

私营军事安保公司规制中的安全与人权： 母国的作用

弗朗西斯科·弗兰西奥尼* 著 张伟 孙圆圆** 译

摘要：鉴于私营军事安保公司在海外提供的安保服务逐渐增多，同时考虑到这些公司对于东道国人民的人权威胁也在剧增，因而促进对这些国际舞台上的新兴行为者的监管和监督是非常有必要的。出于多重考虑，本文将处理人权义务的重心置于母国身上。通过分析一般国际法和国际法委员会的条款，本文提出了三条可将私营军事安保公司的行为归于母国的路径。并且提出，母国对于私营军事安保公司所承担的实体国际法义务包括了：保护的责任，保障诉诸法院和司法保护的义务，以及国家之间合作的义务。

关键词：私营军事安保公司 母国 国家责任 人权

一 序言

从本世纪初开始，国际法和国际关系法学术界就日益增多的私营军事安保公司（Private Military and Security Companies, PMSCs）所提供的服务，是否属于政府职能的有机构成部分的法律影响，进行了广泛的辩论。^① 众所周知，这些服务包括，在战场上支援正规部队，保护外交人员，收集情报和管理羁押、审讯场所，但这也只是最重要的服务内容而已。关于这个主题的研究和学术著作均伴有政策倡议，它们致力于为促进这些国际舞台上的新兴行为者的治理和监督提

* [意] 弗朗西斯科·弗兰西奥尼 (Francesco Francioni)，意大利佛罗伦萨欧洲大学学院 (European University Institute) 国际法和人权法教授。这篇论文是在欧盟第七次框架研究计划 (European Union 7th Framework Research Programme) 资助下的规范“战争”私有化 (Regulating Privatisation of “War”) 项目框架下完成的。根据第 217405 号授权协议，作者是这一框架研究计划的总协调员。文章出处：“Chapter 5: Security and Human Rights in the Regulation of Private Military Companies: The Role of the Home State”, in Eide, A., Möller, J. T., & Ziemele, I. (eds.), *Making Peoples Heard: Essays on Human Rights in Honour of Gudmundur Alfredsson* (Leiden: Brill, 2011), pp. 59 – 77。

** 张伟，中国政法大学人权研究院常务副院长，教授、法学博士；孙圆圆，中国政法大学人权研究院 2020 级人权法学博士研究生。

① D. Avant, *The Market for Force: the Consequences of Privatising Security*, 2005; S. Chesterman and Lehnardt, *From Mercenaries to Market: the Rise and Regulation of Private Military Companies*, 2007; G. Kummel, *Private Military and Security Companies: Chances, Problems, Pitfalls and Prospects*, 2007; C. Hoppe, *Passing the Buck: State Responsibility for the Conduct of Private Military Companies*, Thesis, European University Institute, 2009. See also the contributions the EUI symposium on PMSCs in EJIL, 2008.

供国际框架原则和标准。^①

这场辩论，以及由此产生的监管行动的重要组成部分，都涉及人权法和国际人道法在监管私营军事安保公司方面的作用。这并不是因为私营军事安保公司本身就一定会侵犯人权，而是这些公司日趋增长的作用和重要性引发了相关的法律问题，例如，授权和经营的透明度问题，现有国家立法在防止武装力量滥用方面是否充分的问题，或者概括来说，现有的国际人权标准如何适用于私营军事安保公司这样一个商业实体行为的问题。

为了避免任何基于对私营军事安保公司意识形态上的偏见而可能产生的误解，笔者很有必要澄清一下，人权法和国际人道法在国际关系这个领域发挥着双重作用。一方面，他们为私人承包商（private contractor）的活动设置法律上的约束。这样的约束是特别重要的，因为根据其定义，私营军事安保承包商会携带、使用武器，以及提供多数情况下需要使用武力的服务，如支援战斗，守卫目标和关押囚犯。所以，这会产生侵权的风险，人民的生命与人格完整^②也不可避免地受到威胁，我们应该通过人权法对私营军事安保公司的行为加以明确的限制，避免发生前述情形。

另一方面，人权法也为私营军事安保承包商提供了自身保护功能。除了少数例外情况，这些人大都在冲突或制度不稳定的情况下工作。所以，当他们的职业将其置于危险的境地时，没有人比他们更需要人权法来捍卫他们的生命和自由。

理清了人权的双重作用之后，本文将只集中讨论第一个作用，即人权法对提供私营军事安保商业服务的相关国际行为者所施加的限制和责任。更确切地说，本文将探讨私营军事安保公司的母国^③（the home state）作为人权义务承担者的地位，其义务既包括预防私营军事安保公司运营过程中带来的伤害，如有必要，也包括对这种伤害的救济。^④依本文看来，对母国的关注是有道理的，且是出于多重考虑的。第一，迄今为止，学说上的贡献主要导向了“雇佣国”（the hiring State）的责任，即购买服务的国家。^⑤虽然雇佣国的作用很重要，因为它可以通过采购合同敦促私营军事安保公司采取负责任的行为并遵守国际标准，但是母国与私营军事和安保服务的商业出口有着明显的相关性。之所以会如此，是因为国际法认为，国家对在其境内依法设立的或受其管理和业务重心在其境内的公司行使的专属领土控制具有至高无上的重要性。在某些情况下，领土联系会导致母国和雇佣国的重合。这将带来国际法规定的义务和责任的累积效应和可能的协同作用。但母国和雇佣国通常是不一样的。一个在英国注册的私营军事安保公司可能会被意大利的政

① 这些倡议中最重要的是“瑞士倡议”（Swiss initiative），这是一个国家推动的项目，在2008年的9月份达成了一系列没有强制力的标准，并被包括安理会常任理事国在内的48个国家通过，适用于在武装冲突情境下的私营军事安保公司经营。另一个倡议是人权理事会的雇佣军问题工作组准备的临时公约草案。关于这些计划和其他规制措施的概述和评论，see J. Cockayne et al., *Beyond Market Forces*, 2009。

