

保险法上如实告知义务之新检视

李 飞*

内容提要：从加强保险消费者保护原则与对价平衡原则来检视投保人如实告知义务具有重要意义。在告知义务的履行方式上，应以文字询问取代书面询问。在告知义务的范围方面，现行法采取了有限告知主义；判断是否为重要事项应采取依保险人各自的风险评估机制决定的主观标准兼由市场上保险人群体的一般形象决定的客观标准；投保人的告知内容限于其已知事项。就告知时期而言，应将投保人履行告知义务的期间限定在投保人为缔约的意思表示时。投保人违反如实告知义务时，应依其主观过错的不同确定相应的法律效果。投保人因故意违反如实告知义务时，保险人可以在不行使解除权的前提下，选择变更保险合同，却不能撤销保险合同；投保人因重大过失违反如实告知义务时，保险人虽然可以行使解除权，但应受到单方变更权的限制，同时，保险人承担赔偿责任时应以“比例原则”替代“全有或全无原则”；投保人非因故意或重大过失违反如实告知义务时，保险人的单方变更权也有适用余地。

关键词：保险消费者保护 对价平衡 如实告知义务 保险合同

传统上，投保人如实告知义务^{〔1〕}最重要的理论基础为诚信原则（最大诚信原则）与对价平衡原则。对价平衡原则强调投保人缴纳的保险费数额应依保险人准确的风险评估来确定。然而，保险人进行风险评估必须依赖投保人的如实告知，这就必然在告知义务的制度设计上对投保人提出严格的要求，最大诚信原则作为指导理念遂由此而生。正是在此意义上，“最大诚信原则对投保人是一种不利益的法律约束。”^{〔2〕}问题在于，传统告知义务法制过度追求最大诚信原则，忽略了对价平衡原则以及保险消费者保护，而导致许多对保险

* 南京师范大学法学院副教授。

本文为江苏高校优势学科建设工程资助项目（PAPD）的部分成果。

〔1〕 将如实告知义务的主体由投保人扩及于被保险人，这是理论界与实务界的一致看法，笔者对此并无异议，故不再探讨。但为行文便利并照顾表述习惯，本文仍以投保人如实告知义务称之。

〔2〕 李玉泉主编：《保险法学案例教程》，知识产权出版社2005年版，第23页。

消费者不公平的结果。^{〔3〕} 保险是一种透过复杂的合同条款建构出来的金融商品，保险合同中的投保人相对于保险人的专业弱势、保险的自身特点及其对投保人的作用决定了消费者保护在保险领域具有尤为重要的意义。此外，随着保险技术在保险实践中的不断发展，保险人积累了丰富的专业知识和从业经验，已不再需要像保险技术不发达的时代那样完全依赖投保人的告知才能进行风险评估。^{〔4〕} 像保险业发展的早期那样，通过设置严苛的告知义务规则对保险人给予保护——相对于保险人已具备的专业技能而言——已属于额外、过度保护，对保险消费者而言明显不公，且本身就有悖于保护保险消费者的精神。正是基于以上原因，近年来，以往以诚实信用原则为基调所设计的告知义务规范受到极大之挑战，消费者保护原则与对价平衡原则受到重视。

保险消费者保护原则的内涵在于改变如实告知义务制度所造成的强保险人、弱保险消费者的局面，通过具体机制的设置，全面提升保险消费者的法律地位，切实保护其正当利益，实现保险人、保险消费者双方的利益平衡。这意味着，突出保险消费者保护并非完全否定、摒弃最大诚信原则，而是顺应现代法制保护消费者的立法趋势，适时增强保险消费者保护原则的影响力，对既往强调最大诚信原则的如实告知义务制度做出一定程度的修正。亦即，保险法应从以往仅作为规制保险交易之一般契约法，转变为有保护保险消费者功能之消费者保险法。^{〔5〕} 但保险消费者保护原则与最大诚信原则皆有价值倾向性，难免因为利益冲突而出现紧张关系。为了防止矫枉过正或矫正不力，仍须得仰赖对价平衡原则发挥匡正扶持之机能。盖对价平衡原则乃客观中性之原则，并未掺杂价值判断在内。为了维持保险制度之健全性以及稳定性，对价平衡原则应作为制度设计之最后一道防线，因为对价平衡原则一旦失守，保险制度所赖以存续的基干亦将不复存在。^{〔6〕}

在此背景下，本文跳脱既往文献皆从诚实信用原则的视角研判投保人如实告知义务的窠臼，转而以加强保险消费者保护原则与对价平衡原则来检视我国保险法的相关规定。文中主要以德国新近修订的保险合同法以及日本保险法为参照，结合我国保险法实务中大量的法院裁判，在对保险法有关投保人如实告知义务的规定予以解释的基础上，对理论与实务中涌现出的与加强保险消费者保护、对价平衡两原则相扞格的若干新近代表性观点提出了商榷性意见。

一、告知义务的履行方式

（一）书面形式抑或文字形式

保险法对于告知义务的履行方式未做特别规定，但保监会 2003 年 9 月 1 日发布的《中国保险监督管理委员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》（保监公告第 55 号）第 2 条明确规定：“投保单以及健康证明书、重要事项告知书、批单、

〔3〕 参见郑子薇：《论保险法上告知义务之改革——以对价平衡原则及消费者保护为中心》，台湾政治大学风险管理及保险学系 2013 年硕士论文，第 6 页。

〔4〕 参见韩永强：《保险合同法“最大诚信原则”古今考》，《华东政法大学学报》2013 年第 1 期，第 48 页；方志平：《保险合同强制规则研究》，中国财政经济出版社 2007 年版，第 263 页。

〔5〕 参见〔日〕洲崎博史：《保險契約法の現代化》，《保險学雑誌》2007 年 599 号，第 63 页。

〔6〕 参见前引〔3〕，郑子薇文，第 9 页。

产品说明书等有关单证是保险合同的重要组成部分,投保人在投保时应当仔细阅读投保单及有关单证的有关内容。投保人需要向保险公司如实告知的事项以投保单及有关单证提示的范围为准,并以书面方式履行告知义务。”由此可见,现行法采取的告知模式为书面询问回答式。采用书面形式履行告知义务可以有效保护投保人的利益——不仅可以缩小投保人告知义务的范围,还能避免因口头询问导致的举证困难。〔7〕

然而,书面形式即便符合传统的纸质文书环境下的工作需要,却罔顾商业活动跨入电子商务时代后人们借助网络、电子媒介开展保险业务时面临的询问与告知的新业态。〔8〕为适应当前电子交易之新兴缔约形态,未来修法时实有必要在立法技术上做进一步抽象化处理,强调信息本身的文字化呈现形式,而忽略信息的文字化呈现形式所借助的媒介。文字形式的询问这一表述不但明确排除了口头询问形式,而且涵盖了依托书面、电子等媒介进行询问的形式,这一改变将会产生的最重大的意义被认为是明确限缩应告知事项的范围,判断某事项是否属于危险估计上重要情况的风险由保险人承担,〔9〕并能体现保护保险消费者的立法精神。德国保险合同法2008年修订时就抛弃了书面询问的旧制,采取了文字询问的原则。

文字形式的询问当然会限缩投保人告知事项的范围,从对价平衡原则观之,确实会降低保险人准确评估风险的几率。然而,资产实力日益强大、保险技术日益发达的保险公司之所以认可对价平衡原则向保险消费者保护原则的退让,原因在于这种退让会使其有利可图。具体言之,文字形式的询问限缩了投保人告知事项的范围之后,保险消费者与保险人交易时获得轻松感、安全感,与保险人达成交易的可能性势必大增,保险人的交易比率随之大幅提高。同时,随着投保人违反如实告知义务的法律效果方面的规定日渐完善,保险人因投保人违反如实告知义务而遭受的损失将得到更充分的补救,这即是对价平衡原则在法律上的重要实现形式。就此而言,保险消费者保护原则取得了伸展空间,对价平衡原则也以灵活的方式捍卫了保险制度的基础。

