



大会

Distr.: General
9 August 2016
Chinese
Original: English

第七十一届会议

临时议程* 项目 68

人民自决的权利

以雇佣军为手段侵犯人权并阻挠行使人民自决权

秘书长的说明

秘书长谨根据人权委员会第 2005/2 号决议向大会成员转递以雇佣军为手段侵犯人权并阻挠行使人民自决权问题工作组的报告。

* A/71/150。



以雇佣军为手段侵犯人权并阻挠行使人民自决权问题工作组的报告

摘要

以雇佣军为手段侵犯人权并阻挠行使人民自决权问题工作组在上一份提交大会的报告(A/70/330)研究了雇佣军与外国作战人员之间可能存在的关联问题、及其对人权和人民自决权的影响。在本报告，工作组从历史的角度扩大了这种分析，追踪了雇佣军活动和外国作战人员现象的演变情况，进而可以更仔细地审查两种行为人在参与动机、招募方法和管控措施方面的异同。其中也评估和比较了对人权的影响，以及问责和补救方面所涉的问题。工作组这样做是力求突显两种行为人的共性，并借鉴应对雇佣军以及其他雇佣军相关活动的经验和管控办法，发展如何追究外国作战人员违法行为的责任的新思维。

目录

	页次
一. 导言	4
二. 雇佣军和外国作战人员的定义.....	4
三. 雇佣军和外国作战人员的国际法地位	5
雇佣军、外国作战人员和国际人道主义法	7
四. 对外国作战人员的国内法律管控	8
A. 十九世纪外国征募法规和中立地位	8
B. 专门针对外国作战人员的新立法.....	9
C. 取消公民资格	10
D. 没收护照	10
五. 雇佣军和外国作战人员的历史演变.....	11
A. 十九世纪之前	11
B. 二十世纪初到非殖民化战争	14
C. 非殖民化战争到现在	14
六. 历史教训：招募、管控和动机方面所涉的问题.....	17
A. 招募方法	17
B. 控制措施	18
C. 不同动机对管控方面带来的问题.....	20
七. 为侵犯人权受害者提供问责和补救措施.....	21
八. 对人民自决权的影响.....	22
九. 结论和建议	23

附件

雇佣军的定义	25
--------------	----

一. 导言

1. 本报告是根据人权理事会第 30/6 号决议以及大会第 70/142 号决议提交的。本报告与以雇佣军为手段侵犯人权并阻挠行使人民自决权问题工作组的任务有关，除其他外，工作组负责监测雇佣军和与雇佣军相关活动的所有形式和表现，同时找出雇佣军和雇佣军相关活动的根源和起因、新出现的问题、各种表现、趋势、及其对人权尤其是对人民自决权的影响。

2. 在提交大会的上一份报告(A/70/330)中，工作组研究了雇佣军与外国作战人员之间可能存在的关联问题、及其对人权和人民自决权的影响。在本报告，工作组从历史的角度扩大了这种分析，追踪了雇佣军活动和外国作战人员现象的演变情况，进而可以更仔细地审查两种行为人在参与动机、招募方法和管控措施方面的异同。其中也评估和比较了对人权的影响，以及问责和补救方面所涉的问题。工作组这样做是力求突显两种行为人的共性，并借鉴应对雇佣军以及其他雇佣军相关活动的经验和管控办法，发展如何追究外国作战人员违法行为的责任的新思维。

3. 本报告的内容包括：(a)雇佣军和外国作战人员的定义；(b)雇佣军和外国作战人员的国际法地位；(c)对外国作战人员的国内法律管控；(d)雇佣军和外国作战人员的历史演变；(e)历史教训；(f)为侵犯人权受害者提供问责和补救的可能途径；(g)对自决权的影响；(h)关于如何应对外国作战人员问题的拟议结论和建议。

4. 工作组自 2014 年以来一直在进行关于外国作战人员的研究。有关活动包括前往下列国家访问：突尼斯(见 A/HRC/33/43/Add.1)、比利时(见 A/HRC/33/43/Add.2)、乌克兰(见 A/HRC/33/43/Add.3)和欧洲联盟(A/HRC/33/43/Add. 4)、公共专家小组讨论会、专家会议、以及上述提交大会的报告。

二. 雇佣军和外国作战人员的定义

5. 为雇佣军和外国作战人员下定义并不容易。众所周知，雇佣军的法律定义极难适用，而工作组已注意到它的狭隘范围再也覆盖不了雇佣军在当今世界的各种相关活动。¹ 雇佣军的法律定义见诸《日内瓦四公约》第一附加议定书第 47 条，又见于 1989 年《反对招募、使用、资助和训练雇佣军国际公约》²。这些定义都很

¹见 A/70/330，第 9 段。

²这些文书所列的定义，见本报告附件。

长，相似但不完全一样，列有若干累加条款规定，因而使它们相当狭隘。这些定义可最佳简述如下：雇佣军是一名作战人员，他不是冲突国武装部队成员，主要为金钱利益而战。这个法律定义有重大的实际问题，下面将加以讨论。

6. 对于外国作战人员，没有国际接受的定义，但工作组以前曾提出过一个工作定义：“外国作战人员一词一般是指离开原籍国或惯常居住地，在武装冲突中作为叛乱或非国家武装集团的一份子参与暴力的个人”。³ 安全理事会审议了外国恐怖主义作战人员的相关现象，对外国恐怖主义作战人员所给的定义为“前往其居住国之外的另一国家，以实施、筹划、筹备或参与恐怖主义行为，包括与武装冲突有关的恐怖主义行为的个人”。⁴

7. 乍一看，雇佣军和外国作战人员好像雷同相似。两者都在其原籍国以外的国家作战，都可能支持叛乱集团。根据既有的定义，两者的主要分别在于动机问题。无论是在法律上⁵还是在实际上⁶，一般接受的说法是，雇佣军的主要动机是金钱利益，而外国作战人员的动机则往往是希望为事业而战。⁷ 根据动机去区分雇佣军和外国作战人员是准确的，但也带来一些实际困难。雇佣军可以同时以挣钱为动机，又同情某一事业。在若干情况下，外国作战人员也有报酬。⁸

8. 由于外国作战人员涉及的冲突范围很广、其所使用的战术、以及他们参加的组织的合法性问题，为他们下定义是很复杂的。在若干情况下，像在西班牙内战，外国作战人员因支持被广泛公认为合法的事业而被表扬。外国作战人员也可能但不一定参与恐怖主义活动，安全理事会已关切地注意到这种现象。⁹

³ 见 A/70/330，第 13 段。

⁴ 见安全理事会第 2178 (2014)号决议。

⁵ 见《公约》和附加议定书第 47 条。

⁶ 有关讨论导致订立《公约》和附加议定书第 47 条，讨论的重点是确认根据金钱利益为雇佣军下的普遍接受定义的重要性。见 Sarah V. Percy, "Mercenaries: strong norm, weak law", *International Organization*, vol. 61, No. 2 (2007)。

⁷ 见 Sarah Percy, *Mercenaries: The History of a Norm in International Relations* (Oxford University Press, 2007)。

⁸ 如何用法律量化动机问题困扰了有关雇佣军法律文件的拟订工作。见 H. C. Burmester, "The recruitment and use of mercenaries in armed conflicts", *American Journal of International Law*, vol. 72, No. 1 (1978); and E. Kwakwa, "The current status of mercenaries in the law of armed conflict", *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 14 (1990)。

⁹ 见第 2178 (2014)号决议。

三. 雇佣军和外国作战人员的国际法地位

适用于雇佣军的法律

9. 雇佣军具体受制于两项国际法律措施。《日内瓦四公约》第一附加议定书第 47 条否定了雇佣军的战斗员地位和战俘地位，但没有将雇佣军活动定为犯罪。另一方面，《反对招募、使用、资助和训练雇佣军国际公约》将招募、培训和资助雇佣军活动定为犯罪。《公约》已获 34 国批准，而第一附加议定书则有 174 个缔约国，¹⁰ 其关于雇佣军的条款被认为是构成具有拘束力的国际武装冲突方面的习惯国际人道主义法。¹¹

