

中國締結的雙邊條約在特別行政區的適用問題

——兼評“世能訴老撾案”上訴判決

戴瑞君

內容提要：中國根據“一國兩制”基本方針對中國締結的雙邊國際條約適用於特別行政區的制度做了特殊安排。這一切合港澳實際的精巧設計在總體運行平穩的同時也遭遇了實踐挑戰。在“世能訴老撾案”中，新加坡最高法院上訴庭判定，《中國—老撾雙邊投資保護協定》適用於澳門特別行政區。這一判決與中國對國際條約適用於特別行政區的制度預期相悖。該判決在適用“條約邊界移動”、“關鍵日期”、解釋條約的“嗣後協定”等國際法規則和概念時存在明顯錯誤，多處推理論證也因違反邏輯而不具有說服力。但該案所折射出的關於國際條約適用於特別行政區的制度安排對第三方的效力問題不可回避，中國有必要儘快采取措施解決這一問題。

關鍵詞：世能訴老撾案、國際條約、特別行政區

戴瑞君，中國社會科學院國際法研究所副研究員，法學博士。

2016 年 9 月 29 日，新加坡最高法院上訴庭對“世能投資有限公司訴老撾人民民主共和國政府”一案（以下簡稱“世能訴老撾案”）作出終審判決，除其他外，判定 1993 年締結的《中國政府和老撾政府關於鼓勵和相互保護投資協定》（以下簡稱《中老 BIT》）適用於中國澳門特別行政區。¹判決作出後，中國外交部斷言“新加坡法院對這一事實問題的認定是錯誤的”。²一時間，中國締結的雙邊條約在特別行政區的適用問題再度成為熱議話題。本文在概要梳理國際條約適用於特別行政區的基本制度安排的基礎上，重點結合“世能訴老撾案”上訴判決，從國際法角度探討中國締結的雙邊條約是否適用於特別行政區。

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 日外交部發言人華春瑩主持例行記者會”，外交部官網，http://www.fmprc.gov.cn/web/fyrbt_673021/jzhsl_673025/t1407728.shtml。本文網絡資料的最後訪問日期 2017 年 8 月 7 日。

一 國際條約適用於特別行政區的基本制度

特別行政區的特別之處不僅體現在其史無前例的高度自治權上，也體現在其特別的條約適用制度上。³其特別的條約適用制度包括以下方面。

（一）多邊條約在特別行政區的適用

回歸之前，由英國和葡萄牙延伸適用於香港和澳門的多邊條約在回歸之後並非全部不適用於特別行政區；中國締結的多邊條約也非全部自動適用於特別行政區。為解決多邊條約在特別行政區的適用問題，中國政府分別在香港和澳門回歸前夕照會聯合國秘書長，⁴闡明可適用於兩個特別行政區的多邊條約。照會中涉及的國際條約以中國是否為締約方可區分為以下兩類。

第一類是中國是締約方、並決定於回歸之日起適用於特別行政區的條約。這類條約含有回歸前已經適用於港、澳的條約，以及屬於外交、國防類或根據條約的性質和規定必須適用於國家全部領土的條約；此外還包括雖然回歸前未適用於港、澳，但已決定在回歸之日起適用於特別行政區的條約，如《伯爾尼保護文學和藝術作品公約》《1972年集裝箱關務公約》等。

第二類是中國在港、澳回歸時尚不是條約的締約國，但已於回歸前適用於港、澳，並決定於回歸日起繼續適用於特別行政區的條約。對中國已經締結但不在上述列舉之列，以及未來締結的其他條約，照會說明了其在特別行政區的適用原則：如果中國政府決定將這類條約適用特別行政區，將另行辦理有關手續。換言之，在辦理有關手續之前，這類條約不適用於特別行政區。該原則有一明確例外，即對屬於外交、國防類或根據條約的性質和規定必須適用於國家全部領土的條約，中國政府無須另行辦理有關手續，即適用於包括特別行政區在內的全部領土。

上述兩份照會的正文及其附件已正式記錄於聯合國條約系統，並由秘書長通知聯合國其他會員國及聯合國各專門機構。對所涉條約非由聯合國秘書長、而由其他機構保存的情況，中國政府也已分別發去類似照會，請其在相關締約方中廣為周知。中國對多邊條約適用於特別行政區的上述安排得到了國際社會的了解和接受，為特別行政區連續、

³ 本文所稱國際條約的“適用”專指相關國際條約在特別行政區是否具有可適用性，是否約束特別行政區，而非指國際條約如何在特別行政區得到具體執行。

⁴ 《中華人民共和國常駐聯合國代表秦華孫大使就多邊國際條約適用於香港特別行政區事項致聯合國秘書長的照會》，《中華人民共和國國務院公報》1997年第39號，第1688-1718頁。另見 Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General/Historical information/China, note 2 & note 3, https://treaties.un.org/Pages/HistoricalInfo.aspx?clang=_en#China.

穩定地適用國際條約奠定了基礎。但由於兩份照會的標題已指明處理的是多邊條約問題，因此仍有必要單獨討論雙邊條約的適用問題。⁵

（二）過渡期締結的雙邊條約在特別行政區的適用

為保障香港和澳門的平穩過渡和政權順利交接，根據《中英聯合聲明》⁶及《中葡聯合聲明》，⁷分別成立了中英聯合聯絡小組和中葡聯合聯絡小組，供中英、中葡政府間進行聯絡、磋商及交換情況。兩個聯絡小組的職責均涉及對適用條約的制度安排。

