

澳門特區適用條約和締結協定的新情況

澳門特區政府法務局局長 劉德學

澳門特區適用條約和締結協議¹是一個複雜的外交和法律問題，既涉及中央政府締結的條約適用特區，還涉及特區以自身名義單獨對外締結協議。借此機會，我想先簡要介紹一下特區回歸以來適用條約和締結協議的主要實踐，再重點就幾個相關理論問題與各位專家交流，希望能有助於對相關問題的研究。

一、實踐之回眸

（一）多邊條約的適用

在澳門回歸過渡期間，中國與葡萄牙通過友好磋商，就條約適用問題進行磋商，並達成共識。在澳門回歸前夕，中國通過採取法律行動和外交行動，完成了 150 多項條約適用特區的手續，相關安排得到了國際社會的充分認可，對於確保澳門順利回歸、維持澳門繁榮穩定發揮了重要作用，也為發展國際法作出了重要貢獻²。

澳門回歸後，中央和特區政府嚴格按照《基本法》的規定處理相關問題。截至 2019 年 10 月底，適用於特區的國際公約、修正案超過 630 項，其中近年適澳的條約包括《多邊稅收徵管互助公約》、《關於成立中亞區域經濟合作學院的協定》、《關於汞的水俣公約》等。

在適用原則上，中國締結的多邊條約，凡屬於外交國防類的，原則上必須適用於特區，以體現國家主權和“一國”原則；凡屬於非外交國防類的，則由中央政府根據現實情況和澳門特區的實際需要，按照《基本法》第 138 條第 1 款的規定，在徵詢特區政府的意見後，決定是否適用於特區，以體現“兩制”原則。例如《關於沿亞洲公路網國際道路運輸政府間協定》、《2006 年海事勞工公約》等，中央政府根據特區政府的意見暫未將其適用於特區。

¹ 在澳門《基本法》中，為體現澳門的非主權地位，第 138 條、140 條均使用了“協議”一詞，涵蓋多邊和雙邊協議。結合澳門回歸後的實踐且便於讀者理解，本文除另有說明，在多邊情況下一般使用“條約”，在雙邊情況下一般使用“協議”或“協定”。

² 聯合國秘書處編寫的《多邊條約最後條款手冊》稱中國處理港澳回歸的條約實踐“發展了一種做法”。

除了上述“徵詢”機制外，特區政府考慮到實際需要，亦曾主動提出將有些條約適澳，並獲得中央政府的大力支持。例如，經特區政府的主動要求，中央政府在 2018 年決定將《核材料實物保護公約》³延伸適澳，這有利於特區獲得亞太區打擊清洗黑錢組織的合規評級。

此外，中央政府一直支持推動特區政府參與國際組織的條約活動，邀請特區政府派員參與多邊條約的談判，以便特區政府適時就本地法的配合度、執行條約時可能出現的困難等問題反映意見。例如特區政府代表多次作為中國代表團的成員參與海牙國際私法會議的“判決項目”會議。透過上述參與，特區可全面瞭解條約的制訂過程、內容，並且適當地發表意見，這有利於條約在特區的適用和執行。

（二）雙邊協議的締結

澳門特區作為中國領土的一部分，本不具備國際法上的締約主體資格。然而，為了確保特區的繁榮發展，《基本法》作出了特殊安排，允許特區在一定範圍內締結協議。

回歸以來，特區加緊加快開拓對外關係，加強對外合作，在經濟、貿易等自治領域或司法互助等特定授權領域締結了不少雙邊協議。截至 2019 年 10 月底，上述雙邊協議超過 110 項。但也要指出，特區在部分領域締結的協議還比較少，有的領域還需要進一步開拓。例如，特區只跟荷蘭、葡萄牙和歐洲經濟共同體（現為歐盟）簽訂了投資保護或貿易合作協定，尚未與任何國家簽訂專門的民商事司法合作協定，都需要特區政府加大投入。另外，在雙邊協議的磋商方面，特區政府也要進一步優化程序，加快磋商進程，以提高商簽的效率和質量。

