

辩论：占领法适用于 入侵阶段吗？

马腾·兹瓦涅伯格、迈克尔·博特、马尔科·萨索利*/李强**译

本《评论》的“辩论”栏目旨在促进对当前围绕人道问题展开的道德、法律或实践方面的争论。

国际人道法中对于占领的定义相当模糊，国际人道法文件也没有提供确定占领开始的清晰标准。根据1907年《海牙章程》第42条的措辞，占领可被定义为一个外国领土被敌方武装部队有效控制。确定入侵何时演变为占领并不总是很容易。这引发了占领法是否在入侵阶段就已开始适用的问题。在这方面，法律著作中经常提及的有两个主要观点。一般主张，占领法的规定仅在构成1907年《海牙章程》第42条规定之定义基础的要素得到满足时予以适用。不过，让·皮克泰在红十字国际委员会关于《日内瓦公约》的评注中提出了所谓的“皮克泰理论”，主张入侵和占领之间不存在中间阶段，占领法的某些规定在入侵期间就已开始适用。

* 马腾·兹瓦涅伯格 (Marten Zwanenburg) 是荷兰国防部法律顾问。本文以个人名义写作，并不必然代表国防部或荷兰政府其他任何机关的观点。

迈克尔·博特 (Michael Bothe) 是德国法兰克福大学 (Johann Wolfgang Goethe University, Frankfurt-am-Main) 荣誉退休教授。

马尔科·萨索利 (Marco Sassòli) 是日内瓦大学国际法教授、国际法与国际组织系主任，位于加拿大蒙特利尔的魁北克大学和拉瓦尔大学副教授；他还是《红十字国际评论》的编委会成员。

** 李强，法学博士，中国政法大学法学院讲师，主要研究方向为武装冲突法和国际刑法。

2003年，由于联军在伊拉克的推进，出现了大规模的抢劫和暴力活动，导致诸如医院和供水等公共基础设施的坍塌，相关讨论并不仅仅是一个理论问题。入侵的武装部队需要明白他们要适用哪些规则。

在占领法领域的三位专家——马腾·兹瓦涅伯格、迈克尔·博特和马尔科·萨索利——同意参与本次辩论会并捍卫三种不同的分析方法。马腾·兹瓦涅伯格主张，为了确定入侵何时转变为占领，唯一的标准就是1907年《海牙章程》第42条的规定，因此反对“皮克泰理论”。迈克尔·博特也反对“皮克泰理论”，主张入侵和占领之间可能存在中间状态，而且如果有的话将会非常短暂，一旦入侵者控制了部分被入侵领土，占领法就适用。最后，马尔科·萨索利捍卫“皮克泰理论”，并且主张，为了避免法律上的真空，在适用《日内瓦第四公约》的规则方面入侵阶段和占领阶段没有区别。

为了简洁明了，辩论者简化了他们复杂的法律推理。《评论》的读者应谨记，辩论者实际的法律观点较其在辩论中所表述的观点可能略有差别。

挑战皮克泰理论

马腾·兹瓦涅伯格

近年来，占领法日益受到关注。人们的注意力大多集中在对国际人道法这一分支的实体规则解释、其与人权法的关系以及联合国安理会关于适用占领法之决议的影响等方面。

然而，对占领法何时开始适用尤其是入侵从何时起转变为占领的问题，关注则相对较少。红十字国际委员会在其提交给第31届红十字与红新月国际大会题为《当代武装冲突面临的挑战》的报告中就表示，在占领法领域还存在一些重要且突出的法律问题：

国际人道法中占领的定义不仅是模糊的，而且其他的事实要素——例如敌对行动的持续和/或地方当局继续行使某种程度的权力，或者在战事逐渐停止期间和之后由外国军队行使某种程度的权力——还可能使得对某一特定局势的法律界定变得相当复杂……与占领法适用性问题相联系的是外国军队的入侵和撤离阶段可适用的法律框架的确定问题。有人提出，在入侵和撤离阶段应当支持对《日内瓦第四公约》的适用性进行广义解释——目的在于把赋予平民居民的法律保护最大化。¹

红十字国际委员会指的是有关占领法适用门槛的长期争论。传统上，占领与入侵有明显区别。普遍认为，只有在被入侵地区已达到一个最低的稳定程度后，占领法才会开始适用。这反映在1907年《海牙章程》第42条的措辞中。²

当四个《日内瓦公约》通过时，《海牙章程》中关于占领的规定得到了《日内瓦第四公约》第三部第三编的补充。该公约通过第2条第2款规定公约即使在占领未遇抵抗——即没有事先的入侵过程——的情形下也应予适用，从而扩大了占领法的适用范围。对于事先存在入侵的过程然后被占领的情形，公约则没有规定这种入侵何时转变为占领。这就产生了一个问题，这种转变与确定《海牙章程》中关于占领的规定何时适用是否应适用相同的标准，抑或就《日内瓦第四公约》而言有一个单独且不同的标准。

1 Report to the 31st International Conference of the Red Cross and Red Crescent, 'International humanitarian law and the challenges of contemporary armed conflicts', ICRC, Geneva, October 2011, available at: http://www.icrc.org/conf/31IC_IHL_challenges_report_EN.pdf (last visited 21 February 2012).

2 1907年《海牙章程》第42条规定：“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。”

后者就是让·皮克泰在其关于《日内瓦公约》的评注中所采纳的观点³，这也是它为什么还被称为“皮克泰理论”的原因。⁴皮克泰采用的确定《日内瓦第四公约》意义上的占领是否存在的标准是基于该公约第4条的具体措辞。该措辞的意思就是，一旦敌军对被保护人实施了控制，《日内瓦第四公约》中关于占领的规定就适用。因此，可适用的标准是基于对人的控制，而非《海牙章程》所要求的对领土的控制。大量学者已采纳了这一观点。前南斯拉夫国际刑事法庭审判分庭在“纳莱蒂利奇和马丁诺维奇”案 (*Naletilić and Martinović*) 中似乎也接受了这一判断。⁵该标准的许多支持者以这样的论据来支撑其主张：如果该标准未被接受，就会导致国际人道法的保护出现空白。⁶就这一点而论，该标准符合对于《日内瓦第四公约》之目的的解释，即旨在将国际人道法提供的保护最大化。

不过，也有些重要的观点对“皮克泰理论”提出质疑。本文将简要分析这些观点。第一个异议与《日内瓦第四公约》第4条的措辞有关。该条的相关部分规定：

3 See Jean S. Pictet (ed.), *The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary, (IV) Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1958 (Fourth Geneva Convention, Article 6§1), available online at: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/COM/380-600007?OpenDocument> (last visited 21 February 2012).

