

投资便利化争端在 WTO 的可诉性路径选择

王淑敏 任帅

(大连海事大学, 辽宁 大连, 116026)

摘要: WTO《促进发展的投资便利化协定》突破了传统的贸易规则框架,在透明度、精简行政程序等方面,实现了历史性的制度创新。随着《IFD 协定》启动生效实施工作,一旦产生投资便利化争端,如何诉诸争端解决机制成为一项重要议题。基于 WTO 相关协定“利益丧失或减损”条款,争端可诉性路径主要被区分为“违反之诉”与“非违反之诉”。通过对比发现,两者主要的区别在于成员采取的措施是否违反协定。由于印度反对协定生效,提起违反之诉面临较大的阻力,而非违反之诉可回避有关安全措施合法性及其争论。因此,非违反之诉对抗性较低,裁决也更迅速,更适合于投资便利化争端解决机制。尽管如此,两种路径并非互相对立,而是补阙拾遗的关系。

关键词:《投资便利化协定》; DSB; 违反之诉; 非违反之诉

中图分类号: D996.4/F744

文献标识码: A

一、问题的提出

世界贸易组织(World Trade Organization, WTO)规则中的“利益丧失或减损”条款将争端区分为“违反之诉”、“非违反之诉”及“情况之诉”。溯本追源,这种区分源于 1947 年《关税与贸易总协定》(General Agreement on Tariffs and Trade, GATT1947)第 23 条,至今在《关于争端解决规则与程序的谅解》(Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, DSU)中仍然适用。依据 GATT1947 第 23 条,基于以下三种缔约方遭遇情形利益丧失或减损:一是违反之诉,指一缔约方未能履行其在协定项下的义务;二是非违反之诉,一缔约方实施任何措施,不论其是否与协定的规定相抵触;三是任何其他情况的存在。毋庸置疑,在 WTO 争端解决机制下提起的大多数争端均属于违反之诉。但考察发现,这一机制也曾提起过 14 个非违反之诉。DSU 第 26 条第 1 款允许成员提起非违反之诉,取决于是否构成取消或损害根据 WTO 规则产生的利益,以及阻碍实现相关 WTO 协定的任何目标的措施问题(Strawbridge, 2016)。非违反之诉这一概念已扩展到《服务贸易总协定》(General Agreement on Trade in Services, GATS),尽管在适用上有一些差别(Hsu, 2005; Zhang, 2023)。基于此,在投资便利化争端解决机制中是否适用非违反之诉,还是合并适用违反与非违反两种主张,这些问题值得我们广泛而又深入地探讨。

二、投资便利化争端在 WTO 可诉性的分析

虽然《促进发展的投资便利化协定》(Investment Facilitation for Development Agreement, 以下简称《IFD 协定》)参与方正在努力将其作为一个诸边协定纳入《马拉喀什建立世界贸易组织协定》(以下简称《WTO 协定》)附件 4,使之成为 WTO 法律框架的一部分,并向所有成员开放,但由于印度仍然坚持反对立场,从而导致协定生效的进程暂时停滞,引起投

基金项目: 2023 年度教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目“加快推进自由贸易港建设研究”(项目编号: 23JZD027)。

资便利化争端在 WTO 可诉性的质疑。

（一）WTO 机制扩展：从贸易到投资

根据《IFD 协定》第 45 条第 1 款，协定应在第 75 个成员接受后第 30 天对已接受的 WTO 成员生效，但基于《WTO 协定》第 10 条第 9 款明确规定，附件 4 中增加贸易协定的决定只能由所有 WTO 成员协商一致地作出，因而协定生效工作仍然进展缓慢。迄今为止，已有 129 个 WTO 成员（占 166 个 WTO 成员的 78%）参加了《IFD 协定》，在其余 37 个非参加成员（包括美国、印度、土耳其和南非）中，印度是《IFD 协定》的唯一反对者（Zhao & Shen, 2025）。反对的理由主要如下：一是，投资便利化不是 WTO 的一个合法议题；二是，在 WTO 框架内谈判投资相关事项存在一个“消极授权”；^①三是，《IFD 协定》谈判的启动和将其列入《WTO 协定》附件 4 都缺乏 WTO 成员的共识；四是，《IFD 协定》所依赖的联合声明倡议是非法的。显然，印度的观点是狭隘的。《与贸易有关的投资措施协定》（Agreement on Trade-Related Investment Measures, TRIMS）的序言指出，“便利跨境投资”是促进贸易扩大和自由化的目标。此外，GATS 中的“商业存在”视为以分公司、子公司等形式的外国投资行为。由此可见，TRIMS、《与贸易有关的知识产权协定》（Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS）及 GATS 是 WTO 框架下明确将外国直接投资纳入贸易领域的典型安排，贸易与投资之间的相互嵌入已得到成员方广泛地承认。不过，尽管印度反对，但美国仍对《IFD 协定》的缔结及其纳入《WTO 协定》附件 4 持欢迎态度，尽管其并非参与方。（Zhao & Shen, 2025）

（二）替代方案：临时安排

对于印度反对《IFD 协定》生效这一困境，一些学者认为，《IFD 协定》被纳入《WTO 协定》附件 4 的可能性甚微（Zampetti et al., 2022）。还有一些学者如 Angeles 等（2020）提出了将“联合声明倡议”（Joint Statement Initiative, JSI）纳入 WTO 框架的两种选择：一是，根据 GATT 1994 第 24 条、GATS 第 5 条，通过优惠贸易协定/区域贸易协定将 JSI 纳入 WTO 框架；二是，通过 GATS 第 21 条修改具体承诺减让表；三是，将《IFD 协定》定位于开放式诸边协定。原本诸边协定在自愿接受的成员之间生效的协定（赵维田，2000；龚柏华，2019），但开放式诸边协定对全体成员均可开放。这一主张的依据在于，《WTO 协定》并不排除以 JSI 为代表的诸边谈判。依据《WTO 协定》第 3 条第 2 款规定，WTO 应为多边贸易谈判提供正式、制度化的对话平台，该平台并非封闭式，根据部长级会议的决议，不限制成员之间关于多边贸易关系的进一步谈判，这包括成员在 WTO 框架下启动诸边谈判。正如 Jackson（1999）指出的那样“WTO 体系从来都不是一个封闭的体系，有充分的证据证明，

^① “消极授权”是指 WTO 成员部长决定，不就那些未通过协商一致同意讨论的议题进行谈判或将其纳入工作计划。换句话说，“消极授权”下的议题，如投资便利化，不仅仅是缺乏在 WTO 框架下予以讨论的授权，而是成员以未能达成一致为由明确拒绝这些议题。印度认为，在 WTO 框架下启动正式讨论并达成一致意见是一项基本共识，而规避这一基本共识的投资便利化谈判只能被视为是没有任何法律神圣性的非正式程序。WTO, Statement by India on Agenda Item 18 General Council Meeting – 13-15 December 2023: Communication from India, WT/GC/262, 21 December 2023.

