

国际投资条约日落条款： 规范模式、实践适用与中国因应

桑远棵

内容提要：近年来国家单方面或协议终止国际投资条约已成为愈发普遍的现象。但因日落条款的存在，国际投资条约的终止通常不会影响终止之前的外国投资继续获得原有投资条约的延伸性保护，以至于出现一种特殊的条约“终而不止”现象。从规范模式来看，国际投资条约日落条款在适用对象、适用范围等方面存在差异化规范，对投资者的权利保护范围以及国际投资条约的解释产生不同程度的影响。就实践适用而言，在单边终止模式下日落条款的“激活”通常受限于国际投资条约设定的时限与通知之双重要求，但基于习惯国际法事由单边终止投资条约时，日落条款将随着国际投资条约的整体无效而不再具有法律效力；在协议终止模式下日落条款不再具有法律效力，此种终止方式不仅为条约法所允许且不受既得权等国际法原则的外在限制，但例外情形是投资者与东道国在条约终止之前已经形成仲裁合意。对于中国而言，一方面应根据与相关国家的相互投资状况、国内的投资政策等因素进一步优化现有投资条约的日落条款；另一方面应对现有投资条约日落条款进行有效的嗣后管理，进而使其最大限度地契合本国的根本利益诉求。

关键词：日落条款 国际投资条约 终止条款 单边终止 协议终止

桑远棵，浙江工商大学法学院讲师。

一 问题的提出

20世纪90年代中后期以来，很多国家尤其是发展中国家频繁被外国投资者诉诸国际投资争议解决中心（International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID）等国际仲裁庭，仲裁庭对东道国公共利益的漠视、仲裁裁决的不一致性、投资仲裁程序的保密性等多种因素的叠加使得传统国际投资仲裁机制面临严重的正当性危机。出于维护本国主权与安全等根本利益之目的，很多国家采取了增加东道国规制权条款、改革投资者与国家争议解决机制、引入例外条款等应对措施，但有些国家则采用了最为激进的方式即退

出或终止国际投资条约,近年来此种现象已愈发普遍。2018 年联合国贸易和发展会议 (United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD) 发布的统计数据显示,2017 年国际投资条约的终止数量首次超过缔结的数量。^[1] 2024 年的最新数据还表明,截至 2023 年底至少有 585 个国际投资条约被有效终止,终止时间集中在 2014 年至 2023 年。^[2] 以单边终止国际投资条约为例,2008 年起厄瓜多尔陆续终止了与古巴、多米尼加等国的 20 余份双边投资条约;2014 年起印度尼西亚渐次终止了 67 份双边投资条约;2016 年印度终止了与 61 个国家的双边投资条约;2014 年以来,意大利、法国、德国等多个欧盟成员国相继退出《能源宪章条约》(Energy Charter Treaty, ECT)。就协议终止国际投资条约而言,2012 年孟加拉国与土耳其协议终止了 1987 年双边投资条约;2016 年印度尼西亚与阿根廷协议终止了 1995 年双边投资条约;2020 年 23 个欧盟成员国签订《终止欧盟成员国之间双边投资条约的条约》(Agreement for the Termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union)(下称“《欧盟终止条约》”)。

如同缔结条约是国家主权原则的核心体现,^[3]退出或终止条约都源于国家主权原则。^[4]通常情形下,终止后的国际条约不再对缔约国具有法律约束力。但有所不同的是,国际投资条约被终止之后大多赋予外国投资者剩余性权利,投资者有权在条约终止后的特定期限内继续获得原有投资条约的延伸性保护,以至于出现一种特殊的条约“终而不止”现象,此类条款被称为“日落条款”(sunset clause)或“存续条款”(survival clause)。以 1995 年《荷兰—印度尼西亚双边投资条约》(Netherlands - Indonesia BIT)第 15.2 条日落条款为例,其规定“对于本条约终止之前已经作出的投资,前述条款仍应在本条约终止之后的 15 年内继续有效”。

之所以国际投资条约会引入日落条款,根本原因在于外国投资具有实施周期长、风险高、资金投入大、回报周期长等特征。^[5]日落条款犹如一个临时安全港,通过延长缔约国承担国际责任的期限,可以有效防止缔约国通过任意终止国际投资条约来规避国际条约义务,也为投资者筹划投资与转移资产提供必要的空间,这种以时间换空间的制度能够充分保障投资者的合理期待与根本利益。更重要的是,日落条款的引入有助于提升东道国投资环境的稳定性,吸引更多的外国直接投资,进一步缓解国际投资治理的稳定性与灵活性、投资者财产权与东道国规制权的双重冲突。^[6]国际投资条约日落条款在过往很长一段时间并未受到太多关注,但因近年来终止国际投资条约的实践频繁发生而逐渐浮出水面,开始引起学界的持续关注。本文致力于全面阐释国际投资条约日落条款的规范模式

[1] See UNCTAD, Recent Developments in the International Investment Regime, (May 2018), https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2018d1_en.pdf, 最近访问时间[2025-04-27]。

[2] See UNCTAD, International Investment Agreement Trends: The Increasing Dichotomy between New and Old Treaties, (October 2024), https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2024d4_en.pdf, 最近访问时间[2025-04-27]。

[3] See Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, 2007, p. 58.

[4] 参见卜璐:《论国际条约的单方退出》,《环球法律评论》2018 年第 3 期,第 154 页。

[5] See Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2012, p. 21.

[6] 参见魏艳茹:《国际投资协议日落条款研究》,《法商研究》2022 年第 3 期,第 43 页。

与实践适用,并在此基础上就完善中国现有国际投资条约日落条款提出具体方案。

二 国际投资条约日落条款的规范模式

实证统计显示,绝大多数国际投资条约都设有日落条款,只有 3.2% 的国际投资条约没有包含此种条款,较为典型的是巴西从 2015 年以来与莫桑比克、墨西哥、马拉维等国缔结的合作与便利化投资条约以及埃及、突尼斯、约旦等国家缔结的少量双边投资条约。较之于国际投资条约,高达 88% 的自由贸易协定 (Free Trade Agreement, FTA)、经济伙伴关系协定 (Economic Partnership Agreement, EPA) 和全面经济伙伴关系协定 (Comprehensive Economic Partnership Agreement, CEPA) 都没有引入日落条款。^[7] 对于日落条款的具体内涵,国际投资条约在其适用对象、适用范围、适用期限与启动主体方面呈现出差异化规范模式。

(一) 日落条款的适用对象

绝大多数国际投资条约规定日落条款的适用对象是投资者已经作出的投资,也有少数扩展适用于投资承诺、^[8] 涵盖投资。^[9] 但对于既有投资的属时范围,则存在着差异化规定。第一类是仅限于在国际投资条约有效期内作出的投资。例如,2012 年《南部非洲发展共同体双边投资条约范本》(*Southern African Development Community Model BIT Template*) 第 34.4 条规定,对于该条约有效期内作出的投资,投资者与国家当事方的权利应当在终止之后继续生效 5 或 10 年。不过,如果投资者在国际投资条约生效之前已经作出投资,在其生效之后又在原有投资基础上增加了投资,那么新增的投资是否在投资条约终止之后获得日落条款的保护存在不确定性。第二类是不仅适用于国际投资条约有效期内作出的投资,还扩展适用于条约生效之前作出的投资。例如,2010 年《英国—哥伦比亚双边投资条约》(*UK - Colombia BIT*) 第 13.1 条规定,条约适用于生效之时现有的投资及有效期内的投资。第三类是少数国际投资条约规定日落条款的适用对象为投资合同,故其适用期限贯穿于投资合同的全部有效期。例如,1970 年《比利时—印度尼西亚双边投资条约》(*Belgium - Indonesia BIT*) 第 13 条规定,当终止现有条约之时,该条约的条款应当继续适用于在该条约的终止通知之前一个缔约国和另一个缔约国投资者缔结的合同有效期。从实质意义上讲,日落条款适用对象及其属时范围的差异化规定直接影响到投资者的权利保护范围。

