

保险人不当理赔行为的救济路径

武亦文 杨 勇

【摘 要】 保险合同义务履行的特殊性、保险合同当事人之间的利益冲突是保险人不当理赔行为的重要原因。诚信善意和公平交易义务不足以证成保险人恶意侵权救济规则的确立,信托关系理论在解释恶意侵权救济规则时亦存在理论困境,保险人恶意侵权救济规则的确立建立在合同法救济不足基础之上。在我国法中,若保险人违反及时核定义务、保险金赔付义务、抗辩义务及和解义务,被保险人对其所遭受的损害可通过合同法予以救济。精神损害赔偿、惩罚性赔偿并不构成我国合同法救济路径的障碍。针对保险人的不当理赔行为,虽然存在适用侵权法救济路径的可能性,但并不具有任何优势。

【关键词】 恶意侵权;违约责任;救济路径;理赔义务

【中图分类号】 D922.284 【文献标识码】 A 【文章编号】 1004-3306(2018)07-0114-14

DOI: 10.13497/j.cnki.is.2018.07.010

一、问题的提出

保险合同中,保险人负有危险承担的主给付义务,而危险的现实化表现为保险事故的发生,此时保险人所承担的主给付义务转化为填补被保险人所受损失。但是,保险业面临的一个顽疾即在于“购买保险易、保险理赔难”(白江 2014)。^①其中一个很重要的原因在于:尽管保险合同会对当事人的权利义务进行明确约定,但是,由于保险合同具有很强的附合性,投保人无法与保险人充分自由地进行协商,对于双方权利义务的约定,在很大程度上取决于保险人一方,通常情形下,保险合同对于保险人所负担的理赔义务并不会清晰地予以约定(李志峰 2013)。^②而一旦发生保险事故,若保险人无正当理由而拒绝向被保险人履行保险理赔义务,此种行为即为不当理赔行为,例如:在保险事故已发生后明确否定事故的真实性。^③

依据《保险法》第 23 条,若保险人违反理赔义务,“除支付保险金外,还应当赔偿被保险人或者受益人因此受到的损失。”此处应赔偿的损失范围亦有不明之处。在理论界,已有部分学者意识到了保险理赔问题的症结所在,并主张引介美国所发展出的恶意侵权救济规则,^④以弥补违约责任救济范围过于狭隘之不足。然而,在我国法中,既有的合同责任救济路径是否存在类似美国法中合同法救济不足的问题?进而,如果合同法救济路径确实存在不足,又是否存在引介美国法中恶意侵权救济规则之必要?

保险是风险分散之工具,经济补偿是现代保险服务业的基本职能之一(吴传俭 2015),被保险人因保险事故而发生的损失能否顺利得到理赔,影响着保险制度在现代风险社会中的功能发挥,也是保险消费者权益保护的核心所在。既有的研究视角多集中于对比较法的介绍,而缺少同本土法相结合的分析,制度的借鉴与移植必须充分植根于本国既有法律体系,否则,将会产生类似“南橘北枳”现象的制度困境。有鉴于此,本文在分析保险人不当理赔形成原因基础上,回归到恶意侵权救济规则发源地的美国法之中,揭示美国判例法发展出恶意侵权救济规则的动因,并将保险人恶意侵权救济规则置入我国法语境下考察是否存在引介该规则

【基金项目】 本文为教育部人文社会科学研究青年基金项目“保险交易中信息不对称的法律规制研究——以保险消费者保护为中心”(项目批准号:14YJC820057)的阶段性成果,同时也是武汉大学 2018 年自主科研项目(人文社会科学)研究成果,得到“中央高校基本科研业务费专项资金”资助。

【作者简介】 武亦文,法学博士,武汉大学法学院副教授;杨 勇,武汉大学法学院民商事法律科学研究中心研究人员。

的必要性。

二、保险人不当理赔成因分析

(一) 保险合同约定的不完备性

保险合同为典型的双务合同。因此,保险合同应当对投保人与保险人双方的权利义务作出明确约定。但是,保险合同对于双方权利义务的约定往往又是不完备且不对等的。首先,不同于通过反复磋商订立的一般民事合同,保险合同具有很强的附合性,投保人的自由意志无法得到充分的表达。其次,保险具有很强的专业性与技术性,对于保险消费者而言,其无法确定保险理赔的具体要求,即使存在投保人与保险人自由协商的空间,但“知识”层面的劣势使得投保人无法确知应在保险合同中作何种约定以使将来的保险理赔顺利进行。因此,在最终签订的保险合同中,保险人对投保人所负的义务虽然得到了明确约定,但在保险事故发生后,保险人应如何完全履行其对被保险人所负的理赔义务却并不明晰(Jay M. Feinman 2012)⁷¹⁰。再者,在保险合同中,当事人的义务履行存在时间差,保险人所承担的理赔义务发生于投保人缴纳保险费之后。在保险人不履行理赔义务时,投保人一方由于已经履行了其所负担的主给付义务,就无法再利用一般双务合同中所存在的同时履行抗辩权与先履行抗辩权来保障自己的合同债权得以实现(Jay M. Feinman 2012)⁷¹⁵。

(二) 保险合同当事人之间的利益冲突

在普通财产保险等第一方保险中,若满足保险合同所约定的赔付条件,则保险人需对被保险人遭受的损失予以填补,当不存在侵权第三人时,由保险人对被保险人所遭受的损害承担终局责任;若不满足保险合同所约定的赔付条件,则应由被保险人自己承担所遭受的损失。因此,最终承担损失之主体要么是保险人,要么是被保险人。由于保险人与被保险人之间的利益关系呈现为紧张的对立状态,基于对自身最大利益的追求,保险人有充足的动力去否认保险事故的发生。

而在责任保险中,保险人与被保险人之间同样存在着利益冲突。在诉讼过程中,对于被保险人而言,只要第三人提出的和解金额低于保险合同约定的保险金额,由于被保险人所负担的责任最终将转由保险人承担,此时被保险人就更倾向于接受和解提议。相反,拒绝和解则意味着:被保险人不仅需要承担诉讼所带来的诉讼费用以及时间成本,同时还可能承担超出保险金额的赔偿责任。但是,对于保险人而言,其仅需在合同约定的保险金额范围之内承担保险责任,若第三人提出的和解金额在保险金额范围之内,此时保险人便更可能倾向于采取拒绝和解的策略,因为拒绝和解存在两种结果:其一是第三人败诉,此时保险人不需承担被保险人对于第三人的损害赔偿赔偿责任;其二是第三人胜诉,保险人也仅需在保险金额范围之内承担保险责任。无论最终的结果属于这两类情形中的哪一类,保险人选择拒绝和解都是最优策略(深泽泰弘 2016; 菊地秀典 2006)。此时,保险人可以被保险人的利益作为自己博弈的筹码,但却无需承担相应的代价。

① 近几年来,保险会等保险业监管部门针对保险理赔中所出现的问题,专门印发了多份指导文件,例如《关于进一步规范保险理赔服务有关事项的通知》(保监寿险〔2016〕131号)、《保险小额理赔服务指引(试行)》(保监消保〔2015〕201号)、《机动车保险理赔基础指标第1号(试行)》(保监发〔2015〕27号)等。学者调查结果显示,有的保险公司甚至将降低“赔付率”作为绩效考核的一个主要指标。参见黄丽娟、谭媛媛《惩罚性赔偿机制在保险人恶意理赔情形下的嵌入研究》,载《保险研究》2016年第4期,第92页。

