

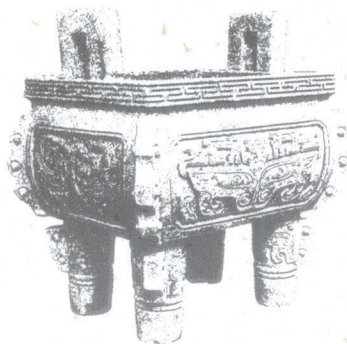


中国政法大学国际法文库

THE SERIES OF INTERNATIONAL LAW
CHINA UNIVERSITY OF POLITICAL SCIENCE AND LAW

总主编◇黄进

执行总主编◇孔庆江



*The Restitution of
Chinese Cultural Objects Lost Overseas*

追索海外流失文物的 法律问题

霍政欣◇著



中国政法大学出版社

图书在版编目 (C I P) 数据

追索海外流失文物的法律问题/霍政欣著. —北京:中国政法大学出版社, 2013. 2

ISBN 978-7-5620-4560-1

I. ①追… II. ①霍… III. ①文物—国际法—研究 IV. ①D99

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第022714号

- 书 名 追索海外流失文物的法律问题
Zhuisuo Haiwai Liushi Wenwu de Falü Wenti
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
010-58908325(发行部) 58908334(邮购部)
- 编辑统筹 综合编辑部 010-58908524 dh93@sina.com
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 720mm×960mm 16 开本 22.125 印张 395 千字
- 版 本 2013 年 2 月第 1 版 2013 年 2 月第 1 次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4560-1/D·4520
- 定 价 59.00 元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由我社负责退换。

总序

进入 21 世纪以来,和平发展已经成为国际社会的主流和共识。各国政府认识到,基于和平共处的合作与发展是国家间关系的理想状态。尽管国际关系中依然存在各种矛盾和冲突,但是,在和而不同、求同存异的基础上解决国际争端,和衷共济地建设和谐世界符合各国人民的根本利益。而国际法在建设和谐世界,实现全球法治和治理方面无疑具有无可替代的作用。

中国的建设和发展同样需要这种和平共处的国际环境。不过,随着中国国力的增长和国际局势的演变,中国须直面的重大国际性法律问题与日俱增、且愈益复杂:从领土争端到海洋权益纠纷,从国际贸易摩擦到民商事法律冲突,从应对全球气候变化到资源争夺,从打击恐怖主义和国际犯罪到海外中国公民及企业权益的保护……这些超越国界的法律问题,无一不关乎中国的重大利益,也无一不需要中国国际法学者予以关注、思考和回应。

正是基于这一背景,在我的倡议下,经过中国政法大学国际法学院和中国政法大学出版社的共同努力,“中国政法大学国际法文库”得以破茧而出。值此“文库”面世之际,我在欣喜之余,感到有必要谈谈对国际法学界同仁和“国际法文库”的殷切希望。鞭策之言,不足以为弁首也。

中国政法大学拥有世界上最大的法学家集团,其法学研究与教育在我国乃至国际上均享有盛誉。作为这个法学家集团的一部分,中国政法大学国际法学人的规模和研究能力也一直为各方所关注和重视。不过,我们应该有更广阔的国际视野和历史责任感,不能固步自封,或者对过往取得的成绩沾沾自喜。坦率地讲,无论是与西方发达国家的国际法研究水准相比,还是与我国国际法同行的最高研究水平相比,我们仍然存在不小的差距。这主要表现在两个方面:第一,在面对重大、突发的国际法理论与实践问题时,鲜有我校国际法学者发出的声音、阐释的观点或者发表的著述;第二,与国内其他一流法学院校相比,我们在国际法研究方面的优势并不明显。现有的地位,在很大程度上是依靠规模而不是质量上的优势获得的。

因此,我希望中国政法大学从事国际法研究的各位同仁能对此有清醒的认

识，并产生忧患意识和危机意识，自觉抵御浮华的社会风气和浮躁的学术氛围，沉下心来做学问，以科学的精神和理性的态度关注当代中国面对的重大国际法理论与实践问题，产出高质量、高水平并经得起历史检验的学术成果。“板凳须坐十年冷，文章不写半句空”。以此与各位共勉！

基于上述认识，我希望“中国政法大学国际法文库”能够成为激励中国政法大学内外国际法学界同仁潜心研究的助推器；成为集中展示具有高水平 and 原创力的中国国际法学术作品的窗口；成为稳定而持续地推出国内高层次国际法理论成果的平台。欲达此目的，确保“文库”作品的质量是重中之重。

“中国政法大学国际法文库”应该以“开放性”为宗旨、以“精品化”为内涵。第一，“开放性”是中国政法大学的办学理念之一，也是“文库”的首要宗旨。这里所谓的“开放性”，其一是指“文库”收录的著述以“宏观国际法”为范畴，凡属对国际公法、国际私法、国际经济法，以及涉外性、跨国性法律问题进行研究的优秀成果，均可收录其中；其二是“文库”收录的作品，应当囊括校内外和国内外国际法学者的精品力作，凡达到国内一流或国际领先的高水平的国际法著述，均在收录之列。在我看来，坚持“开放性”宗旨，是对“文库”范围的合理及必要的拓展，这不仅表明它海纳百川、百家争鸣的胸怀，更是它走“精品化”路线的前提与基础。

第二，“文库”以“精品化”为内涵与品质要求。所谓精品化，是指“文库”收录的作品应该是精品，只能是精品，必须是精品。为达此目的，“文库”要建立严格的申请和遴选制度，对申请文稿进行匿名评审，并以学术水平为评审的唯一标准。“文库”编委会应当适时召开会议，总结实际工作中的经验和教训，不断完善作品的遴选程序和办法，使“文库”出版的作品确实能够代表我国国际法学术研究的最新和最高水准。

我认为，只有秉持“开放性”与“精品化”的出版理念，坚持严格的遴选程序与标准，“中国政法大学国际法文库”才能获得持久的生命力。同时，我相信，经过一段时间的积淀，“中国政法大学国际法文库”必将成为法大乃至中国国际法研究的一个公认的学术品牌，并为构建具有“中国特色、中国风格、中国气派”的高水平国际法理论体系做出自己的贡献。

