



## 第七十四届会议

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、法庭和其他机构的裁判汇编

秘书长的报告

## 目录

	页次
简称 .....	4
一. 导言 .....	5
二. 提及关于国家对国际不法行为的责任的条款的裁判摘录 .....	6
第一部分	
一国的国际不法行为 .....	6
第一章. 一般原则 .....	6
第 1 条. 一国对其国际不法行为的责任 .....	6
第 2 条. 一国国际不法行为的要素 .....	7
第 3 条. 把一国的行为定性为国际不法行为 .....	8
第二章. 把行为归于一国 .....	9
一般评论 .....	9
第 4 条. 国家机关的行为 .....	10
第 5 条. 行使政府权力要素的个人或实体的行为 .....	15

\* A/74/50。



第 6 条. 由另一国交由一国支配的机关的行为.....	17
第 7 条. 逾越权限或违背指示.....	18
第 8 条. 受国家指挥或控制的行为.....	19
第 9 条. 正式当局不存在或缺席时实施的行为.....	23
第 11 条. 经一国确认并当做其本身行为的行为.....	23
第三章. 违背国际义务.....	24
第 12 条. 违背国际义务行为的发生.....	24
第 13 条. 对一国为有效的国际义务.....	24
第 14 条. 违背国际义务行为在时间上的延续.....	24
第 15 条. 一复合行为违背义务.....	25
第四章. 一国对另一国行为的责任.....	26
第 16 条. 援助或协助实施一国际不法行为.....	26
第 17 条. 指挥和控制一国际不法行为的实施.....	26
第五章. 解除行为不法性的情况.....	26
第 25 条. 危急情况.....	26
第 26 条. 对强制性规范的遵守.....	28
第 27 条. 援引解除行为不法性的情况的后果.....	29
第二部分	
一国国际责任的内容.....	29
第一章. 一般原则.....	29
第 28 条. 国际不法行为的法律后果.....	29
第 30 条. 停止和不重复.....	30
第 31 条. 赔偿.....	30
第 33 条. 本部分所载国际义务的范围.....	35
第二章. 赔偿损害.....	35
第 34 条. 赔偿方式.....	35
第 35 条. 恢复原状.....	36
第 36 条. 补偿.....	37
第 37 条. 抵偿.....	39

---

第 38 条. 利息.....	39
第 39 条. 促成损害.....	41
第三章. 严重违反依一般国际法强制性规范承担的义务.....	43
第 40 条. 本章的适用.....	43
第 41 条. 严重违反依本章承担的一项义务的特定后果.....	43
第三部分	
一国国际责任的履行.....	43
第一章. 一国责任的援引.....	43
第 43 条. 一受害国通知其要求.....	43
第 44 条. 可否提出要求.....	44
第 45 条. 援引责任权利的丧失.....	44
第 48 条. 受害国以外的国家援引责任.....	45
第四部分	
一般规定.....	45
第 55 条. 特别法.....	45

简称

西非经共体

西非国家经济共同体

《解决投资争端公约》

《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》

海洋法法庭

国际海洋法法庭

贸易法委员会

联合国国际贸易法委员会

世贸组织

世界贸易组织

## 一. 导言

1. 国际法委员会在 2001 年第五十三届会议上通过了关于国家对国际不法行为的责任条款。大会第 56/83 号决议注意到这些条款(下称国家责任条款), 将案文附在该决议后, 并提请各国政府注意该条款, 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。

2. 2007 年, 秘书长根据大会第 59/35 号决议的要求, 编制了一份国际性法院、法庭和其他机构提及国家责任条款的裁判汇编。<sup>1</sup> 秘书长于 2010 年、2013 年和 2016 年根据大会第 62/61 号、<sup>2</sup> 第 65/19 号<sup>3</sup> 和第 68/104 号决议<sup>4</sup> 的要求又分别编写了三份汇编。2017 年, 根据大会第 71/133 号决议的要求, 秘书长编写了一份技术报告, 以表格形式列出自 2001 年以来编纂的国际性法院、法庭和其他机构提及这些条款的裁判汇编所载提及这些条款的情况, 以及会员国自 2001 年以来在给国际性法院、法庭及其他机构的呈件中提及这些条款的情况。<sup>5</sup>

3. 大会第 71/133 号决议承认国家责任条款的重要性, 再次提请各国政府注意这些条款, 但不妨碍将来是否通过条款或采取其他适当行动的问题。大会还请秘书长对国际性法院、法庭和其他机构提及条款的裁判汇编予以更新, 请各国政府提供关于本国在这方面的实践的資料, 并请秘书长在第七十四届会议之前尽早向大会提交这份材料。

4. 秘书长在 2017 年 1 月 16 日的普通照会中邀请各国政府至迟于 2019 年 2 月 1 日提供有关国际性法院、法庭和其他机构提及这些条款的裁判的信息, 以供列入一份增订的汇编。秘书长在 2018 年 1 月 8 日的普通照会中再次提出了这一邀请。

5. 本汇编分析了 2016 年 2 月 1 日至 2019 年 1 月 31 日期间所做各项裁判中提及国家责任条款的另外 86 个案例。<sup>6</sup> 提及这些条款的裁判由以下机构作出: 国际法院、国际海洋法法庭、国际刑事法院、世界贸易组织各专门小组; 各国际仲裁庭; 非洲人权和人民权利法院; 非洲人权和人民权利委员会; 欧洲人权法院; 美洲人权法院; 加勒比法院; 西非国家经济共同体法院; 欧洲联盟普通法院。

6. 本汇编补充早先关于这一议题的四份秘书处汇编, 采用国家责任条款的结构和序号, 按国际性法院、法庭或机构提及的每一条款开列可公开获取的裁判的相

<sup>1</sup> A/62/62, A/62/62/Corr.1 和 A/62/62/Add.1。

<sup>2</sup> A/65/76。

<sup>3</sup> A/68/72。

<sup>4</sup> A/71/80。

<sup>5</sup> A/71/80/Add.1。

<sup>6</sup> 最终作出同一裁判的合并案件算作一个案件。本汇编还包括 2016 年 1 月裁定的数量有限的案件, 这些案件是在 A/71/80 号文件印发后才提供的。

关摘录。在每一条下面，各项裁决按日期排序。鉴于这些裁判的数量和篇幅，本汇编只摘录提及国家责任条款的裁判的相关部分，并简短说明所做裁判的背景。<sup>7</sup>

7. 本汇编所载可公开获取裁判的摘录或把国家责任条款援引为裁判依据，或提及这些条款，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，也不包括作为裁判附件的法官意见。

## 二. 提及关于国家对国际不法行为的责任条款的裁判摘录

### 第一部分

#### 一国的国际不法行为

#### 第一章

#### 一般原则

#### 第 1 条<sup>8</sup>

#### 一国对其国际不法行为的责任

##### 国际刑事法院

在检察官(关于受害人的申请)诉 Ruto(William Samoei)和 Sang(Joshua Arap)案中，国际刑事法院在讨论“一国政府在法院没有适当考虑指控的情况下着手干涉国际刑事法院正在审理案件以期使审理不了了之的行为是否确实构成国际不法行为”时提及国家责任条款第 1 条。<sup>9</sup>

##### 国际海洋法法庭

在大西洋海洋边界划定(加纳/科特迪瓦)案中，国际海洋法法庭的一个特别分庭指出，国际海洋法法庭海底争端分庭在其关于各国对“区域”内活动的责任和义务的咨询意见中，确立了“国家责任条款”中若干条款的习惯国际法地位，并补充指出，第 1 条“也反映了习惯国际法”。<sup>10</sup>

##### 欧洲人权法院

欧洲人权法院在 Abu Zubaydah 诉立陶宛案中将国家责任条款第 1、2、7、14、15 和 16 条作为相关国际法加以列举。<sup>11</sup>

<sup>7</sup> 除非另有说明，省略裁判中的脚注参考。

<sup>8</sup> 另见第二条下提及的 Vestey Group Limited Ltd.诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国案和第二条下提及的 Benson Oluwa Okomba 诉贝宁共和国案和 Damian Onwuham 酋长及其他人诉尼日利亚联邦共和国和 Anor 案。

<sup>9</sup> 国际刑事法院，第五(A)审判分庭，关于辩方申请无罪判决的裁决书，ICC-01/09-01/11-2027-Red，第 ICC-01/09-01/11 号案件，2016 年 4 月 5 日，第 207-210 段。

<sup>10</sup> 海洋法法庭，大西洋海洋边界划定(加纳/科特迪瓦)，2017 年 9 月 23 日的判决书，第 558 段，援引海底争端分庭的咨询意见，2011 年 2 月 1 日，第 169 段。

<sup>11</sup> ECHR, First Section, Application No. 46454/11, Judgment, 31 May 2018, para. 232。

## 欧洲人权法院

欧洲人权法院在 *Al Nashiri 诉罗马尼亚案* 中将国家责任条款第 1、2、7、14、15 和 16 条作为相关国际法加以提及。<sup>12</sup>

### 第 2 条<sup>13</sup>

#### 一国国际不法行为的要素

##### 解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 *Vestey Group Limited Ltd. 诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国案* 中，仲裁庭也依据国家责任条款第 1 条和第 31 条认定，“委内瑞拉犯下了国际法委员会关于国家责任的条款第 2 条所界定的国际不法行为，引起了国家的国际责任，并产生了对非法行为造成的损害作出充分赔偿的义务”。<sup>14</sup>

##### 常设仲裁法院(根据贸易法委员会规则)

在 *CC/Devas (Mauritius) Ltd.、Devas Employees Mauritius Private Limited 和 Telecom Devas Mauritius Limited 诉印度共和国案* 中，仲裁庭表示，“必须指出，国际法委员会条款第 2 条规定，必须满足两个条件才能将国际不法行为归于一国：(一) 根据国际法，该行为必须归于该国；(二) 该行为构成对该国国际义务的违反”。<sup>15</sup>

##### 根据斯德哥尔摩商会规则所设仲裁庭

在 *Busta 和 Busta 诉捷克共和国案* 中，仲裁庭提到国家责任条款第 2 条，指出“一国的国际责任可因其机关的行为和不行为而产生”。<sup>16</sup>

##### 西非国家经济共同体法院

在 *Benson Oluwa Okomba 诉贝宁共和国案* 中，西非国家经济共同体法院在审议国家责任条款第 1 条和第 2 条时指出，“[国家责任规则适用于]国际人权法”。<sup>17</sup>

##### 解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 *UAB E Energija(立陶宛)诉拉脱维亚共和国案* 中，仲裁庭就国家责任条款第 2 条指出，“本裁决的问题是索赔方所指控的行为是否可根据国际法归于被申请人方的门槛问题”。<sup>18</sup> 仲裁庭认为，“被申请人方违反双边投资条约第 3 条第 1 款

<sup>12</sup> ECHR, First Section, Application No. 33234/12, Judgment, 31 May 2018, para. 210.

<sup>13</sup> 另见第 1 条下提及的 *Abu Zubaydah 诉立陶宛案* 和 *Al Nashiri 诉罗马尼亚案*。

<sup>14</sup> ICSID Case No. ARB/06/4, Award, 15 April 2016, para. 326 and note 306.

<sup>15</sup> 常设仲裁法院第 2013-09 号案件，关于管辖权和案情的裁决书，2016 年 7 月 25 日，第 283 段。

<sup>16</sup> SCC Case No. V (2015/014), Final Award, 10 March 2017, para. 399.

<sup>17</sup> ECOWAS Case No. ECW/CCJ/JUD/05/17, Judgment, 10 October 2017, p.20.

<sup>18</sup> ICSID Case No. ARB/12/33, Award, 22 December 2017, para. 795.

的行为相当于国际不法行为，因为这一规定引起被申请方的一项国际义务，仲裁庭认定违反这一规定的行为应归于被申请方(国际法委员会条款第 2 条)”。<sup>19</sup>

西非国家经济共同体法院

在 *Damian Onwuham 首长和其他人诉尼日利亚联邦共和国和伊莫州政府案* 中，西非国家经济共同体法院援引国家责任条款第 1 条和第 2 条，指出“国家责任规则适用于国际人权法是老生常谈。[……]这意味着，国家将对在未能适当谨慎、尽责地防止侵犯人权行为的情况下做出的行为负责，并对不调查和惩罚侵犯人权行为负责”。<sup>20</sup>

### 第 3 条

把一国的行为定性为国际不法行为

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 *Crystallex International Corporation 诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国案* 中，仲裁庭援引了第 3 条，指出“在投资条约判例中已公认，条约和合同索赔是不同的问题”。<sup>21</sup>

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 *Vestey Group Limited Ltd. 诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国案* 中，仲裁庭决定“在评估[申请方]对据称被征用土地的所有权时，不考虑《土地法》的规定”，并指出，这也符合作为“国际法基石规则”的国家责任条款第 3 条。<sup>22</sup>

常设仲裁法院(根据贸易法委员会规则)

在 *Flemingo DutyFree Shop Private Limited 诉波兰共和国案* 中，仲裁庭援引第 3 条强调，“一个实体根据国内法不被视为国家机关的情况并不妨碍该实体因国家责任而在国际法中被视为国家机关”。<sup>23</sup>

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 *Pac Rim Casado LLC 诉萨尔瓦多共和国案* 中，仲裁庭援引第 3 条指出，“已公认，一国不能援引其国内法的规定，在国际仲裁中为不遵守其国际义务辩解”。<sup>24</sup>

<sup>19</sup> 同上，第 1127 段。

<sup>20</sup> ECOWAS Case No. ECW/CCJ/JUD/22/18, Judgment, 3 July 2018, pp. 24-25。

<sup>21</sup> ICSID Case No. ARB(AF)/11/2, Award, 4 April 2016, para. 474, 援引 *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentina Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on Annulment, 3 July 2002, paras. 95-96。

<sup>22</sup> ICSID Case No. ARB/06/4, Award, 15 April 2016, para. 254 and note 234。

<sup>23</sup> 常设仲裁法院，裁决书，IIC 883(2016)，2016 年 8 月 12 日，第 433 段。

<sup>24</sup> ICSID Case No. ARB/09/12, Award, 14 October 2016, para. 5.62。

## 解决投资争端公约所设特设委员会

在 *Venezuela Holdings BV and ors* 诉委内瑞拉案中，为决定是否撤销裁决而组成的特设委员会在提到国家责任第 3 条的评注时指出，“显然，在适当的情况下，根据国际法解决有争议的问题本身就可能涉及适用国内法，因为这就是国际规则的要求”。<sup>25</sup>

## 第二章

### 把行为归于一国

#### 一般评论

常设仲裁法院(根据贸易法委员会规则)

在 *Kristian Almås* 先生和 *Geir Almås* 先生诉波兰共和国案中，仲裁庭援引了国家责任第二章的评注，指出“ANR[波兰农业财产局]不符合通常用来确定一个实体是否为事实上的国家机关的标准”。<sup>26</sup>

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 *Saint-Gobain Performance Plastics Europe* 诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国案中，仲裁庭指出，它“不必裁定 CVG 铝土矿公司的行为在国际法委员会条款草案下是否归于被申请方，也不必根据国家授予 CVG 铝土矿公司的对委内瑞拉铝土矿供应的垄断权，裁定违反合同是否会引起被申请方在国际法下的赔偿责任”。<sup>27</sup>

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A.* 诉西班牙王国案中，仲裁庭将载有国家责任条款的 2001 年 12 月 12 日第 56/83 号决议定性为“关于以主张一国对另一国的责任为目的的归属问题的习惯国际法声明，这一点类推适用于国家对私人当事方的责任”。<sup>28</sup>

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 *Georg Gavrilović* 和 *Gavrilović d.o.o.* 诉克罗地亚共和国案中，仲裁庭指出，“国际法委员会的条款是关于归属的相关规则，被广泛认为反映了国际法。它们涉及国家对其国际不法行为的责任，因为存在一项确立义务的主要规则。这些归属原则的作用并不是要对假定国家已知悉的‘非不法行为’承担责任。”<sup>29</sup>

<sup>25</sup> ICSID Case No. ARB/07/27, Decision on annulment, 9 March 2017, paras. 161 and 181.

