

论“发展的条约解释”及其在世贸组织 争端解决中的适用

孙南翔

内容提要:“条约与时间”是条约解释的永恒主题。晚近以来,以技术变革为代表的客观情势迅猛发展。为实现条约的可适用性,以《维也纳条约法公约》第31条为基础,“发展的条约解释”方法使得条约的解释与适用符合解释时的客观情势。发展的条约解释包括演化解释与嗣后行为解释。在世界贸易组织争端解决实践中,发展的条约解释方法与路径已经趋于成熟。尽管客观情势变化无法直接影响条约权利与义务,但通过条约文本与客观情势变化的相关性,发展的条约解释能够使条约权利与义务有所发展。基于此,发展的条约解释方法应当纳入体系性解释方法之中。在条约的缔结与解释中,我国应明确条约权利与义务发展的可能性,多元化地利用条约解释工具化解国际争端。

关键词:《维也纳条约法公约》 发展的条约解释 演化解释 嗣后行为解释 世界贸易组织

孙南翔,西南政法大学国际法学院博士研究生。

戴高乐将军曾言,条约如同玫瑰和年轻女子,无法永恒。^[1]任何条约的制定均反映出缔约时的客观情势,并且条约的履行和解释经常被假定为情势不变。然而,情势不变只是美好的假象,随着时间的推移,条约会面临如何适应新的事实和法律环境这一难题。相比成熟的国内法律修订机制和程序,条约修订并非易事。因此,保持条约文本与客观情势间的适应性更多地依赖条约解释。例如,历经半个多世纪,《联合国宪章》、《世界人权宣言》、《公民权利和政治权利国际公约》等国际法律文件仍能通过条约解释的方式而成为不断发展的“活文件”(living documents)。^[2]

[1] Oscar Schachter, *The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements*, 71 *American Journal of International Law* 296, 301 (1977).

[2] Jessica Liang, *Modifying the UN charter through Subsequent Practice: Prospects for the Charter's Revitalization*, 81 *Nordic Journal of International Law* 1, 4-5 (2012).

21 世纪是互联网时代,许多新产品、新行业应运而生,共同交织成日益复杂的法律环境与客观事实,客观情势变化对国际条约的存续产生了显著威胁。世界贸易组织(以下简称“世贸组织”)是国际贸易领域最为重要的多边机构,其规则导向的争端解决机制更成为国际组织司法机制(或准司法机制)的最佳范本。有鉴于此,本文将以前述世贸组织争端解决实践为研究对象,阐明“发展的条约解释”的概念及其法律依据,并试图回答:为何需要以条约解释的方式来实现权利与义务的发展?条约的内容为何能适应缔约后客观情势的变化?条约权利与义务在具体实践中如何通过解释的方式来适应客观情势变化?下文将依据《维也纳条约法公约》(以下简称《条约法公约》)文本,梳理出发展的条约解释方法,并以世贸组织争端解决实践为例,阐明演化解释和嗣后行为解释的具体适用,进而为我国实践提供启示。

一 “发展的条约解释”的概念及其法律依据

在国际体系下,条约修订是应对客观情势变化的主要立法性工具。然而,在更新条约文本上,去中心化的国际法体系时常陷入多方博弈的行动困境中。^[3]以世贸组织协定为例,条约含义的变化可通过修订、豁免和有权解释完成,但这三种情况都需要成员方一致同意(至少绝大多数成员方同意)方可。时至今日,仍未有一例对世贸组织协定的有权解释。与“跛行”的立法或有权解释不同,在适应客观情势变化,条约解释发挥着核心作用。

(一)对“发展的条约解释”的界定

劳特派特指出:“条约的法律权利与义务均制定或产生于遥远的过去,其持续有效性是国际关系中应首要解决的问题,具体涉及到在任何给定时点下条约文本的解释力。”^[4]毋庸置疑,先前缔结的条约的作用力及于当前与未来,而条约的适用与解释也应符合解释时的客观情势。本质上,虽然条约文本固定不变,但条约解释的对象、范围、情境却并非一成不变。在特定情况下,嗣后的行为、事件及其发展能够影响条约的存续、内容或含义。^[5]

条约解释者从概念出发,通过认定缔约方发展条约含义的意图或嗣后行为,背离缔约时含义而以解释时含义进行文本解读的方式,可统称为“发展的条约解释”。本质上,发展的条约解释是针对条约缔结后的事实或法律所引发的情势变化而产生的,目的在于解释出符合当前客观情势的条约权利与义务。其具体法律特征如下。

第一,发展的条约解释产生的现实依据在于条约文本的缔约时含义与解释时含义的分离。与发展的条约解释相对应的是“静止的条约解释”,即严格依据缔约时含义解释当前的客观情势。

[3] “去中心化”(decentralization)的国际法体系的主要特征在于其在传统的契约路径和立法路径之外,表现出一种难以精确定义的自成一体的第三类机制。参见 Richard K. Gardiner, *Treaty Interpretation*, Oxford, 2008, p. 225.

[4] Hersch Lauterpacht, *International Law: The General Works*, Cambridge University Press, Vol. 1, 1970, p. 129.

[5] Georg Nolte, *Treaties over time in particular: Subsequent Agreement and Practice*, Annex A, U. N. Doc. A/63/10, 2008, para. 5.

第二,发展的条约解释的作用在于确定符合客观情势变化的文本含义。事实性与规范性的情境变化是条约解释应考察的客观情势。^[6]为解决条约文本与客观情势的背离问题,国际裁决机构可依据解释时点的文本含义进行条约解释,赋予条约应对新的客观情势的能力。由此,发展的条约解释使条约文本符合解释时的客观情势。

第三,发展的条约解释能够形成“发展的权利与义务”。^[7]在条约存续期间,其规定的缔约方权利与义务并非一成不变。正如安东尼·奥斯特所言,在条约缔结后,缔约方可以合意形成新的权利与义务。^[8]在条约解释上,除缔约方合意这一要件外,新的权利与义务须借助发展的条约解释而得以实现。

在类型上,发展的条约解释可进一步细分。如乔治·诺尔蒂教授所言,解释“穿越时间的条约”的有效工具包括嗣后协定、嗣后惯例和演化解解释。^[9]演化解解释又称动态解释,是变更缔约时惯常含义的解释方法。演化解解释强调确定缔约方合理预期,并通过认定“一般性术语”及其嗣后含义,实现条约权利与义务的发展。而通过嗣后协定和嗣后惯例表明缔约方变更原始缔约意图的解释方法,则称为嗣后行为解释,其通过确立嗣后缔约方的解释意图,基于对条约术语新语境的考察,实现符合客观情势的解释目的。演化解解释与嗣后行为解释有所区别:演化解解释来源于缔约方在缔约时允许以持续发展的方式对条约文本进行理解;而嗣后行为解释则不考虑缔约时的意图,仅关注嗣后缔约方形成的新协定或新合意。^[10]

值得一提的是,发展的条约解释之所以能够被系统分析,是因为演化解解释与嗣后行为解释密切相关,二者共同构成适应缔约后客观情势变化的解释工具。在效果上,二者均能通过条约解释的方式解决法律文本与客观情势脱节的问题。在理论和实践中,演化解解释与嗣后行为解释也被进行比较,乃至产生概念与适用条件的混淆。^[11]因此,发展的条约解释亟待进一步厘清。

(二)发展的条约解释的法理基础:《条约法公约》第31条

在世贸组织争端解决实践中,《条约法公约》第31条被视为《关于争端解决规则与程

[6] Christopher Peters, *Subsequent Practice and Established Practice of International Organizations: Two Sides of the Same Coin*, 3 *Goettingen Journal of International Law* 617, 618 (2011).

