

上海合作组织投资便利化的法律问题

王淑敏 张 乐

(大连海事大学, 辽宁 大连 116026)

摘 要:《上海合作组织成立宣言》明确提出开启投资便利化谈判议程,之后成员国多次在元首宣言中强调了这一主题,《上海合作组织宪章》从组织法角度推动投资便利化进程,签署备忘录和议定书作为软法共同促进投资便利化。目前国际社会尚未形成统一的投资便利化定义,上海合作组织把投资便利化定义为成员国采取的一系列旨在吸引外国投资,并在投资周期的全部阶段使其管理有效性和效率达到最大化,保障透明度、程序简化和可预测性的所有行动或做法,以及满足上海合作组织自贸区一体化的上述措施。负面清单不透明成为上海合作组织成员国投资准入阶段便利化最为突出的障碍,国际投资“单一窗口”尚未推广,国家安全审查的透明度和可预测性尚有不足。成员国应进行双边投资条约修订或谈判,包括在序言中统一可持续性发展表述,推行国际投资“单一窗口”条款,增设程序简化条款;制定《上海合作组织自贸区协定》,为建成上海合作组织自贸区提供法律保障;发挥中国立法的引领作用,修订《外商投资准入特别管理措施(负面清单)》,完善在透明度和可预测性背景下的国家安全审查部门规章。

关键词:上海合作组织;投资便利化;《上海合作组织自贸区协定》

中图分类号:F741.2

文献标识码:A

文章编号:1006-1894(2023)01-0026-14

2001年,上海合作组织成立,哈萨克斯坦、中国、吉尔吉斯斯坦、俄罗斯、塔吉克斯坦和乌兹别克斯坦共同签署《上海合作组织成立宣言》,明确提出在上海合作组织框架内开启投资便利化谈判议程,并制定和签署相关合作纲要文件。^①此后,上海合作组织成员国元首宣言多次强调了投资便利化议题。^②2002年6月7日,《上海合作组织宪章》亦明确传递了其推动投资便利化的合作方向这一重大信息。^③2001年9月14日签署生效的《上海合作组织成员国政府间关于区域经济合作的基本目标和方向及启动贸易和投资便利化进程的备忘录》(下文简称《备忘录》)及其配套

作者简介:王淑敏,大连海事大学法学院教授、博士生导师,研究方向:国际经济法;张乐,大连海事大学法学院博士研究生,研究方向:国际投资法。

基金项目:辽宁省哲学社会科学规划基金项目“辽宁自贸区多元化争议解决机制运用区块链的问题研究”(项目编号:L20AFX005)。

① 《上海合作组织成立宣言》第9条:“……为此,将在上海合作组织框架内启动贸易和投资便利化谈判进程,制定长期多边经贸合作纲要,并签署有关文件。”

② 《上海合作组织成员国元首阿斯塔纳宣言》第4条:“……成员国指出,贸易保护主义有抬头风险,强调反对各种形式的贸易保护主义的重要性,包括消除现有贸易壁垒和防范新壁垒,并支持构建开放型世界经济,维护多边贸易体制。为此,成员国强调,有必要建立区域内经贸合作制度安排,进一步采取措施,促进贸易和投资便利化,发展基础设施,在条件成熟时建设工业园区,提高人民生活水平。”

③ 《上海合作组织宪章》第3条“合作方向”:“支持和鼓励各种形式的区域经济合作,推动贸易和投资便利化,以逐步实现商品、资本、服务和技术的自由流动。”

的 2002 年《区域经济合作及启动贸易和投资便利化进程的备忘录的议定书》签署后，投资便利化的路线图更加清晰；2003 年版和 2019 年新版《上海合作组织成员国多边经贸合作纲要》均反复强调投资便利化这一主题。早在党的十八大，习近平总书记就亲自谋划，擘画出上海合作组织命运共同体的蓝图，从此引领这一组织砥砺前行。机遇与挑战同在。上海合作组织在推进投资便利化的过程中亦暴露出一些问题，值得我们深入思考和探索。

一、上海合作组织投资便利化的内涵

（一）国际组织对投资便利化的认知

2008 年，亚太经济合作组织（APEC）各成员方达成共识并发布《投资便利化行动计划》（Investment Facilitation Action Plan），首次对投资便利化进行明确的阐述，向成员方提供了一个全面的、可资借鉴制定国内相关政策的参照示例。《投资便利化行动计划》把投资便利化定义为各国政府在投资周期的各个阶段为吸引外资、提高管理效率而采取的行动，这些行动应当秉持透明度、简化和可预测性的原则。

WTO 亦重视投资便利化的发展，但遗憾的是，WTO 关于投资便利化的谈判一波三折、进展缓慢。发展中国家积极倡议探讨并促进投资便利化发展。2017 年 4 月，中国发起“投资便利化之友”倡议；2017 年 7 月，中国、哈萨克斯坦、巴西、哥伦比亚等 11 个国家组织“促进‘投资促进’发展研讨会”。2017 年 12 月，WTO 召开第十一届部长级会议，包括中国在内的 70 多个成员共同签署的《关于投资便利化的部长联合声明》提出：投资与贸易在全球经济链条中存在动态联系，加强国际合作并塑造透明、高效、可预测的投资环境至关重要；国家之间应就投资便利化问题开展高层次、较深入的非正式对话，并促进双边、多边区域合作的发展；投资便利化应当作为系统的专题研讨。为此，WTO 呼吁各国安排灵活的、适当的投资便利化优先事项，并达成合作共识。然而，遗憾的是，WTO 始终未出台任何权威性的投资便利化规范文件，更未对投资便利化的内涵进行定义。

值得一提的是，《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）第 10 章第 17 条规定了投资便利化，这表明 RCEP 将投资便利化视为其投资章节的重要内容。该条款包括 5 个方面内容：（1）针对投资便利化的一般性规定。缔约方在遵守法律法规的前提下，应致力于便利缔约方之间的投资活动，包括创造有利的投资环境、简化投资程序、促进投资信息的传播（如法律法规、政策等）以及设立咨询点、一站式平台等一系列措施。（2）建立投诉机制。缔约方应致力于建立接受、回应投资者不满或投诉的机制，应适当考虑投资者的不满或投诉，并在可能的范围内为投资者以及投资活动提供帮助。（3）在可行的情况下，缔约方应建立相关机制，并向相关政府机构提出建议，以解决影响另一方投资者的经常发生的问题。（4）促进行政机关的协调配合。缔约方应通过举办国内主管机关会议、促进信息交流等方式，更好地推动投资便利化。（5）该条款内容不受 RCEP 项下的任何争议解决程序的约束或者影响。

