

【国际刑法】

反恐类三大核心公约国家声明之定性分析

胡城军

【摘要】反恐类三大核心公约的国家声明名目繁多,诸如“保留”“声明”“理解”和“通知”等。根据是否具有排除或更改条约效力的意图和动机,可以将它们归类和区分为真正意义上的条约保留和解释性声明。而这些保留又可以分为概念性条款的保留、强制性条款的保留、任择性条款的保留和综合性条款的保留。保留和解释性声明很大程度上围绕着恐怖主义犯罪定义的内涵和外延而展开。通过国家背景和公约目的和宗旨的解释,应将反抗殖民统治的武装斗争排除在恐怖主义犯罪之外。该类公约声明的区分方法甚至可以启示性地适用到就其他公约所作出声明(通知)的辨别中。反恐类三大公约的声明获得了大多数国家的默示同意,而极个别国家的反对其实可以通过“(保留)对话”来加以解决。

【关键词】反恐公约;国家声明;强制性条款的保留;任择性条款的保留;解释性声明

【作者简介】胡城军(1967-),男,湖南临武人,湖南师范大学法学院副教授,法学博士,研究方向:国际公法、条约法(湖南 长沙 410006)。

【原文出处】《河北法学》(石家庄),2020.7.114~133

【基金项目】湖南省社会科学成果评审委员会项目《联合国反腐败公约及反恐怖主义类公约的保留实践研究》(XSP17YBZZ087)。

引言

从条约保留的理论方面来看,条约保留与解释性声明的区分一直是条约法的一个难点问题。一是因为国家声明的名称、名目繁多,并不是严格按照条约法公约中定义的“保留”和《条约保留实践指南》^①(以下称《指南》)中定义的“解释性声明”的名称。比如有时国家在标明为“保留”的声明经分析后却实为解释性声明,而不是真正意义上的保留^②;而有的标明为“解释性声明”,经分析后却是真正的保留^③。更不用说,有很多标明为“声明”“解释性声明”“理解”和“通知”等经辨明后才被确认为真正意义上的保留。二是国家意图的难以捉摸。正如前述,国家声明名目繁多,且有的只寥寥一两句话,再加上国家背景因素的复杂性,一时很难摸透国家声明的动机。动机不清,则性质难明。因为国家动机是考察国家声明的主要参数。以上指出的问题在反恐类三大公

约的国家声明中都有体现。

从实践的角度来看。恐怖主义是当前国际社会普遍关注的热点问题^④。反恐类三大公约的国家保留和解释性声明很大程度上围绕着恐怖主义犯罪的定义而展开,即对其外延事项的排除、更改或澄清。通过对其保留和解释性声明的辨析活动,可以加深刻理解恐怖主义犯罪定义的内涵和外延,从而更加明确我国在加入未来《联合国全面反恐公约》的原则性立场,预知其他国家可能采取的态度和立场,并以此推动该全面公约的顺利通过,以达到准确打击恐怖主义的目的。另外可能还带来一些延伸性思考,解决其他领域的一些具体问题。

一、概述

(一)反恐类三大公约及其保留情况概览

恐怖主义行为作为近年来国际社会关注的热点,制止恐怖主义行为的《制止恐怖主义爆炸的国际

公约》《制止核恐怖主义行为的国际公约》《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》三大核心反恐公约自然也成为各国关注的对象。该三大公约最为显著的特点是将“恐怖主义”定性为犯罪,并对“恐怖主义犯罪”进行定义^[3]。从公约成员国的数量来看,说明公约定义已经获得很大程度的国家支持。

《制止恐怖主义爆炸的国际公约》(ICSTB,以下简称“B公约”)于1997年12月15日由联合国大会通过,2001年5月23日生效,现有成员国170个。该公约共有24条,制定该公约的原因正如其前言中所说,“注意到以爆炸性或其他致死装置进行的恐怖主义袭击日益普遍,注意到现行多边法律规定不足以处理这些袭击”。

《制止核恐怖主义行为的国际公约》(ICSANT,以下简称“N公约”)于2005年4月13日由联合国大会通过,2007年7月17日生效,现有成员国116个。该公约共有28条,制定该公约的目的正如其前言所说,“注意到核恐怖主义行为可能带来最严重的后果并可能对国际和平与安全构成威胁,又注意到现有多边法律规定不足以处理这些袭击”。它是国际社会第一个打击核恐怖主义犯罪的国际公约^[4]。

《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》(ICSFT,以下简称“F公约”)于1999年12月9日由联合国大会通过,2002年4月10日生效,现有成员国189个。该公约共有28条,制定该公约的原因如其前言

所说,“考虑到向恐怖主义提供资助是整个国际社会严重关注的问题,注意到国际恐怖主义行为的次数和严重性端赖恐怖主义分子可以获得多少资助而定,并注意到现有的多边法律文书并没有专门处理这种资助”。

我国是三大公约的成员国,它们对我国生效的时间依照前述顺序分别为2001年、2010年和2006年。美国、阿富汗、阿尔及利亚、阿根廷、加拿大、澳大利亚、中非共和国、埃塞俄比亚、南非、哥斯达黎加、英国、日本、西班牙、俄罗斯等国都是三大公约的成员国。巴勒斯坦国仅是N公约的成员国。

国家在批准、接受、赞同或加入反对恐怖主义犯罪三大公约时对公约的“声明”“保留”“反对”和“通知”等的基本情况,如表1。

(二)条约保留与解释性声明的判别标准

根据《指南》,所谓“保留”,是指一国或一国际组织在签署、批准、正式确认、接受、核准或加入条约,或一国发出继承条约的通知时所作的单方面声明,不论其措辞或名称如何,该国或该组织籍此排除或更改条约中某些规定对该国或该国际组织适用时的法律效力^[5]。与《维也纳条约法公约》对于“条约保留”相比,多了“国际组织”和“继承”两个要素,其余主体思想都没有变化。《指南》进一步指出“条约保留”的要旨是:其目的是为了排除或更改条约中某些规定或整个条约的某些特定方面对提出保留的国家

表1

	B(bombing)公约	N(nuclear)公约	F(financing)公约
声明和保留:Declarations and Reservations	阿尔及利亚、巴哈马等39国(比利时后来全部撤回),涉及争端解决机制等大约12个条款	阿尔及利亚、阿根廷等31国,涉及争端解决机制等大约8个条款	阿尔及利亚、安道尔等63国(埃塞俄比亚后来全部撤回,比利时部分撤回),涉及争端解决机制等9个条款
反对:Objections	澳大利亚、奥地利等19国提出,大多为西方发达国家。针对巴基斯坦、埃及、越南等7个国家的保留	亚美尼亚、捷克、芬兰、荷兰四国提出。针对阿塞拜疆、哥斯达黎加、土耳其3国的保留	澳大利亚、奥地利等27国提出,大都为西方发达国家。针对也门、约旦、朝鲜、科威特、比利时等9个国家的保留
管辖权情形的通知:Notifications	安道尔、澳大利亚等33国,涉及2个条款	白俄罗斯、中国等21国,涉及2个条款	安道尔、阿根廷等49国,涉及2个条款
领土适用范围的通知	中国、丹麦、新西兰、英国	中国、摩尔多瓦	无

或国际组织适用时的法律效力^[1]。根据《指南》，所谓“解释性声明”，无论如何措辞或赋予何种名称，都指一国或国际组织为了确定或阐明声明方对条约或其中若干条款赋予的含义或范围而作出的单方面声明^[1]。无论是“保留”还是“解释性声明”，都是针对条约的个别或部分条款而言；如果是针对条约的所有条款或根本不是针对条约的条款所作出的声明，那就既不是“保留”也不是“解释性声明”。

区别二者的标准取决于国家声明的动机和效果：如果将一项声明付诸实行导致条约或其若干规定的法律效果被更改或被摒除，则这是一项保留，“无论其措辞或名称如何”；如果声明局限于确切表明或澄清声明者认为条约或者若干规定所应有的意义或范围，则这是一项解释性声明^[1]。解释性声明的实质是在不改变缔约主体的条约义务的前提下对条约关键用语（涉及条约义务）的解释和澄清，而保留则是国家对条约义务的实质改变或排除。这是二者的根本区别。

