

论重大过失行为之法律责任体系 于保险法上的重构^{*}

蔡大顺

(中南财经政法大学法学院,湖北武汉 430073)

摘要 重大过失作为保险法上的独立概念,我国保险法学界与实务界多将其等同于故意,并未作区分研究。对于被保险人的重大过失行为的法律后果,保险人多主张免于给付保险金,认为保险合同亦应随之归于消灭,如此系混淆了解除保险合同与免于给付保险金的区别;对被保险人重大过失行为,保险人免于给付保险金,不符合保险消费者保护的潮流。有鉴于此,未来我国保险法应在明确区分重大过失行为与故意行为的基础上,重新构建重大过失的法律责任体系,具体可分保险金给付与保险合同效力两个层次:其一,区分重大过失行为与故意行为的差异,承认重大过失行为的可保性,可借鉴德国法,规定被保险人有权向保险人主张比例给付保险金;其二,区分免于给付保险金与解除权的差异,构建重大过失行为的解除权制度。如此重构保险法上重大过失行为的法律责任体系,方能更好地维护被保险人的权益。

关键词 被保险人;重大过失;解除权;比例给付

中图分类号:DF438.4 文献标识码:A 文章编号:1005-9512(2016)03-0116-09

DOI:10.15984/j.cnki.1005-9512.2016.03.012

拉丁法谚有云,重大过失等于故意(Culpa lata dolo aequiparatur)。对照我国法之规定可知,在我国保险法上,故意与重大过失几乎具有同等的“法律原因力”,保险人可借此主张解除保险合同,如我国《保险法》第16条之规定,亦可主张免于给付保险金,如我国《保险法》第12条及第61条之规定。我国保险法学界认为当被保险人因重大过失行为致生保险事故时,保险人可主张免责,在解释上应当将重大过失排除在保险事故范围之外。^①在我国保险实务中,保单大多约定对于被保险人的重大过失行为,保险人可免责。^②而当此类争议诉诸我国法院时,亦有法院直接承认保险人的免责主

作者简介:蔡大顺,中南财经政法大学法学院民商法学专业博士研究生。

^{*} 本文为中南财经政法大学研究生创新教育计划“保单产品说的意义与实践”(项目编号:2014B0510)的阶段性研究成果。

① 樊启荣:《保险事故与被保险人过错之关系及其法律调整模式》,《法学评论》2002年第5期。

② 参见中国人民财产保险股份有限公司财产保险条款第三条“除外责任”之规定。

张,如潘海斌案。^③

结合上述之学理与实践认知,笔者发现如此处理被保险人重大过失行为可能存有如下问题:针对被保险人的重大过失行为,保险人享有解除契约的权利,但实务中大多混同免于给付保险金与解除保险合同的区别。换言之,当保险人主张免于给付保险金,实务中多隐含地认为保险合同已归于消灭,保险人免于给付保险金与解除保险合同已无法分割。如此,是否已混淆解除保险合同与免于给付保险金的不同的立法宗旨?此外,重大过失行为使保险人得以豁免给付保险金,是否对被保险人的权益构成不当侵害?对这些问题的解答皆与重大过失等同于故意这一传统保险法理有关。

笔者拟于本文中试图突破传统的学理桎梏,结合有关国家的保险立法,对保险法上重大过失行为做一全面梳理,重新构建重大过失行为于保险法上的责任体系,分别论述比例给付保险金与解除保险合同两种法律责任形式。

一、保险法上重大过失行为免赔之否定

保险法上重大过失概念的内涵与民法上的重大过失概念理解相同。^④民法学者多将重大过失行为界定为行为人连最普通人的注意都没有尽到,或者说,行为人是以一种“异乎寻常的方式”违背了必要的注意。^⑤依此种内涵,可将保险法上的重大过失界定为被保险人违反法定或保险合同约定义务时,其主观上未尽到一般人应有的注意义务。

早期保险立法将被保险人重大过失行为排除在保险保障范围之外,系认为重大过失行为与保险事故偶发性之属性相悖,其价值追求乃是基于促进保险业的发展,遏制被保险人的道德危险,对要保人或被保险人课予过高之义务要求。此外,传统保险法理论要求被保险人的行为符合最大诚信原则,将重大过失行为等同于故意行为,保险人对被保险人重大过失行为而引发的损失可以不予赔偿。此种认识蕴藏着早期保险立法中浓厚的惩罚主义色彩。保险法承载着对被保险人的重大过失进行处罚的立法功能,似乎与已经深入发展的保护保险消费者的时代理念格格不入。有鉴于此,域外最新的保险法学理多已对重大过失行为的属性重新进行了界定。

