

保险损失补偿原则适用范围思考

任自力*

内容提要 损失补偿原则仅适用于财产保险之观点在保险法著述中广为传播,在保险法实践中亦有深远影响。然而,损失补偿是保险的本质与保险业产生发展之基础,也是保险业经济补偿功能之集中体现,损失补偿原则适用于包括人身保险之保险全领域实为其应有之义。人身保险非损失保险观点或是大陆法系国家损害赔偿理论及其限制非财产损害赔偿规定向保险法不当扩张之结果。在现代社会,定值保险等损失补偿原则适用于财产保险之例外已不复成立,人身保险的损失补偿性也已为生命价值理论与第三领域保险的丰富实践所证实。保险损失补偿原则在中国的准确适用有赖于对其民商法理论基础之厘清、对其仅适用于财产保险观点之矫正、对人身保险损失计算标准之明晰,以及对现行保险法下保险定义等条款之完善。

关键词 损失补偿 财产保险 人身保险 生命价值 定值保险

DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.2019.05.007

保险损失补偿原则在我国主要是作为一个学理概念存在,因我国现行《保险法》中并无损失补偿或损失补偿原则的明文规定,^①但由于此原则的派生性制度,如按实际损失赔偿、重复保险、损余处理、代位求偿权等在《保险法》中均有体现,且均规定在财产保险合同部分,^②故很多人认为其是仅适用于财产保险、并仅能作为财产保险法的一项基本原则。此观点虽然在保险法著述中广为传播,在保险法实践中也有深远影响,但长期以来,国内学界围绕损失补偿原则能否适用于人身保险仍一直存在争议,在保险案件审理与保险监管实践中,由此争议引发的“同案不同判”问题亦经常出现。故及时厘清损失补偿原则的适用范围、明晰其可否适用于人身保险,对于保险合同当事人权益的有效保护、保险法的正确适用以及中国保险市场的健康发展都具有重大现实意义。

* 北京航空航天大学法学院教授,博士生导师。本文系中央高校基本科研业务费2019年度专项资金资助项目“车损合同条款标准化研究”(项目批准号:YWF49-BJ-W-8)的研究成果。

① 笔者检索发现,我国《保险法》中“损失补偿”字样0处,“损失”20处,“补偿”1处(即“职工补偿金”),“给付”43处,“赔偿”69处(即“赔偿保险金”),“赔偿或者给付保险金”26处。《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(一)至(四)》中“赔偿或者给付保险金”2处,“补偿”1处(即“费用补偿型的医疗费用保险金”),“损失”5处,“给付”21处,“赔偿”57处。

② 参见我国《保险法》第55条、56条、59-63条。

一、保险本质与损失补偿间关系辨析

关于保险的本质,学界长期以来存在三种学说:损失说、非损失说与二元说。其中,损失说又称损害说,认为保险是多数人分担少数人损失的一种制度;非损失说认为损失说无法涵盖人身保险情形,并侧重于从保险作为一种营业的存在基础或制度价值角度来解释保险的本质;二元说又称统一不能说,其认为,财产保险与人身保险具有不同的性质,财产保险以填补损失为目的,人身保险以定额给付为目的,无法对二者进行统一的解释。^③从立法或司法层面针对保险的定义来看,这三种学说的体现不一。如德国、美国加州及我国台湾地区保险法中对保险的定义均接近于损失说,日本保险法及英国法院对保险的定义均接近于非损失说,我国大陆保险法则采用了二元说。具体如,德国 2008 年《保险合同法》第 1 条规定,保险合同是指保险人承诺在约定保险事故发生时、对保单持有人或第三人的特定风险损失进行赔付的依据,也是保单持有人支付保险费的依据。^④美国《加州保险法》第 22 条将保险定义为“一份一方同意补偿另一方因偶发或不可预料事故所致损失、损害或责任的合同”^⑤。我国台湾地区的“保险法”第 1 条规定,“本法所称保险,谓当事人约定,一方交付保险费于他方,他方对于因不可预料,或不可抗力之事故所致之损害,负担赔偿财物之行为”。日本 2008 年《保险法》第 2 条规定,保险合同是指当事人一方约定以一定事由之发生为财产上给付,另一方对此约定支付与该一定事由发生的可能性相对应的保险费之合同。^⑥英国法院认为,保险合同是这样一种合同,一个通常但并非总是从事这种业务的人(保险人)同意在某一确定负面事件发生时支付金钱(或提供相应利益),以此作为保险费之金钱代价的交换。^⑦美国法院一般系通过“主要目的测试法”来确定一种合同是否属于保险合同,^⑧相较于英国法院,其对保险的界定更具主动性。^⑨我国《保险法》第 2 条规定,“本法所称保险,是指投保人根据合同约定,向保险人支付保险费,保险人对于合同约定的可能发生的事故所造成的财产损失承担赔偿保险金责任,或者当被保险人死亡、伤残、疾病或者达到合同约定

③ 参见邹海林《保险法学的新发展》,中国社会科学出版社 2015 年版,第 25 页以下;温世扬主编《保险法》,法律出版社 2007 年版,第 3 页以下;任自力主编《保险法学》,清华大学出版社 2010 年版,第 4 页以下。

④ 参见德国 2008 年《保险合同法》第 1 条。

⑤ Cal. Ins. Code, art. 22.

⑥ 参见岳卫译《日本 2008 年〈保险法〉》,载尹田、任自力主编《保险法前沿》2012 年第 1 辑,法律出版社 2012 年版,第 221 页。

⑦ See Malcolm A Clarke, *The Law of Insurance Contracts* (16th edition), at 8 (INFORMA London, 2009); John Birds, *Insurance law in the United Kingdom*, at 54 (Wolters Kluwer Law International, 2010).

⑧ 所谓主要目的测试法,是指若合同的主要目的是为了分散与转移未来的可能风险,则属于保险合同,否则不属于保险合同。此方法最早为美国法院在 *Jordan v. Group Health Association* (1939) 一案判决中提出。See Robert H. Jerry II, *What is insurance?* at 21-25, *New Appleman on Insurance Law Library Edition* (LexisNexis, 2013); Robert H. Jerry II & Douglas R. Richmond, *Understanding Insurance Law* (5th edition) at 22-28 (LexisNexis, 2012).

⑨ See Malcolm A Clarke, *supra* note 7, 4.

的年龄、期限等条件时承担给付保险金责任的商业保险行为”。

从学术界对保险的定义来看,损失说的影响明显更大。代表性观点如,保险是用一个小的已知损失交换一个未知的不确定的大的损失,^⑩或者是“将个人损失的全部或一部、直接分散给同一保险人的全体要保人、间接分散给广大的社会成员的制度”^⑪;保险是一种契约性的风险转移,是一方同意补偿另一方损失的合同;^⑫保险是“受同类危险之人组成共同团体、聚集成员所交付之保险费,以满足成员损害填补之需要,而达分散危险之功能”^⑬;保险是“一种以补偿损害为目的而进行的分散风险的合约安排,并且一方当事人以这种分散风险的安排作为自己的营业内容,而非仅仅将其作为商业交易的一个附带行为”^⑭;保险是指“双方约定,一方即被保险人给予另一方即保险人一定的补偿或对价(保险费),而由保险人承诺赔偿被保险人将来可能遭受的某种损失的一种契约关系”^⑮等。

若对上述定义进行梳理,我们不难发现其中存在若干高频词汇,包括风险、危险、损失、损害、补偿、赔偿等。根据语言表达逻辑,这些高频词汇应与保险的本质密切相关,对这些高频词汇含义的准确理解也应有助于对保险的科学定义。

首先,关于风险与危险。风险与危险,对应的英语单词均为“risk”^⑯,在英美法上通说是指损失的可能性或不确定性,在德国法上则指某种需要发生之可能性,二者之间并无实质差异,均是指因不可预料或不可抗力之事故所可能产生之损害。^⑰

其次,关于损失与损害。在现代汉语中,“损失”是指“消耗或失去(动词)、消耗或失去的东西(名词)”,“损害”则指“使……蒙受损失(动词)”^⑱。在民法语境下,损害是对民事权利主体行使权利的妨害,损失是民事权利主体利益的丧失;损害是一种侵权行为,损失是损害的结果或表现形式。^⑲在英美法上,“损失”与“损害”对应的单词分别为“loss”和“damage”,作为名词,二者系同义词,指经济损失或人身损害,但loss常用于保险条款中,指保险事故损失。^⑳据学者分析,作为名词的“损害”与“损失”在实践中经常

⑩ See Rob Merkin & Jenny Steele, *Insurance and the Law of Obligation*, at 28 (Oxford University Press, 2013).

