

保险法上道德风险控制机制省思

武亦文*

摘要 长期以来,我国保险领域的道德风险问题因理论关注的相对不足而未得到有效应对和解决。“道德风险”在保险法上是一个与道德相关的规范性概念,内涵系投保方在拥有保险保障之后故意或因重大过失而导致损失发生或扩大,包含投保欺诈行为。保险制度曾因诱发道德风险这一负外部性而遭受质疑,但由于其巨大的制度收益和社会价值,有必要且应当通过发展道德风险控制机制来降低制度成本,促进社会福利最大化。保险法上的道德风险控制机制在我国司法上已得到较多关注、确认和适用,体现为技术、条款、原则、规则四种样态。在此基础上,应当以“技术手段和法律手段相结合”以及“道德风险的控制应符合比例原则”作为我国保险法上道德风险控制机制的基本建构原则,并从实施维度、时间维度、主体维度三个维度对道德风险控制机制进行类型整合,通过宏观体系的完善与微观规范的优化破解我国保险业的道德风险难题。

关键词 保险 道德风险控制 重大过失 信息不对称

引言

道德风险(moral hazard)在保险领域是一个广为人知的术语,同时也是极为突出的一个问题。保险降低了被保险人谨慎行事的激励,诱发了被保险人不注意避免或者故意导致损失发生或扩大的道德风险行为,^[1]提高了保险事故的发生概率和数量,从而造成

* 武汉大学法学院教授。本文系2020年国家社科基金后期资助项目“保险法上道德风险控制机制研究”(项目编号:20FFXB030)的阶段性研究成果。

[1] See Kenneth J. Arrow, “The Economics of Moral Hazard: Further Comment,” *American Economic Review*, Vol. 58, No. 3, 1968, p. 538; Mark V. Pauly, “The Economics of Moral Hazard: Comment,” *American Economic Review*, Vol. 58, No. 3, 1968, p. 534.

了保险基金的浪费。^{〔2〕}自保险制度诞生至今,道德风险及其控制是一个亘古不变的经典话题。近现代意义上的保险制度发端于14—16世纪的欧洲,并在欧美等西方国家逐步发展壮大,成为其经济体系的重要组成部分。英美保险法学界与经济学界就道德风险及其控制这一议题展开的研究也旷日持久、蔚为壮观,学者们对道德风险一词本质含义所作的深入探讨、对道德风险与保险之关系进行的激烈争论、对道德风险的一般化倾向展开的有益探索,以及对各特定险种中道德风险控制机制的研究,使得道德风险在其法律与政策的辩论中占据着愈发重要的席位,也推动其道德风险控制机制愈发体系化、健全化。然而,与此形成鲜明对比的是,保险领域的道德风险控制问题在我国却未得到足够的学术重视。我国保险法和保险学著述在论及道德风险及其控制时大都十分笼统和概括,关于道德风险在保险领域的确切内涵、保险领域道德风险控制机制的制度构成、保险领域道德风险的防控方式及防控限度等重要问题,均缺乏系统和深入的探讨。例如,相关著述大都将道德风险简单解释为投保方为获得保险给付而故意导致损失发生或扩大的行为,对于过失行为是否属于道德风险则鲜有研析;在言及道德风险的控制时,法制层面也基本主要围绕道德风险(故意行为)不保制度展开。^{〔3〕}总之,我国学界对道德风险及其控制的研究无论在广度还是深度上都有所欠缺。^{〔4〕}理论研究的贫瘠导致相关制度和规范的设计缺乏体系化解决问题的思维,多呈现为一种“头痛医头,脚痛医脚”的局面,从而难以在根本上有效应对我国保险业目前面临的道德风险难题。

鉴于此,本文将对上述问题展开针对性研究,通过系统研析道德风险在域外的发展演变和概念内涵、道德风险与保险制度的关系以及道德风险控制机制在我国的实践体现,厘清保险领域道德风险的基本范畴,建构我国保险法上的道德风险控制机制体系,并就作为体系构成且发挥道德风险防控作用的具体制度进行全面梳理分析,以为相关规范的完善提供参考,促进我国保险领域道德风险难题的有效、合理解决。

〔2〕 See John Birds, *Birds' Modern Insurance Law*, London: Sweet & Maxwell, 2016, p. 1; 陈彩稚:《保险学》,三民书局2012年版,第25页;邹海林:《保险法》,社会科学文献出版社2017年版,第2—4页。

〔3〕 参见韩长印、韩永强编著:《保险法新论》,中国政法大学出版社2010年版,第41页;邹海林:《保险法学的新发展》,中国社会科学出版社2015年版,第18页;温世扬主编:《保险法》,法律出版社2016年版,第57页;魏华林、林宝清主编:《保险学》,高等教育出版社2017年版,第11页;林群弼:《保险法论》,三民书局2003年版,第129页;江朝国:《保险法逐条释义 第一卷:总则》,元照出版有限公司2012年版,第23页;陈彩稚,见前注2,第32页。

〔4〕 主要表现为我国学界研究的大多是各种具体保险中的道德风险及其防范,而且从2000年至今基本仅限于医疗保险、农业保险、存款保险这几种保险类型。关于保险领域道德风险的基本研究仅有7篇论文,且基于经济学视角者居多。就著作而言,仅邹海林在其《保险法学的新发展》一书中对保险法上道德风险的控制进行了专章论述,其他保险法教材或专著则基本都是在可保风险或保险利益原则部分,对道德风险及其控制作浅尝辄止的介绍。

一、保险法上道德风险控制机制的范畴界定与建构缘起

(一) 保险领域“道德风险”的历史源流与内涵阐释

1. 道德风险的历史源流

道德风险概念的产生经历了神学家对自然事件的认知改变与数学家对概率论的研究发展两个重要阶段。中世纪的教会起初认为随机事件系由神意所决定,故人类无法采取任何手段阻止船舶遇难或其他意外事故的发生。然而,随着经济发展,对于商业安全性的需求不断提高,保险逐步发展扩大,神学家的认知开始发生转变。1605年出版的一本神学著作首次明确承认,未来事件并非完全由上帝意志决定,人的意志和行为同样能够对其施加影响,属于共同决定因素。^{〔5〕}而此后的概率论研究则不仅承认个人特征可能影响不确定事件的发生可能性,同时还发展出了一套评估风险的方法。该方法在非贬义的层面引入了“道德”(moral)一词,通过在“数理期望”之外引入“道德期望”,完善了对于不确定事件发生概率的计算方法。此处的道德期望与冒险者的个人特征紧密相关。据此,学者指出,购买精算公平的保险这一行为是在交易数理期望相同的风险,同时也是用低道德期望的此种风险(无保险状态)来交换高道德期望的此种风险(有保险状态)。购买保险的行为完成之后,个人的效用(道德期望)水平提高,因而更有可能实施风险行为,此即所谓的“道德风险”。^{〔6〕}概率论研究对数理期望之外的道德期望的关注,促使保险业开始注意到个人主观意志和行为对于保险事故的影响,并进一步促发了保险业对保险与道德风险之间关联的发现。

在保险业发展初期,火灾保险人一直在两种意义上解释客观风险:一是雷电、电线短路、自燃等引起火灾发生的风险;二是建筑物的类型或用途等影响火灾损失发生概率或程度的风险。但是,在上述宗教认知转变和概率理论发展的推动下,随着几率法则在保险领域的应用以及保险制度更进一步的发展,19世纪中期,火灾保险人、人寿保险人以及其他类型的保险人,纷纷开始使用“道德”(moral)一词来修正以上两种“风险”。^{〔7〕}1865年,阿瑟·C. 杜卡特(Arthur C. Ducat)在其当年出版的《火灾保险实务》一书中对道德风险作出了定义,即“基于通过火灾破坏财产,或者容忍财产遭受火灾破坏的动机,而产生的危险”。^{〔8〕}至此,道德风险的概念正式进入保险领域。

2. 道德风险的内涵阐释

在与道德风险相关的保险专业文献中,道德风险一词总是与道德和伦理相联系,其被视为

〔5〕 See David Rowell and Luke B. Connelly, “A History of the Term ‘Moral Hazard’,” *Journal of Risk and Insurance*, Vol. 79, No. 4, 2012, pp. 1054—1055.

〔6〕 See Rowell and Connelly, *supra* note 5, pp. 1056—1058.

〔7〕 See Tom Baker, “On the Genealogy of Moral Hazard,” *Texas Law Review*, Vol. 75, No. 2, 1996, p. 248.

