



## 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

## 报告草稿

### 9. 特别报告员介绍关于第一部分第二章第5至第8条和第10条的报告 (A/CN.4/490/Add.5)

#### (a) 引言

1. 特别报告员指出,第二章确定了按国际法将行为归于国家的条件。这一章中的条款,必须参照第3条来考虑,该条规定了国家责任的两个基本条件:(a) 可以归于国家的作为或不作为;和(b) 违背了该国的一项国际义务。第二章所处理的是其中第一个条件。

2. 虽然第二章中的条款草案都已经过透彻审查,但令人鼓舞的是,过去20年来,它们的基本结构和许多写法,都没有与国家实践或者司法裁定发生抵触。条款草案中提议作出的修改,大多数只是为了澄清某些方面的问题,和处理某些新问题,而不是对实质内容作出任何根本性的修改。

3. 特别报告员建议,不妨首先集中审议关于归属的普通和一般条件的第5、6、7、8和10条,然后才审议处理某些特殊问题的第9条和第11至15条,包括新提议的第15(之二)条。

#### (b) 各国政府的评论

4. 各国政府对第5至15条提出了相当多实质性的评论意见,报告对此作了充分讨论。若干国政府表示关切的是,归属的根据应当足够广泛,以确保各国不能依据其构成机关的正式定义来逃避责任,特别是鉴于近来有一种发展是把越来越多的公共职能交给私营部门,例如监狱设施的维持。在另一方面,迄今还没有任何一国政府认为应该把归属条件的定义范围缩小。

(c) 近期的国家实践

5. 自从第二章内的条款在 1970 年代获得通过以来,在这个国际法领域,又有了一些重要的决定和其他相关的实践做法。重要的是要确保任何重要的发展都得到充分反映。

(d) 用语

6. 特别报告员指出,国际法委员会选择了采用“归于”一词而不用“可归责于”。起草委员会也许愿意考虑使用“可归责于”,因为国际法院和其他法庭后来也是这样用,或许意味着“归于”一词未能得到接受。不过,特别报告员倾向于保留“归于”一词,认为它能反映这是一个法律过程;与此相比,“可归责于”一词至少在英文中不必要地含有一种虚构的意味。

7. 特别报告员还建议将第二章的标题“国际法所指的‘国家行为’改为”“按照国际法将行为归于国家”,使它与第 3 条相符,并且避免引出某些国家的法律制度所承认的具有不同概念的“国家行为”。

(e) 归属概念背后的基本原则

8. 特别报告员提请注意归属概念背后的某些基本原则,即国家的有限责任、国家与非国家部门之间的区分、国家的统一性、特别法原则(国家通过缔结协定订立指导相互关系的不同原则),和归属与违背义务之间具有根本重要性的区分。

(f) 第 5 条

9. 尽管有一国政府提议将“机关”改成“机关或代理人”,特别报告员还是倾向于保留机关与代理人之间的区分,分别第 5 条和第 8 条中处理,因为机关与代理人两者之间有不同的考虑。

10. 特别报告员虽然指出,对于一个人或者实体是否归类为机关,国内法具有首要相关性,但是他也同意一些政府的意见,它们建议不要提及国内法,以免造成一个印象,以为这是必然的决定性标准。这样做有几个理由。第一,孤立地考虑国内法可能导致错误结论,因为在许多法律制度之中,实践和惯例也起很重要的作用。第二,国内法不一定一无遗漏地将国家机关加以分类,事实上就国家责任而言,国内法与国际法使用的“机关”一词就不一定具有相同的意义。第三,在某些情况下,国内法中“机关”的狭义分类可能等同于企图逃避责任,而按照第 4 条中的原则,国家应该是不能这样做的。国内法作为一个重要标准的相关性可以在评注中加以说明。

(g) 第 6 条

11. 这一条与其说是一条归属规则,倒不如说是对第 5 条中“机关”一词的范围作出解释。它明确指出,国家机关可以属于政府的构成部门、立法部门、行政部门、司法部门或任何其他部门,可以履行国际职能或是纯粹国内性质的职能,也可以处于政府的任何级别。虽然在这些问题上的任何不确定性早在 1945 年以前就已经解决,但其中至少有两个要素具有足够重要性,值得明文加以确认。此外,第 6 条肯定了一个国家机关以这种身份从事的一切行为都可以归于国家,但不意味在列举权限方面施加任何限制。为了将行为归于国家的目的,也不应该施加任何限制或者加以区分,不象国家豁免等其他法律领域那样。

