

商业走向战争：私人军事/安全公司与国际人道法*

埃玛努埃拉 - 基亚拉·吉拉德著** 廖凡译***

摘要

近年来在武装冲突局势下经营的私人军事和安全公司数目有所增加，其活动的性质也有所改变。这些活动现在日益接近军事行动的核心，并且常使其密切接近受国际人道法保护的人员。常见的说法是，在规范其经营方面存在法律真空。然而，在武装冲突局势下，存在一个既调整私人军事/安全公司职员活动，也调整其雇佣国责任的法律体系。而且，其它国家在促进这些公司对国际人道法的尊重方面也可以发挥作用。本文考查了私人军事/安全公司在武装冲突局势下经营所带来的关键法律问题，包括公司职员的地位及这些公司在国际人道法上的责任，其雇佣国的责任，以及私人军事/安全公司成立地国或经营地国的责任。

引言

过去 15 年来，传统上由国家安全或军事机构履行的职责正日益外包给私人军事/安全公司。尽管至少就金额而言，这些合同大部分涉及后勤或行政支持，但过去若干年也见证了私人军事/安全公司在武装冲突局势下参与安全和军事行动的显著增多。参与形式包括保护人员和军事资产、配备关卡人手、为武装和安全部队提供培训和咨询、保养武器系统、讯问嫌疑人或囚犯、收集情报乃至直接参与敌对行动。国家并非私人军事/安全公司的唯一客户；这些公司还经常在武装冲突局势下为其它行为者，包括私人公司、国际和地区政府间组织以及非政府组织，提供种种服务。

私人军事/安全公司 2003 年以来在伊拉克极为显著的存在引起了公众对它们的关注。¹ 尽管伊拉克局势无疑为这一产业提供了肥沃的土壤，但其显然不是“作战私人化”这一发展趋势的开端。这一转变始于 20 世纪 90 年代（如果不是更早的话），源自种种因素，包括冷战后国家武装部队裁员和脱离海外“代理战争”，以及鼓吹将包括军事领域职能在内的传统

* 本文仅反映作者本人观点，并不必然代表红十字国际委员会的观点。作者感谢红十字国际委员会法律部埃莱娜·马耶（Helene Mailet）和纳塔莉·魏茨曼（Nathalie Weizmann）始终如一的耐心协助，以及马里奥的深刻见解。

** 红十字国际委员会法律部法律顾问。

*** 中国社会科学院国际法研究中心副教授，美国哥伦比亚大学法学院访问学者，北京大学法学博士。

¹ 要获取在伊拉克运作的私人军事/安全公司或其雇员的准确可靠的数目是极其困难的。美国政府问责办公室 2005 年向国会提交的关于在伊拉克使用私人安全力量的报告引述国防部的评估称，至少有 60 家公司和“大约 25,000 名雇员”。政府问责办公室的 2006 年报告引述伊拉克私人安全公司协会主任的估计称，“大约有 181 家私人安全公司在伊拉克工作，共拥有超过 48,000 名雇员”。*Rebuilding Iraq: Actions Needed to Improve Use of Private Security Providers*, United States Government Accountability Office, Report to Congressional Committees (hereinafter 2005 United States Government Accountability Office Report), July 2005, GAO-05-737, p. 8; and *Rebuilding Iraq: Actions Still Needed to Improve Use of Private Security Providers*, United States Government Accountability Office, Testimony before the Subcommittee on National Security, Emerging Threats, and International Relations, Committee on Government Reform, 13 June 2006, GAO-06-865T, p. 2, respectively. 美国国防部对在伊拉克的承包商——包括在伊拉克为美国政府工作的美国、伊拉克和第三国国民，但不包括分包商——进行的一项普查显示这一数字高达 10 万人。Renae Marie, “Census counts 100,000 contractors in Iraq”, *Washington Post*, 5 December 2006.

政府职能外包的自由市场模式国家占据优势。² 这一现象已经引起了相当多的媒体兴趣和学术讨论，以及相比之下罕见得多的监管活动和法律诉讼。

私人军事/安全公司带来了大量法律、政治和实践问题。私人军事/安全公司及其雇佣国或经营地国在国际法上有什么权利和义务？在国际层面、国家层面和自律监管方面如何对这一产业进行最佳监管？³ 这一明显侵蚀国家对武力之垄断地位的现象有何后果？私人军事/安全公司的工作削弱还是加强了国家对武力的控制？⁴ 它妨碍还是帮助了弱国以及从武装冲突中新兴国家的建国努力和安全部门改革？如果有限制的话，应当对这一领域政府活动的外包设定何种限制？这种外包行为真正的成本收益有哪些？⁵ 私人军事/安全公司如何能被纳入武装部队控制和指挥结构？这一似乎是对军事人员和平民界限的进一步模糊化有何后果？⁶ 人道组织能够求助于私人安全力量吗？⁷ 最后但并非最不重要的，私人军事/安全公司对于当地居民有何负面或正面影响？包括红十字国际委员会在内的不同主体都已经不得不致力于解决这一问题，不管是以抽象还是非常直接和实际的方式。

鉴于这些相对较新行为者的出现有所增加，他们所执行的范围广泛的业务日益接近于武装冲突局势下的军事行动的核心，包括军事占领，并且常使其直接接触到受国际人道法保护的人员，红十字国际委员会已经开始同这一产业及对其经营负责的国家展开对话。对话有着双重目标：通过确保私人军事/安全公司和相关国家意识到其义务来促进对国际人道法的遵守；确保私人军事/安全公司熟悉和了解红十字国际委员会的使命及其为受武装冲突影响的人员所开展的活动。

本文集中于第一个方面：适用于在武装冲突局势下经营的私人军事/安全公司的法律框架，特别是国际人道法上的立场。

私人军事/安全公司过去几个月来受到媒体广泛报导。大众和专门读物上都常出现的说法是，在规范其经营方面存在法律真空。⁸ 这种笼统的说法是不准确的。在武装冲突局势下，存在一个既调整私人军事/安全公司职员⁹ 活动，也调整其雇佣国责任的法律体系，即国际

² See e.g., Deborah Avant, *The Market for Force: The Consequences of Privatizing Security*, 2005, pp. 30 et seq; Caroline Holmqvist, *Private Security Companies: The Case for Regulation*, SIPRI Policy Paper No. 9, January 2005, pp. 1 et seq; Fred Schreier and Marina Caparini, *Privatising Security: Law, Practice and Governance of Private Military and Security Companies*, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces Occasional Paper No. 6, March 2005; and Joanna Spear, *Market Forces: The Political Economy of Market Forces*, FAFO Report 531, 2006, pp. 11 et seq.

³ On the question of regulation of the industry, see, *inter alia*, Holmqvist, above note 2; Kathleen Jennings, *Armed Services: Regulating the Private Military Industry*, FAFO Report 532, 2006; and Schreier and Caparini, above note 2.

⁴ On this dimension of the phenomenon see Avant, above note 2; and Anna Leander, *Eroding State Authority? Private Military Companies and the Legitimate Use of Force*, 2006.

⁵ 上述美国政府问责办公室 2005 年报告发现，尽管私人安全提供者在使得伊拉克重建活动得以开展方面发挥了重要作用，但无论是国务院、国防部还是美国国际发展局都没有使用私人部门的成本的完整数据。美国政府问责办公室 2005 年报告，前注 1，第 29 页及以下部分。

⁶ 关于私人军事/安全公司对于民用/军事关系的影响，See e.g., Sami Makki, *Militarisation de l'humanitaire, privatisation du militaire*, Cahier d'Etudes Stratégiques No. 36–37, CIRPES, June 2004.

⁷ 关于人道组织对私人安全服务的使用，See e.g., James Cockayne, *Commercial Security in Humanitarian and Post-Conflict Settings: An Exploratory Study*, International Peace Academy, March 2006.

⁸ See e.g., Peter Singer, "War, profits and the vacuum of law: Privatized military firms and international law", *Columbia Journal of Transnational Law*, No. 42, 2004, p. 521; Clive Walker and Dave Whyte, "Contracting out war? Private military companies, law and regulation in the United Kingdom", *International and Comparative Law Quarterly*, No. 54, 2005, p. 651 at p. 687; and, most recently, "CICR: les mercenaires permettent aux états de contourner la loi", *Tribune de Genève*, 20 October 2006.

⁹ 本文可互换地使用私人军事/安全公司“职员”和“雇员”的表述，用以在总体上指这些公司工作的所有人员，无论他们是永久雇员、临时雇员、分包商、公司经营所在国国民还是“移居国外者”。该表述也包括

人道法。而且，这些公司的经营地国和国籍国在确保其尊重国际人道法方面也扮演着重要角色。

在发生严重违反国际人道法的事件时，私人军事/安全公司职员及其雇佣国的责任在法律上是确定无疑的。当然，实践中在起诉违法行为方面存在一些困难。

然而，对私人军事/安全公司所可能提供的服务进行国内或国际控制方面的法律，以及它们为了获准经营所必须遵守的行政程序（如果有的话），的确非常有限。目前对此问题并无国际监管。只有少数国家制定了专门立法，规定基地在其境内的私人军事/安全公司为了获准经营所必须遵循的程序，其中最著名的例子是南非 1998 年《外国军事援助监管法》。极少数国家通过其武器出口控制立法对此种服务的提供加以规定，成为进行一定监督的另一种可能方式。¹⁰ 同样少数的国家对在其领土内经营的公司提供军事/安全服务的行为进行专门监管。¹¹

本文考查了私人军事/安全公司在武装冲突局势下经营所带来的关键法律问题，包括公司职员的地位及这些公司在国际人道法上的责任，其雇佣国的责任，以及私人军事/安全公司成立地国或经营地国的责任。

应当开宗明义的是，国际人道法并不关注私人军事/安全公司本身的合法性或正当性，或者国家雇佣其从事特定活动这种行为的合法性或正当性，而只是在这些公司在武装冲突局势下经营时，对其行为加以调整。这与国际人道法更一般意义上的方法是一致的。它不涉及诉诸武力的合法性问题，而是对战争如何进行调整。它不涉及有组织武装集团的合法性问题，而是对其必须如何战斗加以调整。

本文只在国际人道法下讨论这一问题。国际公法的其它不同部门也与此相关，包括与诉诸武力有关的规则和关于国际法上国家不当行为责任的规则，¹² 当然还有人权法。¹³ 私人军事/安全公司国籍国和经营地国的国内法律，在调整私人军事/安全公司活动和建立执法机制方面也扮演重要角色。

在展开法律分析之前，有必要对相关术语先行说明。目前对于“私人军事公司”或“私人安全公司”并无普遍认可的定义。评论者们对于定义这一关键问题采取了不同方法。一些人，如对这一产业进行首次全面分析的作者辛格（Singer），基于所提供的服务对公司加以

公司经理和董事。

¹⁰ 美国为实施 1968 年《武器出口控制法》制定的《国际武器走私条例》（ITAR）是对在国外提供某些军事/安全服务加以规定的少数国内出口立法之一。条例要求为外国提供包括培训在内的国防服务的美国公司在美国国务院登记并取得许可。See Schreier and Caparini, above note 2, pp. 105 et seq.

¹¹ 目前只有伊拉克和塞拉利昂有专门立法对于在其领土内提供军事/安全服务进行监管。伊拉克的立法是由临时管委会在 2004 年制定的，目前正在修改（CPA Memorandum 17: Registration Requirements for Private Security Companies, 26 June 2004）。塞拉利昂的规定见于 2002 年《国家安全与中央情报法》第 19 条。

¹² On this topic see *Report of the Expert Meeting on Private Military Contractors: Status and State Responsibility for their Actions*, organized by the University Centre for International Humanitarian Law, Geneva, 29–30 August 2005. Available at: http://www.uci.hl.org/communication/private_military_contractors_report.pdf.

¹³ On the human rights dimension see e.g., Cordula Droegge, “Private military and security companies and human rights: A rough sketch of the legal framework”, background document prepared for the Governmental Expert Workshop of 16–17 January 2006, organized by the Swiss Federal Ministry of Foreign Affairs, available at <http://www.eda.admin.ch/psc>; Francoise Hampson, “The implications of human rights law”, background document prepared for the Governmental Expert Workshop of 13–14 November 2006 organized by the Swiss Federal Ministry of Foreign Affairs, available at <http://www.eda.admin.ch/psc>; and Alexis Kontos, “Private security guards: Privatized force and state responsibility under international human rights law”, *Non-State Actors and International Law*, Vol. 4, No. 3, 2004, p. 199.

区分。¹⁴ 另一些人则有意采用了概括性表述。¹⁵

正如霍尔姆奎斯特（Holmqvist）所指出的那样，基于与前线的相对物理接近程度来对公司进行分类会对于理解它们潜在的战略和战术影响造成误导，因为提供培训和技术咨询也可以对战争产生极其重大的影响。¹⁶ 除此之外，现实情形也表明许多公司提供范围广泛的服务。¹⁷ 这些服务中有的明显远离战场，如果使用国际人道法中的关键概念，显然未达到直接参与敌对行动的程度；而其它服务则远为接近战斗行动的核心。有鉴于此，本文不拟对“私人军事公司”或“私人安全公司”加以界定，或对个体公司加以分类，而是有意用“私人军事/安全公司”这一模糊和概括的术语来涵盖在武装冲突局势下提供任何形式的军事或安全服务的公司。

该方法反映了这一事实，即为国际人道法之目的，决定特定当事方职责的并不是为其贴上的标签，而是所实际从事活动的性质。

本文第一部分讨论私人军事/安全公司职员在国际人道法上的地位；第二部分关注其职责，以及公司在促进尊重国际人道法方面的角色；第三部分分析私人军事/安全公司雇佣国的责任；第四部分分析其它国家，主要是国籍国和经营地国的责任。第五部分探讨雇佣军的问题。尽管这是一个单独的话题，但笔者认为有必要将之包括在内，因为讨论私人军事/安全公司时，起始问题常常是其雇员是否属于雇佣军。

私人军事/安全公司职员在国际人道法上的地位

有时人们说私人军事/安全公司在国际法上没有地位，潜台词是无论公司还是其职员均无任何法律义务。从国际人道法的观点看，这一说法是误导性的。尽管公司本身在国际人道法上既无地位也无义务，因为这一法律体系不调整法人的地位，但其职员却有，尽管没有任何条约专门提及他们。当然，就法律地位而言，并没有一个适用于所有私人军事/安全公司雇员的简单答案，因为这取决于他们同国家之间关系的性质，以及他们所从事活动的类型。必须在个案基础上确定地位。但是，国际人道法包含有确定地位的标准，以及随之而来的明确权利和义务。

雇佣军？

对于私人军事/安全公司的讨论总是集中于或者至少是开始于职员是否是雇佣军这一充满政治意味的问题。尽管这一问题并非国际人道法的核心命题，但它引起了很多关注，并造成了很多混淆。意识到这一争论，并出于完整性之考虑，本文第五部分概述了雇佣军在国际

¹⁴ 辛格对公司的分类是基于“战斗空间”中的军事“矛尖”隐喻，“尖”在此代表前线。他根据所提供的服务和愿意使用的武力程度将公司分为三类：军事提供者公司、军事顾问公司和军事支持公司。第一种公司在前线提供服务；第二种主要提供顾问和培训服务；第三种被用来提供“非致命性的救援和协助”，包括为部队提供食宿等后勤职能。Peter Singer, *Corporate Warriors: The Rise of the Privatized Military Industry*, 2003, pp. 91 et seq.

