

投保欺诈的法律规制路径*

武亦文**

内容摘要:现行保险法规范对投保欺诈的规制明显不足,为投保欺诈者提供了可乘之机。既有的非保险法规制路径有合同法和侵权法两条路径。对于前者,投保欺诈不符合违约责任的构成要件,缔约过失损害赔偿责任无法为保险人提供救济。此外,承认保险人欺诈撤销权规定的可适用性,则会破坏如实告知义务制度的基本框架,损害《保险法》的体系性,因而均不足取。对于后者,故意损害他人纯粹经济利益的行为在我国侵权法上可被认定为侵权行为,投保欺诈属于故意损害保险人纯粹经济利益,造成保险人经济损失的,构成侵权,投保人须对保险人承担侵权损害赔偿责任。但侵权法路径在举证方面的难度和成本导致其并非投保欺诈的最优规制路径。为实现对投保欺诈最充分的规制,保持法秩序的一致性,应当回归到保险法路径中,以对价平衡原则和保险消费者保护原则为基本价值理念,对保险法规范进行改造。一是将2年除斥期间延长为5年,二是将除斥期间内未发生保险事故作为除斥期间规定的适用前提。

关键词:投保欺诈 欺诈撤销权 纯粹经济损失 对价平衡原则 除斥期间

DOI:10.13415/j.cnki.fxpl.2019.05.006

一、问题的提出:既有保险法规范供给不足带来的困境

保险欺诈,是指假借保险名义或利用保险合同谋取非法利益的行为,主要包括保险金诈骗类欺诈行为、非法经营保险业务类欺诈行为和保险合同诈骗类欺诈行为等。^① 本文所称的投保欺诈,对应为其中的保险合同诈骗类欺诈行为,是指投保人或被保险人在缔结保险合同时实施的欺诈行为,即为了获得订立保险合同或者以更优惠条件订立保险合同的机会,而在履行如实告知义务时作出虚假陈述,并使保险人陷入错误从而同意承保的行为。

包括投保欺诈在内的保险欺诈行为迫使保险公司支出了与其所收保费不成比例的保险金,破坏了对价平衡原则,严重提高了保险公司的经营成本,从而极易导致保险公司提高保费水平,将成本转嫁给危险共同体内的全体成员承担。从更极端的层面而言,甚或会危及保险公司的存续以及保险制度的运行根基。职是之故,投保欺诈行为亟需得到有效规制。

在保险法领域内部,对投保欺诈的规制包括保险合同法规制和保险监管法规制两个层面。目前,有关保险欺诈的最新监管规则是原中国保监会发布的自2018年4月1日起施行的《反保险欺诈指引》(以下简称“《指引》”),但《指引》规制的保险欺诈仅限于保险金诈骗类欺诈行为,并不包括作为保险合同诈骗类欺

* 本文是国家社会科学基金后期资助项目(18FFX016)的阶段性成果。

** 武汉大学法学院副教授。

① 原中国保监会:《反保险欺诈指引》第3条第1款。

为的投保欺诈。^②而《保险法》在监管法层面所规制的保险欺诈,同样也仅限于保险金诈骗类欺诈行为。^③由是,对投保欺诈的法律规制,便只能从保险合同法维度入手。

投保欺诈属于故意不履行如实告知义务的行为,根据《保险法》第16条第2款和第4款,投保人故意不履行如实告知义务,足以影响保险人决定是否同意承保或者提高保险费率的,保险人有权解除合同并对合同解除前发生的保险事故免于承担保险责任。但依据《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(二)》第8条,保险人免责须以解除保险合同为前提。故此,《保险法》对于投保欺诈的规制手段实际仅仅是赋予保险人合同解除权。值得注意的是,保险人的解除权会受到除斥期间的约束,^④根据《保险法》第16条第3款,保险人的解除权应当在知道解除事由之日起的30日内行使,且合同成立2年之后,解除权即确定地告于消灭。因此,当保险人2年后始发现投保人的投保欺诈行为时,便无从援引第16条解除保险合同,而只能依照保险合同履行赔付义务。实践中,投保人一方在投保过程中实施欺诈行为且保险合同成立2年内发生保险事故,但被保险人或受益人故意拖延至2年后才向保险公司索赔以规避解除权规定的情形也并不鲜见。对此,绝大多数法院皆认为应当严格适用《保险法》第16条的规定,保险人于保险合同成立2年后不得解除保险合同,仍应承担赔偿责任。^⑤但有少数法院则认为,保险人合同解除权的消灭须以保险合同成立2年后才发生保险事故为要件。^⑥此外,还有极个别法院认为保险人可依据《合同法》第54条以投保人一方欺诈为由撤销保险合同。^⑦由此可见,《保险法》第16条在我国司法实践中难以一般性地发挥规制投保欺诈的功能。

我国关于除斥期间的规定与台湾地区及英美法国家相仿,均为2年。在英美法系,该项期间规定一般被称为不可争辩条款(the incontestable clause),其产生系源于保险公司建立公众信赖的需要,^⑧其目的方面是为了确保法律关系的安定性,保护受益人在被保险人死后免遭无谓的讼累,^⑨因为从举证角度而言,被保

^② 《指引》第3条第1款规定:“除特别说明,本指引所称欺诈仅指保险金诈骗类欺诈行为,主要包括故意虚构保险标的,骗取保险金;编造未曾发生的保险事故、编造虚假的事故原因或者夸大损失程度,骗取保险金;故意造成保险事故,骗取保险金的行为等。”

^③ 《保险法》第174条规定:“投保人、被保险人或者受益人有下列行为之一,进行保险诈骗活动,尚不构成犯罪的,依法给予行政处罚:

(一)投保人故意虚构保险标的,骗取保险金的;

(二)编造未曾发生的保险事故,或者编造虚假的事故原因或者夸大损失程度,骗取保险金的;

(三)故意造成保险事故,骗取保险金的。

保险事故的鉴定人、评估人、证明人故意提供虚假的证明文件,为投保人、被保险人或者受益人进行保险诈骗提供条件的,依照前款规定给予处罚。”

^④ 参见[日]李鸣:《保险法における告知義務および告知義務違反による解除の法的構成》,载《放送大学研究年報》第35号(2017年),第42页。

^⑤ 如临沂市中级人民法院(2015)临商终字第129号民事判决书,宁波市中级人民法院(2015)浙甬民二终字第547号民事判决书,厦门市中级人民法院(2016)闽02民终1539号民事判决书,内江市中级人民法院(2017)川10民终1028号民事判决书,等等。

^⑥ 参见福建省高级人民法院(2016)闽民申字第2520号民事裁定书,运城市中级人民法院(2017)晋08民终1732号民事判决书。

^⑦ 参见河南省高级人民法院(2016)豫民再418号民事判决书。

^⑧ Eric K. Fosaaen, AIDS and the Incontestability Clause, 66 N.D. L. Rev. 268 (1990). 当时,保险公司动辄便会援引保证条款(warranty)作为拒绝保险赔付的理由,即便保证条款的内容根本不具有重要性,或者保险事故的发生与被保险人违反保证条款的行为没有因果关系,由此导致了公众对保险的抵抗和反感。See David G. Newkirk, An Economic Analysis of the First Manifest Doctrine: Paul Revere Life Insurance Co. v. Haas, 644 A.2d 1098 (N.J. 1994), 76 Nebraska L. Rev. 826 (1997); 李青武、于海纯:《论美国不可争议条款规制投保欺诈的制度构成及其正当性》,载《比较法研究》2014年第1期。

^⑨ See Simpson v. Phoenix Mutual Life Ins. Co., 299 N.Y.S. 2d 839 (1969); Northwestern Mutual Life Ins. Co. v. Johnson, 254 U.S. 101-102 (1920).