12. 不过,第 6 条并无必要提及国际与国内性质职能之间的区分没有相关性;它所建议的“国际”和“国内”范畴之间的区分是过于绝对的。这一点已经足够明显,而且并不引起争议;在评注中处理就足够了。

13. 关于一个机关的“上级或下级”地位的提法过于狭窄,因为这可能被理解为不包括中级的或者独立的、自主的机关。特别报务员认为,最好澄清这项条文,改为提及所有国家机关,“无论它们在国家结构中处于什么地位”。

14. 特别报务员建议保留第 5 和第 6 条,但作出所提议的措词修改,并合并成为一条,因为后者其实是对前者的解释,而不是另一条归属规则。

#### (h) 第 7 条

15. 第 1 款申明了一项既定原则,即一个领土政府实体的一个机关即使在国内享有一定程度的自主,其行为仍然是一个国家结构的一部分。然而,这条规定可以删去,因为这样的实体的行为按更明确拟定的第 5 条的规定可归于国家。

16. 第 2 款是关于虽非国家的一部分但行使政府权力的实体,这种情况具有日益重要的实际意义,因为最近有把政府权力授予私营部门实体的趋势。这项规定还没有受到各国政府的任何批评;如果说有什么意见的话,那就是这项规定涉及面应足够广,以涵盖各种各样的这类实体的激增。然而,总的说来,现有的规定似乎处理了各种困难,特别是在同第 8 条一并研读时。特别报告员建议保留这项规定,并建议在评注中进一步澄清政府权力的概念,除其他外,以反映最近的各种做法。

#### (i) 第 8 条

17. 在实体按照明确的指示代表国家行事时,其行为根据(a)款的规定归于国家。出现了这样一个问题,即在实体在国家指导或管制下行事时,其行为是否也归于国家。后来的判例在某种程度上支持用更广泛的有效控制准则来取代明确授权准则。报告员建议澄清这一款,以便在与有关行动相关时,对实际指示以及直接和有效控制这两种情况都适用。另一方面,规定不应草拟得太广,以免可能把国营公司的活动也包括在内,国营公司的活动事实上不是由国家指导或控制的。

18. (b)款是关于不常见但重要的一种情况,在这种情况下,在不存在有效运作的政府时一个人或实体行使政府权力。然而,这项规定的措词有些矛盾,因为它表明引起国家责任的可能非法的行为却成了“有理由”。特别报告员建议保留这项条款,但作出修正,用“需要”取代“有理由”,以使案文更明确。

#### (j) 第 10 条

19. 这一条是关于未经授权或越权的行为,但如果行为是在官方资格的“掩护”下进行的,也同样要归于国家。条约法严格地审查了国家在何种程度上可依靠国内法来逃避国际义务;在国家责任法情况下就更是如此。后来的判例和政府评论都表明,这项原则得到普遍支持。特别报告员建议保留这项条款;然而起草委员会可考虑用“以官方资格或在官方资格掩护下行事”的措辞来涵盖明显资格的概念,并把第二行中的一段话修改为“即使在某一特定事件中,机关或实体逾越其权力或违背关于其行动的指示”,以使案文更清楚,并与删除第 5 条中提及国内法之处的建议一致。

10. 关于第一部分第二章第 5 至 8 条和第 10 条草案的辩论的概要

(a) 一般性意见

20. 特别报告员对第一部分第二章所载条款的一般处理方法得到广泛支持。大家对没有对草案进行任何重大的或广泛的修改表示满意, 该草案已被最高司法当局以赞同的态度援引, 并已被广泛接受。

(b) 用语

21. 有人表示支持保留“归于”, 而不用特别报告员建议的“归咎”。

22. 相反, 某些成员问, 在第 10 条所涉的情况或在转承责任的情况下, “归咎”的概念是否更适当。有些成员根据有关判例支持用“归咎”一词。有人建议可在条款草案和评注中酌情使用这两个词。

