

保险法最大诚信原则之审思

任自力

摘要 最大诚信原则为保险法基本原则之一,此观点几近为国内保险法学界通说,其存在理由包括保险合同的高度信息不对称性、射幸性、格式性等诸多理论,但相关理论均不足以作为解释其存在的依据。从最大诚信原则的核心规则来看,无论是告知义务、说明义务,还是弃权与禁止反言,亦不足以支撑其存在。最大诚信原则之称谓在理论与实践层面均具有巨大潜在危害性,应以诚信原则取而代之。

关键词 保险法 最大诚信原则 诚信原则 审思

作者任自力,法学博士,北京航空航天大学法学院教授。

最大诚信原则系保险法基本原则之一,此观点几近为国内保险法学界之通说,^①其存在依据包括信息不对称、射幸合同、格式合同、保险功能、大数法则、历史演进等诸多理论。但稍做分析,我们不难发现相关理论均不足以支撑最大诚信原则的存在。从最大诚信原则的核心规则上看,无论是告知义务、说明义务、保证,还是弃权、禁止反言等具体制度,在一般合同制度中均能找到相对应的制度或内容,其间的共同点多于其差异,亦不足以作为最大诚信原则存在的依据。最大诚信原则称谓及其在理论与实践层面所具有的巨大潜在危害性,亟需国内法学界的关注与反思。

一、诚信原则的演进与保险法最大诚信原则的起源

(一) 诚信原则在两大法系国家的演进

诚信概念最早源于罗马法中诚信契约和诚信诉讼的规定。^②在现代社会,诚信原则被认为是现

^① 参见孙积禄:《保险法最大诚信原则及其应用》,载《比较法研究》2004年第4期;李玉泉:《保险法》(第二版),法律出版社2003年版,第56—74页;温世扬:《保险法》(第二版),法律出版社2007年版,第31页;范健:《商法》(第三版),高等教育出版社、北京大学出版社2006年版,第446页;覃有土:《保险法教程》,法律出版社2002年版,第77—107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40—41页。较温和一些的学者亦主张“诚实信用原则的功能和作用在保险法中发挥得最为淋漓尽致”或者“保险合同较其他合同具有更高的诚信要求”。例如尹田:《中国保险市场的法律调控》,社会科学文献出版社2000年版,第115页;杨召男:《保险合同中诚实信用原则问题研究》,载《海大法律评论》2005年卷,上海社会科学院出版社2006年版,第185页;吴定富:《〈中华人民共和国保险法〉释义》,中国财政经济出版社2009年版,第12—15页。

^② 罗马法中的善意第三人、善意购买人、善意诉讼、善意行为、守信履约等规则制度都体现了诚实信用的法精神。参见傅静坤:《二十世纪契约法》,法律出版社1997年版,第38页;[德]莱因哈德·齐默曼、[英]西蒙·惠特克:《欧洲合同法中的诚信原则》,丁广宇、杨才然、叶桂峰译,法律出版社2005年版,第10—12页;徐国栋:《诚实信用原则研究》,中国人民大学出版社2002年版,第51—118页。

代私法中的一项基本原则，甚至具有君临全法域之效力。^③ 诚信原则在成文法中的最早规定见于1804年《法国民法典》第1134条第3款规定：“契约应依诚信履行之”。1896年的《德国民法典》将诚实信用的适用范围由契约关系扩及全部债务关系，将之规定为债务履行的基本原则，该法典第242条规定：“债务人须诚实信用，并依据交易惯例、履行其给付”。1907年的《瑞士民法典》第2条第1项关于“每个人都必须依诚实信用行使其权利和履行其义务”的规定则进一步将诚信原则确立为适用于整个民法领域的基本原则。此一立法例得到不少大陆法系国家或地区的仿效。如日本在战后修订民法典时，将诚实信用原则明确规定为民法的基本原则。我国台湾地区的民法典、我国《民法通则》、《合同法》等法律中也存在类似规定。^④

相对于大陆法系国家，诚信原则在英美法中出现的时间较晚。因为，自由主义合同理论在英美合同法学说中长期居于统治地位，而诚实信用被认为与合同自由的基本原理相悖。^⑤ 自由主义合同理论的核心观点正如Ackner勋爵在Walford v. Miles一案中所述“依据诚信进行磋商的义务在本质上与磋商双方所处的对立地位是相矛盾的。任何一方当事人都有权追求其自身的利益，只要其不做虚假陈述。依诚信进行磋商的义务在实践中是行不通的。”^⑥

在英国，围绕其法律中是否存在诚信原则，学界一直存在较大争议。主流观点认为，英国法律中既不存在一般性的诚信概念，也不存在如大陆法系国家法律中诚信原则的明确规定，诚信原则在法律上一直处于缺位状态。^⑦ 在一般合同领域，英国法院通常是通过诉诸于根植于衡平法或商业习惯中的其他特别规则，如合同默示条款或其他合同解释技术（如显失公平、禁止反言等）^⑧ 来达成诚信原则所要求的结果。但在保险、保证或合伙等特别合同领域，诚信概念被运用的机会则大得多。许多此类合同都包含有用诚信来表述的义务，该等义务可能来自于法律的规定，也可能来自于合同条款的隐含内容。^⑨ 这些内容常被部分学者作为论证英国法中存在事实上的诚信原则的证据。^⑩

在美国，直到20世纪30年代，随着自然法的兴起，以正义为主导的伦理道德观念对法律不断进行渗透，才使得以信赖利益理论为基础的前契约义务（如合同前披露、缔约协助义务等）在美国法中找到生存的土壤。^⑪ 关于美国法中的诚信（good faith）概念，美国学界的主流意见认为，其源于德国法上的诚实信用原则，并最早见于1952年的美国《统一商法典》。^⑫ 该法典第1-102条将根据诚实信用原则产生的义务规定为强行性规范，当事人不许违反，并不得以协议改变之；其第1-103条将诚实信用原则解释为“对商人而言，诚实是指忠实于事实真相，遵守公平买卖之商业准则”；其第1-203条则进一步将诚实信用原则确立为司法的最高原则，即“对于本法范围内的任何合同或

③ 参见史尚宽：《民法总论》，台湾正大印书馆1980年版，第300页。

④ 如我国台湾地区民法典第148条第2款规定：“行使权利、履行义务，应依诚实及信用方法。”我国《民法通则》第4条、《合同法》第6条、《证券法》第4条、《保险法》第5条、《消费者权益保护法》第4条等亦将诚实信用规定为基本原则之一。

⑤ Hugn Collins *The Law of Contract*, (3rd ed.), London: Buttenworths, 2002, p. 168.

⑥ *Walford v. Miles* (1992) 2 AC 128, 138.

