

第五届中国律师论坛优秀论文：我国海外投资保险制度立法问题刍议 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/484/2021\\_2022\\_\\_E7\\_AC\\_AC\\_E4\\_BA\\_94\\_E5\\_B1\\_8A\\_E4\\_c122\\_484401.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E7_AC_AC_E4_BA_94_E5_B1_8A_E4_c122_484401.htm) 浙江海泰律师事务所 徐建民 邬辉林

内容摘要：随着我国的海外直接投资的增长，我国海外投资保险制度立法势在必行。笔者结合各国立法例和MIGA公约对海外投资保险制度具体立法问题进行了建设性分析，在海外投资保险法律关系主体、承保范围、承保期限和费率、损失赔付与代位权行使等法律问题提出一些个人看法，希望有助于我国在这方面的立法工作的开展。关键词：

投资保险 承保机构 投保人 政治风险 代位权 MIGA 一、引论 海外投资保险制度（Investment Insurance Scheme）是资本输出国政府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，投资者向本国投资保险机构申请保险后，若承保的政治风险发生，致投资者遭受损失，则由国内保险机构补偿其损失的制度。在国际条文中，多数国家都用“海外投资保证”（Investment Guaranty）一词来替代“海外投资保险”。从大体上讲，他们是一致的，但从严格法律意义上讲，现在各国所实行的投资保证实质上就是投资保险。两者相比，投资保证对所受损失进行全部赔偿，而投资保险只按投资的一定比例并基于一定条件进行补偿；而且投资保险不承保商业风险。海外投资保险制度是世界各资本输出国的通行制度。自美国1948年在实施马歇尔计划过程中创设这一制度以来，日本、法国、德国、挪威、丹麦、澳大利亚、荷兰、加拿大、瑞士、比利时、英国等国家也先后实行了海外投资保险制度。不仅发达国家如此，发展中国家与地区也于七

、八十年代开始为本国本地区的海外投资者提供政治保险。我国自1979年以来海外直接投资在企业数量和投资规模上都取得了长足发展。尤其在发展中国家的投资日益增多，但发展中国家出现政治风险的可能性远比发达国家要大，我国为了进一步鼓励海外投资，就需要依据现实国情建立可行的海外投资保险法律制度。从现今的立法例来看，我国尚没有一部专门调整海外投资保险关系的法律层面的规范。国务院1985年颁布的《保险企业管理暂行规定》、中国人民保险公司据此做出的《外国投资保险（政治风险）条例》以及1995年10月实施的《保险法》有关“财产保险合同”的法律条文中，并没有针对海外直接投资的政治风险实行保险的专门规定。而商务部（时称对外经济贸易合作部）受国务院委托于1985年2月制定的《关于在国外开设非贸易性合资合营企业的审批程序和具体管理方法（试行）》、外汇管理局于1989年3月和1990年6月分别颁布的《境外投资外汇管理办法》及其《实施细则》、国家计划委员会于1991年颁布的《关于加强境外投资项目管理的意见》等法规都只是从不同的角度针对海外直接投资保险的某一方面作概括性规定，关于海外直接投资的法律保护问题则没有涉及。另外，我国虽然于1988年4月30日正式加入《多边投资担保机构》公约，根据公约设立的多边投资担保机构（Multilateral Investment Agency，MIGA）是一个以承保海外投资政治风险为主要业务的多边机构，中国作为MIGA的成员国可以向其投保政治风险。但由于MIGA只承保对发展中国家的投资，而目前我国的海外直接投资主要集中于发达国家；而且MIGA的担保容量有限，我国股份只占3.1%，海外投资仅有较少一部分能得到MIGA的担

保，所以，建立我国海外投资保险制度时非常必要的。海外投资保险制度在立法上存在一些需要明确界定的问题，如承保机构的设立、投保人的资格条件、承保范围、保险期限及费率、损失赔偿等立法上须明确规定的问题，我们可以在参考一些国家的经验之后做出符合本国国情的安排。下面就一些具体问题做出论述。

