

多国行动中拘留的某些争议及 哥本哈根原则的贡献

布鲁斯·奥斯瓦德* 著/ 李强** 译

摘要

本文讨论了在各国行动背景下与拘留有关的3个主要方面的争议：国际人道法与人权法的关系；依据联合国安理会决议作为实施拘留之正当理由的合法性原则；存在酷刑或残忍、不人道或有辱人格的待遇或惩罚的实质危险时移送被拘留者。本文接着探讨了哥本哈根原则如何解决这些问题。

关键词：拘留；哥本哈根原则；国际人道法；国际人权法；合法性原则；安理会决议；移送被拘留者；监督被拘留者的待遇

拘留经常是各国行动中的一项必要任务，可确保部队能够履行其职责、实施自卫及保护当地居民。在非国际性武装冲突中，在各国部队中服役的士兵可能会拘留携带火器或行为有威胁的人。在拘留时会产生

* 布鲁斯·奥斯瓦德(Bruce “Ossie” Oswald)是墨尔本大学法学院副教授。他在美国华盛顿特区和和平研究院担任詹宁斯·伦道夫高级研究员时写作本文。作者感谢 Carla Ferstman 和 Jelena Pejic 对本文初稿提出的意见，感谢 Beth Wellington 编辑本文，还要感谢 Liz Saltnes 女士给予的支持。

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

许多主要问题,最关键的就是确定拘留的法律依据。是东道国法律?抑或是能证明拘留正当性的其他某些法律依据?一旦有人被拘留,就会产生被拘留者享有什么权利以及国际人道法或国际人权法中是否规定了这些权利的问题。如果士兵决定将被拘留者移交给地方当局,那么该士兵要承担何种义务来确保被拘留者不会受到这些当局的虐待?过去的10年中,在各国和国际组织实施的多国行动中,上述每个问题都非常有争议。关于《处理国际军事行动中被拘留者的哥本哈根进程》^{〔1〕}的讨论为分析其中某些问题并探讨《哥本哈根原则》在解决这些问题方面所做的贡献提供了一个适当的机会。

本文第一部分力图概括出处理多国行动中被拘留者^{〔2〕}问题时产生的某些争议。^{〔3〕}第二部分试图讨论有关拘留问题的《哥本哈根原则》,并分析这些原则能在多大程度上应对上述争议。

需要说明的一点是,本文只关注非国际性武装冲突或和平行动中开展多国行动时产生的拘留问题。本文不涉及国际性武装冲突或诸如打击海盗等执法行动。

〔1〕 The Copenhagen Process on the Handling of Detainees in International Military Operations; The Copenhagen Process; Principles and Guidelines (hereafter Copenhagen Principles), October 2012, available at: <http://um.dk/en/~media/UM/English-site/Documents/Politics-and-diplomacy/Copenhagen%20Process%20Principles%20and%20Guidelines.pdf>. All internet references were last visited in May 2013.

〔2〕 本文使用的“被拘留者”一词,系指出于与多国军事行动有关的理由而被剥夺自由的人。譬如,被拘留者可能是一个有安全威胁或刑事犯罪嫌疑的人。

〔3〕 本文使用的“多国行动”一词,系指由两个或两个以上国家的军队在其自身领土之外开展的行动。这类行动包括北大西洋公约组织(北约)在阿富汗及联军部队在伊拉克开展的行动,还包括诸如联合国等国际组织在刚果民主共和国或者诸如东帝汶国际部队等国家联盟开展的和平行动。这类行动可在陆上、海上或空中实施。本文只关注陆上开展的多国行动。

关于多国行动中拘留问题的三个主要争议

如果使用得当,拘留能更好地保护当地居民并帮助多国部队完成其使命,尽可能减少部队或当地居民面临的安全威胁。如果使用不当,拘留就会导致多国部队对当地居民成员的虐待并失去国际和国内支持,以及带来针对施虐人的刑事和纪律指控。它还会导致对多国部队所属国政府提出索赔,从而使其承担违反人权或人道法规范的责任。在有限的情况下,还可能包括针对多国部队的索赔。因为从某种程度上说,多国部队构成一个国际组织,能够对其成员部队的行为实施有效控制并承担独立的法律责任。^[4]

尽管大家普遍接受当代多国军事行动中拘留的重要性,但围绕拘留的合法性问题仍然存在大量争议。譬如,据计算,截至2011年,“9·11”恐怖袭击以后美国在阿富汗和伊拉克开展的行动中已有:

超过200件不同的诉讼,从中产生了6项最高法院决定、4项重要立法、至少两届政府的7项行政命令、超过100本书、231篇法律评论文章(仅以标题中带有“关塔那摩”这一关键词的搜索结果计算)、非政府组织公布的数10份报告以及来自主流或非主流媒体的不计其数的新闻分析文章。^[5]

不过,在拘留活动方面,美国不是唯一面临挑战的国家。其他国家,

[4] 诸如北约或联合国等组织指挥的多国部队,关于其责任问题更为详尽的讨论, see Marten Zwanenburg, *Accountability of Peace Support Operations*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden and Boston, 2005。

[5] Deborah N. Pearlstein, “Detention debates”, *Michigan Law Review*, Vol. 110, No. 6, April 2012, p. 1045.

诸如加拿大〔6〕、丹麦〔7〕和英国〔8〕也都不得不应付拘留方面的法律和政治关切。

与这一系列领域有关的争议起始于拿捕被拘留者的正当理由及其被捕时的待遇,扩及直至他们最终被释放或移送时所享有的权利。对于其职责的解释以及允许拿捕被拘留者的范围、可适用于行动的法律、应当提供给被拘留者的待遇标准、何时移送被拘留者以及移送给谁等问题,各国可能有不同的看法。在某些情况下,法律本身可能就有空白或者说不可能解决多国部队在当代军事行动中面临的所有问题。耶莱娜·佩伊奇 2005 年发表了一篇颇具影响力的论文,题为《在武装冲突和

〔6〕 See, for example, Canadian Department of Defence, *Report of the Somalia Commission of Inquiry*, 1997, available at: www.dnd.ca/somalia/somaliae.htm; *Amnesty International Canada v. Canada (Minister of National Defence)* (2007), 287 DLR (4th) 35 (Can); 加拿大军警投诉调查委员会于 2007 年 2 月 9 日就加拿大军警向阿富汗当局移送被拘留者事宜启动了一项公益调查[see Military Police Complaints Commission, *Afghanistan Public Interest Investigation (APII)*, 3 November 2009]; 加拿大军警投诉调查委员会于 2008 年 6 月就大赦国际加拿大分部和英属哥伦比亚省公民自由协会提出的投诉进行的调查[see Military Police Complaints Commission, *Afghanistan Public Interest Hearing (APIH)*, 27 June 2012]。

〔7〕 On Afghanistan, see Case No. 180/2011, *Ghousouallah Tarin v. Ministry of Defense*. On Iraq, see Case No. B3421 - 11, *Brak and others v. Ministry of Defense*; Case No. B - 397 - 12, *Shahel and others v. Ministry of Defense*; Case No. B - 1162 - 12, *Al Saadoun and others v. Ministry of Defense*; and as yet unnumbered case *Albarrak and others v. Ministry of Defense*. 2012 年, 丹麦司法部宣布建立一个“调查委员会, 调查丹麦参加 2003 年伊拉克战争的決定以及丹麦当局在伊拉克和阿富汗战争期间拘留个人的行动”。(2012 年 4 月丹麦司法部的新闻稿, 非官方译文) See also Peter Stanners, “Iraq Commission to Investigate Danish Involvement in War”, in *The Copenhagen Post*, 12 April 2012, available at: <http://cphpost.dk/news/international/iraq-commission-investigate-danish-involvement-war>.

