

# 海外投资保险法律制度研究\*

李冬梅,李湘芬

(西南政法大学研究生院,重庆 400031)

[摘要]海外投资保险制度,是一种政府保险或国家保险,实际上是国家这一政治主体以“法人”商主体的形式,使因海外投资引起的政治或外交冲突得以通过经济途径加以解决的制度设计。各主要资本输出国已相继建立了本国的海外投资保险制度,以期保护本国海外投资,提高对东道国政治风险的防范能力。

[关键词]海外投资保险;非商业风险;代位求偿

[中图分类号]D912.2 [文献标识码]A [文章编号]1672-0598(2007)02-0081-07

本文讨论的海外投资指的是海外私人直接投资,通常的含义是指私人投资者以个人或企业的名义跨越国界,直接将其资金、机器设备、专有技术、专利商标等各类资本投入到位于别国境内的企业,并取得该企业全部或部分管理控制权的一种资本输出活动,是国际货币资本及国际产业资本跨国综合流动的一种形式。<sup>[1]</sup>

这里我们要注意它与海外间接投资的区别,间接投资不直接影响作为投资对象的经营管理权,与该企业的控制权无实际性的联系,同是购买位于别国的企业的股票,目的是为了控制实物资产,并通过行使其所持股票所代表的表决权来控制或影响企业的经营管理的为直接投资,而目的仅为取得该金融资产所能给其带来收益的为间接投资。海外直接投资既不同于单纯以证券交易为手段的国际资本流动,也不同于以货物交易为手段的国际进出口贸易,是一种生产资本国际运动的重要形式,具备以下特点:

1、海外直接投资要求投资主体必须在国外建立或收购工厂或开设店铺以直接从事生产经营,即具有试探性特征,它不单是资本的流动,而是包括资本、劳动力、技术、管理、信息知识等生产要素的国际流动。

2、海外直接投资要求投资主体必须具有“私人”的性质。即资金来源于海外的私人投资者,如个人、公司或其他经济实体。不过,按照国际通行惯例,对资本输入国而言,即使资金来源于某一国家的政府机构或国有企业,只要是直接投资,一般也视为“私人”投资。

3、海外直接投资资本输出方的活动和资本输出必须遵照东道

国的法律、法令和有关规定进行,受东道国法律的管辖,资本输出方在投资东道国只享有东道国规定的民事权利。<sup>[2]</sup>

当前世界主要资本输出国已先后制定了本国的海外投资保险制度,其中美国采用的是双边投资保护类型,日本采用了单边投资保护类型,而德国的海外投资保险制度类型介于美国式的双边投资保护制度与日本式的单边保险制度之间,属于折中模式。三国的海外投资保险制度具有很强的代表性且立法完善,实践中发挥了积极的作用。

## 一、美、日、德海外投资保险制度类型简介

美国采用的投资保险制度是以以订立双边投资保护协定作为使用国内海外投资保险制度的前提,学术界称为美国式的双边保险制度。具体模式为,海外私人投资公司以美国同东道国订立双边投资保证协定作为承保海外投资风险的前提,即美国私人海外投资者只有在同美国订立了双边投资保证协定的国家投资才能向美国国内海外私人投资公司申请投资保险。否则,私人海外投资者不能申请国内海外私人投资保险。

日本海外投资保险制度是效仿美国海外投资保险制度而建立,但与美国不同的是它并未要求将与日本订有双边投资保护协定作为适用国内海外投资保险制度的前提,即日本国内保险机构既可以承保已与日本订立双边投资保护协定的国家的本国私人海外投资,也可以向没有与日本订立投资保护协定的国家的国内私

\* [收稿日期]2007-04-10

[作者简介]李冬梅(1981-)女,山东泰安人,西南政法大学,硕士,主要研究方向:经济法。

李湘芬(1983-)女,湖南桃江人,西南政法大学,硕士,主要研究方向:行政法。

人海外投资。可见,日本海外投资保险制度采用了单边保险体制,它只根据国内法规定就可以适用海外投资保险制度。

联邦德国海外投资保险制度类型介于美国式的双边投资保险制度与日本式的单边保险制度之间,属于折中模式。从形式上看,德国海外投资保险制度与日本相同,并不要求以两国政府间的投资保证协定作为适用国内保险制度的前提,但实践中联邦德国政府积极同不同国家订立双边投资保证协定,尤其是向发展中国家的投资,一般都要求订有关于保护及鼓励投资的双边协定,在此基础上确定是否承保。只不过并非绝对原则,如该资本输入国的法律秩序或其他措施足以证明其对外资能提供充分保证者,纵无协定,也可以适用国内保险制主要资本输出国海外投资保险立法的比较度。因此,德国海外投资保险制度实质上仍要求订立双边投资保证协定,与美国保险体制相同。