具體而言，中英聯合聯絡小組除其他外，負責審議“兩國政府為確保同香港有關的國際權利與義務繼續適用所採取的行動”以及“為協助香港特別行政區同各國、各地區及有關國際組織保持和發展經濟、文化關係並就此類事項簽訂協定所需採取的行動”。⁸其中，“有關國際權利與義務的繼續適用”主要指過去適用於香港的國際條約可否繼續適用的問題。關於多邊條約的適用安排已經體現在上文述及的發給聯合國秘書長的照會中。關於雙邊條約，原英國延伸適港的雙邊條約全部停止適用。為確保香港的繁榮穩定，保持並進一步發展香港對外經濟、文化關係，中英兩國政府通過聯合聯絡小組協商同意，在回歸前，香港可以自己的名義直接同有關國家或國際組織談判和締結相關領域的雙邊協定，這些協定於回歸之日起可繼續適用於香港特別行政區。⁹據此，香港在《中英聯合聲明》生效起至回歸前這段過渡期內，簽訂了一系列雙邊協定，包括與 13 個國家簽訂促進和保護投資協定、與 21 個國家簽訂民用航空運輸協定、與 2 個國家達成航空過境協定、與 8 個國家簽訂移交逃犯協定、與 4 個國家簽訂刑事司法互助協定，與 1 個國家簽訂移交被判刑人士協定。¹⁰

中葡聯合聯絡小組的職責在表述上與中英聯合聯絡小組類似，也包括“就兩國政府為使澳門特別行政區保持和發展對外經濟、文化等關係所需採取的行動進行磋商”。¹¹

⁵ 有一種觀點認為，中國發給聯合國秘書長的照會中“未列入本照會上述附件的、中華人民共和國是當事方或將成為當事方的其他條約”包含了雙邊條約，因此，照會也解決了雙邊條約的在特別行政區的適用問題。參見徐宏：《國際條約適用香港和澳門特區的實踐》，《法制日報》2016 年 10 月 22 日，第 4 版。這一觀點疏忽了這段話的行文背景，經不住推敲。鑒於這段話出自《中華人民共和國常駐聯合國代表秦華孫大使就多邊國際條約適用於香港特別行政區事項致聯合國秘書長的照會》中，文件標題已清楚表明它處理的是多邊條約問題，自然不包括雙邊條約在內。

⁶ 《中華人民共和國政府和大不列顛及北愛爾蘭聯合王國政府關於香港問題的聯合聲明》（以下簡稱《中英聯合聲明》）第 5 條及附件二。

⁷ 《中華人民共和國政府和葡萄牙共和國政府關於澳門問題的聯合聲明》（以下簡稱“中葡聯合聲明”）第 4 條及附件二。

⁸ 《中英聯合聲明》附件二第 4 條第 2 項、第 5 條第 2 項。

⁹ 過渡期內香港締結的雙邊協定的名稱一般為“香港政府和某國政府關於xx的協定”，在約文開篇首先闡明：“香港政府，經負責其外交事務的主權政府正式授權簽訂本協定”。例如，《香港政府和澳大利亞政府關於促進和保護投資協定》、《香港政府和菲律賓共和國政府關於移交被控告和被判罪的人的協定》。

¹⁰ 中英聯合聯絡小組同意香港與各國簽訂的一系列雙邊協定於 1997 年 6 月 30 日後繼續有效。有關雙邊協定列表參見香港特別行政區政府及內地事務局網站，<http://www.cmab.gov.hk/gb/issues/joint2.htm#3>。

¹¹ 《中葡聯合聲明》附件二第 1 條第 2 款第 3 項。

在過渡期內，經中葡兩國政府通過聯合聯絡小組協商同意，澳門同樣被授權以自己的名義同外國締結了一系列雙邊協定。例如《澳門政府和德意志聯邦共和國政府航空運輸協定》在開篇即交待“澳門政府經葡萄牙共和國主管主權機構正式授權並經中華人民共和國政府同意”和德國政府締結此協定。過渡期內澳門以自己的名義締結的雙邊協定包括民用航空協定、移轉被判刑人協定、貿易與技術合作協定和避免雙重徵稅及逃稅協定。¹²這些協定在回歸後繼續適用於澳門特別行政區。而原由葡萄牙延伸適用於澳門的雙邊條約自回歸之日起全部停止適用。

（三）特別行政區的締約權能與中國締結的雙邊條約在特別行政區的適用

過渡期解決了原適用於港、澳的雙邊條約在特別行政區的適用問題，但沒有專門規定中國締結的雙邊條約是否適用於特別行政區。回答這一問題時不可忽略特別行政區的締約權能。

根據《香港特別行政區基本法》和《澳門特別行政區基本法》，特別行政區經中央人民政府授權可行使一定的締約權。特別行政區的對外締約權能依獲得程序的不同可以區分兩類。一類是經中央人民政府一次性授權其以特區名義單獨對外締結條約的權能。根據《香港特別行政區基本法》第 151 條和《澳門特別行政區基本法》第 136 條，特別行政區可在經濟、貿易、金融、航運、通訊、旅游、文化、體育等領域以“中國香港”、“中國澳門”的名義，單獨地同世界各國、各地區及有關國際組織保持和發展關係，簽訂和履行有關協定。有必要指出，“單獨”締約並不同於獨立締約。鑒於基本法已經明確規定，“特別行政區自行處理有關對外事務”的權力皆為經中央人民政府授權取得，¹³所以即便是上述經貿文化領域的締約權也不是特別行政區“獨立”享有的，而是中央人民政府經由基本法一次性授權其行使的權力。實踐中，特別行政區在上述領域對外締結國際條約時，無需另行申請中央人民政府的授權。

另一類是在締結某一特定條約時尚需尋求中央人民政府具體授權的締約權能。根據兩部基本法，特別行政區欲與外國締結司法互助協定、¹⁴民航服務協定¹⁵及互免簽證協定¹⁶時，需要獲得中央人民政府的協助或具體授權。

¹² 澳門簽訂的相關雙邊協定列表可訪問澳門特別行政區印務局網站，
<http://www.io.gov.mo/cn/legis/int/bila>。

¹³ 《香港特別行政區基本法》第 13 條第 3 款規定“中央人民政府授權香港特別行政區依照本法自行處理有關的對外事務”。另見《澳門特別行政區基本法》第 13 條第 3 款。

