

法律资讯汇编

(2023 第 10 期)

上海王岩律师事务所
2023 年 10 月

目 录

行业新闻—— 金融监管总局就《保险销售行为管理办法》答记者问	3
新法速递—— 金融监管总局发布《保险销售行为管理办法》	7
案例解析—— 家事代理的适用边界及表见代理构成要件的司法认定规则 案例精选	24
业务研究—— 以股权转让替代交易构成跳单违约	40
—— 渔业保赔保险合同的法律适用	51

金融监管总局就《保险销售行为管理办法》答记者问

来源：国家金融监督管理总局官网

日期：2023 年 9 月 28 日

为保护投保人、被保险人、受益人的合法权益，规范保险销售行为，统一保险销售行为监管要求，金融监管总局近日发布《保险销售行为管理办法》（以下简称《销售办法》），有关部门负责人就相关问题回答了记者提问。

一、《销售办法》制定的背景是什么？

答：保险销售行为直接影响保险消费者权益，近年来监管部门收到了大量因保险销售不规范导致的纠纷投诉。通过《销售办法》，明确谁能销售保险产品、怎么销售保险产品、保险机构和保险消费者在保险销售过程中各自要履行哪些义务，从前端对保险销售行为进行全面规范，实现源头治理，更好维护保险消费者合法权益。

二、《销售办法》的主要内容是什么？

答：《销售办法》共 6 章，50 条，分别是总则、保险销售前行为管理、保险销售中行为管理、保险销售后行为管理、监督管理、附则。

在总则部分明确了本办法的适用范围，保险销售行为原则和分

类，以及保险公司、保险中介机构需要承担的公众教育和信息安全保护义务等。第二、三、四章以保险销售的流程为主线，分别对保险销售前、保险销售中及保险销售后的行为规则作出了规定，其中第二章“保险销售前行为管理”主要规定保险销售业务范围、保险产品信息披露、保险营销宣传行为以及保险销售的技术准备、人员准备、渠道准备等；第三章“保险销售中行为管理”主要规定保险公司的告知义务、说明义务、询问义务、禁止强制搭售、禁止代签名等；第四章“保险销售后行为管理”主要规定基于保险合同订立而产生的保险公司附随义务。第五章明确相关监管要求，并对违反本办法规定行为的行政责任作出规定。附则是对本办法与其他监管制度的衔接、办法的解释和施行时间作出规定。

三、《销售办法》将保险销售行为划分为销售前、销售中、销售后三个阶段，能具体介绍一下吗？

答：保险销售行为是保险公司为了实现与投保人订立保险合同而开展的一系列活动，是具有时间跨度的连续性行为而非时点性行为。为使被监管对象能够更加清晰地把握保险销售行为管理的要求，《销售办法》将保险销售行为划分为保险销售前行为、保险销售中行为和保险销售后行为。

保险销售前行为是指保险公司及受其委托的保险中介机构、其他机构为订立保险合同创造环境、准备条件、招揽保险合同相对人的行为。保险销售中行为是指保险公司及受其委托的保险中介机构、其他

机构与特定相对人为订立保险合同就合同内容进行沟通、商谈，作出要约和承诺的行为。保险销售后行为是指保险公司及受其委托的保险中介机构、其他机构履行基于保险合同订立而产生的保单送达、回访、信息通知、档案管理等附随义务的行为。其中，保险销售前行为与保险销售中行为区分的关键点是：保险销售行为的相对人是否特定化，以及保险销售行为是否已进入就保险合同的具体内容进行沟通、商谈，作出要约和承诺的阶段。

四、《销售办法》建立了保险产品说明制度，是出于什么考虑？

答：保险产品条款作为规定保险合同双方当事人权利义务的法律文件，需要包含法律规定的各项要素，内容较多、篇幅较长，投保人、被保险人、受益人关心的与其经济利益直接相关的内容散见在条款各处，不易阅读了解。《销售办法》规定保险公司要在其官方网站上公布保险产品说明，重点突出保障范围、免除或者减轻保险人责任条款、预期收益以及投保人、被保险人、受益人的权利义务等内容，以便在投保人、被保险人、受益人注意力有限的情况下，了解保险产品条款的核心内容；同时规定在投保人投保前，保险公司及受其委托的保险中介机构、保险销售人员要向投保人提供保险产品说明。这一制度规定，主要是希望为保护保险消费者的知情权提供更充分的正面信息支持。

五、消费者都希望买到适合自己的保险产品，《销售办法》在提高产品适当性方面是否有相关规定？

答：《销售办法》从四个角度对保险产品适当性提出要求。一是要求保险公司建立保险产品分级管理制度，根据产品的复杂程度、保险费负担水平以及保单利益的风险高低等标准，对本机构的保险产品进行分类分级。二是要求保险公司、保险中介机构支持行业自律组织发挥平台优势推动保险销售人员销售能力分级工作，在行业自律组织制定的销售能力分级框架下，结合自身实际情况建立本机构保险销售能力资质分级管理体系，以保险销售人员的专业知识、销售能力、诚信水平、品行状况等为主要标准，对所属保险销售人员进行分级，并与保险公司保险产品分级管理制度相衔接，区分销售能力资质实行差别授权，明确所属各等级保险销售人员可以销售的保险产品。三是要求保险公司、保险中介机构、保险销售人员在销售保险时，发现投保人不适合某款保险产品时，应当建议投保人终止投保。四是要求销售过程中，投保人应当以书面或者其他可保存的形式，签署或者确认投保声明、投保提示书、免除或者减轻保险人责任条款的说明等文件，以及监管规定的相关文书材料。

金融监管总局发布《保险销售行为管理办法》

来源：国家金融监督管理总局官网

日期：2023 年 9 月 28 日

为保护投保人、被保险人、受益人的合法权益，规范保险销售行为，统一保险销售行为监管要求，根据《中华人民共和国保险法》《国务院办公厅关于加强金融消费者权益保护工作的指导意见》等法律和文件，金融监管总局近日发布《保险销售行为管理办法》（以下简称《销售办法》），自 2024 年 3 月 1 日起施行。

《销售办法》共 6 章 50 条，将保险销售行为分为保险销售前行为、保险销售中行为和保险销售后行为三个阶段，区分不同阶段特点，分别加以规制。一是保险销售前行为管理，对保险公司、保险中介机构业务范围、信息化系统、条款术语、信息披露、产品分类分级、销售人员分级、销售宣传等进行规制。二是保险销售中行为管理，要求保险公司、保险中介机构了解客户并适当销售，禁止强制搭售和默认勾选，在销售时告知身份、相关事项，提示责任减轻和免除说明等。三是保险销售后行为管理，对保单送达、回访、长期险人员变更通知、人员变更后禁止行为、退保等提出要求。

《销售办法》是金融监管总局落实以人民为中心发展思想、切实提升保险消费者获得感的重要举措，是完善行为监管制度体系、构建保险销售行为监管框架的基础环节。《销售办法》的出台，体现了金融监管工作的政治性和人民性，有助于提升保险行业销售行为规范性，有效增强保险消费者的获得感和满意度。

附：

保险销售行为管理办法

（2023 年 9 月 20 日国家金融监督管理总局令 2023 年第 2 号公布 自 2024 年 3 月 1 日起施行）

第一章 总 则

第一条 为保护投保人、被保险人、受益人的合法权益，规范保险销售行为，统一保险销售行为监管要求，根据《中华人民共和国保险法》《国务院办公厅关于加强金融消费者权益保护工作的指导意见》等法律、行政法规和文件，制定本办法。

第二条 保险公司为订立保险合同所开展的销售行为，保险中介机构、保险销售人员受保险公司委托或者与保险公司合作为订立保险合同所开展的销售行为，应当遵守本办法的规定。

本办法所称保险公司不包括再保险公司。

本办法所称保险中介机构包括：保险代理机构和保险经纪人。
保险代理机构包括专业代理机构和兼业代理机构。

本办法所称保险销售人员包括：保险公司中从事保险销售的员工、个人保险代理人及纳入销售人员管理的其他用工形式的人员，保险代理机构中从事保险代理的人员，保险经纪人中从事保险经纪业务的人员。

第三条 除下列机构和人员外，其他机构和个人不得从事保险销售行为：

（一）保险公司和保险中介机构；

（二）保险销售人员。

保险公司、保险中介机构应当为其所属的保险销售人员办理执业登记。

第四条 保险销售行为应当遵循依法合规、平等自愿、公平适当、诚实守信等原则，尊重和保障投保人、被保险人、受益人的合法权益。

第五条 本办法所称保险销售行为包括保险销售前行为、保险销售中行为和保险销售后行为。

保险销售前行为是指保险公司及受其委托或者与其合作的保险中介机构、保险销售人员为订立保险合同创造环境、准备条件、招揽保险合同相对人的行为。

保险销售中行为是指保险公司及受其委托或者与其合作的保险中介机构、保险销售人员与特定相对人为订立保险合同就合同内容进行沟通、商谈，作出要约或承诺的行为。

保险销售后行为是指保险公司及受其委托或者与其合作的保险中介机构、保险销售人员履行依照法律法规和监管制度规定的以及基于保险合同订立而产生的保单送达、回访、信息通知等附随义务的行为。

第六条 保险公司、保险中介机构应当以适当方式、通俗易懂的语言定期向公众介绍保险知识、发布保险消费风险提示，重点讲解保险条款中的专业性词语、集中性疑问、容易引发争议纠纷的行为以及保险消费中的各类风险等内容。

第七条 保险公司、保险中介机构应当按照合法、正当、必要、诚信的原则收集处理投保人、被保险人、受益人以及保险业务活动相关当事人的个人信息，并妥善保管，防止信息泄露；未经该个人同意，保险公司、保险中介机构、保险销售人员不得向他人提供该个人的信息，法律法规规章另有规定以及开展保险业务所必需的除外。

保险公司、保险中介机构应当加强对与其合作的其他机构收集处理投保人、被保险人、受益人以及保险业务活动相关当事人个人信息的行为管控，在双方合作协议中明确其他机构的信息收集处理行为要求，定期了解其他机构执行协议要求情况，发现其他机构存在违反协议要求情形时，应当及时采取措施予以制止和督促纠正，并依法追究该机构责任。

第八条 保险公司、保险中介机构应当履行销售管理主体责任，建立健全保险销售各项管理制度，加强对与其有委托代理关系的保险销售人员身份和保险销售业务真实性管理，定期自查、评估制度有效性和落实情况；应当明确各级机构及其高级管理人员销售管理责任，建立销售制度执行、销售管控和内部责任追究机制，不得违法违规开展保险销售业务，不得利用开展保险销售业务为其他机构或者个人牟取不正当利益。

