

保险法中保证制度构造及其现代化转型

——以英国为视角

马宁

内容提要:保证制度本是英国立法者为帮助保险人评估与控制风险水平而创设的,但保险人却通过任意扩大保证事项的范围,特别是引入合同基础条款,将保证演绎为帮助其逃脱保险责任的工具。故而英国正在修订法律,尝试通过否定合同基础条款的效力,废除肯定保证制度,限制特约保证适用的方式来消除保证的负面效应。借鉴前述立法经验,我国应将实践中当事人约定的肯定保证条款与投保人的告知不加区分,违反肯定保证一概适用违反如实告知义务的规定。同时,有鉴于特约保证具有难以替代的独特价值,因而我国《保险法》有必要赋予保险人通过规定特约(保证)条款的方式控制风险水平的权利,或至少应承认实践中此类条款的合法性。但为限制保险人通过滥用特约条款,逃避应尽保险责任情形的出现,应仅在被保险人违反特约条款的行为与保险事故发生存在因果关系,且被保险人具有主观可归责性时,方可允许保险人藉此免除其保险责任。

关键词:肯定保证 特约保证 合同基础条款 因果关系 借鉴意义

马宁,西北政法大学民商法学院讲师。

保证是英国保险法首创的一项制度,指投保人(或被保险人)^[1]向保险人做出的担保某种事实存在或不存在,或者为或不为一定行为的承诺。^[2]保证事项是保险合同的组成部分,贯穿于保险合同始终,能否遵循保证直接关乎保险合同的缔约目的能否实现,因而属于其核心内容之一。对深受英国保险法影响的我国而言,研究分析其保证制度的基本构造与最新发展形势,无疑对了解保险合同立法趋势,确保我国保险制度理论价值的最大化实现颇具价值。

一 英国法中保证的传统制度构造及其内在缺陷

英国现行保险法中的保证是以其1906年颁布的《海上保险法》(Marine Insurance Act

[1] 一般而言,是投保人担保合同缔结前或缔结之时某种事实是否存在,而被保险人则担保在保险合同缔结后将为或不为一行为。但因为多数情形下,投保人与被保险人为同一人,特别是在补偿保险中此种情形更为常见,因此,英国立法通常将做出保证的人统称被保险人,本文也将遵循此一惯例。

[2] Raoul Colinvaux, *The Law of Insurance* (London: Sweet & Maxwell, 5th ed 1984), p. 203.

1906)为基础而建构起来的。^[3]因此,欲了解保证制度演进的内在动因,须首先明晰《海上保险法》中保证的基本构造及其内在缺陷。

(一)《海上保险法》中保证的基本构造

依据《海上保险法》的规定,保证的要义主要涵盖以下三点:(1)保证包含对既有事实的确认与未来行为的承诺;依据《海上保险法》第33(1)条的规定,保证一般被分为肯定保证和特约保证。前者是指被保险人对保险合同缔结时或缔结前某一事实存在与否的保证,例如在火灾保险中,保证被保险房屋已经安装了自动喷水装置。后者则是被保险人对保险合同缔结后,其将为或不为一定行为的保证,例如在汽车保险中,被保险人保证将使被保险车辆处于适合行驶的状态。肯定保证与告知制度的目的相同,均在于帮助保险人确定拟承保保险标的的危险水平,而特约保证目的在于帮助保险人控制风险水平。^[4](2)保证必须严格遵守;依据《海上保险法》第33(3)条的规定,“保证必须严格遵守,不管它对于风险(水平的确定与控制)是否重要”。因此,如果被保险人保证某一事实真实存在,但实际情况与此不符时,即便被保险人的前述回答对于保险人作出是否承保或续保的决定,以及确定保险费率并无影响,^[5]或者被保险人对不实回答主观上并无过错,^[6]仍将视为被保险人违反了保证,保险人可据此免除保险责任。即便被保险人事后对该行为进行了纠正亦无济于事。(3)一旦被保险人违反了保证,保险人的保险责任自动得以免除;依据《海上保险法》第33(3)条的规定,保证必须严格遵守,否则,“依据保险合同中的明示规定,对违反保证之日起所提起的索赔,保险人不承担保险责任”;对此规定,英格兰法律委员会在1980年发布的报告中曾称,当(被保险人)违反保证后,保险人有权拒绝履行保险合同,^[7]但英国法院却在新斯科舍银行诉海伦尼克相互战争风险保险公司(Bank of nova scotia v. Hellenic mutual war risks)一案中对此一解释提出了批评,认为应当严格依照《海上保险法》的字面意思来进行解释,即自违反保证之日起,保险人自动免除保险责任。^[8]罗伯特·莫金(Robert Merkin)教授也认为,依据《海上保险法》的规定,自违反保证之日起,保险合同自动终止。^[9]这意味着,在违反了肯定保证时,保险合同并不生效,保险人无法取得已收取的保险费。而在违反了特约保证时,合同自违反保证之日起自动终止,保险人可以取得合同终止之日前的保险费。事后即便被保险人履行了特约保证,保险合同也不能复效。因此,任何在违反保证之后出现的损失都不属于保险人的责任范围,因而也不需要证明

[3] 事实上,除英国外,澳大利亚、新西兰、加拿大、美国、南非等英国保险法系国家传统保险法上的保证基本都是《海上保险法》相关制度的投影。参见 The Law Commission and The Scottish Law Commission, Insurance Contract Law Issues Paper2: Warranties, 2006, <http://www.lawcom.gov.uk/publications.htm>, 2010年9月10日最后访问。

