

公司行为人：武装冲突中 雇佣军的法律地位

凯瑟琳·法拉赫 著 / 朱莉* 译

摘要

在现代战争的进程中，公司行为人正扮演着越来越重要的角色。传统上，对适用于武装冲突中公司行为人法律的分析从调查适用于雇佣军的法律开始。同样的，私营军事产业的增长促使人们重新审视国际法下处理雇佣军问题的传统方法。本文批判性地纵览了适用于雇佣军的传统法律并考虑了公司行为人在多大程度上符合“雇佣军”的法律定义。它证明即使是雇佣军也应受到国际人道法的保护。

关于雇佣军定义和地位的争论由来已久。它会激起不同国家集团完全两级化的反应，一些国家认为雇佣军活动应被彻底禁止，而另一些则主张雇佣军不应受到国际法的任何差别对待。20世纪下半期，反对雇佣军是基于与保护后殖民国家民族自决权有关的顾虑。这在联合国有关文件的措辞中得到了反映，这些文件一直将利用雇佣军视为“侵犯

* 凯瑟琳·法拉赫 (Katherine Fallah)，悉尼大学在读博士研究生，现任澳大利亚联邦法院法官助理研究员。

** 中国人民大学法学院国际法硕士研究生。

人权并阻止人民行使民族自决权的手段”。〔1〕直到最近,对武装冲突中公司行为人的法律探讨仍然局限在雇佣军问题之内。而当前对公司行为人的关注,很大程度上是归因于私人军事承包商在伊拉克等地所扮演的角色。私人军事承包商未必就是国际法下的雇佣军,但和雇佣军一样,他们是出于商业或者私人利益而参与武装冲突。私营军事在当今战争中的重要性要求人们重新审视武装冲突中公司行为人的角色和规则。

公司行为人在伊拉克所扮演的角色已经引起了广泛的国际关注,特别是,根据报道,私人军事承包商不时成为攻击目标并受到有辱人格的待遇。〔2〕毫无疑问,国际人道法是要防止这种行为发生的,私人军事承包商遭到攻击并受到有辱人格待遇的情形也已经引起了人道法领域的关注。公司行为人在伊拉克所扮演的角色也吸引了政府的注意。例如,英国发布关于规范这一行业的绿皮书〔3〕背后的动因就是该国一些训练有素的武装部队士兵,尤其是特种空勤部队士兵,都辞职(或者请假)去伊拉克当合同工。〔4〕因为南非承包商洪水般地涌入伊拉克,南非政

〔1〕 See, by way of an illustrative sample: “ Report of the Third Meeting of Experts on 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”, December 2004, UN Doc. E/CN.4/2005/23; “ Report on the question of the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of peoples to self-determination”, submitted by the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, UN GAOR, 49th sess., Annex, UN Doc. A/49/362 (1994); 利用雇佣军作为手段侵犯人权和阻挠人民行使自决权利决议,联合国大会第59/178号决议,第59届大会,第74次全体会议, UN Doc A/RES/59/178 (3 March 2005); Shaista Sham een, “ Use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of peoples to self-determination”, Report of the Special Rapporteur on the right of peoples to self-determination and its application to peoples under colonial or alien domination or foreign occupation, UN Doc A/60/263 (2005).

〔2〕 See, e.g., “ Bodies mutilated in Fallujah attack”, BBC News (UK), 31 March 2004, available at, http://news.bbc.co.uk/2/hi/middle_east/3585765.stm (visited 2 Nov. 2006).

〔3〕 Private Military Companies: Options for Regulation, British Foreign and Commonwealth Office (Green Paper), 2002 (hereinafter UK Green Paper).

〔4〕 Robert Fisk and Severin Carrell, “ Britain’s secret army in Iraq: Thousands of armed security men who answer to nobody”, Independent (UK), 28 March 2004, available at, http://news.independent.co.uk/world/middle_east/story.jsp?story5505826. (visited 2 Nov. 2006).

