

机动车自愿责任险排除连带赔偿责任

邢海宝*

内容提要 如机动车自愿责任险约定“按份赔付”,而被保险人与其他侵权行为人对受害第三人承担连带责任时,保险人承担被保险人的份额责任还是连带责任,这在理论上和实务中产生了很大争议。基于对连带责任的可保性、“按份赔付”条款的性质、保险人对第三人的抗辩、条款的订入与效力、代位追偿是否可行以及自愿责任险与强制三责险差异的分析,认为“按份赔付”条款不应受到否定,而该得到认可。

关键词 可保性 自愿保险 连带责任 按份赔付 直接请求权

一、问题的提出

机动车自愿责任险条款通常规定“保险人依据被保险机动车一方在事故中所负的事故责任比例,承担相应的赔偿责任”。^①司法实践中,在两辆或者以上机动车造成第三人损害,而数侵权行为人依法应对第三人承担连带责任的情形,如果侵权行为人内部责任比例已经确定,一些法院会根据该条款认定保险人的赔付责任,即对被保险人因责任连带而超出自身比例责任做出的赔偿,保险人无需赔付。

有学者对此深表关切,认为其间问题严重,主要理由如下:责任保险所要转移的是被保险人对受害第三人的责任以及为抗辩而发生的必要费用,而连带责任也是被保险人对第三人的责任,而且是法定责任;责任保险还应保障第三人的利益,第三人有权直接向保险人提出请求,保险人应当根据被保险人最终实际承担的赔偿责任来履行保险责任;自愿责任险与交强险性质相通;该条款不是除外条款而是免责条款,其目的就是要减轻保险人的赔偿责任;它违背了被保险人的合理期待,属于意外条款,不能订入保险合同;它限制了保险人的主要权利,应当无效。最后,保险人应当在承担连带责任后通过代位维护自己的利益。^②还有法官提出,交通事故比例责任中的“责任”属主观过

* 中国人民大学民商事法律科学研究中心专职研究人员,中国人民大学法学院教授。

① 2012年《中国保险行业协会机动车辆商业保险条款》(简称《协会车险条款》)第23条。

② 参见韩长印《责任保险中的连带责任承担问题——以机动车自愿责任险条款为分析样本》,载《中国法学》2015年第2期。下文所提论者观点未特别注明出处的均引自该文。

错范畴,而侵权连带责任以及自愿责任险中的“责任”属客观责任范畴。“按份赔付”条款导致只有被保险人存在过错才能得到保险赔付,容易引发道德风险。^③

然而,支持“按份赔付”的人则认为,自愿责任险中的责任不是客观的,而是主观的,它实指被保险人在交通事故中的主观过错责任。^④如果撇开被保险人的过错责任,直接以被保险人承受的后果也即受害第三人的损害为保障对象,那么即使被保险人没有任何过错,其他侵权人100%过错,保险人也要承担100%的责任。这显然不当加重了保险人的责任,导致保险人与被保险人之间的利益严重失衡,违背了对价平衡原则,将危及自愿责任险市场的存续和发展。另外,支持者也从合同自由以及保险合同约定的角度给出了理由。需要澄清的是,从“按份赔付”条款在保险合同中的具体语境看,它的真正含义是保险人根据被保险人与受害第三人之间的责任比例,对被保险人或第三人承担赔付责任。可见,自愿责任险合同并无条款明确地排除被保险人的连带责任,从而实行“按份赔付”。

不管怎样,自愿责任险条款能否明确约定“按份赔付”?与此相关,交通事故责任、连带责任以及责任保险人责任如何区分?责任保险保护受害第三人的政策会产生何种影响?这种条款的效力如何认定?自愿责任险保险人应当通过代位求偿化解连带责任负担吗?保险人承保自愿责任险可否考虑对价平衡以及连带责任的可保性?本文将对上述问题展开分析讨论。

二、连带赔偿责任与保险危机

反对自愿责任险排除被保险人连带责任的基本逻辑在于,责任保险旨在转移被保险人(加害人)对第三人的责任,而从加害人外部来看,加害人对第三人的连带责任也是加害人对第三人的责任。相反,共同加害人内部的责任分担实非责任问题,乃是对责任的过错或原因进行的划分,与第三人无涉,因此保险人应就被保险人承担的连带责任即全部责任给予赔付。然而,共同加害人承担的连带责任与某加害人自己的责任不能混为一谈。法律规定连带责任,主要目的是让加害人之间相互成立担保。同时,便于受害人提起诉讼,也减轻受害人的举证责任。总之,是要加强对受害人的保护,使受害人的赔偿请求能够实现。^⑤另外,它还意图鼓励共同被告督促其他被告采取预防措施,防范侵权行为的发生。阿蒂亚则一语道破:真正的问题是一个或大部分的被告可能身无分文且未购买保险,而其他的被告是富裕的大企业或公共团体或买了保险。^⑥

连带责任虽有其正当性,但并非无可置疑、不可动摇。连带责任破坏了加害人之间

^③ 参见沙兆华《被保险人承担的连带责任是否应纳入“三责险”范畴》,载《保险职业学院学报》2014年第1期。

^④ 参见杨良胜、黄飞《被保险人承担的连带责任保险公司不应赔偿》,载《人民司法》(案例)2011年第8期。

^⑤ 参见欧洲侵权法小组编著《欧洲侵权法原则——文本与评注》,于敏、谢鸿飞译,法律出版社2009年版,第197页。

^⑥ 参见[英]P·S·阿蒂亚《“中彩”的损害赔偿》,李利敏、李昊译,北京大学出版社2012年版,第32页。

的利益平衡,也会引发过度的安全激励(损失预防)。从保险角度看,它意味着责任保险人需要赔付不是由被保险人造成的损失,而保险人对被保险人以外的人却无从进行监管、约束。这就迫使保险人额外储备资金,从而增加保险成本。侵权责任包括连带责任的扩张曾在美国等一些国家引发保险危机,其表征为责任保险保费的显著增长、保障限额和承保范围的减少、一些保险人不愿为某些风险提供任何保障。有鉴于此,这些国家限制甚至废弃了部分或全部侵权连带责任。

