

# 从嗣后行为理论看 WTO “加入议定书” 性质

刘雪红<sup>\*</sup>

**摘要：**WTO “加入议定书”的法律定性涉及到 WTO 体系的正当性、合法性以及条约解释等重要问题。WTO “加入议定书”是否属于修改 WTO 协定普遍规则的嗣后行为，对于这一命题的判定，须建立在嗣后行为理论的发展规律基础之上。《维也纳条约法公约》的编纂与国际司法机构的实践以及当前国际法委员会“条约随时间演进”的专题研究，都趋向于将嗣后行为功能限定在条约解释而非条约修改的范畴。WTO 的立法与司法实践严密防范依嗣后行为的解释而产生修改条约的结果。WTO “加入议定书”不是修改了 WTO 协定的嗣后行为，WTO “加入议定书”中的“超 WTO 义务”(WTO-plus)条款是 WTO 一般规则对新加入成员的歧视适用。

**关键词：**嗣后行为 “加入议定书” 条约修改 连续性条约 歧视适用

## 一 问题的起源与研究现状

近年来，WTO “加入议定书”的法律性质问题受到了前所未有的关注，甚至被称为难解的“WTO 之谜”，<sup>①</sup> 它起源于《1994 年关税与贸易总协定》（简称 GATT 1994）第 20 条一般例外条款对“加入议定书”相关条款的可适用性问题。与中国有关的 3 个案件——2007 年美国诉中国稀土、钨、钼案（以下简称“中国稀土案”），2009 年美国、欧盟、墨西哥诉中国原材料出口案（以下简称“中国原材料案”），2012 年美国诉中国影响特定出版物和音像娱乐产品的贸易权和分销服务措施案（以下简称“中国出版物案”），<sup>②</sup> 集中反映了关于一般例外条款可适用性问题的争议和分歧。WTO 专家组和上诉机构的整个裁定思路则是，由于中国出版物案涉及的《中华人民共和国加入议

\* 武汉大学国际法所 2011 级博士生，西北政法大学国际法学院讲师。

① Julia Ya Qin, “The Conundrum of WTO Accession Protocols: in Search of Legality and Legitimacy”, p. 1, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2419847](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2419847) (last visited February 10, 2015).

② *China—Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten and Molybdenum*, WT/DS431/AB/R、WT/DS432/AB/R、WT/DS433/AB/R; *China—Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS394/AB/R、WT/DS395/AB/R、WT/DS398/AB/R; *China—Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, WT/DS363/AB/R.

定书》(以下简称《中国加入议定书》)第5.1条<sup>①</sup>有对“WTO协定”<sup>②</sup>的明确援引,所以中国可以对违反第5.1条规定的措施援引GATT 1994一般例外规定进行抗辩;而在中国原材料案和中国稀土案中,争议措施涉及的《中国加入议定书》第11.3条<sup>③</sup>并没有像第5.1条一样有对WTO协定或GATT 1994的直接或间接的援引,并且也没有和GATT 1994规定存在客观联结,因而中国无资格援引GATT 1994一般例外的规定。<sup>④</sup>仅仅是GATT 1994一般例外对“加入议定书”条款可适用性这一问题,就引发了包括美国、欧盟、中国、墨西哥当事方及其他近20个第三方的激烈辩论,<sup>⑤</sup>历经专家组和上诉机构长达7年的审理程序。为何解答该问题会存在着如此大的挑战呢?根源在于,WTO协定并没有明确规定1995年WTO成立后的新“加入议定书”的法律性质,而对于这一立法漏洞,WTO的裁判者未敢擅自“司法立法”,而是坚守了严格的文义解释方法。但这样的条约解释所产生的结果却是:WTO新成员依据“加入议定书”的规定,负担了WTO创始成员并不需要承担的“超WTO义务”(WTO-plus),同时还不能援引具有安全阀作用的一般例外规定。由于WTO存在着事实上的遵循先例制度,<sup>⑥</sup>因而这样的裁决结果会对新成员产生非常深远的影响。对这一裁决结果深入的解释和评判,需要从根本上探讨“加入议定书”的法律性质问题。

WTO“加入议定书”是WTO成立后,新成员根据《马拉喀什建立世界贸易组织协定》第12.1条的规定,<sup>⑦</sup>与WTO所签署的双边协议;这些新“加入议定书”及被纳入“加入议定书”的WTO加入工作组报告段落往往会包括“超WTO义务”条款。那么,“加入议定书”的法律性质是什么呢?为何它不属于《关于争端解决规则与程序的谅解》所规定的涵盖协定,却仍旧可以成为WTO争端解决过程中的诉争与裁定依据呢?<sup>⑧</sup>WTO新“加入议定书”含有“本议定书,

<sup>①</sup> 《中国加入议定书》第5条第1款规定:“在不损害中国以与符合《WTO协定》的方式管理贸易的权利的情况下,中国应逐步放宽贸易权的获得及其范围,以便在加入后3年内,使所有在中国的企业均有权在中国的全部关税领土内从事所有货物的贸易,但附件2A所列依照本议定书继续实行国营贸易的货物除外。”

<sup>②</sup> 中国出版物案的上诉机构将《中国加入议定书》第5条第1款中的“在不损害中国以与符合《WTO协定》的方式管理贸易的权利的情况下”中的WTO协定,认定为具有整体性的、包括其附件的“WTO协定”。参见中国出版物案上诉机构报告(WT/DS363/AB/R)第222—223段。

<sup>③</sup> 《中国加入议定书》第11条第3款规定:“中国应取消适用于出口产品的全部税费,除非本议定书附件6中有明确规定或按照GATT 1994第8条的规定适用。”

<sup>④</sup> “The obligation in Paragraph 11.3 is not subject to the general exceptions in Article XX of the GATT 1994; and even if it were .....China has not demonstrated that its export duties on the products at issue are justified under Article XX (b) of the GATT 1994 as measures necessary to protect human, animal or plant life or health.” See Panel Report of China—Measures Related to the Exportation of Rare Earths (WT/DS431/R, WT/DS432/R, WT/DS433/R), para. 7.196.

<sup>⑤</sup> 参与中国稀土案的第三方包括:巴西、加拿大、柬埔寨、欧盟、印度、日本、韩国、挪威、阿曼、沙特阿拉伯、中国台湾、越南、阿根廷、澳大利亚、印度尼西亚、土耳其、秘鲁、俄罗斯。

<sup>⑥</sup> 由WTO前总干事素帕猜(Supachai Panitchpakdi)组建的顾问委员会在《WTO的未来:在新千年里解决机制挑战》的报告中提到,“对于先例的依赖,虽然并不是决定性的,也并不绝对约束所有后来的案例,但它却提供了一个一致性的标准,反过来又提高了整个体制可预见性”。See Peter Sutherland et al., “Future of the WTO: Addressing Institutional Challenges in the New Millennium”, *WTO publication*, 2004.

<sup>⑦</sup> 《马拉喀什建立世界贸易组织协定》第12条第1款规定:“任何国家或在处理其对外贸易关系及本协定和多边贸易协定规定的其他事项方面拥有完全自主权的单独关税区,可按它与WTO议定的条件加入本协定。”

<sup>⑧</sup> 截至2015年4月,WTO的官网显示有26个WTO争端案件是依据加入议定书提起磋商请求,除越南起诉美国暖水虾反倾销措施案件外(DS4049),其余案件均为中国作为申请方或被申请方的争端案件。在中国出版物案、中国原材料案和中国稀土案中,上诉机构都在报告的最后部分明文要求中国履行其在《中国加入议定书》《中国加入工作组报告》中的相应承诺。

包括……应成为《WTO 协定》的组成部分”这一标准条款，这似乎为界定“加入议定书”的性质提供了重要思路，但中国稀土案的专家组裁定这里的“WTO 协定”是指作为 WTO 约章性文件的《马拉喀什建立世界贸易组织协定》，也就是“加入议定书”是 WTO 这一多边贸易组织约章性文件的组成部分，但并不意味着“加入议定书”的单个条款也因而成为附属于《马拉喀什建立世界贸易组织协定》的《关税与贸易总协定》(GATT)、《服务贸易总协定》(GATS)、《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPS) 的组成部分。<sup>①</sup>那么，新“加入议定书”与制定多边贸易一般规则的 GATT、GATS、TRIPS 等多边贸易协定到底是什么关系呢？

