

# 保险合同免责条款的司法认定研究

## Study on the Judicial Cognizance of the Exemption Clause of Insurance Contract

马 涛

MA Tao

**【摘要】** 我国保险法及其司法解释对免责条款的认定作出了规定，但现行法对于免责条款采用的列举加法律效果的认定方式可能不当扩充免责条款的范围，亦不利于区分免责条款与无效条款，客观上助长了保险人的逆向选择行为。相对应的是，在免责条款法律后果认定上也存在着诸多疑问。免责条款的认定，应当根据其约定方式、约定内容、免责条款与无效条款之间的关系、解除合同条款和免责条款之间的关系进行区分；保险人未履行法定义务时免责条款之法律后果，应结合免责条款的约定方式和保险人履行义务情形区分确定。

**【关键词】** 保险合同；免责条款；认定标准

**【中图分类号】** D923.995 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206(2015)03-0093-11

**Abstract:** Determination of exemption clause stipulates the insurance law and the judicial interpretation of our country, but the current method for exemption clause the way enumerated and the legal effect that may be improperly expanded scope of exemption clause, is not conducive to distinguish the exemption clause and the invalid provision, objectively contributed to the adverse selection behavior of the insurer. Correspondingly, the exemption clause in the legal consequences identified also exist many questions. Determination of the exemption clause, should according to the agreed way, agreement content, exemption clause and invalid clause relation, distinguish the terms of the contract and the relationship between the termination of the exemption clause; legal consequences of the insurer fails to perform the obligations of the exemption clause, and the insurer shall stipulate the mode of combination of the exemption clause obligations case distinction determine.

**Keywords:** insurance contract; exemption clause; identification standards

**【收稿日期】** 2015-02-10

**【作者简介】** 马涛，男，1975年7月生，江苏常熟人，江苏理工学院讲师，主要研究方向为民法商法学。

**【基金项目】** 常州市社科联第七届社科研究资助立项课题——项目编号：CZSKL-2011C014“诚实信用原则下保险合同主体的法定义务研究”。

保险合同难以由双方协议约定全部条款,盖因保险承保险种的复杂性和多样化致使双方协商谈判交易成本过高,交易效率大大降低。由于保险承保险种的复杂性和多样化,即使采用协商订立合同方式,双方也无法约定险种的具体条款,因此保险合同多采用格式条款为合同的主要条款。然而每份保险合同的投保人、被保险人不同,保险标的物不同,保险期间不同,保险条件不同,格式条款无法涵盖上述保险合同当事人、保险标的物及保险期间内容,故此类条款必须由保险合同当事人协商约定,而针对特定保险,也常常有特别约定之需要。基于契约自由原则,在不违背法律强制性规定或禁止规定之前提下,应允许当事人以个别商议方式,另行约定保险合同条款,此谓个别商议条款。<sup>①</sup>

格式条款固然具有简化交易程序,降低交易成本之优势,然而格式条款的提供方,往往出于自身利益对合同相对人的权利进行限制,或是减轻自身义务,故对于格式条款的规制成为国内外立法重点关注的内容。《保险法》第17条规定了保险人对免责条款必须履行提示和明确说明义务,<sup>②</sup>而免责条款如何认定一直以来成为困扰司法实践的一大难题,2013年起实施的《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)》(以下简称《保险法解释(二)》)<sup>③</sup>第9条第1款对于免责条款的界定作出了补充规定,弥补了保险法的不足。

然而笔者认为,《保险法解释(二)》采用列举式加法律效果的认定方式,虽然简化了免责条款的认定标准,但未充分说明采用该认定方式的理由,此外司法解释对于免责条款与无效条款之间的区分,保险人对于格式化非免责条款未履行

说明义务的法律后果等问题没有做出明确规定。当前司法实践中有关免责条款的认定及法律适用问题仍然存在较大争议,而各地法院在裁判过程中对免责条款的认定并不一致,客观上造成了裁判尺度不统一,影响了司法的公正性和权威性。

所以,本文试从合理界定保险合同免责条款的法律性质和分类入手,分析现行法律规定中存在的问题,并对免责条款的相关学说进行评析,进而区分了保险人未履行法定义务时,免责条款的法律后果应如何认定的各种情形。

## 一、保险合同免责条款的法律性质及分类

### (一) 保险合同免责条款的法律性质

《保险法》第17条第2款规定了对保险合同中免除保险人责任的条款,保险人应当做出提示和明确说明,<sup>④</sup>并未将免责条款区分为格式条款和非格式条款,该条的规定是否意味着无论格式条款还是非格式条款,保险人都应当承担提示说明的法定义务?从该条第1款与第2款上下文来看,保险人仅对格式条款内容负有说明义务。而《保险法解释(二)》第9条对免责条款所涉合同形式进行了限定,将其限定于保险人提供的格式合同文本之中。显然,《保险法解释(二)》对于免责条款的界定更为具体,避免了司法实践中免责条款存在于何种合同形式中的争议。

对于免责条款的规制不仅体现在保险法中,还涉及其他部门法,如合同法、消费者权益保护法等。考察西方各国的民商事立法中关于格式条款的内容,亦可看出各国对格式化免责条款都予

① 参见刘宗荣:《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43-44页。

② 根据《保险法》第16条和17条规定,订立保险合同时,投保人对保险人的主动询问有如实告知义务,而保险人需要就格式免责条款作出提示和明确说明义务。

③ 《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9条第1款规定,“保险人提供的格式合同文本中的责任免除条款、免赔额、免赔率、比例赔付或者给付等免除或者减轻保险人责任的条款,可以认定为保险法第17条第2款规定的‘免除保险人责任的条款’”。

