

保险人恶意不当理赔的责任建构

黄丽娟

摘要 在理赔难这一保险行业顽疾日益凸显的背景下,针对保险人在理赔中的恶意违约行为设置相应的责任规制,应当成为首要之策。多数保险消费者购买保险的目的在于经由保险赔付获得经济保障以及内心安宁,保险人所承担的不只是简单赔付的结果性义务,而是一个兼具主观善意和客观诚信之理赔的过程性义务。保险人恶意责任构成的核心——恶意不当理赔——也应分别从主观恶意与客观不当两个方面予以界定。在主观方面应将保险人的机会主义倾向及其归责性与我国现行的主观过错形态进行匹配;在客观方面需要结合我国保险人不当理赔的实际类型来对理赔的不当性予以界定。既有的违约责任难以达成充分补偿和有效惩罚的目标。为此,有必要将保险人的恶意不当理赔责任放置于违约责任与侵权责任交叉的中间地带,采取以规制效果为核心的责任统合进路,保证索赔人就其履行利益和固有利益获得全面赔偿,确保惩罚性赔偿发挥惩罚和威慑的功能。

关键词 理赔难 诚信理赔义务 恶意不当理赔 责任竞合 责任统合

作者黄丽娟,法学博士,西南财经大学法学院副教授。

DOI:10.16094/j.cnki.1005-0221.2020.05.012

问题的提出

理赔难是一个众所周知的行业顽疾,其意味着索赔人^①由于在理赔过程中遭遇保险人的不当“拖赔”“减赔”以及“拒赔”等行为而无法获得公平且及时的赔付。^②2009年,《保险法》经修订增加了保险人及时一次性通知索赔人补充材料、及时核定、赔付、说明拒赔理由以及对已确定数额的先行赔付义务,^③目的正是为了消解由于保险人不当拖赔、减赔以及拒赔等造成的理赔难问题。^④然而,理赔难并没有得以有效缓解,反而始终是保险消费者投诉的一个重灾区。根据从2012年至2019年连续发布的保险消费者投诉情况通报,理赔纠纷始终是历年来的投诉事项的一个重要类型。

* 本文系2015年国家社科基金一般项目“恶意理赔的侵权救济研究”(15BFX177)的阶段性成果。

^① 在理赔实践中,基于保险合同关系的特殊性,被保险人、受益人等主体均有权向保险人提出索赔,因此,为行文方便,本文以“索赔人”作为上述主体的统称。

^② 参见姜鹏“车险‘理赔难’问题的几点思考”,《上海保险》2012年第7期,第9页;余饶林、上官发清“破解车险理赔难工作机制研究”,《金融与经济》2013年第11期,第80页。

^③ 参见《中华人民共和国保险法》第22-25条。

^④ 参见奚晓明主编《〈中华人民共和国保险法〉保险合同条文理解与适用》,中国法制出版社2010年版,第151-165页。

在财产险投诉事项中,理赔纠纷占整个财产保险纠纷的比例一直保持在70%—80%,始终维持在最高位;在人身险投诉事项中,理赔纠纷在近年来呈现出持续增高的趋势,至2019年已经成为仅次于销售环节的一大投诉事项。^⑤

这一问题也是我国学界关注的重点。早先有研究指出,保险人的此类不当理赔行为应属恶意,并主张借鉴域外保险人的恶意侵权责任来解决我国的理赔难问题。^⑥在此基础上,有学者认为,对保险人在理赔中恶意违约规制的缺失是导致目前理赔难问题的根本原因。^⑦那么,保险人恶意违约的行为在现实的保险理赔实践中应当如何界定?我国现行的法律制度对此能否给予有效的规制?如果存在制度供给不足,针对保险人的责任规制应当采取何种进路?对于上述问题,目前的研究虽然有所涉及,但其不足之处在于:第一,偏重于域外案例的分析,没有通过我国的案例来总结保险人恶意违约在理赔中的实际形态,无法从主观状态和客观行为两个方面来对此类行为给予具象化的界定;第二,集中于域外保险人恶意侵权责任制度的介绍,尚未结合我国现行的规范及法理来探寻既有制度的供给不足,难以给出更具本土化的建构路径。有鉴于此,笔者将根据机会主义倾向来界定保险人在主观上的恶意范围,通过案例样本的统计来分析其在客观上的行为不当,然后进入我国现有的法律及法理当中来寻找制度改进的选项,并提出规则建构的进路。

一、责任构成之核心——保险人恶意不当理赔的界定

责任构成是责任建构中的关键问题,也是后续损害赔偿责任得以展开的前提。一般而言,责任构成与其所缘起的义务内涵关联紧密。为此,要想明晰保险人恶意不当理赔责任构成的本质,就需先行探讨保险人在理赔中应承担何种义务,只有明确这一前提才能对保险人的理赔行为予以妥适的评判。

近年来,保险业化解风险这一功能已经成为社会生活之必需。对于多数保险消费者而言,其购买保险的目的并非是获利,而是在保险事故发生时能够在保险人处获得及时且充分的赔付,以尽速恢复其经济稳定和心境安宁。^⑧可以说,保险消费者对于保险人所享有的已经不是单纯的以获得保险金为结果的请求权,而是“脱离不利请求权”。^⑨相应地,保险人所承担的也就不只是承担给付保险金这一结果性义务,而是诚信理赔的过程性义务。于此情形,如果保险人滥用其对于理赔的控制权,作出不当减赔、拖赔乃至拒赔等行为,使索赔人在这一过程中费尽周折或备受折磨,则索赔

^⑤ 在财产保险中,理赔投诉占财产保险投诉的比例分别为74.06% (5472/7389)、75.13% (6627/8821)、71.54% (9118/12745)、76.20% (10915/14325)、73.63% (12077/16403)、79.86% (38839/48633)、75.14% (37392/49763);在人身保险中,理赔投诉占人身保险投诉的比例分别为16.76% (1637/9768)、13.72% (1901/13852)、13.08% (2248/17189)、20.75% (3455/16653)、26.37% (4230/16039)、23.97% (9547/39821)、20.60% (9054/43965)。2017年没有公布理赔纠纷占整个保险纠纷的比例,故2017年数据缺失。参见《中国保监会办公厅关于2012年保险消费者投诉情况的通报》(保监厅函〔2013〕27号)、《中国保监会关于2013年保险消费者投诉情况的通报》(保监消保〔2014〕2号)、《中国保监会关于2014年度保险消费者投诉情况的通报》(保监消保〔2015〕11号)、《中国保监会关于2015年保险消费投诉情况的通报》(保监消保〔2016〕7号)、《中国保监会关于2016年保险消费投诉情况的通报》(保监消保〔2017〕11号)、《中国银保监会办公厅关于2018年度保险消费投诉情况的通报》(银保监办发〔2019〕42号)、《中国银保监会消费者权益保护局关于2019年保险消费投诉情况的通报》(银保监消保发〔2020〕2号)。

^⑥ 参见陈佰灵“论保险理赔中的恶意侵权责任”,《法律适用》2004年第12期,第40—42页。

^⑦ 参见马齐林“保险人恶意违约制度研究——以美国保险判例为视角”,《政法论坛》2017年第3期,第156页。

^⑧ See Charles M. Loderback & Thomas W. Jurika, “Standards for Limiting the Tort of Bad Faith Breach of Contract”, *University of San Francisco Law Review*, Vol. 16, No. 2 (1982), p. 189.

