

【博士生论坛】

开坛语：学术研究需要科学严肃的态度、严格规范的方法，也需要活跃的思想氛围、激扬的创造热情，开辟“博士生论坛”这一栏目，意在发挥博士研究生的学术尖兵作用，探索新的研究领域，发现新的研究课题，在争论中交流思想，在辩难中深化认识，不拘形式唯求鲜活，不求系统唯求原创，不求严谨唯求启迪，打破沉闷与僵硬，让思想的精灵在开放的舞台上自由起舞，让学术散发出召唤无数人向往真理的诱人魅力。

巴以冲突中占领法的适用问题研究

统稿人：张作农，梁洁

(西安政治学院 研究生管理大队， 陕西 西安 710068)

中图分类号：D99

文献标识码：A

文章编号：1008-5815(2008)01-0125-04

2007年12月6日晚，西安政治学院第四期“博士论坛”举行，近30名博士生和硕士生出席了本次论坛。本期论坛由2005级军事法学博士生王继红作了题为《巴以冲突中的占领法问题》的主题发言，2005级军事法学博士生梁洁主持，军事法学系博士生导师俞正山教授和硕士生导师王海平副教授作为特邀嘉宾。

一、巴以冲突的历史背景

巴勒斯坦地区地形狭长，它的北边是黎巴嫩，东北面是叙利亚，东面是约旦，西南方是埃及。犹太人是这里最早的居民之一。三千多年前，他们在巴勒斯坦地区建立了自己的国家。然而，此后大约一千年的时间里，古代犹太国家曾经陆续被波斯、希腊、罗马等古代帝国征服过。在罗马帝国统治时期，犹太人争取独立自由的起义被镇压之后，古代犹太国家最终灭亡。犹太民族的主体部分被迫陆续离开了巴勒斯坦地区，流散到世界各地。在此后近两千年的时间里，犹太民族成为一个没有祖国的流散民族。第一次世界大战之前，巴勒斯坦地区处于土耳其奥斯曼帝国的统治下。第一次世界大战爆发之后，土耳其奥斯曼帝国加入了德奥同盟一方，同英法俄等协约国家作战。战败后，奥斯曼帝国被肢解，巴勒斯坦地区由英国进行委任统治，这种状况一直持续到以色列建国之时。

1947年11月29日，联合国大会通过“关于巴勒斯坦未来治理问题的决议”（即181号决议）。根据该决议，巴

勒斯坦地区被分成一个“犹太国家”、一个“阿拉伯国家”和耶路撒冷国际共管区。犹太国面积大约占巴勒斯坦地区总面积的55%，阿拉伯国面积大约占巴勒斯坦地区面积的44%，耶路撒冷及其附近地区由联合国管辖。联合国181号决议通过时，巴勒斯坦地区主体居民是阿拉伯人。他们和阿拉伯世界均反对在这个地区建立犹太国家。1948年5月14日，以色列国成立。就在以色列建国的第二天，爆发了第一次中东战争。这次战争改变了联合国181号决议所规定的边界。巴勒斯坦阿拉伯国家并未成立起来，其土地分别被约旦、埃及和以色列三国瓜分。约旦控制约旦河西岸地区，埃及控制了加沙地带，其余的地区被以色列占有。耶路撒冷城被一分为二，约旦占领了东城（即旧城），以色列占领了西城（新城）。通过第一次中东战争，以色列控制了更多的领土。目前，国际社会认可的以色列领土，就是这次战争结束以后以色列所控制的地区。在1967年6月的第三次中东战争中，以色列又进一步夺取了原巴勒斯坦境内的约旦河西岸、加沙地带和东耶路撒冷，还占领了埃及的西奈半岛和叙利亚的戈兰高地。巴以之间的争议主要集中在这三部分领土上。以色列占领了本该属于巴勒斯坦的东耶路撒冷、约旦河西岸和加沙地带，形成了“一块土地，两个主人”的局面。

