

商法系列丛书

主编：徐学鹿

羊焕发 吴兆祥 著

保险法

市场行为法的基本理论与实务

人民法院出版社

商法系列丛书之十四·市场行为法的基础理论与实务

法律出版社

保 险 法

羊焕发 吴兆祥 著

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

保险法/徐学鹿主编. —北京: 人民法院出版社,
2000. 1

(商法系列丛书·市场行为法的基础理论与实务)

ISBN 7-80056-893-8

I. 保… II. 徐… III. 保险法-中国-普及读物 IV.
D922.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (1999) 第 66956 号

商法系列丛书之十四

保 险 法

——市场行为法的基础理论与实务

羊焕发等著

人民法院出版社

(北京东交民巷 27 号 100745)

北京人卫印刷厂印刷

850×1168 毫米 1/32 10.375 印张 254 千字

2000 年 1 月第 1 版 2000 年 1 月第 1 次印刷

印数: 1—3000 册

ISBN 7-80056-893-8/D·965

定价: 16.00 元

1 保险与保险法

1.1 保险概述

1.1.1 保险的概念

关于保险的概念，世界各国至今尚无统一、明确的定义。归纳各国学者的观点，一般有两种流派，即损失说和非损失说。

一、损失说

损失说，又称损害说，以损失概念作为其理论核心，保险则是赔偿或补偿损失的手段。损失说又可具体分为损失赔偿说、损失分担说、危险转嫁说三个学说。

（一）损失赔偿说

代表人是英国的马歇尔和德国的马休斯。马歇尔认为，保险是当事人一方收受商定的金额，对对方所受的损失或发生的危险予以赔偿的合同。马休斯认为，保险是约定的当事人一方根据等价支付或商定，承保某标的物发生的危险，当该危险发生时，负

责赔偿对方损失的合同。^①两学者的观点基本相同，都强调保险是一种赔偿合同，即一方先向另一方收受一定金额，在另一方发生损失或危险时，一方应予以赔偿。其后，美国危险及保险协会也给保险下了一个与上述二学者观点类似的定义：保险是将风险所造成的意外损失集中转移给保险人，当损失发生时保险人同意赔偿被保险人或者提供有关危险的服务。英国《1906年海上保险法》第1条明确规定：“海上保险契约是保险人向被保险人承诺，于被保险人受到海上损失，即海事冒险所发生的损失时，应依约定的条款和数额，赔偿被保险人的契约。”

该学说的缺陷有二：其一，该学说只强调保险的一部分内容，未涵盖保险的全部含义，即该学说只适用于财产保险，而不能适用于人身保险，因为在人身保险中，不是赔偿损失，而是给付保险金。其二，该学说将保险等同于合同，不能说明保险的全部内涵。

（二）损失分担说

代表者是德国的华格纳，他提出，从经济意义上说，保险是把个别人由于未来特定的、偶然的、不可预测的事故在财产上所受的不利结果，使处于同一危险之中、但未遭遇事故的多数人予以分担以排除或减轻灾害的一种经济补偿制度。此外，他还认为该定义适用于任何保险，包括财产保险、人身保险，甚至自保。^②该学说实质上强调多数互助合作的事实，因而将互助分担损失作为保险的核心。该学说的缺陷是：其一，它仅是从经济学的角度揭示保险的实质，而未能从法律角度指明保险机制的运作方式。其二，华格纳将“自保”纳入保险范畴，与其所说的“损失分担”是

