

编纂民法典对保险法未来发展之影响

张晓萌

摘要：保险法乃一精深之领域，与民法之诸部门法均有牵涉，故而以此关系探讨民法典对保险法未来发展之影响。以保险与侵权之互动关系，透视保险法独立于未来民法典之发展、进而上升为国家主导立法之趋势；以保险与契约之耦合关系，分析保险契约独立于未来民法典之契约法、但催生保险契约法与保险监管法分离之态势；而以保险与担保之交错关系，审视保证保险此一典型，探讨保险契约分类方式之转变不仅乃保险法自身发展之要求，亦为保险法与未来民法典对接之需要。

关键词：民法典 保险法 发展 影响

一、问题之提出

中国有编纂法典的历史传统，然多年来关于民法典之编纂却一直停留于学界之探讨，直至党的十八届四中全会提出要“加强市场法律制度建设，编纂民法典”，此一决议正式将编纂民法典纳入立法进程。民法典乃私法之基本法，于宏观上涵摄私法各领域，然于微观上将纳入哪些部门法、以何种方式纳入，又给各部门法留下多少独立发展之空间，此乃民法典编纂体例之核心问题。再者，民法与商法之关系问题一直是民商法学界探讨之热点问题，我国并未有统一的商事立法，故而民法典与商法各部门法之关系亦是焦点之一。而在此之中，保险法稍微有些与众不同，其与民法、合同法之关联实在紧密，从其法律规范仍可见《民法通则》与《合同法》之痕迹，然对保险公司之规范无疑乃《公司法》之特殊规定。是故，究竟是否要将保险法纳入民法典之内，民法典之编纂又对保险之发展有何影响，此乃一值得探讨之话题。

二、保险法之独立：保险与侵权之互动

（一）风险社会下保险与侵权实现分配正义

在发达的现代性中，财富的社会生产系统地伴随着风险的社会生产。这种向现代风险分配逻辑的转变，很大程度上正是源于生产力的指数式增长，使危险和潜在威胁的释放达到了一个我们前所未有的程度。¹从核安全到食物添加剂，我们被淹没在大量有关风险的信息中，这份令人气馁的风险清单广泛地指向了风险管理的核心问题。²在整个社会水平上，我们可以依赖政府维护或引入各种法规，保护公众免遭过度或不可预知的风险侵害。而当风险无法避免时，惟有透过合理制度之安排进行风险分配或风险控制，恰如保险，又如侵权。就保险制度而言，乃基于经济上之需求，针对可能发生之偶发事件，由数人共聚资金，于事故发生时，提供给付以满足其经济上之需求或填补其实际所生之损害。如以风险角度观之，乃将个别风险转移至参与保险制度之群体，再将个别所发生之危险由群体共同平均分担。³故而就投保人个人而言，乃风险转移，转移至保险人；而就整个参保群体，此乃风险分散，分散给每一投保人。此均透过契约加以实现，故常谓保险乃是由一方（被保险人）将风险转移给另一方（承保人）的协议⁴，而风险的分散即是通过数份保险契约，故又可谓保险为一种透过团体的力量来分散个人风险的经济制度⁵。而现代侵权制度关注的焦点在于不对行为人进行道德上的非难，而是在危险行为带来不幸结果时，如何合理分配损害的问题。是以现代侵权的优劣评判，应该充分考虑其分散风险的能力，以及能否向受害人提供迅速而又有意义的赔偿。⁶以汉德公式为例，其明确表述是： $B < PL$ ，即只有在潜在的致害者预防未来事故的成本小于预期事故的可能

¹ [德]贝克：《风险社会》，何博闻译，译林出版社 2004 年版，第 15 页。

² [美]顿波，弗里曼：《风险规则》，黄向阳，孙涛译，中国人民大学出版社 2000 年版，第 14-15 页。

³ 汪信君，廖世昌：《保险法理论与实务》，元照出版社 2006 年版，第 4 页。

⁴ [英]克拉克：《保险合同法》，何美欢，吴志攀译，北京大学出版社 2002 年版，第 2 页。

⁵ 叶启洲：《保险法实例研习》，元照出版有限公司 2011 年版，第 4 页。

⁶ 邵海：《现代侵权法的嬗变：以责任保险的影响为视角》，法律出版社 2013 年版，第 32 页。

性乘预期事故损失时，他才负过失侵权责任。⁷由此观之，侵权责任正当的经济根由正是在于通过责任的运用，将那些由于高交易成本造成的外部性内部化，而它隐含的社会观即在于无形中将致害者与受害者看作了一个整体进行“统一结算”；也进而把社会看成了一个整体，不再要求社会经由法律对致害者施加过失责任。⁸

