需要使本国出口管制法具有域外效力。尽管存在旨在强化合作的 1970 年 UNESCO 公约,但因该公约涵盖的时空范围有限,来源国难以通过公约扩大本国出口控制法律

的域外效力。尽管1995年UNIDROIT公约并未直接针对出口限制问题,但由于文物返还的前提之一是非法出口,因而可以认为各缔约国间接地承认了资源国出口限制法律的域外效力。

(2)在分析文化财产跨国流转问题时,应主要借助“公共利益”和“不可让渡性”这两个基本概念来论述政府干预的合理性。由于功能评价能够超越概念分析的窠臼,所以有可能在更高层次上达到公法和私法、国际法和国内法的高度统一。在国际层面,文化财产的保护主要表现为公法规范。但公法保护必须以坚实的财产法为基础。

(3)如果说境内执法是一个能力问题,那么境外执法则主要是一个意愿问题。难题在于进口国是否愿意承认来源国出口控制法律在本国的域外效力,以及是否愿意动用本国的执法资源协助出口国限制文化财产出口。文化财产的进口国一般为市场国,其本身可以从文化财产自由贸易中获得众多利益。承认和执行他国的出口控制法律有可能损及市场国的利益。因此,进口国必须在贸易自由和文化财产保护之间做出平衡。

(4)在文化财产所有权关系上,如果认为个人利益具有无可置疑的优先动力,则国家将丧失推进社会变革的能力;反之,如果认为公共利益可以取代个人利益,则会侵蚀社会得以存续的基础。在对个人所有文化财产进行规制时,政府不仅应当证明规制目标的正当性,还应选择适当的规制手段。

6.研究成果的第七章主要讨论三个方面的问题:其一,文化财产的“财产”属性,说明将文化财产纳入普通财产所可能出现的法律问题;其二,文化财产的“文化”属性,说明将文化财产拔高为抽象文化所可能出现的法律问题;其三,本章指出,将文化财产过度“财产化”或“文化化”这一一元论思维与文化财产的二元属性存在根本冲突,应采取包容实用主义的观点,利用普通财产法的法律框架、概念、原则来包容文化财产法中的文化因素,从而在个人所有与国家干预之间寻求平衡。对于文化财产法的体系化,有必要在公法和私法、国内法和

国际法相互衔接的层面促使文化财产法律的体系化。本章的主要学术观点如下：

(1) 即使将文化财产“降格”为普通财产,对于文化财产の利用,如出口或摧毁也会因为涉及权力滥用而受到较为严格的限制。因此,那些强调文化财产“财产”属性的理论存在一个盲点,即认为如果文化财产被定性为普通财产,则文化财产将会被彻底商业化,可以由所有权人任意处置。显然,这一观点将财产法等同于权利保护的财产规则了。

(2) 文化财产不是不可让渡,而是不可让渡到境外(禁止出口)。因此,相对于普通财产的市场不可让渡,文化财产是严格不可让渡。对于文化财产之所以采取如此严格的规定,其合理性只能立基在相关让渡会损害到团体人格这一理论之上。换言之,对于具有团体人格利益的文化财产,相关团体只有通过占有(直接占有或通过本团体内部成员间接占有)才能体现出与该文化财产所具有的人格联系。

(3) 仅仅基于文化财产国家所有这一私法事实,中国文物保护法对于国家所有文化财产的管控缺少坚实的理论依据。国家之所以对文化财产实施管制,一个重要的原因在于文化财产(不管是国有还是私有)具有“公共物”的特征。因而,在其目的约束的范围内,对它们实施特殊规则。当前关于文化财产的国际公约仍以传统的财产法观点为基本前提,其关注点仍在于谁“拥有”特定文化财产,而非谁与特定的文化财产存在特殊关系。因此,在承认个人所有权的同时,也应当承认特定文化财产所承载的团体人格因素。