(二) 肯定抑或否定附具体内容的概括性条款

在现行法规定的书面询问回答模式下,概括性条款往往成为保险人青睐的询问手段以及免于承担保险责任的借口。考虑到保险消费者普遍缺乏专业保险知识,难以准确理解概括性条款的涵义,《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(二)》(法释〔2013〕14号,以下简称“保险法解释二”)第6条第2款第1句否定了纯粹的概括性条款的法律效力,即“保险人以投保人违反了对投保单询问表中所列概括性条款的如实告知义务为由请求解除合同的,人民法院不予支持”。〔10〕但紧随其后的第2句——“但该概括性条款有具体内容的除外”——却引发了争议。有学者认为,该但书规定“应当限定为仅在义务人不实告知的事实属于对概括性条款中列举的具体问题的回答时,保险人

〔7〕 参见周玉华:《最新保险法释义与适用》,法律出版社2009年版,第35页。

〔8〕 关于订立电子保单过程中的询问与告知的问题,可参见邢嘉栋:《电子保单中的询问与告知》,载谢宪、李友根主编:《保险判例百选》,法律出版社2012年版,第85页。

〔9〕 参见叶启洲:《德国保险契约法之百年改革:要保人告知义务新制及其检讨》,《台大法学论丛》2012年第41卷第1期,第262页。

〔10〕 日本保险法学者持同样的观点,即“问题不明确将被解释为没有进入询问的射程中,不构成告知事项,有可能产生无法追究违反告知义务的情形”。参见〔日〕竹滨修:《2008年〈日本保险法〉的修改及其后的发展》,载宋志华主编:《保险法评论》第5卷,法律出版社2013年版,第257页。

才可藉此主张违反告知义务的法律责任”。^{〔11〕}

持这种观点的学者站在强化保险消费者保护的立场，值得肯定。然而，该观点在这个问题上将保险人利益置之不理，则有失偏颇。实际上，保险人之所以在其书面询问中设置含有具体内容的概括性条款，大多是因为依据其现有的专业能力及业务经验无法将具体内容一一列明，后面附加的概括性条款与前面列举的具体内容基本上可以推定具有同质性关系。因此，在解释概括性询问条款的内容与具体列举事项之间的关系时，应当将二者做同质化解读。未告知的事项必须与具体列举的事项具有类似、相当的关系，否则，就不属于概括性条款的内容。在中国人寿保险公司上海市分公司诉白勇保险纠纷案中，^{〔12〕} 二审法院即认定，必须由中国人寿保险公司上海市分公司从所有“其他疾病”中单独挑选出“十二指肠球部溃疡”并另行询问缺乏依据。于此，最大诚信原则与对价平衡原则无疑构成了最重要的理论支撑。

在认定附带具体事项的概括性询问条款的法律效力时，是否没有保险消费者保护原则发挥作用的空間呢？事实上，保险消费者保护原则于此主要体现在疑义处理机制上，即对保险人询问中涉及的包含具体问题的概括性条款有疑义的，可类推适用格式合同条款最常用的解释原则，即不利于保险人的解释。^{〔13〕} 为防止投保人动辄以有疑义为由主张适用这一解释原则，以致违反对价平衡原则并损害保险人的利益，在个案中，就某一保险合同中附带具体问题的概括性条款出现不同理解时，判断到底是因该条款本身难以理解或不够明确而确实出现疑义还是投保人纯以自身利益考虑而别有用心，应依不具有保险法专业知识的一般投保人的标准来决定。这就表明，适用保险消费者保护原则不能逾越对价平衡原则，否则就属于滥用保险消费者保护原则。

二、告知义务的范围

（一）有限告知抑或无限告知

回答有限告知抑或无限告知这一问题之前必须解决一个前置性问题，即告知的对象事实有哪些。即便投保人主动申告主义更符合诚信原则，然而，由于保险人与保险消费者之间存在保险专业知识的差距以及核保标准的信息不对称，询问告知主义作为强调保险消费者保护的机制遂为立法者所接受。^{〔14〕}

从保险法第16条第1款的表述来看，保险人的询问内容似乎可以推定为应告知的重要事项，但同条第2款表明，应告知的重要事项显然必须要与保险人对保险标的的风险评估有对应关系，^{〔15〕} 法条中所使用的“有关情况”的字眼实际上也对保险人任意询问进行了限

〔11〕 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61页。

〔12〕 参见上海市第一中级人民法院（2000）沪一中民终字第1722号民事判决书。

〔13〕 参见刘建勋：《保险法：典型案例与审判思路》，法律出版社2012年版，第220页；[美]肯尼斯·S.亚伯拉罕：《美国保险法原理与实务》，韩长印等译，中国政法大学出版社2012年版，第36页。

〔14〕 有学者认为，询问告知主义隐含着消费者保护的理念，并使对价平衡原则及最大善意原则做出局部退让。参见叶启洲：《保险法实例研习》，台湾元照出版公司2009年版，第94页。

〔15〕 保险法第16条第1款：“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。”第2款：“投保人故意或者因重大过失未履行前款规定的如实告知义务，足以影响保险人决定是否同意承保或者提高保险费率的，保险人有权解除合同。”

制。^[16]因此,这是一个可以被推翻的推定。^[17]告知的对象事实就是保险人询问的“足以影响保险人决定是否同意承保或者提高保险费率的”“保险标的或者被保险人的有关情况”。可以认为,这些“有关情况”实际上可以被看作应告知的重要事项。^[18]那就意味着,确实属于重要事项,经由保险人询问,就成为投保人的应告知事项;如果不属于重要事项,保险人的询问并不能使之在性质上成为应告知的事项;虽属重要事项,若未经保险人询问,投保人没有如实告知的义务,保险人也不能因此而拒绝支付保险金。^[19]这种认识减轻了投保人履行告知义务的压力,符合保险消费者保护原则的要求。保监会在2005年12月2日发布的《中国保险监督管理委员会关于认真解决保险条款存在问题的通知》(保监发〔2005〕111号,已废止)中肯定了这种认识——“如保险人不询问,则投保人无需告知”。投保人对未经保险人询问但性质上属于重要事项的情况仍负有告知义务的观点,^[20]即便其为最大诚信原则的基本要求,但就现阶段而言,鉴于投保人普遍欠缺法律知识,再加上以往保险人有滥用解除权的事实,将如实告知义务限制在明确询问的范围应较为妥当。^[21]但是,保监会在2006年2月21日做出的《中国保险监督管理委员会关于保险合同纠纷案件有关问题的复函》(保监厅函〔2006〕36号)中,又转向了未经询问仍需告知的立场——“投保时,如果投保人明知或应当知道某些重要事项涉及保险标的风险,影响到保险人决定是否承保或提高保险费率,即使保险人没有进行明确询问,投保人基于诚信原则,也应进行适当说明或者告知”。这一现象从反面显示出将强化保险消费者保护原则纳入保险法的必要性与紧迫性。

从上述关于重要事项范围的分析即可得出投保人的告知属于有限告知的推论。这个推论“不仅符合现代保险发展进步的大趋势,也有利于加强对相对而言欠缺保险专业知识的投保人等保险消费者的保护”。^[22]但是,无限告知抑或有限告知的问题并不能“转化为义务人对未能如实告知的行为承担过错责任抑或无过错责任”的问题,从而得出“我国立法的有限告知立场”的结论。^[23]主要理由在于,以违反告知义务的法律效果的主观构成要件

[16] 我国已有学者提出,有必要通过修法,将对保险人询问内容的限制情形予以明确规定。参见前引〔4〕,方志平书,第264页;邹海林:《评中国保险法的修改》,台湾《月旦法学杂志》2003年第8期,第180页。