是谓序。

黄 进

2012年12月12日

于北京

追索须理性，回归路漫漫

——2009年佳士得拍卖圆明园兽首案引发的法律思考（代前言）

对不少中国人而言，2009年的那个寒冬可能是在血脉贲张的狂热与激荡起伏的情绪中度过的，因为世界上最著名的拍卖公司“佳士得”选择在这一年的2月23日至25日在法国巴黎拍卖1860年英法联军自圆明园掠走、流失海外多年的鼠首和兔首铜像。^[1]消息传来，举国哗然。片刻之间，饱含爱国主义与悲情色彩的新闻报道就悄然爬上各大媒体的头条；而在网上迅速蹿红的充斥着“帝国主义”、“强盗”、“无耻”之类强烈民族主义词汇的各类讨伐檄文更让无数“愤青”热血沸腾，夙夜不寐，^[2]仿佛在等待拍卖的不是两件一百五十多年前被抢掠的青铜雕像，而是这个民族的自尊与伤痕。不少外国观察家表示，在以多元化为时代特征的21世纪，在面对佳士得拍卖圆明园兽首事件时，中国社会的各个阶层表现出如此惊人的一致立场与如此强烈的“器物爱国主义”，这让他们多少感到有些不解。^[3]

[1] 佳士得拍卖行（Christie's，旧译为“克里斯蒂”拍卖行）于1766年由詹姆士·佳士得（James Christie）在伦敦创立，为世界上历史最悠久、最著名的艺术品拍卖行。1998年5月，佳士得被法国商人弗朗索·皮诺（Francois Pinault）收购。目前，佳士得在世界32个国家设有57个代表处及10个拍卖中心。2009年，佳士得全球艺术品拍卖及私人洽购交易的总成交额高达33亿美元，居业界首位。参见 http://www.christies.com/about/company/index_ch.aspx，最后访问时间：2012年4月15日。

[2] 甚至还有报刊爆料，佳士得的老板弗朗索·皮诺（François Pinault）是“藏独”分子，引得不少网友号召抵制法国货、抵制家乐福。参见“佳士得老板是总统密友，西方默许富豪攀附政治”，载《环球时报》2009年3月9日。

[3] See http://www.forbes.com/2009/02/27/christies-china-tibet-markets_0227_art_sale.html?partner=contextstory，last visited on April 15, 2012

然而，举国上下的“同仇敌忾”并未能阻止佳士得如期拍卖，而后续的事态发展则像一部跌宕起伏的悬疑小说，吊足了众人的胃口，极大地丰富了世人的想象力：从律师团豪情万丈的激情诉讼被法国法院驳回，到神秘买家高价拍得兽首，再到蔡铭超高调表明身份并拒绝付款……在一连串匪夷所思的故事环环相扣发展到高潮之时，佳士得兽首拍卖事件戛然而止，草草收场，令国人错愕，让世界迷茫。

如今，2009年初的这场拍卖事件已经过去数年，兽首的命运及其牵涉的民族主义激情也随着时光的流逝而悄然褪去，一切似乎已恢复平静；然而，古希腊先贤曾教导：法律是不受任何感情因素影响的理性，^[1]当激情归于平静之时，亦为法律人进行理性反思的恰当时刻。为了让这场曾让国人热血沸腾的拍卖不再受制于“喧嚣之后归于遗忘”的新闻定律，为了让以兽首为代表的、见证中华民族屈辱近代史的大量失散文物早日走上回归之路，为了让每年还在非法出境的大量国宝不再继续流失，^[2]我想，以此事件为切入点，系统、深入地反思中国政府与民间在面对兽首拍卖时的言行与实践，并从法律角度加以梳理与评析，无疑是非常重要的，恰如美国法学家荣格(Juenger)所言：“事后审视(*post mortem examination*)更能揭示当时的问题与错误，从而使获益更丰。”^[3]有鉴于此，让我们先系统地回顾拍卖事件的前前后后，然后再简要分析、梳理其中蕴藏的法律问题及其引发的思索。

一、兽首的流失与拍卖背景

“圆明园兽首铜像”，又称“圆明园十二生肖铜兽首”、“圆明园十二生肖人身兽首铜像”，原为圆明园海晏堂外喷泉的组成部分，是清乾隆年间的红铜铸像。据考证，十二生肖铜像当年呈八字形排列在圆明园海晏堂前的一个水池两边，俗称“水力钟”。这些肖像皆为兽首人身，头部为铜质，身躯为石质，中空连接喷水管，每隔一个时辰，代表该时辰的生肖像，便从口中喷水；

[1] 转引自[美]埃德加·博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第11页。

[2] 参见“国家文物局局长：几十吨重文物流出国门只需三天”，载《中国青年报》2011年3月11日。

[3] [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2页。

正午时分，十二生肖像口中同时涌射喷泉，蔚为奇观。需要提及，十二生肖兽首铜像系由欧洲传教士意大利人郎世宁（Giuseppe Castiglione, 1688 ~ 1766）主持设计，法国人蒋友仁（R. Michel Benoist, 1715 ~ 1744）监修，清宫廷匠师制作，因此，铜像既有浓郁的中国传统审美趣味，也融合了西方造型艺术的特点，堪称中西合璧的艺术品。^[1] 1860年第二次鸦片战争爆发，清廷溃败，英法联军攻陷北京，火烧圆明园，大肆劫掠、毁坏园中珍宝，兽首铜像惨遭切割，并流失海外，成为中国流失海外文物的一个缩影，更是中国近代屈辱史沉重一页的见证者。

