

嗣后惯例的概念及其对条约解释的影响研究

田梦莎

(武汉大学, 湖北 武汉 430000)

【摘要】随着国际条约的发展,《维也纳条约法公约》第31条第3款第2项规定的“嗣后惯例”作为缔约国对条约解释的共同理解的客观证据,在条约法解释实践中日益发挥作用。但是《维也纳条约法公约》中对“嗣后惯例”的规定并不详尽。同时,如何使“嗣后惯例”正确发挥作用,而不产生条约非正式修正的效果,进而影响条约的稳定性,也是值得思考的问题。

【关键词】嗣后惯例; 维也纳条约法公约; 结论草案; 条约解释

【DOI】 10.12294/j.issn.1673-0992.2022.06.065

一、研究背景

随着国际环境的不断变化,国际条约的数量迅速扩大,条约所涉事项范围也不断扩展,国际条约的发展因此面临诸多问题,因而条约解释规则需要随之进行调整,以缓解条约的变动需求与稳定性需求之间的冲突,在保证为缔约国实现条约目的提供稳定环境的同时,使既存国际条约能够适应国际社会的新形势和新需求,在新的国际环境中得以存续并维持其效力和作用。要达成这一目的,一个重要途径就是使用非正式的方式重新解释条约。《维也纳条约法公约》(以下简称“《公约》”)第31条第3款第2项规定的“嗣后惯例”就是其中一种。^[1]

2016年第68届国际法委员会报告指出,条约的解释范围不一定是由固定的初始意图所决定的,而是会受到后续发展情况等一系列因素的影响。^[2]2018年8月,国际法委员会(以下简称“委员会”)第73届会议二读通过《关于条约解释的嗣后协定和嗣后实践的结论草案》(以下简称“《结论草案》”)。^[3]由此可见,嗣后惯例作为缔约国对条约解释的共同理解的客观证据,在新国际形势下得以发挥其自身特点和功能的优势,在条约解释、国际司法裁判等活动中发挥重要作用。

然而,虽然《公约》第31条已对嗣后惯例进行了明文规定,但相关规定过于简略,并未对其定义及构成要件等重要内容进行明确规定;国际性法院和法庭在裁决中的诸多适用嗣后惯例的实践,如国际法院(ICJ)及其前身常设国际法院(PCIJ)、国际海洋法法庭、欧洲人权法院的裁决,及世界贸易组织专题小组及其上诉机构的报告等,在对嗣后惯例的界定、所能发挥的作用等问题上也均具有较大的差异性。可见,虽然“嗣后惯例”的适用本身并不是一个新问题,但随着条约问题不断发展,不

同司法机构在适用中出现了不同态度。因此,明确“嗣后惯例”的内涵、特征,及其在条约解释中产生的影响具有重要意义。

二、国内外研究现状

我国较早开始研究这一问题的赵维田和刘敬东结合1996年“日本酒税案”,提出了“后续惯例”和普通法系的“遵从先例”具有相似之处。近年来,学者们的研究各有侧重,也存在一定分歧:张正认为从实践与法理上来看,“条约被当事国嗣后惯行修正”这一概念具有其合理性,不必将其完全摒弃;不过,修正条约的“当事国嗣后惯行”须从严把握,以确保条约的稳定性。师华指出,嗣后实践将会在现阶段条约解释中发挥重要作用。吴卡将嗣后惯例与演化解释进行了比较研究,分析了其区别和联系。刘雪红指出WTO的“加入议定书”不是“修改了WTO协定的嗣后行为”。韩燕熙认为嗣后惯例是条约解释的辅助手段,可以填补条约漏洞,但在某些情况下可以起到修改条约的作用。冯寿波认为相互矛盾的嗣后惯例会有不同的效力,这取决于条约所涉的多边条约机构。

国外对嗣后惯例的研究起步较早,发展相对成熟,不仅对《公约》第31条第3款进行了详细的评注,也对国际性法庭的实践进行了详细的分析。最新的研究动态主要集中在嗣后惯例与条约修改的关系问题等内容上。

