

# 保险法调整范围应当超越“商业”保险

邢海宝

(中国人民大学法学院,北京 100872)

[摘要] 现行保险法只调整商业保险,恰当地排除了政策性保险,但是不当地排除了互助保险,也使得交强险是否由其调整产生疑惑与争议。保险法应当把握保险的互助与技术特征,借鉴国际上的有益经验,修改有关规定,适当扩大其调整范围。

[关键词] 保险法;调整对象;商业保险

[中图分类号] D922.284 [文献标识码] A [文章编号] 1004-3306(2012)12-0061-05

## 一、现行保险法只调整商业保险

按现行《保险法》第 1 条,制定保险法的首要目的是规范保险活动。按其第 2 条第 2 款,保险是指商业保险行为。其第 6 条规定:保险业务由依照本法设立的保险公司<sup>①</sup>以及法律、行政法规规定的其他保险组织经营,其他单位和个人不得经营保险业务。第 183 条规定:保险公司以外的其他依法设立的保险组织经营的商业保险业务,适用本法。可见,保险法只规范商业保险。

但是,保险法没有明确界定何谓商业保险。我们认为,从保险法第 2 条看,“商业保险”就是“投保人根据合同约定,向保险人支付保险费,保险人对于合同约定的可能发生的事故因其发生所造成的财产损失承担赔偿责任,或者当被保险人死亡、伤残、疾病或者达到合同约定的年龄、期限等条件时承担给付保险金责任”。商业保险适用市场经营规则,个人或企业可以借助合同“自由”利用。另一方面,学界通说认为,所谓商行为是指以营利为目的的行为。就保险而言,保险公司在设计保险条款或厘定费率时不只考虑成本因素,费率构成中还包含预期利润,而且这些利润应当分配给公司股东,而股东通常不是投保人或被保险人。总之,商业保险的主要特征在于保险组织为了追求利润而经营保险业务,而且保险组织和投保人或被保险人之间基于意思自由建立保险关系。

保险法将保险限定为商业保险,就排除了社会保险。社会保险是一种政策性保险,它包括工伤保险、失业保险、基本医疗保险和基本养老保险等。社会保险具有强制性,不以营利为目的,而旨在重新分配人们的收入、保障国民基本生活,保费的收取必须考虑经济发展和人民生活的水平,并由政府给与补贴或承担亏损。保险法虽然没有明确规定不调整社会保险,但从其立法意图看,它并不调整社会保险,理由在于:(1)商业保险一般是由投保人与保险人双方根据平等、自愿、协商一致的原则,通过订立保险合同而建立的民商事法律关系。社会保险属于国家社会保障体系的范畴,同商业保险的性质是不同的;(2)世界各国的保险法都是只适用于商业保险,社会保险则由国家另行制定专门的法律<sup>②</sup>。

