

武装冲突中非国家行为体的人权保护义务

安德鲁·克拉帕姆^{*} 著 / 李静^{**} 译

摘要

非国家行为体对人权造成的威胁日益引起人们的关注。作者在本文中探讨了交战团体、民族解放运动和叛乱团体的义务，注意到了对这些武装团体尊重人权规范的日益增长要求，并提出了私人军事公司承担违反人权义务的一些办法。本文通篇的主张是，人们日益期待所有非国家行为体遵守国际人权法的原则。

叛乱团体、反政府武装和交战团体

国际法学者常常将叛乱团体、反政府武装和交战团体这三个概念，形容为滑尺上根据对领土的控制和政府对其承认的程度而依次排列的

* 本文依据作者《非国家行为体的人权义务》(牛津大学出版社,2006年)第七章修改而作。

** 安德鲁·克拉帕姆(Andrew Clapham),日内瓦国际问题研究所的国际法教授,同时任日内瓦国际人道法与人权法研究院的院长。

*** 中国人民大学法学院2006级硕士研究生。

三个点。^{〔1〕} 起初,叛乱团体只有在发展为反政府武装时,国际法才视其为国际法权利义务的承载主体。传统上,反政府武装也只有在与那些承认它们地位的国家的关系范围内享受权利并承担义务。安东尼奥·卡塞塞先生认为,对反政府武装的承认至少要满足以下条件:

“国际法对于构成国际法主体的要求是比较宽松的,简言之:(1)叛乱团体必须证明他们已有效控制了一国的部分领土;(2)内乱应达到一定强度并持续一段时间(而不仅仅是骚乱或者零星、短期的暴力事件)。最终要由各个国家(包括内乱爆发的国家和其他国家)通过(只要暗中地)承认或拒绝承认,来评价其是否满足这些要求。”^{〔2〕}

已被有关国家承认的暴动团体,很显然因为这一被承认的地位可以享有国际法上的权利义务,至于内容多少要视承认的具体表述而有所不同。^{〔3〕} 根据传统国际法,如果反政府武装被与其交战的政府承认为交战团体,而不仅仅是反政府武装,就可以将其类比于国家,成为国际武装冲突法上权利义务的承载主体。^{〔4〕} 到现代,这些承认制度已被国际人道法的强制性规则所取代,一旦冲突达到某种程度就可以自动适用这些强制性规则。英格里德·代特(Ingrid Detter)等一些评论家认为:武装冲突规则的适用必须以承认交战团体为前提的观点已经被抛弃了。^{〔5〕} 希瑟·威尔逊(Heather Wilson)则认为:自第一次世界大战以来,传统规

〔1〕 E.g. Heather A. Wilson, *International Law and the Use of Force by National Liberation Movements*, Oxford University Press, Oxford, 1988, p. 24. See also Lassa Oppenheim and Hersch Lauterpacht (eds.), *International Law: a Treatise (Disputes, War and Neutrality)*, 7th edn, Vol. II, Longman, London, 1952, pp. 209 - 16; Robert Jennings and Arthur Watts, (eds.), *Oppenheim's International Law (Peace)*, 9th edn, Vol. I, part 1, Longman, London, 1996, pp. 161 - 83.

〔2〕 Antonio Cassese, *International Law*, 2nd edn, Oxford University Press, Oxford, 2005, at p. 125. See also Antonio Cassese, *International Law in a Divided World*, Oxford University Press, Oxford, 1986, pp. 81 - 5.

〔3〕 Eibe H. Riedel, "Recognition of Insurgency", in Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. IV, Elsevier, Amsterdam, 2000, pp. 54 - 6.

〔4〕 同上, pp. 47 - 50.

〔5〕 Ingrid Detter, *The Law of War*, 2nd edn, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 43.

则变得“不再现实”,而仅仅停留在“理论层面”,因为自那时候以来很少有承认发生。^[6]

尽管理论上来说,国家仍然有可能通过承认反政府武装或交战团体来赋予叛乱团体权利和义务,但在今天来看,直接将叛乱团体(未被承认的反政府武装)视为当代国际人道法下国际义务(尤其是1949年《日内瓦公约》共同第三条,1977年《第二附加议定书》以及1954年《保护文化财产公约》第19条规定里所涵盖的义务)的承受者,则更有意义。这些义务在下文中还将详述。如今,国际法将这些义务适用于武装冲突中的某些主体,而不管它们是否被与其交战的国家或任何第三国所承认。但问题是,政府一般都不愿承认适用国际法的条件已满足,因为一旦承认这一情势就等于承认自己丧失了一定程度的控制,等于是对叛乱团体地位的一种“提升”。

有时交战双方会在武装冲突中或者结束之后达成书面协议,内容包括相互承诺不仅尊重武装冲突法,而且还尊重人权。^[7]这种协议不再关注承认这一老问题,而仅仅旨在相互建立信任,将保护个人放在核心位置。然而,这种协议要得到实现,叛乱团体必须具备履行所订义务的实际能力。萨尔瓦多政府与左翼马蒂民族解放阵线(FM LN)订立的《圣何塞人权协议》的序言中有这么一段:“谨记左翼马蒂民族解放阵线有能力并愿意信守尊重人类基本权利的承诺。”^[8]这一协议还经由联合国秘书长派出的代表阿尔瓦罗·德索托(A lvaro de Soto)签署。这一事实,再加上联合国的监督机制,说明这一协议构成国际法调整的、为国际

[6] 威尔逊,见注释[1],第27页。

[7] 参见萨尔瓦多与马蒂民族解放阵线签订的《圣何塞协议》,1990年7月26日。UN Doc. A /44 /971 - S /21541 of 16 August 1990, Annex.

[8] 同上,第2页。

法所承认的权利义务主体之间达成的国际条约。^{〔 9 〕} 这一例子说明,国际法已经超越了对反政府武装的承认,为保护人权的目的是建立了新型承认制度。非国家行为体在这些情况下所承担的义务不再局限于武装冲突期间,内容也不限于武装冲突法范围之内。

民族解放运动

还有一类值得探讨的国际行为人就是民族解放运动。在某些场合下将民族解放运动列为非国家行为体可能不太合适。他们的代表可能会拒绝被称为“非国家行为体”,既然他们不仅希望强调其一般被认可的类似于国家的目标和地位,在某些区域性政府间国际组织中他们甚至已经被视为国家成员。这类组织与被承认的交战团体和反政府武装相比,区别之一在于:即使还没有控制本国的领土,而且在也没有被对方明确承认的情况下,民族解放运动也可以主张权利并受国际义务的约束。1977年《日内瓦公约第一附加议定书》第1条第4款列举了三类民族解放运动斗争可以被视为国际性武装冲突,可以适用所有国际性武装冲突下的规则。这包括:行使民族自决权反对殖民统治、反对外国占领和反对种族主义政权的斗争。^{〔 10 〕} 根据《第一附加议定书》第96条第3款的规定,代表人民反抗殖民宗主国、外国和种族政权的解放运动当局可以向公约登记国(瑞士联邦委员会)发表接受公约的声明,从而承担公约

〔 9 〕 See Liesbeth Zegveld, *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 49 – 51. See more generally, with regard to all agreements witnessed by the UN, Emmanuel Roucouas, “Non-State Actors: A Reas of International Responsibility in Need of Further Exploration”, in Maurizio Ragazzi (ed.), *International Responsibility Today: Essays in Memory of Oscar Schachter*, Brill, Leiden, 2005, pp. 391 - 404, esp. p. 397. For a discussion of other agreements which may not have such a status, see Pieter H. Kooijmans, “The Security Council and Non-State Entities as Parties to Conflicts”, in Karel Wellens (ed.), *International Law: Theory and Practice*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1998, pp. 333 – 46.

〔 10 〕 另见 1973 年 12 月 12 日联合国大会第 3103 号 (XXVIII) 决议。

和议定书下的义务。^{〔1〕}

另外,民族解放运动当局还可以发表声明遵守《禁止或限制使用某些可被认为具有过分伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器公约》。^{〔2〕}这种声明使得《常规武器公约》及其附加议定书连同《日内瓦公约》随之生效,甚至是在解放运动斗争之国家并不是《第一附加议定书》的成员国的情况下都可以生效。^{〔3〕}而在没有发表声明的情况下,则需要探讨这些规则的习惯法地位。^{〔4〕}

很明显,在出现民族解放运动的国家里,没有政府会愿意承认其统治为殖民统治、种族主义政权或者处在外国占领之下。在南非与以色列法官面前,主张民族解放运动组织应享有国际法上豁免的观点尚未得到

〔11〕 许多组织向红十字国际委员会提交了这种单方声明,如:非洲种族议会,西南非洲人民组织(SW APO),巴勒斯坦民族解放组织(PLO),厄立特里亚解放阵线(EPLF),等。其他例子见:Michel Veuthey, *Guérilla et droit humanitaire*, ICRC, Geneva, 1983, p. xxvi.

〔12〕 1980年10月10日,第7条第4款。

〔13〕 第7条第4款第2目。

〔14〕 尽管向红十字国际委员会提交了声明,程序上还要求向瑞士政府发出照会。如:红十字国际委员会批准表有下列说明:“巴勒斯坦-1989年6月21日,瑞士联邦外交部在日内瓦收到巴勒斯坦常驻联合国观察员发给瑞士联邦委员会的通知,声明根据巴勒斯坦全国委员会的决定授权履行巴勒斯坦国政府的职能的巴勒斯坦民族解放组织执行委员会,于1989年5月4日决定遵守1949年8月12日《日内瓦公约》及其两个附加议定书。”1989年9月13日,瑞士联邦委员会向各国声明,“由于国际社会尚不确定是否存在巴勒斯坦国”,其无权决定该照会是否构成加入条约的意思表示,由于这种照会不是《第一附加议定书》第96条第3款或者1980年《常规武器公约》中的声明,所以问题的关键不在于巴勒斯坦民族解放组织能否代表民族解放运动,而是能否将其视为一个国家。关于国家实践和这些条文的由来,详细讨论另见:“Wars of National Liberation”, in Christophe Swinarski (ed.), *Studies and Essays in International Humanitarian Law and Red Cross Principles: Essays in Honour of Jean Pictet*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1984, pp. 314 - 24; L. R. Penna, “Customary International Law and Protocol I: An Analysis of Some Provisions”, in Swinarski, pp. 201 - 25; Georges Abi-Saab, “Wars of National Liberation in the Geneva Conventions and Protocols”, 165 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye* (1979), pp. 357 - 455. See also Zegveld, above note 9, p. 14, for further references regarding failed attempts to adhere to the Conventions by the Provisional Revolutionary Government of Algeria and the Smith Government in Rhodesia.

支持,^[5] 尽管《第一附加议定书》第1条第4款提出的观点在审判纳米比亚境内的西南非人民组织的斗争者时得到了一定体现。^[6] 红色军团和新非洲共和国曾试图将其作为习惯国际法适用的努力,也在荷兰和美国国内法院相继失败。^[7] 民族解放运动的例子突出说明:非国家行为体可以按照国际人道法条约的规定受国际法的约束。这就要求我们分别详细考察一下,武装团体受国内武装冲突法约束的场合以及通过发表声明或签署协议的方式同意遵守某些国际法准则的场合。

叛乱团体、不被承认的反政府武装、武装反对派团体或国内武装冲突方

当某一反政府武装或交战团体不被承认,同时又不属于可以顺利使用国际性武装冲突规则的民族解放运动时,这就只有涉及叛乱团体的国内武装冲突了,有时又被称为“武装反对派团体”。适用于国内武装冲突的国际人道法规则也对这些叛乱团体附加了一定的义务。^[8] 1949年

[15] S. v. Mogoerane (unreported), Transvaal Provincial Division of the South African Supreme Court, 6 August 1982, discussed by Christina Murray, “The 1977 Geneva Protocols and Conflict in Southern Africa”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 33, 1984, pp. 462 - 470; S v. Petane [1988] 3 SA LR 51; see also the rejection of combatant status for members of the Organization of the Popular Front for the Liberation of Palestine caught in military uniform in *Military Prosecutor v. Kassem and others* [1971] 42 ILR 470.