<sup>26</sup> 常设仲裁法院第 2015-13 号案件，裁决书，2016 年 6 月 27 日，第 210 段(原文强调)。

<sup>27</sup> ICSID Case No. ARB/12/13, Decision on Liability and the Principles of Quantum, 30 December 2016, para. 536.

<sup>28</sup> ICSID Case No. ARB/14/1, Award, 16 May 2018, para. 167.

<sup>29</sup> ICSID Case No ARB/12/39, Award of the Tribunal, 26 July 2018, paras. 779 and 804.

仲裁庭还指出，“国际法委员会条款中编纂的国际法归属规则并不是要界定主要义务的内容，违反这些义务就会引起责任。相反，这些规则涉及国家对其国际不法行为的责任。因此，归属规则不能适用于为一国订立合同规定的主要义务。”<sup>30</sup>

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 *Unión Fenosa Gas, S.A. 诉阿拉伯埃及共和国案* 中，仲裁庭“参照国际法委员会关于国家责任的条款第 4、5、8 和 11 条确定归属问题，如当事各方所称，这些条款宣告了习惯国际法”。<sup>31</sup>

#### 第 4 条<sup>32</sup>

##### 国家机关的行为

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 *Joseph Houben 诉布隆迪共和国案* 中，仲裁庭提到国家责任条款第 4 条反映了习惯国际法，认为布隆迪当局知道索赔方的投资受到损害，不仅没有采取起码的必要措施来保护这种投资，而且直接造成了损害。<sup>33</sup>

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 *Tenaris S.A. 和 Talta-Trading e Marketing Sociedade Unipessoal LDA 诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国案* 中，仲裁庭同意被申请方意见，“得出结论认为，就国际法委员会条款第 4 条而言，CVG FMO 不是国家机关……”。<sup>34</sup>

常设仲裁法院(根据贸易法委员会规则)

在 *Mesa Power Group 诉加拿大政府案* 中，仲裁庭裁定“没有理由认定 OPA[安大略省电力局]、Hydro One 和 IESO[独立电力系统运营商]是国际法委员会条款第 4 条规定的加拿大机关”。<sup>35</sup>

加勒比法院

在 *Maurice Tomlinson 诉伯利兹国及特立尼达和多巴哥国案* 中，加勒比法院指出，“第 4 条澄清，国家行为可由立法、行政或司法机关的行为构成。因此，在决定一国是否违反其国际义务时，有必要审查该国的有关行为，即有关的国家

<sup>30</sup> 同上，第 856 段。

<sup>31</sup> ICSID Case No. ARB/14/4, Award, 31 August 2018, para. 9.49 (see also para. 9.90)。

<sup>32</sup> 另见第 7 条下提及的美国对源自印度尼西亚某些铜版纸的反倾销和反补贴措施和第 8 条下提及的 *Ampal-American Israel Corporation 诉阿拉伯埃及共和国案*。

<sup>33</sup> ICSID Case No. ARB/13/7, Award, 12 January 2016, paras. 172 and 175。

<sup>34</sup> ICSID Case No. ARB/11/26, Award, 29 January 2016, para. 413。

<sup>35</sup> 常设仲裁法院第 2012-17 号案件，裁决书，2016 年 3 月 24 日，第 345 段。

惯例，以确定这些行为是否不符合该国的国际义务。在这方面，立法机关的行为是国家惯例的重要标志，因此值得仔细审查。”<sup>36</sup>

常设仲裁法院(根据贸易法委员会规则)

在 Kristian Almås 先生和 Geir Almås 先生诉波兰共和国案中，仲裁庭在提到第 4 条及其评注时得出结论认为，“鉴于其自主管理和财务状况，ANR[波兰农业财产局]不是事实上的波兰国家机关”。<sup>37</sup>

常设仲裁法院(根据贸易法委员会规则)

在 CC/Devas (Mauritius) Ltd.、Devas Employees Mauritius Private Limited 和 Telecom Devas Mauritius Limited 诉印度共和国案中，仲裁庭得出结论认为，“无论是否根据国际法委员会条款第 4 条和第 5 条的规定，在签订协议时 Antrix 均不作为被申请人方的机关行事”。<sup>38</sup>

常设仲裁法院(根据贸易法委员会规则)

在 Flemingo DutyFree Shop Private Limited 诉波兰共和国案中，仲裁庭指出，Mazovia 省省长、波兰各法院和波兰海关当局作为国家机关的行为“可能引发波兰在国际法委员会条款第 4 条下的国际责任”。<sup>39</sup> 法庭认为波兰机场国营企业是事实上的国家机关，并解释指出，“然而，国际法委员会条款第 4 条第 2 款只规定，就国家责任而言，根据一国国内法有资格成为国家机关的实体是国家机关；<sup>40</sup> 它本身并不排除根据国内法没有资格成为国家机关的实体”。<sup>41</sup>

根据斯德哥尔摩商会规则所设仲裁庭

在 Busta 和 Busta 诉捷克共和国案中，仲裁庭援引了国家责任条款第 4 条，指出“一国的警察当局是该国的机关，这一点在当事各方之间是无可争议的”。<sup>42</sup>

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 Eli Lilly and Company 诉加拿大政府案中，索赔方在其论点<sup>43</sup> 中提及国家责任条款第 4 条，此后，仲裁庭指出，“司法机构是国家机关。因此，根据国家责任法下无可争议的归属原则，司法行为原则上归于国家”。<sup>44</sup>

<sup>36</sup> CCJ, Judgment, [2016] CCJ 1 (OJ), 10 June 2016, para. 22。

<sup>37</sup> 常设仲裁法院第 2015-13 号案件，裁决书，2016 年 6 月 27 日，第 213 段(原文强调)。

<sup>38</sup> 常设仲裁法院第 2013-09 号案件，关于管辖权和案情的裁决书，2016 年 7 月 25 日，第 281 段。

<sup>39</sup> 常设仲裁法院，裁决书，IIC 883(2016)，2016 年 8 月 12 日，第 424 段。

<sup>40</sup> 同上，第 435 段。

<sup>41</sup> 同上，第 433 段。

<sup>42</sup> SCC Case No. V (2015/014), Final Award, 10 March 2017, para. 400。

<sup>43</sup> ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, 16 March 2017, para. 175.

<sup>44</sup> 同上，第 221 段。

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 *Teinver S.A.、Transportes de Cercanías S.A.和 Autobuses Urbanos del Sur S.A. 诉阿根廷共和国案*中，仲裁庭指出，“当事各方同意，就 Cirielli 先生作为航空运输部副部长的行为而言，适用的原则载于国际法委员会关于国家责任的条款第 4 条”，<sup>45</sup> 并得出结论认为，“Cirielli 先生可归于被申请方的行为仅限于他在担任航空运输部副部长期间的行为”。<sup>46</sup>

西非国家经济共同体法院

在 *Wing Commander Danladi A Kwasu 诉尼日利亚共和国案*中，西非国家经济共同体法院援引国家责任条款第 4 条，指出“国际法律承认各国有尽责义务，该义务责成各国采取行动，防止在其领土内发生侵犯个人人权的行为。这项义务不能因任何所谓的协议或同意而减损。国家机构或官员的一切行为均归于该国，如同该国自身的行为”。<sup>47</sup>

西非国家经济共同体法院

在 *Benson Oluwa Okomba 诉贝宁共和国案*中，西非国家经济共同体法院回顾其先前对 *Tidjane Konte 诉加纳共和国案*的裁决，其中援引了国家责任条款第 4 条，并得出结论认为，“已公认，一国任何机关的行为均视为该国的行为”。<sup>48</sup>

西非国家经济共同体法院

在 *Dorothy Chioma Njemanze 和其他人诉尼日利亚联邦共和国案*中，西非国家经济共同体法院回顾其早些时候对 *Tidjane Konte 诉加纳共和国案*的裁决，其中援引了国家责任条款第 4 条，指出“除了国家或其官员被控实施的任何其他行为或不行为，[在正式申诉之后]不调查这类指控本身就违反了国家根据国际法承担的义务”。<sup>49</sup>

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 *UAB E Energija(立陶宛)诉拉脱维亚共和国案*中，仲裁庭援引第 4 条及其评注，认为“鉴于有关行为系以官方身份实施，这些行为归于国家。在本案中，市政府的行为系以官方身份……实施，这一点没有争议。因此，本案所涉所有市政府行为均归于被申请方”。<sup>50</sup> 此外，仲裁庭指出，“根据国际法委员会条款第

<sup>45</sup> ICSID Case No. ARB/09/1, Award of the Tribunal, 21 July 2017, para. 702。

<sup>46</sup> 同上，第 711 段。

<sup>47</sup> ECOWAS Case No. ECW/CCJ/JUD/04/17, Judgment, 10 October 2017, p.25。

<sup>48</sup> ECOWAS Case No. ECW/CCJ/JUD/05/17, Judgment, 10 October 2017, pp.21-22, 援引 Judgment No. ECW/CCJ/JUD/11/14。

<sup>49</sup> ECOWAS Case No. ECW/CCJ/JUD/08/17, Judgment, 12 October 2017, pp.39-40, 引述 Judgment No. ECW/CCJ/JUD/11/14。

<sup>50</sup> ICSID Case No. ARB/12/33, Award, 22 December 2017, paras. 800-801。

4 条的理解，监管机构作为国家机关的性质可从《公用事业监管机构法》的规定推断”。<sup>51</sup>

#### 解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. 诉西班牙王国案中，仲裁庭援引了国家责任条款第 4、5 和 8 条，指出，“一项行为若要归于一国，必须与该国存在密切联系”。<sup>52</sup>

#### 西非国家经济共同体法院

在 Hembadoon Chia 和其他人诉尼日利亚联邦共和国和其他人案中，西非国家经济共同体法院解释指出，“一国不能以其代理人不以官方身份实施或不实施行为或该机关或官员违反命令行事或超越其在国内法下的权力这一概念为借口”。<sup>53</sup> 共同体法院提及其先前依据国家责任条款第 4 条对 Tidjane Konte 诉加纳共和国案的裁决，得出结论认为，“尼日利亚警察及其警官是以官方身份实施所指控行为的第一被告的代理人。因此，对其代理人的行为负有责任的第一被告是本诉讼的适当当事方”。<sup>54</sup>

#### 解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 Georg Gavrilović 和 Gavrilović d.o.o. 诉克罗地亚共和国案中，仲裁庭援引了国家责任条款第 4 条的案文及其评注，指出“国家机关以显然是官方的身份所实施的行为可归于国家，即使该机关超出了国内法规定的权限或违反了有关其运作的规则。这一点的必然结果是，一个机关纯粹以私人身份实施的行为不归于国家，即使它使用了国家为其行使其职能所提供的手段”。<sup>55</sup> 仲裁庭的结论是，“根据国际法委员会条款第 4 条，破产法官和破产理事会的行为首先归于被申请方”。<sup>56</sup>

#### 解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 Marfin Investment Group Holding S.A.、Alexandros Bakatselos 和其他人诉塞浦路斯共和国案中，仲裁庭列举了第 4 条的案文，并“同意索赔方的意见，即，[塞浦路斯]的此类机关包括：共和国总统、总检察长和副总检察长、塞浦路斯中央银行、塞浦路斯证券交易委员会、塞浦路斯各法院、财政部长和塞浦路斯议会。

<sup>51</sup> 同上，第 804 段。

<sup>52</sup> ICSID Case No. ARB/14/1, Award, 16 May 2018, para. 168。

<sup>53</sup> ECOWAS Case No. ECW/CCJ/JUD/21/18, Judgment, 3 July 2018, p.15, 引述 Judgment No. ECW/CCJ/JUD/11/14。

<sup>54</sup> 同上。

<sup>55</sup> ICSID Case No ARB/12/39, Award, 26 July 2018, para 801。

<sup>56</sup> 同上，第 803 段。

因此，根据国际法委员会条款第 4 条，这些机关犯下的任何和所有行为均归于被申请方”。<sup>57</sup>

常设仲裁法院(根据贸易法委员会规则)

