

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

霍政欣 陈锐达*

摘要：以“章公祖师肉身坐佛案”为代表的跨国文物追索给国际私法带来了诸多新挑战。为此，当代国际私法应在确保文物安全的前提下确立有利于文物返还的理念，并将之贯彻到具体规则的制定与适用中。在依法院地法对标的物进行识别时，文物的文化属性应得到充分考量。在确定诉讼主体资格时，应尊重当事人的属人法并对原属国法适用宽松解释，承认当事人的诉讼利益。由诉讼时文物所在国法院管辖是跨国文物追索诉讼的一般管辖权原则，原属国法院行使管辖权则为其例外。在因循“物之所在地法”的基础上，应以有利于文物返还为原则对之予以合理解释，并充分利用弹性选法方法。文物追索方应做好判决域外承认和执行的充分预案，各国可通过签订专门协定构建文物追索判决互认机制。

关键词：跨国文物追索 识别 诉讼主体资格 管辖权 法律适用

引言

文物承载着人类文明的历史厚度，凝结着人文社会的智慧，构成维系文化认同与社会联结的纽带。源远流长的中华文明正是在文物的照映下才能如此栩栩如生的展现在后人眼前。然而，自近代以来，由于复杂的历史与现实原因，中国文物饱受战争劫掠、盗窃、走私之害，我国因而成为文物流失最严重的国家之一。

近年来，我国政府和民间力量致力于追索海外流失文物，并取得可喜的成果。^①但是，以法律途径追索流失文物仍面临诸多困难，跨国文物追索构成世界性难题。现有国际公约适用范围有限、无溯及力，难以提供充分的国际法律依据，这构成文物追索的主要国际法瓶颈。如1970年

* 霍政欣，中国政法大学国际法学院教授、博士生导师、教育部青年长江学者；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”（项目批准号：20ZDA031）的阶段性研究成果。

① 如2019年我国政府对日本追索曾伯克父青铜组器，参见《国家文物局：流失日本的曾伯克父青铜组器被成功追索回国》，新华网，http://www.xinhuanet.com/politics/2019-09/10/c_1124982478.htm，最后访问时间：2021年2月26日。2020年英国返还68件走私中国文物，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。

《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”）仅适用于馆藏文物的追索，且无溯及力。^① 再如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》（以下简称“1995年公约”），因其偏向于保护文物原属人的利益，主要文物市场国始终拒绝加入，故其实际效力大打折扣。^② 在此背景下，将文物现持有人诉诸一国法院，通过国际民事诉讼途径追索文物更具实效性和可行性。^③

国际民事诉讼必然牵涉到管辖权、识别、法律适用及判决的承认与执行等国际私法问题。然而，对于跨国文物追索诉讼而言，当代国际私法尚存在明显的制度供给缺陷。首先，不同国家的国际私法规则并不相同，存在明显的管辖权及法律适用冲突。此外，虽然国际私法历史悠久，但在应对文物纠纷方面发展滞后。例如，绝大多数国家的国际私法迄今依然没有专门调整文物的冲突规范，跨国文物纠纷因而通常只能适用调整一般物的冲突规则。^④ 依“物之所在地法”指引的法律适用结果却往往无法实现文物保护的目的，甚至有可能成为文物走私和黑市交易的护身符。^⑤ 随着近年来跨国文物追索诉讼的大量开展，上述问题逐渐积累，成为当代国际私法面临的新问题和新挑战。

自2015年至今，围绕章公祖师肉身坐佛所有权在中荷两国法院展开的跨国文物追索诉讼涉及了文物追索的几乎所有国际私法问题，因而特别值得关注。“章公祖师肉身坐佛案”（以下简称“章公祖师案”）的争议标的物为福建省三明市大田县吴山乡阳春村普照堂中的一尊神像，由宋代高僧章公祖师坐化而成，内含完整的人体遗骸，故称“章公祖师肉身坐佛像”。1995年12月14日，佛像被盗，后被运至香港。一位荷兰藏家在香港购得后将之带往荷兰，并于1996年被现持有人奥斯卡·凡·奥沃雷姆（Oscar van Overeem，以下简称奥斯卡）在阿姆斯特丹购得。^⑥ 2015年3月，佛像在被盗近20年后出现在匈牙利举行的公开展览上。^⑦ 在与奥斯卡协商无果后，福建省三明市大田县吴山乡阳春村村民委员会和东埔村村民委员会（以下简称村民委员会）于

① 《维也纳条约法公约》第28条规定：“除条约表示不同意思，或另经确定外，关于条约对一当事国生效之日以前所发生之任何行为或事实或已不存在之任何情势，条约之规定不对该当事国发生拘束力。”该条规定确立了国际条约不具溯及力原则。《“1970年公约”操作指南》亦明确表示，根据“1970年公约”条款，特别是第7条，缔约国仅可在本公约在两个相关国均生效后，方可对进口到另一缔约国的任何非法出口、非法转移或被盗的文化财产寻求返还。See UNESCO, “Operational Guidelines for the Implementation of the Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property”, para. 101, http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/OPERATIONAL_GUIDELINES_EN_FINAL_FINAL.pdf (last visited 26 February 2021).

② 截至2021年3月，公约共有50个缔约国，且缔约国均为文物流失国。文物市场国如法国、荷兰、俄罗斯、瑞士等国虽签署了该公约，但迄今尚未正式批准，因而不受公约的约束。See UNIDROIT, <https://www.unidroit.org/status-cp> (last visited 23 April 2021).

③ Crista Roodt, *Private International Law, Art and Cultural Heritage* (Edward Elgar, 2015), p. 17.

④ Alessandro Chechi, “When Private International Law Meets Cultural Heritage Law: Problems and Prospects”, (2017/2018) 19 *Yearbook of Private International Law* 269, p. 270.

⑤ 如文物走私商贩通过挑选交易地，利用物之所在地法对文物交易的宽松政策，以合法的方式转移所有权，实现文物“漂洗”。See Lyndel V. Prott, “Problems of Private International Law for the Protection of the Cultural Heritage”, in (1989) 217 *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* 215, p. 236.

⑥ Zhengxin Huo, “The Chinese villages win a lawsuit in China to repatriate a Mummified Buddha Statue hold by a Dutch Collector—What Role has Private International Law Played?”, <https://conflictoflaws.net/2020/the-chinese-villages-win-a-lawsuit-in-china-to-repatriate-a-mummified-buddha-stature-hold-by-a-dutch-collector-what-role-has-private-international-law-played/> (last visited 26 February 2021).

⑦ 《“肉身坐佛”初步确认为被盗“章公祖师像”海外文物“回家”任重道远》，新华网，http://www.xinhuanet.com/politics/2015-03/23/c_1114735996.htm，最后访问时间：2021年2月26日。

2015年12月11日以文物所有人的身份在福建省三明市中级人民法院（以下简称三明中院）提起归还诉讼，要求奥斯卡返还文物。2016年5月31日，原告又在奥斯卡住所地阿姆斯特丹地区法院针对同一请求提起民事诉讼，法院于2018年12月12日以村民委员会不具备荷兰法上的诉讼主体资格为由驳回原告起诉，并未就实体问题作出裁定。^①2020年12月4日，三明中院作出一审判决，认定涉案佛像归村民所有，判令被告将之返还原告。^②

该案是中荷两国法院平行审理跨国文物追索诉讼的第一案，其牵涉的国际私法问题极具典型性：第一，标的物的识别问题，即其是否应被定性为一般物，还是文物（文化财产）^③，抑或人体遗骸；第二，当事人的诉讼主体资格问题，即应依据何国法律判定本案原告——村民委员会是否为适格主体；第三，管辖权问题，作为佛像的原属国或现持有人所在国，中荷两国法院是否具有管辖权；第四，法律适用问题，即作为标的物的佛像，应依据何种冲突规范的指引适用何国法律；第五，判决的承认和执行问题，如中国法院的判决经二审后产生法律效力^④，在被告拒绝履行判决的情况下中国判决能否在荷兰得到承认和执行。

鉴此，本文以“章公祖师案”为线索，对跨国文物追索诉讼面临的主要国际私法问题展开学理分析，并做出理论回应、提出制度完善建议。需要指出，与现有国内外研究成果相比，本文拟在以下两个方面进行拓展性研究：第一，本文选取中国法院审理的“跨国文物追索第一案”，以此为研究出发点和线索，对该案引发的典型性和特殊性国际私法问题展开细致探讨，并以中国视角进行学理阐释和解析；第二，本文关注和着重讨论跨国文物追索的最新司法实践对传统国际私法制度和规则构成的挑战，并在批判性反思的基础上，对国际私法如何进行自我革新与完善做出理论和制度探索，冀以使这门历史悠久、功能独特的法律部门更好地应对日益增多的跨国文物追索诉讼，从而适应各国不断提升的文物保护水平和文化主权意识。^⑤

① *Village Communities of Yangchun and Dongpu v. Van Overveem, Design & Consultancy BV and Design Consultancy Oscar van Overveem B. V.*, Case No. C/13/609408, ECLI: NL: RBAMS: 2018: 8919, Court of Amsterdam, 12 December 2018.

② 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。

③ 中国法语境下一般称“文物”，国际条约多称“文化财产”，本文根据语境交替使用，两者并无实际语义差异。

④ 奥斯卡已提出上诉，案件目前处于二审阶段。截至本文写作时，法院和当事方均没有对外公布上诉的具体理由。参见《判令返还！“章公祖师”肉身坐佛像追索案一审宣判》，福建网络广播电视台，http://www.fjtv.net/folder6/folder60/folder65/folder2964/2021-02-11/3646864.html?_t=1613046202，最后访问时间：2021年2月26日。

⑤ 从目前的研究现状来看，国内学者的研究成果尚停留在对现行国际法规则运用于跨国文物追索的功能性探讨上，从法律理念与规则制度的变革与完善视角进行的研究成果尚付阙如。外国学者虽有从理念与制度变革层面进行研究，但缺少中国视角，从文物流失国视角展开的研究也非常有限。相关代表性文献参见李玉雪：《文物返还问题的法律思考》，载《中国法学》2005年第6期；郭玉军、靳婷：《被盗艺术品跨国所有权争议解决的若干问题研究》，载《河北法学》2009年第4期；高升、李厂：《文物所有权争议中的法律选择规则》，载《西部法学评论》2017年第4期；白红平：《非法流失文物追索中的法律冲突及中国的选择》，法律出版社2014年版；霍政欣：《追索海外流失文物的国际私法问题》，载《华东政法大学学报》2015年第2期；Tamás Szabados, “In Search of the Holy Grail of the Conflict of Laws of Cultural Property: Recent Trends in European Private International Law Codifications”, (2020) 27 *International Journal of Cultural Property* 323; Alessandro Chechi, “When Private International Law Meets Cultural Heritage Law: Problems and Prospects”; Mara Wantuch-Thole, *Cultural Property in Cross-Border Litigation: Turning Rights into Claims* (Walter de Gruyter GmbH, 2015)。

