

人类命运共同体视野下 中资企业南亚直接投资保护^{*}

刘红春^{**}

【内容提要】 境外直接投资保护是人类命运共同体构建的重要路径之一，根据人类命运共同体构建的需要以及国际形势变化科学制定境外直接投资保护制度至关重要。近年来南亚地区的一些海外投资项目失利反映出投资保护实践成效不够理想，其中一个重要症结在于当前境外直接投资保护制度的内生结构性短板的本源性。从宪法中确立的人类命运共同体理念可知，中资企业南亚直接投资活动的内核是“投资自由”这一基本权利，在中资企业与国家之间构建起一种以“基本权利—国家义务”为核心的宪法结构模式并从中解构中资企业南亚直接投资的国家保护义务，通过法治化定位来处理国家与中资企业之间的关系，为境外直接投资的制度设计提供有效的合宪性指引与评价，积极建构“立法+行政+司法”协同合作的以制度性保障为基础，贯穿事前—预防、事中—排除、事后—救济全过程的投资保护体系，回应中资企业南亚投资保护的诉求，夯实境外直接投资法治保护的基石，妥善化解旧全球化的掣肘，寻求后疫情时代及国际投资格局与秩序巨变中的中资企业海外投资推动人类命运共同体构建的法治路径。

【关键词】 人类命运共同体 中资企业 南亚直接投资 投资保护

DOI: 10.16608/j.cnki.nyyj.2022.03.01

^{*} 本文是2016年国家社科基金青年项目“缅甸新政府执政后中国投资法律风险防控机制研究”（项目批准号：16CGJ019）和“中国—东南亚跨境数据平台安全风险法律防控研究”（项目批准号：KJAQ202112003）的阶段性成果。

^{**} 云南大学法学院副教授、法学博士

近年来中资企业直接投资印度、巴基斯坦、斯里兰卡、尼泊尔、孟加拉国等国家面临东道国投资壁垒、少数民族和土著权利等非经济因素干扰以及西方国家和印度炒作的“债务陷阱论”等因素制约，导致中资企业在南亚重点国家关键行业和领域的项目投资运营环境更为复杂多变。目前，中资企业不仅要应对合规、运营、财务、资产保值增值等一般性风险，同时还需要防范政策变动、政权更替、政府干预、武装冲突、延迟支付、恐怖主义等特殊风险。当下，中资企业南亚直接投资频频遭遇阻力已是不容忽视的客观事实。通过对以往文献梳理可以发现，学界对中资企业南亚直接投资的研究侧重于风险综合分析及管理，或借助“一带一路”视角对其保障问题进行探讨，但以构建人类命运共同体为视角尤其是结合我国宪法在2018年确立的“人类命运共同体理念”和国家保护义务理论进行系统性研究则较为鲜见。而从宪法角度审视会发现，中资企业南亚直接投资活动的内核——投资自由其实质是一项基本权利，也是当前中资企业南亚直接投资保护制度内生结构性短板的本源性问题。鉴于此，本文以宪法中确立的人类命运共同体理念和国家保护义务理论，将中资企业南亚直接投资作为切入点，以期丰富中资企业境外直接投资保护的研究视角，健全对外投资风险防控、合规体系建设与海外利益保护体系，以助力人类命运共同体的构建。

一、投资自由：投资保护助推人类命运共同体构建的基础

习近平总书记在《论坚持推动构建人类命运共同体》中论述了发展与基本权利保护之间的紧密关联。^① 基本权利保护是发展的基础内容，也是人类命运共同体构建的重要切入点。从推动构建人类命运共同体的基本权利保护来看，其致力于实现基本权利保护的综合和升华，将投资自由作为一项基本权利纳入人类命运共同体之中，并不是将基本权利泛化，而是将在立法、执法和司法中缺乏保护的投资领域基本权利实体化、清晰化。因此，考察南亚直接投资保护能否成为人类命运共同体的有机组成部分，需要通过投资自由来界定南亚直接投资保护的基本权利属性，这对落实人类命运共同体理念的进程具有基础性的理论路径价值。

^① 《习近平谈构建人类命运共同体》，人民网，2018年10月17日。<http://jhsjk.people.cn/article/30345410>

（一）投资自由的基本权利属性

在习近平总书记的重要论述中，发展、自由均属于全人类的共同价值。^① 投资自由既关乎“自由”，亦关乎“发展”，包含人类命运共同体的两大价值要素。“中资企业南亚直接投资的内核是投资自由这项基本权利”，这一论断是否成立，需要先厘清基本权利的概念和范畴。根据《布莱克法律词典》的释义，基本权利具有两个核心的含义：一是源于自然法或基本法的权利；二是宪法。^② 换言之，基本权利并未囿于宪法文本，也可能拓展建立在共同体的道德观念技术上，是先于实体规范而存在的自然权利。事实上，数十年来，学者们力图把一些核心的基本权利从《经济、社会、文化权利国际公约》等国际公约所列的权利一览表中分离出来。例如，亨利·舒（Henry Shue）指出，至少存在着三种这样的权利，即安全、生存和自由。^③ 与博登海默（Edgar Bodenheimer）将“正义”比作“普罗透斯的面”一样，^④ 基本权利在一定程度上也被视作不确定的概念，这种不确定性源于难以界定哪些权利是“基本”的，而不同时代对于“基本”的落脚点亦是有所差异的。^⑤ 从立宪规律的视角来看，将这种不确定性投射到宪法创立进程中，恰恰能够反映出不同时代立宪的基点和重点的不同，这是因为经济关系变化也是社会变迁的重要组成部分。^⑥ 二战以后，一些有关经济的立法语汇开始陆续出现在宪法中，开启了“经济立宪”时代。到20世纪末，大约八十多部宪法使用了“经济组织”、“经济体制”、“经济结构”、“经济制度”、“经济秩序”、“经济政策”等词。作为经济权利中枢要件之一的经济自由，在这一过程中逐渐被提高到宪法层面，成为市场经济国家宪法文本中的“关键词”之一。一些国家选择将经济自由剥离出来，作为独立权利予以关注，而非内嵌在另一中枢要件——财产权的范畴内。随着经济活动日益多元化，经济自由的外延也在不断地充实和扩张，其内涵也得到了进

① 习近平：《习近平谈治国理政（第二卷）》，北京，外文出版社，2017年版，第522页。

② Bryan A. Garner ed., *Black's Law Dictionary* (Minnesota: Thomson Reuters West, 2004), p. 1985.

③ [美] 杰克·唐纳利：《普遍人权的理论与实践》（王浦劬等译），北京，中国社会科学出版社，2001年版，第38~39页。

④ [美] E. 博登海默：《法理学——法律哲学与法律方法》（邓正来译），北京，中国政法大学出版社，1999年版，第251页。

⑤ [英] 詹宁斯：《法与宪法》（龚祥瑞等译），上海，三联书店，1997年版，第178页。

⑥ 杜承铭：《论宪法自由权》，广州，广东人民出版社，2002年版，第283页。

一步细化,开始分解为投资、合同、竞争、消费、营业、生产、经济自律等类型的自由,^①投资自由也正是在这一阶段初露头角,成为经济自由的下位概念并获得了基本权利的“身份”。

(二) 宪法规范中的投资自由

如果说市场经济与充裕资本是投资自由实现的“必要条件”,那么国家宪法对投资自由的确定与保护则是“充分条件”。日本学者笹田荣司认为,基本权利被宪法规范化,意味着其在现实社会中有实现的可能。^②投资自由以基本权利的“身份”获得实现可能的宪法“入门券”,最早是在1919年《魏玛宪法》中以“经济自由”及“工商业之自由”的形式出现。^③通过部分域外典型国家宪法文本的梳理发现,投资自由在宪法中的表达形式可大体归纳为以下三种:一是在宪法文本中明文规定“投资”。^④二是并未在宪法中直接规定投资自由,而是由其他基本权利吸收。此种形式将对于“投资”的不同理解呈现于表达各异的基本权利中,常见的有“商业自由”、“企业自治”、“企业自由”、“经济活动自由”等表述。^⑤三是由宪法中的经济政策吸收投资自由。从上述三种宪法规范的表述形式可以看出,投资自由并未局限于基本权利章节,也可能以经济政策的形式存在于宪法的其他章节中。在《中华人民共和国宪法》之中,与之最契合的当属总纲第11条“非公有制经济”和第16条“自主经营”,该两条确认了非国有企业和国有企业的投资自由。

(三) 助推人类命运共同体构建的南亚直接投资保护

中资企业南亚直接投资保护的内核是基本权利保护,对其基础路径价值的考察实际上就是南亚直接投资保护能否成为人类命运共同体有机组成部分的问题。自“一带一路”倡议提出以来,南亚地区具有的海陆相连、纵横交错的复合枢纽特征使其投资战略地位和发展潜力日渐凸显,中资企

① 温冠英:《“行政国家”与经济自由》,《江西社会科学》,2003年第8期,第156页。

② 笹田荣司,“基本権の実効の保護(一):西独基本法一九条四項の解釈論を手がかりとして,”法政研究,Vol.53, No.2, 2010, p.86.

