

积极培养和吸收高级人才，不断引进和创造新的先进征管手段，尽快提高行政效率，才能满足 A P A 订立、执行中的审核、监督需要。早在 1999 年 12 届国际税收年会上，美国就提出了要尽快缩小税务部门与跨国公司之间“人才差距”，广大发展中国家更应关注提高人员素质，强化税收征管的问题。

(四) 加强国际协调与合作。

税收的国际协调与合作能够为 A P A 的发展提供更广阔的发展空间。至本世纪末，全世界已签署了 4000 多个税收协定，但这些协定多为双边协定，其有关税收合作和相互协商方面的规定只是在各国主权基础上的有限协调，远远不能满足 A P A 涉及的复杂问题的需要。在经济全球化的趋势下，要进一步强化国际税收协调与合作，尽快构建税务合作的国际惯例，在税收协定中相互协商、情报交换等条款的基础上，签署双边尤其是多边《税收征管协作协定》和《同期税务检查协议》等专门性协议，强化 A P A 对当事国的约束力，并通过各国税务当局的协商与合作妥善解决国际间的信息保密问题。

主要参考文献：

刘永伟. OECD 预约定价安排指南 [J]. 述评, 涉外税务, 2001(3) 37-42.

# 入世后保险业代理型常设机构认定规则的思考

童锦治，刘建红

(厦门大学财政系，厦门 361005)

【摘要】我国至今几乎没有专门制定适用于我国保险业代理型常设机构的认定规则，而只是采用一般营业代理型常设机构的认定规则来认定保险业代理型常设机构。鉴于保险业特殊的经济性质，入世后，随着外国保险资金的大量涌进，如果继续采用目前的这种认定方式，可能导致我国对保险业代理机构收入来源地税收管辖权的行使落空，从而对我国税收权益的维护产生极为不利的影响。本文立足于保险销售实践中的具体情况，分别从保险代理人、保险经纪人及直销三个方面，对我国如何认定保险业代理型常设机构提出一些看法，以期入世后我国更好地对保险业代理机构行使收入来源地税收管辖权提供参考。

【关键词】常设机构；保险代理人；保险经纪人

【中图分类号】F810.423 【文献标识码】A

【文章编号】1006-3056(2002)12-0032-05

**常**设机构是作为营业利润来源地的缔约国一方对缔约国另一方居民来源于境内的营业利润征税的前提条件：在缔约国一方居民企业在缔约国另一方境内设有常设机构进行营业活动的情况下，对于其通过该常设机构的活动取得的那部分营业利润，

常设机构所在地的缔约国另一方则有优先征税的权利。因此，关于常设机构的认定，是一个涉及到缔约国双方税收权益的重要问题。入世后，我国还未专门制定保险业代理型常设机构的认定规则，依然适用入世前所采用的规则。由于这些规则存

在着一定的缺陷，随着我国加入世贸组织有关承诺的兑现，外资保险资金将大量涌进，如果继续使用这些规则将会导致我国税收权益的被伤害以致税收收入的流失。本文将对我国现行的保险业代理型常设机构所采用的认定规则进行分析，并对我国入世后保险业代理型常设机构的认定规则提出几点框架性意见。

### 我国现行保险业代理型常设机构认定规则及利弊分析

#### 1. 我国现行保险业代理型常设机构的认定规则

我国现行保险业代理型常设机构认定规则具体实践于我国同其他国家的双边税收协定中，存在以下两种情况：

第一种情况：在绝大多数的双边税收协定中，只对营业代理人构成常设机构的情形作了一般性规定，并没有专门制定保险业代理型常设机构认定规则的适用条款。等于是把保险业代理型常设机构视同于一般营业代理型常设机构，采用一般营业代理型常设机构的认定规则来认定保险业代理型常设机构。代理型常设机构的一般性规则基本采用了《联

