

投资便利化在 WTO 争端解决机制中的可诉性辨析*

王淑敏 任帅

(大连海事大学, 辽宁 大连, 116026)

摘要: 中国积极倡导的 WTO《促进发展的投资便利化协定》在透明度、精简行政程序等方面, 实现了历史性的制度创新。鉴于协定尚未正式生效, 加之“违反之诉”无法量化、WTO 争端解决机制 (DSB) 本身陷入困境的多重制约, 投资便利化争端能否适用 DSB 面临挑战。为解决上述难题, 中国应当推动开放式诸边协定进程, 以突破协商一致的束缚, 先在部分成员方之间生效。厘清争端的具体来源同样必要, 然而仍有疑难争端难以甄别, 需要运用一般法律原则、善意原则进行解释。此外, 需要发挥多边临时上诉仲裁机制的替代性作用。在肯定 DSB 适用投资便利化争端的同时, 并不排除传统的投资者—国家争端解决机制 (ISDS) 在解决投资保护争端方面继续发挥作用, 与 DSB 形成相辅相成、相互策应的关系。

关键词: IFDA; 投资便利化; DSB; 可诉性; DSU

中图分类号: D996.1; D996.4

文献标识码: A

2024 年 2 月, 123 个 WTO 成员在阿布扎比召开投资便利化专题部长会议, 宣布正式达成《促进发展的投资便利化协定》(Investment Facilitation for Development Agreement, IFDA) 的正式文本, 中国积极倡导并参与这一谈判。IFDA 在提高政府措施透明度、简化行政程序、联络点 (投资争端预防机制) 建设等投资便利化措施方面实现了重大突破。经过中国和多方的协调、沟通, 南非在 2025 年 12 月 17 日总理理事会结束时宣布支持 IFDA 纳入 WTO 框架。土耳其仍然有保留意见但态度已经缓和。一直以来反对协定的三方仅剩印度。WTO 成员普遍期待协定通过协商一致正式纳入《马拉喀什建立世界贸易组织协定》(以下简称《WTO 协定》) 附件四。^①基于此, IFDA 一旦生效, 将会产生一个重大问题, 那就是投资便利化争端是否沿用现有的争端解决机制 (DSB)。主张可以沿用的观点是“肯定说”, 否定沿用的观点是“否定说”。“肯定说”认为, 一旦 IFDA 正式纳入《WTO 协定》附件四, 援引 DSB 是顺理成章的; 而“否定说”则担忧 IFDA 尚未正式成为诸边贸易协定, 东道国的义务无法量化, 以及东道国国内政策不可诉, 加之 DSB 本身面临适用范围限制、自身运行困境以及协定内容上的模糊性, 这些都可能导致 DSB 在处理争端时面临实际困难。有鉴于此, 本文尝试否定“否定说”, 并对“肯定说”加以完善, 去粗取精、去伪存真, 另辟 WTO 投资便利化争端解决机制的路径。

一、投资便利化在 DSB 中的可诉性争议

(一) “肯定说”: 投资便利化争端具有可诉性

从 WTO 争端解决机制的发展趋势来看, 一些学者认为 IFDA 下的争端可以适用《WTO

* 本文系 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”(23JZD027) 的阶段性成果。

^① 参见龚柏华、秦逸冰:《论世贸组织〈投资便利化协定〉达成及未来实施路径》, 载《上海对外经贸大学学报》2024 年第 4 期, 第 16 页。

关于争端解决规则与程序的谅解》(DSU)解决,即支持投资便利化争端具有可诉性。^①“肯定说”认为DSU中的DSB强制管辖权亦覆盖IFDA下的程序性义务,虽然IFDA涉及的并非投资保护之类实体性义务(例如公平公正待遇、征收等),而是透明度要求,精简和加快行政程序,联络点、国内监管一致性等,但依然可以获得DSB救济。

1.DSB管辖权的扩张趋势

在DSB实践中,与贸易有间接联系的一类争端逐渐引起关注。这些争端最初出现在卫生检疫和环境保护领域,进而有可能演变为投资领域的贸易限制性措施。例如,在《服务贸易总协定》(GATS)中,服务贸易模式三是“商业存在”,通过贸易和投资促进全球发展和包容性增长,主张贸易和投资相互交织来处理“投资”问题。^②甚至非WTO规则也被纳入DSB的法律适用范围。根据DSU第3条第10款,WTO争端解决机制旨在维护成员方在WTO相关协定下的权利与义务,并依据国际习惯法对上述协定的条款进行解释和澄清。在US—Gasoline案中,上诉机构引用了《维也纳条约法公约》的一般解释规则。显然,上诉机构将《维也纳条约法公约》等同于“WTO协定”的做法得到了WTO成员的默认。^③对于WTO成员方而言,非WTO协定渊源本身并不提供具体、可执行的权利或义务,而是协助“澄清”或“界定”WTO协定,其中最重要的是WTO判例法,具有权威性和引导性。^④总之,将《国际法院规约》第38条第1款涉及的法律渊源国际习惯、一般法律原则、司法判例与学说(均系非WTO协定渊源)并入WTO法律渊源,主张WTO体系是开放的法律体系并借此解释、澄清投资便利化这类新争端或新议题已逐渐成为一种发展趋势。

2.“非违反之诉”预留管辖空间

鉴于IFDA的大部分条款与之前WTO协定的关税减让等实质性义务有所不同,属于便利化的程序义务,如果反映在安全审查、行政许可等领域的透明度问题,当事方则可基于“非违反之诉”提起争端。“非违反之诉”是相对于“违反之诉”的一种诉因。有学者认为,申诉方依据某些非WTO法律,特别是对争端各方有约束力的双边条约或文书,可能提出“非违反之诉”的主张。^⑤“非违反之诉”源于GATT 1947中的一个很著名的条款——第23条第1款,它规定:凡任何一个缔约方认为,它依本协定直接、间接预期的任何利益(any benefit

^① See Alex Berger & Manjiao Chi, *The Making of an International Investment Facilitation Framework: Legal, Political and Economics Perspectives*, Cambridge University Press, 2024, p. 114; Yanyan Tang, *Investment Facilitation for Development and the Reform of International Investment Dispute Settlement Mechanism: The Choice of Developing Countries*, 13 *Journal of International Dispute Settlement* 643 (2022).

^② See Sivan Shlomo Agon, *International Adjudication on Trial the Effectiveness of the WTO Dispute Settlement System*, Oxford University Press, 2019, p. 10-11.

^③ See Petros C. Mavroidis, *The Sources of WTO Law and their Interpretation*, Edward Elgar Publishing Limited, 2022, p. 53; Imogen Saunders, *Navigating the Backlash: Re-Integrating WTO and Public International Law?*, 38 *Australian Yearbook of International Law* 134 (2020); Imogen Saunders, *General Principles as a Source of International Law Art 38(l)(c) of the Statute of the International Court of Justice*, Hart Publishing, 2021, p. 193-194.

