

中国人民大学法学院 主 办
海商法保险法研究所

纪念我国新《保险法》适用一周年专辑

海 商 法 保 险 法 评 论

(第四卷)

主编◎贾林青

副主编◎王朋 徐振增



H

AISHANGFA
BAOXIANFA
PINGLUN



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

中国人民大学法学院 主 办
海商法保险法研究所

纪念我国新《保险法》适用一周年专辑

海 商 法 保 险 法 评 论

(第四卷)

主编◎贾林青

副主编◎王朋 徐振增



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

内容提要

修改后的新《保险法》于2009年10月1日生效施行,截至2010年10月13日新法已经实施一年了。关于新法对中国保险市场和司法实践产生的影响,已成为我国法律界和保险实务界当前的热门话题。为此,我们于10月下旬在中国人民大学召开一次研讨会,就新法的实施效果和相关话题进行研讨。

责任编辑:纪萍萍

图书在版编目(CIP)数据

海商法保险法评论. 第四卷 / 贾林青主编. —北京:知识产权出版社, 2011.8
ISBN 978-7-5130-0787-0

I. ①海… II. ①贾… III. ①海商法 - 研究 - 中国 ②保险法 - 研究 - 中国 IV. ①D922.294.4 ②D922.284.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第177987号

海商法保险法评论(第四卷)

贾林青 主编

出版发行: 知识产权出版社

社址: 北京市海淀区马甸南村1号

网址: <http://www.ipph.cn>

发行电话: 010-82000893 82000860-8101

责编电话: 010-82000860-8130

印刷: 知识产权出版社电子制印中心

开本: 880mm×1230mm 1/32

版次: 2011年8月第1版

字数: 303千字

邮 编: 100088

邮 箱: bjb@cnipr.com

传 真: 010-82000860-8240

责编邮箱: jpp99@126.com

经 销: 新华书店及相关销售网点

印 张: 10.875

印 次: 2011年8月第1次印刷

定 价: 33.00元

ISBN 978-7-5130-0787-0/D · 1302 (3687)

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

前 言

新《保险法》适用一周年感言

我国《保险法》于2009年2月28日修订，是我国保险界的一件大事。因为，该《保险法》的修订是在我国保险市场从初创并逐步发展，进而进入成熟阶段之时。它的修订标志着我国保险市场已经到了新的深化发展时期，这意味着无论是我国保险业本身，还是保险中介市场，均应当根据我国社会经济发展的需要，在保险业经营、保险资金的运用和风险管理以及保险中介服务模式等诸多保险环节上为社会公众提供多元化的保险服务。这需要保险法为其提供更加完善的法律环境，新《保险法》正是为此而产生和得以适用的。

总结新《保险法》一年的适用实践，有众多成功的事例，也获取了很多需要吸取的经验。对这些经验进行归纳和研究，不仅可以从中取得有益的成功经验，还能够为新《保险法》的适用提供防微杜渐的经验。本书就是着眼于研究新《保险法》的适用经验，为了更加深入和准确地理解新《保险法》，在保险实务和司法实践中有效地予以适用。

鉴于此，本书包括学术争鸣和实务研究两部分，分别从理论和实务两个角度，探讨新《保险法》的立法精神和适用经验，使其成为参与保险实务或者保险法律实务的专家、学者和从业人员的案头朋友。

目 录 | CONTENTS

上编 学术争鸣

保险人说明义务制度法律价值论	徐卫东 陈 彤 (3)
重树保证保险之市场形象的法律思考	贾林青 (14)
浅析保险法上的如实告知义务	王西刚 万妮娅 (29)
我国保险监管体系之构建与完善	祝 杰 徐 晋 (37)
日本地震保险制度对我国的启示	隋祎宁 钱宇丹 (58)
关于交强险法律适用问题的看法和建议	李 理 (66)
格式化保险条款解释的简要析疑	
——兼论新旧保险法中的不利解释原则	杨 阳 (76)
外资保险公司股权管理中的法律适用冲突	徐 伟 (88)
亲情与道德风险：未成年人死亡给付保险之投保权	
——兼评《保险法》第 33、34 条之规定	康雷闪 (103)
浅析新《保险法》中财产保险合同转让条款的	
确立	王 强 (117)
保证保险法律性质争议之研究	杨 琴 (122)
不可抗辩条款适用之分析	
——对《保险法》第 16 条的目的限缩解释和	
文义解释	王冠华 (140)
论人身保险与保险代位求偿权	
——兼评我国《保险法》第 46 条	李威娜 (158)
论商业保险公司在军人保险运营中的地位和	