4 值得注意的是，根据让·皮克泰的理论，在《日内瓦第四公约》背景下的占领定义与源于1907年《海牙章程》第42条的定义是不同的，但该理论并不代表红十字国际委员会目前对该问题的观点。对红十字国际委员会而言，由于《日内瓦第四公约》缺乏关于占领的任何详细定义，而且该公约第154条强调了其对1907年《海牙章程》的补充性质，所以据此确认《日内瓦第四公约》提供了一个不同的占领定义从现行法的角度看不再有任何意义。在这方面，红十字国际委员会把皮克泰理论解释为只是降低了《日内瓦第四公约》某些规范适用的门槛，从而使其在入侵阶段（即不等同于国际人道法意义上的有效控制的一种局势）也产生了法律效果，目的在于加强国际人道法赋予陷于被入侵地区被保护人的法律保护。因此，红十字国际委员会仍将1907年《海牙章程》第42条视为唯一的法律基准，据此来确定占领状态是否存在。进一步的细节，见本期文章Tristan Ferraro, ‘Determining the beginning and end of an occupation under international humanitarian law’.

5 ICTY, *Prosecutor v. Naletilić and Martinović*, Judgment (Trial Chamber), Case No. IT-98-34-T, 31 March 2001, paras. 219–221.

6 如果该标准未被接受，那么处于被入侵但尚未被占领领土上的人就只能享有《日内瓦第四公约》第一部和第二部提供的有限保护。

在冲突或占领之场合，于一定期间内及依不论何种方式，处于非其本国之冲突之一方或占领国手中之人，即为受本公约保护之人。

需要重点指出的是，该条提到了处于占领国手中之人。因此，该条似乎要求占领事先存在，在这一背景下人们意识到自己处于占领国手中。换言之，占领不是因为人们发现自己处于一国手中的事实而产生的。有趣的是，皮克泰的评注中也默认了这一点，这意味着该评注也有自相矛盾之处：

“在冲突或占领之场合”一语仅指第2条定义的冲突或占领。

“处于……手中”的表达也在相当一般的意义上使用。这不仅仅是像战俘一样直接落入敌军手中的问题。仅仅是处于冲突一方领土或被占领土的事实就意味着一个人处于占领国的权力之下或“手中”。很有可能该国从未对被保护人实际实施控制：极有可能被占领土的居民从未与占领国或其组织有任何交集。换言之，“处于……手中”的表达不必从物理意义上理解；它只是意味着该人处于有关国家控制之下的领土。⁷

接受皮克泰理论会导致这样的情形，确定一个人是否为“被保护人”与确定是否存在占领的标准相重合。这一点很难与《日内瓦第四公约》中专门涉及占领局势的部分协调一致。它还引发了在人和物均受保护的局势中是否必须区分二者的问题。《日内瓦第四公约》第三部第三编既包含保护人的规定也包含保护物的规定。根据皮克泰的理论，前者受到保护的门槛要低于后者。根据《日内瓦第四公约》第4条，只要处于冲突一方手中前者就受到保护，而后者大概只能在《海牙章程》意义上的占领场合才能受到保护。

在《日内瓦公约》的缔约准备资料中，没有任何迹象表明起草者们意在背离此前已被接受的占领概念。如果他们有意在《日内瓦第四公约》中如此彻底地背离先前的占领概念，起码在讨论期间会有所提及。

7 See J. S. Pictet, above note 3 (GV IV, Art. 4), available online at: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/COM/380-600007?OpenDocument> (last visited 21 February 2012).

确实，如果皮克泰理论被否定，处于入侵部队手中的人会比处于占领国手中的人享有更少的保护。然而，不同的人群之间这种保护程度上的差异对于《日内瓦公约》而言也概莫能外。事实情况是，《日内瓦公约》的起草者们所规定的一些差别，其结果是赋予了特殊人群不同的保护水平。最明显的例子莫过于国际性与非国际性武装冲突的区别。《日内瓦第四公约》第4条则是这种区别的另外一个例子。它规定在交战国领土内之中立国人民及共同作战国人民，在其本国尚有通常外交使节驻在控制彼等之国家时，不得认为“被保护人”。无论喜欢与否，目前从事实来看，这样的区别就是国际人道法的重要组成部分。《日内瓦公约》目的和宗旨的人道性质也不能改变这一点。该目的和宗旨在解释公约的某一规定时具有重要作用，但却不能创设公约中此前并不存在的新规则。

有人可能认为，在条约条款的适用过程中，国家可能会逐步认识到对某一特定条款的解读必须与最初起草者们的意图有所不同。根据《维也纳条约法公约》第31条第3款第2项的规定，解释条约条款时应考虑“嗣后在条约适用方面确定各当事国对条约解释之协定之任何惯例”。

在国际人道法中，嗣后的国家实践可以改变原先被广为接受的对一项规则的解释，其中一个著名的例子是《日内瓦第三公约》中关于战俘释放和遣返的第118条。有充分的国家实践表明，国家以不同于1949年公约通过时的方式解释了该条的规定。⁸ 然而，对于占领的定义，情况则完全不同，除了上文提到的前南国际刑事法庭审判庭对“检察官诉纳莱蒂利奇和马丁诺维奇”案所做判决存在明显例外，现有的大多数国家实践都指向了相反的观点。譬如，在“蒙泰罗牧师诉果阿邦” (*Rev. Mons. Sebastiao Francisco Xavier dos Remedios Monteiro v. The State of Goa*) 一案中，印度最高法院就适用1907年《海牙章程》第42条关于占

8 See, *inter alia*, the practice referred to in John Quigley, 'Iran and Iraq and the obligations to release and repatriate prisoners of war after the close of hostilities', in *American University International Law Review*, Vol. 5, No. 1, 1989, p. 83; and Marten Zwanenburg, *Accountability of Peace Support Operations*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2005, p. 256.

