



保险赔偿与司法鉴定丛书

# 保险合同法总论

周玉华 著



BAOXIAN



PEICHAN



YU



SIFA



JIANDING



CONGSHU

中国检察出版社

814

D92364

Z78b

保险赔偿与司法鉴定丛书

丛书主编 庄洪胜 刘志新

# 保险合同法总论

□ 周玉华 / 著

中国检察出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

保险合同法总论/周玉华著.

北京:中国检察出版社,2000.8

ISBN 7-80086-763-3

I.保... II.周... III.保险法:合同法—法的理论  
IV.D913

中国版本图书馆CIP数据核字(2000)第41944号

## 保险合同法总论

周玉华 著

---

出版发行:中国检察出版社

社 址:北京市石景山区鲁谷西路5号(100040)

电子邮箱:zgjcbs@263.net

电 话:(010)68650027(编辑) 68650025(出版) 68650016(发行)

经 销:新华书店

印 刷 保定市西城胶印厂印刷

开 本:850mm×1168mm 32开

印 张:14.375印张

字 数:369千字

版 次:2000年10月第一版 2000年10月第一次印刷

印 数:1—3000册

书 号:ISBN 7-80086-763-3/D·764

定 价:24.00元

---

检察版图书,版权所有,侵权必究  
如遇图书印装质量问题本社负责调换

# 第一章 概述

## 第一节 保险的概念

保险制度最大的功能在于将个人在生活中因遭遇各种人身危险、财产危险及对他人的责任的危险所产生的损失,在共同团体中分摊消化。其经济功能在于减少社会问题,维持社会安定,促进经济繁荣。对于这一人类有史以来用以弥补各种损失所创设的最完善的制度,各国保险法都有明文规定。基于保险本身的性质不同于一般民法所规定各种债的关系,所以保险法就其特有的保险权利、义务关系加以规范而成为民法的特别法。如果当事人因保险关系发生纠纷,首先以保险法的规定及其基本特有的理论为准,然后再依据一般民法规定。也即,在适用保险法的规定及其理论之前首先确定,其法律行为是否构成“保险”,所订立的合同是否为“保险合同”。就保险制度的历史发展及其功能来看,“保险”可定义为:受同类危险威胁的人为满足其成员损害赔偿的需要,组成的双务性且具有独立的法律上请求权的共同团体,根据合理计算共同聚资,对危险所致损失予以补偿的经济制度。

### 一、共同团体

任何一个保险都以一共同团体的存在为先决条件,该团体由各个因某种危险事故发生而可能遭受损失的人组成。该共同团体主要由投保人(被保险人)组成,基于保险为一共同团体的概念,该

共同团体的经营人,可选择素质良好的成员,以减少理赔,增加获利率,然后将其获利以降低保费的方式回馈给成员。另一方面,投保人也可选择参加声誉良好的共同团体的方式,享受低廉的保费,在危险事故发生时,得到合理的赔偿。保险的共同团体性除反映在保险业实务上的操作外,也具有法理上的重要意义,即:共同团体的成员和共同团体本身发生权利义务纷争时,彼此应基于整个共同团体的利益的观点,不可纯依民法上双方合同的概念将对对方置于敌对的地位;判定双方的权利义务归属,必须经常以共同团体内其他成员的利益为出发点;对某一特定成员权利义务的判定,也适用于其他成员;解释保险条款时,也不得将之视为单纯某一投保人和保险公司之间利益的争执,而应通盘考虑该投保人在其所参加的共同团体内应享有的权利与应尽的义务。这是保险具有社会意义表现之一。