④ 《保险法》第17条第1款规定,“订立保险合同,采用保险人提供的格式条款的,保险人向投保人提供的投保单应当附格式条款,保险人应当向投保人说明合同的内容。”该条第2款规定,“对保险合同中免除保险人责任的条款,保险人在订立合同时应当在投保单、保险单或者其他保险凭证上作出足以引起投保人注意的提示,并对该条款的内容以书面或者口头形式向投保人作出明确说明;未作提示或者明确说明的,该条款不产生效力。”

以重点规制,<sup>①</sup>但保险合同格式化免责条款与其他合同相比具有特殊性,体现在:

首先,从免责条款的属性看,保险人制订免责条款的本质是约定风险排除事项,因保险人不可能对所有风险事项给予保障。而其他条款中因保险合同相对人违反法定或约定义务,保险人不承担赔偿责任的约定,是保险人不予支付保险金或解除合同的条件,而且该约定不得违反保险法强制性规定,这类条款并不具有风险排除功能。<sup>②</sup>所以《保险法解释(二)》中以法律效果作为认定免责条款的唯一标准,该标准是否符合免责条款本身属性是存有疑问的。一直以来,对于保险合同免责条款的属性方面鲜有著述论及,在对普通财产性合同免责条款定性的分析中,有学者认为可以将免责条款区分为免除人身伤害责任的条款,免除债务人故意或重大过失不履行债务所应承担责任的条款;以及免除债务人一般过失造成的有关财产损失责任的条款两大类。前者以社会公共利益为确定其效力的基础,后者以公平原则为确定其效力的基础。上述学说主要是基于过错程度对免责条款做出划分。<sup>③</sup>

笔者认为,对保险合同免责条款的定性不能简单归入上述类别,因为保险合同是一种商事合同,而保险人从事的是以风险保障为目的的经营活动,保险人所主张的免责通常与其自身过错无关,而与保险人控制风险有关,简言之,保险合同的免责条款是一种风险控制事项,当然,免责条款中的风险控制是否合理,有无排斥合同相对人的权利,则另当别论。

其次是从免责条款与保险责任条款之间的关系看。保险责任条款本质上是一种风险保障条款;而免责条款则主要针对风险排除事项。由于保险业经营的险种所针对的各种风险类型纷繁复杂,所以任何保险人都不可能对被保险人遭受的全部风险造成的损失提供保障。保险人出于对风

险的控制和分配,必然要求对其承担的风险范围做出限定,这是保险合同免责条款存在的合理性基础。

所以,狭义上保险人免责条款应当是与保险人承担的风险保障责任相对应的条款,如果责任的发生与保险人承担的风险保障责任无关,当不属于免责条款范畴。例如在保险合同中,被保险人、投保人、受益人发生的道德风险,依法应当由其自身承担责任,与保险人责任所定义的意外风险无关,不应属于免责条款,而应属于法定免责事项。再如保险人于保险合同格式条款中约定,投保人或被保险人不履行某项义务,将不予支付保险金,该条件与保险人确定自身风险保险责任范围无关,亦非法律规定,属于保险人自行约定的免责条件。

鉴于以上原因,笔者认为,根据免责条款的约定方式,可将保险合同的免责条款区分为双方协商约定的免责条款和格式化免责条款;而按照免责条款的本身含义可以区分为广义的免责条款和狭义的免责条款。前者包括了所有免除保险人赔付保险金责任的条款,范围与《保险法解释(二)》第9条之规定相同;后者是指直接与保险人风险保障范围界定相关的条款。

## (二) 保险合同中免责条款的分类

保险人制定的免责条款往往不局限于“除外责任”、“责任免除”等合同章节,按照《保险法解释(二)》第9条第1款的规定,只要其实质上达到了全部或部分免除保险人赔付保险金责任的效果,就可以认定为免责条款,故笔者此处所作分类,是根据实定法从广义上对免责条款进行划分。

笔者收集了各家保险公司目前广泛适用的保险合同条款,并且尝试结合保险法及其司法解释对其进行梳理,将目前各大保险公司制定的保险合同中的免责条款划分为以下情形:(1)对特殊风险的排除,例如对战争、暴动、核辐射、环境

① 参见王全弟、陈倩:《德国法上对格式条款的规制——〈一般交易条件法〉及其变迁》,载《比较法研究》2004年第1期,第62-71页;于海纯:《保险人缔约信息义务的边界——以重要性标准之建立为中心》,载《比较法研究》2011年第2期,第39页;《意大利民法典》第1341条第2款,费安玲、丁玫译,中国政法大学出版社1997年6月版,第361页;于海纯、吴民许:《日本法上保险人说明义务制度及其启示》,载《保险研究》2009年第8期,第20-25页。

② 参见崔建远:《免责条款论》,载《中国法学》1991年第6期,第77-84页。

③ 参见钟国才、谢菲:《论免责条款的效力》,载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2010年第6期,第898-903页。

