

论国际条约的单方退出

卜璐

内容提要:近年国际实践中单方退出条约事件频发,对国际条约构筑的多边体系造成一定冲击。条约退出权乃国家主权的延伸,允许缔约国单方行使条约退出权存在相应的理论、立法和实践基础,有利于增强国际条约的灵活性。对此权利行使进行限制的本质是在国际条约的灵活性与稳定性之间寻求平衡。但国际法很难对此进行实质限制,只能在退约等待期、提前通知期、附退约理由、限制退约生效等程序机制上规范单方退出权的行使。在国内法层面,单方退出权的行使须受宪法上立法权和行政权分配的制约,当宪法缺乏明确规定时,可通过对退约个案是否违宪进行司法审查的方式来判断政府单方退约行为的合法性。我国以负责任的大国身份处理单方退约事件时,应从认识上对单方退约行为去污名化,在起草条约时考量退出条款对退约权行使的限制方案,在履约时基于退约行为的利弊评估决定单方退出权的行使与否,并在国内法层面细化条约的退出程序。

关键词:单方退出 国际条约 退出条款 司法审查

卜璐,苏州大学王健法学院副教授。

一 问题的提出

条约必须遵守(*pacta sunt servanda*)是整个国际法体系的基石,一旦国家签署条约并完成国内生效程序,就必须遵守条约义务,这已为《维也纳条约法公约》明文规定。然而近年国际实践中频繁发生的条约退出事件似乎给不遵守条约找到了一条合法路径。2016年俄罗斯退出《国际刑事法院罗马规约》、2017年美国特朗普就任后不久宣布退出《跨太平洋伙伴关系协定》和《巴黎协定》以及2017年英国正式启动《里斯本条约》第50条开始脱欧进程等事件产生了一个共同的问题:如果由主权国家缔结的国际条约可由缔约国朝令夕改地单方退出,那么作为国际社会联系纽带的条约之效力和履行该如何保障?

进入主题之前,必须首先明晰法律意义上国际条约单方退出的含义。国际条约的单方退出是指由某一缔约国单方启动的终止受条约项下法律约束的程序。合法的退出一项双边

条约即是终止该条约;当合法退出多边条约时,条约并不终止,对剩余缔约方继续发生法律效力。在条约法上,“解除”和“退出”二词都用来表示条约缔约方终止其当事方地位的单方行为。有学者主张对这两者进行区分,认为“解除”多用于双边条约的退出,当用于一项多边条约时,更好的用语是“退出”,并且为避免“解除”被理解为其通常带有的责备意义,应在可能的情况下避免使用。^[1] 李浩培先生也持单方退出只用于多边条约的观点。^[2] 还有学者认为“解除”一般指从条约全部或部分实体义务中退出,而“退出”指的是从程序义务中退出的较狭义含义。^[3] 《维也纳条约法公约》的文本第 54 条并列使用“终止或退出”、第 56 条并列使用“终止、解约或退出”,更加剧了“条约退出”术语表达上的困惑。

条约的终止显然不同于条约的退出或解除。条约的终止是指该条约项下法律规范的终止,由法律规范所生之权利义务也随之终结。一方面,条约的解除或退出只是导致条约终止的原因之一,条约还可能因其本身规定的有效期届满、终止条件具备或当事国一方有重大违约情势^[4]等其他原因终止。另一方面,条约的解除或退出并不必然导致条约的终止,对双边条约的解除或退出会导致条约的终止,但对多边条约而言并非如此。至于应使用“解除”还是“退出”,权威观点认为这二者在表示条约退出时并无差异,可以互换使用。^[5] 本文也在同一语义下使用这两个术语。

但条约实践对“退出”一词的应用往往超出其法律含义。其不仅被用于生效的国际条约,也被用于条约的起草和议定、签署和加入阶段,从而使“退出条约”并不总是呈现出严格法律意义上“单方退约”的术语含义。在国际事务中容易被误报道为单方退约行为的事件主要是那些拒绝签署或批准条约的行为,这些行为虽然后果上与单方退约行为一致,即导致退出国游离于条约体系之外,但与单方退约行为有着本质区别。拒绝签署或批准条约属一国国内法框架内之事务,而单方退约行为须受国际法规则之约束。

因此,虽然 2017 年特朗普就任后宣布退出《巴黎协定》与 2001 年小布什总统就任后宣布退出《京都议定书》常被类比为历史的重合,但二者的差异在于:美国政府已于 G20 峰会期间向联合国秘书长正式交存《巴黎协定》的批准文本,而退出《京都议定书》时美国国会尚没有批准该协定,这就决定了特朗普政府必须达到《巴黎协定》第 28 条关于退约的限制性要求方能使单方退约行为发生法律效力。同样,1997 年克林顿政府宣布退出《渥太华禁雷公约》时美国也未签署该公约。而美国 2017 年宣布退出《跨太平洋伙伴关系协定》实则是指撤回美国对该协定的签署以及永久退出该协定的谈判,^[6] 因为彼时该协定还未提交美国国会批准,尚未对美国发生法律效力。上述对于未生效国际条约的退

[1] 参见[英]安托尼·奥特斯著:《现代条约法与实践》,江国青译,中国人民大学出版社 2005 年版,第 242 页。

[2] 参见李浩培著:《条约法概论》,法律出版社 2003 年版,第 421 页。

[3] Yogesh Tyagi, *The Denunciation of Human Rights Treaties*, 79 *British Year Book of International Law* 86, 89 (2009).

[4] 参见《维也纳条约法公约》第 60 条。

[5] U. N. Office of Legal Affairs, *Final Clauses of Multilateral Treaties Handbook*, U. N. Sales No. E. 04. V. 3, 2003, p. 109; Duncan B. Hollis (ed.), *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford University Press, 2012, p. 758.

[6] The White House, *Presidential Memorandum Regarding Withdrawal of the United States from the Trans-Pacific Partnership Negotiations and Agreement*, <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2017/01/23/presidential-memorandum-regarding-withdrawal-united-states-trans-pacific>, 最近访问时间[2018-02-28]。

出不属于严格意义上的国际条约单方退出。虽然这些行为也属当事国的单方行为,但并未影响到彼时国际条约的效力,因此也不适用国际法和国内法层面规定的退约机制。

要解决论文开篇所提之问题,首先必须回答已生效的国际条约能否由缔约国单方决定退出。如果这一问题的回答是肯定的,那么单方退出国际条约须满足何种条件、完成何种程序?在完成上述限制性要求后,单方退出行为会产生何种法律后果?我国当前正于“一带一路”倡议引导下构建新型对外政治、经济、文化关系,这些对外关系的形成必须依赖诸多双边和多边条约的缔结,在此背景下该如何面对此起彼伏的单方退约行为?