## 二、危险

该共同团体内的成员,必须是可能因危险事故发生而遭受损失的人,基于此损害是否发生的恐惧,参加共同团体,将可能发生的损失分散给团体内的其他人。在保险法上危险指不可预料或不可抗力事故,此危险必须是可能发生且未发生。如果其危险已发生,并且造成损失,则对已发生的损害不得加以保险。如果危险依一般人的理解不可能发生,也即投保人或被保险人根本没有遭受损失的可能性,例如约定以地球爆炸为保险的危险,则其保险合同无效。另外,危险的发生须属不确定,不确定不仅指其发生与否在保险之际无法确定,如财产保险,也指其危险的发生虽具有必然性,但何时发生无法确定,如人寿保险中的死亡保险。但须注意的是,这种不确定是指主观不确定,如果客观损失的灾害虽然已经发生,但当事人在缔约之际主观上善意不知其灾害已发生,则这种保险称为“追溯保险”或“无论已否发生损失”保险(*lost or not lost*),而大都适用于海上保险。此合同在一些国家视为有效。大概是因

旧时通讯艰难,船舶在途中是否已发生危险而沉没,有关消息不易确知的缘故。此外,这种情形大都发生在投保人提出投保和保险人承保之间。由上述可知,保险所承担的危险必须是非因故意而偶然发生的危险。如果危险的发生出于当事人的故意,则此危险不是保险所称的危险。但此原则也有例外,如在人寿保险,如果保险合同载有被保险人故意自杀,保险人仍应给付保险金额的条款,则该条款的效力在订约二年后才发生。但此所谓“故意自杀”指行为人在精神正常状态下实行的而言,如果因精神失常而“故意自杀”,仍属意外死亡。保险法之所以例外,允许当事人约定在经过一定期间之后(依我国保险法的规定为二年)将“故意自杀”列为保险责任,是因为投保人或被保险人在投保时蓄意决定以自杀方式领取保险金,经过一段时间之后,其付诸实施的可能性必然减少甚至消失。

保险所承担的危险除上述须其发生为可能、不确定、且非故意之外,其种类、性质及范围也须订立。这由保险为一危险共同团体的概念可知:危险共同体既然意在分散及消化其成员因某种危险发生所遭受的损失,那么在依大数法则(Law of Large Numbers,是一统计学名词。即观察数越大,其集团性越安定。就保险专业的经营而言,加入的人数越多,可使危险分散越广,各人分担的费用越少,经营的基础越稳)计算该危险的发生概率,及其所引起损失的多少时,都必须先确定危险的种类、性质及范围,否则无从确定其责任。同时,保险是一项具有正面社会功能的制度,所以因被保险人违法行为造成的危险,不受保险的保护。例如,从事走私目的的船舶,或非法进口的伪药、毒品等,均不得为之保险。

### 三、同一性

在任一保险共同体(又称危险共同体)中,欲保险的危险必须具有同一性。在这种危险共同体中的每一成员,都必须都可能因遭遇某同类危险而产生损失,例如死亡、伤害、火灾,对第三人

责任、盗窃等。只有如此才有可能依统计经验及数学的概率估计出此共同团体应集聚的资金,以便在此危险不幸发生时,补偿其成员因此遭受的损失。所以对于某一特定的危险,其经验越是不足或其统计数字越是不完全,则以保险的方式来消化共同团体损失的可能性愈低。所以引进一新种类保险时,因为危险及损失的不可测性而必须具有相当的冒险勇气及足够的资金。尤其今天关于因某种特定危险发生而产生巨大损害的保险,如航空公司的空难事件,卫星发射,核反应堆,超级油轮等,具有同一性危险的成员稀少,每当危险事故发生时,都会造成共同团体经济上的困难。所幸,在某一地域内的共同团体(例如在中国)可通过再保险的方式,将其所承保的危险扩大至其他地域内的共同团体,如德国、美国、或日本的再保险团体。其终究的目的仍不外乎,增加危险共同团体内成员的数目,以消化、分散损失。

依危险分类而言,每种保险原则上只负责承保同种类的危险,如财产保险限定其危险事故为火灾、电击等;产品责任保险只承保因产品责任事故发生的损失;海上保险,顾名思义应属海洋危险的承担,不及于陆上的危险。但也常有以一个合同混合承保若干危险,例如在海上货物运输保险合同,附加“仓库至仓库条款”(warehouse - to - warehouse clause),使其承担危险的范围延至陆地上。又如汽车保险,可以一个合同同时承保火灾、盗窃、责任及伤害等数种危险等。这种混合保险随着工业社会的发展,人类所受危险威胁种类的多样化而日渐增多,但并不足以动摇危险的危险同一性本质。无论如何,在计算这种混合保险费率时,仍不外乎分别计算各种危险发生的概率,而后再综合处理。