^⑨ 江朝国《保险法基础理论》,中国政法大学出版社2002年版,第370页。

人即便最终获得保险金，保险人也仍然是违反了诚信理赔义务。

美国纽约州上诉法院首次以默示的诚信且公平交易义务来定位保险人的这一理赔义务。^⑩就内涵来看，其在主观上要求保险人保持善意（good faith），即保险人至少认为其理赔行为不具有不当性；在客观上则强调公平交易，即保险人应公平地处理保险理赔事务（fair dealing），确保其理赔行为具有正当性。^⑪可见，针对保险人的诚信且公平交易义务兼具了主客观两个方面。这一主客观兼顾在欧洲的合同法上也有所体现。根据欧洲合同法原则，“‘诚信原则’系指内心的诚实与公平，属于主观的概念。‘公平交易’系指遵守的公平，属于客观的概念。”^⑫同样，我国也遵循了相同的思路。传统上，我国使用两种术语来表达诚信，“客观诚信以‘诚信’的术语表达之，主观诚信以‘善意’的术语表达之。”^⑬在我国的法语境中，“诚信”主要指向诚信的客观方面，而“善意”则主要指向诚信的主观方面。以此参照，结合保险人的恶意不当理赔，可以看出，其中第一点，也就是理赔行为的不当性，强调的是其在客观方面有违诚信；其中第二点，也就是保险人的恶意，则意味着其在主观方面背离了善意。诚信理赔义务内涵对于主客观层面的兼顾，决定了我们在界定保险人恶意不当理赔的责任构成时也需要从这两点来展开。

（一）保险人主观恶意之范围厘定

基于主观恶意背离善意的特点，其可以被界定为是善意的对立面（antithesis of good faith）。^⑭善意，要求保险人在主观方面不应只考虑自己的利益而漠视甚至侵害索赔人的利益。保险人在理赔过程中，应当以处理自己事务般的注意标准去处理关系到索赔人利益的事务。

由于保险合同属于关系型合同，保险人如何理赔必须依赖于保险事故发生后进行理赔的具体情景。^⑮要想在事先的合同订立过程中就对这些不确定的情况给予明确约定，是非常罕见和困难的，这导致保险理赔具有高度依赖个案的情境化。加之保险人在理赔方面的专业和经验优势，保险人无疑掌握了理赔的控制权，而索赔人则不得不将自己的利益交托给保险人。以上事实无疑诱发了保险人在理赔进程中趋于自利的机会主义倾向。^⑯机会主义是指在交易中以非诚信的行为来获取收益，其在主观上的表现是将自己的利益置于优先地位，而不顾对方的利益；其结果是仅仅为自己创造价值，只是从对方获取同等或者更多的份额，而并没有创造出社会收益。^⑰具体到保险理赔的场景中来看，保险人的恶意不当理赔仅仅有利于自己，但其代价却是剥夺了索赔人获取经济保障以及内心安宁的合同权益，减损了保险公司在保险事故发生时为社会公众提供救济和保障的公共性职能。就此而言，保险人恶意不当理赔的资源被用于不能产生任何社会收益的行为之上，造成了社会的净损失，在帕累托效率方面是低下的。^⑱保险人如果不对索赔人的利益给予适当的注意，其也就违背

^⑩ See *Brassil v. Maryl and Casualty Co.*, 104 N. E. 622, 624 (N. Y. 1914).

^⑪ See *Carma Developers (Cal.) ,Inc. v. Marathon Development California ,Inc.*, 2 Cal. 4th 342, 372 (1992).

^⑫ 陈聪富 “台湾民法诚信原则之实务发展”，《月旦民商法杂志》2018年总第62期，第12页。

^⑬ 徐国栋 《诚实信用原则研究》，中国人民大学出版社2002年版，第21页。

^⑭ See Mary G. Leary, “Defense of a First – Party Bad Faith Claim Action Against an Insurer”, *American Jurisprudence Trials*, Vol. 97 (2005), p. 211.

^⑮ See Melvin A. Eisenberg, “Why There Is No Law of Relational Contracts”, *Northwestern University Law Review*, Vol. 94, No. 3 (2000), p. 816; Jay M. Feinman, “Relational Contract Theory in Context”, *Northwestern University Law Review*, Vol. 94, No. 3 (2000), pp. 740–741.

^⑯ See Alan O. Sykes, “Bad Faith Breach of Contract by First – Party Insurers”, *Journal of Legal Studies*, Vol. 25, No. 2 (1996), p. 407.

^⑰ See Barry Perlestein, “Crossing the Contract – Tort Boundary: An Economic Argument for the Imposition of Extracompensatory Damages for Opportunistic Breach of Contract”, *Brooklyn Law Review*, Vol. 58, No. 3 (1992), p. 880.

^⑱ 这一术语的内涵是，如果某种资源分配没有使任何人情况变坏，且使得至少一个人情况变好，则这一资源分配就是最优的。

了善意的要求,进而构成需要予以归责的主观恶意。基于此,针对保险人恶意不当理赔的规范也就有必要突破传统违约责任,淡化违约方主观过错的局限,进入到主观归责的范畴。

那么,应当采取何种标准来划定保险人主观恶意的范围呢?这实际上是如何将恶意与现行主观过错形态进行匹配的问题。就目前来看,主要存在三种不同的标准。第一种是过失标准,即保险人只要对其理赔行为存在过失,即构成恶意。美国加州最高法院在审理 *Gruenberg v. Aetna Insurance Co.* 一案中创设了这一标准,即采取从保险人理赔行为的不当性来推定其主观过错。而即使保险人可能确实认为其理赔行为具有正当性,但这一想法本身如果缺乏正当性,即会被视为具有过失,因而也就构成了恶意。^① 第二种是故意标准,即保险人只有存在故意加害的意图始构成恶意。例如,美国阿肯色州最高法院认为,保险人对其不当理赔行为需具有不诚实、恶意或压迫以试图逃避其保险合同的义务,如果保险人是基于过失或错误认识而进行此类不当行为,则不应构成恶意。^② 我国也有研究持相同立场,其认为,保险人的此类恶意大致相当于侵权法的故意。^③ 第三种是故意加重过失标准,即保险人对其不当理赔除了前述故意之外,如果存在重大过失亦可构成恶意。其认为,保险人只有在明知或鲁莽地漠视其拒赔行为缺乏合理依据时才能构成恶意。^④

