

保险人明确说明义务批判

马 宁 *

内容提要：保险合同法可以体系化地解读为意思自治、给付均衡与合理期待三个核心原则的组合。立法者希望藉说明义务来消减信息不对称，贯彻意思自治。但在建构制度规范时，并未考虑信息传送方的履行成本，对信息接收方的识别成本与关注焦点也存在认识误区。这种过度理想化的设计已被实践证明是失败的。立法应废止实质性的明确说明义务，代之以形式化的信息提供义务。对于意思自治的不足，可以通过提升给付均衡度和更有效保障被保险人对获取保险产品的合理期待加以填补。

关键词：保险合同 免责条款 说明义务 制度成本 意思自治

在保险法领域，恐怕没有一个话题能像保险人说明义务一样引发如此多的关注。究其原因，它被视为我国法中为数不多的创新性成果之一，^{〔1〕}因而在这个崇尚创新的时代，也就被赋予了特殊意义。遗憾的是，也没有其他制度像说明义务一样，在理论和实务中同时引发如此多的争议。自创立伊始，学界对说明义务的范围、方式与标准即未能达成一致。它也是实务中最常见的保险纠纷类型之一。^{〔2〕}以北京市第二中级人民法院为例，2009年的42件商业保险纠纷判决中，有15件涉及说明义务，居各类型之首。说明义务的研究成果虽不胜枚举，但大多聚焦于制度本身的完善，而非从根本上审视其存在的合理性。各方显然默认说明义务的功能不可替代，且功能的实现在客观上是可能和可行的。事实果真如此吗？

* 西北政法大学副教授。

本文是司法部项目“保险合同法结构性变革与制度创新”（13SFB3028）的成果。感谢最高人民法院民二庭郁琳法官为本研究所提供的案例支持。

〔1〕 参见樊启荣：《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。当然，对这一结论也存在不同意见，认为类似义务在我国台湾、日本、德国等都存在。但立法强制性要求保险人对特定类型条款予以详尽提示和解释的，却似乎仅存在于我国。

〔2〕 参见周迅：《当前保险合同纠纷案件审理中存在的主要问题及对策分析——以基层法院相关案件的审理为依据》，《法律适用》2013年第2期，第25页。

一、保险人说明义务的制度功能与法律构造

(一) 保险人说明义务的制度功能与内在属性

保险法第17条规定：“订立保险合同，采用保险人提供的格式条款的，保险人向投保人提供的投保单应当附格式条款，保险人应当向投保人说明合同的内容。对保险合同中免除保险人责任的条款，保险人在订立合同时应当在投保单、保险单或者其他保险凭证上作出足以引起投保人注意的提示，并对该条款的内容以书面或者口头形式向投保人作出明确说明；未作提示或者明确说明的，该条款不产生效力。”

与直接规制合同内容、旨在维持给付均衡的第19条不同，^{〔3〕}第17条的保险人说明义务力图通过对缔约行为的规制来矫正当事人间的信息偏在（不对称），保护投保人^{〔4〕}知情权和以之为基础的选择权。概言之，说明义务是为贯彻意思自治而建构的，^{〔5〕}“因为其会受到信息不对称、重大误解或者缺乏实质的合同自由等因素的影响”。^{〔6〕}

说明义务系属规制市场失灵的信息工具的一类。意思自治原理构建的前提之一是，每个交易主体都是充分掌握交易信息、对自己需求有着最精确了解的理性人。在做出决定时，通过将未来的所有收益和成本折算为现实价值，各行为人能将其主观预期效用理性地予以最大化。由个人利益的总和构成的社会利益也将因此最大化。^{〔7〕}但如果缺乏交易信息或信息分布不均，当事人将无法做出符合其利益的决定，并可能诱发道德风险、逆向选择，扭曲市场自发实现资源最有效配置的功能。^{〔8〕}在意思自治确立伊始的近代，交易主体间的信息偏在并不严重，传统民商法以重大误解、欺诈的法律行为可变更或可撤销等事后救济措施即可应对，故而合同法中并不存在相互交换信息的义务。进入现代以后，随着交易内容的复杂化和定式合同等技术手段的采用，信息偏在加剧，意思自治的实现面临严峻挑战。传统的事后规制措施对此力有未逮，立法开始大规模引入事前规制措施，最主要的即为信息工具，^{〔9〕}强制一方向对方提供交易信息的说明义务即属此类。^{〔10〕}只是由于信息偏在极为明显，因而保险法引入信息工具的时间早于其他类型交易。

强制交易主体披露信息的工具仍把交易决策权留给市场主体，是一种最大限度保障当

〔3〕 保险法第19条源自合同法第40条，是一种内容控制规范，主要针对引发权利义务失衡的不公平格式条款。参见王静：《我国〈保险法〉第19条司法适用研究——基于保险格式条款裁判的实证分析》，《政治与法律》2014年第11期，第88页。

〔4〕 严格来讲，是投保人与保险人缔结合同，被保险人享有保险金请求权。但投保人与被保险人常为同一主体，因此英美法系通常用被保险人指代投保人，而对为第三人利益合同例外规定。除非特别指出，本文也不区分二者。

〔5〕 立法机关在保险法修改情况的介绍中提及，说明义务的履行有助于保护投保人知情权。http://www.npc.gov.cn/huiyi/lfzl/bxf/2009-03/02/content_1480632.htm，2014年12月2日最后登录。

〔6〕 [奥] 海尔穆特·库齐奥：《动态系统论导论》，张玉东译，《甘肃政法学院学报》2013年第4期，第42页。

〔7〕 参见刘凯湘、张云平：《意思自治原则的变迁及其经济分析》，《中外法学》1997年第4期，第71页。

〔8〕 参见[美] 约瑟夫·斯蒂格利茨：《斯蒂格利茨经济学文集》第1卷（上），纪沫等译，中国金融出版社2007年版，第166页以下。

〔9〕 参见邢会强：《信息不对称的法律规制——民商法与经济法的视角》，《法制与社会发展》2013年第2期，第114页以下。

〔10〕 See Nicholas Leigh-Jones, John Birds and David Owen, *Macgillivray on Insurance Law*, London: Sweet & Maxwell, 2008, p. 480.

事人意思自治的市场友好型规制工具,是对信息偏在的最好回应。^[11]但信息工具的使用必须考虑成本,如拥有信息优势的披露一方需要付出发送成本,接收方也需付出甄别成本。后者也可能会因为缺乏识别的时间和能力而将接收的信息束之高阁,造成浪费。现代保险法中,投保人告知义务由主动披露向被动应答的转换即含有节约成本的考虑。再者,受对象能力与兴趣等因素的影响,信息工具的使用也会趋于低效或无效,因而须定期对其实施效果进行评估。^[12]

(二) 保险人说明义务的法律构造

说明义务可区分为对“免除保险人责任的条款”的明确说明义务,以及对其他条款的一般说明义务。二者虽相互依存,境遇却迥然有别。前者是各方关注的焦点,后者则鲜有人提及。原因在于,明确说明义务存在先天缺陷,为使其保障意思自治的功能充分实现,并偶有控制保险人成本的考虑,司法不断调试明确说明义务的履行方式、履行标准和说明范围。这种不恒定导致明确说明义务与一般说明义务边界不清,后者内涵之廓清取决于前者规范的固化。再者,一般说明义务的功能在相当程度上可通过扩展“明确说明”实现,投保人与法院自然更愿意适用责任设定对其更为有利或不当裁判风险更低的明确说明义务。

有观点认为,由于法律未规定违反一般说明义务的法律后果,导致保险人通常不履行该义务,法院也不要求保险人履行。^[13]之所以得出这一结论,可能是学者将一般说明义务的履行方式等同于明确说明义务,要求保险人主动解释,这未免令人生疑。一来,保险合同的许多条款仅是简单重复保险知识,并无解释必要。二来,这种解释的成本显然是保险人无法承受的。实践中,当保险人将条款提交投保人时,投保人时常会就自己关心的事项提出询问。即便是在信息相对均衡的一般类型交易的缔约过程中,当事人也会对询问进行解答,更何况身处竞争性市场中、负有法定披露义务的保险人。这就是一般说明义务的履行方式。一般说明义务是一种被动的询问回答,也只能是被动的询问回答。它一直在履行着,也一直被遮掩于明确说明义务的阴影之下。下文将以厘清明确说明义务的功能绩效为中心,对说明义务做出整体评价。