第九条 具有保险销售业务合作关系的保险公司、保险中介机构应当在相关协议中确定合作范围，明确双方的权利义务。保险公司与保险中介机构的保险销售业务合作关系应当真实，不得通过虚假合作套取费用。

保险中介机构应当依照相关法律法规规定及双方业务合作约定，并以相关业务开展所必需为限，将所销售的保险业务相关信息以及投保人、被保险人、受益人信息如实完整及时地提供给与其具有保险销售业务合作关系的保险公司，以利于保险公司与投保人订立保险合同。

保险公司应当支持与其具有保险销售业务合作关系的保险中介机构为投保人提供专业服务，依照相关法律法规规定及双方业务合作约定，并以相关业务开展所必需为限，将该保险中介机构所销售的保险业务相关保单存续期管理信息如实完整及时地提供给该保险中介机构，以利于该保险中介机构为投保人提供后续服务。

保险公司应当加强对与其具有保险销售业务合作关系的保险中介机构保险销售行为合规性监督，定期了解该保险中介机构在合作范围内的保险销售行为合规情况，发现该保险中介机构在从事保险销售中存在违反法律法规及合作协议要求情形时，应当及时采取措施予以制止和督促纠正，并依法追究该保险中介机构责任。

具有保险销售业务合作关系的保险公司、保险中介机构应当通过技术手段，实现双方业务信息系统的互联互通、数据对接。

第十条 国家金融监督管理总局（以下简称金融监管总局）依据《中华人民共和国保险法》，对保险销售行为履行监督管理职责。

金融监管总局派出机构依据授权对保险销售行为履行监督管理职责。

第二章 保险销售前行为管理

第十一条 保险公司、保险中介机构不得超出法律法规和监管制度规定以及监管机构批准核准的业务范围和区域范围从事保险销售行为。保险销售人员不得超出所属机构的授权范围从事保险销售行为。

第十二条 保险公司、保险中介机构开展保险销售行为，应当具备相应的业务、财务、人员等信息管理系统和核心业务系统，确保系统数据准确、完整、更新及时，并与监管机构要求录入各类监管信息系统中的数据信息保持一致。

第十三条 保险公司应当依法依规制订保险合同条款，不得违反法律法规和监管制度规定，确保保险合同双方权利义务公平合理；按照要素完整、结构清晰、文字准确、表述严谨、通俗易懂等原则制订保险合同条款，推进合同文本标准化。

保险合同及相关文件中使用的专业名词术语，其含义应当符合国家标准、行业标准或者通用标准。

第十四条 保险公司应当按照真实、准确、完整的原则，在其官方网站、官方 APP 等官方线上平台公示本公司现有保险产品条款信息和该保险产品说明。保险产品说明应当重点突出该产品所使用条款的审批或者备案名称、保障范围、保险期间、免除或者减轻保险人责任条款以及保单预期利益等内容。

保险产品条款发生变更的，保险公司应当于变更条款正式实施前更新所对外公示的该保险产品条款信息和该保险产品说明。

保险公司决定停止使用保险产品条款的，除法律法规及监管制度另有规定的外，应当在官方线上平台显著位置和营业场所公告，并在公示的该保险产品条款信息和该保险产品说明的显著位置标明停止使用的起始日期，该起始日期不得早于公告日期。

第十五条 保险公司应当建立保险产品分级管理制度，根据产品的复杂程度、保险费负担水平以及保单利益的风险高低等标准，对本机构的保险产品进行分类分级。

第十六条 保险公司、保险中介机构应当支持行业自律组织发挥优势推动保险销售人员销售能力分级工作，在行业自律组织制定的销售能力分级框架下，结合自身实际情况建立本机构保险销售能力资质分级管理体系，以保险销售人员的专业知识、销售能力、诚信水平、品行状况等为主要标准，对所属保险销售人员进行分级，并与保险公司保险产品分级管理制度相衔接，区分销售能力资质实行差别授权，明确所属各等级保险销售人员可以销售的保险产品。

第十七条 保险公司、保险中介机构应当建立保险销售宣传管理制度，确保保险销售宣传符合下列要求：

（一）在形式上和实质上未超出保险公司、保险中介机构合法经营资质所载明的业务许可范围及区域；

（二）明示所销售宣传的是保险产品；

（三）不得引用不真实、不准确的数据和资料，不得隐瞒限制条件，不得进行虚假或者夸大表述，不得使用偷换概念、不当类比、隐去假设等不当宣传手段；

（四）不得以捏造、散布虚假事实等手段恶意诋毁竞争对手，不得通过不当评比、不当排序等方式进行宣传，不得冒用、擅自使用与他人相同或者近似等可能引起混淆的注册商标、字号、宣传册页；

（五）不得利用监管机构对保险产品的审核或者备案程序，不得使用监管机构为该保险产品提供保证等引人误解的不当表述；

（六）不得违反法律、行政法规和监管制度规定的其他行为。

第十八条 保险销售人员未经授权不得发布保险销售宣传信息。

保险公司、保险中介机构对所属保险销售人员发布保险销售宣传信息的行为负有管理主体责任，对保险销售人员发布的保险销售宣传信息，应当进行事前审核及授权发布；发现保险销售人员自行编发或者转载未经其审核授权发布的保险销售宣传信息的，应当及时予以制止并采取有效措施进行处置。

第十九条 保险公司决定停止销售某一保险产品或者调整某一保险产品价格的，应当在官方线上平台显著位置和营业场所公告，但保险公司在经审批或者备案的费率浮动区间或者费率参数调整区间内调整价格的除外。公告内容应当包括停止销售或者调整价格的保险产品名称、停止销售或者价格调整的起始日期等信息，其中起始日期不得早于公告日期。

前款公告的停止销售或者调整价格的起始日期经过后，保险公司应当按照公告内容停止销售相应保险产品或者调整相应保险产品价格。

在保险公司未就某一保险产品发出停止销售或者调整价格的公告前，保险销售人员不得在保险销售中向他人宣称某一保险产品即将停止销售或者调整价格。

第二十条 保险公司、保险中介机构应当加强保险销售渠道业务管理，落实对保险销售渠道业务合规性的管控责任，完善保险销售渠道合规监督，不得利用保险销售渠道开展违法违规活动。

第三章 保险销售中行为管理

第二十一条 保险公司应当通过合法方式，了解投保人的保险需求、风险特征、保险费承担能力、已购买同类保险的情况以及其他与销售保险产品相关的信息，根据前述信息确定该投保人可以购买本公司保险产品类型和等级范围，并委派合格保险销售人员销售该等级范围内的保险产品。

保险中介机构应当协助所合作的保险公司了解前款规定的投保人相关信息，并按照所合作保险公司确定的该投保人可以购买的保险产品类型和等级范围，委派合格保险销售人员销售该等级范围内的保险产品。

第二十二条 保险公司、保险中介机构销售人身保险新型产品的，应当向投保人提示保单利益的不确定性，并准确、全面地提示相关风险；法律、行政法规和监管制度规定要求对投保人进行风险承受能力测评的，应当进行测评，并根据测评结果销售相适应的保险产品。

第二十三条 保险公司、保险中介机构及其保险销售人员不得使用强制搭售、信息系统或者网页默认勾选等方式与投保人订立保险合同。

前款所称强制搭售是指因保险公司、保险中介机构的原因，致使投保人不能单独就某一个保险产品或者产品组合与保险公司订立保险合同的情形，以及自然人、法人、非法人组织在购买某一非保险类金融产品或者金融服务时，在未被告知保险产品或者保险服务的存在、未被提供自主选择权利行使条件的情况下，被要求必须同时与指定保险公司就指定保险产品订立保险合同的情形。

第二十四条 保险公司、保险中介机构以互联网方式销售保险产品的，应当向对方当事人提示本机构足以识别的名称。

保险销售人员以面对面方式销售保险产品的，应当向对方当事人出示执业证件；以非面对面方式销售保险产品的，应当向对方当事人说明本人姓名、所属保险公司或者保险中介机构全称、本人执业证件编号。

第二十五条 订立保险合同，采用保险公司提供的格式条款的，保险公司或者受其委托及与其合作的保险中介机构、保险销售人员应当在投保人投保前以适当方式向投保人提供格式条款及该保险产品说明，并就以下内容向投保人作出明确提示：

（一）双方订立的是保险合同；

（二）保险合同的基本内容，包括保险产品名称、主要条款、保障范围、保险期间、保险费及交费方式、赔偿限额、免除或者减轻

保险人责任的条款、索赔程序、退保及其他费用扣除、人身保险的现金价值、犹豫期、宽限期、等待期、保险合同效力中止与恢复等；

（三）提示投保人违反如实告知义务的后果；

（四）保险公司、保险中介机构服务电话，以及咨询、报案、投诉等的途径方式；

（五）金融监管总局规定的其他提示内容。

保险公司、保险中介机构在销售保险产品时，经投保人同意，对于权利义务简单且投保人在三个月内再次投保同一保险公司的同一保险产品的，可以合理简化相应的提示内容。

第二十六条 订立保险合同时，保险公司及受其委托及与其合作的保险中介机构、保险销售人员应当对免除或者减轻保险人责任的条款，以足以引起投保人注意的文字、字体、符号或者其他明显标志作出提示，并对有关免除保险人责任条款的概念、内容及其法律后果以书面或者口头形式向投保人作出明确的常人能够理解的解释说明。

免除或者减轻保险人责任的条款包括责任免除条款、免赔额、免赔率、比例赔付或者给付等。

第二十七条 订立保险合同，保险公司应当提示投保人履行如实告知义务。

保险公司及受其委托及与其合作的保险中介机构、保险销售人员应当就保险标的或者被保险人的有关情况提出有具体内容的询问，以投保单询问表方式进行询问的，投保单询问表中不得有概括性条款，但该概括性条款有具体内容的除外。