尽管中国新颁布的《外商投资法》未给出投资便利化的定义,但其总则、投资促进、投资保护和投资管理等章节集中彰显了投资便利化的亮点,包括外商投资准入阶段、外商投资准入后运营阶段以及外商投资撤出阶段。《外商投资法实施条例》对上述规定进行了细化,便于操作和执行,这对上海合作组织具有重要的影响,具体表现在:“总则”明确了投资便利化的政策导向;“投资促进”规定各级地方政府有义务制定投资便利化细则,并在简化程序和提高服务水平方面全面提供便利,明确外商申请办理程序的透明度、听证程序等;“投资管理”包括准入时和准入后两个阶段,前者涵盖负面清单制度、许可审批的国民待遇,后者涉及报送信息的程序简化。

综上所述,基于国际组织只有 APEC《投资便利化行动计划》提出了明确的投资便利化定义,并提出 8 项原则,其中透明度、可预测性、程序简化以及区域经济一体化合作是最核心的要素,这为上海合作组织推进投资便利化提供了样本和借鉴。

(二) 上海合作组织投资便利化的应有之义

上海合作组织投资便利化的主要内容反映在国际软法文件中。

(1) 2001 年《备忘录》。主要内容有:在参照 WTO 规则的基础上开展投资便利化,提高上海合作组织成员国的经济发展水平;启动投资便利化进程是现阶段上海合作组织开展区域经济合作的重要任务;投资便利化通过分步骤消除贸易和投资障碍、扩大法律法规信息交流、吸引和保护相互投资等途径实现。

(2) 2003 年《上海合作组织成员国多边经贸合作纲要》。该纲要提出:中期任务是在上海合作组织框架内实施贸易投资便利化,包括共同制定稳定的、可预见和透明的规则和程序等方案;短期内将积极推动贸易投资便利化进程,包括共同起草多边协议和法律措施清单以及示范项目目录;根据 2001 年《备忘录》,在充分体现上海合作组织成员国经济互补的能源、交通运输等领域,促进中小企业实体之间的直接投资与合作,这也反映了上海合作组织扶植中小企业的初衷。

(3) 2019 年新版《上海合作组织成员国多边经贸合作纲要》。鉴于 2003 年《上海合作组织成员国多边经贸合作纲要》的推进存在较大障碍,为了更好地实行投资便利化,上海合作组织推出 2019 年新版纲要,内容更加具体,更具有可操作性。

尽管上海合作组织软法关于投资便利化的表述碎片化、不成体系,但在吸引外资、增加透明度、可预测性和程序简化方面都与 APEC《投资便利化行动计划》、RCEP 及《外商投资法》的表述不谋而合。基于此,笔者将上海合作组织投资便利化定义为:上海合作组织成员国采取一系列旨在吸引外国投资,并在投资周期的全部阶段使其管理有效性和效率达到最大化,保障透明度、程序简化和可预测性的所有行动或做法以及满足上海合作组织自贸区一体化的上述措施。

二、上海合作组织成员国投资便利化的法律问题

(一) 以吸引外资为目的引发可持续性发展问题

作为投资便利化的第一要素,吸引外资是上海合作组织成员国优先考量的因素。

在这方面，中俄两国的外资立法无疑做出了表率。Sornarajah (2021) 指出：“虽然在国际层面上，一个国家可以加入其他国家支持的国际法立场，但就其国内立场而言可能是不同的，因为它可能寻求吸引外国投资作为一项经济发展战略。它也可以签署与其国际地位不一致的双边投资条约。采取这一务实立场的原因是，有必要在国际层面保持对外国投资的主权控制，同时能够通过创造有利于外国投资的适当氛围来吸引跨国公司进入该国。世界银行等国际金融机构培养了一种信念，即除非外国投资得到充分保护，否则就不会有外国投资流入一个国家。”^①从立法宗旨来说，上海合作组织成员国的投资法基本肯定了吸引外资这一主题。

在吸引外资方面，《外商投资法》的创新值得一提：在立法模式上完成了从企业组织法向投资行为法的过渡；从价值导向上塑造了从准入后国民待遇向准入前国民待遇的突破；在核心内容上实现了从外资审批转向外资促进与保护的转换；在政府角色上从单一的管理监督过渡到管理和服务并重的“守门人”。鉴于此，新《外商投资法》修改了立法宗旨，完成了从扩大国际经济合作和技术交流到吸引外资的全新转向；而且，该法对“外资”外延的解释十分宽泛，包括直接投资和间接投资。

1999年《俄罗斯联邦外国投资法》历经8次修订，吸引外资的国家政策导向契合上述学者们的关切。联邦政府一方面制定旨在吸引外国直接投资的纲要并保障其施行，另一方面拟定吸引国际间接投资的措施，包括争取国际金融组织及外国的贷款，这些贷款可以资助俄联邦发展预算及联邦层次的投资项目。^②此外，巴基斯坦《1976年外国私人投资（促进和保护）法》《塔吉克斯坦共和国投资法》《乌兹别克斯坦共和国外商投资法》《哈萨克斯坦共和国投资法》和《吉尔吉斯斯坦共和国外国投资法》都明确了以吸引外资为立法宗旨。

虽然成员国投资法在吸引外资这一立法宗旨方面的表述十分明确，但令人关注的是，在实际吸引外资的过程中，成员国往往对外资有所甄别。也就是说，吸引外资的目的不仅仅是保护投资，而且保证外国投资有益于东道国的可持续性发展，将可持续发展作为吸引外资的底线，包括对环境保护、人权保护、劳工标准、原住民权利和其他意识形态下的价值观等因素的考量。这对于上海合作组织成员国而言，甄别这些标准还是有困难的，毕竟它们的国体、政体、宗教和道德观还是有所差别，尤其是它们在人权保护和意识形态下价值观的差异表现得最为突出。

（二）投资准入阶段便利化的不足

如前所述，覆盖投资周期的全部阶段包含投资准入、投资运营以及投资撤出的所有过程。从上海合作组织成员国的外资法立法导向来看，对后两者重视程度显然高于前者。根据国际公法，各国没有义务向外国人、货物或资本开放其边界。^③关于

① Sornarajah, M. The International Law on Foreign Investment[M]. London: Cambridge University Press, 2021: 33.

