

三元法学文丛

史卫进/著

保险法原理与实务研究



科学出版社

www.sciencep.com

三元法学文丛

保险法原理与实务研究

史卫进 著

科学出版社

北京

内 容 简 介

作者以多年的保险法教学和司法经验,根据2009年修订的新《保险法》的规定,在总结了保险法理论研究成果的基础上撰写了本书。

保险法领域有着独立的理论体系和司法理念,它迥异于民法与合同法的理论和理念。作者在撰写本书过程中秉承这一理念,一方面根据新《保险法》的规定深入地论述了保险法原理,并对临时保险保障、法律更迭时新旧法律的适用、第三领域保险、弃权与禁止反言、不争条款等国际通行保险惯例进行了系统的论述;另一方面通过对精选的典型保险案例进行分析,全面阐述在审理保险纠纷中关于新《保险法》的适用规则和原理,以修正现存的以民法、合同法原理审理保险纠纷案件的错误倾向。

本书不仅适合从事保险法研究、司法工作的读者参考使用,也适合从事保险业务和研究保险法的读者阅读使用。

图书在版编目(CIP)数据

保险法原理与实务研究/史卫进著. —北京:科学出版社,2009

(三元法学文丛)

ISBN 978-7-03-023659-3

I. 保… II. 史… III. 保险法-研究-中国 IV. D922.284.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第196409号

责任编辑:徐 蕊 王京苏 李俊峰/责任校对:包志虹

责任印制:张克忠/封面设计:耕者设计工作室

科 学 出 版 社 出 版

北京东黄城根北街16号

邮政编码:100717

<http://www.sciencep.com>

装 订 印 刷 厂 印 刷

科学出版社发行 各地新华书店经销

*

2009年6月第 一 版 开本:B5(720×1000)

2009年6月第一次印刷 印张:17 1/4

印数:1—1 800 字数:335 000

定价:38.00元

(如有印装质量问题,我社负责调换〈环伟〉)

编委会名单

主 任 郭明瑞 房绍坤

组成人员 （按拼音顺序排序）

房绍坤 郭明瑞 胡华强 金福海 潘维大
汤 唯 唐广良 汪建成 杨立新

秘 书 长 张平华 徐 蕊



丛 书 序

为拥有自己的文库，打造学术品牌，在科学出版社的鼎力支持下，烟台大学法律人推出了《三元法学文丛》。这是一件值得庆贺的事情。

文丛何以得名？盖因烟大校园中心有一湖，名曰“三元湖”。“三元”者含义有三：一者古有连中三元之说；二者，烟大为地方出资，北大、清华援建而成；三者湖面一分为三。三元湖中，三个圆形湖面，心心相连；湖心有岛，湖上横跨小桥，四周翠柳环绕。春来鸟语花香，闲观鱼翔浅底；冬去冰雪沉卧，平增学子嬉戏。聆听着湖畔钟楼里催人振奋的钟声，徜徉于石道上感受着扑面而来的杨柳风，感受到的是远离尘嚣的寂静，读懂的绝对不止湖边图书馆内的老书。

不知不觉中，始建于1984年的烟大法学专业，已走过了23个年头。期间，三元湖见证了烟大法学的风雨历程，分享着烟大法律人的喜悦和失意；见证着办学规模由起初的不足百人而至今天的上千人，送走了一批批朝气蓬勃的学子；见证着法律系办公室由寥寥数间发展到拥有独立庭院的法学楼，期待着法学院的日新月异。变幻的是时空，但不变的是烟大法律人对法学的忠诚和毅力。三元湖可以作证！

三元湖懂得感恩，三元湖水或涌于地下，或来自天上，涓涓溪流滋养着她，滂沱大雨浇灌着她，三元湖用她的一泓清水感谢着天地。三元湖也用她自己建起一座友谊的丰碑，记载下了北大、清华、烟台市及各方力量在创办烟大、建设烟大的丰功伟绩。三元湖畔的法律人广交四海俊杰、贤达，他们的进步凝聚着朋友的心血。他们的劳动成果又怎能不刻上三元湖的名字，借此公告世人、报恩于世人？

