

# 探析条约解释的若干问题：国际法与国内法的视角

张乃根\*

**摘要：**条约解释是条约适用中产生的问题。我国在对外关系中已签订和生效的各类条约数以万计。这不仅成为我国与各国友好交往、参与国际事务和全球治理的必不可少之手段，而且也通过条约在国内的适用，促进了我国法制的建立健全。加强条约解释问题的研究，有利于国际与国内法治的互动发展。从国际法与国内法的两个视角，对条约解释的丰富实践加以理论上的归纳或深化，分析或澄清学界某些观点，乃至似乎已成定论的看法，对于国际法理论的创新性研究，指导我国的条约适用工作和参与国际争端的和平解决，均有重要意义。

**关键词：**条约解释 《维也纳条约法公约》 国际法 国内法 习惯法

## 引言

“条约的解释是条约法上很为重要的一个问题。”<sup>①</sup> 中华人民共和国建立后，尤其是改革开放以来，中国已经与世界各国及有关国际组织签订了 20000 多项双边条约，参加了 340 多项多边条约，其中包括承认前中国政府签署和批准的 30 多项多边条约。<sup>②</sup> 条约解释是条约适用中产生的问题。《维也纳条约法公约》第三编“条约之遵守、适用及解释”的第三节“条约之解释”规定了条约解释的通则、补充资料等。<sup>③</sup> 近年来，中国加入世界贸易组织（WTO）之后与该组织其他成员因条约解释引起的贸易争端逐渐增多，亟待加强这方面的研究。<sup>④</sup> 同时，联合国国际法院等国际裁判机构的条约解释实践亦明显增加，引起了国际学界的高度重视。<sup>⑤</sup>

条约解释的规则及其研究是国际法学说的重要组成部分。从 17 世纪初国际法的创始人格劳秀斯（Hugo Grotius）、18 世纪中叶的国际法理论集大成者瓦特尔（Emmerich de Vattel）到 20 世

---

\* 法学博士，复旦大学特聘教授。

① 李浩培：《条约法概论》，法律出版社 2003 年版，第 334 页。

② 段洁龙主编：《中国国际法实践与案例》，法律出版社 2011 年版，第 185 页。

③ 《维也纳条约法公约》（Vienna Convention on the Law of Treaties）签署作准本，1969 年 5 月 23 日开放签署，1980 年 1 月 27 日生效，U. N. T. S. vol. 1155, p. 331。中文作准本载《国际条约集》（1969—1971），商务印书馆 1980 年版，第 42—77 页。该公约现有 114 个缔约国（截止 2014 年 4 月 2 日），中国于 1997 年 9 月 3 日加入。

④ 近 10 年来，国内研究包括张东平：《WTO 司法解释论》，厦门大学出版社 2005 年版；赵维田：《WTO：解释条约的习惯规则》，湖南科学技术出版社 2006 年版；冯寿波：《WTO 协定与条约解释》，知识产权出版社 2014 年版等。无论研究广度还是深度，国内研究均有待加强。

⑤ 近年来国外研究包括 Richard Gardiner, *Treaty Interpretation* (Oxford: Oxford University Press, 2010); Ulf Linderflk, *On the Interpretation of Treaties* (Dordrecht: Springer, 2007) 等。

纪以来欧美国际法理论的主要代表，其国际法学说均含有条约解释理论。<sup>①</sup>中国的国际法学说欲在国际学界有一席之地，离不开对条约解释的创新研究。<sup>②</sup>本文拟结合国际法与国内法的相关实践，探析条约解释的若干理论问题。

首先，本文从国际法与国内法的区别及其实践的视角，尝试对两者意义上的条约解释加以界定；然后，本文参考联合国国际法委员会关于确认习惯国际法的研究报告，考察在国际法实践中将《维也纳条约法公约》的条约解释规则认定为具有习惯国际法地位的过程，并依据习惯国际法应具有充分的国家行为这一必要条件，以美国国内法的实践为例，说明这些条约解释规则在部分未参加该公约的国家尚未被认定为习惯国际法；接着，鉴于WTO有关争端解决的协定在国际法上第一次明确提及条约解释的习惯国际法，并通过其最初的争端解决实践，本文指明这一习惯国际法就是《维也纳条约法公约》的条约解释规则，进而分析WTO争端解决中的法律解释与条约解释的关系，以及与可能作为法律问题所涉国内法解释之间的关系，从而在学界对WTO争端解决中的条约解释已有较多研究的基础上，<sup>③</sup>进一步分析WTO争端解决中的法律解释与条约解释或国内法解释之间的关系；最后，本文对条约解释中的“嗣后协定与实践”所涉国际法实践作初步梳理，以说明联合国国际法委员会晚近有关专题研究成果尚存在有待探讨的问题。本文所论述的条约解释若干理论与实践问题均为当前国内外学界所关注或亟待深入研究的问题，并始终贯穿国际法与国内法的视角，以期促进条约解释的理论创新。

## 一 国际法与国内法上的条约解释

条约是国际法的主要渊源，但是，条约的解释存在国际法与国内法上的区别。《维也纳条约法公约》没有规定条约解释的主体。在条约法理论中，有国际法学者所作的条约“学理解释”与条约当事国或其授权的国际机关所作出的“官方解释”这样的区分。<sup>④</sup>后者可进一步区分为国际法与国内法上的条约解释。由于各国宪法对条约在国内法上的地位规定不同，因此，条约当事国对条约解释的规则及法律后果也有所不同。至于授权的国际机关的条约解释是否具有国际法的效力，取决于该机关的国际法地位及其解释的性质。国外学者对此已有所关注，<sup>⑤</sup>但是，晚近有关论著似乎还缺乏这方面有区分的论述。<sup>⑥</sup>国内学界尚无相关论著。<sup>⑦</sup>

① 有关研究参见张乃根：《条约解释规则的理论渊源及其演变》，载《中国国际法年刊2013》，法律出版社2014年版，第42—72页；David J. Bederman, *Classical Canons: Rhetoric, Classicism and Treaty Interpretation* (Aldershot: Ashgate, 2001) 等。

② 国内学界已尝试创新研究，参见韩燕煦：《条约解释的要素与结构》，北京大学出版社2015年版。

③ 参见张乃根：《论WTO争端解决的条约解释》，载《复旦学报》（社会科学版）2006年第1期，第122—128页；张乃根：《中国涉案WTO争端解决的条约解释及其比较》，载《世界贸易组织动态与研究》2012年第3期，第34—44页。

④ 李浩培：《条约法概论》，第334页。

⑤ 参见Richard Gardiner, *Treaty Interpretation*。在该书2008年版有所论述的基础上（第4.4节），2010年版序言进一步论述了“国内法院的[条约]解释”。

⑥ 比如Duncan B. Hollis (ed.), *The Oxford Guide to Treaties* (Oxford: Oxford University Press, 2012)，是晚近比较全面的条约法论著。其中包括“条约的国内适用”（domestic application of treaties）一章（pp. 367—395），论及与条约适用有关的“法律解释”（statutory interpretation）和“条约解释”（treaty interpretation），但是，其用意是分析“一元论”（monism）与“二元论”（dualism）体制下的条约适用，而非条约解释本身的规则等问题，也没有区分国际法与国内法上的条约解释。

⑦ 国内尚无加以此类明确区分的研究成果。比如，韩燕煦：《条约解释的特点——同国内法解释的比较研究》，载《环球法律评论》2008年第1期，第110—117页，旨在比较条约解释与国内法解释，而非区分国际法与国内法上的条约解释。

## （一）国际法上的条约解释

通过条约授权国际机关作出条约解释。主要包括，联合国《国际法院规约》<sup>①</sup>第36条第2款（1）项（沿袭《常设国际法院规约》<sup>②</sup>）规定：“条约的解释”（the interpretation of a treaty）是该法院审理接受任择强制管辖权的当事国提交的法律争端之一；《联合国海洋法公约》附件六的《国际海洋法法庭规约》第32条规定：“对本公约的解释”，或依该规约第21条或第22条“对一项国际协定的解释”，其“判决书中所作的解释”对当事国“有拘束力”；<sup>③</sup>WTO《关于争端解决规则与程序的谅解》（以下简称DSU）第3条第2款规定：“各成员认识到该体制适用于保护各成员在适用协定项下的权利和义务，及依照国际公法的解释之习惯规则澄清这些协定的现有规定。”<sup>④</sup>此类条约解释具有国际司法性质，在实践中数量很多，原则上仅对当事国或当事方具有国际法约束力。

也有条约授权国际机关作出具有一定的普遍约束力的立法性解释。比如，《建立世界贸易组织协定》第9条第2款规定：该组织“部长级会议和总理事会拥有通过对本协定和多边贸易协定所作解释的专有权力”。<sup>⑤</sup>《国际货币基金协定条款》第29条规定：“（a）任何成员国与本基金或成员国之间就本协定条款产生的任何解释问题应提请执行董事会决定；（b）任何成员国对执行董事会决定，可在3个月内向理事会上诉，该理事会决定是最终的。提请该理事会决定的此类问题均由该理事会解释委员会处理，其处理决定即为理事会决定，除非该理事会以85%多数票另有决定。”<sup>⑥</sup>《国际农业发展基金协定》第6条第2节（v）款规定：理事会有权“决定执行董事会提起有关本协定解释与适用的上诉”。<sup>⑦</sup>但是，这些组织在实践中的立法性解释要么尚无先例，要么鲜为人知。