法律规制	贾林青 (173)
------------	-----------

下编 实务研究

交强险立法与实践的两个法律问题辨析	刘学生 (191)
我国责任保险的回顾与展望	许飞琼 (201)
代位求偿权制度法律适用若干问题探讨	王林清 (210)
关于“保险人同意承保”的几个法律问题 ——兼论保险合同的成立、生效与保险 责任开始	卞江生 (225)
新《保险法》适用于保险实务的法律标准 判定	王元 杜开颜 (234)
合同法代位权制度在财产保险合同纠纷中 的法律适用	徐振增 (242)
投保人告知义务实务问题研究	林海权 (250)
强制保险的适用依据是法律法规	常成 (260)
应用商法理念理解和认定保险责任	贾林青 (269)
认定免责条款应当避免任意性	贾林青 (278)
浅谈不可抗辩规则的司法适用	刘骁男 (286)
保险人未尽说明义务与酒驾全额赔偿	段艳 (293)
处理撤约诉求, 应《保险法》与《合同法》 配合使用	常成 (302)
第三方赠送保险行为法律分析	王西刚 王静 (311)
保证保险合同纠纷案件司法裁判规则研究	邓江源 (318)

上 编

学术争鸣

保险人说明义务制度法律价值论

徐卫东 陈 彤*

保险合同关系的建立就是要实现双方当事人的共同经济利益，通过风险转移的技术手段，投保人以小额有限金钱支出换取意外事故下的财产或者身体利益的保障，而保险人（保险公司）将以承担保险事故发生后给付保险费责任的承诺，获得收取保险费的权利，实现经营风险事业而获利的目标。要达此目的，保险法在制度设计上，首先要从经营者利益出发，就其经营风险，承担给付责任的一定的法律保障，就应当要求投保人在订立保险合同过程中，就标的危险状况向保险人进行信息披露，法律上称为“告知”，以便保险人衡量相关风险是否符合自身业务承保的范围或可控的水平。长期以来的保险法学研究与司法实务，都对于来自投保人的信息披露义务有大量论述，形成司法规则体系，包括不同主观状态下承担不同的法律后果，哪些情形下免除其告知义务，不影响合同效力和其赔偿请求权。同时，保险合同法律制度也要体现出公平性，表现在权利义务的对等关系上，主要是要求保险人同样要在订立合同阶段进行信息披露，使投保人就交易性质、产品特点、利益保障、风险程度等作出判断，解决因投保人非专业人士身份及能力可能在正确理

* 徐卫东，吉林大学法学院教授，博士生导师，中国法学会商法学研究会副会长、保险法专业委员会主任；陈彤，吉林大学法学院 2008 级民商法专业硕士研究生。

解交易性质方面的弱势。我国保险法从 1995 年制定时就已正式建立了保险人说明义务制度，体现了对于合同正义理念的全面落实。无论是就保险合同的条款内容承担的说明义务，还是对于条款中免责事项的特殊说明责任，都说明我国保险立法的创建，具有划时代历史意义。我们应当从理论上阐释其深刻的法理基础与价值层面的提升，从而为其全面的贯彻落实扫清认识上的障碍。

一、说明义务制度的法律价值

1995 年《中华人民共和国保险法》中，明确地规定了保险人在订立保险合同阶段负有向投保人说明合同条款内容的义务，被定性为先合同义务，与投保人承担的告知义务具有同样性质。有学者将其称为“订约说明义务”。^①而且从文献检索可知，我国保险法关于保险人订约说明义务的规定，在保险法中属创新之举，外国保险立法未见有此规定。^②就我国相关规定而言，主要是考虑到保险事业尚处在全面恢复与发展阶段，社会上普遍的保险专业素质与认知能力还相当有限，强化保险人的信息披露义务，强制拥有专业优势的一方当事人提供产品介绍，澄清因专业术语生僻可能造成的误解，减少未来发生的司法纠纷，当然也包括防止保险人利用投保人的专业知识缺乏而从中渔利（出险后利用投保人或被保险人误读而出现的过失行为），专门规定了保险人的特殊的信息披露义务。我国保险法将其与投保人告知义务相区别，特别使用了“说明”字样。

