

新《保险法》存在的缺陷及其改进

刘玉焕

(南京审计学院 金融学院, 江苏 南京 210029)

摘要:新《保险法》有利于保护投保方合法权益和规范保险公司的经营,但仍存在缺陷:核保期的责任归属仍难以解决;免责条款的规定过于笼统;疏忽了对恶意重复保险的规定;保险公估人的法律地位仍未得到确立。为保证新《保险法》顺利实施,建议:明确保险合同成立与生效的标准;取消免责条款的口头说明形式;明确保险人过错导致退保的处理;区分善意重复保险和恶意重复保险;赋予保险公估人以法律地位。

关键词:新《保险法》;免责条款;现金价值;保险公估人

中图分类号:F840.32 **文献标识码:**A **文章编号:**1672-8750(2010)01-0017-05 **收稿日期:**2009-11-01

作者简介:刘玉焕(1982—),女,山东菏泽人,南京审计学院金融学院保险系助教,主要研究方向为保险财务与会计和保险法。

1995年我国第一部《保险法》诞生。2002年为满足与国际接轨需要,我国对第一部《保险法》进行了第一次修改,自2003年1月1日起实施。随着保险业内外部环境的变化,修订后的《保险法》滞后于市场发展。为此,2004年10月,保监会启动了《保险法》的再次修改工作。2009年2月28日,十一届全国人大常委会第七次会议通过第二次修改后的《中华人民共和国保险法》(本文简称“新《保险法》”),已于2009年10月1日起施行。

与《保险法》的第一次修订相比,这次的修改比较彻底和全面,强化了对消费者合法权益保护的倾向,如规定了不可抗辩条款、强化了保险人对免责条款的说明义务、规范了理赔时效,都是这方面的体现。这将有利于减少保险纠纷,提高保险业的社会形象。新《保险法》还从公司治理角度加强了对保险公司的监管,在市场经营主体、保险保障基金、偿付能力、关联交易等方面进行了规定,其直接目的是保证保险公司的偿付能力,根本目的也是为了保护消费者合法权益。除此之外,新《保险法》拓宽了保险资金运用渠道,取消了“境内优先分保”的规定,对提高保险公司盈利能力和独立经营能力具有重大意义。

一、《保险法》研究文献的综述

自1980年以来,我国图书馆数字资源里,对《保险法》进行研究的文章有3500多篇,但是90%是对当时刚出台的法律的变化之处拍手叫好,很少有人探讨其不足之处。虽然也有学者和媒体对个别条款提出异议,但研究角度比较狭窄。唯有孙蓉2002年全面深刻剖析了我国第一部《保险法》在保险利益、保险合同形式、自杀条款、不可抗辩条款等方面存在的缺陷^[1]。2009年新《保险法》出台后,学术界大多认为新《保险法》完美无瑕。例如,毕颖慧认为新《保险法》体现了“以人为本”的思想^[2];聂国春认为新《保险法》可终结理赔难题^[3];李茂认为新《保险法》有利于保护被保险人利益,改善保险业形象^[4];许闲认为新《保险法》加强了对保险会计的规范^[5]。仅有少数学者发现新《保险法》亟须改进。如周玉华认为“不可抗辩条款”规定的不够清晰^[6];梁鹏认为关于保险合同成立与生效的规定仍存在问题^[7];许飞琼认为法律条文数量少,手续费、佣金、重复保险等重要概念规范度不够^[8]。

笔者认为,对一些实践中迫切需要解决的重要问题,新《保险法》的规定含糊其辞或没有规

定,这不利于保险公司的操作,也不利于从根本上维护消费者的合法权益。

二、新《保险法》存在的缺陷

(一) 核保期的责任归属仍难以解决

购买保险一般要经过保险公司的核保程序,投保人填单交费之后到保险公司同意承保之前存在一个时间差,即核保期。核保期间保险标的发生的风险由谁承担的问题一直是理论界和实务界争议的焦点之一。消费者(投保人)认为只要保险公司收到保费,不管是否出单,就代表合同成立,保险公司就应承担赔偿责任。保险公司认为,由于人身保险是诺成性合同,保险人应在合同成立时收取首期保费。但“成立”不等于“生效”,由此做出“收取保费意味着保险合同即已成立”的推论是错误的,这等于否定保险人的核保权利,易使保险沦为赌博,不利于社会和谐和金融稳定。并且保险代理人只有推销保单的权利,而没有订立保险合同的权利。于是,填单交费之后到保单签发之前,被保险人的保障处于“真空期”状态,容易引起理赔纠纷,却无法可依。司法实践中多是保险公司胜诉的现实可能会纵容一些保险公司在收到保费之后,尽量拖延出单时间,以避免承担核保期间的责任。

