

■ 中国当代法学文库-研究生教学参考书

保险法学

insurance law

曹兴权 著

曹兴权认为：

这本是写给学习与研读保险法课程的法学研究生的书。

我是以这种碎片式的思路展开的，

书是以保险市场的法律需求、保险伦理、诚实信用原则、保险条款、责任保险、政策保险、

保险市场监管等专题一一展开。书既顾及学科的体系性，也尽可能涵盖保险法理论框架的主要内容。

期待阅读过本书的学子们会有所收获。

.....



华中科技大学出版社

http://www.hustp.com

■ 中国当代法学文库—研究生教学参考书

保 险 法 学

i n s u r a n c e l a w

曹兴权 著



华中科技大学出版社

<http://www.hustp.com>

中国·武汉

图书在版编目 (CIP) 数据

保险法学/曹兴权著. —武汉: 华中科技大学出版社, 2014. 5

ISBN 978-7-5680-0111-3

I. ①保… II. ①曹… III. ①保险法-法的理论-中国-研究生-教材 IV. ①D922. 284. 1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 100126 号

保险法学

曹兴权 著

策划编辑: 王 梓

责任编辑: 李 娜

封面设计: 傅瑞学

责任校对: 九万里文字工作室

责任监印: 朱 霞

出版发行: 华中科技大学出版社 (中国·武汉)

武汉喻家山 邮编: 430074 电话: (027) 81321915

录 排: 北京楠竹文化发展有限公司

印 刷: 湖北新华印务有限公司

开 本: 710mm×1000mm 1/16

印 张: 12.25 插页: 2

字 数: 254 千字

版 次: 2014 年 11 月第 1 版第 1 次印刷

定 价: 32.00 元



华中出版

本书若有印装质量问题, 请向出版社营销中心调换
全国免费服务热线: 400—6679—118, 竭诚为您服务
版权所有 侵权必究

自序

接受教材写作任务时内心存些许抗拒。一则，一直坚持不能随意编写教材；二则，自在高校担任教职讲授法学课程以来，无论对象是本科学生还是研究生一直不愿意带着教材去，除应付检查外不曾在课堂中携带过教材。当然，这并不意味着课堂上的讲授是在天马行空，培养方案、教学大纲、教学计划这些宏观性要求当然是必须要执行的。近年来经常纠结于以下问题：网络背景下编写大学法学课程教材的意义在哪里？理想教材应当是什么？法学研究生课程的教学还需要教材吗？对于基础性知识，学生可在网络上及时获得；对于法条及解释，可查询专业数据库。对本科教育而言，的确需要借助教材来表达基础知识体系、展示基本理论框架。但是对法学研究生而言教材的意义显然不应当局限于此，况且他们学习的主要素材也不是教材。

无论如何任务必须完成。幸好得到及时提示，研究生课程教材可以不必如本科学生的那样程式化，编写时可适当自由发挥。本人曾在西南政法大学先后为学术型学位研究生开设过两次保险法课程，每次 30 学时，涉及保险市场的法律需求、保险伦理、诚实信用原则、保险条款、责任保险、政策保险、保险市场监管等专题。当然在讲授中也要顾及体系性，以期尽可能涵盖保险法理论框架的主要内容。本书也以这种碎片式的思路展开。

本以为将讲稿整理出来即可成书，事实证明此种想法略天真。课堂讲授思维是发散式的，而书稿应当具备起码的逻辑性；课堂讲授以问题提出的方式展开，倾向于用不断发问去替代一般性介绍和分析，书稿则应当揭示出分析过程和结论。即使有课前讲授提纲、课后录音整理稿，将讲授内容梳理成正式书稿还是相当困难。不过，这些讲授专题涉及的内容大多已发表过，未发表的少量内容也有初稿或录音整理稿，所以在学院和编辑的不断督促下，通过汇编整理此前的教学和学习心得，教材最终成型。

本书不论是形式还是内容都存在很多问题；很多论题的观点不成熟甚至偏颇，分析也很粗浅。对此，恳请学界前辈及同仁批评指正！

感谢西南政法大学民商法学院布置这个任务，让我有机会整理这些内容。感

谢赵万一教授的督促和支持，否则我现在还处于写与不写的纠结中。书稿多次迟延提交，对出版社及编辑表示深深的歉意。特别感谢华中科技大学出版社的王梓及李娜两位编辑，即便我多次延期交稿，她们还是一如既往地表示宽容。

