

Distr.: General
8 November 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
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

增编

一. 导言

1. 2012年3月21日，秘书处向会员国分发了一份普通照会，请会员国就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发表意见。2012年4月30日之前收到的答复载于 UNODC/CCPCJ/EG.1/2012/2 号文件。
2. 在 UNODC/CCPCJ/EG.1/2012/2 号文件最后完成之后，又收到了阿尔及利亚、中国、大韩民国、墨西哥和波兰的意见。¹下文摘要介绍这些意见。

¹ 多数答复摘要载于一份会议室文件，该文件只有英文本，已在 2012 年 6 月 27 日至 29 日举行的保护文化财产免遭贩运问题专家组会议上分发。



二. 示范条约的潜在效用

中国

3. 中国指出，相对于统法协会 1995 年《关于被盗或非法出口文物的公约》和教科文组织 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》而言，示范条约特别注重从预防及惩处非法贩运和交易受保护文化财产行为角度确立关于某些禁止性规范，从而为相关的刑事司法和行政执法活动提供了某些有益的准则。

4. 中国注意到，示范条约在以下三个问题上提出了具有高度建设性和指导性的建议：

(a) 要求缔约国采取必要措施，禁止进口和出口被非法窃取的文物（见第 2 条第 1 款(a)项）。这一建议将输入外国受保护文化财产的行为纳入法律禁止的范围之内，有助于从输出和输入两个关口实现对非法文物活动的双向打击；

(b) 要求缔约国追究非法进口或出口以及非法交易受保护文化财产的机构的法人责任，给予相关机构以及负责人员必要的制裁（第 3 条）。这一建议有助于惩处某些大规模和有组织的非法贩运文物活动，防止和惩处某些商业或文化机构通过非法进出口或非法交易文物追逐经济利益的行为；

(c) 要求缔约国对于购买未附有另一缔约国签发的出口证明书的文物的行为不视为诚实取得（第 2 条第 1 款(g)项）。这一建议有利于在打击非法贩运文物行为时科学和正确地界定和限制“善意第三人”的范围，并有利于促进和实现对非法贩运文物的追缴。

大韩民国

5. 大韩民国认为，防止侵犯各民族动产形式文化遗产罪行示范条约意在作为准则，为谈判提供有益的框架，并为希望签署双边条约打击针对文化财产的犯罪的各国制定刑事制裁国际标准。因此，缔约方不一定受示范条约约束，必要时不妨就更加严格的刑事制裁达成一致意见。

6. 大韩民国还注意到，关于“文化财产”、“程序”和“开支”的定义，示范条约采纳了教科文组织 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》的条款，因此与教科文组织 1970 年《公约》有很大的相关性。

7. 大韩民国还提到，示范条约第 3 条似乎是将教科文组织 1970 年《公约》第 8 条下的惩罚和行政制裁具体化了，并将采用哪些类别的制裁留给每个缔约国酌情处理；但该条通过规定须受到制裁的行为者，意在保证制裁的有效性。尤其是，第 3 条规定带着犯罪意图参与与动产文物有关的国际阴谋的人应当受到制裁。

波兰

8. 波兰注意到，如已明确指出的那样，制定示范条约的理由是加强打击针对动产文物的犯罪尤其是贩运领域的国际合作，对参与此类活动的人予以制裁，并引入允许返还此类财产的手段。此外，示范条约的目的是采取适当法律手段打击针对文化动产的犯罪，对教科文组织 1970 年《公约》起到了补充作用。

三. 可能对示范条约作出的改进

阿尔及利亚

9. 阿尔及利亚建议用新的法律条款来充实条约的内容，这些法律条款要以已经核可和批准的相关公约包括《有组织犯罪公约》为基础，以便尽可能广泛地在预防动产文物贩运方面提供司法协助，以此作为除下列文书之外开展国际合作的法律依据：《保护世界文化和自然遗产公约》（教科文组织，1972 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》（教科文组织，1970 年）、《统法协会关于被盗或者非法出口文物的公约》（1995 年 6 月，罗马）、1999 年 3 月 26 日《1954 年关于发生武装冲突情况下保护文化财产的海牙公约》的第二项议定书。