^④ See Peter Van den Bossche & Denise Prévost, *Essentials of WTO Law*, Cambridge University Press, 2021, p. 6; David Palmeter, Petros C. Mavroidis & Niall Meagher, *Dispute Settlement in the World Trade Organization: Practice and Procedure*, Cambridge University Press, 2022, p. 115-116.

^⑤ See Daniel C. K. Chow & Ian M. Sheldon, *A Private Bargaining and Efficient Breach Approach to the Problem of US-China Trade: Brining a Non-Violation Case in the WTO*, 56 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 747 (2023).

accruing to it) 受到抵消或损伤, 或者实现本协定的任何目的受到妨害均可提出诉讼。具体包括以下三种情形: 其一, 另一缔约方未履行其本协定的义务; 其二, 另一缔约方采取的任何措施, 不论其是否与本协定相冲突; 其三, 存在任何其他情势。其中, 在第二种情形下, 即使不违背 GATT/WTO 的法律规定, 亦可作为起诉的理由或诉因, 被称作“非违反之诉”(Non-violation Complaints)。不过, GATT 1994 文本并未直接使用这一名称, 直至 WTO 成立后, 作为一揽子协定的 DSU 第 26 条第 1 款, 才直接使用“非违反之诉”作为标题, 作为对 GATT 1994 原有条款的阐释和发展。

简言之, “非违反之诉”是一种特殊的可使相关成员在特定情形下承担“非违反”之责任的制度, 因此常被称作“堵漏洞式的救济程序”。^①在 Korea—Procurement 案中, 专家组曾作过一段经典的论述: “非违反之诉”的抵消和减损规则较之“违反之诉”(以尊重 WTO 协定、从目的论角度阐述目标和宗旨为特征) 的适用空间更加广泛。成员方必须尊重减让条款, 直至在竞争机会方面发挥实质效果。在这个意义上, 减让条款是善意义务的一种延伸,^②这为“非违反之诉”在投资便利化问题上的可适用性提供了理论上的可能。尽管如此, 在 DSB “非违反之诉”的实践中, 起诉方胜诉的机率很低, 原因在于其必须举证“非违反”措施是在关税减让谈判时未能合理预见的。

(二) “否定说”: 投资便利化争端不具可诉性

另有一些学者认为, DSB 适用范围的限制、上诉和执行机构僵局导致的运行困境以及协定内容本身存在不可诉性。^③

1. IFDA 尚未正式成为诸边贸易协定

如前所述, 一直以来反对 IFDA 的三方还剩印度。印度反对的核心理由主要包括: 一是投资问题不属于 WTO 传统管辖范围, 将其纳入有悖基本框架; 二是协定以诸边协议形式推进, 这将削弱 WTO 的多边性质; 三是影响东道国针对外国投资的自主权, 东道国拒绝投资的权力受到约束。鉴于印度的抵制立场在短期内难以扭转, 加之 IFDA 第 45 条第 1 款规定的生效条件是第 75 个国家递交接受承诺书后的第 30 天生效, 这导致 WTO 成员期待通过协商一致将其正式纳入《WTO 协定》附件四诸边贸易协定的目标尚很遥远, 无法根据 DSU 第 1 条第 1 款的适用范围(附录一所涵盖的协定) 接受 DSB 管辖。在附录一所涉及的协定中, 第三类列明了诸边贸易协定清单, 它们完全移植了《WTO 协定》附件四的内容。在 India—Tariffs on ICT Goods (Japan) 案中, 当事双方就《信息技术协定》(ITA) 是否对印度在 WTO 框架下的关税承诺存在限制产生争议。DSB 专家组报告中指出, 由于 ITA 未被纳

^① 参见李晓玲: 《WTO 安全例外条款: 实践演进、路径选择与中国因应》, 载《国际法研究》2023 年第 3 期, 第 42 页。

^② WTO Panel Report, Korea – Measures Affecting Government Procurement, WT/DS163/R, adopted 28 October 2005, para. 7.95.

^③ See Peter Van den Bossche, *In Search of Consensus on WTO Consensus Decision-Making*, 7 World Trade Institute 1 (2025); Gregory Shaffer, *A Tragedy in the Making? The Decline of Law and the Return of Power in International Trade Relations*, 44 The Yale Journal of International Law 37 (2018).

入 DSU 附录一，DSB 无管辖权。^①

此外，根据 DSU 附录一，DSU 对诸边贸易协定的适用应取决于每一协定的缔约方通过一项决定，列明 DSU 的适用条件，包括为纳入附录二而制定的任何特殊或补充规则及程序，并须向 DSB 提交。也就是说，一旦 IFDA 正式列入诸边贸易协定清单，仍需缔约方通过一项决定，另外规定适用 DSB 的专门条件、任何特殊程序或规则。显然，IFDA 尚不满足上述条件。

2. IFDA 中的“违反之诉”不可诉

一方面，IFDA 中的“努力义务”因无法量化而不可诉。IFDA 第 6.2 条、第 6.3 条、第 8.2 条、第 18.1 条、第 24.3 条、第 35.2 条、第 35.3 条均适用“努力（endeavor）”之类的义务表述。从 DSB 的实践来看，专家组或上诉机构针对“努力义务”的裁决曾经引起较大的质疑。在 US—Shrimp 案中，DSB 上诉机构并未直接否定“努力义务”作为可裁决违约的标准，但也明确指出“努力义务”所具有的主观性和实际执行的复杂性将使其难以作为直接的判断标准。^②

另一方面，IFDA 因涉及东道国国内政策而不可诉。IFDA 中关于提升透明度、简化行政审批流程、建立单一信息门户以及提交电子许可等内容都涉及东道国国内政策的调整，这更多依赖于东道国的国内立法、行政程序的改革或双边合作机制，而非直接通过 DSB 进行干预或进行司法裁决。^③

3. DSB 本身面临运行困境

一方面，DSB 的上诉机构自 2019 年起因美国阻挠新法官的任命而无法履行职能，上诉机构的停摆直接导致 DSB 的裁决失去上诉监督，无法对 DSB 的裁决进行有效的合法性审查导致 DSB 的“准司法性”受到质疑。^④

另一方面，由于发展中国家经济实力较弱，难以通过对等报复措施迫使败诉方执行裁决。^⑤以 US—Upland Cotton 案为例，^⑥巴西作为发展中国家，经济规模较小，难以通过报复措施对美国施加足够的政治或经济压力，美国也因此在执行裁决时拖延执行。基于 IFDA 赋予发展中中和最不发达成员特殊和差别待遇，^⑦投资便利化争端的裁决执行亦将面临类似问题。

二、投资便利化在 DSB 中可诉性的法理证成

^① See WTO Panel Report, India – Tariff Treatment on Certain Goods, WT/DS584/R, adopted 17 April 2023, para. 7.42.