[7] 虽然在理论上,研究多侧重于对“发展的义务”的分析,然而,根据权利与义务的对应性,笔者认为“发展的义务”必然与“发展的权利”相伴而生。参见 Alexander M. Feldman, *Evolving Treaty Obligations: A Proposal for Analyzing Subsequent Practice Derived from WTO Dispute Settlement*, 41 *New York University Journal of International Law and Politics* 655, 655-706 (2009); Shin-yi Peng, *Taxing Innovation? — The Evolving Coverage of the Information Technology Agreement*, 64 *Tax Lawyer* 79, 79-96 (2011).

[8] Anthony Aust, *Modern Treaty and Practice*, Cambridge University Press, 2000, pp. 194-195.

[9] Georg Nolte, *Treaties over time in particular: Subsequent Agreement and Practice*, Annex A, U. N. Doc. A/63/10, 2008, para. 7.

[10] Richard K. Gardiner, *Treaty Interpretation*, Oxford, 2008, p. 242. 在联合异议裁决书中,欧洲人权法院七位法官也讨论了嗣后行为与演化解解释之间的差异。参见 European Court of Human Rights Case, *Feldbrugge v. Netherlands*, No. 8562/79, 29 May 1986.

[11] 例如,在《马关条约》的演进解释问题上,张卫彬认为适用演进解释的要件在于当事方的原始意图,也可以是嗣后意图。这似乎是混淆了演化解解释和嗣后惯例。参见张卫彬:《钓鱼岛主权归属与〈马关条约〉的演进解释问题》,《法学评论》2015年第1期,第23页。具体参见下文分析。

序的谅解》(以下简称《争端解决谅解》)第 3.2 条所规定的“解释性国际公法惯例”。实际上,《条约法公约》第 31 条已然成为整个国际法律体系共用的法律解释规则和方法,其采纳以文本主义为基础的解释方法,同时考虑目的论方法,并将主观的解释路径规定为补充性解释工具。实践中,在善意原则统摄下,条约术语的解释多按照“惯常含义”、“上下文”和“目的与宗旨”的顺序展开。如下所述,发展的条约解释贯穿于《条约法公约》第 31 条的始终。

1. 惯常含义并非静止的词典定义

由于条约是由文本构成的,对条约解释自然需考察术语的含义及其范围。实践中,享誉全球的知名词典的定义被频繁用于解释惯常含义。^[12]然而,惯常含义并非等价于静止的词典定义。具体分析如下。

其一,词典定义只是惯常含义解释的向导性工具,并非解释条约术语含义的决定性工具。^[13]单独的词典本身并不必然能够解决惯常含义的复杂性,因为词典时常将术语的所有定义进行分类,包括普遍或特殊、通用或专业的定义。^[14]由此,类型化的词典定义可能使术语含义碎片化,割裂了惯常含义的统一性。在实践中,除词典定义外,其他条约或协定的相同术语含义也是惯常含义的解释依据之一。^[15]

其二,惯常含义并非是指必须严格依赖缔约时含义。正如上诉机构在“美国博彩案”中所言,条约文本应符合客观情势的变化,条约解释的惯常含义更多关注解释时的含义。^[16]在条约术语中,一般性术语是可发展而非静止的。虽然发展的条约解释具有明确的可适用条件和外在限制性,但减少对缔约时词典定义的使用这一点已得到理论界和实务界的广泛认同。^[17]

2. 缔约方的嗣后行为可被纳入条约解释

上下文是条约解释的要素之一。根据《条约法公约》规定,条约解释的上下文是缔约时点的、静止的和固定的。^[18]然而《条约法公约》第 31.3 条进一步规定,与上下文一并考

[12] 例如,世贸组织专家组和上诉机构经常使用《牛津英语词典(简编本)》(Shorter Oxford English Dictionary)来解释惯常含义。具体案件还参考众多词典,如“美国博彩案”专家组援引了《企鹅袖珍英语词典》(Penguin Pocket English Dictionary)、《兰登书屋英语词典》(The Random House Dictionary of the English Language)等共计 13 种词典的定义。参见 Panel Report, United States-Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, WT/DS285/R, 10 Nov. 2004, paras. 6.55 - 6.58.

[13] Appellate Body Report, United States-Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000, WT/DS234/AB/R, 16 Jan. 2003, para. 248.

[14] Appellate Body Report, United States-Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, WT/DS285/AB/R, 7 Apr. 2005, para. 164.

[15] 参见 Appellate Body Report, United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/AB/R, 6 Nov. 1998, paras. 130 - 133.

[16] Appellate Body Report, United States-Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, WT/DS285/AB/R, 7 Apr. 2005, para. 166.

[17] Federico Ortino, Treaty Interpretation and the WTO Appellate Body Report in US-Gambling: A Critique, 9 *Journal of International Economic Law* 117, 123(2006).

[18] 《条约法公约》第 31.2 条规定条约解释的“上下文”仅指包括序言、附件在内的约文,全体当事国间因缔结条约所订的任何有关协定,以及一个以上缔约方因缔结条约所订并经其他缔约方接受为条约的任何有关文书。

虑者尚有嗣后协定和嗣后惯例。该条款被视为条约解释的“显著创新”。^[19]

嗣后协定与嗣后惯例统称为嗣后行为。嗣后行为解释就是允许缔约方通过解释的方式适应客观情势变化,并同时能弥补条约术语中的缝隙,实现条约权利与义务的发展。由此,虽然《条约法公约》明确了“上下文”的缔约时含义,但也通过嗣后行为使得条约解释可以考察缔约后的客观情势变化。基于此,笔者认为嗣后行为实际上充当了“嗣后上下文”的作用。正是有了对嗣后上下文的考虑,条约文本才能够同步符合解释时的客观情势。

3. 善意原则下的“目的与宗旨”解释

条约解释的第三个考察对象是条约的目的与宗旨。目的与宗旨解释为发展的条约解释提供了可能性。自条约缔结后,条约术语含义可能发生变化,发展的条约解释要求使用与缔约时不同的含义对条约文本进行理解。根据“体系性解释”要求,发展的条约解释也必须符合条约的目的与宗旨。

上诉机构在“美国虾案”中认为,《关税与贸易总协定》(以下简称《关贸总协定》)第20条“可耗竭自然资源”制定于50多年以前,当前的条约解释者必须考察缔约后国际社会关注环境的客观实践。上诉机构进而结合《马拉喀什建立世界贸易组织协定》序言认为,缔约方应完全知晓作为国内与国际政策目标之一的环境保护的重要性和合法性。^[20]基于此,在保护生态环境的目的与宗旨之下,上诉机构使用解释时的“可耗竭自然资源”含义进行条约解释,从而使条约权利与义务符合当代的客观情势。综合而言,相对抽象的“目的与宗旨”为条约适用提供了一定的裁决空间和解释灵活性,以应对解释时的需要客观情势变化。由此,基于实现条约的目的和宗旨,法律与客观事实的变化在条约解释中可被考虑。^[21]