三元湖是俊秀的，但她懂得领略东门外一望无际的黄海；三元湖是安静的，但她能够听到大海的奔腾不息。俊秀的、安静的三元湖在告诫烟大法律人不要在湖光山色中沉醉，不应在春风细雨中沾沾自喜。《三元法学文丛》是我们身后的路标，它告诉我们前方还有远远的路……

我们荣幸地邀请到了我国十余名知名学者组成编委会，掌管文丛方略大计；我们将以质量为文丛之生命，以学术性为追求指标，坚持宁缺毋滥的原则；我们期望烟大法律人（文丛的作者包括了烟台大学法学院现任专任、兼任教师及曾经在烟台大学工作的教师，烟大法学院的校友等）能在这一舞台上自信地展示自己，哪怕所展示的还不值得称道；真诚地奉献自己，哪怕所奉献的成果还显青涩；要勇敢地在舞台上走下去，哪怕不知道路在哪里。

本文丛有如下特点：

“广”。内容涉及民、商、刑、法理、诉讼法等诸领域，研究范围广泛，信息量大；同时，最大限度地展现各专业领域最新研究进展和成果，为广大读者献上全面而内容丰富的学术大餐。

“精”。内容“广”而不乏“精”，内容翔实而不乏力度。突出重点，力求在“面”的基础上使每个“点”论证更加精道；抓住事物本质，解决问题根本；关注难点、热点、疑点、争点，排忧解难。

“时”。内容博、深而具前沿性、前瞻性，以深厚的法学理论为积淀，植根法学研究，紧随现实动态、捕捉学术信息，探讨时事热点，服务中国法治建设。

法学理论博大精深，法学研究之路历程艰辛，在奋进前行的过程中难免彷徨或焦躁，在自我展示中也恐错误纰漏浮然。若蒙读者不吝指正，将不胜感激！

郭明瑞

2007年8月26日

目 录

丛书序

第一章 保险与保险法	1
第一节 保险概述.....	1
第二节 保险的种类.....	8
第三节 保险法的沿革、渊源与效力	16
第二章 保险合同概述	25
第一节 保险合同的 概念、性质	25
第二节 保险合同的种类	31
第三章 保险利益原则	38
第一节 保险利益概述	38
第二节 财产保险的保险利益	45
第三节 人身保险的保险利益	48
第四章 保险合同的当事人、关系人和辅助人	53
第一节 保险合同的当事人	53
第二节 保险合同关系人	60
第三节 保险合同的辅助人	64
第五章 保险合同的成立和解释	68
第一节 保险合同的订立	68
第二节 保险合同的记载事项	73
第三节 保险合同的形式	80
第四节 保险合同的解释	87
第六章 保险合同的效力变动	93
第一节 保险合同的内容变更	93
第二节 保险合同的转让	96
第三节 保险合同的中止与复效.....	101
第四节 保险合同的解除.....	104
第五节 保险合同的终止.....	108
第六节 保险合同的无效.....	110
第七章 投保人(被保险人)的法律义务	114
第一节 保险合同订立前的告知义务.....	114

第二节 支付保险费的义务·····	119
第三节 危险通知义务·····	124
第四节 安全维护和施救义务·····	128
第八章 保险人的法律义务·····	131
第一节 订约说明义务·····	131
第二节 危险承担义务·····	137
第三节 保险人的附随义务·····	142
第九章 索赔与理赔·····	147
第一节 索赔程序·····	147
第二节 损失原因·····	150
第三节 弃权和失权·····	155
第四节 理赔程序·····	160
第十章 重复保险合同·····	167
第一节 重复保险的概念和构成要件·····	167
第二节 重复保险的通知义务·····	171
第三节 重复保险的效力·····	174
第四节 重复保险的适用范围·····	179
第十一章 保险代位权·····	184
第一节 保险代位权概述·····	184
第二节 保险代位权的取得·····	189
第三节 保险代位权行使的限制·····	194
第四节 代位权的救济与法律保护·····	199
第十二章 再保险合同·····	204
第一节 再保险合同概述·····	204
第二节 再保险合同的条款·····	207
第十三章 人身保险合同·····	213
第一节 人身保险合同概述·····	213
第二节 人寿保险合同·····	218
第三节 健康保险合同·····	223
第四节 伤害保险合同·····	226
第十四章 财产保险合同·····	230
第一节 财产保险合同概述·····	230
第二节 财产损失保险合同·····	237
第三节 运输保险合同·····	240
第四节 责任保险合同·····	243

