

从传统到现代：保险损失补偿原则之修正

刘玉林 康雷闪

(中国石油大学(华东)法学系,山东 青岛 266580)

[摘要] 损失的界定与量度,是保险损失补偿原则实施中的核心。在从传统向现代的演进历程中,保险立法及其学说数次对此予以修正,衍生了保险委付、追溯保险、定值保险与重置成本保险等具体制度。修正之本旨在于容许当事人通过合同约款就损失的形态、范围或理算标准予以变通或选择,以缓解传统保险法规定的严格性。修正之实质,并非以合同取代补偿原则,而是损失补偿原则的第二次勃兴。修正之价值在于以法律规则的灵活性应对被保险人需求的多元性,实现理赔的迅捷与经济,俾使保险损失补偿功能充分发挥。

[关键词] 损失补偿;保险委付;追溯保险;定值保险;重置成本保险

[中图分类号] D922.284 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1004-3306(2017)01-0108-10

DOI:10.13497/j.cnki.is.2017.01.011

从财产保险的角度而言,“保险法的根本特点是补偿原则。这一原则表明被保险人不能获得比遭受的损失更多的补偿”(皮特·纽曼,2003)。但是,由于“财产损失的计算其实非常复杂,内里乾坤无穷无尽”(小罗伯特·H·杰瑞、道格拉斯·R·里士满,2009),所以如何界定与量度损失,既是保险法学说与实务中极具争议的问题,又是保险立法改革中最活跃的对象。纵观保险损失补偿原则从传统到现代的演进,具有创新意义的观念变革主要有:从实际损失拓展到推定全损,从保险期间内发生的损失回溯到保险期间开始前发生的损失,从客观价值推演到主观价值,从实际现金价值扩张到重置成本。上述观念变革反映在现代保险立法上,即保险委付、追溯保险、定值保险以及重置成本保险等与损失补偿原则相关联的衍生制度之创设。反观我国《保险法》,虽然有诸多条文是专为损失补偿原则而设,但是在观念上仍停留于传统,在立法上未能充分吸收保险损失补偿立法的现代改革成果。有的制度如重置成本保险等,漏而未定;有的制度如定值保险等,虽设有专门规定,但过于简略、刚性,致使保险损失补偿原则的理解与适用成为保险法领域争议最大的疑难问题。有鉴于此,本文以下拟运用法史学、比较法学和法解释学的研究方法,探讨保险损失补偿原则从传统向现代的变革及其走向,期能对我国关于保险损失补偿原则的理论发展与制度创新有所裨益。

一、推定全损对损失形态的扩充:保险委付之滥觞

从原始意义而言,保险补偿的对象仅为“实际损失(Actual loss)”,其形态也只区分为“全损”与“分损”。就全损而论,当海上保险于12世纪末13世纪初孕育之时,全损之意义也仅指“实际全损(Actual total loss)”,保险法学理上又称为“绝对全损”或者“真正全损”,即“构成被保险利益的保险标的,从物理上或者经济上丧失了全部价值”(加腾修,1995)。在当时的海上保险实务中,凡有下列情形之一者,即构成实际全损:保险标的物已完全灭失的,或已被严重破坏而失去被保险时原有性质的,或被保险人已无法弥补地被剥

[基金项目] 2016年山东省高校人文社科研究计划项目“保险法上损失补偿原则及其当代发展研究”(项目编号:J16WB04);中央高校基本科研业务费专项资金项目“保险合同纠纷申诉调处机制研究”(项目编号:15CX04107B)。

[作者简介] 刘玉林,法学博士,中国石油大学(华东)法学系讲师,研究方向:保险法;康雷闪,法学博士,中国石油大学(华东)法学系讲师,研究方向:保险法。

夺了该项标的的所有权的(威廉·台特雷,2005)。之所以如此,无非是为了严格贯彻“损失多少,补偿多少”之实际损失补偿的保险法理。

(一) 推定全损制度之发端及缘由

海上保险发展到15世纪,“已可见到‘推定全损’或‘拟制全损’之制度”(杨仁寿,1996),从而扩充了损失的型态。推定全损(Constructive total loss)之概念,在保险法学理上又称为“解释全损”或者“拟制全损”,与实际全损相对称,系指将某种程度的部分损失当作全损,或于全损与否不明时,将之视同全损。推定全损概念的提出,突破了传统损失型态“二分法”之窠臼,进一步扩充为“三分法”,诚如国外著名学者总结所言:“推定全损是一个较为抽象的概念。它是一个混合状态,是界于实际全损和部分损失之间的中间阶段。”(奥梅、希尔,2002)

推定全损观念兴起之缘由,乃海上保险的商人性和风险的特殊性所使然。一方面,海上保险的商人属性,要求保险交易——损失评估与理赔之迅捷。但另一方面,海上风险之特殊性,致使实际损失评估相当困难,影响保险理赔之迅捷。诚如我国台湾地区前著名大法官杨仁寿(1996)所言:“平心而论,船舶于航行中行踪不明,几与全损类似,且举证甚为困难;船舶于战时被捕获,在捕获之判决确定以前,船舶是否损失亦在未定之天,且需长久时期始能确定。再船舶遭遇搁浅发生损害时,究属破损物之堆积,抑尚有修复之可能,判断亦殊属困难,难以逆料。诸如此类,被保险人欲能获得损害之填补,不免旷日持久,戛戛乎难哉。若被保险人欲简单迅速回收其资本,尤属一大障碍。”因此,于海上保险,如船舶及货物因保险事故发生某种程度之损失,或有发生损失之可能,苟能将其推定全损,使被保险人得请求支付该保险标的物之全部保险金,对于免除损失评估之困扰,以及避免双方理赔之争议,确属良策。