10. 第 47 条和《公约》都对雇佣军使用了累加定义。累加定义载列多项标准，必须满足了这些标准才能将有关个人视为雇佣军。因此，为了避免每一项文书对雇佣军地位施加的法律后果，个人只要躲避其中一项标准就行。第 47 条和《公约》两者都有两项很容易躲避的标准：雇佣军的报酬必须高于正规军士兵，必须没有加入雇用他们的国家的正规武装部队。因此，一个作战人员只要加入武装部队，或保证他们在书面上的薪酬与正规军士兵一样或较少，就可以规避这个标签所带来的法律后果。此外，定义规定雇佣军要“积极参与敌对行动”，而私营军事和安保公司则辩称它们没有这样做，而是为人民或设施提供安保，仅使用武力来进行防卫，以此规避雇佣军地位。这些法律漏洞使第 47 条和《公约》实际上无法适用。

适用于外国作战人员的法律

11. 与此相反，对于外国作战人员，没有具体的国际立法。安全理事会通过了两项关于“外国恐怖主义作战人员”的决议。¹² 外国恐怖主义作战人员被定义为“前往其居住国或国籍国之外的另一国家，以实施、筹划、筹备或参与恐怖行为，或提供或接受恐怖主义训练，包括因此参与武装冲突的个人”。¹³ 第 2178(2014)号决议从头到尾使用“外国恐怖主义作战人员”一词，其中安理会又吁请各国防止这种作战人员跨境运动、分享情报，同时按照其国际法律义务，通过预防这种

¹⁰ 见 <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Treaty.xsp?documentId=D9E6B6264D7723C3C12563CD002D6CE4&action=openDocument>。

¹¹ 红十字委员会主张第 47 条构成习惯国际法的规则。见 https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule108。

¹² 第 2170 (2014) 和 2178 (2014)号决议。

¹³ 见第 2178 (2014)号决议。

作战人员的激进化和招募工作、防止其越界过境、并针对回国的这种作战人员制订起诉和恢复正常生活的战略，应对外国恐怖主义作战人员所造成的威胁。

12. 在第 2170(2014)号决议，安全理事会吁请各国“阻止外国作战人员、资金及其他支助流向伊拉克和叙利亚的伊斯兰极端主义集团”。除此以外，该决议所关注的是更广大的叙利亚和伊拉克战争，特别对使用恐怖主义和恐怖行为表示关注。

13. 因此，两项决议都将恐怖主义与外国作战人员密切联系起来，但只字不提在叙利亚局势以外利用外国作战人员，也一字不提参与战争但没有参与恐怖行为的外国作战人员。这就留出了外国作战人员可以运作的许多局势空间，同时也删略了外国作战人员最显著的特征：用赫格哈马尔的话说，外国作战人员“除护照以外，从所有其他方面看都是叛乱分子”。¹⁴

雇佣军、外国作战人员和国际人道主义法

14. 正如工作组在上一份报告所指出的，雇佣军和外国作战人员与所有战斗人员一起都必须遵守国际人道主义法。¹⁵ 根据红十字国际委员会的解释，“交战方平等原则”是指所有“武装冲突各方根据国际人道主义法具有同等权利和义务”，而国际人道主义法的“目的并不是确定交战方所追求事业的合法性”。¹⁶ 国际人道主义法蓄意不提动机问题，因为它力求管控一切武装冲突，不单只是某类战斗。¹⁷ 虽然没有具体列出恐怖主义犯罪，但恐怖行为，即武装冲突中针对平民的行为，都是违反国际人道主义法的行为。¹⁸ 外国作战人员的战斗人员地位高度复杂，除其他因素外，会因有关冲突是国际性冲突还是非国际性冲突而变化。¹⁹

15. 国际人道主义法的功用之一是解释战争中不同行为人的地位。战斗人员和非战斗人员在战争中有不同的权利和责任，受制于不同的行为规则。战斗人员享有

¹⁴ 见 Thomas Hegghammer, "The rise of Muslim foreign fighters: Islam and the globalization of jihad," *International Security*, vol. 35, No. 3 (2010), 第 55 页。

¹⁵ 关于私营军事和安保服务公司和遵守国际人道主义法问题，见 <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/faq/pmsc-faq-150908.htm>。

¹⁶

见

<https://www.icrc.org/en/document/applicability-ihl-terrorism-and-counterterrorism>。

¹⁷ 见 Sandra Kraehenmann, "Foreign fighters under international law", in *Academy Briefing No. 7* (Geneva Academy of International Humanitarian Law and Rights, 2014), 第 23 页。

¹⁸ 同上，第 24 页。

¹⁹ 详细的讨论见 Sandra Kraehenmann, "Foreign fighters under international law", in *Academy Briefing No. 7* (Geneva Academy of International Humanitarian Law and Rights, 2014)。

“交战特权”，在参与武装冲突法容许的敌对行为中可免受国内法管辖。但非战斗人员不享有这种特权，这种行为可根据国内法予以起诉。所有战斗人员都有权获得适当的战俘待遇。因此，战斗人员地位的确定是关键重要的。

16. 凡符合雇佣军国际法律定义的个人都自动被认为不是战斗人员，既失去战斗人员特权，也不享有战俘地位权利。

四. 对外国作战人员的国内法律管控

17. 若干国家针对到国外当兵的公民，颁布了国内规定。有五种适用于外国作战人员的国内控制措施：十九世纪外国征募法规；专门为外国作战人员拟订的新立法；关于取消公民资格的控制措施；关于限制走动或容许没收护照的控制措施；其他反恐规定。

A. 十九世纪外国征募法规和中立地位

18. 十九世纪末和二十世纪初通过的若干国内法处理了外国征募问题。这些法律的颁布是国际系统关于中立地位的发展中概念的一部分。希望在外国战争中保持中立的国家担心其公民被外国征募可能会将它卷入不想参加的冲突之中。²⁰ 这种法律通常称为外国征募法。它们防止公民加入外国军队，也往往阻止在本土招募士兵到国外打仗。这些法律并不是具体拟订来针对雇佣军的，到 1930 年代，在国际系统公认的 66 个国家中，有 45 个颁布了这种法律。²¹ 许多这些法律仍见诸典册。

19. 不过，这些法律是特点是，二十世纪开始以后，它们就没有被使用过。²² 外国征募立法已落后于事态的发展。首先，中立法很快就被改变，到 1907 年《海

²⁰ 见 Janice E. Thomson, *Mercenaries, Pirates and Sovereigns: State-Building and Extraterritorial Violence in Early Modern Europe* (Princeton University Press, 1994)。

²¹ 同上。

²² 美利坚合众国自二十世纪之交就没有执行其中立法。见 Jules Lobel, "The rise and decline of the Neutrality Act: sovereignty and congressional war powers in United States foreign policy", *Harvard International Law Journal*, vol. 24 (1983); 和 Juan Carlos Zarate, "The emergence of a new dog of war: private international security companies, international law and the new world disorder", *Stanford Journal of International Law*, vol. 34, winter (1998), 第 136 页。《迪普洛克报告》讨论了英国的情况：Lord Diplock, Derek Walker-Smith and Geoffrey de Freitas, "Report of the Committee of Privy Counsellors appointed to inquire into the recruitment of mercenaries" (London, Stationery Office, 1976)。

牙第五公约》第6条将中立地位编纂入法时，它具体排除了“人员分别越境为交战一方打仗的事实”。²³ 其次，这些法律面临参与二十世纪初各次战争的志愿军的挑战。在第一次世界大战，美利坚合众国的官方立场虽然是保持中立，但也不倾向于处罚参加英国武装部队的美国人，部分原因是《海牙公约》的中立法有所改变 – 仅仅是外国征募一点不再构成违反中立。²⁴ 同样的是，联合王国试图在1937年重新激活这个法，以应对西班牙内战的志愿军问题，但由于有关证据方面以及这一法规对该冲突的适用性问题，证实该法“令人尴尬地无法实施”；该法也就没有被动用。²⁵ 1976年英国雇佣军在安哥拉被俘、被审和被处死之后，大不列颠及北爱尔兰联合王国政府下令编写的《迪普洛克报告》指出，由于十九世纪以来战争发生了相当多的变化，该法是无法实施的，应予废除。²⁶