[16] See Christina Murray, “The Status of the ANC and SWAPO in International Humanitarian Law”, *South African Law Journal*, Vol. 100, 1983, p. 402; S. v. Sagarius [1983] 1 SA 833 (SWA).

[17] *Public Prosecutor v. Folkerts* [1987] 74 ILR 695; *US v. Marilyn Buck* US District Court for the Southern District of New York, [1988] 690 F Supp. 1291; 对这两个案子的摘录和讨论参见: Marco Sassoli and Antoine A. Bouvier, *How Does Law Protect in War?* ICRC, Geneva, 2006, pp. 1435 - 48.

[18] See Zegveld, note 9; Lyndsay Moir, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002; Theodor Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Clarendon, Oxford, 1989; Yves C. Sandoz, Christophe Swinarski and Bruno Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, ICRC/Nijhoff, Geneva/Dordrecht, 1987; Theodor Meron, *Human Rights in Internal Strife: Their International Protection*, Grotius, Cambridge, 1987.

《日内瓦公约》共同第三条提供的最低保护标准,为“冲突各方”设定了义务。这些义务的内容,含有保护那些“不直接参加敌对行动的人”和“伤者、病者”。禁止的内容包括谋杀、对人施以暴力、残忍待遇、劫持人质、有辱人格的待遇、缺乏司法保障的审判与处决。最后,该条还包括一条积极的义务,要求收集并照顾伤者、病者。

很显然,认定某一情势为“非国际性武装冲突”,以便适用1949年《日内瓦公约》之共同第三条的规定,这对于冲突各方来说具有非常重要的政治意义。叛乱团体对于把将他们的攻击认定为武装冲突,通常都持欢迎态度,因为这样的认定也意味着对他们的一种比较模糊的国际承认,^[19]共同第三条的适用更是强调了红十字国际委员会的特殊地位。^[20]另一方面,如前所述,政府则往往不愿承认某一情势构成武装冲突,更愿意将其作为对犯罪分子和恐怖分子的一种打击活动。显然,国际人道法上的义务是否适用,并不取决于任何政府是否认定适用人道法的标准已足。有些情况下,这一问题更是因为联合国决议中要求某一特定冲突中的各方遵守共同第三条下的国际人道法义务而变得较为明确。^[21]最近,美国联邦最高法院指出,在审判美国与基地组织冲突期间在阿富汗捕获的人员时,对军事委员会所提供的程序上的保证的问题应适用共同第三条的规定。法院也认为这一冲突可以适用共同第三条。^[22]国防部副部长戈登·英格兰(Gordon England)最近还签署了一份备忘录,认为“最高法院已决定1949年《日内瓦公约》共同第三条可以适用于美国与基地组织之间的武装冲突”。备忘录还请求国防部和国防司令部即刻开始审查现有政策和程序“以确保符合共同第三条的标准”。^[23]基于此,如果再回过头看共同第三条是否适用的问题,那么共

[19] 共同第三条结尾处有这样一句话:上述规定之适用不影响冲突各方之法律地位。

[20] 共同第三条有这样一段:“公正的人道主义团体,如红十字国际委员会,得向冲突之各方提供服务。”

[21] 参见诸如:联合国人权委员会关于萨尔瓦多的第1991/71号决议,序言部分第6段,正文部分第9段。另见联合国大会关于萨尔瓦多的第45/172号决议和第46/133号决议。

[22] Hamdan v. Rumsfeld 548 U. S. (2006), 判决简报第66页。

[23] 2006年7月7日签订的备忘录。

同第三条中的各项义务应该对冲突“各方”都有约束力；在这里也就是说国际人道法下的义务不仅约束美国，同时也约束基地组织及其成员（如果其成员的行为构成战争罪的话）。看起来美方并未将冲突仅仅限于在阿富汗的斗争。^{〔4〕} 国务院法律顾问约翰·贝林格（John Bellinger）在2006年5月8日对联合国反酷刑委员会所作的报告中有这么一个观点，现引述如下：

“从2001年9月11日基地组织发动的那场非常凶残、致使3000多名无辜平民受害的攻击可以看出，毫无夸张，美国与基地组织及其支持者之间进行的是一场真正的武装冲突。

这里有必要澄清一下我们对两个概念的区分：一是各国都参加的‘全球反恐战争’，二是我们国家与基地组织及其支持者进行的武装冲突所具有的法律意义。从政治层面上说，美国坚信每个国家都应该各尽其力来消除恐怖主义造成的全球性威胁。而在法律层面上，美国相信其已与基地组织及其支持者开始并正在进行武装冲突。美国并不视其与世界上每一个恐怖组织都处在国际性的武装冲突状态之中。^{〔5〕}

《第二附加议定书》提供的保护要高于共同第三条规定的最低标准，尽管在《第二附加议定书》不能适用时共同第三条仍然可以发挥作用。议定书补充规定了对平民、儿童、医务人员及宗教人员的保护标准，同时也细化了必须要给予被拘禁者或被拘留者的程序保证。很重要的一点是，议定书中规定的广泛义务适用于非国际性武装冲突的每一方。

然而，作为适用《第二附加议定书》的前提条件，冲突的强度必须高于适用共同第三条所要求的传统标准。根据议定书第1条第2款的规定，议定书不适用于内乱、暴动及零星的暴力事件。另外，第1条第1款也要求持不同政见的武装部队有负责地指挥，同时控制了部分领土以便能够开展军事活动、履行议定书规定的义务。这通常被认为是高于共

〔4〕 详细资料见：<http://www.defenselink.mil/home/dodupdate/documents/20060711.html>（于2006年10月23日访问）。

〔5〕 美国声明见：<http://www.state.gov/documents/organization/66174.pdf>（于2006年10月23日访问）。

同第三条适用条件的更高标准。同时也说明,反政府武装根据他们自己的意愿受了议定书的约束。^[6] 正如下文所要讨论的那样,过去人们已经提出了各种理论来解释为什么叛乱团体可以受议定书的约束。随着关键条文为方便起诉个人的原因逐渐成为习惯国际法,如今有些理论已经变得不太相关了。现在我们从2004年塞拉利昂特别法庭上诉庭的一个结论中就可以得到答案:“尽管只有国家可以成为国际条约的缔约国,但武装冲突各方,不管是国家还是非国家行为体,也都受国际人道法规则的约束,这是一条已经确立下来的规则。”^[7]

在起草《日内瓦公约第二附加议定书》时,有几个国家坚持认为一国内战中的反政府武装只是犯罪分子,议定书并不赋予它们任何国际法律人格地位。^[8] 然而,直到今天人们仍认为,对于满足议定书所规定之条件的叛乱团体,并且冲突达到某种程度时,条约也为他们设定了义务。各种理论试图解释为何《第二附加议定书》这样一个由主权国家缔结的条约可以为叛乱团体设定义务。^[9] 现在,即使在理论上还不能寻找到一个共同的解释,但已经能够明确的是,叛乱团体不仅作为冲突一方要受到《日内瓦公约》共同第三条的约束,同时也要接受《第二附加议定书》规定的约束。的确,从一开始,红十字国际委员会的《附加议定书评注》中就肯定地提出:

从文本中删除“冲突各方”的提法只是影响了文本的起草措辞,而并不影响法律内涵。所有规则都建立在存在两方以上的相互对抗的基础上。这些规则为政府和反政府武装设定了相同的权利和义务,所有的

[26] Antonio Cassese, “The Status of Rebels under the 1977 Geneva Protocol on Non-International Armed Conflicts”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 30, 1981, pp. 416 – 39, pp. 424 – 6.

[27] Prosecutor v. Sam Hinga Norman (Case No. SCSL - 2004 - 14 - AR72 (E)), Decision on preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment), Decision of 31 May 2004, para. 22.

[28] Cassese, 前注[26].

[29] 同上。

权利义务都具有纯粹的人道性质。^[0]

该评注突出了允许为个人和团体设定国际义务的理论,并且认为,适用国际人道法的事实并不会因国家的态度而改变。

人们经常提出这个问题:既然反政府武装不是某一条约的缔约国,为何还受其约束呢?这里就有必要提及1949年所做出的解释:

一个国家做出的承诺不仅适用其政府,而且还适用于该国控制领土上的任何当局和个人,义务也是这样。个人与国家享有、承担的权利义务范围是相同的。尽管这一主张有时会在法律学术作品中受到质疑,但对反政府武装施加义务这一点却从未有人提出异议。^[1]

考查一下现行法律界为国际义务适用于武装反对派团体提出的四种理由,也许不无益处。第一种观点认为,个人和团体都是一国国民,既然该国做出了国际法上的承诺就当约束其国民。第二,当某一团体在行使类似于国家的职能时,既然在履行事实上的政府职能,就应该同样为其行为负责。^[2] 第三,条约本身直接为个体和团体设定了义务。第四,有些义务如共同第三条就是针对叛乱团体的,西奥多·梅隆(Theodor Meron)认为这些规则的有效使用并不取决于它们是否已经被纳入国内法。用梅隆的话来说,“有必要认为共同第三条为反政府武装直接设定

[30] Sandoz, Swinarski, and Zimmermann, 前注[8],第 4442 段。

[31] 同上。第 4444 段,脚注略。

[32] Rüdiger Wolfrum and Christiane E. Philipp, “The Status of the Taliban: The Obligations and Rights under International Law”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 6, 2002, pp. 559 - 601, who recall that de facto regimes exercising effective control over parts of territory may enjoy limited rights and duties under international law (at p. 585). Their enquiry concerns the rights and obligations regarding the use of force and they conclude that as a de facto regime (albeit unrecognized) the Taliban are considered an international subject, and their complicity with the terrorist group Al Qaeda meant they could be targeted in order to bring them into compliance with their international law obligations (at p. 601).

了义务”。〔3〕

虽然这些理论都可以解释条约中的某些保障人权义务对个人及非国家行为体的适用,〔4〕侧重点仍在国际人道法规则方面。〔5〕使用国内武装冲突的理论基础仍很模糊。国家或国际组织在将国际法适用于叛乱团体时很少提及这些理论。比如,1998年在阿富汗问题上,联合国安理会只是重申“武装冲突各方都必须遵守它们在国际人道法下的义务,尤其是1949年《日内瓦公约》”。〔6〕有趣的是,决议还规定“参与或指挥犯有违反公约的罪行的个人要承担个人责任”。这就在最高层面上确认了在国内武装冲突中(甚至在前南斯拉夫、卢旺达和国际刑事法院之外)违反国际人道法所引发的个人责任。同样有趣的是,联合国安理会的决议还要求“阿富汗各派别”停止违反人权的行为。在阿富汗,要求主要是针对歧视妇女、女童的行为,但决议同时要求“遵守这一领域内的

〔33〕 Theodor Meron, *Human Rights in Internal Strife: Their International Protection*, Grotius, Cambridge, 1987, p.39. 关于为非国家行为体设定义务的其他方法 see *ibid.*, pp. 33 - 40, Zegveld, above note 9, pp. 15 - 16, and Richard Baxter, “Jus in Bello Interno: the Present and Future Law”, in John N. Moore (ed.), *Law and Civil War in the Modern World*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1974, pp. 518 - 36

〔34〕 See Meron, above note 33, pp. 34 - 5, 作者强调了个人在《公民权利与政治权利公约》第5条第1款和第20条下应当承担的直接义务,在“人权文本”这一部分强调了个人在《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》(1973年)和《防止及惩治灭绝种族罪公约》(1948年)下应负的刑事责任。