〔8〕 See, for example, *Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and another (Appellants) v. Yunus Rahmatullah (Respondent)*; *Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and another (Respondents) v. Yunus Rahmatullah (Appellant)* [2012], UKSC 48; *R (on the Application of Maya Evans) v. Secretary of State for Defence* [2010], EWCH 1445; and *R (on the Application of Al Jedda) (FC) v. Secretary of State for Defence* [2007], UKHL 58. 另见对羁押中死亡情况的调查, 如 *The Report of the Baha Mousa Inquiry* (Vols. I - III), The Right Honourable Sir William Gage (Chairman), 2011. 据称, 英国国防部已支出 1400 万英镑用于“赔偿指控英国军队在占领该国东南部的 5 年时间里实施非法拘留和酷刑的伊拉克人并支付其诉讼成本”。See Ian Cobain, “MoD pays out millions to Iraqi torture victims”, *The Guardian*, 20 December 2012, available at: www.guardian.co.uk/law/2012/dec/20/mod-iraqi-torture-victims.

其他暴力局势中拘禁/行政拘留的程序性原则和保障措施》。^[9] 该论文是最早详细阐述国际军事行动期间使用拘禁和行政拘留时存在的某些争议的文章之一。

约翰·贝林格三世和维贾·帕德马纳班概括了军事行动中产生的有关拘留问题的四项争议如下:(1)什么人可予以拘留?(2)国家必须为那些被拘留者提供什么样的法律程序?(3)国家的拘留权何时终止?(4)拘留终止时国家在遣返被拘留者方面承担何种法律义务?^[10] 这两位作者认为,这些问题:

是我们在美国国务院法律顾问处供职时面临的最困难的问题。

我们在国务院各自任职期间,要定期回应外国政府、非政府组织和国际组织、学者以及媒体提出的关切……^[11]

阿什利·迪克斯也指出,在多国行动中,各国要“制定或调整规则以适应其具体的行动属性”。^[12] 迪克斯列举了诸如北约领导的科索沃部队、东帝汶国际部队以及伊拉克多国部队等部队采取的方法后得出结论,各国在实践中是否将拘留用作一种例外措施,“没有经过实地调研几乎不可能加以评判”。

已产生的一些争议包括拘留的定义、拘留的法律依据、被拘留者在拘留时有权获知的信息以及被拘留者求助于律师的权利。不过,限于篇幅,这里仅提及以下三项主要争议:(1)拘留时人道法与人权法之间的相互影响及其互补程度,或者说应优先适用其中之一;(2)如果联合国安理会决议明示或默示地授权拘留,该决议是否构成拘留的正当理由;

[9] Jelena Pejić, “Procedural principles and safeguards for internment/administrative detention in armed conflict and other situations of violence”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, No. 858, June 2005, p. 375.

[10] John B. Bellinger III and Vijay M. Padmanabhan, “Detention Operations in Contemporary Conflicts: Four Challenges for the Geneva Conventions and Existing Law”, *American Journal of International Law*, Vol. 105, No. 2, April 2011, p. 202.

[11] *Ibid.*, pp. 202–203.

[12] Ashley S. Deeks, “Administrative detention in armed conflict”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 40, No. 3, 2009, p. 431.

(3) 担心被拘留者会遭虐待时移送被拘留者。突出这三个争议是因为,正如我们下文将要讨论的那样,在面对这些争议时,评论家们对应采取何种适当的应对措施有不同的看法。

国际人道法与人权法之间的相互影响

在涉及被拘留者时,有关人道法与人权法之间相互影响的争论已持续了许多年。这种争论含有大量复杂因素,在众多国际法院案例^[13]著作^[14]期刊和研究论文^[15]以及研究报告^[16]中也已得到充分讨论。问

[13] See, for example, International Court of Justice (ICJ), *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, *ICJ Reports* 1996, p. 226; ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, *ICJ Reports* 2004, p. 136, para. 106.

[14] See, for example, Orna Ben – Naftali (ed.), *International Humanitarian Law and International Human Rights Law*, Oxford University Press, New York, 2011; Roberta Arnold and Noëlle Quéniwet (eds), *International Humanitarian Law and Human Rights Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008; René Provost, *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge University Press, New York, 2002.

[15] See, for example, Christopher Greenwood, “Human rights and humanitarian law – conflict or convergence”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 43, No. 1/2, 2011, pp. 491 – 512; Rob McLaughlin, “The law of armed conflict and international human rights law: some paradigmatic differences and operational implications”, in Michael Schmitt et. al. (eds), *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 13, 2010, pp. 213 – 243; Françoise Hampson, “The relationship between international humanitarian law and human rights law from the perspective of a treaty body”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 549, 2008, p. 559; Cordula Droegge, “The interplay between international humanitarian law and international human rights law in situations of armed conflict”, Research Paper No. 14 – 07, reprinted in *Israel Law Review*, Vol. 40, No. 2, 2007, pp. 310 – 355; Adam Roberts, “Human rights obligations of external military forces”, in International Society for Military Law and the Law of War (ed.), *The Rule of Law on Peace Operations*, 2006, p. 429; Adam Roberts, “Counter – terrorism, armed forces and the laws of war”, *Survival*, Vol. 44, No. 1, 2002.

[16] See, for example, “Expert meeting on security detention”, prepared by Tyler Davidson and Kathleen Gibson in *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 40, No. 3, 2009, pp. 323 – 381; “Expert meeting on procedural safeguards for security detention in non – international armed conflict”, Chatham House and International Committee of the Red Cross, London, 22 – 23 September 2008, (hereinafter ICRC expert meeting), *International Review of the Red Cross*, Vol. 91, No. 876, December 2009, pp. 859 – 881.

