

# 消费者保险立法的中国愿景

马 宁\*

**摘 要** 现代社会的保险已从单纯移转商人交易风险的契约安排,转变为同时对商人和消费者面临的风险进行移转和管理的制度工具。保险合同法也因此不再是纯粹的商法,而是体现出“精神分裂”特性。立法者需要在继续维持商业保险市场的自由竞争与创新氛围的同时,以强制性规范为消费者设定最低保障标准。这导致了实质性消费者保险规范群,甚而形成上独立的消费者保险法的出现。后者在理念昭示与制度设计方面均有优势,应当成为我国立法的选择,并据此建构保险消费者实体性权利义务体系。但是,普通诉讼程序本身并非一种可使消费者获得救济的良好机制,因而立法还应着手建构以金融申诉专员为核心的 ADR 机制,为保险消费者实体性权利义务的实现提供程序保障。

**关键词** 保险合同 主体差异 消费者保险 实体权利义务 程序保障机制

## 一、徘徊于商法与消费者保护法之间的保险合同法

虽然“保险”一词可在准公共物品、社会治理工具、规模化产品等多重意义上使用,但其首先被视为一种私法意义上的合同。<sup>〔1〕</sup>这种合同的原形发轫于 14 世纪意大利地区的海上贸易,其后传播至英国。<sup>〔2〕</sup>到 17 世纪后半期时,多数保险合同都是在爱德华·劳埃德(Edward Lloyd)于伦敦开设的咖啡馆内当面磋商达成的。此地其后演化成了现代的伦敦劳合社(Lloyds of Lon-

\* 苏州大学王健法学院教授。本文系国家社科基金项目《保险合同现代化与我国立法的完善研究》(项目编号:15BFX176)成果。

〔1〕 See Kenneth S. Abraham, “Four Conceptions of Insurance”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol.161, 2013, p.653.

〔2〕 See Kenneth S. Abraham, *Insurance Law and Regulation*, New York: Foundation Press, 2010, pp.1—2.

don)。〔3〕由于保险源起于海上贸易,且这种承保船舶与货物风险的商业形态长期占据保险业的主导地位,〔4〕在彼时逐渐成型的保险法也主要表现为海上保险法,例如,英国《1745年海上保险法》(The Marine Insurance Act 1745),以及具有划时代意义的英国《1906年海上保险法》(The Marine Insurance Act 1906, MIA)。尽管后者的名称显示其似乎只适用于海上保险,但其实该法的规则被非海上保险广泛复制,进而成为两大法系保险法典化的模板。〔5〕

以该法为代表的传统保险合同法表现出两种特性:其一,对保险人相对友好。〔6〕对此可能的解释是:立法者在早期对保险交易持不信任的态度,认为其具有投机性,类似于赌博。这种态度在立法里转变为对投保人系统性的怀疑。此类保险法的少数强制性规范大都可被解释为植根于怀疑和恐惧其滥用的态度,例如关于保险利益的要求。〔7〕但最根本的原因可能在于,立法者承认在彼时保险交易中,保险人的相对弱势地位。在MIA所纳入的普通法规则形成的时代,投保人都是从事航海运输的商人,而保险人却是自然人或自然人的松散联合,且投保人更具信息优势。投保人精通航运技巧,掌控船舶等保险标的,了解其风险状况。而保险人仅能凭借投保人的告知来了解那些时常远在万里之外,兼之处于不断流动中的保险标的状况,评估其可保性或办理理赔。〔8〕因而立法与司法的关注焦点始终置于投保人的义务履行情况,而有意忽略对保险人义务的设定。〔9〕其二,保险法多为任意性规范。早期保险立法并未广泛利用强制性规范来保护保险人。立法者认为,基于保险人控制条款的起草,任意性规范也能向保险人提供必要的保护,而且保险属于典型面对面的商事交易,宜尊重意思自治,由当事人自行决定交易内容。〔10〕

但上世纪六十年代以后,保险法的保护目标开始被重新校准。首先,此时保险人已从松散的个人联合(如劳合社)发展为以公司为主的大型企业,并在专业知识、经济实力等方面常较之投保人更具优势。技术进步导致的信息获取渠道与信息数量的增加也使保险人在相当程度内打破了投保人对保险标的风险信息的垄断地位,而保险营业方式此时亦发生了明显转变,“早

〔3〕 See The (Ireland) Law Reform Commission, *Consumer Insurance Contracts*, 2015, pp.1-2.

〔4〕 See Robert H. Jerry II, Douglas R. Richmond, *Understanding Insurance Law*, Newark: Matthew Bender & Company, Inc., 2007, pp.14-18.

〔5〕 See The Law Commission and The Scottish Law Commission, *Insurance Contract Law: Business Disclosure; Warranties; Insurers' Remedies for Fraudulent Claims; and Late Payment*, 2014, p.8.

〔6〕 Ibid, p.9.

〔7〕 See Jacob Loshin, "Insurance Law's Hapless Busybody: A Case Against The Insurable Interest Requirement", *Yale Law Journal*, Vol.117, 2007, pp.479-483.

〔8〕 See Mark M. Bell, "A Concurrent Mess and a Call For Clarity in First-Party Property Insurance Coverage Analysis", *Connecticut Insurance Law Journal*, Vol.18, 2011, p.78.

〔9〕 See Nicholas Leigh-Jones, John Birds and David Owen, *MacGillivray on Insurance Law*, London: Sweet & Maxwell, 2008, pp.435-438, 480.

〔10〕 See Herman Cousy, "Belgium Insurance Contract Law Report", in Helmut Heiss (ed.), *Insurance Contract Law Between Business Law and Consumer Protection*, Zurich: Die Deutsche Bibliothek, 2012, pp.82-83.

期建立在面对面沟通和社会纽带上的市场已经发展成基于系统、程序和复杂数据分析的市场”，〔11〕这进一步强化了保险人的交易优势。这种交易主体之间能力、信息与资源的失衡使保险市场深受“质量不确定性”的影响。正如(英格兰与威尔士)法律委员会与苏格兰法律委员会(以下统称英国法律委员会)在其保险法改革报告中所指出的那样，若投保人在签订合同时难以评估所购买保险产品的质量，其将倾向于购买较低价格的产品。对价格的强调会给保险人带来降低质量以削减价格的动力，最终，坚持提供优质产品的保险人将被排挤出市场。况且，此种投保人希望获取更优交易条款的愿望亦会受限于交易能力与成本而难以实现。〔12〕这一市场失灵问题最集中地体现在投保人仅是偶然参与保险交易，以及投保人识别拟购保险产品的质量需要付出较高成本的情境之下。〔13〕对于那些需要持续分散营业风险(进而频繁从事保险交易)，且有更多资源获得外部专业支持，以判别保险购买决定合理与否的投保人而言，其受到的不利影响则相当有限。这意味着，个人投保人，而非大型商事企业，更易受困于保险人滥用优势交易地位而向其施加的不公平交易结果。其次，保险的功能已不局限于移转海上贸易等少数类型的商业风险，而是涵盖多样化的商业与社会生活风险的移转与管理。不仅各类商事企业，普通民众也都需要，且已然处于保险保障之下。后者主要是想通过保险机制移转自身面临的风险，因而更关注保险人能否在风险现实化后履行承诺。这意味着，此类交易的规制重心在于确保普通民众基本的风险保障需求不会因保险人滥用优势地位而无法实现，这在现代风险社会中尤具现实意义。某些保险甚而已成为维系个人生存发展所必需的准公共物品，因而立法者必须确保个人能以合理成本获取该类产品。〔14〕而商事企业在移转风险之外，可能还需要，甚至首先期待保险人能提供风险管理服务，如利用保险人的风险防范技能来帮助自己削减特定风险。此类主体显然能更加有意识地，同时也更加迫切地追求保险产品的精细化(个性化)，期望保险费用与保障范围之间能有更大的自由组合空间，这就要求在此类保险交易中给当事人留存更多的自治空间。然而，传统保险法却“未能反映现代保险市场的多样性，也未能体现人们交流、存储和分析信息方式的变化。它也未能与商业合同法和消费者法的发展保持同步”。〔15〕为了寻求实质正义，法院被迫重新解释法律，这导致裁判结果的重大不确定性。保险是一种移转和削减不确定损失风险的机制，个体将自己面临的风险移转给保险人，保险人则通过技术方法将风险损失确定化，随后又以收取保费为对价将补偿承诺销售给投保人。保费数额不得少于经保险精算得出的，预期自己将为被保险人承担的损失数额，因此，准确估测承保对象的损失风险是保险营业维持的关键。而裁判结果的不确定性恰恰损害了保险人的这种核心竞争力。最后，彼时消费者保护主义的兴起也促使立法者开始区分那些非基于商业目的购买保险的个体与旨在移转商业风险的购买者，进而关注前者利益时常遭受侵害的

〔11〕 The Law Commission and The Scottish Law Commission, supra note 5, p.7.

〔12〕 See The Law Commission and The Scottish Law Commission, supra note 5, pp.12-13.

〔13〕 See Rodney Lester, *Consumer Protection Insurance*, Primer Series On Insurance Issue 7 (The World Bank), 2009, pp.2-3.

〔14〕 See Kenneth S. Abraham, supra note 2, pp.1-2.

〔15〕 The Law Commission and The Scottish Law Commission, supra note 5, p.7.

