

国际投资协议日落条款研究

魏 艳 茹*

摘 要:国际投资协议普遍存在有关自身终止事宜的终止条款,日落条款内嵌于此。日落条款为投资者剩余权利保护、东道国投资治理变革预设了制度空间。晚近部分国家在共同终止老一代国际投资协议时尝试对其日落条款进行嗣后管理,使之更契合现实需要,但国际投资协议独特的三角结构令相关管理面临国际法风险。因立场和视角偏差,投资仲裁庭视野中的日落条款与缔约方视野中的相应事物可能存在很大的不同,此方面投资仲裁实践有限且混乱,仲裁庭之间尚未形成禁得起推敲的普遍共识。就中外国际投资协议日落条款而言,在制度预设方面,缔约方必要时应在综合贸易类协议项下的国际投资协议中增设日落条款,同时完善日落条款的表述;在嗣后管理方面,缔约方不予嗣后管理时应注意与日落条款的衔接,予以嗣后管理时应尽量采用明示的方式。

关键词:国际投资协议 日落条款 条约终止 剩余权利

条约终止本系常规的现代条约实践,属于一般国际法调整的范畴。但与其他经贸条约终止后即偃旗息鼓不同,国际投资协议普遍向投资者赋予终止后的剩余权利。2006年《中国和印度双边投资协议》第16条(有效期和终止)就是赋予投资者剩余权利的典型条款。该条规定:“(1)本协议有效期为10年,期满后除非缔约任何一方书面通知缔约另一方终止本协议,否则,该有效期自动延长10年,并依此顺延。(2)尽管根据本条第1款终止了本协议,但是,对本协议终止之日前所进行或取得的投资,本协议仍应自终止之日起继续适用15年。”该条第1款规定了有效期与单方终止规则,第2款赋予终止后的剩余权利,也即双边投资协议自终止之日起15年内“终而不止”,可继续延伸适用于既有投资。学界和投资仲裁庭通常将类似于该条第2款规定已终止国际投资协议对既有投资在特定期限延伸适用的规则称为“日落条款”或“存续条款”。2020年,23个欧盟成员国签署的《关于终止欧盟成员国间双边投资条约的协议》(以下简称《欧盟协议》)亦使

* 广西大学法学院教授
基金项目:国家社会科学基金一般项目(18BFX215)

用了“日落条款”的称谓。^① 为行文方便起见,本文沿用“日落条款”这一称谓指代已终止国际投资协议的延伸适用规则。但必须指出的是,在全球国际投资协议缔约实践中,“日落条款”普遍属于“终止条款”的组成部分,两者为种属关系而非并列关系。

日落条款的制度功能在于,在东道国根据变化了的需求及时解除条约义务的情况下,通过赋予适当的剩余权利,确保投资法律环境的稳定,使投资者拥有从容安排其投资的过渡时间。可见,日落条款旨在缓解投资治理的稳定性与灵活性之冲突、投资者财产权与东道国规制权之冲突。然而,由于国际法的碎片性、国际投资治理的独特性、相关实践的有限性,如下问题深刻影响了日落条款功能的充分发挥:(1)日落条款的制度预设。国际投资协议终止条款通常先设定有效期和单方终止规则再设定日落条款,单方终止是日落条款的当然适用情形。根据1969年《维也纳条约法公约》(以下简称《条约法公约》)第54条的规定,缔约方无论何时都有权“共同终止”其协议,也即通过一致同意的方式终止其协议,但国际投资协议普遍未明确共同终止事宜。在国际投资协议日落条款启动条件被预设为“本协议终止”“本协议期满”“终止本协议的通知生效”等不同情形的背景下,缔约方依循一般国际法规则而为之“共同终止”是否属于日落条款启动的情形,易言之,日落条款是否也为“共同终止”预设了制度空间,则情况不明。在全球投资治理变革加速的背景下,很多国家进行了国际投资协议的新旧更替,但共同终止旧协议时通常未特别提及其日落条款。旧日落条款之于共同终止情形的可适用性,遂格外具有现实意义和影响。(2)日落条款的嗣后管理。日落条款所勾勒的制度愿景并不一定能与缔约方多年后真的终止国际投资协议时的现实需要妥当互洽。例如,自20世纪八九十年代以来,各国竞相缔结了大量过度保护投资者利益的高标准国际投资协议,以致如今该缔约实践在全球范围内被反思和检视。为再平衡投资者权利与东道国规制权,晚近各国纷纷进行国际投资协议改革,以为东道国保留必要施政空间。因原日落条款有碍缔约方尽快清除老一代国际投资协议流弊、尽快理顺投资治理机制,晚近部分缔约方在共同终止老一代国际投资协议时尝试对其日落条款进行嗣后管理,如缩短其适用期间、缩小剩余权利范围等,使之更契合现实需要。然而,与普通条约不同,国际投资协议是一种存在第三方受益人的条约,其独特的三角结构令缔约方的嗣后管理面临国际法上的挑战和风险。(3)日落条款的投资仲裁实践。终止国际投资协议及嗣后管理其日落条款是缔约方的国家行为,该类行为深刻影响相关协议项下的投资者剩余权利,而评判这种国家行为的投资仲裁庭通常具有偏重保护投资者权利的制度性倾向。由于存在立场和视角偏差,因此投资仲裁庭视野中的日落条款与缔约方视野中的相应事物可能存在很大的不同。而投资仲裁实践不但影响个案的审判结果、嗣后其他投资者的争端解决选择,还将与各国的嗣后缔约实践、嗣后终止实践之间形成复杂互动。尤其是在涉及已终止国际投资协议日落条款的投资仲裁实践有限且混乱、仲裁庭之间尚未形成禁得起推敲的普遍共识的当下,日落条款的制度预设、嗣后管理在投资仲裁实践中的不确定性使得上述偏差之及时纠正、上述互动之良性构建变得益发棘手。

截至2020年底,全球有效终止的国际投资协议已达393项。^② 根据经济合作与发展组织发

^① 该定义条款的解释为:“‘日落条款’是指双边投资条约中的任何条款,该条款将对条约终止之日前已进行的投资再提供一段时间的延伸保护。”

^② See UNCTAD, World Investment Report 2020: International Production Beyond the Pandemic, UNCTAD, 2020, p.123.