二、明确说明义务的司法运行状态

(一) 《保险法解释二》实施前的适用状况

作者搜集到从2009年保险法实施至2013年6月8日《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国保险法〉若干问题的解释(二)》(简称《保险法解释二》)生效前适用第17条的501件案例,^[14]其中,保险人仅胜诉19件,败诉率高达96.2%。在败诉的482件案例中,有385件称保险人未能提交已善尽明确说明义务的证据。^[15]余下的97件案例中,保险人证明已履行义务,但仍未获法院支持(详见表1)。

[11] 参见应飞虎、涂永前:《公共规制中的信息工具》,《中国社会科学》2010年第4期,第120页。

[12] 参见前引[9],邢会强文,第117页。

[13] 参见梁鹏:《新〈保险法〉下说明义务之履行》,《保险研究》2009年第7期,第15页。

[14] 案例来自于北大法宝、中国裁判文书网以及法官提供的相关资料。部分涉及明确说明义务的案由并非保险合同纠纷,而是交通事故责任纠纷等。另外,本文所称败诉与胜诉仅针对明确说明义务的诉争部分。

[15] 例如山东省临沂市中院(2011)临商终字第458号判决书。

表1 《保险法解释二》实施前关于明确说明义务的裁判情况

保险人履行明确说明义务的方式	法院判决败诉理由	数量
以黑体或加大字体等方式对免责条款进行标注。	未达到提示标准,即使达到,保险人也没有“明确说明”。	39〔16〕
除标注免责条款外,还设计“投保人声明栏”,要求投保人阅读,有疑问可提出,否则视为已理解。	这仅是提示,不能证明对投保人已“明确说明”。	52〔17〕
设计“投保人声明栏”,并进行了解释(即“明确说明”),投保人也签字认可。	已进行“提示和明确说明”,但“明确说明”范围过窄。	4〔18〕
设计“投保人声明栏”,并进行了解释,投保人也签字认可。	投保人称自己未能理解免责条款含义。	2〔19〕

从表1可知,保险人履行明确说明义务的方式并不统一。依据履行程度,可将之从低到高分四级。第一级,仅仅提示投保人注意合同中存在免责条款;第二级,既提示存在免责条款,又准备在投保人提问时予以被动解释;第三级,既提示存在免责条款,又主动向投保人解释免责条款;第四级,提示和主动解释,且解释须使投保人真正理解。几乎所有法院均判定第一级未达到第17条要求的说明程度,这意味着,法院将提醒和解释同视为明确说明义务的必要构成,缺一不可。与此同时,多数法院也认定,对免责条款的解释应为主动解释。〔20〕最高人民法院一位法官即称,“如果保险人以投保人并未就保险格式条款进行询问、所以其未履行说明义务而进行抗辩的,法院不应予以支持。”〔21〕表1还显示,即使保险人的说明程度已经达到第三级,胜诉概率依然不大。法院要么事后扩展免责条款的范围,要么要求保险人证明其解释已使特定投保人理解,保险人几乎无法克服这两种风险。此时,法官所欲达成的目标已不仅是保障投保人在理解交易条件的基础上做出决策,而是视明确说明义务为帮助被保险人获取赔付的便捷途径。有学者统计了从2009年保险法实施至2012年年底审理的约2500件保险纠纷后发现,法院把说明义务视为追求自己心目中公平结果的首选工具,体现出明显的偏好。〔22〕而所谓公平,即是授予被保险人保障。〔23〕易言之,法院判别明确说明义务的履行,并无一定之合理规范,若说存在标准,那就是保险人“永远”未能善尽义务。

(二)《保险法解释二》实施后的践行状况

作为对司法极度扩张明确说明义务的回应,《保险法解释二》力图建构清晰而统一的裁

〔16〕 例如浙江省绍兴市中院(2010)浙绍商终字第165号判决书。

〔17〕 例如河南省南阳市中院(2011)南民商终字第142号判决书。

〔18〕 例如北京市二中院(2009)二中民终字第03741号判决书。

〔19〕 例如陕西省榆林市中院(2011)榆中法民三终字第00164号判决书。

〔20〕 也有法官将解释义务界定为被动义务。例如,北京市二中院(2009)二中民终字第10711号判决书认可了一审意见,即保险人已用黑色加粗字体提醒投保人仔细阅读保险条款,特别是责任免除和投保人、被保险人义务条款,表明其已善尽提醒义务。而投保人因未仔细阅读,进而未向保险人进行询问而导致的法律后果由其自行承担。

〔21〕 张雪梅:《保险人说明义务若干问题探析》,《法律适用》2010年第8期,第11页。

〔22〕 参见曹兴权、罗臻:《保险不利解释原则适用的二维视域——弱者保护与技术维护之衡平》,《现代法学》2013年第4期,第76页以下。

〔23〕 参见杨小勇、李晶雪:《保险的法律困境与出路》,《法律适用》2008年第1、2期,第122页以下。

判标准,以便在实现明确说明义务立法目标的前提下,适度兼顾保险人的利益诉求。^[24]它将“免除保险人责任的条款”界定为“责任免除条款、免赔额、免赔率、比例赔付或者给付等免除或者减轻保险人责任的条款”(第9条);允许对法律、行政法规的禁止性事由仅做提示,而无须明确说明(第10条);将明确说明义务的履行标准定为“常人能够理解”(第11条),但同时又规定,除非另有证据,否则投保人对保险人履行了符合解释要求的明确说明义务在相关文书上予以确认的,应认定保险人履行了该项义务(第13条)。关于《保险法解释二》实施后明确说明义务的裁判情况,作者搜集到从2013年6月8日至2014年10月31日期间的151件案例。其中,保险人未能举证证明已履行义务因而败诉的67件,^[25]证明已履行义务但败诉的51件,保险人胜诉33件。关于后两类案件的裁判情况,详见表2。

表2 《保险法解释二》实施后关于明确说明义务的裁判情况

保险人	胜诉/败诉原因	数量
胜诉	对责任免除条款进行了标示,且“投保人声明栏”等记载保险人已向投保人进行了解释,投保人也签字认可。	26 [26]
胜诉	诉争条款不属于明确说明义务所适用的“免除保险人责任的条款”。	1 [27]
胜诉	责任免除条款属于法律法规的禁止情形,因而无须解释。	6 [28]
败诉	对责任免除条款进行了标示,但“投保人声明栏”等仅提示阅读,未记载保险人已做解释。	16 [29]
败诉	“投保人声明栏”等记载保险人就“责任免除条款”向投保人做了提示、解释,但对其他免除保险人责任的条款未能明确说明。	9 [30]
败诉	“投保人声明栏”、“特别提示”中的签名不是投保人所为,即使另有证据证明保险人已向投保人进行了提示和解释或投保人委托他人代签。	21 [31]
败诉	保险人对“责任免除条款、免赔额、免赔率、比例赔付或者给付”以外的免除保险人责任的条款未能明确说明。	2 [32]

[24] 参见张先明:《妥善平衡各方利益 有效统一裁判标准——最高人民法院民二庭负责人答记者问》,《人民法院报》2013年6月8日第2版。

[25] 例如天津市二中院(2014)二中速民终字第1813号判决书。

[26] 例如,浙江省湖州市中院(2013)浙湖民终字第517号判决书称,提示栏要求投保人仔细阅读除外责任条款、投保人权利义务条款与合同解除规定,并称已就之向投保人进行了解释,而投保人也予以签章,可以证明保险人已履行明确说明义务。

[27] 例如,广州市中院在(2013)穗中法金民终字第1070号判决书中认为,被保险人违反运输车辆装载规定时增加10%免赔率的条款,不属于适用明确说明义务的“免除保险人责任的条款”。

