

山东省社会科学规划研究项目文丛 · 一般项目

文化财产返还国际争议的 多元化解机制研究

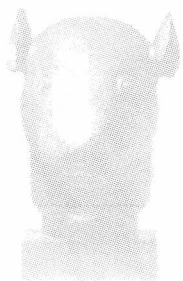
高升◎著



NLIC 2970701780

 中国政法大学出版社

山东省社会科学规划研究项目文丛·一般项目



文化财产返还国际争议的 多元化解决机制研究

高 升◎著



NLIC 2970701780

◆ 中国政法大学出版社

2010·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

文化财产返还国际争议的多元化解解决机制研究 / 高升著. —北京: 中国政法大学出版社, 2010. 8

ISBN 978-7-5620-3707-1

I. 文... II. 高... III. 文化遗产-争议-处理-国际法-研究 IV. D997

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第162767号

- 书 名 文化财产返还国际争议的多元化解解决机制研究
WENHUA CAICHAN FANHUAN GUOJI ZHENGYI DE DUOYUANHUA JIEJUE JIZHI YANJIU
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088
邮箱 academic.press@hotmail.com
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908437(编辑室) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880×1230 32 开本 7.75 印张 215 千字
- 版 本 2010 年 11 月第 1 版 2010 年 11 月第 1 次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-3707-1/D·3667
- 定 价 22.00 元
- 声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

目 录

导 论 / 1

第一章 文化财产返还国际争议概说 / 7

第一节 文化财产非法流转的历史与现实 / 7

第二节 文化财产返还国际争议的特点 / 10

第三节 文化财产返还国际争议的 理论之争 / 12

第四节 解决文化财产返还国际争议的 基本原则 / 25

第二章 文化财产返还国际争议的诉讼解决 / 37

第一节 文化财产返还国际争议诉讼中的 法律适用问题 / 38

第二节 文化财产返还国际争议诉讼中的 时效问题 / 57

第三节 外国文化财产立法的承认问题 / 68

第三章 文化财产返还国际争议解决的 公约机制 / 89

第一节 文化财产返还国际争议解决的 全球性公约 / 90

第二节 欧盟关于文化财产出口和 返还的立法 / 123

第三节 文化财产返还国际争议解决的

双边合作机制 / 136

第四章 仲裁解决文化财产返还国际争议的 理论与实践 / 146

第一节 仲裁解决文化财产返还国际
争议的提出 / 146

第二节 仲裁解决文化财产返还国际
争议的优势 / 148

第三节 仲裁解决文化财产返还国际
争议的具体建议 / 150

第四节 仲裁解决文化财产返还国际争议的
实践尝试 / 165

第五节 仲裁解决文化财产返还国际争议的
展望 / 168

第五章 中国非法流失文化财产的追求 / 170

第一节 中国文化财产非法流转的历史
与现实 / 170

第二节 中国遏制文化财产非法流转的
立法 / 174

第三节 中国追索非法流失文化财产的策略 / 184

第四节 中国文化财产保护制度的完善 / 207

结 论 / 221

主要案例索引 / 228

参考文献 / 230

后 记 / 239

导 论

文化财产不同于一般意义上的“财产”，它是一种具有“文化”价值和意义的“财产”，是多种价值的统一体，涉及科学、历史、文化、艺术、美学及经济等多个方面的价值和意义。当今世界越来越多的国家和民众认识到，文化财产乃是一个国家、民族或群体文化认同感和归属感不可替代的明证，因此，极力主张并强烈要求追还非法流失境外的文化财产，再加之近些年来文化财产非法国际流转呈现出逐步扩大的趋势，由此导致文化财产返还国际争议急剧上升。在此背景下，探讨文化财产的国际返还争议问题无疑就具有了十分重要的现实意义。

文化财产返还国际争议解决涉及的许多法律问题呈现出纷繁复杂的特性，从理论上有必要进一步深入探究的必要。由于历史和现实的原因，加之文化财产本身的特殊性，文化财产争议的解决往往涉及诸多的法律、道德和情感因素。争议的解决不仅与当事各方的经济利益密切相关，有时还会对各方的政治、外交关系产生重大影响。在国际文化财产法律理论界，文化国家主义理论与文化国际主义理论之间的争论仍然未见消减。现有的关于文化财产保护和返还的主要国际公约自身存在着难以克服的弊端，其中一些规定并没有获得广泛的认同，文化财产来源国^{〔1〕}与文化财产市场国之间围绕公约