撇开连带责任的改革,加害人连带责任与加害人自己责任的差异也须澄清。我国法律注重责任承担与主观过错的统一,侵权责任在一定意义上具有“主观性”。同时,侵权人承担的份额之外的责任不是侵权人本身生成的,而是被法律通过策略性机制分配或转移来的,它具有“客观性”。还须明确,连带责任规则并不意味着原告可以根据一个判决从侵权人那里分别获得一份全额的赔偿,归根到底,加害人的责任还是份额责任。明白了这样的机理,就没有理由阻止保险人越过连带责任,约定只对被保险人的份额责任负责了。事实上,这也是保险人应对侵权责任扩张的重要举措。作为应对,保险人可以采取多种措施,包括修改保单、澄清保障范围、明确规定仅仅对自己承保的部分负责,以减少风险和不确定性,更加准确地预见损失、确定保费。这既不违反法律规定,又符合保险的规律和经营的需要。

三、自愿责任险中的“按份赔付”

(一) 从保险人角度观察

1. 基于可保性而约定“按份赔付”

自愿责任险还可以明确而直接地约定“按份赔付”,排除连带责任。“按份赔付”条款属于除外条款而非限制或免除保险责任的条款。如果保险合同约定“按份赔付”,则由于被保险人份额之外的责任不属保险合同承保范围,保险人对此无需赔付。但论者认为,这种条款不是除外条款,而是免责条款。投保方自始抱有向保险人转移连带责任的内在需求。而按份赔付条款排除的不是保险人无法负担的损失,不是其合理化经营所必须的。为了化解连带责任,保险人本应与被保险人建立风险共保机制,可是他这样做,而仅仅规定排除连带责任条款,可见保险人就是要减轻自己的赔偿责任。此外,除外条款大多是为了防止道德风险,而保险人承担连带责任不会产生道德风险。

笔者认为,这是对“按份赔付”条款性质的误解。所谓除外包括风险除外和损失除外等,它是指保险人对某些风险或损失不予承保。质言之,事故尚未发生,则危险就具有未定性或可能性。如果事故取决于几个风险因素,对这些因素保险人都可以接受投保。但是,法律或者合同可以排除承保某些因素导致的事故。^① 合同规定这种除外条款不能说这是剥夺被保险人的保障,因为保障尚不存在。而所谓免责是指限制或免除一

^① 参见沈达明编著《法国商法引论》,对外经济贸易大学出版社2001年版,第271页。

方将来的违约责任。^⑧就保险合同而言,它是指排除或限制保险人根据法律或合同本身应当承担的责任。排除连带责任的“按份赔付”条款是在保险合同订立当初,在保险事故尚未发生之时,将他人的行为风险导致的损失排除在外,此与保险人限制或免除保险事故发生后根据法律或合同应当承担的赔付责任自然有别。

保险合同之所以排除连带责任,乃是因为连带责任具有不可保性。从风险管理的角度讲,保险从来就不是唯一的方法,不论个人还是企业都不能指望将所有风险转移给保险公司。对于许多风险与损失,被保险人都有转移的需求,但是,不能说只要被保险人有投保的需求,保险人就必须予以满足,除非法律强制承保同时辅以必要的政策支持。保险不是万能的,保险并不能承保所有的风险。保险的本质特征就是保险基金中的损失可以精确预测和基金的支付能力具有确定性。^⑨风险可保应当是损失可定,即损失在可知的时间、地点发生,因可知的原因而发生。它还要求损失的概率以及相伴随的损失能够估计。同时,投保人付得起保费。如果承保大量不可保风险,将给保险人的财产和生存带来很大危险,甚至危及被保险人的利益乃至整个社会的稳定。连带责任正是不可保的风险。连带责任使保险人在承保时不能确知哪个行为将会导致损失以及损失将会多大。质言之,被保险人是否将负有责任以及要承担多少损失都部分地取决于他人的行为,而这是保险人无法且未曾考虑纳入承保范围的。同时,被保险人实际赔偿的数额也取决于另一方拥有多少财产,可是在决定保费时另一方尚未确定。而且,连带责任还导致保险人潜在地对没有购买保险和支付保费的人负责。这都使保险人无法事先确定保险费并合理预留储备金,构成可保性的严重障碍。因此,从保险的角度看,连带责任非常危险。承保连带责任将会大大提高保险人的交易成本,压缩保险人的利润空间,甚至导致保险人亏损。如涉大规模的交通事故,连带责任将使保险人陷入灾难之中。责任保险应当具有转移被保险人责任的功能,但保险公司不能置自己的利益乃至生存于不顾。为此,保险人要么排除连带责任,要么承保连带责任同时不得不增加保费,而后者会相应增加被保险人的负担,被保险人就可能因此选择不予投保。事实上,人们几乎不存在去为自己可能给他人造成的全部损害购买保险的动机,遑论为别人造成的损害购买保险。两厢作用之下,自愿责任险市场就可能走向萎缩,最终难以合理满足大众的保险需求。

说到共保条款,它要求被保险人自己承担一定比例的损失,其作用类似于约定免赔额。共保与风险分类、约定免赔额等一样,都可以用来避免逆向选择和道德风险,最终满足保险的技术性,并维持保险的边界。在风险分类的基础上,保险人选择某些风险比如连带责任风险及其损失不予承保,符合保险技术的要求,而且法律并未禁止。

