

未经被保险人同意的死亡保险合同效力研究

于海纯

摘要 我国《保险法》第34条规定，未经被保险人同意的死亡保险合同无效；审判实务中，无效的后果有三种：保险人全额退还保险费；保险人承担主要赔偿责任；保险人承担缔约过失的全额赔偿责任。第一种观点未考虑到保险人的履行；第二种观点忽略了投保人没有过错的情形；第三种观点虽可接受，但缔约过失理论能否对此进行解释尚存疑问。将未经被保险人同意的死亡保险合同认定无效，不符合比例原则中的必要性和相称性标准。将其作为效力未定合同更为合宜，该合同的最终效力须根据具体情况确定。

关键词 未经被保险人同意的死亡保险合同 无效 比例原则 效力未定
DOI:10.16094/j.cnki.1005-0221.2015.06.006

作者于海纯，法学博士，对外经济贸易大学法学院副教授。

2009年我国《保险法》修改，将原第56条第1款中的“书面同意”变为“同意”，作为现行法第34条第1款：“以死亡为给付保险金条件的合同，未经被保险人同意并认可保险金额的，合同无效。”^① 修法客观上缩小了无效合同的范围，使得虽未经被保险人书面同意但存在被保险人实质同意的情形变为有效。但由投保人或受益人证明被保险人已“实质同意”并不容易，因此类纠纷多发生于被保险人死亡后，直接而有效的“同意”证明不易获得。^② 然而，在宣判合同无效的同时，某些法院却判决保险人按照保险合同约定的保险金全额赔偿，其后果与合同有效无异。这使我们怀疑，现行《保险法》第34条第1款针对死亡保险合同效力的规定是否合理。

* 本文系国家社科基金项目“保险法司法解释及实施问题研究”（11CFX019）的阶段性研究成果，亦得到教育部哲学社会科学规划项目“保险消费者保护制度及实施研究”（13YJA820060）的支持。

① 以死亡为给付保险金条件的合同（下称“死亡保险合同”），实质包括三个方面：其一，必须是投保人以他人为被保险人而投保的保险合同；其二，保险事故之性质为被保险人死亡；其三，范围上涵盖人身保险三大险别的死亡给付情形。参见樊启荣：《死亡给付保险之被保险人的同意权研究》，《法学》2007年第2期，第92页。《保险法》第34条表述的“无效”，通常理解应为狭义的无效，即保险合同自始、当然、确定的无效；若无特别说明，本文中的“无效”皆采此意。

② 即使在《保险法》修订前，如果存在被保险人实质同意的证据，即使其未书面同意，法官也会寻找各种理由判决合同有效，只是这种证据并不容易获得。从这个意义上说，将《保险法》中的“书面同意”修改为“同意”，对司法实践影响不大。本文采用了《保险法》修订前的一些案例，这些案例均为被保险人既未书面同意，又缺乏实质性同意证据的情形，来论证本文的观点。为行文方便，下文将这些案件中的未经被保险人“书面同意”，直接表述为“同意”。

一、审判实务：同案异判及其新趋势

（一）死亡保险纠纷中的同案异判

关于未经被保险人同意的死亡保险纠纷，法院一般认定保险合同无效，但处理有三种情形：

第一，保险人单方返还，即保险合同无效，保险人不承担保险责任，但须返还全部保险费，以将合同恢复至订立前的状态。此种判决的理由在于：《保险法》明文规定，未经被保险人同意的死亡保险合同无效，因此保险人不承担保险责任；且根据《民法通则》第61条第一款前半段及《合同法》第58条前半段的规定，合同无效为自始无效，应恢复至订立前的状态，故保险人应将投保人已经交付的保险费全额退还。例如，在江红诉中国人寿武夷山营业部一案中，^③南平市中级人民法院认为，该保险合同未经被保险人同意，为无效合同，中国人寿武夷山营业部无须赔付保险金，但应当退还投保人所交全部保险费1944元。实务中亦存在被保险人仍生存，投保人却以死亡保险未经被保险人同意为由主张保险合同无效的情形，法官亦判决保险人返还全部保险费。

第二，保险人承担主要赔偿责任，即保险合同无效，双方当事人均存在过错，但保险人承担主要赔偿责任。此种判决的主要理由是：《保险法》第34条为效力强制性规定，应当认定合同无效。但双方均有过错：保险人作为合同的制定方，有义务在订立合同时依诚实信用原则履行保险合同内容的说明义务，否则即存在重大过错，应承担主要责任；投保人应知道并遵守《保险法》，但其未遵守《保险法》关于死亡保险应经被保险人同意的规定，^④且投保人在订立合同时未能完整仔细地阅读相关合同条款，存在一定的过失，应承担次要责任。^⑤根据《合同法》第58条，合同无效后，有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。^⑥保险人应当就投保人的全部损失即死亡保险金承担主要赔偿责任。例如，在林恩慧、范晓霞诉太平洋人寿三明中心支公司一案中，^⑦法官认为，该保险合同未经被保险人同意，应为无效合同，保险公司未切实履行明确说明义务并要求被保险人在合同上签名同意，且在核保时未尽到职责，应承担主要责任，赔偿总保险金的80%，原告承担剩余的20%。

