

# 流失文物追索的法律适用问题研究

沈子琦

华东政法大学国际法学院, 上海

收稿日期: 2023年8月24日; 录用日期: 2024年1月4日; 发布日期: 2024年1月12日

## 摘要

国际民事诉讼是流失文物追索的重要途径, 如何确定法律适用规则是文物追索诉讼的核心问题。本文聚焦于文物追索领域的法律适用问题, 界定流失文物的概念以明确研究对象, 并对文物追索领域的三个法律适用规则进行利弊分析, 进而明晰我国当前文物追索领域法律适用的困境: 我国尚未针对文物追索制定统一的冲突规范, 只能适用我国对于涉外动产纠纷的一般性规定, 在实践中面临着最密切联系原则难以应用、缺乏来源国法规则、意思自治空间有限、法律条文构成要件界定含糊而无法准确应用等问题。为此, 本文建议建立以文物来源国法规则为基础、兼顾经济补偿与“但书”两种措施的文物追索冲突规则, 以便更好地平衡文物追索方与善意购买人之间的利益关系, 为打通文物追索国内诉讼途径提供更为完善的法律规制, 从而促进我国文物返还工作的顺利实施。

## 关键词

流失文物, 跨国追索, 物之所在地法, 来源国法规则, 最密切联系原则

# Research on the Legal Application of Recourse for Lost Cultural Relics

Ziqi Shen

School of International Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Aug. 24<sup>th</sup>, 2023; accepted: Jan. 4<sup>th</sup>, 2024; published: Jan. 12<sup>th</sup>, 2024

## Abstract

International civil litigation is an important avenue for the recovery of lost cultural relics. Determining the applicable legal rules is the core issue in litigation concerning relic recovery. This article focuses on the legal applicability issues in the field of relic recovery, defining the concept of

lost cultural relics to clarify the scope of the study. It also conducts a comparative analysis of three legal rules applicable in relic recovery, highlighting the dilemma faced by China's current legal application in relic recovery: the absence of unified conflict norms specifically addressing relic recovery. Currently, China can only apply general provisions concerning foreign property disputes, leading to challenges in practical application due to difficulties in applying the principle of closest connection, lack of rules regarding the laws of the country of origin, limited space for autonomy, and ambiguity in defining legal provisions, making accurate application challenging. Consequently, this article suggests establishing comprehensive conflict rules for relic recovery based on the laws of the relic's country of origin, while considering both economic compensation and "proviso"-setting. This proposal aims to better balance the interests between relic recovery claimants and bona fide purchasers, thereby providing a more comprehensive legal framework to facilitate domestic litigation avenues for relic recovery, ultimately promoting the smooth implementation of cultural relic restitution efforts in China.

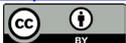
## Keywords

Displaced Cultural Relics, Transnational Recovery, Lexlocireisitae, Laws of the Country of Origin, The Doctrine of the Most Significant Relationship

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 引言

文物是一国国家历史和民族文化见证与传承的载体，反映了文明被传承与被保护的历史脉络[1]。文物的归属与国家的经济利益、文化主权和民族情感息息相关，其蕴含的特殊历史文化价值、经济社会意义以及独特的政治外交角色近年来日益凸显[2]。

文物的掠夺流失与追索是由来已久的国际性问题，因其具有复杂的历史原因，并面临国家间的现实利益冲突，长久以来备受国际社会关注。自古罗马时代开始，人类社会的大规模战争均伴随着文物的劫掠，难以计数的珍贵文物在战争中作为重要战利品被迫离开家园，流离辗转[3]。除了战争，非法文物偷盗、走私也是文物流失的重要原因。在相对和平的二战后至今，珍贵文物因走私而流失境外的数量并未减少，甚至呈上升趋势，国际艺术品市场每年均会接收到大量来源不明的“灰色”文物。和平时期的文物走私，已经成为除毒品外获利最丰厚的国际犯罪[4]，每年可产生超过数亿美元的利润[5]。文物的非法跨国流转交易已经成为严重危害文物来源国利益和文物天然归属的“毒瘤”，如何遏制珍贵文物的非法跨国流转、实现流失文物成功追索已经成为全球性的难题。

中国失散海外的文物不仅数量巨大，珍贵程度也难见其二，大量流失文物中不乏珍品孤品。新中国成立以来，我国积极地通过多种途径开展流失文物的跨国追索，其中民事诉讼途径虽面临一定的困难，但无疑是最具普遍性与可借鉴性的途径。而在流失文物跨国追索诉讼中，如何确定法律适用规则是影响案件成败的核心法律问题，因此对文物追索的法律适用规则进行分析研究极为重要。

## 2. 流失文物的界定

### 2.1. 概念厘定：“文物”和“文化财产”

在文物追索领域，有“文物”与“文化财产”两个概念，这二者通常作同义表述。为明确本文的论

述对象，此部分对两概念加以厘清。

“文化财产”(culture property)一词主要是指与特殊文化和历史的民族或国家有特定关系的财产，既涵盖了某些民族或国家以特殊文化方式体现和创造的各种文物与艺术品，也包括了可以反映早期人类文明的考古遗址，是不同于不动产、知识产权和个人财产、一类财产以外的第四类财产[6]。

1954年《关于发生武装冲突时保护文化财产的公约》(以下简称《1954年公约》)是首个定义“文化财产”的国际法文件，公约第1条将文化财产定义为“对每一民族的文化具有重大意义的可移动或不可移动的财产”。<sup>1</sup>

国际上相对公认的是1970年联合国教科文组织《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》)将文化财产定义为“每个国家，根据宗教或世俗的理由，明确指定为具有考古、史前史、历史、文学、艺术或科学价值的财产”。<sup>2</sup>