## 二、相关立法问题的提出及解决方案

（一）承保人与投保人

### 1、承保机构设立问题及体制安排

在如何设立海外投资保险承保机构和怎样进行体制运作的问题上，学界存有分歧。有学者主张有中国人民保险公司作为承保机构，有人主张建立统一、权威的专门性机构，诸如海外直接投资管理委员会之类。上述两种主张都认为由一个机构或公司来进行海外投资保险的运作。不过，也有学者主张设立“审批与保险业务相分离”的运作机制，此种运作机制下又有两种主张，一种为新设“海外直接投资管理局”与“海外直接投资保险公司”，分别作为审批机构和保险业务经营机构；另一种为利用现有部门机构资源，审批机构为商务部、财政部、外交部，而保险业务应由中国人民保险公司承办。笔者比较赞成后种观点，但需要作改进。从国外立法例来看，在海外投资保险的承保机构上一种是以法国、德国为代表的“审批与保险业务相分离”机制，一种是以美国、日本为代表的“审批与经营机构于一体”的机制。孰优孰劣很难说清，但海外投资保险制度作为一种官方保险制度，审批权交给政府机构是符合我国的实际情况的。而从节约部门机构资源角度来说，也无需另外设立新的海外投资保险政府审批机构，因为商务部、财政部、外交部足以及在审查投资、赔付以及代位求偿上有着各自的分工和作用。如商务部在审查投

资是否合格时，财政部以国库资金赔付时，外交部运用外交权力来行使代位求偿时，都是可以利用各部门现有资源。另外，具体的保险业务由中国人民保险公司来承办是可行的，因为这样可以充分利用中国人民保险公司在海外设有分支机构便于险损调查和保险业务经验技术成熟等各种优势，避免浪费资源重新设立海外保险机构。但是，中国人民保险公司作为国有企业，而海外投资保险制度是一种官方非盈利制度，许多方面要协调好关系。中国人民保险公司对海外投资保费应设立专户，属于国有财产，而且其赔付应由财政部用国库资金来另行补贴，代位求偿时中国人民保险公司应积极在业务上辅助外交部门向东道国政府追偿。这种“审批与保险业务相分离”机制、现有政府部门与中国人民保险公司各司其职共同承保机制，既适应海外投资保险制度的官方性质，又避免了资源的浪费，在法国与德国也有类似的承保机构和运作机制。总体来说，只要明确了中国人民保险公司与各有关政府部门的关系，在处理海外投资保险业务上应该还是比较可行的方案。对于内国承保机构与MIGA的关系问题，笔者认为两者是相互补充和相互促进的。但MIGA由于自身的局限不能够取代内国承保机构，但MIGA与我国承保机构在承保范围、投保条件、承保最高金额、保险费率等问题上的不同规定可以向我国投资者提供更多的选择机会。而且，当我国投资者进行一项大规模海外投资，风险过大，任何一家机构不愿或无力进行单独承保时，可以由MIGA和我国海外投资保险机构进行共保或合保，形式类似于国际上的联合贷款或银团贷款，以分散过于集中的风险。

## 2、投保人及相应投保条件

广义上的投保条件包括合格的投资者，合格的投资及合格的

东道国。投资者一般就是投保人，对于合格投资者各国立法规定不一，但都要求与承保机构所在国有相当密切的关系。美国依“资本控制标准”和“国籍标准”，在《对外援助法》第238条规定，合格投资者包括：具有美国国籍的公民；依美国联邦、州或属地法律所设立的法人或其他社团，其资产至少由51%为美国公民、法人或社团所有；依外国法律设立的法人或其他社团，其资产的全部或至少95%为美国公民、法人或社团所有。德国法规定，作为合格的投资者的被保险人，必须是在德国有住所或居所的、进行海外投资的企业，主要是与生产、采购、销售及运输有关的企业。日本则简单明了地规定合格投资者即为日本公民或法人。在MIGA公约中合格投资者的范围比较广泛，即必须是具备东道国以外会员国国籍的自然人；或者在东道国以外依会员国注册并设有主要营业场所的法人；或其多数股本为东道国以外一个或几个会员国所有或其国民所有的法人，该法人无论是否为私有企业，只要是在商业基础上经营，均可申请投保。MIGA公约作为多边条约对此方面的规定当然由不同于内国投资保险制度的特点，之所以投保人的范围规定的如此广泛主要考虑到让公约具有普适性。我国在对待合格投资者的问题上，有几点必须要明确。首先，目前我国的海外投资主体虽然主要是企业法人和其他组织，但为使我国海外投资保险制度适应未来的发展，并与国际条约相适应，应允许进行合格投资的中国公民成为被保险人；其次，在是否采取“资本控制标准”将合格投资者范围扩展到中国法人或自然人控制的外国企业时，应该立足长远，立法上要超前，借鉴美国的做法并无不妥当之处。至于在具体的资本控制比例上，学者有分歧。有的