〔8〕 *Ibid.*

基于不良品性而实施的不道德的行为。这种解释与早期保险人对道德风险的理解一致,即道德风险来自于道德品质的欠缺。^[9]然而,经济学家的观点却有所不同。20世纪六十年代早期,新古典经济学家开始对道德风险进行系统研析,并认为道德风险仅仅是对被保险人理性决策的反映,并不包含任何与道德的关联,^[10]是一个价值中立的概念。^[11]

由此可见,关于道德风险的内涵与性质,基于不同的视角可能会得出不同的结论,那么在保险法上,应该对道德风险作出何种解释呢?

(1) 道德风险与道德相关

除经济学家外,一些哲学家如本杰明·黑尔(Benjamin Hale)也认为,“道德风险与道德不存在任何内在关联,事实上,从更一般的层面,将所谓的道德风险理解为保险和公共政策的一个核心且不可或缺的特征,才更加妥适”;^[12]尽管道德风险常被用于描述个人在投保之后实施的不当行为,但对于此行为之道德性的评估,实际是依据道德风险之外的判断因素进行,道德风险本身是一个价值中立的概念。^[13]然而,考虑到道德风险所指涉行为的复杂多样性以及道德风险对于公平的潜在破坏,此种见解未免有以偏概全之弊。对于道德风险更准确科学的理解毋宁为,其是一个与道德存在关联的概念,但并非所有的道德风险都属于不道德的行为。

一方面,道德风险行为既包括投保之后被保险人故意导致保险事故发生的行为,也包括被保险人疏于采取预防措施避免保险事故发生的行为。考虑到保险制度作为人类社会活动安全网的这一现实功能,人们在投保后的安全注意水平有所降低诚然无可非议。但是,注意水平的降低应当有其限度,当注意水平的降低超出一般人的行为改变范围,并且演变成个人为不当谋取保险金而刻意追求保险事故发生这种极端情形时,基于“法律是最低限度的道德”这一基本认知,无论如何都无法将之视为与道德无关的行为,并容忍被保险人正常获得保险给付。另外,依据道德风险之外的其他因素评判道德风险行为的不道德性,并不妨碍我们承认道德风险当中含有非道德性的要素,而且承认这一点也并不表明道德风险所描述的行为全部都是不道德的行为,应当视具体情况分别讨论。

另一方面,认为道德风险与道德无关的观点同时也表示,道德风险行为是被保险人的一种理性、自然、正当的行为,应当得到容忍,因而应当允许其获得保险赔付。但是在个人责任的基本框架之下,任何将个人行为的成本转由他人承担的情形,都需要得到正当性证明,否则就会导致不公平。^[14]这对道德风险而言至为明显。不当地允许对道德风险行为的保险赔付,会造成保险市场的不公平。首先,从保险人与被保险人关系的角度来说,假设某一险种对应的同类被保险人在投保后均发生了相同程度的道德风险行为,那么尽管保险人系通过订立保险合

[9] See Milica Josifovska, “Managing Moral Hazard in English Marine Insurance Law – the Implied Warranty of Seaworthiness,” *Insurance Law Review*, Vol. 2012, No. 4, 2012, p. 17.

[10] See Pauly, *supra* note 1, pp. 534–535.

[11] See Rowell and Connelly, *supra* note 5, p. 1071.

[12] See Benjamin Hale, “What’s so Moral about the Moral Hazard?” *Public Affairs Quarterly*, Vol. 23, No. 1, 2009, p. 2.

[13] See Hale, *supra* note 12, p. 5.

[14] See Will Braynen, “Moral Dimensions of Moral Hazards,” *Utilitas*, Vol. 26, No. 1, 2014, pp. 41–42.

同自愿承担风险,但由于其在承保前无法预料道德风险行为的程度,由保险人对被保险人的道德风险行为承担责任,无疑会造成对保险人的不公;其次,从危险共同体的角度来说,假设某一险种对应的同类被保险人在投保后有的发生了道德风险行为、有的没有(即始终保持对保险标的的审慎注意),那么允许保险人对前者赔付,就意味着允许疏忽大意或者不诚实的被保险人从危险共同体缴纳形成的共同基金中不当得利,亦即诚实审慎的被保险人要补贴不诚实审慎的被保险人,并为后者的行为承担责任。^[15]是故,道德风险可保的观点需要获得正当性的证成。这因而间接表明,道德风险本身并非价值中立,而是一个规范性的概念,与道德存在一定关联,受制于价值判断和衡量。

(2)道德风险包含逆向选择的具体体现——投保欺诈

逆向选择,是指高风险者相对于低风险者具有更高的购买保险的倾向。^[16]其会导致低风险者对高风险者的补贴,^[17]这种现象在极端情况下会导致保险市场失灵,即无投保人愿以保险人提供的费率投保,以及(或者)无保险人愿以低至投保人愿意投保的费率承保。

在保险合同法的规范、理论和实务中,逆向选择极少得到关注。而相比之下,经济学家则倾向于对道德风险和逆向选择严格区分,并认为前者是指保险缔约对被保险人行为的影响,后者是指保险类型对保险缔约的影响。^[18]质言之,前者存在于保险缔约之后,后者存在于保险缔约之时。此种差异现象的主要成因在于,逆向选择更多的是一种结构性的市场现象,是对市场进行整体观察后作出的总结。逆向选择问题的解决,依托的也是保险业的一种技术措施——风险分类机制。^[19]因此,其在保险经济学中得到的关注和论述较多。而保险合同法则更多地着眼于个体行为的调整和规制,由于逆向选择现象在个体层面往往体现为个体意图以不公平的对价获取保险的行为,与投保欺诈关联甚密,并且具备道德上的可责性,因而与保险法上对道德风险的规范性与道德性阐释相符。而且,相关的保险历史实践和传统见解也表明,保险法上的道德风险可发生于保险合同的各个阶段,而无需拘泥于保险经济学上后来所发展的观点,将之局限于保险合同订立之后。

是故,尽管逆向选择在保险学上天然地与道德风险相分离,但从保险法的角度而言,实有必要、也有理由将作为逆向选择具体体现的投保欺诈行为,纳入道德风险概念的范畴。事实上,从某种程度上而言,道德风险就是逆向选择问题的一个特殊源头。^[20]

(3)道德风险限于故意和重大过失行为

如前所述,我国保险法和保险学上的大多数观点均将道德风险限于故意行为,对于因享有

[15] See Braynen, *supra* note 14, pp. 47-48.

[16] See Kenneth S. Abraham, "Understanding Prohibitions Against Genetic Discrimination in Insurance," *Jurimetrics*, Vol. 40, No. 1, 1999, p. 125.

[17] See Jill Gaubing, "Race, Sex, and Genetic Discrimination in Insurance: What's Fair?" *Cornell Law Review*, Vol. 80, No. 6, 1995, p. 1652.

[18] See Rowell and Connelly, *supra* note 5, p. 1072.

[19] See Kenneth S. Abraham, "Efficiency and Fairness in Insurance Risk Classification," *Virginia Law Review*, Vol. 71, No. 3, 1985, p. 408.

[20] See George L. Priest, "The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law," *Yale Law Journal*, Vol. 96, No. 7, 1987, p. 1548.

保险保障而怠于或疏于采取对保险标的的注意和保护,即过失导致保险事故发生或损失扩大的行为,有学者将之作为心理风险对待。^[21] 尽管指向过失行为的心理风险并非蓄意引起损失,而只是由于在购买保险得知有所保障之后,在心态上对于危险事故发生变得较疏忽或不谨慎,因而增加损失的发生机会或严重性,但从本质上而言,其与故意行为的道德风险相同,同样也是基于人类的精神或心态,是由人的意志所引发或促成的行为。因此,有必要将过失行为纳入道德风险的范围。道德风险并不完全系基于“犯罪心态”而产生,一般而言,只要被保险人等主体能够从违反保险合同中获得好处,道德风险就有可能滋生。^[22]

事实上,域外的保险人和经济学家几乎都一致认识到,道德风险除包含故意导致损失发生或扩大外,还包括过失导致损失发生或扩大。^[23] 值得注意的是,在我国司法实践中也已经出现了道德风险包括过失行为的观点。例如,内蒙古通辽市中级人民法院指出:“道德风险是指投保人、被保险人或受益人为图取保险金而故意或过失地作为或不作为所造成或扩大的危险。”^[24] 但尽管如此,并非所有过失行为都应受到保险法的规制。在保险法上,保险的基本原理是不仅承保意外风险,也对一般过失行为提供保障。^[25] 因此,虽然保险法上的道德风险除故意行为外,也涵盖过失行为,但从规制之必要的角度而言,其中的过失行为应当仅限于重大过失行为。与此形成映照的是,德国保险法上通常将道德风险称为主观风险,并且将其限定为被保险人因为拥有保险保障而实施比无保障情况下更危险之行为的情形,包括故意和重大过失两种。^[26]