② 生命权和人格完整权并非是唯一可能受私营军事安保公司活动危及到的人权。然而，他们却是最重要并且最频繁地受到武力滥用影响的权利。对于可能受到私营军事安保公司危害的所有有关人权的系统调查，see Francioni and Lenzerini, *The Role of Human Rights in the Regulation of Private Military and Security Companies*, General Report Part I, EU-WP, Priv-War Project, 2008; and Kalniņa and Zeltiņš, *infra*, Part II。

③ 译者注，本文遵循联合国2010年《供人权理事会审议并采取行动的关于私营军事和保安公司的可能公约草案》中文版本，将“home State”统一译为“母国”。但国内也有译为“本国”的表述。

④ 显然，使用形容词性物主代词“他们的”指的是公司与母国之间的相关联系，这个母国是公司设立或者建立，或者注册，抑或其总部、管理中心或主要业务活动所在地。更多关于母国标准的讨论，详见本文第2部分。

⑤ See, in particular C. Hoppe, *Passing the Buck: State Responsibility for the Conduct of Private Military Companies*.

府代理人雇佣，在阿富汗或者中东提供安保服务。在这种情况下，根据国际法，母国和雇佣国之间明显的义务区别就出现了。这些义务都是相互补充的，它们反过来又补充了服务提供地国家独有的义务，以及国际人道法和国际刑法下个人的人权义务。

第二个考虑的因素是“东道国”（the host State）在这方面的作用非常微弱。军事和安保服务商业出口到国外或境外，这些地区大都存在武装冲突或者制度的不稳定性，个人实际上不能依赖东道主有效地控制私营军事安保公司，东道国没有能力或没有力量提供安保和治理也正是雇佣私人承包商的原因。

第三，将母国作为人权保障者的重点，为重建和评估、监督和控制私营军事安保公司有关的具体的人权义务，提供了一个最有益的视角。试想以下几个方面的（人权）义务：私营军事安保公司批准法规、出口许可证签发程序规则、武器携带许可以及损害救济规则。这些都是公共职能，共同构成了国际法义务的内容，即在国家管辖范围内防止和救济侵犯人权的行为。遵守这项义务是政府职能问题，不得完全由雇佣国与私人承包商私下订立协议约定。鉴于人权的模式和支撑标准的逐步发展，这种协议是重要的。但它们不能成为人权义务和保证的唯一来源。此外，以目前技术和法律发展的水平而言，这类协议缺乏透明度，容易受到公司与雇佣国之间利益冲突的影响，而且并不能确保其能在国内法下得到有效实施。^①

最后，我们可以从政策层面考虑一下目前安保市场的发展趋势，即由小型安保公司不断地聚集成拥有大量资产、设备、人员并且总公司与母国具有稳定联系的大型军事和安保公司。^② 对于这种第二代大型安保公司来说，通过迅速解散或更换名称转移海外等方式逃脱监管和规避制裁就更难了。可以合理地推测，这种演变结果之一将是私营军事安保公司与它们母国之间的联系日益密切，因为母国有着稳定和长期的服务需求，也有着对规制和问责标准的市场激励。^③

二 定义和背景

在我们分析母国依据国际人权法对私营军事安保公司的运营进行监督和控制的实质性法律基础之前，有两个基本点需要厘清。第一个与“母国”的含义有关。在严格的法律术语中，母国是指公司的国籍国。反过来说，这是指公司以法人的形式成立或注册的国家。这是被最广泛接受的确定公司国籍的标准，且对国际法的目的而言，这一标准具有决定性的意义，正如国际法院在1970年“巴塞罗那电车、电灯和电力有限公司案”判决中所认可的那样。^④ 然而，母国也可能是

① 对于这些问题，最近的例子是，在2007年9月16日，承包商黑水（Blackwater）被起诉涉嫌在巴格达护送美国官员时，杀害了17位公民和伤害了更多无辜的旁观者。对这件事的调查一直没有结论性的结果。在华盛顿的联邦法院驳回了警卫的起诉，理由是控方一再侵犯被告的权利。该决定报道参见 *International Herald Tribune*, Jan. 2, 2010, pp. 1 and 3。

② See E. Cusumano, *Regulating Private Military and Security Companies: a Multifaceted and Multilayered Approach*, wp, *Priwar*, 2009, who refers to the acquisition by Group4 of Wakenut in 2002, Securicor in 2004 and Armour Group in 2008.

③ 这显然不适用于那些为争夺利润丰厚的合同，以及通常不超过一个网站和一份招募名单的“一次性”（single shot）公司。对这一现象，see J. Cockayne, “Make or buy? Principal-agent theory and the regulation of private military companies”, in *Chesterman and Lehnardt, From Mercenaries to Market: the Rise and Regulation of Private Military Companies*, 2007。

④ *Barcelona Traction, Light and Power Co Ltd. (Belgium v. Spain) ICJ Reports*, 1970.

指公司主要管理中心 (*siège sociale*) 或其主要业务对象所在地。在国内法中, 这些连接的标准有时是重叠使用, 有时是交替使用。有时它们是排他使用的, 其结果是, 同一个公司可能与一个以上的国家有联系, 被多个国家视为本国公司。根据这一假设, 与有多个国籍的个人一样, 国际法的解决方案是, 母国是一个与该公司有着“真正联系” (*genuine link*) 或普遍实际联系的国家, 普遍实际的联系, 指的是其他多种标准和公司经济控制标准——即控制公司的股东的国籍——相融合的复合标准。^①