投保人的如实告知义务限于保险公司及受其委托的保险中介机构、保险销售人员询问范围和内容，法律法规另有规定的除外。

第二十八条 保险公司、保险中介机构、保险销售人员在销售保险时，发现投保人具有下列情形之一的，应当建议投保人终止投保：

（一）投保人的保险需求与所销售的保险产品明显不符的；

（二）投保人持续承担保险费的能力明显不足的；

（三）投保人已购买以补偿损失为目的的同类型保险，继续投保属于重复保险或者超额保险的。

投保人不接受终止投保建议，仍然要求订立保险合同的，保险公司、保险中介机构应当向投保人说明有关风险，并确认销售行为的继续是出于投保人的自身意愿。

第二十九条 保险公司、保险中介机构应当按照有关法律法规和监管制度规定，要求投保人以书面或者其他可保存的形式，签署或者确认投保声明、投保提示书、免除或者减轻保险人责任条款的说明等文件，以及监管规定的相关文书材料。通过电话销售保险的，可以以签署投保单或者电话录音等方式确认投保人投保意愿。通过互联网开展保险销售的，可以通过互联网保险销售行为可回溯方式确认投保人投保意愿，并符合监管制度规定。

投保文书材料应当由投保人或者其书面委托的人员以签字、盖章或者其他法律法规认可的方式进行确认。保险销售人员不得代替保险业务活动相关当事人在订立保险合同的有关文书材料中确认。

第三十条 保险公司、保险中介机构应当严格按照经金融监管总局及其派出机构审批或者备案的保险条款和保险费率销售保险产品。

第三十一条 保险公司、保险中介机构应当按照相关监管制度规定，根据不同销售方式，采取录音、录像、销售页面管理和操作轨迹记录等方法，对保险产品销售行为实施可回溯管理。对可回溯管理过程中产生的视听资料及电子资料，应当做好备份存档。

第三十二条 保险公司、保险中介机构应当加强资金管理，建立资金管理机制，严格按照相关规定进行资金收付管理。

保险销售人员不得接受投保人、被保险人、受益人委托代缴保险费、代领退保金、代领保险金，不得经手或者通过非投保人、被保险人、受益人本人账户支付保险费、领取退保金、领取保险金。

第三十三条 投保人投保后，保险销售人员应当将所销售的保险业务相关信息以及投保人、被保险人、受益人信息如实完整及时地提供给其所在的保险公司、保险中介机构，以利于保险公司与投保人订立保险合同。

第四章 保险销售后行为管理

第三十四条 保险公司在核保通过后应当及时向投保人提供纸质或者电子保单，并按照相关政策提供发票。电子保单应当符合国家电子签名相关法律规定。保险公司应当在官方线上平台设置保单查询功能。

第三十五条 保险合同订立后，保险公司应当按照有关监管制度规定，通过互联网、电话等方式对金融监管总局规定的相关保险产品

业务进行回访。回访内容包括确认投保人身份和投保信息的真实性、是否完整知悉合同主要内容以及其他应当披露的信息等。在回访中，保险公司工作人员应当如实与投保人进行答问，不得有误导、欺骗、隐瞒等行为，并如实记录回访过程。

保险公司在回访中发现存在销售误导的，应当按照规定及时予以处理。

按照相关监管制度规定，对保险产品销售行为实施可回溯管理，且对有关信息已确认的，可以根据监管规定合理简化回访要求。

第三十六条 保险公司、保险中介机构与其所属的保险销售人员解除劳动合同及其他用工合同或者委托合同，通过该保险销售人员签订的一年期以上的人身保险合同尚未履行完毕的，保险公司、保险中介机构应当在该保险销售人员的离职手续办理完成后的 30 日内明确通知投保人或者被保险人有关该保险销售人员的离职信息、保险合同状况以及获得后续服务的途径，不因保险销售人员离职损害投保人、被保险人合法利益。

保险公司与保险中介机构终止合作，通过该保险中介机构签订的一年期以上的人身保险合同尚未履行完毕的，保险公司应当在与该保险中介机构终止合作后的 30 日内明确通知投保人或者被保险人有关该保险公司与该保险中介机构终止合作的信息、保险合同状况以及获得后续服务的途径，不因终止合作损害投保人、被保险人合法利益。

保险销售人员因工作岗位变动无法继续提供服务的，适用上述条款规定。

第三十七条 保险销售人员离职后、保险中介机构与保险公司终止合作后，不得通过怂恿退保等方式损害投保人合法利益。

保险公司、保险中介机构应当在与保险销售人员签订劳动、劳务等用工合同或者委托合同时，保险公司应当在与保险中介机构签订委托合同时，要求保险销售人员或者保险中介机构就不从事本条第一款规定的禁止性行为作出书面承诺。

第三十八条 行业自律组织应当针对本办法第三十六条、第三十七条的规定建立行业自律约束机制，并督促成员单位及相关人员切实执行。

第三十九条 任何机构、组织或者个人不得违法违规开展保险退保业务推介、咨询、代办等活动，诱导投保人退保，扰乱保险市场秩序。

第四十条 保险公司应当健全退保管理制度，细化各项保险产品的退保条件标准，优化退保流程，不得设置不合法不合理的退保阻却条件。

保险公司应当在官方线上平台披露各项保险产品的退保条件标准和退保流程时限，并在保险合同签订前明确提示投保人该保险产品的退保条件标准和退保流程时限。

保险公司应当设立便捷的退保渠道，在收到投保人的退保申请后，及时一次性告知投保人办理退保所需要的全部材料。

第四十一条 保险公司、保险中介机构应当建立档案管理制度，妥善保管业务档案、会计账簿、业务台账、人员档案、投保资料以及

开展可回溯管理产生的视听资料、电子数据等档案资料，明确管理责任，规范归档资料 and 数据的保管、保密和调阅程序。档案保管期限应当符合相关法律法规及监管制度规定。

第五章 监督管理

第四十二条 保险公司、保险中介机构应当按照金融监管总局及其派出机构的规定，记录、保存、报送有关保险销售的报告、报表、文件和资料。

第四十三条 违反本办法第三条、第三十九条规定的，由金融监管总局及其派出机构依照《中华人民共和国保险法》等法律法规和监管制度的相关规定处理。

第四十四条 保险公司、保险中介机构、保险销售人员违反本办法规定和金融监管总局关于财产保险、人身保险、保险中介销售管理的其他相关规定，情节严重或者造成严重后果的，由金融监管总局及其派出机构依照法律、行政法规进行处罚；法律、行政法规没有规定的，金融监管总局及其派出机构可以视情况给予警告或者通报批评，处以一万元以上十万元以下罚款。

第四十五条 保险公司、保险中介机构违反本办法规定和金融监管总局关于财产保险、人身保险、保险中介销售管理的其他相关规定，情节严重或者造成严重后果的，金融监管总局及其派出机构除分别依照本办法有关规定对该单位给予处罚外，对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员依照法律、行政法规进行处罚；法律、行政法规没有规定的，金融监管总局及其派出机构对其直接负责的主管人员和其

他直接责任人员可以视情况给予警告或者通报批评，处以一万元以上十万元以下罚款。

第四十六条 违反本办法第三十六条、第三十七条规定的，金融监管总局及其派出机构可以视情况予以通报并督促行业自律组织对相关人员、保险公司、保险中介机构给予行业自律约束处理。

第六章 附 则

第四十七条 保险公司、保险中介机构开展保险销售行为，除遵守本办法相关规定外，应当符合法律法规和金融监管总局关于财产保险、人身保险、保险中介销售管理的其他相关规定。

第四十八条 相互保险组织、外国保险公司分公司、保险集团公司适用本办法。

第四十九条 本办法由金融监管总局负责解释。

第五十条 本办法自 2024 年 3 月 1 日起施行。

家事代理的适用边界及表见代理构成要件的司法认定规则 | 案例精选

来源：上海一中法院公众号

作者：任明艳 潘杰二

日期：2023 年 8 月 21 日

案例编写人

任明艳 潘杰二

案例奖项

全国法院系统 2022 年度优秀案例分析优秀奖

关键词

家事代理 表见代理

代理权外观要素 主客观理性标准

裁判要旨

夫妻一方实施的民事法律行为不适用家事代理时，方有表见代理、无权代理等制度的适用空间。夫妻一方单方采取处分行为引发的纠纷中，可结合真实性、持续性、关联性、合法性等要素审查是否具有代理权外观事实。审查相对人合理信赖代理权外观时是否构成善意无过失，可通过一般理性人的客观标准对相对人应尽的谨慎义务予以测定，再根据主观标准予以校正，综合认定相对人是否尽到与其注意

能力相匹配的谨慎注意义务，进而认定是否构成善意无过失。

相关法条

一、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》第一条第二款

民法典施行前的法律事实引起的民事纠纷案件，适用当时的法律、司法解释的规定，但是法律、司法解释另有规定的除外。

二、《中华人民共和国合同法》第四十八条

行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，未经被代理人追认，对被代理人不发生效力，由行为人承担责任。

三、《中华人民共和国合同法》第四十九条

行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。

案件索引

二审：上海市高级人民法院（2021）沪民终 54 号（2021 年 9 月 30 日）

基本案情

贾某向一审法院诉称：其与被告周某、吴某、周甲、汤某、周乙等于 2019 年 4 月 20 日订立房屋买卖合同，约定被告向原告出售系争房屋，转让价款为 260 万元。原告已按约支付房款 90 万元，于 2019 年 5 月 8 日实际接收系争房屋并居住使用至今。经原告多次催促，被告迟迟不予配合办理过户手续。原告为维护自身合法权益，诉至法院，

请求判令被告周某、吴某、周甲协助原告办理将涉案房屋过户登记至原告名下的手续，并同意剩余房款 170 万元在本案中一并处理，于过户当日支付给被告。

被告周某辩称：不同意原告的诉讼请求。由于自己在外欠债无力偿还，所以在其余四被告不知情的情况下出售系争房屋。与原告签订房屋买卖合同时，被告吴某并未到场，所以出售系争房屋的行为属于无权处分，房屋买卖合同因此无法继续履行。要求解除合同，退还房款并给予原告适当补偿。

被告吴某、周甲共同辩称：请求法院驳回原告的诉讼请求。原告系浙江籍，没有权利购买上海限购的动迁房屋。买卖合同、委托书都是周某一人签名。2019 年 4 月 20 日签订买卖合同当天，吴某未到场，未在房屋买卖合同上签字，周某签订房屋买卖合同属于无权处分。原告以低于市场价的价格购得房屋，且房屋交易程序仓促，交易存档手续也与一般房屋买卖区别巨大，不符合善意取得的构成要件。

法院经审理查明：周某与汤某原系夫妻，为周乙之父母。后周某与吴某登记结婚，为周甲之父母。

2015 年 12 月 16 日，周某作为被补偿人与上海市浦东新区房屋征收事务中心签订《房屋补偿安置协议》，约定被安置人为周某、汤某、周乙、吴某、周甲。周某选择产权房屋调换方式补偿，征收中心以包括涉案房屋在内的 4 套房屋安置周某。