第五节 保证保险合同.....	248
第十五章 保险业管理法.....	251
第一节 保险公司.....	251
第二节 保险经营规则.....	254
第三节 保险业的监督管理.....	260
后记.....	266

第一章 保险与保险法

第一节 保险概述

一、关于保险概念的学说

从各国的保险理论研究上观察，关于保险的概念至今尚无统一认识。各种关于保险的定义均是从各自的角度对保险制度进行的归纳。为全面了解保险的内涵，现将关于保险概念的主要学说作以下介绍。

（一）损失赔偿说

损失赔偿说认为保险是一种损失赔偿合同。该学说认为，保险是当事人一方收取约定的金额，对于对方所受损失或发生的危险予以补偿的合同。即“保险是约定当事人的一方根据等价支付或商定，承保其标的物发生的危险，当该项危险发生时负责赔偿对方损失的合同”。损失赔偿说所主张的保险是赔偿损失合同的观点，是以海上保险和火灾保险为依据的在法学上的解释。

（二）损失分担说

损失分担说强调保险是一种集合多数人共同分担危险的经济制度。这一学说认为，保险是把个别人由于未来特定的偶然的不可预测的事故造成的财产上的不利结果，由处于同一危险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。这一学说在总结保险学所研究的保险损失分摊的功能的基础上，从经济学的角度将保险的性质阐述为多数被保险人的互助关系，是对保险法学理论的重大发展，现为多数学者所接受。

（三）危险转嫁说

危险转嫁说是从危险转移角度说明保险的本质，该学说认为保险是一种危险转嫁机制。持这一观点的学者认为，保险是为了赔偿资本的不确定损失而聚积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来进行的。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，所以是可承保的，保险人将这种共同发生的危险大量汇集起来，就能将危险分摊。危险转嫁学说是从宏观经济的角度对保险进行的分析，它认为保险是为了弥补资本可能随机发生的损失而聚积资金的社会性计划，保险的实施则是将许多个别人的危险转嫁给一个由多数人组成的团体去承担。

（四）技术说

技术说是以保险经营上的技术性为核心的。这一学说认为，保险是把可能遭受同样事故的多数人组织起来形成团体，而保险经营则是以保险基金为基础的，在计算保险基金时，应当测定事故发生的概率以确定分担损失的比例作为保险费率，使投保人缴纳的保险费总额与保险人实际支出的保险金总额相等，从而科学地建立保险基金。这一学说主张，保险基金应当通过科学的概率计算技术建立，从而使保险人支付的保险金的总额与投保人交纳的保险费的总额相等。这一学说的理念是现代保险业存在和发展的基础。

（五）欲望满足说

欲望满足说认为，保险的目的是满足人们的经济需求和金钱欲望，在意外事故发生时，以最少的费用满足该偶发事故所引起的经济欲望（即获得事故损失的全部或部分的赔偿，并给予可靠的经济保障以满足这种欲望）。它还认为，保险是对于按照一定的概率计算的将来可能发生的欲望，且根据合理交换的经济原则进行准备的多数人的集体组织。这一学说是从经济学的角度来阐述保险的属性，以需要代替损失，以满足代替补偿，是保险商品理论的重要基础。

（六）择一说

择一说认为财产保险和人身保险虽同属于保险，但是财产保险具有损失赔偿的属性，而人身保险则不属于赔偿性合同，而是以给付一定金额为目的的保险合同。因此，财产保险与人身保险不能使用同一定义予以界定，而应当分别进行定义。