〔1〕 在讨论文化财产的国际保护和返还问题时，文化财产“来源国”（source nations）一般指文化财产资源丰富而经济欠发达的国家，这些国家对保护国内的文化财产有强烈的愿望并通过各种立法或行政措施禁止或限制文化财产的跨国流转，例如中国、埃及、墨西哥、希腊、印度等。与“来源国”对应的“市场国”（market nations）一般指文化财产资源相对匮乏而经济上较发达的国家，这些国家对来自其他国家的文化财产有较大的国内市场需求，例如英国、美国、日本等。需要指出的是，“来源国”与“市场国”之间的界线并非绝对的，有些国家既可以属于“市

的有关争论仍然没有结论。另外,普通法国家和民法法系国家法律传统和法律制度上的歧异,尤其是在动产善意取得制度、时效法规则上的歧异等也阻碍了文化财产返还国际争议的顺利解决。事实证明,正如其他法律领域一样,在文化财产争议解决问题上,短期内实现各国理论与实践的统一是不可能的,至少在目前还只是一个理想。经验也表明涉及文化财产的国际争议仍将会继续涌现。

关于文化财产国际保护、返还和争议解决领域的研究状况,从总体上看,国外的研究成果较多,粗略统计一下,已有上百部(篇)论著和文章涉及该领域。尤其是美国,除论著外,司法实践中已经形成了大量的判例,并创设了一些解决文化财产国际争议的新的规则和方法。文化财产法领域涌现出了一批卓有声誉、著述颇丰的学者和专家,如国际文化财产学会(International Cultural Property Society)主席 John Henry Merryman 先生,^[1]此外 Lyndel V. Prott 和 P. J. O'Keefe 的著述^[2]也十分具有代表性,被广泛引用。民法法系国家学者的研究也十分活跃,尤以法、德、瑞士学者为主,其中著名的如学者 K. Siehr 等。^[3]

相比较而言,我国国内研究则显得十分薄弱。研究范围狭窄,研究方法也较为单一,而且从事专业研究的人员也为数不多。到目

场国”,又可以被称为“来源国”,例如从总体上看美国应划入“市场国”,但在讨论美国印第安土著文化财产的保护时,美国即属“来源国”了。See John H. Merryman, *Thinking about the Elgin Marbles: Critical Essays on Cultural Property, Art and Law*, Kluwer Law International, 2000, p. 124.

[1] 其代表性著作和文章如: John Henry Merryman, *Thinking about the Elgin Marbles, Critical Essays on Cultural Property, Art and Law*, Kluwer Law International, 2000; John Henry Merryman, “Two Ways of Thinking about Cultural Property”, 80 A. J. I. L. 831 (1986); John Henry Merryman, “The Private International Law of Cultural Property”, 42 Am. J. Comp. L. 221 (Supp. 1994) .

[2] 代表作如: Lyndel V. Prott and P. J. O'Keefe, *Law and The Cultural Heritage (Volume III: Movement)*, Butterworths, 1989.

[3] 其代表性论述为: K. Siehr, *International Art Trade and the Law*, Recueil des cours, Volume 243, Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

前为止,仅有少量文章发表,^[1]还没有系统论述文化财产国际保护和国际争议解决方面的专著出版。

从学者的研究兴趣来看,有的侧重于从战争法和人道主义法的角度研究武装冲突时期文化财产的保护;^[2]有的将研究焦点集中于某一特定时期,如二战期间遭纳粹掠夺艺术品和文化财产的返还问题,或特定国家之间的文化财产返还争议问题;^[3]有的围绕相关国际公约和各国国内立法进行研究;^[4]有的偏好于对判例的分

[1] 代表性的文章如,郭玉军、甘勇:“美术作品国际流转中的法律问题”,载《法商研究》2000年第6期;黄世席:“非法文化财产国际流通的国际法管制”,载《中国矿业大学学报》2001年第1期;阮振宇:“流失文物追索国际公约与中国追索海外流失文物困境评析”,载《文物世界》2001年第1、2期;郭玉军、徐锦堂:“国际水下文化遗产若干法律问题研究”,载《中国法学》2004年第3期;杨树明、郭东:“‘国际主义’与‘国家主义’之争—文物返还问题探析”,载《现代法学》2005年第1期;李玉雪:“文物返还问题的法律思考”,载《中国法学》2005年第6期;郭玉军、高升:“文化财产争议国际仲裁的法律问题研究”,载《当代法学》2006年第1期;王云霞、黄树卿:“文化遗产法的立场:民族主义抑或国际主义”,载《法学家》2008年第5期。

[2] 例如, Jiří Toman, *The Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict: Commentary on the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and its Protocol and on other Instruments of International Law concerning such Protection*, Dartmouth: UNESCO, 1996; Matthew Lippman, “Art and Ideology in the Third Reich: The Protection of Cultural Property and the Humanitarian Law of War”, 17 *Dick. J. Int'l L.* 1 (1998).

