

# 论保险法中的利得禁止原则

岳 卫\*

**摘要** 利得禁止原则与损失补偿原则并非同义概念,不应混用。损失补偿原则仅仅是财产保险合同当事人双方合意内容的逻辑结果,要求的是保险人必须在约定的范围内补偿被保险人的损失。利得禁止原则则是对损失补偿的界限予以规范,但绝非传统观点认为的限制补偿,而是确定如何给予更进一步的、充分的补偿。为此,其规范目的仅在于区别赌博及阻止道德风险,是一种政策性规定而非自然法原则,并不具有一般拘束力。但是,鉴于道德风险依然不容忽视,可将利得禁止原则分为广义、狭义和最狭义三阶,其中广义、狭义利得禁止原则应具强行法规规范性,而最狭义利得禁止原则仅为任意性规定。医疗费用保险是否可适用保险代位制度问题、重置价格保险中重置条件是否为效力要件问题等均可通过该三阶论得到圆满解决,财产定额保险这一形式据此原则上亦可有效成立,同时为今后不断开发能够化解社会经济风险的新型险种提供了理论支撑。

**关键词** 利得禁止原则 损失补偿原则 财产定额保险 人身损害保险 指数型保险

## 一、问题的提起

由于“无损失无保险”为保险制度运行的公理性原则,故保险法自始至终均存在损失补偿原则的适用问题。<sup>〔1〕</sup>而关于损失补偿原则的意涵为何,一般认为其包含两层含义:一是保险人应当对被保险人所受实际损失予以填补,二是保险人应仅对被保险人所受实际损失进行填补。<sup>〔2〕</sup>传统理论强调,损失补偿原则的意义实在于后者,即禁止被保险人获得不正当利益。<sup>〔3〕</sup>

\* 南京大学法学院副教授。

〔1〕 参见邹海林:《保险法学的新发展》,中国社会科学出版社2015年版,第76页。

〔2〕 参见温世扬、武亦文:《保险法》,法律出版社2016年版,第70页。

〔3〕 参见樊启荣:《保险法诸问题与新展望》,北京大学出版社2015年版,第152页。

例如,英国学者认为,“‘补偿’意味着使得保险人恢复到损失发生前之地位”,〔4〕因此损失补偿保险中“被保险人不能获得超过其承受之实际损失价值的补偿”。〔5〕美国学者的观点亦相同,认为损失补偿意味着“被保险人在发生损失后的财务状况不应比未发生时更好,换句话说,被保险人不应从保险损失中获利”。〔6〕而以德国、日本为代表的大陆法系国家,更是将后者予以剥离,并直接称之为“利得禁止原则”。〔7〕

我国保险法学说则被认为是承袭了两大法系对于损失补偿原则的不同称谓和内涵,在理论上完全接纳了以利得禁止原则为中心的传统补偿观念。〔8〕需要说明的是,“利得禁止原则”来源于日本以及我国台湾地区对德语“Bereicherungsverbot”的翻译。我国学者更多地称之为“不当得利禁止原则”,且文献上经常将其与“损失补偿原则”“利得禁止原则”混用,然而本质上其均指不允许被保险人获得超过实际损失的补偿。〔9〕如后文所述,鉴于“利得禁止原则”虽来源于“损失补偿原则”,但两者绝非同义概念,且为了防止与民法上不当得利制度相混淆,本文采“利得禁止原则”之表述展开论述。

传统理论主张,利得禁止原则属于损失补偿原则的当然要求,其仅适用于以财产保险为代表的损害保险(损失补偿保险),并且具有强行法规范性。〔10〕至于何为实际损失,则是指法律明文规定的保险事故发生时的实际价值。〔11〕而保险法中的保险代位、超额保险、重复保险等制度均为派生于利得禁止原则的下位规定。〔12〕不过,不仅保险实务中存在诸多与该利得禁止原则相背离的保险给付,例如重置价格保险等,保险法中亦规定有保险金给付金额可能大于实际损失的定值保险以及保险委付等法定保险。〔13〕对此,传统理论只能以属于利得禁止原则的合理例外予以解释。〔14〕此外,依照传统理论,人身保险可采定额保险与损害保险两种方式,而财产保险只能采用损害保险方式,财产定额保险并不存在,因为定额给付方式可能使得

〔4〕 John Birds, “The measurement of Indemnity in Property Insurance,” *The Modern Law Review*, Vol. 43, No. 4, 1980, p. 456.

〔5〕 John Lowry, Philip Rawlings and Robert Merkin, *Insurance Law, Doctrines and Principles (Third Edition)*, Oxford: Hart Publishing Ltd., 2011, pp. 322-323.

〔6〕 (美)康斯坦丁·M. 卢瑟亚特、巴里·D. 史密斯、埃里克·A. 威宁:《财产与责任保险原理》(第3版),英勇、于小冬译,北京大学出版社2003年版,第158页。

〔7〕 中出哲『損害填補の本質—海上保険を中心として』(成文堂,2016年)55頁参照。

〔8〕 参见康雷闪:《保险法上损失补偿原则及其当代发展研究》,法律出版社2022年版,第146页。

〔9〕 参见叶启洲:“论保险法上利得禁止原则之规范拘束力”,《东海大学法学研究》2015年第47期,第187页。

〔10〕 参见江朝国:《保险法逐条释义(第一卷)》,元照出版社2012年版,第26、33页。

〔11〕 我国《保险法》第55条第2款、日本《保险法》第18条第1款、德国《保险合同法》第88条、法国《保险合同法》第L121-1条第1款。

〔12〕 参见江朝国:《保险法论文集——保险法之理论与实务(3)》,元照出版社2002年版,第70页。

〔13〕 定值保险如我国《保险法》第55条第1款、日本《保险法》第18条第2款、德国《保险合同法》第76条。保险委付如我国《海商法》第249条、英国《海上保险法》第62条。

〔14〕 山下典孝『保険法』(法律文化社,2019年)124頁参照。

被保险人获得超过其实际财产损失的保险金给付。<sup>〔15〕</sup>

然而,随着保险技术的发展,近年来以天气指数保险、地震指数保险为代表的新型财产保险不断出现,由于该类险种仅以条款约定的条件是否成就(指数是否达到约定的标准)而非以损失的发生作为保险金给付条件,其与传统利得禁止原则的要求相去甚远。显然,越来越多的“合理例外”已经难以成为一个令人信服的理由,利得禁止原则具有强行法规范性这一命题本身逐渐受到强烈质疑,学者们不得不面对这样的问题,即保险制度下,原则上是否绝对禁止获得任何超出实际损失的利益?

整体而言,相比保险消费者充分补偿需求的全面化、多元化,保险损失理算技术的革新以及保险险种的不断创新,我国关于利得禁止原则理论的研究还有待进一步深入,以往的研究多聚焦于上述利得禁止原则衍生之下位具体制度本身,深入其原则本体者并不多见。本文在重新审视保险代位是否必然对当事人双方具有一般拘束力、重置价格保险中重置价格是否为效力要件、超额保险、重复保险等制度的法理依据究竟为何等问题的基础上,主张应对传统理论所谓利得禁止原则的内涵予以重新分析与界定,以期从本质论而非例外论对诸多保险金给付超出实际损失的险种予以体系性的解释,并为今后不断开发能够化解社会经济风险的新型险种提供理论支撑。

## 二、利得禁止原则的规范目的

探究财产保险中的利得禁止原则是否具有强行法规范性,需要考察该原则究竟为自然法的原则,还是仅为一种禁止赌博、防范道德风险的政策性法原则。若为后者,则该规范目的通过其他途径能够得以实现的话,利得禁止原则就并非必然为具有一般拘束力的强行法规范性原则。保险人可以根据保险合同的约定给予被保险人充分的补偿,即便该补偿可能超出被保险人的实际损失。反之,则必须认可利得禁止原则具有强行法规范性,保险金给付只能以实际损失补偿为限。

