



文化主权视域下流失文物追索的法理思考

霍政欣 陈锐达

Jurisprudential Thinking on Cultural Property Recovery from the Perspective of Cultural Sovereignty

HUO Zhengxin, CHEN Ruida

引用本文:

霍政欣, 陈锐达. 文化主权视域下流失文物追索的法理思考[J]. 学术月刊, 2022, 54(1): 112-126.

HUO Zhengxin, CHEN Ruida. Jurisprudential Thinking on Cultural Property Recovery from the Perspective of Cultural Sovereignty[J]. *Academic Monthly*, 2022, 54(1): 112-126.

在线阅读 View online: <http://www.xsyk021.com/article/Y2022/I1/112>

您可能感兴趣的其他文章

Articles you may be interested in

分业：“五四”后关于文化运动的反思

Division of Career: Reflections on the Cultural Movement after the May Fourth Movement

学术月刊. 2021, 53(10): 205-216

社会与历史语境中的法律修辞：共同体建构视角下的宏观功能

Legal Rhetoric in Social-Historical Context: Macro Function under the View of Community Construction

学术月刊. 2021, 53(9): 113-128

事实的法律规范化

Normalization of Facts in the Legal System

学术月刊. 2021, 53(3): 114-124

道德立法的法哲学省思

Reflections on Moral Legislation from the Perspective of Legal Philosophy

学术月刊. 2021, 53(5): 106-119

法律的经验研究范式：以规范研究为参照

Paradigm of Empirical Legal Research: Compared with Normative Legal Research

学术月刊. 2021, 53(3): 99-105

跨国垄断资本与主权国家的当代矛盾

The Contemporary Contradiction between Transnational Monopoly Capitals and Sovereign States

学术月刊. 2021, 53(7): 36-44

文化主权视域下流失文物 追索的法理思考

——基于石窟寺流失文物的分析

霍政欣 陈锐达

摘 要 以石窟寺文物为代表的大量中国文物在近代流失，其背景复杂、肇因独特，对国家文化主权构成严重侵害，也对当下展开的法律追索构成诸多障碍。国内法层面上，事实证据缺失、所有权法律依据模糊、现代民事法律制度的诸多规则构成追索障碍；国际法层面上，国际条约存在无溯及力、适用范围有限、条款设计缺陷和执行力不足等问题，难以为追索提供充分支撑。我国应坚持文化主权原则，在人类命运共同体理念的统摄下推进文物追索；要加强海外流失文物调查，明确追索的事实依据；根据现持有人法律地位差异制定针对性追索策略；将文物追索纳入统筹推进国内法治和涉外法治的系统工程，从立法、执法和司法层面完善文物追索法治体系，积极参与国际文物治理和国际法规则改革，促进流失文物返还国际新秩序的形成。

关键词 文化主权 文物追索 法律困境 石窟寺

作者霍政欣，中国政法大学国际法学院教授（北京 100088）；陈锐达，中国政法大学国际法学院博士研究生（北京 100088）。

中图分类号 DF9

文献标识码 A

文章编号 0439-8041(2022)01-0112-15

引言

文物承载灿烂文明，传承历史文化，不仅是祖先留下的宝贵财富，也代表着中华民族的精神之根、文化之脉。然而，清末以降，列强东顾，山河破碎，中国文物遭到大规模劫掠、破坏，并由此流失海外。在流失海外的各类文物中，石窟寺文物极具典型性和重要性。作为集古代建筑、雕塑、壁画等为一体的重要文化遗产形态，中国石窟寺历史悠久、分布广泛、规模宏大、体系完整，凝结着宗教、文化、艺术发展形成的灿烂成就。然而，在上世纪 20 年代前后，中国石窟寺中的壁画、石雕和经卷等珍贵文物遭受毁灭性破坏并大规模流失海外，堪称近代屈辱史的缩影，构成对中国文化主权、国家利益和民族情感的严重侵害，成为国人心中久久难平的伤痛。不仅如此，由于此类文物遭破坏和流失海外已有百年，因证据和法律问题，对其进行追索的难度远高于当代走私出境的文物。因此，以石窟寺文物为对象，对流失文物追索进行法理分析极具理论意义与实践价值。

“文运与国运相牵，文脉与国脉相连。”^① 文物具有天然的民族性，构成一国文化主权的外化表现。文物从流失海外到回归祖国的历史进程，是国家文化主权意识和民族自信心从缺位到形成和不断巩固的过程。2020 年我国从日本成功追回天龙山石窟流失佛首，消息甫一公布，引发海内外高度关注和赞誉。^② 流失文物回归带来的民族荣誉感和文化自信心由此可见一斑。鉴于此，本文以国家文化主权为视域，以流失海外的中国石窟寺文物为着眼点，系统梳理流失的历史背景及其特殊性，并对由此导致的追索困境进行法理分析。以此为基础，文章提出流失文物追索的中国立场、原则和策略，为构建更加公正合理的文物返还国际新秩序进行理论与制度探索。

一、文物流失的历史溯源及其特殊性

中国石窟艺术起源于印度和中亚地区，^③ 以中华文化传统为根基，吸纳印度等外来文化艺术营养，形成了独具特色的石窟寺文化遗产。^④ 我国境内的石窟寺多分布在陆上丝绸之路沿线，主要包括雕塑、壁画、经卷等艺术形式，是丝绸之路上人文交流、文明互鉴的生动展现，具有极其重要的历史、文化、宗教等价值。^⑤ 然而，自清末民初至 20 世纪 30 年代，在西方掀起探险和艺术收藏热潮的推动下，我国石窟寺遗址遭到大规模盗凿和破坏，大量珍贵文物由此散佚海外。

（一）文物流失的历史溯源

19 世纪下半叶至 20 世纪 30 年代，工业革命和世界市场的形成将西方海外殖民活动推向高潮。在考古和艺术收藏领域，亚洲宗教艺术开始受到青睐，世界范围内掀起了一场对中亚地区的探险热潮。^⑥ 在此背景下，列强多次派出探险队深入我国西北地区，沿丝绸之路到新疆、甘肃等地开展考古发掘，收集、损毁大量文物。据统计，仅 1876 至 1928 年间来我国西北地区的外国“探险队”和“考察队”就有 40 余支，^⑦ 主要来自瑞典、英国、法国、德国、日本、俄国、美国等国，它们以骗购、盗劫等手段获得大量石窟寺文物，由此造成此类文物的大规模流失。^⑧

在巨大的市场诱惑下，中外古董商和博物馆也开始加入文物盗凿、贩运和买卖的队伍，其中，日本和美国的角色尤为重要。明治维新以后，日本迅速实现现代化，国力跃升后的日本发动侵华战争，疯狂掠夺中国文物；^⑨ 与此同时，日本民间也开始有计划、有步骤地收藏中国文物，利用地理位置和文化相近的优势发展中国文物贸易。其中，日本山中商会更是垄断了美国博物馆和收藏家征集东方文物的渠道，成为第

① 习近平：《在中国文联十大、中国作协九大开幕式上的讲话》，北京：人民出版社，2016 年，第 2 页。

② 2020 年 9 月，日本东瀛国际拍卖行拟拍卖一件“唐·天龙山石雕佛头”。经国家文物局组织专家鉴定，该拍品系天龙山石窟第 8 窟北壁主尊佛首，属我国流失文物。随后，太原市天龙山石窟博物馆和国家文物局先后致函拍卖行，要求其撤拍并返还文物。10 月 16 日，拍卖行作出撤拍决定。10 月 31 日，拍卖行董事长张荣与文物持有人达成购买协议，并以个人名义无偿捐赠中国政府。12 月 12 日，佛首运抵北京，顺利回归祖国。2021 年 7 月 24 日，佛首正式入藏原属地太原天龙山石窟。参见李瑞：《欢庆团圆 天龙山石窟流失佛首回归祖国》，国家文物局网站，http://www.ncha.gov.cn/art/2021/2/12/art_1019_166444.html；韦衍行：《天龙山石窟佛首回归仪式在太原举行》，人民网，<http://ent.people.com.cn/n1/2021/0724/c1012-32168615.html>。

③ See Sherman E. Lee, *A History of Far Eastern Art*, Prentice-Hall, 1964, p.132.