三、嗣后惯例的概念

嗣后惯例(subsequent practice),有时又被称为“嗣后惯行”、“嗣后实践”。

(一) 国际法理论中“嗣后惯例”的定义

1. 《公约》中“嗣后惯例”的定义

《公约》第31条“解释之通则”第3款规定:“应与上下文一并考虑者尚有:(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……”这一定义将“agreement”译为“协定”，易造成与第1项中“嗣后协定”的混淆；而且从字面上来看，其似乎将“嗣后惯例”仅限于“协定”这一种形式。

2. 《结论草案》中“嗣后惯例”的定义

依据《结论草案》结论4，“…2. 嗣后实践作为第31条第3款第2项之下作准的解释资料是指条约缔结后确定各缔约方对条约的解释意思一致的适用条约的行为。3. 嗣后实践作为第32条之下的补充的解释资料是指条约缔结后一个或多个缔约方适用条约的行为。”相较《公约》中的粗略规定，

《结论草案》不仅对嗣后惯例进行了更详细的定义，还对其进行了分类，认为第2款（第31条第3款之下的）是狭义上的“作准解释资料”而第3款（第32条之下的）是广义上的“辅助解释资料”^[4]。

但《结论草案》中译本中对“subsequent practice”均采用了“嗣后实践”这一表述，其与《公约》中的“嗣后惯例”可以完全等同吗？在这一问题上，师华在综合了委员会的解释、WTO日本酒税案的上诉机构报告、国际法院等国际性审理组织的判决后提出，嗣后实践存在狭义和广义的定义：狭义嗣后实践为《公约》第31条第3款第2项所规定的缔约方在条约成立后就其适用对条约解释达成合意的实践，而广义嗣后实践为一个或多个缔约方就条约适用所作的实践，且此实践并没有与其他缔约方达成协议；狭义的嗣后实践为条约解释的有权解释，广义的嗣后实践仅可以作为条约的补充解释。综上，嗣后惯例应被认为属于国家嗣后实践的一种特殊形式，其仅应在发生条约解释冲突时发挥作用，如果将其译为“嗣后实践”，则似乎扩大了“嗣后惯例”的外延。

3. 小结

《公约》与《结论草案》中的规定存在诸多区别，而李浩培先生对《公约》第31条第3款第2项的翻译为：“确证该条约各当事国对该条约的解释意思一致的该条约适用上的任何嗣后惯例”。结合李浩培先生的观点来看，《公约》第31条对“嗣后惯例”的界定应并不拘泥于“协定”这一种形式，而应强调一种“合意”，即任何确定当事方对于条约解释一致理解的实践或惯例，都属于“嗣后惯例”——嗣后惯例是各缔约国在接受条约约束后，采取的可以综合表达其对条约解释的共同理解的形式各异的行为。

（二）嗣后惯例的构成要件

1. 嗣后惯例的适用主体

《公约》第31条并未明确“嗣后惯例”的适用主体，但联系上下文可知其归属主体首先并主要包括条约缔约国。缔约国既可以通过签订协定来解释条约，也可以通过“嗣后惯例”来解释条约。^[5]

在这一问题上，存在较多争议的是国际组织的主体地位——解释国际组织基本文件是否可以运用“嗣后惯例”？国际组织自身行为能否构成《公约》中的“嗣后惯例”？对于第一个问题，《公约》第5条规定，“本公约适用于为一国际组织约章之任何条约及在一国际组织内议定之任何条约，但对该组织任何有关规则并无妨碍”。因此嗣后惯例作为《公约》“解释之通则”中规定的条约解释方法，自然可用于解释国际组织基本文件。国际法院在“关于国家在武装冲突中使用核武器的合法性”的咨询意见中，在涉及世卫组织对《组织法》的解释时也适用了《公约》第31条第3款第2项中的嗣后惯例。^[6]

可见，解释国际组织基本文件时可以运用“嗣后惯例”的解释方法。对于第二个问题，国际法院在关于《政府间海事咨询组织海事安全委员会章程》的咨询意见中提出，“此组织在执行基本文件时所作实践是一种条约的解释方法”^[7]。可见国际法院认为国际组织的行为可以达到解释其基本文件的效果。国际法委员会提出，国际组织的实践是解释该组织基本文件的相关解释资料^[8]；《结论草案》结论12也指出，“第31条第3款所指的缔约方嗣后协定和嗣后实践或第32条所指的嗣后实践可以出自国际组织适用其组成文书的实践，或体现在此类实践中”。但同时，委员会也明确提出，国际组织的实践并不是第31条第3款第2项所指的缔约方自身的嗣后惯例。由此，国际组织并不构成《公约》规定的“嗣后惯例”的归属主体。

