

# 2003 年以来对伊拉克的占领 与联合国安理会的职权

罗伯特·科尔布\* 著/李强\*\* 译

## 摘要

本文对联合国安理会在多大程度上可以克减占领法这一热点问题进行了简明扼要的分析,得出的结论是:安理会不能克减国际人道法中明确具有人道性质的那些规定(即人道性质的公共秩序规则);无论如何,均不能推定可以克减国际法或国际人道法;就 2003 年以来对伊拉克占领的情况而言,安理会尚没有以任何方式克减占领法。

对伊拉克的占领让人们关注到一个问题,这是一个自第二次世界大战结束后盟国占领德国和日本起就一直潜存的问题。占领法通常以维持被占领土的现状为基础,直至其合法主权政府得以恢复。这一规范性原则旨在保护被占领土当地居民的自决权利。<sup>[1]</sup> 现在出现的问题是:如果在联合国参与的国际合作框架下对被占领国进行改造(即国家重建),是否可以以及在多大范围内修改或克减武装冲突法的这一分支?通过联合国表现出来的国际社会的意志以及监督,是否能降低占领法所要求的对现状的尊重?在没有联合国参与的情况下,这种尊重首先是否

---

\* 罗伯特·科尔布(Robert Kolb)是日内瓦大学和纳莎泰尔大学国际公法学教授。

\*\* 中国政法大学讲师,法学博士。

[1] 1907 年《海牙章程》第 43 条。

有可能仅仅是对占领国的要求? 在联合国授权采取某些改革措施时, 占领法能否被全部或部分地摒弃? 更确切地说, 联合国安理会能否根据《联合国宪章》第七章和第 25 条赋予的权力克减占领法? 换言之, 对安理会而言, 占领法在多大范围内构成强行法? 下文将着重阐述最后这个问题。

### 克减的概念以及构成强行法之占领法的范围

在联合国安理会的授权和引导下克减占领法可能看起来确实兼具有益性与建设性。例如, 如果为了巩固被占领国的长久和平, 在该国内实施体制改革的国际合作是适当的, 那么, 要求严格尊重当地立法又有什么意义? 另外, 安理会采取的这些特别措施也带来大量风险。最明显的是, 一个政治机构本身可能会僭越其职权, 根据某一特定历史时期其成员中某一特定超级大国的政治利益, 在个案的基础上通过创设选择性的法律制度, 充当判定人道法适用性的法官的角色。<sup>[2]</sup> 在这种情形下, 反映特定利益的政治主观主义就可能会危害客观法律中包含的真正主旨, 即保护当地居民的利益。占领法的法律规章所固有的这一主旨尚且如此, 就更别提谈判的形式了, 它们不仅各种各样, 而且缺乏可预见性。因此, 问题就在于获得某种形式的平衡。

什么是强行法? 简言之, 它主要是一种法技术, 旨在维持法律制度的统一性和完整性, 只要公共利益如此要求。其目的是为了防止这种法

---

[2] 安理会采取的这些特别措施最近在国际刑法领域已得到证实: 在第 1422 (2002) 号决议中, 安理会要求国际刑事法院, 如果在安理会设立或授权的国际维和或恢复和平的行动中出现涉及非《罗马规约》缔约国现任或前任官员或人员的任何案件, 不对其开始或着手进行调查或起诉。该决议的目的是赋予参加这类行动的美国人员普遍的豁免, 如果没有这种豁免, 美国就会威胁使用否决权来反对这类行动或者完全拒绝参加这类行动。很多情况下, 这会导致那些行动失败。See Sebastian Heselhaus, "Resolution 1422 (2002) des Sicherheitsrates zur Begrenzung des Internationalen Strafgerichtshofs", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 62 (2002), pp. 907 ff. 这一克减制度后来被终止了。See Eric David, "La Cour pénale internationale", *Recueil des cours. Hague Academy of International Law*, Vol. 313 (2005), pp. 353-6.

律制度分裂为更多的专门制度,否则,依据特别法(*lex specialis*)原则,这些专门制度将具有优先适用性。譬如,禁止酷刑和奴役被视为强行法的一部分。因此,法律就不允许国家或者其他国际法主体制定背离这些禁止性规定的立法。<sup>[3]</sup>

否则,制定这类立法的当事方就有义务适用之,而非一般的禁止性规定,因为特别法优于一般法。强行法因而构成对立法权的一种限制,以保护包含公共政策规则的规范性制度的完整性。因此,与强行法这个概念有关的关键术语就是“克减”和“可克减性”,或者更确切地说是“不可克减”和“不可克减性”。克减,如果被允许的话,可以替代属人理由(*ratione personae*)更加有限的规范性制度,并在当事方之间优先适用于属人理由更加一般的规范性制度。在这种情形下,一般性的制度仅在那些不赞成特别的克减制度的当事方之间保持其适用性;而特别的制度则支配那些接受它的当事方之间的法律关系。克减不同于废除,后者是对所有主体客观地终止一项法律制度。在后一种情况下,有关的法律制度对所有人(*erga omnes*)来说都不复存在。强行法,就意味着不可克减性。考虑到某些社会价值或公共政策(如人道、道德、政治等),不可克减性的目的是为了保护被视为不可或缺的一般性制度的规范完整性。如上所述,强行法禁止规范性制度的主体制订专门适用于他们之间的规定。国际人道法和占领法是否能被国家(通过相互同意的方式)或联合国安理会(通过单方面决议的方式)所克减呢?我们将顺着上述思路来探究这一问题。<sup>[4]</sup>

对于安理会克减国际法(尤其是占领法)的权力进行法律限制,这一问题可分为三个层次:第一,根据“宪章”,安理会有这样的权力吗?第二,安理会受包含了绝大部分国际人道法规则的一般国际法的约束

[3] 无论是多边条约、复边条约、双边条约,还是单方面的声明。

[4] 安理会的行为可以是单方面的(决议),尽管如此,它仍然是一项规范性行为,制定了适用于特定情势的规则。安理会可以因此“克减”占领法,并由此应接受以强行法的概念为基础对其进行的分析。

吗? 第三,国际人道法本身是否对任何机构克减它的能力予以限制〔5〕从逻辑上说,我们的分析将遵循下列顺序:首先,我们必须确定安理会是否拥有相关职权;其次,这些权力是否受到一般或特别法律规则的限制。

### 安理会的职权

《联合国宪章》没有任何规定明确承认安理会有权克减国际人道法规范。这一点丝毫不令人惊讶,因为“宪章”不可能提前穷尽式地列举可能需要安理会克减的所有规范。要获得一个更为清晰的答案,我们必须分析一下安理会的隐含权力或者其后续实践,而后者可能被直接忽视了。

安理会一贯重申尊重国际人道法的重要性,甚至在数个场合将违反国际人道法视为构成对和平的威胁。〔6〕因此,很难设想它本身能够克减全部(*en bloc*)的国际人道法规则。〔7〕最多也就是有必要甄别一下可克减的和不可克减的规范。就安理会摒弃国际人道法的隐含权力而言,可以在以下这一理念中找到一个理论基础,即安理会必须拥有采取一切必要措施维持和恢复和平的法定资格。考虑到“宪章”第七章的重要地位已被“宪章”本身(见第 25 条和第 103 条)所确认,必须认为在任何情况下,“宪章”以外的国际法规则与实现这一最高目标相冲突时,前者应当

---

〔5〕 这是一种强行法的观点。

〔6〕 See Jochen A. Frowein and Nico Kirsch, “Article 41”, in Bruno Simma, *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 2nd edn, Oxford and New York, 2002, pp. 724–5, with references. 下列情势作为实例被提及:南斯拉夫[第 771(1991)号决议、第 836(1993)号决议];索马里[第 794(1992)号决议];卢旺达[第 918(1994)号决议、第 929(1994)号决议];海地[第 940(1994)号决议];东帝汶[第 1264(1999)号决议、第 1272(1999)号决议];塞拉利昂[第 1306(2000)号决议]。See also Fred Grünfeld, “Human rights violations: A threat to international peace and security”, in Monique Castermans-Holleman et al. (eds.), *The Role of the Nation State in the 21st Century: Essays in Honour of P. Baehr*, The Hague and Boston, Mass., 1998, pp. 427 ff.