#### 四、补偿的需要性

危险的发生会带来损害,一般常是财产上的损害。每一损害都引起平衡补偿的需要。保险的补偿必须以此共同团体成员(被保险人)在危险发生时,确实受到损害为要件。所谓损害,即是存

在于被保险人和某特定标的物之间的保险利益的反面。如果被保险人对保险标的物无保险利益,只要危险事故发生,即领取此团体给付的一定金额,则不是保险,而是“赌博”。这种不具有保险利益的赌博在欧洲十六世纪前,曾被当地法院允许,至十六世纪后才由学者将之和真正具有社会经济功能的保险加以区别。被保险人的受补偿需要可分为具体性补偿需要,及抽象性补偿需要,前者在危险事故发生时,其损害可由金钱价值加以计算,被保险人所应受的补偿原则上最高也以其实际受害数额为限,而不是以双方当事人所约定的保险金额为准,否则有不当得利之嫌,财产保险都属于这类;后者则指人身受到损害的补偿,在危险事故发生时,直接给予被保险人约定的保险金额,因为人身的价值无法象财物那样给予实质性评价。因此,也有称这种保险为“定额保险”,从而和“损害保险”有别。

保险既然以满足补偿需要而设,所以保险人在保险事故发生时,负有赔偿财物的责任。所谓赔偿财物,原则上以金钱给付为主,但也可约定就特定的损失,以恢复原状代替金钱的给付。例如汽车保险,保险人可在汽车遭受毁损灭失时调换零配件代替金钱赔偿;伤害或健康保险,保险人可以提供医疗服务作为给付;财产保险,在标的物部分毁损时,保险人可以修理毁损部分作为赔偿。除了定额保险之外,在财产保险(损害保险)中绝对禁止被保险人或投保人不当得利,以防止产生主观危险。也即防止以保险的名义,故意制造保险事故,以诈领保险赔偿。保险利益的存在要求,即为把守这一关卡的重要概念。以保险利益的价值为保险价值,保险金额如果超过保险价值,为超额保险;也不得低于保险价值,否则为“不足额保险”。衡量保险利益价值,须根据当时的情况及社会经济环境决定。为避免在保险事故发生时,对保险标的(保险利益)价值估计的困难,可预先约定其价值为保险价额,在发生危险事故全部或部分损失时,按约定价值计算赔偿。这种情形在海上货物保险中最为常见,因其保险期间较短,价值不易发生巨大



变动。

### 五、有偿性

保险既然是由一群共同遭受同类危险威胁的人组成的共同团体,在危险事故发生时,将其损失分散于其他成员,自然需要一笔基金。此基金须由各成员分摊,分摊额在一般保险中称保险费。但是,在判定某一法律行为是否为保险时,不得拘泥于其分摊额的名称,例如某社团的会员固定每期必须缴纳一定数额的会费,在约定危险事故发生时,可请求赔偿,其组织虽不是保险业,所缴的会费也不是保险费,但如果其性质符合保险的其他各项特征时,即应视为受保险法的规范。无偿性的保险并不存在,所以由社会大众捐助而成立的交通事故受害者资助基金会、癌症病患者资助基金会不属保险。

保险的特征之一虽然是“有偿性”,但其成员的分摊额并不须在其加入此共同团体时,立刻全数确定。一般在保险股份有限公司,保险费都预先确定,但也有相互保险社团实施“预缴会费制度”,其团体的会员先缴纳一定数额的会费,如果因此集聚的基金入不敷出,则会员应按不足额的比率补缴。保险合同签订时,保险费未能确定的,其保险费不须在合同生效前交付。关于一次交付及分期交付的保险费已确定的,依目前我国保险法第13条的规定,似乎应在合同生效前交付。但就保险的本质而言,其关键在于有偿性,并非要物性,保险合同为有偿合同,但非要物合同。投保人或被保险人对于保险费具有交付的义务,保险人对之在合同有效成立后,也可以诉讼方式请求投保人交付保险费——对人寿保险第二期以后陆续到期保险费例外。