布的抽样调查统计显示,在全球国际投资协议中不包含日落条款者仅占3.2%。^①伴随这种现象而来的,乃是依据已终止国际投资协议日落条款提起的投资仲裁案件不断涌现。鉴此,对国际投资协议日落条款进行探索性研究确有必要。

一、国际投资协议日落条款的制度预设

国际投资协议日落条款通常只规定“本协议”终止后仍然延伸适用的规则。当缔约方依据一般国际法规则践行对旧国际投资协议的“共同终止”权并对其日落条款进行嗣后管理的时候,各国赖以终止旧协议并嗣后管理其日落条款的换文、附属或补充协议、新协议,本身亦是国际投资协议,规定的亦是已终止国际投资协议延伸适用的规则。但这时此类换文、附属或补充协议、新协议调整的不是“本协议”的延伸适用,而是“其他协议”的延伸适用,且其本身便为缔约方终止旧国际投资协议并管理其日落条款之实践载体,故本文将此类换文、附属或补充协议、新协议中有关已终止的“其他协议”延伸适用的规则纳入第二部分(“国际投资协议日落条款的嗣后管理”)加以探讨。本部分只探讨国际投资协议终止条款中有关“本协议”终止后仍延伸适用的规则。

1. 分布情况。除巴西2015年以来缔结的投资合作与便利化协议,以及埃及、沙特阿拉伯、突尼斯、约旦等国缔结的部分双边投资协议外,几乎所有的双边投资协议都包含日落条款。^②但是,在诸如自由贸易协议、经济伙伴关系协议、全面经济贸易协议等综合贸易类协议项下的国际投资协议(如投资篇章、附属或补充协议等)中,包含日落条款者只占少数。^③这并不意味着综合贸易类协议项下的国际投资协议所涵盖的投资与剩余权利无缘。其原因在于:(1)很多综合贸易类协议项下的国际投资协议缔约方并未终止他们之间的旧双边投资协议,而双边投资协议通常都有更优待遇条款,允许投资者在不同的国际投资协议待遇中选择其中的更优待遇。例如,2015年《中国和韩国自由贸易协议》第12章(投资)与两国间2007年双边投资协议的调整范围重叠,但缔约双方并未终止后者,故投资者可受益于后者中的日落条款。(2)很多综合贸易类协议项下的国际投资协议缔约方即便不想让旧双边投资协议继续适用,也只是予以暂停。一旦前者终止,后者即恢复生效,而后者普遍包含日落条款。例如,2010年《加拿大和巴拿马自由贸易协议》第9章(投资)第9.38条(暂停其他协议)第1款即是如此。

2. 启动条件。国际投资协议终止条款普遍只规定了单方终止,未明确提出共同终止。有学者认为,造成这种现象的原因有二:(1)初创时期的国际投资协议主要系为发达国家在发展中国家的海外投资提供国际保护,而这两类国家之间利益分歧严重,缔约方普遍未预见到共同终止的可能性;(2)《条约法公约》第54条明文允许缔约方随时共同终止,没必要在国际投资协议中重复

^① See Joachim Pohl, Temporal Validity of International Investment Agreements: A Large Sample Survey of Treaty Provisions, OECD Working Papers on International Investment, 2013/04, 2013, p.15.

^② See Joachim Pohl, Temporal Validity of International Investment Agreements: A Large Sample Survey of Treaty Provisions, OECD Working Papers on International Investment, 2013/04, 2013, p.15.

^③ See Joachim Pohl, Temporal Validity of International Investment Agreements: A Large Sample Survey of Treaty Provisions, OECD Working Papers on International Investment, 2013/04, 2013, p.15.

规定。^① 单方终止属于日落条款的当然启动条件,但缔约方依据《条约法公约》第 54 条行使一般国际法规则中的共同终止权时,其行为能否启动国际投资协议框架下的日落条款,显然还要结合一般国际法规则及日落条款约文来进行综合判断。具有延伸适用功能日落条款为国际投资协议特有,《条约法公约》并未对此类条款作出专门的规定,故国际投资协议日落条款约文措辞应起决定性的作用。(1)大部分国际投资协议日落条款将其启动条件预设为“本协议终止”“本协议期满”,但未明言是否包含共同终止。运用《条约法公约》第 31~32 条所述的条约解释通则进行解释,尚难得出排他性结论,只能说这类措辞为通过共同终止启动日落条款留下了合理的解释空间。(2)阿尔巴尼亚、塞浦路斯等部分东欧国家缔结的极少数国际投资协议,其终止条款明确规定了两种终止流程——单方终止、共同终止,则作为其日落条款启动条件的“本协议终止”当然亦涵盖共同终止。(3)少数国际投资协议终止条款通过各种形式将日落条款与单方终止排他性捆绑,故共同终止应不能启动日落条款。例如,2018 年《欧盟和新加坡投资协议》第 4.17 条将日落条款启动条件明确表述为“本协议依据第 4.16 条(期限)终止”,而第 4.16 条规定的正是单方终止。

3. 受益投资范围。以资产投入的时间为节点可将国际投资协议日落条款有关受益投资范围的规则分为两类:(1)在协议“终止”“到期”“终止通知生效”之前已进行的投资。例如,1996 年《意大利和肯尼亚双边投资协议》第 14 条(有效期和到期)第 2 款规定:“对于在本条第 1 款所规定的到期之日前所进行的投资,第 1~12 条规定将自该日后继续适用 5 年”。此类规则设计合理、可操作性强,故为绝大多数国际投资协议日落条款所采用。(2)在“终止通知”收到或发出之日前已进行的投资。例如,2010 年《罗马尼亚和哈萨克斯坦双边投资协议》第 14 条保护的是“收到”终止通知之前已进行的投资,而 2000 年《罗马尼亚和毛里求斯双边投资协议》第 11 条保护的则是“发出”终止通知之前已进行的投资。考虑到投资者可能并未注意到缔约方发出或收到国际投资协议单方终止通知的信息,故此类规则设计不周。采用这种规则者主要为部分东欧国家订立的国际投资协议。

4. 可延伸适用的国际投资协议内容。日落条款在界定可延伸适用于既有投资的国际投资协议内容时,主要采用 3 种范式:(1)整项国际投资协议。例如,2021 年《日本和格鲁吉亚双边投资协议》第 11 条第 4 款规定:“对于在本协议终止之日前取得的投资,本协议的规定应自该日起继续有效 10 年”。因日落条款只适用于既有投资,国际投资协议有关投资设立、取得的规定肯定无法延伸适用,故此类规则表述不严谨。(2)国际投资协议的特定功能部分。例如,2012 年《美国双边投资协议范本》第 22 条第 3 款规定:“对于在本协议终止之日前设立或取得的涵盖投资,除调整涵盖投资的设立和取得事宜的条款之外,本协议所有其他条款自该日起继续适用 10 年”。相较之下,此类规则的精确度较高。(3)国际投资协议的特定条款。例如,2008 年《奥地利双边投资协议范本》第 29 条规定:“对于在本协议终止之日前进行的投资,本协议第 1~25 条的规定应自该日起 10 年内继续有效”。此类规则锁定的通常是国际投资协议正文中除终止条款以外的条款。此类条款未能充分涵盖所有必要的条约内容,恐有碍投资仲裁庭对国际投资协议的准确解释。

^① Vgl. Katharina Gatzsche, *Aufhebungen und Abänderungen von: Investitionsschutzabkommen Eine Untersuchung zur Reichweite von Survival Clauses in BITs*, Nomos, 2019, p.109.