险人死亡后,若保险人主张被保险人违反如实告知义务,此时将很难查知被保险人是否存在未如实告知的情形。^⑩另一方面,其也有助于督促保险人及时调查被保险人在缔约时是否有违反如实告知义务。^⑪除斥期间规定的制度初衷固然良好,但以上事实表明,其确实也为投保欺诈行为提供了获得保险赔付的通道,成为了机会主义者投保欺诈的安全港。^⑫

由上可知,2年除斥期间的规定,致使保险法对投保欺诈的规制显得捉襟见肘。如何严格贯彻“欺诈者不受保护”的公共政策,维持保险的对价平衡原则和保险业的稳续发展,更有效地从法律层面对投保欺诈加以规制,便成了一项亟待研究的课题。

二、投保欺诈的非保险法规制路径一:合同法规制路径的探讨

投保欺诈行为是对如实告知义务的违反,而如实告知义务是投保人于保险合同成立前应当履行的义务,属于先合同义务而非合同义务,^⑬同时如实告知义务也是一项不真正义务,^⑭投保人违反此项义务时,保险人不能请求投保人一方承担损害赔偿责任,^⑮故保险人无法诉诸违约责任寻求救济。此外,先合同义务的违反构成“缔约过失”,会产生缔约过失责任,《合同法》第42条即规定了缔约过失的损害赔偿责任。^⑯《合同法》第42条第1项和第2项规定的先合同义务分别是诚信缔约义务和告知义务,保险法上的如实告知义务即属后者。但是,保险人并不能依据《合同法》第42条向投保人一方请求损害赔偿。缔约过失损害赔偿的对象通常为合同相对人的信赖利益,后者既包括因信赖受挫时合同未能有效成立而落空的费用,如订约费用、履约准备费用和与履约无关而支出的费用(如承租人对租赁物的装修装饰费用等),以及因信赖受挫而丧失其他订约机会的损失,也包括因信赖受挫而订立一个不利合同的损失,但“一个不利合同的订立”作为损失在实践中较为少见。^⑰就投保人故意违反告知义务的情形而言,保险人所遭受的损失通常是其必须支付的保险金这一经济损失。此种情形涉及的是合同有效型的缔约过失责任。而对于合同有效型的缔约过失责任,我国学理多不予以承认,此外,其多与消费者保护相关联,^⑱而保险人明显不属于受保护的消费者。故此,保险人难以诉诸《合同法》第42条寻求救济,《合同法》第42条无法被用于规制投保欺诈。由此,对于投保欺诈的合同法规制便只剩下了基于欺诈的合同撤销这条路径可以考虑,该条路径同时也是学界争议最大的一条路径。该路径以合同一方当事人的行为构成法律行为或意思表示欺诈为前提,^⑲故此,欲讨论该条路径是否可行,首先须分析投保欺诈是否符合法律行为欺诈的构成要件。

^⑩ 参见大塚英明:《不可争条項と詐欺抗弁——“替え玉抗弁”の意味するもの》,载《生命保険論集》第163号(2008年),第73页。

^⑪ 汪信君:《保险法第六条告知义务解除权行使与除斥期间——九十九年度台上字第七四二号判决》,载《月旦民商法杂志》第33期,2011年9月。

^⑫ 同前注^⑧,David G. Newkirk文。

^⑬ 参见温世扬主编:《保险法》(第3版),法律出版社2016年版,第101页。

^⑭ 同前注^④,李鸣文。

^⑮ 参见坂口光男:《保険法における告知義務の法的基礎論》,载《法律論叢》第80卷第2·3号(2008年),第139页。

^⑯ 《合同法》第42条:当事人在订立合同过程中有下列情形之一,给对方造成损失的,应当承担损害赔偿责任:

- (一)假借订立合同,恶意进行磋商;
- (二)故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况;
- (三)有其他违背诚实信用原则的行为。

^⑰ 参见孙维飞:《〈合同法〉第42条(缔约过失责任)评注》,载《法学家》2018年第1期。比较法上亦有学者持相似观点,小笠原奈菜:《情報提供義務違反による損害賠償の範囲——ドイツにおける損害としての“高値取得”と減額規定の類推適用》,载《山形大学紀要(社会科学)》第45卷第1号(2014年),第24页。

^⑱ 韩世远:《合同法总论》(第4版),法律出版社2018年版,第166页。

^⑲ 法律行为或意思表示欺诈,是指行为人故意使对方陷入错误认识从而作出意思表示的行为。史尚宽先生将欺诈分为三类,三者各有其法律效果,除法律行为欺诈外,另两种分别是构成侵权而产生损害赔偿责任的欺诈,和构成犯罪而应受刑事裁判的欺诈。参见史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第424页。

(一)投保欺诈作为法律行为欺诈的构成要件该当性

法律行为欺诈的构成要件有三项:(1)行为人实施了欺诈行为,包括作为和不作为,即积极地作出虚假陈述,和在负有告知义务的前提下消极地隐瞒真实情况;(2)行为人具有恶意,即希望通过欺诈使相对人作出意思表示;^①(3)相对人因受欺诈陷入错误认识,并因错误认识作出意思表示。^②此外,为了保护善意的对方当事人,^③第三人实施欺诈行为,使一方在违背真实意思的情况下作出意思表示的,仅在对方知道或应当知道该事实时,受欺诈方才享有撤销权。^④但处于受欺诈方相对方的位置,并共同参与合同订立的人则不属于“第三人”。此时,即便受欺诈方的相对方不知道或过失地不知道此人的欺诈行为,受欺诈方也同样享有撤销权。^⑤

实践中,当投保人与被保险人非为同一人时,由于被保险人通常对保险标的更为熟悉,出于核保的需要,保险人往往也会要求被保险人向其告知保险标的的有关情况。故保险合同订立阶段,投保人和被保险人均有可能实施投保欺诈行为。投保人是保险合同当事人,其投保欺诈行为满足法律行为欺诈的三项构成要件,无疑属于法律行为欺诈,可以使保险人取得合同撤销权。首先,如实告知义务的履行采“询问告知主义”,投保人对保险人的询问内容负有告知义务,投保人对投保单上问题所作的与真实情况不符的回答,并非单纯的沉默,属于故意告知虚假情况,因而构成作为的欺诈。其次,投保人实施欺诈行为是为了诱使保险人同意承保,具有希望保险人因此作出意思表示的主观恶意。最后,保险人之所以同意订立保险合同,是因为投保人对保险标的的不实告知使之误认为保险标的符合承保条件。

值得注意的是,当欺诈人是被保险人而非投保人时,鉴于被保险人并非保险合同当事人,其故意不如实告知的行为是否构成法律行为欺诈呢?笔者认为应作肯定理解。一方面,如果认为被保险人为第三人的话,那么根据《民法总则》第149条,^⑥当投保人知道或者应当知道被保险人的欺诈行为时,保险人便可以取得合同撤销权。由于投保人之所以愿意为被保险人投保,一般系源于二者血缘或情感上的密切关联,如亲子、配偶等,对于被保险人的欺诈行为,投保人有很高的知晓和应知概率,故而一般符合《民法总则》“知道或应当知道”的要求,可以令保险人取得合同撤销权。另一方面,被保险人履行如实告知义务的过程,实际是在与投保人共同参与合同的订立,所处地位与投保人相当,其行为自然应受与投保人相同的法律评价,故即便投保人不知悉被保险人的欺诈行为,保险人也可取得合同撤销权。而且,虽然《保险法》第16条规定的如实告知义务主体仅限于投保人,但学说上通常认为应将被保险人包括在内。^⑦有学者曾提议,在《保险法》修法之前可通过解释论的方法将被保险人纳入告知义务履行主体,如借鉴《欧洲保险合同法原则》第2:101条的经验,将投保人知道的关于保险标的的状况扩张解释为包括被保险人所知的事实。^⑧这些也间接支持了被保险人在保险合同订立阶段的“类投保人”地位。

