

# 澳門與內地保險活動行政管制法律比較研究

謝小弓\*

《內地與澳門關於建立更緊密經貿關係的安排》“補充協議八”的第3條第(2)項規定：“支持澳門的保險公司設立營業機構或通過參股的方式進入市場，參與和分享內地保險市場的發展。加強雙方在保險產品研發、業務經營和運作管理等方面的合作”。隨着內地保險市場對澳門保險公司准入條件的放寬，內地與澳門的保險業合作全面深化。保險活動關係到社會穩定，必須有相應的法律對保險活動進行治理。在“一國兩制”治理模式的框架下，以澳門特別行政區第27/97/M號法令《保險活動管制法例》為基點，與內地的保險活動行政管制法律進行比較研究，探尋“保險善治”之可能，是兩地在立法、執法、司法領域開展合作的前提。

## 一、澳門與內地保險管制合作前景廣潤

保險管制合作主要體現在兩方面：保險服務的合作與保險監管宏觀政策的合作。在這兩方面，內地與澳門都已有初步的實踐，奠定了兩地保險管制合作的基礎，也加深了保險活動行政管制法律比較之需求。

### (一) 橫琴：一張保單保兩地

廣東保監局與澳門金融管理局分別向內地與澳門的相關行政機關爭取在橫琴新區內開展“一張保單保兩地”業務——汽車保險的投保人只需購買一張保單，就可以同時在珠海、澳門兩地享受相應的保險服務。<sup>1</sup>此舉將有助於解決頻繁往來內地及澳門的車輛之投保問題，拓展粵澳兩地保險公司的業務，保護保險消費者的權益。兩地的保險監管機構與保險公司應當開展更多類似的合作，避免因制度的差異而給消費者帶來困境，為有需要的投保者提供更優質的服務。

### (二) 制度對接有必要

澳門與內地的保險監管機構的合作不局限於某一類具體的保險服務，還拓展到宏觀的保險管制政策方面。從更宏觀的保險管制合作角度而言，粵港澳的保險監管聯席會議已舉行多屆，在2012年第十二屆粵港澳深保險監管聯席會議上，四地保險監管就如何充分利用前海、橫琴、南沙等經濟開發區的優勢，加強四地保險監管機構與保險行業在市場、機制、業務拓展、管理措施等方面的合作，以及嘗試構建共同的、專業的保險糾紛解決機制等方面進行了商議。<sup>2</sup>目前，作為制度發展的選項之一，內地銀監會、保監會與證監會可能合併成立金融監督管理局，在行政事務種類上與澳門金融管理局相對應，將更方便兩地建立宏觀金融政策的協調機制。<sup>3</sup>對於兩地法律的差異，澳門與內地的保險監管人員應當盡早互相瞭解與理解。

## 二、澳門《保險活動管制法例》具公法私法融合性質

這部分對澳門《保險活動管制法例》性質的討論非常有必要。討論《保險活動管制法例》的性質絕非多此一舉。有學者認為，內地的《保險法》包括保險合同法與保險業監管法兩種性質的內容，由於作為公法規範的保險業監管法律規範的需求不斷變化，可能不利於維持《保險法》的穩定性，且保險合同法與保險業監管法混立，不易總結出法典的基本價值取向、基本原則，提出內地應採韓國的保險合同法與保險業法嚴格分立之形式。然而，從澳門立法實踐而言，第27/97/M號《保險活動管制法例》的主體內容歷經多年，相對比較穩定，否定了“保險業監管法不穩定”的理由。即使澳門把《保險活動管制法例》與《澳門

\* 中山大學法學院博士研究生

商法典》分立，仍必須規定關於《澳門商法典》、《澳門民法典》的準用性條款。因而即使是保險業監管法，也不能與私法完全脫離。以公法二元分立的思想指導保險管制立法，值得商榷。“公私法融合”才是合適的進路。<sup>4</sup> 首先，需要知道公法和私法的劃分原理。烏爾比安劃分公法與私法的初始目的是使私法涵攝的市民生活從公法所代表的政權管制中脫離。<sup>5</sup> 在傳統社會，認為公法與私法截然分立的觀點具有一定道理。但是在現代法治社會，公法的追求目標大多體現為指導、引導，規範(而不是絕對地限制)權力的運作，公法、私法已經具有相當程度的親和性，而且相輔相成。公法追求的目標，甚至已然成為為私法創造更佳的操作環境。判定某法典或法規群屬於公法或私法的“非黑即白”的分類已經不完全準確。公法、私法性質分類的單位已經由整體性的法典或法規群變為單個的法條或法律規範(如內地《保險法》第20條第1款：“投保人和保險人可以協商變更合同內容”屬私法性質的規範，第134條：“保險監督管理機構依照本法和國務院規定的職責，遵循依法、公開、公正的原則，對保險業實施監督管理，維護保險市場秩序，保護投保人、被保險人和受益人的合法權益”屬公法性質的規範)。<sup>6</sup>

因而，一般而言，行業監管的法律制度應當定位於公法與私法的交界處，作為一個法規群，既包含公法性質的規範，也包含私法性質的規範。澳門《保險活動管制法例》第147條規定，“《商法典》、《民法典》、《行政程序法典》、《刑事訴訟法典》及有關補足法例所載規定補充適用於保險業務”。可準用的法律中，既有以私法規範為主的《澳門商法典》、《澳門民法典》，又有以公法規範為主的《行政程序法典》、《刑事訴訟法典》，生動地體現了澳門保險監管法律性質的定位為“公私法融合”。值得指出的是，內地《保險法》既有“保險合同”等商事性質的規定，又有“保險業監督管理”等公法監管性質的規定，但兩類規定在法律適用上還是分離的。與此相比，澳門《保險活動管制法例》則是在公法監管制度本身就可以準用《澳門商法典》、《澳門民法典》的規定。對於保險監管的“公私法融合”而言，理想的目標應為監管措施本身就含有協商、和解等私法的優點。因而，澳門保險監管法律制度“公私法融合”的定位，更有利於吸收內地其他公私法制度的良好規範。內地也可以向澳門學習，在監管措施中加入更多體現私法優點的規定。有觀點認為，“公私融合”的立法模式可能導致公法思維與私法思維的混亂。例如，某些保險公司可能會把