为了从条约法理论中为“加入议定书”找到“恰当的位置”，国内外的学者专门从条约的保留、修正、修订、连续性条约、嗣后行为等展开论述。学者克劳斯·迪特·艾勒曼 (Claus-Dieter Ehlermann) 和洛塔尔·埃林 (Lothar Ehring) 认为：“新成员加入 WTO 构成一种特殊形式的修正。‘加入议定书’构成对《WTO 协定》的修正 (amendment)，因为 WTO 协定被修改以涵盖国际法新的事项……从法律上看，‘加入议定书’是通过成为 WTO 协定的组成部分来实现对 WTO 协定的修正的。”<sup>②</sup>但是，多数学者并不支持这个观点。因为判定某项做法是否构成对条约的正式修正，往往需要符合条约所正式规定的严格的标准和程序要件；而 WTO “加入议定书”并不符合《马拉喀什建立世界贸易组织协定》第 10 条关于修正的规定。史蒂夫·查诺维茨 (Steve Charnovitz) 则提出，“加入议定书”并不是对 WTO 协定正式的修正，而是修改 (modification)；WTO 法律文本会被每一份新“加入议定书”更新，适用于 WTO 成员间的规则都会被“重写”(overwrite)，但他没有进一步分析“加入议定书”具有修改功能的正当性理由。<sup>③</sup>澳大利亚学者米塔里·提亚吉 (Mitali Tyagi) 从条约法理论的保留、修正、嗣后协定、禁止反言等诸多视角分析“加入议定书”的法律性质，提出“加入议定书”的很多条款可以被视为“不被允许的保留”，这种保留由于在实践中获得 WTO “集体同意”，所以构成了事实上的保留。<sup>④</sup>米塔里·提亚吉还同时提出，“加入议定书”可以被认定为《维也纳条约法公约》第 31 条第 3 款中的“嗣后协定”，该嗣后协定的功能只能是具有条约解释意义而非修改条约。<sup>⑤</sup>美国韦恩州立大学的秦娅 (Julia Ya Qin) 教授则建议从具有修改功能的嗣后协定或嗣后惯行的角度来理解“加入议定书”的性质。她认为“加入议定书”修改了适用于加入成员和其他 WTO 成员之间的 WTO 协定；尤其是，WTO “加入议定书”某些“超 WTO 义务”条款会构成对 WTO 协定最惠国待遇原则的偏离，因而不可能将“加入议定书”这一嗣后行为解读成只具有“重新解释”的功能。<sup>⑥</sup>中国学者刘敬东教授认为，“加入议定书”是针对每一名新成员的具体情况而对 WTO 普遍性规则作出的特殊适用。<sup>⑦</sup>

<sup>①</sup> See Panel Report of *China—Measures Related to the Exportation of Rare Earths*, para. 7.89.

<sup>②</sup> EClaus-Dieter Hlermann & Lothar Ehring, “Decision Making in the World Trade Organization: Is the Consensus Practice of the World Trade Organization Adequate for Making, Revising and Implementing Rules on International Trade?”, (2005) 8 (1) *Journal of International Economic Law*, p. 57.

<sup>③</sup> Steve Charnovitz, “Mapping the Law of WTO Accession”, in Merit E. Janow, Victoria Donaldson & Alan Yanovich (ed.), *The WTO: Governance, Dispute Settlement & Developing Countries* (New York: Juris Publishing, 2008), pp. 893 – 894.

<sup>④</sup> Mitali Tyagi, “Flesh on a Legal Fiction: Early Practice in the WTO on Accession Protocols”, (2012) 15 *Journal of International Economic Law* 2, p. 439.

<sup>⑤</sup> Mitali Tyagi, “Flesh on a Legal Fiction: Early Practice in the WTO on Accession Protocols”, p. 421.

<sup>⑥</sup> Julia Ya Qin, “The Conundrum of WTO Accession Protocols: in Search of Legality and Legitimacy”, pp. 29 – 33.

<sup>⑦</sup> 刘敬东：《论“加入议定书”在 WTO 法律体系中的定位》，载《国际法研究》2014 年第 2 期，第 106 页。

学者们的先期研究为澄清“加入议定书”的法律性质提供了多元的视角。本文在这些重要研究成果的基础上，结合国际法委员会正在进行的“条约随时间演进”(treaties over time)的专题研究所揭示的嗣后行为理论和实践规律，提出“加入议定书”的“超WTO义务”条款构成条约法上的嗣后行为，但它在WTO中只能被认定为具有解释功能而不具有修改功能；“超WTO义务”是WTO基本规范对不同成员的调整适用，具有歧视性。本文从嗣后行为的修改与解释功能、国际司法机构关于嗣后行为修改条约的实践、WTO关于嗣后行为解释条约的实践、WTO“加入议定书”是何种意义上的嗣后行为等四大部分展开探讨。

## 二 �嗣后行为的修改与解释功用

在文章讨论的开始，很有必要首先对嗣后行为及相关概念作出明确的界定。一般来说，嗣后行为是条约缔约方在条约缔结后、履行条约过程中就相关事项进行的行为，包括签署正式的条约、非正式的协定以及没有以协定表现出来的行为。1969年《维也纳条约法公约》第31条第3款第1项和第31条第3款第2项分别规定了在条约解释中“应与上下文一并考虑”的“嗣后协定”(subsequent agreements)和“嗣后惯行”(subsequent practice)。<sup>①</sup>但实践中很多时候“嗣后惯行”还常被用于指代“嗣后协定”，导致使用上的混淆。对于“嗣后协定”和“嗣后惯行”的区别，国际法委员会从形式和证据表象的角度对两者作了区别。<sup>②</sup>但很多的国际司法机构并不愿意明显地区别两者，因而在实践中会采用“嗣后行为”(subsequent conduct)、“嗣后立场”(subsequent positions)、“嗣后态度”(subsequent attitudes)等措辞来取代两者。<sup>③</sup>WTO的专家组和上诉机构在案件中也并非总是对这两者作出区分。<sup>④</sup>所以，国际法委员会“条约随时间演进”的专题报告员格奥尔格·诺尔蒂(Georg Nolte)在其报告中将《维也纳条约法公约》第31条第3款的“嗣后协定”和“嗣后惯行”统称为“嗣后行为”。本文也采用“嗣后行为”的概念展开论述。一项条约在缔结生效之后，最重要的就是缔约方的具体落实和执行，那么包括各种惯常做法、决议、单方声明、多方声明在内的嗣后行为会对最初的条约起到什么作用呢？是解释、修改条约抑或两者兼备？这需要从嗣后行为在条约法体系中的“前世今生”说起。

<sup>①</sup> 条约法方面的中文著作中，李浩培的《条约法概论》将“subsequent practice”翻译成“惯行”，中国外交部官网公布的《维也纳条约法公约》将其翻译成“惯例”，学者中还有将其翻译成“嗣后行为”的。本文采用“嗣后惯行”的译法，将《维也纳条约法公约》第31条第3款的“嗣后协定”和“嗣后惯行”统称为“嗣后行为”。

<sup>②</sup> ILC Yearbook 1966, vol. II, p. 222, para. 15.

<sup>③</sup> See Georg Nolte, “Reports for the ILC Study Group on Treaties over Time, Report 1”, in Georg Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (Oxford: Oxford University Press, 2013), p. 173.

<sup>④</sup> WTO专家组和上诉机构在相关案例中的观点参见：“Scheduling Guidelines” in WTO Panel Report of Mexico-Measures Affecting Telecommunications Services, WT/DS204/R, 2 April 2004, and in WTO Appellate Body Report of US-Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, WT/DS285/AB/R, 7 April 2005; “1981 Understanding” in WTO Panel Report of US-Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations”, WT/DS108/R, 8 October 1999; “Tokyo Round SCM Code” in WTO Panel Report of Brazil-Measures Affecting Desiccated Coconut, WT/DS22/R, 17 October 1996, and a “Waiver” in WTO Appellate Body Report of EC-Bananas III, Second Recourse to Article 21.5, WT/DS27/AB/RW2/ECU, WT/DS27/AB/RW/USA, 26 November 2008, 转引自Report of the International Law Commission, A/68/10 (2013), p. 33.