故此,无论是投保人还是被保险人,只要其实施了投保欺诈行为,就都属于法律行为欺诈,单纯从民法或

^① 同侵权欺诈不同,法律行为欺诈不要求行为人具有使他人遭受损害的故意,只要求其具有希望对方因此作出意思表示的故意。参见[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(下册),王晓晔等译,法律出版社2013年版,第544页。

^② 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2013年版,第594—595页;王利明、杨立新、王轶、程啸:《民法学》(第5版),法律出版社2017年版,第186—187页;朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2016年版,第279—281页。

^③ 参见[日]我妻荣:《新订民法总论》,于敏译,中国法制出版社2008年版,第291页。

^④ 我国《民法总则》第149条亦规定:“第三人实施欺诈行为,使一方在违背真实意思表示的情况下实施的民事法律行为,对方知道或者应当知道该欺诈行为的,受欺诈方有权要求人民法院或者仲裁机构予以撤销。”

^⑤ 参见[德]本德·吕特斯、阿斯特丽德:《德国民法总论》(第18版),于馨森、张姝译,法律出版社2017年版,第418页。

^⑥ 该条规定了第三人欺诈的法律效果,其内容为:“第三人实施欺诈行为,使一方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为,对方知道或者应当知道该欺诈行为的,受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。”

^⑦ 参见江朝国:《保险法基础理论》,中国政法大学出版社2002年版,第225页;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136页;叶启洲:《要保人告知义务法制之变革:消费者保护、对价平衡与最大善意原则之交错与位移》,载《政大法学评论》第136期,2014年3月;樊启荣:《保险契约告知义务制度论》,中国政法大学出版社2004年版,第166页;韩长印、韩永强编著:《保险法新论》,中国政法大学出版社2010年版,第55页。

^⑧ 参见马宁:《保险法如实告知义务的制度重构》,载《政治与法律》2014年第1期。

合同法规定的角度而言,保险人均可取得合同撤销权。

(二) 保险人合同撤销权之行使权利的否定

若仅对欺诈撤销权规定的构成要件进行分析,在投保欺诈的情形下,保险人无疑取得了合同撤销权。但取得撤销权并不意味着撤销权可得行使,问题的关键在于,在《保险法》第16条已经针对投保欺诈行为规定了保险人合同解除权的情况下,保险人还能否援引《合同法》第54条行使撤销权以撤销保险合同。《保险法》与《合同法》位阶相同,故此处涉及相同位阶规范竞合时的法律适用问题。^⑳对此,我国司法实务中多以“特别法优于一般法”为由,主张优先适用保险法关于合同解除权的规定,排除合同法关于撤销权规定的适用,^㉑仅有个别判决指出虽然前者是后者的特别规定,但二者在法律适用上并不冲突,因而支持适用《合同法》第54条。^㉒然而,就我国学说见解而言,无论是大陆地区还是台湾地区,“两条规定之间不具有特别法与一般法的关系,可以并行适用”几乎都是学界的多数意见。^㉓是故,《合同法》第54条能否被用于规制投保欺诈,关键取决于其与《保险法》第16条之间是否存在一般规定与特别规定的关系,以及特别规定是否必然排除一般规定的适用。

首先,“一般规定—特别规定”的判断不关乎法律效果,而仅在于构成要件涵摄事实的范围。具体标准为,将两条竞合规范的构成要件分别标记为“T1”和“T2”,在孤立观察时,若T2能够涵摄T1所能涵摄的全部事实,而反之却不行,即意味着T2的适用范围完全覆盖并超越了T1的适用范围,那么T1便是T2的特别规定。^㉔就《保险法》第16条与《合同法》第54条而言,《合同法》第54条涵摄的事实不限于欺诈订立合同一种,还包括胁迫、乘人之危、重大误解和显失公平四种情形,且适用对象为双方当事人。而《保险法》第16条涵摄的事实则只有投保人故意和重大过失未履行如实告知义务,从而导致保险人同意订立保险合同两种情形。前一种情形直接构成欺诈缔约,后一种情形则可被解释为构成重大误解缔约。^㉕显然,《合同法》第54条的适用范围完全覆盖并超越了《保险法》第16条,故依据上述标准,《保险法》第16条属于《合同法》第54条的特别规定。但学说上却常常以《保险法》第16条和《合同法》第54条的规范目的与法理基础不同为由,否定两者的“特别规定——一般规定”关系。通说认为,如实告知义务的法理基础是诚实信用原则和对价平

^⑳ 当同一案件事实可以被多个法条所涵摄时,即称为法条(规范)的竞合。参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第146页。

^㉑ 参见沐阳县人民法院(2014)沐商初字第0061号民事判决书,南通市中级人民法院(2014)通中商终字第0126号民事判决书,宁波市镇海区人民法院(2015)甬镇民初字第516号民事判决书,浙江省高级人民法院(2016)浙民申1220号民事裁定书,厦门市中级人民法院(2016)闽02民终1539号民事判决书。

^㉒ 参见河南省高级人民法院(2016)豫民再418号民事判决书。

^㉓ 大陆地区如:同前注^㉑,樊启荣书,第306页;马宁、郁琳:《论保险合同法定解除权与合同法中撤销权的竞合》,载《广西社会科学》2011年第1期;刘勇:《论保险人解除权与撤销权的竞合及适用》,载《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》2013年第4期;王静:《如实告知义务法律适用问题研究——以〈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(二)〉为核心》,载《法律适用》2014年第4期;任以顺:《论投保欺诈背景下的保险人合同撤销权——以一起投保欺诈案件的两级法院判决为线索》,载《保险研究》2015年第3期;王家骏:《欺诈性告知中保险人解除权与撤销权适用关系问题研究——基于典型司法判例的分析》,载《上海保险》2017年第3期。台湾地区如:梁宇贤:《保险法新论》,中国人民大学出版社2004年版,第115页;刘宗荣:《论违背据实说明义务之解除权与意思表示被诈欺之撤销权——最高法院八十六年台上字第二一一三号判例之检讨》,载《月旦法学杂志》第81期,2002年2月;江朝国:《保险法上解除权与民法上撤销权之竞合》,载《月旦法学杂志》第30期,1997年11月;同前注^㉑,叶启洲文。汪信君:《告知义务之履行、保险人意思表示瑕疵及其表意自由》,载《月旦法学杂志》第130期,2006年3月。此外,日本司法实务及学界也存在相似观点。参见前注^㉑,李鸣文;大森忠夫:《保险法》,有斐阁1957年版,第135页。转引自千々松愛子:《告知義務違反と詐欺無効の関連について:告知義務規定の変遷と判例の問題》,载《一橋法学》第6卷第1号(2007年),第539页。

^㉔ 参见[奥]恩斯特·A·克莱默:《法律方法论》,周万里译,法律出版社2019年版,第77—78页。

^㉕ 《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》第71条规定:“行为人因对行为的性质、对方当事人、标的物的品种、质量、规格和数量等的错误认识,使行为的后果与自己的意思相悖,并造成较大损失的,可以认定为重大误解。”据此,当投保人或被保险人出于重大过失违反如实告知义务,并且足以影响保险人决定是否承保或提高保险费率时,保险人因此而作出同意承保的意思表示的,可以构成对保险合同标的的重大误解,因而可使保险人取得合同撤销权。