Weinrib 曾指出，分配正义包含三项要素：被分配之利益或负担、享有分配之人以及分配之标准。它所关心的是：被分配者（众人）与分配标的（共同资源）之间的公共法律关系，应该适用何种分配标准才能恰如其分地做出合乎“比例平等”原则的公正分配。⁹保险制度之正当性乃在于以契约为媒介，细言之，投保人以保险费为对价，以换取保险人作出在保单规定之情况下支付保险金之允诺，最终实现了风险分配正义。侵权制度以过错责任与无过错责任为界分，过错责任除前述经济上之根由外，过错本身即是法律责任之基础，不可谓此非正义；而无过错责任其基本宗旨在于“对不幸损害之合理分配，亦即 Gasser 教授特别强调之“分配正义”，或者说分配正义本即是无过错责任原则的思想基础，要求对社会成员或群体之间的权利、权力、义务和责任进行最优配置。¹⁰故而为应对风险社会，保险与侵权透过不同之机理，实现分配正义。

（二）保险法难以进入民法典

法典化就是体系化，编纂民法典的目的即在于构建私法领域统一自治的基本法，故而民法典亦应是私法领域内分配正义之基本法，而在具体规范上，侵权法作为债法不可或缺之部分势必纳入民法典内，然保险法入典抑或不入典呢？笔者以为保险法不会被纳入民法典内。

首先，保险与侵权乃应对风险社会的两大制度，保险虽以契约的方式加以运行，但它内含的风险技术是它的本质，从某种程度上讲，它比侵权制度更加优越，因为侵权法以及作为它特别法规的产品责任法等等，大都是参照保险的概念和制度设计来考虑风险对策的，而侵权法本身并不具有充分的精算意义去实现风险分配功能。¹¹故而从风险分配意义上来看，保险法是有些许超脱民法典之外的，民法典亦较难将保险法全盘纳入其中。其次，更为重要的是，保险与侵权之互动关系，即虽在风险应对上互有助益，但两者亦存在冲突与矛盾，是以常有保险之发展导致了现代侵权法之危机，因为保险对于侵权法的功能、归责原则乃至具体司法都有着不可磨灭之影响。以风险角度视之，保险制度具有风险分散之功能，亦使得风险制造者不再惧怕法律责任，倘若潜在的侵权人径行选择投保，而不是在采取安全措施方面花费成本，这将使得侵权制度完全失去风险控制之功能。¹²故而若民法典将保险法纳入其内，还须对保险制度与侵权制度予以调和，此亦非易事。最后，对于现代民法典而言，民法典应该是一部常法、一部普通法，即使不再能够集大成，作为基本法，民法典依然可以给整个私法提供一套足以倚为基础的制度和规则、一套足以倚为基础的价值体系。¹³作为统一调整私法分配正义之民法典，未必需要践行严格逻辑上之体系化而将分配正义之部门法均纳入分则之中，在总则中规范基本原则而将保险之意蕴涵摄其中似是更好选择，而实现这一目标的基本工具就是公平原则。公平原则堪为民法最高原则，乃社会主体对民法是直接、最朴质的要求¹⁴，它本身即内含交换正义、归属正义、分配正义与矫正正义¹⁵。人们需要并准备确定一系列特定原则来划分基本的权利与义务，来决定心目中社会合作之利益与负担的适当分配，¹⁶此可谓分配正义。其实，公平原则已在《民法通则》有所规范，故而亦必将纳入民法典总则内，作为分配正义调整之基本原则，而毋庸再另

⁷ 冯玉军：《法经济学范式》，清华大学出版社 2009 年版，第 220 页。

⁸ [美]考特，尤伦：《法和经济学：第 5 版》，史晋川等译，格致出版社，上海人民出版社 2010 年版，第 301 页。

⁹ See Ernest J Weinrib, "Legal formalism: on the immanent rationality of law", 97 Yale law Journal(1988), P.967.转引自易军：《民法公平原则新论》，载《法学家》2012 年第 4 期。

