

【国际经济法】

# 《中老投资协定》在澳门的适用问题

## ——评新加坡上诉法院有关“Sanum公司诉老挝案”判决

宋 杰

**【摘 要】**在 Sanum 公司诉老挝案中,新加坡上诉法院在 2016 年 9 月份的判决中裁定,《中老投资协定》适用于澳门。由于错误地解释了《维也纳条约法公约》第 31 条,错误地界定了“移动条约边界规则”的习惯国际法规则属性,在“另经确定”的证据证明标准问题上适用了不当的证据证明标准,从而导致新加坡上诉法院的上述裁决出现了错误,并得出了系列非常不合理甚至荒谬的结论。

**【关键词】**Sanum 诉老挝案;《中老投资协定》;澳门特别行政区;新加坡上诉法院

**【作者简介】**宋杰,男,浙江工商大学法学院教授,法学博士,主要从事国际法基本理论和国际争端解决研究(浙江 杭州 310018)。

**【原文出处】**《浙江工商大学学报》(杭州),2017.2.58~69

**【基金项目】**浙江省人文社科重点研究基地——浙江工商大学法学基地项目(2016A001)。

Sanum 公司(下称 Sanum)是在澳门特别行政区设立的公司,于 2005 年开始在老挝设立合资公司,投资运营赌场及酒店。后其与老挝政府就投资保护问题产生争议。2012 年, Sanum 依据《中华人民共和国政府和老挝人民民主共和国政府关于鼓励和相互保护投资协定》(下称《中老投资协定》)提起国际仲裁,新加坡为仲裁地。老挝对仲裁庭的管辖权提出了质疑,认为《中老投资协定》是与中国中央政府签订的双边投资协定,不能直接适用于澳门。2013 年 12 月,仲裁庭裁决认定《中老投资协定》适用于澳门,自己对该案有管辖权。2014 年年初,应老挝请求,中国驻老挝使馆向老挝外交部发出照会,声明同意老挝立场,认为“除非中老未来达成单独协定”,否则《中老投资协定》不

适用澳门。2014 年 1 月,老挝以《中老投资协定》不适用于澳门,仲裁庭没有管辖权为由,请求新加坡高等法院撤销仲裁裁决。2015 年 1 月,新加坡高等法院判决撤销仲裁裁决。Sanum 公司随后提起上诉。2015 年 11 月,中国外交部照会老挝外交部,重申 2014 年照会中所阐明的立场。2016 年 9 月 29 日,新加坡上诉法院判决 Sanum 胜诉,认为《中老投资协定》适用于澳门,仲裁庭拥有管辖权。

本文将主要致力于对新加坡上诉法院的判决进行研究和评论。全文分三部分。第一部分将对新加坡上诉法院的判决依据和理由进行概述,从而为后文评论提供必要基础。第二部分是文章主旨部分,将对该上诉判决进行分析和评论,通过评论,指出新加坡上诉法院在判决的细节、技术和理

论适用上出现的系列错误。最后部分是结论,将对文章进行适当总结,并在此基础上提出相关建议。

### 一、新加坡上诉法院判决的主要依据和理由

新加坡上诉法院认为,其要审理的主要是两个问题:2015年照会是否应被采纳为证据;高等法院认定仲裁庭无权基于《中老投资协定》审理相关仲裁请求,这一解释是否正确。

对于第一个问题,新加坡上诉法院指出,照会能否被接受为证据,需符合三个条件:(1)在之前的审理中,经过合理的努力,证据依旧不可能获得;(2)证据可能会对案件的结果产生重要影响;(3)证据必须是明显可信的。其中,(1)和(2)是决定性因素。经过审查,其认为,2015年照会可以被接受为新证据。<sup>①</sup>

对于第二个问题,新加坡上诉法院认为,要回答此问题,则需先回答两个问题:(1)《中老投资协定》是否适用于澳门;(2)仲裁庭对Sanum公司提出的诉求是否拥有管辖权。其中,《中老投资协定》能否适用于澳门是关键性问题。要回答此问题,则需要对《中老投资协定》进行解释,确定其所适用的领土范围。

新加坡上诉法院认为,要对《中老投资协定》进行解释,首先就需要确定应适用的国际法规则和原则。在这方面,该法院认为,1969年《维也纳条约法公约》第31条是有关条约“解释的规则”的(the rules of treaty interpretation),应予适用;除此之外,《中老投资协定》是否适用于澳门还涉及到国家继承及其对条约义务的影响,因此,《维也纳条约法公约》第29条<sup>②</sup>和1978年《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》第15条<sup>③</sup>具有相关性。新加坡上述法院指出,这两条反映的都是习惯国际法,也被称为“移动条约边界规则”(the “Moving Treaty Frontier” rule)。<sup>④</sup>

新加坡上诉法院认为,老挝要想成功地证明《中老投资协定》不能适用于澳门,根据《维也纳条

约法公约》第29条的规定,就必须证明:(1)从《中老投资协定》意图可知,该协定不适用于澳门;或(2)“另经确定”(otherwise established)该协定不适用于澳门。