一 识别

识别是跨国文物追索诉讼的第一步，是确定争议法律关系的前提，识别的结果决定了案件应具体援引哪一类冲突规范，进而关系到案件的审理结果。^① 依当代各国国际私法立法与实践，识别一般适用法院地法。^② 在处理跨国文物追索诉讼中，识别的对象首先是争议标的物的法律性质，其中最常见的问题是：争讼标的物是动产，还是不动产？是一般意义上的物，还是具有特殊属性的文物？是一般意义上的文物，还是具有特殊属性的人体遗骸？

（一）动产，还是不动产？

将标的物识别为动产还是不动产不仅影响案件的法律适用，还可能影响管辖权。如各国通常将不动产纳入专属管辖的范围，而对动产的规定则较为宽松。^③ 跨国文物追索中的“不动产”，主要指从建筑物上脱落或人为切割的遗址的一部分，^④ 如帕特农神庙的大理石雕、圆明园青铜兽首、石窟造像中被盗凿的佛像等，均有可能成为争议标的物。这些文物应被定性为动产还是不动产，从目前积累的案例来看，仍存在不确定性。

在“阿布格诉日内瓦村案”中，争议标的物为一幅从法国南部的一座教堂内壁上剥离的湿壁画，其被贩卖到瑞士后，当地村民向法国法院起诉，要求现持有人返还。^⑤ 被告辩称其是以动产形式获得该幅湿壁画的，依据法国与瑞士签订的条约，与动产有关的案件应由被告住所地法院管辖，法国法院无管辖权。为确定案件管辖，法国法院须首先解决标的物的性质问题。依《法国民法典》，不动产可以分为“依其性质为不动产者”（*immeubles par nature*）^⑥ 和“依其用途为不动产者”（*immeubles par destination*）。^⑦ 根据这一划分，土地和建筑物根据其性质明显属于不动产，而所有者置于不动产之上的以永久使用为目的的任何物件依其用途和意愿同样可以被视为不动产。^⑧ 基于此，法国三级法院分别得出了三种不同的认定结果。初审法院认为湿壁画依其性质为不动产；上诉法院认为湿壁画依其用途属于不动产；而最高法院则认为湿壁画属于动产，识别结果大相径庭。

其中，法国最高法院的裁决被认为采用了时任首席检察官卡巴纳（Jean Cabanes）的观点：

① 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71页。

② See Lyndel V. Prott, “Problems of Private International Law for the Protection of the Cultural Heritage”, p. 238; George Panagopoulos, *Restitution in Private International Law* (Oxford University Press, 2000), p. 29; R. van Rooij and M. V. Polak, *Private International Law in the Netherlands* (The Hague, 1987), p. 241.

③ 霍政欣：《追索海外流失文物的国际私法问题》，第108页。

④ Mara Wantuch-Thole, *Cultural Property in Cross-Border Litigation: Turning Rights into Claims*, p. 18.

⑤ *Fondation Abegg c. Ville de Genève et autres*, D. 1988, 325, note Maury.

⑥ 《法国民法典》第518条规定：“土地与建筑物，依其性质为不动产。”中译本参见罗洁珍译：《法国民法典》，北京大学出版社2010年版，第171页。

⑦ 《法国民法典》第524条规定：“不动产所有人为不动产的便益与利用在其上安置的动物与物件，依其用途为不动产……”。中译本参见罗洁珍译：《法国民法典》，第172页。

⑧ Wojciech W. Kowalski, “Restitution of Works of Art pursuant to Private and Public International Law”, (2001) 288 *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* 9, p. 215.

依其性质为不动产者，在分离后变成真正的动产，而依其用途为不动产者依法律拟制仍属于不动产。^① 在这种情况下，原本属于不动产构件的文物因被人为地与该不动产脱离，将可能使其丧失原本基于不动产所获得的保护。^② 法国法院的态度因此受到不少文化财产学者的批判。^③ 值得一提的是，上诉法院的意见则注意到了标的物的文化属性以及文化财产保护的重要性。法院指出，相较于动产，不动产能够获得更全面的法律保护，对于具有艺术、历史或考古价值的标的物而言，这种保护在如今比以往任何时候都尤为重要。^④

相比之下，其他一些大陆法国家通过将物分为动产与不动产，再依据两物关系的性质，对剥离于不动产的物件进行定性。^⑤ 如依《意大利民法典》，永久性地供主物使用或装饰主物的物是从物 (*pertinenze*)，以主物为客体的行为和法律关系也包括从物，法律另有规定的除外。^⑥ 认定从物的标准在于其是否构成主物不可分割的组成部分。如雕像等装饰物，其分离并不会对建筑物的功能和完整性构成影响，因而属于从物，可以被分离并单独识别为动产。相反，对于屋顶等建筑构件，其存在与否将直接影响主物的主体功能，因而是主物不可分割的一部分。^⑦ 《荷兰民法典》同样规定，当一物附着于主物，且将该物与主物分离将使两者均受到实质性损害的，该物成为主物的组成部分。^⑧

此外，英美普通法将固定性、永久性地安装在不动产上的物称为“不动产附着物” (*fixture*)，这类物构成不动产的组成部分，如拆除或移动该物将会对不动产造成损害。^⑨ 所以，普通法国家的法院评判一个物件是否应被识别为不动产附着物，通常参考以下标准：第一，物件附着于地产的方式与程度；第二，附着是临时性的，还是永久性的；第三，将该物件与地产剥离会产生的后果。^⑩

由此可见，对于动产和不动产，各国法院依法院地法进行识别会出现不同的结果，甚至一国的不同法院也可能得出不一致的识别结果。考虑到因战争破坏、盗抢等原因，不少历史上流失的文物源自不可移动的文化遗产，且随着科技的不断进步，原本不可分离的部件也可以不损害建筑物的方式被剥离，对这类文物进行识别的问题将更具复杂性和重要性。^⑪

(二) 普通物，还是文物？

将争议标的物识别为普通物或文物不仅决定法院对冲突规范的援用，还会影响准据法的最终

① Wojciech W. Kowalski, “Restitution of Works of Art pursuant to Private and Public International Law”, p. 215.

② 如法国法院在1881年的一个案件中原本将镶嵌在一座罗马别墅中的马赛克画识别为依其性质的不动产，故在其与建筑物剥离后被定性为动产。See *Moley v. Pigné*, D. P. 82. 1. 55. 相反，法国法院在1931年的另一案件中则将一幅悬挂于墙壁上的油画依其用途识别为不动产。See *Cercle Républicain de Portets v. Paraigne*, D. H. 1931. 233; S. 1931. 1. 191.

③ See Lyndel V. Prott, “Movables and Immovables as Viewed by the Law”, (1992) 1 *International Journal of Cultural Property* 389, p. 390.

④ See Lyndel V. Prott, “Movables and Immovables as Viewed by the Law”, p. 390.

⑤ Lyndel V. Prott, “Problems of Private International Law for the Protection of the Cultural Heritage”, p. 238.

⑥ 《意大利民法典》第817条、第818条。中译本参见费安玲、丁玫、张宓译：《意大利民法典》，中国政法大学出版社2004年版，第204页。

⑦ Wojciech W. Kowalski, “Restitution of Works of Art pursuant to Private and Public International Law”, p. 216.

⑧ 《荷兰民法典》第3编第4条第2款。中译本参见王卫国译：《荷兰民法典》（第3编、第5编、第6编），中国政法大学出版社2006年版，第5页。

⑨ 霍政欣：《追索海外流失文物的国际私法问题》，第109页。

⑩ *Norton v. Dashwood* (1895) 2 Ch. 500.

⑪ Wojciech W. Kowalski, “Restitution of Works of Art pursuant to Private and Public International Law”, p. 218.

确定，即应适用该国的一般民事法律规则，还是调整文物的专门性法律规则。

一方面，权利主体对其合法拥有或占有的文物享有财产权，这是由文物的财产属性决定的，也是法治社会的基石之一；另一方面，与一般的财产不同，文物不仅有经济价值，而且在社会、文化历史等方面具有独特价值，对民族及国家特别具有重要意义，因此，国家对保护此类财产负有责任。是之故，许多国家通过立法限制文物权利主体的权利，以确保此类财产免受破坏。因此，在文物领域，权利主体，即便是合法的所有者，其权利也是受限的。从这个意义上说，就文物而言的物权有别于一般物权的对世性与绝对性。

对此，少数国家专门为文物制定了冲突规范。^① 大多数国家虽然没有专门调整文物的冲突规范，一旦诉讼被识别为涉外文物纠纷，其法院在确定相关冲突规范的含义及准据法的过程中也会予以有别于一般物的特殊考量。如在“章公祖师案”中，三明中院认为佛像并非普通动产，而是性质为文物的文化财产，具有重要的历史及宗教价值，故在适用和理解动产物权的法律适用规则时，应“考虑涉案佛像的性质”对冲突规范进行解释。^②

将标的物识别为普通物抑或文物，还会影响实体法的最终确定。如前所述，出于文物保护的目的，当代各国通常制定专门调整文物的特别法，或在其一般法中规定特别条款，对以文物为客体的权利行使予以限制。这种限制主要表现为两种方式：第一，将被认定为公共财产或受保护财产的文物识别为“非交易物”（*res extra commercium*），在民事交易中受制于特定的例外，如《意大利民法典》。^③ 《荷兰民法典》则规定，《荷兰文化遗产保护法》规定的受保护文物或属于公共收藏或清单中的文物不适用善意取得。^④ 第二，此类受保护的文物被禁止或限制出口，或规定国家对该类出口文物拥有优先购买权，如英国。^⑤ 在“章公祖师案”中，三明中院在确定本案适用中国法后，由于将坐佛识别为文物，遂根据我国《文物保护法》等法律的规定，认定其不适用善意取得制度，且禁止出售给外国人并禁止出境。^⑥

（三）文物，还是人体遗骸？

文物追索还涉及到一类特殊的标的物——人体遗骸。因宗教、种族等原因，不少民族或部落对其历史上特定的人体遗骸赋予了特殊的文化意义，如埃及木乃伊、新西兰毛利人头骨以及章公祖师肉身坐佛等。对于此类标的物，应将之识别为一般意义上的文物，还是具有特殊属性的人体遗骸，这会影响到诉讼的法律基础。

人体遗骸介乎于物与尸体之间，既具有财产属性，也具有精神属性。通常认为，尸体不能成为物权的客体，因而也不能主张所有权。^⑦ 但在不少国家，如果通过“劳作或技能”的方式对遗

① 如保加利亚和比利时，下文详述。

② 参见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。

③ 依据《意大利民法典》第823条，除非在法律规定的方式和范围内，构成公共财产一部分的财产不可转移，并且不能成为第三人权利的客体。中译本参见费安玲、丁玫、张宓译：《意大利民法典》，第206页。

④ 《荷兰民法典》第3编第99条。中译本参见王卫国主译：《荷兰民法典》（第3编、第5编、第6编），第41页。

⑤ 在英国，若一项文物的出口申请被拒绝，则所有者有权同时获得以公平价格出售文物的保证。See Mara Wantuch-Thole, *Cultural Property in Cross-Border Litigation: Turning Rights into Claims*, p. 65.

⑥ 参见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。

⑦ Charlotte C. Woodhead, “A Debate Which Crosses All Borders-The Repatriation of Human Remains: More than Just a Legal Question”, (2002) 7 *Art Antiquity and Law* 317, p. 319.