新《保险法》第13条规定:“依法成立的保险合同,自成立时生效。当事人双方可以对保险合同的效力约定附条件或附期限”。该款是对目前实践中做法的法律确认,也符合我国现行合同法的规定。但遗憾的是,新《保险法》并没有规定“附条件、附期限”的内容,不但不能给处于强势地位的保险公司任何约束,反倒为其在合同中附加有利于自己的条件和期限埋下了隐患^[7]。被保险人的权益能否及时得到保障值得商榷。

国外保险业一般通过以下两种变通的方法来防范投保流程风险:其一是在核保期间,为投保人出具一份暂保单^[9],暂保单可以对该期间的各种可能情况做出事先约定,明确保险公司是否承担赔偿责任;其二是针对达到一定数额的大额保单,要求代理人不能在投保人填写投保单时便收取首期保费。我国大部分保险学者认为,应借鉴国际经验,在核保期间出具临时保险合同。保险行业协会也规定,保险公司可以根据实际情况,在投保人支付首期保费起至同意承保或发出拒保通知书

并退还保险费期间,为消费者提供临时保障。

(二) 免责条款的规定过于笼统

免责条款的提示形式也是理论界和实务界争议的焦点之一。由于保险合同专业性强,许多条款普通公众难以理解,再加上有些保险销售人员急于达成业务,很少主动向客户解释免责条款,事后很容易产生纠纷。保监会2000年发布《关于规范人身保险经营行为有关问题的通知》规定:“保险公司员工或代理人在展业时,必须将保险合同的责任免除事项对投保人逐项解释清楚”。但未规定解释的形式,亦未要求客户签字确认“已完全了解免责条款的存在”。这一宽松规定客观上纵容了代理人在销售过程中大多采用“口头告知”形式告知免责条款,甚至有的代理人对免责条款只字不提。这导致保险事故发生时,因为“口头告知”难以取证,按照“谁主张谁举证”原则,投保方处于弱势地位。

新《保险法》第17条第二款规定:“保险人在订立合同时应在投保单、保险单或者其他保险凭证上对免责条款作出足以引起投保人注意的提示,并对该条款的内容以书面或者口头形式向投保人作出明确说明;未作提示或明确说明的,该条款不产生效力”。新《保险法》出台后,许多学者对第17条关于对格式条款的规定和免责条款的明确说明大加赞赏,而仅有少数人发现“口头告知”这一规定存在着缺陷。

笔者认为,新《保险法》中未界定“明确说明”中“明确”的标准,给实际操作带来了难度。免责条款中的专业术语晦涩难懂,也需要保险业务员进行明确说明。既然该条款的目的是减少纠纷,“说明”的形式就应该方便举证。但是条款中又允许保险代理人以“口头形式”告知免责条款,这是自相矛盾的。实际操作中销售人员的“口头说明”通常被保险公司作为明确说明的一种方式,但举证相当困难,并给保险代理人向客户乱承诺埋下了隐患,对投保方是不公平的。

(三) 退保规定模糊不清

新《保险法》未界定“现金价值”的含义。近几年,我国因退保引发的官司越来越多,其中争议焦点在于退保时保险公司扣除的手续费过高,远高于其他行业的退费标准,投保人难以接受。例如,投保一份终身寿险,如第一年退保,保险公司要扣除已缴保费的80%作为手续费,客户当然对

此不满。新《保险法》第 43 条至 45 条分别规定了保险公司不承担赔付保险金的责任,但若已交足两年保费的,向投保方退还现金价值的情形^[10]。但未明确“现金价值”的含义,《消费者权益保护法》和相关法规亦未对退保细则做出解释。客户往往难以理解现金价值的计算原理,认为这是保险公司暗箱操作的黑匣子。