[3] 例如, Elizabeth Simpson eds., *The Spoils of War: World War II and Its Aftermath: The Loss, Reappearance, and Recovery of Cultural Property*, Harry N. Abrams, Inc. Publishers, 1997; Michael J. Reppas II, “The Deflowering of the Parthenon: A Legal and Moral Analysis on why the ‘Elgin Marbles’ must be Returned to Greece”, 9 *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J.* 911 (1999).

[4] 例如, Lyndel V. Prott, *Commentary on the Unidroit Convention on Stolen and Illegally Exported Cultural Objects 1995*, Institute of Art and Law, 1997; Schindra Sekhar Biswas, *Protecting the Cultural Heritage: National Legislations and International Conventions*, Aryan Books International, 1999; J. David Murphy, *Plunder and Preservation: Cultural Property Law and Practice in the People's Republic of China*, Oxford University Press, 1995; Michele Kunitz, “Switzerland and the International Trade in Art and Antiquities”, 21 *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 519 (2001); Simon Halfin, “The Legal Protection of Cultural Property in Britain: Past, Present and Future”, 6 *DePaul-LCA J. Art & Ent. L.* 1 (2002); Geoffrey R. Scott, “The Cultural Property Laws of Japan: Social, Political, and Legal Influences”, 12 *Pac. Rim L. & Pol'y J.* 315 (2003).

析和评价;^{〔1〕}有的则将重心放在文化财产的国际自由交易问题上。^{〔2〕}但是单纯从国际私法和争议解决视角进行的系统化研究^{〔3〕}并不多见。

本书围绕文化财产返还国际争议的解决,尝试从新的角度对文化财产国际争议涉及的相关法律问题,进行理论上的全面系统研究,以弥补传统上偏重公法研究的视角存在的不足。为此,本书针对文化财产返还国际争议这一核心问题,将从基本理论层面谈起,以争议解决机制(诉讼机制、公约机制以及仲裁机制)为中心展开论述,希望通过这些方面的研究为中国非法流失文化财产的追求提供借鉴。

首先,本书将就文化财产返还国际争议涉及的基本理论问题进行讨论。为此,将通过对文化财产非法流转的历史和现实简单的描

〔1〕 例如, Susan E. Brabenec, "The Art of Determining 'Stolen Property': United States v. Portrait Wally, A Painting by Egon Schiele", 9 *U. Cin. L. Rev.* 1369 (2001); Laura M. Siegle, "United States v. Schultz: Putting Cultural Property in Its Place", 18 *Temp. Int'l & Comp. L. J.* 453 (2004); Elizabeth Tyler Bates, "Contemplating Lawsuits for the Recovery of Slave Property: The Case of Slave Art", 55 *Ala. L. Rev.* 1109 (2004); Carlos M. Vázquez, "Altman v. Austria and the Retroactivity of the Foreign Sovereign Immunities Act", 3 *J. Int'l Crim. Just.* 207 (2005).

〔2〕 例如, Martine Briat and Judith A. Freedberg eds., *Legal Aspect of International Trade in Art*, Kluwer Law International, 1996; Paul Bator, *The International Trade in Art*, University of Chicago Press, 1983; John E. Bernstein, "The Protection of Cultural Property and the Promotion of International Trade in Art", 13 *N. Y. L. Sch. J. Int'l & Comp. L.* 125 (1992).

