



中财法学文库

CUFE
Law
Review

中财法律评论

(第二卷)

中央财经大学法学院 主办

张小平◎主编

知识产权出版社



中财法学文库

CUFE
Law
Review

中财法律评论

(第二卷)

中央财经大学法学院 主办

张小平◎主编

知识产权出版社

内容提要

本辑《中财法律评论》入选论文聚焦于金融法制建设和当前焦点案件。《保险合同的成立与生效》是全面讨论保险合同这一合同法分则之外的有名合同的力作。《证券类别与分类的体系化》提出了一个逻辑周延、体系完整的证券分类框架,对于深化证券法基本理论的研究,具有重要意义。信用卡、典当、贷款抵押、融资租赁等方面的文章显示了中财学子在金融法细分领域的探究成果。此外,针对过去一年中引起社会广泛关注的“许霆案”、“三鹿奶粉案”、“美俄卫星相撞案”等所进行的评析和反思也在本文集中有所体现。值得一提的是,随着国务院通过《关于2009年深化经济体制改革工作的意见》,开征物业税再度提上议事日程。长篇论文《物业税立法问题研究》相信会令您开卷有益。

图书在版编目(CIP)数据

中财法律评论.第2卷/张小平主编.—北京:知识产权出版社,2009.5

ISBN 978-7-80247-714-8

I. 中… II. 张… III. 法律—文集 IV. D9-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第089890号

中财法律评论(第二卷)

Zhongcai Falü Pinglun

张小平 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 转 8101

责任编辑: 010-82000860-8130

印刷: 知识产权出版社电子印制中心

开本: 880mm×1230mm 1/32

版次: 2009年5月第1版

字数: 281千字

邮 编: 100088

邮 箱: bjb@cnipr.com

传 真: 010-82000860-8325

责任编辑: jpp99@126.com

经 销: 新华书店及相关销售网点

印 张: 9.5

印 次: 2009年5月第1次印刷

定 价: 27.00元

ISBN 978-7-80247-714-8/D·813 (2563)

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

编 委 会

顾问（以拼音为序）

曹富国 陈华彬 甘功仁 郭 锋 蔺翠牌
史树林 曾筱清

本卷主编 张小平

编委（以拼音为序）

崔文思 丁 彤 费 婧 李烨华 姜修娟 任 莉
王雪曼 王志力 杨 冰 周葛子 张 璐 周 圆

本卷执行编委 崔文思 费 婧

目 录

理 论 前 沿

论保险合同的成立与生效	张玉玲 (3)
信用卡合同研究	杜 娟 (68)
论市场管理法的核心价值及其体系构建	邵 琦 (79)
典当之法律性质问题初论	张 辰 (92)
试论证券类别与分类的体系化	王 竹 (103)

实 务 探 析

贷款抵质押物管理与处置中的风险防范及风险缓释 ...	马一彦 (125)
论融资租赁风险的法律控制	杨晓燕 (134)
关于撤销死亡宣告时对婚姻关系处理的问题研究	伦继荣 顾苏徽 (171)
狐假虎威——“挂靠公司”的产权认定问题研究	殷 倩 (182)
论国际法上国际商业卫星发射服务提供者的责任	邹一民 (195)

立 法 研 究

物业税立法问题研究——以公平正义为立法价值的探讨	黄 洁 (205)
对《物权法》关于不动产登记瑕疵救济的思考	孙俊杰 (247)

案 例 评 析

论我国“产品缺陷”认定的不足与完善	张 萍 (261)
-------------------------	-----------

论新闻自由与司法公正

——以许霆恶意取款案为视角 李慧敏 (273)

论人身侵权损害赔偿债权在企业破产清偿中的顺序

——由三鹿破产案件引发的思考 王世敏 刘珂 (288)

理论前沿

论保险合同的成立与生效

张玉玲*

摘要 在实践中,保险合同成立与生效理论的不确定性,一直困扰着保险实务界和司法界。笔者以“论保险合同的成立与生效”为题,一是为了解决实务中因保险合同成立与生效所引发的纠纷;二是通过指出我国现行保险法存在的相关问题并提出修改私见,以期完善我国保险合同法律制度。

