

“一带一路”背景下 我国海外投资保险制度的立法构想^{*}

○郭玲

河南师范大学法学院 河南新乡 453007

摘要:随着“一带一路”倡议的提出,我国海外投资大幅度增长,并将长期持续增长,保护投资者的利益成为急需解决的现实问题。海外投资保险制度具有的鼓励资本输出、保护投资者利益、妥善解决投资争议的功能正好为我国现阶段所需,目前我国实践中虽然存在海外投资保险产品,但关于此制度的立法尚属空白。因此,本文深入探析海外投资保险制度的概念、特征和实践流程,并在此基础上梳理海外投资保险制度历史发展及其在我国的实践,建议我国应及时制定一部《海外投资保险条例》,并针对涉及到的主要法律问题提出具体的立法建议和构想。

关键词:一带一路;海外投资;海外投资保险;保险立法;投资者保护;资本输出;对外直接投资;投资风险;投资争议;东道国;国家风险;政治风险;风险防控

中图分类号:F842;DF438.4 文献标识码:A 文章编号:1009-4350-2019(08)-0011-09

基金项目:2014年度河南省高校科技创新人才支持计划(人文社科类)“ECFA框架下鼓励台湾资源参与河南小城镇建设机制研究”(立项编号:2014-CXRC-023)。

作者简介:郭玲,女,法学硕士,河南师范大学法学院讲师,研究方向:国际经济法学、保险法学。

自2013年习近平主席提出“一带一路”倡议以来,我国企业海外投资“井喷式”增长,随着“一带一路”建设的深入开展,我国企业的海外投资将会持续追加,投资者面临的风险也呈多样化态势,其中政治风险是投资者最难防控的风险,一旦发生,往往给投资者造成巨大损失且难以救济。海外投资保险制度是美国二战后专门为保护海外投资者利益而创设的,实践中产生了很好的效果,且鉴于该制度具有强大的鼓励资本输出功能,日本、德国、法国、英国等发达资本主义国家也先后设立了本国的海外投资保险制度。我国在在在实践中虽然也推出了海外投资保险产品,但是到目前为止,国内尚不存在关于该制度的专门立法。因此,笔者认为我国应及时出台一部《海外投资保险条例》,填补该制度目前的国内立法空白,待条件成熟时,再颁布《海外投资法》将海外投资保险制度整合其中。

一、“一带一路”背景下深入研究海外投资保险制度的意义

2013年“一带一路”倡议提出以来,我国对“一带一路”沿线国家的直接投资保持稳定、总体增长(见表1)。在2016年、2017年对外直接投资总额大幅提升后又回落的情况下,我国对“一带一路”沿线国家的直接投资仍保持稳定(略微下降)。2018年,我国对“一带一路”沿线国家的直接投资增至156.4亿美元。

表1 我国对沿线国家的直接投资额一览表

年度	中国对外直接投资总额(单位:亿美元)	中国对“一带一路”沿线国家直接投资额(单位:亿美元)
2013	926.59	134
2014	1029	137
2015	1180.2	148.2
2016	1701.1	145.3
2017	1200.8	143.6
2018	1298.3	156.4

注:以上数据均来自商务部官方网站。

“一带一路”沿线的65个国家多数为发展中国家,投资潜力巨大,但是数据表明我国对“一带一路”沿线国家境内投资始终保持稳定,未见大幅提升,特别是2016年我国对外投资大幅提升的背景下,对“一带一路”沿线国家投资不升反降,这和沿线国家境内存在的诸多不稳定因素有关,如政权不够稳定、地区冲突频繁、法制不健全等。面对沿线国家的投资环境,投资者往往会保持谨慎态度。2017年,中国信保发布的《“一带一路”沿线65个国家风险状况分析》表明:“一带一路”沿线国家风险评级为5~9级的高达84%。海外投资风险按照是否能由投资企业预测和控制,可分为政治风险和非政治风险。非政治风险在一定程度上可由企业预测和控制,如商业风险和法律风险等;政治风险是对外直接投资受到东道国政府政策约束的可能性,即由于东道国政府政治或政策变动或不稳定性,导致本国投资利益变动的不确定性,主要包括外汇险、征收或国有化险、战争险、违约险等^①。政治风险属于企业难以预测并不能控制的风险,一旦发生,往往给投资者造成巨大损失。我国投资者参与国际投资的历史较短,应对政治风险的经验不足,防范能力有限,政治风险早已成为我国企业国际投资面临的第一风险。