② Russian Federation Federal Law on Foreign Investments[EB/OL]. United Nations Conference on Trade and Development. Investment Policy Hub. <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-laws>. [2008-05-07] (2021-12-23).

③ Radi, Yannick. Rules and Practices of International Investment Law and Arbitration[M]. London: Cambridge University Press, 2020: 42.

国际投资法，事实上，直到投资准入的国民待遇日渐深入人心——负面清单的应运而生，才在很大程度上改变了东道国对给予外资准入自由和便利待遇的担忧。正如 Sornarajah (2021) 所言：“发展中国家之间关于外国投资的立法有很多相似之处，这大概是因为这些国家模仿了其他国家使用的更成功的手段，或者是因为它们采用了国际组织建议的模式。举例来说，主要国家的立法使用不同的外国投资控制技术。随着各国积累了此类控制的经验，这些控制正变得越来越以部门为基础，它们放开了一些国内有实力的部门，并出于安全原因或对国内企业的担忧限制了其他部门。负面清单很常见。违反负面清单中的规定将使该投资准入的程序无效。”^①部分上海合作组织成员国采用了投资准入时的国民待遇——负面清单。目前，采用负面清单的上海合作组织成员国有中国、印度、俄罗斯、巴基斯坦、乌兹别克斯坦和塔吉克斯坦。^②吉尔吉斯斯坦则实行完全开放的外资准入模式，^③无须出台任何负面清单。相比之下，哈萨克斯坦仍然沿袭较为落后的审批准入方式。^④

美国贸易代表办公室发布的《2022 美国国家贸易评估报告——外国贸易壁垒报告》对 64 个国家（地区）的贸易、投资壁垒进行了评估，其中包括上海合作组织成员国中国、俄罗斯和巴基斯坦。该报告的主要内容有两个方面：首先，针对中国立法。报告认为：“《外商投资法》及其实施条例和其他相关措施表明，中国正在追求的目标是，用一种只适用于‘受限’部门的制度取代对广泛投资的逐案行政审批制度。然而，截至 2022 年 3 月，尚不清楚中国是否在实践中完全实现了这一目标。此外，即使对于已经放开的部门，也可能存在歧视性的许可要求或歧视性地适用许可程序，从而难以实现有意义的市场准入。”^⑤该报告指责中国在负面清单以外另有审批制度。引起美国猜忌的原因可能有：清单豁免条款，即在特殊情况下，特定外商投资企业不受清单的限制或禁止；^⑥清单所列项目并非全部，即某些特殊行业即使不在清单之内仍可执行许可制。^⑦

其次，针对俄罗斯立法。该报告认为：“美国利益相关者还对矿产开采行业的直接投资限制表示担忧，他们认为这些限制歧视了外国公司，而且他们认为许可制

① Sornarajah, M. The International Law on Foreign Investment[M]. London: Cambridge University Press, 2021:128.

② 《对外投资合作国别（地区）指南（印度）》（2020）；《对外投资合作国别（地区）指南（俄罗斯）》（2020）；《对外投资合作国别（地区）指南（巴基斯坦）》（2021）；《对外投资合作国别（地区）指南（乌兹别克斯坦）》（2021）；《对外投资合作国别（地区）指南（塔吉克斯坦）》（2021）[EB/OL]. 商务部官网. <http://fec.mofcom.gov.cn/article/gbdqzn/#>. [2021-01-01](2022-07-25).

③ 《对外投资合作国别（地区）指南（吉尔吉斯斯坦）》（2021）[EB/OL]. 商务部官网. <http://fec.mofcom.gov.cn/article/gbdqzn/#>. [2021-01-01](2022-07-25).

④ 王晓峰, 王林彬. 丝绸之路经济带背景下哈萨克斯坦投资壁垒及中国的对策研究[J]. 国际商务研究, 2016, (4).

⑤ Office of the United States Trade Representative. 2022 National Trade Estimate Report on Foreign Trade Barriers[EB/OL]. <https://ustr.gov/sites/default/files/2022%20National%20Trade%20Estimate%20Report%20on%20Foreign%20Trade%20Barriers.pdf>. [2020-07-01](2022-07-25).

⑥ 《外商投资准入特别管理措施（负面清单）（2021年版）》：“五、经国务院有关主管部门审核并报国务院批准，特定外商投资可以不适用《外商投资准入负面清单》中相关领域的规定。”

⑦ 《外商投资准入特别管理措施（负面清单）（2021年版）》：“八、《外商投资准入负面清单》中未列出的文化、金融等领域与行政审批、资质条件、国家安全等相关措施，按照现行规定执行。”

度不透明且不可预测。”^①原因在于,2008年颁布的《俄罗斯联邦关于外资进入对保障国防和国家安全具有战略意义的公司程序法》(下文简称《俄罗斯限制外资程序法》)共有46个行业限制外国投资者准入。^②能源产业是俄罗斯最为重要的国家支柱产业,^③采取谨慎的准入立场可以理解。美国也是这么执行的,例如在《美墨加协定》的《附件一投资和服务负面清单》(Annex I Investment and Services Non-conforming Measures)中,采矿业等都属于禁止准入的行业。^④

值得关注的是,在中国与上海合作组织其他成员国签署的双边投资协定中,仅有中俄、中印、中乌的双边投资协定规定了国民待遇条款。即使如此,这些条款也仅涉及外商投资准入后阶段,并未涵盖准入时阶段。由此得知,仅有少数成员国的双边投资协定包含国民待遇条款。这意味着在中哈、中塔、中吉、中巴以及中伊之间,投资者无法依据双边投资协定享受国民待遇。《中国—巴基斯坦自由贸易协定》规定了准入后国民待遇条款,这是迄今为止中国与上海合作组织其他成员国签署的唯一自贸区协定,^⑤也是提升上海合作组织成员国之间贸易投资便利化的典范。不过,中国与上海合作组织观察员国蒙古国已经启动了双边谈判。^⑥另外,这些少数含有国民待遇条款的条约并未涵盖准入时阶段。例如,中俄、中印与中乌的双边投资条约均赋予准入后国民待遇,意味着中国与上海合作组织其他成员国之间的双边投资便利化并不覆盖外商投资的全周期,这种投资便利化无疑存在缺陷且不完整。