第三，保险人承担缔约过失的全额赔偿责任，即保险合同无效，保险人承担缔约过失责任，数额应与保险金相同。此种判决理由在于：《保险法》明文规定未经被保险人同意的死亡保险合同无效，但保险人在订立合同过程中，负有审查被保险人是否同意的义务，保险人未尽此项诚信义务，应根据《合同法》第42条承担缔约过失责任。该缔约过失责任，既包括因缔约过失行为致对方财产的直接损失，也包括因过错致使受害方丧失与其他第三方另定合同的机会所造成的损失；不但要返还保险费及利息，还要赔偿对方有关费用支出（直接损失）和因此而无法得到死亡保险金所造成

^③ 参见福建省南平市中级人民法院（2001）南经终字第80号民事判决书。

^④ “投保人如不知晓《保险法》相关规定，其主观上便存在过错”的观点在法院中颇为盛行，例如武夷山市人民法院的法官在上文所述江红诉中国人寿保险武夷山营业部一案中便持这种观点。

^⑤ 参见余勋盛主编：《保险诉讼典型案例年度报告》（第一辑），法律出版社2009年版，第97-98页。

^⑥ 《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（三）》（征求意见稿）第2条持此观点。

^⑦ 参见福建省三明市梅列区人民法院（2006）梅民初字第77号民事判决书。

的损失。^⑧ 保险人赔偿的总额,与保险合同中约定的保险金相同。例如,在屈宝华、王克年诉泰康人寿宜昌中心支公司一案中,^⑨ 法官认为,王克年和保险公司签订的保险合同未经被保险人同意,该合同无效。保险公司的业务员在签订合同时,明知投保人与被保险人不是同一人,未尽到该合同须经被保险人同意的告知义务,应承担缔约过失责任,赔偿数额为保险合同约定的全额保险金。

(二) 死亡保险纠纷判决的新情况

新近发生的案例促使法官对未经被保险人同意的死亡保险合同效力重新反思,一些法官认为,在特定情况下,此类案件可以认定合同有效。典型案例是李某诉泰康人寿保险公司、天勤经纪公司一案。^⑩ 该案中,李某之妻王某为李某购买航空意外险8份,航程结束后,李某得知其妻为其购买了高额意外保险,诉至法院,认为在自己不知情的情况下,保险公司接受其妻为其投保的死亡保险,侵犯其人格权。本案两审法院均判决李某败诉。李某随后提起合同之诉,要求确认该合同无效。该案的审理法官认为,航空意外险合同履行完毕后,应当认定该合同有效,投保人或被保险人不得主张退还保险费。^⑪ 此外,一些法官认为,在被保险人已经死亡的情况下,如果该死亡并非由于投保人的道德危险所致,法院可藉保险人弃权为由,判决保险合同有效,保险人应承担赔付责任。^⑫ 另一些法官则认为,如果保险合同无效,则保护了保险公司有违最大诚信原则的行为,应判令保险合同有效。^⑬

二、判决理由检视:合同无效疑问的旁证

同案异判三种情形所持的理由,似乎均有不合理之处。

(一) 保险人单方返还的不合理性

采单方返还的处理方法难谓合理,因其忽视了保险人已履行部分的返还。尽管合同自始无效应恢复至未订立保险合同的状态,即保险人应当全额返还保险费,但保险人就该合同所作的履行是否应当返还?可能有人认为,只有发生保险事故后,保险人支付保险金的行为才是保险人的履行行为。但这种认识存在明显问题。理论上,“保险合同依其本质为双方当事人互负对价的双务合同,在这种双务合同中,与投保人交付保险费义务相对应的是承担危险的义务。”^⑭ 事实上,保险合同生效后保险人每时每刻都在承担风险,都在履行合同。

此外,保险人为订立合同的付出,也未获得返还。寿险合同保险人委托代理人销售保险需支付佣金,保险合同被确认无效后,保险人须将保险费返还给投保人,投保人却未返还保险人已经对代

⑧ 参见周玉华:《最新保险法经典疑难案例判解》,法律出版社2008年版,第515页。

⑨ 参见湖北省宜昌市西陵区人民法院(2004)西民初字第497号民事判决书。

⑩ 参见北京市西城区人民法院(2009)西民初字第3885号民事判决书。

⑪ 此观点为笔者与北京西城区法官座谈时,法官对这一问题的看法。

⑫ 此观点为笔者在中国保险法学会成立大会上与南京鼓楼区法院法官座谈时,法官对这一问题的看法。

⑬ 在关于死亡保险纠纷审理中,某些法院已经形成两种观点,一种观点认为,根据《保险法》应认定保险合同无效;另一种观点则认为,确认合同无效保护了保险公司有违最大诚信的行为,应判令保险合同有效。参见詹昊:《新保险法实务热点详释与案例精解》,法律出版社2010年版,第242-243页。