(二) 推定全损对传统法理之偏离

对推定全损的补偿,无疑是对实际损失补偿之法理的偏离,容易诱发道德危险。保险实际损失补偿原则要求,“在补偿性保险中,索赔人按实际损失额获偿,即使他投保的数额更大,他所获补偿也不能超出实际损失”(M·A·克拉克,2002)。在保险实际损失补偿法理之背后暗含着一个基本前提,即损失额必须确定;用一般合同法的语言来表述,即给付必须确定。而就推定全损而言,“既不同于实际全损,又不同于部分损失”(G·吉尔摩、C·L·布莱克,2002);也就是说,保险事故发生后损失数额并不确定,只是“由全部虚损之情形,而取得全部实损之结果”(陈顾远,1946)。由此可见,保险对推定全损的补偿,偏离了“损失多少,补偿多少”之保险法理。如若不加以限制,那么,“被保险人为达领取全部保险金之目的,也有‘假装’发生保险事故之危险,恐有遭受被保险人滥用之虞”(杨仁寿,1996)。

(三) 委付制度对推定全损制度之矫正

为了矫正推定全损之于保险损失补偿原则的偏离,委付(Abandonment)制度在近代海上保险立法中由此滥觞。考诸各国或地区海上保险立法,对于委付之成立和生效,大都规定了诸多限制性条件。其中,重要者有二:(1)委付义务。即被保险人须将保险标的物上的一切权利全部移转于保险人,方可行使推定全损的补偿请求权,以避免被保险人不当得利,因此“委付义务是保险合同贯彻严格损失补偿原则的必然结果”。^①有学者指出:“委付制度乃将某种程度之‘分损’当作全损,或者全损与否不明时,将之视为全损。于承认被保险人得请求支付保险标的物全部保险金之同时,为避免不当得利,亦承认保险人取得保险标的物上之所有权及其他权利,实系一甚合理之制度。”(杨仁寿,1996)(2)委付通知义务。委付通知“应当是提出推定全损赔偿请求权的先决条件”(奥梅、希尔,2002);因此,被保险人应当在获得关于损失的可靠信息之后,各尽合理勤勉义务发出委付通知。之所以如此,是因为不合理地延误通知或者隐瞒重要事实,都会损害保险人及时采取行动并最终保护受损财产免受进一步损害的机会,故法律强制规定委付通知义务,旨在赋予保险人进行调查的权利,以便有效的防范保险欺诈。

总之,保险法中的推定全损,是在及时发出委付通知的前提下,赋予被保险人索赔全部保险金额权利,不

^① Roux v. Salvador (1983) 3 Bing. (N. C). 266,283.

失为“海上保险实务中的一项令人高兴的发明”(奥梅、希尔,2002)。不过,比较遗憾的是,推定全损和委付制度迄今仍属海上保险之“专利”。其实,陆上保险如房屋的火灾保险亦有现实需求,因为陆上商人也有要求“尽快获得资本解放”;因此,“如果将推定全损的概念适用于非海上保险是有用的,法律不这样做就显得没有多少道理”(M·A·克拉克,2002)。

二、从期内损失向期前损失的回溯:追溯保险之推行

从损失发生之时间而论,保险法最初所通行的观念是,保险人只补偿被保险人在保险期间内所发生的承保损失。保险期间为保险合同之必备事项之一,其主要功能在于从时间上限定损失的范围,即“一般的结论是承保的风险及有关损失,必须是在保险期间内发生”(M·A·克拉克,2002)。在保险期间开始之前或者终止之后所发生的损失,保险人不负担补偿义务。

(一)“无论损失与否”条款之历史生成性

自18世纪中叶以来,海上保险合同中普遍约定有“无论损失与否(Lost or not lost)”条款,突破了保险只补偿“期内损失”之观念。关于“无论损失与否”措词的含义,英国著名保险学者哈罗德·A·特纳(1987)曾指出:“在采用‘无论已灭失或未灭失’条件出立的保险单中,保险人签订合同的时间,即接受保险的日期,对承保责任开始的关系不大。‘无论已灭失或未灭失’条件的措词的作用,在于使承保人的责任追溯到航程起点,风险责任在那里早已开始。显然,这个条件不能使被保险人追回在保险生效时,他已知道的损失。”也就是说,当事人约定“无论损失与否”条款规定之目的,旨在将保险责任开始的时间追溯到保险期间开始之前的某一时点,从而将保险期间开始前已发生或未发生的损失纳入承保范围以内,由保险人予以补偿。简言之,通过“无论损失与否”条款的约定,将保险补偿之范围从“期内损失”回溯到“期前损失”。

“无论损失与否”条款是英国保险商人的发明,与英国当时海上保险的法制环境与技术条件密不可分。首先,从法制环境而言,其形成与保险利益原则之确立紧密相关。英国国会于1746颁布《海上保险法》,首次正式以法律的规定确立保险利益原则,旨在禁止法院强制执行那些缺乏保险利益的保险合同。但是,由于当时一些被保险人确实拥有保险利益,却又实在难以拿出保险利益之证据,故保险人不得不采取“无论损失与否”之变通方法,旨在“便于被保险人在有关可保利益的法律可能禁止投保的情况下,获得有效的保险”(所罗门·许布纳,2002)。其次,从技术条件而论,当时海上保险处于前工业化时代,船舶为木制结构,电报电话仍未发明;而当被保险人投保时,船舶或货物已在海上或在其他国家,可能导致被保险人在不知悉的情形下,于投保当时船舶或货物已经遭受损失。故当时在英国海上保险单中,普遍载有“无论损失与否”条款,以改变保险人在法律上的地位,即在有这样一个条款之后,保险责任照样开始,保险人对保险合同订立前已发生的损失亦应负补偿责任,相应地不退还保险费,除非当时被保险人知道已经发生损失,而保险人不知情。综上,“无论损失与否”条款,虽表面上看起来与保险利益原则相抵触,但却是出于“商业上”的真正需要,允许双方当事人在皆出于“善意”时,即使订约时被保险人之保险利益早已消灭,保险人仍应依约补偿被保险人之损失,确实具有经济上的合理性。