¹⁰ 邵海：《现代侵权法的嬗变：以责任保险的影响为视角》，法律出版社 2013 年版，第 33 页。

¹¹ [英]珍妮·斯蒂尔：《风险与法律理论》，韩永强译，中国政法大学出版社，序言与第 67 页。

¹² [英]珍妮·斯蒂尔：《风险与法律理论》，韩永强译，中国政法大学出版社，第 71 页。

¹³ 茅少伟：《寻找新民法典：“三思”而后行——民法典的价值、格局与体系再思考》，载《中外法学》2013 年第 6 期。

¹⁴ 参见赵万一：《民法公平原则的伦理分析》，载《重庆社会科学》第 2 期。

¹⁵ 参见易军：《民法公平原则新论》，载《法学家》2012 年第 4 期。

¹⁶ [美]罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社 2009 年版，第 5 页。

行纳入保险法。

（三）小结：未来保险法与保险社会

独立于民法典之外的保险法，不仅使得民法典能够轻装上阵，更加富有稳定性与开放性，同时亦使得保险法有了更大的发展空间，使保险制度更加充分融合经济上确保安定生活与契约行为上损失补偿之两大功能。而在应对风险社会上，世界的最佳状态乃是所有风险皆被承保的世界，无论是责任保险抑或第一人保险。¹⁷虽然保险并非一种可适用于一切风险行为的模式，但在现行应对风险社会的制度中它仍然是最优的模式，是以保险已历经“保险需要市场”到“保险需要政府”，正式进入“国家需要保险”的阶段。然而保险法仍然是保险监管下的行业主导立法，如此导致的诸多弊端早已显现，保险契约法与保险监管法的合并使保险法在契约自由与行业监管间难以寻得平衡，契约分类受保险行业经营之影响亦备受争议。是故国家需要保险，保险与每个人的利益都密切相关，未来保险法当由国家主导、社会普遍参与而为立法，以不断完善保险法为基础，未来构建一个能够承保所有可保性风险的保险社会。

三、保险契约法之独立：保险与契约之耦合

（一）保险契约与一般契约之违和

论及保险确有经济制度与法律制度之分野，然以私法角度论之，则惟指保险契约。保险与契约确有天然之联系，商业保险中，同类风险集中的“相互性”乃是通过契约来得到保障和界定的。保险契约属债法上契约之一种，乃双务、有偿、继续性、非要式、射幸及附合契约，¹⁸故而保险契约与一般契约乃特殊与普通之关系，保险契约具有一般契约之品性，保险契约法之诸多条款亦是参照民法、合同法来加以构造，上至保险法之基本原则、下至格式条款之诸多规则均是如此。然保险契约较之一般契约却有较大之特殊性，甚至有相违背，以契约主体角度视之：

其一，契约法乃以契约当事人为中心，然保险契约法却并非如此。契约乃两方以上当事人之意思表示一致的法律行为。¹⁹一般契约主要表现为契约当事人之二元对立，故契约当事人乃中心，然于保险契约中，契约当事人乃保险人与投保人，若依此即忽略了作为契约关系人之被保险人的法律地位。两大法系于保险契约权义结构有“二分”与“三分”之分野，前者乃指作为契约当事人之保险人与被保险人；后者则指作为契约当事人之保险人与投保人，以及契约关系人之被保险人，我国保险法采后者之观点。然若以一般契约当事人中心主义观点，投保人乃契约之中心，此即有违保险制度之宗旨。保险者，为确保经济生活之安定，对特定危险事故发生所致之损失，集合多数经济单位，根据合理计算，共同聚资，以为补偿之经济制度。²⁰进言之，保险利益之享有者乃被保险人，发生损失者乃被保险人之人身或财产之利益，保险制度欲为补偿者乃被保险人，故而被保险人乃保险金给付请求权当然享有之人，是以被保险人乃保险契约之中心，此与一般契约以契约当事人为中心则有所不同。