学者认为以本国法律设立的法人、合伙企业或其他社团组织、本国公司、合伙及其他组织须持股权（资产51%以上）才能有投保资格；有学者认为1/4以上资本为具有中国国籍的自然人、法人或其他经济组织所有或控制的外国法人、其他经济组织有投保资格。笔者认为，上述两观点前者失之过窄，后者失之过宽。首先依中国法律在中国设立的法人或其他经济组织具有中国国籍，不必在持股上作过多限制，他们都应是合格的投资者，具有投保资格；而对于外国法人或其他经济组织，则许强调具有中国国籍的自然人、法人或其他经济组织的绝对控股地位，要把实质上确为我国带来利益的企业纳入合格投资者范围，控股比例应规定在95%以上。因此笔者以为，合格投资者即合格的被保险人范围应是具有中国国籍的自然人、法人和其他经济组织以及95%以上资本为具有中国国籍的自然人、法人或其他经济组织控制的外国法人、其他经济组织。作为相应的承保条件，界定什么是合格的投资，主要是指投资项目合格与投资形式合格。关于投资项目合格的具体标准一般来说时要求各资本输出国的国内投资保险机构承保的投资必须是经过东道国批准的新项目的投资，并且有利于促进投资者本国对外贸易的发展或本国经济的发展。MIGA公约对项目合格性要求严格，仅担保新的投资，即前来担保的投资是在投保申请注册之后才开始执行的投资。但鉴于某些行业（如能源、采矿业）开发时间长，对投资开始之前，用于评估、计划或开发的费用，也与以后的投资一起被认为是合格的投资。此外，新投资还包括实现村投资更新、扩大或发展所进行的外汇转移或现存投资中产生的收益的再投资。MIGA公约规定了对担保的新投资必须符合五个

条件：经济上的合理性；能给东道国带来良好的经济效益和社会效益；符合东道国法律；与东道国宣布的发展目标和重点相一致；在东道国可以得到公平待遇和法律保护。笔者认为，我国承保机构对合格投资项目的审查标准可以参考MIGA公约的这类规定。而合格投资形式主要是股权投资。美国、日本与德国在此方面立法上并未局限于此，MIGA公约也把投资形式是否合格的决定权交给了机构董事会。鉴于此，我国应允许并鼓励投资形式多样化，对于股权投资、证券投资及向分支机构投资等形式应予承保。另外，从出资形式来看，无论是现金投资、实物投资、债权投资、知识产权投资乃至特许权投资应予承保。此外，承保条件还包括对合格东道国的要求。各国规定不同，美国对此要求最为严格详细，规定了四项限制条件；限于友好的发展中国家；东道国国民人均收入低于一定程度；尊重人权和国际上的工人权利；与美国签订有双边投资保护协定。德国、日本在立法上没有要求东道国必须与本国签订有双边投资保护协定，但实践中却通常只承保在与本国有双边投资保护协定的东道国的投资。MIGA公约则将其限定为发展中国家。但我国在立法上必须考虑到两个现状，第一是我国目前海外直接投资主要集中在发达国家；第二，我国与并不太多的国家（50多个）签订有双边投资保护协定。针对这两个现状，决定了在立法上对合格的东道国的要求不能限制过死，毕竟发达国家也存在着非商业风险；单边保险机制与双边保险机制并存使得东道国不限于订有双边条约的范围。但可以考虑依据在发达国家的投资与在发展中国家的投资、在与我国有双边投资协定国家的投资和在与我国没有双边投资保护协定国家的投资等情况的不同在