## (一) �嗣后行为法律地位的前世今生

嗣后行为是否具有修改和解释条约的功能，这一争论可谓旷日持久。早在《维也纳条约法公约》的酝酿之际，其草案第 38 条曾经预期嗣后行为同时具有修改条约和解释条约的功能。后来由于遭到多数国家的反对，该条在表决时未能获得通过而被删除，但它的支持力量与反对力量至今仍难分伯仲。

再次忆及关于《维也纳条约法公约》草案第 38 条去留的激烈争论，有助于探析嗣后行为在条约法史上的法律功能与地位。该条规定：“一个条约可以由于该条约适用上的嗣后行为确定各当事国同意改变其规定而被修改。”<sup>①</sup>

根据国际法委员会的见解，一个条约的当事各国在该条约适用上的一贯的行为，不仅可以作为它们对于解释该条约的意思一致，而且在这种行为和原条约规定相异的情况下，也可以视为它们对该条约进行了修改的意思一致。<sup>②</sup> 国际法委员会这个条文草案遭到了维也纳条约法外交会议上很多代表的反对。反对的理由多种多样，主要有：担心破坏条约的稳定性，导致滥用和弱化“条约必须遵守”原则；条约的修改可能没有获得条约所有成员的同意，小小的外交官或行政官员都可能导致条约被修改从而使得国家的权力机构失权；对条约的非正式修改会对国内宪法产生威胁（因为有些条约是需要获得国内立法机构批准的）。此外，还有些代表提出，这一草案条款并没有存在的必要，因为将嗣后行为作为条约解释的一种方法已经涵盖了现实需要，很多时候是很难区分条约的解释、再解释和修改的。赞成保留这一条款的支持者则认为，国际法并不像国内法一样有严格的形式主义，通过嗣后行为对条约作非正式的修改已经获得了一些国际司法机构的认可，并且也从未在国内宪法方面产生过问题；如果条约所有的成员都同意以偏离条约最初意思的方式适用条约，则不存在违反“条约必须遵守”的原则；此外，实践中所产生的条约修改问题不能总是靠解释来解决。<sup>③</sup> 但无论如何，在付诸表决时，最终的投票结果是 53 票支持、15 票否决、26 票弃权，第 38 条草案最终被从《维也纳条约法公约》中删除。

然而，尽管嗣后行为修改条约这一规则最终没有被纳入《维也纳条约法公约》中，理论界和国际法实践对它的法律地位却并未因之而形成定论。李浩培先生称，“条约当事国的嗣后惯行可以改变原条约，不因这个条文的删除而按照该公约成为法律上不可能的事情”。<sup>④</sup> 也就是说，即使该条没有被编纂进《维也纳条约法公约》而成为明文的条约规范，但这种情形仍旧是客观存在的，并留由国际习惯法进行规制。所以，尽管当时维也纳外交会议上的多数代表不同意将第 38 条纳入《维也纳条约法公约》，但仍认为与《维也纳条约法公约》第 39 条并行着一条习惯法规则，即允许通过所有成员嗣后一致的实践修改条约。<sup>⑤</sup> 其中，意大利的外交代表马雷斯卡（Maresca）称，“国际法并不是形式主义的奴隶，它的特性决定了它必须要适应现实情况，被删

<sup>①</sup> Draft Article 38 of Law of Treaties provided as “modification of treaties subsequent practice-a treaty may be modified by subsequent practice in the application of the treaty establishing the agreement of the parties to modify its provisions”, [http://legal.un.org/ilc/guide/1\\_1.htm](http://legal.un.org/ilc/guide/1_1.htm) (last visited March 30, 2015).

<sup>②</sup> 李浩培：《条约法概论》，法律出版社 2003 年第 2 版，第 384 页。

<sup>③</sup> See Georg Nolte, “Reports for the ILC Study Group on Treaties over Time, Report 2”, in Georg Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, p. 201.

<sup>④</sup> 李浩培：《条约法概论》，第 386 页。

<sup>⑤</sup> Olivier Corten & Pierre Klein, *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary* (Oxford: Oxford University Press, 2011), p. 974.

除的《维也纳条约法公约》草案第38条强调了法律会因现实需要而进化”。<sup>①</sup>

国际法委员会2009年第61届会议所设立的“条约随时间演进”专题研究组，其目的并非就是为了起草一个公约，而是为了总结与嗣后行为相关的、具有代表性的司法案例，从而形成一般性的结论或指南，“为条约的解释和适用提供共同的理解背景、消减潜在的冲突”。<sup>②</sup>专题报告员及主席格奥尔格·诺尔蒂向大会非正式提交了3份报告，其中就专章讨论了在特殊制度下与嗣后协定和嗣后惯行有关的判例以及在司法和准司法程序外的国家嗣后协定和嗣后惯行。2014年国际法委员会第66届会议暂时通过的《与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯行》草案案文及其评注中提到：“嗣后达成的协定可能修正或修改条约，但是这类嗣后协定是《维也纳条约法公约》第39条所指协定，应当与第31条第3款第1项所指的嗣后协定加以区分……国家和国际法庭基本都愿意给予缔约国通过嗣后协定解释条约的较大空间，这种空间甚至可以超出条约术语的通常含义。国家和法院认可条约的解释空间，却不太愿意认可协定实际具有修正或修改条约的效果。”<sup>③</sup>该评注反映了这样一种观点，国家和法院倾向于尽量将缔约方达成一致的嗣后行为视为以特定方式解释条约的努力，所以需要关注的是条约的演进式解释而非条约修改。<sup>④</sup>也就是说，条约的缔约方可以在条约适用过程一致同意以嗣后行为的方式非正式地修改条约，但若缔约方对嗣后行为的意思或适用产生争议，那么司法机构就倾向于将嗣后行为界定为对条约的解释而不是修改。因为，有争议就说明缔约方对嗣后行为修改先前条约未达成一致；如果达成一致就不可能产生争议。可见，发展至今，嗣后行为谋求具有像条约修正一样的法律地位从而可以对条约进行有效的、非正式的修改，似乎已经变得更为困难，换言之，它并没有形成一项习惯法规则。

## （二）嗣后行为在条约制度中获认可的功用——解释

一项条约在缔结生效后，最重要的就是条约的适用与解释。缔约方在条约执行过程中的嗣后行为往往能直接或间接地体现出对条约的理解及态度，是对条约正确理解的最好且可信赖的证据。将嗣后协定和嗣后惯行作为解释的资料加以应用已经成为各国际裁决机构的普遍做法。<sup>⑤</sup>对于那些确立了当事方关于条约解释方面的共同协定的嗣后惯行，已被作为条约解释的权威资料，被要求与上下文一并得到考虑，即使在约文清楚明白的情况下也不排除这种资料的应用。<sup>⑥</sup>基于这一逻辑以及所考察的司法实践，《维也纳条约法公约》最终只将嗣后行为归类为条约解释的要素，并且还将其解释分量提升到“补充解释资料”之上。因为《维也纳条约法公约》是将嗣后协定和嗣后惯行置于《维也纳条约法公约》第31条第3款，是作为解释通则中的“外部性上下

<sup>①</sup> See UNGA, “UN Conference on the Law of Treaties, First Session, Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Committee of the Whole” (24 April 1968, 37<sup>th</sup> meeting), UN Doc A/Conf. 39/11, p. 207.

<sup>②</sup> Report of the International Law Commission, A/63/10 (2008), pp. 374 – 375.

<sup>③</sup> Report of the International Law Commission, A/69/10 (2014), p. 187.

<sup>④</sup> 例如，在关于航海权和相关权利的争端案中，国际法院可以不回答缔约方的嗣后惯行是否修改“comercio”一词的含义，因为法院已判定可以对其作出演进式解释。See *Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, I. C. J. Reports 2009, pp. 242 – 243 at paras. 64 – 66.

<sup>⑤</sup> Sir Arthur Watts (ed.), *The International Law Commission (1949 – 1998), Volume Two: The Treaties, Part II* (Oxford: Oxford University Press, 2000), p. 689.

<sup>⑥</sup> 张东平：《WTO 司法解释论》，厦门大学出版社2005年版，第95页。

文”(external context)，而没有置于第32条的补充资料范畴中，因而是被视为具有“确认”条约文本功能而非“提出新主张”(seem more in the order of confirmation rather than assertion)。<sup>①</sup>

但是，嗣后行为的条约解释功能这一法律地位在国际司法机构中也并非很巩固。在过去的数百年间，国际司法机构在争端解决案件中，并没有普遍地或系统化地采用嗣后行为来解释条约。在伊朗——美国索赔法庭处理的案件中，<sup>②</sup> 尽管有数千个裁定，但裁判者只是“偶尔地”采用嗣后惯行作为解释的要素，并且只有一次将嗣后惯行作为条约解释的决定性标准。<sup>③</sup> 国际投资争端解决中心(ICSID)仲裁庭很有限地在解释中利用嗣后协定和嗣后惯行。<sup>④</sup> 北美自由贸易区(NAFTA)争端解决机构的专家组在特定案件中将嗣后惯行作为决定性的考量要素时表现出非常严格的态度。<sup>⑤</sup> 美洲人权法院在它的裁决中则从未提及嗣后惯行。<sup>⑥</sup> 而对于国际海洋法法庭，尽管“海洋法是一个国家传统实践具有极为特殊作用的领域”，但它也尽量克制避免系统化地审查国家的实践。<sup>⑦</sup> 欧盟法院在解释基本法(primary law)时尽量避免将成员的嗣后行为考虑在内，而在欧盟与第三国签订的协定中则更加不愿意考虑嗣后行为。也就是说，根据国际司法机构的实践，并不能得出利用嗣后行为来解释条约已经成为普遍性做法这么一个结论。条约解释中是否采用嗣后行为以及其在解释要素中的分量，会依条约和国际组织的不同特性而有所区别。但是，无论如何，嗣后协定与嗣后惯行可以作为解释的要素这一地位已经为《维也纳条约法公约》所确认，目前实践中需要确认的就是它在裁决推理中能起到多大的作用，是解释、再解释(reinterpretation)还是具有明显修改效果的再解释。