污染等风险造成的损失免责, 常见于财产保险; 被保险人从事高风险活动或特定原因, 如跳水、跳伞、食物中毒、医疗事故等造成的伤亡免责, 常见于人身保险。(2) 法律规定的免责情形, 例如投保人、被保险人故意制造保险事故, 投保人、受益人故意杀害被保险人, 被保险人故意犯罪等行为造成的损失, 理论上一般将其称为道德风险。(3) 被保险人违反法律强制性规定之行为导致的损失, 如被保险人吸毒, 无有效驾驶资格或醉酒后驾驶机动车等。(4) 保险标的存在的内在缺陷、自然损耗等, 多见于财产保险合同; 或被保险人患有特殊疾病, 如发生先天性疾病, 感染艾滋病毒等, 或是在保险合同生效起一定期限患有重大疾病, 多见于人寿保险合同条款。(5) 属于保险责任范围内, 而保险人对轻微损失加以排除, 例如免赔额、免赔率等。(6) 按照责任人对保险事故承担责任的比​​例确定保险人赔付比例, 即比例赔付条款, 多见于财产保险或责任保险中。(7) 在财产保险或责任保险中, 保险人通常还会制定损失和费用的免责条款, 如对保险标的遭受保险事故引起的间接损失免责, 这类条款与前述免责条款区别表现为, 前述免责条款具体描述为: “以下原因造成的损失、费用, 保险人不负责赔偿”, 而后者则具体描述为: “以下损失、费用, 保险人不负责赔偿”。二者对比, 可以看出前者是对特殊风险造成的损失免责, 而后者是直接对损失免责, 不区分各类风险, 即使损失由保险责任范围内风险造成, 保险人也能免责。

## 二、保险合同免责条款司法认定的主要问题

### (一) 免责条款的认定标准难以确定

从上述分类可以看出, 目前保险合同中的格式免责条款并非完全都是由保险人拟定的风险排除事项。有的条款是对法定免责事项的重复, 如上述第2种条款; 有的条款则是对投保人严重违法事项的排除, 如上述第3种条款; 有的条款则是在保险责任范围内进一步限缩保险人的责任, 如上述第5种条款; 有的条款则可能在法理上违反公平原则, 如上述第6种条款; 有的条款则不区分任何风险, 一律规定保险人免责, 如上述第7种条款。<sup>①</sup> 以上条款中, 与排除保险责任直接相关的条款主要为第1种和第4种条款, 而其他条款并未直接对应保险责任的范围, 也就是说, 并非为限制保险人风险责任范围而存在的条款, 因此与其说它们是“免责”条款, 不如说是保险人不予支付保险金的条件。

另外, 在格式保险合同条款中, 一般在“除外责任”事项中列举上述免责事项, 而有时保险人为了减轻自己的赔付保险金义务, 也会在除外责任事项外, 如被保险人义务事项内设置一些保险人免除或减轻保险金赔付责任的条件。<sup>②</sup> 故《保险法解释(二)》第9条第1款规定除责任免除条款外, 其他如免赔率、比例赔付等免除或减轻保险人责任的条款亦可被认定为“免除保险人责任的条款”。问题在于, 将法定免责事项、保

<sup>①</sup> 笔者认为, 分类中的第7种条款约定方式具有特殊性, 严格来说该类条款不属于界定保险风险保障范围的条款, 因为该条款扩大了“免责”的范围, 即使损失原因是由保险责任范围内的风险引起, 保险人亦可免除赔偿义务。

<sup>②</sup> 如某保险人在其企业财产综合险条款中约定, “(一) 保险单正本、索赔申请、财产损失清单、技术鉴定证明、事故报告书、救护费用发票、必要的账簿、单据和有关部门的证明; (二) 投保人、被保险人所能提供的与确认保险事故的性质、原因、损失程度等有关的其他证明和资料。投保人、被保险人未履行前款约定的单证提供义务, 导致保险人无法核实损失情况的, 保险人对无法核实的部分不承担赔偿责任。”而《保险法》第21条规定了保险合同相对人对于保险事故发生的及时通知义务, 并规定因故意、重大过失未及时通知致使保险事故的性质、原因、损失程度等难以确定的, 保险人对无法确定的损失免除赔付保险金的责任。《保险法》第22条则规定了保险合同相对人在保险事故发生后, 应承担提供证明和资料的义务, 但并未规定保险合同相对人未履行该义务的法律后果, 因此, 笔者所引用的保险合同条款为保险人自行设定的格式化条款, 如保险合同相对人未履行该义务, 其法律后果是保险人全部或部分免除赔偿责任。但对于该条款究竟属于免责条款还是无效条款, 各地司法机关却认定不一。而从程序法角度来说, 该条款实质为保险合同相对人所应承担的举证义务, 那么保险人根本不必要在此作出规定, 如果保险合同相对人不能提供相应证据, 其当然应承担举证不能的后果。

险合同中约定的免责条件、合理界定保险风险保障范围的免责条款都作为法律规制的对象是否合适?笔者将在下文中对此问题展开进一步讨论。

## (二) 保险人未履行法定义务时免责条款的法律后果不明确

《保险法》第17条、第19条都涉及免责条款的效力问题,而《合同法》第39条、第40条,以及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》(以下简称《合同法解释(二)》)第6条、第9条、第10条则规定了普通民事合同中免责条款的效力。在保险合同领域,保险法与合同法规定是一般法与特别法关系,合同法及其司法解释主要针对格式免责条款的提供方应承担法定义务和法律效力作出了规定,有学者认为合同法及司法解释对于免责条款和无效条款之间的界定并不明确。<sup>①</sup>

相比合同法而言,保险法的规定更为具体,按照《合同法》第39条规定,格式化免责条款提供方要履行提示和说明义务,而在保险法中则要求保险人作出提示和明确说明,在说明义务履行要求上显然高于合同法。《保险法解释(二)》第11、12、13条对于保险人履行提示和明确说明义务的形式、内容和举证责任等都作出了详细的规定。与法定义务相对应,现行立法规定,保险人未就免责条款作出提示或明确说明的,免责条款不产生法律效力。然而,对《保险法》第17条规定的保险人未尽明确说明义务的法律后果如何界定,是属于无效条款,还是属于未订入保险合同,抑或被认定为其他效力有瑕疵的条款,目前还有很多争议。对于保险合同双方约定形成的免责条款,其法律效力如何认定,在现行立法和司法解释中也不能找到答案。

