



United Nations
Educational, Scientific and
Cultural Organization

Organisation
des Nations Unies
pour l'éducation,
la science et la culture

Organización
de las Naciones Unidas
para la Educación,
la Ciencia y la Cultura

Организация
Объединенных Наций по
вопросам образования,
науки и культуры

منظمة الأمم المتحدة
للتربية والعلم والثقافة

联合国教育、
科学及文化组织



国际统一私法协会

文化遗产国家所有权问题专家委员会

关于未发现文物的国家所有权的示范条款

解释性报告

示范条款和解释性准则

引言

本文件载有示范立法条款（“示范条款”），由联合国教科文组织和国际统一私法协会秘书处共同组建的专家小组起草，意在协助各国立法机构确立保护遗产的法律框架，制定有效的立法以确定和承认国家对于未发现文物的所有权，以便于归还非法迁移的文物。示范条款之后附有准则，旨在加深对于条款的理解。

示范条款并不能回答关于未发现文物的法律地位的所有问题。制定这些条款的目的是适用和修改，以及在必要时通过颁布更为详细的法律法规对其进行补充。这些条款可以补充或替代现有的相关条款，以便加强执法或填补空白。

示范条款所指“本国法”或“国内法”应作广义理解，因为其中还包含对采用示范条款的国家（以下称“颁布国”）适用的联邦法、地区法和国际法。

背景/环境

2008年11月，教科文组织促使文化财产送回原有国或归还非法占有的文化财产政府间委员会在首尔召开特别会议，未发现文物的立法问题是会上讨论的主要问题之一。特别要指出的是，相关国内立法通常过于含糊其辞，这种立法上的模糊不清常常遭到法院的处罚。由此造成各国在要求归还另一国家发现的文物时面临诸多法律障碍。因此有人建议起草保护文化财产免受非法贩运的示范条款，并作为示范文本提交给各国，各国可将其纳入本国法律体系，或是依据特定法律传统，按照国情进行修改。这样做的目的是确保所有国家都具备明确无误的法律原则，以保护本国对于文化财产的所有权。

昆士兰大学（澳大利亚）名誉教授 Patrick O’Keefe 先生在会上介绍了很多国家在归还文物的过程中遇到的各种法律障碍，特别是在处理从没有编制目录或来源文献的地点出土的考古文物时。他鼓励各国确认本国对文化遗产享有的所有权是一项不可剥夺和不受实效限制的权利，对尚未发现的所有考古和文化财产主张所有权。

在这方面值得回顾的是，教科文组织早在 1956 年就注意到这个问题，提出了《关于适用于考古挖掘的国际原则的建议》，其中首先阐述了各国应确保保护其考古遗址的普遍原则，随后指出：“各会员国应确定考古底土的法律地位，假如承认国家对底土的所有权，在立法中应特别提及这一点”（见原则 5（e））。

墨西哥统一法研究中心主任、国际统一私法协会理事会成员 Jorge Sánchez Cordero 教授介绍了一个切实促进各国批准 1970 年《教科文组织公约》和 1995 年《国际统一私法协会公约》的项目。他形容这两项公约是“同一枚硬币的两面”，并告诉政府间委员会《国际统一私法协会公约》是 1970 年《公约》的必然发展结果。与 O’Keefe 教授一样，Cordero 教授支持起草一部统一的法律，以弥补国际层面的法律空白。他还建议设立工作组，负责解决标准化问题。事实上，这些公约在一定程度上基于国内立法，但某些国家缺乏充足的立法，需要得到援助。

在教科文组织政府间委员会第十五届会议上（巴黎，2009 年 5 月），委员会的二十二个成员支持开展这项工作，并鼓励教科文组织与国际统一私法协会组建独立专家委员会，负责起草示范立法条款，确定国家对文化财产、特别是考古遗址的所有权。这些法律准则可以为起草国内立法奠定基础，并有助于统一文化方面的术语，其最终目的是促进所有国家在这一领域制定明确无误的法律原则。

国际统一私法协会理事会第八十八届会议（2009年5月）决定在原则上同意与教科文组织合作起草一部法律文书，该法律文书将促进适用1970年《教科文组织公约》和1995年《国际统一私法协会公约》，并推动尽可能多的国家批准这两部公约。这样做的目的不是对这两份文书所确定的原则提出质疑，而是促进运用这些原则，这一点是很明确的。