(三)发展的条约解释的法律地位:对体系性解释的再认识

发展的条约解释符合《条约法公约》规定。实践中对条约文本的解释虽然经常依据惯常含义、上下文以及目的与宗旨等要素依次展开,但《条约法公约》第31.1条反映出体系性解释的理念。世贸组织争端解决上诉机构曾反复论述,条约解释不应孤立地考察惯常含义、上下文以及目的与宗旨,条约术语的惯常含义只能在其上下文及条约的目的与宗旨下加以确定。^[22]换言之,通过对演化的惯常含义与缔约方嗣后行为的认定,发展的条约解释本身应融入条约解释方法中,而并非作为独立的解释工具。

发展的条约解释融入体系性解释的具体路径如图1所示。具体而言,通过对发展的

[19] Francis G. Jacobs, *Varieties of Approach to Treaty Interpretation: With Special Reference to the Draft Convention on the Law of Treaties Before the Vienna Diplomatic Conference*, 18 *International and Comparative Law Quarterly* 318, 327 (1969).

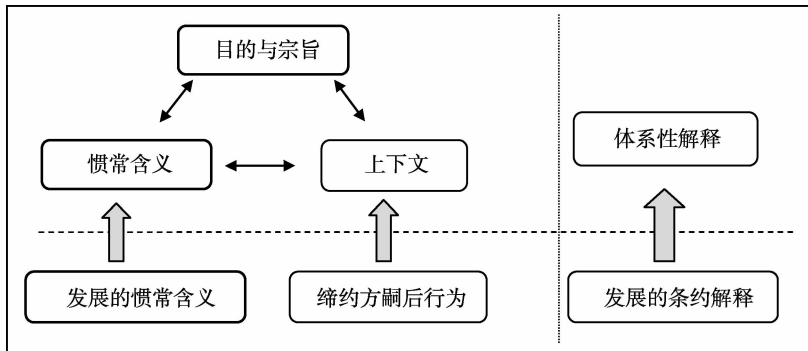
[20] Appellate Body Report, *United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, 6 Nov. 1998, paras. 129 - 130.

[21] Luigi Crema, *Subsequent Agreements and Subsequent Practice within and outside the Vienna Convention*, Georg Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, 2013, p. 22.

[22] Appellate Body Report, *United States-Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WT/DS285/AB/R, 7 Apr. 2005, para. 164; Appellate Body Report, *European Communities - Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts*, WT/DS286/AB/R, 12 Sep. 2005, para. 176.

惯常含义以及缔约方嗣后行为的考察,在符合条约目的与宗旨的基础上,解释者得以善意地确定发展的条约权利与义务。

图 1 条约解释的体系性解释路径重构



世贸组织协定多数完成于 1994 年,《关税与贸易总协定》的绝大多数文本更是制定于 1947 年,当前客观情势变化速度加快,条约文本的滞后性愈发明显。僵化的“惯常含义”、“上下文”和“目的与宗旨”的解释方法难以符合客观情势的需求,更难以体现成员各方的真实共同意图。由此,对包含发展的条约解释的体系性解释路径应当给予更多的关注。

二 演化解释方法在世贸组织争端解决中的适用

新世纪以来,产品融合与更新加速,传统贸易协定如何适应客观情势变化成为世贸组织争端解决机构面临的一大挑战。自上诉机构在“美国虾案”中以演化解释方法定义“可耗竭自然资源”起,争端解决实践就将演化解释作为应对客观情势变化的一种有效的解释方法。在具体适用上,演化解释主要是以成员方缔约时的合法预期为出发点,认定条约文本中的一般性术语,参照条约目的和宗旨,进行善意解释。

(一) 成员方的主观意图:确定出口方和进口方的合法预期

上诉机构在“欧共同体计算机案”中指出,条约解释的目的是确定成员方的共同意图。该案争议点为局域网设备是否包括在欧共体的“自动数据处理仪器”关税归类表中。在明确成员方共同意图的重要性后,上诉机构认为,成员方共同意图不能通过一个条约缔约方的主观、单边的“预期”来确定;成员方关税承诺表的减让是互惠的,基于出口和进口成员方的互惠谈判而达成。^[23]

申言之,成员方的共同意图反映为出口方和进口方的合法预期。就确定合法预期的方法而言,上诉机构强调解释者必须精确估量所有成员方的共同意图,而不能仅限于诉讼争议方。如果成员方承诺表的减让单独以特定出口成员方的主观意见为基础,将严重削

[23] Appellate Body Report, European Communities — Customs Classification of Certain Computer Equipment, WT/DS62/AB/R, 5 Jun. 1998, para. 84.

弱关税减让的稳定性和可预见性。^[24]

因此,即使是具有成员方特殊性的关税减让表,其解释也应准确考量所有成员方对协定的合法预期。此外,上诉机构对“合法预期”的认定表明,主观意图解释应基于缔约时点的意图,而成员方的意图是保障未来贸易的稳定性和可预见性。因此,在可预见的范围内,条约文本能够根据客观情势变化而变化。当然,合法预期并非明确的客观事实,仍需条约文本的证明。

(二) 演化解释的客观证明:对一般性术语的认定

1. 对一般性术语的理解

条约缔约方通过签署公开协定固定,所有成员方的合法预期。由文本组成的条约,其演化特征体现在术语或用语中。诚如朱利安·艾瑞特所言,演化解释体现条约权利与义务的发展,其只能也只需考虑缔约方是否在特定术语中规定演化的特征。^[25]

如何确定条约文本的演化性?这在《国际法碎片化研究报告》中有所体现:如果条约文本术语是开放或发展的,可能表明缔约方义务会随时间而变化,特别是:(1)该术语暗示了后续技术、经济或法律的发展;(2)该术语设定了缔约方未来进一步发展的义务;(3)该术语具有一般性的本质,或该术语通过须考虑情势变化的一般性术语而表达。^[26]上述概念可归纳为两种类型:包含未来义务的术语和一般性术语。包含未来的条约术语本身明确了缔约方的未来义务,其不具有演化特征;而一般性术语不固定未来缔约方的实际义务,其理解和认定具有灵活性。同时,一般性术语还可能包括技术性术语。现实中,一般可做出如下假定:通过使用技术性术语,缔约方并不固定术语含义,也并非依据某些过时的或错误的科学概念确定其义务;相反,其旨在通过将发展的含义规定为暗含义务,建立起面向未来的义务。^[27]

2. 对一般性术语的实证分析

(1) 对“可耗竭自然资源”的解释

对“可耗竭自然资源”的解释是演化解释在世贸组织争端解决实践中的首次尝试。上诉机构在“美国虾案”中认为,在定义上,《关贸总协定》第20条的“自然资源”是演化的,其内容或对象并非是静止的。为了确定一般性术语的演化特征,除了考察词典含义外,上诉机构还分别援引了《联合国海洋法公约》、《生物多样性公约》、《保护野生动物迁

[24] Appellate Body Report, *European Communities — Customs Classification of Certain Computer Equipment*. WT/DS62/AB/R, 5 Jun. 1998, para. 80.