## 二、美、日、德海外投资保险制度类型比较

由上可知,美国采用的双边保险制度可产生两方面的效果:一是人为地将一部分不是投向与美国订有双边投资保护协定国家的投资排斥在保险范围之外,客观上是保护的保险范围缩窄;二是将私人海外投资中投资人与东道国之间的关系提高到两国政府之间的高度,使本国私人投资受到国际法保护,为美国私人投资公司行使代位权提供了更高的国际法依据。

与美国式的双边投资保险制度相比较,日本的单边保险制度的好处在于可以扩大国内海外投资保险制度的适用范围,有利于促进本国海外投资的发展,但不足之处在于有可能提高国内海外投资保险机构自身的风险及增加行使代位求偿权的难度,使得发生于没有与日本订立双边投资保护协定的国家的海外投资政治风险,只能通过外交保护途径救济。

德国采用折中模式,实际上倾向于美国模式,三种类型各有其特点,也发挥着各自的作用,但是在实践应用中,日本和德国也十分强调将双边协定作为保护本国海外投资的重要手段。在这一点上,德国表现的特别明显,日本也有类似倾向。事实上,不论是双边投资保证制度,还是单边投资保证制度,都只是一种国内法律制度,国家依据该制度向海外投资者承担了一种保证责任。二者最大的区别,就是是否以签订双边投资保证协定作为承保海外投资政治风险的法定前提。投资母国对本国海外投资政治风险的救济途径并无区别。实行双边投资保证制度的国家也可以依照外交保护权向东道国行使代位求偿权;而实行单边投资保证制度的国家也可以依据已有的双边投资保证协议行使代位求偿权。关键在于,主权国家如果要求确保自身在向东道国求偿时,能以双边投资保证协议为法律依据,则选择在国内法上实行双边投资保证制度;否则,采用单边投资保证制度。相比较下,选用双边投资保证制度的美国可以随心所欲地更多的利用双边条约而避免通过外交保护手段行使代位求偿权;而选择单边投资保证制度的日本也可以通过单边立法中的代位权条款行使向东道国索赔的权利,只不过次数较少。

## 三、美、日、德海外投资保险机构设置比较

### 1、美、日、德海外投资保险机构设置简介

海外投资保险是一种政府或国家保险,不以盈利为目的,不同于一般的商业保险,在一定意义上是一个国家经济管理制度的组成部分。这种特点在海外投资保险人的性质上反映的尤为深刻。海外投资保险人不是完全按照市场规律运作的商事主体,它总是与国家主管机关有某种联系,直接受到政府职能部门制约。

美国海外投资保险的一切业务,包括保险申请的审批,均由美国最高行政当局直接控制的官办公司“海外私人投资公司”全权负责和经营,该公司兼具公、私法人的性质。美国之所以设立这种保险机构,是因为“这可以避免政府与政府之间的直接对抗,公司可以充当外国政府与美国投资者之间的桥梁,使政治性问题取得商业性解决。”<sup>[3]</sup>另因政治风险过大,私人保险公司不愿承保这种业务,因此海外私人投资保险公司必须由政府经营。

日本设立通商产业省贸易局承办投资保险业务,该局是一政府机构,但在财政上具有独立性,其宗旨是担保国际贸易和其他对外交易中其他普通保险者所不能承保的风险,以促进国际经济交往的发展。可见,日本的海外投资保险的审批及各种业务直接由政府机关负责,在这种模式中,保险人和投保人间的保险合同实际是一个行政合同,具有绝对公营的性质,美国在1969年以前也采用这种做法,现在新西兰、瑞典等国也采用此模式。

在联邦德国,海外投资保险的申请由联邦经济事务部、财政部和外交部代表组成的部际委员会审查批准,主要审查该投资项目是否值得鼓励,以及对加强联邦德国同发展中国家经济关系有无积极贡献;保险业务由两家国有公司经营,分别为:德国信托监察公司和黑姆斯信用保险公司。这两家公司受联邦政府委托和授权,代表联邦政府发表和接受一切有关投资担保的声明,进行为达成这一目标的一切活动。法国做法类似于联邦德国,其对外投资保险业务也是由两个机构经营:法兰西对外贸易保险公司和法兰西对外贸易银行;由经济和金融部长根据特别部际委员会的意见决定投保申请的审查与批准。

### 2、美、日、德海外投资保险机构设置比较

美国的海外投资保险机构实际上是政府公司作为保险人,兼具公、私法人的性质,日本是政府机构直接作为保险人,而德国的政府与国有公司共同实施保险业务。可见,各国的投资保险机构都本着国家专营的原则设置,这既是海外投资保险自身性质的反映,也是海外投资保险机制得以顺利进行的要求。