《保险法解释(二)》的出台有助于厘清免责条款的一些问题,但关于免责条款认定上还有许多问题待解决,体现在:一是格式条款的认定标准有待商榷;二是非格式免责条款的效力认定问题;三是针对格式免责条款,若保险人未尽提示或说明义务,其法律后果认定方面尚有争议。此外,如果保险人没有对免责条款之外的格式条款

履行说明义务,该格式条款的法律后果如何认定,现行立法未作任何规定,这显然不利于保险合同的履行。

## 三、关于保险合同免责条款司法认定的学说及其评析

### (一) 条款说及其评析

该学说又称为狭义说,认为免责条款仅指保险合同中明确约定免除保险人责任的条款,一般规定在“除外责任”中,只要保险人对除外责任履行提示和明确说明义务,则该条款发生法律效力;反之,该条款无效。持该观点的主要为保险从业人员,但随着新保险法颁布和实施,持该观点者为少数。

条款说的缺陷非常明显,免除保险人责任的条款与保险合同中的“除外责任”条款之间不存在逻辑上的属种关系,保险合同中的除外责任所对应的是保险人的保险责任范围,其制定的目的是告诉投保人、被保险人,保险人所保障的风险存在范围上的限制,所以保险合同中的“保险责任”与“除外责任”条款通常为相邻条款。

然而,从前文的分析中可知,目前保险公司制定的除外责任中,不仅包括了狭义上的免责条款,还包括了法定免责事项,被保险人违反法律法规禁止性规定的排除责任等事项。这些事项与保险风险保障范围无直接关系,有的是免责条件而非免责条款,而一些免责事项又被列入其他条款之中,如格式化免赔率条款。所以在“除外责任”条款外,是否还有其他免责条款存在,要视该条款具体内容来进行判断。认为“免责条款”与“除外责任”条款含义等同的说法在逻辑上难以自圆其说。

### (二) 结果说及其评析

该学说认为凡是在格式条款中免除保险人责任,无论是全部免除还是部分免除保险人责任,只要在实质上限缩保险人责任的条款都属于免责条款,保险人未按照《保险法》第17条第2款

<sup>①</sup> 参见周清林:《论格式免责条款的效力层次——兼谈〈合同法〉及其司法解释之间的矛盾及其协调》,载《现代法学》2011年第4期,第185-193页。

规定履行提示和明确说明义务的,该条款不产生法律效力。此说为许多官方文件所采纳,如最高院《保险法解释(二)》,江苏省高院、山东省高院出台的有关文件中都采纳了该学说,而一些地方法院却对此有不同规定。<sup>①</sup>笔者认为,现行保险立法对于免责条款的界定方式,与其列举式规定之间本身存在矛盾,而逻辑上的缺陷也导致保险人义务承担方式无法统一,司法机关只能在严格执法与放宽执法标准之间摇摆,其造成的危害性可见一斑,具体理由如下:

#### 1. 采用结果说可能不当扩充免责条款的范围

“免责”对应的是保险人应承担的“责任”,而保险合同中保险人的责任具有特定含义,如果离开对“责任”的解释,会不当扩充免责本身含义。保险责任条款与免责条款之间有紧密相关性,二者都是关于保险人承担责任范围的界定,前者一般为正向列举保险人在何种风险情形下造成损失属于保险人责任;后者则反向列举在哪些特殊情形下引发风险造成损失的,保险人得以免除赔付保险金的责任。例如在一般的火灾保险中,火灾为保险人承保的风险情形,而战争、核事故等原因引发的火灾造成损失,属于保险人免责事项,也就是说,除免责事项之外的承保风险造成的损失,理论上都属于保险人的责任范围。然而,保险人最终是否需要承担保险责任,还要结合双方权利义务履行情况来判断。

因此,现行《保险法》和《保险法解释(二)》对于免责条款的认定方式值得商榷,并未将免责条款与保险责任条款相联系,而是直接以保险人是否承担责任的法律后果来进行认定,在逻辑推断上存在缺陷,严密性不足。例如《保险法解释(二)》中将保险人“比例赔付”条款列入免责条款,令人不解。比例赔付通常发生在责

任保险和财产保险场合,该条款确定保险人赔付保险金的方法为“按责赔偿,无责不赔”,即按照被保险人对保险事故承担责任的比列赔付保险金。有人认为,该条款可能使保险合同相对人产生错误认识,如果要获得全额保险赔偿,必须对事故承担全部责任,从而诱发道德风险。但是,《保险法解释(二)》将其列入免责条款,意味着如果保险人做出明确说明,该条款即具有法律效力,这样又与《保险法》第19条规定之间产生了矛盾。

#### 2. 采用结果说,不利于区分免责条款与无效条款

由于保险合同具有附和性特征,保险人可能利用拟定保险条款之便利条件,设置对保险合同相对人不利的规定,因此《保险法》第19条列举了保险合同中格式条款无效的情形。<sup>②</sup>可见我国《保险法》第17条和第19条,分别通过设定保险人法定义务和确认无效制度,形成了对保险合同相对人的保护。可是,免责条款与无效条款二者的界限又如何划分?