(二) 保险领域道德风险控制机制的建构缘起

1. 保险制度因诱发道德风险而遭受质疑

道德风险与保险相伴相生,只要有保险,就不可能回避道德风险的难题。基于保险诱发道德风险的弊端,经济学界有观点主张减少保险,因为“在损失事件中遭受较少损失会带来更多的损失”。具体而言,当保险以金钱的形式向被保险人作出赔付后,由于损失得到了保险人的全部或部分补偿,被保险人所“感知”到的损失就会低于实际损失的数额,“感知损失”的数额为“实际损失”数额和保险赔付金额两者的差额。当同时符合以下条件时,被保险人极有可能会在投保后降低注意,因而就会引发更多的“实际损失”:①金钱能够填补损失;②人是理性的,在无保险的情况下通常会注意避免和减少损失发生;③采取注意措施需要付出努力;④采取注意措施具有实际效果;⑤拥有保险的人对自身及其财产具有控制力;⑥保险赔付不以被保险人履行特定的注意义务为条件。^[27] 有鉴于此,相关论者指出,道德风险带来的启示是,为不良行为提供保障实际是在鼓励人们实施这一不良行为,因此对保险应当采取一种“少即是多”的态

[21] 参见陈彩稚,见前注2,第33页。

[22] See Karl H. Borch, *Economics of Insurance*, Amsterdam: North-Holland, 1990, p. 347.

[23] See Eric D. Beal, “Posner and Moral Hazard,” *Connecticut Insurance Law Journal*, Vol. 7, No. 1, 2000, pp. 85–86.

[24] 内蒙古通辽市中级人民法院民事判决书,(2018)内05民终646号。

[25] See Jürgen Basedow et al., *Principles of European Insurance Contract Law (PEICL)*, 2nd ed., Munich: Sellier European Law Publishers, 2016, p. 194.

[26] Vgl. Christian Armbrüster, *Privatversicherungsrecht*, 2013, Rn. 261.

[27] See Baker, *supra* note 7, pp. 269–270.

度和做法。亦即,更少的保险才能为社会带来更多的收益和福利,应当减少保险的供给。

上述缩减保险论者否认保险作为一种社会制度的价值,主张限制保险的发展,代表着一种反对改革和再分配的保守思想,被经济学家阿尔伯特·赫希曼(Albert Hirschman)称为“悖谬观点”(the perversity thesis)。〔28〕依据该主张,任何旨在改善政治、社会或经济秩序的某些特征的有意识的活动,都将进一步恶化其所欲改善的状况。因此,该主张中蕴含着否定社会责任、政府责任的思想。

2. 保险之制度价值不因诱发道德风险而遭否定

(1) 缩减保险论本身存在认知局限与假设漏洞

缩减保险论的本旨,可以概括为对社会责任和国家责任的否定。但是,其将所有个体符号化、等同化,过分夸大了个体的道德风险并且高估了其损失承担能力,忽视了因个体处境差异而造成的资源、机会、能力等方面的不平等,据其所做的制度安排势必会带来漠视个体尊严、加剧社会不公等一系列社会问题。事实上,明确国家与政府职责、构建体系化的社会责任,并通过具体制度设计实现社会平等和公平正义,在个体尊严的建立与提升方面具有基础性的作用。〔29〕社会风险的现实存在以及社会成员共担风险的意愿,构成了福利国家制度的社会基础。〔30〕是故,无论社会如何变迁,只要这两项因素不变,福利国家制度就始终应当得到支持,社会责任和国家责任的理念也始终成立。在此意义上而言,缩减保险论存在着相当程度的谬误。

此外,就保险领域而言,缩减保险论所依据的基本假设条件也存在漏洞,使得其主张难以绝对成立。上述六项假设条件中有三项即与现实情况存在较大出入,分别为:①损失得以由金钱完全补偿;②投保方有能力控制自己的行为,以保障自身或他人的人身财产安全;③保险赔付不以投保方采取注意、履行安全防护义务为条件。

首先,并非所有的损失都能借由金钱获得完全补偿。当保险承保的对象为具有人格象征意义的特殊物品或人的生命、身体时,被保险人在保险事故发生时遭受的损失往往不限于物之价值的贬损、医疗费支出等财产损失,还包括精神痛苦、肉体痛苦等非财产损失,以及由此所丧失的在同一时间内从事其他活动的机会成本。后者显然无法通过保险人赔付的保险金获得弥补。对于这部分损失,可将之理解为保险中无可避免的、非金钱性质的自负额或免赔额,或者共保条款中投保方承担的份额。〔31〕出于保护己身利益之完满的考量,此种情形下投保方往往并不会在投保后降低对保险标的的注意。

其次,在某些情况下,相关主体对保险事故的发生并不具有控制力。如前所述,道德风险行为既包括投保方的故意行为,也包括过失行为。在过失的情形,保险事故往往是由多种因素共同促发导致。例如,作为机动车保险之保险事故的道路交通事故,其发生除了人的因素外,

〔28〕 See Deborah A. Stone, "Beyond Moral Hazard: Insurance as Moral Opportunity," *Connecticut Insurance Law Journal*, Vol. 6, No. 1, 1999, p. 14.

〔29〕 参见程心宇:“活得有尊严:个人的责任和社会的责任”,《哲学动态》2014年第4期,第76—77页。

〔30〕 See Romke Jan van der Veen, Mara A. Yerkes and Peter Achterberg, *The Transformation of Solidarity Book Subtitle: Changing Risks and the Future of the Welfare State*, Amsterdam: Amsterdam University Press, 2012, p. 9.

〔31〕 See Baker, *supra* note 7, p. 278.

还包括车况、路况、气象状况、交通环境状况和交通管理状况等因素。^{〔32〕}此外,在存在受益人的人身保险场合,除受益人故意制造保险事故外,受益人对保险事故同样也不具有控制力。因为保险事故的发生主要取决于被保险人所处的外在环境或自身的健康状况,而受益人无法控制被保险人的身体活动,也无法改变其健康状况。

最后,保险赔付并非不以投保方履行任何安全注意义务为条件。保险实务中,无论是针对保险事故发生之前还是之后,保险人均会在保险合同中规定相关的安全防护义务或者有类似效果的义务(如危险增加通知义务、减损义务等),作为保险人履行保险金给付义务的前提条件。

(2) 保险之制度收益大于制度成本

由于现实情况的复杂性,缩减保险论所依据的假设前提并非成立于一切场合。事实上,即便在一定程度上认可其结论,即保险可能会导致实际损失增加,并且能够准确地测算或预测损失增加的数额,也并不能武断地得出限制保险的结论。因为相较于保险制度给整个社会带来的正外部性而言,诱发损失增加这项负外部性几乎可被认为微乎其微。保险是一种社会福利而非社会损失,立基于成本收益的分析,从解决社会既存问题、提高社会整体福利水平、推动社会发展进步的角度而言,鼓励保险业发展相较于限制保险业发展,具有无可比拟的优势价值。也正因如此,保险制度才一经引入就得到了迅速而广泛的扩张。^{〔33〕}

现代社会是一个风险社会,在现代化的进程中,生产力的指数式增长,使危险和潜在威胁的释放达到了我们前所未有的程度。^{〔34〕}保险正是为应对风险社会而形成的一种制度,其以风险的转移和分散作为运行机制,通过商业化的合同机制极大提高了风险社会中损害救济的效率。此外,保险借用大数法则等精算技术,将风险在个体层面的未知性和不确定性转化为整体层面的相对可测性。保险公司在业务经营中积累的大量风险损失资料,也为全社会的风险管理提供了有力的数据支持。与此同时,保险公司还可以积极配合有关部门做好防灾减灾工作,并通过采取差别费率等措施,鼓励投保人和被保险人主动做好各项预防工作,降低风险发生的概率,实现对风险的管理和控制。^{〔35〕}因此,在很多学者看来,同政府部门相比,由于信息和竞争上的优势,保险公司管理和防控风险的能力要更强。^{〔36〕}总之,保险制度存在方方面面的应用价值,发展保险制度是福利国家建设的应有之义。

3. 建构道德风险控制机制可以有效降低保险制度之负外部性以促进社会福利最大化

尽管保险无可避免地诱发了一定程度的道德风险,但其所引发的激励难题却并不像缩减保险论者所主张的那样严重,保险自身的体系机制实际上也具有显著的风险控制作用。其提供了个人和企业通常缺乏的风险防控激励和方法,因而有助于事故的减少。^{〔37〕}这一局面的

〔32〕 参见许洪国、周立、鲁光泉:“中国道路交通安全现状、成因及其对策”,《中国安全科学学报》2004年第8期,第36页。

〔33〕 See Stone, *supra* note 28, p. 15.

