

中国缔结的双边条约在特别行政区的适用问题

——兼评“世能诉老挝案”上诉判决

戴瑞君

内容提要:中国根据“一国两制”基本方针对中国缔结的双边条约适用于特别行政区的制度做了特殊安排。这一切合港澳实际的精巧设计在总体运行平稳的同时也遭遇了实践挑战。在“世能诉老挝案”中,新加坡最高法院上诉庭判定,《中国—老挝双边投资保护协定》适用于澳门特别行政区。这一判决与中国对国际条约适用于特别行政区的制度预期相悖。该判决在适用“条约边界移动”、“关键日期”、解释条约的“嗣后协定”等国际法规则和概念时存在明显错误,多处推理论证也因违反逻辑而不具说服力。但该案所折射出的关于国际条约适用于特别行政区的制度安排对第三方的效力问题不容回避,中国有必要尽快采取措施解决这一问题。

关键词:世能诉老挝案 国际条约 特别行政区

戴瑞君,中国社会科学院国际法研究所副研究员。

2016年9月29日,新加坡最高法院上诉庭对“世能投资有限公司诉老挝人民民主共和国政府”一案(以下简称“世能诉老挝案”)作出终审判决,除其他外,判定1993年缔结的《中国政府和老挝政府关于鼓励和相互保护投资协定》(以下简称《中老BIT》)适用于中国澳门特别行政区。^[1] 判决作出后,中国外交部断言“新加坡法院对这一事实问题的认定是错误的”。^[2] 一时间,中国缔结的双边条约在特别行政区的适用问题再度成为热议话题。本文在概要梳理国际条约适用于特别行政区的基本制度安排的基础上,重

[1] *Sanum Investments Limited v. The Government of The Lao People's Democratic Republic* (hereinafter “*Sanum v. Laos*”), [2016] SGCA 57, Judgment, para. 152.

[2] “2016年10月21日外交部发言人华春莹主持例行记者会”,载外交部官网, http://www.fmprc.gov.cn/web/fyrbt_673021/jzhsL_673025/t1407728.shtml,最近访问时间[2017-08-07日]。

点结合“世能诉老挝案”上诉判决,从国际法角度探讨中国缔结的双边条约是否适用于特别行政区。

一 国际条约适用于特别行政区的基本制度

特别行政区的特别之处不仅体现在其史无前例的高度自治权上,也体现在其特别的条约适用制度上。^[3] 其特别的条约适用制度包括以下方面。

(一) 多边条约在特别行政区的适用

回归之前,由英国和葡萄牙延伸适用于香港和澳门的多边条约在回归之后并非全部不适用于特别行政区;中国缔结的多边条约也非全部自动适用于特别行政区。为解决多边条约在特别行政区的适用问题,中国政府分别在香港和澳门回归前夕照会联合国秘书长,^[4] 阐明可适用于两个特别行政区的多边条约。照会中涉及的国际条约以中国是否为缔约方可区分为以下两类。

第一类是中国是缔约方,并决定于回归之日起适用于特别行政区的条约。这类条约含有回归前已经适用于港、澳的条约,以及属于外交、国防类或者根据条约的性质和规定必须适用于国家全部领土的条约;此外还包括虽然回归前未适用于港、澳,但已决定在回归之日起适用于特别行政区的条约,如《伯尔尼保护文学和艺术作品公约》《1972年集装箱关税公约》等。

第二类是中国在港、澳回归时尚不是条约的缔约国,但已于回归前适用于港、澳,并决定于回归日起继续适用于特别行政区的条约。对中国已经缔结但不在上述列举之列,以及未来缔结的其他条约,照会说明了其在特别行政区的适用原则:如果中国政府决定将这类条约适用特别行政区,将另行办理有关手续。换言之,在办理相关手续之前,这类条约不适用于特别行政区。该原则有一明确例外,即对属于外交、国防类或者根据条约的性质和规定必须适用于国家全部领土的条约,中国政府无须另行办理有关手续,即适用于包括特别行政区在内的全部领土。

上述两份照会的正文及其附件已正式记录于联合国条约系统,并由秘书长通知联合国其他会员国及联合国各专门机构。对所涉条约非由联合国秘书长、而由其他机构保存的情况,中国政府也已分别发去类似照会,请其在相关缔约方中广为周知。中国对多边条约适用于特别行政区的上述安排得到了国际社会的了解和接受,为特别行政区连续、稳定地适用国际条约奠定了基础。但由于两份照会的标题已指明处理的是多边条约问题,因

[3] 本文所称国际条约的“适用”专指相关国际条约在特别行政区是否具有可适用性,是否约束特别行政区,而非指国际条约如何在特别行政区得到具体执行。

[4] 《中华人民共和国常驻联合国代表秦华孙大使就多边国际条约适用于香港特别行政区事项致联合国秘书长的照会》,《中华人民共和国国务院公报》1997年第39号,第1688-1718页。另见 Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General/Historical information/China, note 2 & note 3, https://treaties.un.org/Pages/HistoricalInfo.aspx?clang=_en#China。

此仍有必要单独讨论双边条约的适用问题。^[5]

(二) 过渡期缔结的双边条约在特别行政区的适用

为保障香港和澳门的平稳过渡和政权顺利交接,根据《中英联合声明》^[6]及《中葡联合声明》^[7]分别成立了中英联合联络小组和中葡联合联络小组,供中英、中葡政府间进行联络、磋商及交换情况。两个联络小组的职责均涉及对适用条约的制度安排。

具体而言,中英联合联络小组除其他外,负责审议“两国政府为确保同香港有关的国际权利与义务继续适用所采取的行动”以及“为协助香港特别行政区同各国、各地区及有关国际组织保持和发展经济、文化关系并就此类事项签订协定所需采取的行动”。^[8]其中,“有关国际权利与义务的继续适用”主要指过去适用于香港的国际条约可否继续适用的问题。关于多边条约的适用安排已经体现在上文述及的发给联合国秘书长的照会中。关于双边条约,原英国延伸适港的双边条约全部停止适用。为确保香港的繁荣稳定,保持并进一步发展香港对外经济、文化关系,中英两国政府通过联合联络小组协商同意,在回归前,香港可以自己的名义直接同有关国家或国际组织谈判和缔结相关领域的双边协定,这些协定于回归之日起可继续适用于香港特别行政区。^[9]据此,香港在《中英联合声明》生效起至回归前这段过渡期内,签订了一系列双边协定,包括与 13 个国家签订促进和保护投资协定、与 21 个国家签订民用航空运输协定、与 2 个国家达成航空过境协定、与 8 个国家签订移交逃犯协定、与 4 个国家签订刑事司法互助协定,与 1 个国家签订移交被判刑人士协定。^[10]