(一)《中老投资协定》意图与该协定不适用于澳门的问题

对于第一个问题,即《中老投资协定》是否有意图显示其不适用于澳门的问题,新加坡上诉法院认为,无论是从该协定文本规定来看,还是从该协定目的和宗旨来看,抑或是从缔约情形来看,都看不出中老双方有取代“移动条约边界规则”,从而使其不适用于澳门的意图。相反,倒有两个因素支持其适用于澳门:(1)从时间顺序来看,1987年缔结的《中葡联合声明》是先于该协定缔结的。在缔结该联合声明的时候,中葡双方能够预见到随着澳门将于1999年被移交给中国,根据“移动条约边界规则”,中国自此之后所缔结条约也将适用于澳门;1993年缔结《中老投资协定》时,双方对此应该是知晓的,却没有任何规定表明其不适用于澳门;(2)即使中老在缔结《中老投资协定》时忽视了澳门“归还”的问题,在澳门移交之后,根据该协定有效期为10年的规定,在2002年协定的第一个10年有效期即将到来之前,缔约双方尤其是中国有机会对此协定进行审查,有机会考虑其是否适用于澳门这一问题,可是,在该协定顺延又一个有效期之前,缔约双方却没有提出此问题,没有采取任何行动来取代“移动条约边界规则”所适用的效果。<sup>⑤</sup>

(二)“另经确定”《中老投资协定》不适用于澳门的问题

对于第二个问题,即《中老投资协定》是否“另经确定”不适用于澳门,新加坡上诉法院指出,要回答此问题,就需先解决一个先决性问题即“另经确定”在国际法中的证明标准问题。由于国际法并没有为此问题提供答案,该法院认为,适用“盖然性证据优势标准”(the standard of satisfaction on

a balance of probabilities)应该是适当的。<sup>⑥</sup>

接下来,根据“关键日期理论”,以2012年8月14日这个仲裁程序启动的日期作为关键日期,新加坡上诉法院按照时间顺序,即1999年澳门移交前,澳门移交至2012年8月14日这一期间,以及2012年8月14日之后的期间这三个时间段,对老挝提交的相关证据逐一进行了审查。<sup>⑦</sup>

1. 澳门移交前这一期间。这一期间老挝提交的证据主要涉及到《中葡联合声明》和中英有关香港的相关实践。

关于《中葡联合声明》,新加坡上诉法院认为,这是一双边条约。该联合声明附件1载明了中国有关澳门的基本政策。其中,第8条规定,“中华人民共和国缔结的国际协议,中央人民政府可根据情况和澳门特别行政区的需要,在征询澳门特别行政区政府的意见后,决定是否适用于澳门特别行政区。中华人民共和国尚未参加,但已适用于澳门的国际协议仍可继续适用。中央人民政府根据情况和需要授权或协助澳门特别行政区政府作出适当安排,使其它与其有关的国际协议适用于澳门特别行政区。”尽管如此,问题的实质是:中国在该联合声明中的这一立场是否就能取代“移动条约边界规则”。新加坡上诉法院的答案是否定的。因为,《中葡联合声明》仅仅是一双边条约,对老挝没有约束力;“移动条约边界规则”是习惯国际法规则,对中国有约束力;中国并没有在该联合声明中表明,相关规定欲取代“移动条约边界规则”。该联合声明充其量“确立了中国一内部宪法基础,基于该基础,中国嗣后在与其他国家磋商双边协定时,可以提出相关协定适用或不适用于澳门的问题,但该声明本身不能代替相关协定予以适用。”<sup>⑧</sup>新加坡上诉法院认为,附件1中的相关规定只是中国基于葡萄牙所作承诺,是中国有关澳门的内部宪法安排;附件1第8条表明,除非基于该条作出相关协定是否适用于澳门的决定,在决定未做之前,相关协定能否适用于澳门,这依然是

中国国内法中一个未决事项。因此,《中葡联合声明》并不意味着所有中国缔结的条约都不能适用于澳门。据此,新加坡上诉法院得出结论称,在澳门移交前,《中葡联合声明》不能构成“另经确定”《中老投资协定》不适用于澳门的证据。<sup>⑨</sup>

关于中英有关香港的相关实践问题。老挝提出,根据中英在香港归还前后达成的有关条约是否适用于香港的实践,以及部分国家与中国和香港、与中国和澳门分别缔结相关投资保护协定的实践,这些都可以证明,《中老投资协定》不应适用于澳门。新加坡上诉法院并不支持此主张。其认为,所有这些事实本身并不能排除“移动条约边界规则”的适用。<sup>⑩</sup>

2. 澳门移交至仲裁程序启动之日这一期间。此期间主要涉及到两份文件的证据证明效力:一份是1999年联合国秘书长说明,一份是2001年世贸组织报告。通过对这两份文件的分析,该上诉法院同样认为其不能构成“另经确定”《中老投资协定》不适用于澳门的证据。<sup>⑪</sup>

3. 仲裁程序启动之日之后这一期间。这一期间主要涉及到2014年照会的证据相关性问题和证据的证明分量问题。由于该证据是在关键日期之后提交的,因此,只有在该证据确证的是关键日期前的证据所确证的事实(立场),该证据才具有相关性,才可以予以考虑,但前提是关键日期前的证据并非决定性证据(inconclusive),也只有在此时,该证据才具有相应的证明分量。<sup>⑫</sup>

在接下来的分析中,新加坡上诉法院认为:(1)2014年照会在事实上并不构成对此前立场的确认,因为关键日期前的证据已经表明,“移动条约边界规则”并没有被取代,而此照会却主张《中老投资协定》不适用于澳门,这却表明“移动条约边界规则”被取代了;(2)即使关键日期前的证据是非决定性证据,2014年照会具有可接受性,其也不具有相应的证据分量,因为2014年照会反映的是中国基于国内法的立场,而根据《维也纳条约法公

