



Distr.: General
4 May 2012
Chinese
Original: English

保护文化财产免遭贩运问题专家组

2012年6月27日至29日，维也纳

临时议程*项目2(b)

关于加强预防犯罪和刑事司法对策以保护文化财产，尤其是防止文化财产被贩运的措施：对“防止侵犯各民族动产形式文化遗产罪行示范条约”的审查

防止侵犯各民族动产形式文化遗产罪行示范条约的潜在效用和改进

秘书处的报告**

摘要

本报告是依照经济及社会理事会第 2011/42 号决议编写的，理事会在该决议中请会员国继续就“防止侵犯各民族动产形式文化遗产罪行示范条约”提交书面意见，包括对其潜在效用的看法以及是否认为应尽早考虑做任何改进。秘书处根据所收到的意见编写了一份分析和一份报告，以提交保护文化财产免遭贩运问题不限成员名额政府间专家组的下次会议及预防犯罪和刑事司法委员会第二十二届会议。

* UNODC/CCPCJ/EG.1/2012/1。

** 由于资料收到较晚，本报告未按规定时间提交。



一. 引言

1. 本报告是遵照经济及社会理事会题为“加强保护文化财产尤其使之免遭贩运的预防犯罪和刑事司法对策”的第 2011/42 号决议编写的。理事会在该项决议中请会员国继续就“防止侵犯各民族动产形式文化遗产罪行示范条约”提交书面意见，包括对其潜在效用的看法以及是否认为应尽早考虑作任何改进，以协助秘书处编写一份分析和一份报告，提交保护文化财产免遭贩运问题不限成员名额政府间专家组下次会议及预防犯罪和刑事司法委员会第二十二届会议。
2. 秘书处向会员国送发了 2012 年 3 月 21 日第 2012/56 号普通照会，并随函附上“防止侵犯各民族动产形式文化遗产罪行示范条约”文本，征求会员国对示范条约的潜在效用和改进的意见。
3. 示范条约是由 1990 年举行的第八届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会通过的，并受到大会 1990 年 12 月 24 日第 45/121 号决议的欢迎。
4. 截至 2012 年 4 月 30 日，有 13 个会员国，即阿尔及利亚、澳大利亚、保加利亚、克罗地亚、厄瓜多尔、法国、德国、以色列、日本、波兰、多哥、美利坚合众国和大不列颠及北爱尔兰联合王国对普通照会作了答复。两个答复国家¹没有对示范条约提出任何看法。现将会员国的答复概述如下。

二. 示范条约的潜在效用

澳大利亚

5. 关于示范条约的潜在效用问题，澳大利亚指出，使用示范条约将需要与关键的利益攸关方作广泛的磋商，然后澳大利亚才能够将它用作双边谈判的样板。

克罗地亚

6. 克罗地亚对毒品和犯罪问题办公室努力促进开展活动，防止文化财产和艺术品的贩运表示满意，认为这是联合国为遏制这个问题而做出的持续努力的一部分。通过有关决议和不断鼓励会员国采取必要措施防止和打击这种类型的犯罪是这种努力的进一步表现。
7. 克罗地亚表示，克罗地亚面临文化财产和艺术品被偷窃以及文化财产被非法交易和转移到境外的问题。因此，克罗地亚特别关心促进开展国际合作，寻求采取有效的共同行动，防止非法交易和退还非法出口的文化财产给原主国。
8. 克罗地亚表示支持示范条约，并说示范条约连同 1970 年《教科文组织公约》和 1995 年《统法协会公约》能够进一步激励会员国与从事文化财产保护的组织和机构进行合作和开展更有效的活动。

¹ 阿尔及利亚表示它没有任何意见。以色列表示它将在开会时发表看法。

厄瓜多尔

9. 厄瓜多尔重申它与其他国家²在联合国打击跨国有组织犯罪公约缔约方会议第五届会议上提出的关于为公约拟订一项关于文化财产贩运问题的议定书的提议。

10. 厄瓜多尔认为，应当全面修订示范条约，使之与联合国打击跨国有组织犯罪公约缔约方会议第五届会议通过的第 5/7 号决议的精神更加一致，以期制定新的文书，使缔约国得以在打击有组织犯罪时，不仅在合作方面，而且在公约框架内的防止、打击和惩处文化财产贩运活动方面采取有效行动。修订示范条约之所以必要，是因为示范条约完全以 1970 年教科文组织《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》为基础。该公约不能有效地实现这样一个目的：保护各民族文化遺產和确保归还被非法出口或偷窃的这种遗产，当这种遗产是通过秘密挖掘获得时尤其如此。厄瓜多尔论及了据它认为该公约不能满足目前保护文化财产需要的一些方面，包括仅限于通过外交渠道提出请求以及按照该公约贩运文化财产不被认为是一项严重罪行。³