在实践中，也不乏保险公司利用投保人的过失，主要是对于保险合同条款内涵的非专业性理解，诸如承保范围、责任范围、险外责任、出险后的通知义务期限、请求权的行使期间的限制等，提出抗辩，从根本上否定了被保险人的保险金请求权，实际上是利用了

① 温世扬：“保险人订约说明义务之我见”，载《法学杂志》2001 年第 2 期，第 16 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 2004 年版，第 309 页。

法律上没有就保险人说明义务作出正式规定的漏洞。为此,1995年制定的《中华人民共和国保险法》解决了这个问题。

问题在于,保险制度在世界范围内已有500多年的历史,英国、美国和很多欧洲国家都有保险立法和司法的长期经验,他们为什么没有在立法上明确保险人的说明义务,倒是留给中国一个创造的机会?事实上肯定不会如此,一定有其历史原因。

英美法中,对此形成了固定的法律规则,在订立保险合同时,投保人要向承保人披露一切会影响风险的重要资料。1766年,英国曼斯菲尔德勋爵在著名的 *Carter v. Boehm* 案中指出,保险是一种概率合同,计算概率所依赖的事实一般都只掌握在被保险人手中,承保人信任被保险人所作的陈述,并相信他不会隐瞒。但在英美的判例中,信息披露义务是相互的,即对于保险人同样也有约束力。^①

据考证,尽管曼斯菲尔德勋爵提到信息披露同样约束保险人,但 *Carter* 案以后大约100年时间里,英美法地区并没有对于保险人说明义务问题给予太多关注,主要因为英美法地区的极高的社会保险素质,使保险人的说明义务多少显得有点流于形式。直到1987年,在 *Bangue Keyser Ullmann SA v. Skandia (UK) Ins Co. Ltd.* 案中,保险人的说明义务才首次正式引起了法官们的重视。学者们支持设定一种法定义务,要求保险人披露信息给投保人。理由是,在保险行业里,信息是稀缺商品,无法轻易得到。被保险人很难获知保险公司未来偿付能力的信息,他们同样也没有太多的途径在投保前就不同保险公司所提供的可替代保险产品进行比较。保险合同非常复杂,消费者一般无法理解其真正含义。要比较可替代保险单的价值对于普通消费者而言实在是极其困难的事情。消费者作为一个整体很希望获得信息,然而获取信息的成本都难以在消费者群体内分摊。如果市场上的信息量不足,这个市场上的竞争就是不充分的竞争,消费者无法自行选择最优秀的产品,甚至他

① Malcolm A. Clarke: 《保险合同法》,何美欢、吴志攀等译,北京大学出版社2002年版,第584页。

们选中的经常是一文不值的产品。^① 这里描述的情况,显然是当今时代的保险市场,消费者对于多如牛毛的保险产品难辨其实。唯一对抗的办法,就是向保险人施加说明义务,这是商法公法性的必然结果。

在大陆法系方面,有学者认为《德国保险契约法》第5条中,就要保书与保险单内容不同,要保人收到保险单后一个月内没有提出书面异议,他将丧失其权利,唯保险人于交付保险单时就此法律后果未告知要保人,则要保人的异议权不会丧失,“视为要保人同意”的说法难以成立,这样的法律规定,就是在为保险人设定义务。^②

我们据此而知,保险人信息披露义务之立法原理与司法实践,都应以其对于合同双方当事人权利义务对等角度,从诚实信用原则出发,肯定其法律价值。

二、说明义务的制度内容

恰巧在1908年保险合同法公布实施的100年后,德国2008年《保险合同法》进行大规模修改,掀起了大陆法系保险合同法律制度全面改革之高潮。其中,增设保险人咨询建议义务与信息提供义务条款的做法,引发了对于保险人法定义务的争论。而对我们而言,其积极意义还在于,我们本来极具有时代先锋的保险人说明义务之立法创建,长期没有得到公正的社会评价,似乎它只是适应中国极不发达的保险市场和法制状况,是法制欠昌明进步的标志。然而,德国以发达保险业之法制现代国家,步中国之后尘,于修改保险合同法时,极大地体现出对消费者利益的维护,这足以说明立法的社会依存条件发生多么深刻的改变。现在的保险市场水平和交易状况,已经不能用传统的保险认知能力和商业判断规则去审视,双

