

为未来保护过去： 法律如何在武装冲突中保护有形和无形文化遗产

〔瑞士〕克里斯蒂安娜·若阿诺-格拉迪斯*著 廖凡**译

摘要：在战争中，个人的脆弱性不仅体现在身体上，还体现在其文化认同上，文化遗产的湮没常常成为一个中心问题。这一点在民族、文化或宗教性质的武装冲突中尤为明显。在一些地区，文化遗产更多地表现为纪念碑和物体，即有形遗产，大多受武装冲突法保护。而在没有永久性构造的地方，文化遗产则主要表现为口述、手势、仪式、音乐以及人们利用不同媒介和工具所创造出的其他表现形式。本文旨在表明，文化遗产包括有形遗产和无形遗产，保护这些遗产的法律并不限于武装冲突法，还包括其他可适用的文件，如国际人权条约和联合国教科文组织文化遗产公约。

关键词：武装冲突法 联合国教科文组织文化公约 有形文化遗产 无形文化遗产 文化财产

一 引言

1914年9月，第一次世界大战爆发后1个月，法国兰斯大教堂（Reims Cathedral）在一次攻击中遭到猛烈轰炸，摇摇欲坠。2014年7月，伊拉克的清真寺和礼拜堂——包括作为穆斯林朝圣地的先知约拿（prophet Jonah）墓——同其他文化遗产一起被毁坏。在这两个例子中，遭到攻击的都是受这些冲突影响的民众的文化和宗教遗产。毁坏礼拜场所，从而阻碍人们举行仪式和奉行传统，此举对其有形和无形遗产均造成危害。两起事件相隔一个世纪——这个世纪曾见证了数不胜数的冲突，且正如上述两个例子所显示的，无论是就冲突各方还是所涉利害关系而言，这些冲突的性质都在不断变化。这个世纪还见证了科学技术的重大发展，科学技术在军事手段上的应用使后者变得日益复杂和精确。与此同时，这个世纪也见证了法律的重大发展。实际上，1914年关于文化遗产的法律仅限于少量作战规则，而现在的武装冲突法则包含一大批规范，包括从多个层面保护文化遗产的规范。

* 日内瓦大学法学博士，红十字国际委员会代表和法律顾问，国际非政府组织“为明天保护传统”（Traditions for Tomorrow）联合创始人和联合主任。本文英文原文刊发于《红十字国际评论》（International Review of Red Cross）第900期，第1253—1275页。

** 中国社会科学院国际法研究所研究员，法学博士。

近期的叙利亚事件在伊拉克和马里的类似动乱后接踵而来,凸显出在这类冲突中保护文化遗产方面的矛盾。这些国家的文化遗产中的杰出部分大多已列入联合国教科文组织的《世界遗产名录》,但却遭到蓄意破坏,尽管现今适用于它们的法律已经为在这类情形下保护它们提供了迄今为止无与伦比的规范性框架。在众多例子中,摧毁约拿墓^①和位于叙利亚帕尔米拉的凯旋门^②的行为无可置疑地表明了伊斯兰国集团对这些国家遗产的蓄意毁坏。这些行为似乎表明,伊斯兰国集团成员的意图不仅在于永久抹去该地区过去的遗迹,还在于通过此举消灭相关居民的文化和精神认同的所有痕迹。这对国际社会构成重大挑战,因为它意味着拒绝实施旨在保护文化遗产和受冲突影响者的规范,这些规范现在很多已经具有习惯规则的地位。^③

然而,在贯穿人类历史的一系列战争中,武装冲突中出现的这种趋势并不新鲜。罗马军队毁灭迦太基、十字军洗劫君士坦丁堡、宗教战争中拆除装饰大教堂的雕像,以及更近以来的,第二次世界大战中毁坏犹太教堂和上世纪末的巴尔干冲突中毁坏清真寺,都反映了进攻部队的类似意图,即通过毁坏作为敌方居民身份象征的文化遗产,抹去其文化和精神认同的所有痕迹。^④

因此必须认识到,在具有强烈的民族、文化和宗教性质的冲突中,文化遗产的破坏常常成为一个问题。文化遗产表现为多种形式。在其主要以遗址、建筑、物体形式存在之处,遭受攻击的遗产很大程度上是有形的。但在没有永久性构造的地方,遗产更多地表现为口述、手势以及人们利用不同媒介和工具所创造出的其他表现形式,此时遗产主要是无形的。在后一种情形下,主要的攻击目标并不是物体,而是作为无形遗产的承载者或诠释者的个人。因此,法律为确保文化遗产受到保护而必须提供的解决方案就必须也包含多种要素。

作为战争时期的特别法,武装冲突法通过1954年《关于发生武装冲突时保护文化财产的海牙公约》(下文简称《1954年公约》)明确规制对于文化财产——主要是指有形文化遗产——的保护。^⑤这份在第二次世界大战后不久制定的文件庄严记载了为防止世界文化遗产在此次冲突中所遭受的史无前例的破坏和洗劫重演而必须提供的法律措施。该文件由此弥补了此前的规制框架中的重大漏洞。由这个迄今为止唯一专门为文化财产制定的公约所赋予的保护当然极为重要,但该公约并不能充分保护受当代冲突影响的文化遗产,因为文化遗产还包括无形层面。

文化遗产的无形层面事实上无法仅仅依据《1954年公约》加以保护。为保护无形文化遗产,还必须适用其他文件,无论其属于武装冲突法还是其他法律制度,如国际人权法、联合国教科文组织为保护文化遗产而制定的许多公约,或者国际劳工组织乃至世界知识产权组织制定的文件中的各种相关规范。这些不同公约的适用对象范围使得有可能将文化遗产的概念延伸到单纯文化财产之外的要素,文化财产事实上只是文化遗产的组成部分之一。由此,受法律保护的有形和无形

① UNESCO, "A Call to Save Iraq's Cultural Heritage", 30 September 2014, available at: www.unesco.org/new/en/unesco/about-us/who-we-are/director-general/singleview-dg/news/a_call_to_save_iraqs_cultural_heritage/ (all internet references were accessed in December 2015).

② UNESCO, "UNESCO Director-General Condemns the Destruction of the Arch of Triumph in Palmyra: 'Extremists Are Terrified of History'", 5 October 2015, available at: <http://en.unesco.org/news/unescodirector-general-condemns-destruction-arch-triumph-palmyra-extremists-are-terrified>.

③ See Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds.), *Customary International Humanitarian Law*, Vol. 1: Rules, (ICRC Customary Law Study) (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), in particular Rules 38, 39, pp. 127–132.

④ ICTY, *The Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, Case No. IT-95–14–T, Judgment, 2 March 2000, paras. 227–228.