二、对概念性条款和强制性条款的保留

（一）国家基于民族自决权对“恐怖主义犯罪”概念所作出的声明

1. 巴基斯坦的声明。巴基斯坦就B公约做出一般性声明，内容为：“巴基斯坦伊斯兰共和国政府宣称公约不适用于斗争，包括根据国际法规则为实现民族自决权而发动的反对外国人或外国占领或控制的武装斗争。”该声明很显然是针对公约中“恐怖主义犯罪”概念中“任何人……的暴力袭击”的解释^②。意思是公约中的“暴力袭击”并不与民族自决权引起的反抗外国占领的武装斗争有关，从而因民族自决权引起的武装斗争并不在“恐怖主义犯罪”之列。埃及、约旦、纳米比亚、科威特、叙利亚、土耳其六国对F公约做出了类似的声明，只是更直接针对“恐怖犯罪”概念条款。如埃及的声明是，“埃及并不认为国内各种形式的抵抗运动，包括从解放和自决的角度来看的抵抗外国占领和侵略，为公约第2(1)(b)项意义范围内的恐怖行为。”“不在某条款范围内”的表述显然是要更改公约中“任何人”的规定对该国的适用，因此该类声明构成更改性的保留。

值得一提的是，这些声明遭到了欧美几个国家的反对。反对的理由主要是这些声明与公约“不应以政治因素相辩解”条款不符^③。但是笔者以为，如果要考察该类声明是否与公约的目的和宗旨相符，应当与该两项公约后部的“排除该公约管辖”条款^④相联系来考察，因为该条款与公约对于恐怖主义（犯罪）的概念紧密相连，而与此相关的条款（如B公约的第5条）仅是与是否引渡有关。其中F公约第21条规定，“本公约毫不影响国家和个人按国际法，特别是《联合国宪章》、国际人道法和其他有关公约所应享的其他权利、应尽的义务和应负的其他责任。”B公约第19条也有相同规定。那就要看反抗外国占领或侵略的民族自决权引起的武装斗争是否构成该条款中的“国际法特别是《联合国宪章》或国际人道法所规定的其他权利”；反之，如果构成“其他权利”，则应将反抗外国占领或侵略的民族自决权引起的武装斗争排除在恐怖主义范围之外。

国际人道法一般是规定“战争中”的权利和义务问题（又称“战时法”），《联合国宪章》才涉及“发动战争”的权利问题（又称“诉诸战争权”）^⑤。因此对于上述“武装斗争”的合法性主要考察《联合国宪章》的相关规定。相关的规定首先可见于《联合国宪章》第51条的自卫权^⑥，即对于外国武力占领可采取自卫的手段。这实际上是上述“武装斗争”的合法依据，但条件是有外国“武装进攻”的存在。其次，《联合国宪章》第73(3)款^⑦和第76(1)款^⑧在承认民族自决和自治的基础上，也强调“维护国际和平与安全”的目的，即实际上主张在民族自决和自治时不主张通过武力的方式来解决。当然这主要是针对宗主国或管理国而言，但是我们可以推知，如果宗主国或管理国不使用武力即是一种和平的占领，那被占领土居民也没有使用武力的理由。

从上述国家声明的性质来看，它们主要关注的是“外国占领或侵略”，显然符合《联合国宪章》第51条“武装进攻”的特征，因此由此形成的民族自决权也符合自卫权的范畴。从而得出结论，因民族自决权引起的“武装斗争”其实受到了《联合国宪章》的管辖，符合上述两项反恐公约“排除条款”的规定。因

此,该类声明应在可允许的保留之列;而该类“排除条款”则类似于“指引保留的条款”。

2. 也门的保留。F 公约第 2(1)(b)项是对资助恐怖主义的犯罪中两种情形中的一种情形的规定,即资金资助用于对平民的攻击并造成死伤以达到恐吓人口或勒索政府的目的的犯罪。也门声明不受该款项的约束。意味着该国只接受第 2(1)(a)项关于具体条约所定义的犯罪概念,如劫机犯罪、劫持人质犯罪、恐怖主义爆炸犯罪等。也门做出这样的保留,可能与其对民族自决权的理解有关(见前文的分析)。

(二)关于引渡非政治化条款所作出的声明

1. 朝鲜的保留。F 公约第 14 条规定了不应将资助恐怖主义犯罪的行为视为政治罪,从而受到政治罪不引渡的庇护,即应将资助恐怖主义犯罪当作普通犯罪看待,从而在可引渡的犯罪之列。朝鲜在签署该公约时(2003 年)做出了对该条的保留,声明不受该条的约束。意味着朝鲜可以将资助恐怖主义犯罪当作政治罪,并可在不予引渡的犯罪之列。这一保留受到了很多国家的反对。捷克(2006 年)认为该保留有违公约的目的和宗旨,并与公约第 6 条不符。该公约的目的就是要加强国际合作,以有效防止向恐怖主义提供资助;而公约第 6 条的根本要旨就是不应将公约所定义的犯罪行为与政治行为相挂钩,并为之辩护。因此,如果以政治罪为由而不引渡,实际上少了一项对该类犯罪进行打击的选择;且与政治行为相联系也与公约的相关规定明显不符。鉴于反对的依据极为正当合理,朝鲜在批准时便撤回了该保留。

朝鲜对 F 公约第 2(1)(a)项做出“保留”,认为它不应受到该公约附件所列条约中非成员条约的约束。实际是对该条款中“由附件所列条约来定义犯罪”进行了排除性保留,即排除了该公约附件所列条约中非成员的条约所定义的犯罪概念。

2. 比利时的保留。比利时在 2005 年批准 B 公约时提出保留:“在例外情形下,比利时政府保留拒绝就第 2 条规定的犯罪有关的其认为是政治罪行或与政治罪行有关的罪行或政治动机引起的罪行进行引渡或相互法律协助的权利。”意思是比利时可能会把

公约中所规定的恐怖爆炸犯罪看作是政治犯罪,从而拒绝引渡该类刑犯。这与公约第 11 条“不得将该类犯罪视作政治罪”不符,即意图排除该规定对该国的适用,因此,构成一项保留。该保留遭到了很多国家反对,如英国、意大利等。比利时遂于 2008 年撤回了该保留。

3. 哥斯达黎加。哥斯达黎加在批准 N 公约时声明,“根据政治宪法第 31 条,哥斯达黎加确认公约第 15 条应解释为这样的意思,即在具体案件中进行引渡审查时国家不放弃对某一罪行定性的权利”。意思是国家可以对某罪行是否是政治罪行做出定性,而不是公约所规定的要求各国把核恐怖主义行为归类为非政治罪行。因此,这构成一项保留。正如荷兰对此作出的“反对”指出,这限制了公约范围,构成了一种实质性的保留。这类似于上述朝鲜对 F 公约第 14 条的保留。

4. 巴基斯坦。对于 F 公约第 14 条,该国声明,与其他国家的引渡受制于其国内法。该公约第 14 条是关于不应将恐怖犯罪当成政治犯拒绝引渡的规定,如果以国内法为理由进行保留,实际意味着该国可以将恐怖犯罪当成政治犯而拒绝引渡。两项声明结合起来看,这实际上意味着公约所规定的引渡义务对巴基斯坦来说并不适用,它只适用其他法律(如双边条约和国内引渡法)的规定,因此,这种声明构成一项保留。

(三)关于法人责任条款的保留

F 公约第 5 条是关于法人责任的规定。梵蒂冈认为,关于公约的第 5 条,由于该城国特有的性质,法人刑事责任的概念并没有体现在其国内法律原则中。意思是该国不能履行关于第 5 条关于法人责任的义务,从而构成一项保留。这是对条约某一特定条款所做的排除声明,因此是一项很明显的保留。

(四)关于公约义务扩大适用的声明

根据 B 公约第 19 条第 2 款和 N 公约第 4 条第 2 款,一国军事部队为执行公务而进行的活动,由国际法其他规则予以规定,因此不受该两项公约管辖。针对该类条款,埃及认为一国军事部队为执行公务而进行的活动应不违反“国际法的规则 and 原则”。意

思是“一国军事部队执行公务活动”不仅应受到“其他国际法规则”的约束,而且也应受到所有国际法规则和原则的约束。而“本公约”也体现了国际法的规则和原则,所以也可能受到本公约的约束。由此扩大了公约的适用范围,因此构成了一项保留。该类保留是担心“其他国际法规则”无法全部约束国家的军事活动,而出现“漏网”的情况,特别是国家从事“恐怖犯罪”的时候。但是其实这样的担心是多余的,“其他国际法规则”包括《联合国宪章》和《国际人道法》等足以约束国家的使用武力行为和战时行为。而很显然,将国家的军事活动列入恐怖主义活动的考察范围也不符合公约的目的和宗旨。