⑦ 参见 [德] 莱因哈德·齐默曼、[英] 西蒙·惠特克：《欧洲合同法中的诚信原则》，丁广宇、杨才然、叶桂峰译，法律出版社2005年版，第31—37页；肖和保：《保险法诚实信用原则研究》，法律出版社2007年版，第15页；陈聪富：《诚信原则的理论与实践》，载《政大法律评论》第104期。

⑧ 参见 [德] 莱因哈德·齐默曼、[英] 西蒙·惠特克：《欧洲合同法中的诚信原则》，丁广宇、杨才然、叶桂峰译，法律出版社2005年版，第479—481、493页。

⑨ 学界将此一现象解释为“从事交易者越多，对诚信之需求亦多”。同注⑧，第36、494页。

⑩ 参见肖和保：《保险法诚实信用原则研究》，法律出版社2007年版，第16—18页。

⑪ 参见张鸣飞：《由“买者自慎”原则的发展谈美国合同法的缔约前披露义务》，载易继明主编：《私法》第2卷，北京大学出版社2003年版，第275页。

⑫ 由深受德国法影响的美国著名法学家卡尔·卢埃林（Karl Llewellyn）主持制定的1952年美国《统一商法典》的400个条文中，有50多处提到诚信。该法典已为美国除路易斯安那州之外的所有州所采纳。参见徐国栋：《英语世界中的诚信原则》，载《环球法律评论》2004年秋季号；David v. Snyder, *Private Lawmaking*, 64 *Ohio St. L. J.* (2003), p. 371, p. 379.

义务, 当事人在其履行或执行中均负有诚信义务。”对于不适用《统一商法典》的案件, 法院则通常依据普通法上的诚实信用原则予以裁判。1979年, 诚信概念进入了美国《合同法第2次重述》, 其第205条规定: “每个合同都施加给合同当事人一方在合同履行中诚信和公正交易的义务。”^⑬ 因该《重述》适用于包括商事合同在内的所有合同类型, 故该规定实际上确立了美国合同法中普遍的诚信原则。20世纪80年代之后, 诚信概念进一步进入了美国的公司法。^⑭

(二) 保险法中最大诚信原则的缘起

作为近代海上保险制度的发源地, 现代保险法上的许多基本法律规则, 包括最大诚信原则, 均为英国的判例法首先确立。具体来说, 英国1766年的 *Carter v. Boehm* 案^⑮ 被认为是对最大诚信原则进行表述的最早判例。该案中, 精通罗马法思想的主审大法官曼斯菲尔德勋爵将罗马法上的诚实信用概念引入了该案审理中。其提出: “保险合同是一种射幸合同, 偶发事故发生概率的计算, 更多的依赖于被保险人, 保险人依赖其陈述, 并依赖被保险人未做保留而获取收益……诚实信用禁止一方通过隐瞒其秘密知悉的事实, 来吸引另一方, 并依赖于另一方对事实真相的无知及对相对方的信任达成交易。”该等言辞被视为是保险法诚信或最大诚信义务概念最原始和最权威的论断。该等论断虽然未被该案的判决采纳, 却被后人尊为保险法中最大诚信原则确立的标志。^⑯ 直到1906年英国《海上保险法》生效之前, 英国各级法院在审理海上保险纠纷案件时, 一直认为最大诚信义务仅存在于保险合同订立之前, 是一种前合同义务,^⑰ 这与曼氏在前述案件中的论断保持着高度一致。1906年英国《海上保险法》第17条规定: “海上保险合同是基于最大诚信的合同, 如果任何一方没有遵守最大诚信, 另一方可以宣告合同无效。”^⑱ 此内容被认为是最大诚信原则的最早成文法体现, 并为后世大多数英美法系国家的海商法所借鉴和复制。^⑲ 紧随第18—20条对最大诚信的进一步规定。^⑳ 由于第17条本身并无任何有关时间上的限定, 且第18—20条均是对保险合同成立前义务的规定, 故实践中, 围绕最大诚信原则是否仅是一种前合同义务存在较大争议。^㉑ 并且, 在1995年的星海案 (*The “Star Sea”*)^㉒ 之前, 主流观点一直认为最大诚信是一种前合同义务。^㉓ 在星海案中, 英国法院将最大诚信义务扩展及合同订立之后、诉讼纠纷发生之前, 并将最大诚信原则的适用范围

^⑬ Restatement (Second) of Contracts § 205 (1981).

^⑭ 参见任自力: 《美国公司董事诚信义务研究》, 载《比较法研究》2007年第2期。

^⑮ *Carte v. Boehm* (1766) 3 Burr 1905. 此案中, 保险单系在伦敦购买, 保险标的物是位于苏门答腊岛上的一座英国堡垒, 承保危险为被敌军占领, 当这座堡垒被法国人占领后, 被保险人提出了赔偿要求。保险人却以投保人没有将该要塞可能遭受攻击这一重要事实告知保险人而拒绝赔付。曼斯菲尔德勋爵在本案的附带意见中说: “诚信原则适用于所有的合同和交易, 诚信原则禁止任何一方当事人通过隐瞒其私下了解到的情况来使对方当事人基于对该事实的不知和对相反情况的相信而参与交易……故被保险人未向保险人如实披露相关重要事实的行为构成了对最大诚信义务的违反。”

^⑯ 同注⑮, 第33页。

^⑰ 参见葛延珉: 《英国海上保险法最大诚信原则的发展概况》, 载《大连海事大学学报》(社科版) 2004年第1期。

^⑱ 该条英文原文为: A contract of marine insurance is a contract based upon the utmost good faith, and, if the utmost good faith be not observed by either party, the contract may be avoided by the other party. 此条关于违反最大诚信法律后果 (即可主张合同无效) 的严苛规定, 在英国司法审判中曾受到激烈抨击, 如英国著名大法官隆摩尔曾主张 “未能提供废止合同之外的救济是迈向形式主义而非实用主义的一大步”。See Andrew Longmore, “Good Faith and Breach of Warranty: Are we Moving Forwards or Backwards?”, 158 *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly* (2004).

^⑲ 比如 澳大利亚、南非、新西兰、美国等的保险立法或判例中均有关于最大诚信义务的内容。参见朱作贤、李东: 《论修改〈海商法〉应否补充规定英国模式的“最大诚信原则”——兼对海上保险最大诚信原则的反思》, 载司玉琢主编: 《中国海商法年刊》第14卷, 大连海事大学出版社2004年版, 第66页; Andrew Tulloch, *Utmost Good Faith*, <http://www.niba.com.au/html/25512.cfm>, 2009年8月21日访问。

^㉑ 该法第18条规定了被保险人的告知义务, 第19条规定了保险经纪人的告知义务, 第20条规定了合同协商中的陈述义务。

^㉒ 同注⑰。

^㉓ *Manifest Shipping & Co Ltd v Uni-Polaris Insurance Co Ltd (The “Star Sea”)* [1995] 1 Lloyd’s Rep. 651.