现代保险法理念多倾向于认为重大过失行为具有可保性,对其承保本质上并非是对保险制度的破坏,理由如下。

(一)重大过失行为获赔是保护保险消费者权益的时代需求

20世纪中后期,随着保护要保人的呼声日益升高,许多经济发达国家之立法政策,开始将要保人改称为“保险消费者”。同时,亦有主张“保险消费者”除了包含要保人外,亦包含人身保险中之被保险人及受益人等保险关系人的观点。当下,保险契约被认为系典型消费者契约,消费者保护之法理,无论于立法上或法律解释上,皆已成为不得不加以考量之因素。综观近年英、日、德等国之保险契约法改革之立法理由,无不包含消费者保护之理念,英国更是直接将其修正后之新法称为“2012年消费者保险(披露与代表)法”[Consumer Insurance(Disclosure and Representations)Act 2012]。^⑥随着保险消费者保护理念的深入,保障被保险人行为自由的意识愈加强烈,部分国家将被保险人的

^③ 潘海斌诉安邦财产保险股份有限公司浙江分公司财产保险合同纠纷案,(2008)路民一初字第735号。

^④ 叶启洲:《从“过失相抵”抗辩论故意、过失概念在保险法上之功能》,《财产法暨经济法》(台北)2009年第18期。

^⑤ [德]梅迪库斯:《德国债法总论》,杜景林等译,法律出版社2004年版,第244页;程啸:《侵权责任法(第二版)》,法律出版社2015年版,第269页。

^⑥ 郑子薇:《论〈保险法〉上告知义务之改革——以对价平衡原则及消费者保护为中心》,台湾政治大学2013年硕士学位论文,第24页。

重大过失行为纳入保险承保范围,对此发展趋势最好的例证为 1992 年比利时保险合同法。该法第 8 条第 1 款明确规定重大过失行为具有可保性,除非保单中明确将重大过失行为排除在可保范围之外。^⑦并且,该条第 2 款规定,对于投保人、被保险人和受益人之过失行为及重大过失行为所致之损失,保险人理应理赔。^⑧此外,在荷兰,尽管依据其民法典第 952 条之规定,当损害是由被保险人故意或重大过失行为造成时,保险人不承担赔偿责任,但司法实务中对该规定有所突破。如荷兰最高法院在 Hoge Raad 案中明确裁定,保险人并非对被保险人的所有故意行为不予承保,对于间接故意(conditional intent)保险人应予以承保,并且就民法典第 952 条规定之重大过失行为(recklessness)是否涵盖不良行为(gross misconduct),荷兰最高法院表示立法规定不清晰,仍有探讨空间。因此,实务中将许多重大过失行为纳入承保范围之内。^⑨而韩国保险法对此规定得更为清晰。该法第 732 条之 2 规定,在以死亡为保险事故的保险合同中,即使因投保人、被保险人或保险受益人的重大过失引发保险事故的,亦不得免除保险人支付保险金的责任。^⑩

依美国学者的看法,现今的保险法属于商法和消费者法的混合,保险消费者保护理念渗透进保险法的方方面面,作为消费者法的保险法不再要求被保险人履行高标准的注意义务。^⑪在此思潮下,保险人可保行为范围不断扩大,以避免对被保险人之行为作不合理限制。现代社会中,保险不仅在于填补被保险人之偶发性损失,而且对其过失行为所致损失亦应予以赔偿,此种充分保障被保险人行为自由的保险消费者保护理念在《欧洲保险合同法原则》(以下简称 PEICL)中得到充分的体现。而有关被保险人重大过失行为的可保性也得到立法者的认可,重大过失行为并非一律被排除在可保范围之外。如该法第 9 条之规定,保单持有人或者被保险人过失造成损失的,其应该获得按照其过错程度而降低金额的保险金补偿,但这种补偿以保单已有如此明确约定的条款为限。此外,就被保险人的过失行为,该法第 4 条亦有涉及,当被保险人因过失违反该安全防范义务,保险人对因此而引发的损失,仍应予以赔偿。由此可知,域外最新之立法例中,多将被保险人重大过失行为纳入保险承保范围,此一趋势是保险消费者保护理念的主要表现之一。

