

保险法评论

第四卷

Insurance Law Review Vol.4

保险告知义务研究

格式保险条款无效裁判研究

人身保险利益法律规定七宗罪及其救赎

保险利益原则适用若干问题探析

自助卡式电子保单相关问题研究

论在我国保险法上确立合理期待原则

司法实践视角下保证保险制度法律化的基本方向

董事责任保险中合理确定保险金之关键

关于房屋贷款保证保险合同纠纷的若干法律问题探讨

机动车强制责任保险中受害人直接请求权制度研究

“意外伤害”的认定与航意险下保险人说明义务之履行

重大疾病保险金请求权与遗产

环境责任对保险业可能带来的影响



谢 宪◆主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

保险法评论

第四卷

Insurance Law Review Vol.4



法律出版社

LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

保险法评论. 第4卷 / 谢宪主编. —北京: 法律出版社, 2012

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2959 - 7

I. ①保… II. ①谢… III. ①保险法—研究 IV.
①D912. 280. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 270109 号

保险法评论(第四卷)

谢 宪 主 编

责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 787 毫米×1092 毫米 1/16

版本 2012 年 3 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 21.5 字数 455 千

印次 2012 年 3 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2959 - 7

定价:45.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

改革开放以来,随着我国国民经济的发展、人民生活水平的提高,保险业迅速发展,保险经营主体日益增多,保险深度及密度逐步提高,保险业在分散经济主体风险、维护社会和谐等方面发挥着越来越重要的作用,已成为国家金融体系的重要组成部分。

伴随着保险的普及,保险合同纠纷亦大量发生,很大程度上影响了我国保险业的健康发展,甚至引发国民对保险业、保险制度的信任危机。2009年10月1日,经第二次修订的保险法顺利实施,其进一步明确了保险活动当事人的权利、义务,加强了对投保人一方的利益保护,同时也进一步完善了保险行业基本制度以及明确了保险监管机构的职责,强化了监管手段及措施。总之,此次保险法的修订与实施标志着我国保险业法制建设跨上了一个新的台阶。然而,新法的许多条文在法律适用上依然存在争议,除了亟待司法解释的出台外,理论研讨也必不可少。然而,鉴于我国保险法的历史相对较短,学术界迄今为止对保险法研究的重要性认识不足,理论积累不够深厚,从以往的经验来看,很难对该法的解释提供强有力的理论支撑。

针对司法实践亟待成熟的保险法理论支持、而理论研究亟待深化之现状,中国保险监督管理委员会江苏监管局与南京大学法学院共同筹划,力邀国内外著名保险法学者及司法界、保险监管部门以及保险实务界的专家学者担任编辑委员,组织出版了《保险法评论》丛书,希望能为保险法理论的深入研究提供一个共同参与、多方互动的平台。本评论欲以理论研究为基础,以为司法实践提供可操作性解决路径为目的,在文章的甄选上偏重于对司法实践疑难问题解决具有参考价值的论文,以期办成具有鲜明法解释论色彩的、引领国内保险法学理论研究的学术权威平台。本评论自第三卷起改由法律出版社出版,并增大开本,力求在内容及形式上均有所创新。

本评论将竭力确保所选论文观点之独立性,但各作者的主张并不当然代表其所属单位之观点,更不代表编委会之观点。同时,鉴于我们的学识、能力所限,编辑上难免存在各种疏漏,敬请读者原谅。

《保险法评论》编委会

· 保险法总论研究 ·

保险告知义务研究

- 兼评保险法第 16 条 林海权(3)

论我国保险法上的如实告知义务

- 兼论保险法第 16 条立法的优点与不足 马更新(20)

格式保险条款无效裁判研究 刘建勋(32)

“承诺前死亡”、预收保险费与保险人责任之承担 王 静(47)

人身保险利益法律规定“七宗罪”及其救赎 潘红艳(56)

保险利益原则适用若干问题探析

- 兼论台湾地区保险利益原则之借鉴 吴红娥(69)

论人身保险合同不可抗辩条款的适用限制及例外 宋永存(83)

自助卡式电子保单相关问题研究 邢嘉栋(92)

论在我国保险法上确立合理期待原则 李 利 许崇苗(110)