〔3〕 代表性的论述如, Lyndel V. Prott, *Problems of Private International Law for the Protection of the Cultural Heritage*, Recueil des cours, Volume 217, Martinus Nijhoff Publishers, 1989; Thomas W. Pecoraro, "Choice of Law in Litigation to Recover National Cultural Property: Efforts at Harmonization in Private International Law", 31 *Va. J. Int'l L.* 1 (1990); John H. Merryman & James A. R. Nafziger, "The Private International Law of Cultural Property", 42 *Am. J. Comp. L.* 221 (Supp. 1994); Wojciech W. Kowalski, *Restitution of Works of Art Pursuant to Private and Public International Law*, Recueil des cours, Volume 288, Martinus Nijhoff Publishers, 2001; Brooks W. Daly, "The Potential for Arbitration of Cultural Property Disputes: Recent Development at the Permanent Court of Arbitration", 4 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 261 (2005).

述揭示出文化财产非法流转呈现的特征,指明这一问题的严重性和危害性所在;接下来总结文化财产返还国际争议的特点,探讨争议解决方式的多元化趋向;然后针对文化财产国际保护和返还领域存在的两种对立理论,即文化民族主义理论和文化国际主义理论进行对比和分析,揭示理论上的争论对文化财产返还国际争议解决产生的影响;最后,为文化财产返还国际争议的解决建议应予遵循的基本原则,探讨保护文化财产的完整性、安全性与促进文化财产的合法国际流转如何才能同步进行。

其次,本书将分别从诉讼、公约(主要是国际公约)和仲裁的角度,探讨解决文化财产返还国际争议的基本方式。第一,就诉讼机制而言,本书将选取文化财产返还国际争议诉讼中争议较多的三个典型问题,即法律适用问题、时效起算问题和外国文化财产立法的承认问题进行讨论,通过对有关国家立法及判例的比较研究,对文化财产返还国际争议诉讼中呈现的复杂法律问题进行理论上的归纳和阐释,以期为文化财产原始所有人通过诉讼途径追索流失文化财产提供指导。第二,本书将对涉及国际文化财产保护和争议解决的主要国际公约,尤其是对联合国教科文组织(UNESCO)《关于采取措施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》(以下简称1970年UNESCO公约)和国际统一私法协会(UNIDROIT)《关于被盗或者非法出口文物的公约》(以下简称1995年UNIDROIT公约)进行全面解读,分析国际公约在解决文化财产返还国际争议中的利弊得失并尽可能提出相应的完善建议,以便于促进普遍适用的统一实体规则尽快得到争议当事方的认可。第三,鉴于现有争议解决方式面临或多或少的难题,主张采取仲裁方式解决此类争议不失为一个有益的尝试。为此,本书将探讨仲裁解决文化财产返还国际争议的可行性和优势所在,从管辖权、程序设计等多个方面为文化财产国际争议仲裁庭的构建提供具体的建议,并在此基础上探索仲裁解决各种类型争议的具体策略。

最后,本书还将结合前文的论述,围绕流失文化财产的追索这一主题,探讨中国追索历史和现实中非法流失文化财产的具体策略。本书将首先对中国文化财产流失的历史和现状进行简要的回

顾；接着对中国遏制文化财产非法流转的立法，尤其是《文物保护法》的主要内容进行考察分析；然后为中国追索流失文化财产应遵循的策略提供具体的建议；最后为中国文化财产保护的完善献言献策。拥有五千年璀璨历史文化的中国蕴涵着丰富的文化财产资源，新世纪的中国应在文化财产的保护方面有所作为。因此，构建中国自己的文化财产保护机制，也就理所应当成为本书的研究动机和目标之一。

总之，本书的研究旨在：①分析文化财产返还国际争议的多样性和复杂性；②研究各种现有文化财产国际争议解决机制的特点和作用；③探索仲裁解决文化财产返还国际争议的理论与实践；④尝试为中国文化财产的追索和保护提供建议。

本书的研究将表明：①文化财产返还国际争议的解决是各种各样的利益相互协调的过程；②目前的国际法在文化财产国际争议解决问题上，朝着强调保护文化财产、促进双边合作、逐步承认文化财产国家立法的方向发展；③文化财产国际争议解决方式是多元化的，合作型的争议解决方式应成为今后的主导；④文化财产的国内保护和国际交流应同步进行，应在适当的范围内鼓励发展合法的文化财产贸易。