利得禁止原则的规范目的与其法理基础息息相关。由于其源自损失补偿原则,故容易使人误解其法理基础乃民法中的损害赔偿或不当得利制度。然而,由于被保险人所获得之损失补偿乃基于保险契约之约定,故与两者具有本质上的不同。<sup>〔16〕</sup>首先,保险人的保险金给付义务源于其与投保人之间缔结的保险契约,保险金给付金额的大小取决于契约的约定,其法律性质为损失补偿而非损害赔偿,故与侵权责任以及违约责任所致损害赔偿并无关联。其次,如果保险契约当事人双方约定给予被保险人超过实际损失的补偿,其就构成法律上的原因,只要不违反法律强制性规定,应无所谓“利得”可言,而不当得利的前提则是当事人之间财产关系的变

〔15〕 倉澤康一郎「損害・人保険および定額・物保険—保険契約分類論の再検討」生命保険文化研究所所報41号(1977年)101頁参照。

〔16〕 参见樊启荣,见前注〔3〕,第148—149页。

动缺乏法律上的依据或者说原因。<sup>[17]</sup> 据此,利得禁止原则的理论依据应于保险契约法规范内寻求,而非基于损害赔偿法或不当得利法。

众所周知,保险契约属于典型的射幸契约,保险金给付与否取决于合同缔结时约定的保险事故是否发生,而该保险事故必须是保险责任期间内发生与不发生均不确定,或者确定必然发生但发生时间不确定的偶然事件。据此,为了防止投保人一方利用该射幸契约属性谋取不正当利益,保险法要求保险人在遵循损失补偿原则承担合同约定的保险金给付义务时,必须防范道德风险的发生,以维护全体正当投保人的利益。与此同时,还必须将保险这一经济制度与赌博行为予以区别,<sup>[18]</sup>以维护保险制度的社会信用及其健康发展。而利得禁止原则正是上述要求的具体表现,因为判定保险给付是否为赌博的客观因素之一就是获得的给付是否显著超过实际损失。当然,由于是否构成赌博属于一种价值判断,所以被保险人是否具有不劳而获的目的之主观因素亦不可或缺。

据此,利得禁止原则与损失补偿原则绝非同义概念,不容混淆。损失补偿原则仅仅是财产保险合同当事人双方合意内容的逻辑结果,要求的是保险人于保险事故所导致的损失确定后,必须在约定的范围内通过金钱给付等方式弥补被保险人的损失。而利得禁止原则则是对损失补偿的界限予以规范,但该规范的目的绝对不是限制补偿,而是确定如何给予更进一步的、充分的补偿,甚至在损失即便没有完全确定但其发生具有高度盖然性的前提下,也应给予被保险人充分救济。<sup>[19]</sup> 简而言之,前者是讨论应否补偿的问题,后者虽以前者为前提,但强调的是赌博禁止、道德风险防范下如何充分补偿,即若赌博行为得以禁止、道德风险得以控制,是否可以依照合同约定给予甚至可能超出实际损失之给付的问题。因此,毫无疑问其属政策性法原则而非自然法原则。

同样着眼于两者的区别,近年有论者主张损失补偿原则在于确保被保险人的损失能否得到充分的补偿,而利得禁止原则的目的则在于防止被保险人不当得利,以维护保险制度的健康运行。其中,确保被保险人获得充分补偿是实现损失补偿的前提性、原初性的内容,是保险损失补偿原则的主导目标,因此不能本末倒置地将利得禁止作为核心,而应将重点转向充分补偿。<sup>[20]</sup> 因为若一味强调利得禁止,将无法满消费者合理的保险需求,例如重置价格保险、金额较小的定额费用保险等均有可能违背该原则而无效。<sup>[21]</sup> 在价值理念上,这一论点诚然值得赞同。然而,于技术层面上,所谓“充分补偿”的标准究竟如何? 对于具体的险种或者制度

[17] 参见谢鸿飞、朱广新主编:《民法典评注:合同编(4)》,中国法制出版社2020年版,第624—627页(金可可执笔)。

[18] 参见(美)所罗门·许布纳、小肯尼思·布莱克、伯纳德·韦布:《财产和责任保险》(第4版),陈欣、高蒙、马欣、胡晓莹译,中国人民大学出版社2002年版,第47页。

[19] 田边康平「損害保険契約における『被保険利益』と『損害填補』とをめぐり問題」『保険理論の新展開:勝呂弘博士還暦記念』(保険研究所,1963年)187頁参照。

[20] 参见康雷闪:“保险法上损失补偿原则规范功能之重塑——以‘禁止得利’向‘充分补偿’之学说演进为中心”,载尹田主编:《保险法前沿》(第6辑),光明日报出版社2020年版,第98页。

[21] 参见叶启洲,见前注[9],第195页。

该如何设计才能既满足充分补偿之目的而又不违反利得禁止原则？论者似乎并未给出明确答案。事实上，其恐怕亦难以给出答案。因为充分补偿目的能否实现的判断标准势必需要借用利得禁止之概念，否则无法界定何为充分、何为利得。因此，该观点将损失补偿原则与利得禁止原则之规范目的予以区别之用意值得借鉴，但其结论难免给人以循环论证之嫌。最终问题的解决依然要回到如何评价利得禁止原则的强行法规范性。

除损失补偿原则外，由于保险利益原则被认为与损失补偿原则属于表里一体的关系，故多数观点认为保险利益原则亦具有禁止赌博以及防范道德风险之目的。<sup>〔22〕</sup>那么，两者的关系究竟为何？以意大利及日本等国的保险契约法为例，其要求财产保险契约的被保险人于合同缔结时就必须对标的具有保险利益，否则该保险契约无效。<sup>〔23〕</sup>此前提下，保险利益原则乃于合同缔结阶段对可能发生的利得予以事先防范，而利得禁止原则乃于保险事故发生后通过确定保险给付的程度对利得予以事后阻止，前者乃贯彻后者的事前措施，<sup>〔24〕</sup>两者在不同的时点各自发挥不同的作用，规范的侧重点并不相同。然而，我国《保险法》第12条第2款明确规定财产保险中被保险人只需在保险事故发生时对保险标的具有保险利益即可，因此其事先防范利得之功能并不必然存在。<sup>〔25〕</sup>但即便如此，利得禁止原则依然有其存在的必要性，甚至可用利得禁止原则替代保险利益原则。理由如下：

其一，有学者指出，财产保险契约法中的保险利益，直接限制和评价被保险人能够获得损害赔偿的数额。<sup>〔26〕</sup>的确，在重置价格保险等某一险种的合法性论证上，这一结论并无不妥，保险利益原则与利得禁止原则所发挥的功能可能并无太大差异。但是，在保险人是否能够取得保险代位权方面，由于保险代位的理论基础在于利得禁止而非保险利益，细言之，被保险人可能利得之原因乃基于多重法律关系原因的填补，如既享有对保险人的保险金请求权又享有对第三人的损害赔偿请求权，而这完全与标的物的保险利益无关。显然，只有利得禁止原则才能够涵盖所有应讨论的情形。其二，即便是针对某一险种的充分补偿研究，保险利益原则是否具有充分的说服力仍然值得商榷。关于保险利益原则的讨论，学说已从传统的绝对说发展至相对说乃至修正绝对说。<sup>〔27〕</sup>简言之，绝对说主张被保险人的保险利益不得超过实际损失，否则不发生效力。对此相对说则认为保险利益并非效力要件，保险的本质仅为金钱给付，只要不违反公序良俗，超过实际损失的损失填补亦不违法。而修正绝对说在强调保险利益乃效力要

〔22〕 参见张力毅：“困境与出路：财产保险合同中的保险利益判断——兼评《保险法司法解释四》及其征求意见稿相关规定”，《上海财经大学学报》2020年第3期，第124页。