至今为止，很多在第二次世界大战后订立的条约与国际组织协定也有了一定的“年龄”，它们所面临的时代与当初缔约者所处的时代有天壤之别，条约的稳定性与时代相应性(adaption)的紧张关系显得更为突出。由于条约正式修正程序的繁杂和获得通过的难度，使得条约以嗣后行为的方式进行调整从而适应环境成为可能；但对条约的非正式修改往往又会侵蚀主权并对国内宪法造成挑战。如何平衡“有一定年龄”的条约适应环境的现实需要和作为条约法基础的国家同意原则呢？国际法委员会关于“条约随时间演进”的专题研究就是为了通过归纳和分析大量关于嗣后行为的国际司法案例，探明嗣后行为在条约解释中的作用规律。该专题报告员格奥尔格·诺尔蒂在第一次报告中就提出：“条约缔约国之间达成的嗣后协定和嗣后惯行是可靠的解释方

<sup>①</sup> Olivier Corten & Pierre Klein, *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, p. 826.

<sup>②</sup> 1981年，美国和伊朗根据“一般宣言”和“索赔解决宣言”(合称为“阿尔及利亚宣言”)建立了伊朗——美国索赔法庭，目的是为解决1979年11月的美国外交人员人质危机及伊朗后来在美国财产被冻结等争议问题，该法庭至今已经审结了3900个案件。See Iran-United States Claims Tribunal, <https://www.iusct.net/Pages/Public/A-About.aspx> (last visited April 10, 2015).

<sup>③</sup> See Georg Nolte, “Reports for the ILC Study Group on Treaties over Time, Report 2”, in Georg Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, p. 285.

<sup>④</sup> See Georg Nolte, “Reports for the ILC Study Group on Treaties over Time, Report 2”, in Georg Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, pp. 226–227.

<sup>⑤</sup> See Georg Nolte, “Reports for the ILC Study Group on Treaties over Time, Report 2”, in Georg Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, p. 243.

<sup>⑥</sup> See Georg Nolte, “Reports for the ILC Study Group on Treaties over Time, Report 2”, in Georg Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, p. 275.

<sup>⑦</sup> See Georg Nolte, “Reports for the ILC Study Group on Treaties over Time, Report 2”, in Georg Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, p. 237.

法，在解释条约时应予以考虑……（嗣后协定和嗣后惯行）可指导对条约的演化解释。”<sup>①</sup> 这实际上相当于将条约如何适应时代变化的重任压在《维也纳条约法公约》第31条第3款之上，也就是有可能让它承担被删除的《维也纳条约法公约》草案第38条本应该承担的功能。通过借用嗣后行为来对条约作“演化解释”，一方面可以实现条约依时代需要而生的调整需要，另一方面又尽可能地将这种调整控制在最初条约的范围之内，从而谨慎地实现条约稳定性与发展性的平衡。

但是，正如国际法委员会报告所称的，“通过嗣后惯行解释条约和修改条约之间的界限是很模糊的”，而且国际法院也从未专门探讨过这两者的区别标准。<sup>②</sup> 一项条约，比如WTO的“加入议定书”里的“超WTO义务”，在表面上看存在着改变WTO普遍性规则的效果，如果既不能将它认定为《马拉喀什建立世界贸易组织协定》第10条意义上的修正，也不能将其认定为以嗣后行为这一非正式方式修改WTO协定，那么它是否只能在WTO协定的解释中作为“嗣后协定”或“嗣后惯行”发挥作用呢？而嗣后行为的条约解释是否能够容纳其本身已经产生的修改效果呢？要回答这些问题还必须从国际司法机构以及WTO的争端解决实践中寻找答案。

### 三 国际司法机构关于嗣后行为修改条约的实践

尽管理论界有不少学者认为存在着与《维也纳条约法公约》正式修正并行的、通过嗣后行为修改条约的习惯法规则，但国际法院的司法实践中，除了航海权和相关权利的争端案件以及一些涉及边界条约的裁决外，很少有明确确认嗣后行为具有修改条约效果的裁判。<sup>③</sup>

#### （一）认定嗣后行为构成条约修改的国际司法判例

哥斯达黎加诉尼加拉瓜关于航行和有关权利一案中，关于圣胡安河（San Juan River）的航行权纠纷持续了200多年，国际诉讼也进行了4年多。圣胡安河由尼加拉瓜湖流入加勒比海，其中有一段是位于尼加拉瓜和哥斯达黎加之间的界河。两国曾在1858年签署条约规定，这条河除靠近哥斯达黎加岸边的部分，其余全部属于尼加拉瓜。但此后，两国在该河的一些航行权问题出现了争议并形成一些不同的声明和实践做法。2005年，哥斯达黎加将尼加拉瓜诉至国际法院，称尼加拉瓜对该国根据条约规定的航行权施加了不公正的限制。国际法院称，“在《维也纳条约法公约》第31条第3款第2项的含义内，当事双方事后的做法会导致背离当事双方之间默契的愿意；在有些情况下，当事双方在条约缔结时就愿意或假定愿意赋予所有术语或部分术语变化而并非一成不变的含义，以考虑到国际法的发展变化情况”。<sup>④</sup> 国际法院这样的措辞很容易让人同时产生条约修改和解释两方面的联想，因此，格奥尔格·诺尔蒂在向国际法委员会提供的第二次

<sup>①</sup> Georg Nolte, “First Report on Subsequent Agreements and Subsequent Practice in Relation to Treaty Interpretation”, International Law Commission Sixty-fifth session, A/CN.4/660 (2013) p.27.

<sup>②</sup> See Georg Nolte, “Reports for the ILC Study Group on Treaties over Time, Report 1”, in Georg Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, p.207 (discussing the distinction between treaty interpretation and treaty modification by way of “subsequent conduct”).

<sup>③</sup> Report of the International Law Commission, A/69/10 (2014), p.636.

<sup>④</sup> *Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, p.242.

报告中称，“并不清楚法院是想因此承认第 31 条第 3 款第 2 项所述的嗣后惯行也具有修改条约的效果，还是仅仅在与条约解释相关方面提及该点”。<sup>①</sup>

此外，国际法院涉及的缔约方可能通过嗣后惯行修改条约的其他重要案件主要与边界条约有关。国际法院在喀麦隆和尼日利亚陆地和海洋疆界案中指出，“喀麦隆在该领土内的行为只涉及它是否默认对条约的修改，法律上并不能完全排除这种可能性”。<sup>②</sup>

仲裁案件中，也有认定条约成员的嗣后行为导致对条约明示条款修改的案例。国际常设仲裁法院的厄立特里亚诉埃塞俄比亚（Eritrea v. Ethiopia）一案中，厄立特里亚和埃塞俄比亚根据 2000 年 12 月的协定设立了一个划界委员会，该委员会根据 1900 年、1902 年和 1908 年殖民时期的条约和应适用的国际法划定争议边界。<sup>③</sup> 该委员会详细地分析了相关边界条约文本所规定的界线是否被成员嗣后的行为所修改，并得出最后的结论，认为原条约所规定的某些界线实际已经被成员的嗣后行为修改了。<sup>④</sup>

## （二）游离在解释与修改之间的国际司法裁决

国际司法机构在处理涉及嗣后行为对条约修改问题的案件时，即使是依此逻辑进行推理和裁断，但更多时候却是用模糊的语言处理以避免对这种功能进行定性。

泰国和柬埔寨关于柏威夏寺（Temple of Preah Vihear）的争端由来已久，是柬埔寨在法国殖民时期所遗留的与泰国领土主权的历史遗留问题。柏威夏寺建于公元 9 世纪至 12 世纪，位于泰国和柬埔寨边界交界处，被奉为圣殿。按照 1904 年泰国当时的暹罗政府与统治柬埔寨的法国所议定的边界条约，柏威夏寺应在泰国境内；但负责勘界的法国军官在地图上作弊，涂改分水线，使得柏威夏寺被划在法属高棉一边。尽管泰国在 1935 年就已经发现地图有问题，但泰国仍旧继续使用该地图。1925 年至 1937 年的法国和泰国政府关于确认边界线的谈判过程中，1947 年在华盛顿的法国——暹罗政府协调委员会上，泰国都可以就地图划界问题提出异议，但泰国却没有相应的反应。国际法院认为，根据这些事实就可以自然地判断泰国已经接受了地图上关于柏威夏寺的划界，而不管其是否与分水线相对应；泰国完全可以主张不接受该有问题的地图，因为它知道法国和柬埔寨会依赖这一接受，并且泰国事实上也从 1904 年的条约中获益 50 多年。国际法院尤其强调本案的特殊情形，即作为当事一方的法国明确主张主权的情形下，另一当事方泰国是需要作出反应的。<sup>⑤</sup> 这个案子的判决是国际法院在《维也纳条约法公约》通过前的 1962 年作出的，所以维也纳外交会议上也讨论过该案中嗣后行为的界定问题。但需要注意的是，该案判决并没有明确认可嗣后行为对条约的修改，因为地图上的分界线是否与最初的边界条约中所议定的分水岭相一致这一问题（通常被认为不一致），法院并没有下定论，因为它认为“没有必要再考虑地图”。

<sup>①</sup> Georg Nolte, “Second Report on Subsequent Agreements and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties”, International Law Commission Sixty-sixth session, A/CN.4/671 (2014), p. 50.