曹兴权

2014年8月25日

目 录

第一章 保险市场的法律需求	1
第一节 保险的概念	1
一、有关新型保险的争议	1
二、关于保险性质的学说	2
三、保险法中的保险	4
四、保险的要素	9
五、再保险的定性	15
第二节 保险法展开的逻辑	17
一、保险的功能	17
二、保险法的基本架构	20
第二章 利用保险获得不当利益的防范机制	28
第一节 保险利益原则	28
一、保险利益的内涵	28
二、人身保险的保险利益	32
三、财产保险的保险利益	35
第二节 损失补偿原则	37
一、损失补偿的二维含义	37
二、重复保险	38
三、保险代位权	41
四、保险竞合	48
第三节 保险近因原则	49
一、保险近因原则的内涵	49
二、保险近因的判断	51
第三章 保险诚信原则	52
第一节 保险诚信原则的基本理论	52
一、从最大诚信原则到诚信原则	52
二、保险诚信原则的发展趋势	56
第二节 投保人的保险诚信义务	59
一、保险告知	59

二、保险保证	72
第三节 保险人的保险诚信义务	77
一、保险说明	77
二、保险抗辩	88
三、弃权与禁反言	90
第四章 保险条款	93
第一节 保险合同主要条款	93
一、保险合同的成立与生效条款	93
二、保险合同解除条款	97
三、保险受益人条款	99
四、复效条款	100
五、投保人、被保险人或受益人故意的免责条款	101
六、保险标的物转让条款	102
七、防灾减灾条款	105
八、索赔条款	106
九、理赔条款	107
十、赔偿方式条款	108
第二节 保险合同条款的类型化	109
一、保险法上保险合同条款的类型	109
二、保险合同条款类型的重塑	111
第三节 保险合同条款的解释	115
一、不利解释原则	115
二、合理期待原则	122
第四节 保险不公平条款的舆论批判与法律评判	124
一、舆论语境中的保险霸王条款	124
二、法律语境中的保险霸王条款	126
第五章 责任保险	132
第一节 责任保险与侵权法的关系	132
一、侵权法是责任保险的基础	132
二、责任保险对侵权法的影响	133
第二节 责任保险的发展	135
一、责任保险的发展历史	135
二、责任保险可保范围的扩张	136
三、责任保险的主要类型	137
第三节 责任保险的伦理困境	140
一、责任保险伦理困境的反思	140
二、对责任保险伦理困境的观念回应	141

三、对责任保险伦理困境的制度回应	146
第六章 政策性保险	153
第一节 农业保险	153
一、农业保险的法律定性	153
二、农业保险的功能	154
三、农业保险的经营	156
四、农业保险的政府支持	158
第二节 机动车交通事故责任强制保险	160
一、机动车交通事故责任强制保险的政策性	160
二、醉酒驾车时交强险的人身损害赔偿	162
第三节 巨灾保险	165
一、巨灾保险的特征	165
二、巨灾保险的经营机制	167
三、巨灾保险的政策支持	169
第七章 保险监管	171
第一节 保险监管的一般理论	171
一、市场自由与审慎监管并重的原则	171
二、保险监管的主要制度	172
第二节 保险市场销售行为监管	177
一、保险监管重心的转移	177
二、保险市场销售行为监管的实践	179
三、保险市场销售行为监管中的软法	181
参考文献	185

第一章 保险市场的法律需求

第一节 保险的概念

一、有关新型保险的争议

2013 年中秋前夕，国内某保险公司推出史上第一款“中秋赏月险”。该款保险的主险责任为，在中秋节当日，被保险人因遭受意外伤害事故导致身故、残疾或烧烫伤，保额最高为 10 万元；附加保险责任为，中秋节当日 20:00 至 24:00，被保险人指定的赏月城市的天气情况是阴或雨导致被保险人不便赏月，则保险人向被保险人支付赏月不便津贴。中秋赏月险种的附加险引发了社会的广泛争议。这些争议直指保险定义：因天气原因看不见月亮就赔偿的约定，是否符合保险定义中保险的本质。