对 WTO 体系的狭隘理解是不正确的。”

更值得注意的是,《IFD 协定》的接受方正在集体推动临时安排,试图绕过印度,促使协定在参与方之间生效。2026 年 3 月,WTO 成员在第 14 届部长级会议(MC14)期间宣布:“在继续推动《电子商务协定》纳入 WTO 法律框架的同时,以临时安排的方式让协定生效。”^①这表明,诸边协定所探索的在支持方之间先行生效,再逐步纳入 WTO 法律框架的方式是具有现实可行性的,这也为《IFD 协定》的生效路径选择提供了范本。

三、投资便利化争端可诉性路径之一:违反之诉

有学者将“违反之诉”定义为“措施型规则”(measure-based rules),即当 WTO 成员的措施违反协定,由专家组和上诉机构根据其所实施措施的结构或设计进行审查,这被认为是 WTO 的一项基础规则(Baumler, 2017)。由此及彼,缔约方违反《IFD 协定》义务时,由专家组和上诉机构针对协定的结构或设计进行审查,以确定违反这些义务是否构成违反之诉。

(一)《IFD 协定》的违约义务

为了保证不对协定的任何条款进行扩大化解释,即设立新的或修改现有的市场准入承诺,或为设立新的或修改现有的投资保护规则或投资者—国家争端解决规则(Investor - State Dispute Settlement, ISDS),^②《IFD 协定》下成员义务区别于实体法上投资保护,更加倾向于程序法上的投资便利义务。具体分解如下:

其一,透明度要求。成员应当通过单一信息门户、投资便利化委员会网站等电子途径及时公布和更新与投资相关措施以及程序方面的信息,并提前公布拟议措施,为投资者预留合理的过渡期。^③显然,透明度义务是 WTO 协定的核心纪律,具有强制性,成为违反义务中最易引起争端的诉因。

其二,精简和加快行政程序。具体而言,成员在处理申请过程中应及时更新有关申请状态信息,并在合理期限内及时作出决定,对于被驳回的申请,应当及时告知理由,确保投资许可的透明、公正、高效。^④这类义务亦具有强制性,可成为违反义务争端的诉因。

其三,成员应设立联络点以回答投资者的询问、投诉或协助投资者获取相关信息;确保负责投资相关程序的主管部门相互合作、协调,实现主要监管措施一致性,以促进投资。应鼓励建立供应商数据库,并在投资监管部门的推动下开展跨境合作,为增加发展投资提供便利。^⑤联络点是东道国单独设立的争端预防机构,另一投资争端预防机制是联合委员会,是由缔约双方政府代表共同组成的争端预防机构,存在于许多自由贸易协定中。联合委员会的

^① 王文涛部长发表书面致辞 支持世贸组织《电子商务协定》达成临时实施安排, https://www.mofcom.gov.cn/syxwfb/art/2026/art_ab82de3ee6d5439c9c40db99ea04214b.html, 最后访问日期: 2026 年 3 月 29 日。

^② Investment Facilitation for Development (IFD) Agreement, Article 2.2.

^③ Investment Facilitation for Development (IFD) Agreement, Section II: Transparency of Investment Measures.

^④ Investment Facilitation for Development (IFD) Agreement, Section III: Streamlining and Speeding up Administrative Procedures.

^⑤ Investment Facilitation for Development (IFD) Agreement, Section IV: Focal Points, Domestic Regulatory Coherence and Cross-Border Cooperation.

任务是审查争议，听取各方意见，并就争议发布报告，寻求以友好的方式解决与另一方投资者投资有关的任何问题或争议。此外，在启动 ISDS 之前，当事方必须首先将其争议提交联合委员会；联合委员会与联络点相互作用，建立完整的沟通链条，将投资者与东道国政府联系起来，达到防止某些争端的形成的早期作用（Dan & Ning, 2022）。总之，上述内容涉及投资者的投诉机制、争端预防机制，具有强制性，亦成为违反义务争端的诉因。

其四，给予发展中和最不发达国家成员的特殊和差别待遇。鉴于发展中和最不发达国家成员在实施协定条款时情况迥异、面临特殊困难，因此协定设定分成三类情形。A 类是指发展中国家成员必须在《IFD 协定》生效后立即执行，B 类是指发展中国家成员必须在《IFD 协定》生效后 1 年内将指定的条款和最终实施日期通知 WTO 投资便利化委员会，C 类则指发展中国家成员必须为透明目的提交关于所需能力建设援助和支持的信息。^①上述三类条款涉及的透明度、精简和加快行政程序、建立联络点、国内监管一致性与跨境合作义务，一旦满足生效条件，亦可成为违反义务争端的诉因。

其五，可持续投资。成员应当鼓励投资者将负责任的行为纳入其商业惯例和内部政策并完善国内反腐败、反洗钱法律制度，在影响投资的事项中预防和打击腐败和洗钱行为。^②因此此项义务属于鼓励类义务，不宜构成违反之诉的争端。

其六，其他制度安排和规定。成员应当通过例外条款保障灵活性，保障各方在金融审慎监管、货币政策和国家安全等方面的自主权，明确争端解决机制的选择。^③毫无疑问，这些条款因涉及安全例外，虽具强制性但不宜成为违反义务、更适于成为非违反之诉争端的诉因（在下文第三部分详细论述之）。

其七，与《IFD 协定》的成员不同，非成员不能以《IFD 协定》的成员未能履行《IFD 协定》的义务为理由，以最惠国待遇为由在 WTO 提起争端。《IFD 协定》的批评者认为，这种开放的诸边协定使较强大的成员通过 JSI 推进其利益和优先规则，致使最惠国待遇在不平等的全球经济中变得无关紧要（Zhao & Shen, 2025）。

（二）透明度诉因

透明度在 WTO 规则中是使用频率最高的概念，并通过 WTO 争端解决机构（Dispute Settlement Body, DSB）的违反之诉实践形成案例法。在《IFD 协定》中，透明度也是 WTO 成员重点遵守的义务，最易成为导致投资便利化争端的诉因。

WTO 的透明度规则经历了三代的演变，所涵盖的外延日趋广泛（Karttunen, 2020）。第一代透明度规则是对跨境贸易参与者知情权的回应，其本质是要求获取政府出台措施的依据，促使政府对自己的行为负责。这一内容充分反映在 GATT1994 第 10 条一般透明度规则

^① Investment Facilitation for Development (IFD) Agreement, Section V: Special and Differential Treatment for Developing and Least-Developed Country Members.

^② Investment Facilitation for Development (IFD) Agreement, Section VI: Sustainable Investment.

^③ Investment Facilitation for Development (IFD) Agreement, Section VII: Institutional Agreements and Final Provisions.

之中。*US-Shrimp* 案^①就是第一代典型案例。第二代透明度规则要求从私人或公共来源获得精确定义和结构化的事实信息。这种转变发生在乌拉圭回合之后，WTO 制度的进一步完善，促使通知义务变得更加系统化。例如，*EC-Hormones (US)*案^②对公开特定技术标准和依据提出了更高的要求。第三阶段的透明度是基于获取信息的效率提高而提出的。这一阶段要求降低成员获取信息的成本，通过授权先进的信息技术平台实现信息获取的便利化。

四、投资便利化争端可诉性路径之二：非违反之诉

GATT1994 第 23 条第 1 款 (b) 项和 GATS 第 23 条第 3 款 (以及有争议的 TRIPS 第 64 条第 2 款) 规定，如果没有发生实际违反这些协定的行为，也可以向争端解决机构提出关于利益丧失或减损的申诉。^③也就是说，非违反之诉为一成员提供了机会，在成员基于 WTO 协定下获益无效和受损的情况下，对该措施提出质疑，无论该措施是否与协定的规定直接冲突 (Baumler, 2017)。总之，非违反之诉的重点在于某项措施的效果，而非其是否具有合法性。