(二)“无论损失与否”条款对传统法理之背离

在一定意义上,“无论损失与否”条款背离了可保危险之“不确定性原则”,从而与保险损失补偿原则相抵触。从保险学理而言,可保危险(Insurable Risk)须具备“不确定性(Uncertainty)”。也就是说,保险金的支付必须取决于不确定发生的事件,而不确定性是在合同成立时验证的;不确定性不仅在于该事件是否发生,还在于该事件发生的频率和程度,或者该事件什么时候发生。而就“无论损失与否”而言,其本身包含“损失已发生”与“损失未发生”两种状态;就前者来看,既然保险期间开始前损失已经发生,就只能是确定性的而非不确定性的损失,在理论上不再具有可保性。诚如国外学者所言:“由于保险只为射幸事件而设,人们常说,不可以对已经出现或者已经发生的事件及其后果投保。这种说法的理由是:一旦事件已经发生或者正在发生,它就是必然性事件,而发生或不发生的风险一旦确定,那就不会有保险合同存在”(小罗伯特·H·杰瑞、道格拉斯·R·里士满,2009)。因此,如果不对“无论损失与否”条款予以限制,那么势必诱发道德危险,

使得保险制度遭到破坏。

(三) 追溯保险对“无论损失与否”条款之调和

为了调和“无论损失与否”条款与保险损失补偿原则之冲突,现代海上保险立法创制了“追溯保险(Retropective Insurance)”制度,以规范海上保险合同中“无论损失与否”条款的效力。追溯保险制度之发明,应当归功于英国1906年《海上保险法》,该法第6条第1款规定:“如果保险标的是按‘已灭失或未灭失’条件保险,被保险人即使在保险标的发生损失之后获得利益,仍可获得赔偿。除非在缔结保险合同时,被保险人已经知道损失发生,而保险人并不知晓。”该规定为其他国家或地区海上保险立法所纷纷效仿。纵观各国或地区保险立法例,追溯保险的制度设计,是以“知悉规则”来认定“无论损失与否”约款的效力;所谓“知悉规则”,从信息经济学的信息分布状况理论来看,即关于损失已发生的信息在保险合同当事人双方的分布状况。对于已经发生的损失,无论是当事人双方均已知悉的“完全信息状况”,还是仅为被保险人一方知悉的“信息偏在状况”,“无论损失与否”约款均属无效,保险人不承担补偿责任,其理由如国外学者所言:“不仅是保险法上的公共政策,而且也是保险的性质‘禁止某人因被保险人知道已经存在的损失而获得保险’。”(M·A·克拉克,2002)但是,对于损失是否发生,如果属于当事人双方均无法知悉的“信息不存在状况”,那么“无论损失与否”约款当属有效,保险人应承担补偿责任。因为在信息不存在的状况下,尽管缔约之际客观上损失已经发生,但由于双方当事人并不知悉,故损失发生与否在主观上仍具备“不确定性”,与“可保危险之不确定性原则”相符,故法律应当承认其有效性。

总之,尽管“现代通讯的发展已经使得‘无论损失与否’这个概念,与一个世纪以前相比不那么重要了”(所罗门·许布纳,2002)。但是,由于现代保险仍然是一个对信息具有高度依赖性的行业,故追溯保险制度本身仍有充分的信息经济学依据。因此,自20世纪初叶开始,以德、日等为代表的陆上保险立法,纷纷将追溯保险制度推广到陆上保险。^① 反观我国,虽《中华人民共和国海商法》第224条规定了追溯保险,^②但《中华人民共和国保险法》并未明确规定。因此,未来保险法之修订应当参酌国际保险立法之现代趋向,予以明文。

三、以事前约定对事后定损的变通:定值保险之采用

(一) 事后定损规则及其合理性

从损失评估之时点而论,保险法理原本遵循的是一种事后定损的规则。也就是说,在保险事故发生后,被保险人所遭受的损失,应按保险标的的“市场价值”来计算;而“市场价值”则须以损失发生时当地的价值为准。因此,在传统保险法意义上,“当提到‘市场价值’时,法律的出发点是指损失发生时财产的价值”(M·A·克拉克,2002)。在保险法理上,将这种事后损失理算规则称之为“不定值保险”;顾名思义,在缔结保险合同之际,不必鉴定保险标的物之市场价值,而须待保险事故发生之时,以当时当地的市场价格重新鉴价。各国或地区保险立法大都将不定值保险作为原则予以明文规定,例如2008年《日本保险法》第18条第1款

① 在德国,1908年《保险合同法》第2条开宗明义地规定:“(1)保险合同的承保效力可以追溯至保险合同订立之前而发生。(2)如果保险人在做出承保承诺时已经知晓保险事故不可能发生,其无权向投保人收取保费;如果投保人向保险人做出投保申请时知晓保险事故已经发生,则保险人可以拒绝向其支付保险金。(3)如果保险合同是通过保险代理人订立的,则当出现上述情形时,代理人与被代理人所知悉的事项都应考虑在内。”在日本,旧《商法典》第642条规定:“在订立保险契约当时,当事人一方或者被保险人已知道事故不能发生或者已发生时,契约无效。”鉴于该规定之粗略,2008年《日本保险法》则予以完善,该法第5条规定:“旨在补偿损害保险合同订立前发生的保险事故所造成的损害的规定,在投保人要约或者承诺该损害保险合同时,该投保人或者被保险人已经知道保险事故发生的情况下,无效。旨在对损害保险合同要约前发生的保险事故造成损害进行补偿的规定,在保险人或者投保人提出订立该损害保险合同的要约时,该保险人已经知道保险事故没有发生的情况下,无效。”