笔者认为,对于保险人主观恶意的界定应当采取第三种标准,即保险人的主观恶意应当限于故意和重大过失的范围。首先,故意可以从“知”和“欲”两个方面加以界定。“知”说明行为人的“预见”或“确信”其行为的不当性以及损害结果,“欲”则意味着行为人“欲求”“默许”或“接受”这一损害结果。^⑤ 以此来看,保险人恶意不当理赔中的故意意味着其对于某个理赔行为的不当性及其对索赔人权益的损害后果具备明确的认识因素,并且还具有一切为之的意志因素。此类主观状态明显突破了“勿害他人”的法律底线,具有最为强烈的机会主义违约倾向和应予惩戒的道德责难性,应当被归入保险人主观恶意的范畴。其次,重大过失意味着“行为人对其行为结果毫不顾及,对他人的利益极不尊重,对其负有的法定义务处于漠视状态。”^⑥ 从表面上看,重大过失似乎没有显现出有如“故意”一般的主动侵害性。但是,重大过失的行为人已经认识到了损害后果发生的高度盖然性及其行为的不当性,其与“故意”在“主观上有认识”这一点上具有十分相近的亲缘性,在可归责性方面也具有渐进趋同的责难性。^⑦ 在保险理赔中,双方交易地位悬殊至为明显,此时,由于缺乏必要的制衡,保险人将更有可能没有尽到应有的注意义务而鲁莽地漠视索赔人的权益。重大过失同样反映出保险人滥用其对于理赔进程控制权的实质,具有将自己利益置于优先地位而不顾索赔人利益的机会主义倾向,应属于主观恶意的另一种形态。再次,除了故意和重大过失之外,如果保险人只是基于一般的过失,则不应被归入到主观恶意的范围。一方面,一般过失至少意味着保险人认为其理赔行为具有正当性;另一方面,一般过失也还尚未达到具备有意侵害或者毫不顾及索赔人的过错程度,不应被视为具有以牺牲索赔人利益来追求自身利益的机会主义倾向。因此,无论如何,一般过失都没有逾越规范太远,只有保险人基于故意或重大过失而做出的不当行为

^① 参见注⑥, p. 411.

^② *Aetna Cas. and Sur. Co. v. Broadway Arms Corp.*, 281 Ark. 128, 133-134 (1984).

^③ 参见白江“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”,《北方法学》2014年第3期,第20-21页。

^④ See *Anderson v. Continental Ins. Co.*, 85 Wis. 2d 675, 691-692 (1978).

^⑤ 参见叶名怡“侵权法上故意与过失的区分及其意义”,《法律科学》2010年第4期,第87页。

^⑥ 王利明《侵权责任法研究(上)》,中国人民大学出版社2011年版,第334页。

^⑦ 参见叶名怡“重大过失理论的构建”,《法学研究》2009年第6期,第81-84页。

才会构成恶意。^{②⑥}

在确定主观恶意范围之后，有必要进一步厘清界定故意和重大过失的关键要素，以推进其在司法实践中的可操作性。故意意味着保险人实际上确切地知道其没有正当理由来对索赔人的理赔请求予以拒绝或拖延，却仍然进行了此类行为。因此，对理赔行为不当性及其损害后果的明知状态是认定保险人故意的关键依据。相比之下，重大过失并不意味着保险人确切地知道其理赔不当，但是，其属于鲁莽漠视的主观状态，即“行为人知道或有理由知道某个行为既有可能对某人施加不合理的损害风险又有可能对其造成重大损害的事实时，行为人仍然实施该损害行为或未能进行应有的作为”。^{②⑦}也就是说，重大过失以反常的方式违反了普通人所必要的注意义务。此内涵具体到保险理赔则意味着，保险人已经意识到其对于索赔人的某个理赔行为极有可能具有不当性，并损害到索赔人的赔付权益，但却没有对此给予应有的注意，且仍然采取了这一行为。这一高度的确信虽然没有故意加害的意图，但反映出保险人对索赔人权益采取了有意漠视的机会主义倾向，是将其并入恶意的归责范围的原因所在。就此来看，已经意识到其理赔行为的不当性和损害后果的高度盖然性，是判断保险人具有重大过失的核心要素。

（二）保险人理赔不当之客观界定

在客观方面，诚信理赔的义务要求保险人的理赔行为具有正当性。正当性从本质上而言是要求保险人及时、公平、客观地处理、调查、评估并解决索赔请求；^{②⑧}概言之，其是要求保险人的理赔行为应当具有合理的依据。因此，如果保险人的理赔行为缺乏合理依据，就可以认定其在客观方面有违诚信，进而构成了不当理赔。这一点在美国司法界也得到了支持。例如，美国威斯康星州最高法院认为，保险人理赔行为不当性的判定标准就是保险人拒赔等理赔行为缺乏合理依据（an absence of a reasonable basis）。^{②⑨}那么，在这一总的标准之下，当下保险人的哪些理赔行为可以作为不当性的典型类型呢？我国有学者将此归纳为“不适当的调查”“不当延迟调查或者评估索赔”以及“欺骗被保险人”三种类型。^{③⑩}然而，这一分析的对象几乎都是美国和加拿大法域的案例，而并非我国司法领域的实际案例，其是否能够反映我国保险人不当理赔的真实情况，还需进一步的验证。

为此，笔者在“北大法宝”数据库上，以“保险纠纷”作为“案由”，以“判决书”作为“文书类型”，在全文范围内以“理赔”为关键词搜索自2019年1月1日至2019年3月31日的司法案例，结果共得到1063个案例。笔者排除了其中不相关的案例，^{③⑪}选取其中669个案例为样本（样本一）。通过专业人工阅读并对索赔人和保险人的主张、法院对双方主张的立场以及判决书所反映的案件事实进行分析，笔者总结，保险人的不当理赔行为主要存在如下类型：

第一，未适当调查评估，包括：（1）保险人未及时调查定损，迫使索赔人自行定损。例如，保险人在接到索赔人通知后未及时定损并告知鉴定结果，迫使索赔人自行寻找鉴定机构进行核损并修理，但保险人以鉴定结果系单方委托为由拒赔。法院以索赔人在保险人未及时定损时有权自行定损为由，肯定了索赔人提出的鉴定报告的效力。^{③⑫}（2）保险人未及时评估，导致索赔人产生了其他损

^{②⑥} See Jay M. Feinman, “The Law of Insurance Claim Practices: Beyond Bad Faith”, *Tort Trial and Insurance Practice Law Journal*, Vol. 47, No. 2 (2012), p. 704.

^{②⑦} *Black's Law Dictionary* (11th ed. 2019), “reckless disregard”.

^{②⑧} 参见注^{②⑥}, p. 720.

^{②⑨} 参见注^{②⑥}, p. 692.

