

论《消费者保护法》中的惩罚性赔偿在保险领域的适用

范庆荣

[摘要] 在保险人欺诈的情况下,保险消费者可以依据《消费者保护法》第五十五条第一款请求惩罚性赔偿。在保险领域适用惩罚性赔偿并不会与损失填补原则发生冲突,也不会动摇保险的射幸性。在我国《消费者保护法》的体系内,惩罚性赔偿中的欺诈限于故意。与传统民法不同的是,《消费者保护法》中欺诈的认定不需要保险消费者因受欺诈而作出违背真实意志的意思表示。保险人恶意拒赔的行为可以直接认定为欺诈,从而适用惩罚性赔偿以解决保险理赔难的困境。惩罚性赔偿以保险费作为计算基数。

[关键词] 惩罚性赔偿;消费者保护法;欺诈;保险消费者

[中图分类号] D922.284 [文献标识码] A [文章编号] 1004-3306(2019)09-0102-11

DOI: 10.13497/j.cnki.is.2019.09.008

一、问题的提出

《中华人民共和国消费者权益保护法》(以下简称《消费者保护法》)将保险等金融服务纳入调整范畴后,^①虽质疑声不断,但理论与实践逐渐让步,基本上认可了保险领域亦适用《消费者保护法》(温世扬、范庆荣 2017)。然而,对于保险消费者是否有权利依《消费者保护法》第五十五条请求惩罚性赔偿,各法院却莫衷一是。有学者认为,惩罚性赔偿与损失填补原则相左,且此种杀鸡取卵的行为会给保险公司带来过重的负担,适用于保险领域时存在诸多障碍(张冠群 2015;任以顺 2015)。那么,保险消费者是否可以请求惩罚性赔偿?其适用的条件是什么?

此外,为解决保险理赔难的困境,不少学者主张引进美国法的做法,将保险人恶意不当理赔作为一种独立的侵权行为,以实行惩罚性赔偿(白江 2014)。实际上,如此“曲线救国”莫不如“直截了当”,直接适用《消费者保护法》第五十五条的惩罚性赔偿亦可解决保险理赔难的问题。

本文将立足于保险领域惩罚性赔偿制度的适用障碍,以制度的实然规定为原点,结合保险法的基本原理,厘清保险消费者请求惩罚性赔偿的依据与具体规则,以期对规范保险销售与理赔行为、促进保险市场健康发展有所助益。

二、司法实践中对惩罚性赔偿适用于保险领域的态度

我国各地法院对于《消费者保护法》第五十五条^②规定的惩罚性赔偿能否在保险领域适用,持分化态度。现选取典型案例,总结如下。

第一,保险领域应当适用《保险法》,不适用《消费者保护法》。代表性案例为“魏某、侯某等与富

[基金项目] 本文为司法部 2018 年度国家法治与法学理论研究项目“互联网保险的法律规制研究”(18SFB3036)的阶段性研究成果,同时也感谢湖南师范大学法学院科研项目“信息时代保险消费者的法律保护研究”的支持。

[作者简介] 范庆荣,法学博士,湖南师范大学法学院讲师, E-mail: fanqr_shsy@163.com。

德生命人寿保险股份有限公司徐州中心支公司侵权责任纠纷案”(简称“魏某案”)。^③该案中,法院认为上诉人据以起诉的是保险合同,应当受到《保险法》的调整,既无《消费者保护法》的适用余地,自然无法适用《消费者保护法》中的惩罚性赔偿。“魏某案”判决于 2016 年。这已经是《消费者保护法》修订实施后的第三年。而在修订以前,司法实践中不承认《消费者保护法》在保险领域适用地位的做法更加普遍。例如,“徐某与新华人寿保险股份有限公司北京分公司人身保险合同纠纷案”(简称“徐某案”)中,法院即认为购买保险的行为不属于为生活需要消费。保险合同只能适用《合同法》与《保险法》,不能适用《消费者保护法》。^④

第二,保险领域可以适用《消费者保护法》,但是不适用其中的惩罚性赔偿规则。参考案例见我国台湾地区“‘高等法院’台中分院 103 年度保险上字第 9 号判决”(简称“台 9 号案”)。其主要理由为,我国台湾地区的“消费者权益保护法”第五十一条规定的惩罚性赔偿,针对的是经营者因故意或过失不法侵害消费者权益的行为,不包括单纯的债务不履行导致的损害。所以,惩罚性赔偿不适用于迟延支付保险金的情形。^⑤此外,本案中的投资型保险易被归为“投资”行为,不属于“消费者保护法”的调整对象,所以也不适用惩罚性赔偿规则(张冠群,2015)。

第三,保险领域可以适用惩罚性赔偿。在“尤某与新华人寿保险股份有限公司上海分公司人寿保险合同纠纷案”^⑥(简称“尤某案”)中,上诉法院撤销了一审法院不适用《消费者保护法》的判决,改判保险人依惩罚性赔偿规则支付赔偿金。其主要理由在于,保险消费者购买保险属于为生活消费需要,其在交易中处于弱势地位,应当适用《消费者保护法》。而保险公司的欺诈行为,严重侵害了保险消费者的利益,有必要适用惩罚性赔偿规则。此外,在“励某诉兴业银行股份有限公司上海七宝支行储蓄存款合同纠纷案”(简称“励某案”)中,法院所持观点与上述沈某案相同。^⑦在励某案中,虽然所涉经营者为银行,但因《消费者保护法》中将保险、银行并列,并未作任何区别,因此可以由该法院对于银行领域的态度推及保险领域。