衡原则。^④《保险法》第16条的规范目的在于确保保险人在订立保险合同时,可以准确地测定危险共同体的风险水平。^⑤而《合同法》第54条针对欺诈、胁迫和乘人之危规定的撤销权制度,则旨在保护合同当事人形成意思表示的自由,^⑥故其法理基础在于意思自治原则。

然而,这一看似充分的论断实则并不成立。一方面,《保险法》第16条与《合同法》第54条的规范目的与法理基础并非互不相容、完全排斥。鉴于只有投保人或被保险人如实告知,保险人对保险标的危险状况有了正确了解,才可能自由作出真实的意思表示,所以,如实告知义务制度的目的在某种意义上也可以引申为确保保险人意思表示自由和真实。^⑦只是基于保险制度的特殊性以及保护保险消费者的特殊政策考量,保险法才更为强调对价平衡而稍微降低了对保险人意思自由的保护,但这并不意味着其中完全不存在意思自治原则的基础。正如厦门市中级人民法院在“中国平安人寿保险股份有限公司与陈建平人身保险合同纠纷案”中所言,“两者在深层次的价值取向上是一致的”。^⑧另一方面,特别规定与一般规定的根本判断标准在于后者构成要件所涵摄的事实范围大于前者,其他因素与此无干,而根据前文,《保险法》第16条与《合同法》第54条完全符合这一标准,故应摒除其他无关因素,确定无疑地承认二者具有特别规定与一般规定的关系。

其次,尽管《民法总则》第11条规定,“其他法律对民事关系有特别规定的,依照其规定”,但具有特别规定和一般规定的关系,也并不意味着特别规定绝对排除一般规定的适用。具体如何,取决于两项规定的法律效果是否互相排斥,^⑨以及特别规定是否在总体上为权利的行使设置了比一般规定更多的限制或不利条件。若答案均为肯定,那么为了防止因一般规定的适用而导致特别规定形同具文,则应当排他地适用特别规定。^⑩其一,揆诸《保险法》第16条与《合同法》第54条,二者所规定的法律效果分别是保险人取得合同解除权和保险人取得合同撤销权,且解除和撤销保险合同均可导致对已发生的保险事故免责。是故,二者的法律效果无法同时发生,存在互斥关系。其二,相较于《合同法》第54条对合同撤销权的规定,《保险法》第16条为保险人合同解除权的行使设置了更多的限制条件。具体包括:(1)仅在投保人故意或重大过失未如实告知的行为对于保险人的风险估定具有“重要性”,即足以影响保险人决定是否同意承保或者提高保险费率时,保险人方享有解除权;(2)保险人必须在知道解除事由的30日内以及合同成立2年内行使解除权。尽管撤销权作为形成诉权必须依诉行使,但从整体而言,依然是《保险法》第16条对保险人权利的行使设置的限制条件更多。是故,应当承认在投保欺诈场合,《保险法》第16条排除了《合同法》第54条的适用。否则,保险人便会在无法行使合同解除权之时,转而求诸《合同法》第54条的合同撤销权,从而规避《保险法》第16条中的限制性要件,使之形同虚设。这不仅损抑了《保险法》第16条的独立性和存在价值,也在极大程度上破坏了《保险法》的体系结构,^⑪显然不应得到支持。

尽管有学者尚以“排除保险人的欺诈撤销权,形同于对恶意者提供法律保护及保险保障,不符合保险法最大诚信原则以及法律不保护恶意者之原则的基本法理^⑫”“公正的司法不应以任何理由和方式支持恶意欺诈行为,现行保险合同解除权制度对保险人的司法救济已形同虚设,不足以发挥惩恶扬善作用”^⑬“《德国保

^④ 参见江朝国:《保险法第64条据实说明告知义务之探讨——以第64条第三项除斥期间二年除斥期间之适用为中心》,载《法令月刊》第51卷第10期,2000年10月;同前注^⑤,梁宇贤书,第110页;温世扬、黄军:《论保险法上的告知义务》,载《法学评论》2002年第2期;同前注^⑥,樊启荣书,第82页;肖和保:《保险法诚实信用原则研究》,法律出版社2007年版,第111页;最高人民法院保险法司法解释起草小组编著:《〈中华人民共和国保险法〉保险合同章条文理解与适用》,中国法制出版社2010年版,第86页。

^⑤ 同前注^⑤,江朝国文;伊藤雄司:《保険契約における告知義務と詐欺・錯誤との関係について》,载《専修大学法学研究所報》第46号(2013年),第51页。

^⑥ 同前注^⑥,朱庆育书,第278页以下。

^⑦ 参见夏元军:《论保险法上解除权与民法上撤销权之竞合》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2010年第2期。

^⑧ 参见厦门市中级人民法院(2016)闽02民终1539号民事判决书。

^⑨ 同前注^⑧,[德]卡尔·拉伦茨书,第147页。

^⑩ 同前注^⑩,[奥]恩斯特·A·克莱默书,第79—80页。

^⑪ 相似观点参见三浦義道:《告知義務論》,巖松堂1924年版,第323页。转引自同前注^⑤,千々松愛子文。

^⑫ 同前注^⑥,叶启洲文。

^⑬ 同前注^⑤,任以顺文。

险合同法》第 22 条规定保险人仍得行使欺诈撤销权”^④等为由,极力主张保险人欺诈撤销权与如实告知义务解除权的并行。但就前两者而言,其实际上是对投保欺诈行为的否定性评价,正如本文第一部分所言,投保欺诈行为的确应受规制,现行保险法在此方面也的确力有未逮,但这并不意味着只能或必须以承认保险人欺诈撤销权的方式来实现,如果要以牺牲保险法的体系性作为代价的话,这种做法无异于抓小丢大,饮鸩止渴;对于后一者而言,比较法立法例当然可以作为法学研究参考和借鉴的对象,但不加分析就对之盲目追随和效仿,则难言审慎合理。^⑤

综上,投保欺诈不符合违约责任的构成要件,缔约过失损害赔偿无法为保险人提供救济,承认保险人欺诈撤销权规定的可适用性,则会破坏如实告知义务制度的基本框架,使得《保险法》中如实告知义务的规定形同具文,损害《保险法》的体系性。故此,针对投保欺诈,合同法的规制路径无一可资援用。

三、投保欺诈的非保险法规制路径二:侵权法规制路径的考察

投保欺诈是一种法律行为欺诈,而其是否也同时构成侵权欺诈,则决定了能否以侵权法对之加以规制。在英国法上,自 1789 年的 *Pasley v. Freeman* 案以来,欺诈(*deceit, fraud*)就一直是其侵权行为的一种。^⑥ 由于欺诈属于典型的故意违背善良风俗损害他人的行为,^⑦在立法承认悖俗型侵权的德国和我国台湾地区,^⑧当受欺诈方的利益因此遭受损害时,该欺诈行为无疑也会构成侵权行为。台湾民法学界也认为,故意使他人陷入错误而为意思表示的欺诈行为,属于故意以违背善良风俗的方式侵害他人权益,一般会引发损害,因而构成侵权行为,被害人可依“民法”第 184 条的规定请求损害赔偿。^⑨ 而且,台湾保险法学界也多是以其“民法”第 184 条第 1 款后段(故意悖俗致损条款)作为保险人因受欺诈而为承保之意思表示,从而请求侵权法救济的请求权基础。^⑩ 然而,我国侵权法采用的是大的一般条款的立法模式,并不存在故意悖俗致损的小的一般条款。所以,对于法律行为欺诈是否属于侵权行为这一问题,揆诸我国立法无法直接得出结论。《侵权责任法》第 2 条对其保护范围作出了规定,^⑪因此,判断法律行为欺诈究竟是否构成侵权行为,就需判断其所侵害的民事权益是否属于该保护范围之内,而这正是能否从侵权法路径规制投保欺诈的理论前提。“民事权益”包括“民事权利”和“民事利益”,下文分别从“权利被侵害”和“利益被损害”两个视角展开分析。