从审批机构与保险业务经营机构是否分离的角度上分析,美国和日本采取集审批机构与保险业务经营机构于一体的立法体例,这种立法体例中,保险机构既是审批机构,又是经营机构;德国采取审批机构与经营机构分设的立法体例,该体例中,政府负责海外投资保险的审查批准,另设一受政府委托和授权的公司负责海外投资保险业务的经营。前种体例有助于政府对海外投资保险进行宏观调控,保证海外投资保险业务能够完全执行国家海外投资

及有关经济政策。后种体例在国家内部有利于各部门之间的监督和制约,防止腐败的发生。

在法律关系上,使投资者与保险公司的投保人与保险人,国家政府与私人投资者的管理者与被管理者的法律关系更清晰的表现出来。海外投资者与审批机构之间的关系是一种纵向的被管理者与管理者的关系,与经营机构间的关系为保险合同关系。海外投资者按法律规定向审批机构提出保险申请,经批准后与经营机构签订保险合同,向经营机构缴纳保险费,政治风险发生后,向经营机构索赔。

#### 四、美、日、德海外投资保险承保内容的比较

##### 1、美、日、德承保险别的比较

根据各国立法和实践,海外投资保险的范围一般包括外汇险、征收险与战乱险三种特别政治风险。政治风险,亦称非商业风险,它是由投资所在的东道国政府及政府机构或类似团体的作为或不作为所引起的,直接给外国投资者造成不利影响的纯风险,与东道国的政治、社会、法律等人为因素有直接关系,是由东道国政治上或政策上的不稳定直接造成的。根据《多边投资担保机构公约》对政治风险的界定,它所担保的政治风险指东道国政府的行为(包括作为和不作为)并且除中央政府之外,还包括政府机构和地方政府,在某种情况下还可以扩大到事实上的政府。除了上述主体本身采取的作为和不作为之外,还包括其所同意、授权、批准或暗示的作为和不作为。在战争险和内乱险的情况下,还包括:发生在投资所在国境内的任何军事行动,包括不同国家政府的军事行动,其中包括革命、反叛起义、政变和内乱;发生在投资所在国国境之外,第三国武装冲突其影响和后果及于投资所在国境内的军事行动等。<sup>[4]</sup>

外汇险是指东道国政府通过采取任何措施,限制或禁止外国投资者将其投资本金、利润和其他合法收入兑换成外币转出东道国境外的风险,包括禁兑险和转移险。美国法律规定禁兑险是指,作为被批准投资项目的利润或其他收益,或因投资回收或处分投资财产而获得的当地货币或其他货币,在东道国禁止兑换成美元。而日本法律规定,若有下列情况之一,致使日本海外投资者的原本和利润两个月以上不能兑换为外币汇回日本者,均属外汇险:第一,东道国政府实行外汇管制或禁止外汇交易;第二,因东道国发生战争、革命和内乱,无法实行外汇交易;第三,东道国政府对日本投资者各项应得金额实行管制;第四,东道国政府取消对各项应得金额汇回日本的许可;第五,东道国政府对各项所得金额予以没收等。依据三国法律,外汇险的发生须具备一些原因,如东道国实行外汇管制,停止或限制外汇,或由于其他突发事变,如革命、战争、内乱致无法在一定期间内进行外汇业务等。此外,三国法律都规定,海外投资因汇价变动所受的损失(商业风险)或在订立保险契约时,东道国政府依据实行或可能实行外汇管制的,不属于外汇风险。三国的不同之处在于,美国只承保禁兑险,日本和德国既承保不能自由兑换的禁兑险,也包括不能自由转移的转移险。

征收险一般是指由于东道国政府实行征收或国有化措施,而使投保者的投资财产受到部分或全部损失的风险。三国法律对征收有明确规定,征收是指东道国政府采取的行为,包括政府采取授权、批准或纵容的行为,且不论是否给予补偿;征收的内容包括直接征收和间接征收,前者指直接剥夺财产所有权,而后者指对财产所有人使用、占有和处置该财产的无理干涉,从而使所有权人在合理期间内不能使用、占有和处置该财产;对于征收的对象,一般包括投资者的投资和贷款,以及投资的利润和贷款的利息、股份、公司债等。另外,三国法律都认为东道国政府的征收行为必须是由于不可归责于投资者本人的过错或不当行为引起的。三国法律规定的不同之处在于美国把契约权也列为征收对象,而依日本法律,在合营企业国有化时日本海外投资者所持有的股份被强制转让者,也属征收。此外,美国法律还规定构成征收险的征收行为一般应持续一年以上,德、日无此规定。