## 二、保险法与互助保险、交强险

如果坚持保险法只调整商业保险,互助保险就不能由保险法调整。互助保险,是指由同一行业、职业或

[基金项目] 本文国家社科基金项目“中国保险法的修订建议”(项目编号 08BFX039)的阶段性成果之一。

[作者简介] 邢海宝,法学博士,中国人民大学法学院教授。

地域的人们组成团体,在互助的基础上为其成员提供经济保障。我国典型的互助保险组织是1984年成立的中国船东互保协会以及1994年成立的中国渔业互保协会<sup>③</sup>。互助保险中,投保人兼当保险人以及股东。互助保险以互助共济为目的,而非以营利为目的,如有多余收入则可以红利形式返还投保人、用来降低保险费或留作日后发展的资金。互助保险避免了保险人及股东与投保人的利益冲突,不像保险公司那样面临将部分利润转成股东分红的压力,也可避免投保人的欺诈行为或道德危险,还能够降低赔款的发生频率和强度。互助保险经营比较简单,可以大幅降低管理成本。互助保险可以提供保险公司无法或不愿提供的保险产品与服务。互助保险特别适合低收入的农民、城市贫民、一些行业的员工。互助保险的本质特征是加入者的自治性和保险活动的非营利性。互助保险满足商业保险的自愿性要件,但它不具有营利性,并不完全符合商业保险的特征,仍无法交由保险法调整。从立法意图看,保险法不调整船东互保协会办理的保赔保险,其理由在于,船东保赔协会办理的保赔保险具有特殊性<sup>④</sup>。另外,2004年《最高人民法院关于我国船东互保协会与南京宏油船务有限公司海上保险合同纠纷上诉一案有关适用法律问题的请示的复函》<sup>⑤</sup>指出:我国船东互保协会不属于我国保险法规定的商业保险公司。我国船东互保协会与会员之间签订的保险合同不属于商业保险,不适用我国保险法规定,应当适用《中华人民共和国合同法》等有关法律的规定。以此类推,保险法也不能调整其他互助保险。

但是,在日本,互助保险已受保险法律调整。日本独立的保险法出台之前,非营利的互助保险可以准用调整营利性保险的《日本商法典》,不过,商法典并没有规定具体的准用规则。普遍的观点是,互助保险应当类推适用商法典。2008年《日本保险法》则明确规定了一元化适用的原则,其第2条规定:保险合同是指,无论名称是保险合同、共济合同或是其他任何名称,根据约定,一方当事人以发生一定事由为条件进行财产性给付(在人身保险合同以及疾病伤害保险合同中,仅限于金钱的支付),对方当事人就此作为独营该一定事由发生的可能性支付保险费(包括共济分期缴款)的合同。依此规定,互助保险可以纳入保险法的调整范围。

如果坚持保险法的现有调整范围,保险法对机动车交通事故责任强制保险进行调整也会受到质疑。根据《机动车交通事故责任强制保险条例》第3条,交强险是指由保险公司对被保险机动车发生道路交通事故造成除本车人员、被保险人以外的受害人的人身伤亡、财产损失,在责任限额内予以赔偿的强制性责任保险。交强险和属于商业保险的商业三责险具有相似之处,集中体现在它们都采用商业化运作模式,由保险公司自主经营,自负盈亏。具体而言:(1)它们都由保险公司经营,保险公司都以营利为目的;(2)保险资金的来源和收费标准相同。其资金完全来自投保人的缴费,收费标准必须基于承保风险的大小,必须立足于避免投保人或被保险人的道德风险,并担保公司的偿付能力;(3)它们都可以营利。对商业三责险,保险公司按照市场规律自主经营、自负盈亏,自不待言。而对于交强险是否具有营利性,则存在不同的看法。有人认为,交强险是不营利的,因为保险监管机构按照机动车交通事故责任强制保险业务总体上不盈利不亏损的原则审批保险费率(条例第6条)。然而,早自2003年开始,原来监管机构制定全国统一的条款费率就已改为由监管机构对费率制定中应考虑的各项危险因素进行指导,保险公司可以根据自身经营水平和经营数据,自主制定费率,报监管机关审批后执行。<sup>⑥</sup>具体到交强险,在一定情况下,各保险公司厘定的费率可以高于统一的基础费率,如此设定的费率可在一定程度上避免经营亏损。

另一方面,交强险条例规定的不盈不亏原则并不禁止保险公司在实际经营过程中,可以通过加强管理、降低成本来实现微利。当然,保险公司也可能由于种种原因而发生亏损。不管怎样,交强险也可积累利润,也具有营利性。另一方面,交强险与商业三责险也有如下区别:(1)保险功能略有不同。商业三责险的目的

① 保险法第3章“保险公司”对保险公司的设立和终止等做了具体规定。

② 参见关于《保险法(草案)》的说明。另外,我国社会保险由《社会保险法》调整。

③ 原名中国渔船船东互保协会,2007年改为现名。

④ 参见关于《保险法(草案)》的说明。

⑤ [2003]民四他字第34号。

⑥ 法制办等就《机动车交通事故责任强制保险条例》答问 [http://www.gov.cn/zwhd/2006-03/28/content\\_238571.htm](http://www.gov.cn/zwhd/2006-03/28/content_238571.htm)。