约》第27条,一国是不能援引国内法作为其不履行条约义务的借口的;(3)对于老挝所称2014年照会构成《维也纳条约法公约》第31(3)(a)款和第31(3)(b)款中所称的“嗣后协议”或“嗣后实践”的观点,该上诉法院认为,首先,“嗣后协议”或“嗣后实践”并不具有溯及力。其次,即使不涉及溯及力问题,诚如老挝所称,该照会反映的并非中老“当下”有关《中老投资协定》不适用于澳门的意图。由于中老在关键日期前并没有就该协定不适用澳门达成协议,“移动条约边界规则”并没有被排除适用,该照会事实上也没有提及任何协议,因此,在解释《中老投资协定》的时候,一旦视该照会为“嗣后协议”,就相当于在效果上溯及性地修改了该投资协定。<sup>⑬</sup>

由于中国和老挝双方均为《中老投资协定》的当事国,基于上述备忘录,双方都认为该协定不适用于澳门,新加坡上诉法院也承认,自己的上述结论似乎有违直觉。然而,其强调指出,对此结论的理解,应建立在对如下五点的考虑基础之上:(1)“移动条约边界规则”是一项习惯国际法规则。如果条约当事国明确同意,可以不适用该习惯规则;(2)即使认可中国基于《中葡联合声明》而表明了排除适用“移动条约边界规则”于澳门的意图,就《中老投资协定》而言,这也并不意味着老挝对此有同样认知;(3)相应地,2014年照会既没有表明中老双方在缔结《中老投资协定》时有上述共同谅解(即其不适用于澳门),也没有表明在此后直至关键日期之前双方有此共同谅解;(4)前述结论也反映在2014年照会中。该照会表明,《中老投资协定》不适用于澳门这一结论既不是建立在此前的相关协议的基础之上的,也不是建立在对任何条约的解释基础之上的,相反,是建立在根据中国国内宪法安排、相关国际法规则应如何适用这一理解的基础之上的;(5)即使中老双方现在达成协议,修改《中老投资协定》以与他们现在的意图(即该投资协定不适用于澳门)相一致,相应协议也不能产生

溯及力,从而不当地影响本案中的另一当事方。<sup>⑭</sup>

因此,新加坡上诉法院认定,缺乏充足的证据证明,“另经确定”《中老投资协定》不适用于澳门。

### (三)仲裁庭是否拥有管辖权的问题

对于仲裁庭是否拥有管辖权的问题,新加坡上诉法院通过对《中老投资协定》相关条款的解释认定,仲裁庭拥有对 Sanum 提起的诉求的管辖权。<sup>⑮</sup>

## 二、分析与评论

严格地说,新加坡上诉法院有关本案的推理与论证,无论是从法律技术和相关理论依据的适用来看,还是从整体的解释与结论来看,都存在比较严重的问题。

### (一)技术和细节层面

在技术和细节层面,新加坡上诉法院存在的问题主要表现在三方面:对《维也纳条约法公约》第31条的错误解释,对“移动条约边界规则”的性质定性错误,以及对“另经确定”证据证明标准的适用错误。正因为在这三个技术问题上出现了错误,这些错误累积之后,最终导致其判决在多方面的结论显得不合理甚至荒谬。

1.对《维也纳条约法公约》第31条的解释错误<sup>⑯</sup>。新加坡上诉法院在审查《中老投资协定》是否适用于澳门这一问题时,其首先是从可以适用的国际法原则和规则角度入手的。而“首当其冲”的国际法原则和规则,正如该法院所指出的,是《维也纳条约法公约》第31条有关条约解释的规则。遗憾的是,《维也纳条约法公约》第31条作为判决适用的“起点”,新加坡上诉法院一开始就出现了错误:对该规则进行了错误的解释。

#### 第31条原文如下:

“一、条约应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有的通常意义,善意解释之。”

“二、就解释条约而言,上下文除指连同弁言及附件在内之约文外,并应包括:(甲)全体当事国间因缔结条约所订与条约有关之任何协定;(乙)一

个以上当事国因缔结条约所订并经其他当事国接受为条约有关文书之任何文书。”

“三、应与上下文一并考虑者尚有：(甲)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；(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；(丙)适用于当事国间关系之任何有关国际法规则。”

“四、倘经确定当事国有此原意，条约用语应使其具有特殊意义。”

第31条的标题是“解释的通则”，英文为“General rule of interpretation”。英文标题采用单数的形式标明，整个第31条是一个整体，在适用第31条对条约进行解释的时候，应互相参照该条各款项的规定，对条约进行整体性解释。新加坡上诉法院在援引该条的时候，是从“the rules of treaty interpretation”的视角切入的，<sup>⑩</sup>明显地将第31条视为一个复合性规定，而不将其视为一个单一的整体<sup>⑪</sup>。

将第31条视为一个复合体而非一个整体所带来的问题就是：本来，第31条是对国家、学者有关条约解释实践和理论的“编纂”，从编纂角度来看，三种解释理论即通常意义解释理论、意图解释理论和目的解释理论都程度不同地体现在该规定之中，<sup>⑫</sup>因此，在实践中，无论采用何种解释规则，都没有也不可能违背第31条本身；与此同时，各种不同的解释理论在具体适用于某一特定个案的时候，应该彼此倚重，互相支撑。适用一种解释理论所得解释结果，应能得到适用另外两种解释理论后所得结果的支撑，或至少不为其所排斥<sup>⑬</sup>。

而从新加坡上诉法院的相关解释过程来看，其在适用第31条对《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》和《中老投资协定》等进行解释的过程中，明显地仅单纯依赖通常意义解释理论，对目的解释理论和意图解释理论则几乎“视而不见”，这导致其对相关条约的解释出现偏差，进而影响了最终结论<sup>⑭</sup>。关于此点，后文将进一步展开