〔23〕 意大利《民法典》第1904条；日本《保险法》第3条，宫岛司编著《逐条解说保险法》（弘文堂，2019年）45页参照。

〔24〕 笹本幸佑「保険代位に関する議論の推移と保険法改正」『中西正明先生喜寿記念論文集：保険法改正の論点』（法律文化社，2009年）162頁参照。

〔25〕 事实上，应当对该条进行限缩解释，即应仅限于将来确定的利益。例如，个人永远不可能对“万里长城”享有基于任何权益的保险利益。

〔26〕 参见邹海林，见前注〔1〕。

〔27〕 关于学说的详细内容及发展状况，参见黄军、李琛：“损失填补原则探微”，《法学评论》2006年第2期，第81—82页。

件的前提下主张对保险利益予以弹性解释,法律效果上与相对说同样起到解释重置价格保险适法性的作用。然而,相对说将保险的本质理解为金钱给付显然违背了保险的基本目的,难以获得赞同。而修正绝对说虽然能够将重置价格保险置于损失补偿框架下予以弹性解释,但对于保险委付等则只能定性为一种救济,其结果是将“或然性损害或不确定性损害排除在损害补偿的对象之外,使得损害的概念失之偏狭”,<sup>[28]</sup>显然利得禁止原则于逻辑上更具自洽性。

有鉴于此,我国现行法下,保险利益的功能应仅限于确定标的物及其价值,据此区分是否为超额保险、重复保险等,将保险利益概念上升为所谓原则并无意义。<sup>[29]</sup>比较法上,例如澳大利亚1984年《保险合同法》甚至在财产保险契约范围内废除了保险利益概念,有英美法学者认为其应该为损失补偿原则所代替。<sup>[30]</sup>不过,虽然利得禁止原则派生于损失补偿原则,但鉴于两者之间规范目的相异,应使用利得禁止原则替代之更为合理。

### 三、利得禁止原则强行法规范性的分阶构造

既然利得禁止原则仅为一种政策性法原则,那么其是否完全不具有强行法规范的性质?近年来,随着利得禁止原则规范目的的逐渐清晰,围绕着这一命题,理论界展开了一系列新的探索,大致可分为以下三种观点:

#### (一)利得禁止原则否定论

利得禁止原则否定论最早由德国学者提出,顾名思义,其完全否认保险法中存在具有强行法规范性的所谓利得禁止原则,是反思该原则最为彻底的见解。具有代表性的观点认为利得禁止并非一个具有法命题意义的原则,而仅仅是针对个别情况予以法律规制的指导理念,因为利得禁止这一概念并无具体法律效果,且缺乏法的安定性所要求的具体要件。<sup>[31]</sup>近年来,德国的学说对利得禁止原则的强行法规范性的质疑尤其集中在是否违反相当性原则这一点。细言之,契约的自由乃《德国基本法》第2条所保护的国民基本权利,而所谓利得禁止原则并不符合限制该契约自由的必要条件。利得禁止原则下以道德风险防范为目的的禁止规则保护的是保险人的利益,而保险人完全可以通过条款内容来规避该风险,没有必要再通过制造一个法律原则来限制契约的自由,在这一点上保险人和其他金融机构并无差异。<sup>[32]</sup>德国联邦法院也

[28] 参见樊启荣:“保险损失补偿原则研究——兼论我国保险合同立法分类之重构”,《中国法学》2005年第1期,第72页。

[29] 马宁教授同样主张保险利益概念虽仍应为保险制度的必然要求,但保险利益原则可以废止。不过,其理论基础建立在财产保险中的保险利益原则与保险人对保险利益的审视非为同一范畴,强调前者所包含的禁止赌博、防范道德风险功能完全可以由保险人的风险评估即后者所替代,参见马宁:“保险利益原则:从绝对走向缓和,抑或最终消解?”,《华东政法大学学报》2015年第5期,第115—127页。对此,本文认为仅凭保险人单方评估难以达成禁止赌博与防范道德风险之目的,其必须通过利得禁止原则来实现。

[30] John Birds, *Birds' Modern Insurance Law*, London: Sweet & Maxwell, 2010, pp. 64-66.

[31] Vgl. Wolfgang Römer, in: Römer/Langheid VVG 1997, § 55. Rn. 10.

[32] Vgl. Römer(Fn. 31), § 55. Rn. 10.

于2001年4月4日判决中明确表明：“在保险契约法中并不存在一般的、强制性的利得禁止原则。除法律另有给付限制外，保险人必须履行其所做出的承诺。”〔33〕

日本的利得禁止原则否定论者除借鉴上述德国法外，还以日本《保险法》制定后超额保险、重复保险的法律效果已从旧《商法》所规定的无效变为有效为由（第9条、第20条），强调该原则于日本法下已无具体体现，主张利得禁止原则根本无法成立。〔34〕然而，虽然利得禁止原则仅为政策性原则而非自然法原则，故否定其强行法规范性亦合乎法理，但仅仅依靠保险人自身完善契约内容能否达到作为射幸契约所要求的道德风险防范之目的，学说普遍存在怀疑的态度。〔35〕

## （二）“广义利得禁止原则”与“狭义利得禁止原则”二阶论

相对于利得禁止原则否定论将道德风险的防范托付于当事人之间的约定，近年来越来越多的学者认为虽然没有必要赋予利得禁止原则绝对的强行法规范性，但除法律明文规定外，亦必须对可能诱发道德风险的保险给付行为进行限制。因此，可以对传统利得禁止原则进行分阶解释，最初出现的是“广义利得禁止原则”与“狭义利得禁止原则”二阶论。该观点主张，利得禁止原则实际上应包含有以下两阶：〔36〕

第一，鉴于保险制度的目的在于应对某种偶然事故所可能带来的经济风险，那么通过该制度获得不当利益应为所有险种所禁止，具体何为不当利益应以是否违反公益、公序良俗作为判断标准，这里的“禁止”可称为“广义利得禁止原则”，其具有强行法规范的性质，无论财产保险抑或人身保险均应适用。以财产保险为例，假设保险标的物乃虚构，保险人当然可依照民法或保险法的规定，以构成欺诈或者违反告知义务为由主张撤销或解除保险契约。但实际上，由于保险制度的根本目的在于转移风险，而无风险可转移的虚构保险标的行为显然属于恶意利用保险制度、扰乱金融秩序之赌博行为，故该保险契约应属当然无效（特别是因除斥期间届满而无法依照欺诈、告知义务违反主张撤销或解除合同时，这一点显得尤其重要）。2020年震惊保险业，被社会广为关注的武汉某公司“假黄金”投保骗贷案，若标的物被证明确为假黄金，则保险公司是否需要承担担保责任以及合规责任另当别论，单就案涉保险契约而言，应当以违反公序良俗为由认定其无效。〔37〕再以人身保险为例，一名收入普通的职员，却购买了保险金额高达几千万元甚至上亿元的身故保险，即便人的生命无价，但毕竟保险乃以风险转移为目的的经济制度，而上述金额明显超过社会通常所认识的分散风险之限度，且所需缴纳保险费与收入

〔33〕 BGH Urt v. 4. 4. 2001-IV ZR 138/00.