在 2012 年全国保险监管工作会议上,中国保监会主席项俊波就指出,保险监管“以保护保险消费者利益为目的”,^⑫这与现行我国《保险法》第 134 条“保护投保人、被保险人和受益人的合法权益”之规定相一致。我国保险法上未来可能出现明确保护保险消费者的权益的规范,此一立法建议亦正式进入 2015 年的我国《保险法》修订议程。^⑬保护保险消费者之合法权益理应成为保险监管的核心原

^⑦ 该款原文为:除非相反的协议约定,任何人故意造成事故,保险公司可能被要求提供给付保险金(Nonobstant toute convention contraire, l'assureur ne peut être tenu de fournir sa garantie à l'égard de quiconque a causé intentionnellement le sinistre)。该法律文本见于 http://www.assuralia.be/fileadmin/content/documents/publicaties/assur_terrestre_annexes.pdf, 2015 年 12 月 14 日访问。

^⑧ 该款原文为:在消费者保险中,保险人对被保险人或者受益人因过错、重大过错而引发的损失应负责。除非该类行为被明确排除在保险合同之外(L'assureur répond des sinistres causés par la faute, même lourde, du preneur d'assurance, de l'assuré ou du bénéficiaire. Toutefois, l'assureur peut s'exonérer de ses obligations pour les cas de faute lourde déterminés expressément et limitativement dans le contrat)。

^⑨ Hoge Raad, Nederlandse Jurisprudentie, 30 May 1975, p. 572.

^⑩ 《韩国保险法》崔吉子译,载崔吉子、黄平:《韩国保险法》,北京大学出版社 2013 年版。

^⑪ Herman Cousy: About Sanctions and the Hybrid Nature of Modern Insurance Contract Law, *Erasmus Law Review*, Vol. 5, No. 2, 2013.

^⑫ 项俊波:《在全国保险监管工作会议上的讲话》,2012 年 1 月 7 日, <http://www.circ.gov.cn/web/site28/tab4114/info194720.html>。

^⑬ 国务院法制办公室拟定的《关于修改〈中华人民共和国保险法〉的决定(征求意见稿)》第四十三条拟将我国《保险法》第一百三十三条改为第一百四十七条,其内容修改为:“保险监督管理机构依照本法和国务院规定的职责,遵循依法、公开、公正的原则,对保险业实施监督管理,维护保险市场秩序,保护投保人、被保险人和受益人等保险消费者的合法权益。”

则。因此,未来我国保险法之发展方向应同世界潮流相符合,应将被保险人的重大过失行为纳入可保范围。

(二)重大过失行为获赔具有正当的法理基础:其有别于故意行为

随着消费者保护理念的融入,保险法对被保险人过错行为的“惩罚性”色彩逐渐淡化,其最重要的表现之一,就是将被保险人的重大过失行为纳入保险保障范围。早期保险立法将重大过失行为等同于故意行为,系具有惩罚行为人“恶”的目的。然而,重大过失毕竟不同故意,其“恶”的意义显然弱于故意。重大过失是指行为人未尽一般人的注意义务,导致损害的发生。有保险法学者认为,虽有法谚云“重大过失等于故意”,但故意与重大过失仍有区别,故意系指行为人明知或预见某事故会发生,而有意促使或放任其发生,而重大过失属于过失的一种。民法上将过失定义为“非故意,依一般人之注意能力,能注意而不注意,或依一般之预见能力虽预见其发生,而确信其不发生”,属未尽应有注意义务的一种心态。民法上多将故意与重大过失并列,赋予其相同的法律责任。但是被保险人或要保人同保险人签订保险契约,其主要目的在于填补因偶发性保险事故给自己所造成的损失,避免自身陷入经济困顿的不利境地,故原则上要保人或被保险人因“过失”所引发的保险事故属保险人承保范围。至于被保险人因重大过失行为而引发的损失,保险人仍应予以赔偿的原因在于:不论其属具体损害抑或抽象损害,保险人所提供者无非是填补其损失而已,被保险人并未因此而获得任何不当得利,因此,对被保险人之重大过失行为予以承保,保险人对由此而引发的损失给付保险金,并无不当之处。^⑭只是保险金之给付应考量其过失程度,以符合比例原则的要求。