第二个要厘清的基本点是, 在一般国际法中, 私营军事安保公司行为的国际责任与义务。在这点上需特别注意的背景信息是, 在过去的十年里, 经过广泛的努力, 侵犯人权的责任从国家转移到了跨国经营的企业。这种转变得到了国际法文献^②及联合国各机构实践的支持。联合国秘书长科菲·安南 (Kofi Annan) 于1999年发起了著名的“全球契约” (Global Compact), 旨在动员私人资源, 并鼓励采取自愿行动, 遵守良好的企业行为准则, 包括尊重人权和劳工权利。在2003年, 现已解散的保护和促进人权小组委员会通过了《跨国公司和其他商业企业的责任准则》草案。该准则后来没有获得人权委员会正式通过。但是新任的秘书长特别代表, 即哈佛大学教授约翰·鲁格 (John Ruggie) 教授, 被授权在人权理事会新的体制框架内继续工作。^③ 这种广泛努力的前提是, 私营企业也应该承担国际人权法的义务。这并不是说要将国家人权义务范式完全转变为私人行为者的人权义务范式。但可以肯定, 强调企业社会责任、市场工具 (*market tools*)、自愿倡议 (*voluntary initiatives*) 的作用, 以及商业公司在提供有效的人权合规标准方面能力, 在不经意间使得人们忽视了国家在确保人权遵守方面的作用。

如今, 这个重新定义人权义务的任务问题重重。第一, 从主要义务由国家间体系到非国家行为者的可移植性, 以及违反国家责任的次级规则 (*secondary rules*) 和执法程序的适应性这两个角度来看, 在技术层面上, 直接将国际人权准则适用于私人行为者比原先设想的更加困难。^④ 第二, 将人权从国家义务转变为可直接延伸至私人行为者的义务并没有得到司法实践的充分支持。^⑤ 第三, 在政治层面上, 由于近年来市场严重失灵, 人们对市场有能力自发地产生各种形式的监管, 以确保尊重人权、社会正义和环境质量等公共的善的信心受到了破坏: 全球变暖, 贫困加剧, 以及目前全球性的金融危机, 都给全世界人民的平凡生活带来了破坏性的经济和社会影响。

① 更多有关真正联系的理论, see *Nottebohm case (Liechtenstein v. Guatemala)*, *ICJ Reports* 1955, 4 ff. 有关国际法学中主要和有效国籍原则 (the principle of the dominant and effective nationality) 的认可, *Ephanian v. bank Tejarat, Iran-United States Claims Tribunal*, 1983, p. 157 at 166.

② A. Clapham, 'Human Rights Obligations on Non-state Actors', *The Collected Course of the Academy of European Law*, Vol. XV/1, Oxford, 2006; S. Ratner, *Corporations and Human Rights: A theory of Legal responsibility*, 111 *Yale Law Journal*, pp. 443 ff; *Human Rights Standards and the Responsibility of Transnational Corporations*, in Addo (ed.), The Hague, 1999.

③ 参见他的报告, in U. N. Doc. A/HRC/11/13, 22 April 2009.

④ 这些困难已经得到新任特别专员鲁格 (J. Ruggie) 的认可。在他的第一份中期报告中写道, “专门委员会2003年精心编纂的人权规范……也不能直接约束商业, 因为除了某些战争罪和反人类罪的可能外, 没有其他的国际法律原则有如此作用。如若人权规范直接约束商业, 那么这些规范将不仅仅是在国际法律原则中被重新陈述, 在某种程度上, 这些规范将会发现甚至创造新的国际法律原则。” *Interim Report*, April 2016. 后续报告中, 特别是2009年4月22日特别报告员采取了更加灵活的方法承认了特定的国际人权法规可以为企业实体创设直接的义务。关于这个报告, 见上注。

⑤ 美国是唯一系统地允许审理和执行与私人行为者有关的人权要求的国家, 它的行为依据是《外国人侵权行为法》 (the alien Tort Statute) 的规定。有关这种司法实践的司法管辖方面的讨论, see C. Ryngaert, *Controlling PMCs: the Issue of Jurisdiction*, *EUI Symposium on PMSCs*.

所有这些都表明，必须继续关注国家作为人权和人类安全保障者的作用。因此，在下文中将讨论两个密切相关的问题：第一，在国际法上，母国是否以及在何种程度上，有责任去规范和监督其国内的私营军事安保公司，从而防止或尽量减少侵犯人权行为的发生，包括其在国外侵犯人权的行为。然后，本文将解决母国义务的问题，以确保在私营军事安保公司提供服务过程中发生伤害事故时，能够采取适当的补救措施。第二，需要确认受害者能够有效地诉诸司法，使其民事主张能够得到审理，以及核实由私营军事安保公司的服务经营所产生的或与之有关的罪行是否得到了有公信力的调查、起诉，以及在起诉中是否得到了协助。

三 母国责任的边界

在私营军事安保公司供给和出口服务过程中，产生或附带产生的人权损害风险，母国负有防止和使其降到最低的责任。这个责任的性质和范围，可以从两个相辅相成的角度进行分析：一个角度是，一般国际法上不法行为的国家责任；另一个角度是，在实体规则范围内，国家负有义不容辞地尊重、确保尊重和促进人权的责任。

在第一种情况下，必须根据国际法委员会在 2001 年通过的国家责任条款草案所体现的国际法相关规则，确定私营军事安保公司的行为归属于母国的条件。在以下部分中，将会看到这些条款将对私人行为归属于国家的可能性和条件具有相当的局限性。

在第二种情况下，笔者认为，问题不在于私人行为是否归属于国家，而在于正确界定母国尊重、保护、协助和确保尊重人权的实质性义务的范围。目前的文献资料已经把这种义务的性质和来源说清楚了。^① 这里要着重指出的一点是，保护人权的一般义务（general obligation）优先于人权损害的实际因果关系，因此，分析私营军事安保公司保护人权的一般义务的内涵和外延独立于人权伤害（human rights injury）的实际因果关系，也因此独立于私人行为归属于国家问题。这项义务要求国家承诺在其领土及其管辖和控制范围内，对公共机关和私人当事方采取立法、司法和行政的措施，来防止侵犯人权行为的发生。即使没有发生具体的人权伤害事件，“保护”这项一般义务也可能被违反。只需要回想一下禁止不推回原则^②的例子即可，这涉及到国家负有的防止潜在危险的责任；以及若一国未颁布法规以实施国际禁止酷刑条约，^③ 就被国际惯例认为是构成国际责任的一个独立因素。^④ 在这两种情况下，其责任的产生与其说是将私人行为者的酷刑或推回行为归因于国家的结果，不如说是因为国家未能履行自己的义务，防止潜在的危险。

在下文中，本文将研究国家对私营军事安保公司行为所负责任的这两种不同的观点。

① See Francioni and Lenzerini, *The Role of Human Rights in the Regulation of Private Military and Security Companies*, General Report Part I, EUI-WP, Priv-War Project, 2008; and Kalniņa and Zeltiņš, *id.* Part II.