国际私法统一协会于1995年在《关于被盗或者非法出口文物的公约》(以下简称《1995年公约》)中将文化财产定义为“因宗教或者世俗的原因，具有考古、史前史、历史、文学、艺术或者科学方面重要价值，并属于本公约附件所列分类之一的物品”。<sup>3</sup>其附件一所指明该公约认定的文化财产具体门类及范围也与《1970年公约》罗列的基本一致，只是《1995年公约》第2条将文化财产表述为文物(culture objects)。

我国立法和实务界通常将文化财产称之为“文物”。我国《文物保护法》第2条采用广义的概念，包括文化遗址、历史建筑、艺术品、历史文献、历史实物等五大类，其中，前二类为不可移动文物，后三类属于可移动文物[2]。一般认为，文物与文化财产并无实质上的差别，只是前者较符合中国法律表述的习惯，而后者在国际法律文件中更为常见，两者在学术研究方面经常通用[7]。因本文着眼于我国流失文物追索法律适用问题研究及对策分析，故文中将统一采用“文物”这一称法。

## 2.2. “流失文物”之界定

在国际社会，流失文物尚无明确概念，其内涵因公约对“文物”以及流失方式规定的不同而不同。《1954年公约》是专门保护因武装冲突而遭到毁坏、流失的文物的公约，因此在该公约下，“流失文物”系指在武装冲突期间因盗窃、抢劫或侵占而从所占领主输出到其他国家的文物；根据《1970年公约》第2条和第3条的规定，可知“流失文物”是指违背公约规定而被以非法方式进出口到其他国家或以非法的方式转让财产所有权给外国人或组织的文物；《1995年公约》是关于文物的首个国际私法规范，公约规定的文物流失方式有两种：一种是盗窃；一种是非法出口。

根据我国《文物保护法》的规定，<sup>4</sup>我国对文物出境实行审核许可制度，国内文物只有经过合法程序方可出境，因此“流失文物”应指流失于境外且违反《文物保护法》非法出境的可移动的文物。中华抢救流失海外文物专项基金将流失文物界定为：1840年鸦片战争后到1949年新中国建立的一百年间，因战争劫掠、不平等交易以及盗掘、盗凿等不道德的和非法途径而流失海外的文物<sup>5</sup>(如表1)。

由此可得，流失文物是指因战乱、偷盗、非法出口等原因而流失到文物来源国境外的文物。就本文而言，本文探讨对象仅指因盗窃、非法出口等非法方式流失的文物，不包括战争流失文物。

<sup>1</sup> 《关于发生武装冲突时保护文化财产的公约》第1条。

<sup>2</sup> 《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》第1条。

<sup>3</sup> 《关于被盗或者非法出口文物的公约》第2条。

<sup>4</sup> 《文物保护法》第60条：第六十条 国有文物、非国有文物中的珍贵文物和国家规定禁止出境的其他文物，不得出境；但是依照本法规定出境展览或者因特殊需要经国务院批准出境的除外。

<sup>5</sup> 王俊宁：《流失文物回归路》，来源：<https://news.sciencenet.cn/sbhtmlnews/2014/3/284634.shtm>，2023年5月27日访问。

**Table 1.** Classification of displaced cultural objects of different periods**表 1.** 不同时期的流失文物分类

序号	时间	典型事件
1	鸦片战争期间	1860 年英法联军洗劫圆明园的文物
2	清末民初时期	清末民初时期民众为谋生倒卖出境的或个人的文物
3	日本侵华时期	日本帝国主义劫掠毁损的文物
4	改革开放以后	个人或组织为牟取暴利盗取并贩卖出境的文物

由此可得，流失文物是指因战乱、偷盗、非法出口等原因而流失到文物来源国境外的文物。就本文而言，本文探讨对象仅指因盗窃、非法出口等非法方式流失的文物，不包括战争流失文物。

### 3. 流失文物追索的法律适用规则分析

文物追索诉讼过程中的核心问题聚焦于原所有权人与善意取得人之间的权属之争。由于各国民事法律制度沿袭了各自的法律传统，在原所有权人与善意取得人之间应该优先保护哪一方利益的规定并不一致。一般而言，大陆法系国家倾向于保护善意取得人的利益，而普通法系则倾向于保护原所有权人的利益。此时，法院在裁判文物争议时的法律适用规则往往会决定案件的最终走向。因此，有必要对相关的法律适用规则深入分析。目前，国际社会文物追索所涉及的法律适用规则主要有：物之所在地法原则、来源国法原则和最密切联系原则。

#### 3.1. 物之所在地法原则

##### 3.1.1. 物之所在地法原则概述

物之所在地法是指物权关系客体物所在地的法律，是冲突法领域解决动产物权争议的重要规则[8]。该理论认为：涉及到关于动产物权关系的争议，应当适用该客体所在地的法律。正如一位英国法官曾言：“就货物转让而言，没有人应当质疑该动产所在地法的适用。”[9]流失文物追索诉讼涉及的标的物为动产，适用物之所在地法已成为国际私法上普遍接受的一项原则。然而在文物追索诉讼实践中，不同国家对“物之所在地”的解释并不一致，在文物流转过程中“物之所在地”会表现为“交易时文物所在地”和“诉讼发生时所在地”。

以英国和美国法院为代表倾向于适用“交易时文物所在地”，当案件仅存在一个交易所在地，英美法院对交易地理解一致，但是当案件中存在多个交易地，英、美两国的判例则存在分歧：英国法院偏向于适用最后交易地法；美国法院则倾向以第一位购买人是否获得所有权作为核心标准，采用第一次交易发生时的动产所在地法[10]。与美、英两国法院不同，法国法院则忽略文物先前的转手，强调以诉讼发生时标的物所在地法律作为案件准据法[7]。由此可见，尽管对“物之所在地”的理解有所不同，但许多文物市场国认可“物之所在地法”作为文物返还案件中重要的冲突规范。