〔35〕 泽格菲尔德,前注〔9〕,第52页,提出以下几个问题:(1)是否的确存在国际人道法未能提供保护的法律真空;(2)国际人权法的适用后果与国际人道法确有不同;(3)国际人道法的适用标准不像看起来的那么高,所以仍应试图适用人道法来解决问题。泽格菲尔德总结道:“广泛的国际实践表明,可以认定反对团体为其违反国际法的行为承担责任”(第151页)。然而她希望减少将国际人权法适用于这些反对派团体的可能性,因为就实践来说,“国际社会尚未明确应满足什么条件才能认定这些武装反对派团体为其违反人权义务的行为负责。的确,有些国际人权条约可以调整行使政府职能的武装反对派团体,但是,这一结论无法解释实践中一般认为武装反对派团体显然不具有有效制裁人权违反行为的能力(第151页)。作者的建议是应该谨慎适用人权法:“既然武装反对派团体承担责任是其参与武装冲突的直接后果,那么在其责任承担与地位之间就存在密切联系,这也是为何国际组织一般也应该都谨慎对待令反对派团体承担违反人权责任的原因。这些责任归责假定了存在一个政府,或者至少存在一个能够履行政府职能的主体。而武装反对派团体很少作为事实上的政府履行职能”(第152段)。

〔36〕 第1214(1998)号决议,1998年12月8日,序言部分第12段。

国际准则和标准”。〔7〕此外,安理会还建议拒绝向不尊重人权的当局提供重建援助。〔8〕

对几内亚比绍的问题,安理会号召“相关各方”遵守人道和人权法规则,同时确保人道组织无障碍通行。〔9〕至于利比亚,决议首先提到使用儿童军的问题,继而要求“各方停止对利比亚人民进行的违反人权和残暴行为,强调必须将负责的人绳之以法的必要性”。〔10〕

关于前南斯拉夫问题的谈判涉及各方的参与,安理会在决议中提出解决前南斯拉夫问题的方案还包括要求各方提供人道援助,停止“种族清洗”,特奥·范伯芬(Theo van Boven)认为,“非国家行为体的责任以及遵守国际法的义务,应该从根本上与他们成为一国和国际社会合格主

〔37〕 同上,第12段;整段规定如下:“12. 要求阿富汗各派别停止歧视女童和妇女及其他侵犯人权和违反国际人道法的行为,遵守这方面的国际准则和标准”。另见S/RES/1193(1998)第14段,该决议“敦促阿富汗各派别停止歧视女童和妇女及其他侵犯人权和违反国际人道法的行为,遵守这方面的国际准则和标准”。美国等向塔利班发动进攻之后,安理会表示“对严重的人道局势和塔利班继续严重侵犯人权和违反国际人道法深表关切”[第S/RES/1378(2001)号决议序言部分第10段];并“呼吁所有阿富汗部队不要采取报复行动,严格遵守人权和国际人道法规定的义务,并确保联合国人员和有关人员以及人道组织人员的安全和保障及行动自由”(正文部分第2段)。另见第S/RES/528(2004)号决议序言部分第6段:“呼吁各方和全国和解政府采取一切必要步骤,防止再发生侵犯人权和违反国际人道法的行为,终止有罪不罚现象”。尽管安理会为决议之目的对大规模伤杀性武器和非国家行为体做出了定义,但是并未指出有哪些非国家行为体,而是留给国家采取有关措施予以解决,见第S/RES/1540(2004)号决议。“为决议之目的”将非国家行为体定义为:“未经国家合法授权,从事本决议规定的各项行为的个人或组织”。

〔38〕 第S/1471(2003)号决议,第4段:“还强调,关于上文第3段所涉问题,尽管应在一切需要的地方提供人道援助,但复原和重建援助应该通过过渡行政当局提供给那些当地政府表现出决心维护安全环境、尊重人权和打击毒品的地方,并应有效地执行。”

〔39〕 第S/RES/1216(1998)号决议第5段:“呼吁各方,包括政府和自封的军政府,严格遵守国际法,包括国际人道法和人权法的有关规定,并确保国际人道组织安全无阻地接触因冲突而需要援助的人。”

〔40〕 第S/RES/1509(2003)号决议第10段,另见科特迪瓦第S/RES/1479(2003)号决议第8段:“再次强调必须将应对2002年9月19日以来在科特迪瓦发生的严重侵犯人权和违反国际人道法的事件负责人绳之以法,再次要求科特迪瓦所有各方采取一切必要步骤防止新的侵犯人权和违反国际人道法的事件,特别是侵害不论原籍为何地的平民事件。”

体的要求联系起来”。^[1]

诸如女童、妇女的待遇,人道援助,使用儿童兵,尊重平民权利等人权要求都是针对某一情况的具体要求;但联合国安理会假定了非国家行为体在武装冲突法和人权法下负有国际义务。另外一种解释是,安理会自己也承认非国家行为属于交战团体的行为,^[2]或为各派别“创设”权利,但这看起来并不具有说服力和操作性。安理会专门为某个特定的非国家行为体创设义务的观点尤其受到克里斯蒂安·托穆沙特(Christian Tomuschat)的反驳,克里斯蒂安在考察了安理会对前南斯拉夫、阿富汗、苏丹、塞拉利昂、科特迪瓦、刚果民主共和国、安哥拉、利比亚和索马里等问题上的实践之后,总结道:

当联合国安理会宣布武装冲突各方有义务尊重人权标准时,并不旨在为他们创设新的义务,而正如安理会所诠释的,它只是提醒他们应当注意在国际人权法下本应承担的义务。为此目的,不需要下达具体的命令。^[3]

克里斯蒂安·托穆沙特认为,不管非国家行为体是否同意接受相关人权规则,都要受到国际人权法的约束:

力图通过斗争成为一国合法政府的某一运动组织往往被国际社会视为一种行为主体,在建立初期就要像国家那样,为国家间文明交往的目的肩负重要义务和责任。必须经其同意才能为冲突方设定义务的规

[41] Theo C. van Boven, “ Non - State Actors; Introductory Comments [1997] ”, in Fons Coomans, Cees Flinterman, Fred Grünfeld, Ingrid Westendorp, and Jan Willems (eds.), *Human Rights from Exclusion to Inclusion; Principles and Practice: An Anthology from the Work of Theo van Boven*, Kluwer, The Hague, 2000, pp. 363 - 9. See especially the compilation of parties addressed by the Security Council and list of demands made, p. 368; Paola Gäta, “ The Dayton Agreements and International Law ”, *European Journal of International Law*, . Vol. 7, 1996, pp. 147 - 63.

[42] Wolfrum 和 Philipp 在研究塔利班问题时也探讨过这一问题(见前注[32], 第 583 ~ 584 页),他们得出的结论是:联合国安理会关于国际人道法的适用问题发表的见解只是宣告性的而非建构型的,并不意味着对交战团体的承认。

[43] Christian Tomuschat, “ The Applicability of Human Rights Law to Insurgent Movements ”, in Hor Fischer, Ulrika Froissart, W olff Heintschel von Heinegg, and Christian Raap (eds.), *Krisensicherung und Humanitärer Schutz Crisis Management and Humanitarian Protection: Festschrift für Dieter Fleck*, Berliner Wissenschafts - Verlag, Berlin, 2004, pp. 573 - 91, p. 586.

则早就被抛弃了。国际社会已经构建起新的权利义务架构,每个寻求在国际层面成为合格行为主体的行为人都必须遵守这些权利义务。^[4]

但是,托穆沙特这一理论背后的原理,是建立在承认“政府的有些权能已经落入反政府运动手里”这一事实基础之上的。^[5] 这样就会给叛乱团体留下空子可钻,当他们的行为不被视为政府职能时,就可以不用承担国际人权义务。我们知道,政府和国际组织都不愿意承认叛乱团体的行动方式与政府趋于一致。如果将叛乱团体要承担的义务与他们类似于政府的地位挂钩,就有可能导致只有在极少情况下人权义务才可以毫不费力地适用于反政府武装。^[6] 很自然我们就回到评论者的观点上来,认为反政府武装并不负有保护人权的义务,因为它们很少履行政府职能,^[7] 任何情况下都不能保护人权。林赛·穆瓦尔(Lindsay Moir)认为人道法义务可以完全适用于反政府武装,但却坚定地认为这种非国家行为体没有保护人权的义务:

人权义务只约束政府,法律还没有发展到那个阶段——要求反政府武装在国内武装冲突中,要尊重政府军的人权,更不要说对方也是反政府武装的情况。非政府的冲突方也不太可能有能力保障某些权利(如:正当程序的权利,因为它们不具备自己的司法体系、法庭等)。^[8]

与其关注那些反政府武装不能履行的一些人权义务(如公正审判、法律援助、法律解释、逐步普及大学教育等),倒不如强调这些义务只在合适的条件下适用更有意义。对于经济和社会权利,即便是条约赋予主

[44] Ibid., p. 587.

[45] Ibid., p. 588.

[46] Iain Levine 的解释中举的一个有趣的例子就是联合国通过与南苏丹叛乱团体签订关于儿童的权利的条约向其附加义务。正是 Iain Levine 提出的理由,说服了人道机构在这种情形下适用人权法:“尽管苏丹生命线行动并不能决定南苏丹未来的政局如何,但各国都认为:既然控制了某一块领土,就应该同时负有重要使命保证当地人民的安宁生活。”见:Promoting Humanitarian Principles: The Southern Sudan experience, Overseas Development Institute (ODI), Humanitarian Practice Network Paper 21, 1997, p. 14.

[47] 泽格菲尔德,上文已提到,前注[9],第152页。

[48] 穆瓦尔,前注[18],第194页。

权国家的义务也只是要求国家“ 竭尽现有一切资源 ”逐步实现。^[9]

泽格菲尔德在考察国际实践的基础上提出了为非国家行为体创设权利的理论基础：

国际法主体一般都认为，一旦一国签署了某个条约，就为该国领域内的反对派武装团体遵守人权法提供了充足的法律依据。在这些国际法主体看来，国际法就是由主权国家控制的法律，国家可以直接决定将权利义务加于反对派武装团体。^[10]

虽然这一理论适用于人道法被认为是合适的，但泽格菲尔德并未考虑将其推广到人权法的领域，因为人们假定人权具有人民对抗国家的性质。^[11]

有人称这一假定已经不再适用。非国家行为体的人权义务问题已经成为调查委员会和联合国人权监督机制的一个现实性问题。这一问题在危地马拉历史真相调查委员会那里更加突出。^[12] 该委员会的决定认为，当没有武装冲突发生时，反政府武装也要受某些人权法和人道法共同的国际法原则约束。委员会的报告提到了反政府武装违反人权的状况。对于法律问题的分析更充分，提到了“ 国际人权法共同的基本原则 ”这一概念，也就是说反政府武装并不对所有的人权都承担义务：

127. 参加内战的反政府武装有义务尊重适用于武装冲突的最低标准的国际人道法以及国际人权法共同的基本原则。其高级指挥人员也有义务教导部下遵守这些规则和原则。

128. 游击队所进行的暴力行为占有所有在危地马拉历史真相调查委

[49] 《经济、社会和文化权利国际公约》第 2 条第 1 款。

[50] 泽格菲尔德，前注[9]，第 17 页。

[51] 同上，第 53 页。

[52] 参见克里斯蒂安·托穆沙特的论述：“ 长期以来人们一直认为，人权义务只由政府来承担，这是颠扑不破的真理，所以无法想像没有任何政府职位的组织怎么会侵犯人权。这里，基于互惠考虑的论点有些分量。武装冲突发生时，交战团体运动不向国际社会承担任何人权义务，这样就使得他们只受国内法的调整，对他们有利而对同时也是对他们的歧视。为不同游击队组织确立一个行为标准，即使在尚未构成武装冲突时也要遵循，这对危地马拉历史真相调查委员会来说是一个很大的挑战。” Christian Tomuschat, *Human Rights: Between Idealism and Realism*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 261. 接着他就引用了下面几段。

员会注册的违反人权事件的 3%。这与国家机构(特别是军队)93%的违反率形成鲜明对比。这一数量上的差别为国家镇压措施的严重程度提供了新的证据。然而,在危地马拉历史真相调查委员会看来,这一差距并不能减轻游击队违反人权的严重性。^[3]