(4) 为促进文化财产法与物权法等法律的体系化,应强调有别于所有权人的团体对于文化财产的照管权利及义务,通过文化财产的团体人格理论,限制文化财产所有权中的排他权和支配权。所有文化财产应当按照是否具有团体人格特性加以分类:有团体人格特性的,可被认定为珍贵文物;没有团体人格特征的,可被认定为非珍贵文物。对于前者,还应继续区分为国宝和非国宝,国宝体现出整个中华民族的团体人格,应适用严格的非让渡规则;非国宝的文物则适用市场的

非让渡规则。对于后者,则不应施加特别限制,由普通财产法加以调整即可。

7. 研究成果的第八章深入讨论了现行《文物保护法》存在的问题,并重点分析了2014年《文物保护法修订草案征求意见稿》的重要突破与所面临的新挑战。本章的主要学术观点如下:

中国文物保护法以广泛的文物国有以及严格的行政管控为其特色。虽然逻辑上自成一体,但其存在未从根本上扭转中国文物长期遭受大规模破坏的趋势。为此,在维持既有文物保护体制的同时,应通过对文物保护制度的立法改进,缓解文物保护法的合理性危机,并在文物国有的基础上,建立起文物公物制度。

三、成果的学术与应用价值以及社会影响与效益

1. 研究成果指出,“文化”的界定存在“文化多元”和“文化融合”之争,对于“财产”的界定存在财产权是“对世权”还是“权利综合”之争。理论上,将文化财产视为一种新型的权利,文化财产的返还应遵循有别于一般财产法的制度而加以解决。在效果上,这种观点有助于最大限度地维护中国的利益。研究成果将文化财产定性为团体人格财产的论点,在一定程度上澄清了文化财产国际主义论调的实质。这一论证的核心要点在于:文化财产为天下之公物,为有能者得之。在此情况下,主张返还该文化财产的国家应当证明,本国对该特定文化财产享有人格权益。与中华人民共和国文物保护法所倡导的文化财产国有化、国有财产公法管控化的方案相比,团体人格财产理论更为忠实地体现了对国家所有权的尊重,也更能与物权法形成一个统一的体系。因此,这一理论上的创新观点具有重要的学术价值。

2. 研究成果的应用价值在于:将文化财产的跨国流转与文化财产的跨国返还,这两个相对独立又互为关联的交易行为与追索活动,分别进行专项法律规制研究,并反映两者的因果关系。对于文化财产的跨国追索与返还,研究如何解决跨国追索中面临的一系列法律问题,

分别从国际条约机制与国内司法机制两个层面研究解决之道。本项目的研究成果,不仅对现有的文化财产法律制度作出了体系性的梳理与分析,而且对文化财产流转与返还制度的理论构建与如何保护文化财产的现实性问题解决,提出了法律制度体系化的建议和具有前瞻性和可行性的方案。

3. 研究成果的社会影响与效益体现于:本项目研究内容理论与实践并重,从理论角度论证文化财产保护制度的体系性构建,并结合非法出口与被盗文物返还的国际实践和司法判例,从国际与国内立法两个层面,对文化财产跨国流转与返还法律问题进行实证分析与理论总结。实证的研究分析表明,文化财产的返还问题着眼于事后补救,文化财产的流转问题更着重于事先预防。关于文化财产流转的贸易规制,研究内容不仅理论上论证了来源国出口限制措施具有 WTO 贸易制度下的合法性地位,还从条约义务角度论述了市场国进口管理措施的理论与实践。

本书由孙南申教授负责全书内容篇目设计、确定写作原则与方法、修改全书初稿和最终定稿。全书的具体章节撰写分工如下:

第一章	孙南申			
第二章	孙南申	杨晓溪		
第三章	孙南申	孙 雯	张程毅	张文静
第四章	孙南申	孙 雯		
第五章	孙南申	彭 岳		
第六章	侯幼萍			
第七章	彭 岳			
第八章	彭 岳			