此外,将过失行为纳入承保范围之内,其与保险事故的偶发性并不相悖,对被保险人的过失行为给予保险保障是保险的核心目的。^⑮且故意和重大过失两者内涵截然不同,就两者间之主观心理状态而言,故意系指行为人对损害后果抱着追求的态度,或者是确信损害后果基本上必定会发生而抱有放任(不反对)的态度,而重大过失系指行为人只是确信损害后果很可能发生,但对此损害后果的发生抱着不希望(反对)的态度。^⑯通过上述分析可知,被保险人的重大过失行为本质上并非是对保险事故偶发性要素的破坏。故意行为并不必然包含重大过失,即便被保险人因重大过失而致保险事故的发生,也不必然违反保险契约的射幸性,并未对保险共同体利益造成损害,故若被保险人因重大过失而引发损失,保险人应对此予以赔偿。此观点亦得到美国法的承认:保险契约只是将被保险人故意行为或非法行为明确作为免责事项,而并未将被保险人的过失行为作为除外责任事项。保单中所指的偶发性(occurrence)事件并不排斥过失行为。^⑰

我国保险法上大多认为重大过失等于故意,可使保险人免责。然而,笔者认为,对于被保险人故意行为,保险人当然免责;对于被保险人重大过失行为,保险人不应全部免责,而应依据被保险人的过错程度,由保险人按比例酌减保险金给付。

二、保险人的比例给付保险金

(一)重大过失行为与给付保险金关系的立法例考察

当被保险人因重大过失而致使保险事故发生时,保险人是否应当给付保险金,理论界存有分歧。

^⑭ 江朝国:《保险法基础理论》,元照出版社1999年版,第332页。

^⑮ Shaw v. Robberds, Hawkes, and Stone, 112 E.R. 29, Court of King's Bench, 1837.

^⑯ 叶名怡:《重大过失理论的构建》,《法学研究》2009年第6期。

^⑰ Safeco Ins. Co. of Am. v. White, 122 Ohio St.3d 562, 913 N.E.2d 426, Ohio, 2009.

欧陆保险法对此问题亦大致有三类见解:第一类见解将重大过失等同于故意;第二类见解为重大过失可主张比例酌减保险金;第三类见解为重大过失仍可主张全额给付保险金。^⑮1908 年德国旧保险契约法第 61 条明确规定,要保人因故意或重大过失行为导致保险事故发生,保险人免给付之责。此一规定将故意和重大过失行为并列为除外危险。而 2008 年德国新保险契约法对重大过失行为免责的规定予以修正。新法第 81 条第 2 项规定,要保人因重大过失行为导致保险事故发生,保险人应依据要保人的过失程度,按比例酌减保险金。此外,2008 年日本保险法即持部分肯定态度。依据该法第 17 条第 2 款之规定,责任保险中有关要保人或被保险人之主观不保范围仅以故意为限,由此,要保人或被保险人之重大过失行为应属责任保险之主观承保范围。依据 PEICL 第 4:103(1)条之规定,若被保险人存有过失(reckless)行为,保险人仍可主张全部(totally)免责。在此须言明者为,第 4:102 条及第 4:103 条中所指过失(reckless)不应等同解释成重大过失(grossly negligent),其近乎于“间接故意”(dolus eventualis)。且此举证责任应由保险人负担。对于过失行为则应依据该法第 4:103(2)条之规定,即遵守保险契约的明确约定(clear clause),依据被保险人的过错程度(degree of fault),相应的酌减保险金的给付。^⑯进一步而论,对 PEICL 中被保险人“reckless”的界定,应遵循 1999 年《蒙特利尔公约》中对“reckless”的解释,即将“reckless”解释为明知可能造成损失而轻率地作为或者不作为造成。因此,此处的“reckless”其主观恶意程度低于故意但高于重大过失,处于中间阶段。^⑰综上可知,域外最新保险立法多已将重大过失行为排除在免赔行为之外,承认其可保性,且多将比例给付保险金作为典型立法形态。

