

“数字丝绸之路”视阈下 中国海外投资保险法律问题研究

王淑敏*

内容摘要:近年来,“数字丝绸之路”倡议在提速中国海外数字投资步伐方面取得了斐然的成绩。但另一方面,联美反华国家持续零和博弈的新冷战思维,对包括中兴、华为在内的中国企业进行打压和遏制,构成渐进征收、网络恐怖主义和政府违约三大重大政治风险。为有效提供保险救济,需要解决现有的保险合同缺陷以及国际法、国内法中的立法问题。为此,应当完善BIT范本,使“投资”的定义涵盖数字投资,且在援引FPS标准时合理评估东道国采取预防措施的程度。在完善国内法方面,将海外投资保险规定纳入海外投资法中具有可行性。在完善保险合同方面,建议开设数字商业保险业务,以奠定海外数字投资保险的基石;与此同时,尽快修订保单的三大险别,增加渐进征收,开辟独立的恐怖主义责任险,同时完善违约险表述,全面提升保险公司适应数字技术新挑战的能力。

关键词:数字丝绸之路 海外投资保险 海外数字投资 数字商业保险

自从习近平总书记于2017年在“一带一路”国际合作高峰论坛开幕式上提出“推动大数据、云计算、智慧城市建设,连接成21世纪的数字丝绸之路”以来,中国企业加快了海外数字投资的步伐。2021年12月,《国务院关于印发“十四五”数字经济发展规划的通知》明确提出:“推动‘数字丝绸之路’深入发展。”根据商务部、中央网信办、工信部于2021年颁布的《数字经济对外投资合作工作指引》,中国企业的海外数字投资主要通过四种途径实施:一是投资陆海光缆、宽带网络、卫星通信等通信网络基础设施;二是投资大数据中心、云计算等算力基础设施;三是投资人工智能、5G网络等智慧基础设施;四是在海外建立子公司或分公司、提供数字服务。但值得关注的是,以美国为首的反华集团通过吊销许可证、投资管控、出口管制等手段,对包括中兴、华为在内的中国企业进行打压和遏制。对于这些问题,虽然中国学者给予高度关注,但基本限于对政治磋商、谈判、仲裁等解决机制,或《反外国制裁法》《阻断

* 大连海事大学法学院教授、博士生导师。

本文系国家社科基金一般项目“国有企业国际经贸规则博弈的焦点问题与中国方案的构建研究”(项目批准号:21BFX155)的阶段性成果之一。

外国法律与措施不当域外适用办法》等反制机制加以讨论,而对保险救济的重大风险化解功能未引起高度重视。中央经济工作会议多次强调,用好海外投资保险这一国家政策性工具,驱动“数字丝绸之路”深入发展。基于此,本文力求探索中国企业的海外数字投资有何特征,遭遇的重大政治风险是否构成现有险别,数字投资是否属于中国签订的双边投资协定(bilateral investment treaty, BIT)规制的范畴等问题,并尝试对构建可行的海外投资保险国内立法和完善海外投资保险合同等问题作出回答。

一、“数字丝绸之路”下中国海外投资风险的主要动因:新冷战思维

国外较早将互联网和丝绸之路相结合进行研究的是美国加利福尼亚大学戴维斯分校的阿努帕姆·钱德尔(Anupam Chander)教授。他在2013年出版的一本专著——《电子丝绸之路:互联网如何连接全球商业》中展现了“电子丝绸之路”的演进。在他的视角下,“电子丝绸之路”不仅是古代丝绸之路的延续,而且还实现了实质性飞跃,提供以电子信息为载体的服务贸易。^①但钱德尔教授所揭示的“电子丝绸之路”强调通过计算机技术、通信技术和高密度存储技术,提供电子信息服务,其还是有别于中国倡议的“数字丝绸之路”。中国学者认为,“数字丝绸之路”的目标在于提升“一带一路”沿线国家网络和信息化建设水准,强化互联互通并践行数字经济发展理念,是“一带一路”的重要分支。^②也就是说,中国的“数字丝绸之路”是数字经济时代的产物,数字经济是电子经济的升级版,不再拘泥于信息和通信技术或互联网,而是扩展到5G、大数据、云计算、区块链、人工智能等数字技术领域。简而言之,数字经济与电子经济的外延有所差异,“数字丝绸之路”与“电子丝绸之路”并非同一概念,不能互换使用。零和博弈新冷战思维是“数字丝绸之路”视阈下中国海外投资风险最直接的动因。以美国为代表的、持新冷战思维的一些国家,针对“数字丝绸之路”主要有如下观点:

(一)指责中国凭借“数字丝绸之路”争夺中美数字经济中的主导权

第一,美国承认为了争夺在全球创建5G网络主导地位而打压中国企业。一方面,美国发布行政命令,禁止“美国电信公司安装可能对国家安全构成威胁的外国制造的设备”;另一方面,阻止某些中国电信公司在未经政府批准的情况下购买美国部

^① See Anupam Chander, *The Electronic Silk Road: How the Web Binds the World in Commerce* 1 (Yale University Press 2013).

^② “数字丝绸之路”通过推动“一带一路”沿线国家网络和信息化建设,深化互联互通并提升沿线的数字经济发展水平,已成为“一带一路”建设的重要组成部分。参见方芳:《“数字丝绸之路”建设:国际环境与路径选择》,《国际论坛》2019年第2期,第56页。

件和技术。^①第二,诬陷中国国有企业和大型科技企业受到“数字丝绸之路”的保护,认为它们可以从中国政策性银行获得优惠的融资条件,并获得政府的政治支持,开始成为水下和陆地光纤电缆的主要供应商,而这些电缆通过互联网传输大量信息。^②第三,认为中国将其建立卫星导航系统的努力描述为“太空丝绸之路”,这一系统以牺牲美国为代价,以扩大中国在国际舞台上的经济和政治影响力。^③

(二)认为中国利用“数字丝绸之路”扩充数字军事实力

以美国为代表的持新冷战思维的一些国家认为,中国推动人工智能在军工领域的发展。从军事角度来看,人工智能有很多用途,比如无人机群。“值得指出的是,人工智能可以用来筛选我们社会产生的海量数据,这可以让人工智能被用来预测政治运动,甚至通过虚假信息运动投射出强大的力量。”^④第二,一些国家认为,中国将量子计算视为“数字丝绸之路”的一部分,这对中国崛起为全球超级大国至关重要。这项技术虽然处于极其初级的发展阶段,但有着许多潜在的应用,尤其是在增强中国的军事和情报能力方面表现突出。

(三)认为中国依靠“数字丝绸之路”规避美国制裁

以美国为代表的持新冷战思维的一些国家认为,当前,跨境交易越来越依赖人民币,它削弱了美国通过制裁等国际金融工具向海外投射权力和影响力的能力。中国企业和政府建立数字或电子商务自由贸易区,并将其移动支付应用扩展到海外市场,尤其是在东南亚这个庞大且不断增长的市场。例如,马来西亚已与阿里巴巴建立了合作伙伴关系,开发数字自由贸易区,包括服务于东南亚的区域物流中心、配套的电子商务平台、数字支付和金融服务中心,由此增加电子商务和跨境交易,从而加速人民币的国际化。^⑤

二、“数字丝绸之路”视阈下中国海外投资保险合同中的问题

肇因于上述西方零和博弈的新冷战思维,自2018年以来,以美国为首的“五眼

① See Cecilia Kang & David Sanger, Trump Moves to Ban Foreign Telecom Gear, Targeting Huawei in Battle with China, New York Times, 15 May 2019.

② See Clayton Cheney, China's Digital Silk Road: Strategic Technological Competition and Exporting Political Illiberalism, Issues & Insights Working Paper, Vol.19, WP8, Pacific Forum, July 2019.

③ See Clayton Cheney, China's Digital Silk Road: Strategic Technological Competition and Exporting Political Illiberalism, Issues & Insights Working Paper, Vol.19, WP8, Pacific Forum, July 2019.