在格劳秀斯时代，人们信奉独立、平等的主权民族国家之上无管辖权的理念，当时也不存在任何授权对国际条约进行解释的国际组织或司法机关。1648年《威斯特伐利亚和约》没有任何关于该条约的解释款项。<sup>⑧</sup>格劳秀斯在《战争与和平法》第2卷第16章以源自于古希腊、罗马时期的条约解释理论为基础，阐明了缔约方有权解释的基本观点：“由于内在的行为本身难以看得出，同时又必须有一定的明确性，以免每个人都可以创造出自己希望有的意思，因而[条约]失去任何约束的义务，自然理性本身指令接受承诺的人，有权要求允诺的人按照正确的解释所示而为。”<sup>⑨</sup>然后，他围绕什么是条约的“正确解释”（correct interpretation）展开分析。显然，他

① 《联合国宪章》及《国际法院规约》签署文本（包括中英文本），联合国条约集网站：<http://treaties.un.org>，最后访问时间：2016年6月30日。

② *Statute and Rules of Court* (Leyden: A. W. Sijthoff's Publishing Company, 1931), p. 8.

③ 《联合国海洋法公约》（汉英），海洋出版社1996年版，第209页。

④ 《世界贸易组织乌拉圭回合多边谈判结果法律文本》（中英文对照），法律出版社2000年版，第355页。其中，“customary rules of interpretation of public international law”宜译为“国际公法的解释之习惯规则”，而不是“解释国际公法的惯例”。

⑤ 《世界贸易组织乌拉圭回合多边谈判结果法律文本》（中英文对照），第9页。

⑥ *Articles of Agreement of the International Monetary Fund* (IMF), July 22, 1944, 726 U. N. T. S. 266.

⑦ *Agreement Establishing International Fund for Agricultural Development*, Rome, 13 June 1976, 1059 U. N. T. S. 191.

⑧ “Treaty of Westphalia”, [http://avalon.law.yale.edu/17th\\_century/westphal.asp](http://avalon.law.yale.edu/17th_century/westphal.asp) (last visited June 30, 2016). 中文本参见《国际条约集》（1648—1871），世界知识出版社1984年版，第1—32页。

⑨ Hugo Grotius, *The Law of War and Peace* (Translation by Francis Kelsey) (Oxford: at the Clarendon Press, 1925), p. 409.

认为缔约方之间如对条约含义有争议,应遵循自然法指示的正确解释的规则。将此类规则纳入自然法体系,从而具有国际法的约束力,缔约方之间的条约解释均应得到遵守。这是国际法上的条约解释。

循着这一思路,18世纪中叶格劳秀斯派的代表人物瓦特在《国际法或自然法的原则》第17章以更加清晰的方式,阐述了“基于自然法的理性与授权所制定的”正确解释条约的一系列基本规则与具体规则。<sup>①</sup>20世纪30年代和60年代,美国哈佛大学国际法研究所和联合国国际法委员会先后完成了《条约法公约》的编纂,均包括了化繁为简的条约解释基本规则。前者只有1条“条约解释”,含(甲)、(乙)2项规则;<sup>②</sup>后者为“解释的通则”、“解释的补充材料”和“不同文字的条约解释”3条规定,业已是条约解释的成文国际法。<sup>③</sup>

自1899年常设仲裁法院,尤其是1922年常设国际法院成立以来,授权对当事国有效的条约进行司法解释的实践逐渐增多。从常设国际法院及其继承者国际法院分别审理的56起和164起诉讼案件来看,<sup>④</sup>虽从一开始两者都碰到了如何运用条约解释规则的问题,<sup>⑤</sup>但是,即便《维也纳条约法公约》签署并生效之后,直到1994年“领土争端案”(Territorial Dispute),<sup>⑥</sup>国际法院才第一次明确该公约编纂的条约解释规则具有习惯国际法的地位。

## (二) 国内法上的条约解释

不同于国际法上的条约解释应遵循成文或习惯国际法的有关规则,国内法上的条约解释在不同国家可能有不同的方式或规则,并因不同法律制度而具有不同法律效力。在普通法系的美国或英国,对立法或条约的解释,一旦构成先例,具有普遍约束力;在包括中国在内的成文法系国家,此类解释的判例仅对当事方有效,不过,最高法院或高等法院的判例亦具有一定的司法指导作用。

### 1. 美国国内法上的条约解释

美国《宪法》第2条第2节第2款和第6条第2款规定:由总统缔结和参议院三分之二多数赞同的条约与国会制定的法律“皆为全国的最高法律”。<sup>⑦</sup>通常由总统解释所缔结的条约,同时受到参议院对赞同的条约所作的解释性理解之限制。这两者均为立法性解释。联邦法院有权受理因条约而发生的案件,因而可能作出有关的司法解释。<sup>⑧</sup>

美国独立初期,联邦最高法院就曾对条约的适用与解释作出判决,指出:“我们宪法宣布条约是全国的最高法律。法院将条约等同于立法,无论何时可以自行运作,无须任何立法规定的帮

① E. de Vattel, *The Law of Nations or The Principles of Natural Law* (Translation of the Edition of 1758 by Charles G. Fenwick) (Washington: Publishers by the Carnegie Institution of Washington, 1916), pp. 199 - 221.

② “Draft Convention on the Law of Treaty”, (1935) 29 *Supplement to the American Journal of International Law*, p. 661.

③ 《维也纳条约法公约》签署作准本,第31条、第32条和第33条。

④ 案件统计来源: <http://www.icj-cij.org>, 最后访问时间:2016年6月30日。其中,常设国际法院自1922年至1940年审理的案件(第二次世界大战期间未审理案件);国际法院自1947年5月至2016年6月审理的案件。

⑤ 比如,常设国际法院1922年8月审理的“国际劳工组织管理农业劳工的职权咨询案”, P. C. I. J. (1922), Series B02; 国际法院1947年12月审理的“联合国大会接纳会员国的职权咨询案”, I. C. J. Reports 1948, p. 57.

⑥ *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad)*, Judgment, I. C. J. Report 1994, p. 21, para. 41.

⑦ 《美国历史文献选萃》,今日世界出版社1979年版,第33页,第36页。

⑧ Louis Henkin, *Foreign Affairs and the United States Constitution* (New York: Oxford University Press Inc., Second Edition, 1997), p. 206.

助。但是，当条约含有需要缔约方采取特定行为的条款时，该条约就涉及政治部门，而非司法部门，并必须由立法来执行该条约，否则该条约不能成为法院适用的规则。”<sup>①</sup> 这是美国延续至今的宪法体制，并直接影响法院的条约解释。关于条约解释，该案判决指出：“看来，[涉案]条约的语言是要求必须得到批准和通过立法行为确认该条约的允诺。”<sup>②</sup> 国会的嗣后立法清楚表明涉案领土已由西班牙转让给美国。

由于美国法院将条约等同于立法，因此采用与解释法律相同的方法解释条约，即，通过条约的用语解析缔约的宗旨，以此为指导解读该用语的含义。如果国会制定相应立法，则以立法为依据解释条约。

美国至今未加入《维也纳条约法公约》，因而美国法院从未援引或实际遵循该公约（即便在习惯国际法的意义上）的条约解释规则。“美国最高法院确实采用不同于[维也纳条约法]公约规则的方法，最突出之处在于其愿意考虑较宽泛的材料，以便确定缔约方的意图或取得更有目的之结果。然而，这并不一定导致截然不同的解释，因为最高法院亦以类似于公约规则所要求的方式权衡各种因素。”<sup>③</sup>

## 2. 英国国内法上的条约解释

英国没有成文宪法，条约在国内法上地位，亦无明文规定。按照英国议会的惯例，政府所缔结的条约须递交给议会，并须经 21 天才能够被核准，然后纳入英国国内法体系。2010 年英国《宪法改革与治理法》明确规定条约须经议会的批准，从而将议会惯例变为成文的宪法性规定。<sup>④</sup> 早在 20 世纪 60 年代初，英国著名国际法学家麦克奈尔（McNair）就指出：按照英国司法惯例，“如今需要进行条约解释，[英国法官]都会毫不犹豫地承担起这一任务”。<sup>⑤</sup> 除非根据与条约有关的“国家行为”惯例，“法院不可决定王国政府缔结之条约是否明智，也不能判决王国政府赔偿英国国民或外国人因这类条约而遭受的损失”。<sup>⑥</sup>

英国法院的条约解释所遵循的规则首先是“给予用语与表达的通常及自然的含义，如果缔约方没有提示其他含义。……当用语看来是具有某技术性含义，则其通常含义让位于其技术含义”。<sup>⑦</sup> 其次“密切相关的，应牢记的主要职责是寻求确定缔约方的共同意图，亦可成为该条约的宗旨及目的”。<sup>⑧</sup> 再次，“相同原则也与解析条约的职责有关，即，将条约作为一个整体，而不只是孤立地关注其条款”。<sup>⑨</sup> 麦克奈尔所归纳的这些规则与后来《维也纳条约法公约》编纂的第 31 条第 1 款的条约解释通则非常吻合。无怪乎，英国是最早加入该公约的缔约国之一。<sup>⑩</sup>

在英国，上述规则有着可追溯的司法传统。譬如，在 1855 年的一起涉及捕获问题的案件中，

① *Foster and Elam v. Neilson*, 27 U. S. (2 Pet.) 253 (1829), at 314.

