

私人军事公司：在国际人道法中的地位 及其对私人军事公司规范的影响

林赛·卡梅隆 著 / 荀诗敏^{*} 译

摘要

国家越来越多地雇佣私人军事公司在发生武装冲突的地区开展活动。国际社会普遍认为最好对此类公司进行管制。由于意识到私人军事公司雇员在国际人道法上的地位比较混乱，本文阐释了关于雇佣兵、战斗员和平民的法律，并探究私人军事公司雇员属于上述哪一种类型。文章论证了雇佣兵这个概念无助于对这些公司进行管制，并表明将这些公司雇员中的多数视为战斗员是不可能的。文章讨论了私人军事公司雇员如果享有国际人道法上的平民身份所可能产生的后果及其对于有效规制这类公司的潜在影响。

最近在局势不稳定的国家和冲突局势中开展行动的非政府武装参与者中，有一些来自比较特殊的领域：私营企业。自2003年入侵和占领伊拉克以后，联合部队得到近2万名私人军事公司雇员支持，私人军事公司的作用、地位、责任及对其实施的管制问题备受争议。国家已经意识到有必要应对私人军事公司的繁衍问题——一方面由于担心失去对

^{*} 林赛·卡梅隆 (Lindsey Cameron)，日内瓦大学法律系博士生，日内瓦大学及大学国际人道法教学与科研助理。

^{**} 中国人民大学国际法硕士研究生。

使用武力垄断权的控制,另一方面也是因为他们愿意履行其在国际法上的义务。尤其是以下两个事件引发了对这些问题的讨论。^[1] 第一,对黑水私人军事公司(Blackwater)的四名职员 的戮杀和残害以及随后在2004年4月以“势不可挡之势”对法卢杰(Fallujah)发起的攻击,使得军事部门与合同人之间的关系以及称其为“平民”合同人的准确性产生了疑问。第二,私人军事公司合同人卷入在阿布格莱布(Abu Ghraib)拘留所折磨被拘留者的行动,这一事件引起了人们对这些立约人是否有资格实施这样的行为以及他们对其可能犯下的侵犯人权行为的责任问题的关注。^[2] 尽管一些美国军事官员在阿布格莱布的行为已经在军事法庭上受到了审判,但是上述订立合同的非军事人员却没有一个在法庭上受到刑事指控。^[3]

围绕着私人军事公司的争论,在很大程度上属于政府职能私营化这

[1] 关于民族自决权及其在殖民地或外国领土或外国占领地区的适用问题,前任特别报告员和关于雇佣兵的特别报告员 Shaista Shameen 正式认可了这两个原则,她在年度报告中说:“使用雇佣兵是破坏人权和阻碍行使民族自决权的手段”,UN Doc. E /CN. 4 /2005 /14, para. 50.

[2] See e.g. Mark B ina, “ Private m ilitary contractor liability and accountability after Abu Ghraib ”, John Marshall Law Review, Vol. 38 (2005), p. 1237; Heather Camey, “ Prosecuting the law less: H um an rights abuses and private m ilitary firm s ”, George Washington Law Review, Vol. 74 (2006), p. 317; Laura Dickinson, “ G overnm ent for hire: Privatizing foreign affairs and the problem of accountability under international law ”, W illiam and Mary Law Review, Vol. 45 (O ctober 2005), p. 135. For a pre - Abu Ghraib article, see Craig Forcese, “ Deterring ‘ m ilitarized commerce ’: The prospect of liability for ‘ privatized ’ hum an rights abuses ”, O ttawa Law Review, Vol. 31 (1999 / 2000), p. 171.

[3] Both the Fay Report and the Taguba Report recom m ended referral to the US D epartm ent of Justice for potential crim inal prosecution. See M ajor General George R . Fay, AR 15 - 6 Investigation of the Abu Ghraib Detention Facility and 205th M ilitary Intelligence Brigade 130 - 34, 23 August 2004, on line: [http://www4.amy.mil/ocpa/reports mil/ocpa/reports/ar15 - 6 /index .html](http://www4.amy.mil/ocpa/reports%20mil/ocpa/reports/ar15-6/index.html) (visited 20 September 2006). The report enumerates incidents in which private contractors were allegedly involved, including (but not lim ited to) rape (Incident 22), use of “ unauthoriz ed stress positions ” (Incident 24), use of dogs to aggress detainees (Incidents 25 and 30), and hum iliation (Incident 33). See also pp. 131 - 4 for M G Fays findings regarding the civilians (private m ilitary company employees) he investigated. See also, <http://www.dod.mil/pubs/foi/detainees/taguba/> (visited 20 September 2006) for the report of M ajor General Antonio M . Taguba, A rticle 15 - 6, Investigation of the 800th M ilitary Police Brigade (Taguba R eport).

一问题上的争论。^{〔4〕} 伴随这个行业的增长需求所做的大量政策决策在这里将不做讨论;本文并非试图评价或谴责这些公司,只是勾勒一幅如何对其适用国际人道法的画面,因为在提及私人军事公司的地位问题时,会有很多疑惑。政府反复声明私人军事公司的雇员是“平民合同人”,这意味着他们并不把这些人视为战斗员。国际社会一小部分人则把所有私人军事公司视为雇佣兵犯罪团体,^{〔5〕}而一些私人军事公司的职员企图从战斗员身份中获益,以逃避因其在阿布格莱布监狱中拷问战俘而在美国对其提起的民事诉讼。^{〔6〕} 在早期关于此问题的理论著作中,一些作者否定私人军事公司雇员成为雇佣兵的可能性,但没有阐明如果他们不是雇佣兵又应该是何种身份的问题。^{〔7〕}

因此,本文试图客观地阐述私人军事公司及其职员在国际人道法上的法律地位问题。这是最基本的,因为只有理解和接受了他们的地位才能对其进行有效的管制。在对私人军事公司这一行业进行概述之后,本文将通过伊拉克的例子来简要地分析国际法和国际人道法关于雇佣兵的规定。然后通过已被接受的法律概念来探讨私人军事公司的雇员是否属于战斗员或者平民的问题。探讨私人军事公司如果违反国际人道法现有规则是否也应承担法律责任,这也是应该讨论的问题。^{〔8〕} 本文

〔4〕 F. Schreier and M. Caparini, *Privatising Security: Law, Practice and Governance of Private Military and Security Companies*, Geneva, 2005, online: www.dcaf.ch. (visited 13 November 2006).

〔5〕 直到雇佣兵问题前特别报告员 2004 年离任,联合国特别报告员任职 16 年。See e.g. UN Doc E/CN.4/1997/24 (20 February 1997), paras. 92 - 111.

〔6〕 Taguba Report, above note 3; Ibrahim v. Titan, Civil Action No. 04 - 1248 (JR), and Saleh v. Titan, Case No. 04CV1143 R (NLS).

〔7〕 一个重要的例外是米夏埃尔·施米特,他没有论述雇佣兵问题,但对平民和战斗员身份和私人军事公司雇员直接参与敌对行动做了很好的分析。See his “War, international law, and sovereignty: Re-evaluating the rules of the game in a new century—humanitarian law and direct participation in hostilities by private contractors or civilian employees”, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 5 (January 2005) p. 511.

〔8〕 国家对这些公司行为的责任不在本文讨论范围之内;然而,私人军事公司专家会议报告在这个问题上是个很好的开端: *Status and State Responsibility for their Actions*, Geneva, 29 - 30 August 2005, available at http://www.cudih.org/communication/companies_privées_secu_rite_rapport.pdf (visited 15 August 2006) (hereinafter CUD IH Report).

的出发点就是：“这些[私人军事公司]行为完全不受法律限制”的观点显然不对。^[9] 文章的结尾也提出建议，希望国家在调整其对私人军事公司有关规定时能够予以考虑。

背景：行业范围

关于这个问题，几句话就可以清楚地表明我们将要讨论的是什么问题。根据由美国赞助召开的关于私人军事公司的专家会议的报告，许多公司经营的资产价值 1000 亿美元之多。^[10] 这种财力是难以想象的，而且它们不会在一夜之间消失。根据这些公司所提供服务类型的不同，彼得·辛格(Peter Singer)将私人军事公司划分为三种“商业部门”：(1)军事供应公司，提供“直接、战略军事援助”，包括为前线服务。(2)军事咨询公司，提供战略建议和训练。(3)军事支援公司，为武装力量提供后勤服务、生活物资和情报服务。^[11] 在伊拉克，这些“平民立约人”的服务范围从后勤支援到保卫职能和训练——即从建设军事基地、准备军粮到保护美国在伊拉克的军事基地和临时联合政府(现已不存在)的成员以及管理武器、训练伊拉克新的军事和警察队伍。如果将这些平民立约人看做一个有凝聚力的整体，它将是继美国部队之后的在伊拉克的第二大分遣队，它的人数比联合机构其他所有分遣队的总数还要多。^[12]

[9] Carney, above note 2, p. 323.

