

跨国文物追索诉讼的国家豁免问题

霍政欣 陈锐达*

摘要：国家豁免原则的立场选择是以国家为当事方的跨国文物纠纷能否诉诸司法裁量的关键。在国际条约无法适用和习惯国际法尚未成熟的情况下，一国法院原则上适用法院地国现行有效的国家豁免立场。在管辖豁免层面，性质标准构成跨国文物追索诉讼中涉诉国家行为是否符合商业行为例外的主要判定标准；征收例外则构成追索战时劫掠文物最常援引的豁免例外。在执行豁免层面，外国文物的可执行性取决于其是否用于商业目的，而司法免扣押制度则可以为外国借展文物提供特殊豁免保护。中国应将流失文物追索放在涉外法治建设的系统工程中加以推进，尽快制定体现限制豁免立场的综合性国家豁免立法，并在此过程中系统构建契合文物追索现实需要的国家豁免规则。

关键词：跨国文物追索 国家豁免 司法管辖豁免 执行豁免 涉外法治

引言

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，影响不可估量。^① 随着各国文化主权意识不断加强，越来越多的国家将文物视为与其身份和主权不可分割的构成要素，^② 通过立法和执法等手段不断提升文物保护水平，并积极追索非法流失文物。^③

跨国诉讼是追索非法流失文物最重要的法律手段。在此类诉讼中，国家具有不可替代的重要地位。由于大多数流失文物由其原属国主张所有权，因而国家在法理上是提起文物追索诉讼的最恰当主体。所以，在当代跨国文物追索诉讼中，特别是在胜诉案件中，文物原属国作为原告提起的诉讼最为常见；而非国家主体提起的此类诉讼，则很可能因主体资格问题遭遇法律障碍。例如，中国民间团体“欧洲保护中华艺术联合会”曾于2009年提起跨国诉讼，力图阻止佳士得拍

* 霍政欣，中国政法大学钱端升讲座教授、教育部长江学者特聘教授；陈锐达，中国政法大学国际法学院博士研究生。本文系“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”（课题批准号：20ZDA031）的阶段性研究成果。本文网络资源最后访问时间均为2022年7月10日。

① See James Cuno, *Who Owns Antiquity? Museums and the Battle over Our Ancient Heritage* (Princeton University Press, 2011), p. 92.

② Barnett Hollander, *The International Law of Art for Lawyers, Collectors and Artists* (Bowes and Bowes, 1959), p. 21.

③ Alessandro Chechi, *The Settlement of International Cultural Heritage Disputes* (Oxford University Press, 2014), p. 40.

卖行 (Christie's) 在巴黎拍卖圆明园青铜兽首, 但法国法院以该民间团体作为原告主体不适格为由驳回该诉讼。^① 事实上, 由于坚持国家豁免的绝对立场, 加之对海外诉讼存有顾虑,^② 中国政府通常不愿意在外国法院主动提起诉讼, 这构成中国文物追索实践中的一大难题, 亟待破解。

跨国文物追索诉讼涉及的国家豁免事项主要包括管辖豁免和执行豁免。首先, 国家行使和维护其文物所有权的行为属于主权行为,^③ 故无论是作为文物原属国的原告, 还是作为文物现持有国的被告, 一国法院在审理此类案件时均须考虑国家豁免原则对其管辖权的影响, 亦即管辖豁免事项。其次, 如果法院裁定其有管辖权, 在诉讼过程中或判决作出后, 往往会涉及作为国家财产的文物是否免受司法扣押或执行等强制措施的问题, 亦即执行豁免事项。

关于跨国文物追索涉及的国家豁免问题, 欧美学者已进行了较为充分的探讨, 并产出了丰硕的研究成果, 但相关研究大都从物流入国的视角切入。^④ 相形之下, 中国学者的研究成果仍基本停留在国家豁免基本问题和中国国家豁免制度的构建上, 从微观角度对跨国文物追索涉及的国家豁免问题进行的研究尚显不足; 以推进涉外法治建设为视角, 就如何破解国家豁免对中国追索海外流失文物构成的法律障碍展开的研究更付阙如。^⑤

有鉴于此, 本文以跨国文物追索诉讼的国家豁免问题为研究对象, 先对国家豁免在此类诉讼中的立场进行观察和总结, 梳理其历史演进脉络, 再对各国国内法院为解决国家豁免问题如何适用法律展开分析。随后, 本文对跨国文物追索诉讼涉及的管辖豁免与执行豁免事项进行系统研究, 并从统筹推进国内法治和涉外法治的维度提出中国未来在国家豁免问题上应采取的立场及其实现路径, 冀以解决长期困扰中国文物追索的国家豁免难题。

一 跨国文物追索诉讼国家豁免的基本立场演进

国家豁免原则的立场选择, 决定了一国国内法院可以在什么条件下对案件行使管辖权或采取执行措施, 进而决定文物追索实体争议能否诉诸司法, 并最终影响文物追索诉讼的结果。当前, 国家豁免原则整体呈现从“绝对豁免”向“限制豁免”演进的态势。如何在这两种立场中做出恰当选择, 成为平衡主权行为、私人财产权和有效司法救济的关键。^⑥

① 参见霍政欣:《追索海外流失文物的法律问题》, 中国政法大学出版社2013年版, 第79页。

② 参见谢新胜:《国家不宜提起诉讼追索流失文物》, 载《长江商报》2009年2月26日, “文化”版。

③ *Government of the Islamic Republic of Iran v. The Barakat Galleries Limited*, [2007] EWCA Civ 1374, para. 126.

④ See, e. g., Charlene A. Caprio, “Artwork, Cultural Heritage Property, and the Foreign Sovereign Immunities Act”, (2006) 13 *International Journal of Cultural Property* 285; Michael J. Bazylar and Seth M. Gerber, “Chabad v. Russian Federation: A Case Study in the Use of American Courts to Recover Looted Cultural Property”, (2010) 17 *International Journal of Cultural Property* 361; Riccardo Pavoni, “Cultural Heritage and State Immunity”, in Francesco Francioni and Ana Filipa Vrdoljak (eds.), *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law* (Oxford University Press, 2020), pp. 551 – 580.

⑤ 国内已有学者注意到跨国文物追索诉讼所涉国家豁免问题的特殊性与复杂性, 但相关研究限于对外国案件的引介, 尚未对中国追索海外流失文物涉及的国家豁免问题进行专门研究。相关代表性文献包括郭玉军主编:《国际法与比较法视野下的文化遗产保护问题研究》, 武汉大学出版社2011年版; 胡姗姗:《诉讼在纳粹掠夺文物追索中的适应性扩展——兼论诉讼追索日本掠夺文物的可行性及策略》, 载《江西师范大学学报(哲学社会科学版)》2020年第4期; 孙雯:《跨国诉讼追索流失文物的法律困境——基于查巴德诉俄罗斯政府案的分析》, 载《南京大学法律评论》2014年春季卷, 法律出版社2014年版等。

⑥ See Soledad Torrecuadrada García-Lozano, “La inmunidad del Estado y los bienes culturales”, (2015) 19 *Anuario de la facultad de Derecho de Madrid* 153, p. 175.

（一）绝对豁免论

19世纪末以前，各国立法和司法实践普遍遵循绝对豁免论。^① 依据绝对豁免论，除非国家明确同意，对该国及其财产提起的任何诉讼均不被允许。^② 作为国家主权身份的典型象征，战舰、公务船舶以及主权者的其他财产因而享有绝对豁免，免受他国管辖。^③ 但是，对于历史上沉没的军舰是否享有绝对豁免权，则素有争议。由于此类军舰维护国家主权安全、按照国家意志行动方面的功能业已丧失，而其文化、历史与考古价值日益增加，^④ 有观点认为，军舰自沉没之日起便不再以船舶的身份存在，不具备国际海事法上的功能和目的，故不应继续享有绝对豁免权。^⑤ 不过，英国、美国、荷兰和西班牙等传统海洋强国出于自身利益考虑，坚持主张其享有绝对豁免权。^⑥

例如在“梅赛德斯号（Nuestra Señora de las Mercedes）沉船打捞案”^⑦ 中，美国奥德赛公司（Odyssey）在直布罗陀海峡附近海域发现一艘沉没于1804年的西班牙海军护卫舰“梅赛德斯号”。在打捞到部分文物后，奥德赛公司向美国佛罗里达州坦帕市联邦地区法院提起对物诉讼，主张对沉船及打捞所获文物的所有权，或用之换取合理的打捞报酬。西班牙政府作为第三方参加诉讼，主张该船原为海军护卫舰，应依《联合国海洋法公约》享有绝对豁免权，^⑧ 故美国奥德赛公司无权打捞，且应在打捞该船后将之返还。地区法院支持了西班牙政府的主张，拒绝对该案行使管辖权，判令解除文物扣押并将之返还西班牙。^⑨ 奥德赛公司不服并提起上诉，但上诉法院援引美国2004年《沉没军事航行器法》（Sunken Military Craft Act），^⑩ 明确指出他国沉没军舰享有与美国沉没军舰相同的豁免保护，除非该国明示放弃，从而确立沉没军舰和政府船舶享有绝对国家豁免权的基本司法立场。^⑪ 值得注意的是，秘鲁政府也作为该案第三方参加诉讼。秘鲁提出，由于船上运载的金币等文物是在秘鲁制作、生产的，故其得以文物来源国身份主张所有权。不过，由于法院认为沉船及船货作为整体享有豁免权，故未考虑该主张。^⑫

由此可见，绝对豁免论对外国国家及其财产一概给予豁免。依据绝对豁免论，除非一国明确

① See Gamal Moursi Badr, *State Immunity: An Analytical and Prognostic View* (Martinus Nijhoff Publishers, 1984), p. 9.

② See Curtis A. Bradley, *International Law in the U. S. Legal System* (Oxford University Press, 2013), p. 228.

③ 黄进：《国家及其财产豁免问题研究》，中国政法大学出版社1987年版，第48—49页。

④ See Valentina Vadi and Hildegard E. G. S. Schneider (eds.), *Art, Cultural Heritage and the Market: Ethical and Legal Issues* (Springer, 2014), p. 228.

⑤ See Lucius Calfish, “Submarine Antiquities and the International Law of the Sea”, (1982) 13 *Netherlands Yearbook of International Law* 3, p. 32.

⑥ See Luigi Migliorino, “The Recovery of Sunken Warships in International Waters”, in Budislav Vukas (ed.), *Essays on the New Law of the Sea* (Sveucilisanaklada Liber, 1985), p. 251.

⑦ *Odyssey Marine Exploration, Inc. v. Unidentified Shipwrecked Vessel*, 657 F.3d 1159 (11th Cir. 2011).

⑧ 《联合国海洋法公约》第95条规定：“军舰在公海上有不受船旗国以外任何其他国家管辖的完全豁免权。”

⑨ *Odyssey Marine Exploration, Inc. v. Unidentified Shipwrecked Vessel*, 657 F.3d 1159 (11th Cir. 2011).

