



第六十五届会议

暂定项目表* 项目 77

国家对国际不法行为的责任

国家对国际不法行为的责任

国际性法院、法庭和其他机构裁判汇编

秘书长的报告

目录

	页次
简称	4
一. 导言	5
二. 援引关于国家对国际不法行为的责任的条款的裁判摘录	6
一般性评论	6
第一部分	
一国的国际不法行为	6
第一章. 一般原则	6
第 2 条. 一国国际不法行为的要素	6
第二章. 把行为归于一国	7
第 4 条. 国家机关的行为	7
第 5 条. 行使政府权力要素的个人或实体的行为	8



第三章. 违背国际义务	9
第 13 条. 对一国为有效的国际义务	9
第 14 条. 违背国际义务行为在时间上的延续	9
第五章. 解除行为不法性的情况	10
一般性评论	10
第 22 条. 对一国际不法行为采取的反措施	10
第 23 条. 不可抗力	11
第 25 条. 危急情况	12
第 27 条. 援引解除行为不法性的情况的后果	13
第二部分	
一国国际责任的内容	14
第一章. 一般原则.....	14
第 31 条. 赔偿.....	14
第 33 条. 本部分所载国际义务的范围	16
第二章. 赔偿损害	16
第 34 条. 赔偿方式	16
第 35 条. 恢复原状	17
第 36 条. 补偿	18
第三章. 严重违反依一般国际法强制性规范承担的义务	19
第三部分	
一国国际责任的履行	20
第二章. 反措施	20
第 49 条. 反措施的目的和限制	20
第 50 条. 不受反措施影响的义务	22
第 51 条. 相称	23
第 52 条. 与采取反措施有关的条件	24

第 53 条. 终止反措施	24
第四部分	
一般规定	25
第 55 条. 特别法	25
第 56 条. 本条款中没有明文规定的国家责任问题	26

* A/65/50。

简称

总协定	关税及贸易总协定
ICSID	解决投资争端国际中心
ICSID 公约	关于解决国家与他国国民之间投资争端公约
北美贸协	北美自由贸易协定
世贸组织	世界贸易组织

一. 引言

1. 2001年,国际法委员会第五十三届会议通过了关于国家对国际不法行为的责任的条款草案。大会在2001年12月12日第56/83号决议中注意到这些条款(下文称为“国家责任条款”),把其案文附在该决议之后,并提请各国政府加以注意,但不妨碍将来是否通过条款或对其采取其他适当行动的问题。
2. 秘书长按照大会在2004年12月2日第59/35号决议中的要求,编制了国际性法院、法庭和其他机构援引国家责任条款的裁判汇编。¹
3. 大会在2007年12月6日第62/61号决议中再次提请各国政府注意国家责任条款,但不妨碍将来是否通过条款或对其采取其他适当行动的问题。大会请秘书长增订国际性法院、法庭和其他机构援引国家责任条款的裁判汇编,并邀请各国政府在大会第六十五届会议之前提早充裕时间提交资料,说明本国在这方面的实践。
4. 2009年3月6日,秘书长发出普通照会,邀请各国政府至迟于2010年2月1日提供有关国际性法院、法庭和其他机构援引这些条款的裁判的信息,以供列入一份增订的汇编。捷克共和国(2010年1月28日)、德国(2010年1月18日)和墨西哥(2010年2月5日)提供了这些信息。
5. 本汇编还分析了2007年2月1日²至2010年1月31日³期间在裁判中援引了国家责任条款的案件。在裁判中援引这些条款的包括:国际法院、世贸组织上诉机构、各国际仲裁法庭、在总协定和世贸组织下设立的专家组、塞拉利昂问题特别法庭、欧洲法院、欧洲人权法院、美洲人权法院和加勒比法院。
6. 本汇编补充早先的秘书处汇编,采用国家责任条款的结构和序号,按国际性法院、法庭和机构援引的每一条款开列裁判摘录。在每一条下,各项裁判按日期顺序排列。
7. 自从发表第一份汇编以来,国际性法院、法庭和其他机构又在25个案件的裁判中援引国家责任条款和评注。鉴于这些裁判的数量和篇幅,汇编只摘录援引国家责任条款的裁判中的相关部分,并简短说明所作裁判的背景。
8. 本汇编所载摘录或把国家责任条款引为裁判依据,或在援引这些条款时指出,它们体现了管辖所涉问题的现行法律。本汇编不包括当事方提交的援引国家责任条款的呈件,也不包括判决书所附法官意见。

¹ A/62/62 和 Corr. 1 和 Add. 1。

² 本汇编包括一些在以前没有列入的2007年以前的裁决。

³ 本报告包括国际法院于2010年4月20日作出的一项裁判。见下文注53。

二. 援引关于国家对国际不法行为的责任的条款的裁判摘录

一般性评论

国际仲裁法庭(在《解决投资争端国际中心附加便利规则》下设立)

9. 为审理 *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. Mexico* 一案而设立的法庭在 2007 年的裁决中对国家责任条款的现状作出以下评估:

“法庭确认, 国际法委员会的条款是该委员会五十年来的工作成果。这些条款部分体现了委员会根据联合国为其规定的任务对国际法的‘逐渐发展’, 并在很大程度上重申了关于国家责任次要原则的习惯国际法。”⁴

国际仲裁法庭(在《北美贸协》和《ICSID 附加便利规则》下设立)

10. 为审理 *Corn Products International Inc. v. Mexico* 一案而设立的法庭在其 2008 年关于责任问题的裁决中指出, 法庭同意, 国家责任条款是关于国家责任规则的“最权威阐述”。⁵

国际仲裁法庭(在《ICSID 公约》下设立)

11. 法庭在 2008 年的 *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. Tanzania* 一案中援引了这些条款, 指出它们“汇编了关于国家对其国际不法行为所负责任的习惯国际法规则”。⁶

第一部分

一国的国际不法行为

第一章

一般原则

第 2 条

一国国际不法行为的要素

国际仲裁法庭(在《北美贸协》和《ICSID 附加便利规则》下设立)

12. *Fireman's Fund Insurance Company vs. The United Mexican States* 一案是在《北美贸协》关于跨界金融服务投资的第十四章下审理的第一个案件。为审理此案组建

⁴ 解决投资争端国际中心, *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. the United Mexican States*, 案件号 ARB(AF)/04/05, 裁决书, 2007 年 11 月 21 日, 第 116 段。

⁵ 解决投资争端国际中心, *Corn Products International Inc., v. The United Mexican States*, 案件号 ARB(AF)/04/01, 关于责任的裁决, 2008 年 1 月 15 日, 第 76 段。

⁶ 解决投资争端国际中心, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, 案件号 ARB/05/22, 裁决书, 2008 年 7 月 24 日, 第 773 和第 774 段。

的仲裁法庭在其 2006 年裁决中考虑了该协定第 1110(1) 条中“剥夺”一词的含义。法庭重温了以前的裁决和“整个习惯国际法”，确定了一些要素，包括规定，“剥夺”必须是由某个政府类型的权威机构没收(可能包括销毁)某个受《北美贸协》管辖的投资者进行的投资。法庭在一条脚注中援引了国家责任条款的第 2 条，并补充说：