[17] 日本学者认为,保险人询问的事项是否为重要事项,需要结合各个合同的不同情况来具体判断,不宜轻易接受这种推定重要性的观点。参见〔日〕山下友信、米山高生:《保险法解说》,有斐阁2010年版,第164页。

[18] “并非所有询问的事实即是重要的事实,即此类事项虽经询问,投保人未如实告知,必须变更或减少保险人对于危险的估计,方能视为重要事项”。参见中国平安人寿保险股份有限公司常德中心支公司与史凯琪、中国平安人寿保险股份有限公司人身保险合同纠纷再审案,湖南省高级人民法院(2014)湘高法民再终字第60号民事判决书。

[19] 参见刘连生诉中国太平洋人寿保险股份有限公司南阳中心支公司人身保险合同纠纷案,河南省淅川县人民法院(2015)浙法民二金初字第266号民事判决书;顾丽艳与中国人寿财产保险股份有限公司河北省分公司保险纠纷案,河北省滦南县人民法院(2015)僑民初字第2326号民事判决书;李永峰与泰康人寿保险股份有限公司焦作中心支公司人身保险合同纠纷案,河南省焦作市山阳区人民法院(2015)山民一金初字第00094号民事判决书;原告桂必强与被告生命人寿保险股份有限公司信阳中心支公司因保险合同纠纷案,河南省信阳市浉河区人民法院(2012)信浉民初字第803号民事判决书。

[20] 这种观点在我国颇有市场,不但在学术界,而且在以浙江省高级人民法院为代表的实务届均有广泛影响。参见沈晖、时敏:《保险经营中的告知义务——判例·问题·对策》,中国法制出版社2010年版,第142页以下;温世扬主编:《保险法》,法律出版社2003年版,第40页。

[21] 参见刘宗荣:《新保险法:保险契约法的理论与实务》,中国人民大学出版社2009年版,第137页。

[22] 王静:《保险类案裁判规则与法律适用》,人民法院出版社2013年版,第90页。

[23] 参见前引〔11〕,马宁文,第62页。

来认定应告知的重要事项的范围，涉嫌回避问题本身。在逻辑关系上，只有先明确作为应告知的对象事实的重要事项，之后才能根据告知义务人违反告知义务的主观过错来归责。更何况，现行法只规定投保人故意与重大过失的做法被认为是立法缺陷，不排除立法者将来把投保人的轻过失甚或无过失一并纳入规范，^[24] 比如投保人因轻过失甚或无过失违反告知义务的，适当地变更合同内容甚或提前终止合同。^[25] 此外，遵循对价平衡原则的要求，告知义务要件的客观化已经成为法律现实，将过错这一主观构成要件作为判断投保人违反告知义务的归责因素的观点，建立在德国旧保险合同法采取的所谓“主观主义”模式的基础之上，没有根据德国法的修订进行追踪观察。德国新保险合同法“不再以要保人有无故意、过失来决定是否赋予告知义务的效果，而是先确认客观上有违反告知义务之后再区别要保人对于义务之违反系故意、重大过失、轻过失或无过失，而分别赋予不同的法律效果”。^[26] 尽管我国保险法较之德国法对投保人违反告知义务的法律效果规定得相对简单，甚至未排除可能会引发“逆向选择与补贴”（adverse selection and subsidization）效应的投保人的主观过错以实现告知义务要件客观化，^[27] 但该法第16条还是可以尝试从这种模式进行解释——虽然投保人因故意或重大过失违反告知义务都会面临保险人解除合同的法律效果，但投保人的故意、重大过失对保险人是否有义务退还保险费方面会产生不同的法律效果。这是2009年修订保险法时取得的明显进步，即更强调投保人未履行如实告知义务的客观结果，而不再强调投保人的主观过错。当然，为了澄清认识、避免争议，将来修法时宜进一步明确化。

（二）主观标准说抑或客观标准说

保险人的询问内容构成了投保人应告知的重要事项之推定。若投保人对重要事项提出质疑，保险人有义务进行必要且充分的说明。那么，重要事项的判断是采取依保险人各自的风险评估机制决定的主观标准，还是由市场上保险人群体的一般形象决定的客观标准？

在我国学术界，客观标准说的支持者反对主观标准说的理由主要集中在逆向激励效应上，即主观标准不利于促进保险人提高风险评估能力，并且因难以证明而易导致保险人恶意拒赔。^[28] 笔者对此见解持怀疑态度。其一，对价平衡原则是衡量有关事项对一份保险合同而言是否重要的根本依据。保险人根据各种保险产品的特点确定其关注并向投保人询问的重要事项无可厚非，且随着保险人研发的金融产品受到知识产权法保护的越来越明显，^[29] 如备受推崇的保险创新产品买卖制度等，相互抄袭导致保险产品同质化这类抑制金

[24] 参见孙宏涛：《我国〈保险法〉如实告知义务的规则完善》，《江西社会科学》2016年第3期，第197页。2009年修订保险法时把“过失”修改为“重大过失”，只意味着投保人主观上存在重大过失才会导致保险人解除保险合同，绝不意味着投保人主观上有轻过失或者无过失就不会带来任何法律效果，尽管这还需要将来通过修法予以体现。

[25] 参见仲伟珩：《论德国保险法关于投保人违反告知义务规定及对我国保险法的启示》，《法律适用》2012年第6期，第81页。

[26] 参见前引〔9〕，叶启洲文，第281页。

[27] See Kaun-Chun Chang, *Commentaries on the Recent Amendment of the Insurance Law of the People's Republic of China Regarding Insurance Contracts from the Perspective of Comparative Law*, 10 Wash. U. Global Stud. L. Rev. 749 (2011).

[28] 参见前引〔11〕，马宁文，第62页。有学者虽然以“有利于公平合理地保护被保险人权益”、“有利于促进保险市场的健康发展”为理由支持客观合理的保险人标准，但仍然坦承该标准会导致逆向激励效应，而且因为太抽象而造成适用不便。参见樊启荣：《保险契约告知义务制度论》，中国政法大学出版社2004年版，第195页。

[29] 参见张俊岩：《保险产品的知识产权属性及其保护》，《法学家》2010年第2期，第165页；张俊岩、杨德平：《金融产品的知识产权属性及其保护——以保险产品为例》，《保险研究》2011年第1期，第96页。

融创新的现象势必大幅下降,由各保险人自己来决定重要事项的主观标准说将会取得稳固的地位。在这个过程中,保险人为了增强在市场上的竞争力,自然需要不断完善其风险评估机制,提高风险评估水平。因此,上述反对主观标准说的第一个理由在推理上因未考虑保险市场竞争生态的发展趋势而失之片面。其二,鉴于重要事项的判定,原则上应当属于告知义务人可得预见、判断的理解范围之内,^[30] 保险人于订约前对投保人的说明义务或提供信息的义务,^[31] 成为辅助投保人理解某些重要事项的 necessary 法律机制。就此而言,保险人即便恶意拒赔,也不大可能以重要事项难以证明作为借口。

保险市场现实的外在竞争压力以及辅助投保人理解保险人询问内容的法律机制可以有力地支持主观标准说,但问题在于,依主观标准说,实践对价平衡原则的主动权完全掌握在各保险人一方,而上述两个理由并不能杜绝保险人滥用询问权的可能性。此际,保险消费者保护的议题即凸显出来。

对价平衡原则的正当性在于,其不应成为任何保险人以损害保险消费者利益而谋取私利的工具。而之所以出现对价平衡原则与保险消费者保护原则之间的冲突,是在判断保险人询问事项是否具备重要性时采取个别保险人的主观标准说所致。但基于上述分析,主观标准说相对于客观标准说有相当的合理性,因此,在确立主观标准的合法地位的同时,就其不利于保护保险消费者利益的一面,有必要借助一般保险人的客观标准予以防堵。这在比较法上也有先例可循,如德国2008年修订的保险合同法虽沿袭了旧法中所采纳的主观标准说,但也兼顾了客观标准说的合理之处——强调保险人询问的事项“除了须对其承保决定有重要性(主观重要性)之外,也必须具有客观上的重要性,亦即以各保险人的平均核保标准来看,该事项对于危险评估有所影响”。^[32] 可以说,保险消费者保护原则的呈现方式是以对价平衡原则的合理实践为依托的,这是一种隐性的却更值得关注的保险消费者保护机制。

