

# “区域”内考古和历史文物的权利归属问题研究

肖 雄\*

**摘 要：**本文旨在讨论如何确定在国际海底区域内发现的考古和历史文物的权利归属问题。通过对国际条约、习惯国际法和其他可适用的国际法规则进行分析，可以区别两种不同情况来确定“区域”内考古和历史文物的权利归属问题。对于有权利主张者的考古和历史文物而言，能够辨明物主时，该物主的原有权利不应因其所处海域而受到影响；当不存在可辨明的物主，但有多多个“来源国”对其主张优先权利时，应通过对《联合国海洋法公约》第149条进行解释，借助《保护水下文化遗产公约》确立的机制，通过谈判确定其权利归属。对于不存在权利主张者的考古和历史文物，应适用习惯国际法，即由发现该文物的船旗国法律决定该特定考古和历史文物的权利归属。

**关键词：**考古和历史文物 水下文化遗产 权利归属 区域

考古和历史文物是人类历史的一个重要侧面。从现有资料来看，在海底散落的沉船数目达到300万艘以上，人类古文明遗存的代表——被誉为世界第七大奇观的埃及亚历山大灯塔——也仍在海域之中有待发现。当一艘船沉没或一座城被毁后，其遗迹就被水如“时光胶囊”一般封存了起来。对当代以及后世来说，它既是一笔有关古代文明和历史上著名海上航行的宝贵信息来源，也为我们提供了独一无二的潜水和旅游机会。但是，关于在国际海底区域（以下简称“区域”）内发现的考古和历史文物的权利归属问题，在与其直接相关的两个国际公约，即1982年《联合国海洋法公约》和2001年联合国教科文组织通过的《保护水下文化遗产公约》中虽然均有讨论，但有关的权利规则却始终未能明确。因此，笔者拟从这两个国际公约的文本出发，结合其他可能适用到的国际法规则，包括对适用相关习惯国际法的可能性进行分析，探讨如何确定“区域”内考古和历史文物的权利归属，以期为解决这一问题提出具体途径。

## 一 概念界定

### （一）“区域”及相关概念区分

自1973年至1982年，联合国第三次海洋法会议经过长达9年的协商与谈判，最终形成了《联合国海洋法公约》。公约的重大成果之一，即确立了建立在人类共同继承财产原则之上

\* 中国政法大学国际法学院硕士研究生。

的“区域”制度。<sup>①</sup>根据公约第1条第1款,“‘区域’是指国家管辖范围以外的海床和洋底及其底土”。在这个“区域”内的资源将受特别制度支配,并由国际海底管理局负责组织和控制。<sup>②</sup>

一个常常与“区域”相区别的概念是“公海”。事实上,二者的概念及其法律制度均有所不同。公海的概念最早可以追溯至优士丁尼的《法学阶梯》。该法典第一次以法律的形式宣布了海洋的法律地位,规定海洋是“依据自然法而为众共有之物”,所有人都可以自由利用海洋。<sup>③</sup>中世纪的后半叶,有人开始提出对公海的某些部分享有主权的要求。<sup>④</sup>此后,公海的范围一直处于变动之中。《联合国海洋法公约》的生效,对公海的定义具有重大影响。根据公约第86条的规定,“公海”为“不包括在国家的专属经济区、领海或群岛国的群岛水域内的全部海域”。需要注意的是,根据上述定义可推知:“区域”上覆水域和公海的范围并不一致。简单而言,“区域”的上覆水域为公海,反过来却不一定成立。因为公海的海床、洋底及底土也有可能是沿海国的外大陆架。<sup>⑤</sup>

## (二)“考古和历史文物”的概念

在不同公约和学者著作中,对于此类问题的定义并不一致。早期的国际公约对于此类问题并无专门规定,而是将之包括在“文化财产”(cultural property)中概括性的给予保护。《联合国海洋法公约》使用了“考古和历史文物”(archaeological and historical objects)一词,但是公约本身并未对何谓“考古和历史文物”做出说明。<sup>⑥</sup>《保护水下文化遗产公约》则采取了“水下文化遗产”的提法,公约第1条第1款对于其定义做了相对详尽的说明:

“‘水下文化遗产’系指定期或持续被部分或全部淹没在水下至少100年的具有文化、历史或考古价值的一切人类存在的遗迹,如:①遗址、结构、建筑物、人工制品和人类遗迹,及其考古和自然背景;②船舶、飞机、其他交通工具或其任何部分、其装载的货物或其他物品,及其考古和自然背景;和③具有史前价值的物品。”

与各公约相对应的,不同学者在其著作中也采取了不同的名词,如“历史性沉船”、“(水下)文化财产”、“考古和历史文物”和“水下文化遗产”等。一般认为,这几个概念所涵盖的范围有所差异。具体而言,“文化财产”的含义最为广泛。1954年《关于发生武装冲突时保护文化财产的海牙公约》第一次对“文化财产”加以界定,即“对每一民族文化遗产具有重大意义

① 金永明:《国际海底区域的法律地位与开发制度研究》,华东政法大学(原名华东政法学院)2005年博士学位论文,第4页。

② 有关国际海底管理局和本文中所要探讨的“区域”内的考古和历史文物的关系将在下文中详细探讨。

③ 详见〔古罗马〕优士丁尼:《法学阶梯》,第二卷第1篇, <http://classnet.yizhong.xm.fj.cn/zyw/up/shkx/5020195.pdf>, 最后访问日期:2015年1月15日。

④ 〔英〕詹宁斯、瓦茨修订:《奥本海国际法》第一卷第二分册,王铁崖、李适时等译,中国大百科全书出版社1998年版,第153页。

⑤ 外大陆架是与200海里以内的大陆架相对应的概念。根据《联合国海洋法公约》第76条的规定,沿海国陆地领土向海洋的自然延伸如果超过其领海基线二百海里以外的,可以主张200海里以外的大陆架,即“外大陆架”。

⑥ 〔斐济〕萨切雅·南丹主编:《1982年联合国海洋法公约评注》,中译本主编毛彬,海洋出版社2009年版,第201页。

的可移动或不可移动的财产”。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》则认为文化财产是“每个国家，根据宗教的或世俗的理由，明确指定为就有重要考古、史前史、历史、文献、艺术或科学价值的财产”；<sup>①</sup>“水下文化财产”则是在上述“文化财产”的概念中，进一步界定了其存在或发现的地域；而“水下文化遗产”，根据上述《保护水下文化遗产公约》的定义，相对于“水下文化财产”而言，范围更小。因为构成“水下文化遗产”应满足“100年以上”这一时间条件；一般认为，“水下文化遗产”主要包括“历史性沉船”、和沉船有关的孤立的人工制品、因侵蚀或地震而沉没的人类遗址以及其他因为海平面上升而淹没的史前遗址等。也就是说，“历史性沉船”通常被界定为“水下文化遗产”的一种，也是数量最多、最为常见的一种；<sup>②</sup>“考古和历史文物”与“水下文化遗产”概念最为接近，但二者并不完全一致。一方面，由于“考古和历史文物”一词来源于《联合国海洋法公约》，从逻辑上可以自然推出“考古和历史文物”应仅指在海洋中发现的此类文物。此外，一些学者认为，公约用词暗含了“考古和历史文物”仅包括可移动物品，而排除了诸如古代人类遗址的不可移动的文物。<sup>③</sup>另一方面，《联合国海洋法公约》本身并未对时间作出明确限制，所以并不像《水下文化遗产公约》那样要求“100年”。