⑤ 《关于在武装冲突的情况下保护文化财产的公约》, 1954年5月14日通过, 1956年8月7日生效。

文化遗产的定义因近几十年来规制方面的重大发展特别是联合国体系内的发展而得到丰富，尽管其界定的确切范围在一定程度上仍有待各国自由裁量。

除文化遗产的不同层面外，还应强调这些遗产可能遭受的不同类型的危害。这些危害因武装冲突所处阶段不同而迥异。事实上，实际战斗对文化遗产的影响更多地涉及兰斯大教堂这样的有形遗产，其直接被战斗所波及。^① 与此种危害不同，停火后遗产在敌方控制下也有可能受到危害。这类局势，特别是在军事占领形式下，可能会改变相关居民的日常生活，并由此影响某个更多地属于无形层面的文化遗产的表达。马里冲突期间廷巴克图圣地仪式的消失，就是众多例子中的一个。^② 影响文化遗产不同组成部分的各种不同类型危害之间的区别，也类似地反映在旨在防止这些危害发生的规范之中。

本文旨在说明，文化遗产作为一个整体，在武装冲突的所有阶段都始终受到法律保护，无论冲突的性质如何。这一论断不仅基于下文所要讨论的可适用的法律规范，也得到国际刑事法庭判例法、国家实践以及理论的支持。本文首先回顾历史，表明从远古时期起就存在习惯规范，要求交战方在冲突局势中对文化遗产网开一面。接下来讨论保护文化遗产可适用的法律，包括在敌对行动期间以及当遗产落入敌方部队控制下时保护文化遗产可适用的法律。这一法律框架包括武装冲突法以及人权文件和联合国教科文组织文化遗产公约所确认的其他规范，这些规范在发生武装冲突时也同样可以适用。

二 在武装冲突中保护文化遗产的历史

在发生武装冲突时保护文化遗产这一义务先于各国同意保护文化遗产的任何规章而存在。在武装冲突中禁止攻击特定地点、建筑或物体，是源自当权者因宗教或神圣方面的考虑而下达的命令。^③ 这一现象在许多影响人类历史的文明中都有所体现。

考虑到在武装冲突中进行的的活动，特别是在可能导致财产遭到破坏或焚毁的实际战斗阶段进行的活动，保护文化遗产的义务主要针对那些作为所要保存之价值的象征或者作为典礼、节庆、仪式的举行场所的建筑，以及举行这些典礼、节庆、仪式所需要的媒介和器具。因此，对危害这类财产的禁令适用于容器，但同理，它常常也旨在保存容器中的内容。^④ 由此，文化遗产形成了一个由有形和无形要素组成的整体，后者使文化遗产拥有生命，并确保受冲突影响居民的知识和文化认同成分得以传递。

禁止危害文化遗产的做法已经流传了几个世纪，从世界的一端到另一端。在西方国家，这一

① Roger O'Keefe, *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006), p. 39.

② UN, "Mali: Deux experts de l'ONU dénoncent les 'violations des droits culturels et de la liberté religieuse'", UN News Centre, 10 July 2012.

③ 例如，在古希腊，特尔斐、提洛岛和奥林匹斯山等圣地被公认为在武装冲突期间不受侵犯。在这些地方不得进行战斗，溃逃的敌军可以在此避难。这些禁令有着精神和宗教基础，类似的规则在很多文明中都可以看到。See Pierre Ducrey, *Guerres et guerriers dans la Grèce antique* (Paris: Payot, 1969), p. 243.

④ 例如，首任哈里发，阿布·巴克·斯迪克 (Abu Bakr Siddiq)，指示其在伊拉克和叙利亚作战的士兵说：“你们将会遇到一个像生活在修道院中的隐士的民族，相信他们已经为真主放弃了一切。随他们去，不要摧毁他们的修道院。” See François Bugnion, "The Origins and Development of the Legal Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict", 14 November 2004, available at: www.icrc.org/eng/resources/documents/article/other/65shjtj.htm.

点体现在一般给予古地中海圣地或遍布罗马帝国和其他地方的寺庙和基督教教堂的保护, 以及对其实施破坏并不符合军事需要的其他场所的保护, 一如西塞罗所强调的那样。^① 在中世纪, 保护这类财产的义务进一步正式化。在欧洲基督教教会倡议下, 制定了交战方所需遵守的各种措施规则, 并载入战斗前的骑士誓言^②或者军队领导人所签署的法令之中。这些协议规定, 神圣之物必须得到保护, 不论是有形、无形还是人身, 并禁止对不参加战斗之平民的财产进行不必要(相对于特定冲突的主要目标而言)的破坏。^③ 文艺复兴之后, 艺术作品——包括没有神圣特征的艺术作品^④——以及民族国家兴起之后, 象征着民族价值观和历史的纪念物及财产等建筑, 也加入到受保护物体的行列。^⑤

这些规则构成战争习惯并常常规定于交战方的协议之中, 但直至19世纪末才形成具有普遍约束力的规章。截至那时, 已经举行了多次国际会议, 如1868年圣彼得堡会议和1874年布鲁塞尔会议, 并形成了将这些规则正式化的宣言或公约草案。^⑥ 直到1899年, 各国才正式通过了第一批战争法条约, 其中一些规范特别规定了有关文化遗产的约束性义务。这就是1899年《海牙公约》, 于1907年得到修订。虽然它们规定的这些规范因武装冲突阶段不同而有所不同, 并且主要针对有形财产——“专用于宗教、艺术、科学或慈善目的的建筑物”——但无形要素显然也有所涉及, 即便只是暗示性的。^⑦ 因此, 1907年《关于陆战法规和惯例的海牙第四公约》及其所附章程(《1907年海牙章程》)将必须保存文化遗产要素这一习惯规则明确纳入到实在国际法中。此外, 根据其规定, 所涉遗产既包括有形遗产也包括无形遗产。

这些就是规制20世纪肆虐全球的两次主要冲突的文件,^⑧ 但在第二次世界大战后, 武装冲突法有了重大发展, 特别是随着1949年四个《日内瓦公约》以及1977年两个《附加议定书》的

① M. Tulli Ciceronis, *Actionis in C. Verrem secundae liber quartus (De signis): De officiis ad Marcum filium*, cited in Stanislaw Edward Nahlik, “Des crimes contre les biens culturels”, *Annuaire de l'Association des auditeurs et anciens auditeurs de l'Académie de droit international de La Haye*, Vol. 9, 1959, p. 14.

② 如“上帝之和平”或“上帝之真理”, 其记载有交战方关于遵守众多规则的承诺, 其中一些规则也保护文化遗产, 不论有形无形。Michel Balard, Jean-Philippe Genet and Michel Rouche, *Le Moyen Âge en Occident* (Paris: Hachette Supérieur, 2003), pp. 104 - 105, 175.

③ 这些列举出被禁止行为的规则体系, 即所谓“法令”, 约束的是武装冲突中的人, 而不是相关国家。此外, 根据军事必要原则, 这些规则不仅对神圣财产还对私人财产给予正式保护。如果破坏这类财产不能满足带来军事利益之需要, 破坏就是不必要从而是被禁止的。See Theodor Meron, *War Crimes Law Comes of Age* (New York: Oxford University Press, 1998), p. 13.

④ 这一发展源自当时多位法学家和思想家的著述, 特别是阿尔贝里科·贞提利(Alberico Gentili)。在他看来, 在武装冲突期间需要保存的私人财产中, 文化财产也应当而且特别应当受到保护。See Alberico Gentili, *De Jure Belli Libri Tres*, cited in R. O'Keefe, *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, p. 6.

⑤ 因此, 在一位代表阿贝·格雷瓜尔(Abbé Grégoire)倡议下, 法国于1830年成立了一个历史古迹委员会, 旨在抵消1789年法国大革命期间的肆意破坏行为。See “Rapport sur les destructions opérées par le vandalisme, et sur les moyens de le réprimer”, in *Oeuvres de l'Abbé Grégoire*, Vol. 2: *Grégoire, député à la Convention nationale* (Nendeln and Paris: KTO Press and EDHIS, 1977), p. 257.