二、国际投资协议日落条款的嗣后管理

晚近以来,缔约方批量终止国际投资协议的现象蔚为壮观。例如,印度、玻利维亚、南非、印度尼西亚等国分别单方终止众多双边投资协议。^① 2020年《欧盟协议》拟共同终止欧盟内部124项双边投资协议。^② 欧盟成员国和越南拟通过2019年《欧盟和越南双边投资协议》第4.20条及附件6终止彼此之间的23项双边投资协议;在旧国际投资体制面临“正当性危机”的背景下,部分缔约方不再纠结于共同终止对日落条款的启动资格问题,而是转换思路,采取预防性策略,尝试在共同终止旧国际投资协议时主动管理其日落条款。其目的在于,使该条款在新形势下准确发挥下述制度功能:缓解投资治理的稳定性与灵活性之冲突、投资者财产权与东道国规制权之冲突。同时,在旧国际投资协议已被单方终止、其日落条款已启动的情况下,亦有一些缔约方尝试专门管理该日落条款。例如,根据2020年《欧盟协议》第3~4条的规定,自该协议对相关缔约方生效之日起,其附件B所列的业已单方终止的双边投资协议之日落条款一并终止。根据《条约法公约》第70条(条约终止之后果)第1款的规定,可通过“缔约方另有协议”的方式,变更“缔约方在条约终止前经由实施条约而产生之任何权利、义务或法律情势”。故缔约方嗣后管理日落条款存在一定的国际法依据。

(一)对日落条款法律状态的改变

1. 终止日落条款。主要有3种终止日落条款的方法:(1)在共同终止国际投资协议时连带终止其日落条款。例如,根据2019年《澳大利亚和中国香港双边投资协议》第40条(终止)的规定,1993年《澳大利亚和中国香港双边投资协议》的“所有规定,包括其第14条(生效、有效期和终止)所载的有关终止的规定及由这些规定所产生的任何权利或义务,均停止生效”。(2)在终止国际投资协议前先对其进行修改,删除其日落条款。例如,拉脱维亚与捷克、波兰即是采用这种方法终止彼此之间的双边投资协议日落条款。^③ (3)先终止国际投资协议,嗣后再共同终止已启动的日落条款。这种方法具有浓厚的欧盟背景。欧盟委员会一向坚称,欧盟内部的双边投资协议违反了《欧盟运行条约》,并要求欧盟成员国终止彼此之间的双边投资协议。^④ 受其影响,捷克、爱尔兰、意大利、罗马尼亚等少数成员国在大多数成员国不认同欧盟委员会的立场、不配合的情况下,单方终止了若干本国缔结的欧盟内部双边投资协议,而这不可避免地导致日落条款启动。为彻底终止这些日落条款的延伸适用,2020年《欧盟协议》第3条(终止日落条款的可能影响)明

^① See Bureau of Economic and Business Affairs, 2021 Investment Climate Statements, August 18, 2021, <https://www.state.gov/reports/2021-investment-climate-statements/>, 2021-09-01;魏艳茹:《日落条款启动背景下中资企业在印尼投资的国际保护》,《广西大学学报》(哲学社会科学版)2021年第6期。

^② See UNCTAD, World Investment Report 2021: Investing in Sustainable Recovery, UNCTAD, 2021, pp. 250-251.

^③ See Latvia to Terminate Bilateral Investment Treaties with Poland, Czech Republic at EU Request, The Baltic Time (February 2, 2018), https://www.baltictimes.com/latvia_to_terminate_bilateral_investment_treaties_with_poland_czech_republic_at_eu_request/, 2021-10-02.

^④ See Eastern Sugar BV v. Czech Republic, SCC Case No. 088/2004, Partial Award and Partial Dissenting Opinion, 27 March, 2007.

明确规定,“附件 B 所列双边投资条约(按:业经单方终止的欧盟内部双边投资协议)的日落条款由本协议终止,根据本协议的规定,这些日落条款不产生法律后果”。

2. 修改日落条款。主要有两种修改日落条款的方法:一是明示修改。例如,2017 年《阿根廷和智利自由贸易协议》附件 8.2 第 3 款规定:“双方同意,本附件构成对该双边投资协议第 11 条(生效、期限和到期)第 4 款的修订,并有效终止该双边投资协议”。经过此类修订,原双边投资协议日落条款内容被置换。二是默示修改。例如,根据 2016 年《欧盟和加拿大全面经济贸易协议》第 30.8 条(其他现有协议的终止、暂停或合并)第 3 款的规定,尽管附件 30-A 所列的加拿大与欧盟成员国之间的 8 项双边投资协议已终止,但是“在下列情况下,可根据附件 30-A 所列双边投资协议,并按照双边投资协议规定的规则和程序提交索赔:(1)作为索赔标的物的待遇是在该双边投资协议……未终止时给予的;(2)自该双边投资协议……终止之日起未超过 3 年”。日落条款是国际投资协议终止后方才启动的条款,终止国际投资协议不等于终止其日落条款。根据《条约法公约》第 30 条第 1 款和第 3 款的规定,关于同一事项先后所订条约之间适用“新约优于旧约”原则,故上述做法属于对日落条款的默示修改。较之于已终止双边投资协议的原日落条款,新规定压缩了投资者剩余权利。

(二)对剩余权利的重新厘定

对于投资者剩余权利与东道国规制权之间的平衡点,不同国际投资协议缔约方的认知有很大的差异,以下 3 种剩余权利重新界定方法突出体现了这种认知差异。

1. 赋予剩余权利但予以双重压缩。晚近一些缔约方在终止或修改日落条款时,采取了虽赋予剩余权利但予以压缩的做法:(1)将已终止国际投资协议的延伸适用期间由原来的平均 12.5 年缩短至 3~5 年。例如,澳大利亚 2019 年通过换文的方式,与同为 2018 年《全面和进步跨太平洋伙伴关系协议》缔约方的墨西哥、秘鲁、越南等国分别达成了共同终止旧双边投资协议并缩短其日落条款延伸适用期间的协议。其中,与墨西哥缩短至 3 年,与秘鲁、越南缩短至 5 年。(2)将投资者可提起投资仲裁的争端范围限定为新协议生效前的争端。例如,2018 年《韩国和中美洲自由贸易协议》第 9 章(投资)第 9.30 条在终止韩国与哥斯达黎加、萨尔瓦多、洪都拉斯、尼加拉瓜、巴拿马之间的 5 项双边投资协议时,将可依据已终止双边投资协议提起投资仲裁的争端限于此类“双边投资协议生效期间产生的任何事项”。此类做法一方面赋予投资者剩余权利,另一方面通过压缩该权利的方式努力控制旧国际投资协议对东道国规制权的潜在不利影响,相对中庸。

2. 未赋予剩余权利。一些缔约方直接终止了日落条款,但并没有赋予投资者剩余权利。例如,2020 年 2 月,澳大利亚和印度尼西亚通过换文共同终止两国间 1992 年双边投资协议及其日落条款时,只是确认 1992 年双边投资协议的终止“不影响根据该双边投资协议第 11 条(缔约方与缔约另一方投资者之间的争端解决)或第 12 条(缔约方之间有关解释和适用本协议的争端解决)在本协议终止之日前已提交的任何争端”。这种做法显然为对当事方业已行使的争端解决权的确权而非赋权。其虽然有助于维护东道国规制权,但是却未适当顾及投资环境的稳定性,未给投资者预留应对投资环境骤变的必要过渡期间,恐有失偏颇。