①（日）园乾治著，李进之译：《保险总论》，中国金融出版社1983年版，第6页。

②《保险总论》，第7页。

自相矛盾的。

(三) 危险转嫁说

代表者是美国的魏兰特、克劳斯塔和日本的村上隆吉。魏兰特认为,保险是为了赔偿资本的不确定损失而积累资金的一种社会制度,它是依靠把多数的个人危险转嫁给他人或团体进行的。克劳斯塔认为,被保险人转嫁给保险人的仅仅是危险,也就是损失发生的可能性,所以是可以承保的,保险人把这种共同性质的危险,大量汇集起来,就能将危险进行均摊。村上隆吉认为,在聚集面临危险的多数人时,不是全部人经常会遭受事故,但是其中究竟何人可能遭遇事故全然不知,所以多数人必须自行提供小额的分担金,集中起来以解决少数人因灾害所造成损失的经济补偿。在这种情况下,少数人在经济上得到恢复,大多数则终是处于未遭受事故的状态。^①该学说是从危险的最终承担的角度来剖析保险的本质,即保险的本质是将被保险人中少数人的危险转嫁给保险人及其他多数被保险人。该学说实质上仍是在经济学上给保险下的定义,没有揭示其法律上的概念。

损失分担说与危险转嫁说在本质上并无多大差异,均是从经济学角度揭示保险的本质是多数人分摊少数人的损失。而损失赔偿说虽然是从法律角度解释保险概念,但其涵义却失之过窄。

二、非损失说

该学说完全摆脱损失这个概念,以克服损失说排除人身保险这样一个局限。非损失说主要有技术说、欲望满足说、所得说、经济确保说、财产共同准备说和相互金融机关说等。

(一) 技术说

^① 见前书,第8页。

该学说认为保险是把可能遭受多样事故的多数人组织起来结成团体，测定事故发生的比例，即概率，按此比例进行分摊，根据概率论的科学方法算定分担金要有特殊技术，这种特殊技术就是人身保险和财产保险的共同特性。该学说的代表人物是意大利的商法学家费芳德，他认为，保险不能没有保险基金，在计算这种基金时，一定要使保险人实际支出的保险金的总额和全体被保险人交纳的净保险费的总额相等。这种保险基金要通过特殊技术，保持保险费和保险价值的平衡。

由于现实生活中的诸多情形并不能用纯粹的数学方法来确定，所以按照该学说所设计的保险在现实生活中是不存在的。

（二）欲望满足说

该学说的倡导者拉扎路斯认为，保险是以损失赔偿和满足经济需要为其特征。另一代表人物意大利的鲍比认为，保险是当意外事故发生时，以最少的费用满足该偶发欲望所需的资金，并予以充分可靠的经济保障。

欲望满足说的缺点在于它以满足欲望为出发点，把保险事故和引起欲望的事故混为一谈，这就无法解释人身保险的情况。

（三）所得说

该学说认为，建立保险的根本原因在于经济上的不稳定，支配经济活动的是满足现在和将来的一切愿望，满足欲望的规律性行为除了存在于获得财物的时候，还存在于获得的手段的时候，并且欲望由于将来的意外事故会产生不足和不稳定的情况，因此经济上的准备就成为必要。保险的实质是有组织的储蓄，即通过经济准备，以便在将来经济不安定的情况下，把负担分摊给多数经营单位。

该学说指出保险的目的在于将经济不安定的负担予以分摊，这无疑是正确的，但它将保险等同于储蓄，忽略保险的自身特点，

是错误的。

（四）经济确保说

该学说认为，保险的目的是对所有可能遭受的损失提供经济保险，把满足需要作为保险目的。也就是说，所有加入保险的动机，都是在于对不确定的未来的灾害事故，得到经济上的保障。

（五）财产共同准备说

该学说实质是技术说与经济确保说的结合。它认为，保险是为了安定经济生活，将多数经营单位组织起来，根据大数法则积聚经济上的财富并留为共同准备的制度。

（六）相互金融机关说

该学说认为，保险是以偶发的事故作为发生条件的相互金融机构，也就是说保险是从偶然性的事实中找出概率，把分担金的计算立足于合理计算的基础之上，以保持给付与反给付的平衡及集体成员相互融通资金的金融机关。

该学说将保险与金融完全等同，是欠妥当的。

此外还有“二元说”，又称统一不能说，即认为应该对财产保险和人身保险作不同的定义。财产保险的性质是以损失为基础，但人身保险却不是。该学说又可分为三个学派，即人格保险说、否认人身保险说和择一说。

