

北京市重点建设学科项目系列丛书

Baoxian Guanli Lifa
Yu Sifa Shiyong Yanjiu

中国

保险惯例立法 与司法适用研究

董彪 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

作者简介:

董彪，对外经济贸易大学保险学院应用经济学博士后，中国政法大学民商经济法学院法学博士后。北京工商大学法学院副教授、硕士生导师。纽约市立大学布鲁克林学院访问学者。出版专著《保险法判例与制度研究》、《保险法判例新解》、《保险纠纷处理》等。

独雨雪工作室

平面设计

ISBN 978-7-5118-8217-2



9 787511 882172 >

上架建议 商法·保险票据海商

定价: 23.00 元

北京市
中国博士后基
北京市

Baoxian Guanli Lifa Yu Sifa Shiyong Yanjiu

保险惯例立法 与司法适用研究

董彪 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目 (CIP) 数据

保险惯例立法与司法适用研究 / 董彪著. —北京:

法律出版社, 2015. 8

(北京市重点建设学科项目系列丛书)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 8217 - 2

I. ①保… II. ①董… III. ①保险法—立法—研究—

中国②保险法—法律适用—研究—中国 IV.

①D922. 284. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 167384 号

保险惯例立法与司法适用研究

作 者: 董 彪

责任编辑: 彭 雨

装帧设计: 贾丹丹

责任印制: 张建伟

出 版 法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号 (100073)

<http://www.lawpress.com.cn/>

编辑统筹 法律职业教育出版分社

经 销 新华书店

总 发 行 中国法律图书有限公司 <http://www.chinalawbook.com/>

第一法律书店 (010 - 63939781/9782) 西安 (029 - 85388843)

重庆 (023 - 65382816/2908)

上海 (021 - 62071010/1636)

北京 (010 - 62534456)

深圳 (0755 - 83072995)

销售专线 010 - 63939806/9830

数据支持 法律门 <http://www.falvmen.com.cn/>

开 本 A5

印 张 7.125

字 数 170 千

版 本 2015 年 10 月第 1 版

印 次 2015 年 10 月第 1 次印刷

印 刷 北京七彩京通数码快印有限公司

书 号 ISBN 978 - 7 - 5118 - 8217 - 2

定 价 23.00 元

所有权利保留。未经许可, 不得以任何方式使用。

如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换。

内 容 简 介

本书包括导论、正文、结论三个部分。正文分为七章,分别为:第一章“保险惯例基本理论”,第二章“社会公众对保险惯例的认知现状及原因分析”,第三章“保险惯例蕴含的价值理念”,第四章“保险惯例的形成与确认”,第五章“立法论视角下的保险惯例问题研究”,第六章“司法论视角下的保险惯例问题研究”,第七章“类型化视角下的保险惯例问题研究”。

导论部分从商事活动领域秩序是如何形成的这一问题出发,对我国商法理论研究和制度建构过程中强调“立法中心论”、“建构主义论”,忽视或否认自生自发的秩序等现象的弊端及原因进行了分析。揭示了我国传统保险法和保险学研究关注正式保险法律规则而忽视保险习惯或惯例的问题,建议探求正式规则与非正式规则兼容互补模式,协调规范建构秩序与自生自发秩序的关系。

第一章“保险惯例基本理论”对保险惯例的概念、性质、效力与适用范围、正当性、法律规则与保险惯例共同治理等进行了介绍和分析。具体而言:应当区分习惯与惯例的概念,从自治性、时空性、普遍性、义务性、开放性等角度理解保险惯例的内涵。“民间法规范说”承认保险惯例的规范属性,又将其与正式保险法律规则相区分,在认定保险惯例性质方面优于“事实说”和“国家法规范说”。保险惯例兼具补充、解释、证据等效力,其适用应当受到地域和人域的限制。虽然保险惯例的概念在实践中经常被滥用,但是其源于现实生活需要,

是意思自治的产物,是对保险活动规律性的经验总结,存在正当性基础。社会生活不能单纯依靠正式保险法律规则一元治理,而需探寻保险立法与保险惯例共同治理模式。

第二章“社会公众对保险惯例的认知现状及原因分析”通过社会调查、数据分析等方式就社会主体对保险惯例的认知状态,不同类型社会主体对待保险惯例不同态度产生的原因以及保险活动中适用保险惯例的可能性等问题进行研究。实证研究结果表明,信息不对称以及信息来源固有的偏见在保险惯例认知中普遍存在,不同利益群体对适用保险惯例的态度存在明显差异,法官对适用保险惯例存在矛盾的心态。导致上述现象的原因主要在于:社会公众对保险惯例关注不足,道德制高点导致偏见,普遍社会认知尚未达到理性的程度,自生自发的秩序在我国保险市场尚未形成。