上述关于保险定义的学说^①，虽是各自从不同角度对保险制度的功能和特征所进行的归纳和总结，但是通过对它们的分析和比较，人们可以全面地观察保险制度的基本内涵。

二、保险的定义

我国《保险法》第2条规定，所谓保险，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而造成的财产损失承担保险金责任，或者当被保险人死亡、伤残、疾病或者达到合同约定的年龄、期限时承担给付保险金责任的商业保险行为。它包含以下含义：

第一，保险是建立在合同关系的基础上，是投保人与保险人订立的关于风险保障的合同。因保险所保障的对象不同，所以按人身保险与财产保险分别进行定义，以示人身保险与财产保险的差异。

^① [日] 园乾治著：《保险总论》，李进之译，中国金融出版社，1983年，第6～16页。

第二, 保险是非对称性对待给付关系, 投保人在交纳保险费后, 保险人在保险事故发生时或约定的条件成就时承担保险金责任, 而且保险人所承担保险责任的金额与个别投保人所承担的保险金额是不对称的。

第三, 保险是一种商业行为, 即保险法所规范的保险行为, 是保险人以转嫁承担投保人(被保险人)的人身和财产风险为条件而开展的营利性经营活动。但是, 商业保险以其建立的巨额保险基金对社会经济和人们的生活起到了保障作用, 它与具有社会基本保障功能的社会保险, 共同担负着稳定社会经济的重任。

三、保险的要素

所谓保险的要素, 又被称为保险成立的主要条件。保险制度作为人类用于分散风险、补偿损失的风险经营制度, 在世界各国得到了普遍的应用。但是在各国法律上, 保险更被作为一种特许经营的业务, 即一国境内的保险只能由获得本国政府特许的保险经营机构进行经营。因此, 研究保险的要素, 准确界定保险的范围, 是强化国家对保险经营业进行监管的需要, 更是依法构建政府保险特许经营制度的需要。通过比较分析各国保险制度的规定, 可以把保险的要素归纳为以下内容。

(一) 保险以特定的危险存在为前提

危险存在是保险的前提, “无危险即无保险”已是保险理论中的至理名言。所谓危险是指遭到损害或失败的可能性, 又可称为损失机会。在社会生活中, 人类所面临的危险主要是由人身危险、财产危险和法律责任危险等组成, 但是决定保险制度存在的危险并非所有的危险。只有符合一定条件的危险, 才能成为保险的前提。保险制度上的危险是指保险合同中约定的危险, 是保险人同意予以承保的危险, 它又被称为可保危险, 具有以下属性:

(1) 确定性。可保危险必须是在一定期间内确定存在的危险, 这类危险的发生具有一定的普遍性, 是确定可能发生的危险, 只有具备发生可能的客观危险, 才是能够通过科学统计方法进行统计的危险。如火灾、地震等灾害, 是属于客观存在的危险。

(2) 偶然性。所谓具有偶然性的危险, 是指危险在将来具有发生的可能, 但其发生又处于不确定状态的危险。即可保危险应当是在将来可能发生的危险, 可保危险是发生时间处于不确定状态的危险, 可保危险是发生的地点处于不确定状态的危险, 可保危险是造成的损失程度处于无法预知状态的危险。

(3) 纯粹性。可保危险从发生的结果上进行观察, 它应当是只有损失机会的危险, 且危险发生的结果是给受害人造成了经济损失, 即可保危险应当是纯粹危险。而同时具备损失可能和赢利可能的所谓投机性危险, 不属于可保危险的

范畴。

(4) 同一性。所谓危险的同一性,是指一定数量的社会主体所共同面临的同种或同类危险,而且受到该种危险威胁的社会主体有组成共同统一团体并分担损失、抵御危险的意向。只有具备同一性的危险,才能进行危险和损失统计,满足保险经营大多数法则的要求,合理计算保险费率。

(5) 非道德危险。所谓道德危险是指保险合同当事人与关系人因故意所致的危险事故,是由投保人、被保险人为获取保险金故意而为的事故。而可保危险具有意外性,即危险的发生是不可预知的,危险的发生与后果不是投保人、被保险人故意所为。因此,道德危险被排除于可保危险的范围之外,对其所产生的事故和损失,保险人不承担保险责任。