中葡联合联络小组的职责在表述上与中英联合联络小组类似,也包括“就两国政府为使澳门特别行政区保持和发展对外经济、文化等关系所需采取的行动进行磋商”。^[11]在过渡期内,经中葡两国政府通过联合联络小组协商同意,澳门同样被授权以自己的名义同外国缔结了一系列双边协定。例如,《澳门政府和德意志联邦共和国政府航空运输协定》在开篇即交待“澳门政府经葡萄牙共和国主管主权机构正式授权并经中华人民共和国政府同意”和德国政府缔结此协定。过渡期内澳门以自己的名义缔结的双边协定包括

[5] 有一种观点认为,中国发给联合国秘书长的照会中“未列入本照会上述附件的、中华人民共和国是当事方或将成为当事方的其他条约”包含了双边条约,因此,照会也解决了双边条约在特别行政区的适用问题。参见徐宏:《国际条约适用香港和澳门特区的实践》,《法制日报》2016 年 10 月 22 日第 4 版。这一观点疏忽了这段话的行文背景,经不住推敲。鉴于这段话出自《中华人民共和国常驻联合国代表秦华孙大使就多边国际条约适用于香港特别行政区事项致联合国秘书长的照会》中,文件标题已清楚表明它处理的是多边条约问题,自然不包括双边条约在内。

[6] 《中华人民共和国政府和大不列颠及北爱尔兰联合王国政府关于香港问题的联合声明》(以下简称《中英联合声明》)第 5 条及附件二。

[7] 《中华人民共和国政府和葡萄牙共和国政府关于澳门问题的联合声明》(以下简称《中葡联合声明》)第 4 条及附件二。

[8] 《中英联合声明》附件二第 4 条第 2 项、第 5 条第 2 项。

[9] 过渡期内香港缔结的双边协定的名称一般为“香港政府和某国政府关于××的协定”,在约文开篇首先阐明:“香港政府,经负责其外交事务的主权政府正式授权签订本协议”。例如,《香港政府和澳大利亚政府关于促进和保护投资协定》、《香港政府和菲律宾共和国政府关于移交被控告和被定罪的人的协定》。

[10] 中英联合联络小组同意香港与各国签订的一系列双边协定于 1997 年 6 月 30 日后继续有效。有关双边协定列表参见香港特别行政区政府及内地事务局网站, <http://www.cmab.gov.hk/gb/issues/joint2.htm#3>。

[11] 《中葡联合声明》附件二第 1 条第 2 款第 3 项。

民用航空协定、移转被判刑人协定、贸易与技术合作协定和避免双重征税及逃税协定。^[12] 这些协定在回归后继续适用于澳门特别行政区。而原由葡萄牙延伸适用于澳门的双边条约自回归之日起全部停止适用。

(三) 特别行政区的缔约权能与中国缔结的双边条约在特别行政区的适用

过渡期解决了原适用于港、澳的双边条约在特别行政区的适用问题,但没有专门规定中国缔结的双边条约是否适用于特别行政区。回答这一问题时不可忽略特别行政区的缔约权能。

根据《香港特别行政区基本法》和《澳门特别行政区基本法》,特别行政区经中央人民政府授权可行使一定的缔约权。特别行政区的对外缔约权能依获得程序的不同可以区分两类。一类是经中央人民政府一次性授权其以特区名义单独对外缔结条约的权能。根据《香港特别行政区基本法》第 151 条和《澳门特别行政区基本法》第 136 条,特别行政区可在经济、贸易、金融、航运、通讯、旅游、文化、体育等领域以“中国香港”“中国澳门”的名义,单独地同世界各国、各地区及有关国际组织保持和发展关系,签订和履行有关协定。有必要指出,“单独”缔约并不等同于独立缔约。鉴于基本法已经明确规定,“特别行政区自行处理有关对外事务”的权力皆为经中央人民政府授权取得,^[13] 所以即便是上述经贸文化领域的缔约权也不是特别行政区“独立”享有的,而是中央人民政府经由基本法一次性授权其行使的权利。实践中,特别行政区在上述领域对外缔结国际条约时,无需另行申请中央人民政府的授权。

另一类是在缔结某一特定条约时尚需寻求中央人民政府具体授权的缔约权能。根据两部基本法,特别行政区欲与外国缔结司法协助^[14] 民航服务协定^[15] 及互免签证协定^[16] 时,需要获得中央人民政府的协助或具体授权。

鉴于两部基本法均未明确提及特别行政区缔结投资保护类协定的权能,有必要说明特别行政区单独缔结投资保护协定的权力来源。因投资保护协定涉及在境外保护本国/本地投资者的问题,关涉到中央人民政府管理的国防、外交事项,故需获得中央人民政府的具体授权方可缔结。^[17] 实际上,特别行政区在缔结此类条约时都征询并获得了中央人民政府的具体授权。^[18] 而两部基本法各自的第 20 条也都规定,“特别行政区可享有全国

[12] 澳门签订的相关双边协定列表可访问澳门特别行政区印务局网站, <http://www.io.gov.mo/cn/legis/int/bila>。

[13] 《香港特别行政区基本法》第 13 条第 3 款规定“中央人民政府授权香港特别行政区依照本法自行处理有关的对外事务”。另见《澳门特别行政区基本法》第 13 条第 3 款。

[14] 《香港特别行政区基本法》第 96 条,《澳门特别行政区基本法》第 94 条。

[15] 《香港特别行政区基本法》第 133 条,《澳门特别行政区基本法》第 117 条。

[16] 《香港特别行政区基本法》第 155 条,《澳门特别行政区基本法》第 140 条。

[17] 参见陆少冰、龙云本:《香港特别行政区适用和缔结条约:制度与实践》,载饶戈平主编:《燕园论道看港澳》,北京大学出版社 2014 年版,第 127 页;Yash Ghai, *Hong Kong's New Constitutional Order: the Resumption of Chinese Sovereignty and the Basic Law*, 2nd. ed., Hong Kong University Press, 1999, p. 491。

[18] 例如,2009 年签订的《中华人民共和国香港特别行政区政府和芬兰共和国政府关于促进和保护投资协定》开篇即申明“中华人民共和国香港特别行政区政府,经中华人民共和国中央人民政府正式授权签订本协议”;2008 年澳门特别行政区与荷兰签订的《关于相互鼓励和保护投资的协定》亦声明“经中华人民共和国中央人民政府正式授权签订本协议”。

人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会及中央人民政府授予的其他权力”，这一规定为特别行政区经具体授权缔结投资保护类协定提供了法律依据。