④ 赵声良：《敦煌石窟艺术简史》，北京：中国青年出版社，2019 年，第 1 页。

⑤ 魏文斌、吴荭：《甘肃佛教石窟考古论集》，北京：民族出版社，2009 年，第 16—17 页。

⑥ 张自成主编：《百年中国文物流失备忘录》，北京：中国旅游出版社，2001 年，第 149 页。

⑦ 陆建松：《文物灾难备忘录：当代中国文物犯罪与防治》，成都：四川人民出版社，2002 年，第 52 页。

⑧ 这些外国探险家和考察队主要有：瑞典人斯文·赫定（Sven Hedin, 1895 年）、英籍匈牙利人斯坦因（Marc Aurel Stein, 1900—1915 年）、法国人伯希和（Paul Pelliot, 1906—1908 年）、德国人格伦威德尔（Albert Grünwedel, 1902—1914 年）、德国人勒考克（Albert Von Le Coq, 1902—1914 年）、俄国人奥登堡（Ольденбург, 1909 年）、以桔瑞超和吉川小一郎为首的日本大谷探险队（1902—1914 年）、美国人兰登·华尔纳（Langdon Warner, 1923—1924 年）等。参见陈文平编著：《流失海外的国宝（文字卷）》，上海：上海文化出版社，2001 年，第 30—31 页；刘永增：《藏经洞的发现与敦煌文物之流失》，《敦煌研究》2000 年第 2 期；赵莉：《克孜尔石窟壁画流失的历史回顾与现状调查》，《新疆艺术（汉文）》2018 年第 4 期。See also, James Cuno, *Who Owns Antiquity? Museums and the Battle over Our Ancient Heritage*, Princeton University Press, 2011, pp. 88-89; Karl E. Meyer & Shareen Blair Brysac, *The China Collectors: America's Century-Long Hunt for Asian Art Treasures*, St. Martin's Press, 2015, p. 181.

⑨ 参见孟国祥编著：《抗战时期的中国文化教育与博物馆事业损失窥略》，北京：中共党史出版社，2017 年，第 37—44 页。

二次世界大战以前全球最大的中国文物古董经销商。^①

20世纪30年代起,欧美经济陷入危机,大量资本找不到合理的投资渠道,文物及艺术品成为西方资本追逐的目标。^②为绕开山中商会对中国文物贸易的垄断,美国博物馆和文物商人开始建立独立的中国石窟寺文物收购网络:^③美国买家通过与中国代理商签订协议,指明特定的石窟寺文物;再由代理商负责组织当地工匠盗凿、分割装运、疏通政府关系、规避监管并将文物运送出境。^④巨大的市场需求不断助推对我国石窟寺文物的盗凿和破坏。自此,中国石窟寺文物的盗凿、贩运和买卖逐渐形成规模庞大、有计划、有组织的国际贩运链条,不断扩大到古墓葬、古遗址等文物的盗运和贩卖,盗墓之风盛行,大量珍贵文物源源不断地流失海外,对中国文化遗产造成了无法估量的损失。

(二) 文物流失的特殊性

我国石窟寺文物流失海外的历史背景复杂、参与主体众多,集中体现了中国文物在近代大规模流失的特点。细致梳理和分析这些特点及其后果,是对此类流失文物展开追索的前提和基础。

第一,此类文物流失是在复杂的历史背景下发生的,是外因与内因叠加并相互作用的结果。从外因来看,19世纪下半叶以后,西方列强对东方的侵略和殖民不断推进,以西方为中心的世界秩序建立。经济上,世界市场对东方文物的需求持续增大,西方主导的商业考古和文物发掘在亚洲成为潮流;^⑤政治上,为称霸中亚、瓜分中国西北地区的势力范围,列强通过各种形式的“考察活动”搜集情报;^⑥文化上,为将全人类文明成果纳入西方文明脉络,^⑦列强力图通过地理考察和考古搜索寻找西方影响东方文明的历史证据。^⑧质言之,列强的考察活动表面上是对东方文化的追崇,实质上是对中国开展的文化侵略。

从内因来看,彼时的中国积贫积弱,经济上产业发展缓慢、财政濒于崩溃;政治上遭受列强欺凌、社会秩序动荡;文化上民族意识尚未完全觉醒,文物对民族国家的意义尚未受到重视。不仅如此,在西方考古热潮的刺激下,文物成为有利可图的等价物,^⑨被当作换取西方产品和获得外交利益的牺牲品。^⑩在此背景下,中国文物的盗掘、走私和非法贩运之风愈演愈烈。^⑪

第二,尽管石窟寺文物流失的高峰期与列强发动的侵华战争在时间上多有重叠,但此类文物的流失与战争掠夺并无直接联系,多是外国考古队以“文化考察”的名义开展的文物盗凿、骗购和毁坏。在世界历史上,中国并非西方第一个开展考古活动的国家。早在17世纪,欧洲国家便开始在埃及等国家进行考古活动,并获得大量文物。这些考察活动通常以抢救当地文物和提供外交支持为诱因,大都获得当地政府的许

① 1918年至1926年,山中商会对天龙山石窟进行毁灭性盗凿,劫取了几乎所有洞窟的佛头、菩萨头、浮雕和藻井等。随后,这些文物被高价出售给日本和英美的博物馆和文物藏家。参见富田升:《近代日本的中国艺术品流转与鉴赏》,赵秀敏译,上海:上海书画出版社,2014年,第86页;武惠民:《佛首魂归何处?——太原天龙山石窟佛首盗凿流失史》,《文物世界》2013年第3期。

② 参见霍政欣:《追索海外流失文物的法律问题》,北京:中国政法大学出版社,2013年,第243页。

③ 参见周冉:《波士顿美术博物馆以日本人的眼光收藏中国艺术》,《国家人文历史》2021年第2期。

④ 例如,1925年至1929年,龙门石窟石雕造像被砍下、肢解后运往北平,在中国古董商的组织下运往香港,再从香港销往欧美各地。1935年美国大都会美术馆通过与中国古董商岳彬合谋,盗走了龙门石窟宾阳中洞的北魏《帝后礼佛图》浮雕。参见卡尔·梅耶、谢林·布莱尔·布里萨克:《谁在收藏中国:美国猎获亚洲艺术珍宝百年记》,张建新、张紫薇译,北京:中信出版社,2016年,第98页;郭晔旻:《藤校高才生的盗宝合同〈帝后礼佛图〉:粉身碎骨到美国》,《国家人文历史》2021年第2期。

⑤ Lyndel V. Prott, "Problems of Private International Law for the Protection of the Cultural Heritage," in 217 *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* 215 (1989), p. 229.

⑥ 张自成主编:《百年中国文物流失备忘录》,第61页。

⑦ Justin M. Jacobs, *The Compensations of Plunder: How China Lost Its Treasures*, The University of Chicago Press, 2020, pp. 8-10.

⑧ 例如,新疆龟兹石窟艺术就融汇了希腊、罗马、印度、波斯和中原汉文化等文化艺术,其早期洞窟受犍陀罗艺术的影响也比较大。参见赵莉:《龟兹石窟的历史价值及其存在的现实意义》,《新疆艺术(汉文)》2019年第3期。

⑨ Justin M. Jacobs, *The Compensations of Plunder: How China Lost Its Treasures*, The University of Chicago Press, 2020, p. 286.

⑩ See Donald Malcolm Reid, *Whose Pharaohs? Archaeology, Museums, and Egyptian National Identity from Napoleon to World War I*, University of California Press, 2002, p. 54.

⑪ See Karl E. Meyer & Shareen Blair Brysac, *The China Collectors: America's Century-Long Hunt for Asian Art Treasures*, St. Martin's Press, 2015, p. 26.

可。^①外国考古队于近代进入我国西北地区，也并非与战争直接相关，相反，大多数是在获得中国政府签发的“护照”后进入的。可见，文化考察活动并不必然与战争挂钩，其间发生的文物毁损亦非战争导致的结果。因此，我国追索此类流失文物无法适用武装冲突期间文物保护的国际公约及习惯国际法规则。

需要指出，文化考察活动本身无可指摘，然而，外国考察队深入亚非拉国家腹地展开考古活动，直接造成文物被大规模破坏、掠夺和流失，文化考察因而不过是西方劫掠亚非拉文物的“遮羞布”罢了。外国“寻宝者”在我国西北地区对石窟寺等考古遗址进行大规模破坏、肢解，低价收购或骗取珍贵文物，正是以“抢救”和“保护”文化为借口。这些行为导致中国近代史上除战争以外一次大规模、系统性的文物流失，^②显然超出了“文化考察”的应有之义，是“文化”外衣下的巧取豪夺，^③掠夺本质昭然若揭。尽管如此，由于彼时中国处于内忧外患之中，执政者无暇制止，一些地方执政者甚至出于经济利益考虑而选择默许。^④

第三，在收购、盗凿和贩运石窟寺文物的过程中，除外国考古队外，石窟寺的管理者、当地民众、地方政府、中外古董商多参与其中，这导致此类文物流失的责任主体众多，其合法性难以准确界定，成为法律上的“灰色地带”。

我国石窟寺遗址多位于交通不便、环境闭塞、经济文化和教育落后的地区，当地民众容易为利所诱，低价售出文物，协助外国寻宝者勘探，甚至直接参与盗运活动。^⑤近代中国饱尝军阀割据、政府贪腐之苦，国外探险者、中外古董商和文物掮客在地方政府和反动军阀的默许甚至公开支持下，大肆盗凿石窟寺，运输和销赃文物。^⑥