“东道国如果不采取行动(‘不行为’)，在某些情况下会构成相当于剥夺的国家措施，尽管这类情况将很罕见，而且极少仅涉及不行为。”⁷

国际仲裁法庭(在《ICSID 附加便利规则》下设立)

13. 为审理 *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. Mexico* 一案而设立的法庭在其 2007 年裁决中认为，第 2 条体现了在习惯国际法下适用的规则。⁸

国际仲裁法庭(在《ICSID 公约》下设立)

14. 审理 *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. Tanzania* 一案的法庭在其 2008 年裁决中考虑了关于采取与剥夺有关的行动是否必须以实际经济损失或损害为依据的问题。法庭认为，在所涉双边投资条约下，“实行剥夺的裁定并不以投资人遭受重大和可以量化的经济损失为先决条件”，但是，如果存在“严重干涉投资者权利，等同剥夺的情况，……可以为这一剥夺而给予非补偿性补救(例如：禁令性、宣告性或恢复原状性救济)”。法庭在得出这一结论时提到国家责任条款第 2 条的评注，委员会在该评注中说：

“人们有时说，除非存在其他要素，特别是对另一国造成‘损害’，否则一国无视其义务而采取的行为并不涉及国际责任。但是，是否需要这样的要素取决于首要义务的内容，在这方面没有任何普遍规则。”⁹

第二章

把行为归于一国

第 4 条

国家机关的行为

世贸组织专家组

15. *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres* 一案的专家组在其 2007 年报告的一条脚注中援引了国家责任条款第 4 条，用以支持其裁定，即，巴西国

⁷ 解决投资争端国际中心, *Fireman’s Fund Insurance Company vs. The United Mexican States*, 案件号 ARB(AF)/02/01, 裁决书, 2006 年 7 月 17 日, 第 176(a) 段, 脚注 155。

⁸ *Archer Daniels Midland Company*, 上文注 4 援引, 第 275 段。

⁹ *Biwater Gauff*, 上文脚注 6 援引, 第 466 段, 其中援引了第 2 条评注的第(9)段。

内法庭的裁定并没有免除该国遵守 1994 年《关税及贸易总协定》第二十条所作规定的义务。¹⁰

世贸组织上诉机构

16. 世贸组织上诉机构在其 2009 年关于 *United States – Measures Relating to Zeroing and Sunset Reviews* 一案的报告中提到国家责任条款第 4 条，用以支持其以下论断：

“无论一项行动是否在美国法律之下被界定为‘强制性’的，也无论发出这种指示或采取这种行动的机构可能具备的任何斟酌权，美国作为世贸组织成员，应该依照所涉协定和国际法为这些行动负责。”¹¹

第 5 条

行使政府权力要素的个人或实体的行为

国际仲裁法庭(在《ICSID 公约》下设立)

17. *Helnan International Hotels A/S v. Egypt* 一案中的仲裁法庭审议了被告对其管辖权提出的异议。这项异议的理由是，尽管在该案中审查的国内实体完全为埃及政府所拥有，但不可把该实体的行动归于埃及。法庭虽然裁定，它根据其他理由拥有管辖权，但仍考虑了被告的异议，并认为索赔者令人信服地证明，所涉实体“是在国家的密切控制之下”。法庭在作出这项裁定时提到国家责任条款第 5 条的评注，首先是确认，“尽管可以根据特定法律体系的标准、某个实体中的国家投资比例高低乃至国家拥有其资产比例的高低、该实体不受外国控制等因素来把其划为公共或私人实体，但是，为把该实体的行为归于国家，这些标准都不是决定性的”。¹² 尽管如此，法庭指出，“[所涉国内实体]是代表埃及政府将旅游业私有化的积极实施者”，进而回顾第 5 条(全文引用该条)，然后申明，“即使[所涉国内实体]没有得到行使国家权力要素的正式法律授权，它在私有化过程中的行动仍应归于埃及国家”。¹³

¹⁰ 世贸组织专家组的报告，*Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, WT/DS332/R, 2007 年 6 月 12 日，第 7.305 段，脚注 1480。

¹¹ 世贸组织上诉机构，*United States – Measures Relating to Zeroing and Sunset Reviews*, recourse to Article 21.5 of the DSU by Japan, 案件号 AB-2009-2, 上诉机构的报告，2009 年 8 月 12 日，第 183 段和脚注 466。

¹² 第 5 条评注第 (3) 段。

¹³ 世贸组织上诉机构，*Helnan International Hotels A/S v. The Arab Republic of Egypt*, 案件号 ARB 05/19, 关于管辖权异议的裁决，2006 年 10 月 17 日，第 92 和第 93 段。

第三章 违背国际义务

第 13 条 对一国为有效的国际义务

欧洲人权法院

18. 欧洲人权法院在 *Šilih v. Slovenia* 一案中提到国家责任条款第 13 条，认为其在审议法院属时管辖权方面构成“有关的国际法和做法”。¹⁴

第 14 条 违背国际义务行为在时间上的延续

欧洲人权法院

19. 欧洲人权法院在 *Šilih v. Slovenia* 一案中提到国家责任条款第 14 条，认为其在审议法院属时管辖权方面构成“有关的国际法和做法”。¹⁵

欧洲人权法院

20. 欧洲人权法院审理了 *Varnava and Others v. Turkey* 一案，其中涉及据称在提起该案诉讼 15 年前发生的人员失踪。法院在该案中必须审议的一个问题是，在《公约》之下就所指控的持续违反行为提出投诉的六个月时限是否适用。法院认为，“违反情事并非全部相同；所涉情事的性质可能使得时间的推移对本案的利害关系产生影响，……[而且]就这些失踪事件而言，申请人不能在到斯特拉斯堡投诉之前无限期等待。他们必须证明，已经进行一定的应有努力，采取一定的行动，并在没有不必要拖延的情况下提出投诉。”¹⁶ 然而，法院随后仍表示，“为……[《欧洲人权公约》]之目的，申请人在其案件的具体情况下相当快速地采取了行动。”¹⁷

美洲人权法院

21. 美洲人权法院在 2009 年 *Radilla Pacheco v. Mexico* 一案中援引了国家责任条款第 14 条第 2 款(并摘录了该款)，用以区分短暂的行动和持续或长期性质的行动。¹⁸

¹⁴ 欧洲人权法院，大法庭，*Šilih v. Slovenia*，案件号 71463/01，判决书，2009 年 4 月 9 日，第 107 段。

¹⁵ 同上，第 108 段。

¹⁶ 欧洲人权法院，大法庭，*Varnava and Others v. Turkey*，案件号 16064/90、16065/90、16066/90、16068/90、16069/90、16070/90、16071/90、16072/90 和 16073/90，判决书，2009 年 9 月 18 日，第 161 段。

¹⁷ 同上，第 170 段。

¹⁸ 美洲人权法院，*Radilla Pacheco v. United Mexican States*，Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs，判决书，2009 年 11 月 23 日，第 22 段。

第五章 解除行为不法性的情况

一般性评论

国际仲裁法庭(在 1982 年《联合国海洋法公约》附件七下设立)