[10] See the “Report of the Third Meeting of Experts on traditional and new forms of mercenary activity”, UN Doc. E/CN.4/2005/23, para. 12.

[11] Peter Singer, *Corporate Warriors: The Rise of the Privatized Military Industry*, Cornell University Press, New York, 2003. Others divide the companies into as many as five categories. See, for example, the taxonomy of H. Wulf, reproduced in Schreier and Caparini, above note 4, pp. 39 – 41. Wulf将公司分为：(1)私人安全公司；(2)国防设备生产商；(3)私人军事公司；(4)非国家武装；(5)雇佣兵。他还进一步将第(3)类的私人军事公司具体划分为提供咨询、后勤支援、技术服务、训练、保卫和平和人道援助以及战斗部队的私人军事公司。

[12] See James Coleman, “Constraining modern mercenarism”, *Hastings Law Journal*, Vol. 55 (2004), p. 1493; Peter Singer, “The private military industry and Iraq: What have we learned and where to next?”, Policy Paper, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces, Geneva, 2004.

私人军事公司与常规武装部队一起在前南斯拉夫参与训练军事人员,并在阿富汗行动活跃,在科索沃冲突期间在马其顿为难民扎营。在伊拉克和其他地方,除了一些重建公司会雇佣私人军事公司以外,一些人道组织也会经常雇佣它们保障其行动安全。尤其是在非洲,私人军事公司为从事重要行业(主要是石油和钻石)的私人公司提供安全保护。例如,在安哥拉国内法要求上述公司自备保安部队,这最终导致他们中的多数参与了与当地叛乱团体的战斗。^[3] 私人军事公司这个行业不仅提供安全保障。20世纪90年代晚期,安哥拉和塞拉利昂政府在其国家武装力量无法对抗国内叛乱者时,利用一家主要由来自于前种族隔离政权的南非特种部队人员组成的私人军事公司(名为南非万能公司),来对抗国内叛乱者。当这个公司因其实力而受到称赞(尤其是行业说客的称赞)的同时,它是否遵守国际人道法规则的问题也受到了质疑。^[4] 其他一些私人军事公司也从事了更多可疑的行动,如辅助政变。最近,马克·撒切尔(Mark Thatcher)先生在其伙同联合私人军事公司策划组织政变案的审理中认罪,引起了人们对这类公司的注意,并呼吁对它们进行国际管制。^[5] 众所周知,美国中央情报局运用私人公司参与其在南非的“毒品战”,这有时导致了与哥伦比亚革命武装力量的战斗。^[6] 简而言之,私人军事公司行业无疑是多角度而复杂的,在世界范围内的不同场合进行活动。

[13] See Singer, above note 11, pp. 9 ff.

[14] 辛格(Singer)指出他们使用集束炸弹和空气燃料炸弹,同上。纳撒尼尔·斯特尼特(Nathaniel Stinnett)说,据报道,南非万能公司指挥者命令飞行员“杀死每个人”。See his Note on “Regulating the privatization of war: How to stop private military firms from committing human rights abuses”, *Boston College International and Comparative Law Review*, Vol. 28 (2005), p. 211, at p. 215. 认为这些公司有资格这样做的事实可能对维护国际人道法的人提出挑战,而且不对资格的先后顺序加以区别。

[15] 撒切尔承认允许使用空中援助的罪行,但否认其知道空中援助用于何种目的。

[16] Former Special Rapporteur Enrique Ballasteros refers to such use in his final report as Special Rapporteur, UN Doc E/CN.4/2004/15, paras. 26 and 32.

雇佣兵

我们经常听到私人军事公司职员被称为“雇佣兵”。这个词引起许多人在情绪上的强烈反应,其中有关于长期从事这一行当的独行侠的浪漫想法,也有对这些邪恶杀手和从战争和苦难中寻求利益的奸商的强烈谴责。然而,试图规制这些公司的律师和政府必须注意这个术语在法律上的真正含义。正如下文所论述的,雇佣兵这个法律概念尤其不利于扭转规制私人军事公司的两难局面。

雇佣兵由两个专门旨在通过将雇佣兵活动定为刑事犯罪而消除这一现象的国际公约进行调整规范。此外,国际人道法也通过《第一附加议定书》对雇佣兵进行规定。虽然《反对招募、使用、资助和训练雇佣军国际公约》⁷⁾和随后的《消除非洲雇佣军制度公约》⁸⁾(一起被视为“雇佣兵公约”),与《第一附加议定书》中所规定的雇佣兵的概念有点相似,但作为雇佣兵的后果是不同的。简而言之,在雇佣兵公约中,如果缔约国通过了实施公约的立法,那么满足雇佣兵定义的人可能因为充当雇佣兵这一独特的犯罪行为而被起诉。相反,在国际人道法规则当中,充当雇佣兵本身并不违反《日内瓦公约》及其议定书,充当外国雇佣兵本身并不产生国际刑事责任;只不过雇佣兵如果被抓获不能享有战俘身份。因此,如果拘留国愿意,《第一附加议定书》中所定义的雇佣兵可能会因为直接参与敌对行动的事实而受到拘留国国内法的惩罚,但是只有该国有将充当雇佣兵规定为一种特殊犯罪的立法时,才能对该雇佣兵因其充当雇佣兵的行为进行起诉。这两种制度更进一步的区别在于国际人道法中雇佣兵身份只与国际性武装冲突相关(因为战斗员身份和特权

[17] International Convention against the Recruitment, Use, Financing and Training of Mercenaries, 4 December 1989, UNGA Res. A /RES/44 /34, entered into force 20 October 2001 (hereinafter the UN Convention).

[18] Convention for the Elimination of Mercenarism in Africa, Organization of African Unity, Libreville, 3 July 1977, CM /817 (XXXIX), Annex II, Rev. 3 (entered in to force 22 April 1985) (hereinafter the AU Convention).

只存在于这些冲突),而雇佣兵公约也可以适用于非国际性武装冲突的情况。

无论是根据雇佣兵公约还是根据国际人道法,都无法得出所有私人军事公司职员都是雇佣兵这么一个绝对的结论。^[9]在这两种法律制度下的定义,都要求将判断私人军事公司职员是否为雇佣兵建立在个案分析的基础上。事实上,仅仅考虑这个因素,就会使雇佣兵公约作为控制(镇压)或管制私人军事公司整个行业的一种手段显得十分不合适。

国际人道法下的雇佣兵

由于雇佣兵公约采用的雇佣兵定义与《第一议定书》第 47 条相似,我们就以该定义作为出发点。《第一议定书》第 47 条第 2 款规定:

外国雇佣兵是具有下列情况的任何人:

- (一) 在当地或外国特别征募以便在武装冲突中作战;
- (二) 事实上直接参加敌对行动;
- (三) 主要以获得私利的愿望为参加敌对行动的动机,并在事实上冲突一方允诺给予远超过对该方武装部队内具有类似等级和职责的战斗员所允诺或付给物质报偿;
- (四) 既不是冲突一方的国民,又不是冲突一方所控制的领土的居民;
- (五) 不是冲突一方武装部队的人员;而且
- (六) 不是非冲突一方的国家所派遣作为其武装部队人员执行官方职务的人。

根据第 47 条,一个人必须具备上述六个条件才能被视为雇佣兵,因

[19] 该事实没有阻止前联合国雇佣兵特别报告员恩里克·巴拉斯特(Enrique Ballasteros)对所有雇佣兵一视同仁。See UN Doc. E/CN.4/2004/15, esp. para. 57 (2003).

此普遍认为该定义在实践中难以运用。^{〔 0 〕} 尽管这个定义存在着不足之处,红十字国际委员会关于习惯法的研究决定将该规定视为习惯国际法的一部分。^{〔 1 〕} 被视为雇佣兵的后果已经在第 47 条第 1 款中作了规定:“ 外国雇佣兵不应享有作为战斗员或成为战俘的权利 ”。然而,《第一议定书》规定,即使一个人非法参与了敌对行动,不享有战俘的权利,但仍然受第一议定书第 75 条(基本保证)的保护。^{〔 2 〕} 在国际人道法上,当战俘的身份引起争议时,就应由拘留国成立“ 主管法庭 ”来决定他是否为雇佣兵。^{〔 3 〕}

然而《日内瓦公约》及其议定书并没有强制拘留国否认一个人的战俘身份,即使他或她满足了第 47 条的要求。条约规定外国雇佣兵“ 不应享有成为战俘的权利 ”。这可以理解为他们不能主张享有战斗员所享有的战俘权利,但如果拘留国决定给予其战俘身份,他们就可以享有战俘权利;或者也可以理解为拘留国不能授予雇佣兵战俘身份。通过《第一议定书》的外交会议拒绝就外国雇佣兵的后果采用绝对措辞这一事实,表明了成为雇佣兵这一行为本身并不违反国际人道法。^{〔 4 〕} 国际人道法

〔 20 〕 See in particular Françoise Hampson, “ Mercenaries: Diagnosis before prescription ”, *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 3 (1991), pp. 14 - 16. See also George Aldrich, “ Guerrilla combatants and prisoner-of-war status ”, *American University International Law Review*, Vol. 31 (1982), p. 881, for a concise but accurate overview of the technicalities of Article 47.