海外投资保险制度最初是美国为了消除本国投资者对东道国境内政治风险存在的顾虑、鼓励本国的资本输出而创设,目前正可为我国扩大对“一带一路”国家投资、加强经济合作所用。海外投资保险制度具有的政治风险预防功能正为消除我国投资者对“一带一路”沿线国家的投资顾虑所需。海外投资保险制度具有的投资争议解决功能为“一带一路”投资过程中发生的投资争议的解决提供了一种非政治性的法律途径。现阶段对该制度进行深入研究并在实践中予以完善,必将促进国内过剩产能输出,深入推进“一带一路”倡议的贯彻执行。

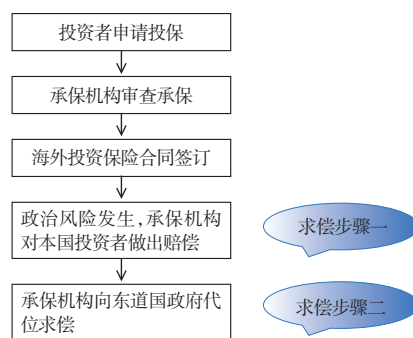
二、海外投资保险制度的概念、特征与实践流程

(一)海外投资保险制度的概念、特征

海外投资保险制度是资本输出国政府或公营机构对本国海外投资者在国外可能遇到的政治风险提供保证或保险,若承保的政治风险发生,致使投资者遭受损失,则由国内保险机构补偿其损失的一种制度。海外投资保险制度从性质上讲是一种政府保证,与一般的商业保险不同,具有以下特征:一是海外投资保险的承保机构是政府机构或公营机构,以保护投资为目的,不同于商业保险的以盈利为目的;二是海外投资保险的承保对象仅限于海外私人直接投资,即投资主体为私人投资者,并且对于海外投资企业有一定的管理控制权;三是海外投资保险的承保范围仅限于政治风险,主要包括外汇险、征收或国有化险、战争险、违约险等;四是海外投资保险的功能不同于一般商业保险,其除了具备一般商业保险的事后补偿功能之外,同时具有事先预防功能。

(二)海外投资保险的实践流程

实践中,投资者向海外投资前,为预防投资过程中可能会发生的政治风险,会选择向海外投资保险机构申请投保。承保机构经审查认为符合投保条件,做出承保承诺,双方签订海外投资保险合同。在投资经营过程中,东道国发生保险合同约定的政治风险,给投资者造成损失的,本国承保机构按照合同约定首先向投资者做出赔偿,然后再向东道国政府代位求偿。具体操作步骤如下图:



笔者认为,海外投资保险制度设计的精妙之处在于将求偿步骤一分为二,即将本该由投资者直接

^①外汇险是指东道国政府实行外汇管制,对投资资本和收益兑换成自由货币并转移出境造成妨碍或者迟延,从而给外国投资者造成损失;征收或国有化险是指东道国对外国投资采取征收或国有化措施且未给予充分补偿的情形;战争险则是指革命、叛乱和内战等导致外国投资者在东道国的投保财产遭受损失的风险;违约险是指东道国政府不履行或违反与被保险人签订的合同,并且被保险人无法求助于司法或仲裁机关对其提出的有关诉讼作出裁决,或该司法或仲裁机关未能在保险合同规定的合理期限内作出裁决,或虽有这样的裁决但未能执行。

向东道国主张的损害赔偿分为:第一步,由投资者向本国承保机构主张保险理赔;第二步,由承保机构向东道国政府代位求偿。上述海外投资保险制度的求偿步骤设计,连同本国同东道国签订的双边投资保护协定一起,大大提升了投资者求偿成功的可能性,有效保护本国投资者的利益。

三、海外投资保险制度的功能——兼议海外投资政治风险预防及争议解决机制的全方位构建

(一)海外投资保险制度的功能——兼具政治风险的预防和投资争议的解决功能

海外投资保险制度与普通商业保险不同,既具有事先预防功能,又具有事后补偿功能。事先预防功能是通过母国与东道国签订双边投资协定(Bilateral Investment Treaty,以下简称BIT)实现的,协定中约定,若东道国发生协定列明的政治风险给投资者造成损失,母国政府则获得对东道国的代位求偿权。而东道国的政治风险主要是东道国的政府行为所导致的,鉴于BIT有约在先,忌惮法律责任的承担,东道国不会轻易做出损害投资者利益的行为,即一定程度上预防了政治风险的发生。如果政治风险发生,政治风险即转化成投资者与东道国之间的投资争议。按照海外投资保险合同的约定,由母国政府(承保机构)先对投资者做出赔偿(海外投资保险制度的事后补偿功能),然后向东道国代位求偿。这既是海外投资保险制度对投资者损失的事后补偿功能的体现,也为其与东道国间的投资争议提供了高效的争议解决机制。

