



中央财经大学学术著作基金资助出版

保险合同 强制规则研究

方志平/著



中国财政经济出版社

中央财经大学学术著作基金资助出版

保险合同强制 规则研究

方志平 著

中国财政经济出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

保险合同强制规则研究/方志平著. —北京:中国财政经济出版社, 2007. 6

(中央财经大学学术著作基金资助出版)

ISBN 978-7-5095-0010-1

I. 保… II. 方… III. 保险合同-合同法-研究-中国
IV. D923.64

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 088992 号

中国财政经济出版社出版

URL: <http://www.cfeph.cn>

E-mail: cfeph@cfeph.cn

(版权所有 翻印必究)

社址: 北京市海淀区阜成路甲 28 号 邮政编码: 100036

发行处电话: 88190406 财经书店电话: 64033436

北京中兴印刷有限公司印刷 各地新华书店经销

880×1230 毫米 32 开 12.375 印张 306 000 字

2007 年 8 月第 1 版 2007 年 8 月北京第 1 次印刷

定价: 30.00 元

ISBN 978-7-5095-0010-1/F·0010

(图书出现印装问题, 本社负责调换)

前 言

保险业在中国的发展可谓方兴未艾，随着广大消费者经济实力的提高、风险安排观念的转变、保险监管由交易行为监管转向保险公司偿付能力监管以及迫不及待接踵而至登陆中国内地的大量实力雄厚、运作规范、人力资源丰富的外资保险公司与内资保险公司同台竞争，这些因素共同导致了保险与国人进行着越来越普遍的亲密接触。可以预见，在不远的将来，保险将成为人们经济生活中必不可少的一项日常安排。与此同时，广大的消费者、保险从业人员、保险司法人员甚至保险合同法学研究人员，对于保险合同法的认识所达到的程度，与我国保险业的发展远不相适应。要对先于我国统一合同法出台的保险合同法进行有效的衔接研究和认识，在“小荷已露尖尖角”的面向司法的法学研究整体背景之下，以保险合同强制规则的角度为切入点，认真地总结保险司法经验以及细致地分析保险实务中保险条款之内容，显得尤为必要。所谓保险合同强制规则指的是保险合同从成立、生效、变更以至最后消灭的整个过程，均受到来自于立法、行政与司法三种途径以等价平衡理念为指导的强制性力量的介入，以此不同程度地限缩保险参与人意思表示的界限或者直接对其意思表示进行不同程度的更改。本书运用信息经济学、比较法学以及法解释学的基本理论，结合保险合同法规范、保险公司展业中使用的保险条款，对保险合同强制规则的提出

的研究背景、性质界定、经济原因、强制路径以及强制范畴等问题进行了探讨和分析,冀望于保险合同立法、司法以及保险条款之拟订和评判,起到相当的规范和指引作用。

本书除导论外,分为六章:

第一章 保险合同强制规则提出的研究背景。对于国内保险合同法学研究体现的成果和存在的不足进行了梳理,认为保险合同强制规则能够提醒我们注意到保险合同法规范内部以及保险合同法规范与相关部门法之间存在的逻辑强制关系。保险合同强制规则是我们认识合同法与保险合同法的区别与联系的一个基本出发点。

第二章 保险合同强制规则概说。我国民法继受大陆法系,讲究提取公因式的概念介绍之后再阐述具体规则,在保险合同法领域也莫不如是。合同自由原则是意思自治贯彻到合同法领域内的自然结果,但是在以保险条款作为关键性内容的保险合同领域内,保险条款存在的不可协商性特质,导致其必须适用强制规则,以协调投保人、被保险人、保险人以及危险共同体的诸方利益。保险合同强制规则强调的是立法、行政、司法三种具有法律效力的途径对于保险合同的生成以及内容进行的介入,以不同程度地限缩或变更当事人的意思表示。等价平衡理念是保险合同强制规则的上位价值,可以避免在坚持保险合同强制规则过程中出现“自价值剥离”现象,同时使得保险合同强制规则具有一定的灵活性,以适应保险业的变革,因为后者会直接影响到保险合同法所追求的等价平衡原则实现的方式。保险合同强制规则具有重大的实践意义,它既可以指导保险司法,也可以醇化保险条款,更好地兼顾保险合同各方参与人的利益。