^② See WTO Appellate Body Report, United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/AB/R, adopted 22 October 2001, para. 115.

^③ 参见刘瑛、刘沁：《〈投资便利化协定〉透明度规则：发展、比较与中国履行》，载《经贸法律评论》2024 年第 5 期，第 83—84 页。

^④ 参见刘清洋：《WTO 上诉机构的“越权解释”困境及其改革思路思考》，载《时代经贸》2025 年第 4 期，第 12—13 页。

^⑤ 参见孙嘉珣：《世界贸易组织争端解决机制的“造法”困境》，载《国际法研究》2022 年第 2 期，第 114—116 页。

^⑥ See WTO Appellate Body Report, United States – Subsidies on Upland Cotton, WT/DS267/AB/R, adopted 3 March 2005, para. 448.

^⑦ 参见前引 1，第 18—20 页。

近年来,母国回归国际法院或国际仲裁的趋势日趋明显,其法理的支撑来自外交保护这一传统国际习惯法。由此及彼,运用DSB解决投资便利化争端亦是外交保护在WTO争端解决机制的应用场景。此外,高标准经贸规则或投资条约引领投资便利化争端解决趋势,为实现全球投资便利化目标提供新的范式。总体来看,IFDA的国际投资法程序性义务与DSB的执行力是高度适配关系。

(一) 理论依据:母国外交保护回归

追根溯源,DSB这类“国家—国家”争端机制可以追溯到“外交保护”这一传统国际习惯法的产生,联合国国际法委员会(ILC)对外交保护这一国际习惯法上的术语进行了定义,使之成文法化。《外交保护条款草案》(Draft Articles on Diplomatic Protection)第1条规定,外交保护可以“通过外交行动或其他和平解决手段援引另一国的责任”,这意味着“其他和平手段”包括抗议、提请调查、调停、磋商、和解、仲裁、诉讼等和平解决争端的一切形式。^①国际法院(ICJ)在Barcelona Traction案中指出,“在国际法规定的范围内,一国可采取其认为妥当的任何手段、其认为妥当的任何程度上实行外交保护,因为国家适用外交保护维护的是权利本身。”^②这一表述直接被ILC作为条款草案第1条的评述引用,不仅为外交保护外延的扩张提供了理论支持,还在案例法方面做出了重要贡献。

距Barcelona Traction案三十余年后,国际法院对Ahmadou Sadio Diallo案的审理再次将外交保护推向新的巅峰,印证了母国外交保护回归的发展趋势。在Ahmadou Sadio Diallo案中,几内亚作为迪亚洛的国籍国于1998年12月28日向国际法院对刚果提起诉讼,指控其严重违反国际法。几内亚诉称1988—1989年间,迪亚洛因追讨刚果和在刚果境内设立的、由国家作为股东的石油公司对其企业的债务,遭到刚果当局不公正地逮捕和拘留,其在刚果境内的巨额投资以及财产被掠夺,最终被驱逐出境。^③针对几内亚提出的诉讼理由,刚果于2002年10月3日对该案的可受理性提出初步异议。双方在初步异议阶段就三个问题产生争议:一是对于刚果侵犯迪亚洛人身权利的行为,迪亚洛是否用尽当地救济。二是迪亚洛作为公司股东,其因被驱逐出境而遭受的直接权利损害是否能行使外交保护。三是股东国籍国是否能通过“替代保护”为公司主张权利救济。^④

对此,国际法院作出了如下认定:其一,迪亚洛已经用尽当地救济。也就是说,应对该争议承担举证责任的被告国刚果未能证明在其国内法律制度中存在其他可供迪亚洛选择的有效补救办法。其二,由于外交保护仅能在股东作为公民身份的情况下适用,股东国籍国有权对股东个人因股东身份而享有的直接权利受损的情况启动外交保护。其三,股东国籍国不能通过“替代保护”为公司主张权利救济,因为目前尚无任何国际习惯法允许由股东国籍国

^① See Yearbook of the International Law Commission, Volume II (Part Two), A/CN.4/SER.A/2006/Add.1 (Part 2), p. 34.

^② Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, Judgment, ICJ Report 1970, para. 3.

^③ See Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Preliminary Objections, Judgement of 24 May 2007, p. 582.

^④ 参见前引19,第582—584页。

替代公司国籍国为公司的权利行使外交保护的情形。^①

特别是针对第三个焦点问题,国际法院指出:“在现代国际法中,保护公司及其股东的权利并解决有关争端的内容,基本上规定在保护外国投资的双边或多边条约之中。在这一方面,替代保护的作用相对较弱。因为在实践中,只有在条约制度不存在或证明不起作用的极少数情况下才会诉诸替代保护。在这种特殊并且相对有限的背景下,替代保护才有适用的空间。替代保护理论是在寻求为公司的外国股东提供保护,这些股东由于国籍国对公司实施的非法行为,在缺乏国际条约的情况下,将无法寻求救济。因此,替代保护也成了保护外国投资的最后手段。”^②总而言之,替代保护适用于国际投资条约下的 ISDS,而外交保护仍应严格限制为公司国籍国的资格,一旦外交保护的行使国扩大为股东的国籍国,则易构成外交保护的滥用。

目前,母国回归国际争端解决机制在国际投资条约中已经出现常态化的趋势,甚至部分多边或双边投资条约已经将“国家—国家”的争端解决条款设置为争端解决的唯一渠道。《能源宪章条约》(Energy Charter Treaty, ECT)准许投资者母国作为第三方直接或以代表的形式参与投资仲裁。《中国—澳大利亚自由贸易协定》(China—Australian Free Trade Agreement, ChAFTA)通过联合控制机制,以平衡东道国、投资者以及母国之间的利益。巴西《合作与便利化投资协定》(Cooperation and Facilitation Investment Agreement, CFIA)创新性地设计出以联合委员会和监察员两大机构为核心的两级争端预防机制,并辅之以国家—国家争端解决(State—State Dispute Settlement, SSDS)模式,完全替代传统的 ISDS。这种母国回归的新模式为所有投资争端提供了一个新的解决方案。^③《美国—墨西哥—加拿大协定》(U.S.—Mexico—Canada Agreement, USMCA)准许母国通过代位权的方式代替投资者向东道国主张权利。《区域伙伴关系协定》(RCEP)争端解决章节规定了国家间争端解决机制。当一缔约方认为另一缔约方的行为违反 RCEP 规定的义务,包括投资章节义务,该缔约方可启动国家间争端解决程序。上述母国回归“国家—国家”争端解决机制的趋势为 DSB 审理投资便利化争端奠定了基石。