从动因来看，军阀为换取外交支持而与外国掠夺者展开交易，并从中牟利；以旧官僚为代表的儒家精英推崇西方先进经验和理念，对外国考古队来华考察持欢迎态度，甚至给予物质支持；奉行机会主义的地方官员、文物商人和穷苦落后的民众则为经济利益而参与文物盗掘与贩运。^⑦因此，尽管中国中央政府彼时已下令限制古物出口，但执行动力不足。在地方政府的默许和民间的参与下，文物盗运俨然形成完整的链条，这使其与一般的文物贩运有所差别，在法律上的定性因而更加困难。

第四，石窟寺文化遗产文化艺术特征鲜明，石窟建筑、雕塑和壁画构成一个有机整体，任何一个部件都无法完整展现石窟艺术的内涵，^⑧此类以整体性为价值前提的文物遭到破坏和贩运对所在国和世界文化遗产的损害因而更大。^⑨因此，促使此类文物回归原属地，恢复文化的完整性，^⑩相较于其他单体文物回归原属国而言，其意义更为重要。不仅如此，源于石窟寺文化遗产的整体性特征，对单件流失文物展开追索会令外国藏家产生天然的警惕和抗拒心理。因担心产生“多米诺骨牌”效应，他们大都会对此类文物的返还持拒绝态度，追索的难度因而远高于一般文物。

此外，作为东西文化交融的成果，中国石窟寺文物具有很高的研究意义和艺术鉴赏价值，世界诸多博物馆和研究机构还专门开设与中国石窟寺相关的研究项目。^⑪这导致中国追索流失文物更易引发国际关

① Dalia N. Osman, "Occupier's Title to Cultural Property: Nineteenth-Century Removal of Egyptian Artifacts," 37 *Columbia Journal of Transnational Law* 969 (1999).

② Justin M. Jacobs, *The Compensations of Plunder: How China Lost Its Treasures*, The University of Chicago Press, 2020, p. 5.

③ 张自成主编：《百年中国文物流失备忘录》，第 59 页。

④ See Justin M. Jacobs, *The Compensations of Plunder: How China Lost Its Treasures*, The University of Chicago Press, 2020, p. 280.

⑤ 参见陆建松：《文物灾难备忘录：当代中国文物犯罪与防治》，第 171 页。

⑥ See Karl E. Meyer & Shareen Blair Brysac, *The China Collectors: America's Century-Long Hunt for Asian Art Treasures*, St. Martin's Press, 2015, pp. 225-227, 231.

⑦ See Justin M. Jacobs, *The Compensations of Plunder: How China Lost Its Treasures*, The University of Chicago Press, 2020, p. 180.

⑧ 参见赵莉：《克孜尔石窟壁画流失的历史回顾与现状调查》，《新疆艺术（汉文）》2018 年第 4 期。

⑨ 参见陈寅恪、陈垣：《敦煌劫余录序》，陈寅恪：《金明馆丛稿二编》，上海：上海古籍出版社，1980 年，第 236 页。

⑩ Irini A. Stamatoudi, *Cultural Property Law and Restitution*, Edward Elgar, 2011, p. 17.

⑪ See, e.g., Harvard Art Museum, Reframing Tianlongshan, <https://harvardartmuseums.org/tour/reframing-tianlongshan>; Center for the Art of East Asia, the University of Chicago, Tianlongshan Caves Project, <https://tls.uchicago.edu/>; The Getty Conservation Institute, Wall Paintings Conservation at Mogao Grottoes (1997-2010), https://www.getty.edu/conservation/our_projects/field_projects/mogao/overview.html.

注,更易受到阻力。如有主张认为,不同于一般的文物,石窟寺等文物是多种文明和文化交融的产物,此类文物应为全人类共享和研究,无须返还特定国家。^①

综上所述,中国石窟寺文物流失系近代西方列强以“文化考察”为名义实施的文物掠夺和盗运的典型代表。在复杂的历史背景下,文物保管者、执法者、文物商和普通民众牵涉其中,形成文物盗凿和走私贩运的完整链条,不仅造成了国宝的流失,更是对国家文化主权的侵犯和民族尊严的蔑视。中国石窟寺文物的流失背景及其特点导致的后果不容小觑。

第一,由于石窟寺文物流失原因复杂独特,加之海外收藏现状不明、文物本体信息有限,我国流失石窟寺文物的回归实践目前仅限于商业回购或持有人主动归还的“非法律”方式,法律方式尚付阙如,详见下表。

表1 我国海外流失石窟寺文物回归案例汇总表^②

回归时间	回归途径	回归文物	文物归还方/促成文物归还方	文物出现地/持有人
2001	归还	龙门石窟石雕罗汉像	加拿大国家美术馆	加拿大国家美术馆
2005	回购	5件龙门石窟文物	陈哲敬/国家文物局	美国文物市场
2005	回购	2件龙门石窟佛头像	国家文物局	美国收藏家
2008	回购	天龙山石窟第10窟佛首	许鹏	美国佳士得拍卖行
2010	回购	天龙山石窟第21窟菩萨坐像、第18窟菩萨头像	国家博物馆	纽约春季拍卖会
2020	回购	天龙山石窟第8窟佛首	张荣	日本东瀛国际拍卖行

第二,列强的文化侵略弱化了文物与国家及民族身份的联系。西方占领和殖民期间,对包括中国在内的亚非拉国家实施了全方位、多层次的文化侵略和强势影响。由于考古活动和文物收藏成为列强建立殖民权威和正当性的重要手段,^③亚非拉民族对文化主权话语长期缺乏敏感度和关注度,民族意识生成迟缓,遑论从国家主权的高度对文物予以妥当保护。^④这在近代中国表现得相当突出:从清末到民国,文物的民族性没有得到广泛宣传和普遍认同,旧官僚对“文化考察”不仅不反对,甚至默许和支持,普通民众对文物盗运的危害也没有足够的认知,甚至不乏直接参与其中者。^⑤可见,列强的文化侵略延缓了我国近代民族意识的觉醒和文化主权观点的形成,这又反过来加剧了文物流失。

第三,以“文化考察”为遮羞布对殖民地文物的掠夺和盗运成为西方博物馆用以掩盖资本逐利性和藏品来源不明的说辞。细言之,西方博物馆否认以“文化考察”的方式从亚非拉国家获得藏品是不光彩和非法的;相反,通过强调文物国际主义,它们提出,从这些地区运走和收藏文物是为科学研究、保护、教育和文化交流的目的进行的利他主义服务,^⑥甚至认为民族性仅为一种人为的政治建设,无法代表文物的真正价值,^⑦由此粉饰文物劫掠和贩运的历史,从而对广大文物流失国追索历史上流失的文物形成阻力。

二、流失文物追索的法律困境

从跨国文物追索实践来看,一国提出文物返还请求,需要有两方面支撑:一是基于充分可靠的文物来

① See Shannon Stobbe, *Cultural Property Internationalism: A New Approach for Restitution Cases*, ProQuest LLC, 2013.

② 本表所称“回购”,既包括海外华人和企业家购买,也包括国家文物行政部门有偿征集。参见刘琼:《龙门佛雕八十载回归路》,《人民日报》2005年10月24日,第5版;余萌:《我国海外流失文物回归途径的实证分析》,《武大国际法评论》2018年第1期;胡朝辉:《貌如宫娃:中国国家博物馆近年征集的两件天龙山造像》,《美成在久》2021年第1期。

③ 参见本尼迪克特·安德森:《想象的共同体:民族主义的起源与散布》,吴叡人译,上海:上海人民出版社,2016年,第175页。

④ See Justin M. Jacobs, *The Compensations of Plunder: How China Lost Its Treasures*, The University of Chicago Press, 2020, pp. 280-281.

⑤ See Jason M. Taylor, “The Rape and Return of China’s Cultural Property: How Can Bilateral Agreements Stem the Bleeding of China’s Cultural Heritage in a Flawed System?” 3(2) *Loyola University Chicago International Law Review* 233 (2006).

⑥ See Jos van Beurden, *Treasures in Trusted Hands: Negotiating the Future of Colonial Cultural Objects*, Sidestone Press, 2017, p. 67.

⑦ See James Cuno, *Who Owns Antiquity? Museums and the Battle over Our Ancient Heritage*, Princeton University Press, 2011, p. 92.