西班牙文本详细表述了这一原则。粗略的翻译大致包括禁止酷刑、非人道待遇和有辱人格的待遇,禁止劫持人质,保证公正审判,保障个人人身自由。^[4]

近来塞拉利昂真相和和解委员会的任务宣言中有这么一段话:

6.(1) 建立委员会的目的之一就在于要做一份公正的历史记录,将与塞拉利昂武装冲突(1991 年开始一直持续到签订《洛美和平协定》)有关的违反人权和国际人道法的行为记载下来;解决惩罚犯罪的问题;回应被害者的需求;推动战后恢复与重建工作,并防止违反行为再度发生。^[5]

委员会的报告包含对多个行为者详细的调查,不仅包括反政府武装、叛乱团体和国际维和工作人员,而且还包括私营安全公司、南非万能公司等。这次与国家相比,非国家行为体的人权违反情况比较严重。委员会“发现革命统一战线需要为冲突中发生的大量的违反人权行为负

[53] 《危地马拉沉默的回忆》,“执行总结与建议”,UN Doc. A /53 /928 附件,1999 年 4 月 27 日。相关章节参见西班牙语报告全文:第二卷,第 312 ~313 页,第 1699—1700 段。克里斯蒂安·托穆沙特曾任委员会主席,特别强调了委员会认定在武装冲突时期交战团体受这些共同原则约束的理由。见 Tom uschat, 前注[52], 第 261 页。

[54] 委员会报告的全文只有西班牙语文本,第 1698—1700 段。见:<http://shr.aaas.org/uatemala/ceh/mds/spanish/>(最近一次登录是 2006 年 10 月 23 日)。

[55] 《塞拉利昂政府公报增刊》第 131 卷,第 9 篇,2000 年 2 月 10 出版。

责”。〔6〕委员会将所有行为者(包括跨国部队和私营安全公司)的行为统一称为“违反人权”。

我们已经看到,就国际上有法律约束力的人权义务而言,在其适用受到冲突中的派别、当事方或武装反对派团体的公然否决时,联合国则认定其当然应当适用于各方。〔7〕迪特尔·弗莱克(Dieter Fleck)认为如果反政府武装可以承担国际人道法下的义务的话,很“自然”他们也应该可以承担人权义务。〔8〕再引申一小步就可以得出结论:国际人权义务可以在任何时候适用于任何反对派武装团体(甚至是被安理会呼吁的情况下也是如此)。在1999年柏林会议上,著名的专家团体国际法研究院通过了一项决议,认为“有非国家主体参加的武装冲突中的各方,不管它们的法律地位如何……都有义务遵守国际人道法和基本人权”。〔9〕对于仅仅有暴乱发生而不存在武装冲突的情况,决议加入了第10条,同样要求尊重基本人权:“如果某些范围之内的国内骚动和紧张局势并不为国际人道法所调整,但个人仍然享受国际法所赋予的基本人权的保

〔56〕总论第15段见:www.nuigalway.ie/human_rights/publications.html (2006年10月23日登录)。另见:第2卷,第2章,106与107段,委员会发现革命统一战线(RUF)是“冲突中人权的主要违反者”,应为60.5%的违反行为负责(40242件违反事件中占了24353件)。详细资料见第115—172段。RUF并非报告提到的唯一一个非国家行为体。西非国家经济共同体停火监督部队(ECOMOG)和南非万能公司(一家私人军事公司)也同样有所提及。关于西非国家经济共同体停火监督部队,报告主要提到了对平民施行的各种违反人权行为,包括即审即决,第396段。至于南非万能公司,报告称委员会没有任何关于针对雇佣军指控的记录”,第40段。

〔57〕泽格菲尔德,前注〔9〕,第48页,强调了安全理事会关于阿富汗问题的第1193(1998)号决议;另外还提到关于安哥拉的第S/RES1213(1998)号决议,这一决议做出的对象不仅是安哥拉政府,还包括争取安哥拉彻底独立的全国联盟。

〔58〕迪特尔·弗莱克认为,“如果说非国家行为体有人权义务,那么很自然他们也应当承担相应的责任,这一义务与交战团体在国际人道法下承担的义务并无不同。现在一个很明显的趋势就是让非国家行为体接受人权法的约束”。Dieter Fleck, “Humanitarian Protection Against Non-State Actors” *Verhandeln füden Frieden — Negotiating for Peace: Liber Amicorum Tono Eitel*, Springer, Berlin, 2003, pp. 69 – 94, p. 79.

〔59〕“武装冲突中国际人道法和基本人权法对非国家主体的适用问题”,1999年8月25日柏林会议通过的决议,第2条。

护。冲突各方都有义务尊重基本人权,并必须接受国际社会的监督。^[60]

对那些仍然习惯于仅仅依赖国际人道法的人,我想说的是:首先,没有长时间的武装冲突国际人道法就不可能适用;其次,即使有理由认为有长时间的武装冲突存在,政府也往往拒绝承认,与冲突各方对话探讨人道法的适用是一件相当头疼的事;最后,人权制度允许更大范围的问责机制,包括联合国人权委员会的特别报告员以及人权委员会一线办事处所作的监督工作。

最近,联合国关于法外处决、即审即决和任意处决问题特别报告员菲利普·奥尔斯顿(Philip Alston)在关于斯里兰卡的报告中也面临这个问题。他总结道:

25. 根据人权法,斯里兰卡政府和泰米尔伊拉姆独立猛虎解放组织(猛虎组织)都必须尊重斯里兰卡每一个人的权利。人权规则在三个层面得以运行:一是作为个人的权利,二是作为国家的义务,三是作为国际社会的正当期待。政府已经承担了《公民权利与政治权利公约》所规定的尊重和保障人权的义务。作为非国家行为体,猛虎组织不需承担公约下的义务,但是它必须服从国际社会的要求,即社会的每一份子都应尊重、鼓励保护人权,这一需要最早在《世界人权宣言》就有所体现。^[61]

26. 我之前已经提到,呼吁武装团体在“其对领土和人民获得了相当控制权,并建立了明显的政治系统时”应该尊重人权规则,这是非常适宜而可行的。这次实地考察验证了将人权规则适用到武装团体的复杂

[60] 同上,第10条。评述认为,基本人权类似于紧急状态下必须保证的权利。国际法研究所, L'application du droit international humanitaire et des droits fondamentaux de l'homme dans les conflits armés auxquels prennent part des entités non étatiques: résolution de Berlin du 25 août 1999 - The application of international humanitarian law and fundamental human rights in armed conflicts in which non-state entities are parties: Berlin resolution of 25 August 1999 (commentaire de Robert Kolb) Collection "résolution" no.1, Pedone, Paris, 2003, p.43.

[61] 原始注释为:“14. 根据这一分析,猛虎组织建立的东北地区人权秘书处2005年10月发布的人权宪章,称其建立的目标包括:根据《世界人权宣言》促进尊重人权和遵守国际人权条约”。见:<http://nesohr.org/charter/Charter-English.PDF> (2006年10月23日访问)。

性和必要性。猛虎组织扮演着双重角色:首先,它是一个对相当范围之内的领土享有有效控制的组织,它负责内部的规划和管理,并维持自己的警察和司法机制正常运转;另一方面,它又是一个在各国受到排斥、禁止通行以及受到经济制裁的武装团体。这两个角色之间的矛盾和张力根源于国际社会在是否将人权义务加诸猛虎组织及其他武装团体这一问题上的犹豫态度。国际社会对猛虎组织确有期待,然而长期以来都不愿直接敦促其履行人权义务,担心这样会将它们当成国家来对待。

27.但是,人们越来越能够理解,国际社会对保护人权的期待,旨在保护人类,而不是要影响义务主体的法律地位。长期以来,联合国安理会一直在呼吁并未被成员国所承认的各类团体应该正式履行尊重人权的义务。^[2] 既然猛虎组织及其他武装团体有志于在世界上代表某个民族,也就必须接受这一义务,国际社会也会根据《世界人权宣言》里的“人权共同标准”对它们的表现做出评价。^[3]

奥尔斯顿还建议联合国使用这样的表述来敦促非国家行为体:“猛虎组织不能违反人权,包括非猛虎组织成员的泰尔米平民的人权。这具体包括:自由表达权、和平集会权、结社权、家庭生活权、民主参与管理权(包括选举权)。猛虎组织应当特别做出承诺,将遵守东北人权秘书处人权宪章”。^[4]

四位特别报告员在准备关于黎巴嫩和以色列问题的共同报告时也采用了这种做法:

尽管真主党作为一个非国家行为体不能成为人权条约的缔约方,但是仍要满足国际社会的期待,即:国际社会需要社会的每一份子都尊重、鼓励保护人权的需要最早在《世界人权宣言》就有所体现。长期以来,

[62] 原始注释为:“ SC Res. 1265 (1999), preamble; SC Res. 1193 (1998), paras. 12, 14; SC Res. 814 (1993), para. 13. ”

[63] UN Doc. E /CN.4 /2006 /53 /Add.5, 27 March 2006 (footnote omitted).

[64] 同上,第85段。另见联合国2005年11月21日致猛虎组织关于制止杀戮行为,展开调查,适用死刑等问题的信函——“控告函”,UN Doc. E /CN.4 /53 /Add.1, 27 March 2006, p. 320. 注意2005年2月28日向巴勒斯坦当局发出的有关死刑的“紧急呼吁”,同上,第321页。

联合国安理会一直在呼吁并未被成员国所承认的各类团体应该正式履行尊重人权的义务。呼吁武装团体在“对其领土和人民获得了相当控制,并建立了明显的政治系统时”应该尊重人权规则,这是非常适宜而可行的”。〔5〕

人权事务高级专员办事处(OHCHR)在尼泊尔有一个人权办事处,办事处对那里的人权状况作了报道,其中有一个特别的部分报道了有关尼泊尔共产党(毛派)的一些事件。〔6〕通常这些事件不能算作对国际人道法的违反,因为它们都发生在停火时期,不在发生武装冲突的范畴之内。某种意义上说,尼泊尔共产党明确做出了保护人权的承诺,但是这对联合国的报告不具有决定性的意义。报告还有一部分介绍了一个“非法武装团体”的杀戮行为,这个团体名为“报复性组织”(Pratihar Samiti),后来改名为“和平发展委员会”;还介绍了另一个称为“特别虎部队”团体的杀戮行为。〔7〕报告并未指称这些团体背后有国家的支持,只是把他们的行为作为当地人权状况的一部分进行描述而已。最近发布的一份报告就体现了这一报道手法:

人权事务高级专员办事处在会见尼泊尔共产党领导人时再次强调,不管出于什么目的,劫持平民为人质的做法有违尼泊尔共产党遵守人权标准的承诺。劫持行为本身及相关的调查、惩处工作都没有达到正当程序和公正审判等程序保障的最低要求。这就使得那些被劫持的受害者

〔65〕 关于法外处决、即审即决或任意处决问题的特别报告员 Philip Alston; 关于人人享有尽可能高标准的身心健康权利的特别报告员 Paul Hunt; 关于境内流离失所者人权问题的秘书长特别代表 Walter Klink; 关于作为适当生活水平权利的一部分的适当住房权问题的特别报告员 Miloon Kothari, UN Doc. A/HRC/2/7, 2006年10月2日,第19段。脚注略。此段后面的脚注〔19〕有一部分为:“另外,黎巴嫩在国际人权法下所应承担的义务同样适用于处于某一政权实际控制下的领土。只要这一政权事实上在履行国家职能,即使没有政府授权,或者未履行政府授权,他们的行为在国家责任法上都可以被视为国家行为。见:《国家对国际不法行为的责任条款草案》第9条,联合国国际法委员会第53届会议通过(2001年),联合国大会在第56届会议中对《条款草案》有记录,补编第10号文件(A/56/10), chap. IV.E.1.。从这一提议我们可以看出,可以采取由一国和非国家行为体同时承担义务的模式。

〔66〕 See UN Doc. E/CN.4/2006/107 16 February 2006, paras 45 - 58.

