



国际法委员会

第五十四届会议

2002年4月29日至6月7日和

7月22日至8月16日，日内瓦

关于外交保护的第三次报告

特别报告员：约翰·杜加尔德先生

增编

目录

	段次	页次
D. 卡尔沃条款		2
第 16 条		2
1. 导言	1	2
2. 历史	2-4	3
3. 范围	5-6	4
4. 美洲国家的编纂努力	7-13	4
5. 编纂：国际情况	14-17	5
6. 国家实践	18	7
7. 司法裁判	19-30	8
8. 学者意见	31	12
9. 最新情况	32-38	14
10. 结论	39-40	17

D. 卡尔沃条款

第 16 条

1. 如果外侨与经商地国订立契约, 规定:

- (a) 外侨将满足于当地补救办法; 或
- (b) 任何因契约而引起的争端将不以国际求偿方式解决; 或
- (c) 为契约目的, 外侨将被视为立约国国民,

根据国际法, 这应被解释为外侨有效地放权力, 不就涉及契约的事项请求外交保护。但上述契约规定不应影响外侨国籍国的权利, 在外侨受到可归咎于立约国的国际不法行为侵害时, 或在外侨所受侵害是外侨国籍国直接关切的问题时, 为该人行使外交保护。

2. 第 1 款所述契约规定应被解释为推定必须用尽当地补救办法才诉诸国际司法解决办法。

1. 导言

1. “卡尔沃条款”是外侨在契约内承诺, 对于契约所引起的事项, 同意放弃他可能有的任何由其国籍国提供外交保护的权力, 并同意只利用当地司法补救办法解决与契约有关的任何纠纷。¹ 这一条款以著名阿根廷法学家 Carlos Calvo (1824-1906 年) 的名字命名, 在关于当地补救办法规则的法律讨论中经常被提到, 迟至 1955 年还被称为是“当代国际外交和判例方面最具争议性的问题之一”。² 今天, 这一条款已没有那么引人注目, 但任何完整编纂当地补救办法规则的努力都不能忽视此一条款。此外, 忽略卡尔沃条款无异于遗漏了当地补救办法规则的一个组成部分, 而在拉丁美洲,³ 这被誉为为一项区域习惯, 是许多国家的民族特点的一部分。⁴

¹ A. V. Freeman, “Recent Aspects of the Calvo Doctrine and the Challenge to International Law”, (1946) 40 A. J. I. L. 121 at p. 130. 另见 F. V. García-Amador, “Calvo Doctrine, Calvo Clause”, in 1 Encyclopedia of Public International Law (1992), 521 at p. 522; G. Schwarzenberger, International Law vol. 1 (International Courts), 3rd ed. (1957), p. 150; D. R. Shea, The Calvo Clause: A Problem of International Law and Diplomacy (1955), p. 6.

² Shea, 前注 1, 第 6 页。

³ 同上, 第 260-279 页。

⁴ F. Oschmann, Calvo-Doktrin und Calvo Klauseln (1993) p. 381.

2. 历史

2. 在拉丁美洲十九世纪末至二十世纪初的历史上，革命、内战和内部动乱频仍。经历过这些国内动乱的欧洲国家和美利坚合众国国民的人身或财产经常受到侵害。在东道国拒绝对这些损害承担责任的情况下，外侨往往寻求其国籍国的保护，并要求国籍国代表他们通过国际诉讼程序要求赔偿。不可避免地，外侨滥用他们的优越地位。正如 Shea 在 *Calvo Clause: A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy (1955 年)* 内说：

“国民往往认为他们的人身和财产应享有全面的保障，在缺乏有力证据和没有切实作出努力取得当地补救办法的情况下就要求本国政府插手。被要求国政府根据有限的片面证据，而且许多时候是在受到国内政治压力的情况下，出面支持很多不是基于严格法律考虑的求偿。出动军队强迫弱国接受这些缺乏实据的求偿屡见不鲜，在有些情况下，为所称损害寻求赔偿而采取严厉措施，与程度最初所受损害极不相称”。⁵

拉丁美洲国家认为，为解决这些争端而设立的混合赔偿委员会都偏袒保护国。

3. 因此，拉美国家设法推翻外交保护制度，提出理论驳斥外交保护的根据。首先是见于 1907 年《波特专约》的德拉戈主义声称武力干涉以收回公共债务为非法行为；这一主张主要是汲取了 1902 至 1903 年德国、英国和意大利对委内瑞拉进行干涉的教训。其次，卡尔沃主义提出下列两项原则作为禁止一切形式外交保护的根据：国家主权平等，外国不得进行干涉；国民和外侨平等，外侨不得主张优惠待遇。⁶ 对于后一项原则，卡尔沃宣布：

“在一国定居的外侨当然与国民享有同样的被保护权利，但他们不应主张更为广泛的保护……。

国家政府对外国人的责任不能超越国家政府对本国公民所承担的责任。”⁷

4. 以条约和宪法或立法规定实施卡尔沃主义的尝试基本上不成功。⁸ 结果是通过卡尔沃条款才确保了卡尔沃主义有一定的成效。该条款是加插进外侨与东道国

⁵ 同前，第 12 页。

⁶ 见 A. S. Hersley, “The Calvo and Drago Doctrines” (1907) 1 AJIL 26。

⁷ *Le Droit International: Théorique et Pratique* (5e éd., Paris 1896) vol. VI, p. 231; 又见 vol. III, p. 138. 译文见 Shea, 前注 1, 第 18 和 19 页。

⁸ Shea, 前注 1, 第 21-27 页。

所定契约的一项规定，在该项规定内，外侨同意在任何涉及契约的争端中放弃请求外交保护的权力。今天所谈到的卡尔沃主义就是这种形式。

3. 范围

5. 卡尔沃条款可有多种形式，反映于论著者的不同阐述。⁹ García Amador 的论述最为清楚：

“有的时候，该条款只是规定有关外国人将限于在当地法院提起诉讼。在另一些情况下，该条款涉及更直接和广泛地放弃外交保护，例如规定可能发生的争端绝对不可以导致国际求偿，或规定为了契约或特许权的目的，外国人或外国公司视为有关国家国民处理”。¹⁰