(一) 投资便利化争端是否符合非违反之诉的构成要件

在 *Japan-Film* 案中，专家组提出非违反之诉必须满足的三个先决条件：其一，成员实施一措施；其二，根据有关协定产生的利益；其三，由于实施该措施而使该利益丧失或减损。^④对照上述三个条件，投资便利化争端构成非违反之诉的要件分别是：其一，成员实施了妨碍投资便利化的措施；其二，申诉方根据《IFD 协定》可以获得预期利益；其三，由于被诉方实施该措施而导致申诉方预期利益丧失或减损。故而，需要专家组、上诉机构针对这三项要件逐一审查，以厘清非违反之诉在投资便利化争端中的可适用性。

1. 是否构成非违反之诉的措施

专家组在 *Japan-Film* 案中澄清，引起争端的措施可能构成 GATT1994 第 23 条第 1 款 (b) 项含义范围内的措施，但一项政府政策或行动不一定只有在具有实质性约束或强制性质前提下，才有可能使私人行为者以某种方式遵守，从而导致抵消或损害 GATT1994 第 23 条第 1 款 (b) 项范围内的预期利益。^⑤由此，专家组对措施一词作出广泛的定义，即如果非约束性的政府行动具有与约束性行动类似的效果，也应视为同等措施。进而，上诉机构亦对“措施”作出广义的定义：“原则上，可归因于 WTO 一成员的任何行为，都可以是该成员为解决争端程序的目的而采取的措施”。^⑥

^① WTO Appellate Body Report, United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/AB/R, adopted 22 October 2001, para. 177-183.

^② WTO Appellate Body Report, European Communities - EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adopted on 13 February 1998, para. 185-188.

^③ The General Agreement on Tariffs and Trade (GATT 1994), Article XXIII: 1(b); General Agreement on Trade in Services (GATS), Article XXIII: 3; Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), Article 64.2.

^④ WTO Panel Report, Japan - Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper, WT/DS44/R, adopted 22 April 1998, para. 10.49.

^⑤ WTO Panel Report, Japan - Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper, WT/DS44/R, adopted 22 April 1998, para. 10.49.

^⑥ WTO Appellate Body Report, United States - Sunset Review of Anti-Dumping Duties on Corrosion Resistant

在过去的 WTO 争端解决机制实践中,这种做法曾多次被允许。在 *EC-IT Products* 案中,专家组不仅允许申诉方对当时存在的书面“措施”提出质疑,而且允许申诉方对今后可能出现的“任何修正、或延长以及任何相关或执行措施”提出质疑。^①同样地,上诉机构在 *US-Continued Zeroing* 案中坚持认为,申诉方可以将受到质疑的“措施”定义为“正在进行的行为”,至少在所涉“措施”据称“正在进行、预期适用和可能延续到未来”的情况下是如此。^②在上述两个案例中,相同的基本“措施”的过去、现在和未来表现之间存在根本联系。^③由此及彼,《IFD 协定》在前言中已经表明,认识到投资和贸易之间的互补关系及其对推动全球经济发展的关键作用,希望通过更透明和高效的投资环境和其他方式来提升发展中国家对投资流动的参与度;制定关于投资便利化的多边规则和纪律,以提高投资监管环境的透明度、效率和可预测性;认识到各成员有权在其境内为公共利益实施监管,以实现其政策目标等等,这些措施均体现出政策导向或政府措施。由此可见,符合非违反之诉的第一项要件。

2.是否存在一种合理期待(根据《IFD 协定》产生)

非违反之诉不一定违反协定的文字表述,但申诉方却是基于协定的宗旨或目标获取的合理期待,因此也被称为合法期待。合理期待是基于政府或公共当局或代表政府或公共当局作出、通过或宣布的承诺、陈述、做法或政策而产生的。即使在没有合同权利或实质性权利的情况下,合理期待也可使个人能够寻求法律的补救,这使得合理期待成为国际法律秩序中的一项关键原则(Chaisse & Ng, 2018)。

除国内法之外,合理期待原则在若干国际法律秩序中也普遍存在,包括国际公法、WTO 法和国际投资法,特别是在国际投资法中,成为防止政府可能滥用的一项主要法律标准(Chaisse & Ng, 2018)。几乎所有双边投资条约都载有一项公正与公平待遇条款,合理期待原则就是这一待遇条款的子条款(Tudor, 2008)。

合理期待的理念亦被纳入 WTO 法,并且作为一个单独的法学理论而存在。在 *EC-Computer Equipment* 案中,专家组根据关税减让表解释出口方的合理期待,但上诉机构随后推翻了这一做法。^④上诉机构的推翻事由在 *Korea-Procurement* 案中被采纳,它裁定 HS 编码^⑤与关税表的解释有关。*EC-Computer Equipment* 案以及 *India-Patents (US)* 案均反映了上

Carbon Steel Flat Products from Japan, WT/DS244/AB/R, adopted on 9 January 2004, para. 81.

^① WTO Panel Report, European Communities and Its Member States - Tariff Treatment of Certain Information Technology Products, WT/DS375/R, WT/DS376/R, WT/DS377/R, adopted on 21 September 2010, para. 7.140.

^② WTO Appellate Body Report, United States - Continued Existence and Application of Zeroing Methodology, WT/DS350/AB/R, adopted on 19 February 2009, para. 171.

^③ In *US - Continued Zeroing*, for instance, the Appellate Body defined the “measure” at issue as “the use of the zeroing methodology in a string of connected and sequential [anti-dumping] determinations, in each of the eighteen cases, by which the duties are maintained.” *US - Continued Zeroing*, para. 180.

^④ WTO Appellate Body Report, European Communities - Customs Classification of Certain Computer Equipment, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, adopted on 22 June 1998, p. 121.

^⑤ HS 编码全称为《商品名称及编码协调制度的国际公约》(International Convention for Harmonized Commodity Description and Coding System)简称协调制度(Harmonized System, 缩写为 HS)。是在原海关合作理事会商品分类目录和国际贸易标准分类目录的基础上,协调国际上多种商品分类目录而制定

诉机构拒绝将合理期待原则作为一般性解释工具的意图。^①虽然 WTO 法的案文很少提到这一原则(见 GATT1994 第 6 条第 5 款(a)项(2)和第 1 条第 3 款),但毫无疑问,自 GATT1947 和 WTO 成立以来,这一原则一直存在,体现在以下三种模式。首先,作为一般法律原则适用,并与 WTO 的运作程序与组织结构相关。其次,根据 GATT1947/1994 第 3 条,成为解释和适用国民待遇原则的基本元素。在 GATT1947 下的 *Italian Tractor* 案中,专家组认为第 3 条第 4 款涵盖“可能不利地改变国内市场上国内产品与进口产品之间竞争条件的任何法律或法规”。^②最后,成为善意原则及其衍生物。在 *EC-Sugar Subsidies* 案中,上诉机构认为,“专家组在确定一成员是否按照 DSU 第 3 条第 10 款的要求‘善意地’参与这些程序时,审查禁止反言是合理的”。^③然而,上诉机构亦发出警告,“即使承认禁止反言原则可以在 WTO 适用,其适用也将属于 DSU 规定的这些狭窄范围”。^④

综上,归于合理期待原则在 DSB、ISDS 中均有实践,《IFD 协定》宗旨下的提高措施的透明度,简化行政程序,采取其他投资便利化措施,促进国际合作,是促进外商直接投资在成员之间流动,特别是向发展中国家和最不发达国家流动的一种手段,从而促进可持续发展,这些合理期待均可由专家组、上诉机构运用善意原则加以解释并且作出裁定。