新《保险法》对退保情形的规定不全面。新《保险法》第 47 条规定了“投保人解除合同的,保险人应当自收到解除合同通知之日起三十日内,按照合同约定退还保险单的现金价值”,但却疏忽了投保人解除保险合同的原因。如没有规定如何处理由于保险公司职工操作失误或是代理人误导而导致客户愤然退保的情形。这种情况下仅退还现金价值是有失公允的。现实生活中此类案例引起的纠纷屡见不鲜。很多案例中保险公司存在明显的故意欺诈行为,投保人退保时受到了不公平的待遇。

(四) 关于重复保险的规定过于笼统

新《保险法》第 56 条规定:“重复保险是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,且保险金额总和超过保险价值的保险。重复保险的投保人就可以就保险金额总和超过保险价值的部分,请求各保险人按比例返还保险费”。与以前相比,新《保险法》严格定义了重复保险的含义,并增加了多缴保费返还的规定,保护了投保人的合法权益。遗憾的是,新《保险法》第 56 条并未区分善意重复保险与恶意重复保险。善意重复保险是指投保人无蓄意制造保险事故获取保险金的动机,却因估计错误或不知情而进行重复保险的行为;恶意重复保险是指投保人明知保险标的价值,为骗取超过保险标的价值的保险金,故意进行重复投保的行为^[11]。恶意重复保险行为隐藏着投保人制造保险事故的道德风险,在一定程度上会纵容投保人的诈骗动机。

按照新《保险法》第 27 条规定,保险欺诈的情形有:“谎称发生保险事故、故意导致保险标的损失、伪造证据”。显然恶意重复投保的行为不在以上情形范围之内。保险欺诈中不包括恶意重复保险,为投保人恶意超额投保留下余地,给保险公司的操作带来了困难。另外,按照国际惯例,重复保险分摊原则不仅适用于财产保险合同,还适

用于人身保险中带有补偿性质的医疗保险合同。新《保险法》将对重复保险的规定仅限于财产保险,对人身保险中带有补偿性质的医疗保险合同的重复保险并没有涉及。

由于新《保险法》没有区分善意重复保险和恶意重复保险,并且缺乏对恶意重复投保的惩罚标准,导致恶意重复投保行为猖獗,不仅在财产保险中常见,在人身保险中也司空见惯。恶意重复保险后果有两种:未被保险公司识破,获得大笔保险金,使保险公司的赔付率上升,保险价格上涨,这对其他客户来说是不公平的;第二种结果是被保险公司识破,引起纠纷。还有的投保方既赔了保险费,又损害了保险标的,甚至发生家破人亡的悲剧。

(五) 保险公估人的法律地位仍没有确立

理赔时是否需要保险公估人也是理论界和实务界争议的焦点之一。保险公估人是指受保险当事人委托并收取一定费用,专门从事保险勘验、估损以及理算等业务,并出具公估报告的中介机构,其主要职能是定损。从国际惯例看,保险公估人已经成为保险市场上的一个重要组成部分。许多保险公司在保单上注明,如有损失应由保单上指定的或者经当地注册的保险公估人鉴定,凭此处理赔案。在发达国家,保险公估人处理的赔案占整个保险公司赔案的比例在 80% 以上^[12]。

我国保险公司大多采用“一条龙”经营方式,即展业、承保、定损、理赔、资金运用等环节一揽子经营。保险公司一般只把棘手的案子交给公估公司,并要求公估公司服务高品质、收费低水平。因此,保险业很少提到理赔亟须公估人的介入。而早在 2002 年,就有多家保险公估公司的负责人联名上书保监会,请求给予保险公估人以法律地位。学术界也呼吁承认保险公估人的地位^[12]。

目前我国保险公估人基本“无法可依”,只有《保险公估机构管理规定》对其行为进行了一定的规范。1995 年版《保险法》和 2002 年版《保险法》都规定:“保险人和被保险人可以聘请依法设立的独立评估机构或者具有法定资格的专家,对保险事故进行评估和鉴定”,但并未出现“保险公估人”字眼。并且,“可以”二字意味着委托公估人不是必须事件,给了保险公司过大的自主决定权,使保险公估人的地位削减了很多,亦使其在保险市场中的权威性大打折扣。保险公估人经常受