##### 3.1.2. 适用物之所在地法原则之评析

###### (1) 适用物之所在地法原则的优势

第一，具有确定性、可预测性、可操作性。对当事人而言，随着交易或起诉行为的发生，适用物之所在地法原则意味着案件应当适用哪一个国家的法律亦随之确定，因而具有确定性与可预测性。而对法官来说，无需考虑当事人国籍，合同签订地等其他连结因素，仅需考量交易行为地或者诉讼发生时文物所在地的法律，可操作性强，方便裁断，且在世界范围内能够相对较好地实现“同案同判”，有利于维

护法律秩序的稳定。

第二，保障交易安全，促进文物流通。在当前的文物交易中，由于文物是非法出口或者被盗窃，大部分交易行为变成无权处分行为，文物的自由交易可能会因为上一个交易行为存在权利瑕疵而无效，从而阻碍交易的顺畅进行。这对善意购买人来说是极为不公平的，因为在交易时很难知晓文物转让人是否是无权处分，更不可能得知文物的原属国。而根据物之所在地法原则，货物的跨国流通不会因其在原先法律体系下的权利瑕疵而受阻，购买人仅需了解文物转让时交易地的法律，不必刻意调查文物所在地以外的法律来确保交易的安全性。适用该原则将增强购买人的交易信心，促进了文物交易市场的稳定性和安全性。

第三，符合主权管辖与礼让原则。英国学者佩克拉罗指出，物之所在地法原则通过允许国家决定位于其领域内的财产的法律适用从而促进了礼让原则的实现<sup>[11]</sup>。物之所在地法之所以能够长期成为确定动产法律适用的重要规则，很大程度上在于能够使动产所在地国对该动产的物权变动依照其法律进行有效控制，尊重该国主权。戴西和莫里斯认为，物之所在地法原则的适用，使得所在地国能对标的物进行有效的控制，而与标的物所在地法相冲突的判决通常不能发生法律效力<sup>[12]</sup>。在流失文物追索案件中，文物所在地的国家适用物之所在地法原则，使文物受到所在地的有效管辖，维护了文物所在地的权益。

#### (2) 适用物之所在地法原则的局限性

第一，削弱了文物来源国相关法律的效力。为保护本国重要文物不外流，许多国家都制定了特定的文物保护条款，包括限制文物转移的种类和清单、国家的优先购买权、文物出口管制等。尽管此类出口管制法是否属于公法尚有争议，但必须指出，一旦适用物之所在地法，意味着来源国的文物保护规则将无法适用，来源国相关文物保护法律的实际效力和作用将被大大削弱，长远以观不利于世界范围内各个国家和地区对所属民族文物的保护。

第二，“物之所在地”较难确定。由于动产的可移动性，文物在动产物权形成之日起就可能因买卖、被盗等原因在多个法域进行了流转，而在文物流转过程中则会出现多个时间点和中转地，具体适用哪个时间点的物之所在地存在争议<sup>[13]</sup>。正如前文所述物之所在地在司法实践中就包括交易时文物所在地和诉讼发生时物之所在地两种认定方法。

第三，间接助长了非法流失文物的漂白与非法交易。文物流失过程中往往会流转于多个国家，所有权会发生多次变更，而不同法系国家对原所有权人和善意购买人的举证责任、权利和义务分配存在显著差异<sup>[14]</sup>。一般而言，大陆法系国家立法倾向于保护善意购买人的利益，普通法系国家立法倾向于保护原所有权人的权利。在物之所在地法原则下，购买人控制着文物的整个流转程序，一旦发生争议，则案件所适用的法律实质上取决于文物交易买卖双方的合意和选择而非法官，双方可以自行选择适用的法律规则于己有利的交易地，进而购买人能够迅速合法获得文物所有权，而原所有权人则被排斥于整个交易之外，其权益难以获得保障。这将成为文物盗掘、非法走私、非法交易等一系列犯罪产业链的合法化缺口，助长非法流失文物的漂白和非法交易<sup>[15]</sup>，客观上加大了海外文物追索的难度。

第四，忽视了文物的特殊性。尽管物之所在地法原则适用于大多数商品交易产生的争议，但并不适合文物返还争议。文物不同于普通商品，其与来源国存在天然的情感-文化联系，与国家本体、传统、实践更是紧密联系在一起，是形成群体身份认同感和归属感的基础，这一联系应当在争议解决过程中得到考虑<sup>[16]</sup>。亦有学者所言，物之所在地法原则的机械适用排除了其在适用于艺术品这一特殊物品时与普通商品的差别，同时也无法将其与特定文化或国家间的密切联系与普通商品区别开来，这实际上等于贬抑了文物的真正价值<sup>[17]</sup>。

第五，容易导致实质上的不公正。在某些案件中，交易时文物所在地与案件的关联十分微弱，在这种情况下，如果仍然机械适用物之所在地法原则，极易造成实质不公。如在塞浦路斯诉哥登堡案中，争

议标的物在过境瑞士期间，卖家在瑞士机场的自由港出售给了买家，尽管看起来瑞士是本案中的交易时物之所在地，但正如法官在判决书中指出的那样，“瑞士与该争议的联系是暂时的、偶然的：买卖双方无一人为瑞士公民，该标的物从未进入瑞士商业渠道且事实上仅过境瑞士四天即被售出”[11]。因此，法官最终没有选取物之所在地法原则裁判本案。但必须指出的是，随着跨境文物及艺术品交易的日益频繁，类似本案的物之所在地与案件联系十分微弱的现象大量出现，在这一情况下，固守物之所在地法原则的弊端显然日益突出。