② 本文中的理赔义务不仅指代狭义层面的保险金赔付义务,还涵盖保险事故及时核定义务、责任保险中的抗辩义务及和解义务。

③ 有学者概括为保险人的理赔行为缺乏法律正当性或事实正当性。参见黄丽娟《保险人恶意不当理赔的法律规制——从违约责任到侵权责任》,载《法商研究》2016年第5期,第29-30页。

④ 保险人不当理赔案件中的恶意侵权救济规则已经得到了绝大多数州的承认,这一制度并非某一州所特有,在此意义上讲,本文将保险人不当理赔案件中的恶意侵权救济规则定位为美国法中的制度并无不妥。See Douglas R. Richmond, Bad Insurance Bad Faith Law, 39 Tort Trial & Insurance Practice Law Journal 4 (2003)。

正是基于上述原因, 保险人不当理赔行为大量存在, 这不仅损害了保险消费者的利益, 更影响着整个保险行业的健康发展。

三、保险人不当理赔行为救济路径的美国法考察

在美国, 保险人不当理赔同样是保险业中存在的一大顽疾。起初, 不当理赔案件中被保险人的救济手段限于违约责任, 也即要求保险人对被保险人可获得的履行利益进行赔偿(Jay M. Feinman 2012)⁶⁹⁴。由于违约责任所提供的救济并不充分, 在十九世纪二三十年代, 判例法逐渐发展出了保险法上的恶意侵权救济规则(Jay M. Feinman 2012)⁶⁹⁶。早期, 恶意侵权救济规则适用于第三方保险领域内,^①之后, 这一规则逐渐被扩展到第一方保险合同中。^②

在满足何种条件时保险人不当理赔才构成侵权, 须结合主观标准与客观标准进行判定。首先, 在主观标准层面, 保险人主观上应表现为故意或过失(Schwartz et al. 2009)。不同地区的法院在这一问题上存在分歧, 有的法院认为纯粹的过失亦存在构成侵权的可能性;^③有的法院则坚持只有保险人故意不当理赔才能构成侵权。^④其次, 在客观标准层面, 保险人的拒赔行为应当不具备合理基础。例如, 在责任保险中, 如果法院很可能判决被保险人承担超过保单赔付限额的赔偿金, 而保险人却明确拒绝第三人提出的不超过保险赔付数额的和解提议, 则保险人的拒绝和解行为不具备合理基础。^⑤

(一) 诚信善意和公平交易义务: 证成恶意侵权救济规则的障碍

许多学者及美国法院判例认为, 保险人的不当理赔行为之所以能够构成恶意侵权, 主要是基于保险合同中所隐藏的诚信善意和公平交易义务(马齐林 2015)。按照这一理论, 保险人的理赔义务是建立在诚信善意和公平交易义务基础之上的, 而合同中所隐藏的这一义务具有法定义务的性质, 因此, 若保险人违反理赔义务, 则不当理赔行为因违反法定义务而构成侵权。^⑥按照大陆法系的思维路径, 违约责任与侵权责任的区分标准之一即为所违反的义务到底是约定义务还是法定义务, 违约责任对应于约定义务的违反, 侵权责任对应于法定义务的违反(王利明 2002)。如果以所违反义务的性质来界定所产生责任的属性, 保险人恶意不当理赔行为构成侵权似乎也能够寻找到成文法的支撑。比如, 《美国统一商法典(2014) 》明确将诚信善意和公平交易义务定义为“事实上的诚实、遵循公平交易的合理商业标准”。^⑦而且, 《美国合同法(第二次) 重述》也对诚信善意和公平交易义务作了描述性定义: 忠于已经达成一致的目的(莱茵哈德·齐默曼等, 2005), 强调与合同另一方的正当期待相符合, 同时排除了违反公平、合理标准的恶意行为(bad faith)。^⑧

笔者认为, 虽然保险人的理赔义务的确来源于诚信善意和公平交易义务, 但这并不表明保险人对此义务的违反所承担的责任就为侵权责任。

首先, 尽管成文法对诚信善意和公平交易义务作了明确规定, 然而, 这并非意味着诚信善意和公平交易这一义务就可被定位为侵权法意义上某一行为主体所负有的法定义务。即使此项义务实际上是一项隐藏于

① See *Comunale v. Traders and General Insurance Company* 50 Cal 2d 654 328 P. 2d 198 (1958) .

② See *Gruenberg v. Aetna Insurance Co.* 510 P. 2d 1032 (Cal. 1973) .

③ See *Comunale v. Traders and General Insurance Company* 50 Cal 2d 654 328 P. 2d 198 (1958) ; *Cotton States Mut. Ins. Co. v. Brightman* 580 S. E. 2d 519 (2003) .

④ See *Anderson v. Continental Ins. Co.* 271 N. W. 2d 368 (Wis. 1978) .

⑤ See *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell* 538 U. S. 408 (2003) .

⑥ See *Fletcher v. Western National Life Ins. Co.* (1970) 10 Cal. App. 3d 376 [89 Cal. Rptr. 78] ; Richard B. Graves III , Comment , Bad Faith Denial of Insurance Claims: Whose Faith , Whose Punishment? An Examination of Punitive Damages and Vicarious Liability 65 Tulane Law Review 395 397 (1990) ; 深澤泰弘 《米国における不誠実な契約違反という不法行為について——不当な保険金支払拒絶における保険者の責任》, 《生命保険論集》第 161 号, 第 2 页。

⑦ U. C. C. § 1-201(20) (2014) .

⑧ Restatement (Second) of Contracts § 205 (1981) .

合同当中的默示条款,那么诚信善意和公平交易义务也仅仅是一类合同层面的约定义务(Douglas R. Richmond, 1996)。故而,依据传统规则,合同当事人如果违反诚信善意和公平交易义务,也仅须承担合同责任(丹·B.多布斯 2014)¹¹¹¹。其次,诚信善意和公平交易义务同大陆法系之中的诚信原则具有相似的功能。合同是当事人意思自治的产物,双方当事人所具备的理性是有限的,因而导致了合同约定的不完备性(Robert E. Scott, 2003)。而诚信善意和公平交易义务实质上发挥着合同漏洞填补的作用。^①但即便如此,对合同的漏洞填补也应当在合同法的框架下进行。再次,诚信善意和公平交易义务并非仅仅存在于保险合同中,《美国合同法(第二次)重述》对此项义务作了明确规定,这说明这一义务存在于各种类型的合同之中。然而,具体到其他类型的合同中,例如雇佣合同,尽管美国法院也会承认雇主解雇雇员的行为在一定条件下构成侵权,但这并非建立于诚信善意和公平交易义务的基础之上,公共政策才是其主要考量依据(丹·B.多布斯 2014)¹¹¹⁴⁻¹¹¹⁵。

综上所述,诚信善意和公平交易义务并不足以证成保险人不当理赔案件中恶意侵权救济规则的合理性。

(二) 信托关系理论:解释恶意侵权救济规则的困境

通说认为,由于保险合同的缔结,被保险人与保险人之间产生了一种信托关系,^②保险人扮演着类似于受托人的角色(Goodman et al., 1974)。根据《美国侵权法(第二次)重述》第 874 条,若一方违反基于信托关系所产生的义务而给对方造成损害,应对相对方承担相应责任。其评论进一步指出:若受托人违反了其所应承担的义务,将会构成侵权。^③因此,对于法官或学者而言,如果能够将保险人与被保险人之间的关系解释为一类信托关系,自然也就很容易将保险人不当理赔行为解释为一类侵权行为。然而,保险人与被保险人之间的关系同信托关系具有很大的差异,以信托关系理论来解释保险人不当理赔案件中的恶意侵权救济规则也面临着困境。