④ Clayton Cheney, China's Digital Silk Road: Strategic Technological Competition and Exporting Political Illiberalism, Issues & Insights Working Paper, Vol.19, WP8, Pacific Forum, July 2019.

⑤ See Clayton Cheney, China's Digital Silk Road: Strategic Technological Competition and Exporting Political Illiberalism, Issues & Insights Working Paper, Vol.19, WP8, Pacific Forum, July 2019.

联盟”开始实施针对中兴、华为等中国企业的各种打压。^①其中以美国对中国企业的封锁最为突出。下文将探讨,中国企业遭遇的这些重大政治风险是否构成海外投资保险的险别以及现有海外投资保险合同存在的缺陷。

(一)相关风险并不完全契合现有保单险别

中国出口信用保险公司(以下称“中国信保”)在险别设计上受到美国海外私人投资公司(Overseas Private Investment Corporation, OPIC)和多边投资担保机构(Multilateral Investment Guarantee Agency, MIGA)的影响,其海外投资保单有四种险别,即征收险、战争及暴乱险、汇兑险及政府违约险。从OPIC和MIGA的角度,政治风险似乎没有任何公认的定义,从广义上讲,政治风险有三个基本类别:一是不同形式的征收(征用),这包括间接征收和渐进征收;二是货币风险,即东道国禁止投资者将当地货币转换为硬通货,或增加对货币兑换的控制的风险;三是政治暴力,这包括战争、恐怖主义、革命、暴动、内乱和破坏。MIGA将政治风险广义定义为政治力量或事件中跨国企业运营的可能性,无论这些政治力量或事件发生在东道国,还是由于国际环境的变化。OPIC将政治风险定义为一个国家的政治决策或政治或社会事件可能会影响商业环境,从而导致投资者失去部分投资或预期回报。^②

1.泛化的国家安全审查是否属于征收险范畴

威廉姆斯·S.林(Williams S. Linn)在分析征收的种类时认为:“最明显的政治风险是征收。在通常情形下,征收行为被定义为政府或代表政府的非法行为,导致投资者在其投资中的所有的或实质上所有的财产权利被有效剥夺。这一一般意义上的定义可以因合同而异,而征收行为的定义通常在私人投资者和保险公司之间的保险合同中严格协商。然而,根据国际法,征收不需要被贴上‘征收’的标签,也可以是一种建设性的征收;类似地,征收不一定是单一事件的结果。如果一系列事件导致投资者在一项投资中权利的重大损失,就相当于征收。这被称之为渐进征收(creeping expropriation)。”^③

^① 2018年8月,时任澳大利亚总理马尔科姆·特恩布尔宣布在澳大利亚国内5G网络建设中禁止使用中兴和华为的技术。10月,澳大利亚秘密间谍机构负责人迈克尔·伯杰斯(Mike Burgess)声称,中国通信设备供应商参与澳大利亚的移动网络建设将给该国的关键基础设施安全带来高风险。11月,新西兰以“重大网络安全风险”为由禁止华为参与本国国内的5G网络建设。四天之后,华为首席财务官孟晚舟女士在加拿大温哥华被捕。以“五眼联盟”为代表的对华科技的诸边打压态势形成。这不仅严重影响中国国内网信产业的发展,并且对华为及中国其他通信技术企业在国际市场的竞争势头带来不良影响。参见方芳:《“数字丝绸之路”建设:国际环境与路径选择》,《国际论坛》2019年第2期,第71页。

^② See Kaj Hober & Joshua Fellenbaum, *International Investment Law* 1519 (C.H.BECK Hart Nomos 2015).

^③ See Williams S. Linn, *Political and Other Risk Insurance: OPIC, MIGA, EXIMBANK and Other Providers*, 5 *Pace International Law Review* 66 (1993).

通过考察可以发现,威廉姆斯·S.林所描绘的这种渐进征收,与中国海外投资遭遇的泛化的国家安全审查后果十分类似——经常处于广泛的东道国控制之下,政府对企业商业活动实施长期的控制,经历了一个逐步失去利润或无法管理的过程。具体而言:一是遭遇长期法律监管。2022年3月,美国法院裁定中兴与违反美国对伊朗制裁令有关的合规监察期结束,在接受美国政府五年监督后,这一中国企业可免除其所遭受的部分监督。^①二是纳入“对美国国家安全构成威胁的通信设备和服务”的清单。2022年3月25日,美国联邦通信委员会下属的公共安全和国土安全局宣布,根据2019年《安全与可信通信网络法》,中国电信(美洲)有限公司等提供的服务,对美国的国家安全和执法问题构成了重大和不可接受的风险。在公告所附的清单中,除中国电信(美洲)有限公司、华为技术公司外,中兴通讯公司、海能达通信公司、杭州海康威视数字技术公司、大华科技公司、中国移动国际(美国)有限公司等都名列其中。^②

上述管控行动不是短暂的,而是长期的。实际上,限制利润遣返、进出口禁运、限制(并非剥夺)项目运营或所有权股份转让等,都属于渐进征收的例子。但中国信保保单第4条对“征收”的表述是:“一、征收指东道国政府以国有化、没收、征用及与前述行为具有同等效果的其他行为造成下列任一情况,且东道国政府没有给予及时、充分、有效的补偿:(一)剥夺项目企业对投资项目的所有权或经营权;(二)剥夺项目企业对投资项目的资金、资产(不包括贵金属、珠宝、艺术品、现金、文件或商誉)的所有权。”^③不难发现,这两种情形规定的都只是直接征收,而渐进征收尚未出现在中国信保的保单中。

2. 网络恐怖主义攻击是否属于战争及暴乱险范畴

随着“数字丝绸之路”的纵深发展,网络攻击事件频繁爆发。从全球范围来看,攻击者的主要攻击对象并未产生较大变化,邮件、云服务、虚拟专用网络(VPN)、移动设备、物联网设备仍然是受害重灾区。^④这些攻击对中国海外投资企业安全构成了严重威胁。这些攻击的方式有二:一是主动攻击,分为篡改、伪造消息数据和终端(拒绝服务)。二是被动攻击,通常使用的手段包括窃听、流量分析、破解弱加密的数据流等。网络攻击并不总是与窃取信息有关或单纯地出于破坏财产动机,还可以基于政治或意识形态原因,即所谓的“网络恐怖主义”,^⑤且这些攻击背后往往有政府的

^① 参见郭媛丹等:《结束五年“监察”,中兴通讯胜诉!》,《环球时报》2022年3月24日。

^② See Federal Communications Commission, Public Notice, <https://www.fcc.gov/document/fcc-expands-list-equipment-and-services-pose-security-threat>, visited on 27 April 2022.

^③ 参见中国信保《海外投资股权保险条款》(系作者调研取得的纸质版资料)。

^④ 参见中国信息通信研究院安全研究所、北京微步在线科技有限公司:《2020年网络安全威胁信息研究报告(2021年)》,第17页。

^⑤ See David Collins, *Applying the Full Protection and Security Standard of International Investment Law to Digital Assets*, 12 *Journal of World Investment & Trade* 234 (2011).

