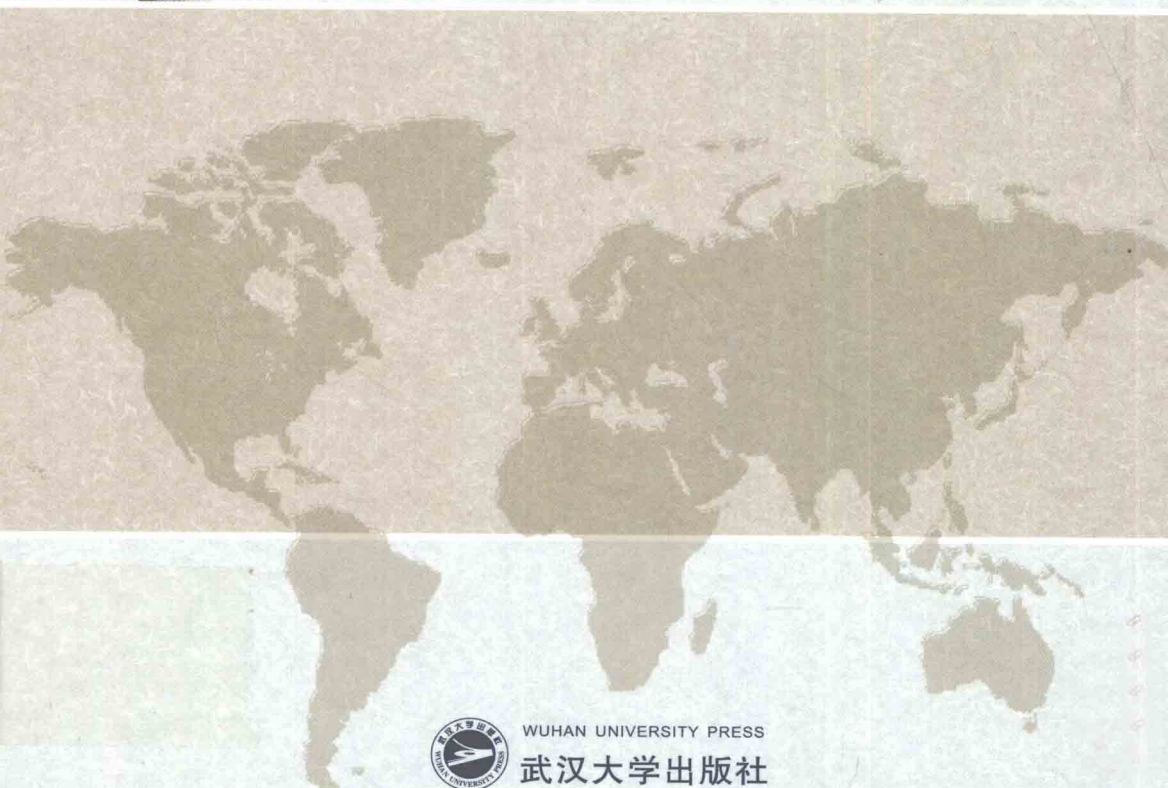


“十一五”国家重点图书

国际法新视野研究丛书

国际法与比较法视野下的 文化遗产保护问题研究

郭玉军 主编



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

“十一五”国家重点图书

国际法新视野研究丛书

本书为国家文物局项目（合同编号：20050116）“文化遗产保护的国际法律问题研究”的结项成果。

国际法与比较法视野下的 文化遗产保护问题研究

郭玉军 主编



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际法与比较法视野下的文化遗产保护问题研究/郭玉军主编. —武汉: 武汉大学出版社, 2011. 6

“十一五”国家重点图书

国际法新视野研究丛书

ISBN 978-7-307-08575-6

I. 国… II. 郭… III. 文化遗产—保护—法律—研究 IV. D912.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 036002 号

责任编辑: 胡 荣 责任校对: 黄添生 版式设计: 马 佳

出版发行: 武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: cbs22@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷: 武汉中远印务有限公司

开本: 720 × 1000 1/16 印张: 37 字数: 530 千字 插页: 2

版次: 2011 年 6 月第 1 版 2011 年 6 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-307-08575-6/D · 1070 定价: 69.00 元