三、保险领域惩罚性赔偿的适用障碍与排除

(一) 保险领域惩罚性赔偿的适用障碍

保险人在销售保险过程中,常因故意隐瞒保险产品的真实情况(消极行为)或做虚假陈述(积极行为),以欺诈手段诱使保险消费者违背真实意志购买保险。这在违背提示说明义务的同时,也符合《消费者保护法》第五十五条第一款规定的惩罚性赔偿的适用条件。然而,不仅司法实践中对于保险领域能否适用惩罚性赔偿存在较大分歧,理论界就这一问题也未达成一致意见,其反对理由如下。

① 《消费者保护法》第二十八条:“……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……等信息。”该条表述中明确规定了保险经营者的义务。

② 2013 年《消费者保护法》修订以前为第四十九条“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一倍。”

③ 参见江苏省徐州市中级人民法院(2016)苏 03 民终 1069 号民事判决书。

④ 参见北京市丰台区人民法院(2010)丰民初字第 09582 号民事判决书。

⑤ 参见我国台湾地区“高等法院台中分院”103 年度保险上字第 9 号判决书。

⑥ 参见上海市第二中级人民法院(2013)沪二中民六(商)终字第 319 号民事判决书。

⑦ 参见上海市第一中级人民法院(2015)沪一中民六(商)终字第 303 号民事判决书。

首先,从保险法理论来说,惩罚性赔偿使得保险消费者能够获得远高于实际损失的利益,这违背了损失填补原则。保险以分散风险,填补被保险人的经济损失为主要功能(John Birds 2016)。损失填补原则在补偿性保险中占有支配地位。保险事故发生后,保险消费者只能取得不高于实际损失的保险金,这就阻断了利用保险获得不正当利益的可能性。所以,坚持损失填补原则是保险人控制风险的重要方式之一。而惩罚性赔偿违背了损失填补原则。超出损失三倍的赔偿数额,将极大地助长保险消费者利用保险攫取不正当利益的心理(邢楠 2012)。在未适用惩罚性赔偿时,已存在保险消费者利用保险骗取保费的现象。一旦打开了三倍赔偿的大门,会更加刺激人们怀着侥幸心理,千方百计地利用保险获得高额赔偿。而离开道德风险控制的保险,即失去了射幸性,大数法则(Law of large numbers)等平衡成本与风险的规则无法发挥作用,保险也就走到了穷途末路。此外,在普通商品市场中,已出现了“王海打假”这一类职业的打假行为。而涉及保险的惩罚性赔偿动辄数十万,这无疑是一个巨大的诱惑。保险消费者争相请求惩罚性赔偿,对建立健康的保险市场秩序,并非利好消息。它将严重影响保险市场的可持续发展。

其次,惩罚性赔偿会导致保险公司不堪重负,是杀鸡取卵的做法(任以顺 2015)。2013年修订的《消费者保护法》将原《消费者保护法》中针对欺诈行为的惩罚性赔偿由一倍改为三倍,以示惩戒。这对于一般的商品和服务行业而言,仍然在经营者可以承受的范围内。但是,对于以保险为代表的金融领域,三倍的惩罚性赔偿很可能涉及数十万上百万的金额。而保险销售过程中的误导行为是普遍存在的事实,这从保险监管部门三番五次地提出对这一现象的整治,即可见一斑。^①如果严格执行惩罚性赔偿规则,很可能就会使得保险公司失去偿付能力。这一过程中,保险消费者固然能逞一时意气。但从长远利益来看,则无异于竭泽而渔。一方面,保险公司的数目减少,同时会影响保险消费者选择的多样性。保险公司破产意味着保险消费者的风险无从分散。另一方面,保留下来的保险公司必然将惩罚性赔偿计入成本,换算成保费转嫁给保险消费者。这将与保护保险消费者的初衷背道而驰。

最后,保险人违反诚实信用义务,不等同于欺诈或服务存在缺陷,不能作为请求惩罚性赔偿的基础(张冠群 2015)。持这一观点的是我国台湾地区的部分学者。一方面,保险人违反诚实信用义务不等同于欺诈。保险人诚实信用义务的内容范围模糊不清,而我国台湾地区“消费者保护法”中并没有将诚实信用原则写入法律条文中(冯震宇 2005),所以“消费者保护法”无法涵盖保险人的诚实信用义务。另一方面,我国台湾地区“消费者保护法”第51条针对的是因故意或重大过失,经营者未保证服务的安全性或未明示危险性,而造成消费者产生损失的情形。上述责任的成立要件,即使与保险人的诚实信用义务所生责任的要件有重合之处,但终究是差异大于同一(张冠群 2015)。因保险服务的缺陷造成保险消费者严重的人身损害,实际不可能发生。所以,我国台湾地区“消费者权益保护法”中的惩罚性赔偿并不适用于保险领域。