^㉔ See Deborah Tompkinson, “Duration of the Duty of Utmost Good Faith”, *International Insurance Law Review*, 1997. 转引自注⑰, 第38页。

扩及于海上保险之外,认为各种形式的保险均适用该原则,违反最大诚信将导致合同无效。^{②④}在2001年的大陆商人案(The“Mercandian Continent”)^{②⑤}中,上诉法院的隆摩尔法官进一步确认了最大诚信原则在各类保险合同中的地位,认为其不仅适用于合同订立前,也适用于合同履行阶段,并同时引入重要性标准和因果关系要件来明晰合同后诚信的适用范围和效力。2002年9月1日,英国保险法协会(BILA)发布了一份名为“致法律委员会关于保险合同法改革建议”的报告,该报告认为最大诚信原则应适用于整个合同阶段。此观点并逐渐成为英国保险法改革中的主流声音。

在美国,立法与司法者在继受英国保险法传统的同时,也继受了最大诚信义务。1825年,美国联邦最高法院审理的M’Lamahan v. Universal Insurance Co.一案,^{②⑥}被认为是最大诚信义务在美国判例中的首次表述。但在对最大诚信义务的运用中,美国法院更为关注如何将之用于减轻对被保险人的不公,而不像在英国,最大诚信义务主要被用于保护保险人、约束被保险人。换言之,“美国的规则比英国的规则对被保险人更为有利。”^{②⑦}美国法院甚至进一步引入了恶性侵权(a tort of bad faith)概念,^{②⑧}将保险人违反诚信故意拖延赔偿的行为视为侵权,被保险人可要求惩罚性赔偿甚至精神损失,以期更有效地维护被保险人的利益。^{②⑨}

在大陆法系国家,不论是在民商合一抑或民商分立的国家或地区,商法规则均是民法规则在商事交易领域中的进一步延伸,民法和商法均被认为是一般法和特别法的关系。^{③⑩}保险法作为民商事法律的一个部门,自然要受到民商事一般法规则的约束。^{③⑪}诚信原则作为民商法领域的帝王条款,自然也适用于保险法。诚信原则的既有内涵足以涵盖所有的保险活动,保险活动的一切规则亦均在诚信原则统辖之下。因此,大陆法系国家的保险立法中很少有诚信或最大诚信原则的明确规定,此原则主要存在于学界的论述中。

二、保险法最大诚信原则的存在理由及其反思

(一) 保险法最大诚信原则的理论基础及其质疑

根据学者们的研究,保险法最大诚信原则的理论基础主要有四:^{③⑫}

第一,保险合同的高度信息不对称性。所谓信息不对称,是指缔约当事人一方知道而另一方不知道、甚至第三方也无法验证的信息,或者即使能够验证、但验证成本过高、故经济上不合算的信息。^{③⑬}保险合同的高度信息不对称性主要体现在两个方面:一是投保人拥有熟悉保险标的的信息优势,在投保前后,保险标的均在投保人控制之下,投保人可准确掌握保险标的的有关信息;二是保

^{②④} See note ②

^{②⑤} *K/S merc-Scandia v. Certain Lloyd’s underwriters Ocean Marine Insurance Co. and others* 22, (The“ Mercandian Continent”), [2001] 2 Lloyd’s Rep. 563.

^{②⑥} *M’Lamahan v. Universal Insurance Co.* 245 U.S. 432 (1825).

^{②⑦} Ray Hodgkin, *Insurance Law: Text and Materials*, 2nd, Cavendish Publishing Limited, 2002, p. 200.

^{②⑧} *Norwood v. Travelers Insurance Co.* (1939) 204 Minn. 595.

^{②⑨} See Focus: *The duty of the utmost good faith*-May 2001, <http://www.aar.com.au/pubs/insur/insnay01a.htm>, 2009年8月21日访问; 孙宏涛:《美国保险法中的惩罚性赔偿制度研究》,载《河南金融管理干部学院学报》2009年第1期。

^{③⑩} 参见范健:《商法》(第三版),高等教育出版社、北京大学出版社2006年版,第18-19页;王保树:《中国商事法》,人民法院出版社2000年版,第12页。

^{③⑪} 或许正是因为这个原因,在大陆法系相关国家的商法典中,我们很难找到诚信原则的明确规定。

^{③⑫} 参见孙积禄:《保险法最大诚信原则及其应用》,载《比较法研究》2004年第4期;赵金龙:《最大诚信原则与〈保险法〉的完善》,载王保树主编:《中国商法年刊:和谐社会构建中的商法建设》,2007年卷,北京大学出版社2008年版;张煦、李明智:《论保险合同之最大诚信原则》,载《金融经济》(理论版)2008年第5期;张巧丽:《浅析保险的最大诚信原则》,载《甘肃广播电视大学学报》2008年第2期;易捷宇、赵千喜:《确立保险法最大诚信原则的理论基础》,载《经济与社会发展》2005年第6期等。

^{③⑬} 参见张维迎:《博弈论与经济学》,三联书店、上海人民出版社1996年版,第396页。

险人拥有熟悉保险规则与合同条款的信息优势，保险合同条款的专业性和技术性较强，保险人作为保险合同的通常提供者，较投保人更能准确理解与掌握合同内容。保险合同的高度信息不对称性在现代保险的起源阶段，即海上保险发展初期体现得尤为明显。当时，由于通信技术较为落后，在保险合同签署时，作为保险标的的船舶或货物可能远在千里之外，保险人通常只能依据投保人单方面提供的信息来决定是否承保。因此投保人需本着最大诚信而行为。

第二，保险合同的射幸性。保险合同为典型的射幸合同，其不遵循等价有偿的交易规则，一旦发生保险事故，投保人或被保险人获得的赔偿金额将远远大于其所支付的保险费，若保险事故不发生，保险人在收取保费后则无须承担任何责任。这种特点导致合同双方当事人均存在较大的道德风险：投保人希望以较低的保费获得高额赔偿，往往夸大损失，以获取额外利益；保险人则希望多收取保费、不承担或少承担赔偿责任，往往在事故发生后想方设法推卸责任。而最大诚信要求投保人不得人为地增加或制造风险，要求保险人不得故意隐瞒保险合同条款中对投保人不利的内容，在保险事故发生后及时进行赔付，这是对合同当事人道德风险的一种有效约束，可在一定程度上改变保险合同射幸性特征的既有激励机制。

第三，保险合同的格式性。保险合同为典型的格式合同。保险合同是由投保人支付保险费、保险人承担保险标的约定风险的合同，保险费率的确定、保险事故的理赔等均具有高度的技术性。因投保人人数众多，基于经营成本和交易效率，保险人不可能为每个投保人提供不同的交易条件，而只能为具有同一类风险的人提供大致一体的格式合同。保险合同的格式性，在便利当事人达成交易之同时，也具有明显弊端，如，其“要么接受、要么离开”的缔约模式在一定程度上剥夺了投保人的缔约自由，保险人则具有滥用其优势地位、借助格式合同侵害投保人或被保险人利益的自然冲动。这些决定了保险法最大诚信原则存在的必要性。

第四，保险功能实现的需要。保险具有安全保障、经济补偿等基本社会功能，此功能的实现有赖于多数人的互助共济和保险合同当事人之间的相互信赖和精诚合作。若任何一方缺乏诚信，或故意促成保险事故，或在保险事故发生后不履行赔付义务，均与保险的宗旨相背，并会直接影响到保险功能的实现。最大诚信原则对保险合同当事人双方提出了更高的义务要求，有助于达成此一目标。