### 六、独立的法律上请求权

除上述几个特征外,保险的最后一个特征是,被保险人在保险事故发生遭受损失时,对保险人具有法律上请求保险赔偿给付的

权利。如果有所谓互助团体对于其成员在特定事故发生时,也提供经济援助,但成员对该团体无法律上的请求权,则不能说是保险业,自然不受保险法的规范。必须特别强调的是,这种法律上请求权,必须是单独存在,不是其他法律行为的附随给付义务。例如,玻璃卖方,对于买卖标的物(玻璃)的损裂应负损害赔偿的责任,买方对之有损害赔偿请求权,但这种请求权,是基于商品的瑕疵担保责任而言,和保险的危险承担虽有共通之处,但不能将玻璃卖方视为保险人,至于买方所给付的价款,更不能被视为保险费。买方的价款支付目的,虽在取得买卖标的物,但其中也可能同时具有类似保险费的部分。所以分辨担保是否为保险时,应探究其担保的范围是否仅及于标的物本身的性质,如果是,即属民法上担保的问题,而不属保险的范围。如商业咨询公司担保其所提供资料的正确性,否则负赔偿的责任,即不属保险。

综上所述,在判断某一公司或团体是否经营保险或其行为是否构成保险,必须探究其行为的本质,不受其名称是否具有“保险”二字的限制。保险主管机关如认为其行为属保险,即可依保险法有关规定勒令停业。法院就当事人的权利义务发生争执时,也应依保险法的规定裁判究属保险,抑或担保。反之,如果保险业者未依许可经营保证业务,公司负责人应承担相应的法律责任。

## 第二节 保险合同的观念

### 一、民法上合同的概念

民法上的合同,其概念有广义、狭义、最狭义三种。广义的合同是指当事人之间达成的确定权利义务的协议,既包括私法意义上的合同,还包括公法意义上的合同(如行政合同、劳动合同)。狭义的合同专指私法上的合同,它包括债权合同、物权合同和人身合同三种。最狭义的合同即专指其中的债权合同,即把合同限制在

债的关系之内。从罗马法上的“contractus”开始就采取具体的狭义的概念。法国民法(1804)将合同规定在债权部分内(第1101条以下),接着奥地利民法(1811)也在有关债权部分(第861条以下)规定合同,将合同与“债的关系”连接在一起。但到最近的立法中有逐渐扩大的趋势。德国民法(1896)将合同的成立与解释规定在民法总则中(第145条以下),而不是规定在债编中。民法总则是规律全部民事关系的原则,因此对于合同的规定不仅适用于财产关系,也适用于身份关系;至于由合同所产生的债权债务关系则在债篇(第305条以下)作更详细的规定。问题是我国现行法所谓的合同究竟是狭义或是最狭义概念?我国《民法通则》第85条规定:“合同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议”,这里关键在于对“民事关系”如何理解。如果解释为仅指债权债务关系,则应属于最狭义概念。鉴于《民法通则》将合同规定在债权一节,且明定合同为发生债的原因(第84条),我国民法尚无物权行为的概念,在我国法律中有关身份的协议(如结婚、两愿离婚、收养、遗赠抚养等)均不称为合同,故此所谓“民事关系”一词,应作限制解释,解为债权债务关系。因此我国民法上的所谓合同仅指债权合同,属于最狭义概念。因此我国合同法第2规定:“本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议”。即其调整范围是:(1)调整的是平等主体的公民、法人、其他组织之间的设立、变更和终止民事权利义务关系的协议。对不是平等主体关系的行政合同、企业内部承包合同,以及债权债务以外的民事关系不调整,例如身份合同、物权合同。(2)既调整国内合同,又调整涉外合同。除对涉外合同的个别特殊问题作出专门规定外,对上述两类合同均作出了统一规定。