第一,在第一方保险中,保险人与被保险人之间的利益关系呈现为对立状态,这不同于信托关系中受托人需将受益人利益置于第一位的特点,即使是在第三方保险中,保险人也不需将被保险人利益置于首位,而只需同等对待保险人自身利益及被保险人所享有的利益(Barker et al., 1989)。

第二,于责任保险场合下,在被保险人与第三人的诉讼过程中,即使保险人负有抗辩义务,被保险人也仍然能够参与诉讼抗辩进程,甚至可以独立雇佣律师来提供抗辩服务。然而,在信托关系中,受托人对于事务的处理享有排他的支配权,这同保险人与被保险人之间的关系具有明显差异,如果保险人与被保险人之间成立信托关系,那么保险人对于诉讼进程应享有绝对的主导权。^④

第三,在保险资金的运用方面,保险费属于保险资金来源的一部分,而保险资金的运用构成保险公司利润的两大来源之一(郭金龙等 2009),保险人可以使用保险费进行投资以增强保险人自身的经济实力。^⑤但是,信托关系中的受托人不能运用受益人的资金来从事谋利活动。^⑥

因此,仅以信托关系理论来解释保险人不当理赔案件中的恶意侵权救济规则也是不充分的。

(三) 功能主义导向:确立恶意侵权救济规则的动因

基于上述分析,在此不得不反思的是,既然诚信善意和公平交易义务以及信托关系理论均无法有力地证成保险人恶意侵权救济规则,那么,为何美国法将此种本应由合同法解决的问题拓展到侵权法的管辖范围之

① See Love v. Fire Insurance Exchange 271 Cal. Rptr. 246 (Ct. App. 1990) .

② See Freeman v. Leader Nat. Ins. Co. , 58 S. W. 3d 590 (Mo. Ct. App. 2001) ; Eugene R. Anderson , James J. Fournier , Why Courts Enforce Insurance Policyholders' Objectively Reasonable Expectations of Insurance Coverage 5 Connecticut Insurance Law Journal 385 (1998) .

③ Restatement of the Law (Second) of Torts § 874; Deborah A. DeMott , Breach of Fiduciary Duty: On Justifiable Expectations of Loyalty and Their Consequences 48 Arizona Law Review 927 (2006) .

④ See Bernhard v. Farmers Ins. Exchange 915 P. 2d 1285 (1996) .

⑤ See Love v. Fire Insurance Exchange 271 Cal. Rptr. 246 (Ct. App. 1990) .

⑥ See e. g. , Estate of Evans (1944) 62 Cal. App. 2d 249 258 [144 P. 2d 625] .

内?事实上,保险人不当理赔案件中的恶意侵权救济规则之所以能够确立,是因为合同责任救济路径无法为被保险人提供充分的保护。^①故此,为应对合同法救济路径的不足,法院转向了侵权责任。

首先,保险合同具有很强的附合性,相较于保险人,被保险人处于天然的弱势地位。如果保险人违反理赔义务,会侵害本就处于弱势地位的被保险人的利益,将保险人的不当理赔作为一类特殊侵权行为来处理,可以更好地维护被保险人的利益,纠正保险人与被保险人之间失衡的法律关系(Matthew J. Barrett, 1985)。此外,保险人不当理赔行为大量存在,不仅会损害合同相对方的利益,还会影响保险行业正常发展(郑言等, 2012)。保险业的持续发展依赖于保险人所体现出的信用,保险业具有准公共性质,如果放任保险市场中的不当理赔行为,保险人很有可能会丧失保险消费者的信赖。

其次,由于保险合同义务履行的特殊性,在投保人缴纳保险费后,被保险人并无同时履行抗辩权等防御手段为自己的索赔提供保障,因而保险人不当理赔行为极易产生,侵权法实质上能够预防保险人实施此种行为。自侵权法所具有的功能观察,侵权法除了具有补偿功能外,也具有惩罚与威慑功能(程啸, 2009)。在美国法中,之所以将保险人不当理赔行为认定为侵权行为,主要即在于令保险人对其不当理赔行为承担侵权责任,以抑制保险人不当理赔行为的产生(深泽泰弘, 2007)。而反观合同法,违约责任并不能遏制保险人的不当理赔行为,更有甚者,美国法中的效率违约理论在某种程度上鼓励了当事人的违约行为,如果合同当事人的履约成本大于履行合同义务带给非违约方的收益时,履行合同义务反而无法促进社会整体财富的增加,此时合同法会倾向于鼓励合同当事人违约(Glenn Edward Tremper, 1987)。

最后,被保险人一方能够透过侵权之诉获得在合同之诉中无法获得的赔偿(Haley et al., 1990)。在合同法框架内,损害赔偿是补偿性的(Jeffrey W. Stempel, 2007),受到可预见性规则的约束(詹姆斯·戈德雷, 2007),同时无法诉请精神损害赔偿以及惩罚性赔偿。根据《美国合同法(第二次)重述》第355条的规定“在违反合同之诉中,不得诉请惩罚性损害赔偿,除非是违反合同义务的同时也构成独立的侵权行为。”^②由于合同法对被保险人所提供的救济是有限的,因而法院才逐步转向侵权责任。在侵权法的架构下,被保险人可请求保险人对其所遭受到的精神损害予以赔偿。而且,保险人还可能承担惩罚性赔偿责任,而此种惩罚性赔偿远远超过保险人所应支付的保险金。此外,按照美国侵权法中的一般规则,受害人通常无法请求保险人赔偿其所支出的律师费(马格努斯, 2009; 郭明瑞等, 2009),而在保险人不当理赔案件中,法院突破了侵权法中的这一规则,允许被保险人诉请保险人对其所支出的律师费进行赔偿。^③此种律师费并非被保险人抗辩第三人所支出的费用,而是被保险人为了获得保单项下的保险赔付而对保险人提起诉讼所支出的律师费,此项费用支出类似于侵权诉讼中受害人因身体权、健康权等权利受侵害后所支出的医疗费(约翰·F. 道宾, 2008)。这也从侧面反映出,法院之所以将保险人不当理赔行为作为侵权行为来处理,其最终目的实际上是为了对被保险人提供更为充分的救济。由于传统的合同责任力有不逮,因而需借助于侵权法的救济路径。

上文对保险人不当理赔案件中恶意侵权救济规则确立动因的考察,意在阐明:法院之所以发展出恶意侵权救济规则,主要是为了对被保险人这一非违约方提供充分的救济,而合同责任无法圆满解决这一问题。

因此,在探讨我国是否应该借鉴美国法中保险人不当理赔案件中的恶意侵权救济规则时,需结合我国合同法等相关法律规范分析合同责任在对被保险人提供救济这一问题上是否存在缺憾,如果合同责任能够对被保险人提供充分救济,则不必绕道侵权责任这一救济路径。

① 相反,在其他合同中,法院很少会承认合同当事人对诚信善意和公平交易义务的违反构成侵权。See Matthew J. Barrett, “Contort”: Tortious Breach of the Implied Covenant of Good Faith and Fair Dealing in Noninsurance Commercial Contracts – Its Existence and Desirability 60 Notre Dame Law Review 520 (1985)。

② Restatement (Second) of Contracts § 355 (1981)。

③ See Brandt v. Superior Court (1985) 37 Cal. 3d 813, 210 Cal. Rptr. 211; 693 P. 2d 796; Mustachio v. Ohio Farmers Ins. Co., 44 Cal. App. 3d 358。