⑥ 例如, 1868年《圣彼得堡宣言》和1874年《布鲁塞尔宣言》。后者明确规制如何对待可能属于文化遗产组成部分的财产。

⑦ 1907年《关于陆战法规和惯例的海牙第四公约附件章程》(简称《1907年章程》)第27条明确提及这类财产。章程第56条增加了“教育”。对这些建筑物的选择报名, 受保护的显然不只是财产本身即有形遗产, 还包括在这些财产中开展的活动和传递的知识, 即无形遗产。

⑧ 两次大战期间对文化财产实施了大量攻击。一些攻击是象征性的, 例如一战期间对鲁汶大学图书馆和二战期间对卡西诺山修道院的攻击。规章的模糊, 加之当时武器的不精确, 大大增加了受这些冲突影响的地点的数量。

制定。^① 作为补充的是对文化财产给予全面保护的《1954年公约》，^② 以及随后的1954年和1999年议定书。^③ 但是，这一法律体系并不仅限于保存文化遗产的有形要素即文化财产。实际上，武装冲突法的很多规定也有助于保护这一遗产的无形层面，尤其是1949年《日内瓦公约》。^④ 这类保护还来自在不同法律体制下发展起来并在之后获得通过的文件，如人权条约^⑤和联合国教科文组织关于文化遗产的众多公约。^⑥ 这些规定共同形成一个正式的法规汇编，明确保障在武装冲突中对有形和无形文化遗产的保护。现在，这一规范性框架的适用对象范围涵盖全部文化遗产，而不再仅限于文化财产。

三 敌对行动期间的文化遗产

在任何武装冲突期间，实际战斗^⑦都会对交战方的文化遗产造成危害。初看之下，受战斗影响的主要是有形遗产，但博物馆、剧院、大教堂及其他文化遗址的毁坏也会影响到这种文化遗产的无形层面。2012年马里冲突对文化遗产的影响就说明了这一点。虽然国际社会记住了对廷布克图陵墓的实际破坏，但与此同时，这些遗址上的无形文化遗产也遭受了并非明显可见的危害。^⑧ 冲突期间，在这些地方开展的文化和宗教活动及仪式戛然而止，就说明了这一点。^⑨ 尽管

① 适用于国际性武装冲突的《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》(1125 UNTS 3, 1977年6月8日通过, 1978年12月7日生效, 以下简称《第一附加议定书》), 深刻地改变了1907年《海牙章程》所规定的关于作战行动的规则。适用于非国际性武装冲突的《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书》(1125 UNTS 609, 1977年6月8日通过, 1978年12月7日生效, 以下简称《第二附加议定书》), 进一步发展了这类局势下所适用的法律; 在此之前该类局势只受四个《日内瓦公约》共同第3条调整。这两份文件均包含一个明确规定交战方有义务确保对“人民的文化或精神遗产”加以保护的条款。

② 《关于在武装冲突的情况下保护文化财产的公约》。

③ 《关于发生武装冲突时保护文化财产公约的议定书》(1954年5月14日通过, 1956年8月7日生效, 以下简称《1954年议定书》) 调整军事占领情形下对文化财产的保护。《关于发生武装冲突时保护文化财产的公约第二议定书》(1999年3月26日通过, 2004年3月9日生效, 以下简称《1999年议定书》) 将武装冲突法更为近期的发展, 例如与作战行动有关的方面, 纳入了文化财产保护体系。

④ 这一点尤其适用于《关于战时保护平民的日内瓦第四公约》(75 UNTS 287, 1949年8月12日通过, 1950年10月21日生效, 以下简称《日内瓦第四公约》)。

⑤ 例如两个联合国公约, 即《公民权利和政治权利国际公约》(999 UNTS 171, 1966年12月16日通过, 1976年3月23日生效, 以下简称《公民和政治权利公约》) 和《经济、社会和文化权利国际公约》(993 UNTS 3, 1966年12月16日通过, 1976年1月3日生效, 以下简称《经社文权利公约》)。

⑥ 联合国教科文组织根据其职责, 特别是促进文化发展这一职责, 倡议制定了数个关于保护文化遗产的文件, 例如《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》(1970年11月14日通过, 1972年4月24日生效, 以下简称《1970年公约》)、《保护世界文化和自然遗产公约》(1972年11月16日通过, 1975年12月17日生效)、《保护非物质文化遗产公约》(2003年10月17日通过, 2006年4月20日生效, 以下简称《2003年公约》) 和《保护和促进文化表达多样性公约》(2005年10月20日通过, 2007年3月18日生效)。

⑦ 一个武装冲突可能包含数个阶段。先是敌对行动阶段, 其间敌对各方发生战斗。随之而来的一个阶段是一方落入对方的权力之下; 这一局势可能是源自军事占领, 并取决于每个个案的具体情况。在第二个阶段, 武装冲突法的其他规定适用于此种局势。

⑧ See UNESCO, “World Heritage Committee Calls for End to Destruction of Mali’s Heritage and Adopts Decision for Its Support”, 3 July 2012, available at: www.unesco.org/new/en/media-services/single-view/news/world_heritage_committee_calls_for_end_to_destruction_of_malis_heritage_and_adopts_decision_for_its_support/#.VgPwpsuqPHw.

⑨ UN, “Mali: Deux experts de l’ONU dénoncent les ‘violations des droits culturels et de la liberté religieuse’”, UN News Centre, 10 July 2012.

一些表演和仪式失去了通常的举行场所后还可以暂时在别处举行，但其他一些则未必如此。某些仪式和庆典，比如那些在陵墓中进行的，就必须在特定地点举行。

敌对行动专门由武装冲突法所规制，武装冲突法是唯一确切规定交战方在此情形下不得或可以采取哪些行为的法律体系。因此，它无疑构成该领域的特别法。这一法律体系所提供的规则是围绕与武装冲突中的敌对行动有关的四项基本原则而构建，即军事必要原则、区分原则、比例原则和预防措施原则。国际法院曾经在其判例中称之为“首要”原则。^①下文将依次讨论这四项原则。

（一）军事必要原则

军事必要原则代表着1868年《圣彼得堡宣言》中所包含的习惯规范；根据该宣言，只有交战方为实现其目标所必须实施的军事力量才是合法的。^②该原则因此是一个限制性原则，旨在限制交战方全力以赴作战的权利。这一原则最初规定于一份有约束力的武装冲突法文件即《1899年章程》（1907年修订），其同人道原则一起，构成武装冲突法体系发展的两个基本原则。不过，将军事必要原则和人道原则同时纳入一套规则，其结果是对实在法的一些规定引入了一个正式保留。这样一来，开始是作为一个限制性原则的军事必要原则，后来更多地变成了一个允许性例外。在第二次世界大战之后的一个判决中，一位英国法官忆及，关于实施这一原则的要求涉及的是军事“必要性”，而非军事“利益”。^③

在规制武装冲突中文化遗产保护的法律规定中，军事必要原则是一项例外，它对多项条款形成压力，实际上减小了对战斗期间实施某项敌对行为之禁止性规定的作用，无论保护相关目标的是何种制度。再者，在《1907年海牙章程》和《1954年公约》中，这一法律保留的适用在很大程度上都是留待交战方自由裁量。20世纪90年代巴尔干冲突期间对于文化遗产的攻击，如摧毁莫斯塔老桥和部分摧毁杜布罗夫尼克老城，都再次向国际社会证明，对《1954年公约》中的许多条款进行修订刻不容缓。公约的第二个议定书，即《1999年议定书》，正是在这一冲突结束后不久通过的。除其他问题外，议定书澄清了军事必要原则的实施问题，在其第6条中重申了《第一附加议定书》第52条第2款关于“军事目标”的规则。^④自此，在文化财产方面援引军事必要原则必须符合明确规定的条件，^⑤交战方评估此援引行为合法性的自由裁量权显著减少。

（二）区分原则

第二个原则是区分原则，即交战方必须始终将文化遗产的组成部分同其他财产相区分。这一

① 国际法院，《以核武器相威胁或使用核武器的合法性》咨询意见，1996年7月8日，第78段。

② 宣言认识到“各国在战争中应当致力于实现的唯一合法目标是削弱敌方的军事力量”，而“使用那些无谓地加重丧失能力者苦难的武器将超出这一目标”。因此，当所设想的手段和方法被证明对于军事行动的结果“无用”时，军事必要性就不复存在。

③ See United Kingdom, Military Court at Hamburg, A. D. Case, 19 December 1949, p. 522, cited in éric David, *Principes du droit des conflits armés* (Brussels: Bruylant, 2002), p. 270.