总体而言,该类声明或保留是很含糊笼统的。它是针对上述两公约的相关条款做出,但是也没有很明确是针对该类条款中“由国际法其他规则予以规定”做出,但其实却正是针对该规定作出。该声明表面针对第19条,实际意指却是公约关于犯罪定义的条款,即在犯罪的构成上应加上国家军队的活动。这种含糊笼统的保留,增加了其他国家对其保留的允许性的判定。按照《指南》的要求,“保留的措辞,应能确定其含义,尤其应能评估其是否与条约的目的和宗旨相符。”^[1]

(五)关于公约的领土适用范围的通知

条约领土适用方面的声明构成保留,是因为该国试图禁止条约在通常能够适用的领土上产生效力^[5]。换言之,如果在通常不能适用的领土产生效力的声明也构成保留。

在对B公约的声明(通知)中。中国于2011年向秘书处提出以下通知:“根据《中华人民共和国与香港特别行政区基本法》第153条和《中华人民共和国与澳门特别行政区基本法》第138条的规定,《禁止恐怖爆炸国际公约》在香港和澳门两地适用。”新西兰的声明是,“为与托克劳群岛(Tokelau)宪法相一致,及考虑到新西兰根据《联合国宪章》下自决权行为的要求对托克劳自治政府发展的使命,新西兰决定:公约的加入并不延伸到托克劳群岛,除非及直到有这样效力的声明由新西兰政府向保存机关提出,且是基于与托克劳自治领协商才可以。”2012年,英国通知

秘书处,决定将B公约延伸到其负责国际关系的马恩岛(Isle of Man)。丹麦声明排除该公约适用到格陵兰群岛(Greenland)和法罗群岛(Faroe)。

在对N公约的声明(通知)中。中国的声明是,“本公约应适用到澳门特别行政区,且除非另有通知,本公约并不适用到香港特别行政区。”摩尔多瓦的声明是,“除非重新建立摩尔多瓦共和国的领土完整,本公约只适用到摩尔多瓦共和国有效控制的领土。”^[9]

三、对任择性条款的保留

关于任择性条款的声明,《指南》并不把它作为保留来看待^[10]。其原因如其准则所说之“声明……接受并非该条约加诸缔约方的一项义务”。意思是,这样的声明并不是接受强制给予该国的一项义务,由此造成的排除其他条款适用也不构成保留。但是,笔者以为,在《维也纳条约法公约》关于“条约保留”的定义中并没有只针对强制性条款作出保留的意谓,况且这样的声明客观上起到了“排除或更改”国家履行条约义务的保留的效果,因为选择该项必排除他项,所以当然构成保留。

(一)国家对其管辖权范围作出的通知

反恐类三大公约都有“管辖权”条款。在B公约中是第6条,N公约是第9条,F公约是第7条。这三条的款项和内容基本相同,它们的第1款都列举了三种情况下的管辖权^[11],第2款列举了五种情况下的管辖权^[12],第3款都是要求缔约国在正式受条约约束时向联合国秘书长发出就第2款所列举出的管辖权范围进行挑选和确定的通知。有33个国家根据B公约第6条第3款,22国根据N公约第3款,49国根据F公约第3款发出了就这些法条第2款所列举的管辖权范围进行确定的通知。澳大利亚对B公约第6条第2款管辖权范围发出的通知是,“根据公约第6条第3款,澳大利亚选择建立公约第6条第2款所规定的所有情形下的管辖权,且把这样的管辖权规定在了2002年生效的国内法中。”巴西所做的声明是,“巴西联邦共和国声明,根据公约第6条第3款,它将对第2条所确定的犯罪,在第6条第2款(a)、(b)、(e)项的情形下实施管辖权。”对比这两个声明,前者并没有对实

体条款(第6条第2款)进行更改,而后者则进行了更改,因此,后者实际上构成了一项更改式的条约保留,前者则不是保留。该公约第6条第3款实际是指引保留的条款。三大公约的相关通知都有这两种情况。这些通知符合《维也纳条约法公约》第19条第2款所指的“特定保留”,因此在可允许的保留之列。

(二)国家就非公约附件所列条约作出的通知

F公约附件列了九项涉及国际犯罪的条约,以回应该公约第2(1)(a)项提到的“定义犯罪的条约”。第2(2)(a)项要求公约成员国在交存其批准书、接受书或加入书时对公约附件所列条约中未成为其缔约国的条约作出声明(实际为通知),表示该条约未成为第2(1)(a)项提到的“定义犯罪的条约”,从而无需承担公约中由该条约产生的“定义犯罪”的义务。大约40国提出了这样的声明。其中,泰国列举了6项,印尼列举了5项,约旦列举了4项,中国列举了3项^⑧。意味着这些国家无需承担由这些条约所定义的犯罪的公约义务,而只须承担九项列举条约中的除此之外的其他条约所定义的犯罪的公约义务,因此构成一项排除性保留,即排除了非附件所列条约定义的犯罪概念。该公约第2(2)(a)项实际是指引保留的条款。这些通知符合《维也纳条约法公约》第19条第2款所指的“特定保留”,因此在可允许的保留之列。

(三)国家就“或引渡或起诉”条款作出的通知

三大反恐公约中都设置了“不引渡则起诉”条款^⑨。其中“如果不……则应……”的表述实际是允许在两事项之间作出选择的句式,因此该条款也可称为“或引渡或起诉”条款。

莫桑比克对B公约做了一个一般性声明,认为,根据该国宪法和国内法,可以且将不引渡本国入;由此,莫桑比克人由国内法院审判和判刑。该声明实际针对该公约第8条。该国在引渡和起诉之间选择了起诉,排除了引渡。

葡萄牙则明确针对B公约第8(2)款提出了声明,认为为该款的目的,如须从该国引渡其本国入,按照该国宪法,当且仅当满足以下条件:(a)恐怖主义和有组织犯罪的情形;(b)为刑事程序的目的以及得到寻求引渡国家的保证——相关引渡之人被移交到葡萄

牙服刑或采取其他措施,除非这样的人以声明的形式表示不同意这样。从表述来看,该国倾向于不引渡(本国入)的立场,因为设置了范围窄小的引渡条件。效果如前述声明。

(四)是否以公约作为引渡法律基础的声明

相关的条文规定是,“以订有条约为引渡条件的缔约国,如收到未与其订有引渡条约的另一缔约国的引渡请求,被请求国可以根据自己的选择,以本公约为就第2条所述罪行进行引渡的法律依据。”其中“可以”的表述就是一种选择性规定。

针对F公约第11(2)款“把本公约视为可以引渡的基础”的规定,巴基斯坦的声明是,并不把该公约作为与其他缔约国引渡合作的基础。越南对B公约和N公约都表达了同样的立场,即不把公约作为引渡的直接法律基础,而是基于引渡条约和互惠,根据国内法来执行引渡。可能涉及到的条款在B公约中是第9(2)款,N公约是第13(2)款。这些国家都排除了公约引渡条款对它们的适用。

四、对综合性条款作出的保留

在反恐类三大公约的争端解决条款中,同一条款下,前一部分是强制性条款,后一部分是任意性(任择性)条款;而在该条款下的第2款一般是指引或允许保留的条款^⑩。争端解决机制条款的这种表述方式其实从另一方面也印证了针对任择性条款作出的声明也构成保留的结论。因为该类条款的第1款出现了任择性规定,而第2款或项则明确使用了“保留”的字眼。

在对B公约所做的“声明和保留”中,有30个国家根据该公约第20条第2款(指引保留条款)对该公约第20条第1款(被保留条款)作出保留,声明不接受第1款中规定的通过仲裁或国际法院的诉讼机制来解决国家间因公约解释和适用而产生的争端。但是在提出保留国“不接受”的程度上有略微的差别。有的国家明确表示不受该条款的约束,如中国、巴林、巴西等;有的则表示要经过争端方全体同意才接受仲裁或诉讼的程序,如阿尔及利亚、巴哈马等;有的则在仲裁和诉讼中排除了仲裁,如阿联酋、突尼斯等;有的则声明只通过友好协商的方式来解决此类

争端,如古巴。

在对N公约所做的“声明和保留”中,有26个国家根据该公约第23条第2款(指引保留条款)对该公约第23条第1款(被保留条款)作出保留,声明不接受第1款中规定的通过仲裁和国际法院的诉讼机制来解决国家间因公约解释和适用而产生的争端。也有前述“不接受”程度的四种情况。