〔67〕 Ibid., paras 59 - 61.

的人权,尤其是他们的生命权和身体完整权更容易受到侵犯,正如上述情况中那样。在这方面,被指控犯有国际罪行的尼泊尔共产党领导人也有着和人权事务高级专员办事处同样的顾虑。^[8]

这一部分的总结如下:许多国际人道法专家认为人权法只约束政府,不约束未被承认的反政府武装的观点,已经不再被普遍认同了。

成功的叛乱运动和其他运动

国际法委员会关于“国家对国际不法行为的责任”^[9]条文草案规定,叛乱运动成功成立新政府后,其之前的行为就会在国际法下产生国家责任问题。^[10]除了叛乱运动,“其他”运动成功后成立的新国家也要为它们作为非国家行为体所作的行为承担国家责任。^[11]这种情况下就没有必要对这些运动进行承认,只需等到反政府武装成为合法政府。新政府很显然在后来被提起指控的情况下是得到了承认的。到那个时候反叛运动及其他运动组织的行为就可以被视为成立后政府的行为。^[12]

[68] “人权事务高级专员办事处敦促尼泊尔共产党对严重违反人权的行爲展开调查并予以惩治”,2006年6月27日提前发布。而后更全面报道见2006年9月人权事务高级专员办事处关于尼泊尔共产党违反人权情况的关注概要。强迫或非自愿失踪问题工作组的权力是有限制的(UN Doc. E/CN.4/2006/56, 27 December 2005, para. 8):“据报道称,在国内武装冲突中反对派组织犯有强迫失踪的违反人权行为。尽管工作组的任务仅限于调查由国家代理人或在国家默许之下由非国家行为体从事的违反行为,但工作组谴责任何强迫失踪的行为,不管是由谁所作。”报告还提到尼泊尔境内的安全部队任意使用强制失踪的行为,表示:“毛派交战团体还犯有大规模的非法剥夺人身自由的行为”(第386段)。在这种情况下,无法推断这些毛派主义者的行为是否得到政府的默许。

[69] See UN Doc. A/Res/56/83, adopted 12 December 2001. 评述见 ILC 报告 A/56/10, 2001 年第 53 届会议上通过。詹姆斯·克劳福德(James Crawford), *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002. 这本书中全文摘录了评述,另附有有用的介绍和附录。

[70] 第 10 条第 1 款“成为一国新政府的叛乱运动的行为应视为国际法所指的该国的行为”。

[71] 第 10 条第 2 款:“在一个先已存在的国家的一部分领土或其管理下的某一领土内组成一个新的国家的叛乱运动或其他运动的行为,依国际法应视为该新国家的行为。”

[72] 有人主张认为,这种责任是作为革命开端产生的责任。Chittharanjan F. Amerasinghe, *State Responsibility for Injuries to Aliens*, Clarendon, Oxford, 1967, p. 54.

反叛运动在成立政府之前的义务,不仅仅要遵守国际人道法规则,还要遵守国际法的一般规则,其中包括现在讨论的国际人权法规则。^[3]

从这一条国家责任的问责标准的发展历史中,我们可以看出在处理“已经成功的叛乱运动为外国人造成的损害应如何赔偿”问题上国家的实践情况。^[4] 这条问责标准产生了更多的涉及保护外国人的实体规则,而不是武装冲突法的规则(在那个时候适用于国内武装冲突的规则还相当不发达)。现在关于保护外国人的实体规则已经被国际人权法所取代,^[5] 所以现在要解决的就是如何把人权法适用到成功的叛乱运动。

有人认为,“反对派武装力量”一词的定义正好能表达出“叛乱运动”的根本含义。^[6] 国际法委员会所作的评述认为,此条规定的团体种类可以类推适用《日内瓦公约第二附加议定书》所定的标准。《第二附加议定书》的调整对象,包括发生在缔约方军队与负责统率下对该方一部分领土行使控制权,从而使其能进行持久而协调的军事行动并执行本议定书的持不同政见的武装部队或其他有组织的武装集团之间的一切武装冲突”。国际法委员会也排除了一些情况,认为从事这些行为时该组织并不构成叛乱运动。^[7] 第1条第2款规定,“本议定书不应适用于非武装冲突的内部动乱和紧张局势,如暴动、孤立而不时发生的暴力行为和其他类似性质的行为”。评述排除了条文中提到的“其他运动”和“在原有国家框架内倡导独立或革命的个别性组织……”^[8]

未获成功的叛乱运动不属于国家责任的范畴,但是至于是否仍应为

[73] David Matas, “Armed Opposition Groups”, Manitoba Law Journal, Vol. 24, 1997, pp. 621 - 34.

[74] 见国际法委员会评述第13段对第10条的评述,前注[69],第117页,引用了一个为1930年编纂会议筹备委员会而准备的文件为例。

[75] 见国际法委员会特别报告员 John Dugard 关于外交保护的第一份报告,文件号为 UN Doc. A/CN.4/506。2000年3月7日,“现代国际人权法已经赋予外国人和国民同样的保护地位,而不再仅仅是西方国家早先确立的最低标准”(第3段)。

[76] 国际法委员会评述,见前注[69],对第10条的评述第9段,第115页。

[77] 同上。

[78] 第115页,对第10条的评述第10段,见前注[69]。

其违反人权的行为负责,国际法委员会对此持谨慎态度。^[9]

非国家行为体在武装冲突期间可以采取的保护人权的现实措施

也许把这个问题留下会更好。这个问题就是:根据国际人道法的标准,其规则可以适用于冲突各方;人权义务则可以透过安理会的实践看出其适用的范围,在此基础上再予以推广适用。当某一叛乱运动或其他运动成功建立一个新政府或新国家之后,新政府就要为运动组织违反国际法的行为承担国家责任。但是,仍然存在非常棘手的现实问题,理论还不能运用到现实中来。

首先,正如上文提到的,如果依据《第二附加议定书》的标准,^[0]就必须要求该政府承认叛乱团体对其领土取得了一定的控制,并获得了一定的权力。然而,政府一般都不情愿,或者甚至连共同第三条规定的最低标准(即在缔约国领土上发生了非国际性武装冲突)也不愿承认。^[1]

[79] 第 118 页对第 10 条的评述第 16 段:“还存在一种可能性:在国际法上未成功的叛乱运动可以为其自己的行为负责,如军队所为的违反国际人道法的行为。但是,未成功的叛乱运动或其他运动的国际责任问题不在此国家责任条款所讨论范围,此条款只讨论国家的责任。”

[80] 《第二附加议定书》适用于“1949 年 8 月 12 日《第一附加议定书》第一条不能涵盖的各种武装冲突,关于保护国际性武装冲突受害者(《第一附加议定书》),或者发生在缔约方军队与负责统率下对该方一部分领土行使控制权,从而使其能进行持久而协调的军事行动并执行议定书的持不同政见的武装部队或其他有组织的武装集团之间的一切武装冲突。(2) 议定书不应适用于非武装冲突的内部动乱和紧张局势,如暴动、孤立而不时发生的暴力行为和其他类似性质的行为。”第(1)条和第(2)条。第二议定书曾被适用于俄罗斯(车臣)、哥伦比亚、萨尔瓦多和卢旺达。

[81] 至于第三条的适用,越来越多地采用前南斯拉夫国际刑事法庭对武装冲突做出的定义。在 1995 年 10 月 2 日检查官诉塔迪奇案(管辖权, IT - 94 - 1 - AR72)中,上诉庭对武装冲突做出了定义,并界定了义务的范围:“在国家之间,或者一国内政府当局与有组织武装团体之间或这些团体之间出现诉诸武力的情况时,就可以认为发生了武装冲突。国际人道法自武装冲突发生时开始适用,并一直持续到和平协定签订为止,包括停止敌对行动期间;或者,如果是非国际性武装冲突,直到纠纷和平解决为止。国际人道法适用于发生战争国家的全部领土,或者,如果是国内武装冲突,适用于处于冲突方控制下的全部领土,而不论实际上是否真有战斗发生。”第 7 段。

尽管条约的这一条款费尽力气地强调人权规则的适用并不意味着对叛乱团体地位的承认,政府仍然拒绝将人权规则适用于叛乱团体。这样的拒绝真的重要吗?正如克利斯托弗·格林伍德(Christopher Greenwood)强调,“政府承认有武装冲突存在并不必要,共同第三条与《第二附加议定书》的义务只要满足某些条件就可以适用”。^[2]那么既然该条款可以适用,我们还需要关注政府的态度吗?政府的态度当然也有意义,否则要说服叛乱团体对一个不承认它们,也拒绝对它们自己的军队承认义务政府承担人权义务就更加困难了。尽管规则旨在保护战争的受害者,而不是要建立一个平等对话的行为平台,但是政府与叛乱团体之间的互惠关系还是很重要,并且关系不对等也是问题之一。

其次,至于叛乱团体,关于他们为什么要遵守这些准则的理论研讨更多的是出于学术上的兴趣。以国家承诺和国际习惯为理论依据的论点很可能被叛乱团体驳斥,因为他们既没有参与缔约过程也没有被允许遵守协议。^[3]如果叛乱团体质疑整个法律制定制度的合法性时,仅仅依赖国内法的强制约束力(即使仅仅是作为国际法的补充)也可能会遭遇冷淡的回应。一些力争成为国家执政者的叛乱团体可能会寻求国际法上的合法性,并且认为有必要适用被国际社会所认可的规则。另一些叛乱团体可能没有这样的野心,觉得能够控制某种自然资源或有机会去实施有组织的犯罪就已经很满足了。^[4]

[82] Christopher Greenwood, “International Humanitarian Law (Laws of War)”, in Frits Kalshoven (ed.) *The Centennial of the First International Peace Conference*, Kluwer Law International, The Hague, 2000, pp. 161 – 259, p. 231.

[83] See generally Marco Sassòli, “Possible Legal Mechanisms to Improve Compliance by Armed Groups with International Humanitarian Law and International Human Rights Law”, Conference Paper University of Quebec in Montreal, 2000, available through <http://www.ihlresearch.org/ihl/>. (visited 23 October 2006); Zegveld, above note 9), p. 17, footnote 27.

[84] See the discussion by Claude Bruderlein, “The role of non-state actors in building human security: the case of armed groups in intra-state wars”, Centre for Humanitarian Dialogue, Geneva, 2000, p. 11. 另见几篇论文,就如何减少诸如公司和金融机构的非国家行为体的经济活动在武装冲突中造成的损害提出了建议: Karen Ballentine and Heiko Nitzschke (eds.), *Profiting from Peace: Managing the Resource Dimensions of Civil War*, Boulder, Colo., Lynne Rienner, 2005.