(二) 立法依据: 投资便利化条款在投资条约中的比重有所上升

根据 UNCTAD 发布的《2025 年世界投资报告》(World Investment Report 2025), 可持续性投资便利化条款在投资条约中的比重有所上升。2020—2024 年间缔结的国际投资条约更加主动地纳入可持续发展内容,并致力于将可持续性置于核心位置。截至 2024 年,国际投资条约中涉及的可持续投资便利化条款内容比例达到 29%。

2024 年,各国缔结了 30 项条约,其中大多数转向积极的便利和合作条款,对投资者与

^① 参见前引 19, 第 48、64、89 段。

^② 前引 19, 第 88 段。

^③ 巴西的争端预防范式不针对个案的法律解决,而是聚焦于为所有投资活动提供通用的政策制度环境。监察员有权就具体案件的反馈向相关部门提出优化建议,并监督后者的改进行动,使政策措施在实践中通过个案检验而不断优化,从而创造一个制度更新的良性循环。参见漆彤、胡安琪:《论投资争端预防的巴西范式及其借鉴》,载《武汉理工大学学报(社会科学版)》2021 年第 6 期,第 78 页。

国家间仲裁的依赖相对减少。以非洲为例，投资便利化条款也越来越多，比例上升到 2/3，涉及通过一站式服务简化程序，并提供便利化服务，如许可支持、土地准入和争端预防机制，等等。^①

另据《2025 年世界投资报告》，在 2024 年，为了提高效率，一些国家已经采用了数字平台简化程序。例如，柬埔寨启动了投资项目管理程序，以简化投资程序；汤加推出了在线公司注册系统；哈萨克斯坦实施了数字许可平台；阿尔及利亚推出了投资者数字平台，以便利获得国有土地；埃及投资和自由区总局推出了为公司设立的电子服务。希腊和哈萨克斯坦采用快速跟踪机制，加快优先投资项目的程序，马拉维为投资者建立了一站式服务中心。在各项投资便利化措施中，政府的投资程序简化居于首位。2024 年与 2023 年的投资便利化程度类似，旨在提高投资效率的程序简化仍然是投资便利化发展中的重点，总计 29 项之多，占 2024 年便利化措施的一半以上。^②

值得关注的是，RCEP 独树一帜，率先创立了投资便利化争端解决机制。一方面，RCEP 专设了第 17 条“投资便利化”条款，包括简化其投资申请及批准程序，设立或维持联络点、一站式投资中心等争端解决或其他咨询服务等措施。另一方面，投资便利化争端可纳入争端解决机制，并且参考 DSB 的裁决。即一旦 DSB 受理投资便利化争端，RCEP 的专家组应当参考 DSB 的 WTO 专家组报告和 WTO 上诉机构报告中所作出的相关解释，但不得增加或减少 RCEP 的权利义务。值得一提的是，新版的《中华人民共和国政府和俄罗斯联邦政府关于促进和相互保护投资的协定》于 2025 年 10 月 1 日正式生效，其第 9—12 条增加了“投资便利化”条款，包括提高投资措施透明度、完善投资领域行政程序和批准程序等内容，并且规定由此产生的争端可通过 ISDS 加以解决。

三、投资便利化在 DSB 中可诉性的实证支撑

近年来，在经济全球化背景下，贸易与投资逐渐呈现出相互融合的“贸易投资一体化”趋势。^③由此，在 WTO 争端解决机制下，也产生了大量“贸易投资一体化”争端，为 DSB 解决投资便利化争端提供了案例支撑。

根据 2015—2025 年《WTO 年度报告》（WTO Annual Report）数据统计，在 2015—2025 年，DSB 共处理争端 290 余起。其中，涉及与贸易有关的投资措施占比 5.17%；服务贸易中的投资措施 3.44%；反倾销与反补贴措施 25.86%；知识产权与投资措施冲突 1.72%。仔细考察，《与贸易有关的投资措施协议》（TRIMS）引起的投资措施争端与投资便利化有直接联系，GATT 1994、GATS、《反倾销协议》（Anti-Dumping Agreement）、《补贴与反补贴措施协定》（SCM）、《与贸易有关的知识产权协定》（TRIPS）等引起的投资措施争端则

^① See UNCTAD, World Investment Report 2025: International investment in the digital economy, 19 June 2025, 资料来源于: <https://unctad.org/publication/world-investment-report-2025>, p. 89, 最后访问时间: 2025 年 10 月 18 日。

^② 参见前引 24, 第 92 页。

^③ 参见徐欣钰:《美国对华直接投资与中美贸易失衡——基于贸易投资一体化角度》，载《现代商业》2023 年第 5 期，第 125 页。

与投资便利化有间接联系。

（一）与投资便利化有直接联系的案例

基于 TRIMS 的清单包括限制产地成分、贸易平衡、东道国产品指令、外汇管制、本地销售禁止，TRIMS 引起的投资措施争端与投资便利化有直接联系。以 Indonesia—Autos 案为例。在该案中，为发展本国汽车产业，印度尼西亚在 20 世纪 90 年代推出了被称为国产车计划（National Car Programme）的一系列扶持本土汽车产业的措施，其中包括关税等优惠政策。印度尼西亚要求汽车制造商必须对其产品进行符合要求的本土化改造。对此，以美国、日本为首的汽车制造商母国认为印度尼西亚的措施违反 TRIMS 关于禁止的“本地含量要求”以及 GATT 1994 中关于国民待遇等规定。申诉方日本提出：“基于印度尼西亚并未迅速通过以使各国政府和贸易商熟悉的方式公布贸易规则，印度尼西亚的国产车计划违反了 GATT 1994 第 10 条第 1 款；同时，印度尼西亚国产车税收优惠的许可程序亦未做到以统一、公正和合理的方式进行管理。”^①专家组最终认为，印度尼西亚的国产车计划违反 TRIMS 关于禁止的当地含量的要求以及最惠国待遇和国民待遇条款。但是，专家组并未对日本所提出的透明度和程序公正的问题进行实体性审理。由此看出，该案反映出被诉方印度尼西亚在公布政策法规方面不透明、许可程序不公正等投资便利化问题。