府在这个问题上走得更远,它正在推动对国家雇佣军立法的正式复审。^[5]

伊拉克的私营军事活动也引起了有关武装冲突中公司行为人责任的问题。^[6] 私营军事公司一直试图声称,在缺乏特殊法律框架来规范公司行为人的前提下,它们的产业是“自律的”。例如,在2004年停止经营活动之前,“桑德莱恩国际”(Sandline International)声称“在缺乏一套调节私营军事公司的国际规则的情况下,‘桑德莱恩国际’采取了自律的方法来约束自身行为”。^[7] 实际上正相反,国际人道法和有关雇佣军的专门公约已经提供了规范私人军事承包商的国际法律框架。不幸的是,这个法律框架是支离破碎,至少在某些方面是相互矛盾的。桑德莱恩将这个行业描述成“自律的”就是一个例子,它反映了私人军事承包商和背后支持他们的政府是如何不时利用国际努力的特殊性来规制公司行为人。

在这篇文章中我并不打算提出关于规范私营军事产业的建议。本文的目的也并不是为了要打消国家的顾虑,尤其是后殖民时期非洲国家的顾虑,它们一贯激烈反对运用公司行为人在其国土上发动战争。这些顾虑今天仍然存在。在一篇涉及今年肯尼亚雇佣军丑闻的尖锐报道中,

[5] 南非私人保安业规章审查委员会承担了调查外国军事援助法(1998年15号法令)和私人保安业法(2001年56号法令)规则效力的任务。委员会文件见网址 <http://www.crsi.co.za>(2006年11月2日访问)。委员会提交了关于禁止雇佣军活动和禁止及规范武装冲突领域特定活动法案(2005年42号法案)。See, e.g., Mariette le Roux, South Africa: What are 5000 South Africans doing in Iraq?, South African Press Association, 6 July 2006.

[6] 最声名狼藉的是阿布格莱布监狱虐囚丑闻披露出的私人承包商,它刺激了美国的外国人侵权诉讼案件。迄今为止,起诉人在他们各自的诉讼中还未取得成功。See *Saleh v. Titan Corp.*, 436 F.Supp.2d 55 (DDC 2006) and *Ibrahim v. Titan Corporation*, 391 F. Supp.2d 10 (DDC 2005). For academic consideration of the issue, see Tina Garmon, “Domesticating international corporate responsibility: Holding private military firms accountable under the Alien Tort Claims Act”, *Tulane Journal of International and Comparative Law*, Vol. 11 (2003), pp. 325 - 54, and Jennifer L. Heil, “African private security companies and the Alien Tort Claims Act: Could multinational oil and mining companies be liable?”, *Northwestern Journal of International Law and Business*, Vol. 22(3) (2002), pp. 291 - 310.

[7] “Corporate overview”, Sandline International, available at, www.sandline.com/company/index.html (visited 2 Nov. 2006).

一位当地记者抓住了对公司行为人后殖民担忧的实质,断言抑制雇佣军活动的失败实际上等于“一种麻痹……这种麻痹在过去使得12个雇佣兵早晨降落在一个非洲国家,不到午饭时间就颠覆了政府”。〔8〕讨论如何建立一个更有力的法律框架来禁止在武装冲突中运用公司行为人,这也是可能的。但这将是要写另一篇文章的问题。〔9〕

与以上观点不同,我将从现行有效的法律的角度来解释问题。我将概述国际法下给予雇佣军特殊待遇的一些困难,并且强调国际人道法与雇佣军专门的条约法之间的一致。其中最重要的是,论证国际人道法是如何约束和保护雇佣军的。

国际人道法术语和问题

传统上,对适用于武装冲突中公司行为人的法律的分析从调查适用于雇佣军的法律开始。在研究涉及雇佣军问题的特殊法律条款过程中,有必要提到两个主要问题。第一个问题是谁可以被称为雇佣军,即雇佣军的定义标准问题。第二个问题就是如何确定因雇佣军身份所引起的后果。在下面的文章中,我将仔细考虑当下这两个问题的法律状况。

对现代意义上“私人军事承包商”日益频繁的使用凸显出更深层次的问题。〔10〕私人军事承包商趋向于被认为主要是受金钱利益驱使而不

〔8〕 “The makings of a civilian coup”, Sunday Nation (Kenya), 18 June 2006.

〔9〕 完善私人军事承包商行为国家责任问题的思考,见“Private military contractors: Status and responsibility for their actions”, report of the Expert Meeting on Private Military Contractors, CUDH, Geneva, 29 – 30 Aug. 2005.