¹⁴ 《香港特別行政區基本法》第 96 條，《澳門特別行政區基本法》第 94 條。

¹⁵ 《香港特別行政區基本法》第 133 條，《澳門特別行政區基本法》第 117 條。

¹⁶ 《香港特別行政區基本法》第 155 條，《澳門特別行政區基本法》第 140 條。

鑒於兩部基本法均未明確提及特別行政區締結投資保護類協定的權能，有必要說明特別行政區單獨締結投資保護協定的權力來源。因投資保護協定涉及在境外保護本國/本地投資者的問題，關涉到中央人民政府管理的國防、外交事項，故需獲得中央人民政府的具體授權方可締結。¹⁷實際上，特別行政區在締結此類條約時都徵詢並獲得了中央人民政府的具體授權。¹⁸而兩部基本法各自的第 20 條也都規定，“特別行政區可享有全國人民代表大會和全國人民代表大會常務委員會及中央人民政府授予的其他權力”，這一規定為特別行政區經具體授權締結投資保護類協定提供了法律依據。

在特別行政區可於一定範圍內單獨行使締約權的情況下，中央政府締結的雙邊條約是否適用於特別行政區？特別是，在特別行政區政府和中央政府可平行行使締約權的事項範圍內，若特別行政區尚未單獨締約，而又存在中外雙邊條約，此中外雙邊條約是否可以適用於特別行政區？這是“一國兩制”方針下在條約締結和適用方面最易產生疑惑的地方，也是下文將着重討論的“世能訴老撾案”中仲裁庭和法院需要回答的首要 and 核心問題。

其實，對上述問題，兩部基本法已經給出了較為明確的答案。根據《香港特別行政區基本法》第 153 條第 1 款及《澳門特別行政區基本法》第 138 條第 1 款，中華人民共和國締結的國際協定，中央人民政府根據特別行政區的情況和需要，在徵詢特別行政區政府的意見後，決定是否適用於特別行政區。《中英聯合聲明》和《中葡聯合聲明》包含有同樣的條款。此條款中的“中華人民共和國締結的國際協定”應理解為既包括在香港和澳門回歸之前締結的國際協定，也包括在回歸之後締結的國際協定；既包括多邊協定也包括雙邊協定。對此條款可從以下方面解讀。首先，中國締結的國際條約是否適用於特別行政區，決定權在中央政府。其次，特別行政區可在某些領域行使締約權並未排除中央政府將其在這些領域締結的國際條約適用於特別行政區的可能性。¹⁹第三，中央政府須在徵詢特別行政區的意見後，才決定是否將國際條約適用於特區；在徵求特區政府意見之前，中國締結的國際協定不適用於特區，而非自動適用於特區。²⁰

¹⁷ 參見陸少冰、龍雲本：《香港特別行政區適用和締結條約：制度與實踐》，載饒戈平主編《燕園論道看港澳》，北京大學出版社 2014 年版，第 127 頁；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 年簽訂的《中華人民共和國香港特別行政區政府和芬蘭共和國政府關於促進和保護投資協定》開篇即宣明“中華人民共和國香港特別行政區政府，經中華人民共和國中央人民政府正式授權簽訂本協定”；2008 年澳門特別行政區與荷蘭簽訂的《關於相互鼓勵和保護投資的協定》亦聲明“經中華人民共和國中央人民政府正式授權簽訂本協定”。

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 有學者對該條款的理解是在中央政府做出決定之前，中國締結的國際條約是否適用於特別行政區處於一種不確定的

另外，此條款位於基本法中特別行政區的“對外事務”一章，故不影響外交、國防類條約的適用；外交、國防類條約一旦締結，自動適用於包括特別行政區在內的全部領土。

二 國際條約適用於特別行政區的實踐挑戰：“世能訴老撾案”

中國對國際條約適用於特別行政區的制度安排曾一度得到學者的高度肯定，認為特別行政區的“獨特情況及隨之而來的困難，反而使其巧妙安排……更加確定、有效、及時”，²¹“更合乎邏輯、更明智”。²²在香港和澳門回歸近 20 年的時間裏，條約適用安排總體運行平穩，但也遇到了挑戰。具體到中外雙邊條約是否適用於特別行政區的問題，先後出現了“謝業深訴秘魯案”和“世能訴老撾案”。兩案均涉及中國在港澳回歸之前同外國締結的雙邊投資條約（BIT）是否適用於特別行政區的問題，兩案的被告國皆以中外 BIT 不適用於特別行政區為由質疑仲裁庭的管轄權；而兩案的裁決結果却均認為中外 BIT 適用於特別行政區。不同的是，“謝業深訴秘魯案”原告為在香港特區有居留權的自然人，而“世能訴老撾案”的原告為在澳門註冊的公司。顯然，仲裁庭的裁決結論與中國關於國際條約適用於特別行政區的制度安排相悖。為何在條約締約雙方均主張相關中外 BIT 不適用於特別行政區的情況下，仲裁庭仍得出相反的結論？這其中存在怎樣的法律問題？鑒於“謝業深訴秘魯案”已得到國內學界的深入討論，²³本文着重分析“世能訴老撾案”，特別是新加坡最高法院上訴庭終審判決中存在的主要法律問題。

（一）“世能訴老撾案”基本案情

世能投資有限公司是一家根據澳門特別行政區法律在澳門註冊成立的公司，在老撾從事博彩業和酒店業投資。後世能公司與老撾政府因投資發生糾紛。2012 年，世能公司自認為滿足 1993 年《中老 BIT》對“投資者”的定義，遂以《中老 BIT》為依據，在新加坡針對老撾政府發起國際仲裁。老撾政府隨即對仲裁庭的管轄權提出初步反對意見，主張《中老 BIT》中界定的“領土範圍”不包括澳門特別行政區，故世能公司不得據此

（undecided）的狀態，故有適用默認的國際法規則，即“條約邊界移動規則”的可能性。參見 *Sanum v. Laos*, [2016] SGCA 57, Judgment, para. 81。筆者不同意這種理解。對該條款的文意解釋已經清楚表明，在中央政府做出決定之前，條約不適用於特別行政區，而非處於一種不確定狀態，更不應適用所謂的“條約邊界移動規則”。下文將詳細論證。

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.