2016 年 8 月 26 日，周某、汤某、周乙、吴某、周甲签订《分房协议书》，确定涉案房屋产权归吴某、周甲二人所有，周某、汤某、

周乙放弃在涉案房屋中的一切权利。

2019 年 4 月 20 日，周某向贾某出具《委托书》，内容为：本人因故不能亲自办理涉案房屋出售事宜，特委托周某为本人代理人代为办理相关手续，具体权限如下：1、代为签订房屋买卖合同、定金协议、居间协议；2、代为收取房屋或定金；3、代为办理房屋交接手续。

委托人处署名：汤某、周乙、吴某、周甲。同日，周某向贾某出具《承诺书》，内容为：本人承诺汤某、周乙、吴某、周甲出具给本人的委托书及证件复印件（若有）真实有效，若日后委托人提出异议，本人自愿按照居间协议及买卖合同约定承担全部违约责任（包括对于买方及居间方）。

审理中，周某、汤某、周乙、吴某、周甲称《委托书》上的签名均由周某一人所签。同日，周某与贾某签订房屋买卖合同，其中约定贾某方向周某购买涉案房屋，转让价款为 260 万元。首期房价款 90 万元，贾某于签订示范文本合同当日内支付给周某。第二期房价款 170 万元，贾某于房地产交易中心出具以周某为权利人的过户收件收据后当日内支付周某。

2019 年 5 月 8 日，贾某与周某签署《房地产交接书》，双方确认涉案房屋于该日交付。涉案房屋由贾某居住使用至今。

2021 年 1 月 16 日，周某、吴某出具《情况说明》，载明根据原先的分房协议，周某放弃涉案房屋的一切权利，但现在夫妻双方协商同意周某持有该套房屋 1% 的份额，以便于今后吴某落户，但等以后户口安置好后，再把持有的 1% 份额无偿转给吴某。

2021 年 1 月 21 日，经核准，涉案房屋登记于周某、吴某、周甲名下，其中周某持有 1%、吴某持有 49%、周甲持有 50%。

2021 年 2 月 1 日，贾某诉至一审法院，要求判如所请。

裁判结果

一审法院于 2021 年 9 月 6 日作出如下判决：被告周某、吴某、周甲于判决生效之日起十日内配合原告贾某办理将涉案房屋过户登记至原告贾某名下的手续，同时原告贾某支付被告周某、吴某、周甲剩余购房款 170 万元。

周某、吴某、周甲认为：一、一审法院未查明事实，适用法律错误，导致判决错误。2019 年 4 月 20 日签订买卖合同时，吴某、周甲均未到场，对涉案房屋的买卖完全不知情。周某签订涉案房屋买卖合同属于无权处分。周甲是未成年人，周某作为监护人为还赌债代为处理周甲的财产，侵犯了未成年人合法权益。

二、一审法院仅凭主观推测认为吴某、周某夫妻感情尚未恶化，脱离证据认定吴某到了签约现场，属于严重的事实认定错误和程序违法。

三、吴某在 2013 年之后未向公安机关申领过任何身份证件，而涉案身份证复印件载明的办理时间为 2015 年。吴某已将公安机关出具的证明作为证据提交，但一审法院未对该证据予以记载并质证、采纳。一审法院仅对姓名、身份证号等粗略信息进行比对就认定涉案身份证复印件的真实性，属于事实认定错误，法律适用错误。

四、一审法院选择性忽视涉案房屋交易的多处不符合常理的现

象。贾某明知且认可《房屋买卖合同》《授权委托书》签字均不是吴某本人签署，且明知涉案房屋价格低于市场价。涉案房屋从看房到完成交易在不到 24 小时内完成，且贾某的妻子全程未参与，完全不符合常理。

五、周某与吴某系再婚家庭，双方有各自子女，曾离婚后又复婚。周某因赌博欠下巨额外债，导致家庭举步维艰，夫妻矛盾巨大。一审开庭前，吴某才第一次见到中介陈某及买房人贾某。故周某、吴某、周甲向上海一中院提起上诉。

上海一中院于 2022 年 7 月 28 日作出终审判决：一、撤销一审法院民事判决；二、驳回被上诉人贾某一审诉讼请求。

裁判理由

法院生效裁判认为：由于贾某并未提供有效的证据证明吴某本人在场或者作出同意出售涉案房屋的意思表示，且在周某出具的委托书上的签字并非吴某和周甲所签的情形下，周某对涉案房屋无处分权，在未征得吴某和周甲同意或者授权的情形下，代表吴某和周甲对外签订房屋买卖合同构成无权代理。

本案中，无证据证明吴某、周甲事后通过明示或者默示的行为追认周某的房屋买卖行为，故无权代理的后果由周某承担。虽然周某与吴某和周甲分别系夫妻和父子关系，但在处分涉案房屋在内的重大财产时，任何一方均不可基于身份关系而有权代表夫妻一方对外进行民事活动的权利，因而必须由双方均作出认可的意思表示，况且，本案还涉及对未成年人周甲房产利益的处分。

本案中，贾某在签约现场曾见到分房协议，明知周某并非涉案房屋的真正权利人，其未审核或者核实周某出具的委托书上的签字是否系吴某和周甲所签或者周某是否享有代理权限，仅凭周某个人出具的承诺书就与周某签订涉案房屋买卖合同，未尽到谨慎的注意义务，自身存在重大过失，不构成善意无过失的情形，不符合表见代理的构成要件，故周某与贾某签订的房屋买卖合同，因周某属无权代理，周某的行为也不构成表见代理，属于无权处分涉案房屋，在吴某和周甲拒绝追认的情形下，该房屋买卖合同对吴某和周甲不发生法律效力。

案例注解

本案争议焦点之一为周某代表吴某、周甲将涉案房屋转让给贾某是否发生法律效力。在房屋买卖合同纠纷案件中，经常涉及房屋被夫妻一方出售应如何处理的问题。一般而言，房屋系夫妻共同财产中较为重要的组成部分，且涉及夫妻双方的居住权，各级法院在处理该类纠纷时均较为谨慎。鉴于该类案件既可能涉及无权代理、表见代理、善意取得等法律问题的辨析，又可能涉及家事代理的法律适用，部分法院在合同效力的判断、代理类型的认定、夫妻另一方与买受人之间的利益衡平等问题上存在分歧，“同案不同判”现象依然存在。本文结合案情对家事代理、表见代理的审理思路与裁判规则进行梳理、提炼和总结。

一、框定前提：是否排除家事代理制度的适用

表面上看，该类案件涉及的问题系房屋买卖合同效力与房屋所有

权归属之间的争议,实质则是如何衡平房屋共有人与相对人之间的利益,或者更抽象地说是如何在动的交易安全与静的所有权安全之间进行精致权衡。该类案件涉及婚姻家庭关系,只有当夫妻一方实施的民事法律行为不适用日常家事代理时,方有表见代理、无权代理等制度的适用空间,因此法院审理该类案件首先需判定是否构成家事代理。

《民法典》第1060条规定,“夫妻一方因家庭生活需要而实施的民事法律行为,对夫妻双方发生效力,但是夫妻一方与相对人另有约定的除外。夫妻之间对一方可以实施的民事法律行为的限制,不得对抗善意第三人。”[1]该制度的主要规范目的在于方便经济交往和婚姻家庭生活,保护夫妻双方和相对人的合法权益,维护社会交易安全。法教义学中,关于家事代理的法律性质是否为“代理”一直存有争议。

(一) 法律性质界定

较为典型观点认为家事代理是一种“特殊代理”[2],基于夫妻双方特殊的身份权益而产生,不需要以明示作为成立条件。另有观点认为这是一种特殊的“代表权”[3],即夫妻一方的行为视为“夫妻共同意思表示”。还有观点认为,家事代理系家事领域特有的“特殊功能”[4]。我们认为,家事代理制度因应便利家庭生活需要、维护交易安全而产生,认定为特殊代理更具有说服力。从体系解释角度而言,家事代理规定位于婚姻家庭编体例,与总则编的代理制度规定相独立。该制度的典型特征为:

(1) 行为自决

夫妻一方均可自主决定采取一定的行为，无需经过配偶的同意。

（2）未贯彻显名原则

夫妻一方以自己的名义而非以夫妻双方名义从事代理行为。

（3）效力辐射双方

行为一方的行为并非仅对另一方产生法律效力，而是对夫妻双方产生法律效力。

（4）滥用权利产生的法律效力内外有别

夫妻一方滥用家事代理权损害另一方利益的，在夫妻内部由行为人承担责任，不得对抗善意第三人。从目的解释的角度考量，夫妻一方以非典型代理的方式“代理”夫妻双方实施民事法律行为，符合现实交易习惯，有助于提升交易效率，便利婚姻家庭生活，促进家庭生活获得实益。

（二）适用规则认定

《民法典》施行后，理论界与实务界关于第 1060 条家事代理规范的法律适用尚未形成统一的认识。家事代理可以适用于负担行为并不存在明显分歧，但是否适用于处分行为存在一定争议。

我们认为，家事代理所适用的负担行为原则上应排除与满足家庭日常生活不具有明显关联且具有滥用风险的交易，在适用于处分行为时应谨慎、从严把握。在本案该类纠纷案件中，家事代理应严格适用：在家庭对生活需求更加个性、多元的背景下，对于日常家事的具体范围，可通过具体事项的法律性质、家庭日常管理习惯以及家庭实际经济情况等予以综合判定，不宜设置统一标准。[5]

从代理事项的性质来讲，身份行为不适用家事代理。身份行为通常都是关于身份关系的处分行为，并不涉及家庭日常生活需要，故家事代理并无适用空间。然而，对于抚养费支付等兼具身份与财产属性的行为适用家事代理。

从财产范围来讲，日常家事代理所适用的处分行为，应仅限于针对夫妻共同财产的处分行为，对于非夫妻共同财产的处分，不宜适用家事代理规则。一般而言，处分不动产等价值较大财产不适用该规则，理由为非满足“因家庭生活需要”规范目的。实务中不少法院认定夫妻一方处分价值较大的夫妻共有财产构成无权处分也是基于此种理由。[6]

从时间范围来讲，夫妻分居期间双方的感情基础产生动摇，一方从事的事项多数情形下不适用家事代理。需要注意的是，非因夫妻共同生活需要，但因家庭共同生活需要的事项如抚养子女法定义务的履行，应适用家事代理规则。

本案中，涉案房屋属于价值较大的财产，周某出售房屋并非满足家庭生活需要的目的，贾某也并未提供有效的证据证明出售房屋时，吴某本人在场或者作出同意出售涉案房屋的意思表示，因此处分涉案房产该类事项不适用家事代理规则。