10. 阿尔及利亚还建议，应对条约的序言加以扩展，以纳入经济及社会理事会预防犯罪和刑事司法委员会各届会议商定的主要原则和建议。例如，阿尔及利亚提及第十九届会议曾经指出：“考虑到文化财产作为人类共同遗产的组成部分和各民族文化和特征的独特重要证据具有重要意义，有必要对其加以保护，我们强调需要开展国际合作，按照《联合国打击跨国有组织犯罪公约》和《联合国反腐败公约》，从所有方面预防和打击贩运文化财产的行为”；“目的是打击非法跨国贩运被盗或非被盗动产文物的行为，并按照第八届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会（1990 年，哈瓦那）所商定，对实施侵犯人民文化遗产的犯罪的人予以适当的行政和刑事制裁”。

11. 关于示范条约第 1 条，阿尔及利亚还建议，考虑到每个国家文化遗产的丰富性、多样性和规模，应在条约之后附上各缔约国文化遗产清单，以便利国际刑事警察组织（刑警组织）开展工作，特别是因为该组织在开展国际合作以便追踪实施犯罪者并将其引渡到请求国方面发挥着有效作用。此外，未将动产形式文化遗产列入特定综合清单可能导致未列入的文化遗产被排除在外，从而间接地有助于犯罪分子逃脱处罚（例如，1998 年 6 月 15 日关于保护阿尔及利亚文化遗产的第 04-98 号法律所包括的清单）。

12. 关于示范条约第 2 条，阿尔及利亚建议充实该条的内容，列入一些旨在保护各国动产形式文化遗产的国家间合作措施，尤其是加强合作的措施，例如：(a) 鼓励参与拍卖包括互联网上拍卖的机构确定通过拍卖出售的文化财产的真实来源，并尽可能事先就此类知识财产的来源提供信息；(b) 尽可能立即报告与动产形式文化遗产有关的财产丢失的信息，最好向国际刑事警察组织（刑警组织）

报告；(c)必要时利用教科文组织和世界海关组织编拟的出口证明书表格，改进与动产形式文化遗产有关的财产的出口管制。

13. 关于示范条约第 3 条，阿尔及利亚建议，除应受到惩罚的人和机构之外，还应就活动的刑事定罪作出规定，例如：“每个缔约国应将贩运动产文物的活动定为刑事犯罪，即根据每个国家的国内法将动产文物的非法进口、出口或运输定为刑事犯罪”。

中国

14. 在预防和打击跨国贩运文化财产问题上，中国指出各国特别需要开展国际合作，包括在缉捕和引渡犯罪嫌疑人、相互协助调查取证、扣押被非法贩运的文化财产，没收违法所得及其收益以及用于实施非法贩运行为的资金，追回并返还被非法贩运的文化财产，相互通报相关情报等等，并且为上述国际活动拟定相关的规则。

15. 示范条约在预防和打击非法贩运文化财产的国际合作问题上没有更多地推荐和引入上述相关规范和建议，这是一大缺憾。希望在相关后续进程中对其加以改进。

16. 此外，对于那些侵害各国共同利益和国际社会共同保护的文化财产的行为，在对其违法性认定、刑事定罪、制裁方式等问题上，中国建议通过缔结多边国际公约或者其他形式多边法律文件来协调各国的立法和司法准则，是比较适当的做法，也是国际社会业已普遍接受的成功实践。因此，可以考虑在条件成熟时制定专门的预防和打击非法贩运文化财产罪行的多边国际公约。

17. 中国还指出，在制定此公约之前，可以考虑先行讨论和形成一个各国普遍认可的指针性文件。目前联合国毒品和犯罪问题办公室正在组织研讨和拟定的贩运文化财产犯罪的预防与刑事司法应对指南（草案）是一个很好的尝试。