② *Foster and Elam v. Neilson*, at 315.

③ Richard Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 138.

④ “Constitutional Reform and Governance Act 2010 – Explanatory Notes, Part 2 Background – Ratification of Treaties”, 英国立法网: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/25/notes>. 最后访问时间: 2016 年 6 月 30 日。

⑤ Lord McNair, *The Law of Treaties* (Oxford: Clarendon Press, 1961), p. 358.

⑥ Lord McNair, *The Law of Treaties*, p. 358.

⑦ Lord McNair, *The Law of Treaties*, p. 371.

⑧ Lord McNair, *The Law of Treaties*, p. 380.

⑨ Lord McNair, *The Law of Treaties*, p. 381.

⑩ 英国于 1971 年 6 月 25 日批准该公约。参见 UN Treaty Collection, <https://treaties.un.org>, 最后访问时间: 2016 年 6 月 30 日。

英国海事法庭的法官勒欣顿 (Lushington) 博士对涉案 2 项条约的条款用语进行解释, 指出: “在我看来, 首先须看条款本身, 如其表达的含义清楚, 我则不应再作解释。”<sup>①</sup> 他在另一案件中指出: “任何法院的职责在于使条约的最简明术语得以有效及实施而履行国际法, 虽其结果也许不是可理解的。”<sup>②</sup> 如今在英国, “最近案例表明不仅更愿意适用 [维也纳条约法] 公约规则, 而且还考虑其国际法的渊源”。<sup>③</sup> 譬如, 在 2005 年的一起案件中, 英国上议院 (原为英国的最高司法机构, 2009 年后由英国最高法院替代) 法官们采用该公约的条约解释规则, 对其可适用性不加质疑。<sup>④</sup>

### 3. 中国国内法上的条约解释

根据《中华人民共和国宪法》第 67 条第 14 款和第 89 条第 9 款, 全国人民代表大会常务委员会有权“决定同外国缔结的条约和重要协定的批准和废除”, 国务院有权“管理对外事务, 同外国缔结条约和协定”。<sup>⑤</sup> 对中国发生效力并直接或间接地在国内法院适用的条约或协定, 均可能发生解释问题。国内现行法律法规未对条约解释加以任何明文规定。唯一规定是最高人民法院为适应中国加入 WTO 而颁布的司法解释, 即, “人民法院审理国际贸易行政案件, 适用的法律、法规的具体条文存在两种以上的合理解释的, 应当选择与中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的有关规定相一致的, 但依法可以直接适用国际条约或者中华人民共和国声明保留的条款除外”。<sup>⑥</sup> 根据该规定, 仅在有关案件中间接适用有关条约, 即, 法院对转化为国内法的解释时可能发生条约解释。比如, 《中华人民共和国商标法》(2001 年修正) 第 15 条有关代理活动中的商标异议规定是将《保护工业产权巴黎公约》第 6 条第 7 (1) 款转化为国内法。在 2007 年一起行政提审案件中, 最高人民法院认为: “据该条约的权威性注释、有关成员国的通常做法和我国相关行政执法的一贯态度, 巴黎公约第 6 条之 7 的‘代理人’和‘代表人’应当作广义的解释, 包括总经销、总代理等特殊销售关系意义上的代理人或者代表人。”<sup>⑦</sup> 这虽未对“广义的解释”所依据的解释方法或规则作进一步说明, 但明显反映了参照相关学理与惯例的做法,<sup>⑧</sup> 与如今国际法上通行依据《维也纳条约法公约》的解释规则, 有所不同。

《中华人民共和国民法通则》第 142 条第 2 款规定, 在涉外案件中, 中国缔结或参加的国际条约与国内民事法律有不同规定的, 适用国际条约的规定, 但中国声明保留的条款除外。此后, 不仅在民商事涉外案件, 而且在刑事、行政等各类涉外案件中, 法院均遵循相同的基本原则,<sup>⑨</sup> 因而已有大量关于适用条约的司法实践。然而, 无论司法实践, 还是国际法学的理论研究, 对国内法上的条约法解释仍亟待更多的关注和研究。

① (1855) *The Franciska*, Spinks Ecc. And Ad, 113, 150, 转引自 Lord McNair, *The Law of Treaties*, p. 371。

② (1855) *The Ionian Ships*, 2 Spinks Ecc. And Ad, 212, 227, 转引自 Lord McNair, *The Law of Treaties*, p. 371。

③ Richard Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 48。

④ *R (on the application of Hoxha) v. Special Adjudicator*, [2005] 4 All ER 580, 转引自 Richard Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 48。

⑤ 《中华人民共和国宪法》(1984 年 12 月 4 日通过, 2004 年 3 月 14 日修正)。

⑥ 《最高人民法院关于审理国际贸易行政案件若干问题的规定》(法释 [2002] 27 号) 2002 年 10 月 1 日起施行。

⑦ 《中华人民共和国最高人民法院行政判决书》(2007) 民三行提字第 2 号, 2007 年 3 月 19 日。

⑧ 参见孔祥俊: 《WTO 知识产权协定及其国内适用》, 法律出版社 2002 年版。该书第 15 章主张条约“同一解释原则”等学理并援引一些地区或国内司法实践。

⑨ 《关于处理涉外案件若干问题的规定》(外交部、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合发布, 1987 年 8 月 27 日, 1995 年 6 月 20 日修改) 规定相同的基本原则, 并明确: “涉外案件”是“指在我国境内发生的涉及外国, 外国人 (自然人及法人) 的刑事、民事、经济、行政、治安等案件及死亡事件”。

## 二 条约解释的习惯国际法

如上所说，国际法院在1994年“领土争端案”明确《维也纳条约法公约》编纂的条约解释规则具有习惯国际法的地位。20多年来国际裁判机构大量适用这些规则的丰富实践使得有学者断言：其习惯国际法的地位“已不再受到任何挑战了”。<sup>①</sup>然而，基于上文对国际法与国内法上的条约解释之区别，有必要对两者意义上的这一习惯国际法地位作进一步探析。

### （一）国际法上的条约解释规则：习惯国际法的地位

联合国国际法委员会在2015年《关于确认习惯国际法的第三份报告》中指出：“习惯国际法是被接受为法的一般实践，是由行为及其密不可分的法律确信一起形成并体现于其中。正如国际法院反复强调，‘不仅有关行为必须等同于确定的实践，而且这些行为是这样，或以这样的方式进行，以致是确信这种实践成为要求这样做的义务规则之证据。’习惯国际法的这两个构成要素已经被称为‘不仅是两个并列项，而且更是同一现象的两个方面：以某一方式在主观上得以实现或接受的行为’。”<sup>②</sup>此类行为首先和主要的是国家行为，但是，“国际组织的职能行使肯定也与习惯国际法的认定有关”。<sup>③</sup>

根据这一报告的看法来考察，首先，从《维也纳条约法公约》的编纂来看。自1949年国际法委员会第一次会议决定最优先编纂条约法，<sup>④</sup>至1966年共4位特别报告员，其中，前三位特别报告员布赖利尔（Brierly）、劳特派特（Lauterpacht）和菲茨莫里斯（Fitzmaurice）的历次报告及起草的公约或法典均未包括条约解释的规则。他们的首份报告虽分别提及拟定条款包括条约解释，<sup>⑤</sup>但其后续报告并无任何有关条约解释的款项。<sup>⑥</sup>前三位特别报告员未完成条约解释规则的编纂这一事实表明：至少他们还无法确认已有国际法实践中有关条约解释的习惯国际法。第四位特别报告员沃尔多克（Waldock）于1962年就任后，直到其1964年的第三份报告，基于条约的解释为编纂完整的条约法公约之不可缺少组成部分，遂以1956年国际法学会关于条约解释的决议与菲茨莫里斯于1957年发表的有关论文为基础，初步提炼了若干条约解释的规则，<sup>⑦</sup>并同时指

① Richard Gardiner, “The Vienna Convention Rules on Treaty Interpretation”, in Duncan B. Hollis (ed.), *The Oxford Guide to Treaties*, p. 476.

② International Law Commission, *Third Report on Identification of Customary International Law*, by Michael Wood, Special Rapporteur, A/CN.4/682, 27 March 2015, para. 13.

③ International Law Commission, *Third Report on Identification of Customary International Law*, para. 70.