按照保险法的规定,可将无效条款区分为以下几种情形:(1)保险人排除自身法定义务,如排除保险人明确说明义务的履行,或规定保险人行使解除权不受法定期限限制等;(2)加重相对人的责任,例如要求相对人主动履行告知义务等;(3)排除相对人法定权利,例如要求相对人放弃对第三人的赔偿请求权,或是要求相对人放弃未到期收取的保险费或保单现金价值等。笔者认为“比例赔付”条款属于以上第三种情形,限制了投保人依法要求保险人承担赔付保险金的权利,将其本应可主张保险人优先赔付的权利限定为按责赔付,应当认定为无效条款。这三种情形下,无论保险人是否履行明确说明义务,相关条款都可直接被认定无效。

① 《江苏省高级人民法院关于审理保险合同纠纷案件若干问题的讨论纪要》(苏高法审委[2011]1号)第1条和《山东省高级人民法院关于审理保险合同纠纷案件若干问题的意见(试行)》(2011年3月17日)第9条均采用了与《保险法解释(二)》相近的观点。但按照《广东省高级人民法院关于审理保险纠纷案件若干问题的指导意见》(粤高法发[2008]10号)第8条的规定,认定“保险合同约定的免赔率、免赔额、等待期、保证条款以及约定当投保人或被保险人不履行义务时,保险人全部或部分免除赔付责任的条款”不属于《保险法》第18条规定的“保险人责任免除条款”。(广东省高院规定早于现行保险法,该条中保险法第18条系指2002年保险法关于免责条款之规定,笔者注。)

② 《保险法》第19条规定,“采用保险人提供的格式条款订立的保险合同中的下列条款无效:(一)免除保险人依法应承担的义务或者加重投保人、被保险人责任的;(二)排除投保人、被保险人或者受益人依法享有的权利的。”

对比《保险法》第17条和19条规定,这两个条文的关系应当是排他的,也就是说,一旦落入19条范围内,无论保险人是否履行明确说明义务,其结果都是无效;而落入17条范围内,保险人只有对免责条款作出提示和明确说明之后,该免责条款才具有法律效力。由是可见,保险法所指的免责条款应当界定为:保险人在保险合同中以格式化方式约定免除保险人赔付保险金责任的条款,且该条款并不属于第19条列举情形之一。

### 3. 采用结果说不利于区分格式免责条款与非格式免责条款

《保险法解释(二)》中第9条第1款列举的免责条款种类与格式合同之间并非直接对应关系。换言之,一些免责条款可能存在于格式条款中,也可能存在于非格式条款之中。例如保险合同中的免赔率条款,在某些财产保险合同中,免赔率条款往往记载在投保单和保险单上,并不记入格式条款之中。那么,此类免赔率条款是否应当一律认定为格式免责条款?笔者认为司法解释中的界定方法不够准确,例如在一起保险合同纠纷中,投保人在投保单中书面记载特别约定免赔率,保险人签发保单予以确认,并按照较低保险费率收取了保费,则保险人是否还需要履行提示和明确说明义务?从而还可以进一步追问,现行立法以免责结果作为界定免责条款的唯一标准是否准确?这一标准与保险法的立法精神,以及合同法与保险法的理论之间是否存在冲突?

2009年修订的保险法中重申诚实信用原则,无论新旧保险法重在规制信息不对称现象造成投保人、被保险人和受益人利益受损,正是出于这个原因保险法修订时对于保险人的明确说明义务进一步做了细化规定。<sup>①</sup>但是如果双方在订立保险合同时,保险人对于相应条款已进行充分披露,且与保险费率挂钩,投保人不可能不知情,则立法再要求保险人履行明确说明义务已无必要。如果只是因为保险人无法举证履行说明义务,确定该条款不产生法律效力,对于保险人来说显然有失公正。

所以,《保险法解释(二)》中将免赔率条款

认定为免责条款,与该条所申明的格式免责条款的规制对象存在冲突。笔者认为,如双方协商一致订立免赔率条款,应当适用合同法中约定优先原则,在保险实务中,免赔率条款与投保人缴纳的保费具有密切关联,投保人如选择相应免赔率条款,可以获得较为优惠的保险费率。选择不选择免赔率实质上是投保人和保险人订立保险合同的自由意志体现,而且选择权在于投保人一方,实践中也确实存在大量投保人出于节约投保成本等原因,在保险合同中选择免赔率条款。此外,一些保险合同中免赔率条款与保险合同中其他免责条款记载方式有所不同,在形式上这种免赔率条款通常在投保单上记载,而且记载于投保单正面显著位置,保险人在签发保险单时再次确认;而其他免责条款则通过保险合同格式条款加以明确,往往以印刷形式体现于保险单背面或附在投保单和保单之后。从约定方式上看,有些保险合同免赔率条款记载于投保单和保险单上特别约定内容之中,而其他免责条款并非双方特别约定产生。笔者认为,如果保险合同中以特别约定方式约定免赔率条款,则不宜机械地将其认定为免责条款,要求保险人对其承担明确说明义务。认定时应当结合证据,看该特别约定是否为双方当事人真实意思体现,如果特别约定不是保险人单方规定,而投保人具有选择自由,并按照优惠费率缴纳了保险费,应当认定为是投保人真实意思体现,保险人无须履行明确说明义务。

### 4. 采用结果说还可能助长保险人的逆向选择行为

对《保险法》第17条与第19条的法律后果进行比较,不难发现,如果采用结果说,“比例赔付”等条款有可能既被认定为免责条款,同时也被认定为无效条款,则保险人面临以下两难选择:一是如果保险人未履行明确说明义务,免责条款不产生法律效力;二是保险合同的免责条款若落入保险法第19条规定情形,无论保险人是否履行明确说明义务,该条款自始无效。考虑到保险人履行提示明确说明义务需投入更多人力和物力,并且可能影响其业务拓展,保险人必然选择违反第17条规定,因为从结果来看,违反第