<sup>②</sup> Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening), Judgment, I. C. J. Reports 2002, p. 353.

<sup>③</sup> Eritrea-Ethiopia Boundary Commission, [http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag\\_id=1150](http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1150) (last visited March 20, 2015).

<sup>④</sup> Georg Nolte, “Reports for the ILC Study Group on Treaties over Time, Report 1”, in Georg Nolte (ed.) *Treaties and Subsequent Practice*, p. 202.

<sup>⑤</sup> Case Concerning The Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Judgment, I. C. J. Reports 1962, p. 30.

上的分界线是否与真正的分水岭相符的问题”。<sup>①</sup>

此外，国际法院中涉及嗣后行为修改的条约，更多是与《联合国宪章》的修改有关，并且所涉及的宪章条款基本上是程序和机制性问题而非实体性权利和义务，因为也会被认为是在重新解释的范畴。

1971年纳米比亚案<sup>②</sup>是关于两个常任安理会成员弃权所通过的决议的效力问题。根据《联合国宪章》第27条第3款规定，“安全理事会对于其他一切事项之决议，应以九理事国之可决票包括全体常任理事国之同意票表决之”。但是在该案中，由于当时的苏联在朝鲜战争爆发后没有能参加安理会成员的投票，从而无法获得它的同意票。安理会存在着这么一个做法，即只要安理会成员没有投反对票，那么就会被视为“同意”（affirmative vote）。国际法院支持这一实践的效力，称“安理会长期的实践充分证明了，安理会成员（尤其是常任安理会成员）的总统命令和立场对常任安理会成员自愿的弃权所持的一致和统一的理解，即一个会员国弃权并不意味着反对核准所提议的事项……这点为联合国的成员普遍接受并作为联合国组织普遍实践的证明”。<sup>③</sup>这一点虽然经常被解读为暗示嗣后行为修改了《联合国宪章》第27条第3款，但国际法院咨询意见的措辞并没有提及解释与修改的区别及其鲜明的立场，所以该案更多时候被认为是依嗣后行为对《联合国宪章》进行广义解释的经典案例。<sup>④</sup>

以色列在被占领巴勒斯坦领土上建立隔离墙案<sup>⑤</sup>则涉及联合国大会向国际法院请求发表咨询意见是否侵犯了安理会权能的问题。根据《联合国宪章》第12条第1款规定，在安理会对某争端或情势正在执行宪章所授予的职务时，大会非经安理会请求，不能对该项争端或情势提出任何建议。该案中，就以色列在所占领的巴勒斯坦地区建立隔离墙行为的合法性问题上，以色列称，联合国大会越权的行为违反了该条的规定，因为当时安理会正积极介入中东情势问题。国际法院所提供的咨询意见认为，“联合国大会和安理会同时处理涉及国际和平和安全的相同事项这一不断发展的趋向，是与宪章第12条第1款规定相符的”，<sup>⑥</sup>理由就是“随着实践的发展，这种趋向已经变成了联合国大会所接受的实践”。<sup>⑦</sup>

1962年的联合国某些经费案也是涉及嗣后行为对《联合国宪章》产生变动的典型案例。该案中，国际法院通过考察联合国各机构的广泛实践来解释宪章第17条第1款中的“预算”和第17条第2款的“经费”含义。法院认为，联合国的相关实践与宪章中的“预算”一词的通常含义完全一致，联合国大会一贯实践表明将用于维持国际和平安全的有关费用包括在年度预算中，联合国大会也曾两次认定，即使某些经费是特别的或完全不同于普通预算，它们也依然属于宪章第17条第2款所授权大会分配的“本组织之经费”。<sup>⑧</sup>

<sup>①</sup> *Case Concerning The Temple of Preah Vihear ( Cambodia v. Thailand )* , p. 33.

<sup>②</sup> *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)* , Judgment, I. C. J. Reports 1971 , pp. 5 – 6.

<sup>③</sup> *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)* , p. 22 at para. 2.

<sup>④</sup> Olivier Corten & Pierre Klein, “The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary”, p. 828.

<sup>⑤</sup> *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* , Judgment, I. C. J Reports 2004 , p. 149.

<sup>⑥</sup> *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* , p. 149.

<sup>⑦</sup> *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* , p. 149.

<sup>⑧</sup> *Certain Expenses of the United Nations ( Article 17, paragraph 2, of the Charter)* , Judgment, I. C. J. Reports 1962 , pp. 160 – 178.

显然地，国际法院这 3 个案件的咨询意见都涉及《联合国宪章》，并且经常被认为是采用嗣后行为来对宪章作“演化解释”。如果嗣后行为对宪章的解释背离了宪章用语的自然和通常含义，那么这种解释实际上就构成了对宪章的修改。<sup>①</sup>但是国际法院是不会大胆承认这种实为修改的解释行为构成对宪章的“修改”，因为国际法院曾在 1950 年的和约解释案中声称，“法院的义务是解释条约而不是修改条约”。<sup>②</sup>

综上，国际司法机构的实践表明，嗣后行为确实可以导致对最初条约意思的修改，这种修改如同反映在其文本中一样。<sup>③</sup>但是，国际司法机构在处理时，却是尽可能从条约解释的视角来诠释这种“变动”，也就是，可以通过嗣后行为这一解释要素来对条约用语作狭义或广义解释，但并不能作出“修改”的解释。比如国际法院在联合国某些经费案咨询意见中就根据联合国相关嗣后惯行，对“经费”和“行动”分别作了广义和狭义的解释。<sup>④</sup>国际司法机构并不愿意明确认可嗣后行为具有修改条约的法律功能和地位，而是考虑通过解释的维度来处理条约适用中的稳定性与变动性、一般性与特殊性的矛盾与紧张关系。国际法委员会目前对《与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯行》的编纂工作重心就是从条约解释的视角界定嗣后协定与嗣后行为的概念、范围、认定标准及其价值，由此可看出，“演化解释的空间越大，就越不可能将嗣后行为界定为修改条约的方式”。<sup>⑤</sup>

#### 四 WTO 关于嗣后行为解释条约的实践

WTO 的实践是否认可嗣后行为修改条约的做法呢？在涉及嗣后行为问题上，WTO 的争端解决机构仅审查过嗣后行为在《维也纳条约法公约》第 31 条第 3 款第 2 项意义上的条约解释中的作用。<sup>⑥</sup>所以，要确认通过嗣后行为修改条约在 WTO 中是否具有合法与正当地位，则首先要理解 WTO 利用嗣后行为解释 WTO 协定的态度及实践。

日本——第二洒水案中的上诉机构对嗣后行为所作的定义非常经典，数次为后来的 WTO 案例以及其他国际司法机构所援引。在该案中，与解释条约有关的嗣后行为“被认为是‘协调的、普遍的、一致的’一系列行为或声明，它们足以证实存在可辨认的模式，表明缔约国对条约解释达成了协定”。<sup>⑦</sup>该案的上诉机构采用了学者伊恩·辛克莱（Ian Sinclair）文章里的公式，而该

<sup>①</sup> 韩燕煦：《〈联合国宪章〉解释对传统条约解释规则的影响和发展》，载《环球法律评论》2010 年第 3 期，第 141 – 142 页。

<sup>②</sup> *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania (Second Phase)*, Judgment, I. C. J Reports 1950, p. 12.

<sup>③</sup> See the Report of the ICL Study Group on the Fragmentation of International Law of 2004, YBILC 2004 II294, para. 332.

<sup>④</sup> *Certain Expenses of the United Nations* (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion of 20 July 1962, I. C. J. Reports 1962, p. 151, pp. 158 – 161 (“expenses”) and pp. 164 – 165 (“action”).