二、精细厘定：精准识别多元化、客观化的代理权外观要素

《民法典》第172条规定，“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后，仍然实施代理行为，相对人有理由相信行为人有代

理权的，代理行为有效”。[7]从代理制度的体系审视，表见代理是无权代理范畴中的特殊类型，表见代理制度是对无权代理制度增设的非常态例外规则。司法实践中，在涉及婚姻家庭的情况下，表见代理与家事代理、无权代理等较易混淆，法院应当审慎认定表见代理的构成要件。

实践中甄别的难点在于，客观上行为人外示于相对人的代理权外观表象，以及主观上相对人对代理权外观坚信不疑的善意无过失，都需裁判者形成对表见代理交易模式和个案客观事实的主观判断和内心确信，亦需裁判者对就行为人、被代理人 and 相对人之间利益关系进行精致权衡。因此，爬梳表见代理构成要件中的重大争议问题有助于精准识别表见代理，妥善处理代理中的内外部关系，公平分配表见代理情形下的责任与风险，防止表见代理制度的适用滑向扩大化和限缩化。

理论界关于表见代理的类型分类主要存在“三分法”与“两分法”之别，而关于构成要素则存在“单一要件说”“双重要件说”和“折衷要件说”等多种观点。[8]相较于理论界各种观点莫衷一是，司法通说认为，除需符合无争议的基本要件外，表见代理的构成不仅要求代理人的无权代理行为在客观上形成具有代理权的表象，而且要求相对人在主观上善意且无过失地相信行为人具有代理权。[9]由于民事代理涉及基础关系、授权关系、代理行为等三种法律行为，审判实践中尚未形成判定表见代理主客观要件的固定标准与要素。

代理权外观事实是表见代理的核心构成要件，也是表见代理成立

的客观基础和前提。审查代理行为是否具有代理权外观可从以下几个要素进行：

（一）真实性

代理权外观事实需具有真实性、客观性、可识别性。代理权外观是客观、可见的事实，并非由相对人主观臆断、自我揣摩产生，需凭借指向明确的客观载体将之呈现。表征权利外观假象的载体必须是客观真实存在的，即由真实的客观载体促成不真实的代理以“真实的”状态予以呈现，以此获取相对人的合理信赖。例如，行为人向相对人出示由被代理人出具的情况陈述或者说明书等事实。

（二）可持续性

代理权外观事实需具有稳定性和可持续性。行为人具有代理权外观的事实需保持前后一致、统一稳定，该种状态不需持续到基础法律关系履约阶段，但最低要求应持续至基础法律关系缔结阶段。

（三）关联性

权利外观事实与基础法律行为之间需具有关联性。行为人造成的权利外观事实需与相对人有意和被代理人缔结的基础法律关系之间具有关联性与对应性，即行为人意欲通过造成代理权外观事实与相对人缔结基础法律关系，而这种基础法律关系也是相对人意欲缔结的。

（四）合法性

代理权外观事实需具有合法性。行为人私造、盗窃、骗取公章或者委托书等行为产生的权利外观事实不应成为代理权外观事实，主要缘由在于该行为不仅不符合法律规范要求，更缺乏被代理人有缔结基

础法律关系的意思表示行为。

本案中，周某出具的委托书上的签字并非吴某和周甲所签，中介机构留存的吴某的身份证系伪造。周某在未征得吴某和周甲授权的情形下，代表吴某和周甲对外签订房屋买卖合同未形成具有真实性、持续性、关联性和合法性的代理权外观事实。

三、双重审视：相对人合理信赖代理权外观时善意无过失的审查标准

当质权、相对人善意且无过失是表见代理的必要构成要件；若相对人存在过失，则不受表见代理制度保护。在民法学界，善意与无过失的关系主要存在三说之争。

有观点认为，区分善意和无过失，**将善意理解为单纯的事实上不知情，对过失另作判断**。[10]另有观点认为，善意吸收无过失，认为非因过失而不知方为善意。[11]还有观点认为，无过失吸收善意，认为判断交易相对人是否善意，通常从相对人在交易中是否有过失的角度予以界定。[12]

上述主要三种观点是从不同角度进行剖析，只有论述视阈之差，并无优劣之分，相对人善意或者恶意的判断本质上是有无过失的判断。关于相对人合理信赖代理权外观时善意无过失的衡量标准，可以通过主客观标准相结合的理性人标准进行判断，即衡量相对人是否尽到谨慎审查义务，需满足一般理性人的主观注意标准与客观注意标准。

（一）客观标准

客观标准（测定标准）强调与相对人整体相当的普通理性人在相同或者类似的情形下应当达到的注意水平或者谨慎程度。至于应当达到何种注意水平或者谨慎程度，司法实践中并无统一标准。在审理该类案件过程中，法院可依据诚实信用原则和公序良俗原则的法律规范要求 and 基本道德要求，提取出绝大多数相对人具有的智商、情商、知识经验水平的最大公约数作为理性人客观标准。

法院在判断相对人合理信赖行为人是否符客观理性标准时，需将普通理性人嵌入个案具体情境中，判断理性人是否会对代理权利外观产生合理信赖，进而判断个案当事人产生信赖是否合理。

（二）主观标准

在基本框定客观标准之后，再根据主观标准予以校正，妥当调整不同相对人基于信息占有不对称和风险管控能力差异等带来的与客观标准的差异。

所谓主观标准（校正标准），是指相对人需尽到与其习得的知识、经验、能力、谨慎等相匹配的审慎调查义务。相对人的注意能力越强，则其应达到的注意标准就越高。该标准注重适当尊重相对人的个体差异性，避免采用过高的标准可能苛责注意能力相对较弱的相对人，而采用过低的标准可能放纵注意能力相对较高的相对人。

然而，尊重个体的差异性并不意味忽视相对合理的客观标准，裁判者在具体案件审查中仍需将两种标准综合运用，在查明客观事实的基础上，尽可能探究当事人意思表示，进而形成内心确信，恰当运用

裁判权予以认定。

本案中，根据一般的经验法则，对于房屋这一大额的交易，作为房屋买受人应当尽到较高的注意义务。贾某曾从事造价咨询及房地产开发工作，其相对一般理性人具有更高的谨慎审查能力，在法律上应当负有更高的注意义务。

涉案房屋交易过程中，贾某在签约现场见过分房协议，明知周某并非涉案房屋的真正权利人，其未审核周某出具的委托书上的签字是否系吴某和周甲所签或者周某是否享有代理权限，仅凭周某个人出具的承诺书就与周某签订涉案房屋买卖合同，未尽到谨慎的注意义务，自身存在重大过失，不构成善意无过失的情形。

注释：

[1]在《民法典》施行之前，一般认为，《婚姻法解释（一）》第 17 条是关于家事代理制度的规定，或者至少涵盖家事代理的实质内容。

[2]参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典婚姻家庭编释义》，法律出版社 2020 年，第 67 页。

[3]参见《最高人民法院婚姻法司法解释（二）的理解与适用》，人民法院出版社 2004 年版，第 217 页。

[4]参见缪宇：《走出夫妻共同债务的误区——以〈婚姻法司法解释（二）〉第 24 条为分析对象》，载《中外法学》2018 年第 1 期，第 267-269 页。

[5]家庭日常生活需要并无统一的具体标准，但可以参考国家统

计局关于“我国城镇居民家庭消费种类”的八大分类,并根据夫妻共同生活的状态、各地一般社会生活习惯予以认定。

[6]参见浙江省高级人民法院(2019)浙民申 2111 号民事裁定书。

[7]从法条表述上看,《民法典》第 172 条与原《合同法》第 49 条文字表述略有区别,但核心意思一致。

[8]参见张弛:《表见代理体系构造探究》,载《政治与法律》2018 年第 12 期,第 7 页。

[9]参见最高人民法院《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》第 13 条;最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民法典〉总则编若干问题的解释》第 28 条。

[10]参见叶金强:《信赖合理性之判断:理性人标准的建构与适用》,载《法商研究》2005 年第 3 期,第 96-97 页。

[11]参见王利明:《善意取得制度的构成——以我国物权法草案第 111 条为分析对象》,载《中国法学》2006 年第 4 期,第 83-84 页。

[12]参见冉克平:《狭义无权代理人责任释论》,载《现代法学》2020 年第 2 期,第 52-53 页。

以股权转让替代交易构成跳单违约

来源：人民司法杂志社

作者：陈基周（一审承办人） 陈思

作者单位：福建省厦门市海沧区人民法院

日期：2023 年 4 月 6 日

【裁判要旨】

委托人接受中介方提供的订立合同机会与媒介服务，就交易标的以股权交易方式进行替代交易的，应认定中介方已完成居间或中介服务、促成合同成立，委托人应按约定向中介方支付相应报酬。

【案号】

一审：（2019）闽 0205 民初 845 号

二审：（2020）闽 02 民终 1357 号

再审审查：（2020）闽民申 4018 号

再审：（2021）闽民再 133 号

再审：（2021）闽 02 民再 72 号

【案情】

原告：福建万坤地工贸有限公司（以下简称万坤地公司）。

被告：思必诺（厦门）医疗健康设备控股有限公司（以下简称思必诺公司）。

第三人：思睿康（厦门）医疗健康设备控股有限公司（以下简称思睿康公司）、康倍安（厦门）医疗健康设备控股有限公司（以下简称康倍安公司）、北京大巢空间国际文化发展有限公司（以下简称大巢公司）。

思必诺公司先后独资设立思睿康公司、康倍安公司，并系思睿康公司、康倍安公司的唯一股东。以上三公司经营范围相同，法定代表人相同。

2014 年 11 月 20 日，思必诺公司、康倍安公司、思睿康公司分别与厦门市国土资源与房产管理局海沧分局、厦门海沧土地储备管理有限公司签订厦门市国有建设用地使用权出让合同，受让取得 H2014Y07-G 地块、H2014Y08-G 地块、H2014Y09-G 地块（以下简称案涉地块）的土地使用权，土地性质均为工业用地，所从事的项目产业类型为医疗诊断、监护及治疗设备制造，且需配合厦门市海沧区投资促进局的监督。

思必诺公司、康倍安公司、思睿康公司于 2016 年 8 月 11 日分别与万坤地公司签订房屋（土地）代理转让合同（以下简称案涉合同），约定由万坤地公司代理案涉地块的土地使用权属转让事宜。合同第五条均约定甲方或甲方的亲属、配偶、授权人、同事、合作伙伴、所在单位、关联单位跳过乙方，私自与乙方介绍的受让方或其关联方达成交易的，应按照本协议约定的标准双倍向乙方支付代理费等。