2014 年 3 月，国内某保险公司推出“雾霾险”。根据该保险条款，若连续 5 天空气污染指数监控大于 300，保险人一次性向被保险人给付污染津贴，最高 300 元；因雾霾致病而住院的，保险人将给予被保险人最高达 1500 元的住院补贴。不过，中国保险监督管理委员会（以下简称“保监会”）很快要求保险公司暂停销售“雾霾险”。支持者认为，因无法满足“有可保利益”和“符合大数法则”两大原则，“雾霾险”与保险本质相悖，更像是博彩，保监会叫停得即时。反对者认为，“雾霾险”具有保险的属性，只要保险公司推出的险种没有欺骗性，也没有强迫销售，保监会就不应当干预。有关“雾霾险”的争议也涉及如何定义保险。

与此类似的争议也发生在多款爱情险。有的爱情险规定，参加保险的已婚男女按年缴纳一定数额的投保金，结婚满一定期限时，保险人将一次性地赠予投保夫妇一笔可观的保险金。有的爱情险规定，恋爱者缴纳一定数额的投保金，保险人在双方最终成婚时将给付一定额度的保险金，否则没有保险金的支付。有的甚至规定，单身人群若能在一定期间内注册登记结婚，即能获得保险公司提供的蜜月礼金等福利。第一类爱情险与年金保险无异，实质是养老与保障兼顾的终身保险险种，夫妻共同购买、共同受益，时间越长回报越高，还可以对婚姻稳定起到一定促进作用。但对后两类特别是第三类，争议很大：能否在一定时间内进入恋爱状态，是否为保

险能够涵盖的风险?

在 2009 年修订《中华人民共和国保险法》(以下简称《保险法》)之前,围绕保证保险的争议也很普遍。从交易实质看,保证保险是由保险公司经营的保证担保业务。中国保险监督管理委员会(以下简称“中国保监会”)在《关于保证保险合同纠纷案的复函》(保监法[1999]第 16 号)中就指出,保证保险是财产保险的一种,是保险人提供担保的一种形式。解决保证保险纠纷,适用保险法还是担保法呢?在我国保险法没有明确规定保证保险业务之前,理论界有争议。有人认为,投保人不具有保险利益,而债务不履行的保险事故是否发生实际上取决于投保人主观意愿,不符合保险事故必须是客观的不确定风险的基本原理,保证保险是保证,应当适用担保法^①;有人则认为,保证保险依然是保险,应当适用保险法。^②

如何定义保险,世界各国保险法没有统一的表述。保险产品特别是人身保险产品的创新对保险本质及基本功能的认识带来了极大挑战。其实,国外早已存在一些看似异类的保险,诸如:外星人绑架险、一杆进洞险、买彩票老不中保险等。如何认识这些新型产品中的风险、保险利益,都亟待深入探讨。

二、关于保险性质的学说

理论界对保险的认识一直存在争议。根据日本学者园乾治教授的归纳,有关保险性质的学说可分损失说、非损失说、二元说三大流派。^③

(一) 保险损失说

该学说以损失的概念来建构保险理论、解释保险的性质。根据该学说,没有损失就没有保险,保险就是“损害填补”“损失分担”或者“危险转嫁”的机制。

坚持保险是一种损害填补机制的理论认为,从法律的角度看,保险最终体现为损失填补合同,一方当事人以收取约定金额为条件,对另一方当事人在事故发生后遭受的损失予以补偿。英国《1906 年海上保险法》采用该观点,第 1 条规定:“海上保险合同是保险人向被保险人承诺,在被保险人受到海上损失,即在发生海上风险行为所发生的损失时,应当依据约定的条款和数额,赔偿被保险人的合同。”坚持保险是一种损失分担机制的理论认为,保险实质上是多数人互助合作而分担损失的一种机制。德国学者华格纳强调:“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。”在华格纳看来,无论是财产保险还是人身保险,无论是他保还是自保,均如此。^④坚持保险是一种危险转嫁机制的理论认为,危险处理是保险的本质,其目的在于把被保险人的危