二 国际条约单方退出的理论和实践基础

作为在国际法实践中宣示条约退出权开山之作的 1871 年《伦敦宣言》声明:“任何国家,非经以友好协商一致的方法取得缔约各方的同意,不得解除其条约义务,或改变条约规定,这是国际法的一个重要原则。”^[7]《伦敦宣言》虽然被作为描述条约必须信守原则的经典,但同时也揭示了条约退出权的存在。故此,对于缔约各方同意下的条约退出权并无争议。这种同意既包括事先的同意,即在缔结条约时纳入关于条约退出的规定;也包括随后的同意,即缔约国在条约缔结后的任何时间同意一方退出条约。^[8]《维也纳条约法公约》第 54 条基于此规定了一当事国得以退出条约的两种情形。^[9]长久以来存在分歧的是,在条约无明文规定单方退出权的情形下,条约当事国一方是否也有权单方解约或退出。^[10]《维也纳条约法公约》第 56 条对这一问题的回答被认为是国际法的前进发展,^[11]而非国际习惯法的表述。鉴于个体退约行为征求全体缔约国随后同意的做法存在现实操作困难,实践中出现的单方退约行为大多数是依据条约本身退约条款的规定进行的。以下四个方面呈现了单方退出国际条约行为的理论和实践基础。

(一) 单方退约权根源于国家主权

缔约国单方退出国际条约的权利基础是单方退约权,这一权利乃国家主权的延伸。从理论层面看,退出条约和缔结条约一样,都是国家独立自主处理对外事务的行为,属国家行使主权的表现。从实践层面看,大量国际条约在退出条款中直接将国家主权作为

[7] Annex to 1871 Protocol No 1 of the London Conferences. 英译版参见 DJ Bederman, The 1871 London Declaration, rebus sic stantibus and a Primitivist View of the Law of Nations, 82 *American Journal of International Law* 1 (1988)。

[8] 以此为理由,也有学者认为根本不存在所谓的“单边退出”条约,无论退出是基于缔约时的同意还是随后的同意,都是一种“多边退出”。参见 Lea Brilmayer & Isasias Yemane Tesfalidet, Treaty Denunciation and “Withdrawal” from Customary International Law: An Erroneous Analogy with Dangerous Consequences, 120 *The Yale Law Journal Online* 217 (2011)。本文认为上述观点混淆了不同背景下“单边”的含义,单边退出中的单边指的是当事国启动退约程序时的单方行为,并非指退约权的法律基础来自退约国本身,更何况单边退出无论在英文还是中文语境下已形成了固定术语。

[9] Oliver Dörr & Kirsten Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Springer, 2012, pp. 948 - 949.

[10] 参见李浩培著:《条约法概论》,法律出版社 2003 年版,第 458 - 460 页。

[11] 参见李浩培著:《条约法概论》,法律出版社 2003 年版,第 459 页。

行使单方退出权的权利来源。例如,1997年《渥太华禁雷公约》第20条第2款和2008年《集束弹药公约》第20条第2款一致规定:“每一缔约国为行使国家主权,有权退出本公约。缔约国应将退约一事通知所有其他缔约国、保存人和联合国安全理事会。退约书中应充分解释引起退约的原因。”《核不扩散条约》第10条第1款也规定:“每个缔约国如果断定与本条约主题有关的非常事件已危及其国家的最高利益,为行使其国家主权,应有权退出本条约。”

理解条约退出权乃国家主权的延伸,必须避免两个误区。第一,并非只有主权者才能行使条约退出权。国际法理论和实践均已证明,不具有主权权力的实体以及主权国家的联合体也可以行使退出条约的权利,此时的单方退约权源于国家主权的授予或让渡。第二,不能从主权的绝对性推演出单方退约权行使的绝对性。匈牙利学者捷尔吉·哈拉兹蒂在其冷战时期的著作中曾经主张“如果无法从条约本身推知当事方在退约问题上的立场,根据国际法尊重国家主权原则的要求,退约应获得承认”。^[12] 甚至有观点将《维也纳条约法公约》第56条以他国同意来限制缔约国解除或退出条约的权利作为国家丧失主权属性的佐证。^[13] 这些观点都是片面的,因为对单方缔约权行使的限制并非对国家主权的限制,甚至连“在废弃条约前取得他国同意的承诺本身就是国家主权的表现”。^[14]

(二) 国际条约中单方退出条款普遍存在

传统观点基于一些备受瞩目的条约退出事例提供的传闻逸事,臆断单方退出是极端罕见的事件。^[15] 然而赫尔弗(Laurence R. Helfer)教授对1945年至2004年60年间的5416份多边协议进行实证研究发现,这些条约遭遇了总计1546次退约行为;共有191份、约3.5%的条约曾经收到至少一次以上的退出,且条约的单方退出自二战以后发生频次呈明显上升趋势。^[16] 虽然这些数据并不能证明单方退约行为发生的普遍性,但至少可以证明单方退约并非传统认识上的孤立、罕见事件,而是已发展成为国际条约法实践上的常规行为,而规范这一常规行为的最好方法便是在条约中订立退出条款。

一份基于联合国条约系列数据库的抽样调查显示,随机抽取的142项条约中有60%含有退出条款。^[17] 实际上,该数据库根据《联合国宪章》第102条的规定收录了自1945年起所有在联合国秘书处登记、交存或记录的条约和国际协定,因而该数据库中双边条约数量占据多数;而退出问题在双边条约中并不显著,因此可以想见对于多边条约而言,包含退出条款的比例要大得多。更早的一份调查统计了1967年至1971年间在联合国登记

[12] György Haraszti, *Some Fundamental Problems of the Law of Treaties*, Akadémiai Kiadó, 1973, p. 264.

[13] Hent Kalmó & Quentin Skinner, *Sovereignty in Fragments: The past, Present and Future of a Contested Concept*, Cambridge University Press, 2013, p. 139.

[14] Richard Plender, The Role of Consent in the Termination of Treaties, 57 *British Year Book of International Law* 133, 148 (1986).

[15] Laurence R. Helfer, Terminating Treaties, in Duncan B. Hollis (ed.), *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford University Press, 2012, p. 644.

[16] Laurence R. Helfer, Exiting Treaties, 91 *Virginia Law Review* 1579, 1601–1607 (2005).

[17] Barbara Koremenos & Allison Nau, Exit, No Exit, 21 *Duke Journal of Comparative & International Law* 81, 106 (2010).

的全部 2400 余项双边和多边条约,得出的结果与此类似。^[18] 尽管退出条款在国际条约中如此普遍,但长久以来似乎并未引起国际法理论和实践的关注。究其原因,一方面是受条约退出会弱化国际义务整体结构这一观点影响,从而否定退出条款存在的合理性;另一方面则是随着缔约实践的发展,将包括退出条款在内的最后条款视为国际条约中的标准化条款,因而无需在条约谈判和条约实践中给予过多考量。

不同领域的国际条约对退出条款的使用率不尽相同。据对经济、环境、人权和安全四个领域条约的抽样调查显示,人权条约绝大多数含有退出条款,而经济条约和安全条约含有退出条款的比率则低得多。^[19] 也有学者认为和平安全条约关系到国际社会共同的基本利益,依其性质不应该允许缔约国单方解约或退出,因此此类条约中不应包含退出条款。^[20]

退出条款在国际条约中起到何种作用? 这个问题可从两个角度来看:一是形式上退出条款在国际条约中所处的位置。一般来说,国际条约由名称、序言、主要文本、最后条款、证明、签署和附件部分组成,其中最后条款是指规定与其他条约关系、争端解决、修正和审查、附件地位、签署、批准、加入、生效、退出和终止、保留、保存人的指定及作准文本等有关条约程序方面内容的条款。退出条款在国际条约中是作为最后条款的内容之一出现的,因此与条约正文部分规定条约的实质内容相较,总是没有获得应有的关注,而经常被看做纯粹格式性的规定而从另外一个类似的条约复制或改写过来。^[21] 二是从实质上看,退出条款在国际条约中作为增强条约灵活性的工具之一,与其他制度共同发挥增强条约灵活性的作用。从上述两点看来,退出条款在国际条约特别是多边条约的缔结中已经成为一个常规条款。