关键词 保险合同非要式性 保险费的交纳 同意主义 追溯保险

曾有我国台湾地区学者描绘过保险法律的理想国度。其认为理想国度应该有一个目标、二根支柱和一个基础构成,即以公共扶持兼具有市场职能为最高目标,行政管理和行业自律为支柱,而目标和支柱则又是建立在许许多多保险合同的基础之上。^① 无论该学者描绘的理想国度建构是否完善,但笔者非常认同的一点是保险法律的理想国度离不开保险合同之基础。

保险合同的存在与否,数量多或少,直接影响着保险业的生存和发展。究其原因在于保险业经营必须遵循大数法则(Law of large member)。所谓的大数法则,系指个别事件的发生,可能是不规则的,但若集合大数加以观察,则又有相当的规则性。因此,同类事件出现的次数愈多,其实际发生的结果愈与过去无数次经验导致的预测结构接近。根据此法则,将个别危险单位所遭遇损失的不定性,变成多数危险单位可以预知的损失,而使保险费的计费较为准确;否则,保险事业本身的经营,将具有极大的风险,而自身沦为岌岌可危的地

* 张玉玲,中央财经大学法学院05级经济法学硕士研究生。

① 此观点系2006年10月21日台湾中原大学陈樱琴教授在“中国财经法律论坛”中提出。

步,何能保人。^①因此,为了防止经营风险,确保保险经营安全,必须通过签订大量的保险合同来实现。

然而在保险实践中,却经常出现因保险合同是否成立、是否生效引发各种纠纷。本文引用的信诚寿险案就是一例。一审法院因对保险合同成立生效理论的认识不清,而错误地以保险合同成立判决保险公司败诉。而二审法院也存在对保险合同成立以及生效的法律机制不甚理解问题,误认为没有签约权的保险营销员和投保人签署的投保单具有保险合同的效力。除了信诚案件,发生在1995年的珠海案件^②就

① 梁宇贤:《保险法新论》,中国人民大学出版社2004年版,第19页。

② 1995年7月25日,纪某和妻子在保险代理人的动员下,同意参加保险,填写了终身寿险投保单并交付了第一期保险费。纪某投保50万元,保险费4934元;其妻投保100万元,保险费5957元,两人保险费共计10891元。同年8月6日下午,纪某夫妇因车祸不幸身亡。同月15日,纪某的母亲凭着遗留的两张保险费收据,向保险公司报案并要求全额赔付150万元。保险公司以投保人未体检、保险合同尚未成立为由拒付,但鉴于本案的特殊性,决定按两投保人不需体检的最高保额共30万元理赔,并表示考虑可追加8万元做特殊照顾费。

双方协商未果,纪某母亲遂向人民法院起诉。被告保险公司提出该保险合同并未成立,理由如下:(1)投保人填写投保单预交保费只是要约的构成部分,并不表示收费后合同即成立;(2)按照规定,以两投保人的保险金额所投保的险种必须进行体检,即所谓“先体检后核保再承保”,而投保人尚未体检,所以保险人无法确定最终的保险金额和保险费用,故而保险合同并不成立;(3)投保单应加盖“同意承保”章,加盖公司章不能代表公司已承保。因此,被告方保险公司不承担赔偿责任。

原告纪某的母亲认为保险合同业已成立,理由如下:(1)投保人填具投保单并交付保险费,合同成立的充分必要条件之一的要约阶段已经完成;保险公司收取首期保险费就表示其接受投保单,是承诺的具体表现与证明。(2)体检未完成的过错在于保险公司,保险公司既未通知投保人体检,也未对体检前这段时间内可能发生的情况作出严谨的规定。况且体检只涉及保险费问题,即使拒保也是身体原因,而投保人死亡纯属意外,与身体疾病无关。(3)投保单上注明“投保人和被保险人填写完本投保单和健康告知书后,请向我公司业务员交纳首期保险费,并索取临时收据。保险计划书、保险费正式收据及保险证将延后1~5天呈送。”事实上,从投保人填具投保单交纳保险费之日起至投保人死亡止,已经超过5天,投保单上的核保栏迄今仍是空白,未署明拒保或缓保,这说明保险公司已经以加盖公司章的方式承保,保险惯例上称之为默示表示的承诺。