至于道德风险,它是指投保后故意制造保险事故,或者对损失态度漠然等。责任保

^⑧ 参见江平主编《中华人民共和国合同法精解》,中国政法大学出版社1999年版,第30页;王利明《合同法研究》(第1卷),中国人民大学出版社2002年版,第402页;王利明《合同法新问题研究》,中国社会科学出版社2003年版,第172页。

^⑨ 参见[美]Mark S. Dorfman《当代风险管理与保险教程》,齐瑞宗等译,清华大学出版社2005年版,第3页。

险跟其他保险一样本来就可能引发道德风险,例如投保机动车三责险后,司机大幅提高驾驶速度、更多违反交通规则。产生道德风险的条件之一是保险人监测保户的防损行为和评估保户对预期赔付之影响的费用高昂。要求保险人就连带责任进行赔付,就相应地要求保险人对被保险人之外的其他侵权人进行监测和评估,而这极大地增加了其难度和成本,必然引发更大的道德风险。而限制保险范围,使被保险人承担一定的风险,激励被保险人采取预防措施,是降低道德风险的主要方法。保险人排除连带责任就是在对风险进行分类之后,选择对产生较高道德风险的连带责任不予承保,完全合理。

事实上,除外条款的设定具有多种目的,除了排除与道德危险或心理危险相关的损失,还排除并发性或灾难性损失;排除大部分被保险人不需要的保障;排除其他保单专门提供的保障;排除非被保险人从中获利;控制成本使投保人付得起保费。^⑩除外条款跟其他条款一道将模糊的赔偿承诺转化为内容明确、符合可保性的合同。^⑪如要撤销除外条款,应当多付一些保费。“按份赔付”条款也是如此。它并非减轻保险人已有的责任,而是细化合同当事人之间的权利义务,排除不可保的连带责任风险,将保险人的风险限制在被保险人本人造成的风险份额之内,增强风险的确定性与可保性,避免逆向选择和道德风险,维持保险公司的合理经营,无可指责。

2. 法律未要求自愿责任险承保连带责任

连带责任具有严厉性和风险性,为了避免连带责任泛化带来的后果,连带责任的承担必须由法律明确规定。然而,我国2014年《保险法》第65条并未明确“依法应负的赔偿责任”包括侵权连带责任。因此,让自愿责任险保险人承保侵权连带责任没有法律依据。事实上,自愿责任险贯彻合同自由原则,保险合同由保险人与被保险人根据平等、自愿原则而订立。如果保险合同约定保险人仅对被保险人的份额责任负责,该项约定应当得到双方的尊重。已有学者指出,责任保险的责任范围应当以保单的规定为准。^⑫论者立足于责任保险特别是商业三责险展开论述,并且承认,尽管是在不经意间承认,如果保险合同特别约定排除连带责任,责任保险也可不承担被保险人对第三人的连带责任。然而,其论证逻辑以及最后的结论却背道而驰,大相径庭。

论者试图从比较法的角度论证,自愿责任险应当承保连带责任。论者认为,1998年《韩国商法》第682条明确了责任保险应当承担多数人共同侵权连带责任,而且赋予了受害人直接请求权。然而,该条是关于保险代位权的规定,它并未提及连带责任,而规定第三人直接请求权的第724条也没有提及连带责任。^⑬

论者引用我国台湾地区1996年“强制汽车保险责任法”第34条第1项以及2005年“强制汽车责任保险承保及理赔作业处理办法”第14条规定,以此表明连带责任属于

^⑩ 前引^⑨,Mark S. Dorfman书,第174页。

^⑪ 参见[美]詹姆斯·S.特里斯曼等《风险管理与保险》,裴平等译,东北财经大学出版社2002年版,第114-116页、第121-122页。

^⑫ 参见樊启荣编著《责任保险与索赔理赔》,人民法院出版社2002年版,第122页。

^⑬ 参见崔吉子、黄平《韩国保险法》,北京大学出版社2013年版,第198页。

责任保险的责任范围。的确,在数车共同肇事情形,受害人可以获得规定的保险金额,而且各保险人就这一份保险金额的给付承担连带责任。^⑭然而,这里的保险金额已跟侵权责任相分离,并不以侵权责任以及连带责任为基础。^⑮2005年“强制汽车保险责任法”第36条第2项(1996年为第34条第2项,内容相似)印证了这一判断。按其规定,保险人之间或保险人与特别补偿基金之间,按其所应给付或补偿的事故汽车数量比例,负分担之责。可见,保险人应当给付的部分与超额给付的部分根本不是基于被保险人侵权行为以及其中的过错等因素计算出来的。正所谓,由于保单持有人购买责任保险是为了免于索赔,因此对可得保险的确定应当关注保单持有人对受害第三人直接造成损害的行为,而不是他具有过失或缺乏注意。^⑯因此这些规定都不能作为自愿责任险承担侵权连带责任的佐证。

论者提到,德国联邦最高法院判决,共同侵权行为人与责任保险人之间存在连带债务关系。的确,按照德国法律,在机动车第三人责任强制保险,多车共同肇事的,各保险人应在受害人的损害范围内,分别以自己的保险金额为限承担赔偿责任。与台湾地区法律不同的是,受害人获得的保障不限于一份保险,而是可在“保险金额乘以共同侵权被保险汽车数”的范围内和实际损失的范围内获得保险赔付。^⑰另外,按照《大规模事故的共同理赔》规定,所有参与者连带对受害人给付保险金。而按《机动车第三人责任强制保险与机动车第三人责任强制保险再保险框架协议》规定,被保险人首先向哪个保险人主张请求权,则该保险人即负责处理,然后在保险人之间,以在事故中的被保险机动车的数量,按照份额对赔付的款项进行划分。^⑱然而,这里保险责任的连带同样不能等同于保险人承担了侵权连带责任,而且后两个规定并无强制性。