④ *Report of the International Law Commission on the Work of its First Session*, 12 April 1949, Official Records of the General Assembly, Fourth Session, Supplement No. 10, A/CN.4/13. *Y. I. L. C.*, 1949, Vol. 1, p. 281, para. 20. 当时3个优先编纂的课题：（1）条约法；（2）仲裁程序；（3）公海制度。

⑤ *Report by J. L. Brierly*, A/CN.4/23, II. Explanatory Note, para. 1; *Report by H. Lauterpacht*, A/CN.4/63, Preface, para. 1; *Report by G. G. Fitzmaurice*, A/CN.4/101, B. Scope of future reports, para. 7.

⑥ *Second Report by J. L. Brierly*, A/CN.4/43; *Third Report by J. L. Brierly*, A/CN.4/54; *Second Report by H. Lauterpacht*, A/CN.4/87; *Second Report by G. G. Fitzmaurice*, A/CN.4/107; *Third Report by G. G. Fitzmaurice*, A/CN.4/115; *Fourth Report by G. G. Fitzmaurice*, A/CN.4/120; *Fifth Report by G. G. Fitzmaurice*, A/CN.4/130.

⑦ *Third Report by Humphrey Waldock*, A/CN.4/167, Articles 70 – 75.

出：“调整条约解释的国际法规则之实用性，乃至其存在仍是不无争议的问题。”<sup>①</sup>在这样的情况下，即使被纳入起草条款的条约解释规则，当然也谈不上具有习惯国际法的地位。沃尔多克在该报告中强调：“换言之，援引许多[解释]原则是自由裁量而非义务，且在某种程度上，文件的解释是艺术而非确切的科学。”<sup>②</sup>可见，他本人似乎也对条约解释规则的国际法性质表示异议。其后，根据各国政府对起草条款的评论或建议，沃尔多克所作的第五、第六份报告<sup>③</sup>与国际法委员会通过的条约法公约最终起草文本及评注<sup>④</sup>都没有明确所编纂的条约解释款项具有习惯国际法的地位。

其次，从国际法院明确《维也纳条约法公约》编纂的条约解释规则具有习惯国际法地位的过程来看。该公约于1969年、1980年先后签署、生效后，到1994年“领土争端案”，国际法院在很长时间内一直没有提及该公约的条约解释规则，<sup>⑤</sup>因而也无从谈起其习惯国际法的地位。1991年国际法院提及该公约的条约解释规则时，仍以不太确定的方式表示：“这些[条约解释]原则体现在《维也纳条约法公约》第31条和第32条，它们或许在许多方面被视为既有习惯国际法的编纂。”<sup>⑥</sup>在“领土争端案”中，国际法院第一次明确这些条约解释规则为习惯国际法时，仅限于该公约第31条，且未援引任何该法院及其前身常设国际法院的案例。<sup>⑦</sup>此后，国际法院多次援引该案有关该第31条的条约解释规则具有习惯国际法地位的论述，<sup>⑧</sup>并进一步先后明确第32条、第33条也具有同样地位。<sup>⑨</sup>不应忽视的是，近20年来，国际法院反复地明确《维也纳条约法公约》编纂的条约解释规则具有习惯国际法的地位，与同时期WTO争端解决机构在更为频繁的裁决中强调该公约的条约解释规则为习惯国际法，有着互动的关系。尽管国际法院从未援引过WTO的有关案例，但是，1996年WTO争端解决上诉机构在其裁决的第一个案件中就援引了“领土争端案”，<sup>⑩</sup>作为认定《维也纳条约法公约》第31条具有习惯国际法地位的主要依据。这对于国际法院随后不断强化其这一立场，起到了有力的支持作用。

可见，《维也纳条约法公约》的条约解释规则被认定为习惯国际法与国际法院、WTO等在近20年来行使其国际组织的职能密不可分。换言之，虽然这一习惯国际法的地位在国际法上的条约解释实践中，已无可争议了，但是，这只是在近20年来较短时期里发生的事。

① *Third Report by Humphrey Waldock*, A/CN.4/167, Articles 70-73, Commentary (1).

② *Third Report by Humphrey Waldock*, A/CN.4/167, Articles 70-73, Commentary (6).

③ *Fifth Report by Humphrey Waldock*, A/CN.4/183, *Sixth Report by Humphrey Waldock*, A/CN.4/186.

④ *Draft Articles on the Law of Treaties: Text as Finally Adopted by the Commission on 18 July 1966*, A/CN.4/190.

⑤ 参阅 Guenther Dahloff (ed.), *International Court of Justice, Digest of Judgments and Advisory Opinions, Canon and Case Law 1946-2012* (Leiden: Martinus Hjhoff Publishers, 2012), Pronouncements of the International Court of Justice on Customary International Law, pp. 1784-1789.

⑥ *Arbitration Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal)*, Judgment, I. C. J. Report 1991, p. 70, para. 48.

⑦ *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad)*, Judgment, I. C. J. Report 1994, p. 21, para. 41.

⑧ 比如, *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I. C. J. Report 1995, p. 18, para. 33; *Oil Platforms (Iran v. United States)*, Preliminary Objection, Judgment, I. C. J. Report, 1996, p. 812, para. 23.

⑨ 比如, *LaGrand (Germany v. United States)*, Judgment, I. C. J. Report 2001, p. 502, para. 101; *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I. C. J. Report 2007, p. 110, para. 160.

⑩ *US-Gasoline*, WT/DS2/AB/R, 29 April 1996, p. 17, footnotes 34.



## （二）国内法上的条约解释与习惯国际法的关系

然而，认定习惯国际法的行为，首先和主要的是国家行为，因此，基于国际法与国内法上的条约解释之区分，下文对同期有关国家适用条约解释规则的情况作一点力所能及（搜集有关国内法院的条约解释案例并非易事）的分析。

从《维也纳条约法公约》的缔约国来看。迄今该公约缔约国为 114 个，约占联合国 193 个会员国总数的 59%；其中，近 20 多年来，加入的国家为 37 个，约占该公约缔约国总数的三分之一。<sup>①</sup> 可见，多数缔约国在 1994 年之前加入，且 40% 的联合国会员国尚未加入。总体上，近 20 多年来，该公约的条约解释规则被认定为习惯国际法对于推动更多国家加入该公约的作用并不十分明显。诚然，某公约或多边条约的规定是否具有习惯国际法的地位，并不完全取决于缔约国多少，关键在于各国的国家行为如何。正如国际法院在“北海大陆架案”（*North Sea Continental Shelf*）中指出：尽管该案当事国丹麦、荷兰分别与北海地区相向国家根据等距离原则划分各自大陆架，但是，相邻国家之间根据等距离原则划分的国家实践还不足以“证明根据等距离原则划分具有了习惯国际法的强制性”。<sup>②</sup> 因此，相关国家行为的充足性是习惯国际法得以确立的前提。

从有关国家适用条约解释规则的情况来看。如前所述，美国、英国和中国相关国内法的实践存在很大区别。以美国为例。1966 年联合国国际法委员会二读通过条约法公约最后草案，美国表示极大不满。出席维也纳条约法会议的美国代表麦克杜格尔（McDougal）撰文激烈抨击：“国际法委员会关于条约解释的最后建议中极大的缺陷及悲剧在于其坚持强调一种不可能和顽固的文本主义。”<sup>③</sup> 有学者考察了美国国内法院近年来的若干条约解释判例，进一步肯定“[美国]最高法院本身未曾提及维也纳[条约解释]规则”。<sup>④</sup> 譬如，在 2010 年一起解释《国际诱拐儿童民事方面海牙公约》有关“监护权”（right of custody）规定的案件中，美国联邦最高法院根据公约及相关国内法，加以解释。“‘条约解释如同法律解释，始于其文本。’本法院参照儿童法认定阿博特先生的权利，同时遵循该公约文本及结构以决定涉案权利是否为‘监护权’。”<sup>⑤</sup> 根据涉案国之一智利的《未成年人法》，阿博特先生享有共同决定他孩子居住国的权利，亦即父母任何一方不可单方决定该儿童的居住地。“该公约第 3 条（a）款规定监护权可以共同或单独行使，阿博特先生享有共同决定他儿子的居住国的权利可恰当归入共同监护权。正如该公约第 5 条（a）款界定的，该‘监护权’‘包括与照料儿童有关权利，特别是决定儿童居住地的权利’。”<sup>⑥</sup> “阿博特先生享有共同权利决定他儿子的居住国，允许他‘决定该儿童的居住地’。‘居住地’的用语包括儿童的居住国，尤其是参照该公约的明文宗旨是防止不法带出境外。即便‘居住地’仅指儿童居住国的地址，共同监护权也使阿博特先生有权‘决定’该所在地。根据《韦氏国际词典》（1954 年第 2 版），‘决定’一词也含有‘确定或限定’的含义，这意味着阿博特先生享有共同

① 统计来源 <https://treaties.un.org/pages/ParticipationStatus.aspx>，最后访问时间：2016 年 6 月 30 日。这里“加入”泛指该公约对缔约国生效，包括加入、继承和批准。

② *North Sea Continental Shelf*, Judgment, I. C. J. Report 1969, p. 45, para. 80.

