



论中国应尽快批准《保护水下文化遗产公约》

张 亮 赵亚娟

摘 要: 业已生效的《保护水下文化遗产公约》是全球首个专门保护水下文化遗产的公约。公约界定了保护对象——“水下文化遗产”——的范围,指出了“保护”的内容,确立了若干保护原则,创设了多种保护模式,并规定了若干控制措施以确保其规定得到有效执行。为保护中国丰富的水下文化遗产资源,中国应尽快批准该公约,享受公约规定的各项权利并承担相应的义务。

关键词: 水下文化遗产;《保护水下文化遗产公约》;批准

随着全球范围内的沉船打捞热不断升温,宝贵的水下文化遗产(underwater cultural heritage),如沉船、沉物、陷落水下的人类居住遗址等,被捞宝者大肆打捞、出售获利。为保护这些资源,联合国教科文组织于 2001 年通过了《保护水下文化遗产公约》(Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage,下称“《公约》”),其附件《关于开发水下文化遗产活动的规章》(Rules concerning Activities Directed at Underwater Cultural Heritage,下称“《规章》”)则为遗产开发活动确立了一套技术标准。《公约》已于 2009 年 1 月 2 日生效。尽管中国的水下文化遗产资源十分丰富,但尚未批准该《公约》。中国是否应批准该《公约》?本文拟详细分析《公约》的内容,并结合现行法律论证中国应尽快批准该《公约》。

一、《公约》制定的目的

《公约》第 2 条明确提出,《公约》的目的就是确保和加强对水下文化遗产的保护。为此,《公约》明确界定了保护对象——“水下文化遗产”——的范围,阐明了“保护”的内容。

(一) 保护对象:“水下文化遗产”

根据《公约》第 1 条,水下文化遗产为“至少 100 年来,周期性地或连续地、部分或全部位于水下的具有文化、历史或考古价值的所有人类生存的遗迹”,包括遗址、建筑、房屋、人工制品(artifacts)、人类遗骸、船舶、飞行器、所载货物,以及具有考古价值的环境和自然环境,具有史前意义的物品等,但海床上铺设的管道、电缆和其他仍在使用的设施,不应视为水下文化遗产。

显然,《公约》试图通过这一宽泛定义保护绝大多数 100 年以上的水下遗存。但由于《公约》没有界定何谓“文化、历史或考古价值”,是否具有文化、历史或考古价值尚有赖于缔约国的判断,实践中不排除某些国家为一己私利而从严解释“文化、历史或考古价值”,从而绕开《公约》的保护机制^①。

^①Eke Boesten. *Archaeological and/or Historic Valuable Shipwrecks in International Waters*. The Hague: T. M. C. Asser Press, 2002, pp. 140~141.

（二）保护的内容：保护水下文化遗产不受两种人类活动的破坏

为有效保护水下文化遗产,《公约》第1条首先将人类活动区分为“无意中影响水下文化遗产的活动”(activities incidentally affecting underwater cultural heritage)和“开发水下文化遗产的活动”(activities directed at underwater cultural heritage)。前者指主观上不以遗产为主要对象或对象之一,但客观上可能对遗产造成损害或破坏的活动,比如海底管道铺设、渔捞等。因为是合法活动,《公约》第5条仅简单要求缔约国使用“其可使用的最佳可行手段”(the best practicable means at its disposal)防止或减轻这些活动可能造成的任何不良后果。“开发水下文化遗产的活动”指以水下文化遗产为主要对象,可能直接或间接对其造成物理扰乱或破坏的开发活动。简言之,《公约》的目的就是保护水下文化遗产免受或尽量少受两种人类活动尤其是商业性开发活动的破坏和损害。

二、《公约》确立的原则

《公约》确立了若干保护原则,其中最重要的是为全人类利益保护水下文化遗产原则、合作原则、就地保护原则(preservation *in situ*)和禁止商业性开发原则。