法国

11. 关于示范条约的潜在效用的问题，法国表示倾向于就文化财产贩运所涉问题订立国际公约而非双边协定。

德国

12. 德国表示，2009 年 11 月举行的专家组第一次会议已经对示范条约作了透彻的讨论，得出的结论是有些国家使用双边协定来实施 1970 年《教科文组织公约》，但示范条约并未得到考虑，因此它没在任何国家适用。

13. 德国已经批准了 1970 年《教科文组织公约》，并在实施欧洲联盟关于退还一成员国境内非法取走的文物的第 93/7/EEC 号指令，因此，它没有必要适用示范条约。其中部分原因是因为欧盟法律管辖德国与其他欧盟成员国的关系，部分原因是因为德国决定对 1970 年《教科文组织公约》的所有缔约国都给予相同等级的保护。因此，拥有示范条约所设想的那种双边关系将损害这一多边保护机制，而有利于个别国家。

14. 德国认为，没有适用示范条约的余地，因为 1970 年《教科文组织公约》已经获得国际公认，拥有 121 个缔约国，此外还有欧盟第 93/7/EEC 号指令以及 1995 年《统法协会公约》，而后者是作为又一项多边文书通过的。

日本

15. 日本认为，要由国家以示范条约为基础订立双边条约。然而，会员国已经

² 厄瓜多尔、中国、埃及、委内瑞拉玻利瓦尔共和国、伊朗伊斯兰共和国、多米尼加共和国和其他国家。

³ 《教科文组织公约》第 7(a)和(b)和第 13 条。

在使用 1970 年《教科文组织公约》，已经在根据该公约的多边框架采取措施保护文化财产免遭非法进口、出口和运输。因此，要处理文化财产贩运问题，最重要的是缔约国应有效履行它们根据该公约所承担的义务。为此，并不需要这项示范条约，因为它似乎在《公约》之外又设置了另一个独立的框架，使事情复杂化。

多哥

16. 多哥表示，任何文化财产都是某一历史事实、生活方式、社会组织形式、技艺或信仰的证据。所有这些要素都指向人类在其不同的环境中发展的文化多样性。一个社区的文化个性是通过它所创造的物件铸就的，正是这种个性必须得到维护，代代传承。此外，文化财产具有“特殊的普遍价值”。因此，有可能挥霍浪费这种资产的活动必须加以防止和惩罚，这种财产必须退还。示范条约响应了这种需要，并符合发展中国家的关切，因为在发展中国家，日趋严重的贫穷、全球化和城市化导致了偷窃、抢劫和掠夺文化财产，使发达国家及其有钱获取这种物件的国民得益。

大不列颠及北爱尔兰联合王国

17. 联合王国认为，示范条约偏离了 1970 年《教科文组织公约》，范围也比后者来得广，从而使它难以得到利用。它还指出，再一个困难是第 2 条第 2 款带来的，因为该条意味着将引入新的立法，而不是依靠现行法律。

美利坚合众国

18. 美利坚合众国认为，示范条约对于谋求保护其文化财产免遭掠夺、抢劫或其他损失的国家来说是一种过时的资源。示范条约第 4 条要求提供非法出口的日期，这使得条约对于涉及非法贩运从地下或文化遗址掠得的文化财产情形特别无能为力。

19. 美国认为，自示范条约拟定以来，有许多多边和双边行动已经顾及到了示范条约所涉及的问题，结果是示范条约已经落后于时代和形势。特别是美国提到示范条约已被以下几项所取代：(a)其后产生的关于增强对文化财产的保护的国际文书（包括但不限于教科文组织、统法协会及犯罪预防和控制委员会所通过的文书）；(b)普遍的执法合作和对文化财产问题的重视；(c)更广泛地传播关于打击非法贩运文化财产活动的国际工具和知识；和(d)国际多边协调机制已经大体上取代了许多文化财产问题上的双边协作。

20. 美国提议，“与其力求通过或修正这项双边示范条约，还不如鼓励各国一起大力实施现有的已经在力求保护文化财产的国际文书”。对于在防止文化财产犯罪方面开展国际合作来说，示范条约不再是一项有用的工具。例如，它指出，自示范条约拟定以来，美国已经订立了许多并不参照示范条约作为谈判基础的保护文化财产双边条约，而且据它所知，没有一个谈判方是以示范条约为指导的。