人格保险说认为，人身保险之所以是保险，不仅是因为它能赔偿由于人身上的事故所引起的经济损失，而在于它能赔偿道德方面和精神方面的损失，所以人身保险是非损失赔偿，而是人格的保险。

否认人身保险说认为，损失概念不能阐明人身保险的性质，如果坚持损失概念是保险的性质，则人身保险就不是保险。所以该学说认为，人身保险并不体现保险的性质，它是和保险不相同的另一种合同，即纯粹的金钱支付合同。

择一说认为不可能找出人身保险和财产保险的共同概念，但也不否认人身保险也是保险。并主张把人身保险和财产保险分别以不同的概念进行阐明。因此对保险合同的综合性定义应该是“保险合同不是损失赔偿的合同，就是以给付一定金额为目的的合同”。德国、日本商法典对损失保险和人身保险下的定义均是以择一说为基础的。

笔者认为，保险既是一种经济制度，也是一种法律关系。其经济学上的定义应该是：保险是为了确保经济生活的安定，将多数经营单位组织起来，共同建立保险基金，以对少数人因遭遇危险所受到的损失予以补偿的经济制度。此外保险也是一种法律关系，即由法律调整的存在于保险人与被保险人之间的社会关系。其法律定义是《保险法》第2条规定：“本法所称保险，是指投保人根据合同约定，向保险人支付保险费，保险人对于合同约定的可能发生的事故因其发生所造成的财产损失承担赔偿责任，或者当被保险人死亡、伤残、疾病或达到合同约定的年龄、期限时承担给付保险金责任的商业保险行为”。可见我国保险法对保险所下的定义也是以上述学说的“择一说”为基础的。

1.1.2 保险的特征

一、保险对象——危险具有特定性

建立保险制度的目的在于为了社会生活安定，而对因自然灾害或意外事故等特定危险所造成的损失予以补偿。该特征具有两层含义：一是只有存在危险因素，才能进行保险。保险界有一句至理名言，即“无危险，无保险”。二是保险的对象——危险是特定的，也就是说并非任何危险都可以构成保险危险。

所谓危险，是指在将来遭遇自然灾害或意外事故以致造成财

产损失或人身伤亡的可能性。它具有客观性、损害性、不确定性等特点。危险可按不同标准作不同分类。按性质不同,危险可分为纯粹危险和投机危险。纯粹危险是指只有损失机会而无获利可能的危险;投机危险是指既有损失机会,又有获利可能的危险,如商业上投机行为等。按对象不同,危险可分为财产危险、责任危险、信用危险和人身危险。财产危险是指导致一切有形财产毁损、灭失或赔值的危险;责任危险是指个人或团体因行为上的疏忽或过失、造成他人的财产损失或人身伤亡,依照法律、合同或道义应负经济赔偿责任的危险;信用危险是指在经济交往中,权利人与义务人之间,由于一方违约或违法行为给对方造成经济损失的危险;人身危险是指可能导致人的伤残死亡或损失劳力的危险。按原因不同,危险可分为自然危险、社会危险和经济危险。自然危险是指由于自然现象或物理现象造成损失机会的危险;社会危险是指由于个人或团体的行为造成损失机会的危险;经济危险是指企业在进行营利性经济活动过程中,由于对市场判断失误或投资不当等原因造成经营上的亏损甚至破产的危险。^①

保险制度中所说的危险,即可投保的危险,必须具备以下条件:

第一,危险的发生具有偶然性。该条件有两层含义:一是危险是否发生不能确定。即存在某种危险因素,但在将来可能发生,也有可能不发生。肯定发生的或肯定不发生的危险,不能成为保险危险。二是危险发生的时间、地点、原因和损失程度不能确定。某种特定事故虽然肯定发生,但其发生的时间则不能确定,比如虽然人必然会死亡,但不能确定何时死亡,因而可构成保险危险。但有一点须注意,危险发生的时间必然是在将来,对于过去的已