²³ 例如，參見陳安：《對香港居民謝業深訴秘魯政府案 ICSID 管轄權裁決的四項質疑——〈中國—秘魯 BIT〉適用於“一國兩制”下的中國香港特別行政區嗎》，《國際經濟法學刊》2010 年第 1 期；王海浪：《謝業深訴秘魯政府案管轄權決定書簡評——香港居民直接援用〈中國—秘魯 BIT〉的法律依據》，《國際經濟法學刊》2010 年第 1 期；高成棟：《中外 BITs 對香港特區的適用爭議及其解決——以謝業深訴秘魯政府案為例》，《國際經濟法學刊》2010 年第 1 期。

提起仲裁。這一反對意見未獲仲裁庭支持；2013 年 12 月，仲裁庭做出管轄權裁決，認定《中老 BIT》適用於澳門特別行政區，仲裁庭對本案擁有管轄權。老撾政府不滿該仲裁裁決，於 2014 年 1 月向新加坡最高法院高等法庭提出申請，要求對仲裁庭的管轄權裁決進行司法複審。2015 年 1 月，高等法庭做出判決，認定《中老 BIT》不適用於澳門特別行政區，故仲裁庭對本案無管轄權。²⁴2015 年 7 月，世能公司向新加坡最高法院上訴庭提起上訴，要求撤銷高等法庭的判決。2016 年 9 月 29 日，上訴庭發佈終審判決，推翻了高等法庭的判決，支持仲裁庭的裁決，即《中老 BIT》適用於澳門特別行政區。

研讀上訴庭的判決書後不難發現，上訴庭建立這一結論的基礎大有可商榷之處。下面擇要加以分析。

（二）“條約邊界移動”規則與本案的相關性

“條約邊界移動”（moving treaty frontier）規則規定於 1978 年《關於國家在條約方面繼承的維也納公約》（以下簡稱《1978 年維也納公約》）第 15 條。該條針對的是“對領土一部分的繼承”，規定：“一國領土的一部分，或雖非一國領土的一部分但其國際關係由該國負責的任何領土，成為另一國領土的一部分時：（a）被繼承國的條約，自國家繼承日期起，停止對國家繼承所涉領土生效，（b）繼承國的條約，自國家繼承日期起，對國家繼承所涉領土生效，但從條約可知或另經確定該條約對該領土的適用不合條約的目的和宗旨或者根本改變實施條約的條件時，不在此限。”

上述規定包括一般規則和但書兩個部分。當部分領土由一國轉移給另一國時，按照一般規則或稱“默認規則”，對該部分領土而言，被繼承國的條約停止適用，繼承國的領土開始適用。但是，如從某一條約本身可知，或者已經另行確定對被繼承領土適用該條約將違反條約的目的和宗旨、或將根本改變條約的實施條件的，則不適用默認規則。

在世能訴老撾案中，新加坡最高法院的高等法庭和上訴庭均認為“條約邊界移動”適用於澳門的情況。換言之，二者均認為澳門回歸中國屬於中國對葡萄牙“一部分領土的繼承”，故應當適用該規則。所不同的是，高等法庭適用該規則的原因是爭議雙方均認可該規則與本案相關；²⁵而上訴庭適用該規則的理由則是該規則屬於習慣國際法，因此對包括中國和老撾在內的所有國家均具有法律拘束力。此外，高等法庭認為老撾方面

²⁴ 關於爭議各方在仲裁階段及高等法庭審理階段的主要論點，可參考王俊：《中外雙邊投資協定是否適用於港澳特別行政區——從 UCITRAL 仲裁庭與新加坡法院對“澳門世能投資有限公司與老撾投資仲裁案”管轄權爭議的不同決定談起》，<http://www.cnarb.com/Item/7452.aspx>。

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

提供的證據表明《中老 BIT》滿足了該規則的但書部分，即中國與老撾之間已“另經確定”《中老 BIT》不適用於澳門特別行政區；而上訴庭則認為，相關證據未能“另經確定”《中老 BIT》不適用於澳門特別行政區，故應當適用默認規則，由此得出《中老 BIT》適用於澳門特別行政區。

對高等法庭和上訴庭的判決結論，本文提出以下不同意見。

1. 澳門回歸中國不屬於領土繼承

首先，基於不平等條約的領土割讓自始無效，中國一直擁有對香港和澳門的主權。20 世紀 20 年代，當時的國民黨政府就聲明通過外交努力廢除或修改 19 世紀及 20 世紀初強加於中國的關於領事裁判權、單方面最惠國待遇、領土割讓或租借及其他喪權辱國的不平等條約。²⁶新中國成立後，中國政府繼續堅持不平等條約自始無效的立場。這一立場為國際社會所熟知。例如，英國外交部在一份備忘錄中寫到：“中國政府多年來的立場是有關香港（及澳門）的條約是歷史遺留的不平等條約；該問題需在時機成熟時通過和平協商解決，在解決之前應保持現狀。中國政府明確表示，解決香港問題是中國主權範圍內的事”。²⁷在中國政府看來，香港和澳門是中國領土，中國從未喪失對香港和澳門的主權，兩地的回歸是中國恢復對其行使主權，並不存在主權的移交，更不存在所謂繼承。因此，澳門與香港的情況不存在適用《1978 年維也納公約》關於部分領土繼承的“條約邊界移動”規則的前提。

雖然一些歐洲學者不承認存在不平等條約，或是以破壞條約關係的穩定性、²⁸法不溯及既往²⁹等理由對廢除不平等條約的主張提出質疑，但這些技術層面的辯解並不能否定相關條約實質內容的不平等。正是因為不平等條約的歷史不可抹煞，1969 年聯合國條約法大會通過的《關於禁止在締結條約時以軍事、政治、經濟手段施壓的宣言》才明確指出，過去有些國家曾以各種形式的壓力迫使另一些國家接受條約，為避免今後再發生

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，英國學者奧斯特認為，“允許一國以實力不平等為由逃避條約義務將嚴重損害條約關係的穩定性”。參見 Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 3rd ed., (Cambridge University Press, 2013), p. 280.

²⁹ 有學者主張：“無論如何，《維也納條約法公約》中包含的非追溯原則排除了將現行國際法原則適用於這些英國條約的可能性。”參見 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.