④ 《第一附加议定书》第52条第2款规定：“攻击应严格限于军事目标。就物体而言，军事目标只限于由于其性质、位置、目的或用途对军事行动有实际贡献，而且在当时情况下其全部或部分毁坏、缴获或失去效用能提供明确的军事利益的物体。”

⑤ 《1999年议定书》第6条第1款规定，为合法援引军事必要原则，一方面，相关财产必须已经“由于其功能而被转变为军事目标”；另一方面，必须“不存在取得类似军事利益的可行的替代方法”。

原则对于保存文化遗产至关重要，因为它禁止冲突各方对这些组成部分实施敌对行为或者将之用于军事目的。《1999年议定书》通过纳入《第一附加议定书》中的规则，澄清了起初对于敌对行为的禁止，为文化遗产提供了更多保护。^①自此，区分义务不再仅限于将遗产组成部分区别于其他财产；一个敌对行为要想合法，相关财产必须已经被转变为军事目标。^②在这方面《1999年议定书》还规定了其他义务。^③为进行有效区分，冲突各方负有多种义务，如证实、评估和采取预防措施的义务，义务程度随相关物体重要性程度递增。^④

其次，区分原则禁止交战方出于军事目的而“使用”文化遗产。实际上，在很多情况下，这类使用会危害相关财产，并成为后续发动攻击的前提条件和主要动机。^⑤《1907年海牙章程》并未规定这一禁令，《1954年议定书》第4条第1款将其引入，并由《1999年议定书》进一步强化。除该文件所规定的关于这类财产成为军事目标所需满足的具体条件外，《1999年议定书》第6条还为交战方规定了其他义务，如攻击部队有义务确保“不存在取得类似军事利益的可行的替代方法”。^⑥

巴勒斯坦伯利恒耶诞教堂的例子说明了这一点，尽管《1999年议定书》并不正式适用于该情形。2002年巴勒斯坦解放组织军队与以色列军队冲突期间，该教堂被前者用作避难所后（即用于军事目的，从而违反了区分原则），便成为了潜在的军事目标。因此，如果若干其他条件得到满足的话，以色列军队可以考虑对其实施攻击。以色列军队必须遵守《1999年议定书》所规定的具体条件，有一项条件是在此情形下除了攻击该建筑物，“不存在取得类似军事利益的可行的替代方法”，这项条件在此情况中具有决定性意义。^⑦事实上，以色列迫于这一事件所引发的巨大国际压力而决定对该教堂实施围困而不是攻击，无疑有助于保全该教堂。^⑧

（三）比例原则

第三项原则，即比例原则，是一项一般法律原则。^⑨它意味着在军事考虑与确保尊重基本价值的关切之间寻求平衡，交战各方在敌对行动中应始终寻求这一平衡。它恰好反映了武装冲突法的本质，因为武装冲突法的目的就是要协调军事必要性与人道要求。这一原则是通过《第一附

① 在《1907年章程》体制下，区分原则主要涉及区分“设防”与“不设防”的城市和城镇。尽管如此，该章程第27条规定，即使是设防的城市和城镇，对某些财产，即“专用于宗教、艺术、科学和慈善事业的建筑物”，必须“尽可能保全”。因此，即使是在这种情形下，仍须遵守区分原则。

② 在《第一附加议定书》中采用“军事目标”这一概念，是为了将这类目标区别于民用物体。《第一附加议定书》第52条要求交战方根据区分原则，将军事目标区别于民用物体。因此，根据这一规定，民用物体首次受到明示保护。

③ 《1999年议定书》规定了一个物体可以被转变为军事目标的具体条件，要求其“由于其功能”而被作此转变。这一要求意味着该物体需要被直接用于军事目的，从而强化了对它的保护。

④ 这取决于相关物体是根据《1954年公约》和《1999年议定书》受到“一般”保护，还是根据《1954年公约》第8—11条和《1999年议定书》第10—14条，分别受到“特别”或“强化”保护。

⑤ 在某个物体被转变为“军事目标”的原因中，《第一附加议定书》明确提及该物体的“用途”“对军事行动有实际贡献”。

⑥ 见《1999年议定书》第6条第1款第2项。该文件第7条还规定了若干预防措施，作为履行遵守区分原则这一义务的手段。

⑦ 由于《1999年议定书》并不适用于该情形，因此这里的分析是假设性的。

⑧ See Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict* (Cambridge: Cambridge University Press, 2004), p. 163.

⑨ See Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds.), *Customary International Humanitarian Law*, p. 44.

加议定书》第57条第2款第1项第3目和第2项才明确载入实在法的；而就保护文化遗产的文件而言，则是通过《1999年议定书》第7条第3款和第4款第2项得以规定。

但是，交战方对这一原则的遵守存在执行方面的问题。为确定所考虑进行的军事行动是否合法，冲突一方必须评估与文化财产有关的两个假设价值之间的比例，即一方面是攻击该财产所产生的“直接和具体的利益”，另一方面则是其可能造成的“过分损害”。身经百战的士兵们虽然可能一般对第一个方面有能力予以评估，但对后一方面则未必如此。事实上，评估对文化财产可能造成之损害的严重程度确实特别复杂，因为它要求对相关财产的质量和有价值有精确了解。这些都是主观判断，因所涉部队的培训程度及其他相关因素的不同而不同。此外，相关物体的信息可能无法获取或不完整，或者存在不为承担比例评估任务的人所知的异乎寻常的遗产组成部分。因此，判断损害是否过分是一项复杂工作，特别是因为攻击决定往往是在瞬间作出的。

1991年第一次海湾战争期间乌尔神庙的例子说明了该比例的两个方面。军队官员在圣殿旁边放置了一架伊拉克军用飞机，从而为这架飞机提供了抵御敌方攻击的某种保护措施。^① 这架飞机毫无疑问可以被定义为军事目标，但是摧毁它所能带来的预期军事利益微乎其微；它完全与世隔绝，远离任何起落跑道，因此摧毁它并不能给联军提供任何“具体和直接的军事利益”。至于摧毁飞机会给寺庙造成的“过分损害”，也是容易评估的。摧毁飞机肯定会给这处有2000多年历史的财产造成重大损害，而且很容易认识到预期损害的过度性：对于在军事人员的地图上标识为需要保护的著名重要文化财产而言，摧毁它所造成的损失与从中所能获得的轻微军事利益相比，显然是过度的。局势的特殊性和财产的独特性，促成联军遵守了比例原则。但情况并非总是如此。“过度损害”的考虑往往难以量化，通常是因为必须作出这类决定的人缺乏对敌方文化遗产的必要了解，特别是当涉及不为人熟知的文化财产时。^②

（四）预防措施原则

第四项也是最后一项原则是预防措施原则，它通过澄清很多实施层面的问题，加强了对区分原则和比例原则的遵守。该原则所规定的措施旨在限制和减少敌对行动所造成的损害。与区分原则一样，尊重这一原则的义务所要求的行动，根据其是适用于进攻方还是防御方而有所不同。如上所述，就文化遗产而言，由《第一附加议定书》所体现^③并由《1999年议定书》所重申的那些法律发展，显著提高了对于这种遗产组成部分的保护。^④ 这种保护体现为一系列措施，根据相关遗产是否处于某一方控制下而有所不同。这些措施包括交战方在敌对行动期间对于作战手段和方法的选择需要予以特别注意，某些决定需要由高级军官作出，并且需要实施一些具体行动，如遵守最后期限、发出警告等。

① See US Department of Defense, “Report to the Congress on the Conduct of the Persian Gulf War, Appendix O: The Role of the Law of War”, International Legal Materials, Vol. 31, 1992, p. 626, cited in R. O’Keefe, *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, p. 219.

