

建立我国海外投资保险 代位权立法模式的思考

吕 鸣

摘 要：海外投资保险代位权是海外投资保险制度的核心，“国际性”与“公法性”使其区别于一般保险代位权，同时也使其行使依据更为复杂，属人管辖、国民待遇、主权让渡等国际法理论在实践中成为其理论依据。我国目前缺乏清晰的海外投资保险代位权的立法模式，需要借鉴发达国家的成熟立法，考虑到我国国情，宜采用美国的BITs模式。

关键词：海外投资保险；代位权；外交保护；BITs

中图分类号：DF964 **文献标识码：**A **文章编号：**1006-1894(2011)02-0070-06

所谓海外投资保险代位求偿权，是指政治风险承保机构在向投保人支付保险金后，代位取得投保人有关海外投资的一切权利，包括有关资产的所有权、债权、索赔权等，向东道国进行索赔。^[1]作为海外投资保险制度的核心内容，代位权是联系投资母国与东道国的纽带与桥梁，是海外投资保险制度由国内法层面向国际法层面，由私法机制向公法机制转化的重要步骤。我国从1999年开始实施“走出去”战略以来，对外投资的步伐明显加快，2008年全面爆发的金融危机更为中国“走出去”带来新的机遇。截至2010年11月，中国企业对外直接投资累计超2 800亿美元，居全球第15位。^①在新形势下，我国应当尽快建立起海外投资保险代位权的立法模式，充分发挥其保障功能，进一步激励我国的海外投资。

一、海外投资保险代位权的法理分析

（一）海外投资保险代位权的特点

海外投资保险是应对海外投资政治风险，保护本国海外投资安全应运而生的一项独特制度，其具有以下特征：

1. 行使对象的特殊性 海外投资保险代位权行使对象非国内私主体，而是东道国。

收稿日期：2010-07-02。

基金项目：本文系上海市教委重点学科项目(J51204)成果。

作者简介：吕鸣，女，上海对外贸易学院法学院讲师，法学博士，研究方向：国际贸易法、国际投资法。

根据国家主权原则,东道国对其违约行为享有管辖和执行豁免权。这使得海外投资保险合同不再是纯国内合同,而具有国际性与公法性。

2.行使主体的特殊性 海外投资保险主要承保政治风险,一般商业保险公司无力承担该风险,因此,各国均设立政府机构或公营公司以承担风险,当发生保险赔付时,由其行使代位权。

3.权利客体的特殊性 如前所述,海外投资保险代位权的产生是基于东道国国内发生的政治风险,其权利客体处于东道国的禁令或命令的控制之下,其他任何国家或法人都不可对其自由地主张权利。^[2]

4.权利行使依据的特殊性 海外投资保险机构虽可依据本国保险法予以承保、理赔而取得代位权,但无法依据本国保险法行使代位权。因此,投资母国与东道国往往通过签署双边投资条约(Bilateral Investment Treaties,以下简称BITs)作为适用法以保障代位权的行使。

(二) 海外投资保险代位权的法理依据

1.属人管辖原则 国家主权可以表现为属地管辖权,也可以表现为属人管辖权。如前所述,东道国可以依据属地管辖权在其境内颁布禁令或对其境内财产实施征收或国有化措施。对此,1974年《建立国际经济新秩序宣言》亦加以肯定。而投资母国也可以行使属人管辖权,对东道国境内具有本国国籍的法人或个人予以保护。国籍的一个正常重要功能是,在与一国有充分联系的国民和法人受到他国的伤害或损害时确定该国的法律利益。^[3]这也是投资母国行使外交保护的法理所在。