〔34〕 参见(德)乌尔里希·贝克:《风险社会》,何博闻译,译林出版社2003年版,第15页。

〔35〕 参见江生忠主编:《风险管理与保险》,南开大学出版社2008年版,第129—130页。

〔36〕 See Tom Baker and Kyle D. Logue, *Insurance Law and Policy: Cases and Materials*, New York: Wolters Kluwer, 2017, p. 31.

〔37〕 See Omri Ben-Shahar and Kyle D. Logue, “Outsourcing Regulation: How Insurance Reduces Moral Hazard,” *Michigan Law Review*, Vol. 111, No. 2, 2012, pp. 199—200.

成因在于,保险业自建立以来一直都有动力、有能力,并且始终致力于构建和完善道德风险的控制机制。

保险业之所以有动力对道德风险进行严格的防控,是因为投保方的道德风险行为会给保险人带来严重危害,直接影响体现为保险人营业利润降低,间接影响则体现为保险人经营规模萎缩甚至失去竞争力以至被市场淘汰出局。现代社会中,保险人经常发挥着“行为控制”的作用,并且为投保方创造控制风险的激励。^[38] 为了把高度不确定的道德风险转化为相对可控的风险,保险人在抽象的体系框架上会诉诸多种手段,以为投保方提供与其未投保情形下类似的损失预防或降低激励。^[39] 保险制度以风险的集中和分散为其基本运行原理,聚合了诸多风险同质的个体并由此形成危险共同体。为个别人的道德风险行为提供保险赔付,会破坏保险的对价平衡,损害其他诚信被保险人的利益。是故,从维持保险对价平衡、保护保险消费者利益、促进保险交易诚信的意义上而言,同样有必要建构体系性的道德风险控制机制。总之,建构并完善保险领域的道德风险控制机制在保险制度实践以及保险法理论上皆有坚实基础,有助于减弱保险制度的负外部性,缓解保险的制度收益与其所诱发的道德风险成本之间的张力,进而更好地促进社会福利最大化。

二、我国保险法上道德风险控制机制的复合实践样态

保险领域道德风险的控制问题并非仅限于学术上的讨论。尽管我国保险法立法并未从字面上对其进行直接的规制,但作为一个从实践中生发的问题,其在我国司法实践中已经得到诸多法院的关注。相关裁判大都自觉或不自觉地引用了道德风险控制的理念:或者是明确肯认了保险实务中部分实践手段或合同条款的道德风险控制功能,或者是在适用相关法律规则或原则的同时阐明其具有道德风险控制作用。概言之,保险领域的道德风险控制机制在我国司法实践中有诸多体现,呈现为复合样态:既有保险人一方采取的经济技术性手段,也有保险合同免责条款的设计,更有保险法上相关的原则或规则。^[40]

(一) 经济技术性与法律技术性道德风险控制机制

1. 经济技术性道德风险控制机制

对保险人而言,核保是最为有效的道德风险防控手段。核保过程中,保险人会综合利用多种机制,如对投保人或被保险人进行问询,对保险标的的风险情况进行调查,对被保险人进行

[38] See Kenneth S. Abraham, “Four Conceptions of Insurance,” *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 161, No. 3, 2013, p. 685.

[39] See Michael Hechter, “Reactive Risk and Rational Action: Managing Moral Hazard in Insurance Contracts,” *Contemporary Sociology*, Vol. 15, No. 4, 1986, p. 585.

[40] 笔者以“道德风险”“保险”为关键词,以中级法院及以上级别法院审理的案件为条件,在“无讼案例”数据库中检索并筛选得到121个相关判例(检索日期:2022年3月10日)。鉴于法官在考虑道德风险控制问题时并不一定完全使用“道德风险”这一术语,判决书中也可能采用其他语词,笔者的检索难免有所遗漏。但需说明的是,本检索工作的目的并非试图根据司法实践穷尽并确定我国保险法上所有的道德风险控制机制,而仅仅意在探索我国保险领域道德风险控制机制在实践中的主要表现形式,进而在此基础上结合保险法的立法、法理以及保险实务,于本文第三部分梳理并构建完善的保险法道德风险控制机制体系。

健康体检,依据保险标的风险程度的不同实施差异化的保险费率,等等。在我国司法实践中,有法院明确指出,保险公司可以通过要求被保险人进行健康体检等方式,决定是否与投保人签订保险合同或提高保费,以在签订保险合同之前避免投保人骗保的道德风险。^[41]还有法院表示,如果案涉投保人如实际陈述其与被保险人已经解除婚姻关系的话,那么保险人势必会根据保险业通常的核保规范,对保险可能存在的道德风险、投保人的投保动机等予以重新评价,再决定是否承保或者提高保费。^[42]这说明,保险业通行的核保实践在道德风险控制方面的合法性已得到法院认同。

2. 法律技术性道德风险控制机制

为了有效防范道德风险的发生,保险人通常会以格式条款的方式在保险合同中作出相应规定。实务中有判例肯定了保险条款在道德风险控制方面的必要性,并概括列举了此类条款包括责任免除条款、理赔条件、投保人和被保险人的通知义务、保证事项等内容。^[43]

目前,司法中承认的人身保险道德风险控制条款主要是健康保险等待期条款。重大疾病保险、医疗保险等健康保险中通常会约定等待期条款,即依照临床医学经验,推估某些疾病从患病到显现症状的期间,并以此项期间为基础,将订约后的一定期间内所显现出来的疾病,推定或视为订约前即已发生,并使保险人对于此项疾病不负保险责任。其一方面是为了界定某一危险是否属于承保范围,另一方面是为了防止被保险人带病投保的道德风险。^[44]我国司法实践中已有诸多判例明确肯定了等待期条款的道德风险控制作用,同时对其是否属于“保险人责任免除条款”进行了认定。^[45]

相较于人身保险,财产保险中得到司法肯认的道德风险控制条款更为多样化,主要包括责任免除条款、机动车商业三者险中的家庭成员免责条款、免赔率条款、保险金额条款、保险人核损权利条款、投保人或被保险人的特殊行为义务条款、保险人赔付标准条款。此处有必要重点解释的是家庭成员免责条款以及后三种条款。

机动车商业三者险条款一般会将“被保险人及其家庭成员、被保险人允许的驾驶人及其家庭成员所有、承租、使用、管理、运输或代管的财产的损失”排除在保险赔付范围之外。有判例指出,保险业设置该条款的目的在于防范道德风险,防止投保人、被保险人通过与家庭成员共谋、故意制造交通事故或者故意自损人身或财产的方式骗取保险金。^[46]

实务中也有保险条款规定,保险人享有对保险标的损失的核损权利。法院认为,保险合同中的保险标的物系由被保险人掌控,其使用状况和受损风险完全脱离保险人控制,基于此种情况,为平衡合同当事人间的权利义务,避免可能出现的道德风险,设置此种条款符合公平合理

[41] 参见吉林省高级人民法院民事判决书,(2017)吉民再310号。

[42] 参见湖北省荆州市中级人民法院民事判决书,(2017)鄂10民终160号。

[43] 参见内蒙古自治区巴彦淖尔市中级人民法院民事判决书,(2018)内08民终974号。

[44] 参见叶启洲:“健康保险等待期间之效力与罹病时间之举证责任”,《月旦法学教室》2010年第7期,第16—17页。

[45] 例如,河南省郑州市中级人民法院民事判决书,(2016)豫01民终7671号;天津铁路运输法院民事判决书,(2016)津8601民初588号。

[46] 参见上海金融法院民事判决书,(2020)沪74民终636号。

的合同法原则。^[47]