22. 在其 2007 年关于涉及两个国家之间海洋边界划界的 *Guyana v. Suriname* 一案的裁决中, 为审理该案而组成的仲裁法庭审议了苏里南以缺乏诚意和干净的手为理由对诉讼的可受理性提出的异议。在驳回这一异议时, 仲裁法庭认为“国际法没有阐述关于干净的手原则的公认定义”, 并指出“国际法委员会关于国家责任条款草案的评注确认该原则很少被适用, 且在被援引时有多种表述形式”。¹⁹

第 22 条

对一国际不法行为采取的反措施

国际仲裁法庭(在《ICSID 附加便利规则》下设立)

23. 在其 2007 年的裁决中, 为审理 *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. Mexico* 一案而组成的法庭援引了国家责任条款第 22 条以支持其以下结论:

“只要被告国证明, 有关措施满足了习惯国际法所规定的每一项适用于案件事实的条件, 反措施便可以构成对违反《北美贸协》第十一章的有效辩护”。²⁰

法庭进一步指出:

“[它]认为, 国际法院[在 *Gabčíkovo-Nagymaros* 一案中]的立场是习惯国际法关于反措施的权威性陈述, 这一点得到国际法委员会条款[第 22 条和第 49 条]的确认”。²¹

国际仲裁法庭(在《北美贸协》和《ICSID 附加便利规则》下设立)

24. 在其 2008 年关于责任问题的裁定中, 为审理 *Corn Products International Inc. v. Mexico* 一案而组成的法庭认定, 世贸组织专家组和上诉机构的裁决并不妨碍被告在其审理的这个指控违反《北美贸协》义务的案件中以采取合法反措施为由进行辩护。法庭解释说:

¹⁹ *In the matter of an Arbitration Between Guyana and Suriname*, 裁决书, 2007 年 9 月 17 日, 第 418 段(脚注略), 援引第五章(解除行为不法性的情况), 第一部分, 一般性评注第(9)段。

²⁰ *Archer Daniels Midland Company*, 上文脚注 4 援引, 第 121 段。

²¹ 同上, 第 125 段。

“……税收违反了墨西哥《关贸总协定》义务的事实并不意味着，它不能构成一项根据《北美贸协》运作以解除不法性的反措施。这是反措施的一个特性，即它可以运作以解除一国在某一义务方面的不法性，同时不影响该国的另一义务。这明显来自于国际法委员会国家责任条款的第50条……，[该条]看来认为，某项措施如与[第50条第1款中提及的某一]义务相悖，将导致采取该措施的国家违反这一义务，但仍可解除与该国不属于(a)至(d)款的另一项义务有关的不法性”。²²

不过，法庭随后指出，鉴于《北美贸协》赋予投资者的实质性权利与其作为国民的国家的权利是分开的，而且不同，表面上对美国采取的反措施无法剥夺投资者的这种权利，并因此无法成为解除侵犯投资者权利行为的不法性的具体情况。²³法庭还认为，因为被告未能证明它正在对其采取反措施的美国事先违反国际法的事实，不能把采取合法反措施作为辩护理由。由于美国并非诉讼的当事方，法庭认为它并没有管辖权来评估这一索赔。²⁴

第 23 条

不可抗力

国际仲裁法庭(在《ICSID 公约》下设立)

25. 1991年美国和阿根廷之间双边投资条约引发了 *Sempra Energy International v. Argentina* 一案，在其 2007 年的裁决中，为审理该案而组成的仲裁法庭所面对的索赔要求源于私人投资监管框架在 90 年代末阿根廷经济危机之后发生的变化。被告除其他外，向法庭提出抗辩说，“‘不能预见’理论已被纳入阿根廷法律”，法庭对此的答复是：

“当‘不能预见’理论是在不可抗力的概念中表达时，则根据国家责任条款第 23 条，此另一概念要求所涉情况包括发生国家无法控制的不可抗力，从而使国家实质上不可能在这种情况下履行义务。本文的评注指出‘不可抗力不包括使履行义务变得更为困难的情况，例如一些政治或经济危机导致的情况’”。²⁵

²² *Corn Products International Inc.*, 上文脚注 5 援引, 第 158 段, 着重字体为原文所加。

²³ 同上, 第 167 段和 176 段。见下文第 49 条。

²⁴ 同上, 第 182 至 189 段。另见下文第 49 条。

²⁵ 解决投资争端国际中心, *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, 案件号 ARB/02/16, 裁决书, 2007 年 9 月 28 日, 第 246 段。

第 25 条 危急情况²⁶

国际仲裁法庭(在《ICSID 公约》下设立)

26. 为审理 *Sempra Energy International v. Argentine Republic* 一案而组成的仲裁法庭在其 2007 年的裁决中处理了被告以存在危急情况为由提出的抗辩。在审议当事方就国家责任条款第 25 条的习惯国际法地位提出的主张时, 法庭指出:

“……认同当事方有关国家责任条款第 25 条的认识, 即它充分反映了习惯国际法在所涉问题上的现状。这并不是说这些条款构成条约或其本身是习惯法的一部分。它们只不过是以丰富知识系统地表述了法院、法庭和其他来源长期以来形成的有关危急情况的法律。

……

“345. 对下列事实也不存在异议: 危急情况是最为特殊的补救办法, 必须附加非常严格的条件, 否则它将为各国打开逃避遵守任何国际义务的大门。因此, 第 25 条一开始就警告说, 除非这些条件得到满足, 否则‘不得援引’危急情况”。²⁷

在适用第 25 条时, 法庭认为, 虽然阿根廷在 20 世纪 90 年代后期面临的经济危机十分严重, 但有关这种情况损害了国家的存在和独立, 从而有资格成为涉及重要国家利益的情况的说法不能令人信服。²⁸ 此外, 法庭提及第 25 条的规定, 即一国如果促成了引起危急情况的局势, 则不能援引危急情况作为辩护理由, 法庭认为这不过是表述了“为防止当事一方从自己的过错中获得法律优势而制定的一项一般法律原则”。²⁹ 在对事实进行的分析中, 法庭认为, 该国在一定程度上为导致危急情况的局势起到了很大的推波助澜作用, 因此不能将负担完全归于外在因素。³⁰ 最后, 法庭回顾了国际法院在 *Gabčíkovo-Nagymaros Project* 一案中的决

²⁶ 塞拉利昂特别法庭审判分庭, *Prosecutor vs. Fofana and Kondewa* (CDF Case) 案, 案件号 SCSL-04-14-T, 2007 年 8 月 2 日作出判决, 其中在第 84 段间接援引 2010 年关于国际不法行为国家责任条款第 25 条草案的前任条款, (即一读通过的第 33 条草案), 参照了国际法院在 1997 年 *Gabčíkovo-Nagymaros Project* 一案中的判决, 认为“明确表达了下列观点, 即把危急情况作为辩护理由事实上是习惯国际法承认的, 它是向各国提供的一个回避为不法行为承担国际责任的理由”。正如秘书长 2007 年报告中所描述的, 国际法院在该案件中分析对危急情况的辩护时充分援引了国际法委员会的工作(见 A/62/62, 第 92 段)。