③ Myres S. McDougal, “The International Law Commission’s Draft Articles upon Interpretation: Textuality Redivivus”, (1966) 61 *The American Journal of International Law*, p. 992.

④ Richard Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. xiii.

⑤ *Abbott v. Abbott* 560 U. S. \_\_ (2010), p. 6, 援引了 2008 年美国法院的判例 *Medellin v. Texas*, 552 U. S. 491, 506。

⑥ *Abbott v. Abbott* 560 U. S. \_\_ (2010), p. 7.

权利确保他儿子不可生活在智利以外的任何地址。因此，该公约所保护的父母监护“决定其孩子居住地的权利”包括了共同监护权。”<sup>①</sup>可见，美国最高法院非常重视该公约的宗旨对于解释文本条款的作用。

这正是被认为是目的解释学派“最明确的表述”<sup>②</sup>——《哈佛条约法公约草案》第19条(甲)款的突出特点。该条款规定：“条约解释应参照其意在达成之一般目的加以解释。”<sup>③</sup>该判例不仅没有提及《维也纳条约法公约》的条约解释规则，而且坚持美国一贯的条约解释立场。这只能说明：这些解释规则至少在未参加该公约的国家尚未被确定为习惯国际法。即便该公约的缔约国，比如中国，也没有加以严格履行。

总之，从确定习惯国际法首先和主要的是国家行为这一点看，《维也纳条约法公约》的条约解释规则是否具有习惯国际法的地位，并非“已不再受到任何挑战了”。<sup>④</sup>

### 三 WTO 争端解决中的条约解释与法律解释

如前所述，WTO的DSU第3条第2款规定：“各成员认识到该体制适用于保护各成员在适用协定项下的权利和义务，及依照国际公法的解释之习惯规则澄清这些协定的现有规定。”<sup>⑤</sup>这是在条约法上第一次明确提及条约解释的习惯国际法。WTO的争端解决上诉机构据此认为：“这种规则在《维也纳条约法公约》中得到了最权威和简洁的表述，……已经取得相当于习惯或一般国际法的地位。”<sup>⑥</sup>这实际上也是对该条款所说“国际公法的解释之习惯规则”的解释，并为近20多年来WTO争端解决的条约解释创设了一个名副其实的“先例”，此后WTO争端解决的专家组或上诉机构报告在澄清有关协定条款时，无不遵循这一解释，尽管当时这一解释的依据并不十分充分。<sup>⑦</sup>

根据DSU第17条第6款：“上诉应限于专家组报告涉及的法律问题和专家组所作的法律解释。”<sup>⑧</sup>在实践中，“上诉机构的首要任务之一是条约解释”。<sup>⑨</sup>下文先对“法律解释”(legal interpretations)与条约解释的关系作一定分析，然后探讨法律解释与可能作为法律问题所涉国内法的解释之关系。

#### (一) 法律解释与条约解释的关系

近20多年的WTO争端解决上诉机构报告有近130份(含复审执行案)，平均每年约6份；<sup>⑩</sup>

① *Abbott v. Abbott* 560 U. S. \_\_ (2010), p. 7.

② 李浩培：《条约法概论》，第346页。

③ “Draft Convention on the Law of Treaty”, Supplement (1935) 29 *American Journal of International Law*, p. 661.

④ Richard Gardiner, “The Vienna Convention Rules on Treaty Interpretation”, in Duncan B. Hollis (ed.), *The Oxford Guide to Treaties*, p. 476.

⑤ 《世界贸易组织乌拉圭回合多边谈判结果法律文本》(中英文对照)，第355页。

⑥ *US-Gasoline*, p. 17.

⑦ *US-Gasoline*, p. 17, footnotes 34. 该脚注援引的3个判例，只有国际法院1994年“领土争端案”明确《维也纳条约法公约》第31条的习惯国际法地位。

⑧ 《世界贸易组织乌拉圭回合多边谈判结果法律文本》(中英文对照)，第366页。

⑨ Isabelle Van Damme, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body* (Oxford: Oxford University Press, 2009), p. 3.

⑩ 统计来源：[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)，最后访问时间：2016年6月30日。

相比而言，国际法院 70 年的“实质”（merits）判决及咨询意见有近 140 份，平均每年才约 2 份。<sup>①</sup> 这些上诉机构报告所涉法律解释除个别为适用一般国际法的原则及复审执行案的特殊问题，均为条约解释本身，因而实质上可以等同于条约解释。国外学者已发表有关上诉机构条约解释的专著，但切题的内容相对较少。<sup>②</sup> 国内尚无相关专著。有关研究有待于全面、深入开展。

### 1. 法律解释中的一般国际法原则

根据 DSU 第 3 条第 2 款，WTO 争端解决的条约解释旨在澄清适用协定的有关条款，因此，上诉机构报告的法律解释大多数是对条约本身的解释。但在“欧共同体荷尔蒙案”（*EC-Hormones*），<sup>③</sup> 欧共同体辩称预防原则已是国际法的一般习惯规则或至少是一般法律原则，据此解释《实施卫生与植物卫生措施协定》（SPS 协定）第 5 条第 1 款、第 2 款，意味着 WTO 成员在进行风险评估时可采取预防措施。针对这一观点，专家组认为该原则的习惯国际法地位未定，且不能以此作为论证成员违反该协定义务的国内措施之抗辩依据。这是专家组所作的法律解释。

上诉机构对之表示赞同，指出：“第一，该原则未被写进 SPS 协定作为论证违反该协定义务的成员措施之依据。第二，在 SPS 协定第 5 条第 7 款中确实发现有所反映预防原则。……明确承认的是 WTO 成员有权确定其卫生保护的适当水平，这也许高于（即，更谨慎）现行国际标准、指南或建议。第三，专家组在决定成员维持特定的 SPS 措施时是否有‘充分的科学证据’时，应看到负责任的政府都会基于谨慎预防，考虑对于人类健康的风险。然而，最后应强调预防原则本身缺少清晰的文本提示，专家组不适用条约解释的通常（即，习惯国际法）原则解读 SPS 协定的条款。”<sup>④</sup> 可见，上诉机构对专家组的法律解释所涉及的该原则与 SPS 协定关系作了进一步阐述，即，预防原则的含义（对风险采取更谨慎预防的做法）及其与 SPS 协定有关条款的联系（在该协定第 5 条第 7 款有所反映）。但是，该协定第 5 条第 1 款、第 2 款没有将该原则纳入。这一阐述与条约解释有关，但不是对 SPS 协定第 1 款、第 2 款本身的条约解释。在逾百件上诉报告中，这是个别情况，但至少说明包括一般法律原则在内的法律解释的范围大于条约解释。

### 2. 复审执行的法律解释

根据 DSU 第 17 条第 6 款，凡是 WTO 争端解决专家组报告均在上诉机构复审范围内，包括根据 DSU 第 21 条第 5 款由原专家组审理执行裁决引起争端的报告。此类复审执行争端解决的上诉机构报告有一些特殊的法律解释问题。

比如，在“欧共同体床单案”（*EC-Bed Linen*）中，原专家组曾裁定印度有关欧共同体未能适当考虑《反倾销协定》第 3 条第 5 款所要求的可能引起国内产业损害的“其他因素”之主张缺乏初步的证据。印度在该案上诉时，对这一裁定未提出异议。但是，印度在提起执行争端解决时又提出了同样的主张，原专家组同意欧共体的初步裁定请求，以 DSU 第 21 条第 5 款未给予印度“一事再理”（second chance）的机会，对印度的主张不予审理。印度请求上诉机构推翻原专家组的这一认定。上诉机构指出：“首先须确定第 21 条第 5 款程序的主题。”<sup>⑤</sup> “主题”（subject-

① 统计来源：<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=5>，最后访问时间：2016 年 6 月 30 日。

② 参见 Isabelle Van Damme, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*。该书第一编 WTO 争端解决与条约解释的基本原则与概念（第 1—5 章，第 1—213 页），第二编 WTO 上诉机构的解释实践（第 6—8 章，第 214—384 页）。

③ *EC-Hormones*, WT/DS26, DS48/AB/R, 16 January 1998.

④ *EC-Hormones*, WT/DS26, DS48/AB/R, 16 January 1998, para. 124.