<sup>①</sup> 参见胡晓珂:《保险法二次修订之理念与路径选择》,载《法商研究》2009年第6期,第20页。

17条与第19条的后果之间的区别对于保险人来说几乎没有任何差别,而要履行第17条规定的义务,保险人却要付出高昂的成本。这样,《保险法》第17条的规定在实践中的应用将受到诸多限制,保险人将无意愿主动履行该条义务。从新保险法实施后相关司法判例来看,与新法实施前相比较,保险人主动履行明确说明义务的情形并没有明显改观。

### (三) 区分说及其评析

区分说又称为解析说,主张应当结合保险合同条款的具体情形进行区分,合理界定免责条款的范围,并区分不同情形下的法律后果。笔者赞同区分说(解析说),对于免责条款的认定,既不能仅以结果来认定免责条款,也不能完全按保险人对保险合同条款设计做出狭义理解,而是要结合保险合同条款的约定方式、约定内容、免责条款与无效条款间关系、免责条款与解除条款间关系等因素进行分析。笔者认为在认定保险合同免责条款时应考虑以下几方面因素。

#### 1. 保险合同免责条款的约定方式

免责条款的约定方式与保险人是否应当履行明确说明义务之间具有密不可分的关系。保险合同当事人如果已经在合同中明确采用协商方式约定免责事项,如在投保单和保险单上注明以“特别约定”方式确定免赔率,那么免赔率事项的约定是双方事先都明确获知的,从特别约定字面本意来看,投保人和保险人应当对该内容事先已经经过磋商与协议,在此约定时并不存在附和性特征,因此,此约定不应视为格式条款,是双方在格式条款之外做出的另行约定。此外,从约定形成方式上看,既是双方约定订立,该条款与其他格式条款相分离,再要求提示与说明显然多此一举,故保险人可不受明确说明义务的限制。

#### 2. 保险合同免责条款的约定内容

如经审查认定免责条款属于广义上保险人制定的格式化免责条款,还需要进一步审查该条款

的内容,以确定保险人是否应履行法定义务。

首先,如果法律已经有明文规定保险人可以免责,属于法定免责事项,保险人无须履行明确说明义务,除非保险人对法定免责事项进行了修改。例如保险法已明确规定投保人、被保险人故意制造保险事故的,保险人不承担赔付保险金责任。保险法规定这类免责事项的目的,主要是为防止道德风险而设定,故保险人无须再作提示及明确说明。

其次,对于保险合同中以格式化方式约定违反法律禁止性规定的免责条款,如被保险人有酒后驾车等行为造成自身或他人人身、财产损失,保险人可以免责。根据《保险法解释(二)》第10条之规定,<sup>①</sup>保险人只须履行提示义务,而无须履行明确说明义务。原因在于,若因保险人未履行明确说明义务导致该条款不产生法律效力,则可能使民众误认为即使从事违法行为亦可获得保险赔偿,可能诱发更严重的道德风险。而禁止酒后驾车等法律规定已经为公众所熟知,普通人在理解上并无困难,也不会因信息不对称造成投保人或被保险人利益受侵害。<sup>②</sup>

最后,应当区分保险人合理界定风险保障范围的免责条款与保险人免于支付保险金的条件两种情形。笔者认为,对于保险人合理界定风险保障范围的免责条款不应有更高要求,只要尽到提示义务即可,无须再履行明确说明义务。反之,对于保险人免于支付保险金的条件应当做出严格规定,保险人必须就该条件做出提示和明确说明。

具体理由如下:属于保险人合理界定风险保障范围的免责条款之真实作用在于合理界定保险人承保的风险,与一般民商事法律中以过错为基础设定的免责条款有着本质区别,是保险人根据风险概率对其承保风险进行的科学划分。而且据此确定的保险费率并未在真正意义上免除或限缩

<sup>①</sup> 《保险法解释(二)》第10条规定,“保险人将法律、行政法规中的禁止性规定情形作为保险合同免责条款的免责事由,保险人对该条款作出提示后,投保人、被保险人或者受益人以保险人未履行明确说明义务为由主张该条款不生效的,人民法院不予支持。”

<sup>②</sup> 参见吴勇敏、胡斌:《对我国保险人说明义务制度的反思和重构》,载《浙江大学学报(人文社会科学版)》2010年第3期,第88-96页。

保险人的责任,按照举重以明轻的法理,要求保险人作出明确说明不免过于苛刻;另外,属于保险人合理界定风险保障范围的免责条款并非完全不可获得保险保障,其获得保险保障的前提是投保人先要投保主险,而要获得主险外的风险保障,则需要投保附加险,按照权利义务相对应的原则,投保人为此需要多支付保险费。例如在车辆损失险条款中,保险人通常约定火灾为车辆损失险的保险责任范围,但在除外责任条款中约定因车辆自燃引起的损失,保险人不承担赔偿责任;若投保人投保了附加自燃险,则可以获得保险金赔偿。<sup>①</sup>

保险人免于支付保险金的条件,是保险人在法律规定之外,另行约定了在何种情形下保险人不需要承担赔偿责任。这种条件的设定,往往出于保险人自身意志,而与界定保险责任范围之间没有直接联系,客观上来看,还能达到扩大免除责任效果,故立法上应对其严格规制,要求保险人履行提示与明确说明义务的,该条款才能产生法律效力。

### 3. 保险合同免责条款与无效条款的区分

保险合同中某些限缩保险人责任的条款是免责条款,还是属于无效条款,司法实践中的认定较为混乱。例如前文中所述的“比例赔付”条款,有的法院将其认定为免责条款,有的认定为无效条款,也有认定为兼有两种性质的条款。但从二者逻辑关系上来看,不应存在交叉关系,所以司法机关在认定时,不仅要按照其结果区分,还要看条款是否落入无效条款范围,如果属于《保险法》第19条规定情形之一的,应直接认定无效,而无须再审查保险人是否履行明确说明义务。

### 4. 保险合同解除条款与免责条款的区分

《保险法司法解释(二)》第9条第2款规定

了保险人根据法律规定和保险合同约定享有合同解除权的条款不属于免责条款。<sup>②</sup>关于保险合同相对人违反法定义务,保险人享有合同解除权的规定散见于保险法各章节。<sup>③</sup>但疑问在于:如果保险人按保险合同约定内容行使解除权时,同时免除自身赔付保险金责任,那么该条款是否属于广义上的免责条款?