[25] Julian Arato, *Treaty Interpretation over Time and Their Diverse Consequences*, 9 *Law and Practice of International Courts and Tribunals* 443, 466 (2010).

[26] 该论述最初适用于“嗣后于被解释条约的国际法规则”,后被拓展使用。参见 United Nations, *Conclusions of the Work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*, *Yearbook of the International Law Commission*, 2006, para. 23.

[27] United Nations, *Conclusions of the Work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*, *Yearbook of the International Law Commission*, 2006, para. 23; Julian Arato, *Treaty Interpretation over Time and Their Diverse Consequences*, 9 *Law and Practice of International Courts and Tribunals* 443, 469 (2010).

徙物种公约》、《濒危野生动植物种国际贸易公约》等协定的相同术语的定义及其解释，^[28] 论证自然资源应当包括非生物资源。

除惯常含义外，上诉机构继续考察条约的“目的和宗旨”。上诉机构认为，对“可耗竭自然资源”的理解应关注当前环境保护的需要。^[29] 世贸组织协定序言表明，缔约方完全知晓环境保护的重要性和合法性。基于环境保护的目的，《关贸总协定》第 20 条允许“对人类、动植物生命或健康所必须的措施”或“与保护可耗竭自然资源相关的措施”做出符合当前客观情势的解释。因此，保护虾所必需的措施应当考虑其他生物资源处于濒危状态的现状。

(2) 对“录音制品分销”的解释

在技术性术语上，演化解释也具有适用性。“中国视听服务案”的争议点之一为，中国服务贸易承诺表的“录音制品分销服务”是否适用于电子方式交付的产品。虽然中美双方在该案中提交了关于缔约时中国是否知悉网络分销媒介的证据，本案专家组甚至专门论述中国在入世时应当知晓录音制品的网络分销形式，但上诉机构在该案中认定专家组的推理存在错误，中国入世时电子交付的商业或法律地位的可知性与本案条约解释并不相关。上诉机构认为，中国服务贸易减让表中所使用的术语——“录音制品”和“分销”是足够一般性的术语，其含义可以随时间推移而发生变化。在这个意义上，与《服务贸易总协定》及其他世贸组织协定相似，不管是对原始成员方还是对 1995 年后的加入成员方而言，承诺表都构成了无固定期限的持续性义务。^[30]

最终，上诉机构认定中国对“录音制品分销”的承诺适用于网络分销的媒介。这也就表明，缔约时的技术情况与条约术语的含义并无实质性关联，一般性术语本身已经表明成员方旨在将发展的含义纳入其中。换言之，一般性术语的解释应依据解释时的惯常含义。

(三) 小结

如前所述，为应对客观情势变化，世贸组织争端解决机构已经接受了演化解释。鲍威林指出，世贸组织争端解决实践反映出“演化解释”路径对“当时解释”方法的胜利。^[31] 当然，适用演化解释也需要满足一系列条件：首先，演化解释含义需要符合成员方在缔约时的合法预期；其次，演化解释依赖于对“一般性术语”在解释时的惯常含义的认定；最后，演化解释应在符合条约目的与宗旨的前提下进行善意适用。

此外，适用演化解释还须具备一定的前提。“欧共同体技术产品案”专家组认为，如果通过缔约时的惯常含义能够实现条约解释目的，则无需继续诉诸术语的演化解释；只有在对新产品或新特征是否落入关税减让表范围存在争议时，专家组才需要考察术语的演化

[28] Appellate Body Report, United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/AB/R, 6 Nov. 1998, paras. 130 - 133.

[29] Appellate Body Report, United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/AB/R, 6 Nov. 1998, paras. 129 - 130.

[30] Appellate Body Report, China-Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products, WT/DS363/AB/R, 21 Dec. 2009, para. 396.

[31] Joost Pauwelyn, The Nature of WTO Obligations, No. 1/02 *Jean Monnet Working Paper* 1, 33 (2002).

特征。^[32]换言之,就技术发展而言,只有当出现新产品或新特征时,专家组和上诉机构才需要考察成员方对关税减让的合法预期。实际上,客观情势变化是引入演化解释的前提条件。当然,在一般性术语认定上,除非在条约中明确规定其术语不包含演化的解释意义,否则一般性术语均可适用演化解释。^[33]

三 嗣后行为解释在世贸组织争端解决中的适用

1972年纽约南区地区法院在“胡塞尔诉瑞士航空运输公司案”中指出,制定条约的主要信条是:当制定条约时,在无明确预见的领域,应基于条约解释目的考察缔约方的嗣后行为。^[34]本质上,良好运作的条约体系既依赖于条约文本的适用,也依赖于以条约文本为基础发展而来的缔约方行为。^[35]值得说明的是,虽然嗣后协定与嗣后惯例均属嗣后行为,甚至实践中还将嗣后协定视为嗣后惯例的一种形式,^[36]但二者在证明标准和适用条件上均存在一定差异。

(一) 基于嗣后协定的条约解释

根据《条约法公约》第31.3(a)条,缔约方嗣后所订关于条约解释或适用的任何协定需要与上下文一并考虑。上诉机构在“美国丁香烟案”中对嗣后协定提出两项适用条件:其一,在时际层面,解释协定晚于被解释协定而制定;其二,该协定的术语和内容表明嗣后协定是关于条文解释或适用的协定。^[37]换言之,认定嗣后协定应首先明确解释协定的缔结发生在被解释协定缔结之后。基于协定的公开性,该时际法要件并不难确认。由此,第二个要件是判定“嗣后协定”的关键性问题。在条约解释上,嗣后协定必须具备明确的解释目的性;同时,虽然未规定对嗣后协定的强制性形式要求,但该协定至少应当是无固定期限且公开的。

1. 嗣后协定的成员方意图:解释的目的性

在世贸组织争端解决实践中,专家组和上诉机构援引了联合国国际法委员会的观点,认为嗣后协定是与上下文一同考虑的进一步的“真实的解释要素”。^[38]真实的解释要素反映出缔约方以嗣后协定来解释被解释协定的意图。但问题是,如何将缔约方的主观解释意图转化为可觉察的客观行为?

[32] Panel Report, European Communities-Tariff Treatment of Certain Information Technology Products, WT/DS375/R, 16 Aug. 2010, FN. 807.

[33] Rahim Moloo, When Actions Speak Louder Than Words: The Relevance of Subsequent Party Conduct to Treaty Interpretation, 31 *Berkeley Journal of International Law* 39, 55 (2013).

[34] Opinion, *Hussler v. Swiss Air Transport, Ltd.*, 351 F. Supp. 702, 707 (1972).

[35] Isabelle Van Damme, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford, 2009, p. 339.

[36] Judgment, Case Concerning Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia), 13 December 1999, para. 63.

[37] Report of the Appellate Body, United States-Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes, WT/DS406/AB/R, 4 Apr. 2012, para. 262.

[38] International Law Commission, Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries 1966, *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, Vol. II, p. 221; Report of the Appellate Body, United States-Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes, WT/DS406/AB/R, 4 Apr. 2012, para. 265.