在对F公约所做的“声明和保留”中,有40个国家根据该公约第24条第2款(指引保留条款)对该公约第24条第1款(被保留条款)作出保留,声明不接受第1款中规定的通过仲裁和国际法院的诉讼机制来解决国家间因公约解释和适用而产生的争端。也有前述“不接受”程度的四种情况,只是个别国家的态度稍有变化,如突尼斯声明须争端方同意才可仲裁或诉讼。

我国对三大公约争端解决机制条款都作出了保留。该类保留是根据公约指引保留条款作出的,当然在可允许之列。

五、解释性声明

(一)国家对“恐怖主义犯罪”概念的内涵和外延的理解

1. 对其内涵的理解。加拿大理解B公约第2(3)(c)项和N公约第2(4)(c)项中的“一群人”是指两个或三个以上的人。指协助犯罪的人数须达到两人以上。比利时解释F公约关于“资助恐怖主义的犯罪”概念的构成要素时认为^⑥,这种资助无论是“全部的还是部分的贡献”,都构成资助恐怖主义的犯罪;也无论提供或收集到的资金是否已经实际用于某一特定恐怖活动中,只要他们对犯罪活动有贡献且犯罪人的目的是要从事公约附件所列条约中所规定的犯罪或恐吓人口的犯罪或胁迫国家政府的犯罪,也构成资助恐怖主义的犯罪。这是符合公约原意的,应是解释性声明。

2. 对其外延的理解。在三大公约中相关条款中都有“不受本公约管辖”或其类似的表述^⑦。这样的表述实际上是排除了武装冲突中的武装部队及执行公务的国家军事部队在恐怖犯罪的范围。以下理解基本符合这样的意思。

新加坡和美国对F公约第21条的理解都认为,公约并不禁止武装冲突法对合法军事目标的适用。这个理解是对的,因为本公约之外的国际人道法即武装冲突法是允许在武装冲突中对合法军事目标使用武力的,从而不构成恐怖犯罪的范畴,但是受到武装冲突法的约束。

印尼针对N公约第4条的相关规定认为,该公约的该项规定并不应解释为支持、鼓励、纵容、正当化或合法化以任何手段或目的的核武器的使用或威胁。意思是该类行为虽然不能归为恐怖行为,但是应当受到《联合国宪章》或其他国际法规则或原则的约束。

乌克兰针对B公约的相关规定认为,该公约的相关规定并不排除该国对一国武装部队的成员实行管辖和起诉,假如他们的行动是非法的;当然,前提是这样的行动没有其他公约约束。意思是其他公约有规定的话,则优先其他公约的约束。这与“不受本公约管辖”的规定相符。

古巴针对B公约和N公约的相关规定做了很长的声明。古巴认为:1. 公约的规定并不构成鼓励或容忍在国际关系中使用武力或武力威胁,这些行为在任何情况下应严格受到国际法的基本原则或《联合国宪章》所规定的宗旨和原则的约束;2. 从历史上来看,国家恐怖主义一直是古巴最关心的问题,应通过国家间相互尊重、友谊与合作、互相尊重主权和领土完整、互不干涉内政来完全消除,国家恐怖主义必须构成国际社会的优先考虑;3. 根据本公约,一个国家以侵略为目的对另一个国家过度使用武力不能被宽恕,与国际法原则相一致,公约的目的是为了精确打击现代世界所面临的最严重的犯罪形式之一;4. 古巴共和国将现行公约的规定解读为其严格适用在两个国家没有武装冲突存在的情况下,一个国家的武装力量对另一个国家所执行的行动。古巴使用了“国家恐怖主义”的概念,有在“恐怖主义犯罪”中包含“国家”的主体身份的意味。但是从其声明的根本意指来看,所谓的“国家恐怖主义”是指国家之间的侵略行为,这样的行为应该受到《联合国宪章》及其他国际法原则和规则的约束。因此这样的声明其实

符合公约“不受本公约管辖”的意思,因此也是一种解释性声明。尽管该国可能对恐怖犯罪实行的条件的总体理解有误^⑧。

(二)国家对“武装冲突”“武装部队”等概念的理解

这两个概念同时出现在两大公约的这样条款中,即,“武装冲突中武装部队的活动,按照国际人道法所理解的意义,由该法加以规定,不由本公约规定”^⑨。该条款的意思其实是将武装冲突中武装部队的活动排除在了恐怖行为和犯罪之外。在这样的总体意指下,新加坡、美国和土耳其对三大公约中的“国际人道法”“武装冲突”“武装部队”等概念做出了相同的理解^⑩。它们认为,相关条款中的“武装冲突”并不包括内部混乱和紧张状态,例如骚乱、孤立和零星的暴力行为等其他类似的行为。所谓的“国际人道法”就是平时所说的“战争法”。所谓的“武装部队”,是指:(a)执行公务的军事力量;(b)指导或组织国家军事力量官方活动的平民;(c)支持国家军事力量官方活动的平民,如果这些平民处于这些军队的正式命令、控制和责任之下。另外,德国和马来西亚理解B公约中“武装部队”还包括作为联合国军队一部分行动的国内武装力量,德国还包括国内的警察力量。以色列进一步确认B公约中“武装部队”是指国内警察力量和根据其国内法行动的国家安全部队。

这些国家实际上针对“国际人道法”“武装冲突”“武装部队”的通常意义,做出了特殊意义的补充解释。比如“武装部队”的通常意义是陆海空部队,而其特殊意义可能有“警察部队”“作为联合国部队行动的国内武装力量”“国内安全部队”“对国家军队起支配作用的平民武装”等。以上的解释表面上是针对本国而言,但是这样的解释对公约具有普遍意义,即不是只这几个国家会这么认为。比如根据《中华人民共和国国防法》第22条,中华人民共和国的武装力量,由中国人民解放军现役部队和预备役部队、中国人民武装警察部队、民兵组成。

作出这样解释的目的是要根据公约的“排除性”规定将国家武装部队的所有情形及其在武装冲突中的活动都排除在恐怖犯罪之外,而受到其他国际法

规则和原则的规制。

(三)国家对“不引渡则起诉”条款的解释

“不引渡则起诉”原则在三大公约中都有规定^⑪。对于其中的“起诉”或“不引渡”,多国提出了理解和解释。马来西亚和新加坡认为^⑫,所谓的“起诉”,除了司法机关的职能外,还包括该国根据其国家安全和预防性拘留法采取的措施。荷兰认为^⑬,所谓的“起诉”,其实也包括司法机关根据案情的严重程度所作出的“不起诉”的决定。哥斯达黎加认为^⑭,所谓的“起诉”也包括对时效已过案件的“不起诉”。这是在符合“不引渡”条件下对“起诉”所做的解释,前一种是一种填补性解释^⑮,后两种是扩张性解释^⑯,都是在没有改变公约义务的前提下所做出,因此不构成保留,而是解释性声明。

(四)基于上下文做出的解释

1. 土耳其。土耳其对B公约第9条和第12条的声明认为,该两条不应被解释为犯罪分子既不受审判也不受到起诉;进而言之,引渡和司法协助是两个不同的概念,且拒绝引渡的条件并不对司法协助有效。该公约第9条和第12条都是涉及引渡的问题。第9条是讲引渡的条约和公约基础,第12条讲人权因素不引渡的问题,都不涉及审判和起诉的问题。但是该公约第8条规定了“不引渡则起诉”的原则。因此,可以推知土耳其根据第8条做出了以上第9、12条实际隐含着“应当审判和起诉”的结论。另外司法协助和引渡确实是两个不同的概念,起码在两者拒绝的条件方面是不一样的。引渡侧重人的移交,司法协助侧重物的移交。人的移交设置的拒绝条件比物的移交要苛刻。一国可能订有双边刑事司法协助条约,却不一定订有引渡条约,比如中美之间就是这样。因此土耳其就引渡和司法协助相区别的概念的理解是正确的。

2. 俄罗斯等国。反恐类三大公约都提出了人权等政治性因素不引渡的原则^⑰。俄罗斯、乌兹别克斯坦和摩尔多瓦共和国针对三大公约或其中一个公约就此类规定提出了基本相同的声明。他们认为,该类条款的规定应该以一种确保公约范围内的犯罪行为的责任之无可逃避的方式来执行,以无损于引渡