公司治理風險與保險產品的管理風險通過保險合同中的免責條款不適當地轉嫁給投保人，再違反保險監管法律制度，受到公眾非議時就以私法上的“契約自由”抗辯。這一觀點準確地反映實務工作的困境，但其論據在法理上似可進一步探討——難道把保險合同法與保險業法(即保險監管法、保險公法)分開立法，某些保險公司就不會因為逐利需求作如此的抗辯嗎？公私法思維的混亂並不是立法模式而導致的。保險法本身就具有公私融合的特徵，需要執法、司法、守法者根據具體的情況選擇相應的法律價值與理解法律的方式，公私分立的立法模式反而不利於識法者“找法”，全面地理解法律。澳門《保險活動管制法例》因存在第147條的“公、私法準用條款”，事實上屬特殊的“公私混合立法”。以立法實踐證明公私混合立法具有一定程度的合理性。澳門相關法律受法國法的影響頗深，法國《保險合同法》也屬於公私混合立法，除關於保險合同的私法規範外，其中的第L128-1條規定：“當《法國環境法典》規定的意外事故發生並導致一定數量的不動產遭受損害，主管行政機構應發佈技術災害清單來界定損害發生的期間及地域範圍，從而確定本章的適用”，為公法性質的規範。<sup>7</sup>

### 三、澳門相關法律的優勢與內地的借鑒對策

本文在第三、四、五部分主要按照“交易前—交易中—交易後”的邏輯安排具體焦點的順序，對於階段的劃分，未必完全精準。

#### (一) 澳門多元的準備金分類及內地借鑒對策

社會的發展階段決定了保險被作為分散風險，安定經濟秩序的制度被廣泛應用，保險制度在一定程度上可以代替以擴張與重構侵權責任的方式防範風險的對策。<sup>8</sup> 在保險交易開始之前，保險責任準備金必須涵攝侵權法所涵蓋的複雜風險，起到穩定社會的作用。因而，保險公司的準備金種類也應當豐富多樣，準備金結構也應當盡趨完善，以消解系統性金融風險給社會帶來的消極影響。內地《保險法》第92條規定了人壽保險公司出現經營風險時，責任保險準備金的提取規則與流轉規則；第98條規定了提取各項準備金的“保障被保險人利益、保證償付能力”的原則，以及提取結轉準備金的具體辦法的制定主體；第140條規定了違法提取、結轉準備金的行政處罰；第165條規定了違法提取、結轉準備金導致取消保險市場准入的行政許可的標

準。雖然內地《保險法》對於準備金的提取、結轉流程非常重視，但較少觸及保險公司準備金的分類，以及不同類別準備金的具體應用。相較之下，澳門《保險活動管制法例》非常注重保險準備金分類的多元化。內地可以借鑒澳門關於保險準備金的分類規定，更科學、細緻地管理、運用保險公司準備金。<sup>9</sup>

### (二) 澳門緊急資訊處理機制及內地借鑒對策

在保險交易進行時，澳門《保險活動管制法例》在信息管理方面，包含“特事特辦”的規定。第 90 條規定，當“a)保險人、公司機關據位人或工作人員被牽連在任何犯罪或不法之行為中；b)危及保險人之償付能力之不當情事；c)進行未經准許之活動；d)為本條之目的而認為重要之其他事實”時，“在不影響本法規或一般法所規定之其他資訊義務之情況下，核數師合夥應以書面之方式即時將任何在行使其功能時所發現之可嚴重引致保險人損害或嚴重影響於本地區所從事有關業務之事實，通知澳門貨幣暨滙兌監理署(AMCM)”。相較內地而言，澳門保險業的市場化程度更高，公司治理風險更大，其法條所規定的緊急情況更着重於處理保險行業內部的經營風險。相較而言，內地保監會主要以政策文件的形式指導保險公司應對外界的自然災害風險。隨着內地保險業的不斷發展，也必須重視防範保險行業的內部風險，學習澳門法，建立緊急信息處理機制。

### (三) 澳門對保險監管機構行為定性的重視及內地借鑒對策

在保險交易結束後的司法管轄程序中，澳門法院對於保險監管機構行為的定性非常重視。因為保險監管機構行為的定性關係到法院的管轄權，以及行政相對人將被課以何種義務，其責任的輕重等。<sup>10</sup> 在司法實務中，法院積極地判定保險監管機構行為的性質。例如，在澳門特區終審法院審理第 6/2006 號案件<sup>11</sup> 中，關於行政機關對存在不正當競爭行為，向他人提供虛假信息的保險中介人作出的處罰，中級法院認定其是行政法律爭議，應歸行政法院管轄；行政法院認為這是行政紀律處分行為，不屬司法管轄的範疇。該案件因涉訴行為的定性問題產生了管轄權的消極衝突。因而，終審法院發揮能動精神，結合法律與各種學說、理論，首先為法條作出立法目的(立法原意)式的界定：“第 38/89/M號法令規定的違法行為屬於行政上的違法行為”。同時，又指出隸屬於經濟行政的保險行政案件屬行政法的調整範疇。“公共權力對保

險中介領域的許可、監察和處分的介入與前面提到的現代國家日益增強的干預趨勢，即在經濟、衛生健康、教育、文化和生態平衡等領域不斷擴大其相應行為的傾向相符。”最後，進一步反駁前述行政法院“輕微違法”的定性，肯定中級法院的定性，明示行為的性質：“本案中的違法行為屬於單單違反或不遵守法律或規章之預防性規定之不法事實，輕微違反制度沒有延伸至它們，對它們現在適用的是罰款”。由於對行政相對人可以罰款，相關保險監管行為具備了行政處罰之特徵。因而，此行為應由行政法院管轄。<sup>12</sup>