(二) 保险领域适用惩罚性赔偿的障碍排除

新事物推广和渗透的过程,总是伴随着质疑与纷争,这对强化新事物的生命力来说,未尝不是好事。一项制度在得到社会的认可前,接受反复论证和必要的尝试,是保证其可行性的前提。前述“徐某案”判决于2010年,为新《消费者保护法》生效实施以前的案例。如果说历史的局限性使得法院对

^① 例如2013年保监会连续印发了《人身保险业综合治理销售误导评价办法(试行)》、《人身保险销售误导行为认定指引》等文件,治理人身保险销售过程中的劝诱、误导行为。

保险领域适用《消费者保护法》作出了全盘否定,那“魏某案”则诠释了适用新《消费者保护法》后司法实践的滞后。保险领域是否适用《消费者保护法》,以及“台 9 号案”中关于投资型保险与消费型保险的界分问题(叶林 2010)已有专文加以论证,此处不赘述(温世扬、范庆荣 2017)。现在逐一分析反对者提出的适用障碍,以探讨惩罚性赔偿在保险领域能否适用。

第一,从法律修订的实际情况来看,《消费者保护法》将保险领域纳入调整范畴的同时,也默认了保险领域适用惩罚性赔偿的合法性。在我国,惩罚性赔偿最直接的规定,就是《消费者保护法》第五十五条的规定。《合同法》第一百一十三条设转介条款的目的是引导适用《消费者保护法》,不能称为“直接”依据。《侵权责任法》对于产品责任适用惩罚性赔偿的规定,最终也是靠《消费者保护法》细化落实。既然《消费者保护法》能够适用于保险领域,那么在没有特别的排除性规定的前提下,作为《消费者保护法》特色规则的惩罚性赔偿制度也应当适用于保险领域。实际上,不管有意抑或无意,《消费者保护法》在一个恰到好处的时机,将惩罚性赔偿带入保险领域。这为进一步完善保险领域的惩罚性赔偿制度,提供了绝好的契机。

第二,基于惩罚性赔偿与保险法的机制分析,惩罚性赔偿与损失填补原则并不冲突。《消费者保护法》第五十五条第一款规定,“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”。即对于服务而言,《消费者保护法》中惩罚性赔偿金额的计算是以服务费用作为基数。^① 保险作为一种金融服务,有偿性是其特征之一。每个加入危险共同体的成员都需要支付一定的费用。该费用依大数法则得出,由保险人向参保人收取后建立保险基金,用以对遭受保险事故的保险共同体成员进行补偿。^② 该服务费用即为保险费(Praemie)。^③ 由上可知,保险服务中惩罚性赔偿金额以“保险费”作为计算基数。而损失填补原则针对的是保险事故发生后,被保险人所遭受的损失,其计算的基数为保险金(江朝国 2002)。保险费和保险金,虽然只相差一个字,但是“失之毫厘,谬以千里”。保险金往往要比保险费高数十倍,三倍保险费未见得能抵过保险金的零头。由此可见,惩罚性赔偿与损失填补原则的基数并不相同,谈不上前者的适用违背了保险领域的损失填补原则。而从数值上看,三倍保险费的返还带来的诱惑,并不见得比购买苹果电脑、红木家具等大宗商品更大。

更为重要的是,惩罚性赔偿仍然蕴含着相当的补偿性功能(武亦文、赵亚宁 2019)。尽管从理论上而言惩罚性赔偿看似与补偿性赔偿是一组对立的概念,但在现实中二者的界限并未如此泾渭分明。^④ 尤其是定额保险中,实际的损害大小与定额之间存在差异,更会使得惩罚性赔偿与损失补偿的界限进一步模糊。在这一背景下,过分强调惩罚性赔偿与补偿性赔偿的区别不利于实现对保险消费者的救济。

第三,检视保险法的机理,在保险领域适用惩罚性赔偿并不会动摇保险的射幸性,增加投保人逆选择的可能。有理由认为,不乏投机者为获得三倍的高额赔偿而钻研。但是,这种现象可以从多维度

^① 并且《消费者保护法》还设置了五百元的赔偿下限。参见李适时《中华人民共和国消费者权益保护法释义》,法律出版社 2013 年版,第 275-277 页。

^② 参见樊启荣《保险法》,北京大学出版社 2015 年版,第 7-9 页。保险费主要是纯保费,另外还包含了保险公司经营成本和经营利润等附加保费。

^③ 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 25-26 页。

^④ 美国一些州认为,惩罚性赔偿具有补偿和惩罚的双重功能,有的州甚至还认为其实际上就是一种补偿赔偿。See R. Jon Fitzner, Coverage of Punitive Damages by a Liability Insurance Policy, 39 N. D. L. Rev. 334 (1963).

考量。首先,高额赔偿的确会产生极大的诱惑,但这种诱惑在保险领域并不比其他领域更大。大件商品的价值未必低于数万元的保险金,更何况惩罚性赔偿也不是以保险金为基数计算的。法律不会因为“知假买假”行为的存在,就废弃惩罚性赔偿规则。保险领域也不能因保险消费者在规则内获利的行为,而放弃对保险市场销售规范化的整治。其次,为获得惩罚性赔偿而购买商品或服务的行为,目的上不符合“为生活需要消费”,不适用《消费者保护法》(陈洁,2011)。同样,明知故犯式的投保,并不符合为生活需要消费的目的,应予以排除适用《消费者保护法》,自然无法适用惩罚性赔偿。最后,即使承认知假买假的投保行为可以适用惩罚性赔偿,其影响并不完全消极。预防和威慑是惩罚性赔偿的重要功能(戴志杰,2003)。适用惩罚性赔偿能够敦促保险人严格执行售保的各项程序,规范售保行为,净化保险市场的大环境。在保险领域整体接纳《消费者保护法》的大前提下,何必因噎废食地墨守成规,单独排斥惩罚性赔偿规则的适用呢?