〔34〕 土岐孝弘「損害填補にかかわる諸法則といわゆる利得禁止原則との関係」保険学雑誌 626号（2014年）17頁参照。

〔35〕 中出哲「約定保険価額の拘束力—損害保険契約における利得禁止原則に関連して」損害保険研究 75卷4号（2014年）81頁参照。

〔36〕 洲崎博史「保険代位と利得禁止原則(1)」法学論叢 129卷1号（1991年）2頁参照。

〔37〕 关于该起“假黄金”投保骗贷案的相关具体情况，参见《武汉金凰假黄金案保险公司要不要赔？陕西高院终审裁定！》，载央视网，<https://news.cctv.com/2020/10/12/ARTIZYY2AFg3zo7dnP8AOCyu201012.shtml>，最后访问日期：2024年10月11日。

不成比例之事实等可以成为推断主观恶意的间接证据,故认定其为一种赌博行为从而保险契约无效亦具有相当的合理性。〔38〕

第二,相对于该“广义利得禁止原则”,“狭义利得禁止原则”中的禁止则以是否违反财产保险契约法所规定的损失补偿作为判断标准,但损失的判断并不以时价为基础,而是只要在广义利得禁止原则所允许的范围内,即便约定的保险金给付金额高于实际损失,该保险给付亦为有效。与传统利得禁止原则不同的是,狭义利得禁止原则并不具有强行法规规范性。例如,重置价格保险中即便保险金给付金额超过实际损失,也未必被认定为无效。“狭义利得禁止原则”的意义仅在于引导财产保险中各种特定险种如何合理地制定损失补偿方式,是保险契约中“保险给付乃合理的损失补偿”这一契约效果意思的表现,其虽名为“原则”但本质仅为一种任意性的指导理念。〔39〕

与利得禁止原则否定论相比,二阶论的意义在于一方面肯定了利得禁止原则具有作为强行法规规范存在的意义,无论任何险种均不得违反,其禁止赌博的目的依然可以实现。另一方面又强调在损失补偿层面其为任意性规定,应当遵循保险合同当事人之间的契约自由,为重置价格保险等提供了理论支撑。不过,仔细分析二阶论的内容,其本质应是将传统利得禁止原则的规范目的进行了分配,即将禁止赌博这一目的分配至广义利得禁止原则,而将道德风险防范分配至狭义利得禁止原则。然而,仅凭后者能否达到道德风险防范之目的依然值得考量。实际上,若将广义利得禁止原则理解为一般私法意义上的公序良俗原则违反,而利得禁止原则否定论虽然否定利得禁止原则作为强行法规规范性存在,但其又必须当然遵循一般私法上的原则,就此意义而言,二阶论与利得禁止原则否定论似无本质上的区别。

此外,无论是二阶论还是否定论,其法理逻辑必然衍生财产保险与定额保险并非是完全对立概念之法律效果,因为只要不违反广义的利得禁止原则,财产保险的保险金给付可以超出以时价为计算标准的实际损失,这意味着似乎只要是财产保险均可采用定额给付方式。但这样的结论与道德风险防范的关系如何,相关学说并未予以进一步的阐述。

### (三)“广义利得禁止原则”“狭义利得禁止原则”与“最狭义利得禁止原则”三阶论

利得禁止原则三阶论形成于对上述可能一刀切的形成财产定额保险的忧虑及其背后对道德风险的低估。该说认为损害保险与定额保险的区分意义不仅在于保险金给付方式这一形式上的差异,究其本质,乃是对道德风险防范的要求不同,若一律否定该区分意义,显然是未能充分评价道德风险的严重性,故主张应当将利得禁止原则细分为以下三阶:〔40〕

第一,最狭义利得禁止原则。该原则等同于二阶论中的“狭义利得禁止原则”,即是否违反财产保险契约法所规定的以时价作为损失判断标准的损失填补方式,同时该原则的性质属于

〔38〕 参见岳卫、高西雅:“反保险欺诈与公序良俗理论适用问题研究——以日本法的研究为中心”,《保险研究》2021年第5期,第109页。

〔39〕 中出哲「保険代位制度について一機能面から見た制度の本質」経済学研究 62 卷 1~6 号(1996 年)487 頁参照。

〔40〕 山下友信「保険法(下)」(有斐閣,2022 年)77 頁参照。



任意性法律规范。

第二,狭义利得禁止原则。该原则的意义在于容认保险金给付金额可以高于以时价为标准计算出的实际损失,但强调为了阻止道德风险,保险给付与该损失之间必须具有一定的关联性,且该关联性必须能为社会通识所能理解,否则该保险给付无效。申言之,狭义利得禁止原则具有强行法规范的性质,财产保险合同必须受该关联性存在与否的审查,以此起到防范道德风险之目的。

第三,广义利得禁止原则。该原则的性质与二阶论中的“广义利得禁止原则”相同,具有强行法规的性质,无论险种如何,从公序良俗的角度出发均不能容认具有显著利得的保险金给付,否则即为纵容赌博行为。

同样是基于多阶判断,三阶论的意义在于,虽然该学说下广义利得禁止原则依旧适用于各险种,但由于其将狭义利得禁止原则界定为强制性法律规范,要求必须判断保险给付与损失之间是否具有关联性,所以相较二阶论而言更加有力地阻止了道德风险的发生,克服了二阶论以及否定论过小地评价了道德风险之缺陷。

## 四、利得禁止原则派生规定的反思

如前所述,传统理论认为保险代位、超额保险、重复保险均为派生于利得禁止原则的下位规定,故三种制度均应具有强行法规范的性质。然而,随着对利得禁止原则研究的深入,理论界就保险代位是否必然具有一般拘束力,就超额保险、重复保险的法律效果是否必然无效均提出了质疑。从三阶论的角度重新审视三种制度,可以得出保险代位于财产保险中并非当然适用,于人身(定额)保险中亦非当然不适用之结论。而超额保险、重复保险就其规范目的而言,与利得禁止原则并无关联。

### (一) 保险代位

所谓保险代位,是指财产保险的被保险人基于保险事故取得保险金请求权,且因同一事由同时取得对第三人的损害赔偿请求权时,履行了保险金给付义务的保险人取得被保险人对第三人权利的制度。该制度为包括我国在内的世界各国及地区保险法所采纳。<sup>[41]</sup>

关于该制度的法理依据,传统理论认为若允许被保险人同时行使上述两种权利,必然导致其获得超过实际损失的补偿,违反具有强行法规范性的利得禁止原则。因此,保险代位是利得禁止原则的必然体现,<sup>[42]</sup>当事人双方不得通过特别约定予以排除。当然,除保险代位外,阻止被保险人利得理论上还可通过使得第三人免责的方式实现,但第三人因被保险人加入保险这一偶然事实而免于承担赔偿责任,显然与社会通常认识相悖,难以得到认同。此外,第三人亦不得以被保险人受保险给付而向其主张损益相抵,其理由一般认为在于保险给付乃由

[41] 我国《保险法》第60条,我国台湾地区“保险法”第53条,德国《保险合同法》第86条,日本《保险法》第25条等。

[42] 参见江朝国,见前注[12]。

约定有支付保险费之保险契约为基础,而损害赔偿金则基于侵权行为,两者法律基础并不相同。<sup>[43]</sup>

与财产保险不同,由于人的生命、健康难以用金钱衡量,被保险人无所谓得利,故保险代位并不适用于人身保险,我国《保险法》第46条亦有明文规定。然而近年来,对人身保险中的医疗费用保险是否适用保险代位这一问题,司法实践及学说产生了较大争议,藉此引发了对传统利得禁止原则认识的反思。

在姜某某与某财产保险公司保险合同纠纷案中,<sup>[44]</sup>法院明确指出:对于人身保险,我国《保险法》第46条“明确限制了保险人行使代位追偿权,同时赋予了被保险人或受益人另外向实施致害行为的第三者主张侵权赔偿的权利。因此,‘损失补偿原则’(即本文中的‘利得禁止原则’)不适用于人身保险,当然也不适用于本案中属于人身保险的个人意外伤害保险”。依此逻辑,当然保险人不得对个人意外伤害保险中的医疗费用行使代位求偿权。而在沈某某与某财产保险公司保险合同纠纷案中,<sup>[45]</sup>法院指出:“虽然根据我国保险法的规定,人身保险不适用保险代位追偿制度。但费用补偿型医疗保险具有特殊性,属于中间性保险,该保险产品开发的目的在于补偿被保险人因治疗疾病或医治伤害所发生的费用,应当适用损失补偿原则。”据此,保险人当然可以就医疗费用行使代位求偿权,与前述判例结论完全相反。