也许是该做一个深刻反思的时候了。人权组织(例如大赦国际)都在报道武装组织,并在国际人道法的范畴之外呼吁人们尊重人权(征募儿童兵,人道工作者的侵权行为,限制新闻记者,否认言论自由等)。^[5]《人权观察》曾报道了一个武装反对派团体对他们自己的战斗员强制离婚和进行身体虐待的事件。^[6]简言之,人权的实施监督者正在人道法的范围之外扩大传统合法架构。在这个领域的一个有趣发展,就是武装团体自己的自愿承诺、宣言、接受行为准则和谅解备忘录。这些文件越来越多的涉及人权标准,并且都是为适应特殊形势“量身定做”。经验证明,在这一领域“武装团体承诺自己会遵守成文的行为准则,将鼓励他们尊重人权”。^[7]一项关于 11 个这种行为准则的研究,涉及布隆迪、利比亚、索马里、塞拉利昂、阿富汗、苏丹、刚果民主共和国、安哥拉、东帝汶、朝鲜、俄罗斯联邦。研究表明,“非国家行为体的这些人权协议引入

[85] See “ Israel And The Occupied Territories And The Palestinian Authority: Without distinction - attack on civilians by Palestinian armed groups ”, A I Index M D E 02 /003 /2002 ; regarding armed groups in A lgeria: “ A lgeria: Steps towards change or empty prom ises? ”, M D E 25 /2003 (to stop targeting civilians im m ed iately and respect the m ost fundam ental hum an right, the right to life ; to stop im m ed iately the practice of abducting wom en and girls and subjecting them to rape and other form s of torture. Regarding armed political groups in the Dem ocratic Republic of Congo: “ D R C : On the precipice: the deepening hum an rights and hum anitarian crisis in Ituri ”, A F R 62 /006 /2003 (armed political groups should im m ed iately cease un law ful killings and other hum an rights abuses against civilians and com batants who have ceased to take part in hostilities ; all forces should im m ed iately cease harassm ent of and hum an rights abuses against hum anitarian N G O staff and hum an rights activists and ensure unhindered and safe access for hum anitarian agencies to all areas under their control ; all armed groups should end the recruitm ent into their forces of child soldiers under the age of 18 and cooperate w ith M O N U C and other appropriate agencies for the disarm am ent, dem obilization and reintegration of these children) . See “ D R C : A ddressing the present and building a future ”, A F R 62 /050 /2003 ; and “ Haiti Abuse of hum an rights: political violence as the 200th anniversary of independence approaches ”, A M R 36 /007 /2003 . See also “ Iraq: In cold blood: abuses by armed groups ”, A I index M D E 14 /009 /2005 .

[86] “ No Exit: Hum an Rights Abuses Inside the M K O Camp ” Hum an Rights W atch (M ay 2005) .

[87] “ Ends and M eans: hum an rights approaches to armed groups ”, International Council on Hum an Rights Policy, I C H R P , Versoix, 2000 , p. 5.

了国际人权习惯法的内容”。〔8〕这个研究同时指出,这些协议阐明人道援助的受益者享有以下权利:“安全而有尊严的生活的权利,满足基本需求的权利,根据基本需求无歧视地接受人道主义援助的权利,参与有关自己的人道主义活动的权利,合法有效的受到人权保护的权利,反对强制迁移的权利。〔9〕类似日内瓦之声的非政府组织,经常参与监督非国家行为体实现他们做出的关于杀伤人员地雷的承诺。研究儿童和武装冲突关系的联合国秘书长特别代表的任务就是获得不在武装冲突中征用儿童的承诺并监督实现它们。〔10〕

有趣的是,从联合国秘书长关于儿童和武装冲突的关系的报告中我们可以看到,与描述某个违反国际人道法特定事例相比,找到现实的解决办法要重要得多。联合国秘书长在一个报告中提到,他的特别代表正在试图得到北爱尔兰武装团体的承诺——“禁止在武装冲突中征用儿童”。〔1〕而后报告说到,到俄罗斯联邦车臣共和国一行之后,特别代表报告指出,“暴动团体继续征用儿童来安放炸弹和炸药”。〔2〕几个月以后我们发现这个报告的勘误表上解释说,关于车臣的表达,“暴动团体”被更换为“非法武装团体”,在提及车臣之后又加入一句——“尽管那里的形势并不是《日内瓦公约》及其《附加议定书》中定义的武装冲突”。〔3〕在关于北爱尔兰的条目中也作了类似修改。〔4〕现在联合国秘书长报告的题目不仅涉及武装冲突的冲突方也包括在相关情况下征募

〔8〕 Jean - Daniel Vigny and Cecilia Thompson, “Fundamental Standards of humanity: What Future?” Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol. 20, 2002, pp. 185 - 99, p. 193.

〔89〕 Ibid., p. 194.

〔90〕 这两个目的都在探讨非国家行为体的人权义务时有所提及:见2006,见第289~299页。另见 <http://www.genevacall.org/home.htm>。(2006年10月23日访问);<http://www.un.org/special-rep/children-armed-conflict/>(2006年10月23日访问)。

〔91〕 UN Doc. A/58/546 - S/2003/1053, 10 November 2003, para. 58.

〔92〕 Ibid., para. 61.

〔93〕 UN Doc. A/58/546 - Corr.2 - S/2003/1053 - Corr.2, 19 April 2004.

〔94〕 UN Doc. A/58/546 - Corr.1 - S/2003/1053 - Corr.1, 20 February 2004.

和使用儿童兵的冲突方。^[5] 联合国和非政府组织将继续寻求可行的方法披露非国家行为体在冲突中无视儿童权利的行为。国际人道法无法适用是因为没有武装冲突发生,或者是认为没有武装冲突发生,联合国和非政府组织必须通过让这些非国家行为体承担人权义务的方法来解决这个问题。

私营安全公司

每当提到武装冲突下的私营安全公司,人们的第一反应是认为将他们标上外国雇佣兵的标签,从而认为他们是非法的。现代国际上对外国雇佣兵的定义是有问题的,在国际人道法中只是剥夺国际性武装冲突中被捕者的战俘地位。^[6] 在国际人道法范畴之外,试图基于一系列很容易规避的定义给外国雇佣兵行为定罪是站不住脚的。现在,“外国雇佣兵”这个词将继续被用来表达使用者不赞成的态度,而不是作为评价个人是否已经符合国际法的标准。然而,在这个领域,应该关注合同法中雇佣公司的责任和个人在武装冲突法中的刑事责任,而不是侧重于将人权概念作为判断某人是否构成外国雇佣兵的标准。虽然在外国雇佣兵方面的犯罪制裁条约在非洲已经生效了一段时间,^[7]但是,在现实中就非洲条约(如:《关于消除雇佣军活动的公约》)或其他条约所规定的犯罪提起的起诉则少之又少,尽管基于对国内法的违反出现了几次很有名

[95] Ibid. See also the new Report of the Secretary - General A /59 /695 - S /2005 /72, 9 February 2005, Annex II.

[96] 《1949年日内瓦公约第一附加议定书》第47条。关于联合国与非洲统一组织(OAU)之间就外国雇佣军展开的争论这一政治背景以及第47条的最终采纳,参见:Antonio Cassese, “Mercenaries: Lawful Combatants or War Criminals?” Za RV, Vol. 40, 1980, pp. 1 - 30.

[97] 1997年7月3日的《非洲统一组织关于消除非洲雇佣军活动的公约》,1985年4月22日生效;1989年12月4日的《反对招募、使用、资助和训练雇佣军的国际公约》,2001年10月20日生效。

的关于外国雇佣兵的审判。^[8]

另一个思路是去思考在国际法下私人军事公司是如何引发国家责任的。如果公司是由法律授权行使政府管理的职能,或按照政府的命令行事,或在国家的指导或控制之下行事,就将引发国家责任。^[9] 但是仅仅考虑国家责任还不是问题的全部,我们需要一个更广阔的思路来思考,根据国际法的实体和程序规则在多大范围内能够直接追究公司自身的责任。

公司自身的国际责任问题曾经在联合国人权委员会(现在的理事会)讨论过。理事会关于使用外国雇佣兵的专门工作组有着双重任务。一方面,工作组要监督“提供军事援助的私人公司”对人权保护造成的影响;另一方面,工作组要为起草能够鼓励这些公司在行为中尊重人权的国际原则做准备。^[00] 工作组在 2006 年的报告中表示,私人军事和安全公司在跨国提供援助时应该遵守《跨国公司及其他商业行为在人权方面的责任准则》(草案),这一准则在 2003 年得到联合国关于促进和保护人权小组委员会的批准。^[01] 工作组同时还支持建立一个“监督和投

[98] 2004 年针对几位被控在赤道几内亚谋反的被告进行的审判并未提到雇佣军问题, See Amnesty International, “ Equatorial Guinea: Trial of alleged coup plotters seriously flawed ”, AI Index: AFR 24 /017 /2004, 30 November 2004; 同样,在津巴布韦同样的指控也只侧重于武器和移民问题,“ Mercenaries’ appeal Zimbabwe ”, BBC News, 9 December 2004, 详细资料见: <http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/africa/4082481.stm>. (2006 年 10 月 23 日登录)。另见: Eric David, *Mercenaries et volontaires internationaux en droit des gens*, Editions de L’Université de Bruxelles, Brussels, 1978, pp. 229 – 63. 总结非洲国家各个军事公司及其目标的表格见附件一: “ Mercenaries: Africa’s Experience 1950s – 1990 ”, in Aatau M usah and JK ayod Fayem i (eds.), *Mercenaries: An African Security D ilem m a*, Pluto, London, 2000, pp. 265 – 74.

[99] 见国际法委员会《关于国家责任条款草案》(A/R es/56/83) 第 5 条和第 8 条, 2001 年 12 月 12 日, 同样的讨论见 Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non - State Actors*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 241 – 4.

[100] 人权委员会第 2005/2 号决议。

[101] 联合国文件, Doc. E /CN .4 /2006 /11 /Add.1, 3 M arch 2006, 第 28 段, “ 在这一点上, 各国同意, 2003 年经过促进和保护人权小组委员会批准的《跨国公司及其他商业行为在人权方面的责任准则》草案 (E /CN .4 /Sub.2 /2003 /12 /Rev.2), 其准则条款应该适用于在两个以上的国家活动并提供军事、安全服务私人公司, 另外, 对于作为经济主体在两个以上国家活动的私人公司, 不管他们的法律形式如何, 不管他们在本国还是东道国, 也不管他们单独或联合行动, 都可以适用这一行为准则 ”。

诉机构来处理有关外国雇佣兵活动的投诉”。^[02]

关于私人公司责任的讨论也要考虑根据《美国外国人侵权诉求法案》提出申诉的可能性。种族灭绝、贩卖奴隶、奴隶制、强迫劳动和战争罪在美国法院都被认为是可诉的,即使缺乏国家之间的联系。^[03] 卡迪奇诉卡拉季奇案的判决表明:只要以种族灭绝和战争犯罪为目的,在此过程中单独构成强奸、酷刑和即决处决等罪时,可以依据《外国人侵权法》提起诉讼,不需要是国家的行为。^[04] 最高法院在索萨诉阿尔瓦雷斯 - 马查因案^[05]中提到了哥伦比亚地区上诉法院在 1984 年的一个判决,判决认为“在 1984 年对于个人酷刑行为是否触犯了国际法这一问题,国家还没有一致性的意见”。^[06] 然而,到现在认为酷刑罪只限于国家政府行为的观点已被驳倒;正如前南斯拉夫国际刑事法庭上诉庭新近确定的那样,私人个体行为在国际法框架下可以为国际侵权行为承担责任,不是一定要涉及国家的公务人员。^[07]

至于这些义务是否可以在国家和个人之外由公司来承担的问题,在

[102] 同上,第 2 页。

[103] *W iwa v. Royal Dutch Shell Petroleum (Shell)*, US D istrict C ourt for the Southern D istrict of New York, 28 February 2002, p. 39. See also *Doe I v. Unocal Corporation*, 18 September 2002, paras. 3 ff.

[104] *Kadic v. Karadzic*, 70 F. 3d 232 (2d Cir., 1995), pp. 243 - 244.

[105] *Sosa v. Alvarez - Machain et al.*, 542 US 692 (2004).

[106] Referring to *Tel - O ren v. Libyan Arab Republic*, 726 F. 2d 774 (CADDC 1984) at footnote 20.