被论者忽略但不得不提的是,《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》第21条第1段明确提出保险公司各自或者按比例承担责任,却未提到保险公司之间相互追偿或者代位追偿。可见,即便在交强险,保险人相互之间也无需承担连带责任,更不用说承担被保险人的连带赔偿责任了。

尚需承认,上述规定所及肇事车辆都有保险或者可以适用特别补偿基金,它们无助于理解和处理部分车辆有保险、部分车辆无保险且不能求助于特别补偿基金带来的问题。对于后者,上述《解释》第21条第3段规定“多辆机动车发生交通事故造成第三人损害,其中部分机动车未投保交强险,当事人请求先由已承保交强险的保险公司在责任限额范围内予以赔偿的,人民法院应予支持。保险公司就超出其应承担的部分向未投

^⑭ 参见江朝国《强制汽车责任保险法》,中国政法大学出版社2006年版,第238-244页。

^⑮ 参见前引^⑭江朝国书,第148页。

^⑯ See Jeffrey W. Stempel, *The Insurance Policy as Social Instrument and Social Institution*, 51 *Wm and Mary L. Rev.* 16 (2010).

^⑰ 前引^⑭江朝国书,第240页。

^⑱ 参见[德]克里斯蒂安·冯·巴尔《大规模侵权损害责任法的改革》,贺栩栩译,中国法制出版社2010年版,第21-26页。

保交强险的投保义务人或者侵权人行使追偿权的,人民法院应予支持。”论者认为,其中“追偿”的字眼隐含着保险公司有义务承担连带责任的寓意。其实,保险人承担的是先付责任或垫付责任,而不是连带责任。因为法院如此解释乃出于如下考虑:我国立法更为重视交强险对受害人损失的填补功能,因此采取了交强险与侵权责任脱钩的模式。换言之,它不是为了分担被保险人的损失,故非以被保险人依法应对第三人承担的侵权责任为保险标的。^①按此说明,既然交强险与侵权责任相分离,那么保险人的赔偿包括超出其应当承担的部分,并不是基于被保险人的侵权责任以及被保险人与其他侵权人的连带责任。另外,保险人的“追偿”也非基于他的承担超出了被保险人的侵权责任部分,而是为了避免放纵违法行为。此违法行为与其说是违法侵权,不如说是违法而未投保交强险。前已明确,如果对方也有保险,则不发生追偿问题。同此,此与保险人承保连带责任不能相提并论。

总之,上述法律、规定表明,强制责任保险下保险人其实并非承担被保险人的侵权连带责任。无论如何,上述有关规定只是针对强制保险的特别规则,与自愿保险无涉,无法用来佐证自愿责任险应当承担连带赔偿责任。

可是,论者认为,机动车交强险与自愿责任险都是责任保险,属性相通。进一步,要借鉴德国的做法,将交强险与自愿责任险立法合一,届时两种赔付方式的差异将不复存在。合并的基础在于:其一,为了实现保障受害第三人利益的政策目标,机动车三责险都应强制,不为自愿责任保险预留空间。其二,在我国,机动车肇事赔偿责任的归责原则自《民法通则》以来都为无过错原则,故立法所要完成的只不过是对机动车三责险附加强制性,实现自愿责任险向交强险的转轨。二者合并的具体方案是:其一,取消现行的封顶式法定限额制度,确定一个保底的法定限额,在限额之上允许人们根据自己的保费承担能力自愿投保更高的保额。其二,在保留与现行交强险保额相对应的保费标准不变的基础上,对全部保险金额实行统一费率,并采用“适度盈利”的模式。它既非“不盈不亏”,也非完全的市场化标准。总之,要使被保险人和受害人借助单一的保险契约,就能分散其使用汽车的全部责任风险。^②论者推理,既然交强险与自愿责任险性质相通,甚至合并为单一的保险,而参照前面提及的台湾地区“强制汽车保险责任法”第34条第1项等规定,在交强险下,各保险人应对受害人连带给付保险金,那么自愿责任险就没有不适用承担连带责任规则的余地了。

然而,上述的逻辑或构想并不成立。暂且不论按照2003年和2007年《道路交通安全法》第76条,机动车侵权责任已非统一的无过错责任,而是分化为交强险限额内的无过错责任以及交强险外的过错推定责任乃至过错责任;不论前已分析交强险下保险人的赔偿责任已脱离侵权责任,保险人赔偿责任连带不等于保险人承保侵权连带责任;

^① 参见杜万华等《〈审理道路交通事故损害赔偿适用法律问题的解释〉的理解与适用》,载《法律适用》2013年第3期;姜强《交强险的功能定位及其与侵权关系的关系——审理机动车交通事故损害赔偿案件的制度背景》,载《法律适用》2013年第1期。

^② 参见韩长印《我国交强险立法定位问题研究》,载《中国法学》2012年第5期。

不论自愿责任保险为了顾及保险人的赔偿能力通常规定最高限额,强制责任保险则为了给受害人提供最低保障而规定最低限额,而我国交强险的限额就是最低限额,即便批评这一限额过低,不能转移被保险人的事故风险并为受害人提供相当的保障,要求将限额提高,但提高后的限额在性质上仍是最低限额;也不论强制责任保险限额大大提高之后,必定相应增加被保险人的保费负担或者要求政府提供政策支持,因而必须顾及投保人的支付能力以及社会经济水平,而不能盲目追求保护受害第三人的政策目标,否则,要么投保率上不去,要么保险公司以及政府将背上沉重的财务负担。德国机动车强制责任保险的最低责任限额非常之高,已达每次事故850万欧元,但也未必囊括所有事故的一切损失,故仍不妨碍投保人在此基础上根据实际需要和负担能力选择再行投保。在我国,交强险赔偿限额较低。德国那样的限额,我国一时无法企及。有学者设想我国的交强险投保金额应当提高至50万元人民币左右。^②即便如此,投保人再行投保自愿责任险的需求也非常大,而自愿责任险规定的每次事故赔偿限额从10万元到100万元不等,最高可达5000万元。问题是,投保人在最低限额的交强险基础上根据自己的保费承担能力选择的更高保额的保险实际上就是自愿三责保险,怎么成了强制保险?它跟强制责任保险有何相通之处?更何况在目前二者还根本谈不上所谓转轨、合一。