仲裁庭在雪佛龙公司和德士古石油公司诉厄瓜多尔共和国案中裁定，“根据国际法委员会关于国家责任的条款第 4 条，被申请方因其司法部门的行为，违反了条约第二条第(3)款(c)项规定的义务，从而对雪佛龙公司和德士古石油公司各自犯下了国际不法行为”。<sup>58</sup>

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 *Unión Fenosa Gas, S.A.* 诉阿拉伯埃及共和国案中，仲裁庭指出，“国际法委员会关于国家责任的条款第 4 条确认，在国际法下，一国行政部门的行为视同该国的行为。因此，石油部同其他各部和部长会议一样，其行为归于被申请方。”<sup>59</sup> 仲裁庭还指出，“根据国际法委员会对第 4 条的评注，‘对‘国家机关’的提及包括构成国家组织并以其名义行事的所有个人或集体实体。’当然，一国可能受制于该国家机关以外的实体代表它所承担的义务，但这是由代理法的一般原则(而不是归属原则)管辖的。”<sup>60</sup> 仲裁庭得出结论认为，埃及通用石油公司和埃及天然气控股公司不是“国际法委员会关于国家责任的条款第 4 条所指的”被申请方的机关”。<sup>61</sup>

欧洲联盟普通法院

在 *Ahmed Abdelaziz Ezz* 等人诉欧盟理事会案中，欧洲联盟普通法院不接受：

“申请方关于理事会的评估不符合‘一般国际法’的论点……。在这方面，只需指出以下这点就足矣，即，申请方提及的‘国家机关’概念为联合国国际法委员会对 2001 年关于国家对国际不法行为责任决议的评注所界定的‘国家机关’概念，以及就国营企业与私营公司争端中的国家责任做出的国际仲裁裁决所界定的‘国家机关’概念。因此，出于与上文第 268 段所述理由类似的理由，这些提法与本案不相干。”<sup>62</sup>

<sup>57</sup> ICSID Case No. ARB/13/27, Award, 26 July 2018, paras. 670-671。

<sup>58</sup> 常设仲裁院第 2009-23 号案件，第二轨道第二项部分裁决书，2018 年 8 月 30 日，第 8.8 段。

<sup>59</sup> ICSID Case No. ARB/14/4, Award, 31 August 2018, para. 9.92。

<sup>60</sup> 同上，第 9.93 段。

<sup>61</sup> 同上，第 9.112 段。

<sup>62</sup> EU, General Court, *Ahmed Abdelaziz Ezz et al. v. Council*, Case T 288/15, Judgment of 27 September 2018, para. 272。

## 世界贸易组织专门小组

在泰国——对从菲律宾进口的香烟征收关税和实行财政措施案中设立的专门小组“认为[关于国家责任的]这些条款的第 4 条第 1 款是习惯国际法的一种表述”。<sup>63</sup>

### 第 5 条<sup>64</sup>

#### 行使政府权力要素的个人或实体的行为

##### 解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 *Tenaris S.A. 和 Talta-Trading e Market Sociedade Unipessoal LDA 诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国案* 中，仲裁庭“注意到”国家责任条款“第 5 条的评注附注 3”，驳回了申请方的陈述，即“根据国际法委员会条款第 5 条[CVG FMO]的行为可归于委内瑞拉”。<sup>65</sup>

##### 常设仲裁法院(根据贸易法委员会规则)

在 *Mesa Power Group 诉加拿大政府案* 中，仲裁庭依据国家责任条款第 5 条裁定，“OPA[安大略省电力局]是在行使政府下放的权力。因此，OPA 对 FIT 申请进行分级和评价的行为归于加拿大”。<sup>66</sup>

##### 解决投资争端公约所设特设委员会

在 *Antoine Abou Lahoud et Leila Bounafteh-Abou Lahoud 诉刚果民主共和国案* 中，为撤销裁决而设立的委员会认定，仲裁庭没有超越其权力范围，因其已按任务规定核实根据国家责任条款第 5 条把行为归于一国的标准。<sup>67</sup>

##### 常设仲裁法院(根据贸易法委员会规则)

在 *Kristian Almås 先生和 Geir Almås 先生诉波兰共和国案* 中，仲裁庭在裁定波兰农业财产局终止租赁协议是在“据称行使合同权力”<sup>68</sup> 之后，裁定“根据国际法委员会条款第 5 条租赁协议的终止不归于波兰”。

<sup>63</sup> 世贸组织，专门小组报告，WT/DS371/RW，2018 年 11 月 12 日，第 7.636 和第 7.771 段(注 1654)；另见世贸组织，专门小组报告，泰国——对从菲律宾进口的香烟征收关税和实行财政措施案，WT/DS371/R，2010 年 11 月 15 日，第 7.120 段。

<sup>64</sup> 另见第 8 条下提及的 *Ampal-American Israel Corporation 和其他人诉阿拉伯埃及共和国案*、第 4 条下提及的 *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. 诉西班牙王国案*、第 8 条下提及的 *Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. 诉巴基斯坦伊斯兰共和国案*、第 55 条下提及的 *Mesa Power Group 诉加拿大政府案* 和第 4 条下提及的 *CC/Devas (Mauritius) Ltd.、Devas Employees Mauritius Private Limited 和 Telecom Devas Mauritius Limited 诉印度共和国案*。

<sup>65</sup> ICSID Case No ARB/11/26, Award, 29 January 2016, para. 414-415.

<sup>66</sup> 常设仲裁法院第 2012-17 号案件，裁决书，2016 年 3 月 24 日，第 371 段。

<sup>67</sup> ICSID Case No ARB/10/4, Decision on annulment, 29 March 2016, para. 185.

<sup>68</sup> 常设仲裁法院第 2015-13 号案件，裁决书，2016 年 6 月 27 日，第 251 段。

常设仲裁法院(根据贸易法委员会规则)

在 *Flemingo DutyFree Shop Private Limited 诉波兰共和国案* 中, 仲裁庭指出“交通部根据法律规定, 将波兰机场现代化和运营的任务委托给 PPL, 控制 PPL, 并责成其行使权力。因此, 按照国际法委员会条款第 5 条的设想, 它是一个行使政府权力的实体”。<sup>69</sup>

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 *Garanti Koza LLP 诉土库曼斯坦案* 中, 仲裁庭援引国家责任条款第 5 条, “确认 TAY [State Concern ‘Turkmenavtoyollary’] 为推进合同而采取的行动归于土库曼斯坦。在任何情况下, 建设道路和桥梁都是政府的核心职能。任何经国家授权行使政府权力要素的实体都因此在作为国家机关行事”。<sup>70</sup>

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 *Saint-Gobain Performance Plastics Europe 诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国案* 中, 仲裁庭指出“虽然 PDVSA 是一家具有独特法人资格的国有企业, 但根据国际法委员会条款草案第 5 条, 其行为可归于被申请方”, 因为从“其所谓的‘看守人’职能及其作为工厂国有化监督者和促进者的身份来看, PDVSA 都被赋予了政府权力”。<sup>71</sup>

常设仲裁法院(根据贸易法委员会规则)

在 *WNC Factoring Limited 诉捷克共和国案* 中, 仲裁庭指出, “根据仲裁庭掌握的材料, 在根据国际法委员会条款第 5 条将 CEB[捷克出口银行]和 GAP[出口担保和保险公司]的行为归于被申请方方面出现严重问题”。<sup>72</sup>

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 *北京城建集团有限公司诉也门案* 中, 仲裁庭指出, 《解决投资争端公约》第 25 条规定的决定解决投资争端中心管辖权的所谓布罗什因素是“国际法委员会关于国家责任的条款第 5 条和第 8 条中归属规则的映射”。<sup>73</sup>

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 *UAB E Energija(立陶宛)诉拉脱维亚共和国案* 中, 仲裁庭指出: “与第 4 条一样, 国际法委员会条款第 5 条只是编纂了一项既定的国际法规则。[……]因此, 分析有三个方面: (一) 监管者必须已行使过政府权力要素; (二) 被申请方的法律必须已授权其这样做; (三) 在管理关税和发放或吊销许可证时是以这一身份行

<sup>69</sup> 常设仲裁法院, 裁决书, IIC 883(2016), 2016 年 8 月 12 日, 第 439 段。

<sup>70</sup> ICSID Case No. ARB/11/20, Award, 19 December 2016, para. 335。

<sup>71</sup> ICSID Case No. ARB/12/13, Decision on Liability and Principle of Quantum, 30 December 2016, para.457-458。

<sup>72</sup> 常设仲裁法院第 2014-34 号案件, 裁决书, 2017 年 2 月 22 日, 第 376 段。

<sup>73</sup> ICSID Case No. ARB/14/30, Decision on Jurisdiction, 31 May 2017, para. 34。

事。”<sup>74</sup> 法庭认为，“即使 Rēzeknes Siltomtīkli 和 Rēzeknes Enerģija 被授权行使政府权力的任何要素，但它们也没有按照第 5 条的规定‘在特定情况下’行使这种权力”。<sup>75</sup>

#### 解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 Georg Gavrilović 和 Gavrilović d.o.o. 诉克罗地亚共和国案中，仲裁庭援引国家责任条款第 5 条，并指出“如上所述，克罗地亚基金是一个经克罗地亚法律授权行使政府权力要素的实体，没有迹象表明该基金除了以专业身份行事之外还以其他身份行事。因此，克罗地亚基金可被视为第 5 条范围内的一个实体”。<sup>76</sup> 法庭的结论是，“索赔方没有提出克罗地亚基金违反双边投资条约、应归于被申请方的任何不法行为。国际法委员会条款中规定的归属原则不适用于克罗地亚基金”。<sup>77</sup>

#### 解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 Unión Fenosa Gas, S.A. 诉阿拉伯埃及共和国案中，仲裁庭依据国家责任条款第 5 条认定：

“仲裁庭不认为索赔方的案件是国际法委员会条款第 5 条就 EGPC[埃及通用石油公司]和 EGAS[埃及天然气控股公司]单独提出的”。索赔方没有证明埃及法律‘授权’EGPC 或 EGAS 行使政府权力……仲裁庭没有看到任何‘具体授权’EGPC 在行使被申请方公共权力时缔结 SPA[天然气买卖协议]的埃及法律条款。<sup>78</sup>

#### 美洲人权法院

美洲人权法院在 Atenco 遭受性酷刑侵害的妇女诉墨西哥案中回顾，根据国家责任条款，不仅当国际不法行为由国家机关实施时(根据第 4 条)，而且当涉及行使政府权力要素的个人或实体的行为时，国际不法行为可归于国家。<sup>79</sup>

## 第 6 条

### 由另一国交由一国支配的机关的行为

#### 欧洲人权法院

在 Big Brother Watch and others 诉联合王国案中，欧洲人权法院指出，国家责任条款“在以下情况才具有相关性：外国情报机构由被申请国支配并行使被申

<sup>74</sup> ICSID Case No. ARB/12/33, Award, 22 December 2017, paras. 806-807.

<sup>75</sup> 同上，第 816 段和第 816 段。

<sup>76</sup> ICSID Case No ARB/12/39, Award, 26 July 2018, paras. 810-811.

<sup>77</sup> 同上，第 816 段。

<sup>78</sup> ICSID Case No. ARB/14/4, Award, 31 August 2018, para. 9.114.

<sup>79</sup> Inter-American Court of Human Rights, Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs. Series C No. 371.(Spanish) Judgment of 28 November 2018, para. 205 and note 303.

请国政府权力(第 6 条); 被申请国帮助或协助外国情报机构拦截通信的行为对于该机构责任国来说构成国际不法行为, 联合王国意识到该国际不法行为的情况, 且该行为若由联合王国实施会构成国际不法行为(第 16 条); 或者被申请国指挥或控制过外国政府(第 17 条)”。<sup>80</sup>

## 第 7 条<sup>81</sup>

### 逾越权限或违背指示

#### 欧洲人权法院

欧洲人权法院在 *Nasr et Ghali* 诉意大利案中作为相关国际法提到了国家责任条款第 7、14、15 和 16 条。<sup>82</sup>

#### 世界贸易组织专家组

在美国对源自印度尼西亚的某些铜版纸的反倾销和反补贴措施案中, 专家组援引了国家责任条款第 4 条和第 7 条及其评注, 其中指出, “国际法已明确规定, 政府官员或实体的行动或行为归于国家, 即使该行动或行为违反了国内法”。<sup>83</sup>

#### 解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 *Georg Gavrilović 和 Gavrilović d.o.o.* 诉克罗地亚共和国案中, 仲裁庭在提到国家责任条款第 7 条时指出, “国家不能违反双边投资条约的主张, 就在关键时刻由本国法院监督和批准的破产程序或政府高级部长批准的特别贷款放贷中的明显违规行为进行申辩, 不管这两项行为根据克罗地亚法律是否合法。换言之, 如果根据本仲裁庭收到的证据这项投资不符合克罗地亚的立法, 则归咎于国家机关的行为”。<sup>84</sup>

在讨论索赔方对财产所有权的合法期望这一问题时, 仲裁庭认为:

在 *Kardassopoulos* 案中, 订约实体是国家机关或有权行使政府权力要素的实体, 因此, 根据国际法委员会第 7 条, 它们的行为被视为国家行为。被申请国政府的一个部委也签署并“批准”了这一特许权。此外, 一些最高级别的政府官员也参与了协议的谈判。在本案中, 没有关于将行为归于被申请方的可比结论。例如, 仲裁庭认为, 订约实体不是国际法委员会第 7 条所指的实体, 并且被申请方不是采购协定的当事方或受其他约束。此外, 清算人的行为不能归于被申请方。<sup>85</sup>

<sup>80</sup> ECHR, First Section, Applications Nos. 58170/13, 62322/14 and 24960/15, Judgment, 13 September 2018, para. 420.

<sup>81</sup> 另见第 1 条下提到的 *Abu Zubaydah* 诉立陶宛案和 *Al Nashiri* 诉罗马尼亚案。

<sup>82</sup> ECHR, Fourth Section, Application 44883/09, Judgment, 23 February 2016, para 185.

<sup>83</sup> 世贸组织, 专门小组的报告, WT/DS491/R, 2017 年 12 月 6 日, 第 7.179 段。

<sup>84</sup> ICSID Case No ARB/12/39, Award, 26 July 2018, para. 384.

