

军事占领中的人权义务

诺姆·卢贝尔*著/刘雨晴**译

摘要

本文探究了国际人权法在军事占领情形中的可适用性。本文从“人权义务可存在于这些情形中”这一立场出发，对人权法适用的具体方式进行了分析。本文检视了确定人权法适用性的标准以及这些标准是如何与占领的概念联系起来的。最后，本文承认人权义务的履行面临着实践与法律层面的挑战，因此主张采用情境分析法，在承认军事占领这一现实的同时提供人权保护。

关键词：军事占领；人权义务；可适用性；占领国；领土控制；情境分析法；经济、社会与文化权利

本文考察了国际人权法在军事占领情形中的可适用性。在这些情况下存在某种形式的人权义务，截至目前，这一观点应当已经根深蒂固，并且受到广泛的支持。不过，这也为进一步分析人权法适用的具体形式、探询人权义务的延伸范围以及实施方面遇到的实践和法律层面的挑战对该概念会造成怎样的影响留下了空间。本文首先考察了确定人权法适用性的判断标准，以及占领国建立权力与人权法义务所需的“领土控制”概念之间的联系。本文承认，完全兑现所有人权可能会遇到障碍，

* 诺姆·卢贝尔 (Noam Lubell) 是英国埃塞克斯大学法学院的讲师。

** 清华大学法学学士，荷兰莱顿大学国际公法(国际刑法方向)硕士研究生。

因此在作出分析后建议，有必要对人权义务采取情境分析法。最后，本文还讨论了义务的渊源——无论是占领国的义务还是被占领国的义务。

可适用性的确定

在分析人权义务的内容之前，首先有必要确认该国际法分支事实上的确适用于占领的情形。对人权法的可适用性，有人提出了以下两个反对理由：国际人权法是否适用于域外行为——此处指被占领土内发生的行为；人权义务作为一个整体，是否应当弃之不用，从而让位于国际人道法。¹ 学术著作已经对这两个反对理由进行了大量讨论，因此本文只在开篇简单一提。² 驳倒第二个反对理由相对容易。虽然国际人道法只在武装冲突的背景下适用，但是国际人权法并非只适用于与之相对的和平时期。事实上，无论是平时还是战时，国际人权法始终适用。这一点

-
- 1 例如，相关的问题和争论可参见：G.I.A.D. Draper, 'The relationship between the human rights regime and the law of armed conflicts', in *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 1, 1971, p. 191; Keith Suter, 'An Inquiry into the Meaning of the Phrase "Human Rights in Armed Conflicts"', in *Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, Vol. 15, 1976, p. 393; Michael J. Dennis, 'ICJ Advisory Opinion on Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory: Application of human rights treaties extraterritorially in times of armed conflict and military occupation', in *American Journal of International Law*, Vol. 99, No. 1, 2005, p. 119.
 - 2 许多著述都对这些问题进行过分析，包括：Louise Doswald-Beck and Sylvain Vité, 'International Humanitarian Law and Human Rights Law', in *International Review of the Red Cross*, Vol. 33, No. 293, 1993, p. 94; Raúl Emilio Vinuesa 'Interface, Correspondence and Convergence of Human Rights and International Humanitarian Law', in *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 1, 1998, p. 69; Cordula Droege, 'The Interplay Between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situations of Armed Conflict', in *Israel Law Review*, Vol. 40, No. 2, 2007, p. 310; UN Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, *Administration of Justice, Rule of Law and Democracy: Working paper on the relationship between human rights law and international humanitarian law by Françoise Hampson and Ibrahim Salama*, 21 June 2005, E/CN.4/Sub.2/2005/14; Noam Lubell, 'Challenges in Applying Human Rights Law to Armed Conflict', in *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, No. 860, 2005, p. 737; Nancie Prud'homme, 'Lex Specialis: Oversimplifying a More Complex and Multifaceted Relationship?', in *Israel Law Review*, Vol. 40, No. 2, 2007, p. 356; Orna Ben-Naftali and Yuval Shany, 'Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories', in *Israel Law Review*, Vol. 37, No. 1, 2003-2004, p. 17.

得到大量论据、国家实践、国际法院判例、以及区域性和联合国人权机构的支持。³ 因此，如果国际人道法适用于某个情形——军事占领就是这样的情况——那么两个法律体系则同时适用。而这又引发了其它关于同时适用性的问题，以及它是否会影响根据这两个框架中任何一个产生之义务的内容——这个问题会在之后的分析中变得举足轻重。⁴

我们首先可能提出的问题是：是否许多——如果不是绝大部分的话——可适用且可行的人权义务事实上尚未存在于国际人道法规则之中，例如禁止伤害平民以及与被拘留者待遇相关的规则？简单的回答是，人权义务并不总会在国际人道法之中得到反映。⁵ 此外，人权法的可适用性会带来一些国际人道法不会产生的额外因素，首当其冲的就是向国际人权保护机制求助的可能性。

反对国际人权法适用性的另一个理由主要集中在占领国并非仅在其自身的主权领土范围内行事。由此产生的问题是，人权义务的适用范围是否涵盖域外发生的行为？虽然有充分的理由支持域外人权义务广泛存在于各种局势中⁶，但必须承认，在某些情况下人权义务的域外适用性并不明确且仍有争议。⁷ 尽管如此，军事占领或许是争议最小的情形之一，主张占领国必须遵守国际人权法有着坚实的基础。包括国际法院在

3 International Court of Justice (ICJ), *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory opinion, 8 July 1996, ICJ Reports 1996, para. 25; ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 9 July 2004, ICJ Reports 2004, para.106 (hereafter *Wall case*); ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, 19 December 2005, ICJ Reports 2005, para. 216; Inter-American Court of Human Rights, *Juan Carlos Abella v. Argentina*, Case 11.137, Report No. 55/97, OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. at 271, 1997; Human Rights Committee, ‘General Comment 29, States of Emergency (Article 4)’, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 2001, para. 3; Committee on Economic, Social and Cultural Rights, ‘Concluding observation: Israel’; U.N. Doc. E/C.12/1/Add.69, 31 August 2001; see also discussion in articles, *ibid.*

4 见下文有关义务的内容和国际人道法施加的法律限制的部分。

5 见下文对于经济、社会和文化权利的讨论。

6 See analysis in Noam Lubell, *Extraterritorial Use of Force Against Non-State Actors*, Oxford University Press, Oxford, 2010, ch. 8.