② 《1954年公约》第16、17条特别规定，要有明确标志来帮助交战方在发生武装冲突时识别受保护的文化财产。只有对于被给予“特别”保护地位的文化财产，才强制要求使用这一标志，即蓝盾。

③ 《第一附加议定书》第四部第一编，特别是第52、57和58条的规定，在关于文化财产的《1999年议定书》第6、7条得到了重申。后两条规范的目的在于澄清《1954年公约》第4条；根据该条，只要满足一个条件——即军事必要性——就可以去除“尊重”文化财产的义务。

④ 分别是《第一附加议定书》第57条和《1999年议定书》第7条。

例如，1985年的伊朗伊斯法罕和1991年的克罗地亚杜布罗夫尼克，这两个城市在不同年代的不同冲突中分别受到严重轰炸。这两个例子分别说明了进攻方和防御方有关预防措施原则的义务。

在两伊战争期间（1980—1986），伊拉克空军对大型炼油厂所处的伊斯法罕进行了导弹攻击。这对伊斯兰世界最古老的清真寺之一星期五清真寺造成了严重损害。似乎预防措施原则所要求的众多措施在当时都没有得到遵守。例如，并未查明攻击目标是否系军事目标，也没有监控是否存在文化遗产组成部分或者所使用的手段和方法根据现场局势是否适当。^①因此，攻击可以被视为不分皂白，因而是非法的。^②

巴尔干冲突期间（1991—1995）对杜布罗夫尼克老城的袭击说明了防御方的义务。据塞尔维亚人称，该市郊区设有一个弹药库，因此攻击具有正当性。然而，拥有文化遗产组成部分的当事方的义务之一，就是将军事目标移离这类财产。^③让军事目标毗邻文化财产是法律明令禁止的，但这样做确实有可能劝阻敌方部队对军事目标发动攻击。在发生冲突时，军事装备经常被存放在文物旁边，将文物作为盾牌，正如乌尔神庙那个例子一样。本例中，在冲突发生前的几年里，主管当局已经谨慎地将任何可能被认定为军事目标的物体或活动从杜布罗夫尼克老城撤离出来。^④在那里进行的彻底的非军事化旨在防止任何攻击，因此不能以上述理由为攻击作辩解。所以，1991年12月发动的攻击显然是非法的，正如前南斯拉夫问题国际刑事法庭在2005年“斯特鲁加案”判决中的结论一样。^⑤

上述不同局势表明，在特定冲突的敌对行动阶段，将文化遗产用于军事目的以及由此导致的战斗通常构成对文化遗产的最大威胁。选择不适当的作战手段和方法，往往会对这类财产造成不分皂白的攻击。因此，参与作战的武装部队遵守上述四项原则就成为防止此类危害的必不可少的防火墙。尽管当前的军备技术发展状况能够对选择作战手段和方法所带来的风险进行一定修正，但在发生武装冲突时，人为因素仍然是保护文化遗产的根本所在，尤其体现在比例原则上。事实上，尤其是就遵守区分和比例原则而言，评估和区分文化遗产组成部分所需要的知识，是源自受过适当培训的个人在面对这类局势时的认知。

四 落入敌方控制下的有形文化遗产

文化遗产在敌方部队控制下遭到危害主要发生在军事占领和非国际性武装冲突的情况下。这种危害通常是由于所述部队违反确保对落入其控制下的人民和财产进行保护的义务所造成的。除仅规制作战行动的文件外，这些义务还基于其他更为广泛的文件。受这些局势影响的文化遗产组成部分的范围有可能更广，在敌对行动期间，文化遗产的无形层面有时较为不受重视，因此在落

① 《第一附加议定书》第57条第2款第1项第1、2目。

② See UNESCO, “Information on the Implementation of the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict”, The Hague, 1954, 1989 Reports, Doc. CC/MD-11, December 1989, notes. 4–8.

③ 《第一附加议定书》第58条第2款。

④ Clémentine Bories, *Les bombardements serbes sur la vieille ville de Dubrovnik: La protection internationale des biens culturels*, (Paris: Pedone, 2005), pp. 41, 47.

⑤ ICTY, *The Prosecutor v. Pavle Strugar*, Case No. IT-01-42, Judgment (Trial Chamber), 31 January 2005, para. 295.

人敌方控制时面临的风险更高。

事实上,军事占领或任何其他类似局势,^①往往因为是持久的,所以会对经济和社会结构以及相关社会的生活方式和行为模式造成深刻的改变。这些改变很容易破坏个人的文化认同。此外,国内武装冲突往往可能具有宗教、文化或民族性质,不仅会危及文化财产,还会危及与之相关的文化和精神表现形式,如上述马里的例子所示。由于可适用的法律文件仅关注文化遗产的某一个层面,因此对保护问题的分析首先涉及有形遗产,然后才是无形遗产。尽管如此,任何文化遗产组成部分都有两个层面这一前提依然成立,对此下文将予以强调。在不同武装冲突中,文化遗产可能遭受不同类型的危害,在此讨论其中三种。

(一) 毁坏文化遗产组成部分所造成的危害

第一类危害是“毁坏”。它不同于敌对行动期间的战斗所造成的毁坏,而是涉及财产的拆毁、拆除、废弃以及其后由于缺乏维护而造成的损坏。例如,东耶路撒冷的穆格拉比区遭到拆毁,^②塞浦路斯被占部分的东正教教堂被夷为废墟,以及更近以来的,伊斯兰国组织的部队对伊拉克哈特拉考古遗迹的毁坏。取决于涉及的是国际武装冲突、军事占领或国内冲突,适用于文化遗产的法律迥然不同。前两种局势在很大程度上受武装冲突法规制,第三种局势则并非如此,特别是当相关财产不符合《1954年公约》关于文化财产的定义时。此时,属于武装冲突法之外的其他法律体系的文件——这些文件的某些规定在这类局势中依然适用——就有可能构成法律保护的另一个来源,而这种保护有时至关重要。

在发生军事占领时,如上述两个例子中,战争法明确禁止“毁坏”。^③关于文化遗产的特别法,即《1954年公约》第5条,给占领部队规定了克制要求,让负责保护文化遗产的国内主管当局保留主要管辖权。这样的规定使得第5条更进一步地禁止对这种遗产的各种危害行为。但在国内冲突中,只有《1954年公约》所定义的文化财产,或者《第二附加议定书》第16条所描述的“各国人民的文化和精神遗产”,才在武装冲突法下受到正式保护。

因此,在一些情况下,如造成危地马拉分裂的内战(1960—1992)中,对危地马拉拉维纳尔玛雅社区的文化遗产,即庆祝“拉比纳尔的武士”(Rabinal Achí)^④所必不可少的面具、服装和乐器的毁坏行为就并未被武装冲突法中可适用条款所正式禁止。^⑤控制这些物体的军事力量并不认为它们符合《1954年公约》第1条和《第二附加议定书》第16条对文化财产以及人民文化和精神遗产的定义。因此,为了对这些物体提供某种形式的保护,就有必要诉诸其他规范,例如《2003年公约》(假如当时适用的话)关于无形文化遗产的规范、1989年国际劳工组织《关于独立国家土著和部落民

① “类似局势”在此是指那些文化遗产处于敌方部队控制之下,但尚未正式承认军事占领的局势。除备受争议的军事占领的例子外,这类局势还包括非国际性武装冲突,其间控制领土的当事方也控制着领土上的文化遗产。

② See UNESCO Executive Board, “Report of the UNESCO Technical Mission to the Old City of Jerusalem”, Doc. 176 EX/Special Plenary Meeting/INF. 1, 12 March 2007.