经过审理,人民法院如下判决:(1)驳回原告的诉讼请求。(2)被告退回所收保险费。(3)本案受理费由原告负担。对此原告不服,向高级人民法院提起上诉。后保险公司再次与原告达成协议,同意一次给予通融赔付费30万元人民币。至此,这起中国当时最大的寿险案画上了句号。

保险合同是否成立生效也引发了各种争议,轰动一时。无论是信诚案件,抑或是珠海案件,只因案件涉及众多争议焦点以及保险金额巨大,而备受关注,然其仅仅是保险合同成立生效纠纷中的冰山一角(还有许多类似的金额较小的案件,笔者也将在本文适当地引用加以论述)。这两个寿险案件,引起国内学者就保险合同的成立和生效理论进行探索。

一、由信诚寿险案件引发的思考

信诚寿险案件发生于2001年10月,距今六年之久,但是因其案件发生在保险公司承保之前,保险标的最大金额达到300万元,两审法院截然不同的判决,加上,该案判决之后引发了学界和实务界对该案保险合同成立生效与否的激烈争论,仍然使人记忆犹新。

(一) 信诚寿险案件的始末^①

2001年10月5日,投保人谢某听取信诚人寿保险公司(以下简称:信诚)的保险代理人黄某介绍后,与之签署了信诚人寿(投资连接)保险投保书。指定其母作为受益人,主合同基本保险金额为100万元,5份附加合同中1份为附加长期意外伤害保险,基本保险金额为200万元。次日,信诚向投保人提交了盖有其总经理印章的信诚运筹建议书。投保人按照信诚要求及建议书的规定,交纳了首期保险费共计11944元,随即被安排于当月17日进行体检。投保人于体检完成的次日,即18日凌晨1时许,不幸被歹徒刺死。此时距体检完成不到10个小时,信诚还未开出保单。同年11月,受益人谢母按主合同给付100万元、附加合同给付200万元的标准,向信诚提出索赔。信诚在理赔答复中称,根据主合同,同意给付主合同保险金100万元;同时,信诚认为事故发生时其尚未同意承保(未开出保单),故拒绝给付附加合同的保险金200万元。谢母拿到信诚声称按“通融赔付”支付的100万元保险金之后,诉之法院,请求判决信诚支付附加保险合同中的保险金200万元及延迟利息。

^① 案件材料引自广东省广州市中级人民法院民事判决书(2003)穗中法民二终字第993号。

经审理,一审法院以保险合同成立生效为由,判决信诚败诉。其后,信诚不服,上诉至中院。最终,中院以合同未成立为由判决信诚胜诉,推翻了一审判决。而在2007年12月,广东省高院作出民事裁定书,裁定指令二审法院另行组成合议庭对此案进行重审。

(二) 信诚寿险案件引出的法律问题

信诚案件作为一个典型案例,涉及保险合同成立生效理论中的许多争议之处,具体如下:

1. 保险代理人的代理行为与保险合同成立生效的关系

本案中,当众人的目光投向保险合同是否成立这个问题时,却忽视了黄某作为保险代理人的角色。不管是一审法院还是被上诉人谢母都选择“投保人与保险代理人就保险合同主要内容进行磋商形成合意并共同签署了投保书”去支撑“保险合同成立”这一观点。^①而上诉人信诚则认为,保险代理人在投保书上签字并不代表保险代理人与投保人形成合意。^②究竟哪方的观点正确,在于判断保险代理人的代理权限是什么,特别是保险代理人是否有签约权。在判断的过程中,需要区分保险合同订立过程中的代理与民法、合同法中的普通代理的不同之处。