斗转星移，时空变换。125年后（亦即1985年）的一个夏日，在美国加州棕榈泉市（Palm Spring, California, USA），美国古董商查尔斯（Charles）在退休警察威廉·P·布莱克（William P. Blake）住宅内的水池边无意中发现了用作装饰物的圆明园十二生肖兽首中的马首、牛首和虎首，并以每件1500美元的价格买下了这3件铜首，从而使圆明园兽首重现天日。^[2] 从1987年到1989年间，这3件兽首像相继出现在纽约和伦敦的苏富比拍卖会上，并被台湾寒舍集团拍得。资料显示，这3件兽首的当时成交价分别为：牛首14.85万英镑、虎首13.75万英镑、马首18.15万英镑。寒舍集团买回兽首后，于同年10月在台湾举办了一次名为“圆明园国宝暨明清青铜器特展”的展览会；也正是在这次展览会上，圆明园生肖铜兽首的命运首次被国人所关注，并被注入强烈的民族主义色彩，寒舍集团的文物投资行为亦悄然升华为“爱国义举”。^[3]

2000年4月中旬，香港回归中国3周年在即。彼时，有香港媒体刊发一则消息：香港佳士得将于4月30日举行“春季圆明园宫廷艺术精品专场拍卖会”，拍卖两件源自圆明园的流失珍宝——铜牛首和猴首；此外，香港苏富比将于2000年5月2日举办同名专场拍卖会，而拍卖品包括另一件圆明园流失

[1] 参见吴树：《谁在拍卖中国》，山西人民出版社2010年版，第690页。

[2] See Frances Wood, "Imperial Architecture of the Qing: Palaces and Retreats", in *China: The Three Emperors, 1662 ~ 1795* (Evelyn S Rawski and Jessica Rawson eds.), 61 ~ 62 (2005)

[3] 参见吴树：《谁在拍卖中国》，山西人民出版社2010年版，第75页。

兽首——铜虎首……^[1]与20世纪80年代的几次兽首拍卖不同，由于这两次拍卖行将发生在华人社会腹地，加之寒舍集团此前的宣传，以及此时中国经济发展水平已今非昔比，政府与民间的文化主权意识亦大为增强，3件圆明园兽首将要被国际拍卖机构在“家门口”拍卖的消息迅速点燃了国人的爱国主义烈焰，并引发了政府与民间的齐声谴责。

4月29日，中国国家文物局正式致函香港苏富比拍卖行和佳士得拍卖行，要求其立即停止拍卖1860年被英法联军掠夺的圆明园珍贵文物，并严正指出，这些文物在法律上的性质是“战争期间被掠夺的文物”，按照有关国际法规定，都应该归还，没有任何时间限制。^[2]不过，香港政府表示，他们无法阻止拍卖，因为中国大陆的文物法对香港地区没有约束力。香港苏富比拍卖行和佳士得拍卖行也表示，其拍卖行为符合香港法律与商业规则，将按计划进行拍卖。对此，香港《文汇报》、《大公报》等主流报刊纷纷表示不满，并发表社论认为，这些文物见证了中国屈辱的历史，拍卖行的行为损害了中国人民的尊严，拍卖行以商业行为来做解释，难以令人接受！一连数日，部分香港学生和文化团体先后来到两家外国拍卖行门前举行抗议示威，公开打出“抗议拍卖掠夺文物”、“归还中国国宝”、“强盗掠夺的文物必须归还祖国”等标语口号。^[3]

4月30日与5月2日，在此起彼伏的抗议声中，佳士得与苏富比分别在香港金钟香格里拉酒店与金钟万豪酒店如期举行拍卖。经过紧张的竞争，这3件兽首均被中国保利集团高价拍得；其中，猴首的成交价为740万港币，牛首的成交价为700万港币，而虎首的成交则高达1400万港币。两次拍卖活动结束后，全场均响起如雷掌声，门外甚至有人放起了鞭炮，庆贺3件兽首被中国保利集团拍得，并得以回归祖国。消息传出后，保利集团被广泛赞誉，受到各地媒体的热烈褒奖与追捧。在接受采访时，保利集团公司董事兼常务副总经理谢大同难掩心中激情：“别人盗抢我们的东西，这本身就是不对的。

[1] See Yulanda Chung, "A Cultural Revolution: The International Debate Over Stolen Relics to Hong Kong", *Asiaweek*, May 19, 2000.

[2] <http://www.people.com.cn/GB/paper447/514/54622.html>, 最后访问时间：2012年4月19日。

[3] 参见吴树：《谁在拍卖中国》，山西人民出版社2010年版，第76-77页。

如果没有规制这些行为的国际规则或政策，他或许能占有它们；但是，他居然还跑到了我们的家门口（即香港）来兜售这些东西，这就太不像话了！对我而言，这实在忍无可忍，我想对于大多数中国人而言，也必定如此。”^[1]保利博物馆副馆长马保平的言辞则更透露出几分自豪，他说：

抢救文物是每一个中国人都应该做的事，这是中华民族宝贵的文化遗产，今天中国在经济上富强起来了，我们才有实力买回流失在海外的文物，这样我们才有可能让我们的子子孙孙有机会能够看到我们中国伟大的文明。……中国保利集团是一个国有企业，国有企业就应该不仅办企业的事，还要办国家的事，这才是国有企业应该做的事。我们当时遇到的最大困难就是如何下决心花这么多钱来买这几件流失海外的国宝。我可以举个例子告诉你，如果有12个人被劫匪绑为人质，今天我们有机会能救出其中3个，毫无疑问。如果救出这3个以后，去救后面的9个人质就会面临更大的困难，那么这3个人质我们是救还是不救？经过反复考虑，我们认为应该能救一个就救一个，我想这也是每一个碰到这种问题所做的唯一选择。^[2]

在成功拍得猴首、牛首与虎首后，保利集团于5月15日至5月24日在香港展出了这3件圆明园流散文物，随后，它们被运往北京，珍藏在保利博物馆中。

2007年9月，香港苏富比拍卖行又举行了一场兽首拍卖会：当年由台湾寒舍集团以18.15万英镑从伦敦苏富比拍卖会拍得的圆明园铜马首，以6000万港币的高价被重新放在香港苏富比的拍台，并公开打出“八国联军——圆明园遗物”专拍的刺激性标题。