¹⁵ 例如，Cockayne称之为“商业安全提供者”，而Avant和Holmqvist则使用“私人安全公司”一词。

¹⁶ Holmqvist, above note 2, p. 5.

¹⁷ 关于这一产业所提供的大致情况，See Avant, above note 2, pp. 7–22, and Schreier and Caparini, above note 2, pp. 14–42.

人道法以及两个雇佣军专门公约上的地位。

战斗员还是平民？

为国际人道法之目的，一个对于相关人员有着直接实际后果的远为重要的问题，是私人军事/安全公司职员中的地位：他们是战斗员还是平民？如果他们是战斗员，他们必须在一切时候都被作为目标，并有权直接参与敌对行动；如果被俘，他们享有战俘地位，不得因参与敌对行动而被起诉。¹⁸ 相反，如果他们是平民，那么就不能被攻击。但是，如果他们直接参与敌对行动，他们在此过程中将丧失豁免权。而且，因为平民没有直接参与敌对行动的权利，所以如果这样做了，他们就将作为“非法战斗员”，在被俘时无权享有战俘地位，并可以仅因直接参与敌对行动而受到审判，即使其在此过程中并无任何违反国际人道法之行为。¹⁹

“战斗员”这一术语在国际人道法上有非常特定的含义，不同于一般意义上的“战士”。有四类人员可以被视为战斗员。²⁰ 为本文之目的，以下两类最为相关：

- 冲突之一方之武装部队人员及构成此种武装部队一部之民兵与志愿部队人员；²¹
- 冲突之一方所属之其它民兵及其它志愿部队人员，包括有组织之抵抗运动人员之在其本国领土内外活动者，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：有一为其部下负责之人指挥；备有可从远处识别之固定的特殊标志；公开携带武器；遵守战争法规及惯例进行战斗。²²

下文将对这些类别依次简要审视，以确定私人军事/安全公司职员是否在其范围之内。

国家武装部队成员？²³

大部分战斗员是国家武装部队成员。因此，冒着陈述显而易见事实的风险，应当事先明确的一点是，只有国家雇佣的私人军事/安全公司的职员才能成为战斗员。²⁴ 鉴于私人军事/安全公司 80% 的合同是同国家以外的客户签订的，²⁵ 这一点本身就已将大部分私人军事/安

¹⁸ 《第一附加议定书》第 43 第 2 款承认战斗员直接参与敌对行动的权利。

¹⁹ 关于不合法战斗员的问题，参见Knut Dörmann, “The legal situation of “unlawful/ unprivileged combatants”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 85, No. 849, March 2003, p. 45.

²⁰ 第一附加议定书第 50 条第 1 款。

²¹ 《日内瓦第三公约》第 4 条第 1 款第 1 项。

²² 同上，第 4 条第 1 款第 2 项。《日内瓦第三公约》第 4 条第 1 款第 3 项和第 4 条第 1 款第 6 项列出的另两类战斗员分别是自称效忠于未经拘留国承认之政府或当局之正规武装部队人员，以及全民征兵的参与者。

²³ On this issue, see e.g., Ricou Heaton, “Civilians at war: Re-examining the status of civilians accompanying the armed forces”, *Air Force Law Review*, No. 57 (2005), p. 155 at pp. 168 et seq; Rebecca Rafferty Vernon, “The future of competitive sourcing: Battlefield contractors – facing the tough tests”, *Public Contract Law Journal*, No. 33 (2004), p. 369 at pp. 404 et seq; and Michael Schmitt, “Humanitarian law and direct participation in hostilities by private contractors or civilian employees”, *Chicago Journal of International Law*, No. 5 (2005), p. 511 at pp. 523 et seq.

²⁴ 存在公司被一国雇佣来代表另一国开展活动的可能。例如，曾经有捐赠国通过雇佣公司协助他国进行安全部门改革。但是，此种安排不大可能被用于接近于军事行动核心的活动。See e.g., Adedeji Ebo, *The Challenges and Opportunities of Security Sector Reform in Post-Conflict Liberia*, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces Occasional Paper No. 9, December 2005; and Francesco Mancini, In *Good Company? The Role of Business in Security Sector Reform*, 2005.

²⁵ 这是一家英国公司代表对笔者的陈述。美国公司签订的政府合同比例更高一些。参见Dominick Donald, *After the Bubble: British Private Security Companies after Iraq*, The Royal United Services Institute, Whitehall Paper 66, 2006.

全公司雇员排除在战斗员之外。

尽管国际人道法在国家武装部队成员是战斗员这一点上非常清楚，但并未就谁能被视为武装部队成员提供明确具体的指引，²⁶ 或者规定民兵或志愿部队要构成武装部队一部分所需满足的先决条件。²⁷

国内法有时包含对这些问题的规定。如果没有任何国内法，则没有明确方法确定私人军事/安全公司雇员能够被视为武装部队或者作为武装部队一部分的民兵或志愿部队成员的情形。私人军事/安全公司被雇佣来为一国武装部队提供协助这一事实本身并不是决定性的；需要比合同更为正式的附属关系。²⁸ 同样的，公司职员所开展活动的性质，尽管对于（为锁定攻击目标之目的）确定其是否直接参与敌对行动具有决定意义，但同样不是确定其是否是武装部队成员的关键因素。相反，成员身份的指示因素可能有如下这些：

- 当存在招募或征兵方面的国内程序时，他们是否遵守这些程序；
- 他们是否是国防部的雇员——但记住，这些部门也雇佣大量平民；
- 他们是否受军事纪律和司法管辖；
- 他们是否组成军事指挥和控制链条的一部分并受其管辖；
- 他们是否构成军事等级的一部分；
- 他们是否被配发了《日内瓦第三公约》所设想的身份证或者同武装部队“普通”成员类似的其它形式的身份标识；
- 他们是否穿着制服。

除第一条外，满足任何上述条件本身都不是具备武装部队成员身份的决定性证据。地位因此并不明确。一个人是否是国家武装部队成员应当在俘虏当时就直截了当作出判断，以便有权获得战俘地位的人员能够立即被给予此种地位。话虽如此，倘若对直接参与敌对行动的被俘人员地位存在疑问，《日内瓦第三公约》要求在有权法庭确定其地位之前，给予其类似于战俘的待遇。²⁹

回到私人军事/安全公司职员的问题。由于将许多原先由武装部队执行的任务进行外包的基本政策目标是减少武装部队人数和降低相关成本，因此私人军事/安全公司职员被纳入武装部队达到为确定国际人道法上地位之目的可被视为其中成员之程度的情形可能寥寥无几。³⁰

武装冲突一方当事国所属之其他民兵及其他志愿部队成员？

²⁶ 有些评论者认为，尽管有《日内瓦第三公约》第4条第1款第1项的明确措辞，但不仅是“其它民兵”和“志愿部队”成员，国家武装部队成员也必须满足第4条第1款第2项所列出的四个条件。参见George Aldrich, “The Taliban, al Qaeda, and the determination of illegal combatants”, *American Journal of International Law*, Vol. 96, 2002, p. 895, and Yoram Dinstein, “Unlawful combatancy”, *Israel Yearbook of Human Rights*, Vol. 32, 2002, p. 247 at p. 255. This debate is beyond the scope of the present article.

²⁷ 根据第三公约之评论，此条是关于“尽管是武装部队一部分，但同军队本身差异甚大”的团体。评论补充说，尽管“严格说来并非紧要”，因为此种团体的成员本来就已包括在“武装部队成员”的表述之内，但对民兵和志愿团体的提及仍然被保留了下来。Jean Pictet (ed.), *The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary*, Vol. III, *Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War* (hereinafter *Commentary: Third Geneva Convention*), ICRC, 1960, p. 52.

²⁸ Schmitt, above note 23, p. 525.

²⁹ 《日内瓦第三公约》第5条。

³⁰ Schmitt赞同此结论，参见前注 23，第 526 页。

《日内瓦第三公约》第4条第1款第1项集中于被正式纳入一国武装部队的人员，而第4条第1款第2项则涉及结构上独立于武装部队，但却又同其并肩战斗之团体的成员。这一条款的起草是为了解决第二次世界大战期间的游击队员的地位问题。³¹

为了被视为这一条款所指的战斗员，私人军事/安全公司必须符合两个要求。首先，作为一个整体的团体必须“属于”国际武装冲突之一方。其次，它必须满足《日内瓦第三公约》第4条第1款第2项所规定的四个条件。

过去，团体“属于冲突之一方”的要求被解释为要求相关国家的明确授权，但是在1949年《日内瓦公约》谈判时这一点已经被认为没有必要。根据对这一条款的评论，包括基于默示协议的关系在内的“事实关系”即已足够。重要的是，相关团体的行动显示其代表冲突哪一方在战斗。³²

武装冲突之一方当事国同民兵或志愿团体之间必须存在何种性质的联系才能让后者的成员被视为合法战斗员，这一问题最近由前南斯拉夫国际法庭作出了回答。法庭认为，必须有国家对民兵/志愿团体的控制，以及“这些非正规人员对于该冲突一方的依赖和忠诚关系”。

33

就私人军事/安全公司而言，没有理由认为代表冲突一方当事国提供特定服务的合同不能构成此种控制或者“依赖关系”，如果并不必然是忠诚的话。然而，就第4条第1款第1项而言，只有被国际武装冲突之一方当事国雇佣或代表其行动的公司才能满足此要求。那些被武装冲突局势下的任何其它行为者雇佣或代表其行动的公司则不能。³⁴

另外一个问题是，是只有被实际雇佣来战斗的公司才能满足此要求，还是那些提供后勤支持的公司也能（用评论的话来说）被视为“代表”该国在“战斗”。既然相关人员被视为“战斗员”，这一条款想来只涵盖那些被雇佣来从事接近于军事行动核心之活动的人员。由于各国——无论是那些在此问题上制定了规章的国家³⁵ 还是那些没有制定的国家——对于不应当雇佣承包商来从事这类活动存在共识，因此只有极少数私人军事/安全公司才有可能满足此要求。

同国家存在所需附属关系的公司接下来必须满足上述四个条件：有一为其部下负责之人指挥；备有可从远处识别之固定的特殊标志；公开携带武器；遵守战争法规及惯例进行战斗。

是否符合这些条件必须在个案基础上确定。但是，在不对每个条件进行详细讨论的情况下，有几点值得强调。首先，有一为其部下负责之人指挥之要求并不必然需要军事官员的指挥。³⁶ 重要的是有人为根据其命令采取的行动承担责任。这一条款旨在确保团体内的纪律

³¹ *Commentary: Third Geneva Convention*, above note 27, pp. 52 et seq. The provision is based on Article 1 of the 1907 Hague Regulations, but its scope of application is expanded to cover militia that are independent of the armed forces. 该条款是基于1907年《海牙章程》第1条，但其适用范围被扩展至包括独立于武装部队的民兵。

³² 同上，第57页。

³³ ICTY, Appeals Chamber, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, (IT-94-1), Judgment of 15 July 1999, paras.93–94.

³⁴ 施米特认为被私人实体雇佣来支持冲突一方的私人军事/安全公司也可能适格，但补充说这是一个“相当牵强的场景”。参见前注23，第528页。

³⁵ See e.g., “Contractor Personnel Authorized to Accompany the U.S. Armed Forces”, United States Department of Defense Instruction Number 3020.41, 3 October 2005, para. 6.1.5 and “Guidance for Determining Workforce Mix”, US Department of Defense Instruction Number 1100.22, 7 September 2006.

³⁶ *Commentary: Third Geneva Convention*, above note 27, p. 59.

和对于国际人道法的尊重。正如施米特（Schmitt）所指出的那样，尽管这一条款可能会将单独或在无结构团体中行动的个人排除在外，但没有理由认为更为固定的公司会缺乏所需的监督结构。³⁷

另一方面，如果在阿富汗和伊拉克的实践被作为未来行为的预兆，那么私人军事/安全公司职员最不可能满足的一个条件，就是佩戴识别标志。在阿富汗和伊拉克这两个迄今为止私人军事/安全公司数目最多的地方，屡屡出现的一个抱怨就是这些公司的职员极其难以识别。他们穿着形形色色的服装，从类似于军装的迷彩服（加上某些承包商经常公开持有武器，导致平民将之混同于武装部队成员），到使得他们难以区别于其它非军事行为者的便装。³⁸

最后，经营行为必须符合国际人道法这一要求必须被作为整体的团体而非其中的成员个体所满足。尽管已有承包商被指控严重违反该法，³⁹但迄今还没有关于公司系统性违法的指控。

基于上述分析，尽管并非完全不可能，但也许只有很小一部分私人军事/安全公司职员能够基于《日内瓦第三公约》第4条第1款第2项被视为战斗员，即受国际武装冲突之一方当事国雇佣直接参与敌对行动，并满足上述四个条件的人员。⁴⁰

为完整性之目的应当指明的是，用以确定武装部队成员身份以及随之而来的战斗员地位的《日内瓦第三公约》第4条第1款第1-3项已经被1977年《第一附加议定书》所补充。⁴¹相关条款对于刚刚讨论的私人军事/安全公司职员的地位在实践中并无重大影响。

伴随武装部队的平民

《日内瓦第三公约》对于只有战斗员才在被俘时享有战俘地位这一原则规定了一个狭窄的例外。除了前面提及的《日内瓦第三公约》第4条第1款第1-2项所指明的属于冲突一方的武装部队和民兵及其它志愿部队的成员外，第4条第1款第4项还指出了在被俘时享有战俘地位的另一类人员：

“伴随武装部队而实际并非其成员之人，如军用机上之文职工作人员、战地记者、供货商人、劳动队工人或武装部队福利工作人员，但须彼等已获得其所伴随之武装部队的准许，该武装部队应为此目的发给彼等以与附件格式相似之身份证。”⁴²

属于这一类别的人员有着明确的法律地位：他们不是武装部队成员，也不是战斗员，⁴³

³⁷ Schmitt, above note 23, p.529.

³⁸ 区分不同公司的雇员也是极其困难的；这使得受其活动影响的平民进行投诉几乎是不可能的。See e.g., “PMSCs in post-conflict situations: A view from the local population in Angola and Afghanistan”, presented by the non-governmental organization Swisspeace at the Governmental Expert Workshop of 13–14 November 2006 organized by the Swiss Federal Ministry of Foreign Affairs.

³⁹ See *Ilham Nassir Ibrahim et al. v. Titan Corporation et al.*, 391 F. Supp. 10 D.D.C. (2005); and *Saleh et al. v. Titan Corporation et al.*, 436 F. Supp. 2d 55 D.D.C. (2006).