战争与内乱险指由于东道国发生的战争、革命、暴乱、内乱等所导致的投资者财产损失的风险。三国法律都规定,战乱险只限于个人或集团,主要是为了实现某种政治目的而采取的破坏活动所造成的损失,不包括一般的劳资纠纷、经济矛盾所引起的骚乱冲突风险。战乱所造成的损害,指的是由于战争、革命、暴动或内乱,使投保财产被毁坏、被丢失,被夺走并扣留,或者战乱中一方为了对付紧急的或预期的敌对行动所采取组织、抗击或防御行动的直接结果,所造成的投保财产的毁坏、丧失、被夺走或扣留。但在战争、内乱与损害之间必须存在直接的必然的因果关系。

除以上三种风险外,日本和德国还承保其他政治风险。依据日本法律,资源开放领域的投资,除了上述三种政治风险外,如果由于不可归责于投资者的事由,投资对方破产或其债务在6个月以上迟延履行等信用风险,仍属保险范围。德国还承保延迟支付险和货币贬值险。延迟支付险指凡投资者以资本参加形式所产生的债权、贷款债权、应得利润债权的全部或一部分,因停止支付或延迟支付的,致使完全不能得到保证或完全不能收益,均属保险之列。货币贬值险指因停止支付或延迟支付,不能自由兑换等措施致使货币贬值所受的损失属于保险之列,分支机构、营业场所解散时的清算资金,发生同样情况亦属货币贬值险。

##### 2、保险费、保险期间和保险金的比较

依三国法律的规定,投资者有义务缴纳一定的保险费,但具体保险费的数额,各国规定不同。一般来说,保险费的数额依承保行业、险别及范围而不同,有的国家还依投资的东道国类别以及投保投资的规模而异。以综合保险为例,美国为承保额的1.5%,日本为0.55%,德国为0.5%。关于保险期限,三国法律规定也有不同,依美国法律规定,保险期限根据投资种类、性质及承保险别的不同而具体确定,一般来说,股份投资保险法定最高期限,自承保之日起不得超过20年。德国股份投资保险期限原则上为15年,但属于生产设备的制造需要较长时间者可延长到20年。日本规定,保险契约的期间,从5年到10年,一般不超过十年。保险金方

面,在保险事故发生后,保险公司一般只承担被保险人损失的一部分而不是全部。美、日、德三国法律都规定保险人只补偿被保险人损失的 90%,投保者自负 10%。<sup>[5]</sup>

### 3、承保条件的比较

美、日、德三国的海外投资保险法对承保投资政治风险的条件作了总体规定,要求必须是合格的投资、合格的投资者及合格的东道国。合格的投资包括两个方面的内容,一是投资项目合格,二是投资形式合格。关于投资项目的合格,美、日、德三国都规定海外投资必须符合投资者本国的利益,如美国法律规定在承保海外私人投资时,必须考虑其项目是否有利于美国经济;日本法律则规定,所承保的投资必须有助于日本对外交易的全面展开,对日本经济发展有积极作用;德国则要求投资项目“值得鼓励”,并对加强同发展中国家经济关系有积极贡献。此外三国都规定,海外投资要有利于东道国的经济发展且只限于国外的新项目的投资,所谓新项目,指的是新建企业和现有企业的扩大、现代化及其发展。

合格的投资形式有多种,既包括有形财产,也包括无形财产。股权投资是适合投资的主要形式。除股权投资外,美国还向贷款、租赁、技术援助协议、许可证协议及其他契约性安排等几种形式的投资提供保险,在投资形式方面的限制较少。日本也向贷款提供保险,但仅限于日本计划长期进口的原材料的开发项目的贷款。德国则向与股权密切相关的贷款,对海外分公司提供的资金,以及某些再投资提供担保。

对于合格的投资者,三国海外投资保险法的具体标准不尽一致,但都要求单边的投资者和承保机构所在国有相当密切的关系。一般要求符合以下条件:(1)本国国民,指根据本国法律取得本国国籍的自然人。德国还要求在本国有住所或居所。(2)本国公司、合伙或其他社团,美德允许依本国法律设立的、具有或不具有法人资格的、盈利或非盈利的公司、企业、合伙或其他社团作为投保人,但日本只限于日本公民或法人可以投保,且须符合资本控制要求等。(3)符合一定条件的外国公司、合伙、社团,一般有严格的限制。依美国法律规定,依外国法设立的外国公司、合伙、社团,其资产的全部至少 95%为美国公民、公司、合伙或社团所有者,才可作为合格投保者。