（一）为全人类利益保护水下文化遗产原则

《公约》第2条第3款确立的为全人类利益保护水下文化遗产原则贯穿《公约》的始终。首先,《公约》对水下文化遗产作出了十分宽泛的定义,力图将大部分的水下人类生存遗迹纳入保护范围。其次,《公约》针对可能对遗产造成破坏的人类活动的不同性质作了不同规定,使得缔约国可以集中力量打击商业性开发活动,遏制乃至最终消除遗产面临的这一最严重威胁。再次,《公约》第2条鼓励人们以负责任的、非侵入性的方式进入水下的文化遗产,既可以使公众实现其文化权利,又可以激发他们自觉保护遗产,这也是对全人类利益的一种尊重。最后,《公约》第10条和第12条规定的协调国协作保护模式明确要求协调国代表所有缔约国行事,以全人类利益为重,不能仅代表本国利益。

由此,绝大部分水下人类生存的遗迹将得到有效保护,国际社会也将得益于它们所蕴含的考古、历史和文化信息,国民们也可以充分行使自己的文化权利——这也就实现了“全人类利益”。

（二）合作原则

《公约》第2条第2款规定的合作原则不仅是《公约》构建的协调国协作保护模式的依据,还体现在《公约》的很多规定中。根据第17条第3款、第19条和《规章》第8条,缔约国要在遗产保护和管理方面合作并互相援助,包括在可行时在遗产的调查、发掘、文献记录、保存、研究和展出方面进行协作;缔约各国允诺互相共享有关水下文化遗产的信息,包括遗产的发现、所处位置、非法发掘或打捞的遗产、有关的科学方法和技术,与遗产相关的法律的发展等;缔约国在制裁方面互相合作,打击国际性非法发掘活动;以及缔约国合作培训水下考古和遗产保存技术、合作发掘等。

（三）就地保护原则和禁止商业性开发原则

绝大多数考古学家认为,由于上百年来沉没在水下,遗产已经和周围的环境达成了一种较为稳定的平衡状态,在移出水下环境之前,遗产进一步受侵蚀、腐坏的速度相对缓慢;一旦打捞出水,新一轮的侵蚀过程很快就开始了,遗产很容易腐坏乃至彻底灭失^①。因此,贸然打捞出水不仅不能保全遗产,反倒可能造成不可挽回的损失,对遗产实行就地保护则可以通过保全遗址的物理完整性从而保全其所蕴含的宝贵文化、历史或考古信息。《公约》充分尊重了考古学界的意见,第2条第5款将就地保护规定为保护水下文化遗产的“首选”(the first option)。

商业性开发活动以最大可能地追求具有较高商业价值的遗产为目的,往往采用不符合考古发掘的方法首先打捞具有最高商业价值的物品,常常破坏其他具有考古和文化价值但商业价值不大的物品,造成考古和文化信息的永久性丢失,且打捞者往往会出售打捞品、导致遗产失散。《公约》在序言中就指

^① UNESCO General Conference, Twenty-eighth Session. *Preliminary Study on the Advisability of Preparing An International Instrument for the Protection of the Underwater Cultural Heritage*, 1995, p. 31.

出,对日益频繁的商业开发活动“深感忧虑……知晓这一事实——水下文化遗产正受到未经授权的开发活动的威胁,需要更有力的措施以阻止此种活动”,第2条第7款明确将禁止商业性开发规定为一项一般原则,《规章》第2条进一步重申了该原则。

笔者认为,就地保护原则和禁止商业性开发原则相辅相成:就地保护原则至少在理论上将扰乱或破坏遗产的可能性降到了最低点,例外情况下才可以进行遗产开发活动;禁止商业性开发原则明确排除了商业性遗产打捞活动,仅允许经主管当局批准的科学发掘活动。这充分体现了《公约》对遗产考古和文化、历史价值的尊重和保护。