第四,严格控制适用条件,是解决惩罚性赔偿消极作用的途径之一。在普通经营者中适用惩罚性赔偿,是为了引导其诚信经营。同样,针对保险人的惩罚性赔偿也并非为了整垮保险公司——保险市场离开保险人这一媒介,风险分散将无以为继。从美国实践来看,惩罚性赔偿的确给保险公司带来了极大的经济压力。巨额赔偿让一些保险公司面临破产的风险(Anthony W. Morris, 2008)。学界也有呼声要限制惩罚性赔偿的适用。^①所以,通过1996年的BMW v. Gore案,美国最高法院设立了三项适用惩罚性赔偿的限制:当事人行为的可非难性,惩罚性赔偿额与实际损失额的比例,同规模的惩罚性赔偿数额与刑事、民事处罚中类似行为罚款的比较。^②较之BMW案,2003年的State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell案对惩罚性赔偿采取了更为严格的限制。保险人的财产被纳入了考虑因素。惩罚性赔偿较实际损失额比例的适当性,也被再次予以关注。Campbell案后,保险领域的惩罚性赔偿一般控制在损失额的四倍以内(Jeffrey W. Stempel, 2007)。尽管美国保险领域中惩罚性赔偿的案件数目和赔偿数额都有所减少(Roger C. Henderson, 1995),但从另一个角度来看,审慎地适用不等于拒绝适用。惩罚性赔偿这条高压线的存在,能时刻提醒保险人规范售保行为。法律和法院要做的,并非禁止适用,而是严格控制惩罚性赔偿的适用条件和赔偿数额。

四、惩罚性赔偿在保险领域的适用

1993年《消费者保护法》立法之初,第四十九条即针对经营者的欺诈行为,规定了消费者有权请求商品价款或服务费用两倍的赔偿。2013年,新修订的《消费者保护法》第五十五条在原第四十九条的基础上做了变动,加重了惩罚性赔偿的数额,扩充了适用惩罚性赔偿的情形。^③第一款针对经营者的欺诈行为,将惩罚性赔偿额上调为价款或服务费的三倍,并设置了500元的最低赔偿额。第二款是

^① See Dan Dobbs, Ending Punishment in “Punitive” Damages: Deterrence-Measured Remedies, 40 Ala. L. Rev. 831, 848-849(1989).

^② BMW v. Gore, 517 U. S. 559 (1996).

^③ 新《消费者保护法》第五十五条“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。”

经营者明知商品或者服务存在缺陷,仍然向消费者提供,造成消费者或者其他受害人死亡或者健康严重损害的,受害人有权要求经营者依照本法第四十九条、第五十一条等法律规定赔偿损失,并有权要求所受损失二倍以下的惩罚性赔偿。”

为了细化《侵权责任法》第四十七条规定的产品责任所增订的条款。其适用条件为,明知商品或服务存在缺陷,仍然提供给消费者,并造成了人身损害。由于保险人提供保险产品而造成保险消费者人身损害的情形,一般不可能发生,所以接下来重点探讨五十五条第一款在保险领域的适用。

(一) 主观过错: 保险领域中欺诈的界定

探讨《消费者保护法》第五十五条在保险领域的适用,关键在于界定欺诈。这里的争议点有两个,一个是欺诈是否需要使消费者因受欺诈而作出不真实的意思表示。这一问题涉及到保险人恶意理赔行为的规制路径,所以放在本小节第二部分共同讨论。这里着重解决一个问题——保险人在过失情况下能否构成欺诈?

欺诈常见的行为模式有“故意隐瞒真实情况”以及“故意告知虚假的情况”(李适时,2013)。保险人因隐瞒保险产品的真实情况或做虚假陈述,使保险消费者在违背真实意志的情况下投保,既违反了经营者的信息提供义务,又可能构成欺诈。根据《消费者保护法》第二十条的规定,信息提供义务是一种先合同义务,违反该义务实质上是一种缔约过失责任。通说认为,缔约过失责任的主观要件只要存在“过失”即可,并不要求“故意”(韩世远,2011)。那么,惩罚性赔偿中欺诈的主观要件是否包括过失?进一步而言,保险人违反信息提供义务与欺诈之间的关系如何?即《消费者保护法》第二十条与第五十五条适用的主观要件是否一致,值得探讨。