3. 追溯性取消剩余权利。此以 2020 年《欧盟协议》最为典型。2020 年《欧盟协议》迟至 2020 年才签订、生效,且只有当其对相关缔约方生效后,这些缔约方之间的欧盟内部双边投资协议及其日落条款才正式终止。但是,2020 年《欧盟协议》却以欧盟法院作出“斯洛伐克诉阿奇米亚案”

判决的日期——2018年3月6日——作为决定性影响投资仲裁程序命运^①的日期：(1)2018年3月6日之前审结并执行了最终决定的仲裁程序叫“已结束的仲裁程序”，不受欧盟内部双边投资协议及其日落条款终止的影响，但亦不得重新开始；(2)2018年3月6日之前启动、不符合“已结束的仲裁程序”条件的仲裁程序叫“未决仲裁程序”，2018年3月6日及之后启动的仲裁程序叫“新仲裁程序”，这两类程序均不得依据已终止的双边投资协议解决。上述规定追溯性取消了缔约方赋予投资者且投资者业已行使的投资仲裁提起权。假设瑞典也签署了2020年《欧盟协议》，《瑞典和罗马尼亚双边投资协议》即于该诸边协议对两国生效之日终止，那么，2005年提起的“米库拉诉罗马尼亚案”^②仲裁程序将属于“未决仲裁程序”，因为尽管该案仲裁庭于2013年就作出了裁决，但是当事方直到2020年还在美国哥伦比亚特区法院寻求裁决后救济。^③追溯性取消投资者业已行使的投资仲裁请求权的做法或存在国际法上的风险。

三、国际投资协议日落条款的投资仲裁实践

随着各国越来越频繁地终止国际投资协议，涉及已终止国际投资协议的投资仲裁案件也在增多。但从公开披露出来的仲裁文书看，与此类国际投资协议有关的争端主要集中于默示共同终止方面。申言之，欧盟成员国之间的双边投资协议是否因其最后一个缔约方亦加入欧盟而被默示共同终止。在投资者依据已终止国际投资协议日落条款提起的投资仲裁案件中，当事方及仲裁庭就日落条款本身的适用问题尚未展开充分的辩论，已有的相关裁断亦缺乏连续性。

1. 单方终止对日落条款的启动。在涉及国际投资协议单方终止的投资仲裁案件中，当事方对单方终止行为的合规问题以及在此情形下日落条款的可启动问题迄今尚无分歧，争论的焦点主要是如何解释藉由日落条款而延伸适用的国际投资协议实体和程序条款。例如，因动辄被投资者根据1991年《委内瑞拉和荷兰双边投资协议》提起投资仲裁的委内瑞拉索性于2008年单方终止该协议。其后，荷兰投资者依据该已终止双边投资协议^④的日落条款(第14条第3款)陆续向委内瑞拉提起了11起投资仲裁。^⑤在案件审理过程中，委内瑞拉从不质疑该日落条款本身，明确承认该条款确能将既有投资的双边投资协议保护继续延伸15年。^⑥又如，俄罗斯单方终止《能源宪章条约》对该国的临时适用后，投资者依据该条约日落条款对俄罗斯提起投资仲裁时，俄

^① See *Slowakische Republik (Slovak Republic) v. Achmea BV*, Court of Justice of the European Union, Case C-284/16, Judgment, March 6, 2018.

^② See *Ioan Micula, Viorel Micula and others v. Romania (I)*, ICSID Case No. ARB/05/20, Final Award, 11 December, 2013.

^③ See *Ioan Micula, Viorel Micula and others v. Romania (I)*, ICSID Case No. ARB/05/20, Memorandum Opinion and Order of US District Court for the District of Columbia, 20 November, 2020.

^④ See UNCTAD, *Investment Dispute Settlement Navigator*, August 18, 2021, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/228/venezuela-bolivarian-republic-of/respondent>, 2021-10-12.

^⑤ See *Fábrica de Vidrios Los Andes, C.A. and Owens-Illinois de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/12/21, Award, 13 November, 2017.

罗斯并未质疑日落条款本身,而是将抗辩理由集中在如何解释该条约“临时适用”的前提条件上。^①可见,在单方终止可启动日落条款方面,投资仲裁各相关方已形成共识。

2. 共同终止对日落条款的启动。尽管在共同终止能否启动日落条款事宜上,日落条款约文的措辞应起决定性作用,但是仲裁庭往往似有意无意地忽视上述措辞,采用最有利于投资者的解释并扩大自身的管辖权。^②这与投资仲裁庭过分偏重投资者权利保护的普遍倾向暗合。首先,当国际投资协议日落条款将其启动条件明文界定为仅限于单方终止时,仲裁庭仍可能将其扩大解释为也包括共同终止。例如,在2012年提起的“加瓦齐诉罗马尼亚案”^③中,作为准据法的1990年《意大利和罗马尼亚双边投资协议》第11条(生效、有效期和到期)第3款将日落条款的启动条件设定为“本协议依据第11条规定到期”,而第11条仅规定了单方终止规则,显然其日落条款只适用于单方终止。该双边投资协议共同终止后,意大利投资者根据其日落条款对罗马尼亚提起投资仲裁,仲裁庭、东道国均未质疑该日落条款在共同终止情形下的可启动性。该案最后以东道国被认定违反征收条款、公平公正待遇条款项下的义务而结束。其次,当国际投资协议日落条款启动条件措辞宽泛、存在合理解释为亦包括共同终止情形的余地时,仲裁庭倾向于如此解释。例如,在2013年提起的“格拉塞托诉斯洛文尼亚案”^④中,作为准据法的2000年《意大利和斯洛文尼亚双边投资协议》第14条(生效和有效期)第3款系日落条款,其启动条件为“本协议终止”。该协议共同终止后,意大利投资者依据该日落条款提起投资仲裁,仲裁庭于2015年作出了确认自己有管辖权的决定。另外,在涉及欧盟内部双边投资协议默示共同终止事宜的投资仲裁系列案中,尽管相关双边投资协议日落条款均以“本协议终止”“本协议期满”等宽泛表述为启动条件,但是欧盟委员会和部分欧盟成员国时常做狭义解释,坚称此用语仅指单方终止。例如,捷克在“东糖诉捷克案”^⑤中、欧盟委员会在“阿迪科诉克罗地亚案”^⑥和“施特拉巴格诉波兰案”^⑦中均如是主张。投资仲裁庭往往在断定欧盟内部双边投资协议未因最后一个缔约方加入欧盟而默示终止后便不再分析。但在少数案件中,仲裁庭仍予以简单回应。^⑧例如,在2019年审结的“马

^① See *Yukos Capital SARL v. The Russian Federation*, PCA Case No. 2013-31, Interim Award on Jurisdiction, 18 January, 2017.