〔10〕 有关这个问题学术成果的实例,见辛格和其他人的作品: Peter Warren Singer, *Corporate Warriors: The Rise of the Privatized Military Industry*, Cornell University Press, Ithaca and London, 2003; Peter W. Singer, “Corporate warriors: The rise of the privatized military industry and its ramifications for international security”, *International Security*, Vol. 26 (3) (2002), p. 186; Peter W. Singer, “Peacekeepers, Inc.”, *Policy Review*, Vol. 119 (2003), available at <http://www.policyreview.org/jun03/singer.html> (visited 2 Nov. 2006); Deborah D. Avant, *The Market for Force: The Consequences of Private Security*, Cambridge University Press, New York, 2005; Deborah Avant, “Mercenaries”, *Foreign Policy*, Vol. 143 (2004), p. 20; Robert Mandel, *Armies without States: The Privatization of Security*, Lynne Rienner, Boulder, 2002.

是出于意识形态或爱国热忱。^{〔1〕}这就引出了问题:私人军事承包商是否是国际人道法意义上的“雇佣军”?如果不是,他们的身份又应如何确定?必须要注意到“私人军事承包商”只是个词语而非法律术语,没有任何国际法律文件提及或者定义这个词语或它的近义词。^{〔2〕}政治评论家和公司行为人时常企图将“私人军事承包商”用作一个例外术语,从而主张承包商既不受国际人道法约束也不受其保护。“雇佣军”这个词在国际法律文件中具有很多的含义,但它并不是专用于法律语境。相反,“雇佣军”这个标签经常“被用来表达说话者的反对态度,而不是描述满足国际法下特殊标准的个体”,^{〔3〕}从而呈现出政治而不是法律意义。为了减少对这个说法的滥用,除非法律中特别提到“雇佣军”,我将用“公司行为人”来谈及包括被广泛认为是雇佣兵和私人军事承包商的行动者。

雇佣军在有关公约下的待遇

许多国家在“关于重申和发展适用武装冲突的国际人道法外交会议”^{〔4〕}上极为勉强地同意了非洲统一组织(OAU)^{〔5〕}和社会主义国家当时提出的在公约中添加专门规范雇佣军活动之条款的要求。^{〔6〕}寻求无所不包的国际人道法体系的国家和寻求对武装冲突中公司行为人正式、

〔11〕 这以许多评论员将国际人道法下的“雇佣兵”和“志愿兵”区分开来为基础。See, e.g., Marie-France Major, “Mercenaries and international law”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 22 (1) (1992), pp. 103 – 50, at p. 111, citing Yves Sandoz and Abdulgaw i Yusuf.

〔12〕 例如“私营安全承包商”或“非军方承包商”。

〔13〕 Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 299 – 300.

〔14〕 日内瓦, 1974 - 7 (在下文中 1977 年外交会议)。

〔15〕 现在是非洲联盟。

〔16〕 许多国家都尽力设法表达他们对这一条款的异议, 尽管《第一附加议定书》第 47 条最终获得同意通过 (CDDH/SR.41, 26 May 1977). *Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law applicable in Armed Conflicts (CDDH)*, Federal Political Department, Bern, 1978, Vol. VI, p. 488.

排他的分类的国家之间持久的争论,无疑破坏了专门关于雇佣军的条约法的法律效力。这点可以从有限的愿意批准雇佣军专门公约的国家数量^[7]和在普遍国际人道法文件中雇佣军特殊条款的措辞方面得到证实。

国际人道法文件

国际人道法文件关注的中心是提供保护,包括武装冲突时期的法律保护,并且很少有公约会忽略特殊种类的行动者,在这方面国际人道法处理雇佣军的方法颇受争议。雇佣军条款主要是具有象征意义,仅限于雇佣军是受到特殊关注的主体,受到比战斗员程度低的保护。然而,达成“雇佣军”的公约上的定义却很困难,国际人道法文件在澄清因雇佣军身份所导致的法律后果方面没有太明显的贡献。以下将简要叙述国际人道法下雇佣军的公约待遇。