此后，万坤地公司介绍大巢公司现场看案涉地块，并组织大巢公司与思必诺公司、康倍安公司、思睿康公司磋商沟通。但后续经万坤地公司媒介的双方并未签订土地使用权转让协议，而是采取股权转让的方式进行交易，具体即采取由大巢公司等作为股权受让人与思必诺公司的股东签署股权转让协议的方式进行交易，思必诺公司的原股东转让了思必诺公司 90%的股权，转让价款 5670 万元。大巢公司法定代表人傅某鹍履行股权转让协议，向思必诺公司的股东实际支付股权转让款合计 893.8 万元。其后，思必诺公司、康倍安公司、思睿康公司拒绝向万坤地公司支付中介费用。

万坤地公司提出诉讼，请求判令思必诺公司支付万坤地公司代理费 297.2934 万元。

思必诺公司辩称：案涉合同约定的条款是格式条款，未与思必诺公司协商。万坤地公司未介绍符合目标地块受让人条件的意向受让人给思必诺公司，亦未促成思必诺公司签订目标地块的转让合同，万坤地公司未完成本案合同约定的服务事项，无权主张代理费。思必诺公司的股权并非本案合同约定的服务事项的转让标的，合同第三条载明的采用其他方式进行交易不应包括转让思必诺公司股权的方式，思必诺公司也无权处分思必诺公司的股权，思必诺公司的股东收到的是股权转让款，并非房屋（土地）转让款，合同约定支付代理费的条件并未成就。假设万坤地公司已完成本合同约定的服务事项，思必诺公司的股东也非思必诺公司的亲属、配偶、授权人、同事、合作伙伴、所在单位、关联单位，万坤地公司无权主张双倍代理费及违约金。

康倍安公司、思睿康公司未陈述意见。

大巢公司辩称其意见与思必诺公司的意见一致。

【审判】

福建省厦门市海沧区人民法院经一审审理认为：思必诺公司的股东与大巢公司签订了股权转让合同，应认定属于思必诺公司的关联单位达成交易，思必诺公司应受到合同约束。案涉合同既约定以其他方式进行交易的情形，可认为双方并没有排除以转让控股公司股权进而实现目标地块实际控制权转移的方式进行交易，该条款应认定是对除此之外的其他各种直接或间接交易模式的兜底。傅某鹍与思必诺公司代表磋商不以土地使用权转让进行交易，而选择以股权转让方式替代交易以实现对案涉地块土地使用权的控制，据此签订股权转让合同，已经符合合同约定达成交易的情形，应认定万坤地公司已经完成居间服务事项。万坤地公司诉求思必诺公司支付代理费的付款条件部分成就，海沧区法院依法对违约条款的双倍代理费适当酌情调整，判决思必诺公司应向万坤地公司支付居间代理费 802701.20 元及保全申请费 5000 元。

万坤地公司、思必诺公司均不服一审判决，向福建省厦门市中级人民法院提起上诉。

厦门中院认为，思必诺公司并未与大巢公司签订土地使用权转让协议，仅能认定思必诺公司的股东有与大巢公司签订股权转让合同的事实。思必诺公司股权变更并不能导致公司财产变更，案涉不动产权

属并未发生变动，该不动产仍属思必诺公司。万坤地公司并未提交相应证据，证明其已完成合同约定的代理事项，也没有证据证明思必诺公司存在私自与第三方达成讼争不动产交易的行为，故厦门中院判决撤销一审判决，驳回万坤地公司的诉讼请求。

万坤地公司不服二审判决，向福建省高级人民法院提起再审申请。福建高院裁定提审本案，认为二审判决认定万坤地公司未完成合同约定的居间事务，事实不清，遂裁定撤销二审判决，发回重审。

厦门中院认为，思必诺的股东与大巢公司签订股权转让协议并已实际履行，符合案涉合同第五条约定的达成交易的情形，签署协议时双方并未让万坤地公司参与，符合跳过万坤地公司交易的条件，万坤地公司已经完成居间服务事项，思必诺公司应当按合同约定履行支付代理费的义务。万坤地公司主张思必诺公司应支付其代理费的理由成立，应当予以支持。原一审判决应予维持。原二审判决认定事实及判决有误，应予纠正。

【评析】

本案系中介合同纠纷，争议焦点在于：委托人接受中介方提供的订立合同机会与媒介服务，就交易标的以股权交易方式进行替代交易，是否应认定为促成交易？换言之，认定居间人完成居间服务是否仅限于促成交易双方就标的达成买卖等直接交易？抑或包括以股权转让的方式达成间接交易？从案件的裁判经历一审判决、二审完全改判，再到再审维持原一审判决的曲折过程即可看出，审判实践中对相

应争点问题是有巨大分歧的，存在明确裁判规则、统一裁判尺度的现实需要。本案裁判就此进行了分析与回应，对于后续类案的裁判具有一定的参考价值。

一、现行法律规定对跳单违约规则的处置

跳单违约是近年来在中介服务市场上频频引发纠纷的主要成诉原因，对中介服务行业的发展带来了巨大挑战。合同法由于制定时间较早，对居间合同的规定十分简单，未对此予以明文规制。有学者提出，合同法关于居间合同规则的设计均围绕居间人的败德行为展开，而居间人的报酬请求权始终被置于不确定状态。合同法第四百二十六条规定：“居间人在未促成合同成立的结果下，只能获得从事居间活动的必要费用”，在当时的法律框架下给了委托人实施跳单的空隙。

2011 年 12 月 20 日，最高人民法院发布了指导性案例《上海中原物业顾问有限公司诉陶德华居间合同纠纷案》（指导案例 1 号），该案例确认了跳单违约条款的效力，即买方利用中介公司提供的房源信息、机会等条件，却绕开中介公司与卖方签订买卖合同的约定，应认定为合法有效。但该指导案例主要围绕着何为“利用中介的信息或服务后跳单”，最后以并非独家委托这一原因，认定该行为不构成违约，仍未明确跳单违约的报酬请求权。

2021 年 1 月 1 日施行的民法典针对中介跳单违约行为新增了条文，第九百六十五条明确规定：“委托人在接受中介人的服务后，利用中介人提供的交易机会或者媒介服务，绕开中介人直接订立合同

的，应当向中介人支付报酬”。该条文主要的落脚点在于肯定中介人在跳单行为发生后享有的报酬请求权，意在填补合同法第四百二十六条的法律漏洞。但该条文中“绕开中介人直接订立合同”，并未区分是何合同，亦即并未区分直接就标的达成的合同，抑或包括可以实现同样目的的股权投资合同。

本案的裁判虽发生在民法典施行前，但契合了新法的法律精神，为民法典第九百六十五条规定的理解与适用提供了典型样本。本案中，大巢公司在知悉目标地块的基本情况后，与思必诺公司磋商，双方同意以增加股东的方式替代目标地块的交易，实现对目标地块的实际控制及后续土地的开发、利用。可以说双方达成合意：收购的资产指向的是目标地块，交易形式是股权转让。本案所采纳的立场是，双方均认可股权转让是替代交易，交易结果为大巢公司获得土地使用权的实际控制，符合合同约定的以其他方式进行交易，应认定万坤地公司提供的信息已促成双方达成交易。

二、对股权转让替代交易的两种不同意见

第一种意见认为，公司股权转让是独立的法律行为，股权转让并不导致土地使用权的流转，土地仍是原公司的资产，股权转让行为与土地使用权转让行为相互独立，毫不相干。这也是本案二审所持的观点。笔者认为，这种意见与股权转让自由原则相一致，认为股权变动即相应产生对特定资产的间接控制，裁判者不应过度干预。本案二审判决认为：“仅能认定股东与大巢公司签订股权转让合同，但公司股

权的变更并不能导致公司财产的变更，案涉不动产权属并未发生变动，该不动产仍属思必诺公司。”该裁判结果遵循了商事外观主义原则和保障商事合同自由，尊重当事人通过不同交易形式的选择来行使股东的实际权利，认为只要股权转让交易与中介合同约定的事项在名称和形式上不一致，就不能视为达成了中介的居间事项。

第二种意见认为，股权转让自由契合的不仅是形式上的契约自由，裁判者更应注重的是实质上的契约自由。当事人可约定通过股权转让替代交易，达到土地使用权转让的效果。虽然股权转让并未发生权属的变动，但转让股权的股东也实质获得了利益，包括目标地块的增值，以及土地后续的利用、开发等。转让股权时要考虑交易对价、目标地块的估值，这一点与资产转让也是一样的。当拥有土地使用权的公司股权被收购后，土地使用权虽然形式上仍在公司名下，但由于该公司的实际控制权已经易主，作为公司整体资产一部分的土地使用权实质上变更了权利主体。比如，在韩云政、陈华诉腾海等居间合同纠纷案件中，山东省高级人民法院认为案涉股权转让行为系“名为股权转让实为矿权转让”，矿权转让已经通过股权转让的形式实现，应认定腾海的居间行为促成矿权转让。最高法院支持了上述观点，认为“合同目的均是转让矿权，转让股权只是为了达到转让矿权的目的而采取的一种交易方式”。笔者赞同第二种意见，双方以公司股权转让替代出售公司资产的交易，当此种交易形式也同样实现了买方对目标地块的控制，如果不对中介方予以适当保护，则会给恶意逃避中介报酬的一方可乘之机。

本案裁判充分彰显了公平与诚信原则，再审判决充分肯定了一审判决，认为原一审判决合情合理合法。

公平原则要求双方当事人的权利义务对等。在中介合同履行过程中，委托人同样存在机会主义倾向，若委托人绕开中介直接与相对方订立合同，中介则要承担更多的风险。笔者认为，对跳单违约行为进行公平性的考量时，不应拘泥于形式上的公平，实质上的公平同样重要。股权转让并未发生权属的变动，但转让股权的股东也实质获得了利益，包括目标地块的增值、利用、开发等，在转让股权时同资产转让一样要考虑交易对价、目标地块的估值。中介提供了中介服务，使得本毫无关系的委托人和相对方完成了交易，并因此受益，故受益方应支付相应的报酬。

委托人为了自己的利益，绕开中介，与相对方直接磋商并订立合同的，应准用合同法第四十五条第二款的规定，“当事人为了自己的利益不正当地阻止条件成就的，视为条件成就”，视为中介收取报酬的条件已经成就。