3.是否因措施导致利益丧失或减损

根据 *Japan-Film* 案的说法,审查这一要件,申诉方无需证明对贸易流动的不利影响,只须证明竞争平衡被改变了(Staiger & Sykes, 2013; Zhang, 2023)。这一要件实质上是指因果关系的成立。在 *Japan-Film* 案中,专家组认为,与因果关系有关的四个问题值得进行讨论:首先,必须证明因果关系的程度问题,即是“若非如此不会发生”还是发生概率不高;第二,措施产生时的中立性与造成利益丧失或减损的因果关系之间的关联性;第三,实施该项措施的主观意图在因果关系认定中的作用;第四,在因果关系的分析中需在多大程度上将多项措施共同纳入分析范围。^⑤

关于第一个问题,《IFD 协定》在投资措施的透明度这节内容中亦充分体现了因果关系的高程度化,即“若非如此不会发生”,包括各成员应通过电子方式向投资者提供重要信息,并视情况更新信息。这些信息包括:专门处理外商直接投资的法律和法规(如有);对外商直接投资开放的行业或限制或禁止外商直接投资的行业的信息;在可行情况下,与在其境内投资有关的实际步骤的信息。该信息应涵盖与以下方面和其他方面有关的要求和程序(如有):公司设立与商业登记;必要基础设施接入;财产的购买与登记;施工许可;资本转移

的一部多用途的国际贸易商品分类目录。

^① WTO Appellate Body Report, India - Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products, WT/DS50/AB/R, adopted on 16 January 1998, p. 139.

^② WTO Report, Italian Discrimination Against imported Agricultural Machinery, Report adopted on 23 October 1958, L/833-7S/60, adopted on 23 October 1958, p. 3.

^③ WTO Appellate Body Report, European Communities - Export Subsidies on Sugar, WT/DS265/AB/R, WT/DS266/AB/R, WT/DS283/AB/R adopted on 19 May 2005, para. 307.

^④ WTO Appellate Body Report, European Communities - Export Subsidies on Sugar, WT/DS265/AB/R, WT/DS266/AB/R, WT/DS283/AB/R adopted on 19 May 2005, para. 312.

^⑤ WTO Panel Report, Japan - Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper, WT/DS44/R, adopted 22 April 1998, para. 10.83.

和支付；税收支付；投资者可获得的公共激励；破产解决等等。^①

关于第二个问题，就所涉措施的中立性而言，《IFD 协定》的“主管部门的独立性”规定，如某一成员采取或维持投资批准措施，该成员应确保相关主管部门达成和管理其决定的方式不受开展需要批准的经济活动的企业影响。如果上述规定适用于所有外商投资企业、并无任何歧视，则不导致利益丧失或减损的因果关系之间的关联性，反之，任何其中一项涉及企业的生存信息，则可构成彼此之间的关联性。

至于第三个问题，*Japan-Film* 案的专家组指出，第 23 条第 1 款（b）项并不要求证明采取措施的政府有意取消或减损利益，为了确定因果关系，重要的是一项措施的影响，即它是否扰乱了竞争关系。^②

对于最后一个问题，*Japan-Film* 案的专家组认为，应审查各项措施的综合和单独影响，因为一项措施如果单独分析，对市场竞争条件的影响可能非常有限，但如果结合综合衡量标准来看，则可对这种条件产生更大的影响。^③由此观之，最惠国待遇，措施与信息的公布及可用性，投资需要批准时应公布的信息，单一信息门户，免费提供信息，提前公布拟议措施与评论拟议措施的机会，机密信息的披露，合理、客观、公正地实施措施，批准程序通则，批准程序，多次申请，批准费用，批准费——金融服务，使用信息通信技术/电子政务，主管部门的独立性，上诉与复审，定期审议，联络点，国内监管一致性，国内供应商数据库，投资便利化跨境合作等等，上述投资便利化措施与利益的丧失或减损之间均存在着因果关系。

（二）申诉方举证责任

值得关注的是申诉方的举证责任。由于 GATT1994 第 23 条第 1 款（b）项应是一种例外补救办法，*Japan-Film* 案的专家组认为，申诉方根据第 23 条第 1 款（b）项提出的非违反性、无效或损害的申诉，有责任提供详细的理由，以便确立一个真实的推定。^④非违反之诉被认为是善意原则在 WTO 法中的体现。两者在举证责任上有相似之处。在某种程度上，上述对非违反之诉的证据要求也可适用于基于善意原则提出的申诉（Mitchell, 2006; Panizzon, 2006; Zhang, 2023）。在 *US-Upland Cotton* 案中，当事人、专家组和上诉机构费心来论证各自关于不利影响和因果关系的立场。因此，证明不利影响的要求被描述为“原告证明的一个非常困难的法律的障碍”（Baumler, 2017）。由此可见，申诉方负有举证责任，除了证明在产生投资预期时无法合理预见措施外，还必须满足另外两项主要要求。第一，申诉方必须具体说明根据《IFD 协定》所产生的利益被取消或损害。这种利益是从第 4 条规定的最惠国待遇中获得的，尽管这种利益的适用可以扩大到没有违反这种承诺的情况。第二，申诉方

^① Investment Facilitation for Development (IFD) Agreement, Article 5.4.

^② WTO Panel Report, Japan - Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper, WT/DS44/R, adopted 22 April 1998, para. 10.87.

^③ WTO Panel Report, Japan - Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper, WT/DS44/R, adopted 22 April 1998, para. 10.88.

^④ WTO Panel Report, Japan - Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper, WT/DS44/R, adopted 22 April 1998, para. 10.32.

必须证明，所涉投资便利化措施使其根据《IFD 协定》获得更好市场准入的合理期望落空。

五、投资便利化争端两种可诉性路径比较及其挑战

违反之诉基于《IFD 协定》的强制性义务，但在语义上，某些强制性义务与任意性义务往往交相杂糅、难以甄别；此外，非违反之诉提供了一种替代行动方案，减少如单方面报复或违反之诉的对抗性，而且比违反之诉裁决更快，但其亦面临着来自各方的严峻挑战（Lamp, 2019）。

（一）投资便利化争端两种可诉性路径比较

通过对比分析，可以得出非违反之诉在以下方面僭越违反之诉的结论。

1. 非违反之诉回避安全例外措施的合法性

安全例外措施的前提是具有正当的合法目的，这些目的不存在任意或不合理的歧视或对国际贸易构成变相限制。根据 GATT1994 第 21 条（b）款第（3）项，允许成员国采取“其认为在战时或国际关系中的其他紧急情况下保护其基本安全利益所必需的措施”。然而，“紧急状态”的存在是否可以由专家组进行审查，或者专家组是否有权审查所争议的措施是否真的是为了“向军事机构提供物资”或是在“国际关系紧急状态”时采取的措施，这一问题从未得到回答。在现实中，WTO 裁决中经常援引《维也纳条约法公约》来解释条约签署国善意地履行义务，如果裁决者怀疑滥用国家安全理由，这就提供了另一种审查的途径（Nwoke, 2020）。值得注意的是，国家的措施受到严格限制，必须构成捍卫基本安全利益的唯一手段。WTO 争端专家组在 *Russia-Traffic in Transit* 案中出具的专家组报告似乎同意上述论点的逻辑。专家组认定，俄罗斯成功地证明了其措施是在“国际关系中的紧急情况”下采取的，因此属于 GATT1994 第 21 条的范围。专家组的认定结果意义重大，因为阿联酋、巴林王国和沙特阿拉伯王国在卡塔尔提出的三项争端^①中援引了国家安全例外。其他几个成员，特别是美国和埃及，公开表示支持它们的立场，即国家安全问题是政治性的，不适合在 WTO 争端解决机制中裁决。美国则坚持基于安全例外采取贸易关税措施可以“自我判断”，不受专家组审查（Nwoke, 2020）。