〔7〕 David Schweigman, *The Authority of the Security Council under Chapter VII of the UN Charter*, The Hague and Boston, Mass., 2001, p. 180:“假设安理会本身可以采取最终证明是威胁国际和平与安全的措施将会得出一个相当尴尬的结论。”

让位于后者。不可克减的规则可以存在例外,但哪些规则不可克减,尚需要确定。对《联合国宪章》的这一解读将赋予安理会更为强大的权力。这与将依据“宪章”第七章以及“宪章”整体所确立的维持和平的权力视为国际社会的最高宪法的思路是一致的。〔8〕这一“宪法”拥有与生俱来的优先性,可克服任何障碍。可能除了强行法之外,没有任何规则可以超越之。〔9〕

对这一问题的分析也可以从反面来入手。对国际人道法这样的基本法律体系进行克减,要得到某种形式的明确法律基础的允许,难道这一要求不是必需的吗? 国际人道法是最基本的文明法则的一部分,其规则已被包含在相关法典中的专门规定(如《日内瓦第四公约》的第7条、第8条和第47条)中加以“锁定”防止背离。

安理会本身也承认这些规则的重要性,并要求国际社会的一切成员(在许多情况下,还包括非国家行为者)都予以尊重。按照“宪章”第1条和第55条的规定,它们是联合国的一切活动都必须遵循的价值标准。而根据 F. 塞耶斯泰德(F. Seyersted)的观点,〔10〕干预“军事和人道”的战争规则的权力如此重要和严肃,以至于要行使它,“宪章”中必须要有

---

〔8〕 关于这个所谓宪法的观点,尤其可以在德国的法律学说中找到。See Christian Walter, “International law in a process of constitutionalization”, in J. Nijman and A. Nollkaemper (eds.), *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford, 2007, pp. 191 ff.; Regis Chemain and Alain Pellet (eds.), *La Charte des Nations Unies, Constitution mondiale?*, Paris, 2006; Pierre-Marie Dupuy, “L’unité de l’ordre juridique international”, *Recueil des cours. Hague Academy of International law*, Vol. 297 (2002), pp. 215 ff.; Bardo Fassbender, *UN Security Council Reform and the Right of Veto*, The Hague and Boston, Mass., 1998, pp. 89 ff.

〔9〕 用埃里夫·劳特派特(Elihu Lauterpacht)在“灭种罪公约案”(Provisional Measures, ICJ Reports, 1993, p. 440, § 100)中的话来说:“强行法概念是作为习惯国际法和条约法的上位概念来使用的。在安理会决议和一项有效的条约义务相抵触时,《联合国宪章》第103条可以赋予安理会决议优先性,但这种简单的规范等级,不能扩展适用于安理会决议和强行法之间的抵触。事实上,人们必须提出反对意见——一项安理会决议甚至可能要求参与灭种行为——因为其不可接受性十分明显。”有关强行法对安理会的限制,还可见 Alexander Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law*, Oxford, 2006, pp. 423 ff.

〔10〕 See Finn Seyersted, *United Nations Forces in the Law of Peace and War*, Leiden, 1966, pp. 206-7.

明确的规定;但“宪章”中并没有这样的授权规则。考虑到可能出现的后果,在塞耶斯泰德看来,不可能通过默示的方式来授予这一权力。其他学者的著作中也有类似观点,有时限制还更加严格。<sup>[11]</sup>因此,如下看法可以质疑:为了维持和平而摒弃国际人道法可能是必要的,或者确切地说,这样的措施能够促进和平与国际安全。而在下面这种法律假设中,克减的不可能性达到顶点:既然安理会仅在必要时为了维持或恢复和平才可以克减国际法规则,既然抛开诸如国际人道法这些规则的文明的最低准则本身无益于和平,那么,安理会就绝不能克减它们。此外,这一不可克减性的假设最多只限于国际人道法规则的子范畴,即那些明确具有人道性质的规则。

根据上述两点推理,我们可以作出如下假定:

1. “宪章”仅授权安理会克减国际人道法和占领法的特定规则,而非这些法律规则的全部。如此广泛并与安理会的实践如此背离的权力不可能被默许,也不能从后续的发展中发展出来。正相反,后续的实践倾向于反对任何这样的解释,即任何这种整体性克减可能是安理会履行其维持国际和平或恢复和平的职能所“必须的”。

2. 克减,即便是可接受的,也不得被滥用,只能适用于国际人道法中不具备基本人道性质的特定规则。

### 一般国际法的适用性

作为国际法的主体,任何国际组织都受到国际法的约束,并在国际法的框架内活动,它的组织章程、存在及权力的渊源也都包含在国际法中。然而,仍存在一系列仅适用于国家这一主体的一般国际法规范。最简单的例子就是国家主权及其领土完整原则。联合国安理会不受这些

---

[11] See, e. g., Henri Meyrowitz, *Le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre*, Paris, 1970, pp. 168-9: “《联合国宪章》中没有任何规定明示或默示地赋予安理会修改战争法的权力,以此规定或授权这些法律在对侵略国的适用上有所不同……在执行军事行动时,任何命令或授权战争法规则歧视性适用的安理会决议……都是非法的。”

规则的约束是因为联合国客观上缺乏适用这些规则的基础:在我们所举的这个例子中,联合国既没有领土也没有主权权力。相反,正是由于这种性质,安理会的权力构成对一般国际法普通规则的主要克减。从这个角度说,安理会比主权国家拥有更强大的权力。安理会有权通过决议采取广泛的措施,包括军事措施,并且有权决定执行这些措施的方式。它还有权赋予这些决议以约束力。根据“宪章”第七章采取的措施本质上被认为可以克减国家之间形成的习惯法中一切最基本的规则:禁止使用武力原则、不干涉内政原则(这为“宪章”第 2 条第 7 款所承认,但明确为第七章制造了一个例外)、尊重国家主权及其领土完整原则等等。<sup>[12]</sup>因此,对一般习惯法的高度克减已经隐含在安理会的“过度”权力之中了。“宪章”第 103 条明确(*expressis verbis*)规定,宪章义务优先于并存的条约义务,<sup>[13]</sup>而非并存的习惯法义务,<sup>[14]</sup>尽管某些学者对安理会是否能以该规定依据免受习惯法的约束持怀疑态度,但大多数学说和一贯的实践表明:联合国安理会在履行“宪章”第七章赋予它的职责时从整

---

[12] 还可能被提及的例子是克减船旗国专属管辖原则和公海自由原则的海上封锁决议。See Danesh Sarooshi, *The United Nations and the Development of Collective Security*, Oxford, 1999, pp. 194 ff, 263 ff. 该书提到了南罗得西亚(1965/66)、伊拉克(1990)、海地(1993)和南斯拉夫(1993)的例子。

[13] 这是因为本文的目的最初只是通过表明《联合国宪章》在这种情况下居于优先地位而使关于条约冲突的一般规则(特别法或后法规则)无效。至于习惯法,任何这种指示似乎都是不必要的,因为《联合国宪章》更具特殊性,根据一般规则(特别法原则),它就居于优先地位。

[14] See, e. g., Alix Toublanc, “L’ article 103 et la valeur juridique de la Charte des Nations Unies”, *Revue générale de droit international public*, Vol. 108 (2004), p. 446. 该文章作者断言,关于这些习惯法义务,第 103 条没有赋予《联合国宪章》优先性,这意味着安理会背离这些义务的可能性在法律条件上被大大降低了。

体上看不受(毫无疑问也不能受)一般国际法的约束。<sup>[15]</sup>

同样,单个(*uti singulus*)<sup>[16]</sup>国家也不总是受一般国际法的约束;它可能在采取反措施时将其抛在一旁,而去遵守法律所确立的与这一特定类型行为有关的次级一般规则。<sup>[17]</sup>