然而，如果对上述理论基础稍作分析，就会发现其论证逻辑中的明显缺陷：

首先，信息不对称并非保险合同所独有。信息不对称是许多商业情形的特征。^④如在证券、期货类交易中，机构投资者与散户投资者、股票发行人与股民等之间也存在着严重的信息不对称现象，银行、电信公司或者其他商品或服务提供商与其客户之间的情形亦然。相比之下，保险合同情形下的信息不对称性现象并不更加突出。以证券交易为例，各国证券立法中并未规定证券交易各方应遵循最大诚信原则，而是普遍确立了信息公开制度，何以保险合同要坚持最大诚信原则呢？

其次，射幸合同并不限于保险合同。现代社会中普遍存在的赛马、福利或体育彩票等博彩类行为以及部分国家或地区法律许可的赌博行为等均具有射幸性。凡射幸性合同均与保险合同一样具有交易的非等价有偿性、易产生道德风险等共同特征。与现代社会众多的博彩类合同相比，保险合同的射幸性并不更加显著，何以其他射幸合同的交易规则或法律规定中无最大诚信之明确要求，而单单保险法中有此要求。这在理论与实践均是解释不通的。

再次，保险合同只是众多格式合同中的一类。现代社会中，格式合同已经渗透至人们生活的各

^④ 参见余永定、张宇燕、郑秉文：《西方经济学》（第三版），经济科学出版社2002年版，第287页。

个方面,尤其在消费类合同中,有学者称,^⑤格式合同可能已占合同比例的95%以上。在格式合同存在的领域,都会存在合同文本提供方利用合同条款设计等优势剥夺或侵害相对方权益之情形。保险合同作为格式合同的一种,其所呈现出的问题也并不比其他类型的格式合同更为突出或严重。并且,诚实信用原则已在事实上实现了对格式合同的必要规范,^⑥再强调最大诚信似有画蛇添足之嫌。

最后,保险功能说本身也不足以作为保险法中最大诚信原则存在的依据。公司、证券、银行、信托、行纪等几乎所有现代商业活动都有其特定的基本社会功能,其发展也都需要合同当事人之间的彼此依赖和相互诚信,违反诚信的行为均有损于相关产业社会功能的实现。也正因如此,诚信原则才成为大陆法系各国私法中的帝王条款,其适用范围在各国才能呈现出逐步扩张的趋势。故若保险业的发展遵循最大诚信原则,则其他几乎所有行业的发展也同样需要遵循最大诚信原则。

综上,本文认为,现行国内学理界关于保险法最大诚信原则的理论基础的论述在实质上都是站不住脚的,与公司、证券、银行、信托等其他众多的商业活动相比,保险活动当事人所应遵循的诚信水准并不必然更高,保险与其他行业在具体交易规则方面虽然存在一些差异,但该等差异并不足以作为保险法最大诚信原则存在的依据,诚信原则本身所具有的平衡当事人间利益关系、漏洞补充、以及方便法官自由裁量等功能已足以满足保险活动之需。

(二) 保险法最大诚信原则的核心规则及其特殊性剖析

投保人负有告知义务和保证,保险人负有说明义务、并应遵循弃权和禁止反言规则,这些规则为(或曾经为)绝大多数国家或地区的保险法所普遍接受,并被认为是保险法最大诚信原则的核心体现。然而,此认识的合理性在现代社会却面临着严峻的挑战。

1. 投保人的告知义务和保证义务。告知义务,又称如实告知义务,是指投保人(被保险人)应将自己所知道的与保险合同有关的一切重要事实如实告诉保险人。在告知方法与范围上,有两种立法例:一是自动告知(无限告知)主义,又称客观告知义务,是指投保人对与保险标的危险状况有关的任何重要事实都有义务告知保险人,不论保险人是否进行过询问;二是询问告知主义,又称主观告知义务,是指投保人只需对保险人询问的问题如实告知,对其他问题则不负告知义务。在保险业发展初期,限于技术的落后,投保人的主动告知是保险人获取风险评估等信息的主要途径,为约束投保人对保险标的危险情况的故意隐瞒或错误表述、控制保险人的承保风险,各国一般采自动告知(无限告知)主义。如1906年英国《海上保险法》第18条规定:“(1)根据本条的规定,在订立合同之前,被保险人必须向保险人告知其所知道的一切重要情况。被保险人应视为知道在通常业务过程中他应当知悉的每一情况……(2)影响谨慎的保险人确定保险费或决定是否承保该风险的事项属于重要事项……”。该规定为后世许多国家的海上保险法甚至非海上保险法所承继。由于保险本身较强的技术性和专业性,投保人告知到什么程度才算诚信,缺乏一个统一的标准,^⑦故当保险人在短期利益驱动下,违反诚信、动辄以投保人违反告知义务为由解除合同时,“自动告知”主义立法例就成了保险人损害被保险人利益的保护伞。为平衡保险人和被保险人之间的利益关系,近现代以来,询问告知主义逐渐成为各国保险立法的主流做法。^⑧

^⑤ See John Tiltbotts, *Contract Law in Perspective*, Butterworths, 1989, p. 109.

^⑥ 如在德国,对格式合同的公开司法控制是诚实信用原则在20世纪最后40年最为重要的作用体现和最具深远影响的学说发展。同注⑤,第20-21页。

^⑦ 如德国法将违反诚信的“重要事项”界定为“缔结契约以及以何种条件缔结契约的事项”,而英国法将之界定为“确定保险费或决定是否承保的事项”,但相关事项的范围均具有模糊性。

^⑧ 我国大陆及台湾地区的《保险法》采用的也均为询问告知主义。

然而,不论是自动告知抑或询问告知,均包含对合同成立前信息及合同履行过程中信息的告知,相关信息可分别为一般合同中的前合同义务或者合同履行过程中的诚信义务(含后合同义务)所涵盖。尤其在询问告知情形下,我们很难在保险合同投保人的告知义务与一般合同订立或履行中当事人基于诚信原则所负有的告知义务之间划出一条清晰的界限。^③因此,作为保险法最大诚信原则之核心体现的告知义务的特殊性正在逐渐消失。

保证义务,是指投保人和保险人在保险合同中约定,投保人担保对某一事项的作为或不作为或担保某一事项的真实性。保证义务是在保险人无法直接控制船舶和货物、很难对风险进行准确评估背景下,通过将承保风险限定在合同订立时预期范围内来避免投保人滥用保险制度的一种机制。投保人或被保险人一旦违反保证义务,不论其是否有过失或是否给保险人造成了损害,保险人均可解除合同,并不负赔偿责任。作为侧重于保护保险人利益的一种制度,现代各国保险法对保证的适用均有严格限制,如规定,保证的事项必须是重要的,保险人应在被保险人违反保证时向其发出书面通知方可解除合同等。^④在西方不少国家,保证义务和投保人(被保险人)的告知义务或陈述制度已融为一体,已为后者所取代,并与一般合同中当事人的陈述并无二致,部分国家甚至已废止了该制度。^⑤亦有学者指出,^⑥无论是英国1906年《海上保险法》还是中国《海商法》中有关保证条款的规定都表明,保证并非出自于最大诚信原则,而是与之截然相反。