1907年《海牙公约》

《海牙公约》并没有明确提到雇佣军,但是《海牙第五公约》有关中立的规定则蕴涵了雇佣军的活动。^[8]第4条规定不得在中立国领土内组织战斗部队和开设征兵事务所,以援助交战国。第5条赋予了中立国确保在其领土上不发生第4条所指的行为的直接责任。根据第17条的规定,如果个人以雇佣军或者私人军事承包商身份拿起武器参加战斗,采取有利于作战一方的行为,该个人就“不得享有中立”。但是,这一条款也规定这样的个体仍具有享有不低于交战国国民水平保护的权利。

[17] 联合国的192个会员国中只有16个签署并成为这一联合国公约的缔约国: Status of Multilateral Treaties Deposited with the Secretary - General, UN Treaty Series (October 2006). 这一联合国公约的缔约国中只有8个是非洲联盟成员国。在53个非洲联盟成员国中,只有31个签署、27个批准或加入非洲统一组织公约。See “List of Countries which have signed, ratified / acceded to the Convention for the Elimination of Mercenarism in Africa”, available at, <http://www.africa-union.org> (visited 19 Oct. 2006).

[18] 《中立国和人民在陆战中的权利和义务公约》,1907年10月18日(海牙第五公约)。

1949年《日内瓦公约》及其1977年《附加议定书》

1949年四部《日内瓦公约》都没有提及雇佣军,^[9]1977年《第一附加议定书》是第一个明确涉及雇佣军的主流国际人道法文件。^[10]议定书只适用于国际性武装冲突,缔约国比1949年《日内瓦公约》少。然而,红十字国际委员会认为附加议定书第47条是反映了习惯国际人道法的规定。^[11]

这个雇佣军条款最初是由尼日利亚代表团提交给外交会议的,但措辞稍有不同。^[12]1977年,由工作组^[3]对这个问题进行过激烈的争论和考虑之后,这个条款以协商一致的方式获通过。很多代表团表示他们是“出于妥协精神”而同意将在议定书中纳入这个条款。^[4]确实,处理雇佣军条款的工作组报告说“不应该认为所有的代表都对最后文本完全满意”。^[5]

《第一附加议定书》第47条第1款规定,被确定为雇佣兵的人不应享有作为战斗员或成为战俘的权利。第47条第2款将雇佣兵定义为是

[19] 改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇的日内瓦公约,1949年8月12日;改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇的日内瓦公约,1949年8月12日;关于战俘待遇的日内瓦公约,1949年8月12日;关于战时保护平民的日内瓦公约,1949年8月12日。

[20] 1949年8月12日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书。

[21] See Jean - Marie Henckaerts and Louise Doswald - Beck, Customary International Humanitarian Law: Vol. 1: Rules, ICRC and Cambridge University Press, Geneva, 2005, pp. 391 - 5. Rule 108 reads: “ Mercenaries, as defined in Additional Protocol I, do not have the right to combatant or prisoner - of war status. They may not be convicted or sentenced without previous trial. ”

[22] 尼日利亚代表团的建议条款如下(CDDH /236 /Rev.1) (注释[16]): 1.不得给予参与公约和现有议定书提到的武装冲突的任何雇佣兵以战争中战斗员或战俘地位。2.雇佣军包括不是武装冲突一方的成员,而在外国特别征募并主要以金钱报偿、报酬或其他私人利益为动机参加或者在武装冲突中作战的人。

[23] See “ Report to Committee III on the work of the Working Group submitted by the Rapporteur”, Geneva, 17 March - 10 June 1977, CDDH /III/369.

[24] 见下文注释[35]。澳大利亚代表团竟然评论说,如果这一条款当时被付诸表决的话,它将不会投赞成票:Australia (CDDH /III/SR .58 at 205) .

[25] “ Report to Committee III on the work of the Working Group submitted by the Rapporteur”, CDDH / III/369 and Corr.1., Geneva, 17 March - 10 June 1977.