⑪ 刘宗荣《新保险法:保险契约法的理论与实务》,中国人民大学出版社2009年版,第3页。

⑫ 参见[美]马克·S·道弗曼《风险管理与保险原理》(第9版),清华大学出版社2008年版,第4页。

⑬ 江朝国《保险法逐条释义》(第1卷总则),台湾元照出版有限公司2012年版,第19页。

⑭ [美]肯尼斯·S.亚伯兰罕《美国保险法原理与实务》(第4版),韩长印、韩永强、楚清、易萍、王之洲、陈静译,中国政法大学出版社2012年版,第2页。

⑮ 薛波主编《元照英美法词典》,法律出版社2003年版,第708页。

⑯ 前引⑮,薛波主编书,第1206页。

⑰ 参见前引⑬,江朝国书,第22页;参见[美]所罗门·许布纳、小肯尼思·布莱克、伯纳德·韦布《财产和责任保险》(第4版),陈欣、高蒙、马欣、胡晓莹等译,中国人民大学出版社2002年版,第3-4页。

⑱ 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编《现代汉语词典》(第6版),商务印书馆2012年版,第1248页。

⑲ 参见张新宝《侵权责任构成要件研究》,法律出版社2007年版,第120页;宁金成、田士城《民法上之损害研究》,载《中国法学》2002年第2期。

⑳ 参见前引⑮,薛波主编书,第363、872页《朗文现代英汉双解词典》,现代出版社、朗文出版(远东)有限公司1988年版,第354、829页《英汉法律词典》编写组编《英汉法律词典》,法律出版社1985年版,第225、502页。

混用,二者是同义词,可以互换使用;^{②①}而现代英语、德语、法语中“损害”的词源均来自古罗马阿奎流斯法上的“damnum”一词,该词本身具有双重含义,既包括具体、客观的损害,也包括抽象、主观的损害。^{②②}简言之,在法、德、日、英、美等国,损害均包括财产损害与非财产损害,二者均属于赔偿范围。^{②③}这一点在立法中亦有体现,如欧洲国家中唯一在立法中对“损害”下定义的《奥地利民法典》第 1293 条规定“损害是指某人财产、权利或人身遭受的各种不利益。”^{②④}

最后,关于补偿与赔偿。在现代汉语中,“补偿”是指补足(缺欠、差额),“赔偿”是指“因自己的行为使他人或集体受到损失而给予补偿”^{②⑤}。在英文中,补偿、赔偿对应的单词为 compensation 或 indemnity,^{②⑥}在保险法中 indemnity 更为常用,比如损失补偿原则的英文表达为 the principle of indemnity。而 indemnity 的中文释义为“补偿;对损失的赔偿”^{②⑦}或“赔偿(财产损失或人身伤害)”^{②⑧}。由此可知,一般汉语语境下的补偿与赔偿是同义词,可互换使用。这种互换使用在国内外保险法著述中十分普遍。如,根据学者分析,保险人的补偿义务习惯上被称为赔偿责任。^{②⑨}我国《保险法》中对财产保险下保险人的义务采用的也是“赔偿”一词,即保险人对财产损失承担的是“赔偿保险金责任”。^{③⑩}

综上,从损失与损害、补偿与赔偿的含义及通常使用情况来看,损失补偿、损失赔偿、损害赔偿在本质上并无不同,三者属于同义词。^{③⑪}危险与风险也是同义词,均指向某种可能的损失或损害。因此,我们可以将保险与损失补偿之间的关系描述为:保险是对未来可能发生损失的补偿。换言之,保险与损失补偿之间存在着密切联系,损失补偿应为保险的本质特征,用损失说来定义保险应更为准确。然而,令人疑惑的是,在保险分类与损失补偿原则的适用范围问题上,或者说在对人身保险损失补偿性的界定上,相关代表性国家的立法却呈现出相反的立场。

②① 参见欧洲侵权法小组《欧洲侵权法原则:文本与评注》,法律出版社 2009 年版,第 57 页;王泽鉴《损害赔偿》,北京大学出版社 2017 年版,第 10 页。

②② 参见黄文煌《阿奎流斯法——大陆法系侵权法的罗马法基础》,中国政法大学出版社 2015 年版,第 123 页;王利明:《侵权行为法归责原则研究》(修订第 2 版),中国政法大学出版社 2004 年版,第 463 页。

②③ 但相对于法、日、德国对非财产损害的金钱赔偿有严格限定,如《德国民法典》第 253 条第 1 款规定,“非财产上之损害,以法律有规定者为限,得请求金钱赔偿。”参见曾隆兴《详解损害赔偿法》,中国政法大学出版社 2004 年版,第 25 页;曾世雄、詹森林《损害赔偿法原理》,新学林出版股份有限公司 2013 年版,第 154 页以下。

②④ 前引②①,欧洲侵权法小组书,第 58 页。

②⑤ 前引①⑧,中国社会科学院语言研究所词典编辑室编,第 103、978 页。

②⑥ 前引②⑩,《英汉法律词典》编写组编,第 166、412 页。

②⑦ 陆荣华《精编英汉保险词典》,中国金融出版社 2009 年版,第 520 页。

②⑧ 《朗文现代英汉双解词典》,现代出版社、朗文出版(远东)有限公司 1988 年版,第 727 页;前引②⑩,《英汉法律词典》编写组编,第 1053、1127 页。

②⑨ 参见程兵《保险损失补偿原则研究》,法律出版社 2015 年版,第 6 页以下。

③⑩ 参见我国《保险法》第 2 条。

③⑪ 下文中,除非另有说明,损失与损害、补偿与赔偿,也是同义词。

二、保险分类与损失补偿原则适用范围演变之分析

根据保障对象不同,国内学界通常将保险分为财产保险与人身保险两大类。此二分法直接借鉴于我国台湾地区的“保险法”,^②但其并不具有普遍的适用性。比如,在法、德、日三国的保险立法中,使用的多是人寿保险与损害/损失保险之称谓,且主流观点认为人寿保险系非损害保险。如在法国,其2003年《保险法典》中并列的两类保险为非海上损失保险与人寿保险。在德国,其2008年《保险合同法》将保险分为损害保险、人寿保险、伤害保险三类。在日本,其2008年《保险法》将保险分为损失保险、生命保险(即人寿保险)、伤害疾病保险三类。在保险补偿性上,法、德、日三国均认为人寿保险系定额给付保险,不具损失补偿性,但均承认部分健康伤害保险具有损失补偿性。在英国,常用的保险分类方法是财产与责任保险、人寿与相关保险之二分法,并且,财产与责任保险被认为系损失补偿性保险,而人寿与相关保险(如意外伤害保险)却被认为是定额给付性合同,不具有损失补偿性。^③在美国,保险的分类方法与英国类似,学界多采用财产与责任保险、人寿与健康保险之二分法,但主流观点认为人寿保险的补偿性相对于财产保险要弱得多,人寿保险被认为是非纯粹的补偿性保险。^④为何上述保险市场发达国家关于人寿保险非损失补偿性的立场如此接近?为何法、德、日三国采用损害保险而非财产保险之表述、并将损害保险与人寿保险并列?从保险业的演进历史中,我们或许可以找到一些答案。

众所周知,保险业经历了一个从海上保险到陆上保险、从财产保险到人身保险的渐进发展过程。损失补偿原则起初只是海上保险法中的一个基本原则,后来随着陆上保险的发展而逐步成为适用于财产保险全领域的一个原则。据德国保险法学者马歇尔(Marschall)教授考证,最初保险被区分为财产保险与人身保险,不久通说即承认财产保险的给付义务与实际发生的损失有密切关系,故“损害保险”一词被接受;而人身保险中仅有人寿保险在保险萌芽期出现,其各项术语之发展极为缓慢。^⑤虽然德国著名保险法学者埃伦博格(Ehrenberg)教授早在1893年所著《保险法》中就已指出“损害保险”一词

② 关于我国台湾地区“保险法”中财产保险与人身保险之二分法的由来,参见前引⑬,江朝国书,第451页;应式文:《保险与法律论丛选集》,台湾地区财团法人责任保险研究基金会1987年版,第5页以下。

③ See John Birds, *supra* note 7, 54-55.

④ Robert H. Jerry II & Douglas R. Richmond, *supra* note 8, 259.