<sup>⑤</sup> See Georg Nolte, “Reports for the ILC Study Group on Treaties over Time, Report 1”, in Georg Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, p. 207.

<sup>⑥</sup> WTO 中与条约解释相关的嗣后行为案例参见 Repertory of Appellate Body Reports: Interpretation, [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/reportory\\_e/i3\\_e.htm#I.3.9](http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/reportory_e/i3_e.htm#I.3.9), (last visited March 10, 2015).

<sup>⑦</sup> “Subsequent practice in interpreting a treaty has been recognized as a ‘concordant, common and consistent’ sequence of acts or pronouncements which is sufficient to establish a discernable pattern implying the agreement of the parties regarding its interpretation.” See *Japan-Alcoholic Beverages II*, Appellate Body, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, pp. 12 – 13.

学者又是借鉴国际法委员会前任成员穆斯塔法·卡米拉·亚辛（Mustafa Kamil Yasseen）的观点，但是这个定义并没有被国际法委员会或国际法院所采纳。<sup>①</sup>这个定义一向被认为是非常严格的，它意味着只有那种在条约适用中、当事各方就条约解释达成了一致合意的嗣后行为，才可成为条约解释的要素；尽管国际司法机构、甚至WTO本身在实践中也没有将其视为判定可用于条约解释的嗣后行为的唯一标准。<sup>②</sup>也就是说，嗣后行为要构成条约解释的要素，WTO一开始就设立了很高的门槛。

那么，要构成一项可以作为条约解释要素的嗣后行为，WTO成员必须要有多高的参与程度呢？在欧盟——冰冻无骨鸡块案中，专家组认为，要构成《维也纳条约法公约》第31条第3款第2项上的嗣后惯行，并不要求条约所有的缔约方都参与到某一实践中，只要能够证明所有的缔约方都接受了相关的实践就足够了。而这种接受则可以从一个成员的反应或不反应中推导出来；尤其是对于因成员而异的减让承诺表，这种方法更是具有现实意义。<sup>③</sup>但是，上诉机构认为要求有更大的参与性，称“尽管同意专家组的观点，不需要每一个成员都必须参与到特定的实践中来证明这种实践是‘普遍的、协调的’”。但是，一些成员而非所有的成员的行为显然不能等同于一个或一些成员的行为。所以，WTO中一个或很少成员的行为或声明是不能证明存在着一种‘协调的、普遍的、一致的’范式的”。<sup>④</sup>同时，对于如何认定那些没有参与实践的成员的“同意”，上诉机构推翻了专家组“没有反对即可”的观点，而是强调必须要考虑“潜在贸易利益者”的态度。<sup>⑤</sup>

WTO从丰富的案例中发展出严格而又灵活的认定可用于条约解释的嗣后行为的标准，具体包括：除了有实际利益关系的国家外，有潜在的贸易利益关系的国家也必须要参与到实践中；援用嗣后行为的成员必须要承担一定的举证责任；一个或少数成员相反实践的分量足以超越多数成员的实践；沉默不等同于“同意”。<sup>⑥</sup>可以看出，WTO对嗣后行为确实表现出与其他国际司法机构相比更严格的态度，或者说，WTO的上诉机构对当事方所主张的嗣后行为总是持怀疑的态度。<sup>⑦</sup>相应地，WTO上诉机构也明确表示不接受导致修改条约义务的解释，因为这不是“适用”现有的条约规定。<sup>⑧</sup>《关于争端解决规则与程序的谅解》第3条第2款明文规定“DSB的建议和裁决不能增加或减少适用协定所规定的权利和义务”，这一条直接限定了WTO专家组和上诉机构所不能逾越的职权范围。2014年的国际法委员会报告就曾指出，如果条约本身规定了条约文

<sup>①</sup> See Georg Nolte, “Reports for the ILC Study Group on Treaties over Time, Report 2”, in Georg Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, p. 217.

<sup>②</sup> Georg Nolte, “First Report on Subsequent Agreements and Subsequent Practice in Relation to Treaty Interpretation”, p. 37.

<sup>③</sup> European Communities-Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts, Panel Report, WT/D269/R, WT/D286/R, para. 2. 753.

<sup>④</sup> European Communities-Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts, Report of the Appellate Body, WT/D269/AB/R, WT/D286/AB/R, para. 259.

<sup>⑤</sup> European Communities-Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts, Report of the Appellate Body, paras. 272 – 276.

<sup>⑥</sup> See Georg Nolte, “Reports for the ILC Study Group on Treaties Over Time, Report 2”, in Georg Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, pp. 217 – 219.

<sup>⑦</sup> Julian Arato, “Treaty Interpretation and Constitutional Transformation: Informal Change in International Organizations”, (2013) 38 *The Yale Journal of International Law* 289, p. 313.

<sup>⑧</sup> 参见欧共体——香蕉案（三）上诉机构报告，第二次诉诸第21.5条，(WT/DS27/AB/RW2/ECU, WT/DS27/AB/RW/USA)，第391 – 393段。

本效力和地位的不可更改性，则必须遵从其原有的规定，也就是条约“一开始就可以控制这一问题”。<sup>①</sup>《关于争端解决规则与程序的谅解》第3条第2款应该就属于这种“一开始就控制”的情形。当然，不同的国际司法机构实践会对《维也纳条约法公约》第31条第3款中嗣后行为采用宽严不等的标准，欧洲人权法院甚至还认可缔约方的嗣后行为对条约具有修改作用。尽管国际司法机构承认存在着缔约方通过嗣后行为修改条约的可能性，但仍认为应尽量避免认可这类修改；国际司法机构目前更倾向于接受可能扩大条约用语的通常含义的宽泛解释。<sup>②</sup>

总之，就WTO目前的实践规律而言，WTO在根据嗣后行为对条约作解释时严格限定不可对条约产生修改的效果，更不要说直接认可嗣后行为对条约的修改地位了。

## 五 WTO “加入议定书” 是何种意义上的嗣后行为？

### (一) “加入议定书” 不是具有修改功能的嗣后行为

GATT本身并不是一个真正的国际组织，没有组织章程、没有独立的法律人格，但它却作为一个特殊的机制安排运作了近半个世纪。最初的GATT 1947只是通过《临时适用议定书》(Protocol of Provisional Application)和“GATT加入议定书”临时适用，几乎没有机制性条款。那么，GATT是如何适应不断变化的新情况，并积淀充分的能量进化为一个涵盖了多领域的多边贸易组织呢？确实，GATT体制有通过嗣后行为发展法律的丰富传统。从机制的完善角度看，“GATT的整个机制机构（包括理事会和争端解决机制），都是通过缔约方的嗣后行为建立起来的”。<sup>③</sup>比如，GATT 1947在法律上原先并没有设立秘书处，而是由“流产”的国际贸易组织(International Trade Organization, ITO)所遗留的“国际贸易组织临时委员会”(Interim Commission for the ITO)代为履行秘书处的职责。1965年全体缔约方所通过的一项决定才正式认可总干事的职责，而在此之前联合国秘书长和关贸总协定执行秘书长曾先后代行总干事的部分职责，所以，“总干事的职责完全是根据实际的需要而发展起来的”。<sup>④</sup>从缔约方的实体权利义务角度看，GATT 1947在1947年至1995年期间，历经“更正、修正或修改”而获得扩展和完善，而《马拉喀什建立世界贸易组织协定》第2条第4款也是如此界定GATT 1994的范围。<sup>⑤</sup>也就是说，这里所指的“更正、修正或修改”，都是指经由缔约方通过正式程序全体同意作出的“依法”修改，并不存在“合法性”问题。因此，GATT全体缔约方于1979年所通过的偏离最惠国待遇条款的授权条款，<sup>⑥</sup>因为满足了全体缔约方同意以及正式的程序要件，可以被认定为GATT 1947第30条的正式修正；对关税表的修改可以偏离GATT 1947第2条第7款和第30条的要求而不需要

<sup>①</sup> Report of the International Law Commission, A/69/10 (2014), p. 191.

<sup>②</sup> Report of the International Law Commission, A/69/10 (2014), p. 191.

<sup>③</sup> Julia Ya Qin, “The Conundrum of WTO Accession Protocols: in Search of Legality and Legitimacy”, p. 30.

<sup>④</sup> 余敏友：《世界贸易组织争端解决机制法律与实践》，武汉大学出版社1998年版，第113页。

<sup>⑤</sup> 《马拉喀什建立世界贸易组织协定》第2条第4款规定：“GATT 1994 在法律上不同于1947年10月30日的《关税与贸易总协定》，后者附在《联合国贸易与就业会议筹备委员会第二次会议结束时通过的最后文件》之后，以后又历经更正、修正或修改（即GATT 1947）。”

<sup>⑥</sup> “Differential and More Favorable Treatment Reciprocity and Fuller Participation of Developing Countries”, Decision of 28 November 1979 of Contracting Parties (L/4903), <https://www.wto.org/> (last visited January 5, 2015).