總體來看，回歸以來，特區適用條約和締結協議工作取得了很大進展，為特區開展各領域對外交往提供了重要制度性保障，成為“一國兩制”成功實踐的重要組成部分。

二、實踐中反映的幾個重要理論問題

（一）國際協議領域對外交往權的具體運作問題

《基本法》明確規定，中央人民政府負責管理與澳門特別行政區有關的外交事務。中央人民政府授權澳門特別行政區依照本法自行處理有關的對外事務。也就是說，特區

³ 修訂名為《核材料和核設施實物保護公約》。

不享有外交權，但在一定範圍內依法享有對外交往權⁴。對外交往權十分廣泛，“幾乎是無與倫比的，這一點，無論是中國的角度，還是世界的角度；無論是與其他國家的橫向比較，還是與歷史上出現過的自治地區的縱向比較，都是無可置疑的”⁵。但從性質上看，與主權國家享有的外交權相比，對外交往權具有從屬性、有限性和授權性。

特區締結國際協議是其對外交往權的重要內容，在實踐運作中⁶，主要涉及與兩方面的關係：

1. 與中央政府的關係。在特區締結國際協議方面，中央政府與特區之間是授權和被授權關係。根據《基本法》的規定，這種授權包括“一攬子授權”和“中央政府具體授權”。“一攬子授權”即《基本法》在特區自治領域一次性授權，特區簽署協議時不需要另行請求授權。具體而言，根據《基本法》第 136 條規定，特區可以“中國澳門”名義在經濟、貿易、金融、航運、通訊、旅遊、文化、科技、體育等適當領域，單獨地同世界各國、各地區及有關國際組織簽訂和履行有關協議；“中央政府具體授權”即特區在特定領域可單獨締結協議，但每次均需請求中央政府授權⁷。根據《基本法》第 94 條、第 117 條和第 140 條規定，特區經中央政府授權後可締結司法互助協定、民航協定以及互免簽證協定。總體而言，上述安排完全符合“一國兩制”的要求，運作也非常有效。

但是，由於《基本法》的規定比較原則，且難以預料實踐中出現的各種情況，回歸以來，特區在締結協議方面還是遇到一些新情況。一是在自治領域締結協議時涉及中央事權問題。根據上述，特區在自治領域締結協議不需要具體授權，但在現代社會，對外事務日趨複雜，一些協議除涉及經濟、貿易等自治事項，還牽涉到外交、國防事項或者涉及國家主權或安全利益的事項。在這種情況下，由於協議內容超出了自治範圍，特區在締結協議前應主動向中央政府報告，並聽取中央政府的意見；二是“灰色區域”的授權問題。《基本法》並未列舉特區對外交往的所有領域，因此，在一些未列舉領域締結協議是否需要具體授權問題，曾在實務界和理論界產生一些分歧。例如《基本法》

⁴ 蕭蔚雲教授將澳門特區的對外事務處理權歸納為：參加有關的外交談判、開展對外經濟文化交流、參加國際組織和國際會議、國際協議的適用、簽發護照和旅行證件、外國在澳門設立機構。參見蕭蔚雲主編：《一國兩制與澳門特別行政區基本法》，北京大學出版社 1993 年，第 114-120 頁。

⁵ 參見王長斌：《論“一國兩制”下港澳特區的對外事務處理權：一個比較憲法的視角》，載《“一國兩制”研究》第 4 期。

⁶ 姚魏博士認為，特區對外事務處理權的設定和行使，要遵循尊重和維護中國國家主權的原則、保障特區自治權和自主權的原則、符合國際規則和他國交往意願的原則。相關論述請見姚魏 2015 年博士論文，《特別行政區對外交往權研究》。

⁷ 關於中央政府的具體授權程序，參見徐宏主編：《中國國際法實踐案例選編》，世界知識出版社，第 107 頁。

未規定特區簽署投資協定和避免雙重徵稅協定是否需要授權，後來經過中央政府和特區政府協商，認為投資協定涉及國家徵收、避免雙重徵稅協定可能涉及具有司法協助性質的稅收信息交換，這些事項均屬中央政府的權力，因此確定特區如簽署此兩種協定，需要請求中央政府授權。將來特區可能還會遇到類似問題，我認為只要嚴格遵守“一國兩制”方針，並與中央政府密切溝通，這些問題可以得到妥善解決。