分析与讨论。

2. 对“移动条约边界规则”习惯国际法性质的界定错误。新加坡上诉法院认为，“移动条约边界规则”是习惯国际法规则，在缺乏明显取代该规则适用的意图的背景下，该规则对条约当事国有约束力，应得到适用。由于适用“移动条约边界规则”贯穿于新加坡上诉法院判决的始终，是整个判决的基石和基础，因此，如何认识该规则的性质及其适用，对于分析和评论判决无疑至关重要。

“移动条约边界规则”主要体现在《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》第15条和《维也纳条约法公约》第29条相关规定之中，但主要体现在《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》第15条中，于《维也纳条约法公约》第29条则是“隐含”于其中。<sup>⑮</sup>就“移动条约边界规则”而言，<sup>⑯</sup>国际法委员会对二者间关系的界定是：《维也纳条约法公约》第29条的规定是《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》第15条规定的“立法”理由。<sup>⑰</sup>

新加坡上诉法院有关“移动条约边界规则”是一项习惯国际法规则的论断，无论是从条约的意图解释理论来看，还是从条约目的解释理论来看，都不符合《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》第15条规定所凸显的“意旨”；同时，其也不符合习惯国际法规则的证明要求和习惯国际法的构成要件。

从意图解释理论即第15条的“立法”准备资料的角度来看，公约第15条的规定在国际法委员会制定的《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约草案》中体现为第14条。根据国际法委员会对第14条的评注，至少从国际法委员会的角度来看，这一理解是不当的。相反，在该评注中，国际法委员会多次强调了该规则适用的一般性，强调了其适用存在着相应例外。国际法委员会在任何程度上都没有说，该规则是习惯国际法规则。<sup>⑱</sup>

在有关第14条评注的第一段中，国际法委员

会指出,“移动条约边界原则在其他场合也存在程度不同的适用;但在这些其他场合,其是与其他规则一起适用的……其适用仅具有形式性”;<sup>②</sup>在第8段评注中,国际法委员会强调,在草案二读期间,部分委员提出了一些比较特殊的情形,认为这些情形不应适用“移动条约边界规则”,而应适用相应的特殊规则。<sup>③</sup>但国际法委员会认为,为了使当前草案的规定不复杂化,不增加能够涵盖这些特殊情形的细节性规定,这样更明智。在涉及到领土从一个管理当局移交给另一个管理当局场合(a territory from one administering Power to another),国际法委员会认为,“移动条约边界规则”并不必然适用。<sup>④</sup>

因此,从意图解释理论适用的角度来看,《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》的准备资料并不支持新加坡上诉法院的判断:“移动条约边界规则”既不具有习惯国际法的性质,也不能适用于与所有领土变更有关的条约继承事项,相反,其存在着例外。从国际法委员会例举的例外即“领土从一个管理当局移交给另一管理当局”情形来看,<sup>⑤</sup>澳门的移交,可能更符合此种情形,因而不适用“移动条约边界规则”。即使不符合“领土从一个管理当局移交给另一管理当局”的情形,其也构成单独的特殊情形<sup>⑥</sup>,因而同样不应适用“移动条约边界规则”。

从目的解释理论的适用来看,新加坡上诉法院对《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》第15条的解释同样不具有说服力。

目的解释规则适用的典型特征是:借助条约目的与宗旨来解释条约的相关规定;而最能体现条约目的与宗旨的,当属条约序言的相关规定。<sup>⑦</sup>《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》序言的相关规定,对于解释和适用第15条同样具有启发意义。

对解释第15条有启发意义的序言,主要包括如下两段:“考虑到非殖民化进程为国际社会带来

的深刻变化,”以及“确认凡是并非由于国家继承而产生的条约法问题,应以相关的国际法规则,其中包括一九六九年《维也纳条约法公约》所载的习惯国际法规则为准”。第一段阐明了制定《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》的重要背景,第二段指明了公约相关规定与相关国际法规则及《维也纳条约法公约》之间的关系。

非殖民化进程是《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》制定的重要背景,因此,对公约中很多条文的解读,都不应脱离这一特定时代背景。换言之,在殖民体系已经彻底崩溃后的今天,对公约部分条款规定的解释,可能需要考虑时代背景变迁这一重要因素。从目的解释理论适用的角度来看,对公约具体条款的解释,采用的具体方法应该是历时性而非共时性的,应该演进式地进行动态解释。

一旦采用历时性的解释方法来解释公约第15条,实际上意味着,对第15条规定的解释,既要考虑该规定制定时的时代背景,也要考虑从该规定制定之后一直到现在这一一直在变动的时代背景。从该条制定时的相关背景来看,国际法委员会在针对该条的评注中例举了有关部分领土变动时涉及到条约继承的相关实例,<sup>⑧</sup>但无一例外地,相应实例涉及到的相关国家,其社会制度都具有同质性;没有一起实例涉及到的异质性国家间部分领土变动时有关条约继承的相关实践。对于同质性国家间部分领土变更时的条约继承事项,一般性地适用“移动条约边界规则”当然没有任何问题;但对于异质性国家间部分领土变更的情形而言,条约继承的问题显然就复杂得多,其所应适用的规则,当然应有所不同。这主要应取决于相关国家自身的实践。香港和澳门的移交正是涉及到不同社会制度之间国家部分领土管理权变更的实例,相应的制度设计,既要考虑领土变更的事实,也要考虑“一国两制”的目的,因此,此种实践已经超越了公约制定的时代背景,超越了公约制