7 *Ibid.*; see also further analysis of this issue in Marko Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

内的大量国际机构也已经确认了这一点。⁸可以说,该主张基于如下前提,即占领国担当着这片领土行政管理者的角色,因此在对待其控制的领土内的个人时,必须遵守人权义务。有鉴于此,本文以接受国际人权法在军事占领情形中的潜在适用性为出发点,侧重分析这一判定背后的标准、其适用性可能的表现方式以及所创设义务的范围,而并不着重讨论人权法能否适用的问题。

正如后文所述,在个案中断定可适用性的具体推理过程可能会影响对义务内容的评估。尤其是在欧洲的判例中,找到人权法域外适用的路径不止一条,“斯凯尼诉联合王国”(Al-Skeini v UK)⁹一案就反映了这一点,该案中十分明确地提出了不同的判断标准。第一项被称为“国家代理人的权力”标准,欧洲人权法院则采用了“国家代理人的权力和控制”¹⁰这一表达,并对该标准做出了如下总结:

“显然,无论何时国家通过其代理人对个人行使控制和权力进而行使管辖权,那么该国就有义务根据《欧洲人权公约》第1条确保该人享有《公约》第一章中规定的与此人所处情势相关的权利和自由。”¹¹

8 ICJ, *Wall case*, above note 3, paras.107-112; ICJ, *DRC v. Uganda*, above note 3, paras. 216-220; Human Rights Committee, *Concluding Observations of the Human Rights Committee: Israel*, 18 August 1998, CCPR/C/79/Add.93; Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Israel*, 31 August 2001, E/C.12/1/Add.69; Report on the Situation of Human Rights in Kuwait under Iraqi Occupation, prepared by Mr. Walter Kälin, Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, in accordance with Commission resolution 1991/67, E/CN.4/1992/26, 15 January 1992, paras. 55-59; European Court of Human Rights (ECtHR), *Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections)*, Application No. 15318/89, Judgment of 23 March 1995, Series A No. 310, paras. 62-64; ECtHR, *Cyprus v. Turkey*, Application No. 25781/94, Judgment of 10 May 2001, para.77.

9 *The Queen ex parte Al-Skeini and Others v. Secretary of State for Defence*, England and Wales Court of Appeal [2005] EWCA Civ 1609, 21 December 2005; Opinions of The Lords of Appeal for Judgment in the Cause *Al-Skeini and others (Respondents) v. Secretary of State for Defence (Appellant) Al-Skeini and others (Appellants) v. Secretary of State for Defence (Respondent) (Consolidated Appeals)*, 13 June 2007, [2007] UKHL 26; ECtHR, *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom*, Application No. 55721/07, Judgment of 7 July 2011.

10 ECtHR, above note 9, *Al-Skeini*, paras.133-137.

11 *Ibid.*, para.137.

另外一项标准是“对该地区的有效控制”，这指的是“某缔约国因合法或非法的军事行动而对其本国领土之外的地区行使有效控制时”的情形。¹² 法院对这两项标准做出了明显的区分，即“国家代理人的权力”标准所创设的义务仅限于“与个人所处情势相关的”权利¹³，而根据“对该地区的有效控制”标准，“控制国有责任根据《欧洲人权公约》第1条，在其控制区域内，确保尊重《公约》以及该国批准的各《附加议定书》中所规定的全部基本权利”。¹⁴

乍看之下，军事占领情形似乎是满足“对该地区的有效控制”标准的典范；确实，此前涉及占领的案例至少在某种程度上构成了上述案件中所采方法的依据。¹⁵ 归根结底，占领的本质是围绕着占领国对该地区的控制展开的，《海牙章程》第42条清楚地表现了这一点：“领土如实际上被置于敌军当局的权力之下，即被视为被占领的领土。占领只适用于该当局建立并行使其权力的地域。”因此，如果有人因为占领国有效控制了该地区，而假定人权义务自动适用于军事占领局势，那么这也无可厚非。但不是所有人都同意这个观点。尤其是在“斯凯尼案”中，英国主张要在“成为占领国”与“拥有触发人权义务所必需的控制”之间做出区分。英国上诉法院大法官布鲁克表示：

“虽然英国是《海牙章程》和《日内瓦第四公约》意义上的占领国，但根据欧洲人权法院的判例，则不太可能主张英国当时已有效控制巴士拉城。”¹⁶

欧洲人权法院虽然另辟蹊径，但并没有平息有关“对该地区的有效控制”标准的争论。一方面，法院不同意英国呈交的意见，裁定此案中的情况确实需要可以创设人权义务的管辖权联系。另一方面，虽然该

12 *Ibid.*, para.138.

13 *Ibid.*, para.137.

14 *Ibid.*, para.138; ECtHR, *Cyprus v. Turkey*, above note 8, para.77.

15 *Ibid.* For further discussion of the notion of control, see M. Milanovic, above note 7, pp. 135-151.

16 *Al-Skeini*, Court of Appeal, above note 9, Brooke LJ, para.124. See also para. 127.

案中的情形构成占领——从定义看与领土控制的概念相关——但是欧洲人权法院并没有完全依赖“对该地区的有效控制”标准，似乎还吸纳了“国家代理人的权力”标准中的要素：

“由此可见，在复兴党政权倒台之后直到过渡政府继任，英国（和美国一道）在伊拉克行使了通常由主权政府行使的某些公权力。特别是，英国具有维护伊拉克东南地区安全的权力和责任。在这些例外的情况下，法院认为英国通过其士兵在所述期间内参与巴士拉的安全行动而对此类行动过程中被杀害的个人行使了权力和控制，从而在死者和英国之间建立起《公约》第1条意义上的管辖权联系”。¹⁷

这个结论就像一杯胡乱调制的鸡尾酒，试图错误地把领土控制的概念和国家代理人的权力问题搅在一起。法院虽然注意到了英国对领土的控制权，却继续基于国家代理人针对个人行使的权力来进行裁决。对法院而言，在似乎承认了两项判断标准的有效性之后，或许更应该从始至终采用其中的一项标准（或者两项都采用）。第一种可能性或许是要驳回英国的主张并澄清，为确立军事占领的存在而承认的权力和控制，其本身就可作为一项证据证明对该地区行使必要控制对于人权法的适用是必不可少的。另一种可能性是，法院可以进行个案分析，判断每个案件是否符合“国家代理人权力”的标准——本文认为，该标准超出了正式拘留的严格范围，可能会把该案中出现的许多情形包括在内。¹⁸

把军事占领和“对该地区的有效控制”的人权标准等同起来的所谓的阻碍，源于这样一种主张：在控制了领土的情况下，一国必须履行其负有的全部人权条约义务。这可以说是“完全不现实”的主张。¹⁹提出这种“非此即彼”的方法则是反对把军事占领和人权法中“控制该地区”的概念等同起来。比如，法院主张，即使认为一个局势是占领，占领国在当地可能也没有足够的部队来实施适用人权标准所要求的控

17 ECtHR, *Al-Skeini*, above note 9, para. 149 (emphasis added).

18 N. Lubell, above note 6, ch. 8.

19 *Al-Skeini*, Court of Appeal, above note 9, Brooke LJ, para. 124.