(二) 保险制度是以转嫁危险为核心的共济互助制度

第一,保险制度是以多数人互助共济为基础的。在人类社会,每个社会成员都面临着因自然灾害或者意外事故遭受损失的危险。保险制度是针对多数人共同面对的同种危险的情况,建立由多数人自愿组成的团体,通过对团体内成员收取保险费的方式聚积资金,建立社会危险损失补偿基金;当团体内的个别人因遭遇特定灾难而受到经济损失时,用该补偿基金的一部分款项进行损失补偿。其结果是,在由多数人组成的团体内,建立使危险损失由多数人的互助而共同分担的机制,将个人因危险发生而面临的经济上的损失,通过多数人的分摊,将损失分散于社会之中而消化无形。因此,任何一种保险,都是以一个共同团体的存在为先决条件的。

第二,保险是以危险转嫁为核心的危险管理制度。首先,在保险制度下,对于可保危险,保险人通过统计、测定事故发生的概率以确定分担损失的比例,准确地计算出保险费率,使投保人缴纳的保险费总额与保险人实际支出的保险金总额处于平衡状态。以科学计算风险为基础,是保险制度下的危险分摊机制的核心。其次,在保险制度下,对于投保人(被保险人)因保险事故造成的损失,依保险合同约定的条件,由保险公司以其经营的保险基金,转嫁承接投保人(被保险人)因保险事故造成的损失后果,向被保险人赔偿保险金或给付保险金。因此,保险制度是由保险公司以保险基金作为支付保证,转嫁承接投保人(被保险人)的危险事故损失结果的一种危险转嫁制度。

(三) 保险制度具有填补事故损失的功能

保险是以对于灾害事故所造成的损失进行填补为目的。保险制度的填补事故损失的功能是建立在保险关系当事人的契约安排基础上的。就保险行为的实质而言是保险合同关系,即投保人依约定为给付保险费的义务;保险人依约定为提供保险保障义务,在合同约定的保险事故发生后,承担保险责任。因此,保险人的保险责任是契约赔偿责任,根据是保险人在约定条件下承担的金钱上的赔偿或给

付义务。

在财产保险中，保险人的保险责任是以保险标的因保险事故所造成的损失为责任范围。而保险事故所造成的损失，则是通过估价等方式来确定其金钱数额。因此，财产保险的保险责任，是保险人依照保险合同的约定，对事故损失承担的补偿性责任。

在人身保险中，人的生命或身体的价值是无法计算的，但是人的死亡、伤残和疾病等人身保险事故所造成的人身损害或死亡而带来的直接的经济损失和由此造成的其家庭和亲属的精神损害，在法律上是可以进行计算的。因此，人身保险的保险责任，是采用经济补偿的方式对于人身保险事故所造成的损害进行弥补。但与财产保险的对损失进行赔偿的保险责任不同的是，除健康保险和伤害保险中的医疗费用保险外，人身保险通常是采用定额保险的方式，事先约定保险人的保险责任金额，在保险事故发生后由保险人给付。

填补保险标的因保险事故造成的损失是保险制度的基本功能，但是保险法律关系不同于民事损害赔偿关系。在保险法律关系中，投保人、保险人和被保险人是基本当事人；保险标的的是一定的财产利益、人身或者与人身相关的利益。在保险法律关系中，投保人是支付保险费为代价，将产生于保险标的上的危险损失可能转移给保险人；保险人则以受领保险费为条件，向被保险人承担损失保障义务，并在保险事故发生时承担赔偿责任和给付保险金的责任。由此可见，保险人的保险责任范围是以被保险人因承保危险发生所造成的损失为前提的，保险责任是基于当事人的保险合同约定所设定的合同责任，而不是保险人因有民事侵权行为所致的损害赔偿赔偿责任。这决定了保险法律关系不同于一般的民事损害赔偿关系。