① 梁慧星:《保证保险合同纠纷案件的法律适用》,载《人民法院报》2006 年 3 月 1 日。

② 宋刚:《保证保险是保险,不是担保》,载《法学》2006 年第 6 期。

③ [日]园乾治:《保险总论》,李静之等译,中国金融出版社 1983 年版,第 6 页。

④ [日]园乾治:《保险总论》,李静之等译,中国金融出版社 1983 年版,第 7 页。

险转嫁给保险人，其经营实质就是保险人将多数人的同类风险集中起来然后进行分摊。美国的魏兰托就认为，“保险是为了赔偿资本的不确定损失而积聚资金的一种社会制度，它依靠把多数人的个人危险转嫁给他人或者团体来进行。”

（二）非损失说

该说认为，保险损失说仅围绕损失展开，但损失无法涵盖保险的全部内容，无法解释人身保险，事实上也排除了人身保险。为此，需抛开损失的概念，寻找其他依据来解释保险。

非损失说又有技术说、欲望满足说、经济确保说、财产共同准备说、相互金融机关说、经济后备说、货币后备说等不同主张。其中，技术说关注财产保险与人身保险的技术基础，强调遭遇同类风险的多数人组成危险共同体，预测该危险共同体内事故发生的概率，按该比例分摊，根据概率测算保险金，建立保险基金，设计保险赔偿的范围，以实现保险金与保险价值的平衡。欲望满足说，其代表人物德国的马纳斯认为，保险是保障保险事故引起意外事故引起财产上欲望的一种组织，处于同样经济不安定情形的企业或者个人将可能发生的并且可计算的财产上的某种欲望，根据互助原则予以保障。经济确保说认为，保险的目的在于对意外的灾害事故留有准备。财产共同准备说在经济确保说的基础上增加技术说的内容，化偶然为必然，按照大多数法则将多数经济主体组织起来，积聚货币，作为财产准备，在未来偶然事故发生时确保意外事故受害者获得实在的财物。相互金融机关说，基于当代经济活动都是用货币进行支付、保险作为应付经济不安定的善后措施也需要使用货币的现实，把保险定义为以偶然事件作为发生条件的相互金融机构，将基于概率基础而进行的调整货币收支和投资作为保险的性质。

（三）二元说

该说认为，难以对财产保险与人身保险给出统一的定性，应当分别加以解释。财产保险的定义，可以基于损失；人身保险的定义，存在人格保险说、否认人身保险说两派。因此，严格说来，二元说存在人格保险说、否认人身保险说、择一说三个学派。^①

人格保险说。该说认为，人身保险涉及的赔偿，不仅包括经济损失，而且包括道德和精神方面的损失。经济方面的损失，不仅包括由于在经济上的冲击造成的损失，也包括纯粹的经济刺激引发的损失。按此逻辑，纯粹的经济刺激引发的损失，因无法用金钱衡量，能否投保，值得深究。中秋赏月险中的附加险即属于此类。否认人身保险说。该说认为，无论是狭义的损失还是广义的损失都无法阐明人身保险的性质。因此，如果坚持以损失为基础来界定保险，当然应当否定人身保险的保险属性。由于保险必须建立在损失的基础上，人身保险合同应当属于保险合同之外的其他合同，甚至是一种单纯的金钱支付合同。择一说认为，由于无法找到人身保险

^① 李玉泉：《保险法》，法律出版社1997年版，第8页。

与财产保险的统一概念，而否认人身保险的保险属性也不明智，只能对财产保险与人身保险分别予以界定。德国、日本及我国均采用该学说。《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、疾病或者达到合同约定的年龄、期限等条件时承担给付保险金责任的商业保险行为。”根据该条，在财产保险中，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；在人身保险中，当被保险人死亡、伤残、疾病或者达到合同约定的年龄、期限等条件时，保险人承担给付保险金责任。