^{③⑩} 参见梁彦军 “美加保险恶意制度研究及对中国的启示”，对外经济贸易大学2014年博士论文，第75-78页。

^{③⑪} 包括保险人行使代位权的案例以及保险人作为原告的保证保险合同案例。

^{③⑫} 参见上海金融法院（2018）沪74民终101号民事判决书。

失。例如，保险人未及时评估导致索赔人未能使用机动车而产生营运损失。索赔人要求赔偿此类损失，但保险人以合同未约定为由拒赔。对此，法院以保险人理赔期限超出法定期限而应当赔偿其间接损失为由，判决保险人赔偿营运损失。^③

第二，提出不合理的要求，即保险人在理赔过程中对索赔人提出不合理的要求，且在索赔人没有满足此类要求时作出拒赔、拖赔等不当行为。例如，索赔人提交了增值税普通发票作为其损失证明，但保险人要求其提交增值税专用发票以核实车辆是否实际维修。法院对此认为，索赔人提交增值税普通发票已足以证明其保险事故损失，从而以保险人的主张缺乏正当依据为由驳回其主张。^④

第三，抗辩无事实依据或法律依据，即保险人所提出的抗辩没有事实或法律依据，不符合《民事诉讼法》第64条及最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第90条关于举证责任的规定。其主要包括：（1）保险人完全无合理证据证明索赔人提出的索赔金额不合理。例如，保险人对法院指派的第三方鉴定机构作出的鉴定报告提出异议，但在一审及二审中均未提出任何证据来证明其主张，法院最终肯定了鉴定报告的效力并判决保险人依此予以赔付。^⑤（2）保险人完全无合理证据证明保险事故不属于理赔范围。例如，保险人认为保险事故不属于理赔范围，但怠于调查，未能提供任何证据证明其主张，法院由此依据索赔人提供的证据认定保险事故属于理赔范围，保险人应当赔付。^⑥

表1 保险人不当理赔之类型

未适当调查评估	保险人未及时调查和评估，迫使索赔人自行定损修理
	保险人未及时评估，导致索赔人产生其他损失
提出不合理的要求	在保险事故及索赔金额均明确且无争议的情况下，保险人仍不合理地要求索赔人提交其他材料
抗辩无事实依据或法律依据	保险人完全无合理证据证明索赔人提出的索赔金额不合理
	保险人完全无合理证据证明保险事故不属于理赔范围

由上可知，我国保险人“未适当调查评估”和“提出不合理要求”等理赔行为，以及其针对索赔人提出的缺乏事实依据或法律依据的抗辩行为，应当是不当理赔的主要类型。其中，“未适当调查评估”基本能够涵盖“不适当的调查”和“不当延迟调查或评估索赔”两种类型，“提出不合理的要求”则真实地反映出当下我国保险人理赔的不当之处。值得注意的是，保险人在理赔中的欺诈情形较为少见，并非属于保险人不当理赔的典型行为。以上类型更加符合我国现行的理赔实践，应当成为认定保险人理赔不当性的基本判准以及建构后续责任规范的行为样本。

二、责任规制的困境——既有违约责任的局限

如果保险人构成了恶意不当理赔行为，其就应当对索赔人承担相应的损害赔偿赔偿责任。当索赔人遭受由保险人恶意不当理赔所带来的损失之后，对其进行充分的补偿是设计保险人损害赔偿赔偿责任的首要目标。此外，基于保险公司化解社会风险的公共性以及受众的广泛分散性，相应的责任规制还

^③ 参见辽宁省本溪市中级人民法院（2019）辽05民终393号民事判决书。

^④ 参见江苏省海安县人民法院（2019）苏0621民初359号民事判决书。

^⑤ 参见山东省临沂市中级人民法院（2019）鲁13民终952号民事判决书。

^⑥ 参见河南省灵宝市人民法院（2019）豫1282民初269号民事判决书。

应对保险公司的恶意不当理赔进行有效的遏制。然而，经过检视可以发现，我国当前所采取的违约责任存在固有局限，其并不能够有效达成这两个目标。

(一) 索赔人难以实现完全的补偿

在实证法方面，我国对于保险人恶意不当理赔的责任规制仍然遵循传统的违约责任逻辑。依据《保险法》第23条第2款的规定，索赔人有权针对保险金之外的其他损失向保险人主张赔偿。但根据该条第1款要求保险人及时核定和赔付的规定，其最多只适用于保险人不当拖赔的情形，并没有扩大到所有的保险人恶意不当理赔的行为。并且，索赔人获得赔偿的范围和数额能否超出保险金额的上限，该条款也未予明确。一般认为，根据《合同法》第113条第1款的规定，违约责任损害赔偿的范围主要是履行利益，且以可预见的范围为限，^{②7}《民法典》第584条也有相应规定，即履行利益“不得超过违约一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违约可能造成的损失。”以此来看，经由保险合同所约定的保险金额应当可以被视为是保险人所预见的损害赔偿责任的上限。易言之，保险人向索赔人承担损害赔偿的范围应当限于保险金附加迟延利息，且不超过保险金额。就目前来看，保险消费者之经济保障以及内心安宁之权益并没有在我国的法律规范中得以确立。据此，保险消费者超出合同范围的其他损失也就很难在现行法中找到支持。

在司法方面，以下的案例分析表明，索赔人提出了停运损失、误工费以及律师费等保险金之外的损失赔偿主张，但并未完全得到支持。

根据恶意不当理赔的制度逻辑，索赔人遭受赔付权益损失与保险人的不当理赔需要存在因果关系。笔者在样本中选取了保险人具有不当行为的案例作为研究对象。在上述样本中，索赔人提出的保险金之外的损失赔偿主张主要包括保险金的迟延利息、未能正常使用机动车运营的停运损失以及被迫提起诉讼而支出的律师费。进一步，如果法院支持了索赔人的这些赔偿主张，或者虽然没有支持此类赔偿主张，但只要对遭受此类损失的事实予以肯定或没有否定，则可以确认索赔人实际遭受了这些损失。笔者发现，有15个案例符合这一情况，这表明，索赔人因保险人不当理赔而遭受保险金之外的损失这一情形的确存在。

表2 索赔人在保险金外的损失主张以及法院支持情况

	利息	停运损失及律师费
原告提出此类损失主张	11	4
法院支持原告此类主张	4	1

那么，法院是否支持此类损失赔偿呢？

在保险金的迟延利息方面，在11个索赔人遭受此类损失的案例中，仅有4例得到法院支持。支持赔偿的判决理由主要包括：(1) 基于对保险合同明确约定的尊重，认为保险条款明确约定未及履行支付保险金义务的，应当赔偿索赔人的利息损失；^{②8} (2) 认定保险人的拒赔理由不成立，因而应当赔偿延期利息。^{②9} 不支持赔偿判决的情形主要包括：(1) 局限于合同的明确约定，认为双方在合同中未约定赔偿此类损失；^{③0} (2) 采用类似于过失相抵的立场，认为原告在理赔过程中也存在拖延理赔时间、未履行协作义务等过错。^{③1} 可见，一方面，即使从传统违约责任的逻辑来看，保险

^{②7} 参见叶名怡“违约与侵权竞合实益之反思”，《法学家》2015年第3期，第130页。

^{②8} 参见河南省南阳市中级人民法院（2018）豫13民终6158号民事判决书。

^{②9} 参见湖北省宜昌市中级人民法院（2018）鄂05民终3311号民事判决书。

^{③0} 参见吉林省四平市中级人民法院（2019）吉03民终104号民事判决书。

^{③1} 参见湖南省攸县人民法院（2018）湘0223民初19433号民事判决书。

金的迟延履行利息应当属于保险人的赔偿范围,法院也大多会受限于合同的明确约定,没有将其纳入可以预见的履行利益的范畴;另一方面,即使是支持迟延履行利息的请求也主要是局限于保险人不当拒赔的情形,并没有扩展到不当减赔和拖赔等其他情况。