对合格东道国的条件要求,美、日、德海外投资保险法的规定不尽相同。美国的规定最为详细严格,其合格条件须同时符合以下四项要求:限于友好的发展中国家;东道国国民人均收入低于一定限度;尊重人权和国际上公认的工人权利;与美国订有双边投资保护协定。德国不以东道国是否与其签订有双边投资保护协定为担保海外投资的法定条件,只要经审查确认东道国的法律秩序及其有关措施足以切实保护外国投资,即属合格的东道国,但为了加强国内保主要资本输出国海外投资保险立法的比较险的效力,实践中仍要求签订有双边投资保护协定,事实上德国的海外投资者一般都向与德国订有双边投资保护协定的发展中国家投资。日本的海外投资保险制度也不以东道国同日本订有双边投资保护协定

为法定条件,而采取单边险制,但实践中,一般也采取以订立政府间双边投资保护协定作为调整投资环境的重要手段。

## 五、我国海外投资保护概述

### (一)我国海外投资的现状及发展

中国真正意义上的海外投资开始于 20 世纪 70 年代末的改革开放之初。1979 年 11 月,北京市友谊商业服务公司与日本东京丸一株式会社在日本合资兴建的“京合股份有限公司”是中国开办的第一家海外合资企业,标志着中国海外投资的正式开端。我国海外投资经过 20 多年的发展,具备了如下主要特点:

1、投资的产业范围以自然资源开发为主。例如,中信公司、中国五矿进出口总公司等企业在海外投资经营铁矿和其他矿产、木材、远洋捕捞等。

2、投资方式以境外加工贸易为主。一汽、海尔、康佳、鹿王等一批国内知名企业纷纷到海外投资办厂,生产组装自己的产品、建立自己的销售网络、培育自己的品牌。

3、海外投资主要投向亚太、非洲、拉美等广大发展中国家。至 2001 年底,投向亚洲的投资占全部中方投资总额的 1/4 以上,其次是非洲占 16.4%,南美洲占 8%。<sup>[6]</sup>

4、投资规模较小,但投资增长速度较快。除了资源开放型投资项目因必须达到最基本的经济规模要求而相对较大之外,中国的各类其他海外企业规模均普遍小于世界平均水平。

5、经营主体即投资者逐步从贸易公司为主向大中型生产企业为主转变,民营企业在海外投资数量逐步上升。中国从事跨国经营的企业已发展到 3 万多家,其中,中石油、中石化、华源等一批实力较强的企业集团和大型企业,一直走在国际化经营的前列,成为中国海外投资的中坚力量。而万向、远大空调、华为、新希望、正泰等一批民营企业,也不同程度走向国际市场,成为重要的新兴力量。

### (二)我国海外投资法律保护现状

我国的私人海外投资者与其他外国投资者一样面临着来自东道国的各种政治风险,且我国企业多分布在政局不稳、政策多变、法律体制不健全的亚非拉发展中国家,需要应对更多的政治风险,急需国内立法加以保护,然而,我国目前还没有专门的海外投资保险法,现有的调整海外投资的国内法规范方面主要是由国务院部委颁布的行政规章,对海外投资的保护主要通过签定双边和多边国际条约来进行。

### (三)我国海外投资保险实践

2001 年 5 月国务院正式批准组建了专业出口信用机构——中国出口信用保险公司,其 40 亿元的注册资本金全部由财政部提供。该公司于 2002 年推出了对外投资保险项目,包括征收和国有化、汇兑限制、战争和政治性暴力事件以及投资所在政府违约等四种政治风险;可以投保的投资方式包括到海外设立新企业、向现有企业注资、购并当地企业以及提供股东贷款或担保等直接投资行为,也包括金融机构为支持有关投资活动而进行的贷款等间接投

资行为;享受投资保险保障的项目须符合国家政策和经济、战略利益。国家成立该公司的目的就是通过政策性出口信用保险手段,支持货物、技术和服务出口,特别是高科技、附加值大的机电产品等资本性货物出口,积极开拓海外市场,为企业收汇风险保障。该项投资保险具有鲜明的政策性,不以赢利为目的,其宗旨在于推动中国企业“走出去”。但从该公司的法律主体地位、业务内容、运行机制以及实际运行效果来看,其设立初期并没有对我国的海外直接投资提供强有力的法律保障。究其原因,一方面,我国尚未制定专门的海外投资保险法,从大的法制环境上缺少保护和规范;另一方面,中国出口信用保险公司本身正处于起步阶段,对海外投资者的承保经验不足。