（二）与投资便利化有间接联系的案例

部分涉及 GATT 1994、GATS、SCM、TRIPS 等协定的投资措施的案件，与投资便利化争端具有间接性联系。从法律渊源来看，GATT 1994 要求缔约方及时全面地公布与贸易相关的法律、法规、协定等内容，以便其他成员方及时充分了解相关内容；TRIPS 专门规定电子提交以及 e-TRIPS 提交系统；《WTO 贸易便利化协定》（TFA）要求“简化协调进出口程序”等等，均涉及透明度、程序简化、电子提交等投资便利化内容。例如，在 US—Carbon Steel (India)案中，印度起诉美国针对其出口的热轧碳钢产品采取一系列反补贴税的措施。印度认为，美国根据其制定的三级基准价格规则对印度产品所采取的反补贴措施违反 SCM 第 14（d）条的规定。对此，上诉机构认为：“SCM 第 14 条引言中主张惠益方法的适用应当是透明的、并以易于理解和辨别的方法进行充分解释，需要详细说明如何应用。”^②上诉机构进一步指出：“政府可能会为了追求公共政策目标而设定价格，而不是基于市场的利益最大化。这与 SCM 第 14 条开篇所要求的调查当局应对每一具体案件的受益人的计算方法进行透明和充分地解释要求不符。”^③因此，上诉机构以美国调查当局计算方法不具有一般性且未进行充分说明为由推翻了专家组的认定。再如，在 US—Gasoline 案中，委内瑞拉认为，美国环保局制定的汽油规则对进口汽油和国产汽油实施不同的清洁度标准，违反国民待遇原则和 GATT 1994 第 20 条中的例外条款。上诉机构指出，美国颁布的相关规则未对进口商与

^① WTO Panel Report, Indonesia – Certain Measures Affecting the Automobile Industry, WT/DS54/R、WT/DS55/R、WT/DS59/R、WT/DS64/R, adopted 2 July 1998, para. 14.21.

^② WTO Appellate Body Report, United States – Countervailing Measures on Certain Hot-Rolled Carbon Steel Flat Products from India, WT/DS436/AB/R, adopted 8 December 2014, para. 4.279.

^③ 前引 28，第 4.338 段。

国内生产商采取相同的透明度标准，并且未能证明其设置复杂门槛的合理性和必要性，这构成了对 GATT 1994 的违反。^①

表面看来，上述案件是关乎贸易领域的透明度问题，但这与 IFDA 中投资领域的透明度具有间接联系。贸易调查主管部门的程序公正和可预测性与投资便利化措施互联互通，二者分别属于对国际商业活动上下游的规制，共同致力于对东道国政府行为的约束。因此，DSB 处理上述类型争端的案例，对于受理投资便利化争端具有极大的借鉴意义。

（三）通过 DSB 的法律解释实现投资便利化争端可诉性

DSB 的法律解释源自 DSU 第 3 条第 2 款和第 10 款。其中，第 2 款授权 DSB 运用国际习惯法来解释、澄清 WTO 的相关协定，但 DSB 的建议及裁决不能增加或减少上述协定下的权利义务；第 10 款则强调出于善意解决争端的目的，不能引入外部标准，以确保其中立性。综上，DSB 通过案例法明确 WTO 协定文本中模糊性的表述，涉及与投资便利化争端有联系的措施，从而提升这类争端的可诉性。

DSB 的法律解释主要分为三个部分：一是专家组的法律解释权。DSB 专家组由中立的、非争端方国民的专家组成，以确保解释的公正性。除非 WTO 全体成员反对，否则含有专家组解释的报告将被采纳。^②这将确保解释的高效性并避免因个别成员反对而造成僵局。二是上诉机构的法律解释权。DSB 上诉机构可对专家组的法律解释进行审查，结合协定文本与立法目的纠正专家组作出的解释。^③三是类似判例法的法律解释权。DSU 虽未明确 DSB 的裁决具有判例法的效力，但事实上，DSB 仍可通过逐步统一协定规则的解释，明确协定中存在模糊性的条款，避免成员国因规则的模糊性而执行困难。^④

基于 IFDA 引起的争端主要集中在透明度、简化行政程序以及发展中国家特殊待遇这些核心义务的违反，对此 DSB 依照国际习惯法进行解释、从而类比适用。例如，在 US—Underwear 案中，DSB 专家组注意到 GATT 1994 第 10 条第 1 款和第 2 款均使用“一般适用”一词将“行政裁决”纳入其范围。对此，专家组将这种有关透明度原则的“一般适用”解释为包括普遍适用的措施和针对特定公司或货物的具体措施。专家组认为，对于纺织品实施的过渡性保障措施，如果一成员在未正式公布磋商请求内容的情况下，将限制期的起始日期定为磋商请求日期，则该成员的行为违反 GATT 1994 第 10 条第 2 款。^⑤上诉机构进一步认可了专家组在这一问题上的解释。上诉机构指出：“透明度原则的基本含义是，受政府措施施加限制、要求或其他负担影响或可能受到影响的成员和其他人员，应有合理的机会获得有关这些措施的真实资料，从而保护和调整其活动或寻求修改这些措施。因此，GATT 1994

^① See WTO Appellate Body Report and Panel Report, United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, WT/DS2/AB/R, adopted 29 April 1996, p. 27.

^② 参见前引 14。

^③ See Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, Article 17 “Appellate Review”, para. 6.

^④ 参见前引 5 David P., Petros C. M. & Niall M. 文，第 128 页。

^⑤ WTO Panel Report, United States – Restrictions on Imports of Cotton and Man-Made Fibre Underwear, WT/DS24/R, adopted 8 November 1996, para. 7.64-7.66.

第 10 条第 2 款范围内的所有措施都需要事先公布。”^①本案对于 GATT 1994 的解释与 IFDA 中的透明度条款具有较高的适配性，亦可类推适用于该协定下的透明度争端。

综上所述，专家组、上诉机构拥有自由裁量权，它们对于 GATT 1994、GATS 等协定进行解释的先例，不仅意味着从这类争端中推导出含有投资便利化的诉因，也有利于 DSB 正确解释 IFDA 中某些混沌不清的表述。

四、中国引领投资便利化在 DSB 中的可诉性应因

前文中“否定说”所反映的问题是影响投资便利化争端在 DSB 可诉性的障碍；此外，即便“肯定说”已经获得法理与实证两方面的支撑，DSB 现有机制并不完善，仍须进一步改进，在这方面，中国智慧和方案更加彰显出其独特的作用。

（一）IFDA 暂定位于开放式诸边协定

有学者认为，WTO 的一些成员可利用两种诸边协定形式进行合作。一是开放式（关键群体）协定（Critical Mass Agreements, CMAs）。CMAs 的主要特点在于，一小部分感兴趣的 WTO 成员之间谈判达成的协定不仅适用于签署的成员，而且在最惠国待遇的基础上扩展至所有 WTO 成员，包括那些并未参加的成员。质言之，这些协定不需要协商一致就可以纳入 WTO。如果成员决定加入 CMAs，它们可以将该协定的条款列入其在 GATT 1994 下的承诺减让表或 GATS，促使这些协定成为 WTO 的一部分。^②二是封闭式（非最惠国待遇）协定。^③其与 CMAs 的不同之处在于，它们可能在歧视性的原则下适用。也就是说，利益不必扩大到非签署方，因此封闭式协定需要协商一致才能纳入 WTO。原因在于：《WTO 协定》第 10 条第 9 款规定，WTO 部长级会议可决定增加一项新的封闭式协定，但只能以协商一致方式作出。^④现行《WTO 协定》并未对 CMAs 做出相关规定，仅对封闭式做出规定（第 2 条第 3 款）。