版权所有, 不得翻印; 凡购我社的图书, 如有质量问题, 请与当地图书销售部门联系调换。

前 言

该书是国内第一部以国际法和比较法为视野，对文化遗产保护问题进行研究的专著。其中既有制度方面的全面系统的梳理，又有对未来发展趋势的展望。

文化遗产保护是世界各国极为关注的重要问题，关系到全人类文明的传承，各国文化的延续和各民族凝聚力的增强。我国在拥有众多的文化遗产的同时也面临着诸多严峻的挑战：大量的文化珍宝流失海外、非法盗掘、非法出口和走私问题十分突出。如何利用现有的国际法和国内法框架对我国的文化遗产进行有效的保护成为当前亟待解决的问题。该书以国际法和比较法为视角，对文化遗产保护的国际法律问题研究进行了较为深刻的研究，期望能为传统的国际公法和国际私法研究注入新鲜的血液，拓宽法学研究的领域，为提高我国文化遗产保护的理论研究水平与实践发展提供有益的参考，发挥积极的作用。

该书分为四篇共 20 章，主要围绕非法出口的文化财产的国际法保护、武装冲突下文化财产的国际法保护、水下文化遗产的国际法保护以及文化遗产保护的其他问题展开研究，主要具有以下几个方面的特点：（1）该书对文化遗产的保护进行了跨学科的综合研究，内容既涉及国际法也涉及国内法，涵盖国际公法、国际私法等。（2）该书从理论和实践两方面入手，做到了理论和实践的较好互动与结合。在评析有关文化遗产国际法保护的制度和理论问题的同时，对实践中发生的有关文化遗产争议的典型案例进行了较为深入的剖析。例如，分析了圆明园鼠兔首等与我国关系密切的文化遗产国际保护事件或案例。（3）该书除了对现有的国际条约和制度、有关国家的国内立法与实践进行了较深入的分析和梳理之外，

还对目前博物馆管理、国际考古发掘、工程建设和文化财产跨国借展等一些新的领域中发生的文化遗产保护问题进行了分析。

作者写作分工如下：

绪论 郭玉军 唐海清

第一章 杜立

第二章 张笑

第三章 郭玉军 陈芝兰

第四章 郭玉军 靳婷

第五章 第一节 郭玉军；第二节 杜立；第三节 刘元元

第六、七、八、九章 胡秀娟

第十、十一章 第十三章 靳婷

第十二章 张璐

第十四章 秦华代

第十五章 熊燕

第十六章 黄巧生

第十七章 赵力

第十八章 詹慧娟

第十九章 郭玉军、马明飞、余诚、唐海清、胡秀娟

第二十章 第一节 张函；第二节 高升

本书为国家文物局项目（合同编号：20050116）“文化遗产保护的国际法律问题研究”的结项成果，在出版的过程中得到了武汉大学出版社张琼老师和胡荣老师的大力支持，在此一并致谢！由于能力与水平所限，书中疏漏在所难免，希望读者予以批评指正！

郭玉军

2011年3月

目 录

绪论：文化遗产国际法保护的回顾与展望·····	1
-------------------------	---

第一编 非法出口的文化财产的国际法保护

第一章 被盗文化财产跨国追索的国际法问题·····	19
第一节 概 述·····	19
第二节 追索被盗文化财产国际诉讼中的具体问题·····	36
第三节 对中国的启示·····	52
第二章 联合国教科文组织 1970 年公约研究·····	62
第一节 联合国教科文组织 1970 年公约的产生·····	62
第二节 联合国教科文组织 1970 年公约内容评析·····	73
第三节 联合国教科文组织 1970 年公约的实施·····	90
第三章 被掠夺艺术品归还的国际法问题·····	110
第一节 被掠夺艺术品的法律界定·····	112
第二节 返还被掠夺艺术品法律问题的产生及理论依据·····	116
第三节 被掠夺艺术品归还的法律解决方式·····	123
第四节 对法律外解决途径的几点建议·····	141
第四章 被盗艺术品跨国所有权争议及其解决·····	144
第一节 被盗艺术品所有权争议的解决与善意取得制度·····	145

第二节 被盗艺术品所有权争议的解决与法律选择规则·····	147
第三节 被盗艺术品所有权争议的解决与时效起算规则·····	152
第五章 非法出口文化财产的典型案例评析·····	161
第一节 谁拥有圆明园鼠兔两兽首的所有权·····	161
第二节 塞浦路斯东正教堂案·····	176
第三节 从 DeWeerth 案看文化遗产返还中的诉讼时效·····	177