具有下列情况的任何人:

- (一) 在当地或外国特别征募以便在武装冲突中作战;
- (二) 事实上直接参加敌对行动;
- (三) 主要以获得私利的愿望为参加敌对行动的动机,并在事实上冲突一方允诺给予远超过对该方武装部队内具有类似等级和职责的战斗员所允诺或付给的物质报偿;
- (四) 既不是冲突一方的国民,又不是冲突一方所控制的领土的居民;
- (五) 不是冲突一方武装部队的人员;而且
- (六) 不是非冲突一方的国家所派遣作为其武装部队人员执行官方职务的人。^[6]

法律评论者明确承认《第一附加议定书》第 47 条的规定是为了安抚非洲国家,它的适用范围也故意规定的比较狭窄。^[7] 一个人必须同时满足以上六个条件,才能归为第 47 条第 2 款规定的雇佣兵。事实上不可能找得到符合第 47 条第 2 款雇佣军定义的个人。^[8]

第 47 条第 2 款中最受争议的条件包含在第 (三) 项的规定当中,它涉及动机问题。对一些人来说,这个定义以动机为基础,从本质上将雇佣兵和其他参与者区分开来。正如一些评论员指出的那样,“不考虑其动机就给雇佣兵下定义是不可能令人满意的”。^[9] 1977 年外交会议上

[26] 着重强调。

[27] See, e.g., Frits Kalshoven and Liesbeth Zegveld, *Constraints on the Waging of War: An Introduction to International Humanitarian Law*, 3rd edn, ICRC, Geneva, 2003, p. 90.

[28] 这一点已经得到广泛认可。例如,美国的态度是“(第一议定书)中的‘雇佣兵’定义范围如此的狭窄,几乎没有人能与之相符”:US, Air Force Commanders Notebook, 1980, 15 - 3, as cited in Henckaerts and Doswald - Beck, above note 21, Vol. 2, ch. 33, pp. 2576 - 7. See also Peter W. Singer, “War, profits and the vacuum of law: Privatized military firms and international law”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 42 (2004), p. 521, at p. 524.

[29] Riley Martin, “Mercenaries and the rule of law”, *Review of the International Commission of Jurists*, Vol. 17 (1977), p. 51, at p. 53.

的一些国家代表团就持同一观点。^[0]

第(三)项的后半段,即雇佣兵必须“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的物质报偿”,试图减少动机要求的主观性,用一种更易于外人裁判的客观标准来使之平衡。然而,第(三)项采用了这样的措辞,使得物质报偿成为动机要求之外的另一要求,这一点从“并”这个连接两个部分的词语的使用来看非常明显。因此,如何解释一个人参加敌对行动动机的问题亟待解决。英国迪普洛克委员会在它1976年关于雇佣兵征募的报告中说:

“任何要求积极证明动机的雇佣兵定义将会……要么不可行,要么在类似的个体间如此的任意适用而让人觉得不可接受。我们认为只能通过参考他们做了什么,而不是他们为什么这么做来定义雇佣兵。”^[1]

在这种难以对个人动机做出司法评估的困难外,还存在着对在武装冲突中将动机赋予法律地位的愿望的更普遍的关注。

对照《议定书》的其他部分,第47条的不足之处已十分清楚。虽然这个条款有助于规定雇佣兵活动的定义,但如果当我们考虑《第一议定书》下雇佣兵身份导致的后果时,它就没有什么意义了。出自第47条的唯一结论就是雇佣兵无权享有战斗员或战俘地位。换句话说,第47条被当做是关于谁可以是战斗员条款的例外。然而,就像基思谈到的,这个条款“致力于从广泛的群体中分离出一种类别”,这种类别的人在法律上来说是而非战斗员。^[2]《第一附加议定书》第43条第2款将战斗员

[30] See, e. g., Syrian Arab Republic, CDDH / III / SR . 57, p. 196; Cameroon and Mali, CDDH / III / SR . 57, p. 201.

[31] Diplock Committee, Report of the Committee of Privy Counsellors Appointed to Inquire into the Recruitment of Mercenaries (UK Cmnd. 6569, 1976), at [7].

[32] Kenneth J. Keith, “ The present state of international humanitarian law ”, Australian Yearbook of International Law, Vol. 9 (1985), pp. 13 – 35, at p. 23. See also Frits Kalshoven and Liesbeth Zegveld, Constraints on the Waging of War: An Introduction to International Humanitarian Law, 3rd edn, ICRC, Geneva, 2003, p. 90.