有些财产保险条款中会规定投保人、被保险人负有特殊的行为义务,并将之作为保险赔付的条件,如被保险人理赔时须提供建筑安全监管部门出具的事故证明、被保车辆损失应由第三方负责赔偿时被保险人有协助找寻第三方的义务。法院在裁判中常常认定此种条款不违反法律、行政法规的强制性规定,系为防止被保险人索赔欺诈、骗取保险金的道德风险行为,应合法有效。^[48] 但就前者而言,法院也表示其并非保险赔付的绝对条件,只有在保险金申请人未能提供有关证明材料,导致保险人无法核实理赔申请的真实性时,未履行该义务才会导致保险人免责。^[49]

最后,关于保险人的赔付标准条款,机动车商业三者险合同中有时会约定,“保险事故造成第三者人身伤亡的,保险人按照《交通事故人员创伤临床诊疗指南》和国家基本医疗保险的标准核定医疗费用”。对此,有法院认为在我国目前的诚信环境和医疗体制下,认定此类条款无效,极易导致第三者医疗费用不正常增长的道德风险,不合理地加大保险人的赔偿责任,最终将损害全体被保险人的整体利益,因而应当支持对非医保用药不予赔付。《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)》第19条亦承认了此种条款的效力,但也对保险人的举证责任提出了更高的要求,规定保险人只有在对超出医保标准部分的医疗支出承担举证责任的前提下方能对超出部分免责。

(二)原则性与规则性道德风险控制机制

1. 原则性道德风险控制机制

为司法判例明确肯认和适用的原则性道德风险控制机制主要有四项:诚实信用原则、保险利益原则、损失补偿原则和近因原则。

关于诚实信用原则,有法院依据《保险法》第5条的规定即“保险活动当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则”、结合保险合同是最大诚信合同这一认知,指出保险法为防止道德风险,要求保险关系的建立应当体现双方当事人最大的诚实信用。^[50] 以诚实信用为基础的义务如今已被广泛地内置于保险合同之中,为规制保险当事人的“不当”投机行为提供了一般性规范。^[51]

关于保险利益原则,法院在人身保险和财产保险纠纷案件的裁判中,均对其道德风险控制功能做出了确认。在人身保险案件中,诸多判例都明确指出,《保险法》第12条第1款的规定是基于被保险人人身安全的考虑,意在避免随意以他人的生命、健康进行投机赌博,防止道德风险的发生。^[52] 在财产保险案件中,同样有法院援引了保险利益原则,并认为其作用在于排

[47] 参见上海市第一中级人民法院民事判决书,(2010)沪一中民六(商)终字第233号。

[48] 参见四川省乐山市中级人民法院民事判决书,(2018)川11民终545号;江苏省南京市中级人民法院民事判决书,(2016)苏01民终5405号。

[49] 参见四川省德阳市中级人民法院民事判决书,(2018)川06民终1216号。

[50] 参见广东省中山市第一中级人民法院民事判决书,(2017)粤2071民初10192号。

[51] See Seth J. Chandler, “Visualizing Moral Hazard,” *Connecticut Insurance Law Journal*, Vol. 1, 1995, p. 99.

[52] 参见湖北省高级人民法院民事判决书,(2018)鄂民再288号;吉林省长春市中级人民法院民事判决书,(2018)吉01民终3439号。

除保险行为中的赌博、道德风险和不当得利。^[53] 保险利益原则系保险法上的一项基本原则,其发展初期的首要功能在于与赌博相区分,但如今其首要合理性根据则在于防范道德风险。^[54]

关于损失补偿原则,有法院表示该原则是保险法上最重要的法律原则之一,具有禁止不当得利、控制道德风险、维护保险制度的基本功能,^[55]但更多的法院还是更为强调其在财产保险中的道德风险控制作用。^[56] 此外还有法院进一步指出,损失补偿原则系通过不当得利之禁止来防范道德风险,其只是损失填补型保险合同的最基本原则。^[57] 事实上,由于适用范围有限,损失补偿原则并不能被视为一项原则性的道德风险控制机制,其只是通过重复保险、超额保险、保险代位权等具体衍生制度发挥道德风险控制作用。

关于近因原则,和我国许多的保险法教材一样,我国司法中也有很多判例将近因原则作为保险法的基本原则,并认为其具有通过排除无关事项防范道德风险的作用。^[58] 但由于其本质上只是保险法因果关系的一种具体判定规则,不具有法律原则的内在特征,因此也同样不能被作为原则性的道德风险控制机制。

综上所述,目前我国司法实践中所确认的真正的原则性道德风险控制机制其实只有两项:诚实信用原则和保险利益原则。

2. 规则性道德风险控制机制

司法实践也明确承认了保险法上特定规则的道德风险防控作用,在司法判例中得到体现的人身保险道德风险控制规则主要有:如实告知义务制度(《保险法》第16条)、被保险人同意权规则(《保险法》第34、41条)、被保险人自杀免责规则(《保险法》第44条)。

同人身保险相比,在司法判例中得到体现的财产保险道德风险防控规则要丰富得多,主要包括:如实告知义务制度(《保险法》第16条)、保险事故发生的通知义务制度(《保险法》第21条)、故意致损免责规则(《保险法》第27条第2款)、骗保免责规则(《保险法》第27条第3款)、被保险人的安全防护义务制度(《保险法》第51条)、危险增加通知义务的相关规则(《保险法》第52条)、超额保险相关规则(《保险法》第55条)、重复保险相关规则(《保险法》第56条)、保险代位权制度(《保险法》第60条)、责任保险金赔付的限制规则(《保险法》第65条第3款)、特定情形下交强险保险人对被保险人的追偿权(《最高人民法院关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释(2020修正)》第15条)。

值得特别一提的是交强险保险人的追偿权这一道德风险控制机制。有法院认为,规定该追偿权的目的是在实现受害人损失填补的同时使具有重大过错的侵权人(被保险人)承担终局赔偿责任,以降低被保险人因车辆投保交强险就违法驾驶的道德风险。^[59] 而且,在此基础

[53] 参见广东省深圳市中级人民法院民事判决书,(2015)深中法商终字第2462号。

[54] 参见温世扬,见前注[3],第57页。

[55] 参见江苏省南通市中级人民法院民事判决书,(2015)通中商终字第0093号。

[56] 参见江苏省苏州市中级人民法院民事判决书,(2018)苏05民终293号。

[57] 参见新疆生产建设兵团第八师中级人民法院民事判决书,(2019)兵08民终136号。

[58] 参见湖北省武汉市中级人民法院民事判决书,(2016)鄂01民终3349号。

[59] 参见北京市第四中级人民法院民事判决书,(2016)京04民终36号。

上,被保险人侵权责任的大小不影响保险人追偿权的范围。即便被保险人对损害事故仅承担部分责任,保险人也能就其支付的全部保险金向被保险人进行追偿。被保险人不得以对抗受害人的事由来对抗保险人,也不得以其侵权责任的份额来对保险人抗辩。^[60]对于责任保险而言,这一规定很好地实现了受害人利益保障与被保险人道德风险控制之间的平衡,特定情况下实有必要得到进一步扩张适用。

三、保险法上道德风险控制机制的体系展开

(一) 保险法上道德风险控制机制的基本构建原则

1. 技术手段与法律手段相结合

如前文实证考察所显示,在我国司法实践中有所体现、为我国司法机关所确认和适用的保险道德风险控制机制既有保险人基于业务实践而发展出的核保调查和风险控制等经济技术措施,以及等待期条款、责任免除条款、免赔率条款等内置于保险合同中的具有道德风险控制效果的合同条款这类法律技术手段,也有保险法所明文规定的诚实信用原则、保险利益原则,以及如实告知义务、危险增加通知义务、保险代位权等各类规则。这些道德风险控制机制简而言之可归为两大类:技术手段和法律手段。两种手段之下所涵盖的各种控制机制在保险交易的不同环节,协同发挥着激励投保方恪守诚信、不为欺诈行为、谨慎维护保险标的的安全以尽可能避免保险事故发生或损失扩大的作用,对于保险道德风险的防控而言均为不可或缺,也由此决定了保险法上道德风险控制机制的构建应当以“技术手段和法律手段相结合”作为基本原则。应当指出的是,无论是技术手段还是法律手段都应当在法律的框架下运行,即技术手段的实施应当符合法律,而法律手段自身则应当在内容上具备充分的科学、合理性。