定时所考虑的既存国家实践,是一种全新的实践,对于此种全新的实践,“移动条约边界规则”当然就难以具有可适用性。

与此同时,对公约的解释,还需要考虑“相关国际法规则及《维也纳条约法公约》”。尤其是从“相关国际法规则”角度来看,实际上意味着,公约的相关规定是不完善的,为防止“挂一漏万”,有必要借助于其他国际法规则和《维也纳条约法公约》来“填补”规则适用的漏洞。“其他国际法规则”不仅包括成型的规则,还应该包括发展中的国际法规则。<sup>⑤</sup>正在发展中的国家实践同样构成动态的“其他国际法规则”的一个不可分割的组成部分<sup>⑥</sup>。就此意义而言,中国有关澳门和香港回归后的条约适用实践,同样构成需要考虑的“其他国际法规则”的一部分。

此外,从习惯国际法的证明及其构成要素角度来看,新加坡上诉法院认为“移动条约边界规则”属于习惯国际法的论断同样难以成立。

新加坡上诉法院在判决中对“移动条约边界规则”习惯国际法的认定非常简单,只有一句话:争端双方都认同该规则反映的是习惯国际法规则。<sup>⑦</sup>换言之,由于争端双方均称其为习惯国际法规则,新加坡上诉法院在自身没有经过论证和考察的背景下,就径自予以了采信,并将之作为整个判决的依据和基础。由于习惯国际法的证明需要建立在对其两个构成要素的考察基础之上,新加坡上诉法院的采信是非常盲目的,完全违背了习惯国际法规则的证明要求。

习惯国际法有两个构成要件:国家实践和相应的法律确信。对习惯国际法规则的认定,也需严格地建立在对这两个构成要件予以证明的基础之上。而在国家实践的考察上,则需要几乎穷尽相应领域主要利益关系国的国家实践。一旦有部分主要利益关系国实践与其他国家实践不一致,就很难认定该特定领域习惯国际法规则的成立和存在。就此意义而言,新加坡上诉法院的论证存

在着两个重要的缺陷:(1)没有对相关国家的实践进行考察,即径直断定“移动条约边界规则”构成习惯国际法规则,这完全违背了习惯国际法规则的认定程序和标准;(2)在认定“移动条约边界规则”是否构成习惯国际法规则的过程中,中国在澳门回归过程中有关条约适用的实践,本身就构成其“国家实践”构成要素的一个不可分割的部分,是一种重要的利益关系国“国家实践”,因此,要论证“移动条约边界规则”是否为国际习惯,就不能脱离开对中国相关实践的考察。脱离开中国实践而论证其构成习惯国际法规则,这本身就不符合习惯国际法规则的认定标准和“流程”,属于“本末倒置”。

退一步而言,即使“移动条约边界规则”构成习惯国际法规则,由于其是在“非殖民化”背景下形成和制定的,在后非殖民化阶段,其所能适用的国际关系已经发生了根本性变化,在此背景下,考虑到国际法规则体系从来就不是一个静止的体系,而是一直处在不断发展的状态中,因此,随着新的国家实践的出现,尤其是中国相关实践的出现,该习惯规则的发展也应“与时俱进”,要考虑和容纳中国等的独特实践。即使不能容纳,也应容许中国的此类独特实践构成其重要例外。

3.“另经确定”所适用的证据证明标准错误。新加坡上诉法院认为,对于《维也纳条约法公约》第29条规定中的“另经确定”,由于国际法缺乏细化规定,仲裁法庭的相关实践也没有提供确切答案,因此,适用“盖然性证据优势标准”是适当的。笔者认为,新加坡上诉法院在此问题上的立场同样不适当。

盖然性证据优势标准是适用于民事诉讼的证据证明标准。在国际诉讼和国际仲裁所涉及到的大多数案件中,适用的同样是此种证据证明标准。然而,这并不就意味着,此种证据证明标准应该适用于所有的国际诉讼和仲裁案件。例如,从国际法院的司法实践来看,国际法院在多数案件

中同样适用了盖然性证据优势标准,但是,在波黑诉塞尔维亚“《灭种罪公约》适用案”最终实体判决中,国际法院却并没有同样适用此种证据证明标准,相反,适用的是“足够清楚地证明”(sufficiently clear manifestation)的证明标准,<sup>③</sup>从而既不同于“证据平衡”(the balance of evidence)或“盖然性平衡”(the balance of probability)的证明标准,也不同于“排除合理怀疑”(beyond reasonable doubt)的标准。因此,应该适用何种证据证明标准,这是一个个案判断的问题,取决于具体案情和所需证明的具体事项的性质。没有任何一种证明标准能够适用于同样性质的所有案件。

就“另经确定”而言,其到底应该适用何种证明标准,或许,国际法委员会有关《维也纳条约法公约》第29条的评注可以给我们提供一些回答此问题的线索。

在有关公约草案第25条(即公约第29条)的评注中,国际法委员会指出,本条的制定背景是:由于很多条约并没有载明有关其领土适用的条款,因此,对于这些条约而言,其确切的领土适用范围就是一个问题。<sup>④</sup>国际法委员会认为,条约的领土适用范围应取决于当事国的意图。一旦条约中没有有关其领土适用范围的特别规定,或无从确定其领土适用范围,本条的规则可应作为一般性规则予以适用。<sup>⑤</sup>针对有国家建议,对于一国拥有自治区域的条约适用问题,应增加相应款项以进行单独规定,国际法委员会指出,本条的现有规定已经具有了必要弹性,能够涵盖与条约适用的领土范围问题有关的所有合理要求。<sup>⑥</sup>