當然，在保險活動管制方面，澳門法院對於管轄權的行使是謹慎的。澳門特區終審法院第 19/2008 號案件表明，如果涉訴事項屬私法訴訟的處理範圍，法院在包括刑事訴訟在內的公法訴訟中不會輕易觸碰。平等主體之間的損害賠償關係認定不屬公法的介入範圍。<sup>13</sup> 即便案件涉及公法事務，終審法院的管轄權也受到爭議重要性的限制——終審法院第 42/2013 號案雖然並非保險案件，但其裁判書的精神也表明，在保險稅務領域，行政相對人向終審法院的上訴權(實質上即終審法院的管轄權)將受到“法定上訴利益限額”的限制。<sup>14</sup> 相對而言，內地的保險行政案件主要集中於社會保險領域，保監會因對商業保險監管行為受訴的情況極少，因而，對保險監管機構行為的定性也缺少執法、司法的實務經驗，可以向具有大陸法系特徵的澳門法律體系借鑒對保險監管機構行為定性的理論、方法與思路。

### (四) 澳門對行政相對人主觀惡意的考慮及內地借鑒對策

在保險交易結束後的行政處罰程序中，澳門的保險監管權在懲罰不法的行政相對人時，考慮行政相對人的主觀惡意，對“累犯”加重懲罰。在內地，行政法與刑法的重要區別，便是違反刑法的記錄跟隨終身(包括“不起訴”的有罪判斷)，而再次違反刑法，如果構成累犯，將面臨更嚴重的懲罰；一般而言，違反行政法的經歷並不會影響終身，行政法領域也較少“屢次違反就重罰”的規定。澳門相關法律為了更有效地懲戒保險領域的違法者，在《保險活動管制法例》第 124 條規定，“由處罰批示轉為確定日起之一年內，實施本法規所規定之任何違法行為視為累犯。”這一規定有三個特點：第一，認定累犯的再犯時間標準比刑法稍微寬鬆，期限較短。《澳門刑法典》第 69 條規定，“如行為人被判刑之前罪之實施距後罪之實施已逾五年，則該前罪不算入累犯；行為人因法院之

裁判而被剝奪自由之時間，不算入該五年期間內。”  
 第二，“實施本法規所認定之任何違法行為”都可能構成累犯，累犯概念不僅適用於構成犯罪的行為，還適用於一般的行政違法行為。第三，成為該法上的累犯，確實有“加重處罰”的效果。例如，《保險活動管制法例》第128條規定，“一、罰款之款額為澳門幣一萬元至澳門幣一百萬元。二、屬累犯之情況，罰款之最低及最高限額提高至兩倍。”內地的保險監管法律制度乃至行政法制度中較少有這樣的以違法次數判定主觀惡性，再以主觀惡性決定懲罰強度的規定。<sup>15</sup>

澳門的規定確有一定道理。保險活動具有一定的專業性，加之直接目睹保險違法事件，判定保險違法的行政人員可能屬專業素質較低的基層人員<sup>16</sup>，因而保險領域違反公法可能出自於違法者或執法者的業務疏失。因而首次違法應當給予較輕的處罰，而在一定期限內再次違法時，行政相對人有防範風險的意識與期待可能性，因而法律所推定的主觀惡性就較大，需要施以更重的處罰或刑罰。因而，內地可以考慮引進“多次行政違法加重處罰”的規定。<sup>17</sup>

表1 澳門保險準備金主要分類

大類別	小類別	具體應用
技術準備金	賠償準備金	防範保險事務賠償風險
	數值準備金	防範人壽保險承保之風險
	現存風險準備金	防範除人壽保險之外(包括財產保險)之風險
	損失率偏差準備金	防範信用保險風險
償付準備金	一般保險償付準備金	在本地區經營一般保險業務所引致之法律責任風險
	財產保險償付準備金	在本地區經營財產保險業務所引致之法律責任風險
財政準備金		保險公司呆賬、某類有價物貶值之風險或因某類活動而蒙受損失之風險
法定準備金 (由經營利潤撥出)		並入公司資本或用以防範“不能以其他準備金彌補營業年度之虧損或累積之損虧”

資料來源：澳門第27/97/M號法令《保險活動管制法例》。

#### 四、澳門相關法律的不足 與引進內地制度的可行建議

##### (一) 保險監管措施分類有待細化

在保險交易開始前，應當對監管措施做好分類。2011年的《保險監管核心原則、標準、指南和評估方法》指出：“執照應當明確規定被授予執照的保險公司可從事的保險活動類別，法律應劃分保險業務的種類(至少分為壽險和非壽險)”。從這個意義上而言，澳門《保險活動管制法例》第4條規定：“不得同時經營人壽保險及一般保險”，達到了《保險監管核心原則、標準、指南和評估方法》的“壽險及非壽險”的分類要求。但與內地相比，則仍不夠細緻。內地《保險法》第12條分別規定了財產保險與人身保險的定義，第95條規定：“人身保險業務，包括人壽保險、健康保險、意外傷害保險等保險業務”；“財產保險業務，包括財產損失保險、責任保險、信用保險、保證保險等保險業務”。另外，在保險合同一章，也把財產保險合同與人身保險合同放在不同的節。雖然澳門《保險活動管制法例》在最後有保險種類的分類表，但其分類未體現、概括於法典前部的原則性規定中。建議澳門的保險活動監管法律制度借鑒內地的相關制度，對保險業務作更細緻的分類，並分別制定更具有

針對性的法律條文、監管措施。

##### (二) 對於公益性保險的規定有待明確

當保險交易進行時，澳門金融管理局非常謹慎地使用與金融、保險行業相關的資金。例如，對於金融監管局的運作資金，根據司法實踐，金融管理局總監和助理總監的電費、水費和電話費由其“實際月報酬”支付，而不是另撥資金。<sup>18</sup>對於保險資金，例如退休基金的支取，根據澳門行政法院第54/04-RDILP案的判決，有爭議的當事人也必須經過司法上訴與權利確認之訴，才能最終獲得領取資金的權利。<sup>19</sup>不過，涵養資源的功效必須通過善用資源來發揮。澳門的保險立法對於資金在公益性保險的應用方面未有明確規定。相較之下，內地設計了許多公益性保險險種，公益性保險制度設計經常是司法爭議焦點，使資金可以在很多保險領域中能得到恰當運用。