[28] 例如,广东省揭阳市中院(2014)揭中法民二终字第88号判决书认定,无证驾驶属于禁止事由,被保险人应当知晓,因而无须解释。

[29] 例如,北京市二中院(2013)二中民终字第17353号判决书认定,投保人声明栏载明“投保人已经阅读和理解了保险条款,特别是责任免除部分条款含义”并经投保人签字认可的做法,并不能证明保险人已履行了明确说明义务。

[30] 例如,河南省登封市法院(2013)登民二初字第1162号判决书认为,责任免除条款不同于免除保险人责任的条款,后者如免赔率的规定,因而不能认为保险人善尽了明确说明义务。

[31] 例如,在北京市平谷区人民法院(2013)平民初字第01689号判决书中,法院确认了投保人委托代理人签章的事实,但仍认定保险人未履行明确说明义务。

[32] 例如,安徽省宣城市中院(2013)宣中民二终字第00088号判决书称,条款中的癌症含义将原位癌排除在外,也属于免除责任,因而也需履行明确说明义务。

续表

保险人	胜诉/败诉原因	数量
败诉	诉争免责条款并非可以免于明确说明的禁止性事由。	1 [33]
败诉	“投保人声明栏”记载保险人已经提示投保人阅读并进行了解释,但未以黑体字等标示责任免除条款,可认定为未履行提示义务。	2 [34]

如表2所示,明确说明义务的乱象虽因《保险法解释二》的实施有所减轻,却并未根绝。一方面,明确说明义务的裁判标准仍未统一。例如,对于投保单声明已就“责任免除条款”进行了提示和解释且投保人签字认可的情形,有的法院承认保险人已善尽义务,有的则以保险人对“其他免除保险人责任的条款”未能解释为由予以否认。另一方面,部分法院仍然存在以保险人承担责任为目标的裁判导向。法院不仅扩大了司法解释中“免除保险人责任的条款”的范围,还以投保单中的签字非投保人亲自所为以及特定内容未以黑体字等形式标注(不管声明栏是否提醒投保人阅读)为由,判定保险人败诉。后者与扩大免责条款范围的结合隐含着置保险人于必输境地的风险。另外,法院有可能对得以免除明确说明义务的“禁止性条款”做限缩解释,以此扩展说明范围。

三、明确说明义务的局限性：基于制度设计的考察

明确说明义务裁判标准的不统一或许可以籍更为清晰的立法或司法解释约束,因而更值得关注的是,为何有如此多的保险人未能证明已履行义务?法院的恣意裁判造成保险人举证的消极,这或许可以解释部分原因,但显然不能视为唯一的原因。毕竟,随着《保险法解释二》的实施,保险人的胜诉率已大幅提升,而且在每一个诉至法院的纠纷中,潜在的保险责任远大于所收取的保费,保险人应当有动力通过证明已履行义务来援引免责条款。对此最有可能的解释是,由于保险事故的发生具有不确定性,因而在估算了于全部交易中依法定范式履行(且证明已履行)明确说明义务的成本与个别发生事故的交易中应承担赔偿责任的总和后,保险人发现前者大于后者,因而完全履行在经济上并不可行。换言之,由于明确说明义务的制度设计存在缺陷,保险人无法以合理成本履行该义务。

(一) 说明范围的困惑

保险法对何为“免除保险人责任的条款”表述不清。就此存在狭义说与广义说之争。前者认为只有那些以“责任免除”或“除外责任”命名的条款才属于说明对象。后者则主张那些实质上免除或限制保险人责任的条款也应被纳入。对此,有认为系指保证、免赔率(额)、被保险人义务以及违反义务的法律后果。有认为除此以外还应包括承保范围、保险

[33] 例如,上海市二中院(2014)沪二中民六(商)终字第170号判决书称,保险人对未按照规定参加年检的车辆发生事故不予赔偿的免责条款,并非行政法规中的禁止性事由,保险人不得主张就此免于明确说明。

[34] 例如,山东省泰安市泰安区人民法院(2013)泰商初字第0715号判决书认为,提示与明确说明缺一不可。单纯提示栏中要求投保人阅读并对之进行解释,仅证明已履行后者。前者的履行标准是须以黑体或加大字体等方式进行标注。

标的、保险金额、保险期限、条件与保证等。^[35]

类似分歧同样存在于司法实务中。重庆市高级人民法院在2010年4月9日的《全市法院保险纠纷案件审判实务研讨会会议纪要说明稿》第2条中强调,免除保险人责任的条款应当包括免赔率条款、责任限制条款。江苏省高级人民法院在2011年1月7日的《关于审理保险合同纠纷案件若干问题的讨论纪要》第1条中也指出,责任免除、除外责任及其他有关免赔率、免赔额等部分或者全部免除保险人赔偿或者给付保险金责任的条款,应当认定为免除保险人责任的条款。而广东省高级人民法院在2011年7月22日的《关于审理保险合同纠纷案件若干问题的指导意见》第8条中规定,保险合同约定的免赔率、免赔额、等待期、保证条款以及约定当投保人或被保险人不履行义务时,保险人全部或部分免除赔付责任的条款,不属于保险法规定的免除保险人责任的条款。《保险法解释二》将明确说明的范围限定于责任免除条款、免赔额(率)、比例赔付等条款,而保险人解除权条款、保证条款等则被排除在外,这显然是一个考虑各方诉求的折衷方案。但问题并未得到解决。

立法设定免责条款的明确说明义务是想使投保人准确了解保险人承担责任的范围,以免其分散特定风险的缔约目的受到挫败。然而,除《保险法解释二》纳入的免赔额(率)、比例赔付条款外,保险人还能通过其他手段修改承保范围,如对概念的外延限定、责任分摊与责任竞合规则、赔偿处理方法、通知义务的履行期限与方式乃至保险责任的开始期间等等。^[36]例如,依据华泰保险公司的董(监)事及高级职员责任保险条款(华泰[2004]第31号),被保险人因保险合同承保的不当行为而首次被他人索赔,由此依法应负经济赔偿责任时,保险人承担保险责任。责任包括被保险人为抗辩第三人的索赔而支付的抗辩费用。但在释义条款的抗辩费用部分,保险人将被保险人雇员的任何报酬(包括但不限于为抗辩而需加班时,应向雇员支付的津贴等)排除在外,从而隐晦地限制了自己的责任。责任竞合条款(他保条款)也有类似作用。它规定,若一保单所承保之损失同时为另一保单所承保,则该保单对此损失不负责任,或者将责任限定于超出另一保单承保金额的部分,或与另一保单按一定比例分摊损失。在北京中铁快运有限公司诉平安保险北京东城支公司案中,保单就规定,仅对超过交强险各分项赔偿限额以上部分负责赔偿。^[37]因此,至少理论上存在保险人将免除自己责任的条款以前述方式伪装,逃避履行义务的可能。

再者,保险法关于说明义务的两分法建立在立法者认为免责条款对消费者权益影响更大的基础上,^[38]但事实并非如此。诸如保险合同生效、保险责任开始、保险给付办法与争议处理等准权利义务条款,以及保费缴纳、风险维持、通知止损等权利义务条款,直接决定保险人在事故发生后是否承担以及承担多大的责任,对当事人利益的影响不亚于免责条款。例如,可能成为未来欧洲统一保险合同法蓝本的《欧洲保险合同法原则》(PEICL)第2:201条与德国保险合同法第7条均规定,保险人应以书面方式向投保人提供交易的重要信

[35] 关于明确说明义务的范围,学者间几无共识。对各种观点的介绍,参见潘红艳:《论保险人的免责条款明确说明义务——以对保险行业的实践考察为基础》,《当代法学》2013年第2期,第94页;陈群峰:《保险人说明义务之形式化危机与重构》,《现代法学》2013年第6期,第187页。

[36] 参见马宁:《论保险人说明义务的履行方式与标准——以对我国司法实务的考察为中心》,《时代法学》2010年第2期,第54页。作者曾主张扩展免责条款范围,但现在看来,这在成本收益的衡量上欠缺可行性。