本文的中心任务并非探讨各个概念的含义，而是关注这类客体的法律地位问题。因此，出于研究的方便，本文中“水下文化遗产”、“考古和历史文物”的概念采取相同含义。

## 二 国际公约对“区域”内考古和历史文物的权利归属的规定

### （一）《联合国海洋法公约》的相关规定

1982年，《联合国海洋法公约》以130票赞成、4票反对和17票弃权的表决结果获得通过，并于1994年11月16日生效。截止2015年1月7日，共有167个国家批准了该公约。<sup>④</sup>《联合国海洋法公约》得到了国际社会的普遍接受，被誉为“海洋宪章”。公约第149条和第303条专门述及了“考古和历史文物”。解读第149条时必须参阅第303条，该条处理在海洋发现的“考古和历史文物”问题，特别应注意其第1、2和3款，这几款在任何情况下都适用于“区域”。<sup>⑤</sup>对于第149条和第303条的关系问题，正如卡尔·邦格特（Kaare Bangert）所论述的：

“第303条条文本身对于“区域”是否同样适用并未说明，是因为第303条位于《联合国海洋法公约》第XVI部分，即一般规定中，其条款将一般性的准用于其他条文。该条文的

① 此外，一些国际组织通过的建议也界定了“文化财产”的内涵，比如1956年《关于适用于考古发掘的国际原则的建议》、1968年《关于保护受到公共或私人工程危害的文化财产的建议》等。

② 赵亚娟：《沉没的军舰和其他国家船舶的法律地位——以水下文化遗产保护为视角》，载《时代法学》2005年第5期，第114-115页。

③ 参见赵亚娟：《国际法视角下‘水下文化遗产’的界定》，载《河北法学》2008年1月，第144页。

④ Table recapitulating the status of the Convention and of the related Agreements, as at 3 October 2014 [http://www.un.org/Depts/los/reference\\_files/chronological\\_lists\\_of\\_ratifications.htm#The United Nations Convention on the Law of the Sea, \(last visited Jan., 10, 2015\)](http://www.un.org/Depts/los/reference_files/chronological_lists_of_ratifications.htm#The United Nations Convention on the Law of the Sea, (last visited Jan., 10, 2015))。

⑤ [斐济] 萨切雅·南丹主编：《1982年联合国海洋法公约评注》，第200页。

位置导致其自然适用，而无需特别说明。第XVI部分并无对“区域”适用的特别规定。”<sup>①</sup>

《联合国海洋法公约》第303条第1款规定，各国有保护在海洋发现的水下文化遗产，并为此目的进行合作的一般义务；第2款就在毗连区内的此类物品对沿海国规定了权利和义务；第3款申明，该条的任何规定不影响可辨认的物主的权利，不影响打捞法和其他海事法规则，也不影响关于文化交流的法律和惯例；第4款则允许制定其他更为详细的关于保护考古和历史性文物的国际协定和国际法规则。一般认为，第303条确立了三个可适用的一般原则：①条文表明缔约国对国家管辖以外海域的“考古和历史文物”具有保护的义务。②这种义务的履行需为全人类的利益进行。③在履行这种义务的过程中，各国有合作的义务。<sup>②</sup>虽然对于这三个一般性原则如何具体实施，公约并没有更进一步的说明。但是该条第3款和第4款为我们确定“区域”内考古和历史文物的所有权问题提供了其他途径。

第一，第3款指出其任何规定不影响可辨认的物主的权利。普遍认为，公约条款不影响可辨认的物主的权利是不言自明的。<sup>③</sup>“可辨认的物主的权利”的英文文本中为“rights of identifiable owners”。布莱克法律词典将“owner”解释为“One who has the right to possess, use, and convey something; a person in whom one or more interests are vested.”，也就是说，物主的权利就是指所有权（ownership）。此外，对于“可辨认的物主”的界定还常从另一个方向出发，即通过明确什么是“不可辨认物主”来说明“可辨认物主”的条件。“不可辨认物主”既包括在一定期限内无人主张所有权的情况，也包括虽有人主张所有权但在一定期限内不能有效证明的情形。<sup>④</sup>由于第303条作为一般规定同样适用于“区域”，这一规定为我们对“区域”内考古和历史文物的分类提供了依据。即对于“区域”内的考古和历史文物，可以分为有“可辨认的物主的”和“没有可辨认的物主的”，只有第二类的所有权问题才是《联合国海洋法公约》规范的客体。

第二，第303条第3款指出不影响打捞法或其他海事法规则。打捞法（the law of salvage），又称“救助法”。海难救助是海商法中特有的制度。其他海事法规则（other rules of admiralty）主要指的是发现物法（law of finds）。<sup>⑤</sup>据此，《联合国海洋法公约》为以1989年《国际救助公约》为代表的救助法规则以及发现物法规则的适用留下了余地。

第三，第303条第4款指出“不妨害关于保护考古和历史性文物的其他国际协定和国际法规则”，这句话事实上指出了两种不同的法律渊源。一个是国际协定，即《保护水下文化遗产公约》。另外一个“其他国际法规则”。在《联合国海洋法公约》中多次出现了这一词语，如第

① See Kaare Bangert, “A new area of international law: the protection of maritime cultural property”, in Siehe. Yee, Wang Tiewa (eds.), *International Law in the Post Cold War World: Essays in Memory of Li Haopei* (London: Routledge Press, 2001). 转引自: Markus Rau: “The UNESCO Convention on Underwater Cultural Heritage and the International Law of the Sea”, in J. A. Frowein and R. Wolfrum (eds.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 6 (Leiden: Brill Academic Publishers, 2002), p. 387.

② Craig Forrest, “A New International Regime for the Protection of Underwater Cultural Heritage”, (2002) 2 *The International and Comparative Law Quarterly* 511, pp. 514–515.

③ See Myron H. Nordquist (eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982: a commentary* (Vol. 5) (Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1985) p. 161.

④ 徐锦堂:《关于海底沉没物相关法律问题的几点思考》，载《中国海洋法学评论》2005年第2期，第208页。

⑤ See Ferri, Nicola, “United Nations General Assembly [notes]”, (2008) 23 *International Journal of Marine and Coastal Law* 137, p. 150.