正式的接受，由于是全体缔约方所通过的决定，<sup>①</sup> 同样也可以被认定为正式的修改。在机制与程序方面的嗣后行为，则可以认为是《维也纳条约法公约》第31条第3款中具有条约解释功能的嗣后行为。<sup>②</sup>

但对于WTO成立后所出现的新“加入议定书”而言，却不能将其界定为修改了WTO协定的嗣后行为。

首先，WTO是一个具有完整法律人格的国际组织，与GATT 1947这种以松散条约安排所形成的机制有很大的区别。被称为“WTO之父”的约翰·杰克逊（John Jackson）一直喜欢用“宪法”（constitution）一词来描述WTO，“宪法”和“机制”两个概念几乎贯穿了他所有的著作；他认为国际贸易体制的机制化发展使得GATT和WTO具有了“宪法化”特性。尤其是，具有国际法律人格的WTO这一个多边贸易组织，具有机制性和规范性，是一个规则导向的机制安排，除了因成员而异的市场准入承诺以及对发展中国家的差别和特别待遇外，所有的基本规则应该是对成员一视同仁。《2007年WTO贸易报告》在分析多边贸易协定的设计时就专门指出，根据“无知之幕”（veil of ignorance）<sup>③</sup>的理论，多边贸易协定会被推定为对每个参与者都是公平和有效的；WTO被赋予“守门员”的角色负责监督已经达成的“游戏规则”不被稀释、忽略和违背；只有这样，弱小国家才不会因为害怕被强大的贸易对手“盘剥”而拒绝参与谈判。<sup>④</sup>因而，已经达成的WTO规则不会轻易发生改变，如果需要修改，则必须严格按照《马拉喀什建立世界贸易组织协定》第10条的修正要求进行，而不可能通过嗣后行为这种非正式的方式来对WTO规则进行“事实上的修改”。一方面，“加入议定书”是申请者与WTO而非WTO在任成员所签订的双边条约，很难在形式上认定WTO的在任成员参与了这种嗣后行为；另一方面，“加入议定书”中所规定的“超WTO义务”条款，只要求新加入成员承担与其他成员相比更重的义务，而并不影响WTO创始成员相互之间在WTO协定下的权利和义务（尽管某种意义上，它们某些义务会因为“超WTO义务”的出现而“变轻”）。有学者就此举了中国特殊保护措施一例，认为尽管《中国加入议定书》所规定的“特殊保护措施”违反了《保障措施协定》“只问产品不问来源”的规定，但却只是对中国的暂时适用，并不产生修订《保障措施协定》条款的法律效果。<sup>⑤</sup>

其次，WTO司法实践在依照嗣后行为对WTO协定作解释时严格限制产生修改的效果，《关于争端解决规则与程序的谅解》第3条第2款也明文规定DSB的建议和裁决不能增加或减少适用协定所规定的权利和义务。与其他的条约和国际组织相比，WTO更重视通过条约来保护经国家同意才承担的义务，而尽可能防止以嗣后行为这种不正式的方式来改变经谈判达成的权利和义

<sup>①</sup> See GATT Analytical Index, Article XXX (4) (b), [https://www.wto.org/english/res\\_e/booksp\\_e/gatt\\_ai\\_e/art30\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/gatt_ai_e/art30_e.pdf) (last visited January 15, 2015).

<sup>②</sup> Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law* (New York: Cambridge University Press, 2005), p. 49.

<sup>③</sup> “无知之幕”（veil of ignorance）理论最早是由美国哈佛大学教授约翰·罗尔斯（John Rawls）在其著作《正义论》中提出，大意是指“只有当你不知道自己是谁时，才能想清楚什么是正义”，参见〔美〕约翰·罗尔斯：《正义论》，何怀宏、何包钢、廖申白译，中国社会科学出版社2009年版，第105—106页。也就是，这种理论提出了一种实现公平和正义的方法，即在社会合作和利益分配过程中，以“无知之幕”消除那些与公平无关的个人倾向性因素。（笔者注）

<sup>④</sup> See WTO, *World Trade Report 2007 – Six Decades of Multilateral Trade Cooperation: What have We Learned?*, pp. 119–120, <https://www.wto.org/> (last visited April 3, 2015).

<sup>⑤</sup> 刘敬东：《论“加入议定书”在WTO法律体系中的定位》，第106页。

务的平衡。尤其是，与其他条约和国际组织不同，加入 WTO 意味着在一定程度上要让渡国家经济主权权利，从而使得一国或一个政府的经济决策权、经济管理权、立法权、司法权、解决国际争端的方式选择等方面的权能都会受到限制。<sup>①</sup> 这也是为何 WTO 会在约章性文件中为修正设定严格的程序，并且在《马拉喀什建立世界贸易组织协定》第 9 条第 2 款中专门强调，部长级会议和总理事会的“立法解释”不得损害第 10 条关于修正的规定，也就是说“立法解释”不能构成变相的“修正”。因此，WTO 的司法解释就更不能轻易将“加入议定书”解释为具有修改 WTO 协议的嗣后行为，从而规避了《马拉喀什建立世界贸易组织协定》所明文规定的严格的修正要求。

再次，以嗣后行为的方式来对条约进行“事实上的修改”，目前不仅没有被纳入 1969 年《维也纳条约法公约》，也尚未发展成为一个公认的国际习惯法规则。因为国际司法机构关于嗣后行为的司法实践以及国际法委员会关于“条约随时间演进”的研究成果都表明，通过嗣后行为对条约进行非正式修改在目前遭到了更多国家的抵制；司法实践倾向于将嗣后行为的功能界定为条约解释，或者是更进一步的演化解释，也不愿意将其界定为具有修改条约的功能。

## （二）“加入议定书”也不属于《维也纳条约法公约》第 30 条上的“后订条约”

从时间间隔来看，凡是相对于最初条约（以下简称先约）在后出现的协定，都可以被称为“后订条约”或“后约”（*subsequent agreement*, *later agreement*, *successive agreement*）。但 1969 年《维也纳条约法公约》对广义上的后约作了区分，将针对“同一事项先后所订条约”纳入到第 30 条中，而将专门针对条约解释和适用的“后约”纳入到第 31 条的解释规则中；相应地，在措辞上两者也分别采用了“连续性条约”、“后约”（*successive treaties*, *later treaty*)<sup>②</sup> 和“嗣后协定”（*subsequent agreement*）不同的称呼。需要注意的是，第 30 条采用了“条约”（*treaty*）这一正式的条约用语，而第 31 条第 3 款第 1 项采用的是“协定”（*agreement*）的措辞。根据第 65 届国际法委员会会议报告，“《维也纳条约法公约》并未对第 31 条第 3 款第 1 项和第 2 项的协定和惯例设定任何具体形式要求……虽然所有条约都是协定，但并非每项协定都是条约”，并进一步指出“第 31 条第 3 款第 1 项的‘嗣后协定’只能在条约的解释上予以考虑，因此它不一定具有约束力”。<sup>③</sup> 可见，虽然两者相对于最初的条约而言都是“后法”，但显然，第 31 条里的“嗣后协定”在形式上比第 30 条的“后法”更灵活，前者可以是没有发生法律效力的非正式性的文书，并且主要针对条约的解释和适用。

从条约法理论看，WTO “加入议定书”显然是一项正式的、具有法律约束力的条约。那么，作为 WTO 协定之后所缔结的“后约”，它是属于哪个意义层面上的“后约”呢？既然它不是修改了 WTO 协定的“嗣后协定”，那么可否被认定为《维也纳条约法公约》第 30 条上的“后约”从而适用相应的冲突规则呢？本文认为，如果暂且不考虑 WTO 协定的基本规范性与“加入议定书”中“超 WTO 义务”的非基本规范性，而是将两者都概括性地视为两份普通的条约，那么可以考虑将其认定为第 30 条意义上的“后法”。首先，从时间间隔上看，WTO “加入议定书”是

<sup>①</sup> 张军旗：《多边贸易关系中的国家主权问题》，人民法院出版社 2006 年版，第 113—118 页。

<sup>②</sup> 由于本文的重要切入点是嗣后行为理论的最新发展趋向，因此为保持连贯、突出比较，特在小标题处将《维也纳条约法公约》第 30 条所规定的“*successive treaties*, *later treaty*”翻译成“嗣后条约”，行文中则采用通常的“后约”、“连续性条约”等译法。

<sup>③</sup> Report of the International Law Commission, A/68/10 (2013), p. 32.