大韩民国

18. 大韩民国强调，条约明确指出其宗旨是通过以下措施加强双边合作：(a)采取行政措施阻止非法跨国贩运动产文物，(b)实行行政制裁和刑事制裁；(c)提供归还手段。不过，大韩民国指出，统法协会 1995 年《公约》对归还和退还作了区分，前者涉及被盗文化财产，后者涉及非法出口的文化财产，同该《公约》一样，示范条约需要分开使用这两个术语。

19. 大韩民国还提到，条约第 1 条采用了教科文组织 1970 年《公约》第 1 条中文化财产一语的定义，要求动产文物应由一缔约国专门指定，同时注意到此种专门指定并无必要。例如，大韩民国提到保护文化财产方法中的列举法、分门别类法以及归类法，并指出只有少数几个国家采用归类法。除此之外，大韩民国指出，统法协会 1995 年《公约》采用了教科文组织 1970 年《公约》的第 1 条，但并未要求一国对文化财产加以“专门指定”。

20. 关于示范条约第 2 条第 1 款(a)和(b)项，大韩民国建议，考虑到示范条约的目的是为双边协定提供准则，因此应当详细说明这些项目中所述的“必要措施”。

21. 大韩民国还提到第 2 条第 1 款(e)项，其中规定每个缔约国应当采取必要措施，确保凡列在国际数据库的被盗动产文物，其购买者不被视为诚实取得的购买者。大韩民国指出这项规定超越了教科文组织 1970 年《公约》和统法协会 1995 年《公约》的范围，需要作进一步审查。

22. 大韩民国指出，示范条约第 4 条采用了教科文组织 1970 年《公约》的第 7 条和第 16 条，示范条约规定向诚实购取或合法拥有文化财产的任何人或机构支付“合理的赔偿”。不过，为避免混淆，大韩民国建议应将合理的赔偿改为教科文组织 1970 年《公约》中所述的“公平赔偿”。

墨西哥

23. 墨西哥提到第 1 条第 1 款(c)项，其中规定属于示范条约适用范围的文物包括陆地或水下考古挖掘或发现的实物，包括秘密挖掘或发现的实物。但是，秘密挖掘或发现这一事实本身意味着不可能准确确定此类活动的时间或空间，更不可能将其记录在案，直到受影响国从其他渠道获悉所发生的掠夺行为。因此，墨西哥的结论是，第 1 条第 1 款(c)项与第 4 条的规定不一致。

24. 关于示范条约第 4 条，墨西哥指出尽管相关国家需要按照本项义务采取行动，但目前的示范条约本身并不禁止进口文化财产。因此只有各方采取所有必要的国内措施，此类禁令才在各方领土上具有法律效力，此类禁令并非条约本身生效的直接结果。鉴于以上所述，应当考虑是否可能修正示范条约，以便其本身可以构成相关禁令的法律依据。

25. 墨西哥建议可对第 2 条第 2 款加以修正，以便也明确允许相关主管机关着手实施条约；即条约本身可构成使此类权力生效的依据，从而使各国不必例如为取得必要的效力而实行新的立法。

26. 关于第 2 条第 1 款(g)项，墨西哥强调，按照条约，此类购买者并非合法或善意占有文化财产，因此不仅支付赔偿是不适当的，而且将涉及条约生效之前存在的法律状况。

27. 关于示范条约第 4 条第 1 款，墨西哥注意到该款将传输追回和退还请求限制于外交渠道。因此，墨西哥建议示范条约列入通过司法协助系统传输相关要求的可能性，因为对有些国家而言，这类机制处理需要拟订的任何请求书可能更加有效。

28. 至于示范条约第 4 条第 1 款规定请求的缔约国应提供证据，包括所请求财产的出口日期，墨西哥强调，多数情况下不可能为此种请求提供证据，因为这些是秘密进行的非法行为，从而使得不可能具体指出财产是在哪一天离开来源国的。