## 3.2. 来源国法规则

### 3.2.1. 来源国法规则概述

考虑到单一适用物之所在地法的局限性，国际法学界提出可以适用来源国法规则以改变机械适用物之所在地法的状况，从而平衡保护文物追索国和文物原所有权人的合法利益[18]。来源国法规则，又称原属国法规则(*lex originis*)，是指文物追索争议中以流失文物来源国的法律作为准据法的法律选择方法。

理论界和立法界有许多支持适用文物来源国法的观点和实践。西蒙·尼德斯(Symeon C. Symeonides)曾指出，当法律冲突发生时，最符合逻辑的法律选择应该是重大事件，如盗窃或其他非法出口发生时文化财产所在地的法律[19]。德里克·芬彻姆(Derek Fincham)也赞同适用文物来源国法，他认为“艺术品和文物对于人类的集体历史具有重要价值，文化财产与普通商品不可等同视之，适用物之所在地法解决文化财产返还争议并不合适”[20]。

1991年国际法学会巴塞尔会议上通过了《关于文化遗产保护视角下的国际艺术品买卖决议》(以下简称《1991年决议》)，首次主张文物追索争议适用来源国法。<sup>6</sup>但该决议只适用于“被认为是已经通过登记、划分或任何国际接受的其他公示方式确定为国家文化遗产”，因此非法流失文物的所有权争议无法适用该公约[21]。此外，《1995年公约》<sup>7</sup>、欧盟2014年通过的《关于返还从成员国境内非法转移的文物的2014/60/EU指令》(以下简称《2014/60/EU指令》)<sup>8</sup>均明确规定文物所有权争议适用文化财产来源国法。至此，文物来源国法的适用以区域或国际法律文件的形式确立，成为文物争议领域法律适用的一大创新。但必须注意的是，在上述几个法律文件之中，《巴塞尔决议》属于示范法，没有正式的法律约束力；《2014/60/EU指令》对欧盟成员国不具有直接适用性；《1995年公约》目前只有54个缔约国且多为文物流出国。<sup>9</sup>由此可以看出，在当前国际社会文物返还争议领域，来源国法的适用尚未成为普遍性的法律选择规则。

2004年，比利时最新修订的《国际私法典》第90条第一次以国内成文法的形式规定了来源国法规则[22]。《国际私法典》第90条规定，一国追索从该国境内非法流失的文物，适用该国法律，但在2种例外情形下可适用诉讼时的文物所在地法：(1) 该国法律不能对善意购买人提供保护且善意购买人选择适用诉讼时文物所在地法。(2) 文物的追索国选择适用诉讼时文物所在地法[23]。该立法例将来源国法与物之所在地法原则相结合，规定以适用来源国法为原则，适用物之所在地法为例外。一方面赋予请求国选择法律的权利，尤其是在请求国的法律制度不健全，但诉讼时物之所在地的法律更加完备的情形下，

<sup>6</sup>《关于文化遗产保护视角下的国际艺术品买卖决议》第2条：转让的艺术品若属于来源国的文化遗产，则其所有权应受该国法律支配。

<sup>7</sup>《1995年公约》第3条第2款：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。

<sup>8</sup>Directive 2014/60/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State and amending Regulation (EU) No 1024/2012 (Recast), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32014L0060>.

<sup>9</sup>Unidroit Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects (Rome, 1995)—States Parties, <https://www.unidroit.org/instruments/cultural-property/1995-convention/status/>.

更加有利于维护请求国的利益。另一方面充分体现利益平衡原则，既允许善意购买人选择适用诉讼时物之所在地的法律以维护其权益，又对善意购买人的这项法律选择权进行限制，仅在文物来源国的法律不能保护其利益的前提下方能实现。总体来看，该立法较为全面，不仅赋予来源国选择法律的权利，又注重对善意购买人权益的保护，具有较好的借鉴意义。

### 3.2.2. 适用来源国法规则之评析

#### (1) 适用来源国法规则的优势

第一，维护了文物来源国法律的效力。从自然法的角度出发，原所有权人依照本国财产法对动产享有的所有权不应因动产的跨境转移而失去救济。即，动产并不因为盗窃等未经所有权人授权的单方行为而丧失来源国财产法的保护，即使文物被擅自转运及贩卖到另一国，原始所有权人仍可通过本国法上的“盗赃物不适用善意取得”等制度要求现持有人返还。且文物是来源国孕育的特殊动产，与来源国的联系程度显然高于一般动产，来源国拥有最正当与合法的权利主张适用其本国的财产法为非法出口的文物提供保护。倘若因该文物处于境外就否认其受来源国财产法支配，对文物的国际保护显然不利。

第二，促进文物交易的安全性和透明性，抑制文物的非法贸易。来源国法规则有利于督促文物市场的购买人履行审慎义务，调查文物的来源是否正当，以保障交易的合法性，维护自身权益；该规则亦填补了采用物之所在地法会被恶意规避法律的缺陷<sup>[20]</sup>，更加全面地考量了文物原所有权人的利益和权利，即便不法分子将被盗文物转移至法律环境宽松、偏向于保护善意购买人利益的国家进行交易，也无法通过适用物之所在地法对非法获得的文物进行漂白。如此，文物交易的市场秩序得到规制，安全性与合法性有所保障<sup>[14]</sup>，国际文物流转将向更加透明化的方向迈进；同时亦会对不法分子形成直接威慑，间接抑制文物的非法流出，推动流失文物的返还<sup>[20]</sup>。