领的定义来界定《日内瓦公约》意义上占领的开始。⁹ 国际法院在“刚果领土上的武装活动”案（刚果民主共和国诉乌干达）中也主张，《海牙章程》第42条关于占领的定义反映了习惯法。¹⁰ 法院接着就适用该定义来分析刚果民主共和国的诉求，包括对乌干达违反了《日内瓦公约》规定的指控。这意味着国际法院认为第42条规定的占领定义也适用于《日内瓦公约》。

有人可能会问，接受皮克泰理论，是否符合有效性原则。换言之，可以说，这样做会导致占领国实质上不可能履行其应当承担的义务。这就意味着《日内瓦第四公约》的起草者们并不支持皮克泰理论，因为不可能假定他们会为其各自的国家接受他们明知其不能履行的义务。一般而言，《日内瓦第四公约》第三部第三编的大部分规定似乎都预先假定对某一领土有效控制的存在，以便这些规定能得到充分的尊重。对于该编中的“积极”义务来说尤其如此，即那些要求占领国要做什么而非不做什么的义务。一个例子就是第50条关于对一切从事照顾及教育儿童团体之正当工作予以便利的义务。如当地团体不能适应该目的时，占领国应筹定抚养教育因战争变成孤儿或与父母失散，且不能由其近亲或朋友适当照顾之儿童之办法，倘属可能，应由该项儿童同一国籍、语言及宗教之人士担任该项工作。很明显，进入敌方领土的一次巡逻以及短暂地控制那里的一个村庄是很难确保其所遇见之儿童的教育问题的。这类任务通常由不参与这种巡逻的专业（“军民合作”、“民政”）人士完成。另一个例子是第56条，要求占领者负有依国家与地方当局之合作，保证并维持占领地内之医疗与医院设置与服务、公共保健与卫生之义务。该条特别提到了扑灭传染病与流行病传播所必要之防疫措施。根据皮克泰的评注，占领国需采取的符合其根据第56条所负义务的措施包括如：公众健康的监督、对公众的教育、药品的分发、组织健康检查和消

9 Supreme Court of India, *Rev. Mons. Sebastiao Francisco Xavier dos Remedios Monteiro v. The State of Goa*, 26 March 1969, *All India Reporter* 1970 SC 329.

10 ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, 19 December 2005, *ICJ Reports* 2005, p. 168, para. 172.

毒、建立医疗用品库存、向流行病爆发地区派遣医疗队、在医院中对传染病人的隔离与监护以及开放新的医院和医疗中心。这些措施均以具备一定的能力和专业人士为前提，而在“皮克泰理论”适用的许多局势中，一般都无法获得这样的能力与人士。确实，第56条加上一句“在其所有方法之最大限度内”就使占领者所负的义务变得十分微妙。但它无法改变的事实是，在制定第三部第三编中的该项和其他规定时，显然并未考虑到其在入侵阶段的适用。

一些人可能主张，基于上文所述，在被保护人处于冲突一方手中时，只有占领法的某些权利和义务适用于该局势而非其全部。这是有问题的，原因有二。其一，在《日内瓦第四公约》的文本中没有任何规定隐含着在第三部第三编的不同义务之间存在这种区别。其二，确实完全不清楚何种权利和义务可适用于皮克泰理论所适用的局势，何种不适用。这会造成这样一种情形，缔约国（以及被保护人）要去猜测在特定局势中其负有何种义务。从法律确定性的角度讲，这种情况是不可取的。

总之，大量的论据有力地表明，目前在确定入侵何时转变为占领方面尚不存在背离《海牙章程》规定的单独标准。这不是说人们不能主张作为应然法去适用皮克泰理论。事实上，该理论的适用强化了对被保护人的保护并且可以填补法律中“保护的空白区域”。不过，必须审慎待之。

正如前文提到的红十字国际委员会的报告中所说，实践已经表明，许多国家都主张，即使在它们对外国领土的全部或一部保持有效控制时占领法也不应适用，因为它们不愿意被视为占领国。在《海牙章程》第42条是确定占领是否存在的标准时如果已经存在这样的情况，那么要接受皮克泰理论，势必会加剧该趋势。如果那样的话，该理论的适用是否真正提供了其支持者们声称的加强保护所带来的一切利益就值得怀疑了。

入侵阶段的有效控制： 从实践角度看占领法的适用门槛

迈克尔·博特

编辑们所提出的问题——“占领法适用于入侵阶段吗？”——与两种局势相互关联：“占领”和“入侵”。国际人道法对“占领”这一术语加以了界定，尽管在该定义如何进行微调方面可能存在争议，但却未对“入侵”给出定义。为了进行评论，笔者将使用该术语将最普通和普遍的意义。在军事背景下，它意味着军事单位进入属于另一国家的地区。在这个意义上，譬如，它被联合国大会关于侵略的定义所使用，该定义包含这样一句话：“一个国家的武装部队入侵或攻击另一国家的领土。”¹¹

占领的存在触发了一项专门法律制度的适用，该制度存在于构成习惯法的《海牙章程》以及《日内瓦第四公约》和《第一附加议定书》的某些具体条款中。除非存在占领，否则该制度不能适用。在入侵阶段，只有在同时引发占领局势的情况下，该制度才可适用。不过，在同时涉及入侵和占领的法律文件中，占领一般被视为入侵之后产生的局势，或者说是入侵的结果。因此，上文所引用的关于侵略定义的段落也包括“因此种入侵而造成的……军事占领”。¹² 1880年国际法研究院通过的所谓《牛津手册》也做了这样的规定：占领“作为敌军入侵的结果”而产生。¹³ 然而，我认为，入侵的局势与占领的局势共存或重叠并非不可能。特别是，如果把被入侵国家的局势看作一个整体，入侵者可以在被入侵领土建立控制的同时，在该领土的其他部分使军队的推进——入侵——仍然持续。

11 联合国大会第3314号决议，1974年12月14日，附件，第3条第1款。

12 *Ibid.*

13 *The Laws of War on Land (hereafter Oxford Manual)*, Oxford, 9 September 1880, Art. 41.