2. 保险人的说明义务、弃权和禁止反言义务。说明义务,是指在保险合同订立时,保险人应当就保险条款的主要内容、免责条款等向投保人或被保险人做出明确说明,并提出建议。此义务与一般合同订立中当事人就合同内容等相关事项向对方进行说明的义务具有高度重叠性,并可为后者所基本涵盖。^⑦如我国《合同法》第39条、第40条针对格式条款的规定同样适用于保险合同和非保险合同,《保险法》第17条有关保险人对保险合同格式条款说明义务的内容则不过是《合同法》中相关规定在保险领域的自然延伸而已。弃权,是指保险人明知而放弃其在保险合同下的某种权利。禁止反言,又称禁止抗辩,^⑧是指保险人放弃了其在保险合同中相应权利后,日后不得再主张这种权利。弃权与禁止反言系从两个不同侧面来明确或约束保险人的行为,二者均具有防止欺诈、提高司法公正、促进保险合同当事人利益平衡等功能。^⑨由于在一般私法、一般合同中也存在一些具有同类功能的类似规则,如我国《民法通则》、《合同法》中的部分规则^⑩即与之存在高度类似性,并均可看作是保险法对一般法律规则的进一步细化和延伸,故弃权和禁止反言义务也不足以支撑保险法最大诚信原则的存在。

^③ 如我国《合同法》在第6条规定了诚信原则之后,根据合同不同阶段中诚信原则的不同要求,将合同诚信义务分为先合同义务(第42条)、合同附随义务(第60条)和后合同义务(第92条)。这些规定较之于《保险法》下的告知义务,其范围要广泛的多,其内容也丰富得多。

^④ 参见刘连生、申河:《保险学原理》,中国金融出版社2008年版,第75页。

^⑤ 参见李春彦、李之彦:《保险法告知义务及其法律规则》,法律出版社2007年版,第339、95、146页。

^⑥ 参见彭岳:《论海上保险中最大诚信原则的适用范围》,载谢究主编《保险法评论》(第二卷),中国法制出版社2009年版,第249页。

^⑦ 有学者认为,保险合同中保险人的说明义务较一般格式合同中合同提供人的说明义务更严格,如对于保险人的责任免除条款,只要保险人未作明确说明,该条款即无效,而在一般格式合同下,单纯缺少说明本身,并不会导致责任免除条款的无效。参见吴定富:《〈中华人民共和国保险法〉释义》,中国财政经济出版社2009年版,第50-51页。笔者认为,此类差别与其说是保险法最大诚信原则具体规则的体现,不如说是保险合同本身的特殊性使然,也是其他相关法律中产品或服务提供方对交易另一方所负法定义务的应有之义。如我国《产品质量法》第27条规定有生产者与销售者对产品的明确标识义务,《消费者权益保护法》第8条则规定消费者有权根据商品或者服务的不同情况要求经营者提供商品的具体信息。

^⑧ 参见李玉泉:《保险法学——理论与实务》,高等教育出版社2007年版,第62页。

^⑨ 参见我国《保险法》第16条第3款、第6款。

^⑩ 如最高人民法院《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见》(试行)第65条有关默认、《合同法》第55条、第75条有关合同撤销权等的规定。

综上，在大陆法系国家，诚实信用为一般私法的基本原则，保险法作为一般私法的特别法，其诚实信用自然为一般私法中的诚实信用所涵盖，一般私法中诚实信用原则所辖的基本规则同样可适用于保险法，二者之间是一般与个别的关系，二者间的共性大于个性。正如我国台湾学者何孝元先生所总结的，一般私法中的诚实信用原则产生有以下细则：权利滥用之禁止、诈欺胁迫及不正当行为之禁止、脱法行为之禁止、禁止反言之原则、保护经济上弱者之原则、告知及通知义务、赔偿损害及补偿之原则、担保责任、过失相抵、债之内容及履行时期之变更、同时履行抗辩权、危险负担、费用偿还义务之发生、请求权之消灭、非常终止权之发生、终止后之关系、暴利行为之取缔、不正当竞业之禁止及公平原则等。^④而保险法最大诚信原则的相关核心规则（亦为该原则赖以存在的主要依据）只不过是一般私法中诚实信用原则所生细则的一部分而已。无论是投保人的告知义务，还是保险人的说明义务、弃权及禁止反言义务，与一般私法（或合同法）中对应规则间的差异均在日益缩减。这些规则及其所表彰的最大诚信完全可为一般私法中诚实信用的内容所涵盖。因此，保险法最大诚信原则继续存在的合理性已不复存在。

当然，保险法中的诚实信用与一般私法中的诚实信用仍存在一些客观上的区别，这些区别决定了保险法中的诚信原则仍具有一定的独特性，尽管其并不足以支撑最大诚信原则的存在。具体而言，二者的区别主要有三：一是二者的发展轨迹有所不同。^⑤在最初阶段，保险法中诚信原则的规则体系更为丰富，但后来随着一般私法中诚信原则内容的渐趋丰富，如缔约过失、情势变更、附随义务、格式合同规制等规则的产生，保险法中诚信原则的规则体系逐渐为一般私法中诚信原则的规则体系所覆盖。以德国法为例，1861年《德国商法典》中的“保险契约”篇中即规定了投保人的告知义务，1908年德国《保险契约法》进一步规定了投保人在保险期间的风险增加通知义务和保险事故发生时的减少和防止损失义务等诚信规则。这些规定较之同期《德国民法典》中诚信内容的规定更为具体和丰富。《德国民法典》中诚信的规定最初主要适用于债务履行给付场合，之后经过了长期发展，内容日趋饱满，才逐步成为私法的基本原则。二是法律位阶有所不同。在大陆法系，诚信原则为一般私法之帝王条款，保险法中的诚信只是一般私法中诚信原则在特别法中的体现和延伸，后者的位阶要高得多。在英美法系，诚信虽被认为是保险法的基本原则，但其是否为普通法的基本原则，却一直存在较大争议：如在英国，主流观点对诚实信用仍持明确反对态度；在美国，诚实信用也主要是适用于合同履行场合。三是诚信义务的主体范围及部分具体规则有所不同。如在保险法中，告知义务主要是投保人或被保险人的义务，说明义务、弃权和禁止反言义务则主要指向保险人；在一般私法中，诚信则是对合同双方当事人的要求，并无保险法下明确的具体义务指向主体规定。在具体规则上，以告知义务为例，保险法中的告知义务要求投保人应将影响保险人决定是否缔结合同或以何种条件缔结合同的重要情况告知保险人，但在“自动告知”主义时代，大陆法系一般私法中的诚信并未扩展至“自动告知”境界，而是以瑕疵担保责任代之；英美法一般商业活动中，当事人在订立合同时未主动披露或告知对方有关信息也不构成误述。