[1] 这段话系由英文资料转译成中文，可能与说话者原话存在表述上的不同。参见 *Zodiac Foundain Heads on Display in Hong Kong*, 载 <http://www.CNN.COM> (May 19, 2000), 最后访问时间：2011年4月18日。

[2] “抢救圆明园国宝与文物保护”，载《人民日报（网络版）》2000年6月2日，<http://www.people.com.cn/wsrmlt/jbft/2000/06/mabp.html>, 最后访问时间：2012年4月18日。

于是,事态的发展几乎完全复制了2000年的那两场拍卖事件:多方抗议——抗议无效——高价拍卖——回归祖国——各方赞誉。不过,此次拍卖唯一的区别是,拍卖没有公开进行,而是通过中间人的“斡旋”,并在苏富比的“配合”下,以6910万港币的价格被全国政协常委、澳门首富何鸿燊购得。这项交易刷新了中国清代雕像的世界最高成交价。在购得马首后,何鸿燊安排铜像分别于2007年10月4日至8日以及10月9日在香港与澳门两地展出,随后,将其捐赠给国家,并存放于保利博物馆。^[1]

对何鸿燊高价购买兽首并捐赠国家的行为,中国国家文物局赞赏有加,并在第一时间表态:“很高兴看到流失海外近一个半世纪的马首铜像回归故里,我们对何先生的爱国义举高度赞扬及衷心感谢,对香港苏富比有限公司促成此事所做的努力表示赞赏……同时,欢迎和鼓励通过捐赠的方式促成流失海外文物的回归。”^[2]“中华抢救流失海外文物专项基金”负责人亦予以高度褒奖:“何鸿燊先生2003年曾与专项基金合作,向‘国宝工程’捐款六百余万人民币,自海外购回圆明园猪首铜像。此次,何鸿燊先生再次慷慨出资购得马首铜像,并捐献给国家,我们对此爱国义举深表敬佩和感激,并深受鼓舞。”^[3]各地新闻媒体也盛赞何鸿燊的爱国义举,多以“爱国商人”为中心词,对他进行了长篇累牍的报道。何鸿燊在接受采访时则表示:“我很荣幸能参与抢救流失海外文物工作,继猪首铜像之后,将马首铜像捐赠国家。我希望能藉此帮助更多人参与保护中国文物的工作,共同宣扬爱国爱民族意识。”至此,圆明园流失的十二生肖铜像,除了5只未露面、2只在法国,其余5只,都保存于位于北京的保利博物馆。^[4]

然而,仅仅一年以后,马首拍卖及其引发的民族主义热情余温尚存,佳

[1] 除这只马首之外,何鸿燊还曾于2003年以六百多万人民币并以“中华抢救流失海外文物专项基金”出血向美国藏家从纽约买回铜猪首,也赠送给保利博物馆一并保存。这是迄今为止惟一次没有拍卖公司介入、而是以公益方式回归的圆明园兽首。“失散143年后,圆明园猪首铜像回归故里”,载国家文物局网站:<http://www.sach.gov.cn/tabid/871/InfoID/19368/Default.aspx>,最后访问时间:2011年4月21日。

[2] “何鸿燊先生将流失海外珍贵文物圆明园马首铜像捐赠给国家”,载国家文物局网站,<http://www.sach.gov.cn/tabid/294/InfoID/6072/Default.aspx>,最后访问时间:2012年4月21日。

[3] <http://news.sina.com.cn/c/2007-09-20/151713935771.shtml>,最后访问时间:2012年4月21日。

[4] “何鸿燊6910万港元买下圆明园马首像捐献国家”,载《中新网》2007年9月20日,“要闻”。

士得于2008年10月23日刊发的一则拍卖公告再掀波澜。这则公告宣布，佳士得将于2009年2月23日至25日在法国巴黎大皇宫举办“伊夫·圣罗兰(Yves Saint Laurent)与皮埃尔·贝杰(Pierre Bergé)珍藏”专场拍卖，而在拍品中，1860年英法联军自圆明园掠走、流失法国多年的鼠首和兔首铜像首度现身，单件拍卖估价分别为800万至1000万欧元(总价合计人民币达1.5~2亿元)。这一公告犹如擦着了一枚火花，再度点燃了中国人几近狂热的爱国主义与民族主义激情。

二、再回顾：2009年兽首拍卖案始末

在佳士得发布拍卖鼠首和兔首的消息后，中国民间的反应仍然是一如既往的群情激奋与万众一心。不过，这一次，中国政府和一部分专家的态度似乎在发生某种改变。2008年10月24日，国家文物局文博司司长宋新潮向媒体表示，国家文物局坚决反对佳士得拍卖圆明园文物，同时反对回购。他进一步指出：“既然是中国的东西，就没有必要用中国的钱买回来。这两件文物都是由于战争原因被掠夺到海外的文物，根据国际公约，要在道义上进行呼吁和追溯，希望其返还。对于追回方式，首先不希望通过拍卖，其次要尊重收藏家意愿，通过相应的补偿以回赠方式追回，同时也欢迎和鼓励通过捐赠的方式，促成回归。”此外，他还呼吁海内外媒体不要炒作此事，炒作的结果，只会让那些利用中国老百姓爱国热情投机赚钱的商人获利。^[1]

面对圆明园兽首铜像拍卖价格成几何倍数狂飙，行将突破亿元的价格，文化部艺术品评估委员会副主任赵榆不无担忧地指出：“兽首的价格应回归文物本身的价值。2000年首批3座兽首回归有其特殊性，其‘身价’还包含了爱国的感情价值。从文物本身的角度看，这个价格已经到了上限。既然是文物，就应根据它的历史、科技及艺术价值衡量它的经济价值。”^[2] 圆明园管理处新闻发言人宗天亮也表示，圆明园一直不主张文物进入拍卖。一方面，文物拍卖价格虚高，像这次的价格高达2亿元，不是一般机构或个人能承受的；另一方面，圆明园的历史文物有着它本身的文化内涵，一旦被当做