⑭ 覃有土主编:《保险法概论》(第二版),北京大学出版社2001年版,第235-236页。

理人支付的佣金。故第一种情形所持理由值得怀疑，其结论也有待商榷。

（二）保险人承担主要赔偿责任的不合理性

保险人承担主要赔偿责任并不合理，因为这对投保人、被保险人强加了无法承担的义务。法院判决投保人承担次要责任的理由有二：第一，《保险法》要求被保险人同意的规定，投保人应当知晓。然而，投保人应知而未知已经颁布的法律内容即构成过失的理论源于刑法观念，我国部分刑法学者坚持不知法律不免责的原则，^⑮但现在的主流学说认为，行为人实施行为时虽然没有认识到行为的违法性，但存在认识的可能性时，就是过失犯罪；行为人没有认识也不可能认识其行为的违法性时，不成立犯罪。^⑯其原因在于：“具有违法性认识的可能性时，才能产生遵从法的动机，才具有非难可能性；对于不可能知道自己的行为被法律禁止的人，不能从法律上要求他放弃该行为，因而不能追究其责任。唯有如此，才能保障行为人的行动自由。”^⑰刑法如此认识，商法上更应如此：一方面，较之违反刑法规定，违反商法规定的可非难性弱化；因为刑事犯罪中的行为人知晓其违反伦理道德的可能性较大，而商法中行为人知晓其违反伦理道德的可能性较低；另一方面，商法具有较强的技术性，无法强求每个公民知晓法律的全部技术性规范。

法院判决投保人承担次要责任的第二个理由是：投保人在订立合同时，未能完整仔细地阅读相关合同条款。我们认为，投保人对死亡保险合同中未经被保险人同意的条款是否具有阅读义务值得探究。一般的合同当事人确有认真阅读合同条款的义务，但对格式合同中的免责条款，提供条款一方的提请注意义务替代了接受方的阅读义务。《保险法》第17条规定，对保险合同中免除保险人责任的条款，保险人应当以书面或者口头形式向投保人明确说明，如未明确说明，该条款不产生效力。由于死亡保险应经被保险人同意的条款为免责条款，保险人应当承担明确说明义务，该义务替代了投保人对免除保险人责任条款的阅读义务。

（三）保险人承担缔约过失全额赔偿责任的疑问

判决保险人全额赔偿保险金的基础是，保险人对被保险人是否已经同意负有审查义务，但其未能履行该义务致合同无效，保险人承担缔约过失责任；投保人在缔约过程中没有过失，不应承担任何责任。对此结果，笔者赞同，但怀疑解释上缔约过失理论的适用是否得当。

《合同法》第58条规定合同无效的法律后果，“这种赔偿的请求权基础即是缔约过失责任。”^⑱上述三种判决的基础都是广义上的缔约过失责任，但如果将缔约过失责任定义为“合同订立过程中，一方因违背其依据诚实信用原则所应负的责任，而致另一方的信赖利益的损失，并应承担民事责任”^⑲，则一方违反诚信义务导致另一方损失的情形是最为典型的缔约过失责任。但在该情形中适用缔约过失责任，需要追问如下：

首先，保险人赔偿的究竟是信赖利益还是履行利益？“学说与判例对缔约过失责任的赔偿范围的认同观点是：以信赖利益为限度。”^⑳但是第三种情形的判决要求保险人就全额保险金予以赔偿，

^⑮ 参见杨春洗、杨敦先主编：《中国刑法论》（第二版），北京大学出版社1998年版，第108页。

^⑯ 参见冯军：《论违法性认知》，赵秉志主编：《刑法新探索》，群众出版社1993年版，第226-228页。

^⑰ 张明楷：《刑法学》（第三版），法律出版社2007年版，第271-272页。

^⑱ 李永军：《合同法》，法律出版社2004年版，第158页。

^⑲ 王利明：《违约责任论》，中国政法大学出版社1996年版，第598页。

^⑳ 同注⑱，第156页。

其数额与履行利益等同。其次,投保人信赖的究竟是什么?保险合同在性质上属于射幸契约,投保人在订立保险合同时,深知保险事故有可能不会发生,被保险人或受益人无法获得保险金。并且大多数投保人宁愿信赖保险事故不发生,也不愿领取保险金。由此,保险合同订立时,保险人的信赖不一定是发生保险事故后全额保险金的赔付。^②最后,保险合同的信赖利益是否包括所失利益?缔约过失理论认为其赔偿的范围包括所受损害和所失利益。所受损害包括为签订合同而合理支出的交通费、鉴定费、咨询费、勘察设计费等,所失利益主要指丧失与第三人另订合同的机会所产生的损失。^③保险合同中投保人所受损失即指投保人交付的保险费及其利息,所失利益是指投保人丧失的与第三人订立合同的机会损失,即投保人与第三人订立保险合同,在发生保险事故后获得的保险金。如果将这种机会损失纳入保险人承担缔约过失责任的范围,则会产生不合逻辑的后果。“在保险合同中保险人要向投保人或者被保险人承担缔约过失赔偿责任,只能是因为其缔约上忠诚协商义务的违反(过失行为)给投保人或者被保险人造成的信赖利益损失,即该损失纯粹是因为合同未成立或者无效带来的,而不是直接来源于保险事故的发生。如果将保险金纳入损失的范围,将会导致合同无效比有效更为有利的后果,因为,合同无效不但要退还保险费,还要赔偿保险金,也就是说合同无效的话,保险费都不用交但是结果和合同有效一样,这在逻辑上显然是讲不通的。”^④