⑤ 参见[德]Wolfgang Freiherr Von Marschall: *The Right of Recourse of Private Insurers Against Tortfeasors in Germany*,载我国台湾地区产险公会《保险资讯》第46期,1984年3月,第45-46页;转引自樊启荣《保险法诸问题与新展望》,北京大学出版社2015年版,第7页、第298页。另有证据表明,在12世纪初期的意大利城市,海上保险已相当活跃,但作为现代保险业发源地的英国,直至1706年才出现人寿保险,1849年才出现意外伤害保险。Robert H. Jerry II, *supra* note 8, 15。在美国,1800年之后人们才开始对人寿保险产生兴趣,1809年麻省地方法院还在讨论人寿保险的合法性问题,因许多人将之看做是对人的生命的投机。参见[美]S. S. 侯百纳《人寿保险经济学》,孟朝霞、王翠芳等译,中国金融出版社1997年版,第192页以下。

系相对于“定额给付保险”不宜与人身保险并列,但因“定额给付保险”未获得当时立法者之认同,致使“损害保险”与“人身保险”^{③⑥}这两个相互矛盾之术语继续被广泛使用;在很长一段时期内,德国、瑞士、法国、奥地利等国的立法机关对此错误用词均未有反应。^{③⑦}同时,立法者将损害保险与人寿保险并列的表达方式,实质上反映了其已将人寿保险排除在损害保险外的立场。此立场与同期德国法中将损害分为财产损害与非财产损害、并限制非财产损害赔偿的立法及政策取向具有外观上的一致性。^{③⑧}受德国影响,同期法、日等国的保险立法中均采用了损害保险与人寿保险之分类。这些国家后续的保险法中继续沿用了此分类方法,唯一改变是在原有损害保险、人寿保险的基础上,增加了一类伤害或疾病保险。立法者之所以未对之进行纠正,主要原因或许是基于法律安定性考虑,认为传统理论缺陷宜通过“打补丁”的方式逐步完善,而不宜遽然改变。^{③⑨}

从英美法的情况来看,英国作为现代保险业的发源地,其法院在 19 世纪中期之前一直认可损失补偿原则对人寿保险的适用。^{④⑩}比如,法院在“*Godsall v. Boldero*”(1807)一案^{④⑪}中明确确认当事人可签订纯粹的对被保险人死亡所致损失进行补偿的人身保险合同。但英国法院后来在“*Dalby v. The India and London Life Assurance*”(1854)一案中却开始拒绝适用损失补偿原则,该案审理法院明确宣称人寿保险合同是一份就被保险人的死亡支付约定金额的合同,其与补偿性合同没有任何相似之处。^{④⑫}法院在该案判决中的观点经英国后续一系列案件的判决不断重述后,^{④⑬}人寿及相关保险非损失补偿性保险的观点逐渐成为主流。考虑到美国法的历史渊源,英国法院的观点难免对美国的保险立法与司法实践产生影响。

由于大陆法下的“非财产损害”主要是指精神损害,^{④⑭}并不包括因人身伤亡或疾病所致财产损失,如医疗费、丧葬费、护理费等支出,以及未来收入的丧失或减少等,故德、

③⑥ 从法、德、日三国的保险立法来看,此语境下的人身保险指的应是人寿保险。

③⑦ 参见前引③⑤,樊启荣书。

③⑧ 19 世纪德国法中出现了“非财产损害只有法律明文规定才赔偿”的原则,该原则是立法者在特定历史背景下为保护新闻自由、防止国家借口“非财产损害”追究行为人赔偿责任而设计的。该原则出现前,非财产损害都可以赔偿,但其出现后,德国法中对于非财产损害赔偿即转而实行限制或歧视立场。参见格哈德·瓦格纳《损害赔偿法的未来——商业惩罚性赔偿、集体性损害》,王程芳译,中国法制出版社 2012 年版,第 8 页以下。

③⑨ 参见前引③⑥,格哈德·瓦格纳书,第 11 页。

④⑩ See M. F. B. Reinecke, *The Basis of Insurance: The Indemnity Theory Revisited*, J. S. Afr. L. 222 (2001); *Feasey v. Sun Life Assurance Company of Canada and another Steamship Mutual Underwriting Association (Bermuda) Ltd.* [2003] All ER (D) 344 (Jun).

④⑪ See *Godsall v. Boldero*, (1807) 9 East. 72.

④⑫ See *Dalby v. The India and London Life Assurance Company*, (1854) 15 CB 364.

④⑬ 英国上诉法院在 *Feasey v. Sun Life Assurance Company of Canada and another Steamship Mutual Underwriting Association (Bermuda) Ltd.*, [2003] All ER (D) 344 (Jun) 一案中再次确认了在 *Dalby v. The India and London Life Assurance Company*, (1854) 15 CB 364 一案中的立场,此后再无变化。

④⑭ 参见李昊《损害概念的变迁及类型建构——以民法典侵权责任编的编纂为视角》,载《法学》2019 年第 2 期;前引②①,王泽鉴书,第 18 页以下。

法、日等国保险立法中“损害保险”之“损害”在内涵上与该等国家损害赔偿法中的“损害”之间并不能简单划等号。从大陆法系国家损害赔偿法角度看,损害保险应包括财产损害保险与非财产损害保险,前者承保的是纯粹财产损失与人身风险所致财产损失,后者承保的是人身伤亡疾病等所致精神损失。简言之,损害保险已经涵盖了财产保险与人身保险的全部内容,实属二者的上位概念。因此,将损害保险与人身/人寿保险并列使用的做法无异于将父亲与儿子/孙子混同为一辈人。此错误之根源或许在于保险法作为民商法下一个相对独立的分支,其研究者对民商法相关基本概念体系或理论缺乏充分了解以及民商法不同学科间缺乏必要交流所致。^{④5}

另外,从“财产损害与非财产损害”二分法视角看,人身/人寿保险合同下的损失主要是一种财产性损失,也可能涉及人身性损失(当保险金中含有精神痛苦慰抚金时)。而从风险属性角度看,自然人的生老病死风险显然主要是一种人身风险,其与个体的生命或身体健康紧密相关,具有主观性,与纯粹的物质财产的毁损灭失风险存在根本性差异,将之归入人身性损失更适宜。否则,若仅依据人身风险所致损失可采用财产或金钱的方式进行度量或计算就将之纳入财产保险范畴,将必然导致财产保险调整范围的不断扩张与人身保险调整范围的大幅萎缩甚至消亡(毕竟几乎所有人身损失的保险赔付最终都要体现为保险金的支付),这与现代社会中人身价值高于财产价值、人的重要性高于物的重要性之普遍共识及发展趋势存在背离,与国内外人身保险市场规模或发展潜力远超财产保险市场的客观现实也明显不符。

由上述历史及分析可知,损害保险与人身/人寿保险的并列,并非逻辑严密论证的结果,而很可能是德、法等国立法机关将其损害赔偿理论不当扩展适用于保险法并将错就错的产物——即用损害保险来指代财产损失保险,用人身保险来指代非财产损失保险,但忽略了人身保险所承保的风险既有非财产损失(精神损失),也有人身受损所致财产损失。换言之,“损害保险”与“人身保险”之分类,并未依照同一分类标准,损害保险之损失是对保险事故的结果而言,人身保险之人身则是指对象而言;若以保险之对象为分类标准,人身保险应与财产保险相对。^{④6}有学者认为,损害保险准确的相对概念应为定额保险,因定额保险不取决于具体财产损失的多少,特别适合财产损失难以量化的保险事故,尤其是人身保险。^{④7}我国台湾地区保险法学者林勋发教授也指出,“因使用两个含义不清之词——人身保险及损害保险——所致之困扰,显示出在保险法这一特定法律领域中做理论上严密分析,乃是达到令人满意之立法的先决条件”。^{④8}而在英国,为何

^{④5} 从国内民商法研究的现状来看,民法与商法学者之间也存在交流不足的问题。单就保险法研究而言,国内民法功底深厚的学者真正关注保险法研究的很少,保险法学者亦很少关注民商法基础理论问题,二者间常态化对话交流机制的缺失导致相关研究呈现出“各说各话”现象。

^{④6} 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126页。

^{④7} 参见[德]迪特尔·梅迪库斯《德国债法分论》,杜景林等译,法律出版社2018年版,第438页以下。此观点虽看到了损害保险与人身保险二分法的缺陷,却未能解决此缺陷,因损害保险与定额保险二分法同样存在逻辑缺陷,详见下文分析。

^{④8} 林勋发著译《保险法论著译作选集》,作者1991年自版,第124页。

法院在裁判中会发生从认可人身保险损失补偿性到否定其损失补偿性的转向,尚缺乏学者考证,但从相关判例发生时间上看,不排除是英国法院受到同期德、法等国损害赔偿理论及保险立法分类影响之结果。