⑤ *EC-Bed Linen, Recourse to Article 21.5 of the DSU by India*, WT/DS141/AB/RW, 8 April, 2003, para. 78.

matter)不是该条款采用的“事项”(matter)一词,但实质含义等同。这表明上诉机构不仅仅解释该条款,而且更重要的是以WTO争端解决的实践为指导。“如同原争端解决程序,第21条第5款程序的‘事项’包括两个要素:系争的具体措施与申诉的法律依据(即,主张)。如果某一主张质疑不是‘应执行的措施’,则该主张不可在第21条第5款程序中提起。”<sup>①</sup>这是该条款的原意。不同于先前复审执行的案件涉及原争端解决系争的具体措施相同而申诉方提出新主张,印度在该复审执行案中提起的具体措施和主张与原争端解决的事项完全一样。既然印度在原争端解决中放弃了对专家组有关该事项的裁决提起上诉,该裁决相关专家组报告连同上诉机构报告一旦通过后,该事项的争端就解决了,印度不可在复审执行时再提起。上诉机构对这种“一事不再理”原则的阐述不是严格意义上的条约解释,而是含义更加宽泛的法律解释。

### 3. 作为条约解释的法律解释

上诉机构报告所列的问题主要与条约解释相关。在上诉机构审理的最先两起案件报告中援引了《维也纳条约法公约》第31条、第32条,分别明确其习惯国际法的地位。<sup>②</sup>值得注意的是,在第一起案件中,专家组报告也援引了《维也纳条约法公约》第31条第1款的解释通则,<sup>③</sup>但是,上诉机构认为专家组在解释《关税与贸易总协定》(GATT)第20条例外款项时“忽视了条约解释的基本规则”,<sup>④</sup>为了加以纠正,故而援引并阐述了该公约的条约解释规则。

此后,除了在第二起案件中进一步说明该公约第32条的补充解释规则也具有习惯国际法的地位,在第三起至第七起案件中,<sup>⑤</sup>上诉机构虽对涉案协定条款作了一定的条约解释,但根本没有提及该公约。直到第八起案件——“印度专利案”(India-Patents),也是为了纠正该案专家组对该公约第31条的错误适用,上诉机构进一步明确依据DSU第3条第2款适用《维也纳条约法公约》的解释规则所应遵循的基本原则,即旨在澄清有关适用协定的现有规定,“并且必须既不增加,也不减少《建立世界贸易组织协定》规定的权利与义务”。<sup>⑥</sup>

之后4份上诉机构报告也未提及该公约。在第十三起案件——“阿根廷鞋类案”(Argentina-Textiles and Apparel)中,上诉机构指出该案专家组过度依赖“以往GATT实践”而没有依据《维也纳条约法公约》第31条的条约解释通则,“参照1994年GATT之目的及宗旨,在其上下文中对第2条的术语通常意义展开分析”,<sup>⑦</sup>并相应作了一定的条约解释。

可见,在WTO争端解决的早期,上诉机构不是为论证该公约的条约解释规则具有习惯国际法的地位而加以援引,而是“有的放矢”,为了纠正专家组适用该公约的错误或忽视,履行DSU第3条第2款及其他条款赋予WTO争端解决机构,尤其是新设的上诉机构之职能,正确适用该公约的解释规则,厘定涉案成员的权利与义务。或许日益认识到条约解释对于争端解决的重要性,争端当事方越来越重视在其陈述及听证时加强对涉案条约的解释,这也促使专家组和上诉机构更多地对条约解释提出其看法。

<sup>①</sup> EC-Bed Linen, Recourse to Article 21.5 of the DSU by India, para. 78.

<sup>②</sup> US-Gasoline, p. 17; Japan-Alcoholic Beverages, WT/DS8, DS10, DS11/AB/R, 4 October 1996, p. 10.

<sup>③</sup> US-Gasoline, WT/DS2/R, 29 January 1996, para. 6. 7.

<sup>④</sup> US-Gasoline, p. 16.

<sup>⑤</sup> Brazil -Desiccated Coconut, WT/DS22/AB/R, 21 January 1997; US-Underwear, WT/DS24 /AB/R, 10 February 1997; Canada-Periodicals, WT/DS31/AB/R, 30 June 1997; EC-Bananas III, WT/DS27/AB/R, 9 September 1997.

<sup>⑥</sup> India-Patents (US), WT/DS50/AR/R, 19 December 1997, para. 46.

<sup>⑦</sup> Argentina-Textiles and Apparel, WT/DS56/AB/R, 27 March 1998, para. 42.

即便如此，很多上诉机构报告虽解释有关协定条款，且按词典含义等文本解读的方式，乃至“演进的”（evolutionary）方式解释，但并未援引《维也纳条约法公约》的解释规则。比如，1998年在“美国虾案”（*US-Shrimp*）中，上诉机构借鉴国际法院的条约解释经验，采用“演进的”方式，即“参照国际社会对于环境保护和养护的当代关心”解释GATT第20条（g）款的“自然资源”这一通用术语。<sup>①</sup> 尽管实际上这依据了“当事国嗣后实践”（如《建立世界贸易组织协定》序言规定“应依照可持续发展的目标，考虑对世界资源的最佳利用，寻求既保护和维护环境，……”），但是，无论上诉机构还是其援引的国际法院判例本身既未明确提及《维也纳条约法公约》，更未涉及习惯国际法的问题。<sup>②</sup> 如果根据上诉机构在“美国汽油案”（*US-Gasoline*）中的做法，应明确援引DSU第3条第2款，可是，在“美国虾案”中采用“演进”的解释方式，却回避了该条款。

有意思的是，时隔10多年，上诉机构在2009年“中国文化产品案”（*China-Publications and Audiovisual Products*）中对“录音制品”和“分销”这两个中国《服务贸易承诺表》带有通用含义的术语采用“演进的”方式解释，但明确“必须按照国际公法解释惯例加以解释”，<sup>③</sup> 并援引了同年7月国际法院一起案件依据《维也纳条约法公约》有关条款对涉案条约的通用术语“贸易”所作解释，<sup>④</sup> 似乎这样依据就充分了。

## （二）法律解释与可能作为法律问题所涉国内法的解释之关系

在WTO的争端解决中，如同国际法院，均将涉案国内法及其解释作为事实问题。1926年常设国际法院在“波兰上西里西亚的某些德国人利益案”（*Case Concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia*）中指出：“从国际法以及作为国际司法机构的国际法院来看，国内法只是国家意志的表达并构成其行为，如同作出法律决定和行政措施。国际法院肯定不会被要求解释波兰法本身；但是，国际法院完全能够在适用该法时，判决波兰所为是否符合维也纳公约下应当对德国承担的义务。”<sup>⑤</sup> 这一对待国内法的立场为以后国际司法实践所沿袭至今。上诉机构在“印度专利案”中明确：“国内法可作为事实证据，并提供国家实践的证据。然而，国内法也可以构成是否履行国际法义务的证据。”<sup>⑥</sup>

问题在于WTO争端解决的个案均涉及作为事实的国内法审查，同样可能需要解释。此类国内法的解释是否得当，可能影响专家组对其审议的事项所作评估的客观性，从而作为上诉的法律问题。值得探析的是，上诉机构复审的专家组所作法律解释中是否包含国内法解释？

比如，在第一起上诉案件——“美国汽油案”中，上诉机构推翻了专家组关于美国《汽油

① *US-Shrimp*, WT/DS58/AB/R, 12 October 1998, paras. 129 – 130.

② 上诉机构援引的 *Namibia (Legal Consequences)*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1971, p. 31, para. 53, *Aegean Sea Continental Shelf Case*, Judgment, I. C. J. Reports, 1978, p. 3, 均是在《维也纳条约法公约》签署后作出的，却未提及该公约。

③ *China-Publications and Audiovisual Products*, WT/DS363/AB/R, 21 December 2009, para. 397.

④ *Case Concerning the Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, I. C. J. Reports 2009, p. 242, para. 64.

⑤ *Case Concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia (The Merits)*, Judgment, Publication A (1926), p. 19.

⑥ *India-Patents (US)*, para. 45.

规则》中的“基准建立规则不符合 GATT 第 20 条 (g) 款的例外”这一“法律上是错误的”认定。<sup>①</sup> 这是上诉机构通过适用《维也纳条约法公约》第 31 条, 纠正该案专家组最主要的法律错误。上诉机构对 GATT 第 20 条 (g) 款的解释与相关美国国内法的解释密切相关。上诉机构指出: “基准建立规则作为整体 (即, 与国内炼油厂商的基准建立有关的条款, 结合汽油合成厂商与进口商的基准条款) 须联系《汽油规则》其他条款规定的‘不降低’要求。这些条款假如完全脱离作为其上下文的该规则其他条款, 就本身而言作严格审查, 将很难理解。不论是单个或法定的基准建立规则, 其制定均旨在依据‘不降低’要求, 允许仔细检查及监控炼油厂商、进口商与合成厂商的履行水准。没有某些基准, 此类检查就不可能。《汽油规则》旨在稳定并实现防止超过 1990 年空气污染程度的目标, 以免该目标的实现受到实质性妨碍。不应由于专家组关于该基准建立规则与 GATT 第 3 条第 4 款相抵触的认定而否定该基准建立规则与《汽油规则》‘不降低’要求之间关联性。”<sup>②</sup> 显然, 这包含了对美国相关国内法的解释, 并且类似于条约解释。不过, 上诉机构在“印度专利案”中强调: “专家组并不像 [条约解释] ‘那样’解释印度法律, 而是仅仅为决定印度符合 TRIPS 协定与否对印度法律进行审查。”<sup>③</sup> 也就是说, 对国内法的审查、解释是涉案国内法与 WTO 有关协定“相符性”的法律问题, 而非法律解释。