2.国民待遇原则 国民待遇原则是指“依据国际法,每一个国家至少必须允许外国人在人身和财产安全方面和本国人民在法律面前平等”。^[4]实践中,多为发达国家的投资母国尤其强调国民待遇原则的重要性,其意志直接体现在BITs中的国民待遇条款。如主要由发达国家组成的经济与合作组织(OECD)在其1976年《关于国际投资和跨国企业的宣言》及其一系列相关法律文件中^②均将国民待遇原则纳入其中。而多为发展中国家的东道国对国民待遇原则则采取保留的态度。东道国为抵制投资母国无限制的国民待遇要求,发展出卡尔沃原则。

3.主权让渡原则 主权让渡是经济全球化与传统国家主权理论碰撞的产物。传统的国家主权观点认为国家主权是主权国家在其领土范围内拥有最高的、排他的权利,即“绝对主权”。进入20世纪,国际交往的日益密切使得国家间的互相依存日益增强,“绝对主权”开始受到学者^③的质疑,而逐渐被“相对主权”所取代。“相对主权”产生的重要因素之一是国际社会大量双边或多边条约的出现,主权国家通过自愿订立多边或双边条约来限制其主权,从而实现主权的让渡。常设国际法院在“温勃勒顿号案”的判决中也明确支持这一观点:“国家在缔结任何承允采取或不采取某种特定行动的条约时是放弃了它的主权。无疑,任何产生这种义务的条约,在要求缔约国以某种方式履行其义务的含义上是对该国主权的行使加以限制。”^[5]而在国际投资法领域,由于多边投资协定的作用有限,所以主权让渡主要以订立双边条约的形式实现,即东道国通过与投资母国在BITs中订立“保险代位权”的条款来让渡部分国家主权。

二、发达国家关于海外投资保险代位权的立法模式

(一) 美国模式：制定BITs模式

美国是海外投资保险的鼻祖国。二战结束后，美国开始实施“马歇尔计划”，于1948年创设了海外投资保险制度，并于1971年设立海外私人投资公司（OPIC），承担美国私人海外投资保证和保险业务。OPIC承保业务的前提条件之一是投保人进行投资的东道国必须与美国签署BITs，并订有专门的代位权条款。^[6]

美国模式的优点在于通过BITs改善发展中国家的投资环境，从而达到投资者及其保险人的预期，降低投资风险与成本。同时以条约为依据，使政治风险得以通过法律手段化解，避免经济问题政治化。而其缺点在于：(1)BITs内容有限。BITs多为美国政府与东道国就OPIC方案如何予以操作的程序性协定，而未对OPIC方案如何具体操作做出协定。^[7](2)BITs覆盖范围局限。BITs需要投资母国与东道国主要针对双方关注的议题逐一开展双边谈判，难免存在内容设计上的缺失。此外，由于美国展开双边谈判的对象有限，BITs无法覆盖所有投资项目，BITs未能覆盖的投资者由于不具有投保资格，其风险也因此无法得到保险机构的分担。(3)BITs制定耗时。条约制定过程是主权国家权利让渡的过程，双方都试图通过谈判使其利益最大化，而东道国与投资母国的利益必然发生冲突，因此条约谈判过程又是各国妥协与退让的过程，而这一过程注定不可能一蹴而就。

(二) 德国模式：以制定BITs为主，辅之以外交保护模式

德国实行政府与国营公司共同经营海外投资保险业务的模式，即PWC德国复审股份公司和黑尔梅斯信贷担保股份公司作为德国联邦政府的代理人，承办德国海外私人投资保险业务。承办公司对投保人提出的投保申请初审同意后，呈交由联邦经济部、财政部、外交部以及经济合作部的代表组成的“部际委员会”审批。^[8]与此同时，德国也非常重视BITs在海外投资保险中的地位 and 作用，原则上要求投资者需向与德国签署BITs的国家进行投资，但这并非投资者取得投保资格的必要条件。如果部际委员会作出评估，认为投资东道国国内投资环境较好，可以做出承保的例外许可。