和法律协助问题上的国际合作的效力。它们表述中的“犯罪行为的责任之无可逃避的方式来执行”实际是指该三大公约中相关条款“不引渡则起诉”的原则规定。其理论依据和效果与前述土耳其的声明相同。

3. 比利时。比利时针对N公约第18(1)(b)和(c)项中仅规定了“核材料”及没有涉及任何监管对象,声明该两条款中应包括“核材料”和“含有核材料的设施”(核设施)这两个监管对象。这是根据该条第1款(a)项做出的结论,因为(a)项都包含这两个要素。

4. 越南。越南对B公约的理解认为,该公约具有“非自执行”(non-executive)特征。该公约第4条要求各国制定国内法落实公约所定义的犯罪并加以惩治,因此,该公约规定了转化为国内法的义务,意味着该公约是不能直接由国内法院适用的^[6],因此是“非自执行”条约,也由此看出越南的理解是正确的。

(五)国家做出的“一致性解释”声明

所谓“一致性解释”是指对某一规则的解释应参照本体系或其他体系的其他规则而定^[7]。而在国际法中,一致性解释(也称“解释一致原则”)是指推定国内法与国家参加的国际条约不抵触^[8]。因此一致性解释是解决国内法与条约冲突的重要方法之一。如果在国家声明中强调本国国内法与条约(公约)不冲突,即为一致性解释;也因为完全符合公约原意,所以是解释性声明而不是保留。在反恐类三大公约的声明中,有如下“一致性解释”声明:

埃及针对B公约第6(5)款中“不排除按照国内法的规定”,认为这样的规定应该与国际法相符。萨尔瓦多对加入F公约作出理解:加入该公约无损于与国内宪法和法律制度所表达的原则相冲突的公约条款。美国对N公约第12条的理解认为,美国当前关于被拘禁和被指控犯罪人的权利的法律体现了关于第12条的要求,美国无意制定新的法律来执行该条款下的义务。该公约第12条是关于被拘禁人应享有包括公平待遇在内的人权的规定,美国认为其已达到了这个要求。孟加拉国对F公约有个一般性理解,即,“本国加入公约不应认为与国家宪法下的国际义务不符。”该类声明强调公约义务优先,与公约

原意相符,因此构成一种解释性声明。

(六)对相关条款中“国际人道法”的表述到底应作限缩解释还是扩张解释

B公约第19条第1款和F公约第21条涉及缔约国对国际人道法的遵守。以色列和土耳其针对公约中“国际人道法”做出了几近相同的“理解”。以色列认为,B公约中的“国际人道法”并不包括该国不是成员国的1977年订立的《日内瓦公约》的附加议定书;土耳其认为,该公约的“国际人道法”应解释为排除了该国不是成员国的《日内瓦公约》附加议定书的条款。两国实际上是对“国际人道法”的表述作了限缩解释,即把它解释为条约,因为这样的话该法适用对象仅限于成员国。有的国家反对该种解释,认为国际人道法公约的附加议定书大部分条款已经成为习惯国际法,以色列或土耳其尽管不是这些文件的成员方,仍然受到这些文件的约束。这些反对的国家将“国际人道法”解释为习惯国际法,这是一种扩张解释,因为这样的话该法适用对象可扩展到所有国家。

首先应判明前面两国的声明是否构成保留。应该说它们仅仅是陈述了他们并不是相关公约附加议定书的成员国的事实,并不意在排除公约的相关规定对它们的适用,因此并不构成保留。况且将“国际人道法”理解为条约且得出对非成员国不得适用的结论也无可厚非。当然,有的国家将国际人道法理解为习惯国际法也有一定道理,因为截至目前,四大1949年《日内瓦公约》的缔约国数目都为196,其1977年两大附加议定书缔约国数目分别是174和168^[9],有相当数量的国家认同。但是专家认为,尽管国际人道法的四大《日内瓦公约》获得了普遍的加入,但附加议定书毕竟没有得到全面的认同,很难说这些议定书构成了习惯国际法,因此,这些议定书仅仅在那些已经批准的国家得到适用^[10]。如果依“议定书仅构成条约”的逻辑分析,那么这些议定书的非成员国的国家武装力量以外的军事存在是否排除在恐怖犯罪之外成为关注的焦点。因为国家武装力量毫无疑问受到《日内瓦公约》的约束,但是国家武装力量以外的军事存在因为有标明为“非国际武装冲

突”的第二议定书的规定,而如果是非为议定书的缔约国,则有可能使得这部分军事存在划在恐怖犯罪的范畴中。对于这一点,应该看到的是,首先《日内瓦公约》与其议定书的区别不是很大,况且该四大公约的共同第三条就是规定非国际武装冲突的。因此将国家军事力量以外的军事存在纳入国际人道主义法管辖也有充分理由。

六、延伸性思考

(一)关于“恐怖主义犯罪”的定义及《联合国全面反恐公约》

前述国家声明(包括保留和解释性声明)和反对很大程度上围绕“恐怖主义概念条款”和“排除条款”而展开,其关注的焦点集中在是否将国家(国家的武装部队)和民族自决权引起的武装斗争排除在恐怖主义的定义外延之外。根据前述,对“恐怖主义概念”条款所做以上保留是符合公约“排除条款”的,因此,是在可允许的保留之列。尽管这样的保留有个别国家反对,但是大多数国家并没有反对,根据《维也纳条约法公约》第20(5)款“12个月未提出异议即构成接受保留”的基本精神,相当于有众多的国家接受这样的保留。这意味着未来的全面反恐公约就恐怖主义的定义将延续三大公约中“公约定义+排除条款”的立法模式。

目前的联合国全面反恐公约的文本确实是这样设计的。联合国于2005年制订了《联合国反恐全面公约草案》^⑨。该草案规定了“恐怖主义犯罪”的定义,即:“本公约所称的犯罪,是指任何人以任何手段和故意致使:(一)人员死亡或人体受到严重伤害;或(二)公共或私人财产,包括公用场所、国家或政府设施、公共运输系统、基础设施或环境受到严重损害;或(三)本条第一款第二项所述财产、场所、设施或系统收到的损害造成或可能造成重大经济损失;而且根据行为的性质或背景,行为的目的是恐吓某一人口,或迫使某国政府或某国际组织实施或不实施某一行为。”与此相关的有一个“除外条款”,即第20条。该条规定,“一、本公约的任何条款均不影响国际法特别是《联合国宪章》的宗旨和原则以及国际人道法规定的其他国家和个人的权利、义务和责任。

二、武装冲突中武装部队的活动,按照国际人道法所理解的意义,由国际人道法予以规定,不受本公约管辖。三、一国军事部队为执行公务而进行的活动,由国际法其他规则予以规定,因此不受本公约管辖。四、本条的规定并不容许不合法行为或使不合法行为合法化,或禁止根据其他法律提出诉讼”。从两项规定来看,内容像是《制止恐怖爆炸国际公约》和《制止向恐怖主义提供资助国际公约》定义的归纳总结,条款范式基本一致(都是主定义条款+除外条款)。该主定义条款与中国反恐法对恐怖主义的定义基本相同。《中国反恐法》对“恐怖主义”的定义是:“本法所称恐怖主义,是指通过暴力、破坏、恐吓等手段,制造社会恐慌、危害公共安全、侵犯人身财产,或者胁迫国家机关、国际组织,以实现其政治、意识形态等目的的主张和行为。”^⑩

但该公约至今并未获得通过,可能要适当地照顾发达国家的某些关切。他们的担忧是个别国家会借民族自决权发动对一个由联合国承认的国家的自杀性袭击。其背景不言而喻是巴以冲突^[1]。正如前述,一个国家或民族反抗外来侵略的权利是神圣的,并得到《联合国宪章》等国际文件的保护。这方面比较敏感的比如以色列修建定居点的问题,我国基本站在巴勒斯坦一边,认为应站在巴勒斯坦维护主权和民族利益的立场。但是也反对对一个联合国成员国及其平民发动自杀性的袭击。这种袭击不能从恐怖袭击中排除。这一点应在文件的序言或文件的其他地方加以澄清。如果某些国家在签署相关文件时提出声明,这样的声明应获得支持。如果是这样的话,以上之全面反恐公约就能获得较为广泛的国际民意基础,从而获得较为顺利的通过。