被迫締約的情況，“嚴正譴責任何國家威脅或使用任何形式的軍事、政治或經濟壓力脅迫另一國家做出任何行爲，締結違反國家主權平等、自由同意原則的條約”。³⁰《維也納條約法公約》也規定，任何以強迫一國代表或以威脅或使用武力對一國施行強迫而取得締結的條約均無法律效果。³¹有學者這樣評價不平等條約主張的國際法貢獻：非歐洲國家有關不平等條約的經歷“對塑造國際法的正當性起到了決定性作用”，挫敗不平等條約“鞏固了主權平等原則”。³²

其次，國際社會確認香港、澳門不屬於一般的殖民地。在中國恢復聯合國合法席位後不久，中國常駐聯合國代表便去信聯合國反殖民化特別委員會主席，要求將香港和澳門從反殖宣言適用的殖民地地區名單中移除，同時從聯合國所有文件中取消關於香港、澳門屬所謂“殖民地”範疇的錯誤提法。中國代表提出上述要求的理由是“香港、澳門是屬於歷史上遺留下來的帝國主義強加於中國的一系列不平等條約的結果。香港和澳門是被英國和葡萄牙當局占領的中國領土的一部分，解決香港和澳門問題完全是屬於中國主權範圍內的問題，根本不屬於通常的所謂‘殖民地’範疇，……聯合國無權討論這一問題”。³³中國的主張得到了聯合國的支持。1972 年 6 月，反殖民化特別委員會向聯合國大會建議，不將香港和澳門與其附屬地列入宣言所適用的領土名單。³⁴1972 年 11 月 2 日，聯合國大會以 99 票贊成 5 票反對的投票結果通過決議，接受特別委員會的建議，同意將香港和澳門從非自治領土的名單中刪除。³⁵因此，香港和澳門的情況並不適用為滿足非殖民運動帶來的深刻變化而制定的《1978 年維也納公約》。³⁶

第三，葡萄牙通過國內法和國際條約確認澳門是中國領土。1972 年 11 月聯合國大會第 2908 號決議通過後，葡萄牙政府明確聲明，澳門不在需要非殖民化的葡萄牙領土之列。1976 年葡萄牙共和國憲法並沒有把澳門列入葡萄牙主權之下的領土，也不是自治區，而是由葡萄牙管理的區域。³⁷

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 《維也納條約法公約》第 51、52 條。

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), 《給予殖民地國家和人民獨立宣言執行情況特別委員會報告書》，第一卷，第一章，附件一《一九七二年三月八日中國常駐聯合國代表給特別委員會主席的信》。

³⁴ UN Doc A/8723/Rev.1(Vol I), 《給予殖民地國家和人民獨立宣言執行情況特別委員會報告書》，第一卷，第一章，F“宣言所適用的領土名單問題”，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 參見《1978 年維也納公約》序言第 2 段。

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

1987 年簽署的《中葡聯合聲明》對澳門屬於中國領土這一事實的表達更為清晰。《中葡聯合聲明》明確寫道：“中華人民共和國政府和葡萄牙共和國政府聲明：澳門地區（包括澳門半島、氹仔島和路環島，以下簡稱澳門）是中國領土，中華人民共和國政府將於一九九九年十二月二十日對澳門恢復行使主權”。³⁸中葡雙方共同確認澳門是中國領土，這對判斷在澳門問題上是否適用繼承理論至關重要。鑒於相關當事方均認為不存在主權移轉，而只是中國恢復對澳門行使主權，因此並不存在繼承問題。

2. “條約邊界移動”是否屬於習慣國際法規則並不確定

新加坡最高法院上訴庭闡釋“條約邊界移動規則”屬於習慣國際法的用語令人難以信服。上訴庭以“爭議各方共同認為”³⁹以及“所有專家均接受”⁴⁰來證明條約邊界移動屬於習慣國際法的一部分，但衆所周之，認定習慣國際法需滿足兩個基本要件，即法律確信和一貫的國家實踐。廣泛而一致的國家實踐是判斷是否存在習慣國際法的必要條件，也是確定習慣國際法規則的決定性因素；至於專家是否接受，並不在考慮之列。即便本案當事雙方均主張該規則屬於習慣國際法，也並不能就此得出肯定的結論，還需要考察更廣泛的國家實踐。

實踐中，國家在繼承方面的做法常常與《1978 年維也納公約》的規定大相逕庭。解決前殖民地問題的國家實踐並不統一；該公約在提供各種複雜的解決方案時，並沒有充分重視大量締結移交協定乃至發表繼承聲明的國家實踐。⁴¹有尖銳的批評認為，1978 年公約沒有回應“實際”、“否定歷史記錄”、“在當代事例中幾乎找不到共鳴”，沒有“準確反映條約是否自動延續還是繼承國必須同意延續等多樣的國家實踐”，也未充分考慮國家分裂時各種細微的差異。⁴²正如國際法學家的觀察，繼承方面的國家實踐主要是基於政治便利、務實解決以及所涉國家之間的權力關係，以致“在大量相互衝突、相互矛盾的趨勢之上無法建立一致的理論和原則”。⁴³

因此不難想見，《1978 年維也納公約》的規則並不為國際社會普遍歡迎。截至目前，該公約通過近 40 年之後，仍然只有 22 個締約國。⁴⁴因此，1978 年公約基本上屬於一個

³⁸ 《中葡聯合聲明》第 1 段。

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

⁴⁰ 同上，第 58 段。

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,

“逐步發展國際法”的例證，而非“對習慣國際法的編纂”，故也“不是關於條約繼承的習慣國際法的可靠指引”。⁴⁵既然如此，該公約只對其締約國具有法律拘束力。“世能訴老撾案”所涉各國均不是該公約的締約國，自然也就不存在適用該公約的前提了。

綜上所述，澳門回歸中國不屬於國際法上的繼承，不適用關於繼承的國際法規定。此外，難以確認《1978 年維也納公約》第 15 條的習慣國際法性質，老撾和中國不是該公約的締約國，不受該條約約束。所以，在“世能訴老撾案”中，新加坡最高法院的高等法庭和上訴庭均存在適用法律錯誤。