上述三种情形处理的不合理,似乎可以作为旁证证明将该种合同作为无效合同的可疑性。结合本文第一部分提到的判决保险合同有效的新情况,有理由相信,审判中将未经被保险人同意的死亡保险合同作无效对待,也许是错误的。

三、保险合同无效的质疑:道德危险防控作为无效的理由

(一) 道德危险的可能性与合同无效

合同何以无效?立法论对此问题的回答可分为一元论和二元论,一元论已成为主流。二元论的代表是德国,其将合同无效的基础确定为违反法律及违反公共利益。我国《合同法》也采取了这种模式。一元论的代表是瑞士和荷兰,其将合同无效的基础确定为违反公共利益。种种迹象表明,二元论正在逐渐走向一元论:自20世纪80年代以来,德国联邦最高法院作出的一系列针对违反禁止性规定的判决中,法律行为违反那些“不具备强烈的伦理基础”的规范时,应尽量避免使其产生无效的后果。日本判例也认为,不能仅以违反强行法规为由直接认定行为无效,只有在进一步证明还存在违反公序良俗的事由时才能否定行为在私法上的效力。“这些质疑最终在颠覆传统通说的二元化法律构成的基础上,形成了违反强制性规定与违反公序良俗一元化的新通说。”^⑤即“可以导致

^② 也许有学者认为,投保人信赖的是“如果发生保险事故,就可能获得全额保险金赔付”。因此,一方面,信赖利益已与履行利益无异;另一方面,这种意义上的信赖利益实际上就是投保人在合同无效时的所失利益,而信赖利益与所失利益的关系问题正是我们下面要讨论的问题。

^③ 参见韩世远:《合同法总论》(第三版),法律出版社2011年版,第144页。

^④ 汪涛、张颖杰:《保险人的缔约过失责任》,《广西社会科学》2010年第9期,第77-78页。

^⑤ 孙鹏:《违反强制性规定行为之效力——兼析《中华人民共和国合同法》第52条第5项的理解与适用》,《法商研究》2006年第5期,第126页。

法律行为无效的唯一原因是公共利益受到了损害。”^⑤

但并非任何可能导致公共利益受损的合同都必然无效。有学者对此指出：“合同无效的原因应以其损害了社会公共利益为限。但如果据此而推论说合同一旦出现了损害社会公共利益的问题，就必然导致无效，则显然是言过其实，也是无法为我们所接受的。因此，社会公共利益只是判定合同无效的必要条件，而非充分条件。”^⑥ 未经被保险人同意的死亡保险合同一律无效的规定便属于此种情形。

《保险法》将未经被保险人同意的死亡保险合同的效力认定为无效，目的在于避免可能发生的道德危险。^⑦ “以死亡为给付保险金条件的人身保险，被保险人不可能是受益人，这就可能发生为赚取保险金故意谋害被保险人的危险。”^⑧ 判断投保人对被保险人是否具有道德危险的动机，只能交给被保险人自己，因为被保险人对他人是否可能因保险金谋害自己最为清楚。然而，可能发生的道德危险是否必然损害社会公共利益，以至于必须宣告该死亡保险合同无效？我们的回答是，可能发生的道德危险并非必然侵害社会公共利益，因此没有必要否定那些未损害社会公共利益的保险合同的效力。如果道德危险确因保险合同而产生，则道德危险损害社会公共利益应为无疑。现代刑法认为，“现实生活中的许多犯罪行为，虽然从表面上看是对‘个别人的权利’的侵害，但实质上，任何犯罪行为所侵犯的都是社会的利益。因为个人的权利都是国家法律赋予并由法律保证行使的，对于个人权利的这种侵犯，无疑具有一般的社会危害性。”^⑨ 死亡保险中的道德危险行为，实际上是投保人杀害被保险人的行为，无疑具有社会危害性，损害了社会公共利益。但如果订立死亡保险合同的行为仅仅具有道德危险的可能性，即将此类保险合同宣布为无效，不免有“打击面过宽”之嫌，至少没有必要将那些最终没有发生道德危险的死亡保险合同宣告无效。由此，我们需要进一步考虑因控制道德危险而宣告合同无效的适合性、必要性和相称性，这就涉及到判断合同是否无效的比例原则。