③ 许崇德编:《中华法学大辞典·宪法学卷》,北京,中国检察出版社,1995年版,第766页。

④ 例如,《泰国国宪法》第82条第2款规定,“国家发展与其他国家的贸易、投资与旅游业,保护与关照在国外的泰国人民的利益”。此种形式还可见于《尼泊尔临时宪法2063》第33条、《老挝人民民主共和国宪法》第14条。

⑤ 例如,《格鲁吉亚宪法》第30条,“国家有促进自由经营和经济竞争发展的义务。”此种形式还可见于《印度宪法》第301条和《西班牙宪法》第38条等。

人类命运共同体视野下中资企业南亚直接投资保护

业的重大投资合作项目纷纷落地巴基斯坦、孟加拉国和印度等国，中巴经济走廊、孟中印缅经济走廊等建设进一步推动了互联互通和产业合作。龚柏华认为，“一带一路”倡议是倡导构建人类命运共同体的重要步骤。^① 人类命运共同体强调的是“你中有我、我中有你”，关乎的是发展权利与利益的高度融合，中国与南亚各国在发展目标、经济利益、合作意愿方面的契合也为中资企业南亚直接投资助推人类命运共同体构建提供了基础和条件。首先是发展目标协调性。中国与南亚各国都是发展中国家，在发展目标上是契合的，而中国奉行互利共赢的开放战略也能够让南亚各国搭乘中国发展的“顺风车”实现其自身的发展目标；其次是经济利益一致性。从长远发展来看，中国与南亚各国在本国经济利益和国家间的共同经济利益上存在着一致性，寻求合作共赢的最大公分母；最后是合作意愿的平等性。中国与南亚各国政府及企业之间存在着强烈的投资合作意愿，以平等主体的地位拓展以目标协调、政策沟通为主的合作路径。^② 那么，中资企业作为“一带一路”倡议中数量最为庞大的实施主体，应该成为构建人类命运共同体的重要成员。更进一步来说，作为人类命运共同体的有机组成部分以及人类命运共同体构建的重要助推器，中资企业南亚直接投资保护需要法治化制度为其保驾护航。

二、国家保护义务：投资保护助推人类命运共同体构建的理据

“一带一路”倡议实施以来，中资企业以南亚直接投资的方式参与人类命运共同体构建，除了需要面对南亚重点国家关键行业与领域的一些传统风险和非传统风险外，也面临一些新的可能损及中资企业权益的问题和挑战，这在一定程度上影响了“一带一路”倡议推进和人类命运共同体构建。讨论人类命运共同体视角下中资企业南亚直接投资保护，全面充分发挥其助推器作用，需要回答三个关键性问题，即南亚直接投资缘何需要国家保护、国家与中资企业之间的关系及中资企业南亚直接投资国家保护义务的概念、范围与原则。

^① 龚柏华：《“三共”原则是构建人类命运共同体的国际法基石》，《东方法学》，2018年第1期，第30页。

^② 吴崇伯、张媛：《构建“一带一路”利益共同体——企业利益相关者视角》，《广西师范大学学报（哲学社会科学版）》，2021年第5期，第1页。

（一）中资企业南亚直接投资的国家保护诉求

随着“走出去”战略、“一带一路”倡议和建设人类命运共同体的推进，国家围绕境外直接投资的备案核准、财政税收、金融外汇、风险预警、信息服务、合规管理、环保责任、投资促进、法律保障、国际经贸规则及国际政策协调等方面陆续出台了相关政策。南亚直接投资风险防范机制在此基础上得到了初步构建，如风险识别、风险预警、风险信息通报、风险应对、项目论证和尽职调查、合规审查、合规培训、环境、竞争中立及社会影响评价、环境监测等。然而，这并不代表从此投资“无忧”，中资企业在南亚直接投资的过程中充分体现了人类命运共同体理念，但也面临一些新的问题和挑战。种种迹象表明我国南亚投资环境日益严峻，近年来在投资安全、准入壁垒、执法干预、关键行业与领域风险等方面尤为突出。

首先是南亚各国投资安全环境较差。根据《中国“一带一路”投资安全研究报告（2021）》，2019年各国投资安全一级指标总得分（百分制）中的“经济安全”、“金融安全”、“政治安全”、“社会安全”和“对华关系安全”五项指标中，印度为94分、84分、72分、53分、61分，巴基斯坦依次为44分、58分、39分、18分、89分，斯里兰卡为31分、48分、50分、34分、53分，孟加拉国为47分、85分、47分、28分、40分；2010~2019年印度、巴基斯坦、斯里兰卡、孟加拉国投资安全指数变化均值分别为55分、38分、35分、32分。^①可见，南亚除印度外，其余国家整体投资安全水平中等偏下，并且在部分南亚国家，政府变动、局部战争、武装冲突、人身安全、恐怖主义、程序繁复和腐败等问题加大了中资企业对南亚国家投资的风险。据在巴基斯坦的中资企业反映，一些垄断行业进入困难度非常大，部分行业虽已进入，但在实际经营中常常会有反对势力散布虚假言论或通过煽动当地工人发动罢工等扰乱中资企业正常经营。^②

其次是投资准入壁垒日渐严苛。例如印度的中资企业至今尚未获准承揽港口、船坞、机场及其他印方认为属于敏感区域内的工程，并在新的外

^① 余金艳、梁昊光：《中国对“一带一路”共建国家投资安全态势分析（2010~2019）》，载计金标、梁昊光主编：《“一带一路”投资安全蓝皮书：中国“一带一路”投资安全研究报告（2021）》，北京，社会科学文献出版社，2021年版，第13~15页。

^② 中国出口信用保险公司：《国别投资经营便利化状况报告（2018）》，中国出口信用保险公司网站，2019年2月，第8页。<https://www.sinosure.com.cn/images/khfw/wytb/tzhzcj/2019/06/06/06165525BF91BF93F37A21F51C30C58BF3DF5574.pdf>

人类命运共同体视野下中资企业南亚直接投资保护

商投资政策中进一步限制中资企业准入条件。这一系列针对性政策带来的后果也是显著的，在印度的中资企业已从 2019 年年底的超过 1000 家减少到 2021 年 10 月底的约 700 家。^①

再次是执法干预严重。在印度，2022 年 5 月印度执法机构指控中国科技公司小米（印度）违反外汇管理法并冻结其资金 48 亿元人民币，该公司称其前任高管及家属在接受印度执法机构询问时曾遭到“身体暴力和胁迫威胁”。^② 另有分析指出：“在中印关系下行的大背景下，我们在印度的任何行为都会被印度政府和执法部门用放大镜进行检视。”^③ 而据相关统计显示，至少有 500 家中资企业在印度遭遇了税务及合规性审查。^④ 在孟加拉国，当地环保执法力度加大，个别中资企业项目被强行关停并处高额罚款，甚至发生相关负责人被扣押的事件。^⑤