三、股权转让替代交易跳单违约规则适用的解析

以股权转让出让土地使用权或相关公司资产替代交易，在具体适用民法典第九百六十五条跳单违约的处理规则时，应综合考虑以下几个方面：

一是跳单违约有前置条件。中介向委托人提供了交易机会或者媒介服务，这是跳单违约行为发生的前提。中介提供的交易机会必须是

确定的，且现实存在的，一般是一个明确的标的物，比如待售的公司资产或目标地块。提供媒介服务，是指介绍有交易意向的第三方，组织委托人和第三方磋商、谈判、周旋等类似活动。本案中，大巢公司与思必诺公司在签订股权转让合同之前，已接受了万坤地公司的带看地块服务，并就目标地块的交易达成初步框架协议，可认定目标地块的交易是万坤地公司提供的机会。

二是绕开中介直接与交易对象订立合同。绕开中介可以是放弃中介人，也可以是另择中介人；交易方式可以是直接交易，也可以是替代交易。本案中，双方签订的中介合同约定：“如转受双方采用其他方式进行交易的……”，即给替代交易留下了合同依据。若双方没有约定，笔者认为也可以从合同内容和订立合同的目的入手，看最终结果是否能够达成合同目的的效果。裁判者要实质审查合同内容，看中介促成的初步框架协议与替代交易的合同内容是否指向同一个标的，目标资产是否为公司名下的主要或唯一资产。实质审查合同目的，双方达成替代交易后，是否达成同直接交易相同的合同目的。

三是存在因果关系。中介提供的交易机会或媒介服务与委托人订立合同的行为，存在共同原因性，委托人事事实上利用了中介方提供的交易机会与第三方缔结合同、完成交易。对此，中介方只需举证证明，委托人在接受其提供的居间服务后一定期间内，脱离其服务流程而获取缔约利益的基本事实，即可推定两者之间的因果关系成立。若存在因果关系中断事由，则中介人丧失报酬请求权。共同原因性可具体为：中介人提供的媒介服务程度、停止媒介服务原因、委托人事后缔约的

成因和内容、该缔约内容与中介人所提供的缔约条件的差异、停止媒介服务后至事后缔约的时间跨度等情形。

四是订立合同的程度。中介服务的促成交易仅需达到订立合同的程度即可，至于合同是否履行，或因一方违约而解除，或双方通过其他方式替代交易，均不能否认万坤地公司已按照中介合同的约定履行了中介义务。本案中，大巢公司与思必诺公司先达成了框架协议，后签订股权转让协议，即使他们最后没有履行股权转让协议，或因其他原因导致合同解除，均不影响万坤地公司的报酬请求权。

五是证明责任的分配。因为中介毕竟不是合同的相对方，如果双方选择以替代形式交易，首先中介得获得双方达成交易的情报，之后还需举证证明双方确实是通过其提供的媒介服务促成的交易，举证难度比较大。故在举证责任分配上，若委托人抗辩不存在跳单行为，建议将订立合同的信息来自其他合法途径的证明责任交给委托人。

（案例刊登于《人民司法》2023 年第 8 期）

渔业保赔保险合同的法律适用

来源：人民司法杂志社

作者：凌波

作者单位：南京海事法院

日期：2023 年 4 月 6 日

【裁判要旨】

渔业互保协会与其会员之间订立的渔业保赔保险合同是一种会员合同，渔业互保协会的非营利属性决定了其为会员提供的互助保险服务不属于保险法规定的商业保险行为，故渔业保赔保险合同不应适用保险法调整，而应适用民法典的相关规定。

【案号】

一审：（2020）苏 72 民初 1091 号

【案情】

原告：顾某明。

被告：江苏省渔业互助保险协会（以下简称江苏渔业互保协会）。

案外人顾某原为“苏如渔养 08388”渔船的所有人，其于 2017 年 6 月与案外人陆某签订船舶买卖协议，将“苏如渔养 08388”渔船

转让给陆某。协议签订后，顾某向陆某交付了该渔船，但未办理船舶所有权变更登记。2019 年 6 月，陆某与原告顾某明签订租船协议，约定由陆某租赁“苏如渔养 08388”渔船给顾某明用于紫菜养殖。此后，顾某明雇佣案外人王某萍在“苏如渔养 08388”渔船上从事紫菜养殖工作。

2019 年 8 月，被告江苏渔业互保协会向顾某出具渔业雇主责任互助保险凭证（以下简称互助保险凭证）一份，载明：会员顾某，船名“苏如渔养 08388”，互助保险责任为意外死亡 4 人，互助保险金额为 60 万元/人。该凭证背面附有互助保险条款，并载明本互助保险受益人为会员，对于会员本人或与会员存在劳动雇佣关系的员工因条款列明的原因导致的死亡、伤残承担赔偿责任，但对于船舶不适航或养殖生产活动不符合安全生产条件的不承担赔偿责任。

2019 年 10 月，王某萍随“苏如渔养 08388”渔船出海采摘紫菜，期间不慎落水溺亡，顾某明作为雇主，通过协议向王某萍的家属履行了赔偿责任。其后，顾某明就此向江苏渔业互保协会提出索赔申请，江苏渔业互保协会认为顾某明并非其会员，且案涉事故是因船舶不符合安全生产条件所致，故拒绝赔偿。顾某明为此诉至法院，要求江苏渔业互保协会按互助保险凭证的约定，支付保险赔偿金 60 万元。

【审判】

南京海事法院经审理认为：江苏渔业互保协会属于非营利性社团法人，并非我国保险法规定的商业保险机构，其与会员之间签订的保

赔合同不属于商业保险合同，应优先适用合同法等有关法律规定。本案中，互助保险凭证载明的会员为案外人顾某，故与江苏渔业互保协会订立渔业保赔保险合同的是顾某，而非原告顾某明。互助保险条款载明，互助保险的受益人必须是江苏渔业互保协会的会员，只有会员才有权根据保赔合同的约定向江苏渔业互保协会索赔。顾某明虽承租了“苏如渔养 08388”渔船，但其并非江苏渔业互保协会会员，原、被告之间并不存在保赔保险合同法律关系，故江苏渔业互保协会有权拒绝其索赔请求。此外，“苏如渔养 08388”渔船在本案事故发生时亦存在互助保险凭证载明的除外责任情形。综上，南京海事法院判决驳回顾某明的诉讼请求。

本案宣判后，双方当事人均未上诉，判决已发生法律效力。

【评析】

中国是世界上最大的渔业生产国，渔业在我国国民经济中占有重要地位。农业农村部发布的《2021 年全国渔业经济统计公报》数据显示，2021 年，全社会渔业经济总产值 29689.73 亿元。同时，渔业也是世界公认的高风险行业，各类自然灾害和生产事故会给渔业生产者造成巨额损失。2021 年，我国由于渔业灾情造成水产品产量损失达 54.67 万吨，受灾养殖面积 388.53 千公顷，直接经济损失达 106.49 亿元。为防范和化解渔业风险，经过多年探索和发展，我国建立起了以渔业互保协会为主导的渔业保赔保险制度。

一、我国渔业保赔保险制度的发展历程

我国渔业保险肇始于上个世纪 80 年代。1982 年，中国人民保险公司最先开始独家经营渔业保险业务。次年，中国人民保险公司与原农业部联合发布《关于开展国内渔船保险工作的通知》以及《国际渔船保险条款（试行）》，要求借助渔业管理部门的力量动员渔船参加商业保险。其后，多家商业保险公司纷纷将渔业保险纳入其农业保险业务范畴，渔业捕捞保险和渔船保险逐渐在我国推广。上世纪 80 年代末，由于缺乏足够的配套和扶持政策，外加渔业保险费率厘定难、损失评估难等特点，商业保险公司在承保渔业风险时一直处于亏损状态，业务量逐渐萎缩。1992 年以后，各大商业保险公司基本退出了渔业保险市场，渔业商业保险的尝试以失败告终。为化解商业保险缺位、渔民投保无门的困境，1994 年 7 月，由原农业部发起，经民政部批准，中国渔船船东互保协会正式成立，并于 2007 年更名为中国渔业互保协会。中国渔业互保协会是由从事渔业生产经营或为渔业生产经营服务的单位和个人以及开展渔业保赔保险的社会组织自愿组成，实行互助保险的全国性、非盈利性社会组织。参照中国渔业互保协会的模式，河北、山东、江苏、浙江、福建、广东以及宁波等主要沿海省（市）也陆续成立了地方性渔业互保协会，我国渔业保赔保险自此进入了良性发展阶段，有效提高了渔业生产抗风险能力和安全保障水平，对维护渔区社会稳定发挥了重要作用。

二、渔业保赔保险合同的法律性质

渔业保赔保险，又称渔业互助保险，我国现行法律法规对其尚无

明确定义，实践中通常是指由渔业互保协会承保并依据互助保险条款，对入会船东所有（或经营、承租）的渔业船舶的潜在风险、与渔业生产相关的损失及由此产生的费用提供保障与赔偿的一种保险形式。

渔业保赔保险合同是一种会员合同。首先，从合同主体看，渔业保赔保险合同的双方主体分别为渔业互保协会和船东（含船舶所有人、经营人、承租人）等。根据中国渔业互保协会章程，从事渔业生产经营或为渔业生产经营服务的企事业单位，专业或兼业渔民以及其他从事渔业相关工作的个人均可申请入会。经协会理事会讨论通过，申请人交纳会费（又称互保费）并签订该会统一印制的互保凭证即可成为该会会员，享受该会提供的风险保障和服务。由此可见，船东在渔业保赔保险合同下具有双重身份，一是作为渔业互保协会的会员，船东是以入会的形式获得渔业互保协会的保障，船东交纳会费并签订互保凭证后即成为协会会员。二是作为渔业保赔保险合同的被保险人，船东与渔业互保协会订立保赔保险合同的目的是获得保险保障，船东在成为渔业互保协会会员的同时，保赔保险合同成立。其次，从合同内容看，渔业保赔保险合同并非单一的合同文本，而是由互保凭证、互保条款、批改单、协会章程（通过保险条款并入）等诸多文件构成的一个整体。这些文件载明了入会条件、会费费率、会员身份、会员权利和义务等内容，均体现了渔业保赔保险的服务对象限于其会员。以本案为例，江苏渔业互保协会出具的《互助保险凭证》载明会员为顾某，除外责任和会员义务提示告知条款处有“会员声明”，由