19 条、第 21 条、第 31 条、第 34 条、第 52 条等。一般认为其他国际法规则仅指“武装冲突法中的习惯法规则”。<sup>①</sup>

再看公约第 149 条，“在‘区域’内发现的一切考古和历史文物，应为全人类的利益予以保存或处置，但应特别顾及来源国，或文化上的发源国，或历史和考古上的来源国的优先权利”。这一条的规定无疑是模糊而且易引起歧义的，这是因为考古和历史文物问题不是第三次海洋法会议所希望处理的主要问题，当时各国对此问题也无法达成共识。<sup>②</sup> 第 149 条带来了一系列的问题，其中最为关键的问题是“为全人类的利益予以保存或处置”是否意味着将“区域”内的考古和历史文物置于“人类共同继承财产”之下？如果这个问题的答案是否定的，那么如何判断其权利归属？国际海底管理局是否在这一过程中能够发挥作用？<sup>③</sup>

毋庸置疑，明确“为全人类的利益予以保存或处置”的含义是非常重要的，因为如果“区域”内的考古和历史文物属于全人类共同继承财产，那么其所有权自然由全人类共同享有，就不再存在之后的诸多问题了。《联合国海洋法公约》中有两个条款同第 149 条中的“全人类的利益”可能相关，即第 136 条“人类共同继承财产”和第 140 条“全人类的利益”。从用语上看，第 140 条中的“全人类的利益”是指“‘区域’内活动应依本部分的明确规定为全人类的利益进行”，即其主语为：“区域”内活动。那么，有关保存和处置“考古和历史文物”的活动是否属于“区域”内活动呢？根据《联合国海洋法公约》第 1 条第 1 款的规定，“区域”内活动是指勘探和开发“区域”的资源的一切活动。同时，第 133 条规定，“资源”是指“区域”内在海床及其以下原来位置的一切固体、液体或气体矿物资源，其中包括多金属结核。据此，可以看出第 140 条所指仅仅限定于“勘探和开发‘区域’内矿产资源的活动”，第 149 条所探讨的“考古和历史文物”问题不在其规范范围内。同样，第 136 条指出：“区域”及其资源是人类共同继承财产。根据第 133 条可知，人类共同继承财产的主语是“‘区域’及其矿产资源”。公约并未明确将“考古和历史文物”列入在“人类共同财产”中。

需要进一步明确的问题是，“人类共同的继承财产”作为一般原则是否能够推定适用于“考古和历史文物”，即《联合国海洋法公约》的缔约方是否在此问题上达成了默示一致？土耳其代表团在 1973 年会议期间向第一分委员会提交了有关条款草案，草案第 1 款规定：“在对区域进行勘探和开发的过程中发现的考古和历史珍宝是人类共同继承财产的一部分，故应享有国际管理局的保护。”<sup>④</sup> 希腊代表团提出的提案采取了相似的表述，明确指出考古和历史文物属于人类共同继承财产的一部分。<sup>⑤</sup> 但是，由于各方未能达成一致意见，在 1976 年海洋法会议第四期会议上散发的单一协商案文第 19 条中以“应为整个国际社会的利益予以保存和处置”代替了“人类共同

① George K. Walker & John E. Noyes, “Definitions for the 1982 Law of the Sea Convention”, (2001-2002) 32 *California Western International Law Journal* 191, p. 343.

② See Craig Forrest, “Historic Wreck Salvage: An International Perspective”, (2009) 33 *Tulane Maritime Law Journal* 347, p. 356

③ 除了这一问题之外，第 149 条中需要明确的问题还有“优先权利”的含义和“来源国”、“文化上的发源国”和“历史和考古上的来源国”的定义和适用位阶问题。这些问题将在本文第五部分中探讨。

④ See A/AC.138/SC.1/L.21 (1973, mimeo) (Turkey), 转引自〔斐济〕萨切雅·南丹主编：《1982 年联合国海洋法公约评注》，第 149 条第 5 段。

⑤ See A/AC.138/SC.1/L.25 (1973, mimeo) (Greece), 转引自〔斐济〕萨切雅·南丹主编：《1982 年联合国海洋法公约评注》，第 149 条第 5 段。

继承财产”的提法。<sup>①</sup>之后一直到第九期会议，按照起草委员会的建议，第149条最终草案中将“整个国际社会的利益”修改为“全人类的利益”，形成了正式的公约文本。通过对当时的缔约过程的考察发现，缔约方并未对将“考古和历史文物”纳入“全人类共同继承财产”达成一致意见，相反，缔约方有意回避了这一概念。

通过以上对《联合国海洋法公约》文本及其缔约过程的分析可知，“为全人类的利益予以保存或处置”并不能推断出“区域”内考古和历史文物属于人类共同的继承财产。<sup>②</sup>那么，应如何理解第149条的用语呢？事实上，“全人类的利益”一词总是与外层空间和海洋的和平利用、臭氧层以及生态的保护、国际刑事合作、人权的国际保护等问题相关联的。<sup>③</sup>关注国际社会的整体利益直接要求各国为了全人类的共同未来携手进行国际合作与协调。<sup>④</sup>阿纳斯塔西娅·斯特拉蒂(Anastasia Strati)明确指出，这一概念应从保存和保护的角度理解，坚持国家处于保护的地位并不与其财产权利相冲突。<sup>⑤</sup>

因此，“区域”内考古和历史文物并不是人类共同继承财产，第149条所说的“为全人类的利益予以保存或处置”是一种原则、指导方针和人类的道德义务，其在保护和保存的意义上“属于”全人类。那么，国际海底管理局是否具有确定“区域”内的考古和历史的权利归属的权力？《联合国海洋法公约》有关此问题的规定体现在第157条第1款的规定中，即：“管理局是缔约国按照本部分组织和控制‘区域’内活动，特别是管理‘区域’资源的组织。”但是，根据上文的分析我们已经明确“‘区域’内活动”是指“勘探和开发‘区域’的矿产资源的活动”，并不包括本文所探讨的考古和历史文物。同样，从该公约的缔约过程来看，这一问题也是第三次海洋法会议讨论的议题之一。正如上文中所提及的那样，土耳其代表团在1973年会议期间提交的有关条款草案第1条明确提出，区域内的考古和历史文物应享有国际海底管理局的保护。但是这一条款遭到了包括美国在内的一些国家的强烈反对，因此在1976年会议上该条款被删除。<sup>⑥</sup>也就是说，《联合国海洋法公约》并未赋予国际海底管理局确定“区域”内的考古和历史的权利归属问题的权力。<sup>⑦</sup>

## (二)《保护水下文化遗产公约》的相关规定

为了加强对水下文化遗产的保护，确保通过专门保护机制和缔约国之间的合作方案来保护水下文化遗产，2001年联合国教科文组织第31届大会通过了《保护水下文化遗产公约》，公约于2009年1月2日正式生效。截止2015年1月10日，公约共有48个缔约国。5大安理会常任理事

① A/CONF.62/WP.10/Rev. I/Part I (1976年订正的单一协商案文)，第19条，V Off. Rec. 第125页、第131页（第一委员会主席）。

② 有关这一观点的学理论述参见：Markus Rau：“The UNESCO Convention on Underwater Cultural Heritage and the International Law of the Sea”，p. 421；以及徐锦堂：《关于海底沉没物相关法律问题的几点思考》，第205页。

③ 参见陈勇：《国际法中的全人类共同利益》，载《国际经贸探索》2004年第3期，第60页。

④ 参见高岚君：《全人类共同利益与国际法》，载《河北法学》2009年第1期，第23页。

⑤ See Anastasia Strati, “Deep seabed cultural property and the common heritage of mankind”, (1991) 40 *International & Comparative Law Quarterly* 859, p. 859

⑥ Also See Lina Liu, “Ownership of Underwater Cultural Heritage in the Area”, (2001) 1 *Creighton International and Comparative Law Journal* 60, p. 64.