B. 专门针对外国作战人员的新立法

20. 在设法控制外国恐怖主义作战人员前往伊拉克和阿拉伯叙利亚共和国的国家中，澳大利亚采取了最具体的办法。大多数其他国家依靠现有的反恐文书去管控外国作战人员，而澳大利亚则专门立法反对外国作战人员，这或许是由于《1978年(外国侵入和招募)罪行法》，该法的初衷是要将外国作战人员和在另一国国籍武装部队服义务兵役的双重国籍澳大利亚人区别开来。²⁷ 该法已由《2014年反恐恐怖主义立法修正案(外国作战人员)法》取代，立法的具体目的是为了处理前往伊拉克或阿拉伯叙利亚共和国而回国时军事技能大增的澳大利亚人的问题。²⁸ 该法创立了一个前往“指明地区”罪行，禁止进入有列名恐怖组织从事敌对活动的

²³ 见 Ian Brownlie, "Volunteers and the law of war and neutrality", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 5, No. 4 (1956), 第 570 页。《公约》案文见 <https://www.icrc.org/ihl/INTRO/200?OpenDocument>。

²⁴ 见 David Riesman, "Legislative restrictions on foreign enlistment and travel," *Columbia Law Review*, vol. 40, No. 5 (1940); 和 H. C. Burmester, "The recruitment and use of mercenaries in armed conflicts", *American Journal of International Law*, vol. 72, No. 1 (1978)。

²⁵ 见 S. P. Mackenzie, "The Foreign Enlistment Act and the Spanish Civil War, 1936–1939", *Twentieth Century British History*, vol. 10, No. 1 (1999), 第 52 页。在适用该法于西班牙局势方面，有若干困难。该法的措辞似乎规定(a)英国与双方处于和平状态，(b)每一争斗方都是事实上的外国”；就西班牙局势来说，这一点并不明确。此外，为了这些原因，又因为很难确立犯罪证据，人们认为适用该法成功进行起诉的机会率不高。同上，第 55 和 60 页。

²⁶ 见 Lord Diplock, Derek Walker-Smith and Geoffrey de Freitas, "Report of the Committee of Privy Counsellors appointed to inquire into the recruitment of mercenaries" (London, Stationery Office, 1976), 第 7 页。

²⁷

见

<http://www.theage.com.au/comment/australian-law-helps-keep-assad-in-power-20130505-2j11y.html>。

²⁸ 见 George Williams and Keiran Hardy, "National security (part two): national security reforms stage two: foreign fighters", *Law Society of New South Wales Journal*, vol. 7 (2014)。又见 <https://www.legislation.gov.au/Details/C2014A00116>。

某一地区。²⁹ 前往指明地区只有三个可以接受的理由：“提供人道主义援助；以‘专业身份’进行新闻报道；以及真真正正的探访家人”。³⁰

C. 取消公民资格

21. 若干国家曾探讨用取消公民资格的办法去确保外国作战人员难以返回本国。这些办法主要适用于双重国籍公民，以免出现无国籍状态。

22. 2015 年，澳大利亚通过了《澳大利亚公民资格(效忠澳大利亚)修正法案》。对于具有双重国籍的澳大利亚人，如犯下某些恐怖主义罪行，又或在外国军队(为与澳大利亚作战的国家或指明的恐怖组织)服役的，即取消其公民资格。

23. 在 2014 年，加拿大政府提出立法，对于双重国籍或入籍公民，可在各种情况下，包括被判在加拿大和海外犯有恐怖主义罪行的情况下，取消其公民资格。

³¹ 截至 2016 年，该国政府已开始废除这项立法的过程。³²

24. 此外，联合王国试图在其《2015 年反恐怖主义和安全法》中列入一些措施，取消被怀疑在伊拉克或阿拉伯叙利亚共和国作战时犯下恐怖主义罪行的公民的公民资格，但由于担心出现无国籍状态，这些计划业已终止。³³ 不过，《2014 年移民法案》让国务大臣具有审查权力，如公民的行为“严重损害联合王国的重大利益”，又如有理由假定他们已在别处取得公民资格，可取消其英国公民资格。³⁴

²⁹ 对此法的一项明显挑战是它对前往指明地区抗击伊拉克和黎凡特伊斯兰国(伊黎伊斯兰国)的澳大利亚人的适用性问题，其中有些人没有被指控。见 <https://www.thesaturdaypaper.com.au/news/politics/2015/12/12/the-law-and-australian-anti-daesh-fighter-ashley-dyball/14498388002740>。

³⁰ 见 Keiran Hardy and George Williams, "Australian Legal Responses to Foreign Fighters," *Criminal Law Journal* (即将印行)。Hardy 和 Williams 指出，可能还有其他前往指明地区的合法理由，需要由该项立法加以排除。

³¹ 第 C-24 号法案，《修正公民法案并相应修正其他法案的法案》，见 <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=6684615>。有关分析见 <http://www.cbc.ca/news/politics/new-citizenship-act-allowing-revocation-of-canadian-citizenship-takes-effect-1.3093333>。

³²

<http://www.cbc.ca/news/politics/john-mccallum-citizenship-act-repeal-bill-1.3463471>。

³³

见 <http://www.theguardian.com/politics/2014/sep/01/anti-terror-policy-legal-political-opposition-jihadis-uk>。

³⁴ 见 David Anderson, "Citizenship removal resulting in statelessness"。截至提出报告时为止，有关大臣尚未行使这项权力。

D. 没收护照

25. 若干国家颁布立法允许没收被宣布为具有安全风险的人的护照，³⁵ 这些立法适用于恐怖主义活动或在国外接受训练以及在国外敌对局势中参与战斗的情况。联合王国《2015 年反恐怖主义和安全法》禁止前往“为恐怖主义建立联系、进行培训和吸取经验提供方便、会让有关个人回国时能力大增的地点”。³⁶ 露西娅·塞德纳指出，比利时、丹麦、德国荷和兰都有类似的撤销护照规定。³⁷

26. 国家的做法往往是通过执行反恐立法去应对外国作战人员问题。若干国家和区域政府颁布了立法，凡被怀疑进行恐怖主义活动的个人，包括在外国冲突中作战的个人，限制其领取政府福利。³⁸ 比利时、加拿大、丹麦、法国、荷兰、西班牙和美利坚合众国都可以对犯下与恐怖主义具体有关的各种罪行的外国作战人员提出指控，但并没有将前往指明地区定为犯罪，或没有具体针对到外国作战的行为。³⁹

五. 雇佣军和外国作战人员的历史演变

27. 结合研究外国作战人员和雇佣军的历史和演变可以为对比这两种现象提供重要的背景资料。

A. 十九世纪之前

1. 雇佣军

³⁵ 见 Lucia Zedner, "Citizenship deprivation, security and human rights," *European Journal of Migration and Law*, vol. 18, No. 2 (2016), 第 226 页。

³⁶ 同上，第 227 页。

³⁷ 同上，第 30 页。

³⁸ 本报告提到比利时和荷兰的类似做法。

³⁹ 见 Lorenzo Vidino, "Foreign fighters: an overview of responses in 11 countries" (Zurich, Switzerland, Centre for Security Studies, Swiss Federal Institute of Technology, 2014)。

28. 雇佣军有特别长的历史，可追溯到古典世界，⁴⁰ 从中世纪时期到十九世纪中叶，欧洲战争利用雇佣军是司空见惯的事。在整个这个时期，区别雇佣军的一个特征是金钱动机，因为在十六世纪前，国籍并没有成为一个区别特征。⁴¹