在停运损失和律师费方面,在4个索赔人遭受此类损失的案例中,仅有1个法院判决支持了索赔人的停运损失主张。在此案中,被保险人起诉要求保险人赔偿因事故导致的车辆损失、施救费等直接损失以及因保险人怠于定损理赔而造成的停运损失。二审法院认为,保险人在保险事故发生后,未及时对事故车辆进行定损,造成索赔人的营运车辆长期处于停运中,因而存在过错,应当对其不定损产生的营运损失承担赔偿责任。^{④2} 不予支持判决理由则主要为“缺乏合同约定及法律依据”。^{④3}

综上可知,法院基本是依循传统的违约责任,将保险人的损害赔偿严格限定在合同明确约定的保险金额范围。并且,即使是符合可预见性规则的利息损失,也由于缺乏明确约定而被多数法院排除在赔偿范围之外。可见,对于索赔人由保险人恶意不当理赔所遭受的全部损失,当前司法实践所遵循的违约责任并不能够提供充分的补偿。

(二) 保险人无法被施以有效的惩罚性赔偿

针对保险人的恶意不当理赔适用惩罚性赔偿的正当性在于:第一,遭遇损害的保险消费者往往由于损害数额较小、维权成本偏高等原因而放弃诉讼,保险人只需针对个别坚持维权的“钉子户”承担责任,因此,其实际承担责任的概率远低于其给社会造成净损失的概率;第二,基于第一点以及现行立法局限于保险金额的规制局限,保险人实际承担的损害赔偿数额远低于保险消费者群体权益损害的社会净损失数额。那么,我国现行的惩罚性赔偿机制能否充分地适用于保险人的恶意不当理赔情形呢?

在实证法方面,我国《保险法》缺少惩罚性赔偿的明确规定。那么,能否将《消费者权益保护法》(以下简称《消保法》)第55条第1款规定的三倍惩罚性赔偿适用于保险人恶意不当理赔的情形呢?根据《合同法》第113条第2款的规定,经营者对消费者提供商品或者服务有欺诈行为的,可以适用《消保法》有关惩罚性赔偿的规定。由于“外部性、自然垄断、信息不对称等《消保法》的立法缘由在保险领域中同样存在”,^{④4}以被保险人和受益人为核心的索赔人应当被视为“保险消费者”。故此,将《消保法》的惩罚性赔偿适用于保险人欺诈的恶意不当理赔情形应当不存在法律障碍。

然而,《消保法》的这一规定仅限于欺诈行为,并不能够全面覆盖保险人具有故意和重大过失的恶意形态。有学者建议将保险人在满足保险赔付条件下的故意拒赔解释为欺诈,^{④5}但此种做法并不妥当。在主观方面,故意的范畴远宽泛于欺诈,保险人故意拒赔中的“故意”只是要求其主观上预见到理赔的不当性及其损害后果即可,而不是要求其具备“使他人陷入错误并因而为意思表示”的目的。^{④6}在比较法上,即使是仅采取故意标准来界定保险人恶意的美国州法院也没有将故意局限于欺诈的范畴。例如,美国宾夕法尼亚州东区地方法院就明确指出,保险人的故意拒赔并不必然具有欺诈性。^{④7}在客观方面,以司法实践来看,笔者在“北大法宝”数据库所搜寻到的相关案例

^{④2} 参见辽宁省本溪市中级人民法院(2019)辽05民终393号民事判决书。

^{④3} 参见吉林省安图县人民法院(2019)吉2426民初52号民事判决书。

^{④4} 温世扬、范庆荣“保险‘消费者’概念辨析”,《现代法学》2017年第2期,第91页。

^{④5} 参见武亦文、杨勇“保险人不当理赔行为的救济路径”,《保险研究》2018年第7期,第123页。

^{④6} 参见韩世远《合同法总论》(第三版),法律出版社2011年版,第184页。

^{④7} See *Coyne v. Allstate Ins. Co.*, 771 F. Supp. 673, 677 (1991).

中发现,⁴⁸ 法院均没有认定保险人在理赔中存在欺诈。⁴⁹ 而从前文关于保险人不当理赔之类型的归纳也可看出,保险人在理赔中的欺诈情形比较少见,并非是保险人“故意”的常规形态。可见,《消保法》的欺诈情形无法充分对接保险人恶意不当理赔的情形,因此,单纯将前者的规定适用于后者也就无法为惩罚性赔偿的充分适用提供支持。

三、责任改进的路径:以规制效果为核心的责任统合

为了矫正违约责任的规制不足,应当选择何种制度改进的选项?学术界对此尚未形成统一立场,而是出现了两种不同的主张。为此,有必要首先对已有的学术主张进行探讨,从而为后续的规则建构提供理论指引。

(一) 改进的选项:违约责任的扩张抑或侵权责任的引入?

第一种主张是扩张传统的违约责任,即突破传统违约责任的“保险金+利息”的赔偿范围,扩充可预见规则的范围,将索赔人所遭受的保险金额之外的其他损失,都尽力纳入保险人在缔约时可以预见到的因自己违约而给索赔人造成的损失范围,进而要求保险人对此承担赔偿责任。⁵⁰ 例如,美国犹他州最高法院认为,保险购买的目的是获得内心安宁而非商业利益,索赔人由于保险人的恶意不当理赔所遭受的精神损害,就应当属于合同当事人在订立合同时所预见的范围,因而应当获得赔偿。⁵¹ 我国也有学者采取这一立场,其认为超出保险金额之外的财产损害、精神损害都符合《合同法》第113条第1款规定的可预见性规则,且该条第2款也为惩罚性赔偿提供了依据,因而应当将保险人恶意不当理赔的责任都纳入合同法的框架之下予以设计。⁵² 第二种主张是引入侵权责任,将保险人的恶意不当理赔视为是恶意侵权,保险人应对索赔人由此遭受的保险金额之外的其他损失承担侵权责任。⁵³ 我国也有研究认为,域外违约责任规制所遇到的格式合同当事人地位悬殊以及损害赔偿金额不足等问题,在我国当下也同样存在,因而有必要要求保险人对此承担恶意侵权责任。⁵⁴

笔者认为,保险人的恶意不当理赔责任并非单纯属于违约责任抑或侵权责任,而是已经跨入违约责任与侵权责任交叉的中间地带。

首先,从行为性质来看,“侵权行为可以产生于合同、构成合同的一部分或甚至与合同同时产生”。⁵⁵ 保险人的恶意不当理赔属于牺牲索赔人利益且没有产生社会收益的机会主义行为,加之保险公司在当今社会的准公共服务性、保险合同的关系型特质以及当事人之间交易地位的明显落差等因素,其已经产生了突破社会共同体底线规范的应予苛责性,不仅具有违约的外观,更是反映出以违

⁴⁸ 笔者进入到《中华人民共和国消费者权益保护法》第55条下的“案例与裁判文书”项,在“标题”中以“保险”为关键词进行搜索,共得到涉及《消保法》第55条的保险案例判决书73份,排除其中重复、错误案例(9例)和与研究目的无关的案例(56例),最终得到8个属于保险理赔纠纷的案例。

⁴⁹ 参见河南省信阳市浉河区人民法院(2017)豫1502民初2018号民事判决书;北京铁路运输法院(2017)京7101民初725号民事判决书。

⁵⁰ 参见注②, p. 737.