〔 21 〕 J. M. Henckaerts and L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Vol. I, Rules, ICRC and Cambridge University Press, Cambridge, 2005, Rule 108.

〔 22 〕 《第一附加议定书》第 45 条将这种保护扩大到不享有战俘身份的人。

〔 23 〕 《日内瓦第三公约》第 5 条第 2 款强制拘留国在对战俘身份有任何争议时成立“ 主管法庭 ”确定主张战俘身份之人的身份。《第一附加议定书》第 45 条规定了同样的要求。

〔 24 〕 Y. Sandoz, C. Swinarski and B. Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, ICRC/Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1987, para. 1795 (hereinafter ICRC Commentary). 评注的作者指出一些代表团试图用一些更加“ 苛刻 ”的词语以达到“ 不应赋予 ”雇佣兵战俘地位的目的(特别强调),但到最后采取了中立的地位。此外,可能导致雇佣兵身份的刑事控诉,包括针对“ 议定书中如果是战斗员实施就是合法的违法行为,以及对只是直接参与敌对行为的事实 ”的起诉,但是评论的作者没有提及对仅作为雇佣兵这一事实的起诉(见第 1796 段)。See also Abdulqawi A. Yusuf, “ Mercenaries in the law of armed conflicts ”, in A. Cassese (ed.), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, Editoriale Scientifica, Naples, 1979, pp. 113 - 27, esp. p. 124.

没有试图绝对地禁止使用雇佣兵,只是赋予愿意这样做的国家以选择权。不享有战斗员豁免权的后果是严重的:如果他在敌对行动中杀害战斗员,将面临审判,被判有杀人罪。这样,减弱国际人道法提供一般性保护就会间接地使许多人不愿意处于雇佣兵这一易受伤害的地位,但是国际人道法本身并不对这一类人进行调整规范。最后,在《国际刑事法院规约》中,充当雇佣兵也不是一项罪行。^[5]

我们应该注意到,对一个团体保护的弱化是非常少见的,而且违反了人道法有关的基本哲理。尽管一般性的目的是要尽可能地扩大保护,但由于“雇佣兵行为性质可耻”,不能赋予其战俘身份。^[6]所谓的雇佣兵行为的“可耻性质”,是因为他们事实上通过其行为来获得私利(并不是我们所想的那样士兵只是受到其对祖国强烈的爱国责任情感所驱使),而且由于他们不是冲突一方国家的国民,对战争的结果并不感兴趣。^[7]通常令人感到厌恶的是,这些人即使面对战争和灾害时仍不放过赚钱的机会。另外,一些人引用历史上著名的论点来谴责惩罚外国雇佣兵的提议,并指出至少在公元前2094年就已经开始使用雇佣兵(即从第一次有记录的战争开始)。^[8]另一些人认为许多士兵应征入伍仅仅是为了谋生,而定义中要反映信奉爱国主义和荣誉的主张是不现实的。^[9]

[25] Rome Statute of the International Criminal Court, 2187 UNTS 90, entered into force 1 July 2002.

[26] ICRC Commentary, above note 24, para. 1794.

[27] See A. Behnsen, “The status of mercenaries and other illegal combatants under international humanitarian law”, German Yearbook of International Law, Vol. 46 (2003), p. 494 at p. 497. Fran oise Hampson, above note 20, makes a similar observation (p. 16).

[28] See e.g. Singer, above note 11, p. 20. See also Todd Milliard, “Overcoming post-colonial myopia: A call to recognize and regulate private military companies”, Military Law Review, Vol. 176 (2003), pp. 1 ff.

[29] 在更现代的环境背景下,国家和国际社会在如何解决发生在非洲撒哈拉的武装冲突从一个国家转移到另一个不稳定国家所遇到的困难,还没有受到高度重视。

雇佣兵公约中的雇佣兵

正如上文所提到的,雇佣兵公约实质上重申了《第一议定书》第 47 条的雇佣兵的定义。^[0] 公约随后确定了相关犯罪的构成要素:符合外国雇佣兵的定义,直接参与敌对行动的个人构成犯罪,^[1] 在《联合国雇佣兵公约》规定当中,甚至具有直接参与敌对行动的企图也构成犯罪。此外,《联合国雇佣兵公约》第 2 条规定:“任何征募、使用、资助和训练雇佣兵的个人……为公约目的犯有罪行”,因此它包括以多种方式进行犯罪,不要求实际出现在战场上及在战场上作战。每个公约都有其对“雇佣兵”的附加定义,专门用来解决旨在推翻政府的情况。例如在《非洲联合公约》中就有几个关于国家代表卷入这种情形的特别条款。^[2] 《联合国雇佣兵公约》已于 2001 年生效,但只有 28 个国家批准了该公约。^[3] 《非洲联合公约》于 1985 年生效,值得注意的是在非洲境内外拥有大量私人军事公司的国家都不是该公约的成员国。^[4]

伊拉克案例研究:私人军事公司员工是否为雇佣兵?

通过 2003 年和 2004 年年初(即冲突被毋庸置疑地确认为国际性武装冲突时)在伊拉克经营的私人军事公司的例子,我们能得出结论:《第一议定书》第 47 条和雇佣兵公约都囊括了一些为这些公司工作的个人。例如,我们可以考虑这样一个假设(但完全有可能),一个南非前特种部队战斗员可能被伊拉克联合临时政府雇佣,为领导人提供贴身保护服务。继续分析定义的六个部分,我们一定会问,首先,被雇佣为保镖这一

[30] The AU Convention definition repeats Article 47 verbatim; the UN Convention leaves out Article 47.2(b) but then adds it as an element of the offence.

[31] Article 3 of the UN Convention and Article 1.3 of the AU Convention.

[32] Article 5 of the AU Convention.

[33] 2006 年 9 月 7 日止。

[34] 批准《联合国公约》和《非洲联合公约》的国家名单可见于 www.icrc.org (2006 年 10 月 13 日登录)。

事实是否构成“为了作战”而招募;在这里重要的是我们要想到国际人道法上的“作战”与进攻性袭击并非同义词,^[5]因此,被雇佣保护(军事)官员,而又从事自卫战争的人属于第47条第2款第1项规定的情况,也符合第2项标准。然而,为了符合这个标准,所招募之人应该是专门为了在特定的冲突中作战,而并非一般意义上雇员。除了保护美国指挥官本身可能构成直接参与敌对行动的事实外,还有大量关于私人军事公司从事激烈战斗的报道。2004年在纳贾夫有个著名的案例,私人军事公司职员参与了与敌军战斗员的交火,用尽数以千计的炮弹,为了不撤离战场,不得不召来本公司的直升飞机抛给他们更多的弹药。^[6]一些私人军事公司的职员因此很容易满足关于直接参与敌对行动的第2款规定要求。关于第三款规定的标准,作为美国职业指挥官的保镖,他们每日工资高达2000美元,相当于一个美国士兵或南非士兵一个月的工资,他们不是第四款规定中所要求的冲突一方的国民。关于第五款所规定的标准,作为武装冲突一方的人员,在这点上很容易说明这些公司人员不是武装部队人员;这条标准将在下文更详细地阐述。^[7]最后,南非没有派遣军人(或退役军人)进入伊拉克执行官方职务。明显的是,大约有1500名斐济战士加入了伊拉克私人军事公司。但由于他们并非斐济国派遣执行官方职务者,因此不符合第六款所规定的要求,如果他们偶然满足了其他五项标准,也并不违反第47条的规定。因此在伊拉克为私人军事公司服务的一些人员符合雇佣兵的法律概念不是不可能的。然而,对成千上万为这些公司工作的伊拉克人及在伊拉克的美国和英国人而言,这个定义作为一个调整工具毫无意义。而且,它的复杂性使它无法适用于在世界范围内非国际性武装冲突状态下工作的人。

[35] 《第一附加议定书》第49条第1款规定,“‘攻击’是指不论在进攻或防御中对敌人的暴力行为。”

[36] David Barstow, Eric Schmitt, Richard A. O'Connell Jr and James Risen, "Security firm says its workers were lured into Iraqi ambush", New York Times, 9 April 2004, p. A1. 标题所提到的埋伏,是2004年3月30日发生在法卢杰对黑水公司合同人的攻击,它引起了美国的强烈报复,并导致了对那个城市的大量破坏。另外还有许多例子,其中包括发生在库特(Kut)的战争。

[37] 见下文“战斗员”。

对私人军事公司雇员地位的分析往往在得出他们是否是雇佣兵这个结论之后就不再讨论下去。^[8] 然而,这一结论并不能解决在武装冲突状态下允许私人军事公司从事何种行为的问题。如果要对私人军事公司进行管制,首先要考虑私人军事公司的雇员应是平民还是战斗员这一问题。

战斗员

私人军事公司雇员是不是国际人道法意义上的战斗员?