(二) 日落条款的适用范围

日落条款通常适用于国际投资条约的实体性与程序性条款,但对其具体适用范围存在着差异化规定,可大致分为四种类型。第一类是日落条款适用于国际投资条约的所有

[7] See Joachim Pohl, Temporal Validity of International Investments: A Large Sample Survey of Treaty Provisions, OECD Working Papers on International Investment 2013/04, https://web-archiv.e.oecd.org/2014-07-08/260521-WP-2013_4.pdf, 最近访问时间[2025-04-27]。

[8] 例如 2013 年《加拿大—坦桑尼亚双边投资条约》(*Canada - Tanzania BIT*) 第 40.2 条。

[9] 例如 2004 年《美国双边投资条约范本》(*U. S. Model BIT*) 第 22.3 条。

条款,大多沿用“本条约”(the Agreement)或“本条约的条款”(the provisions of the Agreement)之范式,如 2008 年《英国双边投资条约范本》(UK Model BIT)第 15 条与 2015 年《印度双边投资条约范本》(India Model BIT)第 38.3 条,此种规范模式可涵盖尽可能多的事项。第二类是日落条款仅适用于国际投资条约的特定条款,主要表现为三种范式:一是规定日落条款适用于“本条约第 1-N 条”,如 1997 年《德国—阿联酋双边投资条约》(Germany - United Arab Emirates BIT)第 13.3 条规定,对于在该条约终止之前作出的投资,第 1 条至第 12 条应在该条约终止之后继续有效 20 年;二是在规定日落条款适用于“本条约第 1-N 条”的基础上将其他特定条款明确排除于适用范围,如 2006 年《奥地利—危地马拉双边投资条约》(Austria - Guatemala BIT)第 27.3 条排除第 26 条“缔约国间磋商”于适用范围,2009 年《西班牙—埃塞俄比亚双边投资条约》(Spain - Ethiopia BIT)第 13.3 条排除第 1 条“定义”于适用范围,1961 年《德国—利比里亚双边投资条约》(Germany - Liberia BIT)第 14.3 条排除“议定书”于日落条款的适用范围;三是日落条款仅适用于特定范围的条款,如《能源宪章条约》第 45.3.b 条规定在临时适用条约终止情形下日落条款仅适用于投资促进和保护以及争议解决规则,20 世纪 60、70 年代瑞典与科特迪瓦、塞内加尔等国缔结的投资条约规定日落条款适用于投资保护的核心条款与投资者与国家争议解决条款。第三类是日落条款仅适用于一个缔约国与另一缔约国投资者之间的投资合同,尤其是 20 世纪 60、70 年代缔结的双边投资条约,如 1970 年《比利时—印度尼西亚双边投资条约》第 13 条,设此规定是源于早期投资合同是规制投资者与东道国投资关系的主要载体。第四类是日落条款适用于更为宽泛的条约项下的权利而未具体列明其适用范围,例如《南部非洲发展共同体双边投资条约范本》第 34.4 条规定日落条款适用于“投资者和缔约国的权利”。

从法律影响来看,日落条款适用范围的差异化必然会对投资者权利与国际仲裁庭的解释产生影响。大多数国际投资条约日落条款采用“本条约第 1-N 条继续有效”之范式,也就是将日落条款的适用范围限缩于投资条约的特定条款。尽管其适用范围具有明确的指向性,但很显然也忽视了条约的前言、议定书、修正协议或附属协议、条约的生效与文本作准条款等重要事项,这种整体性的缺乏可能会对国际仲裁庭的解释路径甚至裁判结果产生实质性影响。以条约的前言为例,其突显了国际投资条约的宗旨与目的,当投资条约的核心条款存在模糊性时可发挥指引国际仲裁庭根据条约目的进行解释之功能。而且,考虑到《维也纳条约法公约》(Vienna Convention of the Law of Treaties, VCLT)第 31.1 条并未指明条约的文本、目的与宗旨、上下文等要素的相对重要性程度,^[10]投资条约的宗旨与目的还可能在特定情形下对投资争议解决结果产生决定性影响。此外,缔约国在条约生效之后签订的嗣后协议构成对原投资条约的实质性修正,也属于投资条约的重要组成部分,《维也纳条约法公约》第 31.3.1 条规定在条约解释当中“上下文”还应包括当事国嗣后所订关于条约之解释或其规定的适用的任何协定。如果将嗣后协议或附件被排除于日

[10] See Hervé Ascensio, Article 31 of the Vienna Conventions on the Law of Treaties and International Investment Law, 31 *ICSID Review* 366, 373 (2016).

落条款的适用范围,势必会有悖于投资条约缔约国的共同意图。

(三) 日落条款的适用期限

传统上,日落条款的适用期限往往在先伴随着一个条约原始有效期,介乎于6个月至30年之间,为投资者权益保护提供最低限度的稳定性与安全性。原始有效期届满后的适用期限则表现为两种模式。一是默示续期模式,即如果任何一个缔约国未在原始有效期届满前的特定期限内终止条约,条约便自动进入下一个有效期,这种模式要求缔约国准确掌握终止条约的窗口期并及时发出终止通知,否则只能在下一个有效期届满前的特定期限内终止条约。二是固定期限模式,缔约国在原始有效期届满后的任何时间都有权终止条约,这种模式更为灵活,尤其是不受终止条约窗口期的限制。

无论是对于默示续期模式还是固定期限模式而言,日落条款的存在实际上大大延伸了条约终止之后的有效期。从当前来看,一方面,对于日落条款适用期限的起算点存在不同规定。一是从条约终止生效之日起算,绝大多数国际投资条约采用此种规定;二是从终止通知之日起算,^[11]此种规定可能导致投资者因为没有及时了解缔约国终止条约通知的发送时间,使得在终止通知发送之后作出的投资存在无法获得国际投资条约保护的风险。而且,如果终止通知是在窗口期内发出但另一缔约国是在窗口期届满后接收,可能导致单方面终止条约的行为不产生法律效力。另一方面,日落条款的适用期限取决于各个国家的政策或偏好。总的来看,半数以上的双边投资条约设定的是10年,25%设定的是15年,平均值大约是12.5年。^[12]较短的如1988年《意大利—马来西亚双边投资条约》(*Italy - Malaysia BIT*)第15.2条规定的是5年,较长的如1990年《瑞典—玻利维亚双边投资条约》(*Sweden - Bolivia BIT*)第11.3条规定的是20年。不仅如此,少数条约如1977年《法国—韩国双边投资条约》(*France - the Republic of Korea BIT*)第9.4条、1970年《比利时—印度尼西亚双边投资条约》第13条规定日落条款的适用期限贯穿于投资合同全部有效期,但此种规定现已较为少见。还有极少数的条约如1978年《苏丹—法国双边投资条约》(*Sudan - France BIT*)第13条没有规定日落条款的适用期限。此外,少数条约还就特定类型的投资设置了单独的适用期限,如1984年《法国—哥斯达黎加双边投资条约》(*France - Costa Rica BIT*)第13条规定一般类型的投资是15年,对于矿产投资的适用期限则长达20年。从实质意义来看,日落条款的适用期限越长,对投资者的保护就越全面与稳定,但也对东道国的规制权构成更为实质性的限制。

近年来,考虑到传统的条约终止模式对缔约国改革国际投资条约的束缚,越来越多的国际投资条约趋向于采用更为灵活的条约终止规则。第一种是不再设定一个原始有效期,而是允许缔约国在任何时间终止条约,如2004年《加拿大双边投资条约范本》(*Canada Model BIT*)第52.3条。第二种是设定一个原始有效期,但条约期限届满后必须经协议才能续期,如2018年《美国—墨西哥—加拿大协定》(*United States - Mexico - Canada Agreement*)

