

## 大会

Distr.: General  
22 July 1998  
Chinese  
Original: English

## 国际法委员会

## 第五十届会议

1998年4月20日至6月12日,日内瓦

1998年7月27日至8月14日,纽约

## 关于国家责任的第一次报告

特别报告员:詹姆斯·克劳福德先生

增编

## 目录

段次 页次

二. 审查第一部分的条款草案(第 19 条除外)(续).....	3
C. 第一部分,第二章:国际法所指的“国家行为”(第 5-15 条).....	144-286 3
1. 导言.....	144-159 3
(a) 术语的问题.....	150-151 4
(b) 各国政府关于整个第二章的评论.....	152-157 4
(c) 归于国家的概念背后的基本原则.....	158-159 5
2. 具体条款的审查.....	160-286 6
(a) 第 5 条:国家机关的行为归于国家.....	160-169 6
(b) 第 6 条:不论机关在国家组织中所处的地位为何.....	170-183 9
(c) 第 7 条:经授权行使政府权力要素的其他实体的行为归于国家.....	184-194 11
(d) 第 8 条:实际上代表国家行事的人的行为归于国家.....	195-221 14
(一) 实际上代表国家行事的人.....	198-216 15
(二) 必要的代理人:在国家不存在的情况下行使国家权力.....	217-221 21

(e)	第 9 条:另一国或一国际组织交由一国支配的机关的行为归于国家 .....	222-234	22
(f)	第 10 条:逾越权限行事或违背关于其活动的指示行事的机关的行为归于国家 ...	235-243	26
(g)	第 11 条:不代表国家行事的人的行为 .....	244-248	28
(h)	第 12 条:另一国机关的行为 .....	249-255	30
(i)	第 13 条:国际组织的机关的行为 .....	256-262	32
(j)	第 14 条:叛乱运动的机关的行为/ 第 15 条:成为一国新政府或导致组成一个新国家的叛乱运动的行为归于国家 ...	263-280	33
(k)	国家后来采用的行为 .....	281-286	38

## 二、审查第一部分的条款草案(第 19 条除外)(续)

### C. 第一部分,第二章:国际法所指的“国家行为”(第 5-15 条)

#### 1. 引言

144. 报告本部分将审查本条款草案第二章(第 5 至 15 条)并提出提案。它首先处理术语问题,扼要叙述各国政府对整个第二章的一般评论,并确定某些一般原则(见第 145 至 159 段)。然后将逐条审查,其中将特别考虑到各国政府提出的评论和意见,并将提出新的一条(第 160 至 286 段)。最后将列出提议的条款,并附带简短的说明(第 287 段)。

145. 第二章规定了行为(自然人或其他实体的作为或不作为)按国际法可归于国家的条件,第 3 条(a)项已将那些条件规定为一国国际不法行为的要素。这显然是国家责任的定义的根本。

146. 第二章计有 11 条,分为三组。五条规定了行为可归于国家的情况(第 5、7、8、9 和 15 条)。它们是选择性的,这是说,如满足其中任何一条,行为即可归于国家。需要对第一组条款提出某些澄清,第 6 和第 10 条提出了这些澄清。最后,四条提出了行为不可归于国家的情况(第 11、12、13、14 条)。不过,按照第 3 条(a)项,行为可实际归于国家是国家责任的必要条件。严格地说,除非要对规定可归于国家的条款制订例外,我们没有必要指出什么时候行为不可归于国家。没有一项“负面”条款制订了这样的例外。

147. 这方面有某种程度的重复。第 9 和 12 条处理了另一国的机关的行为(第 28 条第(1)款也可以被划分为归属的规则)。第 9 和 13 条处理了国际组织的行为。叛乱运动的行为是在第 14 和 15 条内处理的。需要对这些规定间的关系加以考虑。

148. 在司法判决中和在文献中经常提到其中某些条文。此外,在国际法院和其他国际法庭的判决,包括伊朗——美国索赔法庭<sup>1</sup>和各种人权法院和委员会<sup>2</sup>的决定中,归属法出现了重大的发展。这些发展需要审慎地加以考虑。<sup>3</sup>

149. 在讨论各别条文之前,对于整个第二章需要提出若干一般性的问题。

<sup>1</sup> 关于索赔法庭审理的归属问题的详尽说明见:RB Lillich 和 DB Magraw, *The Iran-United States Claims Tribunal: Its Contribution to the Law of State Responsibility*(1998)内的 D. Caron, “The Basis of Responsibility: Attribution and other Trans-substantive Rules”, 第 109 至 184 页(以后称为 Caron)。还见 C. N. Brower 和 J.D.Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal*(1998)第 442 至 456 页;GH Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal*(1996),第 174 至 215 页; A Avanesian, *The Iran-United States Claims Tribunal in Action*(1993),第 209 至 233 页。

<sup>2</sup> H. Dipla, *La reponsabilité de l'Etat pour violation des droits de l'homme-problèmes d'imputation*(1994)(以后称为 Dipla)对此问题作了有用的审查。

<sup>3</sup> 关于归属的广泛文献见后面的文献目录。

**(a) 术语的问题**

150. 当他首次提出这组条款时,特别报告员阿戈使用了“可归责性——(imputability)”一词,<sup>4</sup>这也是文献中常用的。国际法院在后来的案件<sup>5</sup>中也使用了相同的措词。但委员会却采用了“归于(attribution)”一词,以避免任何暗示认为把行为同国家联系起来的法律过程是“虚构”的。<sup>6</sup>国家只能通过个人采取行动,不论那些个人是机关还是代理人还是以其他方式以国家的身分行事。有一位作者指出,“可归责性在没有虚构之处意味着虚构,让人在不适用转嫁责任这一概念的地方想到这一概念”。<sup>7</sup>基于这些理由,有人建议应保留“归于”一词。

151. 第二章的标题在“国家行为(act of the State)”一词前后相当笨拙地加上了引号,这也让人想起在某些国家法律制度中使用的一个不同的国家行为“act of State”概念。提供更多信息的标题可能比较好,例如“按国际法将行为归于国家”;这还有同第3条(a)项的措词完全相符的额外优点。当然,按照第3条,归属的规则是为了国家责任法的目的而订立的;还存在不同的归属规则,例如,为了条约法的目的者。<sup>8</sup>第5条中“为本条款的目的”等字表明了这一点,评注中更加强了这一点。<sup>9</sup>

**(b) 各国政府关于整个第二章的评论**

152. 若干政府对整个第二章的平衡和结构提出了评论。

153. 德国政府怀疑,这一章“是否充分阐明了自然人和法人的行为,……他们在违反国际法时并不作为国家机构形式,但是在国家授权和控制下行事。……国家越来越经常地授权国家机关体制以外的人从事通常可归于国家的活动”。<sup>10</sup>但它注意到了第7条第2款和第8条所提出的灵活性要素。

154. 法国关于第5条的评论也提出了类似的关切,即认为“‘国家机关’一词范围太窄,使用‘任何国家机关或代理人’一词会更好。这一点也适用于第6、7、9、10、12和13条。”<sup>11</sup>

<sup>4</sup> 见他的第二次报告,《1972年国际法委员会年鉴》第2卷,第187至188页。

<sup>5</sup> *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, 《国际法院案例汇编,1980年》第3页,例如在第29页上;*Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*, 《国际法院案例汇编,1986年》,第14页,例如在第51页上(第86段)。阿戈法官在两次判决中都属于多数。

<sup>6</sup> 见阿戈,第三次报告。《1971年年鉴》,第二卷(第一编)第216页。

<sup>7</sup> I. Brownlie, *State Responsibility*, Part 1(1983年),第36页。

<sup>8</sup> 见《维也纳条约法公约》,1969年,第7、8、46、47、50、51条。为了国家责任的目的确认国家机关或部门并不一定必然同为外国豁免的目的所作的确认相同。对于后者,见委员会关于国家及其财产的管辖豁免的条款草案(1991年),第2条第(1)款(b)项和评注:《1991年……年鉴》,第二卷(第二编),第14-19页。

<sup>9</sup> 对第一部分,第二章的评注,第(5)段。

<sup>10</sup> A/CN.4/488,第36页。

<sup>11</sup> 同上。

155. 蒙古也表示……

“对涉及自然人的行为有些疑问,这些自然人在违反国际法时,不是作为国家代表而是在国家管辖或控制下采取行动。在这方面,应提及一种从广义去理解的趋势,即根据适用于环境保护的习惯国际法,一国对它自己的活动和人的活动负有责任,不论他们是个人、私营公司或公营公司,只要其活动是在国家管辖或控制之下”。<sup>12</sup>

156. 大不列颠及北爱尔兰联合王国呼吁委员会“考虑能否拟订出‘政府的’职能的有效标准并载入”本章。它特别提请注意到宗教机关,它可以行使一定程度的国家权力(例如惩罚违反教规者的权力),但它们不是正式政府机构的一部分。<sup>13</sup>

157. 关于起草问题,瑞士和美国质疑应否首先界定可归于国家的行为(第 5 至 10 条),然后再列出不可归于国家的行为(第 11 至 14 条):它们认为这样做过于复杂。<sup>14</sup> 德意志联邦共和国在 1981 年提出的评论中也同样呼吁把第 11 至 14 条中任何有用的部分并入第二章中其他正面的条款中。<sup>15</sup>

### (c) 归于国家的概念背后的基本原则

158. 在论及第二章中的各特定条款之前,应该提请大家注意到归属概念背后的基本原则:

**国家的有限责任。**按照国际法,在一国领土内,或在其管辖下的其他某些地区内发生了某些事情这一事实并不构成将该事件归于该国或使该国应对任何所造成的损害承担责任的充分根据。<sup>16</sup> 一国不是在其领土内发生的损害的保证者;如果有关的行为(a) 可归于该国而且(b) 涉及违背该国对因此受到损害的个人或实体所应负的国际义务,该国才应负责(见第 3 条)。

**国家和非国家部门间的区分。**因此,为了责任的目的,归属规则对于区分“国家部门”和“非国家部门”具有关键性的作用。但这方面立刻遇到了以下困难,即国际法无须确定国家之内的政府的特别结构。<sup>17</sup> 许多政府进行的活动是可以交托给私营部门的,而且公共和私营之间的分界线在一国之内或国家之间都不断地在变化。在对国家权力没有提出固定的规定的情况下,国际法必须大体上接受各国采用的实际制度,因此归属概念基本上包含有反致到不同国家已设置的公共机构或机关。<sup>18</sup>

<sup>12</sup> 同上,第 40 页。

<sup>13</sup> 同上,第 37 页。

<sup>14</sup> 见瑞士,同上,第 37 页;美国,同上,第 41 页。

<sup>15</sup> 《1981 年……年鉴》,第二卷,(第一编),英文本第 74 页。

<sup>16</sup> 正如国际法院在科孚海峡案中指出的,《国际法院案例汇编,1949 年》第 4 页开始,参看第 18 页。见下面第 253 段。

<sup>17</sup> 这段一般性的描述的主要例外是在司法领域内,特别是刑事司法方面。国际人权法和较早的外交保护体制都要求应依法设立独立的法庭,并根据某些最低标准行事。

<sup>18</sup> 但这并不限制国家承担义务的范围,包括有关“非国家部门”的义务。见譬如 X&Y 诉荷兰案, ECHR Ser. A 第 91 卷(1985)。

“国家的统一性”。另一方面,为了责任法的目的,国际法并不对国家内的不同构成部分加以区分,即使国家本身这样做,例如国家按其本国法律,将不同的机关当作不同的法人加以对待。有关的国际原则是“国家的统一性”的原则。<sup>19</sup> 在这方面,依照国际法,就象第 4 条规定的,归属国家的过程是一个自主的过程。<sup>20</sup>

**特别法。**但按国际法的归属原则并不是压倒一切的。国家可以通过协定建立不同的原则来规范它们间相互关系,特别法的原则因此适用于整个第二章。<sup>21</sup>

**归属和违背义务间的区分。**按第 3 条,国家责任需满足两个条件,即行为可归于该国,而且构成对该国国际义务的违背。显示某行为可归于某国本身并没有对该行为是否合法作出任何说明,因此不应以会意味是否合法的措词来拟订归属的原则。但由于归属的原则的累积作用,人们必须在每一个案件中说明任何索赔要求的确切根据。例如,一国可能不需对私人占据某国大使馆的行为负责,但如果它未采取一切必要步骤以保护该大使馆不被占领或重新取得对它对其的控制,那么它当然必须对此负责。在这方面,归属的根据和据称已违反的某项主要规则之间可能会有密切的关联,即使就逻辑而言两者是不相同的。

159. 总是,归属是国家责任的一个必要条件。除非某一行为按照至少一条“积极的归属”原则可归于一国,该国无须对该行为负责。这些原则是累积性的,但它们也是限制性的。在没有特定的承诺或保证的情况下(这是特别法的情况),一国无须对个人或实体在第 5、7、8、9 和 15 条未包括的任何情况下所从事的行为负责。在许多情况下,起初很显然牵涉到国家,例如损害直接源自一项法律、一项政府的决定或法院的判决。但在有怀疑时,索赔人则需按照适用的举证标准,证明行为归于该国,索赔人还需以同样的方式证明已经违背了义务。<sup>22</sup> 第 3 条对此已经作出了这样的规定。

## 2. 具体条款的审查

### (a) 第 5 条:国家机关的行为归于国家

160. 第 5 条规定了什么可以被称为“主要的”归属规则:

为本条款的目的,任何国家机关依该国国内法具有此种地位者,其行为依国际法应视为该国的行为,但以该机关在有关事件中系以此种资格行事为限。

161. 第 5 条需要在第二章各条款作为整体的情况下有系统地加以研读。第 6 条清楚表明国家机关可能属于制宪、立法、行政、司法或其他政府部门,它们可能执行国际或纯粹国内性质的职务,而且它们可能设在政府的任何一级,从最高的国家机关到

<sup>19</sup> 就象智利在 1979 年 10 月 9 日的评论中指出的:《1980 年……年鉴》第二卷(第一编),第 96 页。

<sup>20</sup> 见第二章的评注,第 6 段(“按国际法将一行为归于国家是同该行为按国内法的归属完全无关的”)。

<sup>21</sup> 见上文第 27 段,其中建议将第 37 条(特别法)适用于整个条款草案。

<sup>22</sup> 这一主张一再得到重申。譬如见 *Yeager 诉伊朗伊斯兰共和国案*(1987 年)17 伊朗—美国索赔法庭 92,第 101 至 102 页:“为了将某一行为归于国家,必须合理地确定行为是谁以及他们同国家的关系。”

最附属性。第 10 条指明一个机关尽管“逾越国内法规定的权限或违背关于其活动的指示”,但仍可能是以国家机关的资格行事。

162. 第 5 条的评注没有试图对“机关”下定义,虽然所使用的措词显然是该措词最广泛的意义,包括履行任何种类和任何级别的官方职能的构成政府部分的个人或实体。第 6 条进一步强调这一概念的范围。不过,评注对“机关”和“代理人”在下面基础上作了区分...