^② See Andrea Gattini, *Jurisdiction Ratione Temporis in International Investment Arbitration*, 16 *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 139-158 (2017).

^③ See *Gavazzi and Gavazzi v. Romania*, ICSID Case No. ARB/12/25, Decision on Jurisdiction, Admissibility and Liability, 21 April, 2015.

^④ See *Impresa Grassetto S. p. A., in Liquidation v. Republic of Slovenia*, ICSID Case No. ARB/13/10, Decision on Objections to Jurisdiction, 15 June, 2015.

^⑤ See *Eastern Sugar BV v. Czech Republic*, SCC Case No. 088/2004, Partial Award and Partial Dissenting Opinion, 27 March, 2007.

^⑥ See *Addiko Bank AG and Addiko Bank DD v. Croatia*, ICSID Case No. ARB/17/37, Decision on Croatia's Jurisdictional Objection Related to the Alleged Incompatibility of the BIT with the EU Acquis, 12 June, 2020.

^⑦ See *Strabag SE and Others v. Poland*, ICSID Case No. ADHOC/15/1, Partial Award on Jurisdiction, 4 March, 2020.

^⑧ See *Eastern Sugar BV v. Czech Republic*, SCC Case No. 088/2004, Partial Award and Partial Dissenting Opinion, 27 March, 2007.

托尔诉匈牙利案”^①(以下简称“马托尔案”)中,1987年《英国和匈牙利双边投资协议》日落条款的启动条件为“本协议终止”。仲裁庭的评论表明,其认为该日落条款的启动条件应包括共同终止情形:上述日落条款的规定表明,“即使缔约方在双方同意的情况下共同终止条约,它们也承认必须尊重基于信赖条约保证在东道国投资的投资者的长期利益。这就是该20年期日落条款的目标所在”。当然,因迄今的相关投资仲裁案例着实有限且混乱,仲裁庭的此类裁断或评论也常未说明或未充分说明理由,故投资仲裁庭忽视日落条款措辞含意、扩大解释其启动条件的现象将来能否形成真正的趋势,还须继续观察。

3. 缔约方终止国际投资协议时对其日落条款的嗣后管理。迄今尚无投资者质疑缔约方嗣后管理措施的投资仲裁案例。试图通过嗣后管理日落条款再平衡投资者剩余权利与东道国规制权之间冲突的缔约方或许认为,在国际投资协议框架下包括剩余权利在内的投资者权利是衍生权利,其存废依赖于母国与东道国之间志同道合地予取予夺。但是,与普通条约不同,国际投资协议是一种存在第三方受益人的条约,其独特的三角结构令缔约方依据《条约法公约》第70条第1款规定而为的嗣后管理面临着国际法上的挑战和风险。若干迹象显示,投资仲裁庭不一定必然支持缔约方的嗣后管理。首先,仲裁庭可能会以保护第三人利益为由反对嗣后管理。例如,在前述“马托尔案”裁决中,仲裁庭认为,缔约方无权以不利于投资者的方式嗣后管理日落条款:“双边投资协议是赋予私人当事方以权利的国际条约。缔约方仍然是其双边投资协议的主人,但缔约方的这种控制权要受法的确定性和交易对第三人无损益等一般原则的约束。1987年《英国和匈牙利双边投资协议》第13条第3款(系日落条款)便是明例,其向基于信赖该双边投资协议而投资的投资者提供了稳定性保证”。关于取消或变更条约赋予第三人的权利,《条约法公约》中最相似的规定为第37条第2款(即第三国享有权利后,若原意为非经该第三国同意不得取消或变更,则缔约方不得如此。但是,此规定涉及的是取消或变更条约赋予“第三国”的权利)。私人在国际公法上的地位与国家存在巨大的差别,故该规定在本问题上的可适用性存疑。“马托尔案”仲裁庭的看法在后续仲裁实践中能否得到进一步认同,尚需继续观察。其次,仲裁庭可能会以保护既得权为由反对嗣后管理。目前虽然没有此方面的仲裁裁决,但是涉及东道国嗣后管理国内法日落条款的“鲁梅利诉哈萨克斯坦案”^②裁决则给了我们某些启示。在该案中,根据《哈萨克斯坦外国投资法》第27条的规定,一旦投资者选择通过解决投资争端国际中心(以下简称中心)仲裁解决投资争端,即推定哈萨克斯坦“已给予同意”。该法有一个日落条款(第6条第1款)。哈萨克斯坦2003年终止了该法,而投资者于2008年向中心提起了仲裁。仲裁庭断定,根据已终止的《哈萨克斯坦外国投资法》日落条款,投资者依然有权向中心提起仲裁,“国际法也明确规定,一国不得通过颁布新国内法的方式,将赋予外国投资者既得权的旧国内法废除,从而剥夺外国投资者的既得权。这是善意原则、禁反言原则、前后行为不抵触原则的体现”。但是,亦有学者持反对意见,认为“对较早法律所带来影响的尊重只能依托较新的后续法律而存在,因此是否尊重较早

^① See Magyar Farming Company Limited and Others v. Hungary, ICSID Case No. ARB/17/27, Award, 13 November, 2019.

^② See Rumeli Telekom AS and Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri AS v. Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16, Award, 29 July, 2008.

立法只是立法政策的问题”。^①还有学者直接否定该案仲裁庭观点在国际投资协议日落条款嗣后管理背景下的适用可能性,认为:“投资者根据国际投资协议获得的权利随后不能被创建该协议的国家修改或废除的观念与国际公法的基本原则背道而驰。‘同意’原则是国际公法背景下的条约法的核心:国家必须同意才能受条约的法律约束”。^②最后,仲裁庭可能会以1965年《华盛顿公约》第25条第1款为依据,反对追溯性取消投资者的中心仲裁提起权。^③根据2020年《欧盟协议》的规定,2018年3月6日之前或之后启动的“未决仲裁程序”“新仲裁程序”均不得依据该协议所终止的欧盟内部双边投资协议解决。但是,根据1965年《华盛顿公约》第25条第1款的规定,在中心仲裁中,“任何一方不得单方面撤销其同意”。正如“阿巴克拉特诉阿根廷案”^④仲裁庭所言:“东道国对中心仲裁的同意具有‘不可撤销性’。这种不可撤销性不是有效同意的先决条件,而是有效同意存在的结果:如果当事方有效同意中心仲裁,则该同意就不可撤销”。在投资者依据其时有有效的国际投资协议或日落条款正式提出中心仲裁申请之后,中心仲裁庭可能很难允许东道国利用自己嗣后与投资者母国之间的“另有协议”而单方终止该有效同意。

四、对中国的启示

截至2021年8月31日,中国已缔结146项双边投资协议,其中110项现行有效,^⑤这些双边投资协议基本都包含日落条款;已缔结7项包含投资仲裁机制的综合贸易类协议框架下的国际投资协议,其中6项现行有效,但包含有关本协议终止后延伸适用规则的只有1项。与世界范围的普遍实践相一致,中外国际投资协议日落条款基本都内嵌于终止条款之中。中国从未主动单方终止过国际投资协议。迄今3项^⑥单方终止的中外国际投资协议皆由缔约对方发起,目前均处于日落条款适用期间。^⑦中国推动共同终止的国际投资协议均系通过新旧更替方式,目前已在双边层面达成16个共同终止国际投资协议的决定,并已正式终止其中的15项。在多数情况下,中国并不在共同终止国际投资协议时对其日落条款予以嗣后管理。在涉中国的投资仲裁实

^① Ko Swan Sik, *The Concept of Acquired Rights in International Law: A Survey*, in Herman Meijers and Bert Vierdag (eds.), *Essays on International Law and Relations in Honour of AJP Tammes*, TMC Asser Institute, 1977, p.124.