制。²⁰此外，法院称从法律的角度而言，因为占领法对占领国的权力施加了限制，所以其遵守人权义务的能力也受到了减损。²¹从这两个角度提出批评是有好处的。根据“对该地区的有效控制”标准完全适用人权法会将占领土等同于该国自身的领土，做出这种假定会与占领的现实情况脱节。在当地长期生活的现实不可能性以及法律上的障碍，都可能会限制占领国的能力，使之难以按照与国内完全相同的方式履行人权义务。与此同时，某些障碍的存在并不能掩盖这样一个事实，即占领国显然对于这片领土拥有控制并负有责任，随之而来的就是附着于其权力之上的人权义务。归根结底，“非此即彼”的立场很可能导致要么要求不切实际地履行“全部”人权义务，要么产生“没有任何”人权义务的真真空。这二者都难以令人满意。正如英国上诉法院大法官塞德利所指出的：

“如果因为英国无法保障每一项权利，就说其不需要保障任何权利，这算不上什么答案。问题在于，2003至2004年间，是否我们的部队在实地的有效性是如此微不足道，以至于即便假定他们拥有作为占领军的权力，他们也仍然对巴士拉地区每时每刻发生的事情缺乏任何实际控制。我自己的回答是，即使在证据所描述的不稳定局势中，英国部队也仍然可以控制的一件事就是，他们自己对于致命性武力的使用。在他们所遭遇的局面中能否正当使用致命性武力——摆在我们面前的至少有四个实例——恰恰是上诉方寻求调查的主题。在这样的调查中，部队相对于平民而言所占的低比例、武器的普遍可获得性以及叛乱活动的猖獗都要加以评估。”²²

我们或许可以通过以下提议来找到解决方案：可以在开始时预先假定所有人权义务都存在，但有必要对每个案件中的情况进行背景分析。再说“国家代理人的权力”标准，很显然，背景分析的方法不仅是可行的，而且是可取的。根据欧洲人权法院的观点，“国家代理人的权力”

20 *Al-Skeini*, Court of Appeal, above note 9, paras. 119-124, 194.

21 ECtHR, *Al-Skeini*, above note 9, para. 114.

22 *Al-Skeini*, Court of Appeal, above note 9, Sedley LJ, para. 197.

标准已经承认在确定国家义务的范围时需要考虑相关情况。²³ 这些义务的产生仅限于国家代理人在这种情况下有权控制的权利。这背后的逻辑建立在这样一个事实之上：既然国家对相关情况没有更广泛的控制，也缺乏必要的能力采取某些行动，就不能期待国家去维护每一项个人权利。然而，如果某些个人权利事实上直接受到国家代理人的控制——无论是合法的还是非法的——那么国家就有义务维护这些处于其控制权之下的权利。例如，拘留一个人时，免受任意拘留的自由就要适用；针对一个人使用武力时，生命权就要适用。²⁴

因此，根据“国家代理人的权力”标准，背景情况会影响义务的实际可适用性。然而，我们现在关注的焦点并不在于对处于领土控制之外的个人的控制，而在于被占领土——占领国对该领土显然拥有一定的权力和控制。因此，我们回到“对该地区的有效控制”标准，尽管可假定人权义务广泛适用，但是本文认为，背景情况仍然会对义务的实质内容产生影响。这样的例子可以在国际法院关于“隔离墙”的咨询意见中找到，该咨询意见认为：

“被以色列占领的领土处于占领国以色列的属地管辖权之下，时间已超过37年。以色列在行使在此基础上拥有的权力时，须受《经济、社会、文化权利国际盟约》规定的约束。此外，以色列有义务不设置任何障碍，不妨碍在已向巴勒斯坦权力机构移交权限的领域内行使这些权利。”²⁵

国际法院进而承认，虽然《经济、社会、文化权利国际盟约》因为以色列是占领国而整体适用，但实质义务的确定必须考虑巴勒斯坦当局的存在及其在该领土内的角色。值得注意的是，虽然背景情况可能会改

23 ‘...relevant to the situation...’, in ECtHR, *Al-Skeini*, above note 9, para. 137.

24 N. Lubell, above note 6, ch. 8; O. Ben-Naftali and Y. Shany, above note 2, p. 64. 当然，在武装冲突的局势中也存在这样的问题，即国际人权法和国际人道法同时适用会对义务的性质造成什么样的影响。这是一个单独的问题，也是一个老生常谈的问题，对此既没有定论，也没有共识。本文关注的焦点不在于如何处理两个法律体系的同时适用，而在于一个更上游的问题，即确定可适用的人权义务的范围。

25 ICJ, *Wall case*, above note 3, para.112.

变义务的内容，但不会完全免除该义务；对于那些巴勒斯坦当局正在管理的权利，以色列不得主动设置障碍。其他案件也均已认可与领土控制有关的背景情况。²⁶

根据这种方法，包括占领在内的领土控制的确会触发该国承诺遵守的全部人权义务的可适用性。虽然如此，也必须根据背景情况——包括当地的局势和法律限制——来确定义务的实质要素以及评估是否发生了违反义务的行为。这些背景情况可能包括以某种方式采取行动的后勤能力问题，或者诸如受占领法对占领国施加的立法限制所影响的义务。²⁷即便如此，这几种关切都不能作为全盘背弃义务的现成的正当理由。虽然义务的各个方面会因背景情况而发生改变，但国际人权法总体的适用性已然确立，总会存在一定的义务。

人权义务的内容

基于以上分析，国际人权法可以适用于军事占领的局势，但必须根据占领国所处的法律和现实背景来确定可被视为充分遵守了相关义务的具体行为。背景情况可能很难事先加以确定，但为每个可能的情形都创设具体的法律是不可能的，除非最终放任占领国逃避其应当承担的责任，或者创设由于艰难的环境而没有任何履行可能性的不切实际的义务。个案分析方法在确定义务的具体内容时会考虑背景情况，即便是考虑到这一点，但尽可能实现人权保护的最有可能的途径仍是拥有确定国际人权法可适用性的一项一般原则。本部分以某些需要关注的关键领域为例，阐释了这种方法在实践中是如何运作的。它基于这样一个理解：虽然人权义务可能一直适用，但其适用的模式——与其可适用性截然相反——则可能因主要情况的不同而有所差异。这对于军事占领局势而言，既不新奇也不独特；各种各样的情况都可能对一个国家采取的与一

26 ECtHR, *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia*, Application No. 48787/99, Judgment of 8 July 2004.

27 至于情况是否如此，详见后文的进一步讨论。

项特定权利有关的具体行动产生影响。例如，隐私权可防止国家对全部人口的私人邮件进行经常性的阅读和审查，但如果信件是寄给一所戒备森严的监狱设施中的囚犯，在这种背景下，隐私权的落实方式可能就会有所不同。²⁸

在很多情况下，人权公约的措辞都明确允许在考虑到某些背景的情况下进行一定的限制，其方式是在描述权利本身的同时附加声明——诸如为“依法律规定，且为保障公共安全、秩序、卫生或风化或他人之基本权利自由所必需的限制”留有余地。²⁹ 克减是另外一条进行潜在限制的途径：³⁰ 例如，允许正经历灾难性自然灾害的国家实施交通管制，以便有效开展紧急救援服务。财政状况在某些情况下也可能被纳入考虑范围之内，《经济社会文化权利国际盟约》中所谓“尽最大能力”的措辞就明显反映了这一点。有时，背景情况甚至未必与最初的设想相同，但即便如此，也必须对其加以考虑。举例而言，如果针对一个人的拘留发生于公海之上，距离拘留国的领土5500公里，那么可以允许该国花费16天来履行其“迅速”将此入带见法官的义务，虽然这段时间明显比通常允许的时间要长。³¹ 以上的例子表明，在具体情况中确定人权义务的内容时，的确可以对背景情况加以考虑，而背景情况也确实受到了考虑。

28 “人权事务委员会承认，对于监狱当局而言，针对犯人的通信往来采取控制和审查措施是正常的。但是，《公民及政治权利国际盟约》第17条规定‘任何人的通信不得加以任意或非法干涉’。这要求所有此类控制和审查措施都必须符合令人满意的法律标准以防止其任意适用 (see para. 21 of the Committee’s views of 29 October 1981 on communication No. R.14/63 [63/1979])。此外，限制的程度必须符合《盟约》第10条第1款所要求的给予被拘留人的人道待遇标准。特别是，在必要的监督之下，应当允许犯人通过通信和会见的形式，与其家人和声誉良好的朋友进行定期的交流。” Human Rights Committee, *Miguel Angel Estrella v. Uruguay*, Communication No. 74/1980, U.N. Doc. CCPR/C/OP/2 at 93 (1990), para. 9.2.