2. 嗣后惯例的形式要件

对于嗣后惯例的外在形式，国际法委员会认为，“达成合意的嗣后实践”不仅包括外向性的官方行为、声明等，还包括国内的立法、行政和司法行为等；不仅包括明示的官方声明，也包括默示同意。可见其外在形式是可以多种多样的。《结论草案》还进一步表明，嗣后惯例“并不一定是联合行为，（缔约）各方有平行的行为即可”，而对于缔约国行为的“一致性”问题，结论9条款指出其仅为增加嗣后惯例解释性价值的因素。

3. 嗣后惯例的适用范围

（1）“嗣后惯例”与“嗣后协定”的区别

《结论草案》在评注中提出，这两个概念的区别在于“嗣后协定”自动具有作准解释资料的作用，

“嗣后惯例”只在其不同内容联系在一起能够表明缔约方对条约用语意义的“共同理解”时才具有这种效果。因此，嗣后协定必须由缔约方在一次有意的共同行动或承诺中达成，以表明他们对条约解释或条约规定适用的共同理解；而嗣后惯例则囊括了缔约方所有形式的相关嗣后行为，以帮助确定缔约方在条约解释方面的一致性或“共同理解”。

(2) “嗣后惯例”与“第32条下的嗣后实践”的区别

《结论草案》指出，实践中，普遍存在将两者模糊甚至混淆适用的情况，也确实存在不符合第31条第3款第2项的所有标准但符合第32条范围的嗣后实践，这种嗣后实践虽然并未确定所有缔约方的一致意见，但可以作为条约解释的辅助解释资料。

四、嗣后惯例的条约解释方式

(一) 解释缔约时条约用语含义

通常在案件论证过程中，国际性法院和法庭首先确定条约用语的“通常含义”。在大多数情况下，嗣后惯例稍后才会进入论证阶段，届时法院或法庭会问及此类嗣后惯例是否确认或改变通过最初的文本解释（或通过其他解释资料）达到的初步成果。^[9]因此，嗣后惯例往往通过与《公约》解释通则中的其他解释资料相互作用，辅助澄清条约用语的含义。

而这些解释资料中，最重要的是条约用语的“通常意义”，“上下文”和条约的“目的和宗旨”。

嗣后惯例可被援引以确定条约用语的“通常意义”，如国际法院在“核武器咨询意见”案中指出，“根据国家惯例，‘毒物或有毒武器’在通常意义上被理解为其主要效果、甚至唯一效果，是使人中毒或窒息的武器”，因此法院得出结论：“这一惯例很清楚，这些文书的缔约国没有将该词理解为核武器。”嗣后惯例也可通过结合“上下文”，来帮助在术语的多种含义中确定缔约时缔约方的真正意思，如国际法院在处理“海事协商组织的咨询意见”案时，需要确定《国际海事组织公约》第28条中“最大船主国”的含义，法院通过参照该公约上下文中其他条款下的嗣后惯例指出，“鉴于执行《国际海事组织公约》的各项条款的实践，都是基于登记吨位……法院因此认为，在起草第28条时，不太可能考虑以登记吨位以外的其他标准来确定最大船主国”。嗣后惯例还可被参照用以说明条约目的和宗旨，如“丹麦诉挪威”案中，国际法院援引缔约国的嗣后惯例和执行情况来澄清了关于大陆架划界的双边协定的目的和宗旨。

(二) 推定演变后条约用语含义

《结论草案》结论8提出，嗣后惯例可协助确



定缔约方在缔约时的推定意图是不是赋予用语能够随时间演变的含义。因此,可以通过嗣后惯例获得缔约国的“推定意图”,这种解释方式又被称为“演变解释”,在这方面欧洲人权法院是典型的代表。

五、嗣后惯例对条约解释的影响及地位

(一) 嗣后惯例可能影响条约的解释范围

嗣后惯例可能导致某个条约用语的含义缩小或变得更宽泛,不同形式的嗣后惯例甚至可能导致对同一条约中的某些用语作出狭义解释,而对另一些用语作出广义解释。《结论草案》中,委员会认为,“澄清条约用语的含义”,或许还意味着“表明条约赋予各国的自由裁量权的特定范围”。