最后是关键行业与领域风险加剧。2013 年以来，数字经济、金属与采矿、建筑、能源（化石燃料）、可再生能源、金融与银行等关键行业领域法律风险事件频发。例如在数字经济领域，2020 年抖音国际版（TikTok）先后在印度和巴基斯坦遭禁用；在金属与采矿行业，信息披露、土地纠纷、生计影响、暴力、抗议、任意拘留、土著人权利以及采矿活动等诱因给位于南亚冲突和高风险地区的中资企业带来极大的风险。总之，新旧风险相互交织使得我国境外资产暴露于巨大风险敞口下的重大危机中，严重阻碍了“一带一路”倡议推进和人类命运共同体构建，通过国家保护及时有效化解风险的诉求日益增强。

（二）国家与中资企业之间的关系

从权利义务的相互对应特性来看，国家与中资企业之间的关系也就是国家与基本权利主体的关系，其大体可以划分为四类：一是“国家权力—

① 王珍：《中国掘金“印度制造”投资热短期遇冷 后疫情时代仍有合作空间》，第一财经网，2022 年 1 月 26 日。<https://www.yicai.com/news/101302475.html>

② 胡波波：《小米称小米印度员工遭印执法机构“极端胁迫”，消息人士：印方不是心血来潮突袭》，环球网，2022 年 5 月 9 日。<https://3w.huanqiu.com/a/de583b/47vucGpzRRY?p=2&-agt=4>

③ 同上注。

④ 《中国手机大厂确认：团队已撤出印度！原因“众所周知”》，《中国基金报》，2022 年 7 月 24 日。

⑤ 中国出口信用保险公司资信评估中心：《国别投资经营便利化状况报告（2016）》，2016 年 12 月，中国出口信用保险公司网站，第 192 页。<https://www.sinosure.com.cn/images/khfw/wyrb/tzhzcj/2018/04/16/1611144298D8F21B37BBAA956E440F764FA8DF9E.pdf>

个体义务”；二是“国家义务—个体义务”；三是“国家权力—基本权利”；四是“基本权利—国家义务”。然而受到现代宪法理念的影响，为了防止势单力薄的个体遭受强大国家机器的侵害，宪法的效用一开始就限定为国家与个体这一纵向关系上，而非个体与个体之间的横向关系。狄骥（Léon Duguit）指出，国家保有权力，是为了满足现代社会经济组织的需要所必须履行的义务。^① 二战后，陆续有国家在宪法中提出国家对基本权利的义务。时至今日，在大多数国家成文宪法的架构中，第四类即“基本权利—国家义务”已然成为法治建设主旋律，这也是法治化定位与处理国家和中资企业之间关系的主轴。

中资企业南亚直接投资逐步走向规范和成熟，相关制度也在实定法层面开始明确，如何对其加以保护，金融、企业管理等学科已进行了较多的研究及探讨。然而从中资企业南亚直接投资活动中抽象、提取出来的投资自由，作为一项基本权利，需要在作为法秩序之基础的宪法层面搭建制度地基，以避免分流向各领域的过程中出现部门法碎片化的情况。置于现实语境中，全球投资的高度复杂性以及波诡云谲的竞争局势极大地钳制了境外的中资企业。以保护投资自由为目的的国家保护义务理论所提供的法治路径，则是保护和实现中资企业南亚直接投资的重要法治选项。也就是说，境外投资保护体系应当建立在国家保护义务这一理论基石之上，并将其贯穿于境外投资保护制度的供给和实施的整个过程。如果国家保护义务的立法与履行缺位，将在很大程度上给中资企业南亚直接投资及其利益保护带来诸多法治困境，甚至有可能影响中资企业南亚投资与境内经营的生存和发展以及“一带一路”倡议的推进和人类命运共同体的构建。

（三）国家保护义务的概念、范围与原则

近年来越来越多的学者开始关注基本权利遭受第三人侵害时国家如何作为。本文认为，中资企业南亚直接投资的国家保护义务指的是对中资企业直接投资南亚重点国家的数字经济、金属与采矿、建筑、能源（化石燃料）、可再生能源、金融与银行、服装与纺织及粮食、农业与畜牧业等行业与领域^②过程中遭遇第三人侵害或可能面临潜在的第三人侵害，国家基于对

^① [法] 狄骥：《公法的变迁》（郑戈译），北京，商务印书馆，2013年版，第7页。

^② 因本文多处涉及“南亚重点国家的数字经济、金属与采矿、建筑、能源（化石燃料）、可再生能源、金融与银行、服装与纺织及粮食、农业与畜牧业等行业与领域”，下文简称为“南亚重点国家的数字经济等行业与领域”。

人类命运共同体视野下中资企业南亚直接投资保护

中资企业的投资自由受到第三人侵害而提供保护，由此产生了基本权利的保护义务功能，同时也对实施侵害或可能造成侵害的第三人采取相应措施予以限制。第三人侵害中所指“第三人”，置于南亚直接投资语境中，并不局限于自然人、企业或东道国当局，尤其在南亚一些国家，极端组织、恐怖组织侵害也不容小觑。以巴基斯坦为例，2020年巴基斯坦共发生146起恐怖袭击，其中，“中巴经济走廊（CPEC）项目/工人/中国人”遭遇1起袭击；^①2021年巴基斯坦共发生207起恐怖袭击事件，较2020年增加42%，其中“中巴经济走廊（CPEC）项目/工人/中国人”遭遇4起袭击。^②

面对中资企业南亚直接投资过程中可能发生或已遭遇的第三人侵害，应当采取何种措施体现投资自由的国家保护义务，换言之国家应当采取何种措施与基本权利保护义务之要求匹配。对此，学界虽尚无定论，但大多强调的是比之“如何履行”更为重要的是“有没有履行”。而在司法实务界，吴庚的观点是：对侵权的行为“不得过度禁止”，对被害者的保护“不应不足”。^③尽管理论和实践的观点都未表明国家应当“如何”尽到保护义务，但在肯定义务履行主体的自由裁量权的同时也为裁量空间划定了界限，在“不足禁止”与“过度禁止”之间寻求最佳立基点。归纳而言，中资企业南亚直接投资的国家保护义务应遵循不足禁止原则和过度禁止原则。

不足禁止原则指的是在中资企业南亚直接投资过程中保护义务的履行必须坚守宪法所预设的“底线”，所采取的投资自由保护手段应当与中资企业的南亚直接投资诉求相匹配。这一原则的确立源于主客观现实的诉求。中国贸促会研究院调查发现，疫情影响仍在持续、政治局势不稳定、经济及汇率波动较大、法律法规解释执行不一致/不明确、劳动环保等法律法规过严、获取相关证件困难是中资企业境外投资遇到或担心遇到的五大非商

① PIPS, “Pakistan Security Report 2020,” *Conflict and Peace Studies*, Vol. 13, No. 1, Jan-June 2021, p. 17. <https://www.pakpips.com/web/wp-content/uploads/2021/06/Final-Report-2020.pdf>

② PIPS, “Pakistan Security Report 2021,” *Conflict and Peace Studies*, Vol. 14, No. 1, Jan-June 2022, p. 15. <https://www.pakpips.com/web/wp-content/uploads/2022/01/Sr2021FinalWithTitles.pdf>

③ 吴庚：《宪法的解释与适用》，台北，三民书局，2004年版，第137页。

业性困难。^① 联合国贸易发展会议 (UNCTAD) 发布的报告也指出,“全球投资限制(如出于政治原因的投资限制)可能进一步恶化情况”是导致各类跨境投资进一步下降的五个因素之一。^② 当前这种情况下,国家对投资自由的保护可能很难及时同步应变以契合中资企业的主观诉求。客观上,世界经济的剧变、国际经济秩序的改变以及大国关系的波诡云谲,也使得已有的投资自由保护措施不能达到保护的目。因此,为了使中资企业南亚直接投资能够得到及时和有效的保护,国家保护义务应当切实贯彻不足禁止原则。在自由裁量权的空间内,与不足禁止原则所对应的另一端就是过度禁止原则。而过度禁止原则指的是在中资企业南亚直接投资过程中可能或者已经遭遇第三人的侵害,国家所采取的保护手段不得超过宪法所预设的“上限”,避免过度僭越损及他人基本权利。