第三章“保险惯例蕴含的价值理念”从秩序、自由、效率、公平的角度对保险惯例进行了分析。从秩序的角度而言,理性建构功能存在有限性和一定的破坏性,需要保险惯例弥补正式法律规则的不足以及维系现有秩序的内含价值。从自由的角度而言,保险惯例是“法律沉默”领域群体性意思自治的结果,体现了主体自主预设未来生活的一面。从效率的角度而言,保险惯例通过行为模式定型化或标准化等方式,减少了交易成本,简化了交易手续,有利于主体间达成共识,避免或减少矛盾纠纷。从公平的角度而言,保险惯例中蕴含了形式公平与实质公平的价值理念,两者虽然在逻辑基点、价值导向、实践结果上存在差异,可能出现对立,但是不可将其绝对化,需要关注两者间对立统一的关系。

第四章“保险惯例的形成与确认”。首先,保险惯例的形成需要满足“体素”和“心素”两方面的要求。在考察保险惯例形成所需的时间要素和空间要素方面,应当关注不同保险惯例的特殊性,在具体的情境中具体分析。保险惯例对“内心确信”的要求不是针对单个保

险主体的,而是针对群体而言的。其次,证明保险惯例存在的载体既可以是保险惯例编纂物,也可以是专家证言。保险惯例的举证责任分配与对保险惯例性质的认识密切相关。

第五章“立法论视角下的保险惯例问题研究”对保险立法与保险惯例之间的互动关系进行了分析。通过对涉及“不可抗辩条款”、“自杀条款”、保险利益、保险标的转让相关的保险惯例进行研究,揭示了保险惯例对保险立法的供给功能以及保险立法对保险惯例的吸收和形塑功能。

第六章“司法论视角下的保险惯例问题研究”对保险惯例作为法律渊源的作用以及在司法适用过程中的解释功能和补充功能进行了阐述。法官并无主动适用保险惯例的义务,适用保险惯例不得与强制性法律规范相抵触,在行为人自决领域保险惯例应当优先适用。保险惯例的解释功能应当从推断意义上的解释规则和补充解释禁止两方面理解。保险惯例的补充功能主要体现在法律未决地带或未明确地带填补法律漏洞。

第七章“类型化视角下的保险惯例问题研究”结合实践中发生的真实案例对“零时起保”、“高保低赔”、“填写保单同时交付首期保险费”、“共同灾难”、“中间型保险”等保险惯例进行探讨。

结论部分指出我国当前对保险惯例的理论认知仍处于极度匮乏未形成共识的阶段,在强制性制度变迁模式下存在忽视自生自发秩序的问题。应当通过社会调查整理的方式发现保险惯例,培育以主体参与为中心的保险惯例形成机制,理性对待保险惯例中的技术性要素,拓展保险惯例导入立法与司法实践的路径。

导 论

商事领域中的秩序是如何生成的？这是一个历久弥新的问题。回溯至商事制度的起源，不难发现，以商人自治为基础的商事活动、习惯以及惯例是形塑商人行为模式，进行商事裁判的主要依据。立法者和司法者所关注的重心是发现商事领域中已经存在的，为商事主体所认同的行为规范，即实践中商事主体已有的行为模式。他们并不奢望通过理性建构的方式，为商事主体提供预设的行为模式，从而设计理想的商事生活图景。简言之，商事领域中的秩序是自生自发的，而非建构的。我国商事领域中秩序的形成更多依赖理性建构，即在移植、借鉴国外或地区先进经验或立法例的基础上型构商事主体的行为模式。这一“外生型”的模式强调理性建构的制度体系对商事活动的影响，有利于短期内形成有序的生活秩序，但是，毋庸置疑，对商事习惯和惯例的忽视或否认，也为低效率、失序等埋下了隐患。实践证明，秩序并不等同于理性构建的正式法律规范体系，纸面上的法的量的增加并非绝对意味着有序化，对习惯、惯例等内生性制度资源的忽视不仅会损害商事交易的便捷，还会导致无序和混乱。两相比较，不得不深思：秩序究竟是理性建构的还是自生自发的，抑或两者兼而有之？是否应当检视我国当下商事制度的研究状况？应当如何认识秩序与规范之间，经济生活与制度体系之间，正式法律规则与非正式规则之间的关系？