<sup>85</sup> 同上, 第 1009 段, 其中讨论 *Ioannis Kardassopoulos* 诉格鲁吉亚案, ICSID Case No ARB/05/18, Decision on Jurisdiction, 6 July 2007.

常设仲裁法院(根据贸易法委员会规则)

雪佛龙公司和德士古石油公司诉厄瓜多尔共和国案中, 仲裁法院在裁定法官以官方身份行事时, 讨论了第 7 条及其评注。<sup>86</sup>

美洲人权法院

Villamizar Durán 等人诉哥伦比亚案中, 美洲人权法院指出, 各国惯例和法律确信以及国际性法院的判例证实了第 7 条中的“一般规则”存在例外情况, 即机关或个人不是以官方身份而是以私人实体或个人身份行事的情况。法院还提到该条款的评注中指出, “如果申诉的行为属于有计划有步骤或反复出现的行为, 即国家了解或应当了解并本应采取步骤加以防止的行为, 则可避免对未经授权但仍属‘官方’的行为和‘私人’行为加以区别的问题”。<sup>87</sup>

美洲人权法院

Atenco 遭受性酷刑侵害的妇女诉墨西哥案中, 美洲人权法院在讨论被申请人方关于其代理人越权的论点时引用了第 7 条。<sup>88</sup>

## 第 8 条<sup>89</sup>

### 受国家指挥或控制的行为

常设仲裁法院(根据贸易法委员会规则)

Mesa Power Group 诉加拿大政府案中, “仲裁庭得出 OPA[安大略省电力局]、Hydro One 和 IESO[独立电力系统运营商]是国有企业和北美自由贸易协定第 1503(2)条管辖归属问题的结论后, [可]不审查其行为是否根据国际法委员会条款第 8 条归于加拿大”。<sup>90</sup>

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

仲裁庭在 MNSS B.V.和 Recupero Credito Acciaio N.V.诉黑山案中指出, 仅仅监督行为并不能将私人银行置于“国际法委员会条款第 8 条所指的中央银行的控制之下……”。因此, 被申请人在这方面不对 Prva Banka 的行为负责”。<sup>91</sup>

<sup>86</sup> 常设仲裁法院第 2009-23 号案件, 第二轨道第二项部分裁决书, 2018 年 8 月 30 日, 第 8.48 段。

<sup>87</sup> Inter-American Court of Human Rights, Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs. Series C No. 364(Spanish), Judgment of 20 November 2018, para. 139。

<sup>88</sup> Inter-American Court of Human Rights, Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs, Series C No. 371 (Spanish), Judgment of 28 November 2018, para. 165 and note 237。

<sup>89</sup> 另见第 5 条下提及的北京城建集团有限公司诉也门案、第 4 条下提及的 Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A.诉西班牙王国案和第 55 条下提及的 Mesa Power Group 诉加拿大政府案。

<sup>90</sup> 常设仲裁法院第 2012-17 号案件, 裁决书, 2016 年 3 月 24 日, 第 365 段。

<sup>91</sup> ICSID Case No. ARB(AF)/12/8, Award, 4 May 2016, para. 299。

常设仲裁法院(根据贸易法委员会规则)

在 Kristian Almås 先生和 Geir Almås 先生诉波兰共和国案中，仲裁庭认为“没有证据表明，在终止租约时，ANR[波兰农业财产局]是根据波兰的指示、指挥或控制行事的，因此没有根据第 8 条将行为归于波兰的依据”。<sup>92</sup>

常设仲裁法院(根据贸易法委员会规则)

在 CC/Devas (Mauritius) Ltd.、Devas Employees Mauritius Private Limited 和 Telecom Devas Mauritius Limited 诉印度共和国案中，仲裁庭认定，“Antrix 的撤销通知根据国际法委员会条款第 8 条应归于被申请方”。<sup>93</sup>

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 Saint-Gobain Performance Plastics Europe 诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国案中，仲裁庭指出，“个人或私营实体的行为一般不归于国家是国际法的既定原则。除其他外，这一一般原则明确反映在国际法委员会条款草案第 8 条中”。<sup>94</sup> 仲裁庭认为，“尽管 SINPROTRAC 的成员实际上可能‘听信了’查韦斯总统的话，[……]但他们并不是国际法委员会条款草案第 8 条所指、在查韦斯总统的‘指示或在其指挥或控制下采取行动’的”。<sup>95</sup>

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 Ampal-American Israel Corporation 和其他人诉阿拉伯埃及共和国案中，仲裁庭援引了关于国家责任的条款第 4、5、8 和 11 条，并“认为，国际法委员会关于国家责任的条款草案的有关规定是适用的习惯国际法的一部分，根据这些规定，EGPC[埃及通用石油公司]或 EGAS[埃及天然气控股公司]与 GSPA[天然气销售购买协议]的缔结和终止有关的作为或不作为应归于被申请方”。<sup>96</sup> 仲裁庭援引国家责任条款第 8 条进一步解释说，EGPC 和 EGAS “‘实际上是根据’被申请方关于特定行为的‘指示、指挥或控制行事的’。无论如何，仲裁庭认定，被申请方之后批准了 GSPA 的终止，从而构成了第 11 条所指的‘确认并当作其本身行为’”。<sup>97</sup>

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 Teinver S.A.、Transportes de Cercanías S.A. 和 Autobuses Urbanos del Sur S.A. 诉阿根廷共和国案中，仲裁庭指出，当事各方同意国家责任条款第 8 条适用于案

<sup>92</sup> 常设仲裁法院第 2015-13 号案件，裁决书，2016 年 6 月 27 日，第 272 段。

<sup>93</sup> 常设仲裁法院第 2013-09 号案件，关于管辖权和案情的裁决书，2016 年 7 月 25 日，第 290 段。

<sup>94</sup> ICSID Case No. ARB/12/13, Decision on Liability and the Principles of Quantum, 30 December 2016, para.448。

<sup>95</sup> 同上，第 453 段。

<sup>96</sup> ICSID Case No. ARB/12/11, Decision on Liability and Heads of Loss, 21 February 2017, para. 135。

<sup>97</sup> 同上，第 146 段。

件事实，<sup>98</sup> 但不同意“索赔方申诉的工会行为可归于被申请方”。<sup>99</sup> 法庭还重申，适用的适当标准是“有效控制”，而不是“全面控制”。<sup>100</sup>

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. 诉巴基斯坦伊斯兰共和国案中，仲裁庭援引国家责任条款第 5 条和第 8 条的案文，得出结论：“Lakhra 与订立和执行合同有关的行为是由巴基斯坦指挥、指示或控制的，因此应归于巴基斯坦”。<sup>101</sup>

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 Koch Minerals Sàrl 和 Koch Nitrogen International Sàrl 诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国案中，仲裁庭裁定，“FertiNitro[一系列合营公司]一直为被申请方全面、有效控制，FertiNitro 自 2012 年 2 月 28 日起就被被申请方禁止向 KNI[索赔方]进行任何进一步的特别销售，正如同它自 2010 年 10 月 11 日起就被禁止执行收购协议那样。因此，在整个过程中，如国际法委员会关于国家责任的条款第 8 条所指，FertiNitro(与 Pequiven)在被申请方的‘指挥或控制’下行事”。<sup>102</sup>

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 UAB E Enerģija(立陶宛)诉拉脱维亚共和国案中，仲裁庭援引了第 8 条及其评注，确认“被申请方指示、指挥或控制 Rēzeknes Siltumtīkli 或 Rēzeknes Enerģija 提起导致冻结[索赔方]账户的诉讼”。<sup>103</sup>

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 Georg Gavrilović 和 Gavrilović d.o.o. 诉克罗地亚共和国案中，仲裁庭援引了第 8 条，并指出，“在国际判例中出现了‘有效控制’的检验标准，要求国家不仅要对所涉个人或实体有一般控制，也要对所涉归属行为有具体控制”。<sup>104</sup> 仲裁庭解释说，“由于在 1991 年 7 月 12 日任命紧急情况委员会时 d.o.o. 的控股发生了变化，有必要考虑被申请方在该日期之前和/或之后是否行使了‘有效控制’”，<sup>105</sup> 并认为“对 d.o.o. 控股不属于国际法委员会条款第 8 条的范围”。<sup>106</sup>

<sup>98</sup> ICSID Case No. ARB/09/1, Award of the Tribunal, 21 July 2017, para. 721。

<sup>99</sup> 同上，第 724 段。

<sup>100</sup> 同上，第 722 和 724 段。

<sup>101</sup> ICSID Case No. ARB/13/1, Award, 22 August 2017, paras. 566-569 and 582。

<sup>102</sup> ICSID Case No. ARB/11/19, Award, 30 October 2017, para. 7.46。

<sup>103</sup> ICSID Case No. ARB/12/33, Award, 22 December 2017, paras. 825 and 830。

<sup>104</sup> ICSID Case No ARB/12/39, Award, 26 July 2018, para. 828。

<sup>105</sup> 同上，第 829 段。

<sup>106</sup> 同上，第 831 段。

## 解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 *Marfin Investment Group Holding S.A. v. Alexandros Bakatselos* 和其他人诉塞浦路斯共和国案中，仲裁庭讨论了关于国家责任条款第 8 条的相关判例法，并“注意到仲裁判例一贯支持国际法院设定的标准。法庭认为没有理由偏离这一一贯判例”。<sup>107</sup> 仲裁庭指出：

“……索赔方没有用证据证明他们所质疑的这些具体行为是被申请方指挥或控制的。索赔方提出的证据试图表明被申请方对 *Laiki* 的全面控制，但没有载有塞浦路斯政府要求 *Laiki* 和(或)其董事会采取具体行为的指示或指导。仅因这个原因，索赔方根据国际法委员会第 8 条提出的归属案件就不能成立。”<sup>108</sup>

仲裁庭进一步指出，即使它“根据国际法委员会第 8 条对归属问题采取不太严格的检验标准——仲裁庭不赞同这一检验标准，也无助于索赔方的案件”。<sup>109</sup> 具体而言，“[对于]仲裁庭来说，仅由董事会选举一名得到监管机构信任的高管来确定国际法委员会第 8 条下的归属成立是不够的”。<sup>110</sup> 此外，“*Laiki* 和塞浦路斯在金融危机问题上的任何战略协调同样不支持索赔方关于被申请方完全控制银行的论点”。<sup>111</sup> 最后，“仲裁庭回顾说，塞浦路斯政府仅仅拥有 *Laiki* 的股份及股份所带来的权力，并不能根据国际法委员会第 8 条确定归属关系。索赔方仍然有义务证明受质疑的行为是在塞浦路斯的指示、指挥或控制下进行的”。<sup>112</sup>

## 解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 *Unión Fenosa Gas, S.A. v. 阿拉伯埃及共和国* 案中，仲裁庭指出，“根据国际法委员会关于国家责任的条款第 8 条，如果一个人(不是国家机关)实际上是按照该国的指示或在其指挥或控制下实施行为，那么这个人的行为应根据国际法被视为该国的行为。正如国际法委员会的评注所述，其适用取决于从事该行为的人与国家之间的‘特定实际关系’……。此外，如国际法院在 *尼加拉瓜诉美国案* 中所认定的那样，国家本身的行为与可归于国家的人的行为是有区别的”。<sup>113</sup> 仲裁庭不认为，埃及通用石油公司和埃及天然气控股公司的行为能根据“国际法委员会条款第 8 条所指”归于被申请方。<sup>114</sup>

<sup>107</sup> ICSID Case No. ARB/13/27, Award, 26 July 2018, para. 675(原文强调)。

<sup>108</sup> 同上，第 679 段。

<sup>109</sup> 同上，第 680 段。

<sup>110</sup> 同上，第 685 段。

<sup>111</sup> 同上，第 687 段。

<sup>112</sup> 同上，第 691 段。

<sup>113</sup> ICSID Case No. ARB/14/4, Award, 31 August 2018, para. 9.116。

<sup>114</sup> 同上，第 9.117-9.118 段。

## 第 9 条

### 正式当局不存在或缺席时实施的行为

非洲人权和民族权法院

在非洲人权和民族权委员会诉利比亚案中，非洲人权和民族权法院在表示“意识到利比亚动荡的政治和安全局势”的同时，援引了国家责任条款第 9 条，认定该法院“有权就属人理由审理本案”。<sup>115</sup>

## 第 11 条<sup>116</sup>

### 经一国确认并当作其本身行为的行为

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 Saint-Gobain Performance Plastics Europe 诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国案中，仲裁庭认定：

“通过其在 2010 年 5 月 15 日 SINPROTRAC 成员接管工厂后的行为，PDVSA [Gas S.A.] 承认 SINPROTRAC 的行动，并将其视为自己的行动。因此，根据国际法委员会条款草案第 11 条所反映的关于国家责任的习惯国际法的适用原则，2010 年 5 月 15 日的工厂接管必须被视为被申请方的行为。无论如何，正如其内部备忘录和 2010 年 6 月初的报告所证实的那样，PDVSA 有效控制了该工厂，并在 2010 年 5 月 15 日之后不久就启动了征用程序。”<sup>117</sup>

根据第 11 条的评注，仲裁庭还解释说：“与仅仅是国家支持、认可或普遍承认由私人个人造成的实际状况的情况相反，根据这一规则，归属要求国家明确无误地‘确认有关行为并把其当作本身的行为’”。<sup>118</sup>

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 Unión Fenosa Gas, S.A. 诉阿拉伯埃及共和国案中，仲裁庭根据索赔方的论点援引了国家责任条款第 11 条及其评注，但“不认为国际法委员会条款第 11 条在 EGPC[埃及通用石油公司]和 EGAS[埃及天然气控股公司]方面单独推进了索赔方的案件”。<sup>119</sup>

<sup>115</sup> ACHPR, App.No. 002/2013, Judgment on Merits, 3 June 2016, paras. 50 and 52。

<sup>116</sup> 另见第 8 条下提及的 Ampal-AmericanIsrael Corporation 和其他人诉阿拉伯埃及共和国案。

<sup>117</sup> ICSID Case No. ARB/12/13, Decision on Liability and the Principles of Quantum, 30 December 2016, para. 456。