该公司于 2003 年 9 月签下了海外投资保险第一单,为中国化学工程总公司和中国成达工程公司投资印尼巨港电站项目提供海外投资保险和融资担保支持。可以说,海外投资保险第一单的签订是中国海外投资保险制度初步建立的标志,同时,第一单具有一定的代表性。在投保人方面,中国化学工程总公司和中国成达工程公司都是大型国有企业,两家公司都入围世界 225 家最大的国际工程承包公司。在项目方面,印尼巨港电站是 BOOT(建设—拥有一经营—移交)项目,总投资额 9843 万美元,经营期 20 年。这两家公司之所以能够投资此项目,主要是因为中国信保提供了融资担保。2005 年,中国信保的投资保险业务取得较大突破,全年实现保险金额 5 亿美元,同比猛增 317%。中国信保总经理唐若昕在 2006 年工作会议上表示,今年的工作重点之一是大力发展海外投资保险,配合“走出去”战略的实施,进一步推进投资保险客户多元化、产品服务多样化。除了重点企业,还为中小企业提供投资保险服务。并进一步完善相关保险产品,开展项目结构设计、融资渠道安排等投资服务,为企业“走出去”提供范围更广的一揽子金融保险服务。然而,中国信保毕竟成立时间不长,经营经验和专业人才无法与国际先进金融组织相比,不少企业认为中信保的海外投资保险费率过高,吞噬了进出口银行提供的大部分贷款优惠,以致企业海外投资的融资成本居高不下。因此,大都向多边投资担保机构投保,截至 2004 年 4 月,世界银行集团下属的多边投资担保机构在我国的担保项目已达 30 多个,涉及担保金额约 3.5 亿美元。

## 六、我国海外投资保险法律制度建立的思考

通过上文对我国建立海外投资保险法律制度的博弈分析,建立属于我国的海外投资保险法律制度势在必行。

### (一)我国海外投资保险机构的建立

对于中国海外投资保险机构的设立,学界对此有三种主张:第一种主张认为,以中国人民保险公司为承保机构,其理由为,中国人民保险公司是国家专营的保险公司,现在只是随着形势的发展,增加海外直接投资政治风险保护而已;<sup>[7]</sup>第二种主张认为,以美国海外私人投资公司为蓝本,建立一个直属于国务院,在性质上兼有政府机关和公司法人双重身份的专门机构,该机构不只是推动海外投资保证制度的保险机构,而且是政府综合而全面实现海外投

资政策的有效职能工具;<sup>[8]</sup>第三种主张认为,以德国海外投资保险机构的设置为借鉴,将中国海外投资的审批和具体业务承办机构分开设立,前者是国务院领导下的政府机构,后者是国有独立商事法人主体。从世界各国海外投资保险机构的设置情况来看,保险机构按照不同性质可概括为政府公司、政府机构以及政府与国有公司这三种类型。根据海外投资保险制度的原则和要求,结合中国海外投资实践及具体国情,笔者倾向于第三种主张,即政府机关与国有公司联合分工型。首先,从海外投资保险制度本身来看,作为国家执行其对外经济政策的工具之一,它是保证国家实施对外经济政策的主要国内法手段。因此,在考虑如何确定具体实施海外投资保证制度的保险机构时,不应只从单一的保险职能着眼,而应综合考虑有关海外投资鼓励与保护的各类措施的有机联系及其相互协调,应该从国民经济发展的整体和全局的高度具体分析。

据此,第一种主张仅仅以中国人民保险公司保险经验丰富为由来承保海外政治风险,是不充分的。此外,中国人民保险公司作为一长期以来对一般人身、财产等非政治风险进行承保的机构,在原有基础上发展对政治风险进行承保的海外投资保险业务,不仅可能使这两类业务的发展难以协调,而且可能由于新添的政治性功能使其具有特殊的法律地位,从而在市场中形成相对于国内其他民间保险机构不平等的竞争优势。可见,第一种主张不可取。

其次,第二种主张建立兼具政府机构和公司法人双重性质的海外投资保险机构,集执行国家对外经济政策、审批海外投资保险项目、运营海外投资保险业务于一身,在实践中可能使双重性质发生冲突。<sup>[9]</sup>特别是在这种监管与经营体制一体化的条件下,难保在利用国家财政资金承保海外投资政治风险的过程中不滋生腐败。因此,审批机构与经营机构相分离更有利于两种不同性质的机构各尽职能,发挥所长。审批机构负责海外投资政治风险的法规制定、海外投资保险申请审批、海外投资保险业务执行机构的监管以及与保险事务有关的各种关系的协调工作等;业务经营机构负责承保经审批机构审批的海外投资政治风险,并根据保险的需要对海外投资经营进行使得监管。这种运行模式既可以避免审批监管与经营体制一体化所产生的种种弊端,也可以防止腐败现象发生。