③ 在这方面所适用的规定中,可以提及《海牙章程》第56条和《日内瓦第四公约》第52条,以及专门关于“文化财产”的《1954年公约》第5条和《1999年议定书》第9条。

④ “拉比纳尔的武士”是在危地马拉拉维纳尔举行的文化和精神庆典,已被联合国教科文组织认可为人类口头及无形文化遗产杰作之一。

⑤ 控制这些物体的危地马拉武装部队认为它们只是民用财产。因此,毁坏它们并不被共同第3条所禁止,后者是四个《日内瓦公约》中唯一适用于国内武装冲突的规范。《第二附加议定书》也未明确禁止毁坏这类财产。该文件只有第16条禁止对“各国人民的文化和精神遗产”进行任何攻击,而在现场士兵看来,这些物体不属此列。

族的公约》(第169号)或者《公民权利和政治权利国际公约》(以下简称《公民和政治权利公约》)和《经济、社会与文化权利国际公约》(以下简称《经社文权利公约》)的文化权利条款。^①

(二) 改变文化遗产组成部分的功能所造成的危害

第二种危害涉及属于文化遗产的财产或地点的“功能变化”。例如，拉姆安拉附近的乌德哈宁清真寺^②被改为犹太教堂，红色高棉政权统治下的某些吴哥庙宇被用作仓库，^③塞浦路斯拉比托斯村的圣阿纳斯塔西娅教堂变成一家酒店。^④尽管没有任何规范明确禁止这类行为，但从武装冲突法关于军事占领的某些条款中隐含或间接规定的内容推断出应予以禁止，例如那些禁止扣押或侵占文化财产的条款。^⑤此外还应当强调的是，这种类型的危害所影响的不仅是功能转变的财产或场所。功能的变化还可能破坏有关遗产的无形成分，例如与财产相关并赋予其意义和价值的知识与历史，以及在财产中发生的事件、举行的典礼和仪式。事实上，这类组成部分可能会因为物体或场所的改变而受到影响乃至毁坏，正如上述不同礼拜场所的例子所证明的那样。

2003年伊拉克战争中的一些情况说明文化遗产的不同层面受到的这类危害。例如，2003年美军决定将巴比伦考古遗址变为军事基地，并由波兰部队沿用至2004年。^⑥这种功能的改变带来了有形和无形的重大损害。在这个地点建造拥有直升机降落台的军事基地，不仅导致许多存续数千年之久的遗迹遭到毁坏，还导致该地点尚未得到研究的沙子与从其他地方运来的大量泥土混合到一起。这些沙子所包含的关于过往文明的无数信息，现在已经永远消失。对它们进行研究可能揭示出的历史，也因此被抹去。占领军改变巴比伦遗址的功能所造成的损害，在多种层面上对伊拉克文化遗产造成了严重危害。

《1907年海牙章程》所规定的军事占领法——该章程是唯一正式适用于此种情形的文件^⑦——主要通过禁止“扣押”和“毁坏”该章程第56条所规定的这类财产，无条件地禁止此类行为。《1954年公约》通过对占领军施加克制要求，^⑧也可能阻止这种行动。但假如当时《1999年议定书》可以适用，其将专门禁止这类改变功能的行为。前述文件所提供的保护只是暗示性的，而《1999年议定书》标志着武装冲突法适用于这类局势的明显突破。事实上，其第9条第1款第2项明文禁止“进行任何考古发掘”，并在第1款第3项^⑨中明文禁止毁坏“文化证据”，从而确保有形和无形层面的文化遗产均得到保存。

① 例如《经社文权利公约》第15条(规定每个人均享有文化权利)和《公民和政治权利公约》第27条(保护“人种的、宗教的或语言的少数人”的文化权利)。

② M. Abou Khalaf, “Profanation des sites islamiques en Palestine”, in *Protection des sanctuaires chrétiens et islamiques en Palestine*, Islamic Educational, Scientific and Cultural Organization, 2000; Amira Samir, “Mosquées transformées en autre chose que leur objectif naturel”, *Al-Ahram Hebdo*, 17–23 March 2010.

③ Etienne Clément and Fabrice Quinio, “La protection des biens culturels au Cambodge pendant la période des conflits armés, à travers l’application de la Convention de La Haye de 1954”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 86, No. 854, 2004, p. 395.

④ “Anastasia Resort Hotel (Lapithos)”, press release, Embassy of Cyprus in Paris, 21 June 2008.

⑤ 即1907年《海牙章程》第56条第2款和1954年《海牙公约》第4条第3款、第5条。

⑥ Rory McCarthy and Maev Kennedy, “Babylon Wrecked by War”, *The Guardian*, 15 January 2005.

⑦ 当时英国和美国均非《1954年公约》缔约国。美国直至2008年才批准该公约。

⑧ 除对占领军施加克制要求的《1954年公约》第5条外，该公约第4条禁止“可能使〔物体〕遭受毁坏或损害……的任何使用”。该条也适用于发生军事占领时。

⑨ 《1999年议定书》第9条第1款第3项特别要求存在故意，因此不可能适用于这一情形。

(三) 与移动文化遗产组成部分有关的危害

文化遗产还会因其组成部分的各种形式的“移动”而受到危害。这种情况频频出现在武装冲突之中，因为其间对文化财产实施监督的国内当局混乱无序甚或不复存在。这类情形会助长抢劫、盗窃和其他各种形式的财产侵占或转移行为。随后还会出现从战乱国家将可移动文化财产非法转移到第三国出售的行为，从而导致形成有违应适用的国际法和国内法的艺术品市场。

与上述其他行为不同，在所有武装冲突情形下，战争法均禁止抢劫行为，不论其发生的冲突阶段如何。^① 此外，这一禁止适用于所有财产，而不只是文化财产。但就盗窃或任何形式的侵占而言，情况则有所不同：这类行为不被武装冲突法所禁止，除非涉及经正式认可的文化遗产组成部分。《1954年公约》及其两个议定书（1954年和1999年）等文件规制这类行为，对这种危害的禁止性规定主要是针对军事占领情形。^② 武装冲突法在这方面有时显得不尽人意，主要是在国内武装冲突中，有关财产不具有文化财产地位或者其地位不被敌对交战方所承认时。

在某些情况下，可能有必要诉诸战争法以外的其他法律制度下的文件。在文化财产方面，1970年联合国教科文组织公约和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》^③ 有时可以弥补武装冲突法中的某些漏洞，例如为返还文化财产提供额外的机制，当财产在私人手中时尤其如此。还有一些漏洞的产生原因是在非国际性武装冲突中缺乏确保对不具有文化财产地位的财产进行保护的规范。^④ 似乎只有那些旨在保护这类财产的武装冲突法规范，如作为习惯规则适用的、规制国际武装冲突的《1907年海牙章程》相关条款，才可以在发生非国际武装冲突时援引。这特别是以国际司法机构的判例为基础，认为这些条款在这类局势中也应当适用。^⑤