至少有三点明显的理由,可以说明确定私人军事公司雇员是否为战斗员这一问题的重要性:首先是为了使交战双方知道他们是否为合法的军事目标,遭到袭击是否合法;第二,为了确定私人军事公司职员是否可以合法参与敌对行动;第三,它与第二点相关,为了确定参与敌对行动的私人军事公司雇员是否可以因其行为而被起诉。

战斗员身份与冲突一方武装部队成员^[9]或冲突一方所属并满足一定条件之民兵或志愿部队人员相关。^[10] 因此,对私人军事公司雇员的地位进行评价时,有必要判断其是否能符合属于武装部队所规定的定义(《日内瓦第三公约》第4条第1款第1项或《第一议定书》第43条),或者衡量他们是否能满足《日内瓦第三公约》第4条第1款第2项意义上的民兵的条件。根据第4条第1款第1项,确定个人是否加入国家武装部队必须依据该国家的法律。根据第4条第1款第2项,必须把团体作为一个整体进行评价,以确定其是否满足这些条件。

[38] See, e. g., Juan Carlos Zarate, " The emergence of a new dog of war: Private international security companies, international law, and the new world disorder ", Stanford Journal of International Law, Vol. 34 (Winter 1998); Coleman, above note 12; Milliard, above note 28.

[39] 1949年8月12日《关于战俘待遇之日内瓦公约》(即《日内瓦第三公约》)第4条第1款第1项和《第一附加议定书》第43条。

[40] 《日内瓦第三公约》第4条第1款第2项。

私人军事公司雇员作为不符合雇佣兵定义第5条标准的战斗员的第一种方法是确定它们是否为冲突一方武装部队的成员。《第一议定书》第43条第2款规定“冲突一方武装部队的成员……是战斗员,换言之,这类人员有权直接参加敌对行动”。^[1]因此,有必要根据《第一议定书》第43条第1款或者《日内瓦第三公约》第4条第1款第1项判断私人军事公司雇员是否加入冲突一方武装部队。可以想象,私人军事公司雇员很少会加入武装冲突一方的武装部队。事实上,如果他们全部加入武装部队,所有管理问题也就都会迎刃而解,在国际人道法下对雇佣兵的分类也不会存在任何问题。然而,私有化观点却刚好相反——将以前保留的政府权力移交给私人部门。这从表面上就与主张私人军事公司是国家武装部队成员的哲学思想不相一致。^[2]

国际人道法没有规定国家必须登记加入《日内瓦第三公约》第4条第1款第1项或《第一议定书》第43条中规定的武装部队的人员所应采取的特定步骤,这完全是国内法问题。^[3]因此,合并取决于相关国家的意志和法律制度。然而,将正式合并通知敌对方的必要性也是显而易见的,特别是由于《第一议定书》第43条第3款规定,当国家将其拥有的武装执法机构或其他准军事机构并入到武装部队内时,承担通知武装冲突敌对方的特别义务。^[4]这表明国际人道法希望虽然一国如何招募、登记武装部队人员是一个国内法问题,但交战对方应该可以获悉这些部队由哪些人员组成。此外,千万不要混淆旨在使国家承担其雇佣的私人立

[41] 《日内瓦第三公约》第4条第1款第1项没有明确规定享有战俘身份的人也有权直接参与敌对行为。

[42] 然而,应该注意的是:专家会议上有一个专家提出关于适用第43条规定的范围很宽,足以包括了私人军事公司。见 CUD IH 报告,前注[8],第10—11段。

[43] 米夏埃尔·施米特在“Re-evaluating the rules”一文中指出,一些国家规定某些平民在武装部队中作为后备役军人起着重要作用,表明希望将平民并入其部队的国家很容易做到这一点。前注[7],第54页。

[44] 第43条第3款规定,“无论何时,冲突一方如果将准军事机构或武装执法机构并入其武装部队内,应通知武装冲突其他各方”。

约人行为后果的归因规则和关于合法拥有战斗员身份的政府代理人规则。^[5] 尽管可能把一个私人军事公司雇员的行为归因于国家, 这种关系可能足以导致国家责任, 但这不足以使该个人成为该国武装部队中的一员。伊拉克的例子说明, 国家雇佣私人军事公司往往强调这些个人是平民, 例如, 伊拉克临时联合机构通过的规则强制他们遵守人权法的规则, 然而, 如果作为占领国的美国知道或者认为他们是武装部队的一部分, 那么仅仅让他们遵守人权法显然是不够的。^[6]

一个团体在《日内瓦公约》下具有战斗员(或战俘)地位的第二种途径是符合《日内瓦第三公约》第4条第1款第2项中规定的条件,^[7] 第4条第1款第2项规定赋予下列人员以战俘地位:

冲突之一方所属之其他民兵及其他志愿部队人员, 包括有组织之抵抗运动人员在其本国领土内外的活动者, 即使此项领土已被占领, 但须此项民兵或志愿部队, 包括有组织之抵抗运动人员, 合乎下列条件:

- (1) 有一为其部下负责之人统率;
- (2) 备有可从远处识别之固定的特殊标志;
- (3) 公开携带武器;
- (4) 遵守战争法规及惯例进行战斗。

尽管本文的目的不是要审查关于上述这一规定所有有关的复杂细节, 但作一些提示可能会有帮助。首先, 第一段要求必须是“属于冲突一方”。其次, 这四个条件必须作为一个整体同时被满足。因此, 本文要求

[45] See the International Law Commission 's D raft A rticles on the Responsibility of States for Internationally W rongful A cts, UN GA O R 55th Sess. Supp. N o. 10, A /56 /10, especially D raft A rticles 5 and 8.

[46] O rder 17 passed by the Coalition Provisional A uthority in Iraq, CPA /O R D /27 June 2004 /17 (Revised), available on line at , <http://www.cpa-iraq.org> (visited 13 N ovem ber 2006). 此外, 《日内瓦第四公约》禁止占领国强行招募受保护的人加入其武装部队, 甚至禁止“旨在达到自愿征募的压力和宣传”。成千上万的伊拉克人被私人军事公司雇佣执行例如保护石油管道的任务, 在他们看来, 如果私人军事公司被并入当时占领国的武装部队, 美国或英国是否违反那个规定是受质疑的。

[47] 尽管《第一附加议定书》第43条包括了这类战斗员, 但如果专门对其进行讨论, 对我们还是会有帮助的。

对每个私人军事公司分别加以考虑。然而,这样对公司的逐个分析自然存在缺点。国际人道法的适用必须确保它可以被战斗员适当的遵守。如果交战方事实上无法准确得知哪些私人军事公司雇员被视为具有战斗员身份(因此而成为合法军事目标),哪些私人军事公司雇员是平民甚至可能是被保护人员(对其进攻构成对《日内瓦公约》的严重违反),因此发生的混乱会阻碍任何遵守人道法的努力。我们要牢记伊拉克至少有一百多个不同的私人军事公司在运营。许多这些公司雇员身穿制服,看上去十分类似第4条第1款第2项规定的武装部队,但事实上可能是平民。当然,地位的确定往往是个棘手问题,即使是对一些武装部队人员地位的确定(例如隐蔽的军事行动);然而,在武装冲突状态下不明身份团体的加入使这个问题更加复杂。显然,这个争论属于对合法与“非法”战斗员的激烈争论,而且无论对他们的身份怎样予以确定,都还会产生争议。

一些评论员声称,平民方面签订合同的人只有很少的一部分满足第4条第1款第2项规定的四个条件。特别是米夏埃尔·施米特(Michael Schmitt)认为他们许多人没有制服,而且不可能服从一个有强制性质的命令。^[8]此外,施米特认为第4条其他两个条件,即独立于武装部队且属于冲突一方,使私人军事公司雇员不可能被认为是民兵。那些私人军事公司可能大部分属于美国(因为直接服务于美国部队),缺少成为一个单独民兵组织的必要的独立性这一条件,因此并非事实上的武装部队。另一方面,由于私人军事公司可以被重建机构转包,有更大的独立性,从而不大可能“属于”冲突一方,^[9]这些论据很有说服力。此外,这些公司是否以及如何“属于”冲突一方,也都可以通过有关政府将要

[48] Schmitt, above note 7, pp. 527 ff. 此外,重要的是要牢记,尽管有逸事趣闻表明一些公司配有准军事制服,但成百上千的公司是受雇于武装部队、建设公司和人道援助机构。这两者之间的区别很大。

[49] *Ibid.*, pp. 529 ff.