基于目前国内在文化财产返还国际争议解决问题上的研究还比较薄弱的现状，希望本书的初步研究能够引起学界对文化财产国际保护和返还相关问题的应有重视。

第一章

文化财产返还国际争议概说

第一节 文化财产非法流转的 历史与现实

文化财产的非法国际流转绝非一个新现象,也不是某一个国家或地区的问题,它在世界范围内的迅速蔓延已成为一个备受世人关注的国际性问题。自古以来,掠夺便与战争相伴而生,文化和艺术宝藏更是征服者极力攫取的战利品。在埃及法老时代,墓葬品就是战争中的劫掠对象,统治者们建立了大大小小的博物馆以作收藏艺术珍品之用,例如强盛时期的古罗马统治者从被占领土上洗劫了不计其数的宝藏来装饰其都城。殖民时代伊始,文化财产劫掠更趋盛行,亚洲、非洲和南美殖民势力的深入致使大量的文化遗产流失,并最终流入西方殖民者手中,例如拿破仑就将劫掠的数以万计的文化宝藏装船运往法国。就算是在近现代战争中,文化财产也同样难逃厄运。根据 UNESCO 的统计,二战期间,德国纳粹在欧洲大陆洗劫的文化和艺术珍品多达几万件。^[1]

近年来,在敌对状态时,在当地政府、有关机构或居民无力保护其文化财产的情况下,就经常发生文化财产遭掠夺的事情。2003 年 4 月美军攻占巴格达后,曾令伊拉克人民引以为自豪的国家博物馆即遭到公开的抢劫。一年以后,据伊拉克国家博物馆统计,有 14 000 件文物被盗抢,已追回的不到 4 000 件,其余大部分已经散

[1] Pillage, "Theft, Illicit Traffic in Cultural Property", <http://www.culturalpoli-cycouncil.org> (visited on Nov. 20, 2005).

落境外。^{〔1〕}恰如《纽约时报》的评论所言,伊拉克国家博物馆遭受的劫难很可能被记忆为中东历史上的巨大文化灾难之一。

除了战争或殖民掠夺造成的文化财产流失外,即便是平时时期文化财产的非法流转也让人触目惊心。世界经济的增长、文化财产市场国的巨大需求、文化财产价值的迅速攀升以及交通与通信技术的快速发展,都在一定程度上便利和促进了文化财产的非法跨国流转。近些年来,文化财产的非法国际流转呈现出逐步扩大的趋势,世界范围内文化财产的盗窃和非法进出口日益严重,非洲、亚洲、东欧、拉美、地中海以及中东国家面临的形势尤其严峻。^{〔2〕}据统计,国际范围内文化财产的非法交易额年均20~60亿美元,已成为仅次于毒品和军火交易的获利最丰厚的非法贸易形式之一。以文化财产盗窃为例,据估算,世界上每天大约有500件珍贵艺术品失窃,仅欧洲每年就有大约60000件艺术品失窃。^{〔3〕}目前全球每年大约有价值50亿美元的艺术品被盗。国际刑警组织的报告指出,被盗艺术品的88%从未追回。

与此同时,国际文化财产走私也成为波及世界的“流行病”。许多国家和地区都深切感受到了文化财产走私所产生的影响。在地中海地区,土耳其、意大利受到的影响最为深刻。在中南美洲,玛雅文化遗址文物和前哥伦布时期的手工制品则是非法发掘和走私的抢手货。来自非洲的人种学材料和原始的手工艺品也难逃厄运。过去的几十年间,东亚和南亚地区,尤其是印度、泰国和柬埔寨,文化财产走私日益严重。例如,据UNESCO估算,仅在过去的10年间,印度就有大约50000件艺术品和文物走私出境。

〔1〕 参见“战火中的噩梦——‘世界遗产’之秘密档案(四)”,载 <http://www.hnol.net>, 访问日期:2005年5月25日。

〔2〕 就这些区域和国家近年来在文化财产保护方面面临的困难和挑战,曾有学者作了较为详尽的论述。See Ralph E. Lerner and Judith Bresler, *Art Law: The Guide for Collectors, Investors, Dealers & Artists*, Practicing Law Institute, 1998, pp. 545~549.

〔3〕 Leo Caffaro, “What’s Yours is Mine: Issues in Private Legal Disputes Regarding Title of Stolen Art and Artifacts”, 8 *Appeal: A Review of Current Law and Reform*, 46, 48 (2002).