三、保险法最大诚信原则的重塑

（一）保险法最大诚信原则称之为检讨

最大诚信原则之称谓本身具有明显的不严谨性，其很可能是法律规则承继中误述或误译的产

^④ 参见何孝元：《诚实信用与衡平法》，三民书局1986年版，第69—91页。

^⑤ 同注④，第101页。

物, 该等称谓具有巨大的潜在危害性, 并与大陆法系现行法律逻辑及制度明显不兼容。

首先, 最大诚信原则称谓欠缺法源依据, 亦不合大陆法系之法律逻辑。理由有三: 第一, 从词源上看, 将最大诚信作为基本原则缺乏充分依据。英国1906年《海上保险法》第17条中的 *utmost good faith* 被译为“最大诚信”首先发生在日本, 该等译法后经我国台湾地区学者的著述传至中国大陆, 并为大陆学界所广泛接受。这一称谓虽然已经深入人心, 但其严谨性却有待商榷, 很可能是一种误述或误译的结果。因在英国法中, 不仅保险合同, 其他合同如信托、监护、家庭关系也可被称为最大诚信合同 (*contract of utmost good faith*)。^⑭ 如此, 最大诚信原则的适用范围将不仅仅限于保险法, 还应包括信托、监护等其他法律部门, 最大诚信原则也不应仅仅作为保险法的基本原则, 而应具有更广泛的适用空间。这又必然与英国学界反对诚信的主流学说相悖。第二, 德、日等大陆法系代表性国家的保险立法中也不存在最大诚信之类表述。在德国, 诚实信用是债务履行的基本原则, 保险合同被称为“特殊信赖关系合同”。^⑮ 日本的保险立法是以德国法为蓝本的, 德国的特殊信赖关系合同何以在日本却成了最大诚信合同, 是日本学者的误述抑或有意为之, 个中缘由尚需进一步探究。但有一点是明确的, 即日本2008年新制定的保险法中并无最大诚信义务或原则的明确规定,^⑯ 这至少可以说明最大诚信作为保险法基本原则在日本并非学界主流意见。第三, 按照大陆法系的法律逻辑, 英国1906年《海上保险法》第17条中有关最大诚信的规定应归入法律规则而非法律原则范畴。在法理学上, 法律规范分为“规则”、“原则”和“概念”三种表现形式。^⑰ 其中, “规则”是具体规定权利和义务以及具体法律后果的准则, 其通常包括假定、行为模式和法律后果三部分; 而“原则”是指可以作为规则的基础或本源的综合性的、稳定性原理和准则, 具有解释、补充法律、赋予法官自由裁量权等功能,^⑱ 其内容具有抽象性和宽泛性, 不规定具体的权利义务, 也不具备假定、处理和制裁等法律规则的基本逻辑要素。从该第17条表述来看, 即“海上保险合同是基于最大诚信的合同, 如果任何一方没有遵守最大诚信, 另一方可以宣告合同无效。”其明确规定了假定、行为模式及法律后果等法律规则的三要素, 故很难将之归入法律原则的范畴。

其次, 最大诚信并非一个严谨的法律术语。作为英美法中的一个概念, 关于“最大诚信原则”中“最大”的含义, 即使在其诞生之地的英国, 也存在诸多争议。^⑲ 如有观点认为“最大”一词没有增加新的含义, 甚至是多余的, 最大诚信实际上就是诚实信用; 也有观点认为, “最大”一词是指诚信义务的范围更广泛, 而非程度上最严格。我国学者的主导性观点则是, “最大”表明了保险活动中要求诚信程度比一般民事活动要严格。^⑳ 保险法中最大诚信原则的最初涵义是“一种主动性义务, 即投保人自愿地向对方充分而准确地告知有关投保标的的所有重要事实, 无论被问到与否。”^㉑ 其所强调的为保险合同当事人应从自身出发, 最大限度、竭尽所能地遵循诚信要求去缔结合同、行使权利与履行义务。此本为诚信的应有之意, 并非要与一般合同中的诚信进行比较。即使其含有与其他合同中诚信进行比较之可能含义, 该含义也不应是其重点所在, 而应更多的将之作为

⑭ 同注⑩, 第8页。

⑮ 同注⑩, 第47页。

⑯ 参见岳卫:《日本保险契约复数请求权调整理论研究: 判例·学说·借鉴》, 法律出版社2009年版, 第211—245页。

⑰ 参见张文显:《法理学》, 法律出版社2004年版, 第54页; 沈宗灵:《法理学》(第二版), 北京大学出版社2004年版, 第33页。

⑱ 同注⑭, 第4—8页。

⑲ It is arguable that the adjective “utmost” adds nothing; S Henchcliffe, “Insurance Claims: ‘Fraud and the Duty of Good Faith’”, 8 *Insurance Law Journal* (1997), p 210; See also F Hawke, “utmost Good Faith: What Does it Really Mean?”, 6 *Insurance Law Journal* (1994), p 91

⑳ 同注⑱, 朱作贤等文, 第61页。

㉑ 张熙、李明智:《论保险合同之最大诚信原则》, 载《金融经济》(理论版)2008年第5期。

“一种可引起共鸣的表达”⁵⁵看待。毕竟，诚信与最大诚信之间并无实质性区别，就如同汉语中的“最好”和“最最好”之间的关系一样，二者间的差异主要是语气上的不同。

再次，最大诚信原则称谓具有巨大的潜在现实危害性。此危害性在保险法理论与实践两个层面均有显著体现。首先，在理论层面，最大诚信原则称谓易导致人们认识上的混乱。如前所述，目前国内高校主流保险法教科书中多将最大诚信列为保险法的基本原则之一，但在论及该原则与民法诚信原则的关系时往往又语焉不详。这必然导致广大保险法学习者在此问题上认识的混乱与迷惑：诚信原则作为大陆法系私法中的一个帝王条款，其已具有最高的法律位阶，最大诚信原则谓之“最大”，无疑应具有较诚信原则更高的法律位阶或地位，而保险法又是民商法的特别法，何以一个部门法基本原则的法律位阶高于基本法的基本原则？否则，又何以称谓“最大诚信”？最大诚信称谓本身是否意味着诚信本身存在一个等级体系，有最大诚信、一般诚信、最小诚信之分，并分别对应着衡量交易对手是否诚信的不同判断标准？这种区分（若有）在实践中是否必要及可能等？其次，在实践层面，最大诚信称谓也存在巨大误导性。作为一个基本的法律原则，诚信本身已具有非常大的弹性空间，相比之下，“最大诚信原则”所具有的解释、补充法律漏洞功能及其给法院留下的自由裁量空间无疑应更大。从国内法院的审判实践来看，各地、各级法院针对保险合同当事人同一类行为诚信与否的判断上，已经存在迥异的标准，法官在相关案件判决书中直接援引最大诚信原则进行裁判说理乃至裁判的亦远非个案。那么，作为一种合理的忧虑，相关法官在运用或援引最大诚信原则裁判案件时，会否发生滥用裁量权的问题，相关滥权行为是否存在示范效应，最大诚信原则会否给相关法律规则的具体适用带来更大的不确定性？考虑到国内理论界在诚信原则三大问题⁵⁶上的争议，以及司法实践中围绕当事人诚信义务认定标准迄今未形成统一意见的现实，上述担忧并非杞人忧天。或许正是感受到了这种潜在的巨大危害，负责制定保险法司法解释的最高人民法院民二庭已明确将保险法基本原则纳入了酝酿中的保险法司法解释的范畴。⁵⁷也正因如此，如何有效阻却最大诚信原则称谓在理论与实践层面所存在的上述潜在危害性，就显得十分迫切。