[107] “在本案中初审庭认为在酷刑公约框架之外,依据国际习惯法追究个人的酷刑刑事责任时,不要求被告在政府中任职,这一观点是正确的。”*Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic*, Case IT - 96 - 23 & IT - 96 - 23 /1 - A, 前南斯拉夫国际刑事法庭(上诉庭)判决,2002 年 6 月 12 日,第 148 段。

美国联邦法院的几个未决的案件中都假定为可以承担,^[08] 并且有至少一个案子被详细探讨。在这个案子中法官的结论是:公司在国际人权法下也承担义务。在塔利斯曼能源公司 (Talisman Energy Inc.) 在苏丹违反人权行为一案的初审阶段,施瓦兹 (Schwartz) 法官总结道:

大量国际法和美国的先例都表明,公司可以在国际法的框架下承担责任,至少对其恶劣的侵犯人权的行为应该负责。多个第二巡回法院的先例进一步表明,根据《外国人侵权诉求法案》起诉公司违反包括强行法在内的国际法,是很常见的,而非例外。^[09]

在贾马诉埃斯莫尔案中,地区法院运用了最高法院在索萨诉阿尔瓦雷斯 - 马查因案中发展出来的新标准,来处理寻求避难者起诉个人保镖和保镖公司 (埃斯莫尔) 的纠纷。地区法院高级法官迪肯森·德伯瓦斯 (Dickenson R. Debevoise) 引用了最高法院的新标准,认为个人提出的关于性侵犯和其他虐待的指控并未达到最高法院设定的严格标准:

联邦法院适用《外国人侵权法》时“除第 1350 制定时确定的范例之外,不应承认个人依据联邦普通法提起的其他违反国际法规则之诉,如果这些个人诉求缺乏明确内容,也没有被文明国家广泛接受 [索萨案 2765 页]。^{6 [10]} 所有针对埃斯莫尔保安公司个人保镖的诉讼都没有达到这个严格的标准。可以比较一下埃斯莫尔保安公司个人保镖被诉参与

[108] 除了上注提到的案子之外,另见下列正在审理中的案子: *W iwa v. Royal Dutch Petroleum Co et al.* Case No. 96 CIV 8386 (KM W) (SD NY 2002); *Villeda et al. v. Fresh Del Monte Produce Inc, et al.* Case No 01 - C IV - 3300 (SD Fla. 2001); *Bowoto et al. v. Chevron et al.* Case No. C99 - 2506 (ND Cal 2000); *Arias et al. v. DynCorp et al.* Case No 01 - 01908 (DDC 2001); *John Doe I et al. v. Exxon Mobil Corp et al.*, Case No. 01CV01357 (DDC 2001); *Sinaltrainal et al. v. Coca - Cola et al.* Case No. 01 - 03208 (SD Fla 2001); *Estate of Rodrigues et al. v. Drummond Company Inc et al.* Case No. CV - 02 - 0665 - W (ND Ala 2002). 另见:对于至 2004 年 6 月为止所有有关私人公司的判决所作的详细探讨: Sarah Joseph, *Corporations and Transnational Human Rights Litigation*, Hart Publishing, Oxford, 2004.

[109] *The Presbyterian Church of Sudan et al. v. Talisman Energy Inc, Republic of the Sudan Civil Action 01 CV 9882 (AGS)*, US District Court for the Southern District of New York, p. 47 of the Order of 19 March 2003. 在前注 [99], Clapham 一书的第 6、7、1 章我们对此案作了深入讨论。

[110] 法院引用了报告版的案例: *Sosa v. Alvarez - Macha* in 124 S. Ct. 2739 (2004).

的侵权行为和费拉尔蒂加诉佩纳 - 伊拉拉案 (Filartiga v. Pena - Irala) 中讨论的酷刑和谋杀 [630 F.2d 876 (CA 6 1980)]。^[11]

但是判决意见认为,对埃斯莫尔公司提起的外国人侵权之诉一案不应在简易程序中被驳回,索萨 (Sosa) 一案中确立的有关习惯国际人权法的标准已经满足,特别是不受非人道待遇和不受有辱人格的待遇的权利。法官谨慎地考虑了最高法院的判决,考虑外国人侵权之诉是否存在其他救济途径。在此案中,一般正常的申诉途径都不可能,或是因为私人公司不受宪法的约束,也不受公法的保护,或是因为外国人不能享有某些救济的权利。^[12]

这个典型的案子说明:对非国家行为体违反人权法的行为可以根据《外国人侵权诉求法案》提起诉讼。这里可以清楚地看到,法官的逻辑也被用来解决其他情况下私营安全公司要承担的侵犯人权责任的问题。^[13]

还有没有其他更注重法律实质正义的方法呢?辛格曾经建议,可以从各利益方(政府、学术界、非政府组织以及公司)选出专家,由他们列出各项问题,建立一个数据库,涵盖这一行业所有在全球被承认的公司,并提出可行的管理方案、评估标准以及决策者据以衡量并做出决策的行为准则。^[14]辛格设想着这样一个程序可以引进监察机制,“包括在私人军事公司人员数据库中对他们过去的人权违反行为保留记录”。^[15]另外,这个系统不仅可以监督国际法的实施,而且可以根据记录情况“有权

[111] Jam a v. Esmor, C iv. No. 97 - 3093 (DRD), 10 November 2004, p. 33 of the published transcript.

[112] 在一个由私人公司运营的联邦监狱的案例中,最高法院认为,反对残酷异常的刑罚(美国宪法第八修正案)的宪法侵权之诉不能针对私人公司提起,尽管在无其他救济存在时可以针对联邦保安个人提起。Correctional Serv. Corp. v. Malesko, 534 U.S. 61 (2001).

[113] 针对伊拉克雇佣军的违反人权行为向美国法院提起的诉讼;见: Salah et al. v. Titan Corp, 353 F. Supp. 2d 1087 (2004); Ibrahim et al. v. Titan Corp 391 F. Supp. 2d 10 (2005).

[114] Peter W. Singer, Corporate Warriors: The Rise of the Privatized Military Industry, Cornell University Press, Ithaca, 2003, p. 241.

[115] Ibid.

命令私营安全公司停止支付薪金。^[16] 原理在于一个得到政府审批和监督的公司可以更好地为联合国服务,也更有可能是从那些‘顾及自己形象’的国际雇主那里得到生意”。^[17]

通过市场作用为“雇佣军”这一“黑暗”的制度施加义务,看来可能有些奇怪。但是因为下面两个原因,这种方法还是很值得考虑的。首先,由于这些私人公司都不得不依赖于他们与政府之间签订的合同来保证拿到支付,合同安排中往往包含的遵守人权法和人道法重要条款就可以赋予政府在某种条件下以单方拒绝支付权。有关沙线国际与巴布亚新几内亚政府之间的争议,根据联合国贸易和发展委员会制定的规则所作的国际仲裁及其后进行的诉讼程序,最终以 1300 万美元的赔偿而告终。尽管双方达成的合同中并未提及“符合日内瓦公约下的义务”,^[18] 一条精心起草的合同条款,要求遵守国际人道法和国际人权准则,并有谨慎招募的要求和惩戒人权违反的纪律作保障,私人公司为避免未来发生任何争议,就会有很大的动力遵守国际人权法。^[19] 其次,私营安全公司自身也会看到人权监督机制带给他们的好处,有利于他们加入社会主流群体并获得巨大赢利机会。

蒂姆·斯派塞(Tim Spicer)在其自传《非正规士兵:和平、战争及沙线事件》一书的开篇的第一章,就多处提到人权问题。这里有必要将其中一部分引述如下,因为从中我们可以看出作为非国家行为体实现尊重人权的途径:

“由于私人军事公司是以营利为目的,要获得成功,最根本的一条规

[116] Ibid.

[117] Ibid.

[118] 1997 年 1 月 31 日的雇佣合同,见于桑德莱恩国际公司的网站:www.sandline.com/site/(2006 年 10 月 23 日访问)。辛格也引用过此合同,见前注[114],第 245 页。

[119] Fran oise Hampson 认为,政府与私人公司之间签订的协议应当包括下列表述:“私人公司可以在保卫财产或人身防卫时开火”以及负有协助调查非法使用武力的义务。至于私人公司之间的合同,她认为,私人公司应当为其工作人员提供国内法律知识的培训,合同里应该规定私人公司的员工受东道国刑法的约束。“The problem with mercenary activity”, working paper for the UN meeting of the Group of Experts, Geneva 13 - 17 May 2002, at 3.

则就是要善始善终。遵守商业道德先为自己打造一个良好的信誉,继而努力维持。如果某个私人军事公司信誉欠佳,无职业操守,肆意挥霍客户对它的信任,随意更换客户,违反人权或者企图发动政变,那么这个公司及其负责人就会发现公司的前途规划一片茫然。不讲职业道德的事情也只能做一次,机会不会出现第二次,公司的前途也就完了。^[20]

从这里我们也许可以看到公司的社会责任的影子,而人权保护属于其社会责任的范畴。区别在于,在武装冲突发生的背景下,违反人权的行为很快引发有关的国际个人刑事责任,在这种情况下就没有必要再提出共谋的理由,个人可以被指控直接参与了国际罪行。许多这种罪犯都是《国际刑事法院罗马规约》缔约国的国民,另外,有些发生国内武装冲突的国家也批准加入了《罗马规约》,其中包括:刚果民主共和国、阿富汗和哥伦比亚。正如蒂姆·斯派塞指出的那样,在国际法庭面临刑事起诉的可能性,也是私人军事公司遵守日内瓦公约的动力之一。

另外,斯派塞建议成立人权办事处,监督私人军事公司的行为。他认为,可以向公司派遣观察小组,“他们的工作就像足球赛场上的裁判员一样”(只是没有派遣运动员上场的权力,那要由当地的指挥官来行使)。如此一来“私人军事公司完全知晓他们的行为受到监督,就不会希望在未来的比赛中被罚禁赛”,也不会希望面临在国际刑事法庭上被起诉的处境。^[21] 从人权的角度来看,刑事制裁的威胁也是一种有效的规制手段。然而尽管许多违反行为都可以由国际刑事法院管辖,或者未来各国可能建立国内法院,来管辖《罗马规约》规定的罪行,但是仍然有一些不在任何刑事法律的管辖范围之内。^[22]

多家美国官方报道都曾提到阿布格莱布丑闻事件。美军少将塔古

[120] An Unorthodox Soldier: Peace and War and the Sandline Affair, Mainstream Publishing, Edinburgh, 1999, pp. 25 - 6.

[121] Ibid., p. 26.

[122] See Peter W. Singer, “War, profits, and the Vacuum of Law: Privatized military Firms and International Law”, Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 42, 2004, pp. 521 - 49, pp. 537 - 8.

巴 (Taguba) 在调查报告中建议对一位来自综合分析中心有限公司 (Consolidated Analysis Centers Inc.) 第 205 军事情报旅通过聘用制被雇用的美国平民史蒂文·斯特凡诺维奇 (Steven Stephanowicz) 给予以下处分: 训斥并记录在其职业档案, 终止聘用合同, 负面的评价报告以取消其安全免检通行证。他的行为主要涉及“允许或指示未经受任何讯问培训的军警按照‘一定的要求’协助讯问, 而制定这些要求既没有得到授权, 也没有任何法规或政策作为依据。史蒂文·斯特凡诺维奇清楚地知道他的指示与体罚并无二致。”^[23] 施莱辛格报告还提到, 调查显示, 在聘用的私人讯问人当中发现 35% 的人都缺乏足够的培训, 建议以后在签订合同时应该详定职位所需要的经验与技能”。^[24] 从人权的角度来说, 私人雇员犯有侵犯他人人权行为之后很少受到制裁。他们的雇主公司没有感觉到对他们有任何不利, 也就缺乏动力加紧控制以免再犯, 或者要求那些曾经涉嫌侵犯人权的人以后不能再与被拘禁者有任何接触。

一系列的专家报告都主张对于这个问题应该在国内、区域和国际三个层面上同时进行规制。^[25] 其中有一个顾虑在于, 不清楚这些雇佣人员在国际法上是处于什么地位。^[26] 何种情况下他们可以被视为享有战俘地位的战斗员? 何种情况下他们可以依据军事法受到起诉? 何种情况下他们的行为又可以视为雇佣军? 国际人道法大学中心 (后来成为日

[123] 针对第 800 旅军警的调查报告第 15—16 条, 第 48 页, 见 www.globalpolicy.org/security/issues/iraq/attack/law/2004/2004tagubareport.pdf (2006 年 10 月 23 日访问)。

[124] Final Report of the Independent Panel to Review DoD Operations, p. 69. Available at www.defenselink.mil/news/Aug2004/d20040824finalreport.pdf (visited 23 October 2006) .