现实,这最终促成了现代保险立法改革的风潮。

可以发现,消费者保护已然演化为现代保险立法的方向之一。这一保护目标的转变被先合同信息义务的发展生动地展现出来。在一部著名的英国保险法教科书中,作者介绍了19世纪初期英国法院适用诚信原则确认投保人有向保险人告知重要信息的义务。<sup>[16]</sup> 相较而言,即便法院宣称诚信义务是双方义务,即便保险人对承保范围掌握更多的信息,法院却没有要求保险人向投保人提供信息。直至20世纪前半段,各国都采取了与英国法相似的立场,<sup>[17]</sup> 但此后,立法逐渐开始要求保险人也需向投保人承担信息提供义务,2008年修订的德国《保险合同法》第7条即是例证,而此前的《1908年保险合同法》对此则无规定。

但另一方面,立法者又必须面对承保风险多样化导致的保障对象分化。即便个人基于职业目的以外的原因与保险人缔结合同的情形已占据保险交易的重要份额,但无可否认的是,传统的以移转商业风险为目标的保险交易仍然具有重要的经济影响——至少几乎所有非商业风险都需通过再保险进行分散。而在此种交易里,立法时常缺乏保护投保人的正当性。正是对上述现实的承认最终使现代保险合同法呈现出一种“精神分裂的特性”。<sup>[18]</sup> 加拿大不列颠哥伦比亚省财政部对此做了最清楚地注释:“规制保险合同的首要目标是维护和促进消费者保护;……最后一个目标是将私人合同领域内不必要的政府干预与过度规制压缩至最小程度”,一方面,“消费者的基本保险需求应当得到满足。保险合同的承保范围在必要时应予以明确规定”,另一方面,“保险人应当能在竞争性环境中自由地开发新保险产品和服务”。<sup>[19]</sup> 故而立法需要在消费者领域设定强制规范,以确保保险产品符合基本保障标准。这也能向保险人施加外部约束,鼓励其通过提供更优产品,而非利用消费者的信息匮乏或弱势地位去进行竞争,并有助于保险人消解部分潜藏的交易风险。例如,若消费者因受到不公正待遇而丧失保有或购买保险的愿望,这可能给保险人带来短期流动性风险和长期偿付能力风险,进而引发过度监管等严重限制保险营业拓展的情事。<sup>[20]</sup> 而在消费者市场之外,对于能够有效判别产品质量的商业投保人,立法则允许其就保险条款与保险人协商一致,以满足他们的特定需求。最终,保险合同法不得不在商法与消费者保护法之间徘徊。

## 二、回应消费者保护需求的立法模式选择

### (一)回应消费者保护需求的不同立法模式

为保护消费者,立法者需要对保险法进行现代化改造,此时首先面临的是立法模式的选择

[16] 参见(英)克拉克:《保险合同法》,何美欢、吴志攀等译,北京大学出版社2002年版,第585—587页。

[17] See Helmut Heiss, “General Report”, in Helmut Heiss (ed.), *Insurance Contract Law Between Business Law and Consumer Protection*, Zurich: Die Deutsche Bibliothek, 2012, p.37.

[18] See Herman Cousy, *supra* note 10, p.86.

[19] See The Ministry of Finance, The British Columbia of Canada, *Insurance Act Review Discussion Paper*, 2007, pp.3—4.

[20] See Rodney Lester, *supra* note 13, pp.2—3.

问题,即一国有无必要制定形式独立(或至少区别于商业保险法的)的消费者保护法。在比较法上,似乎多数国家迄今仍未在形式上对此明确区分,而是统一适用单一保险法,例如澳大利亚、美国、德国等。但是,这些法域却大都存在仅适用于消费者的特殊保险规范——可称之为实质性消费者保险规范群。毕竟,这种区隔并非基于立法者的主观臆想,而是来源于保险实践的客观需要。

1982年,澳大利亚法律改革委员会曾建议不区分两类保险。“如果保险一般法对普通人(投保人)不公平,那么对于从事营业的人就公平吗?多数商人不是法律专家,也不是保险专家。雇用律师和经纪人以避免现行法律所产生的困惑的营业成本,可以通过适用于所有保险合同的一套简单公平的规则予以削减,也可能因制定两套规则和与之相伴的区分困难而增加。”〔21〕这一观点被立法者接受,并体现在《1984年保险合同法》中。但现实是,立法者又不得不在某些情形下对两类保险做出区分。《1984年保险合同法》第21A条限制了投保人先合同披露义务的范围,虽然该条并未直接表明适用于基于私人目的的投保人,但实践中却导致了类似效果。因为它仅适用于“符合资格的保险合同”(Eligible Contracts of Insurance),这一术语被《1985年保险合同规章》(Insurance Contracts Regulations 1985)解释为仅有个人才会购买的保险,如家庭财产保险与旅行保险。〔22〕

美国各州立法虽然不区分消费者与商业投保人,但普通法却存在两个规则,事实上对两类保险做出了区分。一个是复杂被保险人(Sophisticated Insured)规则,另一个是满足被保险人合理期待规则。前者是不利解释规则的一个例外,即那些由保险经纪人与律师充分代表的大公司不应适用不利解释。后者允许法院以满足被保险人合理期待为由推翻保险合同的约定。由于商业被保险人与被保险消费者的合理期待并不相同,因而法院在解释保单时可以在消费者与商业实体之间划出界限。〔23〕

德国则通过对巨大风险(Large Risks)与规模风险(Mass Risks)的区分,对消费者提供保护。这近似于一种从承保风险(客体)区分商业保险与消费者保险的路径。巨大风险合同的投保人通常被视为拥有必要且丰富的知识,属于典型的商人。因而那些限制契约自由,以及专为保护投保人而创设的规定并不适用于巨大风险合同。〔24〕

而更常见的实质性消费者保险规范群构建方法,是将消费者保护法的规定准用于保险合同。例如,将消费者合同法中对标准条款的司法控制规则适用于保险合同,可能导致保险市场

〔21〕 Australian Law Reform Commission, *Insurance Contracts*, 1982, p.15.

〔22〕 See The Parliament of the Commonwealth of Australia, House of Representatives, *Insurance Contracts Amendment Bill 2013, Explanatory Memorandum*, 2013, p.23.

〔23〕 See Jerrrey E. Thomas, “USA Insurance Contract Law Report”, in Helmut Heiss (ed.), *Insurance Contract Law Between Business Law and Consumer Protection*, Zurich: Die Deutsche Bibliothek, 2012, pp.386—387.

〔24〕 See Christian Armbruster, “Germany Insurance Contract Law Report”, in Helmut Heiss (ed.), *Insurance Contract Law Between Business Law and Consumer Protection*, Zurich: Die Deutsche Bibliothek, 2012, pp.212—213.

中消费者最低保障标准的出现。《欧盟不公平合同条款指令》(Unfair Contract Terms Directive; Directive 1993/13/EEC)尽管最初被限制在普通消费者合同内,但其后被适用于保险交易,并通过各国立法与司法逐步形成了消费者保险合同不公平条款规范体系。

与前述国家不同,英国议会以英国法律委员会的立法建议为蓝本,制定通过了《2012年消费者保险(披露与应答)法》和《2015年保险法》。这意味着其消费者保险立法不仅在实质上存在,在形式上也开始走向独立。爱尔兰法律改革委员会也建议制定独立的消费者保险合同法,其立法草案已提交议会进行审议。<sup>[25]</sup>

概言之,在比较法上,对于消费者保险与商业保险的区隔主要存在三种立法模式:

第一,坚持单一立法模式,其后对两类风险做出一定区分。例如,将承保风险划分为巨大风险与规模风险。这事实上是将前者基本等同于商业保险,而将后者视为消费者保险。以德国法为例,其把巨大风险界定为两类,一类限于特定类型的风险,如铁路机车风险、航空风险等,另一类则依据涉风险主体(投保人)的情形界定。当投保人满足以下条件中的两个时,所涉风险即被视为巨大风险:①资产总额620万欧元以上;②营业额为1280万欧元以上;③该财政年度内员工平均人数为250人以上。虽然保护消费者被视为德国保险合同法修订的主要目标之一,<sup>[26]</sup>但这种过高的标准意味着,巨大风险与规模风险的区分可能与消费者风险和商业风险的区分并不一致。其原因或许在于,立法者认为小企业和自由职业者获得保护的必要性并不比消费者为低,因而选择扩大保护范围。

第二,在形式上区分消费者保险法和商业保险法,一个针对个人(自然人)消费者,另一个针对其他主体,英国即是典型代表。英国《消费者保险法》的规定涉及消费者披露与应答义务的改革。该法第1条将消费者定义为,缔结完全或主要与个人营业,事业或职业目的无关的保险合同的个人(自然人)。《2015年保险法》则包含除消费者披露与应答义务之外的立法改革,其既有适用于2012年法所定义的消费者的相关规定,也包括适用于非消费者的规定。

第三,分别制定消费者保险法与商业保险法,但消费者被界定为包括那些在营业、事业或职业以外行事的个人,以及具有与前者相似交易能力的企业(包括但不限于公司、合伙和商人)。爱尔兰法律改革委员会的立法建议就采纳了此种方法。

支持单一立法模式的论据是,这将为保险人、消费者和商业投保人各自的权利义务创造确定性,并避免区分两类保险的成本。但如前所述,这种差异是客观存在的,即便采纳了单一立法的国家仍不得不对两类风险作出某种区分。第二种模式是为消解单一消费者保险法(或消费者保护定位的保险法)可能妨害商对商交易的担忧,因而在保险人与消费者交易的背景下,强调严格适用立法规定,以向消费者提供必要保护。但在保险人与商人交易时,允许缔约方之间协议变更立法规定,以避免对商业自由的约束。但问题在于,许多中小企业的交易能力并不比个人(消费者)更为强大,仅对后者提供保护似乎也与消费者保护法的正当性基础——保护弱勢合同方——不符。基于前述考量,爱尔兰法律改革委员会选择了第三种模式。该模式所

[25] See The (Ireland) Law Reform Commission, *supra* note 3, p.16.

[26] See Christian Armbruster, *supra* note 24, p.213.