在教科文组织政府间委员会第十六届会议上（巴黎，2010年9月），委员会正式通过一项建议，其中“鼓励设立一个独立专家工作组，由教科文组织和国际统一私法协会秘书处共同遴选……（并）鼓励编写带有解释性准则的示范条款，这些条款将提供给各国使用，各国在起草或加强国内立法时可以参考这些条款”。2010年12月，国际统一私法协会大会决定与教科文组织密切合作，将这个�目列入《2011--2013年工作计划》。

为此，教科文组织和国际统一私法协会秘书处组建了专家委员会，并采用了可确保最有代表性的地域参与的标准。委员会成员以独立专家的个人身份接受任命，包括：联合主席 Jorge Sánchez Cordero 博士（墨西哥）和 Marc-André Renold 教授（瑞士），成员包括 Thomas Adlercreutz（瑞典）、James Ding（中国）、Manlio Frigo（意大利）、Vincent Négri（法国）、Patrick O’Keefe（澳大利亚）、Norman Palmer（联合王国）和 Folarin Shyllon（尼日利亚）。Marina Schneider 和 Edouard Planche 分别代表国际统一私法协会秘书处和教科文组织秘书处。

在2011年5月召开的第九十届会议上，国际统一私法协会理事会注意到示范立法条款起草工作的进展情况，并重申支持和参与这项工作。

2010年9月20日、2011年3月14日和2011年6月29日，专家委员会在巴黎召开了三次正式会议。委员会成员还通过电子邮件交换意见。

教科文组织政府间委员会第十七届会议（巴黎，2011年7月）分析了示范条款草案及其附带的解释性原则，并通过了一项建议，表示“注意到示范条款已经定稿，[……]请专家委员会将各方意见纳入解释性准则[……并]要求广泛宣传这些示范条款[……]”（见附录1）。

随后，国际统一私法协会理事会也注意到示范条款已经定稿，并欢迎与教科文组织密切合作。理事会还请秘书处呼吁广泛宣传这项工作，从而继续推进合作。

示范条款的地位

正如教科文组织政府间委员会第十六届和第十七届会议通过的建議所指出的，这些条款将提供给各国，以便其在起草或加强本国立法时予以参考。

示范条款没有提交各国供其正式批准，因而不是具有法律约束力的文本，也不是规范性文件。这些条款作为示范蓝本提供给或许有需要的国家，同其他法律工具一样，教科文组织和国际统一私法协会秘书处有责任鼓励各方付诸实施。

*

* *

在这一阶段应该指出，为让内容更加明确，专家委员会殚精竭虑，拟定了一个简短的文本——仅有六项条款，根据 1970 年《教科文组织公约》和 1995 年《国际统一私法协会公约》，这个文本旨在鼓励保护考古文物，同时支持将非法发掘的文物归还给发掘地国。

拟定含义明确的条款的另一项目的是避免花费时间和精力来全面解释就这些条款所辖范围内的物品的归还问题提起诉讼的国家的法律。

条款简洁明了，还可以避免模棱两可之处在外国法院遭人利用。此外需要指出的一点是，（美利坚合众国）上诉法院在美国诉 McClain 593 F2d 658 at 670 一案中裁定，墨西哥没有采用“明确无误，使其在翻译之后仍可以被美国公民理解并对其具有约束力”的表述来主张其所有权，因此必须让从事文化遗产贸易的外国人也能理解条款的内容。

关于未发现文物的国家所有权的示范条款以及解释性准则

第 1 条--一般责任

国家应采取一切必要和适当措施保护未发现的文物并为后世后代保存这些文物。

准则：

据信，第 1 条应当为一般条款，其中回顾各国对于尚未发现的文物承担的一般责任。

相关责任同时涉及文物的保护和保存。这两个术语也见载于 2001 年《教科文组织保护水下文化遗产公约》和 1995 年《国际统一私法协会关于被盗或非法出口文物的公约》的序言。

之前的案文提出了可以采取的某些措施：例如，国家应通过财政和其他手段，鼓励发现考古文物的个人向主管当局汇报其发现，或是通过向博物馆和其他文化机构发放贷款等方式，鼓励在国内和国际巡展此类考古文物。最终决定允许各国根据国内外惯例和标准，以及 1976 年教科文组织《关于文化财产国际交流的建议》或是 1970 年《教科文组织公约》和 1995 年《国际统一私法协会公约》的序言部分，采取其认为必要和适当的措施。

国家的责任在当前（国家通过示范条款之日）和未来（示范条款通过之后）都适用。事实上，为后代保存文物的义务目前已经成为所有社会实现可持续发展的一项重要因素。示范条款不具有追溯效力，因而不会影响到既往情势。应回顾，根据 1969 年《维也纳条约法公约》第 28 条提出的一般性原则，1970 年和 1995 年公约均不具有溯及既往的效力。