上述分析并不意味着安理会完全不受习惯法的约束。这有悖于国际组织的法律性质、可行性和合理性。这里存在两个主要的限制。

首先,一般的规则是,安理会不得背离国际法,除非其与维持或恢复和平有关的任务确实要求它这样做。换句话说,它必须尽可能地不这样做。<sup>[18]</sup> 始终要事先假定这种背离是无效的;但如果允许背离,那么,这种背离必须有动机并且能够依据必要性和比例性标准进行考量。国际法是国际社会的法律秩序。它是一种由历史经验铸就的秩序,以尽可能地满足国际正义的要求。它构成了国际社会的存在所必需的规范性的现实环境,无论这个国际社会是无组织的还是有组织的(如联合国)。它是一种安理会也置身其中的秩序,并将安理会与国际社会联系在一起。应尽可能地不扰乱这种秩序。因此,各种推定总是有利于国际法的。安理会有权确定克减国际法所需的迫切必要性。但在法律上,不能假定存在这种必要性。令人遗憾的是,安理会的实践没有充分尊重这一

[15] See Frowein and Kirsch, above note 6, p. 711; Hans Kelsen, *The Law of the United Nations*, London, 1950, p. 730; Terry. D. Gill, "Legal and some political limitations on the power of the UN Security Council to exercise its enforcement powers under Chapter VII of the Charter", *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 26 (1995), pp. 61 ff.; Bernd Martenczuk, *Rechtsbindung und Rechtskontrolle des Weltsicherheitsrats*, Berlin, 1996, pp. 219 ff.; Karl Zemanek, "The legal foundations of the international system", *Recueil des cours. Hague Academy of International law*, Vol. 266 (1997), p. 232; Schweigman, above note 7, pp. 195 ff.; Erika De Wet, *The Chapter VIII Powers of the United Nations Security Council*, Oxford and Portland, 2004, pp. 182 ff; etc.

[16] 这不是通过与一个或多个国家缔结协议进行克减的情形,而是一种为习惯法所容许的单个主体对一般规则背离的情形。

[17] Zemanek, above note 15, p. 232.

[18] 伊万琳·拉格航(Evelyne Lagrange)在一篇文章中强调了对必要性的这一要求,包括对国际人道法而言。See Evelyne Lagrange, "Le Conseil de sécurité peut-il violer le droit international?", *Revue belge de droit international*, Vol. 37 (2004), p. 590.

准则。主要的大国日益拥有一种令人遗憾的倾向,即认为它们自身超越法律之上。除了被要求作出咨询意见以及通过偶然的控制(这种情况几乎从未发生),国际法院无权进行审查。

其次,安理会不能被视为豁免于习惯法的所有规则。那些规则中有些对它是具有约束力的,而不仅仅是约束国家。人们认为这些规则正在成为专门适用于安理会的一般国际法的一部分并且仅仅约束安理会,如同一般习惯法约束国家一样;或者,我们还可以把它们视为无差别地约束一切国际法律人格者的习惯法的一部分。这些规则也可能形成无差别地约束国家和包括安理会在内的其他国际法主体的强行法规则。<sup>[19]</sup>在任何一种情况下,安理会都不能背离上述认定的一般法。它构成一道安理会无法逾越的“不可侵犯”<sup>[20]</sup>和“不可克减”的壁垒。

在这个意义上,精确的法律解释并不重要。整个问题可以再次简单地归结为克减的关键点。

### 可克减性/强行法

国际人道法是否构成一般国际法范围内的强行法?联合国安理会能否摒弃武装冲突法?与此同时,在履行“宪章”赋予的职权时,它是否能根据“宪章”第 25 条和第 103 条的规定制定特殊规则,使其作为有约束力的特别法约束会员国和联合国部队?如果存在这种权力,它的范围有多大?在什么程度上,由“宪章”确立的公共秩序才能优先于武装冲

[19] 我们必须回到这个话题。Compare for example Schweigman, above note 7, p. 197; De Wet, above note 15, pp. 187 ff.

[20] “威胁或使用核武器的合法性”案(ICJ Reports, 1996, p. 257, paragraph 79)中使用了这一措辞:“此外,这些基本规则应为所有国家所遵守,无论它们是否批准了包含这些规则的公约,因为这些规则构成不可侵犯的国际习惯法原则。”关于这一措辞见 Robert Kolb, “Jus cogens, intangibilité, intransgressibilité, dérogation ‘positive’ et ‘négative’”, *Revue générale de droit international public*, Vol. 109 (2005), pp. 305 ff.

突法中的公共秩序?<sup>[21]</sup>

一些学者,譬如孔多雷里(L. Condorelli),<sup>[22]</sup>认为安理会必须尊重全部国际人道法规则。孔多雷里断言,条约<sup>[23]</sup>和“在一切情况下”都必须遵守国际人道法的习惯规则适用于所有国际法主体,包括安理会,因为其最基本的隐含意义就是提供涉及个人的最低限度的保障。还有一

---

[21] 关于国际人道法的强行法性质,还可参见凯瑟琳·玛雅(Catherine Maia)的博士论文。See Catherine Maia, “Le concept de jus cogens en droit international public”, Université de Bourgogne, 2006, pp. 611 ff.

[22] Luigi Condorelli, “Le statut des Forces des Nations Unies et le droit international humanitaire”, in Claude Emanuelli (ed.), *Les casques bleus: policiers ou combattants?*, Montreal, 1997, pp. 105-6.

[23] 1949年《日内瓦公约》共同第1条。关于这一规定, See Luigi Condorelli and Laurence Boisson de Chazournes, “Quelques remarques à propos de l’obligation des Etats ‘de respecter et faire respecter le droit international humanitaire en toutes circonstances’”, *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, Geneva and The Hague, 1984, pp. 17 ff.; Nicolas Levrat, “Les conséquences de l’engagement pris par les Hautes Parties contractantes de ‘faire respecter’ les Conventions humanitaires”, in Frits Kalshoven and Yves Sandoz (eds.), *Mise en oeuvre du droit international humanitaire*, Dordrecht, 1989, pp. 263 ff.; Kamen Sachariew, “States’ entitlement to take action to enforce international humanitarian law”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 71 (1989), pp. 177 ff.; Paolo Benvenuti, “Ensuring observance of international humanitarian law: Function, extent and limits of the obligations of third states to ensure respect of international humanitarian law”, *Yearbook of the Institute of Humanitarian Law*, San Remo, 1992, pp. 27 ff.; Hans-Peter Gasser, “Ensuring respect for the Geneva Conventions and Protocols: The role of third States and the United Nations”, in Hazel Fox and Michael A. Meyer (eds.), *Armed Conflict and the New Law*, Vol. II, London, 1993, pp. 15 ff.; Giovanni Casalta, “L’obligation de respecter et de faire respecter le droit humanitaire lors des opérations militaires menées ou autorisées par l’ONU”, *Droit et défense*, Vol. 97 (3) (1997), pp. 13 ff.; Fateh Azzam, “The duty of third states to implement and enforce international humanitarian law”, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 66 (1997), pp. 55 ff.; Frits Kalshoven, “The undertaking to respect and ensure respect in all circumstances: from tiny seed to ripening fruit”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 2, 1999, pp. 3 ff.; Birgit Kessler, *Die Durchsetzung der Genfer Abkommen von 1949 in nicht internationalen bewaffneten Konflikten auf Grundlage ihres gemeinsamen Artikels 1*, Berlin, 2001; Birgit Kessler, “The duty to ‘ensure respect’ under Common Article 1 of the Geneva Conventions”, *German Yearbook of International Law*, Vol. 44 (2001), pp. 498 ff. See also ICRC (ed.), *Commentary on the Additional Protocols*, Geneva, 1987, pp. 34 ff.; and the case *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, ICJ Reports, 2004, paras. 154 ff.

些学者也持类似观点,譬如戴维(E. David),<sup>[24]</sup>他认为武装冲突法的大多数规则都是强行法的一部分,因为这一法律分支是对抗残暴行为的最后堡垒。

因此,按照这些学者的观点,国际人道法规则的适用不能屈从于国家之间相反的协议或者国际机构的自由意志。其他学者则主张,安理会不能更改的武装冲突法规则要受我们称之为“具有人道性质的公共秩序规则”(ordre public humanitaire)的限制,也就是武装冲突法中被认为对保护个人来说必不可少的核心规则。按照辛德勒(D. Schindler)的观点,<sup>[25]</sup>不可克减的规则相当于武装冲突法的核心(Kerngehalt)。这一核心由以人道为目的的规则形成,譬如,关于作战手段和方法的规则或保护受难者的规则。安理会在任何情况下都不能背离这些规则,因为这些规则的目标是为个人提供最基本的保护。一些美国学者对安理会的权力表现出更大的遵从。按照他们的观点,武装冲突法的规则,以及从严格的意义上(stricto sensu)关于国际人道法的规则,在紧急情况下都可

---

[24] Eric David, *Principes de droit des conflits armés*, 2nd edn, Brussels, 1999, p. 85. See also Lauri Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status*, Helsinki, 1988, p. 622; Stefan Kadelbach, *Zwingendes Völkerrecht*, Berlin, 1991, pp. 70 – 1; Stefan Kadelbach, “Zwingende Normen des humanitären Völkerrechts”, in *Humanitäres Völkerrecht, Informationsschrift*, Vol. 5 (3) (1992), pp. 118 – 24.