界定的受保护对象与根据《2004年爱尔兰中央银行和金融服务局法》成立的金融服务申诉专员公司的管辖范围一致,这有助于避免实体规范的实施效果因程序问题而贬损。

## (二)我国保险立法模式的选择

在第一种模式下,消费者保护性规则的建构通常是不完整的,仅在个别突出问题中存在,例如美国法与澳大利亚法。即便采用巨大风险与规模风险的区分,也难谓精准。因为立法设定消费者保护规范的正当性基础并非源于风险属性的不同,而是基于风险主体的差异。仅从承保风险本身很难完全识别当事人之间交易能力与信息是否存在明显不对称。一方面,有许多风险类型既可能成为B2B交易的对象,也可能成为B2C交易的对象,如财产损失保险与责任保险。另一方面,这种依据风险性质对保护对象的划分也忽视了实践的复杂性。例如,人身保险依据欧盟法被归于消费者风险防范。但是,此类保险也可能由雇主代表雇员,以团体保险的方式购买。此时,保险人是与一个商人,而非消费者缔结合同。本为投保人的雇主作为团体保险的组织者,还在一定程度上承担了保险人的销售与管理职能,这使其又类似于保险中介人。显然,依据承保风险的差异来划分保护范围的客观标准存在不足,立法最终仍不得不兼采投保人规模标准,以准确对焦保护对象。

而将消费者保护法的规定准用于保险合同的方式可能是立法与司法不得已的选择。毕竟,传统保险合同法无法对消费者提供充分保护的认知并非一夜形成,而是从对个别问题(如投保人告知义务)的关注,到逐渐发现有更多具体问题需要设定有别于传统保险合同法的规范,最终扩展至对单一保险合同法体系的怀疑。在此过程中,将消费者保护法的规定扩展至保险领域,不失为一种有效的对策,但却非根本之策。以这种方法最常见的适用对象——对不公平标准条款的司法控制——为例。保险营业的一个必要条件是可以运用大数法则开展保险精算。为此,保险人倾向于在大规模销售标准化商品的基础上采集风险数据,即其需要通过销售普遍适用的保险条款(格式条款)来实施营业。虽然合同一般性条款的司法控制都会对实践中此类条款的适用产生影响,但其对保险营业的影响却远大于其他行业。此外,部分在普通合同背景下的不公平条款一旦被置于保险领域,可能难以归入不公平条款范畴。例如我国《保险法》第19条的内容控制规范只是简单复制了本身即难谓完备的《合同法》第40条。<sup>[27]</sup>依其规定,免除保险人依法应承担的义务,加重投保人责任,排除投保人依法享有的权利的格式条款无效,这显然未考虑保险营业特性。正如原中国保监会所言,保险人“并不是对保险标的所发生的所有风险都予以赔偿,而往往基于相应的保费价格,约定予以赔偿的特定风险范围……责任免除条款是从外延上对承保风险范围的具体界定,是保险产品的具体表述方式”,<sup>[28]</sup>与合同法规定的免除己方责任,加重对方责任的不公平条款并不相同。由多位欧洲著名保险法学者共同起草的,拟作为未来统一欧洲保险合同法蓝本的《欧洲保险合同法原则》(PEICL)也

[27] 参见范雪飞:“论不公平条款制度——兼论我国显失公平制度之于格式条款”,《法律科学》2014年第6期,第110页。

[28] 参见保监会《关于〈机动车辆保险条款〉的性质等有关问题的批复》,保监办复[2003]92号。

在第 2:304 条注释中列明了不公平保险条款的类型。<sup>[29]</sup> 在已经存在可适用于保险领域的《欧盟不公平条款指令》的情况下,仍然在 PEICL 中纳入该条款,并且列举了有别于指令附录的不公平条款类型,这显然表明,起草者认为在保险法中直接引入消费者保护工具有必要。爱尔兰法律改革委员会也认同应对可适用于保险领域的一般不公平条款法作出修正,以适应保险交易。<sup>[30]</sup> 简言之,较之准用消费者保护法的规定,在保险法中直接引入消费者保护工具可能是更优越的消费者保护路径。而当此类直接实体性保护规范达到一定数量后,必然意味着消费者保险法在形式上的独立存在。

作者更愿意将英国法称为未完成的消费者保险立法模式。事实上,英国法律委员会在 2009 年发布的问题报告中曾提出,应将微型企业视同个人消费者对待。<sup>[31]</sup> 然而在 2014 年的咨询报告中,委员会最终决定不为微型企业提供额外保护,而是将之纳入非消费者保险体系。依据首先是很难确定一个可行的微型企业的定义。但是,英国金融申诉专员服务公司(FOS)的管辖对象就包括个人与小微企业,而且行之有效。其次,委员会认为,为了确定投保人是否属于受保护的微型企业,保险人必须向投保人提出询问,这会带来额外成本。但是,正如爱尔兰法律改革委员会指出的那样,保险人必须而且一直在订立合同时从投保企业那里获得相关信息,以便评估承保风险。最后,英国法律委员会认为,FOS 可以为微型企业提供必要的保护。<sup>[32]</sup> 但是,采用标准化方法可能更利于一国法律体系的和谐与规则实施。

相较而言,爱尔兰立法模式既能回应立法者对同样身为弱势交易方的中小企业的利益保护的关注,也能明确地昭示两类保险合同的不同价值取向,更利于实现保护消费者(更准确的是保护弱势合同方)与维系商业自由之间的平衡。但是,此种模式也可能隐含一定的立法成本与潜在法律冲突。同样作为保险合同,必然存在一定的共同规则,分别立法就意味着一定数量规则的重复设置。在其后的司法与行政监管实践中,相同的规定也可能被做出不同的解释。此外,中小型企业是否属于消费者也值得商榷。事实上,立法草案的规定本身即与《欧盟不公平条款指令》和爱尔兰《2007 年消费者保护法》的规定冲突。<sup>[33]</sup>

当我们将视野投向更加广阔的法域时会发现,接近于第三种模式的瑞典法可能是一个更好的模板。早在 1980 年,瑞典即制定了消费者保险法。2005 年时,该法被纳入新保险合同法,但仍将之作为独立的一章。新法的目的是为保险消费者提供更强有力的保护,同时满足商

---

[29] 爱尔兰法律改革委员会就曾高度评价该立法建议,“委员会受益于 2009 年出版的‘欧洲保险合同法原则’(PEICL),其中包含根据欧盟成员国国内法制定的欧洲保险合同法‘示范法’,以及欧洲领先的保险法学者对保险法的详细评论。……随附的评注对重要的保险法原则提供了非常有价值的分析。”See The (Ireland) Law Reform Commission, *supra* note 3, p.9.

[30] See The (Ireland) Law Reform Commission, *supra* note 3, p.7.

[31] See The Law Commission and The Scottish Law Commission, *Micro-Businesses Should Be Treated Like Consumers for the Purposes of Pre-Contractual Information and Unfair Terms*, 2009, p.45.

[32] See The Law Commission and The Scottish Law Commission, *supra* note 5, pp.21-22.

[33] See The (Ireland) Law Reform Commission, *supra* note 3, p.15.

业部门对合同自由的要求。<sup>[34]</sup>这一模式既避免了英国法那样的法律碎片化;也能较之德国法更加明确的彰显两类保险的不同价值取向,更利于建构系统的弱势合同方保护机制;还能比爱尔兰法节约立法成本,消弭潜在的法律规则内涵的不一,因而值得我国借鉴。至于保险消费者的含义,其实在遵循瑞典模式的背景下,与消费者保险一章的保护对象并非同一问题。在此,作者认同温世扬的观点,即在严格的法律解释意义上,我国保险消费者应当限于完全或主要基于与自身营业、事业、职业无关的目的而购买、使用保险产品的自然人(投保人、被保险人与受益人)。<sup>[35]</sup>但是,由于立法提供特殊保护的正当性在于保险交易方之间交易能力与信息的明显失衡,而这一情形除存在于消费者与保险人缔结的合同之外,还存在于中小企业与保险人之间的保险交易。因而一种可行的方法是,许可一定范围内的企业准用消费者保险的特殊性规定。

### (三)消费者保险合同准用对象的界定

当确定了立法模式后,立法者面临的首要问题是采用何种标准界定此类视同消费者保护的企业。第一种选择是将之等同于标准格式保险合同的投保人。英国法律委员会在2007年的咨询报告中提出,不应依照规模来确定一个企业的专业程度,而应考察企业如何缔结保险合同。由于欠缺专业知识的企业更有可能购买标准化的保险产品,而且通常也不会就条款进行谈判,因而其建议,如果合同采用标准格式,则应禁止保险人背离法律规定以损害投保人利益。<sup>[36]</sup>原中国保监会也曾提出类似建议。<sup>[37]</sup>但问题是,即使与大型企业通过个别磋商缔结合同,保险营业的特性(或称保险精算的需要)也决定了这种保险合同几乎都会包括一定比例的,以无差别适用为基础的标准条款。那么此时,这种标准条款占到全部条款的多大比例时,该合同应被视为标准格式合同,进而给予被保险人视同消费者的保护呢?或者,哪些类型的条款一旦采用标准条款,即应将该合同视为标准格式合同呢?这势必会引发无尽的争论。事实上,那种完全由纯粹个性化条款所构成的商业保险合同在现代实践中并不多见。交易双方时常是在保险人提供的(标准化的)基础条款之上,依据商业投保人的需要额外添加(或修改)部分条款,甚至这种额外添加的条款也可能是标准条款,即所谓挑选与混合保单。例如,实践中有部分险种是由覆盖范围狭窄的基本险,和数量众多的任意性的附加保险条款组成的。<sup>[38]</sup>投保人可在购买前者的基础上,依据需要挑选附加险,与前者共同组成完整的保险合同。故而一个将询问合同是否由标准条款构成为基础来决定能否排除法律规定的规则,将无法为当事

[34] See Johanna Hjalmarsson, "The Swedish Insurance Contracts Act 2005 - An Overview", [https://eprints.soton.ac.uk/372863/1/2008111\\_0.pdf](https://eprints.soton.ac.uk/372863/1/2008111_0.pdf), 最后访问日期:2018年12月9日。

[35] 参见温世扬、范庆荣:“‘保险消费者’概念辨析”,《现代法学》2017年第2期,第86—87页。

[36] See The Law Commission and The Scottish Law Commission, *Insurance Contract Law: Misrepresentation, Non-disclosure and Breach of Warranty by the Insured*, 2007, pp.148—150.