① [美] 小罗伯特·H. 杰瑞,道格拉斯·R. 里士满:《美国保险法精解》,李之彦译,北京大学出版社2009年版,第2页。

② 江朝国:《保险法论文集(一)》,台湾瑞兴图书股份有限公司1997年版,第148页。

方的信息依存关系发生了重大的转换。如果说 100 年前保险人经营安全与事业发展系于投保人的真实告知, 尽可能排斥危险逆选择, 从而达到保险经营目的的基本手段, 就是科学准确的厘定费率和选择适格的客户, 那么, 100 年后的今天, 则是保险人居于卖方市场又掌握专业知识的巨大的优势, 能够从整体上控制局面, 而投保人则面对花样翻新的保险产品茫然不知所措, 甚至法院或仲裁机构对有关保险产品硬性指标的来自投保人的误解与失查同样是爱莫能助, 只好听凭保险人主张其合同解除权或者提出“有力有理的”抗辩。其核心就在于, 保险产品的各种约束性条件与责任排斥的内容, 按投保人的一般人的理解水平是无法判断的。

有鉴于此, 德国 2008 年《保险合同法》一改传统上倾向于保险人的立法主张, 强调拥有专业优势的保险公司的法律责任, 这种责任(义务)不再单纯地从合同关系中风险设定的交易本性中去推演, 而是以信息拥有对于合同成立的实质作用为根据, 设计了全新的保险人先合同义务的立法模式。

德国 2008 年《保险合同法》第 6 条的名称, 就是“咨询建议义务”(Advising the Policyholder, 德文 Beratung des Versicherungsnehmers), 共有 6 款, 其中第 1 款规定: “由于投保人自身原因或特殊情况, 在选择何种保险产品之时遇困难, 保险人应当询问投保人的意愿和需求, 并尽可能在最短时间内提供有效建议, 所需费用由投保人承担。保险人须针对被保险人的具体情况, 提出明确的建议和每项建议的理由。考虑到所提供保险合同的复杂性, 建议应采用书面形式提供。”^①

① 根据英文版翻译: (1) if the difficulty in assessing the insurance being offered or the policyholder himself and his situation gives occasion thereto, the insure must ask him about his wishes and needs and, also bearing in mind an appropriate relation between the time and effort spent in providing this advice and the insurance premiums to be paid by the policyholder, the insurer shall advice the policyholder and state reasons for each of the pieces of advice in respect of a particular insurance. He shall document this, taking into account complexity of the contract of insurance being offered. 资料来源: Service provided by the Federal ministry of Justice in Corporation with juris GmbH-www. juris. de.

在第6条其他各款内容中，具体地提出下列要求，包括建议应该在合同订立之前交给投保人；特殊情形下可以口头形式提供；投保人放弃这种咨询建议请求权时，保险人应向投保人说明其相应失权的后果，保险人违反此义务要承担赔偿责任的责任等。

我们从这些规定中已基本上掌握了此法定义务的程序与实质性的要求。

德国2008年《保险合同法》第7条是“信息提供义务”（Information Provided to the Policyholder，德文 Information des Versicherten），一共有5款，但表达信息提供义务的基本要求是第1款：“（1）保险人应当以书面合同形式向被保险人提供信息，包括合同法的一般条款和条件，也包括在本条第（2）款中提及的法律列举的信息。这些信息资料应该在投保人表达合同承诺前及时提供给他。传达的信息应当清晰并易于理解。即使合同以电话方式订立，或者条件不允许使用投保人表示承诺前的书面形式提供，如果投保人提出要求的话，保险人也应当在保险合同订立后合理期限内向投保人提供。即使投保人明确在保险合同承诺前放弃了信息提供的请求权，并专门有文书形式，保险人的该项义务同样不能免除。”^①

第7条其他各款的内容，还涉及司法部与相关政府部门划定保

① 根据英文版翻译：（1）The insurer shall inform the policyholder in writing of his terms of contract, including the general terms and conditions of insurance, as well as the information set out in a statutory ordinance referred to in subsection (2), in good time before the policyholder submits his contractual acceptance. This information shall be provided clearly and comprehensibly in keeping with the means of communication employed. If, upon the request of the policyholder, the contract is concluded by telephone or using another means of communication, which does not permit the information to be provided in writing prior to the policyholder's contract is made; this shall also apply if the policyholder explicitly waives the right to information by a separate written declaration prior to submitting his contractual acceptance. 资料来源：Service provided by Federal ministry of Justice in Corporation with juris GmbH-
www.juris.de.