三、保险法中的保险

（一）现实社会中的保险

在现实社会中，保险有多种分类。

1. 商业保险与社会保险

这是根据保险制度的目的作的分类。某个国家公职人员生病住院后，他可以向政府的社会保险管理机构要求保险医疗费；如果购买了商业医疗保险，还可以要求出售该产品的保险公司按照保险合同的规定赔偿医疗费。前者，属于社会保险的事务；后者，属于商业保险的范畴。我国建立了针对国家机关、事业单位、企业职工、城镇居民的基本养老保险、基本医疗保险、失业保险制度，这些保险就是社会保险。社会保险由各级政府的劳动与社会保障部门负责管理并实施，不以盈利为目的。商业保险是在遵循保险基本原理的基础上按照商业交易的基本规律操作的。保险公司销售这些产品的目的在于盈利，其资金主要来源于投保人交纳的保险费。我国《保险法》上的保险是商业保险，而社会保险由专门社会保障法律制度加以规范。本书所指的保险，针对商业保险。

2. 自愿保险与强制保险

这是根据保险实施形式所作的分类。机动车第三者责任险就有强制的、自愿的两大类。车主必须按照《机动车交通事故责任强制保险条例》购买机动车第三者责任强制险（俗称“交强险”），在此基础上还可以自愿购买由保险公司开发的商业性机动车第三者责任险。

所谓自愿保险，是指投保人与保险人在平等、互利的基础上，自愿协商，签订保险合同而实施的保险。商业保险采取自愿保险形式。我国《保险法》所规范的保险，也主要指自愿保险。所谓强制保险，也称法定保险，指投保人与保险人依据国家法律、法规的规定必须签订保险合同而实现的一类保险。强制保险多是实现特定社会与经济政策的手段，其实施需要有专门的法律、法规作保障。强制保险的经营，可以授权给商业保险公司，也可成立专门保险机构实施。目前，除交强险外，旅行社责任险、破产管理人责任险、道路旅客运输承运人责任险、道路危险货物运输承运人责任险、建筑工人意外伤害险、通用航空活动地面第三人责任险、公共航空运

输地面第三人责任险、船舶油污责任保险、沉船打捞责任保险、海洋石油勘探开发污染损害民事责任保险,都属于强制保险;部分地方性法规将公众责任险和火灾保险规定为强制保险。

3. 财产保险与人身保险

这是按照保险标的所作的分类,也是我国《保险法》对保险的基本分类。财产保险,是以财产以及相关利益为标的的保险。财产保险还可以细分为财产损失保险、责任保险、信用保险、保证保险、海上保险等多种。人身保险,指以人的身体与寿命为保险标的的保险。人身保险,包括人寿保险、伤害保险和健康保险三大类,涵盖了人的生、老、病、死、伤、残等各种风险。

区分财产保险与人身保险,具有直接的法律意义。主要表现在:其一,《保险法》对这两类保险规定了不同的规则。其二,在保险利益的判断上,财产保险与人身保险有不同规则。财产保险的保险利益,为能够以金钱衡量的经济利益。人身保险合同的保险利益,体现为投保人与被保险人之间的人身依附关系或信赖关系,是基于法定身份关系或经济上切身利益关系而发生的非金钱利益。保险利益的判断时点,财产保险以事故发生时为准,人身保险合同以合同签订时为准。其三,在保险人与投保人之间的权利义务上,两类保险有差异。比如,财产保险中要适用损害填补原则,有保险代位权制度,而人身保险则无;人寿保险合同具有储蓄的性质,保险人不得通过诉讼手段要求投保人支付保险费用等等。其四,保险公司的业务界定。在我国,对保险公司实行严格的业务分离管理政策,财产保险与人身保险分别由财产类保险公司与人寿类保险公司经营。不过,由于属于人身保险的伤害保险和健康保险,实质上是在填补损失,与人寿保险有显著差别,财产类保险公司也可以经营。

需要注意的是,虽然我国保险法遵循财产保险与人身保险相区分的思路来展开有关制度,但其中的局限也相当明显。人身保险中的伤害险、健康险同人寿险的差别相当大,反而与财产险更接近。其他国家和地区的保险立法也很少采用这一区分。有学者建议,我国应当摒弃现行保险法所采的“财产保险”与“人身保险”的分类方法,代之以“补偿性保险”与“定额性保险”的分类方法,以利于法律的正确适用。^①

4. 海上保险与非海上保险

这是以风险发生的领域为标准所作的分类。海上保险是针对海上运输中所发生的各类风险的保险。非海上保险,则是除海上保险之外的其他保险。海上运输过程中,各种风险发生在海上这个特定的领域,保险人一般难以确定和控制这些风险,所以这类保险需要特殊规则来规范。最早的保险,就是海上保险。最早的保险法,也是海上保险法。由于非海上保险与海上保险有显著差异,所以后来就通过变动海上保险制度的方式产生了专门的非海上保险法律制度。在我国,《保险法》仅仅规范