[25] See Dietrich Schindler, “Probleme des humanitären Völkerrechts und der Neutralität im Golfkonflikt 1990/91”, *Revue suisse de droit international et europe’ en*, Vol. 1 (1991), p. 12. See also Dietrich Schindler, “Die erga-omnes Wirkung des humanitären Völkerrechts”, *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung*, Berlin, 1995, pp. 199 ff. In the context of occupation law, see e. g., Odile Debbasch, *L’occupation militaire: Pouvoirs reconnus aux forces arme’ es hors de leur territoire national*, LGDJ, Paris, 1962, p. 419; David J. Scheffer, “Beyond occupation law”, *American Journal of International Law*, Vol. 97 (2003), pp. 843, 849; Daniel Thürer and Malcolm McLaren, “‘Ius post bellum’ in Iraq: A challenge to the applicability and relevance of international humanitarian law?”, *Festschrift für Jost Delbrück*, Berlin, 2005, p. 763; Marten Zwanenburg, “Existentialism in Iraq: Security Council Resolution 1483 and the law of occupation”, *International Review of the Red Cross*, No. 856 (December 2004), p. 763; Massimo Starita, “L’occupation de l’Iraq: Le Conseil de se’curite’, le droit de la guerre et le droit des peuples à disposer d’eux-me’mes”, *Revue ge’ ne’ rale de droit international public*, Vol. 108 (4) (2004), p. 903.

以被安理会所摒弃。他们认为,只有在下列条件下可以允许克减:如果存在根据“宪章”第七章作出的形式上正确的安理会决议,并且如果克减是暂时性的、合比例的,且严格局限于该情势必需的最小范围内。安理会在任何情况下都不能放弃最基本的保障,尤其是 1949 年四个《日内瓦公约》共同第 3 条规定的那些保障。<sup>[26]</sup>

由于 2003 年伊拉克战争爆发以来实践的发展,近来许多学者<sup>[27]</sup>放缓了脚步,不再密切关注克减可接受的程度。

他们满足于草率地假定安理会根据“宪章”第七章、第 25 条和第 103 条的规定所采取的行动优先于武装冲突法。一些人满意地注意到这一点,其他人则稍有遗憾,认为接受这一立场要以某些有待证明的事项为先决条件。

从“具有人道性质的公共秩序规则”这一中间概念着手似乎是有帮助的。这一概念为协调下列二者的关系提供了最为均衡的基础:其一,联合国安理会采取行动的特权和在灵活性方面的需求;其二,安理会行动的人道需求绝不能危害或至少不能妨害安理会自身的利益。这一微妙的解释主要对占领法有所帮助。总而言之,与我们的分析相反的一般观点是,安理会可以通过确立特别规则的方式进行克减,这些特别规则优先于不具有明确人道性质的那部分武装冲突法规则。没有为个人提供特定形式保护的规则即属此类,譬如,1907 年《海牙章程》中关于管理

---

[26] See Brian D. Tittmore, “Belligerents in blue helmets: applying international humanitarian law to United Nations peace operations”, *Stanford Journal of International Law*, Vol. 33 (1997), pp. 105–6. 《日内瓦公约》共同第 3 条构成强行法的观点已被普遍接受, see Hans-Peter Gasser, *Le droit international humanitaire*, Geneva and Berne, 1993, p. 74. 瑞士的实践也屡次确认这一点, see *Revue suisse de droit international et européen*, Vol. 9 (1999), p. 711; *Revue suisse de droit international et européen*, Vol. 11 (2001), p. 604.

[27] See, mostly in the context of occupation law, Marco Sassòli, “Legislation and maintenance of public order and civil life by occupying powers”, *European Journal of International Law*, Vol. 16 (2005), pp. 681, 683–4, 690; Zwanenburg, above note 25, p. 763; Steven R. Ratner, “Foreign occupation and international territorial administration: the challenges of convergence”, *European Journal of International Law*, Vol. 16 (4) (2005), p. 710; Gregory H. Fox, “The occupation of Iraq”, *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 36 (Winter 2005), pp. 296–7.

被占领土的规定,再如,《海牙章程》第 55 条关于被占领国公共财产用益权的规定。然而,安理会不能克减严格意义上的国际人道法规范,即包含在 1949 年《日内瓦第四公约》中的许多规则。这些规则是关于在武装冲突中赋予个人最基本保护的规范。将另行撰文对这些规范逐一地进行详细说明,这里仅向读者作简单提及。<sup>[28]</sup>

### 对伊拉克情形的适用(2003 年至今)

美国领导的盟国<sup>[29]</sup>联军入侵伊拉克后,对伊占领就为澄清我们的

[28] Robert Kolb and Sylvain Vité, *La protection des populations civiles au pouvoir d'une armée étrangère*, Brussels, forthcoming (2008).

[29] 从“诉诸战争权”角度来看这次干涉,尤其可参见《美国国际法杂志》中的相关文献。See inter alia contributions in the *AJIL*, Vol. 97 (2003), pp. 553 ff., and in Karine Bannelier, Olivier Corten, Théodore Christakis and Pierre Klein (eds.), *L'intervention en Irak et le droit international*, Paris, 2004. See also Michael Bother, “Der Irak-Krieg und das völkerrechtliche Gewaltverbot”, *Archiv des Völkerrechts*, Vol. 41 (2003), pp. 255 ff.; Thomas Bruha, “Irak-Krieg und Vereinte Nationen”, *Archiv des Völkerrechts*, Vol. 41 (2003), pp. 295 ff.; Christopher Clarke-Posteraro, “Intervention in Iraq: towards a doctrine of anticipatory counterterrorism, counter-proliferation intervention”, *Florida Journal of International Law*, Vol. 15 (2002), pp. 151 ff.; Olivier Corten, “Opération ‘Iraqi Freedom’: peut-on admettre l'argument de l'autorisation implicite du Conseil de sécurité?”, *Revue belge de droit international*, Vol. 36 (2003), pp. 205 ff.; Rainer Hofmann, “International law and the use of military force against Iraq”, *German Yearbook of International Law*, Vol. 45 (2002), pp. 9 ff.; Patrick McLain, “Settling the score with Saddam: Resolution 1441 and parallel justifications for the use of force against Iraq”, *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 13 (2003), pp. 233 ff.; Paolo Picone, “La guerra contro l'Iraq e le degenerazioni dell'unilateralismo”, *Rivista di diritto internazionale*, Vol. 86 (2003), pp. 329 ff.; W. Michael Reisman, “Assessing claims to revise the laws of war”, *American Journal of International Law*, Vol. 97 (2003), pp. 82 ff.; Christian Schaller, “Massenvernichtungswaffen und Präventivkrieg: Möglichkeiten der Rechtfertigung einer militärischen Intervention im Irak aus völkerrechtlicher Sicht”, *Zeitschrift für ausländisch öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 62 (2002), pp. 641 ff.; Pierre-Marie Dupuy, “Sécurité collective et coopération multilatérale”, in *Le droit international à la croisée des chemins*, VIème rencontre internationale de la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, Paris, 2004, pp. 61 ff. and 72 ff. 伊拉克战争中美国的主要盟友是英国、澳大利亚、西班牙、意大利、日本、波兰和葡萄牙。美国政府的官方网站相当坦率地公布了全部 49 个国家名字;见 <http://www.whitehouse.gov/infocus/iraq/news/20030327-10.html>, 最后访问时间 2007 年 11 月 26 日。

问题提供了一些重要的指引。然而,这些指引十分有限,相关安理会的决议以矛盾、模糊和审慎为其特点。直接的政治考量优先于对原则的法律考量。这一点并不令人惊讶,因为安理会本来就是一个在紧急情况下行动的政治机关。