(三) 投资管理行为有效性和效率最大化的缺陷

Joubin-Bret 和 Chiffelle (2019)指出:“为了避免在指导原则中直接解决这个问题,决定将重点放在‘有效和高效’的投资促进上,这反映了国家在促进投资方面可以发挥的积极和主动的作用。”^⑦

在上海合作组织成员中,中国和塔吉克斯坦开通了国际投资“单一窗口”,为投资管理行为有效性和效率最大化提供了技术支撑。2020年8月13日,海南国际投

① Office of the United States Trade Representative. 2022 National Trade Estimate Report on Foreign Trade Barriers[EB/OL]. <https://ustr.gov/sites/default/files/2022%20National%20Trade%20Estimate%20Report%20on%20Foreign%20Trade%20Barriers.pdf>. [2020-07-01] (2022-07-25).

② 这些行业包括:核原料生产、核反应堆项目的建设运营,核装置、辐射源、核材料、放射性物质、核废料的处置、运输、存放、埋藏;武器、军事装备和弹药的研发、生产、销售、修理和销毁,以及用于武器和军事装备生产必须的特种金属和合金的研制、生产、销售;宇航设施和航空器研究、维修等。《对外投资合作国别(地区)指南(俄罗斯)》(2020)[EB/OL]. 商务部官网.<http://www.mofcom.gov.cn/dl/gbdqzn/upload/eluosi.pdf>, p.56. [2020-01-01] (2022-07-25).

③ 《对外投资合作国别(地区)指南(俄罗斯)》(2020)[EB/OL]. 商务部官网. <http://fec.mofcom.gov.cn/article/gbdqzn/#>. [2020-01-01] (2022-07-25).

④ Office of the United States Trade Representative. The United States-Mexico-Canada Agreement: Annex I Investment and Services Non-Conforming Measures[EB/OL]. USTR. https://ustr.gov/sites/default/files/files/agreements/FTA/USMCA/Text/NCM_Annex_I_United_States.pdf. [2020-07-01] (2021-12-20).

⑤ 商务部.中国—巴基斯坦自由贸易协定[EB/OL]. 2019, 商务部官网.http://fta.mofcom.gov.cn/pakistan/xieyi/xieyizw_cn.pdf. [2019-04-29] (2021-12-15).

⑥ 商务部.中国与蒙古启动自贸协定联合可行性研究[EB/OL]. 2021, 商务部官网.http://fta.mofcom.gov.cn/article/chinamongol/chinamongolnews/201705/35064_1.html. [2017-05-12] (2021-12-15).

⑦ Joubin-Bret, Anna, Chiffelle, Cristian Rodriguez. G20 Guiding Principles for Global Investment Policy-making: A Stepping Stone for Multilateral Rules on Investment, China's International Investment Strategy: Bilateral, Regional and Global Law and Policy[M]. London: Oxford University Press, 2019: 339.

资“单一窗口”正式上线,为投资者提供“一站式”服务。这一服务彰显了效率最大化的服务功能,有效解决各个审批系统信息隔离、信息重复验证、资料重复提交、办理流程繁冗等问题。^①值得一提的是,《塔吉克斯坦共和国投资法》在总则中规定了2个条款,甚至专门设置第23条“为投资者提供协助的单一窗口”,^②这种立法模式值得上海合作组织其他成员国借鉴。

(四) 国家安全审查的透明度和可预测性的质疑

透明度与可预测性有密切联系,前者是后者的基础,后者是前者的结果。诚如边城(2020)所言:“除了透明度原则所针对并能够独立实现的个体价值之外,透明度还作为一种手段来实现预期结果的可预测性。”^③对于投资便利化而言,它们时常捆绑在一起,用于国家安全审查制度。考察上海合作组织各成员国的国家安全审查制度现状,可分为3类:在外资法原则规定外,专门出台国家安全审查立法,以中国《外商投资安全审查办法》和哈萨克斯坦《哈萨克斯坦共和国国家安全法》^④为代表;在外资法中规定相应的国家安全审查条款,以俄罗斯、^⑤巴基斯坦、^⑥乌兹别克斯坦^⑦和塔吉克斯坦^⑧为代表;虽未专门制定法律法规,但通过修改双边投资协定进行审查,如印度对2003年的双边投资协定范本进行审查,用新的范本取而代之,为印度未来的贸易谈判提供条款和条件。^⑨新范本转向一个对东道国更加友好的框架,以保护国家主权,这一点通过第17条安全例外条款等得到了说明。^⑩

首先,《2022美国国家贸易评估报告——外国贸易壁垒报告》指责中国的国家安全审查具有新的、过于广泛的国家安全审查机制潜力以及中国的《网络安全法》《数据安全法》《个人信息保护法》以及相关实施措施(包括限制跨境数据流和加强数据本地化要求的措施)对外国投资者和投资有严重的负面影响。^⑪俄罗斯也存在类似

① 罗霞,陈雪怡,傅人意.海南国际投资“单一窗口”正式上线[EB/OL].2020,人民网.<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1674961672886283065&wfr=spider&for=pc>. [2020-08-14] (2021-12-18).

② Laws of the Republic of Tajikistan[EB/OL].Tax Committee under the Government of the Republic of Tajikistan. <https://andoz.tj/Law/Laws?culture=en-EN>. [2020-09-14] (2022-01-09).

③ Bian, Cheng. National Security Review of Foreign Investment: A Comparative Legal Analysis of China, the United States and the European Union[M]. New York: Routledge, 2020: 50.

④ 《哈萨克斯坦共和国国家安全法》第4条[EB/OL].商务部官网.<http://kz.mofcom.gov.cn/article/ddfg/200305/20030500091637.shtml>. [2020-08-14] (2021-12-16).