四、保险人不当理赔行为规制路径的本土探析之一：合同责任救济路径的证成

当保险事故发生后,保险人负有理赔义务,这一义务属于合同义务,不过,在大陆法系语境中,保险合同当事人为投保人与保险人,而被保险人以及受益人等第三人仅为保险合同关系人,在保险人违反理赔义务时,如果遵循合同相对性原理,被保险人似应无权直接请求保险人承担违约责任。但基于保险合同的特殊性,投保人并不享有保险合同项下的权利而仅负有支付保险费的义务,而保险人所负义务对应的合同权利主体为被保险人,若保险人违反理赔义务进而产生第二次义务——责任,此时被保险人有权直接请求保险人承担违约责任,这一点在保险合同中并无争议。

(一) 被保险人财产损害的赔偿

由于保险人所负有的理赔义务实质上是多项义务的组合,故而,在保险人违反理赔义务时,针对被保险人可诉诸的救济措施,需结合保险人所违反的具体义务进行判断。

1. 违反及时核定义务

由于保险合同具有较强的专业性,对被保险人或受益人而言,在保险事故发生后,其无法准确判断所遭受的损害是否应由保险人进行赔付,此时需要保险人这一专业机构进行核定,保险人所承担的调查义务相当于基于诚实信用原则而产生的附随义务,此种附随义务是为了辅助被保险人或者受益人履行利益的实现。^①若保险人违反对保险事故的及时核定义务,此时,保险人应承担何种类型的违约责任?

自《保险法》第23条观察,针对保险人违反及时核定义务的行为,保险人除了应当支付保险金之外,还应当赔偿被保险人或者受益人因此所受损失。此处的损失显然不同于保险事故发生而带给被保险人的损失。如果保险人在事故发生之后未履行及时核定义务,此时很可能无法确定保险人所应给付的保险金数额,但是,若被保险人聘请鉴定机构对所产生的损失予以鉴定,根据《保险法》第64条规定,此时被保险人所支出的鉴定费用应由保险人承担,^②此种费用补偿义务实质上相当于保险人对其违反及时核定义务的行为所承担的损害赔偿责任。^③此外,若被保险人因保险人迟延定损的行为还发生了其他损失,对这些损失,亦应予以赔偿。例如在安邦财产保险股份有限公司锦州中心支公司与周某合同纠纷上诉案中,保险人违反了对保险事故的及时核定义务,“存在迟延定损的违约情形”,虽然保险合同明确约定车辆停运所造成的损失不属于保险赔付范围,但法院则认为:依据《合同法》第113条的规定,违约损害赔偿范围包括可得利益损失,只是可得利益损失的赔偿受到可预见性规则的限制,在该案中,由于保险人的违约行为导致车辆停运损失的产生,被保险人之所以能够请求保险人对此类损失予以赔付,请求权基础实质上是《合同法》第113条对可得利益损失赔偿的规定,因此,保险人须赔偿被保险人“自提出索赔请求后30日起至出具评估报告之日止的停运损失”。^④

综上所述,在保险人违反及时核定义务时,除应支付保险金之外,还应当对被保险人一方核定损失所产生的费用以及可得利益损失进行赔偿。

2. 违反保险金赔付义务

保险人违反保险金赔付义务,属于债务人迟延履行这一违约形态,在债务人迟延履行情形下,如果原本给付义务的履行依然可能,则债务人仍应履行给付义务(杜景林等,2007),因而投保人可请求保险人继续履

① 有关附随义务的讨论,参见韩世远《合同法总论》,法律出版社2011年版,第247页。

② 参见中国太平洋财产保险股份有限公司上海分公司诉陈晓峰财产保险合同纠纷案,上海市第一中级人民法院民事判决书(2015)沪一中民六(商)终字第292号。

③ 被保险人所支出费用应属于履行损害,履行损害是指一方当事人因另一方没有履行合同义务而遭受的损害。参见韩世远《合同法总论》,法律出版社2011年版,第621页。

④ 参见安邦财产保险股份有限公司锦州中心支公司与周立秋合同纠纷上诉案,辽宁省锦州市中级人民法院民事判决书(2014)锦民二终字第00756号。

行保险金赔付义务。同时,根据《合同法》第112条的规定,在违约方履行义务后,非违约方还存在其他损失的,违约方还应当赔偿这些损失。在债务人迟延履行场合下,主要体现为“迟延损害”,典型表现为保险人应支付损害赔偿金时至实际支付期间的迟延利息,^①但迟延损害并不仅限于迟延利息,其他类型的迟延损害如:债权人在迟延期间通过其他方式满足自己利益所支出的费用、对陷入履行迟延的债务人进行权利追诉所产生的费用等。^②

但法院在处理这些损害时的态度并不一致。例如,在魏某与民生人寿保险股份有限公司洛阳中心支公司保险合同纠纷案^③中,法院认为,保险人除了应当赔付保险金及迟延赔偿损失之外,“原告的其他损失,虽无充分的证据证明,事实上已实际产生,被告对此应适当赔偿,根据本案实际情况,以赔偿1000元为宜。”按照法院的观点,在保险人不当拒赔时,被保险人为请求保险人赔付保险金所产生的费用亦在赔偿范围之列。但在其他案件中,有法院却认为,被保险人因向保险人索赔而委托律师所产生的费用并不属于可获赔的损失,例如,在张某诉渤海财产保险股份有限公司淮安市中心支公司保险合同纠纷案中,法院认为“本案所涉的律师费用并非因被告未及时履行支付保险金义务而必然造成的损失,是否委托律师代为诉讼系原告方的单方行为,故本院对原告的该项主张不予支持。”^④事实上,在该案中,保险人的拒赔行为同被保险人支出律师费之间存在事实上的因果关系,法院之所以不认可被保险人所提出的保险人应对其所支出的律师费予以赔偿的请求,是基于限制责任范围的考量。^⑤

3. 违反抗辩义务及和解义务

在责任保险合同中,被保险人将其对第三人所应承担的责任转由保险人承担,诉讼风险同样表现为一类责任风险,那么责任保险人也理应承担这类风险(武亦文,2013),故此,为被保险人提供抗辩服务以应对第三人之诉也是保险人所应承担的义务。我国《保险法》第66条只是明确了保险人应承担被保险人同第三人进行诉讼或仲裁所产生的费用,而并未规定责任保险人的抗辩义务,这构成“开放的法律漏洞”。^⑥对于这一漏洞,宜通过目的性扩张的解释方法予以填补。责任保险合同中,除当事人另有约定外,保险人承担被保险人同第三人进行抗辩的费用,这一费用承担义务同保险人所负有的抗辩义务并不存在本质差别。《保险法》第66条也意在将被保险人因责任诉讼所产生的费用转移至保险人承担,立法本意即在于由保险人承担诉讼风险,如果法律承认了保险人的抗辩费用承担义务,那么,将保险人的抗辩义务纳入《保险法》第66条规范之列也并无不可。^⑦此外,如果保险人为被保险人提供抗辩服务并进而主导诉讼进程,由于保险人承担的保险赔付责任仅限于保单约定限额范围之内,在第三人提出的和解金额处于约定的保险金赔付范围之内时,若保险人不接受和解提议,将可能导致被保险人承担超过保险赔付范围部分的损害赔偿数额,这将极大削弱责任保险原本所具备的责任风险移转功能。因而,保险人也负有和解义务。

① 参见绍兴长发国际货运有限公司诉天平汽车保险股份有限公司保险合同纠纷案,浙江省绍兴市越城区人民法院民事判决书(2009)绍越民初字第3287号。

② Vgl. Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Allgemeiner Teil, 14. Auflage, 1987, S. 352f. 转引自杜景林、卢谡《债权总则给付障碍法的体系建构》,法律出版社2007年版,第91页。

③ 参见魏景叶与民生人寿保险股份有限公司洛阳中心支公司保险合同纠纷案,河南省嵩县人民法院民事判决书(2015)嵩民二初字第64号。

④ 参见张宇诉渤海财产保险股份有限公司淮安市中心支公司保险合同纠纷案,江苏省淮阴市清河区人民法院民事判决书(2014)河商初字第0281号。

⑤ 但是,在美国判例法中,有法院认为保险人不当理赔行为是被保险人请求保险人承担保险责任所支出的律师费的近因,因而保险人对此部分损失亦应予以赔偿。See Brandt v. Superior Court (1985) 37 Cal. 3d 813, 210 Cal. Rptr. 211; 693 P. 2d 796.