② 不推回原则作为国际法的一般原则，see F. Lenzerini, *Asilo e diritti umani. L, evoluzione del diritto d'asilo nel diritto internazionale*, Milano, 2009, p. 378 ff.

③ Convention against Torture Articles 2, 4.

④ “……仅仅维持或通过违反国际禁止酷刑的立法就产生了国际责任。” *Furundzija case*, Trial Chamber ICTY 10 December 1998, paras. 148 ff. See also *Velasquez-Rodriguez v. Honduras*, Judgment of July 29, 1988, IACHR, Series C No. 4, para. 175.

四 私营军事安保公司的行为归属于母国

根据2001年国际法委员会的国家责任条款，私营军事安保公司的行为归属于母国有若干依据。

第4条规定，任何国家机关的行为应该被视为国际法规定的国家行为。因此，若是国家将私营军事承包商作为母国武装力量的一部分，那么该私营军事承包商就可以被视为母国的国家机关。为了理解“武装力量的一部分”在“国家机关”地位中的实际含义，可以看一下“日内瓦第三公约”，该公约界定了有资格享有战俘身份的人的类别。根据“日内瓦第三公约”第4条，除了一方军队的常规武装力量，还包括：

（二）……其它民兵及其它志愿部队人员，包括有组织之抵抗运动人员之在其母国领土内外活动者……。

（四）……伴随武装部队而实际并非其成员之人，如军用机上之文职工作人员、战地记者、供货商人、劳动队工人或武装部队福利工作人员，但须彼等已获得其所伴随之武装部队的准许……。

因此，如果私人军事承包商被纳入母国的武装力量，他们的行为将被认为是国家的行为，因此，当他们在国际法下构成侵犯人权的行为时，母国则可能会被认为须直接对他们的行为负责。

但这种假设非常罕见。实践表明，私人军事安保承包商很少被融入武装部队。他们更倾向于跟非政府国防部门的其他部门和机构签订特殊合同，并在合同安排的基础上进行运作。私营军事安保公司的指挥链与其公司结构有关，而不是武装部队那样的等级结构。^①因此，现实地说，最有效地将私营军事安保公司的失当行为归属于母国的根据，一定能在与个人行为有关、而非与国家机关有关的条款中找到。国际法委员会国家责任草案的有关条款是第5条和第8条。

五 私营军事安保公司“行使政府权力”的行为： 国际法委员会国家责任条款草案第5条

国际法委员会国家责任条款草案第5条规定：

虽非第4条所指的国家机关但经该国法律授权而行使政府权力要素的个人或实体，其行为依国际法应视为该国的行为，但以该个人或实体在特定情况下以此种资格行事者为限。

尽管在提到“行使政府权力要素”时使用了相当限制的语言，但是该条与私营军事安保公司特别相关。因为它阐明了公司作为一个私人实体而不是一个公共机构的法律地位，并不能成为

^① 有关指挥链，see M. Frulli, EUI-WP, 2009.

预先排除其行为可能归属于国家的标准。重要的是赋予公司一定程度和形式的政府权力。

仔细分析这一条款就会发现，将私营军事安保公司的不法行为归属于母国的路径仍然相当狭窄。首先，“授权”的门槛很高。第5条提到“经该国法律”授权，表面上就会排除通过合同安排或行政措施等类似的权力授权。就笔者所知，还没有法律条款直接规定私营军事安保公司的成立、注册和许可等事项的例子。通常情况下，母国通过行政或准司法措施来干预私营军事安保公司的成立、注册和许可。同样，也没有知名案例表明，雇佣某个私营军事安保公司是被写进具有正式法律效力、普遍适用的议会法案里的。通常情况下，雇佣是通过合同安排或公共采购这些行政行为确定的。因此，从限制性意义上将第5条的“法律”解释为旨在将政府权力委托给私人行为者的具体成文法是荒谬的。对“法律”一词的正确解释应该也是比较宽泛的，它将涵盖任何政府措施，包括行政和司法行为，甚至政府部门依据法律签订的合同安排。这一解释得到了该条文法语文本的支持，此条文提到政府的职能是“经该国法律法规”(*par le droit*)^①授予，而不是“经……法律”(*par la loi*)^②授权，这得到了国际法委员会对第5条的评论^③和大量的法律原则^④支持。

一旦我们克服了上文中的限制，有关第5条解释的第二个困难就出现了，即确定“政府权力”的含义。私营军事安保公司只是提供商业性质的服务，本质上并不参与政府权力的行使。因此，问题是它们将被授予什么样的政府权力，以及什么样的政府权力会触发母国在第5条下的责任？关于第5条的评论指出：

什么是“政府的”，取决于特定的社会历史和传统。特别重要的是，这不仅包括权力的内容，而且包含对实体(entity)的授权方式、授权的目的以及实体对政府授权负责的程度。^⑤

如果我们将这些标准适用于私营军事安保公司，我们就可以确定需要政府行使政府权力的几个服务类别。这些服务尤其包括：(1) 通过承担战斗任务，参加敌对行动；(2) 在和平时期，逮捕和拘留战俘或者被刑事起诉的人；(3) 审讯的职能；(4) 为政府收集情报；(5) 在武装冲突或治理薄弱的地区，维护法律和秩序。当母国选择将这些职能和其他政府职能的履行委托给私人军事承包商时，就有理由假定后者被赋予了“政府权力要素”，因此原则上可以根据第5条的规定追究国家的责任。但是我们必须注意到，第5条的文本对基于政府授权而将责任归咎于母国的可能性设置了很大限制：仅依据法律的授权是不够的；在侵犯人权的指控发生的特定情况

① 译者注，原文为法语“par le droit”，其中“le droits”指各种官方条令，包括法律、政令，以及各种法律解释等。

② 译者注，原文为法语“par la loi”，其中“la loi”专指立法机构制定的法律，区别于行政机构制定的政令(décret)。

③ See para. 2 of the Comment to Article 5, ILC Report 2001, UN doc A/56/10, p. 92.