三、合力合规:投资保护助推人类命运共同体构建的路径

习近平总书记在第三次“一带一路”建设座谈会上强调了“理念认同转化为务实成果”的重要性。^③ 中资企业南亚直接投资保护是人类命运共同体的有机组成部分,在新的历史时期,从国家保护义务的理论路径切入投资保护助推人类命运共同体构建的实践,是一种理论转化为行动的路径。具体表现为,以人类命运共同体为指导理念,建立以中资企业投资保护为核心、各类义务承担关键主体为支撑的合力合规机制,化解中资在南亚直接投资过程中面临南亚重点国家关键行业与投资领域的传统风险和非传统风险,完善投资保护助推人类命运共同体构建的法治策略,依法凝聚发展共识与合力。

(一) 关键主体

在人类命运共同体视野下,面对后疫情时代及国际投资格局与秩序巨

^① 中国贸促会研究院:《中国企业对外投资现状及意向调查报告(2021年版)》,中国贸促会研究院网站,2022年4月,第20页。<http://www.ccpit-academy.org/upload/20220511/6378787970094541022048938.pdf>

^② Christoph Nedopil Wang:《新冠疫情下,中国“一带一路”投资情况分析》,中央财经大学绿色金融国际研究院,2020年8月3日。<http://iigf.cufe.edu.cn/info/1012/3433.htm>

^③ 《习近平在第三次“一带一路”建设座谈会上强调以高标准可持续惠民生为目标继续推动共建“一带一路”高质量发展》,人民网,2021年11月19日。<http://jhsjk.people.cn/article/32287265>

人类命运共同体视野下中资企业南亚直接投资保护

变,实现印度、巴基斯坦、斯里兰卡、尼泊尔、孟加拉国等国关键行业与领域直接投资的国家保护义务,从而助推人类命运共同体构建具有无可辩驳的重要意义。从1979年首次“允许出国办企业”^①,到起步探索阶段对境外投资有所限制,再到逐步提升境外直接投资的制度保护,国家对境外投资的重视与推动为投资保护助推人类命运共同体构建由“理念认同转化为务实成果”提供了良好机遇。当下,中国实现中资企业南亚直接投资国家保护义务,首要任务并非规范论证,而是以人类命运共同体为指导理念尽可能准确定位南亚直接投资法治保护诉求的基础上,依托“立法+行政+司法”协同合作优化路径,明确各类义务承担关键主体在实现中资企业在南亚重点国家的数字经济等行业与领域直接投资国家保护义务过程中应分别发挥何种作用,^②这也有利于清晰化投资保护助推人类命运共同体构建的行动路径与实践意义。

首先,立法机关履行“宪法委托”具体化法律制度。其立法保护义务的履行主要体现在基于主体的诉求差异及保护法益的不同,制定相关法律、构建相应制度。有学者认为,任何国家的宪法都无法事必躬亲地规定一切事项,对于某些过分抽象的事项,立宪者选择通过“授权”的方式交由立法者来予以明确,即为“宪法委托”^③。依其所言,在《中华人民共和国宪法》第16条^④、第18条第1款^⑤、第27条第3款^⑥、第40条^⑦等诸多条款中,诸如“依照法律规定”和“在法律规定的范围内”等皆属于此。归纳而言,立法机关作为国家保护义务承担关键主体之一,其履行的方式就是

① 赵蓓文、李丹、金川、丁红艳:《中国引进外资与对外投资演变40年》,上海人民出版社,2018年版,第65页。

② 陈海嵩:《国家环境保护义务的溯源与展开》,《法学研究》,2014年第3期,第74页。

③ 陈新民:《宪法基本权利之基本理论上》,台北,元照出版公司,2002年版,第38~66页。

④ 《中华人民共和国宪法》第16条规定,“国有企业在法律规定的范围内有权自主经营。国有企业依照法律规定,通过职工代表大会和其他形式,实行民主管理”。

⑤ 《中华人民共和国宪法》第18条第1款规定,“中华人民共和国允许外国的企业和其他经济组织或者个人依照中华人民共和国法律的规定在中国投资,同中国的企业或者其他经济组织进行各种形式的经济合作”。

⑥ 《中华人民共和国宪法》第27条第3款规定,“国家工作人员就职时应当依照法律规定公开进行宪法宣誓”。

⑦ 《中华人民共和国宪法》第40条规定,“中华人民共和国公民的通信自由和通信秘密受法律的保护。除因国家安全或者追查刑事犯罪的需要,由公安机关或者检察机关依照法律规定的程序对通信进行检查外,任何组织或者个人不得以任何理由侵犯公民的通信自由和通信秘密”。

接受宪法的委托将“某些过分抽象的事项”进行具体化和明确化的处理。就中资企业直接投资保护在立法保护层面的演进来，最初只是出现在《关于经济改革的十五项措施》及党的十四大报告等政策文件中，尚未以立法形式出现具体明确的保护性规定。之后，随着“走出去”战略和“一带一路”倡议的相继提出与推进，立法保护开始以相关法律法规和制度的形式出现。例如，2018年施行的《中华人民共和国中小企业促进法》第41条第2款规定，国家有关政策性金融机关应该开展出口信用保险等业务支持中小企业到境外投资。^①相较于20世纪八九十年代来说，境外直接投资保护制度发生了极大的变化，但中资企业南亚投资实践诉求仍然存在疏漏与缺欠，不利于提升中资企业在南亚重点国家的数字经济等行业与领域的竞争力。事实上，中资企业很难在境外直接投资保护制度模糊的情况下，通过分析“个体的投入与产出”做出“效益最大化”的南亚投资决策。例如，在印度的数字经济领域，阿里巴巴集团和蚂蚁集团投资的电商公司 Paytm Mall 估值从2019年7月的30亿美元下降至1300万美元；^②2022年腾讯投资的 Sea 集团旗下游戏《Free Fire》遭禁，市值蒸发160亿美元。^③从该角度加以考虑，需要强调立法机关在中资企业直接投资保护中的立法保护义务，推动立法机关在其权限范围内综合考量相关因素后制定相应的境外投资法律，不仅仅停留在国家保护义务在立法实践中的体现，更是需要从顶层设计上为中资企业“走出去”保驾护航。

其次，行政机关实施保护行政与计划行政。相对于立法机关在国家保护义务中居于核心和关键地位而言，行政机关并非义务的“优先承担者”，行政保护义务体现为行政机关被分派到的一种具有双重性质的任务：一是基于国家权力的权威性，行政机关需要将文本上的法律通过执行的方式赋予其生命力，使之在现实中“活起来”与“落下去”；二是行政机关还需要制定、实施相关行政计划，为不同目的之实现创设有利条件。与此同时，当基本权利穷尽一切路径而无实现之可能时，需要行政机关通过积极作为

① 《中华人民共和国中小企业促进法》第41条第2款规定，“国家有关政策性金融机构应当通过开展进出口信贷、出口信用保险等业务，支持中小企业开拓境外市场”。

② 夏雨辰：《阿里、蚂蚁退出印度最大电商 Paytm Mall》，华尔街见闻网，2022年5月19日。
<https://wallstreetcn.com/articles/3659792>

③ 应依汝：《160亿美元市值蒸发背后：东南亚“小腾讯”的麻烦不只是印度》，华尔街见闻网，2022年2月15日。
<https://wallstreetcn.com/articles/3651941>

人类命运共同体视野下中资企业南亚直接投资保护

保护基本权利主体的各种权益免受侵害，有学者将其称为“保护行政”^①。行政机关并非义务的主要承担者，不意味着对国家保护义务的履行可以持有消极和被动的态度，与之相反，行政机关应积极并主动地根据实际情况制定相关行政计划履行保护中资企业在南亚直接投资过程中免受第三人侵害的义务。中资企业自身缺乏风险评估研判能力，在南亚一些冲突频发区域进行投资可能面临较高的风险。例如海尔集团与鲁巴集团联合投资设立的海尔—鲁巴经济区位于拉合尔市，2016年至2022年期间该市多次发生爆炸或恐怖袭击事件，这就需要行政机关提供安全保护预警信息、发布危险系数评估、制定紧急事件应对预案等以满足中资企业的保护需求。从近五年部分行政机关在中资企业南亚直接投资国家保护义务中所承担的部分职责来看，商务部承担权益保障、投资促进、风险预警等职责；各驻外经商机构提供一线服务，协助企业与东道国各方沟通交流，对发生变化的各种压力和预期做出及时调整和反应；国家发改委承担宏观指导与信息服务、投资规则与制度构建等职责。但是，随着南亚直接投资规模逐年扩大，中资企业在印度、巴基斯坦、斯里兰卡、尼泊尔、孟加拉国等国关键行业与领域直接投资存在较大的风险敞口，项目推动阻力和风险较大。以电力行业为例，中国贸促会调研显示，受到疫情影响，中央企业项目推动困难成为普遍现象，某中央企业的项目取消比例高达90%，孟加拉国、尼泊尔等国项目停工较多，部分运营电站已收到巴基斯坦政府要求修改电价机制的函件。^② 这些问题也在一定程度上反映出行政机关在中资企业南亚直接投资过程中的保护义务履行滞后与不足，对“一带一路”倡议和人类命运共同体构建有序推进产生一定的影响。