[11] 例如2001年《奥地利—黎巴嫩双边投资条约》(*Austria-Lebanon BIT*)第27.3条、1990年《捷克—瑞士双边投资条约》(*Czech-Switzerland BIT*)第12.2条。

[12] See Joachim Pohl, Temporal Validity of International Investments: A Large Sample Survey of Treaty Provisions, https://web.archive.oeecd.org/2014-07-08/260521-WP-2013_4.pdf, 最近访问时间[2025-04-27]。

第 34.7.1 条。第三种是设定一个原始有效期,但缔约国可以在任何时候终止条约,如巴西制定的《合作与便利化投资条约范本》(*Model Text of Cooperation and Facilitation Investment Agreement*)第 26.4 条。

(四) 日落条款的启动条件

日落条款的激活在多数情形下依附于国际投资条约的终止,少数情形下也扩展适用于条约的中止,如《能源宪章条约》第 45 条。早期缔结的绝大多数国际投资条约只是规定任何一个缔约国有权在特定期限内终止条约,但未明确规定是否适用于缔约国协议终止投资条约的情形,导致国际投资仲裁实践中对于日落条款是否仅适用于单方面终止条约情形产生了很大争议。在 *Adamkopoulos v. Cyprus* 案中,欧盟委员会认为双边投资条约的日落条款规制的仅仅是缔约国单方面终止投资条约所产生的法律影响,协议终止不属于日落条款的调整范围,因此协议终止投资条约不会激活日落条款。^[13]

近年来,出于避免因没有明示规定协议终止适用于日落条款引发争议,越来越多的国际投资条约开始明确赋予缔约国协议修正日落条款的权利。具体而言,一种方式是在日落条款之后增加“除非缔约国另有约定”之表述。例如,2016 年《俄罗斯双边投资条约范本》(*Russian Federation Model BIT*)第 9 条规定,该条约终止之后应对在终止之前已经作出的投资继续生效 10 年,除非条约缔约国在终止时另有约定。另一种方式是在国际投资条约中明确规定缔约国有权对任何条款进行修正,其中当然包括日落条款。例如,《南部非洲发展共同体双边投资条约范本》第 35 条明确规定了条约的修正程序,即缔约国有权共同协议通过互换照会或签订修正协议来修正该条约。

三 国际投资条约日落条款的实践适用

日落条款的实践适用取决于国际投资条约的在先终止。具言之,条约终止是激活日落条款的前提条件,日落条款则是条约终止后的法律效果延伸。条约终止采取单边模式还是协议模式,对日落条款的法律效力将产生不同程度的影响。

(一) 单边终止模式下的日落条款

1. 程序性条件之限制

近年来有的国家为了规避本应承担的国际义务,纷纷选择单方面退出国际条约,影响比较大的如美国退出《巴黎协定》(*Paris Agreement*),俄罗斯退出《罗马规约》(*Rome Statute*)。这种单边退约行为因削弱了多边合作模式、冲击了国际法治、损害了多边合作与共同发展而备受诟病。^[14] 在国际投资法领域,单边退约行为亦时有发生。绝大多数国际投资条约都规定任何一个缔约国有权单方面终止条约,这实质上赋予了缔约国根据自身利

[13] *Theodoros Adamakopoulos and others v. Republic of Cyprus*, ICSID Case No. ARB/15/49, Decision on Jurisdiction, 7 February 2020, para. 142.

[14] 参见何志鹏、王艺翌:《国家单方退约的国际法规制》,《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2022 年第 1 期,第 50 页。

益诉求决定是否终止条约的权利。那么,长时间处于休眠状态日落条款将随之被激活,进而使得国际投资条约的效力延伸至终止之后的特定期限。这种在条约终止之后延长其适用期限的特别做法,符合《维也纳条约法公约》第 70.1 条之规定。

尽管从表面上看,单方面终止条约似乎有违条约必须信守原则。但究其本质,国家单方面终止国际投资条约的行为并不当然构成对国际法的违反,只要其符合条约设定的终止条件,因而是一种国际合法行为。^[15] 一般来说,条约终止条件大多由时限与通知两大因素构成,国家单方面终止国际投资条约必须符合上述程序性要求。实践中,南非在 2012 年至 2014 年间渐次终止了与瑞士、西班牙、英国等国的双边投资条约;玻利维亚在 2009 年终止了与荷兰的双边投资条约,2012 年终止了与美国的双边投资条约,2013 年终止了与中国、丹麦、法国等多国的双边投资条约。

反过来说,如果国家没有根据国际投资条约规定的条件而随意终止条约,不仅可能导致其终止行为被认定为无效,无法对另一缔约国或者投资者产生约束力,更不会从根本上影响国际仲裁庭的管辖权。更重要的是,任意终止条约的行为还可能引发国家间的诉讼程序以及投资者与国家之间的国际投资仲裁程序,导致终止国承担损害赔偿或引发另一缔约国的反措施。在此方面,厄瓜多尔因 2008 年《宪法》第 366 条禁止国际仲裁的规定,于 2010 年 12 月 9 日提前终止了与芬兰缔结的双边投资条约,但这并不符合该条约第 14.1 条,即“本条约应在 10 年内有效,除非在生效期届满前的 12 个月发送官方的终止通知,本条约应自动继续生效 10 年”。该条约于 2001 年 12 月 16 日生效,缔约国只有在 2010 年 12 月 16 日以后发出终止通知才符合条约的规定。因此,厄瓜多尔提前终止国际投资条约并不构成有效的终止行为,不会使厄瓜多尔免于承担国际条约义务。

从法律影响来看,日落条款作为缔约国的真实意思表示,从根本上改变了《维也纳条约法公约》第 70 条规定的条约终止一般后果。因此,投资者有权在日落条款的适用期限内就终止之前的投资提起国际投资仲裁程序。实践表明,2016 年意大利单方面退出《能源宪章条约》后接连被多个外国投资者基于该条约日落条款诉诸国际仲裁庭,例如 2017 年 *Rockhopper v. Italy* 案^[16] 和 2018 年 *Veolia Propreté v. Italy* 案。^[17] 2008 年委内瑞拉单方面终止了与荷兰的双边投资条约,随后荷兰投资者依据该条约日落条款提起了 10 余起国际投资仲裁案件,委内瑞拉也明确承认日落条款的法律效力。也正因为如此,大量已终止国际投资条约的国家如印度、印度尼西亚、南非等仍然要受到原有投资条约的约束,短则 5 年,长则 20 年,在很大程度上限制了国家改革或升级国际投资法律制度的进程。以《能源宪章条约》规定的 20 年日落条款适用期限为例,缔约国调整本国能源政策的空间将面临很大障碍,因为化石燃料领域的投资者仍然有权依据该条约提起国际投资仲裁程序,借此挑战东道国实施的气候减轻与缓解政策。

2. 程序性条件之例外

国际投资条约大多就国家单方面终止条约设定了时限与通知之双重要求,那么国家

[15] See Laurence R. Helfer, Existing Treaties, 91 *Virginia Law Review* 1579, 1589 (2005).

[16] *Rockhopper Italia S. p. A., Rockhopper Mediterranean Ltd, and Rockhopper Exploration Plc v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/17/14.

[17] *Veolia Propreté SAS v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/18/20.