④ Spinedi, La responsabilità dello stato per comportamenti di private contractors, in *La codificazione della responsabilità internazionale degli stati alla prova dei fatti* (Spinedi et al. Eds), Milano, 2006, p. 77; University Centre for International Humanitarian Law, *Expert Meeting on Private Military Contractors: Status and State Responsibility for their Actions*, Geneva, 29–30 August 2005, Report, p. 20. 报告可参见 www.ucihl.org/communication/private-military-contractors-report.pdf。

⑤ Para. 6 of the comment, see E. Cusumano, *Regulating Private Military and Security Companies: a Multifaceted and Multilayered Approach*, wp, Pri-War, 2009.

下，私营军事安保公司必须是作为公共职能的受托人在发挥作用。^① 因此，如果私营军事安保公司的雇员下了班，在酒吧打斗时，杀死或伤害了一个无辜的人，就像在伊拉克曾经发生过的那样，国家不需要承担责任，除非有证据表明国家在雇佣和监督犯罪嫌疑人方面严重违反了尽职调查（due diligence）的义务。实际上有个问题仍未解决，那就是在这种情况下，母国是否有义务保证受害人诉诸法院并得到救济。关于这一点，本文将在第八部分继续讨论。

除了上述政府的核心职能外，私营军事安保公司提供的许多服务都是纯商业性质的，原则上（它们在提供这样性质的服务时）并不需要参与公共权力的行使。这些服务包括为财产或人员提供安保，包括保镖、后勤保障、押运和其它不一定需要使用武器和强制性措施的安保服务。然而，即便是在纯商业性质的活动中，预先排除掉将私营军事安保公司侵犯人权的国际责任归于母国的可能性，也是不可取的。即使是商业行为，如果国家有义务在国际法下履行某些积极的职责，而这些职责与外包给私营军事安保公司的活动的执行有关，那它也可能是国家的责任。我们可以想一想为保护国际人员和财产提供的安保服务，比如外交人员和外交使团。在这种情况下，如果国家选择将保护人的职责委托给私人承包商而不是直接自己履行，那么国家责任就无法规避。^②

六 私营军事安保公司在母国的指令之下， 或在母国的指示和控制之下的行为

国际法委员会的国家责任条款草案第8条认为，如果一个人或一群人“按照某个国家的指令行事，或在该国的指示或控制之下行事”，那么，这个人或这群人的行为可能会被视为一种国家行为。自从国际法院“在尼加拉瓜和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案”（以下简称“尼加拉瓜案”）中作出了众所周知的判决以来，这种标准一直是激烈的学说辩论的渊源。在这个案件中，国际法院采用了对“控制”概念的限缩解释，法院将其解释为“有效控制”（effective control），目的是将私人行为归于国家。这一限制性的标准，被前南斯拉夫国际刑事法庭在同样著名的“塔迪奇案”判决中提出了质疑，它采用了更自由的“全面控制”（overall control）标准。在尼加拉瓜案的标准中，如果经证明，在实施具体活动过程中侵害了人权，而公司或其雇员在母国的有效控制之下，就会使其侵犯人权的行为归于国家。在塔迪奇案件的标准中，该标准也被称为“卡塞斯标准”（Cassese test），只要国家对私人军事承包商维持政治军事性质的一般或“总体”的控制，就足够了；不需要国家指示私人行为者实施具体的不法行为。例如，只要在官方指令允许或要求的基础上，使用了审讯手段，达到了酷刑的程度，塔迪奇案件的标准就允许将侵犯人权的行为归于母国，而不需要特别证明在私人承包商实际执行审讯的过程中，国家是否给予了指导和控制。第8条文本使用的语言与尼加拉瓜案件和塔迪奇案件的标准都不一样。然而，显然，使用“指令”（instructions）、“指示”（directions）或者“控制”（control）这些替代性的标准有可能使尼加拉瓜案中确定的有效控制标准中非常严格的条件有所松动。

① 第5条最后一句为：“……但以该个人或实体在特定情况下以此种资格行事者为限。”

② 在同样意义上参见 Spinedi, *La responsabilità dello stato per comportamenti di private contractors*, pp. 78 - 79.

最近的国际法院和人权法院的判例对尼加拉瓜案和塔迪奇案标准做了进一步的改进。在“预防和惩治灭绝种族罪公约案”（波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山）中，国际法院在决定是否将南斯拉夫战争（the Yugoslav war）中的一群人的暴行归咎于塞尔维亚时，没有使用其在尼加拉瓜案判决中的措辞，而是采取了“完全依赖”（complete dependence）概念基础上的实证分析。正如法院所述：

……若人员、人员组织或实体“完全依赖”其国家行事，最终只是国家的工具，则这些人员、组织或实体在国际责任的问题上，可等同于国家组织，即使国内法并未赋予其这一身份。在这种情况下，我们应该超越法律身份本身，去把握采取行动的人与国家之间的现实关系，因为他与国家的关系是如此紧密，以至于他不过是国家的代理人而已……^①