会员签字确认，互助保险条款亦明确受益人为该会会员。这些内容均体现了渔业保赔保险合同作为一种会员合同的法律特征。

渔业保赔保险合同与商业保险合同具有一些共同点，如两者均属于射幸合同，均是以分散可能发生之特定风险为主要目的。在合同的形式与内容方面也较为相似，如均列明承保范围和除外责任，有明确的保险期间和保险金额。船东在保险事故发生并遭受损失后，有权根据保赔保险合同的约定向渔业互保协会主张赔偿，这与商业保险合同中被保险人对保险人的保险赔付请求权相类似。正是由于渔业保赔保险与商业保险的这些相似之处，加之我国当前缺乏专门的渔业保赔保险法律法规，导致渔业保赔保险合同的法律适用一直存在争议。

三、渔业保赔保险合同的法律适用

（一）渔业保赔保险合同适用民法典的规定

渔业保赔保险合同是船东与渔业互保协会平等订立的契约，属于民事合同，适用我国民法典合同编的规定当无疑义。渔业保赔保险合同系无名合同，根据民法典第四百七十六条的规定，应适用合同编通则的规定，并可以参照合同编或者其他法律最相类似合同的规定。因此，对于渔业保赔保险合同之订立、效力、履行以及权利义务的终止、违约责任等事项，均可适用民法典合同编的相关规定。本案中，江苏渔业互保协会向其会员顾某出具的互助保险凭证相当于渔业保赔保险合同，江苏渔业互保协会与顾某分别是渔业保赔保险合同的缔约双方。根据合同的相对性原理，渔业雇主责任互助保险凭证中的相关约

定只能约束江苏渔业互保协会和顾某，同时也意味着只有顾某才能根据合同的约定享受保险保障的权利。原告顾某明作为非缔约方，要求江苏渔业互保协会向其履行赔付义务，缺乏合同与法律依据。

（二）渔业保赔保险合同不适用保险法的规定

由于目前我国法律法规和司法文件尚无明确规定，渔业保赔保险合同是否适用保险法在实务中存在较大争议。一种观点认为，渔业保赔保险合同具有保险属性，应适用保险法的规定，且渔业保赔保险属于《农业保险条例》规定的农业保险。根据《农业保险条例》第十六条的规定，“本条例对农业保险合同未作规定的，参照适用保险法中保险合同的有关规定”，因此渔业保赔保险合同应适用保险法的规定。另一种观点认为，渔业互保协会为非营利社会团体法人，其与会员之间订立渔业保赔保险合同并非商业保险行为，故不应适用保险法的规定。

笔者同意第二种观点。理由是：首先，渔业互保协会不属于保险法规定的保险业务经营主体。根据保险法第六条的规定，保险业经营主体为“保险公司以及法律、行政法规规定的其他保险组织”。渔业互保协会属于社会团体法人，自然不在保险公司之列，那么其是否属于其他保险组织呢？我国将保险业经营主体由保险公司拓展到“法律、行政法规规定的其他保险组织”，源于 2009 年保险法的修订，这一修订的原因是为了赋予相互制、合作制等保险组织法律地位，使其保险业务活动得以适用保险法的规定。针对相互制保险组织的监管，原保监会于 2015 年印发了《相互保险组织监管试行办法》（以

下简称《试行办法》），规定由保监会（现银保监会）根据法律、法规和国务院授权，对相互保险组织和相互保险活动进行统一监管。《试行办法》框架下的相互保险组织依赖于市场环境，由市场参与者自发筹建，在工商行政管理部门登记注册，并未被定义为“非营利性组织”，实际处于市场竞争之中。相比之下，渔业互保协会并非完全基于渔民、渔业企业自由组合建立，而是由政府部门牵头组建，是登记在民政部门的非营利社会团体法人，不能向其成员分配收益，其发展离不开政府的政策鼓励和财政补贴。渔业互保协会的组建、目的以及性质均不同于《试行办法》框架下的相互保险组织，因此，渔业互保协会不属于保险法规定的其他保险组织，这也可以由各地渔业互保协会一直未被纳入银保监会监管范畴得以印证。

其次，渔业保赔协会向其会员提供的互保服务并非保险法所调整的商业保险行为。保险法第二条将保险界定为一种“商业保险行为”，而渔业互保协会的非营利性质，决定了其开展渔业保赔保险的主要目的是贯彻服务渔业的政策要求，通过会员互助共济，为会员生命、财产损失提供经济补偿，提高会员的防灾和抗灾能力，承担着维护渔区经济社会稳定的政策使命，这与商业保险机构追求利润最大化的目的有着本质不同。

再次，《农业保险条例》只是国务院颁布的行政法规，其位阶比保险法低。由《农业保险条例》第一条可见，其是根据保险法、农业法所制定，因此应该是保险法决定《农业保险条例》的适用范围，而非相反。认为渔业保赔保险属于《农业保险条例》中所规定的农业保

险的观点，主要是基于《农业保险条例》第二条对农业保险的定义。

《农业保险条例》第二条规定：“本条例所称农业保险，是指保险机构根据农业保险合同，对被保险人在种植业、林业、畜牧业和渔业生产中因保险标的遭受约定的自然灾害、意外事故、疫病、疾病等保险事故所造成的财产损失，承担赔偿保险金责任的保险活动。本条例所称保险机构，是指保险公司以及依法设立的农业互助保险等保险组织。”该条款在列举农业保险风险时将渔业生产风险涵盖其中。笔者认为，《农业保险条例》并未明确规定渔业保赔保险属于该条例所称的农业保险范畴，其只是在列举农业风险类型时提及渔业生产风险，仅凭该条例第二条的定义性规定并不能表明渔业保赔保险属于该条例所规定的农业保险。相反，根据《农业保险条例》第一条的规定，该条例系根据我国保险法、农业法所制定，而保险法规定的是商业保险，故在《农业保险条例》中所称的农业保险也应属商业保险，而正如前文所述，渔业保赔保险并非商业保险，故其自然也不属于《农业保险条例》中规定的农业保险。因此，虽然《农业保险条例》第十六条明确农业保险合同可参照保险法中保险合同的规定，但其对于渔业保赔保险的法律适用并不具有参考意义。对此，最高人民法院在蔡武等人与辽宁省渔业互保协会合同纠纷的再审中也予以明确。在该案中，就辽宁省渔业互保协会与其会员之间合同纠纷的法律适用，最高法院的再审意见认为：“根据保险法第二条的规定，该法调整的保险活动是指商业保险。《农业保险条例》根据保险法、农业法制定，可见《农业保险条例》调整的农业保险同样属于商业保险。”该裁定对

二审法院不予适用保险法解决辽宁省渔业互保协会与其会员之间理赔保险合同纠纷的裁决意见予以支持。

（三）针对海上风险订立的渔业保赔保险合同适用海商法的规定

我国海商法第十二章对海上保险合同进行了专门规定，第二百一十六条首先对海上保险合同进行了界定，明确海上保险合同所承保的损失和责任应为海上事故所造成，包括与海上航行有关的发生于内河或者陆上的事故。海商法未明确渔业保赔保险合同是否适用该法的规定，笔者认为，对于针对海上风险订立的渔业保赔保险合同，应优先适用海商法的规定。理由是：首先，海商法对于海上保险合同的适用，仅就事故的性质进行了限定，并未对海上保险的经营主体以及海上保险是否应为商业保险作出限定。因此，只要船东与渔业互保协会是针对海上事故而订立的渔业保赔保险合同，应认定为是海上保险合同，可以适用海商法第十二章的规定。其次，保赔保险与海上保险具有历史同源性。保赔保险起源于海上保险，是 18 世纪英国船东为弥补常规海上保险的不足而建立起来的一种互助共益保险制度。现代海上保赔保险与承保一般海上风险的商业保险共同构成了海上风险的保险体系，系海上保险制度的重要组成部分。再次，渔业保赔保险与海上保险的承保范围高度关联。一方面，渔业保赔保险主要有渔船互助保险、渔民人身意外伤害险和雇主责任险等，与海上保险的保险标的，如船舶、货物、第三人责任等，存在很大程度的重合。另一方面，渔业保赔保险所承保的风险基本为海上风险。如中国渔业互保协会开展的远洋渔业船舶互助保险，对由于风灾、海啸、碰撞、搁浅、触礁、

火灾、爆炸以及海盗行为等原因引起的保险船舶全损（包括实际全损和推定全损）负责赔偿。由此可见，渔业保赔保险具有海上保险的基本特征，针对海上风险订立的渔业保赔保险合同，可以适用海商法的规定，且海商法作为海上保险特别法，在海上纠纷领域，其适用应优先于民法典。实践中，渔业保赔保险适用海商法主要体现在船舶适航规定、被保险人的义务（如保证义务、如实告知义务、危险增加时的通知义务）、保险人的免责情形、保险赔偿的支付及时效等。在司法实践中，当合同法的一般规定不能解决海上保险的具体问题时，法院通常会适用海商法的规定予以有效解决。

四、基于渔业保赔保险改革的思考

随着社会组织管理改革的逐步深入以及国家对金融保险监管的日趋严格，渔业保赔保险的协会体制逐渐不适应当前法律法规和政策的要求，针对渔业保赔保险系统的改革逐步展开。2020 年 5 月，农业农村部与银保监会共同印发了《关于推进渔业保赔保险系统体制改革有关工作的通知》（农办渔[2020]16 号），确定了“剥离协会保险业务，设立专业保险机构承接”的改革总体思路。2022 年 2 月，中国银保监会发布批复，同意筹建中国渔业保赔保险社。中国渔业保赔保险社由中国渔业互保协会联合其他渔业服务组织、渔业捕捞企业和渔业从业者共同发起设立，具有独立法人资格，将成为中国保险市场上第一家专门经营渔业保障业务的保险公司，届时中国渔业互保协会将不再从事保险业务。根据改革方案，中国渔业保赔保险社将开展

渔业意外伤害保险、责任保险、财产保险、再保险等经银保监会核准的保险业务，接受银保监会的监督和农业农村部的行业指导。中国渔业保赔保险社成立后，渔业保赔保险将改变其非营利属性，转而成为一种商业保险行为，届时渔业保赔保险适用保险法的规定将不再存在法律障碍，但即便如此，笔者认为，针对渔业保赔保险的法律规范依然有待进一步完善。我国应加快渔业保赔保险的专门立法，从渔业保赔保险的经营主体、经营规则、合同规范、法律责任以及行业监管等方面进行细化规定，为开展渔业保赔保险的市场主体依法经营和创新发展提供更为全面的规范指引，为分散广大渔民的生产经营风险、维护渔区经济社会的可持续发展提供更为坚实的法治保障。

（案例刊登于《人民司法》2023 年第 5 期）