现实中,文化财产非法流转呈现出以下几个方面的特征:^[1]

(1) 对文化财产兴趣的持续增加和文化财产价值的攀升,刺激了世界范围内对此类物品的需求,这是导致艺术品和文化财产黑市交易蔓延的一个重要原因。

(2) 考古遗址的盗掘尤其严重。在多数考古资源丰富的国家,盗掘最初一般由当地居民实施,通过黑市将盗掘物卖给交易商,然后再走私出境。有些盗掘是偶发性和无组织的,有些则是专业性和系统化的,有着强大的财力支持,甚至有腐败的官员作为“保护伞”。有一个事实不容忽视,即文化财产盗掘严重的国家对考古遗址的保护通常缺乏足够的人力和财力资源,保护中也存在程度不一的官员不作为或腐败行为。

(3) 文化财产的非法交易与考古遗址的盗掘、破坏和掠夺密切相关。早在19世纪中期,就有评论者分析了文化财产非法交易的恶劣影响。^[2]盗掘使得文化财产的黑市持续繁盛,这反过来又刺激了非法发掘和掠夺的发生,这似乎是一个恶性循环。

(4) 相当大一部分盗掘物被走私出来源国进入艺术品和文化财产市场巨大的需求国,例如美国、英国、德国、日本、瑞士、法国等。某些走私者是业余人员,如游客、外交人员等,一些则通过有组织的走私团伙以各种手段偷运出境。

(5) 就地区分布来看,地中海地区、中南美地区和非洲的文化财产盗窃和非法出口最为严重。近年来,对来自印度、泰国、柬埔寨及其他一些东南亚国家的文化财产的需求陡增,导致盗窃和走私持续增长。

文化财产的非法国际流转将使文化财产脱离其赖以生存的文化背景,蜕变为纯粹的交易商品,从而丧失其所体现的文化价值内涵。面对日趋严重的文化财产保护危机,各国政府和国际社会做出了积极回应,通过加强国内立法和国际范围内的合作来试图遏制文

[1] 对此,美国学者巴特作了更为详尽的论述。See Paul M. Bator, "An Essay on the International Trade in Art", 34 *Stan. L. Rev.* 275, 291~294 (1982).

[2] See Clemency Coggins, "Archaeology and the Art Market", *SCI*, Jan. 21, 1972, p. 263.

化财产的非法流转。与此同时，文化财产的原始所有人展开了声势浩大的“追索运动”，强烈要求追还流失境外的文化财产，由此导致文化财产国际争议的逐年增加。

第二节 文化财产返还国际 争议的特点

正如许多案件所表明的，关于文化财产的争议问题不仅是原所有人与目前占有者之间的权利归属之争，而且还涉及各种利益关系的协调，甚至会导致国家之间关系的紧张。^{〔1〕}因文化财产的非法国际流转引发的争议有各种各样的表现形式，就争议的缘由来看，有因文化财产的盗窃和非法发掘产生的争议，有因文化财产的非法出口引发的争议，还有因战争或殖民时期的文化财产掠夺产生的争议；就争议的当事人来说，有纯属私人之间的争议，有国家之间的现实或历史争议，还有个人与国家、博物馆、拍卖行及其他私人或公共收藏机构之间的争议。凡此种种，形成了一个多方利益交织的复杂的争议网络。就现实而言，围绕文化财产盗窃和非法出口问题的讨论最为常见和激烈，本书也是以此为主线展开探讨的。

从更深层次的意义上看，文化财产体现了一个国家、民族或群体（如种族群体）的成就、价值和信仰，在形成共同的身份认同感和归属感进程中发挥着重要作用。国家对其文化财产的保护是出于民族自豪感以及传承和发扬民族文化、文明的需要。所以，因文化财产所产生的国际争议的复杂性也就不难预见，因为它不仅仅是单纯的财产权利的归属问题，它更多地体现为当事方的一种道德和

〔1〕 例如，埃塞俄比亚为了索回流失到意大利的有1700年历史的阿克苏姆方尖碑（Axum Obelisk），就曾说，如果意大利不返还的话就与之断绝外交关系。埃塞俄比亚派驻意大利的大使也说：“我们已经等待了很长时间，现在已经到了无法再等待下去的时候。阿克苏姆方尖碑是我们历史的象征，也是我们光辉时代的象征。” See Daniel Williams, “Italy Vows to Return Ethiopia’s Obelisk”, *The Washington Post*, July 20, 2002, p. 15.