这种方法，可以被称为“推定代理人”（constructive agency）的判断标准，它的优势是注重私人行为者依赖于国家的客观情况，而不是正式的指令/指示或有效控制的标准，这个标准可能难以证明，特别是涉及到构成侵犯国际人权甚至国际罪行的行为。国际法院对这一原则的发展出现于一次国家间的争端中，当时因塞尔维亚民族武装参与了屠杀行为，波斯尼亚和黑塞哥维那追究塞尔维亚的责任。然而，该判决中没有任何内容可以妨碍在国家间争端的范围之外适用这一原则。相反，这一原则在欧洲人权法院的具体的人权裁决中已经得到了较早的发展。在2004年的“伊拉斯库等人诉摩尔多瓦和俄罗斯案”中，欧洲人权法院收到了一些个人的控告，这些人是在位于摩尔多瓦共和国与俄罗斯接壤的领土的一部分自称是摩尔多瓦外德涅斯特的分裂主义分子长期任意拘留的受害者。之后，欧洲人权法院指出，存在一种依赖造成了俄罗斯对违反人权的行为负有持续和不间断的责任，这是由于将申请者任意拘留在德涅斯特（Transdniestrian）分离主义政权手中造成的。^②

这些先例支持这样的观点，即当母国将私营军事安保公司作为自己政治和军事政策的工具，且这个公司没有自己的意志，或者完全将其商业利益服从于母国的政策目标时，那么国家就不能以公司的私营性质作为借口来为自己开脱责任，这个责任是公司在实施母国政策过程中做出的不当行为所引起的。

但是如果不能证明私营军事安保公司在母国的指导或控制下，或者在完全依赖母国的情况下作出行为，将会怎样呢？

我们将在下一部分讨论这个假设。

七 保护责任及军事和安保服务的出口

为了突破国际法委员会条款中和上述提到的司法实践中所阐述的归属规则的约束，现在审查母国对于在其领土内成立的私营军事安保公司所应承担的实体人权责任的性质和范围是有帮助的。这对于从母国出口到国外的军事和安保服务也是有帮助的，因为私营军事安保公司的大部分

^① Judgement of 26 February 2007, para. 392.

^② Judgement of 8 July 2004, para. 393 ff.

活动，特别是那些设立于欧洲和美国的公司，其活动都是在国外进行的。在这种情况下，国家尊重和确保尊重人权的义务已经被全面地规避，理由是，母国不能对其领土和国家管辖权范围以外的事情负责。本文所采取的立场是，这种观点缺乏说服力，甚至在逻辑上是有缺陷的。当我们处理能够使外国人遭受人权风险受侵犯的军事和安保服务的出口问题时，这不是一个扩大国家对私营军事安保公司经营的领土之外的控制范围问题。相反，它是一个简单的在国家领土内完全实现与国内建立的私营军事安保公司有关的人权有效保护原则的问题，结合自早期的1941年的“特雷尔冶炼厂案”和1948年的“科孚海峡案”以来在国际惯例中被认可的经典有效领土控制原则，母国对于在其国内依据国内法律组建的私营军事安保公司有完全的控制和管辖权，这种领土管辖权和有效的控制使国家能够履行其尽职调查义务，以防止、减少和救济因商业出口军事和安保服务而引起的侵犯人权的行爲。

如前所述，确保私营军事安保公司对人权遵守的责任的主要缺漏是东道国未能确保对私营军事安保公司在其国家领土内活动的充分控制。这种失败往往是由于缺乏机制和执行能力，这两项能力在武装冲突或军事占领的情况下被减损到最低限度，就像伊拉克和阿富汗的境况一样。但这也可能取决于一些地方对外国军事和安保承包商的不当行为的蓄意支持和默示同意。在某些国家，私营军事安保公司经常提供安全服务来保护外国的经济利益，石油和天然气公司与其他有时在充满敌意的环境中经营的企业，当地的居民以环境的、政治的或者社会的理由反对这些企业的做法，是很常见的事情。在这些情况下，依靠领土国预防和补救侵犯人权的行爲可能是不现实的，因为正是领土国通过适当的让步批准了外国投资，以勘探和开发其自然资源。相反，母国正处于防止因商业出口的安保服务而出现侵犯人权行为的适当位置上，因为它能够通过对公司管理中心的有效领土控制，“在源头上”（at the source）控制私营军事安保公司。

笔者之前在环境危害^①和跨国企业^②的文章中所提出的这种途径，在人权与私营军事安保公司领域中更加具有理论和道义上的合理性。在这个领域，所有国家承诺在《联合国宪章》和国际法的一般原则下“不分种族、性别、语言或宗教”尊重和促进尊重人权。所有国家也必须采取共同及个别行动与联合国合作，以达成《联合国宪章》第55条所载之宗旨。这种普遍主义方法在1948年的《世界人权宣言》中得到证实，它明确规定每个国家都有义务禁止在明知的情况下利用其领土和在其管辖范围内的人的行爲造成严重的人权侵害。这是一种典型的尽职调查义务，而不是保证既定结果的义务。然而，即使是在灵活的尽职调查原则范围内，我们也可以找到一些良好行为的标准，这些标准可以客观地帮助预防和尽量减少私营军事安保公司造成严重侵犯人权事件的风险，即使这些公司是在海外运营。

在这方面，母国的第一项也是最基本的义务是，禁止私营军事安保公司使用其领土，招募、训练和运送人员到海外，以用于针对“另一个国家的主权、领土完整或政治独立”的战斗行动。这些话引用了1974年联合国大会决议关于侵略的定义。^③这一决议认为侵略的法律定义包括一个

① Francioni, “Export of Environmental Harm by Multinational Enterprises: Can the State of Origin be Held Responsible”, in Francioni and Scovazzi (eds.), *International Responsibility for Environmental Harm*, London, 1991.

② Francioni, *Imprese multinazionali, protezione diplomatica e responsabilità internazionale*, Milano, 1979, Chapt. 4; *id.* “Four Ways of enforcing the International Responsibility for Human Rights Violations by Multinational Corporations”, in Moreau and Francioni (eds.), *La dimension pluridisciplinaire de la responsabilité sociale de l'entreprise*, Aix-Marseilles, 2007, pp. 154 ff.