保险费率上做出相应的调整，这样更显务实的公平。另外，国有企业作为海外直接投资者，还涉及到强制保险的问题。由于从现阶段和今后相当时期来看，我国的主要海外投资者是国有大中型企业和国家投资参股的国内企业，我国海外投资保险制度对其保护也就是对国家直接财产利益的保护。从这一视角来看，对国有控股企业的海外投资实行强制保险也应纳入到立法规制范围之内。

（二）承保范围

### 1、政治风险概念的界定

私人向海外投资会遇到种种风险，如地震、台风等自然风险，也有决策失误、经营不善、货币贬值等商业风险，但海外投资保险制度所承保的范围仅限于政治风险，亦称非商业风险。这种风险是指与东道国政治、社会、法律有关的、人为的、投资者无法控制的风险。外国一些学者也将其广义地定义为：商业环境中，政治因素的不确定性及其对私人企业的影响。政治风险是纯风险，它的发生对投资者带来很大损失。而货币贬值风险属于投资风险，它可能给投资者带来利润也可能给投资者带来损失，因此各国对此一般不予承保。很多人粗浅地根据MIGA公约中只对在发展中国家的投资承保这条规定而认为政治风险理所当然地只发生在第三世界国家（发展中国家）或政治不稳定国家。实际上，一些欧盟国家（如法国）政府限制日本投资的政策说明，对于在高度工业化国家从事商业活动的公司来说，同样存在着政治风险。另一个例子是加拿大过去在该国能源及通信产业的外国投资限制。美国有关限制外国对银行及民航业投资的法规也反映了国际投资活动中的政治风险，包括最近美国政府与国会中海油公司收购尤尼科公司采取政治干预等政治风险。因此，政治风险不应从地域角度简单认为存在与否，它



在各国无处不在，这是无疑的，关键问题在于政治风险自身范围的限定，这涉及到海外投资保险的承保范围问题。2、三种主要的政治风险 尽管学者在政治风险范围确定上有分歧，但外汇险、征收险及战争险这三种政治风险是公认的。外汇险通常包括禁兑险和转移险。美国只对禁兑险承保，而日本、德国、澳大利亚等国家承保的外汇险范围包括禁兑险和转移险。法国对外汇险的规定比较有特色，称之为“影响资金转移的事件”，具体指其海外直接投资企业歇业或资产转让后，投资者应得的资金汇回法国时所遭受的阻碍。MIGA公约称此类风险为货币汇兑险，即投资东道国政府采取新的措施，限制其货币兑换成可自由使用的货币或被保险人可接受的另一种货币，及汇出东道国境外，包括东道国政府未能在合理时间内对该被保险人提出的汇兑申请做出行动。从各国立法例和公约来看，我国对外汇险中的禁兑险与转移险都可以承保，笔者也同意“不论是直接限制还是间接限制”、法律上的还是事实上的、作为还是不作为，只要造成我国海外投资者在一定期间内不能将当地货币或其他货币兑换成可自由兑换货币并汇回我国这一后果，即构成外汇险“这种观点。此外，对于我国海外直接投资者因投资东道国实行歧视性汇率造成的损失也应予承保，而对于东道国实行的外汇贬值或降低其货币定值造成的损失应该谨慎考虑，暂时不予承保。有学者认为货币贬值是政治风险直接产生的特殊风险，且德国也将其纳入承保范围，应归于政治风险。笔者认为，如前所述，货币贬值或升值对投资者来说不一定意味着损失，不是一种纯风险，所以一般各国不予承保，并将其归入商业风险范畴。另外，货币贬值是一种复杂的经济现象，波及