② 参见《中华人民共和国海商法》第224条:订立合同时,被保险人已经知道或者应当知道保险标的已经因发生保险事故而遭受损失的,保险人不负赔偿责任,但是有权收取保险费;保险人已经知道或者应当知道保险标的已经不可能因发生保险事故而遭受损失的,被保险人有权收回已经支付的保险单。

规定：“损害保险契约应填补的金额，依照损害的发生地以及发生时间的价格为基础进行计算。”

从理论而言，只有不定值保险的理算方式，才能彻底遵循“损失多少，补偿多少”的法理。常识表明，不仅在缔约之际无法精准地预知损失究竟是多少，而且在从合同缔结到事故发生的期间内，保险标的物的市场价值是变动不定的，其中主要影响因素包括保险标的物自身的折旧、物价的市场波动等，因此“被保险人的实际损失数额，只能是损失发生时损失地的市场价格”（约翰·伯茨，1987）。英国著名保险法学者 M·A·克拉克(2002)曾精辟地指出：“原则上，损失依据损失发生时财产的价值来计算。价值在合同订立后或者损失发生后发生了变化并不要紧。被保险人本来就只能对设备再使用几天了，或者因为设备被淘汰，或者因为已售出，都不重要。承保人的责任是补偿对财产的损失。因为损失的数额是在损失发生时计算的，合同缔结之时就提出将来的问题将会打开臆测的大门，这将使次要问题蒙蔽实际损失的问题。”

（二）定值保险对事后定损困境的弥补

从技术而言，由于不定值保险在某些场合往往会面临着“事后鉴价”的困境，故并非唯一可行的损失理算方式。不定值保险作为一种“事后估价”的损失理算方式，在操作上的可行性至少须同时满足以下条件：事后有客观市价可资参考，且操作上经济可行。但是，在下列情形之下，并不具备上述条件。（1）某些保险标的物本身并无客观市场价值可资事后估算损失。“某些保险标的物的价值，具有主观性，例如文稿、古董、照片……等，喜欢者视若拱璧，不喜欢者弃如敝履，这些价值具有主观性的保险标的物，若于保险事故发生之后，才鉴定其价值，由于缺乏市场价格可供参考，当事人间又见仁见智，价值流于主观，因此价格的鉴定，格外困难”（刘宗荣，2016）。（2）某些保险标的物虽然有客观市场价值可资事后估算损失，但是在操作上并不方便或者不经济。“某些保险——例如火灾保险和海上保险，于保险事故发生后，保险标的物或是已化为灰烬，或是已沉没海底，在保险事故发生后，要回头鉴定该保险标的物在保险事故发生时的价值，不但事实上有所困难，若勉强为之，鉴价所需要的费用，可能所耗不赀，而且保险事故既然已经发生，事涉保险给付的多寡，当事人对于保险标的物的价值，必然朝有利于自己的方向，全力争执，以至于案件的理赔，久悬不决”（刘宗荣，2016）。因此，若墨守不定值保险所要求的事后估价法则，在上述情形下被保险人似乎就不能获得保险保障，而往往此时对保险之需求可能更甚。

为了克服不定值保险之局限，自近代海上保险之初，就有以定值保险之方式对事后定损规则予以变通。“‘定值’保单是这样一种保单，即财产的全部价值由保险人与被保险人在保单起保之前协议确定，并且明确载明于保险单之中。如果保险标的发生全损，保险人应当支付的保险金数额就是保险人与被保险人协议确定的财产价值，而不是在损失发生时才确定财产的价值”（约翰·F·道宾，2008）。与不定值保险相比较，定值保险是将“保险合同缔结时约定的财产价值”，推定为“保险事故发生时财产的市场价值”，以避免“事后鉴价”的困扰。因此，定值保险作为“事后鉴价与定损”之保险理赔规则的一种变通方法，旨在“将双方从某一特定情形下关于价值的确定这一昂贵而繁琐的问题中解放出来”（Robert Merkin, 2010）。

（三）定值保险对传统法理之偏离及其立法规制

在定值保险情形下，容易导致高估财产价值，从而偏离保险损失补偿原则，诱发道德危险。我国早期保险法学者王孝通(1993)曾指出：“定值保险似与保险原理不符。盖保险所以赔偿损失，其数额于损害事由发生后始能知之。况物价变动靡常，预定之额，难期适当。若不定值保险，不评定于定约之际，而评定于损害发生之时，似较允当。”一个不争的事实是，通过约定方式所评定的财产价值，只能是主观性的而不是客观性的价值，容易导致价值高估从而形成“超额定值”，使得被保险人不当得利。正是从这一角度来看，有论者对定值保险的合法性提出质疑。稍显平和的观点认为，“综合起来看，定值保单的功过并没有定论”。略为偏激的观点则认为，“定值保单更容易引发道德危险；被保险人有足够的动力去恶意高估财产价值，这也使得财产被故意损毁的机会大增。考虑到公共政策对纵火行为的严重关切，取消定值保单法也许对社会大众更好一些”（小罗伯特·H·杰瑞、道格拉斯·R·里士满，2009）。

发端于20世纪之初现代保险立法，还是适度地承认了定值保险之合法性（樊启荣，2013）。从比较法的角度来看，各国或地区保险立法规制的重点，均在如何认定财产价值之约定的效力；不过，在具体规范设计上

并不一致,归结起来主要有三种立法例:

(1)被保险人欺诈使合同全部无效。主要为英国1906年《海上保险法》第27条等立法例所采。^①该立法例只注重考量被保险人在主观上是否具有欺诈之意图,而不顾过高约定价值所可能导致的道德危险之后果,诚如学者所言:“在被保险人无欺诈意图的情形之下,定值保单的核心观念可能在于一种‘粗略’的救济性平衡,……即为了达到这种救济性平衡,他所潜在的‘任何道德危险’都值得容忍。”(肯尼斯·S·亚伯拉罕,2012)这种规定虽然简明,但如何认定欺诈则较困难。

(2)“显著超额定值”使约定价值无效,但合同整体仍然有效。德国2008年《保险合同法》第76条、^②日本2008年《保险法》第18条第2款、^③以及韩国《商法》第670条^④等规定采此立法例。该立法例通过比较“事前约定价值”与“事后实际价值”之大小,以谋求定值保险所带来的理赔效率与可能导致的不当得利之间的衡平。如约定价值仅“略高于”保险事故发生时的实际价值,则法律容忍“以少许不当得利之小害,换取迅速理赔之大利”(江朝国,1996),不必重新鉴价,以实现定值保险所追求的“法律经济”之目的;但是,若约定价值“显著超过”保险事故发生的实际价值,则不得“只为遵循定值保险之小义,牺牲保险以填补实际损失为目的之大经”(刘宗荣,2016),应当否定“财产价值的约定”的效力,但合同整体仍然有效,即将定值保险回复到不定值保险,按事故发生时的实际价值重新计算损失。该立法例可能在理论上比较公平,但实务上如何确定“显著超额”之判断标准恐难以公认;加之要求事后重新鉴价,有使定值保险目的落空之虞。

(3)保险人事前应尽调查义务,否则事后不得否认定值保险之效力。该立法例为美国威斯康星等州《定值保单法》所采。按美国学者之解释,这种成文法之目的在于“为了避免损失发生时产生定价争议而鼓励保险人在投保阶段就对被保财产的价值进行调查”(肯尼斯·S·亚伯拉罕,2012)。该立法例可视为一种“倒逼”机制,即督促保险人通过事前调查而不是事后鉴价,以防止诱发道德危险,并减少事后鉴价之困扰与争议。其立法依据主要有二:从实务来看,“保险人似乎更愿意运用定值保单中超额投保的道德危险,而不愿意进行调查从而导致增加调查费用”(Robert E. Keeton,1971)。“这种做法鼓励保险人不经调查就签发保单,使得定值保险的立法目的落空”(小罗伯特·H·杰瑞、道格拉斯·R·里士满,2009)。从理论来看,“为什么‘定值保险单’(支付的金额事先确定)被认为是补偿合同呢?答案就是在定值合同的情况下,事先评估损失的价值比事后评估容易。事先,保险人会要求声明的价值合理并且会进行事先评估。像人寿保险这类非补偿合同中,不论事先事后,损失都难以衡量”(皮特·纽曼,2003)。

总之,定值保险只是为了避免事后鉴价的困扰和争议,使得补偿原则对效率原则所作的适度退让。从保险实务来看,这种做法在早期海上保险中被发展并一直沿用至今,但陆上财产保险仅限于艺术品和古董等特有情形。因此,“除了海上保险和一些特殊情况,定值保单在财产保险中的应用价值还是一个值得商榷的问题”(所罗门·许布纳,2002)。从保险立法来看,各国立法例虽不一致,但均有防止道德危险发生的机制,我国未来修订《保险法》时,亦应在定值保险中增设防范道德危险的规定,增加关于超额定值保险效力的内容,并对定值保险的适用范围以及适用条件作出明确限制。

① 参见英国1906年《海上保险法》第27条之规定:“(1)保险单可以是定值保单,也可以是不定值保单。(2)定值保险单指列明保险标的物的约定价值的保险单。(3)根据本法规定,在没有欺骗行为的前提下,不论损失是全损,还是部分损失,保单约定的价值,就是保险人与被保险人之间确定对标的物要保险的最后的可保价值。”

② 参见德国2008年《保险合同法》第76条之规定:“当事人可以约定一定的金额(估价)为保险价值。该估价除明显地逾越保险事故发生时真实的保险价值外,其也视为保险事故发生时被保险利益的价值。该估价虽过高,保险金额低于该估价者,保险人对于损害仅按保险金额对该价值的比例负责。”

③ 参见日本2008年《保险法》第18条第2款之规定:“存在约定保险价值的情形下,填补损害额应依照该约定保险价值计算。但是,约定保险价值明显超过保险价值的,填补损害额的算定以该保险价值为基础。”

④ 参见韩国《商法》第670条之规定:“当事人之间已定好保险价值时,推定该价值为保险事故发生时的价值。但是,该价值明显超过事故发生当时的价值时,应将事故发生当时的价值为保险价值。”

四、从扣除折旧向补偿折旧的递嬗：重置成本保险之盛行

前已述及,在不定值保险情形之下,损失须以保险事故发生时之财产的市场价值为依据来估算。在保险法理上,保险事故发生时之财产的市场价值是以“实际现金价值(Actual cash value)”之术语来指代,因此“实际现金价值的概念隐含于损失补偿原则中”(乔治·E·瑞达,2010)。在保险实务上,财产保险合同在许多形式下都规定:如果损失发生,给付的上限不超过损失发生时财产的“实际现金价值”(约翰·F·道宾,2008)。可以说,在保险损失补偿程度上,“实际现金价值”非常重要,该术语的含义一直以来是“保险司法解释的主题”,经历从传统到现代的重述。