[37] 参见北京市二中院(2009)二中民终字第04284号民事判决书。

[38] 参见梁鹏:《保险人抗辩限制研究》,中国人民公安大学出版社2008年版,第179页以下。

息,如合同一般交易条件、合同提供的保障(利益)、合同解除权等,其范围远不止免除保险人责任的条款。甚至特定险种中的特有条款,如红利分配、现金价值,亦要求披露。

显然,立法若想消减信息偏在,合乎逻辑的结论是,不仅要“免除保险人责任的条款”理解为合同中一切可限制或免除保险人责任的制度,还应将对投保人影响甚大的权利义务与准权利义务条款、释义条款、特有条款纳入说明范围。而保险条款可分为公共条款、准权利义务条款、权利义务条款、释义条款以及特有条款五类。^[39]就此而言,除第一类外,其余都需要进行明确说明,这势必付出极大的履行成本。

(二) 说明方式与标准的纠结

关于履行明确说明义务的方式,2009年保险法修改前曾存在不同观点。

1997年6月17日,中国人民银行条法司《关于在车辆保险业务经营中对明示告知含义等问题的复函》(银条法[1997]35号)第1条称:“保险公司在机动车辆保险单背面完整、准确地印上中国人民银行审批或备案的机动车保险条款,即被认为是履行了……告知义务。投保人在保险单上签字,是投保人对保险单及保险条款的有关内容表示认可并接受约定义务的行为。”此观点将明确说明义务等同于条款提交义务,而不管投保人是否注意、理解了免责条款的存在及其内涵。

2000年1月24日,《最高人民法院研究室关于对〈保险法〉第十七条规定的“明确说明”应如何理解的问题的答复》(法研[2000]5号答复)中称:“‘明确说明’是指保险人在与投保人签订保险合同之前或者签订保险合同之时,对于保险合同中所约定的免责条款,除了在保险单上提示投保人注意外,还应当对有关免责条款的概念、内容及其法律后果等,以书面或者口头形式向投保人或其代理人作出解释,以使投保人明了该条款的真实含义和法律后果。”即该《答复》将明确说明义务界分为提醒与解释两部分。

2003年5月20日,中国保监会也在《关于〈机动车辆保险条款〉的性质等有关问题的批复》(保监办复[2003]92号)中称:“一般来说,仅仅采用将保险条款送交投保人阅读的方式,不构成对说明义务的履行。保险公司应当根据保险合同签订的具体情况,采用适当、充分的方式明确提示投保人,尽量使其明确合同中责任免除条款的内容,确保投保人的利益不受损害。保险公司的行为是否构成了对说明义务的履行,由司法机关或仲裁机构依法认定。”该《批复》肯定了免责条款的明确说明义务至少包含“提醒”义务,但对解释义务的有无则不置可否。

单从立法目的实现的角度来看,最高人民法院的观点应为最优。因为保险条款的技术性强,仅凭提醒不具有专业知识的投保人注意阅读(更遑论单纯提交条款),无法确保其理解内容。故而法院大多持此观点,进而又基于此理由将明确说明义务限定为主动解释。^[40]2009年保险法采纳了这种观点。一方面,第17条要求保险人做出提示并明确说明,后者与解释当为同一含义。另一方面,该条规定,未做提示或者明确说明的,该条款不产生效力。据此,保险人在履行提醒义务后,如果投保人怠于阅读免责条款,或主观上误认为已理解,因而未向保险人提出询问,则保险人将因无法证明已向投保人进行了“明确说明”而导致

[39] 参见吴勇敏、胡斌:《对我国保险人说明义务制度的反思和重构——兼评新〈保险法〉第17条》,《浙江大学学报(人文社会科学版)》2010年第3期,第91页。

[40] 例如北京市东城区人民法院(2009)东民初字第1136号判决书。

条款不生效。至此,履行方式问题看似已尘埃落定,各方争议的焦点转向履行标准。

关于履行标准,有形式标准与实质标准之争。^[41]依据形式标准,只要保险人能证明其已进行了提示和明确说明,即认为已履行义务,投保人是否了解条款含义在所不问。实质标准则以主体是否理解为判断标准。形式标准已演化成举证责任问题。为证明其履行了提示义务,保险人首先要在投保单等凭证上以醒目的方式,如以加大加黑字体标注“免除保险人责任的条款”。其次,保险人可用让投保人签字确认的方式证明其进行了明确说明,如在投保单尾部印制投保人声明,称保险人已就免责条款向自己做出明确说明,自己已经阅读和充分理解相关内容,并签字认可。^[42]实质标准则是一个证明程度的问题,它主要分为投保人理解标准和理性外行人理解标准。依前者,保险人须证明其所为说明已使与其签订保险合同之具体投保人理解;依后者,保险人须证明其所为说明已达到使具有一般知识与智力水平的普通外行人理解的程度。投保人理解标准最为契合保障意思自治的价值取向,因而获得了部分法官的支持。^[43]但对保险人而言,证明特定投保人已经理解条款却几乎是不可能完成的任务,并容易诱发保险欺诈。毕竟,是否准确理解是投保人的主观感受,一旦发生纠纷,投保人完全可以否认。而理性外行人标准被认为能克服前述缺陷,既实现了对处于弱势地位的投保人的保护,又维护了保险人正常的营业基础,^[44]因而为《保险法解释二》所采纳。

然而,理性外行人标准也存在不够现实的缺陷。我国保险营销主要通过电话销售、网络销售、与其他商业行为共同销售(如销售机票时同时销售航空意外伤害保险)以及代理人当面销售四种模式。前三种模式下,时间与空间的局限使得说明主要为保险人单方的信息输出,鲜有解释互动的机会。例如,电话营销中,投保人时常不能获得保险条款,即使获得,也无充足时间进行阅读,当然无法提出自己关心的问题。在网络销售下,保险人多是列明条款,提醒投保人阅读。而后告知若有疑问,可与网页中标明的客服联系。在机场购买航空意外伤害险更是如此。再者,由于不了解接受者的具体需求,信息传输也具有盲目性,所谓说明更多地流于形式。事实上,只有第四种模式存在以书面或口头方式主动而详尽解释条款的可能。^[45]但书面说明也可能流于形式,而口头说明除非以录音、录像等手段保留,否则难以证明,因而在成本上过于高昂。重庆市高级人民法院在《全市法院保险纠纷案件审判实务研讨会会议纪要说明稿》中就承认,保险公司通过录音、摄像等形式证明其已明确说明,尚不具有完全现实性。另外,保险的技术性也构成了明确说明的妨碍。例如,在重大疾病险中,对于脑中风、肾功能衰竭等疾病,非医学专业人员难以知悉其确切指向,寄望于保险代理人完全理解术语并能做出足以让消费者理解的说明,无疑是不现实的。^[46]况且,术语是具有丰富内涵的专业知识的简略代码,如要将之做通俗化描述,势必导致保单与订约过程的冗长繁琐,且表述的精确性无法控制,极易滋生纠纷。这表明,“保单通俗化”的可行度不高。更重要的是,实质标准与无限膨胀的待解释条款结合,至少

[41] 参见杨茂:《完善我国保险人明确说明义务的法律思考》,《现代法学》2012年第2期,第63页。

[42] 参见王静:《保险人明确说明义务的司法审查》,《法律适用》2013年第1期,第65页。

[43] 参见前引[21],张雪梅文,第12页。

[44] 参见前引[13],梁鹏文,第17页。

[45] 参见前引[35],潘红艳文,第92页。

[46] 例如,在连云港市中院审理的王庆才诉中国人寿灌云县支公司保险合同纠纷案([2005]连民二终字第36号)中,就涉及“脑中风”的定义问题。

向保险人施加了在经济上并不现实的证明任务,迫使其只能规避义务。为此,《保险法解释二》第13条第2款规定:“投保人对保险人履行了……明确说明义务在相关文书上签字、盖章或者以其他形式予以确认的,应当认定保险人履行了该项义务。”这相当于形式标准对实质标准的釜底抽薪。而司法解释对“免除保险人责任的条款”的界定,也暗含着限定说明范围的意旨。这使投保人理解交易内容的立法目标难以实现。至此,明确说明义务陷入了两难境地。