⑤ Russian Federation Federal Law on Foreign Investments[EB/OL].United Nations Conference on Trade and Development. Investment Policy Hub.<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-laws>. [2008-05-07] (2021-12-23).

⑥ Foreign Private Investment Promotion and Protection Act 1976[EB/OL].Board of Investment.<https://invest.gov.pk/investment-regime#gallery-8>. [2020-01-15] (2021-12-16).

⑦ Law of the Republic of Uzbekistan on Investments and Investment Activity[EB/OL].United Nations Conference on Trade and Development. Investment Policy Hub.<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-laws>. [2019-12-14] (2021-12-23).

⑧ The Law of the Republic of Tajikistan on Investments[EB/OL].United Nations Conference on Trade and Development. Investment Policy Hub.<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-laws>. [2002-11-11] (2021-12-23).

⑨ MA, Ji. Analysis of the 2015 Draft Model Indian Bilateral Investment Treaty. International Investment and National Security Review[J]. Vanderbilt Journal of Transnational Law, 2019, (52).

⑩ Model Text for the Indian Bilateral Investment Treaty, Art.17, 2016[EB/OL].<https://www.mygov.in/sites/default/files/master-imageModel%20Text%20for%20the%20Indian%20Bilateral%20Investment%20Treaty.pdf>. (Archived Sept. 3, 2019).

⑪ Office of the United States Trade Representative. 2022 National Trade Estimate Report on Foreign Trade Barriers[EB/OL]. USTR.<https://ustr.gov/sites/default/files/2022%20National%20Trade%20Estimate%20Report%20on%20Foreign%20Trade%20Barriers.pdf>. [2022-04-01] (2022-07-25).

的问题：1999年《俄罗斯联邦外国投资法》包含定义广泛的条款，赋予俄罗斯政府相当大的自由裁量权，以潜在的歧视性方式禁止或限制外国投资；法律允许政府限制投资者的权利，以“保护宪法、公共道德和健康，以及其他人的权利和合法利益，并保护国家。”^①通过比较中国、美国和俄罗斯的立法可以发现，《美国外国投资委员会国家安全审查指南》比《外商投资安全审查办法》和《俄罗斯联邦外国投资法》的审查标准更加严格、所覆盖的行业更加宽泛。

其次，如何评价可预测性。“可预测性作为一种可互换的概念，不断与法律的确定性和稳定性联系在一起，这是促进程序公平的原因，构成了完善的行政法原则。可预测性或法律确定性，意味着法律以及法律裁决必须满足清晰、稳定和可理解性的要求，以便相关人员能够相对准确地计算其行为的法律后果以及法律程序的结果。”^②因此，可预测性的核心要义是：保持法律的确定性和稳定性，不能朝令夕改或频繁修订；司法裁决必须清晰、稳定和容易理解，足以说服当事人各方；接受法律监管的对象十分明了违法的成本和后果。

（五）影响程序简化的桎梏

2017年《中华人民共和国香港特别行政区政府与东南亚国家联盟成员国之间的投资协定》第16条规定：“各方应根据各自的法律法规，通过以下途径开展合作，促进各方之间的投资：为各种形式的投资创造必要的环境；简化投资申请和批准的程序；促进传播投资资料，包括投资规则、规章、政策和程序；在各自的东道国建立一站式投资中心，为商业部门提供协助和咨询服务，包括为办理经营执照和许可证提供便利。”^③从上述条款来看，简化程序仍聚焦投资准入阶段。相比之下，《外商投资法》的条款则较为原则。^④事实上，中国在建设数字政府方面取得了重大进展，包括完善“互联网+政务服务”和“互联网+监管”双重体系，助推政府数字化转型，构建数字化综合监管制度，探究新型监管模式，完善简化申报、简证放行、简易征管理程序，以及推行“互联网+核查”和“线上+线下”核查等。

中国电子政务发展指数（EGDI）由2018年的0.6811提升至2020年的0.7948，同比上升16.69%；^⑤全球排名由第65位上升至第45位，EDGI组别由高组别跃升至非常高组别，^⑥保持了持续上升的良好势头。但对于上海合作组织其他成

① Office of the United States Trade Representative. 2022 National Trade Estimate Report on Foreign Trade Barriers[EB/OL]. USTR. <https://ustr.gov/sites/default/files/2022%20National%20Trade%20Estimate%20Report%20on%20Foreign%20Trade%20Barriers.pdf>. p. 438. [2022-04-01] (2022-07-25).

② Bian, Cheng. National Security Review of Foreign Investment: A Comparative Legal Analysis of China, the United States and the European Union[M]. New York: Routledge, 2020: 51.

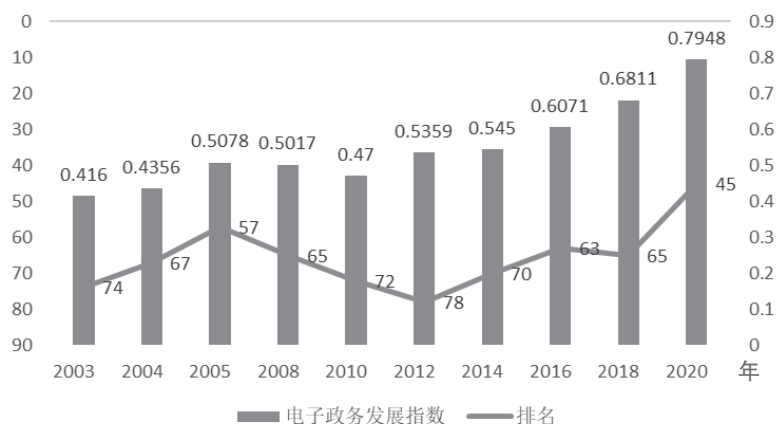
③ Radi, Yannick. Rules and Practices of International Investment Law and Arbitration[M]. London: Cambridge University Press, 2020: 63.

④ 《外商投资法》第19条。

⑤ United Nations E-government Survey 2020[EB/OL]. United Nations. [https://publicadministration.un.org/egovkb/Portals/egovkb/Documents/un/2020-Survey/2020%20UN%20E-Government%20Survey%20\(Full%20Report\).pdf](https://publicadministration.un.org/egovkb/Portals/egovkb/Documents/un/2020-Survey/2020%20UN%20E-Government%20Survey%20(Full%20Report).pdf). [2022-07-10] (2021-12-21).