· 保险法分论研究 ·

司法实践视角下保证保险制度法律化的基本方向 张建文(121)

董事责任保险中合理确定保险金之关键

- 赔偿责任与抗辩、和解费用之分摊 孙宏涛(135)

关于房屋贷款保证保险合同纠纷的若干法律问题探讨 倪佳丽(150)

机动车强制责任保险中受害人直接请求权制度研究 刘熾妮(159)

· 保险监管与经营 ·

保险金融集团综合经营与客户信息保护之平衡 李祝用 姚兆中(187)

论保险监管行政处罚裁量权的合理运用 缪 晨(199)

· 案例评析 ·

意外伤害的认定与航意险下保险人说明义务之履行

- 全国首例“航意险索赔案”的冷思考 李伟群 林一青(209)

重大疾病保险金请求权与遗产 偶 见(223)

· 外国保险法研究 ·

- 环境责任对保险业可能带来的影响 [美]约瑟夫·塔内加(237)
- 日本损害保险中的法律问题
——以因果关系不存在特则,危险变动等问题为中心..... [日]山本哲生(259)
- 《德国保险合同法》的改革 [德]沃尔夫冈·吕摩尔(270)
- 韩国保险契约法的修订方向 [韩]Choi Byung Gyu(288)

· 法院调研 ·

- 2010 年度上海法院保险纠纷案件审判调研报告 王国军 董 庶(305)
- 苏州市中级人民法院保险纠纷案件审理情况调查报告
..... 苏州中院民二庭课题组(315)

保险法总论研究

保险告知义务研究

——兼评保险法第 16 条

林海权*

〔摘 要〕 保险告知义务是保险法的一项重要制度,我国原保险法第 17 条对其作了明确规定。但在实践中,对该条如何理解和适用存在很多问题和争议。新保险法第 16 条在原保险法第 17 条的基础上进行了完善,增加规定了不可抗辩条款,并对违反告知义务的构成以及法律后果进行修正。笔者将从保险告知义务的理论基础出发,对保险告知义务的主体、内容以及法律效果等方面展开讨论,并对保险法第 16 条进行评析。

〔关键词〕 保险告知义务 不可抗辩条款

一、保险告知制度的基础理论

1. 保险告知义务的立法目的

保险合同属于民事合同。根据私法自治的一般原理,合同双方当事人的权利义务由当事人自己确认,因此在一般合同中不存在告知义务。^①正如阿狄亚所言,“拟订立合同的双方当事人并没有相互交换信息的义务。每一方都必须自己决定和通过自己的判断决定是否订立合同,任何一方都没有义务将他所知道的可能会影响他方决定是否订立合同的其他事实告诉他方。”^②那么保险合同法为什么要抛弃“合同自由”的基本原则,建立保险告知义务制度?这要从保险制度的产生说起。

* 林海权:最高人民法院民二庭法官,法学博士。

① 现代合同法中,虽然基于诚实信用原则产生了缔约前的告知辅助义务,但其程度远远不及于保险合同。

② [英]P. S. 阿狄亚:《合同法导论》,赵旭东等译,法律出版社 2002 年版,第 259 页。阿狄亚进一步说,在一个自由经营的社会里,贸易和商业的全部实质是当事人各方处于“保持距离”的情况之下,正如法学家所讲的,彼此在平等基础上相互竞争,每一方为了获得最好的交易条件都有权充分利用他所拥有的一切信息;任何一方都没有义务去帮助他方。从某种意义上讲,这就是合同自由和经营自由的本质所在。

现代保险制度来源于海上保险。当时的保险业刚刚起步,专门的保险经营技术还没有出现,专业的保险公司没有产生,投保对象主要是处于航海过程中的货物或者船舶,投保人一般都是从事海上贸易的商人,保险交易都是独立的交易。在这种情况下,保险人与投保人相比在经济和专业上都不处于强势地位。由于投保标的完全处于投保人的控制之下,保险人对保险标的风险状况的评估在很大程度上依赖于投保人的陈述,投保人的隐瞒和不实告知将使保险人无法正确评估风险,并可能破坏保险运行的基础。因此,为了推动保险业的发展,有必要在法律上确立保险告知义务,要求投保人在投保阶段必须向保险人如实披露与保险标的相关的信息,以确保保险人在订立合同阶段能够了解足够的信息以决定是否承保以及确定保费。也就是说,此时的保险告知义务是为了弥补保险人搜集信息能力的不足而产生的,该阶段保险告知义务的立法目的在于保护保险人。