最后，最大诚信原则称谓之流行系中国法律移植方法存在明显偏差或疏漏的体现之一。作为一个大陆法系国家，中国近几十年来一直在进行大规模的法律移植和本土化工作，中国不但继承了德日等国的诸多法律设计，也一并借鉴吸收了不少英美法上的特有制度，如信托制度、独立董事制度、优先权制度等，但其中不少借鉴吸收均带有强烈的应急性色彩，属于“头痛医头、脚痛医脚”的类型，缺少对相关制度引进吸收前的必要分析和消化。最大诚信作为一个英美法概念成为国内保险法及保险业界耳熟能详的一个词汇，也是该等借鉴吸收工作的成果之一，尽管其目前尚未上升为立法的明确规定。但不论是从信托制度在中国功能发挥之局限、独立董事制度之水土不服、优先权制度所导致的理论与立法混乱⁵⁸，还是从最大诚信原则称谓所引发的困惑与争议来看，我们在进行相关法律制度或规则移植的过程中，如果不认真考察相关法律概念、规则或制度的特定生成土壤或历史背景，不认真研究其发挥作用的特定法律传统或社会条件，不对之进行深入分析和妥当的本土化改造，只是简单地实施翻译和“拿来主义”，均可能导致所移植制度与中国既有法律规则或体系之间的不兼容甚至严重冲突，并必然产生巨大的理论误导与现实危害性。

⁵⁵ See Christopher Butcher, "Good Faith in Insurance Law: a Redundant Concept", 5 *Journal of Business Law* (2008), pp. 375-384

⁵⁶ 三大问题为诚信原则与合同明示条款冲突如何处理，诚信原则的独立性，诚信原则标准的客观化。参见詹浩、陈百灵、冯修华：《保险法原理精解与典型案例评析》，中国法制出版社2007年版，第25页。

⁵⁷ 参见官邦友：《中国保险法司法解释若干问题》，载清华大学法学院、中国人民大学法学院、中国政法大学比较法研究所2009年10月17日于北京共同主办的“中日新保险法研讨会”会议资料。

⁵⁸ 参见孙新强：《大陆法对英美法上 LIEN 制度的误解及 LIEN 的本意探源》，载《比较法研究》2009年第1期。

(二) 保险法最大诚信原则的重塑：以诚信原则代之

毋庸置疑，作为道德规范与法律规范的合一，诚实信用兼有道德调节和法律调节的双重功能，其是保险业赖以健康发展的重要规则之一。保险法中的最大诚信原则通过投保人（被保险人）的告知义务、保证义务，以及保险人的弃权 and 禁止反言义务，改变了保险的结构，并在实质上协调了保险当事人之间的利益关系和合同之中的优劣地位。^①但随着现代商业保险的发展，保险人运用自身优势地位，滥用最大诚信原则，侵害被保险人的利益的现象，却使得最大诚信非但没有能发挥作用，反而成为双方违背诚信的工具。因此，有学者认为，最大诚信原则已经死亡，或已丧失其存在之必要。^②

本文认为，随着通讯技术的迅猛发展和保险技术的不断进步，现代保险业已远非其发展初期所能比拟。如果说在保险业发展初期，使用最大诚信之称谓还有一些合理性的话，如今该等合理性已丧失殆尽。因为，现代科技和保险技术与1766年Carter v. Boehm时代已有天壤之别，保险人和投保人（被保险人）在保险合同中的力量与地位对比也已发生了根本性的变化。在保险实践中，最大诚信原则已由从产生初期主要是约束投保人和被保险人的工具转变为同时适用于保险合同双方当事人，^③并更加关注对投保人和被保险人利益的保护；最大诚信原则下投保人的告知义务，已由主动告知、无限告知转变为询问告知、有限告知；在违反最大诚信原则的认定上，已从传统上的不论因果关系、不论投保人是否存在主观过错、保险人均可宣告合同无效，转变为目前普遍强调因果关系、强调仅限于投保人存在故意或重大过失时，保险人才能宣告合同无效；^④在对违反最大诚信的救济上，也已从原来的单一救济途径——宣告合同无效，转变为保险人可另外寻求赔偿损失、解除合同、退还保费等多种救济途径。^⑤从最大诚信原则在保险法中的适用领域来看，亦存在一个由早期的适用于海上保险、到后来逐步扩张及陆上保险等非海上保险、再到现代社会又逐渐回归海上保险、且适用空间逐步缩小、甚至被一般交易中的诚信规则所完全涵盖的演变过程。^⑥作为保险法最大诚信原则本身法律地位变迁的体现之一，即使在其起源地英国，近20多年来，围绕其性质与作用也产生有激烈的争论，有学者甚至已经对最大诚信原则是否为海上保险法所必需提出明确质疑，甚至认为其已经成为不合时宜的产物。^⑦在大陆法系国家或地区，保险法中的诚信在具体内容和规则上与一般私法中的诚信亦渐趋融合和一体化。正如学者所述，^⑧保险法中的诚信虽然不完全等同于合同法中的诚信，但其实质不过是一般诚信原则在保险制度中的运用和自然发展，因二者均为法

① 张旻：《最大诚信原则法律意义之探讨》，载《北京市经济管理干部学院学报》2002年第1期。

② 同注①。

③ 参见穆圣庭、徐亮：《关于保险合同法中的最大诚信原则问题》，载《武汉大学学报》（社科版）2003年第5期。

④ 如英美法院在保险审判实践中一般认为，单纯的疏忽或粗心不足以证明缺乏最大诚信，极其轻率的行为可能构成缺乏最大诚信，欺骗性行为或不诚实行为，如欺诈性索赔或故意无理拒绝或拖延赔付，则是违反最大诚信的典型表现。See Andrew Tulloh, *Utmost Good Faith*, <http://www.niba.com.au/html/25512.cfm>, 2009年8月21日访问。

⑤ 如美国、澳大利亚、南非等英美法系国家多未将宣告合同无效作为当事人的唯一救济，而是更强调当事人的索赔权利。See *A Professional Indemnity Perspective from Down Under Simon Aroe*, <http://docs.google.com/gview?a=v&q=cache:yWEGHP6ZKmwJ:www.inc-seminars.com/uploads/papers/Simon%2520Aroe.pdf+A+Professional+Indemnity+Perspective+from+Down+Under&hl=zh-CN&gl=en> 2009年8月22日访问。