（三）“關鍵日期”理論與本案的相關性

在“世能訴老撾案”中，老撾政府不服仲裁庭的管轄權裁決，於 2014 年 1 月 10 日向新加坡最高法院高等法庭提起訴訟，要求審查仲裁庭的管轄權問題。在這次訴訟中，老撾政府提具了中老兩國政府的信函往來，其一是 2014 年 1 月 7 日老撾外交部致中國駐萬象大使館的信，信中稱老撾認為《中老 BIT》不適用於澳門，去信尋求中國政府關於該問題的觀點；⁴⁶其二是 2014 年 1 月 9 日中國駐萬象大使館回復老撾政府的信，信中確認 1993 年締結的《中老 BIT》不適用於澳門特別行政區，除非中國和老撾未來另行做出安排。⁴⁷

圍繞這兩封信函，爭議雙方、高等法庭、上訴庭之間出現了不同的觀點。世能公司主張這兩封信與本案無關，理由是它於 2012 年 8 月 14 日仲裁程序開始之後，也就是本案的“關鍵日期”之後形成，不可以採納為證據。⁴⁸高等法庭認為，世能公司的主張忽視了《維也納條約法公約》關於條約解釋的規則，該公約第 31 條允許締約各國就條約的解釋或條約某些規則的適用訂立嗣後協定。高等法庭認為中老兩國政府間的信件往來構成第 31 條第 3 款（a）項的嗣後協定，應在解釋條約時給予考慮。⁴⁹上訴庭則支持世能公司的觀點，不僅認為關鍵日期理論與本案具有相關性，還確認 2012 年 8 月 14 日，即世能發起仲裁的日期即為本案的關鍵日期，並將兩封信作為關鍵日期之後形成的證據加以分析，以兩封信與老撾政府在關鍵日期之前的立場不一致、⁵⁰構成對條約的修改等理由判定不予考慮。⁵¹

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.

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.

本文認為，上訴庭對關鍵日期理論的運用並不恰當。在國際爭端中，往往存在着某些重要日期或關鍵時刻，“對評價事實具有重要的意義”，⁵²這樣的時刻或日期被稱為關鍵日期。關鍵日期被具體界定為“爭端提煉（crystallised）為一個具體問題的時刻”，“在此時刻之後當事各方的行為均不能再影響這一問題”。⁵³根據關鍵日期理論，“被確定為關鍵日期那一天的立場是什麼，現在的立場就是什麼。當時當事各方的權利是什麼，現在當事各方的權利依然是什麼……在此後發生的任何事情都不能用來改變當時存在的情形。”⁵⁴

關鍵日期理論有明確的適用對象和適用範圍。根據國際司法實踐，關鍵日期主要被運用於領土爭端中，是有關當事方“鞏固其歷史性權利、夯實建立領土權屬的根基”的一個要素。⁵⁵直到今天，曾供職於國際法院的法律專家仍明確指出，“無論在何種意義上使用‘關鍵日期’，這一術語都（或應當）是一個僅限在領土爭端中使用的術語”。⁵⁶因此，在“西撒哈拉案”（Western Sahara case）中，國際法院在確定“被西班牙殖民的日期”時強調：“此處並不是要確立一個領土爭端中使用的‘關鍵日期’那樣的日期，因為（向法院）提出的問題並不要求法院裁判對西撒哈拉的法律權屬衝突”。⁵⁷換言之，法院認為，只有領土權屬爭端才涉及確定關鍵日期的問題。

即便如有些學者所倡，關鍵日期也可以類比適用於其他類型的爭端，⁵⁸這一術語也只與確定爭端的“事實”部分相關，即它所凝固的是關鍵日期這一刻當事各方對事實（fact）的權利主張或立場；⁵⁹而對所適用的條約如何解釋並不受其影響。關鍵日期理論的奠基人菲茨莫里斯（Fitzmaurice）也沒有討論領土爭端引發的條約解釋問題。“事實上這些問題已經被排除在他對關鍵日期的定義之外，因為這些問題通常不可能受到領土主權主張的影響。”⁶⁰

⁵² 張衛彬：《國際法院解決領土爭端中的關鍵日期問題》，《現代法學》2012年第3期，第121頁。

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.

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，在上訴案中，世能公司引作證據的學術著作將“關鍵日期”定義為“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”。參見 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.

返觀“世能訴老撾案”，首先，老撾政府意欲通過法院訴訟推翻仲裁庭對管轄權的裁定，⁶¹在法院作出終審判決之前，仲裁庭的管轄權並未確立。在尚未確立管轄權的情況下，不可能對爭端的事實部分進行審查，因而不具備適用“關鍵日期”理論的前提。其次，仲裁庭是否具有管轄權，直接依據的是《中老 BIT》的規定，這涉及對該雙邊條約的解釋。根據國際法，“條約的締約方擁有條約，它們有權解釋條約”。⁶²中國和老撾作為該雙邊條約的締約雙方有權隨時對它們自己的條約做出解釋，不受任何時間限制。另外，在解釋條約時，“當事國嗣後所訂關於條約之解釋或其規定之適用之任何協定”是與條約上下文一並考慮的因素。⁶³並且，“當事方之間就它們的條約究竟是什麼含義訂立清晰的協定，這通常是解釋條約最有力的因素”。⁶⁴就雙邊條約而言，對條約規則的權威解釋權“屬於締約雙方”，“如果它們就解釋達成一致，無論採取何種形式，其解釋將具有優先效力”。⁶⁵顯然，中國和老撾政府之間的兩封信已就《中老 BIT》的解釋達成一致，屬於解釋條約的嗣後協定。作為該雙邊條約的締約方，中老兩國對條約的一致解釋是對該條約的權威解釋，具有超越其他解釋的效力。對《中老 BIT》適用範圍的理解應以該兩封信函中達成的共識為準。