⁴⁰ 同参加2005年8月专家会议的一位专家一样，施米特也持此种观点，参见前注23，第531页。

⁴¹ 主要是《第一附加议定书》第43条和44条。

⁴² 这一条款并非1949年的创新，而是复述1929年《关于战俘待遇的日内瓦公约》第81条，只是对所使用的术语有少量更新，并增加了特定类别的人员（军用机上之文职工作人员、劳动队工人和武装部队福利工作人员）。后者本身又是基于1907年《陆战法规和惯例章程》第13条。又见1863年《美国陆军政府战地指南》（《利伯守则》）第50条、1874年《关于战争法规和惯例的国际宣言》第34条及作为1899年《陆战法规和惯例公约》附件的《陆战法规和惯例章程》第13条。

⁴³ 《附加议定书》第50条第1款明确规定他们是平民。

但在被俘时享有战俘地位。

不明确的恰恰是这个例外适用于哪些人。上述可能被提供之服务的清单是指引性而非穷尽式的。无论是**准备资料**还是**评论**都没有为此类人员可从事活动的范围提供线索。⁴⁴ 但是，伴随武装部队之平民的非战斗员身份，以及所列举之活动的性质——除军用机上之文职工作人员之外⁴⁵——似乎表明起草者意在使这一类别不包括从事构成直接参与敌对行动之活动的人员。

这里又出现了两个问题。第一个问题是更为程序性的：拥有第4条第1款第4项所提到的身份证是否是被包含在此类别之内的先决条件？必须被给予的授权又是什么性质？

身份证问题在谈判期间受到了讨论，最终达成的共识是，拥有身份证是对相关人员的补充保障，但并非被给予战俘地位所不可或缺的先决条件。⁴⁶ 这一条款的适用取决于被授权伴随武装部队，而身份证只是这一授权的证据。然而，对于如何才算授权却没有讨论，有关这一主题的著作也未涉及这一点。就私人军事/安全公司职员而言，仅仅是合同的存在本身不大可能构成此种授权。

2005年8月的专家会议对这一问题与私人军事/安全公司相关的方面有一些讨论。特别是，一位专家认为，国家不能仅仅通过发放身份证就给予其雇佣的承包商上述身份；在承包商与武装部队之间必须存在某种联系。⁴⁷ 他还认为，尽管“伴随武装部队”之措辞是否要求武装部队在承包商工作时必须实际在场这一点并不明确，但是后者必须至少是在为武装部队提供某种形式的服务，而不仅仅是为国家履行合同。⁴⁸

其次，某种程度上也更富争议的是，如果伴随武装部队的平民从事了构成直接参与敌对行动之活动，那么其处于何种地位？是保留其享有战俘地位之权利，还是成为可以因参与敌对行动而被审判的“非法战斗员”？

这一问题在谈判中没有涉及。占上风的观点似乎是，由于相关人员不是武装部队成员或战斗员，⁴⁹ 没有理由将他们同其它直接参与敌对行动的平民区别对待。⁵⁰ 事实上，有些人认为，除了军用机上之文职工作人员这一值得注意的例外，⁵¹ 第4条第1款第4项所列举

⁴⁴ 评论只是指出“然而，所给出的名单是指引性的，文句可能……涵盖在任何未来冲突期间以类似条件被召请跟随武装部队的其它类别的人员或服务”；*Commentary: Third Geneva Convention*, above note 27, p. 64. 与此相似，关于哪些类别的人员在这一条款范围之内的问题在谈判中也只进行了非常泛泛的讨论。英国方面曾建议对所涵盖人员完全不予列举。See the proposed amendment to Article 3 dated 26 April 1949, reproduced as Annex No. 90 relating to the Prisoners of War Convention, in *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, Vol. 3, Federal Political Department, Berne, 1949, pp. 60–61. On these discussions see Howard Levie, *Prisoners of War in International Armed Conflict*, Naval War College International Law Studies, Vol. 59, 1978, p. 62.

⁴⁵ 关于这些人员的地位，参见后注 51 之讨论。

⁴⁶ *Commentary: Third Geneva Convention*, above note 27, pp. 64 et seq. 在谈判早期阶段，拥有身份证曾被作为必要条件。See e.g., *Report on the Work Conference of Government Experts for the Study of the Conventions for the Protection of War Victims*, ICRC, Geneva, 1947, p. 113. 这反映了 1907 年海牙章程的立场，即享有战俘待遇取决于拥有此种证明。

⁴⁷ *Report of the Expert Meeting on Private Military Contractors*, above note 12, p. 14.

⁴⁸ 同上，第 15 页。

⁴⁹ 《第一附加议定书》第 50 条第 1 款。

⁵⁰ See e.g., Knut Ipsen, “Combatants and Non-combatants”, in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, 1995, para. 317. See also *Report of the Expert Meeting on Private Military Contractors*, above note 12, p. 14; Heaton, above note 23, p. 174; and Rafferty Vernon, above note 23, p. 406.

⁵¹ 第 4 条第 1 款第 4 项将事实上有可能直接参与敌对行动的这一类人员包括在内，使得一位评论者认为“《日内瓦第三公约》默示给予了军用机上之文职工作人员合法战斗员地位，只要他们一直停留在飞机内”。Allan Rosas, *The Legal Status of Prisoners of War - A Study in International Humanitarian Law Applicable in Armed*

之活动的性质显然是同武装部队核心战斗职能并无联系的辅助活动；这证实了一个默示条件，即为了根据这一条款享有战俘地位，相关人员不得直接参与敌对行动。⁵² 一些军事手册也持此种观点。⁵³

然而，这一立场并未获得一致认同。特别是，美国国防部最近的一份指示采取了相反立场，即伴随武装部队的平民即使直接参与敌对行动，仍然保留其享有战俘地位的权利。⁵⁴ 这一方法反映了一位美国评论者的立场，他认为《第一附加议定书》第 51 条第 3 款只是剥夺了直接参与敌对行动的平民根据议定书第四部第一编所享有的保护（免受敌对行动之影响）。但是，它并不影响他们根据议定书其它条款，特别是第四部第二编所享有的保护。该编保留了个人享有《日内瓦第三公约》之战俘待遇的任何可能权利。⁵⁵

基于这一分析，似乎可以适当地得出这样的结论，即向武装部队提供未达到直接参与敌对行动程度之服务的私人军事/安全公司职员，倘若从所涉国家那里获得相关授权，是可以被包括在这一类别之内的。⁵⁶ 这一事项必须在个案基础上确定，取决于所从事活动的性质。尽管承包商为武装部队履行的很多辅助职能无疑属于第 4 条第 1 款第 4 项的范围，但也有许多其它活动很可能不在此范围之内，尤其是那些更接近于军事行动核心的活动。

平民

受雇于国家而又不属于上述四个类别的私人军事/安全公司职员——鉴于需要满足的诸多条件，他们可能会占很大比例——将是“普通”平民。⁵⁷ 这也正是在武装冲突局势中受雇于非国家实体（如在相关国家经营的公司、政府间组织、非政府组织以及参与非国际冲突的有组织武装集团（这并非不可能））的所有私人军事/安全公司职员的身份。

这一结论可能不同于媒体宣扬的私人军事/安全公司职员形象——身着迷彩服的全副武装的承包商。尽管这一外表并不影响相关人员的身份，但从事特定活动却可能影响他们国际人道法上所能受到的保护。

尽管私人军事/安全公司职员作为平民不得被当作攻击目标，但如果他们从事构成直接参与敌对行动的活动，那么他们在此期间就将丧失攻击豁免权。这是他们同战斗员的一个重要区别，因为后者可以在任何时候被攻击。

Conflicts, 1976, p. 310.

⁵² See Report of the *Expert Meeting on Private Military Contractors*, above note 12, p. 14, and Ipsen, above note 50.

⁵³ 例如，英国军事手册称：“武装部队日益依赖于平民的技术和行政支持。被授权以此种身份在战场上伴随武装部队的平民尽管有权享受战俘待遇，但仍然是非战斗员，只要其不直接参与敌对行动。他们不得被直接攻击，但是，他们分担其所支持的武装部队的战争危险。他们不得穿着军装，并且必须携带能够证明其身份的特别身份证。关于能否向此类平民发放武器，法律没有规定。为保持非战斗员身份，他们应当只能被发放用于自卫的小武器。必须记住的是，如果携带武器，他们就有可能被误认为战斗员。因此，应当尽可能不将此类平民部署在那些易于使其遭遇敌军火力或被俘虏的地方。”（强调标记为作者所加。）（*The Manual of the Law of Armed Conflict*, UK Ministry of Defence, 2004, para. 4.3.7.）

⁵⁴ See e.g., US Department of Defense Instruction No. 1100.22, above note 35, at footnote 19.

⁵⁵ 《第一附加议定书》，第 44 条第 6 款。参见 Report of the *Expert Meeting on Private Military Contractors*, above note 12, p. 14.

⁵⁶ 英国国防部的立场是仅仅雇佣私人军事/安全公司履行后勤和辅助职能，并认为所有这些人员均属于《日内瓦第三公约》第 4 条第 1 款第 4 项所指的伴随武装部队的平民（与笔者的谈话）。

⁵⁷ “普通”平民是相对于上述“伴随武装部队的平民”这一特殊类别而言。

什么活动构成“直接参与敌对行动”这一问题显然对于确定私人军事/安全公司职员所能享受的保护显然是至关重要的。尽管这一问题对于整个国际人道法都很关键，因为其将决定平民何时丧失攻击保护，但条约对于相关活动的性质既未给予定义，也未提供确切指引。根据评论，“由于其性质和目的而意在敌对人员和设备造成实际损害的行为”构成直接参与。⁵⁸ 为战斗员提供食宿或者一般性的“同情”他们则不构成。在光谱的这两端之间存在大量灰色地带。⁵⁹

不仅仅是对于私人军事/安全公司职员，确定什么行为构成直接参与这一问题对于所有平民都存在，并且显然适用同样的参数。对私人军事/安全公司近年来所从事的多种多样的活动进行细致分析，以确定它们是否构成直接参与，这超出了本文范围。⁶⁰ 但是，仍有两点值得强调。

首先，为回应经常出现的一个论断，即私人军事/安全公司只是提供防守服务，因此并不直接参与敌对行为，应当指出的是，国际人道法并未区分进攻或防守行动。⁶¹ 例如，自2003年以来，私人军事/安全公司经常在伊拉克受雇保护军事设施，如军营和军事装备。这些都是军事目标，防守它们构成直接参与敌对行动。其次，尽管私人军事/安全公司职员可能事实上不直接参与敌对行动，但他们经常同武装部队和其它军事目标的成员密切合作，从而使其在攻击时面临受到被允许的“附带伤害”的风险。⁶²

目前私人军事/安全公司最为活跃的伊拉克的现实情况是，有关监管剥夺非战斗员公司职员自由之行为的法律框架的讨论寥寥无几。然而，法律对于这一问题以远比对直接参与敌对行动更为直截了当的方式作出了规定。

这些雇员不享有战俘地位或《日内瓦第三公约》的保护。这并不意味着他们不享有国际人道法上的保护。如果是与武装冲突有关，他们将受益于《日内瓦第四公约》，后者规定了最低待遇标准和剥夺自由的条件，以及在刑事诉讼中必须尊重的最低司法保证。即使相关人员属于《日内瓦第四公约》的例外情形，⁶³ 他/她仍将享有《第一附加议定书》第75条和适用于国际冲突的国际人道法习惯规则所提供的最低保证。⁶⁴

⁵⁸ Yves Sandoz, Christophe Swinarski and Bruno Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (hereinafter *Commentary: Additional Protocols*), 1987, para. 1942. 就非国际冲突而言，评论将直接参与敌对行动描述为暗示“在参与行为及其直接后果之间的充分因果关系”。同上，第4787段。

⁵⁹ 为应对“直接参与敌对行动”这一概念所带来的富有挑战性的问题，红十字国际委员会同TMC Asser研究所一起发起了一个旨在澄清这一概念的活动。作为这一活动的框架，名为“国际人道法上的直接参与敌对行动”的四个非正式专家会议先后在海牙（2003年6月2日和2004年10月25-26日）和日内瓦（2005年10月23-25日和2006年11月27-28日）召开，汇集了代表军届、政界、学界以及国际和非政府组织的大约40名法律专家。迄今为止召开的前三次会议的报告见于<http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/participation-hostilities-ihl-311205>。

⁶⁰ 关于一位评论者对于私人军事/安全公司职员何时能被视为直接参与敌对行动的看法，参见Schmitt，前注23。

⁶¹ 例如，参见《第一附加议定书》第49(1)条，称“‘攻击’是指对于敌对方的暴力，无论是在进攻还是防守中”。

⁶² 例如，这一点在上述美国国防部关于承包商的指示中得到承认，称“在辅助其它军事行动时，承包商人员可能会面临敌军行动所附带的伤亡风险”。US Department of Defense Instruction No. 3020.41, above note 35, para. 6.1.1.

⁶³ 根据《日内瓦第四公约》第4条第1款，在国际武装冲突或占领之场合，在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的所有人员，均受公约保护。因此，被其国籍国俘虏的人员不受公约保护。《日内瓦第四公约》第4条第2款还将在交战国领土内之中立国国民及共同作战国国民排除在外，只要其本国尚有通常外交使节驻在控制彼等之国家。

⁶⁴ 《第一附加议定书》第75条为处于包括占领在内的国际武装冲突场合且未受益于日内瓦四公约或《第

如果与非国际冲突有关，他们则将受益于《日内瓦公约》共同第三条、《第二附加议定书》以及适用于非国际冲突的国际人道法习惯规则的保护。⁶⁵

如前所述，如果在国际或非国际冲突中直接参与敌对行动之后被俘虏，私人军事/安全公司职员可以仅因参与敌对行动而被俘获国根据其国内法起诉。

私人军事/安全公司职员在国际人道法上的责任及公司在促进对该法尊重方面的作用

职员的责任

无论其身份是战斗员、伴随武装部队的平民或者“普通”平民，私人军事/安全公司职员同发生武装冲突之国家内的所有人员一样，受国际人道法约束，并可因犯下或令人犯下任何严重违法行为而面临个人刑事责任。⁶⁶

私人军事/安全公司职员可以被许多国家的法院起诉，包括被指控罪行发生国、受害者国籍国、被指控行为国籍国及作为其雇主的私人军事/安全公司的国籍国。《日内瓦公约》当事国——因为目前各国已经普遍批准公约，这意味着所有国家——必须搜寻并起诉或引渡被怀疑犯有严重破坏公约（对于已经批准《第一附加议定书》的国家而言，也包括严重破坏议定书）行为的人员，包括在必要时行使普遍管辖权。⁶⁷

此外，在满足管辖权要求的条件下，国际刑事法庭也可以起诉私人军事/安全公司职员及其经理。没有什么阻止国际刑事法庭对他们提起诉讼。然而，迄今为止，作为法人在国际法上没有责任这一传统立场的反映，还没有国际法庭被授予对公司的管辖权。⁶⁸

尽管存在明确的法律义务，也存在对于严重违反国际人道法之行为有着潜在管辖权的相当确立的国内法院网络，但仍鲜有针对私人军事/安全公司职员的诉讼。⁶⁹ 原因是多方面的，

一附加议定书》所提供的更有利保护的人员规定了一些基本保证。这些权利包括禁止谋杀、酷刑和其它形式的虐待以及最低限度的正当程序保证。

⁶⁵ 此外，无论是在国际还是非国际武装冲突中，被剥夺自由人员都还进一步受益于人权法上的重要保护。

⁶⁶ 《日内瓦第一公约》第 49 条、《日内瓦第二公约》第 50 条、《日内瓦第三公约》第 129 条、《日内瓦第四公约》第 146 条及《第一附加议定书》第 85 条。关于国际法庭的这一法理支持被某些军事手册以及上述条约条款文句的立场，即并非只有军事体系中命令犯下严重违反国际法行为的指挥官或上级才可能被要求承担责任。任何处于使其能够发布命令的上下级地位中的人都可能与此相似地承担刑事责任。关于这一领域的实践，See Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Vol. I: Rules, 2005, Rule 152, and supporting practice in Vol. II: Practice, Part 2, pp. 3713–3714.