从上述评注可以看出,就《维也纳条约法公约》第29条而言,其仅仅是一条一般性规定,国际法委员会在任何时候都没有宣称其具有习惯国际法的属性,相反,国际法委员会强调,在条约适用的领土问题上,当事国的意图最重要。一旦当事国在条约适用上有特定意图,该特定意图当然地具有优先性,第29条这个“一般性”规定就不再适

用。并且,国际法委员会还强调,没有必要把有关例外一一罗列,第29条规定的弹性能够使其容纳所有例外的情形。在此背景下,对“另经确定”证据证明标准的确定就应该是:只要有相关确切证据存在,即使其他相反证据在数量上占优势,第29条这个“一般性规则”就不应予以适用。因此,在“另经确定”的证据证明标准问题上,应该适用的是“唯一性证据”证明规则,而不是“盖然性证据优势标准”规则。

## (二)解释整体与结论的荒谬

整体而言,由于适用解释规则不当,对规则的理解和适用出现了偏差,从而导致新加坡上诉法院对《维也纳条约法公约》《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》和《中老投资协定》的解释结果,存在着四个非常明显的不合理甚至荒谬之处:

第一个不合理之处就是,一方面,新加坡上诉法院承认习惯国际法规则在适用中可以被减损,<sup>⑦</sup>另一方面,在将“移动条约边界规则”这个所谓的习惯国际法规则适用于《中老投资协定》时,却毫不理会其可以被减损的特质,毫不顾忌中国和老挝有关该协定适用范围的一致意见,将该习惯国际法规则毫无减损地适用于对该协定的分析。这种毫不顾忌当事国立场和意图,完全按照自己的意愿,强行适用本不存在和成立的习惯国际法规则的做法,是此判决自始至终最大的缺憾和不足。

第二个不合理之处就是,该判决一方面认可澳门具有一定的国际法主体地位和自主性,<sup>⑧</sup>另一方面,对于部分国家分别与中国和澳门签订单独的投资协定的实践,<sup>⑨</sup>却在事实上“视而不见”,既不赋予此类实践以相应的证据分量和证据效力,也不顾及澳门在此方面的相关意愿,单方面和强行性地认定中国所签订的协议如本案中涉及到的《中老投资协定》,可以无条件地适用于澳门,毫不顾及《中葡联合声明》附件1第8条规定的含义、程序及其效果,这相当于在事实上完全罔顾澳门的

意愿和自主性,甚至有损澳门的自主性,从而导致判决的前后冲突和矛盾,原因很简单:不尊重《中葡联合声明》附件1第8条的程序而将某一条约单方面地强行适用于澳门,没有考虑和征询澳门的意见,澳门的自主性又体现在何处?对于那些分别与中国和澳门签订投资协定的国家如荷兰而言,其行为及相关意图又该如何解释?

第三个不合理之处就在于:按照新加坡上诉法院的立场和结论,“一国两制”下“澳人治澳”的目的将不复存在。“一国两制”适用于澳门的目的就在于:高度尊重特别行政区的自治,中央政府只在有限的维度内介入澳门事务。其最终目的,是为了保证和实现“澳人治澳”。“一国两制”的制度运作和目的,不仅体现在特别行政区基本法中,也体现在《中葡联合声明》中,不仅具有国内法的属性,也具有国际法的属性。《中葡联合声明》附件1第8条有关条约的适用程序正是为了贯彻和执行“一国两制”、实现澳人治澳而设定的。而按照新加坡上诉法院的相关推理逻辑,中国所缔结的所有条约,只要没有明确规定不适用于澳门,其就可以适用于澳门,这样的解释,将会使得基于“一国两制”下的“澳人治澳”目的落空。

第四个不合理之处就在于:在《中老投资协定》当事国双方的中国和老挝都一致认同该协定不适用于澳门的背景下,新加坡上诉法院毫不理会该协定当事国的此明确“意图”,依然一意孤行,我行我素,坚持将该协定适用于澳门。这样的解释,完全有悖于常识和常理。没有什么解释结果能比这更显荒谬的了!在判决中,该上诉法院自身显然也意识到了此种荒谬。在判决中,其也承认,由于中国和老挝均持《中老投资协定》不适用于澳门的立场,自己认为其适用于澳门的结论“有违直觉”(counter-intuitive)。<sup>⑤</sup>为给自己的结论“圆场”,该上诉法院一连列举了5个理由,强调对自己结论的理解,应放在这五个理由的“背景”下进行!然而,正如上文分析中所指出的,一旦“移动条约边

界规则”不具有习惯国际法规则的属性,再多的理由,也掩盖不了其相关解释和结论的反常识性。

### 三、总结性评论

通过前述分析和评论可以看出,尽管适用了大量国际法知识和理论,但由于相关国际法知识和理论素养的欠缺,新加坡上诉法院在对系列条约、国际法理论的解释和适用的过程中,不断出现程度不同的瑕疵和错误,所有这些瑕疵和错误在同一份判决中逐步累积,最后导致其得出了非常荒谬的结论:尽管作为《中老投资协定》当事国的中国和老挝均持该协定不适用于澳门的立场,该上诉法院依然“背道而驰”,做出了此份明显有违常识和常理的判决。

从问题角度来看,新加坡上诉法院判决的主要问题在于对“移动条约边界规则”定性错误,认为该规则具有习惯国际法的属性。无论是在《维也纳条约法公约》第29条的制定过程中,还是在《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》第15条制定的过程中,国际法委员会从来就没有认为该两条规则具有习惯国际法的属性,相反,认为该两条规则仅具有一般国际法的性质,是一般性的;为凸显此种一般性,国际法委员会在草拟该规则时,特意保持了相关规定足够弹性,以便其能容纳众多例外。新加坡上诉法院有关该规则习惯国际法性质的认定简单而粗暴,完全有悖于习惯国际法规则认定的既有实践,不具有任何说服力。