相对于法院的不同判断,近年来学说基本倾向于保险人对于损失补偿型医疗费用保险能够行使代位权。理由在于损失补偿型医疗费用保险虽与人的生命、健康相关,但其本质却为财产保险(费用的损失补偿)。<sup>[46]</sup>而依照传统理论,利得禁止原则具有强行法规范性,其法律效果应是即便条款中就代位没有明文约定,保险公司亦可当然主张适用之。此外,我国的主流学说还将争议形成的原因归结于我国保险类型的划分未以保险金给付方式为标准,认为若采损害保险与定额保险之分类方式,问题将迎刃而解。<sup>[47]</sup>显然,其前提亦是损害保险的情形下保险代位制度应该当然适用,因为损失补偿必须遵循具有强行法规范性的利得禁止原则。但是,该结论难以赞同,因为解决问题的关键并非是否采损失补偿即损害保险形式,而是依旧在于利得禁止原则本身究竟是否具有强行法规范性。

如前所述,传统理论主张利得禁止原则具有强行法规范性的理由在于被保险人不得获利,

[43] 参见叶启洲:《保险法实例研习》,元照出版社2013年版,第222页。与此观点相同,日本最高裁判所以生命保险金、火灾保险金、定额伤害保险金均具有保险费对价的性质,或者因具有保险费对价的性质,所以其支付是依据侵权行为以外的其他原因(另行缔结的契约)等几乎相同的理由,判定三种保险金都不能成为损益相抵的对象,参见日本最高裁判所判决1964年9月25日,民集18卷7号1528页;日本最高裁判所判决1975年1月3日,民集29卷1号68页;日本最高裁判所判决1980年5月1日,判例时报971号102页)。我国台湾地区“最高法院”1971年台上字第42号判决亦持相同见解。

[44] 姜某贵与中国人民财产保险股份有限公司苏州市分公司保险合同纠纷案,山东省德州市中级人民法院民事判决书,(2019)鲁14民终1245号。

[45] 沈某翔与中国人民财产保险股份有限公司涟水支公司保险合同纠纷案,江苏省淮安市中级人民法院民事判决书,(2019)苏08民终510号。

[46] 参见康雷闪,见前注[8],第207、212页。

[47] 参见樊启荣,见前注[28],第74页。

否则将诱发道德风险。有审判机关明确表示“补偿性医疗保险适用补偿原则和保险代位制度，非补偿性医疗保险不适用补偿原则和保险代位制度”。〔48〕此外，人民法院案例库中最新公布的一则案例明确：“因同一保险事故被保险人要求各保险人支付的保险金超过实际发生的医疗费用的，人民法院不予支持。”虽然该案例的纠纷为（医疗费用）重复保险，但其判决要旨中有关损失补偿原则之表述亦应适用所有财产保险，即“在损失补偿原则下，保险的目的在于补偿被保险人因保险事故造成的实际损失，因此，被保险人可获得的补偿以其保险标的在经济上恢复到保险事故发生之前的状态为限，而不是让被保险人获得多余或少于损失的补偿，尤其是不能让被保险人通过保险获得额外的收益”，“这个原则主要是为了维护保险双方的利益，从而防止道德风险的发生”。〔49〕

然而，随着新型产品的不断开发，保险实务中近年来很多产品就医疗费用提供有损失补偿与定额给付两种保险金给付方式可供选择。〔50〕由此一来，如果损害保险之方式当然适用保险代位而定额给付方式却不适用，则阻止利得、防范道德风险的目的依旧无法达成。显然，传统利得禁止原则无法给出合理的答案。有鉴于此，现在的有力说认为人身保险的情形下，保险代位制度并不具有当然的一般拘束力。〔51〕究其法理依据，一方面损失补偿与定额给付这两种保险金给付方式的对象为同一经济损失，仅仅因为保险金给付形式上的不同而导致代位适用与否存在差异显然有失公平，但另一方面仅凭结果不公平来要求两者的法律效果必须具有同一性显然未能从正面提供法理依据，缺乏充分的说服力。因此，有必要从利得禁止原则三阶论予以分析。

考虑到道德风险发生的可能性，保险代位在与人身无关的财产保险中一般均应具有拘束力，双方不得通过约定排除，此乃具有强制性法律规范性质的狭义利得禁止原则的要求。因此，对于一般的财产保险而言，即便没有约定保险代位，保险人亦当然可以行使代位权。而对于医疗费用保险这一类与人身相关的财产保险（费用保险），一方面超出实际费用损失的保险金给付与损失之间显然具有一定的关联性。另一方面，很难想象被保险人为了骗取双倍的医药费而与加害人通谋，道德风险可忽略不计，因此无保险代位之约定并不违反狭义利得禁止原则。因此，若当事人双方于保险合同中未明确约定适用代位的，保险人并不能因医疗费用保险为损害保险而当然主张适用。有观点主张，“保险合同对是否适用补偿原则未作约定或约定不明的，视为非补偿型医疗保险，不适用损失补偿原则，保险人按约向被保险人支付保险赔偿金

〔48〕 参见上海市高级人民法院《关于审理保险代位求偿权纠纷案件若干问题的解答（一）》（沪高法民五〔2010〕2号）。

〔49〕 最高人民法院案例库案例，入库编号 2024-08-2-334-002。仇某诉某保险公司人身保险合同纠纷案，山东省济南市中级人民法院民事判决书，（2019）鲁 01 民终 10882 号。

〔50〕 具体为，医疗费用保险合同中约定固定的保险金额，若实际医疗费用低于此保险金额，则投保人可选择请求该给付金额。而当实际医疗费用高于此保险金额，则投保人可选择请求实际医疗费用的金额。实际操作中，由保险公司主动给付两者中金额较高者。参见我国台湾地区南山人寿保险股份有限公司《南山人寿好医靠住院医疗健康保险条款》。

〔51〕 山下友信=永沢徹编著《论点体系保险法 1》（有斐阁，2022 年）286 页参照。

后,无权向第三者行使代位求偿权”。<sup>[52]</sup> 其不当然适用保险代位制度之结论固然赞同,但未作约定或约定不明的即视为非补偿型医疗保险之解释显然缺乏法理依据。<sup>[53]</sup>

此外,既然保险代位适用与否的判断标准在于是否违反狭义利得禁止原则即是否能够充分排除道德风险,那么若人身定额保险之方式存在道德风险,保险人是否亦可约定保险代位?当然,该问题的前提是被保险人可能获得超出实际损失的利得(故可能诱发道德风险)。一般而言,否定保险代位制度适用人身保险的理由主要在于人的生命难以用金钱衡量,定额保险的保险金给付额与人的损失并无直接因果关系,故被保险人无所谓利得可言。<sup>[54]</sup> 然而,近年来有学者从法经济学的角度出发,强调人的生命价值并非不可用金钱量化。该见解认为,否定论者混淆了生命的经济价值(具体价值)与道德、哲学、哲学等价值(抽象价值)的关系,前者具体是指个人资本化的收入获取能力,其与财产类似,会因人的伤残或死亡而部分或全部损失,因此对生命价值及其损失的计算和赔偿均非不可实现。<sup>[55]</sup> 况且,若标的完全不能以金钱进行评价,该险种本身能否成立都值得怀疑。因此,即便是人身定额保险,至少对于可以用金钱评价的损失相对应的保险金部分,亦应允许保险人主张以此为限行使代位权。因为既然该部分与财产损失保险具有相同的经济与法律性质,其道德风险防范之规范目的理应相同。据此,就立法论而言,有必要对人身定额保险不适用保险代位之规定予以重新考量。而解释论上,应将我国《保险法》第 46 条予以限缩性解释,即具有诱发道德风险可能的人身定额保险亦可适用之。