29. 墨西哥指出，关于第 4 条第 2 款，一些法律制度禁止国家主管机关向占有构成该国文化遗产的组成部分的物品的个人支付任何款项。根据《一般国家财产法》第 4 条和《联邦考古、艺术和历史遗迹和遗址法》第 27 条的规定，墨西哥就属于这种情况。

30. 墨西哥指出，在就退还文化财产相关文书进行的各种双边谈判会议期间，国家文化艺术委员会和国家人类学及历史研究所均指出，迄今为止，尚没有墨西哥国为追回非法运出墨西哥领土的物品而支付任何赔偿的情形，尤其是考古财产，而根据目前法律，二十一世纪之前的历史器物与墨西哥历史有关的器物属于国家财产。

31. 墨西哥建议示范条约应当包括下列内容：

(a) 关于交换被推定与盗窃、非法进口或出口文化财产有关的人员的信息的条款，以便利查明此类人员的身份、将其逮捕和随后予以起诉；

(b) 海关当局和边境警察分享非法带出国境的财产的信息的机制，以便帮助予以及时查明并拦截，并在必要时采取适当的防范措施；

(c) 关于解决争议的条款，以明确确立当事各方在解决与条约的解释或执行有关的争议时应当遵循的程序，正如《联合国预防犯罪和刑事司法标准和规范简编》所载案文的脚注 14 所指出的那样。

32. 墨西哥还提出了对于示范条约的具体修正（见附件）。

波兰

33. 波兰注意到，示范条约提出两个可能的题目供会员国使用，即标题中的题目和标题脚注中所反映的题目——“关于涉及动产文物的罪行及其归还的示范条约”。不过，波兰认为两个题目无一充分反映条约的实际宗旨。在这方面，波兰建议将题目修改如下：“关于打击与非法贩运动产文物有关的罪行以及退还非法出口的文物的示范条约”。

34. 关于示范条约第 1 条第 1 款中“动产文物”的定义，波兰提议作出修正，不再将宗教或非宗教理由作为将物品归类为文化财产的依据，而允许各国在具体规定哪些文化财产应当受到出口限制方面具有更大的灵活性。波兰提出关于修正该款的下述具体建议：“本条约涉及一缔约国具体指定属于动产文物并须接受该缔约国出口管制的一切物件。”

35. 关于第 2 条第 1 款(d)项，波兰承认缔约国向一个国际数据库提供关于其被盗动产文物的资料是促成开展国际合作防止文化财产被贩运的一个重要因素。不过，波兰对此类数据库的选择和控制表示关切，并提请注意需要将商定的国际数据库告知公众，以便文化财产的潜在买方可以知悉在购买之前去哪里查询。

36. 关于第 2 条第 1 款(e)项和(g)项，波兰就两个条文中所载的诚信原则发表了意见。关于(e)项，波兰担心示范条约中所用的措辞可能被解释为意指仅仅文物登记为被盗即排除了诚信购买。波兰建议重拟，允许作出在商定国际数据库登

记为被盗的文化财产的购买者非诚信的可反驳推定（*praesumptio iuris tantum*）。波兰还认为应当就确定购买者诚信这一主题作进一步阐述。同样，波兰提请注意需要重拟第 2 条(g)款，以便明确规定如何作出购买者非诚信的可反驳推定。

37. 关于示范条约第 4 条，波兰指出退还文物的程序涉及所有权问题，可能导致取消持有人的所有权或者没收该资产。在这方面，波兰的结论是，只有在事先在国内法律制度中实行相关条文的情况下，退还国才能够采取第 2 条第 2 款所要求的适当行动。因此，波兰建议在第 2 条中添加一项，其中载列一个条文，规定缔约国有义务实施程序，使缔约国能够代表请求国针对动产文物持有人采取行动，要求将其归还请求国。