⁵¹ See Beck v. Farmers Ins. Exch., 701 P. 2d 795, 801-802 (Utah 1985).

⁵² 参见注⑤, 第123-125页。

⁵³ See Comunale v. Traders & General Insurance Co., 50 Cal. 2d 654, 658-661 (1958).

⁵⁴ 参见注⑥, 第42页。

⁵⁵ Gruenberg v. Aetna Ins. Co., 9 Cal. 3d 566, 578 (1973).

约行为之手段来实施侵权行为的实质。此类行为属于“侵权性违约”。^{⑤⑥}

其次，从违反的义务来源来看，基于保险合同的关系型特质，保险人如何理赔无法经由事先规划而成为明确的约定义务，因而在最初是以诚信且公平交易的默示义务存在。然而，由于默示义务的抽象性和权宜性等局限，加之由保险公司恶意不当理赔所引发的纷争持续涌入诉讼，将这一义务予以明确的法定化已为必然。美国加州最高法院认为，保险人的这一义务是来自于法律规定，从而直接将其认定为是一项法定义务。^{⑤⑦}这一演化趋势表明，保险人所违反的诚信理赔义务既来源于合同法的框架，又已经延伸到以法定义务为典型内容的侵权法，具有横跨两法中间领域的特性。

再次，从救济的利益来看，保险人的恶意不当理赔侵害的是索赔人的经济保障以及内心安宁之利益，这其中除了包含索赔人应获的实际赔付以及迟延利息等履行利益之外，还包括索赔人在遭遇恶意不当理赔之前即已存在的人身以及财产等固有利益。实际上，无论是通过扩张可预见性范围将固有利益纳入其内，还是通过引入侵权责任来加以支持，这两种尝试本质上就是违约责任与侵权责任双重扩张而导致两者边界重叠的结果。可见，要想对履行利益与固有利益予以周全救济，就应当将研究的目光转移到违约责任与侵权责任的中间地带，设置相应的赔偿责任。

（二）规则建议：以规制效果为核心的责任统合进路

责任中间地带所涉及的一个重要问题就是违约责任与侵权责任的竞合，即行为人的某个不法行为同时满足违约责任和侵权责任的规范要件，导致两种责任均告成立。^{⑤⑧}根据《合同法》第122条的规定，违约责任与侵权责任竞合将产生两个请求权。那么，如何协调两种请求权的责任规范就成为一个关键问题。由于保险人恶意不当理赔给索赔人造成的履行利益与固有利益并不重叠，如果仍然依循当下司法实践所采取的“一次竞合”模式，^{⑤⑨}则索赔人只能在违约和侵权中选择一个请求权，另一个请求权就此消灭，而无论索赔人是否已经获得充分的救济，其都不能行使另一个请求权。其结果是，索赔人由于两种责任规范的排他性适用而无法获得周全的救济：其要么选择侵权之诉而无法获得实际赔付的履行利益，要么选择违约之诉而无法获得固有利益的赔偿。

如果将责任竞合划分为构成论和效果论两个层面，则这一阶段的重点就应是责任承担的效果。^{⑥⑩}换言之，在确认竞合之后，相应的责任规范就不应机械地以责任基础来界定责任形式，以至于加剧违约责任与侵权责任的适用差异。相反，为避免出现“择一消灭”这一极不合理的异化后果，责任规范应当脱离由责任基础所造成的适用冲突，以规范效果作为其考量的重心。违约责任与侵权责任体系下的各种责任形式不应是水火不容的对峙关系，而是需要缓解由于两者边界交错所造成的冲突，并最终统合到责任规范的效果导向之下。

理论上，责任规范应着力解决权利保障和义务履行的潜在强制问题。^{⑥⑪}实际上，现有责任规范所存在的补偿不够和惩罚不足，反映的正是权利保障（救济）和义务强制两个方面的制度缺陷，而当下所提出的扩张违约责任和引入侵权责任等主张，也都是试图从这两个方面来加以应对。对保险人恶意不当理赔的责任规范而言，其所需要保障的是索赔人在理赔中的经济保障以及内心安宁之权

^{⑤⑥} Leslie E. John, "Formulating Standards for Awards of Punitive Damages in the Borderland of Contract and Tort", *California Law Review*, Vol. 74, No. 6 (1986), p. 2046.

^{⑤⑦} 参见注⑤，p. 574.

^{⑤⑧} 参见注⑥，第714页。

^{⑤⑨} “一次竞合”模式是指“对于同一法律事实，适用竞合只能是一次，不可能是多次的反复适用，也不允许当适用一种责任失败或不足后，又补充适用另外一种责任。”参见吴庆宝“论侵权责任与违约责任竞合的限制”，《法律适用》2002年第8期，第36页。

^{⑥⑩} 参见谢鸿飞“违约责任与侵权责任竞合理论的再构成”，《环球法律评论》2014年第6期，第7页。

^{⑥⑪} 参见薛军“论未来中国民法典债法编的结构设计”，《法商研究》2001年第2期，第54页。

益，也就是要求保险人对履行利益和固有利益承担全面赔偿的责任，以对索赔人实现充分的救济；其要实现的潜在强制则是通过惩罚性赔偿，来对保险人在理赔中的机会主义行为给予道德谴责和潜在威慑，以确保保险人履行诚信理赔义务，进而担当起为社会大众化解风险的公共服务职能。因此，相应的责任统合在效果导向上，就需要以充分补偿和足够惩罚作为其建构的两大主体内容。

1. 确保保险人对履行利益和固有利益进行充分赔偿

履行利益的损害乃合同一方当事人在另一方没有履约情形下所遭受的损害。^② 就保险合同而言，其主要包括索赔人由于保险人的恶意不当理赔而尚未获得赔付的保险金，以及因恶意不当理赔而产生的迟延利息。应当在立法上进一步明确保险人赔偿迟延利息的起算时间。为此，可以参照德国《保险合同法》第91条第一句的规定“自接到保险理赔通知的一个月后，保险人支付的赔偿金应包括4%的迟延利息，其他法律规定了更高利息的情况除外”，将“接到保险理赔通知后的一个月后的第一日”作为保险人承担迟延利息赔偿责任的统一起算点。另外，履行利益乃传统违约责任的赔偿范围，应当适用可预见性规则，以符合合同当事人只受到自己承诺之债务约束的原理。因此，保险金以及迟延利息的赔偿原则上应以保险合同所约定的保险金额为限。当然，这里还要考虑到保险合同的附和性等因素，保险合同关于履行利益的约定仍需受到有关规制格式条款等相关法律的限制。