保险中介人一般包括保险营销员、专业(兼业)保险代理机构、保险经纪人,而在信诚案件中,主要体现了保险代理人的角色。本文也以保险营销员的代理行为与保险合同成立生效的关系作为论述点,但保险经纪人、专业(兼业)保险代理机构在保险合同订立过程中的代理权限的界定,在保险经纪人、专业(兼业)保险代理机构日益发展的情况下,也显得尤为重要。

① 一审法院判决认为,“投保人谢某与保险公司代理人黄某共同签署了投保书,双方已就保险条款达成一致意见,并且投保人谢某于投保书签订的次日向保险公司交付了首期保险费,履行了合同成立后应负的主要义务,因此,保险主合同及附加合同均成立。”

被上诉人谢母答辩称,“投保人和保险代理人黄某签订的投保书以及代理人向投保人提交的盖有保险人总经理印章的信诚运筹建议书,均表明投保人与保险人已经就保险合同条款达成合意。”

② 保险人认为,“投保人谢某与代理人签署的投保书,只是投保人向保险人提出的投保申请,并不能证明投保人与保险人(或其代理人)就合同条款达成了合意。”

2. 告知义务履行对保险合同效力的影响

一般合同中涉及先契约义务,在保险合同中具体体现为投保人告知义务和保险人的说明义务。我国保险法(全国人民代表大会常务委员会1995年6月30日通过)在第17条第1款作出了规定“订立保险合同,保险人应当向投保人说明保险合同的条款内容,并可以就保险标的或者被保险人的有关情况提出询问,投保人应当如实告知。”

具体在信诚寿险案件中,信诚以未收到体检报告和财务状况证明为由,认为投保人未履行告知义务,即不存在承保的前提条件,故其无法承保,保险合同亦未成立。^①而一审法院和被上诉人谢母均认为,投保人参加体检就已经履行了告知义务,至于财务证明是保险人内部规定不能对抗投保人。^②此问题的关注点在于,投保人履行告知义务是否是合同成立的前提,两者存在何种关系,以及违反告知义务对保险合同效力的影响。

3. 保险费的交纳与保险合同成立生效的关系

首先,保险费交纳的性质。保险合同是双务合同,投保人交纳保险费行为的性质,是相对于保险人承担保险责任的投保人主给付义务。按正常的投保顺序,投保人交纳首期保险费应该在保险合同成立生效之后,因为只有合同有效成立才会涉及保险当事人权利义务的行使和履行。

其次,保险费在承诺前交纳的特殊情形应如何处理?因为按照保险法第14条的规定,即“保险合同成立后,投保人按照约定交付保险费;保险人按照约定时间开始承担保险责任”,保险费的交纳应在合同成立后,而不是在保险公司同意承保前。此问题,也困扰着珠海

① 信诚称,“在尚未收到投保人的体检报告进行健康审查并且也未进行财务审查的情况下,保险人无法判断投保人是否符合承保要求,其未承保。”

② 一审法院的判决认为,“投保人谢某接受了体检,已经履行了告知义务,至于财务审查是保险公司的内部规定,故保险人以未收取投保人谢某体检报告而称其未同意承保的理由不足,法院不予认定。”

被上诉人谢母认为,“体检报告、财务报告不能成为否定保险合同成立的因素,本案投保人填写投保单、告知书、口头回答了代理人的提问,应视为投保人已经履行了告知义务。”

案件的审理。

再次,在保险实践中,存在着保险公司在保险合同成立前要求投保人交纳相当于第一期保险费的费用做法,这种费用的性质如何?是首期保险费,还是“预交保险费”,抑或“预存款”?都是值得关注的问题,在信诚寿险案中,尤为明显。^①

最后,在实践中也存在着保险人与投保人约定将保险费的交纳作为合同生效要件抑或是保险责任开始的条件做法,其效力又如何认定?