[4] John F. Dobbyn, *Insurance Law*, 北京:法律出版社2001年影印版,第203页。Raoul Colinvaux, *The Law of Insurance* (London: Sweet & Maxwell, 5th ed 1984), p. 118. 但我国台湾学者施文森对肯定保证(担保)与特约保证(担保)概念的界定则与前述著作不同,其认为肯定保证与特约保证的保证事项均包含过去、现在、将来的事项,而区分只在于肯定保证是保证某一事项是否真实,特约保证则是保证为或不为一定行为。见施文森:《保险法总论》,台北:三民书局1985年版,第166-167页。

[5] Viscount Dunedin in *Clicksman v. Lancashire & general*, A. C. 139 (1927).

[6] *Jones and James v. Provincial*, 46 T. L. R. 71 (1929).

[7] The law commission, *Insurance Law, Non-Disclosure and Breach of Warranty*, 1980, para 6, 6.2, <http://www.lawcom.gov.uk/publications.htm>, 2010年9月10日最后访问。

[8] *Bank of nova scotia v. Hellenic mutual war risks*, 1 AC 233 (1992).

[9] Robert Merkin, *Reforming Insurance Law: Is There a Case for Reverse Transportation?* 2007, 60. <http://www.lawcom.gov.uk/publications.htm>, 2010年9月10日最后访问。

违反保证与损失发生之间存在因果联系。^[10]

(二) 传统保证制度的内在缺陷

英国立法者通过保证设定极其严格的责任,希望以此迫使被保险人认真履行如实陈述保险标的风险状况与防损减灾等义务,从而确保保险人能准确估定与控制风险水平。此种制度设计在上世纪初经济科技尚不发达之时,对于处于不断流动之中、保险人无法查勘与掌控的船舶及其货物或许有其合理性。然而,随着《海上保险法》的制度设计被其他类型的保险所复制,^[11]以及科技发展带来的保险人风险管控能力的增强,该种制度设计就显得对被保险人过于苛刻,特别是之后保险人为确保其利益最大化而对保证事项范围所做的扩大化演绎,以及不加限制的随意使用,更是使保险人与被保险人之间的权利义务严重失衡。1980年,英格兰法律委员会在其发布的报告中详细分析了保证的缺陷,称由于保证条款不符合被保险人的合理预期,因而该条款的适用带来了错误与不公正的结果,^[12]这主要体现在以下几点:(1)即便被保险人违反保证的行为对保险人评估风险水平,以作出是否承保或续保的决定,以及控制风险水平并无影响,保险人仍可借此免除保险责任。(2)当被保险人违反保证的行为仅仅与其他类别风险的评估与控制有关联时,保险人仍可免除保险责任。(3)即便被保险人曾有过违反保证的行为,但已于事后进行了矫正,保险人仍可借此免除保险责任。

最重要的是,上述不公平现象由于保险人在实践中广泛引入合同基础条款而愈加恶化。该条款是指保险人要求被保险人在投保单末尾处签名,声明其保证对投保单所列问题作出的回答是准确无误的,并且该回答构成合同赖以存在的基础,以此将被保险人所作出的全部回答转变为合同中的保证条款,而不管实际上在保险单中是否列明了类似条款。适用合同基础条款意味着,当被保险人做出了任何一个不准确的回答后,保险人即可免除保险责任,而不管该回答对于保险人评估风险水平是否具有重要意义,也不管被保险人对该不准确回答主观上是否具有可归责性。该条款自出现伊始便受到了诸多批评。早在1908年的乔尔诉法律协会与王冠保险公司(Joel v. Law Union and Crown Insurance Co)一案中,莫尔顿法官(J. Moulton)即称他希望能警告公众注意此一条款。^[13]然而,尽管遭到诸多批评,但直至1996年,仍有法院基于尊重契约自由的考虑,确认了此一条款的合法性。

基于上述分析,英格兰法律委员会呼吁应借鉴其他英国保险法系国家,如新西兰与澳大利亚等国的经验,对保证制度进行全面改革。但由于保险人协会的坚决抵制,此种彻底的改革建议未被英国立法者采纳,但为缓和保证制度在国内引发的批评与应对欧盟内部保护消费者立法的压力,英国开始采用相对温和和举措去限制保证条款规则的适用,这主要是通过金融监管机关发布的行政命令与业务指引来实现的。当然,作为典型的判例法国家,法院的判决也在相当大程度上实现了矫正成文法僵化规则的积极效应。

[10] Forsakrings Vesta v. Butcher, 1 Lloyd's Rep 331 (1989).

[11] 《海上保险法》不仅适用于海上保险,其中很多规定亦适用于其他类型的保险合同,因为该法包含了一部分经过法典化的普通法规则。参见 The Law Commission and The Scottish Law Commission, Insurance Contract Law: misrepresentation, non-disclosure and breach of warranty by the insured, 2007. 2.4, <http://www.lawcom.gov.uk/publications.htm>, 2010年9月10日最后访问。

[12] The Law Commission, Insurance Law, Non-Disclosure and Breach of Warranty, 1980, para6, 6.3, <http://www.lawcom.gov.uk/publications.htm>, 2010年9月10日最后访问。

[13] Joel v. Law Union and Crown Insurance Co, 2 KB 863 (1908).