在特别行政区可于一定范围内单独行使缔约权的情况下，中央政府缔结的双边条约是否适用于特别行政区？特别是，在特别行政区政府和中央政府可平行行使缔约权的事项范围内，若特别行政区尚未单独缔约，而又存在中外双边条约，此中外双边条约是否可以适用于特别行政区？这是“一国两制”方针下在条约缔结和适用方面最易产生疑惑的地方，也是下文将着重讨论的“世能诉老挝案”中仲裁庭和法院需要回答的首要 and 核心问题。

其实，对上述问题，两部基本法已经给出了较为明确的答案。根据《香港特别行政区基本法》第 153 条第 1 款及《澳门特别行政区基本法》第 138 条第 1 款，中华人民共和国缔结的国际协定，中央人民政府根据特别行政区的情况和需要，在征询特别行政区政府的意见后，决定是否适用于特别行政区。《中英联合声明》和《中葡联合声明》包含有同样的条款。此条款中的“中华人民共和国缔结的国际协定”应理解为既包括在香港和澳门回归之前缔结的国际协定，也包括在回归之后缔结的国际协定；既包括多边协定也包括双边协定。对此条款可从以下方面解读。首先，中国缔结的国际条约是否适用于特别行政区，决定权在中央政府。其次，特别行政区可在某些领域行使缔约权并未排除中央政府将其在这些领域缔结的国际条约适用于特别行政区的可能性。^[19] 第三，中央政府须在征询特别行政区的意见后，才决定是否将国际条约适用于特区；在征求特区政府意见之前，中国缔结的国际协定不适用于特区，而非自动适用于特区。^[20] 另外，此条款位于基本法中特别行政区的“对外事务”一章，故不影响外交、国防类条约的适用；外交、国防类条约一旦缔结，自动适用于包括特别行政区在内的全部领土。

二 国际条约适用于特别行政区的实践挑战：“世能诉老挝案”

中国对国际条约适用于特别行政区的制度安排曾一度得到学者的高度肯定，认为特别行政区的“独特情况及随之而来的困难，反而使其巧妙安排……更加确定、有效、及时”，^[21]“更合乎逻辑、更明智”。^[22] 在香港和澳门回归近 20 年的时间里，条约适用安排总体运行平稳，但也遇到了挑战。具体到中外双边条约是否适用于特别行政区的问题，先后出现了“谢业深诉秘鲁案”和“世能诉老挝案”。两案均涉及中国在港澳回归之前同外

[19] Kemal Bokhary, Michael Ramsden and Studart Hargreaves, *Hong Kong Basic Law Handbook*, Sweet and Maxwell/Thomson Reuters Hong Kong Limited, 2015, pp. 416 - 417.

[20] 有学者对该条款的理解是在中央政府做出决定之前，中国缔结的国际条约是否适用于特别行政区处于一种不确定的 (undecided) 的状态，故有适用默认的国际法规则，即“条约边界移动规则”的可能性。参见 *Sanum v. Laos*, [2016] SGCA 57, Judgment, para. 81。笔者不同意这种理解。对该条款的文意解释已经清楚表明，在中央政府做出决定之前，条约不适用于特别行政区，而非处于一种不确定状态，更不应适用所谓的“条约边界移动规则”。下文将详细论证。

[21] Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 3rd ed., Cambridge University Press, 2013, p. 340.

[22] Yash Ghai, *Hong Kong's New Constitutional Order: the resumption of Chinese Sovereignty and the Basic Law*, 2nd ed., Hong Kong University Press, 1999, p. 483.

国缔结的双边投资条约(BIT)是否适用于特别行政区的问题,两案的被告国皆以中外 BIT 不适用于特别行政区为由质疑仲裁庭的管辖权,而两案的裁决结果却均认为中外 BIT 适用于特别行政区。不同的是,“谢业深诉秘鲁案”原告为在香港特区有居留权的自然人,而“世能诉老挝案”的原告为在澳门注册的公司。显然,仲裁庭的裁定结论与中国关于国际条约适用于特别行政区的制度安排相悖。为何在条约缔约双方均主张相关中外 BIT 不适用于特别行政区的情况下,仲裁庭仍得出相反的结论?这其中存在怎样的法律问题?鉴于“谢业深诉秘鲁案”已得到国内学界的深入讨论,^[23] 本文着重分析“世能诉老挝案”,特别是新加坡最高法院上诉庭终审判决中存在的主要法律问题。

(一)“世能诉老挝案”基本案情

世能投资有限公司是一家根据澳门特别行政区法律在澳门注册成立的公司,在老挝从事博彩业和酒店业投资。后世能公司与老挝政府因投资发生纠纷。2012年,世能公司自认为满足1993年《中老 BIT》对“投资者”的定义,遂以《中老 BIT》为依据,在新加坡针对老挝政府发起国际仲裁。老挝政府随即对仲裁庭的管辖权提出初步反对意见,主张《中老 BIT》中界定的“领土范围”不包括澳门特别行政区,故世能公司不得据此提起仲裁。这一反对意见未获仲裁庭支持;2013年12月,仲裁庭做出管辖权裁决,认定《中老 BIT》适用于澳门特别行政区,仲裁庭对本案拥有管辖权。老挝政府不满该仲裁裁决,于2014年1月向新加坡最高法院高等法庭提出申请,要求对仲裁庭的管辖权裁决进行司法复审。2015年1月,高等法庭做出判决,认定《中老 BIT》不适用于澳门特别行政区,故仲裁庭对本案无管辖权。^[24] 2015年7月,世能公司向新加坡最高法院上诉庭提起上诉,要求撤销高等法庭的判决。2016年9月29日,上诉庭发布终审判决,推翻了高等法庭的判决,支持仲裁庭的裁决,即《中老 BIT》适用于澳门特别行政区。

研读上诉庭的判决书后不难发现,上诉庭建立这一结论的基础大有可商榷之处。下文择要加以分析。

(二)“条约边界移动”规则与本案的相关性

“条约边界移动”(moving treaty frontier)规则规定于1978年《关于国家在条约方面继承的维也纳公约》(以下简称《1978年维也纳公约》)第15条。该条针对的是“对领土一部分的继承”,规定:“一国领土的一部分,或虽非一国领土的一部分但其国际关系由该国负责的任何领土,成为另一国领土的一部分时:(a)被继承国的条约,自国家继承日期起,停止对国家继承所涉领土生效;(b)继承国的条约,自国家继承日期起,对国家继承所涉领土生效,但从条约可知或另经确定该条约对该领土的适用不合条约的目的和宗旨或者