这并不是简单地玩文字游戏。很大程度上它是一个实践问题。2003年英美联军入侵伊拉克期间产生的局势就能阐明这一点：在入侵部队推进的同时，私人的劫掠也频繁发生。如果占领法适用，入侵或占领军就有义务防止此类事件发生。如果占领法不适用，那么就很难找到这类预防义务的依据。

占领法兼顾到了占领国的权利和义务。国际法院恰当地将其总结如下：¹⁴

根据1907年《海牙章程》第43条，(占领国)有义务尽力采取一切措施在可能范围内恢复和确保被占领地区的公共秩序和安全，并且除非万不得已，应尊重(被占领国的)现行法律。该义务包含尊重可适用的国际人权法和国际人道法规则、保护被占领土居民免遭暴力行为侵害以及不容许任何第三方实施此类暴力等具体的义务。

该制度满足了诸多保护性利益的需求。然而，在入侵阶段的危急关头，是所有的利益都需要保护吗？在入侵阶段能合理地期待对这些利益进行保护吗？在关于两个术语重叠问题的学术争论中，皮克泰提出的理论提供了一个简单的答案：任何成功的入侵都会立即产生占领的局势：

在所谓的入侵阶段与占领这一稳定机制的开启之间没有中间期。即使是深入敌方领土但无意于驻留该地的巡逻，在涉及其所遇到的平民时，也必须尊重公约的规定。¹⁵

怀着对作者和对其关注受害者保护的无上敬意，恕我直言，该方法至少可以说有些过于简单化了。这正是马腾·兹瓦涅伯格所反对的。如果在通常意义上使用“占领”一词，那就必须存在某种控制。只有某种程度的控制才可触发包含权利和义务的具体制度，包括占领国应担负的保护职责，这是占领法的本质。军队仅仅部署于外国领土无法导致该制度的适用。跨越边境打了就跑的偷袭也无法建立控制从而产生占领的局

14 ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, 19 December 2005, para. 178.

15 Jean S. Pictet (ed.), *The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary, (IV) Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1958, Art. 6, p. 60.

势。入侵部队在外国领土内努力推进时，不会立即建立控制的局势。如果一辆坦克向前行进，准备加入前面一公里爆发的战斗，并且经过一座正在燃烧的房屋时，驾驶员是不应该停下来去帮助消防员的。如果消防员是平民，坦克驾驶员绝对不能向其开火，如果他们是受保护的民防单位成员，坦克驾驶员也必须允许其完成任务。但在冲突的那个阶段，入侵部队尚无需承担占领国的义务，为被占领土居民的福祉负责，这种福祉事实上可能也包括协助救火。正在作战的入侵部队本质上对居民负有消极义务：不攻击平民居民、平民个人或民用物体。在交火地区，战斗仍然持续时，较之履行占领国维护公共秩序的职责，入侵部队有其他需关注的问题和责任。

但这种局势大概何时才会发生变化使得入侵部队事实上担负起这些责任？这一实质问题，兹瓦涅伯格并没有解决，而且在其论述的框架内也不必解决。然而，颠覆皮克泰的理论是一回事；为这个至关重要的问题给出适当的答案又是另一回事。被入侵领土的居民要等上多久入侵者才会维护他们亟需的公共秩序？直到入侵部队的指挥官舒舒服服地坐在前地方政府的办公室里让秘书们拿起电话并发布声明自己已取得占领者权力的时候？如果对这个问题的回答是肯定的，那么归根结底就意味着把占领机制的建立依赖于入侵部队指挥官或其政府的善念。这就忽视了受影响居民必须由某些政府权力来保护的需求。它会使“占领”成为一个主观的概念，完全依赖于占领者的意志。但占领是一个客观的概念。从客观角度来说，一旦存在占领的局势，占领法就适用。

客观而言，占领意味着实际控制。从某种程度上说，兹瓦涅伯格的观点是正确的。但如果部署于外国领土的部队不愿意行使这种控制，就无法变更客观的局势。占领的局势未必只在占领军事上接管了政府权力时才会产生；如果占领军有能力这样做，它就已经产生了。这是对占领法适用范围的建构，包含在该法的旧有表述与晚近的发展中。

《牛津手册》中已清楚地表明了这一点：

第41条：如果由于敌军入侵，某一领土的所属国事实上已停止在该领土内行使其一般权力，而入侵国又能够单独维持当地秩序，

那么该领土即可被视为被占领的领土。该事态存在的范围决定占领的范围和持续期间。¹⁶

英国最新的《武装冲突法手册》也采用了同样的概念，根据其规定占领必须满足两个条件：“其一，前政府已没有能力在该地区公开行使其权力；其二，占领国能够取代前政府行使自身的权力。”¹⁷从本质上说，前南斯拉夫国际刑事法庭同样也采纳了这两个标准：“占领国必须能够取代被占领土当局行使其自身权力，而该当局必须已无法公开运作。”¹⁸

入侵部队何时能够行使控制？这取决于多种情况。然而经验表明，尤其是在伊拉克，它可能发生的比预期更早。如果不存在针对入侵的抵抗，前政府体系也恰好崩溃了，那么入侵者很快就会被摆在那个位置上，无论他喜欢与否。还有已经提到的情况，被入侵国家的抵抗迅速瓦解，以致入侵者事实上能够实际行使上文所说的权力，而此时部队的推进（入侵）仍然在该领土的其他部分持续。因此，一位负责任的（以及稍微乐观观点的）入侵部队指挥官从某种程度上说应起草交战规则，告诫士兵们在成功入侵后的初期阶段有责任向居民至少提供一些基本的保护。