二 对传统保证制度的有限修正:英国保证制度的现有结构

虽然英国立法者受到了以劳合社为代表的保险业者利益群体的影响,拒绝接受英格兰法律委员会 1980 年报告中的建议,但其仍必须正视严格适用传统保证规则对被保险人合法权益造成侵害的事实,并不得不遵从欧盟就消费者保险问题所制定的相关法令,从而为被保险人提供了三种救济方式,以尽可能地缓和保证所引发的显失公平现象。当然,在此之外,被保险人仍可寻求判例法的救济。

(一) 要求保险人遵守金融服务局发布的规则

2001 年 2 月 1 日,《2000 年金融服务与市场法》(Financial Services and Markets Act 2000)生效后,英国金融服务局成为英国金融业的统一监管者,其发布的诸多规则在实践中甚至获得了优先于法律适用的地位,而其中的一些就涉及保证制度。例如,金融服务局发布了《保险商业行为规范》(Insurance Conduct of Business Sourcebook,简称 ICOB),其第 7.3.6 条规定,除非存在欺诈,保险人不能以下列理由拒绝零售消费者提出的索赔要求……(c)在一般保险合同里,以违反保证或条件为由(拒绝承担保险责任),除非索赔情形与违反保证的行为存在关联性。此外,金融服务局发布的商业行为规范(Conduct of Business Sourcebook,简称 COB)第 8A.2.6 条还进一步称,保证(事项)必须对风险评估有重要影响,并且在缔结保险合同之前,必须提请被保险人注意(保证条款)。然而,上述规定存在的下列缺陷,使其无法为被保险人提供充分的保护:(1)其仅适用于消费者保险,而不能适用于商业保险;(2)其允许保险人在怀疑但无法证明被保险人存在欺诈之时可以拒绝履行保险责任。尽管保险人必须提出一些证明被保险人存在欺诈的相关证据,但该证据无需是终局与决定性的;(3)在保险人不遵守该规范时,被保险人无法强制保险人履行。

(二) 要求依据《消费者合同中不公平条款规章》的规定审查保证条款的公正性

在消费者保险合同里,被保险人可以要求英国法院遵循欧盟 1999 年颁布的《消费者合同中不公平条款规章》(Unfair Terms in Consumer Contract Regulations)的规定,对保证条款的公平性进行审查。与金融服务局的规则相同,该规章虽然为消费者提供了另一种救济方式,但由于对其能在多大程度上适用于保险合同存在争论,故其所能提供的保护仍不充分。在该规章制定之时,由于欧洲保险业者强烈反对法院对合同条款进行公正性的司法评估,为减轻其疑虑,《消费者合同中不公平条款规章》第 6(2)条规定,在合同条款简单易懂时,对该条款是否公正的评估将不涉及:(a)该合同主要标的的界定,或(b)作为提供商品或服务而换取的价格或报酬是否充分。这意味着,消费者如果要求法院对保证条款公正性进行审查,至少须克服以下障碍:(1)证明保证条款不属于核心条款,或称不属于对合同主要标的的界定;(2)该条款的用语并非简单易懂;(3)在合同缔结之时,该条款是不公平的。这显然并非易事。况且,保证的问题不仅存在于消费者保险合同,而且也常见于商业保险合同,但《消费者合同中不公平条款规章》并不适用于后者。

(三) 将纠纷提交金融巡视员服务公司裁决

依据《2000 年金融服务与市场法》,金融服务局设立了金融巡视员服务公司,该机构为英国消费者提供了一个法院之外的替代性纠纷解决机制。金融巡视员服务公司可以依据公平与合理的观念对纠纷进行裁决。分析该公司所做出的涉及保证问题的裁决可以发现,其

主要涉及违反保证行为与损失的发生是否需要存在因果联系,以及保证条款是否透明和是否违反了被保险人的合理预期。对于前者,金融巡视员服务公司的裁决不仅要求保险人就违反行为与损害发生存在因果关系承担举证责任,而且还必须证明二者之间具有直接因果关系。其次,《保险商业行为规范》第5条要求保险人提请被保险人注意保险合同中那些重要的和非同寻常的排除保险人责任的条款,金融服务局在裁决纠纷时也遵循此一规则。当某一保证条款损害了被保险人合理预期时,金融服务局可能将之视为重要和非同寻常的条款,要求保险人证明已尽提请注意上述条款的义务,否则保险人需继续承担保险责任。尽管金融服务局做出了一些有利于被保险人的裁决,在一定程度上减轻了保证制度带来的不公正性,但由于并非所有案件都会提交该机构裁决,而且该机构的裁决与法院判决之间的不同将会使法律愈加复杂与不一致,因而此种方式也存在缺陷。

(四) 寻求判例法的救济

对于保险人滥用保证还有一种救济方法,即请求法院判定该条款不是真正的保证,而是其他类型条款,例如风险描述条款,^[14]或该条款并不涉及争议问题。司法实践中,英国法院主要通过下列途径去矫正保险人滥用保证条款可能带来的消极影响:(1)判定投保单中的回答仅仅是对过去与现在事实的担保,而不涉及对未来行为的承诺,除非保险人在保险合同中用明确无误的词语表明其意图。(2)在保险合同的承保范围包括数类风险时,判定被保险人违反保证的行为仅仅使保险人免除部分类别风险的保险责任;^[15](3)将争议条款判定为不属于保证,而是描述风险的条款;^[16](4)判定争议事实不属于保证的范围,或被保险人对某一行为所作出的保证不涉及争议事实。^[17]