(二)比例原则取代全有全无原则

保险法上保险金给付的比例原则是对传统保险法中的全有全无原则的突破,为全面了解比例原则的意义,需要先对全有全无原则作一阐释,分析其不足之处。

源自保险契约的诚信原则和最大善意属性的全有全无原则,是指若被保险人违反了某种保险契约义务,其违反之法律后果,保险人若非全部免责,则应负完全的保险给付责任。换言之,被保险人要么获得完全的保险给付,要么完全不能获得任何保险给付。因此,全有全无原则带有明显的惩罚性色彩。其带来了两个极端的后果。然而,违反契约义务的构成要件并不清晰,且其界限也不明确,更何况违反义务之程度时常有所差别,此时法律责任却较为单一,即要么全赔偿要么不赔偿。由此,一旦全有全无原则运用不当,即容易产生违反比例的不当现象。对此困境最好的缓解方法,即采比例原则,依据被保险人过错程度,按相应比例给付保险金。^⑱

保险法上保险金给付的比例原则源于 1908 年瑞士保险法。尽管 1908 年的德国保险契约法与 1908 年瑞士保险法于相同时间生效,然德国保险契约法对被保险人的过失行为,保险金之给付采用“全有全无原则”,瑞士保险法则对被保险人之过失行为采“比例给付原则”。依据 1908 年瑞士保险法第 14 条第 2 款之规定,要保人或请求权人因重大过失致事故发生者,保险人有权依重大过失之程度,比例减少保险给付。此种规定并不适用于被保险人对契约义务的违反,如对告知义务的违反、对危险增加通知义务的违反及保险事故发生时通知义务的违反,而仅仅局限于因过失行为而引发的损

^⑮ The Project Group Restatement of PEICL: Principles of European Insurance Contract Law, seller. European law publishers GmbH, 2009, p250.

^⑯ Armbruester, Christian: PEICL-The Project of a European Insurance Contract Law, Connecticut Insurance Law Journal, Vol. 20, Issue 1, 2013.

^⑰ The Project Group Restatement of PEICL: Principles of European Insurance Contract Law, seller. European law publishers GmbH, 2009, p247.

^⑱ 同前注^⑮,郑子薇文第 23 页。

失,保险人仅在此一领域内比例给付保险金。德国在 2008 年修改保险契约法时,引入比例原则以取代过去的全有全无原则,且德国保险契约法中比例原则较之瑞士保险法走得更远,立法者不再限制比例原则的适用,大幅扩大其适用范围,这表现为德国保险契约法不再仅仅局限于瑞士保险法的规定,而将其扩展至对保险契约义务的违反,当被保险人违反契约义务(如通知义务)时,保险人也应按被保险人过失程度酌减保险金。芬兰保险契约法第 32 条亦采此种“比例酌减保险金给付”的立法例作为被保险人违反约定义务之主要法律效果。^②另外,这一立法例也被瑞士修法委员会所采纳,在最新的 2011 年瑞士保险契约法草案中有所体现,如该法修正案草案第 19 条和第 41 条,皆明确规定保险人应依据被保险人过失程度相应地酌减保险金的给付。^③就瑞士保险法修改草案而言,其甚至将比例原则适用范围扩展得比德国法更宽广,被保险人因过失违反先合同义务亦可适用比例原则。此点与 PEICL 的规定相一致。通过比较 2008 年德国保险契约法和 2011 年瑞士保险法草案,可以探知两国保险法上比例原则的运用已达成共识,两国未来保险法制中比例原则应作为保险金给付的一般性规则。