公益性保險是指對民生具有重大影響的保險業務，如汽車事故民事責任強制保險，農業政策性保險，部分災害保險等。對於公益性的保險，應當採取公營機構與具有強制締約義務的商業保險公司共同開辦的進路。因而，對於公益性保險的管理，應當有特殊的程序與規定。內地《保險法》第136條規定：“關係社會公眾利益的保險險種、依法實行強制保險的險種

和新開發的人壽保險險種等的保險條款和保險費率，應當報國務院保險監督管理機構批准。國務院保險監督管理機構審批時，應當遵循保護社會公眾利益和防止不正當競爭的原則。其他保險險種的保險條款和保險費率，應當報保險監督管理機構備案。”而澳門最重要的保險法規之一《保險活動管制法例》對公益性保險的規定較少。儘管澳門有一些具體的公益性保險險種的單行法規，但在《保險活動管制法例》上還應提及公益性保險的宏觀管理政策，以在短期內應對新出現的公益性保險。

### (三) 保險信息載體應適應時代需求

法律語言具有一定的抽象性與概括性，是法律條文具有歷時性與穩定性的前提。關於保險交易進行時的信息採集載體，澳門《保險活動管制法例》規定得太過具體，當法律需要調整的事務與對象發生變化時，條文內容便來不及調整——第 77 條規定以“微縮攝影”作為保險人保存數據的方式，其他規範性文件還規定了微縮攝影取得的具體方式。然而隨着技術的發展，掃描等“大數據保存”的方式，可以更持久地保存保險信息。面對內地興起的“微信保險”業務，“微縮攝影”顯然並非最佳信息載體。據 Roscoe Pound 的觀點，概括不足的法律規則只有遇到好的司法者，才能被導向公正的結果。<sup>20</sup> 相較之下，內地《保險法》則並未明定保險信息的載體。<sup>21</sup> 技術本身是價值中立的，是否採用某種技術取決於技術本身的價值。法律必須反映新技術給生活帶來的變化，才能應對社會的現實需求。因而，澳門立法應當學習內地，以其概括性與抽象性，為保險信息載體的發展留下一定空間。

### (四) 對保險合同條款的關注有待加強

當保險交易結束後，對合同條款的監管與爭議處理非常重要。與內地相比，澳門的保險活動法律監管具有“重經營行為，輕合同條款”的特點。其實，合同條款是把經營行為合法化的手段。違法之拒賠行為的根源，除了執法不嚴以外，也可能是合同條款規定得不合理所造成的。如果對合同條款的監管更嚴密，法律規定更周延，那麼保險合同的形式與內容就可以更靈活、自由。“法律框架越完備，社會管制和社會習俗的聯繫越強，則訂立的契約內容特定性越小。政府，通過使用警察力量和法庭幫助私人所有者執行契約並降低交易成本，尤其是政府行使權力維護契約制度的行動具有系統性和可預測性時，情況更是如

此”。<sup>22</sup> 雖然《澳門商法典》存在關於保險合同的規定，但其中對於澳門金融管理局監管合同條款的體制、方式着墨不多。在澳門特區中級法院第 219/2009 號裁判書中，保險公司認為交通事故所導致的受害人轉學費用不包括在保險公司的承保範圍內。<sup>23</sup> 如果澳門金融管理局或相關行業協會能夠推出示範合同文本，規定保險公司不得把受害人為“消除事故影響，回復原有之生活狀態”的費用排除出理賠範圍，那麼保險公司的理賠就不會出現不考慮受害人間接損失的情形。投保人與保險人也可免於訟累。內地可以向澳門推廣“重視保險合同監管”的經驗，並協助澳門對合同條款進行監管，加強澳門保險監管機構對合同條款監管的重視。如果從法律意義上而不是從更廣義的“社會契約論”意義上來理解“契約”一詞，“契約”的意義就近似於內地的“合同”。法律制度的目的就在於從宏觀上消除保險“契約環境”的不公正，在微觀上消除保險“契約內容”的不公正。保險契約環境在保險市場中起着基礎性的作用：例如，如果保險市場的信息流動渠道暢通，那麼保險消費者就可以較容易地洞悉保險公司的保險條款“陷阱”，保險公司也可以有效地預防保險消費者的保險詐騙行為。如果保證了“契約環境”的公正，“契約內容”也就更趨向於公正了——保險消費者與保險公司雙方都可以通過協商、調整條款的方式來預防自身可能面臨的風險。然而，由於保險公司與保險消費者都具有追求自身利益最大化的趨向，“契約環境”的改善並不意味着“契約內容”會自動地、有效率地改良。法律對於保險契約內容本身，仍應作出一定的具體約束。<sup>24</sup>

目前內地保險投訴體制主要承擔着保險合同糾紛的救濟功能，當保險消費者與保險公司發生保險合同履行糾紛時，向保險監管機構投訴往往是消費者優先選擇的方式。以 2013 年前三季度為例，財產保險消費者向內地保險監管機構投訴的事項統計表中，保險合同履行糾紛約佔 93.07%，與此相比，以體現投訴監督職能為主的保險行政違法違規事項僅約佔 6.93%（圖 1）。<sup>25</sup> 保險合同履行糾紛體現的主要是保險消費者與保險公司之間的爭端，該統計結果充分顯示了內地保險投訴的“合同監管功能”。《中華人民共和國保險法》第 30 條規定：“採用保險人提供的格式條款訂立的保險合同，保險人與投保人、被保險人或者受益人對合同條款有爭議的，人民法院或者仲裁機關應當作出有利於被保險人和受益人的解釋”，這也是對於保險合同“不利解釋規則”比較正規的表述。對於內地的農業政策性保險，澳門的強制性工作意外及職業病