在“美国丁香烟案”中,上诉机构确认多哈部长级会议决定(以下简称《决定》)第 5.2 段构成解释《技术性贸易壁垒协定》(以下简称《技术性壁垒协定》)第 2.12 条“合理期间”的嗣后协定。上诉机构认定,嗣后协定与被解释协定之间应当具备强相关性与解释目的性。

其一,解释协定与被解释协定的专向相关性。实践中,嗣后协定与被解释协定专向地相关。^[39]例如,《决定》第 5.2 段规定“合理期间一般是不少于 6 个月的期间,除非该规定不能够有效实现既定的合法性目标”。该“合理期间”术语同样规定于《技术性壁垒协定》第 2.12 条之中。由此,基于条约文本,解释协定与被解释协定之间的相关性得以建立。

其二,解释协定是以解释为目的,而非取代或修改被解释的协定。《条约法草案条款评论》指明,对嗣后协定必须基于条约解释的目的而进行理解。^[40]针对《决定》第 5.2 段和《技术性壁垒协定》第 2.12 条之间的关系,上诉机构认为《决定》第 5.2 段并非是对《技术性壁垒协定》第 2.12 的修改或推翻,而是起到阐明的作用。上诉机构将《决定》第 5.2 段的“一般地”这一术语视为《技术性壁垒协定》第 2.12 条与《决定》第 5.2 段之间的解释连接点。第 5.2 段使用“一般地”这一措辞,表明其并不改变作为《技术性壁垒协定》第 2.12 条规则的义务内容,而是通过第 5.2 段的含义解释了《技术性壁垒协定》第 2.12 条的内容。

2. 嗣后协定的客观证明:无固定期限且公开的协定

充当解释功能的协定必须无固定期限且公开。关于嗣后协定的无固定期限的要求反映在“欧共同体香蕉第三案”(厄瓜多尔第二次诉诸《争端解决谅解》第 21.5 条)中。在该案中,欧共同体认为专家组没有正确考察《多哈第一条豁免》(Doha Article I Waiver)对其关税减让表的影响,但上诉机构不同意该观点。上诉机构认定嗣后协定条款中的“适用”一词表明,该协定是解决如何适用被解释协定或其规定义务的协定;该解释协定规定的义务不能被限制,并且该义务不具有特定的存续期限。^[41]然而,《多哈第一条豁免》具有明确的适用时间期限,因此并不能视为是“嗣后协定”。换言之,上诉机构裁决表明解释协定应当具有无固定期限性。^[42]

嗣后协定还应满足公开性这一实质性要求。从概念上说,协定至少应当是公开和可觉察的。但在“美国丁香烟案”中上诉机构认为,《条约法公约》第 31.3(a)条项下的

[39] Report of the Appellate Body, United States-Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes, WT/DS406/AB/R, 4 Apr. 2012, para. 265.

[40] International Law Commission, Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries 1966, *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, Vol. II, p. 221.

[41] Reports of the Appellate Body, European Communities-Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas-Second Recourse to Article 21.5 of the DSU by Ecuador, WT/DS27/AB/RW2/ECU, WT/DS27/AB/RW/USA, 26 Nov. 2008, para. 391.

[42] 有学者认为,世贸组织上诉机构主要依据用语的“一般性”和条约本身的“无期限性”进行当代意义解释。参见吴卡:《条约解释的新动向:当代意义解释对当时意义解释》,《法学评论》2013 年第 2 期,第 85-86 页。在笔者看来,这可能是混淆了演化解释与嗣后协定的解释方法。术语的“一般性”解释是演化解释的条件;而“无期限性”是嗣后协定的解释要件。根据现有的世贸组织法理,哪怕是有固定期限的条约,在其存续期间,其一般性术语也是可以进行演化解释的,只要缔约方有此意图即可。

“嗣后协定”并无形式性要求,该条款中的“协定”更注重实质内容而非形式。^[43]因此,认定嗣后协定需要对该协定是否公开和可获知进行事实判断,而无需考察其制定程序或具体事项。换言之,只要协定明确表明成员方的共同认识就能满足嗣后协定的公开性要求。

(二) 基于嗣后惯例的条约解释

嗣后惯例是嗣后行为解释的另一种类型。在时间点上,解释的缔约方行为应发生在条约缔结之后。然而,与相对公开的协定相比,认定嗣后惯例的难度在于确定缔约方的解释意图及相应惯例。上诉机构在“欧共同体鸡块案”中指出,在条约适用过程中,嗣后惯例是条约解释的重要元素,构成认识成员方条约含义的客观证据。^[44]成员方的认识和客观证据是认定“嗣后惯例”的核心问题。在“美国博彩案”中,上诉机构指出了认定“嗣后惯例”的两个条件:其一,相关行为或声明必须表明对相关条款的解释的合意;其二,嗣后惯例应反映出普遍、一致、可识别的行为或声明的模式。^[45]

1. 嗣后惯例的成员方意图:解释的目的性

在嗣后惯例解释上,解释的行为或宣言必须与相关条款具有相关性,并且反映出明确的解释意图。在“美国博彩案”中,上诉机构拒绝将《2001年减让表纲要》(2001 Scheduling Guidelines)视为嗣后惯例。上诉机构援引“日本酒精饮料案”和“智利价格等级体系案”报告,认为嗣后惯例所依据的解释行为和声明必须能够推断出解释的目的性;然而,服务贸易理事会通过《2001年减让表纲要》的目的是为未来承诺提供磋商和准备,而非基于明确的解释目的。^[46]换言之,世贸组织成员方的磋商和讨论也并非“嗣后惯例”。由此,解释的行为或声明应反映出解释条约的作用与功能,这与嗣后协定的解释目的性的认定具有相似性。

2. 嗣后惯例的客观证明:一致性合意惯例

在世贸组织争端解决实践中,嗣后惯例被解释为“普遍、一致、可识别的行为或声明,其足以建立起解释相关协定的可识别模式”。^[47]嗣后的专家组和上诉机构报告均反复援引该定义。普遍性是对嗣后惯例的参与方数量的要求,一致性是对嗣后惯例的时间性的要求,可识别性则是对嗣后惯例的形式性要求。该定义实质上反映出成员方的“一致性合意惯例”。为阐明嗣后惯例的构成要件,笔者借用上诉机构在“欧共同体鸡块案”中提出的三大追问进行论述:第一,什么能够被视为“惯例”;第二,如何确定未参与惯例的成员

[43] Report of the Appellate Body, United States-Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes, WT/DS406/AB/R, 4 Apr. 2012, para. 267.

[44] Appellate Body Report, European Communities — Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts, WT/DS286/AB/R, 12 Sep. 2005, para. 255.

[45] Appellate Body Report, United States-Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, WT/DS285/AB/R, 7 Apr. 2005, para. 192.

[46] Appellate Body Report, United States-Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, WT/DS285/AB/R, 7 Apr. 2005, paras. 192 – 193.

[47] Appellate Body Report, Japan-Taxes on Alcoholic Beverages, WT/DS10/AB/R, 4 Oct. 1996, p. 12.