非违反之诉采取的措施越远离专家组在 *Russia-Traffic in Transit* 案中所定性的“战争或武装冲突”这一核心，其他 WTO 成员则在涉及经济安全或产业安全的案件中就越有机会合理地辩护（Lamp, 2019）。随着 WTO 专家组进一步澄清第 21 条的范围，WTO 成员享有的自由裁量权可能会减少，这些澄清的范围正是在违反之诉中激烈抗辩的焦点。相比之下，非违反之诉在很大程度上回避了有关措施的合法性问题，而是侧重于对其他 WTO 成员造成的损害问题。

^① 三项争端分别是：DS526: United Arab Emirates - Measures Relating to Trade in Goods and Services, and Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights; DS527: Bahrain - Measures Relating to Trade in Goods and Services, and Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights; DS528: Saudi Arabia - Measures Relating to Trade in Goods and Services, and Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights。

EEC-Oilseeds 案涉及美国对欧共同体提起的一个非违反之诉。^①经过贸易谈判，欧共同体于 1962 年同意对从美国进口的油籽实行零关税。随后，欧共同体向欧共同体油籽加工商和生产商提供工业补贴。专家组作出了有利于美国的裁决。专家组认为，即使补贴是合法的，也将导致美国的预期利益丧失或减损。

毋庸讳言，《IFD 协定》第 33 条“一般和安全例外”沿用了 GATS、GATT 的做法，^②由此推知，投资便利化涉及安全例外争端亦可以非违反之诉名义诉诸 WTO。

2. 非违反之诉更加快捷

与违反之诉相比，非违反之诉的主要优点之一是裁决速度更快。这一优势在投资便利化背景下尤为重要。具体而言，裁决速度更快体现在以下方面。

第一，专家组确定案件涉及的措施不违反 GATT1994，但仍然抵消或损害了其他 WTO 成员所获得的利益。因此，专家组将建议作出答复的成员作出“双方满意的调整”。第二，规定合理期限。一旦专家组的报告被 DSB 采纳，各方就可以商定一个“合理的时间段”，让作出答复的成员执行该建议。在违反之诉下，通常只有在第 21 条第 5 款规定的程序结束后，才在第 22 条第 6 款规定的程序中作出这一决定。第三，作出答复的成员通过提供被答复方接受为“双方满意的调整”的补偿来执行 DSB 的建议。申诉方一般满足相当于无效或减损金额的补偿性市场准入机会。如果被申请人提出赔偿，但当事人并未达到对赔偿“双方满意”，可以诉诸第 21 条第 5 款的程序。专家组简单地将被告提出的赔偿金额与丧失或损害的金额进行比较，以确定赔偿是否“双方满意”，促使非违反之诉程序比违反之诉程序更加快捷（Lamp, 2019）。如果被申请人并未提出赔偿，或者专家组发现提出的赔偿不构成“双方满意的调整”，申诉方可以根据 DSU 第 22 条请求授权中止减让，中止减让的金额相当于无效或减损的金额，理由是被申请人未能在其他方面遵守 DSB 的建议和裁决。^③

3. 非违反之诉对抗性相对较低

在违反之诉中，如果 WTO 专家组、上诉机构认定 WTO 一成员的措施违反义务，并且根据所援引的条约例外得不到满足，必须通过恢复遵守来补救这种违反行为，撤销或修改不一致的措施。如果应诉成员拒绝恢复履约，WTO 法允许当事方根据 DSU 第 22 条，通过谈判获得补偿性贸易减让或授权投诉方通过中止与被投诉方的“同等”贸易减让进行报复。DSU 明确了履约是首选的救济措施，而贸易补偿或报复只是临时措施。^④如果投资便利化争端适用非违反之诉，专家组或上诉机构做出“双方满意的调整”，包括：一方面，不对投资东道国产生直接负面影响；另一方面，争端仍然保持在多边贸易体制的框架内加以解决，这不仅有利于加强 WTO 机制的权威性，而且也产生了实际的效应。

既往实践表明，违反之诉容易触发对抗性升级的负反馈循环。若受诉方对救济结果不满，

^① See WTO Panel Report, EEC-Payments and Subsidies Paid to Processors and Producers of Oilseeds and Related Animal-Feed Proteins, DS28/R - 39S/91, adopted on January 25 1990.

^② Investment Facilitation for Development (IFD) Agreement, Article 33.

^③ Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, Article 22, para. 2.

^④ Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, Article 22, para. 1.

往往会采取反制措施,进而招致对方的对等回应,推动贸易争端不断升级。相较之下,非违反之诉为实现投资便利化、在投资母国与东道国之间的重新配置利益提供了一个相对温和的途径,有助于当事方通过协商达成互利共赢的争端解决方案。

（二）违反之诉面临的挑战

毋庸置疑,《IFD 协定》中的义务并非都是强制性的,从协定文本来看,只有透明度要求、精简和加快行政程序、联络点、国内监管一致性这些内容的强制性较为突出。这些章节多适用“应该(shall)”等强制性措辞,为成员厘定明晰可循的义务,成为违反之诉的诉因。其余规则属于倡导性或鼓励性的条款,例如对发展中和最不发达国家成员的特殊和差别待遇,可持续投资等。这类条款多适用“鼓励(encourage)”等柔性措辞或附加前提条件,不一定导致争端的出现。不过,该协定内容并非泾渭分明地分为强制性和非强制性义务,某些规则介于强制性与倡导性之间、尚难以识别,因此投资便利化争端往往是复合型,需要专家组、上诉机构运用善意原则等进行合理地解释。

基于上述问题,违反之诉的争端源界定,从外部来看,存在是否与传统 ISDS 中的投资保护(征收、公平公正待遇等)等之类争端界限的重叠;从内部来看,与 WTO 其他协定之间的义务界限尚未完全澄清,以及协定本身存在强制性与任意性、量化与非量化义务等识别问题。

（三）非违反之诉面临的挑战

非违反之诉的机理是“在适当的法律义务范围之外建立公平的补救措施”(Cottier & Schefer, 2000; Simo, 2021)。也就是说,相对于违反之诉,除了是否违反协定这一点,非违反之诉在其他方面与违反之诉并无差异。

1. 合理期待可被泛化解释

合理期待是非违反之诉主张的一个关键要素。有学者担心,合理期待的概念成为广义解释条约条款的工具(Chaisse & Ng, 2018)。Cho (1998) 和 Caruso (2018) 认为,非违反之诉有“其固有的模糊性和随之而来的可能被滥用的风险”。他们将专家组在相关争端中的做法描述为“松懈”,因为它将丧失和损害的概念解释为“也保护各国政府有权期待由于互惠承诺而产生的更广泛的利益平衡”。他们的研究进一步指出,乌拉圭回合仍未解决非违反之诉的内在模糊性,尽管在《乌拉圭回合多边贸易谈判结果最后文件草案》中试图界定合理期待的概念。

2. 安全例外争端能否通过非违反之诉解决

安全例外一直是 WTO 法的软肋(Nagy, 2019)。有学者指出,一个非违反之诉允许对正式合法的国家行为进行辩护,这些行为引发了环境标准问题上触及底线的竞争(Howse & Trebilcock, 1996; Caruso, 2018)。在 *Indonesia-Iron or Steel Products* 案中,上诉机构认为,根据第 21 条,成员国可以保护由于进口增加而遇到意外困难的国家钢铁工业,以确保在紧急情况或战争时有钢铁生产能力。从这个意义上说,维护(保护)民族工业有助于国家安全。