题涉及人道法与人权法发挥的不同作用、人权条约的域外效力、特别法原则、人权法在不被视为武装冲突的军事行动中的适用以及在拘留的情况下人道法与人权法的互补方式。思考该法律争论的一个适当起点是克利斯托弗·格林伍德爵士的如下评论：

无论人道法还是人权法都不是……“完全孤立的”……这两个法律体系都是国际法的一部分，无法分割成彼此没有关系的自宝箱……国际法必须被看作一个整体。^[17]

因此，问题并非人道法或人权法是否适用，而是哪个具体的法律领域或规定将作为一项法律义务适用于特定案件。在每个案件中都需要对法律和事实进行全面分析以便更准确地决定其中一个或两个法律体系的规定何时以及在多大范围内适用。在决定一种法律制度优先于另一个适用时，考虑到国家会在多大程度上以特定的方式行事也很重要。因为这类行为可能受政治或政策考虑驱动而非法律。转引威廉·利曹^[18]的说法，没有人怀疑在诸如非国际性武装冲突等特定的冲突中，作为政策而非法律的人权规范与拘留问题更密切相关。^[19]

有些人主张，人道法和人权法无法同时适用。^[20] 在红十字国际委员会举行的一次专家会议结束之际，该争论被总结如下：

主流的看法是，人权法在武装冲突期间继续适用，而且对处理非国际性武装冲突中的拘留问题尤其重要。然而，如果要看到它和

[17] C. Greenwood, above note 15, pp. 503 – 504.

[18] Current Deputy U. S. Assistant Secretary of Defense (Rule of Law and Detainee Policy).

[19] William Lietzau, “Detention of terrorists in the twenty – first century”, in Kenneth Watkin and Andrew Norris (eds), *Non – International Armed Conflict in the Twenty – First Century*, U. S. Naval War College, *International Law Studies*, Vol. 88, 2012, p. 332, available at: www.usnwc.edu/getattachment/21b3c656-4160-4090-af57-42fed7f8c6ae/88.aspx.

[20] 对该争论更详尽的描述，see, for example, Jens Olin, “IHL and IHRL”, *Lieber Code*, 14 January 2012, available at: www.liebercode.org/2012/01/ihl-and-ihrl.html; the subsequent discussions in Gabor Rona, “A response to Ohlin about IHL and IHRL”, *Opinio Juris*, 17 January 2012, available at: <http://opiniojuris.org/2012/01/17/a-response-to-ohlin-about-ihl-and-ihrl/>; Kevin Heller, “Ohlin Response to Rona”, in *Opinio Juris*, 17 January 2012, available at: <http://opiniojuris.org/2012/01/17/ohlin-response-to-rona/>.

人道法在实践中相互关系的本质,就需要考虑这两种制度的不同文化背景,即“人道法”不等于“武装冲突期间的人权法”。这两个法律体系,尽管在某些宗旨及许多实质内容方面非常相似,但旨在处理非常不同的局面。最后,尽管人道法为包括非国家行为体在内的所有冲突方施加了义务,但人权法在目前的国际法状态下还只能说直接约束国家。^[21]

联合国人权事务高级专员公署(人权高专)采取的另一种方法是,人道法与人权法均被视为武装冲突局势中义务的补充性渊源。^[22] 人权高专称,“在武装冲突中,国际人权法与国际人道法并行适用”。^[23]

在涉及武装冲突期间人道法和人权法的适用方面,不管采用何种方法,多国部队仍必须确定冲突期间将要适用的原则、规则 and 标准。譬如,根据人权法的规定,治安被拘留者应当与刑事被拘留者拥有相同的复核权吗? 如果答案是肯定的,那么这些权利应何时赋予他们?^[24] 在通过人身保护令进行复核的情况下,这种复核由军人而非地方司法机构实施有没有关系? 该争论接下来进一步扩大化,因为多国部队必须决定如何在同一个行动中协调各国对人权法规范的不同解释。为了让多国部队得到统一的指挥与控制,也为了行动和归责的目的,这一点是必需的。

[21] ICRC expert meeting, above note 16, p. 861.

[22] UN Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), *International Legal Protection of Human Rights in Armed Conflict*, United Nations Publications, New York and Geneva, 2011, p. 1.

[23] *Ibid.*, p. 55.

[24] 本文中,“治安被拘留者”指那些出于紧迫的安全理由而被拘留的人,如形迹可疑、违反宵禁、检查时无法提供身份证明或者被发现拍摄敏感的军事场所等情形。“刑事被拘留者”指那些因实施或涉嫌实施犯罪行为而被拘留的人。当然,一个人可以既是治安被拘留者也是刑事被拘留者。

联合国安理会决议

争论的另一个主要方面是安理会决议的授权能否证明拘留的正当性。^[25]一种观点是,安理会决议还不够详尽,不符合合法性原则,因此各国不能利用决议作为主张拘留合法且没有违反禁止任意或非法拘留这项法律基本原则的依据。^[26]尽管存在这种主张,但现实是无论联合国还是各个国家在实践中都认可安理会决议授权所赋予的一般性拘留权。

就联合国维和行动而言,安理会至少有3次明确授权维和人员可以拘留个人。1961年在刚果^[27]、1993年在索马里^[28]以及2006年在利比里亚^[29],联合国维和人员均被明确授权在行动中拿捕被拘留者。在安理会没有明确授权拘留的情况下,默认维和人员有此权力,联合国紧急

[25] 当然也有其他理由证明拘留的正当性。对那些理由的详细讨论, see for example, Bruce Oswald, “Detention by United States peacekeepers: searching for definition and categorization”, *Journal of International Peacekeeping*, Vol. 15, 2011, pp. 119 – 151; Jan Kleffner, “Operational detention and the treatment of detainees”, in Terry Gill and Dieter Fleck (eds), *The Handbook of the International Military Law of Operations*, Oxford University Press, New York, 2010, pp. 465 – 480; Frederick Naert, “Detention in peace operations: the legal framework and the main categories of detainees”, Institute for International Law, Working Paper No. 94, May 2006。

[26] 有关安理会决议法律效力的详细讨论, see for example, Marko Oberg, “The general legal effects of resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the jurisprudence of the ICJ”, *European Journal of International Law*, Vol. 16, 2006, pp. 879 – 906; Michael C. Wood, “The interpretation of Security Council resolutions”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 2, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Germany, 1998, pp. 73 – 95。

[27] 安理会授权联刚行动“将一切不在联合国司令部指挥下之外国军事及准军事人员与政治顾问以及雇佣兵……拘留以待法律处分”。见安理会第169号决议,1961年11月24日,第4段。

[28] 就第二期联合国索马里行动而言,安理会授权秘书长采取一切必要措施逮捕和拘留那些应为武装攻击服务于第二期联索行动的联合国军事人员负责的人。见安理会第837号决议,1993年6月6日,第5段。

[29] 安理会授权联合国利比里亚特派团“如果前总统查尔斯·泰勒返回利比里亚,即予以逮捕和拘留”。安理会第1638号决议,2005年11月11日,第1段。

部队^[30]、联柬先遣团^[31]、联合国卢旺达援助团^[32]、波黑稳定部队^[33]、联合国组织刚果民主共和国特派团^[34]、联合国海地稳定特派团^[35]、科索沃部队^[36]、东帝汶国际部队^[37]、东帝汶综合特派团^[38]以及非洲联盟

[30] Report of the Secretary – General, *United Nations Emergency Force: Summary Study of the Experience Derived from the Establishment and Operations of the Force*, UN Doc. A/3943, 9 October 1958, paras. 54 and 70.