⑩ 依据《沉没军事航行器法》，在沉没时享有国家豁免的船舶，除非豁免权被正式放弃，该船舶仍属于船旗国的财产。See Sunken Military Craft Act of 2004, 10 U. S. C. § § 113 note, 1401 *et seq.*

⑪ Nicola Ferri, “The Right to Recovered Underwater Cultural Heritage: The Neglected Importance of Article 149 of the UN Law of the Sea Convention”, in Silvia Borelli and Federico Lenzerini (eds.), *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity: New Developments in International Law* (Martinus Nijhoff Publishers, 2012), p. 260.

⑫ *Odyssey Marine Exploration, Inc. v. Unidentified Shipwrecked Vessel*, 657 F.3d 1159 (11th Cir. 2011).

放弃，否则法院不得对以该国为被告或以该国财产为标的物的任何案件行使管辖权。进而言之，在跨国文物追索中适用绝对豁免论的结果是：对于以作为文物现持有者的外国为被告的案件以及以作为外国国家财产的文物为标的物的案件，法院均无管辖权。这必然对通过司法途径跨国追索文物构成重大法律障碍。

（二）限制豁免论

20世纪以来，政府愈加频繁地参与商业活动，但绝对豁免论使私人主体与国家在商业竞争中处于不平等地位，亦不利于国家的长远商业利益。在此背景下，限制豁免论应运而生。依据限制豁免论，一国以主权身份实施的行为应与私法或商业行为相区分，后者不享有豁免。^① 20世纪下半叶以来，限制豁免论逐渐取代绝对豁免论，成为各国立法和司法的主流立场。^②

在因战争或被殖民而被劫掠的文物的追索问题上，如果坚持绝对豁免论，原所有人及其继承人将难以借助司法途径伸张正义，战争对文物造成的损失将难以弥补。为此，1998年《关于遭纳粹没收艺术品的华盛顿会议原则》（Washington Conference Principles on Nazi-Confiscated Art）提出返还纳粹掠夺文物的一系列原则，^③ 其中包括：对于为解决此类文物所有权争议而专门设立的国家委员会或其他机构，各国法院有权对其作出的所有权决定予以司法审查，^④ 而不能因该决定有可能被认定为国家行为而拒绝提供司法救济，以此确保合法的返还请求受到保护。^⑤ 由此，限制豁免在促进返还纳粹掠夺文物中的作用得以显现。

近年来，限制豁免论已扩展运用于跨国文物追索实践。其中，美国司法实践尤其值得关注，“查巴德诉俄罗斯联邦案”（*Chabad v. Russian Federation*）即为典型案例。该案涉及一批在二战期间被苏联军方征收的犹太藏书和档案。二战结束后，美国犹太人组织“阿古达斯·查西迪·查巴德”（Agudas Chasidei Chabad，以下简称“查巴德”）多次向苏联政府提出返还请求，并在苏联解体后继续向俄罗斯政府主张文物所有权，但均遭失败。^⑥ 2004年，“查巴德”向美国加利福尼亚中区联邦地区法院起诉俄罗斯政府、俄罗斯国家图书馆和军事档案馆，要求返还文物，俄罗斯方面则依国家豁免原则提出管辖权异议，国家豁免事项因而成为决定该案结果的首要事项。^⑦ 美国政府多次向法院提交利益声明，指出法院行使管辖权可能对美俄关系造成影响，并建

① 参见〔英〕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，中国大百科全书出版社1995年版，第281页。

② Ernest K. Bankas, *The State Immunity Controversy in International Law: Private Suits against Sovereign States in Domestic Courts* (Springer, 2005), p. 73.

③ 为协助解决纳粹掠夺文物的相关问题，1998年12月3日，在美国华盛顿召开的“大屠杀时期财产返还问题”国际会议上，包括美国、英国、德国、法国、奥地利等国在内的44个国家签署了《关于遭纳粹没收艺术品的华盛顿会议原则》。该原则是与参会国就返还纳粹掠夺文物形成的共识和原则性安排，成为系统返还纳粹掠夺文物的国际软法依据。See Office of the Special Envoy for Holocaust Issues, “Washington Conference Principles on Nazi-Confiscated Art”, U. S. Department of State, <https://www.state.gov/washington-conference-principles-on-nazi-confiscated-art/>.

④ See *Washington Conference Principles on Nazi-Confiscated Art*, paras. 10, 11.

⑤ Erik Jayme, “Narrative Norms in Private International Law-The Example of Art Law”, (2015) 375 *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* 9, p. 35.

⑥ See Michael J. Bazzyler and Seth M. Gerber, “*Chabad v. Russian Federation*: A Case Study in the Use of American Courts to Recover Looted Cultural Property”, pp. 365-368.

⑦ 孙昂：《国家豁免案件的管辖权问题研究——在司法与外交复合语境中的探讨（上）》，载《国际法学期刊》2020年第4期，第4页。

议该案通过司法外途径解决,^① 但未被法院采纳。法院援引美国《外国主权豁免法》(Foreign Sovereign Immunities Act) 的征收例外, 驳回了被告的管辖权异议,^② 并判令其返还文物。^③

综上所述, 在跨国文物追索诉讼中采纳限制豁免论, 可以为文物原属人行使诉讼权利创造条件, 确保私人与国家在跨国文物追索诉讼中处于平等地位, 便利文物返还。采纳限制豁免论对于追索因战争或被殖民而流失的文物尤为重要。因为此类文物通常作为战利品由所在国政府所有, 或由其公共博物馆收藏,^④ 对其展开追索不可避免地触及国家豁免问题, 能否采纳限制豁免论因而成为能否通过司法途径展开追索并由此恢复国际正义的关键。

二 跨国文物追索诉讼国家豁免的法律适用问题

在跨国文物追索诉讼中, 一国法院如何处理国家豁免问题, 取决于其所适用的法律。在此问题上, 国际条约或习惯国际法通常具有优先适用的效力;^⑤ 如果没有可适用的条约或习惯国际法, 国家豁免事项因被识别为程序问题而适用法院地法。^⑥

(一) 国际条约

当前, 调整国家豁免事项的国际条约既包括普遍性国际公约, 也包括调整特定领域国家豁免问题的国际公约、区域或双边条约。^⑦ 因受其缔约国数量或调整范围所限, 后者适用于跨国文物追索诉讼的空间极其有限。^⑧ 普遍性国际公约则以 2004 年《联合国国家及其财产管辖豁免公约》(United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, 以下简称《联合国豁免公约》) 为代表, 其对国家豁免一般性事项的规定适用于跨国文物追索诉讼。该公约采纳限制豁免立场, 在肯定国家豁免原则的基础上规定了以商业交易为代表的诸项例外。^⑨ 虽然截至本文写作时, 《联合国豁免公约》尚未生效,^⑩ 但它对跨国文物追索诉讼的现实与潜在影响不容小觑。

① See, e.g., *Agudas Chasidei Chabad of United States v. Russian Federation, et al.*, Supplemental Statement of Interest of the United States, Civil Action No. 1: 05 - cv - 01548 - RCL.

② *Agudas Chasidei Chabad of United States v. Russian Federation, et al.*, 729 F. Supp. 2d 141, 143 (D. D. C. 2010).

③ 尽管如此, 为不影响两国关系, 特别是两国间的文物借展与交流, 法院强调, 不会直接执行美国境内与该案无关联的俄罗斯财产, 尤其是俄罗斯文物。关于此点, 本文第四部分再行详述。

④ Evelien Campfens, *Cross-Border Claims to Cultural Objects: Property or Heritage?* (Eleven International Publishing, 2021), p. 225.

⑤ Riccardo Pavoni, "Sovereign Immunity and the Enforcement of International Cultural Property Law", in Francesco Francioni and James Gordley (eds.), *Enforcing International Cultural Heritage Law* (Oxford University Press, 2013), p. 81.

⑥ James R Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law* (Oxford University Press, 8th edn, 2012), pp. 487 - 488.

⑦ 例如《联合国海洋法公约》《国际油污损害民事责任公约》《关于国家豁免的欧洲公约》等。

⑧ 孙昂:《国家豁免案件的法律适用问题研究——在司法与外交复合语境中的探讨》, 载《国际法研究》2021 年第 2 期, 第 6 页。

⑨ 王虎华、罗国强:《〈联合国国家及其财产管辖豁免公约〉规则的性质与适用》, 载《政治与法律》2007 年第 1 期, 第 34—35 页。

⑩ 公约目前仅有 28 个签署国, 其中仅有 22 个国家完成了批准程序, 尚未达到公约生效所要求的最低数量标准。根据《联合国豁免公约》第 30 条, 本公约应自第 30 份批准书、接受书、核准书或加入书交存联合国秘书长之日后第 30 天生效。See UNCTC, *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-13&chapter=3&clang=en.

在有关文化财产返还原属国的决议中，联合国大会多次提及《联合国豁免公约》对文物追索诉讼的可适用性，并鼓励各国加入该公约。^①事实上，由于该公约以联合国大会协商一致的方式通过，体现了各国普遍立场与共识，标志着国际社会在国家及其财产管辖豁免方面开始确立普遍性的统一规则，其对各国国内法和国际法的影响已经以强有力的方式展现出来。^②例如，奥地利、法国、意大利及日本等国在批准公约后，已颁布公约执行法或修订既有国内法以适应公约要求；公约的某些规则，例如商业行为例外及财产的执行豁免等还代表了制定国际统一规则及习惯国际法的发展趋势，影响广泛而深远。^③近年来，呼吁中国政府尽快批准该公约并完成从绝对豁免到限制豁免转变的声音也不断增强。^④因此，该公约对文物追索诉讼的影响值得高度重视。

还需指出，如果国际条约直接对缔约国施加了文物返还义务，因对国家豁免持不同立场而对跨国文物追索产生影响的问题可在一定范围内得到避免。例如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》（Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property，以下简称《1970年公约》）要求缔约国返还被盗自公共机构的藏品，该义务主要通过外交途径来履行。^⑤因此，无论采纳绝对豁免论，还是限制豁免论，对于公约适用范围内盗自公共机构的文物而言，缔约国均应承担返还义务。不过，《1970年公约》还规定，缔约国应在符合本国法律的情况下受理遗失或被盗文物的归还之诉。^⑥可见，对于被盗自非公共机构的文物返还，公约提供的司法救济事实上还取决于缔约国国内法。^⑦

此外，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》（UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects，以下简称《1995年公约》）虽将文物所在国法院管辖确定为文物追索诉讼的管辖权基础，^⑧但允许缔约国就提出文物返还请求的具体方式和程序作出声明，即允许采取除向本国法院起诉以外的其他程序，例如直接向其他主管机关提出请求、通过外交或领事途径请求返还等，缔约国有较大自主权。^⑨因此，如果跨国文物追索诉讼涉及国家豁免问题，仍须受制于法院地国在国家豁免问题上所持的立场。

综上，在国际条约层面，无论是调整国家豁免的普遍性国际公约，还是与文物返还有关的国际公约，均存在被直接适用以解决国家豁免事项的可能，^⑩但仍以公约对缔约国生效且与国内法所持立场相一致为限。

① 联合国大会多次通过《文化财产返还或归还原主国》的决议，参见 A/RES/61/52 (2006)，A/RES/67/80 (2012)，A/RES/70/76 (2015)，A/RES/73/130 (2018) 等。

② 张美榕：《〈联合国国家及其财产管辖豁免公约〉及其批准情形对中国的启示》，载《南京工业大学学报（社会科学版）》2013年第2期，第30页。

③ See Hazel Fox CMG QC and Philipa Webb, *The Law of State Immunity* (Oxford University Press, 3rd edn, 2013), pp. 472 - 476.