中国对于 CMAs 这类协定的前景持积极倡导的态度，因其可以突破 WTO 协商一致机制的束缚，特别是体现在 WTO 改革的新领域问题（可能影响贸易流动的碳排放政策、投资便利化、电子商务谈判等议题）。一个主要的范例是《信息技术协定》，该协定取消了对信息技术产品的关税。

综上，肇始于印度的抵制，IFDA 在成为封闭式（非最惠国待遇）协定之前可被暂定位为开放式诸边协定，建议中国推进 WTO 成员对于开放式诸边协定存在的关切问题进行讨论，并通过一份参考文件或行为守则，旨在细化争端的类型。根据 IFDA 条款，争端可以具体分

^① WTO Appeal Body Report, United States – Restrictions on Imports of Cotton and Man-Made Fibre Underwear, WT/DS24/AB/R, adopted 10 February 1997, p. 21.

^② See Global Economic Dynamics, Revitalizing Multilateral Governance at the World Trade Organization, Report of the High-Level Board of Experts on the Future of Global Trade Governance, 2018, p. 36.

^③ 参见《马拉喀什建立世界贸易组织协定》第 2 条第 3 款；龚柏华：《论 WTO 规则现代化改革中的诸边模式》，《上海对外经贸大学学报》2019 年第 2 期，第 16 页。

^④ 《民用航空器贸易协定》《政府采购协定》《国际牛肉协定》和《民用航空器贸易协定》均属于此类协定。《国际奶制品协定》与《国际牛肉协定》已于 1997 年年底终止。现在只有《政府采购协定》与《民用航空器贸易协定》具有效力。参见前引 37 龚柏华文，第 15 页。

为以下几类：一是透明度争端，即因东道国信息公开不及时、不完整影响投资者投资决策而产生的争端。二是简化行政程序争端，即因行政审批流程繁琐和行政机关拖延履行职责而产生的争端。三是监管一致性争端，即因东道国各地执行和监管不一致导致投资预期落空而产生争端。四是对发展中和最不发达国家的特殊和差别待遇争端，即因发达国家起诉发展中和最不发达国家承担同等投资便利化义务，或发展中国家和最不发达国家主动起诉发达国家未能给予它们特殊和差别待遇而产生的争端。总而言之，在尊重各方利益诉求的基础上，通过厘清争端源，增强投资便利化争端解决的可预测性，以及适用于此类协定的基本规则，推进 IFDA 循序渐进式地生效进程。

（二）运用一般法律原则、善意原则解释东道国义务

借助中国的影响力，WTO 争端解决机制鼓励专家组和上诉机构运用自由裁量权，主要是通过一般法律原则、善意原则等加以解释规则、处理因“努力义务”无法量化，以及涉及东道国国内政策而不可诉的投资便利化争端。

关于《国际法院规约》第 38 条第 1 款第 3 项的“一般法律原则”地位，学界较为普遍的看法是，一般法律原则是正式的国际法渊源，但这一点往往受到限制，即只有在缺失条约或习惯的情况下才适用。这种观点往往认为，一般法律原则的主要作用是填补国际法的空白；另一些学者则将一般法律原则看作是一种混合的来源，就法律效力而言既正式（formal）又辅助（subsidiary）。质言之，国际法的判例对一般法律原则的功能产生了影响，它表明一般法律原则不具有约束力，可以被国际条约、国际习惯法这两个渊源所包含，在这种观点下，它们是真正的辅助法律渊源。^①

善意原则是《维也纳条约法公约》第 31 条确立的解释通则之一，以弥补按照用于通常意义解释，在上下文中的含义进行解释，以及参照条约的目的和宗旨解释条约的不足。保护合法预期原则就是善意原则在 WTO 法中的一种具体运用和引申。有学者在评论 WTO 这一原则时，更直截了当地指出：保护合法预期原则是 GATT/WTO 法独有的善意原则。^②总之，保护合法预期是 WTO 专家组作为 GATT 1947 已确立原则而适用的、独立的善意原则。由于保护合法预期被认为是善意的表现形式，那么按照《维也纳条约法公约》第 31 条，它也构成条约的解释并指导着对 WTO 协定的解释。^③

除了运用善意原则解释保护合法预期以外，在 DSB 实践中，该原则还解释了“任意歧视”问题。在 US—Shrimp 案中，上诉机构对“任意歧视”问题进行审查时认为：“美国所依据的 609 条款对所有申请认证的国家均是施加单一、僵硬的要求。但是，该条所规定的两种认证并无一个是透明、可预测的。在这两种认证程序作出批准或拒绝认证之前，尚未提供申请国正式的机会在认证过程中发表意见或可能对提出反对意见的部分作出答复；此外，无

^① 参见前引 4 Imogen S. 书，第 9、12 页。

^② See Jarrod Hepburn, *The Legal Justification for the Doctrine of Legitimate Expectations in International Investment Law*, 36 *The European Journal of International Law* 43 (2025).

^③ See Marion Panizzon, *Good faith in the jurisprudence of the WTO*, Oxford University Press, 2006, p.127.

论申请是被接受还是拒绝均无任何具体的通知。因此，美国遵循的认证过程似乎是非常非正式和随意的。”^①上诉机构对此进一步指出：“认证申请的被拒绝成员方与获得认证的成员方相比被剥夺了基本的公平和正当程序，受到了歧视。609 条款属于 GATT 1994 第 10 条第 1 款所述的‘普遍适用的法律、法规、司法裁决和行政裁决’。因此，在实施一项可能导致其他成员条约权利中止的措施时，要求严格遵守正当程序才是合理的。”^②最终，上诉机构得出结论：“美国实施的认证程序不仅是一种‘无理歧视’的手段，而且是在同等条件国家之间的‘任意歧视’，这违反了 GATT 1994 第 20 条引言部分的要求。该措施无权受到该条款的正当保护。”^③

由是观之，DSB 将其“堵漏洞式”的自由裁量权作为衡量“努力义务”以及东道国国内政策正当性标准。实际上，虽然上诉机构在 India—Patents (US)案中对于善意表现出极为谨慎的态度，但在 US—Shrimp 案等另外一些案件中，上诉机构运用善意解释的方法澄清了许多 WTO 规则，并成功地将环保政策等与时俱进之类的内容添加进 WTO 体制，一定程度上填补了 WTO 的法律空白，有效地发挥着“司法造法”的功能。从上述案件中可以看出，WTO 对于条约解释规则的实际运用，特别是运用善意原则进行解释已经成为 WTO 争端解决机制中“一道十分亮丽的风景线”，从而确立了善意解释原则在 WTO 法中的指导性地位。