我们要关注的问题不在于伊拉克的占领军是否违反了占领法。几乎没有疑义,他们已经间或性地违反了占领法;法律著作在这方面的阐述实际上是完全一致的。<sup>[30]</sup> 经常提及的是以下几个方面,譬如,在入侵的初期缺乏对维持秩序的充分准备,<sup>[31]</sup> 或者是对伊拉克经济进行深远的结构性改革。<sup>[32]</sup> 其中讨论得最详尽的措施之一是对外国投资法的根本改造。根据联军临时权力机构(Coalition Provisional Authority)2003 年第 39 号命令的规定,伊拉克对外国投资完全开放。先前的、限制性更强的所有立法都被废除。开放的程度似乎超过了世界上其他任何一个国家。此外,外国投资者不再承担将其部分利润再投资于伊拉克的义务。一切利润都可以汇往国外。<sup>[33]</sup> 而根据此前的伊拉克法律,这一特权仅仅授予阿拉伯国家的国民。<sup>[34]</sup> 这种结构性改革,无论是对保证占领军的安

[30] See Sassòli, above note 27, pp. 679, 694; Zwanenburg, above note 25, pp. 757–9; Starita, above note 25, pp. 886 ff.; Kaiyan Homi Kaikobad, “Problem of belligerent occupation: the scope of powers exercised by the Coalition Provisional Authority in Iraq, April/May 2003 – June 2004”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54 (1) (2005), p. 260 (关于违反占领法的改革的无效性); Fox, above note 27, pp. 202 ff. 240 f., 295–6; Adam Roberts, “The end of occupation in Iraq (2004)”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54 (1) (2005), pp. 36 ff.; Adam Roberts, “Transformative military occupation: Applying the laws of war and human rights”, *American Journal of International Law*, Vol. 100 (2006), pp. 614–15.

[31] See Hans-Peter Gasser, “From military invitation to occupation of territory: New relevance of international law of occupation”, in Horst Fischer, Ulrike Froissart, Wolff Heintschel von Heinegg and Christian Raap (eds.), *Crisis Management and Humanitarian Protection: In Honour of Dieter Fleck*, Berlin (2004), p. 154; Scheffer, above note 25, pp. 853 ff.

[32] 完全的经济和贸易自由、对外国投资几乎完全开放、利润再投资于东道国的义务取消、完全的税制改革等等。参见联军临时权力机构关于税收、投资法和公司法的第 37、39 和 64 号命令。

[33] 这次改革对众多美国投资者的好处是显而易见的。

[34] See Zwanenburg, above note 25, p. 757. 临时权力机构主张,根据安理会第 1483 (2003)号决议,它被授权进行这些改革。这种主张是不正确的,参见下文论述。

全,还是对维持平民生活来说都是不必要的,明显与 1907 年《海牙章程》第 43 条的规定相悖,至少在它经过安理会决议的授权之前是这样。<sup>[35]</sup>

它带给我们一个在这里需要更加密切关注的问题:在伊拉克的情形中,安理会是否克减了占领法?正如我们所看到的,安理会并没有克减占领法。

在我们深入地(*in medias res*)分析这一问题之前,需几句开场白:

1. 有关的安理会决议,无论是明示还是默示,均要求尊重国际人道法和占领法。在关键的第 1483(2003)号决议——该决议确立了敌对行动阶段结束之后(尽管依然面对持续的抵抗)伊拉克的制度——中,安理会注意到美国和英国常驻联合国代表给安理会主席的信“确认两国作为统一指挥下的占领国,根据适用国际法,具有特定的权力、责任和义务”(序言第 13 段),这是一个宣告性而非创设性的声明。安理会只是确认了一个先前存在且有关国家必须遵循的义务而非创设该义务。这就是为什么该声明出现在序言段落的原因之一。随后,在第 1546(2004)号决议——该决议宣布认可占领的结束——中,我们发现至少两段文字语意模糊。一方面,该决议确认对伊占领将于 2004 年 6 月 30 日结束(第 2 段)。<sup>[36]</sup>这是预定的联军临时权力机构向伊拉克过渡政府

[35] 这已表明安理会没有无限制的自由。此外,正如萨索利所指出的,即使在过渡国际行政管理的情形下(这种情况下占领法从法律角度讲可能完全不适用),根据自决原则,深远的改革也应当由被管理的人民来进行:“即使是联合国的国际行政管理也不应该进行这类重大改革,最多只是向它所管理的领土的人民作为解决其问题的一个方案建议这类改革。”另见 Fox, above note 27, p. 276。

[36] 这一次的声明出现在安理会决议的主体部分,在执行部分第 2 段,但似乎仍然是宣告性的而非创设性的:由于临时权力机构 3 天前已将其权力正式移交给伊拉克过渡政府,占领似乎已于 2004 年 6 月 27 日终止。不顾这次权力移交,仍假设安理会希望在 6 月 27 日至 6 月 30 日之间维持占领法的效力可能是错误的。如果是这种情况,这一声明就是宣告性和非创设性的。从安理会的角度来看,重要的是知道临时权力机构何时放弃其权力。然而,无论这一声明究竟是否是创设性的,都可能产生问题。《海牙章程》第 42 条的规定且对所有联合国会员国都有约束力的有效控制原则与临时权力机构对过渡政府的权力移交,安理会将这二者联系在一起了吗?如果答案是肯定的,这个日期之后的任何有效控制都不再涉及依据安理会决议的占领,而是涉及《海牙章程》第 42 条规定的占领。关于这些方面的论述,参见下文。

移交权力的日期。然而,在序言第 17 段,安理会又注意到“协助维持伊拉克安全与稳定的所有部队都承诺按照国际法、包括国际人道法规定的义务行事”。我们都知道占领法是国际人道法的一部分,因此,在这两段之间就存在一定程度的模糊:占领法似乎不再具有适用性;但通过国际人道法(包含占领法规则的《日内瓦第四公约》就是其一部分),它又能凭借安理会决议本身的作用在某种程度上保持其效力。在任何一种情况下,设想占领结束后的军队(依据安理会的声明)不用遵守《日内瓦第四公约》中最基本的人道规定都是非常奇怪的,这些体现在第 27 条至第 33 条(一般规定)和第 47 条以后(占领地)的规定中。

2. (在允许克减的情况下)不能推定对占领法规则的克减,因为它会排除通常适用的国际法。更有甚者,它还会导致逃避非常重要的国际法规则,而这些规则已为《日内瓦第四公约》通过其第 7 条、第 8 条和第 47 条包含的“锁定”技术所强调。对这一法律分支的任何克减至少都必须通过具有约束力的规定明确予以确立。譬如,通过倡议、建议或指导的方式克减国际法是不可能的;通过易被不确定解释的、模棱两可的态度克减国际法也是不可能的。政治博弈不能以牺牲人道法为代价。只有一个清晰的、根据“宪章”第 25 条的规定具有约束力的决议才能摒弃国际法规则,否则,这些规则就应适用。因此,安理会授权中的任何含糊不清都必须被解释为与克减的概念相违背。

现在我们来分别考虑先决条件(占领法的适用性)和实质条件(克减占领法的根本性保障)。我们的目的是看清在这些情况下安理会在多大范围内克减了可适用的国际人道法规则。

### 占领法的适用性

关于占领法的适用性,我们主要分析安理会决议提到的两个方面。首先,安理会似乎僭越其职权来断定谁是占领者而谁不是;其次,安理会似乎又授权自己决定占领结束的时间。

### 属人事由:谁是占领者?

在第 1483 (2003) 号决议的序言中——在关于科索沃的第 1244 (1999) 号决议中可以找到类似表述——我们可以发现安理会注意到美国和英国常驻联合国代表致安理会主席的信“确认两国作为统一指挥下的占领国(‘管理当局’),根据适用国际法的规定,具有特定的权力、责任和义务”(序言第 13 段)。在下一段中,安理会还注意到“非占领国的其他国家正在或将来可能在管理当局的领导下开展工作”(序言第 14 段),这些国家包括西班牙、波兰和日本。正如许多学者所说的,<sup>[37]</sup> 第 1483 号决议这些非常不恰当的规定,其目的就是要避免在伊拉克出现的次要国家被打上“占领国”的标签。这个标签,在第二次世界大战后的欧洲和美国都被认为是非常负面的(几乎就是荣誉的天敌),对这些国家来说,它们在国内政治层面就是潜在的麻烦。不得不承认,在西班牙或者波兰,成为在伊拉克的“占领国”将会激起历史的回忆,并使得政府追随美国制定的、异常复杂的政策与这些国家的大部分民意相抵触。无论如何,安理会的这些声明似乎都与《海牙章程》第 42 条规定的有效控制原则相抵触。就国际人道法而言,对某一领土的实际控制是决定交战占领存在的唯一要素。<sup>[38]</sup> 譬如,如果波兰<sup>[39]</sup> 控制了伊拉克领土的部分区域,它就是占领国,安理会怎么能对这种情势作不同的界定并且免除有关国家根据占领法应当承担的义务呢?