四、明确说明义务的局限性:基于投保人意愿的考察

作为信息工具的明确说明义务的效果,不仅取决于保险人披露信息的方式与内容,还依赖于投保人取得、分析和利用信息的能力与动力。

作者在西北政法大学硕士研究生代丹欣、杨晨妮以及陕西省保监局工作人员吕莹的协助下,对56名投保人购买汽车保险(包括交强险、商业第三者责任险、车辆损失险,共42人)和健康保险(14人)的情况进行了调查。选择这两种保险的原因是,它们普及度较高,且分别代表财产与人身两大保险类型。这种小范围的样本或许不具有很高的代表性,但至少在一定程度上展现了投保人的心理状态与行为模式。

问卷除购买方式、购买险种外,具体问题如下:

(1) 你是如何选择保险人(保险产品)的? A. 随机(如购买车辆时在4S店随机购买车险); B. 劝诱(如通过广告或者保险销售人员的介绍决定购买); C. 比较(对3家以上保险公司的条款认真研究后择优购买); D. 追随(如通过朋友介绍)。在56人中,随机购买为9人,劝诱购买为5人,比较购买为6人,追随购买为34人(还有2人未作答)。

(2—1) 在订立合同时,你是否会阅读保险条款? A. 不会; B. 只读自己感兴趣的部分; C. 粗略浏览全部条款; D. 逐条仔细研读。有11人选择不会阅读,13人只阅读感兴趣部分,30人粗略浏览全文,仅有2人选择逐条研读。

(2—2) 没有逐条仔细阅读的原因是什么? A. 没有时间; B. 难以理解; C. 内容大致相同,没有意义; D. 其他。这一问题可以多选。在没有逐条仔细阅读的54人中,3人选择其他,32人选择没有时间,18人选择难以理解(其中12人为健康险投保人),39人选择没有意义。

从结果来看,投保人多为非理性消费者,他们不是在审慎评估信息的基础上做出决策,而是更易受环境因素的影响,缺乏主动获取信息的积极性,对保险人提供的信息也持相当怀疑的态度,这意味着明确说明义务的价值可能有限。再者,保险产品的高度同质化削弱了投保人阅读的积极性,时间成本也是妨碍阅读的因素。至于学界强调的保险条款技术性,其在不同险种中的影响具有较大差异。

(3) 在购买保险时,保险人是否向你解释了保险条款? A. 没有解释; B. 告知自行阅读,有问题可提出; C. 对责任免除部分逐条解释; D. 对全部条款逐条解释。选择没有解释的为11人(其中网络购买保险的6人,电话购买的3人,面售的2人),选择问答式的为28人,选择对责任免除部分逐条解释的为17人,无人选择全部逐条解释。

这表明,不同销售方式对明确说明义务的履行确实存在影响。在明确说明义务的履行方式中,保险人最倾向询问回答式,极为排斥全部条款的主动解释,对责任免除条款的主

动解释也兴趣不大。经询问两名保险营销人员,主因可能在于,即使做了解释,投保人在此之外仍会提出问题;且有投保人认为自己能够理解责任免除部分,不需要解释;也有投保人认为应优先解释其他更重要的内容。

(4) 你最赞同下列哪种解释方式? A. 不需要解释; B. 回答问题式解释; C. 对责任免除部分逐条主动解释; D. 对全部条款逐条主动解释。选择不需要解释的5人,回答问题式的22人,主动解释责任免除部分的5人,主动逐条解释的24人。

(5) 如果保险人解释条款,应控制在多长时间内合适? A. 10分钟以内; B. 10分钟至30分钟; C. 30分钟至60分钟; D. 1小时以上。选择10分钟以内的8人,10—30分钟的31人,30—60分钟的10人,1小时以上的4人,还有3人未作答。

前述结果显示投保人的矛盾心态,他们希望能获取足够丰富的信息,但对接收信息需付出的时间成本的容忍度又极低。

(6) 你最希望了解保险条款哪部分内容? A. 保险责任; B. 责任免除; C. 投保人、被保险人义务; D. 保险金额; E. 合同解除与争议处理; F. 保险费; G. 赔偿处理; H. 其他(如现金价值、条款释义等)。这一问题允许做5个以内的选项。各选项依被选次数从高到低依次为:保险费→保险责任→赔偿处理→保险金额→责任免除→合同解除与争议处理→投保人、被保险人义务→其他。

总之,就信息接收方而言,明确说明义务的功效也值得怀疑。首先,投保人据以决策的最重要依据不是保险人提供的信息(更遑论主动获取和分析信息),而更多地是自身信赖主体的推荐。这意味着,明确说明义务的强制履行可能造成较大的信息浪费。其次,明确说明义务的范围与投保人期待了解的内容存在较大差异。再次,对责任免除条款的主动解释既未能实现对成本的有效控制从而取悦于保险人,又未能充分满足投保人的需求,反而是被动的询问回答在二者间找到了更好的平衡点。最后,投保人并不愿意为获取信息付出过多时间成本,当这些信息并非绝对重要时,投保人可能排斥主动解释。

国外研究也证明,前述结论并非偶然。美国学者发现,多数投保人购买保险时不会货比三家,而是依赖于成本更低、更加便捷的非正式渠道的信息。他们对自己购买的保险的承保范围存在很多误解。虽然数据显示,投保人大多满意保险代理人的介绍,但“可能,甚至极其可能的原因是,在购买保险产品时,投保人并不渴望代理人向自己全面深入地解释承保范围,因而他也就没有理由不对代理人的解释表示满意”。再者,保险买方“不会阅读,也无法指望他们(将会)阅读(保险条款)”。^[47]这一现象在澳大利亚同样存在。^[48]

五、明确说明义务正当性的不足与替代路径

(一) 保险人明确说明义务正当性质疑

肇始于立法、强化于司法的保险人明确说明义务是一种履行标准极高的实质性义务。

[47] See Jeffery E. Thomas, *An Interdisciplinary Critique of Reasonable Expectations Doctrine*, 5 Conn. Ins. L. J. 295, 309 (1998-1999).

[48] See The Treasury of Australia, *Unfair Terms in Insurance Contracts Draft Regulation Impact Statement for Consultation*, 2011, p. 16.

这与国外立法通常采用的形式化的信息提供义务不同,后者仅要求保险人以书面形式向投保人提供交易信息,并无主动解释义务。^[49]二者均是为矫正信息偏在而引入的。就此而言,明确说明义务于理论上似乎为优,但立法与司法显然忽略了现实中的履行成本。当这种成本超出了保险人可承受的范围时,规避而非遵守义务就成了必然选项。而投保人接收、识别和利用信息的成本同样是明确说明义务功能实现的刚性约束。立法者最初设定该义务时,既未了解投保人的信息需求,亦未真正理解保险的运作机理,而误将焦点聚集于“责任免除”条款。依这种设计所能提供的信息显然与投保人的需求不匹配。因此,可以认为第17条的立法目标未能有效实现。事实上,保险产品的同质化以及消费者非理性的行为决策模式也在一定程度上抑制了明确说明义务的价值,使投保人缺乏督促保险人履行义务的动力。

不止于此,明确说明义务还具有相当的负外部效应。实践中,以未履行明确说明义务为由,请求保险人赔付那些依法理和合同约定本不应获赔的损失,是投保人最常见的制胜之策。“毫不夸张地说,‘保险人说明义务制度’在某种程度上已经成为投保人滥用权利的‘挡箭牌’”,是不当索赔泛滥的重要诱因。^[50]自本质而言,保险人是由众多投保人组成的风险共同体基金的管理者。要求保险人为个别成员本不应获赔的损失承担责任,事实上是允许该人从最终归属于全体共同体成员所有的保险基金中不当得利。保险人会将这部分成本以提高保费的方式分摊,诚实守信的投保人将最终为此“埋单”。因而在处理保险纠纷时,“彼此应立于整个共同团体之利益之观点,不可纯依民法上双务契约之概念将对方置于敌对之地位;判定双方之权利义务归属,须不时以共同团体内其他成员之利益为出发点”。^[51]