第三章 保险合同强制规则的经济分析。经济分析是法学研究的进路之一,在保险合同,它是保险学和保险法学共同研究的领域。学科的交叉对于我们研究保险合同法规则所提出的更高要求在

这里体现得淋漓尽致。保险合同作为最典型的信息不对称合同，投保人和保险人在信息占有和传递方面，各有优劣势。保险交易从发生到终止过程中，当事人都负担了大量的信息提供义务。保险合同强制规则中对当事人信息提供义务的配置实质上是为了削减和调整投保人与保险人在具体背景下所占据的优势地位，以有效防范投保人的逆向选择和道德风险，同时使保险真正发挥消化损失、转移危险、维护安定以及尽力恢复相对人再生能力的保险宗旨，即“我为人人，人人为我”。

第四章 保险合同强制规则的基本途径。公权力介入私人自治领域的有效法律途径，包括立法、行政和司法。其中立法中的法律规范类型设置，是保险合同强制规则作用于具体保险合同的一个逻辑起点。保险合同法中存在大量的强行性规范，当事人不得以特约来排除。同时，保险合同法中的任意性规范具备一定的强制性作用，因为保险合同法领域内的“当事人另有约定除外”之“另有约定”与合同法领域内相同术语存在天壤之别，后者建立在当事人自由协商的基础上，而前者实质上沦为保险人的“单方约定”。立法管制派生了行政和司法管制。行政管制主要体现在保监会对于保险条款之监督上，从以前的保监会直接制定保险条款，发展到现在的由保监会审批或备案保险条款，都体现了行政对保险合同生成的管制。但是行政管制具有谦抑性，不得排斥司法审查。由当事人启动的对于保险合同之司法审查，是公权力对保险合同介入的最后一条正义保障线。有权裁判机关对保险合同进行司法审查时，需要坚持以等价平衡理念为指导的强制规则，对保险合同的生成效力以及内容效力进行法律上的评判，以维护保险之公平与公正。

第五章 保险合同的程序强制，主要介绍保险合同的生成过程中存在的行政管制，即保监会的介入以及司法审查和对当事人缔约信息提供义务。保监会介入保险合同生成主要体现为对保险人初步

拟订的保险条款进行审批或者备案,从保护资讯获取能力较弱小的广大保险消费者角度言之,此程序的缺乏将直接导致保险人承担行政法上的后果,但并非保险合同效力瑕疵的来源。对于保险合同生成过程中的司法审查,重点集中在保险人的说明义务以及相对人的告知义务。保险人的说明义务之履行,应兼顾保险对象广泛知识水平不一以及保险条款内容庞杂的现实特点和困难,法律应赋予保险人就不同保险条款所进行说明应采取的方式作出不同规定。影响相对人利益甚重者,譬如犹豫期条款、解除条款、免责条款等应由保险人进行主动的口头和书面方式相结合的说明;而对于其他条款则在相对人提出询问之际由保险人被动说明。相对人告知义务之履行,鉴于保险人作为专业人士对于影响其是否承保或是否增加保险费的关键信息较之相对人掌握得更加全面和准确,因此相对人告知义务的发动应由保险人询问而引起。保险人说明义务与相对人告知义务之间存在前后衔接的关系,若因保险人之过错导致相对人未能履行其告知义务,则保险人不得以此抗辩拒绝承担相应的保险责任。