事实上,鉴于自愿责任险与交强险的侧重或目标有异,基于不同的利益或政策考量,交强险实行强制保险,而自愿责任险仍贯彻合同自由原则。此外,二者的不同目标还决定了二者在赔偿基础、赔偿项目、赔偿限额、可否设置免赔额、保费收取以及除外风险、是否承担连带责任、第三人能否直接索赔、保险人对第三人的抗辩等方面存在很大区别。日本学者西岛教授告诫:自愿责任保险以被保险人即加害人利益为中心,而强制责任保险以受害人第三人利益为中心。自愿责任险与强制责任险二者存在相当大的差异。完全无视这种差异来讨论责任保险,不能说是一种正确的态度。强制保险与自愿保险应当各有发展空间,强制保险一般仅在保险市场失灵的情况下发挥作用,不应也不可能取代自愿保险。在自愿保险未与强制保险合一的情形,自愿保险可不承保侵权连带责任;即使二者合一,保险人也非承担侵权人的连带责任,因为在强制责任保险下保险人的责任与侵权人的责任已经走向分离。

(二) 从享有直接请求权的第三人角度考察

自愿三责险“按份赔付”的基础主要在于保险合同对连带责任的排除或者对按份担责的约定。但是,论者认为,基于连带责任的民事责任基础,被保险人显然不能对受害第三人主张按份或者比例责任。相应地,保险人在替代被保险人对第三人的抗辩中,也不能主张比例责任。论者还认为,如果被保险人对第三人承担连带责任,而保险人只就其份额责任做出赔付,则被保险人的责任就没有“脱免”或免除。其实,重要的是第三人能否直接向保险人请求,以及被保险人与保险人之间的合同关系能否对抗第三人,而不是被保险人与第三人之间的侵权责任关系。

^② 参见张新宝、陈飞《机动车第三者责任强制保险制度研究报告》,法律出版社2005年版,第57页。

1. 自愿责任险下第三人未必能直接请求

第三人直接请求权对保险人及其保险条款效力的影响甚大。传统的责任保险旨在填补被保险人因对第三人承担赔偿责任而受到的损失,使其免于经济困境,而不是满足第三人。被保险人的其他债权人可以扣押保险赔偿请求权,受害人不得提出异议。而且,在被保险人破产时,受害人没有优先地位。后来,人们认识到,责任保险在很大程度上是为受害人的利益而存在的。责任保险越来越重视对受害人的保护,其重要表现就是赋予第三人直接向保险人请求的权利。不过,目前真正的直接请求基本局限于部分强制责任保险之中,尽管存在从强制责任保险向自愿责任保险渗透的迹象。

在德国,首先由学者发展出了责任保险请求权为“债务脱免请求权”之构造的学说。法律上,1908年《保险合同法》第157条规定,被保险人破产时,第三人对被保险人的请求权在被保险人的赔偿请求权范围内享有别除权。1909年,帝国法院有案判定,责任保险的请求权不是请求将保险金给付加害人,而是通过向受害人给付保险金,使加害人脱免其对受害人所负的赔偿债务。此请求权不是真正的金钱债权,受害第三人可以扣押,其他人则不得扣押。^② 2008年《保险合同法》第108条和第110条则规定,投保人对保险人赔偿请求权的处分对第三人无效;保险合同一般条款等不能排除将追索权转让给第三人的约定;在对投保人的破产程序已经开始的情况下,第三人可要求其投保人的赔偿请求权在投保人的破产债权中别除受偿。^③

按照意大利法律,第三人通常不能直接起诉保险人,但保险人可以决定直接赔付第三人,而且如果被保险人要求保险人直接赔付第三人,保险人必须按其要求去做。丹麦和瑞典认可直接诉讼,但其条件是侵权人的责任以及需要赔偿的损失已经确定,而且侵权人面临破产。^④ 瑞典还要求被保险人的赔付请求权已经让与第三人。以色列1981年《保险合同法》第68条创设了保险人与第三人之间的直接关系,但司法实践认定,仅在被保险人破产或清算情形,保单视为以第三人为受益人的合同,保险金不构成破产财产,第三人有权依据保单条款和条件直接向保险人索赔。根据法国法律,如果证明被保险人有责任赔偿受害第三人的损失,而且该损失属于保单承保范围,则第三人可以直接起诉保险人。在美国,根据普通法第三人无权直接起诉保险人。按照伊利诺斯州的公共政策,第三人对于保险问题如何解决拥有实质利益,但该州最高法院判决,即使为了这种利益,也不能让当事人独立起诉保险人,最好是让他参加到保险人与被保险人的诉讼当中。而按纽约州法律,第三人不得起诉保险人,除非第三人获得了对被保险人的判决。在加拿大,除魁北克之外,如果被保险人对第三人负有金钱债务,而保险人有责任赔付被保险人,则第三人可以直接向保险人索赔。^⑤

^② 李薇《日本机动车事故损害赔偿法律制度研究》,法律出版社1997年版,第246页。

^③ 从《日本保险法》第22条以及《自动车损害赔偿法》来看,其关于直接请求权的立法体例和内容与德国相似。

^④ 根据丹麦法律和判例,被保险人破产的,其对第三人的赔偿仅限于可分配的剩余财产,从而保险人的赔偿也限于这一财产。

^⑤ See Richard Banks *International Comparative Review of Liability Insurance Law*, Insurance Day 22 (May 2007).