则应根据条约规定行使单边终止权。但从理论层面而言,上述规定本身并不能完全排除任何一个国家依据《维也纳条约公约》相关条款单方面终止国际投资条约,因而国际投资条约设定的终止条件也并非必须得到绝对遵守。在此方面,1976 年《英国—韩国双边投资条约》(*UK - the Republic of Korea BIT*)第 13 条、2000 年《英国—安哥拉双边投资条约》(*UK - Angola BIT*)第 14 条等少数投资条约还特别规定日落条款的适用不应妨碍一般国际法规则的适用,设此规定实际上是承认日落条款的适用还要受到一般国际法规则的限制且后者具有优先适用性,进而避免就此产生不必要的分歧。尽管此处所指的“一般国际法规则”的具体内涵并不十分清晰,但《维也纳条约法公约》第 60 条“缔约国存在重大违约”、第 61 条“条约不能履行”、第 62 条“情况之基本改变”、第 64 条“强行法”等具有习惯国际法地位的条款理应包含在内。

以《维也纳条约法公约》第 62 条为例,如果一个缔约国援引该条款单方面终止国际投资条约,日落条款是否立即被激活而产生法律效力?对于上述问题,答案是否定的,因为《维也纳条约法公约》第 62 条的基本立足点在于现时之情形相较于缔约之时已经发生根本性改变,对缔约双方来说不具有可预见性,故而允许缔约国在此例外情形下单方面终止条约以免受条约的约束。由于日落条款包含于国际投资条约之中,其法律效力也将随着国际投资条约的整体无效而不再具有法律效力。据报道,2023 年乌克兰政府曾经考虑援引《维也纳条约法公约》第 62 条单方面终止 1998 年《乌克兰—俄罗斯双边投资条约》(*Ukraine - Russian Federation BIT*),进而使得该条约及其日落条款归于无效,但考虑到维持日落条款的效力更符合本国的利益,乌克兰政府最终还是决定依据投资条约的规定单方面终止条约。^[18] 同样,2022 年《能源宪章条约》秘书处也特别提到援引《维也纳条约法公约》第 62 条来终止该条约及其日落条款,但也承认要受到条约文本与国际法院(International Court of Justice, ICJ)所作解释的严格限制,^[19]尤其是难以符合第 62 条中的可预见性标准。^[20] 可见,《维也纳条约法公约》第 62 条仅在例外情形下才能适用。^[21]

如果依照上述逻辑推而论之,任何一个国家根据《维也纳条约法公约》第 60 条、第 61 条、第 64 条单方面终止了国际投资条约,此时国际投资条约便不再具有法律效力,那么内嵌于其中的日落条款也将随之无效,投资者将无法受益于国际投资条约所提供的保护体系。只不过在国际司法实践中,这些条款的适用成功率很小,尤其是国际法院对于这些条款的适用设定了非常严苛的条件,^[22]导致缔约国依据上述条款单方面终止国际投资条约

[18] 参见魏颖编译:《守得日落散狼烟——乌克兰终止与俄罗斯双边投资协定的新尝试》,2023 年 8 月 31 日, <https://mp.weixin.qq.com/s/vSedLfoxnNpwKLCCzVxiBw>, 最近访问时间[2025-04-27]。

[19] See ECT Secretariat, *Sunset Clause (Article 47 of the ECT) in Relation to Article 62 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT)*, 3 November 2022.

[20] See Eoin Jackson, *The Energy Charter Treaty: Letting the Sun Set on Sunset Clauses*, 33 *Review of European, Comparative & International Environmental Law* 619, 627 (2024); Nawsheen Maghooa, *Withdrawal from the Energy Charter Treaty: The Ostrich Effect*, 20 *Arbitration International* 1, 6-7 (2024).

[21] See Oliver Dorr & Kirsten Schmalenbach, *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Springer, 2012, pp. 1069-1070.

[22] See Andrea Carska-Sheppard, *Issues Relevant to the Termination of Bilateral Investment Treaties*, 26 *Journal of International Arbitration* 755, 757 (2009).

的可能性微乎其微,但从理论层面也不能完全排除它们的适用可能性。

(二) 协议终止模式下的日落条款

近年来,缔约国协议终止国际投资条约现象已经愈发普遍。具体来说,主要表现为三种形式。第一种是缔约国在新的国际投资条约中增加终止原条约及其日落条款的规定,如2003年《韩国—智利自由贸易协定》(*The Republic of Korea - Chile FTA*)第21.4条明确终止1996年双边投资条约以及所有产生于该条约的权利与义务。与此同时,还有国家缔结新的双边投资条约或自由贸易协定以替代原有的投资条约,属于《维也纳条约法公约》第59.1条项下的默示协议终止。第二种是缔约国在协议终止国际投资条约之前在先修改日落条款,但没有缔结新的国际投资条约。比较有代表性的国家是捷克,2011年以来其与丹麦、爱沙尼亚等国采用的是两步骤方法:第一步是缔约国协议通过终止日落条款来修改国际投资条约,第二步则是终止国际投资条约本身。第三种是在国际投资条约之外缔结附属协议,如2020年《欧盟终止条约》第2.1条规定欧盟内部的双边投资条约根据本条约规定终止,第2.2条规定欧盟内部的双边投资条约日落条款根据第2.1条终止且不再具有法律效力,第3条还特别强调欧盟内部的双边投资条约日落条款根据本条约终止且不再产生法律效力。

然而,缔约国协议终止国际投资条约及其日落条款是否当然使得日落条款归于无效?尽管在 *Magyar Farming v. Hungary* 案,^[23] *Bahgat v. Egypt* 案^[24] 等案件中,在缔约国协议终止国际投资条约的情形下,仲裁庭仍然认定对投资者在日落条款适用期间提起的仲裁诉求具有管辖权,从而间接肯定了日落条款的法律效力不受协议终止的影响。但上述裁判立场是否正确,仍有待结合条约法的相关规定以及国际法上的特定原则进行分析。

1. 协议终止国际投资条约及其日落条款的条约法分析

在协议终止模式之下,投资者不再享有在国际投资条约终止之后本应享有的延伸性保护,尤其是不再享有诉诸国际司法救济的程序性权利。这种终止国际投资条约及其日落条款的嗣后协议对投资者或仲裁庭是否产生直接的约束力?国际投资仲裁实践中,已有少数仲裁庭认定日落条款不会因为缔约国协议终止条约而受到任何影响。究其原因,至少从表面来看,协议终止国际投资条约及其日落条款与以保护投资或投资者利益为根本宗旨的国际投资条约存在着内在冲突,尤其是大多数国际投资条约的前言专门强调为外国投资创设有利条件或者稳定的法律环境,进而表明投资条约有意为投资者提供持续性的投资保护。而且,协议终止国际投资条约及其日落条款还被认为潜在违反投资者免受条约突然终止的合理期待,从法治与人权视角来看都存在不少问题。^[25]

但从条约法的视角来看,一般来说,国际条约的生效与失效都是国家主权原则在国际

[23] *Magyar Farming Company Ltd, Kintyre Kft and Inicia Zrt v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/17/27, Award, 13 November 2019, para. 223.

[24] *Mohamed Abdel Raouf Bahgat v. Egypt*, PCA Case No. 2012-07, Decision on Jurisdiction, 30 November 2017, para. 313.

[25] See Valerio Letizia, *The EU Termination Agreement and Sunset Clauses: No 'Survivors' on the (Intra-EU) Battlefield*, (22 June 2022), <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=64eab1c1-c819-4b05-97a1-550d76ec3304>, 最近访问时间[2025-04-27].