(c) 第二章的标题

23. 有人表示支持对这一章提议的新标题, 认为它很准确地表达其内容, 并避免可能与“国家行为”原则混淆。

(d) 第 5 条

24. 有人说草案措辞不恰当以及法文本中“应被视为”这句话不清楚, 除其他外, 没有说明是被谁视为, 他们对这些表示关切。有人建议把这句话改为“被视为”。然而, 有人赞成保留在英文文本中的这句话, 因为它没有那么刺眼, 并可能为法文本找到不同的解决办法。

25. 有些人支持关于把提及国内法之处删去的建议, 因为他们认为提及国内法在评注中引起混淆和误解, 而不是澄清这个问题。有人表示不应过分强调国内法在确定国家结构方面的重要作用, 因为在国家责任方面是国际法在确定国家结构中起决定性作用, 报告中引用的有关判例都表明了这一点。无视国内法的其他案例包括在南非前种族隔离政权下的班图斯坦。尽管班图斯坦被南非定为是独立的实体, 而不是国家“机关”, 但国际社会和第三国的国家法院不理睬并反对这种划定。虽然有人基于法律确定性理由而支持提议的删除, 但也有人认为“国内法”的含义很广, 可以涵盖实际做法和惯例。

26. 然而, 鉴于国内法对确定国家机关有着根本重要性, 很多人对提议的删除感到关切。有人说, 只有通过国内法才能定义国家机关。还有人说, 提及国内法正是这一条存在的原因, 这与在国际法没有对国家结构先验地作出任何定义时国家有权决定自己内部结构的权利是相符的。有人对自决原则和国家法人地位在这方面的重要性表示了不同的观点。

27. 对于是否可用国家可能企图依靠其国内法律结构以及特别是通过在事后作出改变来逃避其责任作为删除提及国内法之处的理由, 大家有不同的看法。有人表示第 4、7 和 8 条中已充分论及这些事项。

28. 有人对拟议的引言条款“为本条款的目的”的必要性提出质疑; 另一方面, 有人指出, 为国家责任目的的归于与为条约法或单方面行动目的的归于是两码事。

29. 有人表示支持保留第 5 条的最后条款,但有人说最后条款是不必要的,限制太严。大家对重新拟订最后条款的建议有不同的看法。一方面,有人表示支持用更中性的措词重新拟订,作出有益的澄清。另一方面,有人对提及国家机关的职能和地位是否必要和有益提出质疑。按照这种观点,可删除第 6 条,并在评注内予以说明。

30. 有人建议,在提议的定义条款中把“国家”一词定义为“国际法定义的任何国家,而不论其结构或组织是单一、联邦还是其形式”。还有人建议,第 5 条在提及国家实体时应考虑到第 7 条对国家正式结构的提及。还有人建议在评注中澄清关于国家实体的概念。

#### (e) 第 6 条

31. 有人支持特别报告员的提议,即删除第 6 条并将其与第 5 条合并。但还有人认为,应将第 6 条作为一个单独条款予以保留,因为其中所载的原则很重要。

#### (f) 第 7 条

32. 有人同意特别报告员非常重视处理将国家职能分配给私营部门这一复杂问题,同时提出一个问题,即是否应在第 7 条第(2)款下或其他地方处理该问题。有人认为很难先验地界定国家职能,因为保留给公营部门的职能和分配给私营部门的职能都在不断演变。还请大家注意这一演变过程中的三种不同情况:(a)国家垄断其职能,同时委托公营或私营实体执行其中一些职能;(b)国家完全放弃其职能,将其交付私营部门;及(c)国家保留其职能,但同时允许私营部门执行平行的职能,以鼓励竞争。

33. 大家对关于删除提及领土政府实体之处的建议意见不一。某些成员强调,必须列入与国家机关不同的领土政府实体,譬如联邦国家的组成单位。认为尤其重要的是确认这些机关在与中央政府各机关相同的基础上,其行为归于国家,即使它们享有最大程度的自治,并有足够的独立法律行为能力在国际一级独立行事,例如订立协定。还请大家注意国家的区域实体可缔结跨边界协定。有人认为,此事项相当重要,值得列入讨论中的条款。至于有人关注这可能与第 5 条重叠,可通过在第 5 条提及领土政府实体的办法予以处理。但有人对在第 5 条处理此事项表示关注,因为这会使起草工作复杂化,减小第 5 条的清晰度并产生不可取的相反含义。