2. 與締約對方的關係。特區的對外交往權具有《憲法》和《基本法》等國內法依據，得到了國內法的授權。但是，“國際法實踐已經證明，在涉及到一國內部的地方實體的對外交往權時，國內憲法或法律的授權尚屬不夠，還必須受到國際法的調整，並受到國際實踐的制約”⁸。在締結國際協議領域，特區的締約權必須得到其他締約方的承認。從澳門回歸以來的實踐看，特區無論是適用多邊條約，還是單獨與其他國家或地區締結雙邊協議，其相關權能都得到了國際社會的廣泛認可。但在有些個案中，當特區提出希望與他國締結雙邊協議時，有國家表示需要中國中央政府明示確認已給特區授權，還有國家表示其國內法禁止與一個國家的地方政府簽署具有條約性質的檔。對前一種情況，在中央政府的協助下，比較容易解決。但對後一種情況，由於協議對方受其國內法的限制，解決起來難度較大，未來特區需要探討適當的解決方案。

（二）國際條約或協議與澳門本地法關係問題

國際條約或協議與澳門本地法的關係包括兩方面問題，一是國際條約或協議如何適用於特區？二是這些條約或協議成為特區法律體系的一部分之後，在該體系中處於何種位階？關於第一個問題，理論界經過多年的研究已有比較明確的共識，認為特區原則上採取“納入式”⁹，條約和協議一經政府公報，即在特區具有法律效力。因此，本文主要討論第二個問題。

關於國際條約或協議在澳門法律體系中的位階，理論和實務界一致認為，條約或協議效力低於《基本法》，但在其與特區普通法律的位階問題上，則存在明顯爭議。目前主要有三種觀點：

第一種觀點認為，國際條約或協議的效力高於普通法律。主要依據是，根據《葡萄牙憲法》第 277 條的規定，“經合乎規範被批准之國際條約，即使在機關上或形式上

⁸ 參見饒戈平、李贊：《國際條約在香港的適用問題研究》，中國民主法制出版社 2010 年版，第 40 頁。

⁹ 需要指出的是，特區採取“納入式”，並不意味著特區並不需要就適用條約和協議進行任何本地立法。在條約實踐中，一些條約（特別是人權等領域條約）明確要求締約方就相關事項作本地立法。另外，如果特區在執行條約和協議時存在法律空白，也需要進行本地立法。

違憲，如其規則在對方之法律秩序中適用，則不影響該等規範在葡國法律秩序中之適用，但如違憲係因違反基本規定者，不在此限。”從中可以推定出，條約和協議低於《葡萄牙憲法》而高於其他法律。澳門回歸後，特區法律保持基本不變，關於國際條約或協議在特區法律體系中的位階延續原有法律傳統。同時，依據《澳門民法典》第 1 條第 3 款的規定：“適用於澳門之國際條約優於普通法律”，也確認在澳門國際條約或協議的效力應高於普通法律¹⁰。

第二種觀點認為，僅中央政府決定適用於特區的條約或協議效力高於特區法律，該觀點主要以特區終審法院第 2/2004 號判決為代表。該判決認為：（1）“《澳門民法典》¹¹規定國際條約優先於普通法律是違反基本法的，國際條約在澳門的效力應由《基本法》規定。即“基於明顯的法律邏輯理由，簡單的道理是，沒有任何一項規範可以賦予一項或一組規範高於其本身的法源位階，因此《澳門民法典》第 1 條第 3 款的這項規定沒有任何效力”；（2）“第 138 條所涉及的國際協議——中華人民共和國已經參加以及尚未參加但於 1999 年 12 月 19 日在澳門適用——於澳門特別行政區之適用是由中央人民政府決定的，而不是澳門特別行政區的機構，由此肯定可以得出，在法源位階上，上述提到的國際協定中的規範高於澳門特區內部其他法源”。“因此，澳門特別行政區的立法機關不得撤銷《澳門基本法》第 138 條所述的國際協議的規定，否則，會以另一種方式侵犯《澳門基本法》中屬於中央人民政府的職權”¹²。

第三種觀點¹³認同中央政府決定適用於特區的條約或協議效力高於特區法律，並進一步提出，特區自行締結的條約或協議與特區法律處於同等地位。如遇有衝突，採用“後法優於先法原則”處理。