根据英国2010年《第三人(对保险人权利)法》,如果被保险人丧失偿付能力,第三人可以受让被保险人的权利,从而直接对保险人提出请求。该法取消了1930年《第三人(对保险人权利)法》规定的另一个条件,即被保险人的责任已经通过法院判决、仲裁裁决或有效和解确定。该法可适用于自愿责任保险。在澳大利亚,制定法规定仅在被保险人死亡或者通过合理查询无法找到、被保险人作为公司已经注销等几种情形,第三人可以直接向保险人索赔。值得注意的是,美国康涅狄克、关岛、威斯康辛等11个司法辖区通过“直接诉讼法”允许第三人直接起诉保险人。^⑥挪威1989年《保险法》第7-6条则确立了第三人直诉保险人的一般原则,且未将被保险人支付不能作为前提。^⑦同样,《韩国保险法》第724条第2款规定第三人可以直接请求责任保险人予以赔偿。

综合而言,德国的规定根本算不上第三人对保险人的直接请求权,而只能说是为第三人对投保人的请求权提供的特别保障。在意大利,保险人一般不能被直接起诉,它具有的是直接赔付的权利以及代位支付的义务。依丹麦以至美国法,第三人可以直接起诉保险人,但多以被保险人的侵权责任已经确定等作为前提条件,有的还需被保险人面临破产。即使在挪威,其《保险法》第7-6条同时规定,保险人可以要求第三人在该诉讼中也起诉被保险人。总之,第三人不能绕过被保险人,跨越其与被保险人、加害人之间的侵权关系直接向保险人请求,因此不能说他享有真正的直接请求权。尽管英国法等排除了被保险人责任已经确定这一条件,但仍保留被保险人丧失偿付能力这一条件,直接请求的适用余地不大。这都与强制责任保险中法律赋予第三人以直接请求权大异其趣。整体来看,真正赋予自愿责任险第三人直接请求权的立法尚属少见。

我国台湾地区2007年“保险法”第94条第2款规定“被保险人对第三者应负损失赔偿责任确定时,第三者可在保险金额范围内,依其应得的比例,直接向保险人请求给付赔偿金额。”第95条规定“保险人可经被保险人通知,直接对第三者为赔偿金额的给付。”这些规定借鉴了上述有关立法,但未赋予第三人真正的直接请求权。我国法律也未真正赋予第三人直接请求权。按照《保险法》第65条第1款规定,保险人“可以”而非“应当”直接向第三人赔偿保险金。而根据该条第2款规定,在两种情形,保险人有义务直接向第三人赔偿保险金:一是被保险人对第三人应负的赔偿确定,而且被保险人提出请求;二是被保险人对第三人应负的赔偿确定,被保险人怠于请求。我国所谓直接请求权的规定类似意大利立法,比起台湾地区立法还要软化。即使在交强险,受害人能否直接从保险人获得赔偿也取决于保险人的意愿,因为《机动车交通事故责任强制保险条例》第31条规定,保险公司可以向被保险人赔偿保险金,也可以直接向受害人赔偿保险金。它并非强制保险人向受害人直接赔偿,也未授权受害人直接向保险人索赔。尽管该条第3款规定“责任保险的被保险人给第三者造成损害,被保险人未向该第三者赔偿

^⑥ 参见前引^⑤。

^⑦ See Vibe Ulfbeck, *Modern Tort Law and Direct Claims under the Scandinavian Insurance Acts*, *Scandinavian Studies in Law*, 521-527(2001).

的,保险人不得向被保险人赔偿保险金”,但这并非赋予第三人直接请求权,而仅使保险人承担了保护第三人利益的注意义务。另外,由于它没有规定违反这一义务的法律后果,实质意义不大。

在第三人对保险人不享有直接请求权的前提下,不管被保险人与第三人之间的侵权责任如何,保险人只需按保险合同约定对被保险人承担赔付义务。在被保险人对第三人承担侵权连带责任情形,保险人也有权仅仅按照保险合同约定的比例向被保险人给付,而不管被保险人是否免责,即第三人是否继续向被保险人请求。即使被保险人本人按照连带责任全额赔偿了第三人,保险人仍然只需按照合同约定的份额责任予以赔付。一句话,保险人只对保险合同负责。当然,在符合有关条件的情况下,不管保险人是否已向被保险人支付,对于被保险人对保险人享有的赔付请求权,第三人可以要求从破产财产中别除、进行扣押或者主张优先受偿。

2. 自愿责任险下保险人对第三人的抗辩

在自愿责任险,第三人能够真正向保险人直接索赔时,保险人能否提出抗辩?能够提出何种抗辩?一方面,保险人可用被保险人对抗受害第三人的事由来对抗第三者。这种抗辩一般发生在被保险人责任确定之前而非之后。它对于保险人具有重要意义。另一方面,保险人可以利用对被保险人的抗辩来对抗第三人。依据英国2010年《第三人(对保险人权利)法》转让给第三人的权利,除了三个例外,^②要受制于保险人对被保险人的抗辩。尽管美国康涅狄克等地方允许第三人直接起诉保险人,但这种权利的基础是第三人只能根据保险人与被保险人之间的合同从保险人获得赔付。直接诉讼立法并不扩大保单的赔偿范围。看来,如果保险人拥有一个有效的保障范围方面的抗辩,则第三人的直接诉权就不复存在。在挪威,其1989年《保险法》第7-6条同时规定,保险人可以援引对被保险人的抗辩对抗第三人。《韩国商法》第724条第2款也明确规定,保险人可以利用对被保险人的抗辩来对抗第三人。由此,保险合同基于公共政策约定除外风险、基于责任保险的特质以及保险人的经营需求约定的其他除外条款包括排除连带责任的条款,都可以用来对抗第三人。