定义为冲突一方的武装部队人员(除医务人员和随军牧师外)。^[33]但是第47条第2款第5项要求雇佣兵“不是冲突一方武装部队的人员”。这意味着任何满足雇佣兵定义条件的个人首先就无权享有战斗员地位。第47条规定不能被认为是关于战斗员和战俘身份规定的真正例外,因为如果我们联系第43条规定来看的话,它实际上就变得毫无意义了。

在考虑雇佣兵身份所引起的后果的时候,一定要注意到即使是那些符合《第一附加议定书》规定被归为雇佣兵的人,也受到国际人道法的某些保护。尽管丧失了战斗员和战俘身份,雇佣兵仍享有参加敌对行动的非战斗员待遇。这样的人有权受到包含在同一议定书第75条规定中关于“基本保证”的保护。^[4]第75条中“基本保证”规定的范围比较广泛,它包括在任何情况下均受人道待遇的权利和免受谋杀、酷刑、体罚和对人身尊严侵犯的权利。第75条第4款保证了在受到刑事指控时得到公正审判和正当程序的权利。参加1977年外交会议的代表团毫不动摇地坚持雇佣兵应受到这些基本保证的保护。实际上,许多国家已经清楚地表示,他们将会把这个条款视为赋予雇佣军受到第75条规定下保护的权力。^[5]这种立场是和1977年外交会议总的目标相一致的。依照这种看法,现在流行的认为雇佣兵不受到国际人道法任何保护的观点是被误导了。

专为雇佣兵制定的法律文件

专门关于雇佣兵的公约的焦点是对雇佣兵活动进行刑事定罪。《第一附加议定书》第47条规定中许多关于定义方面的困难在其他雇佣兵

[33] 参见《日内瓦第三公约》第4条第1款。

[34] 《第一附加议定书》第45条第3款。

[35] See, e. g., the explanations of the representatives for: Italy (CDDH / III / SR . 57, p. 193); Australia (CDDH / III / SR . 57, p. 195); Portugal (CDDH / III / SR . 57 at 198); United States (CDDH / III / SR . 57, p. 199); Ireland (CDDH / III / SR . 57 at 199); Canada (CDDH / III / SR . 57, p. 201); and Sweden (CDDH / III / SR . 57, p. 202) .

专属公约中也会碰到。在雇佣兵身份引起的后果方面,这些公约在很多地方都不同于第 47 条采取的法律立场。

《罗安达公约草案》

1976 年雇佣兵问题国际调查委员会在安哥拉首都罗安达起草了《关于预防和制止雇佣军活动的公约草案》(《罗安达公约草案》)。^[6] 公约的序言谈到各缔约方严重关切“武装冲突中雇佣兵的使用,这种使用的目的在于利用武力阻挠摆脱殖民主义和新殖民主义统治的民族解放进程”。第一条将“雇佣军罪”定义为由个人、团体或协会、国家代表和国家本身犯下的罪行。犯罪构成要件起草的很粗糙,相关的法人如果“怀着利用武装暴力反对民族自决进程的目的”,实行了下列任一行为,即犯有雇佣军罪:

(一) 组织、资助、补给、装备、训练、鼓励、支持或者以任何形式雇佣军事力量,而这些力量包括或者是由为了私利,为了一份薪金或其他任何形式的物质报偿,并非一国国民而在其国内作战的人员所组成的;

(二) 征募、征用或者试图征用上述力量;

(三) 允许第(一)项中提到的活动在其管辖的任何领土或受其控制的任何地方进行,或者提供便利上述力量过境、运输等的其他业务。

《罗安达公约》关于“雇佣军罪”的定义与《第一议定书》中的雇佣兵定义格格不入,但是它构成了 1977 年外交会议争议和讨论的基础。^[7] 重要的是,《罗安达公约草案》是在地区层次方面来处理雇佣军问题所作努力的第一个成果。

[36] Draft Convention on the Prevention and Suppression of Mercenarism (produced by the International Commission of Inquiry on Mercenaries in June 1976).

[37] Jean de Preux, "Article 47: Mercenaries", in Yves Sandoz et al. (eds.), Commentary to Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977, ICRC, Geneva, 1977, p. 572.