[23] 例如,参见陈安:《对香港居民谢业深诉秘鲁政府案 ICSID 管辖权裁决的四项质疑——〈中国—秘鲁 BIT〉适用于“一国两制”下的中国香港特别行政区吗》,《国际经济法学刊》2010年第1期;王海浪:《谢业深诉秘鲁政府案管辖权决定书简评——香港居民直接援用〈中国—秘鲁 BIT〉的法律依据》,《国际经济法学刊》2010年第1期;高成栋:《中外 BITs 对香港特区的适用争议及其解决——以谢业深诉秘鲁政府案为例》,《国际经济法学刊》2010年第1期。

[24] 关于争议各方在仲裁阶段及高等法庭审理阶段的主要论点,可参见王俊:《中外双边投资协定是否适用于港澳特别行政区——从 UCITRAL 仲裁庭与新加坡法院对“澳门世能投资有限公司与老挝投资仲裁案”管辖权争议的不同决定谈起》, <http://www.cnarb.com/Item/7452.aspx>。

根本改变实施条约的条件时,不在此限。”

上述规定包括一般规则和但书两个部分。当部分领土由一国转移给另一国时,按照一般规则或称“默认规则”,对该部分领土而言,被继承国的条约停止适用,继承国的领土开始适用。但是,如从某一条约本身可知,或者已经另行确定对被继承领土适用该条约将违反条约的目的和宗旨、或将根本改变条约的实施条件的,则不适用默认规则。

在“世能诉老挝案”中,新加坡最高法院的高等法庭和上诉庭均认为“条约边界移动”适用于澳门的情况。换言之,二者均认为澳门回归中国属于中国对葡萄牙“一部分领土的继承”,故应当适用该规则。所不同的是,高等法庭适用该规则的原因是争议双方均认可该规则与本案相关;^[25]而上诉庭适用该规则的理由则是该规则属于习惯国际法,因此对包括中国和老挝在内的所有国家均具有法律拘束力。此外,高等法庭认为老挝方面提供的证据表明《中老 BIT》满足了该规则的但书部分,即中国与老挝之间已“另经确定”《中老 BIT》不适用于澳门特别行政区;而上诉庭则认为,相关证据未能“另经确定”《中老 BIT》不适用于澳门特别行政区,故应当适用默认规则,由此得出《中老 BIT》适用于澳门特别行政区。

对高等法庭和上诉庭的判决结论,本文提出以下不同意见。

1. 澳门回归中国不属于领土继承

首先,基于不平等条约的领土割让自始无效,中国一直拥有对香港和澳门的主权。20 世纪 20 年代,当时的国民党政府就声明通过外交努力废除或修改 19 世纪及 20 世纪初强加于中国的关于领事裁判权、单方面最惠国待遇、领土割让或租借及其他丧权辱国的不平等条约。^[26]新中国成立后,中国政府继续坚持不平等条约自始无效的立场。这一立场为国际社会所熟知。例如,英国外交部在一份备忘录中写到:“中国政府多年来的立场是有关香港(及澳门)的条约是历史遗留的不平等条约;该问题需在时机成熟时通过和平协商解决,在解决之前应保持现状。中国政府明确表示,解决香港问题是中国主权范围内的事”。^[27]在中国政府看来,香港和澳门是中国领土,中国从未丧失对香港和澳门的主权,两地的回归是中国恢复对其行使主权,并不存在主权的移交,更不存在所谓继承。因此,澳门与香港的情况不存在适用《1978 年维也纳公约》关于部分领土继承的“条约边界移动”规则的前提。

虽然一些欧洲学者不承认存在不平等条约,或是以破坏条约关系的稳定性、^[28]法不

[25] *Government of the Lao People's Democratic Republic v. Sanum Investments Ltd* (hereinafter “*Laos v. Sanum*”), [2015] SGHC 15, Judgment, para. 58.

[26] “The Nationalist Government Declaration of June 16 1928”; *Chinese Social and Political Science Review, Public Documents* (Peking, 1928), 12:47-48, in Hungdah Chiu, *The People's Republic of China and the Law of Treaties*, Harvard University Press, 1972, pp. 60-61.

[27] The foreign and Commonwealth Office submitted a Memorandum on the subject of progress in implementing the Sino-British Joint Declaration of 1984 on HK to the Foreign Affairs Committee of the House of Commons for its meeting of 22 March 1989, in *British Yearbook of International Law* (1989), p. 595.

[28] 例如,英国学者奥斯特认为,“允许一国以实力不平等为由逃避条约义务将严重损害条约关系的稳定性”。参见 Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 3rd ed., Cambridge University Press, 2013, p. 280.

溯及既往^[29]等理由对废除不平等条约的主张提出质疑,但这些技术层面的辩解并不能否定相关条约实质内容的不平等。正是因为不平等条约的历史不可抹煞,1969年联合国条约法大会通过的《关于禁止在缔结条约时以军事、政治、经济手段施压的宣言》才明确指出,过去有些国家曾以各种形式的压力迫使另一些国家接受条约,为避免今后再发生被迫缔约的情况,“严正谴责任何国家威胁或使用任何形式的军事、政治或经济压力胁迫另一国家做出任何行为,缔结违反国家主权平等、自由同意原则的条约”。^[30]《维也纳条约法公约》也规定,任何以强迫一国代表或以威胁或使用武力对一国施行强迫而取得缔结的条约均无法律效果。^[31]有学者这样评价不平等条约主张的国际法贡献:非欧洲国家有关不平等条约的经历“对塑造国际法的正当性起到了决定性作用”,挫败不平等条约“巩固了主权平等原则”。^[32]

其次,国际社会确认香港、澳门不属于一般的殖民地。在中国恢复联合国合法席位后不久,中国常驻联合国代表便去信联合国反殖民化特别委员会主席,要求将香港和澳门从反殖宣言适用的殖民地地区名单中移除,同时从联合国所有文件中取消关于香港、澳门属于所谓“殖民地”范畴的错误提法。中国代表提出上述要求的理由是“香港、澳门是属于历史上遗留下来的帝国主义强加于中国的一系列不平等条约的结果。香港和澳门是被英国和葡萄牙当局占领的中国领土的一部分,解决香港和澳门问题完全是属于中国主权范围内的问题,根本不属于通常的所谓‘殖民地’范畴,……联合国无权讨论这一问题”。^[33]中国的主张得到了联合国的支持。1972年6月,反殖民化特别委员会向联合国大会建议,不将香港和澳门与其附属地列入宣言所适用的领土名单。^[34]1972年11月2日,联合国大会以99票赞成5票反对的投票结果通过决议,接受特别委员会的建议,同意将香港和澳门从非自治领土的名单中删除。^[35]因此,香港和澳门的情况并不适用为满足非殖民运动带来的深刻变化而制定的《1978年维也纳公约》。^[36]

第三,葡萄牙通过国内法和国际条约确认澳门是中国领土。1972年11月联合国大会第2908号决议通过后,葡萄牙政府明确声明,澳门不在需要非殖民化的葡萄牙领土之列。1976年葡萄牙共和国宪法并没有把澳门列入葡萄牙主权之下的领土,也不是自治

[29] 有学者主张:“无论如何,《维也纳条约法公约》中包含的非追溯原则排除了将现行国际法原则适用于这些英国条约的可能性。”参见 Roda Mushkat, *The International Legal Status of Hong Kong under Post-Transitional Rule*, *Houston Journal of International Law* (1987), Vol. 10, No. 1, p. 2。

[30] UN Doc. A/CONF.39/26, *Final Act of the United Nations on the Law of the Treaties*, Annex, *Declaration on the Prohibition of Military, Political or Economic Coercion in the Conclusion of Treaties*.