[125] See e.g. Caroline Holmqvist, “Private Security Companies: The Case for Regulation”, Stockholm International Peace Research Institute Policy Paper No. 9, Stockholm, 2005; 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, Geneva, 2005; Peter W. Singer, “The Private Military Industry and Iraq: What Have We Learned and Where to Next?”, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces, Geneva, 2004; James Cockayne, “Commercial Security in Humanitarian and Post-Conflict Settings: An Exploratory Study”, International Peace Academy, New York, 2006; and Simon Chesterman and Chia Lehnardt From Mercenaries to Market: The Rise and Regulation of Private Military Companies (forthcoming) .

[126] E.g. Schreier and Caparini, above note 125; Singer, above note 125, pp. 11 – 14.

内瓦国际人道法和人权法研究院)召集了一批专家进行了讨论,会上就曾细致讨论了这些问题及其他有关国家责任的问题。由于篇幅有限,会上辩论的概要也不再引述。^[27] 另外一个顾虑是因为,对于在伊拉克发生的违反人权的行爲,很少会在自己的国家(如美国)受到起诉,^[28] 同时伊拉克国内政权又不可能去起诉为英美联军服务的雇佣兵。还有一个顾虑,从根本上质疑那些参与武装斗争和讯问的人对其在公共领域的行爲是否应该从民主意义上承担责任。

在讨论到人权法对各种私营安全公司许可制度有什么影响时,我们也许可以从伊拉克临时管理委员会对私营安全公司的规制谈起。要达到伊拉克内政部长的审批标准,私营安全公司的雇员必须“愿意遵守法律以及全体伊拉克人民的人权与自由”。^[29] 值得注意的是这些公司还必须支付不低于 25,000 美元的可返还保证金,而“公司及其雇员违反任何伊拉克法律及其他法律,都要对该保证金予以没收”。^[30] 内政部长将“雇员违法”发生之后公司是否立刻采取了处理措施作为没收一部分或者全部保证金的考虑因素。我们应该在伊拉克局势的背景下考察这种安排,合同当事人“对于其履约行爲可以根据合同或转包合同条款的规定免受伊拉克司法程序管辖”。^[31] 虽然这里明显存在着一个风险,最少数额为 25,000 美元的保证金(也可以更高,根据实际合同标的额按比例缴纳)很有可能被作为行政成本被政府抵消,也有可能用来补偿受到公

[127] “ Expert Meeting on Private Military Contractors: Status and State responsibility For Their Actions”, 29 – 30 August 2005, available at, http://www.uchl.org/communication/Private_Military_Companies_report.pdf (last visited 23 October 2006). Readers may also be interested in the “ Swiss Initiative in Cooperation with the International Committee of the Red Cross to Promote Respect for International Humanitarian Law and Human Rights Law with regard to Private Military and Security Companies Operating in Conflict Situations ” and intergovernmental initiative organized by the Swiss Federal Department of Foreign Affairs; papers are available at, www.dv.admin.ch/psc (last visited 23 October 2006).

[128] Singer, above note 125, p. 13.

[129] CPA /MEM /26, 2004 年 6 月 17 日第二部分第 6 条第 2 款。

[130] 同上,第三部分第 3 条。感谢红十字国际委员会法律处的詹姆斯·斯图尔特,他提醒我注意到了这一点。

[131] CPA /ORD /27, 2004 年 6 月 17 日,第四部分第三条。

司人权侵犯的受害者。

还有一个例子,根据《南非外国军事援助管理法》规定,如果某一许可将会“导致在外国军事援助的国家,人权及基本自由受到侵犯,政府可以拒绝授予许可”。^[32] 这一条款的意义在于,通过事先监督将人权保护作为政府授予许可的一个考量因素,而非事后追究责任。在人权问题上如果有不良记录,将很有可能导致任何提供私人军事服务合同不被批准。未经批准的军事援助将被视为刑事犯罪,无论是对于自然人而言还是对法人,其中也包括那些私营安全公司。^[33]

题为《私人军事公司:规制办法》的英国绿皮书^[34]提出了多种规制的方案:直接禁令,登记与许可,再到自愿性行动准则。这些行为准则中明确提到了人权保护的责任。绿皮书预见到这一行动准则将涉及有关人权法及国际法中国际人道法与战争法的内容。^[35] 绿皮书中要求诸如英国安全行业组织的商业协会来监督保证准则的执行。此外还要求准则中包含接受外部监管的条款。许多评论者认为,这一领域的规制必须考虑国际人权义务的要求,并保证那些安全公司自身能够遵守这些义务。如贝亚尼与利利所言,“英国政府必须使得国内立法体现相关国际人权法与人道法,以保证英国的雇佣兵与私营安全公司不违反这些法律”。^[36] 另一方面沃克和怀特指出,“人权法与人道法的有些原则并不是某个人或公司领导凭空想出来的”。^[37] 他们进一步总结道:“向私营

[132] 第 7 部分第 1 条第 2 款。

[133] 第八部分第 1 条。

[134] HC 577, 12 February 2002. 其他国家的情况概览参见绿皮书附件 B。除了南非和美国,其他国家的规制仅仅限于宣布外国雇佣军非法。美国情况参见《美军出口控制法》;根据《国际武器转让管理条例》的规定,武器转让必须取得国务院的许可,超过 5000 万美元的国防装备出口还必须通知国会。

[135] 同上,第 76 段。

[136] Chaloka Beyani and Damian Lilly, *Regulating private military companies: options for the UK Government*, International Alert, London, 2001, para. 61.

[137] C. Walker and D. W h y t e, “ Contracting out war? Private military companies, law and regulation in the United Kingdom ”, vol. *International & Comparative Law Quarterly* (2005) 651 – 89, at 687.

安全公司敞开合法市场,并非公共及私人权力的转让,而是一种对安全法规的重构,以转变规制的形式将国际人权法或国际人道法转变为合同与民法的调整方式。^[38]

然而,开采行业公司在安全法规方面采纳的自愿性示范准则,也是目前影响最大的调整方式,引发了《安全与人权自愿原则》的制定。这一框架由人权组织代表、商业协会、石油公司以及美国、英国、荷兰、挪威政府共同组成。^[39]就规范性而言,原则有助于勾画出私营安全公司需要遵守的国际标准以及开采公司在聘用私营安全公司时所需要确保遵守的国际人权义务。例如,指导方针指出:

私营安全公司的行为应当合法。他们必须谨慎行事,符合在当地使用武力的国际性指导方针,其中包括《联合国关于执法人员使用武力和火器的基本原则》、《联合国执法人员行为守则》以及由公司、社会和政府的最佳实践发展来的正在形成的惯例。

私营安全公司:不应雇佣有侵犯人权记录的个人来提供安全服务;只是在严格必要的情况下并且在威胁成比例的幅度内使用武力;雇员行使和平集会自由时,进行集体谈判的权利,以及其他由《世界人权宣言》和国际劳工组织《关于工作中的基本权利原则宣言》规定的权利时不得侵犯。

《萨拉热窝私营安全公司行为准则》也采用了特别引用联合国基本原则及行为准则和《世界人权宣言》的做法。^[40]这一做法代表着将人权标准适当地引入到私人行业。^[41]鉴于开采行业公司的自身地位,方针

[138] Ibid., at 689.

[139] See, <http://www.voluntaryprinciples.org/> (visited 23 October 2006).

[140] 东南欧与东欧管制小武器和轻武器信息中心(SEESAC, 2006), 原则 2.6 和 2.7。另见: South Eastern and Eastern Europe Clearinghouse for the Control of Small Arms and Light Weapons Principles 2.6 and 2.7. See also SALW and Private Security Companies in South Eastern Europe: A Cause or Effect of Insecurity (SEESAC: 2005) and “ The Sarajevo Client Guidelines for the Procurement of Private Security Companies ” (SEESAC: 2006).

[141] On the concept of human rights “ translation ” see Craig Scott, “ translating Torture into Transnational Tort: Conceptual Divides in the Debate on Corporate Accountability for Human Rights Harms ”, Craig Scott (ed.), Torture as Tort: Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation, Hart Publishing, Oxford, 2001, pp. 45 – 63.

指出：

在有武力发生的场合，开采公司必须适当地调查并报告公司的有关事件。公司必须向当地权力部门报告，同时/或者采取恰当的措施正常应对。同时，在有武力发生时应当向受伤者，包括主动挑起事端的人提供医疗救助。

在恰当的场合，开采公司应将上述指导方针作为合同条款纳入与私人安全供给者签订的合同当中，并确保私人安全提供者个人接受过尊重员工及当地社会权利的良好训练。协议在可行范围内应要求对非法或者违反行为予以调查并采取适当的训诫。同时协议还应当允许公司在有可靠证据证明私人安全提供者实施了非法或违法行为的场合下终止协议。

协议还有可能将指导方针直接纳入其中，以赋予其法律强制力。并且，有证据显示开采公司正在寻求给予指导方针一席之地，不仅仅将其规定在训练方案及与相关者的讨论中，^[42]而且还要放在合同关系中予以调整。^[43]

在这一章节的结尾，我们指出一项新近的发展。英国私营安全公司联盟在其网站首页宣布：“将致力于提高其成员以及这一新兴行业的行为标准，并确保遵守国际人权法律原则与人权标准。”^[44]这一宪章列出了许多对其成员有拘束力的原则，其中包括：要求其成员“在人权可能被侵犯的场合下，拒绝向政府及私人团体提供致命性杀伤武器”。这一自我规范将对私营安全公司有多大程度的影响以及雇主们是否会开始要求其雇佣的公司是这一组织的成员，都是值得探究的问题。对于这些组织能否有效地监管其成员，并惩罚其违反规则的行为，也将引发相当的

[142] Christine Batruch, “Oil and conflict: Lundin Petroleum’s experience in Sudan”, in Alyson J. K. Bail and Isabel Frommelt (eds.), *Business and Security: Public – Private Sector Relationships in a New Security Environment*, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 148 – 60, p. 154.

[143] See, e.g., BP’s Sustainability Report, 2003, p. 32.

[144] <http://www.bapsc.org.uk/default.asp> (visited 29 August 2006).

关注。对我们而言,关键就在于人权准用框架能够引发那些关心者的想象,同时也使那些将私营安全公司联盟所作的承诺视为“图利作为唯一目的”的人们感到吃惊。^[45]

结语

本文认为,诸如武装反对派团体与私营安全公司的非国家行为体负有保障人权的义务。另外一些非国家行为体(目前还有待调查)由于参与了多场武装冲突,因此在人权方面也负有保护的义务。^[46]我们还应当简要提及国际组织及其相关维和和平行动以及那些在安全部门之外的公司。对于这些相关者来说,如何减轻伴随武装冲突而来的苦难成为一个越来越显著的问题,法律职业者有必要将非国家行为体的人权义务纳入他们的视野范围内。前文关于危地马拉、塞拉利昂、黎巴嫩、尼泊尔的特别报告对此已经有所提及。

我们必须意识到,要转变思维,政治阻力会相当得大:政府可能会指责人道工作者们赋予了他们的敌人以合法地位,还会以此威胁收回合作承诺,但是这一障碍已经被人道法克服。没有人会因为指控恐怖分子违反了《日内瓦公约》共同第三条而被认为是在支持他们。现在当务之急,便是对人权法也应该如法炮制。一旦我们摆脱认为人权只调整个人与政府之间关系的成见,就不会担心对武装团体侵犯人权的指控将会自动赋予其合法或是准政府地位。如果我们无法将人权保障的责任施加给那些非国家行为体,我们将无颜面对人权受害者。现在应该是探讨非国家行为体的人权保障义务的时候了。

朱文奇 校

[145] “Private military companies: Who dares profits”, *The Economist*, 20 May 2006, p.38.

[146] See Clapham, above note 99, chs. 4 (UN), 5 (EU and WTO), 6 (corporations) and 7 (humanitarian organizations).