## (二) 超额保险、重复保险

所谓超额保险,是指保险金额大于保险价值的保险。我国《保险法》第 55 条第 3 款规定超额保险中保险金额超过保险价值的部分无效,文义解释的角度下其乃绝对的强行法规范似乎并无争议。我国台湾地区“保险法”虽在条文规定上有所差异,即由一方欺诈而订立的情形下,该法只规定了另一方的解除权,<sup>[56]</sup>但解释论上,学说认为,就该法第 72 条以及第 76 条的整体而言,应当认定无论是否属于欺诈,超额部分一律无效,且相关规定为强制性法律规范。<sup>[57]</sup> 对于法律规定超额部分无效的理由,传统理论当然认为是利得禁止的必然结果,且超额保险是

[52] 王静:《保险案件司法观点集成》,法律出版社 2016 年版,第 286 页。

[53] 英美法下,医疗费用相关保险合同中以往并无代位求偿权的约定,因此经常产生争议,且保险人一般均无法主张。而近年来由于明确约定的增多,代位求偿权争议明显减少,故有学者认为该领域有些混乱。参见(美)约翰 F. 道宾:《美国保险法》,梁鹏译,法律出版社 2008 年版,第 257 页。但笔者以为,这并非混乱,而是正好契合了利得禁止原则三阶论的观点。

[54] 参见于海纯:“论人身保险不应适用损失补偿原则及其意义”,《政治与法律》2014 年第 12 期,第 108 页。

[55] 参见任自力:“保险损失补偿原则适用范围思考”,《中国法学》2019 年第 5 期,第 130 页。

[56] 我国台湾地区“保险法”规定,“保险人应于承保前,查明保险标的物之市价,不得超额承保”(第 72 条后段),“保险金额超过保险标的价值之契约,系由当事人一方之诈欺而订立者,他方得解除契约。如有损失,并得请求赔偿。无诈欺情事者,除定值保险外,其契约仅于保险标的价值之限度内为有效”(第 76 条第 1 款)。

[57] 参见江朝国:《保险法逐条释义(第二卷)》,元照出版社 2013 年版,第 277 页。

最直接的违反利得禁止原则的形态。<sup>〔58〕</sup>

然而,上述结论显然误解了超额保险的本质功能及应有意义。如果仅仅是为了阻止被保险人获得超过实际损失的利得,法律根本无需就超额保险予以特别规定。因为除非是定值保险,保险标的发生损失时,原则上应以保险事故发生时保险标的的实际价值为保险金给付的计算标准。显然,超额保险之规定应当另有特殊的规范目的。

由于物价的变动,投保时的足额保险可能于保险事故发生时变为不足额保险,而超额保险的意义就在于保护投保人的利益,使得投保人通过设立超额保险的方式防止上述情形的发生,以免蒙受未曾预料到的不利益。就此意义而言,应将现行法超额部分无效的规定解释为相对无效。其法律效果是,只有投保人可就超额部分主张无效并要求保险人返还相应的保险费,而保险人不得主张,否则可能无法达成投保人利益保护的目。需要注意的是,此情形下超额保险的判断时间点,显然是从保险契约开始后的任何一个时间点,而非保险事故发生时。理由在于,第一,就实质意义而言,如上所述,若以保险事故发生时为判断标准,则超额保险的规定毫无意义。第二,就法理依据而言,判断法律行为的效力如何理应以该行为实施时为标准,并且若主观上具有非法得利之目的,其判断时点亦应是在合同缔结时。<sup>〔59〕</sup>比较法上,德国1908年《保险合同法》制定时,正是以此为由没有继续采用商法所规定的绝对无效,而是规定只有在投保人具有非法获得财产上利益之目的时才无效。<sup>〔60〕</sup>日本法亦如此,日本原《商法典》关于超额保险的规定与我国现行法完全相同,但2008年制定单独的《保险法》时,亦将无效修改为原则上有效。<sup>〔61〕</sup>因此,我国的解释论应借鉴日本原相关规定的解释,即原则上只有投保人才主张其无效,旨在保护投保人的利益。而立法论上,应当将其规定为原则上有效,以更好地发挥该制度的应有目的。据此,保险法中超额保险之规定与利得禁止并无关联,换言之,其并非利得禁止原则的下位规定,不能以该规定作为传统利得禁止原则存在的证据。

重复保险的规定亦如此。重复保险一般指投保人对同一保险标的、同一保险利益、同一保险事故分别与两个以上保险人订立保险合同,且保险金额总额超过保险价值的保险。我国《保险法》第56条第4款对此亦予以了明文规定,且明确保险人赔偿保险金的总和不得超过保险价值。据此,如前所述,传统理论认为其与超额保险具有相同的规范目的,均属利得禁止原则的下位规定。然而,正如超额保险的理论依据并非利得禁止而是投保人利益保护,重复保险亦如此。保险实务中存在保险人因破产而无法履行保险金给付义务的可能性,投保人为此需将风险分散在不同的保险人处,而重复保险的出现正是为了满足投保人的这一需求。事实上,我国立法也并非没有考虑到这个问题。《保险法》第56条后段规定给付保险金的方式虽然为各保险人按照保险金额与保险金额总和的比例,但允许有特别约定存在。这就意味着,保险合同

〔58〕 参见叶启洲,见前注〔9〕,第209页。

〔59〕 宫岛司·前掲注〔23〕148页参照。

〔60〕 Vgl. Motive zum Versicherungsvertragsgesetz, 1963, S. 123f. 德国《保险合同法》第74条第2款。

〔61〕 日本《保险法》第9条第1款规定,“损害保险缔结时,当保险金额超过保险标的物的价值,且投保人及被保险人对此为善意、无重大过失的,投保人就该超额部分可以主张撤销”。

可约定被保险人能够向任一保险人请求全额保险金的给付,而该保险人可就其不应承担部分向其他保险人求偿。对此,立法论上应将其作为原则性规定,以减少对重复保险规定法律性质的误解。

重复保险中,社会保险特别是社会医疗费用保险与商业医疗费用保险的关系也时常见诸讨论。由于社会保险乃与商业保险的性质完全不同,具有高度的政策属性,故当法律并无明文规定必须予以扣除的,应允许被保险人获得双重给付。《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(三)》(法释〔2015〕21号)第18条规定,“保险人给付费用补偿型的医疗费用保险金时,主张扣减被保险人从公费医疗或者社会医疗保险取得的赔偿金额的,应当证明该保险产品在厘定医疗费用保险费率时已经将公费医疗或者社会医疗保险部分相应扣除,并按照扣减后的标准收取保险费”。从条文的逻辑来看,其原则上不支持扣减,只有在保险人能够证明扣减具有精算依据,即符合商业保险法所要求的对价平衡原则,才作为一种例外被允许。即便如此,依然是基于社会保险的高度政策属性,若保险人不主动主张,法院应不得以违反利得禁止原则依职权扣减。同时,亦不得以违反对价平衡原则为由依职权扣减,因为除告知义务违反、危险显著增加义务违反等基于对价平衡原则的具体法律规范外,原则上其应属监管法的规制范围,不应由此破坏私法自治,<sup>[62]</sup>更何况该私法自治乃建立于考量社会保险政策性属性的基础之上。

## 五、利得禁止原则例外规定的重新解读

传统理论认为定值保险、重置价格保险以及保险委付均为利得禁止原则的例外,该例外的形成乃保险实务中存在这样的需求,但就利得禁止原则三阶论而言,与其说是例外,不如说是法律效果的当然体现。因为三阶论下,三者均不违反具有强行法规规范性的狭义利得禁止原则、广义利得禁止原则。

### (一)重置价格保险

财产保险中,被保险人于保险事故发生后可获得与标的物实际损失相当的保险金。但如前所述,由于所谓实际损失乃以保险事故发生时标的物的实际价值为标准计算,而标的物一般均存在折旧,因此当财产标的毁损而必须重置或重建时,被保险人所获得的保险金往往无法满足这一要求,而重置价格保险的目的正是为了适应被保险人的这一经济需求。重置价格保险亦称“重置成本保险”“重置价值保险”,顾名思义,是指依照重置或重建标的物所需的价格确定保险金给付金额的保险,现为世界各国保险实务所广泛采用。