然而,适用法律解释方法的困难是,为了实现衡平,法院是否应该不顾保险单中存在的并无疑义的用语。实践中,部分法院在此种情形下做出了有利于被保险人的判决。这一方法虽然有助于防止保险人滥用保证条款,但它也增加了法律的不确定性。显然,由于每个条款只有在法院作出裁决后金融服务局才能真正确定其含义,因此,此种方法将使法律作为抽象的行为规范的指引性受到严重削弱,导致相同问题被大量重复诉讼。况且,要求创造公平结果的理由最后势必演化为没有定论的无尽争议。

因此,尽管金融服务局的规则以及《消费者合同中不公平条款规章》的规定,金融巡视员服务公司的裁决以及法院的判例在一定程度上矫正了保证引发的不公平现象,但其都存在难以克服的内在缺陷,无法为被保险人提供全面与充分的保障,正是在这种背景之下,制订、修改成文法的意见被重新提出,并真正开始付诸实施。从2006年11月至2007年6月,英格兰法律委员会与苏格兰法律委员会就保证问题联合发布了两个报告,^[18]并在2009年12月公布了《消费者保险法》(Consumer Insurance Law)草案,就保证制度的修改提出了正式

[14] 依据英国法,描述某个风险属于保险人承保范围的条款是风险描述条款,这种条款有时也被称为延缓条件。当被保险人违反该条件时,保险人的保险责任暂时中止,其后若该违反行为得到纠正,则保险人的保险责任自被纠正之日起恢复。

[15] Printpak v. ACF Insurance Ltd, Lloyd's Rep IR 542(1999).

[16] Kler Knitwear Ltd v. Lombard General Insurance Co Ltd, Lloyd's Rep IR 47(2000).

[17] Provincial Insurance Co v. Morgan, AC 240(1933).

[18] 即(1)The Law Commission and The Scottish Law Commission, Insurance Contract Law Issues Paper 2: Warranties, November 2006;(2)The Law Commission and The Scottish Law Commission, Insurance Contract Law: misrepresentation, non-disclosure and breach of warranty by the insured, June 2007。

立法建议。^[19]至此,英国保险法中保证制度的现代化进程正式起步。

三 保证制度的现代化转型:英格兰法律委员会 与苏格兰法律委员会的立法建议

(一) 否定合同基础条款的效力

英格兰和苏格兰的法律委员会认为,合同基础条款主要有三个问题:(1)它不要求保险人区分所保证问题是否重要,而是允许将投保单中的全部回答都作为保证;(2)这种条款允许保险人将对于违反保证才合适的救济方法适用于违反了告知的行为。如果立法者对于不实告知规定作出修改,限制保险人对于非欺诈性不实告知可享有的救济权利——例如规定当被保险人对不实告知不存在过错时,保险人仍应承担保险责任——那么保险人可以使用合同基础条款挫败前述立法目标,免除自己的全部保险责任;(3)该条款并不需要出现在保险单内,因而被保险人不仅难以注意到该条款,而且也很难理解这个含义模糊的条款的重要性。

两个法律委员会认为,在消费者保险法里,如果仅要求保证条款包含在保险单中,则改革的力度是不够的。因为如果仅要求保险单中存在一个被保险人保证他在投保单中所做的陈述都是真实的条款,消费者不可能比在投保单中规定合同基础条款能更好地理解其法律效果。故而两个法律委员会倾向性的意见是,不管关于具体事实的保证是否有效,至少在消费者保险中应否定合同基础条款的效力。对于商业保险,由于被保险人同样难以理解合同基础条款的真实含义,特别是对于中小企业,此种情形更为常见,因此,两个法律委员会建议该条款也应当被禁止。并且该种规定与消费者保险法的类似规定相同,均应属于强制性规范。

(二) 废除肯定保证制度

对消费者保险而言,英格兰法律委员会曾在1980年的报告中建议,那些对过去或现有事实的具体保证条款(即肯定保证)在下列情形下应是有效的:(1)该保证事项必须是重要的和已明确记载的;并且(2)一旦保险事故发生而引起索赔,如果被保险人证明该保证存在的目的不是防止此种重要的风险发生,或违反保证并没有增加该已发生的风险的出现概率,保险人将无权拒绝承担保险责任。^[20]然而在《消费者保险法》草案之中,英格兰和苏格兰的法律委员会都改变了原有立场。其认为,前述方法不能为消费者提供充分的保护。首先,即便消费者并无欺诈意图,甚至并无过错,该方法仍旧赋予保险人拒绝承担保险责任的权利;其次,仅仅要求保证应写进书面文件,并在合理的时间内送交消费者的方法,只能保护那些阅读过该文件的消费者,而实践中许多消费者可能不会阅读该文件。并且通常情形下,仅在消费者已与保险人完成对保险合同内容的安排之后,他才会收到记载前述保证条款的文件。因此,这两个法律委员会建议,在消费者保险领域,对既有事实的陈述不能转化成保证,保险人仅能依照违反如实告知义务的规定寻求救济。这意味着,保险人不能在被保险人对违反如实告知义务的行为不存在过错时,解除保险合同。在被保险人存在过失时,保险人则需承

[19] The Law Commission and The Scottish Law Commission, Consumer insurance law: pre-contract disclosure and misrepresentation, December 2009. 10.1 - 10.19, <http://www.lawcom.gov.uk/publications.htm>, 2010年9月10日最后访问。