第二编 武装冲突情况下文化财产的国际法保护

第六章 武装冲突情况下文化财产国际法保护的产生·····	187
第一节 国际社会武装冲突情况下文化财产保护思想的 出现·····	187
第二节 武装冲突情况下文化财产国际法保护的萌芽·····	188
第三节 武装冲突情况下文化财产国际法保护的形成·····	191

第七章 1954 年《海牙公约》与武装冲突情况下文化财产 国际法保护的发展·····	195
第一节 1954 年《海牙公约》及其议定书的内容·····	195
第二节 1954 年《海牙公约》对武装冲突情况下文化遗产 国际法保护的发展·····	208
第三节 1954 年《海牙公约》的不足·····	209

第八章 武装冲突情况下文化财产国际法保护的新发展·····	219
第一节 国际法的发展对 1954 年《海牙公约》的冲击·····	219
第二节 1999 年《关于发生武装冲突时保护文化财产公约 第二议定书》的制定及其与 1954 年《海牙公约》 的关系·····	226
第三节 1999 年《第二议定书》对武装冲突情况下文化 遗产国际法保护的新发展·····	230

第三编 水下文化遗产的国际法保护

3

第一节	中国水下文化遗产保护的立法与实践·····	338
第二节	中国水下文化遗产保护立法存在的主要问题·····	344
第三节	中国水下文化遗产保护立法的完善·····	351

第四编 文化遗产保护的其他问题

第十四章	博物馆与文化财产返还问题研究·····	359
第一节	博物馆与文化财产概述·····	359
第二节	博物馆在文化财产返还中的作用·····	374
第三节	我国博物馆相关制度的完善·····	394
第十五章	文化财产跨国借展期间的司法豁免制度·····	407
第一节	文化财产的跨国借展及其法律困境·····	407
第二节	跨国借展的文化财产司法豁免制度的理论基础·····	419
第三节	立法例的比较与各国实务上的相关问题·····	431
第四节	对我国的启示·····	455
第十六章	工程建设中的文化遗产保护问题研究·····	468
第一节	概 述·····	468
第二节	BTC 管道工程概况及有关文化遗产保护的措施·····	470
第三节	对我国工程建设中文化遗产保护的借鉴·····	475
第十七章	考古发掘国际技术合作中的知识产权争议 及其预防与解决·····	481
第一节	考古发掘国际合作中知识产权争议的主要类型·····	481
第二节	考古发掘国际合作中知识产权争议的法理分析·····	486
第三节	考古发掘过程中知识产权争议预防与解决·····	491
第十八章	遗产资源保护中的社区知识产权·····	502
第一节	社区知识产权的产生及发展·····	503

第二节	取代知识产权保护的其他各种特殊保护制度·····	506
第三节	保护遗传资源的具体制度设计·····	510
第十九章	欧美自然与文化遗产保护法前沿问题·····	514
第一节	自然遗产保护法前沿问题·····	514
第二节	欧美水下文化遗产保护法前沿问题·····	523
第三节	非物质文化遗产保护法前沿问题·····	530
第四节	武装冲突中文化财产保护的前沿问题·····	538
第二十章	中美文物保护双边合作的新发展·····	547
第一节	中美文物返还概述·····	547
第二节	中美文物限制进口协议评析·····	557

绪论：文化遗产国际法保护的 回顾与展望

文化遗产是一个历史范畴，其内涵和外延随着历史的发展而变化。文化遗产具有重要的价值，它不仅是各国、各民族的宝贵财富，也是全人类的宝贵财富。文化遗产的国际法保护起源于 1899 年海牙第二公约（《陆战法规和惯例公约》）中关于文化遗产保护的规定，1954 年通过的《关于发生武装冲突时保护文化财产的公约》标志着文化遗产国际法保护的正式形成。文化遗产国际法保护经过不断发展，于 20 世纪 70 年代后走向比较全面完善阶段。文化遗产国际法保护的产生和不断发展，对促进文化遗产保护的国际合作、解决文化遗产相关争议、遏制文化遗产遭受严重毁损的状况发挥了重要作用。当前，文化遗产国际法保护呈现出保护理念科学化、保护手段趋硬化、国内国际保护机制趋同化的发展趋势。在此，笔者基于宏观视角，对文化遗产国际法保护进行回顾与展望，以期对于文化遗产国际法保护的理论研究和实践有所促进。