源信息,确立文物原属国的身份,即事实证据层面的主张;二是基于可适用的法律,明确文物流失的非法性,进而提出规范层面的主张。^①然而,由于我国文物流失背景复杂,文物原属国的来源调查和所有权证明面临诸多限制,现行国内和国际法律制度亦难以为其主张提供规范层面的支持。

(一) 国内法困境

一般而言,权利人从私法上主张文物返还请求权,须证明其对该财产享有所有权。^②从国内法层面来看,文物原属国主张所有权可能面临两个方面的困局:第一,文物来源信息有限,既往法律制度不健全,难以为所有权证明提供充分事实和法律支撑;第二,文物持有人所在国善意取得和时效制度的障碍。

1. 文物来源与所有权证明

随着文化遗产国际保护意识的增强,越来越多的文物流入国倾向于承认外国文物所有权立法的域外效力,但前提是该外国立法对文物规定了清晰的所有权,并给予充分有效的保护。^③如在“秘鲁政府诉约翰逊案”中,秘鲁政府向美国文物藏家约翰逊请求返还一批前哥伦比亚时期的被盗文物,^④美国加利福尼亚法院就以秘鲁无法有效证明文物所有权为由驳回其诉讼请求:第一,现有证据无法证明秘鲁为文物的唯一来源国;^⑤第二,秘鲁当时有效的法律对文物所有权宣告的法律效果十分有限。^⑥可见,能否证明涉案文物来源于本国,以及对文物是否享有排他性权利,构成影响原属国能否有效主张所有权的核心要件。

在文物来源问题上,如原属国无法证明文物流失时位于本国,也不能证明其在本国境内出土,则难以适用本国法来主张所有权。^⑦文物来源明确是适用原属国法的前提。^⑧需要注意的是,仅仅具有“文化上的联系”并不足以证明文物来源于本国。^⑨如对于体现多元艺术特征的中国石窟寺文物而言,除非具有其他地理、历史或事实上的确凿证据,否则要确定其源自中国并非易事。

细言之,中国石窟寺文物是东西方文化交融的产物,早期的石窟寺保留着典型的印度、中亚艺术特征,具有明显的地域多样性,与彼时狭义上的中原文化关联甚微。^⑩所以,有西方学者指出,在文化上很难判定此类文化遗产必然源于中国。^⑪因此,对石窟寺文物来源地的考察须有其他证据予以佐证,如明确的造像记载、准确的地理定位或特殊的筑造材料等。

对于追索方是否享有排他性的所有权,则主要取决于立法是否有明确规定并得到有效落实。我国历代王朝大多制定了文物保护的法律,但通常以保护统治阶级的财产不受侵犯为宗旨。^⑫如《大清律例》基本延续了前代的文物法制,以保护宫廷和官府文物为要旨,而非近现代意义上的文物保护法律。^⑬

值得注意的是,面对西方列强的“考古”热潮和英法联军对圆明园的大肆劫掠,晚清政府已逐渐意识到文物安全形势日益严峻,并开启了我国现代意义上文物保护的法制进程。1906年,清政府实行官制改

① See Evelien Campfens, “Whose Cultural Objects? Introducing Heritage Title for Cross-Border Cultural Property Claims,” 67 *Netherlands International Law Review* 257 (2020).

② 参见霍政欣:《追索海外流失文物的法律问题》,第25页。

③ Jordana Hughes, “The Trend toward Liberal Enforcement of Repatriation Claims in Cultural Property Disputes,” 1 *The George Washington Journal of International Law and Economics*, 33 (2000).

④ *Government of Peru v. Johnson*, 720 F. Supp. 810 (C. D. Cal. 1989).

⑤ 涉案文物仅在风格和文化上与秘鲁相似,不能排除来源于玻利维亚和厄瓜多尔的可能。

⑥ 秘鲁1985年《文物法令》仅规定在秘鲁发现的文化财产属于“国家文化财富的组成部分”且不受侵犯和剥夺,但该法同时允许私人持有部分文化财产,并可通过赠与、遗赠或继承的方式转让。此外,秘鲁未曾实际采取有效措施行使其所有权。John Henry Merryman, “The Free International Movement of Cultural Property,” 1 *New York University Journal of International Law and Politics*, 31 (1998).

⑦ See Alessandro Chechi, *The Settlement of International Cultural Heritage Disputes*, Oxford University Press, 2014, p. 69.

⑧ See Erik Jayme, “Narrative Norms in Private International Law-The Example of Art Law,” in (2015) 375 *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* 9, p. 37.

⑨ See Judith Church, “Evolving U.S. Case Law on Cultural Property Disputes,” 2 *International Journal Cultural Property* 47 (1993).

⑩ See Sherman E. Lee, *A History of Far Eastern Art*, Prentice-Hall, 1964, p. 132.

⑪ See James Cuno, *Who Owns Antiquity? Museums and the Battle over Our Ancient Heritage*, Princeton University Press, 2011, pp. 91-92, 107-108.

⑫ 赵杰:《中国历代文物保护制度述略》,《考古与文物》2003年第3期。

⑬ 参见刘文华:《清末民政部与近代文物保护事业——兼及主事尚秉和之事迹》,《中国国家博物馆馆刊》2020年第3期。

革,民政部职掌古迹保护,拟定《保存古迹推广办法》,规定古物调查和保存事项。^①民国成立后,中央政府颁布一系列全国性法律和政令加强文物保护,地方政府亦开始制定地方文物保护规章制度,以石窟寺文物为例,其中不乏涉及此类文物保护及其所有权的规定,详见下表。

表 2 清末民初石窟寺文物保护法制^②

制定时间	发文机关	法令名称	石窟寺相关内容	所有权
1909	清政府民政部	《保存古迹推广办法》	言及“石质古物”为寺僧和匪徒所盗卖与洋商的情况。严禁倒卖,违者构成犯罪,并追究地方责任。 ^③	无规定
1913	河南省民政长	《河南保存古物暂行规程》	“宗教中之雕刻绘塑各像”“宗教中孤本之经典”属于应保存的古物类型,不得任意损害、发掘或盗卖和抵押,违者依法治罪。	古物(包括考古文物)可依法依法律或习惯归私人所有。制定《古物调查表》,列有“所有权”一项。
1914	北洋政府内务部	《内务部为妥善保护龙门古迹致河南民政长训令》	不得将龙门佛龕任意毁坏抛弃,并将“现在所有佛像石刻究有若干,一一登记”。	无规定
1914	北洋政府大总统	《限制古物出口令》	强调古物售运毫无节制将对国家文化之留存的危害,着令制定限制古物出口章程,将防止文物流失散佚的职责落实到地方。	无规定
1916	北洋政府内务部	《保存古物暂行办法》	明确对“壁龕岩洞”“画壁摩崖”予以保护,禁止任意榻摹、毁坏和贩运,避免走私海外。	无规定
1916	河南省省长	《保守龙门石佛规条》	严禁任何人毁坏和盗窃,对龙门石窟造像进行调查、统计列表。	无规定
1928	国民政府内政部	《名胜古迹古物保存条例》	重申对壁龕、岩洞等遗迹和碑板、造像、画壁、摩崖等文物的保护,规定盗窃名胜古迹的刑事处罚。	制定《名胜古迹古物调查表》,列有“所有者”一项。
1930	国民政府	《古物保存法》	明确古物流通以国内为限;未经批准而采掘文物的行为认定为盗窃;禁止外国人参与考古发掘;设立“中央古物保管委员会”,每年对文物进行登记造册。	埋藏地下及由地下暴露地面之古物,概归国有。

通过梳理近代以来石窟寺文物保护的法制进程可知,文物盗运活动在当时已引起立法者关注,并逐级设法保护。^④从规范内容来看,盗凿和出口此类文物构成违法行为,须承担相应刑事责任,地方政府负有保护和监管职责。然而,对于文物的跨国追索而言,这些立法规则尚不足以支撑原属国的返还请求。^⑤

首先,彼时立法难以证明国家对文物享有排他的所有权。在 1930 年《古物保存法》首次明文规定国家对文物的所有权之前,相关立法明确允许私人持有文物,即使是考古类文物也可依法由私人取得,可见国

① 刘文华:《清末民政部与近代文物保护事业——兼及主事尚秉和之功迹》,《中国国家博物馆馆刊》2020 年第 3 期。

② 如无特别说明,本文所引清末民初文物法令源自李晓东:《民国文物法规史评》,北京:文物出版社,2013 年;张松:《中国文化遗产保护法制建设史回眸》,《中国名城》2009 年第 3 期。

③ 上海商务印书馆编译所编纂:《大清新法令》第 6 卷,北京:商务印书馆,2010 年,第 187—188 页。

④ James Cuno, *Who Owns Antiquity? Museums and the Battle over Our Ancient Heritage*, Princeton University Press, 2011, p. 94.

⑤ See Judith Church, “Evolving U. S. Case Law on Cultural Property Disputes,” *2 International Journal Cultural Property* 47 (1993).