说明在文化财产的移动方面需要诉诸不同文件的例子之一就是死海古卷。这些物品于20世纪50年代在约旦河西岸库姆兰石窟中被发现，并在东耶路撒冷的巴勒斯坦考古博物馆展出至1967年。然后它们从那个博物馆被撤出并转移到以色列的死海古卷博物馆。^⑥ 此举违反了适用于

① 特别是《1907年海牙章程》第28、47条，《日内瓦第四公约》第33条第2款以及适用于国内武装冲突的《第二附加议定书》第4条第2款第7项。单独就文化财产而言，《1954年公约》第4条第3款在所有武装冲突中均禁止这类行为，第19条第1款专门禁止在非国际性武装冲突中实施这类行为。除此之外，对于任何武装冲突都还应当加上《1999年议定书》第15条第5款，其将这类行为规定为犯罪，从而有助于实施对掠夺行为的禁令。

② 《1954年公约》第4条第3款明文禁止“盗窃”“侵占……任何文化财产”“破坏行为”及“征用位于另一缔约国领土内的可移动文化财产”。适用于发生军事占领时的《1954年议定书》禁止从被占领土出口这类财产，即使后者不是议定书缔约方。《1999年议定书》第9条第1款第1项重申了这一禁令，禁止“一切文化财产的非法出口、移动或转让”。

③ International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects, Rome, 24 June 1995.

④ 应该指出的是，在《1954年公约》框架内，有权将财产指定为文化财产的是拥有该财产的国家。但在武装冲突中，特别是在敌对行动中，被要求对文化财产网开一面的是敌方部队。即便这些部队事先没有接到财产拥有国或者联合国教科文组织等机构关于存在受保护文化财产的通知，其仍然有责任识别这类财产。在发生具有宗教、民族或文化性质的武装冲突时，可能难以进行这类识别，所涉财产也因此有可能被认为只是民用财产。但即使是在这种情况下，该等财产依然享有武装冲突法的应有保护，后者在条约法和习惯下均可适用。

⑤ Customary International Humanitarian Law, Rules 38 - 39, Rules 7 - 10. (承认作为一项适用于国际和非国际武装冲突的习惯法规则，禁止交战方攻击和损害民用和文化财产，但须受制于某些条件)。

⑥ AFP, “UNESCO: Plainte jordanienne sur la propriété des manuscrits de la mer Morte”, press release, *Le Point. fr*, 11 January 2010.

军事占领情形的若干武装冲突法规范，例如禁止占领军“扣押”财产的《1907年海牙章程》第56条第1款。因此，在这种情况下，撤走古卷是非法的。这些物品毋庸置疑是为《1954年公约》所涵盖的文化财产。《1954年公约》第5条对占领军施加了一项克制要求，扣押行为尤其与这项义务不相符。《1954年议定书》第一部分第1段进一步要求这些部队防止从被占领土出口财产。因此，这项义务也遭到了违反。此外，在古卷于2009年在加拿大展出期间，巴勒斯坦当局和约旦援引《1954年议定书》第2段和第3段，要求将其扣押并返还。该请求未获遵守。假如《1970年公约》或者《1995年国际统一私法协会公约》当时能够适用，它们所建立的机制可能会有助于鼓励这一财产的返还。

五 落入敌方控制下的无形文化遗产

无形文化遗产包括各种文化表达形式及事件，如舞蹈、音乐和戏剧，以及反映某一特定群体特征并传达其文化和精神认同的信仰、仪式和专有知识。个人通过使用仪器、工具、服装和其他物体，赋予这一遗产以生命。这一财产的保护已在上文述及，本节只讨论个人的保护。法律必须提供的首要保护显然是保障每个人的生命安全和身体健康，战争法规定在武装冲突的一切情形下均应给予此种保护。尽管如此，要想赋予无形文化遗产以生命，相关人员还需要行使许多其他职能，这些职能也必须受到法律保护，以便保护其遗产。战争对人们造成危害，扰乱其生活方式。本节集中讨论三种类型的危害，以说明武装冲突在此情形下如何妨碍无形文化遗产的表达和保存。

（一）对实现无形文化遗产的危害

无形文化遗产获得生命的首要方式是诠释者或承载者对其的“实现”。这些人可以是演员、音乐家或舞蹈家，作家、画家或诗人，主祭、牧师或精神领袖。就后者而言，武装冲突法确保对“宗教人员”及其职能给予特别保护，无论武装冲突性质如何。^①但对演员和创作者的职能而言，则未必如此。法律给予它们的保护分为两个阶段：首先是与文化表达相联系的“知识”保存，然后是实际“活动”得到保障。但武装冲突法在保护演员和创作者的职能方面存在不足，因此必须从其他法律体系中寻求必要的法律保护，如国际人权法特别是《公民和政治权利公约》及《经社文权利公约》，^②以及联合国教科文组织诸公约。^③

例如，在20世纪70年代红色高棉政权统治下发生的内战期间遭到摧毁的高棉皮影戏剧院里演员们的命运。根据当时可适用的武装冲突法的状况，只能援引四个《日内瓦公约》共同第3

① 例如，除其他条款外，见《日内瓦第一公约》第24条、《第一附加议定书》第15条第5款、《第二附加议定书》第9条。

② 在这方面应当忆及，国际人权法所规定的自由中只有少数几种在武装冲突时期不允许减损，如思想、良心和宗教自由（《公民和政治权利公约》第18条）；其他权利，如表达自由（《公民和政治权利公约》第19条），在满足所需条件时可以予以减损及/或限制，例如当出现类似于武装冲突的局势时。不过，尽管这些规定的适用可以受到限制，但这类限制不得损害这些权利。

③ 这些不同文件中关于保护文化遗产及相关人权的规范不仅旨在禁止对该遗产的表现形式进行限制，在某些情况下还要求对其予以支持，以确保该遗产的存续。

条。尽管其保护表演者的生命安全和身体健康，但其任何规定都不能真正解释为将该保护延伸至表演者的职能，无论他们是音乐家、木偶戏艺人、说书人还是高棉皮影戏演员。因此，必须找到其他法律依据来保护这些职能，例如国际人权法，其为思想和言论自由以及一般性的文化权利提供广泛保护。而在联合国教科文组织主导下制定的保护文化遗产的公约中，《2003年公约》如果当时可以适用，也许不仅能够保护个人，而且还能保护个人为赋予高棉皮影戏这一文化遗产组成部分以生命所体现的知识以及实施的行动。

（二）对参与无形文化遗产表达的危害

无形文化遗产可能受武装冲突危害的第二种功能是团体和社群对与其遗产有关事件的自由“参与”。特别是，这意味着能够迁徙、聚集以及进入遗产表达场所。武装冲突法规定了各种规范，确保相关居民有权保持其日常生活，其“生活习惯”得到尊重。但这主要适用于军事占领局势。在其他武装冲突如国内武装冲突情形下，武装冲突法存在漏洞，必须通过诉诸其他可适用的规定如人权法规范来弥补。^①

巴勒斯坦人在获准参加于耶路撒冷老城举行的一些宗教典礼（例如在圣周期间举行的典礼）方面遭遇的困难，清楚说明了占领军对有关居民参与其文化遗产表达可能施加的限制。适用于军事占领或类似局势的武装冲突法明确规定这些部队有义务尊重人民从事其宗教^②和习俗的自由，包括庆祝属于其自身文化和精神遗产的节日或仪式的自由。^③很多保护人权的规范作为一般法适用于任何情形，它们也保障在参加庆祝活动方面的同样权利。在这方面应当忆及，国际法院在其关于“在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果案”的咨询意见中确认，这类规范适用于所涉案件，且不得对这些规定进行任何减损或限制。^④