²⁷ *Sempra Energy International*, 上文注 25 援引, 第 344 和 345 段。

²⁸ 同上, 第 348 段。

²⁹ 同上, 第 353 段。

³⁰ 同上, 第 354 段。

定，³¹ 国际法院在其中提到了国际法委员会的工作，认为应累计达到第 25 条的前任条款规定的条件。法庭由于其面临的事实有所不同，裁定“习惯国际法之下关于危急情况的要求未能得到充分满足”。³² 法庭还审议了在被告根据当事方之间的双边条约第十一条(其中设想任何一方采取措施“保护自身基本安全利益”)援引危急情况时，在次要规则层面上运作的国家责任条款与该条约之间的相互作用。在考虑什么是“基本安全利益”时，法庭解释说，“按照国家责任条款第 25 条所述……在习惯国际法之下就危急情况提出的要求适用于确定是否满足了根据条约援引危急情况的必要条件。如该条约界定了这一概念及其运用条件，则情况可能出现不同，但事实并非如此”。³³ 此外，法庭确认，它并不“认为由于第十一条没有明确提及习惯法，这一权利和义务的来源变得不适用。就涉及的基本原则而言，国际法并不是支离破碎的法律，毫无疑问，这种危急情况正是这样一个基本原则”。³⁴ 由于法庭认为所援引的危机不符合第 25 条的习惯法要求，它同样裁定没有必要根据第十一条进行进一步司法审查，因为这一条并没有列出与习惯法不同的条件。³⁵

第 27 条

援引解除行为不法性的情况的后果

国际仲裁法庭(在《ICSID 公约》下设立)

27. 为审理 *Sempra Energy International v. Argentina* 案而组成的仲裁法庭在其 2007 年的裁决中指出，各当事方对第 27 条(a)项有关时间性的要求没有争议，尽管“紧急状态的不断延伸……似乎不易与时间性的要求相协调”。这又进而导致(与适用第 27 条(b)项有关的)“紧急状态法的结束所致法律后果的不确定性”。³⁶ 被告提出了对(b)项的解释，即该条款仅要求赔偿紧急状态结束后的损害，无需赔偿在紧急状态期间所产生的损害，对此法庭观点如下：

“尽管由于可能出现的情形很多，[第 27 条]没有具体规定支付赔偿的具体情况，但人们仍认为，这是一个应同受影响各方商定的问题。因此，该

³¹ *Gabčíkovo-Nagyymaros Project* (Hungary/Slovakia)，判决书，《国际法院 1997 年报告》，第 7 页。

³² *Sempra Energy International*，上文注 25 援引，第 355 段。

³³ 同上，第 375 段。

³⁴ 同上，第 378 段。

³⁵ 同上，第 388 段。

³⁶ 同上，第 392 段。

条款不排除对过去的事件进行最终赔偿的可能性。被告与许可证持有人在 2007 年达成的协议看来确认了这一解释……”³⁷

第二部分

一国国际责任的内容

第一章

一般原则

第 31 条

赔偿

国际仲裁法庭(在《ICSID 公约》下设立)

28. 为审理 *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. Argentina* 一案而组成的仲裁法庭此前判定, 阿根廷违反了 1991 年美国与阿根廷之间双边投资条约³⁸ 所规定的义务, 进而在其 2007 年的裁决中考虑适用的赔偿标准。法庭表示它认同索赔者的看法, 即“国际法规定的适当赔偿标准即是国际常设法院在 *Factory at Chorzów* 一案中规定, 并编入国际法委员会国家对国际不法行为的责任条款草案第 31 条的充分赔偿”。³⁹

国际仲裁法庭(在《ICSID 附加便利规则》下设立)

29. 在其 2007 年的裁决中, 为审理 *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. Mexico* 一案而组成的法庭认为第 31 条反映了一条在习惯国际法之下适用的规则。⁴⁰

国际仲裁法庭(在《ICSID 公约》下设立)

30. 在其 2008 年的裁决中, 审理 *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. Tanzania* 一案的法庭援引了第 31 条第 2 款有关“损害”条款的定义(“一国不法行为造成的任何损害, 无论是物质损害还是精神损害”)以支持自己的以下论断: “对任何违反[联合国和坦桑尼亚联合共和国之间双边投资条约]的情况(无论是非法征用还是违反任何其他条约标准的情况)进行的赔偿只有当实际违约……和造成的损失之间存在充分因果关系时才能成立”。⁴¹ 法庭接着全文摘录了第 31 条评注中描述不

³⁷ 同上, 第 394 段(脚注略)。

³⁸ 见: 解决投资争端国际中心, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. Argentine Republic*, 案件号 ARB/02/1, 关于责任的裁定, 2006 年 10 月 3 日(在 A/62/62 号文件第 96 段中讨论)。

³⁹ 同上, 裁决书, 2007 年 7 月 25 日, 第 31 段。

⁴⁰ *Archer Daniels Midland Company*, 上文注 4 援引, 裁决书, 2007 年 11 月 21 日, 第 275 段。

⁴¹ *Biwater Gauff*, 上文注 6 援引, 第 779 段和 783 段。

法行为和损害之间的必要联系的部分，以使赔偿责任（在这里以补偿的形式出现）发生，⁴² 并认为“为成功索赔，[索赔人]必须证明其投资价值减少或消失，其所投诉的行动是导致上述价值减少或消失的实际和直接原因”。⁴³

法庭还找到机会来援引第 2 款中的“损害”定义以支持其以下观点：“……不足以断言，仅仅因为存在‘占取’或不公平或不平等的行为就必然造成‘损害’，以致形成索赔的基础。至于[被告]的每个不法行为是否‘造成损害’，以致形成索赔的基础，必须根据每一起索赔人事实上提出损害赔偿的每一个具体‘损害’进行具体分析”。⁴⁴

国际仲裁法庭（在《ICSID 公约》下设立）

31. 在其 2008 年的裁决中，审理 *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Ecuador* 一案的法庭提到第 31 条，说在它看来，常设国际法院早些时候在 *Factory at Chorzów* 一案中确定的“充分”赔偿原则已经由该条编撰为法。⁴⁵ 法庭认为“没有理由不通过类推方法在投资者与国家之间的诉讼仲裁中适用这一规定”。⁴⁶

厄立特里亚-埃塞俄比亚索赔委员会

32. 在其 2009 年对 *Ethiopia's Damages Claims* 和 *Eritrea's Damages Claims* 一案的最后裁决中，厄立特里亚-埃塞俄比亚索赔委员会回顾说，国家责任条款的一份早期版本中包括一个限制性条件，即“不得在任何情况下剥夺人民的生存手段”，这也反映在两份人权公约第 1 条第 2 款中。⁴⁷

索赔委员会进一步指出，常设国际法院在 *Chorzów Factory* 一案中确定的原则，即一个负责任的国家支付赔偿的目的是“寻求消除非法行为的所有后果，并

⁴² 同上，第 785 段，援引第 31 条评注第 (10) 段。

⁴³ 同上，第 787 段，着重字体为后加。

⁴⁴ 同上，第 804 段和脚注 369（脚注略），着重字体为原文所加。

⁴⁵ *Case concerning the Factory at Chorzów (Germany v. Poland)*, 1928 年，《常设国际法院案例汇编》，A 辑，第 17 号，第 21 页。