其行为承担的责任加以衡量。^[0] 事实上,当一国故意从私人部门雇佣非军事人员从事特定任务,从事实上来说,国家完全意识到这些非军事化的个人公司所要从事的任务,但它却认为这些人员有资格来承担第 4 条第 1 款第 2 项所规定的关于准军事部门完成的任务。^[1]

诚然,一些私人军事公司具有第 4 条第 1 款第 2 项所规定的战斗员身份,但许多公司并不具有。^[2] 值得注意的是赋予这些私人军事公司以战斗员身份并不是解决一切问题的办法。许多私人军事公司可以通过服装来使其区别于当地平民,但由于私人军事公司数量过多,敌人要区分各个私人军事公司是很困难的,而这些私人军事公司的雇员并非第 4 条第 1 款第 2 项中的雇佣兵,对其直接进攻又将导致犯罪行为。

对第 4 条第 1 款第 2 项的目的性解释也不能说明该条款将私人军事公司雇员看做战斗员:之所以制定该条款,是为了使第二次世界大战期间的游击队员能取得战俘身份,但如果用它来证明私人军事公司雇员在类别上属于战斗员,则违反了其历史目的。^[3] 与其将那些游击队等同于私人军事公司,不如将其视为试图解放被占领土的战败的残余武装部队或团体。事实上,这些民兵的“抵抗”作用是赋予其战俘地位时的一个颇有争议的因素。^[4] 赋予占领国雇佣的保安人员战斗员身份并不违反第 4 条第 1 款第 2 项的规定,因为它并没有允许冲突一方成立和利

[50] 肯尼思·沃特金引用 Military Prosecutor v. Kassem (1971) 42 ILR 470, 477 一案来说明这一点。没有一个政府为战斗员的行为承担责任的事实导致以色列政府否定被俘战斗员的战俘地位。See Watkin, Warriors without Rights? Combatants, Unprivileged Belligerents, and the Struggle over Legitimacy, Harvard University, HPCR Occasional Paper Series No. 2, Cambridge, Mass., 2005, p. 26.

[51] 《日内瓦第三公约》为国家雇佣平民伴随其部队(一种外部援助)并给予他们战俘保护提供了机会,但并没有赋予他们战斗员身份。见《日内瓦第三公约》第 4 条第 1 款第 4 项和下文的论述。

[52] See Schmitt, above note 7.

[53] Jean Pictet, The Geneva Conventions of 1949: Commentary III Geneva Convention, ICRC, Geneva, 1952, pp. 52 ff.

[54] 同上,第 9 ~53 页。当如果考虑放宽第 43 条规定的条件,以使某些游击战斗员具有战斗员身份时,其动机明显是为了使这些人能参与反殖民战争,例如反抗更强大的压迫者,这样,如果他们满足了国际人道法规定的条件,就可以作为战斗员受到国际人道法保护。

用私人军事公司,而只是为抵抗运动提供空间,促使他们遵守国际人道法。30年后,这个定义企图免除这些私人部队的战斗员身份,这更进一步说明第4条第1款第2项最初的目的在19世纪70年代仍然极为重要。然而对第4条第1款第2项解释不是一定要局限在历史目的上,因为历史目的表明,在现代社会背景下将该条款用于私人军事公司是不充分、不恰当的。

再者,反对赋予私人军事公司以第4条第1款第2项规定的战斗员身份具有决定性的论据,正是这一种类的战斗员最有可能被认为是雇佣兵。而根据关于雇佣兵所有法律文件所认定的定义,如果私人军事公司只从有关冲突方国家招募雇佣兵,是能够避免这个问题的(因为作为冲突一方国民是排除其雇佣兵身份的一个因素)。然而,目前所存在的问题是,尽管一些私人军事公司雇员依据《日内瓦第三公约》第4条第1款第2项的规定具有战斗员身份的观点获得认同,但许多人由于不享有战俘身份而没有动机遵守国际人道法。

我们可以断定,在国际人道法上将一些伊拉克私人军事公司视为雇佣兵,这方面的法律规定是十分有限的。然而,参与伊拉克的政府向其法律顾问咨询立约人的地位表明这些立约人的地位还模棱两可;而且,美国国会代表已经请求,要求澄清私人军事公司的地位及利用私人军事公司方面的问题。^[5] 急切断定私人军事公司的雇佣兵地位的原因是可以理解的——他们的义务会因此明确,他们也可能更有动力去竭力遵守国际人道法。在更一般性的理论方面,肯尼思·沃特金(Kenneth W atkin)强调“必须提出这样的问题:获得合法战斗员身份的标准是否充

[55] See, e. g., D. Rothwell, “ Legal Opinion on the Status of Non-Combatants and Contractors under International Humanitarian Law and Australian Law ”, 24 December 2004, available online at, <http://www.privatemilitary.org/legal.html> (visited 13 November 2006). A number of senators in the United States have requested the Comptroller General of the United States to investigate the use of private military firms in Iraq by the DoD and the CPA: Letter to Comptroller Walker from Senators C. Dodd, R. Feingold, J. Reed, P. Leahy and J. Corzine of 29 April 2004 (available online at, <http://dodd.senate.gov/index.php?q5node/3270&press/Rleases/04/0429.htm> (visited 1 October 2006).

分反映了战争的性质,是否充分说明谁参加了战争”。〔6〕然而,判断私人军事公司是否为战斗员,这种判断被普遍接受以使之具有约束力的论证受到许多因素的影响,包括法律。由于本文预言私人军事公司雇员不具有战斗员身份,因此必然认为私人军事公司雇员的衍生体符合平民身份的有关规定。

平民

根据国际人道法的逻辑性,每个人不是战斗员就是平民,〔7〕如果私人军事公司雇员不是战斗员,即为平民。这一点对我们选择如何管理此类公司具有重要意义,因为平民没有直接参与敌对行动的权利。私人军事公司雇员即使在平时欲直接参与敌对行动,也会损害到国际人道法对其他平民的保护。因此,为了提供一个有助于消除这种负面影响的调整方案,必须意识到私人军事公司直接参与敌对行动的潜在后果。在讨论直接参与敌对行动,特别是私人军事公司参与敌对行动之后,本文将探索一些可能存在的私人军事公司衍生体;之后将在本节下文提出管理建议。

首先必须指出,国际人道法本身具有多重特点,它只是禁止私人军事公司直接参与敌对行动的管理方案是不足以解决问题的。第一,敌对行动中构成“直接参与”的概念是不确定、比较模糊的。第二,国际人道法上没有区分“进攻”和“防守”性的战争,这意味着规定私人军事公司

〔56〕 参见沃特金,注释〔50〕,第16页。然而,要注意的是沃特金一般只解决与美国“境内战争”有关的非法战斗员问题,即与美国作战的战斗员。

〔57〕 一些作者认为,存在既不是战斗员也不是平民的第三种身份是可能的。理由是存在着关于“非法战斗员”的这个类别,他们不受益于《日内瓦第三公约》和《日内瓦第四公约》的保护,因为他们直接参与敌对行为,但不享有战俘身份。然而,即使这个解释获得普遍认同,那个类别对私人军事公司雇员也没有任何帮助,因为该理论的提倡者认为,对“非法战斗员”的保护比其他任何类别都少。See Knut D. Mann, “The legal situation of ‘unlawful/unprivileged combatants’”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 85, No. 849 (March 2003), pp. 45 – 74, for a comprehensive overview of this issue. Volume 88 Number 863 September 2006.

只能防守是没有意义的。^[8] 第三,即使管理方案允许私人军事公司雇员只能保卫民事目标,该方案也会遇到“民用目标”这一概念在国际人道法下不是一成不变的情况。在一定的情况下,几乎任何物体均能成为军事目标,这潜在地改变着保护该物体之人的地位,如果他或她击退袭击者。在这里对这三个因素应该更细致地加以考虑。

第一个难点问题是在敌对行动中直接参与的构成要素是什么。^[9] 红十字国际委员会的注释将直接参与看做“其性质或目的可能对敌人武装部队人员或装备造成实际损害的战争行为”。^[10] 然而,直接参与不能理解为广义的包括认为有益于一方或第三方的任何行为。在考虑私人军事公司是否直接参与时,必须牢记红十字国际委员会所提出的忠告,即:“应该明确区分敌对行动中的直接参与和战争中的参与。”^[11] 将私人军事公司雇员所有的支援行动视为直接参与敌对行动是不恰当的,而且存在着剥夺其他一些从事与战争有关的行业的平民获得非战斗员身份保护的权力的风险。还需要仔细再认定一条界线,以便能把那些对非战斗员会造成影响的行为区分开来。平民的支援行动和后勤行动,例如提供饮食和建设、维护基地,不能视为直接参与敌对行动。认为有助于整个战争的行业的从业人员(例如军需品工厂工人)是准战斗员的理论已基本被推翻。《日内瓦第三公约》第4条第1款第4项规定,平民在执行例如为武装部队提供食物、住所这样的任务时仍然保留其平民身份,这表明私人军事公司雇员只是提供支援服务时,可以不将其视为直接参与敌对行动。

然而,当武装部队在激烈的战斗中需要外援时,后勤人员(当他们是

[58] 《第一附加议定书》第49条。

[59] For a brief but excellent overview of the legal concept of direct participation in hostilities, see Jean-Fran ois Qu é uiner, “ Direct participation in hostilities under international humanitarian law ”, Working Paper, Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, November 2003, available at , http : // www . reliefweb . int / rw / lib . nsf / db900S ID / LH ON - 699 DB P ? Open Document (visited 13 November 2006) .