幕后操纵。例如,2021年,一些私营企业成为国家的网络雇佣军,这些私营企业聘用数量众多、有组织的黑客团体,对特定目标发动网络袭击。^①美国是全球最大的网络恐怖主义攻击来源国。俄罗斯外交部国际信息安全局副局长弗拉基米尔·申指出,2001—2019年,在所有的计算机网络攻击案例中,40%~70%的攻击都是由位于美国境内的信息基础设施发起的;另据中国网络安全公司360报告,来自北美的亚太电信组织组织攻击手法复杂且战备资源充足,持久聚焦特定行业和单位。^②网络恐怖主义袭击对于中国海外投资来说可谓威胁巨大,常常会导致合同中断、声誉受损、经营中止以及资产缩水。从理论上说,这些损失属于中国信保战争及暴乱险的赔偿范畴。^③

中国信保的战争及暴乱险沿用了OPIC的模式。OPIC承保三种政治风险——征收、货币不可兑换和政治暴力,其中政治暴力包括战争、革命、暴动和内乱,内乱被定义为有政治动机的暴力行为,包括恐怖主义。^④根据《1985年海外私人投资公司修正案》,OPIC的保单中增加了承保基于战争、革命、暴动和内乱、不可兑换和征收造成的营业中断的风险。^⑤借鉴OPIC的做法,MIGA承保的风险主要包括四类:货币汇兑、征收和类似的措施、违约、战争和内乱。^⑥令人关注的是,“911恐怖袭击”事件之后,美国OPIC迅即作出反应,推出独立于“政治暴乱险”的“恐怖险”,以支持美国主导的反恐战争和其海外的美资企业。这一重要举措有助于OPIC继续支持海外直接投资那些已成为海外恐怖活动潜在目标的领域。^⑦

2004年,上海金茂大厦投保国内首例财产险中的附加险——恐怖主义责任险,由中国人民财产保险公司中山市分公司共同承保,限额高达1.5亿美元。^⑧此外,美亚财产

① 参见国务院发展研究中心国际技术经济研究所:《2021年全球网络空间安全发展态势综述》, <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1721314582523089140&wfr=spider&for=pc>, 2022年5月4日访问。

② 参见《“美式双标”:自诩“网络安全卫士” 却大行“网络恐怖主义”》, <https://news.ifeng.com/c/89lkeqmnLdc>, 2022年5月1日访问。

③ 战争及暴乱险指: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。参见中国出口信用保险公司:《海外投资保险简介》, <https://www.sinosure.com.cn/ywjs/xmxc/hwtzbx/hwtzbxjj/index.shtml>, 2022年5月1日访问。

④ See John S. Diaconis, *Political Risk Insurance: OPIC's Use of a Fiduciary Agent to Facilitate Resolution of Subrogation Claims*, 23 *International Lawyer* (ABA) 274 (1989).

⑤ See Williams S. Linn, *Political and Other Risk Insurance: OPIC, MIGA, EXIMBANK and Other Providers*, 5 *Pace International Law Review* 79 (1993).

⑥ 参见《多边投资担保机构公约》第11条。

⑦ See Montpelier Re, *OPIC Offer Terrorism Cover Abroad*, *Insurance Journal*, 12 October 2004, <http://www.insurancejournal.com/news/international/2004/10/12/46824.htm>, visited on 27 April 2022.

⑧ 参见《中国第一高楼上海金茂大厦投保“恐怖主义险”》, <https://news.sina.com.cn/c/2004-05-15/06542535083s.shtml>, 2022年5月1日访问。

保险公司亦推出“恐怖袭击财产保险”这一独立险种,^①在其发布的“中国企业海外工程风险解决方案”中特别指出,推出此种险别旨在为中国企业海外工程提供保障。^②需要注意的是,上述独立险种适用于海外工程承包,并不包含海外投资项目。也就是说,目前国内未开设与OPIC类似的恐怖主义责任险,中国信保仅笼统地将恐怖活动风险涵盖于战争及暴乱险条款中,而且在条款中也缺乏详尽的关于恐怖活动的解释。

3. 东道国政府“背信弃义”是否构成违约险

MIGA 保单下的此种风险是指东道国不履行或违反与被保险人签订的合同,被保险人无法求助于司法或仲裁机关,或不合理延误或无法执行最终判决或裁决。^③对比之下,中国信保的违约险仅概要地表述为:东道国违反合同且拒绝赔偿,^④并不涉及被保险人无法接受法律救济的情形。令人遗憾的是,近年来陆续发生的系列纠纷,均以中国企业败诉或无法获得司法救济为结果,申言之,这种险别表述将不利于中国企业寻求保险救济。

2020年11月5日,华为针对瑞典邮电局的行政决定提起诉讼,并请求斯德哥尔摩行政法院发布临时中止这一行政决定的禁令。禁令涉及在5G频谱竞拍中,瑞典邮电局禁止安装华为或中兴的电信设备的行政决定,这一行政决定要求,如果安装了这些设备,必须在2025年1月1日前予以拆除。斯德哥尔摩行政法院发出临时禁令后,冻结了原定拍卖计划。随后,瑞典邮电局向斯德哥尔摩上诉法院进行上诉并胜诉,华为随后向瑞典最高行政法院提起上诉,但以败诉告终。2022年1月,华为根据中国与瑞典于1982年签订的BIT在ICSID提起仲裁,此案正在审理之中。^⑤另一起纠纷是中国电信(美洲)有限公司于2021年11月15日向美国哥伦比亚特区上诉法院提起诉讼,请求撤回美国联邦通信委员会吊销该公司在美运营许可的最终决定。^⑥

① 恐怖袭击财产保险保障由于恐怖活动所造成的财产毁损。恐怖活动是指某些个人或组织为了达到政治、宗教、意识形态或类似的目的而使用武力或暴力和/或威胁手段,企图影响任何政府和/或使公众或部分公众处于恐惧状态的活动。<https://www.aig.com.cn/commercial/products/property>, 2022年5月2日访问。

② 参见《美亚保险公司发布海外工程风险解决方案》, <https://news.vobao.com/article/698605939684.shtml>, 2022年5月2日访问。

③ 参见《多边投资担保机构公约》第11条。

④ 中国信保对违约险的定义是: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。参见中国信用出口保险公司:《海外投资保险简介》, <https://www.sino-sure.com.cn/ywjs/xmxcpx/hwtzbx/hwtzbxjj/index.shtml>, 2022年5月2日访问。

⑤ 参见《突发:华为对瑞典5G禁令提起仲裁》, <https://new.qq.com/omn/20220126/20220126A0AF-WH00.html>, 2022年5月1日访问。

⑥ 参见熊超然:《中国电信就“吊销执照”致信美方》, <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1719956226853347654&wfi=spider&for=pc>, 2022年4月30日访问。

上述案例说明两方面的问题：一是中国企业很难获得在西方零和博弈的新冷战思维主导下的司法救济；二是即使是获取部分司法救济，也仅主要是程序救济而非实体救济。^①在美国司法实践中，对涉及国家安全的行政行为进行司法审查时，法院不太可能对实体问题进行审理，但对于程序问题可能予以追究。罗尔斯公司诉奥巴马和美国外资委员会案就是一个实证。2012年9月28日，美国总统奥巴马以国家安全为由签署总统令，禁止中国企业三一集团关联公司——美国罗尔斯公司在俄勒冈州的风电项目投资。于是，罗尔斯公司向美国哥伦比亚地方法院起诉了奥巴马和美国外资委员会。在此案中，原告有效地利用了“越权无效”这一原则作为法律依据，指控两个共同被告未经适当的程序，剥夺了罗尔斯风电项目的财产权。在英美法中，越权无效的含义在于：一个人或机构不能实施行政行为或行使权力，除非他或它得到法令或普通法的授权；行政机关和国家机关必须在职权范围内行使行政、国家职能；不行使职能或越权行使的，其行为无效。^②同样，在英国，对行政行为的司法审查在很大程度上是作为越权无效的一个分支发展起来的，审查仍然几乎集中在权限问题上——法院的权力仅限于审查行政部门的管辖权过度。^③总体来看，英美法系更加推崇“看得见的正义”理念，程序正义是实现实体正义的先决条件，确保执法过程中行为的合法性是司法审查的目的。不过，尽管罗尔斯公司胜诉，但这并不意味着中国电信(美洲)有限公司一定能够仿效成功，原因在于，决定的最终作出者是美国联邦通信委员会而不是美国外资委员会，两者作出处罚的依据亦不尽相同。

(二)中国信保推出海外数字投资保单的困难

基于保险合同是当事人意思自治的产物，直接约定当事人的权利义务，因此下文从中国信保面临的合同和实践双重障碍出发，分别讨论数字资产是否具有可保利益、尚未更新保单设计理念以及保费数额的约定可能显失公平等问题。

1. 数字资产尚未成为保险合同标的

在域外，数字资产已成为保险合同标的。2019年，全世界有12家不同的加密资产交易所遭到黑客攻击，超过40亿美元的加密货币被盗或被骗，创下历史新高，这

^① See H. Booysen, *Administrative Custom and the Ultra Vires Doctrine*, 92 South African Law Journal 291 (1975).