⑦ 但是这并不意味着国际海底管理局对确定“区域”内考古和历史文物的权利归属问题毫无作用。事实上，《保护水下文化遗产公约》和《“区域”内多金属结核勘探和开发规章》均对这一问题有所涉及，具体内容将在下文中提及。

国中，仅法国于2013年7月签署了该公约。<sup>①</sup>

就《联合国海洋法公约》和《保护水下文化遗产公约》的关系而言，如前文所述，《保护水下文化遗产公约》属于《联合国海洋法公约》第303条第4款提及的“关于保护考古和历史性文物的其他国际协定”。《保护水下文化遗产公约》第3条明确指出：“本公约中的任何条款均不得妨碍国际法，包括《联合国海洋法公约》，所赋予各国的权利、管辖权和义务。本公约应结合国际法，包括《联合国海洋法公约》，加以解释和执行，不得与之相悖。”也就是说，《保护水下文化遗产公约》的规定并不妨碍包括《联合国海洋法公约》在内的国际法赋予国家的各种权利、管辖权和义务，解释和适用《保护水下文化遗产公约》时应当结合包括《联合国海洋法公约》在内的国际法进行。<sup>②</sup>进一步而言，把握《保护水下文化遗产公约》和《联合国海洋法公约》的关系应遵循三个标准，即不损害（non-prejudice）、情境化（contextualization）、一致性（consistency）。<sup>③</sup>但事实上，对于该条款的解释，各国存在严重分歧。阿根廷、日本、爱尔兰、意大利等国家认为《保护水下文化遗产公约》与《联合国海洋法公约》完全一致，而荷兰、挪威、法国、俄罗斯和英国的意见则完全不同，并因二者的关系问题投了弃权票甚至反对票。<sup>④</sup>

有关“区域”内考古和历史文物的规定集中在《保护水下文化遗产公约》第11条和第12条中。第11条规定了“区域”内的报告和通知制度。具体可分为两个通告义务：国内的国民报告（reporting）义务和国际通告（notice）义务。国民报告义务是指公约规定各缔约国应要求其国民或悬挂其船旗的船舶，当发现或计划开发“区域”中的水下文化遗产时，向该缔约国提出报告。<sup>⑤</sup>国际通告义务即公约要求各缔约国在“区域”有任何水下文化遗产的发现或其他活动计划时，有义务向联合国教科文组织总干事以及国际海底管理局的秘书长提出通告，以便他们能协调所有与该文物确实“有联系”的缔约国，共同来合作保护这些水下文化遗产。<sup>⑥</sup>这一规定与国际海底管理局2000年制定的《“区域”内多金属结核勘探和开发规章》第8条和第34条所规定的“通知”程序基本一致。<sup>⑦</sup>

需要注意的是，第11条第4款提到了和《联合国海洋法公约》第149条类似的“优先权

① 具体缔约情况可见 UNESCO 网站 <http://www.unesco.org/eri/la/convention.asp?KO=13520&language=E>，最后访问日期：2015年1月10日。

② 赵亚娟：《联合国教科文组织〈保护水下文化遗产公约〉研究》，厦门大学出版社2007年版，第151-152页。

③ Vincent P Cogliati-Bantz, Craig J S Forrestt, “Consistent: the Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage and the United Nations Convention on the Law of the Sea”, (2013) 2 *Cambridge Journal of International and Comparative Law*. 536, pp. 545-551.

④ Garabello and Tullio Scovazzi ed, *The Protection of the Underwater Cultural Heritage: Before and After the 2001 UNESCO Convention* (Leiden: Brill Academic Publishers 2003), p. 121. 转引自傅岷成、宋玉祥：《水下文化遗产的国际法保护——2001年联合国教科文组织〈保护水下文化遗产公约〉解析》，法律出版社2006年版，第37页。

⑤ 第11条第1款规定：根据本公约和《联合国海洋法公约》第149条之规定，缔约国有责任保护“区域”内的水下文化遗产。据此，当一缔约国的国民或悬挂其国旗的船只在“区域”内发现水下文化遗产，或有意开发“区域”内的水下文化遗产时，该缔约国应要求其国民或船长向该缔约国报告他们的发现或活动。

⑥ 第11条第2款、第3款和第4款规定：“缔约国应向教科文组织总干事和国际海底管理局秘书长通知向他们报告的这些发现和活动。教科文组织总干事应及时将缔约国提供的这些信息通报给所有的缔约国。任何缔约国均可向教科文组织总干事表示愿意参与商讨如何有效地保护该水下文化遗产。提出这种意愿的基础是这一缔约国必须与有关的水下文化遗产确有联系，特别应考虑该遗产的文化、历史和考古起源国的优先权利。”

⑦ 按照该规章，勘探人和承保人都有义务将任何在“区域”内对此类物品的发现及其位置通知管理局秘书长。管理局秘书长则应将任何上述关于考古和历史文物发现的通知转达联合国教科文组织总干事。

利”，但是其主体仅为“文化、历史和考古起源国”而没有149条所说的“来源国”。有关这一问题将在下文中进行详细论述。

公约第12条则规定了协调国协作保护和紧急情形下缔约国保护的具体程序。“协调国”（the coordinating state）是由总干事在依据第11条提出了意愿的缔约国中制定产生的。该协调国的作用在于：①促进各协商国进行协商，并促使达成一致意见；②实施由包括协调国在内的协商国一致同意的保护措施，并为实施这种保护措施进行必要的授权；③可以对水下文化遗产进行必要的初步研究。紧急情形下缔约国保护是指在情况紧急时，为了防止人类活动或包括抢劫在内的其它原因对水下文化遗产造成的直接危害，任何缔约国可在与其它缔约国进行协商之前采取一切切实可行的措施。

此外，第7款明确指出：任何缔约国未经船旗国的许可，不得对“区域”内的国家船只或飞行器采取任何行动。结合公约第1条第8款的定义，<sup>①</sup>也就是说，第11条和12条的规定对属于水下文化遗产的国家船舶不适用，这类水下文化遗产仍然由该船舶的船旗国专属管辖。

综上所述，作为维护世界水下文化遗产最基本的法律工具，《保护水下文化遗产公约》不涉及所有权或主权的規定，也就是说它既不改变各国的主权权利，也不管控文化财产的所有权。因此，从法律适用的角度来看，《保护水下文化遗产公约》更多的被看作是对于《联合国海洋法公约》有关考古和历史文物条款的执行力公约。<sup>②</sup>关于权利归属的确定，在《保护水下文化遗产公约》的缔约国之间发生的有关“区域”内考古和历史文物的权利归属的争议案件中，公约规定的“协调国”机制为这一争议解决提供了协商平台。