家并非文物唯一的所有权人。其次,即使证明了国家所有权,国家是否实际占有该文物或为维护其所有权采取必要保护措施,依然有待举证。^①受社会动荡以及复杂的国内政治环境影响,这些法令的实际执行效果有限。最后,从颁布时间来看,上述法律大多制定于近代几次大规模的石窟寺文物盗窃案之后,受溯及力所限,无法适用于其生效前发生的行为。由此可见,在实体证据和法律依据均不完备的情况下,流失文物的来源证明和所有权主张将面临诸多挑战。

2. 善意取得与时效制度

即使具备充分的来源和所有权证明,由于文物流出后已经多次转让或被长期持有,为维持原所有人与现持有人之间的利益平衡,各国立法通过善意取得和时效制度,以保障交易安全、避免权利长期处于不确定状态,这对跨国文物追索构成法律障碍。

善意取得普遍存在于各国国内法上,依之,善意受让人可以取得无权转让财产的所有权。^②如《日本民法典》规定,文物持有人只要对动产的占有为平稳、公然、善意且无过失,就可以取得其所有权。^③不过,如果该财产为盗赃物,则受害人或遗失人有权自被盗或遗失之时起2年内向占有人请求返还。^④对于被盗文化财产,尽管日本2002年出台的《文化财非法进出口控制法》将原所有人提出请求的期限延长到10年,^⑤但由于我国石窟寺等文物多流失于近代,所有权的主张显然难以逾越善意取得的障碍。

各国国内法上的取得时效或消灭时效亦对文物追索构成法律阻碍。细言之,取得时效是无权利人对物的占有达到法定时间而取得该物所有权的制度。^⑥如依据《日本民法典》,以所有的意思持续占有该财产而取得所有权的期限,对善意占有人为10年,对恶意占有人则为20年。^⑦因此,在文物追索诉讼中,即使现持有人是恶意,如其占有已达20年,所有权可以获得日本法支持。鉴于我国石窟寺等文物流失年代久远,现持有人占有满20年,是一个很容易满足的门槛,这无疑对追索极为不利。

消灭时效则是因一定期间权利不行使,而使请求权归于消灭的制度,^⑧在文物追索诉讼中,其结果表现为原所有人胜诉权乃至所有权的消灭,而持有人得以时效经过抗辩。如英国1980年《时效法》对消灭时效做了严格的规定。依之,如持有人取得该被盗财产时为善意,那么,原所有人提出返还请求时须要受制于6年的消灭时效,自诉讼理由产生之日起计算,^⑨这无疑使我国在追索历史上的流失文物中处于不利地位。

以我国石窟寺流失文物为例,此类文物大多流入私人藏家手中,在被盗后便销声匿迹,不少文物最近几年才相继出现。可见,持有人正是利用善意取得和时效制度,将以不正当方式获得的文物“合法化”,致使原所有人不得不面临难以从法律上索回的风险。^⑩

(二) 国际法困境

在国际法层面上,二战结束以后,国际社会在促进流失文物返还领域陆续制定了一系列国际公约,主要包括:1954年《关于发生武装冲突情况下保护文化财产的公约》(以下简称“1954年海牙公约”)、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》(以下简称“1970年公约”)与1995年《关于被盗或者非法出口文物的公约》(以下简称“1995年公约”)等。尽管这些国际公约为原属国追索非法流失文物燃起了希望,但其实际效用不能被高估,利用既有公约追索文物面临无溯及力、适用范围有限等一系列难题。

① Zuozhen Liu, *The Case for Repatriating China's Cultural Objects*, Springer, 2016, p. 87.

② 参见谢在全:《民法物权论》,北京:中国政法大学出版社,1999年,第218页。

③ 《日本民法典》第192条。中译本参见刘士国、牟宪魁、杨瑞贺译:《日本民法典》,北京:中国法制出版社,2018年,第37页。

④ 《日本民法典》第193条。中译本参见刘士国、牟宪魁、杨瑞贺译:《日本民法典》,第37页。

⑤ 《文化财非法进出口控制法》第6条。中译本参见彭蕾:《文物进出境外国法律文件选编与述评》,北京:文物出版社,2019年,第304—305页。

⑥ 参见谢在全:《民法物权论》,第146页。

⑦ 《日本民法典》第162条。中译本参见刘士国、牟宪魁、杨瑞贺译:《日本民法典》,第30页。

⑧ 参见史尚宽:《民法总论》,北京:中国政法大学出版社,2000年,第627页。

⑨ Limitation Act 1980 (c.58), s 2, 3(2).

⑩ See Neil Brodie, "An Archaeologists View of the Trade in Unprovenanced Antiquities," in Barbara T. Hoffman (ed.), *Art and Cultural Heritage: Law, Policy and Practice*, Cambridge University Press, pp. 52-63.

1. 公约无溯及力

根据“法不溯及既往”的基本原则,对其生效以前的事件和行为,国际条约不对当事国产生拘束力。^①如由于我国石窟寺文物基本流失于二战前,显然超出上述公约适用的时间范围,我国对其展开追索因而无法适用之。

值得注意的是,在“1970年公约”制定过程中,文物流出国主张应制定一个具有溯及力的国际公约,对公约生效时已非法流失的文化财产应出于善意主动返还原属国。^②遗憾的是,该建议并未被采纳。溯及力问题构成文化财产国际规则体系的盲区,致使公约的适用效果大为降低,被视为二战后国际社会处理文物返还问题的败笔。^③

2. 适用范围有限

国际公约的适用范围不仅取决于其目的和宗旨,还受制于缔约国的数量和结构。细言之,“1954年海牙公约”重点关注受战争直接影响或威胁,为妥善保护而被迫转移出境的文物的返还义务,而非因盗窃或走私而非法出境的文物。^④“1970年公约”虽强调尊重各国文化遗产,保护其免受偷盗、非法发掘和走私的风险,且各国义务采取措施应对这些风险,^⑤但以“文化考察”为主要手段的文物流失是复杂历史因素作用的结果,难以直接归咎于文物盗凿、贩运或交易一方的非法行为。此外,由于侧重保护文物原属人利益,强调一切被盗文物和非法出口文物均应返还,^⑥“1995年公约”与文物市场国的利益并不相符,致使公约存在缔约国数量有限,成员结构失衡等问题。^⑦碍于目的宗旨以及成员结构的局限,现行国际公约难以为文物追索提供有效支撑。

3. 公约条款存在固有缺陷

由于文物资源国与市场国间的利益冲突,上述公约最终通过的文本实际为各国相互妥协的结果,导致有关条款存在内生性缺陷,难以完整反映文物追索需求。

首先,公约主要条款内容模糊,所规定的适用条件往往过于严苛,有时甚至会“令人困惑”。^⑧如“1970年公约”核心条款第7条的适用范围狭窄,受进口限制且应予返还的文化财产被限定为“博物馆或宗教的或世俗的公共纪念馆或类似机构中窃取的文化财产”且“该财产已用文件形式列入该机构的财产清册”。^⑨由于该条设置的严苛条件,导致该公约的适用范围相当有限。

第二,公约条款缺乏精准用语,导致公约在执行过程中欠缺可预见性和统一性。譬如,“1970年公约”条款多采用“利用现有手段”“通过适当方法”“在可能的范围内”等含糊不清的措辞,^⑩缔约国的权利义务并不明确。许多条款的宣示性意义大于实操性,不可避免地削弱公约的实际约束力。

第三,公约将关键条款的执行方式交由缔约国决定,扩大缔约国的自由裁量权。如“1970年公约”第

① 参见《维也纳条约法公约》第28条。

② UNESCO, Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property, Final Report Prepared in Compliance with Article 10.1 of the Rules of Procedure concerning Recommendations to Member States and International Convention covered by the terms of Article IV, paragraph 4, of the Constitution, SHC/MD/5, 1970, Annex II, page 10.

③ Evelien Campfens, “Whose Cultural Objects? Introducing Heritage Title for Cross-Border Cultural Property Claims,” 67 *Netherlands International Law Review* 257 (2020).

④ See Roger O’Keefe, *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2006, p.198.

⑤ John Henry Merryman, “The Free International Movement of Cultural Property,” 1 *New York University Journal of International Law and Politics*, 31 (1998).

⑥ Francesco Francioni, “Plurality and Interaction of Legal Orders in the Enforcement of Cultural Heritage Law,” in Francesco Francioni, James Gordley (ed.), *Enforcing International Cultural Heritage Law*, Oxford University Press, 2013, p. 14.

⑦ 截至2021年10月,公约仅有51个缔约国,且主要为文物流失国,文物市场国如瑞士、荷兰、法国等均拒绝加入。See <https://www.unidroit.org/instruments/cultural-property/1995-convention/status/>.

⑧ See Irini A. Stamatoudi, *Cultural Property Law and Restitution: A Commentary to International Conventions and European Union Law*, Edward Elgar, 2011, p. 32.