明确说明义务对保险人的营业维持也造成了不利影响。保险是一种移转和分散不确定损失风险的机制,投保人将自己面临的不确定风险移转给保险人,保险人则通过集合与分散的方式将风险损失确定化,随后又以保费为对价,将补偿承诺销售给投保人,所收保费不得少于经保险精算得出的、预期自己将为被保险人承担的损失额。^[52]因此,准确测定风险水准是保险营业维持的关键。免责条款对此至为重要。它将保险人无法估算与无力承担的风险剔除,最终确定了承保范围,使精算的开展成为可能。易言之,精算得出的损失数据不包含免责条款所指向的风险。《保险法解释二》实施前,保险人的正常经营就因法院频繁宣告免责条款无效而受到极大干扰。^[53]这种情况并未随着该解释的实施而根本改观,保险人依然面临无法预知的风险。例如,通过扩张解释“免除保险人责任的条款”,任何不在承保范围内的损失皆可能由保险人承担,造成基于精算数据的保费收入与实际承担的赔付支出的失衡,甚而可威胁到风险共同体的存续。需要提及的是,2014年11月17日,国务院办公厅发布《关于加快发展商业健康保险的若干意见》(国办发〔2014〕50号),保监会也专门为此做出部署。但健康保险历来是说明义务纠纷易发领域,其中的疾病释义部分常被法院扩张解

[49] 参见于海纯:《保险人说明义务之涵义与规范属性辨析》,《保险研究》2009年第11期,第118页。

[50] 前引〔39〕,吴勇敏等文,第90页。

[51] 江朝国:《保险法基础理论》,中国政法大学出版社2002年版,第20页。

[52] 参见袁宗蔚:《保险学——危险与保险》,首都经济贸易大学出版社2000年版,第59页。

[53] 参见前引〔22〕,曹兴权等文,第76页。

释为免责条款。若不能消弭说明义务隐含的风险,很难想象保险人会扩大健康保险的供给。

明确说明义务的理论基础也令人生疑。首先,理论与实务多将该义务的法理基础认定为“最大诚信原则”。^[54]但考究最大诚信原则的发展史可见,它不过是英国法院对 *Carter v. Boehm* 案判决不当扩展与片面理解的产物,^[55]其实质内容与诚信原则并无两样,因而无法解释为何向保险人施加超出对一般格式合同的明确说明义务。^[56]毕竟,若论及信息的不对称性,证券产品特别是金融衍生品的结构更为复杂,交易双方的信息偏在更为明显,为何证券法中仅提及信息公开,而未基于“最大诚信原则”为销售者设定免责条款的明确说明义务?其次,诚信原则考察义务人的主观要素,而保险法第17条将此责任界定为严格责任。再次,最大诚信原则无法解释为何对免除保险人责任的条款需要明确说明,而对其他条款只需一般说明即可。后者的重要性并不必然比前者低,甚至可能对投保人利益的影响更大。最后,诚信应是对双方当事人的要求,善意的投保人有义务以正常的谨慎程度了解交易内容。对其已知和应知的内容,不应再以保险人未履行明确说明义务为由进行抗辩,而这与保险法要求保险人主动解释的规定显然不同。^[57]概言之,明确说明义务在实践和理论层面均缺乏正当性。

(二) 从明确说明义务向信息提供义务的回归

分析明确说明义务的预期收益与成本可见,其实施绩效严重偏离预期目标,应予废止。而被动性的一般说明义务与信息提供义务事实上并无区别。当投保人获取了信息并主动就不明事项提出询问时,保险人当然应予以解释,这是不言自明的。故而,在废除了主动性的明确说明义务后,说明义务作为整体也将不复存在。此时,立法仍应要求保险人负担信息提供义务。明确说明义务的无力不意味着对意思自治原则的彻底放弃,而仅仅说明不应在建构规则时不计代价,单纯以实现此一原则为目标。信息提供义务既能压缩保险人的履行成本,也有助于校正投保人需求与保险人供给间的信息偏差,较好地平衡了两者的利益诉求。

首先,信息提供义务立足于投保人对合同整体的知悉了解,未将条款作明显割裂。例如,英国金融服务局发布的《保险:新商业行为指引》(ICOBs)第3.1.3条和第6.1.1条将应提供的信息分为当事人信息、服务内容信息(如标的与价格)、合同自身信息(如合同存续期间、解除权等)和救济信息四类,并未强调免责条款的特殊披露。此时,投保人既可以知悉对己不利的条款以避免之,也可以知悉对己有利的条款而便于行使。

其次,对提供信息的方式,基于保险合同内容的广泛性和举证的便利,各国一般将之规定为书面履行。因为过高要求引发的成本激增可能使保险人丧失履行动力,从而更加不利于合意度的提升。德国保险合同法第7条与ICOBs第3.1.14条均做了类似规定。在此,立法者认为,投保人如对条款不解,可向保险人询问,否则应视为放弃权利。毕竟,诚信应是对双方当事人的要求,善意的投保人应具有正常的谨慎程度,有义务了解交易内容。

最后,信息提供义务不局限于缔约阶段。在合同存续的整个期间,应投保人的要求,保险人皆应履行该义务。原因在于,单纯深化缔约前信息提供义务,对保障消费者知情权

[54] 参见前引[41],杨茂文,第60页;前引[21],张雪樑文,第11页。

[55] 参见韩永强:《保险合同法“最大诚信原则”古今考》,《华东政法大学学报》2013年第1期,第50页。

[56] 参见任自力:《保险法最大诚信原则之审思》,《法学家》2010年第3期,第106页。

[57] 参见前引[35],陈群峰文,第185页。

的作用有限。消费者对信息的需求是全面的,而且信息偏在存在于交易全程的多重场景,因而有必要拓展保护的时间维度。由于信息提供义务系属被动义务,因而这种拓展也不会过多增加保险人的履行成本。

此外,立法还应引入“冷静期”来配合信息提供义务,即投保人在收到保险合同后一定期间内,如不同意合同内容,可申请撤销合同,保险人应退还全部保费。这就给投保人留出了审慎研究保险合同条款的时间。

六、给付均衡与合理期待对意思自治不足的补偿

引入形式化的信息提供义务意味着,在对基于保险法宗旨而建构的制度体系及其运行实效的判断上,必须承认意思自治原则无法以合理成本充分实现。那么这是否会在总体上削减保险法的社会总收益,甚而挫败其核心价值目标呢?

任何法律都包含价值与实现价值的技术两个层面,前者表现为法律原则,后者体现为原则指引下的法律规则,如说明义务。依据威尔伯格(Wilburg)的动态系统论,法律制度中内在的独立价值具有多元性,因此,不应仅依据某个单一原理来阐释法律。再者,内在于某法律领域的原则之间具有相互比较的个性,存在位阶之分。^[58]比德林斯基(Bydlinski)就将合同法体系化地解释为尊重个人依据自己的意志而自我决定法律后果(意思自治)、保护合理信赖与维持给付均衡三个最重要原则的组合。^[59]而在保险领域,保护合理信赖应转换为满足被保险人的合理期待,^[60]因为投保人支付保费是确定和在先的,保险人实现缔约目的并无困难。再者,在人类进入风险社会后,保险已成为一种公共物品。“它不仅是一种经济补偿和社会再分配的手段,也不仅是以物质财富保障为中心,而是逐渐转向以人的生存、发展和提高为中心和目的。”^[61]它可将个体面临的难以承受的风险在共同体成员间分摊,帮助被保险人应对未来的不测,完成对日后生活的合理规划,维持内心的平静和安宁。此外,获取保险赔付对利害第三人,如被保险人不当行为的受害者,也有重要意义。因而,确保消费者能获取所需的保险产品就成为一项公共政策。概言之,意思自治、给付均衡以及满足被保险人合理期待共同构成了指引保险法规则建构的核心性原理,并对法律规则做了体系化分工。^[62]

原理与规则的不同在于,它不是要么满足,要么不满足,而是可以理解为在多大程度上得到满足,并被期待尽可能的充足,即各原理都应尽可能得到贯彻。^[63]原理的另一个特

[58] 关于动态系统论,参见[日]山本敬三:《民法中的动态系统论——有关法律评价及方法的绪论性考察》,解亘译,载梁慧星主编:《民商法论丛》第23卷,金桥文化出版(香港)有限公司2002年版,第172页以下。

[59] 参见前引[6],库齐奥文,第42页。

[60] See Robert H. Jerry II, *Insurance, Contract, and The Doctrine of Reasonable Expectation*, 5 Conn. Ins. L. J. 21, 37-41, 55-56 (1998).