第六章 保险合同的实体强制,包括但不限于保险合同无效规则和保险合同解除规则。保险合同无效规则体现了国家公权力对于保险合同当事人意思表示的强制性介入,可分为保险合同全部无效和保险合同部分无效。危险不存在、缺少合格保险利益、恶意重复保险、单纯以被保险人死亡为给付保险金条件未经被保险人书面同意之保险合同皆无效,当事人不得以特约来排除。免责条款中存在违反等价平衡理念、违反强行法或具有强行性的任意法规范而部分无效、非寿险与寿险中均存在部分无效之可能。保险条款中符合保险合同部分无效规则者,则有权裁判机关应宣告此条款部分无效,保险合同其他部分仍有效。保险合同的解除是保险合同法中非常重要的内容,在保险合同法仅有的六十九个法律条文中,十一个条文

对保险合同的解除有所涉及。保险合同法对于保险人和投保人之合同解除权进行了区隔性配置，原则上投保人可以解除保险合同而保险人不得解除保险合同。保险人解除保险合同必须具备法定原因或者约定原因。保险人约定解除权之发生，必须符合保险合同强制规则的限制，不得任由保险条款的实际拟订人、保险人设置范围广阔的解除事由、使得保险人规避保险合同法的规范而享有实质意义的“任意解除权”。有权裁判机关必须坚持以等价平衡理念为指导的强制规则为裁断标准，对于保险人在保险条款中约定的解除事由进行效力评判，以落实保险转移风险和消化损失的意旨。

正确认识保险合同强制规则，对于我们衔接合同法学与保险合同法学的研究，方便保险纠纷的司法裁决，针对保险人拟订保险条款的效力评判，维护投保人、被保险人、保险人和危险共同体的利益，具有重大的理论和实践意义。

目 录

导 论	(1)
一、研究主题的确定	(1)
二、研究的方法论	(11)
三、基本术语及结构	(17)
 第一章 保险合同强制规则提出的研究背景	(40)
一、保险合同研究的内容和成果表现形式	(40)
二、保险合同研究存在的问题	(42)
三、保险合同强制规则研究的意义	(68)
四、小结	(75)
 第二章 保险合同强制规则概说	(77)
一、保险合同强制规则提出的理论与现实背景	(77)
二、保险合同强制规则的定性分析	(95)
三、保险合同强制规则的上位价值	(104)
四、保险合同强制规则提出的意义	(120)
五、小结	(128)
 第三章 保险合同强制规则的经济分析	(131)

一、信息不对称：保险合同是信息交换合同	(131)
二、委托——代理理论与保险合同	(134)
三、保险合同强制规则：信息激励机制的合法化	(148)
四、小结	(152)
 第四章 保险合同强制规则的基本途径	(154)
一、立法	(154)
二、行政	(172)
三、司法	(185)
四、小结	(196)
 第五章 保险合同的程序强制	(201)
一、保监会介入	(201)
二、保险人说明义务	(217)
三、投保人、被保险人告知义务	(249)
四、小结	(269)
 第六章 保险合同的实体强制	(273)
一、保险合同无效规则	(273)
二、保险合同解除规则	(332)
三、小结	(360)
 结 论	(364)
 主要参考文献	(369)
 后 记	(384)

导 论

一、研究主题的确定

“天有不测风云，人有旦夕祸福”是我们耳熟能详的谚语，而“算命先生”卜知人的未来，无论在历史上还是网络发达的现代社会的民间，都有存在的空间。这里面体现的是一种朴素的风险管理意识，即“风险回避”，设法排除风险并将损失发生的可能性降到零。此中也不难窥见，保险制度作为一种具有高度伦理性和专业技术性的商业行为规则，并非出自中国人的设计和发展，而是由西方“舶来”。保险者，“为确保经济生活之安定，对特定危险事故发生所致之损失，集合多数经济单位，根据合理计算，共同聚资，以为补偿之经济制度。”^① 简言之，保险作为一种以经济保障为核心目

^① 袁宗蔚著：《保险学——危险与保险》，首都经济贸易大学出版社 2000 年 2 月第 1 版，第 52 页。

标的经济制度安排，其本质在于保险人通过对不确定事件发生的数理预测和收取保险费的方法，建立保险基金；以合同契约的形式，由大多数人来分担少数人的损失，实现保险购买者风险转移和理财计划的目标。^①