[37] 参见中国保监会保险消费者权益保护局课题组:“保险消费者权益问题的思考”,《保险研究》2012年第9期,第87—88页。

[38] 如太平洋保险公司的公众责任险主险条款仅有39条,但附加险条款却包括扩展类、限制类和规范类三类,共计117个条款。

人提供足够的确定性,因为双方难以准确界定彼此之间订立的合同究竟系属消费者保险合同,抑或商业保险合同。而准确测定特定主体的风险水准恰恰又是保险营业维持的关键。这意味着,这一标准带来的不确定性损害了保险人的核心竞争力。

第二种选择则是通过设定某种资格要求,如营业额、雇员人数等来限定视同消费者保护的企业。营业额是识别中小型企业最简单的标准,投保人理解且掌握该信息。这些信息也是保险人惯常要求投保企业提供的信息,因而实施成本低廉。但营业额规则也可能是一个相对粗略的方法。在投保企业年营业额计算与购买保单之间可能存在时间迟滞,而且它偏向于服务类企业,因为生产企业可能会有更高的营业额。这意味着,服务性企业更容易进入受保护企业范畴。最后,新创业企业可能没有营业额。

合同订立时的雇员人数也是常见的识别标准,但其同样存在缺陷。首先,那些完全使用代理(机构)的大型企业将被视为中小企业,因为这些代理人员并不体现在作为计算雇员人数依据的工资单上。其次,如果雇员人数与企业提交财税机关的最近年度的数据相关联,那么同样会有时间延误问题。再次,雇员规则可能与营业额规则有相反偏好,它有利于生产企业。最后,在新创业企业中确定雇员人数也会有困难。

在选择应当获得保护的企业范围时,英国法律委员会曾建议只向微型企业授予保护,而拒绝给予小型企业保护。理由是此类企业多为公司,可以借助保险中介获得专业帮助。<sup>[39]</sup>但欧盟(包括德国等国)的标准显然更为宽松,其确立的巨大风险与规模风险的划分标准中,对营业额、雇员人数和资产额的限定数字等同于其所界定的中型企业与大型企业的区分标准。这事实上是将中小型企业(包括微型企业)均视为需要保护的主体。这种差异一定程度内反映了特定法域保险市场的状况,以及保险业对立法者的影响力。在我国保险市场(包括保险中介市场)并不成熟,市场行为监管亟待提升,且多数投保人交易能力欠缺的背景下,设定保护范围时宜遵循就高不就低的原则。基于此理解,作者倾向于综合采用多个指标来确定受保护企业范围。此处可以规定只要投保人符合营业额、雇员人数与资产数额三项指标中的两项,即将其归入视同消费者保护的企业范围。应当承认,该规则并没有解决营业额和雇员规则存在的问题,甚而可能引发一个确定资产数额的新问题。但是,该规则却能提供较之单一标准更为宽松的保护范围。其保护标准也更为灵活,投保人可以依据自己的情况选择成本最低,最易于获取的资料来证明自己可归入保护对象。这也能在一定程度上舒缓前述单一标准的负面影响。

但是,立法也应避免将高度专业化和复杂的“中小型”企业纳入保护体系。这类实体可能营业额很低,雇员很少,但却是大型企业结构中非常复杂的一部分,可以控制巨额资产或做重大交易。例如典型的资产证券化结构中的特殊目的载具(SPVs)或持有航空器的典型资产融资结构的特殊目的载具。对此可以通过设定宽泛的关联企业的定义将之排除。例如,若其彼此之间可以通过投票权、股份或章程赋予的权利连接成关联企业,那么任一企业在投保时必须包括其他相关企业的营业额和雇员。最后,立法设定保护范围时还应与程序性保障机制(如金融申诉专员)中所界定的保护对象一致。

[39] See The Law Commission and The Scottish Law Commission, *supra* note 31, pp.13-14.

### 三、基于消费者利益保护的实体规则建构

考察域外相关立法的既有规定和发展趋势,以我国现行立法与司法为分析基点,作者认为,为回应保险消费者保护的需求,我国未来的立法至少应构建或完善如下实体性法律规则:

#### (一)保险合同法规范的单方强制属性

考虑到消费者交易中双方能力与信息失衡、保险人义务承担的在后性与不确定性等特殊优势,特别是为满足消费者获得必要风险保障的需求,有必要要求消费者保险产品符合最低保障标准。为此,现代立法趋向于赋予消费者保险法规范单方强制属性。英国《2012年消费者保护法》第10(1)条规定,“一个消费者保险合同内的条款……如果将消费者置于比依本法规定更为不利的地位,则该条款在使消费者不利的程度内不发生效力”。这意味着立法并不禁止在合同中授予消费者较之法律规定更为充分的保护。所谓的强制性仅是对保险人背离立法的最低保障标准,损害消费者利益的禁止。但另一方面,合同法的“精神分裂”特性决定着,立法同时需要为商业保险当事人留出足够的自治空间,以避免损害市场创造力与竞争性。为此,英国《2015年保险法》第16(2)条允许非消费者保险当事人可为任何一方的利益协议变更立法规定,只要在合同签订前,保险人已经采取了足够措施提醒投保人注意有关不利条款,并且该条款对其效力的表述是明确无误的。对于未在形式上区分商业保险法与消费者保险法的法域,这种单方强制属性的界定时常成为最有力的消费者保护工具之一。其通常做法是将保险法规范原则性界定为单方强制属性,而对可协议排除立法规定的具体情形(实质性的商业保险)另行规定,挪威保险合同法就被视为此种代表。<sup>[40]</sup>我国现行立法对此未作规定,未来应在区分两类保险的前提下,赋予消费者保险法规范单方强制属性,规定任何对前述规则的修改仅在有利于消费者的范围内有效。而将商业保险法规范界定为任意属性。也是基于前述原因,下文对实体性权利义务设定的分析都是以消费者保险为基础而展开的,并不会过多关注商业保险。

#### (二)投保人如实告知义务中比例原则的引入

投保人先合同信息义务(我国称如实告知义务,英国等国称为披露与应答义务)的制度设计体现了传统保险合同法维护保险人利益的价值取向,因而在现代保险立法价值导向转变,甚或独立的消费者保险立法制定的背景下,对该制度进行修订与完善就成了立法者的普遍选择。这种修改主要涉及两方面内容,一为信息披露方式的转变,另一个则为违反义务法律责任的设定。传统保险法通常要求投保人向保险人主动披露可能影响“审慎保险人”决定是否承保或确定保险费率的所有“重要事项”。何为重要事项,需要投保人自行判断。一旦事后证明有误或有遗漏,即视为未能善尽义务,保险人可免除全部责任,即便投保人主观上诚实地相信自己

[40] See Kaja De Vibe Malling, “Norway Insurance Contract Law Report”, in Helmut Heiss (ed.), *Insurance Contract Law Between Business Law and Consumer Protection*, Zurich: Die Deutsche Bibliothek, 2012, pp.312-314.

披露的信息是充分且准确的亦无济于事。这一设计在投保人拥有信息优势的背景下可能是正当的,然而“今天的保险人在识别那些对于是否接受承保和决定保费而言十分重要的事实方面,拥有更好的资源和设施。因此,保险人有责任通过向消费者提出具体问题来明确这些重要事实”。<sup>[41]</sup> 自上世纪六十年代以来,愈来愈多的国家在消费者保险领域将投保人的主动披露义务修正为被动地应答义务,这意味着,判断何为重要事实的负担将由保险人承担,投保人仅在保险人询问的范围内提供信息,例如英国《2012年消费者保护法》第2(2)条、德国《保险合同法》第19条第1款,PEICL第2:101条等。

由于没有经历传统保险合同法的发展阶段,我国1995年立法时直接采用了投保人被动告知义务。2009年修订的《保险法》第16条第1款规定,“订立保险合同,保险人就保险标的或者被保险人的有关情况提出询问的,投保人应当如实告知。”《保险法司法解释二》第6条规定,“投保人的告知义务限于保险人询问的范围和内容。”原保监会更是规定,如实告知的事项以投保单及有关单证提示的范围为准,<sup>[42]</sup>将告知范围压缩于保险人书面询问事项。显然,我国法采取了对消费者更为有利的书面询问回答式。这一方式还被认为可以削减不必要的交易成本,减少后续纠纷,<sup>[43]</sup>因而在未来立法时应予维持。

但是,在对违反义务责任的设定上,我国消费者保险立法应对既有规定作出修正。依据现行《保险法》第16条,投保人故意违反如实告知义务的,保险人可解除合同,免除保险责任,并不退还保费,以此威慑欺诈行为,这在学理和比较法上均有充分依据,<sup>[44]</sup>未来可直接移植至消费者保险领域。但是,现行立法对投保人重大过失违反义务时的责任设定,仍然遵循传统保险合同法的“风险不可分原则”(All or Nothing),允许保险人在满足法定条件时解除合同,免除全部责任,而未选择代表新近立法趋势的比例原则——例如,《法国保险法》第113-9条、英国《2012年消费者保险(披露与应答)法》第4(3)条等。前述规定使保险人在整个风险共同体层面上攫取了不当利益,打破了保险交易中的给付均衡。<sup>[45]</sup>因而至少在消费者保险的背景下,该规定应予废止。<sup>[46]</sup>作者认为,未来消费者保险立法应规定在投保人因重大过失未能履行如实告知义务时,保险人有权同投保人协商变更保险合同。若双方未能达成一致,保险人有权解除合同,并向投保人返还保费。在合同变更或解除前,如果发生了保险事故:①保险人证明,若自己知道不实告知的情形将不会同投保人缔结合同时,保险人有权拒绝承担保险责任,但应退还已收取的保费;②保险人证明,若自己知道不实告知的情形将会同投保人缔结与现有条款相异的条款,则依据该不

[41] The (Ireland) Law Reform Commission, *supra* note 3, p.3.

[42] 参见《中国保监会关于提醒人身保险投保人正确履行如实告知义务有关事项的公告(第55号)》第2条。

[43] See Project Group, “Restatement of European Insurance Contract Law”, *The Principles of European Insurance Contract Law (PEICL)*, Munich: European Law Publ, 2009, p.78.

[44] *Ibid.*, p.90.