海外投资保险制度同时具有对政治风险的事先预防功能和对投资损失的事后补偿功能,能有效地消除投资者的投资顾虑,并为投资损失提供保障。该制度正为我国深入推进“一带一路”沿线投资,进一步加大国内过剩产能输出所需,现阶段除了需对该制度进行深入研究之外,我们还需做好相关配套制度的建设和完善,全方位构建海外投资风险预防及争议解决机制。

(二)相关配套制度建设及补充适用

1. 建立政治风险评估和预警机制。目前我国企业可以通过以下途径了解对外投资所涉政治风险:

一是参考商务部网站“投资指南”及中国出口信保公司发布的《中国海外投资国家风险评级报告》;二是我国驻外使领馆设立有经济、商业情报中心,投资者可以通过向中心咨询了解东道国的投资情报与信息;三是向投资中介机构咨询投资风险,如国观智库等机构近年来也开始发布《国家风险分析报告》《中国海外投资国家风险评级报告》等。但上述投资信息和评价内容不全面,有些发布时间也比较滞后,无法起到预警作用,无法满足企业投资决策需要。我国应尽快建立系统权威的“一带一路”沿线国家政治风险评估及预警机制,一方面为企业投资决策提供科学指导,另一方面也为海外投资保险承保机构判断东道国是否合格及是否承保提供参考。

2. 仲裁、外交途径的妥善补充适用。政治风险发生,即转化为投资争议,如果投资者投保了海外投资保险,则可向承保机构索赔,然后由承保机构向投资者赔偿后取得代位求偿权,通过向东道国代位求偿将投资争议予以解决;如果投资者事先没有投保,则只能寻求其他途径。由于该类投资争议的主体是投资者和东道国政府,按照国家豁免理论,不能通过诉讼途径解决,实践中主要通过仲裁和外交途径解决。目前,国际投资争端解决中心(International Center for Settlement of Investment Disputes,以下简称ICSID)是国际上受理国际投资争议的仲裁机构,该机构根据1965年《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》(以下简称《华盛顿公约》)设立,我国于1988年加入该公约。当我国企业如面临“一带一路”投资争议时,如果东道国系公约成员国,争议解决方式可选择提交ICSID仲裁解决。如果东道国非公约成员国,投资争议可通过外交途径解决,即由政府出面,通过外交保护或其他应对措施来解决争端,具体手段主要包括国家之间的谈判、斡旋、调停、抗议、报复等。

纵观海外投资保险制度及以上风险防范、争议解决制度:建立风险防范及预警制度是降低投资风险、减少投资争议的前提,其一方面有助于指导投资者科学谨慎投资,另一方面为海外投资保险承保机构是否承保提供参考;海外投资保险制度则兼具政治风险预防与投资争议解决双重功能,为投资者提供全方位的保障;仲裁及外交方法为海外投资保险没有覆盖的投资提供补充救济途径。三者相互联

系、各有侧重,共同构成海外投资风险预防及争议解决制度体系。

四、海外投资保险制度的历史发展及在我国的实践

(一)海外投资保险制度的历史发展

二战后,美国经济实力增强,激发了其称霸世界的政治目标,1948年根据《对外援助法》推出了帮助欧洲国家复兴的马歇尔计划,但是起初美国的境内资本并没有像美国政府预期的那样大量输出到欧洲国家,原因是美国投资者忌惮战争再次爆发等政治风险会给投资造成巨大损失。美国政府为了消除投资者的顾虑制定了海外投资保险制度。1969年再次修订该法,设立“海外私人投资公司”承担美国私人海外投资保证和保险业务。该制度创设后,美国国内资本顺利注入欧洲,在帮助欧洲国家战后经济复苏的同时,也使美国获得了巨额利润。

鉴于海外投资保险制度具有强大的促进资本输出功能,一些主要的发达国家先后建立了投资保险制度,保护本国的海外私人投资。日本在1956年实行“海外投资原本保险”,1957年又增加“海外投资利润保险”,1970年把两种制度融为一体,建立了统一的海外投资保险机构。联邦德国于1959年、法国于1960年、丹麦和澳大利亚于1966年、荷兰和加拿大于1969年、瑞士于1970年、比利时于1971年、英国于1972年分别设立了投资保险制度。

20世纪80年代,许多发展中国家面临严重的债务危机,投资者出于对东道国政治风险的担心,流向发展中国家的国际投资急剧减少。世界银行为了鼓励对发展中国家的投资,制定了《多边投资担保机构公约》^②,并于1988年生效,组建成立多边投资担保机构(MIGA),我国于同年加入该公约。