当然,从教训角度来看,结合中国在本案中的有关表现,有两个值得中国吸取的教训:(1)早在仲裁程序启动之时,老挝就已经与中国驻老挝大使馆沟通,征询《中老投资协定》是否适用于澳门。<sup>⑥</sup>遗憾的是,直到仲裁裁决作出,中国都没有作出回应。直到老挝决定上诉,中国才有所反应,出具了相应外交照会。中国出具外交照会的时间太晚。中国相关反应的迟钝,恐怕与本案最终裁决的相对不利性有一定内在联系。在今后的实践中,中国有必要对相应事项保持适度敏感,准确预见到

相应事项所可能涉及到的国家利益,从而及时作出有效反应。(2)中国缔结条约应有整体协调性观念,并应有统一的条约审查和保管机构。正如新加坡上诉法院在判决中所显示的,在中国所缔结的所有双边投资协定中,除了部分投资协定明确表明了其不适用于香港和澳门外,多数协定包括《中老投资协定》,对此问题都“不置一词”。为了避免类似于新加坡上诉法院的此类实践——即不顾协定当事国意图,单方面地强行认定其可以适用于澳门——的再次发生,中国在今后的签约实践中有必要秉承整体协调性观念,确保前后缔结的条约在同一问题上的明确性和一致性;为此目的,所有条约缔结之后,在完成相应的国内批准程序之前,宜将该条约移交一个单独的机关进行审查,根据审查结果来决定是否批准及是否重开谈判等;对于已经缔结并完成了国内批准程序的条约,也应由其进行审查,根据审查来决定该条约未来是否应予续期等。

#### 注释:

① See Civil Appeals No 139 and 167 of 2015 between Sanum Investments Limited and The Government of the Lao People's Democratic Republic, [2016] SGCA 57, paras. 27-35, pp. 12-15.

②该条标题为“条约之领土范围”。该条规定,“除条约表示不同意思,或另经确定外,条约对每一当事国之拘束力及于其全部领土。”

③该条标题为“对领土一部分的继承”。该条规定,“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根本改变实施条约的条件时,不在此限。”

④ See Civil Appeals No 139 and 167 of 2015 between Sanum Investments Limited and The Government of the Lao People's Democratic Republic, [2016] SGCA 57, paras. 46-47, pp. 19-20.

⑤ Ibid., paras. 54-60, pp. 23-27.

⑥ Ibid., paras. 61-62, pp. 27-28.

⑦老挝提交的证据主要涉及到:1987年中葡联合声明、中英关于香港的实践、2001世贸组织报告中的相关内容和2014年中国外交部所签发的照会。

⑧ See Civil Appeals No 139 and 167 of 2015 between Sanum Investments Limited and The Government of the Lao People's Democratic Republic, [2016] SGCA 57, para. 78, p. 35.

⑨ Ibid., paras. 71-82, pp. 31-37.

⑩ Ibid., paras. 83-94, pp. 37-42.

⑪ Ibid., paras. 93-99, pp. 42-45.

⑫ Ibid., para. 108, pp. 48-49.

⑬ Ibid., paras. 109-116, pp. 49-52.

⑭ See Civil Appeals No 139 and 167 of 2015 between Sanum Investments Limited and The Government of the Lao People's Democratic Republic, [2016] SGCA 57, para. 116, pp. 52-54.

⑮ Ibid., paras. 123-151, pp. 57-73.

⑯ See Civil Appeals No 139 and 167 of 2015 between Sanum Investments Limited and The Government of the Lao People's Democratic Republic, [2016] SGCA 57, para. 46, p. 19.

⑰关于此点的详细分析与讨论,参见宋杰:《对〈维也纳条约法公约〉有关条约解释规则的再认识》,载《孝感学院学报》2007年第1期,第76-79页;Also see Report of the International Law Commission on the Work of the Second Part of Its Seventh Session, [1966] 2 Y. B. Int'l L. Comm'n 169, 220, U. N. Doc. A/6309/Rev. 1 (explaining that Article 27 “is based on the view that the text must be presumed to be the authentic expression of the intentions of the parties” and thus, “the starting point of interpretation is the elucidation of the meaning of the text, not an investigation ab initio into the intentions of the parties”).

⑱在此点上,新加坡上诉法院关于第15条和第29条关系的阐述是正确的。See Civil Appeals No 139 and 167 of 2015 between Sanum Investments Limited and The Government of the Lao People's Democratic Republic, [2016] SGCA 57, para.

48, p. 21.

⑲在《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约草案及其评注》中,在对草案第14条(即公约正式案文中的第15条)进行评注时,是既使用了“移动条约边界规则”,也使用了“移动边界原则”这两个不同的称呼。See Draft Articles on Succession of States in respect of Treaties with Commentaries, in: Yearbook of the International Law Commission, 1974, vol. II, Part One, p. 208, Commentary para.(1).

⑳See Draft Articles on Succession of States in respect of Treaties with Commentaries, in: Yearbook of the International Law Commission, 1974, vol. II, Part One, p. 208, Commentary para.(3).

㉑在仲裁庭有关本案的裁决中,仲裁庭在论证“移动条约边界规则”构成习惯国际法规则时,援引证据之一为时任国际法委员会委员,曾任国际法委员会有关《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》起草委员会负责人的Yasseen的话。See PCA Case No. 2013-13, Award on Jurisdiction, 13 December 2013, para. 222, p. 62.然而,作为个体的Yasseen的观点,并不等于作为整体的国际法委员会的立场。国际法委员会从来没有宣称“移动条约边界规则”具有习惯国际法的属性。

㉒See Draft Articles on Succession of States in respect of Treaties with Commentaries, in: Yearbook of the International Law Commission, 1974, vol. II, Part One, p. 208, Commentary para.(1).