(三) 无退出条款国际条约的单方退出

但如前所述,能否退出国际条约分成两种情况:第一种情况是条约中明确包含退出条款,在这种情况下缔约国单方退出权的行使本身存在条约依据,退出权的合法性基础毋庸置疑。存在争议的是第二种情况,即条约中未规定退出条款时缔约国能否单方退出。《维也纳条约法公约》为保障条约效力,试图直接否定无退约条款时退出权的存在,^[22] 但这一规定受到实践和学理的双重质疑。一些志在成立永久性国际组织或规定人权等重要问题的国际条约,如 1945 年《联合国宪章》、1945 年《联合国教育、科学及文化组织组织法》、1966 年《公民权利和政治权利国际公约》等都没有规定退出条款,但实践中印度尼西亚 1965 年退出联合国、美国 1984 年退出联合国教科文组织、朝鲜 1997 年 8 月向联合国秘书长递交退出《公民权利和政治权利国际公约》的通知,这些国际事件支撑了无退约条

[18] Kelvin Widdows, *The Unilateral Denunciation of Treaties Containing No Denunciation Clause*, 53 *British Year Book of International Law* 83, 95 (1982).

[19] Barbara Koremenos & Allison Nau, *Exit, No Exit*, 21 *Duke Journal of Comparative & International Law* 81, 106 (2010).

[20] 参见郑曦、林桂宾:《论条约法上的单方解约或退出权——兼评〈核不扩散条约〉的退出条款》,《法学评论》1995 年第 1 期,第 29 页。

[21] 参见[英]安托尼·奥特斯著:《现代条约法与实践》,江国青译,中国人民大学出版社 2005 年版,第 375-376 页。

[22] 参见《维也纳条约法公约》第 56(1)条。

款下单方退出权存在的观点。这种观点也获得了学理支持。有论者认为,《维也纳条约法公约》第 56 条没有任何国际习惯法基础,即使它为无退约条款下退出权的行使留下两个例外窗口,这两个例外也因不确定性而起不到作用;第 56(1)(a)条中要求的签署国共同的愿意很难确定,第 56(1)(b)条中没有限定条约类型地规定当事国得退出由条约性质认为其本身包含退出权的条约,实则把条约退出交给当事国任意决定。^[23]

无退出条款实际上是条约对退出问题未作规定,这种未作规定可能是因为缔约国在条约谈判时没有触及此问题,也可能是因为缔约国在这一问题上没有形成共同的意思,还可能是缔约国不想以退出条款的方式规定这一问题。所以,根本问题其实是条约的解释问题,应综合条约类型、条约谈判历史、缔约国的共同目标、当事国所面临的情势变更等综合因素给予解释。如果一概认为缔约国不能退出无退约条款的条约,实际上是预设当事国无退约权;这与国家固有的缔约权相矛盾,无法解释为什么国家主权能够派生出缔约权却不能派生出退约权。

(四) 单方退约权有利于增强条约的灵活性

国内外学者在学理层面从多个角度论证条约退出权存在的正当性。^[24] 其中,有人借用经济学“理性经济人”的假设,将国际条约缔约国作为国际制度形成的理性参与人,用 n 个囚徒困境构建以国际条约为基础的国际合作模型,是退约条款合理性的经典解读。这种解读同其他正当性理由一样,都根源于国际关系理论中理性主义的发展。传统国际关系理论对于条约缔约国只给出了合作或背弃两种截然对立的选择,^[25] 而理性主义给了从利己主义出发的缔约国在履约面临高昂代价时,以一条合法、公开、危害较小的中间路径来摆脱条约义务的选择。所以,单方退约权的存在和国际条约中退出条款的纳入实质上是国际社会的参与者们基于理性主义、权衡违约风险和退出影响之后做出的共同选择,将这种理性主义落实到实践中有利于在缔约、履约和终止三个阶段增强国际条约的灵活性。

第一,国际条约面临的不确定性使缔约国需要单方退约权来降低缔约时作出未来履约承诺所承担的风险。不确定性是国际事务的普遍特性,如果国际协议产生不良后果,退出条款给了缔约国选择以低代价退出条约的机会,从而降低了国际条约的不确定性。在其他所有条件等同的情况下,退出条款的存在会鼓励更多国家批准条约。^[26] 灵活性机制对于多边条约来说尤显重要。例如,对于多边贸易体制而言,是否赋予缔约国暂缓给予贸易待遇的权利会影响其缔结贸易协定的可能性,因为缔约国通常希望通过使用国内反倾销措施来增强贸易协定的灵活性,以防止竞争产品损害本国利益。^[27] 因此,为了与国际条约的不确定性相匹配,给予国际条约灵活度是必要的。而退出条款在国际条约中作为增强条约灵活性的机制之一,与保留条款、修订规则、例外条款、重新谈判条款等一同发挥

[23] Kelvin Widdows, *The Unilateral Denunciation of Treaties Containing No Denunciation Clause*, 53 *British Year Book of International Law* 83 (1982).

[24] 参见银红武著:《条约退出权研究》,法律出版社 2014 年版,第 103 - 145 页。

[25] Laurence R. Helfer, *Exiting Treaties*, 91 *Virginia Law Review* 1579, 1585 (2005).

[26] Laurence R. Helfer, *Exiting Treaties*, 91 *Virginia Law Review* 1579, 1599 (2005).

[27] Jeffrey Kucik & Eric Reinhardt, *Does Flexibility Promote Cooperation? An Application to the Global Trade Regime*, 62 *International Organization* 477, 499 - 500 (2008).

着加强条约灵活度的作用,以应对国际事务面临的诸多不确定因素,吸引更多国家加入条约。

第二,在履约过程中当事国行使单方退约权的实际后果不等同于直接违约产生的负面效果。反对单方退约权行使的主要理由是将其类比为违反条约的行为,但单方退出条约根本上有别于违反条约。从表面上看,单方退出条约似乎与违反条约类似,同样有着不履行条约义务的外在表现形态,但这二者有着本质差异:第一,合法性不同。在条约规定退出条款或者隐含退出权的前提下,退出条约是国际合法行为,当事国不应因此遭受违约的制裁措施。第二,公开性不同。所有条约中的退出条款以及《维也纳条约法公约》第 56(2)条都明确要求将退出条约的意思正式通知给相关方,这就决定了条约的退出只能是正式的公开行为,与往往受到掩饰的违约行为有着显著区别。第三,主体不同。国际条约不仅约束主权国家,视条约内容也可能约束自然人、法人或者国家各类机构,因此违约的主体也多种多样;而退约的主体只能是主权国家。第四,后果不同。违反国际条约义务会对当事国造成信誉受损的后果,而单方退约对国家履约声誉的损害相对较小,反而给退约国提供了发声的机会和舞台,有时甚至能达到促进国际规则朝其利益方向发展的效果。因此,不能给单方退约行为直接冠以违约的负面评价。