[31] 《维也纳条约法公约》第51、52条。

[32] Anne Peters, “Treaties, Unequal”, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, online edition, para. 64.

[33] UN Doc A/8723/Rev.1 (Vol I),《给予殖民地国家和人民独立宣言执行情况特别委员会报告书》,第一卷,第一章,附件一《一九七二年三月八日中国常驻联合国代表给特别委员会主席的信》。

[34] UN Doc A/8723/Rev.1 (Vol I),《给予殖民地国家和人民独立宣言执行情况特别委员会报告书》,第一卷,第一章,F“宣言所适用的领土名单问题”,第71-73段。

[35] UN Doc A/RES/2908 (XXVII), *Implementation of the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples* (2 Nov 1972), para. 3.

[36] 参见《1978年维也纳公约》序言第2段。

区,而是由葡萄牙管理的区域。^[37]

1987 年签署的《中葡联合声明》对澳门属于中国领土这一事实的表达更为清晰。《中葡联合声明》明确写道:“中华人民共和国政府和葡萄牙共和国政府声明:澳门地区(包括澳门半岛、氹仔岛和路环岛,以下简称澳门)是中国领土,中华人民共和国政府将于一九九九年十二月二十日对澳门恢复行使主权。”^[38]中葡双方共同确认澳门是中国领土,这对判断在澳门问题上是否适用继承理论至关重要。鉴于相关当事方均认为不存在主权移转,而只是中国恢复对澳门行使主权,因此并不存在继承问题。

2. “条约边界移动”是否属于习惯国际法规则并不确定

新加坡最高法院上诉庭阐释“条约边界移动规则”属于习惯国际法的用语令人难以信服。上诉庭以“争议各方共同认为”^[39]以及“所有专家均接受”^[40]来证明条约边界移动属于习惯国际法的一部分,但众所周之,认定习惯国际法需满足两个基本要件,即法律确信和一贯的国家实践。广泛而一致的国家实践是判断是否存在习惯国际法的必要条件,也是确定习惯国际法规则的决定性因素;至于专家是否接受,并不在考虑之列。即便本案当事双方均主张该规则属于习惯国际法,也并不能就此得出肯定的结论,还需要考察更广泛的国家实践。

实践中,国家在继承方面的做法常常与《1978 年维也纳公约》的规定大相径庭。解决前殖民地问题的国家实践并不统一;该公约在提供各种复杂的解决方案时,并没有充分重视大量缔结移交协定乃至发表继承声明的国家实践。^[41]有尖锐的批评认为,1978 年公约没有回应“实际”、“否定历史记录”、“在当代事例中几乎找不到共鸣”,没有“准确反映条约是否自动延续还是继承国必须同意延续等多样性的国家实践”,也未充分考虑国家分裂时各种细微的差异。^[42]正如国际法学家的观察,继承方面的国家实践主要是基于政治便利、务实解决以及所涉国家之间的权力关系,以致“在大量相互冲突、相互矛盾的趋势之上无法建立一致的理论 and 原则”。^[43]

因此不难想见,《1978 年维也纳公约》的规则并不为国际社会普遍欢迎。截至目前,该公约通过近 40 年之后,仍然只有 22 个缔约国。^[44]因此,1978 年公约基本上属于一个“逐步发展国际法”的例证,而非“对习惯国际法的编纂”,故也“不是关于条约继承的习惯国际法的可靠指引”。^[45]既然如此,该公约只对其缔约国具有法律拘束力。“世能诉老挝

[37] Dieter Kugelmann, “Macau”, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, online edition, para. 4.

[38] 《中葡联合声明》第 1 段。

[39] *Sanum v. Laos*, [2016] SGCA 57, Judgment, para. 47.

[40] *Sanum v. Laos*, [2016] SGCA 57, Judgment, para. 58.

[41] Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 3rd ed., Cambridge University Press, 2013, p. 321.

[42] Roda Mushkat, Hong Kong and Succession of Treaties, *International & Comparative Law Quarterly*, 1997, 46 (1), pp. 181 - 182; Patrick Dumberry, State succession to bilateral treaties: a few observations on the incoherent and unjustifiable solution adopted for secession and dissolution of states under the 1978 Vienna Convention, *Leiden Journal of International Law* (2015), 28 (1), pp. 15, 25 - 26.

[43] D. P. O'Connell, *State Succession in Municipal and International Law*, Cambridge University Press, 1967, p. 490.

[44] Status of *Vienna Convention on Succession of States in respect of Treaties*, as at 23 May 2017, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-2&chapter=23&clang=_en.

[45] Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 3rd ed., Cambridge University Press, 2013, p. 321.

案”所涉各国均不是该公约的缔约国,自然也就不存在适用该公约的前提了。

综上所述,澳门回归中国不属于国际法上的继承,不适用关于继承的国际法规定。此外,难以确认《1978年维也纳公约》第15条的习惯国际法性质,老挝和中国不是该公约的缔约国,不受该条约约束。所以,在“世能诉老挝案”中,新加坡最高法院的高等法庭和上诉庭均存在适用法律错误。

(三)“关键日期”理论与本案的相关性

在“世能诉老挝案”中,老挝政府不服仲裁庭的管辖权裁决,于2014年1月10日向新加坡最高法院高等法庭提起诉讼,要求审查仲裁庭的管辖权问题。在这次诉讼中,老挝政府提具了中老两国政府的信函往来,其一是2014年1月7日老挝外交部致中国驻万象大使馆的信,信中称老挝认为《中老BIT》不适用于澳门,去信寻求中国政府关于该问题的观点;^[46]其二是2014年1月9日中国驻万象大使馆回复老挝政府的信,信中确认1993年缔结的《中老BIT》不适用于澳门特别行政区,除非中国和老挝未来另行做出安排。^[47]