(二)海外投资保险制度在我国的实践

1988年,中国人民保险公司(以下简称中国人保)开始经营海外投资保险业务。1994年中国进出口银行(以下简称进出口银行)也取得了经营海外投

资保险业务的资格。2001年12月18日,我国设立中国信保,独立经营海外投资保险业务,中国人保和进出口银行则不再办理此项业务。2003年,中国信保承保的海外投资保险金额仅为1.1亿美元,以后承保金额逐年递增,2012年增至234.1亿美元。2013年我国提出“一带一路”倡议后,中国信保的海外投资保险承保金额快速增长,2018年达6122.3亿美元。从近三年的数据看:第一,中国信保承保的海外投资保险金额占同年总承保金额的9%左右(2016年9%、2017年9.3%、2018年9.4%),说明海外投资保险在中国信保已经属于比较成熟的险种,业务规模比较稳定;第二,获得承保的海外投资占同年海外直接投资总额的比例有显著提升(2016年25%、2017年40.7%、2018年44.8%),但是仍有一半以上的海外投资未获得承保,海外投资保险业务还有很大的发展空间(近三年数据见表2)。

表2 2016~2018年中国信保海外投资保险业务发展一览表(单位:亿美元)

年度	中信保全年承保金额	中信保海外投资保险承保金额	中国对外直接投资总额
2016	4731.2	426.5	1701.1
2017	5246	489	1200.8
2018	6122.3	581.3	1298.3

注:表内数据来自中国信保官方网站。

2013年至2018年,我国对“一带一路”沿线国家直接投资超过900亿美元。中国信保的海外投资保险业务覆盖了多个投资项目^③。如巴基斯坦卡西姆电站项目是中巴经济走廊首个大型电力能源项目,是中国电建集团目前最大的海外投资项目,该项目2015年5月21日正式开工,历时32个月,项目提前建成并发电,截至2019年5月6日累计发电量突破100亿千瓦时。中国信保承保了该项目投资的股权和债权风险,帮助投资人落实了项目融资,为该项目的成功兴建运营提供了优质的保险支持。

2017年11月8日,中国信保与国家发展与改革委员会(以下简称国家发改委)签署合作协议,中国信保将为“一带一路”重大产能合作项目提供支持,对风险可以控制的项目实现应保尽保。为实现“应保尽

^②该公约于1985年10月在世界银行汉城年会上正式通过,简称《汉城公约》或“MIGA公约”。

^③中亚天然气管道项目、约旦阿塔拉特燃油页岩电厂项目、巴基斯坦卡西姆电站项目、马来西亚350万吨钢铁厂项目、柬埔寨桑河二级水电站等各类项目。

保”目标,中国信保可以采用降低保险费率、放宽承保条件等措施提升海外投资保险的业务规模。除此之外,我国的海外投资保险立法工作也应提上日程。

五、我国海外投资保险制度的立法建议及构想

不同于美国等发达国家推行该制度时立法先行的做法,我国目前尚没有关于海外投资保险制度的立法。从1988年开办海外投资保险业务至今的30年来,我国通过一系列通知类的部门规章对出口信用保险进行规范。与此同时,由于海外投资保险长期以来被作为出口信用保险的组成部分,因此有关出口信保的部门规章也适用于对海外投资保险业务的重点和支持行业提供指导。2013年5月2日最高人民法院发布了《关于审理出口信用保险合同纠纷案件适用法律问题的批复》。由于我国的海外投资保险属于出口信用保险的一个险种,所以该批复适用于审理海外投资保险纠纷案件。可以说,该批复是目前我国关于海外投资保险合同纠纷适用法律的唯一司法解释^④。

目前研究我国海外投资保险制度的文件主要是中国信保制定的《海外投资投保指南》(以下简称《投资指南》)。虽然中国信保是一个政策性金融机构,但从法律性质上来讲只是一个金融企业,不具有立法主体资格,其制定的业务指南只能对其开展的海外投资保险业务实践进行指导,并不具有普遍的约束力。而且《投资指南》关于海外投资保险制度的规定太过笼统和原则,存在很多的不足之处。

“一带一路”倡议提出后,中国信保承保的海外投资项目大幅增长,一方面体现出我国投资者寻求投资保障的迫切需求,另一方面说明我国已经认识到海外投资保险制度在促进对“一带一路”沿线国家投资方面具有非常重要的作用。尽管该制度作为保险产品已经在实践中广泛应用,但是关于该制度的国内立法尚属空白,我国应加快海外投资保险的专门立法。从体系上讲,海外投资保险制度应是《海外投资法》的组