^② Rüdiger Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, p.1; Tania Voon, Andrew D. Mitchell, Robert J. Munro, *Parting Ways: The Impact of Mutual Termination of Investment Treaties on Investor Rights*, 29 *ICSID Review — Foreign Investment Law Journal*, 465(2014).

^③ See Gustavo Adolfo Guarín Duque, *The Termination Agreement of Intra-EU Bilateral Investment Treaties: A Spaghetti-Bowl with Fewer Ingredients and More Questions*, 37 *Journal of International Arbitration*, 797, 810 (2020).

^④ See *Abaclat and Others v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 4 August, 2011.

^⑤ 为论述方便起见,本文暂将2012年《中日韩投资协议》归类为双边投资协议范畴。

^⑥ 2006年《中国和印度双边投资协议》(2018年终止)、1994年《中国和印尼双边投资协议》(2015年终止)、1994年《中国和厄瓜多尔双边投资协议》(2018年终止)。

^⑦ 2006年《中国和印度双边投资协议》日落条款适用期间为15年,1994年《中国和印尼双边投资协议》和《中国和厄瓜多尔双边投资协议》日落条款适用期间为10年。

践中,作为准据法的国际投资协议在仲裁提起前已被终止的案件共3起。第一起是“平安诉比利时案”^①,投资者称比利时违反其在已共同终止的1986年《中国和比卢经济联盟双边投资协议》项下的义务,但却以2009年《中国和比卢经济联盟双边投资协议》作为仲裁庭的管辖依据。对于1986年双边投资协议日落条款能否为申请人的投资提供延伸保护,争端双方意见分歧,但仲裁庭并未就此作出明确的表态。第二起和第三起均为新加坡投资者于2020年对中国提起的投资仲裁案,即“亚化诉中国案”^②(以下简称“亚化案”)和“吴振顺诉中国案”^③(以下简称“吴振顺案”),其依据均为已共同终止的1985年《中国和新加坡双边投资协议》之日落条款。因此,从目前披露出来的仲裁文书看,有关中外国际投资协议日落条款及其启动问题尚无有约束力的裁断。国际范围日落条款制度预设、嗣后管理及投资仲裁实践发展动向,对中国妥善平衡投资者剩余权利与东道国规制权具有重要的启示。囿于“亚化案”和“吴振顺案”的具体论争焦点尚未披露,难以开展有针对性的投资仲裁实践分析,故本部分仅从制度预设、嗣后管理两个方面进行探讨。

(一)对中外国际投资协议日落条款制度预设的启示

1. 必要时在中外综合贸易类协议项下的国际投资协议中增设日落条款。中外综合贸易类协议通常有统一的终止条款规范整个协议的终止问题,并不特别在其项下的国际投资协议中再设终止条款,当然也就未含日落条款。迄今唯一的例外是2012年《中国和智利自由贸易协议》的《关于投资的补充协议》(以下简称《补充协议》)。今后商签中外综合贸易类协议框架下的国际投资协议,应注意在必要时增设国际投资协议日落条款。其原因有二:一是综合贸易类协议项下的国际投资协议投资者同样需要确保投资环境的稳定性。如果东道国投资法律环境骤变,以至于违背投资者的合法预期,那么投资仲裁庭甚至可能将之作为认定东道国间接征收或违反公平和公正待遇的重要因素。^④正是为了确保投资环境的稳定性,全球双边投资协议普遍设立日落条款,以便投资者利用这个延伸适用期间妥当筹划合适的应对措施,以及根据其中的投资仲裁机制对东道国违反双边投资协议义务的行为直接索赔。^⑤虽然综合贸易类协议项下的国际投资协议置身于更广泛的规则体系之中,由于议题捆绑等原因稳定性强于双边投资协议,但是这并不意味着其肩负的使命迥异于双边投资协议,亦不意味着毋庸采用日落条款确保终止后投资环境的稳定性。二是老一代中外双边投资协议普遍均衡性不足,其自身及日落条款均不适合以补位的方式提供稳定性支持。一些中外综合贸易类协议项下的国际投资协议并未终止缔约方之间的既有双边投资协议。部分中外综合贸易类协议项下的国际投资协议也澄清了缔约方不欲影响其在先双边投资协议义务的意图。但是,老一代中外双边投资协议普遍未能妥善平衡投资者财产权与东道国的规制权:1998年及之前签订的90项中外双边投资协议仅允许投资者就“与征收补偿款

^① See Ping An Life Insurance Company of China, Limited and Ping An Insurance (Group) Company of China, Limited v. Kingdom of Belgium, ICSID Case No. ARB/12/29, Award, 30 April, 2015.

^② See AsiaPhos Limited v. People's Republic of China, ICSID Case No. ADM/21/1.

^③ See Goh Chin Soon v. People's Republic of China, ICSID Case No. ARB/20/34.

^④ See August Reinisch, Christoph Schreuer, International Protection of Investments: The Substantive Standards, Cambridge University Press, 2020, pp.276-432.

^⑤ See Dimitry Vladimirovich Kochenov and Nikos Lavranos, Rule of Law and the Fatal Mistake of Achmea: Could the Intra-EU BIT's Have Been the Last Hope for Justice in Captured Illiberal Member States?, Reconnect Working Paper No. 12, 2020, p.11.