### 三 国际海事法一般规则

如前所述，《联合国海洋法公约》第303条第3款的规定为打捞法和发现物法的适用留下了余地。接下来，本文将具体分析这两类海事法规则为确定“区域”内考古和历史文物的权利归属提供可适用的规则的可能性。

#### （一）打捞法（救助法）

海上救助是指在海上或者与海相通的可航水域，对遇到危险的他人船舶、船具、货物及运费等海上财产或船上人员施以救助或协助救助而获得报酬的行为。其目的是为了鼓励人们救助海上人命或财产以维护海上航行的安全。<sup>③</sup>适用打捞法（又称救助法）最重要的特征在于，作为救助对象的特定财产由救助人以外的其他人享有所有权。通过成功实施救助，救助人被赋予了请求报酬的权利，救助人在受付救助报酬之前得留置获救财产并在一段法定期间内对获救船舶享有船舶优先权。适用救助法必须满足三个条件：①存在海上风险；②救助是自愿的行为；③救助取得了全部或者部分效果。但是，水下文化遗产是否满足这些条件存在疑问。对于水下文化遗产而言，海上风险已经成为过去，事实上，将其打捞出水所产生的危险往往比其在水中更严峻。更重要的

① 第1条第8款：“国家的船只和飞行器”系指属于某国或由其使用，且在沉没时仅限于政府使用而非商用的，并经确定属实又符合水下文化遗产的定义的军舰和其他船只或飞行器。”

② See G. Carducci, “New Developments in the Law of the Sea: the UNESCO Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage”, (2002) 96 *American Journal of International Law* 419, pp. 419-434.

③ 薛波主编：《元照英美法词典》，法律出版社2003年版，第1221页。



是,由于救助的动力在于经济因素,救助者往往希望尽快获得救助所产生的利益而非适用一切可行的方法去保护这些水下文化遗产。<sup>①</sup>

目前国际社会统一海难救助制度的公约是1989年的《国际救助公约》。公约明确提到了对于水下文化遗产适用救助法的问题。公约第30条第4款指出:“任何国家在签字、批准、接受、核准或加入时,就有关财产为位于海床上的具有史前的、考古的或历史价值的海上文化财产可保留不适用本公约规定的权利。”截止2015年1月6日,公约共有65个缔约国,其中包括中国、英国、西班牙、俄罗斯、德国等海洋大国的24个缔约国对此作出了保留。<sup>②</sup>由此可见,国际社会对于水下文化遗产是否适用救助法问题尚未达成一致。而且,就救助法规则本身而言,即使适用救助法规则也并不会影响到“区域”内考古和历史文物的归属。

## (二) 发现物法

发现物法(law of finds)是一个普通法系概念,它反映了一个古老的法律理念“谁发现,谁占有”(Finders, Keepers)。这一概念起初并非用于对遗失物的确权,而是用于对无主自然物赋予发现者财产所有权。后来当发现物是抛弃物时,即在发现者发现之前无任何主体对其享有任何财产权利时,也可以依据发现物法取得所有权。

实践中,救助法和发现物法是美国法院处理因打捞历史性沉船而产生的纠纷的主要依据。<sup>③</sup>但是,发现物法规则同救助法规则截然不同。发现物法得以适用的前提在于该财产的所有权已经被放弃,这常常需要充分的证据来证明,比如所有权人明示放弃权利。<sup>④</sup>对“区域”内考古和历史文物适用发现物法的最为重要的结果在于,发现者将会取得该考古和历史文物的所有权。除了要求对象为抛弃物以外,发现物法的适用还要求发现者意图获得所有权且事实上占有或者对其进行了充分控制。<sup>⑤</sup>

美国海事法院对于在美国管辖水域以外的所谓“国际水域”(international waters)适用救助法或者发现物法的原因在于,美国法院认为救助法和发现物法是国际海事法的一般规则,具有万民法(jus gentium)的性质,即其适用于所有国家而不受国家主权的限制,是世界各国的共同法律原则。<sup>⑥</sup>学者辛西亚·富勒·牛顿(Cynthia Furrer Newton)认为:发现物法是从古老的公海(Mare liberum)和领海(Mare clausum)的划分规则以及英国海事法发展而来,通过反复实践,已经成为一项习惯国际法。<sup>⑦</sup>

如果发现物法确实构成了一项习惯法规则,那么根据《国际法院规约》第38条,对于“区域”内发现的考古和历史文物自然可以适用这一规则来确定其所有权。由此,问题的核心就在于:

① See Craig Forrest: “A New International Regime for the Protection of Underwater Cultural Heritage”, p. 534.

② Status of multilateral Conventions and instruments in respect of which the International Maritime Organization or its Secretary-General performs depositary or other functions, IMO, <http://www.imo.org/About/Conventions/StatusOfConventions/Documents/Status%20-%20202015.pdf> (last visited January, 12, 2015).

③ 参见赵亚娟:《美国海难救助制度的新发展:以若干历史性沉船救助案为例为视角的研究》,载《国际经济法学刊》第14卷4期,2007年。

④ David Curfman, “Rights to Ancient Shipwrecks in International Waters: A New Policy Regime”, (2008 - 2009) 86 *Washington University Law Review* 181, p. 190.

⑤ Cynthia Furrer Newton, “Finders Keepers? The Titanic and the 1982 Law of the Sea Convention”, (1986 - 1987) 10 *Hastings International and Comparative Law Review* 159, p. 167.

⑥ Craig Forrest: “Historic Wreck Salvage: An International Perspective”, (2009) 33 *Tulane Maritime Law Journal* 347, p. 342.

⑦ Cynthia Furrer Newton, “Finders Keepers? The Titanic and the 1982 Law of the Sea Convention”, p. 167.