合国范本》或《OECD 范本》的条文结构，规定当一个人（除适用独立代理人以外）“在缔约国一方代表缔约国另一方的企业进行活动，有权并经常行使这种权力以该企业的名义签订合同，这个人为该企业进行的任何活动，应认为该企业在该缔约国一方设有常设机构，”除非这个通过固定营业场所进行的活动限于准备性或辅助性的活动；“缔约国一方企业通过经纪人、一般佣金代理人或者任何其他独立代理人在缔约国另一方进行营业，如果这些代理人按常规经营本身业务，不应认为在该缔约国另一方设有常设机构。但如果这个代理人的活动全部或几乎全部代表该企业，不应认为是本款所指的独立代理人。”

按照这两个范本，营业代理人构成常设机构的一般要件有二：(1)非独立代理人的存在。在法律上讲，非独立代理人一般指缔约国一方营业代理人的活动在很大程度上受控于缔约国另一方的委托企业，且其经营风险主要由被代理人承担；从经济上讲，非独立代理人是指缔约国一方营业代理人的活动全部或几乎全部是为缔约国另一方的委托企业而

进行的，或是该活动不属于营业代理人的常规营业范围，而归属于缔约国另一方的委托企业。因而，独立代理人必须法律上和经济上同时独立，如行纪人、经纪人等代理商一般被认为是独立代理人；(2)代理人有经常使用以被代理人的名义与第三人签订合同的权力，且其所从事的不是准备性和辅助性的活动。在《联合国范本》中的“有权代表签订合同”，是指代理人有合法权力约束企业的经营活动，而不仅是管理企业。

第二种情况：在极少数税收协定中，特别指明保险业代理型常设机构的认定规则。这种情况只在我国同泰国、巴基斯坦等少数国家缔结的协定中涉及到。中泰、中巴双边税收协定第五条第6款规定：“缔约国一方的保险企业，除再保险外，如通过适用第7款独立地位代理人以外的人在另一国领土内收取保险费或接受保险业务，应认为在缔约国另一方设有常设机构。”

#### 2. 相关规则的利弊分析及对我国的影响

第一种情况：我国现行的这种运用于绝大多数双边税收协定中的把保险业代理型常设机构

《联合国范本》或《OECD 范本》第五条第5款。

《联合国范本》第五条第7款规定或《OECD 范本》第五条第6款。

视同于一般营业代理型常设机构，并以后者的认定规则来认定前者的做法的最大弊端在于，无法满足保险业特殊的经营性质，从而容易导致收入来源地税收管辖权的落空。保险代理服务不同于其他一般营业代理服务，它主要是通过保险代理人或保险经纪人来开展业务的。如果采用一般营业代理型常设机构的认定规则，则会出现下面的情况：如果保险企业的代理人是独立代理人，按照协定不应被视为常设机构，也无法对其营业利润征税；如该代理人是非独立代理人，按前述构成代理型常设机构的要件二，因其没有签订合同的权力（保险通常为标准保单格式和标准保险条款），也不应视为常设机构。这两种情况都将使收入来源的收入来源地税收管辖权的行使失去根据。也可以因此得出结论，这是一种不利于收入来源国而有利于居住国的保险业代理型常设机构的认定规则。具体运用到我国保险业的具体实践中：

（1）当我国作为资本输出国，中资保险机构向海外拓展业务时，同相关国家签订或修订双边税收协定对代理型常设机构的范围约定较少，有利于我国税收利益的实现，充分保证我国的居民税收管辖权。（2）反之，当我国作为资本输入国时，构成保险业常设

机构的营业代理人范围较小或不做约定，将会使本应属于我国的税收利益流失，对我国不利。从我国保险业现状来看，后者将会是主要问题。即，继续采用目前的保险业代理型常设机构的认定规则将是弊大于利。这是因为，我国民族保险业恢复发展仅20余年，目前全行业的资产尚不足4000亿元人民币，而国际上一家中等规模的保险公司资产就超过1000亿美元，随着我国入世有关承诺的履行，外资保险机构在华经营业务数量、范围和地区限制将逐步取消，尤其是将大大加深保险经纪人和保险代理机构的开放程度，外资保险公司将纷纷涌进中国这个潜力巨大的保险市场，并打破中资保险机构长期以来占据我国保险市场营业份额98%以上的情况。可以说，在未来几年，我国作为收入来源国的情况将相对会比较。因此，如果继续采用目前的保险业代理型常设机构的认定规则，对我国税收权益的维护将是极为不利的。