情感上的诉求。希腊文化部部长在要求大英博物馆归还“帕特农大理石雕”^[1]时饱含深情地说,大理石雕“是我们的历史见证,是我们的灵魂所在”,同时义正辞严地指出:“你们(指英国)说是你们拯救了石雕,那么我们十分感激,但现在请你们将石雕送还”。当事人追还本属于自己的文化财产时展现的强烈内心企盼和坚决的态度由此可见一斑。

文化财产返还国际争议的多样性和复杂性决定了争议解决方式的多元化。就目前来看,争议的解决有多种可供选择的方式,因争议的背景、类型不同而有所差异。最常见的解决方式包括法院诉讼、国际公约框架内的解决、双边协议返还、外交上的谈判和磋商、民间组织的介入和调解等。为解决特定的争议,例如涉及二战期间遭纳粹掠夺文化财产的返还争议以及因军事占领、殖民等流失文化财产的争议,国际社会还建立了专门的机构或委员会,为争议双方的磋商或谈判提供合作平台。

既然保护文化财产是对国家、民族历史文化和传统的尊重,是人类文明进步的重要体现,那么建立文化财产的保护机制,制止文化财产的非法国际流转,就显得尤为重要,也在情理之中了。然而长期以来,尽管文化财产非法流转问题的严重性和紧迫性已为公认,但在应对这一问题方面的人力、财力投入以及相关的法律保护

[1] “帕特农大理石雕”案可谓追索历史上流失文化财产的最著名的案件之一。案情之复杂、时间跨度之长、当事方态度之坚决,使得该案备受世人关注,至今仍是讨论的热点。帕特农大理石雕是雅典帕特农神庙的部分雕刻与建筑残件,距今已有 2500 年历史,是古希腊文明的珍贵遗产。19 世纪初,英国外交官埃尔金伯爵利用他作为英国驻君士坦丁堡大使的身份,洗劫了帕特农神殿。这些大理石雕塑最后被运抵英格兰。1816 年英国王室花 3.5 万英镑买下来后,放在大英博物馆,这些石雕是该馆最具代表性的展品之一。其实关于案件的争论从案件的“冠名”就开始了。多数情况下,该案被称作“埃尔金大理石雕案”,但希腊以及支持希腊要求英国归还大理石雕的人士则认为,将该案称作“帕特农大理石雕案”更为恰当,因为石雕本来就是属于希腊的,埃尔金是通过不正当的手段获取的,大英博物馆应当也必须返还。早在 1829 年,希腊就曾向大英博物馆提出归还石雕的要求。自 20 世纪 80 年代初希腊官方正式提出归还请求以来,希腊政府一直在不懈地努力,目前在 UNESCO 政府间委员会(UNESCO Intergovernmental Committee)的协助下,关于返还事宜的磋商仍在进展中,但短期内不会有突破性进展。

却显得有点力不从心。各国法律的歧异、现有机制的缺陷,尤其是国际合作的缺乏都使这一问题难以得到有效的解决。在国际合作共同打击文化财产盗窃和非法跨国流转行为的努力中,似乎只有文化财产资源国的单方参与和“一厢情愿”,多数市场国则超脱于文化财产国际合作机制之外。面对日趋严重的文化财产盗窃和非法出口,许多国家(尤其是来源国)或者通过制定全面的出口禁止措施,或者将范围广泛的文化财产类别列入国家公共财产,禁止或严格限制转让。^[1]但从国际范围来看,无论这些措施在国内是如何有效,若没有其他国家的合作,尤其是主要文化财产市场国的合作,其在遏制文化财产非法流转方面的作用也会大打折扣。

随着非法文化财产交易在世界范围内的持续增长,一些有针对性的国际法律文件也相继出现。20世纪70年代是一个重要的转折点,这个时期国际社会对于制定世界范围内保护文化财产的法律原则及道德规范的必要性业已达成共识。在过去的几十年间,一系列的双边协议、地区性和国际性公约先后得以采纳,并在各自的范围内发挥着重要作用。

第三节 文化财产返还国际争议的理论之争

一、文化财产的双重性质

(一) 文化财产与文化遗产

文化财产返还国际争议的复杂性与文化财产自身具有的特殊价值和意义息息相关。关于何谓“文化财产”,至今尚无统一的定义。无论是国内立法、双边协议,还是地区性或国际性公约,对“文化财产”的界定、范围和种类都有不同的认识,仅“文化财产”一词就有不下十几种的称谓,例如“文化遗产”、“国家遗产”、“考

[1] See Marina Schneider, “UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects: Explanatory Report”, 3 *Unif. L. Rev.* 476, 478 (2001).