(三)我国保险法未来完善的应然选择:比例给付保险金

德国保险法对被保险人重大过失之行为,按其严重程度比例给付保险金,这一做法是为了缓和全有全无原则对被保险人的严苛责任。具体而言,首先,肯认被保险人重大过失行为应为保险人所保;其次,对被保险人重大过失行为,保险人应按其过失程度,比例酌减其保险金。这一保险金比例给付规则正好契合赔偿法上赔偿模式的与有过失规则。被保险人若未尽德国保险契约法第 51 条的法定安全维护义务,或其本有机会避免损害的发生而不为者,可认定为对己义务的违反,构成与有过失,且若被保险人的过失为损害的近因,则应对其损害赔偿予以相应酌减。此外,若从激励制度看保险金给付的比例规则,似也可以得出其具备相当的合理性的结论;为激励行为人积极践行保险合同的约定义务,可通过将一般侵权行为理论中的过失责任原则移入保险领域,根据行为人有无过失和过失大小对其责任进行重新认定。详言之,如果被保险人采取了一般理性人通常会采取的预防措施(或尽到了一般理性人通常应尽的合理注意义务),则应由保险人承担最大限度的责任(这一责任仍可能低于实际损失);如果被保险人没有采取一般理性人通常会采取的损害预防措施,则应按照一定比例承担责任;如果在保险人督促被保险人采取预防措施的情况下被保险人没有采取措施,则被保险人应当承担更高比例的责任;被保险人虽采取了预防措施,但在保险人作出明确建议的情况下没有按照保险人的建议而对采取的预防措施进行改进或调整,对因此扩大的损失也应承担相应的责任;如果保险人因自己不适当的指导致使损害扩大,则对因此造成的扩大的损失承担相应的责任。法律在规定行为人普遍应当承担的责任之外,应根据双方过失的情况,建立行为人和保险人的责任调节机制。^④

在英美法上,按与有过失规则裁定保险人比例给付保险金早有先例可循。如英国的 Vesta 诉 Butcher 案中,^⑤法院依据共同过失规则,判决保险人之保险金给付。在该案中,原告为其养鱼场保险时曾经于合同中保证,为防止活鱼流失,原告每天 24 小时派人值班 (contracts contained a safety clause requiring the insured to keep a 24-hour watch on the site),否则承保人有权终止保险合同。原告事后发现这项保证难以实施,便请被告修改保险合同。但被告未及时告知原告违约事实,并要求其

^② 该法律文本见于 <http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1994/en19940543.pdf>, 2015 年 12 月 4 日访问。

^③ 该草案文本见于 <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2011/7819.pdf>, 2015 年 12 月 14 日访问。

^④ 许明月:《论社会损害综合防控体系中的责任保险制度设计》,《法商研究》2015 年第 5 期。

^⑤ Forsikringsaktieselskapet Vesta v. Butcher [1989] A.C. 852.

及时恢复履行。这既违背侵权法的谨慎义务,也违反合同法上应当行使合理的谨慎技能的隐含义务。6 个月一场风暴导致养鱼场的鱼全部流失,保险人拒绝赔偿,理由是原告未严格执行其保证。原告起诉至法院后,被告辩称原告自己也忘了修改保险合同之事,原告有多次机会却未予以补救,存在共同过失,初审法院认为保险给付为合同责任,适用《1945 年法律改革(共同过失)法》,判决原告与被告分别承担四分之一与四分之三的损失,原告不服,诉至上议院,上议院维持原判。就英美法系国家而言,法官依据被保险人违反相应的注意义务时的主观状态,断定被保险人的过错程度,依据“与有过失”规则,裁定保险人给付保险金时予以相应的酌减。

与有过失规则适用于所有的损害赔偿请求权,不论是基于违约的损害赔偿还是基于侵权行为的损害赔偿,^{②6}契约法上与有过失规则与德国保险契约法上保险金比例给付原则,皆旨在对赔偿额予以限制,其最终效果皆为债权人请求权减损。此外,结合英美法之司法实践,笔者认为,因保险契约为契约之一种,故契约法上过失相抵规则可适用于保险金给付,且保险人在给付保险金时,应慎重审视被保险人过失行为对保险事故发生的原因力大小,并依据此原因力大小而按比例给付保险金。

三、保险合同效力:保险人的合同终止权与解除权之辨

实践中,当保险人主张因被保险人重大过失而主张免于给付保险金时,我国法院并未对保险合同存续与保险金给付之间的关系加以细致区分,承认保险人免于给付保险金责任时,多已“隐含”地直接否定了保险合同的效力,认为免于给付保险金系解除保险合同的直接后果,即免于给付保险金与解除保险合同紧密相联。有鉴于此种作法的缺陷,笔者于此将对重大过失行为对保险合同效力产生何种影响加以细致论述。