体进行处理,则法律允许其成为财产或准财产(*quasi-property*)。^①如在“杜德·沃德诉斯彭思案”^②中,澳大利亚最高法院认为“在合法占有的情况下,一个人通过合法的工作或技能对遗骸或其部分进行处理,从而使其获得有别于待葬尸体的属性时,则此人将因此而获得此人体遗骸的基本权利”,且法院倾向于认为这些权利中包含财产权利。^③

从当前与人体遗骸返还有关的国际与国内法律依据来看,返还的基础侧重其精神价值而非财产价值,返还主体主要为博物馆或公共机构而非私人。^④从国际层面看,现有规则如1989年世界考古大会《关于人体遗骸的弗米利恩同意书》^⑤、2007年《联合国土著人民宣言》^⑥等多主张应尊重死者与所属社群的联系,从保有和发展宗教文化和习俗的角度上,将人体遗骸返还其原属地。但上述规则多为不具有法律拘束力的准则或宣言。从各国国内层面看,美国《美洲原住民墓地保护和返还法》(Native American Graves Protection and Repatriation Act)与英国《人体组织法》(Human Tissue Act)等都仅规定了博物馆或公共部门返还其收藏或持有的人体遗骸等土著文化财产的义务。^⑦对于私人持有的人体遗骸,各国国内法尚无关于返还事宜的特殊规定。

由此可见,在文物追索诉讼中,将标的物单纯识别为人体遗骸不仅要面临所有权上的争论,还缺少国内和国际法上的有力支撑。故有观点认为,应同时将标的物识别为人体遗骸和文物,肯定其中的财产权利,以适用与文物所有权相关的法律规定,避免无法可依或请求权基础薄弱的问题,从而提高追索的成功几率。^⑧“1970年公约”作为当前文物返还的主要国际公约,其对“文化财产”的定义虽未明确将人体遗骸列入,但是,由于公约第1条含有“具有古生物学的物品的稀有收集品和标本”和“具有人种学意义的文物”的表述,故公约仍有适用于人体遗骸的可能性。^⑨依

① Christopher Frerking and Heather Gill-Frerking, “Human Remains as Heritage: Categorisation, Legislation and Protection”, (2017) XXII *Art Antiquity and Law* 49, p. 64.

② 该案原告杜德·沃尔德从澳大利亚一家医院购得一具经过处理的婴儿遗骸并将其公开展览,随后该遗骸被警察斯彭思截获。诉讼中,澳大利亚上诉法院认为,死者无所有权,无法成为诉讼标的物,故而驳回了杜德的上诉请求。See *Doodeward v. Spence* [1908] 6 C. L. R. 406.

③ See *Doodeward v. Spence* [1908] 6 C. L. R. 414.

④ Christa Roodt, *Private International Law, Art and Cultural Heritage*, p. 77.

⑤ 1989年,首届世界考古大会在美国南达科他州的弗米利恩市召开,会上通过了旨在规范人体遗骸考古和科学研究的《关于人体遗骸的弗米利恩同意书》(The Vermillion Accord on Human Remains),根据该同意书第3条,在任何可能、合理、合法的情况下,应当尊重当地社群及死者近亲属或监护人的意愿。See The Vermillion Accord on Human Remains, Art. 3, <https://worldarch.org/code-of-ethics/> (last visited 26 February 2021); Larry J. Zimmerman, “A Decade after the Vermillion Accord: What has Changed and What has not?”, in Cressida Fforde, Jane Hubert and Paul Turnbull (ed.), *The Dead and their Possessions: Repatriation in Principle, Policy and Practice* (London: Routledge, 2002), p. 91.

⑥ 2007年9月13日,联合国第61届大会通过《联合国土著人民权利宣言》(United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples),该宣言第12条第1款规定:“土著人民有权展示、奉行、发展和传授其精神和宗教传统、习俗和礼仪,有权保持和保护其宗教和文化场所,并在保障私隐之下进出这些场所,有权使用和掌管其礼仪用具,有权把遗骨送回原籍。”参见联合国大会决议:《联合国土著人民权利宣言》,A/RES/61/295(2007),第5页。

⑦ See Native American Graves Protection and Repatriation Act, 25 U. S. Code § 3005. Repatriation; Human Tissue Act. s27 (2004) (U. K.).

⑧ Christopher Frerking and Heather Gill-Frerking, “Human Remains as Heritage: Categorisation, Legislation and Protection”, p. 70.

⑨ Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property 1970, Art. 1.

据各国法律的指定，具有重要考古或历史等价值的人体遗骸可以成为公约的调整对象。^① 如《埃及文物保护法》将在埃及领土上成长并形成的人体遗骸纳入受保护的文物范围。^②

在“章公祖师案”中，由于荷兰的诉讼未进入实体程序，该国法院没有处理标的物的识别问题。三明中院则认为，佛像属于特殊的人类遗骸，具有重要的历史及宗教价值，应认定为文物。^③ 不过，该法院并未提及对标的物作如此识别的法律依据，论证略显不足。

综上所述，识别对于冲突规则的选择以及准据法的适用和理解具有重要影响。在跨国文物追索诉讼中，识别问题不仅影响当事人，也困扰着法官，加大了此类诉讼结果的不确定性。在各国通常依法院地法识别的前提下，妥善解决跨国文物追索诉讼中的识别问题，既应考虑标的物的财产价值，也要兼顾其文化属性，并尽可能提高识别结果的一致性，这构成国际私法须回应和解决的新问题。

二 诉讼主体资格

跨国文物追索诉讼须处理的另一个问题是谁有权作为原告起诉，即诉讼主体资格问题。以比较法观之，各国法律对原告资格的规定各不相同，但通常依据如下原则：第一，原告必须具备完全的法律人格，是法律意义上的人，即法律所认可的自然人、法人或其他组织；第二，原告必须具有充分的诉讼利益，即与诉讼具有直接的法律关系，亦即适格。^④ 对于前者，法院一般依据法院地法来判定；而对于后者则较为复杂，取决于原告与诉讼标的之间的关系，法院既可能适用法院地法，也可能适用文物原属国法。^⑤

（一）完全的法律人格

完全的法律人格是当事人行使权利、承担义务的前提。该问题一般被识别为程序事项，原则上适用法院地法，包括法院地的实体法。^⑥ 然而，在跨国文物追索诉讼中，如果外国原告依据所属国法具有法律人格，且有权在其本国法院起诉，但其法律人格不被法院地法认可，由此其无法作为适格主体起诉，这显然并不公允。

值得注意的是，实践表明，在某些文物追索诉讼中，即便外国原告的法律人格并无法院地法的依据，法院也可能认可其为适格的原告。^⑦ 如在英格兰法院审理的“印度联邦政府诉邦培案”

① 根据“1970年公约”第1条，“文化财产”系指“每个国家，根据宗教的或世俗的理由，明确指定为具有重要考古、史前史、历史、文学、艺术或科学价值的财产并属于下列各类者：……”。可见，为协调各方立场，公约对文化财产的定义采用了“混合法”：一方面，它允许各国自行对文化财产进行明确指定，以明确本国文化财产的范围，赋予各国一定的自主权；另一方面，它规定了必要的强制性要素，即具有重要考古、史前史、历史、文学、艺术或科学价值的财产并属于本条所列之各类者。参见霍政欣：《1970年UNESCO公约研究：文本、实施与改革》，中国政法大学出版社2015年版，第51页。

② See Law No. 117 of 1983 as Amended by Law No. 3 of 2010 Promulgating the Antiquities' Protection Law, Art. 1. 3.

③ 参见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。

④ 霍政欣：《追索海外流失文物的法律问题》，第76页。

⑤ See Lyndel V. Prott, “Problems of Private International Law for the Protection of the Cultural Heritage”, p. 245.

⑥ See Siehr, Kurt, “International Art Trade and the Law”, (1993) 243 *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* 9, p. 74.

⑦ See Lyndel V. Prott, “Problems of Private International Law for the Protection of the Cultural Heritage”, p. 245.

中,以印度政府为代表的多名原告起诉一名伦敦的文物商人,要求返还一尊被非法挖掘和出口的青铜神像。该案的原告之一是佛像原所属寺庙的主神“湿婆林伽”。^①在确定该原告的诉讼主体资格时,法院援引了枢密院早先对“穆立克诉穆立克案”作出的判决,认为依据印度教法,家神具备法律人格和诉讼主体资格,进而肯定了原告的法律地位。^②由此观之,一些国家的法院在认定当事人是否为适格主体时,在适用法院地法无法认定的情况下,也可能援引其属人法,承认该法赋予当事人提起诉讼的能力。当然,仅凭此案还难以得出英格兰法院在认定诉讼主体资格时一概承认另一国法律所创制的法律人格的结论。依法院地法确定原告的诉讼主体资格依然是各国法官所遵循的基本原则,这将使跨国文物追索诉讼的原告处于不利地位。^③

在“章公祖师案”中,村民委员会是否具备诉讼主体资格是荷兰法院重点关注的问题,然而法院在判决书中并未阐明所适用的法律,仅以原告无法证明其是否真正成立和运转为由驳回起诉。^④根据《荷兰民法典》,原告在荷兰法院起诉,是否具备诉讼主体资格应依荷兰法来确定。^⑤依据荷兰法,民事诉讼的主体原则上限于自然人或法人,包括以国家为代表的公共机构。^⑥此外,“劳资协议会”“参与委员会”“普通合伙”等同样能在荷兰法院提起民事诉讼。^⑦

不过,荷兰法院并没有完全排斥中国法的适用,其对《民法总则》的援引即为证明。2009年加入“1970年公约”时,荷兰向联合国教科文组织提交的《1970年公约执行法案》中明确提到,当文物来源缔约国与所有权人就非法入境荷兰的文物提起返还之诉时,法院将通常参考文物来源国的法律,确定享有该财产权并因此有权提起返还之诉的主体。^⑧尽管荷兰加入公约与该法实施的时间均在佛像被盗和非法出口之后,这些规则在该案中并不适用,但该法案中通过“参考文物来源国法律”确定诉讼主体资格的表述,可以看作对类似案件通常做法的总结。鉴此,在文物追索案件中,为确定诉讼主体资格,荷兰法院不仅要依据荷兰法,还会参考原属国法的相关规定。诉讼中,原告提出其具有诉讼主体资格的法律依据主要是中国《宪法》《村民委员会组织法》《民事诉讼法》等,《民法总则》只是起到对其资格予以再次确认的效果。然而在这种情况下,荷兰法院不提其他中国法律,而独以《民法总则》实施于本纠纷发生后缺乏溯及力为由,否定村民委员会的诉讼主体资格,^⑨这颇令人费解。

可见,在文物追索诉讼中,法院认定当事人的法律人格如仅适用本国法,而完全不适用其属

① *Union of India v. Bumper Development Corporation Ltd.* (unreported discussion, Queens Bench Division, 17 February 1988, England).

② *Mulick v. Mulick*, LR LII Indian Appeals 245 (1972, UK).