从《保险法》的规定可以看出,保险人享有合同解除权,并对解除前发生的保险事故不承担赔付责任的规定较为少见,主要体现在《保险法》第16条和第27条。如投保人因故意或重大过失不履行如实告知义务,保险人在知道解除合同事由起30日内必须行使合同解除权。投保人故意不履行如实告知义务的,保险人对于合同解除前发生的保险事故,免于承担赔付保险金责任并不退还保险费;投保人因重大过失不履行如实告知义务的,只有当投保人违反告知义务对于保险事故的发生有严重影响的,保险人才免于承担赔付保险金责任,但应退还保费。又如投保人或被保险人故意制造保险事故的,保险人有权解除合同,不承担赔付保险金责任。

所以,从保险法立法本意看,保险人享有合同解除权并且不承担赔付保险金责任的情形,主要在于保险合同相对人有严重违反法定义务或法律禁止性规定之行为,且该行为已经影响到保险合同成立基础。因此,如保险人希望在合同中约定,将合同解除权与免于赔付保险金相联系,则需要相对人的违约行为的严重程度已经足以影响到保险合同成立和效力,该约定才具有合理性。然而,该条款并不属于界定保险风险保障范围的内容,故笔者认为保险人需要就该约定条款履行

<sup>①</sup> 在一起因车辆自燃引发的车辆损失保险合同纠纷案中,投保人仅投保了主险即车辆损失险,而未投保附加险即自燃险,后来车辆因电气短路自燃,导致车辆全损,投保人以保险人未履行明确说明义务为由,请求法院认定免责条款不产生法律效力,保险人应当承担赔偿责任,最终投保人的诉讼请求得到了两级法院的支持。按照现行法规定,法院的认定无疑是正确的。但是从公平原则和权利义务对等原则出发,保险人合理界定了保险责任的范围,对未在本保险责任的风险也作了提示,却因违反实定法规定未明确说明义务,需要承担赔偿责任,表面上看是保险人承担不利后果,实质上却是由其他投保人分散承担了该项损失,似与公平原则相违背。而投保人虽未投保附加险,却因现行法的规定获得了额外保障,这一结果与权利义务相对等原则亦不吻合。

<sup>②</sup> 《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9条第2款规定,“保险人因投保人、被保险人违反法定或者约定义务,享有解除合同权利的条款,不属于保险法第十七条第二款规定的‘免除保险人责任的条款’。”

<sup>③</sup> 参见《保险法》第15、16、27、32、37、47、49、51、52、54、58条规定。

明确说明义务。此外,保险人得知解除事由之时,通常是在保险事故发生后,解除合同效力只能及于尚未履行合同,其赔付保险金责任并不必然免除,保险人如同时规定免于赔付保险金的,其对相对人的影响将远大于合同解除效力,所以应当在立法上严格规制。

#### 四、保险人未履行法定义务时 免责条款的法律后果

《保险法》第17条规定保险人未履行法定义务的后果为免责条款“不产生法律效力”,然而理论界对于该规定在认识上还存在较多分歧,主要分为以下几种学说:

一是可撤销说,有学者认为如果保险人未履行明确说明义务,没有使投保人理解合同真实意思,对投保人来说是或主观上存在重大误解,或是导致合同结果显失公平,对保险人来说则可能存在欺诈或有意误导,但都表现为违背合同当事人意思表示真实之情形。根据《合同法》第54条规定及《合同法解释(二)》第9条规定,<sup>①</sup>违反当事人意思表示真实的,投保人或被保险人可主张免责条款为可撤销合同条款,予以撤销。<sup>②</sup>在笔者看来,上述学说的不合理之处在于:投保人存在重大误解与保险人存在欺诈行为二者并非针对同一情形,将这两种可撤销事项并列在学理上难以自圆其说。因此此说在具体法律适用中的现实意义在于:《保险法》第17条第2款所认定的免责条款不产生法律效力情形,是针

对保险人未就格式化免责条款履行提示或明确说明义务之规定。但在保险业实务中,或有保险人及其代理人确实履行了上述义务,但在履行义务过程中有欺诈或误导之情形,此时受侵害一方有权申请撤销免责条款的效力。

二是无效说,目前许多法官持此观点。该学说主要从法律解释论角度出发,认为保险人未履行明确说明义务,属于违反法律强制性规定的行为,所以免责条款无效,但该条款无效并不影响其他保险合同条款的效力。然而,该学说在逻辑上存在矛盾之处。所谓无效,是指合同已经成立,由于条款本身存在违反法律强制性规定等情形,故应被确认为无效条款。而保险人的明确说明义务为先合同义务,其履行义务的时间为保险合同订立阶段,也就是说保险合同尚未成立,在这个阶段,无法对该条款的法律效力进行评价。

三是不订入合同说(条款未成立说),在各国立法例中,采纳该观点的主要有《德国民法典》和韩国《约款规制法》,<sup>③</sup>国内部分学者也持同样观点。<sup>④</sup>该学说认为格式条款提供方未履行明确说明义务,损害了合同相对方自由选择权,故该条款被视为从未订入合同内容,对于当事人不产生法律约束力,而其他合同条款只要符合法律上成立和生效条件的,对当事人产生法律效力。