随着保险业的发展,保险行业从海上保险发展到陆上保险,从财产保险发展到人身保险以及各种责任保险、保证保险、信用保险,保险标的逐渐多样化,几乎所有可能遭受风险的利益都可以作为投保对象,保险行业从商业领域延伸到生活领域。与此相适应,保险人不再是普通的商人,而是专门经营保险业的保险公司,而且随着保险行业的不断成熟和科学技术的进步,保险人搜集信息以及控制风险的能力大大提高;投保人也不仅仅是从事贸易的商人,也包括广大普通消费者,而且该类投保人的数量越来越大;与大规模的保险相适应,保险缔约过程逐渐形成完善的投保制度,保险人往往会通过询问表的形式要求投保人就与保险标的相关的重要事实进行告知,而且保险合同的形式往往都是以保险公司提供的格式合同的形式出现。在这种情况下,作为专业经营机构的保险公司在经济和技术上的优势逐渐显示出来,投保人在合同订立过程中无法与保险公司进行讨价还价,保险人,即保险公司经常会以投保人没有履行告知义务拒绝承担保险责任,传统的保险告知义务制度沦为保险公司推卸保险责任的工具。为了扭转这种局面,各国立法对投保人承担的告知义务的内容以及保险公司享有的解除权进行限制,防止保险公司擅自利用保险告知义务制度为自己开脱责任。可以说,该阶段保险告知义务的主要目的是对保险人擅自利用保险告知义务制度拒绝理赔的权利进行限制,维护投保人和被保险人的利益。

从保险告知义务的发展历程可以看出,保险告知义务制度通过对权利义务关系进行配置,在保险人和投保人之间合理地分配信息搜集责任,其实质是对当事人订立保险合同阶段的权利义务关系进行介入。同保险公司与投保人力量关系的演变相适应,保险告知义务的立法目的经历了从保护保险人到保护投保人以及被保险人的发展过程。

2. 保险告知义务的理论基础

研究保险告知义务的理论基础是对告知义务存在的合理性的说明。研究告知义务的理论基础首先是解决制度告知义务存在的合理性问题,其次是在理论中找到合理界定告知义务边界的依据。自保险告知义务产生以来,有关保险告知义务的学说众多,有最大善意说、意思合致说、射幸契约说、瑕疵担保说、危险测定说、信息不对称说、消费者行

为说等。^①以何种学说作为保险告知义务的理论依据,不是一个事实问题,而是一个价值判断问题,这主要是由保险制度的运行特征以及保险告知义务的立法目的所决定的。

在保险制度产生初期,保险交易主要是个别交易,保险合同的订立与普通合同没有差别。在该阶段,保险告知义务的主要目的在于弥补保险人的信息劣势,对保险人与投保人之间在信息控制方面的不平等地位进行矫正。因此,该阶段保险告知义务的理论依据主要是最大善意原则或者诚实信用原则,要求投保人在保险合同订立之时应本着最大善意原则将所知悉的一切重要事实,如实地告知保险人。根据最大善意原则建立的保险告知义务,在告知方式上,采纳主动告知主义,要求义务人主动告知与保险标的有关的信息;在告知范围上,采纳无限告知主义,要求义务人告知所有与保险标的有关的信息,不考虑义务人的主观状态;^②在告知义务违反构成上,不需要主观归责,也不需要结果要件,只要在客观上没有告知即构成告知义务的违反,不管投保人在主观上有没有过错,也不考虑没有告知的内容与保险合同的订立或者保险事故的发生是否有关系;在告知义务违反的后果上,保险人享有的解除权基本没有受到限制。