6. 卡尔沃条款关系到外侨和东道国间的契约关系，只适用于涉及契约的解释、适用或履行的争端。¹¹ 条款没有把放弃范围扩大到可能在国内法院审理涉及契约的诉讼程序中出现的拒绝司法情况。¹²

4. 美洲国家的编纂努力

7. 拉丁美洲国家编纂卡尔沃条款的努力基本上是成功的。

8. 1902 年在墨西哥城举行的第二届美洲国家国际会议通过《外侨权利公约》，其中在承认国民和外侨地位平等（后者不享有特权）后规定：

“外侨对一国或其公民提出民事、刑事或行政性质的主张或控告，均应向该国主管法院提出主张，除非法院本身有明显的拒绝司法，或不正常的延误，或经证实的违反国际法原则行为，上述主张不得通过外交途径提出。”¹³

美国出席了这个会议，但在投票表决《公约》时弃权。

⁹ 见 D. P. O'Connell, *International Law*, 2nd ed. (1970), vol II, pp.1059-1060; C. Eagleton, *The Responsibility of States in International Law*(1928), p. 168; W. K. Geck, “Diplomatic Protection”, 1 EPIL 1045(1992), p. 1058; F. S. Dunn, *The Protection of Nationals: A Study in the Application of International Law*(1934), p. 169; K. Lipstein, “The Place of the Calvo Clause in International Law”, 22 BYIL 130(1945) 131-134.

¹⁰ F. V. García-Amador, “State Responsibility. Some New Problemes” (1958-II) 94 *Recueil des Cours* 369, 455-456(以下称“State Responsibility”); F. V. García-Amador, 关于国际责任的第三次报告, 《1958年……年鉴》, 第二卷, 第 47 页, 见 A/CN.4/111 号文件, 第 58 页(以下称: 第三次报告”。

¹¹ 同上, “State Responsibility”, 第 456 页。

¹² 这个问题在下文第 31(d)段有更详细的讨论。脚注 61 所提到的 García Amador 观点看来与这一立论有所抵触。

¹³ 《公约》案文载于 F. V. García Amador 提交 1956 年 1 月 20 日委员会的国家责任第一次报告附件五: 《1956 年……年鉴》, 第二卷, 第 173 页, A/CN.4/96 号文件, 第 236 页。关于此公约的进一步资料, 及其后为确认公约而作出的努力, 见 Shea, 前注 1, 第 77-79 页。

9. 1933年，第七届美洲国家国际会议在蒙得维的亚举行。会议开始时在美国的支持下通过一项决议，其中：

“同样重申，不得向外国人提供外交保护，除非外国人已经用尽诉讼地国法律规定的一切法律措施。明显的拒绝司法或不当延误司法情事不在此列，但对此必须作严格解释，即有利于争议发生地国的主权。如果无法在合理时间内通过外交途径就有关争议达成协议，则应将问题交付仲裁。”¹⁴

10. 会议接着通过《关于国家权利和义务的公约》，其中第9条规定：

“本国国民和外国人受到法律和本国当局的一样保护，外国人不得要求不同于或更多于本国国民所享有的权利。”¹⁵

11. 美国成为《公约》的缔约方，但根据国际法保留其权利，令人怀疑它是否接受这项规定，因为这项规定与美国对外侨根据国际法所享有的权利的理解有所不同。¹⁶

12. 1948年在波哥大举行的第九届美洲国家国际会议通过《波哥大公约》，其中第七条规定：

“缔约各国约定，在本国国民可以将其争端诉诸有关国家主管国内法院的情况下，不为保护本国国民进行外交交涉，或为该目的把争端提交具有国际管辖权的法院。”¹⁷

13. 美国批准了该条约，但作出下列保留：

“美国政府不能接受关于外交保护和用尽补救办法的第七条。美国政府一方实行国际法所规定的外交保护规则，包括外侨用尽当地补救办法的规则。”¹⁸

5. 编纂：国际情况

14. 在国际范围内编纂卡尔沃条款的努力所得成效较不明显。

¹⁴ 见 García Amador，前注 13。

¹⁵ 165 L. N. T. S. 19。

¹⁶ 见 Shea，前注 1，第 81-83 页。

¹⁷ 《美洲和平解决争端条约》（华盛顿特区，1948年）。Shea，同上，第 102 页。

¹⁸ 同上，第 103 页。

15. 1930年在海牙举行的国际法编纂会议参考了1926年的Guerrero报告、¹⁹ 1929年的哈佛法学院草案²⁰和1929年会议筹备委员会所拟订的讨论基础。²¹三份文件都载有关于卡尔沃条款的提案。但会议没有审议卡尔沃条款，主要原因是拒绝司法问题的意见不一。会议未能在结束前议定一项公约。²²

16. 1961年，哈佛法学院编写了另一份关于国家对外侨所受伤害的国际责任的公约草案，其中第22条规定：

“（4）如果在侵害行为发生后，求偿人本人或求偿权被其取代的人在没有受到胁迫的情况下放弃、互让了结或和解了结求偿，则求偿人不得提出任何求偿。

（5）在下列情况下，求偿人不得就第14条第2款（e）项、第2款（f）项、第2款（g）项或第2款（h）项所列的任何侵害行为[破坏、毁坏或损坏财产；剥夺财产使用或享用权；剥夺生计；致使丧失或剥夺根据契约或特许权享有的权利]根据本公约提出求偿：

（a）外侨在取得财产权以前，或在取得在侵害责任国境内从事某一职业或行业的权利以前，或者作为取得与该国内所定契约或该国所授特许权规定的权利的条件，同意放弃可能因被告国侵犯任何上述所得权利而引起的求偿，