是否存在这样一种习惯法规则?事实上,美国学者对此问题持批判态度者居多,反驳这一观点的理由主要有:<sup>①</sup> 第一,各国并不存在一个统一的海事法规则。作为海事法规则一部分的救助法和发现物法自然没有形成。事实上,除了少数几个普通法系国家以外,并没有证据表明其他国家接受了救助法和发现物法;第二,承认救助法和发现物法也不能当然的说明这种法律制度可以适用于水下文化遗产;事实上,国际社会对此存在着广泛的相反实践。<sup>②</sup> 第三,1989年《国际救助公约》明确允许各缔约国对救助法适用于水下文化遗产做出保留的事实本身就说明,救助法并非一项习惯法规则。

根据以上分析可知,救助法和发现物法并没有被国际社会全体接受从而成为解决“区域”考古和历史文物权利归属问题所必须适用的国际法规则。

#### 四 习惯国际法对“区域”内考古和历史文物的权利归属规定

按照《奥本海国际法》中的论述,“区域”即“国家管辖范围以外的海床和洋底及其底土”,其上的水域是受到公海制度的支配的。在1982年的《联合国海洋法公约》之后,“区域”内的非生物资源受特别的制度支配,并由国际海底管理局管理。这个制度并不影响上覆水域或者这种水域上空的法律地位。<sup>③</sup> 也就是说,有关“区域”的相关规定并不影响区域上覆水域所适用的国际法规则,即不影响公海的有关规定。对于在“区域”内发现的考古和历史文物,在判断其权利归属之前,必然涉及到一系列具体的打捞作业,而这些活动必然要在“区域”的上覆水域——公海中进行。因此,我们可以借助公海的有关规则来判断“区域”内考古和历史文物的权利归属问题。事实上,至少在可以将有关公海的国际法规则适用于某些对“区域”的使用上并不存在很大争论。<sup>④</sup>

公海自由原则是公海制度的重要原则之一。根据习惯国际法,公海自由意味着公海对所有国家开放,不论其为沿海国或内陆国。《联合国海洋法公约》第87条确认了这一原则。根据该公约,公海自由包括:(a)航行自由;(b)飞越自由;(c)铺设海底电缆和管道的自由;(d)建造国际法所容许的人工岛屿和其他设施的自由;(e)捕鱼自由;(f)科学研究的自由。但是,这一列举并不是穷尽性的。在不违反其他国际法规则的情况下,公海自由原则可能被适用于其他海洋活动,包括公约并未特别提及的对水下文化遗产的研究和开发。<sup>⑤</sup> 从另一方面来看,第87条也暗含了有关区域的公约第XI部分所确立的制度同样构成在区域内行使公海自由的限制范围。具体而言,这一限制范围是指对于“人类共同继承遗产原则”的适用。但是,根据上文的分析,这一原则并不规范第149条下的考古和历史文物。因此,将第149条同第87条结合起来理解,

① See James A R Nafziger, “The Evolving Role of Admiralty Courts in Litigation Related to Historic Wreck”, (2003) 44 *Harvard International Law Journal* 251, p. 261; Also see Craig Forrest, “Historic Wreck Salvage: An International Perspective”, p. 343.

② 排除适用发现物法的案例主要有加拿大法院做出判决的 *Ontario v. Mar-Dive Corp* 案;新加坡高等法院做出判决的 *In Simon v. Taylor* 案;以及爱尔兰高等法院做出判决的: *In King & Chapman v. The Owners & All Persons Claiming An Interest in La Lavia, Julilana, and Santa Maria de la Vision* 案等。详见 James A R Nafziger, “The Evolving Role of Admiralty Courts in Litigation Related to Historic Wreck”, p. 262.

③ [英]詹宁斯、瓦茨修订:《奥本海国际法》第一卷第二分册,第223页。

④ Bernard H Oxman, “The High Seas and the International Seabed Area”, (1989) 10 *Michigan Journal of International Law* 526, p. 532.

⑤ Liu Lina, *Ownership of Underwater Cultural Heritage in the Area*, p. 71.

可以发现,对于“区域”内考古和历史文物的法律制度,除了149条进行了特别规定的部分,未明确的问题可以适用公海的相关规则。<sup>①</sup>

有关公海的另一习惯国际法规则是船旗国管辖原则。这一规则是指,在公海上航行的船舶应各有其国籍,船舶所悬挂的旗帜就是它的国籍的证据,因此,船舶在公海上航行必须悬挂一国的旗帜。船舶取得船旗国的国籍,受船旗国法律的管辖和保护。<sup>②</sup> 船旗国管辖构成公海管辖的主要原则。因为任何国家不得将其属地管辖权延伸至公海,所以管辖权不能以属地原则为基础。<sup>③</sup> 马尔科姆·肖在其《国际法》中评价到:公海秩序的维持依赖于船舶的国际概念以及船旗国由此对船舶实施的管辖。公海管辖权的基本原则是船旗国独自对船舶行使此项权利。这在“荷花号案”中得到体现,法院认为“公海上的船舶不受船旗国以外任何当局的管辖”。<sup>④</sup>

当然,随着航海技术的发展,出于对国际社会共同利益的维护,现代国际法对船旗国管辖原则作出了一定限制。《联合国海洋法公约》第92条明确规定:“船舶航行应仅悬挂一国的旗帜,而且除国际条约或本公约明文规定的例外情形外,在公海上应受该国的专属管辖。”第94条具体规定了船旗国的义务,其中第1款指出:“每个国家应对悬挂该国旗帜的船舶有效地行使行政、技术及社会事项上的管辖和控制。”一般认为,公约所谓的“例外情形”是指各国对在公海上发生的违反人类利益的国际罪行以及某些违反国际法的行为均具有普遍管辖权。这种管辖权的范围包括:贩卖奴隶的行为、海盗行为、非法贩卖麻醉药品或精神调理物质的行为和从公海从事未经许可的广播的行为。<sup>⑤</sup> 从此种意义上而言,对于在“区域”内发现考古和历史文物的船舶,在遵守本文已经述及的规则的前提下,应适用公海自由和船旗国管辖原则。

## 五 确定权利归属的途径和方法

通过对相关国际法规则的具体分析,我们发现虽然目前并不存在明确规定“区域”内考古和历史文物的权利归属问题的国际法规则,但是这些国际条约和习惯国际法的相关规则在某种程度上为我们处理这一问题提供了法律途径。为了进一步阐述这一问题,根据上文对《联合国海洋法公约》第303条第3款的分析,笔者将“区域”内的考古和历史文物分“有权利主张者”和“无权利主张者”两种情况进行讨论。

### (一) 有权利主张者的考古和历史文物

对“区域”内发现的考古和历史文物的权利主张分为两种,一是对所有权的主张,一旦该主张被支持,则该权利人构成“可辨明的物主”,其享有的原有权利不会因为该物处在“区域”内而有所变动。所谓有“可辨明的物主”是指对特定考古和历史文物,在一定期限内主张所有权,并能够有效证明其是真正物主的情形;另一种是对优先权利的主张,相对所有权而言,这种权利的权能仍

① See Bernard H. Oxman, “Marine Archaeology and the International Law of the Sea”, (1987-1988) 12 *Columbia-Vla Journal of Law and the Arts* 360, p. 361

② 王铁崖主编:《国际法》,法律出版社1995年版,第206页。

③ [英]詹宁斯、瓦茨修订:《奥本海国际法》第一卷第二分册,第166页。

④ [英]马尔科姆·N·肖:《国际法》(第六版),白桂梅,高健军等译,北京大学出版社2011年版,第482页。

⑤ 王铁崖主编:《国际法》,第208页。

在争议之中。只有不存在“可辨明的物主”时，才会出现国家主张“优先权利”的情形。事实上，由于此类文物通常在水下沉没多年，能够毫无争议的辨明物主的情形少之又少。通常而言，有“可辨明的物主”是对特定争议下的考古和历史文物进行辨明的结果。也就是说，对于在“区域”内发现的有权利主张者的考古和历史文物，应遵循一定程序，以确定其权利归属。