21. 美国表示，它认为示范条约并没有触及这个问题的根源，即掠夺文化财产，特别是抢劫和从地下文化遗址、地面和地下非法转移这种财产。这个问题在 1970 年《教科文组织公约》和 1995 年《统法协会公约》中得到了处理。

22. 美国表示，示范条约并未载有任何预防犯罪战略，因此它的标题名不副实。

23. 美国指出的示范条约的另外一个缺陷涉及到退还文化财产的方式。示范条约中提到的通过外交渠道退还文化财产只提供了退还的一种可能性，实际上或有其他可能，例如通过刑事法规和民事诉讼来追回和归还被贩运的文化财产。

可能对示范条约作出的改进

澳大利亚

24. 澳大利亚建议选择将示范条约转换成“择出”模式，这将要求缔约国在根据国际法是合法的情况下确定将某些条款排除在外。这将消除换函的必要性。

25. 澳大利亚还指出，如果应当由刑警组织来主办示范条约第 4 条第 4(d)款设想的数据库，则将仅限于纯刑事性质的事项，因为刑警组织不能处理有关民事罚款的规定。另外要考虑的是所有人登记其被偷窃的文化财产是否如艺术品流失登记册所规定的那样涉及到费用。关于第 2 条第 4(e)款，澳大利亚指出，根据澳大利亚法律，对诚实购买者并不提供特别保护。澳大利亚认为第 2 条第 4(g)款实施起来很复杂，费用昂贵，要投入许多资源。海关和边防官员将难以确定某一物件是否属于这一要求的范围。第 2 条第 4(h)款中要求的提高认识问题将产生费用问题，这是澳大利亚目前面临的一个问题。

保加利亚

26. 保加利亚在其答复中对示范条约提出了一些具体的修正如下：

(a) 将标题改为：“防止侵犯各民族动产形式文化遗产罪行协定”；

(b) 第 1 条第 1 款：在序言的“历史”一词之后增加“人种学”一词，删除“史前”一词；

(c) 第 1 条第 1(b)款：在“科学”一词之后增加“教育”一词；

(d) 第 1 条第 1(d)款：用“不动产文化珍品”取代“遗迹”一词；

(e) 第 2 条第 4(f)款和(g)款：应当用（根据第 116/2009 号条例规定的条件签发的）“出口许可或类似文件”取代“出口证明书”一词；

(f) 第 3 条 b 项：应当删除“知情”一词；

(g) 第 4 条：应当用“没收和退还的请求”取代“追回和退还的请求”一语，以便确保与《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 7 条相符。

厄瓜多尔

27. 厄瓜多尔建议可以对示范条约作出若干修订。
28. 它提议示范法应当考虑到新的和更加巧妙的贩运文化财产的形式，这些形式超越了陈旧的收购做法，目前与有组织犯罪、洗钱和贩毒有关联。
29. 示范条约应当注重文化财产交易中使用信息技术的创新形式，由于缺乏充分的法律依据，这类形式尚未受到刑事处罚或管制。
30. 文化财产罪行的特点应当是跨国和没有时效，属于“新出现的”犯罪这一类。这样定性对于防止侵犯各民族享有的文化和个性方面的人权来说是至关重要的。应当对联合制订行动层面的特袭查抄和没收程序（和其他程序）作出规定。这应当有助于将被偷窃的财产归还给其合法所有者，即人民。
31. 应当考虑设立一个审理这种案件的国际法庭。
32. 根据 1969 年《维也纳条约法公约》关于适用国际条约不溯既往的第 28 条，应当为起诉文化财产罪规定消除时效。
33. 厄瓜多尔还建议在序言中增列一段关于文化是一项人权的文字，规定文化必须得到所有国家的保护和保障，因为各民族的文化财产不得遭到破坏，以损害民众和整个世界。还应当在序言中增加一段文字，表明当一个国家的文化遗产遭到破坏和贩运时，该国的国家身份就受到损害。
34. 关于适用范围和定义，厄瓜多尔提议示范法应当在一请求国意识到其财产位于原主国境外那一刻起即适用。
35. 厄瓜多尔还提议将“进口”一词改为“入境”，以便与贸易和海关条例相一致。
36. 关于一般原则的条文载有“列在国际数据库清单上的被偷窃动产文物，其购买者……”，但被偷窃的文物不应仅限于那些列入数据库的文物。它们应当包括通过秘密的地面和水下挖掘获得的文物和缔约国所请求的文物。
37. 关于制裁的条文应当处理其文化财产遭到掠夺而确定最低限度罚款对其是不能接受的那些国家的实际情况。
38. 示范条约应当规定请求缔约国的司法机构相互协作。
39. 厄瓜多尔认为，关于程序的条文增强了它对 1970 年《教科文组织公约》不适用的看法。它提议，相对于要求提供证据，有一份由请求国主管当局签发的科学技术报告提供鉴别和文化属性就足够了。另外，提供文物被偷窃或通过秘密挖掘被取走的确切日期的要求应当删除，因为不可能证明某一物件在某一日期被非法出口，更不可能证明它在某一特定日期被偷窃。
40. 厄瓜多尔提议应当研究采取其他合法方法来为一个国家对文化财产的所有权提供证据，例如利用现有的对某一文化的科学研究或者由专家对文化或该文物的来源和历史进行研究。为此，应当增加一条规定，要求请求国文化财产非法所在缔约国提供技术专家协助鉴定所涉财产。