其二，契约法并不规定抽象的法律人格概念，然保险契约法却有新的发展。在契约法中，关于自然人与法人，大企业与中小企业，企业与消费者，经济强者与经济弱者，男性与女性，年轻人与老人均未加任何区别。作为权利能力者，各人格者的具体特性和能力等都被舍掉了。²¹未来纳入民法典的契约篇会规范抽象的法律人格概念吗？笔者以为仍不会，因此如此规范不仅造成民法典民事主体概念过于繁杂，并进而导致民法与经济法、社会法的边界模糊，导致民法典的体系过于庞大。然近来对于金融消费者的保护已成热点话题，《消费者权益保护法》无法对金融消费者予以较为全面之保护，惟有金融法加以另行规范。新“国十条”使用了保险消费者的概念，并提出完善保险消费者合法权益保护法律制度的要求，在保监会修订保险法的建议稿中亦提出在保险法中界定保险消费者的概念，并明确保护保险消费者合法权益是保险监督管理机构的职责。由此可见，《合同法》未规范消费者，民法典亦不太可能会专门规范消费者，但保险法未来应该会有所规范。进言之，《保险消费投诉处理管理办法》第四十三条第二款²²将保险消费者定义为投

¹⁷ [德]瓦格纳：《比较法视野下的侵权法与责任保险》，魏磊杰等译，中国法制出版社 2012 年版，第 442 页。

¹⁸ 江朝国：《保险法基础理论》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 29-32 页。

¹⁹ 崔建远：《合同法》，北京大学出版社 2012 年版，第 2 页。

²⁰ 袁宗蔚：《保险学：危险与保险》，首都经济贸易大学出版社 2002 年版，第 52 页。

²¹ 崔建远：《合同法》，北京大学出版社 2012 年版，第 2 页。

²² 《保险消费投诉处理管理办法》第四十三条第二款：本办法所称保险消费者，包括投保人、被保险人和

保人、被保险人和受益人，但惟有投保人乃保险契约之当事人，故而此与一般契约法存在一定之冲突。

（二）保险契约难以进入民法典之契约篇

保险法与民法典最直观之联系即在于保险契约法是否可纳入民法典之契约篇，前已述及，保险法全盘纳入民法典几近是不可能的，然是否可将保险契约作为契约之一种而纳入《合同法》或未来民法典之契约篇呢？笔者仍给出否定之回答。虽然保险与契约存在天然之联系，但保险契约实在特殊，难以纳入契约法。

首先，保险契约法以并非契约当事人之被保险人为中心，并更加倾向于保护通常作为弱者之被保险人以及投保人、受益人，是以两者从基本理念、制度设计上就有所差异，在格式条款、免责条款、不可抗辩条款上均有特殊之规范，如较之契约法对于格式条款之说明义务，保险契约法之规范乃为明确说明义务，而赋予被保险人之权利往往是超脱于契约之外的，如被保险人对受益人之指定权与指定同意权。倘若将保险契约纳入契约法，则必生两种结果：一是为适应保险契约，调整契约法之一般规则，二是指明凡关于保险契约从其特殊规定。然前者于理论与实践都是不具可行性的；后者则使人质疑将保险契约纳入契约法之必要性，除徒增契约法与民法典体系之庞大外，无甚益处。其次，保险契约法拟界定抽象的法律人格概念，即保险消费者。保险消费者乃金融消费者之一，更上位之概念乃消费者，新《消费者权益保护法》将金融消费者纳入保护范围，保险消费者亦不例外。毕竟，投保人购买保险产品之行为与普通消费者一样，本质上乃一种消费行为，投保人签订保险契约，以支付保费之形式购买保险产品与保险人之服务，用以换取保险人对风险之保障，所消费之保险产品与保险人之服务同样具有使用价值。²³故由此引发出另一问题，倘若保险契约进入民法典，那么消费者之概念亦将进入，但一方面，消费者与民事主体如自然人、法人等本就不是同一逻辑层次之概念，并无必要如同《德国民法典》一般单独规定。另一方面，消费者乃与经营者对应之概念，并不仅指契约当事人，故而亦难以在民法典上给予其恰当安排。最后，从比较法上来看，将保险契约纳入民法典的实在少数，较为典型的有《意大利民法典》，但它对保险契约的规范是很简单的，仅以粗线条勾勒的方式力图展现保险契约的全貌，但于具体实践中所引发的问题还须得另行解决。是故，从世界发展之大趋势来看，少有将保险契约纳入民法典，毕竟，这样不仅导致民法典本身体系的庞大与繁杂，亦使得保险法本身难以得到妥善之发展。