(一)基于“权利被侵害”视角的考察

除了以故意以悖于善良风俗的方式损害他人作为欺诈构成侵权的理由外,台湾地区尚有学者提出以故意侵害自由权作为欺诈构成侵权的理由。^⑫ 相关意见认为,自由包括身体动作之自由和精神活动之自由,其不仅为宪法所保障,同时也经由民法体系被列入了私法的保护范围。^⑬ 而精神活动之自由,包括心理活动表

^④ 同前注^①,马宁、郁琳文;同前注^①,王静文。

^⑤ 事实上,叶启洲教授就已指出,《德国保险合同法》在规制民法欺诈撤销权规定不受告知义务规范影响的同时,又为配合民法欺诈撤销权除斥期间的规定,将投保人恶意违反告知义务时保险人解除权的除斥期间规定为 10 年,构成了立法重复,因而并无实益,不值参考。同前注^②,叶启洲文。

^⑥ 同前注^③,韩世远书,第 251 页。

^⑦ 参见王泽鉴:《侵权行为》(第 3 版),北京大学出版社 2016 年版,第 338 页。

^⑧ 《德国民法典》第 826 条、台湾地区“民法”第 184 条第 1 款后段分别规定了故意以违背善良风俗的方式加损害于他人的侵权责任。

^⑨ 参见王泽鉴:《意思表示之欺诈与侵权行为》,载《民法学说与判例研究》(重排合订本),北京大学出版社 2015 年版,第 256—258 页。

^⑩ 同前注^④,汪信君文;同前注^⑤,叶启洲文。

^⑪ 《侵权责任法》第 2 条:“侵害民事权益,应当依照本法承担侵权责任。”

本法所称民事权益,包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。”

^⑫ 参见何孝元:《损害赔偿之研究》,台湾商务印书馆 1987 年版,第 141 页。

^⑬ 参见孙森森:《民法债编总论》(上册),法律出版社 2006 年版,第 187 页。

达于外部的自由与意思决定的自由,契约订立自由即属其列,^⑤欺诈和胁迫则系典型的侵害精神自由的行为。^⑥在投保欺诈的情形,保险人如果知悉保险标的的真实情况本不会承保,故而意味着其表意自由权受到了侵害。^⑦由于台湾地区“民法”第195条第1款将自由权明确纳入了其侵权法保护范围,^⑧作出以上解释自与其规范文义不相违背,投保欺诈构成侵权行为在其学理与规范层面因而也均可得到支撑。

是故,投保欺诈在我国能否得到侵权法的规制,关键取决于表意自由权是否属于我国《侵权责任法》的保护范围。我国《侵权责任法》第2条第2款列举的各项人身、财产权益中并不包含自由权,与“自由”相关的权利仅见于《民法总则》第109条,该条规定:“自然人的人身自由、人格尊严受法律保护。”由于该规范位于“民事权利”一章,故而表明人身自由权是一项民事权利。又《民法典侵权责任编(草案)》第943条规定,“本编调整侵害民事权益产生的民事法律关系”,故从体系视角观之,侵害人身自由权产生的民事法律关系应受侵权法调整。对于包含表意自由的精神自由是否属于人身自由权的范畴。我国大陆学者分歧较大,目前尚未达成一致见解。但值得注意的是,无论该问题是否得出定论,以及得出的是何种定论,都与本文关联甚疏。因为根据《民法总则》的规定,作为该问题分析起点的人身自由权仅为自然人所享有,而本文所探讨的是作为法人的保险公司是否享有表意自由权。所以,于本文而言有意义的,应当是意涵更广的“自由权”是否属于侵权法保护范围。

侵权法所保护的权利应当具有归属效能、排除效能和社会典型公开性,^⑨通常是类似于所有权的绝对权,而自由权的绝对权属性在比较法上存在诸多例证。不仅前述的台湾“民法”将自由权明确纳入其侵权法保护范围,对侵权法保护之权利类型只进行了有限承认的《德国民法典》,同样也将自由权列为了五种受保护的權利类型之一。^⑩《德国民法典》的立法者认为,这些权利是社会道德和每个人自由发展空间所不可放弃的前提条件。^⑪此外,《日本民法典》和《韩国民法典》也分别在其“侵权行为”一章规定了自由权受保护的權利客体地位。^⑫

如果说将人身自由权解释为包含精神自由权在文义上略显牵强的话,那么将自由权作此解释则不存在这样的文义障碍。自由权的内涵包括精神自由,更包括作为精神自由的表意自由。表意自由权并非专属于自然人的权利。法人是自然人的团体,设立法人制度是为了实现自然人的某些特定目的,其作用在于节省自然人法律交往的成本、提高交往效率、降低交往风险。^⑬在民事法律交往的过程中,法人同样也会遭受欺诈、胁迫等侵害表意自由的情形,其表意自由权如若得不到承认,从本质上而言仍构成对自然人表意自由权的侵害。此外,法人虽无生理实体,但在法律世界里却不失为真实的存在,^⑭其与自然人是平等的民事主体关系,仅承认自然人的表意自由权,无疑是对民法平等原则的背离,实为不妥。故此,当侵权法保护的範圍包括自

^⑤ 参见史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第148—149页。

^⑥ 参见胡长清:《民法债篇总论》(上册),商务印书馆1935年版,第131页;同前注^⑤,何孝元书,第141页。

^⑦ 同前注^⑤,汪信君文。

^⑧ 台湾地区“民法”第195条第1款:“不法侵害他人之身体、健康、名誉、自由、信用、隐私、贞操,或不法侵害其他人格法益而情节重大者,被害人虽非财产上之损害,亦得请求赔偿相当之金额。其名誉被侵害者,并得请求回复名誉之适当处分。”

^⑨ 此三项特征为拉伦茨和卡纳里斯所总结,参见于飞:《侵权法中权利与利益的区分方法》,载《法学研究》2011年第4期。

^⑩ 《德国民法典》第823条第1款规定:“因故意或过失,不法侵害他人之生命、身体、健康、自由、所有权或其他权利者,对于该他人,负赔偿因此所生损害之义务。”台湾大学法律学院、台大法学基金会编译:《德国民法典》,北京大学出版社2017年版,第732页。

^⑪ 王成:《侵权之“权”的认定与民事主体利益的规范途径——兼论〈侵权责任法〉的一般条款》,载《清华法学》2011年第2期。

^⑫ 《日本民法典》第710条规定:“有侵害他人身体、自由或名誉,或者侵害他人财产的情形之一的,依前条规定应承担侵权责任者,对于财产以外的损害,也应赔偿。”王爱群译:《日本民法典》,法律出版社2014年版,第114页。《韩国民法典》第751条第1项规定:“侵害他人身体、自由或名誉造成其他精神上的痛苦者,对财产以外的损害亦负赔偿责任。”崔吉子:《韩国最新民法典》,北京大学出版社2010年版,第228页。