[31] 1993年2月,联合国秘书长报告,联柬先遣团正看着两名实施了谋杀的在押嫌疑人。秘书长以如下理由为依据证明了该拘留的正当性:联柬先遣团的一个特别办公室有权逮捕、拘留并起诉被指控犯有带有政治动机之犯罪行为及侵犯人权行为的人,而拘留正是由该办公室实施的。*Report of the Secretary – General on the Implementation of Security Council Resolution 792* (1992), UN Doc. S/25289, 13 February 1993 (hereinafter 792 Report), para. 15.

[32] 涉及在卢旺达的拘留问题的一份联合国秘书长报告指出,联卢援助团维和人员拘留了“总共44人……并把他们移交给地方当局”。*Progress Report of the Secretary – General on the United Nations Mission for Rwanda*, UN Doc. S/1995/107, 6 February 1995, and Addendum, UN Doc. S/1995/107/Add. 1, 16 February 1995, p. 26.

[33] See, for example, “SFOR peacekeepers detaining Algerians suspected of threatening Bosnia’s security”, in *Associated Press*, 22 December 2003; “NATO peacekeepers detain former Karadzic bodyguard”, in *USA Today*, 31 July 2004, available at: http://usatoday30.usatoday.com/news/world/2004-07-31-bosnia-warcrimes_x.htm.

[34] 譬如,2007年9月,联刚特派团军事指挥官盖伊(Gaye)少将就承认“联刚特派团部队还负责看管被拘留者”。UN Department of Public Information, “Press conference by Force Commander of Democratic Republic of Congo Mission”, 6 September 2007, available at: www.un.org/News/briefings/docs/2007/070906_MONUC.doc.htm.

[35] 譬如,联海稳定团部队“拘留了约50名嫌疑人,其中40人后来被释放”。See “Haiti: UN peacekeepers mount new anti-gang operation in capital”, in *UN Daily News*, 18 November 2006, available at: www.un.org/apps/news/storyAr.asp?NewsID=16613&Cr=haiti&Cr1=.

[36] See, for example, Fisnik Abrashi, “NATO peacekeepers apprehend suspected ethnic Albanian radicals”, *Associated Press News*, 8 January 2001; Carlotta Gall, “Peacekeepers in Kosovo seize 19 Macedonian rebel suspects”, *New York Times*, 12 June 2011, available at: www.nytimes.com/2001/06/12/world/peacekeepers-in-kosovo-seize-19-macedonia-rebel-suspects.html.

[37] See, for example, Bruce Oswald, “The INTERFET Detainee Management Unit in East Timor”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 3, 2000, p. 347.

[38] See, for example, “Indonesia: UN peacekeepers detain two former East Timorese militiamen”, *BBC Summary of World Broadcasts*, 6 April 2003; *UNMIT Situational Report*, 19 January – 25 January 2007.

索马里特派团^[39]就属于这种情况。

在拘留行动方面,晚近的一个有趣发展是安理会创建了“干预旅”。^[40]该旅是安理会创建的“历史上首个‘进攻性’作战部队”,^[41]并在联合国组织刚果民主共和国稳定特派团部队指挥官的直接指挥之下。在写作本文时,联合国以及向该旅派遣士兵的国家将会怎样证明拘留权的正当性仍需拭目以待。这方面存在多种可行的方法,譬如,该旅的任务是“采取有针对性的进攻行动……解除它们的作战能力和武装”^[42],并且“防止所有武装团体的扩张……以便协助实现……消除武装团体……的威胁……的目标”,^[43]这一任务则足以通过默示授权的方式证明拘留的正当性。另一个选择是,在从事进攻行动时,该旅还能类推适用《日内瓦第四公约》中规定的拘禁权拿捕被拘留者,从而证明拘留的正当性。

默示拘留权的实践能追溯至第一期联合国紧急部队——联合国的首次武装行动。^[44]联合国秘书长在汇报该行动的经验时指出,联合国紧急部队人员曾拘留个人以保护平民及其财产的安全,阻止渗透者接近分界线。^[45]

前南斯拉夫国际刑事法庭至少已在两个案件中得出结论,安理会决

[39] See, for example, “Allied forces arrest about 40 Al – Shabab suspects in central Somali town”, reported by *Radio Gaalkacyo*, Somalia, 1 December 2012, and transcribed by *BBC Monitoring Africa – Political*.

[40] 安理会第2098号决议,2013年3月28日。围绕该旅的组建产生了一些法律问题,关于这些问题的简短讨论,see Bruce “Ossie” Oswald, “The Security Council and the Intervention Brigade: some legal issues”, *American Society of International Law Insights*, Vol. 17, No. 15, 6 June 2013。

[41] UN Security Council, “‘Intervention Brigade’ authorised as Security Council grants mandate renewal for United Nations mission in the Democratic Republic of Congo”, UN Press Release SC/10964, 28 March 2013, available at: www.un.org/News/Press/docs/2013/sc10964.doc.htm.

[42] 安理会第2098号决议,前注40,第12(b)段。

[43] 同上,第12(b)段。

[44] 1956年,第一期紧急部队被授权在埃及保障并监督停战,充当埃及和以色列部队之间的缓冲器,并监督停火。

[45] Report of the UN Secretary – General, above note 30, paras. 54 and 70.

议提供了授权,因此拘留是正当的。

从波黑稳定部队的实践来看……本分庭推断认为波黑稳定部队确实有着清晰的授权,可以在执行任务过程中接触到被本法庭起诉之人时,随时逮捕并拘留该人,并将其移送本法庭。^[46]

就科索沃部队实施的拘留而言,欧洲人权法院判定,确立科索沃部队职责的安理会决议、与东道国的协定以及科索沃部队的拘留指令都是“科索沃部队的安全职责包含签发拘留命令”的证据。^[47] 不过,欧洲人权法院最近关于“吉达诉英国”案^[48]的判决可能混淆了某些事项。因为它暗示联合国安理会根据《联合国宪章》第七章做出的决议本身不能证明拘留的正当性,除非决议中明确规定了拘留并且详细阐明了拘留制度的细节或者有关国家已克减《欧洲人权公约》第5条。^[49] 该方法会得出这样一个结论:如果国家负有《欧洲人权公约》项下的义务,它们就不得以安全为由实施拘留,除非安理会明确授权此种拘留并规定了必要的细节(法院没有说这种细节应当是什么)。“吉达”案判决的这样一种解释事实上使《欧洲人权公约》的缔约国在被拘留者未被指控刑事犯罪的情况下不可能证明拘留的正当性,除非安理会明确创设了拘留的义务并进行了详细的阐释。此时根据《联合国宪章》第103条的规定,安理会

[46] International Criminal Tribunal for Yugoslavia (ICTY), *The Prosecutor v. Dragan Nikolic*, Case No. IT - 94 - 2 - PT, Decision of Defence Motion Challenging the Exercise of Jurisdiction by the Tribunal, 9 October 2002, para. 53. 前南斯拉夫国际刑事法庭在“尼科利奇”(Nikolic)案中遵循了其在“托多罗维奇”(Todorovic)案(Case No. IT - 95 - 9, 18 October 2000)中确立的先例,决定稳定部队拥有实施拘留的权力。该权力来自多种渊源,包括法院规约、《代顿和平协定》、建立波黑稳定部队的安理会决议、前南斯拉夫国际刑事法庭与欧洲盟军最高统帅部之间的协议以及部队的交战规则(见第31-55段)。

[47] European Court of Human Rights (ECtHR), *Agim Behrami and Bekir Behrami v. France* (Application No. 71412/01) and *Ruzhdi Saramati v. France, Germany and Norway* (Application No. 78166/01), ECtHR Grand Chamber Admissibility Decision, 2 May 2007, para. 124.