⁴⁶ ICSID, *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*, 案件号 ARB/04/19, 裁决书, 2008 年 8 月 18 日, 第 468 段。

⁴⁷ 厄立特里亚和埃塞俄比亚索赔委员会, *Ethiopia's Damages Claims*, 最终裁决书, 2009 年 8 月 17 日, 第 19 段, 以及厄立特里亚和埃塞俄比亚索赔委员会, *Eritrea's Damages Claims*, 最终裁决书, 2009 年 8 月 17 日, 第 19 段, 参考第 31 条的前任条款, 即委员会于 1996 年在其第四十八届会议上一读通过的第 42[6 之二]条草案, 第 3 款。这一规定在委员会 2000 年第五十二届会议上二读被删除。见《2000 年国际法委员会年鉴》, 第二卷, 第二部分, 第 79 段和第 100 和 101 段。然而, 两份人权公约第 1 条第 2 款中所提及的限制因素被保留在第 50 条的评注第 (7) 段中。另见下文第 56 条下的讨论。

重建如果该行为没有发生而很可能存在的状况”，这已反映在国家责任条款第 31 条之中。⁴⁸

第 33 条

本部分所载国际义务的范围

国际仲裁法庭(在《ICSID 附加便利规则》下设立)

33. 在其 2007 年的裁决中，为审理 *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. Mexico* 一案而组成的仲裁法庭在认定《北美贸协》第十一章在国家责任条款方面享有特别法地位之后，⁴⁹ 指出第十一章包括私人索赔人(《北美贸协》成员国国民)在一起国际仲裁中援引《北美贸协》另一个成员国责任的可能性。因此，“应按第十一章的具体规定来决定，国家以外的个人或实体是否以及在何种程度上有权自行援引责任”。为支持后一种论断，法庭援引国家责任条款第 33 条第 2 款，其中规定，该款编纂的国家责任习惯规则的运行“……不妨碍任何人或国家以外的任何实体由于一国的国际责任可能直接取得的任何权利”。因此，法庭认为：

“习惯国际法——据此只有主权国家可以援引另一国的责任——因此不影响非国家行为者根据特定条约援引国家责任的权利。这条规则不仅在投资保护方面成立，在人权和环境保护领域也是如此”。⁵⁰

第二章

赔偿损害

第 34 条

赔偿方式

国际仲裁法庭(在《ICSID 公约》下设立)

34. 在其 2008 年的裁决中，审理 *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. Tanzania* 一案的法庭在对国家责任条款第 2 条进行分析时判定，当存在“对投资者权利的重大干扰，以至于构成剥夺的时候……应有对剥夺进行非补偿性补救(如禁令性、宣告性或恢复原状性救济)的余地”。⁵¹

⁴⁸ 同上，*Ethiopia's Damages Claims*，第 24 段，以及 *Eritrea's Damages Claims*，第 24 段，其中援引上文注 45 所援引的 *Factory at Chorzów*，第 47 页。

⁴⁹ 见下文第 55 条。

⁵⁰ *Archer Daniels Midland Company*，上文注 4 援引，第 118 段。

⁵¹ *Biwater Gauff*，上文注 6 援引，第 466 段。见上文第 2 条。

加勒比法院

35. 在 *Trinidad Cement Limited and TCL Guyana Incorporated v. Guyana* 一案中，加勒比法院援引了国家责任条款评注中的一段话，确认“根据第 34 条的规定，损害赔偿的功能主要为补偿性质”。⁵²

国际法院

36. 在其 2010 年对 *Pulp Mills on the River Uruguay* 案的判决中，国际法院除其他外引用了国家责任条款，回顾指出，“习惯国际法规定恢复原状为一种损害赔偿的形式，恢复原状指的是重新实现不法行为发生之前存在的情况。法院还回顾指出，如恢复原状在实质上不可能或所涉负担与产生的利益完全不成比例，则赔偿形式应为补偿、抵偿或两者兼有”。⁵³

第 35 条

恢复原状

欧洲人权法院

37. 在 *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (No. 2)* 一案中，欧洲法院援引国家责任条款第 35 条，认为其反映了“国际法原则”。法院间接提及该规定中的限制条件，即恢复原状的义务取决于下列前提：恢复原状不应“实际上办不到”且“从恢复原状而不要求补偿所得到的利益不致与所引起的负担完全不成比例”，对此它的解释是“虽然恢复原状是规则，但在某些情况下有可能完全或部分免除国家履行这一义务的责任，条件是它可以表明存在这样的情况”。⁵⁴

欧洲人权法院

38. 在 *Guiso-Gallisay v. Italy* 一案中，欧洲人权法院在一宗涉及指控非法剥夺的案件中援引国家责任条款第 35 条（它认为是相关的国际法）以重申恢复原状的原则。⁵⁵

⁵² 加勒比法院，*Trinidad Cement Limited and TCL Guyana Incorporated v. The State of the Co-Operative Republic of Guyana*，案件号[2009] CCJ 5 (OJ)，判决书，2009 年 8 月 20 日，第 38 段，援引第三章第二部分介绍性评注第(5)段。另见下文第三章第二部分。

⁵³ 国际法院，*Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*，判决书，2010 年 4 月 20 日，第 273 段。

⁵⁴ 欧洲人权法院，大审判庭，*Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (No. 2)*，案件号 32772/02，判决书，2009 年 6 月 30 日，第 86 段。

⁵⁵ 欧洲人权法院，大审判庭，*Guiso-Gallisay v. Italy*，案件号 58858/00，判决书（仅包括抵偿），2009 年 12 月 22 日，第 53 段。

第 36 条

补偿

国际仲裁法庭(在《ICSID 公约》下设立)

39. 为审理 *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. Argentina* 一案而组成的仲裁法庭在其 2007 年的裁决中为确定投资人遭受的损失适用了国家责任条款第 36 条。⁵⁶ 该法庭回顾了第 36 条评注的相关段落, 表示, 赔偿的功能在于“解决由于国际不法行为而遭受的实际损失”,⁵⁷ 并认为,

“因此, 本法庭要解决的问题是查明投资者‘由于’阿根廷的行为而遭受的‘实际损失’。这一问题是‘因果关系’问题: 投资者因不法行为损失了什么?”⁵⁸

该法庭还在审议对利润损失的索赔时提及国家责任条款。该法庭再一次回顾该评注的有关摘录, 认为,

“作为原则事项, 此刻必须概述应计损失和损失的未未来利润之间的区别。对前者法庭通常会判给赔偿, 对后者只在下列情况下会判给赔偿: ‘预期的收入流已取得足够的属性, 被视为要予以赔偿的具有充分确定性的受法律保护的利益。’或者, 用条款草案的话说, ‘可以确定的’。该问题是个‘确定性’问题。‘法庭一直不愿意对本身固有猜测成分的索偿要求提供赔偿。’”⁵⁹