第三,当事国需要单方缔约权来实现其除摆脱条约义务以外的各种利益动因。在何种情况下国家会选择退出国际条约呢?退约国退出条约的根本原因是国家利益的驱动,直接动因不外有三:一是摆脱国际条约中法律义务的束缚。南非 2016 年退出《国际刑事法院罗马规约》的出发点是执行该条约会与南非 2001 年《外交豁免与特权法》中的规定相冲突,妨碍南非同外国、特别是其境内发生严重武装冲突的国家之间的外交关系。二是以退出条约或者威胁退出条约作为增加谈判优势或影响力的筹码。朝鲜 1993 年退出《核不扩散条约》的决定很快换来了朝美关系史上第一个联合声明,得到了美国不使用或威胁使用包括核武器在内的武力的承诺。三是为缔结新的条约而退出此前的同类条约。这种情况多发生在国际劳工组织、国际海事组织等国际组织对公约进行修订时,在新公约中采用的自动或强制新公约缔约国退出旧公约的条款。例如《联合国全程或部分海上国际货物运输合同公约》(以下简称《鹿特丹规则》)第 98 条专门就“退出其他公约”进行了规定,要求此前签署《海牙规则》、《维斯比规则》、《汉堡规则》的缔约国在批准、接受、核准或加入《鹿特丹规则》的同时,应退出前述公约,退约自《鹿特丹规则》对该国生效之日起生效。可见,摆脱条约义务并非当事国退出条约的唯一动因,为了维护条约效力而拒绝单方退约条款,实则使缔约国丧失了一个终止条约义务或政府间国际组织成员资格的中立、合法、公开的机制。

三 行使单方退出权的限制因素

纵然单方退出权的行使存在充分的理论和实践基础,也并不意味着这一权利不会被缔约国滥用而成为逃脱条约义务的工具。认为不存在退出权和存在无条件退出权的两种极端观点都无法自圆其说。退出权行使中的争议已经无法在抽象层面得到解决,所以更

多地应在实践层面规范和限制单方退约权的行使。^[28]

(一) 国际条约单方退出的国际法限制

国际实践中大多数单方退约行为都发生在存在退出条款的情形下。但相对于那些不含退出条款的国际条约,学者们似乎更少关注那些明确包含退出条款的国际条约。因为在此情形下,条约当事国一方自然可以按照条约规定,行使单方退出权,^[29]似无争议可生。实则,近似格式条款的退出条款中不同的内容设计,对单方退出权的行使构成了不同程度的限制,从而对缔约国行权形成不同程度的制约。

1. 退约等待期

退约等待期主要用来防止缔约国短期内撤回承诺的行为,是条约得到遵守和履行的保障,所以当缔约国想维护条约下的合作关系、扼杀潜在的退约动机时,便会设置较长的退约等待期。实践中的退约等待期长短不一,短则不到1年,长则达到30多年。基于退约时间的规定不同,退约条款可以分为四种类型:

第一类,无固定期限的退出条款,即在任何时间都可退出条约的规定。例如1967年《关于难民地位的议定书》第9条“退出”第1款规定:“本议定书任何缔约国可以随时通知联合国秘书长退出本议定书。”

第二类,期满退出条款,即自条约生效或条约批准之日起期限届满方可退出。例如1992年《联合国气候变化框架公约》第25条“退约”第1款规定:“自本公约对一缔约方生效之日起3年后,该缔约方可随时向保存人发出书面通知退出本公约。”

第三类,间隔退出条款,即在固定的时间间隔期内可撤回条约。例如2011年《关于家庭工人体面劳动的公约》第22条规定:“1. 已批准该公约的成员可在公约生效之日起10年后,向国际劳工局总干事登记退出公约,退约将在登记之日起1年后生效。2. 凡批准此公约的成员,未能在前款提及的10年期届满后的1年内行使本条规定的退约权,将受另一个10年期的约束,此后才可以在每一个新10年期的首年内根据本条规定的条款退出公约。”^[30]间隔退出条款允许缔约国在若干固定时间段内退出条约,维护了条约在剩余时间内的稳定。

第四类,推定退约条款,即基于缔约方在嗣后修订条约过程中对新条约的批准自动导致对原条约的退出,在此条款下退出旧约的时间实际上取决于新约规定。例如1949年《带薪休假(海员)公约(修正本)》第18(1)条规定:“如大会制定一项对本公约作全部或局部修正的新公约,除非新公约另有规定,则:(a) 在新修正公约生效时,尽管有上述第14条规定,会员国对于新修正公约的批准,依法应为对本公约的立即解除。”国际劳工组织是在1946年的国际劳工会议上决定在一些新公约中加入此类条款,以防止出现一个当事国在同一问题上同时须对两类不同国家执行新旧两个不同条约的情况,^[31]因此国际劳工

[28] Vassilis Pergantis, *The Paradigm of State Consent in the Law of Treaties: Challenges and Perspectives*, Edward Elgar Pub, 2017, pp. 157 - 158.

[29] 参见李浩培著:《条约法概论》,法律出版社2003年版,第458-459页。

[30] Domestic Workers Convention (2011), ILO Convention No 189, Art. 22.

[31] 参见李浩培著:《条约法概论》,法律出版社2003年版,第370页。

组织制定的条约中通常包含此种自动退约条款。除上述举例外,国际劳工组织制定的 1948 年《(妇女)夜间工作公约(修订本)》第 19(1)(a)条、《保护生育公约(1952 年修订)》第 16(1)(a)条、1964 年《工伤事故和职业病津贴公约》第 28(2)条、1970 年《船员在船上起居舱室公约(补充条款)》第 20(1)(a)条等皆属此类。

相对于下文提前通知期和要求退约理由两项限制因素,退约时间是国际条约退出条款中最富有变化的因素,因此其不同模式决定了退出条款的不同类型。故对于条约订立过程中退出条款的拟定而言,规定何种退出时间是首要考虑因素,而这主要取决于条约本身的内容和性质,以及条约缔约国和起草机构对条约效力的期待。未在退出条款规定期间内退出条约的行为被视为违反条约义务,退出行为因此无效。特朗普宣布退出《巴黎协定》遭遇的各种反对之声中就包含了对其不遵守协定中规定的退约等待期的质疑。《巴黎协定》第 28 条第 1 款允许缔约方以书面通知联合国秘书长的方式退出协定,但要求协定对一缔约方生效之日起 3 年后方可发出通知;因为协定于 2016 年 11 月 4 日起正式生效,而此前美国已向联合国秘书长交存批准书,所以根据协定 3 年退约等待期的规定,其直至 2019 年 11 月 4 日缔约国方可行使单方退出权,通知联合国秘书长退出协定。

2. 提前通知期

提前通知期的意义类似婚姻法上的“离婚冷静期”,给退约方和剩余缔约方提供了一个进行磋商以挽救条约整体效力的机会。通知期限长短各异,受《维也纳条约法公约》第 56(2)条“废止或退出条约之意思迟于 12 个月以前通知”规定之影响,实践中多数条约将退约的提前通知期设定为 12 个月。提前通知期的作用至少包含三个方面。