第二种情况：虽然在我国同泰国、巴基斯坦等国家的双边税收协定中明确规定了保险业代理型常设机构的认定规则，这一规定在实际操作中又会面临一些问题，如难以区分保险业中的独立代理人和非独立代理人等等。这也可能使我国的收入来源地税收

管辖权的行使落空。

因此，针对入世后我国保险业的基本形势，根据保险业经营的特殊性质，提出适合我国的保险业代理型常设机构的认定规则将是当务之急。

## 入世后我国保险业代理型常设机构认定规则的完善

国际上跨国保险公司的分销渠道主要有保险代理人、保险经纪人和直销三种。国外的保险代理人中，既有服务于单个保险人的“专属代理人”(captive agent)，也有以独立承包人的身份，只代表一个保险机构的“专用代理人”(exclusive agent)还有通过自有代理人队伍展业的“直接承保人”(directs writers)，但更普遍的是代表多家保险机构的“独立代理人”，以及在保险交易中代表投保人利益的“保险经纪人”。另外，还有借助邮寄、电信和银行等金融服务领域及网络进行直销的方式。

目前，我国的保险业也逐步在与国际接轨，迈向规范。我国的保险公司除接受上门业务外，主要是通过保险代理人 and 保险经纪人这样的中介来推销保险的。此外，借助银行及网络进行分销也呈上升趋势。我国保险业的分销渠道正逐步走向多

样化,各种分销方式的产生前提、业务范围和组织形式的不同,要求有关的常设机构认定标准也须相应完善,有所不同。

#### 1. 保险代理人的常设机构认定

(1) 承担责任标准。在保险中,如果要求保险人对保险代理人达成的保险交易承担责任,或者保险人以被保险经纪人的行为约束为由,拒绝承担保险责任,要从代理关系产生的方式、交易的方式及保险代理人的权限来分析:首先,保险代理关系必须是由任命、授权、追认或法律产生的;其次,保险代理人或保险经纪人必须经过授权进行这种交易;最后,还要考虑保险代理人所主张代理授权的来源、方式和限制。只有符合以上要件的保险代理人的代理行为风险才可能由保险人承担。此时,如果保险代理人的活动全面受控于保险人,其责任风险亦由保险人承担,而代理人仅从其处获得佣金,则该代理人应视为保险人的常设机构。

(2) 正常营业标准,即通过正常营业的独立代理人以外的人在另一国领土内收取保险费或接受保险业务,应认为在缔约国另一方设有常设机构。因此,这一标准的关键在于收取保费、接受保险业务的认定。以美国为例,

其保险代理人大致分为三种:保险总代理(general agent)、保险特别代理(special agent)和保险营销代理(soliciting agent)。各种形式的代理人职责不同,保险总代理在多数情况下全权代表保险人,可向投保人发出要约邀请,接受其要约并出具保单或续保,收取保费等;保险特别代理只能在保险代理合同明示的范围内代表保险人的利益;保险营销代理则仅限于向潜在的投保人发出要约邀请,由保险人决定是否接受投保人的要约,通过保险营销代理无权使被保险人承担任何保险责任。

各种形式的保险代理人是否认定为常设机构,就需要对收取保险费和接受保险业务的活动进行定性。由于在人身保险中,订立保险合同的权利属于人身保险公司自身。故而“有权并经常地订立合同”在保险业中无法适用。在这种情况下,必须是保险代理人所从事的活动实质地成为被代理人营业的组成部分或是该保险业务发生的必要条件时,并且不是经纪人、一般佣金代理人和其他独立代理人的正常营业活动,该代理人应视为常设机构。根据这一标准,上述的保险营销代理的职责仅限于提交要约邀请,并将投保人填好的投保书交给保险人而已,其活动应为准备

性、辅助性的活动。此时,尽管形式上可能为非独立代理人,但不应被视为被代理人的常设机构。

#### 2. 保险经纪人的常设机构认定

首先从保险经纪人的经济地位来看,虽然我国的保险经纪活动较少,但在国际保险市场中却存在大量保险经纪人,其主要任务是接受投保人的委托,为其选择保险公司,同保险人洽谈保险条款。目前保险经纪人办理跨国业务取得收入时,相当是采取计费式,即由被保险人的风险管理部门与保险经纪人谈判协商服务费的高低,也有国家实行由保险人负责向经纪人提供佣金的制度。因此,经纪人的地位在很大程度上类似于咨询顾问。