29 《公民及政治权利国际盟约》，联合国大会1966年12月16日第2200A (XXI)号决议 (U.N. Doc. A/6316) 通过，1976年3月23日生效，第18条第3款 (体现了宗教自由)。

30 《公民及政治权利国际盟约》，第4条；《欧洲人权公约》(213 U.N.T.S. 222)，1953年9月3日生效，由第3、5、8和11号议定书予以修正，上述议定书分别于1970年9月21日、1971年12月20日、1990年1月1日和1998年11月1日生效，第15条；《美洲人权公约》(O.A.S. Treaty Series No. 36, 1144 U.N.T.S. 123)，1978年7月18日生效，第27条。

31 ECtHR, *Rigopoulos v. Spain*, Application No. 37388/97, Decision of 12 January 1999; see also ECtHR, *Medvedyev and others v. France*, Application No. 3394/03, Grand Chamber, Judgment of 29 March 2010, paras. 127-134.

在讨论人权义务的实质要素时，另一个有用的方法是利用积极义务和消极义务的概念。对于积极和消极义务的认识并不是区分不同权利类别的手段。相反，在绝大多数权利中，积极要素和消极要素都是存在的。我们可以通过“尊重、保护和兑现”的三层方法来理解这些区别。这种权利的结构化在经济、社会和文化权利范畴内已经受到了相当的关注，但它也与公民和政治权利相关。³² 尊重一项权利（或该权利的消极要素）使国家有义务避免采取与该权利直接相悖的措施。在大多数情况下，消极义务首先要求一国避免采取某些措施，“不去剥夺人们有权享有的东西”，像这样通常不会造成巨大的负担。³³ 然而应当注意的是，本文所提出的背景分析方法并不依靠这种消极和积极义务本身的区别。确切地说，这种区分仅在如下范围内有意义，即在大多数情况下，消极义务不太可能表现出对实施构成挑战。最终，各类义务的判断标准是根据背景情况对其进行逐个评估，而非把一项义务归类为消极的或积极的。

尽管存在上述意见，保护和兑现人权的积极责任仍然很有可能引起进一步的关注，对此必须进行分析，尤其是在诸如军事占领这样的局势中。对于公民权利与政治权利而言，积极的保护义务可以通过很多方式体现出来，比如在某些情况下，“当局采取预防性行动措施保护生命受到威胁的个人免遭他人犯罪行为的侵害这样一种积极义务”确保对生

32 “如同公民权利与政治权利一样，经济、社会与文化权利向国家课以了三种不同类型的义务：尊重的义务、保护的义务和兑现的义务。未能履行这些义务中的任何一种，都会构成对这类权利的违反。” Theo van Boven, Cees Flinterman, Ingrid Westendorp (eds), *The Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights*, SIM, Utrecht, 1996, para. 6; Committee on Economic, Social and Cultural Rights, ‘General Comment No. 12: Right to adequate food (Art. 11)’, Twentieth session, 12 May 1999, U.N. Doc. E/C.12/1999/5, para.15; Committee on Economic, Social and Cultural Rights, ‘General Comment No. 13: The right to education (Article 13 of the Covenant)’, Twenty-first session, 8 December 1999, U.N. Doc. E/C.12/1999/10, paras. 46-47.

33 “消极义务——不去剥夺人们有权享有的东西的义务——是且必须是普遍的。一项权利只有在与其相一致的消极义务具有普遍性时才能得到保障，因为任何国家如果连不剥夺一个人有权享有的东西的消极义务都不承担，就会因此任意剥夺权利人应当享有的权利。然而，普遍的消极义务就不会有问题（如果忽略‘机会成本’的话）。我可以轻易地做到不去打扰至少50亿人，再多人也没有问题。” Henry Shue, ‘Mediating Duties’, in *Ethics*, Vol. 98, No. 4, 1988, p. 690.

命的保护。³⁴ 这要求存在一套有能力以规定的方式对权利实施保护的执法系统。至于是否可以要求占领国提供这种保护，“斯凯尼案”就是一个很好的例子。英国政府称其无法在伊拉克东南部维护法律与秩序，一方面因为其没有足够的部队，另一方面因为当地执法系统分崩离析从而引发了大规模犯罪。³⁵ 英国提出这一主张作为否定《欧洲人权公约》可适用性的依据，因为根据其所描述的局势，有效控制并不存在。与英国的主张相反，根据本文之前的分析，英国的立场可谓本末倒置：正确的方法是首先一致确定英国为占领国；这样人权义务可适用性所必需的控制就自然而然建立了。占领国没有执行法律并维护秩序的能力证明了人权义务的不适用性这一主张，不仅与分析人权法可适用性的正确方法相悖，还违反了占领法的义务。《海牙章程》第43条规定如下：

“合法政府的权力实际上既已落入占领者手中，占领者应尽力采取一切措施，在可能范围内恢复和确保公共秩序和安全并除非万不得已，应尊重当地现行的法律。”³⁶

关于占领国根据本规定承担的义务以及在这方面人权义务的必要性，国际法院在分析乌干达采取的措施时触及了该问题：

法院由此得出结论，在相应的时间内乌干达是伊图里地区的占领国。因此根据1907年《海牙章程》第43条，乌干达有义务尽力采取一切措施，尽可能恢复和确保被占领地区的公共秩序和安全，除非万不得已，应当尊重刚果民主共和国的现行法律。这一义务包括确保尊重国际人权法和国际人道法中可适用规则、保护被占领土的居民免遭暴力行为的侵害以及不容许任何第三方实施此类暴力等责任。

法院在得出乌干达于相应时间内是伊图里地区的占领国这一结论之后，认为乌干达对其军队违反该国国际义务的任何行为以及

34 ECtHR, *Osman v The United Kingdom*, Application No. 23452/94, 87/1997/871/1083, Judgment of 28 October 1998, para. 115.