然而,由于重置价格保险的保险金给付显然超出了被保险人的实际损失,从传统利得禁止原则的角度来看,基于其强行法规规范性,超额给付部分不应发生效力。为了打破这一困境,传统理论一般主张重置价格保险实际上是由两个险种构成,一是对应折旧后实际损失的财产损

[62] 参见叶启洲:“保险法上对价平衡原则之规范拘束力”,《台大法学论丛》第49卷第1期(2020年),第273页。

失保险,一是对应重置价格金额与实际损失金额之间差价的费用保险。<sup>〔63〕</sup> 但该见解存在的问题是,只要被保险人将重置或重建后的标的有偿转让,本质上与其获得超过实际损失的补偿并无二致。<sup>〔64〕</sup> 因此,传统理论无法得出合理的解释。

但从利得禁止三阶论的角度考察,结论则截然不同。重置价格保险虽违反最狭义利得禁止原则,但该层面属任意法律规范性,所以重置价格保险中超出实际损失部分并不因此立即无效,关键在于其是否违反具有强行法规范性的狭义利得禁止原则。首先,超出实际损失的保险金给付的目的是为了标的物的重置或重建,其与实际损失之间毫无疑问具有关联性。其次,各国保险实务中保险人一般均在条款中约定重置(重建)条件以及折旧限制条件。所谓重置条件是指保险条款约定被保险人必须履行重置义务。德国联邦法院在有关机动车重置价格保险的判决中指出,“重置价格保险的合法性理由在于,若被害人不能得到附加费用的补偿,相关机动车就无法恢复到与损害发生前具有相同价值的状态供其使用。正是为了实现该经济上具有同等价值的利用可能性,条款中必须约定重置条件条款”。<sup>〔65〕</sup> 而所谓折旧限制条件,是指折旧率较高的财产不能投保重置价格保险,因为此情形下被保险人获得的补偿可能远超实际损失,道德风险大大提高。若无重置条件以及折旧限制条件,保险人所给付的保险金与损失之间的关联性估计难以得到认可。

当然,重置条件与折旧限制条件并非不可替代,若有其他手段能够达成同样的道德风险防范效果,两者也并非必要条件。反之则为必须,否则重置价格保险将因违反狭义利得禁止原则而无效。此外,如果保险金给付金额并未远超实际损失,重置价格保险也不会违反广义利得禁止原则而无效。由于受重置条件与折旧限制条件的限制,保险金给付金额与实际损失之间的差额事实上被控制在一个合理的区间之内,广义利得禁止原则应无发挥作用之地。

同样认为重置价格保险并非例外,有学说主张其理由在于重置价格保险不论是否扣除折旧,相对于保险标的的实际现金价值均会存在一定的偏离,但正如市场经济条件下、商品的价格亦会始终围绕其价值上下波动,故该偏离不应视为例外。<sup>〔66〕</sup> 不过,与三阶论以折旧限制条件等作为管控道德风险的手段,故未设置该条件的重置价格保险可能因违反狭义利得禁止而无效不同,该见解的法律效果为即便没有该条件保险契约也依然发生效力,但如何管控道德风险其并未予以明确。此外,由于该说主张偏离属于正常的范围,故其法理依据应等同于前述保险利益原则中的绝对修正说或者相对说,但如前所述,在一般意义的利得禁止原则中,无论何者均难以给出合理的解释,理由此处不再赘述。

## (二) 定值保险

定值保险是指保险契约当事人双方在契约缔结时对保险价值进行约定,并在保险事故发

〔63〕 参见康雷闪:“重置成本保险:法理基础及制度构建——由“高保低赔”现象引发的思考”,《法商研究》2012年第3期,第53页。

〔64〕 山下友信「利得禁止原則と新価保険」岩原伸作、神田秀樹編著『竹内昭夫先生追悼論文集:商事法の展望—新しい企業法を求めて』(商事法務研究会,1999年)716頁参照。

〔65〕 BGH Urt. v. 13.05.1981-IVa ZR 175/80(VersR 1981, S. 772)。

〔66〕 参见任自力,见前注〔55〕,第126页。

生时以该约定的价值为标准计算标的物损失的保险。相较于非定值保险是在保险事故发生后评估确定保险标的之实际损失额,定值保险的主要目的和功能是避免“事后定损”的困难,例如机动车遭盗抢,货船沉入海底等。此外,还可避免因标的物升值导致原本的足额保险变为不足额保险从而给投保人带来不曾预料的经济损失。

定值保险的保险金给付显然也可能超出被保险人的实际损失,可能诱发道德风险,故从传统利得禁止原则的角度来看,其效力也应被否定。但鉴于该险种的有用性,世界各国均通过立法对其效力进行肯定,故通说认为其属于一种法定的量的例外,乃“对效力原则在技术上所作之退让”。〔67〕不过,若一味地“退让”,事实上等同于允许当事人毫无拘束地自由约定保险价值,定值保险与损害保险的区别将变得毫无意义。对此,多数国家立法对定值保险同时作出了限制,有的规定存在欺诈时合同无效,有的规定约定价值显著超过实际价值时该约定无效。有鉴于此,有学说认为目前定值保险的保险金给付与实际损失之间已经无限接近,所谓例外已难以成立。〔68〕

然而,即便在没有欺诈行为、约定价值也并未显著高于实际损失的情形下,被保险人获得的保险补偿依然可能高于其实际损失,故以上述限制为由认为定值保险已非例外之结论缺乏充分的说服力。同样,若从利得禁止三阶论的角度来考察,问题则可迎刃而解。细言之,定值保险中可能出现的超出实际损失之给付,其与损失之间并非没有关联性。其可能超出之部分的目的原本就是为了弥补合理的实际损失,超额现象之所以发生,乃无法确认实际损失这一技术事由所导致,与道德风险毫无关系。因此,定值保险并不违反狭义利得禁止原则。不过,若定值保险中约定价值显著高于实际损失的,则关联性难以得到认可,此时该定值保险中超额部分因违反利得禁止原则而无效,应以实际价值作为损失计算依据的结论。此外,当投保人有欺诈等情形时,保险契约因违反广义利得禁止原则而全体无效。

## 六、利得禁止原则下财产定额保险的效力

如前所述,传统理论下的利得禁止原则要求财产保险只能以损害保险的形式出现,因为定额给付意味着被保险人可能获得超过实际损失的利得,这显然有悖该原则所具有的强行法规范性。就此意义而言,财产保险的标的物全损时,定值保险不仅是量的例外,还是给付形式的例外,因为此情形下定值保险的给付金额原则上等同于约定的保险价值,故此情形下可将其理解为一种定额保险。

那么,定值保险以外的财产保险,是否均亦可采定额保险之形式?毕竟定值保险是法定保险,且仅在全损情形下才等同于定额给付。事实上,财产定额保险已经开始广泛出现在保险实务中。例如,许多国家及地区在机动车保险的代步车附加险中约定,被保险机动车修理期间或

〔67〕 樊启荣:“论定值保险之合法性及其边界——以《中华人民共和国保险法》第55条第1、2款为中心”,《法商研究》2013年第6期,第54页。

〔68〕 参见任自力,见前注〔55〕,第125页。



失窃期间,由保险人按日给付定额的保险金以做代步费用。此外,火灾保险中除对火灾造成的损失给付损害保险金外,还可根据约定给付定额的临时费用保险金,以满足被保险人租借过渡房屋等客观经济需求。就传统理论而言,该类定额保险属于未严格贯彻财产保险所要求的利得禁止原则。不过,有观点依然认为其只是为了简化损失计算与认定,不应以此为由将其理解为定额保险,其仍应归入损害保险的范畴。<sup>〔69〕</sup>确实,虽然该类险种并非为法定保险,但从其经济目的性而言与定值保险具有类似性。加之,由于该险种具有保险金给付金额较小的特点,就财产保险全体而言可能并不具有普遍代表性。因此,坚持将其定性为损失补偿或许亦未尝不可,传统理论即据此认为其并不违反利得禁止原则,财产保险不能采定额给付方式之根本似乎并未被动摇。