2. 道德风险的控制应符合比例原则

比例原则内含适度、均衡的理念和思想,是一项理性的准则,能够作用于包括私法在内的整个法律秩序。^[61]私法中的比例原则权衡民事主体之间的利益冲突,发挥均衡权利义务及限制权利行使的功能。^[62]由于保险领域道德风险的控制涉及投保方与保险人、危险共同体等主体间的利益冲突,因此,为避免投保方的保险保障利益遭到不当损害,无论是运用技术手段还是法律手段控制道德风险,都有必要遵循比例原则,注意限制保险人的权利行使,在适当、必要、合理、均衡的范围内对投保方的道德风险加以控制,以维持投保方道德风险控制与风险保障权益保护之间的平衡。其理论基础在于对价平衡原则和保险消费者保护原则。

对价平衡原则是一项为众多保险法学者所默认的重要原则,在保险法中发挥着公理性作用。在司法实务层面,我国法院常常以对价平衡原则来证成判决的合理性;^[63]同时,许多学者在论证具体的保险法律制度时,也常常将其作为一项不证自明的定理来适用。对价平衡原

[60] 参见新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院民事判决书,(2015)新兵民提字第00015号。

[61] 参见郑晓剑:“比例原则在现代民法体系中的地位”,《法律科学》2017年第6期,第101页。

[62] 参见张兰兰:“作为权衡方法的比例原则”,《法制与社会发展》2022年第3期,第197页。

[63] 参见黑龙江省牡丹江市中级人民法院民事判决书,(2017)黑10民终261号。

则的内涵系个体意义上投保人与保险人之间给付与对待给付的均衡,^[64]其同时也是维系危险共同体存续的根基。具体到道德风险控制的问题上:一方面,投保方的道德风险如若得不到有效防控,就会导致投保方从保险人处不当获利,本质上则是从保险人管理的由危险共同体缴纳的共同基金中不当获利,从而引发保险人与投保方之间权利义务失衡,严重情况下甚或危及危险共同体存续;另一方面,如果保险人以彻底消灭投保方道德风险为目标,在保险合同中规定只要投保方存在轻微的可能引发保险事故发生的行为,保险人就有权免于承担保险责任或者解除保险合同,以给投保方形成不敢不谨慎行为的压力,则又会不当减损一般理性的投保方通过支付保险费换取保险保障的利益,使其保险保障期待不合理地落空,这同样会破坏保险人与投保方之间的利益均衡。因此,道德风险控制只有遵循比例原则,居于合理限度之内,才能够维持保险人与投保方之间的对价平衡,保障危险共同体稳续存在。

就保险消费者保护原则而言,随着非海上保险业务的发展扩张,非基于商业目的的消费者保险交易所占比重逐渐增加,消费者保险中保险人与投保方之间的结构性不平等现象日益凸显,“消费者保护主义”理念得以逐渐兴起,各国越来越倾向于将消费者保护作为保险法立法的指导原则,并在具体条文中体现消费者保护的理念。^[65]在保险道德风险控制的问题上,保险消费者保护原则同样证立了道德风险控制应当遵循比例原则。一方面,由于“保险纠纷本质上是特定被保险人与由保险人担当代表人的无数风险共同体成员间的利益博弈,对个别不当行为人的姑息将损害隐身于保险人身后的无辜共同体成员”,^[66]因此为了保护更多无辜的不特定保险消费者群体,应当对特定保险消费者的道德风险进行规制。与防范道德风险相关的法律制度,本身就是保护投保群体利益的法律制度体系的一个方面。^[67]但另一方面,由于危险共同体本就是由众多的个体保险消费者所构成,个体保险消费者的利益保护仍在保险消费者保护的涵义射程之内,故保险人所采取的道德风险控制手段也不能毫无节制、超出合理限度。

(二) 保险法上道德风险控制机制的类型界分与完善方向

1. 实施维度:实践层面的控制机制与制度层面的控制机制

以产生来源或作用方式的不同为标准,保险法上的道德风险控制机制可分为实践层面的控制机制与制度层面的控制机制。

实践层面的道德风险控制机制,是指保险人在保险营业实践中自主形成或设计的道德风险控制机制。其既包括保险人在核保、理赔阶段,以及日常内控管理中采取的一系列用于防范道德风险的技术方法,也包括保险人内置于保险合同中的一系列具有道德风险控制功能的条款。其范围极为广泛,且具有较高的变动性,既可以依据保险业现实发展的需要,结合最新的科技手段进行更新和丰富,也可能会因为违反相关的法律原则或规定而遭到否决和淘汰。综

[64] 庭田範秋「社会保障の理念と保険の原理」社会保障研究2卷3号(1966年)13頁参照。

[65] See Helmut Heiss, “Insurance Contract Law Between Business Law and Consumer Protection,” in Karen B. Brown and David V. Snyder (eds.), *General Reports of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law*, Switzerland: Springer, 2012, pp. 338—339.

[66] 马宁:“保险侵权欺诈的识别与私法规制——以《保险法》第27条为中心”,《中南大学学报(社会科学版)》2015年第3期,第54页。

[67] 参见潘红艳:“论《保险法》对投保群体利益的保护”,《法制与社会发展》2019年第4期,第207—208页。

合而言,其主要包括五项手段:

第一项手段是核保,保险人通常将之视为最有效的道德风险控制武器。在核保的过程中,保险人调查收集有关被保险人过去行为和情况的信息,并依据该信息合理确定被保险人应当支付的保险费率。这一过程也被称为“风险定价”或“风险分类”,是商业保险运作的基本原理。^{〔68〕}

第二项手段是增距,即增加被保险人和损失事故实际控制人之间的距离,使二者实现主体上的分离。例如,在雇员忠诚保险中,被保险人通常是法人形式的雇主,投保人则是该雇主的雇员。此时,直接控制被保险人损失事故的是被保险人的雇员。但由于雇员并非被保险人,并不能从其不诚实行为中获得来自于保险合同的利益,而且有可能会因不诚实行为受到雇主的罚款、解雇等处罚,因此该保险并不会给雇员带来不注意避免保险事故甚至刻意制造保险事故的激励,故而有助于遏制相关的道德风险。

第三项手段是令保险人与被保险人结成利益共同体,使被保险人最终能否获得保险金以及获得多少保险金,与其本人的行为相挂钩,实现保险人与被保险人对损失的共担,以促使被保险人尽可能地实施维护保险标的的审慎行为。保险合同中的免赔额条款、共付额条款、最高赔偿限额条款、责任免除条款等工具皆是此种手段的具体体现。^{〔69〕}

第四项手段是设置投保方应当满足的各种先决条件,作为保险人同意承保或者赔付特定保险事故的前提。保险人同意承保的先决条件若未获满足,会对保险合同的存续基础造成影响,保险人可主张撤销或终止保险合同,主要有保险费的支付、安全措施的执行、对保险标的的检查和检查建议遵守情况的确认等。^{〔70〕} 保险人赔付特定保险事故的先决条件若未获满足,保险人可拒绝承担对特定保险事故的保险责任,一般与保险事故发生后的事项有关,^{〔71〕}如投保方在保险事故发生后负有通知、减轻损失、提供理赔申请单证等义务,失能保险被保险人应接受医生照护并进行康复训练,失业保险被保险人应积极寻找就业机会,健康保险被保险人应接受合理程度的医疗行为,等等。

第五项手段是运用科学技术来减轻保险活动中严重双向信息不对称所带来的道德风险。保险交易中道德风险产生的很大一部分原因即在于保险人与投保方之间的信息不对称,^{〔72〕}大数据、人工智能和区块链等科学技术依赖其自身优势有助于缓解保险行业中的信任危机,防范道德风险。首先,借助大数据技术,保险人可以获得与承保风险相关的海量信息,实现对承保风险更准确的评估和定价。^{〔73〕} 此时,保险人对保险标的风险状况的判断不再完全依赖投

〔68〕 See Kenneth S. Abraham, *Distributing Risk: Insurance, Legal Theory, and Public Policy*, New Haven: Yale University Press, 1986, p. 64.

〔69〕 See Tom Baker and Rick Swedloff, “Regulation by Liability Insurance: From Auto to Lawyers Professional Liability,” *UCLA Law Review*, Vol. 60, No. 6, 2013, pp. 1416–1423.

〔70〕 See Baris Soyer, *Warranties in Marine Insurance*, New York: Routledge-Cavendish, 2017, p. 109.

〔71〕 See *London Guarantee Co. v Fearnley*, (1880) 5 App. Cas. 915, per Lord Blackburn.

〔72〕 See Bengt Holmström, “Moral Hazard and Observability,” *Bell Journal of Economics*, Vol. 10, No. 1, 1979, p. 74.

〔73〕 See Brendan McGurk, *Data Profiling and Insurance Law*, Oxford: Hart Publishing, 2019, p. 2.