皮克泰假定入侵和占领之间没有中间阶段，这意味着什么？根据我提出的观点，这个中间阶段即使存在，事实上也是非常短暂的。一旦入侵者赢得了对部分被入侵领土的控制，占领法就适用，即使在建立这种控制之前的部队推进仍在该领土的其他部分继续。本文所提出的解决方案的要点与皮克泰的观点十分接近，即这样解释：不是控制机制的实际建立触发了占领法适用，而是入侵者能够行使权力时，该法的适用就已经被触发，即使入侵者尚不愿意这样做。

16 Oxford Manual, above note 13 (emphasis added).

17 UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Oxford, 2004, Sec. 11.3 (emphasis added).

18 ICTY, *Prosecutor v. Naletilić and Martinović*, Case No. IT-98-34-T, Judgement (Trial Chamber), 31 March 2003, para. 217 (emphasis added).

在前文引用的两句话¹⁹中，皮克泰所举的例子并不恰当。深入敌方领土但无意驻留该地的巡逻并未建立有效控制的局势，因此也就不能触发占领法的适用。但恰恰是在这一点上马尔科·萨索利接受了皮克泰的理论。他主张，在本文所指意义上的占领局势存在之前，为保证适当地保护落入入侵部队手中的人，皮克泰理论确有必要。我认为，这种保护可以通过除占领法规则以外的其他规则来保证，特别是《第一附加议定书》、习惯人道法和人权法。但正如萨索利所指出的，该问题部分是由于《日内瓦第四公约》有点尴尬的“被保护人”定义引起的。《第一附加议定书》第75条的起草就旨在弥补这一缺陷。可以说，本文所提的解决方案无法保证给予落入入侵部队手中的人以必要的保护，但它能避免皮克泰理论遭遇的其他重大难题。占领国的义务是重建并确保公共秩序和安全，负责向居民提供食物、住所、卫生保健和教育，这些都是积极的保护义务。萨索利也承认，不能想当然地期待占领国在战斗仍然持续时还会去履行这类义务。换言之：占领国的某些义务，至少根据萨索利对皮克泰理论的解释，在入侵阶段无法适用。这可使皮克泰理论不致遭受该理论不切实际的批评，但也会导致一种限制占领国保护义务的需求，即这些义务并非适用于所有占领的局势，而只是适用于较长时间的占领。

为皮克泰理论与被入侵领土的居民辩护： 入侵阶段适用《日内瓦第四公约》的理由²⁰

马尔科·萨索利

对马腾·兹瓦涅伯格与迈克尔·博特，我首先致以崇高的敬意，他们都在一国于另一国领土上进行国际性武装冲突的背景下区分了入侵阶段

19 See text accompanying note 15.

20 我要感谢我以前的学生迈克尔·西格里斯特 (Michael Siegrist) 在其硕士学位论文中给我提供的灵感，感谢我的研究助手和博士生尼夏特 (Nishat) 女士校订了本文。

和占领阶段。他们主张《关于战时保护平民的日内瓦公约》（《日内瓦第四公约》）中与被占领土相关的规则只适用于占领阶段。我不同意。他们的分歧在于关于军事占领的国际人道法何时开始适用，但其解释仅仅有细微的差别，如果必须做出选择，我宁愿站在迈克尔·博特一边。由于两人都对关于是否应当完全区分入侵阶段和占领阶段进行了争论，因此我就能更加容易地捍卫与他们恰好相反的解释，一个我同样崇敬的人提出的解释，他就是让·皮克泰。作为一种立场的拥护者，我是比较单线条的，能够忽略问题的复杂性。我主张，首先，考虑到《日内瓦第四公约》的目的和宗旨并避免荒谬的结果，对公约的系统解释可以得出这样的结论，敌军对被入侵领土内人员的控制足以使该人受到《日内瓦第四公约》关于被占领土规则的保护。其次，即使占领被界定为纯粹属地性质的，入侵期间落入敌方权力之下的平民也必然会发现自身处于被敌方控制的一块土地。再次，该解释并不要求入侵部队做他们无法做到的事情。正是《日内瓦第四公约》（以及1907年《陆战法规和惯例章程》）条款中的措辞足够灵活，才不要求他们完成入侵阶段不可能做到的事情。或者说，可以一种实用的方式来解释控制的概念，即不同的规则有不同的适用门槛。

避免因《日内瓦第四公约》的结构出现漏洞

《日内瓦第四公约》的大多数规则——也就是构成条约第三部的第27条至第141条——仅惠及其第4条所定义的“被保护的平民”。该条规定：

在冲突或占领之场合，于一定期间内及依不论何种方式，处于非其本国之冲突之一方或占领国手中之人，即为受本公约保护之人。

正如马腾·兹瓦涅伯格上文已指出的，通过主张他们处于占领国手中来解释被入侵领土的居民为什么是被保护的平民显得重复了。不过，兹瓦涅伯格忽视了第4条的第一个可选项，即“冲突的场合”。被入侵

领土的居民落入——例如被捕和被监禁——入侵部队的控制之下时，他们毫无疑问处于非其本国之冲突一方手中。

因为处于入侵者手中的被入侵领土居民是被保护人，他们就必须受益于《日内瓦第四公约》第三部关于“被保护人之地位与待遇”的某些规则。第三部的规则可分为适用于在一国“本身”（即非占领）领土内之外国人的规则和适用于被占领土的规则。这两个类型相互排斥，我认为它们合在一起涵盖了处于敌手之平民的一切可能的情形。第二编保护在冲突一方领土内之外国人。第三编适用于被占领土。第四编包含保护无论是在冲突一方自己的领土还是被占领土内由于迫切的安全理由而被拘禁之平民的详细规则。至于第一编，其标题是“对于冲突各方之领土及占领地之共同规定”，可被解读为不仅包括冲突一方自己的领土和被占领土，还包括冲突一方的其他任何领土。不过，根据系统解释，“共同”一词必然指的是随后第二编和第三编出现的内容。此外，缔约准备资料也表明，第三部旨在涵盖（仅仅）两类人：在冲突一方领土内的外国人和被占领土的居民。²¹ 第三部中没有任何规则去保护既不在冲突一方自身领土内又不在被占领土内的平民。