(一) 实际现金价值及传统损失计量规则

由于实际现金价值作为保险学中的一个专业术语,并不是一般社会通用的概念,因此经常为被保险人有时甚至是保险从业人员所误解。在保险学的语境下,实际现金价值的定义,涉及到“重置成本”与“折旧”两个要件。重置成本通常指的是在损失发生当时重新置办相同类型、相同质量的标的所要花费的成本,会随着市场条件而发生上下波动的;而折旧是指损失发生时因标的的实际使用时间、使用的程度、老化的程度等因素所引起的贬值。须进一步指出的是,在保险学上,折旧作为一个限制损失的概念,与会计学上的概念不相同。在会计学上,折旧通常以财产的“原始成本”即“购置价格”为基础,根据该财产的“预计使用年限”定期按比例摊销原始成本,其财产的折旧期限是出于商业目的和税收考虑所制定的,与该财产的实际使用寿命几乎没有关系;而在保险学上,实际现金价值所采的折旧是以重置成本和财产使用寿命的估计作为基础的,而财产使用寿命的估计则必须考虑发生损失时受损财产已使用的年限、逐渐过时的情况、维护质量以及其他一些影响价值的因素。总之,在折旧率的计算上,保险采与会计不同的规则,其目的“主要是为了最大限度地实现补偿原则”(所罗门·许布纳,2002)。

传统保险立法例、学说与判例所共同遵循的观念是,实际现金价值是指损失发生时的重置成本减除折旧的净值,折旧不予以补偿。之所以主张保险损失补偿应当扣除“折旧额”,是因为传统保险法理认为折旧与保险事故之“偶发性”原则不符,不具可保性。“商业保险的本质特征是对偶然损失的偿付。偶然损失是作为一种可能性发生的不可预见或预期的损失。换句话说,损失必须是意外发生的。大数法则基于损失是意外的偶然发生的假设之上”(乔治·E·瑞达,2010)。而被保险财产的贬值或者折旧在本质上属于“非意外的”、“可预期的经济价值的减少”,其所引起的损失乃“事所必然”,而非偶然发生,因此不具备可保性,必须予以扣除。否则,要是强迫保险人对折旧或者贬值予以补偿的话,无异于将财产保险“等同于财产的质量和持久性的保证”(约翰·道宾,2008)。

(二) 对传统损失计量规则之质疑

20 世纪之初,由于人们对财产保险之保障需求的多元化,保险法学说与判例对“扣除折旧额”之传统补偿法则的合理性提出了质疑。首先,扣除折旧后的补偿金额,往往不能使被保险人恢复到未受损之前的经济或者生活状况(康雷闪,2015)。诚如国外学者分析指出:“财产价值是会随着时间的推移而减少的。如果被保险人投保时,财产已经出现折旧减值,那么发生全损以后,如果只有新置办同类的财产才能使保单持有人回复到损失发生前的经济地位的话,即便保险人履行了合同义务,被保险人也仍然有可能蒙受财务损失。他所损失的部分是重置成本与减值后价值之间的差额,这部分差额只能以他的个人财产来填补。”(Johnny Parker,1999)因此,“如果仅仅使用这种单一的‘重置成本减去折旧’之保险金给付方法,对被保险人来说,这种方法通常难以奏效”(约翰·道宾,2008)。其次,为了恢复到未受损之前的经济或者生活状况,被保险人不得不额外花费一笔费用。正如国外判例所言:“对于一个(私家)车库的主人而言,由于其使用了近 20 年的车库被火灾毁损进而需要一个新的车库。如果他仅能按照旧车库的市场价值获得赔付,那虽然他获得的赔付使他在损失后的净价值与损失发生前相同,但是他的生活处境却变得不如从前,因为他要么自掏腰包支付额外费用来建一个新车库,要么则不再拥有车库。”(肯尼斯·S·亚伯拉罕,2012)因此,“扣除折旧额等于强迫被保险人为‘改善(Betterment)’标的物而投资,可是这种改善的价格有可能是被保险人在损失后无力承

担的,这对他们来说可能是很不方便的”(M·A·克拉克,2002)。总之,重置成本扣除折旧的保险补偿方法,使得保险本身成为一种低效率乃至无效率的存在,倍受保险消费大众之诟病。

(三) 重置成本保险之滥觞及损失计量规则的重塑

针对上述质疑,现代保险法学说提出“重置成本保险”理论,以修正实际现金价值之传统定义,即实际现金价值就是重置成本,不应扣除折旧。“在保险价值评估过程中,应以‘重置成本’代替‘实际现金价值’,保险人必须支付用相似类型和质量的财产替换毁损财产所需要的费用,而不扣减任何由于贬值或者荒废而导致的折旧”(贝纳德·L·威布、亚琴·L·福里特纳、杰罗姆·特鲁品,2003)。重置成本保险理论是以“折旧仍具可保性”为观念支撑的;而对标的物折旧的可保性之验证,关键的问题在于重置成本保险所采之“以新换旧”的补偿方式,是否必然使标的物本身的质量或者性能得到“改善”,从而使被保险人获有不当得利?常识表明,结论并非完全如此。以汽车的部分损失为例,车身修理过后,锈蚀的速度有可能比正常情况要快,重新刷上的车漆经过一段时间以后也会呈现色差,修理过的部位也不会跟原来一样光亮,这种种因素都会降低车子日后(如果不是现在)的转售价格,因此也是被保险人的损失(小罗伯特·H·杰瑞、道格拉斯·R·里士满,2009)。上述现象,我国台湾地区著名保险法学者刘宗荣教授将其称之为“‘新、旧轮胎单独估价时,价值悬殊’与‘新、旧轮胎装上车辆时,价值近似’的吊诡”(刘宗荣,2016):汽车轮胎发生事故,保险人以新轮胎替换旧轮胎,一般认为新轮胎的价值必然高于旧轮胎,但是若将“新轮胎装上旧车体”与“旧轮胎装上旧车体”予以比较,在市场上,一般人认为轮胎新旧对价格有何影响,其结果:若将轮胎与车体分开,因轮胎得单独为交易客体,新轮胎的价值远逾旧轮胎,势必发生保险人以新轮胎为保险给付时是否必须扣除旧轮胎的折旧,以免被保险人发生不当得利的问题。若将轮胎与车辆结合为一体,由于轮胎新旧并不影响“轮胎装上车体”结合后的价值,因此将不发生是否必须扣除旧轮胎折旧的问题。正是从这一角度而言,可以说“保险人支付更新被损物的费用的现代‘以新换旧’保险单,仍然还是一个补偿保险单”(约翰·伯茨,1987)。也就是说,重置承保保险并非对“物”本身的保险,而是承保应该称为“重置利益”的特殊保险利益的一种保险,依此解释,当不与禁止不当得利的原则相抵触。