[20] The law commission, Insurance Law, Non-Disclosure and Breach of Warranty, 1980, c I 10, <http://www.lawcom.gov.uk/publications.htm>, 2010年9月10日最后访问。

担比例责任。事实上,英格兰和苏格兰的法律委员会的建议明显是受到了澳大利亚《1984年保险合同法》(Insurance Contract Act in 1984)第24条以及新西兰法律委员会1998年发布的《保险法若干问题报告》(Some Problems of Insurance Law)的影响。

(三)对特约保证的修正

1. 对因果关系的界定

英格兰和苏格兰的法律委员会在其消费者保险法草案中对将来行为的保证提出了两个主要的立法修改建议:

第一,保险人应向被保险人提供载明了被保险人所作保证内容的书面文件;保险实践中所面临的一个突出问题是,保险人可以以被保险人未能遵循那些被保险人并不理解、甚至并未意识到其存在的条款为由,免除或减轻其保险责任。具体于保证条款而言,被保险人利益遭受侵害的情形更为严重。因此,两个法律委员会在消费者保险法草案中规定,保险人在保险合同签订之前或签订之时,或保险合同缔结后应立即向被保险人发出载有该保证条款的书面声明。然而,前述方法可能不足以为消费者提供充分保护,因为该条款可能会以较小的字体印刷,并隐没于诸多其他类型条款之内。因此,更重要的是应督促保险人采取具体措施使被保险人注意到该义务。

实现此一目标的方法有两种:(a)制定详细的如何阐明被保险人义务的规则;例如上述义务应规定在产品摘要、承保范围条款或单独的文件之内,而且该条款必须是以简单明了的用语写就,甚至规定该义务印刷时的最小字体。(b)抽象的规定保险人应当提请被保险人注意非同寻常的条款,并将是否善尽提醒义务的争议提交法院裁决。显然,第一种方法更为具体明确,第二种则更具灵活性,能更好适应新的销售方式与新出现的保险产品,故而两个法律委员会倾向于后一种方法。

第二,仅在违反保证行为与损害的发生存在因果联系时,保险人才能免除保险责任;特约保证所引发的最大问题在于,它允许保险人以被保险人存在与损失发生无关的细枝末节性地违反保证的行为为由,免于承担保险责任。因此,两个法律委员会强烈建议应引入因果关系规则,对此有三种可以遵循的路径:

其一,坚持英格兰法律委员会1980年报告的做法,在被保险人可以证明违反保证行为并没有增加引起索赔的事件(损失)本身出现的风险水平时,保险人不得以此为由免除保险责任。

其二,遵循新西兰《1977年保险法改革法》(The Insurance Law Reform Act 1977)第11条的规定,即“在保险合同对保险人有义务补偿被保险人损失的情形做出界定,以限制或排除在某些事件发生或某些情形存在时,保险人填补被保险人损失的责任的情形时……被保险人没有权利仅仅因为保险合同中存在上述规定,而要求保险人对自己进行补偿。除非被保险人证明,自己寻求受补偿的损失不是由上述事件的发生或情形的存在而引起或不可归因于其。”但是在保险事故出现以前,保险人仍能以被保险人违反特约保证为由解除保险合同。

其三,采纳澳大利亚《1984年保险合同法》第54条规定的两分法规则,即依据违反合同行为是否是损失发生的全部原因而做出不同的处理。该条规定:“……(2)当行为能够合理地被视为将引起保险承保范围内的损失,或损失可归因于该行为时,保险人可拒绝承担保险责任。(3)当被保险人能证明,被保险人的损失不是因为其行为所引起的,则保险人不能据

此拒绝承担保险责任。(4)当被保险人能证明,被保险人的部分损失不是因为其行为所引起的,则保险人不能拒绝承担该部分损失的保险责任。(5)当(a)行为是保护一个人的人身安全或财产安全所必须时;或(b)被保险人或其他人不去采取行为将是不合理的,则保险人不能以存在该行为为由,拒绝承担保险责任……”

显然,上述三种模式之间有相当程度的相似性,例如,都规定为获取保险赔偿,被保险人需承担证明损失与违反保证行为不存在因果联系的举证责任。然而,1980 年报告提出的建议仅仅适用于保证条款,而新西兰与澳大利亚立法适用于任何限制保险人责任的条款。再者,三种模式所使用的界定因果联系的用语,即“增加了损失出现的风险水平”,“损失的发生可归因于该行为”,以及“引起了损失”三者之间的含义确实存在差异。因为即便违反保证行为并没有引起损失,或损失的发生不能归因于该行为,该行为仍可能增加损失出现的风险水平。例如,汽车驾驶员违反保证对汽车进行改装,增加了汽车刹车系统出现故障的概率。之后,由于驾驶员在驾驶时注意力不集中,在其来不及刹车之时即已发生保险事故,但事后证明该刹车系统仍运转良好,则依据 1980 年报告的建议,保险人可以免除保险责任,但依据澳大利亚和新西兰立法的规定,则被保险人仍有权获得保险金。而在“行为引起损失”与“损失的发生可归因于该行为”之间,前者可能意味着该违反行为必须是一个决定性的或主要的损失发生的原因,或者没有该行为损失就不会发生。显然,相较而言,新西兰与澳大利亚立法的规定对被保险人更为有利,而澳大利亚较之新西兰,向被保险人提供了更高水平的保护。