因此，在《日内瓦第四公约》分类的意义上，如果被入侵领土不被视为被占领土，在被入侵领土内落入敌手的“被保护的平民”（《日内瓦第四公约》的主要目的和宗旨就是保护“被保护的平民”）就不会得到第三部任何规则的保护。对被入侵领土内居民的酷刑²²、强奸²³、劫为人质²⁴或集体惩罚²⁵就不违反《日内瓦第四公约》。上述所有针对

21 Committee III, 'Report to the Plenary Assembly', in *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, Berne, 1950–1951, Vol. IIA, p. 821. 该处提到：“第三部是本公约的主要部分。两种具有根本性不同的局势要得到处理：处于交战一国领土的外国人和处于被敌方占领国家的本国国民以及外国居民。”红十字国际委员会关于《日内瓦公约》文本的“介绍”中甚至更加明确：“《日内瓦第四公约》区分处于冲突一方领土的外国国民和处于被占领土的居民。该部共分为五编。第一编包含适用于这两类人群的共同规定……” See also *The Geneva Conventions of 12 August 1949*, ICRC, Geneva, 2010, Preliminary Remarks, p. 32.

22 《日内瓦第四公约》第32条只适用于冲突一方自身的和被占领的领土。

23 《日内瓦第四公约》第27条第2款只适用于冲突一方自身的和被占领的领土。

24 《日内瓦第四公约》第34条只适用于冲突一方自身的和被占领的领土。

25 《日内瓦第四公约》第33条第1款只适用于冲突一方自身的和被占领的领土。

被保护人的行为仅在那些人是处于冲突一方自身领土内的外国人或处于被占领土内时才被《日内瓦第四公约》所禁止。一些人可能反对说，这类行为被国际人权法（如果它可以域外适用的话，不过一些学者和国家否认人权法的域外适用，尤其是不存在占领的情况下，就像马腾·兹瓦涅伯格和迈克尔·博特所主张的那样）、《第一附加议定书》第75条以及适用于一切武装冲突并作为最低标准的《日内瓦公约》共同第3条所禁止。其他人则可能补充说被入侵领土的居民已被《海牙章程》第二编第一章（标题为“伤害敌人的手段、包围和轰击”）、《日内瓦第四公约》第二部（标题为“居民之一般保护以防战争之若干影响”）以及著名的“马尔顿条款”的公众良心要求所涵盖。然而，最后一项无法提供任何细节的规定，从而可能只在交战各方善意行事时才能产生保护的效果；《海牙章程》第二编第一章则主要处理敌对行为问题，且只有其作了非常一般性规定的第22条才可以被认为涵盖了上述问题，该条规定：“交战者在损害敌人的手段方面，并不拥有无限制的权利。”至于《日内瓦第四公约》第二部，它处理的是完全不同的问题且适用于所有平民而不仅仅是被保护的平民，然而被入侵领土居民的特征在于，他们是在自己领土上遭遇交战一方的敌国国民，无论他们愿意与否。这恰恰是关于军事占领的国际人道法要处理的局势。

控制了人就足矣

无论如何，《日内瓦第四公约》为处于敌手的平民提供了比我们提到的其他文件更好和更具体的保护，这是毫无争议的。在我看来，很难想象公约的起草者们会在本国领土和被占领土之间留下这样一个空白，使一些被界定为受保护的人失去这些起草者们所通过的条约规则提供的任何保护，甚至没有任何可能的理由来说明为什么那些人必须或者活该比落入敌方权力之下的其他平民享有更少的保护。此外，就以皮克泰贴

切地提到的事项为例²⁶，如果说《日内瓦第四公约》的任何规则²⁷都不禁止在入侵阶段驱逐平民，而一旦入侵转变为占领上述行为就被绝对禁止，这似乎显得十分荒谬。对于这种武断的区分似乎也没有什么可能的正当理由。因此，在不属于入侵者本国的领土内控制了一个人就足以触发《日内瓦第四公约》中适用于被占领土的规定适用于该人。

对必须占领领土数量的实用性解读

根据（《海牙章程》第42条）用语的通常意义，包括兹瓦涅伯格和博特在内的许多学者反对说，占领必须包括对领土的控制。确实，一个人可以被逮捕或被拘留，但无法被“占领”。我对这种反对声音的回应是，如果一个人碰巧身处的地方没有在属于入侵部队的某个人的控制之下，他或她就不可能处于入侵部队的权力之下。为了虐待、殴打、逮捕、拘留或驱逐一个人，我必然要控制该人身处的地方。无论是《日内瓦第四公约》还是《海牙章程》都没有阐明必须占领的领土的最小范围。《海牙章程》第42条第2款仅仅意味着对一国部分领土的控制就足以适用《海牙章程》中关于被占领土的规则。没人会否认即使是一个边界的小村庄也可能被占领。那么把必要的领土数量降低为入侵士兵正站着的被入侵领土的那一小块地方又有什么不可能呢？那一小块地方必然在其控制之下，领土所属国也必然不能对该地方再行使其权力，否则我们的士兵就会是战俘²⁸或死人。

26 Jean S. Pictet (ed.), *The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary, (IV) Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1958, p. 60.