^① 樊启荣:《保险损害赔偿原则研究——兼论我国保险合同立法分类之重构》,载《中国法学》2005年第1期。

非海上保险，而海上保险的相关制度则体现在《中华人民共和国海商法》中。海商法中关于海上保险的规定，应当属于保险特别法的内容。

5. 原保险与再保险

这是根据承担责任次序的不同所作的分类。原保险是与再保险相对的，是投保人和保险人最初签订的保险。《保险法》第28条规定，“保险人将其承担的保险业务，以分保形式部分转移给其他保险人的，为再保险。”再保险发生在保险人之间，原保险是其标的，是“保险的保险”。原保险与再保险是各自独立的。因此，再保险接受人不得向原保险的投保人要求支付保险费；原保险的被保险人或者受益人，不得向再保险接受人提出赔偿或者给付保险金的请求；再保险分出人不得以再保险接受人未履行再保险责任为由，拒绝履行或者迟延履行其原保险责任。

6. 商业保险与政策性保险

这是以目的和机制为标准所作的分类。商业保险是纯粹按照商业目的和经营机制而设立的保险。在商业保险中，完全遵循市场自愿原则，保险公司自负盈亏。政策保险，是指为了体现一定的国家政策，如产业政策、国际贸易政策，以国家财政为后盾而设立一些不以营利为目的的保险。政策性保险，可以由国家投资设立的专门公司经营，也可由国家委托商业保险公司代办。由于这些保险所承保的风险一般损失程度较高，而为了某种政策目的又必须降低保费，所以国家财政将对投保人或者经营者进行财产补贴。目前，出口信用保险、农业保险是我国既有的常见政策性保险，存款保险是金融监管机关力推的又一种政策性保险。

（二）保险法中保险的内涵^①

在保险法中，保险有其特定的内涵。《保险法》第2条就特别强调保险的商业属性，排除社会保险。需要注意的是，即便在保险法中，保险在不同语境中也有不同内涵。

1. 保险是一种风险防范机制

“大力发展保险，提高风险管理水平”，此类口号经常出现在政府的各类文件中。在政府看来，保险乃是一种风险管理的机制。的确如此。常言道：“天有不测风云，人有旦夕祸福。”人类时刻都面临着来自自然或社会力量的各种风险，而如何有效地防范风险则成为社会发展中我们必须高度重视的命题。面对风险，人们可选择逃避，不参与某些活动；也可选择主动面对，发展科技以降低风险；还可以选择设计风险转移机制把风险转移出去。事实上，无论科学技术怎样发展、无论我们多么努力都不可能完全避免风险发生，当其他手段无法防范风险时，购买保险将是人们的最后选择。正是在这个意义上，在人类风险防范的整个体系中，保险已经成为运用最为广泛的机制。经济学家彼德·F·德鲁克指出：“一个社会管理突发性事件，一般要

^① 张舫、曹兴权：《商法》，武汉大学出版社2011年版，参见有关保险法的章节。

通过保险来实现。”^①上述非损失说等学说对保险性质的认识，很多也是从这个机制性角度来认识保险的。

主动利用风险来防范风险，是保险这种风险管理或者防范机制最大的特点。保险的基本原理在于“人人为我、我为人人”的互助合作机制，^②即聚合社会大众的集体力量来分担个体所遭受的损失，从而把个体风险降到可以承受的最低限度。保险机制的构成需要三个基本要素：风险存在、风险共同体内的众人协力、赔偿损失。

目前，保险业日益成为一个以合理计算为基础的、为社会生活提供风险保障的专门行业，保险活动日益成为人类正常生活不可缺少的组成部分。保险交易的公平展开、保险业的健康发展，在很大程度上已经具有社会公共政策的普遍意义。保险也因此成为具有社会效应的社会经济保障制度。^③通常所说要充分发挥保险的社会管理功能，也正是在这个意义上论及的。