随着保险制度的发展,保险交易从个别交易发展到大规模的交易,在保险合同的订立中,保险公司建立了一套比较完整的订立程序。该阶段,保险告知义务的主要目的并不在于要求投保人如实告知与保险标的相关的事实,而是在于防止保险人强加给投保人过重的告知义务。因此,以最大善意或者诚实信用原则为依据来构建保险告知义务制度不再符合保险业发展的需要,需要对最大善意学说或者诚实信用学说进行修正,甚至以新的学说来取代。英美法系国家虽仍以最大善意原则作为告知义务的理论基础,但对最大善意原则的理解已经发生很大的变化,特别突出的是将投保人主观状态纳入考量范围。在大陆法系国家,作为对诚实信用原则补充的危险测定说以及对价平衡说得到越来越多学者的认可。^③二者共同点在于,认为保险告知义务之所以存在乃在于保险人测定风险的客观需要,以求保险费以及保险人所承担危险之间对价的平衡。根据该理论基础建立的保险告知义务,在告知方式上,采纳询问告知主义,义务人只在保险人询问范围内承担告知义务;在告知范围上,采纳有限告知主义,义务人仅就其所知悉或应当知悉的承担告知义务;在告知义务违反构成上,只有投保人主观上存在过错或者告知义务的内容与保险合同的订立或者保险事故的发生存在关系,才构成告知义务的违反;在告知义务违反的后果上,保险人享有的解除权受到一定的限制。

① 樊启荣:《保险契约告知义务制度论》,中国政法大学出版社2003年版,第48~79页;肖和保:《保险法诚实信用原则研究》,法律出版社2007年版,第107~111页。我国当前保险法学的教科书一般是以诚实信用原则为理论基础的,但也有不少学者提出不同看法,认为应以善意及衡平或者危险评估说作为保险告知义务的基础。

② 从这个角度来看,此时的最大善意和诚实信用原则严格来说是客观的善意和诚信。

③ 江朝国:《保险法论文集》(一),瑞兴图书股份有限公司1993年版,第141~143页;梁宇贤:《保险法新论》,瑞兴图书股份有限公司2007年版,第159~160页。

3. 保险告知义务法律规范的效力

保险告知义务法律规范的效力是指保险告知义务法律规范对当事人不符合定义规范在保险合同中对此做出不同规定的强制力。

从理论上讲,保险合同立法可以有以下三个方面的目的:第一,确立保险基本原则,规范保险业务,防止保险实践中出现道德风险,维护社会公共利益和善良风俗。第二,保护保险合同特定当事人的利益。针对保险合同双方之间实力和知识上的不平衡,通过立法对这种不平衡的关系给予矫正,以更好地保护实力较弱的一方主体的合法权益。第三,补充功能。通过立法对保险合同中共同面对的一些普遍问题规定,在当事人对该情形缺少约定时,由保险合同法对当事人的保险合同内容进行补充,以确定当事人的权利义务。不同立法目的的条文具有不同的法律效力:第一类目的的法条具有强制性,不允许当事人之间做出不同约定;第二类目的的法条具有半强制性,原则上当事人之间不能做出不同约定,但是有利于投保人或者被保险人的除外;第三类条款则是任意性条款,当事人可以做出不同的规定。

在现阶段,保险公司与投保人相比,在经济以及技术上具有明显的优势,保险告知义务的立法目的主要是为了保护保险消费者的利益,因此,保险告知义务的法律规范一般来说应该具有强制性或者半强制性。例如,我国台湾地区“保险法”第54条第1款规定:“本法之强制规定,不得以契约变更之。但有利于被保险人者,不在此限。”日本2008年制定的《保险法》第7条规定:“凡违反第四条的规定,约定有对投保人或被保险人不利内容的特约,以及违反第五条第二款的规定,约定有对投保人不利内容的特约,均无效。”其中,第4条就是损害保险告知义务的规定。第41条也对生命保险告知义务作了相同规定。

4. 保险告知义务的法律性质

保险告知义务的法律性质指的是保险告知义务在整个法律义务体系中的地位,不同的定位决定了保险告知义务制度的不同架构,其实质是立法运用什么样的制度来确立保险告知义务。

在英美法系中,保险告知义务是缔约信息义务,主要通过普通合同法上的虚假陈述、隐瞒以及保证等制度来确保该义务的履行,只是对于违反告知义务的判断标准和法律后果存在一些特殊规定。大陆法系国家立法一般不用意思表示错误制度来处理保险告知义务问题,而是将保险告知义务视为保险法上独立的义务。在具体性质认识上,有义务说和不真正义务说。义务说将保险告知义务视为与保险人之权利相对应的真正义务,保险人得请求强制投保人履行或基于义务违反而请求损害赔偿。例如,《瑞士保险契约法》第7条规定:“投保人不履行告知的,可以解除合同;并可以请求该保险时期的保险费,保险人可以提出损害赔偿的请求。”不真正义务说则认为,保险告知义务并不是真正义务,只是投保人请求保险人给付保险金的条件,该义务不能强制履行,违反该义务不能请求损害赔偿。