⑥ United Nations E-government Survey 2018[EB/OL]. United Nations. https://publicadministration.un.org/egovkb/Portals/egovkb/Documents/un/2018-Survey/E-government%20Survey%202018_Final_Print_Chinese.pdf. [2018-07-19] (2021-12-21).

员国来说,无论是立法还是数字治理实践,仍有较大的改进空间。其他成员国的外资法鲜有程序简化的规定。《俄罗斯联邦外国投资法》虽然在吸引外资、负面清单和国家安全审查方面比较先进,但在程序简化方面几乎没有体现。哈萨克斯坦、乌兹别克斯坦等成员国外资法虽规定了外汇和人员流动等方面的程序,但并未提及程序简化。巴基斯坦的外资法对程序性事项的规定处于空白,遑论对程序简化的规定。



数据来源:联合国官网,经作者整理而成。

图1 中国电子政务发展指数汇总统计

三、推进上海合作组织区域性投资便利化的法律对策

(一) 进行双边投资条约修订或谈判

上海合作组织在推出区域一体化的投资便利化协定之前,可以进行双边投资条约修订或谈判作为过渡。尽管目前它们之间的条约并未形成清晰、完整的投资便利化框架,但部分条款还是间接涉及这一问题。

1. 在序言中统一可持续性发展的表述

特别是关于吸引外资的可持续性发展,涉及东道国的监管程序问题,在双边投资条约中不可或缺,亦符合当下潮流,单纯强调吸引投资的双边投资条约已经成为过去,平衡条约(Balanced Treaties)的签定正变得越来越普遍。非洲国家率先寻求协调保护外国投资与监管,以确保和促进公共利益。^①联合国贸发会(UNCTAD)提到,越来越多的国家在其条约序言明确投资促进和保护的目标不得以牺牲其他关键公共政策目标为代价,例如保护健康、安全、环境和促进国际公认的劳工标准。^②这些标准包括对环境的关注、人权保护、劳工标准、原住民权利和其他价值观。^③由于这些标准在上海合作组织成员国运用存在差异,在双边投资条约序言中的表述应

① Sornarajah, M. The International Law on Foreign Investment [M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2021: 272.

② UNCTAD. Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rule Making (2007) [M]. United Nations, 2007: 3.

③ Sornarajah, M. The International Law on Foreign Investment [M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2021: 231.

尽可能统一，上海合作组织成员国相互承认，既有利于东道国的可持续性发展，也符合投资母国的根本利益。

2. 设立国际投资“单一窗口”条款

可以将中国海南自由贸易港的做法和《塔吉克斯坦共和国投资法》的国际投资“单一窗口”条款借鉴到上海合作组织的双边投资条约。（1）国际投资“单一窗口”。明确投资者的单一窗口是授权国家机构在提供公共服务的投资领域向投资者提供援助的集中形式，该机构规定尽量减少投资者参与收集和准备文件，并限制他们与政府机构的直接联系。（2）国际投资“单一窗口”执行以下功能：就现有公共服务接收及向投资者提供意见；接受投资者对公共服务的申请，协助准备和提供公共服务的必要文件和结果；在接受公共服务时支持政府机构的投资项目；与相关政府机构合作，协助解决投资者问题；监测提供公共服务的过程以及审核投资者向国家机构提出的要求。

3. 增设程序简化条款

《俄罗斯联邦外国投资法》在程序简化方面几乎没有规定，哈萨克斯坦、巴基斯坦、乌兹别克斯坦和塔吉克斯坦等国的外资法亦鲜有规定，巴基斯坦的外资法对程序性事项的规定处于空白，更无程序简化的规定。为了解决这些问题，建议在双边投资条约中统一规定程序简化条款，提升立法和数字治理实践改进的空间。

（二）签订《上海合作组织自贸区协定》

1. 中国政府倡导建立自贸区

2003年，在上海合作组织成员国政府首脑（总理）理事会第二次会议期间，温家宝总理就上海合作组织的区域经济合作提出倡议：推进贸易和投资便利化；确定若干大的经济技术合作项目；确立长远的区域经济合作目标，逐步建立上海合作组织自贸区。^①2016年11月，李克强总理在比什凯克举行的上海合作组织成员国政府首脑（总理）理事会第十五次会议上，针对上海合作组织的未来发展再次提出中国智慧和方案——“打造融合发展格局。中方愿与各方推进区域贸易和投资自由化便利化，对建设上海合作组织自贸区等倡议持开放态度。”^②由此可见，中国政府积极擘画上海合作组织自贸区的宏伟蓝图，使其成为经济一体化进程中的黏合剂和助推器。但遗憾的是，中国的这一倡议尚未得到其他成员的正式回应，亦未出现在上海合作组织的任何软法文件中。

2. 弥补国际软法的不足

有学者从根本上否定国际软法的存在，认为其就是一种歪曲的、病态的表达。

① 上海合作组织成员国总理会晤：温家宝提三倡议[EB/OL]. 新浪网. <https://news.sina.com.cn/c/2003-09-23/1446805988s.shtml>. [2003-09-23][2021-12-15].

② 中国提出六大倡议 上合自贸区呼之欲出[EB/OL]. 中国联合商报网. <http://www.cubn.com.cn/express/36411.html>. [2016-11-10][2021-12-15].