[45] 关于投保人如实告知义务修订的学理依据与立法建议,参见马宁:“保险法如实告知义务的制度重构”,《政治与法律》2014年第1期,第58—68页。

[46] 有学者建议,比例原则还应扩展适用至商业保险,参见王家骏:“我国保险法告知义务‘全有全无模式’之批判与制度改革选择”,《法律科学》2018年第1期,第140—148页。

同条款自始存在一般来确定保险人的责任;③如果保险人证明,若自己知道不实告知的情形将会向投保人收取更高的保费,则保险人的保险责任将依据实收保费与应收保费的比例确定;④如果保险人不能证明前述任何一项,则应承担全部保险责任。对于一般过失和无过错违反如实告知义务的,应允许当事人协商变更合同。当双方无法就此达成合意时,如保险人证明自己若知该不实告知的事实就不会缔结保险合同,则有权终止合同。终止与解除不同,仅向将来发生效力,因而在此之前发生保险事故的,保险人仍应承担责任。

### (三) 保险人说明义务的形式化与格式条款内容控制规范的建构

现代保险法引入的消费者保护工具中最令人关注的,莫过于保险人的信息提供义务与对保险格式条款的内容控制。在立法者设计的体系中,两者通常共同作用,以期实现预设目标。

消费者交易中格式条款的广泛适用,被视为将危及以形式平等实现实质公平的目标。对此,传统契约法力有未逮。而“合同之所以具有拘束力,除了因为它建立在当事人的自由合意之上,至少还部分地因为它能够实现给付均衡意义上的合同正义”。〔47〕因而许多国家开始以信息规制、内容控制等方法进行联合干预。前者侧重于消弭相信息不对称,旨在提升当事人之间的合意度。后者则直接规制格式条款的内容,旨在确保交易方之间给付的均衡度。具体于保险领域,意思自治与给付均衡亦应共同构成,实际也已成为指引保险私法规则建构的核心原理,并对规则做出体系化工分。我国现行《保险法》也在一定意义上遵循此一思路。第17条的保险人说明义务就是以提升合意度为直接目标;第19条的不公平条款规范是对权利义务严重失衡的控制。长期以来,说明义务是司法规制格式条款的首选工具,第19条则受到冷遇。但保险人说明义务是一种履行标准极高的实质性义务,这与国外立法通常的形式化的信息提供义务不同,后者仅要求保险人向投保人提供书面交易信息,并无主动解释义务。就此而言,说明义务于理论上似乎为优,但立法与司法显然忽略了现实中的履行成本。当这种成本超出了保险人可承受的范围时,规避义务就成了必然选项。而投保人接收、识别和利用信息的成本同样是说明义务功效实现的刚性约束。再者,立法者最初设定义务时,误将焦点聚集于“责任免除”条款,这与投保人的信息需求并不匹配。保险产品同质化以及消费者非理性的行为决策模式也抑制了说明义务的功效。说明义务甚至已成为不当索赔泛滥的重要诱因,因而立法应废止实质性主动说明义务,代之以均衡考虑各方利益的形式化信息提供义务。〔48〕对因此导致的当事人合意度的不足,也不必过于担心。因为支撑或否定保险合同效力的原理之间具有动态互补关系。在各项原理的实现度都没有低于最低标准的前提下,一方原理的亏缺可通过另一方原理的充盈来予以弥补。只有当可以相互补充之核心原理的充足度总和低于一定阈值时,保险合同的正当性才将遭受质疑。〔49〕这意味着,即便信息提供义务无法确保投保人对条

〔47〕 解亘:“格式条款内容规制的规范体系”,《法学研究》2013年第2期,第104页。

〔48〕 关于对明确说明义务的批判,以及对信息提供义务具体内容的介绍,参见马宁:“保险人明确说明义务批判”,《法学研究》2015年第3期,第102—119页。

〔49〕 缺乏正当性的合同主要包括三类:意思自治完全没有得到尊重;给付极端失衡;意思自治未充分实现,且给付有所失衡,导致两者的充足度之和低于一定阈值。动态系统论下的格式条款规制主要针对第三种情形。解亘,见前注〔47〕,第108页。

款充分理解,只要给付的均衡度足够高,保险合同的效力就应得到承认。类似规定和分工在德国、法国、英国等欧盟国家,<sup>[50]</sup>以及澳大利亚法<sup>[51]</sup>中均可发现。

我国未来立法首先应在消极层面明确规定,第19条不适用于重述法律规定的宣示性条款,以及核心给付条款。后者主要是为了避免过分抑制市场合理的风险分配和竞争。因为即便在格式条款交易中,当事人之间对核心给付条款的合意度也通常是充分的,因而无需诉诸给付均衡度的保障来加以填补。<sup>[52]</sup>对免于公平性审查的核心给付条款,可界定为对保险类型与客体、所承保风险、保险金数额、保险金额或保险利益给出关键性的定义或描述的条款。那些限制、改变或修订保险人应承担义务的条款,如除外责任等皆不属于核心条款。<sup>[53]</sup>其次,应在积极层面给出清晰的不公平条款判断标准阶梯。立法可规定,若格式条款违反诚实信用原则,对被保险人等的权利义务造成显著失衡,则此条款无效。随后,应在较具弹性的第二层次和最为具体的第三层次,分类列出可被推定,以及应直接确定的不公平条款类型。上述三个层次间的判断标准可能存在种属关系,因而在适用时应先确定诉争条款是否属于第三层次列明的不公平条款,若不在其列,可上溯到第二层次,以此类推。上述标准应具有开放性,允许通过对实践的观察而补充完善。<sup>[54]</sup>

在此可能会浮现的一个疑问是:大型企业也可能在与保险人缔结合同时使用格式条款,当双方就此发生争议时,法院能否适用内容控制规范进行审查?作者认为,在消费者保险交易中,法院应先确定保险人是否对诉争格式条款已尽到信息提供义务,若为否定,则意味着双方就此的合意度几近于无,未能达到最低要求,此时诉争格式条款视为未纳入合同,不发生效力。若保险人已经善尽信息提供义务,则推定当事人间的合意度不充分。此时,可以通过保险给付均衡度的充盈来予以弥补,即此时应援引格式条款内容控制规则,来确定诉争条款的效力与保险人的责任。若诉争条款表述清晰,适用之将导致给付失衡,则其应被认定为无效。若条款存在歧义,则应依照合同解释规则,探寻处于被保险人地位的理性第三人对合同内容的理解。如无法得出唯一结论,则应作有利于投保人的解释。而对于当事人间就非标准条款发生的纠纷,或者典型的商业保险合同纠纷(投保人为不属于消费者保险法适用对象的大企业),只要保险人已经善尽信息提供义务,即应被推定为合意度充足,因而无需进行公平性审查即可确认条款效力,即非消费者保险投保人原则上无法获得格式条款内容控制规范的保护。

#### (四)违反诚实理赔义务时法律责任的强化

依据我国《保险法》第23条的规定,对被保险人的合法索赔,保险人必须在法定或约定时间内赔付,这是其基于诚信原则所承担的义务。一旦违反,除了承担保险责任外,保险人还应

[50] See Project Group, *supra* note 43, pp.99-100, 122-125.

[51] See The Treasury of Australia, *Unfair Terms in Insurance Contracts Regulation Impact Statement*, 2012, pp.8,49-50.

[52] See Project Group, *supra* note 43, pp.116-117.

[53] See Project Group, *supra* note 43, pp.116-117.

[54] 关于保险格式条款内容控制规范的具体内容,参见马宁:“保险格式条款内容控制的规范体系”,《中外法学》2015年第5期,第1197-1214页。

对迟延支付给被保险人造成的损失承担赔偿责任。对这种损失的范围,《保险法》未作明确规定,而在将保险合同视为一类特殊有名合同的前提下,依据合同法一般原理,此一损失应被界定为在合同缔结之时,保险人预见或能够预见的其违约行为会给被保险人造成的期待利益的损失,<sup>[55]</sup>对此,各国立法几无分歧。<sup>[56]</sup>然而在此之外,现代保险立法对保险人施加的责任仍在不断扩大,这一方面源于立法者对保险事故发生后处于不利地位的消费者的同情,另一方面则是对保险所具有的类似规模化产品属性的认知。在传统合同概念下,除非投保人证明诉争条款含义不清或存在违反公共政策等情形,否则,保单的规定被视为已取得投保人同意,进而依据其含义去确定保险责任。<sup>[57]</sup>但实际情形是,普通投保人(消费者)通常不会阅读,也难以理解这些条款,因而并未表达对保单内一系列条款的主观同意,而仅仅是期望通过购买保险来实现自己获得风险保障的目的。对于保险的内部构造(如具体条款),他既无法影响,也不感兴趣。正如消费者购买电器时,无法影响也无需明了其结构原理,而仅需关注该电器能否满足自己的特定目的。销售者也必须确保该商品能满足一般消费者的通常期望或其允诺的效用。而合同当事人更关注内部构造(条款设计),至于一方当事人能否通过合同的履行实现特定目的,就非对方之责。基于此点,学者认为,购买保单更像是购买规模化生产的商品,而非缔结合同。<sup>[58]</sup>还有学者从保单标准化、生产规模化,以及推广销售的方式等方面论证保单更像是一件产品。<sup>[59]</sup>就此而言,如果风险现实化后,保险人不当的拒绝或延迟承担保险责任,就需承担类似产品侵权的责任。这主要涉及保险人违反诚实理赔义务后,承担惩罚性赔偿与精神损害赔偿的问题。

在比较法上,一方面,许多法域对保险人违反诚实理赔义务的行为,不再恪守损害填补原则,而是开始施加一定程度的惩罚性责任,甚至是完全的惩罚性赔偿。依据《法国保险法》第242-1条的规定,如汽车交通事故责任保险的保险人未能善尽诚实理赔义务时,须承担延迟支付保险金的利息,该利息的利率为法定利率的两倍。<sup>[60]</sup>英国法律委员会也曾主张在普通法之外规定独立的违反诚实信用义务的侵权诉因,进而使保险人承担惩罚性赔偿。<sup>[61]</sup>另一方面,各国也趋向于要求保险人承担精神损害赔偿。加拿大最高法院曾称,加重的损害赔偿金

[55] 参见黄丽娟:“保险人恶意不当理赔的法律规制——从违约责任到侵权责任”,《法商研究》2016年第5期,第33页。

[56] See Project Group, *supra* note 43, p.221.

[57] See W. David Slawson, “Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power”, *Harvard Law Review*, Vol. 84, 1971, pp.539-544.

[58] See Daniel Schwarcz, “A Products Liability Theory for the Judicial Regulation of Insurance Policies”, *William and Mary Law Review*, Vol. 48, 2007, pp.1405-1406.

[59] See Jeffrey W. Stempel, “The Insurance Policy as Thing”, *Tort Trial & Insurance Practice Law Journal*, Vol. 44, 2009, p.818.

[60] See Project Group, *supra* note 43, p.222.

[61] See The Law Commission and The Scottish Law Commission, *Insurance Contract Law: Post Contract Duties and Other Issues*, 2011, pp.49-57.