第三，体现了对文物特殊价值的保护。文物因具有与来源国天然的不可分割的特性而与其他普通动产相区别，其归属问题不仅是一个法律问题，更是有关道义，涉及民族尊严与情感的问题<sup>[24]</sup>。文物兼具“文化性”和“财产性”之特性，蕴含了一个国家、民族的文化成就、历史价值和民族信仰，体现了成员的共同的身份认同感和归属感。由此看来，文物来源国与流失文物有着更为紧密的关系，适用来源国法可以避免文物与原始的文化环境相脱离，避免单纯保护其财产价值而忽略其精神文化价值，尊重和保障了文物原属国的利益。

#### (2) 适用来源国法规则的局限性

第一，偏重于保护原属国的利益，忽视文物流入国法律的效力。文物经过数易其手，在时间、空间上与原属国联系的紧密程度其在不断下降，若无视这一客观事实，仍然盲目适用来源国法规则，本质上即承认了依照原属国法律拥有的所有权的效力高于依照其他国家民法所拥有的所有权，否定了在其他国家领土上依照该国法律合法进行的交易的效力，事实上削弱了其他国家法律的效力，甚至在一定程度上冲击了主权平等原则。

第二，忽视善意购买人的权益保护，有违公平正义的价值目标。由于文物来源国立法往往倾向于保护原所有权人的利益，如果盲目适用来源国法，忽视善意购买人在交易过程中尽到的勤勉义务，则存在优先保护原所有权人的嫌疑，可能导致争议文物一概返还其来源国，难以保障其他国家善意购买人的权益，这无疑与公平正义的价值目标相违背。

第三，来源国的判定存在争议。对于“来源国”的认定，存在文物原始生产地、文物原始创造人住所地或国籍地、文物原所有权人的住所地或国籍地等多种标准，目前国际社会尚未形成具体、统一的规则。西蒙尼德斯教授提出：“当文物由流出国转移到流入国时，某人依照文物流出国的法律可以被认定为所有权人，其对于文物的所有权等物权受到流出国法律的确认和保护，此处的文物流出国即为文物来

源国。”<sup>[19]</sup>此观点是目前学术界认定文物来源国的主流观点，但实践中的许多情形如果直接套用该规则来认定文物的来源国仍然存在不小的难度。因该定义强调两个关键点：第一，必须存在文物从一国非法流入到另一国的事实；第二，某人根据流出国法律对该文物享有所有权。实践中，非法流转至少包括战争劫掠，盗窃，非法出口等若干种形式，还大量存在一件文物历经几十年甚至上百年，辗转多个国家，最后来到诉讼时所在地的情况，且在这一漫长的流转过程中非法交易与合法买卖并存，情况十分复杂。在这种情形下，仅文物从一国非法流出所经过路径的认定就存在相当的难度，诉讼中主张自己为来源国的国家必须进行大量的调查，方能应对繁重的举证责任，但因为非法流转过程时间和空间跨度巨大，不仅举证成本高昂，还极易发生证据的灭失。同理，来源国的某人要举证证明自己是所有权人亦存在与上述相类似的挑战。

### 3.3. 最密切联系原则

#### 3.3.1. 最密切联系原则概述

最密切联系原则，是指在涉外民事诉讼中，除了当事人有权选择准据法的情形外，原则上应适用与该法律关系具有最密切联系的国家的法律<sup>[25]</sup>。这一原则要求需要全面分析双方当事人和本案法律关系的相关联结因素，选择最具密切联系的国家，进而适用该国法律。最该原则旨在改善僵化的法律选择规则，使准据法的适用更加灵活，推动实质公平的实现。在涉外文物追索领域，为软化连结点，使准据法的选择更加贴合案件的实际情况，最密切联系原则这一路径也已经在美国等国家的诉讼实践中得到应用。

随着国际文物与艺术品市场的发展，法学界越来越意识到，仅运用公法或私法手段很难解决文物所有权方面的争议。西蒙尼德斯教授主张，可以借助冲突规则和实体规则相结合的方式，通过适用带有实体法色彩的冲突规则解决这一类争议，而带有实体法色彩的冲突规则的核心就是“最密切联系原则”。教授进一步指出，在文物追索争议中适用最密切联系原则要分两步进行：第一步，确定当事人是否真实存在合法利益的冲突，即原始所有权人与善意购买人是否依照各自国家的国内法均对争讼标的物享有所有权。若根据文物流出国的国内法，原始所有权人享有所有权，根据文物流入国的国内法，善意购买人亦取得所有权，则进行第二步，法官应结合与案件有密切联系的联结因素，包括文物来源地、当事人住所地等，并考量善意购买人在交易时是否诚实守信，以及原所有权人在不知道财产下落的情况下是否履行了尽职调查义务。在综合考虑上述要素的情况下，则要以优先保护原所有权人为前提，适用与案件存在最密切联系的法律。这种注重实体正义、蕴含了一定价值判断的法律选择方法，正如西蒙尼德斯教授所说，并非纯粹的法律选择规则或实体规则，而是一种两者之间的综合，即“一种带有实体法色彩的冲突规则”<sup>[19]</sup>。

#### 3.3.2. 适用最密切联系原则之评析

##### (1) 适用最密切联系原则的优势

第一，最密切联系原则克服了适用物之所在地法原则和来源国法规则的弊端，使法院在流失文物追索准据法的选择更具灵活性，该原则促使与文物相关的各因素都得到充分考虑，法官亦能充分发挥主观能动性，根据自己的主观意志，结合案情、判例进行裁决。在这一准据法选择过程中，灵活性的优势得到充分展现，有效平衡保护了文物购买人和原所有权人的合法利益。