围绕这两封信函,争议双方、高等法庭、上诉庭之间出现了不同的观点。世能公司主张这两封信与本案无关,理由是它于2012年8月14日仲裁程序开始之后,也就是本案的“关键日期”之后形成,不可以采纳为证据。^[48]高等法庭认为,世能公司的主张忽视了《维也纳条约法公约》关于条约解释的规则,该公约第31条允许缔约各国就条约的解释或条约某些规则的适用订立嗣后协定。高等法庭认为中老两国政府间的信件往来构成第31条第3款(a)项的嗣后协定,应在解释条约时给予考虑。^[49]上诉庭则支持世能公司的观点,不仅认为关键日期理论与本案具有相关性,还确认2012年8月14日,即世能发起仲裁的日期即为本案的关键日期,并将两封信作为关键日期之后形成的证据加以分析,以两封信与老挝政府在关键日期之前的立场不一致,^[50]构成对条约的修改等理由判定不予考虑。^[51]

本文认为,上诉庭对关键日期理论的运用并不恰当。在国际争端中,往往存在着某些重要日期或关键时刻,“对评价事实具有重要的意义”,^[52]这样的时刻或日期被称为关键日期。关键日期被具体界定为“争端提炼(crystallised)为一个具体问题的时刻”,“在此时刻之后当事各方的行为均不能再影响这一问题”。^[53]根据关键日期理论,“被确定为关键日期那一天的立场是什么,现在的立场就是什么。当时当事各方的权利是什么,现在当事各方的权利依然是什么……在此后发生的任何事情都不能用来改变当时存在的情形”。^[54]

关键日期理论有明确的适用对象和适用范围。根据国际司法实践,关键日期主要被

[46] *Laos v. Sanum*, [2015] SGHC 15, para. 39.

[47] *Laos v. Sanum*, [2015] SGHC 15, para. 40.

[48] *Laos v. Sanum*, [2015] SGHC 15, para. 68.

[49] *Laos v. Sanum*, [2015] SGHC 15, paras. 69 – 70.

[50] *Sanum v. Laos* [2016] SGCA 57, para. 112.

[51] *Sanum v. Laos* [2016] SGCA 57, paras. 69 – 118.

[52] 张卫彬:《国际法院解决领土争端中的关键日期问题》,《现代法学》2012年第3期,第121页。

[53] Sir Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951 – 54: Points of Substantive Law. Part II*, 32 *British Year Book of International Law* 20, 24, 32 (1955 – 1956).

[54] *Minquiers and Ecrhou Case (United Kingdom/France)*, *ICJ Pleadings, Oral Arguments, Documents*, vol. 2, p. 64.

运用于领土争端中,是有关当事方“巩固其历史性权利、夯实建立领土权属的根基”的一个要素。^[55]直到今天,曾供职于国际法院的法律专家仍明确指出,“无论在何种意义上使用‘关键日期’,这一术语都(或应当)是一个仅限在领土争端中使用的术语”。^[56]因此,在“西撒哈拉案”(Western Sahara case)中,国际法院在确定“被西班牙殖民的日期”时强调:“此处并不是要确立一个领土争端中使用的‘关键日期’那样的日期,因为(向法院)提出的问题并不要求法院裁判对西撒哈拉的法律权属冲突。”^[57]换言之,法院认为,只有领土权属争端才涉及确定关键日期的问题。

即便如有些学者所倡,关键日期也可以类比适用于其他类型的争端,^[58]这一术语也只与确定争端的“事实”部分相关,即它所凝固的是关键日期这一刻当事各方对事实(fact)的权利主张或立场;^[59]而对所适用的条约如何解释并不受其影响。关键日期理论的奠基人菲茨莫里斯(Fitzmaurice)也没有讨论领土争端引发的条约解释问题。“事实上这些问题已经被排除在他对关键日期的定义之外,因为这些问题通常不可能受到领土主权主张的影响。”^[60]

返观“世能诉老挝案”,首先,老挝政府意欲通过法院诉讼推翻仲裁庭对管辖权的裁定,^[61]在法院作出终审判决之前,仲裁庭的管辖权并未确立。在尚未确立管辖权的情况下,不可能对争端的事实部分进行审查,因而不具备适用“关键日期”理论的前提。其次,仲裁庭是否具有管辖权,直接依据的是《中老 BIT》的规定,这涉及对该双边条约的解释。根据国际法,“条约的缔约方拥有条约,它们有权解释条约”。^[62]中国和老挝作为该双边条约的缔约双方有权随时对它们自己的条约做出解释,不受任何时间限制。另外,在解释条约时,“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”是与条约上下文一并考虑的因素。^[63]并且,“当事方之间就它们的条约究竟是什么含义订立清晰的协定,这通常是解释条约最有力的因素”。^[64]就双边条约而言,对条约规则的权威解释权“属于缔约双方”,“如果它们就解释达成一致,无论采取何种形式,其解释将具

[55] L. F. E. Goldie, *The Critical Date*, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 12, 1963, p. 1251.

[56] Hugh Thirlway, *The Law and Procedure of the International Court of Justice: Fifty Years of Jurisprudence*, Vol. I, Oxford University Press, 2013, p. 570.

[57] *Western Sahara, Advisory Opinion*, *ICJ Reports 1975*, p. 30, para. 76.

[58] L. F. E. Goldie, *The Critical Date*, in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 12, 1963, p. 1251.

[59] 例如,在上诉案中,世能公司引作证据的学术著作将“关键日期”定义为“the point of time falling at end of a period within which the material facts of a dispute are said to have occurred is usually called the critical date”。参见 L. F. E. Goldie, *The Critical Date*, in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 12, 1963, p. 1251。

[60] Hugh Thirlway, *The Law and Procedure of the International Court of Justice: Fifty Years of Jurisprudence*, Vol. I, Oxford University Press, 2013, p. 568.

[61] 本案仲裁地为新加坡,根据新加坡《国际仲裁法案》(International Arbitration Act, IAA)第 10 条第 3 款第 1 项,如果仲裁庭以初步问题裁定自己具有管辖权,争端任何一方可在收到该裁定通知后 30 天内向高等法庭申请审查并做出决定。

[62] J Crawford, *Subsequent Agreements and Practice from a Consensualist Perspective*, in G Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford University Press, 2013, p. 31.

[63] 《维也纳条约法公约》第 31 条。

[64] Richard Gardiner, *Treaty Interpretation*, 2nd ed., Oxford University Press, 2015, p. 224.