4. 保险单的签发与保险合同成立生效的关系

讨论两者关系,实际涉及保险合同是要式保险合同抑或非要式保险合同的问题。所谓要式合同是指必须依据法律规定的方式而成立的合同,一般为书面方式。而非要式合同则是指当事人订立的合同依法并不需要采取特定的形式,当事人可以采取口头形式,也可以采取其他的非书面形式。合同除法律有特别规定外,均为不要式合同。两者的区别在于是否应以一定的形式作为合同成立或生效的要件。

在本案中的信诚就主张在保险公司未出具保险单前,保险合同没有成立的观点。^②而原告谢母则认为投保人填写投保单,保险公司收取了保险费,当事人订立的合同不需要采取特定的形式,保险合同已经成立。如果保险合同是要式合同,那么信诚的观点是正确的。

5. 保险合同成立、生效与保险责任开始的关系

对于普通合同成立和生效的区分,我国合同法做了规定,诸多学者也通过各种方式对合同的成立和生效问题进行了议论。

① 谢母称,“保险人不得要求投保人在保险合同成立之前交纳保险费,预缴费的说法不能成立。”

信诚称,“投保人所交纳的费用并不是首期保险费,而是预交费,预存款的行为根本不能等同于实际交纳保险费。”

二审法院则认为,“本案合同处于核保阶段,保险人尚未作出同意承保的意思表示。保险合同的成立不以交纳保险费为必要条件,即使交纳了保险费,若保险人不承保,合同依然不成立。”

② 信诚认为,“本案合同处于核保阶段,保险人尚未作出同意承保的意思表示。第二,保险合同的成立不以交纳保险费为必要条件,即使交纳了保险费,若保险人不承保,合同依然不成立。”

保险合同是合同的一种,自然也存在成立与生效的区分,但作为合同中的一种特殊合同,其特殊处之一表现为对保险责任开始概念的界定。普通合同一般在合同生效后,合同当事人开始履行各自的义务,而保险合同是在保险责任开始后,投保人履行交纳保险费义务,而保险人则在保险事故发生时,履行给付或赔偿保险金义务(责任)。

在一般的情况下,保险人的保险责任应该在保险合同成立生效之后履行,但在实务中存在一种特殊的情形,即“承诺前发生保险事故”。例如,在信诚寿险案中主合同第22条第2款规定了保险合同中的一个“特殊情形”,即“投保人在本公司签发保险单前先交付相当于第一期的保险费,且投保人及被保险人已签署投保书,履行如实告知义务并符合公司承保要求时,若发生下列情形之一的,本公司将负保险责任:……”此“特殊情形”类似于追溯保险,是对承诺前发生保险事故的处理。信诚认为其是以“通融赔付”的方式支付保险金100万元的,但无论一审法院抑或二审法院均予以否认。^①目前,我国保险法并没有追溯保险的规定,追溯保险的性质如何,以及承诺前发生保险事故与保险合同成立生效的关系,均是学者对本案的关注点之一。理清保险合同成立、生效与保险责任开始三者的关系,可以指导保险合同当事人的权利义务正确的行使和履行。

归结上述五个问题,信诚寿险案涉及三个焦点:

第一,保险合同是否成立?如前所述,将涉及保险合同到底是要式合同还是不要式合同的问题,根据我国保险法的规定如何来判断?

第二,保险合同是否生效?如果保险合同生效,且保险人的责任开始,保险人需要承担给付200万元保险金的保险责任。而要判断保险合同是否生效,需要考虑保险费、保险单、告知义务、保险代理人等因素。

第三,保险责任开始的时间。根据我国保险法,在一般情况下,

① 二审法院认为,“信诚运筹智选投资连结保险第22条第2款约定,在合同未成立而投保人已经缴付了相当于第一期保险费,并且投保人满足保险人承保要求的情况下,被保险人因意外伤害事故而发生保险事故时,保险人给付保险金。所以,保险人给付的100万元并不是“通融赔付”。