⑨ “1970年公约”第7条。

⑩ 参见“1970年公约”第2条、第6条、第9条、第13条。

5 条要求缔约国建立保护文化财产的国家机构,但该义务的履行“根据本国的情况”为之。^①此类规定有利于弥合各国分歧、促进达成一致意见、吸引更多国家加入,但赋予缔约国过大的决定权,进而减损公约的统一性。^②

4. 公约执行力不足

由于文化财产公约关键条款的措辞模糊,且缺乏有效的监督机制,其具体执行只能由缔约国国内执法机关来实现。由于各国执法水平与态度的差异明显,导致公约的实际执行效果体现为明显的国际和地区间不平衡状态。如日本于 2002 年才正式接受“1970 年公约”,并通过了《文化财非法进出口控制法》。该法对返还义务的规定严格控制在公约第 7 条的限度内,并在很大程度上缩减公约的进口限制义务。^③此外,该法在附属条款中明确规定其不具有溯及力。^④总体而言,日本对公约义务的履行极具限制性,以致于有学者质疑日本加入公约的诚意。^⑤综上所述,现有国际法存在规则缺陷和制度供给不足,它们不足以对包括我国在内的文物流失国追索流失文物提供有力全面的国际法律保障。

三、文化主权视域下的流失文物追索:立场、原则与路径

我国追索以石窟寺文物为代表的流失海外文物,受到诸多复杂历史条件影响,现行国内法与国际法制度及规则难以提供充分有效支撑。在此背景下,我国追索流失文物须坚定文化主权立场,以恰当的价值理念为指引,不断提升文物追索能力,积极参与国际规则的制定和完善,推动构建更加公平、公正的文物追索返还秩序。

(一) 基本立场

文物承载灿烂文明,传承历史文化,是各民族繁衍生息的历史记录和文明源远流长的物化体现,不可再生、不可复制,一旦流失损毁,其影响不可估量。尽管国际社会在当代已陆续制定了一些旨在促进流失文物返还的国际条约,但现行国际法规则体系还存在明显的制度性缺陷,国际文物治理体系亟待改革完善。经过长期努力,中国的国际地位得到前所未有的提升,正日益走近世界舞台中央。^⑥因此,作为文明古国、文物流失国和负责任大国,中国对于改革与重构文物追索返还国际法律秩序肩负着特殊使命、扮演着重要角色,应尽早确立、表达和阐扬文物追索返还的中国立场,提出国际文物治理的中国主张。

文化主权是民族得以存续和发展的内在特质,其深深地植根于民族的文化认同和精神价值当中,是民族复兴的精神根基。^⑦文化主权是国家主权内在结构中不可或缺的组成部分,是国家主权在文化领域的逻辑延伸,^⑧是民族国家在实现文化利益过程中所具有的独立自主的最高权力,其中所包含的民族文化发展的独立自主权是构成国家文化主权的核心要素,蕴含着世界各民族文化不分高低、各文化主权平等共生的内在逻辑,这构成国际文物治理体系的基石。

在跨国文物追索中,文化主权原则同时具备国内法与国际法层面的法理基础。在国内法层面,随着各国文化主权意识的形成与加强,越来越多的国家将文化主权与国土等量齐观,将其珍贵文物视为国家身份

① 参见“1970 年公约”第 5 条。

② Comment, “The Illicit Movement of Art and Artifact: How Long Will the Art Market Continue to Benefit from Ineffective Laws Governing Cultural Property?,” 13 *Brooklyn Journal of International Law* (1987), pp. 55, 64. 霍政欣:《1970 年 UNESCO 公约研究:文本、实施与改革》,北京:中国政法大学出版社,2015 年,第 105 页。

③ Act Concerning Controls on the Illicit Export and Import of Cultural Property, Supplementary Provisions, Article 3, https://en.unesco.org/sites/default/files/japan_act_control_illicittraf_entof.pdf.

④ Act Concerning Controls on the Illicit Export and Import of Cultural Property, Supplementary Provisions, Transitory Measures.

⑤ See Toshiyuki Kono, “Japan’s Measures for the Implementation of the 1970 UNESCO Convention,” 8 *Art Antiquity and Law* 107 (2003).

⑥ 习近平:《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》,北京:人民出版社,2017 年,第 10—11 页。

⑦ Wallace Coffey & Rebecca A. Tsosie, “Rethinking the Tribal Sovereignty Doctrine: Cultural Sovereignty and the Collective Future of Indian Nations,” 12 *Stanford Law & Policy Review* 191 (2001).

⑧ 韩源、张林:《中国国家文化主权及其战略构建》,《当代世界与社会主义》2017 年第 4 期。

与主权不可分割的构成要素,^①并通过立法建立针对绝大多数文物的国家所有权制度。^②国家所有权是现代文物保护立法的典型特征,各国追回本国流失文物的法理基础因而得到不断加强。文物追索的法理依据还在文物与其原属国之间不可割裂的文化联系。^③换言之,由于文物构成原属国身份的象征,文物追索源于所有权,又超越所有权,即不仅是对基于所有权保护的私法秩序的维护,还是对民族文化身份的恢复和保护。后者是站在文化主权的立场上为返还请求提供法理基础,进而增强了流失文物返还原属国的法律支撑度。

在国际法层面,国家主权性质得到国际法的广泛承认,属地主义构成国际秩序得以维系的基本原则。^④根据属地主义,各国有权通过行使立法、执法和司法权保护本国领土范围内文物免遭侵犯、破坏,并对危害本国文物安全和文物完整性的行为予以制裁。^⑤此外,根据2005年《保护和促进文化表现形式多样性公约》,为保护和促进本国境内文化表现形式的多样性采取措施和政策构成一国主权事项,^⑥国家文化利益诉求在最大程度上得到彰显,是维护国家文化主权的必然要求,这构成跨国文物追索具有主权性质的国际法律支撑。

约一百年前,列强以“文化考察”名义实施的文物掠夺和盗运,侵犯了我国主权和尊严,延缓了民族意识的觉醒和文化主权意识的形成,是中华民族近代苦难史与屈辱史的缩影。新中国成立以来,在党的领导下,经过不懈奋斗,“中华民族迎来了从站起来、富起来到强起来的伟大飞跃,实现中华民族伟大复兴进入了不可逆转的历史进程”。^⑦在此背景下,我国流失文物的追索返还工作也进入有力、有序、有效推进的新时代,取得历史性成就、发生格局性变化。一件件承载民族记忆的国宝相继回家,见证着中华民族从站起来、富起来到强起来的历史性飞跃,进一步增强了民族自信心与自豪感。因此,我国追索流失文物,应坚持文化主权的基本立场,这对于维护我国主权和尊严、增进文化安全和文化自信具有特别重要的作用。

(二) 基本原则

在文化主权视域下,文物追索的基本原则选择至关重要。在该领域,素有文物“国际主义”和“国家主义”(或称“民族主义”)两种原则之争。其中,文物市场国大都奉行文物国际主义,认为文物属于全人类共同文化遗产的组成部分,无论来源地或所在地为何,国际文物的自由贸易应当得到保障;^⑧而文物资源国则多主张文物国家主义,认为文物本身包含特定民族特征或国家利益,无论文物位于何处或归谁所有,国家均有限制其出口或要求返还的权利。^⑨两种主义针锋相对,主导着文物返还的不同实践。^⑩

在文物国际主义者看来,任何有价值的文化都不是孤立存在的,不断受外来文化的影响和塑造。如作为多元文化融合的产物,应重视石窟寺本身的文化含义,而非为之命名的统治力量。^⑪这一主张借文化的国际交流与传播之名作为历史上破坏和走私贩运文物的行为作辩护,企图为西方博物馆非法收藏文物正名。2002年欧美著名博物馆联合发表的《环球博物馆宣言》即以文物国际主义为依托,通过创设所谓“环球博物馆”的概念,^⑫为继续占有和收藏历史上劫掠自其他国家的文物提供合法性依据,不利于国家文化主权

① B. Hollander, *The International Law of Art for Lawyer, Collectors and Artists*, 1959, p. 21.

② 陆建松:《文物灾难备忘录:当代中国文物犯罪与防治》,第27页。

③ See Evelien Campfens, “Whose Cultural Objects? Introducing Heritage Title for Cross-Border Cultural Property Claims,” 67 *Netherlands International Law Review* 257 (2020).

④ 詹宁斯、瓦茨修订:《奥本海国际法》第一卷·第一分册,王铁崖等译,北京:中国大百科全书出版社,1995年,第328—329页。

⑤ See Robert Peters, “Nationalism Versus Internationalism: New Perspectives Beyond State Sovereignty and Territoriality in the Protection of Cultural Heritage,” in Anne-Marie Carstens and Elizabeth Varner (ed.), *Intersections in International Cultural Heritage Law*, Oxford University Press, 2020, pp. 364-388.

⑥ 参见《保护和促进文化表现形式多样性公约》第2条第2款。

⑦ 习近平:《在庆祝中国共产党成立100周年大会上的讲话》,《求是》2021年第14期。

⑧ See J. H. Merryman, “Two Ways of Thinking About Cultural Property,” 80 *The American Journal of International Law* 831 (1986).