29. 中世纪欧洲雇佣军作为组织松散的团伙参加战斗，通常以一个首领为中心。他们并没有与贵族、君王或其他雇用机构订立合约，但他们出名的是，为了存活，他们会突袭和抢掠农村地区。⁴² 或许这个时期最有名的雇佣军是意大利城邦的出租士兵(*condottieri*)。这些 *condottieri* 出租士兵往往向城邦勒索金钱，以不攻击作为交换。勒索加上漫天要价是使锡耶纳衰落，不再是意大利半岛主要力量的原因。⁴³

30. 各国最终将雇佣军加以控制。决定这样做是能力问题(各国要能够集结和管理一个常设部队)，道德问题(雇佣军为金钱而战，长期以来被认为是不道德的)，以及必要性问题(雇佣军一旦没有工作就会折腾出重大麻烦)。⁴⁴ 雇佣军并没有消失，这种生意变成了国与国的交易，领导人可以同他国谈判，雇用外国人参加战斗。

31. 从十六世纪开始，雇佣军是国与国根据条约或合约雇用的。这种雇佣军的例子包括为梵蒂冈服务的瑞士近卫队，法国使用的瑞士雇佣军；⁴⁵ 在整个十八世纪和十九世纪，英国招募德国雇佣军作战，最显著的是在美国革命期间。⁴⁶

2. 外国作战人员

⁴⁰ 见 James Larry Taulbee, "Mercenaries and citizens: a comparison of the armies of Carthage and Rome", *Small Wars and Insurgencies*, vol. 9, No. 3 (1998); 和 Guy Thompson Griffith, *The Mercenaries of the Hellenistic World* (Cambridge University Press, 2014)。

⁴¹ 见 Sarah Percy, *Mercenaries: The History of a Norm in International Relations* (Oxford University Press, 2007)。

⁴² 见 Kenneth A. Fowler, *Medieval Mercenaries, vol. 1: The Great Companies* (Oxford, Blackwell Publishers, 2001)。

⁴³ 见 William Caferro, "Mercenaries and military expenditure: the costs of undeclared warfare in XIVth-century Siena," *Journal of European Economic History*, vol. 23, No. 2 (1994), 和 *Mercenary Companies and the Decline of Siena* (Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1998)。

⁴⁴ 见 Sarah Percy, *Mercenaries: The History of a Norm in International Relations* (Oxford University Press, 2007)。

⁴⁵ 见 John McCormack, *One Million Mercenaries: Swiss Soldiers in the Armies of the World* (London, Leo Cooper, 1993)。

⁴⁶ 见 Rodney Atwood, *The Hessians: Mercenaries from Hessen-Kassel in the American Revolution* (Cambridge University Press, 1980)。

32. 外国作战人员是个相对近代的现象。为外国事业战斗的志愿军这个概念只适用于军队沿国界集结的历史情况，当时在这些军队中用外国人是显著的。外国作战人员出现于第一个群众革命运动，由美国革命和法国革命开始，延续到整个欧洲和美洲的各种叛乱和革命，直至十九世纪结束为止。

33. 在这个时期，雇佣军和外国作战人员是彼此的镜中影像。国籍观念的兴起对两者发挥了关键作用。虽然雇佣军一向是被他们的金钱动机所界定的，但在由公民参与的战争中，雇佣军的外国地位特别令人反感。美国和法国的革命者都明白指出，他们不喜欢雇佣军，雇佣军让他们不安。⁴⁷

34. 区分两种作战人员不同动机对了解他们的不同招募方式以及他们参与作战的冲突性质是非常关键的。

35. 雇佣军和外国作战人员参与不同种类冲突的战斗，同时关键重要的是，他们参加不同种类的武装部队。雇佣军生意成为国与国交易的转变，到十六世纪末彻底完成，意味着这个时期的叛乱集团没有使用雇佣军。雇佣军是昂贵的，招募雇佣军需要来源国的允许。各日耳曼公国不愿意授权雇佣军为叛乱和革命作战是可以理解的。雇佣军是昂贵的资源，是保持现状大国用来加强实力、进行国家间战争或镇压叛乱的。他们是招募来加入国家正规武装部队的专业军人。

36. 相反的是，外国作战人员同情革命，是志愿参加和具体招募的。成功的革命分子往往从一个革命走到另一个革命。塔德乌什·柯斯丘什科将军参加了波兰反抗俄罗斯的起义，又在美国革命期间站在美国一边。美国革命分子大力积极招募作战人员。外国作战人员有经验老到的，也有经验全无的，在往往是组织稀松的军队中参加反叛和起义的战斗。

37. 外国作战人员和雇佣军因此是以非常不同的方式招募的。国与国的雇佣军交易使用了各种制度，但一般依靠统治者之间既有的安排，例如为英国皇室从赫斯和汉诺威雇请雇佣军提供方便的安排。⁴⁸ 有时国家获许在某一公国招募雇佣军。与此相反，外国作战人员是根据对事业的热心程度招募的，往往是由于个人之间的既有联系，或是想法相同，族裔一样。⁴⁹

⁴⁷ 见 Sarah Percy, *Mercenaries: The History of a Norm in International Relations* (Oxford University Press, 2007), 第 5 章。

⁴⁸ 见 Rodney Atwood, *The Hessians: Mercenaries from Hessen-Kassel in the American Revolution* (Cambridge University Press, 1980); 和 Sarah Percy, *Mercenaries: The History of a Norm in International Relations* (Oxford University Press, 2007)。

⁴⁹ 见 David Malet, "Why foreign fighters?: historical perspectives and solutions", *Orbis*, vol. 54, No. 1 (2010), 第 101 页。

B. 二十世纪初到非殖民化战争

38. 十九世纪开始之后，雇佣军和外国作战人员的历史发生了变化。在大约 1900 年至 1960 年代与非殖民化有关的战争期间，战争成为了高度指挥的国家活动，涉及以为国尽责的理由大规模动员国民士兵，往往冠之以高度爱国的名堂。在这种背景下，雇佣军和外国作战人员两者都看到他们的活动发生了变化。

39. 十九世纪中叶，在英国千辛万苦为克里米亚战争招募雇佣军之后，雇佣军不再受欢迎。⁵⁰ 后来在整个欧洲根据民族主义进行有效征兵获得发展后，雇佣军大体上销声匿迹：供应国再也不希望派遣公民到外国作战，雇用国也停止了这种做法。⁵¹

40. 外国作战人员也受到民族主义兴起的影响。在这个时期，有两种外国作战人员。受两次世界大战影响的国家的国民往往组成国家军队的分支部队，例如第一次世界大战的波兰军团和乌克兰军团，他们与奥匈军队并肩，为争取成立独立国家而战；⁵² 又或第二次世界大战的自由波兰军或自由法国军，他们被利用来支持更大的作战努力，包括取代被德国占领后无法行动的军队。

41. 在这个时期，西班牙内战使用外国作战人员最为显著。大约 40 000 名作战人员参加了后来被称为国际纵队的队伍，抗击法西斯主义。这些纵队被置以一些怀疑的眼光，特别是在他们归国之后。来自加拿大和美国的纵队战士不得出任公职，原因是他们与共产主义有染。国民军一方也招募了大约 1 000 名志愿军。⁵³ 西班牙内战较为近似十九世纪前时期的叛乱和起义，比较不像两次世界大战期间向给外国作战人员提供的准国家支持。

C. 非殖民化战争到现在

⁵⁰ 见 Sarah Percy, *Mercenaries: The History of a Norm in International Relations* (Oxford University Press, 2007); 和 C.C. Bayley, *Mercenaries for the Crimea: The German, Swiss and Italian Legions in British Service, 1854-1856* (London, McGill-Queen's University Press)。

⁵¹ 见 Janice E. Thomson, "State practices, international norms and the decline of mercenarism", *International Studies Quarterly*, vol. 34; 和 Sarah Percy, *Mercenaries: The History of a Norm in International Relations* (Oxford University Press, 2007)。

⁵² 见 Marcello Flores, "Foreign fighters involvement in national and international wars: a historical survey", in *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, ed. Andrea de Guttry, Francesca Capone and Christophe Paulussen (Springer, 2016)。

⁵³ 见 David Malet, "Why foreign fighters?: historical perspectives and solutions", *Orbis*, vol. 54, No. 1 (2010), 第 104 页。