第一,公告退约决定,无论是要求当事国将退约决定提前通知给条约保存机构抑或其他缔约方,其退约意愿都会公开发布,有助于利害关系方对退约行为及时作出反应。

第二,在提前通知期内当事国得撤销退出通知。以朝鲜第一次退出《核不扩散条约》为例,由于国际原子能机构怀疑朝鲜在宁边的两处地点隐藏核材料和分离武器级钚而对这两处地点提出核查要求,朝鲜于 1993 年 3 月 12 日宣布退出《核不扩散条约》。按照条约第 10(1)条“在退出前 3 个月将此事通知所有其他缔约国和联合国安全理事会”的规定,退约应于同年 6 月 12 日生效。在作出通知到通知生效这 3 个月提前通知期内,《核不扩散条约》的 3 个保存国呼吁朝鲜撤销其退约决定,安理会也一致呼吁朝鲜重新考虑其退出《核不扩散条约》的决定。在退约决定生效的前一天,朝美发表联合声明,就反对使用包括核武器在内的武力威胁、保证无核的朝鲜半岛的和平与安全、支持朝鲜和平统一等三个原则达成一致,朝鲜同时宣布暂停执行退约决定。

第三,在提前通知期内核实退出权行使的条件是否具备。《维也纳条约法公约》第 26 条规定:“凡有效之条约对其各当事国有拘束力,必须由各该国善意履行。”即便退约条款赋予了缔约国完全自主决定退约的权利和自主解释退出权行使条件的权利,单方退出权的行使也仍然必须服从该公约的善意履行要求,亦即国家退约决定的作出是出于善意的原因,而不是为了掩盖条约生效期内的违约行为。即便如此,缺乏程序机制的善意履行原则实际上很难约束代表国家主权利力的单方退出权;即使能证明退约国存在恶意使用单方退出权的情况,也不存在使其退约行为无效的配套机制。

3. 附退约理由

既然单方退约权是国家主权派生出来的,亦即国家有权以自身利益衡量为标准自主决定缔约或退约事项,所以即便《维也纳条约法公约》第56(1)条要求退约“通知应载明拟对该条约采取的措施及其理由”,但大多数退约条款并未要求退约国给出退约理由以证明其退出决定的正当性。要求就退约理由进行说明的多为约束武装冲突中行为的条约。例如1997年《关于禁止使用、储存、生产和转让杀伤人员地雷及销毁此种武器的公约》第20条第2款规定:“每一缔约国为行使国家主权,有权退出本公约。它应将退约一事通知所有其他缔约国、保存人和联合国安全理事会。退出书中应对引起退约的理由作出充分说明。”

在退约条款要求说明理由时,理由要求在退约条款的援引上居于何种地位?如果认为存在正当理由并非退出条约的限定条件,那么退约条款中理由要求将失去存在的意义。反之,如果认为退约理由构成合法退约的必要条件,则需要进一步面对的问题是理由的正当性需要达到何种程度才能满足条约退出的要求?如美国一般的政府更迭是否达到退约的理由要求?缔约国认为条约目的落空是否达到退约的理由要求?技术变革是否达到退约的理由要求?归根结底,追溯退约理由的发生源头,可以将其分为两类:一类是其他缔约国的违约行为,另一类是退约国自身情况发生根本性改变。但遗憾的是,尽管《维也纳条约法公约》第62条已有将国际法上情势变更原则客观化的趋势,但作为退约条款中要求的理由说明很大程度上仍依赖于退约国的主观判断。退约理由的主观性必然导致无法将其作为判断退约是否合法的前提,事实上退约国总能从自身利益出发给出要求的退约理由。

以《核不扩散条约》为例,其第10(1)条退约条款规定“缔约国如果断定与本条约主题有关的非常事件已危及其国家的最高利益,为行使其国家主权,应有权退出本条约”,并要求缔约国在提交给其他缔约国和联合国安全理事会的退约通知中“应包括关于该国认为已危及其最高利益的非常事件的说明”。朝鲜1993年宣布退出该条约时,在交给安理会的退出通知中列出的理由是:“第一,代号为‘团队精神’的美韩联合军事演习重启,朝方认为这是一次核战争演习;第二,1993年2月25日,国际原子能机构理事会作出决议,要求朝鲜在3月底前接受该机构对朝鲜另外两处未声明军事设施的调查。”^[32]这两个理由构成对朝鲜最高利益的威胁只是来自于退约国自己的主观判断,更何况第二项理由在国际原子能机构理事会看来本身就是执行《核不扩散条约》的结果。

由此可见,退出条款中退约理由的要求存在两个不确定因素:一是退约理由的正当性程度不确定,二是退约理由的客观性标准不确定。这导致了退约理由要求也不能对缔约国援引退出条款进行任何实质上的限制,其存在对缔约国而言只是一个导向性要求。正如美国前国务卿迪安·鲁斯克在参议院外交关系委员会就《部分禁止核试验条约》召开的听证会上所言:“认为国家主权允许退出条约的观点并不令人满意,因为这是不尊重国际法和条约义务的,因此我们认为尽管退约条款非常灵活,但仍应该服从条约的整体目标和条约的主要内容,只有危及国家最高利益时才允许退出条约,一国不能仅仅因

[32] U. N. SCOR, 48th Sess., Annex, at 2, U. N. Doc. S/25405 (Mar. 12, 1993).

为“一时兴起的琐碎、无关事项就退出条约,还假装在条约框架下这是合法的。”^[33]这就是为何尽管国际劳工组织公约的退出条款中几乎没有对退约理由进行要求,但《国际劳工组织公约程序手册》中却规定,如果(退出通知)未说明理由,国际劳工局应要求当事国提供。^[34]

4. 退约后条约效力的存续

退约生效之后,并不意味着退约方条约项下义务的完全终结,条约仍有可能继续约束退约方的行为。主要存在以下两种情况。

一是退约方应继续履行其在条约生效期内未尽之义务。以朝鲜退出《核不扩散条约》为例,朝鲜认为其退出条约应有效终止其作为缔约方的义务,任何核查其是否进行不受监管的核武器试验的国际努力都会丧失法律基础。但反对意见认为,国际原子能机构在退约生效前提出的核查请求仍然有效,朝鲜作为缔约国期间内的行为仍必须受国际原子能机构的监管。^[35]

二是受条约约束的行为具有持续性,为保护条约受益方的合理期待和利益,将退约的生效日期延后至行为结束或指定时间。此类影响退约生效日期的情形主要包括两类:一类是在某些人道法条约中为了使正在持续中的武装冲突免受条约退出影响而继续受到人道法规则的约束,条约退出的日期取决于外部战争环境,只能于现时武装冲突终止后生效。例如,2000年《儿童权利公约关于儿童卷入武装冲突问题的任择议定书》第11条第1款规定:“退约应于秘书长收到通知之日后1年生效。但是,在该年结束时如果退约缔约国正处于武装冲突之中,退约在武装冲突终止之前应仍未生效。”另外一类是对绝大多数双边投资协定而言,为保护投资者的合理期待,往往含有“效力持续条款,规定在条约终止前设立、取得或批准的投资将继续受条约保护,保护期规定为10年、15年或20年不等”。^[36]

实际上,即便是对国际社会共同体意义重大的安全条约而言,也不可能对其中的缔约国退出权进行任何有实质意义的原则性限制。^[37]在《部分禁止核试验条约》谈判过程中,美国和英国曾经建议退出条款应包含三方面内容,即退出主张、提交证据、多边委员会对该事件进行评估。^[38]这种把条约退出置于第三方准司法审查之下的建议在该条约的最后文本中并未出现,反面说明缔约国认为单边退出权的行使应由国家自行决定。概言之,退约条款中规定的单方退出权本质上是一种自决权。

(二) 国际条约单方退出的国内法限制

退出条约作为一种国家行为,不仅受国际法调整,还必然国内法约束。尽管世界各国

[33] Statement of Dean Rusk, Sec. of State, 88th Cong. 1st Sess. Vol. 3 (1963).