须进一步探析的是: 如果上诉机构复审专家组的此类法律问题包含了涉案国内法的解释, 那么有无规则可循? 通览迄今所有上诉报告, 很难发现协调一致的规则。比如, 迄今作为被上诉方的美国涉案多达 50 多起 (约占上诉案件总数的 44%),<sup>④</sup> 其中不少案件涉及对美国国会立法本身的审查。“美国 1916 年反倾销法案” (*US-1916 Act*)<sup>⑤</sup> 和“美国综合拨款法案” (*US-Section 211 Appropriations Act*)<sup>⑥</sup> 就是典型。前者的争议焦点在于该反倾销法是否属于美国立法机关授权行政机关“自由裁量” (discretionary) 实施的法律。上诉机构同意专家组的否定性解释, 认为该法规定的民事程序由私人提起, 法院必须适用该法予以受理, 而刑事程序虽由司法部酌定提起, 但仅此不足以使该法成为“自由裁量”实施的法律。后者围绕美国综合拨款法第 211 节是否与商标权有关而展开。上诉机构也同意专家组对该法与商标权有关的肯定性解释, 认为: “第 211 节 (a) (1) 款虽不确定谁拥有某一商标, 但在特定情况下可以确定谁不拥有该商标。对我们来说, 这足以使第 211 节 (a) (1) 款成为从性质上而言是与商标及商号所有权有关的措施。该措施的文本支持了这一解释。正如我们所看到的, 第 211 节 (a) (1) 款含有特别提及所有权的短语, 即‘曾用于被没收之商业或资产的商标、商号或商业名称……, 除非经该商标、商号或商业名称原始所有人或其善意的利益继承人之明示同意’。”<sup>⑦</sup> 前者侧重从法律实施的角度审查, 后者结合法律文本的用语解释, 并无类似条约解释的规则可循。

可见, 上诉机构所审理的专家组报告中主要为条约解释的法律解释与作为“相符性”法律

① *US-Gasoline*, p. 29.

② *US-Gasoline*, p. 19.

③ *India-Patents (US)*, para. 66.

④ 统计来源: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm), 最后访问时间: 2016 年 6 月 30 日。

⑤ *US-1916 Act*, WT/DS136, 162/AB/R, 28 August 2000.

⑥ *US-Section 211 Appropriations Act*, WT/DS176/AR/R, 2 January 2002.

⑦ *US-Section 211 Appropriations Act*, paras. 114 - 115.

问题所涉的国内法解释不可相提并论，而且，此类国内法的解释没有、也无必要遵循类似条约解释的规则。简言之，这不属于条约解释的范畴。

## 四 条约解释中的“嗣后协定与实践”

如上所述，《维也纳条约法公约》于1980年生效之后，直到1994年国际法院才明确其条约解释规则为习惯国际法加以适用。近20多年来，国际法院、WTO争端解决机构等国际裁判机构适用这些规则的实践日益增多，也引起了联合国国际法委员会看来值得关注的一些新问题，条约解释中的“嗣后协定与实践”（subsequent agreements and practice）就是其一。下文结合评述该委员会有关文件，<sup>①</sup> 探讨所涉国际法理论与实践问题，<sup>②</sup> 提出不同看法。

### （一）问题的由来

《维也纳条约法公约》第31条第3款规定：“应与上下文一并考虑者尚有：（甲）当事国嗣后所订关于条约之解释或其规定之适用之任何协定；（乙）嗣后在条约适用方面确定各当事国对条约解释之协定之任何惯例。”2012年，国际法委员会决定在2008年、2009年先后设立“条约随时间演变”专题及其研究组的基础上，以“与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例”为题继续开展研究。这是该委员会成立将近70年来，首次就条约解释问题成立研究组，并任命德国籍国际法委员格奥尔格·诺尔特（Georg Nolte）为特别报告员。其主要原因是，其一，条约法发展的需要。如该问题的最初提案所言：“当重要的条约，特别是1945年后的造法条约到达一定阶段，它们运作的环境与当初缔约时的环境已大不一样。所以，有些条约的规定和可能需要重新解释，甚至非正式修改。这可能涉及技术性规则以及更普遍性的实质性规则。”<sup>③</sup> 其二，条约解释规则的完善。“嗣后协定与嗣后惯例是作为国际法特征的解释手段。适用这些手段的方式，尤其是其他解释手段相关性尚未得到充分研究，而在不同的争端解决机构却已得到不同的适用。”<sup>④</sup> 因此，有必要从条约解释的实践中总结一些“一般性结论或准则……为解释和适用条约者提供一个参照点”。<sup>⑤</sup>

### （二）问题的探析

在近20多年来的条约解释实践中，究竟碰到哪些因缔约环境发生变化而需要适用“嗣

① 《国际法委员会报告》（2015年8月14日），A/70/10，第8章与条约解释相关的嗣后协定与嗣后惯例；《条约解释相关的嗣后协定与嗣后惯例第一次报告》（2013年），A/CN.4/660；《条约解释相关的嗣后协定与嗣后惯例第二次报告》（2014年），A/CN.4/671；《条约解释相关的嗣后协定与嗣后惯例第三次报告》（2015年），A/CN.4/683。

② 国外研究成果，参见Georg Nolte, “Subsequent Practice as a Means of Interpretation in the Jurisprudence of the WTO Appellate Body”, in Enzo Cannizzaro (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention* (Oxford: Oxford University Press, 2011), pp. 138 - 144, 该文作者就是国际法委员会“与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例”专题特别报告员；国内研究比较初步，参见孟毅：《条约解释中的嗣后惯例研究》，硕士学位论文，西南政法大学，2013年。

③ A/CN.4/660，第4页，第4段。

④ Georg Nolte, “Subsequent Practice as a Means of Interpretation in the Jurisprudence of the WTO Appellate Body”, pp. 138 - 139.

⑤ A/CN.4/660，第5页，第6段。

后协定与嗣后惯例”加以解释的条约？不同的国际争端机构适用存在哪些不同因而需要协调？

1. 将“嗣后协定与嗣后惯例”作为条约解释的上下文：不是新问题

首先，应注意在起草《维也纳条约法公约》时，条约解释的最初款项（第71条第2款）就将“与条约有关的当事国嗣后惯例”作为解释的上下文。<sup>①</sup>对该款项的评注认为：“这一解释手段的利用在国际裁判机构，尤其在世界法庭[本文注：即国际法院]的判例中早已确立。”<sup>②</sup>该公约最后草案第27条（即签署本第31条）第3款（甲）、（乙）项将“嗣后协定”和“嗣后惯例”分列为解释条约的上下文。该款项的评注指出：“在缔约后达成的关于某条款解释的协定代表了缔约方的真实解释，因而就该条约解释而言须加以解读。……确立当事方对某条约解释的谅解之嗣后惯例应作为与解释性协定并行的真实解释手段纳入第3款。”<sup>③</sup>可见，将“嗣后协定与嗣后惯例”作为条约解释的必要上下文，这本身不是一个新问题。

2. 国际法院适用“嗣后协定与嗣后惯例”的实践：“演变解释”依据不足

其次，可重点考察在《维也纳条约法公约》签署之后，国际法院如何适用该公约第31条第3款（甲）、（乙）项，相比之前的实践而言，究竟发生哪些因缔约环境发生变化而需要适用“嗣后协定与嗣后惯例”解释条约的新问题。《条约解释相关的嗣后协定与嗣后惯例第一次报告》将“注重演变的解释”作为仅次于“条约解释之通则与方针”之后的问题，可见其在该报告中具有的突出地位。该报告在讨论这个问题时列举了国际法院的若干案件，<sup>④</sup>倾向于对一项条约进行注重演变的解释时以缔约方之间的嗣后协定和嗣后惯例为指导，而非将注重演变的解释作为独立的解释资料。其中列举的典型案件之一“关于航行和有关权利的争端案”（*Dispute Regarding Navigational and Related Rights*）涉及1858年当事国的双边条约“商业”一词的解释。国际法院根据《维也纳条约法公约》第31条第3款（乙）项，认为：“缔约方在某条约中采用一般化术语，必然早已意识到该术语的含义很可能会随时间演变，并且在该条约生效很长时间或‘持续时间’的情况下，作为一项基本规则，必须假定缔约方有意使这些术语具有演变的含义。”<sup>⑤</sup>因此，当事国对于该条约的“商业”有关实际做法的认可作为嗣后惯例将支持该术语的演变含义解释。然而，该案与国际法委员会相关提案强调的1945年以来“造法条约”无关。近20多年来，国际法院的其他所有判决与咨询意见也没有涉及1945年以来“造法条约”的演变含义。<sup>⑥</sup>因此，将国际法院在近20多年来的个别案件涉及双边条约中一般化术语的演变含义解释，尝试作为适用该公约第31条第3款（甲）、（乙）项的一般做法来论证，所得出的结论“缔约方之间的嗣后协定和嗣后惯例可指导一项条约进行注重演变的解释”，<sup>⑦</sup>依据显失充分。

① *Third Report by Humphrey Waldock*, p. 52, Article 71. 2.