41. 应当从示范条约中删除关于向诚实购买文物者支付赔偿的规定，因为当属于一缔约国文化财产的物件被人获得时，可以假设该购买者知道文物的出处、文化从属关系和历史价值，因为它们是独一无二的奢侈品，因此往往索价很高。
42. 应当考虑由请求缔约国和被请求缔约国分摊退还财产的费用。
43. 应当同全球的互联网提供者商定支持监测贩运文化财产的活动。
44. 应当要求设立一个中央机构，为归还文化财产提供便利。
45. 最后，厄瓜多尔提议，为了改进归还和退还文化财产的过程，应当纳入经济及社会理事会第四十二届实质性会议 2008 年 7 月 24 日通过的理事会第 2008/23 号决议，特别是第 4 段，理事会在其中“鼓励对文化财产主张本国所有权的会员国考虑以何种方式发布关于此类所有权的声明，以便利在其他国家执行财产权主张”。

法国

46. 法国指出，示范条约第 2 条 e 和 g 款太含糊，国际数据库上所列文化财产的购买人不应被视为善意取得此类财产的购买人这一点可能产生问题，特别是如果对国际数据库的访问受到限制的话。此外，法国强调，获得示范条约第 2 条 g 款所要求的出口证明的程序很麻烦，尤其是在购买人不是专家的情况下。因推定为恶意而导致归还财产且不予任何补偿，这将侵犯宪法规定的财产权。法国担心此类规则会对艺术品市场造成影响。

日本

47. 关于可能对示范条约的修正，日本答复说，关于将贩运文化财产和有关行为刑事定罪的问题，世界各国的法律制度并不相同，日本并不预见就这个问题有任何可能达成国际协议，就效率而言，它并不认为考虑修改示范条约是有益的。

多哥

48. 多哥在其答复中提议对示范条约作出一些修正：

(a) 示范条约的标题应当修正为：“防止侵犯属于各民族文化遗产的动产形式文化财产罪行和退还这种财产示范条约”；

(b) 应当在示范条约中列入一段文字，允许设定一项可反驳的推定，即不附带原出处书面证据的文物可初步认定是非法的，从而颠倒举证责任，由文物的占有者证明它的合法出处；

(c) 关于第 4 条第 4 款，为了维护私密性，应当在这一句的开头加上大意如下的文字：“在不违反国家法律，特别是那些关于获取信息和尊重隐私的法律的情况下”。

49. 多哥还指出示范条约没有为争端解决提供一个程序。这样一个程序对于增强拟议条文的适用性来说是至关重要的。因此它建议对第 5 条作相应的修正。

50. 多哥赞同政府间专家组的意见，即示范条约应当更好地处理过境国这个问题，因为过境国在签发出出口证明书和隐瞒文物的出处方面起着作用。

51. 多哥认为，示范条约案文的目的与范围超出两个缔约国的案文更相符合。因此，政府间专家组应当考虑是否可能修正示范条约，“以便制订一项多边文书，据以管制会员国之间文化财产的流动，并明文规定各国(a)不进口非法出口的文化财产和(b)不为没有适当出口证明书而进入本国境内的文化财产签发出出口许可。”

美利坚合众国

52. 关于对示范条约可能修正问题，美国表示应当界定示范条约序言部分中的“非法”一词。

53. 美国认为第 1 条第 1 款中“动产文物”的定义是有问题的，因为该定义在其界定范围内包括了不受美国法律作为文物加以保护的物件，例如“具有古生物学价值的物件”。