⑥ 开放的法律漏洞,指的是依法律目的原本应对某一事项作相应规定,但在立法中欠缺相应规范。参见[德]卡尔·拉伦茨《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2004年版,第254页。

⑦ 在比较法层面,美国等国肯认了保险人所负有的抗辩义务。参见武亦文《论责任保险人的抗辩义务》,载《法商研究》2013年第4期,第66页。

在我国的责任保险合同中,通常并不会约定责任保险人的抗辩义务及和解义务。因此,如果责任保险人违反此两项义务,以合同责任来解释保险人所应承担的责任在理论上似乎面临着障碍。不过,尽管责任保险合同中并不存在对抗辩义务及和解义务的约定,但此两项义务应被解释为责任保险合同中的附随义务(叶启洲 2013)。通说认为,附随义务包括两类,第一类附随义务旨在促进合同相对方履行利益的实现,第二类附随义务在于保护合同相对方固有利益不因合同履行而受侵害(韩世远 2011; 王泽鉴 2013)。而责任保险合同中的抗辩义务及和解义务是为了让被保险人所面临的责任风险降至最低,以更好地促进被保险人履行利益的实现。从这一角度观察,抗辩义务及和解义务应为责任保险合同中的附随义务。对此类义务的违反,应适用违约责任。

若保险人不履行其抗辩或和解义务,在被保险人与第三人的诉讼进程已经终结时,此时保险人无法承担继续履行抗辩或和解义务的违约责任,依《合同法》第 110 条,若属于法律上或者事实上不能履行的情形,则不应采用继续履行的违约责任形式。在此场合下,保险人应承担赔偿被保险人所受到损害的责任。保险人违反抗辩义务或和解义务可能导致被保险人一方败诉,进而法院判决被保险人承担远远超出保险金的损害赔偿金。在此,应如何界定保险人的赔付范围? 根据《合同法》第 113 条,损害赔偿数额相当于因违约而造成的损失,据此,在保险人违反抗辩及和解义务时,若被保险人需承担超过保险赔付限额的赔偿责任,且超出保险赔付限额部分的损害也属于保险人违约行为所致,那么保险人对超过保险赔付限额部分的损害也应承担赔偿责任。^①

(二) 被保险人精神损害的赔偿

若存在保险人不当理赔行为,一方面,可能使得被保险人须向第三人承担高额的赔偿责任,另一方面,投保人一方将不得不独自面对与保险人的不当理赔诉讼,而投保人购买保险的目的即在于避免保险事故的发生给自身造成不便与困扰,保险人违反理赔义务的行为导致投保人购买保险来保障心境安宁的目的落空,给投保人一方带来了精神损害。在此,被保险人所遭受到的精神损害是否能在合同法框架下得到赔付?

一般认为,在传统合同责任的思路下,合同责任无法涵括精神损害赔偿(王利明 2011a)。自我国实证法规范进行观察,《合同法》第 112 条及第 113 条并未将损失明确限定为物质损害,精神损害亦可包括在内。因此,在保险人违反理赔义务导致被保险人受有精神损害时,被保险人可诉请保险人对其所遭受的精神损害予以赔偿。

然而,针对其他类型的合同,司法解释却作了相反的规定。《最高人民法院关于审理旅游纠纷案件适用法律若干问题的规定》(以下简称《旅游纠纷司法解释》)第 21 条明确否定当事人通过违约之诉主张精神损害赔偿的可能性。由于旅游合同的履行利益包括了精神层面的享受,基于相似事物相同处理的原则,在保险合同中,保险合同的履行具有维持被保险人心境安宁的功能,若当事人提起违约之诉,似也不应支持精神损害赔偿这一诉讼请求。再者,《侵权责任法》第 22 条明确了在侵权之诉中精神损害赔偿的条件为“侵害他人人身权益”+“造成他人严重精神损害”。可见,即使在侵权之诉中,我国立法对于精神损害赔偿问题所持态度也是较为慎重的,精神损害赔偿须以“侵害他人人身权益”作为前提条件。那么,在主要处理财产交易关系的合同关系中,若保险人的不当理赔行为并未造成被保险人人身权益的损害,举重以明轻,此时似更应无精神损害赔偿适用的空间。但是,笔者认为,即使从实证法规范出发,也无法得出在保险合同中不能适用精神损害赔偿的结论。

首先,尽管侵权法与合同法存在诸多差异,然而,不可否认的是,在受害人因违约或侵权而遭受损害时,都会涉及到对损害进行赔偿的问题。但是,并非所有的损害均具有可赔偿性,在合同法中,损害赔偿范围受到可预见性规则的限制(Eric M. Holmes, 1980),而在侵权法中,因果关系等要件亦发挥着限制损害赔偿范围

^① 亦有美国法院持相同观点。See *Crisci v. Security Ins. Co.*, 426 P. 2d 173, 66 Cal. 2d 425, 58 Cal. Rptr. 13, 1967 Cal. Lexis 313 (Cal. 1967)。

的作用。以侵权法为例,可赔偿的损害必须经受相当因果关系的检验,如果某一损害与侵权行为之间不满足相当因果关系,则此种损害无法得到侵权法救济。相当性要求站在一般理性人的视角观察侵权行为是否通常能够导致损害的发生。在此意义上讲,精神损害赔偿之所以能够得到侵权法的保护,其原因就在于:在某些侵权行为中,受害人所遭受到的精神损害满足相当因果关系的要求。然而,在合同法中,尤其是在保险合同中,当被保险人因保险人的不当理赔行为而遭受精神损害时,可预见性却无法作为否定精神损害赔偿的充分理由,因为在缔结保险合同时,保险人能够预见到自己的不当理赔行为对被保险人所造成的精神损害。在此意义上讲,精神损害赔偿在保险合同中也应有其适用空间。

其次,自文义解释角度出发,《合同法》第112条及第113条能够将精神损害容纳进非违约方所遭受的损害中,相反,否定非违约方无法诉请精神损害赔偿有悖于最基本的文义解释规则。而且,《保险法》第23条也规定了保险人违反理赔义务时应赔偿被保险人所受损失,此处也并未将被保险人所受损失限定于物质损失。

再次,尽管《旅游纠纷司法解释》规定了旅游合同纠纷中旅游者无法在违约之诉中提起精神损害赔偿,但是,并不能以该条规定否认被保险人可在保险合同之诉中诉请保险人对其所遭受的精神损害予以赔偿。理由在于,如果司法解释起草者认为在合同之诉中无法诉请精神损害赔偿,那么就不应仅仅在旅游合同之诉中否定精神损害赔偿。