方的合意；第三，成员方的相关惯例是否一致。^[48]

(1) 成员方的惯例

成员方的客观行为可被视为成员方的惯例。在数量上，惯例应当满足多数成员方参与的要求。在“欧共同体鸡块案”中，上诉机构认定成员方的归类活动可构成合格的惯例，但是该惯例不仅限于进口方和出口方行为，还包括其他成员方的行为。^[49]

嗣后惯例要求一定数量的成员方参与其中。但由于《条约法公约》并未将“所有”缔约方参与作为认定嗣后惯例的条件，因此嗣后惯例并不要求所有缔约方都必须参与到惯例中。尽管如此，只有少数成员方参与的行为或声明却难以构成“普遍、一致、可识别的模式”。^[50]可见，在确定普遍性问题上，争端解决机构需要考察一定数量的成员方惯例，但该数量的多寡可能不完全相同，需要留待个案解决。一般而言，愈多成员方参与到惯例中，该惯例被认定为嗣后惯例的机率就愈大。

(2) 未参与惯例的成员方的合意

就具体争议而言，上诉机构在“美国归零（欧共同体）案”中进一步分析称，即使 76 个成员方排他性地确立了与欧共同体相同的行为，也只是表明相当数量的成员方采纳了与美国不同的归类方式。^[51]因此，还须全面考察未参与惯例的成员方的意图。

“智利价格等级体系案”专家组指出，“嗣后惯例”需要公开的行动，而不仅仅是无行动；当然，在谈判时成员方也存在沉默的情形，该情形可能表明对惯例的默认。^[52]在“欧共同体鸡块案”中，上诉机构继续阐述道：“我们并没有排除，在特定情况下，某一成员方的‘不回应’或沉默可能被理解为对其他成员方惯例的认可；该认可表现为未参与惯例成员方知悉或被动地知悉该惯例（例如以通知方式或者有证据表明该成员方参与到讨论过程中），但未做出回应。”^[53]因为嗣后惯例解释对条约的所有成员方均有拘束力，包括事实上并未参与此惯例的成员方，因此在特定情形中，条约成员方的不回应或沉默应与成员方参与情况一并考察，并可能被视为对其他成员方惯例的接受。^[54]

简言之，在认定成员方未能参与到惯例之中的前提下，专家组和上诉机构还应分析不回应的原因及其对该嗣后行为的认知性；若能确认其知悉或应当知悉该惯例，那么可以视

[48] Appellate Body Report, *European Communities — Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts*, WT/DS286/AB/R, 12 Sep. 2005, para. 254.

[49] Appellate Body Report, *European Communities — Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts*, WT/DS286/AB/R, 12 Sep. 2005, para. 269.

[50] Appellate Body Report, *European Communities — Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts*, WT/DS286/AB/R, 12 Sep. 2005, para. 259.

[51] Appellate Body Report, *United States—Laws, Regulations and Methodology for Calculating Dumping Margins (“Zeroing”)*, WT/DS294/AB/R, 18 Apr. 2006, para. 288.

[52] Report of the Panel, *Chile—Price Band System and Safeguard Measures Relating to Certain Agricultural Products*, WT/DS207/R, 3 May 2002, para. 7.79 and para. 7.100; Report of the Appellate Body, *Chile—Price Band System and Safeguard Measures Relating to Certain Agricultural Products*, WT/DS207/AB/R, 23 Sep. 2002, para. 214.

[53] Appellate Body Report, *European Communities — Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts*, WT/DS286/AB/R, 12 Sep. 2005, para. 272.

[54] Appellate Body Report, *European Communities — Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts*, WT/DS286/AB/R, 12 Sep. 2005, paras. 272 – 273.

为接受了惯例。

(3) 一致性要求

在认定成员方惯例和未参与惯例的成员方意图后,专家组和上诉机构面临对一致性的考量。上诉机构在“欧共同体计算机案”中指出,在解释关税减让表含义时,不一致的成员方归类行为不能满足嗣后惯例的要求。^[55]其后,虽然“欧共同体鸡块案”最终未能通过一致性要求,但该案至少确认了“一致性”涉及一定期间。^[56]因此,参与惯例的成员方应在一定期间内持续作为。但《条约法公约》并未明确规定惯例持续作用的期间长度,只能留待个案解决。

(三) 小结:嗣后协定与嗣后惯例的异同

嗣后协定与嗣后惯例都是嗣后行为解释的有效工具。一方面,嗣后协定与嗣后惯例具有密切联系:首先,在合法预期方面,嗣后协定和嗣后惯例均需考察成员各方的共同意图;其次,在行为发生时点方面,嗣后协定和嗣后惯例的解释行为都发生于被解释条约缔结之后;最后,在功能与作用方面,嗣后协定与嗣后惯例均以解释为目的,而非修改条约权利或义务。

另一方面,嗣后协定与嗣后惯例又有着显著区别:其一,基于嗣后协定的公开性,其认定依赖于解释协定与被解释条约之间的关联性,侧重于通过协定文本的规定建立嗣后协定与被解释条约的相关性;其二,就嗣后惯例而言,基于其不成文性,对它的认定主要在于考察是否满足多数成员方参与、未参与成员方的接受程度,以及成员方是否一致地使用该惯例。

四 “发展的条约解释”的适用条件及其限制

正如上诉机构在“日本酒精饮料案”中所言:世贸组织协定并非是过于严谨,抑或是过于灵活;在真实世界的真实案件中,其可以为无止境的、持续改变的情势变化留下理性的裁决空间。^[57]条约文本的解释需符合当前的客观情势。发展的条约解释不可或缺,对其进行合理适用,不仅能够确定谈判者所试图创造的面向未来的增长和合作空间,^[58]更能利用条约法工具解开“一事一议”的行动困境。然而,发展的条约解释工具需要审慎适用,否则极易沦为变相的目的论分析工具,助长国际裁决机构的片面能动性。换言之,发展的条约解释具有严格的适用条件和外在限制。

(一) 发展的条约解释的主观条件:回归共同意图

所有条约解释都必须符合善意原则。除了要求做出符合客观情势的解释外,善意原

[55] Appellate Body Report, *European Communities — Customs Classification of Certain Computer Equipment*, WT/DS62/AB/R, 5 Jun. 1998, para. 95.

[56] Appellate Body Report, *European Communities — Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts*, WT/DS286/AB/R, 12 Sep. 2005, paras. 274–275.

[57] Appellate Body Report, *Japan—Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS10/AB/R, 4 Oct. 1996, p. 20.

[58] Michael Lennard, *Navigating by the Stars: Interpreting the WTO Agreements*, 5 *Journal of International Economic Law* 17, 76 (2002).