⑨ 参见王云霞、黄树卿:《文化遗产法的立场:民族主义抑或国际主义》,《法学家》2008年第5期。

⑩ See J. H. Merryman, “The Free International Movement of Cultural Property,” 1 *New York University Journal of International Law and Politics* 31 (1998).

⑪ James Cuno, *Who Owns Antiquity? Museums and the Battle over Our Ancient Heritage*, Princeton University Press, 2011, p. 92.

⑫ 参见霍政欣:《追索海外流失文物:现状、难题与中国方案》,《法律适用》2017年第20期。

的实现。^①

文物国家主义者认为,文物是特定民族与国家的文化印记与历史存证,各民族与国家对其创造的文物享有所有权,这是不容剥夺的权利。随着20世纪中后期文物流出国文化主权意识及民族自信心的提高,要求西方返还被劫掠及非法出口文物的呼声愈加高涨,不论是国际法,还是国内法,抑或社会舆论与公众意识,均向更加公平正义的方向发展。昔日的丛林规则已被摒弃,曾被人撕裂的文物的民族性正在逐渐得到恢复。文物国家主义在当代取得优势地位,其必然性源自文化主权、矫正历史上的不法行为和恢复国际正义,^②还在于符合文物保护的属地原则,不仅有利于确保文物在其形成的原始环境下受保护,恢复文化完整性和历史本来面目,还可以更全面地展示、教育和开展科学研究。

需要强调,在人类进入全球化的当下,国际主义与国家主义绝对的“二分法”已不合时宜,两者并非不可调和。在尊重国家主义的前提下,国际主义可以为促进国家间的沟通合作、共同保护与共享文物发展红利提供便利,有助于增进人类文明交流互动和相互尊重,是对前者的有益补充。^③就我国文物保护与流失文物追索而言,博物馆间的跨国协作尤为重要:一方面,近代对中国进行考古研究的外国学者和博物馆留下了大量第一手研究成果,这为我国开展数字采集和复原提供必要的信息和数据支撑。^④另一方面,博物馆间的相互信任可进一步为文物返还开辟道路,促使海外博物馆积极承担文物返还的法律和道义责任。^⑤

进而言之,人类命运共同体理念为我国在坚持国家文化主权的基础上,将国际主义的有益元素融入国家主义,系统推进文物追索和推动国际文物治理体系改革提供了有力的价值引领。细言之,人类命运共同体不仅强调对作为独立个体的国家及其主权的尊重,反映了对文化多元性的认可;亦认可国家在国际关系中互相依存,体现了多元文化之间交流互鉴的需要。在人类命运共同体的统摄下,文物国家主义和国际主义形成了辩证统一:前者反映了各国保护本国、本民族文化利益的需要,后者体现出保护这些利益在整体上有利于人类文明的永续发展。二者又交互作用,民族主义在文化主权以及力求保障真实完整的文化安全、促进文物与原生生态互动等方面表现得更为切近和突出;而从推动人类文明永续发展的最终目标来看,国际主义则成为民族主义的有益补充:只有在民族主义的原则下推动文物国际交流与合作,才能使不同文明得到充分尊重和平等保护,使之各自绽放出的独特光芒在交流互鉴中交相辉映。由于人类命运共同体理念已被写入我国《宪法》序言,^⑥成为指导我国涉外法治建设的最高法律原则,我国追索流失文物和推动改革国际文物治理体系,理应以之为指引。

综上所述,在坚持文化主权原则的基础上,我国追索海外流失文物应秉持人类命运共同体理念,从文物原属国的文化权利出发,坚持以文物国家主义为立足点,充分发挥国际主义的积极功能,使之成为文物返还创造条件。

(三) 具体路径

在上述基本立场与原则的指引下,我国应尽快制定和实施文物追索战略规划,坚持统筹推进国内法治和涉外法治,不断完善国内法律制度,积极参与国际规则的制定、完善与改革,为构建文物追索返还国际新秩序贡献中国智慧。

① See Robert Peters, "Nationalism Versus Internationalism: New Perspectives Beyond State Sovereignty and Territoriality in the Protection of Cultural Heritage," in Anne-Marie Carstens and Elizabeth Varner (ed.), *Intersections in International Cultural Heritage Law*, Oxford University Press, 2020, pp. 364-388.

② See B. Hollander, *The International Law of Art for Lawyer, Collectors and Artists*, 1959, p. 21.

③ James A. R. Nafziger, "Cultural Heritage Law: The International Regime," in *Centre for Studies and Research in International Law and International Relations-The Cultural Heritage of Mankind*, Académie de droit international de La Haye and Koninklijke Brill NV, 2014, pp. 145-247.

④ 参见孙迪编著:《天龙山石窟:流失海外石刻造像研究》,北京:外文出版社,2004年,第1页。

⑤ 如龙门石窟看经寺浮雕罗汉像的回归就是通过博物馆间的合作来实现的。2001年4月,经双方友好协商,加拿大国家美术馆在充分了解文物被盗的背景及其重大的历史文化价值后,决定将其无偿返还中国。参见《流失文物的“回家路”(文明之声)》,人民网, <https://baijiahao.baidu.com/s?id=165286633303429733&wfr=spider&for=pc>.

⑥ 参见《中华人民共和国宪法》序言。

第一,应尽快开展流失海外中国文物的来源调查,尤其是历史上因殖民、战争和文化考察而流失的文物,形成此类流失文物专项数据库,明确提出所有权主张的法律依据。细言之,在文物调查方面,由于不同时代的造像、壁画成品风格各异、特征多元,加之市场存在大量仿制品,文物来源不易辨明。因此,调查不能仅停留在表面的文化联系,而应以文献史料为支撑,通过广泛调查、实地考察、科学研究,提高文物辨明的准确度。以石窟寺文物为例,我国应在已开展的全国石窟寺专项调查的基础上,将海外流失石窟寺文物数据与国内数据库相匹配,从而对流失文物进行有效定位和溯源。此外,还可与相关国家、博物馆和国际数据库相连接,实现信息共享,既能充实文物来源,也可作为判定文物持有人和交易商是否履行尽职调查义务的根据。

在法律依据上,自20世纪初期,尤其是20世纪30年代以后,文物的盗凿和出口已被我国法律定性为违法行为,但在所有权问题上,由于彼时立法规定并不明确,所有权的模糊规定对我国对外提出返还请求构成挑战。因此,我国在个案中须进一步调查和搜集可以佐证文物所有权的立法、文件和档案记载,确保具备充分、有效法律支撑,由适格主体提出文物返还主张。

第二,根据文物持有人法律地位的差异,制定有针对性的追索策略。具体而言,博物馆、图书馆等公共机构公开藏品信息较多,文物追踪难度较小,对于通过“文化考察”或直接向古董商“订购”而取得的文物,外国博物馆及其主要负责人均直接或间接地参与文物的盗掘和贩运,难以主张善意,我国在追索时既应强调此类行为的非法性,又要从道德层面施压,促使其主动退藏并返还文物。对于近年来通过市场收购并作为普通藏品纳入馆藏的文物,博物馆并非文物非法贩运的直接参与者或第一手持有人,其可能以收购时存在善意且文物所有权已通过市场交易发生转移为由抗辩。^①对此,我国可在协商合作基础上要求博物馆开展文物来源调查,对存在所有权瑕疵的文物鼓励博物馆主动返还。

对私人持有文物的追索则面临文物数量庞大、线索繁杂、追踪难度大等难题,通常仅当文物出现在公开市场或持有人信息明确时,才可展开追索。我国可主要从已知文物持有人是否履行尽职调查义务入手,对参与来源不明文物交易的持有人予以信用风险警示。^②对于善意购买人,可通过给予适当补偿或政策鼓励等方式,促使其主动返还文物。总而言之,文物追索策略选择应以事实为支撑,以增进对话和交流为必要考量因素,从民族情感和文化遗产角度出发,对博物馆和文物持有人晓之以理,尽量避免在法庭上“兵戈相见”。

第三,将流失文物追索纳入统筹推进国内法治和涉外法治的系统工程,完善国内法律制度,积极参与国际法规则改革,为文物追索创造更加公正合理的国内和国际法律环境。当今世界格局处于大发展大变革大调整时期,以习近平同志为核心的党中央从统筹国内国际两个大局的战略高度谋划,将“统筹推进国内法治和涉外法治”确立为新时代全面依法治国必须做到的“十一个坚持”之一,为我国运用法治方法应对百年未有之大变局,稳步推进和平发展以及妥善处理与外部世界的关系指明了方向。^③在此背景下,我国追索流失海外文物,一方面要在国内法治体系内谋划,加快文物法治体系建设,另一方面要积极参与国际法治建设,做国际文物治理体系的参与者、推动者、引领者。

在国内法治建设上,文物法治体系是融合立法、执法与司法多层次的治理体系,是维护国家文化主权安全,提升国家文物治理能力的应有之义。在立法层面,我国应进一步完善对尚未发掘的考古类文物国家所有权制度,将非法发掘文物以及合法发掘但非法占有文物定性为被盗物,并与相关国际规则相衔接。^④

① 参见冯莎、张志培:《掠夺与归还:西方争议性遗产的伦理困境》,《学术月刊》2021年第11期。

② Patricia Youngblood Reyhan, "A Chaotic Palette: Conflict of Laws in Litigation between Original Owners and Good-faith Purchasers of Stolen Art," 50 *Duke Law Journal* 955 (2001).