<sup>118</sup> 同上，第 461 段(原文强调)。

<sup>119</sup> ICSID Case No. ARB/14/4, Award, 31 August 2018, para. 9.120-9.121。

### 第三章 违背国际义务

#### 第 12 条 违背国际义务行为的发生

加勒比法院

加勒比法院在 *Maurice Tomlinson 诉伯利兹国和特立尼达和多巴哥国* 一案中同意, “[国家责任条款]第 12 条复述了习惯国际法的规则, 即当一国的行为不符合某项国际义务的要求时, 该国即违背该义务”。<sup>120</sup>

非洲人权和人民权利委员会

在 *Hossam Ezzat 和 Rania Enayet 诉阿拉伯埃及共和国* 一案中, 非洲人权和人民权利委员会援引第 12 条, 指出“当一国行动或可归于一国的体现形式为作为或不作为的行动不符合有关义务对其的期望时或与之不一致时, 该国即违背了这一国际义务”。<sup>121</sup>

#### 第 13 条 对一国为有效的国际义务

常设仲裁法院(根据贸易法委员会规则)

在 *Mesa Power Group 诉加拿大政府* 一案中, 仲裁庭在得出“国家行为不能受行为发生时不适用的规则的管辖”这一结论时援引了关于条约不溯及既往的第 13 条。<sup>122</sup>

#### 第 14 条<sup>123</sup> 违背国际义务行为在时间上的延续

常设仲裁法院(根据贸易法委员会规则)

在 *Resolute Forest Products Inc. 诉加拿大政府* 一案中, 仲裁庭在援引国家责任条款第 14 条第 2 款关于具有持续性的违背义务行为的规定后解释说, “但在国家行为首次完成并且可以明确确定性为违背有关义务的行为之时, 违背义务行为就发生了”。<sup>124</sup>

<sup>120</sup> CCJ, [2016] CCJ 1 (OJ), 10 June 2016, para. 22。

<sup>121</sup> African Commission on Human and Peoples' Rights, Communication No. 355/07, Decision, 28 April 2018, para. 124。

<sup>122</sup> 常设仲裁法院第 2012-17 号案件, 裁决书, 2016 年 3 月 24 日, 第 325 段和注 69。

<sup>123</sup> 另见第 1 条下提及的 *Abu Zubaydah 诉立陶宛案* 和 *Al Nashiri 诉罗马尼亚案*, 以及第 7 条下提及的 *Nasr et Ghali 诉意大利案*。

<sup>124</sup> 常设仲裁法院第 2016-13 号案件, 关于管辖权和可受理性的裁决书, 2018 年 1 月 30 日, 第 179 段。

## 第 15 条<sup>125</sup>

### 一复合行为违背义务

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 *Crystallex International Corporation* 诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国案中，仲裁庭解释说，“国际法委员会国家责任条款第 15 条第 1 款界定的复合行为概念反映了国家对蚕食性征用的责任”。<sup>126</sup>

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 *Rusoro Mining Limited* 诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国案中，仲裁庭指出，“国际法委员会关于复合行为的条款的主旨是明确的，这些条款没有述及每一个问题，特别是没有解决时限如何影响导致违反条约的复合行为的一系列行为的问题”。<sup>127</sup> 法庭认为，“适用时限的更好办法是将每一项指称的复合索赔分解到各个违反行为，每项索赔均涉及某一政府措施，并对每一个违反行为分别适用时限”。<sup>128</sup>

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 *Blusun A.A.、Jean-Pierre Lecorcier 和 Michael Stein* 诉意大利共和国一案中，仲裁庭指出，“第 15 条仅适用于‘以被一并定义为不法行为的一系列作为或不作为’违背义务的行为——例如灭绝种族罪。《能源宪章条约》第 10(1)条的头两句并没有像《灭绝种族罪公约》第 1 条那样将一系列行为界定为不法行为”。<sup>129</sup>

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

仲裁庭在 *Burlington Resources Inc.* 诉厄瓜多尔共和国一案时指出，“*Burlington* 所依据的案件是不适当的，因为这些案件涉及国际法委员会条款第 15 条所述的由复合行为构成的违背义务行为……。在本案中，仲裁庭排除了蚕食式征用的假设”。<sup>130</sup>

<sup>125</sup> 另见第 1 条下提及的 *Abu Zubaydah* 诉立陶宛案和 *Al Nashiri* 诉罗马尼亚案，以及第 7 条下提及的 *Nasr et Ghali* 诉意大利案。

<sup>126</sup> ICSID Case No. ARB(AF)/11/2, Award, 4 April 2016, para. 669。

<sup>127</sup> ICSID Case No. ARB(AF)/12/5, Award, 22 August 2016, para. 227。

<sup>128</sup> 同上，第 231 段。

<sup>129</sup> ICSID Case No. ARB/14/3, Award, 27 December 2016, para. 361。

<sup>130</sup> ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Reconsideration and Award, 7 February 2017, para. 452。

## 第四章

### 一国对另一国行为的责任

#### 第 16 条<sup>131</sup>

##### 援助或协助实施—国际不法行为

常设仲裁法院(根据贸易法委员会规则)

在雪佛龙公司和德士古石油公司诉厄瓜多尔共和国一案中，仲裁庭在“主要法律案文和其他案文”中提及第 16 条，<sup>132</sup> 并指出，“国际法院在波斯尼亚灭绝种族案(2007 年)中裁定，国家责任条款第 16 条反映了习惯国际法规则”。<sup>133</sup>

#### 第 17 条

##### 指挥和控制—国际不法行为的实施

欧洲人权法院

在 Big Brother Watch 等诉联合王国一案中，欧洲人权法院援引了国家责任条款第 17 条。<sup>134</sup>

## 第五章

### 解除行为不法性的情况

#### 第 25 条<sup>135</sup>

##### 危急情况

根据解决投资争端公约所设特设委员会

在道达尔公司诉阿根廷共和国案中，为审理阿根廷撤销裁决的申请而组成的特设委员会除其他外审议了国家责任条款第 25 条，得出结论认为“阿根廷声称法庭从未具体说明在保护基本利益的危急情况和‘唯一办法’要求方面应达到的法律标准，这是不正确的”。<sup>136</sup>

根据解决投资争端公约所设特设委员会

为决定撤销 EDF 国际公司等诉阿根廷案中的裁决而设立的特设委员会：

<sup>131</sup> 另见第 1 条下提及的 Abu Zubaydah 诉立陶宛案和 Al Nashiri 诉罗马尼亚案、第 6 条下提及的 Big Brother Watch 等诉联合王国案和第 7 条下提及的 Nasr et Ghali 诉意大利案。

<sup>132</sup> 常设仲裁院第 2009-23 号案件，第二轨道第二项部分裁决书，2018 年 8 月 30 日，第 3.33 段。

<sup>133</sup> 同上，第 9.10 段。

<sup>134</sup> ECHR, First Section, Application Nos. 58170/13, 62322/14 and 24960/15, Judgment, 13 September 2018, para. 420。参考资料全文见第 6 条。

<sup>135</sup> 另见第 27 条下提及的 Urbaser S.A.和 Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia、Bilbao Bizkaia UR Partzuergoa 诉阿根廷共和国案。

<sup>136</sup> ICSID Case No ARB/04/01, Decision on Annulment, 1 February 2016, para. 238。

“不认为法庭以国际法委员会条款第 25 条的规定为参照标准是有过错的。的确，阿根廷质疑是否第 25 条的所有具体规定都反映了习惯国际法，并对它所称的求偿人倾向于‘将第 25 条的每一款作为具有完全效力的条约的最后案文加以提及’的做法提出了争议。但是，阿根廷在任何时候都没有说明它认为第 25 条的哪些方面没有反映习惯国际法。更重要的是，它在任何阶段都没有提出确凿的证据，支持一种与第 25 条所规定的有实质性差别的危急情况标准。”

委员会“因此得出结论认为，法庭声称‘任何一方都没有主张适用比第 25 条的准则更有利于东道国的标准’的说法是正确的，并且在将第 25 条视为适用的习惯国际法的陈述方面没有犯任何应该需要纠正的错误”。<sup>137</sup>

常设仲裁法院(根据贸易法委员会规则)

在 CC/Devas (Mauritius) Ltd.、Devas Employees Mauritius Private Limited 和 Telecom Devas Mauritius Limited 诉印度共和国案中，仲裁庭援引国家责任条款第 25 条，裁定“根据习惯国际法对危急情况进行辩护的条件在目前情况下不适用”。<sup>138</sup>

根据解决投资争端公约所设特设委员会

为决定撤销在 Suez、Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A.和 Vivendi Universal, S.A.诉阿根廷共和国一案中的裁决而组成的特设委员会裁定，虽然第 25 条规定的“唯一办法”和“非促成”要求均“可作某种程度的解释”，<sup>139</sup>“法庭所采用解释的是非曲直不由委员会重新审议，无论这些是非曲直如何，委员会都认为法庭因此充分确立了它将适用于案件事实的标准”。<sup>140</sup>

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

仲裁庭在 Teinver S.A.、Transportes de Cercanías S.A.和 Autobuses Urbanos del Sur S.A.诉阿根廷共和国案中认定，根据国家责任条款第 25 条，“仲裁庭没有必要审议被申请人对危急情况的抗辩或赔偿方反对这一抗辩的具体论点”，因为法庭先前驳回了被告违背相关义务的指控。<sup>141</sup>

<sup>137</sup> ICSID Case No ARB/03/23, Decision on Annulment, 5 February 2016, para. 319。

<sup>138</sup> 常设仲裁法院第 2013-09 号案件，关于管辖权和案情的裁决书，2016 年 7 月 25 日，第 256 段。

<sup>139</sup> ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Argentina’s Application for Annulment, 5 May 2017, para. 290。

<sup>140</sup> 同上，第 295 段。

<sup>141</sup> ICSID Case No. ARB/09/1, Award of the Tribunal, 21 July 2017, paras. 1045-1046。

### 解决投资争端公约所设国际仲裁法庭

在 *Unión Fenosa Gas, S.A. 诉阿拉伯埃及共和国案* 中，法庭在讨论习惯国际法规定的危急情况抗辩时，<sup>142</sup> 援引了第 25 条并：

“决定作为一项积极指控，被申请方负有证明其根据习惯国际法进行‘危急情况’抗辩理由的法律责任。此外，国际法委员会条款第 25 条所列的抗辩要素是累积的。换言之，应由被申请方证明每一项有关要素，而不是由赔偿方反驳其中任何一项要素。第 25 条第 1 款和第 25 条第 2 款的否定表述（‘不得援引’、‘除非’和‘在以下情况下’），以及几乎完全属于援引‘危急情况’抗辩理由的国家真正了解的要素，都清楚地表明了这一点。这一做法也符合国际法委员会适用于国际法委员会条款第 25 条的评注”。<sup>143</sup>

### 根据解决投资争端公约所设特设委员会

在 *Bernhard Friedrich Arnd Rüdiger Von Pezold 等人诉津巴布韦共和国案* 中，为审理津巴布韦撤销裁决的申请而组成的特设委员会指出，“津巴布韦主要根据国际法委员会条款第 25 条在仲裁程序中提出了危急情况抗辩，法庭裁决的很大一部分述及这一问题。在对这一问题进行了广泛分析之后，法庭最终驳回了抗辩，得出结论认为津巴布韦没有满足第 25 条的要求。因此，在确定津巴布韦是否可以适用危急情况抗辩时，法庭确实适用了国际法，而不是津巴布韦的法律。”<sup>144</sup>

### 根据解决投资争端公约所设特设委员会

在 *Suez, Sociedad General De Aguas De Barcelona S.A. 和 Interagua Servicios Integrales De Agua S.A. 诉阿根廷共和国案* 中，特设委员会在讨论仲裁庭适用第 25 条的问题时认定，在根据国家责任条款第 25 条适用危急情况抗辩时，该法庭没有明显超越其权力，也说明了理由。<sup>145</sup>

## 第 26 条

### 对强制性规范的遵守

#### 欧洲人权法院

在 *Al-Dulimi 和 Montana Management Inc. 诉瑞士案* 中，欧洲人权法院将第 26 条及其评注作为相关国际法提及。<sup>146</sup>

<sup>142</sup> ICSID Case No. ARB/14/4, Award, 31 August 2018, paras. 8.2 - 8.3。

<sup>143</sup> 同上，第 8.38 及以下各段。

<sup>144</sup> ICSID Case No. ARB/10/15, Decision on Annulment, 21 November 2018, paras. 278-279。

<sup>145</sup> ICSID Case No. ARB/03/17, Decision on Annulment, 14 December 2018, paras. 182-190。

<sup>146</sup> ECHR, Grand Chamber, Application No. 5809/08, Judgment, 21 June 2016, para. 57。

## 美洲人权法院

在 Herzog 等人诉巴西一案中，美洲人权法院援引对国家责任条款第 26 条的评注，回顾委员会已确认，禁止危害人类罪已被作为国际法的一项强制性规范明确接受和承认。<sup>147</sup>

### 第 27 条

#### 援引解除行为不法性的情况的后果

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 Urbaser S.A. 和 Consorcio De Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Bizkaia UR Partzuergoa 诉阿根廷共和国案中，仲裁庭承认国家责任条款第 25 条和第 27 条“在很大程度上反映了国际法的一般原则”。<sup>148</sup>

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 Unión Fenosa Gas, S.A. 诉阿拉伯埃及共和国一案中，法庭提到对第 27 条的评注，并指出，“‘如果解除不法性的情况不再存在’，根据国际法对危急情况的抗辩即告失效”。<sup>149</sup>

## 第二部分

### 一国国际责任的内容

#### 第一章

#### 一般原则

常设仲裁法院(根据贸易法委员会规则)

在雪佛龙公司和德士古石油公司诉厄瓜多尔共和国案中，仲裁庭在第三部分(“主要法律和其他案文”)下提到国家责任条款第 28 至 39 条，<sup>150</sup> 这些条款与当事方的救济要求有关。<sup>151</sup>

### 第 28 条<sup>152</sup>

#### 国际不法行为的法律后果

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 Crystallex International Corporation 诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国案中，仲裁庭提到了国家责任条款第 28 条的评注，并指出它：

<sup>147</sup> Inter-American Court of Human Rights, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Series C No. 353 (Spanish), Judgment, 15 March 2018.