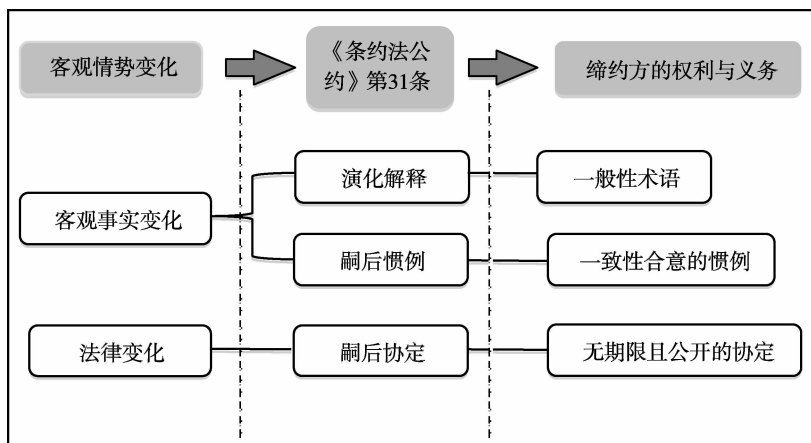
则还禁止国际裁决机构肆意扩大条约解释的适用性。因此,不管是演化解释还是嗣后行为解释,其适用都仅限于缔约各方共同意图的范围之内。共同意图反映出国际法的效力来源——国家间的合意。由此,适用发展的条约解释的主观条件在于确立缔约方的共同意图。

诚如罗马法名言所述:在约定中,应当注意当事人的意思而非语言。任何一种条约解释的效力均来源于缔约各方的共同意图。^[59]但是,条约的缔约方可依据客观情势变化而形成新的共同意图,进而发展缔约时的条约权利与义务。所以,只有在保障成员各方“共同意图”的基础上,演化解释和嗣后行为解释才能实现发展条约文本含义的初衷。^[60]综合而言,适用发展的条约解释的主观条件在于确定缔约时发展术语含义的共同意图,或者通过考察缔约方在缔约后的持续的、与条约相关的作为或不作为,探寻所有缔约方的共同意图。

(二)发展的条约解释的客观条件:共同意图的具象化

纯粹主观的共同意图无法发展条约的权利与义务。即使缔约方基于客观情势变化产生了新的合意,也仍然无法直接影响条约内容。条约含义的变化必须借助《条约法公约》解释规则的媒介作用,具体如图 2 所示。

图 2 以条约解释方式变更条约权利与义务示意图



语言总是处在持续变化之中,随时间而改变,依赖于解释时的客观事实与法律环境。正如林德法尔克所言,“陈旧的语言”可具有部分的(甚至是全面的)崭新含义,但该可能性必须来源于条约文本或嗣后客观行为。^[61]发展的条约解释的关键因素是确定缔约方的客观行为:其要么表现为缔约方在缔约时加入一般性术语,要么表现为通过缔约后的公开

[59] ICJ Advisory Opinion, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, 9 July 2004, paras. 94 - 95; Appellate Body Report, European Communities — Customs Classification of Certain Computer Equipment. WT/DS62/AB/R, 5 Jun. 1998, para. 84.

[60] Geraldo Vidigal, From Bilateral to Multilateral Law-making: Legislation, Practice, Evolution and the Future of Inter Se Agreements in the WTO, 24 *European Journal of International Law* 1027, 1038 (2013).

[61] Ulf Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties-The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Springer, 2007, p. 73.

协定或一致性合意惯例而将其共同意图具象化。

同时,条约解释所考察的协定或缔约方行为本身应能反映出缔约方的共同意图。单独的客观情势变化并非适用发展的条约解释的正当理由。以技术发展为例,解决新产品或新事实的争议时常面临阐述技术状况的诉求,其主要涉及对条约术语的解释是以缔约时的技术状况还是解释时的技术状况为依据。然而,正如争端解决报告所言,技术状况并非专家组或上诉机构考察的主要内容,条约解释与适用依赖于《条约法公约》的文本解释方法,技术状况是弱相关的。^[62]换言之,科技发展本身并不构成演化解解释的条件,更不必然反映为缔约方之间的嗣后协定或嗣后惯例。只有客观情势变化被明示或暗示地规定在条约文本中,或者为嗣后行为所证明,才能经由条约解释反映在缔约方的条约权利与义务之中。^[63]

(三)发展的条约解释的外部限制:解释并非取代或修改

除主客观条件外,发展的条约解释还具有严格的外部限制,即发展的条约解释仅能通过条约文本的司法解释而实现,而不同于条约修改或有权解释。相关概念及其法律效果的区别如表 1 所示。

表 1 《条约法公约》条约解释与条约修改的适用及其效果

解释工具	发展的条约解释			补充性资料	有权解释	条约修改
	演化解解释	嗣后协定	嗣后惯例			
适用顺序	第一顺序	第一顺序	第一顺序	补充性解释地位	第一顺序	第一顺序
所在条款	第 31.1 条	第 31.3(a) 条	第 31.3(b) 条	第 32 条	第 39 - 40 条	第 39 - 41 条
解释/修改依据时点	缔约后	缔约后	缔约后	缔约前/ 缔约时	缔约后	缔约后
规则导向	全体同意	全体同意	全体同意		四分之三	三分之二
拘束力范围	全体成员方	全体成员方	全体成员方	全体成员方	全体成员方	接受的成员方
解释时法律效果	不改缔约时意图;确定发展的意图	更改缔约时意图;确定缔约后意图	更改缔约时意图;确定缔约后意图	不改缔约时意图	无需考虑意图	无需考虑意图
未来法律效果	可进一步“自动”演化	不可自动变化	不可自动变化	不可变化	不可变化	不可变化
适用范围	法律模糊可适用;法律空白不可适用	法律模糊可适用;法律空白不可适用	法律模糊可适用;法律空白不可适用	证实意义;法律适用荒谬和歧义	法律模糊与法律空白可适用	法律模糊与法律空白可适用

[62] 参见 Panel Report, European Communities-Tariff Treatment of Certain Information Technology Products, WT/DS375/R, 16 Aug. 2010, paras. 7.597 - 7.600.

[63] Georg Nolte, Subsequent Agreement and Subsequent Practice of States Outside of Judicial or Quasi-judicial Proceedings (Third Report for the ILC Study Group on Treaties over Time), in Georg Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, 2013, p. 349.

“发展的条约解释”不构成条约修改。联合国国际法委员会曾提议确认嗣后惯例能够实现修订条约的效果,但各国在联合国大会会议期间最终否决了该提议。^[64] 尽管通过嗣后惯例修改条约在某些仲裁裁决中可能得到认可,但国际法院近期采用了更加严谨的立场,在“卡西基利/塞杜杜岛案”(Kasikili/Sedudu Island)中明确了嗣后惯例并非是对条约的修改。^[65] 在世贸组织中,《争端解决谅解》第 3.2 条规定争端解决机构的建议和报告不得增加或减损成员方的权利与义务,从而在法理上直接否认了争端解决机构修改世贸组织协定的可能性。实践中,上诉机构多次表示嗣后行为是对条约的解释,而非取代或修改。^[66]

具体而言,发展的条约解释不能在缔约各方缔约时可预见的范围之外,增加新的权利或义务。在效果上,若是一项协定或行为更改了条约的内容,则该协定或行为就不可能仅仅是对条约的解释或适用,其当然不属于条约解释的范畴,从而也就不属于发展的条约解释。

此外,发展的条约解释也不应与有权解释和补充性解释相混淆。有权解释能够取代缔约时的条约内容,但其具有明确的适用条件。上诉机构在“欧共体鸡块案”和“日本酒精饮料案”中均强调,有权解释无法对嗣后惯例解释有所帮助。主要理由是:其一,有权解释不可能通过暗示或不公开的方式作出,^[67] 而若要求嗣后惯例采纳明示认可的要求,将有损成员方诉诸嗣后惯例的权利;其二,有权解释也并非认定成员方一致意见的决定性因素,因为有权解释要求四分之三的多数票决定而非一致性的行为。^[68] 发展的条约解释也并非补充性解释。在“欧共体鸡块案”中,上诉机构指出,补充性资料自缔约时就已经是固定的,即该补充性资料在缔约时已经完成或者已经启动磋商程序;^[69] 而“发展的条约解释”关注解释时的惯常含义或缔约后的嗣后行为,相关术语的含义在缔约时,仍具有不确定性。

五 展望与启示

“条约与时间”是条约解释的永恒主题。对于条约能否永恒的追问也许仍待历史检验,但至少在一定程度上,通过适用发展的条约解释,条约文本能够符合客观情势的变化。

[64] International Law Commission, The Report of the International Law Commission (62nd Session), U. N. Doc. A/65/10, 2010, para. 352; Marcelo G Kohen, Keeping Subsequent Agreements and Practice in Their Right Limits, Georg Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, 2013, pp. 35 - 36.