[48] ECtHR, *Al - Jedda v. The United Kingdom* (Application No. 27021/08), ECtHR Grand Chamber Judgement, 7 July 2011.

[49] *Ibid.*, paras. 100, 107 and 109. See also Jelena Pejic, “The European Court of Human Rights’ Al - Jedda judgement: the oversight of international humanitarian law”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 93, No. 883, 2011, pp. 837 - 851. (有关该判决更加详细的讨论)

决议才会取代《欧洲人权公约》第5条。^[50]

正如刚才所提到的那样,欧洲人权法院强调需要一个明确的、有拘束力的安理会决议来证明拘留的正当性。如果认真对待的话,那么就有必要考虑安理会怎样才能免除自身对拘留做出足够详尽规定的义务,而同时又能满足欧洲人权法院判决的要求。可以说,授权拘留的同时也需要辅以拘留时可适用之规则的具有拘束力的决议。这将导致安理会不得不制定有关拘留的具体规则,而这一点正是争议所在。正如耶莱娜·佩伊奇所称:

默认依据《联合国宪章》第七章做出的安理会决议很可能取代《欧洲人权公约》中关于拘留的规定,欧洲人权法院事实上让安理会就拘留事项进行立法。就此点而言,该法院之建议的明智程度或可行性可能是有疑问的。^[51]

其他还有些人主张,在默认其允许拘留之前,必须仔细阅读安理会决议。譬如,扬·克勒夫纳就提出:“很难推定说,安理会关于‘使用一切必要手段’的授权能够为其他法律规则明显不允许的拘留措施提供法律依据。”^[52]一些专家也称,“使用一切必要手段”一语“太过含糊,无法为拘禁提供法律依据,也就是说无法被解释为提供了合法授权”。^[53]

最后需着重指出的是,抛开依赖安理会授权来证明拘留之正当性的实践不谈,安理会也没有解决过多少对拘留问题产生影响的事项。譬如,安理会没有规定各国在依赖安理会授权时要如何对待被拘留者,何时释放或移送他们,或在复核时需遵守什么标准。因此,即使安理会决议被接受为拘留的正当理由,所适用之法律义务的实质内容也仍旧存在

[50] 《联合国宪章》第103条规定:“联合国会员国在本宪章下之义务与其依任何其他国际协定所负之义务有冲突时,其在本宪章下之义务应居优先。”对该规定在确立义务方面的重要性的详细讨论, see for example, Rain Liivoja, “The scope and supremacy clause of the United Nations Charter”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 57, No. 3, 2008, pp. 583 – 612.

[51] J. Pejic, above note 49, p. 851.

[52] J. Kleffner, above note 25, p. 470.

[53] ICRC expert meeting, above note 16, p. 869.

相当大的不确定性。

在人道法不适用或者没有东道国协议允许拘留时,如果多国部队不能依赖安理会的授权,那么争议接下来就会演变成如何确定多国部队可以履行其职责并保护自身及平民居民。譬如,如果不能依赖安理会的授权,联合国维和人员怎样证明在保护当地居民免遭试图诋毁维和行动之人或犯罪分子的不良影响时实施拘留的正当性?对那些试图找到一种可接受的法律依据以平衡国家实践与具体实证主义的法律理由的人来说,答案仍然悬而未决。

被拘留者的移送

就多国行动而言,另一个争议是从拘留当局向东道国(也就是在该国境内开展行动)移送被拘留者。在伊拉克和阿富汗的武装冲突中,该争议尤其普遍。因为人们担忧移送会在下述情况下发生:被拘留者有被东道国当局虐待的现实风险,或者已有多起移送时发生虐待的报告。2010年在伊拉克,大赦国际敦促美国政府保证:

任何人在面临酷刑、其他虐待或其他严重侵犯人权的风险时,都不得被移送伊拉克当局予以羁押。还要强调政府永远不应直接或间接地向伊拉克遣返伊拉克人,如果他们将面临酷刑或其他虐待之风险的话。^[54]

晚近,联合国阿富汗援助特派团(联阿援助团)报告,“2011年9月,国际安全援助部队停止向阿富汗16个国家安全厅与警察局移送被拘留者,因为联阿援助团证实这些地方实施了系统性的酷刑”。^[55] 该报告继

[54] Amnesty International, *Broken Bodies, Tortures Minds; Abuse and Neglect of Detainees in Iraq*, January 2011, pp. 44 – 45, available at: www.amnesty.org.uk/uploads/documents/doc_21229.pdf.

[55] United Assistance Mission in Afghanistan (UNAMA) and OHCHR, *Treatment of Conflict – Related Detainees in Afghan Custody: One Year On*, Kabul, Afghanistan, January 2013, p. 7.

续严厉批评驻阿富汗的国际部队或外国情报机构间现行的移送安排。^[56]

在他国领土内开展的行动中,移送被拘留者引发了两个复杂的法律问题。第一个问题涉及东道国对境内所有人享有的主权。这不仅被一般国际法原则所承认^[57],还被不计其数的涉及国家独立和主权的安理会决议所强化。^[58]这可能就是为什么美国最高法院在穆纳夫案中判定,一个人如果被移送给东道国当局就将面临酷刑。该判决指称:

理所当然地成为受到严重关切的事项,但在……驻伊美军向伊拉克当局移送被拘留者的情况下,这种关切要由政治机关来处理,而非司法机构。^[59]

针对国家主权这一一般原则而言,越来越得到人们承认的观点是,如果确信一名被拘留者可能遭受东道国当局的酷刑,则严禁已有效控制该人的多国部队将该人移交给上述当局。^[60]

第二个问题涉及移送后监督。在这种情况下,具体的问题是移送后监督是否为一项法律要求,且这种监督应持续多长时间。目前,还没有

[56] *Ibid.*, p. 3. 联阿援助团发现,在接受采访的曾被移送给阿富汗当局羁押的被拘留者当中,有 31% 的人在警察局、国家安全厅或军队设施内经受过酷刑。

[57] See, for example, Sir Robert Jennings and Sir Arthur Watts (eds), *Oppenheim's International Law*, Pearson Education, London, 1992, p. 458; ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, ICJ Reports 1986, para. 106. 这一点还被《联合国宪章》第 2 条第 7 款所确认。该款规定:“本宪章不得认为授权联合国干涉在本质上属于任何国家国内管辖之事件,且并不要求会员国将该项事件依本宪章提请解决;但此项原则不妨碍第七章内执行办法之适用。”

[58] 例如,见下列安理会决议的序言段落:第 2012 号决议,2013 年 4 月 25 日;第 2010 号决议,2013 年 4 月 25 日;第 2096 号决议,2013 年 3 月 19 日。

[59] *Munaf et al. v. Geren, Secretary of the Army et al.* (2008), 533 US 23 (US).