第二，最密切联系原则的适用以案件实质正义为指向，没有先入为主的利益倾向性，能够使准据法的选择更能满足公众对公平的期望。在海外流失文物案件中，与案件有密切联系的连接点包括文物来源国、文物交易地、文物诉讼时所在地等，而判断哪个联结因素与案件有着更加紧密的联系，两大法系有不同的标准。大陆法系发展出“特征性履行”理论，该理论的产生不仅在一定程度上限制了法官了肆意裁判，也实现了法律确定性、严密性和可预见性的目标，使得准据法的选择更加符合公平正义的社会期

望；英美法系国家通过分析每个连结点与案件的重要程度来确定准据法。两大法系国家根据本国实际均发展出不同的理论学说，判定案件的最密切连结因素，这些准据法选择方法的采用都能确保选择的公平合理，顺应了各国追求案件实质公平的价值取向。

#### (2) 适用最密切联系原则的局限性

最密切联系地的确定既需要由案情出发，也需要借助法官的主观裁量(包括与当事人的联系，又包括与相关地点的联系)。然而在裁判实践中并没有统一的标准判断哪一国家与涉案文物具有最密切联系，文物的原始产地、创造文物的作者住所地、作者的国籍国、抑或是持有该文物时间最久的占有人的住所地等似乎都与涉案文物具有紧密的联系[7]。由于最密切联系原则赋予了法官较大的自由裁量权，不同法官可能因对最密切联系地的理解不同，最终可能导致即便是同一案件，不同法官认定的最密切联系地完全可能不同[26]。裁判确定性、一致性和可预见性的降低是最密切联系原则运用于文物返还领域最突出的弊端。

由于缺乏明确的指引和标准，法院地法官通常会选择适用其熟悉的法院地法，特别是当诉讼一方当事人从情感上值得同情或法院地有着强烈的本位利益需求时，极易产生扩大适用法院地法的倾向，从而产生不合理的结果。而且该原则的适用操作复杂，对法官的要求高，在国际文物争议中适用有一定难度。

## 4. 中国流失文物追索法律适用存在的问题及建议

### 4.1. 中国流失文物追索领域的相关立法

目前，在文物保护与管理领域，我国已出台了《中华人民共和国文物保护法》(2017 修正)、《中华人民共和国文物保护法实施条例》(2017 年修订)、《国务院关于加强文物安全工作的指导意见》等一系列法律、规章和规范性文件。其中，《中华人民共和国文物保护法》(以下简称《文物保护法》)是文物保护立法的重点与核心。

自国内文物保护立法工作开展以来，我国立法者一直将工作重心放在国内文物的管理以及合理利用上。现行的《文物保护法》共八章——八十余条，然而条文中无一条有关流失文物追索的专门规定，更毋论针对流失文物规定专门的法律选择方法，可见立法者并未给予流失文物追索事宜以应有的关注。《中华人民共和国涉外法律关系适用法》(以下简称《涉外民事法律适用法》)及相关司法解释，也未针对文物追索问题作出任何专门性的规定。

在国际公约方面，中国先后加入了《1954 年公约》《1970 年公约》《1995 年公约》，但三个公约均未明确规定流失文物的法律适用问题，仅《1995 年公约》可间接推断出所适用的冲突规范是文物来源国法。

鉴于我国已加入的国际公约和我国国内文物保护立法均未针对文物追索规定统一的冲突规范，因此，流失文物追索诉讼由于没有特殊的冲突规则，只能适用我国对于涉外动产纠纷的一般性规定。关于涉外民事关系的法律选择，我国依《涉外民事法律适用法》及相关司法解释确定，而关于动产物权的涉外纠纷，适用该法第 37 条的规定。<sup>10</sup>

### 4.2. 中国流失文物追索法律适用存在的问题

最密切联系原则和来源国法规则在美国等国家被广泛采用，然而在我国当前文物追索领域的立法和实践中还未见其身影，司法实践中适用较多的仍是物之所在地法和我国法律。

<sup>10</sup>《中华人民共和国涉外民事法律适用法》第 37 条：当事人可以协议选择动产适用的法律。当事人没有选择的，适用法律事实发生时动产所在地的法律。

一方面,我国物权法未设定有关文物这一特殊动产的特别规则,十分不利于流失文物的追索与返还。另一方面,由于动产物权涉及取得、丧失、变更、转让等一系列问题,关涉动产所有权人的权益,由法律进行全面规定方可保障财产的交易安全性和社会稳定性,因此我国物权法领域理论界的主流观点仍是物权法定主义,反对物权自由主义。然而最密切联系原则更倾向于物权自由,赋予了法官较大的自由裁量权,要求在认定最密切联系这一条件时需考虑原所有权人、善意取得人、所有权转让的具体情形等诸多因素,而这与物权法定原则有较大出入,因而最密切联系原则在我国追索文物实践中并没有被广泛运用。

而来源国法规则作为文物追索领域一种较为新兴的法律适用规则,理论性较强,而在实践中实际运用的经验较少,尤其是我国并未适用过此规则以追索流失文物。但是其自身拥有其他两原则无法比拟的优势,因此应加强对这一规则的探索和研究,以弥补这一规则在流失文物追索领域的缺失。

此外,中国《涉外民事关系法律适用法》第37条创造性地将当事人意思自治引入物产涉外纠纷领域,仅在双方当事人未选择或未就法律选择达成一致的情况下,适用物之所在地法原则,并为“物之所在地”这一连结点增加了“法律事实发生时”这一限制。这种相对松动的物之所在地法原则,相较传统的物之所在地法原则来讲,更富有灵活性。但是在文物返还争议中,文物原所有权人倾向选择保护文物原属国利益的法律,例如英美法系的法律;而持有者倾向选择保护善意第三人利益的法律,例如大陆法系国家的法律。双方当事人处于激烈对立的立场,所在选择适用的法律时,双方能平心静气地达成一致、友好协商一致确定准据法的可能性比较有限,很大概率会出现法律选择僵局。最终,意思自治因没有自治空间而限制了文物追索诉讼的成功率。