（三）对传播无形文化遗产的危害

有可能严重影响无形文化遗产的第三种危害是对其向后代“传播”造成阻碍。尽管世事变迁，但吴哥窟寺庙历经几个世纪依然屹立不倒。而其他遗产则未必如此，例如高棉皮影戏由于其无形特征只能通过代代相传来幸存。它实际上是一个有生命的遗产，由一些个人演出，让其他人可以吸收并保存其内容，然后再继续传播下去。然而，无形遗产的传播势必要求有资质的个人与有关居民进行接触，以及其他有助于教学、展示和制作的条件，而这在武装冲突局势中往往受到阻碍。这种情况在家庭、教育、职业及其他环境中均能见到，因为战争通常会给所有人的生活带来混乱。武装冲突法对于反制这类危害并无具体答案，必须在该法主要关于确保尊重家庭权利以及人民的日常生活、风俗和信仰，或者尊重其艺术和工艺品的制作手段和方法的规范中去探寻答案。

① 例如迁徙自由（《公民和政治权利公约》第12条）和集会自由（《公民和政治权利公约》第21条）。

② 《1907年海牙章程》第46条规定了尊重“宗教信仰和活动”的义务。《日内瓦第四公约》第27条第1款则规定落入敌方军队控制下的个人的“宗教信仰与仪式应当受到尊重”。

③ 武装冲突法的不同条款规定了尊重落入敌军控制下的人民日常生活的义务。其中，《日内瓦第四公约》第27条第1款要求控制敌方平民居民的军队尊重其“风俗与习惯”。《1907年海牙章程》第43条进一步要求尊重被军事占领的国家的“现行法律”，第46条第1款则规定“家庭的荣誉和权利及个人的生命”应当受到尊重。

④ ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 9 July 2004, paras 108, 112.

武装冲突法中对此规定最为具体的是军事占领法的相关条款。20世纪80年代苏联占领阿富汗期间苏菲派大师向其学徒传授宗教仪式的活动，就得益于适用于该情形的这一法律体系的各种规范所提供的保护。在其他武装冲突局势如国内武装冲突中，情况则可能有所不同。必须认识到，在那些局势中属于武装冲突法的法律文件存在漏洞，无法确保无形文化遗产的有效传播。菲律宾棉兰老岛土著社区中萨满巫师所进行的仪式的逐渐消失，就是这方面的一个例子。在因武装冲突而被拒绝进入森林后，萨满巫师们无法继续去那里寻找仪式所需要的植物。这严重损害了这一知识向后代的传播。只有适用其他法律制度下的其他规定才有可能保障棉兰老岛无形文化遗产的组成部分。除适用于这些情形的某些人权规范外，还包括那些旨在保存无形文化遗产的规定，如《2003年公约》的规定、《1989年国际劳工组织第169号公约》的某些规范，可能还包括世界知识产权组织正在制定之中的、旨在保护传统文化表现形式、传统知识和基因资源的文件的相关规定。^①

六 结论

最近的武装冲突——比如就马里冲突而言，无法将对廷巴克图陵墓的攻击与在当地举行仪式所受到的阻碍分离开来——尤其说明任何文化遗产组成部分都具有多层面的特征，尽管在具体个案中有形或者无形层面会占据主导地位。因此，适用于这类局势的法律必须向文化遗产提供的保护就不能仅局限于其中某一个组成部分。通过主要旨在确保保存文化财产的《1954年公约》及其两个议定书，武装冲突法只是部分地满足了这一要求；这些文件所规定的对于无形文化遗产的保护充其量也只是隐含或间接的。但是，武装冲突法作为这些情形下的特别法，在这方面并无缺失。1949年《日内瓦公约》及其《附加议定书》的各种规范，为个人的身体健康及尊严，特别是其文化和精神认同提供保护。这也有助于确保对由相关居民的无形文化遗产所构成的“有生命的”文化遗产的保存。

尽管如此，这些规范仍不够准确，不足以为处于危险之中的无形文化遗产提供最好的保护。实际上，它们所提供的保护有时只是推断出来的，而且往往源自对有关规定的宽泛解释；这种解释主要是基于这些规定的目的，即确保尊重人的尊严。此外，尽管在军事占领情形下可以援引其中几项规定，但对国内武装冲突而言却并非如此，因为往往只有共同第3条和武装冲突法的相关规定（被视为习惯规范）可以适用。因此，在这些情形下，似乎有可能并且有必要诉诸其他法律制度（如国际人权法和联合国教科文组织文化公约——其许多规范是一般法）所给予的保护，援引适用这些规范。^②实际上，它们的适用作为武装冲突法的补充，将确保在任何武装冲突局势中对有形和无形文化遗产都给予有效保护。

此外，联合国教科文组织保护武装冲突中文化财产委员会目前正在讨论这种方法，各国支

① 保护无形文化遗产的约束性规范，已经与文化认同和土著民族有关的各种权利，见于《2003年公约》和国际劳工组织第169号公约。就世界知识产权组织而言，该组织目前正在考虑制定有关传统知识、传播文化表现形式和基因资源的规章。

② 这类规范在发生武装冲突时的适用性问题在作者的研究成果中有广泛的分析和论证。See Christiane Johannot-Gradis, *Le patrimoine culturel matériel et immatériel: Quelle protection en cas de conflit armé?* (Geneva: Schulthess, 2013), pp. 149–184.

持在《1954年公约》与联合国教科文组织其他文件（特别是《2003年公约》）之间建立协同机制，^① 以确保对文化遗产的保护。^② 在保护无形文化遗产委员会等其他机构中也达成这一共识，^③ 反映出国际社会承认存在保护有形和无形文化遗产的法律。然而，许多国家加入这些法律文件这一事实并不能否认在适用这些文件方面仍存在挑战。当前对叙利亚和伊拉克文化遗产的破坏就是一个迄今尚未得到应对的问题。

Protecting the Past for the Future: How Does Law Protect Tangible and Intangible Cultural Heritage in Armed Conflict?

Christiane Johannot-Gradis

(Translated by Liao Fan)

Abstract: In war, individuals are vulnerable not only physically but also in terms of their cultural identity, and the obliteration of cultural heritage often becomes a central issue. This is particularly the case in armed conflicts with an ethnic, cultural or religious character. In some regions, cultural heritage consists more of monuments and objects; it is a “tangible” heritage, mostly protected by the law of armed conflict. Elsewhere, where structures are impermanent, cultural heritage is mainly expressed through orality, gestures, rituals, music and other forms of expression that individuals create using various media and instruments. Such heritage is mainly “intangible”. This essay aims to show that cultural heritage is both tangible and intangible, and that the law which protects such heritage is not limited to the law of armed conflict. Cultural heritage also benefits from the protection of other applicable instruments, such as human rights treaties and the UNESCO cultural heritage conventions.

Keywords: Law of Armed Conflict, UNESCO Cultural Conventions, Tangible Cultural Heritage, Intangible Cultural Heritage, Cultural Property

(责任编辑: 曲相霏)

① 在保护武装冲突中文化财产委员会第10次会议(2015年12月10—11日)期间,通过了决议10.COM 4第6段,该段明确邀请其执行局建立2003年公约的协同机制,该机制与1970年和1972年公约的协同机制平行。

② See UNESCO Committee for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, “*Development of Synergies with Other Relevant UNESCO Normative Instruments and Programmes and Strengthening Partnerships*”, Doc. CLT-14/9.COM/CONF.203/7, 18 – 19 December 2014.

③ 保护无形文化遗产委员会第10次会议(温得和克,2015年11月30日至12月4日),强调有必要促进《2003年公约》的适用,“包括在武装冲突局势中”。Decision 10.COM/15a, Annex para. 5.