(二)引渡制度的新发展

通过前述对恐怖犯罪非政治化的保留、保留的反对、保留最后撤回的分析可知,恐怖犯罪非政治化并列入可引渡的范围逐渐获得国际社会的普遍认可。将恐怖犯罪排除政治犯而列入可引渡的罪行,是引渡制度的新发展之一^[12]。有必要归纳一下类似的规定或制度,除以上三大公约外,还有如下规定。

- 1.最早出现的是所谓的“行刺条款”,即将谋杀或企

图谋杀国家元首、政府首脑或其家庭成员的犯罪排除在政治犯罪之外,从而列入可引渡的犯罪^③。2.《防止及惩治灭绝种族罪公约》(1948)第7条规定,“灭绝种族罪及第三条所列其他行为不得视为政治罪行,俾使引渡。”3.《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》(1976)第11条规定,“(1)就引渡而言,本公约第二条所列举的行为不应视为政治罪行。(2)本公约缔约国承诺遇此等情形时,依照本国法律和现行条约,准予引渡。”4.《联合国反腐败公约》(2003)第44(4)款规定,“根据本公约确立的任何犯罪均不应当视为政治犯罪。”这些是明确的排除政治犯罪予以引渡的规定。还有一些犯罪有隐含的政治动机,但是公约并没有明确的排除政治罪条款,而以“可引渡的犯罪”来表述。可见于《反对劫持人质国际公约》(1979)第10(1)款、《关于制止非法劫持航空器的公约》(1970)第8(1)款、《关于制止危害民用航空安全的非法行为公约》(1971)第8(1)款、《联合国打击跨国有组织犯罪公约》(2000)第16(3)款^④;等。有些犯罪有明显的政治因素(官方身份犯罪),但是公约仅规定可以管辖,没有规定可以引渡。这样的规定可以推知此类犯罪也可以引渡,因为虽然管辖和引渡是两回事,但是在此它们受理事项的基础是一样的,即排除了政治的因素(官方身份)。这样的规定一般指向一些官方色彩浓厚的国际犯罪,如灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪、侵略罪等^⑤。将国际犯罪列入可引渡范围,实际上是“或引渡或起诉”制度的新发展,其基本法理依据是防止犯罪分子逃避惩罚,维护国际社会的安宁和秩序^[13]。

(三)关于“通知”的属性和作用

上文涉及两类“通知”构成保留的情形,这是条约保留多样性的表现。笔者还注意到国际经济法的学者们曾对我国就《解决各国与其他国家国民投资争端的公约》(ICSID)^⑥所作出的通知的性质和作用进行过讨论。我国在批准该公约时根据该公约第25(4)款^⑦作出了如下通知:“根据公约的第25条第4款,中国只考虑把有关征收与国有化导致的补偿款额的争端提交到解决投资争端国际中心管辖。”^[14]英文版为:“Pursuant to Article 25(4) of the Convention, the

Chinese Government would only consider submitting to the jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes disputes over compensation resulting from expropriation and nationalization.”^⑧关于该通知是否具有保留的性质,学者们有两种截然不同的观点。一种认为构成一项保留,尽管可能说的较为隐晦。如漆彤教授认为,“如果通知的目的仅在于提供信息、避免歧义,而不具有任何法律意义,那么我国就不可宣称其1993年通知构成对ICSID管辖权的限制。”^⑨对管辖权的限制当然就是一种保留,且从否定加否定的语气判断,该学者是主张通知构成保留的。另一种观点认为,“《公约》(指《华盛顿公约》)第25条第4款规定的通知既无赋予亦无否定‘中心管辖权’的效果,该通知仅是让外国投资者知道东道国将哪些争端提交‘中心解决’。”^[15]意思是该通知不对仲裁庭起作用,只对投资者起作用。还有研究认为:“即使某项争端并不在东道国通知中明确列举的可提交ICSID仲裁的争端类型之内,东道国仍然可以表达其同意,因为通知中所载明的同意或排除均不构成第25条第1款管辖权要件所要求的‘同意’。换言之,即使向ICSID发送了通知,其所载明的内容也不能束缚缔约国在之后继续行使其控制‘同意’提交ICSID的自由裁量权。”^[16]意思是投资者与东道国之间的“同意”可以脱离“通知”而独立运作。后面两种观点显然认为“通知”没有任何法律效果,当然不可能构成一项保留。

要看“通知”的法律效果,先看“通知”的附着物——公约缔约国身份在“中心”管辖权的角色(而管辖权条款是该公约的核心条款,因为该公约就是规定程序事项的公约)。根据ICSID公约第25条,“中心”的管辖权条件是:缔约国身份+争端双方的同意;根据该公约第72条,“中心”再可获得管辖权的情形是:无缔约国身份+缔约国退出声明前的同意。第二种情形显然是比较少见的,一般是第一种情形。而在第一种情形下,“缔约国身份”是“中心”管辖权的充分条件。由此推知,“缔约国身份”发出的“通知”当然具有法律效力,尽管不是完全意义上的。

笔者以为,中国就ICSID做出的该通知当然构成

了一项保留。中国在做出该通知时意图很明确,就是要排除国有化和征收有关的补偿纠纷以外的投资争端在ICSID的管辖。这是对ICSID管辖“任何法律争端”的更改性保留。且该通知是根据第25(4)款(其实为指引保留条款)对第25(1)款做出的保留。因此,这也构成《维也纳条约法公约》第20(1)款“条约明示准许的保留”,这样的保留“无须其他缔约国事后予以接受”,即,这样的保留尽管是“单方面声明”,且没有明示的接受程序,但是对保留以外的国家也构成法律意义上的接受。因此非保留缔约国或其投资者在嗣后的“同意”(可采BIT仲裁条款和嗣后协议的形式)中必参考通知的内容,如果没有相反表示,一般认为该国同意了通知中的事项标的。而如果有相反的意思表示,则根据“后法优于先法”的原则,以“新的同意”事项来管辖。但是这并不因此而否定通知的保留属性和作用,只不过这是条约保留理论领域的一种新情况,即对只具有部分权利或义务属性的条款进行保留,而不是通常意义上的完全权利或义务属性的条款进行保留。

当然,并不是所有的通知都构成保留,其实有时是构成解释性声明。如国家在缔结《联合国反腐败公约》时根据该公约第6(3)款^⑥、第46(13)^⑦和(14)款^⑧做出的将“预防腐败的机关的名称和地址”“负责司法协助的中央机关”和“请求书的语言类型(语文)”通知给联合国秘书长,这样的通知就是解释性声明^⑨。因为它们仅仅是对公约条款所提到的事项进一步说明而已,没有改变公约义务的意图。

结论和尾语

本文对条约保留采取了一种新的分类法。传统的、确定无误的条约保留分类是将其分为排除性保留和更改性保留。但是基于条约条款就权利义务性质而言无非包括概念性条款、强制性条款、任意性(任择性)条款或后两者综合的条款。相应的保留也可以分为这四类。当然,基于国家声明的多样性将条约保留分为典型意义的保留和非典型意义的保留^[17],也不是完全没有价值,因为有些保留非常明显和常见,很容易区分和识别出来(如争端解决机制条款的保留),可谓是典型意义的保留;有些则较不常

见而较难区分和识别(如有条件的解释性声明构成的保留和替代性保留等),可谓是非典型的保留。但是鉴于典型和非典型概念的动态变化性,本文采用了更客观的标准,即前面列举的四种类型。

区分保留和解释性声明的根本在于判明国家提出声明时的动机。而在此之前,应首先了解国家声明的确切意思,即要对国家声明本身先要进行解释。解释的规则即如《指南》所言“须考虑到主要反映在保留的案文中的提出者的意图、条约的目的和宗旨以及提出保留时的背景,本着善意解释之。”这个“背景”必包括提出国的背景因素。因此总体而言,区分保留和解释性声明实际要考察两个“意图”,一个是“国家背景因素下的意图”和“是否排除或更改条约的意图”。这一点在反恐类公约的声明(特别是有关恐怖主义犯罪的定义的声明),乃至我国对ICSID公约的通知中都有涉及。通过对恐怖主义犯罪定义的声明的辨析,认为将反对殖民统治的民族自决权行使的武装斗争排除在恐怖主义犯罪之外具有合法性和合理性。在做出这样的排除,以及一国军队及其公务活动的排除之后,所谓的恐怖主义犯罪就是私人或民间组织对国家机关及公共场所的任何危险和帮助且以此达到恐吓人口和挟持政府的目的的行为。对这样的行为不能以政治犯为由而不予以引渡。