[61] 田玲、徐竞、许洁方:《基于权益视角的保险人契约责任探析》,《保险研究》2012年第5期,第85页。

[62] 例如,保险法中的投保人告知义务(第16条)与保险人说明义务显系为保障意思自治而设计的规则,第19条的不公平条款规范乃是保障给付均衡的体现。虽然我国立法尚未引入合理期待原则,但第30条的不利解释规则在客观上有利于防止保险人单方制定的条款过分背离被保险人对承保范围的合理期待。

[63] 参见[德]罗伯特·阿列克西:《法·理性·商谈:法哲学研究》,朱光、雷磊译,中国法制出版社2011年版,第196页以下。

征是,承认就同一事项而言都有妥当性的原理之间可以互相补充,以一个原理的充盈来弥补另一个原理的亏缺。只有当可以相互补充之原理的充足度总和低于一定的阈值时,保险合同的正当性才将遭受质疑。这意味着,即使信息提供义务无法确保投保人对条款的充分理解,只要给付的均衡度足够高,或该产品能在更大程度上满足普通被保险人对获得风险保障的合理期待,保险合同的效力就应得到承认。

这种立法政策在国外先进立法中得到了充分体现。晚近以来,格式条款的适用导致自由选择 and 双方合意的契约自由之应有内涵面临缺失的尴尬。藉由契约自由之路径,以程序正义实现实质公平的目标也因此面临挑战。对此,各国在合同法领域主要以两种方法应对。一种侧重于从程序控制的角度消弭格式条款相对方之间的信息不对称,直接对格式条款制定方课加信息提供义务。^[64]若其未能善尽义务,则格式条款不被纳入合同。另一种则为直接控制格式条款的内容,即通过司法审查,事后确认诉争的格式条款无效。但两者并非绝对排斥,多数国家均同时兼采两种方法,只是侧重点有所不同。^[65]此外,合同解释规则也在一定程度上发挥着辅助规制作用。^[66]而在保险领域,保险条款技术化与基于营业需要的内容同质化使意思自治的实现成本激增,这迫使立法者将关注焦点更多地转向给付均衡与合理期待的满足。此类立法多承认履行成本是提升当事人合意度的刚性约束,青睐于通过费效比更高的路径,如引入保险人警示义务,以满足被保险人对承保范围的合理期待,特别是强化对不公平条款的内容审查以实现给付均衡,来维持合同效力基础。例如,《欧洲保险合同法原则》第2:201条规定,保险人应将合同副本与载明合同重要信息的书面文件提交投保人,而未强调文件应包含除外责任,更遑论主动解释。其第2:304条规定:“非经个别商洽确定的条款,如果有悖于诚实信用和公平交易原则……认定对保单持有人、被保险人或者受益人的合同权利义务造成显著失衡,则此条款……不具有约束力。”第2:202条和第2:203条则规定:保险人应在知道合同保障范围和责任开始期间与投保人的期待可能不符时予以警示。类似规定和分工在德国、法国、英国等欧盟国家^[67]以及澳大利亚^[68]的立法中均可发现。

我国保险格式条款的规制路径和规范建构却几乎是对合同法的复制。例如,保险法第17条的保险人说明义务对应合同法第39条,保险法第19条的不公平条款内容控制对应合同法第40条,保险法第30条的不利解释对应合同法第41条。合同法领域的主流立场更青睐于信息规制,而对内容控制多持怀疑态度。“若信息规制能够确保意思自治在更大范围内得以实现,则可以减少内容控制的介入频率和范围,使之仅对信息规制失灵起‘补缺’作用……以免内容控制喧宾夺主。”^[69]这种倾向也蔓延至保险领域。无论是保险立法还是司法,对以保障意思自治为目标的规范均表现出明显偏好。说明义务自1995年保险法制定伊

[64] 参见前引[9],邢会强文,第114页以下。

[65] 参见解亘:《格式条款内容规制的规范体系》,《法学研究》2013年第2期,第102页。

[66] 韩世远教授认为,对格式条款的规制除信息规制、内容控制外,还存在合同解释规则的规制。参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社2004年版,第845页。

[67] See Project Group “Restatement of European Insurance Contract Law”, *The Principles of European Insurance Contract Law (PEICL)*, Munich: European Law Pub, 2009, pp. 99–100, 122–125.

[68] See The Treasury of Australia, *Unfair Terms in Insurance Contracts Regulation Impact Statement*, 2012, pp. 8, 49–50.

[69] 马辉:《格式条款信息规制论》,《法学家》2014年第4期,第112页。

始即已引入,在其后的立法修订与司法解释制定时,它一直被视为维护被保险人权益的核心工具,受到格外关注。^[70]而2009年方从合同法中复制而来的内容控制规范(第19条)则“受到了冷遇”。^[71]作者以保险法第17条、保险法第19条、保险法第30条为关键词进行查询,2014年1月1日至2014年12月31日期间,中国裁判文书网登载的相关判决数分别为2523件、136件、64件,三者间差异极为明显。这表明,由于未意识到保险营业的特性,立法与司法对内容控制规范在保险领域内所应具有的核心规制地位缺乏认知,而是将希望一味托付于在成本收益衡量上不具有可行性的信息规制规范,向说明义务施加了“生命中不能承受之重”。立法与司法为完善(实质是不断强化)之而付出的努力从未间断,但效果却始终未如人意。这既反映了二者对说明义务无法实现既定目标的焦虑,也提示我们应该转换思路,放弃以信息规制为主的路径。

作者认为,在将明确说明义务改为形式化的信息提供义务后,我国立法应转向以满足被保险人合理期待特别是以保障给付均衡为主的规制路径。因此,应完善保险法第19条。由于立法者的轻视,作为内容控制规范的该条只是简单复制了本身即难谓完备的合同法第40条,^[72]其缺陷相当明显。首先,依其规定,免除保险人依法应承担的义务,加重投保人、被保险人责任的,或者排除投保人、被保险人、受益人依法享有的权利的,该格式条款无效。这显然未考虑保险特性。保险人“并不是对保险标的所发生的所有风险都予以赔偿,而往往基于相应的价格,约定予以赔偿的特定风险范围……责任免除条款是从外延上对承保风险范围的具体界定,是保险产品的具体表述方式”,^[73]其与合同法规定的免除己方责任、加重对方责任的不公平条款并不相同。保险法第19条列举的条款并不必然导致保险当事人权利义务失衡,因而不应将之等同于“不公平条款”。其次,该条未规定适用范围的限制,而各国通说均将核心给付条款排除在审查范围之外。^[74]最后,该条也未给出清晰的不公平条款的判断标准——如果其能称为标准的话。这种表述虽具有扩大控制范围和避免挂一漏万的优点,但其具体功能发挥的程度受制于裁判者的评价能力,这一点对我国尤具警示意义。^[75]它还会增加法官个人不当适用法律的责任风险。在当前外部监督不断强化但合理的司法评估体系尚未建立的背景下,法官确实有忽略该项规定以规避风险的动因。^[76]它也不利于预防功能的发挥,如在缺乏具体指引时,保险人没有可资参考的拟定规则,以尽可能避免出现不公平条款。它亦没有为保险业协会的格式条款内部审查、社会组织的格式条款