③ 霍政欣:《追索海外流失文物的法律问题》,第77页。

④ See *Village Communities of Yangchun and Dongpu v. Van Overveem, Design & Consultancy BV and Design Consultancy Oscar van Overveem B. V.*, Case No. C/13/609408, ECLI: NL: RBAMS; 2018: 8919, Court of Amsterdam, 12 December 2018.

⑤ 《荷兰民法典》第10编第3条规定:“在荷兰法院进行的诉讼程序适用荷兰法。”中译本参见马泰斯·田沃德、龙威狄、赵宁译:《荷兰〈民法典〉第10卷(国际私法)》,载《中国国际私法与比较法年刊》第14卷,北京大学出版社2012年版,第428页。

⑥ See Cornelis Hendrik van Rhee, “*Locus standi* in Dutch civil litigation in comparative perspective”, in T. Erecinski *et al.* (ed.), *Recent Trends in Economy and Efficiency in Civil Procedure* (Vilnius: Vilnius University Press, 2013), pp. 243–266.

⑦ See Cornelis Hendrik van Rhee, “*Locus standi* in Dutch civil litigation in comparative perspective”, pp. 243–266.

⑧ See 1970 UNESCO Convention on the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property (Implementation) Act, Section 4.

⑨ See *Village Communities of Yangchun and Dongpu v. Van Overveem, Design & Consultancy BV and Design Consultancy Oscar van Overveem B. V.*, Case No. C/13/609408, ECLI: NL: RBAMS; 2018: 8919, Court of Amsterdam, 12 December 2018.

人法，将导致不公平的结果。^① 考虑到文物原属人通常在现持有人住所地所在的外国法院起诉，如仅因为程序事项而使纠纷无法进入实体审理，这无疑会导致大量的跨国文物归属纠纷无法诉诸司法渠道解决，诉讼途径在文物追索中的作用将大打折扣。因此，面对日益多元的文物追索主体，荷兰、美国等一些国家在立法和司法实践中也开始参考原告的属人法。^②

（二）充分的诉讼利益

充分的诉讼利益是考察原告是否适格的关键，其指向原告所具有的诉权，即所有权或其他直接权益。^③ 考虑到当事人具备何种诉讼利益将影响其诉讼请求的内容，不同的诉讼请求对诉讼利益的要求也不同，文物追索诉讼因而可以分为所有权之诉与非所有权之诉两类。对于所有权之诉，法院一般会依文物原属国法律判定原告是否对流失之前的标的物享有所有权。^④ 对于非所有权之诉，如侵权之诉或请求法院采取保全措施的诉讼，法院往往依据法院地法判定原告是否满足法律规定的适格条件。^⑤ 需要注意的是，在授予原告诉讼主体资格之前，法院通常只须推定其存在足够的诉讼利益即可，无须解决争议的实体问题。^⑥

在所有权诉讼中，原告对流失之前的标的物是否享有所有权取决于原属国法是否有清晰的规定。而如何理解和阐释原属国法，则取决于案件的审理法院，因而存在较大的不确定性。如在“新西兰司法部长诉奥瑞蒂茨案”中，新西兰政府要求英国持有人返还一件毛利部落的文物，指称依据《新西兰文物法》，政府对非法出口的文物享有所有权。^⑦ 被告则以该法并不能使政府自动获得所有权为由进行抗辩。英国初审法院否定了被告这一抗辩事由。^⑧ 然而，二审和终审法院则支持了被告的主张，认为依据《新西兰文物法》，只有文物非法出境时被截获，新西兰政府才能获得所有权，故判决新西兰政府败诉。^⑨ 该案表明，所涉文物的所有权如依其原属国法不足够明确，会大大增加法院的自由裁量权，追索诉讼的不确定性会更大。

在非所有权之诉中，原告的诉讼主体资格则取决于其能否证明与标的物存在某种联系。但是，对于依某种特定的文化背景而建立起联系的群体通常难以具备适格条件，如原住民群体、宗教机构以及保护文化财产的特别组织等。^⑩ 在“米利尔珀姆诉纳巴尔科私人有限公司案”中，澳大利亚原住民请求法院阻止一项采矿许可，认为该片土地是其祖先授予他们的。澳大利亚法院直接以原告对该土地无专有权益为由驳回其诉讼请求。^⑪ 2009年，在“阻止佳士得拍卖圆明园青铜

① Lyndel V. Prott, “Problems of Private International Law for the Protection of the Cultural Heritage”, p. 245.

② See *Autocephalous Greek-Orthodox Church of Cyprus v. Goldberg & Feldman Fine Arts, Inc.*, 717 F. Supp. 1374 (S. D. Ind. 1989); affirmed 917 F.2d 278 (7th Cir. 1990). See also Alessandro Chechi, *The Settlement of International Cultural Heritage Disputes* (Oxford University Press, 2014), p. 88.

③ Lyndel V. Prott, “Problems of Private International Law for the Protection of the Cultural Heritage”, p. 247.

④ 普通法国家以“既得权”理论解释之，大陆法国家则认为提起诉讼的基础权利归属以及何者拥有提起诉讼的权利，均属于实体法问题。See Lawrence Collins (ed.), *Dicey & Morris on the Conflict of Laws* (Sweet & Maxwell, 14th edn, 2006), p. 209; Martin Wolff, *Private International Law* (Clarendon Press, 2nd edn, 1950), p. 238.

⑤ 霍政欣：《追索海外流失文物的法律问题》，第79页。

⑥ See Cornelis Hendrik van Rhee, “*Locus standi* in Dutch civil litigation in comparative perspective”, pp. 243–266.

⑦ See Lyndel V. Prott, “Problems of Private International Law for the Protection of the Cultural Heritage”, p. 247.

⑧ See *Attorney General of New Zealand v. Ortiz* [1984] AC 1; [1982] QB 349.

⑨ See *Attorney General of New Zealand v. Ortiz* [1984] AC 1; [1982] QB 349.

⑩ Lyndel V. Prott, “Problems of Private International Law for the Protection of the Cultural Heritage”, p. 247.

⑪ See *Milirrpum v. Nabalco Pty. Ltd* (1971) 17 FLR 141.

兽首案”中，原告欧洲保护中华艺术联合会也因没有正当的诉讼利益而在法国法院败诉。^①

近年来，在认定原告是否具有充分的诉讼利益时，意大利、法国等一些国家的立法和司法实践开始考虑标的物对于原告是否具有不可或缺的文化、宗教和艺术价值，认可原告作为特殊的社会群体对于特定对象的精神信仰和情感寄托，承认其诉讼主体资格。^② 特别是在土著民文化财产的保护中，如美国《美洲原住民墓地保护和返还法》确立的返还依据是原住民与文化财产之间的文化隶属关系，而非所有权关系。^③ 在“奥努斯诉美铝公司案”中，在认定原住民是否有权要求其世代生活的土地上的文化财产免受损害时，澳大利亚高等法院态度发生了转变。尽管依据普通法，原住民对土地无所有权，但法院认为，鉴于该片土地蕴藏着原住民的文化财产和精神信仰，故认定其具有提起诉讼的适当法律权益，是适格主体。^④

在“章公祖师案”中，原告在中国法院提起的是物权保护诉讼，^⑤ 即所有权之诉，而在荷兰法院提起的是侵权之诉。^⑥ 因此，在中国诉讼中，原告须证明其对被盗前的坐佛像享有所有权。对此，三明中院依据我国2007年《物权法》第59条和1991年《文物保护法》第5条，^⑦ 认定坐佛像为原告村民集体所有，其所有权归属明确。^⑧ 然而，由于坐佛像被盗于《物权法》生效前，适用该法引发的溯及力问题似值得探讨。在荷兰诉讼中，原告则须证明其对标的物所享有的法律权益。^⑨ 对此，原告提出以宗教和精神利益作为归还坐佛像的主张之一，但被告援引荷兰最高法院1998年的判例，认为“存粹的情感利益”无论多么重大，都不能被认为具有充分的诉讼利益。^⑩ 遗憾的是，荷兰法院在裁决中并未就此作出回应，仅以原告不具备法律人格为由驳回起诉。

综上所述，在跨国文物追索诉讼中，当事人的诉讼利益是否足以支持其诉讼主体资格，取决于其所寻求救济的具体内容。当事人就诉讼利益举证，既受原属国法关于所涉文物所有权规定的影响，也受制于法院的自由裁量权。在跨国文物追索诉讼中，法院确定诉讼主体资格时应如何适用和解释法律，当代国际私法并无稳定成熟的原则与规则，这亟待学理回应。

① 参见霍政欣：《追索海外流失文物的法律问题》，第79页。

② See *Autocephalous Greek-Orthodox Church of Cyprus v Goldberg & Feldman Fine Arts, Inc.*, 717F.Supp.1374 (S. D. Ind. 1989); affirmed 917 F.2d 278 (7th Cir. 1990); *Associazione nazionale Italia Nostra Onlus v. Ministero per i beni e le attività culturali et al.*, Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) del Lazio (Sez. II-quarter), No. 3518, 28 February 2007, *Guida al diritto-Il Sole 24 Ore*, 2007, No. 21, 91-9. Decision confirmed in appeal (*Consiglio di Stato*, No. 3154, 23 June 2008); *Association action culturelle v. le Ministre de la culture et de la communication*, Tribunal administratif de Paris, No. 0701946, 18 December 2009. See also Alessandro Chechi, *The Settlement of International Cultural Heritage Disputes* (Oxford University Press, 2014), pp. 54-55.

③ See Native American Graves Protection and Repatriation Act, 25 U. S. Code § 3005. Repatriation.

④ Lyndel V. Prott, “Problems of Private International Law for the Protection of the Cultural Heritage”, p. 247.

⑤ 参见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。

⑥ See *Village Communities of Yangchun and Dongpu v. Van Overveem, Design & Consultancy BV and Design Consultancy Oscar van Overveem B. V.*, Case No. C/13/609408, submission by Van Overveem, 18 January 2017.

⑦ 1991年《中华人民共和国文物保护法》第5条规定：“属于集体所有和私人所有的纪念建筑物、古建筑和传世文物，其所有权受国家法律的保护。”《中华人民共和国物权法》第59条规定：“农民集体所有的不动产和动产，属于本集体经济组织成员集体所有。”

⑧ 参见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。

⑨ 《荷兰民法典》第3编第303条规定：“欠缺充分利益的人不享有诉讼权利。”中译本参见王卫国主译：《荷兰民法典》(第3编、第5编、第6编)，第93页。

⑩ See Jeffrey (HR 9 oktober 1998, NJ 1998, 853), https://pure.uvt.nl/ws/portalfiles/portal/904969/KERNVAN_.PDF (last visited 23 April 2021).