综上所述,如果保险人的不当理赔行为导致被保险人一方产生精神损害,违约责任实际上是能够为被保险人一方提供充分救济的。

(三) 合同法救济路径中的惩罚性赔偿

若保险人存在不当理赔行为,在我国合同法框架下,被保险人是否能够请求惩罚性赔偿?《中华人民共和国消费者权益保护法》(以下简称《消保法》)第55条第1款规定:“经营者提供商品或者服务有欺诈行为的,应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失,增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的三倍;增加赔偿的金额不足五百元的,为五百元。法律另有规定的,依照其规定。”而根据《合同法》第113条,经营者对消费者提供服务存在欺诈行为的,消费者可以依照《消保法》的规定请求经营者承担相应的损害赔偿责任。故此,如果要探求被保险人是否能够向保险人请求惩罚性赔偿,需明确《消保法》第55条第1款是否能够涵摄保险人不当理赔的情形。

首先,虽然《保险法》并未明确界定保险人是否为经营者,但《消保法》第28条^①实际上已经明确承认了保险人为经营者。其次,根据《消保法》第2条,要成为《消保法》所界定的消费者,需满足生活消费需要这一条件,之所以作此规定,是为了将满足生产需要的消费者排除在外(闫科,2014),而事实上,在保险合同关系中,投保人基于分散日常生活中所面临风险的需要而购买保险,也满足“生活消费需要”这一条件,投保人、被保险人应属于消费者(温世扬等,2017)。再次,保险人为被保险人提供风险移转这一较为特殊的服务,在保险事故发生后,体现为为被保险人提供理赔服务。在判断保险人可否承担惩罚性赔偿责任问题上,除了上述要件之外,最为重要的是保险人须构成欺诈。在我国保险理赔司法实务中,存在保险人构成欺诈的情形,例如,在刘某诉安邦财产保险公司保险合同纠纷案中,法院认为,在保险事故发生之后,保险人明知本案被保险人可以获得保险赔偿却仍然诱导被保险人与其签订“销案协议”,存在欺诈行为,依据《合同法》第54条第2款关于欺诈可撤销的规定,撤销当事人之间的销案协议。存在疑问的是:在满足何种条件下保险人不当理赔行为才能构成《消保法》第55条所规定的欺诈?在该案中,法院认为:“欺诈的构成要件为:(1)一方当事人存在告知虚假情况或者隐瞒真实情况的行为;(2)该行为是故意作出;(3)欺诈行为致使对方陷入错误认识,并基于该错误认识作出了不真实的意思表示。”^②该案显然是以《合同法》等民法规范为依据来认定欺

① 该条规定:……提供证券、保险、银行等金融服务的经营者,应当向消费者提供经营地址……

② 刘向前诉安邦财产保险公司保险合同纠纷案,《最高人民法院公报》2013年第8期。

诈,而该案中所适用的法律规范也存在于《合同法》。但对于《消保法》第55条所规定的欺诈是否也应以《合同法》等民法规范作为认定依据?对此,笔者持否定态度。首先,由于民法中的欺诈制度旨在保护当事人的意思表示自由,但《消保法》中的欺诈并不具备此项功能,《消保法》对经营者欺诈行为之所以规定惩罚性赔偿责任,主要是为了遏制欺诈行为、保护消费者合法权益。其次,自文义解释角度观察,《消保法》第55条仅要求经营者存在欺诈行为,而并未要求欺诈需达到致使消费者陷入错误认识的程度。因此,在界定经营者是否构成欺诈时,不能将民法中的欺诈认定标准适用到《消保法》中,而只须判断经营者是否存在故意告知虚假情况或隐瞒真实情况的行为。而具体到保险理赔过程中,如果保险人在满足保险赔付条件下故意拒赔,应将保险人的这种行为解释为“欺诈”。存在疑问的是,保险人仅是出于重大过失而出现不当理赔行为的情形,是否应纳入“欺诈”的范畴?笔者认为,不应将重大过失认定为欺诈。第一,自文义解释角度观察,欺诈排除了当事人主观状态仅表现为重大过失的情形;第二,如果将重大过失也纳入欺诈的范畴,将会导致保险人动辄承担惩罚性赔偿责任,这将抑制保险行业的正常发展。

综上所述,保险人理赔过程中的欺诈行为,完全符合《消保法》第55条第1款规定的惩罚性赔偿构成要件。当保险人实施了欺诈行为时,应当允许被保险人请求保险人承担惩罚性赔偿责任。

五、保险人不当理赔行为规制路径的本土探析之二:侵权责任救济路径的质疑

因保险人不当理赔行为致使被保险人利益受到损失,此种损失既包括物质损失,也包括非物质损失,而被保险人所受物质损失本质上是一种纯粹经济损失。对此,上文的分析已经表明:合同法路径能够为被保险人提供充分的救济。在此,所面临的问题是:在我国法语境下,是否有必要通过侵权责任来遏制保险人的不当理赔行为。由于合同责任路径并不存在明显的缺憾,如果要在保险人不当理赔时引入恶意侵权救济规则,则需要进一步论证:不当理赔行为造成被保险人的损失是否能够为我国侵权法保护范围所涵盖,侵权法救济路径是否具有合同法救济路径所不具备的优势。

(一) 适用侵权责任提供救济的可能性

结合《侵权责任法》第2条及第6条可知,我国侵权法保护范围不仅仅限于绝对权,还包括非属于绝对权的其他各种法益。这为将其他法益纳入侵权法保护范围提供了可能性。在我国《侵权责任法》颁布之前,《民法通则》第106条对于侵权法保护范围的界定同《侵权责任法》第2条及第6条的规定具有相似性,《侵权责任法》第2条及第6条实质上是延续了《民法通则》的规范模式。因此,将被保险人等保险合同关系人因保险人不当理赔所遭受的损失纳入侵权法保护范围并不存在解释论层面的障碍。

在《侵权责任法》尚未颁布之前,司法实践中,部分法院即以《民法通则》第106条第2款为请求权基础认定非属于绝对权的其他法益也能为侵权法保护范围所涵盖。例如,在王某诉三信律师事务所财产损害赔偿纠纷案中,三信律师事务所的执业律师为原告父亲提供代书遗嘱见证服务,后律师事务所仅指派一名律师对代书遗嘱进行见证,致使代书遗嘱无效,原告作为代书遗嘱中的继承人无法依照代书遗嘱进行继承,法院认定被告三信律师事务所对原告构成侵权,被告应“赔偿被上诉人王保富因不能按遗嘱继承而遭受的财产损失”。^① 该案与保险合同中保险人不当理赔行为造成被保险人损害的情形存在相似之处:均为某一合同关系中的当事人违约行为造成与合同存在紧密关联的第三方利益受到损害,且第三方所受损失也并不属于绝对权范畴。由于《侵权责任法》第6条同《民法通则》第106条的规定并无本质差异,因此,在保险人不当理赔时,实质上存在通过侵权法为被保险人提供救济的可能性。

(二) 侵权责任救济路径的非优势性:基于同合同责任救济路径的比较分析

然而,上述解释却面临体系逻辑自洽的问题。合同法旨在对履行利益提供保护,而侵权法保护范围则主要限于固有利益(程啸 2015)。保险人对理赔义务的履行是为了促进保险合同履行利益的实现,在保险人

^① 王保富诉三信律师事务所财产损害赔偿纠纷案,《最高人民法院公报》2005年第10期。

违反理赔义务时,如果认定保险人的行为构成侵权,并将履行利益交由侵权法保护,将会人为地模糊侵权责任与违约责任的界限。^①此外,相较于违约责任而言,侵权责任并不能为被保险人提供更为充分的救济。