① 潘履孚主编:《保险学概论》,中国经济出版社1995年版,第6—7页。

经发生的或现在正在发生的危险，不属于保险危险。

第二，危险的发生具有意外性。该意外性也具有两层含义：一是危险的发生是不可预知的，可预知的危险往往带有必然性，因而不能构成保险危险。比如一个身体健康的人突然死亡，是不可预知的事情。而一个身患绝症的人死亡，则是可预知的，因而不属于保险危险，保险人不予承保。二是危险的发生或危险损害后果的扩展不是投保人或被保险人的故意行为所引起。如果是投保人或被保险人故意造成的，如投保人或被保险人自杀、纵火等引起的危险，不属于保险危险，保险不予赔偿损失或给付保险金。但当事人以外的第三人故意造成的危险，则属于保险危险，因为这对于当事人本身来说是不可预知的、非故意的。另外，保险标的物本身因自然损耗或缺陷所造成的危险，也不属于保险危险。

第三，危险不具有投机性。保险危险，一般是纯粹危险，即仅有损失机会而无获利可能的危险。而既有损失可能，又有获得机会的投机危险则不属于保险危险。比如股市风险、企业的经营风险，保险人一般不予承保。

第四，危险后果具有不确定性。也就是说，危险所带来的损害后果是预先不能确定的，即使危险的发生可预知。比如沿海地区遭台风袭击是可预知的，但台风所造成损失则是无法确定的，因而也属于保险危险，保险人可以予以承保。当然有些危险的后果可以确定，比如人的死亡，但因其发生的时间不确定，所以也可成为保险危险。

第五，危险的发生具有适法性。即危险发生的原因应当合法；如果违背法律或社会公德，则不属于保险范围。比如，被保险人因犯罪被判处死刑，则不能基于人寿保险合同要求支付保险金。

第六，危险的范围具有事先约定性。这是就具体保险合同而言的。只有发生当事人事先约定的危险，保险人才予以赔偿或给

付保险金。

二、保险具有经济补偿性

“无损失，无保险。”保险的机能就是对因危险而遭受的损失进行补偿，这也是被保险人或投保人参加保险的目的。被保险人以固定的、微小的保险费支出，换取遭受巨大损失时的及时补偿；保险人则是将分散的保险费集中起来，积累成巨大的保险基金，保证事故后能及时、充分地补偿被保险人的损失。保险就是通过转移危险和集合危险的方法达到事后补偿损失的目的。可见，保险具有补偿性的特点。

当然这种补偿不是恢复原状，也不是赔偿实物，而是通过货币支付的方式达到补偿目的。这就要求因事故所导致的损失具有可测定性，即能够计算价值，否则将无法实现保险赔偿。在人身保险中进行保险补偿具有特殊性。由于人的生命、身体是无法用金钱来估价的，所以保险不是补偿这种生命、身体的“损失”，而是补偿被保险人或保险受益人的精神损害。由于其价值无法测定，所以当事人将保险金预先确定下来，一旦将来发生人身伤害或死亡，则由保险人支付事先约定的保险金。

须注意的是，保险中的赔偿，通常称为理赔，与民事责任中损害赔偿是不同的。民事责任中的损害赔偿，是由于行为人违反了法定义务或约定义务而承担的侵权责任或违约责任，体现了法律的制裁特点。而保险中的赔偿，是保险人基于保险合同而履行约定义务，不体现法律的制裁特点。所以，笔者认为，严格地讲，保险中的赔偿实质不是赔偿，而是补偿，因而法律中规定为赔偿和实践中称之为赔偿，是不恰当的。