③ Definition of Aggression Resolution (1974) GA Res. 3314 (XXIX), 1970.

国家或以其名义派遣“武装小队，武装团体、非正规军或雇用兵，对另一国家采取武力行为，其严重性相当于上述所列各项行为”。^① 这一定义的措辞没有明确提及人权。然而，不难将“政治独立”这一表达理解为包括自决权，这是两项联合国公约在第1条共同承认的。与此同时，“团体、非正规或雇佣军”这些概念，包括通过私人承包商的商业出口军事服务，母国将其作为一种“代表国家”（on behalf of the State）的渠道，用间接的方式武装干涉另一个国家。因此，除了雇佣国外，私营军事安保公司的母国也受到国际法的约束，通过适当的规章和司法执法从源头来实施这一禁令。当然，各国在选择他们认为适合私营军事安保公司的监管方式方面有很大的自由裁量权。在各国国内立法中已经出现了各种各样的监管模式。^② 在国家决定全面禁止私营军事安保公司的情况下，这只是有效执行禁令的一种方式。相反，当一个国家决定允许或鼓励在其领土内建立私营军事安保公司时，那么，尽职调查义务必须包含一定的积极义务，这些义务不再局限于只禁止对另一个国家的间接武装攻击。

首先，对母国最低限度的要求是将私营军事安保公司在其领土内的创建和经营纳入许可证或执照制度。核实管理人员和雇员的能力是必要的，以（确保他们）富有责任心，避免可能导致人权伤害的行为。在这一领域，很难维持自由放任原则的适用，根据该原则，私营军事安保公司应被视为商业企业，并可以在“凡是没有明文禁止即允许”这种自由原则下运营。这一原则对于一个涉及系统地使用武器和执行强制性活动的行业来说毫无意义，因为人们普遍认为这样的行业需要国内法设定特别许可或一般许可。对私营军事安保公司一般许可的要求和对其人员具体执照的要求，都有着更加深远的社会作用，这样的作用包括使得国家在授权过程中将人权和国际人道法的条件加入到许可证制度中，同时可以确保该公司实际运作的透明度。

一旦事前的许可制度就位，国家必须履行其尽职调查义务，即将危险的军事和安保服务和货物出口纳入到授权和监管程序。这一授权制度并没有什么革命性：在武器出口和双重用途技术以及危险化学品和危险废物方面，它就已经在欧洲、美国以及其他许多国家被采用了。^③

如果私营军事安保公司从事为跨国企业提供安保服务，例如在非洲、拉丁美洲和美国南部地区不稳定的环境下经营的石油和天然气公司以及采矿公司，母国应该获取有关这种服务性质的相关信息，并核验他们的经营是否与对人权的尊重相符。众所周知，目前跨国公司的安全服务已经卷入了东道国的人权侵犯事件，包括强迫居民搬迁、任意拘留甚至是法外处决，目前这些事件也成为了许多国家法院的民事诉讼对象。

为了防止和最大限度地减少这些事件，母国有可能会查看在相似情形下有关私营军事安保公司过去的做法，以找到对侵权行为应要求暂停执照或停发进一步出口许可的先例。

由于母国因私营军事安保公司存在和运营而在就业和税收方面获得了经济和财政

① *Ibid.* Article 3 (g).

② 有关私营军事安保公司的国家报告和立法，see the EUI project Pri-War. eu；以及比较研究：O. Quirico, National regulatory Models for PMSCs and Implications for Future International regulation, EUI, Max Weber Programme, WP 2009/25.

③ See *International Law of Export Control* (Meessen ed.), London, Dordrecht, Boston, 1992; Rotterdam Convention on the Prior Informed Consent Procedure for Certain Hazardous Chemicals and Pesticides in International Trade, 10 September 1998, UNEP/FAO/PIC/CONF 2; Basel Convention on the Control of Trans-boundary Movement of Hazardous Wastes and their Disposal, 22 March 1989, reprinted in 28 ILM 657 (1989).

优势——作为其尽职调查义务的一部分，母国应划拨资源建立一个系统性的和反应性的监测机制，用以监测私营军事安保公司的活动；可要求在公司年度财务报告中提供社会影响报告，以及在可能的情况下使用私营军事安保公司业务所在国的母国派驻的外交使团和武官，这可以方便进行系统的监测。另一方面，反应性监测（reactive monitoring）在披露私营军事安保公司的严重不当行为并且需要采取救济措施的情况下是必要的。在大部分私营军事承包商的母国中，像美国和英国，有能力的国际组织、独立专家、工会和非政府组织的工作可以大大促进系统和反应性监测工作，这些机构在为调查和将来起诉侵犯人权行为提供事实依据方面，通常比国家更有条件。

上文概述的积极义务类型，并不是要穷尽私营军事安保公司的母国在防止与军事和安全出口服务相关的人权侵犯的全部责任。这仅仅是母国为了遵守人权义务，及避免在可预见和潜在危险面前未能保护人权而可能承担的责任，所应采取的客观和合理的尽职调查标准的一个例子。

八 保障诉诸法院和司法保护的义务

以上所说的保护责任不限于防止私营军事安保公司可预见的侵权的尽职调查义务，如果这种侵权行为确实发生，还需要救济和制裁这种侵权行为。这显然是指私营军事安保公司在海外经营时违反营业执照或出口许可证的情况。根据违规行为的严重程度，制裁可能包括：（1）对人员的调查和可能的起诉；（2）要求将涉嫌犯罪的某些成员免职；（3）暂停或撤销营业执照或具体的出口许可。在最近规制私营军事安保公司的努力中，这些要求被认为是现行国际法的一部分，特别是在2008年“瑞士倡议”的基础上详细制定的行为守则和良好惯例。^①此外，对于那些由于私营军事安保公司在海外的犯罪行为而遭受了人权侵害的受害者，私营军事安保公司的母国有义务确保他们诉诸法院的权利和获得适当的民事救济，包括赔偿损害。这是母国保护责任的一个不可或缺的组成部分，因为事实上，大部分的东道国即私营军事安保公司在其领土上运营的国家，往往不能提供足够的司法保护，一方面是因为东道国体制不健全和缺乏稳定性，没有相应资源来满足赔偿要求；另一方面是因为根据公司母国的法律授予了私营军事安保公司完全的豁免权。^②