[65] Georg Nolte, *Treaties over Time in Particular: Subsequent Agreement and Practice*, Annex A, U. N. Doc. A/63/10, 2008, para. 31.

[66] Reports of the Appellate Body, European Communities-Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas-Second Recourse to Article 21.5 of the DSU by Ecuador, WT/DS27/AB/RW2/ECU, WT/DS27/AB/RW/USA, 26 Nov. 2008, para. 386.

[67] Appellate Body Report, Japan-Taxes on Alcoholic Beverages, WT/DS10/AB/R, 4 October 1996, p. 12.

[68] Appellate Body Report, European Communities — Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts, WT/DS286/AB/R, 12 Sep. 2005, para. 273.

[69] Appellate Body Report, European Communities — Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts, WT/DS286/AB/R, 12 Sep. 2005, para. 293.

若以静止观点理解条约权利与义务,条约文本的稳定性和可预见性将被削弱;而若适用发展的条约解释,则条约解释将融合缔约方的意图和国际法的发展理念,有效避免恣意解释文本的风险,同时打破原始主义的藩篱。^[70]

未来的世贸组织争端解决实践应当至少解决两个问题。其一,演化解释与嗣后行为解释的适用先后顺序问题。该问题至关重要,因为演化解释和嗣后行为解释对后续法律效果存有显著差异。若是条约术语被认定为具有一般性特征,则该术语将可能面临更大的不确定性,因为其能够随客观情势变化而再次自我变化;相反,在嗣后行为解释下术语含义能够保持相对固定,因为解释条约与被解释条约之间具有专向相关性,术语含义的发展仍有赖于缔约方是否能够形成新的合意。

其二,成员方的举证责任问题。目前而言,演化解释和嗣后协定可以由专家组或上诉机构直接认定,但嗣后惯例的举证责任在成员方。而且,单纯证明惯例的存在还不够,成员方还需证明世贸组织成员方对特定条款的解释达成了合意。^[71]作为解释方法,为何嗣后惯例的举证责任在于成员方,而演化解释与嗣后协定却可以由专家组和上诉机构直接认定,还有待后续理论探讨来加以说明。

发展的条约解释已经对我国产生了切实的影响。在“中国视听服务案”一案中,我国服务减让表被专家组和上诉机构进行演化解释,从而拓宽了我国的条约义务。但需要明确的是,发展的条约解释方法是有边界的,其允许在解释之时对既存于公约或协定下的多变概念进行解释,但不允许将全新的概念引入条约,或者将条约权利和义务适用于全新的领域。^[72]这对我国后续缔结条约、评估条约权利和义务以及应对争端解决均具有启示性意义。

首先,在缔结条约过程中,我国应当重视发展的条约解释这一功能。在缔约前,对一般性术语的制定和解释应当进行权利和义务的风险评估。例如,美国对外缔结的自由贸易协定和双边投资条约频繁使用一般性术语,从而变相地将新行业与新产品纳入现有的自由化承诺之中。^[73]我国应当理性预见未来的技术不确定性和风险性,以避免未来的条约义务对我国新行业的发展造成冲击。对于一些高敏感和高价值的行业,应力争在条约文本中明确将其排除在自由化承诺之外。

其次,在条约解释中,美国时常基于“技术中性”提出解释要求,但该观点尚未被世贸组织专家组和上诉机构明确认同。作为技术后发国,我国应当在多边舞台上阐明,除非条约文本有明确规定,并通过发展的条约解释得以证成,否则以技术变化为代表的客观情势本身不应为条约解释所考虑。同时,就新技术而言,我国应认真对待条约解释这一手段,对由无法预见的技术引发的贸易纠纷,力证不存在缔约方之间的共同意图。针对一般性

[70] Luigi Crema, *Subsequent Agreements and Subsequent Practice within and outside the Vienna Convention*, Georg Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, 2013, p. 23.

[71] Report of the Appellate Body, *Chile-Price Band System and Safeguard Measures Relating to Certain Agricultural Products*, WT/DS207/AB/R, 23 Sep. 2002, para. 214

[72] ECtHR Judgment, *Feldbrugge v. the Netherlands*, Application No. 8562/79, Judgment 29 May 1986, paras. 23 - 24.

[73] Lilian Richieri Hanania, *Cultural Diversity and Regional Trade Agreements: The European Union Experience With Cultural Cooperation Frameworks*, 7 *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy* 423, 431 - 432 (2012).

术语的解释,例如在“中国稀土案”中面临的不利局面,在后续争议中亦可着重阐述解释应当符合成员方共同意图这一立场。^[74]

最后,我国也可多元化地利用嗣后协定或嗣后惯例进行条约解释,特别是在一些与发展中国家利益攸关的领域。作为最大的发展中国家和联合国常任理事国,我国应当发挥引领作用,倡导通过嗣后行为实现发展中国家的发展诉求;应当明确部分缔约方参与的嗣后行为可能构成对全体缔约方有拘束力的解释;对于不符合国际法基本原则和发展中国家利益的嗣后行为,应当公开表示反对。

[本文系 2015 年重庆市研究生科研创新项目“WTO 框架下中国网络安全政策合规性问题研究”(CYB15089)、2014 年西南政法大学研究生科研创新重点项目“网络空间的全球治理与国际法问题研究”(XZYJS201406)的阶段成果。]

[**Abstract**] “Treaties and time” is the eternal theme of treaty interpretation. In recent years, there have been significant changes in the factual and normative context of treaty interpretation. To realize the applicability of treaties and on the basis of Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, the method of “evolutive treaty interpretation” was introduced to ensure that the interpretation and application of treaties are in keeping with the changing context. “Evolutive treaty interpretation” includes evolutionary interpretation and subsequent conducts interpretation. In WTO dispute settlement practice, the method of “evolutive treaty interpretation” has gradually matured. Although objective situation can not directly affect treaty rights and obligations, “evolutive treaty interpretation” can be applied to develop treaty rights and obligations through the establishment of links between treaty texts and evolving objective situation. Therefore, “evolutive treaty interpretation” should be incorporated into the method of systematic interpretation. In the conclusion and interpretation of treaties, China should be aware of the possibility of developing treaty rights and obligations and take advantage of “evolutive treaty interpretation” to settle the international disputes in diversified ways.

(责任编辑:廖 凡)

[74] 参见 Wenwei Guan, How General Should the GATT General Exceptions Be?: A Critique of the “Common Intention” Approach of Treaty Interpretation, 48 *Journal of World Trade* 219, 219–258 (2014); 孙南翔:《超越先例作用力:基于 WTO 争端解决实践的研究》,《武大国际法评论》第 18 卷第 1 期。