额有关的争端”提交投资仲裁,而自1998年《中国和巴巴多斯双边投资协议》签订至2010年期间达成的约50项中外双边投资协议又对投资者提供了过高的条约保护。因此,尽管理论上部分在先双边投资协议及其日落条款为新国际投资协议补位提供了终止后的稳定性支持,但是这种补位是不合适的。鉴此,在缔结中外综合贸易类协议项下的国际投资协议时,尤其是借此进行新旧更替时,应在新协议中增设日落条款,以妥善平衡投资者剩余权利与东道国规制权。就投资篇章式中外国际投资协议日落条款的具体措辞而言,可借鉴2019年《新加坡和亚美尼亚服务贸易与投资协议》第3章(投资)、2011年《印度和日本经济伙伴关系协议》第8章(投资)的相关规定,采用如下表述:“自本协议终止之日起×年内,以下条款(包括相关附件)应继续适用于本协议终止之日前已进行的投资:(1)本章的规定;(2)本协议中与适用或解释本章直接相关的其他条款”。至于附属或补充协议式中外国际投资协议日落条款的具体措辞,因其与传统的国际投资协议日落条款的缔约技巧无异,此不赘述。

2. 完善国际投资协议日落条款的表述。尽管投资仲裁庭似有忽视国际投资协议日落条款措辞原意的端倪,但是上述端倪能否演变为真正的趋势尚待时间检验。另外,根据联合国国际法委员会的观点,《条约法公约》第31条框架下的条约解释始终以文本为基础——“必须推定文本是缔约方意思的真实表达,故条约解释的出发点是阐明文本的含义”。^① 鉴此,今后商签中外国际投资协议时,应充分重视日落条款的文本草拟,完善相关的表述。具体而言:(1)视情况采用包容性的制度预设,将共同终止纳入日落条款启动的条件范畴。中外国际投资协议仅明确规定有关本协议单方终止的规则,单方终止属于日落条款的当然启动条件。对于缔约方根据《条约法公约》第54条进行的共同终止,大部分中外国际投资协议日落条款启动条件中的“本协议终止”“本协议期满”等表述具有文义上的包容性。但是,仍有10余项中外国际投资协议将日落条款与单方终止通知相捆绑,如将受益投资界定为“终止通知生效之前已进行的投资”^②“正式通知发出之前已进行的投资”^③等。在此种情况下,至少从文义看,日落条款存在不能适用于共同终止情形的可能性。依循条约不溯及既往原则,各国在新国际投资协议适用范围条款中普遍规定,其虽适用于自身生效前已进行的既有投资,但并不适用于已发生的既有投资争端。中外国际投资协议亦然。迄今中外国际投资协议新旧更替时大多未对日落条款予以嗣后管理。倘若未来基于特定考虑在某些情况下继续选择不予嗣后管理的终止策略,而旧国际投资协议日落条款启动条件却预设仅包括“单方终止”情形的明示或暗示措辞,则有可能导致旧国际投资协议“共同终止”时还未提起投资仲裁的当事方陷入投资保护真空,无法通过该机制解决其与东道国之间的既有投资争端。^④ 鉴此,中国今后在商签国际投资协议日落条款时应考虑采用宽泛性表述,如“本协议终止”“本协议期满”等,尽量将共同终止纳入日落条款启动的条件范畴。(2)准确表述应延伸适用

^① See Draft Articles on the Law of Treaties and Commentaries, in Reports of the International Law Commission on the Second Part of Its Seventeenth Session and on Its Eighteenth Session, UN GAOR, 21st Sess., Supp. No. 9, UN Doc. A/6309/Rev.1 (1966).

^② 例如,2001年《中国和莫桑比克双边投资协议》第14条(生效、有效期和终止)第3款。

^③ 例如,1996年《中国和黎巴嫩双边投资协议》第13条(最后条款)第3款。

^④ “平安诉比利时案”仲裁庭承认确实存在这种可能性。See Ping An Life Insurance Company of China, Limited and Ping An Insurance (Group) Company of China, Limited v. Kingdom of Belgium, ICSID Case No. ARB/12/29, Award, 30 April, 2015.

的国际投资协议内容。中外国际投资协议日落条款通常将可延伸适用的协议内容界定为除终止条款以外的所有正文条款。例如,2004年《中国和突尼斯双边投资协议》第13条(生效、有效期和终止)第4款规定:“对本协议终止之日前所做出的投资,本协议第1~12条规定应自本协议终止之日起继续适用10年”。部分中外国际投资协议甚至将之更宽泛地表述为“本协议”“本协议的规定”。上述规定均制造了条约解释方面的障碍。这是因为,一方面,根据《条约法公约》中的条约解释通则,条约序言、作准文本、附件、议定书等内容皆具有重要解释价值,将可延伸适用的国际投资协议内容限定为条约正文除终止条款以外的条款,无疑会妨碍仲裁庭系统解释国际投资协议;另一方面,日落条款仅保护既有投资,并不保护新投资,在日落条款未就投资准入事宜明确表态的情况下,实难解释有关既有投资“扩大”的准入规则的可适用性问题。鉴此,中国今后在商签国际投资协议日落条款时,应准确指明可延伸适用的协议内容,具体措辞可借鉴2019年《新加坡和亚美尼亚服务贸易与投资协议》第3章(投资)相关规定,进行如下表述:“对本协议终止之日前所做出的投资,本协议的规定应自本协议终止之日起继续适用×年。为避免歧义,本规定不适用于终止之日后进行的投资设立、取得或扩大”。如此一方面可消除上述条约解释障碍,另一方面可限制东道国对既有投资所承担的剩余义务之规模。

(二)对中外国际投资协议日落条款嗣后管理的启示

中国推动的国际投资协议终止实践目前皆为新旧更替式的共同终止。由于新国际投资协议在终止旧国际投资协议时通常未考虑、未充分考虑与后者日落条款之衔接,更未主动管理该条款,因此导致新旧协议更替期间易出现投资保护机制缺失、不确定等风险。国际经验为我们解决这些问题提供了如下启示。

1. 不予嗣后管理时应注意与日落条款的衔接。中外国际投资协议的共同终止决定目前均体现在新国际投资协议正文或附件中。在表达共同终止旧协议的决定之时,约半数的新协议只提及对旧协议的“取代”“替代”,未使用“终止”“期满”等与旧协议日落条款表述相一致的措辞,亦未通过新协议或以其他方式嗣后管理旧协议日落条款。在欧盟内部双边投资协议默示共同终止系列投资仲裁案中,投资仲裁庭对国际投资协议终止意图的明示、准确表述极为看重。^①是故,中外国际投资协议新旧更替时不明言“更替即终止”可能会带来不必要的争端:当事各方对该更替行为是否构成旧协议的“终止”或“期满”,故而是是否可启动日落条款意见不一。在2012年提起仲裁的“平安诉比利时案”中,2009年《中国和比卢经济联盟双边投资协议》第10条(过渡安排)规定,其“替代并取代”缔约双方间的1986年双边投资协议,而1986年双边投资协议第14条第4款规定的日落条款启动条件为“本协议终止”。比利时认为,1986年双边投资协议日落条款可为该案投资者提供剩余权利保护;该案投资者则主张,1986年双边投资协议日落条款只适用于“单方终止”,不适用于“共同终止”,也不适用于被“替代并取代”情形,因此自己无法得到日落条款的剩余权利保护。仲裁庭虽未就此作出明确的表态,但也注意到旧协议日落条款用语与缔约方通过新协议取代前者时相关用语的差别。为避免歧义,今后通过新协议取代旧协议但又不准备对后者的日落条款予以嗣后管理时,应慎重对待表达缔约方取代意图的措辞文本。若欲令旧协议日落条款为此种情况下的投资者提供延伸保护,则可明言新协议“终止并取代”旧协议。

^① See Addiko Bank AG and Addiko Bank DD v. Croatia, Decision on Croatia's Jurisdictional Objection Related to the Alleged Incompatibility of the BIT with the EU Acquis, 12 June, 2020.