[1] “国家文物局反对回购圆明园兽首铜像”，载《京华时报》2008年10月24日，第1版。

[2] 同前注。

“挣钱的机器”进入拍卖程序，则文物本身所承载的历史文化内涵将被淡化。

事实上，为了防止国有文物机构参加此次拍卖进一步推高拍卖价格，国家文物局还于2008年11月下旬下发《关于被盗或非法出口文物有关问题的通知》，要求各级文物行政部门采取切实措施，劝阻我境内的博物馆及其相关机构和个人参与竞拍、购买任何被盗或非法出口的中国文物。^[1]

由此可见，在面对一再重复的拍卖情节和狂飙的兽首价格时，中国官方的态度呈现出有坚持、有改变的微妙调整：即坚持反对拍卖、不承认兽首现状合法性的原则立场不变；但在面对商业回购的问题上，则由原先的积极倡导与赞赏的态度，转变为反对甚至劝阻的立场。

除政府态度的调整以外，中国民间在此次拍卖中出现的一个新动态是律师界的高调介入。2009年1月初，在北京律师刘洋的倡导下，六十多位中国内地律师组成了“追索圆明园流失文物律师团”。^[2]在记者招待会上，刘洋宣布，律师团准备在法国对鼠首和兔首的收藏者和佳士得拍卖行提起诉讼，阻止拍卖、追索国宝。随后，刘洋不断接受媒体采访，言语中饱含激情与担当：“采取公开拍卖的方式对待从我国圆明园掠夺的两个铜兽首，是对中国人情感的藐视和挑衅”；“全世界文物流出国和地区已先后操起法律的武器，讨还非道德方式流出的文物。而作为走向法治的泱泱大国，我们却至今没有形成一个专门研究实施追索抢救和保护文物的法律支持队伍，我们决心担其重责。”在其博客上，刘洋还以连载的方式发布了“诉讼追讨圆明园流失文物的谋划”，主要内容可以归结如下：^[3]

第一，关于管辖权，刘洋认为无外乎两个途径，即在中国法院起诉或在法国法院起诉。关于此点，他这样写道：“按照国际私法公认的场所支配行为的共识，‘侵权，依侵权行为地法’，则国内法院有权审理；依原告就被告的

[1] 参见“单霁翔对兽首拍卖事件作出全面回应！——文物局局长就圆明园兽首文物拍卖事件答问”，载国家文物局网站：<http://www.sach.gov.cn/tabid/813/InfoID/17248/Default.aspx>，最后访问时间：2011年4月21日。

[2] 到2009年2月10日，律师团的成员已增至81人。

[3] 需要指出的是，虽经多次仔细阅读，笔者仍然无法完全读懂刘洋在“诉讼追讨圆明园流失文物的谋划”中的多处文字表达与法理阐释，这里的归纳因而可能与刘洋本意并不一致，故请读者对照阅读刘洋博客：http://blog.sina.com.cn/s/blog_4d3386b0100bbzx.html，最后访问时间：2012年4月21日。

一般管辖原则，被告住所地的外国法院有权审理，这主要取决于原告的选择”；^[1]但鉴于在国内起诉，在法国面临判决承认与执行的难题，他选择去法国诉讼的途径。

第二，关于诉讼当事人身份的确定，刘洋认为“依照国际私法中形成的普遍共识：诉讼程序适用受诉法院国诉讼法，”故应依《法国民事诉讼法》解决。关于原告身份，经其查证，《法国民事诉讼法》规定，“原告，必须是在本诉中具有诉讼利益的人”，因此，他认为，中国政府或其委托者以及有关管理机构应为适格，而普通中国国民是否适格，则不甚清晰。^[2]

关于被告，刘洋认为，法国民诉法未作具体规定，但按照大陆法国家的通行法律规则，被告的身份应取决于“原告的主观认为和案件事实的实际牵连”。

第三，关于诉讼标的的定性、法律适用与诉讼请求，刘洋认为，依据《法国民法典》，兔首与鼠首应被识别为不动产；依据国际私法上的“不动产适用不动产所在地法”原则，他进而主张适用中国法，因而提出以下诉讼请求：“请求法院判令被告停止侵害，排除妨碍，返还原物，恢复原状”。

第四，关于证据，刘洋认为，原告需举证证明其享有诉权、是兽首与兔首的原所有人。关于第一点，他认为：“这不难解决，身份证书可以解决问题。”关于第二点，他提出，依据免责事由、被告自认以及事实推定，亦不难解决。

第五，关于时效，刘洋认为，法国法将时效问题识别为实体问题，且规定有取得时效与消灭时效。由于将兽首定性为不动产，他提出，依据《法国民法典》的规定，对于不动产的取得时效须以善意占有为前提，而本案中，

[1] 关于这两句话的行文逻辑与法理，以笔者有限的法学理论与中文水平实在无法理解，为防止归纳有误，只能引用其原文。若读者对这两句话出现阅读障碍，请参见笔者后文的评述。

[2] 为防止此点归纳与刘洋原意不符，此处附上其博文原文：依照国际私法中形成的普遍共识：诉讼程序适用受诉法院国诉讼法。因此，去法国进行诉讼适用（的）是法国（的）民事诉讼法，《法国民事诉讼法》认为：“原告，必是在本诉中具有诉讼利益的人”。因此，在本诉讼中，“那么，本次诉讼的诉讼利益享有者，中华人民共和国政府及其受她的委托持有或期待持有；管理经营或期待管理经营的单位肯定适格。对于国家的组成人员之居民是否具有诉讼利益，法国民诉法规定模糊。”参见 http://blog.sina.com.cn/s/blog_4d338f6b0100bbzx.html，最后访问时间：2012年4月21日。

由于兽首为被劫掠文物，可排除善意，故而不适用取得时效制度。^{〔1〕}此外，考虑到将流失兽首定性为不动产的主张可能不会被法国法院采纳，他特别援引了《法国民法典》第 2279 条与第 2280 条，^{〔2〕}并意识到这会使追索诉讼失去法律支持的问题，因为依据这两条规定，由于兽首是被盗窃物，返还诉讼应在被盗 3 年内提起。