（二）比例原则下的道德危险防控

比例原则的核心思想是：在行使权力时，应对权力行使的目的与手段之间关系，甚至是对两者所代表的、相互冲突的利益之间的关系进行衡量，以保证权力的行使不至于不择手段，保证权力行使的总收益大于总成本。^⑩ 将这一原则运用于全国人大行使立法权力可知，全国人大必须考虑制定该条款的目的以及为达到该目的采取的手段是否恰当，是否会出现总成本大于总收益的情况。在未经被保险人同意的死亡保险合同中，控制道德危险是立法者想要达到的目的，^⑪ 采用的手段则分为两个方面：一方面，要求投保人投保死亡保险须经被保险人同意；另一方面，宣告未经被保险人同意的死亡保险合同无效。本文仅分析后一方面，即宣告合同无效是否有必要成为控制道德危险的手段。可以从比例原则的适合性、必要性、相称性三个方面，来分析其合理性。

^⑤ 黄忠：《违法合同效力论》，法律出版社2010年版，第169页。

^⑥ 同注^⑤，第197页。

^⑦ 参见刘建勋：《新保险法：经典、疑难案例判解》，法律出版社2010年版，第67页。

^⑧ 本书编写组：《中华人民共和国保险法解读》，中国法制出版社2009年版，第78页。

^⑨ 陈兴良：《刑法哲学》，中国政法大学出版社1992年版，第63页。

^⑩ 参见余凌云：《论行政法上的比例原则》，《法学家》2002年第2期，第32页。

^⑪ 参见唐雯：《死亡给付保险限制性规定之质疑》，《上海保险》2015年第2期，第47页。

首先,行政法上比例原则中的适合性,是指行政措施的采行必须能够实现行政目的,或者至少有助于行政目的的实现,在目的与手段的关系上必须是适当的。^②通过法律宣告未经被保险人同意的死亡保险合同无效,至少可以部分地起到防控道德危险的作用:对了解这一规定的投保人来说,其投保会征得被保险人同意,被保险人可判断决定是否愿意作为被保险人;同时,投保人也知道合同无效则不能获得保险金,便不会产生道德危险的动机。对不了解该规定的投保人来说,这一规定防控道德危险的作用有限,但由于适合性原则只须部分地有助于目的的实现便不违反比例原则,故以宣告合同无效的手段实现防控道德危险的目的符合比例原则中的适当性标准。

其次,“比例原则中的必要性要求行政权力在行使时,必须选择对人民侵害最小的措施来达到目的,如果存在多项措施可以选择,行政自由裁量权的行使必须受到必要性要求的拘束,否则会因违反了必要性要求而违反了比例原则。”^③我们认为,保险法已经设置了能够控制道德危险的相应制度,宣告合同无效具有可替代性,不符合比例原则中的必要性标准。保险法中至少存在两项制度可以防止此种情形下的道德危险:

其一,投保人指定受益人须经被保险人同意的制度。死亡保险大多数指定有受益人,未来领取保险金的主体便是该受益人。《保险法》第39条第二款规定:“投保人指定受益人时须经被保险人同意。”这就将控制道德危险的权利交给被保险人。这一制度与投保人投保死亡保险须经被保险人同意具有异曲同工之妙,但在结果上其损害明显较小,指定受益人未经被保险人同意的结果仅为所指定的受益人无效,被保险人的法定继承人仍可获取保险金。

其二,故意杀害被保险人的受益人丧失受益权制度。《保险法》第43条第二款规定:“受益人故意造成被保险人死亡、伤残、疾病的,或者故意杀害被保险人未遂的,该受益人丧失受益权。”受益人或法定继承人杀害被保险人的刑事责任由刑法规制,保险法中这一制度设计的结果可以替代宣告合同无效制度的结果,因为这两个制度的实施结果均为发生道德危险的受益人或法定继承人无法领取保险金。但是,较之宣告合同无效,通过丧失受益权制度控制道德危险的成本相对低廉。在丧失受益权制度下,受益人或某些法定继承人做出道德危险行为时,保险合同仍有效,其保险金由其他受益人或者被保险人的其他法定继承人获取。

再次,行政法上相称性又称比例性,是指“行政权力所采取的措施与其所达到的目的之间必须合比例或相称。具体地说是指一项行政措施虽然为达到行政目的所必要,但如果其实施的结果会给人民带来超过行政目的价值的侵害,那么,该项行政权力的行使就违反了比例原则。”^④笔者以为,保险法上宣告合同无效带来的损害与防控道德危险的目的并不相称。“合同无效制度的过于宽泛的适用,滋生了当事人利用合同无效制度违约背信而逃避法律责任,在某种程度上,无效制度成了某些当事人损人利己的避风港。”^⑤宣告未经被保险人同意的合同无效,不仅限制了对被保险人的保障,^⑥亦成为保险人拒绝赔付的绝佳理由。实践中绝大多数未经被保险人同意的死亡保险合同,投

② 参见姜昕:《比例原则释义学结构构建及反思》,《法律科学》2008年第5期,第47页。

③ 黄学贤:《行政法中的比例原则研究》,《法律科学》2001年第1期,第76-77页。

④ 同注③,第77页。

⑤ 同注④,第390页。

⑥ 参见注④,第51页。

保人均均为被保险人的亲属,投保只为对亲属予以保障,并无杀害亲属领取保险金的预谋,如果宣告这些合同无效,保险人可以拒绝赔付,而保险合同订立时就存在道德危险动机的投保人数量极其微小,几乎可以忽略不计。^{③⑦} 为了防止数量极其微小的道德危险而宣告数量众多的保险合同无效,其相称性值得怀疑。