(三) 已知抑或应知

投保人的告知内容是否限于其已知事项?依“保险法解释二”第5条的规定,“投保人明知的与保险标的或者被保险人有关的情况”属于保险法第16条第1款规定的投保人“应当如实告知”的内容。因此,应当如何理解“明知”即成为关键问题。不少学者从“保险合同属最大诚信合同”出发,提出应将“明知”扩及于已知和应知。^[33] 笔者对此持否定意见。

首先,从文义解释来看,“明知”是一种客观事实,“应知”是一种推定,“应知”已经不属于“明知”的文义范畴。若非如此,就没有理由不将“应知”与“明知”并列写入法条。^[34]

[30] 参见[日]木下孝治:《告知义务·危险增加》,《ジュリスト》2008年1364号,第18页以下。

[31] 参见叶启洲:《从德国保险人资讯义务规范论要保人之资讯权保障》,台湾《政大法学评论》2012年第126期,第294页;马宁:《保险人明确说明义务批评》,《法学研究》2015年第3期,第102页以下。

[32] 参见前引[9],叶启洲文,第266页。

[33] 参见前引[11],马宁文,第62页;贾林青主编:《〈保险法〉判案新解》,中国人民大学出版社2011年版,第91页;曹志海、梅雪芳:《投保人告知义务之适用问题研究:以保险人和投保人的利益衡平为视角》,《法律适用》2007年第3期,第64页;江朝国:《保险法基础理论》,中国政法大学出版社2002年版,第230页以下;前引[28],樊启荣书,第188页以下;许崇苗:《保险法原理及疑难案件解析》,法律出版社2011年版,第101页。

[34] 例如,以“明知或者应知”为关键词,通过“北大法宝”的“全文”检索功能,在“中央法规司法解释”范围内,可以查找到至少19个司法解释的条文中出现了“明知或者应知”。这至少在一定程度上说明,最高人民法院在做出这个司法解释时,并未直接将“应知”列入“明知”的范畴。

德国保险合同法第 19 条第 1 款中的“知悉”也仅限于已知的事项，甚至包括已经遗忘的事项，但绝不包括“应知”的事项。^[35] 否则，就超越了该法条的规范目的，并有造成危险评估过度依赖投保人单方面行为的可能——“将无异于要求告知义务人应善尽调查危险相关事项的义务，并依调查结果告知保险人”。^[36]

其次，试图以投保人因重大过失而不知有违告知义务作为论证“应知”合理性的论据虽有新意，^[37] 但由保险人证明投保人存在重大过失并不容易，因为这一判断所依据的事实通常包含诸多要素，且诸要素之间并未显现出固定的逻辑关联。以人寿保险在日本的司法实践为例，判例中认定重大过失所依据的要素大略包括了疾病的严重性、前往医院就医及治疗的时间、患病事实与告知时点的紧密衔接度、体检情况与医生的说明、告知者对医疗知识的了解程度等。^[38] 因此，在个案中究竟要把哪些要素纳入评价依据并无固定模式，要结合个案特点及既往累积的有关判例综合考虑。诚如学者所言：“实际上于个案衡量之时，多采衡平法则，就个案判断个别被保险人是否值得保护。”^[39]

最后，依托现行法确立的询问回答式告知模式，以先合同义务为请求权依据，请求投保人说明、协助、配合等以进一步了解有关保险标的的情况。这不但能够保证在现行法的框架内实质性降低投保人“应知”却因重大过失未能告知的发生概率，而且符合各国保险法强化投保人保护的发展趋势。因此，将“明知”的范围限定在“已知”的情形——排除“应知”的范畴——实属前述有限告知主义的题中应有之义，可谓在具体制度中落实保险消费者保护原则的必然要求。

三、告知义务的履行期间

（一）告知时期：订约时抑或为缔约的意思表示时

关于投保人履行告知义务的期间，学界一般将保险法第 16 条第 1 款表述的“订立保险合同”解释为以保险合同成立为时间节点的期间。^[40] 其中，以投保人“于送件后保险人批单前知悉重要事项，其仍需将此事实告知保险人”为最具代表性之事例。^[41] 但也有观点主张参照德国新保险合同法的规定，将投保人履行告知义务的时间限缩至缔约的意思表示时（在“要保模式”下，缔约的意思表示即为要约；在“要约引诱模式”下，缔约的意思表示即为承诺）；^[42] 保险标的在要约后至承诺前出现危险程度的增加状况，应通过立法明确规

[35] 参见前引〔9〕，叶启洲文，第 269 页。

[36] 叶启洲：《要保人告知义务法制之改革：消费者保护、对价平衡与最大善意原则之交错与位移》，台湾《政大法学评论》2014 年第 136 期，第 195 页。

[37] 参见前引〔17〕，山下友信等书，第 172 页；前引〔11〕，马宁文，第 62 页。

[38] 参见〔日〕志村由贵：《告知義務違反をめぐる裁判例と問題点》，《判例タイムズ》2008 年 1264 号，第 73 页。

[39] 郑子薇：《日本 2008 年新保险法告知义务新制及其检讨》，台湾《东吴法律学报》2013 年第 25 卷第 1 期，第 165 页。

[40] 李玉泉：《保险法》，法律出版社 2003 年版，第 60 页；温世扬、黄军：《论保险法上的告知义务》，《法学评论》2002 年第 2 期，第 150 页；前引〔28〕，樊启荣书，第 168 页；吴庆宝主编：《保险诉讼原理与判例》，人民法院出版社 2005 年，第 200 页；前引〔24〕，孙宏涛文，第 195 页。

[41] 前引〔20〕，沈晖等书，第 160 页。

[42] 参见仲伟珩：《德国保险法的投保人告知义务规定对我国审理保险纠纷疑难案件的借鉴》，《人民司法·应用》2010 年第 21 期，第 108 页。

定准用我国保险法第52条的规定。^[43]这两种观点的分歧主要在于,在保险人承诺前,投保人对于之前保险人询问的事项是否负有随时补充告知的义务——前者为是,后者为否。

在最常见的投保人为要约而保险人为承诺的“要保模式”下,按照通说的观点,保险人承诺的时点是决定投保人履行告知义务的期间长短的关键因素。在此期间内,投保人的告知义务在时间上延伸,以防止出现对发生或发现属于之前保险人询问的重要事项无所知、未告知的后果。这种“追加告知”要求对投保人来说过于苛刻,明显与询问回答式的告知模式在价值目标上存在冲突,自然也难以在制度设计上协调对接。

从加强保险消费者保护的视角而言,德国法的规定更具有参考价值。为了防止要约、承诺之间的期间成为真空地带从而对保险人进行风险评估不利,德国保险合同法还规定了保险人承诺前的补充询问机制,有效调和了对价平衡原则与加强保险消费者保护原则之间的紧张关系:一方面,补充询问有利于保险人将这段期间保险标的危险程度的有关变化计入风险评估与审查,可谓对价平衡原则的要求;另一方面,保险人的补充询问在形式、方式等方面与此前的询问保持了一致,询问回答式贯彻始终,尤其投保人并未因之增加额外负担。基于补充询问机制的合理性,日本学者也表达了支持的主张。^[44]此外,与保险人在承诺前的补充询问机制相对应,保险合同订立之前,某些陈述变成不真实陈述时,投保人负有更正陈述的义务。^[45]这一义务实际上并不违背保险消费者保护原则,且对保险人准确进行风险评估具有积极意义,是对价平衡原则的基本要求。