有优先效力”。^[65]显然,中国和老挝政府之间的两封信已就《中老 BIT》的解释达成一致,属于解释条约的嗣后协定。作为该双边条约的缔约方,中老两国对条约的一致解释是对该条约的权威解释,具有超越其他解释的效力。对《中老 BIT》适用范围的理解应以该两封信函中达成的共识为准。

因此,上诉庭以与条约解释毫不相干的“关键日期”来排除中老两国对自己条约的权威解释,是一个明显的错误。

(四) 外国与中国及特别行政区平行缔结 BIT 是否排除中外 BIT 适用于特别行政区

在“世能诉老挝案”中,老挝政府举出许多国家在已经同中国政府缔结 BIT 的情况下,仍于回归前后与港澳两地单独缔结 BIT 的事实,以此证明中国缔结的 BIT 并不自动适用于特别行政区。对此,上诉庭认定“没有说服力”。^[66] 上诉庭给出的理由是鉴于英国/葡萄牙的条约将于回归时自动停止适用,故过渡期安排是中英/中葡“以条约边界移动规则为基础”做出的安排;^[67]“中国缔结的条约选择性地适用于香港(澳门)的事实,并不意味着排除适用了条约边界移动规则”;^[68]“其他国家之所以选择分别与中国和特别行政区缔约只是表明这么做符合它们的利益”。^[69]

上诉庭的几条理由均经不住推敲。姑且不论“条约边界移动”规则并不适用于港澳的情况(已于上文详述),即便适用该规则,上诉庭的用法也是明显错误的。

首先,条约边界移动的默认规则包括消极和积极两个必须同时具备的方面:被继承国的条约停止适用、继承国的条约自动开始适用。上诉庭在只看到英国/葡萄牙的条约停止适用这一消极方面,而不考察中国的条约是否自动适用于港澳时便下结论称适用了条约边界移动规则,显然是断章取义。况且,若真如上诉庭所言特别行政区的安排是在适用条约边界移动规则,那么中国已同百余国家缔结的 BIT 将于回归时自动适用于港澳,港澳并不会因为回归而出现法律保护的真空地带,过渡期的缔约安排以及对港澳自行缔约的安排也就没有必要了。正是因为实际上中国缔结的 BIT 不会于回归时自动适用于港澳,才会出现过渡期及授权港澳自行缔结某些条约的特殊安排。

其次,上诉庭在已经认识到只有部分(而非全部)中国缔结的双边条约适用于港澳的情况下,仍然执意主张这“意味着并没有放弃条约边界移动规则”。中国缔结的条约选择性适用于港澳与中国缔结的条约自动适用于港澳,意思显然不同。上诉庭的主张明显扭曲了条约边界移动规则的原意,违背了法院在适用法律规则时应有的客观性和准确性。

至于上诉庭关于其他国家只是因为符合本国利益才与港澳另行缔约的推论,更是没

[65] UN Doc. A/66/10/Add.1, UN GA Official Records, 66 session, Supp. No. 10, *Report of the International Law Commission, 63 session (2011)*, Addendum, Guideline 1.6.3, commentary, para (2), <http://legal.un.org/ilc/reports/2011/endligh/addendum.pdf>; Richard Gardiner, *Treaty Interpretation*, 2nd ed., Oxford University Press, 2015, p. 225.

[66] *Sanum v. Laos*, [2016] SGCA 57, para. 89.

[67] *Sanum v. Laos*, [2016] SGCA 57, para. 87.

[68] *Sanum v. Laos*, [2016] SGCA 57, para. 89.

[69] *Sanum v. Laos*, [2016] SGCA 57, para. 89.

有法律依据的主观臆断。其他国家之所以可以单独同港澳缔约,其事实前提是中国在特别行政区推行“一国两制”方针使港澳可以在一段时期内保持不同于中国内地的社会制度;其法律前提是中央授权特别行政区可以在某些领域单独行使缔约权。若无这些前提,其他国家即便有利益驱动,也不能同港澳单独缔约,正如其他国家不能同中国的其他省、市单独缔约一样。而这些前提的逻辑结论正是中国在特别行政区可单独缔约的领域缔结的条约,不会自动适用于特别行政区。

(五) 上诉庭对中国与老挝条约解释行为的质疑

上诉庭分别质疑中国与老挝通过信件往来解释条约的行为。针对老挝,上诉庭认为其在给中国政府的信中所表达的立场与在所谓关键日期之前的立场相冲突,故不可接受。^[70] 上诉庭又称,作为《中老 BIT》缔约另一方的中国基于国内法律规定解释条约,与“条约边界移动”这一习惯国际法规则以及《维也纳条约法公约》的规定冲突,也不可接受。^[71]

上诉庭对老挝和中国立场的质疑存在逻辑不周延及适用法律错误等问题。首先,老挝政府自始主张《中老 BIT》不适用于澳门,这一立场从未改变,提交的所有证据皆为证明这一立场。上诉庭称老挝提交的关键日期前形成的证据“并未确定条约边界移动规则已经被取代”(the evidence that was put forward does not establish that the MTF Rule had been displaced),而“2014 年两封信提出的立场是中老 BIT 不适用于澳门,因此条约边界移动规则已经被取代”,从而“2014 年两封信反映的立场……与国际法上已经存在的一个立场相冲突”,^[72] 故不应予以考虑。上诉庭此处的论证有偷换概念之嫌:“并未确定被取代”不同于“已确定没有被取代”,前者仍是一种不确定或尚未定论(inconclusive)的状态,而非上诉庭所称的“已经存在的立场”。上诉庭以此认定该两封信函中的立场与老挝之前的立场相冲突,未免有些强词夺理。

其次,上诉庭称,中国政府用以支持《中老 BIT》不适用于澳门的理由是中国的国内法,声称这既违反“条约边界移动”的习惯国际法,也违反《维也纳条约法公约》第 27 条关于“一当事国不得援引其国内法规定为理由而不履行条约”的规定,因此是“不相关和不可接受的”。^[73] 对此可做以下几点反驳。第一,解释条约并不等同于履行条约。中国作为双边条约的缔约一方表达自己对条约意思的理解,这一理解与其国内法相一致,并且得到缔约对方的明确肯定和接受,这是条约解释的正常状态,很大程度上保障了条约的顺利履行,但解释本身不是履行。第二,《维也纳条约法公约》第 27 条在此处并不适用,因为在本案中需要履行条约的是老挝而非中国,老挝并未试图援引其国内法来规避条约义务。第三,关于“条约边界移动”,退一步讲,即便它是习惯国际法规则,也并不属于强行法,国际法并不限制国家之间做出不同于习惯规则的约定,此处“国家的意图优于原则”。^[74] 第

[70] *Sanum v. Laos*, [2016] SGCA 57, para. 112.

[71] *Sanum v. Laos*, [2016] SGCA 57, paras. 112, 114.

[72] *Sanum v. Laos*, [2016] SGCA 57, paras. 112.

[73] *Sanum v. Laos*, [2016] SGCA 57, paras. 114.