四、典型案例

（一）基本案情

牙医预付保健服务公司（简称服务公司）的方案主要由下列内容组成：①服务公司首先与许多雇主签订合同，由这些雇主每月向服务公司支付一定的费用，从而保证在这些雇主的雇员需要之时，可以享受特定的牙齿保健服务；②同时，服务公司还与牙医签订合同，由后者提供这些特定的牙齿保健服务，但是不管其提供了多少服务，服务公司每月仅向牙医支付固定的费用；③此计划的参与者只能享受该组织指定的牙医所提供的牙齿保健服务；④服务公司一般要求牙医协会提供一份由第三方出具的履约保证书（performance bond），以保证牙医会在约定的年度内履行约定的服务；⑤此计划不提供意外事件的看护、住院病人的医疗和身体看护，也不提供规定区域之外或门诊的医疗服务。

但是计划还未推行，服务公司就陷入了困境。美国犹他州的保险委员会认为，该计划已侵入了犹他州法典注释所定义的保险范围，所以该计划既构成了保险活动，该服务公司也属于应受到保险监管的健康维持组织（Health Maintenance Organization, HMO），因而，该委员会决定禁止服务公司开展此项应经特殊许可的业务。

（二）案件审理

服务公司不服保险委员会的处罚决定提起了诉讼。盐湖城地区法院在审理该案的时候认为，服务公司要求牙医协会出具履约保证书，说明该组织在这个计划中承担了风险。因此，地区法院支持了保险委员会的调查结果，驳回了服务公司的诉求。服务公司继续提起上诉（Prepaid Dental Services, Inc. v. Day）。

上诉法院在审理中发现，根据保险的定义，保险合同所涉及的风险，对保险公司而言，是指那些支付了保险费的人都可能碰到的风险，当合同指称的意外事件发生时，保险公司应当承担因此而导致的费用。而在上述的牙齿保健服务计划中，存在着一定的风险，即计划的参与者可能需要牙齿护理，而且这种风险可能波及所有的计划参与者。

但是，上诉法院在审理中发现了更关键的一点，那就是在该计划中，风险不是由服务公司承担的。无论计划的参与者是否需要保健服务，服务公司支付给牙医的费用都是一样的，在参与者不需要保健服务时，对服务公司而言，并不比参与者需要保健服务时更省钱。由于服务公司并没有承担任何风险，因而上诉法院认定，该计划所涉及的公司不是一种保险合同。

同样，早在 50 年前，在 *Jordan v. Group Health Ass'n* 一案中，法院就认定，由非营利性组织 Group Health Ass'n 通过按月向其注册的医师支付费用的方式运行的一个健康计划不是保险。判决作了如下宣告：无论此合同是一个保险合同还是一个损失赔偿合同，在未来不可预见的事件中，一方当事人都必须存在损失的风险，并且风险是由另一方通过具有法定约束力的安排来承担的。即便表述得最松散的保险和赔偿概念也要求具备这些因素。危险是基本的因素，危险事件责任的转移也同等重要。如果不存在风险，或者存在着风险、风险却没有转移给另一个人或另外一些人，那么，这儿既不存在保险，也不存在损失赔偿合同。更清楚地说，保险涉及风险的分配，但是没有承担人的风险分配就很难认定构成了保险。这些概念都是最为基本的，也是具有决定作用的。因此，对于这类保健服务计划，只要向提供服务的专业人士支付的是定金（retainer），而不是按照其提供的服务来支付费用，许多法院在审理的时候都认定这种合同并不构成保险。

盐湖城地区法院在审理该案的时候认为，服务公司要求牙医协会出具履约保证书，说明该组织在这个计划中承担了风险。但是，上诉法院则认为，虽然履约

保证书的存在总是说明该保证书的持有人承担了风险,然而本案中的原告(即服务公司)并没有许诺对于意外事件的发生支付任何利益。法律总是规定保险人应该保持巨大的存款和财产储备,以确保在风险发生时保险人有能力支付赔偿。但是本案的原告并不需要保持这种储备,无论风险是否发生,原告除了按照合同向牙医支付每月固定的费用外,不需要支付任何额外的金额。因此,在本案中原告并没有从事保险,因为它没有承担风险。