①尽管如此，上诉机构仍建议，非违反之诉“应谨慎对待，并应继续作为一种例外补救办法，以避免使多边贸易体系陷入不稳定和不确定的状态”。②故此，非违反之诉在 WTO 面临很高的门槛。迄今为止，尚无 WTO 成员在非违反之诉中胜诉，但在 GATT 的争端解决机制中有成功的先例（Strawbridge, 2016）。

令人关注的是，2019 年，WTO 的一个专家组首次就国家安全例外的可诉性作出裁决，这类争端自 1995 年《WTO 协定》及其适用协定生效以来一直处于休眠状态。③此外，虽然 TRIPS 第 64.1 条将非违反之诉纳入争端解决机制，但自 1998 年以来已暂停适用，迄今仍未恢复。④由此而知，投资便利化下的安全例外争端是否能被引入非违反之诉亦面临悬而未决的境地。

六、投资便利化争端在 WTO 可诉性路径的选择及中国因应

通过上文比较投资便利化争端两种可诉性路径可以发现：一方面，违反之诉救济是一种传统、争议较少的路径，但前提是厘清协定的适用范围与强制性义务；另一方面，非违反之诉具有高效、便捷特点，相对于违反之诉、可以起到“拾遗补阙”的作用。

（一）以违反之诉为主

选择使用违反之诉解决争端，当务之急是明确哪些违反义务条款产生投资便利化争端源，一方面与国际投资条约加以界分，另一方面排除《IFD 协定》本身鼓励或促进保障性条款成为诉因。

1. 排除某些敏感诉因

细予考察，《IFD 协定》明确排除了某些敏感诉因，并与《WTO 协定》之间建立了“防火墙”，以加强其与《WTO 协定》的兼容性。这些排除应被专家组或上诉机构引以为戒。具体而言，第 2.2 条排除了传统上由投资条约处理的敏感诉因，如市场准入、投资保护和 ISDS。《IFD 协定》第 2 条和第 3 条明确了其范围和定义，表明有别于投资条约主要涉及与外国直接投资整个生命周期有关的措施（Zhao & Shen, 2025）。第 2.5 条进一步排除了《IFD 协定》适用于政府采购和参与方收到的补贴或赠款，这表明《IFD 协定》侧重于投资便利化，而不是投资自由化。《IFD 协定》第 4 条进一步规定了其与投资条约的关系，规定投资条约不能用来解释或适用《IFD 协定》，反之亦然。学者们将这一条款称为《IFD 协定》的防火墙条款（Jose, 2024; Zhao & Shen, 2025）。

在《IFD 协定》谈判过程中，中国一直支持聚焦投资便利化内容，完全排除市场准入、投资保护等容易引起争议的规则。因此，在排除投资保护、减少东道国成员敏感事项，限定

① See WTO Appellate Body Report, Indonesia - Safeguard on Certain Iron or Steel Products, WT/DS490/AB/R, WT/DS496/AB/R, adopted on 27 August 2018.

② WTO Appellate Body Report, European Communities Measures Affecting Asbestos and Asbestos Containing Products, WT/DS135/AB/R, adopted on 5 April 2001, para. 186.

③ See WTO Panel Report, Russia-Measures Concerning Traffic in Transit, WT/DS512/R, adopted on 26 April 2019.

④ WTO, TRIPS Non-Violation and Situation Complaints Ministerial Decision, WT/L/1194, Adopted on 2 March 2024, <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/MIN24/39.pdf&Open=True>, Last visit on 24 January 2026.

DSB 管辖权方面，中国必将一如既往地发挥示范作用。

2.援引“共同但有区别”责任

《IFD 协定》第 5 节（SECTION V）引入了“特殊和差别待遇”，类似于国际环境法中的“共同但有区别”责任（Zhao & Shen, 2025）。^①作为全球南方成员，中国在推动制定更加公平包容的《IFD 协定》，维护全球南方利益方面发挥了不可替代的作用。一方面，中国支持 DSB 维护全球南方的利益，表达他们的诉求。中国虽是发展中国家，但主动放弃在《IFD 协定》当前和未来谈判中寻求新的特殊和差别待遇，这体现了一种无私贡献的立场。另一方面，中国承诺在 DSB 中保证发展中国家和最不发达国家成员承担的是“共同但有区别”的责任。

3.明确强制性义务

《IFD 协定》的大多数纪律均要求参与方在可行的范围内尽最大努力履行义务，并非强制性义务。《IFD 协定》第 2 节（SECTION II）涉及投资措施的透明度，禁止获取信息的费用是参与方的强制性义务之一。《IFD 协定》重申了透明度原则，这是 WTO 的一项基本原则，也是公认的行政法原则，旨在提高监管透明度和可预测性。《IFD 协定》具有更强约束力的条款载于第 3 节（SECTION III）和第 4 节（SECTION IV），第 3 节涉及精简和加快行政程序，第 4 节涉及协调中心、国内监管一致性、跨境合作（Zhao & Shen, 2025）。

此外，非参与方不能以《IFD 协定》的参与方未能履行义务为理由，在 WTO 提出最惠国待遇争端，这种限制被认为是一种现实的平衡。中国作为《IFD 协定》主要参与方，承担其强制性义务是有约必守的现实担当。为此，中国确保其投资监管措施符合强制性要求，如外国投资企业发现监管机构未履行其条约义务，可向监管部门提出咨询、投诉，提醒其履行义务，在提交 DSB 争端时，既要保障外国企业合法权益，又要维护自身的国家利益。

（二）以非违反之诉为辅

非违反之诉阻止成员国收回它们给予另一方的承诺，不应脱离习惯国际法的一般原则、并通过 GATT/WTO 的判例加以适用（Nagy, 2019）。

1.借助 ISDS 实践解释合理期待

毫无疑问，ISDS 的丰富实践经验对于构建 WTO 投资便利化争端解决机制具有重要的指导意义，而这些经验则建立在仲裁庭对于投资条约的善意解释基础之上。ICSID 在 *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States* 案中将合理期待原则描述为“要求政府向国际投资提供的待遇不影响投资者在进行投资时所考虑的基本期望”。^②在国际投资法中，合理期待原则具有一种契约性质，依赖于政府的陈述，类似于英美法的禁止反言。正如在 *R. v. North and East Devon Health Authority, ex parte Coughlan* 案中指出的那样，期待

^① Such differentiation is stipulated in s. 5 Special and Differential Treatment for Developing and Least developed Country Parties. Erya Zhao & Wei Shen, Incorporating the IFDA into the WTO? Tackling India's Question with WTO Jurisprudence, *Journal of World Trade*, 2025, 59(6), p. 1096-1097.

^② *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, para. 154.