制度经济学研究的成果说明，在现实的经济运行当中，制度是决定经济运行效率的关键性内生变量。所谓制度，是指一种社会游戏规则，换言之，制度是为解决人们的相互关系而设定的一些规则。制度对于人的意义在于它确定了人类行为的选择集合，是人们建立、变更和消灭关系的基本规则。制度的构成内容包括三部分：正式制度（比如规则、法律、宪法）、非正式制度（比如行为规范、社会惯例、施加于己的行为准则）以及它们的实施特征。其中，非正式制度作为在一个社会中传承下来的信息及文化遗产，它往往表现为一个社会中有驻存性、连续性特征的价值信念、伦理规范、风俗习惯和意识形态等。因此，相对于正式制度而言，非正式制度的约束空间更为广泛。这是因为，非正式制度的特征就在于它是人们自觉或非自觉遵守的行为惯例，而这种行为惯例一旦经由长期驻存而变成大家自觉行动的共识，它就对市场的运行有一种规范与约束，从而构成为市场运行的保障力量。如果说竞争是市场运行的动力系统的话，非正式制度就是市场运行的自动平衡与规制系统。缺乏这两个系统的任何一个，市场就不能有效运行。非正式制度所具有的这种广泛性及其对市场机制的保障作用，使得其不但是

① 英国劳合社承保某名人的特殊风险，如电影演员的眼睛、钢琴演员的手指、足球运动员的脚，这无疑并不符合传统保险中所要求的同类风险之保险单位的要求。保险学家认为，一方面，随着科学技术手段的发达和资本市场的成熟，一些原先被认为是不可保的风险也成为了或将可能成为可保风险。另一方面，传统可保风险仍然是保险市场的主流。毕竟，“英国劳合社的承保市场上所出售的某些承保名人身体特殊部位的产品具有炫耀功能。”参见孙祥祥著：《保险学》（第3版），北京大学出版社2005年1月第3版，第29页。

市场机制发挥作用不可或缺的部分，更成为一个社会中正式制度的载体。^① 以下笔者拟从保险发展的非正式制度之保险思想方面来具体考察中国保险发展的现状及前景，探究我国不断增长的保险消费需求与人们对保险合同的认知缺失存在的紧张关系。

保险思想对于保险法上保险合同规则设计在实际中的运用有两方面的影响：第一，在保险展业方面，普通消费者对于保险文化的认同，是保险业发展的一个重要前提。中国传统文化推崇“富贵在天，生死由命”，信奉“养儿防老”。“修身、养性、齐家、治国、平天下”的儒家思想使中国人更看重家族的利益，由此使家庭保障极为发达。在举国实行计划生育、全面推行市场经济的整体社会背景之下，随着小型家庭甚至两人要照顾、扶助多人现象的出现，人们对于经济安全的要求将越来越高。保险作为一种风险转移机制，能够为人们提供此方面的保障。另外，在其他因素不变的情况下，税收政策对人们购买保险具有鼓励的作用。例如，在许多西方国家，人们之所以有动力购买人寿保险，就是因为购买保险的收入可以免税或者延迟缴税等。根据我国税收法的规定，保险金属于免税项目。第二，在保险纠纷方面，保险合同参与者对于纠纷解决机制的偏好和选择，是直接影响保险合同法由书面进入现实生活的关键因素。尤其是在推崇诚信、竞争激烈的保险市场中，各个保险公司为了推广自己的保险产品，往往在本不应承担保险责任的场合，实行通融赔付以赢取消费者的认同。“纠纷大抵未经搬出契约、潜在的或存在于现实中的法律制裁而得以解决。在为解决纠纷而进行的交涉中，当事人对言及法律权利和提起诉讼表现踌躇不