投保人的告知义务应由意思表示瑕疵制度来调整,或者由独立的保险法律制度调整,在性质上应属于真正义务还是不真正义务,是一个技术问题,即取决于何种调整手段

更有助于保险告知义务制度立法目的的实现。关于保险告知义务是否应由意思表示瑕疵制度调整,由于保险法律制度是独立于一般合同法发展起来的,其产生之初的目的在于督促投保人履行如实告知义务,因此并没有运用意思表示瑕疵制度来处理告知问题,而是建立了独立的保险告知义务制度。与意思表示瑕疵制度相比,保险告知义务制度对投保人的负担更重,特别体现在投保人缴付的保险费在保险人因投保人违反告知义务解除保险合同后并不当然返还。在现阶段,法律上规定保险告知义务的目的已经转化为防止保险人利用保险告知义务制度逃避责任。从理论上来看,是否仍然沿用原有的保险告知义务制度是值得讨论的,但从各国立法和司法实践来看,主要仍然是沿用原有的保险告知义务制度来处理投保人的如实告知问题,只是对告知内容、违反告知义务的构成以及违反告知义务的法律后果等方面做了很多有利于投保人的调整。

关于保险告知义务在性质上应属于真正义务还是不真正义务,从保险告知义务履行对保险人利益状态之影响、保险告知义务的违反对保险人的损害以及为他人利益保险合同中义务违反之法律效果等方面考察,保险告知义务与保险合同之一般义务尚存在一定区别,而且将告知义务视为真正义务在为他人利益保险合同中会引发新的疑问。^① 而从立法目的来看,将投保人的告知义务定性为不真正义务也能够比较好地协调投保人与保险人之间的利益关系:一方面能够达到督促投保人或被保险人履行告知义务的目的,另一方面可以在一定程度上减少投保人因违反告知义务造成的损失。因此,从世界各国的立法来看,除瑞士等少数国家将保险告知义务视为真正义务外,大多数国家都将之视为不真正义务。

二、保险告知义务制度具体设计

1. 义务主体

投保人直接参与保险合同的订立,是保险合同当然的当事人,应该承担保险告知义务,这是没有争议的。在投保人与被保险人不是同一人的情况下,被保险人是否也应承担保险告知义务,这在理论和实践中都存在争议。

从理论来看,主张被保险人作为义务主体的依据主要是:一是被保险人对保险风险所依附的财产或者人身知悉更为详尽,为使保险人能够更好地评估风险,确定费率,应要求被保险人承担告知义务;二是如果被保险人无须承担告知义务,一些明知保险标的存在不符合保险条件的被保险人,可能会通过第三人代为投保逃避告知义务,隐瞒其明知或者应该知道的一些影响保险人评估风险的重要情况,这在实践中可能会引发保险欺诈。反对被保险人作为保险义务主体的理由主要是:被保险人并没有参与保险合同的订立,对保险合同的缔结不一定知悉,如果笼统地让被保险人承担告知义务可能对其负担过重;被保险人在法律上并不是保险合同的当事人,让非合同当事人承担合同义务有悖

^① 汪信君:“保险法告知义务之义务性与不真正义务”,载《法学论丛》2007年第3期。

于合同相对性原则。

关于被保险人是否应该承担告知义务,既是利益衡量问题,也是技术问题。从利益衡量角度来看,被保险人一般来说对保险标的相关情况了解得比较清楚,让其承担告知义务才能保障保险人能够获得足够的信息来评估风险,同时也有利于防止被保险人利用第三人投保来逃避义务,符合最大善意原则和对价衡平原则。因此,被保险人承担告知义务逐渐为各个国家和地区的立法和司法实践所认可。《韩国商法》第 651 条^①以及《日本保险法》第 4 条^②和 37 条^③均将被保险人视为义务主体,我国台湾地区“保险法”第 64 条第 1 款^④虽没有将被保险人列明为告知义务主体,但理论界通说均认为应将被保险人作为义务主体。^⑤当然,同时课予投保人与被保险人承担告知义务,对投保人以及被保险人负担过重,在很多情况下也没有必要,如果就同一事项,投保人与被保险人中有一人已经告知的,则另一人无须告知。因此,《韩国商法》以及《日本保险法》只是规定“投保人或被保险人”负有告知义务,而不是“投保人和被保险人”负有告知义务。