的实质性执行是给予“合同性质的承诺或陈述”。^①由此可见，为了解决合理期待被泛化解释的问题，借助 ISDS 实践解释合理期待有助于增加专家组、上诉机构的识别能力。具体参照以下标准。

第一，可能引起期待的政府陈述和保证。包括政府作出申述的时间、越权作出申述的影响，以及有关申述是否足够清晰，足以令人产生期待。一般而言，预期可能来自政府的明示或暗示承诺、保证和陈述，以及投资决定的环境。^②签发许可证，^③正式回信，^④现有的法律的框架^⑤被投资者用来论证国际和国内法律下存在的某些期望。在 *Saluka Investments BV v. The Czech Republic* 案中，涉及捷克政府向境况不佳的银行业提供财政援助的争端。银行业的期待认为，捷克政府应平等地向所有国家银行提供财政援助。但仲裁庭并未确定捷克政府有任何明示或暗示的政府陈述。^⑥

越权或无权代理有时视同有权。在 *MTD Equity Sdn Bhd and MTD Chile SA v. Chile* 案中，智利外国投资委员会先是确认了某一投资者承建一个规划中的社区后又反悔。智利辩称，该委员会无权批准建筑项目，而有权控制外国资本的流入。这一要求撤销其原始表述的论点被仲裁庭驳回（Chaisse & Ng, 2018）。仲裁庭裁定，基于国际法这两个公共机构代表智利作为一个整体。在 *Yook Tong Electric Co Ltd v. Commissioner for Transport* 案中，仲裁庭认为，行政机关的一个部门，也许只有有限的权力，但只要可以约束另一个或所有其他部门，权力就是相关的。^⑦

预期必须在投资开始时产生。在 *Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador* 案中，仲裁庭认为，较之投资决策晚两年签订的合同无法支持预期。^⑧在 *Franck Charles Arif v. Republic of Moldova* 案中，仲裁庭裁定：“合法期望必须从确切确定所指称的期望的起源开始，以便能够准确地阐述其范围。”^⑨

第二，期待具有合法性或合理性。如果投资者未能履行应尽职责，其期待在国际法下的合理性就会失效，而非法期待在国内法下显然被归类为不合理期待。在 *Charanne B.V. and Construction Investments S.a.r.l. v. Spain* 案中，比利时申请人未能辩称监管框架中的定价制度

^① *Cinnamond v. British Airways*, (1980) 1 WLR 582 CA, p. 590 (Lord Woolf MR).

^② *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No ARB/05/8, Award on Jurisdiction and Merits.

^③ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, para. 154; *R v Monopolies and Mergers Commission, ex p South Yorkshire Transport* [1993] 1 WLR 23 (Lord Mustill) and *Lo Yin Ming v Appeal Tribunal (Buildings)* [2011] 3 HKLRD 586.

^④ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, para. 130.

^⑤ *Hong Kong & China Gas Co Ltd v Director of Lands* [1997] HKLRD 1291; *Ho Choi Wan v Hong Kong Housing Authority* (2005) 8 HKCFAR 628.

^⑥ *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, Partial Award, ICGJ 368 (PCA 2006), 17 March 2006, Permanent Court of Arbitration (PCA).

^⑦ *Yook Tong Electric Co Ltd v Commissioner for Transport*, HCAL 94/2002, [2003] HKEC 170, [45] (HartmannJ).

^⑧ *Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/04/19, Award; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, para. 154; *R v. Monopolies and Mergers Commission, ex Parte South Yorkshire Transport* [1993] 1 WLR 23 (Lord Mustill) and *Lo Yin Ming v Appeal Tribunal (Buildings)* [2011] 3 HKLRD 586.

^⑨ *Franck Charles Arif v. Republic of Moldova*, ICSID Case No. ARB/11/23, Award, para. 535.

本应保持不变。仲裁庭认为, 申请人未能跟踪东道国根据经济困难可能对监管框架进行调整的法律。^①在 *Electrabel S.A. v. The Republic of Hungary* 案中, 匈牙利涉嫌有违反欧盟国家援助法, 向投资者提供以前的投资回报率的行为。仲裁庭重点关注投资者对匈牙利加入欧盟过渡期相关监管风险的了解, 而不是关注期望本身的合法性, 为了支持这一立场与实际情况, 仲裁庭还提到了所谓的期望与实际协议之间的不一致之处 (Chaisse & Ng, 2018)。

第三, 期待依赖具体情形, 特别是根据政府的陈述有意诱导依赖来推定。 *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States* 案表明, 期待出现之前申请人已经采取了太多的步骤是有害的依赖、可被仲裁庭否定。尽管申请人辩称, 他的期待是基于肯定的正式答复, 但在作出答复之前, 已经采取步骤组建公司、开设银行账户、签订合同协议和取得土地使用许可证, 因此无法证明其期待依赖于政府的陈述。

第四, 公共政策考虑。 *Total SA v. Argentina* 和 *LG&E Energy Corp v. Argentina* 是两个 ICSID 做出完全相反结果的裁决。^② *LG&E Energy Corp v. Argentina* 的仲裁庭裁定阿根廷“完全拆除了为吸引投资者而建立的法律框架”。相反, 在 *Total SA v. Argentina* 案中, 投资者的要求被驳回, 理由是政府并未针对监管框架提出具体意见, 而是改变监管框架属于阿根廷的权利。

第五, 加重因素。任何故意或恶意的政府违约行为属于加重情节。渐进式违约 (creeping violation) 行为对于合法期待的严重影响也是国际法承认的。^③例如, 在一系列累积作为或不作为中, 即使其中一项情节行为并不严重, 仍可构成“对于外国投资的整个法律的设置的彻底改变” (Chaisse & Ng, 2018)。

第六, 从公平公正待遇条款中推导出合法期待原则的含义。在国际投资法中, 合理期待原则首先出现在 *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States* 案中, 仲裁庭谴责墨西哥拒绝向一家西班牙投资公司颁发经营垃圾填埋场的许可证。仲裁庭根据善意原则, 从《墨西哥—西班牙双边投资条约》第 4 (1) 条中的公平公正待遇条款中推导出这一原则。

2025 年 4 月 7 日至 11 日, 联合国国际贸易法委员会 (以下简称贸法会) 第三工作组第 51 次会议第二期会议在纽约召开。应贸法会邀请, 中国国际经济贸易仲裁委员会作为观察员参加会议, 体现了中国在 ISDS 改革中不断提升话语权的地位。^④由此及彼, 中国亦不排斥 DSB 借助 ISDS 实践解释合理期待, 更加公平、合理地处理投资便利化争端。

2. 加强联合国与 WTO 在安全例外方面的界定合作

应成立一个由 WTO 与安理会共建的安全措施联合委员会共同甄别投资便利化争端之中

^① Charanne B.V. and Construction Investments S.a.r.l. v. Spain, Final award, SCC Case No 062/2012.

^② Total S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/1, Award. LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Award.

^③ Murphy Exploration & Production Company - International v. The Republic of Ecuador (II), PCA Case No. 2012-16.

^④ 贸仲应邀参加联合国贸法会第三工作组第 51 次会议, <http://www.cietac-sc.org/articles/34537>, 最后访问日期: 2026 年 3 月 26 日。

的安全例外问题,可以获得更加广泛的司法说服力与国际社会的共识。^①一个更加远大的建议是,只有在联合国安理会通过决议后,才鼓励使用安全措施(Bhala, 1998; Hrynkiv, 2023)。事实上,联合国与WTO已就合作达成一致,其中包括提供和交换相关信息。^②WTO专家组在*Russia - Traffic in Transit*案中对于联合国大会提供的证据和调查结果的依赖,可被视为联合国与WTO之间这种日益增长的合作与协调的第一步(Health, 2020; Hrynkiv, 2023)。

近年来,中国一直致力于与WTO成员之间的协调,降低成员滥用安全例外,特别是少数成员采取单边制裁的风险,推动WTO安全例外条款的改革。基于此,中国应当推动成立一个由WTO与安理会共建的安全措施联合委员会,并在其中担任重要角色。

七、结语

违反之诉下如果遭受报复的国家不满报复的结果,往往给予反制措施,这将招致螺旋上升式报复,从而加剧外资的撤离。反观非违反之诉,因为不再聚焦国家安全措施是否具有合法性这类敏感话题,对抗性相对较低,裁决也较迅速,有利于缓解投资母国与东道国的紧张关系。