《非洲统一组织公约》

1977年在利伯维尔通过了《取缔非洲境内雇佣军活动公约》(即《非洲统一组织公约》)。^[8]《非洲统一组织公约》在结构上比《罗安达公约草案》合理,《非洲统一组织公约》第1条第1款除了涉及动机的部分,在所有方面都反映了《第一议定书》的雇佣兵定义。尽管《第一议定书》在它的标准里要求个人必须“主要以获得私利的愿望为参加敌对行动的动机”,并且事实上“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的物质报酬”,《非洲统一组织公约》仅在其第1条第1款第3项中要求冲突一方(或其代表)允诺给予“物质报酬”。

然而,《非洲统一组织公约》和《第一议定书》之间最重要的区别在于刑事定罪方面。《非洲统一组织公约》规定犯罪的条款笼统且起草的不严谨。根据《非洲统一组织公约》不但充当雇佣兵是犯罪行为,同时雇佣军对其执行任务过程中的任何特定犯罪行为负有刑事责任。根据第1条第2款,较为广泛的参入形式也构成雇佣军活动犯罪。^[9]第3条规定雇佣军不应享有战斗员地位且不得享有战俘地位。第7条要求每个缔约国保证雇佣军活动犯罪“根据其法律受到包括死刑在内的最严重的处罚”。^[10]

《联合国公约》

《反对招募、使用、资助和训练雇佣军国际公约》(简称“联合国

[38] 1977年7月3日订于加蓬首都利伯维尔,1985年4月22日生效。OAU Doc CM / 817 (XXIX) Annex 11 Rev.

[39] 如同《罗安达公约草案》,《非洲统一组织公约》将刑事责任扩大到“怀有利用武装暴力反对民族自决进程、他国之稳定或领土完整目的的个人、团体或协会、国家代表和国家本身,如果他们犯有下列任一行为:(一)掩蔽、组织、资助、帮助、装备、训练、鼓励、支持或者以任何形式使用雇佣军队;(二)征募、招收或试图招收上述部队;(三)允许第(一)项中提到的活动在其管辖的任何领土或受其控制的任何地方进行,或者提供便利上述部队过境、运输等其他业务”。

[40] 在这一方面,《非洲统一组织公约》与《第一议定书》第75条第2款第3项冲突,议定书禁止死刑。

公约”)^[1]于1989年开放给各国签字,但是直到2001年10月才生效。联合国公约与《非洲统一组织公约》一样,也致力于定义“雇佣军活动罪”,并采取措施使之得到施行。联合国公约关于“雇佣兵”定义被分为两个部分。第一部分在用语上与第一议定书类似,但是它排除了必须“实际参加敌对行动”的要求。^[2]仅仅是这一条就使得联合国公约关于雇佣兵身份比第一议定书规定的更为广泛。然而,定义的第二部分则更加广泛。它规定:

2. 雇佣军也指在其他任何情况下属于下列情况的任何人(即在不存在武装冲突的情况下):

(一) 在当地或国外专门招募以参与联合暴力行为,其目的是:

(1) 推翻一国政府或以其他方式破坏一国宪政秩序,或

(2) 破坏一国领土完整;

(二) 参加此种行为的主要动机是获取可观的个人利益,并已获承允给予或领取了物质报酬;

(三) 不是这种行为所针对的国家的国民或居民;

(四) 非由一国派遣担任公务;而且

(五) 不是行为发生在其领土的国家的武装部队成员。

这样,联合国公约就为个人“雇佣军”身份的界定提供了较低的门槛。与这个定义的弱化相应的事实是,联合国公约将所有雇佣军活动都规定为犯罪行为。

《国际法委员会法典草案》

国际法委员会1991年通过的《危害人类和平与安全罪行法典草

[41] 于1989年12月4日开发签字,19 ILM 91(2001年10月20日生效), annex to GA Res 34, UN GA OR, 72nd plen. mtg, 44th sess., supp. no. 43, at 590, UN Doc A/44/43 (1989).

[42] 联合国公约第1条第1款;参见第一议定书,第47条第1款第2项。

案》(国际法委员会法典草案),〔3〕其中也特别提到了雇佣军。第23条第2款在定义雇佣兵时措辞与非洲统一组织公约相同,但(和联合国公约一样)它没有要求雇佣兵“实际参加敌对行动”。〔4〕“招募、使用、资助和训练雇佣军”罪在1995年国际法委员会法典草案二读时被删除了。〔5〕国际法委员会法典草案构成了国际刑事法院《罗马规约》初稿的基础。与国际法委员会的立场相符,国际刑事法院对“雇佣军活动犯罪”并不具有管辖权,虽然这个问题有可能根据《罗马规约》第5、121和123条,在缔约国考虑侵略罪定义的时候被重新审视。