倘若保险合同未成立,则意味着保险责任未开始,保险人是不需要承担保险责任的。但是,在保险人承诺前,往往要求投保人交纳相当于首期保险费金额的款项。换言之,在保险实务中,投保人交纳款项的时间与保险合同成立、生效时间之间存在时间差,而我国保险法对这段时间存在法律空白,有些保险公司会给投保人在这段时间内提供一个临时保障,如本案主合同第22条规定的特殊情形。

二、保险合同的成立

保险合同属于民事合同,应适用调整民事法律关系的法律。对保险合同,目前我国调整其民事法律关系的法律主要有民法通则、合同法和保险法。

在法律适用上,保险法与合同法及民法的关系是特别法和普通法的关系,保险法是专门调整保险关系的法律规范。按照特别法优先于普通法的法律适用原则,凡保险法有规定的应适用保险法的规定;凡保险法没有规定的,应适用合同法的规定;合同法无规定的,应适用民法通则的规定。保险合同作为合同的一种特殊类型,合同中的许多理论也适用于保险合同。换言之,探究合同的成立生效要件理论,有助于分析保险合同的成立生效。

(一) 合同的成立要件

合同成立与生效是紧密相联系的,而理论界对是否应将两者进行区分一直存在争议。我国法学界占主流的观点仍然认为两者具有本质区别应该将其进行区分,^①这种区分也直接体现在我国合同法第二章合同的订立和第三章合同的效力中。在英美法系国家,对“合同成立”并没有明确的定义,更不用说合同的成立要件。“在许多英美学者的著述中,合同成立指合同的‘有效成立’因而把影响合同效力的各种因素也包括在合同成立的范围内。”^②换言之,英美国家关于合同成立内容的论述其实包含了对合同效力因素的论述。

合同,在民法理论中,常被界定为双方行为,即由两个意思表示

① 王利明:“试论合同的成立生效”,载《现代法学》1996年第6期。

② 王军:《美国合同法》,对外经济贸易大学出版社2004版,第38页。

一致而成立的法律行为。^①而就法律行为的成立与生效要件,我国法学界区分为一般成立要件、特殊成立要件以及一般生效要件和特殊生效要件。^②合同也秉承了法律行为成立生效要件的区分。

1. 合同的一般成立要件

合同的一般成立要件,是指所有合同成立所应具备的共同要件。就一般成立要件的论述,国内文章可谓汗牛充栋,但归纳起来主要有以下观点:第一种观点,两个以上当事人,且当事人须具有行为能力;合同内容确定、可能、适法及社会的妥当;意思表示一致。^③第二种观点,双方当事人;以订立合同为目的;双方意思表示一致。^④第三种观点,当事人;对主要条款达成合意;具备要约和承诺阶段。^⑤笔者认为合同的成立包含第三种观点中的前两个要件。

首先,在学理已经将合同成立、生效相区分的前提下,在认定成立要件时,必须将成立与生效要件相区分。例如,第一种观点,当事人的缔约能力、合同标的适法性应作为合同生效要件考虑。

其次,“缔约目的”是否为合同成立的单独要件,颇有争议。支持者认为其是区分合同行为和非合同行为的界限。但将“缔约目的”单独规定为合同成立要件实属多余,因为“意思表示一致”中的“意思”不是一般的意思,而是“缔约的意思”,故“缔约目的”已被“意思表示一致”所吸收。

最后,将“具备要约和承诺的阶段”作为合同成立要件也是没有必要的。因为合同的本质还是双方的合意,要约和承诺仅是立法者和学者人为拟制的产物,对帮助分析合同订立过程的确很有好处,但将

① 梁慧星:《民法总论》,法律出版社2001年版,第158页。

② 同上书,第166页;郑玉波:《民法总则》,中国政法大学出版社2003年版,第306页;佟柔主编:《民法总则》,中国人民公安大学出版社1996年版,第217~221页;郑云端著:《民法总论》,北京大学出版社2004年版,第227页。

③ 史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第14页。

④ 王家福:《中国民法学——民法债权》,法律出版社1991年版,第312页。

⑤ 王利明、崔建远:《合同法新论总则》,中国政法大学出版社2000年版,第122~125页。