27 《日内瓦第四公约》第49条第1款仅适用于被占领土。

28 如果他处于敌方控制的领土上，根据1949年《关于战俘待遇的日内瓦公约》（《日内瓦第三公约》）第4条他就必然落于“敌方权力之下”。

对占领国义务的灵活解释

对上述解释的主要反对之处在于，《日内瓦第四公约》的许多规则，尤其是那些规定占领国积极义务的规则，不可能受到入侵部队的尊重，必须避免这种对国际人道法规则不切实际的解释（在这里我赞同兹瓦涅伯格²⁹的看法），无论是依据条约解释规则还是因为不切实际的规则无法保护任何人且会削弱交战各方尊重哪怕是切实可行的国际人道法规则的意愿。不过，持这种主张的人是把《日内瓦第四公约》关于被占领土的规则看作其全部规定了严格义务的结果。正如我以前的学生迈克尔·西格里斯特在其硕士学位论文中详细阐述的那样，情况并非如此。²⁹ 基于他的研究成果，我这里要讨论的恰恰是兹瓦涅伯格提到的例子。根据《日内瓦第四公约》第50条的规定，占领国有义务在国家与地方当局的合作下，对于一切从事儿童教育的团体的正当工作予以便利。该义务首先意味着禁止干涉那些团体的活动。³⁰ 我看不出为什么入侵部队非得征用他们所入侵村庄的唯一一所学校。相反，我同意兹瓦涅伯格的看法，支持那些团体可能就需要某种程度的控制和权力。然而，必需的支持种类可能多种多样，入侵部队能否实际提供那些不同类型的支持也取决于当时的情况和入侵部队的能力。此外，根据第50条的清楚措辞（“给予便利”），对这些团体的支持是一种方法义务，它意味着仅需入侵部队在一切从事照顾及教育儿童团体的正当工作方面尽其所能。

至于认为《日内瓦第四公约》第50条第3款（“应筹定抚养教育因战争变成孤儿或与父母失散，且不能由其近亲或朋友适当照顾之儿童之办法，倘属可能，应由该项儿童同一国籍、语言及宗教之人士担任该项工作”）提出了过分负担的主张，我们必需记住该义务仅适用于如当地团体不能适应该目的时（这一点入侵部队无法评估）。规定的义务只是最

29 For a full discussion, see Michael Siegrist, *The Functional Beginning of Belligerent Occupation*, The Graduate Institute, Geneva, eCahiers, No. 7, April 2011, pp. 35–77, available at: <http://iheid.revues.org/75?lang=en> (last visited 28 March 2012).

30 J. S. Pictet, above note 25, p. 286.

后的手段（如果没有足够的团体以及近亲或朋友不能照顾孤儿或与父母失散的儿童）而且只要求筹定办法（换言之，作出计划或准备）。

类似地，关于《日内瓦第四公约》第56条，皮克泰强调组织医院和保健服务以及采取措施控制流行病的义务，“首先也是被占领土自身相关职能部门的义务”。³¹ 只要国家和地方当局能够完成这些任务，占领国只需不妨碍他们的工作。只有在医院和医疗服务无法正常运作时，占领国才需要提供这些服务，而且根据第56条的措辞，仅仅是“在其所有方法之最大限度内”。入侵部队仅有有限的手段采取“防疫和预防措施”，特别是在——恰如《日内瓦第四公约》所要求的——“与国家和地方当局合作”方面。至于照料伤员的基本义务，无论如何都会拘束入侵部队（服从“军事考虑”），因为《日内瓦第四公约》的第16条即使在被占领土外也适用。

《日内瓦第四公约》的规定在军事必要与人道之间找到了恰当的平衡。在有关规定向冲突一方施加积极义务时必须考虑军事必要、手段的有限性和其他优先顺序，因为就缔约方怎样履行其义务而言，这些规定通常会给他们留有一定余地。积极义务经常是方法义务，要考虑当时的情况以及入侵部队可用的手段。另一方面，人道又保障了基本权利和保护不被剥夺。那些规定是绝对的，但带有消极性质，因此不要求入侵部队提供任何东西。

此外，主张关于军事占领的国际人道法在入侵阶段根本不适用的那些人忽略了《日内瓦第四公约》第三部第三编的规则也可被视为赋予入侵部队某些权利，诸如作为安全措施、拘禁或者劳务征用的法律依据。否则有人可能就会说，入侵部队根本没有任何法律依据逮捕并拘留威胁其安全的平民。

31 *Ibid.*, p. 313.

另一种选择：规则不同、占领概念则不同

我能够理解一些读者可能对这种灵活解释关于军事占领的国际人道法规则的方式抱有怀疑，因为灵活性总是为滥用敞开大门，包括占领国在入侵阶段以后的滥用。即使采纳实用的占领（开始）的概念，那些怀疑论者也能得出相同的结果。入侵阶段只有某些国际人道法规则适用的想法并不新鲜。皮克泰本人就区分《海牙章程》和《日内瓦第四公约》，主张对后者而言，“‘占领’一词……有着比《海牙章程》第42条的规定更为宽泛的含义”³²，这意味着其理论不适用于《海牙章程》。不过，《海牙章程》第44条关于禁止“强迫被占领地居民提供有关交战另一方军队及其防卫手段的情报”的规定，可能比《日内瓦第四公约》第50条关于占领国负有附带义务以确保儿童受到教育的规定更容易（且当然一定会）受到入侵者的尊重。西格里斯特指出，即使是《海牙章程》第43条，要求占领国“尽力采取一切措施确保公共秩序”，也包含了一些可能和必须被入侵部队尊重的义务。³³

包括前南斯拉夫国际刑事法庭³⁴在内的其他人和机构想区分保护人的规则和保护财产的规则，只有前者在入侵阶段适用。这在皮克泰的设想中可以找到相应的支持，他写道：“就个人而言，《日内瓦第四公约》的适用并不取决于《海牙章程》第42条意义上占领状态的存在。”³⁵在我看来，这句话并不必然意味着皮克泰在个人与其财产之间做出区分。不妨可以认为财产是因为拥有它的个人才受到保护的。无论如何，根据《海牙章程》第二编第一章的规定，入侵期间财产同样受到保护，不得劫掠与毁灭。³⁶就毁灭而言，在我看来《海牙章程》第23条第7项的禁止性规定（根据该项，禁止“毁灭或没收敌人财产，除非此

32 *Ibid.*, p. 60.