有学者认为这种与法律确定性背道而驰的国际软法是非常“多余的”^①或“过剩的”^②。有学者甚至提出国际法学者诸多关于国际软法的理论知识“扩展学者研究的材料，以期为国际法律研究提供更多空间”。^③徐崇利（2019）将现有的国际经济法分为两大谱系——规则和契约，规则对应的是硬法，以WTO、国际货币基金组织和世界银行的多边条约为基础；契约是指在“一带一路”推进过程中各国签署的合作协议，其中大部分属于软法，并无强制力，目的在于为与“一带一路”沿线国家合作预留空间和极为灵活的选择权，从而更加体恤那些发展中国家特别是最不发达国家的困难与利益。^④尽管如此，采用国际软法毕竟不是长久之计，仍需缔结《上海合作组织自贸区协定》这类硬法，作为自贸区的基本法，由所有成员国善意履行。据此，前瞻性地研判上海合作组织构建自贸区的必要性，审时度势拟定《上海合作组织自贸区协定》文本，是符合上海合作组织成员国共同愿望的重要课题。

3.《上海合作组织自贸区协定》的文本设计

《上海合作组织自贸区协定》应包含以下条款：（1）协定宗旨定为吸引外资，即增加成员之间的贸易联系，让资本更加自由和便利地流动，推进上海合作组织成员国之间的深度一体化伙伴关系。（2）投资管理行为有效性和效率最大化。建议上海合作组织成员国共建国际投资单一窗口。（3）透明度条款。迅速公布投资相关信息；提供评议机会；缔约方应考虑适当的评议意见。（4）可预测性条款。保持法律的确定性和稳定性，不能朝令夕改或频繁修订；司法裁决必须清晰、稳定和容易理解，足以说服当事人各方；接受法律监管的对象十分明白违法的成本和后果。（5）国民待遇加负面清单条款。缔约方有权在附件中列明各自承诺的清单，包括禁止或限制的准入行业。为了保持透明度和可预测性，避免以下两种条款产生的误区：清单豁免条款，即在特殊情况下特定外商投资企业不受清单的限制或不被禁止；清单所列项目并非全部，即某些特殊行业即使不在清单之内仍可执行许可制。（6）程序简化条款。改善数字管理水准；推动智慧执法升级；加强数字治理的国际合作。

（三）发挥中国立法的引领作用

由于中国在上海合作组织的核心地位，完善其投资便利化的国内立法，势必对其他成员国产生积极影响。

1. 完善中国负面清单

（1）消除任何对歧视性或特权的担心。豁免条款指法律或条约规定例外情形、免受义务约束的条款，这是常见现象，但不能被滥用。目前中国存在3个外资准入负

^① Ingelse, C. Soft Law? [J]. Polish Yearbook of International Law, 1993, (20).

^② Klabbers, J. The Redundancy of Soft Law [J]. Nordic Journal of International Law, 1996, (65); Klabbers, J. The Undesirability of Soft Law [J]. Nordic Journal of International Law, 1998, (67).

^③ Aspremont, J. D. Softness in International Law: A Self-serving Quest for New Legal Materials [J]. European Journal of International Law, 2008, (19).

^④ 徐崇利. “一带一路”国际经济法律制度的“契约性”特征 [J]. 法学, 2019, (3).

面清单。^①从历年变化看，负面清单呈现逐渐削减的态势。但在现实中，某些特殊情况决策者很难预料并且提前做出研判。中国负面清单存在豁免条款和所列项目并非全部这两大问题，显然排除了部分外商投资企业的适用，导致赋予他们某种特权的负面效果，解决的路径之一在于消除投资者对任何歧视或特权的担心。对于外商投资企业而言，决策者必须给出判断它们相似性的标准，以避免“歧视”的结论。

(2) 避免间接歧视规范。歧视通常包括直接(法律上)歧视和间接(事实上)歧视。应细化国务院各个主管部门审核并报国务院批准的条件和程序，主管部门应出台相应的部门规章，明确这些特定行业准入审核标准，国务院应统一审批程序，保障外资企业平等待遇。但无论如何，这些措施仍是临时的，待条件成熟时仍要统一归入负面清单，毕竟只有这份清单才是最透明和可预测的。

2. 完善有透明度和可预测的国家安全审查机制

(1) 设立更加透明的查阅和咨询程序

立法信息应当公开透明，法律法规通过便于公众获取的统一渠道发布。为了便利不同母语的投资者，最好提供英语、法语、日语等不同语言版本。执法信息也应该公开透明，充分披露已作出的审查决定和采取的限制性措施。通过大数据、人工智能、云计算、物联网、移动互联、视频监控分析等新技术在执法中的应用建设，构建监管更智能、风险防控更精准、服务更便捷的智慧执法体系。完善提高司法透明度的机制，加快建设智慧法院、智慧法庭、互联网法院和区块链法院，推广智慧公证、智慧司鉴、智慧法援、智慧调解等诉调对接新应用模式。笔者建议在此基础上，建立统一、权威的法律、规章、规范性文件数据库，完善智慧政务系统、智能辅助系统、行政执法监督信息系统，提升执法规范化，提高立法和执法的透明度，全面提升数字政府的公信力。总而言之，推行“互联网+法律服务”，形成覆盖内外资、普惠均等、便利优化、智能精准的法律服务体系。

保障外国投资者行使正式咨询和投诉的权利。正式咨询服务应由政府机构人员提供。他们具有丰富的管理知识和经验，并且掌握较强的心理沟通能力，保障与企业管理人员及时联络，运用理性的方法，通过定量和定性分析，查找企业存在国家安全问题的原因，提出切实可行的改进方案并且指导实施，改善企业的运行理念，符合中国市场准入的安全要求。2020年8月25日，中国商务部发布《外商投资企业投诉工作办法》。从这个办法调整的范畴来看，主要限于行政侵权行为或在一般情形下对行政行为的投诉，因此尚未覆盖国家安全审查事项。鉴于这类纠纷通常会产生阻断外商投资准入的严重后果，有必要完善《外商投资企业投诉工作办法》，赋予全国外商投资企业投诉中心新职能，也就是说，基于国家安全审查的纠纷可以纳入外商投诉机制，在争议升级之前可以进行有效的协调。

^① 它们是：《外商投资准入特别管理措施（负面清单）（2021年版）》《自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施（负面清单）（2021年版）》以及《海南自由贸易港外商投资准入特别管理措施（负面清单）（2020年版）》。即使是最为便利的《海南自由贸易港外商投资准入特别管理措施（负面清单）（2020年版）》，亦存在27项特别管理措施。