35 ECtHR, *Al-Skeini*, above note 9, para. 112.

36 1907年《海牙第四公约附件：陆战法规和惯例章程》，第43条。

在预防被占领土内其他行为人——包括为自身利益行事的反叛团体——违反人权法和国际人道法方面缺乏任何警惕均负有责任。³⁷

因此，一个国家一旦成为占领国，就要努力确保被占领土内的法律与秩序；³⁸ 如果占领法已经对占领国提出了这样的要求，那么该国就不能以无法遵守国际人道法义务作为否定人权义务可适用性的正当理由。国际人道法要求占领国采取积极的措施。至于人权义务的内容，显然可要求其履行作为消极层面的尊重人权的义务，而积极的要素无论如何都要与既存国际人道法义务规定的内容相同。在特定情况下无法履行积极义务并不能否定人权义务的可适用性；不过，可用以确定，在这种情况下国家已经尽其所能来避免违背其所负的义务。在这种情况下，虽然我们可以断言人权义务的可适用性，却仍然为该情况是否会对履行义务的能力造成影响留有商榷的余地。³⁹

因此可以认为，必须遵守人权义务的消极层面，从而禁止国家以一种不尊重居民权利的方式行事。不过，作为积极要素的保护与兑现则取决于背景情况。举例而言，虽然部队可能无法在领土全境像警方提供的全面保护那样保护居民不受犯罪行为侵害，但其自身也决不能参与任意的杀害或拘留等行为。此外，在部队拥有必要能力的情况下，他们必须承担积极要素方面的责任——例如，在他们有能力介入和阻止的时候，他们就不能对一项暴力犯罪袖手旁观。至于人们对占领国部队的期望值有多大，则可能取决于多种因素，例如根据现场暴力的程度展现出充分的应对能力。同样，在拘留场所中，占领国不仅必须避免直接对被拘留者造成伤害，还必须遵守一切由权利（例如为被拘留者提供食物，保护他/她不受其他被拘留者的伤害）而产生的积极义务。因此，任何评估都

37 ICJ, *DRC v. Uganda*, above note 3, paras. 178-179.

38 有关第43条恢复和确保公共秩序和生活的义务，见 Yoram Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 91-94.

39 见前文有关可适用性的讨论。“在面对部分或完全不作为时，法院的任务是确定在多大范围内最低限度的努力仍然是可能的以及是否应当做出这样的努力。” ECtHR, *Ilaşcu and Others*, above note 26, para. 334. See also the reference to ‘due diligence’ in M. Milanovic, above note 7, p. 141. 该书提及了“尽职调查”。

必须考虑当前的情况。欧洲人权法院在对“斯凯尼案”的审理中就承认，需要切实地了解局势：

“在入侵和战争发生后不久，英国在敌对的外国地区成为占领国，这一事实为调查当局带来了一些实际问题，法院以此作为出发点。这些实际问题包括：民用基础设施的毁坏，导致缺乏当地病理学家和验尸设施；占领者和当地居民之间存在语言和文化误解；当时在伊拉克境内任何活动所固有的危险性等各种问题。如前所述，法院认为在这种情况下，必须切实适用第2条中规定的程序义务，考虑调查者所面临的具体问题。”⁴⁰

另一个问题是基于其所认为的法律障碍而拒绝履行占领局势中的人权义务。占领法为占领国施加了某些限制，而这些限制就被视为履行人权义务的障碍。⁴¹在这方面，《海牙章程》第43条似乎呈现出一个难题，规定占领国“除非万不得已，应尊重当地现行的法律”。《日内瓦第四公约》第64条也做出了类似规定：

“占领地之刑事法规应继续有效，但遇该项法规构成对占领国安全之威胁或对本公约实行之障碍时，占领国得予以废除或停止。”⁴²

占领应当是暂时的，主权——与当局的管理权形成对照——并没有移交到占领国手中，这种预期要求规则的制定应当尽量降低占领者做出危及上述假定之改变的可能性。尽管如此，这些限制并不是绝对的，某些改变不仅可能是允许的，而且——如果需要遵守恢复或确保公共生活的义务——这些改变甚至可能是强制性的。第43条决不能“大开方便之门”，允许占领国在对其有利时插手干涉，在对其不利时则以限制的主张为挡箭牌。⁴³将上述规定合在一起解释，与占领法目标相符的改变就是允许的。这些目标中包括对公共秩序的责任，而根据《海牙章程》的

40 ECtHR, *Al-Skeini*, above note 9, para. 168.

41 *Ibid.*, para. 114.

42 《关于战时保护平民的日内瓦公约》（《日内瓦第四公约》），1949年8月12日订于日内瓦，1950年10月21日生效，第64条。

43 Eyal Benvenisti, *The International Law of Occupation*, Princeton University Press, Princeton NJ, 2004, p. 11.

原始法语文本，公共秩序是更为广泛的公共生活的概念，而不仅仅是法律与秩序的问题。⁴⁴ 虽然受自身利益驱动作出改变有被滥用的风险和潜在可能性⁴⁵，但仍有理由提出允许——甚至是要求——做出这些改变的主张，不过这些改变要基于对国际人权法的遵守，旨在有益于被占领土居民的权利。⁴⁶ 尤其是在长期占领的情况下，要是为了防止经济、社会和法律陷入停滞，在许多领域可能都需要积极的介入。因此，占领的持续期间也构成评估人权义务必须考虑的背景情况的一部分。⁴⁷

经济、社会与文化权利

与经济、社会和文化权利有关的人权义务的可适用性和水平同样是一个需要关注的问题。在占领局势中忽视这一类权利是缺乏充分依据的，所有关于这些权利可适用性的主张，都和公民权利与政治权利可适用性的主张异曲同工。实际上，联合国人权机构以及国际法院已经确认了《经济社会文化权利国际盟约》适用于占领国的行为。⁴⁸ 此外，对于被占领土的居民而言，其最关注的往往正是这些权利。虽然我们无法真正期待军事占领可以像自治民主政权一样，为公民自由与政治自由提供相同的保障，但该领土的居民需要其健康、教育和就业状况尽可能不受干扰。在占领局势中的大量实地工作也的确是围绕着这些关

44 *Ibid.*, pp. 9-11; Y. Dinstein, above note 38, p. 89.

45 See discussion in Y. Dinstein, above note 38, pp. 120-123.

46 See discussion in *ibid.*, pp. 46, 112-123. 有关这方面解释的发展，见E. Benvenisti, above note 43, pp. xi-xiv。对占领国立法的分析，另见Marco Sassòli, 'Legislation and maintenance of public order and civil life by occupying powers', in *European Journal of International Law*, Vol. 16, No. 4, 2005, p. 661-694. 虽然仍有基于人权义务加以改变的余地，但萨索利 (Sassòli)指出，对人权义务的解释和实施必须尽可能尊重当地社会与风俗 (*ibid.*, pp. 676-677)。

47 有关长期占领的情况下所面临的特定挑战的讨论，见Adam Roberts, 'Prolonged Military Occupation: the Israeli-Occupied Territories 1967-1988', in *American Journal of International Law*, Vol. 84, No. 1, 1990, pp. 44-103.

48 ICJ, *Wall case*, above note 3, paras. 107-112; Human Rights Committee, *Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Israel*, above note 8; see also Sylvain Vité, 'The interrelation of the law of occupation and economic, social and cultural rights: the examples of food, health and property', in *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 871, 2008, pp. 629-651.