^⑬ 同前注^⑫,朱庆育书,第418—419页。

^⑭ 同前注^⑫,朱庆育书,第452页。

由权时,法人的表意自由权可被解释为其保护对象。

但遗憾的是,就目前而言,单纯从解释论的角度还无法将自由权纳入我国侵权法保护范围。虽然《侵权责任法》第2条第2款是以“概括+列举”的方式规定民事权益,其列举是一种不完全列举,没有列举某项民事权益并不代表该民事权益就不属于《侵权责任法》的保护对象。^④但这意味的仅仅是,《侵权责任法》以外的其他民事法律规定的民事权利,^⑤以及这些权利以外的民事利益也同样受侵权法保护。事实上,为了防止法官自由裁量空间过大,随意创设权利类型,破坏法律稳定及安全,权利的类型、内容及保护途径,应当尽量法定化,《侵权责任法》第2条第2款关于权利的列举因此应当被解释为完全列举。^⑥《民法总则》所规定的民事权利,则可被解释为该款所列举的权利。由于我国现行法律并未将自由权规定为民事权利,故自由权不在我国《侵权责任法》的保护范围之内。

职是之故,从权利视角加以观察的话,保险人的表意自由权尚无法得到《侵权责任法》的保护,同时也无法借此条路径由《侵权责任法》规制投保欺诈。

(二)基于“利益被损害”视角的考察

侵权法的保护对象除民事权利外,还有民事利益。因此,在投保欺诈的场合,当保险人无法通过“权利被侵害”寻求侵权法救济时,还可诉诸“利益被损害”这一通道。此时,需要首先考察的是其利益是否遭到了损害。

当保险合同成立2年后,即便保险人发现了投保人一方的投保欺诈行为,且即便该欺诈行为足以导致其拒绝承保或提高保险费率,保险人也均不得解除保险合同,对于所发生的保险事故,其仍然需要无条件地承担保险责任。与此同时,保险人还不得要求增加保费,而只能以原来的保费继续承保。那么此时,保险人必须要支付的保险金,以及实收保费与应收保费之间的差额这些纯粹的经济利益的减损,便是其遭受的利益损害。

可见,在投保欺诈的场合,保险人的确有利益遭受损害的可能。然而,并非所有的利益均可得到侵权法的保护。不当扩大对利益的保护,会使侵权法从保护自由之盾转为对抗自由之剑。^⑦投保欺诈是一种故意导致保险人纯粹经济损失的行为,保险人能否得到救济,端视故意导致他人纯粹经济损失的行为是否构成侵权行为。

虽然我国《侵权责任法》并未规定故意悖俗致损条款,但该条款并非规制故意导致他人纯粹经济损失的唯一路径。“从比较法的角度来看,有意义的是,要求有更大程度的可归责性,是所有法系施加责任的充分依据”。^⑧欧洲多数国家都承认,如果造成损失的行为可予归责、不道德或者违反善良风俗,那么故意行为造成的纯粹经济损失都是可以赔偿的。^⑨《欧洲侵权法原则》第2:102条第5项也规定:“保护范围受责任性质的影响,当故意损害利益时,对利益的保护程度更高。”^⑩因此,可以在行为人的主观状态(即故意)和故意的指向性(即故意造成他人损害)上予以限制,从而达到与故意悖俗致损条款相同的规范效果。我国对此已有例证,比如,债权原则上非侵权法保护对象,但第三人故意侵害债权属于故意损害他人纯粹经济利益,且结果在第三人可预见的范围之内,因而构成侵权行为。^⑪最高人民法院也认为,在界定哪些民事利益受侵权责任法保护时,可以将行为人的主观状态作为考虑因素,如果行为人主观为故意,那么被损害的民事利益通常可以

^④ 参见王胜明主编:《中华人民共和国侵权责任法释义》,法律出版社2010年版,第23、26页。

^⑤ 如《民法总则》新规定的人身自由权、人格尊严权、个人信息权等。

^⑥ 同前注^④,王成文。

^⑦ 方新军:《权益区分保护的合理性证明——〈侵权责任法〉第6条第一款的解释论前提》,载《清华法学》2013年第1期。

^⑧ 参见[意]毛罗·布萨尼、[美]弗农·瓦伦丁·帕尔默主编:《欧洲法中的纯粹经济损失》,张小义、钟洪明译,法律出版社2005年版,第399页。

^⑨ 同上注,第398页。

^⑩ 欧洲侵权法小组编:《欧洲侵权法原则:文本与评注》,于敏、谢鸿飞译,法律出版社2009年版,第4页。

^⑪ 参见曹险峰:《我国侵权责任的侵权构成模式——以“民事权益”的定位与功能分析为中心》,载《法学研究》2013年第6期。

通过侵权责任法予以保护。^②

故此,在我国侵权法上,故意损害他人纯粹经济利益的行为应当被认定为侵权行为。在投保欺诈尤其是人身保险投保欺诈的场合,投保欺诈往往体现为被保险人带病投保,且在履行如实告知义务时故意隐瞒自己的患病情况,以实现不当获取保险金的目的。更有甚者,虽然保险事故发生于保险合同成立2年内,但被保险人或受益人故意拖延至2年后申请理赔,以使保险人丧失主张解除合同及免责的权利,而只能无条件提供理赔并以原来的费率继续承保。在这些情形下,投保人、被保险人的行为主观上系出于故意,且“故意”所指向的是使保险人“钱包”受损,因而属于故意损害保险人纯粹经济利益的行为,构成侵权行为,应当承担相应的损害赔偿责任。

(三) 保险人侵权损害赔偿请求权之行使权利的肯定

《保险法》第16条的存在,虽然排除了保险人合同法路径下欺诈撤销权的行使,但并不能排除侵权法路径下的损害赔偿请求权。易言之,当保险人因投保欺诈行为遭受经济损失时,可以向投保人或被保险人主张侵权损害赔偿请求权。理由主要在于:

首先,二者的法理基础、规范目的和法律效果完全不同,保险人行使侵权损害赔偿请求权并不会架空如实告知义务制度。《保险法》第16条的法理基础在于对价平衡原则和诚实信用原则,规范目的在于使保险人能够准确地测定承保风险,顺带兼顾保护保险人的意思自由,法律效果是保险人可以解除保险合同等。而侵权损害赔偿的规范目的和法律效果则仅在于对受害人的损害进行填补,与保险合同的解除或撤销等涉及合同效力及存续的事项无关,且侵权损害赔偿请求权的成立须满足损害、过错、因果关系等要件,这些要件发挥了很大程度的限制作用。因此,二者的法律效果不存在互斥关系,以及侵权损害赔偿请求权成立的难度,使得《保险法》第16条的相关规定并不会轻易地被规避适用。

其次,对于一般的法律行为欺诈,学上说上往往认为其同时构成侵权行为,会发生合同撤销权与侵权损害赔偿请求权的竞合,此种竞合为并存的竞合,侵权行为所生的损害赔偿请求权不取决于受欺诈人是否撤销其意思表示。即便撤销权因除斥期间经过而消灭,受欺诈人也仍然有权依侵权法的规定主张损害赔偿。^③ 投保欺诈这一特殊的法律行为欺诈虽然不适用《合同法》第54条,但适用《保险法》第16条,而后者规定的合同解除权与前者规定的合同撤销权的行使效果其实具有相似性,皆为使有效的合同消灭。因此,可以将前者与侵权赔偿请求权的关系类推适用于后者与侵权赔偿请求权的关系,故保险合同解除权与侵权损害赔偿请求权之间也是一种并存的竞合关系。

最后,侵权损害赔偿请求权的行使并不违反保险消费者保护原则。由于保险人与投保人一方之间存在结构性的利益失衡,为避免保险人滥用其优势地位不当损害投保人一方的利益,各国如今往往以保险消费者保护作为其保险立法的指导原则。在投保欺诈的场合,投保人或被保险人的行为通常属于恶意损害保险人的利益,基于“欺诈者不受保护”的公共秩序考量,^④其无论如何都不能得到保险法消费者保护原则的庇佑。而且,“保险纠纷本质上是特定被保险人与由保险人担当代表人的无数风险共同体成员间的利益博弈,对个别不当行为人的姑息将损害隐身于保险人身后的无辜共同体成员”。^⑤ 因此,承认保险人对投保人或被保险人的损害赔偿请求权,并不违反保险消费者保护原则,反而还是对该原则更好的依循和贯彻。

综上,可以从侵权法路径对投保欺诈加以规制。但值得注意的是,同《保险法》第16条的规定相比,侵权损害赔偿请求权对保险人的举证责任要求更高,保险人须证明损害与投保欺诈之间的因果关系,以及投保人或被保险人故意的主观状态。而在适用《保险法》第16条的情形下,保险人责任的免除,并不以保险事故与

^② 参见最高人民法院侵权责任法研究小组编:《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文理解与适用》,人民法院出版社2016年版,第26页。

^③ 同前注^②,[德]迪特尔·梅迪库斯书,第607页;同前注^②,[日]我妻荣书,第288页;王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第312页;同前注^②,朱庆育书,第284页。

^④ Robert R. Googins, *Fraud and the Incontestable Clause: A Modest Proposal for Change*, 2 Conn. Ins. L.J. 87 (1996).