“已议定本条应该只使用“机关”一词,而非“机关”和“代理人”两词。”“代理人”一词似乎表示,尤其是在英语里,他是以国家名义行动的个人,而非实际有机关地位的个人。本章另一条将处理这类人士的行为或不行为。”<sup>23</sup>

第 8 条处理“代理人”问题,虽然它未使用这个名词。

#### 各国政府对第 5 条的评论

163. 如同已经指出的,法国提议在第 5 条和别处改用“任何国家机关或代理人”的措词。<sup>24</sup>

164. 联合王国质疑本条是否过分着重国家的国内法:

“如果上述法律本身指定该机关为国家机关,则国际法采取类似立场也许是适当的。但如果一个国家的国内法并不把一个机关当成国家的一部分,未必可以推论该机关的行为不归国家。在这方面,国内法不能具有决定性的影响:归属问题是国际法上的问题。”<sup>25</sup>

165. 美利坚合众国强烈地持有相同的看法。它促请注意第 4 和第 5 条在这方面的可能的冲突,并且指出:

“第 5 条内的国内法漏洞实际上给不法行为国创造了利用国内法为其不法行为辩护的可能性。在这项公式化规则下,国家机关的行为可以按照某些国家的法律归于国家,而在其他国家,相同实体的行为却不能归于国家... 确定某一实体是否为国家机关必须是实况调查的结果。”<sup>26</sup>

它还指出:

“设有界定关于规定该国家机关须以“在有关事件中系以此种资格行事为限”的但书。“资格”一词可以被解释为让不法行为国能够对其赔偿责任提出辩解,其理由是虽然该国家机关实施了不法行为,但它是在其职权范围以外行事的。这样的解释将会损害关于国家机关行动的责任应受国际法规范的原则。”<sup>27</sup>

<sup>23</sup> 第 5 条的评注,第 13 段。

<sup>24</sup> A/CN.4/488,第 36 页。

<sup>25</sup> 《同上》,第 37 页。

<sup>26</sup> 《同上》,第 36 页。

<sup>27</sup> 《同上》,第 36 页。

将会参照第 10 条讨论“以此种资格行事”一词的含义。<sup>28</sup>

### “机关”一词

166. 就象国家这样的“法人”实体而言,区分国家机关(属于国家结构组成部分的个人或实体而其以这种资格行事的行为归于该国家)和代理人的做法是有益的。正如评注中所解释的,为此目的的“代理人”是指实际上根据某国家机关的委托或指示而代表国家行事的个人或实体,或(可能)因为这样一个机关对其实施的控制而被视为代表国家行事的个人或实体。后类别将在第 8 条中处理。<sup>29</sup>两种情况之间有重要差别。例如,机关未获授权的行为就责任目的而言应归于国家行为,<sup>30</sup>而对未获授权的代理人行为则可以适用不同的考虑:第 10 条作出这种区分。因此,特别报告员虽然同意法国政府的观点,即本条款草案应该包括“机关”和“代理人”两种情况,但却认为应该维持第 5 条和第 8 条对这两类别所作的区分。

### 适用“国内法”

167. 如同数国政府所指出的,第 5 条在决定某个人或实体是否被归类为机关时,反致到国家的国内法是有问题的。第 5 条提到“任何国家机关依该国国内法具有此种地位者”。国内法无疑与某个人或实体是否为一个“机关”的问题密切相关,但在这方面如仅仅取决于国内法的做法的确存在若干困难。首先,在许多制度里,政府实体的地位不仅由法律决定而是由实践和惯例所决定;如果仅仅提到法律,可能会造成严重的误导。<sup>31</sup>其次,国内法可能没有穷尽地或完全没有对哪些实体才具有“机关”地位进行归类。在这种情况下,虽然某实体的权力及其依国内法与其他机构的关系将对其被分类为“机关”有关,但国内法本身并不从事归类工作。第三,即使国内法进行分类,它仅按照本身目的去做,无法确保国内法使用的“机关”一词具有它在第 5 条下的非常广阔的意义。例如,在一些法律制度下,“政府”具有特殊意义,仅仅指诸如国家首脑和部长内阁等最高层的机构。在其他法律制度下,警察享有特殊地位,独立于行政机关之外;这不可能意味着就国际法而言它们不是国家机关。<sup>32</sup>第 5 条的评注接受这一点,指出国内法的适用“不妨碍‘机关’一词可能具有不同的意义,特别是在不同法律系统的国内公法里”。<sup>33</sup>但在大多数法律制度,仅仅为“国内公法”目的而进行机关的分类。

### 规定机关应“在有关事件中系以此种资格行事”的要件

<sup>28</sup> 见下文,第 238 至 243 段。

<sup>29</sup> 见下文,第 198 至 216 段。

<sup>30</sup> 关于在其正式职务掩盖下个人的越权行为的问题,见下文第 238 至 243 段。

<sup>31</sup> 参看 I. Brownlie, *State Responsibility*, Part I (1983) p. 136 (引述联合王国 Metropolitan Commissioner for Police 案件)。

<sup>32</sup> 例如参看第 VI ZR267/76 号案件(科学论教会案) NJW, 1979 年, p. 1101; 65 ILR (德意志联邦共和国, 联邦宪法法院); *Propend Finance Pty Ltd v Sing* 案 (1997) 111 ILR 611 (英格兰, 上诉法院)。这些都是国家豁免案件,但同样的原则也必然在国家责任领域中适用。

<sup>33</sup> 第 5 条评注,第 13 段。

168. 第 5 条以“但以该机关在有关事件中系以此种资格行事为限”作为结束文字。“以此种资格行事”一词将在第 10 条的范围内加以讨论。<sup>34</sup>在这项限制的条件下,不难设想一个人或实体可能以不同的资格行事,不是所有的事都与国家“机关”行为有关。一个明显的例子是,国家首脑可以以私人的资格行事,<sup>35</sup>外交代表也是如此。<sup>36</sup>但是,该项但书的措词可能倾向于暗示索赔者特别应负责证明相关行为是机关的行为,而且是以官方资格实行的行为。这里最好使用更为中性的措词。

169. 在对第 5 条作出结论之前,有必要考虑与之密切联系的第 6 条。

#### **(b) 第 6 条:不论机关在国家组织中所处的地位为何**

170. 第 6 条规定:

“一个国家机关,不论是属于制宪、立法、行政、司法或其他权力之下,不论担任国际或国内性职务,也不论在国家组织中处于上级或下级地位,其行为依国际法应视为该国的行为。”

171. 这与其说是归属规则,倒不如说是第 5 条范围的说明。正如评注指出的,在十九世纪,第 6 条所处理的每一个问题都存在不确定性,但这些不确定性都已经通过国家实践和司法意见决定性地获得解决。第 6 条在某种意义上是这些已消逝的争议的纪念品,但我们将可以看到,它们已经被若干新的问题所取代。<sup>37</sup>

#### **各国政府对第 6 条的评论**

172. 到目前为止,只有法国提出评论,它完全接受第 6 条的基本原则,但指出...

“对国际性职务和国内性职务所作的区分并非没有含糊之处。此外,最好以“行使制宪、立法、行政、司法或其他职能”的措词来取代“制宪、立法、行政、司法或其他权力”的措词。<sup>38</sup>

#### **第 6 条提出的实质性问题**

173. 第 6 条有三个要素,需要依次加以审议。

#### **(一) “国家机关,不论是属于制宪、立法、行政、司法或其他权力之下”**

174. 正如法国政府所提议的,似乎较可取的做法是不提政府的立法、司法等部门,而提及那些职能,它们在不同的国家制度下有非常不同的分配。不过,评论提出了一项实质性问题。这些措词是否打算作为限制性措词,即借以把国家责任限制在行使公

<sup>34</sup> 见下文,第 235 至 243 段

<sup>35</sup> 如同委员会“关于外国及其财产的豁免”的条款草案中所确认的,第 2(1)(b)(v)条和评注:《1991 年……年鉴》,第二卷(第二编),第 18-19 页。

<sup>36</sup> 参看 1961 年《维也纳外交关系公约》第 39 条第(2)款。

<sup>37</sup> 参看第 6 条的评注,第 16 段。

<sup>38</sup> A/CN.4/488,第 38 页。

共权力情况的范围内？至少一位评论者辩称,现有的条文和评注至少令人对此有疑问。<sup>39</sup>显然应解决针对如此根本性问题的疑问。

175. 至于现有条文的解释,对特别报告员来说,立场似乎是清楚的。只要国家机关在其职权范围内行事(而不是职权范围外以纯粹私人资格行事),则其所有行为归于国家。这是第 5 条表面上所说的,而第 6 条提到政府的不同“权力”并非为限制第 5 条范围而设。

176. 至于是否应该如此限制第 5 条的问题,立场也似乎是清楚的。过去 20 年在国家豁免于国家法院的管辖方面的确通过适用事务权行为(*acta jure gestionis*)和统治权行为(*acta jure imperii*)的措词来区分不同类别的国家行为。<sup>40</sup>但这是与国家责任完全不同的问题,国家通过如下的主张而能够逃避对其自身行为的责任的想法是没有根据的,即主张该行为可能如此作出,即为一项事务权行为,即使未主张该行为是私人行为。因此例如,国家应违背其有关非歧视的国际义务,拒绝雇用属于某一种族或信仰某一宗教的个人,或拒绝雇用妇女。它也不应违反一项双边贸易或投资条约或一项多边贸易承诺,拒绝采购某一国家国民的货物,或拒绝支付欠该国国民的债款。这些情况中的每一个都可以被归入事务权行为类别的事实是毫不相关的。

177. 这是大多数现代学说<sup>41</sup>和那些审议过本问题的法院所采取的立场。/例如,巴勒莫市长征用和试图经营一家工厂来维持当地的就业;他的行为毫无疑问地被接受应归于意大利国家,不论该项行的分类为何。<sup>42</sup>人权机构的判例也是同样清楚的,如瑞典火车司机工会案的如下文字所示:

“《公约》从来没有明确区分缔约国作为公职权力持有者或作为雇主的职能。在这方面,第二条也没有例外。而且,这一条的第 2 款的结尾清楚表示,除了对其武装部队、警察或行政人员可能实施“合法限制”之外,国家必须尊重其雇员的集会和结社自由。第二条因此对“作为雇主的国家”有约束力,不论国家与其雇员的关系是受公法或私法所规范。因此,法院不觉得有必要考虑如下的情况,即在任何情况下申请者的某些控诉似乎都针对作为公职权力持有者的官署和瑞典国家。法院也不考虑它必须就第二条按狭义来说对个人之间关系的直接或间接适用性作出裁定。”<sup>43</sup>

<sup>39</sup> L. Condorelli, "L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances" (1984) 189 *Receuil des cours* 9, at pp. 66-76.

<sup>40</sup> 常常有人指出,不同的法律制度对这些区别的解释和适用都不相同,国际共识的程度是有限的。参看,例如 M. Cosnard, *La soumission des Etats aux tribunaux internes face à la théorie des immunités des Etats* (1996).

<sup>41</sup> 特别见 Condorelli, 上述引文。此外,见 *Dipla* 第 40 至 45 页及其引述的权威论据。

<sup>42</sup> *ELSI 案(美国诉意大利)* 《国际法院案例汇编》1989 年,第 15 页

<sup>43</sup> 欧洲人权法院 A 辑,第 20 卷,第 14 页。同时亦应参看 *Schmidt and Dahlström* 欧洲人权法院 A 辑,第 21 卷,第 15 页。

178. 不过应该作出几点澄清。首先,在决定某国家机关或官员是否以国家机关或以私人或私营实体的资格行事时,除了其他因素之外,行为的性质可能是有关因素。<sup>44</sup>其次,必须经常考虑到归属和违约行为之间的区别。通常来说,国家不对其机关的“私法”行为(例如违反国家签订的商业合同)承担国际责任的理由与归属无关;违反合同并非违反国际法,而是违反了有关的国内法。第三,这项讨论仅涉及第 5 条意义下的国家机关的行为。独立实体或国有公司的立场不同,此点将在下面讨论。

#### (二) “不论担任国际性或国内性职务”

179. 这项限制是不必要的。毫无疑问,国家的责任因行为而产生,不论该国家机关担任“国际性或国内性”的职务。此外,这个公式倾向暗示应在“国际”和“国内”两领域之间作绝对严格的区分。在评注中提到这一点将会是足够的。

#### (三) “不论在国家组织中处于上级或下级地位”

180. 国家责任的根本设想是政府体系内的任何机关的行为,从国家元首起以下人员的行为都可归于国家,但须该机关以此种资格实行该行为。正如同评注所指出的,

“第二次世界大战后,在 1947 年 2 月 10 日《和平条约》第 83 条下设立的意大利/美利坚合众国、法国-意大利和英国-意大利的调解委员会往往必须审议国家次要机关,例如敌产管理员、市长和警察人员的行为,并且一贯地同意把这些人的行为当作可归于国家的行为。”<sup>45</sup>

这种情况因而是无可置疑的,并且为更多最近的判决所确认。例如,在 ELSI 案(美利坚合众国诉意大利)里,地方政府官员,巴勒莫市长的行为无争议地被归于意大利国家。<sup>46</sup>

181. 至于“不论处于上级或下级地位”的公式,这似乎忽略了“中级”机关和那些由于其独立地位可能不适宜被描述为隶属性的机关(例如刑事法院)。最好采用“不论它在国家组织中处于什么地位”的措词。

#### 第 6 条的位置

182. 显然第 6 条的实质内容应该保留。由于它澄清第 5 条内的“机关”一词,而非独特的归属规则,所以它可以被包括在第 5 条的范围内。这样做的好处是它可促成不间断地提出第 5、7 和 8 条所载主要的三项归属规则。

#### 关于第 5 条和第 6 条的结论

183. 因为这些理由,第 5 条和第 6 条应该合并为一个单一条文,包括已指出的各项次要修正。此外,为了与第 4 条取得更大的一贯性,应该删除提到国内法的文字。为了本条款草案的目的,评注应解释国内法在决定某人或某一实体是否为一个“机关”

<sup>44</sup> 见上文,第 168 段。

<sup>45</sup> 第 6 条的评注,第 14 段和注 31 引述的判决。

<sup>46</sup> 《国际法院案例汇编》,1989 年,第 15 和 52 页(第 75 段)。

方面的適切性,还应解释一旦决定该机关以此种资格行事后,其职能的分类的不適切性。<sup>47</sup>

**(c) 第 7 条:经授权行使政府权力要素的其他实体的行为归于国家**

184. 如标题所示,第 7 条论及“其他实体”,即并非第 5 条所指但仍行使政府权力的机关。它规定:

1. 一个国家内地方政治实体的机关的行为依国际法亦应视为该国的行为,但以该机关在有关事件中系以此种资格行事为限。
2. 虽非国家或地方政治实体正式结构的一部分,但经该国的国内法授权行使政府权力要素的实体,其机关的行为依国际法亦应视为该国的行为,但以该机关在有关事件中系以此种资格行事为限。

185. 有关第 7 条的评注指出,归属的原则应当适用于行使国家职能的所有实体,“在这些实体是因其行事的当地或地方背景(例如它们是市、省、地区、州和联邦国家的各联邦州等)而单独存在时是这样,在它们因所行使职能的特殊性(例如是发行银行、可以行使警察权力的运输公司等)而单独存在时亦是如此。”<sup>48</sup> 第 7 条旨在对这两类实体进行论述。

186. 关于第 1 款,评注重点放在构成联邦国家的单元上。它坚持“联邦国家要对下属构成州的机关违背联邦国家国际义务的行为负责,即便在国内法律未向联邦国家提供手段迫使联邦国家下属构成州的机关遵守联邦国家的国际义务时也是如此的原则”。<sup>49</sup> 只有在有关义务要由下属构成单元而不是联邦国家承担时,才出现单独归属该单元的问题。<sup>50</sup>