¹⁹ 国际对在其境内外国人人身或财产所受损害的责任，见 García Amador，前注 13，第 221 和 222 页；(1926) 20 A. J. I. L. 176 at 182-185 (特别增刊)。

²⁰ 《国家对在其境内外国人人身或财产所受损害的责任公约草案》。《草案》第 17 条规定：“国家以本国法律或与外侨所定协议规定本国法院裁判为终局裁判的方式试图排除责任，并不免除该国的责任；外侨放弃其国籍国的保护也不免除该国的责任。”见 García Amador，前注 13，第 229-230 页；(1929) 23 A. J. I. L. 131 at 202-203 (特别增刊)。

²¹ García Amador，前注 13，第 223-225 页。相关的讨论基础为 26、27、5 和 6：

“26. 立约当事方一方承诺不诉诸外交补救办法对其国籍国不具有约束力，并且不免除立约国的国际责任。如果外国人在订立的契约内作出有效协议，同意只有国内法院具有管辖权，这些规定对于根据契约而向其提交求偿案的国际法庭将具有约束力；国家在这种情况下只对讨论基础 5 和 6 所设想的情况对外国人所遭受的损害承担责任。

27. 如果外国人可以在一国法院（包括行政法院）寻求法律补救办法，则该国可以规定，在该国法院作出终局裁判以前，应暂停审理。任何有关国际责任的问题。此规则不排除适用讨论基础 5 和 6 的规定。

5. 在下列情况下，国家对外国人所遭受的损害承担责任：(1) 不给予外国人机会利用法院维护本人的权利；(2) 一项不得上诉的终局司法裁判违背了该国的条约义务或其他国际义务；(3) 法院本身不合理地拖延；(4) 司法裁判的实质显然是因为仇视外国人本人或外国人作为某国国民而作出的。

6. 一国对外国人所遭受的损害承担责任，如果法院采取的程序和作出的判决有严重缺陷，显示法院没有提供正当司法必须有的保障。”

²² E. M. Borchard, “Responsibility of States”, at the Hague Codification Conference”, (1930) 24 A. J. I. L. 516, at 539.

(b) 被告国没有通过立法行为或任何其他方式单方面改变协议，并按照协议所定条件行事；和

(c) 伤害是国家侵犯外侨据此取得的权利所引起的。

(6) 外侨不得就第 14 条第 2 款所列的任何伤害提出求偿，如果在除此以外有关国家不会给予批准的情况下，作为获准从事涉及高度危险的活动条件，外侨同意放弃任何与这些伤害有关的求偿，而且求偿的根据是可归于国家并与这些活动有合理密切关系的作为或不作为。**但这种放弃只适用于过失行为或不作为所造成的伤害或因未作出适当努力向有关外侨提供保护而引起的伤害，不适用于可归咎于国家的故意作为或不作为所造成的伤害。”**²³

第 24 条第(1)款还规定：

“如果求偿人或求偿权被其取代的人根据第 22 条第 4 款、第 5 款或第 6 款放弃、互让了结或和解了结求偿，有关国家将无权提出求偿。”

17. 在 1956 年至 1961 年间，国家责任问题特别报告员 García Amador 先生向国际法委员会提交的几份报告都涉及卡尔沃条款。在其 1956 年的第一次报告内，他建议下列讨论基础：

“国家或私人身份的外国人**放弃外交保护**。私人放弃外交保护可构成免责情节，但卡尔沃条款不得涉及因其性质而不能放弃的权利，也不得涉及私人不是唯一有关当事方的问题。”²⁴

他在 1961 年第六次报告，即最后一次报告内提议：

“(2) ……在不履行契约或特许协议所定义义务的情况下，如果有关外侨已放弃其国籍国的外交保护，而且所涉情节符合放弃的条件，则不应受理提出的国际求偿。……

(4) 外交保护的放弃……不应剥夺国籍国根据有关情况和为了[防止侵害行为的重复]提出国际求偿的权利。”²⁵

²³ 转载于(1961)55 A. J. I. L. 548 at 578-579。着重号后加。根据第 22 条第 1 款，“求偿人”一词指受害外侨。

²⁴ 讨论的基础，第 5(2) (b)，前注 13，第 220 页。着重号原有。

²⁵ 国家对在其境内对外侨人身或财产所造成的伤害的责任：订正草案，A/CN.4/134 号文件和增编，第 19 条；《1961 年……年鉴》，第二卷，第 48 页。另见关于委员会讨论此问题的历史，D. E. Graham, “The Calvo Clause: Its Current Status as a Contractual Renunciation of Diplomatic Protection”, 6 Texas Interantional Law Forum 289, at 297-300。

6. 国家实践

18. Shea 对卡尔沃条款的系统研究于 1955 年出版，显示卡尔沃条款当时在多数拉丁美洲国家的实践、法律或宪法都获得承认，²⁶ 可以说是拉丁美洲的一项区域习惯。²⁷ 拉丁美洲以外的国家实践则大相径庭。美国长期以来主张该条款从来没有也不可能废止国籍国提供外交保护的权利，而且个人的放弃并不包括拒绝司法的情形。²⁸ 其他国家政府对此问题所持意见不一。根据各国政府对 1930 年海牙国际法编纂会议前向各国散发的问题单的回答，南非、澳大利亚和奥地利认为这种条款没有任何效力。芬兰、荷兰和德国承认条款的效力，而比利时、丹麦、英国、匈牙利、印度、日本、挪威、新西兰、波兰、瑞士和捷克斯洛伐克则承认该条款的效力只适用于涉及个人权利的情况，不适用于放弃国家对违反国际法行为采取外交干预行动的权利的情况。加拿大采取另一立场，认为受害人国籍国如允许有关个人订立这种契约，则这一条款是有效的。²⁹ 大不列颠的回答³⁰ 特别说明问题。该国充分支持 North American Dredging Company 案³¹（见下文）的裁判，坚持卡尔沃条款效力有限。