此外,保险合同无效往往损害第三人的利益及交易安全,将第三人利益及保护交易安全与防控道德危险的价值相比较,上述手段与目的的不对称更加明显。“合同一旦被确认无效或被撤销,与之相关的第三人利益往往受到威胁。而在现实交易中,第三人往往难以对于作为标的物产生基础的另外一个合同是否有效作出合理的判断,故为保护交易安全,合同无效或被撤销的效力,就不得不受到对善意第三人保护的制约。”^{③⑧} 因此,涉及第三人利益的合同不得轻易被宣告为无效。死亡保险合同在某种意义上是一种为受益人或被保险人法定继承人利益而订立的合同,如因防止极少数投保人的道德危险而否定保险合同的效力,必将导致受益人或被保险人的法定继承人无法获得保险金,交易安全亦失去保障。

四、未经被保险人同意的死亡保险合同的应然效力:效力未定

笔者以为,应将未经被保险人同意的死亡保险合同效力定位为效力未定。下文拟以反面排除与正面论证相结合的方法,排除疑似效力,并以效力未定合同的理论加以验证。

(一) 不生效力的模糊性

有学者将未经被保险人同意的死亡保险合同界定为不生效力的合同,认为“同意不是与保险合同当事人的意思表示结合起来而成为保险合同的成立要件。而是若没有该同意,保险合同不生效力。”^{③⑨} 《保险法》第34条第1款中的“保险合同无效”应修改为“保险合同不生效力”。^{④①} 无效保险合同与不生效力保险合同的区别在于,无效保险合同属确定无效合同,任何主体均丧失了通过补正使之生效的机会,而不生效力的保险合同效力可通过权利人补正而生效。藉此,在保险合同成立后经被保险人同意,合同仍可为有效合同,若被保险人拒绝同意,则保险合同无效。

上述观点中“不生效力”的概念本身具有模糊性。我国立法虽多处使用“不生效力”或“不产生效力”,但在合同效力的理论体系中“不生效力”并不精确,而是与“生效”相对应,包括“无效”、“效力未定的契约,确定不生效力”、“意思表示被撤销而视为无效”等情形。^{④②} 不生效力只是效力的暂时状态,最终必须落实到其下位概念中去,即将未经被保险人同意的死亡保险合同定位为不生效力的合同仅是一个模糊定位,其究属无效合同、效力未定合同,还是可撤销合同尚需进

^{③⑦} 笔者曾走访专业从事保险纠纷业务的四川路石律师事务所,该所合伙人介绍,该所最近四年接手的近千起保险案件中,未经被保险人同意的死亡保险纠纷基本为亲属投保未经被保险人同意,尚未发现投保人故意杀害被保险人谋取保险金的情形。

^{③⑧} 同注⑩,第411页。

^{③⑨} 徐卫东主编:《保险法学》(第二版),科学出版社2009年版,第66页。

^{④①} 参见高宇、崔爱东:《被保险人同意与他人死亡保险合同效力之规范》,贾林青主编:《海商法保险法评论》(第三卷),知识产权出版社2010年版,第189页。

^{④②} 参见陈自强:《契约之成立与生效》,法律出版社2002年版,第279页。

一步分析。

（二）可撤销合同的排除

未经被保险人同意的死亡保险合同不应被断然认为无效已在前文简述，在此需进一步排除可撤销合同。此类保险合同可能被看作可撤销合同的原因是，赋予被保险人撤销权，如其不同意作为被保险人订立死亡保险合同时，其可行使撤销权将合同归于无效。这似乎符合尊重被保险人意愿的目的，也能够防范道德危险。

然而，将此类保险合同作为可撤销合同，存在如下几个问题无法解释：其一，撤销权受除斥期间限制，除斥期间一般较短，除斥期间经过后，纵有撤销权亦不得再行使，合同永为有效合同。然人身保险合同多为长期合同，撤销权人往往于多年之后才发现自己被作为被保险人，此时除斥期间早已经过，被保险人因丧失撤销权而被迫充当被保险人，此与尊重被保险人意愿，防范道德危险的目的背道而驰；其二，合同被撤销的原因，乃因当事人意思表示瑕疵，例如错误、误传、被欺诈、被胁迫等，^④而死亡保险合同的撤销，系因为第三人不欲作为被保险人所致；其三，依民法理论，行使撤销权的主体应为合同当事人，然而在死亡保险合同中，欲撤销合同主体，并非作为合同当事人的投保人与保险人，而系作为保险合同关系人的被保险人。

（三）效力未定合同的证成

效力未定法律行为的核心是，该行为须经第三人同意。“于特定法律行为，法律规定其效力的发生须得他人同意。……法律行为应经他人同意而未得其允许者，其效力未定，处于浮动不确定的状态，是为效力未定的法律行为。”^⑤梅迪库斯将这一特征作为效力未定行为与可撤销行为的本质区别，认为可撤销行为中决定行为无效的是作为法律行为内部人士的瑕疵意思表示发出人，而在效力未定行为中决定权通常来自法律行为外部的第三人。^⑥