三 管辖权

国际民事诉讼管辖权既是一国司法主权的体现，也直接影响国际民事纠纷的审理结果。^① 对于跨国文物追索诉讼而言，管辖权的确定尤为重要，因为在各国国际私法规则并不统一的情况下，“确定了战场，就等于确定了战斗规则”^②。从当前各国立法和司法实践来看，在跨国文物追索诉讼中，大多数国家因循由诉讼时文物所在国法院管辖的原则，^③ 但近年来，由文物原属国法院行使管辖权的案例也呈增长态势。

（一）诉讼时文物所在国法院管辖：一般原则

不动产文物由不动产所在地法院专属管辖为各国立法普遍接受，这是由不动产的特殊属性决定的。对于动产文物而言，由文物所在国法院管辖被绝大多数国家接受。大陆法国家普遍遵循“原告就被告”的原则，在跨国文物追索诉讼中被告一般为文物现持有人，其住所地通常为文物所在地。在普通法国家，此类诉讼一般被归为“对物诉讼”，其法院通常以财产处于该国境内或被告的住所位于该国境内作为行使管辖权的依据。^④ 因此，由文物所在国法院管辖，得到大陆法国家和普通法国家的普遍支持。

实践中，由文物所在国法院管辖往往也是原告的主动选择。首先，在文物所在国法院起诉有利于法院对争议标的物采取保全措施，防止文物遭受损害或再次转移到其他国家。在物之所在地与被告住所地不一致的情况下，如文物现持有人将文物交由拍卖行代为出售或跨境借展时，原告可以直接向文物所在国法院寻求救济。其次，由文物所在国法院作出的判决在该国更便于执行，当事人没有必要冒险在另一国法院起诉而面临后续判决的跨国间承认和执行难题。^⑤

跨国文物追索诉讼由诉讼时文物所在国法院管辖的原则亦获得国际条约的认可。根据“1995年公约”第8条，依公约提起的文物返还请求，既可根据各国一般管辖权规则确定审理法院，还可由文物所在国法院管辖。^⑥ 欧盟《关于民商事案件管辖权和判决执行的第1215/2012号条例（重订）》第7条第4款则规定了涉及文物追索诉讼的特殊管辖权，即对欧盟《关于返还从成员国境内非法转移的文物的93/7/EEC指令》（以下简称“93/7/EEC指令”）所定义的文物享有所有权的人，在提起返还原物的诉讼时，可以选择受理案件时文物所在地的法院。^⑦ 但该规定并不

① 霍政欣：《国际私法学》（第二版），中国政法大学出版社2020年版，第274页。

② [美] 弗里德里希·K. 荣格：《法律选择与涉外司法》，霍政欣、徐妮娜译，北京大学出版社2007年版，第64页。

③ Pecoraro Thomas W, “Choice of Law in Litigation to Recover National Cultural Property: Efforts at Harmonization in Private International Law”, (1990) 31 *Virginia Journal of International Law* 1, p. 7.

④ 霍政欣：《追索海外流失文物的法律问题探究——以比较法与国际私法为视角》，载《武大国际法评论》2010年第S1期，第109页。

⑤ Siehr, Kurt, “International Art Trade and the Law”, p. 75.

⑥ 依据公约第8条第1款，对于被盗和非法出口文物的返还请求，应向文物所在的缔约国法院或其他主管机构提出，也可以向根据各缔约国现行法规有权处理此事的法院或其他主管当局提出。UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects, Art. 8 (1).

⑦ Regulation (EU) No. 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (recast), Art. 7 (4).

排除第4条所涉的由被告住所地法院管辖的一般规则。

由此可见,跨国文物追索诉讼由诉讼时文物所在国法院管辖既遵循了国际民事诉讼的传统管辖权规则,又符合此类诉讼的实际需要,因而成为各国普遍接受的一般原则。

(二) 文物原属国法院管辖:原属国的新尝试

需要指出,对于跨国文物追索而言,由诉讼时文物所在国法院管辖在大多数情况下并非有利于实现返还。这是因为诉讼时文物所在国多为文物市场活跃、对文物交易限制相对较少的国家。换言之,在文物所在国起诉往往使诉讼须受文物市场国国内法的支配,受制于市场国法院对文物返还所持的立场,从而使得文物追索返还充满不确定性。^①值得注意的是,近年来出现了当事人向文物原属国法院起诉并取得有利判决的司法实践。

当代国际民事诉讼管辖权呈现多元化发展态势。除被告住所地、文物所在地可以成为法院行使管辖权的连结点外,当事人意思自治、原告住所地也可以成为法院行使管辖权的重要依据。在此背景下,对于跨国文物追索诉讼而言,原属国法院也有获得管辖权的可能性,尤其是在协议管辖、应诉管辖以及原告在其本国法院起诉的情况下。

协议管辖是指在不违背专属管辖的前提下,当事人选择或默示同意将其纠纷交给某个国家的法院管辖,其理论基础是当事人意思自治。^②协议管辖的范围多限于合同或其他财产权益纠纷。跨国文物追索诉讼通常围绕标的物的所有权展开,属于财产权益纠纷,故符合适用协议管辖的基本条件。尽管如此,在跨国文物追索案件中,被告多为窃贼、善意购买人、保管人或受托人,原告与被告事先并不存在法律关系,双方当事人争议发生前就审理法院达成合意的可能性较小。^③而在纠纷发生后,因双方利益对峙,成功订立法院选择协议的几率也很小。虽然当前国际司法实践中尚未出现通过法院选择协议将文物追索纠纷诉诸司法的先例,但未来并不能排除出现协议管辖的可能性,即当事人在争议发生后通过订立选择法院协议,或基于当事人所属国缔结的国际条约或双边协定,将争议提交原属国法院、任何第三国法院或国际司法机构处理,如中国与瑞士关于文物返还的双边协定就规定了提起追索请求的管辖条款^④。

应诉管辖是指根据国际条约或国内立法,被告不抗辩法院的管辖权而出庭应诉并进行言词辩论,因而确定法院管辖权的制度。^⑤应诉管辖的法理逻辑是被告通过诉讼行为默示同意原告向法院选择。因此,为防止原告单方面指定法院,许多国家的法律要求保证被告充分提出管辖权异议的权利,并且以其明确知悉其出庭进行实体答辩将构成对法院选择的同意为前提要件。^⑥在“章公祖师案”中,对于因财产权益纠纷提起的诉讼,被告在中国境内没有住所的,中国法院应依我国《民事诉讼法》第265条有关合同纠纷或其他财产权益纠纷的管辖权规则来确定案件审理法院。依之,符合下列情形时中国法院享有管辖权:诉讼标的物位于中国境内;被告在中国境内

① 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106页。

② 韩德培、肖永平编著:《国际私法学》,人民法院出版社2004年版,第340页。

③ Lorna Gillies, "The Contribution of Jurisdiction as a Technique of Demand Side Regulation in Claims for the Recovery of Cultural Objects", (2015) 11 (2) *Journal of Private International Law* 295, p. 307.

④ 依据《中华人民共和国政府与瑞士联邦委员会关于非法进出境文化财产及其返还的协定》第3条第2款,协议一方向另一方提起的要求返还文化财产的诉讼,可向文化财产所在地有管辖权的法院提起。

⑤ 霍政欣:《国际私法学》(第二版),第284页。

⑥ Adrian Briggs, *The Conflict of Laws* (Oxford University Press, 4th edn, 2019), p. 61.

有可供扣押的财产；被告在中国境内设有代表机构；侵权行为发生在中国。^①但是，该案的上述连结点均不在我国境内，第265条并不适用。不过，由于荷兰被告在收到三明中院依国际司法协助程序送达的传票后，不仅在法定期限内没有提出管辖权异议，而且委托律师应诉答辩，三明法院的管辖权就此确立：依据《民事诉讼法》第127条，法院受理案件后，当事人未提出管辖异议，并应诉答辩的，视为受诉人民法院有管辖权。^②三明中院依据应诉管辖获得本案的管辖权，这一结果虽具有一定偶然性，但也体现文物追索诉讼中管辖权依据的多样性和复杂性。

此外，原属国法院还可以原告住所地为连结点行使管辖权。意大利政府就曾多次将外国文物持有人诉至本国法院。如在“意大利诉保罗·盖蒂博物馆案”（以下简称“胜利的青年案”）中，一座在意大利附近海域发现的雕像“胜利的青年”由意大利渔民打捞上岸后被转卖到境外，最终被美国盖蒂博物馆购得。^③在通过外交途径索还无果后，意大利政府向其国内法院提起诉讼。2018年，意大利最高法院作出终审判决，认定雕像属于意大利文化财产，判令被告返还文物。^④

可见，在跨国文物追索诉讼中，文物原属国法院存在取得管辖权的可能性，并正在积累越来越多的实践，如韩国法院还曾对其非法流失到日本后又被盗回韩的文物判决不必归还日本，而应返还原属地韩国浮石寺。^⑤文物原属国法院行使管辖权，往往倾向于作出有利于返还本国文物的判决，如前述几个案例。文物原属国一般为文物资源大国和世界重要的考古和艺术中心，其国内法院作出判决，即便存在判决的跨国间承认和执行障碍，其意义也不容小觑。^⑥首先，原属国法院的生效判决，会给标的物打上权利瑕疵的司法烙印，使潜在买家因忌惮标的物权属争议而降低购买意愿，从而使文物的市场价格下降，为原属国与现持有人进行谈判和协商创造有利条件。其次，在以博物馆等公共机构为被告的案件中，法院的返还判决还会严重影响其声誉与形象，使其面临巨大的舆论压力，从而成为原告向被告施压返还的筹码，增大文物返还的可能性。

然而，从现阶段来看，原属国法院对此类诉讼行使管辖权的案例依然较为少见，且判决的跨国间承认与执行问题难以得到有效解决。如在“章公祖师案”和“胜利的青年案”中，原属国法院虽作出返还判决，但只要败诉的被告不主动履行，判决的实际效果就依然有限。^⑦关于此点，后文再行详述。

四 法律适用

实体问题的法律适用对于文物追索请求的实现至为关键。当前，各国在解决涉及财产所有权

① 《中华人民共和国民事诉讼法》第265条。

② 参见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。

③ See *Italy v. J. Paul Getty Museum*, Tribunal of Pesaro, Order of 12 June 2009, No. 2042/07 RGNR.

④ See *Italy v. J. Paul Getty Museum*, Court of Cassation, 2 January 2019, No. 22.

⑤ 参见霍政欣：《追索海外流失文物：现状、难题与中国方案》，第108页。

⑥ Irini Stamatoudi, “Alternative Dispute Resolution and Insights on Cases of Greek Cultural Property: The J. P. Getty Case, the Leon Levy and Shelby White Case, and the Parthenon Marbles Case”, (2016) 23 *International Journal of Cultural Property* 433, p. 440.

⑦ 在“胜利的青年案”中，判决作出后，盖蒂博物馆表示不接受判决并拒绝返还雕像，该判决迄今也未获得美国法院承认和执行。See “Italian Ministry of Culture and the J. Paul Getty Museum Sign Agreement in Rome”, https://www.getty.edu/news/press/center/italy_getty_joint_statement_080107.html (last visited 26 February 2021).