[60] ICRC Commentary, above note 24, para. 1944, on P I, Article 51.3.

[61] 同上。

武装部队成员时)有时会被召集起来支援部队。^[2] 例如在伊拉克,官员报告说他们的部队可以利用人员十分紧缺,以至于在战场上时常只将炊事人员留下来守卫基地。^[3] 如果炊事人员是私人安全公司的雇员,将他们留在危险位置保护和捍卫合法军事目标,这可能意味着他们直接参与了敌对行动。这样,尽管国际人道法规定了后勤人员是平民但享有战俘保护的情形,但它也不允许这些平民参与除了自卫以外的战斗。^[4] 在关于私人军事公司的论文中,缺乏后援武装部队(后勤人员)的问题仅仅被看做一个战略问题。然而,如果平民方面的合同人被召集起来,实施的行为被认为构成直接参与敌对行动,对平民方面的合同人这些作用的依赖日益增加将对国际人道法产生重要影响。

上文强调的第二个和第三个问题提出的是相同问题,因为他们表明:决定一个人是否真正地从事直接参与敌对行动,并不必然取决于其是否有意这样做。利用私人军事公司作安全保安方面的工作,是对由于进攻和防卫行为界限不清所引起的问题的最好说明。我们习惯了在国内巡视购物商场、公共场所和银行时候有私人安全保安,但是利用私人安全保安不能简单等同于不存在导致私人安全保安从事直接参与敌对行动的可能性的国际武装冲突情形。《第一议定书》第 49 条第 1 款规定,“‘攻击’是指不论在进攻或防御中对敌人的暴力行为。”美国前国防部长唐纳德·拉姆斯菲尔德(Donald Rumsfeld)认为,在伊拉克经营的私人军事公司只是为了防御,不是为了进攻,显然,他没有意识到这个区别就国际人道法而言是没有意义的。^[5] 如果进攻方是冲突一方,开枪反击的私人安全保安就因此而直接参与了敌对行动。另一方面,如果是普

[62] 辛格认为这发生在“二战”期间布鲁士战争中,但它最近也出现在 20 世纪 90 年代早期索马里大使馆。参见辛格,前注[11]。

[63] 《纽约时报》,2005 年 4 月。

[64] Pictet ' Commentary, 上文注释[53],遗憾的是没有说明这一点,但可能因为这是不证自明的,因为这些人不是战斗员。

[65] See the Reply of Secretary of Defense Rumsfeld to the Honorable Ike Skelton of 4 May 2004, available at http://www.house.gov/skelton/5-4-04_Rumsfeld_letter_on_contractors.pdf. (visited 1 October 2006).

通罪犯出于一般的犯罪动机实施的进攻行为,私人军事公司雇员则不必担心开枪反击会导致直接参与敌对行动。^{〔6〕}然而,应该注意的是,分辨这个区别是十分困难的,因为占领国可能制定法律宣布抵抗者不合法,将其视为罪犯。如果一个私人军事公司雇员与非法抵抗团体成员进行斗争,这些非法抵抗团体成员在占领国属于罪犯这一事实并不意味着私人军事公司雇员所参与的是警察行动,而非直接参与敌对行动。行动的性质和参加者的身份具有决定性。因此,必须对私人军事公司雇员加强训练,以使其能够区分警察行动与军事行动。

最后,物体可以依其性质、位置、用途或效用而成为军事目标。^{〔7〕}不存在固定的军事目标名单。^{〔8〕}如果私人军事公司雇员所保护的物体因为其用途(比如,一栋鲜为人知的用于民事目的楼房临时驻入战斗员)突然成为军事目标,而其仍然继续保护,那他是否是非法参与敌对行动的平民?当这个物体不再用于军事目的,而他仍然继续保护,后果又如何?其是否停止参与敌对行动?能否合理期待交战方知悉并考虑到这种身份的变化?在管理方案中规定私人军事公司不得用于保护任何军事性质的物体有助于简化这个问题,但是不能完全避免这个问题。

直接参与敌对行动的后果和私人军事公司参与武装冲突对一般平民定义的衍生形式

由于敌对行动中的基本区分原则,平民一般都免于袭击。然而,平民如果直接参与敌对行动就会失去其在《日内瓦公约》及其议定书中所

〔66〕 上文论述的那贾夫事件证实了超越警察行动权限的人员从事安全行动的事实以及他们许多人用手榴弹和其他非警察类型的武器武装自己的事实。

〔67〕 《第一附加议定书》第52条。

〔68〕 See M. Sasso, Li and L. Cameron, "The protection of civilian objects: Current state of the law and issues de lege ferenda", in N. Ronzitti and G. Venturini (eds.), *The Law of Air Warfare: Contemporary Issues*, eleven international publishing, Utrecht, 2006, pp. 35 - 74, at pp. 39 - 41.

享有的在袭击中受保护的权利。^[9] 此外,直接参与敌对行动的人可能通过刑事司法体系受到处罚。可以说越来越多地雇佣私人军事公司作保安间接地影响了对平民的保护,特别是因为私人公司的这一作用会引起人体盾牌和直接参与敌对行动之间的混淆。由于难以确定个人充当人体盾牌是否出于自愿,人道法规则的直接适用并不需要对自愿人体盾牌和非自愿人体盾牌加以区别。相反,所有平民,即使是位于武器工厂前方的平民,也应被视为一般的平民,必须受到免受袭击的保护。在评估袭击军事目标比例时,必须考虑到是否可能会对平民造成任何伤害的可能性。然而,普遍雇佣私人军事公司充当保安,具有扰乱计划和鼓励承认自愿和非自愿人体盾牌的区别的危险。

私人军事公司的行为范围和他们所雇人员的多样性使直接参与敌对行动和人体盾牌的问题更加复杂。一些私人军事公司雇员显然负有作战任务(例如选择目标或者甚至是参与战争)的使命,因此明显属于直接参与敌对性质的行为。然而,大部分私人军事公司雇员承担的是保卫方面的任务。根据确定直接参与敌对行动的标准,保卫行为属于一个灰色区域,到底会向哪个方向发展? 还不是一个很确定的事,甚至它还可能作为人体盾牌被使用。例如,伊拉克一私人军事公司雇佣了17,000多名伊拉克人“保卫”石油管道,抵抗掠夺者,但它可能抵抗的是叛乱分子。如果私人军事公司被用来保护军事目标,正如一位作者所说(不仅指私人军事公司,还包括所有平民),则可以认为他们是参与了战争。^[10]

首先,在直接参与敌对行动问题上对自愿人体盾牌和非自愿人体盾牌的人反对作一个区分的人,但在面对私人军事公司问题时会倾向于采用这个区别。乍一看,他们似乎游离于平民和战斗员之间,而且似乎更有几分像自愿参与者,而非我们所认为的普通平民。但是必须注意到这样一个争论:如何使私人军事公司的平民区别于与自愿或非自愿充当人

[69] 《第一附加议定书》第51条第3款。

[70] Schm itt, above note 7, p.541.

体盾牌的平民? 为了避免是否可以袭击军事目标的问题(或者为了比例计算),如果我们认为只是为了保卫军事目标——免于罪犯侵犯以及其他形式的侵害——的任何私人军事公司平民雇员所实施的行为是参与敌对行动,那么至少我们可以很容易得出“自愿”人体盾牌直接参与敌对行动的结论,从而淡化或者排除平民通常可期待的免于袭击的保护。以上关于作为军事目标的物体性质转变的讨论表明,确定一个私人军事公司保安是否会因为其位于成为军事目标的物体就自动参与了敌对行动,就如同在确定位于军事目标前面的一般平民的意愿一样,都是属于比较困难的问题。此外,如何才能分辨私人军事公司雇员在位于军事目标面前究竟是为了防御罪犯呢?还是为了防御敌人的袭击?在冲突状态下掠夺事件随处可见,这意味着第一种假设是完全不切实际的。最后,交战国将私人保安置于其所有军事目标前,或者甚至可能成为军事目标的物体前,事实上其行为是违反《第一附加议定书》第51条第7款规定的行为。

其次,通常适用于实施和执行国际人道法以及遵守国际人道法的机制,并不适用于私人军事公司。国家法典,比如《美国统一军事司法法典》(the US Uniform Code of Military Justice),允许美国部队对其武装部队成员的违法行为进行审判和定罪,因此不服从命令的后果对军事人员来说是严重的。非武装部队人员则缺少这样一个对自己构成威胁的纪律方面的机制,这种威胁在性质上不同于上文所讨论的——私人军事公司雇员对他们潜在的直接威胁。^[1]这个论点并非意图危言耸听,或者说明所有私人军事公司雇员相对于普通士兵来说更有可能违反人道法。许多私人军事公司雇佣精英分子,对其进行非军事服务的专业训练,这些精英对国际人道法的了解和遵守是无可厚非的。然而,这些公司意图通过雇佣成千上万只能提供廉价劳动、训练以及技能可能相对有限的人来获