德国模式的优点在于将整体与个案、原则与特殊完美结合，既保障了国内投资者的海外投资需求，也平衡了国内海外投资保险机构的风险。因此有学者认为这是海外投资保险代位权最有效的模式。^[9]而其缺点在于正是由于存在例外的空间，因此如何把握特殊，是对审批机构的效率、审批人员的素养的极大的考验。

(三) 日本模式：外交保护模式

日本海外投资保险制度始于1956年，并以《贸易保险法》为依据，将“以存在BITs作为承保要件”予以剔除，由国内海外投资保险机构依据外交保护原则行使代位权。

日本模式的优点在于海外投资保险制度的适用范围不受限制，任何投资者都可以享受国家保护，不会出现保险空白，有利于促进本国海外投资的发展。而其缺点在于：(1)加重了国内海外投资保险机构的负担。一旦发生保险事故，即政治风险发生在未与日本订立

BITs 的国家或地区,国内海外投资保险机构在对投保人作出赔付后,其代位权的行使可能由于东道国政府基于国际法和国内法的各种抗辩而难以实现。(2)容易使经济问题政治化,不利于国家外交政策的全面实施。

三、我国海外投资保险代位权立法模式的选择

我国自 20 世纪 80 年代初开启对外直接投资,其中,1979~1985 年为中国企业境外投资的起步阶段,1986~1996 年为我国对外直接投资的迅猛发展阶段,1997 年至今系我国对外直接投资由高速发展转向平稳发展的阶段。^[10]为配合我国海外投资发展的需要,我国在 2001 年成立了中国出口信用保险公司,专门承办政策性信用保险业务,其中其开发的“投资保险”产品将汇兑限制、征收、战争及政治暴乱、政府违约等风险都纳入承保范围。但其设计的条款及《投资指南》却忽略了作为海外投资保险制度核心内容的代位权。代位权直接关乎承保机构的正常运作,是整个海外投资保险制度得以存续的基础。因此,如何建立适合我国国情的海外投资保险代位权模式关乎我国海外投资的顺利进行。

通过上述对于发达国家关于海外投资保险代位权不同立法模式的比较,笔者认为美国模式比较适合我国目前的国情。

1. 目前我国海外投资与发达国家相比还欠成熟,需要国家予以规范和指引 制定 BITs 模式,以“在与中国签署 BITs 的国家和地区进行投资”作为投资人投保的前提条件,投资者为取得母国保护降低投资风险,在投资时会主动向与中国签署 BITs 的国家和地区倾斜,从而达到引导投资方向的目的。

2. “以制定 BITs 为主,辅之以外交保护模式”的德国模式不适合我国国情 由于德国模式在全面覆盖本国海外投资的基础上又设有 BITs 的保障,因此可以称之为最完美的模式。但这种“完美”的模式并不适合当前我国的海外投资保险现状。由于德国模式实行承保机构与审批机构相互独立的机制,审批机构在审查特殊投资者是否具有投保资格时,会借助于来自于会计师事务所、银行、商业协会等专家的支持,从而保障审查的效率和质量。而我国目前仍无法具备相当的条件,因此不适合采取德国模式。

3. 与日本的外交保护模式相比,制定 BITs 模式既符合国家的利益,也能够更好地保护投资者的权益 如前所述,外交保护模式的缺点是经济纠纷政治化,国家过多介入私人纠纷,不利于国家外交关系的正常开展。因此,如果将海外投资纳入外交保护,一方面必将牵扯国家过多精力,而如果外交保护无法实现,国内海外投资保险机构作出赔付后,国家必定要予以部分财政支持,因而又占用国家过多资金。另一方面,外交保护模式也不利于充分保障投资者权益。海外投资者的最大风险莫过于政治风险,当发生争议时,纠纷能否得到及时解决、损失能否得到及时赔付对于投资者而言至关重要。由于外交保护受到“国际连续原则”、“用尽当地救济原则”、“卡尔沃原则”等诸多因素的限制,因此依靠外交保护行使代位权必定耗时耗事,投资者将无法获得充分及时赔付的制度保障。较之外交保护模式,采取 BITs 模式更利于代位权的顺利行使。如果东道国与我国签订的 BITs 中订有代位权条款,根据条约必守原则,东道国慑于违约可能产生的国家责任,^④自愿让渡部分主权,允许我国海外投资保险机构对其行使代位权,从而保障投资的权益。