在法律上,根据各国民法理论,经纪又称居间,可分为“报告居间”和“媒介居间”,前者仅报告订约机会,后者促使双方订约。保险经纪人属于从事媒介居间的经纪人。保险经纪人与保险代理人虽同为保险中介,但二者是有区别的:(1)经纪人是以自己的名义从事中介活动,其行为的法律后果由本人承担;而代理人则以被代理人的名义,在代理权限内与第三人实施法律行为,产生的法律后果由被代理人承

担；(2) 经纪人的行为仅是在委托人和第三人订约中起媒介作用；而代理人在实施代理行为过程中，为了被代理人的利益，有权根据被代理人的授权和实际情况独立进行意思表示；(3) 经纪人的活动为中介活动，而代理人的活动必须产生一定的法律后果；(4) 经纪人与委托人之间没有较固定连续的业务关系，代理人则与之相反。

可见，严格意义上的保险经纪人本应归属国际税收中的独立代理人，不应视为保险人的常设机构。但在实际中，各国（地区）对保险经纪人和保险代理人区分不一：如在我国，保险代理人不得兼做保险经纪业务，而保险经纪公司及其职员在执业过程中也不得兼营保险代理业务；又如香港的《保险公司条例》也规定一人不得同时为委托保险代理人和授权保险经纪人；但也有相当国家未作绝对区分，存在着双重代理问题，比如一个保险经纪人本来是被保险人的经纪人，当他告诉被保险人其保险已经生效，这可视为代理人向委托人所作的报告，但如果他同时还有为保险人出具临时保险合同的默示授权，他就可能作为保险公司的代理人。在英美法中，如果不存在利益冲突的危险，并未明文禁止保险中的双重代理关系存在。这种

兼具保险代理人的双重身份的法人或个人，是否应视为保险人的常设机构呢？按照《联合国范本》第7款之规定，即缔约国一方的保险公司通过保险经纪人在缔约国另一方营业，“而代理人又是按照常规进行其本身业务的，应不认为在缔约国另一方设有常设机构”，而此时，这种双重身份的“保险经纪人”从事的已不是其常规应当从事的活动，应视为设有常设机构。这也说明，判断是否为常设机构，不能仅从公司的组织形式来看，尽管名为“保险经纪人”，但如果其活动是在保险人全面指挥和控制下进行的，分享正常佣金以外的非正常收益，承担其独立身份以外的风险；或他的活动“全部或几乎全部代表该企业”，也应当视为保险公司常设机构。

### 3. 关于网络直销方式

鉴于保险营业的特殊性，目前的保险公司直接向另一国进行网络直销较不可能，除非在双边或多边结成的联盟或自由贸易区内。但随着数字经济的迅猛发展，假如各国对传统的保险准入形式加以放宽，允许缔约国一方以网络方式向本国境内的销售保险也未尝不可。此时，在对非居民的跨国营业所得或劳务报酬的课税问题上，继续坚持以非居民在境内设有固定的机构、场所

或营业代理人之类的物理存在标志，作为行使来源地征税权的前提条件的国家，其国际税收利益的份额比例将会日趋降低。对像中国这样更多地处于电子商务净进口国地位的国家，到时就应认真考虑这个问题。

#### 主要参考文献：

- [1] 刘金枝译，王选汇校. 关于发达国家和发展中国家避免双重征税协定范本注释[M]. 北京，中国财政经济出版社，1991.
- [2] 陈欣. 保险法[M]. 北京 北京大学出版社，2000.
- [3] 齐瑞宗. 国际保险学[M]. 北京，中国经济出版社，2000.
- [4] 刘冬姣. 保险中介制度研究[M]. 北京，中国金融出版社，2000.
- [5] 杨斌. 论代理型常设机构的确定规则(上)(下)[J]. 涉外税务，2000(4)(5).