^② 程序正义是安全审查不可逾越的原则。国家安全审查实体标准的变幻不定，可能化作东道国政府阻挠外国投资进入的合理借口，从而损及投资者的合法投资利益。程序正义作为防范政府恣意妄为的外部性约束方式，在规范政府行为和保护投资相对人权利上发挥着重要作用，同时也可由政府行为失当和投资相对人寻求救济提供法理依据，因此程序正义应是安全审查不可逾越的原则之一。参见陶立峰：《外国投资国家安全审查的可问责性分析》，《法学》2016年第1期，第60页。

^③ See Bernard Schwartz, *Law and the Executive in Britain: A Comparative Study* 165 (New York University Press 1949).

直接催生了以加密货币作为标的的数字资产保险行业的诞生。^①加密货币作为加密资产,是一种数字原生形式的存储价值,它依赖于区块链的验证属性。加密资产是一个宽泛的术语,包括可以采取多种不同形式的数字原生资产,例如比特币和以太币。^②从数字资产保险的角度来看,在加密交易所的网站,用户可以在线购买或出售数字资产,加密交易所为其用户价值数亿美元的加密货币投保,一旦黑客攻击或资产被盗,则依据数字资产保险单向加密交易所赔偿部分或全部被盗加密货币。以美国为例,“在 2018 年初时,数字资产保险这一术语几乎不存在。大的保险公司没有出台专门的数字资产保单。但两年之后,数字资产保险已经成为一个价值数十亿美元的行业,其大部分增长发生在 2019 年底和 2020 年初。甚至有一些专家预计,该行业的增长可能继续超过更大的网络安全保险市场,后者已成为大多数大型保险公司的支柱产品”。^③基于安全导向、资金充足保障,承保这类保险的公司大多数位于美国、英国、日本和瑞士等。^④

但是,中国目前尚未允许数字资产作为保险合同标的。以数字货币为例,2013 年至今,中国对比特币等数字货币的态度发生了很大的转变。从最开始认可它们属于数字资产,到现在明令禁止相关的交易行为,原因在于,比特币纰漏百出,可能助长经济犯罪,扰乱金融秩序。^⑤随着国家加大整治加密货币交易及其挖矿活动,国外加密货币交易所等平台已经全面清退。综上所述,基于保险利益必须是投保人或被保险人对保险标的具有合法利益,加密货币无法成为中国数字资产保险的标的。但区块链技术的运用并非仅存在加密货币一种类型,其已广泛用于数据交易等相关领域。因此,哪些数字资产具有合法性,进而可以成为未来数字保险合同的标的,需要进一步明确,这直接影响中国信保能否及时推出有利于海外数字投资的保单。

2. 尚未引入数字投资保单设计理念

从全球来看,海外投资保险的标的仍囿限于投资项目的有形财产。以 MIGA 来说,尽管承保过数字投资项目,例如, MIGA 曾于 2007 年承保了一个保额 7450 万美

① See Adam Zuckerman, *Insuring Crypto: The Birth of Digital Asset Insurance*, 1 University of Illinois Journal of Law, Technology & Policy 77 (2021).

② See Adam Zuckerman, *Insuring Crypto: The Birth of Digital Asset Insurance*, 1 University of Illinois Journal of Law, Technology & Policy 81 (2021).

③ See Adam Zuckerman, *Insuring Crypto: The Birth of Digital Asset Insurance*, 1 University of Illinois Journal of Law, Technology & Policy 87-89 (2021).

④ See Adam Zuckerman, *Insuring Crypto: The Birth of Digital Asset Insurance*, 1 University of Illinois Journal of Law, Technology & Policy 93 (2021).

⑤ 参见人民银行、网信办、最高人民法院、最高人民检察院、工业和信息化部、公安部、市场监管总局、银保监会、证监会、外汇局《关于进一步防范和处置虚拟货币交易炒作风险的通知》(银发〔2021〕237号)。

元的项目,用于在阿富汗建立一个综合的电信网络设施,提供数字全球移动通信系统(GSM)蜂窝网络、互联网、卫星等服务。^①但是,MIGA发布的《2021年MIGA投资担保指南》中并未提及投资项目应当符合东道国在互联网连接或网络方面的法律,这表明数字技术的风险尚未渗透到MIGA的保险合同设计理念之中。从中国信保来看,其发布的《中国出口信用保险公司2020年度报告》表明海外投资保险支持的重点仍然是传统产业,^②海外数字投资尚未获得足够的关注。不过,2017年11月,浪潮集团有限公司与思科、IBM、迪堡和爱立信共同发起了“‘一带一路’数字经济战略联盟”(B&R Digital Economy Strategic Alliance),这些公司与中国银行、国家开发银行、中非发展基金以及中国信保建立了伙伴关系。该伙伴关系是第一个由企业引入的合作机制,将提供世界级的数据中心以及云服务和解决方案,以实现智慧城市和智慧企业。^③这至少说明,中国信保开始将目光转向“数字丝绸之路”,这无疑是一个值得肯定的进步。

3. 保费数额的约定可能显失公平

此类数字投资保险合同在计算风险概率时可能缺乏历史数据,进而影响保费的适当性。数字投资风险尚属新鲜事物,如想援引以往理赔数据作为保单参考则比较困难,因此,根据被保险人或受益人的预期损失概率、严重程度等计算保费时往往缺乏科学依据。在通常情形下,如果缺乏科学数据的支撑,保险公司还可进行类比分析,也就是说,借助风险类型最为相似、成熟行业的数据进行评估。但是,加密货币、区块链、数字资产存储以及相关技术较新且技术复杂,往往缺乏类比参照物。此外,为准确判断出险原因和确定理赔,保险公司需要配备对公司及其技术有足够深入了解的内部人员,以便能够理解和评估此类风险。目前,全球大多数保险公司缺乏具备这种能力的人员,^④中国信保亦面临类似难题。在这种情形下,保险公司不得不设

^① See A. L. Masser, *The Nexus of Public and Private in Foreign Direct Investment: An Analysis of IFC, MIGA, and OPIC*, 32 *Fordham International Law Journal* 1741 (2009).

^② 截至2020年,中国信保承保的海外投资保险业务规模再创历史新高,全年累计承保625.6亿美元;承保保单871张(新签保单209张),承保项目覆盖巴基斯坦、印度尼西亚、哈萨克斯坦、越南、老挝等85个国家(地区);业务主要分布在电力生产和供应业(34.5%)、其他制造业(19.3%)、其他采矿业(18.5%)、土木工程建筑业(10.3%)、石油和天然气开采业(4.3%)、其他行业(13.1%)。参见《中国出口信用保险公司2020年度报告》, <https://www.sinosure.com.cn/xwzx/ndbd/index.shtml>, 2022年5月2日访问。

^③ See The Belt and Road Initiative and the SDGs, Towards Equitable, Sustainable Development, the Digital Silk Road and the Sustainable Development Goals, 50 *IDS Bulletin* 32 (2019).

^④ See Adam Zuckerman, *Insuring Crypto, The Birth of Digital Asset Insurance*, 1 *University of Illinois Journal of Law, Technology & Policy* 105 (2021).