<sup>148</sup> ICSID Case No. ARB/07/26, Award, 8 December 2016, para. 709.

<sup>149</sup> ICSID Case No. ARB/14/4, Award, 31 August 2018, para. 8.47.

<sup>150</sup> 常设仲裁法院第 2009-23 号案件，第二轨道第二项部分裁决书，2018 年 8 月 30 日，第 3.34-3.45 段。

<sup>151</sup> 同上，第 9.9 段。

<sup>152</sup> 另见第 31 条下所述的 Teinver S.A.、Transportes de Cercanías S.A. 和 Autobuses Urbanos del Sur S.A. 诉阿根廷共和国案，以及第 33 条下所述的 Burlington Resources Inc. 诉厄瓜多尔共和国案。

“意识到规定了国际不法行为法律后果的国际法委员会条款第二部分，不能适用、至少不能直接适用于涉及国家以外的个人或实体的案件，如本案的投资争端……。话虽如此，国际法委员会的条款在国家责任问题上反映了习惯国际法，如果适用于本案的‘条约’没有述及某一事项，而且没有需要以其他方式处理的情况，法庭将以国际法委员会的条款为指导。”<sup>153</sup>

### 第 30 条

#### 停止和不重复

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 Mobil Investments Canada Inc. 诉加拿大政府一案中，仲裁庭指出：

“如果第十一章法庭认为，强制执行 2004 年准则违反[北美自由贸易协定]第 1106 条，很难看出加拿大如何能够在执行准则的同时真诚地履行第 1106 条规定的义务。国际法委员会国家责任条款加强了这一结论，其中第 30 条规定，在国际不法行为持续时，责任国有义务停止其行为。”<sup>154</sup>

欧洲人权法院

在格鲁吉亚诉俄罗斯(I)一案中，欧洲人权法院指出，“[欧洲人权公约]的公正赔偿规则直接源自与国家责任有关的国际公法原则……。这些原则包括《国家对国际不法行为的责任条款》第 30 条和第 31 条分别规定的国际不法行为责任国有义务‘在该行为持续时，停止其行为’，并有义务‘对国际不法行为所造成的损害提供充分赔偿’。”<sup>155</sup>

### 第 31 条<sup>156</sup>

#### 赔偿

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 Joseph Houben 诉布隆迪共和国一案中，仲裁庭指出，国家责任条款第 31 条将一国违背其国际义务的情况下综合赔偿的习惯国际法标准编纂归类。<sup>157</sup> 仲裁庭在解释国家责任条款第 35 条和第 36 条时指出，责任国只能在不可能恢复原状的情况下提供赔偿。<sup>158</sup>

<sup>153</sup> ICSID Case No. ARB(AF)/11/2, Award, 4 April 2016, para. 848 and note 1242.

<sup>154</sup> ICSID Case No. ARB/15/6, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 13 July 2018, para. 165.

<sup>155</sup> ECHR, Grand Chamber, Application No. 13255/07, Judgment, 31 January 2019, para. 54.

<sup>156</sup> 另见第 34 条下提及的 Teinver S.A.、Transportes de Cercanías S.A. 和 Autobuses Urbanos del Sur S.A. 诉阿根廷共和国案和 Caratube International Oil Company LLP 和 Devincci Salah Hourani 诉哈萨克斯坦共和国案、第 36 条下提及的 Unión Fenosa Gas S.A. 诉阿拉伯埃及共和国案和第 39 条下提及的 Marco Gavazzi 和 Stefano Gavazzi 诉罗马尼亚案。

<sup>157</sup> ICSID Case No. ARB/13/7, Award, 12 January 2016, para. 222.

<sup>158</sup> Ibid, paras. 223-224.

#### 解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 *Crystallex International Corporation* 诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国案中，仲裁庭在讨论适用的赔偿标准时提及第 31 条，<sup>159</sup> 并指出，“只有在被申请人违反条约与索赔方遭受的损失之间存在充分的因果联系时，该国才应对违反条约的行为给予赔偿”。<sup>160</sup>

#### 解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 *Vestey Group Limited Ltd.* 诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国案中，仲裁庭在裁定委内瑞拉犯有国际不法行为时援引了第 31 条，即该国际不法行为“导致有义务对非法行为所造成的损害作出充分赔偿”。<sup>161</sup> 仲裁庭还指出，“虽然国际法委员会的条款管辖一国对另一国而不是对私人的责任，但各方普遍认为，国际法委员会的关键条款，如第 31 条第 1 款，可以适用于投资者与国家之间的争端”。<sup>162</sup>

#### 常设仲裁法院(根据贸易法委员会规则)

在 *Murphy Exploration and Production Company International* 诉厄瓜多尔共和国一案中，仲裁庭在提到国家责任条款第 31 条时解释说，“充分赔偿原则适用于与征用无关的违反投资条约的行为。这反映在投资法庭的做法上。”<sup>163</sup> 仲裁庭还指出，“乔尔佐伍工厂案的裁决和国际法委员会关于国家责任的第 31 条所反映的可适用的国际法充分赔偿标准并不决定估价方法”。<sup>164</sup> 因此，“仲裁庭需要了解很多情况，以确定一笔金额‘如何尽可能地消除非法行为的所有后果，并重新恢复如未施行不法行为很可能存在的状况’”。<sup>165</sup>

#### 常设仲裁法院(根据贸易法委员会规则)

在 *Flemingo DutyFree Shop Private Limited* 诉波兰共和国案中，仲裁庭指出，波兰-印度双边投资条约“本身并未规定对这些违约行为的赔偿标准。根据习惯国际法，如国际法委员会条款第 31 条第 1 款所编纂，索赔方有权获得充分赔偿，数额足以消除因被申请人不法行为而造成的所有损害。充分赔偿既包括实际损失(Damnum emergens)，也包括利润损失(Lucum cessans)”。<sup>166</sup>

<sup>159</sup> ICSID Case No. ARB(AF)/11/2, Award, 4 April 2016, para. 849.

<sup>160</sup> 同上，第 860 段和注 1247。

<sup>161</sup> ICSID Case No. ARB/06/4, Award, 15 April 2016, para. 326 and note 306.

<sup>162</sup> 同上，第 326 段。

<sup>163</sup> 常设仲裁法院第 2012-16 号案件，部分最终裁决书，2016 年 5 月 6 日，第 425 段。

<sup>164</sup> 同上，第 481 段。

<sup>165</sup> 同上。

<sup>166</sup> 常设仲裁法院，裁决书，IIC 883(2016)，2016 年 8 月 12 日，第 865 段(原文强调)。

## 解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 *Rusoro Mining Limited* 诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国案中，仲裁庭指出，“如果没有任何具体的条约措辞，损害赔偿必须按照国际法规则计算”，其中特别包括国家责任条款第 31 条。<sup>167</sup>

## 解决投资争端公约所设国际仲裁庭

仲裁庭在 *Victor Pey Casado* 和 *President Allende Foundation* 诉智利共和国案中指出，“投资仲裁的一项基本原则是，索赔方必须证明其申辩的损失，换句话说，必须表明所称的伤害或损害是由于侵犯其合法权利的行为……所造成的。但同样，它也直接遵循国际法委员会条款第 31 条所反映的国际法中的国家责任原则”。<sup>168</sup> 仲裁庭还指出，“损害(以及相关的因果关系问题)与对该损害的赔偿的评估之间的区别[……]对国际法委员会条款第 31 条的实施至关重要”。<sup>169</sup>

## 解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 *Burlington Resources Inc.* 诉厄瓜多尔共和国案中，仲裁庭指出，“因此，适当的赔偿标准是国际法委员会条款第 31 条规定的以类推方式适用的有关充分赔偿的习惯国际法标准”。<sup>170</sup> 根据第 31 条的评注，仲裁庭进一步指出，“关于赔偿责任的决定中确定的唯一非法行为是厄瓜多尔通过永久实际接管这些区块征用 *Burlington* 的投资。因此，仲裁庭的任务仅限于裁定‘由接管引起并可归于接管’的损害。”<sup>171</sup> 关于“使用征用日期之后的信息是否会与因果关系的要求相冲突”的问题，法庭进一步援引第 31 条的评注并确定，“在裁决之日用来量化损失的利润的某些资料在征用之日可能无法预见，但这并不会打破因果关系链。重要的是，所遭受的损害必须是不法行为造成的”。<sup>172</sup>

## 解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 *Cervin Investissements S.A.* 和 *Rhone Investissements S.A.* 诉哥斯达黎加共和国案中，仲裁庭指出，国家责任条款第 31 条编纂了充分赔偿的原则。<sup>173</sup>

## 解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 *Eiser Infrastructure Limited* 和 *Energía Solar Luxembourg S.á r.l.* 诉西班牙王国案中，仲裁庭“认为[国家责任条款]第 31 条准确地反映了将在此案中适用的国际法规则。国际法要求被申请人对未能履行《能源宪章条约》第 10(1)条规

<sup>167</sup> ICSID Case No. ARB(AF)/12/5, Award, 22 August 2016, para. 640.

<sup>168</sup> ICSID Case No. ARB/98/2, Award, 13 September 2016, para. 205.

<sup>169</sup> 同上，第 215 段(另见第 204 段)。

<sup>170</sup> ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Reconsideration and Award, 7 February 2017, para. 177.

<sup>171</sup> 同上，第 212 段。

<sup>172</sup> 同上，第 333 段。

<sup>173</sup> ICSID Case No. ARB/13/2, Final Award (Spanish) (7 March 2017), para. 700.

定的给予公正和公平待遇的义务所造成的损害给予充分赔偿，以消除不法行为的后果”。<sup>174</sup>

#### 解决投资争端公约所设仲裁法庭

在 *Valores Mundiales, S.L.和 Consorcio Andino S.L.诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国案*中，仲裁庭指出，国际委员会在国家责任条款第 31 条中编纂了充分赔偿原则。<sup>175</sup>

#### 解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 *Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S.诉巴基斯坦伊斯兰共和国案*中，仲裁庭根据国家责任条款第 31、35 和 36 条得出结论认为，“Karkey 有权获得损害赔偿裁决，以消除巴基斯坦不法行为的后果，并重新恢复如果没有这类不法行为本来会存在的状况”。<sup>176</sup>

#### 解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 *UAB E Energija(立陶宛)诉拉脱维亚共和国案*中，仲裁庭指出，“根据国际法委员会条款第 31 条，国际不法行为责任国必须对这种行为‘所造成的损害作出充分赔偿’”，并指出，要根据国家责任条款第 36 条的规定获得损害赔偿，“损害必须是国际法委员会条款第 31 条规定的投资者所控诉的国家国际不法行为造成的”。<sup>177</sup>

#### 解决投资争端公约所设国际仲裁庭

仲裁庭在 *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A.诉西班牙王国案*中得出结论认为，“索赔方有权对被告国违反《能源宪章条约》[公正和公平待遇]标准所造成的损害获得充分赔偿。这是乔尔佐伍工厂案原则和国际法委员会条款第 31 条第 1 款规定的标准，仲裁庭认为在本案完全适用”。<sup>178</sup> 仲裁庭还指出，“当事各方对国际法委员会条款所载原则作为习惯国际法的地位也没有争议”。<sup>179</sup>

#### 解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l 和 Antin Energia Termosolar B.V.诉西班牙王国案*中，仲裁庭认为国家责任条款第 31 条“反映了应在本案适用的国际法规则，因此，国际法规定的赔偿方有权对被申请方违背根据《能源宪章条约》第 10(1)条给予[公正和公平待遇]的义务所造成的损害获得充分赔偿，以消除不法行为的后果”。<sup>180</sup>

<sup>174</sup> ICSID Case No. ARB/13/36, Final Award, 4 May 2017, para. 424.

<sup>175</sup> ICSID Case No. ARB/13/11, Award (Spanish) (25 July 2017), para. 693.

<sup>176</sup> ICSID Case No. ARB/13/1, Award, 22 August 2017, para. 663.

<sup>177</sup> ICSID Case No. ARB/12/33, Award, 22 December 2017, paras. 1127-1129.

<sup>178</sup> ICSID Case No. ARB/14/1, Award, 16 May 2018, para. 552.

<sup>179</sup> 同上，第 551 段。

<sup>180</sup> ICSID Case No. ARB/13/31, Award, 15 June 2018, para. 664.