立法上的重要体现,^[26] 国家有权自由地决定缔结条约或者终止条约的效力。依此逻辑, 国际投资条约缔约国当然有权以协议方式共同终止投资条约及其日落条款, 具体如下。第一, 根据《维也纳条约法公约》第 54. b 条, 缔约国有权在任何时间共同协议终止条约。国际法委员会的评论还进一步指出, 无论条约当中的终止条款如何, 所有当事国协议终止条约的效力总是不存在问题的。^[27] 第二, 从条约终止的法律效果来看, 《维也纳条约法公约》第 70 条特别强调“除非条约另有规定或当事方另有约定”之规定, 明确赋予缔约国在条约生效之后的任何时间决定条约终止法律后果的权利。以《欧盟终止条约》为例, 其作为嗣后协议改变了欧盟内部双边投资条约的内容, 尤其体现在《欧盟终止条约》第 2.2 条和第 3 条对日落条款的修正。退一步来讲, 即便作为嗣后协议的《欧盟终止条约》与欧盟内部的双边投资条约存在规范性冲突, 《维也纳条约法公约》第 59.1 条也规定对于同一个事项存在不一致规定时, 作为嗣后协议的《欧盟终止条约》仍具有优先适用性。可见, 《维也纳条约法公约》没有任何条款妨碍国家协议终止国际投资条约并赋予嗣后协议溯及力, 日落条款与其他任何条款一样都可以由缔约国嗣后协议终止其效力。^[28] 第三, 协议终止国际投资条约不涉及人类的共同利益或者国际社会的和平与安全, 国际投资条约的本质在于互惠性, 因此在正当性方面不存在任何可予质疑的地方。第四, 如果不允许缔约国协议终止国际投资条约的日落条款, 相当于认为日落条款属于一国宪法上的永恒条款 (eternity provision), 而这明显有违国家的缔约自由权。^[29] 归根结底, 国际投资条约缔约国具有协议终止日落条款法律效力的固有权利。

从另一个视角来看, 尽管有观点认为投资者权利是缔约国为投资者创设的直接权利 (direct rights), 因为投资者母国不再控制投资者提起仲裁诉求, 母国不再是投资利益受损害的当事人, 投资者有权在遭受东道国的不法侵害时直接向国际仲裁庭提起仲裁诉求。^[30] 依此逻辑, 缔约国无权协议终止国际投资条约日落条款, 或协议终止投资条约并不会对投资者产生任何影响。但从本质上而言, 投资者的权利具有衍生性 (derivative), 国际投资条约项下的实体性权利与义务专属于缔约国, 故而缔约国可以在任何时间协议终止条约。而且应当指出, 投资者的权利不具有不可撤销性 (irrevocable)。这一方面是因为没有证据表明缔约国有意授予投资者不可撤销的权利, 也无法表明缔约国有赋予个人不可撤销权利的能力; 另一方面是即便国际投资条约赋予了投资者以直接权利, 也不能当然地意味着此种权利具有不可撤销性。^[31] 一言以蔽之, 国际投资条约的重心不在于承认或

[26] 参见江河:《条约退出机制:法律困境、法理解读与中国方案》,《环球法律评论》2020 年第 4 期,第 191 页。

[27] See *Yearbook of the International Law Commission 1966*, Vol. II, United Nations, 1967, p. 249.

[28] See Clemens Wackernagel, *The Consensual Termination of Investment Agreements between EU Member States*, in M. Andenas et al. ed., *EU External Action in International Economic Law*, T. M. C. Asser Press, 2020, 169.

[29] See August Reimisch & Sara Mansour Fallah, *Post-Termination Responsibility of States? The Impact of Amendment/Modification, Suspension and Termination of Investment Treaties on (Vested) Rights of Investors*, 37 *ICSID Review* 101, 114 (2022).

[30] See Federico M. Lavopa, Lucas E. Barreiros & M. Victoria Bruno, *How to Kill a BIT and Not Die Trying: Legal and Political Challenges of Denouncing or Renegotiating Bilateral Investment Treaties*, 16 *Journal of International Economic Law* 869, 887 (2013).

[31] See Yikang Zhang, *Mutual Termination of Sunset Clauses in Intra-EU BITs: The Search for Investor Protections*, 29 *American Review of International Arbitration* 173, 181-187 (2018).

授予投资者不可让渡的权利,投资者的权利可以为缔约国协议撤销。^[32] 进一步而言,如果禁止缔约国协议终止国际投资条约日落条款,实质上不仅对缔约国的主权构成重大限制,也会妨碍缔约国对条约制定与实施过程的绝对控制,而这并不符合缔约国的根本意图与利益诉求,因而可以推定投资条约缔约国不具有此种意向。再退一步来讲,在协议终止模式下,尽管投资者不再享有依据国际投资条约寻求权利保障的路径,也并不意味着投资者就此完全丧失了获得其他司法救济的路径。通常情形下,投资者有权在遭受不法侵害后诉诸东道国法院,或者在用尽东道国司法救济之后请求其国籍国行使外交保护权。总而言之,缔约国协议终止国际投资条约及其日落条款并不存在任何法律障碍,而且还不受条约原始有效期与通知等要求的限制。

2. 协议终止国际投资条约及其日落条款是否存在其他限制性因素

国家具有协议终止国际投资条约及其日落条款的固有权利,那么投资者在条约终止前的既有投资将随之无法受益于日落条款的特别保护。不过,对于协议终止模式是否还应受到既得权原则、第三方权利、善意原则等国际法上特定原则的限制,还应予以分析。

第一,既得权原则(Vested Rights Principle)。缔约国通过签订嗣后协议终止国际投资条约及其日落条款的法律效力,导致投资者在条约终止之前已作出的投资面临在一夜之间失去国际投资条约保护的现实困境,尤其表现在失去诉诸国际仲裁庭的程序性权利以及投资条约提供的多种实体性待遇方面,从表面上看似乎违反了国际法上的既得权原则。但从历史来看,既得权原则源起于国家继承与外国人财产的征收领域,^[33] 既不明确又缺乏实质性内容,^[34] 因而不属于国际法上基本原则的范围。在国家继承案件中,适用既得权原则是为了保证个人的权利免受影响。但在条约终止背景下,国际司法实践中很少有适用既得权原则的案件。而且,既得权原则在国际投资法上的可适用性仍然存在很大质疑。^[35] 因此可以认为,既得权理论因其有限的适用范围而并不成为缔约国协议终止国际投资条约及其日落条款的限制性因素。

第二,第三方权利(Third Party Rights)。缔约国协议终止国际投资条约势必会对条约之外的第三方即外国投资者的权利产生不利影响,那么这种行为是否要受到《维也纳条约公约》第 37.2 条的限制?从文义来看,《维也纳条约公约》第 37.2 条规定“根据第 36 条第三国享有权利时,如果经过确定本意是非经第三国同意不得取消或变更该项权利,当事国不得取消或变更”。这一规定实际上是对条约之外的第三方权利的必要保护。但不容忽视的是,一方面,《维也纳条约公约》第 37.2 条所指的第三方是国家而未明确提及投

[32] See Anthea Roberts, *Triangular Treaties: The Extent and Limits of Investment Treaty Rights*, 56 *Harvard International Law Journal* 353, 405-406 (2015).

[33] See Arthur Lauvaux, *Towards a Bumpy Ride into the Sunset: On the Mutual Termination of IIAs and Their Sunset Clauses*, 38 *Arbitration International* 203, 208 (2022).

[34] See K Swan Sik, *The Concept of Acquired Rights in International Law: A Survey*, 24 *Netherlands International Law Review* 120, 140-141 (1977).

[35] See August Reinisch & Sara Mansour Fallah, *Post-Termination Responsibility of States? The Impact of Amendment/Modification, Suspension and Termination of Investment Treaties on (Vested) Rights of Investors*, 37 *ICSID Review* 101, 116-117 (2022).