二、相关各方对于适用占领法的态度

巴以冲突持续长达半个多世纪的时间，包括巴以双方

收稿日期：2007-12-08

统稿人简介：张作农、梁洁，西安政治学院军事法学专业2005级博士研究生。

在内的国际社会早就认识到，仅靠武力是不可能彻底解决巴以冲突的，惟有和平解决才是根本的出路。而和平解决巴以冲突，在法律上首先要考虑占领法的有关问题。在上述三个地区，是否要适用占领法一直成为相关各方争执的焦点。

目前，占领法的主要内容体现在两个国际公约之中。一个是 1907 年制定的《陆战法规和惯例公约》附件，即《海牙章程》。目前，该国际条约中关于占领的规范，已经被普遍认为是习惯法的一部分。因此，该公约不仅仅适用于其缔约国，而且适用于整个国际社会。另一个国际条约是 1949 年制定的《关于战时保护平民的日内瓦公约》，即《日内瓦第四公约》。

以色列认为，占领法不适用于上述有关地区，其理由是：以色列对这些地区的控制，不构成国际法上的占领。国际法上的占领仅针对的是其他国家主权下的领土。以色列通过第三次中东战争控制的土地之中的加沙地区，在 1948 年至 1967 年之间，由埃及控制，但是，埃及从未对其主张过权利。西岸地区由约旦控制，约旦于 1950 年宣布吞并该地区。但是，该吞并行为并未得到国际社会的普遍支持。东耶路撒冷是以色列从约旦控制下夺过来的，而按照联合国的有关决议，该部分领土属于国际共管地区。但是，巴以开战后，对耶路撒冷的共管并没有如期实现。约旦控制了东耶路撒冷，但是却没有主权。基于这些被以色列控制的地区并不存在毫无争议的主权政府，以色列就创造了一个国际法上的术语，认定它对西岸和加沙地区的统治是“行政管理”（administration），而不是军事占领。这就排斥了 1907 年《海牙章程》的适用。1971 年，以色列检察长就《日内瓦第四公约》的适用阐述了以色列的立场：以色列不承认《日内瓦第四公约》的法律适用，但是，遵守其“人道规定”。如果以色列正式承认《日内瓦第四公约》的适用，就意味着以色列承认约旦和埃及对这些领土的主权。以色列认为：该公约的共同第 2 条第 2 款的规定，仅仅适用于“成员国的领土被占领”，而以色列从未承认过有关地区是约旦和埃及的领土。

包括巴勒斯坦在内的阿拉伯世界对于该问题的看法是：以色列对上述有关地区的控制构成了占领，应该适用占领法。国际社会的主流观点也认为，以色列对阿拉伯领土的控制构成了军事占领，应该适用占领法。在联合国关于中东局势的多个决议中，都支持适用占领法。研究占领问题的学者们也都普遍认为：以色列占领阿拉伯领土是国际法上的军事占领。其实，占领只是一种事实状态，占领法所关心的是：当某一领土处于外国军队的权力之下时，如何平衡这支军队的军事需要和被控制领土的人道要求，至于占领发生之前，该领土的法律地位则不是占领法所关心和

需要解决的问题。

三、主题发言人的观点及其理由

王继红：在 1907 年制定的《海牙章程》中，“占领”这个概念并没有明确要求被占领土必须是属于另一个合法政府管辖之下的。实际上，它所关注的是，外来的军事力量控制了一个地区之后，在处理军事需要与人道要求之间的矛盾时，如何进行协调平衡。针对以色列对这些领土的占领，法律需要协调的是以色列的军事需要和巴勒斯坦人的人道要求之间的矛盾。因此，以色列的理由不能成立。既然已经构成了占领，占领法的适用就理所当然。

有关《日内瓦第四公约》的适用问题，奥本海国际法认为，默示的承认是通过一些虽然不明白地提到承认，但却无可置疑地表示承认的意思的行为来实现的。只有在下面情形下，才可以正当地被认为构成默示承认：（甲）缔结一个广泛规定两国之间关系的双边条约；（乙）正式建立外交关系；（丙）发放领事证书（可能构成默示承认）；（丁）在承认交战团体的场合，宣告中立或作类似的不容置疑的行为的。由此可见，对于默示的承认，所采取的态度是非常谨慎的，必须是无可置疑的行为。承认《日内瓦公约》适用于被占领土，虽然还未达到无可置疑的程度，但是，不能以此为由，拒绝《日内瓦公约》的适用。