③ 参见王晨:《习近平法治思想是马克思主义法治理论中国化的新发展新飞跃》,《中国法学》2021年第2期。

④ 如“1995年公约”第3条第2款规定:“在本公约中,非法出土或合法出土但非法持有的文物,只要挖掘所在国的法律定为盗窃,即应视为盗窃物。”2011年联合国教科文组织和国际统一私法协会联合发布的《未发掘文化财产的国家所有权的示范条款》第4条也有类似条款设计。

此外,对于被盗物的善意取得和时效制度,我国民事法律尚付阙如,已有司法实践仅通过当然解释将之排除在善意取得制度外。^①因此,我国法律应明确规定,对国有文物不适用善意取得;对历史上的流失文物,保留国家对之提出追索的权利,有关请求不受法定时效限制等。^②

在执法层面,我国近年来在打击文物贩运犯罪方面已取得显著成效,^③但随着文物盗掘和跨境贩运犯罪案件日益复杂化,我国执法机关未来应重点推进重要考古遗址和偏远地区文物安全保障工程,严格实施文物进出境审核制度;加强文物执法合作,建立无缝衔接的文物执法网络。

在司法层面,随着跨国文物追索实践的发展,原属国法院在处理跨国文物追索案件中的作用不断显现。^④作为重要的文物流出国和文物大国,我国法院应着力提高处理跨国文物追索案件的能力,通过积极妥当行使国际民商事管辖权、^⑤完善文物证据认定规则和法律适用规则、规范文物来源调查及鉴定方法和推动国际文物司法合作等手段,促进跨国文物追索纠纷得到公平合理的解决。

在国际法治建设上,现阶段正处于国际文物治理体系变革的关键期,^⑥便利文物返还原属国日益成为一项重要的国际共识,^⑦我国应抓住机遇,深度融入国际文物治理和文物返还国际秩序重塑的历史进程。一方面,更加积极地参与国际规则的改革和完善,阐明中国立场和主张。首先,在现有公约框架内,应注重提升公约执行力度,利用国际协商机制和国际软法规则推动公约内生性缺陷的弥合和完善。^⑧其次,通过提请联合国教科文组织注意历史上因“文化考察”而流失的文物在追索上的困境和挑战,引导缔约国关注历史遗留问题,主张对具有重大历史文化价值的文物返还不受公约溯及力和时效等非必要限制,倡导平等互惠基础上的文物返还合作。最后,我国应引领国际规则制定与谈判进程,打破西方国家在国际规则制定上的主导权,提出充分反映原属国诉求且能平衡原属国与市场国利益的国际规则,进一步提升我国在文物返还领域的国际话语权。

还需强调,我国应充分依托“一带一路”倡议,推动沿线国文物返还与保护合作。作为各民族文化交融互动的历史见证,丝绸之路上的文化遗产将沿线国的多元文化再次串联起来。因此,在“一带一路”的宽广平台上,我国应大力构建包括文物保护、交流以及文物追索返还在内的多层次人文合作机制,以文物促民心相通,着力推动沿线国家进入各方共同参与国际文物治理、多赢互惠的发展轨道。此外,我国还可通过教科文组织平台,在文化领域发展与“一带一路”相融合的合作项目与国际条约,使古丝绸之路上的文人往来在新的时代背景下重焕生机。^⑨

四、结语

文物是中华民族的历史文化之根,也是中国文化主权的重要表现。近年来,随着综合国力的增长和文化主权意识的提高,我国已将追索流失文物提升到前所未有的高度。特别是石窟寺文物,因流失背景特

① 参见福建省大田县吴山乡阳春村民委员会、福建省大田县吴山乡东埔村民委员会与奥斯卡·凡·奥沃雷姆、设计及咨询私人有限公司、设计咨询奥斯卡·凡·奥沃雷姆私人有限公司物权保护纠纷案,福建省三明市中级人民法院(2015)三民初字第626号民事判决书。

② 当前正在进行第六次修订的《文物保护法》在征求意见稿中纳入了国家保留收回历史上被盗或者非法出口文物的权利,对于从石窟寺中盗窃并非法出境的中国文物不受绝对时效限制。参见《国家文物局关于向社会公开征求〈中华人民共和国文物保护法(修订草案)〉(征求意见稿)意见的通知》,中国政府网, http://www.gov.cn/xinwen/2020-11/11/content_5560460.htm。

③ 徐秀丽:《新一轮全国打击防范文物犯罪专项行动 侦破文物犯罪案件 2704 起 追缴各类文物 6.1 万件》,国家文物局网站 http://www.ncha.gov.cn/art/2021/12/14/art_722_172305.htm。

④ Lorna Gillies, "The Contribution of Jurisdiction as a Technique of Demand Side Regulation in Claims for the Recovery of Cultural Objects," 11(2) *Journal of Private International Law* 295 (2015).

⑤ 参见霍政欣:《全球治理体系中的国内法院》,《中国法学》2018年第3期。

⑥ 如“1970年公约”第六届缔约国大会提出起草《预防和打击文化财产非法贩运的示范法》、修改《国际文化财产商职业道德准则》等。See C70/21/6.MSP/3, C70/21/6.MSP/7.

⑦ 参见霍政欣、陈锐达:《跨国文物追索:国际私法的挑战及回应——从“章公祖师肉身坐佛案”展开》,《国际法研究》2021年第3期。

⑧ 参见何志鹏、申天娇:《国际软法在全球治理中的效力探究》,《学术月刊》2021年第1期。

⑨ 参见中国国际私法学会课题组:《习近平法治思想中的国际法治观》,《武大国际法评论》2021年第1期。

殊、历史文化价值重大，其命运更是得到社会各界的广泛关注，它们理应成为中国未来追索海外文物的着力点。此外，西方列强“文化考察”和“考古搜索”对包括中国在内的广大亚非拉国家的文化主权和文化遗产造成了广泛的破坏，产生了难以估量的深远影响，因此，中国追索海外流失文物、参与国际文物治理体系改革，不仅旨在维护本国文化主权和利益，也是发挥负责任大国角色，促进人类文明共同进步的必然要求。

随着中国特色社会主义进入新时代，我国的国际地位大幅提高，国际影响力显著增强。在此背景下，我国在文物追索领域大有可为：一方面应通过加强国内文物治理体系建设，不断夯实文物追索基础，提升文物追索能力；另一方面应更加积极地参与国际规则的制定与完善，推动国际文物治理体系改革，为推动构建文物追索返还国际新秩序贡献中国智慧和方案。

（本文为“研究阐释党的十九届四中全会精神”国家社科基金重大项目“我国法域外适用法治体系构建研究”（项目批准号：20ZDA031）的阶段成果）

（责任编辑：天竞 编辑：王鑫）

Jurisprudential Thinking on Cultural Property Recovery from the Perspective of Cultural Sovereignty

——Based on China's Lost Cultural Property from Cave Temples

HUO Zhengxin, CHEN Ruida

Abstract: Under complicated and unique history background, the loss of China's cultural property overseas around the 1920s, especially those from cave temples, not only constitutes the infringement of cultural sovereignty of China, but also brings a series of legal obstacles to the international cultural property recovery. At the domestic level, the lack of evidence for the origin of cultural property, the ambiguity of the legal basis for ownership, and the modern civil law system have posed obstacles to the claim for cultural property. The non-retroactive effect, limited scope of application, flawed design and insufficient enforcement of current international conventions, also fail to provide adequate support for the recovery of cultural property at the level of international law. China should adhere to its cultural sovereignty in the recovery of lost cultural property, with the idea of building a community of shared future for mankind. Through strengthening the investigation of cultural property lost overseas, the basis for recovery could be clarified. It's also important to develop recovery strategies based on the legal status of various holders. By taking the international cultural property recovery into a coordinate approach to promoting the rule of law at home and in matters involving foreign elements, to improve the rule of law system through legislation, law enforcement and judicial procedure, and to take active participation into the reform of international norms, the formation of a new international order favoring the restitution of cultural property can be eventually achieved.

Key words: cultural sovereignty, cultural property recovery, legal dilemma, cave temples