但从另一方面来看,让被保险人在任何情况下都承担告知义务,对被保险人负担可能过重,也不符合合同法上的相对性原则。鉴于此,2007 年《德国保险合同法》第 19 条关于告知义务的规定仅列投保人这一义务主体,但在判断投保人告知范围时,将被保险人的知悉范围也纳入考量范围。该法第 1 章第 4 节“利益第三人契约”的第 47 条规定:“(1)依照本法规定,投保人的知悉及其行为具有法律上的意义者,于为他人利益的保险中,应考虑被保险人的知悉及其行为。(2)保险契约的订立为被保险人所不知或无法及时通知者,被保险人的知悉不予考虑。(3)投保人未受被保险人的委托而订立保险契约怯于将未受委托的情事告知保险人者,不可以对保险人主张被保险人不知保险契约订立之抗辩。”通过这种方式,德国保险法将被保险人的知悉范围纳入保险告知义务的调整范围,又比较合理地避开了合同相对性原则的束缚。

① 《韩国商法》第 651 条规定:“签订保险合同时,若投保人或者被保险人因故意或者重大过失未告知或者虚假告知重要事项时,保险人限于自知道该事实之日起一个月内、自签订合同之日起三年内,可以终止合同。但是,签订合同时保险人已知该事实或者因重大过失而未能知道的除外。”

② 本条是关于损害保险告知义务的规定。该条规定:“缔结损害保险契约时,就与损害保险契约所填补损害的發生的可能性相关的重要事项中,保险人要求告知的内容,投保人或者被保险人必须如实告知。”

③ 本条是关于生命保险告知义务的规定。该条规定:“生命保险契约缔结时,就与保险事故(被保险人的死亡或于一定时点的生存)的發生的可能性相关的重要事项中,保险人要求告知的内容,投保人或者被保险人必须如实告知。”

④ 该款规定:“订立契约时,要保人对于保险人之书面询问,应据实说明。”

⑤ 江朝国:《保险法基础理论》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 225 页;刘宗荣:《新保险法:保险契约法的理论与实务》,中国人民大学出版社 2009 年版,第 136 页;梁宇贤:《保险法新论》,瑞兴图书股份有限公司 2007 年版,第 161 页。

2. 告知内容

(1) 书面询问主义抑或自动告知主义

关于告知义务的范围,主要有两种立法主义:询问告知主义和主动告知主义。书面询问主义,是指投保人或被保险人只有在保险人询问时才承担告知义务,其应告知的范围,以保险人书面询问的事项为限,保险人没有书面询问的,则推定为非重要事项,投保人或被保险人无须告知。主动告知主义,是指投保人或被保险人承担主动告知的义务,即使保险人没有询问,投保人或被保险人也必须对一切重要事项承担告知义务,不以保险人询问的事项为限。

从理论上讲,主动告知主义是以最大善意说、诚实信用说以及意思一致说等传统的理论为基础,要求投保人和被保险人承担无限告知义务,对投保人和被保险人的要求比较高。在实践中,主动告知主义的履行经常会涉及哪些情况属于重要事实的判断,容易产生争议。书面询问主义则是以风险评估说、对价平衡说以及消费者保护说等现代学说为基础,是对投保人和被保险人告知义务可能导致的无限告知义务的矫正,减轻了投保人和被保险人的负担。在实践中,书面询问主义以保险人在投保单和风险询问表中列明的事项作为保险告知的范围,比较容易判断。书面询问主义的缺点在于:由于投保人和被保险人的告知范围以保险人书面询问的范围为限,投保人或被保险人即使知道书面询问范围之外的、可能影响保险人承保的重要事项时,也不会主动告知,容易诱发道德风险。^①早期的保险立法多采用主动告知主义,这与当时的历史条件相适应。而随着保险技术的进步、专业化保险公司的出现以及消费者保护运动的兴起,越来越多的立法如《日本保险法》、《瑞士保险契约法》^②、我国台湾地区“保险法”均采用书面询问主义。^③有个别立法则同时采用书面询问告知主义和主动告知主义,不仅要求投保人或被保险人对保险人书面询问范围进行告知,还必须主动告知其他重要事项。^④