在WTO协定缔结并生效之后所缔结的协定，具有连续性（successive）；其次，从内容上看，多数“超WTO义务”与WTO协定基本规则的调整范围属于“同一事项”；再次，从功能上看，“超WTO义务”条款对同一事项上作出了与WTO协定不同的规定，符合《维也纳条约法公约》第30条先后条约对同一事项作出冲突性规定的要求。但是，要将“加入议定书”视为WTO协定的后续条约却无法满足主体性要件，因为要适用《维也纳条约法公约》第30条的冲突规则时，先约和后约的主体必须至少存在部分的重合。从表面上看，“加入议定书”和WTO协定的缔结主体并不存在重合。因为，尽管“加入议定书”只是规定新加入成员在WTO法律体系下的权利和义务而非规定作为国际组织的WTO的权利和义务，但毕竟是由新加入成员和WTO这一国际组织所缔结的；而WTO协定的缔结主体却是乌拉圭回合谈判期间的GATT缔约方（亦即WTO的创始成员）。因而，这两份法律文件的缔结主体完全不相同。既然WTO协定和“加入议定书”的缔结主体各不相同，那么就应该根据WTO协定或“加入议定书”明文规定的冲突适用规则来确定。一般说来，WTO本身属于一个具有独立法律人格的组织，其宪章性文件《马拉喀什建立世界贸易组织协定》和多边贸易协定原则上也应该具有规范（norm）特性。那么，根据自治实施（autonomous operation）理论，“国际机构受其组织宪章约束，自然实施那些由它们负责实施的文件而不实施与这些文件相冲突的文件”，<sup>①</sup>所以WTO也应该优先实施其原本的协定而非与其相冲突的“超WTO义务”条款。但事实上，无论是GATT还是WTO时期的“加入议定书”都有一个标准条款——“除……另有规定外”（except as otherwise provided for in the paragraphs referred to in……），这一条款似乎应该可以被认定为是一项冲突适用条款。比如《中国加入议定书》第1条第3款规定，“除本议定书另有规定外，中国应履行《WTO协定》所附各多边贸易协定中的、应在自该协定生效之日起开始的一段时间内履行的义务”。也就是说，如果“加入议定书”有特殊规定，则需要优先遵守该规定。

### （三）“超WTO义务”条款是规则的歧视适用

从性质归类上看，WTO“加入议定书”中的“超WTO义务”条款并不属于《维也纳条约法公约》被删除的关于嗣后行为可以修改条约的第38条，不属于《维也纳条约法公约》第31条第3款第1项涉及条约解释和适用的嗣后协定，同时也不属于《维也纳条约法公约》第30条所规定的、与“先约”产生冲突的“后订条约”，那么“超WTO义务”到底具有什么属性呢？解答这个问题必须要跳出传统的条约法理论，借助于国际机制和国际组织法理论来展开分析。

WTO从GATT进化而来，被认为是国际贸易领域的一个突破性进展，不再是一系列法律规则或条约的简单汇总，而是一个具有完整法律人格的国际组织，创建了统一性和一致性的全新法律秩序，GATT时期的祖父条款、菜单式选择接受条款已经被WTO所摒弃。WTO建立了部长大会、总理理事会、争端解决机构等一系列机构，规范涵盖货物贸易、服务贸易、知识产权等一系列领域事务，制定了各种实体和程序规则，它为确认国际贸易的义务设定了一系列新的权威标准，是突破了旧的国际贸易体制的全新的基础规范。<sup>②</sup>正是基于这样一种相对完备的机制创建，才使

<sup>①</sup> 万鄂湘、石磊、杨成铭、邓洪武：《国际条约法》，武汉大学出版社1998年版，第185页。

<sup>②</sup> Deborah Z. Cass, *The Constitutionalization of the World Trade Organization-Legitimacy, Democracy, and Community in the International Trading System* (Oxford: Oxford University Press, 2005), p. 66.

得约翰·杰克逊能够借助于多边贸易体制的机制优势不断倡议“机制宪法主义”，使得人们对WTO产生了宪法化的无限期待。但是，“超WTO义务”条款的产生和存在，并且优先于WTO协定而适用，使得实际新、老成员之间适用不同的规则，从而导致WTO规则适用的“双轨制”甚至“多轨制”，实质上构成了对WTO最惠国待遇基本原则的违背。保加利亚的加入工作组报告就记录了其谈判代表的陈述，“保加利亚不能承担超出通常成员身份所负担的义务”，<sup>①</sup>这一客观证据既反映了新加入成员在加入过程中所遭受的压力，也反映了新加入成员被要求承担“超WTO义务”的现状。

WTO的创始成员根据WTO协定就可以直接确定相互间的权利义务关系，但对1995年后的新加入成员而言，如果光看一揽子接受的WTO协定，是无法确定其与其他WTO成员间的权利义务关系的，而需要根据“加入议定书”规定而定。每一份含有“超WTO义务”条款的“加入议定书”，都会使得WTO创始成员、1995年后加入的新成员及最新加入成员间的权利义务关系更新一次。即，对一个新成员而言，要确定它与其他成员相互间所适用的规则，一方面要依据“加入议定书”来明确自身在WTO之下的权利和义务，另一方面要根据1995年后新加入成员的“加入议定书”来确定相互间的权利义务关系。学者们就此进行了批评，“长此以往，这种规则的‘碎片化’将造成WTO成员关系和法律体制的严重分裂，一个‘完整的、更可靠的和持久的多边贸易体制’将荡然无存”。<sup>②</sup>这种因不同成员而适用不同规则的现象通常会被认为是对WTO协定的修改，但是，WTO这一个国际组织的基本规则发生变化了吗？显然，如前文所述，WTO基本规则并没有被修改，唯一变化的，就是基本规则对特定成员的区别和歧视适用。

## 六 结 论

与加入国际组织一般只有批准加入决议相比，WTO“加入议定书”是加入一个国际组织所独有的特殊法律文件。如何对其定性，涉及WTO法律体系的正当性、合法性以及条约解释等重要问题，这一问题的解决对国际法理论和实践提出了更高的自治性要求。关于嗣后行为在条约法体系中的法律地位问题，《维也纳条约法公约》的编纂，包括WTO在内的各个国际司法机构中的数百年的实践中以及当前国际法委员会的“条约随时间演进”的专题研究，都已充分揭示，嗣后行为的功能在于条约体系中的解释，而非条约的修改；嗣后行为被限定在对最先条约的解释而不是修改；通过嗣后行为来修改条约并未成为一项国际习惯法规则。本文借助于嗣后行为的发展规律和连续性条约理论，提出WTO“加入议定书”并不是修改了WTO协定的嗣后协定，也不是《维也纳条约法公约》第30条上的“连续性条约”，而是WTO规则对特定新成员的歧视适用。“加入议定书”并没有修改或替代WTO协定，这两个协定在WTO法律体系中都是存在和有效的，只不过WTO协定是适用于多数成员的一般规则，“加入议定书”中的“超WTO义务”条款则适用于个别成员。WTO“加入议定书”这种因国而异的规则适用，实质上违背了WTO的机制化发展和非歧视原则，是对WTO宪法主义发展趋向的悖反。

<sup>①</sup> Report of the Working Party on the Accession of Bulgaria (20 September 1996), WT/ACC/BGR/23, para. 24.

<sup>②</sup> 刘敬东：《论“加入议定书”在WTO法律体系中的定位》，第106页。

# Insight on Legal Nature of WTO Accession Protocol from the Perspective of Subsequent Practice Theory

Liu Xuehong

**Abstract:** The legal nature of WTO Accession Protocol relates to the issues of the legality and legitimacy of WTO system, and the treaty interpretation as well. That whether WTO Accession Protocol is the subsequent practice modifying the general rules of WTO agreements should be made on the basis of the rules of subsequent practice. As to the legal status of subsequent practice, the codification of Vienna Convention on the Law of Treaties and the practices of the International judiciary agents, as well as the current research in the programme of “Treaties over Time” by International Law Commission, tend to classify subsequent practice as in the scope of treaty interpretation rather than treaty modification. Meanwhile, the legislative and judicial practices in WTO restrictively prevent the interpretation by subsequent practice with the effect of treaty modification. WTO-plus provisions in WTO Accession Protocol are neither the kind of subsequent practice modifying WTO agreements nor the successive treaty of WTO agreements in Vienna Convention on The Law of Treaties. Rather, they are kinds of differentiated and discriminatory application of the rules of WTO agreements to new acceded members.

**Keywords:** Subsequent Practice, WTO Accession Protocol, Treaty Modification, Successive Treaty, Discriminatory Application

(责任编辑：郝鲁怡)