面广，且不一定是在东道国控制范围内发生的，也可能是由于全球性金融系统风险所致，对此要做出鉴别，否则在代位求偿时求偿对象是谁这个问题将很难解决。目前，我国不宜笼统地将货币贬值纳入承保范围，可以暂时排除这种性质识别难度大，既可能是商业风险，也可能是政治风险的风险。但如果要将其纳入承保范围，在对风险识别的调查过程中成本会明显加大，所以可以在提高保险费率的途径上来考虑承保货币贬值风险，而且明确地规定这种货币贬值风险是在有双边投资保护协定约束之下的东道国政府行为所致。后一种解决办法虽然局限性比较大，但没有回避货币贬值风险的界定，对于保护确实因东道国政府行为导致的所汇兑换的我国货币不能及时汇出，时的货币贬值而遭受损失的投资者，也是一种可行的解决方案。征用险一般是指由于投资东道国政府实行征用、没收或国有化措施，致使海外直接投资者的投资原本及利润全部或部分地归于丧失的风险。我国海外投资保险立法上可以采取对征用行为做出界定并用列举方式排除例外这种方式来确定征用险的范围。征用行为的界定上，有两个方面；一是征用行为必须只能是投资东道国政府的行为；二是征用行为包括直接或间接两种征用方式。而例外排除的情况不宜过多，过宽的例外范围足以导致法律条文的漏洞和约束力的减损。如投资东道国政府为管理本国经济活动而依据其国内法规定的条件和程序实行的普遍适用、合理的非歧视性征用或类似措施并予以合理补偿；由于我国海外直接投资者或其投资企业自身的过错或不正当行为引起的征用或征收。战争险一般是东道国政府控制之外的事件，故东道国政府对此种险别一般不承担责任。为此，MIGA公约规定，多

边投资担保机构向投资者支付赔偿金后，一般不再向东道国求偿。在我国立法上，宜将战争险以列举形式做出界定，包括战争、革命、内乱、暴动、动乱和骚乱等具体形式。另外，恐怖主义风险也可考虑归入这个范围之内。而对于战争险所受损失原则上包括直接损失和为阻止、抗击或防卫战争或内乱采取合理措施避免损失扩大而花费的费用及由此而产生的损失。但我国海外直接投资者的过错或不当行为引起的损失不在承保之列。

3、其他政治风险 有学者认为政府违约风险、延迟支付或停止支付风险、营业中断风险等也在政治风险范围之内，应予承保。违约险目前除MIGA单列为一种险别外，各国内投资保险机构对违约险承保的尚不多见，通常只是作为征用险项下的一种特殊形式或这是在其他情况下才属承保之列。而“营业中断”险也只在美国1985年《海外私人投资公司修订法案》中设立的一种新险别，它是在东道国发生禁兑、征用及国有化或者政治暴力时使投资人投保的某项商业暂时中断，从而遭受损失的一种风险。但目前尚未被世界各国普遍接受和采用。这两种所谓的政治风险性执较难鉴别，我国立法不宜将他们纳入到承保范围。至于延迟支付与停止支付风险，它与外汇险不同，它是指投资者资本参与所产生的到期债权、资本债权的贷款所产生的债权、应得到的利润所产生的到期债权的全部或一部分，因东道国停止支付或延期支付致使完全不能得到或完全不能收益的风险。德、法海外投资保险制度将其纳入到政治风险加以承保。而这种风险对我国海外投资者随时都可能发生，因此将其列为独立的政治风险纳入海外投资保险法是可行的。

（三）保险期限及费率 保险期限美国是根据投资种类、承保险别的具体情

况确定，但股份投资保险的法定最高期限，自承保之日起，一般不超过20年。德国海外投资保险的法定期限原则上为15年，但如果涉及生产设备的制造而所需时间较长者，可以延长至20年。日本海外投资保险的有效期限一般为5至15年，但因被投资企业的建设需要，可以超过15年。我国可以参考美国的立法例，视具体情况而定，但最长期限应不超过20年。关于保险费率，美国以不同的承保行业、险别及范围，由海外私人投资公司决定。一般保险费率对中小型企业的规定是：外汇险为承保金额的0.3%，征用险为0.4%~0.8%，战争险为0.6%。同时投保三项风险者，按年率的1.5%征收。特别保险费的年率另行计算。德国是因不同的保险期限而对保险费率进行调整，年率一般在0.6%~1.5%之间。我国的保险费率的确定，可以综合美国与德国的方法，也可以由中国人民保险公司自行设计一套保险费率。另外，保险费率的确定，可按投资的总资本额到位情况，采取分期、按年增加增本额定计算保险费的办法，并规定合理的保险费率，直到全部资本到位，才开始按资本额作为总保险金额收取年度保险费。