(二) 人身保险合同复效:如实告知义务抑或危险增加通知义务

人身保险合同复效时,投保人是否负有如实告知义务,这一问题在保险法学界与实务界均存在很大争议,并出现分别以美国法、德国法为依据的肯定说与否定说,^[46]且从既有的文献来看,以支持肯定说的观点为众。^[47]通过梳理、总结两种观点的差别,笔者提出如下反驳肯定说的意见。

其一,分歧产生的根源在于把人身保险合同复效认定为原保险合同的继续还是新保险合同的订立。我国保险法第36条和第37条针对投保人欠交保险费、补交保费的法律效果分别规定为“合同效力中止”、“合同效力恢复”。这表明,人身保险合同的复效是原保险合同的继续,而非订立新保险合同。^[48]这与合同法第66条、第67条、第68条分别规定的同时履行抗辩权、先履行抗辩权、不安抗辩权的法律效果类似。当事人依法行使某一抗辩权导致合同效力中止,抗辩权行使的条件不具备后,合同效力恢复。这类合同虽然因当事人行

[43] 参见仲伟珩:《投保人如实告知义务研究——以中德法律比较为出发点》,《比较法研究》2010年第6期,第43页。

[44] 参见前引〔17〕,山下友信等书,第164页。

[45] 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194页;〔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565页。

[46] 参见前引〔22〕,王静书,第110页;前引〔20〕,沈晖等书,第160页以下。

[47] 其实,多数持肯定说的学者并未提供理由,却视之为当然。参见黎建飞:《保险法新论》,北京大学出版社2014年版,第34页;许崇苗、李利:《中国保险法适用与案例精解》,法律出版社2008年版,第84页;前引〔40〕,李玉泉书,第60页。

[48] 有学者提出,复效合同是由原合同内容与新告知内容构成的一种组合体。参见梁鹏:《保险合同复效制度比较研究》,《环球法律评论》2011年第5期,第108页。这种观点其实否定了合同的同一性,无法解释合同成立之后如实告知义务仍不消灭的难题。若依该学者的阐述,对两部分合同内容分别赋予不同的法律效果,不但将问题复杂化,而且难免让人怀疑这到底还是不是一个合同。

使抗辩权而效力中止，但迄今未见有人质疑过合同的同一性。之所以在人身保险合同复效问题上产生合同同一性之争，问题的关键不在于复效是否产生新合同，而在于人身保险合同的法律效力中止期间，被保险人身体健康状况发生较大改变，人身保险合同复效时如何保护保险人的利益。就此而言，以人身保险合同复效时形成新合同、取代原合同的论点来论证投保人负有如实告知义务的路径行不通。

其二，保险人应通过被保险人的危险增加通知义务来寻求保护。如前所述，投保人履行告知义务的期间在法律上宜限定在投保人为缔约的意思表示时，且保险标的在要约后至承诺前出现的重要事项适用保险人的补充询问机制。那就意味着，投保人的如实告知义务在保险合同缔结之后即不再存在。之后，保险标的的危险程度显著增加导致对价平衡状态被打破，就应该由保险法第 52 条规定的保险标的危险程度显著增加后被保险人的通知义务来调整。毕竟，如实告知义务和危险增加通知义务属于两个不同的范畴——前者为保险合同成立前的“先合同义务”，其制度之功能与效用在于“估测危险”；后者为保险合同成立后的“附随义务”，其制度之功能与效用在于“控制危险”。^[49]

根据保险法第 37 条的规定，人身保险合同复效的前提是“保险人与投保人协商并达成协议”。多数情况下，为了达成该协议，投保人只能选择接受保险人的询问并进行告知。这种告知行为可以视为在保险人的主导下出现的危险增加通知义务的一种履行行为，其在性质上属于合同义务。^[50]而投保人的如实告知义务在性质上为法定义务。^[51]二者的法律性质截然不同。

其三，否定投保人的如实告知义务更符合保险消费者保护原则。投保人在人身保险合同复效时负有如实告知义务这一观点的出发点仍然是最大诚信原则。^[52]但显然超越了保险法第 16 条的规范意旨，不但增加了投保人的负担，而且保险人随时可以投保人复效时未履行如实告知义务为理由解除合同，拒绝承担保险责任，这对本就处于弱势地位的保险消费者而言难谓公平。^[53]故此，以现行法在制度架构上的稳定性、合理性为基础，从保险消费者保护原则出发，否定人身保险合同复效时投保人的如实告知义务更有说服力。

四、投保人违反如实告知义务的法律效果

告知义务要件的客观化意味着，应依投保人的主观过错来确定告知义务违反的法律效果。保险法第 16 条第 4 款与第 5 款就保险费是否退还投保人的规定，已经表露了在法律效果上区别对待投保人因故意与重大过失未履行如实告知义务的法律效果的思想。^[54]然而，

[49] 参见前引 [28]，樊启荣书，第 350 页；尹田主编：《中国保险市场的法律调控》，社会科学文献出版社 2000 年版，第 121 页。

[50] 参见吴红娥：《保险标的的危险程度显著增加的法律后果》，载前引 [8]，谢宪等主编书，第 139 页；徐卫东：《保险法论》，吉林大学出版社 2000 年版，第 364 页。

[51] 参见前引 [49]，尹田主编书，第 121 页；前引 [50]，徐卫东书，第 334 页。

[52] 参见前引 [40]，李玉泉书，第 248 页；陈五星：《人身保险合同复效期间内被保险人疾病死亡的赔偿责任》，载前引 [8]，谢宪等主编书，第 244 页。

[53] 参见周玉华：《最新保险法经典疑难案例判解》，法律出版社 2008 年版，第 121 页。

[54] 保险法第 16 条第 4 款：“投保人故意不履行如实告知义务的，保险人对于合同解除前发生的保险事故，不承担赔偿或者给付保险金的责任，并不退还保险费。”第 5 款：“投保人因重大过失未履行如实告知义务，对保险事故的发生有严重影响的，保险人对于合同解除前发生的保险事故，不承担赔偿或者给付保险金的责任，但应当退还保险费。”

仅此一点尚不足以体现这种差别对待的要求。此外,与重大过失的情形相比,投保人因轻过失甚至无过错违反如实告知义务,是否应设置比解除保险合同更显缓和的法律效果,我国保险法对此毫无规定,值得检讨。

(一) 投保人故意违反如实告知义务的法律效果

投保人故意违反告知义务,保险人行使解除权具有合法性与正当性。但问题在于,在不解除合同的前提下,保险人是否可以选择变更合同或者撤销合同?有学者对两者分别持肯定与否定的态度。^[55]笔者并非完全赞同,下文将分别予以阐明。

1. 变更合同

保险法第16条除了将合同法第97条规定的解除权行使的法律效果予以具体化,即尚未履行的债务因合同解除而归于消灭,保险人不承担赔偿或者给付保险金的责任,还出于惩罚故意违反告知义务的投保人的目的,规定了保险人不退还保险费的特别法律效果。保险人的合同解除权作为一种形成权,在制度上是对抗恶意投保人的有力工具。那么,如果其他措施能够起到类似的效果,不妨承认其合法性。根据“保险法解释二”第8条的规定,保险法第16条第4款与第5款所规定的拒赔是合同解除的法律后果,即保险人只有在解除合同后方能拒赔。但保险人、投保人可以通过协议变更保险合同的方式,对此做除外规定。^[56]无论是针对合同一方当事人的缔约欺诈而规定于合同法54条第2款的裁判变更,还是直接由“保险法解释二”第8条规定的协议变更,表面上看是作为变更对象的相关合同内容被删除或修改,但究其实质是“以变更后的合同代替原合同”。^[57]从法律效果来看,保险人可以在不解除合同的情况下,通过裁判变更或者协议变更的方式变更保险合同,遏制投保人的欺诈意图,实现与合同解除一样的保护效果。此外,合同变更较之合同解除具有“破旧立新”的优势,即在可以达成保险合同的限度内,通过调整保险费率等方式,既在消除投保人恶意的基础上确保了投保人借助保险实现合法目的,又合理地增加了保险人的业务量。正是这一突出优势,使合同变更与合同解除区别开来,成为具有独立存在价值的法律制度。