7. 司法裁判

19. 有关卡尔沃条款的判例一般分为两个时期：在 1926 年 North American Dredging Company 案³² 之前和在该案之后。

20. 在 1926 年以前，混合赔偿委员会所作出的裁判一般缺乏明确性，对卡尔沃条款的效力持模棱两可的态度。Borchard 和 Shea 对这些裁判所作出的解释各异，正好说明这一点。前者认为，在裁定的十九个案件中，只有八个承认卡尔沃条款的效力，³³ 而 Shea 则认为，在所有这些案件中，契约内卡尔沃条款的效力都不是确定性因素。³⁴ 在 Borchard 的研究中，最令人感兴趣的也许是其结论，即在卡尔沃条款的效力不被承认的案件中，裁决的根据不外是下面三种理由之一：

²⁶ 也许具讽刺性的是，卡尔沃本国阿根廷是少数没有采取这一实践的国家之一。

²⁷ 前注 1，第 269-279 页。

²⁸ 同上，第 37-45 页。

²⁹ 同上，第 46-54 页。讨论基础，III (C. 75. M. 69. 1929. V)：国家对在其境内外国人人身或财产所受损害的责任，问题十一 (d)，第 133-135 页。

³⁰ Shea，前注 1，第 50 页，讨论基础，前注 29，第 134 页。

³¹ North American Dredging Company of Texas (U. S. A.) v United Mexican States, 1926 年 3 月 31 日的裁判，《国际仲裁裁决汇编》，第四卷，第 26 页；转载于 (1926) 20 A. J. I. L. 800。

³² 同上。

³³ The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or The Law of International Claims (1915), pp. 800-801。

³⁴ 前注 1，第 121-193 页。

“第一，有关个人无权通过订约方式放弃本国政府保护他的重要权利……；第二，对于一国政府不诉诸当地法院而径行废止契约的情况，此行动免除了求偿人不得将契约作为国际求偿标的物的规定……；第三，法院尽量裁定求偿不是契约所引起的，而是因为一些财产权受到侵犯，从而将求偿作为侵权案审理。”³⁵

21. 1926 年，美国墨西哥赔偿委员会在庭长 Van Vollenhoven 主持下在 North American Dredging Company 案中对卡尔沃条款的性质和范围作出了权威性的论述。³⁶ 在此案中，求偿公司与墨西哥政府订立合同，疏浚圣克鲁斯港口。为了取得合同，求偿人同意在合同内加添以下的第 18 条：

“承包人和所有可能以雇员或任何其他身份直接或间接地从事执行本合同所订工作的人，在墨西哥共和国境内所有涉及执行上述工作和履行本合同的事项方面，应被视为墨西哥人。对于涉及本合同的利益和商业问题，除了墨西哥共和国法律所规定的权利或强制执行合同的方法以外，他们不得主张也没有任何其他权利或强制执行合同的方法可用，而且不享有墨西哥人所享有的权利以外的任何其他权利。因此，他们不享有任何作为外侨的权利，在任何情况下不得就涉及本合同的任何事项由外国外交人员进行干预。”³⁷

22. 在发生声称的违约情事时，求偿人没有尝试用尽当地补救办法，而是根据成立混合赔偿委员会的条约的第 5 条，即无需用尽当地补救办法的规定，径行请求美国政府以其名义向混合赔偿委员会提出求偿。委员会同意墨西哥政府的请求驳回求偿，并对第 18 条内的卡尔沃条款的效力和范围作了详尽的分析。

23. 第一，委员会不采纳支持或反对卡尔沃条款效力的论点，“因为提出的都是极端的论点。”委员会接着说：

“卡尔沃条款在任何一项具体契约内，既不是一项因其约定性质而必须充分确认的条款，也不能把它视为一项随便加添的规定，任意把它从契约其他部分分开。简单的是与否答案不能解决问题；肯定的答案显然会使外国人权利受到威胁，否定的答案使有关国家别无它法，只能不允许外国人经商。现阶段国际法要求每个国际法庭承担严肃义务，在国家行使管辖权的主权权利和国家保护公民的主权权利之间取得适当而合理的平衡。

……

³⁵ 前注 33，第 805 页。

³⁶ 前注 31。

³⁷ 同上。

应当可以承认某些形式的放弃外国保护权是有效的，而无需承认所有形式的放弃都是有效和合法的。”³⁸

24. 第二，委员会驳回卡尔沃条款是任何公认国际法规则都不容的论点，认为没有任何国际法规则不允许对外交保护权作出任何限制。³⁹ 卡尔沃条款是可以接受的，因为它只是代表有关个人承诺不忽视当地补救办法。

25. 第三，委员会认为，尽管外侨可以答应用尽当地补救办法，但他不能

“剥夺本国政府所拥有的不容置疑的权利，即根据对他造成损害的国际法违法行为适用国际补救办法。有关国家政府往往是考虑到维持国际法原则的较高利益，而不仅仅是在某一案件中为其国民追讨损害赔偿，在这方面，其国民显然不能以契约限制本国政府可采取的行动。虽然任何试图以此方式约束本国政府的行为都是无效的，但委员会认为没有任何公认的实证国际法规则允许本国政府进行干预，废止其公民订立的……合法契约。这种契约显然是为了防止保护权的滥用，而不是要消灭该权利；保护权的滥用是任何有自尊的国家都不能容忍的，而且是滋生国际磨擦的根源。”⁴⁰

26. 关于合同第 18 条的卡尔沃条款，委员会声称条款的作用是：

“约束求偿人，规定求偿人受墨西哥法律的管制和必须使用墨西哥法律规定的补救办法……。但这项规定既没有也不可能剥夺求偿人的美国公民身份以及这种国籍所意味着的其他一切东西。条款并没有剥夺其不容置疑的权利，即在其向可利用的墨西哥法庭或其他当局提出诉讼后，如果出现国际法所指的拒绝司法或延误司法情事，可以要求本国政府给予保护。在这种情形下，求偿人控告的并不是其合同所受到的违约行为，而是拒绝司法。其申诉基础不会是一项对其合同的解释（或许会附带提到），而是一项国际不法行为。”⁴¹