到各方当事人的漠视,在定损过程中的作用显得可有可无。

新《保险法》第 23 条规定了“保险人收到被保险人或者受益人的赔偿或者给付保险金的请求后,应当及时作出核定”,并未规定保险理赔必须引入公估人。新《保险法》第 129 条规定了“保险活动当事人可以委托保险公估机构等依法设立的独立评估机构或者具有相关专业知识的人员,对保险事故进行评估和鉴定”。可见,与前两版相比,新《保险法》不仅未明确保险公估人的法律地位,反而将保险公估人与其他普通鉴定机构和个体专家混同,在保障公估人法律地位方面没有实质性突破。保险公估人法律规定的缺乏,导致了保险公估人地位的尴尬,纵容了保险公司在理赔过程中“一手独裁”,降低了理赔的公平性和信息的透明度。

三、完善新《保险法》的对策建议

针对新《保险法》中存在的缺陷,笔者提出相应建议,希望有关部门能尽快出台《操作细则》,以保证新《保险法》实施的效果。

(一) 在核保期提供临时保障

在美国,由于保险市场竞争激烈,保险公司或其代理人在收取保险费时往往对被保险人签发暂保单。在我国,保险实务界也有对被保险人予以暂保的情形,但比较少。笔者建议新《保险法》中增补暂保制度,即保险人在收到业务员送达的投保人资料时,据以往的核保经验,粗略浏览投保单,看客户有无如实告知,并将其保障范围、保障程度与其收入状况挂钩,迅速判断有无骗保动机。若发现客户符合初步承保条件,则提供一份临时保险合同,约定对核保期间发生的保险事故,保险公司将承担一定额度以内的赔付,以有效保护客户的利益。

(二) 取消免责条款“口头告知”的说明形式

为规范保险业务程序,避免纠纷发生时举证的困难,建议将免责条款说明形式限定为“书面形式”或“录音制品形式”。具体来说,规定保险人在订立保险合同时,必须将免责条款以通俗易懂的书面形式记录下来,也可采用录音录像方式进行,用音像制品固定下来,作为特殊说明附加在保单后,并且要经投保人签字确认或口头表示(需有录音为证)已对免责条款明白无误,否则免

责条款无效。

(三) 完善关于退保的规定

1. 增加“无理由退保”的规定

笔者建议新《保险法》中的第 47 条和第 54 条分别增加“如果保险人在展业时未尽到明确说明义务或存在误导行为,投保人享有‘无理由退保’的权利”这一条款。无理由退保是指保险公司员工或代理人展业过程中,如不符合行业服务标准,诸如涉嫌误导或没有进行风险、权利提示(例如,应当向投保方说明退保风险,犹豫期的存在)、系统操作导致的失误等,无论这份保单过了多久,只要被保险人没有领取过保险金,投保人都可以要求退保,保险公司必须 100% 退还已经缴纳的保费,并要支付相应利息^[13]。

2. 明确现金价值的含义

现金价值也称解约退还金,是指带有储蓄性质的人身保险退保时,保险公司可以退还的金额。由于寿险交费期长,被保险人面临的风险随年龄增加而增大,保险费率也随之上升,使投保人难以承受。为此,保险公司往往采用“均衡保费”的办法,将投保人需要缴纳的全部保费在整个交费期内均摊。被保险人年轻时,死亡率低,缴纳的均衡保费比实际需要的多;年老时,死亡率高,均衡保费不足以应对当时的风险,不足部分由年轻时多缴的保费予以弥补。多缴的保费连同产生的利息即保单的现金价值。建议新《保险法》第 32 条和 37 条增加对现金价值的概念界定,并在保险合同中附上现金价值表或列明退保金的计算方法。

(四) 区分恶意重复保险和善意重复保险

出现重复保险时,有必要针对投保人的主观心态是善意还是恶意,区分“善意重复投保”和“恶意重复投保”的法律后果。善意的重复保险可得到法律保护,而恶意重复保险应该得到法律制裁。笔者建议可借鉴我国台湾地区的相关规定^[14],在新《保险法》第 56 条增加“投保人不将重复保险的行为向各保险人如实告知,且重复保险金额总和超过保险标的价值而又不能说明其客观原因的,为恶意重复保险。投保人针对该标的投保的所有保险合同均无效,保险公司不退还保费”,以从源头上防范恶意复投保行为。