2. 撤销合同

投保人故意违反如实告知义务后,保险人是否可以在未(不)行使保险法第16条规定的合同解除权的前提下行使合同法第54条规定的撤销权?这在理论界和实务界均存在争议,且这一争议至少从“保险法解释二”起草开始,一直延续至《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,以下简称“保险法解释三”),仍没有明确结果。《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(二)》(征求意见稿)第9条专门规定了保险人的撤销权,^[58]后来因争议太大被删除。《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)》

[55] 参见前引〔11〕,马宁文,第64页。

[56] “保险法解释二”第8条:“保险人未行使合同解除权,直接以存在保险法第十六条第四款、第五款规定的情形为由拒绝赔偿的,人民法院不予支持。但当事人就拒绝赔偿事宜及保险合同存续另行达成一致的情况除外。”

[57] 崔建远主编:《合同法》,法律出版社2010年版,第206页。

[58] “投保人投保时未履行如实告知义务构成欺诈的,保险人依据合同法第54条规定行使撤销权的,人民法院应予支持。”

(征求意见稿)就这个问题规定了两种方案,^[59]但在最终发布的“保险法解释三”中删去了该条规定,其纠结程度可见一斑。总体上看,理论界持肯定见解者较多,理由主要是二者的构成要件、规范对象并不相同,以及不可抗辩条款存在被投保人滥用的道德风险。^[60]实务界则以否定意见占主导地位,^[61]基本依据是特别法优先于一般(普通)法,特别法无规定时适用一般(普通)法,^[62]或者保险人怠于行使解除权后再行使撤销权不值得保护。^[63]

笔者认为,解除权与撤销权都是保险人维护自身利益的工具,如果二者在功能上一致,就没有必要同时赋予保险人。在此,仍需结合保险消费者保护原则进行判断,否则又习惯

[59] 该稿第10条规定:“[解除与撤销关系]投保人在订立保险合同时未履行如实告知义务,保险人解除保险合同的权利超过《保险法》第十六条第三款规定的形式期限,保险人以投保人存在欺诈为由要求撤销保险合同,符合《合同法》第五十四条规定的,人民法院应予支持。[另一种意见]投保人在订立保险合同时未履行如实告知义务,保险人根据《合同法》第五十四条规定要求撤销保险合同,人民法院不予支持。”

[60] 相关总结可参见周迅:《当前保险合同纠纷案件审理中存在的主要问题及对策分析——以基层法院相关案件的审理为依据》,《法律适用》2013年第2期,第27页;前引[11],马宁文,第65页;前引[28],樊启荣书,第305页;祝铭山主编:《保险合同纠纷》,中国法制出版社2004年版,第134页。有必要交代的是,实务中,也有法院判决支持肯定说。比如,保险法规定的解除权与合同法规定的撤销权在构成要件、法律效果等方面均不一致,二者在适用上的关系应为法条竞合关系。参见张某某、某甲与康泰人寿保险股份有限公司菏泽中心支公司人身保险合同纠纷上诉案,山东省菏泽市中级人民法院(2015)菏少商终字第1号民事判决书。再比如,保险法第16条并没有将“投保人未履行如实告知义务”界定为合同法第54条规定的“欺诈的手段”。原审仅以特别法优于普通法的原则排除合同法的适用不当,本院予以纠正。参见中国人民人寿保险股份有限公司绵阳中心支公司与骆某甲、骆某乙、骆某丙、骆某丁人身保险合同纠纷上诉案,四川省遂宁市中级人民法院(2014)遂中民终字第101号民事判决书。此外,虽然有法院在判决中并未阐明保险法第16条规定的解除权与合同法第54条规定的撤销权之间关系,但直接指出案件事实符合后者的规定,因此准予保险人撤销保险合同。参见中国人寿保险股份有限公司青岛市分公司与于元章保险纠纷上诉案,山东省青岛市中级人民法院(2016)鲁02民终1609号民事判决书。

[61] 不过,也有法院在判决书中明确指出:“一审判决中论述的保险公司是否同时享有解除权和撤销权的问题,目前司法实践中存在分歧,尚无定论。”参见天安财产保险股份有限公司吉林中心支公司与邓光全保险纠纷上诉案,江苏省南通市中级人民法院(2015)通中商终字第00527号民事判决书。

[62] 参见中国人民人寿保险股份有限公司长春市农安支公司与朱淑娟人身保险合同纠纷案,吉林省高级人民法院(2015)吉民申字第1498号民事裁定书;泰康人寿保险股份有限公司江西分公司与王叶梅保险合同纠纷上诉案,江西省南昌市中级人民法院(2014)洪民四终字第172号民事判决书;中国人寿保险股份有限公司宜昌分公司人身保险合同纠纷案,湖北省宜昌市中级人民法院(2015)鄂宜昌中院二终字第00462号民事判决书;中国人民人寿保险股份有限公司长春市农安支公司与朱淑娟人身保险合同纠纷上诉案,吉林省长春市中级人民法院(2015)长民四终字第250号民事判决书;中国太平洋财产保险股份有限公司鞍山中心支公司与张家芳财产保险合同纠纷上诉案,江苏省宿迁市中级人民法院(2015)宿中商终字第0230号民事判决书;信泰人寿保险股份有限公司宁波分公司与林秋琴等意外伤害保险合同纠纷上诉案,浙江省宁波市中级人民法院(2015)浙甬民二终字第863号民事判决书;中国人寿保险股份有限公司宜昌分公司与鲜景庚人身保险合同纠纷上诉案,湖北省宜昌市中级人民法院(2015)鄂宜昌中民二终字第00461号民事判决书。另外,也有法官从二者并存适用会导致的两处矛盾出发,主张应排除保险人的撤销权。参见雷桂森:《保险法上告知义务违反与民法上欺诈之关系》,《人民司法·应用》2013年第19期,第88页。

[63] 参见中国太平洋人寿保险股份有限公司宁波分公司与杨韵人寿保险合同纠纷上诉案,浙江省宁波市中级人民法院(2015)浙甬民二终字第561号民事判决书;中国太平洋人寿保险股份有限公司宁波分公司与杨韵人寿保险合同纠纷再审案,浙江省高级人民法院(2016)浙民申1220号民事裁定书;徐平与张波、张国义、中国人民人寿保险股份有限公司海门市支公司撤销保险合同纠纷上诉案,江苏省南通市中级人民法院(2014)通中商终字第0126号民事判决书;中国平安人寿保险股份有限公司宁波分公司与杨韵、黄彩云人寿保险合同纠纷上诉案,浙江省宁波市中级人民法院(2015)浙甬民二终字第547号民事判决书;天安财产保险股份有限公司吉林中心支公司与马以军财产保险合同纠纷上诉案,江苏省淮安市中级人民法院(2015)淮中商终字第00336号民事判决书。

性地回归到诚信原则的指引之下了。^[64]从法律效力上看,合同被撤销后,合同的法律效力会溯及既往地归于消灭。^[65]尽管学界对于合同解除有无溯及力的问题众说纷纭,但就合同解除的效力来说,无论是依托于直接效果说(已经履行的部分发生返还请求权),还是借助折衷说(已经履行的债务发生新的返还债务),^[66]反映到实际效果上,与合同撤销没有根本区别。作为重要的标志性结果,恰如一份判决书中所言,“保险合同的解除或撤销均能引起免除保险人保险责任的法律后果”。^[67]因此,解除权、撤销权不能同时赋予保险人,立法者只能结合保险合同的具体情况择一适用。至于实务界所主张的特别法优先于一般法、怠于行使解除权者不再给予撤销权的保护等观点,都是基于“功能等值即择一适用”的原理,经过推论而衍生出来的应用性法学推理程式。