保險等具有公營色彩的保險條款而言，是否適用對於保險人的“不利解釋規則”？一般而言，“不利解釋規則”只應用於投保人與保險人絲毫沒有協商餘地的場域，如果保險條款經過協商後確定，則不適用“不利解釋規則”。當然，出於公營保險追求社會大眾利益的特殊追求，當事人協商對“不利解釋規則”的排除適用效果，還應當作一定的限制。“不利解釋規則”排除適用的前提應為：第一，有證據證明投保人在協商時已充分理解了保險條款；第二，“不利解釋規則”的排除適用不至於使投保人無法享受依法應當享有的，公營保險所保障的公共利益。澳門的保險監管機構可以向內地借鑒，更重視對於保險合同條款的監管。總體而言，澳門保險監管法律制度向內地學習的對策包括：第一，在法律上明確界定財產保險與人身保險，或更細化的保險分類，並就不同的保險分類制定不同的監管措施；第二，在《保險活動管制法例》完善對於公益保險(包括強制保險以及涉及廣泛公眾利益的商業保險，如食品安全責任商業保險等)的支持政策；第三，修改法律用語，以加強法律語言的概括性，盡量避免規定具有時代局限性的信息收集技術手段；第四，在《保險活動管制法例》中規定保險合同條款的監管規定，使保險合同交易活動不僅要遵守《澳門商法典》，也要遵守更多公法性質的規定。

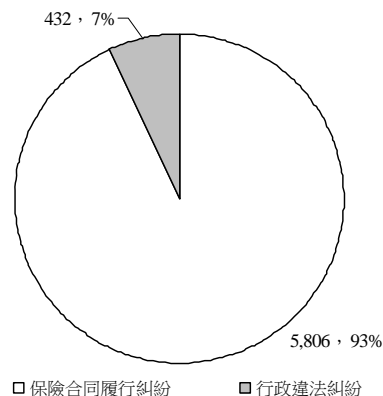
## 五、澳門與內地相關法律的互補與完善

從內容上而言，澳門與內地的保險監管合作仍僅限於業務開發方面，對於內地與澳門兩地共同面對的難題，關注有待加強。<sup>26</sup> 對於內地與澳門因“一國兩制”實踐需求所出現的挑戰，對於內地與澳門保險監管共同的不足之處，澳門與內地亦可本着集思廣益的精神共同探討解決對策。

### (一) 保險中介的定位問題及對策

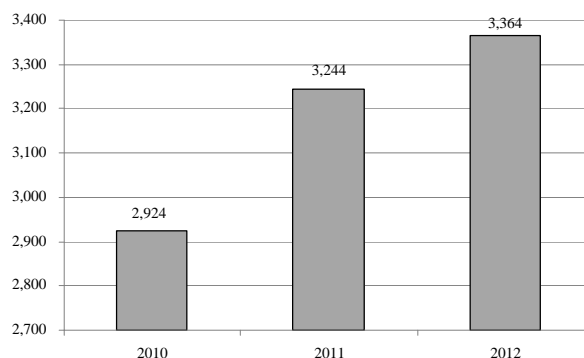
在保險交易開始之前，法律應當明確保險中介的定位，但澳門與內地的法律都有保險中介定位不清的問題。以保險代理人與保險經紀人為代表的保險中介對於保險業非常關鍵。澳門的保險中介業者(包括自然人與法人)從2010年2,924個，2011年3,224個，穩步上升到2012年3,364個(圖2)。

圖1 2013年前三季度內地保險投訴事項比重  
(單位：件數，百分比)



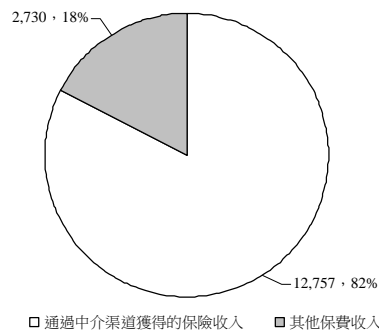
資料來源：中國保監會：《中國保監會關於2013年前三季度保險消費者投訴情況的通報》，載於中國保監會網站：<http://www.circ.gov.cn/web/site0/tab5168/info3889994.htm>，2013年11月2日。

圖2 澳門保險業中介者總數



資料來源：澳門金融管理局網站：[http://www.amcm.gov.mo/insurance\\_sector/cInsurance.htm](http://www.amcm.gov.mo/insurance_sector/cInsurance.htm)，2013年10月28日。

圖3 內地保險中介收入佔保費收入比重  
(單位：億元，百分比)



資料來源：中國保監會中介部編：《中國保險中介市場報告(2012)》，載於中國保監會網站：<http://www.circ.gov.cn>，2013年10月23日。

而內地幅員廣濶，保險中介形式多樣，其保險中介業者的個數雖然難以準確統計，但自從 1992 年起，主要保險公司的管理模式逐漸從負擔員工福利待遇的“員工制”轉變為由營銷員代理銷售保險產品，公司僅是管理場所的“代理制”，保險中介的作用日益凸顯。2012 年，內地保險業通過保險中介渠道獲得的收入約佔保費總收入的 82%(圖 3)。