成部分,在《海外投资法》尚未出台之前,鉴于“一带一路”引发的海外投资急剧增长,投资者需要借助海外投资保险制度实现对投资风险的防控,我国可以考虑先制定一部《海外投资保险条例》,满足投资者的现实需求,待条件成熟时制定《海外投资法》,将海外投资保险制度整合其中,实现立法的统一。

(一)立法目的

1. 服务和保障海外私人直接投资。投资者面对东道国潜在的政治风险,往往对投资与否犹豫不决。政治风险引发原因多为东道国政府行为,其发生不仅会造成投资项目搁置,而且损失难以获得补偿。但是如果拟投资项目蕴藏巨大商机且利润丰厚,投资者鉴于政治风险而止步,无论对投资者还是本国政府都意味着损失,甚至不利于东道国经济发展。海外投资保险制度为解决此问题而被创设,美日等国家的实践证明,政府保证能有效消除投资者顾虑,起到鼓励资本输出的作用。2016年至2018年,中国信保海外投资保险承保金额累计1496.8亿美元,为大量重大海外私人直接投资项目提供服务和保障,如吉尔吉斯斯坦中大石油项目、柬埔寨制糖产业园项目、柬埔寨西哈努克港经济特区项目、马耳他发电公司股权收购项目、埃及玻纤生产线项目等^⑤。其中埃及玻纤生产线项目建设初期恰逢“阿拉伯之春”动荡时期,中国信保承保该项目,促使投资者坚定投资信心,该项目已于2018年8月竣工投产,被誉为“丝路明珠”。

2. 保护投资者合法权益。投资过程中,如果东道国境内发生政治风险,给投资者造成了损失,鉴于政治风险大多系东道国政府行为所导致,所以投资者寻求赔偿的对象往往是东道国政府,双方地位的不对等决定了求偿权很难实现。海外投资保险制度巧妙地将投资者对东道国政府的求偿权转化成了本国承保机构对本国投资者先行赔偿,然后再找东道国政府代位求偿两个步骤。对投资者来讲,第一步即承保机构按照合同约定向其支付保险金,及时弥补投资损失,而不至于陷入无期限地在东道国境内寻

^④《关于审理出口信用保险合同纠纷案件适用法律问题的批复》指出,人民法院审理出口信用保险合同纠纷案件,可以参照适用保险法的相关规定;出口信用保险合同另有约定的,从其约定。

^⑤中国出口信用保险公司网站:<http://www.sinosure.com.cn/xwzx/cbxm/hwtzbx/index.shtml>。访问日期2019年5月28日

求救济、等待东道国政府赔偿的困境,最大程度地保护了其合法权益。

3.妥善解决投资争议。海外投资保险制度的关键环节是第二步即承保机构对本国投资者赔偿后,向东道国政府代位求偿。代位求偿权实现与否关系着海外投资保险制度的存废。目前大部分代位求偿权通过本国和东道国签订BIT约定的代位求偿权条款实现;双边保险制度的国家对没有签订BIT的国家的投资项目不予承保,其代位求偿权全部通过BIT约定实现;单边保险制度的国家也未放弃BIT的签订,仅在与东道国不存在BIT时才会使用外交保护方式,而且实践中,保险机构在承保时有时要求投资者提供没有签订BIT的东道国的赔偿承诺,所以只有在很少情况下,代位求偿权须通过外交保护方式实现,大部分代位求偿权都是通过BIT约定途径解决,从而大大减少了国与国之间可能因投资争议引起的政治冲突。

(二)承保机构

1.承保机构的性质。依据各国立法、实践,负责实施海外投资保险业务的有政府机构、政府公司或政府与国营公司共同经营等。目前,我国仅有中国信保一家机构承保海外投资保险,其性质上属于国有政策性保险公司。有学者在我国海外投资保险承保主体设计上提出鼓励私营保险公司加入,公私保险机构共同经营的建议,但是鉴于私营保险机构很难通过代位求偿权的行使来影响或改变东道国政府或其政治人物行为,海外投资保险机构的政治风险预防功能和投资争议的解决功能也很难发挥,因此承保主体以国有政策性保险机构为宜。

2.承保机构的数量。承保机构的数量以一家为宜,否则若东道国面临母国多家保险机构同时主张代位求偿权,可能会对其代位求偿资格提出质疑,从而引起不必要的麻烦。但是,“一带一路”沿线投资规模巨大,我国如仅有一家保险机构承保,资金规模有限,势必难以满足市场的全部需求。笔者认为在坚持一家国有保险机构作为海外投资保险的承保主体的前提下,在经营上可以和国内其他保险机构之间开展再保险业务^⑥,既分散了承保风险,同时又扩大了资金来源。