33 M. Siegrist, above note 28, pp. 66–67.

34 Compare ICTY, *The Prosecutor v. Naletilic and Martinovic*, Case No. IT-98-34-T, Judgment (Trial Chamber), 31 March 2003, paras. 221 and 587.

35 J. S. Pictet, above note 25, p. 60.

36 见《海牙章程》第23条第7项和第28条。

项毁灭和没收是出于不得已的战争需要”）为了适用于两种特定的局势已经被现代国际人道法所改进。对入侵者来说，就处于敌方控制下的物体而言，《第一附加议定书》第52条第2款规定了明确的标准：或者该物体对敌方军事行动有实际贡献，或者其毁坏能为攻击一方提供明确的军事利益。一旦入侵者控制了一个物体，它当然就不能再对敌方的军事行动有所贡献。因此，毁坏该物体的正当理由只能诉诸关于军事占领的国际人道法，即《日内瓦第四公约》的第53条，其毁坏“为军事行动所绝对必要”，这也是一个更为严格的标准。类似地，如果《日内瓦第四公约》第57条规定的禁止征用医院不适用于入侵阶段，而第50条中关于教育的义务却适用因为它们提到的人是受益人，这就毫无意义。

尽管我非常认真地考虑了兹瓦涅伯格的反对意见，即对于要现场适用国际人道法规则的人而言，其规则必须明确且具备可预测性，但我还是主张，分析哪些规则适用于入侵阶段时不要根据预设的大类，而是针对每项规则考虑特定情况下入侵者实施的控制程度。这也可以避免博特提出的在确定入侵阶段何时转变为占领阶段时遭遇的难题。这就是用占领结束的实用性概念来解读占领的开始，而这种观点本身已被学术著作³⁷、联合国文件³⁸以及一些国家所采纳。这些国家认为，加沙地带仍旧被以色列所占领，但（幸好）不要求以色列重新进入加沙地带以维护法律和秩序³⁹、保证加沙地带的被拘留者得到人道待遇⁴⁰或者保证这些

37 See, for instance, Solon Solomon, ‘Occupied or not: the question of Gaza’s legal status after the Israeli disengagement’, in *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Vol. 19, 2011, pp. 59–90; Shane Darcy and John Reynolds, ‘An enduring occupation: the status of the Gaza Strip from the perspective of international humanitarian law’, in *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 15, No. 2, 2010, pp. 211–243; and Mustafa Mari, ‘The Israeli disengagement from the Gaza Strip: an end of the occupation?’, in *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 8, 2005, pp. 356–368.

38 See UN Human Rights Council, Report of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict, UN Doc. A/HRC/12/48, 25 September 2009, paras. 273–279; UN Human Rights Council, Report of the international fact-finding mission to investigate violations of international law, including international humanitarian and human rights law, resulting from the Israeli attacks on the flotilla of ships carrying humanitarian assistance, UN Doc. A/HRC/15/21, 22 September 2010, paras. 63–66.

39 本应根据《海牙章程》第43条。

40 本应根据《日内瓦第四公约》第27条和第76条。

被拘留者不致被(巴勒斯坦人)置于某些地点以利用其避免自身遭到军事行动的打击。⁴¹ 皮克泰认为,“第52条、第55条、第56条,甚至是第59至62条的某些规定……都以占领当局存在了相当长的时间为先决条件”,说的就是这个意思。⁴² 根据对占领的这种实用性理解,就第49条(禁止驱逐)的适用性而言,被入侵领土在某个特定的时间点上可能已经成为被占领土,然而就第50条(关于教育)的适用性而言该领土尚未被占领。显然,义务的范围会发生变化,这取决于控制的程度,一旦其禁止的行为极有可能发生时(受益于禁止性规定的人处于入侵部队手中),消极义务就要适用,而积极义务和保证义务仅在其后的阶段适用。西格里斯特对以下几类规则做出了区分:如果在入侵阶段不适用,就会产生严重的保护漏洞的规则(《日内瓦第四公约》第49条、第51条第2款至第4款、第52条、第53条、第57条和第63条);由占领国有能力并有意愿从事的行为引发、并且在任何情况下只有在入侵阶段才适用的尊重和保护的义务,例如审判或拘禁被保护的平民(《日内瓦第四公约》第64至75条、第54条、第64条第1款、第66条和第78条);以及仅仅由于占领的事实而产生的尊重和保护的义务(《海牙章程》第43条以及《日内瓦第四公约》第48条、第50条、第51条第1款、第55条、第56条、第58条、第59至61条和第62条)。⁴³ 这样一种变动要比传统的“非此即彼”的方法更加适合于现代战争、武器以及没有前线等不断变化的现实。对义务的灵活解释和对占领的实用性解释解决了马腾·兹瓦涅伯格和迈克尔·博特举出的所有作为反对“皮克泰理论”的例子。

总之,尽管我的理论起点与马腾·兹瓦涅伯格和迈克尔·博特的主张正好相反,但我必须承认,仅在很少的情况下我的观点会导致与博特的观点不同的结果。至于兹瓦涅伯格的观点,我无法估计其实际结果在多

41 本应根据《日内瓦第四公约》第28条。如果加沙地带是被占领土,加沙的居民就必然是被保护人,因为每个身处该领土的人(除了占领国的国民外)都应当推定为处于占领国手中。See J. S. Pictet, above note 25, p. 47.

42 *Ibid.*, p. 60.

43 See M. Siegrist, above note 28, pp. 47-77.

大程度上不同于我的观点，因为在何时他认为领土的性质会从被入侵转变为被占领不甚清晰。他也没有指出占领是否要求有领土的最小数量，而且如果有这样要求的话应该是多少。不管怎样，在理论层面，我的理论有利于避免不同类别概念之间——例如近年来已产生重要实际影响的不同类别的概念之间（平民与战斗员之间或国际性与非国际性武装冲突之间）——产生的法律真空。