目前，澳門與內地保險代理質量有待改善。為提高保險代理業務的質量，內地保險監管機構經常採用“暫停許可”以限制市場准入。事實上，嚴格的市場准入有助於提高質量，但對於未來有志從事保險代理業務的主體而言，可能有不公之虞。內地保險代理業務質量較低的原因關鍵在於其定位不清，獨立性不強，保險代理人職業地位較低。部分保險營銷員甚至成為保險公司的“編外人員”。澳門《保險代理人及經紀人法例》獨立於《保險活動管制法例》，也可能會給識法者帶來中介活動不屬保險活動的誤解。澳門把保險推銷員定位為保險人、保險代理人或保險經紀人的僱員，未完全承認其代理行為的獨立定位及其獨立從事保險中介業務的資格。<sup>27</sup> 從“推銷”的語義而言，保險推銷員實質上是代表保險人的利益，相當於保險代理人，而保險經紀人的任務是“助購”。澳門法認為推銷員包括“保險經紀人的受僱人”，值得推敲。同時，由於在大部分法律關係中，保險代理人與保險消費者處於“法益衝突”的地位，存在法律利益的矛盾，因而保險消費者對保險代理人存在天然的不信任。澳門與內地的法律應當建立保險代理人“向上流動”或“身份轉換”的機制，令保險代理人從自身業務中獲得充分的滿足感。根據中國部分地區的保險實踐與保險監管經驗，解決保險代理人職業困境的方式主要包括兩種：第一，在保險代理業務高度依附於保險業務的險種中，以法律固化保險代理人的“向上流動”機制，例如規定：“經保險監督管理機構評估，並與保險機構協商，保險營銷人員業務表現優秀的，其與保險機構的代理關係可轉為勞動合同關係”，把保險代理人轉變為保險公司的內部勞動者。保險代理人獲得轉為保險公司內部勞動者的“向上流動”的渠道後，更有依法勤勉開展保險代理業務的動力。保險監督管理機構考核的介入，有利於保證保險代理人不會因為爭取保險公司的垂青，而與保險公司合謀損害消費者利益，有利於提高保險代理業務的道德水平。第二，對於保險代理業務具有一定專業性，可以在一定程度上獨立於保險業務而運營的險種而言，保險代理業務可以由保險監管機構依法許可給與保險標的相

關的專業機構運營，給予保險代理人一種“身份轉換”的機制。如汽車銷售企業可以經營汽車保險的代理業務，銀行可以兼營存款保險業務，郵政部門可以兼營郵政保險業務。一方面，這樣的行政許可安排使保險代理人不再只是財產保險市場中的信息傳遞者，還是其他專業機構的內部人員，有助於加強保險代理人的職業地位(當然，也有可能相應地加大了保險代理人的求職難度)，抑制其利用信息傳遞者地位違法牟利的傾向；另一方面，汽車銷售企業、銀行、郵政部門等主體加入博弈，有助於制衡保險經營者的影響力，促進擁有信息優勢的保險經營者守法。經營保險標的的專業機構由於經常與消費者溝通，也更瞭解消費需求與保險標的所面臨的風險，兼營保險代理業務，有助於業務質量的提高，以及根據保險標的的具體情況，調整各險種的風險防範方式與理賠方式。並學習香港的“保險中介人素質保證計劃”以資格培訓與執業後培訓提高中介人素質。

## (二) 保險爭端處理機制的構建問題及對策

在保險交易進行時可能會發生爭議，但與香港相比，澳門與內地都缺乏完善的和諧專門的金融(保險)爭端解決機制。專門的保險爭端解決機制的好處在於：第一，符合訴訟經濟原則，節約司法成本；第二，爭議解決者更具有保險專業素質，更瞭解保險行業的發展狀況；第三，由於爭議解決者通過處理爭議熟習保險事務，解決爭議的效率較高。

澳門與內地都可借鑒香港的金融(保險)糾紛處理制度。香港的金融(保險)糾紛解決機制走的是“行政任務公司化”的道路。2012 年，香港成立了金融監管機構監管的“金融糾紛調解中心有限公司”。以“先調解，後仲裁”的方式處理包括保險爭議在內的金融爭議。爭議當事人先向中心提出調解申請，“調解計劃主任”審查相關爭議是否符合金融糾紛調解中心的管轄範圍。在爭議當事人支付相關費用後，“調解計劃主任”便組織調解程序。如果當事人經調解無法達成和解，可以提出仲裁申請。調解中心以書面審查的方式一裁終局。仲裁裁決具有法律效力。如果當事人不服，僅可就當中的法律爭議向法院起訴。“金融糾紛調解中心有限公司”還通過“免費公眾諮詢面談”和各種簡介會，作為消費教育的一種形式，向金融(保險)消費者普及相關爭議的處理知識與維權技巧。<sup>28</sup> 這一機制將部分行政權與仲裁權進行“公司化管理”，既可發揮社會主體的效能，使專業的保險爭議的解決盡量符合民間習慣，為民眾所理解，又可通過

市場選擇的作用提高服務質量。內地和澳門可以在對調解人與仲裁人建立嚴格的准入制度的情形下，效仿香港構建類似的制度。

### (三) 區域信息分享機制的立法問題及對策

當保險交易進行時，澳門與內地的保險監管機構應當及時分享監管信息。國際保險監督官協會的《保險監管核心原則》第25.6.16條指出：“監管團的一個重要功能是通過為相關監管機構提供獲取更多的關於集團和運營環境的信息和知識，促進對集團及其成員公司的進一步監管。充足的信息分享安排旨在向監管機構提供一個工具，在保護集團的機密信息的同時使它們取得對集團及其風險的綜理解，從而使監管集團得到合適的監管。”<sup>29</sup> 區域信息合作是實踐“集團監管”理念的重要表現。進行區域合作，有利於更好地規制保險經營活動，保護消費者的權益。一方面，保險行業中各主體在信息合作中互相監督，可以在一定程度上防止敗壞行業聲譽的行為的出現。另一方面，保險行業互相分析信息，也有助於“集思廣益”，集中資源更好地為消費者服務。<sup>30</sup> 香港《保險公司條例》規定保險監督機構可以“在適當時，在本條例准許的範圍內，與香港或香港以外任何地方的金融服務監管機構合作並對其給予協助。”內地與澳門也應當效仿香港，把區域合作的價值取向與具體規定加入保險活動行政管制法律中。