42. 在 1960 年代到冷战结束这段时期，外国作战人员的使用大致上没有变化，而雇佣军的使用则以另一种形式死而复生。外国作战人员主要积极参与反抗运动，包括在阿富汗，他们是招募来抵抗苏联部队的。他们的人数不多，直至 1984 年有关方面蓄意作出宗教努力，招募回教徒抵抗世俗化的共产主义。⁵⁴ 在阿富汗使用外国作战人员标志着一个时期的开始，大多数外国作战人员都是宗教驱使的回教徒，这种情况从冷战结束后到今天仍在继续。伊斯兰外国作战人员在科索沃、⁵⁵ 波斯尼亚和黑塞哥维那、⁵⁶ 俄罗斯联邦车臣、⁵⁷ 阿富汗⁵⁸ 和伊拉克⁵⁹ 最为显著，现在他们又在阿拉伯叙利亚共和国打仗。⁶⁰

43. 在非殖民化期间，雇佣军的使用发生了重大变化。雇用士兵的想法死灰复燃，不过使用方式较为近似十七世纪前时期使用雇佣军的形式。雇佣军被雇用来在非洲非殖民化之后的战争作战，雇用者包括：力图保住权力的殖民利益集团，像在 1960 年代的刚果；⁶¹ 分裂主义集团，像在比夫拉的冲突(1967-1970 年)；⁶² 内战各方，包括安哥拉内战；⁶³ 政变实施者，像在贝宁、科摩罗和塞舌尔。⁶⁴

44. 在非殖民化时期，雇佣军与十七世纪前时期的雇佣军十分近似。他们是组织松散的战士团伙，往往以一个有生意头脑的人为中心。有关安排纯粹是商业性的。雇佣军不以他们的军事实效著称；⁶⁵ 但由于他们对新近非殖民化国家产生了影

⁵⁴ 同上，第 105 页。

⁵⁵ 凡提及科索沃之处，无论涉及领土、机构抑或人口，均应充分按照安全理事会第 1244(1999)号决议加以理解，不影响科索沃的地位。

⁵⁶ 见 E/CN.4/1995/29。

⁵⁷ 见 Cerwyn Moore and Paul Tumelty, "Foreign fighters and the case of Chechnya: a critical assessment", *Studies in Conflict and Terrorism*, vol. 31, No. 5 (2008)。

⁵⁸ 见 E/CN.4/2004/15；和 David Malet, *Foreign Fighters: Transnational Identity in Civil Conflicts* (Oxford Oxford University Press, 2013)，第 6 章。

⁵⁹ 见 Joseph Felter and Brian Fishman, "Al-Qaida's foreign fighters in Iraq: a first look at the Sinjar records" (Defence Technical Information Centre, 2007)。

⁶⁰ 见 A/70/330。

⁶¹ 见 Anthony Mockler, *The Mercenaries* (London: Macdonald)。

⁶² 见 John de St. Jorre, *The Nigerian Civil War* (London, Hodder and Stoughton)；和 Anthony Mockler, *The Mercenaries* (London, Macdonald)。

⁶³ 见 George H. Lockwood, "Report on the trial of mercenaries: Luanda, Angola, June 1976", *Manitoba Law Journal*, vol. 7；和 Gerry Thomas, *Mercenary Troops in Modern Africa* (Boulder, Colorado, Westview Press)。

⁶⁴ 见 Anthony Mockler, *The New Mercenaries: The History of the Hired Soldier from the Congo to the Seychelles* (London, Sidgwick and Jackson, 1985)。

⁶⁵ 见 Sarah Percy, *Mercenaries: The History of a Norm in International Relations* (Oxford University Press, 2007)。

响，国际社会便加以关切。到 1980 年代末，随着环绕非殖民化的战争日渐式微，这种雇佣军已不再常见。

45. 冷战后雇佣军以新的形式出现(私营军事公司)，令人关切。这些公司是组织紧密的战士团体，在一个企业结构下营运，表明只为主权国家打仗。这些公司最有名的是 Executive Outcomes 公司(在安哥拉和塞拉利昂积极活动)和 Sandline International 公司(在巴布亚新几内亚和塞拉利昂积极活动)。他们比 1960 年代和 1970 年代的前人有效得多，对他们参与战斗的冲突产生很大的影响。国际上对这种公司非常不以为然，到 1990 年代末，大家公认这些公司不能继续以同样的方式经营下去。⁶⁶

46. 2003 年在伊拉克进行的军事干预让私营军事和安保业有机会以新的、争议较少的形式出现。同一批人许多都在 1990 年代经营过私营军事公司，他们成立了新的私营安保公司，支持以美国为首的干预行动。这些新公司主要是由国家雇请的，但明确声称会回避战斗，只会用武力进行防卫；他们与国家军事部队的关系以及他们不从事积极战斗的说法让他们避开雇佣军的法律定义。⁶⁷

47. 1990 年代在伊拉克使用的私营军事和安保公司以及自此以来使用的那种公司都限于对主权国家服务。的确，随着外国对伊拉克和阿富汗的参与降级，他们的服务变得非常有限，整个行业进行了相当大的结构重组，有些公司还关门大吉。⁶⁸ 这些公司与外国作战人员有相当大的差别，后者曾参与非国家叛乱，同时没有声称会遵守国际法。

48. 工作组以前各份报告⁶⁹ 扼述了外国作战人员在当代的大多数活动。自 1990 年代以来，外国作战人员曾以宗教为主要理由，参与了科索沃、俄罗斯联邦车臣、阿富汗、伊拉克和阿拉伯叙利亚共和国的冲突。“伊拉克和黎凡特伊斯兰国”(伊黎伊斯兰国)这个组织曾臭名昭著地招募外国作战人员帮它打仗。大卫·马利特指出，在不同时期动员外国作战人员社群需要依靠一个有特别显著身份认同的跨国社群，也需要依靠该社群的宣传沟通能力和到各地串连的能力。⁷⁰

⁶⁶ 同上，第 7 章。

⁶⁷ 同上。

⁶⁸ Sarah Percy, "Regulating the private security industry: a story of regulating the last war", *International Review of the Red Cross*, vol. 94, No. 887.

⁶⁹ A/70/330 和 A/69/338。

⁷⁰ 见 David Malet, "Why foreign fighters?: historical perspectives and solutions", *Orbis* 54, No. 1 (2010), 第 107 页。

六. 历史教训：招募、管控和动机方面所涉的问题

49. 雇佣军和外国作战人员的共同历史显示，作战方式的改变对两种行为人有很大影响。随着战争改变成为更加以国家为基础的活动，雇佣军和外国作战人员所发挥的种种作用也跟着改变。不过，一般说来，外国作战人员主要与叛乱、革命和起义有关；而雇佣军大多是由国家雇请的。了解到雇佣军和外国作战人员的历史演变，就需要更深入地研究两种行为人在动机、招募方法和管控措施方面的异同。

A. 招募方法

50. 雇佣军和外国作战人员的招募方式表面上雷同相似。在 1970 年代中叶的安哥拉战争，雇佣军是在英国报纸登广告招募的，这种手法与今天利用社交媒体招募外国作战人员看来没有多大的不同。不过，这种安哥拉招募法是一般招募雇佣军做法的显著例外。在历史上雇佣军一向具有价值，因为他们带来了特殊技能和训练，自 1960 年代以来，这一点尤为真确。雇佣军以及私营军事和安保公司的主要招募方式一向是私人接触与网络关系，往往依靠过往的当兵经验。

51. 在十七世纪之前，雇佣军领导人会雇请他认识和共同作战过的人；二十世纪以来的做法也差不多一样。在国与国进行雇佣军交易时期，雇佣军往往是故意培训来加入一个能到国外打合同工的部队。随着这个行业越来越专业化，能够招募有经验和有战斗力的人员是一项相对优势。即使是今天的公司，它们更有可能通过私人接触而不是其他方法去进行招募，而且大多数不会维持大量全职雇员。雇佣军是合同生意，只会为一项具体工作招募具体的人。⁷¹ 雇佣军和私营军事和安保公司的雇员很宝贵，因为他们有军事经验和专门才能。他们往往被用作今天所称的“增强战力手段”，由于他们具备高超的技能，就是说数目不多的雇佣军即可产生相当大的影响。