最后，司法机关进行法律的合宪解释。在宪法的影响和控制下，司法机关作为“解释者”解释位阶较低法律的活动，正是“法律的合宪解释”，又称为“合宪解释”，在私法领域可以视作基本权利向私人权利关系的转化与延伸，也是司法机关履行国家保护义务的路径所在，亦是司法保护义务的履行方式，即通过普通案件的审理，将宪法精髓以合宪解释的方式融入法秩序，在宪法与部门法之间进行诠释循环，这或将成为司法机关履行保护义务的最有效路径。具体而言，当有关境外直接投资的某一法律条款存

^① 杨建顺：《日本行政法通论》，北京，中国法制出版社，1998年版，第322~324页。

^② 《新冠肺炎疫情对电力央企海外业务的影响及对策》，中国国际贸易促进委员会经贸摩擦预警管理系统网，2021年1月26日。<https://yj.ccpit.org/warningSolution/9483/detail>

在两种以上的解释或者含义不明时，司法机关对宪法规范的阐述有利于困局的化解，也使之更具可操作性。司法机关在具体案件中所做的解释，不仅是境外直接投资个案的事后保护，某些案件还能够对之后中资企业南亚直接投资案件进行司法层面的指引。为推进“一带一路”建设、保护中资企业投资利益，从宏观层面来看，最高人民法院于2015年和2019年先后发布了两份关于“一带一路”建设的司法解释，^①天津高级人民法院和重庆高级人民法院也分别在2017年和2020年发布司法文件；^②从微观层面来看，各地法院发布的指导案例对于南亚直接投资的一些争议性法律问题也能够做出有效指引。最高人民法院先后于2015年、2017年和2022年发布三批共计28例涉“一带一路”建设典型案例，2019年天津海事法院审结涉“一带一路”案件272件，2018年上海市高院就在全市五年审结涉“一带一路”案件2464起的基础上发布了8例典型案例。截至2022年5月26日，在中国海事法院审结的涉外案件中，2020年巴基斯坦5件、印度3件、尼泊尔1件、孟加拉国1件；2021年巴基斯坦2件、印度6件、孟加拉国4件；截至2022年5月底巴基斯坦2件、印度4件、孟加拉国1件。^③虽然目前各地法院公布的指导案例未涉及南亚重点国家的数字经济等行业与领域的投资问题，但这些案件仍然给“一带一路”倡议推进和人类命运共同体构建敲响了警钟。这也意味着作为国家保护义务体系最后的防线，司法机关有必要履行司法保护义务，为中资企业南亚直接投资提供相应的保护。

（二）制度框架

原则唯有具体化才能付诸实践，把纸面上“应当是这样”的内容转变

^① 参见《最高人民法院关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》，法发〔2015〕9号，2015年6月16日，<http://gongbao.court.gov.cn/Details/b10a1d30141bc4a4c7886b00d759c3.html>；《最高人民法院关于人民法院进一步为“一带一路”建设提供司法服务和保障的意见》，法发〔2019〕29号，2019年12月9日。<https://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-212931.html>

^② 参见《天津法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的实施意见》，津高法〔2017〕263号，2017年12月28日，<http://tjfy.tjcourt.gov.cn/article/detail/2018/01/id/3180016.shtml>；《重庆市高级人民法院关于为重庆在推进共建“一带一路”中发挥带动作用提供司法服务和保障的意见》，2020年1月6日。http://jxlx.pkulaw.cn/fulltext_form.aspx?Gid=18338471&Db=lar

^③ 《涉外案件统计》，中国海事审判网站。<https://cmt.court.gov.cn/hssp-zw/#/szsj?tab=swajtj>

人类命运共同体视野下中资企业南亚直接投资保护

为实际行动并在社会生活中得到贯彻。^① 中资企业南亚直接投资的国家保护义务同样需要体系化建构，以实践类型化的形式呈现出来，方能体现其价值并发挥相应效能。具体而言，中资企业南亚直接投资的国家保护义务系统框架主要由制度性保障义务与狭义保护义务组成，前者强调的是从制度层面为投资自由实现创造条件，后者主要是保护投资自由免受第三方侵害。

中资企业南亚直接投资的制度性保障义务，主要是指在宪法上规定了投资自由是作为一种制度而存在的。基本权利的“制度保障”理论最早见于欧里乌（Maurice Hauriou）在 19 世纪的论述。到了 1923 年，沃夫（Martin Wolf）在其著作《帝国宪法与财产权》中确定为“制度性保障”，数年后施密特（Carl Schmitt）将其体系化。施密特指出，制度性保障是一种为法律所认可的制度，有别于基本权利。^② 随着这一理论的进一步发展，学术界的关注点开始转向国家为构建制度所应履行的积极义务，而不再拘泥于保障已有制度，国家应当迭代其基本权利保障制度的内容以切合时代进步与社会变迁。结合前文对各国宪法文本分析的基础上，细化有关投资自由的制度性保障义务条款，大体归纳为三种基本构造：投资自由单项规定的制度性保障义务，^③ 吸收投资自由的其他基本权利规定所涵摄的制度性保障义务，^④ 作为“经济政策”所涵摄的制度性保障义务。^⑤ 我国的投资自由制度性保障亦是以“经济政策”的形式出现在《中华人民共和国宪法》总纲第 15 条。

与制度性保障义务紧密相关的一个概念是狭义保护义务。中资企业南亚直接投资过程中遭受第三人侵害时，国家为保护其投资自由所积极履行的义务，即狭义保护义务，其与制度性保障义务最明显的区别是：前者直接保护中资企业南亚直接投资免遭第三方侵害，后者则是在制度上提供投资自由实现的条件。狭义保护义务在时间上的覆盖范围囊括了侵害发生的

^① 王红霞：《论法律实施的一般特性与基本原则——基于法理思维和实践理性的分析》，《法制与社会发展》，2018 年第 4 期，第 169 页。

^② [德] 卡尔·施密特：《宪法学说》（刘峰译），上海人民出版社，2005 年版，第 182~184 页。

^③ 例如，《尼泊尔临时宪法 2063》第 33 条规定：“国家必须遵循以下义务：（1）遵循促进工业、贸易和出口的投资增加政策，并广泛增加就业和提高收入的机会，以保证劳工的职业权利。”

^④ 例如，《马尔代夫共和国宪法》第 18 条规定：“遵循本宪法条文的规定，保护与促进本邦所载权利与自由，是国家的义务。”

^⑤ 例如，《意大利宪法》第 41 条第 3 款规定：“法律规定适当的规划和监督措施，以使公营和私营经济活动能相互配合并服务于社会目标。”

“事前”到“事后”全过程。^① 如果从国家保护义务层次的逻辑演进来看，还可以进一步划分为事前、事中、事后三个阶段，以及预防保护义务、排除保护义务、救济保护义务三个层次。^② 对其加以整合，对应的分别是：事前一预防保护义务、事中一排除保护义务、事后一救济保护义务。这些保护义务形塑了中资企业南亚投资国家保护义务的完整保护链条，解决了其保护体系发展完善中的结构性问题，并具体表现为以下三个方面。