（三）小结：未来保险法立法体例之安排

虽然保险法不太可能被纳入民法典内，未来保险契约亦不会被纳入民法典之契约篇，然保险契约法与契约法之关联仍是藕断丝连，故而此亦为保险法立法体例修订提供新的契机。其实保险合同法与保险监管法本是“一公一私”，性质迥异，早期合并立法乃在于保险业之发展及保险立法之技术尚不成熟。²⁴但此种合并立法方式很快就显现出不少弊端，此使得立法者在处理“保险契约分类”与“保险业务分类”这两类不同性质的问题时，相互牵制、彼此干扰，不得不迁就其一、忽略其一，并且给我国保险契约法的修订与完善制造了“瓶颈”。²⁵因为归根到底，保险契约法与保险监管法固均以促进保险业之稳定发展为其终极目标，唯其规范之对象不同，其所持之原则因而有异。²⁶故未来保险法仍应采保险契约法与保险监管法分别立法之方式，各行其道、各司其职而又相互配合，且保险契约法亦可将适用民法典之若干原则纳入其总则之中，以协调两者之发展。

四、保险法与民法典之对接：保险与担保之交错

（一）信用风险下保险与担保实现风险转移

风险社会带给我们的风险清单是冗长而繁杂的，其中有一类我们称之为信用风险。信用风险源于信用过程的不确定性，这种不确定性不以人的意志为转移。信用风险直接影响社会经济生活的各个方面，影响一国的宏观经济决策与经济发展，随着信用交易扩大，信用风险

受益人。

²³ 郭丹：《金融服务法研究：金融消费者保护的视角》，法律出版社，2010年，第19页。

²⁴ 樊启荣、张晓萌：《保险之定义亟待修正——以我国〈保险法〉第二条评析为中心》，载《湖北警官学院学报》2014年第7期。

²⁵ 樊启荣：《中国保险立法之反思与前瞻——为纪念中国保险法制百年而作》，载《法商研究》2011年第6期。

²⁶ 施文森：《保险法论文》第1集，台湾三民书局1985年版，第55页。

变得更加突出和严重，对国家、企业、个人的经济活动都会产生深远影响。²⁷因此，对信用风险进行有效地控制与管理亦成为焦点问题。而在私法中，有两类契约可在一定程度上应对信用风险，即保险制度与担保制度。保险制度乃是将个人损失之全部或者一部，直接分散给向同一保险人投保的其他全体要保人，间接分散给广大的社会成员的制度。²⁸故保险是大之功能即在于分散风险，于潜在的信用风险发生前进行投保，而可于信用风险发生后进行损失补偿，将风险转移由被保险人转移至投保人，并在一程度上予以分散。而担保制度，于私法而言即是债之担保，或担保债之履行，是按照法律规定或当事人约定，债之双方当事人采取的担保债务履行的一种方式。²⁹其中又可分为人的担保、物的担保与金钱担保。以人的担保为例，即保证，具体而言乃指保证人和债权人约定当债权人不履行债务时，保证人按照约定履行债务或者承担责任的行为。³⁰故担保本即在于保证债权之实现，于潜在的信用风险发生前进行担保，而可于信用风险发生后进行一定损失之补偿，将风险进行转移，由债权人转移至债务人或保证人。由此观之，保险制度与担保制度均可在一定程度上应对信用风险，故而起到安定人心之功用。进言之，担保与保险又是极其相似的，因为两者均内含风险转移之意蕴，尤其是保证与保险，均将风险转移至第三人，故而当此第三人为保险公司时，即会产生此乃保险人抑或保证人，或者是此乃保险契约抑或保证契约之争议。