## 国际刑事法院

在检察官诉热尔曼·加丹加一案中，审判分庭援引了国家责任条款第 31 条的评注，认为“如果实施最初行为的人不能合理预见有关事件，则不能将最初行为视为受害人所受伤害的直接原因，因此，不能追究实施最初行为的人对有关损害的责任”。<sup>181</sup>

根据斯德哥尔摩商会规则所设仲裁庭

在 Novenergia II - Energy and Environment (SCA)(卢森堡大公国)诉西班牙王国一案中，仲裁庭除其他外，依据国家责任条款第 31 条认为，“因此，习惯国际法下的充分赔偿原则规定应通过赔偿金，使受害的投资者处于若该国不违背国家的国际法义务会处于的同样状况中。赔偿包括已经遭受的损失以及利润损失”。<sup>182</sup>

国际商会(根据“国际商会仲裁规则”)

在 Olin Holdings Limited 诉利比亚国一案中，法庭“审查了国际法委员会关于国家责任的条款，其中要求一国‘对国际不法行为所造成的损害提供充分赔偿’，涵盖‘经济上可评估的任何损害，包括可以确定的利润损失’”。<sup>183</sup>

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 UP 和 CD Holding Internationale 诉匈牙利一案中，仲裁庭指出，“习惯国际法中关于充分赔偿的原则是在经常引用的常设国际法院乔尔佐伍工厂案中界定的，自那以后，这一原则已反映在国际法委员会条款第 31 条中。根据这一标准，赔偿必须消除违法行为的后果。因此，充分赔偿的习惯国际法原则包括对间接损害的赔偿。”<sup>184</sup>

根据斯德哥尔摩商会规则所设仲裁庭

在 Foresight Luxembourg Solar 1 S.À.R.L. 等诉西班牙王国一案中，仲裁庭在“参照习惯国际法，寻求适用的赔偿标准”时援引国家责任条款第 31 条。<sup>185</sup> 法庭“进一步认为，充分赔偿原则在国际投资法中得到普遍接受”。<sup>186</sup>

<sup>181</sup> 国际刑事法院，第二审判分庭，检察官诉热尔曼·加丹加案，关于上诉分庭 2018 年 3 月 8 日判决中要求还押赔偿的一些申请人指控的跨代伤害问题的裁决，ICC-01/04-01/07，2018 年 7 月 19 日，第 17 段和注 36。

<sup>182</sup> SCC Case No. 2015/063, Final Arbitral Award, 15 February 2018, para. 808。

<sup>183</sup> 国际刑事法院第 20355/MCP 号案件，2018 年 5 月 25 日最终裁决，第 473 段。

<sup>184</sup> ICSID Case No. ARB/13/35, Award, 9 October 2018, para. 512。

<sup>185</sup> SCC Case No. V (2015/150), Final Award, 14 November 2018, paras. 432 and 435。

<sup>186</sup> 同上，第 436 段。

## 第 33 条

### 本部分所载国际义务的范围

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 *Burlington Resources Inc. 诉厄瓜多尔共和国* 一案中，仲裁庭援引了国家责任条款第 33 条和第 28 条评注，指出“虽然第 31 条所属的对国际不法行为法律后果作出规定的国际法委员会条款第二部分不适用于国家对非国家的国际责任，但人们普遍接受的是，国际法委员会的条款可转用于投资者与国家之间的争端”。<sup>187</sup>

## 第二章

### 赔偿损害

#### 第 34 条<sup>188</sup>

##### 赔偿方式

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 *Teinver S.A.、Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. 诉阿根廷共和国* 案中，仲裁庭在概述双方关于国家责任条款第 28、31、34、35 和 36 条的论点后，<sup>189</sup> 指出：

“国际法委员会条款明确阐述了一国在违反国际义务时提供充分赔偿的义务，这些条款的通过，以及各国在这种情况下支付赔偿的做法，表明各国接受这一义务。这并不是说，被发现违反国际义务的国家必须对其违反行为所造成的任何损害作出充分赔偿的国际法一般原则，对一国根据国际法征用外国人财产的权利有任何影响。国家这样做的权利是国际法规定的；只要财产是合法征用，国家就有义务补偿所有人，但不作充分赔偿。国家作充分赔偿的义务与其违反国际法有关。当事各方同意采用国际法中与损害有关的原则作为限制因素，解决被申请方对充分赔偿义务导致不成比例的补偿的关切。”<sup>190</sup>

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 *Caratube International Oil Company LLP 和 Devincci Salah Hourani 诉哈萨克斯坦共和国* 案中，仲裁庭在提及国家责任条款第 31、34 和 36 条后得出结论：“CIOC[Caratube International Oil Company]因被申请方非法征用合同(如仲裁庭大多数成员所裁定的那样)而实际遭受的损害，在没有[公平市场价值]的情况下，

<sup>187</sup> ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Reconsideration and Award, 7 February 2017, para. 177 and note 236.

<sup>188</sup> 另见第 37 条下提及的 *Moreira Ferreira 诉葡萄牙案*(第 2 号)。

<sup>189</sup> ICSID Case No. ARB/09/1, Award of the Tribunal, 21 July 2017, paras. 1077-1088.

<sup>190</sup> 同上，第 1089 段。

采用主观和具体的估价方法进行适当评估，为 CIOC 实际遭受的损害提供充分赔偿”。<sup>191</sup>

### 第 35 条<sup>192</sup>

#### 恢复原状

欧洲人权法院

在 Ryabkin 和 Volokitin 诉俄罗斯案中，欧洲人权法院认为国家责任条款第 35 和 36 条是相关国际法。<sup>193</sup>

欧洲人权法院

在 Guja 诉摩尔多瓦共和国案(第 2 号)中，欧洲人权法院援引第 35 条作为相关国际法，并就第 35 条指出：“各国应当调整法律制度和司法程序，使[恢复原状]这一结果可以实现”。<sup>194</sup>

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

仲裁庭在 Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. 诉西班牙王国案中，指出“根据国际法委员会条款第 35 条，恢复原状是国际法中对不法行为进行赔偿的主要方式”。<sup>195</sup> 然而，仲裁庭认为“不应准许在法律上恢复原状”，称“国际法委员会条款第 35(b)条在恢复原状与将获裨益相比负担过重的情况下，免除了责任国恢复原状的首要义务”。<sup>196</sup>

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在卢森堡 Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. 和 Antin Energia Termosolar B.V. 诉西班牙王国案中，仲裁庭认为，索赔方根据国家责任条款第 35 条寻求恢复原状令，这“与金钱补偿相比，与对该国主权的干涉不相称”。<sup>197</sup>

<sup>191</sup> ICSID Case No. ARB/13/13, Award of the Tribunal, 27 September 2017, para. 1085。

<sup>192</sup> 见第 31 条下提及的 Teinver S.A.、Transportes de Cercanías S.A. 和 Autobuses Urbanos del Sur S.A. 诉阿根廷共和国案、第 31 条下提及的 Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. 诉巴基斯坦伊斯兰共和国案、第 36 条下提及的欧洲 Saint-Gobain Performance Plastics Europe 诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国案以及第 37 条下提及的 Moreira Ferreira 诉葡萄牙案(第 2 号)。

<sup>193</sup> ECHR, Third Section, Application Nos. 52166/08 and 8526/09, Judgment, 28 June 2016, para. 30。

<sup>194</sup> ECHR, Second Section, Application No. 1085/10, Judgment, 15 March 2018, paras. 26 and 31。

<sup>195</sup> ICSID Case No. ARB/14/1, Award, 16 May 2018, para. 558。

<sup>196</sup> 同上，第 562 段。

<sup>197</sup> ICSID Case No. ARB/13/31, Award, 15 June 2018, para. 636。

## 第 36 条<sup>198</sup>

### 补偿

#### 解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 Joseph Houben 诉布隆迪共和国案中，仲裁庭提及国家责任条款第 36 条，指出在征用事项中，一般认为被征用货物的价值必须参照公平市场价值来评估。<sup>199</sup>

#### 解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 Tenaris S.A. 和 Talta-Trading e Marketing Sociedade Unipessoal LDA 诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国案中，仲裁庭指出，在评估补偿额方面，国家责任条款“目前被认为最准确地反映了习惯国际法”。<sup>200</sup> 关于公平市场价值的确定，仲裁庭指出，“因此，每个法庭既须努力遵守条约关于推定估值日期的规定，又须兼顾国际法委员会条款第 36 条所定标准和常设国际法院对乔尔佐伍案的裁决”。<sup>201</sup>

#### 解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 Crystallex International Corporation 诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国案中，仲裁庭援引第 36 条及相应评注，指出“按照公平市场价值方法对投资进行估价，的确确保了消除违约的后果，并确保重新确立如果没有实施不法行为本来很有可能存在的情况”。<sup>202</sup> 仲裁庭还指出，“国际法委员会的条款承认，在某些情况下，补偿利润损失可能是合适的”。<sup>203</sup>

#### 解决投资争端公约特设委员会

在 Tidewater Investment SRL 和 Tidewater Caribe, C.A. 诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国案中，特设委员会在讨论被申请人关于仲裁庭越权的论点时指出，仲裁庭认为“世界银行[外国直接投资待遇]指南……以及判例法、原则和国际法委员会关于国家责任的草案为解释双边投资条约第 5 和 8 条提供了‘合理指导’”，<sup>204</sup> 以找到“确定‘市场价值’的适当标准”。<sup>205</sup>

<sup>198</sup> 另见第 35 条下提及的 Ryabkin 和 Volokitin 诉俄罗斯案、第 31 条下提及的 UAB E Energija(立陶宛)诉拉脱维亚共和国案、第 39 条下提及的 Marco Gavazzi 和 Stefano Gavazzi 诉罗马尼亚案、第 34 条下提及的 Teinver S.A.、Transportes de Cercanías S.A. 和 Autobuses Urbanos del Sur S.A. 诉阿根廷共和国案、第 34 条下提及的 Caratube International Oil Company LLP 和 Devincci Salah Hourani 诉哈萨克斯坦共和国案以及第 37 条下提及的 Moreira Ferreira 诉葡萄牙案(第 2 号)。

<sup>199</sup> ICSID Case No. ARB/13/7, Award (French), 12 January 2016, paras. 224-225 and note 157.

<sup>200</sup> ICSID Case No. ARB/11/26, Award, 29 January 2016, paras. 515-516.

<sup>201</sup> 同上，第 543 段。

<sup>202</sup> ICSID Case No. ARB(AF)/11/2, Award, 4 April 2016, paras. 849-850.

<sup>203</sup> 同上，第 873 段。

<sup>204</sup> ICSID Case No. ARB/10/5, Decision on annulment, 27 December 2016, para. 144.

<sup>205</sup> 同上，第 132 段。

#### 解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在欧洲 Saint-Gobain Performance Plastics Europe 诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国案中，仲裁庭提及国家责任条款第 35 和 36 条以支持其观点，即“公平市场价值也反映了习惯国际法的补偿标准”。<sup>206</sup>

#### 解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 Burlington Resources Inc. 诉厄瓜多尔共和国案中，仲裁庭援引国家责任条款第 36 条得出结论：“Burlington 未在有合理把握确定国际法要求利润损失索赔的情况下，证明通过其[Burlington]谈判[合同延期]的权利事实上本可以实现可[被征用]的延期”。<sup>207</sup>

#### 解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. 诉巴基斯坦伊斯兰共和国案中，仲裁庭参考国家责任条款第 36 条，“对因国际不法行为而损失的财产，按损失财产的‘公平市场价值’计算了反映其资本价值的补偿额”，同时考虑到“有关资产的性质”。<sup>208</sup>

#### 解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. 诉西班牙王国案中，仲裁庭援引第 36 条第 1 款的案文得出结论：索赔方“有权就被申请方违反条约所造成的损失获得充分赔偿”。<sup>209</sup> 仲裁庭还指出，“国际法委员会条款第 36 条规定的原则不涵盖精神损害”。<sup>210</sup>

#### 解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 Unión Fenosa Gas S.A. 诉阿拉伯埃及共和国案中，仲裁庭指出，“因此本仲裁庭裁定的任何补偿，都应适用习惯国际法原则以确定补偿额，即根据常设国际法院在乔尔佐工厂案(1928 年)的判决中早已确立的一般原则，进行‘充分赔偿’以尽可能消除被申请方的国际不法行为的后果，国际法委员会关于国家责任的条款第 31 和 36 条也确认了这一点。”<sup>211</sup> 仲裁庭“决定采用三个月伦敦银行同业拆放利率+每季度复利 2.0% 作为裁定前利息的适当利率，[并]认为该利率反

<sup>206</sup> ICSID Case No. ARB/12/13, Decision on Liability and the Principles of Quantum, 30 December 2016, paras. 627 and 711.

<sup>207</sup> ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Reconsideration and Award, 7 February 2017, para. 278.

<sup>208</sup> ICSID Case No. ARB/13/1, Award, 22 August 2017, paras. 872-73.

<sup>209</sup> ICSID Case No. ARB/14/1, Award, 16 May 2018, para. 564.

<sup>210</sup> 同上，第 565 段。

<sup>211</sup> ICSID Case No. ARB/14/4, Award, 31 August 2018, paras. 10.96-10.97.

映了适用于作为索赔方投资的该项目的合理利率，这符合乔尔佐伍工厂案(1928年)的原则和国际法委员会关于国家责任的条款第 36 条”。<sup>212</sup>

### 第 37 条

#### 抵偿

欧洲人权法院

在 *Moreira Ferreira 诉葡萄牙案*(第 2 号)中，欧洲人权法院就恢复原状的概念指出：“在解释《[欧洲][人权]公约》时，必须考虑到国家对国际不法行为的责任条款草案中的赔偿原理，特别是其中第 34-37 条”。<sup>213</sup>

### 第 38 条

#### 利息

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 *Tenaris S.A. 和 Talta-Trading e Marketing Sociedade Unipessoal LDA 诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国案*中，仲裁庭援引了国家责任条款第 38 条及其评注，<sup>214</sup> 涉及征用造成的损失的体现。<sup>215</sup> 仲裁庭指出，“虽然投资法庭适用的理由和利率差别很大，但围绕索赔方机会成本原则似乎已经形成共识。”<sup>216</sup>

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 *Crystallex International Corporation 诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国案*中，仲裁庭将国家责任条款第 38 条作为“权威声明”，即“支付到期款项利息的实质性国际法律义务已经确立”，<sup>217</sup> 并依据相应评注讨论了单利或复利的裁决。<sup>218</sup>

常设仲裁法院(根据贸易法委员会规则)

在 *Murphy Exploration and Production Company International 诉厄瓜多尔共和国案*中，常设仲裁法院提到第 38 条及其评注，“认为对损害判以赔偿利息是适当的，以确保索赔方得到充分赔偿”。<sup>219</sup>

<sup>212</sup> 同上，第 10.138 段。

<sup>213</sup> ECHR, Grand Chamber, Application No. 19867/12, Judgment, 11 July 2017, para. 3 and note 6。

<sup>214</sup> ICSID Case No. ARB/11/26, Award, 29 January 2016, para. 575。

<sup>215</sup> 同上，第 576 段。

<sup>216</sup> 同上，第 577 段。

<sup>217</sup> ICSID Case No. ARB(AF)/11/2, Award, 4 April 2016, para. 930。

<sup>218</sup> 同上，第 935 段，注 1319。

<sup>219</sup> 常设仲裁法院第 2012-16 号案件，部分最终裁决书，2016 年 5 月 6 日，第 511-513 段。

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在欧洲 Saint-Gobain Performance Plastics Europe 诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国案中，仲裁庭指出，“关于习惯国际法的标准，国际法委员会条款草案第 38 条规定，‘应为取得这一结果[确保充分赔偿]规定利率和计算方法’”。<sup>220</sup>

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 Burlington Resources Inc. 诉厄瓜多尔共和国案中，仲裁庭裁定复利，与国家责任条款第 38 条的评注不符，因为“复利比单利更能实现充分赔偿”。<sup>221</sup>

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 Teinver S.A.、Transportes de Cercanías S.A. 和 Autobuses Urbanos del Sur S.A. 诉阿根廷共和国案中，仲裁庭援引第 38 条，“指出国际法委员会条款还将利息作为国家充分赔偿义务的组成部分”<sup>222</sup> 并“毫不犹豫地接受，支付利息是对违反国际义务作出充分赔偿义务的一部分”。<sup>223</sup>

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. 诉巴基斯坦伊斯兰共和国案中，仲裁庭“指出，双边投资条约和国际法委员会关于国家责任的条款均未规定确定利息的具体规则”。<sup>224</sup>

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 Caratube International Oil Company LLP 和 Devincci Salah Hourani 诉哈萨克斯坦共和国案中，仲裁庭指出，国家责任条款第 38 条确认了一个总的前提，即“判给利息是对索赔方由于被申请方的错误而丧失对其钱财的使用权进行补偿。因此，只有在例外的情况下，才能将对剥夺钱财使用权的赔偿限制在比剥夺持续的实际时间更短的时期内”。<sup>225</sup> 仲裁庭判给利息，认为“没有理由背离国际法委员会条款第 38 条规定的一般原则”。<sup>226</sup>

<sup>220</sup> ICSID Case No. ARB/12/13, Decision on Liability and the Principles of Quantum, 30 December 2016, para. 872.