54. 美国认为第 2 条第 1(a)款关于禁止“(二)从另一缔约国非法出口的文物”的进口和出口的内容已经由 1970 年《教科文组织公约》涵盖。美国鼓励各国批准和实施该公约。

55. 美国指出难以实施示范法第 2 条第 1(c)款的规定，因为在美国这种立法将不符合宪法，美国只能按照其宪法和其他适用法律采取合理措施在有关人员违反美国法律从事这种阴谋时予以惩处。

56. 关于第 2 条第 1(d)款和第 4 条第 4 款，已经有一个目前由刑警组织管理的国际数据库，这是一个供刑警组织所有成员使用的打击文化财产贩运活动的重要工具。这个数据库在示范条约通过之后于本世纪初上网，它从一个方面凸现出示范条约基本上已经跟不上形式的发展。刑警组织是一个多边组织，与一系列范围狭小的双边协定相比，它在动产文化财产方面提供一个范围大得多的国际交流和分析框架。

57. 此外，这些规定在如何处理诚实购买者方面做法过于复杂，内容不够清晰。对于“诚实”购买者，1995 年《统法协会公约》（特别是该公约第 4 条）提供了一个更加全面的保护和责任框架。打算这样做的国家应当考虑批准和实施 1995 年《统法协会公约》，该公约是在 1990 年示范条约通过之后生效的，它的规定从逻辑上说取代了示范条约。

58. 关于第 2 条第 1(f)款，美国关切地表示它根据本国法律不能监管文化财产的出口，因此不能为离境文化财产提供出口许可。此外，美国法律不允许执行其他国家的出口法律（包括评价出口许可），美国现行法律许可的特定案件例外。

59. 关于第 3 条，美国认为，不管是否有双边协定，都应当鼓励各国作出这些努力。设定和执行制裁是一国的内部事务，与某一双边关系无关。

60. 关于第 4 条第 1 款，执法渠道而不是外交渠道往往是追回非法贩运的财产的最便捷和有效的手段。此外，现行双边协定，例如司法协助条约（美国与不

同国家订立了至少 50 项这种条约)和海关协助协定是现有的提供双边司法合作的有用手段,包括在文化财产问题上。虽然第 4 条规定使用外交渠道“追回和退还”文化财产,但示范条约在其他方面并没有规定任何实质性责任,要求国家采取切实措施,追回和退还这种在其他缔约国偷窃的或者从该缔约国非法出口的文物。这是一条仅限于“程序”而没有实质性预期的规定。此外,原主国将始终发现极难(如果不是不能的话)提供证据证明某一非法出口的被掠夺物件的“出口日期”。要求提供这种类型的证据只有利于市场国家,将使示范条约在协助流失文物的国家就非法贩运被掠夺文物提供诉求时几乎无能为力。

61. 关于第 4 条第 4 款,美国还认为,现在有许多信息来源可供国家使用,其中有些信息来源在 1990 年并不存在或者未曾设想到。这包括通过双边(例如司法协助条约和海关协助协定)和多边(如刑警组织)渠道分享信息。

62. 关于第 5 款的要求,美国表示,教科文组织有一个关于各国文化财产法律的数据库,可供所有会员国和任何有关当事方查询。

结论

63. 提供答复的会员国对示范条约的效用有不同的看法。

64. 一些国家肯定了示范条约的潜在效用。多哥甚至建议政府间专家组会议考虑提议将示范条约(经修订后)提升到多边文书的地位。

65. 另一方面,一些答复国认为,鉴于已经有了关于同一问题的国际文书,即 1970 年《教科文组织公约》和 1995 年《统法协会公约》,以及对欧洲联盟成员来说欧盟关于退还从一成员国境内非法取走的文物的第 93/7/EC 号指令,示范条约没有任何潜在效用。

66. 持以上两种意见的答复国都指出了示范条约的弱点。然而,一些国家把这种弱点看作为是增强示范条约的机会,另外一些国家则把这种弱点认定为是示范条约为何无用的原因。

67. 一些国家在强调存在的问题时列举了示范条约的某些条文,这些条文使示范条约很难在双边层面得到利用或者在国家层面加以实施。

68. 许多答复国就如何改进示范条约提出了具体提议,它们希望政府间专家组将能够予以考虑。

69. 保护文化财产免遭贩运和其他犯罪行为仍然是一个受到答复国关注的问题。政府间专家组关于这个问题的结论和建议将需要调和会员国的不同意见,以期就如何继续对示范条约开展工作和向预防犯罪和刑事司法委员会第二十二届会议提出提议取得协商一致意见。