资者。国际法委员会在制定该条款时最初考虑过适用于其他的第三方如个人或法人,但最终明确将其限缩于国家,从而排除适用于其他主体的可能性。^[36] 另一方面,扩大《维也纳条约法公约》第 37.2 条的适用范围至个人的权利缺少法律依据,因为在国际投资条约项下赋予个人权利无须经其同意,个人仅仅是行使此项权利,这种权利本质上具有衍生性,因此可由其授予者在任何时间协议排除。此外,也有主张通过类比扩大第 37.2 条的范围至国际投资条约项下的投资者,或者适用于包括个人和外国投资者在内的第三方权利享有者,但在国际公法层面亦缺乏规范性基础。^[37] 再退一步而言,如果《维也纳条约法公约》第 37.2 条适用于投资者并使其免受协议终止条约的任何影响,势必对国家主权构成限制,削弱国家对条约制定过程的控制。^[38] 因此,《维也纳条约法公约》第 37.2 条也不构成缔约国协议终止国际投资条约及其日落条款的限制性因素。

第三,善意原则(Principle of Good Faith)。善意原则在国际法上属于一般国际法原则或习惯国际法规则的范畴,普遍适用于法律关系的所有方面与内容。^[39] 《维也纳条约法公约》第 26 条规定“凡是有效的条约对其各当事国有拘束力且必须由各该国善意履行之”,它要求诚实公正地行事、寻求真实的目的以及禁止获得不当优势,任何人和国家都不得滥用国际条约所赋予的权利。国际法院更是将其定性为支配法律义务的创设与履行的基本原则之一。^[40] 经由善意原则衍生出一系列更为具体的原则,如禁止滥用权利原则、合理期待原则、禁反言原则。对于投资者而言,投资者作出投资之时的合理期待是获得国际投资条约的充分保护,以免受东道国实施征收、国有化等措施的不法侵害,那么缔约国协议终止条约似乎有违合理期待原则。换言之,投资者的已有投资本应获得日落条款的延伸性保护,但这一保护在缔约国协议终止国际投资条约及其日落条款后便不复存在,至少从表面上违反了善意原则。在 *Magyar Farming v. Hungary* 案中,仲裁庭认为尽管缔约国是条约的主人,但它们对条约的控制仍然要受制于法律确定性之一般原则,双边投资条约的日落条款表明缔约国认可投资者依赖于投资条约的长期利益保障必须获得尊重。^[41] 但总体上看,目前也很难看到善意原则对协议终止条约情形所产生的具体影响,除非发生于特定案件。^[42] 因此,善意原则尚不构成对缔约国协议终止国际投资条约及其日落条款的直接限制。

3. 协议终止国际投资条约及其日落条款的例外情形

尽管缔约国协议终止国际投资条约及其日落条款为条约法所允许,也不受既得权原

[36] See ILC, Third Report on the Law of the Treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur, A/CN.4/167 and Add.1-3, 1964, II ILC YB, 45, Art. 66.

[37] See Karsten Nowrot, Termination and Renegotiation of International Investment Agreements, in Steffen Hindeland & Markus Krajewski ed., *Shifting Paradigms in International Investment Law*, Oxford University Press, 2016, p. 250.

[38] See James Harrison, The Life and Death of BITs: Legal Issues Concerning Survival Clauses and the Termination of Investment Treaties, 13 *Journal of World Investment & Trade* 928, 945 (2012).

[39] *Inceysa Vallisoletana S. L. v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/03/26, Award, 2 August 2006, para. 230.

[40] *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, Judgment, I. C. J. Reports 1974, para. 49.

[41] See *Magyar Farming Company Ltd, Kintyre Kft and Inicia Zrt v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/17/27, Award, 13 November 2019, paras. 53, 222-223.

[42] See Andrea Gattini, Jurisdiction Ratione Temporis in International Investment Arbitration, 16 *Law & Practice of International Courts and Tribunals* 139, 158 (2017).

则等国际法上特定原则的外在限制,但这并不意味着投资者与东道国在条约终止之前已经形成的仲裁合意(perfected consent)会受到影响。换句话说,对于投资者已经提起的或正在进行的国际投资仲裁程序,投资者和东道国之间的仲裁同意一旦达成便无法撤销,协议终止国际投资条约及其日落条款并不会减损双方已达成的仲裁同意。正如1965年《关于解决国家与其他国家国民之间投资争议公约》(Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States)第25.1条所规定的,已经形成的仲裁合意具有不可撤销性,以此防止当事人单方面撤回仲裁同意。国际法院在Nottebohm案中亦指出,终止同意不得剥夺已经形成的法庭管辖权。^[43]此外,《维也纳条约法公约》第70.1.b条更是明确规定,条约的终止不影响在终止之前通过执行条约所创设的任何权利、义务或法律情势。故在此情形下,投资者的权利仍应获得国际投资条约的继续性保护,进而免受缔约国协议终止条约及其日落条款的影响。

在此方面,2019年《澳大利亚—中国香港双边投资条约》(Australia - Hong Kong SAR, China BIT)第40.3条规定,如果一个缔约国的投资者已经发送书面通知至另一个缔约国,1993年双边投资条约的终止不影响在终止之前已经根据第10条“投资争议解决条款”提起的诉求。与之相反,2020年《欧盟终止条约》第1条以2018年3月6日为界限划分了三类国际投资仲裁程序,分别是已经完成的仲裁程序、正在进行的仲裁程序与全新的仲裁程序,并径直否定了后两类仲裁程序的合法性。此种做法不仅极大地减损投资者的合理期待与损害投资者的权利,还构成对条约法的潜在违反并有悖于法律的不可溯及性原则。^[44]不过,对于东道国已经违反投资条约但投资者在协议终止条约时尚未行使权利的情况,如投资者正处于与东道国的磋商或调解阶段或者当地救济程序阶段,因投资者还未提起国际投资仲裁而未形成仲裁合意,则缔约国有权依据《维也纳条约法公约》第70.1条决定条约终止后果并赋予其溯及力,以免于就其在先违约行为承担条约责任。^[45]

四 国际投资条约日落条款的中国因应

尽管从立法体例来看,日落条款处于整个国际投资条约的最后部分,是一个最容易被忽略的条款,但这无法掩盖日落条款的重要功能。日落条款的制度设计关乎投资者私人利益与东道国公共利益之间的权衡与取舍,是国际经贸合作当中分配与管理风险的重要载体。对于中国而言,不仅有必要立足本国的实际情况进一步优化现有投资条约的日落条款,还应对现有投资条约日落条款进行有效的嗣后管理,使其最大限度地契合本国的根本利益诉求。

[43] Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala), Preliminary Objection, Judgment of 18 November 1953, pp. 122-123.

[44] See Zhe Wang, Survival Clause under the International Investment Treaty Reform: Challenge and Response, 14 *Beijing Law Review* 1878, 1888 (2023).

[45] See Tania Voon, Andrew Mitchell & James Munro, Parting Ways: The Impact of Mutual Termination of Investment Treaties on Investor Rights, 29 *ICSID Review* 451, 463 (2014).