作为一个合理的推论,英、美、德、法、日等保险市场发达国家的立法与理论必然会对其他保险市场后进国家与地区的立法及学理研究产生影响,并使得人身保险非损失补偿性的观念广为传播。^④我国《保险法》拟定时,主要参考模板是我国台湾地区的“保险法”,后者是“模范列强”之产物,中国大陆在保险法结构安排上给人以“损失补偿原则仅适用于财产保险合同、不适用于人身保险合同”印象之做法与台湾地区高度类似,其将保险人在财产保险与人身保险下的责任分别界定为“损害赔偿责任”和“保险金给付责任”之内容则为国内人身保险非损失性保险之流行观点提供了重要支撑。

综上,人身保险的非损失性很可能是大陆法系国家损害赔偿理论及其限制非财产损害赔偿规定向保险法不当扩张并将错就错的结果。德、法等国保险立法中将损害保险与人寿保险并列规定的做法,明显有违成文法系法律逻辑的严密性,增加了损失补偿原则适用于人身保险的障碍,并使得损失补偿与人身保险之间渐行渐远。两大法系国家之间客观上存在的法律与文化交流活动则决定了此分类负面影响扩大及理论争议继续的必然性。

三、损失补偿原则适用于财产保险之例外剖析

损失补偿原则是财产保险的基本原则,可适用于财产保险全领域,在这一点上,两大法系国家或地区目前没有争议。但是,人们在论及损失补偿原则时,通常会提及其实用的例外,如定值保险、重置成本保险、追溯保险、推定全损等。这些例外是否真正成立呢?若认真分析,我们会发现传统观点或需修正。

(一) 定值保险例外

所谓定值保险是指保险合同双方当事人事先对保险标的的价值进行约定,并同意以此作为将来理赔的唯一依据。只要保险标的发生全损,保险人即应按约定的保险金额进行赔付,不论保险标的实际价值如何。相较于非定值保险必须在保险事故发生后,才能评估确定保险标的之实际损失额而言,定值保险的主要目的和功能是避免“事后定损”的困难,“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”。^⑤损失补偿原则的本意是保险人补偿保险事故所致实际损失,此处的实际损失

^④ 比如,我国最早的保险立法——1908年《大清商律草案》的第七、八章分别规定了损害保险营业和生命保险营业。其在保险分类上承继的明显是当时德、法、日等国损害保险与人寿保险之二分法。参见前引③,任自力主编书,第32页。

^⑤ See Robert Merkin, *Colinvaux's Law of Insurance* 9th edition, at 326 (Sweet & Maxwell 2010).

往往必须在保险事故发生后才能评估确定。但从实际情况来看,“事后定损”的完成必须有事后可资参考的同类保险标的客观市场、并须具备操作上的经济可行性。而某些保险标的的价值,具有主观性,例如文稿、古董、照片等。另有某些保险如火灾保险和海上保险,于保险事故发生后,保险标的或是已化为灰烬,或是已沉没海底,对之进行事后定损均不具可行性,且易致争议久悬不决。^{⑤1}而在定值保险下,被保险人根本无须证明受损财产的价值是多少,^{⑤2}上述困难可迎刃而解。同时,因定值保险的销售与服务简单、可以像短期定额意外伤害保险那样通过渠道大规模销售,具有节省成本、方便销售等优点,故其适用范围有逐步扩大趋势,不仅在海上保险与艺术品保险领域很普遍,在火灾保险等财产保险领域也有较多适用。^{⑤3}但因通过约定方式确定的财产价值,具有主观性、易导致价值高估和道德风险,背离了损失补偿原则,故不少人认为定值保险是对损失补偿原则的颠覆和破坏,尤其是在定值保单刚出现的年代。^{⑤4}简言之,定值保险虽然避免了事后定损的困扰和争议,提高了保险交易的效率,但其在实际运行中却偏离了损失补偿原则的内在要求,故成为该原则的主要例外之一。

但是,我们必须注意的是,如今的定值保险已早非初创时期的模样。针对其适用中的风险,已有不少国家或地区设计出了若干立法规制措施,主要有三种:一是规定被保险人存在欺诈时合同无效;二是规定“显著超额定值”使约定价值无效、但合同整体仍然有效;三是保险人事前应尽调查义务,否则事后不得否定定值保险之效力等。^{⑤5}根据这些规制措施,定值保险与损失补偿原则补偿实际损失之要求已经无限接近,其与损失补偿原则已融为一体,难谓该原则之例外。

(二) 重置成本保险例外

重置成本保险又称复旧保险,是按照重置成本确定损失补偿金额的保险。这种保险经过了两个发展阶段:一是重置成本扣减折旧阶段,二是重置成本不扣减折旧阶段。^{⑤6}其中的“重置成本”一般是指在损失发生时或损失发生后合理时间内重新置办相同类型、相同质量保险标的所要花费的成本;而“折旧”是指损失发生时保险标的实际使用时间、使用程度、老化程度及其他可能影响其价值的因素。^{⑤7}考虑折旧的逻辑基础为“任何财产都有其使用寿命”^{⑤8}。损失补偿原则要求保险人的补偿范围应限于保险标的遭受的

⑤1 参见前引①,刘宗荣书,第186-187页。

⑤2 See *Musselman v. Mountain West Farm Bur. Mut. Ins. Co.*, 824 p. 2d 271 (Mont. 1992).

⑤3 前引③,任自力主编书,第60页。

⑤4 See Henry Jackson, *Indemnity the Essence of Insurance: Causes and Consequences of Legislation Qualifying This Principle*, 10 Annu. Rep. A. B. A. 261-265 (1887).

⑤5 参见樊启荣《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》,载《法商研究》2013年第6期。

⑤6 参见康雷闪《重置成本保险:法理基础及制度建构——由“高保低赔”引发的思考》,载《法商研究》2012年第3期。

⑤7 See Robert H. Jerry II & Douglas R. Richmond, *supra* note 8, 635.

⑤8 John L. Palmer, *Cheeks v. California Fair Plan Ass'n: Actual Cash Value Is Still Synonymous with Fair Market Value in California; Do the Courts Know What This Means*, 26 W. St. U. L. Rev. 183 (1999).

实际损失,该实际损失通常体现为保险事故发生时保险标的的实际现金价值。而“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。……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”^{⑤9}。补偿折旧会引发道德风险,尤其当折旧因素对保险标的价值有重大影响时。^{⑥0}但由于部分保险标的,如具有收藏价值的书画作品等,其折旧本身就是一种损失,具有可保性,且一旦毁损,很难重置恢复至原样,故现代各国保险法越来越多地采用不扣减折旧的重置成本理论来重新定义实际现金价值。^{⑥1}

笔者认为,不论是否扣除折旧,重置成本保险相对于保险标的的实际现金价值均会存在一定的偏离,其与损失补偿原则补偿实际损失的要求均会存在一定的偏离,但这种偏离始终受制于保险标的的实际现金价值,正如市场经济条件下、商品的价格会始终围绕其价值上下波动一样,这种偏离不应视为损失补偿原则的例外。尤其是考虑到,即使是在非定值保险情形下,建立在事后评估损失基础上的保险赔偿,通常也很难实现对事故损失的充分补偿,损失多少、赔偿多少从来都只是一种理想状态。

(三) “无论损失与否”条款例外

“无论损失与否”条款是18世纪中叶以后海上保险合同中普遍存在的一种条款,其目的是将保险责任的开始时间回溯到保险合同订立前的某一时点,将合同订立前发生的损失纳入保险人的赔付范围。^{⑥2}此条款与英国当时海上保险的法制环境与技术条件密不可分,其将保险合同订立之前已发生损失纳入保险责任范围的做法明显背离了可保风险的“不确定性”,故被视为损失补偿原则的例外。

为规范此条款的适用弊端、避免诱发道德风险、化解其与损失补偿原则之间的冲突,英国1906年《海上保险法》创设了“追溯保险”制度,该法第6条第1款规定“若保险合同中存在‘无论损失与否’条款,被保险人可就已发生损失获得赔付,除非在合同订立时,被保险人已知损失发生,而保险人不知。”此规定并为其他国家或地区的保险立法所广泛借鉴。^{⑥3}追溯保险制度设计的核心,是以“知悉规则”来限定“无论损失与否”条款的效力,即在合同订立时,若双方均不知晓损失是否发生,则该条款有效,即使损失已发生,保险人仍应承担赔付责任;若被保险人知道损失已发生而保险人不知,则该条款无效,保险人对该损失无需承担责任。尽管依据追溯保险制度,“无论损失与否”条款仍部分有效,保险人对于部分合同成立之前的损失仍应承担赔付责任,这本身与可保风险的不确定性及其损失补偿原则的要求虽有所偏离,但相对于保险合同对当事人双方利益

⑤9 前引⑤,樊启荣书,第180页;刘玉林、康雷闪《从传统到现代:保险损失补偿原则之修正》,载《保险研究》2017年第1期。

⑥0 See Robert H. Jerry II & Douglas R. Richmond, *supra* note 8.