52. 外国作战人员一直靠私人网络关系招募，也广泛利用了媒体。大卫·马利特认为，有史以来，外国作战人员的招募都依循一个标准模式，有四个阶段。第一，叛乱分子(一般是弱的一方)谋求外援；第二，为了争取支持，他们以赞同其事业的外人为对象；第三，在这些外人当中，最可能招募的是在有关社群中非常积极

⁷¹ 见 Sarah Percy, "The changing character of private force", in *The Changing Character of War*, ed. Hew Strachan and Sibylle Scheipers (Oxford University Press, 2011)。

但在更广大的社会中被边缘化的人；第四，招兵者然后会强调共同团体面临的生死存亡威胁。⁷²

53. 招募工作非常依靠利用媒体以及私人接触。在过去，这可能是与归国的作战人员进行接触，或利用小册子和信件。在当代，招募工作非常依赖社交媒体和私人接触，包括线上接触和亲自接触。⁷³

B. 控制措施

54. 雇佣军和外国作战人员在其存在的整个历史过程中都曾引发出重大的管控措施。过去对雇佣军的控制有两个浪潮。第一，随着国家越来越强大，它们就有能力结束雇佣军活动的经营系统，这样做是必要的，部分原因是没有工作的雇佣军会折腾出严重的安保挑战。第二，当雇佣军的雇用与不断改变的规范和规则不再相容时，各国便停止了国与国之间的雇佣军交易。在十八世纪末和十九世纪初，随着征兵和公民服兵役观念的发展，使用雇佣军就越来越没有理由，⁷⁴ 而中立法的发展会让各国担心雇佣军会将它们卷入它们想保持中立的冲突之中。⁷⁵

55. 二十世纪对雇佣军的控制办法和二十一世纪对私营军事和安保公司的控制方式大致相同：对中立的关切、对民族自决规范的挑战、非国家行为体使用武力带来的安保挑战，都引发出国家的控制。在非殖民化战争中使用雇佣军所产生的问题引致人们多次试图加以控制。大会和安全理事会都谴责使用雇佣军。⁷⁶ 各国制订了第 47 条和《公约》，以处理雇佣军问题。

56. 个别国家也作出了对付雇佣军的努力。对参与外国冲突的公民加以管控的一个最有用的例子来自联合王国。1976 年，一些主要招募自联合王国的雇佣军在安哥拉被俘、被审，引发联合王国采取行动。其中四人，包括三名联合王国国民，最终被处死。由于关切到联合王国公民在海外的行动会否将英国政府纠缠进不想

⁷² 见 David Malet, "Why foreign fighters?: historical perspectives and solutions", *Orbis* 54, No. 1 (2010), 第 100 页。

⁷³ 见 Jytte Klausen, "Tweeting the jihad: social media networks of Western foreign fighters in Syria and Iraq", *Studies in Conflict and Terrorism*, vol. 38, No. 1 (2015)。

⁷⁴ 见 Sarah Percy, *Mercenaries: The History of a Norm in International Relations* (Oxford University Press, 2007)。

⁷⁵ 见 Janice E. Thomson, *Mercenaries, Pirates and Sovereigns: State-Building and Extraterritorial Violence in Early Modern Europe* (Princeton University Press, 1994)。

⁷⁶ 见 Sarah Percy, "The United Nations Security Council and the use of private force", in *The United Nations Security Council and War*, ed. Vaughan Lowe et al. (Oxford University Press)。

插手的局势，促使英国启动迪普洛克调查。调查后出炉的报告⁷⁷审议了关于到外国当兵的一系列广泛的问题，特别谈到了一个观点，即在某些情况下(具体来说是在西班牙内战)，到外国当兵是可以接受的，但在其他情况下则不能接受。⁷⁸

57. 《迪普洛克报告》又审议了防止个人拿起武器参加外国冲突的实际问题。它总结指出，有效防止人们到外国当兵打仗有许多困难存在，其中有些困难是难以克服的。该报告列举了特别困难的几个领域：第一，如何防止个人离开本国；第二，《外国招募法》已落后过时；第三，动机所引起的问题和有些国外兵役可能是可以接受的。下面将深入探讨所有这三项挑战。

58. 《迪普洛克报告》指出在防止一般认定的雇佣军离国方面存在一些特殊困难。一个预防性措施可以是撤销雇佣军的护照，但该报告指出这样做涉及许多困难，最后还作出结论，认为“不管是拒发护照还是撤销护照，都不能提供有效的行政手段，以防止或拖延想要成为雇佣军的人离开本国”。⁷⁹

59. 该报告又审议了《外国招募法》的效力问题。该法是 1870 年制订的，当时许多国家都实施这种立法。该报告作出结论指出，由于 1870 年代以还的战争出现各种变化，《外国招募法》很可能是无法执行的；它无法适用于为非国家部队服务的情况；对于被指控的作战人员在国外实际做了些什么，很难举证。报告编写人最后指出，后一点可能就是到他们编写报告时为止该法从未被动用过的理由。⁸⁰

60. 《迪普洛克报告》又审议了应否制订一项只针对雇佣军的新的、更有效的立法的问题，⁸¹并作出结论指出，这样做是不可取的，因为按照一种能成功起诉的标准确定雇佣军的动机方面，存在各种困难。报告编写人不认为“出于公共利

⁷⁷ Lord Diplock, Derek Walker-Smith and Geoffrey de Freitas, "Report of the Committee of Privy Counsellors appointed to inquire into the recruitment of mercenaries" (London, Stationery Office, 1976)。

⁷⁸ 见 Geraint Hughes, "Soldiers of misfortune: the Angolan civil war, the British mercenary intervention and United Kingdom policy towards southern Africa, 1975-6," *The International History Review*, vol. 36, No. 3。

⁷⁹ 见 Lord Diplock, Derek Walker-Smith and Geoffrey de Freitas, "Report of the Committee of Privy Counsellors appointed to inquire into the recruitment of mercenaries" (London, Stationery Office, 1976), 第 6 页。该报告又指出关于护照的若干其他挑战，也指出由于有了新的技术先进的护照和移民管制办法，可以不再担心这些问题。

⁸⁰ 同上，第 9 页和第 10 页。迄今《外国招募法》仍未被动用过。

⁸¹ 把范围限于雇佣军是令人关注的，证实其他种类的国外战斗相对不存在构成了联合王国当时的一个政策问题。

益，普遍禁止联合王国公民在友好国家武装部队没有从事敌对行动的时候到这些部队出任一些职位(例如教官或技术人员)，是没有理由的。”⁸²

61. 限制到国外当兵的现代国内立法在某些方面比较可行，原因是护照技术和控制有了进步，又由于现代立法比较具体。例如在澳大利亚，这种立法适用于一个“指明地区”，⁸³ 又在联合王国，这种立法具体指明有关活动，对被怀疑参与或煽动恐怖主义的个人施加后果。⁸⁴

C. 不同动机对管控方面带来的问题

62. 动机不同意味着雇佣军和外国作战人员对控制方面提出了不一样的挑战。雇佣军因为主要是为金钱利益而战，理论上可以随时在愿意雇用他们的武装冲突一方所涉的冲突参与作战。外国作战人员由于是为某种事业而战，他们的目的地更加具体明确。与雇佣军相反，外国作战人员的具体动机意味着这种作战人员有具体的目的地，使管制工作实际上比较容易，因为声称有兴趣前往某些目的地的人都可以被怀疑。

63. 外国作战人员和雇佣军的不同动机产生了不同的就业模式。由于雇佣军为金钱干活，一般来说他们是富有者因而是强有力者的工具。外国作战人员都是出于意识形态或宗教理由被招募的，因此他们通常为力量较弱者服务。雇佣军的大部分历史均说明雇佣军主要是为国家打工的，很少为叛乱集团服务。