3.承保机构的职责。一是审核承保。收到投资者的投保申请后,承保机构按照承保条件予以审核(承保条件下文详述),如果投资者、投资项目、东道国均合格,则予以承保,和投资者签订海外投资保险合同,否则不予承保。

二是向国内投资者赔偿。投资者在海外投资经营期间,若东道国境内发生保险合同约定的政治风险,则承保机构按照合同约定向投资者做出赔偿。这项职责或者承保机构合同义务的履行是海外投资保险制度保护投资者利益功能的集中体现,使投资者原本面对的较难实现的向东道国政府直接求偿转变为了本国承保机构依据合同向投资者赔偿,及时弥补投资者的损失。

三是向东道国政府代位求偿。承保机构向投资者赔偿后,向东道国政府代位求偿。代位求偿权的依据是双边投资保护协定的代位求偿权条款或外交保护权。此项职责顺利履行与否是海外投资保险制度成败的关键:一则承保机构需要回收资金,维持稳定充足的营运资金,以便长期开展业务;二则是海外投资保险制度预防政治风险功能的体现;三则维持稳定的国际投资环境所需。

4.商业保险机构的辅助作用。海外投资保险作为一个保险产品在我国出现时间较短,有些投资者对其不甚了解甚至根本不知道有这种产品的存在,所以我国目前还面临着向投资者介绍宣传该产品的任务。国内商业保险机构可以向投资者提供该产品的咨询和经纪服务,如帮助投资者了解海外投资保险产品、帮助投资者对投资地区政治风险做出预测和评估、向投资者推荐应投保险种、居间促成保险合同的签订等。这样,国有政策性保险公司和商业保险公司各司其职、相互合作,共同推动海外投资保险制度发展。

(三)承保险种

各国海外投资保险承保的政治风险不一,主要包括外汇险、征收险、战争险、政府违约险等。MIGA也承保上述同类政治风险。目前中国出口信保公司承保的政治风险包括汇兑限制险、征收险、战争及政治暴乱险、政府违约险,与各国及MIGA承保的政治风险种类基本一致。出口信保公司对各险种均作出

^⑥再保险是对保险人的保险,它让保险人得以调整投资组合中的风险与回报以达致均衡,是保险市场得以降低服务价格和提高保险能力的潜在因素。

了界定^⑦,该界定总体比较合理,如战争及政治暴乱险涵盖了东道国发生革命、骚乱、政变、内战、叛乱、恐怖活动等多种程度不一的不稳定行为,但也有一些需要进一步明确的地方。汇兑限制险实际上包括禁兑险和转移险两类;战争及政治暴乱险需明确既包括暴力征收或夺取,也包括“蚕食性征收”,即东道国政府通过各种合法途径将投资者的投资及收益转移到自己手中;政府违约险需投资者用尽当地救济,损失仍不获补偿等。

(四)承保条件

1. 投资者合格。判断投资者是否合格,多数国家采用的是“国籍加资本控制原则”,即投资者具有本国国籍,或者虽不具有本国国籍,该外国企业的控制权在本国人手^⑧。我国目前实践中采用的是“国籍原则”,但是鉴于我国法律尚未允许自然人经营海外投资业务,中国信保的海外投资保险承保项目的投资者均为中国企业法人。

有学者认为,我国海外投资保险立法规定的合格投资者应包括两类:在我国注册或登记的企业法人和其他组织;具有我国国籍并在我国境内有住所的自然人(如果自然人以后被立法允许海外投资)。我国海外投资保险机构不应承保中国公民、法人或其他组织实质拥有的外国企业在海外进行的投资,因为这类投资不涉及中国境内资本的输出问题。笔者赞同该观点关于我国自然人和企业法人和其他组织为合格投资者部分,但对于将我国公民、法人或者其他组织实质拥有的外国企业排除在合格投资者之外部分(即资本控制原则)持不同观点,原因如下:首先,将中国公民、法人及其他组织实质拥有的外国企业列入不予承保的主体范围,实质上损害的是对该外国企业拥有控制权的中国投资者的利益;其次,中国公民、法人或其他组织拥有、控制外国企业一般是通过对其投资实现,并非不涉及中国境内资本的输出。当然将该类主体列为合格的投保主体主要还是

为了保护中国公民、法人及其他组织的利益。

综上,笔者认为我国公民、法人及其他组织控制的外国企业应列入合格投资者范围,立法应采用“国籍加资本控制原则”,将三类主体列为合格投资者:(1)中国公民;(2)根据中国法律设立,并且由中国公民实质控制企业法人或其他组织;(3)由中国公民、法人及其他组织实质控制的外国企业(持股比例达95%以上)。