总体而言，辨明的过程应严格遵循程序正义原则，使有关权利人能够得到公平公正对待。<sup>①</sup>一种可行的设想是，根据《保护水下文化遗产公约》建立的“协调国机制”，该协调国和其他与该文物确实“有联系的”缔约国均应向其国内公布该考古和历史文物的相关信息，并确立一定期限，以便本国可能的权利人向该国提出所有权主张。对于此种主张，该国应在初步确认无误后通报其他国家。对于属于国家财产的考古和历史文物，应由国家直接提出权利主张。<sup>②</sup>对于没有国民通过国家或国家本身提出所有权主张的考古和历史文物，则有关国家可以提出享有“优先权利”的权利主张。对于享有优先权利的国家的判断，笔者将在下文进行阐述。

对于经由各国提出的权利主张及其证明的成立与否，即该考古和历史文物是否有“可辨明物主”，在不能确定物主的情况下，多个“来源国”的主张何者更优先的问题，应由协调国组织会议在一定期限内表决决定。除了协调国会议以外，相关国家还可以诉诸《联合国海洋法公约》规定的争端解决机制，<sup>③</sup>即当事各方可以按照该《联合国海洋法公约》第287条和第288条的规定将争端依据实际情况提交国际海洋法法庭、国际法院、按照附件七组成的仲裁法庭或者按照附件八组成的处理其中所列的一类或一类以上争端的特别仲裁法庭。<sup>④</sup>

### 1. 享有“优先权利”的国家

《联合国海洋法公约》第149条规定的享有优先权利的主体有三种：“来源国”（the state or country of origin）、“文化上的发源国”（the state of cultural origin）和“历史和考古上的来源国”（the state of historical and archaeological origin）。值得注意的是，《保护水下文化遗产公约》在提到这一问题时，仅仅提及了其中两种，即“文化上的发源国”和“历史和考古上的来源国”。然而，两个公约都没有对这几种来源国作出更细致的规定。这引起了一系列的解释难题，三者的区别是什么？是否有适用上的先后之分？当对于一个“历史和考古文物”多个国家都有优先权利时，以什么标准进行衡量？<sup>⑤</sup>更重要的是，《保护水下文化遗产公约》基于什么原因没有规定“来源国”？

① 郭玉军、徐锦堂：《国际水下文化遗产若干法律问题研究》，载《中国法学》2004年第3期，第160页。

② 一般认为，当国家船舶作为水下文化遗产时即属于这一类型。2001年公约第7条也明确表明“国家船舶只受其船旗国专属管辖”。

③ 《水下文化遗产公约》第25条第3款规定，如果争端当事各方没有要求调解或者调解无效，无论争端国是否为《联合国海洋法公约》的缔约国，都比照适用《联合国海洋法公约》第15部分关于争端解决的规定。

④ 《联合国海洋法公约》第287条第1款规定：“1. 一国在签署、批准或加入本公约时，或在其后任何时间，应有自由用书面声明的方式选择下列一个或一个以上方法，以解决有关本公约的解释或适用的争端：（a）按照附件六设立的国际海洋法法庭；（b）国际法院；（c）按照附件七组成的仲裁法庭；（d）按照附件八组成的处理其中所列的一类或一类以上争端的特别仲裁法庭。”

第288条规定：“1. 第287条所指的法院或法庭，对于按照本部分向其提出的有关本公约的解释或适用的任何争端，应具有管辖权。2. 第287条所指的法院或法庭，对于按照与本公约的目的有关的国际协定向其提出的有关该协定的解释或适用的任何争端，也应具有管辖权。3. 按照附件六设立的国际海洋法法庭海底争端分庭和第十一部分第五节所指的任何其他分庭或仲裁法庭，对按照该节向其提出的任何事项，应具有管辖权。4. 对于法院或法庭是否具有管辖权如果发生争端，这一问题应由该法院或法庭以裁定解决。”

⑤ See Report of the International Committee on Cultural Heritage Law, ILA Sixty-Fourth Conference, Queensland, Australia (1990), p. 8

学界对于“来源国”的定义，目前主要有两种。一种认为其侧重于国家对于来源于该国的历史或考古文物享有主权权利；<sup>①</sup> 另一种则认为，“来源国”要求在国家与考古和历史文物的起源地有管辖关系。<sup>②</sup> 由于《保护水下文化遗产公约》并没有规定这一类国家的优先权利，第一种定义似乎更能调和《保护水下文化遗产公约》与《联合国海洋法公约》的规定，使其在解释上达到一致。《保护水下文化遗产公约》将享有主权豁免的国家船舶和一般水下文化遗产进行区分，做了不同的规定。<sup>③</sup> 也就是说，国家享有主权权利的特定水下文化遗产——国家船舶，并不包括在规定优先权利的《保护水下文化遗产公约》第 11 条第 4 款中，这也是两个公约做出不同规定的原因。

“文化上的发源国”则侧重于文化联系，一个国家或民族具有的文化认同感对确定这一类发源国具有重要意义。“历史和考古上的来源国”意味着一国同特定物品具有历史上的或者考古学意义上的联系。但是，这种解释似乎并不能很好的满足需要。值得注意的是，联合国教科文组织下“促使文化财产返还原主国或归还非法占有文化财产政府间委员会”将“来源国”定义为与特定物品在传统文化上有关的国家。<sup>④</sup>

## 2. 优先权利的性质和含义

三种“来源国”所享有的优先权利的概念是首次出现在 1973 年由希腊代表团提交的提案中：“此类物品在文化上的发源国应具有对此类物品进行打捞和按照大会规定的各项程序取得该物品（包括由管理局作出赔偿）的优先权利。”<sup>⑤</sup> 但是由于缔约国间无法达成共识，美国的一份提案甚至建议完全取消整个条款，<sup>⑥</sup> 在之后公约正式文本中，只模糊规定“应特别顾及来源国，或文化上的发源国，或历史和考古上的来源国的优先权利”，而不再试图对这种权利作出定义。

事实上，优先权利的概念并不是《联合国海洋法公约》首创。1974 年国际法院在渔业管辖权案中第一次对沿海国的渔业优先权的概念发表了意见，<sup>⑦</sup> 国际法院在此问题上的观点可以总结为：第一，优先权利是一种实际存在的在先权利（priority），是某种实体权利；第二，各国应通过协商来定义（define）或划定（delimit）优先权利行使的范围；第三，优先权利的行使应同其他法律相结合，比如双边协定或国际法确定的其他法定权利。<sup>⑧</sup> 《保护水下文化遗产公约》也提到了“优先权利”，第 11 条第 4 款规定：

“任何缔约国均可向教科文组织总干事表示愿意参与商讨如何有效地保护该水下文化遗产。提出这种意愿的基础是这一缔约国必须与有关的水下文化遗产确有联系，特别应考虑该遗产的文化、历史和考古起源国的优先权利。”

① Anastasia Strati, “Deep seabed cultural property and the common heritage of mankind”, (1991) 40 (4) *International and Comparative Law Quarterly* 859, pp. 873 - 874.