[60] 该信念主要基于不推回原则。有人认为,如果有实质理由相信被拘留者将会遭受严重虐待,如酷刑或任意剥夺生命,该原则就禁止移送该人。See C. Droegge, above note 15. See also Emanuela - Chiara Gillard, “There is no place like home: states’ obligations in relation to transfers of persons”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 871, 2008, pp. 703 - 750; *R (Maya Evans) v. Secretary of State for Defence* [2010], EWHC 1445 (Admin) (UK); Human Rights Institute (Columbia Law School), *U. S. Monitoring of Detainee Transfers in Afghanistan: International Standards and Lessons from the UK and Canada*, December 2010, available at: www.law.columbia.edu/ipimages/Human_Rights_Institute/AfghanBriefingPaper%20FINAL.pdf.

任何一项一般国际法规则创设过监督移送后的被拘留者的义务。不过,现实的情况是移送后监督已成为确保被拘留者不受虐待的最有效的手段之一。在移送后监督这个问题上,国内法院最深入的讨论就是“玛雅·埃文斯诉国防部长”案。在该案中,法院认定,监督不仅是实践中开展的一项具有挑战性的活动,而且还是一项各国都必须谨慎驾驭的政治和外交上的敏感话题,尤其是在多国部队所处的环境中,东道国对其主权可能遭受他国侵犯异常敏感。^[61]

围绕移送和移送后监督的争议,其影响将带进行动中的实践以及政治和外交讨论,特别是在由于东道国领土无法或拒绝遵守移送国的待遇标准而使一国必须在另一个国家领土内建立其拘留设施时。如果移送国要求遣送回据称遭受虐待的被拘留者,那么当东道国当局拒绝遣返该被拘留者时,争议也有可能产生。^[62]

解决争议

上述争议导致各国和国际组织试图解决法律的不同解释与适用所带来的挑战。譬如,在一份为第30届国际红十字与红新月大会准备的报告中,红十字国际委员会注意到,特别是涉及拘禁问题的《日内瓦第四公约》规定:

从个人保护的视角看,它包含的是相当基础的规则。此外,晚近的国家实践——例如多国联盟的成员方实施的拘禁——在解释

[61] *R (Maya Evans) v. Secretary of State for Defence*, above note 60, paras. 268 – 286; *Amnesty International Canada and BCCLA v. Chief of the Defence Staff for the Canadian Forces and Attorney General of Canada* (2008 FCA 401), A – 149 – 08 (Can), available at: <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/2008/2008fca401/2008fca401.html>.

[62] 尽管在公开领域还没有这样的记录,即东道国拒绝向拘留部队遣返被拘留者,但确实有过这种结果本来要发生的情形。从我自身从事和平行动和多国行动的经验来看,这种担忧已经催生出实地演练,旨在确定如果这种情况即将发生多国部队需要做什么。

和执行相关规则方面有很大分歧。这也引发了严重的担忧。^[63]

在该报告的结尾,红十字国际委员会还附上了耶莱娜·佩伊奇关于拘禁/行政拘留保障措施的论文。^[64]委员会称该论文反映了其官方立场而且是其现场行动的指南。^[65]2011年,红十字国际委员会为第31届国际红十字与红新月大会准备了另一份题为《国际人道法及其在当代武装冲突中所面临的挑战》的报告。该报告回到拘留这一主题,但强调了在国际性和非国际性武装冲突中拘留与人权的相互关系。在大会结束之际,与会者邀请红十字国际委员会“进一步研究、协商并讨论……以确保国际人道法保持实践性与相关性,为所有在武装冲突中被剥夺自由的人提供法律保护”。^[66]在人道法适用于非国际性武装冲突中的拘留方面,红十字国际委员会目前正在通过召开一系列旨在促进协商和讨论的地区性会议来完成该使命。

2007年,丹麦政府召集了后来被称为哥本哈根进程的一系列会议中的首次会议。^[67]该进程的首要目标之一是为开展行动时不得不在人

[63] *Report of the 30th International Conference of the Red Cross and Red Crescent*, Geneva, Switzerland, 26–30 November 2007 (hereinafter 30th ICRC Report), p. 11. See also *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, document prepared by the ICRC, Geneva, October 2007, 30IC/07/8.4, p. 11, available at: www.icrc.org/eng/assets/files/2011/30ic-8-4-ihl-challenges-report-annexes-eng-final.pdf.

[64] *Ibid.*, Annex 1.

[65] *Ibid.*, p. 11.

[66] 31st International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, Switzerland, 28 November – 1 December 2011, Resolution 1, para. 6, available at: www.icrc.org/eng/resources/documents/resolution/31-international-conference-resolution-1-2011.htm.

[67] 关于该进程在2009年以前如何发展的更多细节, see, for example, Thomas Winkler, “The Copenhagen Process on Detainees; a necessity”, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 78, No. 4, 2009, pp. 489–498; Bruce “Ossie” Oswald and Thomas Winkler, “Copenhagen Process Principles and Guidelines on the Handling of Detainees in International Military Operations”, *American Society of International Law Insights*, Vol. 16, No. 39, 26 December 2012, available at: www.asil.org/insights121226.cfm; Jacques Hartmann, “The Copenhagen Process: Principles and Guidelines”, *EJIL Talk!*, 3 November 2012, available at: www.ejiltalk.org/the-copenhagen-process-principles-and-guidelines/; Jonathan T. Horowitz, “Introductory Note to the Copenhagen Principles and Guidelines on the Handling of Detainees in International Military Operations”, *American Society of International Law International Legal Materials*, Vol. 51, No. 6, 2012, p. 1364.