⑥1 参见[美]贝纳德·L·威布、亚琴·L·福里特纳、杰罗姆·特鲁品《商业保险》,于小东、英勇总译校,北京大学出版社2003年版,第37页。

⑥2 参见前引⑤,刘玉林、康雷闪文。

⑥3 比如,德国1908年《保险合同法》第2条、德国2008年《保险合同法》第2条、日本2008年《保险法》第5条及我国《最高人民法院关于审理海上保险纠纷案件若干问题的规定》(法释〔2006〕10号)第10条中均有此类规定。

的平衡及保险交易效率的内在追求而言,这种偏离处于可接受的范畴。

(四) 推定全损例外

推定全损,是“实际全损”的对称,具体是指将保险标的某种程度的部分损失视为全损,或者在其是否全损情况不明时,将之视为全损。从保险业的最初发展来看,损失补偿的范围限于“实际损失”,损失的型态也只区分为“全损”与“分损”两类,其中的全损即是指“实际全损”。推定全损是海上保险发展到15世纪出现的一种制度,^④后来成为陆上财产保险领域中一种常见制度。如在车险领域,当被保险车辆因保险事故受损后虽仍可修复,但修复费用将超过该车辆本身价值时,继续修复将得不偿失。此情形下,保险人通常会放弃修复,将该车辆推定全损并按全损向被保险人履行保险金给付义务。“推定全损是一个较为抽象的概念。它是一个混合状态,是介于实际全损和部分损失之间的中间阶段。”^⑤推定全损源于海上保险交易对损失评估与理赔成本及效率的追求,利于减少损失评估困扰、确保被保险人及时获得保险赔付及避免理赔争议。

推定全损情形下,保险人补偿的损失并非实际损失,实践中难免诱发道德风险并违反损失补偿原则。如在被保险人获得全损赔付后、仍拥有保险标的情形下,被保险人将取得额外利益。故近现代海上保险立法多引入委付制度以矫正其弊端。^⑥根据委付制度,被保险人必须将保险标的上的一切权利全部移转给保险人,方可行使推定全损的补偿请求权,从而可有效避免被保险人的不当得利,并充分贯彻损失补偿原则。受海上保险立法之影响,陆上财产保险中通常也存在类似的法律制度或合同设计,比如在车险领域,车险保单中通常会有被保车辆发生推定全损时,保险人在履行赔付义务后取得该车辆残值所有权或处分权的约定(即损余处理)。简言之,曾经是损失补偿原则例外的推定全损制度,在与委付或类似制度结合后,已充分贯彻了损失补偿原则,而不再是其例外。

综上,就损失补偿原则适用于财产保险的上述例外而言,无论是定值保险抑或其他,实质上早已非其最初出现时的样态,并均已从损失补偿原则的例外变成了其有机组成部分,该变化本身充分反映了损失补偿原则从传统到现代演进中的变革现实:保险价值确定方式、保险定损方法、保险损失的期间范围、保险损失的度量与补偿等,均在顺应时代发展及保险交易本身对交易效率与公平的追求而不断更新、扩张,损失补偿原则在财产保险中的例外已不复存在。此变革本身说明,即使损失补偿原则不适用于人身保险存在一定历史合理性,该合理性在现代社会也并不必然继续存在。

^④ 参见杨仁寿《海上保险法论》,台北三民书局1996年版,第441页以下。

^⑤ [英]D. 奥梅、J. 希尔《OMAY 海上保险——法律与保险单》,郭国汀等译,法律出版社2002年版,第505页。

^⑥ 我国1993年7月1日开始实施的《海商法》第249-250条也有此制度的规定。

四、损失补偿原则对人身保险的适用性分析

(一) 生命无价理论不足以否定人身保险的损失补偿性

围绕损失补偿原则可否适用于人身保险,国内学界一直存在较大争议,有否定说、肯定说与折中说三种观点,三者的核心分歧为:人身保险是否为损失保险及其可否适用损失补偿原则。其中,否定说是主流观点,其认为,人身保险非损失保险,不能适用损失补偿原则。主要理由为:人的生命是无价的,人的生命无价性决定了人身损害的无价性,故人身损害不能用金钱来计算及赔偿,并且人的生命非商品,用金钱计算生命的价值,无异于将人的生命商品化。肯定说认为,人身保险是损失保险,可适用损失补偿原则,理由是人的生命具有价值,当生命或身体遭受事故时会有损失发生。折中说则认为,人身保险中部分是损失保险,如费用补偿型医疗保险等,部分非损失保险,如人寿保险等。从实质上分析,上述三种观点存在共同点——均认可人的生命存在价值,分歧点在于对人的生命价值含义与人身损害可否以经济方式来计算及赔偿的理解不同。笔者认为,要厘清上述争议,需要先厘清何谓人的生命价值。

从经济学角度看,人的生命价值,是指个人未来实际收入减去自我维持成本后的净收入的资本化价值。从人身保险角度,被保险人的生命价值相当于其家人期望从他的收入中获取收益的价值,或者公司从其雇员向公司提供的服务中获取收益的价值,该价值是可以用金钱量化的。当一个人遭受死亡、失能、疾病、退休、失业等损害时,其生命价值会受损或降低。就生命价值代表的个人资本化的收入获取能力而言,其与财产类似,其会因人的伤残或死亡而部分或全部损失,人身保险的重要职能之一是补偿该等损失。^⑦主张人的生命价值可以用经济方法计算出来的经济学理论为生命价值理论,该理论在19世纪末进入美国人寿保险领域,并在1920年左右成为美国人寿与健康保险的经济学基础。该理论认为,人的生命价值相对于财产价值具有重要意义,与财产有关的评估、补偿、折旧等理论和方法均应运用到此理论中。^⑧该理论目前被广泛运用于人寿保险经济学、法学、灾害经济学、卫生经济学、管制经济学等领域。因这些领域都涉及对人的生命的保护,都需要考虑对人的生命价值及其保护方式的有效性进行测算。^⑨

在西方,人的生命价值的计算方法主要有两种,一是人力资本法,二是意愿支付法,二者均发端于西方古典经济学中的劳动力价值理论、晚近的人力资本和风险交易等理

^⑦ 参见前引^⑤ S. S. 侯百纳书,第11-14页、第42-43页。

^⑧ 亚当·斯密之后的经济学家都意识到了人是国民财富中的重要因素,人力资本的要义在于对人的投资是基于对未来收益的期盼。人类生命价值概念属于人力资本理论的一部分,关于此问题的探讨已经长达四个世纪。参见[美]肯尼斯·布萊克、[美]哈罗德·斯基博《人寿与健康保险》(第13版),孙祁祥、郑伟等译,经济科学出版社2003年版,第17页以下。

^⑨ 参见程启智《人的生命价值理论比较研究》,载《中南财经政法大学学报》2005年第6期。

论。^⑦其中,人力资本法是指用个体劳动力的生产成本、产出、消费、未来净收入等指标来计算个体的生命价值,其理论基础是为现代各国所普遍接受的人力资本理论。^⑧1930年,美国两位保险学家杜布林和洛特卡在他们出版的《人的货币价值》一书中,将个体的劳动力成本、未来收益和维持人力资本运行的消费都纳入生命价值的计算中,并用生命价值来估算疾病治疗及死亡前的经济费用,他们使用的方法(即人力资本法)为后来美国的人寿保险业所广泛采用,^⑨并逐渐成为计算人的生命价值的主流方法。意愿支付法,是指人们通过平衡风险程度与意愿支付的对价来确定特定风险条件下的个体生命价值。意愿支付法在消费市场、劳动生产、交通安全、食品医药、健康卫生等领域的统计研究中应用广泛,利用此方法计算出来的人的生命价值是美国安全管制领域立法成本效益分析的重要依据。^⑩

生命价值理论对于包括人寿与健康保险法在内的诸多法律制度的发展提供了新的方向,国内近年来对该理论的关注度也在快速提升。笔者认为,该理论对于我们更准确地把握人身保险的损失补偿性具有重要意义,但其效用的充分发挥尚有赖于对以下几点准确把握:

首先,人的生命价值在不同语境下有不同的含义,不应混为一谈。人的生命价值可分为抽象价值与具体价值,前者是指生命在哲学、道德、艺术、宗教等语境下的价值、具有无价性,后者则是指在法律或经济学语境下的价值,具有有价性和可计算性。^⑪生命的抽象价值具有平等性和等价性,不同人之间没有差异,但生命的具体价值却具有独特性,它反映的是个体生命对社会或他人的效用或价值,不同个体之间存在差异。当人们从哲学或道德意义上谈论生命时,生命当然是无价的,但哲学或道德层面的生命无价并不代表在现实生活中、在法律或经济层面生命也是无价的。“生命不可赔偿的理论是以哲学或道德等领域的生命的抽象无价来推导法律上具体生命的无价和不可赔偿,混淆了抽象的生命价值与具体的生命价值两个范畴,混淆了生命价值在不同语境下的不同含义。”^⑫个体生命的具体价值是通过其提供的劳动或服务的价值来体现或衡量的,对个体劳动或服务的定价并不违反道德,违反道德的是对另一个人生命或自由的剥夺。生命的抽象价值体现了社会对个体生命的无条件的尊重,要求任何人不得非法侵害他人的生命权益;生命的具体价值则体现为人的主体存在及自主能力,要求尊重个体的自

⑦ 参见李本森《生命价值的法律与经济分析——中国生命赔偿法律的改革路径》,载《中国社会科学》2011年第6期。

⑧ 此理论的代表性人物舒尔茨是1977年诺贝尔经济学奖得主,其核心主张为:人力资本和物质资本都是经济的动力源泉,但经济发展的决定性要素是人口质量。参见李守身、黄永强《贝克尔人力资本理论及其现实意义》,载《江淮论坛》2001年第5期;许祥云《现代人力资本理论的思想渊源与创立》,载《商场现代化》2005年第24期。

⑨ See Dublin Louis I. & Lotka Alfred J., *The Money Value of a Man*. New York, The Ronald Press Company, 169-171 (1946), Revised Ed.

⑩ See Eric A. Posner & Cass R. Sustein, *Dollar and Death*, 72 U. Chi. L. Rev. 537 (2005).

⑪ 参见前引⑦,李本森文。

⑫ 前引⑦,李本森文。

我决定能力。^{⑦⑧} 在人身保险合同情形下,保险人支付的保险金只是投保人交纳保费的对价,此对价反映的是被保险人对其生命具体价值的判断或预估,这种判断或预估无损生命的抽象价值,也无损任何其他人的利益或社会公益,故应予充分尊重。

其次,生命遭受损害时会产生生命具体价值的损失,对这种损失应予赔偿。法谚云“无救济则无权利”。生命权具有公法权利与私法权利的双重属性,对生命权的救济也应包括公法救济和私法救济两个层面,二者缺一不可。公法(如刑法、行政法等)救济保护的主要是生命的抽象价值,私法救济保护的则主要是生命的具体价值。若生命遭受损害后不进行损失计算、不让侵害人承担赔偿责任,生命的私法救济与生命的无价均将流于空谈,生命本身也将变得一文不值。^{⑦⑧} 对生命具体价值的计算及损失赔偿与对生命抽象价值的推崇之间并无矛盾,二者是相辅相成的。如学者所述,“哲学等关于生命高贵和无价的宣示,并不能否定现实中基于保护生命而计算生命价值的可能性和必要性。同样,学术上对生命价值的计算和具体的理论和实证研究,甚至是立法中的具体应用,也不会否定哲学和艺术关于生命高贵和无价的抽象判断”^{⑦⑧}。

最后,对生命价值及其损失的计算和赔偿都是可以实现的。理由包括:第一,“衡量财产和人的生命价值,就其难度或科学性而言,没有本质的区别”^{⑦⑧}。甚至,很多情形下,人身损失的确定更为容易、简单。财产损失可以委托保险公估机构确定,人身损失同样也可以委托保险公估或类似专业机构来确定。第二,人身保险主要是对被保险人或受益人相应经济损失的补偿,^⑨其潜在的假设是这类补偿与损失之间虽没有精确的等价关系,但确实是对相关主体实际遭受经济损失的补偿,具有补偿特征。这一点在商业性人寿保险(比如雇主给关键雇员、债权人给债务人、合伙人给其他合伙人投保的人寿保险)中体现得尤为明显。^⑩ 第三,运用人力资本法等来计算人的生命价值及其损失在西方国家已经是一种较成熟、运用广泛的方法。在西方国家的经济、法律、医学等领域,生命本身甚至人的肢体的价值都是可以货币化的。^⑪ 如在美国的民事案件中,法庭对人的生命价值的评定,端赖其挣钱能力。^⑫ 在著名的美国“9·11事件”受害人赔偿中,受害人的收入水平也是确定赔偿金额的重要因素。^⑬ 第四,我国在人身损害赔偿、工伤保

⑦⑧ 参见甘绍平《以人为本的生命价值理念》,载《中国人民大学学报》2005年第3期。

⑦⑧ 参见姚辉、邱鹏《论侵害生命权之损害赔偿》,载《中国人民大学学报》2006年第4期。

⑦⑧ 前引⑦⑧,李本森文。

⑦⑧ 前引⑦⑧, S. S. 侯百纳书,第31页。

⑩ 即使保险金中含有慰抚被保险人或受益人精神痛苦之慰抚金,该慰抚金的主要功能也是填补损害。参见前引⑦⑧,王泽鉴书,第250页以下;〔德〕马克西米利安·福克斯《侵权行为法》,齐晓琨译,法律出版社2006年版,第224页以下。

⑩ See Spencer L. Kimball & Don A. Davis, *The Extension of Insurance Subrogation*, 60 Mich. L. Rev. 841 (1962).

⑫ 参见前引⑦⑧,李本森文。

⑫ See Donald Black, *Compensation and Social Structure of Misfortune*, 21 Law and Society Review 565-566 (1987).

⑫ 该事件受害人赔偿基金在确定对受害人的赔偿额(介于25万~600万美元之间)时,受害人的收入水平(分4挡:<5万美元,5万~10万美元,10万~20万美元,>20万美元)是一个重要参考指标。See *Interim Rule*, 66 Fed. Reg. 66, 274 (Dec. 5, 2001), codified as amended at 28 C. F. R. pt. 104 (2003).

险、国家赔偿等领域施行多年的人身损失计算经验也足以证明人身损失的可计算性与可赔偿性。相关计算方法与上述西方国家的人力资本法具有实质类似性。^⑤ 这些做法或经验可作为国内人身保险中被保险人生命价值损失计算与赔付的重要参考。

综上,否定说与折中说基于生命无价而全部或部分否认人身损失补偿性的观点均系对“生命价值”过于简单化的理解。^⑥ 这些观点违背了损害赔偿法的基本原理,亦脱离了人身损害赔偿之客观现实。毕竟,对受害人而言,对生命价值的金钱赔偿好过没有赔偿,得到赔偿好过得不到赔偿。^⑦

(二) 第三领域保险的发展对人身保险损失补偿性的印证

“第三领域保险”一词最早见于日本 1996 年的保险法修改草案与日美保险协议,具体是指疾病、伤害、护理等保险,是相对于“第一领域保险”(即生命/人寿保险)和“第二领域保险”(即财产保险)而言的。^⑧ 1999 年日本修订的《保险业法》,以设立“第三领域保险”方式,将保险分类由“二分法”改为“三分法”。2008 年日本新《保险法》沿用三分法,将保险分为损害保险(含伤害疾病损害保险)、生命保险和伤害疾病定额保险。^⑨ 保险三分法的制度设计在德、法两国的保险立法上也都有体现。比如,德国 1908 年《保险合同法》下保险分为损害保险、人寿保险和伤害保险,此分类为德国 2008 年《保险合同法》承继;法国 1930 年《保险合同法》下保险分为损害保险与人寿保险两类(健康与伤害保险属于社会保险),此分类亦为法国 2003 年《保险法典》所承继。^⑩ 上述分类的共同特点在于都承认部分伤害疾病保险具有损失补偿性,属于损失保险的范畴。

在我国,立法上并无第三领域保险的提法,与之对应的健康保险与意外伤害保险均属于人身保险,因二者在经营方面与财产保险有较多类似,财产保险公司可依法兼营。同时,因二者兼具人身保险与财产保险的双重属性,故有学者将之视为介于传统人身保险与财产保险之间的一种保险形态,并以“中间性保险”^⑪或“第三领域保险”^⑫描述之。

从国内市场实践看,健康保险与意外伤害保险虽然均可由财产保险公司经营,但二者在保险金给付上仍存在明显差异。意外伤害保险的保险金给付与人寿保险相同,只有定额给付一种;而健康保险中,除了疾病保险采定额给付外,其他的医疗保险、失能收

^⑤ 参见《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2003〕20号)第17-30条,我国《工伤保险条例》第五章“工伤保险待遇”、《国家赔偿法》第四章“赔偿方式和计算标准”等规定。

^⑥ 参见张新宝《中国侵权行为法》,中国社会科学出版社1998年版,第108页。

^⑦ 人身损害赔偿制度是现代法治文明与进步的重要体现,其标志着法律从注重对财产权保护到注重人身权及精神性权利的保护的转向。参见马怀德、孔祥稳《中国国家赔偿制度的发展历程、现状与未来》,载《北京行政学院学报》2018年第6期。