⁶⁷ 《日内瓦第一公约》第 49 条、《日内瓦第二公约》第 50 条、《日内瓦第三公约》第 129 条、《日内瓦第四公约》第 146 条及《第一附加议定书》第 85 条。《日内瓦公约》要求各国“制止”严重破坏行为以外的违反国际人道法行为，但由各国自行确定如何进行。各国法院对在其领土内发生的被指控罪行均有管辖权，但对于其它管辖理由则没有统一方法。有些国家的管辖权基础极为宽泛，不要求同罪行有任何联系，但大多数国家要求有某种联系才能启动诉讼，通常是行为人或受害人出现在其领土内。各国在将违反国际人道法行为刑事化方面也有所不同。有些国家仅限于严重破坏《日内瓦公约》及《第一附加议定书》（亦即国际武装冲突中的严重违反行为）的行为，其它国家则将非国际武装冲突中的严重违反行为也宣布为犯罪。关于不同国家所采取的方法，See Henckaerts and Doswald-Beck, *ibid.*, Vol. I: Rules, Ch. 44, and Vol. II: Practice, Part 2, pp. 3883–3884.

⁶⁸ 在《国际刑事法院规约》谈判过程中曾讨论了这一可能性，但最终未予采纳。See Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, 2006, pp. 244 et seq.

⁶⁹ 迄今为止只对三名私人军事/安全公司职员提起过一次诉讼，原因是其在阿富汗经营一处未经授权的拘留场所期间有劫持人质和酷刑之行为。然而，该案并不能代表这一产业提出的问题，因为领导该团体的杰克·伊德玛（Jack Idema）更接近于赏金猎人而非私人军事/安全公司普通雇员，而且他似乎是在自主行动，并未

有些是法律因素，其它的则更多是实践和政治因素。

首先，公司及其职员可能在其经营的国家被给予豁免权。例如，伊拉克临时管委会制定的法律框架给予包括私人安全公司在内的承包商对伊拉克法律和诉讼的豁免权。⁷⁰ 尽管相关命令并非适用于在伊拉克经营的所有私人公司，但其的确使得其中相当一部分受益，尤其是那些向多国部队及同伊拉克有外交或领事关系的国家提供服务的公司。

其次，私人军事/安全公司经营地国法院这一最理所当然的起诉场所可能因为冲突而停止运作。

再次，第三国，包括相关私人军事/安全公司或其雇员的国籍国，以及作为客户的雇佣国，可能因为缺乏必要的国内立法而无法对私人军事/安全公司职员行使域外管辖权。出于实践和政治原因，国家也可能不愿对发生在国外的严重违反国际人道法行为提起诉讼。

最后，即使第三国能够并且愿意提起这种诉讼，诉讼过程也会很复杂，因为大多数证据和证人都在违法行为发生国。

如同确定直接参与敌对行动之范围所面临的挑战一样，使严重违反国际人道法的行为人承担责任所面临的挑战是一般性的，并非限于私人军事/安全公司职员。事实上，起诉这些人员比起诉武装部队成员存在更多的法律途径，包括对个人的刑事诉讼，当雇主为国家时对该国的诉讼，以及对公司可能的刑事或民事诉讼。

尽管在起诉私人军事/安全公司雇员方面不存在进一步的法律障碍，但仍有许多实践问题，其中辨认该人员是在为哪家公司工作就是相当重要的一个。

此外，尽管许多国家对于严重违反国际人道法的行为可能有管辖权，但对于与武装冲突无关的“普通犯罪”则并非如此。在这种情形下通常只有本地法院有管辖权，但如上所述，它们可能已经不再运行或者承包商可能被给予了豁免权。这使得这些“次要”犯罪的受害者以及与私人军事/安全公司相联系的国家——本地居民常常将它们同承包商一体看待，觉得它们逍遥法外——都感到不满。作为补救，英国正在考虑将其允许对在国外战区犯罪的平民进行审判的“常设法院”制度适用于某些承包商。⁷¹

美国采取了另一种方法，其 2000 年《军事域外管辖权法》⁷² 将美国联邦刑事管辖权扩展至伴随美国武装部队的平民。管辖范围包括那些若是在美国域内所为可以被判处一年以上

代表任何客户。See Fariba Nawa, *Afghanistan, Inc.*, Corpwatch Investigative Report, 2006, p. 15, available at <http://corpwatch.org/article.php?id514081>. 目前在美国法院进行的两个案件是针对公司而非其职员的民事诉讼。参见前注 39。

⁷⁰ 临时管委会第 17 号命令规定，承包商根据为下列目的而同临时管委会或同向临时管委会、国际人道或重建工作或外交/领事团提供人员或范围广泛的其它形式协助的国家签订的合同或分合同所为的行为，享有对伊拉克法律和法律诉讼的豁免权：为在伊拉克向或代表多国部队提供物品或服务之目的；为经临时管委会或此等国家批准的人道目标、重建工作或发展项目之目的；为此等国家外交/领事团利益之目的。此外，向此等国家及其人员及/或多国部队及其人员、国际顾问和承包商提供安全服务之合同，也被命令明确涵盖。Coalition Provisional Authority Order Number 17 (Revised): Status of the Coalition Provisional Authority, MNFIraq, Certain Missions and Personnel in Iraq, 27 June 2004. 根据 2004 年 3 月 8 日《伊拉克过渡时期行政法》，这一命令一直有效，直至被经适当制定并具法律效力的立法所废止或修改。

⁷¹ Report of the Expert Meeting on Private Military Contractors, above note 12, pp. 9 and 58–59. 这些法院的管辖权限于被英国政府直接雇佣的承包商。

⁷² USC, Chapter 18, § 3261–3267 (2000). 关于《军事域外管辖权法》，see Andrew Fallon and Theresa Keene, “Closing the legal loophole? Practical implications of the Military Extraterritorial Jurisdiction Act of 2000: Civilians accompanying the armed forces”, *Air Force Law Review*, No. 51, 2001, p. 271; and Joseph Perlak, “The Military Extraterritorial Jurisdiction Act of 2000: Implications for contractor personnel”, *Military Law Review*, No. 169, p. 92.

监禁的行为，条件是没有其它国家对同一行为提起诉讼。《军事域外管辖权法》明确适用于国防部的承包商和分包商。这一管辖权的扩展对于上述“普通罪行”是必要的，而对于美国法院根据《战争犯罪法》已经享有域外管辖权的严重违反国际人道法行为则不是必需的。⁷³

但是，《军事域外管辖权法》并未解决所有问题。特别是，它只适用于直接为国防部工作的平民承包商，而不适用于为美国其它政府部门或机构工作的承包商，更不适用于被其它客户雇佣的人员。东道国国民也被排除在外。因此，它只同少数私人军事/安全公司雇员有关。

公司经理及高级管理人员的地位

除实际犯下或命令犯下严重违反国际人道法行为的雇员的刑事责任外，公司经理和也许更高级别的管理人员也可能面临法律责任。⁷⁴ 《第一附加议定书》第 86 条第 2 款明确承认了上级对于严重破坏国际人道法行为的责任。⁷⁵ 如果上级知悉或有情报使其能对当时情况作出结论，其部下是正在从事或将要从事破坏国际人道法之行为，但却不在其权力内采取一切可能的防止或取缔该违约行为的措施，那么就可能承担此种责任。⁷⁶

这一追究私人军事/安全公司经理和董事责任的可能途径仍需在实践中探索，因为它还从未被适用于同国家或有组织武装集团没有联系的上级。尽管如此，似乎被普遍接受的是，这里所说的“上级”可以是平民，所需的指挥/服从关系也可以只是**事实**关系，而不必是法律关系。关键问题是对下级行动的控制。⁷⁷ 这在私人军事/安全公司内部也可以被视为存在。一个重要的限制是所涵盖之上级的“范围”。根据**评论**，此条款一般限于对在其控制之下的下级负有个人责任的直接上级。⁷⁸ 在私人军事/安全公司内部，尽管一个雇员的直接管理者会当然被涵盖，但这一责任不大可能会延伸至公司的高级管理人员。无论如何，即使上级责任这一概念被发现在**法律上**不适用于私人军事/安全公司内部，上级为了防止或取缔违约行为并从而避免承担责任而必须从事的活动类型也可以为公司促进对国际人道法的尊重提供

⁷³ USC, Chapter 18, § 2441. 美国民事法院对于承包商所犯“普通罪行”的管辖权必须被区别于承包商是否可以因拒绝服从武装部队成员的命令而被起诉这一问题——一个被同承包商合作的武装部队一再提出的潜在的“指挥与控制”弱点。尽管武装部队成员的此种行为根据《统一军事司法法典》是可惩罚的，但承包商只有在由国会宣布的战争中才受此法及军事法院管辖（United States v. Averette, 19 C.M.A. 363 (1970)）。在所有其它情形下，尽管公司及其雇员可能被诉违反合同，但后者不能因拒绝服从命令而被起诉。指挥官们对此表示忧虑，因为鉴于对私人部门已经增多的依赖，他们担心这可能导致丧失核心任务，如紧急时刻的飞机维护。关于这个问题，See Stephen Blizzard, “Increased reliance on contractors on the battlefield: How do we keep from crossing the line?”, *Air Force Journal of Logistics*, No. XXVIII, 2004, p. 2. 《统一军事司法法典》的适用范围在 2006 年后因一个新增条款而大大扩展，该条款在 2007 年国防部预算立法中几乎无人注意到。这一条款将《统一军事司法法典》的适用范围从“被宣布战争”扩展为也包括“紧急行动”（Section 552 National Defense to Authorization Act for Fiscal year 2007）。关于这一修订，See P. Singer, *Law Catches up to Private Militaries*, *Defense Tech*, 4 January, 2007.

⁷⁴ 《第一附加议定书》第 86 条第 2 款提及“刑事或纪律”责任的可能。

⁷⁵ 这并非一个新概念。第二次世界大战后的很多起诉就是基于国内法上的“上级责任”这个同样的概念。*Commentary: Additional Protocols*, above note 58, paras. 3540 et seq. See also Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, 2001, pp. 251 et seq.

⁷⁶ 上级责任的概念还见于前南斯拉夫国际刑事法庭规约第 7 条第 3 款、卢旺达国际刑事法庭规约第 6 条第 3 款以及《国际刑事法院规约》第 28 条，并且是在上述两个临时法庭提起的许多诉讼的基础。

⁷⁷ See e.g., the practice referred to by Henckaerts and Doswald-Beck, above note 66, Vol. I: *Rules*, Rule 153, and Vol. II: *Practice*, Part 2, pp. 3733 et seq.

⁷⁸ *Commentary: Additional Protocols*, above note 58, para. 3544. 这一限制的理由之一是，直接上级最有可能具有引发这一责任所需的对（潜在）罪行的知悉。同上。

有用的指引。这些活动包括预防行动，如建立确保不发生违法行为的制度，并确保这些制度的持续和有效适用，还包括**事后措施**。后者包括对任何罪行指控进行调查，并将调查结果传递给有权当局。⁷⁹

公司的角色

正如开篇所言，公司本身并不受国际人道法约束。⁸⁰ 对此一般性立场的一个可能例外是，在非国际武装冲突场合，私人军事/安全公司**本身**可能被视为《日内瓦公约》共同第三条含义之内的“冲突之一方”，或者《第二附加议定书》第1条第1款含义内的“有组织武装集团”。⁸¹ 如果这样，公司将同非国际武装冲突之任何其它非国家当事方承担完全一样的义务。⁸² 尽管这并非不可能，但可能性极低，因为这要求私人军事/安全公司**本身就是**冲突之一方，而不是代表一方作战。

尽管如此，公司无疑仍需承担国内法上的责任。除国籍国法律以外，法人还必须遵守经营地国的本地法律，⁸³ 包括（与私人军事/安全公司尤其相关）刑法以及税收、移民和劳动法。可适用的国内法还可能援引国际人道法上的义务，该义务通过被纳入国内法而对公司产生拘束力。⁸⁴ 即使没有这样做，违反国际人道法的行为也常常同时构成国内法上的犯罪，以此为依据可以对公司职员（在承认法人刑事责任的国家也包括对公司本身）提起诉讼。

此外，某些违反国际人道法的行为还可能构成国内法上的民事不法行为。例如，在许多普通法国家，它们可能被视为侵权（国际人道法上的非法剥夺生命行为可能构成不当死亡；酷刑及残忍、不人道或有辱人格的待遇可能构成侵犯和殴打；非法剥夺自由行为可能构成错误监禁）。⁸⁵ 显然，公司可能因为这些行为被起诉。民事诉讼有若干优点。首先，由受害者而非公诉人启动诉讼。其次，需要满足的证明标准低于刑事诉讼（“优势证据”而非“排除合理怀疑”）。再次，如果诉讼成功，“受害者—原告”将从公司这一财力更为雄厚的被告那里获得赔偿。另一方面，缺点之一是民事请求方面的域外管辖权相比刑事罪行远为罕见，范围也更加有限，因此除非民事诉讼是在被指控罪行发生国提起，否则可能难以找到有管辖权的法院。⁸⁶

迄今为止，起诉私人军事/安全公司违反国际人道法的两个案件事实上都是根据《美国外国人侵权请求法》提起的民事诉讼。该法赋予美国联邦地区法院对“外国人对违反国际法

⁷⁹ Ibid., para. 3548, and Henckaerts and Doswald-Beck, above note 66, Vol. I: *Rules*, Rule 153.

⁸⁰ 关于支持更为扩张性的方法的一名顶级学者对非国家主体更一般性的国际法上责任的性质和程度的全面分析，参见Clapham, 前注 68。

⁸¹ 对于这些要求的讨论超出了本文范围，这方面的详细审视参见Liesbeth Zegveld, *Armed Opposition Groups in International Law: The Quest for Accountability*, 2002.

⁸² 笔者要感谢国际和平学会的James Cockayne提醒笔者注意到这一可能性。

⁸³ 除非它们对此享有豁免，如同在伊拉克基于上述临时管委会第17号命令享有之豁免。

⁸⁴ See e.g., Emanuela-Chiara Gillard, “Business and human rights obligations: The position with regard to international humanitarian law”, *Proceedings of 100th Annual Meeting*, American Society of International Law, 2006, pp. 114 et seq.

⁸⁵ On this question, see e.g., Jennifer Zerk, “Common law tort liability for corporate participation in international crimes”, a paper prepared for the International Commission of Jurists’ Expert Legal Panel on Corporate Complicity, 15 September 2006; and Craig Scott (ed.), *Torture as Tort: Comparative Perspectives on the Development of Transnational Tort Litigation*, 2001.

⁸⁶ See the discussions of the August 2005 Expert Meeting on this topic: Report of the *Expert Meeting on Private Military Contractors*, above note 12, pp. 58 et seq.