四是缔约过失责任说,该学说认为保险人在订立保险合同过程中,如果未履行明确说明义务,证明其在主观上存在过错。由于明确说明义

① 《合同法》第54条规定,“下列合同,当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销:(一)因重大误解订立的;(二)在订立合同时显失公平的。一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下订立的合同,受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。当事人请求变更的,人民法院或者仲裁机构不得撤销。”《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第9条规定,“提供格式条款的一方当事人违反合同法第三十九条第一款关于提示和说明义务的规定,导致对方没有注意免除或者限制其责任的条款,对方当事人申请撤销该格式条款的,人民法院应当支持。”

② 参见臧彦:《保险契约信息不对称的法律规制》,载《法制与社会发展》2002年第6期,第103-104页。

③ 现行《德国民法典》第305条第2款(原《一般交易条件法》第2条第1款)规定:“只有当一般交易条件的使用方在缔结合同时满足以下条件,一般交易条件才能有效地纳入合同:(1)使用方须就一般交易条件向相对方明确地作出指示,或者如果根据合同的性质——对相对方作出指示确有困难,使用方可在合同缔结处以显而易见的布告方式作出明确的指示;(2)使用方要为相对方提供知悉一般交易条件的可能性,并且要合理地考虑到某些相对人的明显的生理缺陷,使这些相对人也可以知悉一般交易条件的内容。相对方须对一般交易条件做出同意。”韩国《约款规制法》第3条第3款规定,“如果保险人违反说明义务,则不能主张该条款成为契约内容。”

④ 参见100页注②。

务的履行发生在合同订立过程中,合同尚未成立,因此应适用合同法关于缔约过失责任的规定。保险人由于其缔约过错造成保险合同不成立或保险合同事后被认定无效或被撤销时,保险合同相对人可要求赔偿。有人认为,该学说的适用不应当仅限于保险人明确说明义务之履行,在其他方面如保险人或其代理人有意错误引导投保人不履行法定义务,造成合同不成立或无效,也应当适用该学说,让保险人承担赔偿责任。<sup>①</sup>严格来说,该学说并未认定免责条款效力的理论,而是关于合同未成立或无效时,赋予受受害人救济权的理论。司法实践中,保险人未履行明确说明义务,通常难以导致全部格式条款不成立或无效、被撤销,反而是就非免责条款未尽说明义务的,可能导致上述情形的发生。<sup>②</sup>因此,该学说的积极作用在于:在保险人违反法定义务的情形下,为权利受到侵害的保险合同相对人提供了更为合理的救济方式。

以上学说从不同角度分析了保险人就格式化免责条款不履行法定义务的法律后果,在笔者看来,各学说在司法认定上均具有可借鉴之处,可结合案件事实,如保险人是否履行提示及说明义务,履行说明义务过程中有无欺诈行为,在保险合同订立过程中保险人是否有过错等因素综合加以认定,再适用相关法律如合同法、保险法等规定明确相关免责条款的法律后果。对于保险人就格式化非免责条款未履行说明义务的法律后果亦可结合上述理论进行认定。

## 结论

保险合同中免责条款应当根据其约定方式、约定内容、免责条款与无效条款关系、解除合同条款与免责条款的关系进行区分。根据约定方式,可将免责条款区分为协商约定的免责条款和

格式免责条款。前者如能证明为双方当事人意思表示一致结果,则保险人无须履行明确说明义务;后者则需要根据格式条款约定的内容,将其区分为法定的免责事项、被保险人违反法律禁止性规定的免责条款、保险人合理界定风险保障范围的免责条款和保险人免于支付保险金的条件四种情况。

对于法定免责事项保险人无须履行提示与明确说明义务;对被保险人违反法律禁止性规定的免责条款,保险人须提示但无须履行明确说明义务;对于保险人合理界定风险保障范围的免责条款,保险人只须提示,无须履行明确说明义务;对保险人免于支付保险金的条件,保险人须严格履行提示与明确说明义务。在确定格式免责条款与无效条款关系时,应当优先审查格式条款是否落入《保险法》第19条范围,如不属于无效条款,再审查保险人是否履行明确说明义务。在处理保险合同解除权条款与免责条款关系时,应当审查保险合同解除权是否与免责条款相联系,如该免责条款并非法律规定免责事由,而是由保险人自行在格式条款中制定,保险人须履行提示和明确说明义务。

对于免责条款法律后果的认定,则要根据约定方式和保险人履行义务情形区分对待,如免责条款为双方协商约定成立,其本身不违反法律强制性规定,应当认定有效;如免责条款为保险人事先拟定的格式条款,则需要审查保险人是否必须履行提示与明确说明义务,如未履行,应视为其未订立保险合同,该条款不发生法律效力;如保险人在履行说明义务时有欺诈行为,而保险合同又成立的,保险合同相对人可申请撤销该条款效力;如保险人在保险合同订立过程中有过错,造成保险合同不成立或保险合同事后被认定无效或被撤销的,权利受侵害人可要求保险人承担缔约过失责任。

(责任编辑:缪因知 刘建)

① 参见郭健斌:《保险人应承担缔约过失责任》,载《保险研究》2007年第2期,第88-90页。

② 例如一起保险案件中,保险人的代理人故意引导投保人的妻子代替被保险人签名,在被保险人发生保险事故死亡后,保险人却以保险合同未经被保险人书面同意为由拒赔,最终法院判决保险人应承担缔约过失责任。