⑥ 即使是在海上保险中适用最大诚信原则的部分国家，该原则的适用空间也处于逐步限缩之中，以保险法发达的美国为例，其法院通过各种机制来规避该原则在海上保险中的适用，如利用没有要求最大诚信的州保险法，或者对海事保险适用非海事保险规则，或者肯定海事保险合同当事人对最大诚信的规避等。Amett, "The Doctrine of Concealment: A Remnant in The Law of Insurance", 15 *Law & Contemporary Problem* (1950), p. 391, pp. 410-412. 转引自曹兴权：《保险法“最大诚信”之反思——兼论保险告知义务的理论依据》，载《甘肃政法学院学报》2006年第1期。

⑦ Thomas J. Schoenbaum, 《海上保险法中的最大诚信原则——美国法与英国法的比较分析》，李章军译，中国海商法协会通讯，2000（1）。转引自注⑤第56页。

⑧ 参见姚鹏、荆有祥：《论最大诚信原则与我国海上保险制度》，载《大连海事大学学报》（社科版）2003年第1期。

律化的道德准则，规范所有民事主体的活动，并贯穿于整个民事活动过程。同时，与英美法系国家不存在大陆法系意义上的成文民商法，最大诚信义务或原则系在其商事交易中自然生成，并为其后世法律所继受、固定，该义务或原则与作为其生成基础的判例法传统与立法体系具有本源上的自治性不同，对于大陆法系国家或地区而言，不论是保险法还是海商法，均系民法典或商法典的特别法和组成部分，诚信原则作为大陆法系民商法领域帝王规则的客观现实，以及法律适用顺位上特别法优于一般法、一般法补充特别法的基本法理，^⑨ 决定了保险法最大诚信原则在相关国家或地区很难实现其法理与逻辑上的自圆其说。对于注重法律逻辑、讲究概念精确性的大陆法系国家或地区而言，如此模糊的修饰性语言不宜出现在其法律文本中。^⑩ 因此，本文认为，对中国而言，目前从理论上应尽快厘清最大诚信原则的真正内涵，以诚信原则取代之，^⑪ 在法学研究与司法实践中应尽量减少对之的使用，这是避免其误导与滥用延续的最佳选择；在立法层面，则应参照德、日等国的立法经验，周延相关法律体系中诚信原则内容表述的法理逻辑，在未来民法典中统一规定了诚信原则之后，废止保险法等民商事特别法中有关诚信原则的重复性规定，以期更好地实现其对保险法等民商事法律领域的统一指引和规范作用。

【主要参考文献】

1. 肖和保：《保险法诚实信用原则研究》，法律出版社 2007 年版。
2. 何孝元：《诚实信用与衡平法》，三民书局 1986 年版。
3. 吴定富：《〈中华人民共和国保险法〉释义》，中国财政经济出版社 2009 年版。
4. [德] 莱因哈德·齐默曼、[英] 西蒙·惠特克：《欧洲合同法中的诚信原则》，丁宇、杨才然、叶桂峰译，法律出版社 2005 年版。
5. 徐国栋：《诚实信用原则研究》，中国人民大学出版社 2002 年版。
6. 孙积禄：《保险法最大诚信原则及其应用》，载《比较法研究》2004 年第 4 期。
7. Andrew Longmore, “Good Faith and Breach of Warranty: Are we Moving Forwards or Backwards?”, *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly* (2004) .
8. Christopher Butcher, “Good Faith in Insurance Law: a Redundant Concept”, *Journal of Business Law* (2008) .

(责任编辑：姚海放)

^⑨ 如 2006 年 11 月 23 日中国最高人民法院发布的《关于审理海上保险纠纷案件若干问题的规定》(2007 年 1 月 1 日施行) 第 1 条规定，审理海上保险纠纷案件，适用海商法的规定；海商法没有规定的，适用保险法的有关规定；海商法、保险法均没有规定的，适用合同法等其他法律的规定。

^⑩ 同注^⑨ 第 60—61 页。

^⑪ 有学者试图以“高度诚信合同”代替“最大诚信合同”之表述，此表述方式虽有改变，但结果上与原来并无不同，因为，高度诚信和诚信之间的关系也同样是模糊不清的，不如直接以诚信合同代之。同注^⑩，第 8 页注^⑪。

On Overcoming Difficulties in Private Enforcement of Antimonopoly-law of China ZHENG Pengcheng °98°

There are many difficulties and obstacles in private enforcement of Chinese Antimonopoly-law. It is difficult to verify exactly plaintiffs among sorts of victims of respondents' restrictive behaviors; complaints can hardly give any evidences that respondents has violated antimonopoly-law, and most of people challenge the justice of private enforcement of public law, etc. In order to make the system of private enforcement operate properly, it is essential to enact a regulation which clarifies the standing to sue and adopts the rule of precondition for damage claims and the rule of causation presumption and clarifies the methods of calculating damages. In addition, the spread of competition culture should also be emphasized.

Keywords Private Enforcement of Antimonopoly Law; The Indirect Purchaser; The Preconditions for Damage Claims; The Rule of Causation Presumption; Competition Culture

Zheng Pengcheng, Ph. D., Professor of Hunan University Law School.

Examining the Utmost Good Faith Principle of Insurance Law

REN Zili °106°

The utmost good faith is the fundamental principle of the insurance law. But neither its relevant basis theories, such as the high information asymmetry and other characters of the insurance contract, nor its core rules like the duty to disclosure, could explain its being. Considering its potential negative effect in theory and practice, the utmost good faith principle should be replaced by the good faith principle.

Keywords Insurance Law; The Utmost Good Faith Principle; The Good Faith Principle; Examine

Ren Zili, Ph. D., Professor of Beihang University Law School.

On the Contesting Parties' Right of Application for Investigation and Collecting Evidence in Civil Litigation

LI Hao °118°

The right of application for investigation and collecting evidence is an important right of the Contesting Parties that is endowed by the Civil Litigation Law in the background of the trial mode transformation. The realization of this right can both contribute to ensure the contesting parties fully exert their litigation rights and the court successfully protect lawful rights of the contesting parties and maintain the national civil legal order on the basis of finding the truth. Currently, the regulations for the contesting parties' right of application for investigation and collecting evidence remain in principles, and we should further establish the constituent elements and make a study on the operation of this right in the litigation. Furthermore, detailed rules should also be established to adjust the interest conflicts in the course of modifying the Chinese Civil Litigation Law.

Keywords Civil Litigation; Application for Investigation and Collecting Evidence; Constituent Elements; Positivist Analysis; Study of the Questions

Li Hao, Ph. D., Professor of Nanjing Normal University Law School.

On Demarcation and Joining of Anticipatory Breach and Insecurity Defence: Centered on Possibility Degree of Non-Performance

ZHANG Jinhai °131°

The demarcation of anticipatory breach and insecurity defence follows a simple principle: if the obligor will commit non-performance surely in future, the obligee can terminate the contract and seek remedies for performance of the obligor; if possibility degree of the obligor's non-performance in future is considerably high but not certain, then applies insecurity defence, and contract relationship is maintained. In order to end unresolved state, the obligee should be granted right to demand adequate assurance, if the other party does not provide such assurance within reasonable time, then constitutes a new type of anticipatory breach and two institutions join here.