因功能等值转入择一适用过程中,必然造成构成要件、规范对象的差异,否则无法成就择一适用的结果,理论界的第一个论据无须反驳。至于保险法第16条第3款规定的不可抗辩条款存在被投保人滥用的道德风险这一论据,笔者从两个方面进行针对性回应:其一,保险法第21条已经规定了保险事故发生后投保人、被保险人或者受益人的及时通知义务,保险人相应地展开查勘、评估和理算,进而确定具体损失。保险人专业化的定损过程在很大程度上可以抑制、消除投保人的道德风险。其二,“功能等值即择一适用”不仅对保险人不断提高自身专业化程度以提升市场竞争力具有激励效应,而且,从市场治理的角度看,还有利于增进保险市场的活力,促进优胜劣汰。^[68]

(二) 投保人因重大过失违反如实告知义务的法律效果

1. 保险人的解除权及其限制

从德国保险合同法以及日本等国保险法的规定来看,在投保人因重大过失违反如实告知义务时,赋予保险人以合同解除权是具有普遍性的立法例。我国保险法第16条将保险人的合同解除权同时适用于投保人因故意与重大过失违反如实告知义务两种情形,且除了保险费退还这一差别规定之外,^[69]在其他方面未体现出区别对待的安排。这种为保险人提供保护的立法例根源于对价平衡原则的内在要求,即“对告知义务人产生适切履行告知义务的警示功能”,督促其依法履行如实告知义务,并避免出现“鼓励义务人为轻率告知的间接

[64] 在不考虑引入保险消费者保护原则的情况下,有学者仍在以诚信原则为基础论证保险人可以并行不悖地行使解除权和撤销权的观点。参见刘勇:《论保险人解除权与撤销权的竞合及适用》,《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》2013年第4期,第35页。

[65] 参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社2008年版,第155页;黄和新:《中国合同法论》,南京师范大学出版社2008年版,第112页。

[66] 需要说明的是,因为缺少法律的明确规定,学界对于合同解除与溯及力、恢复原状之间的关系存在较大争议。参见崔建远:《解除权问题的疑问与释答(下篇)》,《政治与法律》2005年第4期,第42页;前引[65],韩世远书,第468页以下。

[67] 参见徐平与张波、张国义、中国人民人寿保险股份有限公司海门市支公司撤销保险合同纠纷上诉案,江苏省南通市中级人民法院(2014)通中商终字第0126号民事判决书。

[68] 一份判决书从反面阐释了给予保险人合同撤销权对保险行业的不利之处:“若赋予保险人在享有合同解除权之外,还享有合同撤销权,将会导致保险人不注重承保前审核,粗放式经营,不利于当前保险行业的健康发展,故严格适用《中华人民共和国保险法》第十六条的规定,有利于完善和促进保险公司严格审核的义务,符合我国当前保险市场的现状。”参见天安财产保险股份有限公司吉林中心支公司与马以军财产保险合同纠纷上诉案,江苏省淮安市中级人民法院(2015)淮中商终字第00336号民事判决书。

[69] 参见保险法第16条第2款、第4款和第5款。

负面效应，不利保险制度的健全发展”的局面。^[70]然而，重大过失与故意在主观恶性程度等方面有质的差别，从立法论视角观之，应当在保险法规定的保险人合同解除权这一法律效果方面，体现出差别规定。具体来说，在投保人因重大过失违反如实告知义务的情形，限制保险人的解除权，以尽量确保保险合同有效存续。

保险法规定了一些限制保险人行使解除权的措施，如作为前提条件的不实告知与保险事故之间的因果关系（保险法第16条第2款），作为时效限制的不可抗辩条款（保险法第16条第3款），作为不保护恶意、过失的保险人的弃权制度（保险法第16条第6款）等，但这些限制措施并不完备。在投保人并非故意违反如实告知义务的情形，如果未告知或未如实告知的危险事项并非拒保事由，保险人行使解除权对投保人、被保险人而言就显得过于严苛，有违加强保险消费者保护的趋势，并与对价平衡原则不相契合。因此，如果投保人能够证明自己违反如实告知义务并非故意，且保险人得以其他条件订立保险合同，保险人即不得解除合同。此一阻碍保险人行使解除权的事由就体现在德国保险合同法第19条第4款、法国保险法典第L.113—9条以及英国2015年新修订的保险法第4章第2部分第8节，亦即：只要投保人非因故意违反告知义务，不论投保人是重大过失、轻过失或完全无过失，假如保险人在知悉该未被正确告知的危险事实的情况下，仍会以其他条件订立保险合同，则保险人均不得因重大过失而解除合同或者因轻过失、无过失而终止合同，而仅能请求变更合同内容。

保险人的单方变更权作为投保人非因故意违反如实告知义务时阻止保险人行使解除权的法律机制，在性质上属于形成权，并可不予溯及力以求法律关系之安定；为了制衡保险人的恣意，兼顾对价平衡与保险消费者之保护，有必要给予投保人以异议权。^[71]该异议权或可参照我国合同法第96条第1款的规定，^[72]但有必要明确规定行使异议权的期限。

2. 保险人的保险责任

如果说保险法第16条所确立的以诚信原则为理论基础的“全有或全无原则”对因故意违反如实告知义务的投保人进行惩罚具有正当性的话，那么，对因重大过失未履行如实告知义务的投保人来说，考虑到告知事项与危险评估的专业性以及加强保险消费者保护的新近潮流，“全有或全无原则”适用的结果就稍显极端且缺乏弹性，更是忽略了对价平衡原则的要求。在维护对价平衡原则的目标下，为了顺应强化保险消费者保护的趋势，保险法第16条规定的投保人违反告知义务的法律效果宜作分级处理，以减免保险人的给付义务，^[73]即以比例原则（对应调整原则）代替，依告知义务人的过错程度，由保险人按比例给付保险金。^[74]

[70] 前引〔36〕，叶启洲文，第177页。

[71] 同上文，第180页。

[72] 合同法第96条第1款：“当事人一方依照本法第九十三条第二款、第九十四条的规定主张解除合同的，应当通知对方。合同自通知到达对方时解除。对方有异议的，可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力。”

[73] 根据法兰克福大学曼弗雷德·汪特教授的介绍，德国2008年保险合同法的一个新变革就是“改革以前的保险合同法的‘全有或全无原则’，投保人违反如实告知义务的，根据过错的程度进行分级处罚，减轻保险机构的给付义务”。参见王静、王剑锋、战秋君：《当代保险法的发展与变迁——第二届江苏保险法研讨会综述》，《人民法院报》2012年11月14日第7版。

[74] 参见蔡大顺：《论重大过失行为之法律责任体系于保险法上的重构》，《政治与法律》2016年第3期，第121页；前引〔11〕，马宁文，第67页。

鉴于保险法已经规定了保险人可以根据不同情形行使增加或降低保险费的权利,^[75]引入比例原则后,由保险人享有对保险金的支付数额的变更权就不显得突兀。

至于比例原则的条文化,在技术上,采取“依核保标准调整契约内容法”最能符合保险合同应然的状况,可以相对更好地实现保险人给付内容的调整。比如,参照修订后的德国保险合同法第19条第4款,可规定如下:如果未告知事项为拒保事项,保险人得解除合同;如果未告知事项仅为减少风险估计的事项,保险人不得解除合同,仅得主张依其他合同条件变更合同内容。至于如何将此处的“变更合同内容”具体化,使之具有可操作性,则可借鉴学者对德国法的总结——“根据保险人之承保标准,若要保人有据实告知时,保险人将会以何种条件承保,则依该条件调整契约之内容。具体的调整方式,包括减少保险金额、增加保险费、自负额或除外危险、增列等待期间或缩短承保期间等在内”。^[76]另外,在投保人存在重大过失的情况下,作为比例原则适用的极限,保险人当然可以免除全部保险责任。^[77]