定相对较高的保费,为潜在的承保失误提供缓冲。^①毫无疑问,此种约定对于被保险人而言是显失公平的,势必阻碍海外数字投资保单的推广。

三、“数字丝绸之路”视阈下中国海外投资保险的立法问题

尽管海外投资保险是根植于国内法框架下的政策性保险,但海外投资保单与BIT的诸多表述几乎一致,二者相辅相成,都是保护外资的政策性工具。二者在以下方面具有相同或相似点:一是基本术语的定义,包括投资者、受保护的投资或外国投资的待遇等定义;二是政治风险的类型,包括征收与国有化、汇兑与转移等;三是代位权,基于国家主权豁免的顾虑,此种约定旨在保证保险公司享有代位权,即被保险人基于险别遭受的损失获赔偿之后,保险公司有权向东道国进行追偿的权利。正是基于代位权行使的重要性和可行性,多数国家海外投资保险立法规定,只承保与本国签署BIT的东道国的投资项目。美国从1948年《对外援助法》到《1978年海外私人投资公司修正法》(The Overseas Private Investment Corporation Amendments Act of 1978),再到2018年《更好地利用投资促进发展法》(Better Utilization of Investment Leading to Development Act,以下简称“BUILD法”)均有类似的条款。依BUILD法,美国国际发展金融公司(U.S. International Development Finance Corporation, DFC)取代了运营近50年的OPIC。该法第1431节“业务”规定:双边协议——公司可根据第二章就任何国家的项目提供支持,该国家已与美国达成协议,授权公司在该国提供此类支持。^②此外,基于外国投资者自身的安全需求,“寻求制定全面政治风险管理计划的投资者需要审查东道国和母国之间的BIT,然后考虑不同的海外投资保单如何替代或补充条约的覆盖范围。通过审查相关BIT的内容,顾问能够确定其未能保护其客户投资的具体方式,然后谈判一个有针对性的海外投资保单,以填补覆盖BIT范围的空白”。^③

(一)数字投资是否属于中国签订的BIT规制的范畴

首先需要厘清的是数字投资是否可列入中国签订的BIT中的“投资”定义,其次,才能解决东道国是否按照BIT完全保护和安全(full protection and security, FPS)标准,履行尽职调查和保障数字投资安全的义务。

1. 数字投资是否属于BIT“投资”定义的外延

为了使外国投资者的数字资产(如网站和计算机系统)受到母国签署的BIT承

^① See Adam Zuckerman, *Insuring Crypto, The Birth of Digital Asset Insurance*, 1 University of Illinois Journal of Law, Technology & Policy 111 (2021).

^② See Better Utilization of Investments Leading to Development Act of 2018, <https://www.congress.gov/congressional-report/115th-congress/house-report/814>, visited on 11 April 2022.

^③ Robert Gingsburg, *Political Risk Insurance and Bilateral Investment Treaties: Making the Connection*, 14 Journal of World Investment & Trade 943 (2013).

诺的保护,必须首先确定它们是否构成BIT所定义的“投资”。^①可以主要从以下两个维度进行论证。

第一,BIT的具体措辞。大多数国家签署的BIT都包含一个通用短语,将投资定义为构成“所有资产”的几组说明性类别;网站等数字投资可以被视为一种知识产权,因为它们的技术知识和艺术创造力的产物;阿根廷和美国之间的BIT在其对知识产权的定义中包含了一个宽泛的短语,即“人类努力所有领域的发明”和“机密商业信息”;另据乌克兰与丹麦之间的BIT,“投资”是指为了建立持久的经济关系而与经济活动有关的每种资产。^②据我国商务部统计,迄今为止,中国对外签订生效的BIT共有104份,^③尽管早期的BIT对于“投资”的定义并不完善,但在中国晚近签订的BIT中,例如《中华人民共和国政府和加拿大政府关于促进和相互保护投资的协定》(以下简称《中国—加拿大BIT》)有了明显的改进,其关于“投资”的定义,设有一个兜底条款,即“为商业目的获得或使用的任何其他有形或无形、动产或不动产、财产及相关产权”。^④此处的“无形”一词是否囊括数字资产,还需要缔约方予以解释。“以前,数字资产一词被用来描述任何数字形式的资产,这可能意味着金钱、证券、数据、音乐或任何其他有价值的数字表示。最近,数字资产这个术语被区块链社区广泛采用,用来指代更直观的加密资产。”^⑤

第二,数字投资项目与东道国存在有意义的领土联系。就BIT的“投资”定义所言,投资的地点必须位于东道国领土之内,也就是说,必须举证网站由东道国境内的服务器托管,才可以说服仲裁庭支持网站位于东道国领土的这一主张。例如,在SGS诉巴基斯坦案中,ICSID认为,如果能够提供投资位于东道国的证据,则有助于采纳投资者与东道国之间具有领土属性的主张;进而,投资者可能证明,曾付钱给当地的网络托管公司来托管自己的网站,或者购买或租赁当地的房产来存放相关的服务器。但如果该网站只是通过互联网访问,那么与该司法管辖区的连接可能十分薄弱,特别是如果在领土内并没有任何经营实体存在。^⑥此外,由于云计算具有不可整合性、移动性、可分裂性和可替代性以及资产持有人与资产之间的距离远等特征,数

^① See David Collins, *Applying the Full Protection and Security Standard of International Investment Law to Digital Assets*, 12 *Journal of World Investment & Trade* 226 (2011).

^② See David Collins, *Applying the Full Protection and Security Standard of International Investment Law to Digital Assets*, 12 *Journal of World Investment & Trade* 226 (2011).

^③ 参见《我国对外签订双边投资协定一览表》, <http://tfs.mofcom.gov.cn/article/Nocategory/201111/20111107819474.shtml>, 2022年5月2日访问。

^④ 参见《我国对外签订双边投资协定一览表》, <http://tfs.mofcom.gov.cn/article/Nocategory/201111/20111107819474.shtml>, 2022年5月2日访问。

^⑤ Adam Zuckerman, *Insuring Crypto: The Birth of Digital Asset Insurance*, 1 *University of Illinois Journal of Law, Technology & Policy* 81 (2021).

^⑥ See David Collins, *Applying the Full Protection and Security Standard of International Investment Law to Digital Assets*, 12 *Journal of World Investment & Trade* 227 (2011).

据可以同时与多个人、多处地点相关,从而创建到多个状态的同时管辖链接,也就是说,云计算不同于传统的跨境数据流动,云用户或云服务商都可能无从知晓云计算基础设施的物理位置以及数据传输的目的地,从而会面临一个复杂的问题——越来越依赖国外云服务器中存储的证据,导致云计算管辖权难以确定。

2. 数字投资保护能否援引 BIT 的 FPS 标准

考察大多数 BIT,均设有 FPS 标准。例如,加拿大 BIT 范本第 5.2 条和美国 BIT 范本第 2 条(b)款,^①都要求缔约方提供的 FPS 标准是基于习惯国际法下的治安保护水平。《中国—加拿大 BIT》第 4 条亦有相似的规定:“1.每一缔约方应根据国际法给予所涵盖的投资以公平公正待遇以及完全保护和安全的。2.第 1 款中的‘公平公正待遇’和‘完全保护和安全的’概念不要求除了国际法规定的外国人待遇最低标准之外的待遇,这是公认为法律的一般国家惯例所证明的。”这表明,东道国必须承担为外国投资者提供最低限度的保护义务,以抵御战争、恐怖主义、革命、暴动、内乱和破坏。

有学者认为:“似乎很难解释东道国有义务通过在 BIT 中应用 FPS 标准来保护外国投资者的数字资产。虽然政府可能有责任在其领土内维护底层互联网架构的完整性,但这是否可以扩展到特定服务器或由私人服务提供商或投资者自己维护的网站的安全,仍值得怀疑。”^②在西门子诉阿根廷案中,ICSID 认为 FPS 标准可以涵盖无形投资,但最终 ICSID 得出的结论是:“很难理解如何实现无形资产的物理安全。”^③在多数情形下,数字投资之所以不属于 FPS 标准保护范畴,可能是基于以下三点原因:

一是互联网服务的提供仍然掌握在私人公司手中,政府并没有实际上操作或维护托管网站的服务器。它们属于私人电信公司或互联网服务提供商的领域。虽然东道国为出售互联网连接的服务商提供许可,即政府提供一定程度的监督,但这并不意味着政府监督可以延伸到实际控制网络或单个网站的功能或安全领域方面的问题。^④

二是在国际法中,计算这类损害赔偿是一个众所周知的复杂问题。根据 FPS 标准,如果东道国有义务通过提供安全的在线环境来防止对数字资产造成的损害,一旦证明东道国违反 FPS 标准的行为与针对投资者数字投资的网络攻击有关,那么法

^① David Collins, *Applying the Full Protection and Security Standard of International Investment Law to Digital Assets*, 12 *Journal of World Investment & Trade* 229 (2011).