此外,根据第37条的规定,当双方当事人无法协商一致确定准据法时,适用法律事实发生时动产所在地的法律。然而在文物流转过程中,往往会被多次转卖、拍卖,甚至还会被再次盗窃、走私,辗转流经多个国家和地区。那么,第37条规定“适用法律事实发生时动产所在地的法律”,此处的“法律事实”应当被解释为我国文物被偷盗出口的事实,还是流失文物现持有人通过购买、拍卖等方式取得文物的事实?对这一问题的模糊,意味着即使我国文物所有权人/追索方在我国国内提起文物追索诉讼,也存在适用相对不利的“文物漂洗地”法律的可能性,进而影响我国流失文物的成功追索。

### 4.3. 制定流失文物追索适用的特殊冲突法规则

我国作为文物流出国,采用来源国法规则解决文物返还争议,更有利于对外流文物的追索。但若不加区别地机械适用来源国法规则,可能会在完全倒向文物追索方的同时置善意购买人之利益于不顾,造成国际民事关系的失序。因此须设置辅助性规则,制定有例外的来源国法规则进行适用,以便更好地平衡多方利益主体的合法权益。关于如何设置例外,有两种思路可循。

#### 4.3.1. 综合来源国法规则与物之所在地法原则的组合规则

比利时国内法的具体规定便是这一思路的代表,即原则上以适用来源国法规则为主,但在满足特殊要件的特定情形下,赋予双方或单方当事人选择适用物之所在地法的权利。

意思自治是冲突法领域的一项重要规则。相较于适用其他规范,当事人显然更加认可由自己选择的法律,因此给予当事人在来源国法律不能保护善意购买人利益时协议选择法律的权利,最大限度兼顾到善意购买人的利益,但同时为避免完全由善意购买人选择法律而可能对原所有权人的利益造成损害,故要求双方须协商一致进行选择,以此求得对当事双方利益的平衡,保障法律适用的公平。同时为保障法律适用的确定性,将诉讼时文物所在地法的适用作为意思自治的选择内容予以规定。因为诉讼时文物所在地在司法实践中通常是明确的,不会出现诉讼时文物所在地不明的情形,并且极大地方便了法院判决的执行。

具体而言，对涉外文物所有权争议的法律适用规则采用以来源国法为原则，兼顾善意购买人利益的法律选择规则：优先适用来源国法；若来源国法无法对善意购买人提供保护、有损善意购买人利益时，允许当事人协议选择诉讼时文物所在地的法律。

#### 4.3.2. 综合来源国法规则与最密切联系原则的组合规则

最密切联系原则作为一种比较灵活的准据法选择原则，将其运用于文物追索诉讼时，法官通过综合分析案件具体情况确定最密切联系地及准据法，在分析中需要考虑的联系因素主要有文物来源地、交易所在地、当事人所在地和文物现在所在地等。已有少数国家将其引入到物权领域，例如1978年《奥地利联邦国际私法法规》总则第1条的规定，“与外国有连结的事实，在私法上，应依与该事实有最强联系的法律裁判。本联邦法规所包括的适用法律的具体规则，应认为体现了这一原则”[12]。该法规将最密切联系原则规定于整个法典的总则开头部分，使其成为一项基本准则，普遍应用于包括物权在内的各个领域。1971年《美国第二次冲突法重述》第244条规定，当事人之间动产权益转让的有效性和效力，可适用于当事人、动产就转让有最密切联系地方的法律[27]。由此可见，将最密切联系原则引入流失文物追索领域已有国际立法先例。

因此，可以采用原则上以适用来源国法规则为主，但在同时满足以下三种特殊情形时可适用最密切联系原则：a) 其他国家或地区比来源国与系争文物的联系更密切；b) 其他国家或地区的法律更有利于保护善意购买人；c) 系争文物原所有权人未怠于行使权利。即依据实际发现规则计算时效，时效的起算时间节点为原所有权人作为勤勉的追索方知道或应当知道系争文物具体的现所有权人和现所在地，能够开始采取有效法律措施来保护其合法权益的时间[19]。上述三个条件必须同时满足，缺一不可，否则不能推翻来源国法的适用。

相较而言，第一种思路比第二种思路的规则设置逻辑更为严谨，内容也更加具体和具有可操作性，不仅尽可能地实现对文物原所有权人权益的最大保护，尽量避免适用对其不利的准据法，同时也没有忽视善意购买人的利益，对于打击文物犯罪具有一定的积极意义。

综上所述，本文建议我国文物追索的法律适用规则可做如下规定：在处理流失文物追索诉讼时，如果流入国与我国之间不存在相关双边或多边条约，也未签订相关政策文件，则以适用文物来源国法为基本精神，即采用我国国内法。同时，兼顾保护文物流入国系争文物善意购买人的利益：一是经济补偿，在坚持文物来源国法原则性地位的前提下，明确规定文物追索方需给予善意购买人以合理的经济补偿；如判决文物归原所有权人所有，可要求原所有权人对善意购买人进行补偿，善意购买人就证明自己交易时的善意(包括取得方式、基本调查义务等)承担举证责任，补偿的具体金额为系争文物市场价格的20%至50%，文物市场价格可以适当参照专业文物鉴定机构的鉴定报告加以确定[2]。二是设置“但书”，指明同时满足在原所有权人怠于行使自身权利和现持有人的秉承善意购买了系争文物时，文物现持有人可主张适用诉讼时争议文物所在地法律。如，原所有权人在发现流失文物现持有人的具体身份后，五年内未要求现持有人返还的，或者要求返还遭到明确拒绝后五年内未提起诉讼或申请仲裁的，现持有人在证明自己为善意购买人后，可以适用诉讼时文物所在地法律。