在死亡保险合同中，订立合同的双方当事人是投保人和保险人，被保险人作为合同的关系人，实为当事人之外的第三人。因投保人和保险人以其作为保险对象订立合同，不仅涉及其人格利益，亦有发生道德危险之虞，是故保险法规定该合同须经其本人同意，以保护其利益免受损害。这种同意，明显属于外部第三人的同意。因此，未经被保险人同意的死亡保险合同，完全符合效力未定法律行为的概念特征，系属效力未定合同的一种。

（四）效力的终极确定

顾名思义，“效力未定”即效力处于悬而未决，尚未最终确定，其效力的最终确定，取决于其他行为或事实的出现。^⑦而合同的效力，最终应确定为无效或有效两类。于未经同意的死亡保险合同，能够最终确定合同效力者，乃被保险人的同意或者拒绝。若被保险人最终追认该死亡保险合同，则保险合同自始有效，无须赘论。若被保险人拒绝追认该死亡保险合同，则保险合同自始无效，因为该保险合同丧失了标的。依民事法律行为理论，标的为民事法律行为的特别生效要件，只

^④ 参见王泽鉴：《民法总则》（增订版），中国政法大学出版社 2001 年版，第 492 页。

^⑤ 同注^④，第 498 页。

^⑥ 参见〔德〕梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社 2013 年版，第 375 页。

^⑦ 参见注^②，第 205 页。

有标的确定、可能、合法、妥当时，法律行为才能生效。^{④⑥} 保险合同的标的，为保险对象的风险，在人身保险合同中保险对象为被保险人，倘若被保险人拒绝投保人与保险人为之订立合同，则保险合同丧失对象，亦不存在保险对象的风险，该合同亦应最终归于无效。

但在无效后果的处理上，其无效仅向将来发生，亦即此种合同无效不具有溯及力，被保险人拒绝追认之前，即使合同无效，仍应按有效处理，被保险人拒绝追认之后，双方不再履行合同。这是由保险合同特点决定的，即其属于继续性合同，^{④⑦} 而继续性合同无效的处理，“其主张无效者，惟得向将来发生效力。”^{④⑧} 于保险合同，如果认定无效溯及自始，则合同当事人应当返还对方已为之履行，保险人返还投保人已交的保费自无难处，惟投保人对保险人所作的履行——承担风险无法返还，即便采取折价返还的方法，其返还金额又大致等同于所交保费，无异于履行有效合同。^{④⑨} 因此，有学者主张继续性合同无效时，应将“无效当有效”处理。^{⑤①} 在死亡保险未经被保险人同意的情况下，则应将被保险人拒绝同意前的合同，当作有效合同处理，被保险人拒绝同意后的合同，双方无须履行。

但在人身保险合同，还有一个特殊问题必须解决：此类合同往往在被保险人死亡后，相关权益人索赔时才发现合同未经被保险人同意，此时，被保险人已死亡而无法同意或者拒绝，保险合同效力如何确定？笔者以为，如被保险人死亡并非投保人故意所致，则应推定被保险人同意，该合同为有效，保险人应予赔付。此时，推定被保险人同意更符合被保险人的意愿和利益。当被保险人有思维能力时，法律应肯认其可以其意思决定合同的效力；在被保险人无意思能力时，不妨授予法院通过法定程序按照有利于被保险人利益保护的准则代被保险人为同意的意思表示，从而令该保险合同生效。^{⑤②} 相反，在被保险人因投保人故意杀害致死的情况下，不能认定被保险人同意该合同，此时须依照《保险法》第 27 条规定，判决保险人不承担赔付责任，并且不退还保险费即可。或有人担心，在被保险人已经死亡的情况下推定合同有效，是否会激励赌博行为的出现？此种行为确实涉嫌赌博，但未必因此完全否认合同效力，只须否认合同的受益人条款，推定被保险人的法定继承人作为受益人即可。

五、代结论：未经被保险人同意的死亡保险合同效力的司法解释

《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（三）》（征求意见稿）第 2 条第 2 款规定：“人身保险合同无效的，有过错的一方应赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。”^{⑤③} 人身保险合同无效的处理是否可以直接适用《合同法》第 58 条

^{④⑥} 参见张俊浩主编：《民法学原理》，中国政法大学出版社 1997 年版，第 224 页。

^{④⑦} 参见江朝国：《保险法基础理论》（修订第四版），台湾瑞兴图书股份有限公司 2003 年版，第 40 页。

^{④⑧} 同注^{④⑦}，第 483 页。

^{④⑨} 参见梁鹏：《人身保险利益制度质疑》，《中国青年政治学院学报》2011 年第 6 期，第 85 页。

^{⑤①} 参见尹田：《论法律行为无效后的财产返还》，《时代法学》2010 年第 5 期，第 29 页。

^{⑤②} 参见注^{④⑧}，第 187 页。

^{⑤③} 本条源于《合同法》第 58 条的规定。

关于普通民事合同无效的规定?笔者认为,人身保险合同以人的生命和身体为保险标的的合同,具有极强的“人身属性”和“人格性”,其效力判断不能单纯搬用普通合同法上的效力规定,否则会导致司法权对保险合同当事人意思自治的过度干预。另一方面,亦不能简单适用民法上的过错责任原则,按过错大小重新配置权利义务,因无过错责任原则在保险领域的适用范围日益宽泛,如交强险的无责赔付,体现了以人为本、善待生命的立法理念。