(二) 嗣后惯例可能导致条约的非正式修正

缔约方能否通过嗣后惯例来修正或修改条约这一问题,国际社会一直以来都存在很大争议。委员会在1966年的《公约》条款草案中拟定了“一个条约,可以由于该条约适用上的嗣后惯例确定各当事国同意改变其规定,而被修改”这一条款,在维也纳条约法会议上引起了重大争论,最终被彻底从草案文本中删除。然而,对这一条款的否决是否意味着彻底排除了缔约国通过嗣后惯例修改条约的可能性?有许多学者指出“谈判国只是不想在1969年VCLT中讨论该问题,而按照习惯法的一般规则,确定缔约方对修改条约达成一致的嗣后惯例的确可以修改条约。”虽然学术界认可嗣后惯例修正条约的作用,但在实践中,自1969年《公约》通过以来,国际性法院和法庭却通常避免予以承认,例如,国际法院在涉及这一问题的“隆端寺案”“纳米比亚案”“喀麦隆与尼日利亚之间陆地海洋边界案”“隔离墙案”中均表现出模糊态度,并未明确确认“条约被当事国嗣后惯例修正”,而只是得出了诸如“与条约案文的通常含义不太一致,但是与确认的缔约方实践相一致的解释”等模糊的结论。因此,如何既考虑嗣后惯例的作用,又避免造成条约的非正式修正,冲击条约本身的稳定性,是一个仍待解决的问题。

(三) 嗣后惯例在条约解释中的地位

国际法委员会在1966年对《公约》条款草案进行评注时指出:嗣后惯例在条约适用中,作为解释的一个因素,其重要性显而易见,因为其构成缔约国对条约含义之理解的客观证据。《结论草案》将嗣后惯例定性为“作准的”解释资料,并承认通过嗣后惯例所表现出的作为条约基础的缔约国的共同意愿在确定条约意义方面具有特定的权威性,甚至在条约缔结之后也是如此。但需要注意的是,条约的解释是一个“单一的综合行动”,在第31条

所指的各种解释资料中,没有等级之分。因此,应当认为,即使嗣后惯例在某一条约解释中具有重要作用,其作用也不一定是决定性的。可见,嗣后惯例本身并不是一种特殊的条约解释方法,而仅是一种条约解释资料。其在条约解释中虽然重要但并不具有决定性作用。

六、结论

在《结论草案》中,无论是对嗣后惯例的定义、分类,还是对演变解释的可能性作用,都呈现出一种宽泛的倾向。然而,正如中国所一贯主张的,在适用嗣后惯例进行条约解释时应坚持善意解释原则与条约必守原则,从而在缔约国实践与条约约文相冲突时发挥其灵活的解释作用;同时,应严格把握嗣后惯例的适用标准,使嗣后惯例只用于条约解释,而不会产生非正式性修改条约的后果。至于《结论草案》会对今后嗣后惯例的解释实践产生怎样的影响,还需要日后继续进行观察研究。

参考文献:

- [1] 张正、王爱芹:《论条约的“被当事国嗣后惯例修正”》,载《河北法学》2018年第7期。
- [2] 师华:《条约解释的嗣后实践研究》,载《理论探索》2018年第4期。
- [3] 张乃根:《探析条约解释的若干问题:国际法与国内法的视角》,载《国际法研究》2016年第5期。
- [4] 刘雪红:《从嗣后行为理论看WTO“加入议定书”性质》,载《国际法研究》2015年第3期。
- [5] 韩燕煦:《论条约解释中的嗣后实践》,载《国际法研究》2014年第1期。
- [6] 冯寿波:《〈维也纳条约法公约〉第31.3条“Subsequent Practice”研究》,载《西南政法大学学报》2014年第2期。
- [7] 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。
- [8] Irina Buga, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, Oxford: Oxford University Press, 2018.
- [9] 吴卡:《国际条约演化解解释理论与实践》,北京·法律出版社2016年版。
- [10] Georg Nolte, ed., *Treaties and subsequent practice*, Oxford: Oxford University Press, 2013.
- [11] 赵维田、刘敬东:《WTO:解释条约的习惯规则》,长沙·湖南科学技术出版社2006年版。
- [12] 李浩培:《条约法概论》,北京·法律出版社2003年版。