关于书面询问主义,还存在一个争议:书面询问的事项是否均为重要事项?从理论上讲,保险人之所以通过书面形式对投保人或者被保险人询问,其目的自然是为了更好

① 温世扬主编:《保险法》,法律出版社2003年版,第40页。

② 《瑞士保险契约法》第4条第1款规定:“投保人在保险合同订立之时,应当在其知悉或者应当知悉的范围内,对保险人用来确定重大事实的询问表或者其他书面提问做出书面回答。”

③ 我国台湾地区学者林勋发认为,书面询问主义或者自动申告主义之采行,与一国国民对保险之认知程度有关;在保险业发展初期,以采书面询问主义为宜。林勋发:“论保险法上之告知义务”,载《商事法暨财经法论文集》,元照出版公司1999年版,第187页。这种观点在逻辑上具有合理性,但可能并不符合保险告知义务发展的历史。

④ 例如,《澳门商法典》第973条第1款规定:“投保人应于订立合同是以完整及明确的方式向保险人声明其所知悉或通常且能影响风险评估之一切情况,不论此等情况是否列入所收到之问卷。”我国也有学者认为应以书面询问为原则,以主动告知主义为补充,即投保人应当告知的事项,主要是保险人询问的事项,但对有些情况下保险人虽未询问,但足以影响保险的重大事项也负有告知义务。温世扬:《保险法》,法律出版社2003年版,第40页。

地评估风险,当然应将书面询问的事项视为重要事项。但如果将书面询问的事项均视为重要事项,要求投保人或被保险人如实告知,则保险人可能会无限制地扩充如实告知的内容,将一些并非重要的事项纳入书面询问范围,增加投保人以及被保险人的负担,这无疑是与书面询问主义产生的初衷相违背的。因此,各国在立法和司法实践中都对保险人书面询问的内容进行一定的限制。^①在理论界,我国有学者认为,虽然询问表所载之事实,被推定具有重要性,但亦仅有推定效力而已,因此理应许可投保人提出反证证明其非有重要性。^②

(2)重要事项的判断

在主动告知主义和并非所有书面询问事项均为重要事项的书面询问主义中,都会涉及哪些事项属于“重大事项”的判断。关于重大事项的判断标准,主要有以下两大类:一类是以该事项对风险评估是否具有影响为判断标准(风险增加标准);另一类是以该事项与实际损失是否具有关系为判断标准(实际致损标准)。在判断某一事项是否对风险评估有影响时,又有以下几种标准:特定被保险人标准、特定保险人标准、理性保险人标准和理性被保险人标准。特定被保险人标准是以参加保险的特定被保险人是否意识到该事项会对保险人评估风险产生影响为标准;特定保险人标准是以该事项是否会对实际承保风险的保险人决定是否承保或者决定费率产生影响为标准;理性保险人标准是以该事项是否会对一个通情达理、审慎的保险人决定是否承保或者确定费率产生影响为判断标准;理性被保险人标准是以一个处于被保险人情形下的理性的人应该能够意识到哪些事项会对保险人决定是否承保以及费率确定产生影响为标准。从对被保险人的负担来看,特定保险人标准、理性保险人标准、理性被保险人标准、特定被保险人标准逐渐减轻,实际致损标准要求保险人承担较重的举证责任,对被保险人的要求也是比较低。从实际操作来看,理性保险人标准、理性被保险人标准和实际致损标准具有一定的客观性,特定保险人标准和特定被保险人标准更强调主观性,比较难以判断。英国的保险法经历了特定被保险人标准、理性保险人标准到理性被保险人标准的发展历程,美国当前各州保险法主要采用理性保险人标准和特定保险人标准,少数州采用混合标准和实际致损标准。我国理论界有观点主张引入和构建一个“客观合理的保险人标准”,^③也有的认为应采用理