最后,英格兰和苏格兰法律委员会建议,保险人可以以被保险人违反保证为由,拒绝被保险人所提出的索赔,但是,如果被保险人能证明,损失的发生不可归因于违反保证的行为,则被保险人有权取得保险赔偿金。但是在保险事故发生之前,一旦被保险人违反了对将来行为的保证,则保险人有权解除保险合同,使之向将来归于消灭。对消费者保险而言,前述因果关系的要求将是强制性的,但对于商业保险而言,保险合同当事人可以使用清楚的语句表明其意图,以便以协商一致的方式对前述规定做出修改。但在保险合同是依据保险人提供的标准条款为基础而订立时,则应当对前述的修改权利进行控制,以确保该保险合同的承保范围不至于严重偏离被保险人的合理预期。

需要说明的是,当违反保证行为不是损失发生的全部原因时,新西兰法采取了传统的风险不可分原则,而澳大利亚法则采取了比例赔偿原则。罗伯特·莫金教授认为,澳大利亚法的规定显然更符合逻辑,但在采纳该立法模式前需要解决一个问题,即当有证据显示被保险人违反保证的行为引起了他的部分损失时,如何准确界定上述分配比例。^[21] 正是因为考虑到该种方式可能引起相当大程度的法律不确定性,新西兰法律改革委员会在其 1998 年发布的报告中仍建议基本保留《1977 年保险法改革法》中第 11 条的规定,并被 2004 年修订后的保险合同法采纳。而英格兰和苏格兰法律委员会对此问题则未作出明确回答。

2. 因果关系规则的适用范围与限制

为保持法律的一致性,并减少不必要的复杂性,英格兰和苏格兰法律委员会建议因果关系规则同样应适用于航空保险、运输保险、再保险以及海上保险中的明示保证。对于海上保险中的默示保证,仍未决定是否予以彻底废除。但是,无论默示保证是否废除,两个法律委

[21] Robert Merkin, *Reforming Insurance Law: Is There a Case for Reverse Transportation?* 2007, 7.21 - 7.22, <http://www.lawcom.gov.uk/publications.htm>, 2010 年 9 月 10 日最后访问。

员会都认为因果关系规则将同样适用于其,并将因果关系规则扩展适用于保证之外的那些排除或限制保险人责任的条款,如除外责任条款。最后,英格兰和苏格兰法律委员会对是否应将因果关系规则适用于被保险人基于一个特定目的而获取保险单,却为完全不同目的使用时所产生的损失的问题进行了分析,其典型事例是,被保险人为自己私人轿车购买保险,但却将之用于商业目的。如果其仅有一次用于商业目的,法律自不应因此否定该合同的效力。但是若其将该车当作出租车长期使用,一旦该车被盗,被保险人能否通过证明该车丢失与作为出租车无关而获取保险赔偿金?两个法律委员会对此给出了否定的答案,其理由是上述情形中的损失与保险承保范围相去甚远,因而一个理性的被保险人不可能预期该损失仍属于保险范围。

四 对英国法中保证制度改革的评析

(一) 英国保证制度改革的必要性

保证产生的最初动因是立法者希望通过严格的责任设计对被保险人施加威慑,迫使其将风险准确地描绘于保险人知悉,特别是对一个保险人无法查证与控制的、停泊在海外的船舶及其货物的风险状况进行准确介绍与合理控制,以便最大程度的保护缺乏保险标的风险信息 and 风险控制能力的保险人的利益。然而,保险人却通过将保证的范围扩展为与所承保风险无关事项的方式,特别是通过合同基础条款将保证制度演绎为帮助其逃脱应有责任的工具。由于意识到传统英国法中保证制度的前述不足,许多原英国保险法系国家通过判例法或修订成文法的方式对其继受自英国的保证制度进行了修订与完善。

英国保险法中的保证制度不仅给其自身的保险实践带来了巨大的困扰,而且已经严重阻碍了其融入欧洲法律一体化的进程。正如威尔赫尔姆森(Wilhelmsen)教授所言,英国法中违反保证的法律后果缺乏逻辑合理性,而且用法律公平理念或经济效率思想都无法进行解释。而若要实现欧盟内部法律的统一,那么欧洲国家将不会选择英国的立法模式。^[22]因而对英国立法者而言,唯一的选择就是对其自身立法作出修订,以真正还原、实现保证帮助保险人评估与控制风险水平的本来价值。英格兰和苏格兰的法律委员会对保证问题提出的立法建议正是在此一背景下做出的正确选择。

(二) 英国保证制度改革的合理性

如上所述,英格兰和苏格兰的法律委员会的立法建议主要包括三方面内容,作者认为;首先,合同基础条款严重侵害了被保险人对保险合同的合理预期,它赋予了保险人几乎没有限制的否定合同效力的权利,在实践中造成了严重的不公平与利益失衡,因而否定其效力是确保法律公平理念实现所必需的决定。

其次,两个法律委员会提出的废除肯定保证制度的建议亦是恰当的,其理由主要有两点;(1)肯定保证的理论价值并非具有不可替代性,事实上,其帮助保险人评估拟承保标的风险水平的功能完全可以通过告知制度实现。那些不存在肯定保证制度的德国、法国保险