的国际纠纷时普遍遵循物之所在地法 (*lex rei sitae*)。^① 可以认为, 该冲突规则已被立法和司法实践奉为一项“不容挑战而长期确立”的原则。^② 然而, 需要强调, 由于文物毕竟不同于一般物, 依调整一般物所有权的物之所在地法原则确定跨国文物所有权的归属在实践中会产生诸多问题。^③ 鉴此, 近年来国际私法理论、立法和司法实践不断反思物之所在地法原则适用于文物纠纷的缺陷, 并通过对其予以创新性解释以及探索新的替代性冲突规范来解决问题。

(一) 物之所在地法的传统解释

关于物之所在地法的确定, 不动产的物之所在地至为明确, 而动产的物之所在地则存在不确定性。以英国为代表的大部分国家通常将之解释为“所有权据称转移时动产所在国的法律”, 以法国为代表的一部分国家则认为“动产所有权应受诉讼时动产所在地法支配”。^④ 上述解释成为物之所在地法较为传统的两种解释方式。

物之所在地法的传统解释适用于文物追索的效果在“文克沃斯诉佳士得、曼森及伍兹公司案”(以下简称“文克沃斯案”)中得到充分展现。在该案中, 窃贼从文克沃斯(Winkworth)位于英格兰的居所中窃取了其珍藏的一件日本古董, 并将之运送到意大利, 在那里卖给了善意购买人达诺(D'Annone)。随后, 达诺将文物带往英格兰, 并委托佳士得公司拍卖。文克沃斯获悉后随即以文物所有人的身份向英格兰法院提起返还之诉。^⑤ 该案的争议焦点在于应适用意大利法还是英格兰法来确定被告是否获得有效的所有权。^⑥ 如果适用意大利法, 被告可以基于善意取得制度获得文物的所有权, 因为《意大利民法典》上的善意取得制度明显偏向于维护购买人的利益。^⑦ 而根据英格兰法, 原所有人仍然保有被盗财产的所有权, 善意购买人无权取得。^⑧ 最终, 法院适用了英格兰法, 认为“因特定动产的转让而产生的财产权上的后果应排他性适用转让时动产所在地的法律”, 从而驳回了原告的请求。^⑨

不可否认, 物之所在地法保证了法律适用的确定性和简易性, 保障了交易安全性和可预见性。^⑩ 然而, 交易地的实体法律本身存在差异, 导致相同交易在不同国家的效力也有所不同。^⑪ 典型区别在于大陆法国家侧重于保护交易安全, 倾向于维护善意购买人的利益, 故文物持有人可通过善意取得或时效制度对抗原所有人获得文物的所有权。而普通法国家侧重于保护财产所有

① Christopher Staker, “Public International Law and the Lex Situs Rule in Property Conflicts and Foreign Expropriations”, (1988) 58 *British Yearbook of International Law* 151, p. 251.

② Lawrence Collins (ed.), *Dicey & Morris on the Conflict of Laws*, p. 1164.

③ See Tamás Szabados, “In Search of the Holy Grail of the Conflict of Laws of Cultural Property: Recent Trends in European Private International Law Codifications”, p. 325.

④ 参见高升、李厂:《文物所有权争议中的法律选择规则》, 第46页。

⑤ *Winkworth v. Christie, Manson & Woods Ltd.* [1980] 1 Ch. 499.

⑥ Alessandro Chechi, “When Private International Law Meets Cultural Heritage Law: Problems and Prospects”, p. 277.

⑦ 依据《意大利民法典》第1153条, 因非所有权人转让而取得物品的人, 可以通过占有取得所有权, 但以实行占有之时具有善意且持有相应所有权证书为限。中译本参见费安玲、丁玫、张必译:《意大利民法典》, 第284页。

⑧ 参见郭玉军、靳婷:《被盗艺术品跨国所有权争议解决的若干问题研究》, 第17页。

⑨ *Winkworth v. Christie, Manson & Woods Ltd.* [1980] 1 Ch. 514.

⑩ Derek Fincham, “How Adopting the *Lex Originis* Rule Can Impede the Flow of Illicit Cultural Property”, (2008) 32 *Columbia Journal of Law and the Arts* 111, p. 115.

⑪ Alessandro Chechi, “When Private International Law Meets Cultural Heritage Law: Problems and Prospects”, p. 283.

权，维护财产原所有人的利益，故对于被盗物的买卖不适用善意取得。^① 这种差异便利了文物盗窃者挑选理想的销赃地，选择对交易最为有利的法律。而文物购买者在获知所购文物来源后亦可对交易地进行选择，以期获得有效的所有权。^②

可见，依据物之所在地法的这种传统解释，所涉文物在交易时的地理位置决定了所有权转让的有效性，这在实践中会产生诸多问题。首先，文物原所有者显然处于极为不利和不公的境地，因为在提出文物返还请求之前，他并不知道文物被运往何处或在何国交易。更为严重的是，这在客观上会对文物的黑市交易与“漂洗”起到推波助澜的作用，严重破坏国际社会打击文物贩运的成效，因而饱受诟病。

（二）物之所在地法的创新解释

为弥补物之所在地法传统规则的缺陷，近年来一些国家在司法实践中对物之所在地法予以新的解释，一些替代性或辅助性的解释规则正在涌现。^③

在前述“胜利的青年案”中，涉案雕像从意大利出口后在多个国家转让，牵涉到多个交易地，最终在德国被盖蒂博物馆购得，并于美国加利福尼亚州的博物馆中展出。^④ 意大利法院在审理该案时，对意大利《国际私法制度改革法》第 51 条进行了创新性解释。^⑤ 依据该条规定，有关文物交易的有效性和所有权的转移应依最后一次交易发生时的财产所在地法来确定，^⑥ 然而，由于争议标的物的交易地并不位于意大利境内，依据一般的理解，意大利法在本案中难以得到适用。对此，意大利法院将第 51 条中的“物之所在地”解释为“走私时的文物所在地”，认为“在本案中用于确定准据法的相关地点只能是该财产被转移到境外之前所处的意大利领土”，进而适用意大利法。^⑦ 除此之外，法院还认为无论是德国法（交易时的文物所在地法），还是加利福尼亚法（诉讼时的文物所在地法）均不适用于本案，理由是适用这些外国法违反了意大利的公共利益，而且意大利国家文化遗产保护的法律是法院地的强制性规定，无须经过冲突规范的指引即可直接适用。^⑧ 尽管意大利在该案的法律适用中明显混淆了国际私法上的强制性规范和公共秩序保留的概念，但其对物之所在地的解释还是有一定创新价值。

在“章公祖师案”中，三明中院根据《涉外民事关系法律适用法》第 37 条（在双方当事人未就法律适用达成一致意见的情况下，动产物权适用法律事实发生时物之所在地法律）的规定，

① 参见霍政欣：《追索海外流失文物的法律问题探究——以比较法与国际私法为视角》，第 111 页。

② Wojciech W. Kowalski, “Restitution of Works of Art pursuant to Private and Public International Law”, p. 222.

③ Siehr, Kurt, “International Art Trade and the Law”, p. 75.

④ See “The Getty, More than a Museum”, <https://features.dailybruin.com/2019/centennial/getty/> (last visited 26 February 2021).

⑤ 依据意大利《国际私法制度改革法》第 51 条，动产和不动产的所有与占有及其他权利受该财产所处国家的法律管辖，该规则同样适用于此类权利的取得和丧失。See Law No. 218 of 1995 on the Reform of the system of private international law, Article 51 (Possession and property rights).

⑥ Lanciotti Alessandra, “The Dilemma of the Right to Ownership of Underwater Cultural Heritage: The Case of the ‘Getty Bronze’”, in Silvia Borelli and Federico Lenzerini (ed), *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity. New Developments in International Law* (Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2012), pp. 301 – 326.

⑦ See *Italy v. J. Paul Getty Museum*, Tribunal of Pesaro, Order of 10 February 2010, No. 2042/07 RGNR.

⑧ *Italy v. J. Paul Getty Museum*, Court of Cassation, Judgment No. 22 of 2 January 2019, pp. 38 – 39, See Alessandro Chechi, Raphael Contel and Marc-André Renold, “Case Victorious Youth-Italy v. J. Paul Getty Museum”, <https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/victorious-youth-2013-italy-v-j-paul-getty-museum> (last visited 26 February 2021).

从文物返还请求产生的原因对“法律事实发生时的物之所在地”这一连结点进行解释。法院认为,原所有权人因文物被盗而丧失对动产物权的占有,进而产生物权返还请求权,因此偷盗事实是产生物权返还关系的法律事实,而非文物在境外交易的事实。^①此外,法院还从文化财产国际保护的角度,认为在解释冲突规则时,应做与国际条约宗旨和目的相一致的解释,以促进非法流失文化财产返还原属国。^②

可见,法院在解释物之所在地法时除了考虑文物交易地外,还会衡量其他导致物之所在地发生变动的事实,如文物出口或被盗的事实,赋予物之所在地新的含义。另一方面,法院还从强制性规定以及国际公共秩序等角度排除传统物之所在地法的适用。

(三) 寻找替代性连结点

在司法实践对物之所在地法进行创造性解释的同时,立法者也开始寻找专门调整文化财产的替代性冲突规则,提出了“文物被盗地法”(lex furti)或“文物原属国法”(lex originis)等主张。

在国内立法上,《保加利亚国际私法典》第70条规定,如果列入一国文化财产的物品非法出境,该国要求返还该物的请求权适用该国的法律,除非该国已经选择适用在提出请求时该物所在国的法律。^③该冲突规范赋予原告选择权,在原告未选择时适用文物原属国的法律。《比利时国际私法典》也有相似规定。^④在国际立法中,欧盟“93/7/EEC指令”第12条也引入了原属国法的冲突规则,该条规定返还后的文化财产的所有权应受请求国法律的约束。^⑤

新的冲突规则反映了跨国文物追索诉讼法律适用规则的新特征。一方面,其有利于克服物之所在地法的缺陷,防止文物漂洗的不利后果,避免文物盗窃者和销赃者通过选择交易地而使赃物交易“合法化”。另一方面,可以提高法律适用的确定性和可预见性。被盗文物出境后可能经由多个买家转手和交易,最后一次交易时的物之所在地法存在一定的偶然性或与案件没有实质联系,如在“胜利的青年案”中,德国既非被告住所地,也非文物来源地。而适用原属国法可以促使买方和卖方审慎调查文物来源,从这个角度上看还可以促进文物市场的自我规范运行。^⑥

然而,适用文物被盗地法或原属国法亦存在一些缺陷。首先,在文物被盗和出口年代久远或经多次转手的情况下,善意购买人即使尽到最大限度的尽职调查义务,也不一定能准确获取文物的原属地。^⑦而文物被盗地则可能具有偶然性而与案件不具有真实联系,如文物是在跨境借展或运输过程中被盗的。^⑧第二,适用文物被盗地法或原属国法体现了保护文物原所有人的强烈意旨,而漠视了善意购买人的合法利益,与国际私法乃至法律追求的公平原则相违背。^⑨正如英格

① 参见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 参见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。

③ 霍政欣:《国际私法学》(第二版),第174页。

④ See Law of 16 July 2004 holding the Code of Private International Law, Art. 90, Law applicable to cultural property.

⑤ See Council Directive 93/7/EEC of 15 March 1993 on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State, Art. 12.

⑥ Derek Fincham, “How Adopting the *Lex Originis* Rule Can Impede the Flow of Illicit Cultural Property”, p. 146.

⑦ Siehr, Kurt, “International Art Trade and the Law”, p. 75.