九 程序性义务：国家间合作

当然，我们试图确定的一系列积极义务，作为私营军事安保公司母国不可推卸的一般尽职调查义务的一部分，可以通过母国与其他相关行为体之间的适当国际合作来加强和强化。这种合作对于私营军事安保公司活动的东道国来说尤为重要。首先，为了确保其居民，特别是平民，免于近几年中已经遭遇过的，来自私营军事安保公司的、严重的人权侵害，母国和东道国的沟通是至

① 参见蒙特勒文件（The Montreux Document），于2008年9月通过。有关这个议题的综合性评论和其他监管措施收录在 J. Cockayne *et al.*, *Beyond Market Forces*。

② 这就是为什么伊拉克政府对美国联邦法院最近作出的判决感到愤怒和愤慨的原因，该判决驳回了对2007年在巴格达的尼苏尔广场的枪击中肆意杀死平民的私人承包商的指控。See *International Herald Tribune*, Jan. 2, 2010, pp. 1 and 3.

关重要的，前者的安保服务出口应当在透明和公开的环境下进行，以便双方可以采取预防危害的适当措施。当私营军事安保公司的活动违反领土国法律或起诉国际犯罪和刑事调查需收集证据和就地核实事实时，两国也必须进行合作。在最近的许多案例中，包括像私营军事安保公司在伊拉克的残暴行为，人们普遍认为，对这些犯罪行为 and 雇佣公司负责的人是以他们的级别实际上并不足以这些严重犯罪负责。这种看法之所以被强化，是因为受到地方管辖权豁免和在母国起诉的管辖权阻碍的综合影响，有时也因为司法诉讼常常以无罪判决终结——如最近 2007 年的一起私人承包商杀害了巴格达 17 名平民的案件^①——或处以非常轻微的刑事制裁。母国和领土国之间的合作可以通过事先交换私营军事安保公司活动信息和监测结果来防止潜在事件和侵权行为。也可以通过在调查机构、限制豁免权和事后的最终起诉方面的合作来帮助处理实际的职员侵权行为。

十 结论

本文从两个截然不同的角度研究了母国对私人军事安保公司侵犯人权行为的责任承担问题。第一个观点是国际法下的一般归责规则，在这方面达成的结论是，当私营军事安保公司实际上融入国家武装力量时，从而以有效的国家机关身份行为时，或者当母国已经依法授予在其境内经营的私营军事安保公司一定程度的政府权力，并向其他国家出口军事和安保服务时，将会产生母国的责任。实践表明，母国会授予私营军事安保公司作战职能、逮捕权力、管理拘留设施、审讯服务和执法职能。通过赋予这些职能，母国不能逃避执行所造成的国际责任。现在已经确定了第三种责任理论，在这种理论中私营军事安保公司是在母国的指示或指导下进行的。本文指出，在国际法院和人权法院的近期实践中，“有效控制”的限制性标准正在转变为非国家行为者“完全依赖”于国家这一更宽泛的标准。

所有这些归属原则对于将违反人权和国际人道法的行为归于母国都是有用的。然而，现实表明，私营军事安保公司不仅为政府工作，或者说为多少具有法律和公共权力色彩的机构工作。它们还为需要安保服务的、处于危险地区的商业公司和私人行为者提供服务。在这些情境中，国际法委员会的条款和传统的国际不法行为责任的归因标准实施效果较差。如本文所述，在国际人权法中，在国际法施加给行使主权的国家的一般性义务中，可以找到补充性办法，合理地防止私营军事安保公司在他们的领土上实施侵犯他人人权的行。母国对私营军事安保公司的创建、许可尤其是出口许可的有效控制，构成了判断母国在防止和最小化私营军事安保公司侵犯人权的风险方面是否尽到了尽职调查义务的最合理基础，该风险包括公司在海外提供服务时侵犯人权的风险。与此同时，国家有责任确保对犯罪人采取适当的刑事制裁措施，对受害者采取民事救济办法，尽管国家采取了预防措施，但是仍然要对发生的侵犯人权行为负责。在目前的国际环境下，私营军事安保公司正在成为政府武装部队和警察部队执行某些活动时可行的替代主体，这些活动迄今为止仍可能被认为是政府职能一部分，在这种情况下，强调母国作用的办法似乎更加及时和适当。加强母国的人权义务，连同领土国和（或）雇佣国的并列义务，可以在私营军事安保公

^① See International Herald Tribune, Jan. 2, 2010, pp. 1 and 3.

司的行为可能会造成悲惨的侵权后果时，以及这些公司以为它们可以违法经营时，提高对私营军事安保公司的行为标准，增强问责制度。

Security and Human Rights in the Regulation of Private Military Companies: The Role of the Home State

Francesco Francioni

(Translated by Zhang Wei and Sun Yuanyuan)

Abstract: Given the growing use of private military and security companies (PMSCs) in the provision of security services abroad, and the increasing risk they have on the human rights of population in host State, it's necessary to promote governance and oversights of these new actors on the international scene. By several considerations, the article puts the focus on the home State as the addressee of human rights obligation. Through analyzing the general international law and the articles of the International Law Committee, there are three approaches to attribute to the home State of the PMSCs' acts. And the substantive international human rights obligation that the home State has with respect to PMSCs includes: the responsibility to protect, the duty to provide access to court and judicial protection, and inter-State cooperation.

Keywords: Private Military and Security Companies, the Home State, State Responsibility, Human Rights

(责任编辑: 何田田)