① 例如,在澳大利亚,为了避免保险人在询问表设计中的陷阱,法律要求保险人询问表中的问题必须是“具体”而不能“笼统”,保险人询问的问题过于笼统,视为保险人放弃投保人履行告知义务。肖和保:《保险法诚实信用原则研究》,法律出版社2007年版,第148页。

② 樊启荣:《保险契约告知义务制度论》,中国政法大学出版社2003年版,第181页。该学者进一步认为,应许可保险人提出反证证明询问表所载事实以外,尚有重要事实存在,以便对当事人双方利益均有所顾及。

③ 即理性保险人标准,参见樊启荣:《保险契约告知义务制度论》,中国政法大学出版社2003年版,第181页。其理由是:有利于公平合理地保护被保险人权益,有利于促进保险市场的健康发展。

性被保险人标准。^①

在风险增加标准中,从某事项对风险评估产生影响的程度判断,在英美法判例中存在决定性影响标准和非决定影响两种标准。根据决定性标准,只有那些对风险评估产生决定性影响的事项才属于重要事实。^② 根据这一标准,在判断某一事实是否属于“重要事实”时,应从该情况是否影响了一个谨慎保险人的“决定”出发,重点考察该事项与谨慎保险人决定是否保险以及确定保险费率的关系。根据非决定性标准,若未告知的事项与风险评估的过程有关联,即使该事实后来被谨慎的保险人认为并不重要而排除,该事实亦视为重要事实。^③ 决定性影响与非决定性影响的主要区别在于考察的时点不同,非决定性影响标准立足于风险调查的整个过程,而决定性影响则以保险人决定是否承担风险的时点进行判断。^④ 从我国当前理论界来看,普遍认为应该采用决定性影响标准。

(3) 知悉以及应知的范围

在保险告知义务产生初期,投保人或被保险人承担的是无限告知义务,不管投保人在主观上是否知悉或者应该知悉。当前的保险立法则都将保险告知义务的范围限于投保人或被保险人知悉以及应当知悉的范围。^⑤ 在投保人和被保险人都是义务主体的情况下,知悉以及应当知悉的判断基准则分别是投保人和被保险人。在被保险人不是义务主体的情况下,在判断知悉以及应当知悉的过程中是否应当考虑被保险人则可以有不同做法。将被保险人的知悉范围考虑在内,要求投保人应同时告知被保险人知悉以及应当知悉的事项比较符合保险告知义务的产生目的,但对投保人的要求较高。

具体法律适用中,知悉是指投保人或被保险人实际明知的事实,不管其是通过何种方法、手段获悉。这里的“投保人或者被保险人”毫无疑问只能是特定的投保人或者被保险人。应当知悉则是指投保人或被保险人尽了合理的谨慎义务即可了解的情况。关于应当知悉的判断,有特定被保险人标准和谨慎被保险人标准,前者即以具体案件中参加

① 肖和保:《保险法诚实信用原则研究》,法律出版社2007年版,第157页。其理由是:理性被保险人标准是一个客观标准,可以杜绝主观随意性;有利于保护被保险人合法权益;可以提高效率和安全,激发被保险人对保险的信任和积极性。

② 英国劳埃德(Lloyd)法官对“决定性影响”标准曾作了精辟阐述,“一般而言,我认为保险人只有通过证据或其他方式向法庭证明:一个谨慎的保险人,如果他知道未告知他的有关情况后,将完全拒绝接受承保或收取更高的保险费时,才能成功地进行未如实告知的抗辩。……鉴于英国法律在这方面对于保险人已是十分优惠,保险人最起码应该证明:一个谨慎的保险人,如果他知道未告知他的有关情况,将按照提高的保险费率收取保险费。”

③ 肖和保:《保险法诚实信用原则研究》,法律出版社2007年版,第158页。

④ 曹兴权:《保险缔约信息义务制度研究》,中国检察出版社2004年版,第172~173页。

⑤ 理由在于:如果要求投保人对于其所不知或无法得知的事实承担告知义务,无疑是给投保人施加了不可能实现的负担,违反私法上的不处罚善意的原则;如将告知义务仅限于已知的范围,则投保人几乎皆可以不知为由而免除该义务。江朝国:《保险法基础理论》,中国政法大学出版社2002年版,第230~231页。