### (四) 估價爭議的問題及對策

在保險交易結束後的理賠過程中會出現估價問題。保險估價從來都是財產保險監管法律制度的難題之一。雖然財產保險標的的價值較人身保險標的較容易估量，但受價格變動、當事人主觀認識、財產無形價值所影響，當事人之間仍不可避免地存在估價爭議。在內地與澳門的保險交易中，估價爭議也時常發生。

澳門與內地可以考慮建立有條件的估價協商制度。對於具有公認市場價值的保險標的，可以以市場

價值為標準。對於沒有公認市場價值的保險標的，可以由當事人協商確定：因為一般而言，對於沒有公認市場價值的保險標的而言，其價值爭議較大。只有標的的所有權人才能品味出保險標的的價值，其投保意願，所交納的保費也是根據投保人(一般也是保險標的的所有權人)所理解的價值而定。協商確定估價給了投保人一定的話語權，又可以考慮保險經營者的經營需求。如果經過協商不能確定的，可以通過保險公估機構確定。<sup>31</sup>

## 六、結語

法諺“緊急時期無法律”(necessitas non habet legem)<sup>32</sup>是指在緊急狀態下，公權力可以出於公益目的的需要，限制公民的部分權利。公權力可以能動地採取符合公共利益的措施，不必受到法律條文的嚴格拘束。當共時性的成文法不足以應對緊急情況時，上述格言的確有其現實意義。在和平的法治社會，“緊急時期無法律”給予行政機關在應對突發災害時自由裁量、靈活處理的權力。然而，對於緊急時期的行政行為與行政命令的承認與遵從，並不意味着相關具象的法治固化。建立緊急時期的常規制度，始終具有優化秩序，加強法律信仰的作用。況且，從制度構建的質量而言，一個成熟的法律體系也應當把緊急時期的具象法律化，制定導引公民在緊急狀態下遵守秩序的規範。“緊急時期無法律”不應成為法律缺位的理由。“緊急時期有法律”才是法治秩序長遠目標。<sup>33</sup> 澳門與內地的保險活動行政管制法律正是為了維持風險發生時，資金的有序流動。“一國兩制”不僅是宏觀的國家制度安排，也是微觀的、保證社會長治久安的社會治理模式。澳門與內地保險活動行政管制法律的比較，有利於取長補短，優化兩地的社會治理模式，也有助於促進兩地保險監管、保險行業的合作，共同應對社會風險與社會問題。

## 註釋：

<sup>1</sup> 王鶴、張其明：《珠海橫琴有望試點“一張保單保兩地”新通關監管辦法在探索》，載於大洋網：[http://news.dayoo.com/guangzhou/201310/08/73437\\_32868730.htm](http://news.dayoo.com/guangzhou/201310/08/73437_32868730.htm)，2013年10月11日。

<sup>2</sup> 中國保險監督管理委員會深圳監管局：《第十二屆粵港澳深四地保險監管聯席會議在澳門召開》，載於中國保險監督管理

委員會深圳監管局網站：<http://www.circ.gov.cn/web/site0/tab40/i230289.htm>，2013年10月11日。

- <sup>3</sup> 唐瑋：《民盟建議：制定金融監管法和成立金融監管局》，載於網易財經網：<http://money.163.com/09/0307/10/53PVAI8Q002537HU.html>，2014年2月27日。
- <sup>4</sup> [韓]崔吉子、黃平：《韓國保險法》，北京：北京大學出版社，2013年，第3頁。
- <sup>5</sup> Stein, P. (1999). *Roman Law in European History*. Cambridge: Cambridge University Press. 21.
- <sup>6</sup> 有學者認為，即使以法律規範為單位來衡量法律的“公、私屬性”，在保險法中也存在兼具公、私法規範特點的“半強行性規範”。見徐衛東：《保險法上的規範配置——兼論保險法的規範功能與技術處理》，載於楊華柏、胡曉珂、陳飛主編：《保險法律評論》（第1卷），北京：法律出版社，2010年，第45-54頁。
- <sup>7</sup> 劉學生：《立法的藝術、進步與局限——新〈保險法〉施行三週年的回顧與思考》，載於宋志華主編：《保險法評論》（第5卷），北京：法律出版社，2013年，第9-14頁；孫宏濤譯：《法國保險合同法》，載於宋志華主編：《保險法評論》（第5卷），北京：法律出版社，2013年，第304頁。
- <sup>8</sup> Strahl, I. (1959). Tort Liability and Insurance. In the website of Scandinavian Studies in Law: <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/3-7.pdf>. 213.17<sup>th</sup> January 2014.
- <sup>9</sup> 值得注意的是，在2013年，澳門第013/2013-AMCM號通告規定，“給予保險人對現存風險準備金進行整體計算的權能”，但如果保險人在經營任何險種時出現《保險活動管制法例》中規定的“非常損失率”的情形，澳門金融管理局可以提高準備金率。這有助於在尊重保險人經營自主權的前提下，保障保險公司具備充足的償付能力。見《第013/2013-AMCM號通告》，載於澳門金融管理局網站：[http://www.amcm.gov.mo/rules\\_and\\_guidelines/laws/insurance/AV2013\\_013\\_C%20Calculo%20das%20PRC%20global.pdf](http://www.amcm.gov.mo/rules_and_guidelines/laws/insurance/AV2013_013_C%20Calculo%20das%20PRC%20global.pdf)，2013年12月21日。
- <sup>10</sup> 澳門第27/97/M號法令《保險活動管制法例》第5條規定：“澳門法院有審理於本地區訂立之保險合同或保險管理所引起之爭議，或涉及在訂立保險合同或安排保險管理之日居所或住所設於本地區之人士或實體之爭議，又或涉及處於本地區之財產或涉及在本地區存在之風險之爭議之管轄權。”先為司法管轄權劃定了總體界限。
- <sup>11</sup> 見澳門中級法院第6/2006號裁判書，載於澳門法律網：<http://www.court.gov.mo/sentence/zh-524cd8a3155f7.pdf>，2013年10月12日。
- <sup>12</sup> 同上註。
- <sup>13</sup> 見澳門終審法院第19/2008號裁判書，載於澳門法律網：<http://www.court.gov.mo/tools/attachment/1381483170mtxqn.pdf>，2013年12月19日。
- <sup>14</sup> 見澳門終審法院第42/2013號裁判書，載於澳門法律網：<http://www.court.gov.mo/sentence/zh-52b53c79425d0.pdf>，2013年12月21日。
- <sup>15</sup> 《中華人民共和國保險法》第176條規定：“投保人、被保險人或者受益人有下列行為之一，進行保險詐騙活動，尚不構成犯罪的，依法給予行政處罰：（一）投保人故意虛構保險標的，騙取保險金的；（二）編造未曾發生的保險事故，或者編造虛假的事實原因或者誇大損失程度，騙取保險金的；（三）故意造成保險事故，騙取保險金的。保險事故的鑒定人、評估人、證明人故意提供虛假的證明文件，為投保人、被保險人或者受益人進行保險詐騙提供條件的，依照前款規定給予處罰。”規定了保險詐騙行政處罰。第181條進而規定了“構成犯罪的，依法追究刑事責任”，構成了保險詐騙罪的規定。內地保險活動管制法律僅僅以“行政處罰條款+刑事責任準用規定”的形式借鑒刑法典，而不像澳門的規定一樣直接移植刑法概念。
- <sup>16</sup> 相關理論見 Hupe, P. and M. Hill (2007). Street-level Bureaucracy and Public Accountability. *Public Administration*. Volume 85. No. 2. 279-299。另見謝小弓：《汽車保險消費者權益保護問題研究》，載於謝進傑主編：《中山大學法律評論》（第11卷第1輯），桂林：廣西師範大學出版社，2013年，第301-321頁。
- <sup>17</sup> 總體而言，內地借鑒澳門制度的對策包括：第一，在《保險法》中細化各種保險公司準備金的分類及準備金的用途；第二，完善緊急風險發生時的保險信息公開機制，其中特別注意界定“緊急風險”的範疇；第三，重視保險監管機構行為的分類，並以其作為法院民事庭、行政庭管轄權分類的標準，以及行政機關管轄與否的界限；第四，把對行政相對人違法次數及主觀惡意的衡量更多地納入行政法範疇。
- <sup>18</sup> 見澳門中級法院第7/2007號裁判書，載於澳門法律網：<http://www.court.gov.mo/tools/attachment/1381483170mtxqn.pdf>，2013年10月12日。
- <sup>19</sup> 米萬英、何偉寧：《澳門地區行政訴訟：制度、立法與案例》，杭州：浙江大學出版社，2010年，第281-283頁。