首先，中资企业南亚直接投资的预防保护义务指的是对于中资企业在南亚重点国家的数字经济等行业与领域直接投资过程中可能遭遇的侵害，国家有积极采取预防性措施预防侵害发生或者将侵害程度降至最低的义务。其本质上强调的是在第三人实施侵害以前对未来可能发生的损失进行的预防性警示与规制，具体表现为社会的一般指引，从被动应对转向积极防范是其“防患于未然”的显著特征，而这一职责主要由立法机关所承担，也可将其视为立法保护的途径之一。中资企业南亚直接投资的预防保护义务实际上就是在宪法所划定的权利边界内概括总结中资企业南亚投资实践经验，参考借鉴美、法、日等发达国家的境外投资风险预防性保护措施，为中资企业提供一定的中资企业在南亚重点国家关键行业和领域直接投资中由于信息披露和环境影响评估不充分等问题^③诱发的投资风险防范行为模式。在人类命运共同体理念指导下，为中资企业提供南亚直接投资预防保护，有必要强调不能损害其他投资主体的基本权利。此类法益的冲突，尤其体现在南亚直接投资的环保责任规范、投资促进服务、国际经贸规则及国际政策协调等方面。

其次，中资企业南亚直接投资的排除保护义务，指的是如果第三人在中资企业直接投资南亚重点国家的数字经济等行业与领域过程中实施侵害，国家有义务及时采取措施加以制止，保护中资企业投资利益免受或者少受损害。排除保护义务在国家保护义务体系中地位较为特殊，一来它是预防

① 陈慈阳：《宪法学》，台北，元照出版有限公司，2005年版，第357页。

② 龚向和、刘耀辉：《论国家对基本权利的保护义务》，《政治与法律》，2009年第5期，第62页。

③ 诱发投资风险的因素包括信息披露和环境影响评估不充分、土地权利侵犯、生计影响、劳工权利侵犯、污染与健康威胁、土著人权利保护、殴打与暴力、安全/安保问题与冲突地区、工作场所健康与安全等问题。这些因素分析资料来源于笔者2018年在缅甸仰光和曼德勒两地的调研以及企业责任资源中心（Business & Human Rights Resource Centre）2021年8月发布的《负责任地“走出去”：中国全球投资的社会、环境和人权影响》。<https://www.business-humanrights.org/zh-hans/来自我们/简报/负责任地走出去中国全球投资的社会环境和人权影响/>

人类命运共同体视野下中资企业南亚直接投资保护

保护义务的自然延伸,需要践行上一阶段所制定的法律法规;二来它也是救济保护义务的前期准备,同时充当预防保护义务与救济保护义务之间的衔接与过渡。以中巴经济走廊为例,《中国“一带一路”投资安全研究报告(2021)》显示巴基斯坦在“对华关系安全”这一项指标为89分,中国与巴基斯坦在国际关系层面较高的友好度为中资企业投资提供了良好的战略互信平台;但该报告显示,“政治安全”和“社会安全”两项指标仅为39分和18分,加之一些政治派别和传统部落势力由于宗教、民族和文化等多方面的差异未完全认同中巴经济走廊的价值,“中巴经济走廊(CPEC)项目/工人/中国人”在2020年和2021年共计遭遇5起恐怖袭击,非传统安全风险不容忽视。^①而非传统安全风险具有的非对称性、不确定性等特性,意味着预防保护义务无法完全阻止诸如东道国内生恐怖袭击、政府违约等已经发生或即将发生的第三人的行为侵害或威胁到中资企业南亚直接投资,需要有相应的举措能够有效控制已经发生的侵害并及时止损或者有效应对、化解即将发生的侵害或威胁,这正是排除保护义务的价值所在。侵害排除与控制手段的运用就涉及中资企业南亚直接投资相关法律的执行与适用,抽象来说就是国家保护义务从立法保护向执法保护过渡。对于中资企业南亚直接投资的法治保护,唯有立法保护显然是不够的。因此有学者指出,行政机关对于投资者的保护有其不可替代之处,尤其是处理侵害方面具有极大的优势,还能够抵消立法保护不足所造成的一些问题。^②从境外直接投资普适性层面来说,行政机关履行中资企业境外直接投资的排除保护义务主要体现在,当侵害投资自由的情形发生时,中资企业能够寻求到行政机关所提供的保护或是行政机关在其权限范围内对投资自由予以保护;从南亚直接投资特殊性层面来说,针对中资企业在数字经济、金属与采矿、建筑、能源(化石燃料)、可再生能源、金融与银行、服装与纺织及粮食、农业与畜牧业等行业与领域,面临由信息披露和环境影响评估不充分等问题诱发的投资风险,仅凭中资企业个体无法有效应对与化解,需要依靠行政机关通过采取相应的保护性措施消减中资企业与东道国政府、企业、民众等主体间的冲突。

最后,中资企业南亚直接投资的救济保护义务指的是中资企业在南亚

^① 黄河、许雪莹、陈慈钰:《中国企业在巴基斯坦投资的政治风险及管控——以中巴经济走廊为例》,《国际展望》,2017年第2期,第145页。

^② 戚文举:《投资者法律保护测度研究综述:基于立法与执法视角》,《外国经济与管理》,2011年第4期,第61页。

直接投资过程中业已遭受来自第三人的侵害并造成了损失，此时国家有义务追究第三人的责任，赔偿中资企业的损失。投资自由从本质上来说属于宪法上的自由权，其救济保护义务不可避免地涉及自由权的可诉性问题。在英美法系国家，法院以个案审理的方式保护已有的自由权、创设新的自由权。换言之，新的自由权“诞生”于法院的判决。事实上，英国普通法院早在17世纪就已基于宪法的规定对自由权遭受侵害的个人给予相应的救济并形成判例。最为著名的案例当属1803年“马伯里诉麦迪逊案”，是法院采用违宪审查制度对自由权给予司法救济的标杆。^①大陆法系国家则是设立专门机关保护自由权。就德国联邦宪法法院典型判例来说，有1958年涉及意见自由的“吕特案”、1985年涉及集会自由的“布洛克多夫案”、1990年涉及职业自由的“商业代表案”以及1995年涉及宗教自由的“十字架案”等。归纳而言，在这些国家，自由权具有可诉性。^②而在我国，有学者用“宪法疏离”来描述文本与实践之间的关系。^③随着国际格局演变和经贸关系变迁，从中资企业在南亚重点国家关键行业与领域投资的一些失利项目及相关报道可以看出，无论传统风险还是非传统风险都不容小觑。以斯里兰卡为例，中交集团第一期投资14亿美元的港口城项目被斯里兰卡政府叫停造成高昂损失，中交集团据此提出1.4亿美元的赔偿要求。^④投资自由的可诉性在短期内或许依然是一个难解的理论争议，但这并不意味着司法保护的途径被彻底隔断，救济保护义务或许就是保护中资企业南亚直接投资的一种不错的选择。

（三）具体措施

全球投资时代背景的深刻变迁、旧有投资保护的制度瓶颈以及南亚直接投资高质量发展的实践诉求，为国家保护义务融入南亚直接投资保护领域助推人类命运共同体构建提供了历史契机。国家保护义务完整保护链条的建构与实现，需要细化升级立法、行政与司法机关三类义务承担关键主

① 刘晗：《宪制整体结构与行政权的司法审查“马伯里诉麦迪逊案”再解读》，《中外法学》，2014年第3期，第809页。

② 龚向和：《理想与现实：基本权利可诉性程度研究》，《法商研究》，2009年第4期，第33~34页。

③ 王勇：《当代国家治理模式中宪法实践的困境与出路》，《法商研究》，2015年第3期，第55页。

④ 《斯里兰卡一度叫停中斯港口城内幕曝光 美媒：印度施压》，参考消息网，2016年8月6日。http://www.cankaoxiaoxi.com/world/20160806/1258709.shtml