或美国条约之行为所提起的侵权之诉”的管辖权。⁸⁷ 这是一个异乎寻常宽泛的民事管辖权依据，适用于潜在范围非常广泛的违反国际法之行为，包括在美国境外的行为。

可见，在国内法上有着种种依据可以起诉私人军事/安全公司。无论如何，私人军事/安全公司职员明确受国际人道法约束，职员的违法行为，甚至只是被指控有此种行为，都可能会给公司带来负面后果。更一般的说，严重罪行，甚至只是这方面的指控，都可能导致保费提高和负面宣传，这对于上市公司而言尤其有害。同时，名声被败坏的公司也可能难以确保其同国家、政府间组织及大型商业企业等“谨慎”客户之间的未来合同。⁸⁸

因此，采取措施促进其职员对国际人道法的遵守符合私人军事/安全公司的利益。事实上，为了在发生任何严重违法行为时避免上级责任指控，它们可能必须这么做。

尽管没有任何条约明确规定公司为此应当采取的措施，但是国家为确保其武装部队成员尊重国际人道法而制定的那些措施可以通过类比提供指引。似乎得到一致认可的是，最低限度必须具备以下要素：

首先，对职员进行调查，以确保不雇佣任何有过严重违法国际人道法或人权行为，或者同以犯罪闻名的武装部队或集团有过联系的人。

其次，对国际人道法的意识。公司应当为职员提供国际人道法方面的一般性以及适应具体形势和任务的培训。公司仅仅依靠其职员在以往的武装部队职业生涯中可能受过的培训是不够的，因为作为私人承包商，他们的地位、任务及随之而来的义务大为不同。

第三，应当向职员发放同其在国际人道法和可适用的本地法上的义务一致并尊重这些义务的标准操作程序和工作规则。

第四，应当在公司内部建立针对任何违法指控的调查机制，并通过向相关国家公诉机关通报此种调查结果等手段来确保问责。

尽管如此，鉴于公司内部民事“上级责任”的程度仍然不确定，以及缺乏像武装部队那样成熟和全面的包括军事司法在内的内部纪律机制，已有人对私人军事/安全公司现有的激励和手段在促进职员尊重法律方面究竟能否像武装部队一样有效表示怀疑。

产业行为准则

最后，必须提及自愿性的产业行为准则，公司和一些评论者有时似乎将其视为私人军事/安全公司义务的唯一来源。

就人权义务而言，“自愿”方法可能是适当的。这是因为，除某些被国际刑事化的严重违法行为如酷刑以外，人权法约束国家及其代理人，但却不约束私人实体和个人，例如私人军事/安全公司及其职员。⁸⁹

国际人道法上的立场有着显著区别。正如已经数次强调的那样，私人军事/安全公司职员因此是受约束的。相应的，在受国际人道法调整的有关事项上，不可能由公司在自愿基础上选择其本身及其职员应当如何行为。个体公司或同业公会（如英国私人安全公司协会或国际和平协会组织）制定的行为准则所扮演的角色必须照此理解。就被国际法关注的问题而言，

⁸⁷ USC, No. 28, para. 1350. For details of the cases see above note 39.

⁸⁸ 关于最后这一点，参见Spear，前注2，第44页。

⁸⁹ See Gillard, above note 84, p. 115. For a different view see Clapham, above note 68.

这些准则可以作为确保公司及其职员履行其在国际人道法上既有义务的最优方法，但公司不能借机以不具拘束力和通常极为模糊的方式来表明其将如何行为。

雇佣私人军事/安全公司的国家的责任

对于可适用于私人军事/安全公司的法律框架的讨论偶尔会忽略一个事实，即当公司被国家雇佣时，后者同上文讨论的公司雇员一样负有重要义务。在此种情形下国家在促进对国际人道法的尊重方面扮演重要角色。

尽管这一平行责任的某些方面或后果在国际人道法条约中有明确规定，但相关条款基本上是对一般国际公法上关于国家对其代理人行为之责任的一般规则的具体表述。⁹⁰

国家不能通过雇佣私人军事/安全公司免除其在国际人道法上的责任

一般说来，国际人道法并不禁止国家雇佣私人军事/安全公司来从事特定活动，但有一点是明确的，即在此情况下国家仍须对其法律义务的履行负责。公司不履行国家的义务并不能成为免除国家满足相关条约标准之责任的原因。

日内瓦第三和第四公约含有对此一般立场的有限例外，即要求受保护人员的战俘营和拘禁处所必须处于“负责军官”或“由拘留国正规武装部队或正规民政机关内选任的负责官员”的直接管理之下。⁹¹ 但是，只要保持此种总体控制和责任，没有什么禁止国家雇佣私人军事/安全公司经营这些拘留场所。

因此，如果一家公司被雇佣来经营战俘营，那么拘留国仍然必须确保满足《日内瓦第三公约》规定的拘禁和待遇标准，而不得通过声称其已雇佣私人军事/安全公司经营来逃避责任。⁹²

然而，出于种种原因，国家可能希望限制公司可以开展的活动类型。这些限制可以临时施加，也可以根据对可允许外包活动加以正式规定的规章来施加。例如，大量依赖私人部门支持的美国国防部最近制定了一份指示，明确规定哪些活动可以被外包，哪些只能由武装部队成员或国防部文职官员进行。⁹³ 这种作法的基本理由源自美国一般行政法原理，即“固有政府性”的职能和任务只能国防部文职或军事人员专属履行，不得外包。⁹⁴

此处不讨论该指示的细节，但其对从国际人道法的角度来看具有特殊相关性的一些活动所采取的方法值得强调。“对军事力量的作战控制”是固有政府性的，⁹⁵ “战斗行动”也是如此，因此只有武装部队成员才能直接参与敌对行动。⁹⁶ 然而，“关于武器系统操作的技术

⁹⁰ 这些原则中很多也类推适用于人权义务。See Droege, above note 13 and Hampson, above note 13.

⁹¹ 《日内瓦第三公约》第 39 条；《日内瓦第四公约》第 99 条。

⁹² 例如，参见《日内瓦第三公约》第 12 条第 1 款：“战俘系在敌国国家手中，而非在俘获彼等之个人或军事单位之手中。不论个人之责任如何，拘留国对战俘所受之待遇应负责任”

⁹³ US Department of Defense Instruction No. 1100.22, above note 35.

⁹⁴ 同上，第 4.1 段。这也明确规定在美国国防部第 3020.41 号指示中，前注 35。一般说来，根据第 1100.22 号指示，“固有政府性”的职能包括：“在行使联邦政府职权时需要自由裁量，或者在为联邦政府做决定时需要价值判断的活动。”

⁹⁵ US Department of Defense Instruction No. 1100.22, Enclosure 2, Manpower Mix Criteria, para. E2.1.1.

⁹⁶ 同上，第 E2.1.3 段和 E2.1.3.3 段。对此给出的理由是：“只有军事力量才能提供代表美国执行战斗任务所需的适当职权和控制（指挥权、（统一军事司法法典）权和自由裁量权）、纪律、武器、设备、培训和组织。

建议或为支持战斗行动所提供的其它非自由裁量性质的支持”被排除在外，因此可以由私人部门进行。⁹⁷

在敌对地区为保护资源（人员、信息、设备和补给）提供安全服务是“固有政府性”的，如果其“涉及无法预测的国际性或不受控制的高度威胁场合，成功与否取决于行动如何开展”。⁹⁸ 例如，这包括那些需要出现军事力量，或者需要直接支持战斗（如战场交通控制和区域保安）或针对“能力如此成熟，以致只有军事力量才能提供充分防卫的军事或准军事组织”之活动的场合。⁹⁹ 另一方面，私人部门可以提供不涉及“实质自由裁量”的安全服务，“例如对敌对环境中的安全院落内的建筑物提供现场保安”。¹⁰⁰

最后，战俘、被拘禁平民和其它被剥夺自由人员的处理、转移、拘留和讯问是固有政府性的职能。¹⁰¹ 但是，在保证充分安全的前提下，“经过适当培训和许可的承包商”可以在这些操作中担任语言学家、翻译和报告撰写人，条件是“他们的工作由足够多的经过适当培训的政府官员进行适当审查”。¹⁰²

在这一重要的活动类别之中，首先特别提到了“对敌对地区情报工作的指导和控制”，这是固有政府性的。但是，如果有适当监督和密切监控，经过适当培训的承包商可以起草讯问计划和进行经政府批准的讯问。¹⁰³ 其次提及了对活动地区的战俘、被拘禁平民和其它被剥夺自由人员的“拘留设施的指导和控制”，这必须由军事人员进行。¹⁰⁴

国家必须确保其雇佣的私人军事/安全公司对国际人道法的尊重

根据《日内瓦公约》共同第一条，国家承诺尊重和确保尊重国际人道法。¹⁰⁵ 确保尊重之承诺的其中一个方面，就是采取必要措施确保武装部队遵守该法。国家为此可以采取准备措施，如在武装部队中传播关于国际人道法的知识，同时也可以监督义务的履行，例如监控向军事当局发布的命令和指示的执行情况。¹⁰⁶ 基于上文分析，如果私人军事/安全公司职员能够被视为武装部队成员，这些措施中必须将他们也包括在内。

这一义务不仅限于一国的武装部队，还涵盖代表国家或在其指导和控制下行事的其它人员。这些人员显然也包括受雇于国家但并非该国武装部队成员的私人军事/安全公司雇员。

国家可以采取何种措施来满足其确保对国际人道法尊重之义务？条约明确规定了一些与非武装部队成员的人员有关的必要措施；其它措施则可以参考与武装部队有关的必要措施。

如果战斗行动由私人部门承包商进行，将构成对美国政府主权的不当放弃。”

⁹⁷ 同上，第E2.1.3.3.2段。同样具有“固有政府性”的还有“《统一军事司法法典》权”，如在被宣布之战争期间，逮捕或禁闭被指控违反《统一军事司法法典》的武装部队成员及伴随他们的平民（第E2.1.2.1段）；以及军事处分权和自由裁量决定权（第E2.1.2.2段）。

⁹⁸ 同上，第E2.1.4.1段。

⁹⁹ 同上，第E2.1.4.1.2段和E2.1.4.1.3段。

¹⁰⁰ 同上，第E2.1.4.1.5段和E2.1.4.1.5.1段。

¹⁰¹ 同上，第E.2.1.6段。

¹⁰² 同上。

¹⁰³ 同上，第E.2.1.6.2段。

¹⁰⁴ 同上，第E.2.1.6.4段。

¹⁰⁵ 《第一附加议定书》第1条第1款重申了这一承诺。

¹⁰⁶ *Commentary: Third Geneva Convention*, above note 27, p. 18; and *Commentary: Additional Protocols*, above note 58, para. 41.

首先，尊重法律的前提之一是了解法律。因此，必须对受雇于国家的私人军事/安全公司雇员进行国际人道法方面的适当培训。¹⁰⁷事实上，《日内瓦公约》对于负有特定职责的人员明确做出了此种要求，最显著的是在有关战俘¹⁰⁸和《日内瓦第四公约》受保护人员的方面。¹⁰⁹

尽管这样一来，人道法培训对于那些负有与该法所保护人员有关之职责的人显然成为强制任务，但公约并未规定谁必须实际培训他们。其结果是，当私人军事/安全公司被国家雇佣时，要么是客户提供这种培训，要么是在合同中加入培训要求，由公司确保满足。例如，《2006年美国国防部指令》采取了后一种方法，规定在针对其雇佣的承包商的工作说明中“要求承包商制定和实施有效计划以防止其雇员和分包商违反战争法，包括战争法培训和传播”。¹¹⁰

其次，必须给予私人军事/安全公司雇员依据并符合其国际人道法义务的指示。¹¹¹雇佣国可以自行提供此种“工作规则”或“标准操作程序”，或者要求公司发放。

第三，为确保其指示被执行，雇佣国应当对私人军事/安全公司从事被委托活动的情况进行某种形式的监控。这种监督的目的之一是，按照确保对国际人道法之尊重这一义务的要求，迅速调查任何罪行指控。¹¹²

例如，上述美国国防部指令要求所有军事和美国文职雇员以及被指派给或伴随国防部部门的承包商人员和分包商对任何可能、可疑或被指控的违反国际人道法行为加以报告以备调查。而且，指令要求同公司签订的合同包括这一报告义务。¹¹³

国家对其雇佣的私人军事/安全公司雇员所为的可归结于它们的违反国际人道法行为负责

各种不同的行为者可能会因违反国际人道法的同一行为招致责任。除私人军事/安全公司雇员对战争犯罪承担的个人刑事责任以及公司在国内法上的可能责任以外，雇佣公司的国家也可能对可归结于它的违法行为负责。¹¹⁴

¹⁰⁷ 《第一附加议定书》第 87 条第 2 款要求指挥官确保其指挥下的武装部队成员意识到他们在《日内瓦公约》和议定书下的义务。可以被视为武装部队成员的私人军事/安全公司雇员显然在这一条款的适用范围之内。

¹⁰⁸ 《日内瓦第三公约》第 127 条规定：“在战时负有与战俘有关之责任的任何军事或其它当局必须备有本公约之约文，并须对其各项规定受有特别之教导。”还必须提到的是公约第 39 条，要求战俘营负责官员确保该营职员知悉公约。这些职员显然可以包括私人军事/安全公司雇员。

¹⁰⁹ 《日内瓦第四公约》第 144 条规定：“凡在战时负有与受保护人员有关之责任的任何民政、军事、警察或其他当局必须备有本公约之约文，并须对其各项规定受有特别之教导。”相关的还有公约第 99 条规定：“管理被拘禁人之职员应教以本公约之规定及所采用以确保本公约实施之行政措施。”更一般性的培训要求见于《第一附加议定书》第 83 条第 2 款，要求：“在武装冲突时负责适用各公约和本议定书的任何军事或民政当局，应充分熟悉各公约和本议定书的本文。”

¹¹⁰ “DoD Law of War Program”, US Department of Defense Directive Number 2311.01E, 9 May 2006; para. 5.7.4.

¹¹¹ 《第一附加议定书》第 80 条第 2 款要求各国应发出命令和指示来确保日内瓦四公约和该议定书被遵守，并监督其执行。

¹¹² *Ibid.* 此外，第 87 条第 1 款要求指挥官防止并在必要时制止和向主管当局报告破坏《日内瓦公约》和该议定书的行为。这一义务既涵盖在其控制下的武装部队成员，也涵盖“在其控制下的其它人员”。这一表述已被非常宽泛的解释为包括占领区的平民人口（*Commentary: Additional Protocols*, above note 58, para. 3555）。没有理由认为这一义务不应当也涵盖被武装部队雇佣或以其它方式处于其控制下的私人军事/安全公司雇员，尽管他们并不在其正式指挥和控制链条之内。

¹¹³ US Department of Defense Directive No. 2311.01E, above note 35, para. 6.3.