[1] 不少文章都对美国域外如何对该国平民适用法律的复杂性问题进行了讨论。例如,见 Bina, 上文注释[2]。

得利润。^{〔2〕} 没有明确的纪律机制,因此必然会使人们对私人军事公司确保其雇员遵守人道法和人权法的能力产生质疑。

最后,私人军事公司雇员本身有一个很重要的衍生体。如果私人军事公司雇员是平民并且参与敌对行动,其后果与作为雇佣兵的后果是一样的:他们可能因其参与敌对行动通过刑事司法体系而受到惩罚。当然,这并不必然意味着对雇佣兵的单个犯罪也要进行处罚(但是,正如关于雇佣兵规定的第47条规定的标准那样,它使得这些人参与敌对行动时同样缺少遵守人道法规则的动机)。^{〔3〕} 此外,在注册公司的雇员服从于管理方案,管理方案的批准国不认为其是雇佣兵,如果他们参与敌对行动的同时并不享有豁免权,对他们来讲是件令人惊讶的事情。我认为,管理机制方面必须强迫雇佣个人的公司公开对这些人来说这一潜在的、敏感的法律地位。

美国国防部近期发布的一个指示旨在进一步管理私人军事公司雇员的行为,对可能直接参与敌对行动的人规定了详尽的必要条件,这表明美国部队不仅意识到、而且很关心这些问题。^{〔4〕} 这些对私人军事公司的管理很受欢迎,但还不够,因为雇佣私人军事公司的不仅有部队,还有重建公司等。对私人军事公司的管理必须包括所有这些公司。

私人军事公司雇员地位特殊?

国际人道法并未考虑“准战斗员”这个类别。然而它可能试图论证私人军事公司雇员在某种意义上是战斗员,因为一些私人军事公司雇员可以看做是伴随武装部队的人,而武装部队享有战俘身份。为武装部队提供饮食服务和建设基地的私人军事公司雇员——辛格军事“援助”公

〔72〕 这个因素在阿布格莱布调查中凸显出来,甚至得到一些私人军事公司雇员的证明。

〔73〕 事实上诉CACI一案中原告律师认为该公司为了争取利润更多的合同,积极鼓励不遵守对国际人道法。

〔74〕 Department of Defense Instruction No. 3020.41 (3 October 2005) on “Contractor Personnel Authorized to Accompany the U.S. Armed Forces”.

司——事实上被赋予战俘地位,如果他们伴随的部队授权其实施这些行为。^[5]《日内瓦第三公约》的规定扩大了享有战俘地位的范围;然而,这些人并不是战斗员,无权参与敌对行动。关于《第一议定书》第43条的评论没有涉及享有战俘地位但并非战斗员的这类人,^[6]这个结论从《第一议定书》第50条和《日内瓦第三公约》第4条中就可以不证自明。《第一议定书》第50条把平民定义为不属于第三公约第4条第1款第1项、第2项、第3项、第6项所指各类人中任何一类的人。因此,相反,第4条第1款第4项所列出的人(伴随部队的后勤支援人员)应该是平民。《第一议定书》第43条规定只有战斗员有权参与敌对行动,由此可以推断后勤平民雇员无权参与敌对行动。此外,关于第43条的评论明确规定,“所有武装部队成员都是战斗员,而且只有武装部队成员是战斗员。因此应该省却‘准战斗员’这个概念。这个概念的使用有时以多少跟战争有直接关系的行为为基础”。^[7]

国际人道法为所有认为自己处于武装冲突状态情况下的人提供了统一的框架。或许令人讽刺的是,越来越多的参与敌对行动的私人军事公司最大的平民雇主,则正是在另外某种情况下强烈反对应对那些被认为是“非法战斗员”的人的基本保护的人。^[8]确实,“自愿”是一种好的意愿,但又可能是潜在的“非法战斗员”。在自愿的同时谴责那些参加冲突中的非私人领域内的平民,似乎有点虚伪。总之,由于雇佣兵的概念之复杂,我们所目睹的许多的私人军事公司不可能受到现有关于雇佣

[75] 《日内瓦第三公约》第4条第1款第4项。还不清楚授权这样的人伴随武装部队是否发生在所有情况下。施米特指出许多私人军事公司的参与是因为其他订约人,而不是美国军队本身。因此,并非所有提供后勤支援的人都必定满足《日内瓦第三公约》第4条第1款第4项的规定。这是对这种私人军事公司在国际人道法下地位的一般性的解释。See J. McCullough and C. Edmonds, “Contractors on the battlefield revisited: The war in Iraq and its aftermath”, Briefing Papers, Second Series, 2004, p. 4, available at http://www.friedfrank.com/govtcon/pdf/briefing_papers_2.pdf (visited 13 November 2006).

[76] 参见《红十字国际评论》,注释[24],第1659~1683段。

[77] 同上。

[78] 作者倾向于用“无特权交战方”这个术语来代替“非法战斗员”,而且不赞同“非法战斗员”是平民的理论。这个术语的使用只是为了这个论点。

兵的国际法的合法调整。同样,大多数人对享有战斗员身份的标准并不满意。在人道法下,绝大多数人属于具有平民地位的人。

责任和义务

最后,在构思管理方案时,有必要清楚地理解私人军事公司雇员现有的责任。与一些明显的误解不同,即使私人军事公司雇员是平民,他们仍可能被指控违反国际人道法。个人犯罪责任不取决于一个人身份,因为平民和战斗员都可能犯有战争罪和严重违反《日内瓦公约》,并因此被起诉。^[9] 因而,阿布格莱布事件中的有些免于处罚,原因是明显缺少起诉牵连到违反人道法的平民的政治意志,而不是因为国际法对这些人的调整存在着法律空白。人们对私人军事公司滥用人权的行为十分恐慌,许多文章提出确保私人军事公司为其滥用人权行为承担责任的建议。^[10] 对非国家实体来说,我们必须论证的是他们为什么也要对违反人权的行为承担责任,而不是他们个人在国际人道法下要承担何种责任。将人权与私人军事公司合法地结合在一起的方法,是将私人军事公司视为国家的代理人;另一种方法是将人权义务直接写入与这些公司缔结的契约中。^[11] 一个更深层的机制将把人权义务写入许可或管理方案,在这个方案中,私人军事公司被看做一个整体。^[12] 显然,现在这些解决方案并不必然代表法律的立场,但会影响法律的发展方向。在美国已经出现了要起诉一些在阿布格莱布中滥用人权的民事案件的可能性。尽管起诉个人的民事诉讼是要求承担侵犯人权责任的一种强制方式,但由于初审判决认为国际公法(人权,禁止酷刑)并不约束个人,因此《外

[79] 对这个原则的最新确认是卢旺达国际刑事审判法庭在 *The Prosecutor v. Jean - Paul Akayesu* 案中,案件号 ICTR - 96 - 4 - I,2001年6月1日判决(上诉庭),第444段。这个原则适用于非国际性武装冲突和国际性武装冲突。

[80] 例如参见注释[2]中所列的文章。

[81] Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 299 - 310.

[82] 同上。

国人侵权诉求法案》(Alien Tort Claims Act)不能适用于对私人军事公司雇员提坦(Titan)实施的在监狱实施虐待行为的诉讼,这条强制个人承担侵犯人权责任的道路也许还很漫长。^[3] 这个判决在上级法院可能会受到质疑,但是它反映了国际人权法对私人约束力性质仍然模糊不清。

制定规则的选择

可惜的是,在本文中只能对这些问题提出一个简要的概况。许多人试图通过改变雇佣兵的定义来实现对其进行调整。^[4] 另外一些人提倡采用国际公约方面的规定提供军事服务与提供军事物资应该受同一方式调整。^[5] 政治科学家倾向于国家的调整,包括采用特许和勘漏方面

[83] Ibrahim v. Titan, Civil Action No. 04 - 1248 (JR), 391 F. Supp. 2d 10, 12 August 2005, Memorandum by Justice Robertson,他写道:“问题是国内法是否适用于私人部门,例如是否适用在该案例中的被告。最高法院没有回答这个问题……但在D.C.C中答案是否定的。” See also Saleh v. Titan, Civil Action No. 05 - 1165 (JR) US District Court for the District of Columbia, Memorandum Order, in which Justice Robertson reiterates his earlier holding more forcefully. Those holdings appear to be in direct contradiction to the District Courts determination in Kadic v. Karadzic, 70 F. 3d 232 (2d Cir 1995), reiterated in Presbyterian Church of Sudan v. Talisman, 244 F. Supp. 2d 289 (2003), that“ individuals committing [violations of jus cogens] may also be liable under international law”.然而,在私人军事公司的案例中,罗伯特松法官也认为在国际人道法下,酷刑要求“国家参与”这个要素从而为排除在《外国人侵权诉求法案》下的诉讼基础提供了另一个理由。See Saleh v. Titan, *ibid.*

[84] See, e.g., Ellen Frye, “Private military firms in the new world order: How redefining ‘mercenary’ can tame the ‘dogs of war’”, Fordham Law Review, Vol. 73 (2005). 她提议重新定义“雇佣兵”的含义,以使私人军事公司职员在雇佣兵的定义范围内,且其罪行能受《联合国雇佣兵公约》的管辖。她所下的定义仅仅包括那些不是平民或者不属于他们行为的领土或国家的私人军事公司雇员。然而,我们知道伊拉克的许多安全公司雇佣当地伊拉克人充当保安。这对国际人道法的平民或战斗员模式提出了不同的问题,但仍然在框架之外。再者,要修正《附加议定书》的规定,以便就上述情况来做出规定,也不大可能,因为所有缔约方都会反对这样的修正。

[85] See Milliard, above note 28, Appendix A: Proposed Draft Convention: International Convention to Prevent the Unlawful Transfer of Military Services to Foreign Armed Forces.