因此，上訴庭以與條約解釋毫不相干的“關鍵日期”來排除中老兩國對自己條約的權威解釋，是一個明顯的錯誤。

（四）外國與中國及特別行政區平行締結 BIT 是否排除中外 BIT 適用於特別行政區

在“世能訴老撾案”中，老撾政府舉出許多國家在已經同中國政府締結 BIT 的情況下，仍於回歸前後與港澳兩地單獨締結 BIT 的事實，以此證明中國締結的 BIT 並不自動適用於特別行政區。對此，上訴庭認定“沒有說服力”。⁶⁶上訴庭給出的理由是鑒於英國/葡萄牙的條約將於回歸時自動停止適用，故過渡期安排是中英/中葡“以條約邊界移動規則為基礎”做出的安排；⁶⁷“中國締結的條約選擇性地適用於香港（澳門）的事實，

⁶¹ 本案仲裁地為新加坡，根據新加坡《國際仲裁法案》（International Arbitration Act, IAA）第 10 條第 3 款第 1 項，如果仲裁庭以初步問題裁定自己具有管轄權，爭端任何一方可在收到該裁定通知後 30 天內向高等法院申請審查並做出決定。

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 《維也納條約法公約》第 31 條。

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

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.

並不意味着排除適用了條約邊界移動規則”；⁶⁸ “其他國家之所以選擇分別與中國和特別行政區締約只是表明這麼做符合它們的利益”。⁶⁹

上訴庭的幾條理由均經不住推敲。姑且不論“條約邊界移動”規則並不適用於港澳的情況（已於上文詳述），即便適用該規則，上訴庭的用法也是明顯錯誤的。

首先，條約邊界移動的默認規則包括消極和積極兩個必須同時具備的方面：被繼承國的條約停止適用、繼承國的條約自動開始適用。上訴庭在只看到英國/葡萄牙的條約停止適用這一消極方面，而不考察中國的條約是否自動適用於港澳時便下結論稱適用了條約邊界移動規則，顯然是斷章取義。況且，若真如上訴庭所言特別行政區的安排是在適用條約邊界移動規則，那麼中國已同百餘國家締結的 BIT 將於回歸時自動適用於港澳，港澳並不會因為回歸而出現法律保護的真空地帶，過渡期的締約安排以及對港澳自行締約的安排也就沒有必要了。正是因為實際上中國締結的 BIT 不會於回歸時自動適用於港澳，才會出現過渡期及授權港澳自行締結某些條約的特殊安排。

其次，上訴庭在已經認識到只有部分（而非全部）中國締結的雙邊條約適用於港澳的情況下，仍然執意主張這“意味着並沒有放棄條約邊界移動規則”。中國締結的條約選擇性適用於港澳與中國締結的條約自動適用於港澳，意思顯然不同。上訴庭的主張明顯扭曲了條約邊界移動規則的原意，違背了法院在適用法律規則時應有的客觀性和準確性。

至於上訴庭關於其他國家只是因為符合本國利益才與港澳另行締約的推論，更是沒有法律依據的主觀臆斷。其他國家之所以可以單獨同港澳締約，其事實前提是中國在特別行政區推行“一國兩制”方針使港澳可以在一段時期內保持不同於中國內地的社會制度；其法律前提是中央授權特別行政區可以在某些領域單獨行使締約權。若無這些前提，其他國家即便有利益驅動，也不能同港澳單獨締約，正如其他國家不能同中國的其他省、市單獨締約一樣。而這些前提的邏輯結論正是中國在特別行政區可單獨締約的領域締結的條約，不會自動適用於特別行政區。

（五）上訴庭對中國與老撾條約解釋行為的質疑

上訴庭分別質疑中國與老撾通過信件往來解釋條約的行為。針對老撾，上訴庭認為其在給中國政府的信中所表達的立場與在所謂關鍵日期之前的立場相衝突，故不可

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

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

接受。⁷⁰上訴庭又稱，作為《中老 BIT》締約另一方的中國基於國內法律規定解釋條約，與“條約邊界移動”這一習慣國際法規則以及《維也納條約法公約》的規定衝突，也不可接受。⁷¹

上訴庭對老撾和中國立場的質疑存在邏輯不周延及適用法律錯誤等問題。首先，老撾政府自始主張《中老 BIT》不適用於澳門，這一立場從未改變，提交的所有證據皆為證明這一立場。上訴庭稱老撾提交的關鍵日期前形成的證據“並未確定條約邊界移動規則已經被取代”（the evidence that was put forward does not establish that the MTF Rule had been displaced），而“2014 年兩封信提出的立場是中老 BIT 不適用於澳門，因此條約邊界移動規則已經被取代”，從而“2014 年兩封信反映的立場……與國際法上已經存在的一個立場相衝突”，⁷²故不應予以考慮。上訴庭此處的論理有偷換概念之嫌：“並未確定被取代”不同於“已確定沒有被取代”，前者仍是一種不確定或尚未定論（inconclusive）的狀態，而非上訴庭所稱的“已經存在的立場”。上訴庭以此認定該兩封信函中的立場與老撾之前的立場相衝突，未免有些強詞奪理。

其次，上訴庭稱，中國政府用以支持《中老 BIT》不適用於澳門的理由是中國的國內法，聲稱這既違反“條約邊界移動”的習慣國際法，也違反《維也納條約法公約》第 27 條關於“一當事國不得援引其國內法規定為理由而不履行條約”的規定，因此是“不相關和不可接受的”。⁷³對此可做以下幾點反駁。第一，解釋條約並不同於履行條約。中國作為雙邊條約的締約一方表達自己對條約意思的理解，這一理解與其國內法相一致，並且得到締約對方的明確肯定和接受，這是條約解釋的正常狀態，很大程度上保障了條約的順利履行，但解釋本身不是履行。第二，《維也納條約法公約》第 27 條在此處並不適用，因為在本案中需要履行條約的是老撾而非中國，老撾並未試圖援引其國內法來規避條約義務。第三，關於“條約邊界移動”，退一步講，即便它是習慣國際法規則，也並不屬於強行法，國際法並不限制國家之間做出不同於習慣規則的約定，此處“國家的意圖優於原則”。⁷⁴第四，中老兩國有權解釋自己的條約。正如有學者提醒的，本案上訴庭“忘記了受條約約束的各當事方，也就是國家，它們擁有條約。這是它們的條約”。⁷⁵它們不僅有權解釋條約，而且做出的是權威解釋。國際法委員會將雙邊條約

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*, Vol7, (Elsevier Science Publishers, 1984), pp. 474-475.