注点展开的。⁴⁹ 尽管如此，确定占领国所负的义务水平和必须执行的具体职责时，也有必要采用背景分析的方法。有人可能会对这个领域的义务概念提出反对，因为经济、社会和文化权利被认为涉及大量的财政和后勤承诺，而人们不能期待一个暂时的占领国能做到这一点。在更一般地讨论区分公民权利和政治权利与经济、社会和文化权利时，这类主张往往是讨论的核心。然而无论是否在占领的背景之下，这一主张都不完全准确。大多数权利最终都需要财政承诺，公民权利与政治权利也可能代价不菲。比如，我们看看与拘留和审判相关的权利：一支运作正常的警察部队、一套司法系统、受过培训的法官与律师、法院和监狱——所有这一切都不是免费的。回到之前提过的尊重、保护、兑现的三层方法，并且注意到所有权利都需要一些开销相对较小的义务（比如不对被拘留者施以酷刑、不阻止个人就医）和需要投资的其他义务（比如一套足以维护正义的司法系统、一套能够提供基本医疗保健的卫生系统），这可能更加有效。不过，所有权利都包括不同层次的义务，尽管存在这种看法，但有一定可信度的观点是，与公民权利和政治权利相关的个人诉求倾向于关注消极/尊重的义务（比如个人免遭任意打扰的愿望），而经济、社会和文化权利则更可能以权利的积极/兑现要素（例如要求获得卫生保健）为中心。因此，军事占领这一背景要求对义务的不同要素加以区分，而这种可能性在处理经济、社会和文化权利时尤其重要。换言之，我们能期待占领国执行经济、社会和文化权利的“兑现”方面吗？

首先，重要的是要注意到，就像之前有关法律与秩序的讨论一样，在这里国际人道法也已经在诸如食品⁵⁰、健康⁵¹与教育⁵²等事项方面为占领国施加了某些义务。我们现在面临的问题是人权义务的可适用性是否

49 For example, see the work of Physicians for Human Rights – Israel, available at: <http://www.phr.org.il/default.asp?PageID=21> (last visited 24 April 2012).

50 《日内瓦第四公约》，第55条。

51 同上，第55-56条。

52 同上，第50条。

在占领法所规定的义务之外还增加了其它实质性的义务。⁵³ 虽然《日内瓦第四公约》施加了某些积极义务，比如提供医疗供应品，但对于所有的经济、社会和文化权利，情况则并非如此。例如，在工作和就业的事项上，《日内瓦第四公约》关注强迫劳动、劳务征用的问题，以及被保护人在占领国的命令下从事工作这种更加一般性的问题。⁵⁴ 因此，就这些情形之外的工作权而言，占领法几乎没有提供任何保护。以巴勒斯坦和以色列之间的冲突为例，显然对被占领土的居民而言，对工作的担忧是一个主要的问题，而且在这方面，占领国的措施可能会对被占领土的居民造成严重的不利影响。国际法院关于“隔离墙”咨询意见凸显了其中的某些问题，而且众所周知，建造隔离墙而产生的物理障碍以及大量对迁徙的其他限制，都对巴勒斯坦居民维持生计的能力造成了负面的影响。⁵⁵ 在该咨询意见中，国际法院在注意到《经济社会文化权利国际盟约》的可适用性之后，继续判定侵犯工作权构成一种违反国际法的行为。⁵⁶ 因此，就占领法未能充分保护的某些权利而言，国际人权法可加以补充。值得注意的是，在上述例子中，关注的焦点并不在于与该权利相关的积极义务（例如增加就业机会的职业培训项目）⁵⁷，而是不以下述方式行事的尊重/消极的义务，即损害被占领土内个人的就业和工作能力。占领国必须尊重这类人权义务。

更大的挑战来源于权利的兑现/积极方面，包括占领法中确实提到的那些权利。以健康权为例，《日内瓦第四公约》明确规定，占领国有

53 正如前文所指出的，即便是既存的国际人道法义务，这些义务也构成国际人权法一部分的事实，也可能触发人权条约机构监督的可能性。

54 《日内瓦第四公约》，第51-52条。

55 ICJ, *Wall case*, above note 3, paras. 133-134. 另见非政府组织“以色列占领区人权信息中心”(B'Tselem) 的描述：“在约旦河西岸，巴勒斯坦人因为限制而很难找到工作，也很难在地区间运输货物。这导致了运输成本的增加以及利润的降低。约旦河西岸不同地区之间的贸易往来变得昂贵、不稳定和低效率。西岸的经济被分割成了许多较小的当地市场。限制西岸的农户进入其位于‘夹缝地带’(seam zone) 和约旦河谷的土地已经对这些地区的农业造成严重损害。” See B'Tselem, ‘Effect of restrictions on the economy’, 1 January 2011, available at: http://www.btselem.org/freedom_of_movement/economy (last visited 24 April 2012).

56 ICJ, *Wall case*, above note 3, paras. 130, 133 and 134.

57 正如《经济、社会、文化权利国际盟约》的规定，该公约于1966年12月16日由联合国大会第2200A (XXI)号决议通过，1976年1月3日生效，第6条第2款。

义务保证医疗供应品以及维持医院和某些公共保健服务。⁵⁸ 此外，虽然《日内瓦第四公约》中提到了与地方当局的合作，但最终的责任仍着落在占领国身上以确保“采取并实行扑灭传染病与流行病传播所必要之预防及措施”。⁵⁹ 因此在经济、社会和文化权利领域，占领国的责任显然不止是不干涉和消极/尊重的义务，还包括积极义务。但积极义务延展的范围有多大呢？能从《日内瓦第四公约》中推导出的积极义务并不多，因为除了上述例子之外，《日内瓦第四公约》并未详细说明保障医疗服务工作的含义。这可能是人权法可以提供帮助的地方，因为它更加详细地规定了经济、社会和文化权利及其所需的义务。虽然《经济、社会、文化权利国际盟约》本身对具体的义务进行了一些描述，但在经济、社会和文化权利委员会作出的一般性意见中对相关义务进行了充分和详细的进一步解释，例如其对健康权的一般性意见。⁶⁰ 该委员会认定的许多核心义务与占领法中既存的关于基本卫生服务和医疗供应品的规定相差无几。不过，经济、社会和文化权利委员会还要求占领国为提高被占领土内卫生保健的长期战略进行投资。⁶¹

国家可能无法立即执行《经济社会文化权利国际盟约》中规定的所有义务，而《盟约》本身考虑到了这种可能性，并纳入了逐步实现的

58 《日内瓦第四公约》，第55条和第56条。

59 同上，第56条。See also Jean S. Pictet (ed.), *The Geneva Conventions of 12 August 1949, Commentary, Fourth Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, Geneva, 1958, pp. 313-314. “在某些情况下，国家当局完全有能力照顾居民的健康还是可能的；在这种情况下，占领国不必介入；它只须避免妨碍对此任务负责的机构从事其工作。然而在大多数情况下，入侵部队将要占领的国家正经受战争的严重摧残；医院和医疗服务陷入混乱，缺乏必要的供应品，无法满足居民的需求。这样一来，占领国必须与当局合作并在其所有方法之最大限度内，确保医院和医疗服务能够持续正常工作。第56条特别提及了扑灭传染病与流行病传播所必要的预防措施。这些措施包括，例如公众健康的监督、对一般公众的教育、分发药品、组织医疗检查和消毒、建立医疗物资库存、向流行病蔓延的地区派遣医疗队、在医院中隔离与安置传染性患者以及开设新的医院和医疗中心等。”

60 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, ‘General Comment No. 14: The right to the highest attainable standard of health (Art. 12)’, Twenty-second session, 11 August 2000, U.N. Doc. E/C.12/2000/4.