既然以色列对东耶路撒冷、约旦河西岸和加沙地带的控制构成了占领，因此，需要适用占领法来解决巴以冲突。适用占领法解决巴以冲突的焦点，主要集中于两个问题：即土地和定居点。当然，除此以外，还存在诸如被占领地的司法制度、立法问题、占领法的执行问题、对被占领地经济的不当干预等问题。

在土地问题上，以色列没有采取使用武力强占的方式，而是采用了购买和征用等“合法”方式。这些看似合法获取土地的手段实际上也是非法的。虽然，从国内法的角度来看，购买、为公共目的征用等方式似乎是合法的。但是，这些所谓“合法”方式掩盖了以色列对巴勒斯坦土地赤裸裸的掠夺。例如，以色列的《在外者财产法》的法律中规定：在外者是去往和以色列处于交战状态的国家的人。根据该法律，凡是在外者，都要为其财产指定一个管理人，该管理人有权将在外者的财产出售，但是，土地只能出售给以色列议会设立的发展局。这部法律在被占领土上也是适用的。在以色列，土地所有权绝大多数都掌握在以色列土地局手中，而且，土地是不可转让的。因此，该法明显针对的是被占领土上阿拉伯人手中的土地。另外，以色列军方以国家安全为由，征用了一些巴勒斯坦的土地，这些土地最终基本上都用于定居点的建设，而定居点的居民都是以色列平民。这里所列举的只是以色列获取阿拉伯人土地的部分方式，自 1948 年以色列国成立以来，以色列已经

形成了一系列攫取被占领地区土地的方式方法。而其所依据的一般只是其国内法。

1907年制定的《海牙章程》第 55条明确规定：“占领国对其占领地内属于敌国的公共建筑、不动产、森林和农庄，只是被视为管理者和收益的享用者。”这实际上是禁止占领国获得被占领土上不动产的永久权利。一些国家的法院在一些相关案件的具体审理中，也都认定占领国对被占领土土地所有权的获得是无效的。从占领法的角度来看，这种对被占领土阿拉伯人土地的攫取，即使采用了所谓的国内法中合法方式，也是无效的。一旦被迫承担国际法上的责任，以色列就必须归还相关土地的所有权。

自 1967年占领阿拉伯领土以来，以色列一直致力于在被占领土上修建犹太人定居点。2005 年，以色列从加沙地带撤离之前，以色列已经在被占领土上总共修建了 200多个定居点，定居者约 20万人。2005年，以色列从加沙和西岸撤离的定居点共计 25个，定居者也只有 8000多人。犹太人定居点问题一直是巴以双方冲突的一个焦点。巴勒斯坦方面认为，将来的巴勒斯坦国必须立足于加沙和西岸这两个巴勒斯坦地区。巴勒斯坦领土上的以色列定居点，破坏了巴勒斯坦领土主权的完整。但是，以色列却认为，定居点是获得以色列政府批准的，并且，得到了内政部颁发的许可证，因而，它们是受法律保护的。对于以色列在被占领土上修建定居点，国际社会的主流观点是持反对意见的。联合国在多个决议中均强调：“在自 1967 年以来被以色列占领的所有领土上，建立的以色列定居点均属非法”。红十字国际委员会也认为在被占领土上修建定居点是非法的。一向支持以色列的美国也认为修建定居点是非法的。有人提出，目前，对于定居点，比较务实的态度是：拆除那些未经以色列政府批准的定居点，接受先存的定居点，用技术的办法（如圈定现有的定居点为以色列领土），来实现以色列定居点和巴勒斯坦国的和平共处。

我认为，以色列在被占领土上修建定居点是非法的。以色列在被占领土上修建定居点，并安置了近 20 万犹太人，这实际上是把本国的平民迁移到被占领土上了。《日内瓦第四公约》第 49条第 6款规定：“占领国不得将其本国平民之一部分驱逐或移送至其所占领之领土。”这条规定是为了防止类似二战期间侵略者的故伎重演。某些国家将其居民迁往被占领土，恶化了被占领土地居民的经济状况，危害其他独立民族的生存。因此，占领法禁止占领国将本国居民迁移到被占领土。占领不转移主权是占领法的一项基本原则，依据该原则，任何国家都不能通过占领一个地区的方式，来获得该地区的主权。二十世纪以来，世界上曾经有过多次企图通过占领获得领土主权的实例，其最后均以失败而告终。