险人提供信息内容的范围、种类；人寿保险、健康保险相关的重要经营信息及资金状况等。

就本条规定我们可以发现，德国法中的“信息提供义务”中的信息资料（Information）与我国法律中的说明义务存在很大的不同，其范围远远超出了合同文本本身，甚至主要不是基本条款中专业性文字的准确内涵的解释，而是相关的有助于投保人作出判断与利益衡量的背景材料和经营数据，特别是该条中还专门提到了相关法律文本和保险监管机关。

德国 2008 年修改保险法时增加的保险人咨询建议义务和信息提供义务，并不是凭空臆想而提出的改革方案，而是充分衡量了合同订立阶段当事人双方真实地位的变化。这种变化具有一定的普遍性，实际上打破了人们传统观念中的平衡，保险人因其经济实力雄厚而强化的合同提供方的优势，甚至已使其能够从根本上决定投保人或被保险人的利益格局，合同履行后的利益期待已丧失了合理预期。例如，保险产品设计中的请求权的期限，很可能成为被保险人失权的陷阱。有关退保金比例的轻描淡写或说明时的一带而过，也可能误使当事人在犹豫期经过后退保付出更大的代价。另外，投保人以自然人或消费者与保险公司订立合同，面对五花八门的保险创新产品，包括其中的专业性极强的术语使用，在理解上不能和其常识性知识的多少完全划等号，而且有选择性的产品优惠与特约事项，风险承受测试，肯定使投保人陷入迷惘之中，或许就会作出错误判断。

针对保险市场与保险产品销售的这种急剧变化，德国人敏锐地意识到其重大价值，完全不顾是否被讥为浅薄的立法倒退，勇敢地面对现实，修正了现行保险合同法的缺陷，实现了立法的重大制度突破，可以说这正是德国人严谨且理智品格在立法上的集中体现。

三、说明义务制度的域外发展变化

德国 2008 年《保险合同法》修改时增设的保险人法定义务，在保险合同交易程序方面认可了已经成熟并被奉为进步的操作手

段，这对于正确认识法律设定义务的正当性法理具有至关重要的意义。学者们研究发现，欧盟指令所确立的保险合同订立方式（也称为投保单模式，或邀请模式）的特点是，投保人填写投保单的行为，已不被视为向保险人提出要约，而被定性为要约邀请，披露自己向某家公司投保的意向，包括有关标的的一般状况。保险人收到投保人的邀请后，按照其业务审核与流程、承保的标准，发出相关的订立合同的文件，供投保人填写或选择，这个程序在性质上属于正式地提出订立保险合同的要约。而投保人填写投保单等相关文件，则属于承诺。从维护消费者利益角度出发，法律改革集中在法律后果上的差别。在保险单模式（传统的订约方式）下，保险人在签发保险单后提供相关信息，给予投保人阅读后犹豫期内解除合同的权利。若投保人未收到保险单和相关信息资料，视保险人有违反其义务的行为，投保人在一年内拥有解约权。

与此不同，投保单模式的采用，在2008年的欧洲各国的业务中已有实行，这更加强化了保险人提供资料信息的重要性，因为事实上是由投保人最终决定保险合同是否成立，与传统交易方式下由保险人最终承诺的效果相同。因此，决定合同关系建立与否时的信息掌握就变得非同一般。如果我们简单地阅读德国《保险合同法》第6条和第7条，表面上看似乎没有什么实质性的发展与改变，但若放在这个背景下，则完全不同。投保人要决定是否与具体的保险公司就某个项目缔结保险合同，是否符合自己的愿望，财力能否支撑，选择此产品的优越性何在，是否是最佳投资方案，诸如此类问题的解决，需要外部支持，这时规定了保险人的咨询建议义务。我们要正确地把握这种交易中设计出保险人法定义务的合法性与正当性，这就在于接受投保人（客户）发出要约邀请的人，正是洽业务的另一方。保险人提供咨询建议实际上就是发出了订约的正式的要约。由于承诺人（投保人）为非专业人士，法律强制保险人一方要主动地提供支持其拥有建立合同关系、满足投保人需要的资质，产品设计和利益保障，该产品的设计符合投保人要求的各种理由。假设没有法定咨询建议与信息提供义务的履行，包括针对投保人量