结论

并不是所有的公司行为人都符合国际法下的雇佣军定义,这一点已然很明了。由于该定义范围的有限性,很少有人会被归到雇佣军这个类别里去。然而,通过将雇佣军单独列出作为武装冲突中一种特殊类别的参与者,《第一议定书》和特殊雇佣军公约发出了一个明确的信息,那就是:雇佣军活动(或者更广泛的说,法人战争)至少为国际法所不赞成。

国际人道法和雇佣军公约之间有很大的区别。其中最主要的不同之处在于《第一议定书》并没有将雇佣军活动犯罪化,而雇佣军公约采取了与之相反的做法。《第一议定书》第47条的唯一后果就是剥夺了雇佣兵的战斗员或者战俘地位。如我前面所述,符合第47条第2款定义的个人在任何情况下都不享有战斗员身份。有理由想到国际人道法下雇佣军的待遇更具有象征而不是实际意义,另一方面,雇佣军公约在刑事制裁方面更加清楚地说明了充当雇佣兵的严重后果。雇佣兵不仅

〔43〕 法典草案在国际法委员会1991年第43届会议上一读通过,其国际罪行清单中包括“招募、使用、资助和训练雇佣军”。The Work of the International Law Commission, 6th edn, UN, Geneva, 2004, Vol. 1.

〔44〕 见联合国公约第1条第1款。

〔45〕 1995年第57届会议上,委员会审议了特别报告员提交的第十三份报告。特别报告员从他的报告中删除了一读条款中12项罪行的六项,包括“招募、使用、资助和训练雇佣军”。联合国,见上文注释〔43〕。

会因为他的雇佣军身份,而且会因为他雇佣过程中的其他犯罪行为受到刑事处罚。然而,雇佣军公约并没有转化为起诉雇佣军活动犯罪的重要依据。在几个著名的例外中,如安哥拉雇佣军案(the Angolan mercenary trials),^[6]报道得最多的对“雇佣军”的起诉实际上是在现存国内法框架下进行的,它的案件记录中根本就没有提到“雇佣军”这个词。^[7]从这个程度上说,雇佣军公约的意义远没有它当初预期的那样深远。

重要的是,尽管《第一附加议定书》清楚的表明雇佣军无权享有战斗员或者战俘地位,但这并不表示雇佣军陷入了法律真空,他们仍有权受到议定书的基本保证。这一点是极为重要的,因为它符合确保国际人道法的保护惠及武装冲突中最广泛人群的一致努力。

在私营军事产业正在增长的情况下,国际公约中的雇佣军条款可能会成为争论日益激烈的话题(也许会修订)。如果在这个问题上对法律要进行修订,就一定要考虑在执行现有公约中所遇到的困难,同时要努力保证个人在武装冲突形势下受到国际人道法的保护及约束。无论国家在禁止雇佣军活动方面采取多么强硬的立场,但必须注意:雇佣兵有权享有国际人道法的基本保证,在需为其犯罪行为负责的情况下必须依据法律受到正式起诉。

朱文奇 校

[46] 在著名的 1976 年安哥拉案中,被告被控犯有“充当雇佣军罪……在一场意图破坏国家独立,奴役、压迫并分裂安哥拉人民和为了外国、新殖民主义和帝国主义利益而掠夺国内自然资源的雇佣军侵略战争中”: M . S. Hoover, “ The laws of war and the Angolan trial of mercenaries: Death to the dogs of war ”, Case Western Reserve Journal of International Law , Vol. 9 (2) (1977), pp. 323 - 406, Appendix 1 (Indictment). 但是需要注意,安哥拉雇佣军案发生在非洲统一组织和联合国雇佣军公约通过之前。

[47] 例如 2006 年 7 月,法国的一个法庭判决鲍勃·德纳尔“属于一个密谋犯罪的团伙的成员”。虽然鲍勃·德纳尔因其在科摩罗群岛四次未遂政变中所扮演的角色而普遍被媒体称为“雇佣军”,但实际上他并没有被判决犯有特定的“雇佣军”罪。See “ French ‘ dog of war ’ spared jail ”, BBC News (UK), 20 June 2006, available at , <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/5097618.stm> (visited 2 Nov. 2006) .