64. 此外，对抗金钱动机可能比反对意识形态或宗教动机更为容易。如果雇佣军拿不到钱，他们就不会打仗；因此，倘若使用雇佣军又再普遍，又再成为问题，那么破坏支付能力可能是一个合逻辑的政策解决办法。这个工具对外国作战人员不会那么有效。事实上，外国作战人员的动机提出了一个特殊的挑战：通过国内立法和政策去控制外国作战人员，如果被认为是过于严酷或与当地社群脱节，都可能会起反效果。⁸⁵

65. 有证据证明，雇佣军和外国作战人员都从一个冲突走到另一个冲突，像美国革命和法国革命期间以及后来在 1848 年的革命期间，革命分子在美洲殖民地和

⁸² 见 Lord Diplock, Derek Walker-Smith and Geoffrey de Freitas, "Report of the Committee of Privy Counsellors appointed to inquire into the recruitment of mercenaries" (London, Stationery Office, 1976), 第 11 页和第 12 页。

⁸³ 下面将进一步讨论《反恐怖主义立法修正案(外国战斗人员)法，2014 年》(澳大利亚)。

⁸⁴ 见《2015 年反恐怖主义和安全法》。

⁸⁵ 见 Hussein Tahiri and Michele Grossman, "Community and radicalization: an examination of perceptions, ideas, beliefs and solutions throughout Australia" (Victoria Police and Victoria University, 2013)。

法国之间走动；在二十世纪，圣战者在科索沃、阿富汗和伊拉克打仗。同样，雇佣军也从一个冲突走到另一个冲突。在拿破仑之前和之后期间，许多将军在多次冲突中披挂上阵。⁸⁶ 两队最臭名昭著的雇佣军在 1960 年代和 1970 年代参与了许多非洲的冲突。今天，雇佣军在西非游走于各个冲突之间。雇佣军和外国作战人员的国际覆盖面显然为控制方面提出了种种挑战，因为限制他们前往一个地区可能解决不了问题。

66. 还有一种关切是，雇佣军和外国作战人员可能学会卓越的军事知识和技能回家。对于外国作战人员来说，这种关切特别令人担忧，因为起初他们许多人都不懂得使用武器或者可能没有筹划攻击或协调进攻的经验。有一些证据指出，虽然很少外国作战人员回家后会发动攻击，但由于他们有更多的经验和训练，凡反动攻击的都比较有可能成功。⁸⁷ 雇佣军通常已有军事经验，他们回国时也可能学会了更多的知识，特别是在有关国家的武装部队可能不那么高明的情况下，更成问题。对于管治力弱的国家来说，他们回家时技能大大增进可能构成问题。

67. 战争不断改变的性质可以为外国作战人员和雇佣军所造成的威胁提供一些解释。在十九世纪之前，当使用暴力是家常便饭的事的时候，大多数人都有使用武器的经验。这些武器并不是高技术的，不过整群雇佣军和作战人员一开始就是有打斗技能的；回家时，他们在国外的冒险活动并没有大大增加他们所构成的危险。随着暴力的消退，特别是在发达国家，大多数人不再有直接的暴力经验。回归的外国作战人员因此可能学会了高于一般大众的技能 – 对国家来说难以控制的技能。雇佣军和私营军事和安保公司的雇员可能属于同一类别。⁸⁸

68. 在历史上根据动机区别雇佣军和外国作战人员是有道理的。十九世纪外国征募立法所关切的不是动机问题，而是到国外当兵的问题，因为它的重点是中立地位。比起可能卷入不想参与的战争来说，个人的动机关系不大。不过，流行的“雇

⁸⁶ 见 Sarah Percy, "The changing character of private force", in *The Changing Character of War*, ed. Hew Strachan and Sibylle Scheipers (Oxford University Press, 2011), 第 266 页。

⁸⁷ Thomas Hegghammer 估计，在西方，九个回国的外国作战人员之中，有一个会实施攻击，但这些攻击比不是由归国外国作战人员发动的攻击更有可能造成人命的丧失。见 Thomas Hegghammer, "Should I stay or should I go? Explaining variation in Western jihadists' choice between domestic and foreign fighting", *American Political Science Review*, vol. 107, No. 1 (2013), 第 10 页和第 11 页。值得指出的是，这些都是 2016 年在比利时和 2015 年年底在巴黎实施的恐怖攻击之前的统计数据，两者均涉及前外国作战人员。关于比利时，见 <http://www.nato.int/docu/review/2015/ISIL/Paris-attacks-terrorism-intelligence-ISIS/EN/index.htm>。

⁸⁸ 在国外学会怎样实施暴力并将暴力带回家的问题不一定限于外国作战人员。2016 年在路易斯安那州巴吞鲁日和在德克萨斯州达拉斯射杀警察的袭击者都是前军事人员。见 <https://theconversation.com/dallas-and-baton-rouge-shooters-a-reminder-of-the-troubled-history-of-b-lack-veterans-in-america-62461>。

佣兵”概念一向有金钱动机的内容。⁸⁹ 二十世纪的法律工作相当重点关注这个因素。⁹⁰

69. 根据动机赋予行为人某种特征有显著的实际困难，特别是法律方面的困难。首先，动机可能是不纯的。所有各种士兵都获得报酬；许多国家的士兵都可能有金钱动机，而且在某些情况下，外国作战人员也收取军饷。第二，依靠动机来界定特征牵涉相当多的举证问题。很难按照符合维权规定的刑法去确凿证明某人有某种动机。⁹¹

70. 不管在动机问题方面有何实际和逻辑上的困难，从历史记载中可以发现，雇佣军和外国作战人员的不同动机会影响到他们的下列三点分别：为谁而战；通常参与何种冲突；在他们可能参战的地区扩散冲突。

七. 为侵犯人权受害者提供问责和补救措施

71. 根据国际人道主义法和国际刑法，凡使用暴力的行为人，无论其地位如何，都得为他们的行为负责。不过，由于雇佣军和外国作战人员在主权国家控制范围外使用武力，特别是在相对强健的国家军队人权保护机制之外使用武力，他们更有可能侵犯人权，也更有可能逃避惩罚。

72. 雇佣军和外国作战人员两者都可能作出和业已作出侵犯人权行为，但对于雇佣军和私营军事承包商来说，可以对雇主施加压力，以防止这种行为。市场压力已一再被用来作为控制私人使用武力的有用的非法律工具，以反对侵犯人权的行为。⁹² 对于私营军事和安保公司，蒙特勒进程⁹³ 和《私营安保服务提供商国际行为守则》⁹⁴ 等国际机制都设法施行更多的措施，以促进合法的行为。

⁸⁹ 见 Sarah Percy, *Mercenaries: The History of a Norm in International Relations* (Oxford University Press, 2007)。

⁹⁰ 第 47 条和《公约》都将金钱动机列为雇佣军的关键特征。

⁹¹ 见 Lord Diplock, Derek Walker-Smith and Geoffrey de Freitas, "Report of the Committee of Privy Counsellors appointed to inquire into the recruitment of mercenaries" (London, Stationery Office, 1976)。

⁹² 见 Deborah Avant, "The emerging market and problems of regulation," in *From Mercenaries to Market: The Rise and Regulation of Private Military Companies*, ed. Simon Chesterman and Chia Lehnardt (Oxford University Press, 2007), 第 187-194 页。

⁹³ 见 <http://www.mdforum.ch/>。

⁹⁴ 见 <http://icoca.ch/>。

73. 不幸的是，市场压力和更多的法律机制都无法有效管控外国作战人员的行为。对于伊黎伊斯兰国尤其如此，该组织曾使用严重侵犯人权的行为作为宣传工具，发放最可怕的暴力录像。⁹⁵ 侵犯人权行为的市場成本和名譽代價對這種情況毫不適用。