^② David Collins, *Applying the Full Protection and Security Standard of International Investment Law to Digital Assets*, 12 *Journal of World Investment & Trade* 242 (2011).

^③ *Siemens v. Argentina*, ICSID Case No.ARB/02/8, 6 February 2007.

^④ See David Collins, *Applying the Full Protection and Security Standard of International Investment Law to Digital Assets*, 12 *Journal of World Investment & Trade* 238 (2011).

庭或仲裁庭将承担评估适当赔偿金额的艰巨任务。可以预见,赔偿金额包括未能阻止网络攻击、网站或计算机系统可能丢失的业务或利润,维修的成本,更换受损相关实物资产的价值(如机械和计算机硬件)。损害程度可能取决于损失的远因、近因,以及由于国家未能采取行动而导致的相关损害的可预见性。^①

三是对数字资产重大风险提供FPS标准保护的发展中国家寥寥无几。因为目前这些国家的互联网连接水平和网络安全水平相对较低。^②

由此及彼,数字投资能否援引中国签订的BIT的FPS标准,同样面临上述三个问题。尽管中国已经和美国并驾齐驱领导数字经济,例如,中国和美国占据全球区块链技术相关的所有专利的75%,物联网支出的50%,云计算市场的75%以上。尤其是它们占据了70个最大数字平台市值的90%。^③但是,中国城乡数字经济发展并不均衡。从规模看,2020年,广东、江苏、山东等13个省市数字经济规模超过1万亿元;从占比看,北京、上海数字经济GDP占比超过50%;从增速看,贵州、重庆、福建数字经济增长仍领跑全国。^④这说明,针对数字资产重大风险提供FPS标准保护,各地可能无法一概而论。

进而言之,数字投资保护能否适用FPS标准,关系到中国信保承保的战争及暴乱险是否出险的问题。

中国信保保单第5条“战争及政治暴乱”共有五款,其中第4、5款设有代位权。除了前三款涉及承保的风险、损失日期、损失金额以外,第4款规定:在永久无法经营导致股权发生全部损失的情况下,被保险人须在保险人支付赔款前将其在项目企业中的相应股权转让至保险人;第5款规定:承保风险项下追偿对象为东道国政府和相关责任方。^⑤显而易见,第4、5款均与保险公司行使代位权有关。特别是保险公司依据第5条第5款主张代位权索赔时,判断东道国和相关责任方是否存在过错,FPS标准的保护程度往往就成为最直接、最有力的依据。罗伯特·金斯堡(Robert Gingsburg)也曾提出建议:保险承保人在承保阶段审查特许协议和其他投资合同,以确保在发生损失时代位求偿权的范围,但大多数保险承保人并不审查BIT的内容。鉴于BIT之间的巨大差异,保险人应审查BIT的内容,以确定:(1)BIT是否有代位求

^① See David Collins, *Applying the Full Protection and Security Standard of International Investment Law to Digital Assets*, 12 *Journal of World Investment & Trade* 239 (2011).

^② See David Collins, *Applying the Full Protection and Security Standard of International Investment Law to Digital Assets*, 12 *Journal of World Investment & Trade* 243 (2011).

^③ See UNCTAD, *Digital Economy Report 2019 | Value Creation and Capture: Implications for Developing Countries*, https://unctad.org/system/files/official-document/der2019_en.pdf, visited on 31 October 2021.

^④ 参见中国信息通信研究院:《中国数字经济发展白皮书2021年》前言。

^⑤ 参见中国信保《海外投资股权保险条款》。

偿条款,这些条款规定了保险人可以介入投资者的立场;(2)被保险人符合BIT规定的保护条件;(3)BIT包括对与保单相同或类似的政治风险引起的损失的保护;以及(4)BIT中可能影响保险人对东道国政府索赔的例外情况的类型和范围。^①

此外,出于海外投资保险的涉外性,大多数保险合同(包括中国信保保单)都约定仲裁条款。这一做法也是受到美国的影响。例如,OPIC保险合同第8.05条规定,与保单有关的任何争议必须通过仲裁解决。^②多年来,OPIC无法在大多数拉丁美洲国家开展业务,因为这些国家普遍赞同卡尔沃主义,直到它们与美国达成BIT,设有代位权和仲裁条款,OPIC才接受承保。^③显然,在投资者—国家争端解决机制(IS-DS)下,仲裁庭不仅需要审查国内立法或保险合同,更要考察投资母国与东道国达成的BIT条款。

(二)中国海外投资保险立法是否考虑数字资产

虽然美国的立法和险别具有很强的示范性,但它们调整的是有形资产的法律关系。相比之下,中国采用的混合式立法模式,在上位法缺失的情形下,如何规制海外数字投资保护,值得研究。

1.以美国立法为代表的海外投资保险立法仍拘于传统的有形资产投资保险

美国依照1948年《对外援助法》成立经济合作署。1969年,美国国会第八次修订《对外援助法》,改为由OPIC作为承保机构,它最初仅获得五年的特许权。^④1978年,卡特总统签署《1978年海外私人投资公司修正法》,扩大和修改了OPIC的经营权限。该法后经多次修订,OPIC的运营权限一直得以延续。^⑤在该法中,有关保险标的术语的表述,使用是“项目”(project)一词,其中第二节规定:“公司在决定是否为一个项目提供保险、融资或再保险时,尤其应(1)遵循该项目对经济和社会发展的影响和效益,以及该项目与美国或其他捐助者的其他发展援助计划或项目互补或兼容的方式;和(2)对1975年人均收入在520美元以下的欠发达国家的投资项目给予优

^① See Robert Gingsburg, *Political Risk Insurance and Bilateral Investment Treaties: Making the Connection*, 14 *Journal of World Investment & Trade* 968-969 (2013).

^② See John S. Diaconis, *Political Risk Insurance: OPIC's Use of a Fiduciary Agent to Facilitate Resolution of Subrogation Claims*, 23 *International Lawyer (ABA)* 276 (1989).

^③ See Williams S. Linn, *Political and Other Risk Insurance: OPIC, MIGA, EXIMBANK and Other Providers*, 5 *Pace International Law Review* 75 (1993).

^④ See Steven Franklin & Gerald T. West, *The Overseas Private Investment Corporation Amendments Act of 1978: A Reaffirmation of the Developmental Role of Investment Insurance*, 14 *Texas International Law Journal* 5 (1979).

^⑤ See Doug Wessinger, *Legislation-Foreign Relations-International Trade Reauthorization for the Overseas Private Investment Corporation*, 12 *Georgia Journal of International and Comparative Law* 251 (1982).

先考虑,对1975年人均收入在1000美元以上的欠发达国家的投资项目予以限制。”^①2018年,特朗普总统签署BUILD法,由此成立了一个新的机构——国际发展金融公司,DFC整合了OPIC和其他涉外金融机构的职能,在其第1421节“与提供支持有关的政府机构”中,BUILD法明确授权DFC承续OPIC的业务。BUILD法规定:考虑到美国的国家安全利益,DFC可根据本公司确定的条款和条件,向私营部门实体和合格主权实体发行保险或再保险,以确保其投资的全部或部分免受任何或所有政治风险,如货币不可兑换和转让限制、征用、战争、恐怖主义、内乱。^②值得注意的是,该法在第1434节规定:“在本节中,术语‘项目特定交易费用’……(2)不包括信息技术(该术语的定义见《美国法典》第40编第11101节)。”^③由此可见,在美国国内立法的指引下,其海外投资保险险别基本是针对有形财产的损害而设计的。

2. 中国混合式立法模式中数字投资保险缺乏上位法依据

中国在海外投资保险立法方面,采用的是混合式立法模式。也就是说,立法散见于以《保险法》为核心的规范性文件之中。在规范性文件中,既有国务院组建中国信保的规范性文件,^④又有部门和地方规范性文件,它们涉及中国信保的宗旨、合格的投资的范围以及承保项目审批等内容。^⑤之所以强调《保险法》的核心地位,理由如下:一是《保险法》的适用范围包括在中国境内从事的一切保险活动;^⑥二是依据最高人民法院相关司法解释,海外投资保险类推适用《保险法》。根据最高人民法院2013年发布的司法解释,审理出口信用保险纠纷可以参照《保险法》的规定,除非保险合同另有约定。^⑦据此,笔者认为司法解释既适用于出口信用保险、又适用于海外投资保险。究其原因,从法理上看,后者属于保证保险合同,而保证保险和信用保险并无本质上的差异,经常被学者交替使用。保险人都相当于保证人,保证承担东道国违反义务的责任。当前,这种混合式立法模式的负面影响在于,中国信保的设立和运营只能依赖级别较低的规范性文件,缺乏国家层面的立法依据。因此,及时推

^① Overseas Private Investment Corporation Amendments Act of 1978, International Legal Materials, Vol.17, No.5, September 1978.