在法律层面引入比例原则,是对价平衡原则对诚信原则予以矫正的具体体现,并符合保险消费者保护的時代需求。然而,用比例原则取代“全有或全无原则”的实现过程并非易事,学者们固然强调了比例原则相对于“全有或全无原则”的比较优势,却没有关注比例原则的相对劣势,即法律关系的复杂化问题。因此,最棘手的问题是如何使比例原则在制度安排上更为明晰化。笔者认为,可以从四个方面着手:第一,将比例原则纳入保险人的单方变更权的制度体系。比例原则——保险人根据投保人的过错程度支付保险金额——本质上是保险人在支付保险金时行使单方变更权。正因为如此,除非有明示的特殊情形,前述保险人的单方变更权的相关制度原则上均与比例原则相契合。第二,有效落实比例原则,在程序上加重保险人的举证责任,并降低保险人拒绝给付的可能性,实质上体现出保险消费者保护原则的精神。譬如,在证明责任的配置上,保险人若知道不实告知的情况将会做出其他选择的证明责任由保险人承担。这种证明责任的配置符合由保险人根据投保人的过错程度并依核保规则减免保险金支付的实际状况。相反,由投保人承担证明责任,则不具有现实可行性。学者参照英国新保险法研拟的相关规则即采取了这种证明责任配置方案。^[78]再者,不属于拒保事由的举证责任虽然由投保人负担,但为了减轻投保人的举证困难,德国保险法学说普遍认为,只要投保人提出了大致上可信的主张即完成了证明责任;之后,证明责任就实现了转移——保险人须证明该未告知或不实告知的危险事项依其缔约时的承保原则属于拒保事项,否则,就应当按照合同约定承担赔偿责任或者给付保险金的责

[75] 参见保险法第49条、第51—53条。

[76] 郑子薇、叶启洲:《告知义务违反之法律效果与对应调整原则——以德国法与日本法之修正为中心》,载林勋发教授六秩华诞祝寿论文集编辑委员会编:《保险法学之前瞻:林勋发教授六秩华诞祝寿论文集》,台湾元照出版公司2011年版,第117页。

[77] 这是德国保险合同法经过2008年修订之后,法院在判决中适用比例原则时确定下来的具体规则。参见[德]曼弗雷德·汪特:《德国保险法的发展与现状》,郝慧译,载前引[10],宋志华主编书,第253页。

[78] 参见前引[11],马宁文,第68页;罗俊玮:《初论英国保险消费者保险法草案》,载前引[76],林勋发教授六秩华诞祝寿论文集编辑委员会编书,第212页。

任。^[79] 这种对于未告知或不实告知的危险事项是否属于拒保事由的举证责任安排，既符合常理，又契合了强化保险消费者保护的时代趋势，具有可借鉴性。第三，核保标准的公开化与客观化。为了对保险人进行有效监督，核保标准应更加明确、细致，并以一定的方式公开。例如，当投保人通过法院向保险人提出公开与案件有关的核保标准的请求时，法院为了查明事实，可以要求保险人将其作为商业秘密的核保标准在合理范围内向投保人予以公开并进行说明。当然，即便以上述方式公开核保标准，保险人仍然能够借助侵权责任法、反不正当竞争法等保护其合法权益。第四，司法判例的不断增加与公开传播将会提高保险消费者的预测可能性，从而降低比例原则下法律关系复杂化带来的不确定性与高成本。当然，必须承认，对于在因重大过失违反告知义务时，如何根据过错程度按比例确定保险人义务减免的范围，则有待实务中不断总结经验并逐渐达成共识。^[80]

（三）投保人因轻过失、无过失违反如实告知义务的法律效果

由于告知义务要件的客观化足以认定投保人是否违反如实告知义务，投保人主观上的过错程度只是作为赋予不同法律效果的考量因素，因此，我国保险法对投保人因轻过失、无过失而未履行如实告知义务的情形未做规定，^[81] 这意味着保险人于此要承担的保险责任超过了依据其所收取的保险费所应当负担的保险责任，实可谓不公。如果保险人事先将这一风险计入保险费，对于那些最终没有因为轻过失、无过失违反如实告知义务的投保人而言，也难谓公平。造成这一困境的根本原因是，保险法于此偏离了作为其立法基础的对价平衡原则的指引。

为了纾解此一困境，如前文所述，仍有必要将保险人行使单方变更权作为优先安排，以尽力确保保险合同的延续性，并贯彻对价平衡原则。换言之，在投保人因轻过失、无过失而违反如实告知义务的情况下，只要投保人未据实告知的重要事项不属于依保险人的核保标准划定的拒保事由，保险人就应当行使单方变更权。如果保险人行使单方变更权的条件不具备或者投保人表示异议，就可以考虑借鉴德国保险合同法第 19 条第 3 款的规定，由保险人行使合同终止权。该终止权性质上是形成权，且为维护法律关系的稳定，不宜赋予其溯及力。因而，对保险合同终止前已发生的保险事故，保险人仍然应负保险责任；对预先收取的保险合同终止后的保险费，则应退还给投保人。^[82]

余 论

投保人的如实告知义务是保险法研究中历久而弥新的课题。这不仅源于在既定法律框架下考虑如何在技术层面进一步完善法律规定的努力，也会因为其背后承载的立法理念的变迁而导致原来的框架在内容上需要进行更新。既往的如实告知义务制度倾向于依托诚信原则而对投保人提出颇为严格的告知要求，这种立法例并不符合加强保险消费者保护的时

[79] 参见前引 [9]，叶启洲文，第 292 页。

[80] 参见前引 [77]，汪特文，第 253 页。

[81] 有学者指出，这是由于我国保险法上采取的是“主观归责加过失主义，将告知义务人主观上无过失的情况排除在外”。参见前引 [47]，黎建飞书，第 37 页。

[82] 参见前引 [11]，马宁文，第 68 页。

代潮流，在法律实施效果上也难谓突出。法律理念的更新必然带来法律制度的变革。从加强保险消费者保护与对价平衡两项原则的维度来看，本文所得出的上述结论自然有别于现行法的规定及主流学说，因而难免引发争议。作为抛砖引玉之作，笔者期待本文可以激发学人从新的视角进一步就投保人的如实告知义务进行探讨。

Abstract: The duty of disclosure in insurance law should be guided by the principle of consumer protection and the principle of equivalence at the same time. Firstly, in accordance with the inquiry-disclosure principle, the insurer should have the inquiries that would influence the risk assessment listed in a proposal form. The focal point here is the textual content rather than the written form. Secondly, with respect to the scope of the duty of disclosure, the current law has adopted the approach of limited disclosure. In the future, both the subjective standard fixed by individual insurer and the objective standard shaped by the average insurer shall be employed in the determination of whether or not the facts are material in the formation of the insurance contract. In addition, the policyholder needs only to disclose the facts he has already known, which means those facts that are unknown to the policyholder should never be included in the disclosure. Thirdly, the time of the making or acceptance of an offer is the last-minute for disclosure. Fourthly, the legal consequence differs when the duty of disclosure is breached due to different subjective faults. When the policyholder fails to perform the duty of disclosure intentionally, the insurer may dissolve or alter, but cannot rescind, the insurance contract. Though the insurer may repeal the consequence of the breach of the duty of disclosure when the policyholder breaches the duty of disclosure with gross negligence, this right is subjected to the restriction by the right to adjust the contract. As for the compensation, the insurance contract law should substitute the “all or nothing principle” with the “more or less principle” for the sake of consumer protection. Moreover, the insurer’s right to adjust the contract is also available in the scenario of breach of the duty of disclosure, even if the policyholder is not at fault.

Key Words: consumer protection, equivalence, the duty of disclosure, insurance contract