⑧ Tamás Szabados, “In Search of the Holy Grail of the Conflict of Laws of Cultural Property: Recent Trends in European Private International Law Codifications”, p. 338.

⑨ 霍政欣:《追索海外流失文物的法律问题》,第86页。

兰法院在“文克沃斯案”中提到的：“所有权的安全对善意的购买人和无辜的盗窃受害者而言具有同等重要性。”^① 适用文物被盗地法或原属国会不可避免地损害善意购买人的权利，这势必导致其难以被大多数文物市场国接受。^② 第三，一些国家坚守物之所在地法，而另一些国家转而采用新的冲突规范解决国际文物争议会产生冲突规范的冲突，这只会进一步增加诉讼的不确定性，降低商业活动的可预见性。^③ 第四，文物原属国本身就是一个相当模糊的概念。国际法学会 (*Institut de droit international*) 曾将其解释为“从文化角度来看与该财产具有最密切联系的国家”。^④ 但是，何为最密切联系，如何从文化角度来判断最密切联系地，依然存在不确定性。最后，适用被盗地法或文物原属国法并不一定对文物返还有利。主要的文物流失国多为发展中国家，其法律制度相对落后，对其本国文物的保护力度往往不及文物市场国。

综上所述，寻求有利于文物返还的替代性冲突规范在个案中可以克服物之所在地法的弊端，获得相对正义的结果。但从国际文物贸易安全性和法律适用的可预见性来看，当前发展出的替代性冲突规则并没有明显超越物之所在地法的优越性。因此，如何在跨国文物追索诉讼中实现法律适用的确定性、合理性和公平性构成当代国际私法需要解决的难题。

五 判决的承认与执行

在以往的文物追索案件中，原告通常在诉讼时的文物所在地或持有人的住所地起诉，法院的生效判决可以直接执行，鲜见文物返还判决的跨境承认和执行问题。^⑤ 但近年来司法实践开始出现由文物所在国以外的法院取得管辖权的情形。在这种情况下，如果被告不主动履行判决义务，判决须获得文物所在国承认和执行才能实现。当前，国际私法实践中尚未形成普遍适用于承认和执行文物追索判决的规则，在缺乏国际条约的情况下，文物追索判决将适用民商事判决承认和执行的一般审查条件，如适当的管辖权、程序正当、不存在冲突判决等。

(一) 间接管辖权

一国法院在承认和执行外国民商事判决时，适用一定的标准，确定判决法院是否具有管辖权的规范称为“间接管辖权”。^⑥ 依之，如果被请求国法院认为外国原审法院对案件没有管辖权，就会拒绝承认和执行该判决。^⑦ 目前，大多数国家的法律规定，承认与执行外国判决时，内国法院应依据被请求承认与执行的法院地国法确定判决国法院是否有管辖权。如《德国民事诉讼法》第 328 条第 1 款 1 项规定，“依德国法律，该外国法院无管辖权”时，外国法院的判决不应得到承认。^⑧

① *Winkworth v. Christie, Manson & Woods Ltd.* [1980] 1 Ch. 512.

② Alessandro Chechi, “When Private International Law Meets Cultural Heritage Law: Problems and Prospects”, p. 283.

③ 霍政欣：《追索海外流失文物的法律问题》，第 86 页。

④ *Institute de droit international*, Session de Bale, 1991, Resolution on the International Sale of Works of Art from the Angle of the Protection of the Cultural Heritage Vol. 63, Art. 1. 1 (b) (1992).

⑤ Siehr, Kurt, “International Art Trade and the Law”, p. 55.

⑥ 参见韩德培主编：《国际私法》（第二版），高等教育出版社、北京大学出版社 2007 年版，第 467 - 468 页。

⑦ 何其生：《间接管辖权制度的新发展及中国的模式选择》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2020 年第 5 期，第 189 页。

⑧ 霍政欣：《国际私法学》（第二版），第 317 页。

因此,在审查跨国文物返还判决的间接管辖权时,大多数国家的法院主要参考判决执行国法,即文物所在国的国内法。

在“章公祖师案”中,根据荷兰法院在2014年“俄罗斯天然气工业银行案”中所确立的原则,作出判决的外国法院须具备国际标准下普遍接受的管辖权。^①而在缺少国际标准即国际公约或条约的情况下,荷兰法院对间接管辖权的审查适用荷兰法。^②依《荷兰民事诉讼法典》第2条和第3条对管辖权的一般规定,对于通过应诉传唤启动的诉讼程序,如合同、侵权、不当行为或不当得利等,由被告住所地或惯常居所地法院管辖;对于由申请书启动的非诉讼程序,如婚姻家庭关系和破产案件等,荷兰法院在下述情况下具有管辖权:被告或其他具有利害关系的一方在荷兰有住所或惯常居所的、起诉需要适用传唤程序的或属于荷兰法院专属管辖的、诉讼程序与荷兰具有充分联系的。^③在荷兰提起的文物追索案件应属依传讯令启动的诉讼程序,因此根据“原告就被告”的原则,案件应由被告住所地或惯常居所地法院管辖。但是,在“章公祖师案”中,中国显然不是被告的住所地或惯常居住地,无法基于该一般规定确定间接管辖权。

不过,《荷兰民事诉讼法典》第9条还规定了“默示选择法院”的情形,依之,如果案件涉及的法律关系仅与当事方自身利益有关,被告或利害关系人出庭且没有单独或同时提出管辖权异议,那么荷兰法院有权管辖,但对荷兰法院的管辖权没有正当利益的除外。^④换言之,如果被告在诉讼中没有对外国法院的管辖权提出质疑,那么荷兰法院将推定被告自愿将案件提交外国法院管辖。^⑤在中国法院受理案件后,被告并未提出管辖权异议并且在法定期限内应诉答辩,案件标的也仅涉及原告与被告之间的财产权法律关系,可推测中国法院的管辖权在荷兰法上具备一定的法律支撑。

(二) 程序正当

外国法院判决是否基于正当程序作出,是各国立法及有关国际条约基于对败诉一方当事人的保护而设立的。^⑥基于此,败诉一方当事人的诉讼权利须在原审国法院的诉讼程序中得到充分保护,法院的判决才可以获得承认和执行。

在“胜利的青年案”中,盖蒂博物馆就曾对意大利法院的正当程序提出质疑。在2012年初审法院作出没收和归还的命令后,盖蒂博物馆向意大利最高法院提起上诉反对这项命令,其理由是法院作出没收判决时适用了错误的程序,侵犯了被告公开听证的权利。2015年,案件被发回初审法院重审,要求法院允许被告就扣押命令的执行进行公开听证。^⑦

① See *Gazprombank Case*, ECLI: NL; HR: 2014; 2838, Dutch Supreme Court, 26 September 2014.

② Mathijs H. Ten Wolde, “Recognition and Enforcement of Chinese Money Judgments in Civil and Commercial Matters in the Netherlands; Law and Practice”, (2017) *Chinese Yearbook of Private International Law and Comparative Law* 126, p. 128.

③ See Dutch Code of Civil Procedure, Book 1, Art. 2, Legal proceedings initiated by a writ of summons; Art. 3 Legal proceedings initiated by a petition, <https://wetten.overheid.nl/BWBR0039872/2020-10-01> (last visited 23 April 2021).

④ See Dutch Code of Civil Procedure, Book 1, Art. 9, Tacit choice of forum (*forum necessitatis*), <https://wetten.overheid.nl/BWBR0039872/2020-10-01> (last visited 23 April 2021).

⑤ “The Netherland”, in Louis Grab and Julian D. M. Lew (ed.), *Enforcement of Foreign Judgments* (Wolters Kluwer, 2011), Volume 2.

⑥ 霍政欣:《国际私法学》(第二版),第318页。

⑦ See Alessandro Chechi, Raphael Contel and Marc-André Renold, “Case Victorious Youth-Italy v. J. Paul Getty Museum”, <https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/victorious-youth-2013-italy-v-j-paul-getty-museum> (last visited 26 February 2021).

就“章公祖师案”而言，未来中国法院判决获荷兰法院承认和执行，须满足荷兰法关于正当程序的相关规定。依据荷兰法，一项公正合理的裁判应符合以下具体条件：第一，法院须向被告发出及时有效的出庭通知；第二，案件的听证须公正公开进行；第三，案件由独立且公正的法院审理；第四，被告有权在足够的时间内提出适当辩护；第五，当事方有权对所提交的诉讼文件提出异议、解释证据或提出反证；第六，法院应公平听取双方的意见，适当审查当事方的立场；第七，法院的裁定不超出原告的主张等。^①

2015年，荷兰法院曾就我国山东省高级人民法院的一项民事判决作出承认和执行的裁定，该案是荷兰法院首次承认我国法院作出的民商事判决。^②针对该案的正当程序问题，被申请人曾提出由于中国不实行西方的三权分立以及地方保护主义使得一审法院的审理带有偏见，但由于被申请人未能充分证明这一点，该意见未被荷兰法院采纳。^③结合“章公祖师案”的实际情况，被告在中国法院对案件的审理过程中始终没有亲自出庭参加诉讼，而是委托中国代理律师参加诉讼，其是否充分行使了诉讼权利将是荷兰法院在审查时会考虑的。

（三）判决冲突问题

在承认与执行外国法院判决中，如果出现判决冲突的情形，即外国法院判决与内国法院就同一当事人之间的同一争议所作的判决或内国法院已经承认的第三国法院就同一当事人之间的同一争议所作的判决相冲突，内国法院可以拒绝承认和执行。^④这也是各国在立法和司法实践中普遍接受和采纳的条件。如前所述，在跨国文物追索中，除文物所在国外，原属国法院基于国际民事诉讼的一般管辖权规则存在取得管辖权的可能性，如果文物所在国法院与原属国或其他第三国法院平行审理案件，将可能产生判决冲突的问题。

在“章公祖师案”中，由于中国和荷兰法院同时受理了同一原告和被告的涉及同一文物返还请求的争议，并作出不同裁判，因而判决在两国间的承认与执行存在障碍。一方面，荷兰法院并不认可村民委员会的诉讼主体资格，该判决在荷兰已形成既判力。^⑤如村民委员会在荷兰法院申请承认和执行中国法院的判决，荷兰法院在审查该判决内容前首先会质疑申请人的主体资格。除非据以认定村民委员会法律人格的事实条件在申请时相较于荷兰法院判决时已发生变化，即村民委员会是完全区别于先前判决的法律实体，否则该判决在荷兰法院的承认和执行不容乐观。另一方面，即使荷兰法院的判决仅涉及程序事项而未认定实体问题，但其判决结果已否定了原告继续主张文物返还的权利，故在结果上已与中国法院的判决相冲突，无论其诉由或法院的裁

① Mathijs H. Ten Wolde, “Recognition and Enforcement of Chinese Money Judgments in Civil and Commercial Matters in the Netherlands; Law and Practice”, p. 130.

② See Case No. ECLI: NL: GHARL: 2015: 8059, Arnhem-Leeuwarden Court of Appeal, 29 October 2015; Yahan Wang, “Dutch Court Recognizes a Chinese Judgement for the First Time”, <https://www.chinajusticeobserver.com/a/dutch-court-recognizes-a-chinese-judgement-for-the-first-time> (last visited 23 April 2021).