(一) 国际投资条约日落条款的中国实践与规范现状

1. 实践层面

联合国贸易和发展会议的最新数据显示,2004 年至今中国共有 22 份双边投资条约被有效终止,^[46]绝大多数被终止的投资条约都是 20 世纪 80、90 年代签订的,只有《中国—印度双边投资条约》签订于 21 世纪初。而且,迄今共有 4 份双边投资条约由一个缔约国依据投资条约的规定单方面终止,分别是中国与印度尼西亚、印度、厄瓜多尔以及玻利维亚的双边投资条约,日落条款随之被激活而开始产生法律效力。其余被有效终止的双边投资条约,要么是为缔约国重新签订的投资条约所替代,如中国与法国、瑞士、韩国等 8 个国家的双边投资条约;要么是为缔约国签订的自由贸易协定所替代,如中国与毛里求斯、新加坡、智利的自由贸易协定。在原有投资条约被新的投资条约或自由贸易协定替代之后,投资者已作出的投资获得新条约的衔接性保护,因而不会就日落条款的实际适用产生争议。

就涉及中国的国际投资仲裁案件而言,多起案件涉及日落条款的实际适用问题。最早的是 2012 年的平安公司诉比利时案,平安公司根据已被终止的 1986 年《中国—比利时卢森堡双边投资条约》提出实体性权利义务主张,程序性救济所依据的则是 2009 年双方重新签订的投资条约。由于该案的争议焦点并不在于日落条款,各方对此只是略有提及。具言之,比利时提到旧条约第 14.1 条设定了 10 年的日落条款适用期限,申请人有权援引该条约第 10 条提起仲裁程序。平安公司则认为旧条约日落条款仅适用于单边终止条约而不适用于协议替代之情形,因而导致其无法获得任何救济措施。仲裁庭也仅仅提及旧条约日落条款仍然对终止之前的投资具有可适用性,但没有就此问题作出全面阐释。^[47]随后,2020 年的吴某顺诉中国案、^[48]2020 年的亚化公司诉中国案、^[49]2022 年的庄胜公司诉厄瓜多尔案^[50]都是依据已经被终止的双边投资条约提起的。截至目前,吴某顺诉中国案已根据《国际投资争议解决中心仲裁规则》(ICSID Arbitration Rules)第 43.1 条终止程序,亚化公司诉中国案则以中国政府胜诉结束,庄胜公司诉厄瓜多尔案正在审理过程中。值得注意的是,上述案件当事方并未就日落条款的适用存在过多争议,仲裁庭也都直接或间接认可了日落条款的法律效力。尽管如此,这并不能完全排除未来国际投资仲裁实践中就此类条款出现争议的可能性。

2. 规范层面

通过对中国既有的 140 余份双边投资条约日落条款进行全面分析,可以发现以下特征。其一,绝大多数投资条约日落条款的适用期限是 10 年,一小部分投资条约规定的是 15 年,5 年与 20 年适用期限的投资条约相较较少,都不足 10 个。较为特殊的是,2001 年

[46] 数据来源于联合国贸易和发展会议,参见 <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/42/china>, 最近访问时间[2025-04-27]。

[47] Ping An Life Insurance Company, Limited and Ping An Insurance (Group) Company, Limited v. The Government of Belgium, ICSID Case No. ARB/12/29, Award, 30 April 2015, paras. 151, 161, 209.

[48] Goh Chin Soon v. People's Republic of China, ICSID Case No. ARB/20/34.

[49] AsiaPhos Limited and Norwest Chemicals Pte Ltd v. People's Republic of China, ICSID Case No. ADM/21/1.

[50] Junefield Gold Investments Limited v. Republic of Ecuador, PCA Case No. 2023-35.

《中国—莫桑比克双边投资条约》第 14.3 条既规定了 10 年的适用期限,又规定了“根据相关合同规定或同意的,或给予投资者批准的更长的期限”。其二,绝大多数投资条约规定日落条款适用范围是“第 1 条至第 N 条”,部分投资条约规定日落条款的适用范围是“本协定的条款”或“本条约”。只有少数投资条约明确排除“过渡条款”、^[51]“议定书”^[52]于日落条款的适用范围,但也有投资条约明确规定适用范围包括“经适当调整的本协定”、^[53]“议定书”、^[54]“条约的变更与修订”。^[55]其三,几乎所有的投资条约规定日落条款产生法律效力的起算时间是以“条约终止之日”或“终止通知生效之日”为准,极少数如《中国—黎巴嫩双边投资条约》第 13.3 条采用的是“正式的终止通知之日前”之标准。其四,绝大多数投资条约日落条款规定其适用对象是“终止之日前已作出的或取得的投资”,只有少数投资条约扩大日落条款的适用对象至“投资承诺”、^[56]“投资和收益”、^[57]“投资财产与收益”。^[58]同时,对于终止之前的投资的属时范围,大多数投资条约都规定适用于条约生效之前与有效期内的投资,但也有少数投资条约要么规定适用于特定时间点以后的投资,^[59]要么没有明确规定是否包括投资条约生之前的投资,^[60]要么规定仅适用于条约有效期内的投资。^[61]

无论是从形式结构还是从法律效果来说,对于日落条款的研究始终离不开对条约终止条款的在先分析。通过对中国既有的 140 余份双边投资条约终止条款进行全面分析,可以发现以下特征。一是对于投资条约的原始有效期,超过 70% 的双边投资条约规定的是 10 年,一小部分投资条约规定的是 5 年与 15 年,2 个投资条约规定的是 20 年,只有 2007 年《中国—法国双边投资条约》没有设定原始有效期。二是对于条约的终止模式,所有投资条约都规定任何一个缔约国有权单方面终止条约,但必须符合相应的时限与通知要求。不过,少数投资条约的终止条款仍存在规范不完整等问题,如中国与瑞典、马里等国缔结的投资条约没有规定在原始有效期届满后缔约国是否可以在任何时间单方面终止条约;中国与哥斯达黎加、塞浦路斯缔结的投资条约没有规定缔约国在何时可以终止条约;中国与塞尔维亚、希腊缔结的投资条约没有规定在原始有效期届满前的几个月缔约国有权单方面终止条约。三是对于条约终止的限制性规定,多数投资条约不允许缔约国在原始有效期终止条约,而只能在届满后的任意时间终止条约,也有一部分投资条约的终止条款不允许缔约国在原始有效期届满后的任意时间终止条约,而是必须在每个有效期届满前的 6 个月或 12 个月终止条约。

[51] 例如 2005 年《中国—比利时卢森堡双边投资条约》第 11 条。

[52] 例如 2005 年《中国—葡萄牙双边投资条约》第 16 条。

[53] 例如 1985 年《中国—科威特双边投资条约》第 13.2 条。

[54] 例如 2003 年《中国—德国双边投资条约》第 15 条。

[55] 例如 2001 年《中国—尼日利亚双边投资条约》第 14 条。

[56] 例如 2007 年《中国—哥斯达黎加双边投资条约》第 13.2 条。

[57] 例如 1992 年《中国—韩国双边投资条约》第 16.2 条。

[58] 例如 1988 年《中国—日本双边投资条约》第 15.3 条。

[59] 例如 1993 年《中国—塔吉克斯坦双边投资条约》第 7 条。

[60] 例如 1996 年《中国—叙利亚双边投资条约》。

[61] 例如 2003 年《中国—圭亚那双边投资条约》第 14.3 条。

(二) 国际投资条约日落条款的中国应对方案

1. 进一步优化国际投资条约日落条款

中国现已成为名副其实的双向投资大国,是全球最重要的投资目的国与来源国之一。从整体上讲,中国在投资条约日落条款的制度设计上应在投资者的财产权与东道国的规制权之间实现合理平衡,这要求中国根据与相关国家的投资状况、本国的投资政策、特定国家的法治环境与风险等因素来设定差异化的日落条款,特别是在我国海外投资利益面临的外部性风险日益加剧的现今背景下,^[62]应通过优化现有投资条约日落条款实现对本国海外投资利益的全方位保护。

一方面,考虑到日落条款内嵌于终止条款,且终止条款对日落条款的实际适用具有实质性影响,由于中国现有投资条约终止条款存在着完整性缺失等问题,故有必要从以下三个方面对其进行优化。第一,终止条款应具有完整性。投资条约不仅应规定在原始有效期届满前的特定期限内任何一个缔约国有权单方面终止条约,还应进一步规定在原始有效期届满后缔约国是否可以在任何时间单方面终止条约。第二,终止条款应具有明确性。投资条约应明确规定缔约国有权终止条约的具体期限,要么是在原始有效期届满前 12 个月,要么是在届满后的任意时间。第三,终止条款应更具灵活性。投资条约要么不规定原始有效期,允许缔约国在任何时间终止条约;要么设定一个原始有效期,但条约期限届满后必须经协议才能续期,或者允许缔约国在任何时候终止条约,进而免受条约原始有效期的绝对束缚。