固有利益乃当事人于损害发生之前的既有利益。^③ 其重视的是保险人恶意不当理赔行为的损害事实及其给索赔人造成的既有权益的侵害。此时就应跳出违约责任下可预见性规则的束缚，采取侵权责任的相当因果关系或近因理论来设置保险人的赔偿责任范围。以此来看，索赔人的固有利益损失应至少包含由保险人恶意不当理赔所造成的收入或营业损失、律师费等间接财产权益损失以及精神损害。其中，索赔人的收入或营业损失获赔的正当性应无可置疑，有疑义者主要集中于律师费和精神损害两项。于律师费方面，其在一般的侵权诉讼中应属于受害人维护私人权益的必要成本，而由受害人自己负担这一费用乃民事程序的普遍规则，但如果索赔人是由于保险人的不当理赔而被迫聘请律师来获取其本应获得的保险赔付，则该项费用就应当由保险人承担。^④ 可见，保险人所承担的律师费限于索赔人为获得正当保险赔付所支出的部分，除此之外，即使索赔人由此还遭受了诸如精神损害等其他损失，但维护此类权益而支出的律师费则需遵循一般的侵权诉讼规则，不应由保险人承担。在精神损害方面，确保保险消费者内心安宁之权益已经成为当下保险理赔的共识。保险人的恶意不当理赔，将极有可能使索赔人陷入直接面临第三人追索或者独自承担保险事故厄运的精神困扰。因此，依据有权利必有救济的原则，索赔人由此遭受的精神损害也应当被纳入保险人损害赔偿的责任范围。

2. 确立保险人的惩罚性赔偿责任

在主观方面，需要明确的是，对故意和重大过失两种情形，惩罚性赔偿责任是否都予以适用？对此，我国相关法律表述并不一致。《消保法》第55条第1款规定为“欺诈”，《消保法》第55条第2款、《侵权责任法》第47条、《民法典》第1207条和《食品安全法》第148条第2款规定为“明知”，《最高人民法院关于审理商品房买卖合同案件适用法律若干问题的解释》第9条则规定的是“故意”。其中，“欺诈”可以归于主观故意的范畴，而“明知”则似乎只是表明行为人对其行为不当性以及损害后果有所认识的状态，至于是否是属于故意中的确定性认识，还是重大过失

^② 参见注①，第621页。

^③ 参见叶名怡“再谈违约与侵权的区分与竞合”，《交大法学》2018年第1期，第15页。

^④ [美]约翰·F·道宾《美国保险法》（第四版），梁鹏译，法律出版社2008年版，第286-287页。

中的盖然性认识,则难谓清晰。通常情况下,惩罚性赔偿的归责性在于行为人的主观过错具有严重反社会的不当性,以至于超出了社会所能容忍的一般限度。^⑤以此观之,主观故意由于侵害他人权益的主观恶性足以显示行为人内心之邪恶,行为人应承担惩罚性赔偿的责任。这一点对保险人在不当理赔中的主观故意也同样适用。不过,需要注意的是,鉴于保险公司的机构形式,除了个别雇员的极端行为之外,其蓄意侵害某个索赔人利益的情况并不多见;相反,其主观故意更多的是表现为公司为追求利润而有意为之的“算计性”。^⑥这一点应当成为认定保险人主观故意的重要形态。至于重大过失,由于其漠视他人人身及财产权益的主观状态已经与故意的可谴责性十分相似,也属于恶意的一种形式,原则上也应有惩罚性赔偿的适用空间。^⑦但是,由于重大过失的主体所认识的只是损害后果的高度盖然性而并非是大体必然性,且对损害后果并没有抱着追求或放任的态度,^⑧其与故意在“知”和“欲”方面的区别导致两者的恶意程度仍然有所不同。但如果重大过失达到了对索赔人权益极度漠视的程度,则其就已经逼近故意的主观恶性,应当被施以惩罚性赔偿。为此,在保险人重大过失情形应以极度漠视作为进一步的附加条件,要求其达到“极为过分”(outrageous)和“异乎寻常”(egregious)的程度方能适用惩罚性赔偿。^⑨

在客观方面,惩罚性赔偿的适用应主要关注损害后果和系统性两个问题。

损害后果涉及的问题是,保险人的不当理赔给索赔人所造成的损失究竟应是惩罚性赔偿的适用前提还是参考变量?虽然我国《侵权责任法》第47条、《民法典》第1207条、《消保法》第55条第2款以及《食品安全法》第148条第2款有关惩罚性赔偿的内容都分别提到了“严重损害”和“损失”的词语,但这并不能被解读为是采取了前提论的立场。晚近以来,惩罚性赔偿已基本卸下其替代弥补精神损害等无法为法律所认可之损失的早期功能,转而肩负起惩罚与威慑这一明显区别于传统填补性民事责任的新型功能,^⑩并由此被称为是“无损害的损害赔偿”。^⑪这在索赔人的精神损害和律师费都已经由固有利益损失得以补偿的情形下更是如此。就此来看,上述法律规定不应被解读为将损失作为惩罚性赔偿的前提,而应被理解为,受害人所遭受的严重的人身损害会被作为课以更高惩罚性赔偿金额的影响因素。^⑫以此为依据,索赔人的损失也只能是对保险人恶意不当理赔施以惩罚性赔偿的参考变量而非必要前提。

系统性恶意是指保险公司在理赔评估的处置、协议草案的调整和软件设计,以及针对理赔人员的业绩评估和赔偿标准指引等理赔政策方面,所进行的旨在不当减少索赔人的赔付金或剥夺其保单权益的行为。^⑬由此产生的问题是,索赔人的诉求指向能否从具体的理赔行为转向更为抽象的理赔政策?诚然,保险公司的理赔政策由于处于宏观层面,表面上看并非是针对某个索赔人,但此类政策恰恰是利用其在实施上的普遍影响力来针对整个保险消费者群体。其背后的策略性在于,某个理赔政策的执行虽然损害到了大量的索赔人,但由于损害数额较为微小,仅有个别索赔人会实际

^⑤ See *TVT Records v. Island Def Jam Music Group*, 279 F. Supp. 2d 413, 423 (2003).

^⑥ 参见注⑤, p. 2058.

^⑦ 参见张新宝、李倩“惩罚性赔偿的立法选择”,《清华法学》2009年第4期,第19页。

^⑧ 参见注⑤,第82、84页。

^⑨ See *State Farm Fire And Cas. Co. v. Nicholson*, 777 P. 2d 1152, 1158 (1989); *Rocanova v. Equitable Life Assur. Socy. of U. S.*, 83 N. Y. 2d 603, 613 (1994).

^⑩ 参见注⑤, p. 2051.

^⑪ 参见[日]田中英夫、竹内昭夫《私人在法实现中的作用》,李薇译,法律出版社2006年版,第150-151页。

^⑫ 参见陈承堂“论‘损失’在惩罚性赔偿责任构成中的地位”,《法学》2014年第9期,第153页。

^⑬ See Douglas R. Richmond, “Defining and Confining Institutional Bad Faith in Insurance”, *Tort Trial & Insurance Practice Law Journal*, Vol. 46, No. 1 (2010), p. 2.