④ 参见《马一德代表：尽快制定符合我国国情的外国国家豁免法》，新华网，http://m.xinhuanet.com/2020-05/26/c_1126035895.htm；乔雄兵、郎雪：《我国国家豁免立法现状及展望》，载《长江论坛》2021年第5期；邵沙平：《〈联合国国家及其财产管辖豁免公约〉对国际法治和中国法治的影响》，载《法学家》2005年第6期等。

⑤ 参见《1970年公约》第7条。

⑥ 参见《1970年公约》第13条第3款。

⑦ 参见霍政欣：《追索海外流失文物的法律问题》，第143页。

⑧ 参见《1995年公约》第8条第1款。

⑨ 参见《1995年公约》第16条。

⑩ Soledad Torrecuadrada García-Lozano, “La inmunidad del Estado y los bienes culturales”, p. 156.

(二) 习惯国际法

在习惯国际法层面，基于互惠礼让以及对主权的尊重，国家豁免原则已被接受为一项国际共识和习惯国际法规则。^① 然而，由于各国对国家豁免的基本立场正普遍从绝对豁免论转向限制豁免论，且在现阶段呈现两者并存的状态，哪一种立场及其具体适用规则构成习惯国际法，^② 进而为各国法院提供明确的管辖权依据，目前尚难以判断。

以国际法院审理的“德国诉意大利案”为例，该案涉及的历史文化建筑维戈尼别墅（Villa Vigoni）位于意大利，但自1986年起由德国政府所有。^③ 2004年，意大利最高法院裁定其对纳粹受害者向德国政府提起的民事索赔诉讼有管辖权，进而引发一系列针对纳粹暴行的民事索赔诉讼。为保证赔偿判决的执行，意大利法院扣押了维戈尼别墅。2008年，德国向国际法院起诉，指称意大利法院的做法侵犯了其依习惯国际法享有的国家豁免权。意大利则主张，一国对其武装部队严重违反国际人权法的行为不享有国家豁免，这亦构成习惯国际法。^④ 国际法院认为，尽管德意两国均认可在本案中适用习惯国际法，但对习惯国际法范围的理解存在明显分歧。法院进一步认定，一国不能因被指控违反国际人权法而丧失豁免权，意大利的主张因缺乏充分的国家实践，尚不构成习惯国际法，意大利法院对德国政府及其财产无管辖权。^⑤ 可见，对于管辖豁免事项，尽管国家豁免的一般习惯国际法地位可以得到承认，但国家豁免的限制主义及其具体例外尚未构成习惯国际法，无法为管辖权提供明确具体的法律依据。

值得注意的是，该案判决生效后次年，意大利宣布加入《联合国豁免公约》，并通过立法明确排除其法院管辖针对德国在二战期间严重侵犯人权行为的民事索赔案件。^⑥ 但意大利宪法法院随后裁定，这一立场侵犯了任何人享有的为保护自身权益提起诉讼的宪法权利，构成违宪。^⑦ 此后，意大利法院重启对德索赔相关案件的审理。2022年4月，德国再次以国家豁免权受到侵犯为由向国际法院起诉意大利。^⑧ 尽管现阶段尚无法准确预判国际法院对意大利宪法法院的裁定是否违反国际法将如何裁判，但上述发展动态表明，国家豁免的有关例外在某些国家已引发合宪性

① Ernest K. Banks, *The State Immunity Controversy in International Law: Private Suits against Sovereign States in Domestic Courts*, p. 42.

② 参见孙昂：《国家豁免案件的法律适用问题研究——在司法与外交复合语境中的探讨》，第26页。

③ Andrzej Jakubowski, “Cultural Property under the Threat of Seizure: (Re) Defining the Limits of State Immunity in the Face of International Crimes”, (2013) 18 *Art Antiquity and Law* 7, p. 10.

④ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece intervening)*, Judgment, I. C. J. Reports 2012, p. 124, para. 58.

⑤ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece intervening)*, Judgment, I. C. J. Reports 2012, p. 139, para. 91.

⑥ See UNTC, *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-13&chapter=3&clang=en; Law No. 5 of 14 January 2013 Accession of the Italian Republic to the United Nations Convention on the Jurisdictional Immunities of States and their Property, done at New York on 2 December 2004, as well as rules of adaptation to the domestic legal system.

⑦ Italian Constitutional Court, Judgment No. 238/2014, 转引自 *Questions of jurisdictional immunities of the State and measures of constraint against State-owned property (Germany v. Italy)*, Application instituting proceedings and request for the indication of provisional measures, 29 April 2022.

⑧ *Questions of jurisdictional immunities of the State and measures of constraint against State-owned property (Germany v. Italy)*, Application instituting proceedings and request for the indication of provisional measures, 29 April 2022.

争议，国内法院的实践正为新的习惯国际法的形成积累国家实践。

在执行豁免层面，一国位于他国财产免受该国法院司法管辖和强制执行已被广泛接受，尤其是对于国有文物的司法扣押豁免问题，相关习惯国际法正在形成。^① 例如用于非商业目的的国有文物或具有重要意义的借展文物免受法院执行，已在一些国家的司法实践中被援引为习惯国际法，成为法院裁判的依据。^② 欧盟委员会2013年通过的《关于国有文化财产管辖豁免的声明》(Declaration on Jurisdictional Immunities of State Owned Cultural Property)亦承认该原则的习惯国际法地位。^③ 不过，由于各国立法和司法实践对于适用执行豁免的具体范围、条件及程序依然存在差异，^④ 国家实践在何种范围及何种程度上构成法律确信，仍存在不确定性。^⑤ 因此，在“德国诉意大利案”中，国际法院并未回答外国文物享有的执行豁免权是否已构成习惯国际法，仅依据各国的广泛实践，即主要根据涉案标的物是否与商业活动有关进行判断：作为德意两国的文化交流中心，维戈尼别墅被用于国家目的而非商业目的，因而享有豁免权。^⑥

由此可见，在跨国文物追索中，国家豁免原则的习惯国际法地位已得到普遍认可，但对其具体立场和适用规则，则尚未构成习惯国际法，有待各国的充分实践，并逐渐形成法律确信。

(三) 法院地法

由于国家豁免事项通常被识别为程序问题，故在缺乏可适用的国际条约以及习惯国际法不明确的情况下，一国法院会依据国内法确定其对于涉及国家的文物追索诉讼是否享有管辖权以及是否采取相应的执行措施。需要强调的是，由于国家豁免原则经历了从绝对豁免论转向限制豁免论的演进历程，大多数国家在20世纪下半叶才完成这一转变，^⑦ 适用法院地法会产生时际法律冲突问题，即应适用文物流失时的法院地法的绝对豁免立场，还是审理案件时的法院地法的限制豁免立场。

在“埃尔特曼诉奥地利共和国案”中，美国联邦最高法院对该问题作出了明确回答。^⑧ 该案涉及纳粹德国入侵奥地利时征收的克里姆特(Klimt)创作的一批名画。二战结束后，这些名画由奥地利美术馆收藏。相关信息于20世纪90年代公开后，名画原所有人的继承人玛瑞亚·埃尔特曼(Maria Altmann)要求该美术馆返还，但遭到拒绝。2004年，住所地在美国加州的埃尔特曼以奥地利共和国与奥地利美术馆为被告提起诉讼，以美国《外国主权豁免法》中的征收例外

① Riccardo Pavoni, "Sovereign Immunity and the Enforcement of International Cultural Property Law", p. 94.

② See Cf. *Office des poursuites et faillites du district de Martigny v. Compagnie Noga d'importation et d'exportation SA*, Case No. 5A. 334/2007/frs (Swiss Federal Tribunal, 29 Jan. 2008), para. A. b; *Diag Human v. Czech Republic*, Case No. 72 E 1855/11 z-20 (District Court of Vienna, 21 June 2011).

③ Council of Europe, *Declaration on Jurisdictional Immunities of State Owned Cultural Property*, 2013, <https://rm.coe.int/declaration-on-immunities-en/168071bb2d>.

④ *Morning Star International Corporation v. Gabon*, ECLI: NL: HR: 2016: 2236, Supreme Court of the Netherlands, 30 September 2016, paras. 3, 4, 7.

⑤ Christian Salm, "Cross-border Restitution Claims of Looted Works of Art and Cultural Goods", European Parliamentary Research Service, European Added Value Unit, PE 610.988 – November 2017, p. 61.

⑥ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece intervening)*, Judgment, I. C. J. Reports 2012, p. 148, para. 119.

⑦ See Hazel Fox CMG QC and Philippa Webb, *The Law of State Immunity*, p. 278.

⑧ *Republic of Austria v. Altmann*, 541 U. S. 677 (2004).

为依据，主张加州法院行使管辖权，并判令被告返还。被告提出管辖权异议，主要理由是：本案纠纷发生于20世纪40年代，那时美国采用的是绝对豁免论，《外国主权豁免法》于1976年才实施，不应具有溯及力，故其享有国家豁免权。

美国联邦最高法院认为，《外国主权豁免法》并非旨在保护过去的国家行为，而是为保护基于这些行为在当下引起的诉讼主张。一国在该法颁布前实施的行为已构成既定事实，适用该法既不会增加国家对过去行为的责任，也没有施加新的义务。^①此外，如果该法不能追溯适用于其生效之前的行为，则国会制定这样一部综合性管辖权立法的目的将落空。^②美国联邦最高法院由此裁定，《外国主权豁免法》有溯及力，加州法院有权管辖。

美国联邦最高法院的上述立场不仅明确赋予《外国主权豁免法》溯及力，为该法适用于历史上被掠文物追索诉讼提供了依据，^③还得到国际法院的背书，产生了广泛的国际影响。在前述“德国诉意大利案”中，国际法院认为，一项行为是否违反国际法，仅应依据该行为发生时的有效法律来确定。就管辖权而言，该案的争议行为是意大利法院否认德国主张的豁免权并行使管辖权；德国在20世纪40年代实施的行为属于实体事项，与该案管辖权无关。因此，国际法院决定审查和适用在意大利诉讼开始时的国家豁免法律，而非纳粹德国实施涉诉行为时的法律。^④

由此可见，在审理涉及国家的跨国文物追索诉讼时，如果发生国家豁免的时际法律冲突，法院适用审理案件时其所在国现行有效的国家豁免法，应构成一般原则。

三 跨国文物追索诉讼的司法管辖豁免事项

司法管辖豁免，又称“属人理由的豁免”（immunity *ratione personae*），^⑤是指国家不得作为被告、国家财产不得作为诉讼标的物在外国法院被起诉。依绝对豁免论，一国法院无法对以国家为被告或以国家财产为标的物的任何案件行使管辖权。近年来，各国法院处理的与外国政府有关的文物追索案件，涉及的争议主要集中于如何解释和适用限制豁免论，尤其是其中的商业行为例外和征收例外。

（一）商业行为例外

商业行为例外是限制豁免论的核心，也是各国司法实践中被援引最多的豁免例外。^⑥根据《联合国豁免公约》，国家与自然人或法人进行商业交易而引起的诉讼不得援引管辖豁免。^⑦目前，判断国家行为是否属于商业行为的标准主要有三种，即目的标准、行为性质标准和混合标

① *Republic of Austria v. Altmann*, 541 U. S. 677 (2004).