当前的商法理论研究、立法以及司法实务在一定程度上欠缺对

本土化的情境下商事领域深层理论问题的思考。理论研究往往沉溺于对国外商事法律理论或制度的介绍和分析。商事立法、司法实务则偏重于寻求解决个案或局部性问题的应用对策,而寻求应用对策的根源往往是国外或地区是否存在可借鉴的经验。这就导致目前商事理论研究和实务面临困境:

第一,商事法律制度总论部分研究薄弱。总论或总则通常具有提纲挈领、体系化的功能,它是对分论部分的抽象、凝练。在一定程度上,商法总论的研究程度体现了商法学科整体研究的深度。目前,不少商法学者出版了直接以商法总论或商法总则命名的教材或专著,商法学教材中也不可或缺地会占用大量篇幅论述总论或总则的内容,就商法总论中的问题进行专题性研究的论述更是不胜枚举。但是,研究现状仍难尽如人意。商法总论与分论之间存在明显的隔离,几乎不存在关联性。除我国商法史及法律体系等内容外,商法总论的内容几乎都是国外或地区商法理论或学说的介绍与评析,本土化研究严重缺失。

第二,既有商法理论和学说以及纸面上的商法与商事实践存在一定的脱节。例如,保险实务中存在“零时起保”、“高保低赔”等情况,保险公司通常认为这属于保险实务中通行的做法,符合国际惯例,并未违反法律规定,投保人、被保险人、受益人则通常认为这是“霸王条款”,违反公平正义的要求,而司法机关往往态度模糊不定。保险行业实务操作与法律规范之间存在一定的差异。但是,对这些实务中存在的问题往往缺乏深层理论探讨

第三,商事法律制度与现实生活疏离。通常而言,法律应当源于生活,解决生活中存在的现实问题。经济生活中的需要是产生法律制度的土壤。但是,商事法律制度的构建与现实生活的需要之间存在一定的不一致。首先,共同体的集体失忆。我国自进入法治现代化进程以来,乡规民约被废弃,传统发生断裂,导致国民对传统法情

感、法经验集体失忆,基于本土的制度发现或构建呈现失语的状态。纸面上的概念和规则缺乏现实的语境基础。其次,对域外法律制度或理论过度依赖。与对本土资源的漠视形成鲜明对比的是,在立法和学术研究上对域外法律制度或理论的顶礼膜拜。无论是立法者还是学术研究人员,大多习惯于从“局外人”的视角冷眼旁观,而不是从“局内人”的视角积极参与。

从立法的层面而言,主要体现为大规模移植、借鉴国外或地区的商事法律制度,忽视发现本土资源中既有的或正在形成的商事习惯、惯例等非正式规则。同时,在一定程度上存在将商事法律制度“静态化”、“普适化”的倾向,即为解决现实问题,进行理论预设,寻求域外同类问题的解决思路 and 方案,期望预设的理论和现实问题得到解决。法律制度的正当性、合理性论证的依据往往来源于域外素材。脱离实践“自说自话”并在此基础上构建的庞大“法律帝国”,在实践中往往显得漏洞百出、摇摇欲坠、弱不禁风。相关学术研究就像美丽而绚烂的“肥皂泡”,令人痴迷而神往,但是可能在顷刻间幻灭。从学术研究的层面而言,疏于对现实生活的观察和思考,一厢情愿的建构导致文本表述与现实生活之间出现紧张关系。此外,学术自信严重缺失,必须以域外立法例或理论作为论证的依据。对此,有学者担忧:“对于我们的法律,如果习法之人都不尊重,将来又如何很好地应用?”^①

以上问题的出现究其根源,主要有以下方面的原因:第一,在法律制度设计方面,奉行移植、借鉴国外或地区先进立法例进行体系构建的立法中心主义,忽视本土资源。我国传统文化中存在“重农抑商”、“重刑轻民”的思想,正式商事法律规则相对稀缺。商事主体之间的行为主要依靠“乡规民约”或习惯进行约束。近代以来,我国步

^① 韩世远:《合同法总论》,法律出版社2008年版,第3页。

入法治现代化进程,供给本不充分的本土商事法律文化和制度遭受冷落,移植借鉴蔚然成风。尤其是我国进入市场经济时代后,对商事制度的需求以几何级的速度递增,本土资源已不足以提供可供参考的经验,也不能为型构法律规范体系提供必要的支持。立法者和法学研究人员不得不将视野转向域外,通过“场景借用”^①的方式拟制社会生活场景,并构建相应的法律规范体系。在强调逻辑性、体系化的立法中心主义思想指导下,法律工作和学术研究资源越来越多地集中于正式商事法律规则上,忽视或否认非正式商事规则的作用。