“善意履行條約義務”是國際法的一項基本原則，締約方如果違反該義務，需要承擔國際責任。但對於一個國家或地區如何履行條約義務，如何規定履行條約的程序，則完全是國內法或本地法的問題。因此，從國際法角度看，特區終審法院完全可以就條約

¹⁰ 王思遠：《國際條約適用澳門的問題再探討》，載於《“一國兩制”研究》第 4 期，第 76 頁。

¹¹ 檢視《澳門民法典》的淵源歷史，才會明白為何在作為私法規範的民法典中對法律淵源及其規範效力的問題作出規定。由於《澳門民法典》的規定直接移植《葡萄牙民法典》的相關規定，而《葡萄牙民法典》又受到《法國民法典》的直接影響，《法國民法典》在制定通過時對有關國際條約與國內法關係的處理，實質上規範了本應由憲法所規範的問題，因為《法國民法典》在拿破崙主持起草下其中的一個直接目的就是要對法國境內各地不同的法律起到統一的作用，所以《澳門民法典》有關法律淵源的規定即源於此。

¹² 澳門終審法院裁判書，案件編號 2/2004 號。

¹³ 參見駱偉建：《“一國兩制”與澳門特別行政區基本法的實施》，廣東人民出版社 2009 年版，第 113-122 頁。

或協議在特區法律體系中的位階問題作出裁決¹⁴，甚至改變以往實踐。進一步看該判決的內容，應該說終審法院的分析是充滿智慧的，特別是比較好地處理了中央與特區關係問題。當然，判決也引發了一個新問題，就是對如何處理特區自行締結的條約或協議和特區法律的關係問題付諸闕如，因此，上述第三種觀點提供了一種有益的解決進路。實際上，在現代條約實踐中，條約或協議與國內法或本地法的衝突一直呈下降趨勢，其原因在於，一個國家和地區在參加條約或協議之前，都會進行相關審查，如發現本地法和國際法之間存在衝突，會先行對本地法進行修改，此後才做出參加條約或協議的決定。因此，不用過於擔心終審法院判決產生的“空白問題”。與此同時，理論界可以結合《基本法》精神、特區內部的立法體制、立法機關與行政長官的權限、特區內部法律的統一性和和諧性等諸多方面，繼續對該問題進行探索。

（三）中央政府締結的雙邊投資協定是否適用特區問題

這個問題主要涉及條約的空間效力範圍，之所以受到關注，主要起因是 2016 年“世能（Sanum）訴老撾案”¹⁵判決。在該案中，新加坡最高法院上訴庭判定，《中國-老撾投資保護協定》適用於澳門特區。從事實和法律上看，這項判決顯然都經不起認真推敲¹⁶。

新加坡上訴法院作出上述判決，基本出發點是認為，澳門回歸中國是因國家領土變更導致的“國家繼承”問題，葡萄牙是被繼承方，中國是繼承方，因此在澳門適用條約問題上應遵循條約繼承規則。但實際上，中國恢復對澳門行使主權並非“國家繼承”，澳門回歸後適用有關係約也不能按照條約繼承處理。

中外雙邊投資保護協定不適用於特區是澳門回歸以來的一貫實踐。根據《基本法》的規定，中國對外締結的雙邊條約在另行作出不同決定之前，一般是不適用特區的，除非涉及國防、外交等因其性質必須適用於國家全部領土的睦鄰友好條約、邊界條約等。

¹⁴ 美國在處理條約和國內法關係問題上的一些重要原則都是通過法院判例確定的，如 1929 年福斯特訴尼爾森案、1948 年藤井訴加利福尼亞州案等。參見李浩培：《條約法概論》，法律出版社 2003 年版，第 319 頁。