多数学者认为,欺诈以存在欺罔行为为前提,而欺罔行为本身就有“故意”的意味(加藤雅信,2002)。持这种观点的学者主张,欺诈的判断要结合主观过错、客观行为、损害后果综合判断。欺诈者以主观上存在故意,客观上有虚假陈述、隐瞒实情的行为,并因前述行为导致了消费者作出错误意思表示这一损害后果,作为判断标准(7)。然而,通说并不等同于唯一观点。更何况民法中的大多数制度一直处于变化发展中,争议从未停歇。新近有观点认为,基于民法的体系化解释,欺诈的主观要件应当扩展到过失,即认可“过失的欺诈”(刘勇,2015)。这种“过失的欺诈”最为典型的表现就是“缔约时隐匿信息或告知虚假信息”。司法实践中亦有不同声音。从最高人民法院发布的17号指导案例来看,法院并未执着于该案中销售商到底是故意还是过失,而是基于销售者的信息提供义务,径直认定了欺诈的成立。^①此外,我国台湾地区“消费者保护法”第五十一条,以及2015年新修订的“金融消费者保护法”第11条之3中,对于惩罚性赔偿规则主观要件未采用“欺诈”的表述,而是规定为“故意或过失”,并对故意和过失这两种主观过错下的惩罚性赔偿数额做了区分——故意者适用三倍赔偿,过失者适用一倍赔偿(詹森林,2010)。而英国保险法的欺诈,也包括了重大过失下的行为(Raoul Colinvaux,1984)。这种背景下,重新探讨我国《消费者保护法》中过失情形下能否构成欺诈,保险人违反信息提供义务是否等同于欺诈,就变得十分必要了。

笔者认为,保险领域的欺诈是指保险人故意作虚假陈述或隐瞒实情的行为,其主观要件只能是故意。其理由如下。

首先,从法律之间的连贯一致性来看,欺诈应当是在主观故意下所为的行为(陆青,2015)。《消费者保护法》作为民事特别法(朱岩,2010),^②在没有特别规定时,适用民事一般法的规定。《最高人

^① 最高人民法院指导案例17号,即“张莉诉北京合力华通汽车服务有限公司买卖合同纠纷案”(最高人民法院审判委员会讨论通过,2013年11月8日发布)。

^② 也有观点认为,消费者保护法应当归入经济法的范畴。参见徐孟洲、谢增毅《论消费者及消费者保护在经济法中的地位》,载《现代法学》2005年第4期。

民法院关于贯彻执行《中华人民共和国民事诉讼法通则》若干问题的意见》(以下简称《民通意见》)第六十八条规定,经营者只有“故意”实施虚假陈述或隐瞒实情的行为,并造成了对方做出错误意思表示的情况下,才能称为“欺诈”。同时,保险合同作为特殊的合同类型,既适用《保险法》,又要受到《合同法》等民法规定的约束。在同一案件中,保险消费者可能因受欺诈而请求撤销合同,同时又主张因欺诈而获得惩罚性赔偿。如果就欺诈采用不同的认定标准,则会陷入保险人于过失情形下违反信息提供义务要承担惩罚性赔偿,保险消费者却不能撤销合同的怪圈。这种术语差异会人为地导致法律体系的龃龉。这一现象尽管常见,但却宜基于体系解释尽量予以避免(克里斯蒂安·冯·巴尔、乌里希·德罗布尼希 2007),以求得同一法律体系内部的协调一致。

其次,从法律适用的效果来看,惩罚性赔偿并非赔偿责任的常态,因此在适用条件上应当采取审慎态度。惩罚性赔偿制度的功能在于“惩罚恶劣的不当行为”(亨利·布鲁克 2012),进一步而言是指保险人利用保险消费者信息不对称的地位,诱使其做出非真实的意思表示(陆青 2014)。这一行为因具有相当的恶性,才应当被课以“惩罚性赔偿”,而不仅仅是一般主观过错下的补偿性赔偿。所以,一般过错不应当成为惩罚性赔偿的适用对象(王利明 2000)。具体到保险领域,对于过失导致的“虚假陈述或隐瞒实情”行为,适用普通的补偿性损害赔偿即可。直接适用惩罚性赔偿,尤其是在这里的过失包括轻微过失的情况下,该条规则对经营者而言难免会有过于严苛之嫌。^①此外,从制度的功能来看,惩罚性赔偿是为了威慑和预防。过失心态下行为人的道德非难性较小。侵权人本无意造成受害人损害,此时令其承担自己责任即足以起到威慑作用。而故意则具有较大的道德非难性,此时加重赔偿力度可以起到一定的震慑和预防效果(叶名怡 2010)。故两者应当予以区分。并且,根据法经济学原理,一味地对保险人施以过重惩罚,不仅背了市场规律,而且其成本最终也会转嫁于消费者之上(斯蒂文·萨维尔 2009)。所以,需要对惩罚性赔偿规则中的欺诈进行严格认定,在实现各方利益平衡的同时又能保证制度功能的实现。

最后,主观要件是区分《消费者保护法》第二十条与第五十五条的标准。保险人违反信息提供义务并不当然构成欺诈并适用惩罚性赔偿。《消费者保护法》第二十条对经营者信息提供义务的程度、范畴都做了较细致的规定,但对于消费者的民事救济却着墨不多,仅有的具体规定就是惩罚性赔偿制度。但这不代表保险人违反信息提供义务就当然适用惩罚性赔偿。信息提供义务着眼于“真实而全面”地提供信息(陆青 2014),侧重于行为的客观方面,所以仍然存在保险人因过失而违反信息提供义务的可能。例如,保险销售人员未及时更新保险产品的信息,而造成说明的内容与保险的实质情况不相符。此时当事人需要结合《合同法》关于缔约过失责任、违约责任等规则获得救济。惩罚性赔偿要件中的欺诈,则应当建立在故意情形下。即只有在故意违反信息提供义务的情况下,才可能构成惩罚性赔偿适用条件中的欺诈。恰恰是这种主观要件上的不同,体现出《消费者保护法》第二十条与第五十五条的区别,也间接证明了两者的各自独立存在的价值。从这个角度来看,即便是承认信息提供义务即缔约过失责任是一种“过失的欺诈”,也只不过是采用了广义的“欺诈”概念。对于这种“过失欺诈”,并不能适用以狭义欺诈(故意)为要件的惩罚性赔偿。所以两者并不矛盾。