孙南申

2017 年 3 月 15 日于上海

目 录

第一章 文化财产跨国流转与返还的基本 理论/1

第一节 文化财产的地位界定/1

一、文化财产的法定含义与范围/1

二、文化财产的价值与特征/7

第二节 文化财产保护的国际主义和 民族主义/10

一、文化财产保护的历史背景/10

二、文化国际主义与文化民族主义之争/12

第三节 文化财产的国际流转问题/19

一、WTO 下的文化财产国际流转/19

二、文化财产的出口限制措施/21

三、文化财产的进口限制义务/23

第四节 文化财产的跨国返还问题/25

一、跨国返还之必要性/25

二、跨国返还之法律依据/26

三、跨国返还涉及的法律问题/30

第五节 中国文化财产的现状与问题/37

一、文化财产流失的历史与现状/37

二、文化财产流转与返还面临的法律问题/40

第二章 文化财产返还的国际条约机制/44

第一节 文化财产返还的基本理论/45

一、文化财产返还的理论依据/45

二、文化财产返还的国际法渊源/46

三、文化财产返还的法律关系/50

第二节 文化财产返还国际公约基本内容/55

一、文化财产的界定/55

二、公约的适用范围/57

三、公约的文化财产返还制度/63

四、文化财产返还的争议解决/73

五、公约的特别规定/76

第三节 公约的国内实施与问题/77

一、公约在缔约国的实施/77

二、公约在非缔约国的适用/86

三、公约实施中面临的问题/88

第四节 公约在中国的实施及追索途径问题/96

一、文化财产返还公约的中国实施/96

二、跨境追索文化财产的途径探讨/101

第三章 文化财产返还中的法律问题/106

第一节 文化财产返还的法理探讨/106

一、文化财产返还的请求基础/107

二、文化财产归属的理论依据/111

三、文化财产返还的国际法依据/116

第二节 文化财产返还的主体、客体与方式/121

一、文化财产返还的主体/121

二、文化财产返还的客体/122

三、流失文物的回归方式/125

第三节 文化财产返还的法律途径/131

一、国际公法下的跨国追索/131

二、国际私法下的跨国诉讼/136

第四节 文化财产返还诉讼的管辖权/145

一、财产所在地法院管辖/145

二、最低限度接触原则/147

三、文化财产管辖的国家豁免问题/149

第五节 跨国返还诉讼的法律适用问题/154

一、物之所在地法原则/155

二、文化财产来源国法/158

三、最密切联系与利益分析法原则/161

四、返还诉讼中的外国公法适用问题/163

第六节 文化财产返还的法律困境与合作机制/168

一、国家及其财产豁免例外适用问题/169

二、文化财产判决的承认与执行问题/176

三、诉讼以外的国际合作机制/179

第七节 文化财产返还的国内对策措施/183

一、完善国内文物保护法律制度/184

二、建立流失文物档案制度/185

三、建立负责文物追索的专门机构/186

四、加大保护本国文物的执法力度/187

第四章 水下文化遗产保护与返还问题/189

第一节 水下文化遗产保护的国际化理念/190

一、加强水下文化遗产保护的必要性/190

二、水下文化遗产的界定/191

三、水下文化遗产保护的国际法框架/192

第二节 水下文化遗产国际法保护的一般原则/196

一、“就地保护”原则/197

二、“禁止商业开发”原则/198

三、“为全人类利益”原则/201

第三节 海底文化遗产返还典型案例法律问题/203

一、西班牙沉船案件背景分析/204

二、西班牙沉船案所涉法律问题/207

三、公海水下文化遗产所有权及其法律适用/212

四、西班牙沉船案对中国的启示/216

第四节 中国南海水下文化遗产保护机制/221

一、我国水下遗产保护的实践和立法现状/221

二、建立与完善水下文化遗产的保护机制/223

第五章 文化财产跨国流转的贸易规制/228

第一节 文化财产跨国流转贸易规制概述/228

一、所有权性质与文化财产的级别/229

二、文化财产出口控制的范围/230

第二节 文化财产出口限制在贸易规制下的合法性问题/232

一、在 WTO 协定下的合法性问题/232

二、在其他国际条约下的合法性问题/240

三、关于合法性的基本结论/240

第三节 个人所有文化财产出口的法律控制/242

一、文化财产出口限制的理论争议与利益诉求/243

二、文化财产出口限制的国际法律依据/244

三、文化财产出口限制的域外效力/247

四、中国文化财产出口限制的法律现状与问题/250

五、文化财产出口控制法律的改进/253