委员会强调，外侨

“在与合同的履行、执行或强制执行有关的事项方面，并没有放弃他作为美国公民所拥有的权利。……他没有放弃其作为美国公民就本合同或其他情况所引起的违反国际法行为（国际不法行为）请求本国政府保护的不容置疑的权利。……他既没有也不可能影响本国政府向他提供一般保护，或针对违反国际法的行为向他提供保护的权力。但他的确公开地无条件同意，作为

³⁸ 同上，第 4-5 段。

³⁹ 同上，第 8-9 段。

⁴⁰ 同上，第 11 段。

⁴¹ 同上，第 14 段。

墨西哥政府授予本合同的条件，他在履行和解释合同和执行合同所规定的工作方面不需要也不会要求或接受本国政府的协助。”⁴²

27. 最后，委员会认为，设立委员会的条约第五条规定不得以没有用尽当地补救办法为由拒绝受理求偿，但并没有“允许双方政府废止本国公民与对方政府订立的一项明显有效的契约。”委员会说明，第五条的适用限于“正当地提出”的求偿案，而有关的求偿案不可能视为“适当地提出”，因为求偿人没有作出任何努力以满足其合同的一项根本条件。⁴³

28. 简言之，委员会认为卡尔沃条款是外侨表示将用尽当地补救办法的承诺。他通过该条款放弃其权利，不得就契约引起的损害，或任何与契约有关的事项要求外交保护。但他没有因而丧失权利，在用尽其当地补救办法或试图强制执行其合同的过程中如遇到拒绝司法或其他违反国际法的行为可以要求外交保护。

29. Dredging 案的裁判并非没有引起任何异议。但多数批评意见都是针对委员会拒绝充分实施设立委员会的条约的第五条，⁴⁴ 而不是针对就卡尔沃条款本身的范围和效力所作出的阐述。后人为阐明 Dredging 案所涉规则花费了不少精力。《国际仲裁裁决汇编》关于该案的判决提要的阐述可谓最为精辟：

“裁定求偿人因卡尔沃条款而不得向本国政府提出任何与载有卡尔沃条款的合同有关的求偿案，从而把这类求偿案排除在法庭管辖权之外。卡尔

⁴² 同上，第 15 段。

⁴³ 同上，第 20 和 21 段。

⁴⁴ 例见 E. M. Borchard, “Decisions of Claims Commissions, United States and Mexico” (1926) 10 A. J. I. L. 536 at 540; A. H. Feller, “Some Observations on the Calvo Clause”, (1933) 27 A. J. I. L. 461 at 462-463; K. Lipstein, “The Place of the Calvo Clause in International Law” (1945), 22 B. Y. I. L. 130 at 144-145; A. V. Freeman, *The International Responsibility of States for Denial of Justice* (1938), pp. 481-482; Shea, 前注 1, 第 226-228 页。North American Dredging Company 一案其后由一个根据 1943 年 12 月 18 日国会通过的一项法律 (56 Stat. 1058) 所设立，以三名美国国民组成的一个国内美国墨西哥赔偿委员会重新进行审理。该委员会负责审理国际委员会没有了结的求偿案，及要求委员会重新审理的求偿案（墨西哥作出一揽子解决，该国内委员会负责对求偿案作出裁断）。该国内委员会裁定赔偿该公司 128 627. 77 美元，并特别抨击美国墨西哥赔偿委员会就第五条所作出的裁判。“总赔偿委员会的裁判的效果是认定尽管存在《公约》第一条和第五条，求偿人和墨西哥政府所定合同的第 18 条仍然有效。尽管委员会成员学识渊博，但我们未敢苟同就上述问题所采取的立场。我们认为，1923 年 9 月 8 日的公约第五条对美国政府的权利具有关键意义；根据该条规定，美国政府可以代表求偿人提出这一求偿案，而且委员会具有裁断求偿案的管辖权。”（见 M. M. Whiteman, *Digest of International Law* (1967), vol. 8, p. 923）。Shea 正确地否定这项裁判，他说：“……纯粹从求偿人的金钱得失角度来看，这项裁判可以看作是推翻对求偿案的原判决，但不能假定这个由一纯属国内性质的委员会所采取的行动可以有任何作用，在国际判例中推翻或甚至削弱 Dredging 案的裁判或规则。对本研究来说，该国内委员会所采取的行动值得一提，但对我们确定有关卡尔沃条款的法律规则的工作则没有任何重大的决定性意义。”前注 1, 第 229 和 230 页，注 89。

沃条款没有禁止求偿人本国政府提出或禁止法庭审理根据违反国际法行为提出的其他求偿案。裁定仲裁条约第五条不能排除上述结果。”⁴⁵

30. 与墨西哥有关的多个混合赔偿委员会在 Dredging 案后作出的若干裁判赞同在该案所阐述的原则，⁴⁶ 尽管在几起案件内，委员会对墨西哥一方采取极为宽容的态度，裁定根据事实并无拒绝司法情事。⁴⁷ 此外，在 Mexican Union Railway (Great Britain) v. United Mexican States 案中，⁴⁸ 委员会似乎把不适用卡尔沃条款的情况仅限于一种国际不法行为——拒绝司法。

8. 学者意见

31. 关于卡尔沃条款的著作甚多。⁴⁹ 在 Dredging 一案的裁决作出后，其后还有其他裁决加以认可，现在已经不可能有力地指称卡尔沃条款违背国际法。因此，学者都转向研究其作用和范围，并以 Dredging 案作为主要的根据。不言而喻，论著者对卡尔沃条款的范围没有一致看法。但文献似乎反映出若干共同原则：