61 *Ibid.*, para.36.

概念，顾及了一国的“资源能力所及”。⁶²《日内瓦第四公约》也在规定其卫生保健义务时，以“在其所有方法之最大限度内”这一措辞开头⁶³，二者结合在一起或可得出结论，即，义务的确定应当以可用的资源为基础，占领国只需在其力所能及的范围内尽可能采取行动。初看之下，如果在占领局势中不太可能指望占领国为兑现权利而履行所有积极和长期义务的话，这可能会为占领局势提供一个解决方案。然而根据人权法，这不仅仅是一个资金能力的问题。即便没有庞大的资源，“逐步实现”也没有免除国家采取措施的义务：虽然“逐步实现”承认即刻的改变不太可能，但它要求朝着改变的方向迈进。⁶⁴反过来说，这意味着一个无法轻易以欠缺资源作为理由的相对富裕的占领国突然之间必须投入大量资金在被占领土内建立新的国家卫生保健系统吗？值此之际，我们有必要回到之前有关背景情况的讨论。

被占领土内的战区在各方面都与一国国内的管理环境相去甚远。尤其是，军事占领原本应当是暂时性的事件，不鼓励占领国在遥远的未来继续治理该国的设想。因此我们可以认为，除了消极/尊重的义务以外，占领国的人权义务只限于那些履行核心义务所必需的积极行为，例如确保基本的卫生设施、安全的饮用水以及基本药物⁶⁵，但并不包括参与长期事务，比如投资建设新的医学院。然而，背景情况在两个方面都会起作用。虽然它可能会因为军事占领的性质而限制占领国的积极义

62 《经济、社会、文化权利国际盟约》，第2条。

63 《日内瓦第四公约》，第55条和第56条。

64 “《经济、社会、文化权利国际盟约》预见到了‘超期实现’(realization over time)，或者换言之叫‘逐步实现’，这一事实不应该被曲解，从而剥夺义务中一切有意义的内容。一方面，这是一种必要的弹性策略，反映了现实世界的真实情况，也反映了各国在确保全面实现经济、社会、文化权利的过程中所面临的困难。另一方面，这一措辞必须根据《经济、社会、文化权利国际盟约》的整体目标、甚至是存在的目的(*raison d'être*)来加以解读，即为缔约国确立全面实现相关权利的确切义务。因此，它也施加了尽可能迅速而有效地向这个目标迈进的义务。” Committee on Economic, Social and Cultural Rights, ‘General Comment 3: The nature of States parties obligations, Art. 2, para.1 of the Covenant’, Fifth session, 14 December 1990, para. 9.

65 《日内瓦第四公约》，第56条；Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment no. 14, above note 60.

务，但如果情况是占领不符合人们对暂时性的预期——例如，以色列作为占领国超过40年——那么接下来这种背景情况可能会要求针对积极义务采用更为宽泛的方法。虽然存在限制，但占领国可以从事某些为了当地居民的利益而改变现状的活动。⁶⁶ 在长期占领的情况下，占领国不仅需要履行最低限度的核心义务，还要确保兑现居民权利的长期战略，这可能是义不容辞的。

不歧视原则也必须予以注意。这是贯穿人权法所有领域的首要原则。继续以健康权为例，在军事占领的背景下歧视这个问题提出了一个有意思的疑问。国家应以不歧视的方式落实健康权⁶⁷；这如何移植到占领中？一国在其自身领土和被占领土内提供的医疗卫生服务之间可能存在巨大的差别，期待这两个地区中的卫生状况相同或许也并不可行——英国显然不会将其著名的国民医疗服务制度延伸到伊拉克南部地区。事实上，虽然《日内瓦第四公约》规定冲突之一方领土内的外国人应当享有同等的医疗待遇⁶⁸，但该公约并没有就被占领土内的被保护人做出相同的规定，人们也不能期待占领国本土的居民和被占领土的居民之间能够完全平等。然而，不歧视的人权原则仍然与被占领土内医疗卫生服务的提供方式息息相关。因此，该原则可能与诸如下列情形相关：来自占领国的平民居民正生活在被占领土（例如以色列定居者），而且和他们的当地邻居相比，他们能够获得更高水平的卫生保健服务。⁶⁹

66 见先前的讨论；但是注意，通说认为“当地居民”指的是被占领土内的被保护人和原住民。如果对这个概念进行扩张，将诸如占领国的国民（如以色列的移居者）等其他人也纳入其列，这将会带来严峻的挑战，并且有可能导致占领者和被保护人各自需求之间的关键平衡被打破。相关问题的讨论，见Aeyal M. Gross, ‘Human Proportions: Are Human Rights the Emperor’s New Clothes of the International Law of Occupation?’, in *European Journal of International Law*, Vol. 18, No. 1, 2007, pp. 1-35.

67 《经济、社会、文化权利国际盟约》，第2条第2款；Committee on Economic, Social and Cultural Rights, ‘General Comment No. 20, Non-discrimination in economic, social and cultural rights (art. 2, para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)’, Forty-second session, 2 July 2009, E/C.12/GC/20; Committee on Economic, Social and Cultural Rights, ‘General Comment No. 14’, above note 60, paras. 12(b), 18-19.

68 《日内瓦第四公约》，第38条。

69 See Israel High Court of Justice (HCJ), 168/91 *Morcos v. Minister of Defence*, and the requirement of non-discrimination with regard to distribution of gas masks to both settlers and Palestinian population.

人权义务的渊源

虽然占领国有义务遵守国际人权法的主张呼声很高，但仍需要提出的一个问题则有关具体义务的渊源。也就是说，我们在谈论哪些人权义务：是占领者根据自己批准的条约而必须遵守的那些义务，还是那些被占领的国家需要承担的人权义务？适用那些被占领者所接受的人权义务可能被视为在对一国居民执行一套其没有同意过的国际原则。反之，如果以被占领国所负有的义务为根据，占领国就可能受到其自身没有同意过的义务的约束。事实上，这些主张的大意是说，建议的解决方案不要简单地只依靠其中一种，而须对两者进行结合。

首先应当注意到的是，虽然我们必须对条约义务的渊源进行进一步确认，但对于习惯国际法而言，则不存在这样的障碍。根据习惯国际法，诸如生命权、免遭任意拘留的自由以及禁止酷刑等基本权利对于所有国家都有拘束力。⁷⁰ 因此，无论占领国和被占领国都是缔约国的条约为何，占领国都受到构成习惯国际法一部分的所有人权义务的约束。

至于条约义务，如果占领国和被占领国都是相同条约的缔约国，那么困难会比较小。乌干达被指控在刚果民主共和国境内侵犯人权，国际法院在分析这个问题时确定了大量文件的可适用性，其中就包括《公民及政治权利国际盟约》，而且法院注意到两国都是该盟约的缔约国。⁷¹