不过,二者并非彼此割裂、非此即彼,而是相互依存、补过拾遗的关系。有鉴于此,中国对于投资便利化争端的可诉性路径选择,亦是以适用违反之诉为主,非违反之诉为辅。前者仍然是争端解决的常规和优先选择,同时充分发挥后者在复合型疑难案件上的兜底和补充功能。为了完善投资便利化争端通过违反之诉、非违反之诉两种路径的可诉性,一方面,排除某些敏感事项,明确“共同但有区别”责任以及强制性义务;另一方面,解释合理期待原则,加强联合国与WTO的救济合作。

参考文献

- [1] 龚柏华.论WTO规则现代化改革中的诸边模式[J].上海对外经贸大学学报,2019(26):13-23.
- [2] 赵维田.世贸组织的法律制度[M].人民出版社,2000:29-31.
- [3] Angeles, F., R. Roy and Y. Yarina, “Shifting from Consensus Decision-Making to Joint Statement Initiatives: Opportunities and Challenges”, *WTO Capstone Project*, 2020:2-42.
- [4] Baumler, J., “Implementing the No Harm Principle in International Economic Law: A Comparison between Measure-Based Rules and Effect-Based Rules”, *Journal of International Economic Law*, 2017, 20(4):807-828.
- [5] Bhala, R., “National Security and International Trade Law: What GATT Says, and What the United States Does”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 1998, 19:263-317.
- [6] Berge, G. T. and R. Widdershoven, “The Principle of Legitimate Expectations in Dutch Constitutional and Administrative Law”, *The Principle of Legitimate Expectation in Dutch Law*, 1998, 421-452.
- [7] Caruso, D., “Non-Parties: The Negative Externalities of Regional Trade Agreements in a Private Law Perspective”, *Harvard International Law Journal*, 2018, 59(2):389-430.

^① In particular, the questions of whether the use of Security Measures comply with the terms of Article XXI(b), and whether such Security Measures are reasonable in relation to the threat or actual danger posed.

^② WTO, Communication from the Director-General, Arrangements for Effective Cooperation with Other Intergovernmental Organizations: Relations between the WTO and the United Nations, WT/GC/W/10, Nov. 15, 1995.

- [8] Chaisse, J. and R. Ng, “The Doctrine of Legitimate Expectations: International Law, Common Law and Lessons for Hong Kong”, *Hong Kong Law Journal*, 2018, 48(1):79-104.
- [9] Cho, S., “GATT Non-Violation Issues in the WTO Framework: Are They the Achilles Heel of the Dispute Settlement Process?”, *Harvard International Law Journal*, 1998, 39(2):311-355.
- [10] Cottier, T., and K. N. Schefer, “Good Faith and the Protection of Legitimate Expectations in the WTO”, *Kluwer Law International*, 2000, 47-68.
- [11] Heath, J. B., “The New National Security Challenge to the Economic Order”, *Yale Law Journal*, 2020, 129: 1020-1098.
- [12] Howse, R., and M. J. Trebilcock, “The Fair Trade-Free Trade Debate: Trade, Labor, and the Environment”, *International Review of Law and Economic*, 1996, 16(1):61-79.
- [13] Hryniv, O., “Legal and Policy Responses to National Security Measures in International Economic Law”, *Georgetown Journal of International Law*, 2023, 54(2):165-229.
- [14] Hsu, L., “Non-Violation Complaints: World Trade Organization Issues and Recent Free Trade Agreements”, *Journal of World Trade*, 2005, 39(2):205-237.
- [15] Jackson, J. H., “Fragmentation or Unification among International Institutions: The World Trade Organization”, *International Law and Politics*, 1999, 31:823-831.
- [16] Jose, R., Investment Facilitation for Development Agreement: A reader’s guide, <https://www.iisd.org/system/files/2024-02/investment-facilitation-development-agreement-wto.pdf>.
- [17] Karttunen, M. B., Transparency in the WTO SPS and TBT Agreement, Cambridge University Press, 2020.
- [18] Lamp, N., “At the Vanishing Point of Law: Rebalancing, Non-Violation Claims, and the Role of the Multilateral Trade Regime in the Trade Wars”, *Journal of International Economic Law*, 2019, 22(4):721-742.
- [19] Mitchell, A. D., “Good Faith in WTO Dispute Settlement”, *Melbourne Journal of International Law*, 2006, 7:339-373.
- [20] Nagy, C. I., “World Trade, Imperial Fantasies and Protectionism: Can You Really Have Your Cake and Eat It Too”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2019, 26(1):87-132.
- [21] Nwoke, U., “Imposition of Trade Tariffs by the USA on China: Implications for the WTO and International Trade Law”, *Journal of International Trade Law and Policy*, 2020, 19(2):69-84.
- [22] Panizzon, M., Good Faith in the Jurisprudence of the WTO: The Protection of Legitimate Expectations, Good Faith Interpretation and Fair Dispute Settlement, Hart Publishing Press, 2006.
- [23] Staiger, R. W., and A. O. Sykes, “Non-Violations”, *Journal of International Economic Law*, 2013, 16(4):741-775.
- [24] Simo, R. Y., “EU-ACP Economic Partnership Agreements after Brexit: The (Neglected) Case of Legitimate Expectations and Fundamental Change of Circumstances”, *International Lawyer*, 2021, 54(3):423-456.
- [25] Strawbridge, J., “The Big Bluff: Obama, Cyber Economic Espionage, and the Threat of WTO Litigation”, *Georgetown Journal of International Law*, 2016, 47(2):833-865.
- [26] Tudor, I., The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment, United Kingdom: Oxford University Press, 2008.
- [27] Zampetti, A. B., P. Low and P. C. Mavroidis, “Consensus Decision-Making and Legislative Inertia at the WTO: Can International Law Help?”, *Journal of World Trade*, 2022, 56(1):1-26.
- [28] Zhao E., and W. Shen, “Incorporating the IFDA into the WTO? Tackling India’s Question with WTO Jurisprudence”, *Journal of World Trade*, 2025, 59(6):1083-1110.
- [29] Zhang, Y., “The Revival of Spectre: Voluntary Import Expansions and the WTO Compatibility”, *Asian*

Journal of WTO and International Health Law and Policy, 2023, 18(1):231-275.

Pathway Choices for the Justiciability of Investment Facilitation Disputes in the WTO

WANG Shumin REN Shuai

(School of Law, Dalian Maritime University, Dalian/Liaoning, 116026)

Abstract: The Investment Facilitation for Development (IFD) Agreement transcends the traditional framework of trade rules, achieving historic institutional innovations in areas such as transparency and streamlined administrative procedures. As the IFD Agreement moves toward entry into force and implementation, the question of how to invoke the dispute settlement mechanism in investment facilitation disputes has become a critical issue. Based on the “Nullification or Impairment” clause in relevant WTO agreements, the paths to the justiciability of disputes are primarily categorized into “Violation Complaints” and “Non-Violation Complaints”. A comparison reveals that the main distinction between the two lies in whether the measures taken by a member violate the agreement. Given India’s opposition to the agreement’s entry into force, initiating a violation complaint faces significant resistance, whereas a non-violation complaint can circumvent disputes regarding the legality of the security measures in question. Consequently, non-violation complaints are less adversarial and lead to faster rulings, making them more available for investment facilitation dispute settlement mechanisms. Nevertheless, the two pathways are not mutually exclusive but rather complementary, each filling gaps in the other.

Keywords: Investment Facilitation for Development Agreement; DSB; Violation Complaints; Non-Violation Complaints

作者简介:王淑敏, 大连海事大学法学院教授, 研究方向: 国际经济法; 任帅, 大连海事大学法学院博士研究生, 研究方向: 国际经济法。

来源:《上海对外经贸大学学报》2026年第4期。