(一) 保险人解除权与免于给付保险金的关系

总的来说,解除权之立法宗旨系辅助保险人实现危险控制,若被保险人重大过失行为违反法定与合同约定义务,保险人似可断定被保险人的危险因素已发生变动,且影响到保险人对承保与否的决定。此时,为实现保险人对危险的控制,应该赋予保险人决定保险合同存续与否的权利,主观归责似可从严,即对于重大过失行为即可主张解除保险合同,向将来失效,使保险合同不再存续。而当被保险人因重大过失行为致保险事故发生时,立法宗旨应聚焦于被保险人权益保护,主观归责要素似可放宽,即对于重大过失行为,保险人仍应比例给付。两者间更为细致的区别,有以下三点。

其一,在行使方式上,若法律直接规定为免责,保险人在保险事故发生后无需采取任何行动即可发生免责效力;然若法律规定为契约终止或契约解除,保险人须先行使契约解除权后始发生免责效力,且法律通常对于终止权或解除权应设定除斥期间。

其二,在契约是否存续上,如保险事故发生后,保险标的已不存在或毁灭,保险关系无向将来发展之可能,此时采取直接免责或解除契约的方式,似无差别。然而于某些保险契约,即便发生保险事故,于该次保险事故理赔后契约关系仍存续,承保范围及于将来保险事故。如伤害保险,均可能存在多次保险事故,此时采取何种法律效果则影响极大。如采取直接免责的方式,虽违反约定义务所导致保险事故无法获得理赔,但保险契约仍存续,^{②7}其仍可对未来其他事故所致的损失提供保障;但若采取契约终止或解除的方式,保险契约关系将消解,要保人或被保险人须花费成本另行订立新的保险契约,且须自行承担此段期间事故发生之风险。故从契约存续之观点来看,采直接免责说似较有

^{②6} 韩世远:《合同法总论》,法律出版社 2011 年版,第 634 页。

^{②7} Gurses, Ozlem: *Marine Insurance Law*, Taylor and Francis, 2015, p112.

利于要保人或被保险人。

其三,在保费返还上,采直接免责说,保险契约仍存续或有效存在,保险人无须返还已收取之保险费,然而,在契约解除或终止的情形下,保险人应返还相应比例的保费,即仍有返还保费的可能,此种情形下对要保人似较为有利。

(二) 保险人契约解除权与终止权之辨

当被保险人违反法定义务或保险合同约定义务时,其主观上若为重大过失,保险人可主张解除保险合同,如我国《保险法》第16条之规定。笔者认为,此处解除权系囿于对保险合同属性认识不清及继续性合同终止制度研究不足所致,保险法学界多忽略保险合同之继续性合同属性,合同法学界则忽略继续性合同终止权学说。现有的合同法理论研究中,其主要围绕着一时性合同理论与制度展开分析和研究,在这种法律规则体系下,继续性合同被刻意地遮蔽或压制。^②因此,继续性合同终结时,首先应想到的是解除权而非继续性合同所特有的终止权,是努力改进合同解除权制度而非直接使用合同终止权。未来我国法对继续性合同解除的立场,应该是确立合同解除与合同终止的二元结构,在此结构下,应该革新我国的合同解除概念,并确立继续性合同的终止概念。^③有鉴于此,终结保险合同应通过行使终止权(而非解除权)的方式,具体理由如下。

罗马法上,最初并无解除与终止之区别,而是认为双方当事人一旦受合同拘束,即不得要求合同之解消,其系罗马人“重承诺”的守法精神即合同严守原则之体现。终止权是由继续性合同的特殊属性所决定的,继续性合同因法律关系持久继续,随着合同时间的延长,双方当事人间的依存关系远较一时性合同为强。通常所构成继续性关系的合同中有其计划性的要素存在。因此,订立继续性合同时,可反映出参与者的生活忠实义务。继续性合同既影响个人自由,又极要求当事人应尽忠实义务,随着两者间关系的变化,救济之道便是建立继续性合同特有的解消制度,即契约终止权制度。^④

若采保险人契约终止权,其与解除权的最大区别在于是否有溯及效力。终止权之行使,仅使合同向将来失效,未履行之债务当然消灭,针对已履行之部分,不生影响。^⑤明定保险契约终止权仅指向将来失效,应更为符合保险契约之继续性合同属性,且因被保险人违反约定义务之行为系发生于保险合同成立后,不使合同溯及失效,亦属合理。