2. 予以嗣后管理时应尽量采用明示的方式。国际投资协议独特的三角结构对缔约方嗣后管理日落条款的挑战虽属无法规避的内生风险,但随着国际投资仲裁界以及学界对相关问题认识的逐渐深入,具有包容性的普遍共识或可形成。鉴此,目前偶尔进行的中外国际投资协议日落条款嗣后管理探索今后有必要坚持。在嗣后管理方式上,因默示方式涉及的判断复杂而模糊,为清晰赋予投资者剩余权利,充分达致缔约方预期,今后的嗣后管理应尽量采用明示的方式。这是因为,默示方式的嗣后管理易导致日落条款的内容复杂化。例如,2012年《中国和智利自由贸易协议》之《补充协议》附件4(终止《双边投资协议》)采用的便是默示管理方式,其内容是:“(1)1994年《中国和智利双边投资协议》和由此产生的权利与义务在本协议生效之日终止。(2)尽管有第1条的规定,就本协议生效之前的任何行为、事实、停止存在的情形、争端或请求,1994年《中国和智利双边投资协议》对本协议生效之前进行的(符合该双边投资协议定义的)任何投资继续有效。(3)尽管有第2条的规定,投资者只能在本协议生效之日后1年内依据该双边投资协议第9条(投资者与东道国间争端解决)提交权利请求”。1994年《中国和智利双边投资协议》第13条(生效、期限和终止)第4款(日落条款)规定:“第1~12条的规定对本协议终止之日前进行的投资应继续适用10年”;《补充协议》附件4第1条似有将日落条款予以终止的暗示,但第2款却确认包含日落条款在内的旧国际投资协议“继续有效”。在缔约方未明言旧双边投资协议日落条款终止的情况下,附件4第2~3条对剩余权利作了与日落条款不同的规定。根据《条约法公约》第30条确定的“新约优于旧约”的原则,附件4第2~3条应理解为对1994年双边投资协议日落条款的默示修改。经此修改后,日落条款发生了两重变化:一是既有投资的受益范围缩小,旧国际投资协议只延伸适用于新协议生效之前的任何行为、事实、停止存在的情形、争端或请求;二是剩余权利行使期间变化,投资者启用投资争端解决机制的时间由原来的10年缩短为1年,而东道国启用缔约方间争端解决机制的时间仍为10年不变。若采用明示管理方式,则可有效降低投资者对该条款的理解难度。默示方式的嗣后管理也难以有效降低日落条款的模糊性。例如,2015年《中国和土耳其双边投资协议》第12条(生效)第5款规定:“本协议生效之日起,1990年《中国和土耳其双边投资协议》失效。在本协议生效前产生的任何争端,应适用1990年双边投资协议的规定。在本协议生效后产生的任何争端,应根据本协议的规定处理”。1990年双边投资协议第11条第4款规定的日落条款启动条件则为“本协议终止”。在上例中,新协议明文规定,若旧协议“失效”,则在新协议生效前产生的任何争端适用旧协议的规定,但旧协议日落条款的启动条件却为协议“终止”。“失效”和“终止”能否被投资仲裁庭等同视之,不得而知。此为默示管理带来的理解模糊。另外,旧协议终止条款仅规定了单方终止规则,其日落条款启动条件“本协议终止”能否被投资仲裁庭认定为包含“共同终止”情形,亦存在不确定性。此为嗣后管理本可消除却未消除的制度预设模糊。若以明示方式进行嗣后管理,则上述源自制度预设和默示管理的模糊均可避免。尤其是在国际投资协议改革加速、中外各方均希望以更均衡、更有助于实现可持续发展目标的新协议彻底取代旧协议并努力消除国际投资法碎片化趋势的情况下,为使新旧协议之间的过渡更明晰、顺畅和及时,中国应考虑尽可能以明示的方式管理旧协议日落条款。就日落条款的法律状态而言,若拟终止旧协议日落条款,则可在新协议中明确指出,旧协议及其日落条款在新协议生效之日终止,同时重新厘定日落条款终止后的剩余权利。若拟修改旧国际投资协议日落条款,则应在新协议中明确规定此意图,具体措辞可考虑2017年《阿根廷和智利自由贸易协议》附件8.2第3款的范式:“双方同意,本条款构成对前一协议第×条第×款(按:日落条

款)的修订,并有效终止该双边投资协议”。就剩余权利的重新厘定而言,为确保投资者剩余权利与东道国规制权之间的妥善平衡,中国与缔约伙伴可考虑采用赋予剩余权利但予以双重压缩的办法:在对已终止国际投资协议的延伸适用期间进行嗣后管理时,可选择保持原期间不变、缩短该期间,或缩短特定权利的行使期间;在对剩余权利的范围进行嗣后管理时,可选择仅管理投资争端解决权,或同时管理缔约方间争端解决权。

总之,由于中外国国际投资协议剩余权利保护机制在构建过程中的初始选择与后续制度依赖,对不同缔约伙伴制度偏好的包容,以及在具体缔约过程中的特别考虑抑或考虑不周,因此中外国国际投资协议日落条款的制度预设和嗣后管理仍存在很大的不足。虽然迄今涉已终止中外国国际投资协议日落条款的投资仲裁成例尚且有限,这种制度预设不足及嗣后管理缺漏还未充分暴露,未成为争讼焦点,但是其隐患始终存在。关注此方面的最新发展动向,未雨绸缪地及时完善相关的制度预设、嗣后管理,最大限度消除上述隐患,以切实发挥日落条款的应有制度功能,妥善平衡投资者剩余权利与东道国规制权,具有非常重要的意义。

Abstract: In International Investment Agreements (IIAs), there are termination clauses related to their own termination, in which sunset clauses are embedded. Such clauses presuppose institutional space for the protection of investors' residual rights and host states' reform of investment governance. Recently, when some states jointly terminated their older generation IIAs, they tried to manage sunset clauses of the latter to make them more in line with contracting parties' actual needs at that time. However, the unique triangular structure of IIAs makes the relevant management face the risk from international law. Due to different positions and perspectives, sunset clauses of IIAs in the vision of the investment arbitration tribunals may be very different from those of the contracting parties. In this regard, the practice of investment arbitration is limited and chaotic, and a consensus that can withstand deliberation has not been established between the arbitration tribunals. As for sunset clauses in IIAs between China and foreign states, in terms of system presupposition, the contracting parties shall add sunset clauses to IIAs under comprehensive trade agreements when necessary, and improve the expression of sunset clauses; In terms of subsequent management, the contracting parties shall pay attention to the connection with the sunset clauses when they do not subsequently manage them, and try to adopt an explicitly method when subsequently managing them.

Key Words: international investment agreement, sunset clause, termination of treaties, residual rights

责任编辑 何 艳