2. 投资合格。海外投资保险机构承保的投资项目通常包括股权投资和债权投资两类,如美国OPIC和中国信保承保的投资类型均包括上述两种类型。判断投资是否合格通常有三个标准:海外投资必须符合母国的利益;海外投资只限于国外新项目的投资;海外投资应当有利于东道国的经济发展。其中,第一和第二标准是承保机构重点审查内容,如果该投资没有获得本国政府主管部门批准,或者不利于本国经济发展,则不予承保;如果该项目不是新项目的投资,系之前已投资项目,则没有体现海外投资保险制度的鼓励资本输出功能,亦不予承保。至于第三个标准,是否有利于东道国经济发展不容易判断,通常只审查东道国是否同意或批准。

海外投资保险立法首先应明确规定海外投资类型包括股权投资和债权投资两类,其次应明确规定合格投资的条件:(1)合格投资必须有利于我国经济发展且经过我国相关主管部门批准的海外投资;(2)合格投资限于国外新项目的投资;(3)合格投资必须符合东道国法律规定或取得东道国批准。

3. 东道国合格。大多数国家立法规定海外投资必须投向合格的东道国。按照海外投资保险制度立法模式的不同,双边海外投资保险制度的国家要求东道国必须和本国签订双边投资保险协定,单边海外投资保险制度的国家则无此要求。除此之外,每个国家对合格东道国可能存在不同的要求,如有的要求合格的东道国必须是发展中国家,有的要求东道国尊重人

^⑦《海外投资投保指南》规定:汇兑限制险指东道国阻碍、限制投资者换汇自由,或抬高换汇成本,以及阻止货币汇出该国;战争及政治暴乱险指东道国发生革命、骚乱、政变、内战、叛乱、恐怖活动以及其他类似战争的行为,导致投资企业资产损失或永久无法经营;征收险指东道国采取国有化、没收、征用等方式,剥夺投资项目的所有权和经营权,或投资项目资金、资产的使用权;政府违约险指东道国政府或经保险人认可的其他主体违反或不履行与投资项目有关的协议,且拒绝赔偿。

^⑧如OPIC要求,合格投资者是指:美国公民;根据美国法律设立,并且由美国公民实质拥有的公司、合伙企业或者其他联合体(包括非营利性性质的联合体);由美国公民、公司、合伙企业或者其他联合体全部拥有的外国公司、合伙企业或者其他联合体(持股比例达95%以上)。

权等。

鉴于本文建议采用折中立法模式,因此不应以东道国和我国签订BIT为东道国合格的条件,原则上讲,资本可以流向任何需要投资的国家,所以世界上任何国家都有可能成为东道国,投资项目也应获得保险机构承保。但是国家可以基于政治、经济安全的考虑,定期制定不合格东道国名单,对于名单上列明的东道国,承保机构不予承保。所以,我国可以原则性规定:任何国家均可以成为合格东道国,但是国家主管机关及承保机构可以定期制定不合格东道国名单,投向名单上列明的不合格东道国的资本项目,海外投资保险机构不予承保。

(五)代位求偿权

海外投资保险制度的代位求偿权是指投资者在东道国投资经营期间,东道国境内发生政治风险,由海外投资保险机构先向投资者支付保险金,继而代位取得向东道国政府索赔的权利。简单来讲,海外投资保险代位求偿权是被保险人将对第三人的求偿权转让给保险人,从债权转让的角度看,其与一般保险代位求偿权并没有本质区别。但海外投资保险代位求偿权行使对象不是国内主体,而是作为主权国家的东道国,这就决定了海外投资保险代位求偿权不能仅通过国内法实现,而必须通过国内立法与国际立法相连接才能最终实现。

目前,关于海外投资保险代位求偿权的国内立法与国际立法的连接主要有两种方式:一是母国与东道国签订BIT,在协定中约定代位求偿权条款;二是如果母国与东道国因为各种原因没能签订BIT,则母国行使外交保护权。相较而言,外交保护容易使经济问题政治化,把握不好容易引起两国之间的政治纷争,而BIT为代位求偿权提供了法律依据,有利于海外投资保险制度最终目标的实现。

海外投资保险制度以承保机构的承保是否以双边投资保险协定的签订为前提,可以分为双边保险制度和单边保险制度,前者以美国为代表,后者以日本为代表,因此也被称为美国模式和日本模式。有

学者提出我国应选择“折中立法模式”,即以双边投资保险为原则、单边保险为例外的立法模式。此种模式既有利于代位求偿权的顺利行使,又扩大了承保的东道国范围,有利于投资者利益的保护和海外投资保险制度的顺利运作,笔者赞同此种观点。