本条规定了一般义务，并指明了法律意图，可以根据颁布国的立法传统采纳该一般义务和法律意图，将其作为国家制定法的第 1 条或将其纳入序言。

第 2 条--定义

未发现的文物包括，根据国家法律，对考古、史前时期、历史、文学、艺术或科学具有重要意义，且位于地下或水下的物品。

准则：

示范条款的定义以 1970 年《教科文组织公约》（第 1 条）和 1995 年《国际统一私法协会公约》（第 2 条）给出的一般性定义为基础。这里旨在强调这些条款必须有利于执行这两项公约，且定义适用于受 1970 年《教科文组织公约》约束的 120 个国家。作为国内立法示范本，提及国内法是恰当的。

定义中包含两类未发现的文物——地下文物和水下文物。2001 年《保护水下文化遗产公约》规定的所有权制度不同于示范条款规定的制度，适用于该《公约》缔约国。

应该强调的是，这里给出的类别清单不是详尽无遗的，颁布国可以补充其选定的内容（例如，还可以包括人类学物品、人体遗骸等）。同样，物品所在地应作广义理解（例如，未发现的物品可以位于建筑物内或是被冰封存）。自然，颁布国也可以选择相反的做法，在国内法中对该定义予以限制。

第 3 条--国家所有权

未发现的文物归国家所有，条件是不得存在在前的现行所有权。

准则：

这一条是示范条款的核心规则。所采用的原则——国家所有权原则遵循了多项现行国家立法的原则，但采用了最为言简意赅的表达方式。条款草案明确指出这些物品在被发现之前归国家所有，从而避免了对含混不清的法律作出解释的难题。

选择“归国家所有”这一用语，而不用“属于国家财产”，目的是让所有权的性质绝对明确无误。显然，这项权利并非旨在充实国家（机构或代表）的财富，而是方便其履行作为遗产监护者的职责。

可以确定第三方拥有优先所有权的，则应做出限制。这种情形可以是个人在冲突期间将属于其所有的文物埋入地下以予以保护并打算日后取出，因而并未放弃所有权。一些现行法遵循这一原则，假如被发现的物品“不属于任何人”，则规定其归国家所有。

鉴于示范法具有普遍性和抽象性，无需详细规定可以确定“在先的现行所有权”的确切情形。国家立法者不妨依据当地的认识或传统，列出类似情况的（指示性或详尽）清单。

颁布国不妨考虑国内和国际人权法对扩大的国家所有权的效力的影响（例如，见 1948 年《世界人权宣言》、1950 年《保护人权与基本自由公约》及其修正案，以及国内实施性立法）。

第 4 条--非法发掘或持有

违法发掘所得的文物，或依法发掘但非法持有的文物，均视为被盗物品。

准则：

一旦明确确立未发现的文物归国家所有的原则，必须明确规定这项原则对于非法发现的文物的效力。非法发现意指非法发掘或非法持有。本条将此类物品视为被盗物品。

在这方面应回顾，1995 年《国际统一私法协会公约》第 3 条第 2 款规定：“为本公约之目的，凡非法发掘或者合法发掘但非法持有的文物，应当视为被盗，只要符合发掘发生地国家的法律。”

关于何谓“非法发掘或非法持有”的文物，存在若干可行的定义，由于示范条款的目的之一是便于国内法院执行《国际统一私法协会公约》，故此应遵循 1995 年《国际统一私法协会公约》第 3 条第 2 款给出的定义。示范条款第 4 条（和第 6 条）尽管独立存在，但也支持这一目的。

这是间接提及 1995 年《国际统一私法协会公约》，这将协助尚未加入公约的国家在本国立法中奠定加入公约的法律基础，并使其特别得益于第 3 条第 2 款（“符合发掘发生地国家的法律”），得以在公约与国内法之间保持充分的协调。假如颁布国不是 1995 年《公约》的缔约国，将适用私法的一般法则，例如某些法系规定不可获取被盗物品的所有权。

本条将此类物品视为被盗物品，在国内法中具有一定的法律效力（见第 5 条）。这种盗窃的性质导致了，例如，在美利坚合众国适用《国家被盗财产法案》。

这一条沿用了 1995 年《公约》的措辞，采用“视为被盗”，而不是“被盗”，是为了解决某些国家在以下情况下可能面临的问题——某一物品不属于该国所有，因而无法被盗。就本条的目的而言，持有不同于偷盗。为此采用了较为广义的措辞。