^② See Better Utilization of Investments Leading to Development Act of 2018, <https://www.congress.gov/congressional-report/115th-congress/house-report/814>, visited on 11 April 2022.

^③ Better Utilization of Investments Leading to Development Act of 2018, <https://www.congress.gov/congressional-report/115th-congress/house-report/814>, visited on 11 April 2022.

^④ 参见《国务院关于组建中国出口信用保险公司的通知》。

^⑤ 参见国家发展改革委、中国出口信用保险公司《关于建立境外投资重点项目风险保障机制有关问题的通知》和《北京市外经贸发展资金支持北京市企业高风险国别投资项目海外投资保险统保平台实施方案的通知》等。

^⑥ 《保险法》第3条规定:“在中华人民共和国境内从事保险活动,适用本法。”

^⑦ 最高人民法院2013年《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》就出口信用保险的法律适用作出解释:“对出口信用保险合同的法律适用问题,保险法没有作出明确规定。鉴于出口信用保险的特殊性,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。”

出上位法——《海外投资法》，并在其中设置海外投资保险章，是当下亟待解决的问题。首先，须厘清海外投资保险有别于普通商业保险的特殊之处。包括海外投资保险的定义（是否强调其服务于“数字丝绸之路”的宗旨）；中国信保具有何种法律定位（是否唯一的政策性保险公司）；监督管理机构。其次，须明确如何规制海外投资保险合同。主要包括保险合同的标的（是否涵盖数字投资）；保费支付（如何体现数字保险保费约定的公平合理）；审查与批准（现由财政部、外交部、商务部相关部门联合审批）^①。最后，如何保证中国信保有效地行使代位求偿权，即被保险人如何协助保险人了解并掌握通信网络基础设施、算力基础设施、智慧基础设施和提供数字服务的核心技术。

四、“数字丝绸之路”视阈下解决中国海外投资保险法律问题的对策

鉴于现有海外投资保险合同的不足，建议尽快修订中国信保海外投资保单；同时需要完善顶层制度设计——提供国际法和国内法的可行性方案。

（一）完善中国信保的保险合同

海外投资保险仍须运用商业保险的原理，包括保单的基本框架，如保费、险别等基本条款的设计。从现实出发，推出数据保险是海外数字投资保险的基石。

1. 从商业保险角度推出数据保单

如前所述，哪些数字资产可以被开发成为保险标的尚不清晰。但从目前国内展开的数据资本化创新性探索来看，主要有以下三种形式：一是数据质押融资；二是数据银行；三是数据信托。随着数据价值化的发展，我国数据要素市场格局逐渐明朗，已形成包含数据交易主体、数据交易手段、数据交易中介、数据交易监管四位一体的市场格局。^②以此类推，既然在数据资本化创新探索中，数据交易、数据质押和数据信托均已成为商事活动，那么，在这些活动中面临的一系列风险则需要保险作为保障是毋庸置疑的。无论如何，数据要素成为数字保险标的，是开辟海外数字投资保险的第一步。

2. 修订中国信保的海外投资保单

首先，完善中国信保海外投资保单险别的设计。建议有三：一是修订第4条“征收”的定义，增加渐进征收。即增加一款：“东道国政府通过在一段时间内采取行动，有效地将企业管理和控制，逐渐剥夺投资者在企业中的基本权利或者财务利益。”二

^① 保额超过三亿美元保单的审批权限由财政部行使，经财政部审批后，还须再报国务院征求外交部、商务部意见后批准。财政部审批过程中，首先核实上一年在项目所在国是否有理赔发生，如有，则要求理赔项目要实现关闭，即向项目出险所在国政府索回理赔款，理赔金额很小的可放弃追索。参见《境外投资网上审批流程》，<https://m.lawtime.cn/zhishi/a3425269.html>，2022年5月2日访问。

^② 参见中国信息通信研究院：《中国数字经济发展白皮书 2021 年》，第 38-40 页。

是开辟独立的恐怖主义责任险险种,独立于战争及暴乱险。这种安排有利于抵御日益增长的网络恐怖主义风险。三是借鉴 MIGA 保单,完善违约险表述。即明确此种风险是指东道国不履行或违反与被保险人签订的合同,被保险人无法求助于司法机关或仲裁机构,或者不合理延误或无法执行最终判决或裁决,以应对中国海外投资投诉无门或无法获得充分的司法救济这一风险。

其次,准确计算风险概率、制定合理保费。依据联合国贸易与发展会议(UNCTAD)划分的“高数字化国家”和“低联网国家”标准,各提取若干国家的政治风险因子建立模糊综合评价模型。此外,建议收集、整理相关法律纠纷案例;还可利用模拟仿真实验室进行数据分析。科学的评估结果可以帮助中国信保设定合理的保费,从而有利于新型保险业务的开展。

最后,加强从业人员掌握数字技术的实务能力。在这方面,保险业界已经作出了正面的回应。^①“数字保险研究中心”成立之后,有望促进中外学者、技术人员和从业人员对 5G、互联网、物联网、区块链、云计算、人工智能等数字技术及风险的交流,帮助保险公司正确地理解、评估乃至理赔各类数字保险案件。

(二)完善“数字丝绸之路”视阈下中国海外投资保险立法

“一带一路”倡议既未划定特定区域,又不拘泥于某一组织或个人。^②据统计,截至 2021 年 11 月 29 日,中国已经同 143 个国家和 32 个国际组织签署了 200 多份共建“一带一路”的合作文件,这些合作文件包括:合作协议、合作备忘录、谅解备忘录、联合声明等。^③截至 2019 年 4 月,中国已与 16 个“一带一路”沿线国家签署共建数字丝绸之路的合作协议,并与 7 个“一带一路”沿线国家共同签署“一带一路”数字经济合作倡议。^④也就是说,只要与中国签署这些合作文件的国家或地区所覆盖的区域都可称

^① 2021 年 12 月,由上海市大数据股份有限公司牵头,美国再保险 RGAX、卫宁云钥科技(上海)有限公司、深圳小步奔跑科技有限公司多方共建的“数字保险研究中心”正式成立。未来希望通过数字解决方案提供三个方向:保险产品的创新、风控理赔、C 端人群的运营增长。参见《数字保险研究中心成立预计 2023 年一季度交付应用级数字解决方案》, <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1719309583704289084&wfr=spider&for=pc>, 2022 年 5 月 2 日访问。

^② 自“一带一路”倡议提出以来,各种版本的“一带一路”地图、“一带一路”路线图等不绝于耳,这其实是对“一带一路”倡议的一种误解。“一带一路”不是简单的线状经济体,它跨越不同地域、不同发展阶段、不同文明,是一个开放包容的经济合作倡议,是各方共同打造的全球公共产品。划定“一带一路”沿线国家名单、制作地图的做法并不值得提倡。中国政府从来没有对“一带一路”限定过范围,任何国家或地区都有机会享受“一带一路”的“红利”。参见《关于“一带一路”的 15 个认知误区》, <https://www.yidaiyilu.gov.cn/sy/zlbw/86705.htm>, 2021 年 11 月 30 日访问。

^③ 参见《已同中国签订共建“一带一路”合作文件的国家一览》, <https://www.yidaiyilu.gov.cn/xw-zx/roll/77298.htm>, 2021 年 11 月 30 日访问。

^④ See The Belt and Road Initiative and the SDGs: Towards Equitable, Sustainable Development, Gong Sen and Li Bingqin, The Digital Silk Road and the Sustainable Development Goals, 50 IDS Bulletin 29-30 (2019).