^① 赞成将轻微过失纳入惩罚性赔偿的观点,参见詹森林《消费者保护法惩罚性赔偿金责任之过失应否限于重大过失?——台湾高等法院高雄分院九十七年上字第八一号民事判决之评析》,载《月旦裁判时报》2010年第4期。

(二) 欺诈构成要件中因果关系的取舍: 恶意理赔行为的规制路径

由上述分析可知,《消费者保护法》中惩罚性赔偿规则适用于保险人存在欺诈的场合。保险人的欺诈行为一般集中于保险销售环节。即保险人故意作虚假陈述或隐瞒实情,使保险消费者在违背真实意志的情况下签订保险合同。保险人承保以后,其主给付义务为危险承担(刘宗荣 2009),保险事故发生以前该义务难以以欺诈的方式完成。而当保险事故发生以后,保险人的危险承担义务现实地转变为理赔义务。“买保险容易,理赔难”历来是我国保险实务中的痼疾(白江 2014)。所以,有部分学者主张引入美国法上的恶意侵权救济规则(孙宏涛 2009;黄丽娟 2018),将保险人的恶意不当理赔行为的赔偿责任由违约责任转变为侵权责任,并通过适用惩罚性赔偿^①实现对保险消费者的充分救济(Jay M. Feinman 2012)。实际上,且不讨论单纯的违约责任是否能适用惩罚性赔偿的问题,通过适用《消费者保护法》第五十五条同样可以实现对保险消费者的救济。而将保险人的故意不履行保险金给付义务认定为欺诈的最大障碍,就是欺诈构成要件中的“因果关系”,即保险人欺诈的认定是否需要保险消费者因受欺诈而作出不真实的意思表示。

在做“因果关系”这一要件的取舍时,核心问题是为何要在《合同法》之外规定惩罚性赔偿?具体而言,在《合同法》赋予受欺诈方撤销合同的权利后,为什么还要在《消费者保护法》中规定消费者有权获得惩罚性赔偿?这是因为两部法律中虽然都在制约欺诈行为,但目的和功能不同。合同法中之所以要赋予受欺诈方以撤销权,是因为受欺诈方因受欺诈而陷入了意思表示不自由的状态(王泽鉴, 2009)这与民法追求的意思自治相违背,所以要给予受欺诈方纠正意思表示不自由的机会。正因如此,《合同法》第五十四条第二款中欺诈的构成要件才必须包含受欺诈方因受欺诈而作出不真实意思表示。而《消费者保护法》不同,惩罚性赔偿是为了惩罚经营者的主观恶性(John Y. Gotanda, 1982),即利用交易中的优势地位故意作虚假陈述或隐瞒实情。在保险合同中,这种故意行为的后果更加严重。保险消费者本就处于相当的信息不对称劣势中(Gabriela Gheorghiu 2012),如果此时保险人故意违反诚实信用义务,保险消费者无法从其他地方及时找到替代交易者(7 2014),则更加应当受到惩罚。所以,只要保险人故意违反诚信原则,保险消费者因此受到了损失,即可认定为《消费者保护法》第五十五条中的欺诈,并不需要保险消费者因受欺诈而为行为。

此外,还要注意到的是,在我国现有的立法安排下惩罚性赔偿不适用于合同责任的观点已发生了质变。尽管《美国合同法(第二次)重述》第 355 条规定,单纯的违反合同之诉不适用惩罚性赔偿,除非其构成合同责任与侵权责任的竞合。^②但是从我国《消费者保护法》对惩罚性赔偿的实施途径来看,其关注的重点在于“是否为消费行为”和“经营者是否存在欺诈”。^③所以,保险领域中恶意理赔的规制路径无须纠结于违约责任与侵权责任的划分,只需要看保险相对人一方是否具有消费目的,保险人有无欺诈行为,即有无故意不合理地不支付或者迟延支付保险金的行为即可。在现有法条的框架内,针对保险人的不当理赔行为适用惩罚性赔偿也不冲突。根据《保险法》第二十三条第二款规定,保险消费者有权请求因保险人不当理赔造成的损失。这里的损失是指因保险人不当理赔而造成

^① 以及间接成本、精神损害赔偿等,本文只讨论惩罚性赔偿,故作一限定。

^② Restatement (Second) of Contracts § 355 (1981) .