- <sup>20</sup> [美]凱斯·R·孫斯坦：《法律推理與政治衝突》，胡愛平、高建勛譯，北京：法律出版社，2004年，第158頁。
- <sup>21</sup> 《中華人民共和國保險法》第171條規定的“報告、報表、文件、資料”等項目，只列舉信息的類型，並未規定信息的載體。
- <sup>22</sup> [冰島]思拉恩·艾格特森：《新制度經濟學》，吳經邦、李耀、朱寒松、王志宏譯，北京：商務印書館，1996年，第45頁。
- <sup>23</sup> 見澳門中級法院第219/2009號裁判書，載於澳門法律網：<http://www.court.gov.mo>，2013年11月23日。
- <sup>24</sup> [日]內田貴：《契約的再生》，胡寶海譯，載於梁慧星主編：《民商法論叢》(第3卷)，北京：法律出版社，1995年，第311-312頁。
- <sup>25</sup> 中國保險監督管理委員會：《中國保監會關於2013年前三季度保險消費者投訴情況的通報》，載於中國保監會網站：<http://www.circ.gov.cn/web/site0/tab5168/info3889994.htm>，2013年11月2日。
- <sup>26</sup> 《內地與澳門關於建立更緊密經貿關係的安排》第13條規定：“雙方採取以下措施，進一步加強在銀行、證券和保險領域的合作：一、支持內地金融機構到澳門開展業務；二、支持內地銀行在澳門以收購方式發展網絡和業務活動；三、鼓勵、協助和支持澳門與內地銀行、證券和保險機構之間的業務交流；四、加強金融監管部門之間的合作和信息共享。”
- <sup>27</sup> 《保險代理人及經紀人法例》第5條第3項規定：“保險推銷員是指同時屬保險公司、法人保險代理人或保險經紀人的受僱人，並在中介業務方面以上述任一實體的名義及為其利益而工作的中介人。”
- <sup>28</sup> 《爭議解決程序》，載於香港金融糾紛調解中心有限公司網站：[http://www.fdr.org.hk/tc/html/resolvingdisputes/resolvingdisputes\\_fdrsprocess.php](http://www.fdr.org.hk/tc/html/resolvingdisputes/resolvingdisputes_fdrsprocess.php)，2013年10月15日。
- <sup>29</sup> 陳文輝主編：《國際保險監管核心原則的最新發展與中國實踐》，北京：人民日報出版社，2012年，第810頁。
- <sup>30</sup> 從中國宏觀政策而言，《“十二五”規劃綱要》十分重視區域合作，提出“深化區域合作”的目標。其第18章規定“充分發揮不同地區比較優勢，促進生產要素合理流動，深化區域合作，推進區域良性互動發展，逐步縮小區域發展差距。”
- <sup>31</sup> 關於公估(估價)機構的體制設計，見謝小弓：《汽車保險消費者權益保護問題研究》，載於謝進傑主編：《中山大學法律評論》(第11卷第1輯)，桂林：廣西師範大學出版社，2013年，第301-321頁。
- <sup>32</sup> 此法諺的討論見李衛海：《緊急狀態下的人權克減研究》，蘇州：蘇州大學博士學位論文，2006年，第37頁。
- <sup>33</sup> 保險監管法律制度正是致力於在緊急狀態下，在高風險事件發生時維持公民秩序信仰的制度。公民對保險監管法律制度的信仰也讓公民在面對風險時更有安全感。