1. 律师费:侵权责任救济路径面临相同窘境

首先,在我国法中,被保险人通过合同责任无法得到救济的损害在侵权之诉中也无法得到保护。例如,被保险人因向保险人索赔而支出的律师费,虽然保险人的不当理赔行为构成被保险人所遭受损害的必要条件,但被保险人所支出的律师费同保险人不当理赔行为之间不满足责任范围因果关系的要求,因而,这一损害并不能归入损害赔偿范围之内。而即使通过侵权之诉为被保险人提供救济,若从因果关系角度考察,法院同样会借助因果关系这一工具而否定此种损害的可救济性。尽管如此,由于责任范围因果关系本身存在的目的就在于对损害赔偿责任范围进行限制(姜战军,2009),如果法院能够通过责任范围因果关系否定被保险人所支出律师费的可赔偿性,那么,这意味着此种损害在法政策层面是不应被纳入可得救济范围之内的。此时,基于保护被保险人的需要,所做的调整应当是在法政策层面允许被保险人所支出律师费的可赔偿性。

其次,即使在美国的侵权之诉中,受害人对侵权人提起诉讼所产生的律师费也无法得到赔偿,只是在保险人不当理赔案件中,法院例外地允许被保险人可向保险人主张赔偿这一损害。^②基于保险合同履行的顺序性等特征,在保险领域内,保险人不当理赔行为大量存在,对此,保险业监管部门等政府机关负有职责通过执法活动予以纠正,然而,“政府受财政之困或者手段上的不足经常无法充分有效地执行法律”(张保红,2015),个人对保险公司提起诉讼类似于私人协助执法行为,由此将产生包括律师费在内的私人协助执法成本,此类费用并非单纯用以维护自身私权,允许被保险人可请求保险人赔偿此类费用更为合理,正是因为如此,美国法院通常会判决保险人赔偿被保险人向保险人索赔过程中所支出的律师费等费用。而具体到我国,基于此种私人协助执法成本的考量,若承认被保险人所支出的律师费可获得赔偿,将此种损害纳入合同责任的救济范围即为足够。

2. 精神损害赔偿:非侵权责任救济路径所独有

保险人不当理赔行为实际上是对于保险合同中所约定的理赔义务的违反,保险人所应承担的责任本质上属于违约责任。反对在违约之诉中可请求精神损害赔偿的理由主要是基于对可预见性、合同责任与侵权责任保护范围的差别、计算困难等因素的考虑。笔者认为,以上反对精神损害赔偿可存在于违约之诉的观点在保险合同中并不成立。

第一,投保人之所以与保险人签订保险合同,很重要的原因在于保险具有保障被保险人心境安宁的功能,因此,保险人自缔结保险合同之时就理应预见到不当理赔可能会给被保险人带来精神层面的困扰,对于保险合同双方当事人而言,非财产损失是具有可预见性的。自比较法层面观察,各国都或多或少地允许当事人通过合同之诉请求精神损害赔偿。《欧盟法原则》明确规定在以非财产性利益的满足为目的的合同中违约损害赔偿范围可包括精神损害赔偿(陆青,2011)。在德国部分案件中,法院通过承认非财产上损害之商业化这一理论来对违反合同义务案件中的非财产损失予以救济(王泽鉴,2009)。

第二,如果承认侵权责任可对被保险人所遭受到的精神损害提供救济,而合同法并不具备此项功能,那么在保险人不当理赔案件中,若要对被保险人的精神损害提供保护,就只能绕道侵权法路径。但是,侵权责任的归责原则以过错责任原则为主,被保险人需证明保险人不当理赔行为存在过错。而在我国《合同法》中,违约责任采取的是无过错责任原则(王利明,2011b)。可见,在侵权法的路径下,被保险人一方如欲主张精神损害赔偿,须承担更重的举证责任,一旦其未能证明保险人一方存在过错,那么被保险人所遭受的精神损害便无法得到赔偿。

^① 而在上文所列举的王某诉三信律师事务所财产损害赔偿纠纷案中,代书遗嘱中的继承人却并不享有委托合同中的履行利益,以侵权法来为代书遗嘱中的继承人所享有的利益提供保护并不会混淆侵权责任与违约责任的区分。

^② See *Brandt v. Superior Court* (1985) 37 Cal. 3d 813, 210 Cal. Rptr. 211; 693 P. 2d 796; *Mustachio v. Ohio Farmers Ins. Co.* 44 Cal. App. 3d 358.

第三,以计算困难来否认对被保险人所遭受的精神损害提供救济,无异于法律因民事主体的权益保护成本太大而拒绝对之提供保护,此种回避问题的处理方式并不合理。

3. 惩罚性损害赔偿: 合同责任救济路径之比较优势所在

《合同法》第113条已经为合同中的惩罚性赔偿责任预留了制度空间,如前文所述,在保险合同理赔纠纷案件中,《消保法》第55条第1款完全能够涵射保险人欺诈理赔的情形。不仅如此,适用合同责任框架中的惩罚性赔偿规则还存在以下优势:

首先,《消保法》第55条明确了惩罚性赔偿的确定标准。惩罚性赔偿为“消费者购买商品或接受服务费用的三倍”,具体到保险领域,惩罚性赔偿为保险费的三倍,这保证了惩罚性赔偿的计算具有明确的标准,避免了法官自由裁量权的滥用。事实上,在美国,由于保险人承担惩罚性赔偿责任并无明确的标准,保险人承担的惩罚性赔偿数额可能是保险人所应给付保险金的数十倍,而这同美国宪法第十四修正案中的正当程序原则相违背(Vanessa K. Burrows 2007)。要求保险人承担过重的惩罚性赔偿责任,将会使其难以维系正常经营,进而过度抑制保险行业的发展。

其次,虽然我国《侵权责任法》第47条对惩罚性赔偿也进行了规定,但值得注意的是,在我国侵权法架构下,适用惩罚性赔偿规则有以下条件:适用领域限于产品侵权责任;侵权行为致人死亡或健康严重损害(杨立新 2014)。该规则并不是侵权责任的一项普遍性赔偿规则,保险人为被保险人所提供的是风险保障服务而非产品,因此,即使将保险人不当理赔行为认定为侵权行为,也很难通过适用侵权责任中的惩罚性赔偿来对保险人的不当理赔行为进行遏制、威慑。相反,合同责任救济路径则不存在此种障碍。

再次,需要说明的是,在美国判例法中,虽然依传统规则,当事人不能通过合同之诉来诉请违约方承担惩罚性赔偿责任,但这一传统规则现在也正受到挑战。例如,如果违约方以欺诈的方式违反合同义务,那么,法院将可能判决违约方承担惩罚性赔偿责任(Timothy J. Sullivan, 1977)。

综上所述,在保险人不当理赔案件中,《合同法》、《消保法》等法律规范已经能够为被保险人提供充分的救济,由于保险人违反的义务实质上是保险合同中的约定义务,在保险人违反约定义务情形下诉诸侵权责任来为被保险人提供救济并不具有合理性。

六、结 语

保险人不当理赔行为不仅会对保险业的正常发展造成影响,而且有悖于保险消费者保护这一核心价值取向。如何针对保险人的不当理赔行为进行有效规制,是保险法治面临的重要议题。美国法所发展出的恶意侵权救济规则固然有助于对保险人的不当理赔行为进行规制,然而,在我国法中,合同责任路径亦可实现相同目标,反之,侵权法扩张至对被保险人履行利益的保护有悖于私法体系内部的稳定性,甚至带来救济成本的增加。鉴于此,针对保险人不当理赔行为,坚持合同责任救济路径方为最优选择。

[参考文献]

- [1] 白江. 从侵权角度看保险人的恶意拒赔——以美国保险法中的恶意侵权为例[J]. 北方法学, 2014, (3).
- [2] 程啸. 试论侵权行为法之补偿功能与威慑功能[J]. 法学杂志, 2009 (3).
- [3] 程啸. 侵权责任法[M]. 北京: 法律出版社, 2015: 65.
- [4] [美]丹·B. 多布斯. 侵权法(下册)[M]. 马静等, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2014: 1111、1114-1115.
- [5] 杜景林, 卢谡. 债权总则给付障碍法的体系建构[M]. 北京: 法律出版社, 2007: 90.
- [6] 郭金龙, 胡宏兵. 我国保险资金运用现状、问题及策略研究[J]. 保险研究, 2009 (9).
- [7] 郭明瑞, 张平华. 侵权责任法中的惩罚性赔偿问题[J]. 中国人民大学学报, 2009 (3).