④

（三）中国推动 DSB 走出困境

针对“否定说”提出的 DSB 本身面临运行困境，中国智慧和方案在于，充分发挥多方临时上诉仲裁安排（MPIA）的替代性效应。

2020 年 4 月，由中国、欧盟主导的 19 个 WTO 成员启动了《多边临时上诉仲裁安排》（MPIA），旨在通过临时仲裁机构维持争端解决的连续性。^⑤MPIA 直接回应了上诉机构瘫痪带来的风险，为争端解决提供了临时性的保障。MPIA 是基于 DSU 第 25 条第 1 款授权而适用的，即在 WTO 框架下，作为解决争端的替代手段，通过快速仲裁可以解决争端方明确界定的问题。另据该条第 2、3 款规定，除非另有规定，诉诸仲裁的前提是各方定有协议，而且各方应对所应遵循的程序达成一致，此类协议应在仲裁程序实际开始前充分提前通知所有成员。其他成员须经诉诸仲裁的各方同意，方可成为仲裁程序的当事方，参加仲裁的各方同意遵守仲裁裁决，仲裁裁决应通知 DSB 及任何有关协议的理事会或委员会，任何成员方均可在此提出与此有关的任何问题。这一设计在一定程度上克服了争端久悬不决的问题。

从短期发展来看，MPIA 将继续作为上诉机构的替代，在上诉机构恢复运作前，为成员

① 前引 11，第 177—181 段。

② 前引 11，第 180—182 段。

③ 前引 11，第 183 段。

④ 参见前引 11，第 180—183 段；前引 30，第 16—18 页；WTO Appellate Body Report, United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, WT/DS285/AB/R, adopted 7 April 2005, para. 51-53.

⑤ 参见刘璘：《MPIA：WTO 上诉审议机制改革的规则和实践试验》，载《法学评论》2023 年第 3 期，第 175 页。

提供一个有效的争端解决机制,避免争端的悬而不决给争端方带来的不利影响。^①同时,MPIA 还需要对 DSB 中仍处于上诉程序的积压案件进行处理,以充分发挥其替代性作用。从中长期发展来看,随着机制逐渐成熟并获得更多成员的加入,MPIA 需要进一步完善其规则和程序并适应上诉机构的改革发展成为上诉机构的长期补充机制。^②在规则程序方面,MPIA 需进一步提高裁决的效率以及约束力,与 DSB 构建更加紧密地衔接,为 DSB 的改革提供实践经验与数据支持,促进 WTO 成员在上诉机构改革谈判中达成共识,加快恢复上诉机构的进程。

(四) 推进 DSB 与 ISDS 相辅相成、相互策应

虽然本文支持“肯定说”,但这并非意味着 DSB 完全排斥 ISDS,恰恰相反,二者是相辅相成、相互策应的关系。也就是说,DSB 侧重于处理投资便利化涉及的程序性问题,而 ISDS 则固守投资保护这类实体性问题。在这方面,从 ISDS 典型的透明度案例来看,两者的分工有所区别。

1. ISDS 中的透明度争端聚焦公平公正待遇

本文通过对以下两个典型案例的分析,来说明在投资保护与投资便利化这两类争端中涉及透明度的焦点有所不同。

Metalclad v. Mexico 案是仲裁庭将东道国政策透明度问题纳入仲裁范围的标志性案件。在该案中,申请人在墨西哥圣路易斯波托西州建设危险废物填埋场的计划已经获得联邦政府的许可,但因未获得地方政府的许可而导致项目停滞。而后,地方政府颁布的生态法令彻底剥夺了申请人的土地使用权并造成申请人巨大的经济损失。由此,申请人主张墨西哥政府的行为违反公平与公正待遇原则。在本案中,仲裁庭针对透明度问题的主要依据是《北美自由贸易协定》(NAFTA)第 102(1)条。该条款明确指出 NAFTA 的目标之一是透明度,即东道国政府应确保投资者清楚地了解相关法律和政策措施。依据这一条款,仲裁庭否定了墨西哥联邦政府行为的正当性。仲裁庭认为:“一旦中央政府意识到存在法律上的误解或混淆的可能,就有义务迅速澄清并予以明确说明,以确保投资者毫无顾虑地依据相关法律进行投资。”^③在本案中,投资者在投资前曾就是否需要取得地方政府的建设许可向联邦政府官员进行询问并获得不需要的答复。但是,该项投资最终仍因未取得地方政府许可而被叫停。对此,仲裁庭认为墨西哥不同层级政府之间缺乏协调,这导致投资者无法获得明确且一致的信息,从而造成法律适用上的混乱。^④而后,仲裁庭进一步指出:由于墨西哥政府未能为投资者提供明确、一致且透明的信息,其行为违反了 NAFTA 第 1105(1)条有关公平与公正待遇原则的规定。^⑤这也直接将透明度问题纳入了公平与公正待遇原则的覆盖范围。

^① 参见石静霞:《WTO〈多方临时上诉仲裁安排〉基于仲裁的上诉替代》,载《法学研究》2020年第6期,第170—171页。

^② 参见前引46,第175页。

^③ Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, para. 76.

^④ 参见前引49,第105—106段。

^⑤ 前引49,第74段。

在 Occidental Petroleum Corporation v. Ecuador 案中, Occidental Petroleum Corporation (OPC)、Occidental Exploration and Production Company (OEPC) 这两个美国公司与厄瓜多尔于 1999 年签订一项《参与合同》(Participation Contract)。根据该合同, 上述两公司被准许参与厄瓜多尔亚马逊地区 15 区块的油气勘探与开发。然而, 2006 年厄瓜多尔政府以 OEPC 未能履行义务为由认为合同失效并终止了该合同。申请人主张厄瓜多尔政府在实施终止合同的程序时缺乏程序正当性、透明度和可预测性, 构成对公平与公正待遇原则的违反。对此, 仲裁庭的裁决文书中并未直接出现“透明度”一词, 而是在裁决中指出“根据合同解释的基本原则, 任何对 ICSID 仲裁可用性的例外, 特别是与参与合同失效相关的争议, 都需要明确的语言来表达。如果各方希望将此类争议排除在 ICSID 管辖之外, 并将专属管辖权赋予厄瓜多尔行政法院, 他们本可以这样做, 但他们没有这样做, 而法庭不会推断出该条款中隐含这样的意思。”^①这意味着仲裁庭实际上对透明度进行了解释, 特别是政策和法律应具备清晰度和透明度; 除非合同条款有直接表述, 否则厄瓜多尔政府不能排除 ICSID 对本案的管辖, 从而剥夺申请人因受到超出合理预期不公正待遇获得救济的权利。