道法与人权法间取舍的多国部队提供更好的理解和框架、处理有关履行多国行动之职责的关切并在移送和监督被拘留者方面与东道国政府合作。该进程于2012年10月以一次会议的形式结束。在会议期间各国普遍欢迎《哥本哈根原则》。下文将分析《哥本哈根原则》在多大程度上解决了上文讨论过的争议。

《哥本哈根原则》^[68]

《哥本哈根原则》是国家^[69]、国际组织^[70]以及民间团体的成员^[71]之间5年多边和双边讨论的结晶。《哥本哈根原则》关注非国际性武装冲突与和平行动中开展的国际军事行动。^[72] 使用“国际军事行动”一词意味着该原则适用于那些带有跨界因素且包含一国在他国领土部署军

[68] 自该进程开始以来,本文作者一直是丹麦外交部关于哥本哈根进程方面的外部顾问。

[69] 参与哥本哈根进程的国家包括:阿根廷、澳大利亚、比利时、加拿大、中国、丹麦、埃塞耳比亚、芬兰、法国、德国、印度、约旦、马来西亚、新西兰、尼日利亚、挪威、巴基斯坦、俄罗斯、南非、瑞典、坦桑尼亚、荷兰、土耳其、乌干达、英国和美国。

[70] 下列国际组织的代表作为观察员参加了哥本哈根进程的各项会议和研讨会:非洲联盟、欧洲联盟、北约和红十字国际委员会。

[71] 丹麦外交部就哥本哈根进程与民间团体接洽的例子包括:托马斯·温克勒(Thomas Winkler)在国际人道法研究院关于当代国际人道法问题的第33次圆桌会议上所做的题为“移送被拘留者”的发言;2010年9月9~11日在圣雷莫所做的题为“全球暴力:后果和应对”的发言。丹麦分别在2008年和2010年圣雷莫圆桌会议上、2008年在比利时布鲁日的研讨会上、2008年联合国大会期间的一次周边会议上以及第31届国际红十字与红新月大会上就哥本哈根进程做了公开简报。此外,该进程在许多学术会议上还得到讨论,包括2009年在伦敦经济学院以及2011年在卧龙岗大学。See Thomas Winkler, “The Copenhagen Process on the Handling of Detainees in International Military Operations”, address at the International Institute of Humanitarian Law 31st Round Table on Current Issues of International Humanitarian Law, “Human Rights and Peace Operations”, San Remo, 4 - 6 September 2008; Thomas Winkler, “The Copenhagen Process on the Handling of Detainees in International Military Operations”, address at the 9th Bruges Colloquium, “Transfers of Persons in Situations of Armed Conflict”, Brussels, 16 - 17 October 2009; Cordula Droegge and Louise Arimatsu, “Conference on the European Convention on Human Rights and International Humanitarian Law: conference report”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 12, 2009, pp. 435 - 449.

[72] 《哥本哈根原则》序言(以下简称“序言”),第9段。

队以便在内部武装冲突(有时又被称为国际化的非国际性冲突)中协助后者或者为了维持和平与安全的军事行动。因此,该原则适用于诸如阿富汗和伊拉克的联军部队开展的多国行动以及最近法国介入马里事务的单边干涉。^[73]此外,“军事”一词还意味着该原则不适用于如国际文职警察所开展的执法行动。

《哥本哈根原则》不涉及国际性武装冲突中的拘留。因为与会者们认为,诸如《日内瓦第四公约》和《第一附加议定书》等现有的条约制度以及习惯国际法足以解决那种情况下的拘留问题。

《哥本哈根原则》受到16个国家(包括安理会五个常任理事国)^[74]的“欢迎”。它们都参加了2012年10月在哥本哈根举行的第三次也是最后一次哥本哈根进程会议。使用“欢迎”一词意味着与会者们同意该原则准确反映了哥本哈根进程期间所作的决定,是对可被所有国家使用的关于拘留的全球方法的有用概括,虽没有法律拘束力但将指导实践。^[75]正如该文件序言所提到的那样,与会者们要“注意”该文件所附的评注,尽管该评注只是反映主席的看法而“没有要求各代表团参与该评注的写作”。^[76]

《哥本哈根原则》的序言还列明了某些背景问题,包括对参与该进程的国家而言非常基本的法律问题以及该原则适用的背景。序言之后的16项原则涉及的问题如下:实施拘留的法律正当理由;拘留与限制人

[73] 2013年1月初,法国军队针对马里的武装团体展开军事行动。See, for example, Stephanie Pezard and Michael Shurkin, “The French intervention in Mali is necessary, but risky”, *U. S. News*, 17 January 2013, available at: www.usnews.com/opinion/blogs/world-report/2013/01/17/the-french-intervention-in-mali-is-necessary-but-risky.

[74] 阿根廷、澳大利亚、加拿大、中国、丹麦、法国、芬兰、德国、马来西亚、荷兰、挪威、南非、瑞典、乌干达、英国和美国代表团“欢迎”《哥本哈根原则》。正如下文要讨论的那样,瑞典与俄罗斯代表团有点担忧《哥本哈根原则》是否适当地反映了人权法,并为此做出声明。See 3rd Copenhagen Conference on the Handling of Detainees in International Military Operations, Copenhagen, 18–19 October 2012, Minutes of the Meeting as recorded by the Chair (hereinafter Chairman’s minutes), p. 4, available at: http://um.dk/en/~~/media/UM/English-site/Documents/Politics-and-diplomacy/Official%20minutes_CP%20ny.pdf.

[75] *Ibid.*

[76] 序言,第13段。

身自由的区别;被拘留者的权利;确保所有被拘留者享有人道待遇的重要性;在针对被拘留者使用武力、拘留的条件、释放被拘留者、复核当前的拘留、移送被拘留者、标准作业程序和培训方面的最佳实践方法。该原则还包括一个一般性的保留条款。

《哥本哈根原则》不创制法律,也没有法律拘束力。正如序言和第16项原则所强调的那样:

(该原则中)……的任何规定都不影响国际法对国家或国际组织所开展的国际军事行动的可适用性;不影响其人员尊重该法的义务;不影响国际法或国内法对非国家行为体的可适用性。

该保留条款和作为其支撑的评注强化了这一理念,即该原则“应以完全符合可适用之国际法律制度中所规定义务的方式加以解释和适用”。^[77]

国际人道法与人权法之间的确切关系

包括国际性武装冲突与和平行动在内的各种军事行动中,关于人道法与人权法适用于拘留的问题于2007年在哥本哈根进程的第一次会议上被专门提出,在整个进程中也进行了大量专题讨论。《哥本哈根原则》的序言承认“与会者面临的挑战是对准确描述国际人权法与国际人道法的相互关系达成一致意见”。^[78]序言第5段还表明,与会者受“强化人道对待所有被拘留者之原则的意愿所驱动……以确保尊重可适用的国际人道法和人权法”。^[79]如果对序言的第4段和第5段进行字面解读,就会发现参与该进程的那些国家似乎在接受人道法与人权法均可适用方面并无困难这一观点,问题在于对两个法律体系的准确关系如何达成一致意见。

[77] Commentary to the Copenhagen Principles (hereinafter Commentary), para. 16. 1.