(a) 卡尔沃条款效力有限仅仅是指该条款不构成绝对禁止外交干预的依据。条款只适用于外侨和东道国间载有该条款的契约所引起的争端，不适用于违背国际法的行为。这一在 Dredging 一案内所作出的解释没有发挥卡尔沃条款的真正作用，即禁止在任何情况下使用外交保护，因此受到拉美作者的抨击。⁵⁰ 但 Dredging 案的解释在国家实践上获得接受，⁵¹ 并获得法学家的广泛支持。⁵²

⁴⁵ Vol. IV (1952), p. 26. 另见 Shea, 前注 1, 第 215-223 页。

⁴⁶ International Fisheries Co.(U.S.A.) v United Mexican States, 《1931 年国际仲裁裁决汇编》，第 4 卷，第 691 页；Douglas G. Collie MacNeill (G.B.) v United Mexican States, 《1931 年国际仲裁裁决汇编》，第 5 卷，第 135 页。对这些案件的讨论，[又见](#) Shea, 前注 1, 从第 231 页起；A.V. Freeman, The International Responsibility of States for Denial of Justice (1938), pp. 469-490。

⁴⁷ Interoceanic Railway of Mexico Ltd(G.B.) v United Mexican States, 《1931 年国际仲裁裁决汇编》第 5 卷，第 178 页，比较 El Oro Minig and Railway Co(G.B.) v United Mexican States, 《国际仲裁裁决汇编》，第 5 卷，第 191 页。

⁴⁸ 《1930 年国际仲裁裁决汇编》，第 5 卷，第 115 页。比较第 13 段和第 14 (d) 和 (e) 段。

⁴⁹ 特别见 Shea, 前注 1; Lipstein, 前注 44; Feller, 前注 44; Freeman, 前注 1; García-Amador, 前注 1; Oschmann, 前注 4; D.E. Graham, “The Calvo Clause: Its Current Status as a Contractual Renunciation of Diplomatic Protection” (1971) 6 Texas International Law Forum 289。

⁵⁰ A. Gómez Robledo, La Cláusula Calvo el derecho internacional(1939) p. 176; C. Sépulveda Gutierrez, La responsabilidad internacional del estado y la validez la Cláusula Calvo (1944), pp. 69-71; R. Beteta and E. Henriquez, “La Protección diplomática de los intereses pecuniarios extranjeros y los Etador de América”, (1940) 10 Proceedings of the Eighth American Scientific Congress 27, at pp. 44-45。

⁵¹ 前注 29 和 30。

⁵² Shea, 前注 1, 第 217 和 218 页；Freeman, 前注 44, 第 489 和 490 页；Brownlie, Principles of Public International Law, 5th ed (1998), pp. 548-549; R. Jennings & A. Watts Oppenheims International Law, 9th ed(1992), vol. I, p. 931。

(b) 卡尔沃条款证实了用尽当地补救办法规则的重要性。尽管有些作者认为，由于 *Dredging* 案对该条款的效力作出了限制，该案只不过是重新确认当地补救办法规则，⁵³ 因此是重弹旧调，并无新意，但多数作者认为这不仅仅是重新确认当地补救办法规则。但充实了的内容为何却众说纷纭。⁵⁴ 最好的解释也许是 *Dredging* 案的裁决，即卡尔沃条款可以导致不适用仲裁条约内免去用尽当地补救办法的要求的规定。因此，Shea 认为该条款“至少”应具有这样的效力。“这一点效力不容否认，因为可以以最近六项仲裁裁决支持这一论点。也许这就是该条款所能发挥的所有效力。……因此，如果今后的公约反映看来是国际仲裁（关于仲裁条约免去当地补救办法规则的问题）的最新趋势，则卡尔沃条款在国际求偿案的可受理性方面将继续发挥决定性作用，尽管该条款的作用限于废除仲裁条约内免去当地补救办法规则的一般性规定。”⁵⁵

(c) 国际法没有任何规定不允许外侨行使权利，通过契约放弃其请求国籍国为他行使外交保护的权力或权利。⁵⁶

(d) 外侨不能通过卡尔沃条款放弃根据国际法属于其本国政府的权利。作为外交保护法规的基础的瓦特尔主张的前提是，违背国际法的行为对国民所造成的伤害也是对国籍国本身造成的伤害。个人不能放弃这种权利，因为他无权这样做。⁵⁷

(e) 根据卡尔沃条款所作出的放弃仅适用于契约或违约行为所引起的争端——这种违约行为无论如何不构成违背国际法的行为。⁵⁸ 放弃不适用于违反国际法的行为，特别是不适用于拒绝司法的情况。这个论点获得广泛支持，⁵⁹ 但

⁵³ Lipstein, 前注 44, 第 145 页; Freeman, 前注 46, 第 489 和 490 页; Nguyen Quoc Dinh, *Droit International Public* (P. Daillier & A. Pellet (eds.)), 6th ed. (1999), p. 778 (para. 492); A. Feller, *The Mexican Claims Commissions 1923-1934, A Study in the Law and Procedure of International Tribunals* (1935), p. 192.

⁵⁴ D. P. O'Connell 提到但没有接纳的论点是，“充实了的内容”是，作为一项国际求偿的先决条件，裁判必须认定外侨作为承包人的权利：前注 9, 第 1062 页。

⁵⁵ 前注 1, 第 260 页（另见第 215、217、257 页）。支持这个观点的还有 Brownlie, 前注 52, 第 549 页。比较 O'Connell, 前注 9, 第 1063 页; Lipstein, 前注 44, 第 145 页。

⁵⁶ E. Jimenez de Aréchaga “International Responsibility” in M. Sorensen (ed.). *Manual of Public International Law* (1968), p. 531 at p. 591; García Amador, ‘State Responsibility’ 前注 10, 第 459-460 页; P. C. Jessup, *A Modern Law of Nations*, Reprint (1968), at pp. 11, 117; Shea 前注 1, 第 261-263 页。