187. 关于第 2 款,有关评论指出,该款源于 1930 年海牙编撰会议开展的工作。在会上提到了“行使具有立法或行政性质公共职能的自治机构”。<sup>51</sup> 它还指出这些机构在不断增加,除非提及法律赋予它们的公共权力,否则很难对其进行界定:

可将一个实体划分为公共实体或私人实体;国家或多或少参与其资本、或更通常地是拥有其资产;该实体不受国家管辖,或者或多或少受到这种管辖;这些都不是确定有关国家的机关的行动是否归于它的决定性标准…。最适当的解决办法是指出这些实体拥有的真正共同特征:即它们被授权—哪怕是特殊授权且权限有限—行使类似于在正常情况下由国家机关行使的那一种具体职能…。因

---

<sup>47</sup> 关于拟议的条文,参看下面第 287 段。

<sup>48</sup> 有关第 7 条的评注,第 2 段。

<sup>49</sup> 同上,第 5 段,并见第 5-9 段所引述的权威性引文。

<sup>50</sup> 同上,第 10 段。

<sup>51</sup> 同上,第 15 段,援引 1930 年海牙会议筹备委员会第 23 次讨论的依据(《1965 年年鉴…》,第二卷,第 223 页, A/CN.4/96 号文件,附件 2),第 92 页。

此,举例说,拥有某些警察权力的铁路公司机关的行为依国际法将被视为国家行为,如果这一行为是对这些权力的行使。<sup>52</sup>

选用“实体”的依据是它“涵义广泛,足以包括各种不同的机关,如地方政府实体、公共公司、半公共实体、各类公共机构,并在特殊情况下甚至包括私人公司。”<sup>53</sup>

### 各国政府对第 7 条的评论

188. 法国问及“地方政府实体”的概念为何,并建议特别具体提及联邦国家。<sup>54</sup>

189. 联合王国要求就越来越常见的准国营实体(例如担任铁路警察或监狱看守的私人保安公司)提供更明确的指导意见。已经被私有化但却保留某些公共或立法职能的前国营公司是另外一个例子。<sup>55</sup> 它要求澄清说明“政府当局”的概念。德国也同样提出,第二章“可能未充分考虑到各国正越来越多地授权不在国家机关体制内的人开展通常归于国家的活动这一事实”。<sup>56</sup>

### “地方政府实体”

190. 第 7 条提出的第一个问题是它单独提出了包括各类地方行政单位的“地方政府实体”。捷克斯洛伐克在其 1981 年 7 月 24 日的评论中对这一重大难题进行了分析:

“一个国家的内部组织不受国际法的制约,但受其国内法管制…。第 5 和 6 条适当体现了这一原则。就各国地方行政区实体的机关的行动而言,应将这些机关视为组成国家体制的一部分。因此,第 5 和 6 条的条款已经论及这类机关的行为。有鉴于此,第 7 条第 1 款的规定似乎是多余的,至少就不具任何国际人格的国家地方行政区实体而言”。<sup>57</sup>

本报告员同意这一分析。正如有关第 5 和 6 条的评注明确表明的,这两条旨在论述政府机关,包括上级、自治或下级机关,不管它们是在首都还是在其他地方,也不管它们在国内的管辖范围有多大。有鉴于此,这两条显然已经论述了地方和区域政府机关,不管根据有关国家的宪法它们的称呼和地位究竟如何。将其视为“国家体制本身之外的单独实体”<sup>58</sup> 是错误的。国家作为一个整体并不等同于其中央政府。此外,地方和区域政府单位就象中央政府机关一样,而全然不象第 7 条第 2 款论及的“实体”,因为它们的所有行为——不仅仅涉及狭义的“政府权力”的行使——均归于国家。<sup>59</sup> 有关第 7 条的评注明确接受了以下既定原则:体制为联邦的国家同任何其他

<sup>52</sup> 有关第 7 条的评注,第 18 段。

<sup>53</sup> 同上,第 19 段。

<sup>54</sup> A/CN.4/488,第 39 页。

<sup>55</sup> 同上,第 40 页。

<sup>56</sup> 同上,第 36 页。

<sup>57</sup> 《1981 年年鉴…》,第二卷(第一编),第 73 页。

<sup>58</sup> 有关第 7 条的评注,第 17 段。

<sup>59</sup> 见上文,第 168、174-178 段。

国家一样,它不能凭借其体制是联邦性质或权力分散性质来限制其国际职责的范围。<sup>60</sup> 单独提出“地方政府实体”分割了这一原则。

191. 一个国家内的联邦或地方单位根据本国的法律各自拥有法人资格并不影响这一结论。第 5 条提及的许多机关即是如此:例如,政府的中央机构通常各自拥有法人资格,但正如仲裁人 Dupuy 在他就 *Texaco* 仲裁案作出的初步裁决<sup>61</sup> 中所指出的,这并不影响为国际法目的“国家为整体”的原则。毫无疑问,在联邦国家下属构成单元行使有限国际职能—例如,为了就一些地方问题缔结条约—的特殊情况下,这一立场可能就不同。只要这些条约不使联邦承担义务而只使地方单元承担义务,就不会出现本条款草案所指的国家责任问题。如果条约确实使联邦承担义务,那么第 5 条所述有关归属的一般规定应当适用。因此,建议将第 7 条第 1 款和第 7 条第 2 款中提及地方政府实体的词句删除。<sup>62</sup> 有关第 5 条的评注应明确表明国家机关包括国家的地方和地区政府单位的机关,而不论其名称为何。

### 行使政府职能的“准国营体”

192. 就第 2 款而言,采用了不同立场。行使政府职能的“准国营”实体的数目在不断增加,本条款草案需要处理这一问题。出于有关评注提出并得到各国政府的评论意见证实的有关理由,应保留第 7 条的这一内容。有关评注显然表明,第 7 条是针对那些行使诸如根据司法判决或监狱条例进行扣押和纪律制裁一类公共权力的人的。<sup>63</sup> 这消除了上文提及的联合王国的关注,<sup>64</sup> 虽然评注无疑可提供更多更新的例子。<sup>65</sup>

193. 要为此精确界定“政府当局”的范围则是另一个问题,第 7 条本身是否应试图这样做很值得怀疑。超越一定限度后,何为“政府(性)”将取决于有关特定社会、其历史和传统。具有特殊重要性的不仅仅是一个实体的权力,而是这些权力是通过何种方式授予的、行使这些权力的目的和该实体行使这些权力时要在何种程度上对政府负责。评注可就这些问题提供指导,但它们基本上是一些将一般性标准用于非常

<sup>60</sup> 同上,第 5 段;以上第 186 段。

<sup>61</sup> (1975)53 《国际法案件汇编》389,第 415 页,第 23 段。见上文,第 158 段。

<sup>62</sup> 这符合 1969 年《维也纳条约法公约》采取的立场,并符合关于国际法上的联邦国家的有关文献:例如,见 L. Wildhaber, *Treaty-making Power and Constitution* (1971), Part II; I. Bernier, *International Legal Aspects of Federalism* (1973); H. Michelmann and P. Soldatos(eds), *Federalism and International Relations: The Role of Subnational Units*(1990); B. Opeskin and D. R. Rothwell, *International Law and Australian Federalism*(1997)。

<sup>63</sup> 另参见 *Barthold v Federal Republic of Germany*, 《欧洲人权法院 A 辑》,第 90 卷(1985 年),第 21 页(具有法律效力的专业协会规则)。

<sup>64</sup> 见以上第 189 段。

<sup>65</sup> 根据第 7 条第 2 款属于“单独实体”的一个较最近例子是受压迫者基金会:见 *Hyatt International Corporation v Iran* (1985)9 伊朗-美国索赔法庭 72。

不同的特定情况的问题。索赔者将需要证明有关伤害的确与行使这些权力有关:应保留第 2 款但书中大意如此的措辞,这与已为第 5 条提出的案文<sup>66</sup> 截然不同。

#### 关于第 7 条的结论

194. 基于这些理由,建议删除第 7 条中和其他地方提及“地方政府实体”的词句,但保留第 7 条第 2 款的实质内容。<sup>67</sup>

#### (d) 第 8 条:实际上代表国家行事的人的行为归于国家

195. 同处理国家机关或行使政府权力的其他实体的第 5 条和第 7 条不同,第 8 条处理的是实际上“代表”国家行事的人或团体的其他情况。该条规定:

一个或一群人的行为,在以下情况,依国际法应视为国家的行为:

(a) 经确定该人或该群人实际上系代表该国行事;或

(b) 该人或该群人,在正式当局不存在和有理由行使政府权力要素的情况下,实际上行使这些权力要素。

#### 各国政府对第 8 条的评论

196. 虽然一些政府评论了第 8 条本身,但某些一般性的评论则是针对了不是正式属于国家结构一部分的个人或实体的行为的国家责任问题。德国、蒙古和联合王国都建议在处理这一类问题时,本条款草案应该更加广泛些。<sup>68</sup>美国方面赞同说,“[第 8 条]的基本要点是,一个人与国家之间可能存在实际的关系,即使虽然很难准确地指出精确的法律关系在那里”。<sup>69</sup>

197. 同第 7 条一样,第 8 条处理的是两种不同的情况。第 8 条(a)款涉及的是一个人或一群人实际上代表国家行事的情况。第 8 条(b)款处理的是较为稀少的情况,那就是一个人或一群人并未实际上获得授权代表国家行事,但“有理由”在不存在政府权力情况下行使这种政府权力的行为。有必要分开处理这两种情况。

#### (一) 实际上代表国家行事的人

198. 如评注所指出,归于国家或者实际上受国家指示或授权行事都是“实际上无可争议的”。<sup>70</sup>在这些情况下,有关的一个人或多个人是否为私人是无关紧要的,他们的行为是否涉及“政府”活动也是无关紧要的。评注还清楚地表明,“个人”一词包括实体在内,不论其是否具有另外的法人资格。<sup>71</sup>

<sup>66</sup> 见以上第 168 段。

<sup>67</sup> 对第 2 款的措辞提出了一些微小的修正:拟议案文和注释见第 287 段。

<sup>68</sup> 参看上文第 153、155 和 156 段。

<sup>69</sup> A/CN.4/488,第 41 页。

<sup>70</sup> 对第 8 条的评注,第 7 段,特别引用 *Zafiro* 和 *Stephens* 案件:《联合国国际仲裁裁决报告》,第六卷,第 160 页;同上,第四卷,第 267 页,

<sup>71</sup> 对第 8 条的评注,第 1 段。

199. 在草拟第 8 条(a)款时,加入了“经确定”等字。根据评注,这样做是因为…

“在每一个必须确定国家的国际责任的具体情况下,必须真正的证明该人或该群人是国家的机构实际任命来履行一项特定职能,或者从事一项特定职责,并证明他们是这些机构唆使执行一项规定任务”<sup>72</sup>。

但情况总是,索赔者必须证明国家责任的条件已经满足。<sup>73</sup>为什么对于要依据实际授权或指示的情况会要求比其他情况更严格的满足条件呢?有人建议把这段话删除。

### 是否涉及国家控制

200. 在刚引用的文句中,“实际任用的”和“唆使执行的”的这两个短语合起来看意味着第 8 条(a)款限于实际引导或指示的情况,也就是实际代理的情况。该评论在别的地方较为模棱两可。例如,在关于第 11 条的评注中说:

“在已知政府鼓励和甚至推动[武装反对]团体组织,向它们提供财政援助、培训和武器,并为可能的行动目的将它们的活动同其自己部队的活动相协调联系等等情况,有关的团体从国际法立场来看就不再是个人了。他们成为组成的人员,同国家协同一道并受国家的唆使行事,执行国家所授权或甚至所信托的任务。他们因此属于同国家机制若不是正式便是实际上联系的个人或一群人的类别,常常被称为‘事实上的机关’,而由本草案的第 8 条(a)款来处理”。<sup>74</sup>

“推动”和“协调”的措词没有“任命”或“唆使”的措词来得有力,并且引起了一个问题,那就是一国对一个人或一群人的实际控制是否应被当作归属的明显依据。若不是的话,则第 8 条(a)款的用语或许就需重新考虑。从常用语法来说,一个人可以被说是“代表”另一个人行事,而没有从该另一人收到任何实际的指示或规定任务。这个问题不是简单的撰稿问题,而是实质问题。在什么情况下实际的代理应被局限于明示代理的情况?

### 尼加拉瓜案

201. 这是关于在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动的案件(尼加拉瓜诉美利坚合众国)的关键问题。<sup>75</sup>反政府分子的行为要归于美国吗?从而要使后者一般地为该项行为负责吗?国际法院差不多完全是以“控制”的概念来分析这个问题的。一方面,法院认为,尼加拉瓜的行动人员进行的个别攻击因为是出于美国代理人的“规划、指导和支持”,所以要归于美国。<sup>76</sup>但是,国际法院接着审议并且驳回了尼加拉瓜更广义的控诉,那就是所有反政府分子的行为由于美国对他们进行控制的理由而要归于美国。法院结论说:

---

<sup>72</sup> 同上,第 8 段。

<sup>73</sup> 参看上文第 159 段。

<sup>74</sup> 对第 11 条的评注,第 32 段。

<sup>75</sup> 《国际法院案例汇编,1986 年》,第 14 页。

<sup>76</sup> 《同上》,第 51 页。

“尽管美国向他们提供了大量津贴及其他支助,但不存在明显的证据可证明美国在所有方面实际行使了这样程度的控制,从而有理由认为反政府分子是代表美国行事的…。上述所有的美国参与行事,甚至答辩国对一个高度依赖它的武力行使的一般性控制,在没有进一步证据的情况下,本身不意味着美国是象控诉国所指称的那样,指示或加强了犯下侵犯人权和违反人道主义法的行为。这种行为完全可以是反政府分子成员在没有美国控制下实行的。若要使这项行为引起美国的法律责任,就必须证明该国在犯下该被控违反情事的过程中对军事或准军事行动行使了有效的控制”<sup>77</sup>。

因此,虽然美国要对其自身给予反政府分子的支持负责,但只有在少数个别情况下反政府分子自身的行为可归于它。

202. 这方面可注意一下阿戈法官对这些问题的评论。针对本条款草案第 11 条,他在其赞同意见书内说:

“要把反政府分子部队成员当作是代表美利坚合众国或者以其名义行事的个人或团体,这是与有关这个问题的原则不符的。只有在[反政府分子]的某些成员恰好是受美国当局的具体授命而实行某一特定行为,或者代表美国从事一项特定的某种任务的情况,才能够这样加以看待。只有在这些情况下国际法才会确认,作为一种稀有的例外,不属于一国的代理人或机关的个人,或不属于最广义接受的机构一词的机构成员,可被认为是国家的行为”。<sup>78</sup>

阿戈法官接下来批评了国际法院使用“控制”一词。照他的意见,“能被正确地称作为间接责任的案件的情况是,当一国在某些情况下对另一国的行动行使控制而能被认为要对第二国所实行并且能被归责于该国的国际不法行为负责。”<sup>79</sup>照这个意见,控制这项标准是与国家间关系有关的(事实上,第 28 条中就用了“指示或控制”的措词)。但这不是将非国家实体的行事归于国家的准则。