保人和被保险人的告知,因而有效遏制了投保欺诈和投保后注意程度降低的道德风险。其次,就人工智能技术而言,其在保险道德风险防控方面的应用,主要是以“机器人顾问”的形式通过先进的算法来分析风险大数据,进而在保险销售过程中向客户提供与其风险程度及个人需求相匹配的保险产品。^[74]这显然有助于对投保欺诈的道德风险予以控制。最后,区块链技术可以在防范保险索赔欺诈的道德风险方面发挥重要作用。通过将索赔信息记录置于分布式共享总账上,并建立数字证书的所有权机制,其有助于消除重复保险或利用同一保险事故进行多重索赔的情况,能促使各保险公司更好地合作对抗保险欺诈。^[75]

制度层面的道德风险控制机制,是指由《保险法》及相关法律明确规定,或者依据保险实践及法理能够从前述法律规范中间接推知的,具有道德风险防控作用的法律原则及规则。与实践层面的控制机制恰好相反,制度层面的控制机制的范围和内容均较为稳定,除法律修改的情形外,通常不会发生变动,且权威性也更高一等。各种制度性道德风险控制机制的主要共性在于,通过剥夺被保险人获得保险保障与给付或受益人获得保险给付的权利(如赋予保险人保险合同解除权、免责权、对被保险人的追偿权),或者提高被保险人获得保险保障的对价(如赋予保险人增加保费的权利),来对相关主体施以威慑,以不利后果抑制其从事道德风险行为的动机。关于原则性的道德风险控制机制,除了目前司法实务中承认的保险利益原则、诚实信用原则外,如上文所述,对价平衡原则和保险消费者保护原则也同样可被用于控制道德风险。当然,后两者除此之外,还具有证成道德风险的控制应有限度的作用。

关于规则性的道德风险控制机制,司法实践中尽管已经确认了不少具有道德风险防范作用的保险法规则以及非保险法规则,但这些并非是对道德风险防控规则的完整呈现。事实上,除了本文第二部分所列举的规则之外,《保险法》第34条第2款关于死亡给付保险单转让或质押时须经被保险人书面同意的规定、第43条关于投保人或受益人故意造成被保险人伤亡或疾病情形下保险人免责的规定、以及第57条关于保险事故发生后被保险人减损义务的规定等等,都同样具有防范投保方道德风险的作用。除了从正面发挥道德风险防控作用之外,制度性道德风险控制机制还从反面发挥着对实践性道德风险控制机制的效力控制作用。具言之,前者担当着强制性或半强制性法律规范的角色,为后者的内容设立了或刚性或最低限度的法律标准,要求后者不得作出与前者不同的安排,或者较前者对投保方更为不利的内容设计。在这样的设置下,投保方道德风险防控和保险人与投保方利益衡平的价值目标得以同时实现。但应当承认的是,既有的道德风险防控规则仍然存在着轻重程度不一的疏漏,给这一理想的实现造成了一定阻碍,因而有必要对相关规则予以修正和优化。

2. 时间维度:保险合同订立阶段的控制机制与履行阶段的控制机制

以作用时间的不同为标准,保险法上的道德风险控制机制可分为保险合同订立阶段的控制机制与保险合同履行阶段的控制机制。

道德风险可发生于保险交易的各个阶段,且对于不同阶段、不同类型的道德风险,存在不

[74] See Marta Ostrowska and Maciej Balcerowski, "The Idea of Robotic Insurance Mediation in the Light of the European Union Law," in Pierpaolo Marano and Kyriaki Noussia (eds.), *InsurTech: A Legal and Regulatory View*, Switzerland: Springer, 2020, p. 201.

[75] 参见丁萌萌:“区块链技术在保险行业的应用分析”,《中国保险》2019年第12期,第31页。

同的控制手段。^{〔76〕} 依据时间维度对道德风险控制机制进行分类时,通常会涉及事前道德风险与事后道德风险的区分。两者系以保险事故的发生为界碑,通常认为,事前的道德风险指保险事故发生前的道德风险,具体表现为投保方因为拥有保险而在预防损失发生方面注意程度的降低;事后的道德风险指保险事故发生后的道德风险,具体表现为投保方因为拥有保险而在避免损失扩大方面注意程度的降低。^{〔77〕}

上述事前的道德风险由于是因为保险的存在所诱发生,显然系被限制于保险合同成立后、保险事故发生前这一期间内的道德风险。与此不同的是,我国台湾地区有学者将保险合同订立阶段的道德风险控制机制,如保险利益原则,也纳入了事前道德风险控制机制的范畴。^{〔78〕} 此种做法具有一定合理性。因为如前所述,道德风险在保险交易的各个阶段均有发生可能,投保阶段的欺诈行为,在实践中也是一种极为突出的道德风险,具有规制之必要。但是,事前与事后道德风险的上述定义在当前学界几已达成共识,破坏既有的学术话语体系而强行对其加以修改,可能引发误解,因此有必要采用一种变通做法。本文主张采用一种语义上更为明确的表达,亦即将道德风险控制机制区分为保险合同订立阶段的控制机制和保险合同履行阶段的控制机制。如此有助于构建更为完善的保险法道德风险控制体系,实现对保险领域道德风险的周延规制。

保险合同订立阶段的道德风险控制机制,系在保险合同成立之前的磋商阶段发挥作用。前文所述的保险人在核保阶段采取的风险分类机制等技术手段,以及保险法所规定的保险利益原则、如实告知义务制度、死亡给付保险被保险人同意权规则等制度,皆在其范畴之内。关于这类道德风险控制机制,目前仍具探讨意义和价值的问题包括:①基因信息可否以及如何应用于保险核保;②如何设计相关法律规定才能最好地控制未成年人死亡给付保险中的道德风险;③对于投保欺诈采取何种法律规制路径始为最优。

保险合同履行阶段的道德风险控制机制,则可以保险事故的发生为分界点,进一步区分为保险合同存续期间的道德风险控制机制与保险事故发生之后的道德风险控制机制。前者系针对保险合同成立之后、保险事故发生之前的道德风险,亦即传统意义上的事前道德风险发挥控制作用。保险合同中包含的与保险人免责事项或责任承担条件相关的各种条款,保险法等法律中确立的与保险人免责、解除合同相关的投保方的事故前义务,以及其他具有降低投保方事故诱发激励的规则,皆是此种道德风险控制机制的体现,相关例示可参见前文。在该类道德风险控制机制当中,主要存在的问题及其解决方向包括:①危险增加通知义务相关规则仍存疏漏而有待完善;②健康保险等待期条款的正当性及其限度有待进一步证成和探讨;③零散分布在我国《保险法》中的被保险人同意权规则作为一种道德风险过滤工具需要得到系统的整合优化;④保单贴现的法律规制亟需体系建构。

后者系针对保险事故发生之后的道德风险,亦即上文中的事后道德风险发挥作用。前文

〔76〕 See Jessika van der Sluijs, "Moral Hazards within Liability Insurance-A Problem Inventory," *Scandinavian Studies in Law*, Vol. 57, 2012, p. 301.

〔77〕 See Priest, *supra* note 20, p. 1547.

〔78〕 参见陈炫宇:“事前与事后之道德危险防制——评台湾新北地方法院 106 年度诉更一字第 6 号民事判决”,《万国法律》2019 年第 8 期,第 114 页。

提及的规定被保险人申请理赔时需提交特定证明文件的条款、保险人核损权利的条款,以及保险人的赔付标准条款,皆具有控制事后道德风险的功能。另外,《保险法》第21条规定的投保方保险事故发生后的通知义务、第57条规定的减损义务,《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(四)》第19条第2款规定的责任保险人的和解参与权,以及我国法律虽未规定但比较法上多有确认的责任保险人的抗辩义务等一切具有降低投保方事故损失扩大激励的规则,都属于保险事故发生之后的道德风险控制机制。对于该类道德风险控制机制的优化与完善,集中体现在三个论题之上:①责任保险人抗辩义务在立法中的确认及具体规范构造;②保险法上因果关系判定之规则体系的构筑;③保险索赔欺诈的私法效果在解释论与立法论上的明晰。

3. 主体维度:针对投保方的控制机制与针对保险人的控制机制

以作用主体的不同为标准,保险法上的道德风险控制机制可分为针对投保方的道德风险控制机制和针对保险人的道德风险控制机制。

对投保方的道德风险施以有效控制,是确保保险制度有效运行的关键。投保方的道德风险,是保险法上道德风险控制机制的主要作用对象。几乎绝大多数关于保险领域道德风险的著述都聚焦于投保方的激励和行为,而鲜少关注保险人的道德风险行为。但事实上,在保险交易中,道德风险也可能存在于保险人一方,保险人的行为在一定程度上也可借由道德风险的相关理论得到解释。^[79]