针对未经被保险人同意的死亡保险合同的有效与无效“二元纠结”,应充分考虑保险法作为商法应依循鼓励交易原则的通识,在司法理念上应尽量促成保险合同有效。因此,应将该合同定位为效力未定合同,既保护了权利人的合法权益,亦照顾了相对人的权益。

不过,效力未定的合同最终须落实为有效合同或无效合同,其效力的终极确定,宜采取如下司法解释的形式予以明确:

1. 以死亡为给付保险金条件的合同,须经被保险人同意并认可保险金额。
2. 以死亡为给付保险金条件的合同订立时未经被保险人同意,事经被保险人追认的,保险合同有效。
3. 以死亡为给付保险金条件的合同订立时未经被保险人同意,被保险人又拒绝追认的,自被保险人拒绝追认之时起,合同无效。
4. 被保险人非因投保人故意制造保险事故而死亡,推定被保险人追认该未经被保险人同意的死亡保险合同,保险合同有效。被保险人因投保人故意制造保险事故而死亡的,适用《保险法》第27条第二款的规定。
5. 推定被保险人追认的有效保险合同,如指定投保人为受益人,该指定无效,以被保险人的法定继承人为保险合同受益人。

【主要参考文献】

1. 江朝国:《保险法论文集》(一),台湾瑞兴图书股份有限公司1997年版。
2. 余凌云:《论行政法上的比例原则》,《法学家》2002年第2期。
3. 李永军:《合同法》,法律出版社2004年版。
4. 韩世远:《合同法总论》,法律出版社2004年版。
5. 孙鹏:《违反强制性规定行为之效力——兼析《中华人民共和国合同法》第52条第5项的理解与适用》,《法商研究》2006年第5期。
6. 姜昕:《比例原则释义学结构构建及反思》,《法律科学》2008年第5期。
7. 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。
8. 黄忠:《违法合同效力论》,法律出版社2010年版。
9. 汪涛、张颖杰:《保险人的缔约过失责任》,《广西社会科学》2010年第9期。

(责任编辑:姚海放)

infringement determination in article 57 (2). Similarity is the front elements and the likelihood of confusion is the outcome elements. In the meaning and application aspects of the likelihood of confusion and similarity, the likelihood of confusion can explain and judge from three aspects of subject, degree and types. The trademark of similarity and the goods of similarity should be in the physical sense, and should not be the similarity on the likelihood of confusion context. Meanwhile, in the trademark infringement determination, the proof standards of similarity should not be set up too strict.

Key Words Trademark Infringement Standards; Likelihood of Confusion; Similarity

Yao hehui, Ph.D. in Law, Lecturer of law School of Hunan Normal University.

On the Validity of Insurance Contracts Conditioned by the Death of the Insured Without the Insured's Consent

YU Haichun • 64 •

According to article 34 of Chinese Insurance Law, the insurance contracts conditioned by the death of the insured are void without the insured's consent. In trial, the consequences of void insurance contract include: returning all premium, insurer's main liability for damages and contracting fault liability of insurer. The opinion of returning all premium does not consider the fulfilling of the insurer. The opinion which insurer assumes main liability overlooks the fact that the applicant has no fault. The consequence that contracting fault liability of insurer is acceptable, but the theory to explain the consequence is in doubt. As a void contract, the insurance contracts conditioned by the death of the insured can't meet the standards of necessity and harmony in the Principle of Proportionality. The effectiveness of the contract should be suspended. Its final effect shall be determined according to the specific situation.

Key Words Insurance Contracts Conditioned by Death of Insured without Insured's Consent; Void; Principle of Proportionality; Suspended Validity

Yu Haichun, Ph.D. in Law, Associate Professor of Law School of University International Business and Economics.

Some Clarifications on the Civil Institution of Territorial Jurisdiction

CAO Zhixun • 75 •

After the amendment of the Civil Procedure Law in 2012 and the issuance of the related judicial interpretation this year, specific issues on the territorial jurisdiction have to be researched and clarified from the perspective of legal interpretation and doctrine. To begin with, although the different rules on the jurisdiction of contract matters both from the procedural and substantive aspects were harmonized by the judicial interpretation, some of them stay untouched. The procedural one should be preferred and the approach to forming a unified rule deserves more prudence. The consumer protection during the stipulation on jurisdiction may be enhanced. Secondly, another rule regarding on the assumption of the court's jurisdiction when a participating defendant fails to object it, is also possible even under our current substantial review in the registration