[34] International Labour Office, International Labour Standards Department, *Handbook of Procedures Relating to International Labour Conventions and Recommendations*, 2006, p. 47.

[35] Antonio F. Perez, Survival of Rights Under The Nuclear Non-Proliferation Treaty: Withdrawal and the Continuing Right of International Atomic Energy Agency Safeguards, 34 *Virginia Journal of International Law* 749 (1994).

[36] Jeswald W. Salacuse, The Emerging Global Regime for Investment, 51 *Harvard International Law Journal* 427, 472 (2010).

[37] Antonio F. Perez, Survival of Rights Under The Nuclear Non-Proliferation Treaty: Withdrawal and the Continuing Right of International Atomic Energy Agency Safeguards, 34 *Virginia Journal of International Law* 749, 753 (1994).

[38] Note, Legal Models of Arms Control: Past, Present, and Future, 100 *Harvard Law Review* 1326, 1330 (1987).

几乎都在宪法中明定条约应当如何缔结,^[39]却并非都能在国内法中规定条约应当如何退出。在国内法层面,条约的单方退出涉及两个问题:一是谁有权决定从国际条约中退出,二是做出退约决定的程序机制。这两个问题本质属于一个问题,因为正是条约退出权的行使主体不同才造就了不同的退约程序,对退出条约国内程序的要求实际上也就是对有权决定退出条约的主体的要求。

从表面上看,条约退出属于条约缔结的镜像程序,条约缔结所需要的授权和程序同样适用于条约退出,但实践情况要复杂得多,背后的本质问题是一国国内法上退约权在行政机构和立法机构之间如何配置。当宪法对这个问题规定不明时,司法审查便成为解决这一问题的必然路径。

1. 南非“Democratic Alliance 案”:参照条约缔结程序

2017 年南非“Democratic Alliance 案”^[40]即属此类。南非继 2016 年宣布退出《国际刑事法院罗马规约》之后,又于 2017 年 3 月 7 日书面通知联合国秘书长撤回退出通知,原因是为了执行南非豪登省高等法院同年 2 月 22 日做出的一份判决,^[41]在该份判决中法院认为南非政府在没有事先征得议会批准的前提下发给联合国秘书长退约通知是违宪的。在该案中,原告南非议会中最大的反对党民主联盟提出的核心问题是,政府作为国际条约在南非的执行机构,是否拥有未经议会批准的单方退出权;被告南非政府则认为宪法将缔约权和条约执行权分别分配给议会和政府,议会的权力仅限于条约生效问题,而退约则属于政府对条约的执行。法院则认为,退约通知等同于缔约,同样要求以宪法第 231(2)条规定的议会批准为前提,发出退约通知不同于签署条约,后者并不产生国际法上的法律后果。

2. 美国“Goldwater 案”:拒绝进行司法审查

但美国“Goldwater 诉 Carter 案”^[42]给出了不一样的答案。美国拥有较多条约退出实践,虽然《维也纳条约法公约》第 2(2)条规定了一个宽泛的“条约”定义,但在美国国内法语境下,“国际协定”专指两个或多个国家、国际组织之间缔结的具有法律拘束力并受国际法管辖的协议。^[43]因此,行政协定和政治承诺被认为是有别于需要参议院三分之二多数批准的国际条约,行政协定的缔结不需要获得议会的授权,政治承诺在美国国内不具有法律效力因此缔结也不需要参议院的批准。反之,行政协定和政治承诺的退出也应该有别于国际条约的退出,同样不需要议会的授权或者批准,属于宪法授予总统的广泛行政权范畴。但即使是退出经过参议院批准的国际条约,在美国也引发了总统与国会间权力分

[39] 例如,美国《宪法》第 2 条第 2 款中的规定:“总统有权缔订条约,但须争取参议院的意见和同意,并须出席的参议员中三分之二的人赞成。”

[40] *Democratic Alliance v Minister of International Relations and Cooperation and Others (Council for the Advancement of the South African Constitution Intervening)*, (83145/2016) [2017] ZAGPPHC 53 (22 February 2017).

[41] South Africa; *Withdrawal of Notification of Withdrawal*, C. N. 121. 2017. TREATIES-XVIII. 10 (Depositary Notification) (Mar. 7, 2017).

[42] *Goldwater v. Carter*, 481 F. Supp. 949, 965 (D. D. C.), rev'd, 617 F.2d 697 (D. C. Cir.), vacated mem., 444 U. S. 996 (1979).

[43] Restatement (Third) of Foreign Relations Law § 301 (1).

配的争议,并且这个争议迄今仍旧悬而未决。

“Goldwater 案”是一个由条约退出权行使引发的案例。该案的背景是 20 世纪 70 年代美国寻求与中国关系正常化,而 1954 年美国与台湾当局缔结的《美台共同防御条约》作为中美关系正常化道路上的“拦路虎”必须废止。中美之间对此已形成共识,但关键问题在于美台之间的双边条约该如何废止:是在中美建交后基于美国承认中华人民共和国为代表中国的唯一合法政府而“自动废除”,还是执行《美台共同防御条约》中规定的终止方式去终止条约?这个问题在困扰美国几任政府后,由卡特政府按照《美台共同防御条约》第 10 条的规定,单方通告台湾当局 1 年后,条约终止。但参议员巴里·戈德华特(Barry Goldwater)联合其他几名国会议员,在联邦哥伦比亚特区地区法院起诉时任总统卡特和国务卿万斯,要求法院判定总统无权单方终止《美台共同防御条约》,理由是根据美国宪法第 2 条第 2 款,卡特总统在单方终止条约前应取得参议院的批准。然而美国宪法恰恰没有规定条约退出问题,其第 2 条第 2 款只规定了总统缔结条约须经参议院批准,没有涉及总统退出条约是否需要取得参议院批准。^[44]地区法院在判决中认为原告诉求中提出的问题不属于“政治问题”,^[45]因此裁决总统终止条约的通知应获得参议院三分之二以上或国会两院半数以上支持后方才有效。^[46]其后联邦哥伦比亚特区巡回上诉法院虽然也认同地区法院在“政治问题”上的认定,但却认为卡特总统单方终止条约的行为在宪法授权范围内。^[47]该案一直打到美国联邦最高法院,最高法院撤销了上诉法院的判决,以该案涉及的问题是无可诉的政治问题为由裁决驳回起诉。^[48]

2001 年美国总统布什宣布退出 1972 年同苏联签订的《反弹道导弹条约》引发的“Kucinich 诉 Bush 案”^[49]依然没有触动美国政治生态中条约退出权的行使问题,该案由 32 位国会议员在联邦哥伦比亚特区地区法院起诉布什总统,试图阻止总统单方退约权的行使。这次地区法院毫无争议地援引了“Goldwater 案”的先例,判决因条约的终止问题是无可诉的政治问题而不应由法院解决,从而驳回了原告的诉求。

迄今为止,经参议院批准的国际条约的退出是否需要取得参议院或国会的事先授权或事后批准仍未有定论。虽然《巴黎协定》本身的退出不涉及条约退出权在总统和国会之间分配的问题(奥巴马政府认为《巴黎协定》作为一项行政协定不需要获得参议院同意,因此奥巴马虽然在杭州 G20 峰会期间同中国一道提交了批准书,但与中国的批准此前获全国人大常委会通过不同,美国批准《巴黎协定》未获国会通过。正因为如此,特朗

[44] Oona A. Hathaway, *Treaties' End: The Past, Present, and Future of International Lawmaking in the United States*, 117 *Yale Law Journal* 1236, 1323 (2008).