（二）保险与保证交错之典型：保证保险

保证保险是投保人向保险人交付保费，由保险人按约定在被保险人（权利人或雇主）因义务人的违约或者过错行为或者雇员的不诚实行为而遭受损失时给付保险金的一种保险制度。³¹它以由被保证人（义务人）还是权利人缴付保费为标准，可界分为确实保证保险与忠诚保证保险，前者又可分为合同保证保险与商业保证保险；后者则常分为金融机构保证保险与雇员忠诚保证保险，其中合同保证保险最为典型。³²因为保证保险乃一典型之“舶来品”，故而在其发展初期，最大之争议莫过于其究竟是保证抑或保险，此一定论直接影响到在司法判决中保险人之责任问题，应依保证契约之保证责任还是保险契约之保险责任，两者在责任履行之先后以及责任承担之大小上有很大之不同。申言之，保险契约作为契约特别之存在而独立于民法典之外，而担保与债权之关系实在紧密，为其不可分割之一部分，势必要纳入民法典之内，故而前一争议还涉及保证保险入典抑或不入典之问题。而今基本已有定论，多从监管之角度予以考量，若将其定为保证契约，此乃担保之一种而依民法、担保法之规制，然又恐无法妥善规范；若将其定为保险契约，则在遵循一般规范之外还由保监会予以特别规制，故现多认为其是一种保险，尽管其具有担保之特性。但在适用规范上，保证保险应适用未来民法典之相关规范，特殊部分则依保险法之规定。

若保证保险属保险之一种，又将其归于何种保险契约类型呢？现行保险契约分类方式受保险经营与监管险种之影响，而分为财产保险与人身保险。而将保证保险列为财产保险之理由，一则在于立法之规定，如台湾保险法则将保证保险归为财产保险；另一则在于以保险标的为划分标准的人身及财产二分法，保证保险之保险标的明显不属于人身保险之范畴，故而将其归于财产保险。³³然仔细推敲，保证保险与财产保险其实并不相同，财产保险是以财产之毁损灭失为保险标的，而保证保险则是以债务人债务不履行为保险标的，故而即引发对另一问题之反思，现行保险契约之分类是否恰当呢？

（三）小结：未来保险法契约分类之安排

现行保险法契约分类受立法体例之影响，乃采保险经营之人身及财产二分法，此种分类方式在保险发展初期是具有积极意义的，适应保险合并立法体例，并在一定程度上推动了保险业之发展。但保险发展至今，保险险种之拓展亦更加多元化，许多险种恐非人身及财产二元分类能够将其囊括其中，有如前述之保证保险，又如责任保险或医疗费用保险等。其实，从保险之历史发展来看，保险最基本之功能即在于损失

²⁷ 叶蜀君：《信用风险的博弈分析与度量模型》，中国经济出版社 2008 年版，第 2 页。

²⁸ 刘宗荣：《保险法》，三民书局股份有限公司 1995 年版，第 3-4 页。

²⁹ 王小能：《担保》，法律出版社 1987 年版，第 1 页。

³⁰ 毛亚敏：《担保法论》，中国法制出版社 1997 年版，第 34 页。

³¹ 陈佰灵：《保证保险若干法律问题探析》，载《法律适用》2006 年第 5 期。

³² 参见何绍慰：《中国保证保险制度研究》，社会科学文献出版社 2010 年版，第 16 页。

³³ 参见郑玉波：《保险法论》，三民书局 2012 年版，第 120 页。

补偿，以损失补偿原则为其根本；而后兴起另一类保险，此类保险并不在于补偿损失，亦无法以损失补偿原则加以衡量，而在于为本人及其家属提供一定生活之保障。是以从保险功能之视角可将保险契约划为两类，即是损失补偿险与定额给付险，保证保险当属损失补偿险。此种分类方式显然更加科学，更符合保险契约发展之需要，同时以承自民法之损失补偿原则为界分，亦更好实现与未来民法典之对接。

结语

保险法实乃一精深之领域，与民法之各部门法均有关联，故以此关系探讨未来民法典对保险法发展之影响，实亦是保险法与未来民法典各部门法之协调问题。承前述，就宏观领域而言，保险法应独立于民法典而为发展，在国家主导、全民参与之立法下构建一个能够承保所有可保性风险的保险社会。而在保险法自身发展之微观层面，保险法应实现保险契约法与保险监管法分别立法之体例，并在此基础之上，修订保险契约分类之方式，由人身及财产二分法修订为损失补偿及定额给付之二分。