③ 参见王雅菡：《荷兰法院首次承认和执行中国法院判决》，微信公众号“万邦法律”，https://mp.weixin.qq.com/s/tkbTG_KjQdvL84XoOMcTXw，最后访问时间：2021年2月26日。

④ 韩德培、肖永平编著：《国际私法学》，第359页。

⑤ 依据《荷兰民事诉讼法典》第236条第1款，生效判决对涉及争议法律关系的认定具有既判力（*res judicata*），对同一当事方的其他诉讼具有约束力。See Dutch Code of Civil Procedure, Book 1, Art. 236, <https://wetten.overheid.nl/BWBR0039872/2020-10-01> (last visited 23 April 2021).

判依据为何。^①

综上所述,随着文物追索案件的多样化和判决跨国执行需求的增加,如何在符合判决承认和执行基本条件的前提下,促进国际文物追索返还目标的实现,对国际私法提出了新的要求。

余 论

随着人类社会文物保护水平的普遍提升和各国文化主权意识的不断提高,便利文物返还原属国的国际共识日益增强,文物的文化属性和文物保护的重要性逐渐成为重要的立法政策和裁判目标。^②然而,在面对跨国文物追索时,素以学理精深、历史久而闻名的法律部门——国际私法显然还没有及时回应并做自我调适。

从理念上看,以空间为导向的传统法律选择方法已无法保证涉外民事纠纷获得充分合理的判决结果,仅追求“冲突法正义”(conflicts justice)已无法实现国际私法追求的价值目标,当代国际私法在整体上因而更加注重“实质正义”(material justice),更加关注案件实体结果的公平正义。^③职是之故,在法律关系与实体法律之间设置的“法域选择”(jurisdiction – selecting)规则体系得以基本维系的前提下,当代国际私法制度和规则更加注重灵活性和开放性,在法律适用上更加关注案件的实质内容、相关立法政策、立法目的及审理的实体结果。^④在此背景下,笔者认为,国际私法亟待作出理念上的回应、调适与革新,以更好地应对数量快速增长和关注度迅速提升的跨国文物追索诉讼,并在此过程中实现自身的理念与价值追求。

质言之,在面对跨国文物追索诉讼时,国际私法不仅要考虑判决结果的一致性,还要考虑文物的特殊价值和文物保护的实体取向。^⑤因此,在确保文物安全的前提下,国际私法应确立有利于文物返还的理念和价值追求,并将之贯彻到识别、诉讼主体资格、管辖权、法律适用以及判决承认与执行等制度和具体规则的制定及适用中。在这一理念和价值追求的指引下,面对跨国文物追索的挑战,国际私法的规则与制度的革新与完善可归纳如下:

第一,就标的物的识别而言,在适用法院地法的原则上,法院应更加关注和重视文物的文化属性。目前,各国法院通常将文物纠纷作为普通的财产纠纷处理,文物的文化属性往往被忽视。^⑥文物本身并不能由其物理特征来定义,其所蕴含的历史、科学、教育、或艺术价值,都是由其所属的个体或群体所赋予的。^⑦特别是对人体遗骸而言,其代表着某一民族或社群的精神和信仰。只有在此基础上理解,法院才能准确把握文物追索的内在动因,才能得出合理的判决结果。

① 根据欧盟法院的判例,具有冲突的判决主要指判决产生了相互排斥的法律后果。See Case C – 145/86 *Hoffman v. Krieg* ECLI: EU: C: 1988: 61.

② 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. 152.

③ “冲突法正义”一般指涉外民事法律关系无论在何一法域的法院起诉均能得到相同的法律适用结果,即判决结果的一致性。参见〔美〕弗里德里希·K. 荣格:《法律选择与涉外司法》,第89–90页、第244–245页。

④ 参见宋晓:《当代国际私法的实体取向》,武汉大学出版社2004年版,第150–152页。

⑤ See Crista Roodt, *Private International Law, Art and Cultural Heritage*, p. 339.

⑥ 郭玉军、王秀江:《论文化财产国际争议中的冲突及其解决——以文化为视角》,载《西北大学学报(哲学社会科学版)》2009年第4期,第74页。

⑦ Alessandro Chechi, *The Settlement of International Cultural Heritage Disputes*, p. 2.

第二，在诉讼主体资格的认定上，当事人的属人法和原属国法应得到充分顾及，以保障当事人公平诉讼的权利，便利文物追索诉讼的开展，同时也要防止滥诉。首先，各国立法应以法院地法为原则，以当事人的属人法为补充，尽可能承认外国当事人完备的法律人格。其次，在案件进入实体审理前，法院应对文物原属国法适用更为宽松的解释规则，承认当事人依原属国法享有的诉讼利益。最后，从提高司法效率和节约成本的角度来看，对于明显不适格的原告，法院也应拒绝受理案件，防止滥诉和恶意诉讼。

第三，在管辖权问题上，诉讼时文物所在国法院管辖依然是跨国文物追索诉讼的一般原则，文物原属国法院可适当利用现有国际民事诉讼管辖权规则，积极行使管辖权，树立标杆性判例。一方面，由提起诉讼时文物所在国法院管辖的原则已为各国立法和司法所普遍认可，但亦会使案件受制于文物市场国的立法和司法制度。另一方面，文物原属国法院存在依据国际民事诉讼规则受理案件的可能，且从文物追索方的角度考虑，文物原属国的判例有利于对文物走私者和盗窃者形成威慑力，增强文物购买人的注意义务。当然，由于文物原属国行使管辖权存在过于偏袒本国当事人之虞，且面临域外承认和执行的难题，在当前和未来一段时间，仅能构成跨国文物追索诉讼管辖权的例外。此外，不论是文物原属国法院，还是文物所在国法院，均会受其所在国利益的影响，其公平性难免受到挑战，文物追索案件的当事方通过签订法院选择协议将纠纷提交中立的第三国法院或国际争端解决机构，因而是一个可资鼓励的方向。

第四，在法律适用问题上，由于物之所在地法的传统解释在文物追索实践中产生诸多弊端，饱受诟病，国际私法须对此做出及时回应。在这个问题上，有学者主张，应制定专门调整文物归属的冲突规范；^① 有学者则认为在保留传统规则的前提下对其创新性解释，即已足矣。^② 结合前文研究，笔者认为，在遵循物之所在地法原则的基础上对之进行合理解释，并充分利用最密切联系原则、意思自治等弹性选法方法，可以最大限度地克服既有弊端，是兼顾国际私法的理念原则与跨国文物追索的现实需要的可选路径。

首先，大部分国家的立法没有专门适用于文物归属的冲突规范，少数国家立法对物之所在地的替代性连结点进行了探索，并制定了原属国法规则，但其合理性和可行性还有待检验。^③ 其次，物之所在地法满足了法律适用的客观性、确定性和可预见性要求，且适用范围更广，仍然是文物交易保有最低限度的可预见性与安全性的必要保障，目前尚无其他冲突规则可以替代之。^④ 再次，适用物之所在地法在大多数情况下有利于在原被告间维持必要的平衡。在文物追索实践中，文物现持有人多为善意购买人，法律适用实际是在两个善意的当事人之间作出选择，适用文物原属国法过于明显地偏向对原属人的利益保护，背离法律追求的公平性原则。^⑤ 在此情形下，在保留物之所在地法的前提下，通过对物之所在地进行合理解释，使其兼顾文物安全、有利于返还以及其他合理因素，从而克服物之所在地法的固有缺陷。具体而言，法院可以对影响物之所在地

① See Pecoraro Thomas W, "Choice of Law in Litigation to Recover National Cultural Property: Efforts at Harmonization in Private International Law", p. 50.

② See Tamás Szabados, "In Search of the Holy Grail of the Conflict of Laws of Cultural Property: Recent Trends in European Private International Law Codifications", p. 344.

③ See Mara Wantuch-Thole, *Cultural Property in Cross – Border Litigation: Turning Rights into Claims*, p. 228.

④ 霍政欣：《追索海外流失文物的法律问题》，第 87 页。

⑤ See Ashton Hawkins, Richard A. Rothman and David B. Goldstein, "A Tale of Two Innocents: Creating an Equitable Balance Between the Rights of Former Owners and Good Faith Purchasers of Stolen Art", (1995) 64 *Fordham Law Review* 49, p. 96.

的与案件具有实际联系的事实进行比较,如文物交易地、文物被盗地和文物出口地等,在确保文物安全的前提下,从有利于文物返还的角度出发,选择其中与争议具有最密切联系的法律作为准据法。除此之外,还可以考虑引入当事人意思自治,允许当事人就纠纷的法律适用进行选择。最后,如物之所在地法的适用将不可避免地导致明显不合理的结果,法院还可以适用公共秩序保留等制度排除之。质言之,国际私法适用于文物追索诉讼的过程,其核心就是一个不断寻找适当法的过程。

第五,判决跨国间承认和执行的难题得到有效破解,文物追索目标才能最终得以实现。为此,文物追索方要积极为判决在外国的承认和执行做好充分的预案准备,各国可以通过签订专门的协定构建文物追索判决的互认机制。当前,各国尚未出现承认和执行文物追索判决的先例,执行文物追索判决的国家多为文物市场国,其可能出于对本国当事人的保护而对判决施加严格的审查条件。因此,原告在判决作出后可以通过多种方式促使当事人主动履行判决或以判决促谈判,达成返还的解决方案。此外,文物原属国与市场国可以通过签订条约和双边协定的方式,约定在一定条件下主动承认和执行缔约国法院的文物追索判决,或在国内司法审查中适用特殊的规则 and 标准,尊重文物的特殊价值和文化财产还原属国的国际理念,为文物追索判决的承认和执行创造条件。

International Cultural Property Recovery:

Challenges to and Responses by Private International Law

——From the Case of Zhanggong-Zushi Mummified Buddha Statute

Huo Zhengxin and Chen Ruida

Abstract: The international legal disputes regarding the recovery of lost cultural property represented by the case of Zhanggong-Zushi Mummified Buddha Statute, has brought a series of challenges to the current regulations and practice of private international law. Therefore, the modern private international law theory should establish the principle of promoting the recovery of cultural property under the premise of ensuring its security and implement it into the legislation and application of specific rules. Courts should pay more attention to the cultural nature of the characterization of the object when applying the *lex fori*. It's encouraged to recognize the claimant's standing to sue based on his legal personality by referring to the *lex personalis* and his legal interest by favorable interpretation of the *lex originis*. The jurisdiction in which the object is located at the time suit is brought generally becomes the forum to the dispute while the jurisdiction of the country of origin can also be granted as an exception according to the general international civil proceeding rules. The *lex rei sitae* is the prevalent choice-of-law rule which however need to be applied more reasonably by flexible connecting factors, taking into account of the principle of return in order to overcome its shortcomings as one of the rigid conflict rules. For the recognition and enforcement of cultural property judgment, the claimant is supposed to make sufficient preparation and the states are encouraged to establish special mutual recognition mechanism.

Keywords: International Cultural Property Recovery, Characterization, Standing to Sue, Jurisdiction, Choice of Laws

(责任编辑:李庆明)