之为“一带一路”沿线国家。由此,建议中国重启BIT范本起草,为中国与“一带一路”沿线国家签订或修改BIT、加强对数字投资的保护提供参照。此外,建议加快推进《海外投资法》的立法进程,将海外投资保险用专章规定,由此作为上位法,指导海外数字投资保险的实践。

1. 中国修订BIT范本时应体现对数字投资的保护

中国商务部于2010年草拟了一个BIT范本——《中华人民共和国政府与政府关于促进和保护投资的协定》[以下称《中国投资保护协定范本(草案)》]。^①虽然这一范本在过去十余年间没有实质上的修改,但它事实上为2010年以后修订或签订的BIT提供了一定的参照。不过,在这期间,中国海外投资的国别、结构和风险等均发生了巨大的变化,因此《中国投资保护协定范本(草案)》应当与时俱进,契合“数字丝绸之路”的发展需求,进行修订完善,为中国当前签订或修订BIT提供参照。

关于数字投资是否属于BIT“投资”定义的外延,需要讨论两个问题:首先,明确数字投资属于中国BIT“投资”定义的外延。《中国投资保护协定范本(草案)》第1条开门见山地拟定了投资的定义,这符合大多数BIT的规律。鉴于在各国BIT范本中投资定义的外延非常宽泛,尤其是吸收《中国—加拿大BIT》的经验,建议《中国投资保护协定范本(草案)》可明确规定:企业或个人存储在网络、计算机或云存储中的任何可能有经济价值的资产,以及域名、在线账号、电子邮件、个人网页、应用软件、数据,还包括游戏中的虚拟货币、得分、道具等数字资产应被视为《中国投资保护协定范本(草案)》中的“投资”。其次,明确数字投资项目须与东道国存在真实充分的领土联系。关于云计算管辖权难以确定的问题,早在1995年,《欧盟数据保护指令》为云计算的管辖权冲突提供了一个新思路。^②对于缔约方投资者参与陆海光缆、宽带网络、卫星通信等通信网络基础设施,大数据中心、云计算等算力基础设施,人工智能、5G网络等智慧基础设施,或通过建立子公司或分公司、提供数字服务时,具有真实充分联系的特定网络行为,以及与之相关的网络设施、网络主体,均可认定东道国对其具有管辖权。为顺利实施此类管辖权,主权国家应当遵循国际礼让和属地优先的原则,加强彼此的协助管辖与跨境合作。

此外,基于FPS标准在BIT中的含义,有必要考虑如何将FPS标准应用于数字投资,防范现代威胁。

^① 参见温先涛:《〈中国投资保护协定范本〉(草案)论稿(一)》,《国际经济法学刊》2011年第4期,第169-204页。

^② 依据《欧盟数据保护指令》第4条,非欧洲经济区的云计算用户或云计算提供商因为使用欧洲经济区数据中心或欧洲经济区的云计算提供商,或者通过在欧洲经济区居民的设备上保存cookie,而被要求遵守欧盟数据保护指令。参见王志安:《云计算和大数据时代的国家立法管辖权——数据本地化与数据全球化的大对抗?》,《交大法学》2019年第1期,第11页。

2. 加快推进中国海外投资保险立法

中国海外投资保险立法以什么方式进行,学界目前还存在分歧。尽管大多数国家立法是以美国立法为蓝本建立和发展起来的,但中国不宜全盘照搬,制定一部专门立法是不太现实的。以己之见,尽快推动《海外投资法》的立法进程,将海外投资保险问题作专章规定,不失为一种可行的方案。实际上,早在2013年,这部法律已由国家发改委和商务部共同发起、酝酿起草。^①这也表明在《海外投资法》的框架下设计海外投资保险的专章规定同样符合立法者的初衷。在解决了立法模式这一问题之后,需要进一步订立立法的具体条款,将现有的规范性文件的核心内容吸收进来。

首先,一般规定。第一,可明确立法宗旨为:“为了规范海外投资保险活动,保护海外投资保险活动当事人的合法权益,加强对海外投资保险业的监督管理,服务于‘一带一路’和‘数字丝绸之路’,制定本章规定。”第二,可明确中国信保是从事海外投资保险业务的政策性的国有独资企业。第三,可明确中国银行保险监督管理委员会、中共中央网络安全和信息化委员会办公室/中华人民共和国国家互联网信息办公室共同作为监督管理机构,以强化对数字投资保险业的针对性监管。

其次,设计海外投资保险合同的强制性条款(任意性条款由保单约定)。建议条款主要包括:(1)保险合同的标的涵盖数字投资,这与中国签订的BIT和中国信保出具的保单保持一致;(2)保费约定体现数字公平正义,避免算法滥用、算法歧视、算法黑箱等问题;(3)审查与批准,现由财政部、外交部、商务部相关部门联合审批的机制尚不足以发挥针对海外数字投资有效的监管效应,建议增加工业和信息化部审查权限,共同督导《数字经济对外投资合作工作指引》的实施。

最后,保证中国信保有效地行使代位求偿权。明确被保险人有义务派出熟悉通信网络基础设施、算力基础设施、智慧基础设施和提供数字服务的核心技术人员,参与和协助保险公司的调查取证以及损失评估。

五、结语

“数字丝绸之路”视阈下中国海外投资风险的动因在于数字经济全球化的博弈加剧以及联美反华集团零和博弈的新冷战思维。本文旨在探索以保险救济化解中国海外投资重大风险的方案,从法理上,寻求构建“数字丝绸之路”视阈下中国海外投资保险的“特殊范式”,超越现有成果一般意义上的“普遍范式”;从实践上,立足数字海外投资特质,聚焦三大政治风险,缕析域外立法模式并有效借鉴,完善BIT条款,弥补现有研究与“数字丝绸之路”脱节的不足,有利于解决“真问题”、探索风险防

^① 参见尹振茂:《两部委酝酿出台海外投资法》,《证券时报》2013年6月18日,第A2版。

控的具体方案,而非片面强调以域外经验倒逼中国启动立法。进而言之,利用启动《海外投资法》立法程序这一契机,设计海外投资保险专章,全面融入数字经济理念,是迥异于西方模式的中国方案。

Research on the Legal Issues Concerning China's Overseas Investment Insurance under the “Digital Silk Road” Initiative

Abstract: In recent years, the “Digital Silk Road” Initiative has made remarkable achievements in accelerating the pace of China’s overseas digital investment. On the other hand, the Cold War mentality of continuous zero-sum game has suppressed and contained Chinese companies including ZTE and Huawei, posing three major political risks: gradual collection, cyber terrorism and government default. In order to effectively provide insurance relief, the existing problems of defects of insurance contracts, as well as the legislative issues of international law and domestic law should be solved. To this end, the BIT model is proposed, and the extension of the definition of “investment” covers digital investment, and reasonably evaluates the extent of preventive measures in the host country when invoking FPS standards, since the Overseas Investment Act has already been launched. As for the improvement of insurance contracts, it is recommended to establish digital commercial insurance to lay the foundation of overseas digital investment insurance; at the same time, revise the three categories of insurance policies as soon as possible, increase the gradual collection, open up independent terror insurance, and improve the expression of default insurance, and comprehensively improve the ability of insurance companies to adapt to the new challenges of digital technology.

Key words: Digital Silk Road; overseas investment insurance; overseas digital investment; digital commercial insurance

(责任编辑:钱静 漆彤)