^⑧ 参见牛玉兰《日本的“第三领域”保险》,载《内蒙古保险》1996年第6期。

^⑨ 日本将伤害疾病保险进行了二分处理,即一部分归入损害保险,一部分归入定额保险,以立法形式进一步确认了伤害疾病保险的第三领域保险地位,即认为其兼具损害保险与人身保险的双重属性。

^⑩ 与中国保险法不同的是,在德、法、日三国,健康保险均长期属于社会保险范畴,但随着时代发展,德、日等国的健康保险存在逐步商业化的趋势。参见温世扬《“中间性保险”及其私法规制》,载《北方法学》2013年第3期。

^⑪ 前引⑩,温世扬文。

^⑫ 皮立波《意外险和健康险——保险业的“第三领域”》,载《金融信息参考》2002年第11期。

入损失保险及护理保险均可以采用定额给付或费用补偿两种方式。^⑨同时,由于现阶段失能收入损失保险与护理保险的市场规模很小,相关争议较少,而医疗保险的社会需求强劲,司法审判中关于健康保险究竟应否适用损失补偿原则的争论也主要集中在医疗保险领域。监管部门颁布的《健康保险管理办法》中也仅把医疗保险分为定额给付型与费用补偿型两类并进行分别规制。^⑩

从监管部门的规则设计来看,认定医疗保险是否适用损失补偿原则的关键在于,保险产品的费率设计是否有区别,以及保险人对合同条款是否尽到了提示与明确说明义务,^⑪这些也是各地法院处理此类纠纷时的关注重点。^⑫考虑到实践中医疗保险作为附加险进行销售的情况非常普遍,主险与附加险合同也多同时订立及生效,一旦发生保险事故,就会产生相关赔付(尤其是医疗支出赔付)应否适用重复保险、代位求偿权等损失补偿原则派生制度之争议,由此引发的同案不同判现象,已严重影响到司法裁判的权威性和统一性。

为便于正确适用法律、妥善解决此类争议,有学者建议以损失补偿保险与定额给付保险之二分法取代财产保险与人身保险之二分法。^⑬另有学者认为,对于包括健康保险等在内的保险合同规制而言,应“依其目的而区分为填补具体损害(财产损失)的损失补偿合同和填补抽象损害(人身损害)的定额给付合同,并由此确定超额保险、复保险、代位求偿权等规则之适用对象”^⑭。本文认为,相对于损失补偿原则不适用于人身保险之传统主流观点,这些见解虽有进步,但仍存在明显不足,主要包括:第一,财产保险与人身保险的二分法在国内由来已久,^⑮此分类逻辑周延,且长期使用后已为公众熟知,修改成本高昂,不宜随意修改。第二,损失补偿保险与定额给付保险之二分法本身仍存在明显的含糊性与内在缺陷,^⑯易引发新的问题。因为保险人支付保险金系履行合同下的

^⑨ 根据笔者在中国保险行业协会官网(<http://www.iachina.cn/>)上检索结果来看,国内的护理保险以补偿性给付为主,如约定“按护理费实际支出的90%给付看护保险金”;失能收入损失保险则存在定额给付与费用补偿两种给付方式,如约定“按月保障金额×约定的给付比例、逐月给付残疾等失能保险金,至最大给付月数届满”(定额给付型)等。

^⑩ 如《健康保险管理办法》第4条第1款规定“医疗保险按照保险金的给付性质分为费用补偿型医疗保险和定额给付型医疗保险”;第4款规定“费用补偿型医疗保险的给付金额不得超过被保险人实际发生的医疗费用金额”。

^⑪ 参见《健康保险管理办法》第22条、第29条。

^⑫ 由于《健康保险管理办法》只是一个部门规章,不能作为裁判依据,故法院在裁判中多将费用补偿型医疗保险下的补偿性解释为来自于保险合同的约定,而非《保险法》的规定,因现行《保险法》中不存在该等规定。

^⑬ 参见樊启荣《保险损害赔偿原则研究——兼论我国保险合同立法分类之重构》,载《中国法学》2005年第1期;前引^⑬,江朝国书,第455页以下;及汪信君、廖世昌《保险法理论与实务》,台湾元照出版有限公司2015年版,第10页以下。

^⑭ 前引^⑭,温世扬文。

^⑮ 1911年《大清商律草案》仿照《日本商法典》将保险分为损害保险与生命保险;1937年中华民国《保险法》改为损失保险与人身保险;国民党政权迁台后,经长期论证,于1963年改采财产保险与人身保险之二分法;我国大陆1995年6月通过的《保险法》借鉴我国台湾地区的经验,采用此分类方法,并适用至今。本文认为,我国台湾地区“保险法”在1963年后用财产保险与人身保险之二分法取代之前效仿日、德等国保险法上之损失/损害保险与人身/人寿保险之二分法,在术语选择与分类技术上实为一重大进步。

^⑯ See George Steven Swan, *Subrogation in Life Insurance: Now is the Time*, 48 Ins. Counsel J. 634 (1981).

给付义务,损失补偿与定额支付均属于给付义务履行的具体方式,二者间的差别不过是支付数额确定方式的不同:一个是根据事后的估损金额支付,另一个是根据合同事先的约定金额(预估损失额)支付。定额给付实为损失补偿之一种,定额给付保险与定值保险均属于损失补偿保险。^⑩因此,损失补偿保险与定额给付保险之二分法实质是将两个不同位阶的词语并列使用,明显有违法律表达逻辑。故正确的选择只能是摒弃损失补偿保险与定额给付保险之二分法,并正视人身保险的损失补偿性。毕竟从交易效率、保险受益人快速获得赔付、减少争议等角度而言,人身保险采用事先约定好保险金、事后定额给付之方式(类似于定值保险)相对于事故发生后再确定损失及赔付金额,具有很强的操作性,更符合商事交易的简便、迅捷要求,也更利于保险受益人风险保障目的之实现。

五、保险损失补偿原则适用范围之重塑

(一) 保险损失补偿原则理论基础之厘清

首先,保险损失补偿原则的理论基础是民商法的损害赔偿理论。保险法虽然源自保险商业实践,有其自身的特殊性,但从整个法律体系的视角看,保险法属于民商法(私法)的一个分支,保险法的基本理念和民商法的基本理念具有实质上的相通性,民商法领域的平等、自愿、公平、诚信、效率等基本原则在保险法领域也是同样适用的。比如,民商法上的损害赔偿制度包括因侵权、违约、不当得利、无因管理等多种行为引起的损害赔偿,其核心是损失补偿原则,其基本任务是补偿损害,受害人所得赔偿一般不得超出其实际损失,一旦超出,会有不当得利、损益相抵等规则对之进行矫正;在保险法领域,被保险人或受益人从保险人处获得的赔偿也不能超出其实际损失,也同样适用不当得利禁止、损益相抵等规则,并存在保险利益原则的补充规制。因此,保险法上的损失补偿不过是民商法损害赔偿的一个分支,保险损失补偿原则必然要接受其理论基础——民商法损害赔偿理论的规制与约束。

其次,保险损失补偿与其他民事损害赔偿在本质上并无二致。因为,保险损失补偿原则的权利基础与民商法上的权利或利益理论具有本质上的一致性。权利的本质是利益,所有的民事权利均不外乎某种或某些利益的集合。无论是古典时代的权利观念还是现代的权利理论,都指向某种特定的利益分配机制。“损害”则等于“不利益”或“利益的减少和灭失”^⑪,损害赔偿制度实为要恢复这种不利益或利益受损的状态至其原样,保险损失补偿则是要恢复被保险人或受益人因保险事故遭受的不利益或使相关利益受损状态恢复至其原样,二者在本质上具有一致性。

^⑩ 参见前引^⑬江朝国书,第456页。

^⑪ 李炎《侵权法上可赔偿损害的区分规制论——以权利射程与利益筛选为切入点》,南京大学2018年博士学位论文,第57页。

(二) 损失补偿原则仅适用于财产保险观点之矫正

首先,损失补偿是保险的基本功能。保险制度的产生,源于人类应付各种灾难风险及对风险所致损失进行经济补偿的需要,经济补偿是保险最原始和最基本的功能。损失补偿原则不适用于人身保险或只能适用于部分人身保险的观点不但违背了一个基本事实——人身损失也是损失,并且混淆了人的生命价值在道德层面与现实层面之不同语境下的不同含义。在哲学与道德层面,生命确实是无价的,但在现实生活层面,生命从来都是有价的,正所谓“生命无价、生存有价”。每份人身保险合同下的保费反映的都是对被保险人或受益人可能遭受损失的价值预估,这种预估价值因人而异,会随着个体受教育程度、年龄、身体状况、收入水平变化等不同,相应的损失补偿也应不同。