② 李庆明：《美国的外国主权豁免理论与实践》，人民日报出版社2021年版，第28页。

③ David P. Stewart, *The Foreign Sovereign Immunities Act: A Guide for Judges* (Federal Judicial Center, 2nd edn, 2018), p. 10.

④ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece intervening)*, Judgment, I. C. J. Reports 2021, p. 124, para. 58; 孙昂：《国家豁免案件的法律适用问题研究——在司法与外交复合语境中的探讨》，第21页。

⑤ James R Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, p. 488.

⑥ James R Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, p. 495.

⑦ 参见《联合国豁免公约》第10条。

准。其中，采纳行为性质标准的国家占多数，^①《联合国豁免公约》也主要采用行为性质标准。^②

在“意大利诉瑞士持有人案”（*Italian State v. X*）中，瑞士法院在跨国文物追索诉讼中对商业行为的判断明确采取了行为性质标准。在该案中，意大利政府通过司法协助程序向瑞士持有人调取一批古代石碑作为相关刑事案件的证据。证据调用期限届满后，由于意大利政府迟迟未返还该批文物，原持有人遂在瑞士法院提起返还之诉，意大利政府提出管辖权异议。^③瑞士法院查证，涉案文物原属意大利非法出口文物，系由原持有人在瑞士购得，意大利政府在接收后依其民法和文化遗产保护法对该文物予以扣留。^④基于此，法院认为，意大利政府的行为属于国家行为抑或商业行为，应由该行为的性质来决定。法院进一步指出，尽管意大利政府扣留涉案文物违反了适用于两国的司法协助公约，但该行为是政府实施文物保护和管理的主权行为，而非私法行为；涉案文物此前卷入的商业交易并非意大利政府实施的行为，与管辖权争议无关，意大利政府因而享有管辖豁免。^⑤

美国法院在跨国文物追索诉讼中也严格运用性质标准对商业行为作出裁判。同时，依据美国《外国主权豁免法》，美国法院适用商业行为例外不仅要求行为本身具有商业性，还要求其与美国具有直接联系或对美国产生直接影响。^⑥例如在“切佩尔诉匈牙利共和国案”中，匈牙利国有博物馆和美术馆收藏了一批在二战期间缴获的犹太人艺术品。^⑦二战结束后，匈牙利政府曾计划将部分文物返还现居于美国的文物继承人，但在准备将该批文物运往美国时再次将之没收，理由是根据匈牙利海关法和战后文物返还法规，此类文物禁止出境。在向匈牙利法院寻求救济无果后，文物继承人在美国哥伦比亚联邦地区法院提起诉讼，主张匈牙利政府拒绝返还文物的行为违反了双方在战后达成的临时保管协议，且美国法院依据商业行为例外享有管辖权。^⑧

对此，地区法院和上诉法院作出了截然相反的裁定。地区法院认为本案不构成商业行为例外；上诉法院则支持适用商业行为例外。上诉法院指出，为确定行为的商业性质，应判断外国政府采取的特定行动是否可由私人参与或实施。由于在战后被告保管原告文物的行为使双方形成事实上的民事保管合同关系，而此类合同可由私主体实施，故该保管行为构成商业行为。^⑨案件被发回重审后，地区法院部分采纳了上诉法院的观点，但认为适用商业行为例外，还须证明行为至少对美国产生了直接影响，例如该保管协议包含在美国境内交付文物的意思表示。然而，原告并未证明这一事实。事实上，由于涉案文物的返还从未计划在美国境内进行，且匈牙利法明确禁止

① 例如依据美国《外国主权豁免法》，行为的商业性质应由“行为过程或特定交易或行动的性质确定，而非依据其目的或效果”。参见霍政欣：《国际私法学》（第2版），中国政法大学出版社2020年版，第74页。

② 根据《联合国豁免公约》第2条，在确定一项合同或交易是否为“商业交易”时，应主要参考该合同或交易的性质，但如果合同或交易的当事方已达成一致，或者根据法院地国的实践，合同或交易的目的与其非商业性质有关，则其目的也应予以考虑。

③ Riccardo Pavoni, “Sovereign Immunity and the Enforcement of International Cultural Property Law”, p. 81.

④ 《意大利文化与景观遗产法典》（Code of the Cultural and Landscape Heritage）第91条规定：“根据《民法典》第822条和第826条之规定，任何人以任何方式在地下或海床发现的第10条所述文化财产，均属国家所有……”中译本参见国家文物局编译：《意大利文化与景观遗产法典》，文物出版社2009年版，第40页。

⑤ *Italian State v. X & Court of Appeal of the Canton of the City of Basle*, 82 ILR 24, (Swiss Federal Tribunal, 6 Feb. 1985).

⑥ Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, 28 U. S. C. § 1605 (a) (2).

⑦ *de Csepel v. Republic of Hungary*, 169 F. Supp. 3d 143, 161 (D. D. C. 2016).

⑧ Bruce L. Hay, *Nazi-Looted Art and the Law: The American Cases* (Springer, 2017), pp. 239–244.

⑨ *de Csepel v. Republic of Hungary*, 714 F.3d 591, 598 (D. C. Cir. 2013).

此类文物出境，故很难认定该行为与美国具有直接联系或对美国产生直接影响。^①

可见，法院认为，就跨国文物追索诉讼而言，一国实施的某项行为如果可由私主体为之，则该行为通常不具备主权性，而属于商业行为，无论其目的为何，国家均不享有豁免权。当然，为确立法院管辖权，争议行为还需满足法院地法关于适用商业行为例外的其他条件。

值得注意的是，在“切佩尔诉匈牙利共和国案”中，地区法院在排除商业行为例外后，转而适用征收例外，认为匈牙利战时征收财产的行为与诉讼相关联，^② 该行为具有主权性，其造成的财产损失构成种族灭绝，系对国际法的违反，故应适用征收例外。^③ 由此可知，在跨国文物追索诉讼中，尽管争议的国家行为不符合商业行为例外，但仍可能触发其他例外。其中，征收例外适用于战时掠夺文物返还之诉的案件数量呈明显增长之势，特别值得关注。^④

（二）征收例外

征收例外（或称“侵占例外”）是指一国对“在未提供符合国际法要求的充分、有效补偿的情况下实施的国有化或征收财产”的行为不享有豁免，包括“具有任意性或歧视性的”取得财产的行为。^⑤

由于征收通常发生在外国领土，且常与法院地国无实际联系，对外国国家行使管辖权，容易导致本国司法管辖权向域外延伸，进而有侵犯他国主权之虞。^⑥ 因此，征收例外未被《联合国豁免公约》纳入，仅有极少数国家立法对其作出规定，且受到严格限制。^⑦ 例如，依据美国《外国主权豁免法》，适用征收例外须满足两个核心要件，^⑧ 即领土联系（或称管辖权联系）和对国际法的违反。^⑨

需要指出的是，在跨国文物追索实践中，文物持有国因实施违反国际法的征收行为而取得争议文物，已成为文物追索方主张国家豁免例外最常援引的情形之一，^⑩ 特别是在追索二战被掠文物的相关案件中。在此方面，美国的立法和司法实践对如何在文物追索案件中适用征收例外已有突破性进展。

首先，关于外国因涉嫌违反国际法获取文物的行为是否符合适用征收例外的领土联系要件，依据美国《外国主权豁免法》，应证明争议财产位于美国境内，或与美国境内的商业活动相关，

① *de Csepel v. Republic of Hungary*, 169 F. Supp. 3d 143, 159 (D. D. C. 2016).

② *Simon v. Republic of Hungary*, 812 F.3d 141 (D. C. Cir. 2016).

③ *de Csepel v. Republic of Hungary*, 169 F. Supp. 3d 143, 147 (D. D. C. 2016).

④ Lauren Fielder Redman, “The Foreign Sovereign Immunities Act: Using A ‘Shield’ Statute as A ‘Sword’ for Obtaining Federal Jurisdiction in Art and Antiquities Cases”, (2007) 31 *Fordham International Law Journal* 781, p. 781.

⑤ See Curtis A. Bradley, *International Law in the U. S. Legal System*, p. 242.

⑥ See Xiaodong Yang, *State Immunity in International Law* (Cambridge University Press, 2012), p. 298.

⑦ See James R Crawford, *Brownlie’s Principles of Public International Law*, p. 411.

⑧ 美国《外国主权豁免法》第1605条(a)款(3)项对征收例外规定的条件为“如果对违反国际法征收的财产发生争议，且该财产或与该财产交换取得的任何财产位于美国境内，并同外国国家在美国进行的商业活动相关；或该财产或与该财产交换取得的任何财产由在美国从事商业活动的外国机构或部门所有或运营”。中译本参见徐宏主编：《国家豁免国内立法和国际法律文件汇编》，知识产权出版社2019年版，第5页。See also Xiaodong Yang, *State Immunity in International Law*, p. 304.

⑨ 参见李庆明：《美国的外国主权豁免理论与实践》，第209—210页。

⑩ See Michael J. Bazylar, “The Holocaust Restitution Movement in Comparative Perspective”, (2012) 20 *Berkeley Journal of International Law* 11, p. 12.