第六，由于发现法国民法对追索之诉构成重大障碍，刘洋遂提出数项“抗辩理由”，主要包括：①《法国民法典》关于追索盗窃物的期间间接地损害了文物来源国的诉讼权利，有违《保护世界文化和自然遗产公约》第 6 条第 3 款的规定，应排除适用；②由于中、法两国都“加入”了 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”），该公约因而对两国均有约束力，被盗文物的拥有者应依该公约归还该被盗物。对于公约的无溯及力问题，他的观点“似乎”是，由于该公约第 3 条第 5 款规定，“任何缔约国可以声明一项请求应受 75 年的时效限制，或者受到该国法律所规定的更长时效的限制”，且中国政府在加入该公约时声明保留对历史上被非法劫掠文物的追索权，该公约因而适用于本案。

刘洋律师的博文洋洋洒洒，饱含激情，充满自信，引起了众多网民的关注与支持，以他为首的律师团亦成为民间追索兽首的中坚力量。在不少普通民众心中，法律专业人士的挺身而出，成为阻止拍卖、索回国宝，甚至洗刷国耻的希望所在。

然而，知易行难，律师团成立后，便面临着重重障碍，首要难题便是原告的选择与确定。由于中国政府及相关主管机构不愿意作为原告提起诉讼，

〔1〕 其原文表述如下：法国民法规定：“对不动产的占有，首先须持有正当的权利证书”，其次，“占有须是善意”。一般情况下，经过 10 年或 20 年，便取得了占有物的所有权。（《法国民法典》第 2265、2266 条），这点我们不怕，如果认为圆明园的兔首鼠首是不动产的话，那么占有者须持有合法权利证书（这一点是不可能的）和占有者的善意（持有者明知该物是窃掠而来，不可能被推定为善意）。参见 http://blog.sina.com.cn/s/blog_4d338f6b0100bbzx.html，最后访问时间：2012 年 4 月 21 日。

〔2〕 《法国民法典》第 2279 条（经 2008 年修订后现为第 2276 条）：“对于动产，占有相当于权利根源的效力，但占有物如系遗失物或盗窃物时，其遗失人或者被害人自遗失或被盗窃 3 年内，得向占有人请求回复其物；但占有人得向其所有取得该物之人行使求偿的权利”；第 2280 条（现为第 2277 条）：“现实占有人如其占有的盗窃物或遗失物系由市场、公卖、或贩卖同类物品的商人处买得者，其原所有人须在偿还占有人所支付的价金时，始得请求回复原物”。

律师团于2009年2月8日对外宣布，选择“全球爱新觉罗家族宗亲会”为原告，并启动诉讼程序。^{〔1〕}针对以此团体为原告引发的多方质疑，刘洋解释道，爱新觉罗家族曾是皇室家族，圆明园曾是皇家园林，在当时它属于皇室所有。按照法国法律规定，有些团体和协会尽管没有法律上的关系，但与事实有一定的关联也可以提起诉讼。^{〔2〕}尽管做出如上表态，选择这个“宗亲会”为原告显然还是让不少人对诉讼前景产生了疑虑。刘洋在接受采访时曾透露，“该诉讼此前的法国代理人，即法国的一位‘不愿暴露姓名’的自愿作为本案代理人的大律师因对爱新觉罗家族宗亲会作为本案原告信心不足，宣布退出代理。此后，有法国执业律师资格的法籍华裔女律师任晓红申请加入律师团，并成为该诉讼新的法方代理人。”^{〔3〕}到了拍卖前数日，律师团临阵更换了原告，确认由法国友人高美斯（Bernard Gomez）组建的“欧洲保护中华艺术协会”作为诉讼原告，对此，刘洋做了如下解释：将这个文化团体作为新的原告，有两方面理由：首先，本案胜诉后，高先生愿意无偿让两件国宝回归中国；其次，欧洲保护中华艺术协会是在法国的当地法人，诉讼中的阻力也会相对较小。^{〔4〕}

在更换并最终确认了原告身份后，刘洋于2009年2月21日只身飞赴巴黎，开始了这场看似有些悲壮的法律战争。2009年2月23日上午11时30分，法国巴黎大程序法院（*Tribunal de Grande Instance*）开始紧急审理由“欧洲保护中华艺术联合会”提起的禁止拍卖的请求。这是一场力量悬殊的较量：坐在原告辩护律师席上的是法籍华裔律师任晓红以及她的一名法国助理；而相视而坐的则是来自法国文化部、佳士得的8位辩护律师。经过两个小时的辩论，法官做出裁决，驳回了原告提出的禁拍请求，理由是原告与诉讼标的没有直

〔1〕 全球爱新觉罗家族宗亲会由清朝皇室爱新觉罗家族后人组成，在香港注册成立，是一家民间社团。

〔2〕 “全球爱新觉罗家族宗亲会授权律师团启动诉讼”，载《西安晚报》2009年2月11日，“文化新闻”版。

〔3〕 “律师今日将赴法阻止圆明园兽首拍卖”，载《北京晨报》2009年2月21日，第2版。

〔4〕 同前注。

接关系，主体资格不合适。^[1]

其实，对于这个结果，法学界并不感到意外。数日之前，中国人民大学法学院的王云霞教授在媒体做专题评论时就认为该诉讼存在原告资格、国际公约缺乏约束力与溯及力等法律障碍，并预计获胜几率微乎其微；就连诉讼原告“欧洲保护中华艺术联合会”的创建人高美斯与代理人任晓红也直言，“我们料想到了这一结果。”^[2]倒是一直徘徊在法庭外的刘洋在获知败诉后气愤填膺，并发誓要把官司继续打下去。回国以后，刘洋还以“追诉海外文物律师团秘书处声明”的形式，发布了一篇充满民族主义悲情的博文——“轻慢我们，但不可以轻慢祖国！”引起海内外众多媒体与民众的共鸣。^[3]