同样地,保险人的道德风险可存在于保险合同订立阶段和保险合同履行阶段。在保险合同订立阶段,除了利用专业优势制定偏高的保险费率外,^[80]保险人的道德风险主要体现为两种类型:一是在核保中过度获取保险标的相关信息;二是在核保中不善尽调查义务,未获取足够的必要信息就仓促承保。^[81]就前者而言,保险人获取过多与承保无关的保险标的信息,一方面可能会构成对被保险人隐私的侵犯,尤其是健康保险中对被保险人健康状况和医疗信息的获取;另一方面,对这些信息的过度分析或错误分析,可能会导致被保险人毫无来由地被以不利条款承保,甚至被完全拒保。^[82]对此,应当在遵循《民法典》等法律确立的个人信息保护基本原则和规则的基础上,进一步明确保险人收集保险标的信息用于风险评估时的正当、必要标准,以及保险人在收集和处理信息时的具体义务、限制和责任,强化保险监管以确保保险人切实履行相关义务,同时丰富保险消费者的民事救济措施,以更好地实现保险消费者个人信息保护与利用之间的平衡。^[83]就后者而言,出于增加客户量、减少运行成本的目的,保险人可能会实施这样一种机会主义行为:在核保时不审慎评估承保风险就同意承保,发生保险事故后,以被保险人违反告知义务为由,主张免除保险责任并免于返还保费。此种行为对保险人有利无害,但对投保方而言,不仅会令投保人损失保费,还会导致被保险人遭受因未投保有效保

[79] See Beal, *supra* note 23, p. 82.

[80] 参见李琳、游桂云:“论保险业中的道德风险与逆向选择”,《保险研究》2003年第9期,第6页。

[81] 参见江苏省扬州市中级人民法院民事判决书,(2018)苏10民终1464号。

[82] See Sluijs, *supra* note 76, p. 318.

[83] 参见任自力:“《民法典》与保险消费者个人信息保护”,《保险研究》2020年第8期,第11—13页。

险而处于保障“空窗期”的不利益。对于保险人在保险合同订立阶段的道德风险,除《保险法》第16条规定的两年除斥期间、第17条规定的保险人说明义务外,主要由中国银保监会出台的一系列保险监管规章及规范性文件进行规制。

在保险合同履行阶段,保险合同的成立在投保人与保险人之间创造了一种“委托—代理”关系,作为委托人的投保人通过保险合同,委任保险人以代理人的身份负责为其承担保险合同承保的风险。^[84] 在所有的委托代理关系中,代理人都存在潜在的道德风险,^[85] 此种情形也不例外。保险人在保险合同履行阶段的道德风险,主要体现为在决定是否赔付或者赔付多少保险金时,为了使自己保有较多资金,总是倾向于尽可能地不赔或少赔,^[86] 从而使被保险人无辜承受本不会发生的金钱损失。例如,在普通财产保险中,保险合同约定被保险人申请理赔时须提交特定证明文件,保险事故发生后,尽管被保险人未提交该文件并未影响保险责任的确定,但保险人仍以被保险人违反合同约定为由,拒绝承担保险责任。保险人不当理赔的道德风险,严重损害了投保方依据保险合同应当享有的利益,因而需受到严格的控制。对此,最为典型的应对制度系保险公估制度。除此之外,美国保险法上通常还会以“恶意侵权规则”与“合理期待原则”对保险人的上述道德风险进行规制。^[87] 我国《保险法》也确立了类似机制,第129条规定了保险公估制度,允许保险合同当事人委托保险公估机构等独立机构或者专业人员评估和鉴定保险事故;第23条则规定保险人迟延履行保险金给付义务的,除支付保险金外,还应当赔偿被保险人或受益人因此受到的损失。另外,中国银保监会出台的保险理赔方面的监管规范,也有助于遏制此种道德风险。然而,我国的保险公估制度在实践中常常面临一方当事人委托的公估机构所作的评估报告无法得到对方认可、公估机构的评估活动不规范等问题,由此引发了相当多的理赔争议,^[88] 因而有待改革和完善。此外,在我国法框架下,对于保险人恶意不当理赔之道德风险的规制,究竟是采用违约责任还是侵权责任才更加符合法体系的协调性,也同样是一个饱受争议且值得继续深思的问题。

值得注意的是,保险人之所以在理赔时设置诸多条件进行多番核查,很多时候也是为了防范被保险人或受益人骗保的道德风险,以防因错误提供理赔而损害危险共同体的利益,破坏保险整体的对价平衡。但在某些情况下,审慎的核赔行为与不当理赔的道德风险行为之间的界限,可能甚为模糊。当保险人主观动机不良时,也极有可能构成保险人的机会主义行为甚至恶意欺诈行为。保险人防范投保方道德风险的行为超出必要限度后,就可能演化成为保险人的道德风险。因此,保险人道德风险控制的问题,从反面而言,就是投保方道德风险控制机制的实施限度问题,两者具有一体两面的关系,需要辩证地看待。

[84] See Baker and Logue, *supra* note 36, pp. 35–36.

[85] See Arrow, *supra* note 1.

[86] See Baker and Logue, *supra* note 36, p. 36.

[87] See Beal, *supra* note 23, p. 97.

[88] 参见《上海市黄浦区人民法院财产保险案件审判白皮书(2016—2021)》,载上海市高级人民法院官网, <http://snsfbh.hshfy.sh.cn/shfy/web/xxnr.jsp?pa=aaWQ9MjAyNTM2MzkmeGg9MSZsbWRtPWxtMTcz&zd=xwzx>, 最后访问日期:2022年10月16日。

四、结 语

道德风险并非价值中立,而是一个需要接受价值判断与衡量的规范性概念。就保险领域而言,道德风险也是保险制度之负外部性的体现,是保险制度一度遭受质疑的缘由。然而,道德风险并非不可防范,鉴于道德风险给保险制度存续以及保险稳续经营带来的威胁,保险业始终有动力且有能力致力于道德风险防控机制的构建。与此同时,保险法上的对价平衡原则、诚实信用原则以及消费者保护原则,也共同构成了建构体系性道德风险控制机制的理论基础。我国保险领域的道德风险控制机制在种类和形态上极为丰富,既有保险人一方采取的经济技术性手段,也有保险合同免责条款的设计,还有保险法上相关的原则或规则。这充分贯彻了保险法上道德风险控制机制构建应遵循的“技术手段与法律手段相结合”原则。除此之外,在运用这些手段建构道德风险控制机制时,还应当在比例原则的框架下进行。本文从三个维度描摹了保险法上道德风险控制机制的体系图景,并对各具体防控机制现存的问题与可能的完善方向进行了简要阐释,迈出了保险领域道德风险问题之法学研究的一步。但对于该问题的圆满解决而言,笔者的研究只是开端而非完结,本文抛砖引玉,冀望学界同仁能够就保险领域道德风险控制开展更多更微观和深入的探索,协同推进保险法上道德风险控制机制的优化与完善。

Abstract: For a long time, the moral hazard problem in China's insurance industry has not been effectively dealt with due to a relative lack of theoretical concern. In the field of insurance law, the expression of "moral hazard" is a normative concept which is concerned with morality and refers to that the insured party intentionally or gross negligently causes or expands the loss to occur or expand after having insurance coverage, including fraud during insurance contracting. The system of insurance has been doubted because of its negative externality of inducing moral hazard, but due to its huge institutional benefits and social value, it is necessary to develop moral hazard control mechanisms to reduce institutional costs and maximize social welfare. The moral hazard control mechanisms in insurance law have been extensively noticed, recognized and applied in China's judicial practice, and are embodied in four forms: technologies, clauses, principles and rules. On this basis, "the combination of technical means and legal means" and "the control of moral hazard shall conform to the principle of proportionality" should be taken as fundamental construction principles of the moral hazard control mechanisms in China's insurance law. Furthermore, the moral hazard control mechanisms should be integrated through three aspects: application, time and subject. In this way, the moral hazard problem in China's insurance industry could be solved through the improvement of the macro system and the optimization of micro norms.

Key Words: Insurance; Moral Hazard Control; Gross Negligence; Information Asymmetry

(责任编辑:贺 剑)