203. 虽然在阿戈法官与国际法院的多数法官之间对这个结论不存在歧见,但处理的方法是不同的。国际法院对于在美国被证明具有“有效控制”的具体行动期间反政府分子的所做所为,有意认为美国是要负责的;而阿戈法官则要求不可少于对不法行为本身要有具体的授权。另一方面,他们均同意,一般性的依赖和支助的情况不足以归于提供理由。

### Tadic 案

204. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭在检察官控告 Tadic 案中面临一个看起来类似的问题。<sup>80</sup>该案的问题是,对一项关于战争罪的控告所适用的法律应是国际武装冲突法还是国内武装冲突法。这项问题又取决于被控罪行的受害者在有关时间根据 1949 年《日内瓦第四公约》第 4 条的定义是否“落入他们不是其国民的该冲突方的手

<sup>77</sup> 《同上》,第 62、64 至 65 页(着重号后加的)。

<sup>78</sup> 《同上》,第 188 至 189 页。

<sup>79</sup> 《同上》,第 189 页,注 1(着重号是原文)。

<sup>80</sup> (1997 年)112《国际法案例汇编》1。

中”。如果不是的话,被告的行为就只可根据该 1949 年各《公约》所共有的第 3 条条文来裁判。

205. 根据审判分庭的多数意见,国际法院在尼加拉瓜案中“对确定必要的控制程度规定了特别高层级的判断标准。”<sup>81</sup>分庭在指出这两个案件之间的差别后用下面的文字限定了这个问题:“即使如果一方存在着一种高度依赖性的关系,根据目前案件的事实来看,是否存在着这样一种对另一方控制的关系,从而能够把斯普斯卡共和国的行为…归于南斯拉夫联盟共和国(塞尔维亚和黑山)政府。”<sup>82</sup>分庭的结论说:

“简短地说,没有证据可供本审判分庭据以有信心地得出结论认为斯普斯卡共和国的武装部队以及整个斯普斯卡共和国对于要在其前南斯拉夫的残余地区内实现一个大塞尔维亚的计划方面与南斯拉夫联盟共和国(塞尔维亚和黑山)政府的关系会高于仅仅同盟的关系,虽然这是一种高度依附性的同盟。南斯拉夫联盟共和国(塞尔维亚和黑山)政府在波斯尼亚—黑塞哥维那共和国境内的武装冲突中的持续、间接参与,在不能将斯普斯卡共和国武装部队的行为归于南斯拉夫联盟共和国(塞尔维亚和黑山)政府的情况下,产生了超越本案件的范围和关注的国家责任问题。”<sup>83</sup>

这个结论对被告人就取决于国际武装冲突调查结果的控罪来说他是否为无辜,有着直接的影响。

206. McDonald 法官对这一点不表同意,基本上出于三个理由。从法律上说,法官多数在采用尼加拉瓜案的断案法方面太严格了;从事实来看,她对根据证据(包括下述事实:斯普斯卡共和国武装部队的所有成员继续由南斯拉夫联盟共和国(塞尔维亚和黑山)给予薪金和加以武装)得出的推论不表同意。但她尤其认为:

“有效控制这项标准的目的是要用来确定尼加拉瓜案中的国家归责。法官多数引用这项标准来确定一名受害者是否是一名受保护者以及为一个武装冲突的性质定性,从而扩大了尼加拉瓜案判决的适用范围,这不符合国际人道主义法。”<sup>84</sup>

207. 这项判决正在上诉中,所以不宜对其表示任何意见。然而,可以指出,不论法官的多数和少数均解释尼加拉瓜案为允许依据对某一特定行动行使指挥和控制来断定归属,并且法官的多数和少数均不象阿戈法官那样走得那么远,要求有“具体的授命”或指示。

#### 伊朗-美利坚合众国索赔法庭的法理问题

208. 伊朗-美利坚合众国索赔法庭也曾处理这个问题,但它在分析这些案件时需要小心,因为其管辖权明确地扩及针对缔约任一方“所控制的任何实体”的合同索赔。在这种情况下,审判庭是以有关的国内法庭的代理者行事,所以不涉及国家责任问

<sup>81</sup> 《同上》,第 190 页,第 585 段(Stephen 和 Vohrah 法官)。

<sup>82</sup> 《同上》,第 191 页,第 588 段。

<sup>83</sup> 《同上》,第 200 页,第 606 段。

<sup>84</sup> 《同上》,第 270 页(McDonald 法官,反对意见)。

题。尤其是,伊朗伊斯兰共和国保证从保管基金中支付裁决的款项,这个事实不一定意味着它要对裁决的款项本身承担赔偿责任。<sup>85</sup>

209. 国家对其所控制的公司的责任问题引起了一些特别问题,下面加以讨论。转到第 8 条(a)款所处理的“代理人”问题,法庭对 Komitehs 或革命卫队等机构在其被并入为国家机关以前这段时期进行了总体性的实际分析。例如,在 Yeager 控告伊朗伊斯兰共和国案中,法庭说:

“虽然对革命“卫队”(“Komitehs”)是否能被认为是伊朗政府的“机关”存在着一些怀疑,因为它们在本案所涉期间并未被正式确认过,但是,行为归于该国不限于国内法所正式承认的机关的行为。否则,一国可以仅仅用引据国内法的方式来逃避根据国际法的责任。国际法所普遍接受的做法是,若能确定个人实际上代表国家行事的话,则该国也应为这些人的行为负责。参看国际法委员会-草案第 8 条(a)款…”<sup>86</sup>

### Loizidou 案

210. 在 Loizidou 诉土耳其案中,欧洲人权法院碰到了一个国家对一个情况的控制能力与其对该情况的责任之间的关系的问题。问题是,土耳其是否应当对拒绝申诉人到达她在北塞浦路斯的产业负责,而这个情况是由于塞浦路斯分裂以及因此产生的行动自由受到阻碍所致。法院的裁定如下:

没有必要决定—如申诉人和塞浦路斯政府所述—土耳其是否对“北塞浦路斯土耳其共和国”当局的政策与行动行使紧密控制。从大量部队在北塞浦路斯执行任务的事实表明…土耳其的军队对该岛的该部分行使有效的全面控制。这种控制,根据本案的有关标准和情况,使土耳其应当为“北塞浦路斯土耳其共和国”的政策和行动负责…就《公约》第 1 条而言,那些受到这种政策或行动影响的人因此是在土耳其的“管辖”之下…因此,按照《公约》规定,土耳其保证申诉人的权利和自由的义务应延申到塞浦路斯北部。<sup>87</sup>

因此,土耳其应当为拒绝申诉人自由到达他的产业,违反了《第 1 号议定书》第 1 条的规定负责。法院的决定是根据土耳其对该岛的总体“控制”,而这种了解是根据土耳其驻扎在该岛的军队数量和“北塞浦路斯土耳其共和国”的非法性。实际上,法院的裁定是…

根据规范国家责任的有关国际法原则,一个缔约方的责任可以由军事行动的一个后果引发,不论该行动属于合法或非法,如果它对其领土以外的一个地区行使有效控制。在这块地区维护《公约》中所规定的权利和自由是根据一个事

<sup>85</sup> 法庭在 *Starrett Housing 公司控告伊朗伊斯兰共和国政府(1983 年)案* 4 《伊朗-美利坚合众国索赔法庭报告》122,第 143 页”中解释了这个区别;另外请参看 Caron,第 112 至 119 页。

<sup>86</sup> (1987 年)17 《伊朗-美国索赔法庭报告》92,第 103 页,另外参看第103 至 105页全部文字。要指出一点,在这件案件中,存在着受到国家机关鼓励的证据,但是不存在着任何指示或引导方面的证据。

<sup>87</sup> 《欧洲人权法院汇编》,A 卷,707(1996),第 56 段。

实,即不论这种控制是直接行使,或者通过其军队,或者通过一个附属的地方行政当局。<sup>88</sup>

211. Bernhardt 法官在反对意见中批评了《总体》的观点,他说:

土耳其军队驻扎在北塞浦路斯只是一个极端复杂的发展和状况中的一个因素。如在 Loizidou 案的初步异议的判决中所解释的和决定的…土耳其应当为土耳其的部队或官员在北塞浦路斯采取的具体行动负责。但是在目前的案件中,我们面对的是一个特殊情况:一个实际存在的边界,由联合国指挥的部队加以维护,这使得希族塞人无法探访和居留他们在该岛北部拥有的产业。土耳其部队的驻扎和土耳其对“北塞浦路斯土耳其共和国”的支持是现存局势的重要因素;但是,我不能把欧洲人权法院的判决完全根据一个假设,那就是,土耳其的驻扎是非法的,并且,土耳其因此应当或多或少为所有在北塞浦路斯发生的事情负责。<sup>89</sup>

这个案件横阻在归属问题与因果问题之间的灰色地带;因果问题将在审查本条款草案第二部分时讨论,特别是关于第 44 条。但是,应当指出,第一,法院中大多数法官认为他们采用的是“归责”原则<sup>90</sup>,并且,第二,他们的决定并不是完全根据土耳其对北塞浦路斯的控制的不合法性。<sup>91</sup>

### 国有企业的行为

212. 这里牵涉到的问题是国家拥有和国家控制的公司或企业的行为。如果这种公司的行为不符合所涉国家的国际义务,它们的行为是否能归于该国? 在讨论这个问题时必须回顾,根据国际法院在巴塞罗那电车公司案中的说明,国际法承认公司实体与国家一般而言是分开的,除了在特殊情况下,如“公司的面纱”只是进行欺骗的安排或工具。<sup>92</sup>

213. 显然,一个公司实体(不论是根据一项特别法律或根据一般性的立法)最初是由国家设立的事实不足以作为将该实体以后的行为归属于国家的基础<sup>93</sup>。既然公司实体虽然由国家拥有(在这个意义上受到国家控制),但是有所隔离,表面上它们进行活动时的行为并不能归属于国家,除非它们行使第 7 条第 2 款中所提到的政府权力的某一些部分。例如,在一个国有石油公

<sup>88</sup> 同上,第 52 段,其中回头提到其初步异议的决定:《欧洲人权法院汇编》,A 卷,310(1995),第 62 段。

<sup>89</sup> 《欧洲人权法院汇编》,A 卷,707(1996)号,Bernhardt 法官的反对意见,第 3 段。

<sup>90</sup> 同上,第 52 段。

<sup>91</sup> 但是,“北塞浦路斯土耳其共和国”缺乏单独的国际地位却与此有关,因为这剥夺了土耳其以它的占领是得到后者同意作为理由。实际上,“北塞浦路斯土耳其共和国”被当作是土耳其的一个附属机关,在这种考虑之下,合法性影响到归属的决定。

<sup>92</sup> 《1997 年国际法院案例汇编》,第 3 页。

<sup>93</sup> 例如在 Schering 公司诉伊朗伊斯兰共和国(1984)5 伊朗-美国 CTR 361 案件中对理事会的意见;Otis Elevator 诉伊朗伊斯兰共和国(1987)14 伊朗-美国 CTR 283;Eastman Kodak Co 诉伊朗伊斯兰共和国(1987)17 伊朗-美国 CTR 153 号案件;在 Aldrich, 第 204-6 页;Caron, 第 134-5 页中有讨论。

司没收财产的案件中,因为没有证据显示,国家利用这个所有权作为指示该公司没收财产的工具,所以持有上述看法。<sup>94</sup>另一方面,如果证据显示,公司是在行使公共权力时,<sup>95</sup>或者国家利用它对一个公司的所有权或控制力来达到某一个特定目的时,<sup>96</sup>则所涉行为曾经归属于国家。

214. 上段内所概述的区别似乎是一种可以辩解的区别。<sup>97</sup>在归属的结果是把所有有关行为与该国挂钩,在国家责任的范畴内将该国视为一个国际法的实体。但是这并不意味实体间的差别,包括国内法律地位的差别在内,就与决定应否将所涉行为归属无关。在这里,法院在巴塞罗那电车公司案中对公司法人所采取的办法必须列入考虑。这个办法虽然本身并不是归属法的一部分,但是却是在使用归属程序时的一个因素。因此,将第 8 条第(a)款的范围扩大,包括在国家指示和控制下进行的行为,并不是把在国际法下把所有国有公司的行为都归属于国家。

### 委员会应考虑的问题

215. 问题是,第 8 条(a)款的范围是否应当予以扩大,除了包括实际上授权或作出指示的案件以外,还包括事实上在国家指示和控制之下进行的具体业务或活动。目前的案文(“实际上以国家的名义采取的行动”)在这一点上并不太清楚,可是阿戈法官似乎认为,这仅限于有明白指示的案件。<sup>98</sup>困难的地方是,在许多业务活动中,特别是那些如果归属于国家就明显不合法的行为,很难证明有明白的指示存在。

216. 可以提出的一个论点是,在尼加拉瓜案中,一个国家对在其赞助下的非正规部队或其他补助部队应当负多大的责任,而这可能被视为有关主要规则的问题,或者也可被认为是特殊情况下的特殊习惯法的问题。不论如何,一个国家的指示和控制作为归属责任的基础不是一个一般性的问题,而在尼加拉瓜案中,法院似乎把这个问题当作一般性原则处理。另外不太明确的是,为什么受到一个国家特别指示和控制的非正规部队应当归于国家的责任,可是国家指示和控制的类似行为却不能用于其他领域。在尼加拉瓜案中大多数法官的立场并没有遭到任何反对意见,并且在后来的判决或者法律文书中也没有遭到批评。<sup>99</sup>基于所有这些理由,

<sup>94</sup> SEDCO Inc 诉伊朗国家石油公司(1987)15 伊朗-美国 CTR23 号案件。还可参看 International Technical Products Corp.诉伊朗伊斯兰共和国(1985)9 伊朗-美国 CTR 206 号案件(Tejarat 银行是一家国有化银行,它的行为没有归属于伊朗);Flexi-Van Leasing 诉伊朗伊斯兰共和国(1986)12 伊朗-美国 CTR 335 号案件,第 349 页(在缺乏“来自…政府的直接命令、指示、建议或指导”,国有公司的契约责任不能归属于伊朗)。参看 Caron,第 163-175 页。

<sup>95</sup> Phillips Petroleum Co Iran 诉伊朗伊斯兰共和国(1989)21 伊朗-美国 CTR 79 号案件;Petrolane Inc 诉伊朗伊斯兰共和国政府(1991)27 伊朗-美国 CTR 64 号案件。

<sup>96</sup> Foremost Tehran Inc 诉伊朗伊斯兰共和国(1986)10 伊朗-美国 CTR 228 号案件;American Bell International 诉伊朗伊斯兰共和国(1986)12 伊朗-美国 CTR 170 号案件。

<sup>97</sup> 另见 Herzberg 诉芬兰案。R.14/61 号函件(1982),载于 A/37/40,附件十四,第 9.1 段(芬兰广播公司执行人员关于不广播某一个节目的歧视性决定;该行为因为芬兰在芬兰广播公司的“绝对多数股权”(90%)而可归于芬兰,但也是基于该公司“受到政府的特殊控制”;第 9.1 段)。另外参看第 4125/69 号申诉书。X 诉爱尔兰案(1971)14 ECHR YB 198(爱尔兰电力供应理事会);Young, James & Webster 诉联合王国案 ECHR, A 辑,第 44 卷(1981)(英国铁路)。