- [8] [日]菊地秀典. 契約当事者に対する不法行為責任——アメリカ法における不誠実な契約違反という不法行為[J]. 松山大学論集 2006 18(3).
- [9] 韩世远. 合同法总论[M]. 北京: 法律出版社 2011: 247.
- [10] 姜战军. 损害赔偿范围确定中的法律政策[J]. 法学研究 2009 (6).
- [11] 陆 青. 违约精神损害赔偿问题研究[J]. 清华法学 2011 (5).
- [12] [德]莱茵哈德·齐默曼, [英]西蒙·惠特克主编. 欧洲合同法中的诚信原则[M]. 丁广宇等, 译. 北京: 法律出版社 2005: 102.
- [13] 李志峰. 美国法上保险人处理赔案之义务——兼评我国保险法之相关规定[J]. 辅仁法学 2013 (46).
- [14] [德]马格努斯. 侵权法的统一: 损害与损害赔偿[M]. 谢鸿飞, 译. 北京: 法律出版社 2009: 176.
- [15] 马齐林. 保险人恶意侵权规则研究[J]. 政法论坛 2015 (5).
- [16] [日]深澤泰弘. 米国における不誠実な契約違反という不法行為について——不当な保険金支払拒絶における保険者の責任[J]. 生命保険論集 2007 (161).
- [17] [日]深澤泰弘. 防御義務の有無に関する判断基準の検討——アメリカ法の近時の動向[J]. 保険学雑誌 2016 (632).
- [18] 吴传俭. 我国保险业服务于国家社会治理能力现代化路径[J]. 保险研究 2015 (4).
- [19] 王利明. 违约责任和侵权责任的区分标准[J]. 法学 2002 (5).
- [20] 王利明. 侵权责任法与合同法的界分[J]. 中国法学 2011b (3).
- [21] 王利明. 合同法研究(第2卷)[M]. 北京: 中国人民大学出版社 2011a: 614-615.
- [22] 温世扬, 范庆荣. “保险消费者”概念辨析[J]. 现代法学 2017 (2).
- [23] 武亦文. 论责任保险人的抗辩义务[J]. 法商研究 2013 (4).
- [24] 王泽鉴. 民法学说与判例研究(第7册)[M]. 北京: 北京大学出版社 2009: 98.
- [25] 王泽鉴. 债法原理[M]. 北京: 北京大学出版社 2013: 83.
- [26] [美]约翰·F. 道宾. 美国保险法[M]. 梁鹏, 译. 北京: 法律出版社 2008: 286-287.
- [27] 闫 科. 消费者的界定及经营者欺诈的认定[J]. 人民司法 2014 (8).
- [28] 杨立新. 我国消费者保护惩罚性赔偿制度的新发展[J]. 法学家 2014 (2).
- [29] 叶启洲. 诚信原则在台湾保险纠纷裁判实务的运用[J]. 法律适用 2013 (2).
- [30] 张保红. 论惩罚性赔偿制度与我国侵权法的融合[J]. 法律科学(西北政法大学学报) 2015 (2).
- [31] [美]詹姆斯·戈德雷. 私法的基础: 财产、侵权、合同和不当得利[M]. 张家勇, 译. 北京: 法律出版社, 2007: 653.
- [32] 郑 言, 杨秋霞. 美国合同领域惩罚性赔偿研究[J]. 烟台大学学报(哲学社会科学版) 2012 25(3).
- [33] Douglas R. Richmond. The Two - Way Street of Insurance Good Faith: Under Construction ,But Not Yet Open [J]. Loyola University Chicago Law Journal ,1996 28(1).
- [34] Eric M. Holmes. Is There Life After Gilmore's Death of Contract - Inductions from a Study of Commercial Good Faith in First - Party Insurance Contracts[J]. Cornell Law Review ,1980 65.
- [35] Glenn Edward Tremper. Commercial Bad Faith: Tort Recovery for Breach of Implied Covenant in Ordinary Commercial Contracts[J]. Montana Law Review ,1987 48(2).
- [36] Jay M. Feinman. The Law of Insurance Claim Practices: Beyond Bad Faith[J]. Tort Trial & Insurance Practice Law Journal 2012 47(2).
- [37] Jeffrey W. Stempel. Punitive Damages in Bad Faith Actions against Insurers in the USA: The Impact of Cambell v. State Farm [J]. Zeitschrift für die Gesamte Versicherungswissenschaft 2007 96(1).
- [38] Matthew J. Barrett. “Contort”: Tortious Breach of the Implied Covenant of Good Faith and Fair Dealing in — 126 —

- Noninsurance Commercial Contracts – Its Existence and Desirability [J]. Notre Dame Law Review ,1985 60.
- [39] Peter C. Haley ,Brandt L. Wolkin. Bad Faith and the Financial Institution Bond [J]. Tort Trial & Insurance Practice Law Journal ,1990 25(4) .
- [40] RobertE. Scott. A Theory of Self – Enforcing Indefinite Agreements [J]. Columbia Law Review ,2003 ,103 (7) .
- [41] Timothy J. Sullivan. Punitive Damages in the Law of Contract: The Reality and the Illusion of Legal Change [J]. Minnesota Law Review ,1977 61.
- [42] Victor E. Schwartz. Christophere E. Appel ,Common – Sense Construction of Unfair Claims Settlement Statutes: Restoring the Good Faith in BadFaith [J]. American University Law Review 2009 58 (6) .
- [43] Vanessa K. Burrows. Constitutional Limits on Punitive Damages Awards: An Analysis of the Supreme Court Case Philip Morris USA v. Williams [R]. Congressional Research Service Reports 2007.
- [44] William M. Goodman ,Thom Greenfield Seaton. Ripe for Decision ,Internal Workings and Current Concerns of the California Supreme Court [J]. California Law Review ,1974 62(2) .
- [45] William T. Barker ,Paul E. B. Glad Steven M. Levy. Is an Insurer a Fiduciary to Its Insureds [J]. Tort Trial & Insurance Practice Law Journal ,1989 25(1) .

The Remedy Mechanism in Terms of the Insurers' Bad Faith when Honoring Policy Obligations

WU Yiwen ,YANG Yong

Abstract: The reason why the insurers are always honoring the policy obligations in bad faith lies in the specialty of insurance contract duty and the interest conflicts between the insureds and insurers. The duty of good faith and fair dealing can't demonstrate the establishment of tort of bad faith. It's also difficult to explain the tort of bad faith by means of the fiduciary duty. Due to the fact that the contract law provides limited remedies for the insureds , the tort of bad faith is applied to offer sufficient remedies. In Chinese law , if the insurers breach the duty of investigation , payment of insurance proceeds , defense and settlement , the damages that the insureds suffer can be recovered with the action of breach of contract. Neither the mental injuries nor the punitive damages are the obstacle to the remedy mechanism of contract law. Although it's likely to apply the tort law to the protection of the insureds , there aren't any advantages.

Key words: tort of bad faith; breach of contract; remedy mechanism; claim payment obligations.

[编辑: 郝焕婷]