一、文化遗产国际法保护的产生、发展历程

作为一种新兴的文化遗产保护手段，文化遗产的国际法保护于 20 世纪 50 年代正式产生。在国际组织的积极推动下，文化遗产国际法保护不断完善和发展。

（一）文化遗产概念的界定

揭示文化遗产概念的内涵和外延，是对文化遗产国际法保护进行研究的逻辑起点。文化遗产不是一个封闭的概念，而是一个开放的概念，它的内涵和外延随着社会的发展不断得到扩展。

1. 文化遗产概念的确立

文化遗产的概念可追溯至近代西方考古学中出现的“文物”一词，20 世纪初期出现的“文化财产”这一概念进一步扩大了“文物”的内涵，文化财产与文化遗产这两个概念既相联系又相区别。“文化遗产”这个术语较新，更强调民族精神与身份承继特性，内涵更为广泛，如既包括有形的也包括无形的文化遗产，而“文化财产”的内涵较狭窄，多指有形的文化遗产而且偏重于经济价值。文化遗产概念是在 1972 年《保护世界文化和自然遗产公约》中正式确立的。《保护世界文化和自然遗产公约》第 1 条将文化遗产定义为：“文物：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；建筑群：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；遗址：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。”可见，《保护世界文化和自然遗产公约》规定的文化遗产指的是文物、建筑群和遗址等有形的物质文化遗产。

2. 文化遗产概念的发展

文化遗产概念的发展经历了三个主要阶段。第一阶段：世界文化遗产入选标准的变化推动了文化遗产概念的发展。1975 年，世界遗产委员会首次颁布了《实施世界遗产公约的操作指南》，规定了收录《世界遗产名目》中的世界文化遗产的 6 条标准；1994 年，世界遗产委员会又颁布了新的《实施世界遗产公约的操作指南》，制定了新的世界文化遗产入选标准。1994 年“操作指南”在 1975 年“操作指南”的基础上新增了“技术类”遗产、“现存文化”遗产。第二阶段：文化遗产、自然遗产的融合推动了文化遗产概念的发展。在传统上，人们往往从“纯文化”的视角孤立地看待文化遗产，将文化遗产与自然遗产截然分开。20 世纪末期，文化遗产与自然遗产相互融合的观念逐渐为国际社会所接受，出现了两种新的文化遗产类型：文化与自然双重遗

产、文化景观。第三阶段：水下文化遗产和非物质文化遗产概念的出现推动了文化遗产概念的进一步发展。联合国教科文组织2001年通过的《水下文化遗产保护公约》和2003年通过的《保护非物质文化遗产公约》，确立了水下文化遗产和非物质文化遗产的概念，从而将文化遗产的内涵由陆上扩展到水下，由有形的物质文化遗产扩大到无形的非物质文化遗产。

（二）文化遗产国际法保护的产生

文化遗产国际法保护是在战争造成文化遗产严重毁损和流失的历史背景下产生的。

1. 文化遗产国际法保护的萌芽

18世纪下半叶，是文化遗产国际法保护萌芽时期。“拿破仑战争”对文化遗产的掠夺是文化遗产国际法保护萌芽的历史原因。在拿破仑执政时期，拿破仑发动了一系列的战争，掠夺了大量的艺术珍品。

虽然“拿破仑战争”中法国掠夺文化遗产的做法并不违反当时的国际法，但是这种对待文化遗产的野蛮行径震惊了欧洲社会，这直接推动了国际法对于文化遗产的保护。1899年海牙和平国际会议上通过了海牙第二公约（《陆战法规和惯例公约》，海牙第二公约是世界上第一个规定包含有战时文化财产保护内容的公约，它规定了禁止战时掠夺，不能没收、掠夺和摧毁文化财产等保护原则。如公约第56条规定“禁止一切形式的掠夺和摧毁历史纪念物、艺术和科学作品”。海牙第二公约的通过，标志着文化遗产国际法保护的萌芽。