在法国法院驳回禁拍请求后，佳士得宣布将如期进行拍卖，而后续的事态发展则超出了所有人的预料，出现了迄今为止国际拍卖史上最富戏剧性的一幕。

2009年2月25日晚8点（北京时间26日凌晨3点），鼠首和兔首被按时摆放在法国巴黎大皇宫的拍卖台上，经过数轮竞价，两件兽首最终通过电话委托的神秘买家拍得，成交价为每件1400万欧元，再次刷新圆明园兽首的全球拍卖成交价。在拍卖结束后的记者招待会上，佳士得以职业道德与拍卖守则为由，拒绝透露这位买家的身份和国籍。

圆明园兽首被佳士得以历史最高价拍卖的消息引发了中国政府与民间的齐声怒讨。国家文物局于拍卖结束当日，旋即发表了措辞严厉的“关于佳士

[1] “Paris court refuses to stop sale of looted Chinese bronzes”, See http://news.xinhuanet.com/english/2009-02/24/content_10883437.htm, last visited on April 22, 2011.

[2] “兽首国宝追索四大败因，‘一个人的战斗’行不通”，载《国际先驱导报》2009年2月28日，第4版。

[3] http://blog.sina.com.cn/s/blog_4d338f6b0100cebc.html, 最后访问时间：2012年4月22日。

得公司拍卖圆明园铜像事宜的声明”〔1〕并下发带有明显惩罚与报复色彩的《关于审核佳士得拍卖行申报进出境的文物相关事宜的通知》，要求文物进出境审核管理机构认真审核佳士得拍卖行及其委托机构、个人在我国申报进出境的文物。〔2〕不少中国民众对佳士得乃至法国政府的怒火更是越烧越旺，有一些网民还将此事件与2008年奥运圣火在巴黎受袭事件联系在一起，认为这

〔1〕《国家文物局关于佳士得公司拍卖圆明园铜像事宜的声明》：

据悉，佳士得拍卖行（CHRISTIE'S）已于当地时间2月25日在法国巴黎拍卖了圆明园鼠首和兔首铜像。国家文物局明确表示：

一、国家文物局有关负责人曾多次约见并致函佳士得有关负责人，敦促其撤回圆明园文物。但佳士得方面一意孤行，坚持拍卖被劫掠的圆明园文物，违背了相关国际公约的精神和文物返还原属国的国际共识，损害了中国人民的文化权益和民族感情，将对其在在中国的发展造成严重影响。

二、国家文物局坚决反对并谴责所有拍卖非法出境文物的行为。此次拍卖造成的一切后果应由佳士得方面承担。

三、国家文物局不承认对被劫掠文物的非法占有，并将继续依照相关国际公约和中国法律规定，通过一切必要途径追索历史上被盗和非法出口的文物的。

国家文物局

来源于中国中央人民政府网站：http://www.gov.cn/gzdt/2009-02/26/content_1243445.htm，最后访问时间：2012年4月25日。

〔2〕《关于审核佳士得拍卖行申报进出境的文物相关事宜的通知》：

各国家文物进出境审核管理处：

近日，佳士得拍卖行（CHRISTIE'S）在法国巴黎拍卖了从圆明园非法流失的鼠首和兔首铜像。佳士得拍卖行的这一行为违背了相关国际公约的精神和文物返还原属国的国际共识，严重损害了中国人民的文化权益和民族感情。

鉴于佳士得拍卖行近年来已有多次公开拍卖从我国劫掠、盗窃、盗掘和走私文物的行为，所涉及文物均为非法出境。为加强文物进出境审核管理，我局现就相关事宜通知如下：

一、各国家文物进出境审核管理处（以下简称管理处）应当认真审核佳士得拍卖行及其委托机构、个人在我国申报进出境的文物。所有文物均应提供合法来源证明（包括文物所有人的详细信息、文物的流传过程和历次交易证明文件、文物出境证明文件、文物所在国政府主管部门和公证机构分别出具的文物权属证明文件等）。未提供合法来源证明或证明文件不全的，不予办理文物进出境审核手续。

二、各管理处经审核认为佳士得拍卖行所申报文物可予办理文物进出境审核手续的，应当书面报经我局批准，并附申报文物的相关材料。

三、各管理处在审核佳士得拍卖行所申报进出境文物时，发现可能为被盗、走私文物的，应立即向我局和当地公安、海关部门报告。

请各管理处按照本通知要求，切实做好相关审核工作。

此通知。

国家文物局

来源于国家文物局网站：<http://www.sach.gov.cn/tabid/312/InfoID/16599/Default.aspx>，最后访问时间：2012年4月25日。

是法国对中国的再次公然挑衅与侮辱，并号召掀起反法浪潮。^[1]

然而，正当中国人为兽首被高价拍卖而痛心疾首、全球媒体纷纷猜测神秘买家的身份之时，3月2日，一则爆炸性新闻从北京发出——“中华抢救流失海外文物专项基金会”在京举行新闻发布会，颇具戏剧性地宣布：该基金会收藏顾问、福建古董收藏家蔡铭超是巴黎拍卖会两尊兽首的最后竞得者。蔡铭超同时发表声明：“作为一个中国人，在这种时刻都应该站出来，发出我们的声音。但是，这个款我不能付。”次日，在接受媒体采访时，他进一步透露，拒不付款的原因是依据国家文物局于2月26日下发的《关于审核佳士得拍卖行申报进出境的文物相关事宜的通知》，这两件拍品无法入境。^[2]

一石激起千层浪。对于国际拍卖史上最富戏剧性的一幕，法国媒体惊诧不已，昼夜不停地播发新闻与评论，分析蔡铭超的动机与后果；而国内舆论也物议纷纷：支持者称赞其是“爱国义举”，是“以其人之道还治其人之身”，充分体现了“中国民间的智慧”；而反对者则称此举是“痞子”行为，有损于中国人的信誉，甚至“有辱国格”。还有一些媒体则揣测，拍卖后中国政府立即发文严控佳士得拍卖品入境，紧接着，蔡铭超表示其拒绝付款系因两件拍品无法入境，这是不是中国政府和蔡铭超合唱的一出双簧？对于这种推测，中国国家文物局与外交部均表态：有关竞拍行为纯属个人行为，相关政府部门在有关基金会与个人召开新闻通气会前毫不知情，更未参与。对佳士得拍卖公司采取的更为严格的管理措施仅限于对佳士得拍卖公司提交的文物进出境申请行为。^[3]