<sup>221</sup> ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Reconsideration and Award, 7 February 2017, para. 540.

<sup>222</sup> ICSID Case No. ARB/09/1, Award of the Tribunal, 21 July 2017, para. 1120.

<sup>223</sup> 同上，第 1121 段。

<sup>224</sup> ICSID Case No. ARB/13/1, Award, 22 August 2017, para. 992, 也提到 Yukos Universal Ltd. (马恩岛) 诉俄罗斯案，贸易法委员会，常设仲裁法院第 AA 227 号案件，最终裁决书，2014 年 7 月 18 日，第 1678 段。

<sup>225</sup> ICSID Case No. ARB/13/13, Award of the Tribunal, 27 September 2017, paras. 1217-1218.

<sup>226</sup> 同上，第 1221 段。

## 国际法院

国际法院在尼加拉瓜在边界地区进行的某些活动案(哥斯达黎加诉尼加拉瓜)中提到第 38 条及其评注, 其中回顾: “在国际性法院和法庭的实践中, 如果在国际不法行为造成的损害作出充分赔偿时有此需要, 可判给判决前利息。然而, 利息不是一种自动的赔偿方式, 在每一案例中亦非属于补偿的必要部分。”<sup>227</sup>

国际商会(根据《国际商会仲裁规则》)

在 Olin Holdings Limited 诉利比亚国案中, 法庭“在拟订关于国家对其国际不法行为的责任的国际法基本规则时, 提及国际法委员会关于国家责任的第 38.1 条”。<sup>228</sup> 法庭还注意到“当事方关于利率的立场, 并认为塞浦路斯适用的百分之五(5%)的商业利率将达到根据国际法委员会关于国家责任的条款确保充分赔偿的结果, 理由如下:

- (1) 法庭承认, 无论是根据塞浦路斯-利比亚双边投资条约, 还是根据更普遍的国际法, 法庭都不会按照适用于利比亚的商业利率判给利息;
- (2) 法庭承认, Olin 是一家塞浦路斯公司, 适用于塞浦路斯的利率反映了 Olin 向塞浦路斯银行借贷同额款项的费用, 因此, 按适用于塞浦路斯的商业利率判给利息将使索赔方得以实现充分赔偿的结果。”<sup>229</sup>

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 UP and CD Holding Internationale 诉匈牙利案中, 仲裁庭援引国家责任条款第 38 条, 指出“应以国际法委员会条款第 38 条所反映的国际法恢复原状原则为指导”。<sup>230</sup>

## 第 39 条 促成损害

常设仲裁法院(根据贸易法委员会规则)

在 Cooper Mesa Mining Corporation 诉厄瓜多尔共和国案中, 仲裁庭指出: “关于‘共同过失’, 本仲裁庭参考国际法委员会关于国家责任的条款中题为‘促成损害’的第 39 条, 认为这一条宣告了国际法”。<sup>231</sup> 该仲裁庭“裁定, 索赔方的损害既是由被申请方的非法征用造成的, 也是由索赔方自己共同的马虎疏忽行为和污手造成的。鉴于本仲裁庭不为本案对这些不同的概念进行区分, 本

<sup>227</sup> 国际法院, 尼加拉瓜在边界地区进行的某些活动(哥斯达黎加诉尼加拉瓜), 2018 年 2 月 2 日的判决, 第 151 段。

<sup>228</sup> ICC Case No. 20355/MCP, Final Award, 25 May 2018, para. 531。

<sup>229</sup> 同上, 第 532 段。

<sup>230</sup> ICSID Case No. ARB/13/35, Award, 9 October 2018, para. 596。

<sup>231</sup> 常设仲裁法院第 2012-2 号案件, 裁决书, 2016 年 3 月 15 日, 第 6.91 段。

仲裁庭倾向于只参考国际法委员会条款第 39 条”。<sup>232</sup> 该仲裁庭还指出：“第 39 条要求对索赔方的行为进行事实评估……”。<sup>233</sup>

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 *Burlington Resources Inc. 诉厄瓜多尔共和国案* 中，仲裁庭援引第 39 条的案文及其评注，指出：“无可争议的是，如果索赔方的行为促成了损害，就有理由排除或减少损害赔偿”，<sup>234</sup> 但“驳回厄瓜多尔关于 *Burlington* [已经]促成其自身损失的论点”。<sup>235</sup>

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 *Marco Gavazzi 和 Stefano Gavazzi 诉罗马尼亚案* 中，仲裁庭同意在以前的仲裁案件中对国家责任条款第 31、36 和 39 条的讨论，“裁定被申请人造成了本裁决所评估的索赔方遭受的损失，不因被申请人所称的‘共同疏忽’或其他过失而作任何减少”。<sup>236</sup>

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 *Caratube International Oil Company LLP 和 Devincci Salah Hourani 诉哈萨克斯坦共和国案* 中，仲裁庭提及国家责任条款第 39 条，得出结论认为，“决不能以共同过失为由减少对 *CIOC* [*Caratube International Oil Company LLP*] 作出的数额相当于沉没投资成本的赔偿”。<sup>237</sup>

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 *Unión Fenosa Gas S.A. 诉阿拉伯埃及共和国案* 中，仲裁庭裁定，“如果索赔方无理由地未能根据国际法减轻其损失，则不能向被申请人索赔。本仲裁庭认为，法律测试依据的是合理而非绝对的标准，国际法委员会条款第 31 条的评论 (11) 和国际法委员会条款第 39 条都确认了这一点”。<sup>238</sup>

<sup>232</sup> 同上，第 6.97 段。

<sup>233</sup> 同上，第 6.98 段。

<sup>234</sup> ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Reconsideration and Award, 7 February 2017, para. 572。

<sup>235</sup> 同上，第 585 段。

<sup>236</sup> ICSID Case No. ARB/12/25, Award of the Tribunal, 18 April 2017, para. 280, 提及 *CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award (13 September 2001), para. 583; *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Trading Ltd v. Republic of Kazakhstan*, SCC Case No. V (116/2010), Award, (19 December 2013), paras. 1330-1332; and *Gemplus, S.A., SLP, S.A., Gemplus Industrial, S.A. de C.V. and Talsud S.A. v. United Mexican States* (ICSID Cases Nos. ARB(AF)/04/03 & ARB(AF)/04/), Award (16 June 2009), para. 11.12。

<sup>237</sup> ICSID Case No. ARB/13/13, Award of the Tribunal, 27 September 2017, para. 1195。

<sup>238</sup> ICSID Case No. ARB/14/4, Award, 31 August 2018, paras. 10.124-10.125。

### 第三章 严重违反依一般国际法强制性规范承担的义务

#### 第 40 条 本章的适用

欧洲人权法院

在 *Güzelyurtlu* 及其他人诉塞浦路斯和土耳其案中，欧洲人权法院将第 40 和 41 条以及第 41 条的评注作为相关国际法加以参考。<sup>239</sup>

#### 第 41 条 严重违背依本章承担的一项义务的特定后果

国际刑事法院

国际刑事法院在检察官(关于被害人的申请)诉博斯科·恩塔甘达案中指出，“作为一项一般法律原则，有义务不承认某些严重违反国际法行为所造成的情势”，并援引国家责任条款第 41 条第 2 款。<sup>240</sup>

### 第三部分 一国国际责任的履行

#### 第一章 一国责任的援引

#### 第 43 条 一受害国通知其要求

国际法院

在关于就停止核军备竞赛和实行核裁军进行谈判的义务案(马绍尔群岛诉联合王国和马绍尔群岛诉印度)中，国际法院援引国家责任条款第 44 条的评注，“驳回[被申请方]关于根据国家责任条款第 43 条必须通知或事先谈判的观点”。国际法院还指出“法院判例将争端是否存在问题作为管辖权问题处理，而管辖权问题取决于双方是否实质上存在争端，而不取决于争端形式或是否已通知被申请方”。<sup>241</sup>

<sup>239</sup> ECHR, Grand Chamber, Application no. 36925/07, Judgment, 29 January 2019, paras. 157-158.

<sup>240</sup> 国际刑事法院，第六审判分庭，就被告方对法院对罪行 6 和 9 的管辖权所提质疑作出的第二项裁决书，ICC-01/04-02/06-1707 号案件，ICL 1730，2017 年 1 月 4 日，第 53 段和注 131。

<sup>241</sup> 国际法院，关于就停止核军备竞赛和实行核裁军进行谈判的义务(马绍尔群岛诉联合王国)，2016 年 10 月 5 日的判决，第 45 段；以及关于就停止核军备竞赛和实行核裁军进行谈判的义务(马绍尔群岛诉印度)，2016 年 10 月 5 日的判决书，第 42 段。

## 第 44 条<sup>242</sup>

### 可否提出要求

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

在 Philip Morris Brands Sarl、Philip Morris Products S.A.和 Abal Hermanos S.A. 诉乌拉圭东岸共和国案中，仲裁庭指出，“[索赔方]提及国际法委员会条款第 44 条是不恰当的，因为本案中的问题不是是否已用尽当地补救办法的问题”。<sup>243</sup>

## 第 45 条

### 援引责任权利的丧失

国际海洋法法庭

国际海洋法法庭在 M/V “Norstar” (巴拿马/意大利)案中，依据国家责任条款第 45 条的评注，认定“巴拿马自首次提出索赔要求以来并未放弃索赔，因而不存在请求书无法受理的情形”，<sup>244</sup> 并“驳回意大利根据消灭时效提出的反对”。<sup>245</sup>

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

对 Salini Impregilo S.p.A.诉阿根廷共和国案管辖权和索赔要求可受理性作出判决的仲裁庭就“作为国际法事项的消灭时效”指出：

“在国际法委员会关于国家对国际不法行为的责任的条款中，这并不是丧失援引责任权利的一个单独理由。国际法委员会拒绝接受这样一种观点，即仅时间的推移就可能导致索赔要求失效。相反，第 45 条(b)款规定，如果受害国有效地放弃了索赔，或因其行为而被视为有效地默许了索赔要求失效，则不得援引一国的责任。”<sup>246</sup>

考虑到所有情况，仲裁庭得出结论认为，“此处的延迟并非不合理，并未导致 Salini Impregilo 默许其索赔要求失效，没有触发消灭时效原则”。<sup>247</sup>

<sup>242</sup> 另见第 43 和 48 条下提及的关于就停止核军备竞赛和实行核裁军进行谈判的义务(马绍尔群岛诉联合王国)和(马绍尔群岛诉印度)。

<sup>243</sup> ICSID Case No. ARB/10/7, Award, 8 July 2016, para.135。

<sup>244</sup> 海洋法法庭，初步反对意见，2016 年 11 月 4 日的判决书，第 310 和 313 段。

<sup>245</sup> 同上，第 314 段。

<sup>246</sup> ICSID Case No. ARB/15/39, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 23 February 2018, para. 85。

<sup>247</sup> 同上，第 91 段。

## 第 48 条 受害国以外的国家援引责任

国际法院

在关于就停止核军备竞赛和实行核裁军进行谈判的义务案(马绍尔群岛诉联合王国和马绍尔群岛诉印度)中,国际法院指出,“第 48 条第 3 款将[根据国家责任条款第 43 条告知索赔要求]这一规定比照适用于受害国以外的其他援引责任的国家”。<sup>248</sup>

## 第四部分 一般规定

### 第 55 条 特别法

常设仲裁法院(根据贸易法委员会规则)

常设仲裁法院在 Mesa Power Group 诉加拿大政府案中提及国家责任条款第 55 条,裁定“[北美自由贸易区协定]第 1503(2)条构成排除适用国际法委员会条款第 5 条的特别法”。<sup>249</sup>

解决投资争端公约所设国际仲裁庭

仲裁庭在 Vestey Group Limited 诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国案中援引第 55 条,指出“各国可自由偏离此一般责任框架”。<sup>250</sup>

<sup>248</sup> 国际法院,关于就停止核军备竞赛和实行核裁军进行谈判的义务(马绍尔群岛诉联合王国),2016 年 10 月 5 日的判决书,第 45 段;以及关于就停止核军备竞赛和实行核裁军进行谈判的义务(马绍尔群岛诉印度),2016 年 10 月 5 日的判决书,第 42 段。

<sup>249</sup> 常设仲裁法院第 2012-17 号案件,裁决书,2016 年 3 月 24 日,第 359、362 和 365 段。

<sup>250</sup> ICSID Case No. ARB/06/4, Award, 15 April 2016, para. 326 and note 307。