2. 文化遗产国际法保护的初步形成

二十世纪二三十年代，文化遗产国际法保护初步形成。“一战”对于文化遗产的毁损，是文化遗产国际法保护初步形成的历史背景。第一次世界大战给人类带来空前的灾难，世界文化遗产也遭受了严重毁损。无数历史和艺术纪念物、教堂、历史建筑、古老城镇及其存放的艺术珍品被炮火摧毁。

“一战”大量摧毁文化遗产的事实，促使国际社会制定更加系

统的保护文化遗产的法律。国际社会在战后制定了世界上第一个专门性文化遗产保护公约——《罗里奇公约》。^① 公约第1条规定了尊重和保护艺术和科学机构及历史纪念物的原则，“历史纪念物、博物馆、科学、艺术、教育和文化机构应视为中立，依此受交战国尊重与保护。上述机构之人员也应受同样尊重与保护”。公约要求各国政府同意采用必要的国内立法措施确保艺术和科学机构及历史纪念物得到保护与尊重。《罗里奇公约》的通过，标志着文化遗产国际法保护的初步形成。

3. 文化遗产国际法保护的正式形成

文化遗产国际法保护正式形成于20世纪50年代，其标志就是1954年《关于发生武装冲突时保护文化财产的公约》（即1954年《海牙公约》）的通过。“二战”对于文化遗产的极其严重的掠夺和毁坏是文化遗产国际法保护最终形成的历史背景。希特勒和纳粹军队在战时文化遗产的掠夺史无前例，给世界文化遗产造成了极其严重的掠夺和毁坏。

“二战”对于文化遗产的严重掠夺和毁坏，在战后引起了国际社会对于加强文化遗产国际法保护的强烈关注。1954年，联合国教科文组织在海牙通过《关于发生武装冲突时保护文化财产的公约》。1954年《海牙公约》汇集了以往文化遗产国际保护文件的成果，并有所发展。这些发展主要表现在：（1）扩大了文化遗产的保护范围。与《罗里奇公约》仅仅保护部分不可移动文化遗产不同，1954年《海牙公约》将保护范围扩大，它规定，文化遗产除不可移动文化遗产外，还包括可移动文化遗产、保存可移动文化遗产的建筑、保存可移动和不可移动文化遗产的纪念中心。（2）确立了特别保护制度。公约第8条规定“可将一定数量的准备在武装冲突情况下用以掩护可移动文化财产的保藏所、纪念物中心和其他极其重要的不可移动文化财产置于特别保护之下”。（3）对于

^① 1933年12月，在蒙得维的亚举行的第七次美洲国家国际会议上，美国和其他20个拉美国家签署了《关于保护艺术和科学机构及历史纪念物条约》。该条约是由美国“罗里奇博物馆”首倡，故称之为《罗里奇公约》。

“军事需要”作了明确界定和进一步的限制。总之，1954 年海牙公约是世界上第一个战时全面保护文化遗产的专门性国际公约，标志着武装冲突情况下文化遗产国际法保护的最终形成。

（三）文化遗产国际法保护的发展

文化遗产国际法保护在 20 世纪 50 年代正式形成后，经过不断发展，20 世纪 70 年代后走向全面完善。文化遗产国际法保护的发展主要体现在如下几个方面：

1. 文化遗产国际法保护体系的发展

1954 年《关于发生武装冲突时保护文化财产的公约》通过后，国际上通过了一系列的有关文化遗产保护的法律法规，促进了文化遗产保护的法律法规体系的建立和完善。特别是 1972 年联合国教科文组织通过的《保护世界文化和自然遗产公约》，标志着保护文化遗产的全球化行动的开始，是文化遗产国际保护的里程碑。2003 年通过的《保护非物质文化遗产公约》则补充了前一个公约未能涵盖的部分，即保护无形的文化遗产。这两个公约构架了文化遗产保护的法律法规体系框架。目前，在文化遗产的国际保护上，已形成了以联合国教科文组织制定的一系列文化遗产保护公约为主体的，辅之以其他公约、宪章、宣言、政策等法律法规文件的比较完善的法律法规体系。

2. 文化遗产国际法保护原则的发展

随着文化遗产国际法保护的发展，文化遗产国际法保护原则不断完善。20 世纪 70 年代以前，文化遗产国际法保护的基本原则主要是原真性原则、保护优先原则、国际合作原则。70 年代后，在文化遗产国际保护的法律法规体系日趋完善、文化遗产国际保护的理念日趋更新的时代背景下，文化遗产国际法律保护原则亦不断发展。可持续发展原则、文化多样性原则发展成为文化遗产国际法保护的基本原则。可持续发展原则、文化多样性原则的确立，丰富和完善了文化遗产国际法保护原则，是文化遗产国际法保护发展的重要标志。