看起来安理会并不能合法地克减占领法,事实上它似乎也没有这样

[37] See, e. g., note 30 above.

[38] 国际法院最近在“刚果领土上的武装活动”(刚果诉乌干达)案中回顾了这一点(ICJ Reports, 2005, p. 59, § 172)。See also *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion*, ICJ Reports, 2004, p. 167, 178, and p. 172, § 89.

[39] 不同于其他任何“非占领国”,波兰事实上履行了占领国的义务和职能。See Liesbeth Lijnzaad, “How not to be an occupying power: some reflections on UN Security Council Resolution 1483 and the contemporary law of occupation”, *Making the Voice of Humanity Heard*, Leiden (etc.), 2004, pp. 302–4.

做。首先,应当牢记相关的段落纯粹是宣示性的且仅仅是序言。安理会注意到某种情势,是该情势呈现在它面前的形式。考虑到呈现在其面前的事实,安理会认为存在占领国和非占领国。它并没有试图作出一种法律分类。在提及决议主体所包含的指令之前,安理会本身只限于通过序言中的介绍,承认它已“注意到”这一情势。这样的声明并不符合上文阐述的克减所需的条件。因此,占领法继续适用。如果“非占领国”被证明根据《海牙章程》第 42 条规定的标准行使了占领者的权力,那就构成占领国。但这并非全部。安理会自身呼吁“有关各方完全遵守国际法,特别是 1949 年《日内瓦公约》和 1907 年《海牙章程》所规定的义务”(决议执行部分第 5 段)。《海牙章程》第 42 条因而被含蓄地重申了。国际法上关于确定是否存在占领的实际控制原则当然没有被摒弃。

那么,按照安理会的意见,非占领国处于何种地位? 这里有几种可能的解释。譬如,安理会可能认为这些国家并没有确立对领土独立自主的控制,只是在英美两国全面和有效的控制下执行有限的任务(如人道任务、重建任务等)。

另外一种假设是,这些国家没有真正的自主权,而是从属于英美两个主导国家,因而安理会可能会认为其行为可归责于这两个主要国家。然而,考虑到波兰的情况,这一见解似乎不是非常令人信服,因为该国以一种完全独立自主和有效的方式管理和控制着伊拉克南部的一小片区域,因此应当被视为占领国。<sup>[40]</sup> 尽管这不可能完全被安理会所预知,但归根结底,《海牙章程》第 42 条规定的有效控制原则必须居于优先地位:波兰毫无疑问是《海牙章程》意义上的占领国。红十字国际委员会要求波兰以及其他“非占领国”在其控制区域内遵守占领法的规定,这颇合逻辑。它们中间没有任何一个国家表示反对。<sup>[41]</sup>

总之,应当注意到安理会并没有打算克减占领法,也不可能通过选

---

[40] Ibid., pp. 302-4.

[41] See Thürer and McLaren, above note 25, p. 761. 这两位学者强调,红十字国际委员会已提醒其他这些“非占领国”适用占领法,而且它们当中没有任何一个国家提出反对。

择采取的手段这样做。决议序言的段落仅仅包含了一个宣告性的声明,用这种方式表示安理会注意到了当时的事实(*de facto*)情况。这种声明没有任何约束力。<sup>[42]</sup>因此,荷兰的立场,<sup>[43]</sup>大意是这些声明构成安理会根据“宪章”第七章作出的有约束力的决议,在法律上是站不住脚的。它们只是一个政治姿态,反映了“缓和国际局势”(Transatlantic détente)的意愿。

### 占领的结束

安理会在关于占领结束的第 1546(2004)号决议中的言论会使我们面临在某些方面完全相反的情势。安理会“欣见在 2004 年 6 月 30 日占领将结束,联军临时权力机构将不复存在,伊拉克将重新行使全部主权”(决议执行部分第 2 段)。然而,其序言第 17 段又注意到“协助维持伊拉克安全与稳定的所有部队都承诺按照国际法,包括国际人道法规定的义务行事”。这一情况与前者完全相反,因为占领在序言中被重申而在执行段落中却被“废止”了。但占领法真的被“废止”了吗?

安理会在序言第 2 段中的声明似乎纯粹是宣告性的:安理会注意到占领国当局将于 2004 年 6 月 30 日向过渡政府移交权力;安理会通过这一声明中的含蓄性措辞对伊拉克政府即将从法律(*de jure*)和事实(*de facto*)上对其领土行使主权表示满意。这是一个符合《海牙章程》第 42 条所规定的有效控制原则的声明:如果权力被有效地移交,如果伊拉克

---

[42] See, above note, pp. 759 – 61, 用语更加模糊并常常过于简洁的, Lijnzaad, above note 39, pp. 292 ff. See also Zwanenburg, above note 25, pp. 755 – 6. 退一步说,许多学者认为第 1483 号决议是不明确的; Jorge Cardona Llorens, “Libération ou occupation? Les droits et devoirs de l’État vainqueur”, *L’intervention en Irak et le droit international*, Cahiers internationaux series, No. 19, Pedone, Paris, 2004, pp. 239 ff.; Kaikobad, above note 30, pp. 262 – 3.

[43] See Zwanenburg, above note 25, p. 756.

的主权已经被“恢复”,<sup>[44]</sup> 占领就从那一刻起终止。安理会通过暗示有效的占领已终止来解释这次权力移交。

我们知道权力移交发生在决议所述日期的 3 天之前,也就是 2004 年 6 月 27 日。如果我们探寻决议的动机、目的和宗旨,而不是其字面意义,我们可以得出占领已于 6 月 27 日结束的结论。安理会的声明是宣告性的,不是创设性的:它只是提及实际情况。因此,这是动态的而非静态的提及。如果占领的有效性已于 6 月 27 日而非 6 月 30 日终止,占领本身就于 6 月 27 日而非 6 月 30 日结束。无论如何,声明只是一种假定,任何事情都要取决于实际情况,尽管这种情况在决议通过时还不为人所知。

在占领国当局向过渡政府移交权力的法律意义这一点上,关于情势的性质的安理会声明不是创设性的吗? 安理会决定,权力移交预定于 6 月 30 日进行,这一对联合国会员国有约束力的决定难道不等同于自其发生之时起占领国就在事实上丧失了管辖效力? 因此,主张在权力移交之后仍可能存在管辖效力(因而也包括占领)将不再可能。

当前的情势无助于这种观点,即 6 月 27 日的这次权力移交造成了一个明显的中断。特别是美国,它谨慎地在伊拉克政府中安插亲美人员并排除那些它认为危害其利益的人;在移交日期之前它继续部署<sup>[45]</sup> 同样的军事分队;在其绝对领导之下,它部署所有这些部队打击伊拉克的抵抗活动和恐怖活动;它保留了对伊拉克政府活动的严格审查权,使得伊拉克政府自主决策的空间非常有限。因此,最多可以说伊拉克主权的恢复是一个渐进的过程。<sup>[46]</sup> 在 2004 年 6 月 27 日我们只看到了一个有限的权力移交。

---

[44] 不是美国一些资料所指的“移交”主权;既然占领不改变主权,而主权仍保留于被占领国,那就没有什么可转移的。这就是政治模糊了最基本的法律事实的一个明证。See Rahim Kherad, “La souveraineté de l’Irak à l’épreuve de l’occupation”, in D. Maillard Desgrées du Loû (ed.), *Les évolutions de la souveraineté*, Paris, 2006, p. 152.