¹¹⁴ 尽管在国际层面上个人刑事责任只限于战争犯罪和某些非常严重的违反人权行为，但国家可以被要求对

国际法律委员会最近在其《2001年国际不当行为国家责任条款》¹¹⁵ 中对与国家责任有关的一般国际公法原则作了重述。其中为本文之目的特别相关的是草拟条款第4、5、7、8条，规定了将不当行为归结于国家的某些依据。

详细分析将行为归结于国家的规则超出了本文范围，因为本文将限于一些一般性观察。关于国家是否能够被要求为受其雇佣的私人军事/安全公司职员所为的违反国际人道法行为负责这一问题，没有一个简单的答案。答案主要取决于相关人员的地位，以及他们从事相关活动的依据。¹¹⁶

如果私人军事/安全公司雇员基于上文所讨论的理由能够被视为国家武装部队成员，那么他们的行为就将是国家“机构”的行为，进而基于草拟条款第4条第1款，可归结于雇佣国。该条规定：

“国家任何机构的行为在国际法上均应被视为国家行为，无论该机构行使立法、行政、司法或是其它职能，无论其在国家组织中处于何种地位，也无论其作为中央政府机构或国家领土单位的任何性质。”¹¹⁷

对不是武装部队成员的私人军事/安全公司雇员（即伴随武装部队的平民和“普通”平民）所为之违反国际人道法行为的国家责任更难确立。一个可能的依据是草拟条款第5条。该条涉及行使政府职权组成部分之人员或实体的行为，规定：

“不是第4条下的机构，但被国家法律授权行使政府职权组成部分之人员或实体的行为在国际法上应当被视为国家行为，条件是該人员或实体在该特定场合是以此种身份行事。”

初看上去，这一条款似乎适用于相当大一部分与国际人道法相关的私人军事/安全公司活动，因为与作战及相关拘留有关的活动直觉上属于“政府职权组成部分”。¹¹⁸ 然而，该实体“被国家法律授权”的要求大大限制了这一条款的适用范围。评论清楚表明，草拟条款第5条只涵盖“被国内法授权行使政府职能”之实体的行为，从而将其区别于那些更一般性的在国家指导或控制下行事的实体。

国家和公司之间存在合同这一事实本身显然不足以将后者带入这一条款的适用范围之内。但是，国内法需要明确到何种程度这一点却又是清楚的。被委托职能及其将以何种方式被履行是否必须明确指出？是必须明确规定某家公司，还是规定公司为被允许开展相关活动而必须满足的标准就足够了？像上述美国国防部关于承包商和劳动力结构的指令那样规

任何违反国际法之行为负责。

¹¹⁵ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, adopted by the International Law Commission at its fifty-third session, and Commentaries thereto, “Report of the International Law Commission on the work of its Fifty-third session (2001)”, *Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth Session, Supplement No. 10*, (UN Doc A/56/10) Chapter IV.E.1. 讨论中的草拟条款被普遍认为反映了有关这一主题的习惯法。

¹¹⁶ 国家为私人军事/安全公司承担之责任的依据和程度是2005年日内瓦专家会议广泛讨论的主题。See Report of the Expert Meeting on Private Military Contractors, above note 12.

¹¹⁷ 这一草拟条款的评论称，没有为归结之目的对“上级”和“下级”官员的行为加以区分，因此私人军事/安全公司雇员不大可能在武装部队中担任高级职务这一事实并不排除国家责任（Commentaries on the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, above note 115, p. 87.）。

¹¹⁸ 第5条的评论所举的例子包括使用私人安全公司作为监狱看守，在此身份上其将根据司法判决或监狱规章行使拘留权和纪律权等公共权力；以及被委以与移民控制或检疫有关之权力的航空公司（Commentaries on the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, above note 115, p. 92.）。哪些活动能够被视为行使“政府职权”是专家会议上广泛讨论的主题。See Report of the Expert Meeting on Private Military Contractors, above note 12, pp. 16–18.

定可委托活动类型的文书以及关于活动履行和监督的一般指引，是否足够？立场是不清楚的。

最后一个可能的归结依据是草拟条款第 8 条，涉及由国家指导或控制的行为。该条规定：“个人或集团的行为在国际法上应被视为国家行为，如果该个人或集团事实上是根据国家指示或在国家指导或控制下实施该行为。”

初看上去，这一条款似乎涉及很多私人军事/安全公司所处的情势，因为只要足够详细，合同可以被视为一种“指示”，或者足以将公司置于雇佣国的“指导和控制”之下。但是，同草拟条款第 5 条一样，更仔细阅读表明该条的适用范围其实颇为狭窄。从条款的措辞（“实施该行为”）和评论可以明确看出，这一条款并不涵盖公司在执行国家指示或在其指导和控制下行动期间所为的不当行为。相反，“指示、指导或控制必须与被指构成国际不当行为的行为有关”。¹¹⁹ 只有国家指示公司违反国际人道法才会带来草拟条款第 8 条上的国家责任；如果国家雇佣公司开展合法活动，而在履行合同过程中私人军事/安全公司雇员违反了该法，则不产生国家责任。

草拟条款第 7 条陈述了一般立场，即国家责任适用于国家机构或受权以官方身份行使政府职权组成部分的人员所为之所有违反国际法的行为，包括“超出职权范围”的行为。¹²⁰ 但是，关于在国家指示、指导或控制下行事的人员所为之“超出职权范围”的行为则不存在这种一般性责任。

有鉴于此，国家绝不是自动对其所雇佣公司的职员所为之违反国际人道法的行为承担责任。但是，即使在承包商行为不能归结于国家的场合，国家仍可能为其自身违法行为承担直接责任。这一责任可能因国家未能满足其在国际人道法上的义务或未能采取必要措施来确保对该法的尊重而产生。

最后，如同对战争犯罪的个人刑事责任一样，尽管国家责任作为法律问题已经相当确立，但在实践中却难以执行。由于难以找到有管辖的法院，国际法庭的诉讼并不频繁，而国内法庭的诉讼则常常因主权豁免或国际人道法在某些国家的非自我执行性质而受挫。

上级责任

除可能的国家责任外，国家雇佣的私人军事/安全公司的职员所为之违反国际人道法行为还可能基于上级责任理论导致武装部队指挥官和国家代表的责任。

上文结合公司经理和高级管理人员对其雇员行为所可能承担的责任讨论了这一概念。倘若存在对下级行动的必要控制——应当忆起的是，此责任一般限于对在其控制之下的下级负有个人责任的直接上级——理论上军事指挥官（公司被雇佣来协助武装部队的场合）和国家文职官员（其它场合）都可能承担责任。但是，除非私人军事/安全公司雇员能够被视为武装部队成员（此时指挥责任将以通常方式产生），在大多数情形下他们是从公司经理而非武装部队成员或国家官员处接受指示。而且，通常是由公司负责雇员的纪律事宜。¹²¹ 其结果

¹¹⁹ Commentaries on the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, above note 115, p. 108.

¹²⁰ 《第一附加议定书》第 91 条明确重申了与构成武装部队一部分之人员违反国际人道法行为有关的这一立场。

¹²¹ 美国国防部关于承包商的指示明确要求公司负责确保其雇员根据合同条款行事，并遵守战区命令以及可

是，国家代表对于私人军事/安全公司雇员不大可能拥有引起上级责任所需的必要控制。

国家必须调查并在有理由时起诉其雇佣的私人军事/安全公司的职员被指控犯下的战争罪行

如上所述，《日内瓦公约》要求国家采取必要措施制止所有违反公约的行为，搜寻并在其法院起诉或引渡被指控犯有严重破坏公约行为的人员。这一义务适用于所有人员，当然更加适用于被国家雇佣的人员。相应的，国家必须确保其必要机制和立法的到位，以调查并在有理由时起诉其雇佣的私人军事/安全公司的职员所可能犯下的任何严重违反国际人道法之行为。

其它国家的责任和角色

前一部分涉及雇佣私人军事/安全公司的国家的义务。他们有着明确和直接的责任。但是，其它国家在促进武装冲突局势下私人军事/安全公司职员对国际人道法的遵守方面也可以发挥作用。

制止严重破坏行为的职责

如上所述，所有国家都必须搜寻并起诉或引渡被怀疑犯有战争罪行的人员。因此，所有国家都有责任将被指控犯有严重违反国际人道法行为的私人军事/安全公司提交审判。

显而易见，一些国家是比其它国家更合适的审判地，因为他们与违法行为有着联系。最值得注意的包括被指控不当行为发生地国、受害者国籍国（如果国籍国有所不同，则为共同所在国）和被指控行为人国籍国，还可能包括所涉人员受雇公司之国籍国。倘若其它国家的法院有着足够广泛的管辖权基础，那么没有什么妨碍这些国家也提起诉讼。

承诺“确保尊重”国际人道法

根据《日内瓦公约》共同第1条，缔约国承诺尊重和确保尊重国际人道法。这一条款的“确保尊重”方面已被给予宽泛解释。它显然包括要求国家采取措施确保其军队和代表国家的任何其它人员遵守该法。但是，它还被理解为所有国家承诺对武装冲突当事方之行为尝试施加影响，以促进对该法之尊重。¹²²

对促进在武装冲突局势下经营的私人军事/安全公司尊重国际人道法方面，某些国家处于特别有利的位置。除已经讨论过的有着明确义务的雇佣国以外，还包括公司经营地国和国籍国，以及雇员的国籍国（虽然其影响程度较轻）。

适用的指令、法律和规章。它们还负责维持雇员纪律。US Department of Defense Instruction No. 3020.41, above note 35, para. 6.3.3.

¹²² See e.g., *Commentary: Third Geneva Convention*, above note 27, p. 17, and *Commentary: Additional Protocols*, above note 58, paras. 41 et seq. 有人已对公约起草者的心目中是否存在这种解释表示过怀疑。See e.g., 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, p. 3.

条约没有规定确保尊重之承诺如何履行。最为常见的方法是未参与武装冲突的国家通过外交途径进行干预，提醒交战国注意其义务。¹²³ 还存在很多别的选择。

私人军事/安全公司经营地国和国籍国可能采取的一种方法是制定监管框架。除通过增加职员培训要求等方式促进对国际人道法的尊重以外，该方法还使得国家可以应对这类活动带来的其它问题，如缺乏透明度、需要为可能由私人部门开展的活动设定明确界限等。事实上，国家监管框架是许多评论者为这些问题提出的解决方案。¹²⁴

此处只概要介绍可能监管方法的可能关键要素，因为对它们的详细讨论超出了本文范围。

私人军事/安全公司经营地国的角色

私人军事/安全公司经营地国不仅可能雇佣公司，还可能作为被其它国家雇佣的私人军事/安全公司的“东道”。例如，今天在伊拉克，有被美国（即冲突之一方）、未参与敌对行动的第三国、私人公司、政府间组织和非政府组织雇佣的公司。

这些东道国在对这些在其领土内经营的常常是有武装的行为者施加控制方面有着显见利益。正如已经指出的那样，目前只有塞拉利昂和伊拉克两个国家有专门监管私人军事/安全公司经营的立法。¹²⁵ 阿富汗正在制定监管框架。

简言之，这样一个体系可以首先要求希望提供安全或军事服务的公司获得经营许可。为此，公司必须满足一些基本标准，包括为确保遵守国际人道法之目的，要求其调查雇员、对雇员进行国际人道法培训、制定符合其在该法上义务的标准操作程序和工作规则、建立调查犯罪指控的内部机制、将调查结果传递给有权当局以供进一步调查等。¹²⁶

显然，监管框架将涵盖私人军事/安全公司经营的许多其它方面，包括私人部门可以开展的活动类型¹²⁷ 和可以使用的武器类型。¹²⁸ 它可以基于“一次性”经营许可，或者要求逐个合同的授权或通知，辅之以对所有雇员的登记。最后，它还可以建立监督私人军事/安全公司活动的机制，以及对无许可或违反许可的经营行为给予制裁（如撤销许可、没收保证金、处以罚款以及刑事制裁）。为透明度之目的，还可以考虑就监管框架的执行情况每年向议会报告。

私人军事/安全公司国籍国的角色

¹²³ See e.g., Henckaerts and Doswald-Beck, above note 66, Vol. I: Rules, Rule 144.

¹²⁴ See e.g., Schreier and Caparini, above note 2, and Holmqvist, above note 2. 联合国酷刑问题特别报告员也建议制定监管框架。他呼吁各国：“制定立法来控制 and 监控军事、安全和警察服务的私人提供商的行为，以确保其不会施加酷刑或为其提供便利。提供这些服务的公司和个人应当被要求进行登记，并就其活动提供详细年报。每个被提议的国际人员转移或培训均需获得政府事先批准，批准必须依据基于国际人权标准和国际人道法的可公开获知的标准。” Report of the Special Rapporteur on the question of torture, Theo van Bowen, 15 December 2004, UN Doc E/CN.4/2005/62, para 37(h).

¹²⁵ CPA Memorandum 17: Registration Requirements for Private Security Companies, 26 June 2004, and Section 19 of Sierra Leone's 2002 National Security and Central Intelligence Act.

¹²⁶ 无论是临时管委会第 17 号备忘录还是塞拉利昂法均未涉及这一问题。

¹²⁷ 临时管委会第 17 号备忘录第 9.1 条规定：“私人安全公司的基本作用是威慑。不得由私人安全公司或其雇员履行任何执法职能。”

¹²⁸ See e.g., Section 6 of CPA Memorandum 17.

监管框架还将使私人军事/安全公司国籍国得以对其公司的国外活动施加一定控制和监督。目前，南非是唯一一个制定有专门处理本国公司及国民海外活动之立法的国家。¹²⁹ 少数国家在其武器出口控制立法中对向国外提供某些军事/安全服务加以规定。¹³⁰ 英国作为大量私人军事/安全公司的国籍国，对于制定这样一个监管框架已经考虑了一段时间。¹³¹

监管框架的基本要素中可以包括获得经营许可的要求。只有那些满足与上文为私人军事/安全公司经营地国勾勒的标准相类似之标准——包括那些旨在促进对国际人道法之尊重的标准——的公司才能被授予许可。

此外，可以要求公司“逐个经营项目”获得批准。确定是否应当给予授权的标准可以基于与武装转让规定的标准相类似的标准，包括考虑这些经营是否会削弱对国际人道法的尊重。¹³² 规章还可以禁止开展特定活动（如直接参与敌对行动），并规定对没有所需许可或违反许可之经营行为的制裁措施。私人军事/安全公司国籍国也同样可以考虑就监管框架的执行情况每年向议会报告。

详细说明这样一个监管体系的关键要素并不复杂，挑战在于监控实践中的合规情况。因为根据定义，服务的提供发生在外国，并且不同于武器出口，不包括可以由海关官员监控的货物运输。因此，同经营发生地国当局之间的沟通和合作是这一体系良好运转所不可或缺的。

国内监管可以由地区层面的类似体系加以补充，其优势在于将地区伙伴置于同样的游戏场上。由欧盟进行地区监管这一可能性已成为一些学者的讨论主题，如果（至少在公开场合）不是欧盟官员的话题的话。¹³³

雇佣军？

对雇佣军目前在国际法上地位的详细分析超出了本文范围。本文因此只限于讨论其在国际人道法上的地位，以及关于雇佣军的两个专门公约：1977年非洲统一组织《消除非洲雇佣军制度公约》¹³⁴ 和1989年联合国《反对招募、使用、资助和训练雇佣军国际公约》。¹³⁵

这两个专门公约旨在禁止使用雇佣军，并将借助雇佣军和作为雇佣军参与敌对行动的行

¹²⁹ The 1998 Regulation of Foreign Military Assistance Act (FMAA). 对于FMAA已有许多修订，预计2007年生效。关于FMAA，参见Raenette Talijaard, “Implementing South Africa’s Regulation of Foreign Military Assistance Act” in Alan Bryden and Marina Caparini (eds.), *Private Actors and Security Governance*, 2006, pp. 176 et seq.