就保费返还而言,契约解除权之设计相较于契约终止权,前者须返还已收取之部分保险费,后者则存在保险人继续保有保险费之正当基础,故就保费返还之角度而言,解除合同似对要保人较为有利,然此种保费返还并非全部返还,而应按照一定比例返还,科学界定较为复杂,在实务中可能会出现损害被保险人权益的不当情形,出现有违公平合理之情事,如此,反将使法律关系愈加复杂。

就保险理赔而言,若是合同解除就可推导出保险人对系争保险事故无须负担给付保险金之责,因此,可以一并解决保险理赔的问题,规范体系上较为简便。然一般认为保险契约中约定义务多系保险人为控制风险而设,如发生违反该义务之情事,赋予保险人之契约终止权,对终止前发生的保险事故,保险人一般仍应负给付保险金之责,因此,就这一点而言,终止权似对被保险人利益的维护更为有效。

综上所述,笔者认为我国《保险法》应规定当被保险人重大过失违反合同义务时,保险人得主张终止保险合同而非解除保险合同。如此,方较能够平衡双方当事人的权利义务。

(三) 保险人契约终止权之因果关系要件

^② 张红:《继续性合同终止制度研究》,湖南大学2011年博士学位论文,第1页。

^③ 同上注,张红文,第59页。

^④ 盛钰:《论继续性契约之债》,台湾大学1988年硕士学位论文,第142页。

^⑤ 同上注,盛钰文,第156页。

保险人行使契约终止权旨在实现危险控制,系判定契约关系是否有存续的必要,并非确定保险人是否负担赔偿责任,故对其因果关系的认定应有别于保险人免责权之要件。详言之,保险合同中多数义务约定是要保人或被保险人在整个保险期间应履行之约定,大部分关涉降低危险或防止危险升高,或于保险事故发生后降低损害、减轻保险给付义务。此约定义务在于督促要保人及被保险人履行特定行为义务,以使保险人所承担之危险与保费之间能维持一定的对价关系。换言之,此种立法意旨在于防范要保人违反约定义务之“因”而导致危险变动之“果”,其因果关系之结果端落实于“危险变动”而非“保险事故发生”。

终止权之因果关系可参照德国保险契约法第 28 条之规定,深究该条之规定可知,一旦要保人违反约定义务而使危险变动,或使原本预期得以减少之危险未减少,因果关系即告成立,不应以保险事故是否发生作为因果链之结果端。若以发生保险事故作为因果关系之结果,显然有违当事人当初缔结此约定义务之目的,且破坏了订约时之对价关系,实属不合理。当约定事项具备重要性时,一旦被保险人并未遵守该约定事项,承保风险无疑将发生改变,此时保险人即可主张终止权。^②因此,因果链条上之原因端应系于违反保险合同约定义务,而结果端则应联结于危险变动。若变动后的危险,保险人不欲承保,则应允许保险人“拒保”,即保险人可行使契约终止权;且契约终止权应考量到保险契约属继续性契约,保险契约存续期间风险可能因要保人或被保险人之行为而变动,其关注点在于升高后之风险是否已成为保险人“必须增加保险费承保”或“拒保”的对象,而该种升高之风险是否系由可归责于被保险人之事由所致,似非终止权应考量之因素。

四、结 语

我国保险法上将重大过失行为与故意行为简单等同,实不可取。无论是学理上还是实践中,两者皆存在较大差异。当被保险人违反法定或保险合同义务时,不应允许保险人简单主张免责。针对被保险人的重大过失行为,其法律后果应自成体系,不应与故意行为混同。此种法律后果可分为两个层次。首先是保险契约存续与否。若保险人认为被保险人的重大过失行为,已使承保风险显著升高,可赋予保险人解除保险合同的权利。此一角度系着眼于保险人危险控制,因此,可将重大过失行为定性为解除权的构成要件。其次是当被保险人的重大过失行为致保险事故发生,此时,保险人应具体检视被保险人的过失程度,按其过错程度,比例给付保险金。此一角度系着眼于维护保险消费者权益,自不应允许保险人主张重大过失行为全部免责,而应放宽主观归责要素,赋予重大过失行为可保性,借鉴域外最新之保险立法,我国《保险法》应规定保险人须按比例给付保险金。

(责任编辑 陈历幸)

^② 陈丰年:《特约条款之检讨与重构》,政治大学 2012 年博士学位论文,第 407 页。