的机制；^{〔6〕}英国政府和瑞士政府采用的似乎就是这种方法。^{〔7〕} 这个行业的许多公司本身提出了他们自己的行为规则，显然是试图表示其自我管理的意志。^{〔8〕} 我认为这些解决方法都没有满意地应对国际人道法方面的挑战。这些公司雇员在没有完全加入到冲突一方国家武装部队的情况下停止参与敌对行动。例如，一个解决方案是，建议公约承认一些订立合同的人作为直接参与敌对行动的可能性，但除非这个建议者是由部队律师提出来的，否则该问题唯一解决的方案就会是：“如果要直接参与战争行为，就必须首先得到提供军事任务这一国家的最高当局或联合国人权高级专员批准，其中包括但不限于向该国、联合国或向红十字国际委员会提交报告，并接受这些机构监控小组的审议。”^{〔9〕} 不太清楚这个建议为什么专门提到人权高级专员是审查直接参加战争行为的审查者之一，可能其目的只是为了要排除另外一个候选人。但在我看来，最理想的，就是任何欲雇佣参与战争的私人军事公司的国家，都应该通过正常的招募程序将这些雇员加入其武装部队。

如果国家武装部队在部署私人军事公司的地区已经很活跃，该国就应将私人军事公司的活动作为国家正常军事活动范围的一个延伸，这样，这些活动中有关违反人道法和人权法的行为能够立刻得以有效处理。但是在私人军事公司部署地区没有当地国家武装部队在场情况下，维持秩序和执行人道法就不是一件容易的事。^{〔10〕} 但通过立法可以规

〔86〕 See Caroline Holmqvist, *Private Security Companies: The Case for Regulation*, SIPRI Policy Paper No. 9, January 2005; Schreier and Caparini, above note 4; Singer, above note 11.

〔87〕 United Kingdom, *Green Paper, Private Military Companies: Options for Regulation*, Stationery Office, London, 2002; *Rapport du Conseil fédéral sur les entreprises de sécurité et les entreprises militaires privées*, Swiss Federal Council, 2006, esp. Section 6.

〔88〕 See the website of the umbrella organization, International Peace Operations Association, and in particular its Code of Conduct of 31 March 2005, available at www.ipoaonline.org. (visited 13 November 2006).

〔89〕 See Milliard, above note 28, Proposed Draft Article 1.5.

〔90〕 例如下面这个例子，在阿富汗美国应该撤回其所有武装部队但保留了它雇佣的私人军事公司，这些私人军事公司已经在阿富汗行动，继续支持北大西洋公约组织和（或）国际安全援助部队。

定,从私人军事公司订购和输入服务的国家禁止对违法犯罪行为具有实施豁免的权利。然而,也可以推测:大量求助于私人军事公司的国家可能将无法很大程度上执行法律。

人权委员会在2005年4月的会议上通过决议,结束了该委员会对联合国雇佣兵特别报告员的授权,取而代之设立了一个工作组。决议第12节第5条特别授权该工作组专门研究三种类型的私人军事公司,此外,还授权其“准备起草国际基本原则,以鼓励那些公司在其行动中尊重人权”。^[1] 在关于雇佣兵传统和现代行为方式的第三次专家会议(不同于上述工作组的会议)的报告中,专家“普遍认为管理私人军事公司一个重要的方式,是对其行为范围加以限制,在东道国建立登记制度和监督机制,包括东道国预先批准私人军事公司的合同安排的制度”。^[2] 虽然这个建议确实很受欢迎,但什么样的行为才算是构成直接参与敌对行动?这一复杂问题仍然存在。新的工作组将是否采纳专家组的建议?这还有待于进一步的观察。

由于不大可能会制定新的国际条约,我们应该考虑选择其他调整方法。我认为工作组可以制定一部公司必须遵守的人权最低保护标准的行为守则。既然所有国家都受同样的关于国际武装冲突的国际人道法规则的约束,适用国际人道法不应该会有什么问题。但另一方面,要确定适用人权法的哪一个规则,则是十分困难的。首先,应该适用的应是人权法具体的哪一方面的权利和义务呢?是《美国独立宣言》?是《欧洲人权公约》?是《非洲人权和民族权宪章》?还是《公民权利和政治权利国际公约》?因此,工作组应该确定人权最低义务规则,国家应该或者从理想上来说必须将这个规则并入他们的许可方案和协议中。明确理解适用何种法律和法律标准易于对这些公司的监视,增强他们的责任。

[91] E/CN.4/RES/2005/2, “The use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of peoples to self-determination”, Commission on Human Rights, 38th meeting, 7 April 2005 (adopted by a recorded vote of 35 votes to 15, with two abstentions. See Chapter V of E/CN.4/2005/L.10/Add.5).

[92] E/CN.4/2005/23 at para. 93.

然而,工作组在制定这种规则时应该坚持主张:武装冲突状态下的私人军事公司,无论其承担哪一方面的责任,都必须遵守国际人道法规则。

最重要的是应该鼓励国家对在其管辖区域内登记和/或设立总部的公司,受其雇佣的公司或者在其管辖区域内登记的公司、雇佣的公司进行规范化的管理。^[3] 公司应该履行十分严格的批准程序。^[4] 此外还有一个很重要的理由,由于国家必须承担日内瓦四公约共同第一条规定的保证遵守这些公约的义务,因此他们必须确保这些公司及其雇员接受国际人道法的训练,国家必须提供这种训练。除此之外,如果私人军事公司雇员在工作过程中确实直接参与敌对行动,公司本身应该有义务告知雇员所身处的易受攻击的地位。最后,将上述这些规定融合到公司的规则之中,也可以有助于避免产生一些问题,比如为了减少开支的投入而私人秘密进行人口贩运。^[5]

结论

一些人将私人军事公司视为魔鬼,另一些人则将其吹捧为未来维护世界和平的力量。^[6] 由于这个千亿美元(美国)的行业开始在伊拉克以外寻求出路。它已经开始游说,争取在维持和平行动中也能发挥重要的作用,特别是当维和行动国家不愿意派遣部队情况时。联合国负责维和

[93] 这种三叉头的方法似乎是红十字国际委员会和瑞士政府提出问题的方式。See Rapport du Conseil fédéral, above note 87.

[94] 大部分政治学家赞同关于批准制度的主张。见上文注释[86]。

[95] U S Department of State Trafficking in Persons Report 2006, June 2006, p. 19, available at, www.state.gov/g/tip/rls/tip rpt/2006. (viewed 20 September 2006).

[96] Max Boot, "Darfur solution: Send in the mercenaries", Los Angeles Times, 31 May 2006, p. B13. See also Kristen Frichione, "Casualties in evolving warfare: Impact of private military firms" proliferation on the international community", Wisconsin International Law Journal, Vol. 23 (Fall 2005). Kristen Frichione 认为私人军事公司可以用于和平行动,但不能解决和平部队参与敌对行动和私人军事公司没有战斗员身份的棘手问题; and Victoria Burnett et al., "Who takes responsibility if one of these guys shoots the wrong people?": 雇佣执行军事任务立约人,甚至将其用于维和行动。但正如 FT 最后调查结果所提示的那样,他们如何能受到重视? 如何对他们进行管理? 这仍然是被关注的问题。Financial Times, 12 August 2003, p. 16.

行动的秘书长助理并不热衷于这个观点,他坚持认为保护的责任主要由国家来承担;然而,对如何管理私人军事公司问题进行讨论时,对这些公司的野心绝对不能熟视无睹。对私人军事公司的规则,只有当这些公司的地位和职责获得普遍理解和认同的情况下,才有可能发挥其积极作用。由于国际人道法和人权法在维护和平行动中的适用方面还存在更加复杂的问题,绝大部分私人军事公司雇员也是处于平民的地位,因此,在不久的将来还很难找到一个令人信服、可行的方法。

朱文奇 校