70 Bertrand Ramcharan, 'The Concepts and Dimensions of the Right to Life', in Bertrand Ramcharan (ed.), *The Right to Life in International Law*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1985, pp. 1-32; W. Paul Gormley, 'The right to life and the rule of non-derogability: peremptory norms of *jus cogens*', in *ibid.*, pp. 120-159; International Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), *Prosecutor v. Anto Furundzija*, IT-95-17/1, Trial Chamber, Judgement of 10 December 1998, paras. 153-157; ECtHR, *Al-Adsani v. The United Kingdom*, Application No. 35763/97, Judgment of 21 November 2001, paras. 60-61; Richard B. Lillich, 'The growing importance of customary international human rights law', in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 25, No. 1, pp. 5-6; Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States, section 702, 1987 (referring to 'prolonged arbitrary detention'); Human Rights Committee, 'General Comment No. 24: Issues relating to reservations made upon ratification or accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in relation to declarations under article 41 of the Covenant', Fifty-second session, 4 November 1994, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, para. 8.

71 ICJ, *DRC v. Uganda*, above note 3, paras. 217, 219.

然而，并非所有占领局势中都有两个受到相同的人权条约约束的国家。在这种情况下，大量判例都支持这样一个原则，即要求占领者遵守因其受自身条约义务约束而产生的标准。“斯凯尼案”聚焦于英国根据《欧洲人权公约》所负的义务——伊拉克显然不是该公约的缔约国。英国，公认占领了伊拉克部分领土，必须遵守其自身人权条约义务中所规定的标准。⁷² 同样，在处理以色列占领巴勒斯坦领土问题的国际机构的大量判例之中，以色列均被要求遵守由其所缔结的条约而产生的人权义务。国际法院就认为，以色列根据《公民及政治权利国际盟约》、《经济社会文化权利国际盟约》以及《儿童权利公约》所承担的义务，全部适用于其作为占领国在约旦河西岸采取的措施。⁷³ 联合国的人权条约机构——例如人权事务委员会和经济、社会、文化权利委员会——同样也判定以色列承担的条约义务在被占巴勒斯坦领土内适用。⁷⁴ 这种方法昭示了构成域外可适用性基础的概念：为了保障人的尊严并保护所有人免遭权力滥用的侵害，人权的基本前提就是适用于一国采取的措施，无论该国是否是在自己的主权领土内行事。

尽管如此，被占领国的人权义务也与占领局势息息相关。事实上，根据占领法，占领国遵守某些被占领国所承担的人权义务十分必要。这首先缘于维护国内法的要求：如果当地法律纳入了被占领国自身承担的国际人权标准，那么占领国的行为决不能与这些标准相悖。⁷⁵ 话虽如此，但是正如之前的讨论所言，我们有理由区分“不采取直接妨害权利的措施”与“承担积极兑现某些权利的义务”。而义务的连续性原则以及不倒退原则为保持那些通过被占领国原本的义务来保障的居民权利提供了进一步的论据。联合国人权事务委员会在其“第26号一般性意见”中表达了如下观点：

72 ECtHR, *Al-Skeini*, above note 9.

73 ICJ, *Wall case*, above note 3, paras. 102-113.

74 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, ‘Concluding Observation: Israel; above note 3; Concluding observations of the Human Rights Committee: Israel’, CCPR/C/ISR/CO/3, 3 September 2010.

75 《海牙章程》，第43条。

“《盟约所载的各项权利属于在缔约国领土内生活的人民。人权事务委员会的长期做法表明它一贯认为，一旦人民在《盟约》下获得人权保障，则此一保障即随领土转移并持续归他们所有，而不论缔约国政府是否更迭，包括解体成一个以上国家或国家继承或缔约国后来为剥夺《盟约》所保障的权利而从事的任何行为。”⁷⁶

我们可以提出疑问，占领国是否可构成这一概念的例外，因为占领国只是临时当局，并非政府的更迭。但是，只要该国事实上在统治这片领土，它就因为该领土的人民享有的权利而肩负起了保护这些权利的义务。这一次在经济、社会和文化权利的背景下，通过推定禁止故意采取倒退性措施，我们还能为一方法找到额外的支持。⁷⁷

这个概念显然是一个值得商榷的命题，因为它似乎意味着未经第三方同意而对其施加国际义务。⁷⁸然而，在这里并非主张，占领国直接受被占领国所批准的国际条约的约束。相反，问题在于这些义务是否因被占领土内现行有效的国内立法以及与该国内法相关的国际人道法义务的渗透而产生。此外，正如之前所注意到的，虽然这可能要求占领国避免从事与国内法和包含其中的国际人权要素相悖的行为，但这并不必然需要一国承担采取大量措施以积极落实这些法律的义务。

归根结底，人权义务的条约渊源问题只是一个理论问题，在实践中的影响相对较小，这其中的原因有很多：许多基本权利都会通过习惯国际法适用；条约的广泛批准使得占领国和被占领国都有可能成为相同条约的缔约国；当它们批准的条约并不相同时，国际机构的某些晚近判例就依据占领国所承担的国际人权法条约义务，在这种情况下，实际上创设的是被占领国/领土没有缔结的条约中所规定的义务。⁷⁹换言之，如果争议较小的条约义务渊源可以在表面上带来更高水平的人权保护，那

76 Human Rights Committee, 'General Comment no. 26: continuity of obligations', 8 December 1997, CCPR/C/21/Rev.1/Add.8/Rev.1, para. 4.

77 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 'General Comment 3', above note 64, para. 9.

78 《维也纳条约法公约》(1155 UNTS 331, 8 ILM 679), 1980年1月27日生效, 第34条。

79 见前文对于英国在伊拉克根据《欧洲人权公约》承担义务的讨论，以及涉及以色列占领巴勒斯坦领土的案例。

么确定义务的渊源并不会构成严重的阻碍。最后，我们这里必须再次提及之前对背景情况的讨论。无论是适用占领国本身的人权义务，还是被占领国负担的义务，有关占领的法律和实践背景都可能会对这些权利的实质内容及其落实产生影响。

结论

时至今日，国际人权法可适用于军事占领期间并不应当是一个出人意料的结果。虽然对人权义务域外适用的完整范围仍有争议，而有关国际人道法和人权法同时适用之形式的辩论也仍在继续，但是到现在为止，有相当权重的意见和判例支持人权法在军事占领中的可适用性。此外，现行的方法意味着，当一国实施了领土控制（本文主张，这是占领定义的固有标准），所有的人权义务都适用。然而，这样的结论是在冒险向占领国提出不切实际——甚至或许是不可能——的要求。显然，占领局势中的情形可能反复无常，这和一国本土内可能的安宁稳定相去甚远。虽然占领国总是需要尽其所能来采取行动，但是每个案件（法律上的和事实上）的情况都会影响到其迅速履行义务的能力。本文认为，虽然我们可以假定军事占领中国际人权法的完全可适用性，但是履行义务所必需的具体要求以及对其是否得到遵守的任何评估，都必须以背景分析法为基础。