无论巴以冲突最后将如何得到解决，可以肯定的是，一方面，占领法在确定领土的归属上将发挥一定的作用，以色列无法兼并所有被占领土。东耶路撒冷、约旦河西岸以及加沙地带的法律地位，始终是被占领土。尽管以色列对这些地区的占领长达三四十年，同时，以色列内部一直都有人主张兼并这些占领区。但是，直到目前为止，以色列并没有正式兼并这些地区，就是因为占领法中有占领不转移主权基本原则，该基本原则有着强大的威力，联合国关于巴勒斯坦问题的决议也多次重申了该原则。以色列的长期占领并不能改变这些地区作为被占领土的法律地位。另一方面，作为国际法的组成部分，占领法的作用总是会受到诸多因素的限制。对于以色列，定居点具有重大的政治、经济和军事意义，除非可以获得更大的、更长远的利益，否则以色列绝对不会轻易主动地撤离定居点。以色列能否按照占领法的要求撤离所有定居点，不是占领法所能够完全决定的，还要取决于错综复杂的国际政治形势。对于巴以冲突的焦点地区——东耶路撒冷、约旦河西岸和加沙地带，巴勒斯坦人是拥有主权的，这在法律上毋庸置疑，它也得到了国际上大多数国家的支持。但是，以色列拥有比较强大的军事以及经济实力，客观上造成巴勒斯坦人无力从以色列人手中夺回属于自己的土地，而以色列又碍于国际社会的态度，无法实现其立即兼并这些领土的目的。

总而言之，在巴以冲突的解决过程中，占领法必然会发挥一定的作用。但是，占领法能否得到完全落实，不取决于占领法本身，而取决于国际政治的现实状况，取决于国际力量对峙较力的结果。

四、与会者不同观点的交锋摘要

博士生张作农：只有主权国家才能拥有领土。巴勒斯坦国尚未建立，不存在所谓“领土”。因此，适用占领法缺少必要的前提。在土地问题上，以色列并没有采取使用武力强占的方式，而是依据其国内法，采用了购买和征用等合法方式。对于一些谴责或者不利于其的国际法，以色列要么拒不承认，要么持保留意见。因此，相关国际法对于以色列并不适用，也没有约束力。因此，以色列控制相关土地是否存在非法问题，有待于进一步研究。所谓“在巴以冲突的解决过程中，占领法必然会发挥一定的作用，但是，占领法却又难以得到完全落实”的说法，它实际上就意味着：占领法既可以适用，又可以不适用，该说法本身自相矛盾。

博士生王希成：占领法要么应该完全适用，要么就根本不能适用。主张对于以色列建立的某些定居点适用占领法，而对于另外一些定居点却不适用占领法，这种双重标准的做法显然不合适。研究占领法，需要联系实际，使其为维护我国国家安全和领土完整服务，为我军履行新世纪

新阶段历史使命服务。

主题发言人王继红：巴勒斯坦国虽然尚未建立，但它早已被国际社会所公认，巴勒斯坦国将来肯定会成立。因此，巴勒斯坦地区可以享有领土的法律地位。虽然以色列对于一些谴责或者不利于其的国际法不予承认，但是，相关的国际法已经为国际社会广泛接受，它具有一定的强制性。以色列如果不遵守，就是违反国际法的行为。占领法不能完全适用，是由于复杂的国际形势造成的，巴以冲突的解决仅靠法律手段显然是不够的，需要采取包括法律手段在内的各种措施。

硕士生许宁：目前，巴勒斯坦的相关土地在性质上并不属于领土，如果认为在巴勒斯坦相关土地可以适用占领法，这实际上是在改变相关国际条约的具体内容。这种改变的必要性和可行性，需要进一步斟酌。如果控制巴勒斯坦相关土地的不是以色列军队，而是联合国维持和平部队，还能否适用占领法？