① 蒲海成：“论保险市场运行的非正式制度环境”，《保险研究》第8期。

前。”^① 中国消费者保险思想的发展是一个渐进的过程，它通常受下面三个因素的影响。

（一）风险处理方法的选取

法人在经营活动和人们在生产劳动、日常生活中常遇到各种自然灾害和意外事故的侵袭，并因此导致财务、利润损失和人身伤亡。该类损失的发生具有不确定性，即损失是否发生，发生的时间、地点以及损失的大小等都不能确定。不同的人对风险的认知会截然不同，对风险的高度认知会采取谨慎和保守的行为，低度的认知会引发冒险行为。^②

对于这些危险的处理，根据承受危险主体的不同，可以分为三种：第一，由自身承受，包括亲属朋友的接济帮助；第二，由国家承受，如政府救助资金的分配；第三，由不特定之他人承受，这又可分为两类，一是无合同前提的捐助，二是有合同基础的保险转移。有合同基础的保险转移与无合同前提的捐助相比较，具有但不限于如下二个方面的优点：（1）有合同基础的保险转移风险可以解决中国人的面子问题。受损人因支付了少量保险费，发生保险事故时获得赔付，因为存在合同基础，便更心安理得一些。（2）保险赔付具有一定的确定性。受损人因保险事故之发生，可向保险人主张赔偿金或给付金。但是捐助具有不确定性，他人因动情或怜悯或好心等对受损人的捐助行为及捐助数额，全由捐助自主决定。在中国医改、房改、教改的情况之下，行为人没有理由不考虑为自己购买一份商业保险，以防“屋漏逢暴雨”。中国保险业起步晚、

^① [日] 内田贵著，胡宝海译：《契约的再生》，中国法制出版社 2005 年 1 月第 1 版，第 43 页。

^② 汪建贇、王小兵、施天岳、郝钢、左权编著：《保险合同实务》，知识产权出版社 2005 年 2 月第 1 版，第 189 页。

基础差、底子薄，整体发展水平低是一个不争的事实。主要表现在以下三个方面：一是规模小。在国际上，一般通过两个指标来衡量一个国家保险业的总体发展水平。一个是保险深度，就是保费收入占 GDP 的比重。2003 年，世界平均为 8.1%，中国为 3.3%，世界排名第 44 位。另一个是保险密度，就是人均保费。世界平均为 470 美元，中国为 36 美元，排名第 71 位。从国内看，保险业与银行业相比差距也比较大。目前，中国银行业总资产已达 27 万亿元，保险业总资产为 1.1 万亿元，仅相当于银行业总资产的 4%。二是覆盖面低。从财产险看，目前中国家庭财产保险投保率仅为 5% 左右，公众责任保险的投保率不到 10%，即使作为产险业务主要险种的机动车辆保险，投保率也只有 30%。而在发达国家，这些险种的投保率一般在 80% 以上。从人身险看，人均保单持有量仅为 0.1 件，远低于发达国家 1.5 件以上的水平。同时，中国由商业医疗保险提供保障的人群仅占总人口的 3% 左右，而在发达国家，这一比例一般达 60%。三是保险的功能和作用发挥不充分。在欧美发达国家，保险赔款占灾害损失的比例一般超过 20%。去年，全球灾害总损失近 700 亿美元，保险赔偿达 185 亿美元，占 1/4 以上。而在中国，保险赔偿占灾害损失的比例仅为 1%。如去年以来发生的重庆开县“12.23”井喷事故、北京密云“2.5”重大游园事故和吉林中百商厦“2.15”火灾等几起重大人员伤亡事件，保险赔付都很少。特别是重庆开县发生的井喷事故，社会影响非常大，保险赔付只有 20 多万元。^① 像美国布兰克法官于 1943 年在关于“东南部保险人联盟”的判决书中所描述的，“在对人类全部生活的直接影响方面，也许没有哪个现代企业能像保险企业一样，达到如此广泛的人群。保险会涉及每个家庭、每个行业、每个公司里