然而,新型保险产品的出现再次向这一问题提出了挑战。受金融工程学发展的影响,近年来有别于传统财产保险的新险种得到不断开发,其中以天气指数保险、地震指数保险为代表的指数型保险当属其中的典型。所谓天气指数保险,是指当事人双方事先设定与对应损失相关的气候条件指数,当该指数达到约定的临界点数值,被保险人即可获得保险合同约定的保险金给付。<sup>〔70〕</sup>该险种被广泛运用于收益情况与天气状况具有紧密关联性的农业领域,称之为农业天气指数保险。传统农业财产保险的保险金给付需要对损失进行评估,即采损失补偿形式。而农业天气指数保险并不以被保险人的实际损失以及损失程度作为给付依据,简单地说只要气温和降雨量等气象指数达到预先设定的条件,保险人即按约定的金额给付保险金。地震指数保险亦同样,只要地震的震级达到双方约定的标准,保险人即给付约定的保险金。显然,指数型保险乃一种定额保险无疑,被保险人由此可能获得高于实际损失的补偿,理论上甚至即便被保险人没有损失,保险人亦需给付保险金。传统利得禁止原则理论下,该险种当属无效无疑。对此,有观点主张,相关天气指数的厘定并非空穴来风,而是以某种程度的天气条件会带来某种程度的损失这一客观数据经验为设定依据,因此传统理论下指数型保险亦当然有效,但这一观点并不成立。众所周知,损害保险是以填补被保险人的损失为目的的保险,一方面其必须满足利得禁止原则,起到防范道德风险等作用。另一方面,其还要求保险事故的发生与损害结果之间必须具有因果关系,否则无法界定保险人是否需要承担保险金给付责任以及给付责任的范围如何。而上述观点只是证明了天气指数(保险事故)与损害结果之间存在因果关系,并未能解决传统理论所要求的被保险人所获得的保险金不能超过实际损失这一利得禁止原则的问题,其本质是混淆了两要件之间的关系。

但是,若从利得禁止原则三阶论的角度出发,天气指数保险、地震指数保险等指数型保险当属无效之观点并不成立。因为三阶论下,与传统利得禁止原则相当的最狭义利得禁止原则仅为任意性法律规范,违反该原则的保险合同并不当然无效。问题在于其是否违反具有强行法规范性的狭义利得禁止原则,若允许被保险人获得超出实际损失的给付将会诱发道德风险,则该险种原则上应属无效。然而,天气指数保险、地震指数保险等指数型保险的保险事故是指

〔69〕 参见叶启洲,见前注〔9〕,第200页。

〔70〕 参见邹质霞:“我国天气指数保险实践探析”,《保险职业学院学报》2019年第2期,第52页。

某种自然现象达到约定的指数,而自然现象的成就无疑不受任何人为因素干预,因此并无任何道德风险可言。此外,由于保险金给付乃依据一定客观指数,所以一般情况下即便给付金额超出实际损失,亦不足以达到可被利用为赌博工具的程度。

综上,利得禁止原则三阶论的角度下,财产定额保险并非当然无效,亦不用通过各种合理的例外事由予以解释。今后的险种开发中,只要不违反狭义利得禁止原则,财产保险即便采定额给付方式,其效力也不容否定,这是利得禁止原则三阶论下当然的法律效果。保险实务中,还存在着保险人为投保人提供服务的行为,如机动车保险中的免费搭电、免费换胎,受伤后医疗机构的绿色通道服务、律师咨询服务等,其本质应可认定一种可以换算为一定金钱的定额给付,即其法律性质为财产定额给付保险。鉴于该给付行为并无诱发道德风险的可能,其效力不容否定,<sup>[71]</sup>更无需牵强地将其仍归类为财产损害保险。

据此,除人身损害保险、人身定额保险、财产损害保险这三种类型外,财产定额保险原则上亦应合法有效,传统理论下财产定额保险这一类型缺失的不足得以弥补。当然,鉴于保险契约的射幸契约性,道德风险依旧不容轻视。因此,需要根据具体险种判断是否违反狭义利得禁止原则,一般的财产保险是否能够轻易地采用定额给付方式需持谨慎态度。此外,需要注意的是,若有证据证明定额保险的保险金给付金额显著超过实际损失,当然其亦有可能因为违反广义利得禁止原则而无效。

## 七、结 论

传统利得禁止原则理论的欠缺之处在于其无法合理解决充分补偿的问题,纯粹的数额比较并不能够满足政策的要求,也不利于维护保险契约法的多元价值。因此,可将其分为广义、狭义、最狭义三阶。在此视角下,无论财产保险还是人身保险,其采定额保险还是损害保险形态不仅取决于损失本身,更需要考量道德风险等因素,并以此作为保险契约是否具有效力的判断标准,使得重置价格保险、定值保险、指数保险等均能在利得禁止原则下归于法理逻辑上的统一。尤其是以天气指数保险为代表的指数型保险,于传统利得禁止原则下可能被认为无效,但三阶论下其效力不容否定。

最后,需要再次强调的是,在概念上将利得禁止原则与损失补偿原则从经验联系中区分开,并予以精准之划分与定位,一方面正是深入利得禁止原则内部,赋予其贴合时代之内涵与新架构之必要前提,另一方面也是将损失补偿原则作为上位概念试图解决问题而力所不逮之处。前述各种“合理例外”之解释,虽体现了传统理论逐渐接纳新型险种过程中付出的努力,即试图缓解过于机械的损失补偿原则无法满足实务需求的困境。此种赋予损失补偿原则更广泛含义,使其弹性化的做法虽未必不是一种可能的方案,但却有治标不治本之嫌:弹性终究有一限度,超出则如皮筋绷断,势必大开道德风险行为之门。此时,势必要从利得禁止原则的角度出发,从道德风险防范的角度才能予以问题的终结性解决。因此,不将利得禁止原则从损失补

[71] 中出哲「損害保険における付帯サービスの位置付け」損害保険研究 74 卷 2 号(2012 年)15 頁。

偿原则中剥离,仅仅在损失补偿原则下试图通过对于“损失”与“补偿”的完善这样的做法不足以完全解决问题。同时,概念的完善归根结底需要某种价值目标作为指引,厘清头绪,而立足于道德风险考量的利得禁止原则三阶论正是提供了这样的价值判断。

**Abstract:** The principle of prohibition of enrichment and the principle of compensation for losses are not synonymous and should not be conflated. The principle of compensation for losses is only the logical result of the agreement between the two parties of the property insurance contract, which requires the insurer to make up for the losses of the insured within the scope agreed upon. The principle of prohibition of enrichment regulates the boundaries of loss compensation, but it is not, as traditionally believed, a restriction on compensation. Instead, it clarifies how to provide further and adequate compensation. In this regard, its regulatory purpose is merely to distinguish gambling from insurance and to prevent moral hazards. It is a policy regulation rather than a principle of natural law and does not have general binding force. However, since moral hazard cannot be ignored, the principle of prohibition of enrichment can be divided into three levels: broad, narrow, and the narrowest sense. The principle of prohibition of enrichment in the broad and the narrow senses should be considered by nature as normative mandatory laws, while the narrowest sense should be only an optional rule. The issues such as whether insurance subrogation is applicable to medical expense insurance and whether the reinstatement condition in reinstatement value insurance is the validation essential can then be satisfactorily resolved under the three-level theory of prohibition of enrichment. Furthermore, on the premise of this three-level theory, property insurance of fixed sum can be validly tenable, while the exploitation of new varieties of insurance aimed at economic risk prevention can be theoretically justified.

**Key Words:** Principle of Prohibition of Enrichment; Principle of Compensation for Losses; Property Insurance of Fixed Sum; Personal Injury Insurance; Index Insurance

(责任编辑:贺 剑)