⁵⁷ Eagleton, 前注 9, 第 170 页; Borchard, 前注 33, 第 809 页, García Amador, 前注 10, 第 460 页; Nguyen Quoc Dinh, 前注 53, 第 778 页。

⁵⁸ Brownlie, 前注 52, 第 549 页。

⁵⁹ Jimenez de Aréchaga, 前注 56, 第 591 和 592 页; Freeman, 前注 44, 第 489 和 490 页; O'Connell, 前注 9, 第 1064 页; Shea, 前注 1, 第 217 和 218 页。

对于与载有卡尔沃条款的契约有关和因这种契约而引起的拒绝司法问题，情况就没有那么明确。这一点可以从 García Amador 的论著看到。一方面，他承认：

“不管以什么形式出现，‘卡尔沃条款’必然与一项契约关系有关，并且只适用于与契约或特许权的解释、适用或履行有关的争端。”⁶⁰

另一方面，他不同意 Dredging 案的裁决，认为：

“原则上，‘条款’可以有禁止行使外交保护的效力，甚至适用于‘拒绝司法’的情况。不容忽视的是，条款只适用于与契约或特许权的解释、适用或履行有关的争端。在这个意义下，**涉及的只是一种特定形式的拒绝司法，而不是所有可能影响对外侨一些其他权利或另一种利益的情况。**乍看起来，对规定这种性质的作为和不作为的国际责任的原则作出这项例外规定似乎是不合理的。但事实上这并无不合理之处。有关契约的权益可以说与外侨根据国际法所享有的其他权利不能相提并论。这些权益不仅只具有金钱性质，而且外侨是通过一项纯粹是本人自愿接受的契约或特许权取得的。此一理论并非要减少这类权益的重要性，而是要强调基于其根本性质，这些权益可以是各种各样的行动和交易的标的物，而且这些行动和交易只需要定约双方的同意。简言之，这些权益是外侨可以放弃外交保护的权益，而且他可以选择本人认为最有利的方式放弃，以取得他希望从契约或特许权得到的利益。”⁶¹

他认为 Interoceanic Railway 案支持这个观点。⁶² 借用 Shea 的意见，⁶³ 他认为卡尔沃条款起码要求证明发生了严重的拒绝司法情事（“较为明显或公然”⁶⁴）才可以提出国际求偿。⁶⁵

9. 最新情况

32. 卡尔沃条款是拉美国家畏惧欧洲国家和美利坚合众国在外交保护幌子下干涉其国内事务的产物。另一方面，对卡尔沃条款的抗拒，是因为欧洲国家和美利坚合众国深恐在司法标准没有达到这些国家按照本国情况所制订的国际最低标准的国家内，其国民会受到不公平待遇。现在，情况已不一样。欧洲国家和美利坚合众国尊重拉美国家的主权平等，并对拉美国家的司法系统具有信心，因为同

⁶⁰ “State Responsibility”，前注 10，第 456 页

⁶¹ 同上，第 458 页。着重号后加。

⁶² 前注 47。

⁶³ 前注 1，第 265 页。

⁶⁴ 同上。

⁶⁵ 前注 10，第 459 页。

欧洲一样，拉美国家的司法系统也受到区域和国际的监测。⁶⁶ 因此，极力主张外交保护这种一度标志着欧洲和美国作为一方和拉丁美洲作为另一方的关系的情况已不复存在。这并不是说关于卡尔沃条款的辩论已经失去意义。欧洲和美国的国际法律意见都希望卡尔沃条款是以前国际关系不平等年代的陈述，⁶⁷ 但拉丁美洲国家仍然不肯放弃此条款，以其作为该区域在处理国际法问题方面的一个重要特征。虽然对于新成立的机构为外国投资者设立争端解决程序的问题，拉美国家显示出一定的灵活态度，但毫无疑问，许多这些机构的优劣仍然是以其是否遵守卡尔沃条款来判断。此外，大会关于国际经济法的关键决议都明显受到卡尔沃条款的影响。

33. 大会 1974 年 12 月 12 日第 3281 (XXIX) 号决议内的《各国经济权利和义务宪章》宣称，因征收外国财产而产生的赔偿争端“均应由实行国有化国家的法院依照其国内法加以解决，除非有关各国自由和互相同意根据各国主权平等并依照自由选择方法的原则寻求其他和平解决办法”。⁶⁸ 1962 年 12 月 14 日关于对自然资源的永久主权的决议是上述决议范围比较有限的前驱，其中同样宣称，如果征收财产的赔偿问题引起争端，“应用尽采取这种措施的国家的国内管辖。”⁶⁹ William D. Rogers 认为这些决议是“卡尔沃条款的典型重述”是正确的。⁷⁰

34. 在玻利维亚、哥伦比亚、厄瓜多尔、秘鲁和委内瑞拉之间建立共同市场的《安第斯条约》也尊重卡尔沃条款。决定 24 规定：

“任何有关投资或技术转让的文书都不应有条款把可能发生的冲突排除在接受国的国内管辖和主管范围之外，或允许国家以代位取得本国投资者的权利和诉讼资格”。（第 51 条）⁷¹

⁶⁶ 《美洲人权公约》和《公民及政治权利国际盟约》所设立的机制。

⁶⁷ Rudolf Dolzer 认为，“确认卡尔沃主义的国际实践并不明显，而且西方资本出口国的法律意见坚决否认受影响的各大集团一致同意修改有关卡尔沃主义的习惯法”（“New Foundation of the Law of Expropriation of Alien Property” 1981）A. J. I. L. , 551 at 571。美国法律意见并没有否定卡尔沃条款，例见 *Reavis v. Exxon Corporation, United States, New York, Supreme Court, Special term, New York County (Gellinoff J.), decision of 28 July 1977, reported in 66 ILR 317 (1984)*，法院在该案中认真考虑但没有适用卡尔沃条款。