《指南》确实为我们提供了条约保留实践和理论方面的强大资源和重要指导,但是某些结论仍然值得商榷,且在论述中也有自相矛盾的地方。比如关于任择性条款的国家声明,其在客观上起到了排除相关条款或缔约国相关义务履行的效果,应该归入保留的范畴。

本文所指之公约保留的法律效力方面。对大部分的保留,国家都采取了默示的态度。根据《维也纳条约法公约》第20(5)款“12个月未提出异议即构成接受保留”的基本精神,意味着有众多的国家接受这样的保留。有个别国家提出了反对。根据《维也纳条约法公约》的规定,保留国与反对国在相关条款上“不适用”。但是依然可以通过“保留对话”,来协商解决因反对带来的分歧。

关于本文所指之解释性声明的法律效力方面。解释性声明一方面提供了解释方的基本立场,可以成为其日后争端解决中的重要证据;另一方面,如果是一种真正意义上的出于全体缔约国利益的“公道”的解释,则有助于条约的正确履行^[18]。反恐类公约的解释性声明大都国家也采取了默示的态度,可以比照“12月未提出异议则构成接受”的规定解释为已获接受。有极个别的声明受到了反对,但是属于“反对无效”的类别,因此也可以判定为获得了接受。即基本上反恐类公约的解释性声明都属于“公道”的真正意义的条约解释,必将有助于各国正确理解和顺利履行公约。

注释:

①法国国际法学家阿兰·佩里特(Alain·Pellet)主持报告的国际法委员会《条约保留实践指南》是对当今世界条约保留理论、实践和规则的总结、评注和填补,具有很高的学术价值和实践价值。该《指南》载于联合国大会文件(2011): A/66/10/Add.1。

②关于“暴力袭击”,可见于B公约对“恐怖犯罪”的定义,即该公约第2条:“1.本公约所称的犯罪,是指任何人非法和故意在公用场所、国家或政府设施、公共交通系统或基础设施,或是向或针对公用场所、国家或政府设施、公共交通系统或基础设施投掷、放置、发射或引爆炸炸性或其他致死装置:(a)故意致人死亡或重伤;或(b)故意对这类场所、设施或系统造成巨大毁损,从而带来或可能带来重大经济损失。”

③所谓“不应以政治因素相辩解”条款在B公约是指第5条,F公约是第6条。如B公约第5条规定,“每一缔约国应酌情采取必要措施,包括酌情制定国内法,以确保本公约范围内的犯罪行为,特别是当这些罪行是企图或蓄意在一般公众、某一群人或特定个人中引起恐怖行为时,在任何情况下都不可引用政治、思想、意识形态、种族、人种、宗教或其他类似性质的考虑为之辩护,并受到与其严重性质相符的刑事处罚。”

④这样的条款,在B公约是第19条,在F公约是第21条。其中B公约第19条规定:“1.本公约的任何规定均不影响国际法特别是《联合国宪章》的宗旨和原则与国际人道法规定的国家和个人的其他权利、义务和责任。2.武装冲突中武装部队的活动,按照国际人道主义法所理解的意义,由国际人道主义法予以规定,不受本公约管辖;一国军队部队为执行公务而进行的活动,由国际法其他规则予以规定,因此不受本公约管辖。”

⑤关于“战时法”和“诉诸战争权”两个概念的辨析,参见红十字国际委员会东亚地区代表处编:《国际人道法问答:什么是战时法和诉诸战争权?》,国际会议(2016-06),可在中国知网查询。

⑥《联合国宪章》第51条的规定是,“联合国任何会员国受武力攻击时,在安全理事会采取必要办法,以维持国家和平与安全以前,本宪章不得认为禁止行使单独或集体自卫之自然权利。……”

⑦该款规定,“联合国各会员国,于其所负有或担承管理责任之领土,其人民尚未臻自治之充分程度者,承认以领土居民之福利为至上之原则,并接受本宪章所建立之国际和平与安全制度下,以充量增进领土居民福利之义务为神圣之信托,且为此目的:……(3)促进国际和平及安全。”

⑧该款规定,“按据本宪章第1条所载联合国之宗旨,托管制度之基本目的应为:(1)促进国家和平及安全。”

⑨对于摩尔多瓦共和国而言,当前最棘手的领土争议问题是“德涅斯特河左岸共和国”(“德左”)和加告兹自治区问题。参见民主与法制网,“摩尔多瓦领土纠纷难以解决”,<http://www.mzyfz.com/cms/guojifazhi/fazhibao dao/zuixinzixun/html/803/2014-06-28/content-1057223.html>,最后浏览时间:2019年12月1日。

⑩相关规定为:“1.一国或一国际组织根据条约某一条款作出单方面声明,如该条款准许各缔约方接受并非该条约加诸缔约方的一项义务,或准许各缔约方在该条约的两项或两项以上规定中间作出选择,则此项声明不属于本《实践指南》的范围。2.一国或一国际组织作出声明,借助于条约中的一项条款接受并非该条约加诸缔约方的一项义务,此种声明中载列的限制或条件不构成保留。”参见《指南》(中文版)第1.5.3款,第93页。

⑪这三种情形是:罪行在该国领土内实施;罪行是在罪行发生时悬挂该国国旗的船舶或按该国法律登记的航空器上实施的;罪行的实施者是该国国民。这是管辖权的三项核心要素或关键连接点。

⑫这五种情形是:犯罪的对象是该国国民;犯罪的对象是一国在国外的国家或政府设施,包括该国大使馆或其他外交或领事房地;罪行系由惯常居住在该国的无国籍人实施;犯罪的意图是迫使该国从事某种行为;罪行的实施场所为该由政府操作的航空器。这是管辖权比较特殊的几种情形。

⑬中国列举的三项条约只是“就澳门而言”,意思是澳门不是这些条约的缔约方,这些条约不对澳门适用。

⑭条文规定:“1.在第6条适用的情况下,被指控的罪犯所在领土的缔约国,如不将罪犯引渡,则无一例外且无论罪行是在其领土内实施,应有义务毫不作无理拖延,即将案件送交其主管当局,以便通过其国内法律规定的程序进行起诉。2.如缔约国国内法准许引渡或交出一名本国国民,但规定该人遭

返本国服刑,以执行要求引渡或交出该人的审讯或程序所判的刑罚,并且该国与要求引渡该人的国家皆同意这个办法机器认为适当的其他条件,则此种附条件的引渡或交出应足以履行本条第1款所述义务。”见B公约第8条、N公约第11条和F公约第10条。

⑮条文规定,“1.两个或两个以上的缔约国之间有关公约的解释和适用的争端,如在一合理时间内不能通过谈判解决,经其中一方要求,应交付仲裁。如自要求仲裁之日起六个月内,当事各方不能就仲裁的组成达成协议,其中任何一方可根据《国际法院规约》申请将争端提交国际法院。2.在签署、批准、接受、核准或加入本公约时,一国可以声明不受本条第1款任何或全部规定的约束。对作出此种保留的任何缔约国而言,其他缔约国也不受这些规定的约束。”见于B公约第20条、N公约第23条和F公约第24条。

⑯涉及的条款为F公约第2条第1款和第3款。其中第3款的规定是,“就一项行为构成第1款所述罪行而言,有关资金不需实际用于实施第1款(a)或(b)项所述的罪行。”

⑰在B公约中是第19(2)款,在N公约中是第4(2)款,在F公约中是第21条。其中第21条没有很明显的“不受其他公约约束”的表述,而是采用“不影响……其他有关公约……的其他责任”的表述,它们的意思相同。

⑱即该国第4点理解认为,现行公约的规定解读为其严格适用在两个国家没有武装冲突存在的情况下,一个国家的武装力量对另一个国家所执行的行动。笔者以为,这样的理解实际针对恐怖犯罪定义而言,这样的犯罪,根据公约规定,是在没有武装冲突的情况下的前提是对的,但是如果说恐怖犯罪是“一国武装力量对另一国采取的行动”则有失偏颇,因为恐怖犯罪很多是非国家行动体所为。