或持有该财产的外国机构或部门在美国境内实施商业活动。^①其中,商业活动构成核心判断标准。对于商业活动的认定,美国法院仍遵循行为性质标准。例如在“马列维奇诉阿姆斯特丹案”中,原告借争议文物在美国展览之际向哥伦比亚联邦地区法院起诉,要求荷兰阿姆斯特丹市政府返还。^②被告提出管辖权异议,认为涉案文物在美国展览并非出于商业目的,而是为促进文化交流,故应享有管辖豁免。法院认为,由于私人博物馆也可从事跨境借展活动,借展行为本身因而并不包含任何主权因素,尽管涉案文物可能属于主权国家,但国家将文物在外国展出的行为在性质上仍属于商业行为,构成征收例外项下的商业活动,无论该行为是否具有文化教育目的。^③

但是,法院的这一认定导致在美国展览的外国文物经常成为主权豁免诉讼的标的。^④由于担心文物在借展期间涉诉,外国向美国借展文物的意愿大为降低。^⑤为平衡文化交流目的与文物追索需要,美国《外国主权豁免法》于2016年对征收例外项下的商业活动增设一项例外,^⑥即在美国借展具有重要文化意义的外国文物不被视为商业活动,即便出借国因征收行为涉诉,法院也不得依据借展所产生的领土联系确立管辖权。但是,这一规定存在一项“例外之例外”,即对纳粹掠夺文物提起的诉讼不适用这一规定。^⑦《外国主权豁免法》的上述修订旨在回应美国法院在“马列维奇诉阿姆斯特丹案”的裁决:^⑧一方面消除外国将文物出借给美国博物馆展览的顾虑,使其无需担心文物借展期间在美国涉诉;另一方面为特定类别文物的跨国追索留下空间,即法院仍可对纳粹掠夺文物的返还请求行使管辖权。^⑨

其次,对于征收行为是否违反国际法,美国法院通常援引第三版《美国对外关系法重述》有关国家责任的阐释。^⑩依据相关阐释,一国取得另一国国民财产的行为在下述情形构成违反国际法:非出于公共目的、具有歧视性,或没有提供公正补偿。^⑪值得注意的是,为防止美国法院对外国国家行使公权行为的过度管辖,^⑫法院通常认为对本国国民财产的征收不违反国际法,即“国内征收规则”;^⑬且所违反的国际法仅限于与征收和国家责任有关的国际法规则,而非其他国际法义务(例如违反国际人权法或习惯国际法)。^⑭

在跨国文物追索诉讼中,法院的上述观点得到确认和重申,但亦引发了一些争议。在“联邦德国诉菲利普案”中,德国犹太人的继承人向美国哥伦比亚联邦地区法院起诉德国政府,要

① Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, 28 U. S. C. § 1605 (a) (3).

② *Malewicz v. City of Amsterdam*, 362 F. Supp. 2d 298 (D. D. C. 2005).

③ *Malewicz v. City of Amsterdam*, 362 F. Supp. 2d 298, 314 (D. D. C. 2005).

④ 李庆明:《美国的外国主权豁免理论与实践》,第211页。

⑤ Charlene A. Caprio, “Artwork, Cultural Heritage Property, and the Foreign Sovereign Immunities Act”, p. 294.

⑥ The Foreign Cultural Exchange Jurisdictional Immunity Clarification Act of 2016, Pub. L. No. 114-319, Dec. 16, 2016, 130 Stat. 1618 [codified at 28 U. S. C. § 1605 (h) (2016)].

⑦ Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, 28 U. S. C. § 1605 (h) (2) (A).

⑧ Laura Gilbert, “New Legislation to Protect Foreign Art Lenders from Lawsuits on U. S. Soil”, *Observer*, <https://observer.com/2012/04/new-legislation-to-protect-foreign-lenders-from-lawsuits-on-u-s-soil/>.

⑨ *Federal Republic of Germany v. Philipp*, 141 S. Ct. 703 (2021).

⑩ Curtis A. Bradley, *International Law in the U. S. Legal System*, p. 242.

⑪ Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States, § 712.

⑫ *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 276 U. S. 398 (1964).

⑬ Curtis A. Bradley, *International Law in the U. S. Legal System*, p. 242.

⑭ David P. Stewart, *The Foreign Sovereign Immunities Act: A Guide for Judges*, p. 66.

求其返还一批在二战期间被纳粹强行征收的艺术品，德国政府则以国家豁免为由提出管辖权异议。^① 联邦地区法院和巡回上诉法院均驳回了德国的管辖权异议，^② 该案由美国联邦最高法院再审查。通过分析美国对外政策，美国联邦最高法院认为，主权国家征收外国公民的财产，构成对该外国人所属国主权的侵犯，因而违反国际法；但主权国家征收本国国民财产的行为属于国内行为，并不损害国家间的关系，因而不违反国际法。^③

对于征收财产的行为涉嫌违反国际人权法的问题，美国联邦最高法院指出，国家主权豁免例外仅涵盖针对财产权的违反国际法的行为，与种族灭绝等侵犯人权的行为无关。^④ 美国联邦最高法院还援引国际法院在“德国诉意大利案”中的意见，即一国不能因被指控违反国际人权法而丧失豁免权。^⑤ 对于纳粹掠夺文物的追索返还，美国联邦最高法院认为国会已通过一系列文物返还立法，^⑥ 为受害者追索文物提供了司法诉讼以外的救济渠道，他们因而无需诉诸法院。

美国联邦最高法院依上述意见撤销了上诉法院的判决，认定德国在二战期间的征收行为不构成违反国际法。^⑦ 有观点认为，美国联邦最高法院的做法表明美国法院在与其关联性不强的案件中自我谦抑，以避免管辖权的过度扩张。^⑧ 不过，就跨国文物追索而言，从《外国主权豁免法》对纳粹掠夺文物的“例外之例外”规定可以看出，立法并没有对被征收对象的国籍和被指控行为所违反的国际法提出额外要求，而美国联邦最高法院的解释剥夺了部分二战受害者的文物追索权，这明显偏离了立法意旨，不利于跨国文物追索。^⑨

综上所述，征收例外为跨国追索文物，尤其是追索战时劫掠文物提供了新的思路。该例外允许原告基于外国政府实施的主权行为提起诉讼，只要该外国政府或其机构与美国的商业活动相关，美国法院就能确立管辖权，这提高了文物追索方将征收行为诉诸司法的可能性。^⑩ 不过，由于该例外涉及对他国主权行为的裁判，为避免管辖权的过度延伸，美国法院在具体适用中设置了严格的限制条件，这限缩了征收例外适用于跨国文物追索的空间。

除了商业行为例外与征收例外以外，主权豁免的其他例外情形亦有可能成为法院对以外国国家为被告的文物追索案件行使管辖权的依据，例如依据《联合国豁免公约》，在涉及对动产或不动产的继承、赠与或无人继承而产生的权利或利益时，主权国家不得援引管辖豁免。^⑪ 在跨国文

① *Federal Republic of Germany v. Philipp*, 894 F. 3d 406 (2018).

② *Philipp v. Federal Republic of Germany*, 248 F. Supp. 3d 59, 64 (D. D. C. 2017); 894 F. 3d 406, 408 (D. C. Cir. 2018).

③ *Federal Republic of Germany v. Philipp*, 141 S. Ct. 703, 707 (2021).

④ *Federal Republic of Germany v. Philipp*, 141 S. Ct. 703, 712 (2021).

⑤ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece intervening)*, Judgment, I. C. J. Reports 2012, p. 139, para. 91.

⑥ 例如《大屠杀受害者救济法》(Holocaust Victims Redress Act, Pub. L. No. 105 - 158)、《大屠杀时期被没收艺术品返还法》(Holocaust Expropriated Art Recovery Act of 2016, Pub. L. No. 114 - 308)。

⑦ *Federal Republic of Germany v. Philipp*, 141 S. Ct. 703, 716 (2021).

⑧ Samuel Estreicher and Julian G. Ku, “Supreme Court Rules that Claims of Nazi-Era Expropriation of Jewish Property are Barred by Germany’s Sovereign Immunity”, *New York Law Journal*, <https://www.law.com/newyorklawjournal/2021/03/17/supreme-court-rules-that-claims-of-nazi-era-expropriation-of-jewish-property-are-barred-by-germanys-sovereign-immunity/>.

⑨ “*Foreign Sovereign Immunities Act of 1976—International Law—Expropriation Exception—Federal Republic of Germany v. Philipp.*”, (2021) 135 *Harvard Law Review* 441, p. 450.

⑩ Luke Tattersall, “Derailing State Immunity: A Broad-Brush Approach to Jurisdiction under Claims for the Expropriation of Cultural Property”, (2019) 26 *International Journal of Cultural Property* 181, p. 183.

⑪ 参见《联合国豁免公约》第13条(b)项。

物追索中,如果文物持有国通过上述方式取得争议文物,法院可以行使管辖权,但仍须符合各国国内法规定的具体条件。^① 尽管尚缺乏充分的国家实践,^② 但其他例外情形对于文物追索争议仍具有广泛适用的可能。^③

四 跨国文物追索诉讼的执行豁免事项

执行豁免又称“属物理理由的豁免”(immunity *ratione materiae*),^④ 是指不能对国家财产在另一国法院采取诉讼保全措施和强制执行措施。相较于诉讼管辖豁免,对外国财产的扣押和执行将使外国主权权益受到实质影响,免除执行豁免的范围因而受到严格限制,通常仅限于用于商业目的的财产。^⑤ 此外,特定类型的文物,例如跨境借展文物,还享有特殊豁免保护,这对跨国文物追索构成阻碍。

(一) 用于商业目的的文物

在跨国文物追索诉讼中,一国法院即便有管辖权,但在诉讼过程中或判决作出后,能否扣押文物或执行判决,还取决于该文物是用于商业目的,抑或主权目的。^⑥ 需要强调的是,与管辖豁免不同,国际法和各国国内法在执行豁免问题上对商业性的认定,采用的是行为的目的标准,而非性质标准。^⑦

在国际法层面,《联合国豁免公约》规定,对位于法院地国领土内,^⑧ 且与被诉实体存在联系的外国财产,如果已证明其“被用于或意图用于政府非商业用途以外的目的”,该财产不享有执行豁免。^⑨ 国际法院在前述“德国诉意大利案”中也明确采纳目的标准。^⑩ 在国内法层面,依据美国《外国主权豁免法》,免除扣押或执行豁免的财产应为位于美国境内的“用于商业活动”

① Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, 28 U. S. C. § 1605 (a) (4).

② 如在“埃尔特曼诉奥地利共和国案”中,埃尔特曼主张的被“征收”的文物实际上是以捐赠的名义移交给奥地利美术馆的。但由于起诉时文物不在美国,不符合美国《外国主权豁免法》对捐赠例外规定的条件,埃尔特曼无法援引该例外要求法院行使管辖权,转而主张了征收例外。参见〔美〕巴里·E. 卡特、艾伦·S. 韦纳:《国际法》,冯洁茵译,商务印书馆2015年版,第761页。

③ See Riccardo Pavoni, “Cultural Heritage and State Immunity”, p. 553.

④ James R Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, p. 488.

⑤ See Xiaodong Yang, *State Immunity in International Law*, p. 343.

⑥ See Riccardo Pavoni, “Cultural Heritage and State Immunity”, p. 553; *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I. C. J. Reports 2012, p. 148, para. 118.

⑦ Matthias Weller, “Immunity for Artworks on Loan—A Review of International Customary Law and Municipal Anti-Seizure Statutes in Light of the Liechtenstein Litigation”, (2005) 38 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 997, p. 1008.