34. 有人认为,“职能”一词比“政府权力”一词的范围广,使用该词更为可取,至少在评注中对后一措词的使用加以澄清。

35. 有人支持保留最后条款所载的限制条款,指出可通过在“只要”一词后添加“已确定……”等字加以澄清。

#### (g) 第 8 条

36. 一些成员认为,需要在案文和评注中对本条款所涉情况予以澄清。必须确保本条款范围广泛,足以涵盖国际法院在尼加拉瓜案和拉丁美洲数起失踪案中处理的那些情况。这两起案件提出了特别棘手的证据问题,关于实际指示的证据自然很难或不可能获取。还请大家注意国家助长或鼓励个人或集团在没有发出正式明确指示下或甚至在直接控制下进行违法行为的情况。

37. 有人支持特别报告员关于修正第 8 条(a)项的提议,以体现管制标准,同时请大家注意在不同的具体法律范围内需要不同程度的充分管制。有人虽然支持拟议的案

文,但提出一个问题,即该案文是否包括一国建立傀儡国家的情况,其中前者对后者实行政治控制但无公开的军事控制,而且前者的国内法指出不对后者承担责任。有人强调“傀儡国家”不应等同于领土政府实体。

38. 另一方面,有人关注拟议进行的澄清可能事与愿违,导致归属规则的范围更窄而且更加严格,使责任的确定更为困难。有人关注新案文可能限制太多,对此提请注意两个补充要素:新拟议的第 15 条之二以及国家对未能防止不应归于它的集团或个人行为的责任。

39. 有人更倾向于保留第 8 条(b)款中的“合理”一词。

40. 有人就在第 8 条(a)款和(b)款中使用“事实上”一词提出质疑。

#### (h) 第 10 条

41. 有人认为,不应将领土政府实体列入本条款。

42. 有人更倾向于保留“权限”一词(但须在评注中进一步予以澄清)而不是范围可能较窄的“权力”一词。还有人指出,法文本“权限”一词是指在法律框架内行使的权力而不是事实上行使的权力。

#### 11. 特别报告员关于就第一部分第二章第 5 条至第 8 条和第 10 条进行辩论的结论意见

43. 关于第二章的标题,特别报告员指出大家大体同意修正草案。

44. 关于第 5 条,一国可能逃避对其实是机关的实体承担责任,因为依国内法该实体未曾有此称谓,甚至可能是误称。必须对各国政府就防止此种情况表示的严重关切作出回应。在此方面,必须承认国家法和国际法在国家机关概念方面发挥的补充作用。一方面,机关一词在国际法中具有特殊的意义。另一方面,国家机关的内容主要取决于由国内法确定的国家内部结构,包括该国的惯例和常规。

45. 有人认为,在第 5 条中使用“以该资格行事”这一惯用语句以及强调涉及第 5 条所载国家机关的普通案件和涉及第 7 条第(2)款所载其他实体的特殊案件之间的区别很有助益。

46. 关于第 6 条,似乎大家广泛支持将该条款与第 5 条合并。

47. 关于第 7 条,领土政府实体最好在第 5 条中处理,这样可避免显示这些条款重叠,同时处理对关于删除第 7 条第(1)款的建议表达的关切。此外,第 7 条第(2)款所涉实体行为的问题显然需要更详细地审议。

48. 关于第 8 条,由于该条款很重要以及后来的判例提出的问题,必须确保(a)款的范围足够广泛精确。在考虑到尤其是对尼加拉瓜案中的问题的讨论,拟议对第 8 条(a)款进行的澄清本打算扩充而不是缩小先前措词。不过,起草委员会可讨论某些其他措词是否更可取。

49. 第 8 条(b)款是有关判例予以承认的既定原则,大家似乎对其无异议。但应审议第 8 条的拟议标题是否准确地反映了本条的内容。

50. 虽然第 10 条体现出普遍商定原则,但其措词可以改进,辩论中在此方面提出了有益的建议。