三、保险具有互助性

保险的基本原理是集合危险，分散损失，体现了“我为人人，人人为我”的理念。保险的实质是由多数人筹集资金，集中起来成为保险基金，一旦少数人因特定危险遭受损失，则用该保险基金来弥补。换言之，通过保险，将少数人的危险和损失，分摊到所有投保人身上，使危险和损失限制在最小范围内。从表面上看，所有参加保险的人彼此之间不发生直接的关系，但通过保险这个媒介，使他们之间在事实上建立了互助共济关系，即所有的投保人都支出保险费，为其中的少数投保人分担损失。也正是这种互助关系，才使参加保险的人共同受益。基于保险的互助性，参加保险的人越多，每个人的负担就越小，危险的分散就越广泛，保险基金就越稳定，从而投保人的损失补救也就越有保障。因此各国法律均对保险团体的成员规定最低人数限制，以保证保险的互助性。比如，日本保险法规定，相互保险公司的社员，必须在100人以上；美国纽约州保险法规定，相互保险公司的社员不得少于1000人；我国台湾保险法规定，财产保险合作社的预定社员人数不得少于300人，人身保险合作社的预定社员人数不得少于500人。

1.1.3 保险与类似概念的比较

一、保险与储蓄

保险与储蓄都是一种经济上的准备，即将现在收入的一部分储存起来，以备将来的需要。因此两者在准备财产这一点上是相同的，尤其是生存保险和混合保险的生存部分，与储蓄很难区别。

应该说,我们在实践中常见的生存保险和混合保险的生存部分,兼具保险和储蓄的特点,即当发生合同约定的危险时,由保险人支付保险金,此时其性质是保险;当未发生合同约定的危险,合同期满后,由保险人支付被保险人当初交纳的保险费及利息,此时其性质是储蓄。不过,保险与储蓄仍是两个具有较大不同之处的概念。其区别在于:

第一,储蓄是一种自助行为,而保险则是互助行为。储蓄是储蓄人以自己积聚的金额及利息,负担其将来的需要。而保险则是由被保险人先交付少量金额的费用,将来一旦发生损失,由多数人交纳的保险费来弥补被保险人的损失,因而体现了互助性。

第二,要求给付的条件不同。储蓄人可以随时或于储蓄合同期满时,要求金融机构支付其储蓄的本金及利息。而被保险人则因发生某种特定危险损失或于合同期限届满时,要求保险人赔偿损失或给付保险金。换言之,储蓄人于将来肯定能够得到储蓄本金及利息,而被保险人则不一定能够得到保险金。

第三,就单个合同而言,储蓄在给付和反给付之间,存在均等关系,即储蓄人得到的是其所储蓄的本金及一定比率的利息;而保险在给付和反给付之间,不存在均等关系,被保险人只要交纳少量保险费,即可在事故发生后或一定期限届满后,获得远远超过保险费的保险金。不过就保险的整体而言,给付与反给付存在综合的均等关系。

第四,保险是多数经济单位所形成的共同准备财产,除预定目的外,不能任意使用;而储蓄则是单独形成的财产,可自由使用。

第五,由于保险是集合多数人所交纳的保险费,分担少数人遭受的危险损失,并建立综合的均等关系,所以需要根据特殊技术,即用概率论的方法计算保险费率。而储蓄则是以自己积聚的

金额及利息，负担将来所需，因而无需采用特殊的计算技术。

二、保险与保证

保险与保证均是一种合同关系，其共同之处在于，两者都是以某种特定的偶然事件的发生作为合同履行的条件。在保证合同中，保证合同的履行以主债务人不履行债务为条件；在保险合同中，保险合同的履行以特定危险发生并致损失为条件。但作为两种不同的法律制度，两者之间存在着很多差别。