[45] 政治问题是指那些宪法授权由政府行政机构和立法机构解决,而非由法院解决的问题。对于政治机构的行为,法院仅考虑其合法性而不审查其合理性。政治问题原则是指在司法和政治权区分的基础上,某些宪法问题属于司法不予审理的政治问题,不仅禁止司法解决政治问题,而且此类问题豁免于司法审查。参见 Howard Konar, *Termination of Treaties as a Political Question: The Role of Congress after Goldwater v. Carter*, 4 *Fordham International Law Journal* 81, 85-91 (1980).

[46] *Goldwater v. Carter*, 481 F. Supp. 949, 965 (D. D. C.).

[47] *Goldwater v. Carter*, 617 F.2d 697 (D. C. Cir.).

[48] *Goldwater v. Carter*, 444 U.S. 996 (1979).

[49] *Kucinich v. Bush*, 236 F. Supp. 2d 1, 14 (D. D. C. 2002).

普政府对《巴黎协定》的退出才可以当然绕过国会批准程序,由总统单方决定),但这并不意味着退出《巴黎协定》不会再度引发在司法层面挑战总统退约权的行使。因为如前所述,当前退出协定不符合第28条设置的退约等待期的要求,故此不乏有建议通过退出《巴黎协定》的母公约、退约等待期已届满的《联合国气候变化框架公约》来间接退出协定。^[50]而后者得到了美国参议院三分之二多数的批准,所以一旦美国决定退出该公约,法院势必会再度面临起诉总统退约的诉讼。

3. 英国“Miller案”:取决于退出是否触动议会立法

对于建立国际组织的条约而言,退出条约等同于退出国际组织,因而英国脱欧也意味着英国从建立欧盟的基础性条约中退出。“Miller案”是英国脱欧进程中具有里程碑意义的案件。2017年英国最高法院在“Miller案”^[51]中将启动《里斯本条约》第50条退出欧盟的决定权判予英国议会。虽然2016年英国全民公投的结果是支持脱欧,但是按照《里斯本条约》第50条第2款的要求,决定退出欧盟的成员国应该将其脱欧意图通知给欧盟理事会。这项通知既是启动欧盟和该国进行脱欧谈判的触发点,也是在谈判两年还无法达成最终协议时《里斯本条约》对退出国失效的时间起点,所以英国政府必须将脱欧意图正式通知欧盟理事会。问题在于,英国政府是否需要经过议会投票授权才能发出此项通知。这表面上看是英国脱欧的程序问题,实际上属于宪法解释问题。

和绝大多数国家不同的是,英国没有一部凌驾于其他法律之上的独立、连贯、基本法意义上的宪法,而是以一种实用主义的方式,通过一系列成文法、事件、惯例、学术著作、司法判决总结出来的宪法性安排。^[52]该案触及两项宪法安排:一是内阁通常享有自由缔结或终止条约的权力,无需依赖议会批准;二是内阁通常无权行使任何导致英国国内法发生改变的权力,除非有议会通过的成文立法规定。“Miller案”面临的核心问题是,内阁行使其国际层面应有之权力时,是否有权更改英国国内法的规定。^[53]

按照政府的观点,向欧盟理事会发出通知属于君主特权,是君主名义上享有的不经议会批准采取行动的特许;既然全民公投是议会要求举行的,那么对全民公投结果的落实就属于内阁事务,不应使其受制于没有举行全民公投时所受之法律限制。^[54]原审高等法院认为议会主权原则要求只有议会可以推翻议会立法,英国入欧后欧盟条约已成为英国法的一部分,脱欧后欧盟法赋予英国居民的权利将随之受到影响,而这些权利是经由议会立法创设的,所以只能由议会加以变更。^[55]最高法院着重分析了英国加入欧共体时议会通过的1972年《欧共体法案》,从而证明欧盟法在英国的效力来源于议会立法;而2015年《欧盟全民公投法案》只规定了要就是否脱欧召开全民公投,并未规定全民公投结果的法律效力,因此要改变现有的包含欧盟法在内的英国法,议会授权是必要条件。

[50] Madison Park, *3 ways Trump could dump Paris climate agreement*, <http://www.cnn.com/2017/06/01/politics/paris-climate-agreement-trump-ways-to-withdraw/index.html>, 最近访问时间[2018-02-28]。

[51] *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5.

[52] *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5, para. 40.

[53] *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5, para. 5.

[54] *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5, para. 116.

[55] *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2016] EWHC 2768 (Admin).

综合上述三案,单方退出条约在国内层面需要满足何种条件,完全取决于一国国内法的规定。在国内宪法缺乏相关规定时,通过对退约个案是否违宪进行司法审查的方式来判断政府单方退出行为的合法性是常规做法。从上述三案可知,影响退约国内法机制的因素主要有三:第一,所退条约的国内批准程序。如果把条约的退出程序类比为国内法律的废止程序,根据立法机构制定的国内法律只有立法机构才有权废止,可推演出经立法机构批准的条约只能由立法机构决定退出。第二,所退国际条约的类型。并不是说美国条约的退出程序与缔结程序完全无关,只是美国先对条约进行了分类,不同类型的条约适用不同的缔约和退约程序。对于属于行政协定和政治承诺的条约,本在行政权范畴内,生效时就无需取得立法机关授权,退出时自然也就无需征得立法机关同意;引发争议的是那些获得参议会三分之二通过的国际条约的退出。第三,所退国际条约的内容。司法审查条约退出行为往往不是对条约缔结历史的简单回顾,这时判断是否应由立法机关去行使退约决定权的一个重要指标是退出条约产生的后果是否触及立法机关的权力范围。如退出和平安全条约引发宣战的后果、退出联盟条约影响公民基本权利,这些条约规定的内容会对属于立法机关权力范围的事项产生影响,退出应取得立法机关的授权。

四 中国对单方退约行为的因应之策

在国际条约明定退出条款的情况下,单方退约权的存在无可争议,审视退出退约行为的落脚点是其行使单方退约权是否符合国际法和国内法的限制要求。而在条约本身未含退出条款的情况下,单方退约权的证成便成为第一要务。条约实践已经证实,退出条款越来越多地成为多边条约的标配,因此国际上频发的单方退约行为多受退出条款的制约。因此,我国应对单方退约行为的重点在于退出条款的起草、缔结和执行。当前,我国定位于负责任的大国身份,积极实施“一带一路”倡议,力图建立以合作共赢为核心的新型国际关系,积极倡导和践行多边主义和全球化。在此背景下,我国应从如下方面应对及处理冲击多边主义的单方退约行为呢?