^③ 更何况从立法路径来看,我国先是在《消费者保护法》中规定了惩罚性赔偿,再在《合同法》中设置转介条款,然后才在《侵权责任法》、知识产权、环境侵权等领域相继设立惩罚性赔偿,并不存在非要认定为侵权责任才能适用惩罚性赔偿的问题。

保险消费者的直接损失,如交通费、利息等。同时,保险消费者还可以基于《合同法》和《消费者保护法》的规定,请求惩罚性赔偿,从而实现对保险人恶意理赔行为的规制。

(三) 客观损失: 保险领域中惩罚性赔偿金额的计算

适用惩罚性赔偿时,如何计算其数额,也值得探讨。《消费者保护法》制定之初,学界就原第四十九条规定的惩罚性赔偿,是“退一赔一”还是“退一赔二”进行过探讨。《消费者保护法》实施以后,第五十五条第一款规定,消费者有权请求增加赔偿,增加赔偿的数额为服务费用的三倍。那么,在保险人欺诈的情况下,保险消费者究竟有权请求多少惩罚性赔偿呢?

计算退赔的数额,首先要厘清《消费者保护法》与《合同法》的适用关系。《消费者保护法》第五十五条仅提供了惩罚性赔偿的依据,只能据此得出“赔三”的结论,而缺乏“退”的理由。保险消费者如果要求“退一”,应当适用《合同法》的相关规定。依照《合同法》第五十四条的规定,因欺诈使得保险消费者在违背真实意志下订立了保险合同,保险消费者未主张撤销时,该保险合同仍然有效。此时,消费者有权要求继续履行合同,并获得服务费用(即保险费)三倍的惩罚性赔偿。但是,由于保险人先前的欺诈行为,继续履行合同往往对保险消费者不利。所以,保险消费者也可以选择行使撤销权,与保险人互负返还义务,同时获得惩罚性赔偿,即“退一赔三”。换言之,《消费者保护法》第五十五条只是提供了保险消费者获得惩罚性赔偿的依据,未尽事宜应当同时适用《合同法》等相关法律的规定。

保险领域中的惩罚性赔偿以保险费作为计算基数。根据《消费者保护法》第五十五条的规定,惩罚性赔偿的金额为接受服务的费用的三倍。^① 保险服务中的服务费用为保险费。它包括了依大数法则得出的纯保费以及保险人的经营成本和经营利润等附加保费,是保险消费者接受保险服务的对价。^② 所以,保险服务费用的三倍即为保险费的三倍。不足五百元的,以五百元计。另外需要注意,在适用《消费者保护法》第五十五条规制保险人恶意理赔行为时,尽管保险消费者损失的是保险金,但是惩罚性赔偿仍然应当以保险费作为基数。这和英美法系中对于惩罚性赔偿的通常认定有区别(Jay M. Feinman 2012)。这一计算基数使惩罚性赔偿并不会与保险法中的损失补偿原则产生冲突,而且在适用之初,采用这种谨慎的做法有助于司法实践中的过渡。

五、结 语

不管是因墨守成规而固步自封,还是出于对制度适用后破坏力的担忧,保险领域并没有像预期的那样,敞开怀抱拥抱《消费者保护法》这位新朋友。这一点从惩罚性赔偿在保险领域的适用情况可以窥见一斑。各法院陷于《消费者保护法》无法适用于金融服务的记忆中,始终不愿尝试从其他途径为保险消费者提供保护,哪怕新的道路已经开辟了五六年之久。事实上,在保险领域中适用惩罚性赔偿并不存在障碍。保险人的欺诈行为在符合《消费者保护法》第五十五条的构成要件时,保险消费者即有权请求惩罚性赔偿。而通过将保险人恶意理赔的行为认定为欺诈,或许可以缓解保险市场理赔难的僵局。惩罚性赔偿在保险领域值得一试,只不过需要在具体适用过程中把握其中的“度”。

^① 参见李适时《中华人民共和国消费者权益保护法释义》,法律出版社2013年版,第275-277页。

^② See Annamaria Olivieri, Ermanno Pitacco, Introduction to Insurance Mathematics, Springer Publisher 2011, p. 57