主要在于分散被保险人的危险,而交强险重在保障受害人得到及时有效的赔偿;(2) 赔偿基础不同。商业三责险实行“按责论处”赔偿原则。交强险实行“无过错责任”赔偿原则,即使被保险人无过错,保险人也要承担保险责任。商业三责险中,被保险人的过错程度会影响保险人的责任;(3) 免责事由不同。商业三责险包含了许多除外条款,例如,对于酒后开车、无证驾驶、故意撞人等不予承保,而这些除外条款几乎都不能适用于交强险;(4) 二者在赔偿范围(例如是否包括精神损害抚慰金等)、赔偿标准高低、是否允许免赔率等方面也有差异。交强险的保险责任范围比商业三责险宽泛。交强险没有免赔率或免赔额条款,但它实行分项责任限额制,且责任限额固定。商业三责险只设综合责任限额,且责任限额可以分成不同档次,由投保人自由选择,但商业三责险中多有免赔条款;(5) 费率不同。商业三责险费率较高。交强险费率较低,且实行全国统一的保险条款和基础费率;(6) 强制与否不同。商业三责险遵循合同自由原则。交强险则具有强制性,在中华人民共和国境内道路上行驶的机动车的所有人或者管理人,应当依照《中华人民共和国道路交通安全法》的规定投保机动车交通事故责任强制保险。同时,保险监督管理委员会有权要求保险公司从事机动车交通事故责任强制保险业务。强制与否是交强险与商业三责险之间最明显的差异。因此,可能有人提出,既然交强险具有强制性,不像商业三责险那样基于保险当事人的意思自治,那它就不是商业保险,不能受保险法调整。的确,交强险的强制性使它与传统商业保险不能相容,难以成为保险法的调整对象。

可是,从法律体系来看,交强险却受保险法调整。首先,保险法是交强险的法律基础之一。按交强险条例第1条,条例是根据《中华人民共和国道路交通安全法》、《中华人民共和国保险法》制定的。一方面,交强险的强制性以及若干特殊的赔偿规则源于道路交通安全法。另一方面,交强险借助了通用的保险技术,必须遵循保险的一般原理,遵守保险法的原则和规则。其次,条例仅仅规定了部分相关规则,其他事项仍需适用保险法。保险法第186条第2款规定:强制保险,法律、行政法规另有规定的,适用其规定。条例第2条第2款规定:机动车交通事故责任强制保险的投保、赔偿和监督管理,适用本条例。相应地,其他事项,比如保险人弃权和失权、被保险人的合理期待、不利于保险人解释、因果关系、保险人的诚信义务、保险人说明免责条款、保险合同的成立与生效、危险增加、举证责任、投保人违约责任等仍需适用保险法或者按照保险的一般原理处理。有观点认为,保险法所关注者仅在于保险公司和被保险人之间的合同关系。而在交强险,法律要强制解决受害人和保险公司之间的非合同关系。在发生交强险争议时,若仅涉及合同关系,仍应适用交强险条款的约定或者保险法的规定,但道路交通安全法和交强险条例另有规定的除外。另一方面,交强险的强制性直接赋予受害人对保险公司的直接请求权,并排除保险公司援引交强险条款或保险法的规定对抗受害人。这已超出保险合同范围。我们认为,这一观点不尽合理。对于保险人与第三者的非合同关系,保险法并非无能为力。实际上,商业三责险中也会发生直接请求权等问题,保险法已经对此作了适当规定。同样,保险法也可处理强制三责险即交强险中的直接索赔问题。