(aggravated damages)既包括真正的损害赔偿,也包括对精神痛苦的赔偿。〔62〕 PEICL 第 6:105 条第 2 款也规定:“索赔人有权就保险人迟延赔付保险金造成的其他损失请求赔偿。”“其他损失”被解释为,对于消费者保险而言,包括“内心的安宁,以及至少免于遭受内心痛苦的自由”。〔63〕

我国在未来的消费者保险立法中,可将保险的类似产品属性作为打破合同法损害填补原则,以及排除非财产性损害赔偿惯例的论据之一,引入惩罚性赔偿和精神损害赔偿。在适用前者时,宜遵循大陆法系的传统,将之限制在保险人故意违反义务的情境中。对后者而言,则应将其限于纯粹消费者保险,即不包括视同消费者对待的中小企业。因为对非自然人而言,不存在所谓的精神痛苦。

#### (五) 保险法反歧视性规定的引入

反歧视规定近年来也被引入保险领域,用作消费者保护的工具体。从学理上分析,除合同等概念之外,保险还被视为一系列保险人与特定投保人之间的双边关系所共同构成的,一个以共同抵御风险为目标的组织。依此概念,保险人被视为中介人,通过此中介,那些仅关注自身利益的个体成为了以利他主义为核心(即所谓人人为我,我为人人)的组织的一分子。〔64〕但投保人之间并无直接的合同纽带。由于保险人的经营行为通常是对多数投保人需求的回应,此时,少数个体的利益诉求可能与多数人的选择发生冲突。因而立法需要为维护风险共同体的存续,确定一个关于多数投保人何时应对少数投保人承担容忍义务的理论。其核心是确定一种标准,以判别在何种情形下,应限制保险人实施针对少数投保人的道德风险与逆向选择的控制措施。而控制两者的首要工具即是投保时的风险识别与分类,据此决定是否接受投保,以及以何种费率承保。因而前述问题最终将在很大程度内转化为保险人在何种情形下不得采取风险识别与分类方法的问题。反歧视法就是这一问题的回答之一。例如,美国夏威夷州立法禁止在车辆保险中依据“种族、信仰、民族、年龄、性别、驾驶经验长短,信用评级,婚姻状况或身体障碍”制定承保标准或评定风险等级(Haw.Rev.Stat. § 431:10C-207)。这种规定现实层面的原因在于,立法者旨在创建的更具竞争性的保险市场导致保险人更加有选择的接受投保,以及更加细致的区分不同风险。这种区分可能涉及敏感的种族、民族等个人因素。再者,现代社会中保险的地位愈加重要,部分保险已经成为与水电等同的准公共物品。获得保险时常成为个人取得或维持某种资格的必要条件,因而需要确保其可获取性。

但是,我们又可以发现,各个法域的此类立法存在较大差异,仅以基因信息为例,在美国至少存在三种不同的模式:①须事先取得被保险人书面同意,方能使用基因信息来确定保险事项,例如纽约州(N.Y.Ins.Law § 2615);②除非存在精算证据,否则不得使用基因信息来决定保险事项,如亚利桑那州(Ariz.Rev.Stat. § 20-448);③绝对禁止使用基因信息来决定保险事

〔62〕 Fidler v. Sun Life Assurance Co. of Canada [2006] 2 SCR 3.

〔63〕 See Project Group, *supra* note 43, p.221.

〔64〕 See Regina Austin, “The Insurance Classification Controversy”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 131, 1983, pp.518-519.

项,如俄勒冈州(Or.Rev.Stat.Ann. § 746.135)。这种差异的背后其实是理念的分歧。在此一问题开始引起关注时,有学者基于保险精算原理,以经济效率为目标来论证保险人对特定风险进行分类与区别对待,能有效控制逆向选择与道德风险,因而其具有正当性;〔65〕另有学者从保护人权和维持平等出发,反对一切形式的歧视行为。担心保险领域内的风险分类会延续和强化在其他领域业已存在的阶层分化。〔66〕在评价风险分类的合理性时,他们主张不能仅考虑该分类是否有精算依据,更重要的是要考虑分类因素是否有可控性,以及分类因素与事故损失之间是否有因果关联。〔67〕

但两种观点都无法独自解释一国的保险法体系。实践中,保险人在对风险分类时,如果采用的区分因素有充分的精算依据,多会得到监管机构认可,这与效率论一致。但该观点却无法解释为何各国立法都禁止保险人基于种族、宗教等因素作为分类要素,而无论其是否存在精算依据。平等论提出分类要素必须具备可控性和因果关联性,这可以解释法律为何禁止基于种族等因素进行区分对待,但却无法解释现实中有大量不可控因素可作为风险分类的标准,如患有先天疾病。因而近期观点多主张综合考量效率与平等。例如,有观点主张对于保险人的风险分类行为,如有充分精算依据,原则上应予准许。例外情形主要是需对社会基本价值观念予以尊重。〔68〕这意味着,对种族、宗教信仰等被视为基本人权代表符号的因素,应禁止其成为风险分类标准。而对于性别、年龄等因素,可在对平等观念的尊重与商业成本的可负担性、相互补贴的公平性之间权衡,以决定取舍及其限度。还有观点提出了判断保险人的风险分类是否合理时应综合衡量的三个要素:①据以分类的因素是否对保险人预测被保险人风险水准具有价值;②确定保险人据以分类的因素对控制逆向选择的作用;③禁止保险人基于某些因素进行风险分类是否有助于克服保险领域外的非法歧视。〔69〕

总之,依据精算数据进行风险分类和区分对待,利于维持保险人营业能力,以及基于多数个体要求的风险共同体的利益。但这与政府和公众对保险人肩负社会责任,促进特定政策目标实现的期待,以及特定个体获得风险保障需求之间时常产生冲突。此时,判断保险人所采用的风险分类方法是否合理,可能并不存在标准答案。这一问题本质上是利益权衡。最终起决定作用的应是公共选择——人们认为效率与平等哪个更为重要,以及愿意为这一选择付出多大代价。〔70〕理解这一点,对我国未来的消费者保险立法无疑颇具价值。

〔65〕 See Kenneth S. Abraham, *Distributing Risk: Insurance, Legal Theory, and Public Policy*, New Haven: Yale University Press, 1986, p.80.

〔66〕 See Regina Austin, *supra* note 64, p.530.

〔67〕 See Leah Wortham, “Insurance Classification: Too Important to be Left to Actuaries”, *University of Michigan Journal of Law Reform*, Vol. 19, 1986, p.365.

〔68〕 参见周学峰:“论保险法上的风险分类:合理区分 V. 歧视”,《比较法研究》2014年第2期,第107页。

〔69〕 See Ronen Avraham, Kyle D. Logue & Daniel Schwarcz, “Towards a Universal Framework for Insurance Anti-Discrimination Laws”, *Connecticut Insurance Law Journal*, Vol. 21, 2014, pp.4-17.

〔70〕 周学峰,见前注〔68〕,第108页。

## 四、应对消费者保护困境的特殊程序设计

保险消费者权益保护不仅仅依赖于立法模式的选择与实体权利的建构,还需要程序性机制的保障。除传统诉讼方式外,近些年来,替代性纠纷解决机制(ADR)在多个法域发展迅速,为包括保险在内的金融消费者提供了便捷低廉的纠纷解决路径,有效弥补了诉讼机制的不足。

### (一) 保险纠纷解决路径的形式多样化与实质性无力

不独是中国,保险人不当理赔的现象在多个法域都普遍存在。保险合同具有时间上的不对称和给付的不确定性,投保人在合同缔结时即确定性地承担保费缴纳义务,但保险人只是允诺在其后损失发生时才承担赔付义务。虽然处于不利地位的当事人理论上可以通过明确对方履行义务的条件来保护自身,但在保险背景下,这种保护至少是很困难的。与多数类型的合同仅对涉及特定交易事件的现行或即期问题进行规划不同,保险人需要对所有不同类型的投保人面临的,全部的远期潜在风险进行预测、分类和分配。因而保单必须经常使用抽象与概括化的词语(如事件、相关行为等),进而创造了独特的潜在模糊性,<sup>[71]</sup>给保险人留下巨大的自主空间。这给了保险人采用不法索赔处理策略的诱惑。虽然保险人理论上可能抵制这种诱惑,以免损害商业信誉,但现实中,这种市场约束力度有限,时常不足以阻止保险人对短期投保人不当拒赔。对这种行为模式的主要解释是,保险人的名誉通常不能反映其真实的索赔处理结果。消费者对保险人的印象主要是通过广告与口口相传塑造的。但保险广告总是包含抽象的承诺,而非具体可核实的,关于保险人相对信赖度的信息。在消费者保险市场中,口头传播很少能传送可信赖的信息,因为消费者通常不会体验到他们所购保险的核心要素——对低概率、高成本损失提供保护。<sup>[72]</sup>即便消费者遭受了重大损失,因为保险的专业性,他们也很难判断保险人的行为是否适当。<sup>[73]</sup>况且,消费者通常把购买保险作为一个更大交易的一部分,如购买房屋、汽车等。行为法律经济学研究发现,个人在做出决策时会选择那些在最小化努力与精准实现目标之间达成平衡的方法,因而伴随着决策复杂程度的增加,决策者愈倾向于采纳简单的选择策略。<sup>[74]</sup>这意味着,将购买保险与其他更重要选择相结合的消费者在做出决策时可能完全忽视保险问题。这种充斥着消费者非理性且非基于充分信息决策的市场环境,实际上将鼓励保险人采取损害消费者利益的索赔处理策略。<sup>[75]</sup>

[71] See Kenneth S. Abraham, “A Theory of Insurance Policy Interpretation”, *Michigan Law Review*, Vol. 95, 1996, pp.547—550.

[72] See Daniel Schwarcz, *supra* note 58, pp.1413—1415.

[73] See Tom Baker, “Constructing the Insurance Relationship: Sales Stories, Claims Stories, and Insurance Contract Damages”, *Texas Law Review*, Vol. 72, 1994, pp.1407—1413.

[74] See Russell Korobkin, “Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability”, *University of Chicago Law Review*, Vol. 70, 2003, p.1226.

[75] See Oren Bar-Gill, “Seduction by Plastic”, *Northwestern University Law Review*, Vol. 98, 2004, p.1376; Jon D. Hanson & Douglas A. Kysar, “Taking Behavioralism Seriously: The Problem of Market Manipulation”, *New York University Law Review*, Vol. 74, 1999, pp.745—749.