人类命运共同体视野下中资企业南亚直接投资保护

体在南亚重点国家的数字经济等行业与领域直接投资的各项具体保护措施，以系统性优化投资保护助推人类命运共同体构建的法治路径。

首先，立法机关履行制度性保障义务，加强南亚投资助推人类命运共同体构建的立法供给。从境外直接投资制度性保障的普适性层面来说，立法机关接受宪法委托，能够制定包括南亚投资在内的境外投资相关的规范性法律文件，在全国层面至少存在三个层级，即全国人大制定的《境外投资法》（属于法律层级）、国务院制定的《境外投资条例》（属于行政法规层级）和各部委制定的《境外投资条例实施细则》或《境外投资……管理办法》（属于部门规章层级）。在全国人大出台《境外投资法》之后，为增强这部法律的可操作性，应当继续推动国务院以及各部委和地方政府在《境外投资法》的框架内进一步细化，可以在外汇、金融、保险、税收等领域履行保护义务。以金融支持为例，金融支持是中资企业南亚直接投资的重要助力，但是南亚重点国家的保护主义、投资禁令等诸多阻力因素导致中资企业在数字经济、金属与采矿、建筑、能源（化石燃料）、可再生能源、金融与银行、服装与纺织及粮食、农业与畜牧业等行业与领域融资渠道狭窄，过度依赖自有资金投资。因此，有必要侧重出台保护中资企业的融资政策，为“中资企业+政府+战略投资者+风险投资者+政策性资金+商业性资金”或“中资企业+政策性资金+商业性资金”等各类投资结构的构建提供制度支撑，健全金融支持与保护体系。从南亚直接投资制度性保障的特殊性层面来说，以人类命运共同体为指导理念，针对南亚重点国家的投资实践，借鉴荷兰和法国等国的先进立法经验，有效利用部门规章、地方性法规、地方政府规章针对性、补充性等优势，通过立法明确相关政府及各职能部门应要求中资企业对包括海外项目在内的业务活动进行强制性完善，完善以法律风险尽职调查及其风险防控为核心的合规管理体系建设，进一步加大对数字经济、金属与采矿、建筑、能源（化石燃料）、可再生能源、金融与银行、服装与纺织及粮食、农业与畜牧业等行业与领域的境外资产保护力度，为中资企业南亚投资提供强有力与针对性的立法支撑。立足中资企业南亚直接投资分散风险的实践诉求，健全海外投资保险制度也是制度性保障义务的重要体现，如专项制定海外投资保险法规。不过，考虑到实践的效果，由国务院先行出台相关行政法规，细化有关海外投资保险的主体、程序、险别等问题，为中资企业南亚直接投资的保险选择提供有效指引，或许更为妥当。

其次，行政机关履行预防保护义务与排除保护义务，加强南亚投资助

推人类命运共同体构建的行政保护。从境外直接投资行政保护的普适性层面来说,一方面,行政机关履行预防保护义务,体现为商务部、外交部、国资委等部门制定安全监管、风险预警、合规管理、行业发展等专项规范性文件以及建立健全行业安全信息数据发布平台,定时向中资企业推送安全风险信息,邀请专家对重点或者关键事件进行点评,提出应对措施建议。^①另一方面,当前关于境外投资的相关指导意见,在鼓励、限制行业的划分上较为粗略,缺乏科学、合理的规划及政策的对应支持,以致中资企业在选择境外直接投资的方向、行业以及项目上出现失衡与冲突,热门行业与冷门行业之间存在悬殊。^②境外直接投资的方向、行业以及项目也是行政机关制定计划需要考量的内容,有必要进一步加强对中资企业境外直接投资的引导和服务,积极发挥信息资源优势,减少国有企业之间、国有企业与民营企业之间在同行业、同领域内同质化竞争带来的不必要冲突损耗,合理规划引导中资企业境外直接投资的分布及选择,加大对冷门行业的政策支持力度,减少企业抢占热门市场、热点项目的现象出现,实现空间和时间的错位合理投资。从南亚直接投资行政保护的特殊性层面来说,针对中资企业在印度、巴基斯坦、斯里兰卡、尼泊尔、孟加拉国等国关键行业与领域面临的各类投资风险,其一,有关部门可以加强与中国出口信用保险公司(以下简称为“中信保”)的沟通合作,将其纳入国家推进“一带一路”建设领导小组,鼓励中信保在南亚重点国别、优先领域、关键项目上建立更具针对性、契合性、专门性的综合保险制度。其二,在中资企业的采购、签订合同和发放许可证与执照的过程中,应帮助和促进东道国政府将行业化、类别化等细化的信息披露和其他条件纳入所涉条款,以加强监管体系建设,确保中资企业依法合规经营,降低其非法经营行为对国家形象和其他软实力的负面影响。其三,基于国企投资远超民企投资、国家战

^① 刘红春:《协同共治:对缅投资系统性风险防控机制的发展》,《印度洋经济体研究》,2021年第1期,第110~156页。

^② 根据《2020年度中国对外直接投资统计公报》显示,批发和零售业、制造业、租赁和商务服务业依然是境外企业最为聚集的行业,累计数量超过2.6万家,占境外企业总数的59.9%。此外,建筑业占8.4%;信息传输/软件和信息技术服务业占6.6%;科学研究和技术服务业占5.2%;农/林/牧/渔业占4%;采矿业占3%;交通运输/仓储和邮政业2.9%;居民服务/修理和其他服务业占2%;电力/热力/燃气及水的生产和供应业占1.8%;房地产业占1.7%。参见中华人民共和国商务部、国家统计局、国家外汇管理局:《2020年度中国对外直接投资统计公报》,北京,中国商务出版社,2021年版,第47页。

人类命运共同体视野下中资企业南亚直接投资保护

略投资高于商业投资这一现实，为更好、更快、更稳定地实现中资企业在印度、巴基斯坦、斯里兰卡、尼泊尔、孟加拉国等国关键行业与领域的战略投资目标，建议从营商环境、国家形象、大国博弈、地缘政治、周边外交、国家战略等宏观视角的高度，加强《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）下中资企业南亚各行业与领域投资法律风险的防控整体性与国别化、行业化的顶层设计，精准战略布局，将数字经济、金属与采矿、建筑、能源（化石燃料）、可再生能源、金融与银行、粮食、农业与畜牧业、服装与纺织等与 RCEP 相关的关键经贸合作领域的合规经营等纳入总体规划之中，同时加强与南亚重点国家的沟通合作，适时签署与实质推进备忘录。此外，2019 年巴基斯坦被评为“十大恐怖主义国家”之一，^① 这在一定程度上意味着中资企业在巴基斯坦投资面临巨大的安全风险，主要表现在由于许多重大项目现场安保力量往往涉及军队、准军事力量、警察和保安公司等多个力量，人数众多且安保要求不尽一致，并在项目本地员工聘用、中方人员营地安排、人员出现以及本地安保公司聘请等决定上安保方有较大影响力。个别情况下曾出现负责安保的警方因个人要求未满足，以安全威胁为由要求项目中方员工全部撤离并入住其指定酒店的极端情况，严重影响项目正常施工进度。如中国交通建设集团在瓜德尔港兴建某燃煤项目中，由于安保力量限制，中方员工户外工作每日不得超过三小时，导致项目前期选址、测量和设计工作难以正常开展。^② 因此，商务部等部门应当积极构建“政府主导+中资企业自控+国际维护+外交保护+非政府组织参与+专业团队介入”等各类主体协同合作安全保障组织体系，大幅度提升境内外智库、境外安全服务商、安保公司、公共关系应对机构、专业救援组、合规顾问、医疗救助机构等行政机关以外其他主体境外直接投资安全风险应对的过程性与结果性、形式性与实质性的参与率。

最后，司法机关履行救济保护义务，加强南亚投资助推人类命运共同体构建的司法保障。国际投资救济规则法治是助推人类命运共同体构建的必然要求，面对中资企业投资保护的各类司法困境，从境外直接投资司法保护的普适性层面来说，司法机关履行其保护义务的路径之一就是以人类命运共同体为指导理念将宪法精神贯彻到涉及中资企业境外直接投资的普

^① “Global Terrorism Index 2019.” The Institute for Economics and Peace, September 2019, p. 5. <https://www.economicsandpeace.org/wp-content/uploads/2020/08/GTI-2019web.pdf>