第一,从认识上对单方退约行为去污名化。我国在国际上一直保持着信守承诺、恪守条约的国际形象,新中国成立以来没有主动单方退出条约的国际实践。即便如 1978 年《中日和平友好条约》的签订实质上使 1950 年《中苏友好同盟互助条约》“丝毫不起作用了”,中国政府也依然承认中苏条约的法律规定,直到 1980 年条约有效期届满依条约规定的方式终止。^[56] 因此对于其他国家的单方退约行为,在很多时候也给予退约国不履行条约义务的负面评价。实则如果退出条约并非一个主权国家的惯常行为,那么对其国家声誉的影响是有限的。正如赫尔弗教授观察到的,当退出条约是罕见事件时,其声誉影响更类似于拒绝批准条约而非违约。^[57] 认识到这点,一方面可以使我国在条约义务和国家核

[56] 参见[美]兹比格涅夫·布热津斯基著:《实力与原则——布热津斯基回忆录》,邱应觉等译,北京世界知识出版社 1985 年版,第 261-262 页。

[57] Laurence R. Helfer, *Exiting Treaties*, 91 *Virginia Law Review* 1579, 1623 (2005).

心利益发生冲突时,特别是在需要借助退约机制扩大对国际事务的影响力时,无惧使用退出条约这一灵活化机制;另一方面可以使我国正视他国的退约行为,更多地从法律而非道德层面去审视退约行为。

第二,在起草条约时重视退出条款的制定。目前国际实践中的多数退约行为属于退出有退出条款的条约,可见条约的退出条款并非只有形式意义上的存在感。因此我国在谈判起草条约时不应把退出条款作为一个简单的格式条款对待,而应重视退出条款的草拟,以最大程度地防范投机性的退约行为,特别是在将退约作为一种习惯性行为模式的国家作为条约缔约国的情况下。我国应根据条约的性质内容及对条约关系稳定性的诉求,采取区别对待、分类管理的方式,以决定是否纳入退出条款,选择与之匹配的退出条款形式,设置合理的提前通知期、退约等待期、退约理由和退约延续效力等要求。就我国目前条约实践而言,首先应限缩维护国际社会和平安全类型国际条约中的单方退出权。“和平犹如空气和阳光,受益而不觉,失之则难存。没有和平,发展就无从谈起。”^[58]因此这类条约对我国发展至关重要,在缔约时宜不纳入退出条款,或通过延长条约有效期、规定退约和条约的延续效力来限制单方退约权的行使。其次,面对日趋严峻的世界贸易环境,在关于贸易和投资类型的双边协定和多边条约中应就退约后条约的持续效力作出合理安排,以维护我国在世界经济舞台上的地位和利益。最后,因为国际法理论和立法对无退出条款的国际条约的退出问题尚存争议,所以对于无退出条款的某些人权和政治条约应审慎加入。

第三,在履约时全面评估退约行为的利弊。国家对退约条款的关注应从缔约时延伸至履约中,不但在条约谈判过程中关注退约条款的制定,而且在条约执行中权衡遵守条约和退出条约的成本收益。虽然退出条款为主权国家维护国家利益、应对国内外情势变迁提供了一个不再履行条约义务的合法途径,但使用时需权衡利弊。摆脱条约束缚的同时也会带来无法参与国际规则制定、失声于条约条款解释的后果,更何况条约存续期内的义务可能并不随着退约而免除。

第四,进一步细化条约退出的国内法机制。与前述国家相比,我国《缔结条约程序法》对条约退出机制有着较明确的规定:“中华人民共和国缔结的条约和协定的修改、废除或者退出的程序,比照各该条约、协定的缔结的程序办理。”换言之,条约、协定如何缔结就该如何退出。接下来的问题就演化成两点:一是条约、协定该如何缔结;二是怎样把缔结程序映射到退出程序上。对于第一个问题,我国区分两类条约、协定采取不同的缔结程序:一类是《缔结条约程序法》第7条第2款所列范围内的“条约和重要协定”,对此《宪法》对全国人大常委会、国家主席和国务院在缔结、批准和废除中的职能进行了明确划分,^[59]由全国人大常委会决定同外国缔结的条约和重要协定的批准和废除。第二类是第7条第2款所列范围外的协定和其他具有条约性质的文件,由外交部或者国务院有关部门会同外交部,报请国务院核准。那么在我国,退出条约、协定也应区分这两类:条约和重要协定的退出由

[58] 习近平:《共同创造亚洲和世界的美好未来》,载《习近平谈治国理政》,外文出版社2017年版,第331页。

[59] 参见《中华人民共和国宪法》第67条第14项、第81条、第89条第9项。

全国人大常委会批准,退出其他协定和具有条约性质的文件由国务院核准即可。

但将缔结程序转化成退出程序时会产生一些具体的操作问题:其一,在条约和重要协定的决定批准程序中,国务院是将条约文本提交全国人大常委会批准,而在条约和重要协定的退出程序中,提交批准的应该是退出决定本身还是将要发出的退约通知?其二,条约的退出是否需要像条约的缔结那样,在经全国人大常委会批准后由全国人大常委会公报公布?一旦公布将使当事国拟对条约采取的措施公开化,这与依赖发出退出通知来公开退约意愿的国际实践不相符。其三,国家主席批准条约和重要协定后,由外交部办理换文手续或交存批准书手续,推知国家主席批准退出条约和重要协定后也应由外交部发出退出通知。与条约批准加入后的生效日期不同,这个发出退出通知的日期实质上决定了条约退出的生效日期,但条约和重要协定何时失效也应由全国人大常委会而非国务院来决定。可见,虽然我国条约退出机制中退约决定权的归属不存在争议,但在操作程序上尚有待进一步明确。

[本文为司法部国家法治与法学理论研究项目“国际私法中的强制性规范研究”(13SFB3037)和国家社科基金青年项目“外国公法在国际私法中的运用研究”(12CFX107)的研究成果。]

[**Abstract**] Unilateral withdrawal from international treaties is not rare in modern treaty practice and has an impact on the multilateral system based on treaties. The withdrawal right is an extension of state sovereignty. There are certain theoretical, legislative and practical bases for the right of contracting parties to denounce the treaty in some circumstances, which is conducive to enhancing the flexibility of international treaties. The essence of the restriction on the withdrawal right is to seek a balance between the flexibility and stability of international treaties. Instead of substantive restraints, withdrawal clauses choose to regulate the exercise of the right to exit by providing for the waiting time, the notice period, the full explanation and survival of rights. At the level of domestic law, treaty withdrawal right is also subject to constraints by executive and legislative competence under the constitutional law. If the constitution provides no textual guidance on the process of treaty withdrawal, the exercise of this right is usually reviewed by the courts. As a responsible great power, China must have a correct understanding of the reputational consequences of withdrawal, carefully design exit clauses, appropriately invoke these clauses to quit a treaty, and further elaborate the exit procedure in domestic law.

(责任编辑:郑佳)