虽然人的生命和身体无法用金钱来衡量,与重复保险不相干,亦不适用重复保险分摊原则。但是,为减少纠纷和避免投保人家破人亡的悲剧,

保险公司在核保人身险投保单时,有必要对恶意重复保险进行提防。应注意审核投保人的缴费能力与保障程度是否相对称。为加快核保速度,应在保险公司间建立信息共享制度。另外,新《保险法》第 56 条应适用于所有带补偿性质的保险合同,而不仅仅是适用于财产保险合同。

(五) 明确保险公估人的法律地位

保险公司集“核保”与“理赔”于一身的做法不够客观公正,这导致被保险人处于被动地位,因此,亟须保险公估人介入。只有在法律配套的前提下,保险公估公司才能潜心经营、打好内功。建议在新《保险法》第 23 条中增加如下条款:“在签订保险合同时,应书面约定保险事故发生后,由保险当事人双方共同指定合法的保险公估人处理理赔事务,保险双方没有证据证明公估报告的不合理,则必须按其进行处理”。相应地,新《保险法》第 129 条第一款应修改为:“保险活动当事人必须委托保险公估机构,对保险事故进行评估和鉴定。”即保险标的只能由保险公估人评估,在明确了损权归属问题后,双方可共同选择专业的公估公司对保险事故的责任及损失金额进行评估,以使保险赔付趋于公平合理。

参考文献:

- [1] 孙蓉. 论保险合同法律规范在适用中存在的问题与思考[J]. 保险研究, 2002(9): 54-56.
- [2] 毕颖慧. 《保险法》修订中的人本观探析[J]. 山东工

商学院学报, 2009(8): 108-111.

- [3] 聂国春. 《保险法》修订: 廓清争议破解理赔难[N]. 中国消费者报, 2008-09-15(3).
- [4] 李茂. 新保险法更重视被保险人利益[J]. 沪港经济, 2009(9): 46-47.
- [5] 许闲. 新《保险法》下会计将发挥更重要的监督工具作用[J]. 中国金融, 2009(6): 53.
- [6] 周玉华. 《保险法(修订草案)》第 18 条存在的问题及补正[N]. 中国保险报, 2008-10-6(3).
- [7] 梁鹏. 《保险法》第 13 条修改不符合世界潮流[N]. 中国保险报, 2008-08-18(5).
- [8] 许飞琼. 《保险法》的修订及进一步完善[J]. 中国金融, 2009(6): 57.
- [9] 邹惠. 保险法告知义务的立法缺陷及完善[J]. 政法学刊, 2008(8): 57-59.
- [10] 刘泽先. 保险法草案增加退保规定[N]. 北京商报, 2009-02-26(7).
- [11] 林宝清. 保险法原理与案例[M]. 北京: 清华大学出版社, 2006: 362.
- [12] 课题组. 中国保险公估行业研究报告[J]. 保险研究, 2008(7): 20-30.
- [13] 吴红军. “无理由退保”不妨推而广之[N]. 金融时报, 2006-02-28(3).
- [14] 张军. 重复保险规范的完善[N]. 中国保险报, 2004-09-16(3).

(责任编辑: 杨凤春)

Defects in New *Insurance Law of the People's Republic of China* and the Improvement

LIU Yu-huan

(School of Finance, Nanjing Audit University, Nanjing 210029, China)

Abstract: The new *Insurance Law* better protects the clients' legal rights and enhances insurers' management. However, it has some defects such as vague regulations about insurers' liability during underwriting period and the loose regulation about telling exclusions, and the unilateral condition of surrender. Moreover, it doesn't differentiate between well-meaning overlapping insurance and deliberate overlapping insurance. In addition, it ignores the legal status of insurance assessors. It is suggested that the law set up criterion for establishing and executing insurance contract, offset the oral form of telling exclusions, regulate the disposal of surrender as a result of insurers' fault and endow insurance assessors with legal status.

Key Words: new *Insurance Law*; telling exclusions; cash value; insurance assessors