[45] 2007 年这些部队的数量甚至有所增长。

[46] Roberts, “The end of occupation”, above note 30, pp. 41 – 2, 46 – 7. 该作者承认,根据有效控制原则,占领法在 2004 年 6 月 27 日或 30 日后仍然能够适用。See also Roberts, “Transformative military occupation”, above note 30, pp. 616 – 18.

它可能还不足以产生终止占领状态的决定性的法律效果。一些学者更喜欢公开地谈论伊拉克政府太有依赖性而无法实现真正自治:对他们来说,伊拉克政府不能自由地邀请联军部队留在其领土内,从而将交战占领转变为国际人道法范围之外的平时占领。在这些学者看来,尽管伊拉克政府可能不是一个傀儡政府,但也相差不远。<sup>[47]</sup> 如果情况属实,那么,新政府的行为就不能被视为主权行为。如果是那样的话,针对占领国就更应坚持《日内瓦第四公约》第 47 条的规定:地位的正式改变还没有终止占领,随之应允许不同形式的保护以防止占领影响到伊拉克居民。我们认为,自 2004 年 6 月以来,伊拉克政府还没有取得这样的自治效力,以至于得出占领法不再适用的结论。

无论是哪种解释,当然都必须承认第 1546 号决议既没有克减《海牙章程》第 42 条的规定,也没有克减习惯法,而这两者均基于有效控制标准。<sup>[48]</sup> 决议的第 2 段似乎只是宣告性的。当然它也没有明确排除并存的有效控制标准。相反,通过表达出这一点,决议似乎以有效控制标准为先决条件。决议序言第 17 段注意到,有关各国已经承诺将按照国际人道法行事。该段也是宣告性的。它注意到相关国家已保证无论在何种情况下都会遵守其法律义务。因此,该段提到了能在国际人道法中找

---

[47] Thürer and McLaren, above note 25, pp. 769 ff. 在这些学者看来,由于伊拉克政府尚未恢复有效的主权,根据有效控制原则,占领仍然存续。这是衡量法律正确性的标尺; Andrea Carcano, "End of the occupation in 2004? The status of the Multinational Force in Iraq after the transfer of sovereignty to the Interim Iraqi Government", *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 11 (2006), p. 58. See also Kherad, above note 44, pp. 153-4, 该作者认为,由于伊拉克过渡政府由占领国当局任命并从属于占领国当局,它既不合法也不合理;因此,它不能要求外国军队驻留其领土并把交战占领转变为《海牙第四公约》和《日内瓦第四公约》不予适用的平时占领。Luigi Condorelli, "Le Conseil de sécurité entre autorisation de la légitime défense et substitution de la sécurité collective: remarques au sujet de la Résolution 1546 (2004)", in SFDI (ed.), *Les métamorphoses de la sécurité collective, Droit pratique et enjeux stratégiques*, Paris, 2005, p. 237, 该文章认为第 1546 号决议所表明的新过渡政府的主权和独立“纯属无稽之谈,与现实没有任何相符之处”。

[48] 因为 2004 年第 1546 号决议克减了占领法,所以前者优先于后者,武断地肯定这一问题的萨索利如此断言,这种说法没有任何根据(above note 27, pp. 683-4)。然而,萨索利恰恰也承认,如果仅考虑当时的事实情况,占领的有效性仍然存续。

到的“硬性”法律义务,而占领法是国际人道法的一部分。这是对国际人道法的适用性(因而也是占领法中有效控制原则的适用性)具有约束力的确认,那么,怎能设想这一确认能被第 2 段所废止呢?须知第 2 段仅仅是注意到伊拉克将于 6 月 30 日以结束占领的方式恢复全部主权。

这一声明仅仅是对未来事件的预期而已。如果这一预期被事实——通过适用有效控制标准——证明是错误的,国际人道法和占领法将继续适用,因为适用它们的一般条件均已满足。

让我们补充阅读一下执行部分第 1 段来印证这一解读。它为过渡政府施加了义务,以避免“采取影响伊拉克在有限的临时期限以后的命运的任何行动,直至伊拉克民选过渡政府就职”。这相当于说 1907 年《海牙章程》第 43 条所规定的原则的精神限制了 2004 年 6 月 27 日后就任的伊拉克政府的活动空间。安理会明显将伊拉克过渡政府视为尚未拥有全部主权的机关。<sup>[49]</sup>在安理会所预期的情况中,不再有严格意义上的占领,但也不存在拥有真正和完全独立的伊拉克政府。因此,我们处在一个模糊的、独特的(*sui generis*)中间状态下。从性质上讲,这当然不是占领法规则不适用于其的状态。事实上,只要伊拉克人民的主权没有完全恢复,占领法就必须提供恰当的最低限度的保障。

总之,要强调《海牙章程》第 42 条不允许安理会进行克减。<sup>[50]</sup>它构成具有人道性质的公共秩序规则或强行法的一部分。这一规定为什么必须是强制性的呢?占领法规定的根本性保护,如果其适用性的主要条件不是强制性的,那就意味着占领国或安理会显然(*de plano*)被允许摒弃所有这些根本性保护,包括那些具有人道性质的保护。通过断言该法

---

[49] Roberts, “Transformative military occupation”, above note 30, pp. 617–18.

[50] 这是一种次级强行法规范。因此,作为《海牙章程》第 42 条实质内容并适用于占领法的有效控制标准优先于安理会任何相反的决定。然而,这并不是说安理会作出的相反决定没有任何效果或实用性。事实上,它相当于联合国的主要机关认识有效控制原则的一个路标。至少,如果这一决定与事实没有明显的矛盾,它就可能被任何司法官所遵循。因此,必然得出这样的结论:安理会通过对情势的主观决定有可能试图影响占领法,但这些决定不能优先于第 42 条规定的标准。安理会也没有获得《联合国宪章》的授权从而对适用第 42 条的条件作出有约束力的解释。

不适用,或者限制其适用条件,就有可能规避最基本的保证。

因此,任何试图“锁定”人道保护或它们宣布是强行法的努力都是徒劳的;通过大笔一挥对适用范围进行人为操纵,便可以使全部占领制度从开始就被搁置。根本性保证从此将会以一种与现代占领法最本质的精神(《日内瓦第四公约》第7条、第8条和第47条的规定)相悖的方式被剥夺任何实际效果(*effet utile*)。相反的结论因而不可避免:如果实体法律的任何一个单独条款都拥有强制性地位,那么,界定最基本规则的适用范围并因而构成其适用的首要条件的规范也必须拥有强制性地位。

这一不可克减性与谁是(或不是)占领者的问题有关,也与占领何时结束的问题有关。如果我们遵循这一解释,安理会就不会拥有克减占领法的实质权力。在这种情况下,依据存疑时优先视为有效(*in dubio pro validitate*)的解释原则,如果上文所引用的安理会决议条款不被视为无效的话,那么,它们就必然会被解释成宣告性的而非创设性的。

### 克减占领法的基本规定

当我们开始论及安理会克减基本规范的问题时,法律上的证据变得更加稀少。事实上,我们在相关决议中甚至连一个证据都找不到。一些学者认为,这一点同其他问题一样,这些决议既证明了模糊措辞的优点,也证明了其缺点。<sup>[51]</sup>实际上,模糊是有限的。所有相关决议,在提及第1483(2003)号决议时,均直接或间接地确认国际人道法和占领法毫无例外地适用。在关键的第1483号决议中,序言第13段写道,安理会注意到美国和英国常驻联合国代表致安理会主席的信,两国在信中确认“作为统一指挥下的占领国,根据适用国际法,具有特定的权力、责任和义务”。在执行部分第5段,我们可以看到安理会“吁请有关各方完全遵守国际法,特别是1949年《日内瓦公约》和1907年《海牙章程》所规

---

[51] 许多学者已经注意到这一点。See, e. g., Nehal Bhuta, “The antinomies of transformative occupation”, *European Journal of International Law*, Vol. 16 (2005), p. 735; Zwanenburg, above note 25, pp. 763 ff.