发掘是合法还是非法（“违法发掘所得文物”），将取决于现行的其他国内立法。例如，很多国内立法要求发掘必须得到批准，并且遵循行政程序。

由于这一条涉及到偷盗，其效力还触及刑法。这种犯罪活动在国家层面将启动刑法程序，假如涉及国际层面，则会出现关于刑法事宜的国际合作（见第 6 条）。

假如合法发掘的文物在短期内合法出口，但在到期后没有归还，随即被非法持有，应视为被盗。

第 5 条--不可转让

依据第 4 条视为被盗物品的文物的所有权转让无效，除非证明转让者在转让时对于该物品拥有有效的所有权。

准则：

第 5 条是从私法上对第 4 条的补充。未发现的文物可能不是私人权利的客体，这一点在被发现之后也不会改变。为此，后来的获取者无法（通过购买、捐献、继承等方式）有效获取。

不过，如果转让者的所有权有效，则应做出保留，例如，国家考古博物馆根据本国法律有效地决定出售其馆藏文物（例如出售馆藏品），或是私人在示范条款在相关国家生效前通过有效方式获取文物。在这种情况下，博物馆或私人是文物的实际拥有者，并且能够以这一身份处理文物。

颁布国应认识到，本条的范围有限：假如文物被转往海外，只有在相关外国采纳第 5 条或类似规则的情况下，所有权的转让才会归于无效。

第 6 条--国际执法

为确保将违法发掘或合法发掘但非法持有的文物返还或归还颁布国，这些物品应视为被盗物品。

准则：

示范条款第 6 条旨在促进返还或归还于发现后被非法转移的出口文物。如该文物视为被盗物品，刑事事项国际司法合作通常可以助其返回发现地国。

此外，从国际私法的角度来看，假如文物发现地国根据本条的规定认为文物属于被盗物品，则受理归还主张的外国法院可以轻松地依据发现地国的法律归还文物。假如相关国家已经批准 1995 年《国际统一私法协会公约》，则情况更是如此（见《公约》第 3 条第 1 款）。

还应该指出的是，示范条款不能、也无意解决与文物发掘和发现行为的法律地位有关的所有问题。例如，示范条款没有涉及“宝藏”问题，即，发现者应为其发现物获得多少回报。在国家立法者认为适当的情况下，可以根据本国法律制度单独处理这个问题。示范条款无意解决对善意获取者的保护以及善意获取者的慎重责任等令人困惑的问题。应回顾，教科文组织特别要求国际统一私法协会处理这一根本问题，1995 年《国际统一私法协会公约》第 3 条和第 4 条提出了解决办法。特别是，《公约》第 4 条第 4 款提出了判断在获取文物时是否尽到了应有的注意的标准，这将极大地帮助潜在的买家和审理争端的法官，买家将事先了解应怎样行事。到目前为止这些标准已经鼓舞若干国家制定了立法。



United Nations
Educational, Scientific and
Cultural Organization

Organisation
des Nations Unies
pour l'éducation,
la science et la culture

Organización
de las Naciones Unidas
para la Educación,
la Ciencia y la Cultura

Организация
Объединенных Наций по
вопросам образования,
науки и культуры

منظمة الأمم المتحدة
للتربية والعلم والثقافة

联合国教育、
科学及文化组织

附录 1

CLT-2011/CONF.208/COM.17/5

巴黎，2011年7月1日

原件：英文

促使文化财产送回原有国或归还非法占有的文化财产政府间委员会

第十七届会议

巴黎，教科文组织总部，2011年6月30日至7月1日

第 4 号建议

促使文化财产送回原有国或归还非法占有的文化财产政府间委员会

回顾其第十六届会议通过第 3 号建议，涉及由独立的专家委员会在教科文组织和国际统一私法协会秘书处的支持下，起草带有解释性说明的示范条款，

考虑到国际统一私法协会在统一法律制度方面的专业知识，欢迎其参与这项工作，

1. *感谢并赞赏该专家委员会拟定文件，并提交给委员会第十七届会议；*
2. *注意到示范条款已经定稿，对于已经取得的成果表示满意；*
3. *请专家委员会将两个组织的会员国和观察员提出的意见纳入解释性准则，教科文组织和国际统一私法协会秘书处将把这些意见分发给各国；*
4. *要求秘书处广泛宣传这些带有解释性说明的示范条款，并提供给会员国，以便各国能够考虑借鉴这些示范条款，用以拟定或强化本国立法；*
5. *要求秘书处向其第十九届会议提交示范条款使用情况评估。*