不管采用什么样的立法模式,一国代位求偿权的法律规范通常包括三个层面:一是海外投资保险合同中明确约定代位求偿权条款;二是海外投资保险制度国内立法中代位求偿权的规定;三是BIT中规定代位权条款。三者层层相扣、相互贯通,共同构成了代位求偿权的行使依据^⑨。

我国出口信保公司从2003年起经营海外投资保险业务,实践中存在海外投资保险合同。截至2016年底,中国已与130多个国家签订了BIT,包括55个“一带一路”沿线国家,其中48个BIT中约定有代位求偿权条款。仅“一带一路”沿线,仍有10多个国家和我国没有签订BIT,签订BIT的国家仍有7个国家没有代位求偿权条款。我国应加快与沿线国家签订BIT进程,BIT尽可能包含代位求偿权条款,同时加快国内立法,对代位求偿权做出明确规定。

(六)承保金额和承保期限

1. 承保金额。海外投资保险从性质上讲属于财产保险的一种,但与普通财产保险通常采用足额保险不同,海外投资保险多采用不足额保险。承保金额通常为投保人海外投资总额的90%或者95%。我国出口信保公司对海外投资保险的承保比例规定为不超过投资总额的95%。笔者认为,海外投资保险采用不足额保险有利于促投资者尽最大努力采取各种措施避免或降低东道国政治风险带来的损失,同时较高的承保比例也能补偿投资者所受的大部分损失,维护投资者利益。立法应该确立不足额保险机制,并规定最高承保金额的比例。

2. 承保期限。海外投资保险的承保期限一般较长,这是由海外投资项目的长期性决定的。大多数国家的海外投资立法均规定了较长的承保期限,15年、20年甚至更长时间^⑩。目前我国出口信保公司规

^⑨比如美国的代位求偿权即由美国海外私人投资公司标准投资保险合同条文、《1961年对外援助法》及其修正案的相关规定、以及双边投资保护协定中专门的代位权条款所构成;日本海外投资保险代位权也分别规定在类似的三个层面。

^⑩MIGA的承保期限不少于3年,最长为15年。特殊情况下,经投保人与MIGA协商一致,承保期限可延长至20年。

定海外投资保险承保期限一般为1~15年。立法可规定承保期限的上限为20年,具体承保期限应结合投资项目的建设期限而定。

参考文献:

- [1]王军杰,石林.论“一带一路”框架下我国海外投资保险制度的完善与重构[J].财经理论与实践(双月刊),2019(1).
- [2]阴医文,王宏新,张文杰.“一带一路”背景下我国对中东直接投资:战略意义、政治风险与对策[J].国际贸易,2017(4).
- [3]蒋姮.“一带一路”地缘政治风险的评估与管理[J].国际贸易,2015(8).
- [4]余劲松,吴志攀.国际经济法[M].北京:北京大学出版社高等教育出版社,2014.
- [5]何芳.论我国海外投资保险制度及其立法[J].江西社

会科学,2012(8).

[6]史晓丽.构建中国海外投资保险制度的法律思考[J].国际贸易,2013(11).

[7]陈业宏,陶斌智.对外投资保险制度:晚近发展及对中国的启示[J].河南社会科学,2014(5).

[8]梁开银.论海外投资保险代位权及其实现——兼论我国海外投资保险立法模式之选择[J].法商研究,2006(3).

[9]姜国富,陈晓峰,邓譔.广西跨境保险发展研究[J].区域金融研究,2017(7).

[10]周煌凯.TPP金融服务投资争端解决机制及其对我国的启示[J].海南金融,2018(3).

责任编辑:冯晶

The Legislative Conception of China's Overseas Investment Insurance System under the Background of the “Belt and Road”

Abstract: With the proposal of the “Belt and Road” Initiative, China's overseas investments have grown substantially, and will continue to grow in the long run. Protecting the interests of investors has become a real problem that needs to be solved urgently. The function of encouraging capital export, protecting the interests of investors, and properly resolving investment disputes possessed by the overseas investment insurance system is exactly what is needed in China at present. Although there are overseas investment insurance products in practice in China, the legislation on this system is still blank. Therefore, this paper deeply analyzes the concept, characteristics and practical process of the overseas investment insurance system, and on this basis, sorts out the historical development of the overseas investment insurance system and its practice in China, and suggests that China should promptly formulate an "Overseas Investment Insurance Regulations", and this paper also proposes specific legislative recommendations and ideas for the main legal issues.

Keywords: The Belt and Road Initiative; Overseas Investment; Overseas Investment Insurance; Insurance Legislation; Investor Protection; Export of Capital; Foreign Direct Investment; Investment Risk; Investment Dispute; The Host Country; Country Risk; Political Risk; Risk Prevention and Control