定的义务”。在这方面没有规定任何克减,更不用说明确的克减。反对克减的一方似乎是正确的。

几个执行性段落接着呼吁管理当局(即上述“统一指挥下的占领国”)和会员国采取措施重建伊拉克并恢复伊拉克的主权独立。所有这些规定明显是一般性的。没有任何规定允许或迫使任何当事方违反占领法。在第 1 段我们看到联合国会员国和有关组织被吁请“协助伊拉克人民努力改革机构和重建国家,并根据本决议为伊拉克的稳定和安全作出贡献”;在第 4 段我们看到管理当局被吁请“通过对该领土的有效行政管理促进伊拉克人民的福祉,特别包括努力恢复……条件使伊拉克人民能够自由决定自己的政治前途”;在第 8 段第 3 款我们看到管理当局,同联合国特别代表合作,推进“恢复和建立有代表性的国家和地方政府机构的努力,包括共同努力促进建立国际承认的有代表性的伊拉克政府的进程”;在同段第 5 款我们看到他们应当促进“经济重建和可持续发展的条件”;在第 7 款我们看到他们应当促进“保护人权”等。

因此,必然得出这样的结论,鉴于没有明示或默示地允许克减的其他段落,<sup>[52]</sup>序言第 13 段和执行部分第 5 段禁止克减可适用的占领法。恰如上文已指出的,安理会决议没有任何规定提倡逾越或背离占领法的行动。<sup>[53]</sup>这与波黑和科索沃的情形明显不同。<sup>[54]</sup>至多,我们在执行部分第 4 段看到进行某种程度改造性的结构改革的吁请。<sup>[55]</sup>虽然用语仍旧模糊和不精确,但这并不构成对占领法的克减,只是在该决议中作为对行动施加限制的一个因素而被回顾。因此,还不能确定那些学者就是正确的,这些学者草率地断言这些决议扩大了占领国的权力,超出了占领

---

[52] See also Kaikobad, above note 30, pp. 262 – 3 ; Thürer and McLaren, above note 25, p. 766.

[53] Fox, above note 27, pp. 257 ff. , 261.

[54] Ibid. , pp. 261 – 2.

[55] Scheffer, above note 25, pp. 844 – 5 ; Zwanenburg, above note 25, p. 766.

法的规定。<sup>[56]</sup>诚然,有几处的措辞确实有些激进了。然而,如此做是为了将海牙法转变为实际措施,而非背离它。这些实例也是非常有限的,譬如对石油的处理。<sup>[57]</sup>它们事实上违反了占领法还是灵活地发展了占领法?经过详细审查,它们似乎确实不属于克减的范畴。

最后,可能要注意,诸如“去复兴社会党化”之类的改革——因为它们关系到压迫性的体制——以及诸如禁止童工之类的某些人权方面的改革是与占领法一致的,甚至是占领法所要求的。

原则上,这些改革被“压迫性法律”的例外和保证《日内瓦第四公约》和其他人权公约(譬如1966年《公民权利和政治权利国际公约》)确认之权利的积极义务所涵盖。<sup>[58]</sup>

---

[56] See Starita, above note 25, pp. 893 ff.; Roberts, “Transformative military occupation”, above note 30, p. 613:“总体上看,第1483号决议概述的占领的目的超出了《海牙公约》和《日内瓦第四公约》的范围。”

[57] 豪尔赫·卡多纳·罗雷(Jorge Cardona Llorens)指出,临时权力机构对石油的销售背离了占领法(或是对占领法的补充?)(above note 42, p. 246)。但首先,这一石油销售制度遵循了“石油换食品”计划(这是一项早已开始的让伊拉克获取日用品的国际制度)。其次,根据1907年《海牙章程》第55条规定的“用益权”的一般原则,占领法不允许灵活的解决方案并非确定无疑的。See Langenkamp R. Dobie and Rex J. Zedalis, “What happens to the Iraqi oil? Thoughts on some significant unexamined international legal questions regarding occupation of oil fields”, *European Journal of International Law*, Vol. 14 (3) (2003), pp. 417 ff. 很明显,特别基金的设立和规则的细节超越了占领法,但它们违背该法了吗?

[58] 自第二次世界大战结束后,占领国不得适用或保留苛刻的国内立法,如纳粹体制下的《纽伦堡法》。关于禁止改变当地立法的规则的目的是为了避开外部强加的与自决原则相悖的立法。如果该规则被解释为禁止立法上的改变以对苛刻的法律进行修正,那种解释就与其目的和宗旨相悖。一些激进的学者断言,占领国负有废止或至少是中止这类立法的积极义务。毫无疑问,就这一积极义务而言,在另一方面将会削弱占领国根据《日内瓦第四公约》应承担的“人道”义务,而该义务要求在一切情况下都应确保某些权利。See Gerhard Von Glahn, *The Occupation of Enemy Territory: A Commentary on the Law and Practice of Belligerent Occupation*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1957, pp. 95, 107; Morris Greenspan, *The Modern Law of Land Warfare*, University of California, Berkeley (etc.), 1959, p. 245; Allan Gerson, “War, conquered territory, and military occupation in the contemporary international legal system”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 18 (3) (Summer 1977), p. 531; Sassòli, above note 27, pp. 675-6; Howard S. Levie, *The Code of International Armed Conflict*, Vol. 2, London, Rome and New York, 1986, p. 716. See also Jean Pictet (ed.), *Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War: Commentary*, ICRC, Geneva, 1958.

## 结论

对伊拉克事例进行研究,我们得出的结论可归结为一句话:相关安理会决议没有包含对形式上可适用的占领法明示或默示的克减。

安理会的做法更加巧妙。其通过的决议文本经常带有故意的模糊和含蓄,而把占领法和它授予的(轻微地)<sup>[59]</sup>改造性授权之间的关系问题留给实践来更加具体地处理。在这一吸引人并富有创造力的波浪的顶峰,看到在伊拉克的占领国管理当局为了最深远的改革(如在经济领域采取的那些改革)而提及第 1483(2003)号决议,我们本来就不应该惊讶。我们发现对占领法的一个诠释就是毫无私利性。来自安理会的这些模糊的授权对国际法治构成了严重威胁。确实,国际法的堡垒在形式上还是完美无缺的,任何对国际人道法的明确克减都没有获得支持。但是如果有了像伊拉克一样的其他先例,这种情况还能维持多久?此外,国际人道法如此基本的主旨——保护当地居民和确保其自治——正隐秘地屈从于占领国自身的解释。猜到这一解释的倾向并不困难。这一法律分支明显受到许多不同的“大手”的遏制——海牙规则固有的模糊(这可以理解)、安理会灵活而含蓄的授权、占领国本身带有私心的解释等——它自己的可靠性必然受到严重影响。更糟糕的情况下,它最终会被视为一个狰狞的面具,服务于重要但令人厌恶的被现实隐藏的目的。

有些主张支持重新编纂占领法,将之发展并提升到一个新的水平以适应解决当前问题的需求。但现在显然不是这样做最合适的时候。如果我们现在就着手这一过程,我们要冒着倒退而非进步的风险。一些国家会试图抓住这一机会割裂占领法,而不是加强或至少是调整它。

由于缺乏新的条约法,只能希望今后安理会不会再明示或默示地轻微纵容对占领法的克减,不会通过下述方式助长对占领法的违反——赋予占领国过度的权力来解释和适用占领法的一般(有时是非一般的)规则。也必须制止安理会通过决议提供合法的外衣,这些决议可以用于作

---

[59] 比科索沃的过渡民事管理机构的授权要少得多。

权力的渊源,令不知情者印象深刻。此外,占领国要求重新进入决策过程,联合国安理会不应屈从于必须支持这一特殊政治意愿的压力,因为那些权力最初(在诉诸战争权阶段)就从决策过程中排除了。一开始就集中于联合国的民事行政管理同安理会为占领国提供的微弱支持之间存在一个不同的世界,而占领国在其职能上有其自己的政治日程和特殊目标。

这恰恰就是国际层面的法治,现在很虚弱,危如累卵。占领法在伊拉克遭受的相关打击只不过是近年来我们所看到的许多警告标志之一。我们不要忘记:*Caveant consules, ne quid detrimenti res publica (universalis) caperet!*<sup>[60]</sup> 这才是唯一的要点:全人类文明的共同利益。

---

[60] 愿执政者们谨慎行事,以免灾祸降临于(世界)人民!