第二,以理性建构论为中心的学术研究范式。马克思曾言:“每一时代的理论思维,从而我们时代的理论思维,都是一种历史的产物,在不同的时代,具有非常不同的形式,并因而具有不同的内容。”自20世纪60年代马斯·库恩提出“范式”概念及相关理论以来,以该概念及理论为中心重新描绘或审视学科发展的图景为学者高度关注,出现了“学术史上里程碑”式的革命。近年来,伴随我国商事法律规范体系的逐步建立、健全,对商法学中研究范式的关注逐渐成为学者关注的焦点。^②在不同类型的研究范式下,学者的学术偏好、价值取向、研究方法、推理论证思路存在一定的差异,所描绘的商法学科图景也有所不同。诚如学者所言,“在一定意义上说范式的实质是科学活动中的整合和升华,范式的转变实质就是提出一套全新的发现问题和解决问题的方法”。^③

当下商法研究通常以商事立法为中心,试图通过移植或借鉴国

① 陈甦:“体系前研究到体系后研究的范式转型”,载《法学研究》2011年第5期。陈甦教授认为,所谓“场景借用”,是指一个具体法律所要规范的情形在我国社会中还没有发生过,我们根据别的国家或地区已发生过的社会生活场景,推测在我国也会发生同样的社会生活场景,因而就此社会生活场景抽离出具有法律意义的假定情形,再有针对性地制定相应的法律规范。

② 陈甦:“体系前研究到体系后研究的范式转型”,载《法学研究》2011年第5期。

③ 张文显、于宁:“当代中国法哲学研究范式的转变”,载《中国法学》2001年第1期。

外或地区先进立法例,构建我国商事法律体系。该研究范式主要具有以下特点:(1)立法中心主义。将关注的重心置于正式商事法律规则的制定和修改中。通过翻译、比较、借鉴国外或地区的立法例,构建具有逻辑性并蕴含一定价值理念的法律规范体系,成为立法者和研究者关注的焦点。其“基本路子大致为:论题为我国法律规定者,就分析法律规定、列举域外经验、点出问题所在、提出修法意见;论题未被我国法律规定者,则明示论题意义、列举域外经验、阐述制度构造、提出立法意见”。^①“立法中心主义具有现实效益,可以通过满足立法实践对学术资源的需求,有效实现法学研究为法治建设实践服务的学术功能;同时,通过立法实践为法学研究提供的学术机会,又促进法学研究自身的学术繁荣。”^②(2)规范建构论。学术研究的目的在于构建逻辑严谨的庞大法律规范体系。“专家立法建议稿的最大优点是概念清楚、逻辑严谨,法律条文结构合理,价值较为中立,可以最大限度地体现立法的宗旨和目标”^③

我们认为,“立法中心”、“建构主义”思维模式主导下的中国法治化进程偏好国家制定的正式规则在社会生活中的作用,在一定程度上忽视或否认文化、传统、习俗等非正式规则的效用。更有甚者,将正式的法律规则与秩序相混淆,认为法律规则量的增加必然导致秩序化的结果。但是,事实证明,单纯依靠正式法律规则的治理只是某些人对国家强制力、法律规则一厢情愿的盲目崇拜和狂想。

“商事惯例凝结着历代商人们智慧和能量,它们是透过长期的试

① 常鹏翱:“《法学研究》三十年:民法学”,载《法学研究》2008年第3期。

② 陈甦:“体系前研究到体系后研究的范式转型”,载《法学研究》2011年第5期。

③ 莫纪宏:“论立法的技术路线”,载李林:《立法过程中的公共参与》,中国社会科学出版社2009年版,第41页。

错演化而形成的,它包含着超过了任何个人所拥有的丰富经验”,^①是秩序形成的重要因素。忽视商事惯例等对“自生自发秩序”形成的重要性,试图脱离本土文化和传统进行所谓的秩序建构,势必导致文化、传统以及秩序的断裂,出现法律成本增加或行为失范等问题。由此可见,现代社会秩序的建构离不开法律规则体系的建立与完善。但是,法律规则并不绝对意味着秩序。秩序的建构是正式法律规则与非正式规则共同作用的结果。实有必要跳出法律规则的藩篱,将视野转移至正式法律规则之外,目光游离于正式法律规则与非正式规则之间,寻求两者之间的良性互动关系。