为应对这些问题,监管者会采取监管行动,但更多的则是通过普通诉讼实施事后规制,主要方式是扩大原告的救济范围与程度。与普通违约不同,投保人有权主张精神损害赔偿,甚至惩罚性赔偿。尽管这有助于减轻保险人不当理赔的风险,但却很难消解深层次问题。监管者通常不会为此投入大量资源,因为其首要目标是保险营业系统性风险的防范。况且保险人处理的索赔数量极大,使得监管这种活动极为困难。投保人即便可以主张惩罚性赔偿,其威慑力也因保险人义务的不确定性而受损。保险人可能先初步否认不确定的索赔,随后再依据投保人展示出的提起诉讼的概率作出最终决定。而且,如果投保人对风险非常厌恶,通常会接受和解要约,而非在诉讼中寻求惩罚性赔偿。即便进入诉讼,仍无法向多数投保人提供充分保护。问题不是通过诉讼可获得的救济不充分,而在于诉讼程序本身并非可使受害人获得救济的良好机制。诉讼通常是缓慢、成本高昂且难以预测的,而遭受损害的现实使得投保人迫切地需要尽快获得赔付,但却缺乏(财产与情感心理等)资源投入于不确定的诉讼,因此,引入高效且成本低廉的保险非诉讼纠纷解决机制已成当务之急,这通常包括调解、仲裁和申诉专员三层体系,我国则仅有前两种。

调解是由第三方帮助当事人通过协商解决纠纷的机制,但效果一直备受质疑。私法主体主持的调解,由于缺乏约束力,投诉解决率偏低。而监管机关对投诉的处理(事实是在其主持下的调解)与其优先工作目标不一,导致此类活动面临资源约束。而且监管机构与受监管对象的密切业务联系暗含着监管俘获的可能,引发各方对其中立性的质疑。此类投诉处理的标准也不清晰,监管机构可能根据被投诉对象的影响力以及其他外部因素,对相似问题采用不同标准,以求尽快解决问题。我国行业协会调解与监管机构主持下的调解的效果就因此备受批评。<sup>[76]</sup>

仲裁被视为有专家决策和保密性的优点,但也面临着支持重复参与者、压制公共信息的批评。<sup>[77]</sup>具体于消费者保险背景下,仲裁的价值有限。首先,考虑到保险法的可塑性,消费者保险仲裁容易出现决策偏差。因为重复参与者能通过了解个别仲裁员的决策倾向来利用仲裁。其次,仲裁裁决并不公开,因而无从形成指导性判例,这既会加剧保险人的重复参与者优势,也不利于传播保险人的市场声誉,形成外部约束。再次,仲裁通常使用在商业保险之中,消费者保险中很少适用仲裁。<sup>[78]</sup>最后,普通仲裁的精细程序及其对抗性风格往往使其不比诉讼更为快捷。<sup>[79]</sup>我国学者也对仲裁解决金融纠纷的效果评价一般,认为其适用范围有限、费用高昂、更利于保险人。<sup>[80]</sup>特别是包括保险在内的金融交易多数使用格式条款,如果保险人

[76] 参见黎四奇:“对我国金融领域消费者争端解决机制的检讨与反思”,《政法论丛》2015年第6期,第15—16页;李慈强:“论金融消费者保护视野下金融纠纷调解机制的构建”,《法学论坛》2016年第3期,第140—141页。

[77] See Jean R. Sternlight, “Creeping Mandatory Arbitration: Is It Just?”, *Stanford Law Review*, Vol. 57, 2005, pp.1648—1657.

[78] See Herman Cousy, *supra* note 10, p.94.

[79] See Stephen J. Ware, “Paying the Price of Process: Judicial Regulation of Consumer Arbitration Agreements”, *Journal of Dispute Resolution*, 2001, pp.89—93.

[80] 黎四奇,见前注[76],第17页;袁达松、丁孝文:“论金融消费者保护视角下金融ADR机制的完善”,《北京师范大学学报(社会科学版)》2013年第1期,第114—115页。

评估参与仲裁对其不利,完全可以在条款中排除仲裁选项。反之,则可设定强制仲裁。这也是为何 PEICL 第 2:304 条附注将此类条款列为不公平条款的原因之一。<sup>[81]</sup>

金融申诉专员(FOS)是处理索赔以保护金融消费者,并引导商人遵守法律的机制。这种专员既可能是单一的保险申诉专员,也可能是综合性的金融服务申诉专员。这一模式最早出现在英国,是由保险业者创立的,但现今管辖范围已拓展至消费者和微型企业对保险、银行、证券投资等金融服务业者提出的投诉。由于纠纷解决率与解决速度令人印象深刻,且系属免费,因而英国保险消费者更倾向于通过 FOS,而非法院来解决纠纷。<sup>[82]</sup> FOS 的实践效果获得了广泛赞誉,并被包括澳大利亚、新西兰、加拿大、欧盟(多国)、印度、日本、新加坡、我国台湾地区等众多法域奉为立法改革的模板,我国学者也呼吁建构此类机制。<sup>[83]</sup> 因而作者将在分析英国 FOS 成功经验的基础上,阐述我国相关机制的建构思路。

## (二)金融申诉专员的运行机制与我国相关制度的建构

FOS 解决争议分为四个阶段:①保险人对投诉的内部处理;②FOS 消费者联系部门初步调查;③裁决员调解与初步裁决;④申诉专员最终裁决。<sup>[84]</sup>

首先,消费者必须先向其保险人投诉,保险人应在法定时间内调查投诉并予以书面回复。其次,对保险人答复不满或逾期未接到答复的消费者可向 FOS 投诉,该投诉会首先发送到消费者联系中心。联系中心会尝试在投诉被指定为案件,并向保险人收取费用之前解决投诉。再次,一旦联系部门将投诉提升为正式“案件”,就会将之发送给裁决员。裁决员首先使用调解与推荐和解的方式,引导消费者和保险人达成解决方案。若无法成功,裁决员会以保险人的内部投诉档案为基础,基于“公平合理”标准去做出没有约束力的裁决。最后,如果任何一方不接受裁决员的裁决,案件就转到申诉专员处。申诉专员主要根据裁决员和联系部门在早期汇集的纸质材料,采用“公平合理”标准作出裁决,并定期发布在“申诉专员新闻”中,但也能拒绝对某些案件作出裁决。申诉专员在一定金额内做出的裁决对保险人具有约束力,但消费者仍可向法院起诉。

FOS 的成功可能归于多因素的协同作用,例如,利用公平合理标准形成法院外的消费者金融纠纷准判例法等,但从程序设计角度考察,主要在于其将几种独立的非诉讼纠纷解决方式整合到单一方案中,从而有效提升了相对低成本的 ADR 早期阶段的效率。

设计有效的纠纷解决系统的一个基本原则是,多数争议应通过调整竞争方之间的利益来解决。<sup>[85]</sup> 只有当这不可能时,才根据哪一方是“正确的”来裁决纠纷。如果前述方法最后都

[81] See Project Group, *supra* note 43, p.122.

[82] See The Law Commission, The Scottish Law Commission, *supra* note 36, pp.66—67.

[83] 参见杨东:“金融申诉专员制度之类型化研究”,《法学评论》2013年第4期,第77页。

[84] 关于 FOS 的运作方式与相关数据,均来自其官方网站, <http://www.financial-ombudsman.org/publications>, 最后访问日期:2018年12月2日。

[85] See Peter Robinson, Arthur Perlstien & Bernard Mayer, “DYADS: Encouraging Dynamic Adaptive Dispute Systems in the Organized Workplace”, *Harvard Negotiation Law Review*, Vol. 10, 2005, pp. 360—364.

被证明不可能时,则由双方的相对实力决定谁最终获胜。因为调节利益比确定谁是对的成本更低,而后者反过来比确定谁实力强大成本更低。<sup>[86]</sup> FOS采用这种分层方式,通过将谈判、调解和仲裁组合到一个单一方案中来解决消费者保险纠纷,其每一个阶段都是沿着“利益—权利—权力”频谱的方向前行。例如,要求消费者在向FOS投诉之前应先向保险人投诉,事实上是一种利益谈判方式。同样,通过裁决员调解案件有助于确保唯有当事各方利益最少一致化的案件才能进入以权利审视为基础的申诉专员处理阶段。最后,极少数案件——那些超出FOS评估能力范围的新型法律或事实问题的案件——则由诉讼,甚至立法权力对抗来决定结果。此外,FOS程序被建构的便于后续阶段中的机构能够向较早阶段传递巨大压力,使得本来需要投入更多资源才能解决的争议,尽可能在相对低成本的早期阶段(利益协调阶段)得到解决,进而提升了每个早期阶段的效率。

绝大多数(90%以上)由FOS裁决员处理的案件未进入申诉专员审查阶段,且通常在三个月内得到解决,这对于整个计划至关重要,因为申诉专员比裁决员稀缺,而且快速支付是投保人关注的重点。除了效率考量之外,这种以利益为基础的争议解决方式更可能令双方满意。FOS裁决员享有更高和解率的主要原因是他们的调解努力与随后的申诉专员裁决相关联。首先,裁决员对案件的调解意见与申诉专员的裁决相似,因为裁决员受到申诉专员的培训,并利用申诉专员先前的裁决帮助调解案件。这意味着,向申诉专员上诉通常只会导致延误和成本增加,而很少改变结果。第二个联系是在处理案件时,申诉专员可以查阅与案件有关的所有文件,包括早先调解中的材料。此外,寻求申诉专员审查的保险人通常须以书面形式解释原因。申诉专员可以藉此评估保险人寻求审查是因为他们与裁决员存在合理的分歧,还是仅将之视为一个程序。后一种情况下,申诉专员可以将该公司提交给金融行为局进行监管调查。<sup>[87]</sup> 这些公司也将在FOS内形成不良声誉,进而影响未来案件的处理。

FOS利用后续阶段来促进争议的早期和有效解决的第二种方式是,通过联系部门向保险人征收案件费用。一旦投诉被提交给裁决员,消费者的保险人将被收取手续费。这不仅为FOS提供了资金,还允许联系部门员工说服保险人在被征收费用之前进行和解,因而促使多数投诉在这个阶段被解决。多年来,每五个提交至联系部门的投诉中只有一个会转交裁决员。显然,联系部门也利用了FOS流程中更昂贵的后期阶段来促进案件的早期解决。虽然监管机构主持调解时也能以潜在诉讼成本威胁保险人,但这些成本始终是假设性的,因为保险人拒绝妥协并不一定会导致诉讼。而联系部门可以确保那些不愿在早期妥协的保险人将最终承担后续成本。事实上,保险人的确为监管机构的纠纷解决服务埋单,但却是间接地通过缴纳税收来支付费用。由于保险人应缴税款不受具体消费者向监管机构投诉频率的影响,因此其没有动力利用调解来快速解决纠纷。FOS通过迫使保险人内化解决纠纷的成本,避免了这种“公地悲剧”。

[86] See William L. Ury, Jeanne M. Brett & Stephen B. Goldberg, *Getting Disputes Resolved*, San Francisco: Jossey-Bass Inc. Publisher, 1993, pp.4-15, 169-170.