（四）投资保险赔付与代位求偿

1、保险金额限制 对于保险金额，各国海外投资保险制度和MIGA公约采取了基本相同的立法，即对每一项投资保险业务，其保险金额不得超过所承保的海外直接投资的一定比例，被保险人应自行承担一定比例的损失。美、日、德、英、澳、荷、挪、韩等国及MIGA公约最高保险金额为损失的90%，加拿大、丹麦为85%，而瑞士只承担70%。这种规定的目的是为了增强投资者的责任感，尽力避免风险事故的发生和损失的扩大，确保有关投资的安全。我国投资保险机构也应确定一个适当的赔付比例，而且比例

的确定也要考虑到我国发展海外投资的政策和行业重点，有些部门的投资是我国积极鼓励的，则应将最高赔付金额比例提高一些。一般来说，最高赔付比例在90%?95%之间为宜。 2

、代位权依据与单边、双边投资保险机制 代位权是海外投资保险制度的核心部分。 保险人必须在向投保人支付了赔偿金后向东道国求偿，否则，海外投资保险机制就失去了其运转的基础。对于代位权的行使，各国因保险制度类型的不同依据也不同。海外投资保险制分为以美国为代表的双边投资保险制度和以日本为代表的单边投资保险制度。双边投资保险制度中的承保人行使代位求偿权向东道国索赔的法律依据是承保人所在国与东道国订立有双边投资保护协定。其优点是能够加强本国海外投资保险机构代位求偿的法律效力，不易就索赔与东道国发生纠纷，协定的签订简便容易，仅规定代位权及解决投资争议的程序，不规定国际投资的实质性规则；其不足之处在于把本国政府未订有投资保护协定的国家投资的投资者排除在保护范围之外。实行单边投资保险制度的国家依国际法上外交保护的一般原则行使代位权，与双边制相比，最大有点在于投资者无论去那个国家投资都可以投保；缺点是保险机构行使代位求偿权只能以外交保护为限，且受“用尽国内救济”原则的限制，从而使索赔效果大打折扣。代位权行使的依据不同，而我国实行单边投资保险制度抑或是实行双边投资保险制度，在上面对两者的比较中，不难发现他们并不存在根本对立的冲突点。在实行单边抑或双边投资保险制度时，我们可以作一个这样的假想：即在与我国有双边投资保护协定的50多个国家内的投资，其保险代位权的依据当然是双边协定；而在其他国家的投资保护上，行使

代位权的依据是外交保护的一般原则。这两者可以在适用范围上互相补充，并不存在着矛盾。所以在立法上笔者认为我国可以在目前实行双轨并行的投资保险制度，而代位权的依据也恰恰因投资东道国的不同而不同。也即我国无论对于我国有双边投资保护协定的国家的投资还是对与其没有订立双边投资保护协定的国家的投资都可予以承保。三、结论 海外投资保险制度的立法势在必行。笔者对其立法上的具体问题参考了各国立法例及MIGA公约的规定。在承保机构方面，应该实行“审批与保险经营业务相分离”的机制，利用现有部门资源构建承保机构体系。在投保人及相应条件方面，在确定合格投资者时采取“国籍标准”与“资本控制标准”，对合格的投资从项目与形式上进行审查，而东道国则不作严格的要求，只是在保险费率上视各国情况而定。此外，在参照各国立法例的基础上，对承保范围中的主要三种风险即外汇险、征用险、战争险做出了界定，另外。笔者不主张将货币贬值风险，政府违约风险、商业中断风险纳入承保范围，但延迟支付与停止支付风险可以在立法上考虑列为单独险别。在保险期限与保险费率上，应该视投资种类、承保险别等具体情况区分确定。另外在最高保险金额问题上也应考虑到我国的鼓励投资的政策与行业方向来做出区分对待。最后，笔者就投资保险制度的基础??代位求偿问题作了探讨，认为代位求偿的依据既然并无冲突，所以从更广范围保护我国海外投资的动机上应该实行双轨并行的投资保险制度，即单边投资保险与双边投资保险并存，两者在承保地域范围上互相补充。 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)