从现代保险立法趋势来看,重置成本保险逐渐获得法律的承认。重置成本保险之施行肇始于德国,于1928年首次获得德国主管官署的核准(吴荣清,1992);其后,法国、瑞士、日本等国,也相继开办重置成本保险。瑞典于1980年颁行的《消费者保险契约法》中,直接规定在房屋火灾保险等险种中,当被保险人的建筑物因火灾毁损时,由保险人直接补偿被保险人新建筑物(汪信君,2011)。2008年德国修改《保险合同法》时,于该法第88条再次确认重置成本保险之合法性,该条文规定:“除非双方当事人另有约定,保险价值应当被认定为保险事故发生时替换或者修理费用减去保险标的物折旧之费用。”不庸讳言,重置成本保险极易诱发道德危险,需要通过完备的保险立法或合同条款予以防止。有国外学者分析指出:“重置成本计算法则有可能对被保险人非常有利,正是这一点使得重置成本法则饱受争议:计算损失时如果不考虑折旧,就会使得被保险人在损失发生之后反而处在更好的经济地位,这是违反补偿原则的。重置成本只要高出‘真实’价值,这就会制造出道德风险,因为保险人的赔付款会超过财产的价值;被保险人有可能因此积极地设法毁坏老旧的财产,迫使保险人对其进行修复,从而延长财产的使用年限。”(小罗伯特·H·杰瑞、道格拉斯·R·里士满,2009)纵观保险业先进国家或地区之实务,为了有效地规避这一新型的道德危险,保险人在合同中大多约定有以下条款:(1)除非发生实际的重置,否则只给付实际现金价值。其规制目的旨在督促被保险人应及时履行重置义务。(2)应当按照同类、同质量的物品进行重置或修复。其规制目的旨在避免被保险人以重置为名、行过度改善或改进之实。(3)折旧性显著之物件、不予使用的物品、呆料、废弃物等,均予以除外不保。其规制目的旨在防止被保险人之欺诈。上述诸端,德国于2008年修改《保险合同法》时予以明文,该法第93条规定:“根据保险合同的约定在重置或修理保险标的物的情形下,如果保险人仅有义务支付部分赔偿金,则除非重置或修理要求得到保险人的同意,否则投保人不能要求保险人承担超过保险价值的赔偿责任。如果由于投保人的过错导致保险标的物无法在合理期间内得到重置或修理,则投保人应在扣减保险价值后将保险金返还保险人。”

总之,正如学者总结所言:重置成本型保单是很有价值的一类保险产品。对于非独一无二的商品而言,日益流行的重置成本型保险单使得定值保单所引起的争议越来越没有意义了(小罗伯特·H·杰瑞、道格拉斯·R·里士满,2009)。因此,未来我国《保险法》修改时,应参酌国外保险业发展之趋势,将重置成本保险纳入其中。

五、代结语:保险损失补偿原则的“第二次勃兴”

保险损失补偿原则从传统到现代之修正的动因,根源于社会经济的变迁。古语云:法与时转,则治。法与世宜,则有功。保险法上损失补偿观念之确立,肇始于12世纪末13世纪初的海上保险,大约于16世纪普及到陆上的财产保险;保险损失补偿原则所衍生的制度与规则体系的第一次勃兴,大约在17世纪中、后期;其中,英国在这一时期保险判例所确立的规则,影响了两大法系主要国家的保险立法。正如上个世纪英国学者所指出的那样:“人们有理由怀疑,适合于17世纪商业要求的损失补偿规则,是否能公平地被期望有足够的灵活性,使之本身适合于19世纪或20世纪的损失补偿需求。”(奥梅、希尔,2002)因此,保险损失补偿原则的制度体系,想要经过漫长的时间推移仍能保持活力,就必须有接纳变化的灵活性;想要在当前仍持续变化的环境下寻找解决一系列不同问题的对策,这种制度体系得富有创造性。

保险损失补偿原则从传统到现代之修正的动力,最初源自于保险业者自主创新。纵观前述保险委付、追溯保险、定值保险及重置成本保险等四大制度之形成,无不隐含着“当事人约定”这一共同的因素,均为当事人双方通过合同条款对传统保险法上严格意义的损失补偿原则予以变通的结果。保险业者的实践推动保险法学说的发展与立法的改革,通过修正损失之定义及其量度规则来满足不同的险别之要求,通过调适补偿之观念来适应多元化的补偿需求。观念的更新与法律的改革缓解了传统严格意义的补偿原则在承保与理赔中的技术性困境,方便了损失补偿原则的实施,促进了保险理赔的迅捷与经济,保险的损失补偿功能也得到更加充分的发挥。