⑧ 需要指出的是,由于国家财产的执行豁免涉及对一国境内外国财产的执行,如果涉案财产位于法院地国领土之外,则不存在执行豁免问题,而应诉诸判决的跨国承认与执行。例如在“马列维奇诉阿姆斯特丹案”和“查巴德诉俄罗斯联邦案”中,由于涉案文物在判决作出后均不在美国境内,美国法院无法对其强制执行。仅当文物位于美国境内时,才涉及执行豁免事项。See Giselle Barcia, “After Chabad: Enforcement in Cultural Property Disputes”, (2012) 37 *Yale Journal of International Law* 463, p. 469.

⑨ 参见《联合国豁免公约》第19条(c)项。

⑩ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I. C. J. Reports 2012, p. 148, para. 118.

的财产。^① 英国、意大利、法国等国的立法或司法判例亦有类似规定。^②

对于哪些财产系用于商业目的，国际公约与各国司法实践标准不一。例如《联合国豁免公约》要求该财产实际或意图用于商业活动。美国法院则认为，财产能够或计划用于商业活动不足以充分满足该要求，涉案财产应在判决作出时已被用于商业活动，才满足该要求。^③ 法国法院则强调，所执行的财产须为“被分配用于具有私法性质的经济或商业活动的财产”。^④ 换言之，被执行的财产应为用于特定商业活动的财产，而非通过该商业活动取得的财产。

值得注意的是，《联合国豁免公约》第21条第1款以列举的方式规定特定类型财产不应被视为用于或意图用于商业目的的财产。例如，如果涉案财产“属于一国文化遗产或档案的一部分”（第4项）或“构成具有科学、文化或历史价值的物品展览的一部分”（第5项），且均非供出售或意图出售，则此类财产不属于用于商业目的的财产。^⑤ 关于第4项，公约以概括的方式规定，外国文物免受司法扣押和执行。对此，国际法委员会认为，该项规定旨在保护缔约国的国有文物，第5项则将此类保护特别适用于缔约国国有文物参与的非商业性展览活动。^⑥ 至于如何判断展览是否为商业性活动，国际法委员会依然采取目的标准，^⑦ 即只有以出售文物为目的的展览活动才具有商业性；以文化和科学交流为目的的展览，即便为组织展览而收取费用或存在销售纪念品等行为，也不影响展览的公共性质。^⑧

需要指出的是，由于大多数国家法律保护的文物不仅包括国有文物，还包括经特别指定或登记的私有文物，因此，第4项和第5项不仅适用于国有文物的执行豁免，还应适用于国有博物馆等公共机构收藏的私有文物。^⑨ 因此，在跨国文物追索中，如果涉案文物构成外国受保护文物的一部分，法院无法依公约执行该文物，但用于商业目的的文物除外。

在跨国文物借展和交流中，对文物赋予执行豁免有助于保护位于境内的外国文物。但仅从商业目的来判定涉案文物是否享有执行豁免，仍会令一国的部分文物在位于境外时面临被外国法院司法扣押和执行的风险，这无疑会降低各国对跨国文物借展和交流的意愿。^⑩ 可见，仅通过援引国家豁免制度中的商业性标准来判断涉案文物是否可执行尚不足以为借展文物提供充分保护，亦不符合文物跨境交往的目标。^⑪ 因此，有必要建立专门调整跨境借展文物的司法免扣押制度，赋予文物更广泛的不涉及商业性考量的豁免权，从而形成对跨境借展文物的特殊豁免保护。

① Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, 28 U. S. C. § 1610 (a).

② See Xiaodong Yang, *State Immunity in International Law*, pp. 367–371.

③ *Aurelius Capital Partners, LP, v. Republic of Argentina*, 584 F. 3d 120 (2nd Cir. 2009).

④ *Yugoslavia v. Société Européenne, France*, (1985/1986) 82 ILR 58, pp. 72–73.

⑤ 参见《联合国豁免公约》第21条第1款第4项、第5项。

⑥ *Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with commentaries*, 1991, art. 19, para. 1.

⑦ Nout van Woudenberg, *State Immunity and Cultural Objects on Loan* (Martinus Nijhoff Publishers, 2012), p. 63.

⑧ Roger O’Keefe and Christian J. Tams (eds.), *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: A Commentary* (Oxford University Press, 2013), p. 345.

⑨ Roger O’Keefe and Christian J. Tams (eds.), *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: A Commentary*, p. 344.

⑩ Ronan Saref, “The Value of Borrowed Art”, (1999) 25 *Brooklyn Journal of International Law* 733, p. 733.

⑪ 参见郭玉军主编：《国际法与比较法视野下的文化遗产保护问题研究》，第430页。

（二）跨境借展文物的司法免扣押

为满足国际文化交流与文明互鉴的需要，跨境借展文物须受特殊豁免保护已成为一种共识。^①当前，美国、德国及瑞士等不少国家通过立法规定了跨境借展文物的司法免扣押制度，还有一些国家则通过司法实践确立了跨境借展文物免于司法扣押的立场。^②

尽管各国立法或司法实践关于跨境借展文物司法免扣押的具体适用范围和保护程度并不完全相同，但存在共通之处。首先，对于享有借展文物司法扣押豁免权的出借方范围，各国通常没有严格限定，仅有法国等极少数国家将豁免的对象限定为外国国家机构或外国公共或文化组织出借的文物。^③其次，对于借展行为的性质，各国通常要求应具有“公共性”和“非营利性”，而不包括“非商业性”。^④这是因为各国对借展活动“商业性”的认定，采用的是性质标准，即该行为能否由私人实施，而“非营利性”仅要求借展活动的组织、实施和管理不以营利为目的，与该借展行为是否被认定为商业行为无关。^⑤

除国家豁免制度本身的重要性以外，建立跨境借展文物司法免扣押法律制度的必要性主要在于：文物是各国文化交往的重要媒介，文物跨境借展是促进文化交流和国际友好关系的重要方式，各国只有确保外国文物在本国境内展出时免受诉讼或执行措施，并在展览结束后将其安全返还，出借国才能打消顾虑，借展方能顺利开展。^⑥例如，在前述“查巴德诉俄罗斯联邦案”中，尽管美国法院判令俄罗斯将文物返还原告，但同时强调，在俄罗斯履行判决前，法院不会执行其位于美国境内与该案无关联的财产，尤其是文物，因而不会影响两国的文物交流，俄罗斯没有向美国暂停借展文物的必要。^⑦可见，跨境借展文物的司法免扣押不仅是对国家豁免权的维护，亦是跨文化交流的保障。

不过，该制度与跨国文物追索存在一定冲突，特别是在借展国与出借国均为文物返还公约缔约国的情况下。例如，《1970年公约》和《1995年公约》旨在打击非法贩运文化财产，促进流失文物返还原属国，缔约国有义务依公约规定促进被盗和非法出口文物的返还，而借展文物的司法免扣押制度旨在确保借展文物返还出借国，在宗旨与具体义务上均与公约存在冲突。^⑧此外，在跨国文物追索实践中，当事人通常选择向文物所在地法院起诉，^⑨文物追索纠纷诉诸借展国法院的情况颇为常见。因此，跨境借展文物司法免扣押制度可能减损文物原属人的司法救济权。^⑩

为平衡国际文化交流与跨国文物追索之间的关系，不少国家的立法对跨境借展文物司法免扣押制度施以限制，而非全部、自动地授予豁免权。例如美国《司法扣押豁免法》（Immunity from Judicial Seizure Statute）规定，享有豁免权的外国文物应具备文化上的重要性，在美国境内临时

① Nout van Woudenberg, *State Immunity and Cultural Objects on Loan*, p. 3.

② Nout van Woudenberg, *State Immunity and Cultural Objects on Loan*, p. 3.

③ Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, art. 61.

④ 郭玉军主编：《国际法与比较法视野下的文化遗产保护问题研究》，第449页；Riccardo Pavoni, “Cultural Heritage and State Immunity”, p. 553.

⑤ Nout van Woudenberg, *State Immunity and Cultural Objects on Loan*, pp. 155 – 156.

⑥ Riccardo Pavoni, “Cultural Heritage and State Immunity”, p. 553.

⑦ *Agudas Chasidei Chabad of United States v. Russian Federation, et al.*, 729 F. Supp. 2d 141 (D. D. C. 2010).

⑧ See Christian Salm, “Cross-border Restitution Claims of Looted Works of Art and Cultural Goods”, p. 54.

⑨ 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》，载《国际法研究》2021年第3期，第117页。

⑩ *Prince Hans-Adam II*, Application No. 42527/98, paras. 67 – 70.

存储、保护、展开科学研究、展览或展示符合美国国家利益，且须经由总统或其指定的人决定，并在联邦公报上公布。^①

还有国家对文物的合法来源提出要求，对被盗文物不授予豁免权。^② 例如，依据瑞士《联邦文化财产国际转让法》（Federal Act on the International Transfer of Cultural Property），外国文化财产在瑞士临时借展期间，出借方向接收方提供担保，该担保应包含对该文化财产及其来源的准确描述，并在联邦公报上公布。^③ 在国际法层面，国际法协会文化遗产法委员会（International Law Association, Committee on Cultural Heritage Law）2014年制定的《关于以文化、教育或科学为目的的临时跨国文物的司法扣押及诉讼豁免公约（草案）》（Draft Convention on Immunity from Suit and Seizure for Cultural Objects Temporarily Abroad for Cultural, Educational or Scientific Purposes）第7条规定，在接收国出于文化、教育或科学目的临时保管文物前，接收国和出借国应分别或合力至少按照国际博物馆协会的标准开展尽职调查，确保文物来源合法。^④

综上所述，在跨国文物追索中，如果外国文物享有扣押和执行豁免权，法院难以对涉案文物采取执行措施。不过，通过对豁免权施以程序限制，或在事前对文物来源合法性展开调查，可以避免法院在处理文物追索纠纷时对当事人的合法权益构成不当减损，从而在国家豁免与跨国文物追索之间保持有效平衡。

五 中国的立场选择与实现路径

当今世界处于百年未有之大变局，以习近平同志为核心的党中央主动应对全球形势的深刻变化，统筹国内国际两个大局，将涉外法治建设提升到前所未有的高度，并将“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，为中国运用法治方法应对外部挑战，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。^⑤ 国家豁免制度对于维护国家主权、安全、发展利益具有重要意义，是中国涉外法治建设的重要组成部分。因此，解决海外流失文物追索中的国家豁免问题，需要在涉外法治建设的系统工程内加以谋划，^⑥ 并在中国改革与完善国家豁免制度的整体进程中加以推进。

（一）立场选择

多年来，中国政府在其他国家或地区法院涉诉的情况时有发生。在这些案件中，中国政府反

① Immunity from Judicial Seizure Statute, 22 U. S. C. § 2459 (a).

② Andrea Gattini, “The International Customary Law Nature of Immunity from Measures of Constraint for State Cultural Property on Loan”, in Isabelle Buffard *et al.* (eds.), *International Law between Universalism and Fragmentation: Festschrift in Honour of Gerhard Hafner* (Martinus Nijhoff Publishers, 2008), p. 430.

③ Federal Act on the International Transfer of Cultural Property (CPTA), art. 10, art. 11.1; Ordinance on the International Transfer of Cultural Property (CPTO), art. 7.