国际仲裁法庭(在《ICSID 公约》下设立)

40. 为审理 *Sempra Energy International v. Argentine Republic* 一案而组成的仲裁法庭在其 2007 年的裁决中提及第 36 条第 2 段的要求, 即, 补偿是为了“弥补在经济上可评估的任何损害, 包括可以确定的利润损失”, 以反映在无法恢复原状或没有商定重新谈判合同或采取其他矫正措施的情况下“根据国际法实施的适当赔偿标准”。⁶⁰

国际仲裁法庭(在《ICSID 附加便利规则》下设立)

41. 为审理 *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. Mexico* 一案而组成的仲裁法庭在其 2007 年的裁决中提及国家责任条款第 36 条, 以支持下列主张:

⁵⁶ 解决投资争端国际中心 (ICSID), *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. Argentine Republic*, 案件号 ARB/02/1, 裁决书, 2007 年 7 月 25 日, 第 41-43 段。

⁵⁷ 同上, 第 43 段。判决中提及第 36 条的评注第 4 段, 着重字体为裁决书所加。

⁵⁸ 同上, 第 45 段, 着重字体为原文所加。

⁵⁹ 同上, 第 5 段 1, (脚注略)。提及第 36 条第 2 段和第 36 条的评注的第 27 段, 着重字体为裁决书所加。

⁶⁰ *Sempra Energy International*, 上文注 25 援引, 第 401 段。

“补偿包括所受损失(已经造成的损害)和利润损失(利润丧失)。任何直接损害均应得到补偿。此外,第36条第2段承认,在某些情况下,对利润损失进行补偿可能是合适的,以反映根据习惯国际法所适用的规则。”⁶¹

法庭继续表示:

“无论何时,如根据国际法原则来确定损害,均须在不法行为与所指称的损害之间确立充分明确的直接联系,以引发补偿这种损害的义务。可能会发现存在违反行为,但需要确定存在伤害,然后计算以货币损害衡量的伤害。本法庭需要确保所寻求的补救,即索赔要求,作为不法行为的直接后果是适当的,并确定以货币数量衡量的损害范围。”⁶²

国际仲裁法庭(在ICSID公约下设立)

42. 为审理*Desert Line Projects LLC v. Yemen*一案而组成的仲裁法庭在其2008年的裁决中为处理非物质(“精神”)损害索赔援引了第36条的评注,以支持其结论,即,“[即使]投资条约的主要目的是保护财产和经济价值,但它们不因此排除条约一方在特殊情况下要求为精神损害提供赔偿的可能性。大多数法律体系普遍认可,除纯粹的经济损失外也可追回精神损害。确实没有理由将精神损害排除在外,“正如在*Lusitania*一案中认定的那样,非物质损失可能是‘非常真实的,而难以货币标准来对其进行衡量或估算这一事实本身不会降低其真实性,不成为受害人不应得到赔偿的任何理由。’”⁶³

欧洲人权法院

43. 在*Guiso-Gallisay v. Italy*一案中,欧洲人权法院在一宗涉嫌非法没收的案件中援引国家责任条款第36条,认为其反映了与该案有关的国际法。⁶⁴

第三章

严重违反依一般国际法强制性规范承担的义务

加勒比法院

44. 在*Trinidad Cement Limited and TCL Guyana Incorporated v. Guyana*一案中,加勒比法院在审议接受国际法中的对损害的惩戒性(惩罚性)赔偿问题时,援引了第三章一般性评注中的下列文字:

⁶¹ *Archer Daniels Midland Company*, 上文注4中援引,第281段。

⁶² 同上,第282段。

⁶³ 解决投资争端国际中心(ICSID), *Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen*, 案件号ARB/05/17, 裁决书,2008年2月6日,第289段,着重字体为原文所加。援引第36条评注第16段提及*Lusitania*一案的情况,联合国国际仲裁裁决报告,第七卷,第32页(1923)。

⁶⁴ *Guiso-Gallisay*, 在上文注释55中援引,第54段。

“甚至在涉及严重违反依强制性规范承担的义务时，国际法也不承认惩罚性损害赔偿。”⁶⁵

该法院继续认为，它“……没有被说服，认为自己可裁决给予惩罚性损害赔偿，在本案中不应给予任何此类损害赔偿。”⁶⁶

第三部分

一国国际责任的履行

第二章

反措施

第 49 条

反措施的目的和限制

国际仲裁法庭(在《ICSID 附加便利规则》下设立)

45. 为审理 *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. Mexico* 一案而组成的仲裁法庭在其 2007 年的裁决中提及国家责任条款第 49 条如下：

“本法庭认为，国际法院[在 *Gabčíkovo-Nagymaros* 一案中]的立场是习惯国际法关于反措施的权威性陈述，这一点得到国际法委员会条款的确认。”⁶⁷

法庭面前的问题是要决定墨西哥征收的税是否是按照国家责任条款第 49 条的要求，为了“促使”美国遵守其《北美贸协》的义务。在对事实进行分析后，仲裁法庭认为，情况并非如此，因此，这一税收不是国家责任条款第 49 条意义范围内的有效反措施。⁶⁸

国际仲裁法庭(在《北美贸协》和《ICSID 附加便利规则》下设立)

46. 为审理 *Corn Products International Inc., v. Mexico* 一案而组成的仲裁法庭在其 2008 年关于责任的裁决中收到被告提出的以下抗辩：征税是为应对原告的国籍国美国以前的违反行为而采取的合法的反措施，而本法庭认为被告这一税收违反了其根据《北美贸协》承担的义务。仲裁法庭审议的核心问题之一是，国家责任条款规定的反措施制度是否适用于个人投资者根据《北美贸协》第十一章的规定提

⁶⁵ *Trinidad Cement Limited*, 在上文脚注 52 中援引, 第 38 段, 引自第二部分, 第三章的介绍性评注的第 5 段。

⁶⁶ *Trinidad Cement Limited*, 第 40 段。

⁶⁷ *Archer Daniels Midland Company*, 上文注释 4 中援引, 第 125 段。

⁶⁸ 同上, 第 134-151 段。

出的索偿。本仲裁法庭把第 49 条的评注(法庭予以全文引用)所反映的这一立场作为出发点,即,“有关反措施的法律的一个既定特色是,反措施必须是以一个以前采取了不法行为的国家为对象。”⁶⁹ 仲裁法庭援用第 49 条的评注的第 4 和 5 段,进一步指出废除或以其他方式影响第三方的“权利”的反措施与废除或影响第三方的“利益”的反措施之间的区别,表示:

“反措施不能……废除或以其他方式影响除对以前的不法行为负有责任的国家以外的其他当事方的权利。另一方面,该措施可以影响到此类当事方的利益。”⁷⁰

那么问题是,“《北美贸协》第 1101 条意义范围内的投资者是否有其自身的,有别于其国籍国权利的权利,还是仅仅有不同的利益。如果是前者,那么,墨西哥为针对美国的不法行为所采取的反措施将不排除该反措施对于[投资者]的不法性,即使其在运作上排除了对于美国的不法性。”⁷¹ 因此,仲裁法庭认为,《北美贸协》确实赋予投资者独立和有别于其国籍国的实质性权利,因此,表面上对美国采取的反措施不可剥夺投资者的此类权利,不成为排除侵犯投资者权利做法的不法性的具体情况。⁷² 仲裁法庭还面临的一个问题是,被告所依赖的合法反措施的规定是否得到满足。其中特别是关于事先发生违反国际法的行为的规定,该规定除其他外,得到国家责任条款第 49 条第 1 项(仲裁法庭将其与评注中的相应语句放在一起援引⁷³)的支持,法庭将其视为“采取反措施的权利的绝对前提条件”。仲裁法庭认为,“显然不由本法庭来决定免除此类根本前提”。⁷⁴ 法庭面临的困难是,它没有管辖权来确定,被告为支持其关于合法反措施的辩护而对美国提出的指控是否有充分理由,因为美国不是诉讼的当事方。因此,法庭不能采纳被告的辩护理由,因为被告没有满足关于合法有效的反措施的规定之一。⁷⁵ 仲裁法庭除其他外,援引第 49 条的评注中的以下摘录:

“依据其对局势的单方面评估而诉诸反措施的一国这样做时自行承担风险,并可能需在出现评估不正确的情况下对自己的不法行为负责。”⁷⁶

⁶⁹ *Corn Products International Inc.*, 上文注释 5 中援引,第 163 段。

⁷⁰ 同上,第 164 段,着重字体为原文所加。

⁷¹ 同上,第 165 段。

⁷² 同上,第 167 和 176 段。

⁷³ 第 2 段:“采取合法的反措施的基本先决条件是存在损害采取反措施的国家国际不法行为”。

⁷⁴ *Corn Products International Inc.*, 上文注释 5 中援引,第 185-187 段。

⁷⁵ 同上,第 189 段。

⁷⁶ 同上,第 187 段。引自第 49 条评注的第 3 段(脚注略)。

根据世贸组织解决争端谅解书第 22(6) 条以及世贸组织关于补贴和反倾销措施协定第 4(11) 和 7(10) 条所作仲裁

47. 在 2009 年作出的两项裁决中, *United States-Subsidies on Upland Cotton, Recourse to Arbitration* 一案的仲裁员考虑了《补贴与反补贴措施协定》第 4 条第 10 款提及(另在第 7 条第 10 款中提及的)“恰当的反措施”, 并认定, 除其他外:

“4.40 我们注意到, ‘反措施’一词是国际法委员会在国家责任条款草案中为指定受害国针对违反国际法义务的行为而采取的临时措施所使用的一般术语。

“4.41 我们同意, 按照国际公法理解的这一术语可向我们提供有用信息, 帮助理解《补贴与反补贴措施协定》中使用的同一术语。事实上, 我们发现, 《补贴与反补贴措施协定》中使用的‘反措施’一词描述的措施与国际法委员会在国家责任条款草案中所界定的反措施性质相同。

“4.42 因此, 我们在目前的分析阶段认定, ‘反措施’一词基本上描述了即将核准采取的措施的性质, 即针对违反《补贴与反补贴措施协定》义务的行为而采取的, 否则可能会违反世贸组织义务的暂行措施。这也与国际法委员会国家责任条款草案中所反映的该术语在国际公法中的含义相一致。”⁷⁷

仲裁员称“反措施……的目的是促使履行义务本身并没有具体表明, 可以允许采取何种程度的反措施……”, 并认为, 此类“也可从国际法委员会国家责任条款草案中所反映的国际法的通则中找到区别。”他接着回顾说:“条文草案第 49 条规定‘促使履行义务’是反措施的唯一合法目标, 而另外一个条款, 即第 51 条, 涉及的是反措施的允许程度, 其中规定反措施必须和所遭受的损害相称, 并应考虑到违反行为的严重程度。”⁷⁸

第 50 条

不受反措施影响的义务

国际仲裁法庭(在 1982 年《联合国海洋法公约》附件七下设立)

48. 为审理 *Guyana v. Suriname* 一案而组成的仲裁法庭在其 2007 年的裁决中认定, 苏里南采取的某些军事行动构成了使用武力的威胁, 违反了 1982 年《联合

⁷⁷ 世贸组织, *United States-Subsidies on Upland Cotton, Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of the SCM Agreement*, 案件号 WT/DS267/ARB/1, 仲裁员的裁决, 2009 年 8 月 31 日, 第 4.40-4.42 段(脚注略), 以及 *United States-Subsidies on Upland Cotton, Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU and Article 7.10 of the SCM Agreement*, 案件号 WT/DS267/ARB/2, 仲裁员的裁决, 2009 年 8 月 31 日, 第 4.30-4.32 段(脚注略), 又见下文第 55 条下的讨论。

⁷⁸ 同上, 分别为第 4.113 和 4.61 段。

国海洋法公约》、《联合国宪章》和一般国际法，随后收到苏里南提出的权利主张，指出尽管如此，这些措施是合法的反措施，因为它们针对的是圭亚那的国际不法行为。仲裁庭认定，“国际法公认的一项原则是，反措施不可涉及使用武力”，并继续说：

“国际法委员会国家责任条款草案第 50(1)(a) 条也反映了这一点，其中表示反措施不得影响‘《联合国宪章》中规定的禁止威胁或使用武力的义务’。正如国际法委员会国家责任条款草案评注所提及的那样，这一原则与源自各国际司法机构的判例是一致的。这一原则也载于《关于各国依联合国宪章建立友好关系和合作的国际法原则宣言》，按照国际法院的说法，该宣言的通过表明国家对有关这一问题的习惯国际法的法律确信。”⁷⁹

国际仲裁法庭(在《北美贸协》和《ICSID 附加便利规则》下设立)

49. 为审理 *Corn Products International Inc. v. Mexico* 一案而组成的仲裁法庭在其 2008 年关于责任的裁决中依据国家责任的条文第 50 条，得出推论认为，由世贸组织专家组和上诉机构作出的不利裁决并不排除被告在指称违反北美贸协义务的案件中以反措施作为辩护理由的可能性。⁸⁰

第 51 条 相称

国际仲裁法庭(在《ICSID 附加便利规则》下设立)

50. 为审理 *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. Mexico* 一案而组成的仲裁法庭在其 2007 年的裁决中提及国家责任条款第 51 条，回顾说，根据关于相称的规定，反措施必须和所遭受的损害相称，并应考虑到国际不法行为的严重程度和有关权利。⁸¹ 该项裁决还提及第 51 条评注的第 (7) 段，其中表示：

“(7) 相称涉及国际不法行为与反措施之间的关系。在某些方面，相称与第 49 条阐明的有关目的的规定有关联：很可能裁定一项明显不相称的措施并不是为促使责任国履行其义务所必需，而是有惩罚性目的，不属于第 49 条所阐明的反措施的目的范围。”⁸²