三、《公约》创设的模式

陆上文化遗产完全位于一国享有主权的领土内,所在国享有完全的管辖权。与之相比,水下文化遗产既可能位于一国享有主权的内水、领海或群岛水域内,也可能位于一国仅对特定事项享有管辖权或主权权利的毗连区、专属经济区内或大陆架上,还可能位于各国管辖权之外的“区域”内。为此,《公约》根据水下文化遗产所在水域性质的不同设计了不同的保护模式^①。

(一) 内水、群岛水域和领海

对于这些水域中的水下文化遗产,《公约》第7条承认国家对这些水域享有主权,规定缔约国在行使主权时,拥有管理和批准开发其中水下文化遗产活动的专属权利,但缔约国应要求这类开发活动遵守《规章》的规定。不过,对不具有海洋性质的内陆水域中的遗产开发活动,《公约》做了灵活处理,第28条允许缔约国可以不适用《规章》的标准。

(二) 专属经济区和大陆架

根据沿海国保护模式,缔约国依照包括《联合国海洋法公约》在内的国际法享有若干主权权利和管辖权,为保护这些主权权利和管辖权,缔约国可以禁止开发或授权开发本国专属经济区内和大陆架上的水下文化遗产。比如,缔约国依照《联合国海洋法公约》享有勘探、开发、养护和管理专属经济区内自然资源的主权权利,勘探开发大陆架上自然资源的主权权利,在大陆架上进行钻探的专属权利等。如果沿海国以这些权利或管辖权受到干涉为理由,禁止开发或授权开发这些区域内的水下文化遗产,则既可以捍卫其主权权利或管辖权,又可以附带保护水下文化遗产,不会引发“渐进的管辖权”纠纷。

应当承认,该模式赋予了沿海国十分广泛的权利。只要沿海国愿意,它就可以找到主权权利或管辖权被干涉的理由,不需要和其他国家磋商就径行禁止开发或授权开发本国专属经济区内和大陆架上的水下文化遗产。但也有学者提出了严厉批评,认为这种模式暗示贝类和其他生物资源比文化遗产更重要,甚至会被某些别有用心的人理解为,只要捞宝者将这些贝类还给沿海国就可以保留沉船^②。

如果沿海国不愿采用这种模式,或没有出现干涉其主权权利或管辖权的情形,它就应遵循协调国协作保护模式。根据该模式,任何与相关遗产确有联系(尤其是文化、历史或考古方面联系)的缔约国都可以向遗产所在国宣布,愿意在如何有效保护这些遗产方面进行磋商。只要沿海国发现或有意开发其专属经济区内和大陆架上的遗产,它就应当和宣布对这些遗产有兴趣的所有国家磋商如何最佳保护遗产。

(三) 毗连区

考虑到《联合国海洋法公约》第303条已经就毗连区海床内的水下文化遗产保护作了规定,《公约》第8条要求缔约国管理和批准开发毗连区内遗产的活动应当符合《联合国海洋法公约》的规定。因为毗连区的海床和专属经济区的部分海床相重合,也构成大陆架的一部分,《公约》还要求缔约国在管理和批准遗产开发活动时,不得违反有关专属经济区内和大陆架上遗产保护的规定。

^①傅岷成:《联合国教科文组织2001年〈保护水下文化遗产公约〉评析》,载傅岷成:《海洋法专题研究》,厦门大学出版社2004年,第5~13页。

^②Tullio Scovazzi. "The 2001 UNESCO Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage", in Guido Camarda & Tullio Scovazzi (Ed.), *The Protection of the Underwater Cultural Heritage: Legal Aspects*. Milano: Giuffrè Editore, 2002, p. 127.