经由诉讼来主张损害赔偿，保险公司因而无须对其所有的执行行为承担责任。结果是，保险公司所承担的赔偿责任会低于其给社会所造成的实际损害。^⑭可见，即使是保险公司宏观层面的理赔政策也应当有施以惩罚性赔偿的可能，因而应当允许索赔人就此提起相应的诉求。不过，为了防止索赔人动辄对自己权益无关的理赔政策提出诉讼，以至于不当干预保险公司的内部治理，应当考虑对此类主张予以适度限制。为此，索赔人所主张的系统性恶意不能单纯指向保险公司的某项理赔政策，而应当与保险公司针对自己所作出的某个具体的理赔行为存在因果关系。^⑮

结 语

保险人恶意不当理赔的责任建构是应对理赔难这一行业顽疾的一个有效选项。目前对于这一制度的借鉴研究日渐增多，但也开始面临是否有必要引入该制度，以及如何将其嵌入到我国法律体系等一系列质疑。这意味着，当下的研究有必要转为以本国问题为导向，将研究的对象集中于我国的案例，以探寻界定保险人恶意不当理赔的切实标准；将研究的目光投射到我国现行的法律制度，以进行符合我国国情的制度改进。限于篇幅，笔者仅是从责任建构的角度来探讨保险人恶意不当理赔的规制，要想进一步提升规范效果，还需要在理赔当事人的利益冲突、关系构造以及保险人诚信理赔义务等前期制度方面展开契合我国实际的研究，以持续推进这一制度的本土化进程。

【主要参考文献】

1. 江朝国 《保险法基础理论》，中国政法大学出版社 2002 年版。
2. [日] 田中英夫、竹内昭夫 《私人在法实现中的作用》，李薇译，法律出版社 2006 年版。
3. 张新宝、李倩 “惩罚性赔偿的立法选择”，《清华法学》2009 年第 4 期。
4. 韩世远 《合同法总论》（第三版），法律出版社 2011 年版。
5. 叶名怡 “违约与侵权竞合实益之反思”，《法学家》2015 年第 3 期。
6. Leslie E. John, “Formulating Standards for Awards of Punitive Damages in the Borderland of Contract and Tort”, *California Law Review*, Vol. 74, No. 6 (1986).

(责任编辑: 高圣平)

^⑭ 参见注⑥，p. 2054.

^⑮ 参见注③，p. 11.

mentation of the principle also faces some potential risks such as improper persuasion , position alienation of defense counsel , deterioration of defense effect and so on. So it is urgent to perfect the related basic rules and construct the prevention and control mechanism.

Key Words Disagreements between Counsel and the Defendant over the Defense; the Principle of Defense Counsel's Independent Opinion; Pleading Guilty and Accepting Penalty; Independent defense; Effective Defense

Yan Zhaohua , Ph. D. in Law , Associate Professor of Southwest University of Political Science and Law , Institute for Criminal Prosecution Studies.

Prosecutorial Lead or Trial Center: the Power Conflict and Blending in the System of

Leniency on Admission of Guilty and Acceptance of Punishment

MIN Fengjin • 148 •

During the operation of the system of leniency on admission of guilty and acceptance of punishment , the prosecutorial lead conflicts with trial center , especially when the sentencing proposal must be accepted generally according to the criminal procedure law. Based on the data of the prosecutorial plea of the cases that the sentencing proposals are denied by the court in the system of leniency on admission of guilty and acceptance of punishment , there exist the conflicts between the content and procedure of sentencing proposal power and sentencing power. Seemingly , the conflicts result in the expansion of prosecutorial sentencing proposal power and reduction of judicial sentencing power , but practically , the inner cause is the impact of prosecutorial lead to trial center. In order to resolve the conflict , the prosecutorial organ and judicial organ must start with mutual respect and enhance the mutual communication of conviction and sentencing in the system of leniency on admission of guilty and acceptance of punishment , so that the prosecutorial lead and trial center can be effectively blended.

Key Words Prosecutorial Lead; Trial Center; Power Conflict; Sentencing Proposal; Leniency on Admission of Guilty and Acceptance of Punishment

Min Fengjin , Ph. D. Candidate of the Law School of Southwest University of Political Science and Law , Prosecutor Assistant of No. 2 Procuratorial Department of the People's Procuratorate of Nan'an District of Chongqing.

The Construction of Insurer's Liability for Bad - faith and

Unfair Claim Settlement

HUANG Lijuan • 163 •

Due to the increasingly prominent difficulty in insurance claims settlement , setting up the liability regulation for bad faith breach of contract by insurers should be an important option to deal with this problem. The purpose of most insurance consumers to buy insurance is to obtain economic security and peace of mind

through insurance payment after an insurance accident occurs. What the insurer undertakes is not just a consequential obligation of simple payment, but a procedural obligation that has both the characteristics of subjective and objective good faith. Therefore, the core of insurer's liability for bad-faith and unfair claim settlement should be defined from both subjective and objective aspects. In the subjective aspect, we should match the opportunistic tendency and subjective imputation of the insurer with the current subjective fault pattern in our country so as to clarify the basic scope of insurer's subjective bad faith; in the objective aspect, we need to define the unreasonableness according to the actual types of the insurer's unjust claims settlement. The present liability for breach of contract is difficult to achieve the two goals of liability regulation: full compensation and effective punishment. It is necessary to place insurer's liability for bad-faith and unfair claim settlement in the overlapping area between liability for breach of contract and liability for tort, and adopt the approach of integration of liabilities centered on the regulation effect. Under this path, the claimant will be able to obtain full compensation for its performance and inherent benefits, and punitive damages can also serve as a punishment and deterrence.

Key Words Difficulty in Insurance Claims Settlement; the Duty to Settle Claims in Good Faith; Bad-faith and Unfair Claims Settlement; Concurrence of Liabilities; Integration of Liabilities

Huang Lijuan, Ph. D. in Law, Associate Professor of School of Law of Southwestern University of Finance and Economics.

Commentary to Article 160 of the Civil Code (Juristic act Subject to Terms) ZHAI Yuanjian • 176 •

Article 160 of the Civil Code provides that parties have the freedom to add a term as to the effectiveness of the juristic act. The term has two features: it has to be in the future, and it should be certain to happen. The positive law of our country regulates two kinds of terms: initial term and final term. Based on whether the time on which the fact the term refers to is certain or not, the term itself can be classified as a certain term or an uncertain term. Terms cannot be added to some kind of juristic acts because of their peculiar nature, such as to the exercise of the right to offset, the right to revoke, the right of cancellation and so on, as well as to juristic acts such as the will to designate a heir, and juristic acts related the personal rights in the area of family law, etc. Parties have the right of legitimate expectation until when the term expires. A juristic act subject to an initial term is producing its effect since when the term expires. A juristic act bearing a final term will be effective until when the term expires. The will of the parties cannot provide the expiration of the term with retrospective effect.

Key Words Term; Juristic Act; Expectation

Zhai Yuanjian, Ph. D. in Law, Associate Professor of China University of Political Science and Law College of Comparative Law.