另一方面,日落条款的制度设计关乎投资者的权利与东道国的规制权。从当前来看,应从以下五个方面优化中国现有投资条约的日落条款。第一,适用对象。一是日落条款的适用对象不仅应包括投资条约终止之前作出的投资,还应进一步扩展至投资承诺、投资合同;二是日落条款的属时范围应涵盖投资条约生效之前和有效期内的投资,使之尽可能包括更大范围的投资,从而更加全方位地保护投资者的利益。第二,适用范围。应采用“本条约的所有条款”之规范模式,这有助于扩大日落条款的适用范围至国际投资条约的所有组成事项,如条约的前言、正文、附录、议定书、过渡条款。第三,适用期限。一是应当规定缔约国单方面终止条约的通知以另一缔约国收到通知文书为准,而不是通知发出之日。二是日落条款的适用期限应根据中国与相关国家的相互投资情况等作出差异化规定。对于中国企业对外投资的主要目的国,尤其是发展中国家,当其存在政局不稳定、法治不健全、经济政策易变等风险因素时,那么与该缔约国缔结的投资条约日落条款适用期限应相对较长,如此可以压缩该国随意调整投资政策与法律的空间。如果中国企业大规模投资于一国的矿产等特殊领域,还可以单独就矿产等领域的投资设定更长的适用期限。相反,当中国作为外国企业的主要投资目的国之时,尽管更长期限的日落条款有助于实现本国法律的稳定性与吸引外国投资,但此时仍有必要为本国基于公共利益适当调整经济与产业政策预留必要空间,那么与该缔约国缔结的投资条约日落条款的适用期限不宜设定得过长。三是不应使用如 2000 年《中国—伊朗双边投资条约》第 14.2 条规定的“失效”(invalidating)之不当术语,因为《维也纳条约法公约》专门区别对待“终止”(termination)与

[62] 参见李健男:《中国企业海外投资利益保护法治建设》,《法学评论》2024 年第 5 期,第 146 页。

“失效”两个具有不同法律意涵的术语,故应统一使用国际通行的“终止”术语。第四,启动条件。有必要明确缔约国具有协议修正日落条款的权利,如本条约终止之后应对在终止之前已经作出的投资继续生效 N 年,除非条约缔约国在终止时另有约定,或者是在国际投资条约中明确规定缔约国有权对任何条款进行修正。第五,单方面终止事由。应专门规定日落条款的适用不应妨碍一般国际法规则的适用,以此明确国家具有基于习惯国际法事由单方面终止投资条约及其日落条款的内在权利。

2. 有效管理国际投资条约日落条款

对于中国而言,对现有投资条约日落条款进行有效嗣后管理,通过及时行使单边终止权或协议终止国际投资条约及其日落条款,使其最大限度契合本国的根本利益诉求,在当前全球地缘政治冲突加剧、单边主义和保护主义抬头的背景下更具现实意义。

一方面,中国应当对所有投资条约的签署日期、生效日期、原始有效期、单方面终止的窗口期、默示续期时间、日落条款的适用期限、终止通知的发送与接收时间等关键日期进行全面记录与管理,尤其是终止条约的窗口期。如果没有准确掌握终止条约的窗口期,可能致使本国无法根据自身的利益诉求与投资政策及时地行使单边终止权,以至于错失改革既有国际投资条约的机遇期。为此,中国应当严格根据各个投资条约所设定的终止条件,在规定时限内发出正式的书面终止通知,既保证终止条约行为的有效性,同时又避免就属时管辖权引发分歧。而且,中国还应及时公布投资条约的终止信息,确保本国投资者能够准确获取并根据终止情况对特定国家进行更为理性的投资。此外,在特殊情形下中国还可以援引《维也纳条约法公约》第 62 条等习惯国际法事由单方面终止国际投资条约及其日落条款,进而避免日落条款的实际适用对本国公共利益产生消极影响。总之,中国应对投资条约进行定期的审查与管理,根据自身利益诉求及时行使单边终止权。

另一方面,如果缔约时的国内投资政策、海外投资利益、国际经贸环境发生实质性变化,日落条款对本国改革国际投资法律体系构成重大法律障碍,中国可以与相关国家协议终止国际投资条约及其日落条款,如在新的国际投资条约中明确终止原条约及其日落条款、在协议终止国际投资条约之前在先终止其日落条款。对于中国而言,20 世纪 80、90 年代缔结的大量投资条约侧重于对本国规制权的维护,对投资者的保护范围较为狭窄,尤其表现在可提交仲裁的投资争议多限于“征收、国有化或其他类似措施的补偿额争议”。但从 2000 年“走出去”战略及 2013 年“一带一路”倡议实施以来,中国企业对外进行了大规模的直接投资,^[63]对海外投资利益的保护变得更具现实紧迫性。有鉴于此,中国在与相关国家缔结新投资条约取代原有投资条约之时,应当明确规定原投资条约及其日落条款一并归于无效,进而使本国投资者受益于新投资条约中更为宽泛的权利保护范围。与此同时,还有必要明确规定投资条约的终止不影响终止之前投资者已经提起的争议解决程序,以此充分维护投资者与东道国的仲裁合意的效力与保障投资者的合理期待。如此一来,不仅有助于减少未来就投资条约终止及其日落条款的法律效力出现解释性分歧,还能够助推缔约国实现国际投资法的现代化改革进程。

[63] 2024 年 9 月商务部等部门联合发布的《2023 年度中国对外直接投资统计公报》显示,截至 2023 年末中国对外直接投资存量 2.96 万亿美元,排名全球前三。

Sunset Clauses in International Investment Treaties: Regulatory Model, Practical Application and China's Response

[**Abstract**] In recent years, unilateral or mutual termination of international investment treaties by States has become a more and more prevalent phenomenon. However, termination of international investment treaties will generally not affect the extended protection of the preceding investment treaties with regard to the foreign investment made prior to the termination due to the sunset clauses, thereby leading to a peculiar phenomenon where treaties end but do not cease. From the regulatory model perspective, the vast majority of international investment treaties incorporate sunset clauses, but those clauses vary significantly in terms of their object, scope, duration of application, and triggering conditions. Such variations inevitably have different impacts on the extent of investor protection and the interpretation of international investment treaties. As to the practical application, under the unilateral termination model, the activation of a sunset clause is typically subject to the dual requirements under international investment treaties, namely, time limit and notification. If a Contracting State fails to strictly comply with these procedural requirements, the termination act itself may be invalidated, rendering it legally non-binding on other Contracting States, investors, and international arbitration tribunals. In exceptional circumstances, when a State unilaterally terminates an international investment treaty based on customary international law grounds such as “fundamental change of circumstances” under Article 62 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, the sunset clause will lose legal effect along with the invalidation of the entire international investment treaty. Under the mutual termination model, Contracting States may agree to nullify the sunset clause concurrently with treaty termination. Such a termination model is not only permitted by the Vienna Convention on the Law of Treaties, but also free from such external restraints as the principle of acquired rights, third party rights, or the principle of good faith under international law. But an exception still exists where the arbitration consensus reached prior to the termination between the investor and host States remains unaffected. As far as China is concerned, on one hand, it should further optimize the sunset clauses in existing international investment treaties by taking into account the bilateral investment flows with specific countries, domestic investment policy, and other relevant factors, with particular emphasis on the comprehensive protection of domestic overseas investments. On the other hand, effective management of sunset clauses in existing investment treaties should be implemented, so as to avoid the negative influence of sunset clauses on the reform of the domestic international investment legal regime.

(责任编辑:余佳楠)