⁶⁸ 第二章第 2 条第 2 款 (c) 项。

⁶⁹ 大会第 1803 (XVII) 号决议，第 4 段。

⁷⁰ “Of Missionaries, Fanatics, and Lawyers: Some Thoughts on Investment Disputes in the Americas” (1978) 72 A. J. I. L. 5。

⁷¹ 1976 年 11 月 30 日第 24 号决定，关于外国资本待遇及商标、专利、特许和专利使用费的共同制度。转载于 (1976) 16 ILM 138 at p. 153。

决定 220 又规定下列规则：

“在解决直接外国投资或外国技术转让所引起的争端或冲突方面，成员国应适用本国立法的规定。”（第 34 条）⁷²

35. 《安第斯条约》国家在 1991 年决定 291 修订并放宽了外国投资法规，但没有触动卡尔沃条款的这个要素。⁷³

36. 拉美国家开头对 1965 年《关于解决各国和其他国家的国民之间的投资争端的公约》（ICSID）⁷⁴ 的反映冷淡。⁷⁵ 但第 27 条包含了卡尔沃条款的一个要素，规定：

“对于缔约国本国一个国民与另一缔约国根据本公约同意交付或已交付仲裁的争端，缔约国不得给予外交保护或提出国际要求，除非该另一缔约国未能遵守和履行对此项争端所作出的裁决”。

37. 拉丁美洲国家最初对多边投资保障机构（MIGA）⁷⁶ 持同样态度。该机构旨在促进对发展中国家的投资，向打算在发展中国家经商的投资人提供政治险。但同 ICSID 一样，MIGA 不一定违背卡尔沃条款的思想，因为它只允许把无法通过交涉或和解解决的争端交付仲裁。⁷⁷ 多数拉丁美洲国家现在已经是 MIGA 缔约国。

38. 1992 年美利坚合众国、加拿大和墨西哥间的《北美自由贸易协定》⁷⁸（NAFTA）被誉为是卡尔沃条款在拉丁美洲的主要支持者采取新的灵活态度的证据，⁷⁹

⁷² 1987 年 5 月 11 日委员会第 220 号决定，关于外国资本待遇及商标、专利、特许权和专利使用费的安第斯法规。转载于(1987)27 ILM 974, at p. 986。

⁷³ 1991 年 3 月 21 日委员会第 291 号决定，关于外国资本待遇及商标、专利、特许权和专利使用费的共同法规。转载于(1983)30 I. L. M. 1283, 1291（第 10 条）。

⁷⁴ 《联合国条约汇编》第 575 卷，第 159 页；第 176 页；(1996)4 I. L. M., P. 524。

⁷⁵ Rogers, 前注 70, 第 3 和 4 页；D. Manning-Cabrol, “The Imminent Death of the Calvo Clause and the Rebirth of the Calvo Principle: Equality of Foreign and National Investors” (1994-1995)26 Law and Policy in International Business, 1169, at p. 1185。多数拉美国家现已成为 ICSID 缔约国。

⁷⁶ (1985)25 I. L. M., P. 1598。

⁷⁷ D. Manning-Cabrol, 前注 72, 第 1185 和 1186 页；C. K. Dalrymple, “Politics and Foreign Direct Investment: The Multilateral Investment Guarantee Agency and the Calvo Clause” (1996)29 Cornell International Law Journal, 161。

⁷⁸ (1993) 32 I. L. M. 289, 605。

⁷⁹ 墨西哥宪法第 27 条规定：“只有因出生地或归化而取得墨西哥国籍的人和墨西哥公司有权取得土地、水及其从属物的所有权，或取得开采矿物或水源的特许权。国家可以授予外国人上述权利，但外国人必须向外交部表示同意在有关上述财产的问题上视本人为国民，并承诺在涉及上述财产的事项方面不要求本国政府保护；遇不遵守有关协议的情形，所得财产依法收归国有。”Shea 指出，墨西哥“是最极力主张卡尔沃条款的正义性和合法性的拉美国家”，也许这是因为“该国在任意干涉和滥用外交保护方面比任何其他拉美国家有更惨痛的经验”（前注 1, 第 279 页）。

因为该协定允许外国投资者在某些情况下诉诸国际仲裁。⁸⁰ 但不应夸大这种意见，⁸¹ 因为墨西哥国内有强大的声音，要求以符合卡尔沃条款的方式实施 NAFTA。⁸²

10. 结论

39. 委员会有两种选择。第一个选择是不起草任何有关这个问题的规定，理由是卡尔沃条款的相关性和有效性仅仅在于确认用尽当地补救办法规则。因此加添这样一项规定既无必要也属多余。第二个选择是起草一项规定，把卡尔沃条款的效力限制于载有卡尔沃条款的契约所引起的争端，并承认这样的条款可以导致有利于用尽当地补救办法的可予反驳的推定，即使规定受害外侨国籍国和东道国应把争端提交司法解决的仲裁条约含有不需要用尽当地补救办法的条款。这样一项规定将反映有关卡尔沃条款的判例、理论，甚至国家实践。

40. 特别报告员承认第一个提案也许有些道理，但他主张后一选择，因为这可以把世界一个主要区域的一项习惯规则法典化，并对在这门法律的历史上有着显著地位的机制的适用范围作出明确规定。向委员会提出的第 16 条就是基于这种考虑。

⁸⁰ 前注 78，第 11 和 20 章。

⁸¹ J. Daly, “Has Mexico Crossed the Border of State Responsibility for Economic Injury to Aliens? Foreign Investment and the Calvo Clause in Mexico and the NAFTA” (1994) 25 *St. Mary’s Law Journal*, 1147.

⁸² B. Sepúlveda Amor, “International Law and National Sovereignty: the NAFTA and the Claims of Mexican Jurisdiction” (1997) 19 *Houston Journal of International Law*, 565. Cf. S. Zamora, “Allocating Legislative Competence in the Americas: the Early Experience under NAFTA and the Challenge of Hemispheric Integration”, 同上，第 615 页。