[78] 序言,第4段。

[79] 同上,第5段。

参与者们无法就人道法与人权法在拘留方面的确切适用确定一个简单化的方法。这一事实并不意味着它们不能建立一套更宽泛的原则、规则 and 标准框架来指导国际部队。更确切地说,就多国行动而言,《哥本哈根原则》的关键优势在于参与者们在诸如被拘留者的待遇和权利等事项上找到了共同立场。

需适当注意的是,有两个参与该进程的国家感到,在《哥本哈根原则》中应更加强调人权法的作用。瑞典代表团表示,“该国对第 16 项原则中所援引之国际法的解释包含人权法,而且如果这一点在第 16 项原则中被明确表述的话,瑞典认为它还是首选”。^[80] 俄罗斯联邦代表团表示:

欢迎哥本哈根进程的结论并且注意到《哥本哈根原则与指南》。俄罗斯联邦进一步表示,通过大力强调被拘留者源自国际人权法和国际人道法的固有权利,哥本哈根进程对保障这些人的人道待遇做出了巨大贡献。^[81]

无法确定人道法与人权法的准确关系意味着各国将继续在个案基础上决定它们对可适用法律的解释。对国家来说,如果考虑到驾驭诸如武装冲突期间人权法的持续可适用性以及在其无法有效控制的领土上域外适用人权法等问题是多么困难,这可能是最合适的应对方法。

合法性原则

拘留之法律依据的争议,或者说安理会决议能否构成拘留之正当理由等事项,任何一项原则都没有专门涉及。参与者们采用的方法是包含一个一般性条款,声明“对人的拘留必须符合可适用的法律”。^[82] 不过在评注中则是这样表述的:

[80] Chairman's minutes, p. 4.

[81] *Ibid.*

[82] 原则 4。

根据联合国的授权或者诸如北约、非盟或欧盟等其他适格的国际组织制定的国际法,在某些国际军事行动中实施拘留在法律上也可能是正当的。^[83]

如果对合法性原则进行字面解读,就能合理地得出这样的结论:依据其权限(“对履行其职责”——也就是维护国际和平与安全——至关重要的必要隐含^[84])行事的一个适格的国际组织能够授权拘留。当然,从实践的角度看,必须断定各国已接受安理会决议可能明示或默示地授权拘留。一般性地援引合法性原则还交由国家来准确判定,在诸如被拘留者的待遇、移送和监督等事务上,它们将如何遵守人道法与人权法的义务?

总体而言,评注还承认,人道法、诸如自卫等国内法原则或者东道国与军队派遣国或国际组织之间达成的安排都可能证明拘留的正当性。^[85]

移送和监督

第 15 项原则规定了解决移送和监督的问题。

一国或国际组织仅能将将被拘留者移送给符合移送国或国际组织所承担之国际法义务的另一国或者当局。如果移送国或国际组织确定,请求访问被移送的被拘留者或接受国的拘留设施是合适的,接受国或当局应当协助这种访问以监督该被拘留者直至该人被释放、移送给另一拘留当局或者经可适用的国内法被确定为有罪。

对上述原则关键构成要素的解构产生了 3 个问题。首先,仅在符合移送国或国际组织所负之国际法义务的情况下,移送才可能发生。这意

[83] Commentary, para. 4. 3.

[84] ICJ, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1949, p. 182. 国际法院明确提出了联合国的隐含权力学说,自那时起就一直被用于证明安理会维持国际和平与安全之职责的正当性。

[85] Commentary, paras. 4. 2 and 4. 3.

味着,希望移送被拘留者的国家或国际组织必须在每次移送时都适用其所负的国际义务来确定该移送是否符合那些义务。举一个实践中的例子,如果有实质的理由相信被拘留者如果被移送给某个特定国家将会遭受酷刑,移送国就会因移送该人的行为违反其国际义务。该原则并不处理这样的情形:东道国依据国家主权原则声称,尽管有可能违反一国所负之国际法义务,该国也必须移送被拘留者。此外,该原则也不处理下述问题,即如果东道国拒绝送返遭受其当局虐待或其他形式的严重身体或精神摧残的被拘留者时应采取何种适当的应对措施。

考虑一国是否可能以违反《哥本哈根原则》为由拒绝移送被拘留者也相当重要。即使上述原则没有拘束力,一国也可能使用第 15 项原则作为不移送之政策决定的正当理由。譬如,假设接受国目前没有复核治安被拘留者的制度。在这种情况下,移送国以第 13 项和第 15 项原则为依据拒绝移送就是可能的。^[86] 美国政府对《哥本哈根原则》的支持可能就是为什么该国不向阿富汗当局移送被拘留者的原因之一。^[87] 当然,这一立场无法压倒东道国所做的主权声明。

第二个问题是移送国访问羁押被移送人的设施以监督其所受待遇的规定。第 15 项原则强化了参与国在哥本哈根进程中所持的立场,即不存在无限期的监督被拘留者待遇或地位的义务。这是对移送后监督实践的一项重要贡献。因为它明确了监督何时可能终止。正如评注中所表明的那样,该项原则是基于当前的实践即“建议监督至少持续至该被拘留者被释放或依据可适用法律被确定为有罪时”制定的。^[88]

虽然第 15 项原则显然没有为接受国当局创设一项允许监督的义务,但它确实为移送国主张其应当被允许实施移送后监督提供了依据。

[86] 第 13 项原则规定:“因涉嫌实施刑事犯罪而被剥夺自由的被拘留者,在情况允许时要尽快移送给合适的当局或由该当局针对其提起诉讼程序。如果这种移送或提起诉讼在一段合理的期间内不可能,就要依据可适用的法律重新考虑拘留的决定。”

[87] See Rod Norland and Charlie Savage, “U. S. delays transfer of Bagram prison to Afghan forces”, *The New York Times*, 9 March 2013, available at: www.nytimes.com/2013/03/10/world/asia/us-delays-transfer-of-bagram-prison-to-afghan-forces.html?hp&r=2&_r=2&_r=2.

[88] Commentary, para. 15. 5.

在本文关注的3个争议中,无论是在法律上还是在实践中,移送和监督问题是正在迅速发展演变的问题之一。可以很合理地假设,在2012年起草《哥本哈根原则》时,该进程的参与者们仍旧不确定相关政策和法律的发展方向。由于这个原因,有人说第15项原则可被视为处理移送和监督被拘留者问题的“最佳”方法。

结论

如果说参与者们欢迎《哥本哈根原则》的表述,那么就全面解决了人道法与人权法间准确关系的法律争议、安理会决议的合法性或涉及移送与监督被拘留者的问题。这或许有点夸大其词。不过,事实是哥本哈根进程期间进行的协商和讨论相当有助于各国更好地理解当代多国行动所引发的某些挑战和矛盾。现在对多国部队来说,训练并筹划可以拘留个人的联合行动应该容易得多。因为对于处理非国际性武装冲突及和平行动背景下的军事行动而言,他们已有了共同的出发点。

至少就武装冲突而言,不应忘记的一点是,因为 ICRC 力图完成其使命,加强对非国际性武装冲突中被剥夺自由之人的法律保护,因此极有可能触及前文探讨的每一处争议。