<sup>98</sup> 同上,第 202 段。

<sup>99</sup> 例如见 P-M Eisemann, “L’arrêt de la CIJ du 27 juin 1986(fond)dans L’affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci” (1986) 32 Annuaire Francais de Droit

特别报告员初步的意见是,第 8 条(a)款应当予以澄清,也就是把按照政府指示和在其控制下进行的具体活动的责任归属于国家,并应当用适当的措词表达这个立场。在案文和评注中应当明白指出,只有在所指控的行为是受到国家指示和在其控制下进行的具体活动的一个必要、内在或有意达到的行为,这个行为的责任才能归属于国家。这个原则不应当延伸到那些所涉活动只有意外的或边缘关系的行为,或者是不在国家的指示或在其控制下的范围内的行为。<sup>100</sup>

## (二) 必要的代理人:在国家不存在的情况下行使国家权力

217. 第 8 条(b)款规定,一个人或一群人的行为,“在官方当局不存在和有理由行使政府权力要素的情况下,实际上行使这些权力要素”,应归于国家。评注指出,(b)款所设想的事例只在罕见的情况下发生,例如革命、武装冲突或外国占领,在这些情况下,常规当局解体,受到压制或在当时无法运作。该款规定,行为归于国家

“只在真正例外的情况下获得接受……[为]此目的,必须符合下述条件:首先,该人或该群人的行为必须有效涉及行使政府当局权力要素。其次,这种行为必须由于正式当局不存在已付诸进行……此外,还必须在有理由由私人行使这些权力要素的情况下进行。”<sup>101</sup>

### 各国政府的评论

218. 加拿大在其 1980 年 1 月 11 日的评论中对第 8 条(b)款表示保留,理由是,可能需要拟订更严格的规定。<sup>102</sup> 最近没有再提出评论。

### 基本原则

219. 第 8 条(b)款的基本原则源于全民皆兵的旧概念,关于陆战法规和习惯的 1907 年《海牙章程》第 2 条和关于战俘待遇的 1949 年 8 月 12 日《日内瓦公约》<sup>103</sup> 第 4 条第 A(6)项都规定平民在没有正规部队的情况下进行自卫是合法的。但在严格意义上的国家责任领域内偶尔会出现这些情况。因此,伊朗—美国索赔法庭认为,第 8 条(b)款可能适用于伊朗伊斯兰共和国革命后立即出现的革命卫队,即“革命委员会”的立场。Yeager 诉伊朗伊斯兰共和国一案特别关系到紧接革命后在德黑兰机场履行移民、海关和类似职能的行动,法庭认为它们的行为应归于伊朗伊斯兰共和国,所持的理由是,如果不是实际上由政府授权,则卫队

---

International 153 at pp. 179-80; J Verhoeven, “Le droit, le juge et la violence. Les arrêts Nicaragua c, Etats Unis” (1987) 91 RGDIP 1159 at p. 1230-32; C Lang, L’affaire Nicaragua/Etats Unis devant la Cour Internationale de Justice(1990) pp.216-222.

<sup>100</sup> 参看下面第 287 段中所拟议的第 8 条(a)款的案文。

<sup>101</sup> 第 8 条的评注第 11 段。评注继续区别国家的事实上的政府,其机关的行动适用第 5 条,而不是第 8 条(b)款。见同上,第(12)段,援引 Tinoco Arbitration (1923) I 《国际仲裁裁决报告》24。

<sup>102</sup> 《1980 年……年鉴》,第二卷(第一编),第 94 页。

<sup>103</sup> 第 8 条的评注所援引,第 9 段,注 593。

“至少在正式当局不存在的情况下行使政府权力要素,在这些行动中,政府必定已经知情而且没有明确反对。”<sup>104</sup>

### 拟订原则

220. 因此有些当局赞成第 8 条(b)款所载原则,这些原则适用于例外情况。但其构想有点似是而非,因为它暗示可能引起国家责任的行为仍然是“有理由的”。有人可能反对说,如果行为不法就不可能“有理由”,因此永远不可能出现要求依照(b)款负起责任的情况。这可能就是法庭在 *Yeager* 一案中没有采用刚刚引述的判词内的实际用语的原因。第 8 条(b)款的评注十分清楚地阐述了以下观点:情况必须证明在合法当局不存在的情况下有理由试图行使警察或其他职能,而不是证明实际发生的事件有理。可以在评注内提及 *Yeager* 一类的案例,从而有效加强这种观念。

221. 建议保留第 8 条(b)款,理由是,应将“有理由”一词改为“要求”,从而表明,行使政府职能的某些行为是应要求而作出的行为,而不一定是有关的行为。

### (e) 第 9 条:另一国或一国际组织交由一国支配的机关的行为归于国家

222. 第 9 条规定:

由另一国家或一国际组织交由一国支配的机关,如为行使其国家的政府权力要素而行事,其行为依国际法应视为支配该机关的国家的行为。

223. 第 9 条的评注强调,该条针对有限而明确的情况,即一国家(或国际组织)的机关实际上“借给”另一个国家。<sup>105</sup> 一个机关“交由”接受国“支配”的想法是很特殊的观念,意味着该“外来”机关是在接收国同意、管辖下,并为其目的行事的。这并不涉及来自另一国或一个国际组织向一个政府提供意见的专家或借调给另一国家的个别官员。<sup>106</sup> 这也不包括为前国家,甚至是为共同目的派至另一个国家但又保留其自主权和地位的国家机关的情况:例如,外国军事联络或文化代表团、<sup>107</sup> 外国救济或援助组织。“外借”机构的一个具体例子是联合王国枢密院,该院成为英联邦内一些独立国家的最终上诉法院。<sup>108</sup> 其作用与依照条约安排行事的若干终审上诉法院平行。<sup>109</sup> 评注援引 *Chevreau* 案作为例子说明第 9 条所设想的“转移责任”形式,在该案件内,驻波斯的一名英国领事以法国领事馆临时代办的资格接收,但随后又丢失交托给他的一些文件。经法国要求,仲裁人 *Beichmann* 认为“英国政府不必因其领

<sup>104</sup> (1987)17 伊朗-美国索赔法庭 92,第 104 页。

<sup>105</sup> 评注指出(第(6)段),独立领土,例如“国际被保护国”的案件不能适用第 9 条,这显然是正确的。例如,在《1952 年国际法院案例汇编》内*摩洛哥境内的美国公民案*第 176 页内,已了解到法国代表本身及代表摩洛哥所负的责任。美国暂时提出反对,要求澄清这一点;一旦获得澄清便会撤消反对。见*摩洛哥境内的美国国民案*,申诉书第 1 卷,第 235 页;《1951 年国际法院案例汇编》,第 109 页。

<sup>106</sup> 第 9 条的评注,第 2 段。

<sup>107</sup> 同上,第 7 段。

<sup>108</sup> 同上,第 10 段。这是确定一个机关从事行为的地位的传统和惯例的好例子:见上文,第 167 段。

<sup>109</sup> 例如,瑙鲁与澳大利亚之间 1976 年的协定,附入 1976 年《瑙鲁(高等上诉法院)法》(Cth)。

事以另一国家领事馆代办资格所犯过失而负责任”。<sup>110</sup> 这是派遣国与接受国之间的案件,仲裁人的调查结果暗示,英国领事执行代理的商定条件内没有关于由谁对其行为负责的规定。更重大的问题是:第三国有权或必需对这两国中的那一国提出赔偿要求?依照第 9 条,答案是,如果是代表接受国从事行为的话,应由接受国负责。<sup>111</sup>

### 政府对第 9 条的评论

224. 联合国结合第 7 条第(2)款要求澄清国际组织或其机关(例如欧洲委员会)的行为立场。该国要求

“在评注内清楚表明这些条款草案并非意在针对成员国对国际组织的行为(包括在国际或区域组织主持下的军事行为)的责任的问题。这是一个复杂的问题;每一国际组织的立场是否必须相同,这一点并不清楚。国际组织行为的责任问题值得详加单独讨论。”<sup>112</sup>

这也引起强迫性提交另一国家法院(例如依照《布鲁塞尔公约》)或国际机构(例如投资争端解决中心法庭)仲裁的问题。在这一情况下,提交国是否无论提交后发生什么情况都不必负责任?此外,它还认为,这一观点至少应在评注内讨论。<sup>113</sup>

225. 乌兹别克斯坦政府也认为应处理国际组织对其不法行为的责任问题,但应在单独文书内处理。<sup>114</sup>

### 国家机关何时“交由”另一国家“支配”?

226. 第 9 条涉及极端特殊的问题:从“交由支配”这一关键性的用语的定义如何明确显示其特殊性。根据评注,这

“并不仅仅意味着该机关必须被指派履行与它被“交由支配”的国家有关的职能。它同时也要求,在履行受惠国委托给它的职能时,该机关应结合该国国家机制并只在该国指导和控制下行事,而不是在派遣国的指示下行事。”<sup>115</sup>

比较各国在共同防御、互相援助和共同发展领域内一些合作行动的个案的数目,这是一种异常情况,虽然这种情况不是没有人知道。

227. 欧洲人权委员会必须在与瑞士警察在列支敦士登境内行使“委托”权力有关的两个案件内考虑这个问题。<sup>116</sup> 在所涉时间内,列支敦士登并非《欧洲公约》的缔约国,因此,如果有关行为仅应归于列支敦士登,就不会发生违反公约的情况。委员会认为这个案件可受理,因为根据 1923 年瑞士与列支敦士登之间关系条约,瑞士在列支敦

<sup>110</sup> (1931 年)2《联合国国际仲裁裁决报告》1117 第 1141 页,援引于第 9 条的评注内,第 13 段。

<sup>111</sup> 同上,第 17 段。

<sup>112</sup> A/CN.4/488,第 40 页。

<sup>113</sup> 同上,第 42 页。

<sup>114</sup> 同上,第 30 页。

<sup>115</sup> 第 9 条的评注,第 5 段。

<sup>116</sup> 申请书 7289/75、7349/76 号,X 和 Y 诉瑞士(1983 年)20《欧洲人权法院年鉴》402-406,由 Dipla 讨论,第 52-53 页。

士登境内行使自己的海关和移民管辖权,但须经后者同意而且符合共同利益。有关官员只适用瑞士法律,而且被认为行使瑞士政府权力。就此而言,他们并非“交由”接受国“支配”。

228. 欧洲委员会和人权法院在涉及安道尔的一个案件内碰到类似问题。<sup>117</sup> 当时安道尔不是欧洲公约的缔约国,两名人士被安道尔法院审问并判长期徒刑。他们选择在法国服刑。他们根据公约起诉法国和西班牙,指称这两个国家要对安道尔法院缺乏组织负责,而法国则需为任意拘留负责,因为法国法律没有授权这样做。<sup>118</sup>

229. 法院将原有司法程序与后来在法国境内拘留这两件事区分开来。前者是安道尔诉讼程序,并不涉及行使法国和西班牙政府权力的问题。法国和西班牙法官担任安道尔法院的法官,为此目的他们取得安道尔国籍;他们被正式借调,他们拥有安道尔国民的身份,不必对派遣国政府负责也不必受其控制。<sup>119</sup> 另一方面,至于他们被监禁在法国的的问题,法国辩论说“国际惯例以及落实这些惯例的法国和安道尔国内法都提供了充分的法律基础。”法院以勉强多数票决定接受这一观点并且不受理该申诉。迫使法国应负责确保原判符合公约“将会……阻挠目前有利于加强司法行政方面的国际合作的趋势”;因此,法国的唯一义务是不参加“公然否定司法”,而在该案件内没有充分的证据证明这一点。因此多数意见将法国和西班牙官员(包括双王子)以安道尔机关的资格从事的行为与法国执行安道尔判决的行动区分开来:法国的责任只因后者才成立。<sup>120</sup>

230. “借用”机关的另一个例子是新西兰审计长,他有一段时间根据库克群岛与新西兰之间协定并依照库克群岛的宪法担任库克群岛的审计长。<sup>121</sup> 引起的问题是:是否可以强迫审计长透露由于履行这一职能而获得的库克群岛的文件,或者,这些文件是否有权享有主权豁免。新西兰上诉法院拒绝给予豁免,但却以该审计长代表作为一个外国的库克群岛履行官方职能的基础上处理这一案件,而且该审计长在履行该职能时无须对任何新西兰当局负责。<sup>122</sup>

### 国际组织的机关作为国家机关?

<sup>117</sup> 安道尔的双王子是法国总统和西班牙乌赫尔地方主教。见 J·Crawford 著“安道尔谷的国际法律地位”(1997) 55 *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques* 259; J. Duursma, 著“微小国家的分裂和国际关系”(1996年),第 316-373 页。

<sup>118</sup> *Drodz 和 Janousek 诉法国和西班牙*,《欧洲人权法院汇编》A 辑第 359 卷,(1992 年); Duursma, 第 331-333 页。

<sup>119</sup> A 辑第 359 卷第 96 页。法院注意到“欧洲理事会各成员国之间实行借调法官或将法官交由外国支配,如奥地利和瑞士司法人员在列支敦士登境内执业一事所显示”:同上。

<sup>120</sup> 同上,第 110 段。法院对这一点略有意见分歧(12-11)。少数派拒绝接受“安道尔实体与双王子所属国家之间存在密不可破的区分,在许多方面(执行判刑是另一个例子),这些国家参与其行政”:同上(联合异见,Pettiti、Valticos, Lopes Rocha, Walsh 和 Spielmann 法官)。

<sup>121</sup> 一段时期以来,审计长将审计工作再委托给一家私营公司。

<sup>122</sup> 主计长兼审计长诉 Davidson (1996 年)104 ILR 526,第 536-537 页(Cooke,p),第 569、574-576 页(Richardson J)。基于其他理由向枢密院提出的上诉遭驳回:[1996]3 WLR 859,108 ILR 622。

231. 因此,可以找到例子说明国家机关在第 9 条的意义上交由另一国“支配”的情况。对于国际组织,在这方面要找到令人信服的例子比较困难。毫无疑问,一个国际组织的机关根据“授予”的权力或甚至根据该组织本身的权力,可能为国家执行政府职能或执行与国家有关的政府职能。<sup>123</sup> 但是,这不一定意味着它是“借”给有关国家,或者这些国家须对它的行为负责。似乎很明显,例如,欧洲委员会在其成员国领土内运作的各机关保留其共同体性质,但不属第 9 条的范围。根据联合国秘书处法律事务厅,联合国的一切活动,不论是在技术援助、维持和平行动、监测选举或任何其他领域,都不会涉及“借出”一机关给某国。在每一个情况下,联合国组织都会保持其独立特征和指挥结构。第 9 条机关的一个可能的例子是根据 1995 年 12 月 14 日《波斯尼亚-黑塞哥维那和平总框架协定》附件 10 任命的高级代表。<sup>124</sup> 尽管附件 10 第二条以相当保守的方式界定高级代表的任务,但是高级代表无疑是在波斯尼亚-黑塞哥维那行使政府权力。不过,哪一个实体最终为其活动负责是不清楚的。<sup>125</sup>

232. 正如这个例子所说明的,执行政府权力的人是否代表一个国际组织或一组国家来做此事,而且在后者的情况下,有关各国的责任同其个别责任的关系又如何,这一点可能是不清楚的。<sup>126</sup> 这后一个问题将在第一部分第四章更详细地加以讨论。