（2）完善国家安全审查的可预测性部门规章

确定审查程序的时间标准。中国国家安全审查办理时限的现状是：一般审查是30日，特殊审查是60日，特殊情形下还可延长。^①这一规定显示了特殊审查时限的不可预测性。为了消除外国投资者的疑虑，特殊审查的时限应尽可能透明确定，保障外资并购的交易不被拖延。建议修改《外商投资安全审查办法》，明确一般审查和特殊审查的标准，特别是如何鉴定特殊情形，避免不可预测性引发的纠纷。在实践中完善审查办案系统功能，实现申请、受理、处理工作信息全程网上记载、网上运转流程透明；实现视听资料、大数据与信息智能高度关联，实行全过程可溯式管理。通过国家安全审查部门互联网平台和移动终端公开相关信息，依法及时向案件当事人公开办案过程，消除外国投资者的疑虑。

实行既判原则下的重新审查。具体而言，中国应完善外商企业投诉机制，明确它们的法律地位以及处理决定是否可复议、可诉讼。从表面上看，《外商投资法》强调“依法作出的安全审查决定为最终决定”，但在实践中，“依法”这两个字很难准确把握和研判。如果国家安全审查决定违反了法律，则并非国家安全审查的最终决定。美国《外国投资风险评估现代化法案》将投资者寻求救济的渠道限制在只能向哥伦比亚特区巡回上诉法院对美国外资投资委员会的行为或调查结果提起民事诉讼。^②欧盟《外国直接投资进入欧盟的审查框架》要求成员国允许投资者对审查决定寻求救济。^③有鉴于此，根据《外商投资法》第35第2款，《外商投资安全审查办法》应当明确国家安全审查的救济模式。值得注意的是，此种审查应当仅限于程序性审查，而非实体性审查，因为国家安全审查所涉内容关乎国家安全与经济安全，并且具备较强的政治性，不宜进行实质性审查。

四、结语

上海合作组织成员国在推进投资便利化的立法进程中既有值得肯定之处，亦存在不足。第一，虽然成员国投资法在吸引外资这一立法宗旨方面的表述十分明确，但实际上只有符合东道国可持续性发展的投资才会真正受到保护。第二，在投资准入阶段，目前有3种类型：国民待遇加负面清单制度，以中国、印度、俄罗斯、巴基斯坦、乌兹别克斯坦以及塔吉克斯坦为代表，但在清单设计方面仍有模糊之处；对外资准入无限制，且完全实行备案制度，以吉尔吉斯斯坦为代表；行政许可制度，以哈萨克斯坦为代表，这是最落后的准入方式，其便利化程度最低。第三，有效性和效率最大化。中国海南自贸港率先打造效率最大化的国际投资单一窗口，《塔吉

^① 《外商投资安全审查办法》第8条第1款。

^② Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018, Section 1715[EB/OL]. The Committee on Foreign Investment in The United States. https://home.treasury.gov/sites/default/files/2018-08/The-Foreign-Investment-Risk-Review-Modernization-Act-of-2018-FIRRMA_0.pdf. [2018-08-02] [2021-12-23].

^③ Regulation(EU)2019/452 of the European Parliament and of the Council Establishing a Framework for the Screening of Foreign Direct Investments into the Union, Article 3.5[EB/OL]. European Union. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R0452>. [2019-03-21] [2021-12-23].

克斯坦共和国投资法》规定专门条款，为上海合作组织其他成员国提供了先行先试的经验。第四，透明度和可预测性。对于投资便利化而言，两者互相策应运用于国家安全审查制度，目前存在范围过于宽泛、自由裁量权过大的问题。第五，程序简化。中国外资法对此进行了明确规制，中国的数字治理水平较高，但上海合作组织其他成员国无论是立法还是数字治理实践仍有很大的提升空间。

基于上述问题，上海合作组织成员首先可以进行双边投资条约修订或谈判，在序言中统一可持续性发展的表述；设立国际投资“单一窗口”条款；增设程序简化条款。其次，建议制定《上海合作组织自贸区协定》，以吸引外资为宗旨，设计效率最大化条款、透明度条款、可预测性条款、国民待遇加负面清单条款和程序简化条款，为实现上海合作组织经贸合作的终极目标——上海合作组织自贸区提供法律保障。最后，发挥中国立法的引领作用，修订《外商投资准入特别管理措施（负面清单）》。决策者必须给出判断它们相似性的标准，避免间接歧视性规范；完善透明和可预测的国家安全审查机制，设立更加透明的查阅和咨询程序，完善国家安全审查的可预测性部门规章。

The Legal Issues of Investment Facilitation of Shanghai Cooperation Organization

WANG Shumin ZHANG Le

Abstract: The Declaration on the establishment of the Shanghai Cooperation Organization(SCO) clearly proposed the opening of the negotiation agenda for investment facilitation, and this theme was emphasized in many summit declarations later. The Charter of the SCO promotes the process of investment facilitation from the perspective of organizational law. In addition, memoranda and protocols were signed as soft law. However, at present, the international community has not yet formed a unified definition of investment facilitation. Combined with the regulations of APEC, RCEP and China's Foreign Investment Law, the definition of investment facilitation of the SCO refers to a series of actions or practices taken by member states to attract foreign investment, maximize its management effectiveness and efficiency at all stages of the investment cycle, and ensure transparency, procedural simplification and predictability, and cover the above measures to meet the integration of the SCO Free Trade Area. In view of the problems of sustainable development caused by the purpose of attracting foreign investment in the member countries of the SCO, the opacity of the negative list has become the most prominent obstacle to the facilitation of the investment access stage. As a measure to maximize the effectiveness and efficiency of investment management behavior, the "single window" of international investment has not been promoted, and the transparency and predictability of national security review are still insufficient. The countermeasures refer to flowing methods: firstly, revising or negotiating the bilateral investment treaties of member states. It includes unifying the expression of sustainable development in the preamble, promoting the "single window" clause of international investment, and adding a procedure simplification clause. The second is to formulate the SCO Free Trade Agreement, and provide a basic legal guarantee for the SCO Free Trade Area which is the ultimate goal of SCO economic cooperation. Thirdly, giving play to the leading role of Chinese legislation involves revising the Special Administrative Measures on Access to Foreign Investment (negative list) and improving the regulations of the national security review department under the conditions of transparency and predictability.

Keywords: Shanghai Cooperation Organization; investment facilitation; Shanghai Cooperation Organization Free Trade Agreement

（责任编辑：金孝柏）