其次,民商事损害赔偿范围由财产向人身的扩张趋势决定了损失补偿原则适用于人身保险的必然性。民商事损害赔偿的范围包括财产损失与人身损失两个方面,保险损失补偿作为民商事损害赔偿的一个分支或延伸,其补偿范围自然也应包括财产损失与人身损失两个方面。否则,保险法在损失与补偿等基本概念方面必然与作为上位法的民商法形成冲突。同时,人身保险作为一种实现个体生命与健康风险分散与保障之机制,其功能的有效发挥也不可能无视民商事损害赔偿范围已从财产扩张到人身并且人身损失的保障程度在逐步提高之客观现实。^⑩

(三) 人身保险损失计算标准之明晰

人身遭受损害时,受害人有权获得赔偿,这是各国法律的普遍规定,我国也不例外。如我国《民法通则》《侵权责任法》等均规定人身损害包括财产损害与精神损害,二者均可以赔偿。^⑪就人身损害赔偿的计算而言,以死亡赔偿金为例,各国的计算标准主要有三:(1)完全个别化的计算标准,即完全以死者生前的收入状况为依据;(2)完全社会化的计算标准,即按全社会统一的标准计算;(3)类型化的计算标准,即将死者归入一定类别的社会成员类型,按照这类社会成员的收入情况并结合死者的年龄等因素确定。^⑫我国现阶段针对死亡/残疾赔偿金、丧葬费、住院伙食补助费、被抚养人生活费,采用的均为类型化的计算标准;^⑬针对误工费,采用的则是个别化与类型化相结合的标准,^⑭即以受害人误工时间和收入情况为准,受害人有固定收入的,误工费按照实际减少收入计算;无固定收入的,按照其近三年的平均收入计算;受害人不能举证证明其最近三年的平均收入状况的,则参照受诉法院所在地相同或者相近行业上一年度职工的平均工资

^⑩ 从国际上看,就人身损害赔偿而言,其中精神损害赔偿的范围在不断扩大、认定责任的条件在不断放松,此趋势日益明显。参见[奥]海尔穆特·库奇奥《损害赔偿法的重新构建:欧洲经验与欧洲趋势》,载《法学家》2009年第3期;[德]克里斯蒂安·冯·巴尔、乌里希·德罗布尼希《欧洲合同法与侵权法及财产法的互动》,吴越、王洪、李兆玉、施鹏鹏等译,法律出版社2007年版,第78-96页。

^⑪ 如《民法通则》第119-120条,《侵权责任法》第20-22条,以及前引^⑤“法释(2003)20号”第17-18条等。

^⑫ 参见张新宝《〈侵权责任法〉死亡赔偿制度解读》,载《中国法学》2010年第3期;张新宝《侵权死亡赔偿研究》,载《法学研究》2008年第4期。

^⑬ 参见前引^⑤“法释(2003)20号”第23、25、27、28、29条。

^⑭ 参见前引^⑤“法释(2003)20号”第20条。

计算。笔者认为,上述损失计算标准充分考虑了国际经验和中国实践,与西方国家人力资本法下的人身损失计算标准具有实质类似性,完全可以准用于我国人身保险合同下人身损失的计算与补偿。并且考虑到国内社会信用体系的逐步建立与大数据技术的快速发展,相关政府部门、机构或保险公司利用既有的海量保险用户数据,不断提升对人身损失经济价值评估及损失计算标准的科学性、精确度,是完全可以实现的。

(四)《保险法》相关条款之修正

首先,应修改《保险法》关于保险的定义,明确人身保险的损失补偿性。具体应将《保险法》第2条现行表述修改为“本法所称保险,是指投保人根据合同约定,向保险人支付保险费,保险人对于合同约定的可能发生的事故因其发生所致财产或人身损失承担支付保险金责任的风险分散与转移行为”。修改理由有四:第一,财产损失是损失,人身伤亡或疾病也是损失。故应恢复损失的本来含义,以损失说取代二元说,使人身保险回归损失保险之范畴。第二,“任何契约均以给付为内容”^⑩,无论财产保险或人身保险,保险人依据保险合同所作履行均为给付,保险人所承担的义务都是给付义务。“赔偿保险金”与“给付保险金”均系履行给付义务,^⑪将二者统一为“支付保险金”可有效避免现法条用语可能引发的歧义及困惑。^⑫第三,现规定存在的循环定义与同语重复问题应予纠正。对保险的定义不能限于商业行为,应为相互保险等非营利性保险的发展留下空间。第四,保险的主要目的是进行风险的转移与分散,这是保险区别于担保、储蓄等类似行为的主要特征,在立法中予以明确,可有效减少实务中的争议。

其次,应坚持财产保险与人身保险之基本分类,并按照二者均属于损失保险来对《保险法》相关条款进行完善。第一,将所有的“赔偿或给付保险金”或类似表述修改为“支付保险金”。第二,摒弃“定额给付保险”与“损失补偿保险”及“人身/人寿保险”与“损失/损害保险”之分类。此等分类的分类标准不统一,是导致人们将人身保险混同定额给付保险与非损失保险、进而否定损失补偿原则适用于人身保险观点之根源,也是导致现有保险法理论与立法逻辑混乱、司法裁判标准不统一的根源。

最后,应明确损失补偿原则适用于人身保险的例外规则。笔者认为,承认损失补偿原则可适用于人身保险并不代表此原则在适用时可不设任何限制。细言之,应明确重复保险、超额保险、代位求偿权等损失补偿原则的派生制度不得适用于定额给付型的人身保险,包括人寿保险、意外伤害保险和定额给付型的健康保险,但可以适用于费用补偿型的健康保险,如医疗保险、护理保险等。理由为:在人身保险情形下,根据保险金确定方式之不同,损失补偿的人身色彩强弱仍有较大区别。在定额给付场合,保险金代表的是对被保险人相关人身利益价值的约定或预估,具有很强的人身属性,不存在超额或重复赔付问题(即使存在多份定额给付保单时亦然),故重复保险、代位求偿权等损失补

^⑩ 前引^②王泽鉴书,第190页以下。

^⑪ 参见于海纯《论人身保险不应适用损失补偿原则及其意义》,载《政治与法律》2014年第12期。

^⑫ 相对于我国《保险法》中“赔偿”“给付”的高频混用,我国《侵权责任法》的表达要严谨得多,比如其统一使用的是“赔偿”和“支付”,及“财产损失”、“人身损害”用语,不存在“给付”用语。

偿原则的派生性制度均不应适用;而在费用补偿场合,保险金的计算与支付和财产保险情形下并无二致,其主要或纯粹是一种财产性补偿,故应允许重复保险、代位求偿权等制度的适用。以医疗保险为例,若合同条款中载明系费用补偿型医疗保险、且允许代位求偿权的适用,除非有证据证明该等约定违背了投保人的自由意志或侵害了保险消费者的合法权益(如保单费率厘定不合理、不公平等),即应当确认该等约定有效。作为上述例外规则的体现,我国《保险法》中相关条款也应进行修改。以代位求偿权的规定为例,我国《保险法》第46条“被保险人因第三者的行为而发生死亡、伤残或者疾病等保险事故的,保险人向被保险人或者受益人给付保险金后,不享有向第三者追偿的权利,但被保险人或者受益人仍有权向第三者请求赔偿”之规定完全排除了代位求偿权在人身保险中的适用,此规定已经明显滞后于保险市场的发展,建议进行完善,即在原文后增加如下内容“保险合同系费用补偿型合同且另有约定的除外”。

Abstract: The view that the principle of indemnity is only applicable to property insurance is widely circulated in the works of insurance law, and also has a profound impact in the practice of insurance law. However, indemnity is the essence of insurance, the foundation of the development of insurance industry, and also the concentrated embodiment of the economic compensation function of the insurance industry. The principle of indemnity is applicable to the whole field of insurance, including life insurance, which should be its proper meaning. The viewpoint of non-loss insurance of life insurance is probably the result of the improper expansion of the theory of damages in civil law countries and its restrictions on non-property damages to insurance law. In modern society, the exceptions of indemnity principle applicable to property insurance are no longer established, and the indemnity of life insurance has been confirmed by the rich practice of the theory of life value and the third field insurance. The accurate application of the principle of indemnity in China depends on the clarification of the theoretical basis of its civil and commercial law, the correction of the view that it is only applicable to property insurance, the clarification of the calculation standard of personal insurance loss, and the perfection of the insurance definition under the current insurance law.

(责任编辑:王莉萍)