（四）“区域”

对于“区域”内的水下文化遗产,《公约》第12条规定了类似的缔约国保护模式和协调国协作保护模式。不过,由于不存在沿海国,无法自动产生一个协调国,《公约》要求教科文组织总干事在与相关遗产确有联系并提出保护与管理意愿的所有缔约国之中指定一个缔约国作为“协调国”协调磋商工作。在任何紧急情况下,《公约》允许所有缔约国依照《公约》采取一切可行措施防止危险,必要时可以在磋商前采取行动。

此外,为有效打击非法打捞活动,《公约》还依据国籍管辖和船旗国管辖、港口国控制、领土控制和制裁措施,规定了一套较为严密的事前防范和事后控制措施以确保其规定得到有效执行。根据这些控制措施,首先,根据第9、11和16条,缔约国应要求其国民或船舶报告在专属经济区内或大陆架上发现的水下文化遗产和拟进行的开发活动,并应确保有关活动遵守《公约》。其次,缔约国应依照第15条采取措施,禁止使用其领土从事违反《公约》的任何遗产开发活动。再次,对于被非法发掘的遗产,缔约国应依照第14条采取措施阻止其入境、交易和转移占有。最后,根据第17条,缔约国必须严厉制裁违反《公约》的行为,应剥夺违犯者从非法活动中取得的收益。

显然,根据《公约》的设计,全球各种水域内绝大部分100年以上的水下文化遗产都能受益于就地保护原则,免受非法开发活动的破坏,其所蕴含的宝贵文化、历史或考古信息也能得以保全。即使需要对遗址进行发掘,也必须经过缔约国主管机关的批准,并按照《规章》的标准进行,这就保证了遗址所蕴含的文化、历史或考古信息能够按照统一标准得到提取,并供今后进一步的研究。似可认为,这也就实现了“为全人类利益保护水下文化遗产”的宗旨。

四、中国应尽快批准《公约》

中国拥有丰富的水下文化遗产资源,也十分重视水下文化遗产保护工作。面对多处沉船被非法打捞,众多起源于中国的遗产流落世界各地这种局面,中国迫切需要和其他国家进行合作保护。中国应否批准《公约》?笔者认为,这应权衡中国依照《公约》可能享有的权利和可能面临的不利因素。

（一）批准《公约》的好处

如果中国批准《公约》则可以享受其中的各项权利。首先,中国对有关水下文化遗产的主张将具有充分的国际法依据。我国相关的法律主要是《文物保护法》和《水下文物保护管理条例》(下称“《条例》”)。《文物保护法》第2和5条界定了受国家保护之文物的范围,规定我国境内地下、内水和领海中遗存的一切文物均属国家所有。后者则进行了扩大。根据《条例》第2条和第3条,中国内水、领海内的一切水下遗存、领海以外其他管辖水域内(即毗连区、专属经济区和大陆架)起源于中国和起源国不明的水下遗存,都属于国家所有,国家对其行使管辖权;对于外国领海以外的其他管辖海域(即外国的毗连区、专属经济区和大陆架)以及公海区域内的起源于中国的文物,国家享有辨认器物物主的权利。但在《公约》之前并没有明确的国际法规则允许沿海国对专属经济区内和大陆架上的水下文化遗产享有管辖权,且国家对毗连区内遗产的管辖权仅限于非法移出毗连区海床的行为。如果批准《公约》,中国就可据此对专属经济区内和大陆架上的水下文化遗产享有管辖权,对他国毗连区、专属经济区内和大陆架上的与中国确有联系的水下文化遗产主张辨认权,《条例》的规定就有了明确的国际法依据。

其次,中国可以根据《公约》扩大对水下文化遗产的保护权。如上述,中国只对毗连区、专属经济区内和大陆架上起源于中国和起源国不明的遗产行使管辖权。对于这些区域内起源于外国的遗产,中国则主动放弃了管辖权。对于他国毗连区、专属经济区内、大陆架上以及公海区域内的起源于中国的遗产,中国仅主张享有辨认器物物主的权利。但如果批准《公约》,中国就可以对毗连区、专属经济区内和大陆架上的所有水下文化遗产都主张保护权;对于他国毗连区、专属经济区内、大陆架上以及“区域”内与中国确有联系的水下文化遗产——其范围显然大于“起源于中国的文物”——中国除有权辨认器物物主之外,还可以主动向遗产所在国表示愿意就如何有效保护这些遗产进行磋商,并有权参与磋商如何有效保护遗产和制定保护措施。