如果在自愿责任保险中确立第三人直接请求权,而且保险人不能用保险合同对抗第三人,则自愿责任险的性质就要发生改变,只能叫做强制三责险了。强制责任保险下,第三人行使直接请求权的,保险人不能基于保险合同对抗第三人,也就是说,不得用对抗被保险人的事由对抗第三人。有学者甚至主张,受强制保险保障的受害人不受保险合同规定的保险责任限额的约束,对受害人依法取得的判决确认的任何赔偿金额,保

^② 一是权利转让后,第三人满足了保险合同规定的被保险人应当满足的特定条件,则保险人不能将该条件没有得到满足作为抗辩;二是如果被保险人已经解散从而不能向保险人提供信息或者对其进行协助,则保险人不能以此作为抗辩;三是“被保险人先付条款”无效,除非是不涉及人身伤害的海上责任保险。这些例外是1930年《第三人(对保险人权利)法》中没有的。

险人都应承担责任的。²⁹ 照此情形,对超过保险责任限额的赔偿保险人应向被保险人追偿。³⁰ 在此意义上,即使保险合同约定只承担被保险人的侵权份额责任,也不能对抗受害第三人。其实质在于,第三人的获赔问题已经交由专门立法如《机动车强制责任保险条例》解决。专门的法律机制已在一定程度上取代保险合同。第三人的权利直接来自这种立法的具体条款或内容。如果保险合同违反法律规定,自然不能得到认可。然而,也是在此意义上,这种强制责任险已经转化为加害人支付保费为受害第三人购买的意外伤害保险,而非本来的被保险人、加害人的第三方保险。

两种保险存在如此差异,其理论基础在于它们的利益中心不同。它决定了自愿责任险往往并不强力赋予第三人直接请求权;即使赋予直接请求权,也不像强制责任险那样,将直接请求权建立在“法定利益说”或“法定债务共同分担说”之上,而是建立在“权利转移说”或“债权代位说”之上。依前一理论,法律关系存在于保险人与第三人之间,第三人根据有关机动车三责险的强制性法律享有获得赔偿的权利。而据后一理论,第三人的权利来源于被保险人与保险人之间自由订立的合同。

由上可知,在自愿责任险,即使第三人可向保险人直接索赔,但由于保险人可以保险合同下的事由对抗第三人,因此,即使被保险人对第三人负有连带责任,且第三人请求保险人全额赔付,但如果保险合同约定“按份赔付”,保险人也可以合同约定的“按份赔付”条款对抗第三人。保险人即使不能利用被保险人基于侵权关系对第三人的抗辩,也可径直基于保险关系进行抗辩:保险人只需把本应交给被保险人的保险赔偿交给第三人,而保险合同仅承保了被保险人的部分侵权责任。因此,保险人仅需直接向第三人支付自己应当赔付的份额。至于被保险人是否免责,第三人是否继续向被保险人请求,与保险人无关。

3. 小结:直接请求不妨碍“按份赔付”

综上分析,自愿三责保险以被保险人利益为中心,贯彻合同自由原则。在自愿责任险下,法律通常并不赋予受害第三人对其保险人的直接请求权。即便赋予直接请求权,保险人也可以合同约定对抗第三人。因此,如果保险合同约定“按份赔付”,而被保险人对第三人承担侵权连带责任,保险人依然可按保险合同仅将应当赔付被保险人的部分交付第三人。只有在第三人享有直接索赔权,而且保险人只能按照要求其承担侵权连带责任的法律法规行事,不能拿保险合同对抗第三人的前提下,如果被保险人对第三人应承担连带责任,保险人才不能主张按份赔付,而要全额赔付。但这种情况只可能发生于强制责任保险当中,而自愿责任险通常并非如此。然而,即便在强制保险,所谓保险人之间就保险责任承担连带责任也不等于保险人承担被保险人的侵权连带责任。

²⁹ See Raoul Coliniux, *The Law of Insurance*, 5th ed., at 431 (Sweet & Maxwell, 1984).

³⁰ 参见邹海林《责任保险论》,法律出版社1999年版,第98页。

四、依格式条款规则进行审视

(一) “按份赔付”属于意外条款

保险条款多为格式条款,需要受到干预或者规制,首先是订约程序干预。论者认为,被保险人投保责任险的目的是降低和分散风险,如发生损害结果,则合理期待在保险范围内得到赔偿,这也是责任保险应当具备的基本功能;被保险人的合理期待包括自己因共同侵权行为而被受害人请求承担全部赔偿责任时,能够获得责任保险的保障;不能期待被保险人为实现某一保障需求而就“份内责任”和“溢额责任”分别订立合同;不能期待被保险人准备一笔承担超出份额责任的连带责任准备金。因此,保险合同排除连带责任超出了投保人的合理期待,使保险丧失了必要的保障功能。借鉴《德国民法典》第305c条第1款以及美国的合理期待原则分析,“按份赔付”与责任保险免除被保险人责任的功能明显存在冲突,属于意外条款,不能订入合同。

《德国民法典》第305c条第1款规定“根据情况,特别是合同的外观,一个条款如此异常以至于对方无需考虑到其存在,则该条款不能成为合同的一部分。”^①所谓根据情况,是指该条款是对方在从事此种行为时无需加以考虑的。^②所谓合同外观,则是这类合同典型的基本特征以及一些特别明显的条款。^③澳大利亚1984年《保险合同法》第37条规定:保险人不得依赖任何意外条款,除非保险人清楚地告知这些条款的后果。然而,不管怎样,如果意外条款是对方知晓的,或者使用人明确地指出过这一条款,那么意外的效果便丧失了,除非该条款的行文是顾客不能正常理解的。^④因此,就“按份赔付”而言,如果保险人采取措施,设法使得被保险人充分了解到合同的“按份赔付”条款及其含义的话,就没有理由将其视为意外条款。何况,被保险人在购买保险时本来就应考虑特定保险的具体承保范围,而“按份赔付”只是在细化保险人的承保范围,并未背离保险合同以及责任保险的基本特征,本就不构成所谓意外条款。