^② 中国出口信用保险公司：《国别投资经营便利化状况报告（2018）》，第 12 页。

通案件判决中。有鉴于此，司法机关有必要及时总结中资企业境外直接投资在司法实践层面的相关经验教训，积极适应国际大环境，以全局观尽快构建境外直接投资司法救济规则，为中资企业境外直接投资的国家保护义务提供稳健的司法制度基础。同时，还能够通过普通案件的审理提升国际投资纠纷解决体系中的话语权。此外，司法机关有必要深入剖析国际条约的基本理论，尤其要准确掌握“一带一路”沿线国家与中国缔结条约的情况、条约的适用范围以及声明保留条款等关键问题，从而提高涉外案件法律适用的准确性、稳定性和一致性。境外直接投资纠纷问题异常复杂，处在投资高速增长与法治保护差异的交汇点，硬性统一规则恐难一蹴而就。司法裁判规则最大的理据就是，能够弥补中国当前境外投资基本法的空白，在一定程度上发挥弥合境外投资立法与涉外司法裁判之间的鸿沟。^① 所以，最高人民法院可以基于涉外司法实践的经验，依据国务院、商务部、国资委、外交部等已出台境外投资政策发布一些具有指导性、针对性、实用性强的涉外司法原则。同时，对于中资企业境外直接投资涉及的股权投资、基础设施建设、跨境并购、产能合作等案件“去芜存菁”，由个案经验总结逐步归纳为类型化经验总结，形成境外直接投资的裁判规则，强化司法救济保护义务规制体系的同时，也提升了中资企业境外直接投资的可预见性。从南亚直接投资司法保护的特殊性层面来说，一方面，近年来南亚一些国家如印度、巴基斯坦和孟加拉国的法院陆续发布禁止仲裁令以制约纠纷主体针对东道国提起仲裁，这在很大程度上对中资企业涉印度、巴基斯坦、孟加拉国投资纠纷解决造成了不利影响。^② 中资企业如果在某国投资受挫且难以通过诉讼得到有效的救济保护，这也会成为往后投资决策的一个重要考量因素。鉴于目前我国立法未明确法院有权禁止或中止仲裁程序，最高人民法院有必要尽快制定相关司法解释，进一步充实完善国际民商事仲裁制度。另一方面，中国、印度、斯里兰卡和马尔代夫已签署《新加坡调解公约》，但巴基斯坦、尼泊尔、孟加拉国、不丹至今尚未签署。^③ 这一公约

① 姚辉、焦清扬：《民法典时代司法解释的重新定位——以隐私权的规范为例证》，《现代法学》，2018年第5期，第74页。

② 杨翠柏、张雪娇：《禁止仲裁令及其对我国企业境外投资的影响》，《西南民族大学学报（人文社会科学版）》，2022年第1期，第69~77页。

③ “Status: United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation,” United Nations Commission on International Trade Law. https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/status

有利于中资企业与印度、斯里兰卡、马尔代夫投资纠纷的多元解决，但目前该公约与中国法律制度的衔接存在一定的冲突，因此在目前尚无国际商事调解法的情况下，司法机关可以先行通过发布相关司法解释来承担这一角色，为公约在中国的落地提供一定的缓冲，积极为中资企业南亚直接投资提供相应的司法保护，助推人类命运共同体构建。

结 语

人类命运共同体是促进各国共同发展的中国方案，中资企业南亚直接投资保护作为人类命运共同体的有机组成部分，是践行该方案中相互依存的全球治理观、共同利益观与可持续发展观的重要路径。纵观全球，乌克兰危机、逆全球化势头下的贸易保护主义、地缘政治紧张局势加剧以及民粹主义和治理能力缺失引发的国际政治和社会动荡等风险因素，对世界经济与国际投资秩序及格局的负面影响逐步显现。许多国家和地区在限制外国或者外商投资方面强化出台了措施，加强了双边与多边经贸规则的谈判和升级，如意大利、日本和欧盟等纷纷出台了法律措施，对医疗、食品、金融、保险等行业的收购增加了限制。基于这样的背景，中资企业在南亚重点国家的数字经济等行业与领域将面临更为严峻的挑战。在宪法中确立的人类命运共同体理念下，境外直接投资保护作为人类命运共同体构建的重要助推器，需要将国家保护义务引入中资企业南亚直接投资保护制度构建之中。事实上，近些年一些南亚重点国家关键行业与领域的项目失利以及合规等风险事件频发，因此在国家保护义务所提供的一种全新视角下，以“侵害者—中资企业—国家”的三方关系为核心重新审视当前境外直接投资保护制度的内生结构性短板的本源性问题，“立法+行政+司法”协同合作是助推人类命运共同体构建的法治策略。换言之，以境外直接投资制度性保护为基础，依托立法权、行政权以及司法权在第三人侵害发生的事前、事中、事后等环节切实履行相对应的预防、排除、救济保护义务，构建完整的保护链条以回应中资企业在南亚重点国家的投资风险的法理化破解的诉求，有效化解乌卡时代（VUCA）境外直接投资的一般性风险以及安全与政治等特殊风险，保护海外运营中资企业资产的安全，以最大公约数的共识与合力深度融合推动人类命运共同体构建。

（编辑 吴兆礼）

Abstracts

On the Security of China's FDI to South Asia under a Community with a Shared Future for Mankind

By Liu Hongchun

ABSTRACT: The security of foreign direct investment (FDI) is critical for the development of a community with a shared future for mankind. It is important that scientific institutions are established to protect FDI on the basis of the developmental needs of a community with a shared future for mankind and changes in the international context. In recent years, losses experienced by several foreign direct investors in South Asia illustrate the inadequacy of applied security measures for FDI, with shortcomings particularly acute when it comes to the internal structural aspects of such measures. From the vantage point of the Constitutionally rooted concept of a community with a shared future for mankind, “freedom of investment” represents a basic right of Chinese companies engaging in FDI activities in South Asia. Adapted from this basic right as indicated in the Constitution is the duty of the state to protect FDI. In turn, the relationship between the state and Chinese companies is guided by the rule of law, which provides constitutional guidance and an institutional design for FDI. With institutional protections at its foundation, positive mechanisms which balance legislative, administrative and judicial measures collectively offer an investment protection system that can effectively offer preventative and mitigatory measures, while ultimately providing a means of redress. This responds to the needs of Chinese companies in South Asia vis-à-vis the security of their investments, while also consolidating the legal protection of overseas direct investments and addressing antiquated aspects of globalization. In the end, this offers a legal pathway for Chinese enterprises to advance the legalization of a community with a shared future for mankind vis-à-vis the post-pandemic era and dramatically change international norms

with respect to international investments.

KEY WORDS: A Community with a Shared Future for Mankind; Chinese Companies; FDI to South Asia; Investment Security

**NATOization of the Indo-Pacific and QUAD Cooperation:
The Limits of India's Participation**

By Hu Juan

ABSTRACT: After the Biden Administration took office, the United States began to place more emphasis on the development of a multilateral Indo-Pacific alliance, relying heavily on the power of its allies to contain China. On one hand, the United States has leveraged the Quadrilateral Security Dialogue with Australia, India and Japan to build an “Indo-Pacific” NATO. On the other hand, the U. S. has relied on its special position in NATO to press its NATO allies to support the Indo-Pacific Strategy, causing them to repeatedly become involved in Indo-Pacific Affairs. The United States relies on these two alliances as tools to realize its geo-political objectives and to speed the pace of the “NATOization” of the Indo-Pacific. The QUAD has continued to increase geo-political and geo-economic pressure on China, causing China to face a more hostile external environment. As one of the most geo-strategically positioned members of the QUAD, India's attitude towards the grouping and the Indo-Pacific strategy has shifted from one of “cautious involvement” to one of a “proactive role”. It is argued here that based on its diplomatic traditions, strategic culture and state power, India's participation in the QUAD will remain limited. QUAD Cooperation will not develop into the type of hard balancing characteristic of NATO. Instead, India's balancing of China through the QUAD will focus on soft-balancing and limited hard balancing. Assessing the limits of Indian participation in the QUAD is critical for determining the level of impact it will have on China, and for responding to the pressure and containment that the QUAD brings to bear.

KEY WORDS: NATOization of the Indo-Pacific; QUAD Cooperation; India; Hard-Balancing