再次,如果批准《公约》,中国就可以和其他缔约国合作保护和管理水下文化遗产,具体而言:(1)其他缔约国不得允许对遗产进行商业性开发,不得对遗产适用救助法和发现物法。也即,外国管辖海域内与中国确有联系的水下文化遗产将免受商业性开发或救助活动的破坏。(2)中国可以知悉沉没在外国群岛水域和领海内的我国军舰或其他政府船舶、飞行器,这是我国进一步提出相关权利主张(比如以国家财产为由主张豁免权)的前提条件。(3)中国可以知悉沉没在外国领海以外所辖海域内(即外国的毗连区、专属经济区内和大陆架上)与中国确有联系的水下文化遗产,可以进一步提出权利主张或保护要求,比如辨认器物物主,作为磋商国与有关国家一道磋商如何最佳保护有关遗产等。

最后,在水下文化遗产保护问题上,中国一贯反对对遗产进行商业性开发,一贯要求尊重遗产起源国的利益,一贯强调遗产保护工作必须按照科学的规划开展。中国的相关法律和政策与《公约》的精神十分接近,批准《公约》不会对我国的相关立法造成大的冲击。

(二) 批准《公约》的可能不利因素

首先,批准《公约》可能对我国关于水下文化遗产的权利主张带来一定程度的不利因素。比如,根据《公约》第7条,如果在中国领海内发现可辨认的属于国家船舶或飞行器的遗产,相关国家也是《公约》缔约国,则中国要向该国报告这项发现,并在可行时报告与该遗产确有联系的缔约国。但《条例》对中国领海内的一切水下遗存(含起源于外国的国家船舶和飞行器)主张所有权,如果该外国进一步提出权利要求,比如以国家财产为由要求豁免,则会影响我方的所有权主张。

如果中国在毗连区、专属经济区内和大陆架上发现水下文化遗产或者拟进行开发,中国应向总干事通报,总干事会及时通报给所有其他缔约国。最终所有缔约国都将知悉中国毗连区、专属经济区内和大陆架上发现的水下文化遗产,并可能进一步提出权利主张,比如要求参加保护遗产的磋商。但由于《条例》对这些海域内起源于我国的水下文化遗产主张所有权和管辖权,如果其他缔约国国内的有关方证明自己相关遗产的所有人并主张所有权,或对遗产的保护或开发活动提出不同意见,则可能影响我国的权利主张。如果这些遗产和来源于外国的遗产混在一起(如外国船舶上装载的起源于我国的物品),中国需要和该外国(如果该国也是缔约国的话)磋商如何最佳保护这些遗产,并考虑该外国的建议,即我国享有的是一种共享管辖权。另外,虽然《条例》对于这些海域内起源于外国的水下文化遗产没有主张权利,但我国在发现这些遗产后仍要承担保护义务。

其次,《公约》规定的领土控制措施可能会使我国负担较为沉重的义务。比如,我国需要加大海关执法力度,加强对文物交易的监督,扣押、记录并保护非法发掘品等。

综上,《公约》为水下文化遗产保护指明了方向。考虑到保护水下文化遗产的重要性、海上执法的难度以及非法开发活动造成的严重破坏,国家之间合作保护水下文化遗产势在必行。中国有关水下文化遗产保护的现行立法、政策与《公约》基本吻合,虽然批准《公约》可能会使我国面临一些不利因素,但总体上看批准《公约》对我国而言利大于弊,且中国具有履行《公约》规定的的能力,我国应尽快批准《公约》。

■ 作者简介:张亮,中山大学法学院副教授,法学博士,中山大学法学理论与法律实践研究中心研究员;广东广州510275。

赵亚娟,华南理工大学法学院副教授,法学博士。

■ 基金项目:教育部人文社会科学研究一般项目(10YJC820169);华南理工大学中央高校基本科研业务费专项资金资助项目;广东高校优秀青年创新人才培养计划(育苗工程)项目(粤财教[2009]400)

■ 责任编辑:车英