### 三、只要符合保险特征就当由保险法调整

按照商业保险的要件或标准,社会保险当然不能由保险法调整,因为它既具强制性又具非营利性。互助保险和交强险由于缺乏其中一个要件,也不该由保险法调整。然而,日本保险法为何将非营利的互助保险纳入其调整范围?我国保险法又为何在很大程度上调整交强险?这里存在矛盾,如何消除这些矛盾?我们认为关键在于突破保险法对保险的界定。换言之,保险法不能再用“商业”来限定保险,而需要把握和突出保险互助性和技术性。具体来说,不论强制与否,也不论是否费以营利为目的,只要符合保险的特征,利用了大数法则等技术,根据危险因素确定收费标准,其资金来源完全是投保人交付的保险费,不依赖政府支持解决其财务危机,这样的保险都应当纳入保险法的调整范围。

依照这一标准,可以将社会保险排除在保险法之外,其原因已经不是社会保险具有强制性而没有营利性,而是它没有真正借用保险技术,它主要依据投保人的收入水平而非风险大小确定保费,更为重要的是它能够获得政府的补贴和支持。同理,保险法也可将经济政策保险排除在外。经济政策保险有出口信用保险、

农业保险、<sup>①</sup>存款保险等。经济政策保险不具有强制性,不以营利为目的,它旨在扶植特定产业、维护金融安全、推动对外投资与经济合作,其保费的厘定和收取不能完全依据承保风险的大小,它必须由政府提供补贴与减税支持。最后两点决定了它跟社会保险一样都具有政策性,不能纳入“保险”范畴。

另一方面,依据这个标准,互助保险应当受保险法调整。互助保险的资金来源于会员或股东的缴费,没有政府财政的支持或税收的扶持。互助保险利用了大数法则等保险技术,依据会员所提供的详尽资料、赔付记录、投保风险来厘定费率。互助保险完全符合保险的特征,应当由保险法调整。按此标准,交强险也可由保险法调整。尽管交强险具有强制性,而且其营利性也会遭到质疑,但它同样充分吸收利用了保险的互助性和技术性,它依据风险大小确定费率、收取保费,并且不能获得政府的补贴和扶持,完全由经营交强险的保险公司自负盈亏。有的学者为了将交强险等强制保险纳入保险法的调整范围,提出“强制性商业保险”的说法。他们认为,强制保险起源于社会保险,它利用社会保险的强制性调整商业保险,强化保险的固有功能,贯彻国家的保险政策,推行对公众的保护。强制保险是社会保险以外有关主体必须参加的商业保险,是相对于自愿商业保险的强制商业保险。<sup>②</sup>换言之,强制保险有别于社会保险,仍属于商业保险的范畴。提出所谓“强制性商业保险”意在主张,交强险等强制保险虽缺乏商业保险的自愿要件,但因具有商业保险的营利性,仍属商业保险。然而,撇开自愿要件来赋予交强险以商业性十分牵强,另一方面,交强险的营利性就受到很大限制。因此,仅从营利性角度将交强险视为商业保险并纳入保险法调整范围,缺乏说服力。实际上,我们应当抛开所谓的“商业性”,认识到真正将交强险等与社会保险区分开来的是资金的来源和费率的基础。交强险基于风险确定费率,资金完全来自投保人缴费。也正是这一点才使得交强险具有所谓的“商业”特征,因为它不仅能够保本,而且可以盈利,如果不是受到法律限制的话,这种盈利可能不仅仅是微利。相反,社会保险不是基于风险因素确定费率和收取保费,它必然要求助于政府的扶持。这就使其具有“非商业”或社会保障的色彩。