¹³⁰ See e.g., the United States’ International Traffic in Arms Regulations. On this, see Schreier and Caparini, above note 2, pp. 104 et seq.

¹³¹ See e.g., *Private Military Companies: Options for Regulation*, Foreign and Commonwealth Office, HC 577, 2002. On this Green Paper and subsequent developments in the UK, see e.g., Christopher Kinsey, “Regulation and control of private military companies: The legislative dimension”, *Contemporary Security Policy*, Vol. 26(1), 2005, p. 1; Elke Krahnmann, “Private military services in the UK and Germany: Between partnership and regulation”, *European Security*, Vol. 14(2), 2005, p. 277; and Walker and Whyte, above note 8.

¹³² See e.g., the criteria in the 1998 EU Code of Conduct on Arms Transfers. (EU Code of Conduct on Armament Exports, 5 June 1998, 8675/2/98 Rev 2.)

¹³³ See e.g., Elke Krahnmann, “Regulating private military companies: What role for the EU?”, *Contemporary Security Policy*, No. 26, 2005, p. 103, and “Regulating military and security services in the European Union”, in Bryden and Caparini, above note 129, p. 190.

¹³⁴ OAU Doc CM/433/Rev.1 Annex 1 (1972). 公约于1985年4月22日生效，截至本文写作时已获27个国家批准。

¹³⁵ *United Nations Treaty Series*, Vol. 2163, p.75. 公约于2001年10月20日生效，截至本文写作时已获28个国家批准。

为刑事化。国际人道法从一个颇为不同的角度处理雇佣军问题。它既不禁止使用雇佣军，也不将其活动刑事化。相反，它集中于他们被俘后的地位问题。

雇佣军与国际人道法

《第一附加议定书》第 47 条给出了雇佣军的定义，并规定这一定义范围内的人员如果被俘不享有战俘地位。¹³⁶

雇佣军的定义

在不对第 47 条第 2 款的六个条件一一回顾的情况下，这一定义的某些方面仍值得强调。首先，这些条件必须被累加满足，这在实践中使得个人难以落入雇佣军定义的范围。¹³⁷

其次，要求所涉人员实际参与敌对行动的条件二大大限制了定义的适用范围。很多向交战国提供重要支持并普遍被视为雇佣军的人员不大可能会参与构成国际人道法含义内的“直接参与敌对行动”的活动。而且，该表述的加入给这一定义增加了复杂性。如上文所述，“直接参与敌对行动”这一概念尽管因其决定平民在何种场合可被合法攻击而对于国际人道法具有核心意义，但并未被界定，并且其确切界限出了名的难以确定。

最后但并非最不重要的，必须提及条件五。有一种说法是该条件使得雇佣军的定义以及事实上整个第 47 条完全缺乏任何实践或法律意义，这种说法是有道理的。第 47 条第 2 条第 5 款将任何身为冲突一方当事国武装部队成员的人员排除在定义范围之外。因此，通过简单的将雇佣军纳入其武装部队，希望使用他们的国家就可以避免他们被视为雇佣军，即使其它全部条件都已被满足。这种已在外交会议期间被作为一种可能性提出的操作方式，¹³⁸ 在 1997 年被巴布亚新几内亚在涉及沙线国际公司雇员时实际运用，后者被给予“特别警察”身份。¹³⁹

此外，从更为纯粹的法律角度看，条件五使第 47 条成为多余。不是国家武装部队或者符合《日内瓦第三公约》第 4 条第 1 款第 2 项之条件的民兵或志愿部队成员而直接参与敌对行动的人员，是“非法战斗员”，在被俘时无论如何都不享有战俘地位。因此，第 47 条虽然似乎是在规定不享有战俘地位人员的一个新类别，但实际上只是重复既有立场，以致一些评

¹³⁶ 《第一附加议定书》第 47 条第 2 款规定雇佣军是具有下列情况的任何人：（1）在当地或外国特别征募以便在武装冲突中作战；（2）事实上直接参与敌对行动；（3）主要以获得私利的愿望为参与敌对行动的动机，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；（4）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；（5）不是冲突一方武装部队的人员；（6）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。

¹³⁷ 在商讨 1977 年附加议定书的重申与发展国际法外交会议上，这一门槛被有意设得较高，因为“确定一个人具有雇佣军地位可能带来事关生死的后果”，并且一些国家希望降低该条被用于否认合法战斗员的战斗员或战俘地位的风险。*Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts*, Geneva (1974–1977), Vol. XV, Committee III Report, Fourth Session, 17 March–10 June 1977, CDDH/407/Rev.1, para. 25.

¹³⁸ See *Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts*, Geneva (1974–1977), Vol. XV, Committee III Report, Third Session, 21 April–10 June 1976, CDDH/236/Rev.1, para. 102.

¹³⁹ Agreement for the Provision of Military Assistance between the Independent State of Papua New Guinea and Sandline International, 31 January 1997, available at <http://coombs.anu.edu.au/SpecialProj/PNG/htmls/Sandline.html>. 明显类似的方法在 20 世纪 90 年代被应用于“执行结果”公司的雇员。

论者称其为一个“自称激烈”的条款。¹⁴⁰ 尽管关于雇佣军的条款出于政治考虑被加入《第一附加议定书》，但其未对既有法律做出任何改变。第 47 条对于监管雇佣军的唯一贡献在于其提供的定义后来在经过一些细微修改后被用于了专门公约。

第 47 条对于地位的效果

第 47 条的效果在于使得在雇佣军范围内的人员成为“非法战斗员”，其权力和义务与直接参与敌对行动的任何平民相同。¹⁴¹

这在实践中意味着什么？战斗员有权参与敌对行动。如果被俘，他们有权享受战俘待遇，受到 1949 年《日内瓦第三公约》的保护。重要的是，他们不得仅因参与敌对行动而被审判。

相反，雇佣军享有同平民一样的待遇。他们无权参与敌对行动。如果他们这样做并被俘，他们无权享有战俘待遇或随之而来的《日内瓦第三公约》的保护，并且可以仅因参与敌对行动而受到国内法上的审判，即使他们没有违反任何国际人道法规则。

这并不意味着在国际人道法上对于被俘雇佣军没有保护。他们受到《日内瓦第四公约》的保护；即使属于公约规定的例外情形，他们仍然享有《第一附加议定书》第 75 条所规定的基本保证。

第 75 条所尊奉的保护从实践观点来看至为重要。它们不仅确保雇佣军定义范围内的人员不被完全剥夺掉国际人道法上的保护，而且更具体的是，明确要求对这些人员给予最低限度的正当程序保证。考虑到过去已经导致处决受到雇佣军制度指控之人员的常常是很简易的刑事诉讼，这一条款尤为重要。¹⁴²

¹⁴⁰ Geoffrey Best, *Humanity in Warfare: The Modern History of the International Law of Armed Conflict*, 1980, p. 328. 关于这一定义的更多缺点，参见在人权委员会 2001 年召集的首届专家会议上一位专家的发言。Commission on Human Rights, *The Right of Peoples to Self-determination and its Application to Peoples under Colonial or Alien Domination or Foreign Occupation*, UN Doc E/CN.4/2001/18, 14 February 2001, Annex: Report of the Meeting of Experts on the Traditional and New Forms of Mercenary Activities as a Means of Violating Human Rights and Impeding the Exercise of the Right of Peoples to Self-Determination, Geneva, 29 January–2 February 2001, para. 24.

¹⁴¹ 尽管第 47 条在外交会议上获得一致通过，但它是妥协的产物，并主要是在政治而非法律方面引起了相当多的争议。一些国家，尤其是那些从殖民统治中新兴或曾是雇佣军活动“受害者”的国家，希望有更强势的文本，要求国家禁止招募、训练、召集和经营雇佣军，并禁止其国民加入雇佣军。此立场后来被专门公约所采取。其它国家不希望议定书禁止雇佣军和雇佣军制度，并认为即使是被最终采取的集中于地位问题的方法，在实践中也可能限制保护，因此不是像《附加议定书》这样的人道性质条约所应采取的方法。一些评论者赞同此观点。*Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts*, Geneva (1974–1977), Volume VI, Plenary Meetings, Summary Records of the Thirty-Fourth to Forty-Sixth Meetings, CDDH/SR.41, pp. 156–204. 关于谈判的讨论，see *Commentary: Additional Protocols*, above note 58, paras. 1789 et seq; Michael Bothe, Karl Partsch and Waldemar Solf (eds.), *New Rules for Victims of Armed Conflicts – Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949, 1982*, pp. 267 et seq; Francois Bugnion, *The International Committee of the Red Cross and the Protection of War Victims*, 2003, p. 628; Rosas, above note 51, pp. 392 et seq; Henry Van Deventer, “Mercenaries at Geneva”, *American Journal of International Law*, No. 70, 1976 p. 811; and Abdulqawi Yusuf, “Mercenaries in the Law of Armed Conflicts”, in Antonio Cassese (ed.), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, 1979, pp. 113 et seq.

¹⁴² 例子之一是 1976 年发生在安哥拉的审判。See Mike Hoover, “The Laws of War and the Angolan Trial of Mercenaries: Death to the Dogs of War”, *Case Western Journal of International Law*, 1977, pp. 323 et seq. See also Edwin Nwogugu, “Recent Developments in the Law Relating to Mercenaries”, *The Military Law and Law of War Review*, No. XX-1-2, 1981, p. 11 at p. 17; and, more recently, Amnesty International Press Release “Equatorial Guinea: Trial of alleged coup plotters seriously flawed”, AFR/24/017/2004, 30 November 2004. 意识到这一特殊问题，在谈判过程中提出的第 47 条早期版本明确提及，雇佣军有权享受第 75 条之保护。作为妥协的一部分，这一内容后来被删除了。CDDH/407/Rev.1, above note 137, para. 27.

但应当指出的是，第47条并不禁止国家给予雇佣军战俘地位。¹⁴³ 它只是规定雇佣军，不同于国家武装部队成员，作为事实问题不享有战俘地位。

尽管这一领域鲜有国内实践，但报告显示已有国家给予其认为属于雇佣军定义范围之人员以战俘地位。例如，1988年联合国秘书长关于两伊战争的报告就提到，伊朗称其在敌对行动过程中俘虏了被其宣称为雇佣军的第三国国民，但并未进行审判，而是给予了同其它战俘类似的待遇。¹⁴⁴

非国际武装冲突

《附加议定书》第47条只适用于国际武装冲突，包括占领。国际人道法对于非国际武装冲突中的雇佣军问题未作规定。而且，由于在这种冲突中不存在战俘地位，因此说某个人不享有该地位也就没有意义。

实践中这意味着在非国际武装冲突中，一个倘若参与的是国际武装冲突就会落入雇佣军定义范围的人员，其地位同任何其它直接参与敌对行动的人相同。他/她享有《日内瓦公约》共同第三条、《第二附加议定书》和适用于非国际武装冲突之国际人道法习惯规则所规定的保护，但是可以仅因参与敌对行动而受到国内法上的审判。

雇佣军尊重国际人道法的义务

尽管国际人道法有关雇佣军的唯一规定完全集中于其地位，但毋庸置疑的是，雇佣军同武装冲突局势下的任何其他人员一样，必须尊重该法，并可能因其所犯的任何严重违法行为而面临个人刑事责任。

有趣的是，在迄今为止对受到雇佣军制度指控之人员进行的审判中，只有一起审判的被告同时也被指控有构成战争犯罪的行为。这发生在上文所述的安哥拉1976年的审判中，被告同时也被指控谋杀平民和拒绝作战的雇佣军同伴。¹⁴⁵

雇佣军公约

国际人道法上的立场应当对比于两个专门针对雇佣军的公约：1977年非洲统一组织《消除非洲雇佣军制度公约》（以下简称“《非统组织公约》”）和1989年联合国《反对招募、使用、资助和训练雇佣军国际公约》（以下简称“《联合国公约》”）。这些文件旨在禁止借助雇佣军，并将雇佣军制度和充当雇佣军之行为刑事化。

两份文件都采用了同《第一附加议定书》第47条非常相似的雇佣军定义，¹⁴⁶ 《非统组织公约》还定义了雇佣军制度罪，包括加入雇佣军“队伍”的人，以及那些招募或以任何方

¹⁴³ 一些国家在谈判中要求采取此种方法。See *Commentary: Additional Protocols*, above note 58, para. 1795.

¹⁴⁴ 这一论断似乎同红十字国际委员会对伊朗在同一冲突中拘留的被指称雇佣军进行探访后所获之经验相悖。参见Bugnion，前注141，第629页。

¹⁴⁵ 参见前注142。

¹⁴⁶ 《非统组织公约》第1条；《联合国公约》第1条。

式支持这些队伍的人。¹⁴⁷ 这一定义极为宽泛，从而潜在行为人的范围也很广，包括个人、群体、社团、国家代表及国家本身。《联合国公约》采取了类似但更为狭窄的方法，将作为雇佣军直接参与敌对行动¹⁴⁸ 或者招募、资助或训练雇佣军¹⁴⁹ 的行为规定为犯罪。两份文件均要求缔约国在国内法上将这些行为刑事化，并起诉或引渡犯罪嫌疑人。

雇佣军公约没有提及所适用的冲突类型，因此与《第一附加议定书》第 47 条不同，可以假定其对国际性和非国际性武装冲突两者均适用。¹⁵⁰

《非统组织公约》还涉及落入这一定义范围的人员的**地位**问题。第 3 条规定雇佣军“不享有战斗员地位”，但然后令人吃惊是——鉴于在外交会议期间，主要是非洲国家呼吁采取拒绝给予雇佣军战俘地位这一更为严厉的立场——仅仅重申了《第一附加议定书》第 47 条的规则，即雇佣军如果被俘不享有战俘待遇。《联合国公约》则未涉及地位问题。

公约还有三个方面值得评论。首先，两份文件中与针对雇佣军的可能刑事诉讼相关的部分均有一个关于司法保证的条款。但遗憾的是，两个条款均显软弱，因其并未将国际人权作为此种诉讼中必须尊重的最低标准。《非统组织公约》仅要求雇佣军确保“审判所在国通常给予任何普通个人的”那些权利。¹⁵¹ 《联合国公约》有一处提及国际法，但仅称在审判过程中“应考虑可适用的国际法规范”。¹⁵² 明确宣称必须尊重人权标准显然是更为可取的。¹⁵³

其次，《联合国公约》含有一个保障国际人道法的条款，¹⁵⁴ 《非统组织公约》则没有。该条款的首要目标似乎与地位问题有关，而后者在《联合国公约》中并未提及。但是，这一条款的重要意义在于，它处理直接参与敌对行动的人员在国际人道法及雇佣军公约上所处地位和所享有权利之间的相互关系。

基于诸多原因，适当表达这一相互作用是重要的。举一个具体例子，根据国际人道法，在国际武装冲突中存在享有战俘地位之假定。当对此权利存在疑问时，相关人员的地位必须由有权法庭确定。¹⁵⁵ 在法庭做出决定之前，被俘人员有权获得《日内瓦第三公约》的保护。倘若没有确保条款，雇佣军公约就可以被解释为去掉了这一假定及就地位问题获得审查之权利。这并非纯粹的理论探讨，而是对于受到雇佣军制度指控的人员具有非常直接和重大意义的问题。保障条款默示保留了这些权利。¹⁵⁶

保障条款还在一定程度上补救了《联合国公约》没有确认适用人权公平审判标准这一缺陷，因其将国际人权法所规定或提及的保障引入了公约。最值得注意的是《第一附加议定书》第 75 条为与国际武装冲突有关的受审判人员所提供的保障，以及《日内瓦公约》共同第 3

¹⁴⁷ 《非统组织公约》第 2 条。

¹⁴⁸ 《联合国公约》第 3 条第 1 款。

¹⁴⁹ 《联合国公约》第 2 条。

¹⁵⁰ 事实上，《联合国公约》还适用于参与旨在推翻政府或以其它方式损害一国宪法秩序或破坏其领土完整之协同行为的人员。《联合国公约》，第 1 条第 2 款。

¹⁵¹ 《非统组织公约》第 11 条。

¹⁵² 《联合国公约》第 11 条。

¹⁵³ 采取类似的“刑事化、起诉或引渡”方法的其它联合国文件在刑事诉讼过程中必须确保的最低司法保证问题上含有远为肯定的文句。例如，参见 1997 年《制止恐怖轰炸国际公约》第 14 条。

¹⁵⁴ 《联合国公约》第 16 条规定如下：本公约应当非歧视地适用于：a. 与国家之国际责任有关的规则；b. 武装冲突法和国际人道法，包括与战斗员或战俘地位有关的条款。

¹⁵⁵ 《日内瓦第三公约》第 5 条；《第一附加议定书》第 5 条。

¹⁵⁶ See Declaration of the International Committee of the Red Cross on the International Convention against the Recruitment, Use, Financing and Training of Mercenaries, United Nations General Assembly, item 144, 44th session, November 1989.