最后,借鉴德国模式设立我国海外投资保险机构,应该从以下两个方面着手:一是建立海外投资管理委员会,该委员会应在国务院直接领导下,由商务部、财政部、外交部、国家发展与改革委员会和国家外汇管理局等部门派员组成,作为管理海外投资事务的政府主管机关,并以法律的形式确认其地位和主要职责:接受国务院委托规划、制度和实施海外投资的立法动议和议案;监督和检查海外投资法律的执行情况:审批和将海外投资保险事务等。这样既可以克服海外投资审批分别由国家计委、商务部、国家外汇管理局等多部门负责,造成的审批手续繁琐、权力条块分割、宏观管理不力等诸多困扰海外投资发展的弊端,也解决了海外投资保险审批机构缺位的问题;二是扩建和改组中国出口信用保险公司,使其成为负责海外投资保险业务的经营机构。该机构于 2001 年 10 月设

立,符合海外投资政治风险承保机构应具备的特点:(1)该机构受国务院委托,以国库资金为后盾开展中国信用保险业务;(2)不以盈利为目的,执行国家经济政策;(3)按公司制度运作,已承保具体的海外投资政治风险业务。虽然各方面规定和运营还不够完善,但已具备了海外投资保险机构的雏形,在此基础上总结经验,修改公司章程,专门开设海外投资保险业务部,接受经中国海外投资管理委员会审批的海外投资政治风险保险申请是完全可行的。

## (二)我国海外投资保险机构承保的条件

世界各国海外投资保险立法都明确规定了海外投资保险机构承保海外投资政治风险的条件,只有达到海外投资保险立法所规定的严格条件,有利于中国经济整体发展的投资项目才可以投保海外投资政治风险。从美、日、德等国的立法经验来看,主要条件包括合格的投资者、合格的投资以及合格东道国三方面,我国海外投资保险立法也应明确规定以下三方面:

1、合格投资者也即被保险人,美国法律规定只有美国公民、公司、合伙或社团才是合格的投资者,中国海外投资法具体规定的合格投资者应包括:(1)中国公民,指依法取得中国国籍的自然人且须在中国境内有住所;(2)依中国法律设立的公司、合伙或其他社团包括具有或不具有法人资格的和营利或非营利的公司、企业或其他社团所有。这里的“主要”是指拥有资产的全部或51%以上的股权;(3)依外国法设立的外国公司、合伙、社团其资产的全部或至少95%为中国公民、公司、合伙或社团所有的也可向中国政府逐步的海外投资保险机构投保。(4)民营企业,这里将民营企业单列出来,主要是因为其在我国海外投资主体中具有特殊地位,自国家实施“走出去”战略以来,涌现了一大批“走出去”的优秀民营企业,如浙江的万向、湖南的远大、深圳的华为等,日益成为我国境外投资的重要力量,然而,民营企业由于严重缺乏资金、国家限制和管理严格,缺少像国有大型企业的国家支持,使其在向海外投资过程中,面对东道国的政治风险,更显得无力和弱小,因此民营企业的权益在国外往往更易遭损害而却难以得到应有的补偿。

2、合格投资指可以取得海外投资保险机构承保的投资。中国设立的合格投资应着重考虑以下条件:第一,海外投资项目必须符合中国的政治经济利益,能够维持中国产品的市场份额,保持国内就业水平和国家收支平衡,能够带动国内商品的出口或促进国内贸易量的增长等;第二,海外投资应得到东道国的批准,这是减少或避免风险的内在要求;第三,接受投资的东道国应与中国订有双边投资保护协定或者与中国有较好的外交关系并经国家最高行政机关批准,以确保国内立法效力有效地向域外延伸,并与国际立法相配合共同行使对海外投资的强有力保护;第四,只限于新的海外投资,包括旧企业的扩建、改造及现代化的投资。从投资的形态上看,大多数国家合格的投资形态主要是股权投资,除此以外,美国还向贷款、租赁、技术援助协议、许可证协议等形式的投资提供保险。日本也向贷款提供保险,但仅限于日本计划长期进口的原材料的开放项目的贷款。德国则向与股权投资密切相关的贷款,对

海外分公司提供的资金,以及某些再投资提供担保。

3、合格的东道国。美国把合格的东道国限于不发达国家,中国海外投资保险所担保的合格的东道国可以扩展到世界范围之内,不必区分发达国家与发展中国家。地域广阔有助于分散风险,但在投资担保业务展开初期,可以将担保投资的合格东道国局限于与中国政府签订有相互促进和保护投资双边条约的国家,这样一方面可以相对降低投资风险,另一方面,由于双边条约代位权条款,使得处理有关事项更顺利些。