## 二. 保险合同的概 念

由上一节保险的基本意义得知,保险合同为这个共同团体(保险人)和其成员(即被保险人或投保人)以保险为目的所订立的合

同。我国保险法第9条将保险合同定义为“投保人与保险人约定保险权利义务关系的协议”。这个定义过于简单,未能揭示保险合同的基本内涵。以下即讨论这种合同的特征。

### 第三节 保险合同的特征

#### 一、债务合同

保险合同属债法上合同的一种,因为通过合同的成立生效,被保险人在保险事故发生时可以向保险人请求保险赔偿,另一方面保险人也具有保险费请求权。但因保险合同所产生的债属特种之债,学理上称之为“特种合同”,以示和一般合同的债不同之处。所以民法上有关债的一般规定也适用于保险合同,如:行为能力、要约与承诺的约束力、格式合同、债的效力等,但须以保险法无特别规定为限。违反保险法第16条告知义务的规定属于民法上的缔约过失责任,通知、协助和保密义务属于民法上合同的附随义务,但因保险法有特别规定,不适用民法上关于损害赔偿请求权和违约责任的规定;按照一般民法原理,意思表示错误由表意人自己过失所致,不得撤销其意思表示,而保险法第16条却规定,投保人故意或因过失不履行如实告知义务,足以影响保险人决定是否同意承保或者提高保险费率的,即使保险人陷于错误的危险估计,不论保险人有无过失都可以解除合同。又民法上的同时履行抗辩权及不安抗辩权和保险法上有关保险费交付及保险人在财产状况改变时终止合同的规定也有差异。

#### 二、双务合同

合同以各当事人是否负对价关系的债务关系为区别标准,可分为双务合同与片务合同。保险合同的内容为,投保人(被保险人)负给付保险费的义务,这是不争之处。但保险人所负的义务是

什么,学说上至今仍有争论:

(一)金钱给付说。有学说认为,保险合同中保险人所负的义务以“保险事故发生”为要件,例如财产保险,是在火灾、雷击、爆炸等灾害发生之后;责任保险,则在于被保险人依法对第三人须负赔偿责任之时。因保险人大都以给付金钱作为保险赔偿,所以称之为金钱给付说。该说主张保险人的给付是附有停止条件的法律行为。依此,保险合同为双务合同,其内容为一方负无条件的交付保险费义务,另一方则为附停止条件保险金给付义务。

(二)危险承担说。该说反对金钱给付说,主张保险人的义务并不始于保险事故发生时,而是整个保险期间内保险人均负有承担危险的义务,例如提取责任准备金的义务即是。对投保人而言,即使保险事故未发生,保险合同所提供的保护已具有精神上及经济上的价值。例如,通过保险合同的订立,船东无须再准备损害赔偿金。所以在保险期间开始后,投保人或被保险人即具有期待权,通过保险事故的发生,此危险承担才由隐性的阶段进入实现的阶段,即期待权的实现。且只有危险承担说才能解释为什么保险合同关系因投保人不尽如实告知义务而保险人解除合同时,保险人无须返还已收取的保险费。危险承担说对于保险人给付义务的重点在于保险人所提供的保护,包括保险事故发生前的危险承担,使投保人在精神上及经济上免于忧患,而金钱给付说却只着重在保险事故发生时的金钱给付,不足以涵盖保险的功能及意义。该说为通说,所以保险合同为双务合同的内容应为,投保人负无条件的交付保险费义务,保险人也负无条件的相互给付义务——不仅在保险事故发生时的金钱给付而已——,彼此互相具有对价关系。

例如保险合同的投保人有先支付保险费的义务,不得依民法的规定主张同时履行抗辩权;且在人寿保险,保险人对于保险费不可以诉讼请求支付。所以民法上有关债的迟延给付的规定不适用于保险合同中保险费延迟支付的情形。又保险合同为双务合同,与同是双务合同的买卖合同不同。买卖合同成立时,卖方仅负交