另外, 仲裁庭还进一步关注到了厄瓜多尔政府在启动合同失效程序后, OEPC 多次提出申诉而未得到回应的情况。仲裁庭指出: “合同失效的法令实际发布之前 18 个月的时间, OEPC 对此提出了多项申请试图反驳对该程序的启动, 但并未获得成功。”^②这表明厄瓜多尔政府并未给予申请人充分申诉和合理回应机制。因此, 仲裁庭最终认定厄瓜多尔政府这种在内容和程序上均缺乏透明度的行为, 构成对公平与公正待遇原则的违反。^③

2. ISDS 运用一般法律原则与善意原则解释公平公正待遇

有些学者认为, Abu Dhabi 案的裁决援引了一般法律原则, 仲裁员在该案中使用的法律渊源是“植根于文明国家普遍性的良好意识和共同实践的原则”。^④在 Continental Casualty Company v. Argentina 案中, 仲裁庭通过善意原则加以解释“实质善意”(Material Good Faith)与“程序善意”(Procedural Good Faith)的界分。前者指投资的背景和方式、投资保护的行为, 如果因欺诈等行为不应受到保护; 后者指索赔的背景和方式、发起争端解决程序的初衷是善意的。善意原则总是与公平与公正待遇密不可分的, 从 ISDS 实践来看足以证明这一点。一方面, 善意原则被认为是构成公平与公正待遇原则的补充, 适用于东道国义务延伸; 另一方面, 通过善意原则加以解释模糊的投资协定术语、找到条款背后的含义。^⑤在 Merrill & Ring v. Canada 案中, 加拿大主张善意原则不能对当事方施加任何独立义务。仲裁庭则认为, 必须

^① Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador (II), ICSID Case No. ARB/06/11, award, para. 39.

^② 前引 52。

^③ 参见前引 52, 第 40—41 段。

^④ See Charles T Kotuby Jr. and Luke A Sobota, *General Principles of Law and International Due Process: Principles and Norms Applicable in Transnational Disputes*, Oxford University Press, 2017, p. 32-33, 转引自前引 4 Imogen S. 书, 第 198 页。

^⑤ See Continental Casualty Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, para. 261.

将善意原则视为一项普遍的原则，其与安全的法律环境和透明度的要求是密不可分的。^①在 *Waste Management II* 案中，仲裁庭从行政管理过程中判断是否缺乏透明度和公正性。^②在 *Tecmed v. Mexico* 案中，仲裁庭认为东道国在与外国投资者的关系中应当完全透明。此外，仲裁庭认为，从善意原则的角度看待透明度可能作为正当程序，也可被认为是公平与公正待遇的演绎，特别是在行政监管程序方面。^③在 *EDF v. Romania* 案中，申请人与罗马尼亚政府共同组建一个合资企业，在布加勒斯特奥托佩尼机场从事商业和零售活动。然而，新免税条例颁布后，该公司的执照被吊销，公司宣布破产，并被罗马尼亚当局罚款，并下令扣押企业的资产。仲裁庭认为，罗马尼亚采取的没收制裁属于有关部门的法定权力，而且是善意实施的。罗马尼亚已向求偿人保证了正当程序，而且采取制裁措施是由于求偿人未能遵守程序的要求。^④

3.DSB 对 ISDS 具有拾遗补阙的作用

上述案例的仲裁庭均将透明度作为判断东道国政府行为是否符合公平与公正待遇原则的重要因素。这表明，在传统投资保护争端中，仲裁庭通常将透明度问题作为实体法律问题处理，主要关注东道国是否为投资者提供了清晰、可预测的政策要求和法律框架。而在投资便利化领域，透明度通常被归类为程序问题，与投资者在投资过程中能否详细了解东道国投资政策流程、处于稳定可预测的监管环境直接相关。总之，投资保护与投资便利化两种争端中的透明度既有雷同、又有差异，二者并非完全对立，而是在一定条件下可以相互转化，这是因为实体问题与程序问题往往是相互依存、相互策应的关系。

五、结语

IFDA 以透明度、简化行政程序、保障发展中国家利益，提升投资者信心，促进投资可持续发展的要求等程序性便利化为核心义务，在此背景下，DSB 能否适用于解决投资便利化争端，成为在全球范围内解决投资便利化中诸多问题的关键。围绕此议题，学界存在“否定说”和“肯定说”两种主要观点。前者主张投资便利化争端不具有可诉性，后者则认为 DSB 可以适用解决此类争端。基于此，虽然本文肯定“肯定说”，但也指出 DSB 仍须克服一定的障碍，包括争端源不清、DSB 上诉机制停摆等问题。对此，建议在 WTO 框架下就投资便利化与 DSB 的衔接问题举办论坛，探讨细化 IFDA 的方案。通过开展多边协商与谈判厘清争端源，界定透明度争端，简化行政程序争端，监管一致性争端，对发展中和最不发达国家的特殊和差别待遇争端等。此外，建议中国引领 DSB 加大改革力度，合理运用和完善多方临时上诉仲裁安排，重新激活上诉机构的活力，以及发挥 DSB 对 ISDS 具有的拾遗补阙的作用。

^① See *Merrill and Ring Forestry L.P. v. Canada*, ICSID Case No. UNCT/07/1, Award, para. 187.

^② See *Waste Management, Inc. v. United Mexican States* (“Number 2”), ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, para. 98.

^③ See *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, para. 129-144.

^④ See *EDF (Services) Limited v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, p. 103.

Analysis of the Justiciability of Investment Facilitation in the WTO Dispute Settlement Body

WANG Shumin REN Shuai

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

Abstract: *The WTO Investment Facilitation for Development Agreement*, actively advocated by China, has achieved historic institutional innovations in areas such as transparency and streamlining administrative procedures. Given that the agreement has not yet formally entered into force, coupled with the multiple constraints posed by the inability to quantify “violation complaints” and the WTO Dispute Settlement Body (DSB) being mired in difficulties, the applicability of the DSB to investment facilitation disputes faces significant challenges. To address these challenges, China should promote an open plurilateral agreement process to overcome the constraints of consensus decision-making, enabling the agreement to enter into force among a subset of members. Clarifying the specific sources of disputes is equally essential, though some complex disputes remain difficult to identify and may require interpretation through general legal principles and the principle of good faith. Furthermore, the alternative role of the MPIA should be leveraged. While affirming the applicability of the DSB to investment facilitation disputes, the Investor-State Dispute Settlement (ISDS) should not be excluded from continuing to play a role in resolving investment protection disputes. This would create a complementary and mutually reinforcing relationship with the DSB.

Keywords: IFDA, investment facilitation dispute, DSB, justiciability, DSU

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:《北方法学》2026年第2期。