① 吴定富：《保险业与经济社会发展有差距》，浏览于中新网 2004 年 10 月 13 日。

的每一个人。”^①在日本，一个人有多份保险，甚至十几份保单并不见怪，最典型的现象是日本女孩子认为没有保险单的老公不能嫁。外国人认为保单越多，体现一个人的价值越高，对家庭的责任心越强。我国保险业要发展到这样一个程度，仍然任重而道远。

与保险覆盖面低相应而生的是我国消费者保险知识远未普及。譬如中国消费者协会笼统地将保险条款中的某些内容称为霸王条款；还比如2004年11月初，人保推出新版车险引入免赔制度，也曾引发市场轩然大波，是“变相涨价还是霸王条款”的争论热度十几天持续不减；再比如新生命表的出台引发了寿险涨价的长篇累牍的新闻报道。实际上，新生命表、免赔制度的推出，都是我国保险业发展逐步与国际惯例接轨的体现，之所以遭受如此“礼遇”，从一个侧面暴露了媒体、公众对保险认识尚有偏颇之处。保险及保险知识的匮乏，必然导致对保险发展过程中出现的新事物缺乏判断力。^② 保险知识的普及，对于投保人挑选适合自身的保险产品也有重要的意义。通过买保险可以降低和减轻自己及家庭因风险带来的损失，一般来说，应该从两个方面来考虑补偿结果：生前补偿多，还是身后补偿多。也就是买了保险之后要弄清自己想生前拿得多还是身后后拿得多。如果准备自己生前拿得多，可以购买一些保障型的重大疾病保险、住院津贴型的保险和意外伤害保险。风险来得突然，一旦患大病，支出会呈直线上升的趋势。买了保障型的保险产品，就可以在一定程度上避免家庭“屋漏逢暴雨”的窘境，万一身故，还可获得一笔身故金。买保障型的保险产品，对于中等以下

① [美] M. S. 道弗曼著，齐瑞宗等译：《当代风险管理与保险教程》（中译本），清华大学出版社2002年版，第1页。

② 王小平：“谁该为保险知识普及迟缓负责”，《金融时报》2005年11月26日。

收入的个人和家庭尤其需要。意外伤害保险是人人都需要的，这类保险产品，一般花费不多，保障程度却很高。如果准备身故后拿得多，那么除了买上述一些保障类的产品外，重点还可买些既带保障更带投资性质的保险产品。一般而言，投资类的保险产品重在投资回报，同时身故金也比较高。投保人购买这些产品，就不至于自己身故后给家庭造成不可弥补的损失。一个理性的消费者只有弄清楚了自己的需求以及与之对应的保险产品，他才可能去与保险公司进行交易，否则保险公司只能是“高处不胜寒”了。

综上，公众的保险需求、保险意识及对保险的理解与支持是促进保险业发展的重要社会基础，中国的保险市场发展需要保险专家学者和保险企业同样成为保险知识的传播者。但是，保险以专业性、技术性著称，不但消费者，就连保险法学者都会对保险存在不同程度的误解。譬如有学者认为，“无过错责任是商行为后果承担上的特殊之处，体现了商行为的主体承担较民事行为主体更为严格的责任。具体表现有：保险人对投保人或被保险人的责任，即使是不可抗力所致，亦应负责。”^①显然，在引发保险赔偿或给付的保险事故中，很多都属于不可抗力。但是这是保险的应有之义，并不是由于贯彻商行为的严格责任规则才导致的结果。

（二）经济上可能

保险制度是现代工商社会中用来替代传统社会中损失由个人消化的一种工具。在损害发生时，只要能够获得一定保险保障，个人以及团体的再生能力都非常强，不会因为一时的损失而萎靡不振，仍然可以东山再起。要使得这种再生能力、维持能力顺利发生效

^① 任尔昕、石旭爱著：《商法理论探索与制度创新》，法律出版社2005年8月第1版，第147—148页。