第一，保证合同是从合同，即从属于债务人和债权人之间的主合同，一旦主合同无效，作为从合同的保证合同也无效。而保险合同则是独立的合同，不依附于其他任何合同。

第二，合同履行的前提条件不同。保证合同的履行以主债务人不能履行或在主合同履行期届满没有履行债务为前提条件，并由此派生出一般保证人的先诉抗辩权，即在主合同纠纷未经审判或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，一般保证的保证人有权拒绝对债权人承担保证责任。而且保证人享有主合同中债务人的抗辩权。而保险合同的履行则以特定危险事故发生并致损失为前提条件，保险人只能以被保险人未履行合同义务为抗辩事由。即使在因第三人的责任发生危险事故致被保险人损失的情形，保险人也不享有“先诉抗辩权”，必须履行保险合同的义务。

第三，在保证合同中，保证人均享有代位求偿权，即向债务人追偿其代为履行的债务。而在保险合同中，保险人并不是都享有代位求偿权，只有在因第三人的责任发生危险事故致被保险人损失的情形，保险人才可以在赔偿或给付保险金后，向该第三人追偿。

第四，保证往往是保证人出于自愿，不能强制，可以有偿，也

可以无偿。而保险合同虽然大多数是被保险人的自愿，但也有少数保险是强制，如机动车第三者责任保险。而且保险合同都是有偿的，即被保险人必须向保证人交纳保险费。

第五，保证体现的是个人对个人的帮助，即保证人对被保证人的帮助；而保险则体现社会的互助，即通过保险这个媒介，达到多数人帮助少数人的目的。

三、保险与自保

自保是指某一单位筹集一部分资金作为储备，以对今后一般时期内可能遭受的损失进行补偿。可见，自保与保险都是风险管理的手段，都是准备一定资金，补偿将来可能遭受的损失。但两者存在以下区别：

第一，自保是一种自助行为，即以自己的能力应付自己可能遇到的风险。所以称为自留风险。而保险则是社会互助行为，即由多数人来共同应付少数人遇到的风险，所以称为转移风险、分担风险。

第二，在自保的情形，自保人对损失的补偿取决于其自留的资金多少。而在保险的情形，被保险人得到的补偿取决于损失大小，即在保险金额内赔偿实际损失，或者给付预定的保险金。

第三，在自保的情形，如果在一定期限内，危险未发生，则自保单位不需动用准备金，并拥有该资金；而在保险的情形，如果在保险期限内未发生危险，则被保险人不能取回其所交纳的保险费。

四、保险与赌博

保险与赌博都是射幸行为，即以将来可能发生的事件或其他不确定的事实作为一方履行给付义务的条件。具体来说，在

赌博中，参赌人是否获利具有很大的偶然性，是不确定的；在保险中，被保险人能否获得保险金也是不确定的，具有偶然性。所以在这一点上，两者性质是相同的。但两者存在很大区别：

第一，在多数国家，赌博是违法行为，为法律所禁止；而保险则是各国所允许甚至提倡的合法行为。

第二，赌博对社会会带来消极作用，不利于社会生活安定；而保险则可以通过分散危险，分担损失，达到互助共济，保障社会生活安定的目的。

第三，赌博的对象不受任何限制，可以是货币，也可以是实物，而且赌注的大小与参赌人获利大小无固定的比例；而保险则以保险利益为前提，保险费与保险金之间有一定的比例关系，而且在保险中，一般都以货币形式支付。

五、保险与慈善（救济）

两者都是对社会经济生活不安定的一种救助，目的都是维护和促进社会生活的正常与稳定。两者的区别在于：

第一，保险是互助行为，是有偿的，即被保险人须交纳一定金额的保险费；而慈善是无偿的救助行为，带有福利性质，被救济人无需支付任何财物。

第二，保险当事人之间存在权利义务关系，即保险人赔偿或给付保险金是履行其义务；而救济人与被救济人之间无权利义务关系，救济人纯粹是出于道义而对被救济人无偿赠与。

第三，保险金的支付是根据被保险人的损失大小或事先约定；而救济款物的给付无任何量上的限制，任由救济人自愿。

第四，保险均是采货币形式，比如交纳保险费、赔偿或给付保险金。而慈善可采取多种形式，货币、灾物甚至劳务均可。