^⑤ 马宁:《保险侵权欺诈的识别与私法规制——以〈保险法〉第27条为中心》,载《中南大学学报(社会科学版)》2015年第3期。

投保人或被保险人故意违反如实告知义务之间存在因果关系为前提。

四、投保欺诈法律规制的最适路径:向保险法的回归

如上所述,投保欺诈虽无法借由合同法路径加以规制,但侵权法的规制路径则是存在且可行的。然而,侵权法的规制手段仍然存在一些无法克服的弊端,其既不能对投保欺诈行为形成有力的震慑,又不能实现对保险消费者的充分保护。具言之,一方面,单一的损害赔偿请求权使得保险人对合同效力的存续无能为力,导致只要投保人不主动解除合同,对于每一次发生的保险事故,保险人如欲免责,均须证明保险事故与投保欺诈之间的因果关系,这不仅极大增加了保险人的举证成本,更是助长了投保人的侥幸心理。另一方面,对于因此而发生的额外的举证成本以及因举证失败而不得不支付的保险金,保险人极有可能会以提高保费的方式在众多保险消费者之间分摊,从而导致个别不诚信投保人从众多投保人组成的危险共同体基金中不当获利,损害不特定的多数诚信投保人之利益。

此外,《保险法》第16条对不可争辩条款规定的简略和疏漏,给恶意投保人提供了保险欺诈的可乘之机,是对投保欺诈行为的纵容。短短2年的除斥期间容易诱导投保人铤而走险,实施投保欺诈行为;除斥期间与诉讼时效之间的时间差效应,更会诱使被保险人或受益人在合同成立后2年内发生保险事故时不及时申请理赔,直至2年期间经过后才请求保险公司赔偿或给付保险金。^⑥

因此,为了实现投保欺诈行为更充分的规制,提升保险法规范体系的科学合理性,也为了保持我国整体法律体系的秩序融贯与自治,极有必要对《保险法》第16条的条文予以改造。虽然设置2年除斥期间的初衷在于提高法律关系的安定性,督促保险人及时履行调查义务,以为地位弱勢的投保人一方提供更好的保护,但这也给具有投机心理的恶意投保欺诈者提供了可资利用的法律漏洞。保险人的对价并非单一的投保人,而是由众多投保人组成的危险共同体,其中每一成员的行为都会对其他成员产生辐射影响。事实上,坚持对价平衡原则才能从根本上实现对保险消费者的保护。现行规范表面是对保险消费者的保护,实际却是对投保欺诈者的纵容;对现行法规范进行改造以有效地规制投保欺诈,才是对保险消费者的真正保护。另外,就保险人的调查义务而言,一方面,课予保险人过高的核保调查义务其实并不经济。逐一的事前调查极耗成本,作为以营利为目的的商业性保险公司,保险人势必会将该部分成本以提高保费的形式转嫁给投保人,从而导致交易成本提高,造成社会资源的浪费。^⑦另一方面,较之一般的保险消费者,保险人在保险经营方面的确具备更专业的知识与经验,要求其负有比常人更高的注意义务并不为过。^⑧德国判例法上即发展出了与此类似的保险人的“危险审查义务(Risikoprüfungspflicht)”或“补充询问义务(Nachfragepflicht)”。^⑨然而,无论如何,“督促保险人履行调查义务”都不是除斥期间制度的主要目的,这一目的应当通过义务内容及法律效果等保险人调查义务本身的制度设计来实现,不应当以维持该目的为由否定除斥期间应有之规范设计的合理与必要性。最重要的是,二者其实并不矛盾,其共同目的都是为了维护保险合同的对价平衡,以更好地促进对保险消费者的保护。

故此,对《保险法》第16条进行规范改造,符合对价平衡原则和保险消费者保护原则的内在价值理念。

^⑥ 根据《保险法》第16条和《保险法》第26条,保险合同解除权的除斥期间和保险金请求权的诉讼时效期间分别为2年和2年或5年,且前者的起算点为保险合同成立时,后者的起算点为被保险人或受益人知道或应当知道保险事故发生之日。而且,我国《保险法》并不要求被保险人或受益人必须及时履行保险事故发生的通知义务,根据《保险法》第21条,只要有相应的证据证明保险事故发生及损失程度,保险公司就不能以通知义务人没有在保险合同约定的时限内通知保险公司发生了保险事故为由拒赔。这就使得保险合同解除权的除斥期间总是先于保险金请求权的诉讼时效期间而届满,从而为被保险人或受益人规避保险合同被解除的法律后果并不当获取保险金提供了机会。

^⑦ 参见饶瑞正:《保险法先契约据实说明义务之再建构(上)——波希米亚的狂想》,载《台湾本土法学杂志》第82期,2006年5月。

^⑧ 参见赖上林:《保险法第六十四条保险契约解除权之探讨》,载《法令月刊》第52卷第6期,2001年6月。

^⑨ 义务内容为:当投保人的告知内容明显不充分、矛盾或不正确时,保险人应当作出进一步的调查或询问,若未尽此义务即同意承保,嗣后便不得主张投保人违反如实告知义务的法律后果。Manfred Wandt, Versicherungsrecht, Verlag Franz Vahlen München, 6. Aufl. 2016, Rn. 831.

本文的规范改造即系以此两项原则为基本指导,具体方案体现为以下两项。

第一,将2年除斥期间延长为5年。

我国将保险人合同解除权的除斥期间规定为2年,实际上是借鉴了我国台湾地区“保险法”的规定,而后者则是以英美保险法作为立法参考。相比之下,传统大陆法系国家规定的除斥期间更长。比如,《德国保险合同法》第21条第3款规定的除斥期间为保险合同成立后5年,投保人故意或意图欺诈而违反告知义务的则为10年。^⑩《日本保险法》分别针对损害保险、生命保险、伤害疾病定额保险,在其第28条第4款、第55条第4款、第84条第4款统一都规定了5年的除斥期间。^⑪

事实上,规定更长的除斥期间才是对对价平衡原则更好的遵循和贯彻。由于投保人不如实告知的行为使得保险人实际估定的风险与本应估定的风险之间存在误差,当保险人按照实际估定的风险收取保费时,便造成了所承保风险与所收取保费不均衡的结果。保险人可通过解除保险合同等方式来矫正这一对价不平衡的局面。然而,合同解除权的除斥期间越短,就意味着对解除权的限制越大,保险人矫正对价不平衡的机会也就越小,而较长的除斥期间则恰好相反,其为保险人行使解除权维护对价平衡提供了更宽松的时间保障。也正是基于此,有学者指出,美国2年或3年除斥期间的主要目的仍在于避免保险人滥用优势地位,并尽快确定双方当事人的合同效力,德国5年或10年除斥期间的规定才是重视对价平衡原则的体现。^⑫而且,更长的除斥期间也使保险人可以有足够的时间发现投保人一方未履行如实告知义务的行为。^⑬