根据犹他州法典的规定,保险是一种合同,根据此合同,某人将基于可确定的风险概率向另外的人赔偿、支付或给予特定的或可探明的金钱或利益。由此,构成保险的要素主要有三个:风险、风险的分配和风险的承担。作为保险要素之一的风险所具有的含义,即保险所指涉的风险是一种客观存在的意外风险。但是决定保险的另外两个重要因素,是风险的转移与承担问题。一般来说,在认定保险的时候,总是存在合同的两方通过订立契约,一方可能存在的损失风险将向另一方转移,即由后者向前者“赔偿、支付或给予特定的或可探明的金钱或利益”。然而,在本案中,服务公司除了向获得经营许可证的牙医支付约定的费用以外,没有承担任何风险(向牙医支付的约定费用不构成风险)。基于此,上诉法院认定,不承担风险的服务公司其活动就不构成保险,它一语中的地表述道:危险是基本的因素,危险事件责任的转移也同等重要。

(三) 案件评析

当我们进行更深入的探讨时会发现,本案中既存在着风险,也存在着风险的转移和风险的承担,只是承担风险的是订立牙齿保健服务契约的第三方,即牙医在费用一定的情况下,满足契约条件、要求提供牙齿保健服务的人越多,牙医的医疗支出就越高。牙医会不会由此而不提供服务了呢?答案是否定的,服务公司手中握着控制牙医的杀手锏,即由牙医协会作为第三方出具的履约保证书。

根据保险的定义,保险活动仅涉及两方,且在保单购买和损失产生之间一般都存在相当长时间的间隔,在没有第三方监督的情况下,保险人的偿债能力就变得十分重要。故对被保险人而言,保险并不真正保险,这就是需要保险委员会以及类似保险监督机构的原因,也是犹他州法典将保险定义为一种双方行为的原因。

至此为止,我们可以对保险的三要素作更精确的表述了:风险、风险在被保险人和保险人之间的转移以及保险人对风险的承担。在本案中,牙医与计划的参与者之间不存在契约关系,风险是通过服务公司这一中介,在牙医和牙医协会三方之间转移的,这三方已形成了一个合理的监督系统,因而,这里不存在需要受到监管的保险。^①

^① 君之:《一不小心成了保险公司》,北大法律信息网,访问时间:2008年3月25日。

第二节 保险的种类

关于保险的种类，依照保险法的规定和保险营业的标准不同，有着不同的划分标准。正确区分保险的种类，对于正确适用保险法，开拓保险业务范围，有着非常积极的意义。

一、社会保险和商业保险

（一）社会保险

所谓社会保险，是指由国家以法律规定强制实施的，通常作为社会福利保障制度组成部分的，基于社会保障政策所举办的保险，又称为公保险。社会保险旨在建立社会福利，是不以营利为目的的，其保险费由雇主（或公司、企业）和受雇人（或职工）依法定比例分担，或者由政府给予补助。我国的社会保险的经营机构隶属于国家劳动及人事保障机构，其营业经费由政府作为财政支出承担。社会保险由失业保险、医疗保险、养老保险、生育保险和工伤保险等形式的具有社会保障功能的保险险种组成。

（二）商业保险

所谓商业保险，是指具有营利性质，基于当事人各方的利益，由当事人自行投保和承保的保险。商业保险的特点有：商业保险是适用保险法调整的保险业务，商业保险是由保险公司等商业性保险机构经营的保险业务，商业保险是以营利为目的的保险业务。商业保险是各国保险业的主要组成部分，也是保险事业得以发展和壮大的基本业务险种。

二、自愿保险与强制保险

（一）自愿保险

所谓自愿保险，是指投保人与保险人在平等互利、意思自由的原则下，通过自愿协商订立的保险合同。自愿保险是保险的基本形式。自愿保险中的自愿是双向的，作为投保人有选择保险人、保险险种、保险费的缴付方式和期限等方面内容的自由；保险人则享有决定是否予以承保、确定保险险种、确定保险费率和拟定保险合同条款的权利。在自愿保险中，保险合同的订立过程，应是合同当事人充分表达自己意志进行协商的过程。但是保险人在保险条款的制订、保险费率的计算等问题上有决定权，因此所谓自愿保险，只是投保人自愿选择投保而已。