### 临时结论

233. 在审议第 9 条时,将国家机关和国际组织的机关区别开来是有益的。一国的机关交由另一国“支配”以便行使后者的政府权力,这种情况虽然可能很罕见,但是确实发生过,如终审上诉法院的合作安排的例子所显示那样。因此,枢密院对独立的英联邦国家提出的上诉所作的裁定将使该国家而不是联合王国负责。为此理由,兹暂时建议保留第 9 条,因为它适用于国家机关。但是,这项建议可能需要根据由第 27 和 28 条等提出的对国家联合行动的责任这些更广的问题的审查来加以讨论。

234. 就国际组织而言,情况更加困难。很少(如果有的话)有令人信服的案例可说明一个国际组织的机关在第 9 条的意义上交由国家“支配”。任何这类案例必然会引起

<sup>123</sup> 例如前南斯拉夫问题国际刑事法庭和卢旺达问题国际刑事法庭在各国进行调查和其他职务时都不限于它们行使实质性管辖权的领土。欧洲委员会可以对某些违反欧洲联盟法律的行为,包括对外国公司,实施制裁和科以处罚。

<sup>124</sup> (1996)35 ILM 75。

<sup>125</sup> 高级代表是由“和平执行委员会”“指定”并由安全理事会根据《协定》附件 10 第二条核准:见 35 ILM 第 228-229 页。根据附件 10 第五条,“关于本协定在和平解决的民事执行方面,高级代表在战区享有最终执行权力”。又见安全理事会 1995 年 12 月 15 日第 1031(1995)号决议第 26 和 27 段。本条款草案第 9 条是否适用于高级代表,除其他外,取决于和平执行委员会是否有资格成为“国际组织”。较早和较为肯定的类推的情况是国际联盟理事会任命的格但斯克自由市问题高级专员以及该专员对它负责。见“格但斯克领土内波兰国民所受的待遇”,PCIJ Ser.A/B 第 44 号(1932)。

<sup>126</sup> 四方在德国的行动所引起的国家责任问题为本问题提供了一个佳例,这个问题由欧洲人权委员会、德国联邦宪法法院和英国上诉法院在不同时候加以审议。它们全都得出同样结论,即各别被告国无需在这些诉讼中答辩。见第 6231/73 号申请,Hess 诉联合王国(1975)2 DR 72,第 74 页;第 2 号案件 BvR 419/80 Rudolf Hess 案(1980)BVerfGE55 第 349 页;90 ILR 386;Trawniki 诉 Lennox 案[1985] 2 All ER 368。

会员国以及接受国可能需对该机关的行为负责这些更广的问题。不久将予讨论的本条款草案第 13 条也涉及到这些问题。<sup>127</sup> 但是,无论如何,第 9 条在涉及国际组织方面引起的困难超过该条所提供的极为有限的澄清作用。现建议删去第 9 条提及国际组织的部分。

**(f) 第 10 条:逾越权限行事或违背关于其活动的指示行事的机关的行为归于国家**

235. 第 10 条处理未经授权或越权行为的重要问题。该条规定:

“国家、地方政治实体或经授权行使政府权力要素的实体的机关,如以此种资格行事,即使在某一特定事件中逾越国内法规定的权限或违背关于其活动的指示,其行为依国际法仍应视为国家的行为。”

236. 对第 10 条的评注有益地记录了现代规则的发展情况,并断言“本条规则毫无例外,即使实行被控告的行为的机关明显无能和即使国家的其他机关声明与犯法机关的行为毫无关系”。<sup>128</sup> 该评注还讨论了核心问题,即区分下列两种情况:一方面官员以其官员资格非法行事或违背指示行事,另一方面其行为不属于其官方职务的范围,因此应与私人行为等同,而不应归于国家。这个问题在下面谈及。

**各国政府对第 10 条的评论**

237. 没有一个政府对第 10 条提出评论,这似乎反映出大家对现代规则若不是普遍同意,则是大体同意。的确,也不太可能有其他结果,同第 4 条是相一致的。

**第 10 条和区分官方行为和“私人”行为的问题**

238. 第 10 条所述的原则因此毫无疑问和明显地必须保留。<sup>129</sup> 如同所指出的,很难将官员的越权行为同其完全在任何官方资格范围外因而应等同于私人行为的行为区别开来。在目前的条款草案里,该问题被略去。<sup>130</sup> 第 5 和第 7 条要求机关或实体“在有关事件中系以此种资格”采取行动,但是对“资格”这一概念没有提出进一步定义。第 10 条又使用该词句而没有进一步说明。

<sup>127</sup> 见下文第 256-262 段。

<sup>128</sup> 对第 10 条的评注,第 1 段。

<sup>129</sup> 例如,1949 年 8 月 12 日《日内瓦公约》的 1977 年《第一号附加议定书》第九十一条规定:“冲突一方…应对组成其武装部队的人员所从事的一切行为负责。”这将包括在违反命令和指示情况下所从事的行为。该评注指出第九十一条是以协商一致意见通过的,并“对应于关于国际责任的法律的一般原则”,红十字国际委员会,对《附加议定书》的评注(1987),第 1051-1053 页。又见 Velásquez Rodríguez 案件 IACHR Ser. C 第 4 号 (1989),第 170 段;95 ILR 232,第 296 页:“这一[关于违反《公约》的]行为的]结论与该机关或官员是否违反国内法的规定或者是是否逾越其权力范围无关:根据国际法,一国应对其机关以其官方资格采取的行动负责和为其不行为负责,即使这些机关的行为逾越其权力范围或违反国内法。”

<sup>130</sup> 如 Brownlie 在国家责任第一部分,(1983 年)第 147-148 页所指出。

239. 此事已在仲裁裁决和文献中广泛讨论。<sup>131</sup> 委员会在对第 10 条的评注中以显然核可的态度援引 1930 年海牙编纂会议通过的条文:

“如果其官员在其官方资格掩护下、进行未经授权的行为而使一外国人遭到损害,如果这些行为违反该国的国际义务,则该国同样应承担国际责任。”<sup>132</sup>

这些用语源自法国——墨西哥索赔委员会在 *Caire* 案中的裁决,该评注再次以核可的态度援引此裁决,认为是“各项适用的原则的准确、详尽和几乎肯定的表述”。<sup>133</sup> *Caire* 案涉及一个法国人被两个墨西哥官员杀害,这两位官员在勒索不成后将 *Caire* 带到当地兵营开枪把他打死。该委员会认为:

“这两位官员即使被认为是在其权限范围外行事……而且即使其长官撤销了命令,他们都涉及该国的责任,因为他们在其官员地位的掩护下并利用因这一地位而可供其利用的手段来行事”。

首席专员 *Verzijl* 同样也说这两位官员“利用了[他们的]官方地位”。<sup>134</sup>

240. 在委员会关于此主题的工作的第一阶段,特别报告员 *García Amador* 建议使用下列措词:

“如果有关机关或官员逾越其权限但据称以官方资格行事,则同样地应归咎该国”。<sup>135</sup>

241. 这个问题不断出现。例如,在 *Yeager* 诉伊朗伊斯兰共和国案中,原告控告说,他被非法要求向一家伊朗航空公司代理人支付额外款项以获取预付了价款的飞机票,并在机场被“执行海关、移民和安全官员职务”的革命卫队抢劫。伊朗航空公司是完全国营的公司,而在当时,革命卫队尚未正式合并为一国家机关。尽管如此,伊朗——美国索赔法庭将这两个案件区分开来,认为伊朗伊斯兰共和国无需对伊朗航空公司代理人明显的孤立行动负责,但应对抢劫一事负责。<sup>136</sup> 在另一案件中,该法庭提出这样的问题,即是否已表明该行为是“由以政府权力掩饰的人所为”。<sup>137</sup>

242. 把一方面未经授权但仍然是“官方”行为和另一方面“私人”行为区别开来这个问题也许可以避免,如果有证据证明,被控告的行为是有系统的或重复发生的,而且该国知道或应当知道并已采取步骤加以防止。但是,对于身为官员的人所犯的暴行

---

<sup>131</sup> 见同上,第 145-150 页。

<sup>132</sup> 国家联盟,1930 年 3 月 13 日至 4 月 12 日在海牙举行的国际法编纂会议的文件集,第四卷,第三委员会的会议记录(文件 C.351(c)M.145(c).1930.V),第 238 页(重点是后加的),在对第 10 条的评注第 9 段中援引。

<sup>133</sup> 对第 10 条的评注,第 14 段。

<sup>134</sup> (1929)5 《联合国国际仲裁裁决报告》,第 529 页及以后各页。

<sup>135</sup> 《1961 年……年鉴》,第二卷,文件 A/CN.4/134 和 Add.1,第 52 页,第 12 条第 2 款。

<sup>136</sup> (1987)17 Iran-US CTR 92。

<sup>137</sup> *Petrotane Inc.* 诉伊朗伊斯兰共和国案,(1991),27 Iran-US CTR 64,第 92 页。

的个别案件,这两种情况仍需加以区别,而上引当局所作的区别似乎是合理的。用该评注的话说:

“在国际法中,国家应承认,如果在某一行动地区奉命以其名义行事的人似乎有效地以其名义行事,那么该国便采取了行动”。<sup>138</sup>

243. 剩下的问题是第 5、7 和 10 条的实际用语是否应修改,以便更清楚地反映评注和在各案件中所反映的“明显资格”原则。一方面,似乎很难说一个在执勤时利用官职粗暴地、无法无天地和为个人利益行事的海关官员仍以其作为一个机关的“资格”行事。这就表明第 10 条应采用“以该官方资格或在该官方资格掩护下行事”的措词。另一方面,第 10 条已经清楚表明,“官方资格”是一个很特殊的概念,对第 10 条的评注可以照同样的意思来加强。这个问题相当平衡,但是如果政府一方不提出任何评论或提出要求改变的提议,那么天平就会向现有案文倾斜。但是,有人建议第 10 条的结论词句应改为“即使在特殊情况下该机关或实体逾越其权力或违背关于其执行的指示”。这样编写就更清楚些,而且与已提出的关于在第 5 条内删去提及国内法的措词的建议相一致。<sup>139</sup>

#### (g) 第 11 条:不代表国家行事的人的行为

244. 第 11 条是上面已经提到的第一个“负面归属”条款。<sup>140</sup> 该条规定:

1. 不代表国家行事的一个人或一群人的行为,依国际法不视为国家的行为。
2. 第 1 款不妨碍把与该款所称的人或一群人的行为有关而按第 5 至第 10 条的规定应视为国家的行为的任何其他行为归于国家。

245. 第 11 条的评注说,这一条“肯定前面各条规定的规则”,只是采用了“负面说法”<sup>141</sup> 虽然“个人的行为,或就审议中的事例而言,以个人身份行事的人行为,在任何情况下都不归于国家”,但这一“绝对否定结论”并不表示,即使在某些情形下,如国家机关违背义务,未防止某些私人行为发生,国家也无须为这些行为负责任。事实上,国家“经常”被认定须为这些行为负责任。<sup>142</sup>评注接着对以前的实践,特别是对 1923 年确定现代规则的 *Tellini* 案,进行了精辟的分析。<sup>143</sup>评注的结论是:

“(a) 根据在国际法律关系中逐渐确定的准则,不代表国家行事的个人行为不归于国家,因此不涉及国家责任。这个结论不因该个人实行行为时的情况或因其行为而受影响的利益而改变;(b) 在某些情况下,国家被认定须为个人行为承

<sup>138</sup> 对第 10 条的评注,第 17 段。

<sup>139</sup> 见上文第 167 段。

<sup>140</sup> 见上文第 146 段。

<sup>141</sup> 第 11 条评注第 1 段。

<sup>142</sup> 同上,第 3 至 5 段。

<sup>143</sup> 1924 年 3 月 13 日国际联盟理事会一致通过的国际联盟法学家委员会报告,《公报》,第五年,第 4 号(1924 年 4 月)第 524 页;同上,第 524 页。

担国际责任,但其唯一根据是国家机关针对有关个人的行为而实行的国际不法行为。委员会认为,从适用上述准则而逐渐形成的规则完全符合现代国际生活的需要,无须作任何修改。”<sup>144</sup>

### 各国政府对第 11 条的评论

246. 美国认为第 11 条“完全没有充实草案的内容…。规则的重复使法庭面对的问题又多了一项,这个问题有时是一个棘手的问题,即在什么情况下适用什么规则,及规则的适用是否有差别。第 11 条应予删除。”<sup>145</sup>智利在 1979 年作出的评论表示同样的忧虑,认为第 11 条是“一项沦于学究式的说明”,建议不妨将该条规定“与第 8(a)条合并”。<sup>146</sup>

### 第 11 条的难题

247. 上述评论反映第 11 条存在一些问题。在一方面,该条是一般国际法认为国家应对其国民的行为承担“替代责任”的观点发生了重大变化,进而实行在原则上明确区分国家和非国家范围的结果。该条在表面上还向国家提供保障,即国家无须为个人当事方行为承担责任。但另一方面,从法律和从整个条款草案的角度看,这项保障是一个假象,因为第 11 条缺乏任何独立内容。细看之下,该条只是说,个人或团体的行为不归于国家,除非根据第二章其他规定,该行为是可以归于国家的。这既陷于循环论证,又可能产生误导作用,因为对于任何个人造成伤害的情况,该条趋于将重点放到错误的问题上。在这些情况下,问题不是个人行为本身是否归于国家(答案是否定的),而是在防止或对付这些行为方面,国家负有哪些义务。简而言之,第 11 条既不是一项归属规则,而且即使在举证责任方面,第 11 条也丝毫没有影响到第二章的其他归属规则条文的适用问题。行为如根据第二章任何一项规定可归于国家,则第 11 条不予适用。如果该行为不归于国家,则第 11 条不发生任何作用。此外并无第三个可能性。

### 暂定结论

248. 基于上述理由,特别报告员初步建议删除第 11 条。问题是,删除该条可能暗示相反的意思,好象倒退到须为个人行为负“替代责任”这一已被抛弃的观点。这可能令一些国家感到不安。在第二部分其他条款的评注中适当加以讨论(和保持第 11 条评注的实质内容)应可以大大减少这个问题。此外,下文将建议在拟议的新条款中增添适当案文,以解决一切其余受到关注问题。<sup>147</sup>

### (h) 第 12 条:另一国机关的行为

249. 第 12 条规定:

1. 一国的机关以此种资格行事,在另一国领土或其管辖下的任何其他领土内所进行的行为,依国际法不应视为该另一国的行为。

<sup>144</sup> 第 11 条评注第 35 段。

<sup>145</sup> A/CN.4/488,第 41 页。

<sup>146</sup> 《…1980 年年鉴》,第二卷(第一编),第 97 页。

<sup>147</sup> 见下文第 286 段。

2. 第 1 款不妨碍把与该款所指行为有关而按第 5 至第 10 条的规定应视为该国的行为的任何其他行为归于该国。

250. 第 12 条的评注列举了一国机关以此种资格在另一国境内行事的许多案例,并以 1950 年代若干事件说明这种行为所引起的问题。这些事件均涉及前苏联,当其当事身份在各事件中有所不同。<sup>148</sup> 然而,评注指出,在所有这些事件中,行为在一国境内发生的事实,本身并不构成该国须负责任的充分根据。评注没有提及科学海峡案,有点令人感到意外。