3. 文化遗产国际法保护范围的发展

文化遗产国际法保护范围经历了形成、完善的发展过程：（1）

文化遗产范围的形成。《关于发生武装冲突时保护文化财产的公约》的通过,标志着文化遗产国际法保护正式形成。然而,该公约规定的文化遗产范围仅限于武装冲突行为对文化财产的损害和毁灭,不能涵盖文化财产损害和毁灭的全部因素。(2)文化遗产范围的初步完善。1962年《关于保护景观和遗址的风貌与特征的建议》确立了景观和遗址文化遗产保护,拓宽了文化遗产的范围。(3)文化遗产范围的全面完善。1972年《保护世界文化和自然遗产公约》改变了人们以往将文化遗产与自然遗产截然分开的观念,规定了含有文化与自然两方面因素的文化与自然双重遗产。2003年《保护非物质文化遗产公约》则确立了非物质文化遗产的范围,文化遗产的范围由物质文化遗产发展到非物质文化遗产。

二、文化遗产国际法保护的现状

当前,文化遗产国际法保护是以法律体系为框架,以保护原则为指导,扩充保护范围,优化保护模式,有力地推进了文化遗产保护。文化遗产国际法保护的框架、原则、模式构成了文化遗产国际法保护的基本内容。

(一) 保护框架

目前,文化遗产国际法保护已经形成了以联合国教科文组织提供的一系列相关公约为主体,辅之以其他公约、宪章、宣言、政策等法律文件的基本框架。

1. 关于一般文化遗产保护

主要有:1972年《保护世界文化和自然遗产公约》、2003年《关于蓄意破坏文化遗产的宣言》等。这些法律文件的规定主要涉及一般文化遗产保护的总则性内容:文化遗产的定义、范畴、保护宗旨、保护机构、蓄意破坏文化遗产所要承担的责任等。

《保护世界文化和自然遗产公约》是文化遗产保护的重要法律,该公约包含六个部分的主要内容:公约的宗旨、文化遗产和自然遗产的定义和被列入《世界遗产名录》的条件、缔约国保护文化和自然遗产的责任和义务、世界遗产委员会的功能、世界遗产基金的使用和管理、国际援助的条件和形式等。公约所确定的宗旨、

原则、保护措施对于文化遗产国际法保护起着指导性的作用。

2. 关于考古发掘与保护考古遗产

主要有：1956年《关于适用于考古发掘的国际原则的建议》、1962年《保护景观和遗址的风貌与特征的建议》、1969年《保护考古遗产的欧洲公约》等。上述法律文件对于考古发掘和考古遗产保护作了比较全面的规定。

3. 博物馆建设

主要有1960年《关于博物馆向公众开放最有效方法的建议》。该文件对于博物馆机构和人员的管理作了系统规定，其主要内容：博物馆管理的基本原则、博物馆藏品的征集、博物馆藏品的处置、职业行为等。

4. 禁止和防止非法进出口文化财产和非法转让其所有权

主要有：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方法的公约》、1976年《保护美洲国家考古历史及艺术遗产公约》、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》等。上述三个国际公约构建的流失文物追索的国际法律制度，无疑对各国打击劫掠文物、追索海外流失文物、保护文化遗产发挥着积极的作用。

5. 水下文化遗产保护

主要有：2001年《水下文化遗产保护公约》。其中，该公约是水下文化遗产国际保护最重要的法律文件，主要内容包括：水下文化遗产的定义、水下文化遗产保护的基本原则、水下文化遗产保护的基本制度、争端解决机制等。

6. 非物质文化遗产保护

主要包括：2003年《保护非物质文化遗产公约》、1982年《保护民间文学表达、防止不正当利用与其他损害性行为国内法示范条款》、2005年《保护和促进文化形式多样性公约》等。其中，《保护非物质文化遗产公约》是非物质文化遗产保护的纲领性法律文件，补充了《保护世界文化和自然遗产公约》对非物质文化遗产保护的缺失，从而拓展了文化遗产保护的范围，有利于更加全面、有效地保护文化遗产。