#### 四、修法建议

从上可知,保险立法已经开始超越商业保险。根据日本保险法,只要符合保险的特征,就受保险法调整,而不论名称如何,不论是保险还是互助。另外,英国保险合同法没有规定保险或保险合同的定义。对于保险合同法应否规定一个定义存在争论。反对的意见担心过窄的保险定义会窒息新型保险的发展,而没有保险定义的限制法院可以接纳新的产品、新的投资或金融活动。但是,也有人建议考虑规定一个定义,但动机则各不相同。有的希望澄清保险和其他转移危险的金融手段的界限,他们感到,企业在安排其业务时能够将其业务跨越管理边界,而消费者可能没有认识到某些担保合同(Warranty Contracts)不是保险合同,而且一旦发生问题他们不能诉诸英国金融巡视员服务公司(FOS),这是令人遗憾的。有的期望扩展保险定义进而保险人可以从事新的保险业务。Adrian Hamilton表示,任何定义都要足够宽泛以容纳未来的新型保险。我国保险法应当顺应这种趋势,在规定保险定义时,应当尽可能拓展其外延,便利对新型保险关系的调整,促进保险业的发展。目前,我国保险法已可调整交强险。我国保险也应将互助保险纳入其中,不能交由合同法调整。毕竟,合同法无法体现保险的技术性,没有专门规定保险合同或者互助保险合同,能够适用于保险合同以及互助保险的条款极少,如果不将互助保险纳入保险法,则互助保险将处于无法可依的状态。为了明确地调整交强险,更为了容纳互助保险以及将来可能出现的新型保险,保险法第2条中的“商业”二字应当删除,该

<sup>①</sup>2005年,阳光农业相互保险公司经批准设立。该公司是在黑龙江垦区多年农业风险互助的基础上成立的我国首家相互制保险公司。它按照保监会“先农险、后商险,先局部、后放大”的原则,积极开展农业保险业务。2006年,《国务院关于保险业改革发展的若干意见》提出,探索发展相互制、合作制等多种形式的农业保险组织。

<sup>②</sup>但是,《浙江省高级人民法院关于审理财产保险合同纠纷案件若干问题的指导意见》第33条规定:人身保险合同纠纷、机动车交通事故责任强制保险合同纠纷案件不属于商事案件;此类案件立民事案号。

条应当修改为:本法所称保险,是指投保人根据合同约定,向保险人支付保险费,保险人对于合同约定的可能发生的事故因其发生所造成的财产损失承担赔偿责任,或者当被保险人死亡、伤残、疾病或者达到合同约定的年龄、期限等条件时承担给付保险金责任的保险行为。

#### [参考文献]

- [1] 江生忠. 互助保险公司在我国具有发展前景 [N]. 中国保险报 2006 ,1 ,10.
- [2] 管贻升. 交强险不盈利不亏损原则的含义亟待澄清 [N]. 中国保险报 2006 ,12 ,8.
- [3] 邹海林. 交强险的性质和法律适用 [Z]. <http://www.zwmsep.com/a/jinrongcaipan/baoxianbaozhang/2010/0709/1893.html>.
- [4] 王家福. 经济法律大辞典 [M]. 北京: 中国财政经济出版社 ,1992 ,462.
- [5] 林勋发. 保险法论着译作选集 [C]. 台湾三民书局 ,1991 ,153.
- [6] 邢海宝. 保险法中转让问题研究 [J]. 保险研究 2009 ,(4) .
- [7] 李祝用 姚兆中. 新《保险法》溯及力问题研究——兼评《关于适用〈中华人民共和国保险法〉若干问题的解释(一)》 [J]. 保险研究 2011 ,(7) .
- [8] M. A. Clarke. The Law of Insurance Contracts(4<sup>th</sup> ed.) [M]. LLP 2002 ,p1.
- [9] Law Commission and Scottish Law Commission. Insurance Contract Law: A Joint Scoping paper [R]. <http://www.scotlawcom.gov.uk>.

### The Regulation Scoop of China's Insurance Law Should Surpass "Commercial Insurance"

Xing Hai-bao

(RENMIN University of China Law School ,Beijing 100872)

**Abstract:** The Insurance Law of PRC only regulates commercial insurance. It is proper for the Law to exclude policy-oriented insurance but improper to exclude mutual insurance. It also leads to the disputes about whether Compulsory Traffic Accident Liability Insurance should be regulated by the Law or not. In regard to this ,we should grasp the characteristics of mutuality and technicality of insurance ,learn from useful international experiences ,and modify the Insurance Law to expand its scoop appropriately.

**Key words:** insurance law; object of regulation; commercial insurance

[编辑:郝焕婷]