4. 制定 BITs 模式已成为海外投资保险代位权立法的一种发展趋势 从 1989 年的 385

份 BITs 到 2003 年的 2 265 份 BITs,^⑤ BITs 越来越为广大投资母国与东道国所接受,成为规范海外投资保险代位权的主要法律依据。我国自 1982 年与瑞典签署第一份 BITs 以来,一直致力于通过制定 BITs 来规范我国的国际投资法制环境,截至 2009 年 7 月 6 日,我国已签署了 108 份 BITs。^⑥从我国目前签署的 BITs 来看,大多包含代位权条款,如我国与罗马尼亚《关于相互促进和保护投资的协定》第 6 条就规定:“如果缔约一方根据其对在缔约另一方领土内的某项投资所作的保证向其投资者支付了款项,缔约另一方应承认缔约一方对该投资者的权利和义务的代位。”此外,我国参加的多边投资保护协定《MIGA 公约》也规范了代位权条款,因此我国完全具备通过 BITs 中的代位权条款实现海外投资保护的现实基础和法律依据。

四、结 语

我国的海外投资与发达国家相比起步较晚,海外投资保险法制仍未得到充分重视,海外投资保险代位权的立法模式仍不明确。近年来,我国海外投资日益活跃,金融危机更为其注入新的需求。海外投资保险代位权作为国内企业和个人进行海外投资的实践与寻求母国的保护间的桥梁作用应充分予以发挥。无论从我国的海外投资发展现状进行考量,抑或从海外投资立法本身的发展趋势来看,BITs 模式无疑是现阶段我国海外投资保险代位权立法模式的最佳选择。

(作者单位:上海对外贸易学院)

注 释:

- ① 数据来源于东北财经网 <http://finance.nen.com.cn>, 2011 年 1 月 18 日。
- ② 如 2000 年《跨国企业指南》(Guidelines for Multinational Enterprises), 2009 年《外资控股企业的国民待遇:透明报告措施清单》(National Treatment for Foreign-Controlled Enterprises: List of Measures Reported for Transparency)等。
- ③ 如德国法学家赛缪尔·普芬道夫 (Samuel Pufendorf), 英国法学家约翰·奥斯汀 (John Austin)。
- ④ 关于这一点,常设仲裁法庭在“北大西洋海岸渔业案”(the North Atlantic Coast Fisheries Case)已有论述:“每个国家都有善意履行条约的义务,并且关于这种条约义务的遵守还可以通过国际法上的一般制裁来推动。”转引自 R.P. Anand. Sovereign Equality of States in International Law[M]. Recueil des Cours, 33, 1986。
- ⑤ 数据来源于 UNCTAD 官方网站 www.unctadxi.org/templates/Page_1007.aspx, 2011 年 1 月 18 日。
- ⑥ 数据来源于 UNCTAD 官方网站 www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779, 2011 年 1 月 18 日。

参考文献:

- [1] 余劲松. 国际投资法[M]. 北京:法律出版社, 2003.
- [2] 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).
- [3] [英]伊恩·布朗利. 国际公法原理[M]. (曾令良、余敏友). 北京:法律出版社, 2003.
- [4] [英]劳特派特. 奥本海国际法(上卷)[M]. (王铁崖、陈体强). 北京:商务印书馆, 1981.
- [5] 杨泽伟. 主权论——国际法上的主权问题及其发展趋势研究[M]. 北京:北京大学出版社, 2006.
- [6] Committee on International Relations & Committee on Foreign Relations, Legislation on Foreign Relations through 2005, 127, 2006.

(下转第 80 页)