付标的物的义务,而买方仅负给付价款的义务。除此之外,双方并不存在其他条件。至于保险合同的投保人,有交付保险费的义务,保险人仅在特定偶然事故发生的条件下才负给付保险金的义务。

### 三、有偿合同

合同以各当事人是否互负对价关系的给付义务为区别标准,可分为有偿合同与无偿合同两种。保险合同既然是双务合同,所以也是有偿合同。保险合同的成立以约定交付保险费为要件,如果未约定此代价,则合同不生效力。危险共同团体若无保险费的累积,何来基金用以赔偿保险事故发生时被保险人遭受的损害。所以保险合同不得为赠与的标的。但所谓保险合同不得为赠与的标的,是指保险人不得无偿赠与被保险人保险合同而言。但是如果赠与人以自己为投保人,而以受赠人为被保险人,和保险人订立保险合同——第三人利益保险合同——,投保人既然负有缴费的义务,对危险共同团体而言并不是没有对价,该保险合同仍然是有效的。此外须加注意的是,保险虽以其有偿性为要件,但投保人所支付的对价并不须以保险费为名不可。如果某法律行为实际上具有保险的各种特征,其所支付的对价虽然不冠以保险费的名义,也不妨碍其有偿性。

### 四、善意合同

保险合同是善意合同。善意合同又称为诚信合同,通常合同的订立,无不出于当事人的善意;但保险合同的缔结更是基于当事人最大的善意。因保险的宗旨在于互助共济,当事人在订立保险合同时,保险标的通常为投保人掌握,保险人对于保险标的的状况往往较难详细调查,有赖于投保人的告知而决定其所负担的责任。其次,保险事故发生与否,与投保人对标的的保管是否已尽注意的义务密切相关,所以保险合同须具有善意性。这种善意性不仅适用于保险合同的当事人,即投保人与保险人。即使受益人、被保险

人也是一样。它一方面要求投保人、被保险人在订立合同时对于保险人书面询问有如实告知的义务,对于危险增加也有通知的义务,假若投保人不如实告知,不论是否出于故意或过失,均足以影响合同的效力;如有特约条款(或担保),更须以诚信履行条款。另一方面它要求保险人在订立合同时,应向投保人说明保险合同的主要内容,否则将导致未说明条款的无效。

### 五、继续性合同

合同以其所发生的债的关系,在时间上有无继续性为标准,可分为一时的合同与继续性合同两种。前者,其债的关系内容,一次即可实现,如买卖、赠与等;后者则须继续的实现,如租赁、保管等。保险合同的继续性,由汽车保险的标的物因保险事故发生而遭受损害时,保险人即应负赔偿的责任,而不是在理赔之后保险合同归于消灭。基于这个特性,所以私法上情势变更原则也适用于保险合同。如保险合同内所载危险增加时保险人可以提高保险费,危险减少时被保险人也得请求保险人重新核定保费。保险合同基于其继续性的特征,特别重视当事人之间的关系,其权益不得任意移转。且财产保险的标的为保险利益,保险利益为某一特定人对某一客体——包括有体物和无体物——所存在的一种经济上的关系,如果这种关系遭受侵害,该特定人将蒙受损失。所以原则上,保险利益随同危险负担的移转而转移,这时原投保人(原被保险人)的保险利益消失,保险合同应当终止,而新的保险利益承受人应另行觅保。但如果原保险合同所定的保险期间未过,基于经济因素的考虑,在法律上规定,合同效力延至于受让人。由此可见保险合同为继续性合同,具有对人合同的性质。

此外,保险合同基于其继续性的特征,与一时的合同有诸多不同之处,例如在保险合同生效之后,如果当事人之间因特定原因欲使合同消灭时,解除合同应当视为无溯及力,即合同权利义务关系的消灭只对将来发生效力,否则在效力消灭之前的法律关系将陷