2. 保险是一种特殊的商业交易

保险公司最主要的业务是保险。在商法理论上，保险是一种特殊商事行为。在从事保险业务时，保险公司将与投保人签订保险合同。就此而言，保险是一种特殊的商业交易活动，并表现为具体的保险合同。《保险法》第2条正是从合同角度去界定保险的。

《保险法》第2条所称的保险，不包括社会保险中的保险，而是以约定的形式表现出的一种交易。保险是一种交易，发生在平等主体之间，需要交易双方基于意思自治而签订合同。因此，交易行为当然应当遵守市场交易一般原理，受《中华人民共和国合同法》规范。当然，由于是特殊交易，在法律适用时，首先要看保险法的特殊规定，没有特殊规定的才再考虑适用合同法总则的规定。对保险合同的成立与生效来说即如此。保险合同的成立与生效，与一般合同没有本质区别。投保人提出保险要求，经保险人同意承保，保险合同成立，实际就是经过要约和承诺后双方意思达成一致而成立。依法成立的保险合同自成立时生效，投保人和保险人可以对合同的效力约定附条件或者附期限，这与一般合同自成立即生效、除非当事人有特别约定的规则也没有区别。因此，取消《保险法》第13条的规定也无妨。当然，在成立和生效上，保险合同也有特殊性，这集中表现在保险责任开始上。《保险法》第14条特别规定，保险人按照约定的时间开始承担保险责任。根据该规定，保险合同成立、生效后，保险人的保险责任并不一定开始；即使保险合同成立或生效之前的风险，保险人也可以按约定承担一定赔偿责任。根据海上保险合同中经常出现保险责任追溯条款，在合同依法生效后，保险人对于合同成立前所发生的保险事故也要承担保险责任。

之所以要由《保险法》来加以特别规范，是因为保险有其特殊性。基于“人人

① [美] C·小阿瑟·威廉斯等：《风险管理及保险》，马从辉等译，经济科学出版社2000版，第5页。

② 吴荣清：《财产保险概要》，三民书局1992年版，第5页。

③ 杨树明：《保险法学》，重庆大学出版社1999年版，第23页。

为我、我为人人”互助合作机制，保险交易本来应当发生在遭受相同风险的投保人之间。不过，在实际交易中，保险交易发生在保险人与投保人之间。保险人利用“人人为我、我为人人”互助合作机制来开发风险承担服务产品，投保人则通过购买该产品的形式来形成风险共同体。因此，保险合同的当事人首先是保险人与投保人，他们之间发生利益冲突关系。但是在解决这对利益矛盾关系时，必须维持一个底线，那就是不得为了保护投保人利益而对保险人随意地施加义务，否则将破坏“风险共同体”这个技术基础。从这个意义上讲，保险合同法规则必须尊重、维系保险的技术性。此其一。

其二，保险交易中交易的对象很特殊，不是某个特定的权利，而是对特定风险的承担。投保人买保险的好处在于买回一个安全，“以确定的费用代替不确定的损失”^①。保险交易的实质是以一个确定性的保险费用的支出来换取保险人对不确定性损失风险的承担。“凭借出售和购买一些只有在某些不确定的事件发生的时候才兑现的合约，来取代不确定性所毁坏的市场，从而明确地将不确定性纳入考虑视野范围内。”^②即，在支付约定的、一个较小数额的保险费后，把风险和因此遭受的损失转移给保险人，避免了风险发生后可能遭受的较大数额的损失。保险人获得收取保险费的好处，不过也必须付出一定对价，一是在该特定风险发生前给投保人以心理上的安全感，二是在该风险发生后赔偿投保人遭受的损失。