由于蔡铭超拒绝付款，佳士得在付款最后期限到来后宣布，圆明园流失文物鼠首和兔首铜像仍然归其现持有人所有。就这样，2009年的佳士得兽首拍卖事件以出乎所有人意料的方式落下帷幕，一场有关圆明园被抢文物的国际纷争也暂时告一段落，有关各方看似谁也没占到多大便宜：中国没要回文

[1] “法国媒体称兽首拍卖激活中国民众新反法情绪”，载新浪网，<http://news.sina.com.cn/c/2009-03-04/142717335012.shtml>，最后访问时间：2012年4月25日。

[2] “蔡铭超解释不付款原因，六成外媒和网友表示理解”，载《北京晚报》2009年3月4日，第2版。

[3] “外交部称事先不知道蔡铭超参与竞拍兽首”，载《新华网》2009年3月3日；“国家文物局回应兽首拍卖，否认与蔡铭超演双簧”，载《北京青年报》2009年3月6日，第1版。

物，文物持有人没拿到天价拍卖款，而佳士得拍卖行不仅为千夫所指，而且其在华业务亦受到中国政府的严格限制。

三、问题与思考

到此，2009年佳士得兽首拍卖事件的回顾可以告一段落了。不过，此次兽首遭遇“技术性流拍”并不能阻止它们未来某个时候再次被摆上拍卖台，再次成为撩拨中国民众民族情感的导火索，也未能提供阻止流失文物被拍卖的一般方法，更没有为追索数以百万计的流失海外的中国文物指明路径。因此，深刻反思中国政府与民间在兽首屡次被拍卖的过程中的应对措施与立场，检讨、评估它们产生的实际效果与潜在后果，从而得出一些结论，发现一些问题，这对于今后再次发生流失文物被拍卖事件时，中国社会更加成熟、妥当地应对、解决问题乃至建立起系统、有效的追索流失文物的国家战略均具有不容小觑的现实意义。

第一，从每件1500美元到1400万欧元，作为文物的兽首，其拍卖价格在24年间狂飙了约1万倍，不过历经三四次拍卖而已。也许，作为中国人，我们有理由为中国文物受到国际市场的追捧而自豪，为中国企业或个人高价买回兽首而欣慰；然而，作为理性的法律人，我们更有理由诘问：在价格疯狂飙升的表象之后，哪些因素起了主要作用？谁是真正的受益者？谁是最终的受损者？

第二，在面对兽首拍卖时，我们究竟应采取何种方式为宜？是鼓励中国企业或个人参加拍卖从而促使兽首回归，抑或应劝阻中国当事方参与竞拍，以避免拍卖价被节节推高？

第三，法律途径是否是阻止兽首被拍卖以及对之进行追索的有效途径？如果答案是肯定的，哪些规则或制度可以成为我们的法律依据？如果民事诉讼程序是可以利用的法律途径之一，那么，2009年的这场诉讼为什么以失败告终？为什么中国政府不愿意作为原告提起诉讼？2009年的这次败诉能给我们哪些启示？

第四，除了民事诉讼以外，还有哪些法律途径或机制可以加以利用？与民事诉讼相比，这些法律途径或机制各自的特点是什么？

第五，如果法律途径不是全能的解决方法，那么，还有哪些途径可以加

以利用？其各自的优势与缺陷是什么？如果能建立一套有机利用各种方式的综合战略体系与国家策略来追索流失文物，是否可以达到更为有效、有序、有利的效果？

下面，就让我们对以上五个问题做逐一分析。首先，必须承认，文物的市场价格是一个被公认为难以精准评估的问题，它取决于供求、存量、年代、质量、题材、经济环境等多种因素。^[1]但二战以后，尤其是进入 21 世纪以来，随着国际文物市场逐步由专业收藏市场向资本投资市场演变，文物价格受资本左右的程度正逐渐加深，已越来越多地受到人为炒作的的影响，这已成为不争的事实。诚如有学者注意的那样：如今，在文物市场，文物者投资的获利需求远远大于收藏、鉴赏与研究的需求，愈加盛行的炒作加剧了部分文物价值与交易价格的背离，而牟取暴利的动机更越来越疯狂。^[2]

这在兽首拍卖价格二十余年来的狂飙上得到了鲜活印证。兽首究竟值多少钱，这或许确实难以精准回答，但就其本身的文物价值来看，文物专家并不十分认可，关于此点，中国文物学会名誉会长、国家文物局古建筑专家组组长罗哲文教授的观点颇具代表性，他指出：^[3]

作为庞大的圆明园建筑的无数构件之一，圆明园大水法中的 12 生肖本身价值并不重大，其工本、工艺等并不特别，也就是喷水龙头而已。相比现藏于北京大学等处的圆明园文物华表等，兽首工艺相对也比较粗糙，现在在北京、广州等地的一些小工厂都可以制造出来，艺术价值不高……文物都要有艺术价值、历史价值。艺术价值各人有各人的看法，依我看，它的造型并不好，只是庞大的圆明园建筑无数构件之一，一个喷水龙头和配件，没有多大经济价值，顶多几十万元人民币已……我觉得，它唯一的价值就是它是侵略的罪证。法国和英国的博物馆敢展出吗？

[1] Stefano Manacorda & Duncan Chappell ed., *Crime in the Art and Antiquities World*, 60 (2006)

[2] 参见叶坦：“‘都是市场惹的祸’——关于文物价值的经济思考”，载神州思想网，<http://www.cn99.com/cgi-bin/getmsg/body?listname=suxiangcankao&id=109>，最后访问时间：2012 年 4 月 28 日。

[3] 陈彦炜、唐跃：“相比追索，保护现有文物更加刻不容缓”，载《南方人物周刊》2009 年第 11 期。