在所涉案件中，该法庭认定，墨西哥确保美国履行其根据《北美贸协》第七和二十章承担的义务的目标本可以通过不损害投资保护标准的其他措施来实现。因

⁷⁹ *Guyana v. Suriname*, 上文注 19 援引, 第 446 段(脚注略)。

⁸⁰ *Corn Products International Inc.*, 上文注 5 援引, 第 158 段。见上文有关第 22 条的部分。

⁸¹ *Archer Daniels Midland Company*, 上文注 4 援引, 第 152 段。

⁸² 国际法委员会年鉴, 2001 年, 第二卷(第二部分), 第 135 页。

此，该法庭判定，墨西哥表面上为了确保履行义务的而实行的征税不符合国际习惯法为反措施的有效性所作相称规定。⁸³

根据世贸组织解决争端的谅解书第 22(6) 条以及世贸组织《补贴与反补贴措施协定》第 4(11) 和 7(10) 条所作仲裁

51. 在 2009 年作出的两项裁决中，*United States-Subsidies on Upland Cotton, Recourse to Arbitration* 一案的仲裁员提及国家责任条款第 51 条，指出有关条款在反措施的目的与反措施的允许程度之间作了一般性区分。⁸⁴

第 52 条

与采取反措施有关的条件

世贸组织上诉机构

52. *United States-Continued Suspension of Obligations in the EC-Hormones Dispute* 一案的世贸组织上诉机构在其 2008 年报告中拒绝采纳欧洲共同体的以下论点：欧洲共同体的立场符合国家责任条款第 52 条第 3 款规定的办法，即，如果国际不法行为已经停止，并且已将争端提交有权作出对当事方具有约束力的决定的法庭，务必停止反措施。⁸⁵

第 53 条

终止反措施

世贸组织上诉机构

53. *United States-Continued Suspension of Obligations in the EC-Hormones Dispute* 一案的世贸组织上诉机构在其 2008 年报告中认定：

“……第 53 条规定，一旦责任国‘履行其与国际不法行为有关的义务’，即应终止反措施。因此，国家责任条款所体现的国际法相关原则支持这一主张：反措施可持续到责任国完全履行其义务，停止不法行为时为止。”⁸⁶

⁸³ *Archer Daniels Midland Company*, 上文注释 4 中援引，第 160 段。

⁸⁴ *United States-Subsidies on Upland Cotton, Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of the SCM Agreement*, 第 4.113 段，以及 *United States-Subsidies on Upland Cotton, Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU and Article 7.10 of the SCM Agreement*, 注 77 援引，第 4.61 段。又见上文第 49 条下的讨论。

⁸⁵ 世贸组织上诉机构，*United States-Continued Suspension of Obligations in the EC-Hormones Dispute*, 案件号 AB-2008-5, 上诉机构的报告，2008 年 11 月 14 日，第 382 段（“国家责任条款不支持欧洲共同体的立场”）。见下文第 53 条。也见：世贸组织上诉机构，*Canada-Continued Suspension of Obligations in the EC-Hormones Dispute*, 案件号 AB-2008-6, 上诉机构的报告，2008 年 11 月 14 日，第 382 段。

⁸⁶ 同上。

第四部分 一般规定

第 55 条 特别法

国际仲裁法庭(在《ICSID 附加便利规则》下设立)

54. 为审理 *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. the United Mexican States* 一案而组成的仲裁法庭在其 2007 年的裁决中审议了国家责任条款与《北美贸协》之间的关系问题。该法庭回顾：

“……条约可能会减损国际法委员会的条款，第 55 条在有关特别法方面明确承认这一点。……因此，习惯国际法并不影响存在违反《北美贸协》规定的投资保护义务情形所需条件，因为这是由[《北美贸协》]第十一章具体管辖的事项。”⁸⁷

而且还认为，

“国际法委员会条款编纂的习惯国际法[规则]不适用于由特别法(在本案中为《北美贸协》第十一章)具体管辖的事项。”⁸⁸

不过，尽管法庭关于《北美贸协》第十一章的裁定，但它接着补充说，“习惯国际法继续管理第十一章不涵盖的所有事项，”而且，“在第十一章方面，国际法委员会条款编纂的习惯国际法因此发挥补缺的作用。《北美贸协》第 1131 条第 1 款确认了这一点，认可法庭的任务是“……按照[《北美贸协》]和适用的国际法规则来裁决有争议的问题。”⁸⁹ 后面这种对继续适用国家责任条款的认定涉及法庭对反措施问题的处理。法庭认为，“第十一章既未规定也未明确禁止使用反措施。因此，被告是否可以把反措施作为辩护理由的问题不是特别法的问题，而是习惯国际法的问题。”既然除《北美贸协》第 2019 条规定的特殊情况外，没有任何关于反措施的规定，仲裁法庭认为，“国际习惯法下的违约制度适用于本案的情况。”⁹⁰

根据世贸组织解决争端的谅解书第 22(6)条以及世贸组织《补贴与反补贴措施协定》第 4(11)和 7(10)条所作仲裁

55. 在 2009 年作出的两项裁决中，*United States-Subsidies on Upland Cotton, Recourse to Arbitration* 一案的仲裁员指出，“从其自身来看，国际法委员会国家责

⁸⁷ *Archer Daniels Midland Company*, 上文注 4 援引, 第 116 段。

⁸⁸ 同上, 第 118 段。

⁸⁹ 同上, 第 119 段。

⁹⁰ 同上, 第 122 段。

任条款无意优于具体法律文书所载与它涵盖的领域有关的具体规定”，并引述了第三部分第二章(“反措施”)的评注的下列文字：

“与这些条款的其他章节一致的是，关于反措施的条款是补缺性质，可由相反的特别规则进行排除或修改(见第 55 条)。因此，禁止在任何情况下中止履行义务的条约条款将排除有关履行义务的反措施。同样，各国在发生争议时必须诉诸的解决纠纷制度也是如此，特别是如果该制度(就象世贸组织争端解决机制那样)规定，必须经过授权才可对业经证明的违反行为采取反措施性质的措施。”⁹¹

第 56 条

本条款中没有明文规定的国家责任问题

厄立特里亚-埃塞俄比亚索偿委员会

56. 厄立特里亚-埃塞俄比亚索偿委员会在其 2009 年对 *Ethiopia's Damages Claims* 一案的最后裁决中表示，“当事方索赔的规模带来了潜在的严重问题，涉及国家责任法律与基本人权准则之间的关系”。该委员会回顾说，早期版本的国家责任条款列入了一个限制条件，“在任何情况下不得剥夺一国人民本身的生存手段”，这在两项人权公约的第 1 条第 2 项中也有所反映。⁹² 索偿委员会进而确认，尽管 2001 年文本没有列入此类限制条件，但这并不“不改变人权公约共同的第 1(2) 条确立的基本人权法规则，这一规则无疑适用于各当事方。”⁹³

⁹¹ *United States-Subsidies on Upland Cotton, Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of the SCM Agreement*, 脚注 129, 以及 *United States-Subsidies on Upland Cotton, Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU and Article 7.10 of the SCM Agreement*, 脚注 69, 上文注解 77 中援引, 引述了第三部分, 第二章介绍性评注第 9 段。

⁹² 见上文第 31 条。

⁹³ *Ethiopia's Damages Claims*, 第 19 段和 *Eritrea's Damages Claims*, 第 19 段, 上文注释 47 中援引。