于复杂混乱。保险合同继续性存在,就如自来水、煤气、电力供应合同等继续性合同一般,对合同当事人而言,特别重视信赖基础,要求当事人各尽其力实现合同目的,除给付义务以外,尚发生各种附随义务以维护当事人的合法权益。信赖基础一旦丧失,或因其他特殊原因难以期待当事人继续维持这种结合关系时,法律允许一方当事人有权解除合同。所以保险条款约定有较多的双方当事人解除合同的原因,与一时的合同中约定当事人不得擅自解除合同的严格遵循“恪守合同精神”形成鲜明对比。

## 六、非要式合同

保险合同为债权合同,和不动产物权移转合同的性质有别。因为不动产权的要式性规定意义,在于借合同文字来表示物权取得或丧失的效力,有文字依据,可以避免争执。保险合同内容复杂,为确定当事人彼此之间的权益,应当制作保险单或暂保单。但此也仅具有避免举证困难的作用而已。

保险合同的有效成立应依据一般债权合同的原则,当事人一方要约,另一方承诺,保险合同即有效成立。更何况,保险合同的内容在合同订立前都已由保险人拟定好作为依据,当事人另一方很少有机会改变。据此,保险合同的要式性似无存在的必要。如果须经单独设计保险合同内容,而双方当事人约定以要式方式履行作为保险合同有效成立的要件,当属例外。合同效力的发生以其是否须依采取一定方式,可分为要式合同与非要式合同。如果为要式合同,在未履行一定方式时合同原则上不产生效力。现代民法都以方式自由为原则,除法律特别规定或当事人特别约定外,大都为不要式合同。保险合同究竟是要式合同还是不要式合同,国内保险法学者见解不一。综合归纳,可分为三说:

1. 要式合同说。要式合同又称书面合同。该说认为我国保险法第12条规定:“……保险人应当及时向投保人签发保险单或者其他保险凭证,并在保险单或者其他凭证中载明当事人双方约定



的合同内容。经投保人和保险人协商同意,也可以采取前款规定以外的其他书面协议形式订立保险合同”。保险法第18条规定了一般保险合同应记载的法定基本事项,据此可认定为,保险合同的订立以具备一定的方式,载明一定的事项为要件,所以保险合同为要式合同。因此,保险合同的成立为法律行为中要式行为的一种,应采取保险单或其他凭证的书面形式。投保人所作出的投保的要约意思表示,与保险人所能承保的承诺意思表示,即使口头上已达成一致,但双方当事人未订立保险单或其他凭证的书面合同以前,尚很难说该保险已合法成立。

2. 不要式合同说。不要式合同又称口头合同或诺成合同,该说认为保险合同为债权合同的一种,以当事人双方意思表示一致为成立要件,因一方提出要约,另一方予以承诺,保险合同在实质上即成立,无论要约或承诺,都无须以特定方式作出,任何言辞或行为足以显示双方愿意接受特定条件拘束时,保险合同即成立,所以保险合同为不要式合同或口头合同或诺成合同。换言之,保险合同为诺成合同,当事人就保险条件(标的、费率、危险)的意思表示一致,合同即成立,保险单的制作与交付,仅为完成保险合同的最后手续,也是证明保险合同是否成立的方法。保险合同在法律上的效力,并不是自始系于保险单。

3. 保险责任开始说。该说认为由于保险法规定不够清楚,而保险合同与一般合同也并不尽相同,甚至各种保险有其特性,所以在实务上处理也不一致。因此如完全以一种说法加以处理,难免会产生以偏盖全之弊。况且合同成立或生效,在意义上究竟有何不同?也难解释清楚,所以以保险责任何时开始,比较简单明了。

上述三说各有其根据及理由。釜底抽薪的解决之道应修订现行保险法,将现行保险法第12条修正为“保险合同的保险人,因投保人的请求,应交付保险单”以止争论。但在保险法未修订前的现阶段下,笔者认为保险合同为不要式合同较妥。理由如下:

1. 保险法第9条关于保险合同的定义并未将保险合同为要式