[74] Eckart Klein, *Treaties, effect of territorial changes*, in Rudolf Bernhardt ed., *Encyclopedia of Public International Law*, Vol 7, Elsevier Science Publishers, 1984, pp. 474 - 475.

四,中老两国有权解释自己的条约。正如有学者提醒的,本案上诉庭“忘记了受条约约束的各当事方,也就是国家,它们拥有条约。这是它们的条约”。^[75] 它们不仅有权解释条约,而且做出的是权威解释。国际法委员会将双边条约缔约双方的真实解释视为权威解释,认为它具有超越任何其他含义的效力。^[76] 因此,上诉庭对中老两国协定一致的解釋提出质疑是十分荒诞的。

综上所述,新加坡最高法院上诉庭在“世能诉老挝案”中,因为对澳门回归中国这一事件的定性错误而自始错误地适用了法律;在适用法律过程中未能保持应有的客观中立而出现了多处牵强附会、不合逻辑,甚至明显违反常识的判断,致使最终做出错误的判决。

三 “世能诉老挝案”对国际条约适用于特别行政区制度的启示

“世能诉老挝案”一波三折,最终判决仍与中国关于国际条约适用于特别行政区的制度安排相悖。虽然《中老 BIT》是否适用于特别行政区的问题因为有了中老两国解释条约的嗣后协定而变得明朗,新加坡最高法院上诉判决中的疏漏和错误也已清晰可辨,然而,本案折射出的问题依然存在,特别行政区条约适用制度对第三方的法律效力问题仍未得到有效解决。

不可否认,关于特别行政区适用国际条约的制度安排,无论是写入中英两国或中葡两国的双边条约,还是被认为是中国的单方面声明,^[77]除非得到第三方的接受,否则不对其产生约束力。因为“条约非经第三国同意,不为该国创设义务或权利”;^[78]对于单方面声明,非经其他国家明确接受 (clearly accepted),不为其设定义务。^[79] 因此,中国不能因为已经在联合声明中宣布了国际条约在特别行政区的适用安排,就认为其他国家理应知道这一特殊安排,并根据这一安排来理解与中国之间的双边条约关系。这样的理解实质上是为第三国施加了义务,不符合国际法的基本法理。对于中国与第三国缔结的双边条约,如果条约约文中没有明确是否适用于特别行政区,而中国又没有将国际条约在特别行政区的适用安排明确告知缔约对方,并寻求对方的明示或默示同意,则容易产生适用范围的疑问。

新加坡最高法院上诉庭做出判决之后,中国外交部直言这是一项错误的判决,但同时也认识到特别行政区适用国际条约的制度安排并不当然为其他国家,特别是他国的司法

[75] J Crawford, “Subsequent Agreements and Practice from a Consensualist Perspective”, Chapter 3 in G Nolte (ed), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford University Press, 2013, p. 31.

[76] UN Doc. A/66/10/Add. 1, UN GA Official Records, 66 session, Supp. No. 10, *Report of the International Law Commission, 63 session (2011)*, Addendum, Guideline 1.6.3, commentary, para (2); Richard Gardiner, *Treaty Interpretation*, 2nd edition, Oxford University Press, 2015, p. 225.

[77] 鉴于在《中英联合声明》和《中葡联合声明》中,包括国际条约适用制度在内的对香港和澳门的基本方针政策均是以“中华人民共和国政府声明”、“中华人民共和国政府对香港/澳门的基本方针政策的具体说明”等措辞形式出现,有观点认为,相关方针政策很难被看作是中英、中葡的联合声明,而应属于中国的单方面声明。参见 Peter Malanczuk, “Hong Kong”, in *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Vol. IV, Oxford University Press, 2012, p. 966, para. 37.

[78] 《维也纳条约法公约》第 34 条。

[79] UN Doc A/61/10 (2006), Report of International Law Commission, “IX. Universal Acts of States”, “Guiding Principles Applicable to Unilateral Declarations of States capable of creating legal obligations”, Principle 9, p. 379.

机构所了解。中国外交部条法司司长随后发表署名文章,表示针对公众甚至法律界人士不了解条约适用于港澳的法律和实践的问题,“有必要采取措施予以进一步明确,以避免更多外国司法或仲裁机构误判”。^[80]

双边条约的特性在于,每项双边条约都是特定当事国就特定事项达成的合意。个别中外双边条约明确了是否适用于特别行政区的问题,仅对各该双边条约的缔约双方有拘束力。中国与老挝政府之间的信件往来,虽然中方在其中阐释了关于国际条约适用于特别行政区的一般主张,但这只是对《中老 BIT》这一特定条约的解释,并不产生类推适用于中国与老挝间其他双边条约的法律效力,更不具有类推适用于中国与其他国家间的双边条约的法律效果。对那些没有明确规定是否适用于特别行政区的中外双边条约,中国仍需逐一与缔约对方沟通协商,达成某一特定条约是否适用于港、澳的明确共识。

鉴于中外双边条约数以万计,绝非可以一蹴而就之事,故可区分轻重缓急、统筹规划、分类处理。在具体操作过程中则需坚持以下原则。首先,今后缔结双边条约,应尽可能在条约中明确是否适用于特别行政区的问题,改变当前“一般不在双边条约中对是否适用于特别行政区问题作明确规定”的做法,从源头上防止双边条约适港澳问题进一步复杂化。其次,对已经缔结的双边条约按紧迫程度分阶段处理,优先处理已经发生或容易发生争议领域的条约。第三,克服畏难,及早行动。中外经贸文化往来如此密集,为消除隐患,中国政府亟需尽快启动此项工作。

[本文为 2014 年度国家社会科学基金项目“国际条约在中国法律体系中的地位分析与制度设计研究”(14BFX186)的研究成果。]

[**Abstract**] In accordance with the “One Country, Two Systems” policy, China made a special arrangement for the application in special administrative regions (SARs) of bilateral international agreements to which the People’s Republic of China is or becomes a party. The operation of this arrangement in the past 20 years has been largely smooth. Nevertheless it has met with occasional challenges, which culminated in the recent case of *Sanum Investment Ltd vs. Laos People’s Democratic Republic*. In this case, the Appeal Court of Singapore made a decision totally opposite to the institutional expectation of the special arrangement for Macao SAR. This paper argues that the Court misused some concepts and theories of international law, such as the *Moving Treaty Frontier* rule, *Critical Date* and *Subsequent Agreement*, and consequently came to the wrong conclusion. Nonetheless, as this case indicates, China should not take it for granted that other countries are as familiar with the treaty arrangement in SARs as China itself and should take necessary measures as soon as possible to solve this problem.

(责任编辑:廖 凡)

[80] 徐宏:《国际条约适用香港和澳门特区的实践》,《法制日报》2016 年 10 月 22 日第 4 版。