⁷⁵ J Crawford, “Subsequent Agreements and Practice from a Consensualist Perspective”, Chapter 3 in G Nolte (ed), *Treaties*

締約雙方的真實解釋視為權威解釋，認為它具有超越任何其他含義的效力。⁷⁶因此，上訴庭對中老兩國協定一致的解釋提出質疑是十分荒誕的。

綜上所述，新加坡最高法院上訴庭在“世能訴老撾案”中，因為對澳門回歸中國這一事件的定性錯誤而自始錯誤地適用了法律；在適用法律過程中未能保持應有的客觀中立而出現了多處牽強附會、不合邏輯，甚至明顯違反常識的判斷，致使最終做出錯誤的判決。

三 “世能訴老撾案”對國際條約適用於特別行政區制度的啓示

“世能訴老撾案”一波三折，最終判決仍與中國關於國際條約適用於特別行政區的制度安排相悖。雖然《中老 BIT》是否適用於特別行政區的問題因為有了中老兩國解釋條約的嗣後協定而變得明朗，新加坡最高法院上訴判決中的疏漏和錯誤也已清晰可辨，然而，本案折射出的問題依然存在，特別行政區條約適用制度對第三方的法律效力問題仍未得到有效解決。

不可否認，關於特別行政區適用國際條約的制度安排，無論是寫入中英兩國或中葡兩國的雙邊條約，還是被認為是中國的單方面聲明，⁷⁷除非得到第三方的接受，否則不對其產生約束力。因為“條約非經第三國同意，不為該國創設義務或權利”；⁷⁸對於單方面聲明，非經其他國家明確接受（clearly accepted），不為其設定義務。⁷⁹因此，中國不能因為已經在聯合聲明中宣布了國際條約在特別行政區的適用安排，就認為其他國家理應知道這一特殊安排，並應根據這一安排來理解與中國之間的雙邊條約關係。這樣的理解實質上是為第三國施加了義務，不符合國際法的基本法理。對於中國與第三國締結的雙邊條約，如果條約約文中沒有明確是否適用於特別行政區，而中國又沒有將國際條約在特別行政區的適用安排明確告知締約對方，並尋求對方的明示或默示同意，則容易產生適用範圍的疑問。

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 鑒於在《中英聯合聲明》和《中葡聯合聲明》中，包括國際條約適用制度在內的對香港和澳門的基本方針政策均是以“中華人民共和國政府聲明”、“中華人民共和國政府對香港/澳門的基本方針政策的具體說明”等措辭形式出現，有觀點認為，相關方針政策很難被看作是中英、中葡的聯合聲明聲明，而應屬於中國的單方面聲明。參見 Peter Malanczuk, “Hong Kong”, in *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Vol. IV, Oxford University Press, 2012, p. 966, para. 37.

⁷⁸ 《維也納條約法公約》第 34 條。

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.

新加坡最高法院上訴庭做出判決之後，中國外交部直言這是一項錯誤的判決，但同時也認識到特別行政區適用國際條約的制度安排並不當然為其他國家，特別是他國的司法機構所瞭解。中國外交部條法司司長隨後發表署名文章，表示針對公眾甚至法律界人士不了解條約適用於港澳的法律和實踐的問題，“有必要採取措施予以進一步明確，以避免更多外國司法或仲裁機構誤判”。⁸⁰

雙邊條約的特性在於，每項雙邊條約都是特定當事國就特定事項達成的合意。個別中外雙邊條約明確了是否適用於特別行政區的問題，僅對各該雙邊條約的締約雙方有拘束力。中國與老撾政府之間的信件往來，雖然中方在其中闡釋了關於國際條約適用於特別行政區的一般主張，但這只是對《中老 BIT》這一特定條約的解釋，並不產生類推適用於中國與老撾間其他雙邊條約的法律效力，更不具有類推適用於中國與其他國家間的雙邊條約的法律效果。對那些沒有明確規定是否適用於特別行政區的中外雙邊條約，中國仍需逐一與締約對方溝通協商，達成某一特定條約是否適用於港、澳的明確共識。

鑒於中外雙邊條約數以萬計，絕非可以一蹴而就之事，故可區分輕重緩急、統籌規劃、分類處理。在具體操作過程中則需堅持以下原則。首先，今後締結雙邊條約，應盡可能在條約中明確是否適用於特別行政區的問題，改變當前“一般不在雙邊條約中對是否適用於特別行政區問題作明確規定”的做法，從源頭上防止雙邊條約適港澳問題進一步複雜化。其次，對已經締結的雙邊條約按緊迫程度分階段處理，優先處理已經發生或容易發生爭議領域的條約。第三，克服畏難，及早行動。中外經貿文化往來如此密集，為消除隱患，中國政府亟需儘快啟動此項工作。

[Abstract] According to the "One China, Two Systems" policy, China made a special arrangement to Special Administrative Regions (SARs) for the application of bilateral international agreements to which the People's Republic of China is or becomes a party. This principle on treaty application in SARs and relevant practice in the first 20 years is largely smooth, nevertheless with seldom queries and challenges, which was culminated in the recent case *Sanum Investment Ltd vs. Laos People's Democratic Republic*. In this case, the Appeal Court made a totally opposite conclusion against the special arrangement applied to Macao

⁸⁰ 徐宏：《國際條約適用香港和澳門特區的實踐》，《法制日報》2016 年 10 月 22 日，第 4 版。

SAR. This paper argues that Appeal Court of Singapore misused some concepts and theories of International law such as the *Moving Treaty Frontier* rule, *Critical Date* and *Subsequent Agreement*, and consequently led to wrongful conclusion. Nonetheless, as this case indicated, China could not take it granted that other states had known as well as itself of the treaty arrangement in SARs. Further action may be need to make it clear of the territorial application of bilateral treaties.

（本文原載於《環球法律評論》2017 年第 5 期，第 162-176 頁）