条第4款关于禁止对因参与非国际武装冲突而受审判的人员“未经具有文明人类所认为必需之司法保障的正规组织之法庭之宣判，而遽行判罪及执行死刑”的规定。

最后，应当提及《联合国公约》对于红十字国际委员会探访那些因怀疑犯有公约规定罪行而被剥夺自由人员的规定。第10(4)条保留：

“任何根据第9条第1(b)段享有管辖权之国家邀请红十字国际委员会与被声称违法行为人通信及对其进行探访的权利。”

这一条款虽然在后来被将某一特定行为刑事化并要求国家起诉或引渡犯罪嫌疑人的联合国其它公约¹⁵⁷所采用，但它也提出了有关《联合国公约》与国际人道法之间相互关系的问题。

根据《日内瓦公约》，红十字国际委员会有权探访因国际武装冲突而被剥夺自由的人员。¹⁵⁸ 根据《联合国公约》而被扣留的人员显然能够归入这一范围。这一权利并不依赖于红十字国际委员会应这些人员的国籍国或居住国邀请与其通信或对其探访，如第10(4)条所设想的那样。但是，因保障条款而明确了的是，该规定绝不限制或影响这一权利。¹⁵⁹

国际人道法和专门公约上的立场是否一致？

一个一再出现的问题是，国际人道法和专门公约对于同一类别人采取的不同方法是可以协调，还是前后矛盾。

尽管差异在初期可能会带来某些可以理解的混淆，而专门公约的定义来自国际人道法这一点更使得问题复杂化，但两个法律体系对于雇佣军所采取的不同方法实际上并未带来任何法律上的问题。¹⁶⁰

国际人道法和雇佣军公约有着不同的焦点和目标，但它们各自的方法可以共存和互补。国际人道法调整属于雇佣军定义范围之内人员的地位和对他们的特别保护，以及他们的默示义务：像武装冲突局势下的所有行为者一样，雇佣军必须尊重国际人道法。专门公约则更广泛的针对这一现象的合法性。它们通过限制国家能够借助雇佣军的情形来调整国家行为——这是国际人道法所未涵盖的方面。

就个人而言，专门公约有一个同国际人道法不同的目的，即确立个人刑事责任。这一点是以不与国际人道法所调整的地位问题相冲突的方式来达成的。事实上，在起诉直接参与敌对行动并满足雇佣军定义其它条件的平民方面，这两种方法形成互补而连贯的体系。国际人道法既没有为这种直接参与敌对行动的行为提供豁免，也没有要求国家将之刑事化。后者的基础是被国内刑法所实施的专门公约。国际人道法对于任何可能进行的诉讼的贡献在于规定了拘留期间的最低待遇标准，包括被红十字国际委员会探访的权利，并要求最低司法保证得

¹⁵⁷ See, e.g., Article 7(5) of the 1997 International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings and Article 9(5) of the 1999 International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism.

¹⁵⁸ 《日内瓦第三公约》第126条；《日内瓦第四公约》第143条。

¹⁵⁹ 鉴于保留其对因武装冲突而被剥夺自由人员进行接触之独立权利的重要性，红十字国际委员会于《联合国公约》通过时在联合国大会上发表声明，重申其探访被剥夺自由人员的权利，无论其是否受到这些人的国籍国或公民身份国的邀请。声明强调，保留接受或拒绝任何此等邀请的自由对于红十字国际委员会而言至关重要。它还指出，在这种情形下，红十字国际委员会并不会将自己视为代表请求国行事，而只是基于人道考虑独立工作。ICRC Declaration, above note 156.

¹⁶⁰ 这一结论在1998年红十字国际委员会代表同联合国大会《反对招募、使用、资助和训练雇佣军国际公约》起草特别委员会副主席图里奥·特瑞夫斯(Tullio Treves)之间的一次会议上得到了确认。ICRC Document 88/1578, 16 December 1988, ICRC Ref 130, 215(00).

到确保。

私人军事/安全公司职员是雇佣军吗？

显然，这个问题没有单一答案。同任何其他人士一样，他们只有符合《第一附加议定书》第 47 条或相关专门公约的所有条件才会被视为雇佣军。累加条件尤其难以满足，贝斯特（Best）被广为引用的观点（“不能将自己排除在这个定义之外的雇佣军活该被处决——他的律师也是”¹⁶¹）令人信服的指出了这一点。私人军事/安全公司及其服务市场的特殊性质更使得它们的职员除了一小部分以外，不大可能落入这一定义范围。尽管这本身并不是问题，但却可能导致意想不到的结果，如后所见。

确定私人军事/安全公司雇员地位的关键因素首先在于其客户的身份。如上所述，存在这样的可能，即如果受雇于国家并满足特定条件，私人军事/安全公司职员可能被视为武装部队成员，从而根据第 47 条第 2 款的条件五，处于定义范围之外。¹⁶² 考虑到缩减武装部队数量和将军事任务外包背后的政策，这种情况不大可能发生，但并非完全不可能。

其次，即使假定条件三关于动机和实际获利的要求在大多数个案中有可能被满足，要求一个人被特别招募来在武装冲突中作战并事实上直接参与敌对行动的条件一和条件二，也很可能将大多数人排除在外。例如，现有信息倾向于显示在伊拉克和阿富汗经营的大多数私人军事/安全公司都不是被特别雇佣来直接参与敌对行动，而是为武装部队提供范围广泛的后期和辅助服务。事实上，迄今为止制定的唯一一个专门调整国家武装部队使用承包商的国内规章就明确排除承包商从事“固有政府性”的活动，包括作战。¹⁶³

同样的，尽管很多私人军事/安全公司常常是在有武装的情况下为各种非国家实体提供安全服务，但这些活动只在罕见情形下才构成直接参与敌对行动。即使确实构成，武力的使用也不大可能在雇佣时就如条件一所要求的那样被明确考虑到，而更可能是对阵地上情况变化的反应。

可能将私人军事/安全公司雇员排除在定义范围之外的最后一个条件是条件四，即所涉人员“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”。例如，这就将受雇于其本国或在伊拉克境内的任何行为者的美国、英国和伊拉克雇员排除在定义范围之外。

而且，在不同国籍人员之间进行只能说是缺乏依据的划分，所造成的结果有武断之嫌。继续以伊拉克为例，这一国籍要求意味着美国国民和智利国民可以并肩工作，被同一家私人军事/安全公司根据同一份合同雇佣，并从事完全相同的活动，但是美国人不会被视为雇佣军，智利人则会。似乎没有理由将一个人而不是另一个人的行为刑事化。

在不讨论修改雇佣军定义的是非曲直和可行性的情况下，¹⁶⁴ 国籍要求似乎是该定义最

¹⁶¹ Best, above note 140, p. 328.

¹⁶² 出于简要之考虑，此处仅提及《第一附加议定书》第 47 条的定义条款，但评论同样适用于两个专门公约的定义。

¹⁶³ US Department of Defense Instruction Number 3020.41, above note 35, para. 6.1.5.

¹⁶⁴ 回顾对人权委员会有关雇佣军问题的工作，特别是两位雇佣军问题特别报告员 Enrique Bernales Ballesteros 先生及其后任 Shahista Shameen 博士以及雇佣军问题工作组的工作，超出了本文范围。但应当指出的是，对于《联合国公约》中雇佣军定义的可能修订已经成为多年来的讨论主题，包括在 2001 年、2002 年和 2004 年举行了三次系列专家会议上。UN Doc E/CN.4/2001/18, 14 February 2001; UN Doc E/CN.4/2003/4,

脱离当前现实的部分。尽管在《第一附加议定书》谈判时该要求回应了各国关于外国干涉冲突的担忧，但如今它将很大一部分提供军事服务的人员排除在外，并在从事同样活动的人之间进行没有理由的区分。为避免这种武断的结果，已有人建议，至少应将此条件解读为指向的是公司而非雇员个人的国籍。

结论

正如开篇所言，在武装冲突局势下调整私人军事/安全公司职员行为的有拘束力的法律框架现实存在。因此，没有必要在国际层面制定新的规则。

这并不是说法律方面的立场是直截了当的，或者在实施义务方面不存在实践挑战。为确定私人军事/安全公司职员的地位以及随之而来的义务，必须着手解决国际人道法中一些最为错综复杂的问题，如哪些人是战斗员、什么行为构成直接参与敌对行动。这些问题必须基于个案来回答。

就执法而言，尽管的确存在将被怀疑严重违反国际人道法的人员提交审判的明确义务，但却鲜有诉讼。这是不幸的。这助长了逃脱惩罚，剥夺了对受害者的救济，对将来的违法行为没有阻吓，并且可能因造成没有可适用法律的印象而刺激将来的违法行为。

再者，本文仅仅讨论了国际人道法上的立场——监管私人军事/安全公司经营的法律框架中最为简单的方面。但是国际人道法只在发生武装冲突时适用。当公司在无论何种其它场合经营时，这一法律体系都与其活动无关；那时这些活动将受当地刑法——现在可能也包括人权法——调整。同时，即使当它们在发生武装冲突的国家经营时，国际人道法也只同那些在冲突环境中并与冲突相联系的行为相关。公司的活动中很多不具备此种联系，从而只受当地法律——同样的，可能也包括人权法——调整。人权法在何种程度上适用于私人军事/安全公司的行为是一个远比国际人道法上的立场更为复杂的法律问题，仍有待详细分析。

回到本文勾勒出的法律框架，有若干建议可以用于应对一些已提及的复杂法律问题，以及一些政策事项。

首先，如果国家禁止私人军事/安全公司雇员从事有可能构成直接参与敌对行动的活动，除非其被纳入武装部队，那么因为这些人员所能从事的活动类型以及在其直接参与敌对行动时对其地位的疑问而引起的问题可以得到解决。这一方法有许多优点。它将澄清对于相关人员被俘时地位的任何疑问，因为无论他们是否直接参与了敌对行动，他们都将享有战俘地位。它还将避免私人军事/安全公司被视为雇佣军的风险，因为他们显然不会落入这一定义的范围。最后，它将会使他们受制于军事层级的指挥和控制，以及军事纪律体系。这将回应武装部队成员对于私人军事/安全公司雇员缺乏控制的担心，¹⁶⁵ 并将这些纳入武装部队确保尊重国际人道法的成熟框架之中。从雇员的观点看，尽管作为武装部队成员他们将会在任何时候

24 June 2002, and UN Doc E/CN.4/2005/23, 18 January 2005. 特别报告员在其向 2005 年联合国大会提交的报告中建议大会第六委员会或国际法委员会对雇佣军定义进行审查。UN Doc A/60/263, 17 August 2005, para. 60.

¹⁶⁵ William Epley 少校生动地指出了这一点：职能离战场越近，对纪律和控制的需求就越大，因此就越需要由战士来履行这些职能（William Epley, *Contracting in War: Civilian Combat Support of Fielded Armies*, US Army Center of Military History, 1989, 1-6）。

都面临被攻击的风险，但却能避免作为“非法战斗员”的个人刑事责任。¹⁶⁶

其次，国家可以扩展其法院的管辖权基础，以增加对私人军事/安全公司职员的违法行为提出诉讼的可能途径。基于若干原因，集中于公司责任而非其雇员责任的方法更为可取：个人刑事责任已经存在，公司有着深厚得多的财力可供赔偿，而且对公司问责更有可能对未来实践产生影响。可能的途径包括确立公司对于严重违反国际人道法行为的刑事和民事责任，并授予法院对于这些行为的域外管辖权。

再次，经常雇佣私人军事/安全公司的国家可以考虑制定指令，阐明其对于某些关键问题的立场和政策。这些问题可以包括私人军事/安全公司所能从事活动的类型，对职员的调查和培训要求，对国家和公司之间在这些事项上以及在对雇员行使控制和纪律权方面的明确责任划分，与分包有关的规则，以及对被指违反国际人道法行为的报告和调查机制。此外，还可以修订公共采购规章，增加诸如调查和培训职员等必须被私人军事/安全公司满足的要求，以促进对于国际人道法的尊重。这些措施可以在相当程度上帮助国家履行其确保所雇佣公司尊重国际人道法的职责。

最后，在国外提供服务的私人军事/安全公司的国籍国以及公司经营地国可以考虑制定立法来监管这些服务的提供。这将使它们得以促进对国际人道法的尊重，并应对很多其它问题。监管框架将允许国籍国对于其在国外的公司行使一定控制，这一点对于避免公司行为违反该国法律义务和外交利益至关重要。监管还将允许私人军事/安全公司经营地国确定可以由私人行为者从事的活动类型，要求遵守包括与携带武器有关的标准在内的某些最低标准，以及获得有关在其领土内经营的公司及其雇员数量的实证信息。

¹⁶⁶ 英国已经采取了创造性的方法来应对这一问题。1996年《赞助预备役法》要求政府承包商的指定比例的工作人员由预备役军人担任。根据这一安排，英国政府“赞助”担任私人军事/安全公司雇员的预备役军人，后者被作为武装部队中的制服人员而动员和部署，在军事指挥官的指挥和控制下行动。作为武装部队成员，他们有权直接参与敌对行动，并在被俘时享有战俘地位。See, e.g., Blizzard, above note 73, pp. 10 et seq. and references therein.