74. 诚然，外国作战人员可能特别容易犯下侵犯人权行为，因为他们是与战斗地点的社群脱节的。在历史上，卢梭和伏尔泰等学者都惧怕外国雇佣军会被用来镇压本地社群，因为当地人比较不可能这样做。⁹⁶ 对于外国作战人员也可以发现类似的情况。不过，有一点也很重要，像伊黎伊斯兰国这样的组织在招募和激进化当地人以及外国人方面，看来没有困难。

八. 对人民自决权的影响

75. 雇佣军和外国作战人员除了对人权产生一般的影响外，还会对民族自决带来具体的影响。工作组，正如它的名称所示，已注意到雇佣军对人民行使自决权的影响，安全理事会和大会亦已注意到这一点。⁹⁷ 在非殖民化时期，使用雇佣军的主要都是那些想要颠覆新的非殖民化国家的人，其与自决的关联是相当明确的。

76. 外国作战人员往往为民族自决而战或为有关国家某一具体政治理想而战。如上面所指出的，他们可能为叛乱集团或革命集团作战。外国作战人员可颠覆或支持自决。不过，民族自决这个具体问题的重要性可能比不上以下一个事实，即在某些情况下，国际社会或很大一部分的国际社会可能支持外国作战人员努力推翻某些主权国家。在一些情景下，外国作战人员在推翻专制政权方面可以发挥重要作用。事实上，上面讨论的中立立法之所以那么难落实执行，就是这个原因。

九. 结论和建议

77. 雇佣军和外国作战人员有显著的相似和不同之处，可以用来作为任何管控办法的依据。在招募方法、动机及其参与的冲突种类和管控措施方面，都可以发现重大的差别。鉴于对雇佣军和外国作战人员在招募方法、他们对人权和人民自决权的影响、以及导致使用他们的局势的演变情况的共同之处进行的分析，工作组

⁹⁵ 见 <https://www.theguardian.com/world/2015/feb/08/isis-islamic-state-ideology-sharia-syria-iraq-jordan-pilot>。

⁹⁶ 见 Sarah Percy, "Morality and regulation," in *From Mercenaries to Market: The Rise and Regulation of Private Military Companies*, ed. Simon Chesterman and Chia Lehnhardt (Oxford University Press, 2007), 第 19 页。

⁹⁷ 大会在第 31/37(1976)号决议重申，利用雇佣军打击民族解放和独立运动的做法构成犯罪行为。

重申它的说法，即外国作战人员可能是当代雇佣军活动或雇佣军相关活动的一个形式。

78. 雇佣军和外国作战人员两者都是能够在国家控制之内和之外实施相当多暴力的行为人。因此他们的活动应予以密切监测。不过，他们的活动史和对他们施加控制的尝试均显示出两者有相当大的不同之处。

79. 使用雇佣军的国际法有漫长和交替变化的历史，这说明了在所有情景中对一种行为人进行刑事定罪或试图课以惩罚实属困难。1949 年《日内瓦四公约》第一号附加议定书第 47 条和《反对招募、使用、资助和训练雇佣军国际公约》所提出的确切定义明确说明了什么是雇佣军，但在这样做的同时，或许也创造了太多的漏洞，致使有关立法无法运作执行。

80. 与管控和禁止雇佣军本身相反，人们也曾考虑控制某些具体类别的雇佣军活动。在草拟《公约》的整个过程中，这是许多西方国家主张采取的办法。其中一些活动，例如筹划和实施政变，已经是非法的。这个办法要求各个国家和国际社会确保国际法和国内法吻合一致。

81. 对有关外国作战人员的国内法研究结果显示，没有明显的趋势表明人们要创建一个针对外国作战人员本身的具体国际体制，各国国内试图要这样做的也不多。不过，人们也作出了许多更为目标明确的努力，要控制在某些地区打仗或犯下与恐怖主义有关罪行的外国作战人员。对外国作战人员采取这种办法是否有效，尚待证明。

82. 另一个适用于军事和安保公司但很可能不太适用于外国作战人员的控制备选办法是《与武装冲突期间私营军事和安保公司开展业务有关的各国相关法律义务和良好做法的蒙特勒文件》和《私营保安服务提供商国际行为守则》所采取的“软法律”做法，其中没有创立任何具有拘束力的法律，而是重申国际人道主义法义务，强调最佳做法。这些文书需要签署者希望被管控，同时在没有较为正式的国际制裁的情况下，还要利用市场和声誉方面的压力。由于外国作战人员不太可能想要被管控，而且不易被市场和声誉方面的压力所影响，这个办法不可能成功。

83. 因此，创立关于外国作战人员的具体国际管控措施是具有挑战性的。此外还存在一些局势，为了对付专政，使用外国作战人员虽不可取，却也是可以理解的。因此，在所有情况下要求所有国家都积极限制使用外国作战人员，是不太可能的。

84. 外国作战人员将继续造成严重的安全威胁，一方面会延长战争，另一方面可能在回国后变得更加激进，还学会了新的军事知识。当前雇请外国作战人员的行为人对国际和平与稳定不感兴趣，也没有谈判目的，也就是说，要和平解决他们参与作战的冲突是不太可能的。

85. 许多外国作战人员参与的武装冲突的背景促使人们适用国际人道主义法和国际人权法作为为受害人提供问责和补救的框架。之外，实施《公约》所下的狭隘定义的经验也为制订一个法律体制或订正法律体制提供了指引，其中反映出一些个人收取报酬前往外国打仗和犯下侵犯人权行为现象的不断演变性质。这种体制必须了解到限制跨境旅行的人权挑战，又必须设法处理动机和根由问题，以及确保追究侵犯人权行为的责任和提供补救措施。与此同时，它不能走极端而让人们找到以反恐之名滥用体制的机会。

86. 工作组因此赞扬联合国和民间社会实体提出的按照安全理事会第 2178(2014)号决议对创立关于外国作战人员立法的国家进行评估的全面研究。工作组又建议对所有关于外国作战人员的国内立法进行比较分析。确定各国有没有和如何对第 2178(2014)号决议作出反应是必要的第一步，以便可以对处理这个问题的国内努力进行更好的国际协调。为此目的，必须回顾指出，第 2178(2014)号决议所关切的是“外国恐怖主义作战人员”，而不是外国作战人员本身。

87. 工作组促请联合国各会员国确保处理外国作战人员的国内立法符合国际人权法。工作组又鼓励以提供法律互助和签订引渡协议的形式进行国际合作，更好地为收集必要的证据和进行起诉提供方便，加大力度追究犯下侵犯人权行为的外国作战人员的责任。

附件

雇佣军的定义

1949 年《日内瓦四公约》第一号附加议定书第 47 条(1977 年)

1. 雇佣军不应享有作为战斗员或成为战俘的权利。
2. 雇佣军是具有下列情况的任何人：
 - (a) 特别在当地或国外受招募以便在武装冲突中作战；
 - (b) 事实上直接参加敌对行动；
 - (c) 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；
 - (d) 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；
 - (e) 不是冲突一方武装部队的人员；
 - (f) 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。

在《反对招募、使用、资助和训练雇佣军国际公约》(1989 年)

3. 雇佣军是具有下列情况的任何人：
 - (a) 特别在当地或国外受招募以便在武装冲突中作战；
 - (b) 参与敌对行动的主要动机是获取个人利益，而且由冲突一方或其代表承允给予物质报酬，这项报酬远超过该方对其武装部队中的战斗人员所承允或给予的物质报酬；
 - (c) 既非冲突一方的国民，也非冲突一方控制领土的居民；
 - (d) 非冲突一方武装部队的成员；
 - (e) 非由不属冲突一方的国家派遣执行公务。
4. 雇佣军也指在其他任何情况下属于下列情况的任何人：
 - (a) 特别在当地或国外受招募以便参与共谋暴力行为，其目的是：
 - (一) 推翻一国政府或以其它方式破坏一国宪政秩序；或
 - (二) 破坏一国领土完整；
 - (b) 参与此类行为的动机主要是希望获得重大私利，诱因是有人允诺或付给物质报偿；

- (c) 不是这种行为所针对的国家的国民或居民；
 - (d) 非由一国派遣担任公务；
 - (e) 不是行为发生在其领土的国家的武装部队成员。
-