## 5. 结语

文物是全人类共同的财富，遏制文物非法流转、推动流失文物返还，一直是近代国际社会的重要课题，离不开各国长期的协调与努力。近几十年，国际文物贸易空前繁荣，流失多年的文物重见天日，跨国文物追索案件层出不穷，且可以预见的是在未来相当长一段时间内，文物追索问题和争议仍将持续。

为妥善处理跨国文物争议，法律适用即成为跨国诉讼文物追索要解决的核心问题。当前文物追索领域的法律适用规范主要有三种类型：物之所在地法原则、来源国法规则、最密切联系原则。前述三种在国际社会的立法和实践中渐趋形成的原则与方法为文物追索争议的解决提供指引。

中国是文物流失大国且一贯致力于追索流失海外的文物，但我国尚未针对文物追索制定统一的冲突规范，只能适用我国对于涉外动产纠纷的一般性规定，在实践中面临着最密切联系原则难以应用、缺乏来源国法规则、意思自治空间有限、法律条文构成要件界定含糊而无法准确应用等问题。为此，有必要通过完善相关法律法规，构建专门的法律选择规则，以求促进我国流失文物的追索进程。

对此，本文建议建立以文物来源国法规则为基础、兼顾经济补偿与“但书”两种措施的文物追索冲突规则，可以较好地平衡我国文物追索方与善意购买人之间的利益关系，为打通文物追索国内诉讼途径提供更为完善的法律规制，从而促进我国文物返还工作的顺利实施。

## 参考文献

- [1] 荣煜. 跨国司法对话在追索流失文物中的作用研究[J]. 法大研究生, 2020(2): 428-442.
- [2] 程雨欣. 我国追索流失文物的冲突规则问题研究[D]: [硕士学位论文]. 上海: 上海财经大学, 2021.
- [3] Merryman, J.H. (2006) *Imperialism, Art and Restitution*. Cambridge University Press, Cambridge, 4-5.
- [4] Jote, K. (1994) *International Legal Protection of Cultural Heritage*. Juristförlaget, Stockholm, 118.
- [5] Forbes, S.O. (1996) *Securing the Future of Our Past: Current Efforts to Protect Cultural Property*. *Transnational Law*, 9, 235.
- [6] 王云霞. 文化遗产法学: 框架与使命[M]. 北京: 中国环境出版社, 2013: 3.
- [7] 霍政欣. 追索海外流失文物的法律问题[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2013: 29, 83, 86.
- [8] 韩德培. 国际私法新论[M]. 武汉: 武汉人民出版社, 2003: 188.
- [9] Carruthers, J.M. (2016) *Transfer of Property and Private International Law*. Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 186. <https://doi.org/10.4337/9781785361180>
- [10] Lyndel, V.P. (1990) *Problems of Private International Law for the Protection of the Cultural Heritage*. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 217, 255-264.
- [11] 林超越. 文化财产追索国际诉讼中的法律适用问题研究[D]: [硕士学位论文]. 武汉: 武汉大学, 2019.
- [12] 万鄂湘. 中华人民共和国涉外民事关系法律适用法条文理解与适用[M]. 北京: 中国法制出版社, 2011: 24, 266.
- [13] 胡梦如. 试析涉外文化财产所有权争议中的法律适用问题[J]. 河南财经政法大学学报, 2014, 29(4): 185-192.
- [14] 孙雯. 文化财产返还诉讼中的法律适用规则探析[J]. 文化产业研究, 2015(2): 169-180.
- [15] 郑银. 流失文物所有权冲突规则探析[J]. 法商论坛, 2010, 3(3): 101-102.
- [16] 刘琳. 被盗文物跨国流转所有权争议法律适用规则探讨——兼论《涉外民事关系法律适用法》第37条[J]. 时代法学, 2011, 9(1): 104-108.
- [17] Bakalarv, L.F. (2012) *Vavra and the Art of Conflicts Analysis in New York: Framing a Choice of Law Approach for Moveable Property*. *Columbia Law Review*, 112, 1055-1061.
- [18] Chechi, A. (2014) *The Settlement of International Culture Heritage Disputes*. Oxford University Press, New York, 90. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198703990.001.0001>
- [19] Symeonides, S.C. (2021) *A Choice-of-Law Rule for Conflicts Involving Stolen Cultural Property*. *Vanderbilt Law Review*, 38, Article 10.
- [20] Fincham, D. (2008) *How Adopting the Lex Originis Rule Can Impede the Flow of Illicit Cultural Property*. *Columbia Journal of Law and the Arts*, 32, 111-148.
- [21] Wantuch-Thole, M. (2015) *Cultural Property in Cross-Border Litigation: Turning Rights into Claims*. De Gruyter, Berlin, 247. <https://doi.org/10.1515/9783110355772>
- [22] Siehr, K.G. (2021) *Globalization and National Culture: Recent Trends toward a Liberal Exchange of Cultural Objects*. *Vanderbilt Law Review*, 38, 1067.
- [23] 梁敏, 单海玲. 比利时国际私法典[J]. 中国国际私法与比较法年刊, 2005(8): 559-606.

- 
- [24] 李玉雪. 文物返还问题的法律思考[J]. 中国法学, 2005(6): 97-112.
- [25] 陈卫佐. 当代国际私法上的一般性例外条款[J]. 法学研究, 2015, 37(5): 194-207.
- [26] 孟昭华. 特征性履行的尴尬——评《涉外民事关系法律适用法》第 41 条[J]. 福建江夏学院学报, 2013, 3(4): 51-58.
- [27] 马志强. 美国《第二次冲突法重述》中最密切联系原则评析[J]. 公民与法(法学版), 2010(5): 58-60.