[22] Wilhelmsen, Duty of Disclosure, Duty of Good Faith, Alternation of Risk and Warranties: An Analysis of the Replies to the CMI Questionnaire, CMI Yearbook 2000. [www. Comitemaritime. org/singapore/marinsurance/wilhelmsen. pdf](http://www.Comitemaritime.org/singapore/marinsurance/wilhelmsen.pdf), 2010年9月10日最后访问。

法系国家的立法经验与实践都已经证明了此种做法的可行性。(2)一旦允许当事人规定肯定保证,则很难防止保险人利用此一制度去规避如实告知义务规则中限制保险人免除保险责任的规定。例如,依据两个法律委员会提出的消费者保险法建议草案的规定,仅在被保险人对违反如实告知义务行为存在故意或重大过失时,保险人方可解除保险合同。^[23]若允许规定肯定保证,则保险人完全可以在投保人对特定问题的回答与客观情形不符时,依照约定径行解除保险合同,而不论投保人对该不实回答主观上是否有过错。这将使立法者通过前述设计保护被保险人利益的目标彻底落空。澳大利亚、新西兰也正是基于此点,才主张将所有肯定保证均视作告知。

最后,我们必须承认这样一个事实,即保险人有能力去限定自己愿意承保的风险,从而无需为那些不愿承保风险引起的损失承担保险责任,对于维持保险营业至关重要,而保证就是实现此一目标的工具之一。由于告知制度并不具有帮助保险人在保险合同生效后控制风险水平的功能,即其无法完全取代保证的理论价值,因而特约保证(或与其类似制度)仍有其继续存在的必要。这也正是两个法律委员会的消费者保险法建议草案(包括新西兰、澳大利亚法)保留而非彻底废除特约保证的原因所在。事实上,虽然非英国保险法系国家不存在保证制度,但其保险立法中大都具有类似于特约保证制度的规定。然而如上所述,保险实践中却广泛存在着保险人滥用此一规定的现象,保险人可以在被保险人违反细枝末节性的义务、甚至对该违反义务行为已经得到纠正以及违反该义务的行为与保险事故发生并不存在因果联系之时,仍然可以拒绝承担保险责任。易言之,保险人已经逾越了通过特约保证来帮助其控制风险水平的功效,而是直接将其作为逃脱应尽保险责任的工具。因此,必须对特约保证的适用施加限制,以真正还原该制度的本来面目。正是在此一背景之下,两个法律委员会建议应对特约保证的适用施加因果关系规则限制,此一建议无疑值得赞许。

但另一方面,或许是受到了以劳合社为代表的势力强大的保险业者的压力,英格兰和苏格兰的法律委员会的建议仍对保险人给予了较高程度的保护,这主要体现在保险事故发生后,不管被保险人主观上是否存在过错,保险人可以以被保险人违反了特约(保证)条款为由解除保险合同。而此一决定无论在理论抑或实践中都缺乏充分的理由。毕竟,对于因不可归因于任何一方的客观原因导致被保险人未能履行特约条款规定义务的风险,分配的基本原则应是将其转嫁于最有能力化解该种风险的人承担。而相对于被保险人,保险人无疑具有更高的风险管控能力,他有能力将该风险以最小成本予以化解,从而节省社会财富。再者,保险实践中确实存在着将此风险分配给保险人承担的立法例。例如,依据德国法,若被保险人在船舶不适航时仍然进行运营,则保险人对该违反保证行为所造成的损失不承担保险责任,除非被保险人证明,其对该不适航状态的发生并无过错。挪威1996年《海上保险计划》第3-33条也做了相似规定。^[24]此外,2007年新修订的德国《保险合同法》也作了类似的规定。^[25]特别需要注意的是,2009年8月1日,欧洲保险合同法重述小组公布了其起草的《欧洲保险合同法基本原则》(Principles of European Insurance Contract Law)。依据欧盟的立法意向,该文件将成为未来欧

[23] The Law Commission and The Scottish Law Commission, Consumer insurance law: pre-contract disclosure and misrepresentation, December 2009. 12. 16, <http://www.lawcom.gov.uk/publications.htm>, 2010年9月10日最后访问。

[24] Soyer, *Warranties in Marine Insurance* (London: Cavendish Publishing, 2nd ed, 2006), pp. 186-187.

[25] Clifford Chance, *The Reform of German Insurance Contract Law*, www.cliffordchance.com, 2010年8月20日最后访问。

洲统一保险合同法的蓝本。^[26] 这部汇集了众多欧洲保险法学者共同智慧的文件在第4章第1节规定了预防性措施条款依据该规定,除非被保险人故意引起损失,或其明知保险事故可能发生仍置之不顾,否则,保险人不得以被保险人未能履行预防性措施条款规定的义务为由终止保险合同(Art. 4:102)。因此,可以认为英格兰和苏格兰的法律委员会对特约保证的立法建议在总体上是一个方向正确但仍有待进一步完善的尝试。

五 我国立法的应然立场

虽然深受英国保险法的影响,但我国保险法对保证却未做任何规定。作者认为,首先,对于实践中可能出现的“合同基础条款”,应径行否定其效力。而对于肯定保证,我国立法也应坚持不予承认的现有立场,对于实践中当事人约定的所谓“肯定保证条款”,应将之与投保人的告知不加区分,违反“肯定保证”一概适用违反如实告知义务的规定。原因上文已经提及,在此不再赘述。