④ International Law Association, Committee on Cultural Heritage Law, Resolution 3/2014, *Draft Convention on Immunity from Suit and Seizure for Cultural Objects Temporarily Abroad for Cultural, Educational or Scientific Purposes*, art. 7.

⑤ 霍政欣：《我国法域外适用体系之构建——以统筹推进国内法治和涉外法治为视域》，载《中国法律评论》2022年第1期，第41页。

⑥ 霍政欣、陈锐达：《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》，载《学术月刊》2022年第1期，第124页。

复表明国家及其财产享有豁免是国际法的基本原则，即主张绝对豁免论，反对限制豁免论。^①全国人大常委会亦在相关立法解释中明确表明，^②中国采取绝对豁免立场。可见，中国在立法与实践上均坚持绝对豁免论。^③

当下，中国已成为世界主要对外投资国和主要债权国之一。^④在此背景下，继续坚持绝对豁免论不利于中国政府和企业追讨海外债务。不仅如此，坚持绝对豁免论不可避免地导致当事人无法在中国法院起诉其他任何一个国家，而中国政府作为被告在美国等采取限制豁免论的国家被诉的情况却愈发频繁。可见，中国继续坚持绝对豁免，已逐渐丧失合理性和必要性。^⑤此外，作为《联合国豁免公约》的签署国，即便公约尚未生效，依据国际法，中国也不得采取与公约宗旨不符的行为。^⑥所以，在新的时代背景下，中国有必要调整国家豁免立场，从绝对豁免论转向限制豁免论。^⑦就流失文物追索而言，坚持绝对豁免论已构成中国通过跨国诉讼追索文物的重大法律障碍，亟待调整立场。

1. 既有立场之弊

绝对豁免论在跨国文物追索中的弊端日益显现，已使中国陷入双重被动的局面。具体而言，一方面，由于坚持绝对豁免立场，中国政府一般不会在外国法院主动提起文物追索诉讼，在外国法院涉诉时常以中国国家豁免为由拒绝应诉。^⑧这意味着中国放弃在外国法院寻求司法救济的权利，甚至可能导致延误文物追索时机。前已提及，在阻止佳士得拍卖圆明园青铜兽首时，中国政府未曾主动起诉或参与诉讼，导致诉讼因原告主体资格问题而以失败告终。1995年中国向英国追索3000余件走私文物时，在走私嫌疑人向英国法院提起民事诉讼后，中国政府拒绝应诉，并明确以国家豁免权为由，迫使法庭无限期冻结文物。这导致该批文物直到2020年，历经25年之久，才最终以司法外途径全部返回中国。^⑨可见，继续坚持绝对豁免立场，不利于中国通过跨国诉讼途径追索流失文物。

另一方面，坚持绝对豁免论导致当事人无法在中国法院提起以外国国家或政府为被告的文物追索诉讼。例如随着近年来中国民众文化主权意识的提高，要求日本返还战时被掠文物的呼声愈加高涨。为此，中国民间对日索赔联合会曾于2015年分别在中国和日本两地法院起诉日本政府及皇室，要求返还日本侵华期间被掠的“中华唐鸿胪井刻石”，这是中国民间首次通过诉讼方式向日本追讨文物。^⑩然而，受政治、外交等复杂因素影响，该案诉讼面临诸多困难，迄今无实质

① 霍政欣、汤铮：《美国法院涉新冠疫情诉讼的主要法律问题》，载《武大国际法评论》2020年第3期，第99页。
② 参见《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉第十三条第一款和第十九条的解释》。
③ Dahai Qi, “State Immunity, China and Its Shifting Position”, (2008) 7 *Chinese Journal of International Law* 307, pp. 315–326.
④ 参见霍政欣：《国际私法学》（第2版），第75页。
⑤ 参见何志鹏：《主权豁免的中国立场》，载《政法论坛》2015年第3期，第79页。
⑥ 参见〔英〕詹宁斯、瓦茨修订：《奥本海国际法》（第一卷·第二分册），王铁崖等译，中国大百科全书出版社1998年版，第640页。
⑦ 参见郭玉军、徐锦堂：《论国家豁免的相对性》，载《武大国际法评论》第1卷，武汉大学出版社2003年版；何志鹏：《主权豁免的中国立场》，载《政法论坛》2015年第3期；乔雄兵、郎雪：《我国国家豁免立法现状及展望》，载《长江论坛》2021年第5期。
⑧ Nout van Woudenberg, *State Immunity and Cultural Objects on Loan*, p. 349.
⑨ 参见李韵：《二十五年追索，六十八件流失文物回家记》，载《光明日报》2020年11月20日，第9版。
⑩ 《中国民间在北京东京海牙三地起诉日本要求归还国宝》，中国新闻网，<https://www.chinanews.com.cn/sh/2015/06-09/7332874.shtml>。

进展。首先，由于中国一向秉持绝对豁免立场，此类诉讼以外国政府为被告，中国法院无法对该类案件行使管辖权，日本政府也有可能基于对等原则提出管辖权抗辩。^① 其次，尽管日本立法已采纳限制豁免，^② 其法院有可能行使管辖权，但碍于日本国内立法和司法政策，^③ 当事人还面临原告诉讼主体资格、法律溯及力以及诉讼时效等难题。^④

由此可见，绝对豁免立场已成为当前中国文物追索工作的掣肘，导致中国追索海外流失文物难以借助司法诉讼充分展开。

2. 立场转向之利

调整国家豁免立场，从绝对豁免论转向限制豁免论，对于中国通过跨国诉讼途径追索流失文物极具重要性和必要性。首先，采纳限制豁免论有助于中国积极地通过司法途径追索流失文物，兼具法律和实践上的合理性。

在法律层面，现代文物保护立法大都确立国家对本国大多数文物的所有权，因而国家是提起文物追索诉讼的最佳主体。^⑤ 例如，依据中国《文物保护法》，境内地下、内水和领海中遗存的一切文物属于国家所有，^⑥ 故对于绝大多数流失海外的文物而言，中国政府是提起诉讼的适当主体。其次，由于文物保护和管理，尤其是进出口监管，属于主权国家行使公权力的体现，^⑦ 因此，因违反文物出口管制法律而产生的文物返还请求只能由国家提出，不能由私人主张。^⑧ 再次，作为有关文物返还国际公约或双边协定的缔约主体，国家通常是向文物所在缔约国提出返还请求的最适当主体，而缔约国的司法程序和法律适用规则可以为原属国政府行使请求权创造条件。^⑨ 最后，从绝对豁免论转向限制豁免论，将实质性减少中国对海外诉讼的顾虑，还可避免

① 王欣濛、徐树：《对等原则在国家豁免领域的适用》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2015年第6期，第128页。

② 日本于2007年签署《联合国豁免公约》，2009年颁布《外国国家及其财产豁免法》（外国等に対するわが国の民事裁判権に関する法律），并于2010年正式接受公约。参见许可：《日本主权豁免法制的最新发展与启示》，载《北方法学》2014年第5期，第113—114页。See also Hazel Fox CMG QC and Philpa Webb, *The Law of State Immunity*, p. 296; UNCTC, *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-13&chapter=3&clang=_en.

③ See Kang Jian and William Underwood, “Japan’s Top Court Poised to Kill Lawsuits by Chinese War Victims”, (2007) 5 *The Asian-Pacific Journal* 1, p. 1.

④ Hui Zhong, “Can Chinese Individuals Request the Restitution of Chinese Cultural Relics in Japan?: A Revisit under International Law”, (2017) 10 *Journal of East Asia and International Law* 179, p. 194.

⑤ 陆建松：《文物灾难备忘录：当代中国文物犯罪与防治》，四川人民出版社2002年版，第27页。

⑥ 参见《中华人民共和国文物保护法》第5条。

⑦ Dominic McGoldrick, “The Boundaries of Justiciability”, (2010) 59 *The International and Comparative Law Quarterly* 981, p. 981; Mara Wantuch-Thole, *Cultural Property in Cross-Border Litigation: Turning Rights into Claims* (Walter de Gruyter GmbH, 2015), p. 56.

⑧ Jordana Hughes, “The Trend toward Liberal Enforcement of Repatriation Claims in Cultural Property Disputes”, (2000) 33 *The George Washington Journal of International Law and Economics* 131, p. 133.

⑨ 例如根据美国《外国主权豁免法》第1606条，依法不享有豁免权的国家，应与私人在同等情况下以同等方式承担同等程度的责任，包括适用与平等民事主体之间争议相同的法律适用规则。在“卡希尔诉西班牙泰森美术馆基金会案”中，原告卡希尔在加利福尼亚中区联邦地区法院起诉西班牙泰森美术馆返还在二战中被德国强制征收并由被告购得的一幅画作。在涉及该案实体问题的法律适用时，美国联邦最高法院认为，在不涉及联邦利益的情况下，该案应适用与普通民事案件相同的冲突规则，即案件审理法院所在地加利福尼亚州的冲突规则，而非联邦普通法的冲突规范。前者指向的准据法对文物返还还有利，后者则有可能构成文物返还的障碍。See *Cassirer v. Thyssen-Bornemisza Collection Foundation*, 596 U. S. (2022), pp. 1, 7-8; Evelien Campfens, *Cross-Border Claims to Cultural Objects: Property or Heritage?*, p. 122.

外国基于绝对豁免论的对等原则拒绝参加诉讼的情形，由此确保中国在文物追索诉讼中的主动权。

在实践层面，考虑到在外国提起诉讼的成本较高，具有强大政治、经济与法律资源的国家及其政府理应在跨国文物追索诉讼中承担重要角色。从意大利、希腊、埃及、墨西哥、印度等主要文物流失国的文物追索实践来看，国家是最为重要的追索主体，在大部分文物追索诉讼中，国家都是原告或主要原告。这一点尤其值得中国借鉴。^①因此，以中国为代表的文物流失国与以英国、法国、美国等为代表的文物持有国在司法层面展开法律交锋，将为流失文物返还原属国的价值理念提供更加坚实的司法裁判支撑，贡献更具说服力的国家实践。

其次，采纳限制豁免论可以有效克服制约中国法院对跨国文物追索案件行使管辖权的法律障碍，充分发挥人民法院涉外审判职能，提升中国司法在跨国文物追索返还领域的国际影响力。^②

细言之，对于由外国国家或政府持有的中国流失文物，限制豁免可以为中国政府或文物原属人在中国法院起诉创造条件。如前所述，中国当事人追索日本战时劫掠的中国文物面临双重司法障碍，既难以获得日本法院的支持，也无法向中国法院寻求救济。采纳限制豁免论后，中国法院受理此类案件的法律障碍将被移除。由此，中国法院可以积极发挥涉外审判功能，通过作出典型判决，彰显中国立场，维护中国权益。