保险损失补偿原则从传统到现代之修正的动向,并非意味着“补偿原则是一项可以由保险合同的多数当事人选择适用的可有可无的原则”(皮特·纽曼,2003),而是以合同的“效率原则”对“补偿原则”予以合理地补充。传统保险法学说及判例所确立的损失补偿以损失发生为先决条件、以损失金额为补偿依据、补偿金额不得大于保险利益以及保险金额为保险人合同义务的最大值等规则,以今天的眼光看,仍然是保险损失补偿原则的基本精髓,不得以合同予以变更。因此,诚如有学者所言:“迄今为止,保险法离了损失补偿原则不能施行;不过,在保险立法及其学理上说,损失补偿原则应被赋予更广泛的意义,以顺应潮流并为保险实践所接受。损失补偿原则不只有唯一的含义,它不但意味着严格的和法定的补偿,而且意味着习惯性和契约式的补偿。在法律许可的前提下,损失补偿原则可被双方当事人赋予他们想赋予的意思。”(Jp Van Niekerk, 1996)

总之,保险损失补偿原则从传统到现代之修正,是对其理论基础、制度体系与规则体系的重构,可以说是保险损失补偿原则的第二次勃兴。

[参考文献]

- [1] 陈顾远. 保险法概论[M]. 正中书局,1946:232.
- [2] 樊启荣. 论定值保险之合法性及其边界——以《中华人民共和国保险法》第55条第1、2款为中心[J]. 法商研究,2013,(6).
- [3] 江朝国. 保险法论文集(一)[M]. 台湾瑞兴图书股份有限公司,1996:92.
- [4] 康雷闪. 我国保险损失计量规则之反思与重构——以美国司法裁判中对“实际现金价值”的解读为借鉴[J]. 保险研究,2015,(10).
- [5] 刘宗荣. 保险法:保险契约法暨保险业法. 自版,2016:375.
- [6] 汪鹏南. 海上保险合同法详论[M]. 大连海事大学出版社,1996:48.
- [7] 汪信君. 欧洲保险契约法之统合与原则之发展——以损失填补原则为中心[A]. 林勋发教授六秩华诞

祝寿论文集编辑委员会. 保险法学之前瞻[C]. 元照出版有限公司, 2011:20.

- [8] 王孝通. 保险法论[M]. 上海法学编译社, 1933:63.
- [9] 吴荣清. 财产保险概要[M]. 三民书局, 1992:85-86.
- [10] 杨仁寿. 上保险法论[M]. 三民书局, 1996:441-443.
- [11] [加拿大]威廉·台特雷. 国际海商法[M]. 张永坚译. 法律出版社, 2005:497-498.
- [12] [美]G·吉尔摩、C·L·布莱克. 海商法(上)[M]. 杨召南等译. 中国大百科全书出版社, 2000:98.
- [13] [美]贝纳德·L·威布、亚琴·L·福里特纳、杰罗姆·特鲁品. 商业保险[M]. 余小东等译. 北京大学出版社, 2003:37.
- [14] [美]肯尼斯·S·亚伯拉罕. 美国保险法原理与实务[M]. 韩长印等译. 中国政法大学出版社, 2012:239.
- [15] [美]马克·S·道弗曼. 风险管理与保险原理[M]. 齐瑞宗等译. 清华大学出版社, 2009:20.
- [16] [美]皮特·纽曼. 新帕尔格雷夫法经济学大辞典(第二卷)[Z]. 许明月等译. 法律出版社, 2003:379-380.
- [17] [美]乔治·E·瑞达. 风险管理与保险原理[M]. 刘春江等译. 中国人民大学出版社, 2010:226.
- [18] [美]所罗门·许布纳. 财产和责任保险[M]. 陈欣等译. 中国人民大学出版社, 2002:180.
- [19] [美]小罗伯特·H·杰瑞、道格拉斯·R·里士满. 美国保险法精解[M]. 李之彦译. 北京大学出版社, 2009:327.
- [20] [美]约翰·F·道宾. 美国保险法[M]. 梁鹏译. 法律出版社, 2008:230.
- [21] [日]加藤修. 国际海上运输货物保险实务[M]. 周学业、王秀芬译. 大连海事大学出版社, 1995:348.
- [22] [英]M·A·克拉克著. 保险合同法[M]. 何美欢等译, 北京大学出版社, 2002:386.
- [23] [英]奥梅·希尔. OMAI 海上保险——法律与保险单[M]. 郭国汀等译, 法律出版社, 2002:505.
- [24] [英]哈罗德·A·特纳. 海上保险原理[M]. 李学锋等译. 中国金融出版社, 1987:37.
- [25] [英]约翰·伯茨. 现代保险法[M]. 陈丽洁译. 河南人民出版社, 1987:183.
- [26] Johnny Parker, Replacement Cost Coverage: A Legal Primer, Wake Forest Law Review, Summer 1999.
- [27] Jp Van Niekerk, Maintaining the Principle of Indemnity: Theory and Practice, J. S. Afr. L. 1996. 3.
- [28] Robert Merkin, Colinvaux's Law of Insurance, London: Sweet & Maxwell, 2010:326.

From Tradition to Modernity: The Updating of the Insurance Principle of Indemnity

LIU Yulin, KANG Leishan

(The Law Department of China University of Petroleum, Shandong Qingdao 266580)

Abstract: The definition and measurement of loss are crucial for implementing the principle of indemnity in the insurance sector. The insurance law and its theories have updated the principle of indemnity many times during its long evolution from tradition to modernity, and produced many specific systems, such as abandonment, retrospective insurance, valued insurance and replacement cost insurance. The purpose of the updating is to change the strict stipulation, and to allow the parties to modify the form, range and measurement standard of loss by the clauses of the contract. The nature of such updating is not to replace the principle of indemnity with the clauses of contracts, but represents the second reformation of the principle of indemnity. The value of the updating is to answer the diversified needs of the insured by the elasticity of the law, realize rapid and economical claims settlement, and realize the full play of the function of the indemnity principle.

Key words: indemnity; abandonment; retrospective insurance; valued insurance; replacement cost insurance

[编辑:郝焕婷]