主题发言人王继红：如果控制巴勒斯坦相关土地的是联合国维持和平部队，我个人认为，同样应当适用占领法。

博士生邱东：一国的国内法是该国统治阶级意志的反映，而国际法是相关国家统治阶级意志协商的结果，是相关国家统治阶级共同意志的反映，它是建立在国家利益之上。正如邓小平同志所指出的：在处理国际关系的过程中，我们要始终以维护国家利益为根本原则。我们不能以对待日常生活中法律与道德的关系的眼光看待国际法，必须正确认识国际法的作用，而不能过高估计国际法的作用。

博士生刘向辉：1. 国际法中的占领与国内物权法中的占有有何联系与区别？2. 占领者对于所占领的土地具有哪些权利与义务？3. 如果以色列只是在其所建立的定居点修建建筑物而不派其平民入住，这是否合法？4. 占领法究竟能在解决巴以冲突中发挥多大的作用？

主题发言人王继红：国际法中的占领与国内民法物权中的占有具有明显的不同，不能将民法所有权中的占有、使用、收益和处分等权利理论直接应用于国际法上的占领。依据《海牙章程》，占领国对其占领地内属于敌国的公共建筑、不动产、森林和农庄，只是被视为管理者和收益的享用者。占领者对于所占领的土地，不能享有所有权，不能向被占领土的平民征税。占领者仅具有管理者的法律地位，其所享有的权利与义务等同于管理者的权利与义务。占领法所关注的是，当某一领土处于外国军队的权力之下时，如何平衡这支军队的军事需要和被控制领土的人道要求。国际法具有一定的舆论导向作用，适用占领法，有利于保

护被占领土平民的合法利益。

博士生魏明：巴勒斯坦国尚未建立，目前，在巴勒斯坦地区是否有由巴勒斯坦人自己制定并且具有法律效力的当地法律？

主题发言人王继红：虽然巴勒斯坦国一直未能建立，但是，在巴勒斯坦地区由当地阿拉伯人制定的习惯法，正在切实有效地发挥着作用。

五、专家点评

王海平副教授：在我看来，本次论坛的讨论主要是围绕下列6个焦点问题展开：第一，关于占领的标准，即占领法适用的条件；第二，关于占领的时效问题，即占领何时开始，何时结束？第三，关于占领方的权利与义务，其具体内容是什么？第四，被占领土国家人民的权利与义务有哪些？它们又如何得以体现？第五，关于权力的移交，主权的恢复与确认问题；第六，如何利用占领法维护我国的权益？

最近，台湾有人为了鼓噪“法理台独”，竟然提出了台湾法律地位的“三阶段论”，即：第一阶段，属于美军的占领；第二阶段，蒋介石政府实现友好的占领；第三阶段，美军部分军事管辖下的民事管理。依此理论，台湾目前正处于由第二阶段向第三阶段过渡的时期。依据《与台湾关系法》，美国拥有对台湾继续实行军事管理的权力。

由此可见，研究占领法，对于维护我国领土统一与主权完整，反对各种分裂势力的活动，具有特别重要的现实意义，希望同学们继续努力，进一步深入研究占领法。

俞正山教授：学术研究一般可以分为理论研究和问题研究两种类型。王继红同学的研究报告，针对的是举世瞩目的巴以冲突这个世界热点中的冷问题——占领法的适用问题，该报告属于问题研究。因此，我们必须关注：问题究竟是什么？问题是如何出现的？问题的核心是什么？解决问题的方法有哪些？学术研究需要对现有的知识进行扩张，把大家没有关注的问题提出来，并进行深入分析。王继红同学遵循问题→法律→问题的研究思路，她从问题的提出、争论的焦点等方面对巴以冲突中的占领法问题进行了深入、系统、细致的研究，并对如何运用占领法解决问题提出了自己的见解。发言主题鲜明，论据充分，论证严谨，思维敏捷。在座的各位同学分别来自不同的专业以及不同的研究方向，从各自不同的角度出发，提出了许多很好的问题。在这里，不同学科知识的相互融合，不同的观点相互碰撞，这有利于拓展研究者的视野，启发其创造性思维，这种形式非常好，衷心祝愿博士论坛越办越好。

[责任编辑：杨蕾]