## (三)我国海外投资保险范围

保险范围又称保险险别,主要限于与东道国政治经济状况有关的特别政治风险。根据世界各国海外投资保险经验及中国海外投资具体实践,中国海外投资保险机构应该承保以下几种政治风险:

1、战争险,包括战争、内乱及暴动等所致财产损失,这种损失仅限于投资财产中有形财产损失,至于无形财产或证券、债券、档案文件的损失不在保险之列。

2、转移险,又称外汇险,指当地货币不能兑换成外汇的风险,外汇风险不仅包括由于东道国实行外汇管制、停止或限制外汇业务或由于突发的原因而无法进行外汇业务,还包括企业歇业或财产出让后投资者应得的资产汇回本国时受到立法、行政或政治的障碍所产生的风险。

3、征用险,征用险包括国有化、征用、没收及查封,政府对投资者的故意非难及东道国政府违背对投资者的承诺延迟偿付等。东道国政府采取其他措施,在结果上造成了对投资者财产征收效果的,如“蚕食性征收”等,也应纳入征收险的范围。

至于违约险,是双边投资担保机构所首创的险种,指东道国政府不履行或违反与担保人签订的合同,并且(1)被保险人无法救助于司法或仲裁机关对其提出的有关诉讼做出裁决,或(2)该司法仲裁机关未能在担保合同根据机构的条例规定的合理期限内做出裁决,或(3)虽有这样的裁决但未能执行。MICA的业务细则规定,在某种情况下,东道国政府违约也可能符合货币汇兑风险和征收风险的标准,在这些情况下,投保人可依其中一种险别提出索赔。<sup>[10]</sup>

我国海外投资保险机构可以暂且不将政府违约险列入承保范围,以后根据中国双边投资保护协定签订情况并结合中国海外投资保险实践,再作决定。理由为:(1)政府违约是否构成违法尚存有争议;(2)中国海外投资保险在初创初期,财力和经验都不足,应适当限制承保范围,集中精力承办急需面对的政治风险,积累和摸索经验。

中国对于其他非商业风险,如营业中断险,迟延支付险等,应本着最大限度地降低风险,保护海外投资者的权利,立法中可以概括规定这些风险,具体的风险范围可以由海外投资者与承保机构在保险合同中予以具体规定,以针对不同国家和地区,针对不同投资项目有选择地适用。

完善的海外投资保险制度需要国际法和国内法紧密结合,我国也需要从国际法层面来完善我国的海外投资保险制度法律体系,如抓紧与我国在其境内有投资的国家签订此类协定,尤其应与

政治风险较大的发展中国家签订此类协定,此外,鉴于我国已加入了《多边投资担保机构公约》,我国也应制定与该公约相衔接的实施细则,以充分利用该公约的规定,保护我国在该公约参加国的投资,为我国的海外投资提供一个全方位、多层次的保护体系,进一步促进我国海外投资事业的发展。

#### [参考文献]

- [1] 曹建明,丁伟. 海外直接投资法律问题比较研究[M]. 华东理工大学出版社,1995,(1).
- [2] 张纪康. 跨国公司与直接投资[M]. 复旦大学出版社,2003.
- [3] Fatouros, A. A, Government Guarantees to Foreign Investors[M]. 1962. 13.
- [4] 陈安. 美国对外投资法律保护及典型案例分析[M]. 鹭江出版社,1985. 19.
- [5] (美)道格拉斯. Q 拜尔,罗伯特. HA 特纳,兰德尔. C 皮克煮. P, 旭阳译法律的博弈分析[M]. 法律出版社,1999.
- [6] 牛光军. 我国海外投资保险制度立法研究[J]. 比较法研究 1998,(1).
- [7] 赵晓华. 建立我国海外投资保证制度的法律思考[J]. 政法论坛,1995,(1).
- [8] 张韬. 论建立我国海外投资保证制度[J]. 国际贸易问题,1995,(5).
- [9] 陈业宏. 利用外资中国有资产流失及法律防范研究[M]. 湖北人民出版社,2003. 471—473.
- [10] 邵津. 国际法[M]. 北京大学出版社,2001.

(责任编辑:杨 睿)

## Research into insurance laws and regulations about overseas investment

LI Dong—mei, LI Xiang—fen

(School of Postgraduate, Southwest University of Politics and Law, Chongqing 400031, China)

**Abstract:** Overseas investment insurance system is a kind of governmental insurance or the insurance of a country and, practically, is a systematic design that a country, as a form of "juridical person", solves the overseas political and diplomatic conflicts through economic methods. The countries, which export capital, have established their overseas investment insurance system in order to protect their overseas investment and to prevent political risk of the country which accepts the investment.

**Keywords:** overseas investment insurance; non—commercial risk; subrogation