[70] 参见全国人大关于保险法修改情况的介绍, http://www.npc.gov.cn/huiyi/cwh/1104/2008-08/26/content_1446124.htm, 2015年4月21日最后登录。最高人民法院在制定司法解释时,同样将说明义务视为保护被保险人利益的首选工具之一。参见前引[24],张先明文。

[71] 作为其模板的合同法的内容控制规范同样处于被忽视的状态。参见前引[65],解亘文,第118页。

[72] 参见范雪飞:《论不公平条款制度——兼论我国显失公平制度之于格式条款》,《法律科学》2014年第6期,第110页。

[73] 参见保监会《关于〈机动车辆保险条款〉的性质等有关问题的批复》(保监办复[2003]92号)。

[74] 参见前引[65],解亘文,第102页。

[75] 参见李永军:《合同法》,法律出版社2004年版,第290页。

[76] 在有些案件中,对当事人提出的诉争条款系属第19条规定的不公平条款的意见,法官不置可否,而是尽力扩充明确说明义务,以做出不利于保险人的裁判。参见湖北省荆门市中院(2014)鄂荆门民二终字第00054号判决。该院认为,诉争条款虽处于“赔偿处理”项下,但仍是免责条款,该条与其他赔偿处理项下条款均用相同黑体字印制,未达到提醒标准。

公益诉讼、行政机关的格式条款监管提供判断基准。因此,应参考欧盟以及澳大利亚的经验,在完善给付失衡的抽象识别标准的同时,以立法或授权监管机关列明不公平条款的具体表现。可以作为范例的是,德国法除列举了两项判断给付失衡的抽象标准(德国民法典第307条第2款)外,还构建了第二层次的弹性判断标准(德国民法典第308条)和第三层次的刚性判断标准(德国民法典第309条)。第二层次指8类相对具体的、应推定为不公平的条款(但允许保险人证明该条款的引入有正当性),第三层次指13类极为具体的、无自由裁量余地的不公平条款,从而形成了一个完善的判断标准阶梯。法官仅需从具体到抽象,将诉争条款与前述标准相比照,即可识别条款是否属于不公平条款。〔77〕

此外,我国亦应引入合理期待原则,并构建相关支撑规范。〔78〕首先,基于给付均衡原理的内容控制不及于核心给付条款,而合理期待可以填补这一空白。〔79〕爱尔兰法律改革委员会就明确指出,“这种(免于公平性审查的核心)条款必须……不违背消费者的合理期待”。〔80〕再者,合理期待虽然也是一种将公平理念带入损失分配体系的方法,但其与给付均衡的作用并不等同。后者关注法院面前的具体当事人的认知能力和对条款的理解,其援用受到具体案情的限制,这使之在存在结构性利益失衡的保险市场中,可能无法确保独立维护被保险人权益。而合理期待使法院可以抛开具体合同条款与当事人的具体情形,在一般意义上贯彻司法政策,实现了对被保险人利益和作为整体的保险市场需求在更高层面的考虑与衡量。〔81〕况且,合理期待主要适用于若司法不施加干预,会导致系统性的缺乏相应保险产品,或者免除保险人责任就个案而言并非不公平,但却在保险业整体层面上使保险人攫取了不当利益的情形。〔82〕这意味着,为维护保险的公共物品属性,在特定情形下,即使保险人拒赔并非不公平,法院仍得依此强制其承担责任。

为此,除原有的不利解释规则外,立法还可考虑引入标准承保范围和保险人的警示义务。前者是指,为“保护消费者免受那些不寻常和无法预料到的限制承保风险”条款的侵害,特定类型保险中应当包括对承保风险的最低保障水准条款。若有违反,则保险人必须为在一般意义上理解的、由标准承保范围中规定的保险事故引起的全部损失承担责任。后者是指,保险人有义务在知道实际保障范围与投保人要求的保障不一致时予以警示。〔83〕

〔77〕当然,这种识别标准都有开放性,允许依据司法实务不断补充。

〔78〕参见孙宏涛:《保险合同解释中的合理期待原则探析》,《当代法学》2009年第4期,第23页;樊启荣:《美国保险法上“合理期待原则”评析》,《法商研究》2004年第3期,第117页;马宁:《保险合同解释的逻辑演进》,《法学》2014年第9期,第82页以下。

〔79〕See The Law Commission and The Scottish Law Commission, *Insurance Contract Law: Misrepresentation, Non-Disclosure and Breach of Warranty by the Insured*, 2007, pp. 45-47.

〔80〕See The (Ireland) Law Reform Commission, *Insurance Contracts Consultation Paper*, 2011, pp. 145-146.

〔81〕See Kenneth S. Abraham, *Judge-Made Law and Judge-Made Insurance: Honoring The Reasonable Expectations of The Insured*, 67 Va. L. Rev. 1151, 1175-1185 (1981).

〔82〕前者如在健康保险中,保险人对“疾病”范围的严重限缩与消费者寻求更广阔的疾病保障需求之间的矛盾,后者如投保人因重大过失违反如实告知义务时,保险人得依据风险不可分原则免除全部责任,而非依比例进行赔付。参见马宁:《保险法如实告知义务的制度重构》,《政治与法律》2014年第1期,第58页。

〔83〕在德国法中,保险人有义务对产品是否适合投保人需求主动提供意见。而法国法则仅在投保人明确表达了自己对保险产品的特殊需求或对产品承保范围的理解存在明显偏差时,保险人方有义务予以警示(被动地建议)。理论上,主动建议更利于保护合理期待,但其对交易程序规范化和成本控制的要求极高,如德国法的规定就因大大增加了保险人的运营成本而被批评为过度理想主义的产物。参见任自力:《德国2008年〈保险合同法〉变革透视》,《政法论丛》2010年第5期,第90页。

结 语

由于缺乏对保险营业特性的认知,信息能力不足的立法者在设计保险人明确说明义务时,并未考虑履行成本与投保人的信息需求,使之不仅未能有效实现保障意思自治的立法目标,还给保险营业造成了消极影响,因而是一个失衡的立法策略。司法对该义务的强化更是放大了立法失衡的负面效应。因此,应以均衡考虑保险人和投保人利益需求的信息提供义务,替代机制失衡的明确说明义务。对于意思自治的不足,则可通过提升给付均衡与保障合理期待填补。现行立法将强化明确说明义务作为对保险格式条款的主要规制路径并不可行,立法、司法与学术应转换思路,将焦点转向更为重要的内容控制规范的完善和合理期待实现的制度保障。至此,亟待解决的问题还有很多:排除第19条审查的核心给付条款在保险领域主要表现为哪些类型?内容控制应重点关注哪些类型的条款?在判断给付失衡时,如何建构合理的抽象识别标准?哪些具体的条款类型可被视为不公平条款?支撑合理期待原则的规范体系应如何构建?如此等等,均有待进一步探讨。

Abstract: The insurance contract law can be systematically interpreted as the combination of three core principles, namely principles of the autonomy of will, of payment balance and of reasonable expectation of the insured. There is a dynamic complementary relationship between these principles, whereby the filling of one principle can be used to make up the deficit of another. Lawmakers intend to reduce information asymmetry and implement the principle of autonomy through explanation obligation. But in constructing the system, they fail to consider the information sender's performance cost or to correctly understand the recipient's identification cost and attention focus. This over-idealistic design has been proved to be a failure. The lawmaker should abolish the substantial active explanation obligation and establish the formal information obligation, which can achieve the interest balance of all parties. The information obligation requires the insurer to provide core transaction information, which is not limited to those within the scope of exemption clauses, in writing to the applicant, and to passively explain the clauses at applicant's request. The lack of autonomy can be made up by more effective protection of the insured's reasonable expectation to obtain insurance products, especially by increasing the degree of balance of payment. This means that the mode of regulation of insurance standard terms should be changed from the information-based mode to the content control-based mode.

Key Words: insurance contract, exemption clauses, explanation obligation, institutional cost, party autonomy