② *Third Report by Humphrey Waldock*, p. 59, para. 23.

③ *Draft Articles on the Law of Treaties: Text as Finally Adopted by the Commission on 18 July 1966*, A/CN.4/190, p. 222, paras. 14 - 15.

④ A/CN.4/660, 脚注78、104—109、111—1123, 尤其列举了国际法院关于航行和有关权利的争端（哥斯达黎加诉尼加拉瓜）案。

⑤ *Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, I. C. J. Reports 2009, p. 243, para. 66.

⑥ 1994年“领土争端案”至2015年“进入太平洋的谈判义务案”，国际法院判决42起案件（含初步判决）和作出5起咨询意见，参见ICJ List of All Cases: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=2>, 最后访问时间：2016年6月30日访问。

⑦ A/CN.4/660, 第27页，第64段。



### 3. WTO 争端解决机构适用“嗣后协定与嗣后惯例”解释条约的实践

再次，以 WTO 争端解决机构适用“嗣后协定与嗣后惯例”解释条约的实践与国际法院的比较为例，进一步探析国际争端机构有关的适用是否不同，是否需要及如何协调。

如前所述，自 1994 年国际法院在“领土争端案”中明确《维也纳条约法公约》第 31 条的条约解释通则为宜习惯国际法，稍后，1996 年 WTO 争端解决机构在“美国汽油案”中也明确该解释通则具有习惯国际法的地位，并援引“领土争端案”作为依据之一。近 20 多年来，WTO 争端解决积累了更多的条约解释实践经验，尤其是上诉机构集中审理涉案条约解释的争议，其中不乏涉及适用“嗣后协定与嗣后惯例”解释条约的案件，且适用与否，依案情酌定。

比如，在“欧盟香蕉案（复审执行 III）”（*EC-Bananas III*）中，上诉机构明确：“我们认为根据 WTO 协定第 9 条第 2 款所作多边性质的解释可以作为适用《维也纳条约法公约》第 31 条第 3 款（甲）项有关条约解释的嗣后协定。”<sup>①</sup> 涉案豁免决定不是旨在以协定方式修改现行规定的解释或适用，而只是增加或修改某适用协定或减让表的义务，因而不属于此类嗣后协定。在晚近的“秘鲁农产品案”（*Peru-Agricultural Products*）中，上诉机构也否认危地马拉与秘鲁之间《自由贸易协定》（FTA）是《维也纳条约法公约》第 31 条第 3 款（甲）项下有关解释涉案 WTO 农业协定条款的嗣后协定。<sup>②</sup> 又比如，在“日本——酒税案”（*Japan-Taxes on Alcoholic Beverages*）中，上诉机构强调：GATT 缔约方与 WTO 争端解决机构通过的报告均不构成《维也纳条约法公约》第 31 条第 3 款（乙）项意义上“特定案例中的嗣后惯例”。<sup>③</sup>

在适用《维也纳条约法公约》第 31 条第 3 款（甲）项的案例中，如“美国金枪鱼案 II（墨西哥）”（*US-Tuna II*），上诉机构认为，就该案所涉《技术性贸易壁垒协定》（TBT）第 2 条第 4 款的解释而言，由 WTO 全体成员代表组成的 TBT 委员会及其协商一致通过的决定，如 2000 年《有关 TBT 协定实施的第二次三年复审》是“TBT 协定缔结嗣后通过的……该决定标题明确事关‘该协定第 2 条第 5 款和附件 3 的国际标准、指南和建议的发展原则’。……然而，该决定在特定情况中可否起到解释、适用 TBT 协定的术语或条款，取决于其对于有关术语或条款的解释、适用‘特定关联性’（bears specifically）程度”。<sup>④</sup> 这一认定嗣后协定的“特定关联性”可追溯至“欧盟香蕉案（复审执行 III）”上诉报告。该报告基于国际法委员会对《维也纳条约法公约》第 31 条第 3 款（甲）项的评注，即将该条款规定的嗣后协定“作为结合上下文进一步考虑的释之可信要素”，认为：国际法委员会由此将该条款的嗣后协定解读为“与某条约解释特定关联的协定”。<sup>⑤</sup> 在“美国丁香烟案”（*US-Clove Cigarettes*）中，上诉机构也强调了认定嗣后协定的“特定关联性”，指出该公约第 31 条第 3 款（甲）项没有确定“当事国嗣后协定”应采取何种形式，此类协定“从根本上是指实质而非形式”，由此判断涉案的《多哈部长决定》第 5.2 段明文提及 TBT 协定第 2 条第 12 款关于“合理间隔”的用语，并将之界定为“通常不少于 6 个月的期

① *EC-Bananas III (Article 21.5 - Ecuador II) / EC-Bananas III (Article 21.5 - United States)*, WT/DS27/AB/RW, para. 383.

② *Peru-Agricultural Products*, WT/DS457/AB/R, 20 July 2015, para. 5.118.

③ *Japan-Taxes on Alcoholic Beverages*, p. 14.

④ *US-Tuna II (Mexico)*, WT/DS381/AB/R, 16 May 2012, para. 372.

⑤ *EC-Bananas III (Article 21.5 - Ecuador II) / EC-Bananas III (Article 21.5 - United States)*, para. 390.

限,除非这对于实现某技术法规之合法目的是无效的”,这具有条约解释的“特定关联性”。<sup>①</sup>

可见,WTO争端解决上诉机构从实质上看某一嗣后协定是否具有与被解释条约的“特定关联性”,至少在这一方面,同国际法院甄别嗣后协定的做法相比,十分类似。比如,在“卡西基里/塞杜杜岛(博茨瓦纳诉纳米比亚)案”(Kasikili/Sedudu Island)中,国际法院否认当事国之间于1984—1985年期间达成任何与涉案1890年条约的适用、解释有关的嗣后协定。<sup>②</sup>国际法委员会“与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例”专题报告也认为该判决依据的是“不具有关联性”,<sup>③</sup>“无论如何,只能通过认真考虑当事国集体意见之表达是否以及在何种程度上意在‘涉及条约解释’,才能确定这一表达所具有的确切意义。”<sup>④</sup>因此,不同国际裁判机构的做法并没有像该专题特别报告员所断言的“在不同的争端解决机构却已得到不同的适用”。<sup>⑤</sup>诚然,应充分肯定国际法委员会通过专题研究,全面梳理迄今有关条约解释的嗣后协定与嗣后惯例方面的国际法实践,旨在完善条约解释的规则,总结一些“一般性结论或准则……为解释和适用条约者提供一个参照点”,<sup>⑥</sup>还是非常有意义的。实际上,本文研究目的也是结合国际法与国内法的相关实践,探析条约解释的若干理论问题,以求为国际社会不断完善条约解释的规则,努力贡献中国学者应有的智慧,并期待此类研究更具客观性、科学性。

## 五 结论

本文尝试从国内外学界尚未给予足够关注的国际法与国内法上的条约解释之区别问题入手,探析两者所遵循的解释规则。不同于国际法上的条约解释应遵循成文或习惯国际法的有关规则,国内法上的条约解释在不同国家可能有不同的方式或规则,并因不同法律制度而具有不同法律效力。由此,本文在两者意义上对《维也纳条约法公约》的条约解释规则所具有习惯国际法地位作进一步探析,得出初步结论,即,这一习惯国际法的地位在国际法上的条约解释实践中已无可争议,但从确定习惯国际法首先和主要的是国家行为这一点看,这些条约解释规则是否具有习惯国际法的地位,并非如欧美学者所称已不再受到任何挑战了。然后,本文对作为国际法意义上的WTO争端解决中的条约解释与法律解释进行分析,认为关于一般国际法原则和复审执行案的法律解释较之条约解释更加宽泛,而作为条约解释的法律解释严格遵循习惯国际法的解释规则,且很大程度追随国际法院的相关实践。最后,本文对晚近国际法委员会对“嗣后协定与嗣后惯例”作为条约解释的上下文所进行的专题研究提出不同看法,旨在探讨完善条约解释的国际法之客观性、科学性。笔者认为,上述问题看似不同,实为国际法与国内法上解释条约的不同规则或某一方面的进一步探析,具有内在关联性。本文不仅弥补国内外学界某些研究不足之处,而且基于大量案例的实证依据所作的分析,有助于中国参与国际争端和平解决、提高条约解释的理论水平与实际能力。

(下转第109页)

① US-Clove Cigarettes, WT/DS406/ AB/R. 4 April 2012, paras. 266 - 267.

② Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia), Judgment, I. C. J. Report 1999, p. 1091, paras. 68 - 69.

③ A/CN.4/671, 对该案的评论,第6页,脚注24。

④ A/CN.4/671,第7页,第12段。

⑤ Georg Nolte, “Subsequent Practice as a Means of Interpretation in the Jurisprudence of the WTO Appellate Body”, p. 139.

⑥ A/CN.4/660,第5页,第6段。