② Liu Lina, “Ownership of Underwater Cultural Heritage in the Area”, p. 66.

③ 参见赵亚娟：《沉没的军舰和其他国家船舶的法律地位——以水下文化遗产保护为视角》，第 114 页。

④ CLT/CH/4.82, Paris, 11 June 1982. UNESCO Intergovernmental Committee for Promoting the Return of Cultural Property to its Countries of Origin or its Restitution in the Case of Illicit Appropriation, *Return and Restitution of Cultural Property - A Brief Résumé*, p. 3.

⑤ A/AC.138/SC.1/L.25 (1973, mimeo) (Greece), 转引自〔斐济〕萨切雅·南丹主编：《1982 年联合国海洋法公约评注》，第 149 条第 5 段。

⑥ 《第三次联合国海洋法会议文件集》第七卷，United States (1975) 第 153 页、第 156 页。

⑦ See *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland)*, Judgement, I. C. J., 1974.

⑧ See Anastasia Strati, “Deep seabed cultural property and the common heritage of mankind”, p. 859.

结合国际法院的第三个观点,可以看出对于优先权利的内容,《保护水下文化遗产公约》仅仅重申了“参与协商”这一内涵,而未对此进一步探讨。

### 3. 检验标准

对于如何衡量提出了优先权利要求的国家与特定考古和历史文物之间是否具有“联系”(link)的问题,《联合国海洋法公约》并未提及。《保护水下文化遗产公约》第11条似乎能够给予我们一些提示,该条指出:“提出这种意愿的基础是这一缔约国必须与有关的水下文化遗产确有联系”(verifiable link)。国际法院1955年在“诺特鲍姆案”(Nottebohm Case)中曾对“联系”一词的标准问题进行的解释或许可以给我们提供更清晰的思路。在该案中,国际法院针对国籍争议问题适用解释了“真实联系”(effective link)的概念:“应该给与真实有效的国籍优先考虑,即根据事实情况,考察个人和相关的国家是否具有更强的事实联系。”也就是说,“真实有效的联系”(the real and effective connection)或者“更强事实联系”(stronger factual ties)构成了实质标准。将这一标准适用于三种“来源国”和特定水下文化遗产时,这种“真实有效的联系”或者“更强事实联系”的表现形式,应包括但不限于:对其国家及国民具有重大历史的或者文化上的意义、在地理上或者历史上属于该国、由该国国民创造、其本身即该国的象征等。<sup>①</sup>

## (二) 无权利主张者的考古和历史文物

这种情况是指,没有任何国家或个人对特定考古和历史文物主张权利。这种情况下,并没有任何争端产生。对于这种情况,《联合国海洋法公约》第149条和303条仅仅说明各国有“为全人类的利益”对其进行保护和保存的义务,但对其权利归属问题没有其他规定。此时公海的相关规定尤其是公海自由及船旗国管辖这一习惯国际法应该得以适用。也就是说,由于在公海上除了特定情形下各国船舶仅由其船旗国管辖,那么对于此类考古和历史文物的权利归属应由最初发现此类物品的船舶的船旗国管辖,即其由船旗国的国内法律或其选择的法律来确定。此时,救助法和发现物法等不同规则可能因为各国立法和司法实践而得以适用。

但是,船旗国的相关法律规则并非毫无限制的,而是要受一定制约。这种制约应体现两方面:立法目的的制约和2001年公约规定的程序性制约(仅当船旗国是2001年公约的缔约国时)。具体而言,受立法目的的制约是指应注重对水下文化遗产的保护(《联合国海洋法公约》303条第1款)并注重同其他《联合国海洋法公约》缔约国的协作保护。此外,对于《保护水下文化遗产公约》的缔约国,其相关法律规则还应符合该公约的两个基本原则:就地保护优先原则和禁止商业性开发原则。<sup>②</sup>

## 六 结论

综上所述,“区域”内考古和历史文物并非人类共同继承财产,而是在保护和保存的意义上应为全人类的利益进行,因为这些水下文化遗产构成了人类文明的一部分。

<sup>①</sup> Liu Lina, “Ownership of Underwater Cultural Heritage in the Area”, p. 67.

<sup>②</sup> 《保护水下文化遗产公约》第2条第5款:在允许或进行任何开发水下文化遗产的活动之前,就地保护应作为首选。第7款:不得对水下文化遗产进行商业开发。有关这两个原则的详细论述可见:傅岷成、宋玉祥:《水下文化遗产的国际法保护——2001年联合国教科文组织〈保护水下文化遗产公约〉解析》,法律出版社2006年版,第182-189页。

由于2001年《保护水下文化遗产公约》并不涉及所有权问题,《联合国海洋法公约》的相关规定构成确定“区域”内考古和历史文物权利归属的基础。对于救助法和发现物法,由于并没有形成统一的规则,未构成习惯法,其规则不能被直接运用于本文所探讨的问题。此外,由于“区域”的有关规定并不影响其上覆水域,即公海的法律地位,且特定考古和历史文物的发现往往是伴随着在公海上航行的特定船舶的,因此,作为习惯国际法的公海自由和船旗国管辖原则可以在特定条件下作为确定考古和历史文物权利归属的最后规则予以适用。对于“区域”内发现的考古和历史文物,如果通过公正公平的途径确立其具有可辨认的物主,则该物主的原有权利不受影响,无论该物主是私人还是国家。

当不存在所有权人时,具有优先权利的“来源国”可以主张优先权,其权利归属最终应通过协商或者司法途径进行。具体案件中,应对争端当事国的主体资格进行审查,即审查其是否构成“来源国”、“文化上的发源国”或“历史和考古上的来源国”。除此之外,还应应对争端当事国和特定考古和历史文物的关联性进行实质性审查。

对于无权利主张者的考古和历史文物,应适用习惯国际法,即公海自由和船旗国管辖的规则:由发现该考古和历史文物的船舶的船旗国进行管辖,由该船旗国的法律规范决定该特定考古和历史文物的权利归属。

## Ownership of the Archaeological and Historical Objects in the Area

*Xiao Xiong*

**Abstract:** This article aims to address the ownership of the archaeological and historical objects which are found on the international sea-bed area. After analyzing the relevant international conventions, international customs and general international principles, two situations are distinguished: for the archaeological and historical objects with a claim or several claims of ownership, if there is identifiable owner, the rights shall not be affected due to the location of such objects. If there are several claims of preferential rights by the so-called “state of origins” rather than the identifiable owner, the ownership shall be addressed by negotiating under the mechanism established by The Convention of Protection of the UCH and through the interpretation of Article 149 in the UNCLOS; for the archaeological and historical objects without any claims of ownership, international custom law shall be applied, i. e., the ownership shall be addressed under the law of the flag State of the vessel which has discovered certain archaeological and historical object.

**Keywords:** Archaeological and Historical Objects, Underwater Cultural Heritage, Ownership, Area

(责任编辑:罗欢欣)