[87] See Sharon Gilad, “Accountability or Expectations Management? The Role of the Ombudsman in Financial Regulation”, *Law & Policy*, Vol. 30, 2008, pp.232-241.

最后,企业内部投诉处理与随后的 FOS 审查之间的关联性再次使用 FOS 的分层设计来促进争议早期解决。在消费者启动 FOS 流程之前,所有投诉都必须提交给相关保险公司。公司需要对投诉进行调查和回应,这些回复构成了 FOS 随后对案件进行评估的基础。如果内部投诉处理文件不完整、依据不充分,可能损害该公司利益。因此公司有认真对待这一过程的动机。简言之,FOS 可以促进内部投诉处理流程的有效运行,鼓励保险人更仔细地调查和处理消费者投诉。相反,我国保险人可能会有意拒绝消费者投诉,因为投诉处理人员可能被要求服务于公司盈利目标,而且处理结果通常不会被纳入随后的争议解决程序。

有鉴于英国 FOS 的成功,我国学者也建议引入此一机制。其中较具代表性的观点认为,“我国一行三会各自设立金融消费者保护局,分别设置金融调解制度,条件成熟后导入 FOS 制度,并逐步建立起统一的 FOS 制度”。<sup>[88]</sup> 还有学者就完善和建立金融机构内部投诉处理机制、第三方调解机制与金融仲裁机制提出了具体建议。<sup>[89]</sup> 但是,将焦点聚集于 FOS 计划的个别元素,其实是忽略了申诉专员模式在程序意义上的真正价值——它是一个系统性的,通过各要素之间的有序排列、互动影响和压力传导最终实现纠纷高效解决的机制。这意味着,单独构建或强化任何一个 FOS 的要素机制,都很难实现预想效果。事实上,美国保险领域存在英国 FOS 机制内的各项 ADR 要素,但总体实施效果却难如人意,最核心的一点即是缺乏对 FOS 机制系统性原理的认知。<sup>[90]</sup> 因而在宏观层面的构建思路,即便承认设立统合性质的,处理所有金融消费者纠纷的申诉专员机构存在现实困难,但至少在纵向层面——即单一的保险行业内,此种申诉专员机制的各项要素及其关联性机制必须整体设计和一次性建构。近年来随着金融业务的相互融合,以及随之催生的金融监管的统合,让消费者去区分自己的金融产品系属何种类型,应向何种机关投诉日益困难。况且,随着中国保监会与中国银监会的合并,强行分拆不同营业,而仅构建单一保险行业的申诉专员制度在成本上似乎不比构建统合性质的申诉专员为低。而且,受案范围的宽泛对申诉专员功效的实现也有促进作用,<sup>[91]</sup>因而作者更倾向于设立综合了完整的 FOS 要素的统合性申诉专员机构。

在中观层面,对申诉专员组织的构建路径与机构定位,由于现行的银行保险、证券等金融监管部门都存在消费者保护机构,负责消费者投诉的处理。因而一种可行的思路是,将这些机构内的相关人员剥离出来,以此为基础组建统合性的金融申诉专员机构。此类机构定位为非监管性的处理消费者投诉的公共实体。这种设计理论上优于现行的监管机构内的投诉处理模式。一方面,由于与主要任务不符,监管机构用来解决投诉的资源有限,导致其拖延处理或拒绝接受投诉。<sup>[92]</sup> 而拟设立的申诉专员机构面临着明确的立法与组织行为规则的约束,不会(或至少不会在同一程度上)对投诉施加限制。另一方面,将中国申诉专员定位为与监管机构一样的,完全由

[88] 杨东:“日本金融 ADR 制度的创新及其对我国的借鉴”,《法律科学》2013 年第 3 期,第 182 页。

[89] 袁达松等,见前注[80],第 116—117 页;李慈强,见前注[76],第 143—145 页。

[90] See Daniel Schwarcz, “Redesigning Consumer Dispute Resolution: A Case Study of the British and American Approaches to Insurance Claims Conflict”, *Tulane Law Review*, Vol. 83, 2009, p.735.

[91] 黎四奇,见前注[76],第 19 页。

[92] 袁达松等,见前注[80],第 114 页。

公职人员操作的统一公共实体(类似于国营的ADR供应商),也有助于避免ADR私有化带来的问题。首先,仲裁员可能倾向于支持保险人等重复参与者,因为他们依赖其维持业务。而统一公共机构可以监督员工的独立性,以防止重复选手的优势。其次,申诉专员的公共实体身份还使其能够识别和处理引发广泛监管问题的投诉。相反,仲裁可能压制信息,限制消费了解情况和监管审查。最后,一个统一的公共投诉处理实体能提供比私人系统更大的透明度,可以通过内部监督,决策者之间的沟通以及决策标准的传播更容易地保证裁决一致性。

将监管机构中的投诉处理人员分离,组建申诉专员机构是可能的。毕竟,监管和投诉处理的角色不同。前者试图避免将来可能出现的抽象问题,后者试图解决过去发生的具体问题。虽然监管机构通常依靠消费者投诉来帮助其做市场行为分析。然而,间接向监管机构汇集投诉数据的市场行为分析——而非监管机构自行收集数据——的实际效果并不确定,具有很大的推测性。因为只有极少数投诉被提交监管机构。监管机构与其将市场行为分析的重点放在提交自己的投诉之上,不如关注保险人的内部投诉记录,这在正常监管中就可以实现。

在微观层面,就金融申诉专员制度的具体细节而言,需要关注几点:首先,该机构受理案件的范围宜做宽泛界定。受案范围可分为三个要素:可受理投诉主体的范围;可受理的金融纠纷类型的范围;可受理的金融纠纷的标的金额范围。在建构统合性申诉专员组织的前提下,立法对该机构受案范围宜作宽泛界定,因为受案范围与其所发挥的功效之间确实存在一定的正相关性。<sup>[93]</sup>若该机构“受案权限太窄,则一方面难以对金融机构形成强势的约束力,另一方面也难以对金融消费者提供全方位的服务”。<sup>[94]</sup>其次,立法应当赋予申诉专员机构履行职责所必须的权限。即立法应规定在一定金额范围内,申诉专员的裁决对保险人具有单方约束力。但若超过特定额度,除非消费者表明意愿缩减至该额度内,否则对保险人不具有约束力。申诉专员建构的目标是高效低廉地解决金融纠纷,而申诉专员的终局性裁决权,及其向低成本的纠纷解决前端阶段的压力传导,则是FOS成功的关键因素之一。再次,应允许申诉专员机构在受理纠纷时向保险人单方预收裁决处费用,这可以督促保险人认真对待内部投诉处理,也是矫正双方交易信息与交易能力失衡的具体措施之一。此外,申诉专员的公共机构定位也决定着,一定范围内的财政资金支持也是必要的。最后,申诉专员机构应按期发布申诉专员裁决。理论上,申诉专员机构公布的案例越多,其在社会层面的影响力越大,进而能吸引消费者更多关注,提升消费者对此机制的信赖度。申诉专员机构公布案例也有助于形成具有普遍约束力的先例,甚而转变为软判例法,或成为金融(保险)行业行为指引。按期发布申诉专员裁决,还能增强内部决策的一致性,并确保其受到公众监督。

## 五、结 语

依据国际比较法学大会报告中来自18个代表性国家(地区)的数据,消费者保险的保费收

[93] See Helmut Heiss, *supra* note 17, p.19.

[94] 黎四奇,见前注[76],第19页。

入已经与商业保险的保费收入不相上下,<sup>[95]</sup>这反映出保险已从一种传统意义上的纯粹商事契约,转变为一种同时对商人所面临的营业风险与消费者所面临的生活风险进行移转与管理的制度安排,甚而在一定意义上成为维持个人生存发展不可或缺的准公共物品。承保对象的分化在保留传统的商业保险的同时,也催生出了现代的,广义的消费者保险实质性规范群,进而在部分法域出现了形式上独立(或准独立)的消费者保险法。这类立法在不干扰商业保险立法所追求的自由竞争与创新的同时,也能更加明确地昭示其保护弱势当事方(消费者),以期实现给付均衡的不同价值取向,还能依据消费者和中小企业的特性设计具有针对性的规范,向之提供完整而充分的保护,因而宜成为我国立法的未来选择。受篇幅所限,并考虑到保险法学者相对丰富的既有研究成果,作者仅对此种立法的实质内容与程序性保障机制做了框架性的表述,期望能将我国保险法学者的努力体系化为一个相对清楚的立法进路,为进一步学术研究和立法活动提供些微助益。

**Abstract:** Insurance in the modern society has changed from a purely contractual arrangement for transferring merchants' trading risks into an institutional tool for transferring and managing risks faced by both businessmen and consumers. The insurance contract law is no longer purely commercial law, but reflects the characteristics of "schizophrenia". Legislators need to maintain free competition and innovation in the commercial insurance market and to provide consumers with necessary protection by setting mandatory minimizing protection norms in the same time. This fact has led to the emergence of a substantive group of consumer insurance norms, and even the appearance of an independent consumer insurance law. The latter has advantages both in the demonstration of legislative idea and in the design of specific systems and should be the best choice for China. Chinese legislator, therefore, need to build the substantive rights and obligations system for insurance consumers. However, the ordinary litigation procedures are not a good mechanism to enable consumers to get relief. Therefore, legislators should also set out to establish an ADR mechanism centered on the financial ombudsman to provide procedural guarantees for the realization of the substantive rights and obligations of insurance consumers.

**Key Words:** Insurance Contracts; Subject Difference; Consumer Insurance; Substantive Rights and Obligations; Procedural Safeguard

(学术编辑:贺 剑)

(技术编辑:林昱睿)

[95] See Helmut Heiss, *supra* note 17, pp.12-13.