而且,随着现代医疗水平的提高,被保险人带病投保时所患之病症或许可以借治疗而长时间潜伏以致2年后才会发生残疾或死亡的保险事故。这样一来,投保人就会有更强的动机在投保时隐瞒重要事实,并且就其能否活过两年大赌一把。^⑭在原来的医疗水平下,若两年内未发生保险事故,或许可以认为投保人未履行如实告知义务的行为对保险的对价平衡已无影响,但在如今这种现实环境之下,这种看法将难再成立。美国就早有论者提出将2年可争辩期间延长为5年。^⑮最重要的是,这样的现实局面在我国也同样存在。

因此,无论是从对价平衡原则还是从现代社会现实进行考量,我国《保险法》规定的2年除斥期间都是过短的,应当予以延长。为避免规范设计过于复杂,我国无须借鉴德国区分故意不如实告知和其他不如实告知分别规定10年和5年之除斥期间的做法。实行在故意和重大过失违反如实告知义务情形下均规定5年除斥期间的做法,是一种折衷且妥适的方案,而且也与《民法总则》规定的撤销权除斥期间相一致。^⑯

第二,将除斥期间内未发生保险事故作为除斥期间规定的适用前提。

对于《保险法》第16条的规范改造,除了将2年除斥期间变更为5年外,还应当将除斥期间内未发生保险事故作为除斥期间规定的适用前提。一旦发生了保险事故,即便保险人于除斥期间经过后才知悉投保欺诈的事实,也依然可行使《保险法》第16条项下的合同解除权、免责权,以及不返还保费的权利。该限制之必要性基础如下所述。

一方面,其直接阻断了投保人一方延迟申请理赔与规避相应法律后果从而获得保险金赔付之间的可能性,使得投保欺诈行为目的实现的几率大大降低,从而给投保欺诈行为制造了一种负面激励,有助于遏制投保欺诈的发生。

另一方面,其符合除斥期间的规范意旨,有利于维护对价平衡原则。为保险人合同解除权设置除斥期间的目的除了顾及法律关系的安定性、督促保险人及时调查外,最重要的还在于,投保人违反如实告知义务的状态如能持续一段时间没有改变(如保险事故未发生),则表明实际上已无碍危险的估定,即保险人在缔约时原本应有的危险估计与因受投保欺诈而为之危险估计虽然存有误差,但一段时间经过且未发生保险事故的

^⑩ 参见孙宏涛:《德国保险合同法》,中国法制出版社2012年版,第67页。

^⑪ 参见岳卫:《日本保险契约复数请求权调整理论研究》,法律出版社2009年版,第220、228、238页。

^⑫ 同前注^⑪,汪信君文。

^⑬ 参见深澤泰弘:《我が国の不可争条項の特徴に関する一考察——米国の“替え玉詐欺”事例を参考に》,载《生命保険論集》第164号(2008年),第185页。

^⑭ 同前注^⑩,David G. Newkirk文。

^⑮ 同前注^⑩,David G. Newkirk文。

^⑯ 《民法总则》第152条第2款规定:“当事人自民事法律行为发生之日起五年内没有行使撤销权的,撤销权消灭。”

事实,应当足以表示该误差已不至于影响对价平衡。所以,为了顾及危险共同体的公平性以及共同承担性,可以允许被保险人继续保有其危险共同体的成员地位,限制保险人合同解除权的行使。^⑳然而,保险事故发生的事实则表明对价平衡原则的确遭到了破坏,此时,仍然限制保险人的合同解除权显然不符合除斥期间规定的规范意旨。因此,应当坚持将未发生保险事故作为规范的适用前提。

事实上,比较法上的此种立法例也并不罕见。比如,《德国保险合同法》第 21 条第 3 款即将除斥期间内发生保险事故作为除斥期间规定的除外适用事由,^㉑美国加利福尼亚州保险法也存在将“被保险人仍生存^㉒”作为不可争辩条款之适用限制的强制性规定。^㉓此外,我国司法实践中也已存在类似判例的支持。在“中国平安人寿保险股份有限公司漳州中心支公司与林少红保险合同纠纷”一案中,福建省高级人民法院指出,对于《保险法》第 16 条第 3 款关于“自合同成立之日起超过二年的,保险人不得解除合同”的规定,应将其适用前提理解为保险合同成立两年后才发生保险事故,对于保险合同成立之前已发生保险事故即带病投保的情形,则不应机械地适用。^㉔

综上,有必要在未来保险法修法时将除斥期间内未发生保险事故明确作为除斥期间规定的适用前提。在立法尚未实现之前,由于发生保险事故的情形仍适用除斥期间规定不符合其规范意旨,故而可通过合目的性限缩的法解释论方法实现同样的效果。^㉕

Abstract: Current insurance law rules are obviously insufficient in regulating fraud during insurance contracting on the party of the insureds, which have provided a chance for opportunists to take advantage of. There are two non-insurance law regulation paths: the contract law path and the tort law path. As for the former, fraud during insurance contracting on the party of the insureds doesn't satisfy the constitutive conditions of default liability, and liability for contracting negligence also can't remedy the insurers. In addition, admitting the applicability of the rule of insurers' revocation right based on fraud will destroy the fundamental framework of the duty of disclosure and damage the systematic structure of Insurance Law. Consequently, the contract law path is totally inapplicable. As for the latter, harming others' pure economic interests on purpose can count as infringement in Tort Law of China. The insureds' fraud during insurance contracting is in essence harming the insurers' pure economic interests intentionally and will constitute infringement when the insurers suffer economic loss, which would lead to the insureds' tort damages liability to the insurers. However, the difficulties and costs of the insurers to take proof make tort law not the best regulation path. To achieve the most sufficient regulation of fraud during insurance contracting on the party of the insureds, and maintain the consistency of law orders, the most advisable approach is to get back to the insurance law, hold the principles of equivalence and insurance consumers protection as basic values, and modify current insurance law rules. One is to extend the 2-year scheduled period to 5 years, the other is to make that no insured events happen within scheduled period a prerequisite of the scheduled period rule's application.

Key Words: Fraud During Insurance Contracting on the Party of the Insureds; Revocation Right Based on Fraud; Pure Economic Loss; Principle of Equivalence; Scheduled Period

(责任编辑:张素华)

^⑳ 同前注^⑭,江朝国文。

^㉑ 同前注^⑳,孙宏涛书,第 67 页。

^㉒ 由于美国的不可争辩条款肇始于死亡给付型人寿保险,故“被保险人仍生存”即意味着“保险事故未发生”。

^㉓ CA. INS. § 10350.2, Incontestable clauses: ...Form B, Incontestable: (a) After this policy has been in force for a period of two years during the lifetime of the insured (excluding any period during which the insured is disabled), it shall become incontestable as to the statements contained in the application. ...

^㉔ 参见福建省高级人民法院(2016)闽民申字第 2520 号民事裁定书。运城市中级人民法院在“张玲玲与中国平安人寿保险股份有限公司运城中心支公司保险合同纠纷”一案中亦持类似见解,参见运城市中级人民法院(2017)晋 08 民终 1732 号民事判决书。

^㉕ 江朝国教授即认为,保险法未规定 2 年除斥期间之适用应限于保险事故未发生之情形,属于隐藏的法律漏洞,应当采用目的性限缩的解释方法予以填补。但为了给法官以明确的裁判指引,仍有必要在保险法修法时加以明文化。同前注^⑭,江朝国文。