⑲这样的条文出现在B公约的第19条第2款,N公约的第4条第2款。

⑳这些概念出现在B公约的第1(4)款和第19(2)款,N公约的第1(6)款和第4(2)款,F公约的第2(1)(b)项中。

㉑在B公约是第8条,在N公约是第11条,F公约是第10条。以B公约为例,相关的条款内容为:“1.在第6条适用的情况下,被指控的罪犯所在领土的缔约国,如不将罪犯引渡,则无一例外且无论罪行是否在其领土内实施,应有义务毫不作无理拖延,即将案件送交其主管当局,以便通过其国内法律规定的程序进行起诉。主管当局应以处理本国法律中其他严重犯罪案件相同的方式作出决定。2.如缔约国国内法准许引渡或交出一名本国国民,但规定该人遣返本国服刑,以执行要求引渡或交出该人的审讯或程序所判的刑罚,并且该国与要求引渡该人的国家皆同意这个办法及其认为适当的其他条件,则此种附有条件的引渡或交出应足以履行本条第1款所述义务。”

㉒马来西亚针对B公约第8(1)款,新加坡针对B公约第8

(1)款和N公约第11(1)款。

㉓荷兰针对B公约第8(1)款和F公约第10(1)款。

㉔哥斯达黎加针对N公约第11(1)款。

㉕所谓“填补性解释”,就是针对条款规定中的漏洞进行的填补。法律漏洞的认定应当以法条文义的可能范围为依据,而非以法条的字面含义为标准,且应以立法目的和意图为认定依据,应根据历史解释、目的解释、体系解释等各种方法来确定立法者的意图看是否存在法律漏洞。参见王利民著:《法律解释学导论——以民法为视角》(第2版),法律出版社2017年版,第555页。

㉖所谓“扩张性解释”,就是指与立法目的和立法意图相比较,法条的字面含义过于狭窄,需要通过解释使法条的含义扩张,以符合立法目的和立法意图的一种解释方法。扩张性解释必须进行目的性探究,在核心文义之外的解释不得超越立法目的;必须符合法律规定;必须在法律可能的文义范围之内。参见上注,王利民书,第397-402页。

㉗具体条文规定,“如被请求的缔约国有实质理由认为,请求为第2条所列罪行进行引渡或请求为此种罪行进行相互法律协助的目的是为了因某人的种族、宗教、国籍、族裔或政治观点而对该人进行起诉或惩罚,或认为顺从这一请求将使该人的情况因任何上述理由受到损害,则本公约的任何条款不应被解释为规定该国有引渡或提供相互法律协助的义务。”见B公约第12条、N公约第16条和F公约第15条。“种族、族裔和国籍”基本可以归为人权中的(出生或出身)的平等权;“宗教”可以归为人权中的宗教自由权;“政治观点”可以归为人权中的“言论表达自由权”。人权引渡不引渡问题参见黄凤著:《引渡问题研究》,中国政法大学出版社2006年版,第18-24页。

㉘见联合国大会文件A/59/894(2005-08),附录二;转引自黄瑶等:《联合国全面反恐公约研究:基于国际法的视角》,北京:法律出版社2010年版,第219-231页。

㉙见中国全国人大常委会2018年4月27日颁布实施的《中华人民共和国反恐怖主义法》第3条。

㉚例如美国与阿尔巴尼亚于1935年签订的双边引渡条约第3条;中国与泰国于1993年签订的双边引渡条约第3(1)款;等等。

㉛如《联合国打击跨国组织犯罪公约》第16(3)款规定,“本条适用的各项犯罪均应视为缔约国之间的现行引渡条约中的可引渡的犯罪。各缔约国承诺将此种罪行作为可引渡的犯罪列入它们之间拟缔结的每一项引渡条约中。”

㉜《联合国海洋法公约》第102条规定,“军舰、政府船舶或政府飞机由于其船员或机组成员发生叛变并控制该船舶或飞机从事第101条所规定的海盗行为,视同私人船舶或飞机从事的行为。”《国际刑事法院规约》目前管辖了四种罪行,即灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪和侵略罪,其第27条规

定,“1.本公约对任何人一律平等适用,不得因官方身份而差别适用……2.根据国内法或国际法可能赋予某人官方身份的豁免或特别程序规则,不妨碍本法院对该人行使管辖权。”参见赵永琛编:《国际刑法公约章选编》,中国人民公安大学出版社1999年版,第470、743页。

③该公约1966年10月14日生效,现有成员国154个,我国于1993年1月7日递交了批准书,1993年2月6日正式对我国生效。参见ICSID官网:<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx>,最后浏览时间:2019年11月3日。

④ICSID公约第25(4)款的内容是:“任何缔约国可以在批准、接受或核准本公约时,或在此后任何时候,把它将考虑或不考虑提交给中心管辖的一类或几类争端通知中心。秘书长应立即将此项通知转送给所有缔约国。此项通知不构成第一款所要求的同意。”

⑤<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/MembershipStateDetails.aspx?state=ST30>,最后浏览时间:2019年11月5日。

⑥漆彤:《论中国在ICSID被诉第一案中的仲裁管辖权问题》,载《南京大学法律评论》2014年第1期,第258页;主张“通知构成保留”的还可见秦红媛:《中国全面接受ICSID仲裁管辖权的思考》,载《商事仲裁》2016年第1期。

⑦该公约第6(3)款为,“各缔约国均应当将可以协助其他缔约国装订和实施具体的预防腐败措施的机关的名称和地址通知联合国秘书长。”

⑧该公约第46(13)款为,“各缔约国均应指定一个中央机关,使其负责和有权接受司法协助请求并执行请求或将全球转交主管机关执行。各缔约国均应当在交存本公约批准书、接受书、核准书或者加入书时,将为此目的指定的中央机关通知联合国秘书长。”

⑨该公约第46(14)款为,“……各缔约国均应当在其交存批准书、接受书、核准书或者加入书时,将其所能够接受的语文通知联合国秘书长。……”

⑩这样的“通知”可见于联合国官网:联合国秘书长保存《联合国反腐败公约》的记录,[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XV III-14&chapter=18&clang=_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XV%III-14&chapter=18&clang=_en),最后浏览时间:2019年11月3日。

参考文献:

[1][法]阿兰·佩里特(Alain. Pellet)主持.条约保留实践指南[R].联合国大会文件A/66/10/Add.1,2011.74,75,32,33,57,70,343.

[2]赵磊.安全与自由之间:对德国反恐立法之评析——基于价值平衡和宪政法治的制度构建[J].河北法学,2017,(4).

[3]联合国秘书长对反恐三大公约的保存记录实时更新数据库[EB/OL].https://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=18&subid=A&clang=_en,2019-10-21.

[4]高宁.国际核安全合作法律机制研究[J].河北法学,2009,(1):30.

[5]联合国文件:A/CN.4/491/Add.3,pp19-20. in OLIVIER CORTEN & PIERRE KLEIN, THE VIENNA CONVENTIONS ON THE LAW OF TREATIES: A COMMENTARY[M]. OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2011, pp. 49.

[6]Michael D. Ramsey, A Textual Approach to Treaty Non-Self-Execution[J].Brigham Young University Law Review, 2015, p.1640.

[7]彭越.一致性解释在国际贸易案件中的适用[J].法学研究,2019,(1).

[8]张国斌.“解释一致”方法在国际条约适用中的实践及启示[J].法律方法·辑刊,2016,(1).

[9]红十字国际委员会官网[EB/OL].<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreaties1949.xsp>,2019-10-13.

[10][比]亨克茨,[英]多斯瓦尔德—贝克主编.红十字国际委员会组织编译.习惯国际法规则[M].北京:法律出版社,2007.4.

[11]黄瑶,等.联合国全面反恐公约研究:基于国际法的视角[M].北京:法律出版社,2010.68.

[12]马德才.国际法中的引渡制度研究[M].北京:中国政法大学出版社,2014.52-59.

[13]吴玉梅.关于国际恐怖主义犯罪引渡问题的探讨[J].河北法学,2001,(2).

[14]银红武,罗依凯.中国加入《ICSID公约》所作通知的性质及效力[J].时代法学,2018,(1).

[15]陈安.国际投资争端解决仲裁——“解决投资争端国际中心”机制研究[M].上海:复旦大学出版社,2001.83.

[16]张建.国际投资制裁裁决在中国的承认和执行问题——兼论中国根据《华盛顿公约》第25条第4款所作通知的性质[J].西华大学学报·哲学社会科学版,2017,(2).

[17]胡城军.《联合国反腐败公约》的保留、声明和通知之述评[J].湖南师范大学社会科学学报,2017,(4).

[18]Marco Benatar, From Probative Value to Authentic Interpretation: the Legal Effects of Interpretative Declarations[J].44 Rev. BDI 170(2011), pp. 192-194.