¹⁵ 該案案情是：2005 年，一美國公民在澳門特區設立 SANUM 投資公司，並在老撾投資運營賭場及酒店。後公司與老撾政府就投資問題產生爭議，老方決定收回公司土地並扣押其財產。2012 年，SANUM 公司依據《中老投資協定》提起國際仲裁（仲裁地在新加坡）。2013 年 12 月，仲裁庭裁定《中老投資協定》適用於澳門特區，其對該案有管轄權。2014 年 1 月 9 日，應老方請求，中國駐老撾使館照會老撾外交部，確認《中老投資協定》不適用澳門特區。1 月 10 日，老方根據新加坡《國際仲裁法》就仲裁庭管轄權問題向新加坡高等法院提起訴訟，請求撤銷仲裁裁決。2015 年 1 月，新加坡高等法院判決老方勝訴。SANUM 公司隨後向新加坡上訴法院提起上訴。2015 年 11 月，中國外交部照會老撾外交部，重申中國駐老撾使館 2014 年照會中所闡明的立場。2016 年 9 月 29 日，新加坡上訴法院拒絕接受中國外交部照會立場，並推翻了高等法院判決。

¹⁶ 參見徐宏：《國際條約適用香港和澳門的實踐》，載《法制日報》2016 年 10 月 20 日版。

另外，特區可在經濟、貿易等適當領域，以“中國澳門”的名義單獨對外簽訂協定。因此實踐中，在投資保護領域，特區不是直接適用中央政府對外締結的雙邊條約，而是由中央政府授權特區與有關國家自行談判簽訂投資協定。這是因為澳門在投資管理、市場准入等方面實行與內地完全不同的制度，中央政府在對外談判締結雙邊投資保護協定時，也是基於內地的制度和實際情況，沒有考慮特區的情況和需要，締約雙方也沒有將協定適用於特區的意圖。

新加坡上訴法院判決中表示，《維也納條約法公約》第29條規定，“除條約表示不同意思，或另經確定（*Otherwise Established*）外，條約對每一當事國的拘束力及於其全部領土。”《中老投資協定》未規定其不適用於特區，中老雙方在回歸前後也未採取措施明確該協定不適用於特區，因此該協定應適用於包括澳門特區在內的全部領土。判決對《維也納條約法公約》第29條中“另經確定”一詞所作的解釋是機械的、片面的。著名國際法學家李浩培先生指出，“條約當事國決定條約不適用於其全部領土的意思，可以明示，也可以默示”¹⁷。在國際實踐中，國家在領土適用方面的一貫和持續做法，無論是否在條約中明示，只要得到締約對方和國際社會的廣泛承認，也構成一種“確定實踐”（*Established Practice*）。聯合國法律事務廳編纂的《條約實踐概要》（*Summary of Practice*）也指出，“某些國家在領土適用方面持續的實踐以及其他國家的默認，已經確定了一種出於第29條目的的不同意思。”

實際上，中國基於“一國兩制”方針在處理中外雙邊條約適用於特區方面的制度和做法，已廣為國際社會瞭解和接納。既有中葡《聯合聲明》、《基本法》和中國常駐聯合國代表團照會中的明示，也有20年來條約實踐的支撐，足以構成《維也納條約法公約》第29條中所稱的“另經確定”。中國對外簽訂的雙邊條約數以萬計，僅投資協定就有130多項，如果按照新加坡上訴法院的觀點，凡是不在澳門特區適用的條約，都要逐一作出排除性聲明，這在實踐中也很難操作。

在新加坡法院判決之後，中國外交部發言人正式表態，表示中方不認同判決內容。但無論如何，判決已是既成事實，可能對其他國家對該問題的立場造成影響，也可能在理論界造成一些模糊認識。因此，特區政府應該與中央政府一起，積極探討後續處理方案，以盡可能減少或消除判決的負面影響。例如，是否有必要主動採取行動，在投資

¹⁷ 參見李浩培：《條約法概論》，法律出版社2003年版，第309頁。

協定乃至其他相關雙邊條約中以明示方式明確其適用範圍，以避免外國法院或仲裁機構誤判。

總之，澳門回歸以來的實踐充分說明，特區對外締結和適用協議的安排是成功的，對落實“一國兩制”方針、維護特區長期繁榮穩定發揮了重要作用。隨著“一國兩制”實踐不斷走向深入，未來特區在締結和適用協議方面還將面臨一些問題和挑戰，希望理論界和實務界攜起手來，加強對有關問題的研究，為貫徹落實“一國兩制”和發展國際法做出新的貢獻。