其三，基于风险的不确定性，保险交易具有了射幸性。保险是基于风险本身而发生的交易。在这里，首先需要注意的是，虽然人类社会可能遭受的风险很多，但我们并非能对一切风险开发危险承担服务，保险人所能够承保的只是那些可保风险。所谓可保风险，是指人类社会面对的可能引发损失的偶然事件。在这个意义上讲，保险交易中的可保风险具有事件肯定还没发生、事件是否发生难以确定、事件何时发生难以确定、事件发生的原因难以确定、事件发生的结果难以预料等特征。买了保险，不一定能够获得赔偿；即使得到赔偿，也是以小的支出来换得对大额损失的避免。因此，保险交易中存在着一个“以小博大”的赌博机制。但是，保险与赌博所获得的社会待遇完全不同。赌博只在很小的范围内合法，而保险在任何国家和地区都合法。其根源在于，可保风险的存在是保险开展的前提，保险的机理在于转移风险，赌博开展前根本没有风险可言，本身创造风险；赌博具有反道德性，而保险是人类社会要大力发展的一种风险防范机制；保险所针对的风险，属于可保风险，是纯粹的风险，具有现实的可预测性^③，而赌博针对的风险是纯粹的风险，也无法预测；赌博没有科学依据，而保险建立在“概率论”的科学基础上，保险业务的开展必须以对保险费率的精算为前提，必须对风险发生概率、损失大致范围、成本与收益等要素进行精确预测；参与赌博没有任何利益损失的前提可言，而买保险则要求

① [美] 所罗门·许布纳、小肯尼思·布莱克、伯纳德·韦布等：《财产和责任保险》，陈欣等译，中国人民大学出版社2002年版，第5页。

② [美] 阿罗：《信息经济学》，何宝玉等译，北京经济学院出版社1989年版，第191页。

③ 马永伟：《保险原理与实务》，中国金融出版社2002年版，第2页。

必须存在可能的利益损失，必须对保险标的有某种程度的保险利益。

3. 保险是一种特殊的市场交易产品

“保险公司卖保险”、“投保人买保险”，是一些常见说法。在这些说法中，保险成为了买卖的对象，如同其他商品一样，被当作一种可以交易的东西。保险这种特殊产品具有以下特征：其一，保险是一种服务性产品。保险公司销售的，不是某项财产权或与财产有关的权利，而是一种风险防范或危险承担的服务。保险在国民经济中归属服务业。其二，该产品是由保险公司设计的，产品的品质通过保险合同条款表现出来。保险产品纠纷就是保险合同纠纷。其三，保险产品具有相当的技术含量。某个特定保险产品具体内容的条款，不是可以随意改变的，它们必须以一个风险共同体为基础，并且必须尽可能地与该共同体的特定风险发生概率相匹配。因此，对保险合同条款的随意删减或修改，不仅可能影响合同当事人的权利，更加严重的是将危害保险产品赖以存在的科学基础。

四、保险的要素

尽管难以界定保险的含义，但对于如何判断某个产品或者交易是否为保险的问题，社会形成了基本共识。英美法系国家，除少数例外外，几乎没有对保险做明晰界定，法官在审判中主要依靠判例法对保险构成的有关表述去裁判。即使在有明确界定的成文法国家，要判断中秋赏月险、爱情险、保证保险等新型产品的保险属性，也有必要利用保险构成要素的基本理论。一般而言，保险应当包含以下几个要素：

（一）特定主体之间的损失转移交易

保险首先是一个交易，在微观上表现为一个合同，交易主体为投保人与被保险人，交易标的为财产及其有关利益或者是人的寿命和身体，交易的内容为危险承担。

在保险经济关系中，参与的主体包括保险当事人、保险关系人、保险辅助人三种。只有保险当事人才是保险关系的主体。当然，大陆法系与英美法系对保险关系当事人与关系人的规定不同。在英美法系，保险合同一方当事人为保险人（the insurer），另一方当事人为被保险人（the insured）。在人寿保险中，如果被保险人欲使他人享受保险金给付利益，可以指定受益人（third-party beneficiary）。在保险理论中，还有投保人（the applicants）概念，泛指一切向保险人申请投保的人。保险标的泛指各险种的保险对象，包括财产、生命、责任、利益、身体、健康、老年等。在大陆法系，保险合同一方当事人为保险人，另一方当事人为投保人。被保险人在损失补偿保险中是保险事故发生时有权领取保险金的人，在人寿保险中则指保险事故发生的对象。在损失补偿保险中，保险事故发生的客体或对象被称为保险标的或保险标的物。在人寿保险中，被指定领取保险金的人为受益人。^① 依据我国《保险法》，保险合同是投保人与保险人约定保险权利义务关系的协议，当事人仅指保险人和投

^① 参见江朝国：《保险法修正条文述评》，载《政大法学评论》第59期，注释35。