传统的保险学和保险法的研究似乎并未意识到上述问题的严重性。改革开放三十多年中,我国制定了《保险法》、《合同法》、《民法通则》等法律法规,对规范保险市场提供了有力的法律依据,对社会生活的发展起到了重要的积极作用。但是,保险市场上的矛盾纠纷并没有因为规范量的增加而销声匿迹。即便存在法律规范的情况下,保险人与投保人、被保险人、受益人之间的矛盾冲突也时常无法得到妥善解决。社会生活的实践告诉我们,纸面上的保险法与行动中的保险法是存在一定差距的。通常而言,只有在社会大众中得到普遍认同的保险法律规范才能作为有效的行为模式促进保险市场秩序形成;与传统文化、保险习惯相抵触,未获得社会大众普遍认同的保险法律规范往往难以规范人们的行为或者需要付出相当高昂的成本。忽视植根于现实生活的传统、习惯,试图单纯依靠国家强制力构建保险市场的秩序必然付出惨痛代价。

近年来,对制定法以外的民俗、民事习惯进行研究逐渐成为学界关注的热点。但是,对商事惯例以及保险惯例的研究却并未引起足

^① 周林彬、王佩佩:“商事惯例初论——以立法建构为视角”,载《中国商法年刊》(2007),北京大学出版社2008年版,第23页。

够的重视。为数不多的商事惯例研究大多集中于国际商事惯例,少见对国内商事惯例的系统研究。对保险惯例的研究尤其是立足于本土的研究更是凤毛麟角。学术研究的缺失与秩序形成的需求之间的矛盾日益凸显。完善保险制度体系迫切需要关注保险市场主体在交易过程形成的惯例,探寻正式规则与非正式规则之间兼容互补的模式,协调自生自发的秩序与规范建构秩序之间的关系。

目 录

导 论

1

第一章 保险惯例基本理论

1

第一节 保险惯例的概念

1

一、惯例与习惯的关系

1

二、保险惯例的概念

4

第二节 保险惯例的性质

9

一、规范说

9

二、事实说

10

三、关于保险惯例性质学说的评析

10

第三节 保险惯例的效力与适用范围

13

一、保险惯例的效力

13

二、保险惯例的适用范围

17

第四节 保险惯例存在的正当性分析

24

一、保险惯例源于现实生活的需要

26

二、保险惯例是意思自治的产物

28

三、保险惯例是对保险活动规律性的经验总结

30

第五节 法律规则与保险惯例的共治理	31
一、社会规则交往模式的类型	31
二、社会规则交往模式的比较分析及我国保险规则交往模式选择	35

第二章 社会公众对保险惯例的认知现状及原因分析 41

第一节 社会公众对保险惯例认知现状的社会调查	42
一、社会调查的基本情况	42
二、社会调查的结论	43
第二节 对保险惯例认知现状的原因分析	44
一、社会公众对保险惯例关注不足	44
二、道德制高点导致偏见	45
三、普遍社会认知尚未达到理性的程度	46
四、自生自发的秩序在保险市场尚未形成	47

第三章 保险惯例蕴含的价值理念 49

第一节 秩序价值理念在保险惯例中的体现	49
一、保险惯例弥补法律规则的不足:理性建构功能的有限性	50
二、保险惯例维系现有秩序的内涵价值:理性建构功能的破坏性	51
第二节 自由价值理念在保险惯例中的体现	52
一、消极自由观视角下的解读	53
二、积极自由观视角下的解读	54
第三节 效率价值理念在保险惯例中的体现	55
一、保险惯例与行为模式的定型化或标准化	56
二、保险惯例能够减少主体收集和处理信息的成本	58
三、保险惯例能够简化交易手续	58

四、保险惯例有利于形成共识	59
第四节 公平价值理念在保险惯例中的体现	59
一、公平价值理念的类型	59
二、取向公平价值理念的保险惯例	60

第四章 保险惯例的形成与确认 63

第一节 保险惯例的形成	63
一、保险惯例形成所需的体系	63
二、保险惯例形成所需的心素	65
第二节 保险惯例的确认	66
一、认定保险惯例的依据	66
二、保险惯例举证责任的分配	70

第五章 立法论视角下的保险惯例问题研究 72

第一节 保险惯例是保险法律产生的源泉	72
一、从立法史的角度考察	72
二、以不可抗辩条款为例	73
三、以“自杀条款”起算点为例	74
第二节 保险立法应当考虑保险惯例	75
一、2009 年我国《保险法》修订前对保险利益惯例的态度及实效	76
二、2009 年我国《保险法》修订后对保险利益惯例的态度及实效	77
第三节 保险立法对保险惯例的形塑作用	78
一、“认人不认车”向“认车不认人”行业惯例的转变	78
二、以太保新疆分公司与长运速达公司保险合同纠纷案为例	83