其次,我国《保险法》虽然规定了被保险人在保险事故发生后的通知与协助义务(《保险法》第21和第22条),保险标的危险水平增加时的通知义务(《保险法》第52条),特别是防灾减损义务(《保险法》第51条),但前述规定却存在以下缺陷,难以取代“特约保证”条款(可称特约条款)帮助保险人控制风险水平的预设价值。

首先,依照我国《保险法》第51条第1款的规定,被保险人应当遵守国家有关消防、安全、生产操作、劳动保护等方面的规定,维护保险标的的安全。但仅靠“国家有关规定”这一抽象表述,既难以满足保险人控制风险水平的迫切需要,也难以为被保险人提供如何实施控制保险标的风险水平具体方法的指引。毕竟,面对着不同种类的保险产品与背景千差万别的被保险人和保险标的,只有保险人在与被保险人缔结具体保险合同时,才能对被保险人提供具体的防灾减损建议。否则一旦就此产生分歧,则法院很难判断被保险人的行为是否已经善尽防灾减损义务。

其次,即便保险人可以引述前述规定,要求被保险人从事控制风险水平的行为,但我国《保险法》中关于防灾减损义务和危险增加通知义务的条款均规定在《保险法》第2章第3节,即财产保险合同里。据此推断,上述规定应不适用于人身保险;然而,实践中人身保险的保险人也有控制风险水平的迫切需要。例如,保险人要求被保险人承诺不从事某些特定类型的高度危险活动,如登山、赛车等。

再次,我国《保险法》第51条第3款规定,投保人、被保险人未按照约定履行其对保险标的的安全应尽责任的,保险人有权要求增加保险费或者解除合同。那么,前述“约定”是仅指“国家的有关规定”,还是也可包括保险人为防范保险事故发生而提出的其他具体要求呢?例如,在汽车保险中,保险人要求被保险人在保险合同生效后必须为保险车辆安装特定类型的防盗锁。显然这一要求与“国家规定”无关。再者,在被保险人未能遵守前述特别约定时,若保险事故的发生与被保险人违反特别约定的行为不存在因果联系时,如该车辆因自

[26] 参见《委员会致欧洲议会和欧盟理事会的通讯,一个更统一的欧洲合同法——一个行动计划》(Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: A More Coherent European Contract Law - An Action Plan), COM(2003) 68 final of 12 February 2003; 《对欧洲合同法和现行法的修订:下一步的道路》(European Contract Law and the Revision of the Acquis: The Way Forward), COM(2004) 651. final.

然而被烧毁,则保险人是否可以解除保险合同?虽然《保险法》第52条第2款规定,被保险人未履行危险水平增加的通知义务的,因保险标的的危险程度显著增加而发生的保险事故,保险人不承担赔偿保险金的责任。这里显然是为保险人解除保险合同施加了因果关系的限制,但问题是,在保险标的危险水平并未因被保险人违反约定的作为或不作为增加的情形下发生的保险事故该如何处理,例如,被保险人未按照其在保险合同中的承诺,给其车辆安装防盗锁,其后该车被盗。显然该保险标的的危险水平在保险合同缔结前后并未发生显著变化。此时,保险人可否直接解除保险合同?我国《保险法》对此均未作明确规定。

因此,作者认为,我国《保险法》有必要赋予保险人通过特约条款的方式控制风险水平的权利(或至少应承认实践中此类条款的合法性),而且此种权利应规定于保险合同的一般性规定之中,使之既适用于财产保险,又可适用于人身保险。最重要的是,《保险法》应对保险人在被保险人违反特约条款时应承担的责任作出明确限定,使之不至于像英国保险实践中那样,沦为保险人逃脱应有责任的工具。具体而言,参照英国等立法改革的经验,以及其他国家(地区)最新保险立法趋势——例如《欧洲保险合同法基本原则》第4章第1节的预防性措施条款规定——我国《保险法》应明确规定,以是否善尽特约条款规定的义务为保险人全部或部分免除保险责任先决条件的特约条款,仅在损失是由于被保险人故意,或因重大过失地违反特约条款规定的义务而引起的程度内有效。被保险人因一般过失违反特约条款时,其仍可在保险事故发生后,要求保险人承担保险责任。但是,若保险合同中明确规定保险人可依据被保险人的过错程度扣减保险赔偿金,则被保险人仅能要求保险人给付相应比例的保险赔偿金。

[Abstract] The aim of creating warranty system by British legislators was to help insurer evaluate and control level of risks, insurer, however, has made use of warranty as a tool to escaping insurance liability by arbitrarily expanding the scope of warranty issues, especially by introducing the clauses of contract basis. As a result, UK now is revising its law and trying to eliminate the negative effect produced by warranty through methods of denying the validity of the clause of contract basis, abolishing affirmative warranty system and restricting the way of application of promissory warranty. Using British legislative experience for reference, China should not distinguish between affirmative warranty clause parties agreed upon in practice and notification provided by the insured. In case of violation of affirmative warranty, the provision of breach of duty to telling truth shall be applied in general. Meanwhile, in view of the unique and irreplaceable value of promissory warranty, insurance law in China needs to entitle insurer the right to control level of risks by providing promissory (warranty) clause, or at least acknowledge the legality of this clause in practice. In order to restrain insurer from escaping insurance liability by abusing promissory clause, only in the context where there exists a cause-and-effect relation between the violation of promissory warranty clause by the insured and the occurrence of insurance accident, and the insured is accountable subjectively, can the insurer be allowed to exempt from his/her insurance liability.

(责任编辑:姚佳)