附件

墨西哥提议的修正

第 2 条
一般原则

1. 本条约禁止下列动产文物的进口和出口：(一)在另一缔约国被偷窃的文物；或者(二)从另一缔约国非法出口的文物。

(1) 2. 每一缔约国承诺：

~~(a) 采取必要措施，禁止下列动产文物的进口和出口：(一)在另一缔约国被偷窃的文物；(二)从另一缔约国非法出口的文物；~~

~~(b)~~ (a) 采取必要措施，禁止购取违反根据上面(a)项执行的禁令而进口的动产文物和贩运此类货物；

~~(c)~~ (b) 制定立法，以便……

(2) 3. 每一缔约国承诺采取必要措施，应另一缔约国要求，追回和退还上面(a)项所述的任何动产文物。本条约授权每一缔约国的相关主管机关采取适当的执行措施。

可以提及方式提出，本建议以墨西哥和智利最近签署的关于保护和归还文化财产的协定（协定尚未生效）的第 1 条和第 4 条为基础，其内容如下：

“第 1 条

本协定的目的是禁止源自一缔约方的被偷窃、非法获取或贩运的任何受保护的古生物、考古、艺术或历史文物（下称“文物”）进入另一缔约方的领土，并为其归还确立必要的程序。

“第 4 条

……

中央主管机关应有权采取必要措施以实现文物的归还。”

示范条约的第 4 条

还应考虑是否应当参照国际统一私法协会（统法协会）《关于被盗或非法出口文物的公约》扩展示范条约的第 4 条，即添加：

(a) 与通过继承或其他无偿方式占有文物有关的条文；

(b) 用来确定获取文物的人是否确实“诚信”行事的可核实的标准或因素（即包括参照事实）；

(c) 原则上应由转让被盗或非法出口文物的人向诚信占有人支付适当赔偿的条文，以及被请求国应当为此采取措施的条文（即被请求国应对请求国作出更大承诺）；

(d) 请求国有权向转让被盗或非法出口文物的人索要赔偿以补偿向诚信占有人支付的任何赔偿的条文，以及被请求国应当为此采取措施的条文（即被请求国应对请求国作出更大承诺）；

以上所述可以用下述拟议条款的形式来表示，例如：

第 4 条 程序

.....

2. 退还和交付动产文物所涉的一切开支应由请求的缔约国承担，任何人或机构均无权要求退还所索文物的缔约国给予任何形式的赔偿。请求的缔约国也无须向可能曾参加将有关文物非法运送出国的人或机构提供任何赔偿，但它须向诚实购取或通过继承或其他无偿方式合法占有该文物的任何人或机构支付合理的赔偿。该人或机构不应比前手占有该文物的人处于更有利的位置。

购取被偷窃或从请求缔约国非法出口的文化动产的人或机构在归还时应有权获得合理赔偿，前提是该占有人不知道且没有理由知道该文物系被盗或非法出口文物，并可以证明在购取该财产时已经审慎行事。

在确定购取文物的人或机构是否审慎行事时，应当考虑到购取的一切情形，包括是否咨询可以咨询的请求缔约国和被请求缔约国的主管机关或者国家或国际组织和（或）实体、所涉及的人或机构的性质、支付的价款、占有人是否查询可合理查询的被盗文化财产登记册和可以合理获得的任何其他相关资料和文件，以及它是否采取其他第三方在此情形下将合理采取的任何其他步骤。

在不损害购取被偷窃或非法出口的文化动产的人或机构获得适当赔偿的权利的前提下，被请求缔约国应利用可用的法律资源，确保转让该文物者或任何其他先前转让人支付此类赔偿。

在适当情况下，请求的缔约国支付合理赔偿不应损害该缔约国收回向转让文化财产的人或任何其他先前转让人支付的款项的权利。被请求缔约国应采取可以采取的一切措施，向提出请求的缔约国提供它可能为此请求提供的任何法律援助或建议。