㉓关于不同委员提出的不同特殊情形,参见:A/CN.4/SR.1268, para. 35, p. 90; para. 65, p. 93; A/CN.4/SR.1281, para. 32, p. 173; A/CN.4/SR.1282, para. 5, p. 176; paras. 13-14, p. 177; para. 54, para. 62, p. 180; A/CN.4/SR.1283, para. 3, p. 181; A/CN.4/SR.1290, para. 28, para. 35, p. 226. All these documents are in: Yearbook of the International Law Commission, 1974, vol. I.

㉔See Draft Articles on Succession of States in respect of Treaties with Commentaries, in: Yearbook of the International Law Commission, 1974, vol. II, Part One, p. 209, Commentary para.(8).

㉕无论是澳门的移交还是香港的移交,对于中国而言,均不存在主权移交的问题。中国坚持的措辞是“恢复行使主权”。因此,至少从中国立场来看,澳门的移交不牵涉领土主权从一个国家移交给另一国家的问题。

㉖See Isabelle Buffard & Karl Zemanek, The “Object and Purpose” of a Treaty: An Enigma, *Austrian Review of International & European Law*: 3, 1998, pp. 342-343.当然,也有学者有不同看法,See David S. Jonas & Thomas N. Saunders, The Object and Purpose of a Treaty: Three Interpretive Methods, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 43, May 2010, Number 3, pp. 608-609.

㉗See Draft Articles on Succession of States in respect of Treaties with Commentaries, in: Yearbook of the International Law Commission, 1974, vol. II, Part One, pp. 208-209, Commentary para.(4)and para.(5).

㉘根据国际法发展的“三阶段”理论,国际法规则首先来源于个别国家的实践,然后是其他国家的跟进,最后才发展到国际化阶段,形成为国际习惯或被编纂进国际条约之中。关于此理论,参见:Martha Finnemore and Kathryn Sikkink, *International Norm Dynamics and Political Change*, *International Organization*, 1998, 52(4), pp. 895-905.

㉙See Civil Appeals No 139 and 167 of 2015 between Sanum Investments Limited and The Government of the Lao People's Democratic Republic, [2016]SGCA 57, para. 47, p. 20.必须指出的就是,新加坡上诉法院认为争端双方均接受“移动条约边界规则”为习惯国际法规则这一观点本身没有任何问题。关于争端双方有关此问题立场的陈述,在仲裁庭裁决中予以了载明。但是,正如仲裁庭所指出的,仲裁请求人Sanum尽管认同《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》第15条是习惯国际法规则,却并不认同其例外是习惯规则。关于此点,See PCA Case No. 2013-13, Award on Jurisdiction, 13 December 2013, paras. 215-219, pp. 61-62.

㉚See Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*), Judgment, I. C. J. Reports 2007, p. 122, para. 189.

㉛See Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries, in: Yearbook of the International Law Commission, 1966, vol. II, p. 213, Commentary para.(1).

㉜Ibid., p. 213, Commentary para.(2).

㉝Ibid., p. 213, Commentary para.(4).

㉞See Civil Appeals No 139 and 167 of 2015 between Sanum Investments Limited and The Government of the Lao People's

s Democratic Republic, [2016]SGCA 57, para. 77, p. 34.

⑤Ibid., para. 73, p. 32; para. 89, p. 41.

⑥Ibid., para. 88, p. 40.

⑦See Civil Appeals No 139 and 167 of 2015 between Sanum Investments Limited and The Government of the Lao People's Democratic Republic, [2016]SGCA 57, para. 116, p. 52.

⑧See Civil Appeals No 139 and 167 of 2015 between Sanum Investments Limited and The Government of the Lao People's Democratic Republic, [2016]SGCA 57, para. 8, p. 3.

#### 参考文献:

[1]宋杰.对《维也纳条约法公约》有关条约解释规则的再认识[J].孝感学院学报,2007(1):76-79.

[2]唐青阳.WTO规则的法解释学初探[J].现代法学,2003(5):88-92.

[3]翁国民,蒋奋.论WTO规则的法律解释方法——兼谈国际条约法的解释理论在WTO争端解决机制中的运用[J].当代法学,2004(5):132-138.

[4]杜焕芳.国际私法条约解释的路径依赖与方法展开[J].中国法学,2014(2):235-256.

[5]关登伏,姬歆民.浅论澳门回归祖国的性质和意义——写在“中葡关于澳门问题的联合声明发表十周年”[J].新疆社科论坛,1997(3):41-42.

[6]MARTHA F, KATHRYN S. International norm dynamics and political change[J]. International organization, 1998(4): 895-905.

## The PRC-Laos BIT is Applicable to the Macau SAR?

Song Jie

**Abstract:** On 29 September 2016, the Court of the Appeal of the Republic of Singapore issued the judgment concerning Sanum Investment Limited v. The Government of the Lao People's Democratic Republic. In this judgment, the Court declared that the PRC-Laos BIT was applicable to Macau SAR. However, the judgment made by the Court is wrong and thus triggered a series of ridiculous conclusions because of the wrongful interpretation on Article 31 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, the wrongful identification on the nature of the customs international rule for the “moving treaty frontier” rule, and the inappropriate standard of proof on the issue of “otherwise established”.

**Key words:** the Sanum v. the Laos; the PRC-Laos BIT; Macau SAR; the Court of the Appeal of Singapore