### 各国政府对第 12 条的评论

251. 没有任何针对第 12 条的评论。<sup>149</sup>

### 第 12 条的背景

252. 第 12 条应参照第一部分第四章的规定审议。该章涉及一国牵连另一国的国际不法行为。第 27 条是关于一国援助或协助另一国实行国际不法行为的问题。第 28 条是关于一国在受制于另一国的“指挥或控制”下实行国际不法行为的情况,以及关于在实际胁迫下实行的情况。与第 12 条比较,这些情况更有可能引起追究责任的问题;事实上,很难想象,如果没有其他理由,有什么根据可以只因一国在另一国境内行事而产生责任问题。<sup>150</sup> 换言之,第 12 条的问题(同第 11 条一样)是,实际存在的问题不处理,所针对的却是一个“无中生有的问题”。

### 领域和责任

253. 简言之,一国行为发生于另一国领域内的事实,其本身不足发以构成将行为归于该另一国的根据。国际法院对科孚海峡案作出的判决对这个问题作出最具权威性的阐述。在该案中,阿尔巴尼亚领海内的科孚海峡新布了水雷,但未能证明阿尔巴尼亚为实际布雷的国家。<sup>151</sup> 问题是,阿尔巴尼亚是否须对英国船舰中雷所受损害承担责任。国际法院说:

“显然不能仅因在阿尔巴尼亚领海发现水雷,引起爆炸,损坏英国军舰而推定阿尔巴尼亚政府知晓布雷行为。根据国际惯例,在其领土上或领海内发生违反国际法行为的国家的确有可能被要求作出解释。同样地,该国不能仅以不知行为所涉情节和不知行为人身份的理由而规避上述要求。该国在一定程度上可能有义务提供详细资料,说明采用了哪些可供使用的情报搜集和调查手段。但不能仅仅根据一国对其领土和领海行使管制权的事实而断定该国必然知道,或理应知道在其领域内实施的任何不法行为,也不能断定该国必然知道,或理应知

<sup>148</sup> 这些事件为:苏联向德意志联邦共和国提出的投诉,涉及美国在其境内发放气象气球,但漂过边界的事件;德意志联邦共和国向奥地利提出的抗议,涉及奥地利外交部长在维也纳出席赫鲁晓夫先生的讲话,听其出言侮辱德意志联邦共和国;见第 12 条评注,第 6 至 7 段。

<sup>149</sup> 对“负面归属”问题的一般性评论,见上文第 157 段。

<sup>150</sup> 第 9 条就一国交由另一国支配的机关的特殊情况作出了规定,见上文第 222 至 234 页的讨论。第 9 条的特别规定清楚表明第 12 条是不必要的。

<sup>151</sup> 事实上,正如当时所怀疑的,南斯拉夫是布雷的国家。

道不法行为人的身份。这一事实本身,在不涉及其他因素的情况下,既不导致初步推定的责任,也不转移举证责任。”<sup>152</sup>

国际法院最后裁定,鉴于阿尔巴尼亚知道或应当知道水雷的存在,但未警告联合王国,因此须对损坏负全部责任:阿尔巴尼亚的警告义务的根据除其他外是:“每一国有义务避免知情地允许其领域被用于实施侵犯另一国权利的行为”。<sup>153</sup>国际法院的裁定要点如下:

- ✧ 领土所属国家可能要对另一国在其领域内实行的行为承担责任,即使该国未被认定为该行为的同谋;
- ✧ 一国领域内发生不法行为的事实本身不导致初步推定的责任,甚至不导致举证责任的转移;但是
- ✧ 作为实质问题,在一国领域内发生不法行为是责任问题的一个相关因素,因为一国必须避免知情地允许其领域被用于实行侵犯另一国权利的行为;而且
- ✧ 作为证据问题,在不转移举证责任的情况下,行为发生地点是一个相关因素,因为这可以作为推断根据,推定领土所属国家知道情势并让该情势发生或继续存在。

254. 与上述裁定比较,第 12 条的内容显然有一些问题。第 12 条一方面是自明之理,即不法行为发生在一国境内不足以构成责任的根据。<sup>154</sup>如果第 12 条只是规定这一点,则其作用极为有限,因为没有人对此提出异议。但问题是第 12 条可能被理解为有这样的意思:就 A 国责任而言,B 国行为发生在 A 国境内在法律上没有任何意义。这当然是不对的。国际法院在科孚海峡案中视地点为一个极重要的相关因素。

### 建议

255. 第 12 条涉及国家联合行动,这个较广泛的领域在第四章中已有若干规定,也许需要进一步拟订其他规定。但基于同样的理由,第 12 条同第 11 条一样,没有充实归属法的内容,<sup>155</sup> 而且有上文分析的其他缺点。建议删除第 12 条。评注内容可以作为第 9 条评注的一部分。

#### (i) 第 13 条:国际组织的机关的行为

256. 第 13 条规定:

一个国际组织的机关以此种资格行事的的行为,依国际法不应仅因该行为发生于一国的领土或该国管辖下的任何其他领土,即视为该国的行为。

<sup>152</sup> 《国际法院案例汇编(1949 年)》,第 4 页开始,见第 18 面(底线后加)。

<sup>153</sup> 《同上》,第 22 页。

<sup>154</sup> 也不是一个必要的根据:一国可能须对非其所有,但在其实际占领或管理下的领土内所发生的行为承担责任。国际法院在《纳米比亚意见》中指出,“实际控制领土而非主权或所有权的合法性,是国家对影响他国的行为承担责任的根据”:《国际法院案例汇编(1971 年)》第 54 页,第 16 段。在该段前一部分,法院讨论国家责任的问题;英文本中提到“liability”(赔偿责任)可能是笔误。欧洲人权法院也明确肯定这一原则:Loizidou 诉土耳其(初步异议),欧洲人权法院 A 辑,第 310 卷(1995 年)第 62 段;Loizidou 诉土耳其(案件事实)欧洲人权法院 A 辑,第 707 卷(1996 年)第 52 段。因此,自第 12 条提出以来,领土权和责任之间的关系已一再削弱。

<sup>155</sup> 值得注意的是,第 12 条评注第 8 段所引用的两个先例都是主要的规则,不是归属规则。

257. 评注指出,国际组织与国家不同,无领土而且总是在一国的领土上行事,但通常并非一成不变地征得该国同意。<sup>156</sup> 此外,评注审查了国家对国际组织有限的几次指控,注意到都未暗示东道国应对此种行为负责。<sup>157</sup> 评注强调“规范国际组织责任的规则并不当然与规范国家责任的规则相同”,不再打算讨论前一个问题或会员国对国际组织行为的责任问题。<sup>158</sup> 评注解释称,第 13 条未重复载于其它三个负面归属条款中的保障条款,因为不愿“在草案中列入可能包含下述观念的规定:国际组织的行为须受吁请该组织行使职能的所在领土的国家的控制”。<sup>159</sup> 与此同时,注意到在某些情况下,一国可能须对在其领土内的国际组织的行为负责,譬如,由于与该组织的联合行动。

#### 各国政府对第 13 条的评论

258. 正如所指出的,一些政府在第 9 条范围内提出关于国际组织行为的归属问题。未专门就第 13 条提出评论。

#### 国家对国际组织行为的责任

259. 除已经讨论的“负面归属”条款问题,第 13 条还提出若干难题:

##### (a) 不论所在地

260. 适用于第 12 条的类似评论在此同样适用于行为所在地问题,但相反含义(第 13 条的措词似有此含义)的问题更大。我们已经看到,一国在另一国领土上行事具有法律相关性,尽管其本身决不足以引起后者的责任。<sup>160</sup> 但国际组织一向在“外”国领土上行事。即使就它与之有特殊关系的东道国而言,国际组织仍然在法律上是截然不同的实体,不能期望东道国对其行为或债务承担任何特别责任。此外,如同评注指出的,国际组织独立的原则不同于一国在另一国领土上行事时出现的状况,而且很可能更为严重。<sup>161</sup> 鉴于上述原因,就国家依国际法对国际组织的责任而言,国际组织在一国领土上行事似乎完全中立。但是,假如果真如此,第 13 条单挑出中立因素作为非归属的基础则令人十分费解。

##### (b) 实质性问题

<sup>156</sup> 第 13 条评注,第 2 段。

<sup>157</sup> 同上,第 3-4 段。

<sup>158</sup> 同上,第 8-9 段。

<sup>159</sup> 同上,第 13 段。

<sup>160</sup> 见上文第 253 段对科孚海峡案的分析。

<sup>161</sup> 例如,国际组织不受领土国法院管辖的原则比外国的豁免范围更广泛,其部分原因可能是历史使然,但至少在一定程度上反映了国家与国际组织职责的不同。

261. 自通过第 13 条以来,将国际组织行为归于国家这一范围更广的问题受到更多的重视,因为一直对此争论不休,特别是就国际锡业理事会<sup>162</sup> 和阿拉伯工业化组织<sup>163</sup> 进行了许多争论。国际法学会就该问题进行了最详尽的研究,同时考虑到这些事态发展,于 1995 年制定了一项经认真审议的决议。<sup>164</sup> 该决议未提及国际组织所在地或其活动所在地是确定国家对国际组织行为的责任的有关因素。事实上,该决议第 6 条列出不予考虑(为此目的)的若干因素,未提及所在领土问题。最后,认为该问题毫不相关。

### 建议

262. 必须在有关国际组织行为责任的更广泛问题的范围内,就国家对国际组织行为的责任本身进行讨论。归属法称,第 13 条提出了很棘手的相反问题,但未以任何方式加以解决。应删除该条,插入一个保障条款取而代之,保留依照国际法国际组织或国家对国际组织行为的责任问题。<sup>165</sup> 可将第 13 条的评注要素列入该保障条款的评注中。

#### (j) 第 14 条: 叛乱运动的机关的行为/第 15 条: 成为一国新政府或导致组成一个新国家的叛乱运动的行为归于国家

263. 在二个条款中论述了“叛乱运动”的问题,这表明该问题在历史上十分重要,而且有许多先前的仲裁裁决先例。第 14 条是“负面”归属条款,第 15 条是正面条款。同时讨论这二条比较合适。

264. 第 14 条规定:

1. 在一国领土或在其管辖下的任何其他领土内成立的叛乱运动的机关的行为,依国际法不应视为该国的行为。
2. 第 1 款不妨碍把与一国叛乱运动的机关的行为有关而按第 5 至第 10 条的规定应视为该国的行为的任何其他行为归于该国。
3. 同样地,第 1 款绝不妨碍依国际法可把叛乱运动的机关的行为归于该运动时,作这种归属。

265. 第 15 条规定:

<sup>162</sup> *JH Rayner (Mincing Lane) Ltd* 诉贸易与工业部 [1990] 2 AC 418(英国,上议院),81 《国际法案件汇编》 669; *Maclaine Watson & Co Ltd* 诉欧洲共同体理事会和委员会[1990] 1 ECR 1797 (ECJ)。

<sup>163</sup> *Westland Helicopters Ltd* 诉阿拉伯工业化组织(ICC Award, 1985) 80 《国际法案件汇编》 595; 阿拉伯工业化组织诉 *Westland Helicopters Ltd* (1988) 80 《国际法案件汇编》 622(瑞士,联邦最高法院);*Westland Helicopters Ltd* 诉阿拉伯工业化组织[1995] QB 282;108 《国际法案件汇编》 564 (英国、高等法院)。

<sup>164</sup> 国际法学会年度报告 444(1996)66—II。此方面工作见国际法学会年度报告 251(1995)66-I。

<sup>165</sup> 关于同样建议应删除第 9 条中提及国际组织的内容,见上文第 234 段。

1. 成为一国新政府的叛乱运动的行为应视为该国的行为。但此种归属不妨碍把按照第 5 至第 10 条的规定先前视为国家行为的行为归于该国。
2. 其行动导致在一个先已存在的国家的一部分领土或其管理下的领土内组成一个新国家的叛乱运动的行为应视为该新国家的行为。

266. 委员会在第 14 条的评注中提出,一俟有组织的叛乱运动成为既成事实,就不太可能将责任归于国家,因为那时国家对该运动“完全失控”。<sup>166</sup> 在对大量的仲裁裁决、<sup>167</sup> 外交实践<sup>168</sup> 和有关文献<sup>169</sup> 进行分析之后,委员会断定叛乱运动所在领土的国家无须对叛乱运动的行为负责,除非发生国家应采取行动防止造成伤害的情况。这一规则得到明确无误的阐释;特别是否认国家有责任或有义务尊重“叛乱运动机关在其控制的那部分国家领土上的日常行政行为”。<sup>170</sup> 另一方面,叛乱运动本身应对自身的行为负责。<sup>171</sup>

267. 成功地取代国家前政府或甚至在其部分领土上成立新国家的叛乱运动具有组织连续性。据此,评注阐明了第 15 条中提出的两条规则。<sup>172</sup> 这与国家继承无关;在前一情况无国家继承情况,而连续性规则适用于后一情况,无论先前国是否对自身行为负责(按照第 14 条,几乎从不负责)。<sup>173</sup> 因此,尚不清楚何为责任的有系统或结构化的基础,但至少先前的裁决和学说都坚决支持第 15 条提出的这两项规则。<sup>174</sup>

268. 在制定第 14 条的“负面归属”规则和第 15 条的正面规则时,委员会“未根据各类叛乱运动成为政府的任何国际‘合法性’或任何非法性对其加以区分,尽管此种区分在其他情况下可能很重要”。<sup>175</sup>

#### 各国政府对第 14 条和第 15 条的评论

269. 奥地利评论指出:

<sup>166</sup> 第 14 条评注,第 4 段。

<sup>167</sup> 同上,第 12-18 段。

<sup>168</sup> 同上,第 19-23 段。

<sup>169</sup> 同上,第 24-27 段。

<sup>170</sup> 同上,第 26 段。

<sup>171</sup> 同上,第 28 段,提及一些更早的先例。

<sup>172</sup> 第 15 条的评注,第 2 至 6 段。尽管还有人以组织延续性为理由,称该规则应扩大到“‘合法’当局与革命运动领导人之间达成协议之后组成的联合政府的情况”:同上,第 17 段。目前,尚不确定应在多大程度上针对民族和解政府贯彻实施这项原则。不应仅因重建的政府为了实现全面和平解决而吸收反对派人员,而使一国应对采取暴力的反对派运动的行为负责。评注需要在些方面做出更多的限定。

<sup>173</sup> 同上,第 8 段。

<sup>174</sup> 同上,第 9-16 段。1930 年以后,实际上只援引过一件案例。为分析该学说或试图进行编纂的努力,见同上,第 18 至 19 页。

<sup>175</sup> 同上,第 20 段。

“第 14 条和第 15 条所载的叛乱运动的机关的行为问题极不明确,需要进一步审议,特别是第 14 条第 2 款和第 15 条第 1 款。例如应该根据东欧在铁幕瓦解后获得的经验及其他内乱实例重新审查第 15 条第 1 款第一句和第二句间关系。”<sup>176</sup>

奥地利早些时候的评论已经指出,第 14 条未明确论述“一种叛乱运动的情况,即外国承认其为事实上的地方政府,但它未以第 15 条涵盖的任何方式建设自己,最终被中央政府击败”,并吁请予以澄清。<sup>177</sup>

270. 法国提议第 14 条应采用新的措词,推定在发生不可抗力时可免除责任,同时删除其范围“十分含糊不清”的第 2 款和第 3 款。因此,法国提议下文作为全新的案文:

“在一国领土或在其管辖下的任何其他领土内的叛乱运动的机关或代理人的行为,在以下情况,不应视为该国的行为:

- (a) 该国证明该行为可归于该叛乱运动;而且
- (b) 该国证明它已以合法方式行使了其对相关领土的属地管辖权所固有的职能。”<sup>178</sup>

271. 联合王国指出:

“新政府最好应该不能逃避使它当权的行为的国际责任,尤其是因为特别可能在叛乱期间对外国及其国民造成损害。另一方面,……让成功的叛乱分子有权同意背离对其本国的法律也许会被认为促进在该国关键时刻不遵守这些义务,和甚至鼓励第三国干预其本国的内政。因此,也许认为较可取的是,为维持稳定起见,采取只有当权政府可以同意背离法律义务的立场……”<sup>179</sup>

这一评论不太贴近第 15 条,而更贴近叛乱运动的同意如何或在何种情况下可为第 30 条的目的对国家具有约束力的问题。讨论该条时将相应审议该问题。

### “叛乱运动”的定义

272. 评注中没有对“叛乱运动”界定任何定义,理由是对国际法来说,这是人格问题,而不是责任问题。<sup>180</sup>然而,评注中指出,不论叛乱运动以“目标”国的领土还是以第三国的领土为基地,原都打算把它们都被认定包括在条款中。<sup>181</sup>这需要作几方面的说明。

273. 首先,以前案例中所认定的叛乱运动决不都是将它们作为交战团体而需要让他们具有国际人格的情况,后来的情况发展也没有在总体上证实交战部队具有法律人格的概念。例如,在国内武装冲突中承认交战状态实际上没有法律效力。相反,可以把 1977 年《第二议定书》中武装冲突法规定的适用界限作为一项指导原则。第 1 条第 1 款提到“在负责统率下对[有关缔约国]一部分领土行使控制权,从而使其能进

<sup>176</sup> A/CN.4/488,第 45-46 页。

<sup>177</sup> 《1980 年……年鉴》,第二卷(第一编),第 92 页。

<sup>178</sup> A/CN.4/488, p.45。

<sup>179</sup> A/CN.4/488, p. 81。

<sup>180</sup> 对第 14 条的评注,第 5 段。

<sup>181</sup> 对第 15 条的评注,第 29 段。

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”,而且第 1 条把这类集团的行为同“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”区别开来(第 1 条第 2 款)。从《议定书》来看,“持不同政见的武装部队”的定义似乎反映了“叛乱运动”的基本构想,但是,就是明显具有第 1 条第 2 款所列各种特征的运动也不一定当然被认为具有国际法律人格。还有,如果第 15 条中归属规则的根据是机构的连续性和有关实体在武装对抗时对自己的行为要连续负责,那么就没有任何理由仅局限于承认叛乱运动具有法律人格的情况。

274. 其次,1977 年《议定书》明确区别了《第二议定书》所指的“持不同政见者”和《第一议定书》所指的民族解放运动。《第一议定书》第 1 条第 4 款把民族解放运动定义为进行自决的合法斗争。<sup>182</sup>有人不同意所认为的第 14 条和第 15 条没有区别这两种情况,不过,为了归属法的目的,还不清楚应否作这种区别。<sup>183</sup>具体行为是否属于一个国家或其他实体和是否违背了义务是不同的问题,而《第一议定书》和《第二议定书》的区别也许同后者有关<sup>184</sup>。但是,这并没有为了第二章的目的而应区别对待不同种类的叛乱运动提供任何理由。因此,叛乱运动是否和在何种程度上具有国际法律人格同适用第 14 条和第 15 条所述的规则无关。

#### 第 14 条和第 15 条所述的实质性规则

275. 关于这两条所述规则的实质,首先要注意的是第 14 条第 3 款,其中涉及在理论上不是国家的解放运动的国际责任。因此,它不属于这两条草案的范围,应予以删除。当然可以设想这类运动的责任,例如违反国际人道主义法之类的责任,但是,这类问题可在评注中处理。

276. 第 14 条阐述的基本原则是公认既定的,评注中引经据典就是证明。国家当然有可能单独对叛乱运动的行为负责,但是由于“积极归属”条款的效果是累积性的,这当然不论怎样都有可能;因此不必在第 14 条第 2 款中具体说明这一点。<sup>185</sup>那样就使第 14 条第 1 款成了孤立的“消极归属”条款。因为上述原因,这样的条款在第 3 条和第二章的范围内是不必要和不可取的。<sup>186</sup>

277. 有关第 15 条所述问题的几项司法判决并不一致。在纳米比亚国防部长诉姆万丁希案中,纳米比亚高等法院不得不解释新宪法中关于接受南非前任当局“所做的任何事情”的责任的条款。问题是这样接受是否使纳米比亚应当对南非武装部队的违法行为负责。该法院认为,根据不应否认原告在诉讼未决期间对损害赔偿的既得权利的假定——这种权利在接近独立前就已存在而且特别是考虑到新国家普遍连续的政策,纳米比亚的确应当负责。不过,在基本上根据对《纳米比亚宪法》的解释作

<sup>182</sup> 一般见 H. 威尔逊,《国际法和民族解放运动使用武力》(1988 年)。

<sup>183</sup> 见 H. 阿特拉姆,“民族解放运动和国际责任”,载于 B. 西马和 S. 斯皮内迪编《联合国编纂国家责任》(1987 年),第 35 页。

<sup>184</sup> 根据《第一议定书》第 1 条第 4 款,衡量民族解放运动的行为和责任的标准高于《第二议定书》第 1 条第 1 款内适用于持不同政见武装部队的标准。

<sup>185</sup> 法国提出的第 14 条案文(见上文第 270 段)没有考虑到归属和违背义务的区别,似乎仅叙述了主要规则。不过,从下文可以看到,第 15 条局部采用了法国提出的结构:见下文第 280 段。

<sup>186</sup> 见上文第 146 段和第 157 段。

决定的过程中,该法院表示,根据第 15 条,“新政府应继承该国前机关所实行的行为的责任”。<sup>187</sup> 谨大胆指出,这混淆了第 1 款和第 2 款所涉及的情况。纳米比亚这个新成立的国家,除其它外,是得到公认的民族解放运动西南非洲人民组织采取行动的结果,它对南非在其领土方面的行为不应当负责任。它承担这样的责任只是说明它对个别权利关心,但是第 15 条的原则并不要求它这样做。

278. 另一极端的情况是乌干达高等法院关于 44123 翁塔里奥有限公司诉克里斯珀斯·基永佳案的判决。这项案件涉及一个加拿大公司同当时属于“叛乱运动”的民族抵抗运动签订的合同;这个民族抵抗运动后来成了政府,虽然大部分履约保证金已归还了该公司,但政府否认它有义务履行合同的剩余部分。该法院在没有提及国际法或第 15 条的情况下驳回了这项索赔案。除其它外,该法院指出,“在签订合同时,乌干达共和国有一个公认的政府,因此不可能同时有两个争夺权力的而其行为必须都被承认为合法的政府”。<sup>188</sup>

### 结论

279. 尽管有这样的不一致之处,但是应指出的是,第 15 条中的两种正面归属的规则似乎可以接受而且在归属的层次上公正地平衡了相冲突的有关利益。合理化方面的困难的确会继续存在,但是迄今为止的政府意见或文献中还没有建议应删除这些实质性的规则:已有的建议都是要强化这些规则。然而,应强调的是,国家责任法中归属规则的作用是有限的并且不应影响根据适当法律签订的合同效力和更改问题,也不应影响任何国家的继承问题。<sup>189</sup>

280. 因此,有人建议应当在单独一条中重新阐述第 14 条第 1 款和第 15 条第 1 款和第 2 款的基本原则。尽管单列负面归属条款存在不少困难,但是以含有某些例外情况的负面规则的形式具体说明第 15 条似乎是可取的:这样可避免循环问题并向各国政府提供一些保证,即它们一般不须对叛乱团体的行为负责。<sup>190</sup>

### (k) 国家后来采用的行为

281. 第二章阐述的归属问题的所有根据(除了第 15 条的叛乱运动的行为之外)都假定,个人或机构作为国家机关的身分或代表国家行事的授权在进行所谓不法行为时均已确定。但是,这不是责任的必要先决条件。一国可以后来采用或认可本不归属于它的行为;如果是这样,那么就没有任何理由认为该国不应对这种行为负责。采用或认可可以是明示的,也可以从该国的行为中推定。这种另外的可能性需要加以审议。

### 灯塔仲裁

<sup>187</sup> 1992 年(2)SA355,第 359 页至 360 页;91《国际法案件汇编》341,第 361 页。

<sup>188</sup> (1992 年)11 Kampala LR 14, 第 20 页;103《国际法案件汇编》259,第 266 页。应指出的是,政府根据适当的合同法依靠了可能援用的若干其他合法辩护。

<sup>189</sup> 1971 年《国际法院案例汇编》内的纳米比亚咨询意见中所载国际法院对南非惯常行政行为的保留意见可能会引起国家继承问题,第 16 页,第 125 段。

<sup>190</sup> 提议的案文见下文第 287 段和注释。

282. 事实上在通过第二章前,司法判决和国家惯例中就有这方面的例子。例如在灯塔仲裁中,一个仲裁法庭裁定希腊应对违反克里特岛在它作为奥托曼帝国的自治领土期间提出的租让协定负有责任,其部分根据是该项违反“得到了[希腊]的赞同,似乎认为这是一项正常交易并且……甚至在希腊获得该岛的领土主权后希腊仍继续这样做……。”<sup>191</sup>这作为国家继承的案例当然不是偶然的。人们普遍认为,一个新国家一般不继承先前国在领土方面的国家责任。<sup>192</sup>但是如果继承国的领土上不断发生不法行为,而继承国认可和继续保持这种状况,那么就完全可以推定它承担了该不法行为的责任。

### 外交和领事人员案

283. 美国驻德黑兰的外交和领事人员案也被认为是在国家继承范畴之外的相关案件。<sup>193</sup>法院在本案中明确区分好战分子强占美国大使馆和扣押大使馆人员后不久的法律情况和伊朗国家明确赞成并维持所产生的局面的一项法令所产生的情况。法院认为:

“阿亚图拉·霍梅尼宣布了继续占领大使馆并扣留其中人员作为人质以对美国政府施加压力的政策,伊朗其他当局执行并在各种场合发表的声明中反复赞成这种政策。这种政策的结果是从根本上改变了占领大使馆和扣留其外交和领事人员作为人质这种状况的法律性质。阿亚图拉·霍梅尼和伊朗其他国家机关认可这些事实并决定长期保持这种状况就把连续占领大使馆和扣留人质的行为变成了国家行为。好战分子作为侵入的始作俑者和人质的看守者现在已变成了伊朗国家的代理人,伊朗国家应对他们的行为负国际责任。据报道,1980年5月6日外交部长戈特布扎德先生在电视采访中说占领美国大使馆是‘国家所为’……。”<sup>194</sup>

从这段话中还不能清楚看出,“认可”好战分子的行为是否仅有预期的影响,还是它促使伊朗伊斯兰共和国这个国家从一开始就对占领大使馆和扣留其人员的整个过程负责。事实上,采取什么立场没有多大区别,因为按照不同的法律根据,伊朗伊斯兰共和国已对早些时候的情况负责,即它当时没有采取足够的行动防止大使馆被占领或尽快结束占领。<sup>195</sup>不过,可以设想这种事先责任的情况不可能存在。例如,有关国家意识到不法行为或控制有关领土后还采行这种不法行为的情况。如果采行不法行为是毫无疑义和不加条件的(就象国际法院在上一段中引用的伊朗外交部长的言论那样),那么就完全有理由使它具有回溯效力,这就是法庭在灯塔仲裁案中的做法。<sup>196</sup>这

<sup>191</sup> (1956)12《联合国国际仲裁裁决报告》160,第198页;23《国际法案件汇编》81,第92页。

<sup>192</sup> 见D. P. 奥康内尔,《国内法和国际法中的国家继承》(1967年),第一卷,第482页。

<sup>193</sup> 1980年《国际法院案例汇编》,第3页。

<sup>194</sup> 同上,第35页,第74段。

<sup>195</sup> 同上,第31页至第33页。

<sup>196</sup> (1956年)12《国际仲裁裁决报告》160,第197页至198页;23《国际法案例汇编》81,第91页和第92页。

样做具有可取的效果,即让受害国在整个交易或事件方面可获得赔偿。这也符合第 15 条关于叛乱运动的立场。

### 建议

284. 因此,本条款草案中应有一条规定,叙明如果一国后来采取一种行为,那么,这种原不属于国家的行为因此就归属于该国。在制订这样的条款时,必须区别是仅认可一种情况,还是实际采用某种行为。在国际争端中,国家可以对某些行为的可取性采取立场,这些立场在某种一般意义上可以相当于“认可”或“赞同”,但是显然不涉及对责任的假定。在外交和领事人员案中,国际法院使用了“认可”、“赞同”、“政府正式认可的证明”和“决定长期保持[这种情况]”等措词,在这个案件中使用这些措词已足以说明问题了。然而,“认可”或“赞同”这样的概念作为一般标准范围太过广泛。因此,对于第 27 条(“一国援助或协助另一国实行国际不法行为”)而言,一国仅仅认可或赞同另一国的非法行为显然并不是前者应负责任的充分根据。有人建议拟议的条款应使用法律文献中已有的“采取”一词,<sup>197</sup>因为其中含有该国实际上承认这种行为是其本国行为的意思。<sup>198</sup>评注中应清楚说明,采取或承认必须毫无疑义。<sup>199</sup>

285. 应强调的是,拟议的规则仅是其中一种属性。对于已采取的行为,总是需要考虑这种行为是否违背采取国在有关时期的国际义务。第一部分第四章处理一国参与另一国不法行为的共谋问题。对于一国采取某种行为,采取国的国际义务应是衡量是否不法的标准。就原行为者而言,行为可能是合法的,或行为者可能是私营者,他的行为根本不受国际法的直接制约。同样,采取或承认根据其国际义务衡量是合法的行为的一国因而无须对任何其他个人或实体的非法行为承担责任。在这类情况下,需要深入探讨并明确承担赔偿责任。

286. 关于拟议的条款的位置,有人建议,由于它是责任的补充根据,它可列为第 15 条之二。拟议的条款可以表明,除了采取的情况或前面各条规定的其他情况外,行为不归属于国家,评注中可以适当加强这一点。这样,拟议的第 15 条之二还可以发挥前第 11 条的作用。<sup>200</sup>

<sup>197</sup> 见 I.布朗利,《国家责任》,第一部分(1983 年),第 157 页、第 158 页和第 161 页。

<sup>198</sup> 尽管这种情况下有时使用“批准”,但是由于这个措词在条约法和许多国家的宪法中有正式的涵义,应避免使用它。在国家责任方面,采取某种行为可能是非正式的,可以从行为中推定。

<sup>199</sup> 这样,在灯塔仲裁案中,尽管希腊以前已表示它准备支付一些赔款,但是它对可归属于克里特岛自治政府的已结束的侵犯了原告权利的行为无须承担责任。(见 1956)12《国际仲裁裁决报告》160,第 196 页;23《国际法案件汇编》81,第 89 页。

<sup>200</sup> 见上文第 244 段至 248 段,其中建议应删除第 11 条。