[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): 18-19.
- [2] 陈洁. 投资者到金融消费者的角色嬗变[J]. 法学研究 2011 (5): 93-94.
- [3] 戴志杰. 两岸《消保法》惩罚性赔偿金之比较研究[J]. 台北大学法学论丛 2003 (53): 94-95.
- [4] 董安生. 民事法律行为[M]. 北京: 中国人民大学出版社 2002: 109-110.
- [5] 冯震宇等. 消费者保护法解读[M]. 台北: 元照出版有限公司 2005: 379-380.
- [6] 韩世远. 合同法总论[M]. 北京: 法律出版社 2011: 134.
- [7] [奥]亨利·布鲁克. 惩罚性赔偿金的起源[A]. [奥]赫尔穆特·考茨欧, 瓦内萨·威尔科克斯. 惩罚性赔偿金: 普通法与大陆法的视角 奚海阳译 北京: 中国法制出版社 2012: 1.
- [8] 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[J]. 法商研究 2016 (5): 29-30.
- [9] [日]加藤雅信. 新民法大系 I 民法总则[M]. 东京: 有斐阁 2002: 262.
- [10] 江朝国. 保险法基础理论[M]. 北京: 中国政法大学出版社 2002: 81-83.
- [11] [奥]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的互动[M]. 吴越等译 北京: 法律出版社 2007: 266-269.
- [12] 李适时. 中华人民共和国消费者权益保护法释义[M]. 北京: 法律出版社 2013: 273.
- [13] 刘勇. 缔约过失与欺诈的制度竞合——以欺诈的“故意”要件为中心[J]. 法学研究 2015 (5): 66-68.
- [14] 刘宗荣. 新保险法: 保险契约法的理论与实务[M]. 北京: 中国人民大学出版社 2009: 172.
- [15] 陆青. 论消费者保护法上的告知义务——兼评最高人民法院第 17 号指导案例[J]. 清华法学 2014 (4): 160-162.
- [16] 马宁. 惩罚性赔偿、精神损害赔偿与保险人的诚实理赔义务[J]. 保险研究 2014 (4): 45-46.
- [17] 任以顺. 保险消费者概念质疑——以保险相对人概念取代保险消费者的合理性[J]. 法学论坛 2015 (6): 96.
- [18] [美]斯蒂文·萨维尔. 法律的经济分析[M]. 柯华庆译 北京: 中国政法大学出版社 2009: 18.
- [19] 孙宏涛. 美国保险法中的惩罚性赔偿制度研究[J]. 河南金融管理干部学院学报 2009 (1): 97.
- [20] 王利明. 惩罚性赔偿制度研究[J]. 中国社会科学 2000 (4): 115-116.
- [21] 王泽鉴. 民法总则[M]. 北京: 北京大学出版社 2009: 308-309.
- [22] 温世扬, 范庆荣. “保险消费者”概念辨析[J]. 现代法学 2017 (2): 79.
- [23] 武亦文, 杨勇. 保险人不当理赔行为的救济路径[J]. 保险研究 2018 (7): 122-123.
- [24] 邢楠. 对保险消费者概念的商榷——兼论保险相对人权益保护范式的选择[J]. 上海商学院学报 2012 (1): 89-90.
- [25] 叶林. 投资型保险——投资抑或保险[J]. 月旦民商法 2010 (27): 143.
- [26] 叶名怡. 侵权法上故意与过失的区分及其意义[J]. 法律科学(西北政法大学学报) 2010 (4): 91.
- [27] 袁碧华, 宋鲲鹏, 金兰. 惩罚性赔偿在合同领域的排除与扩张[J]. 政治与法律 2008 (6): 123-125.
- [28] 詹森林. 消费者保护法惩罚性赔偿金责任之过失应否限于重大过失? ——台湾高等法院高雄分院九十七年上字第八十一号民事判决之评析[J]. 月旦裁判时报 2010 (4).
- [29] 张冠群. 对保险人违反诚信行为惩罚性赔偿责任之课加——高等法院台中分院 103 年度保险上字第 9 号判决评析[J]. 台湾法学杂志 2015 (278): 6.
- [30] 张新宝, 李倩. 惩罚性赔偿的立法选择[J]. 清华法学 2009 (3): 6.
- [31] Anthony W. Morris. Limitations On Punitive Damages Against Insurers Since State Farm v. Campbell [J]. Ins. Issues, 2008 (31) 135-138.
- [32] Douglas R. Richmond. Defining and Confining Institutional Bad Faith in Insurance [J]. Tort Trial & Insurance Practice

- Law Journal 2010 (2) : 89 - 90.
- [33] Gabriela Gheorghiu. Consumer Protection—Worthlessness or Necessity [M]. Saarbrücken: LAP LAMBERT Academic Publishing 2012: 50 - 51.
- [34] Jay M. Feinman. The Law of Insurance Claim Practices: Beyond Bad Faith [J]. Tort Trial & Insurance Practice Law Journal 2012 (2) : 59 - 62.
- [35] Jeffrey W. Stempel. Punitive Damages in Bad Faith Actions Against Insurance in the USA: The Impact of Campbell v. State Farm [J]. Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft 2007 (96) : 376.
- [36] John Birds. Birds' Modern Insurance Law [M]. London: Sweet&Maxwell 2016: 7 - 8.
- [37] John Y. Gotanda. Punitive Damages: A Comparative Analysis [J]. Colum. J. Transnat'l L. 1982 (42) : 125 - 128.
- [38] Leslie E. John. Comment: Formulating Standards for Awards of Punitive Damages in the Borderland of Contract and Tort [J]. Calif. L. R. 1986 (1) : 37 - 41.
- [39] Raoul Colinvaux. The Law of Insurance [M]. London: Sweet & Maxwell 1984: 168.
- [40] Roger C. Henderson. The Tort of Bad Faith in First-Party Insurance Transactions After Two Decades [J]. Arizona Law Review 1995 (1) : 28 - 30.

On the Application of Consumer Protection Law's Punitive Damages Rules in the Insurance Sector

FAN Qing-rong

Abstract: In the case of insurer frauds insurance consumers may request punitive damages in accordance with Article 55 of the Consumer Protection Law. The application of punitive damages in the insurance sector does not conflict with the principle of indemnity nor does it falter the aleatory nature of insurance contracts. In the system of the Consumer Protection Law of China , frauds in punitive damages are limited to intentional acts. Different from traditional civil law ,the identification of fraud in the Consumer Protection Law does not require insurance consumers to fall into error due to frauds and express their intention contrary to their true will. The insurer's malicious refusal of indemnity can be directly identified as fraud ,therefore punitive damages can be applied to solve the dilemma of insurance claims difficulty. Punitive damages are calculated using insurance premiums as the base.

Key words: punitive damages; Consumer Protection Law; fraud; insurance consumers

[编辑: 孟慧新]