此外，由于中国近年来已成为兼具文物流失国与流入国双重身份的国家，对于非法流入中国的外国文物，一旦中国采纳限制豁免论，中国法院亦可受理文物原属国提起的返还诉讼，并依据对中国与该国有约束力的国际条约和中国法律作出公正判决。如此，中国法院不仅能妥善确定文物纠纷当事方的权利义务，为文物原属国伸张正义，还能向国际社会彰显中国严格履行文物返还公约义务的形象，为其他国家树立典范，提高中国司法的国际公信力与美誉度。

综上所述，采纳限制豁免论后，“中国政府主动在外国起诉”与“中国法院依法受理外国涉诉案件”将构成中国参与跨国文物追索诉讼的“一体两翼”。这一目标的实现要求中国将文物追索工作纳入涉外法治建设的系统工程，推动中国从绝对豁免论向限制豁免论转变，加快制度与规则建设。

（二）实现路径

经过长期努力，中国特色社会主义进入了新时代，中国的综合国力已进入世界前列，国际地位得到前所未有的提升，正日益接近世界舞台中央。^③在此时代背景下，调整国家豁免立场，通过立法方式正式采纳限制豁免论是维护国家权益和提升中国国际影响力的必然要求，也是中国涉外法治建设的重要内容。对于文物追索而言，为有力推进追索工作、提高中国在文物全球治理体系中的话语权，中国谋划制定的国家豁免立法应系统构建跨国文物追索国家豁免制度体系，并建立跨境借展文物司法免扣押的配套规则。

1. 加快制定国家豁免立法

目前，在国家豁免问题上，除了散见于各专门领域的国内法和国际条约、全国人大常委会的

① 霍政欣：《追索海外流失文物的法律问题》，第80页。

② 霍政欣：《追索海外流失文物：现状、难题与中国方案》，载《法律适用（司法案例）》2017年第20期，第107—108页。

③ 参见习近平：《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》，人民出版社2017年版，第10—11页。

立法解释和中国政府在海外涉诉时的立场声明,系统规定国家豁免问题的中国法律尚付阙如。面对日益复杂多变的国际环境,中国亟待制定综合性的国家豁免立法,充实维护国家权益的法律工具箱。从中国对外交往需要和国际发展趋势来看,中国国家豁免立法应采纳限制豁免的基本立场,借鉴《联合国豁免公约》和相关国家立法经验,结合中国的现实需要,详细规定国家豁免例外的具体事项和范围,并在条件成熟后批准《联合国豁免公约》。

从跨国文物追索的需要来看,中国国家豁免立法应着重考虑以下几个方面。首先,该法应采纳限制豁免的基本立场,为中国政府在外国法院提起文物追索诉讼和中国法院审理涉及外国政府的文物追索案件奠定基础。其次,该法应明确对其生效前发生的行为具有溯及力,为追索历史上的流失文物扫清时际法律障碍。再次,鉴于商业行为例外、征收例外以及与财产转让有关的豁免例外均有可能适用于跨国文物追索诉讼,该法应体现上述诸项例外,并妥善处理它们与文物追索之间的关系,既要符合维护国家权益的整体目标,又要使其与文物追索纠纷的产生背景、动因和制约因素相匹配,为便利文物返还提供法律条件。例如,该法可以对战争索赔和战时掠夺文物的追索规定专门条款,为中国追索战时被掠文物提供法律保障。同时,该法还应充分考虑其他国家国内立法和实践所持立场和观点,通过确立对等原则,妥善维护中国权益。^①最后,在执行层面上,该法可参照《联合国豁免公约》,明确外国财产免受司法扣押和执行的基本原则和例外条件,将商业目的作为外国财产可执行性的判定标准。不过,对于外国国有文物,尤其是跨境借展文物,不能将商业性与文物的可执行性完全等同起来,而应注重与外国文物司法免扣押制度相衔接,确保其享有特殊豁免保护。

2. 系统构建契合文物追索需要的国家豁免规则体系

为实现国家豁免制度在跨国文物追索诉讼中发挥“一体两翼”的功能,中国在制定综合性国家豁免法律后,还需通过立法和司法实践,进一步明确国家豁免事项在跨国文物追索诉讼中的具体适用规则,既要把握国家参与跨国文物追索诉讼的主动权,又要确保中国法院对跨国文物追索案件的司法审判权。

一方面,对于国家主动在外国法院起诉而言,由于国家豁免问题主要适用案件审理法院所在国的立法和司法立场,外国法院审理涉及中国的国家豁免案件适用中国国家豁免制度的可能性较小,但中国立法可以通过规定有权代表国家在海外起诉或应诉的国家机关、有关司法文书在国内的送达和处理程序等,提升中国在外国法院涉诉时的应对能力。对于文物追索而言,中国应在目前正在推进的《文物保护法》修订中,专设条款声明国家追索海外流失文物的基本立场及其在跨国文物追索诉讼中的法律地位,具体指定代表中国对外参与文物追索诉讼的国家机关,明确对外追索的诉讼主体。

另一方面,从法院依法受理文物追索诉讼来看,中国应灵活运用国家豁免规则,充实跨国文物追索的法律工具箱,积极推进法院开展跨国文物追索的司法审判实践。首先,立法机关应通过完善《民事诉讼法》等法律,明确中国法院审理以外国国家或政府为当事方的文物追索案件的管辖权、诉讼程序与判决执行等事项。其次,最高人民法院可适时颁布司法解释,规定中国国家豁免立法适用于司法机关审理跨国文物追索案件的具体规则,尤其是国家豁免各项例外的具体适用标准及条件。再次,从文物追索的现实需要来看,中国还可在立法或司法解释中强化中国当事

^① 叶研:《论当代中国的国家豁免政策选择》,载《国际法研究》2022年第1期,第39页。

人向中国法院起诉外国国家或政府追索文物的诉讼权利，探索建立国家依法支持文物追索的公益诉讼制度。最后，中国还可通过与他国签订双边协议的方式，明确文物追索诉讼中缔约国政府的诉讼地位和豁免规则，在坚持中国基本立场的前提下推进文物追索领域的双边司法合作。

3. 建立跨境借展文物司法免扣押制度

随着国际文物跨境流通与文化往来的日益频繁，跨境借展文物司法免扣押已为许多国家的立法和司法实践所采纳，为外国借展文物提供了特殊的豁免保护。当前，中国相关立法尚未建立跨境借展文物的司法免扣押制度，成为困扰中国开展文物国际交流的主要法律障碍之一，亟待解决。

也许有人会担心，司法免扣押制度不利于通过司法途径追索因借展等原因暂时回到境内的中国流失文物。但是，这一担心并无实际必要。首先，跨境借展文物的司法免扣押制度有助于促进中国流失文物回国展出，提高民众对流失文物的认识及其文物保护和文化主权意识，为日后追索文物奠定基础。其次，从长远来看，解决文物所有权争议的理想地并非借展国，而是文物原保存地，对借展文物免于司法扣押并不意味着放弃对文物的所有权主张，两者并不矛盾。^①再次，通过对外国借展文物司法扣押豁免权的取得规定限制条件，可以最大限度减少司法免扣押制度可能存在的负面作用，有效平衡文化交流与文物追索之间的关系。

进而言之，为避免该制度成为文物持有人免除文物返还义务的筹码，实现跨境借展文物的司法扣押豁免保护与文物返还国际义务相协调，中国立法可对外国文物的司法扣押豁免权设置一定条件。首先，免受司法扣押的外国文物范围应仅限于在博物馆等文物收藏单位公益性展出的文物，而不包括以营利为目的展出的文物，例如在文物拍卖前举行的公开展览中的文物。其次，立法可规定借展文物司法免扣押的事先公示制度和批准程序，对申请司法扣押豁免的外国文物开展来源调查。当前，中国行政机关已逐步重视对外国临时进境文物来源的合法性审查，但相关程序和法律后果并不完备。^②因此，中国立法应明确跨境借展文物免于司法扣押的审查机关和程序，规定文物来源认定标准，对于无法提供合法来源证明或存在涉诉风险的文物，不给予豁免权，并将相关信息予以公布或上传至国际流失文物数据库，例如国际刑警组织被盗艺术品数据库。^③再次，中国还可通过与外国国家签订双边协议的方式规定双方借展文物免受扣押和执行的条件；在涉及双方应承担的有关文物返还的国际义务时，考虑对特定借展文物不给予豁免保护。

六 结语

跨国文物追索不仅牵涉国家文化主权的维护，而且已成为全球治理体系深刻变革的重要面向。将跨国文物追索纳入法治建设轨道，是中国在新时代背景下坚持统筹推进国内法治和涉外法治建设、积极参与全球治理的应有之意。当前，国家豁免立场正经历从绝对豁免向限制豁免的深刻转变。作为国家豁免的特殊领域，跨国文物追索诉讼将推动国家豁免制度体系朝着更加广阔的

① 霍政欣：《追索海外博物馆非法收藏的中国文物：困难与对策》，载《中国博物馆》2016年第1期，第51页。

② 参见《国家文物局关于做好文物进出境审核中被盗文物查验工作的通知》，文物博函〔2018〕369号。

③ INTERPOL Stolen Works of Art Database, <https://www.interpol.int/Crimes/Cultural-heritage-crime/Stolen-Works-of-Art-Database>.

领域和更加明确的目标演进。

对于中国文物追索事业而言，构建契合跨国文物追索现实需要的国家豁免制度与规则是维护国家文化主权和行使文物治理权的重大议题。当前，中国坚持的绝对豁免基本立场，不仅构成中国追索流失文物的重大法律障碍，也不利于中国参与构建文物追索返还国际新秩序。^①在此意义上，尽快完成国家豁免原则立场的调整，并在此过程中系统构建契合跨国文物追索现实需要的国家豁免立法及其配套制度，不仅是追索海外流失文物的重大需要，也是提升中国在文物追索返还领域影响力和推动形成更加公正有序的国际文物治理格局的现实需要。

State Immunity in International Cultural Property Recovery Suits

Huo Zhengxin and Chen Ruida

Abstract: The choice of position of state immunity constitutes the key to whether an international cultural property dispute with a sovereign state as the party could be brought to suit. In the absence of international treaties or customary international law, it is a general principle that the court holds the position of the forum state at the time of the litigation. For the immunity from jurisdiction, the nature criterion is fundamental to asserting jurisdiction over the conduct of the state involved in the international cultural property recovery suit based on the commercial activity exception; the expropriation exception is on the other hand one of the most frequently invoked exceptions for the recovery of war-looted cultural property. When it comes to the immunity from execution, whether the cultural property can be exempted from constraint measures depends on whether it is used for commercial purpose, while the immunity from seizure to cultural property on loan provides a special protection for foreign cultural property. China should accelerate the recovery of cultural property under the systematic construction of the rule of law in matters involving foreign elements, and enact comprehensive legislation of state immunity that reflects the position of restricted immunity as soon as possible. By doing so, a series of state immunity rules in need for the cultural property recovery shall be systematically developed.

Keywords: International Cultural Property Recovery, State Immunity, Immunity from Jurisdiction, Immunity from Execution, Rule of Law in Matters Involving Foreign Elements

(责任编辑：谭观福)

^① 参见霍政欣、陈锐达：《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》，第121—125页。