异常条款不能订入合同,美国保险法上的合理期待原则也包含了这一规制路径。^⑤合理期待原则,主要针对风险除外条款,是指“法院经常会照顾投保人和受益人的客观合理期待,即使保单条款明明没有这样的规定,但法院还是判决保险人赔付”。它源于

^① 令人意外的东西通常同时作为不公平的损害行为出现。这一标准和判断格式条款实质不公的标准二者难以清晰分开,因为格式条款之异常取决于它偏离法律规定的任意性条款实质精神的程度,而任意性条款的实质精神界定着对方当事人期待的合法性水平。第305c条第1款只是将重点转到了合同的外观上。Sir Basil Markesinis, Hannes Unberath & Angus Johnston, *The German Law of Contract: a Comparative Treatise* 2nd ed., at 172-173 (Hart Publishing, 2006); [德]迪特尔·梅迪库斯《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第311页。

^② 例如,在一项建筑合同中,除规定一个总的价格外,在“各项费用”的标题下还为建筑劳务规定了其他报酬。而合同对方对总价约定之外还需要支付其他报酬是无需加以考虑的。前引^①迪特尔·梅迪库斯书,第311页。

^③ 参见[德]卡尔·拉伦兹《德国民法通论》(下),王晓晔等译,法律出版社2003年1月版,第776页。

^④ 参见前引^③,第777页。

^⑤ Sir Basil Markesinis, Hannes Unberath & Angus Johnston, *supra* note ^①, 173.

1970年基廷教授在《哈佛大学法律评论》上发表的文章。1981年美国《合同法(第二次)重述》确认了这个原则。合理期待原则代表了一种观念,即人们不应被误导认为他们拥有了合理想要的保险。^{⑤⑥}但是,合理期待,它应当合理,合乎公正和道德。如果特定被保险人很清楚保单排除了某种风险,他就不能指望合理期待原则的保护,否认该除外条款已经订入合同。就自愿责任险的“按份赔付”条款而言,在保险人没有误导,该条款经过提示而且明确易懂的情况下,被保险人不应产生所谓合理期待,否则难谓公正合理。如果被保险人对“按份赔付”这种除外条款已有一定的了解,而他希望获得更多的保障,他就不应购买这种保险。如果他仍然购买这种保险,就只能要么同时购买这种保险和“溢额责任”保险,要么仅仅购买这种保险而将“溢额责任”风险自留,与保险人形成“共保”,并预留“溢额责任”准备金。论者提出不能期待被保险人购买两份保险,可是凭什么期待保险人用一份保单承保所有风险?另外,从风险管理的角度讲,保险从来就不是唯一的方法,不论个人还是企业都不能指望将所有风险转移给保险公司。

(二) “按份赔付”条款无效

对格式条款的内容也需进行规制。论者认为,投保人投保责任险的主要目的包括转移共同侵权行为引发的全部连带责任。同时,“脱离不利请求权”是责任保险最重要的功能。相应地,投保人对保险人所享有的“脱离不利请求权”是投保人根据责任保险合同性质所享有的主要权利,如果这种权利被格式条款加以不当限制,必将危及投保人订立责任保险的目的。按照《德国民法典》第307条第2款规定,一般交易条款背离本法规定的任意条款的实质精神的,或者限制合同本身所规定的根本权利或义务,以至破坏了合同目的实现的,均属无效。“按份赔付”条款属于我国1999年《合同法》第40条以及《保险法》第17条第2款规定的条款。^{⑤⑦}因此,“按份赔付”条款应当无效。

诚然,《德国民法典》第307条第1款规定“一般交易条款所规定的内容违反诚信原则不当损害合同当事人的,此内容无效。”它强调了诚信原则,而不当损害是违背诚信原则的具体表现。所谓“不当损害”相当于“显著不利”,它通过第2款确定的两个事实而具体化,即一般交易条款不符合法律规定的实质性精神,或者对因合同性质而产生的实质性权利或义务加以限制,妨碍了合同目的的实现。其中,所谓实质精神或立法意旨要求合同在偏离法律规定的任意条款时应尽可能公平地考虑合同双方当事人的利益。^{⑤⑧}而关于合同目的之规定起源于“基本义务”规则。^{⑤⑨}不过,这两个标准并无什么差别。我国《合同法》第40条采纳了第二个标准,规定“提供格式条款一方免除其责任、加重对

^{⑤⑥} See Malcolm Clarke, *The Reasonable Expectations of the Insured in England*, *Journal of Business Law*, 389-390 (Sep, 1989).

^{⑤⑦} 其实应当援引《保险法》第19条。

^{⑤⑧} 前引^{⑤③},卡尔·拉伦兹书,第794页。格式条款使用人要求对方放弃法律中任意条款规定的一切抗辩就背离了此种精神。

^{⑤⑨} 例如,在项冷藏肉类的合同中,遵循必要的低温规定即属基本义务。违反这一义务将损害合同目的。前引^{⑤④},迪特尔·梅迪库斯书,第324页。又如,在买卖合同中,卖方的基本义务是交付物品。如果卖方违反基本义务时的责任(赔偿对价损失)被免除,则其基本义务就毫无意义,双务合同的互惠性就会遭到破坏,合同就变成了处理赠与的协议或者完全碰运气的合同,卖方就可能不当获利。

方责任、排除对方主要权利的,该条款无效”。而我国《保险法》第19条规定“采用保险人提供的格式条款订立的保险合同中的下列条款无效:(1)免除保险人依法应承担的义务或者加重投保人、被保险人责任的;(2)排除投保人、被保险人或者受益人依法享有的权利的。从其中“依法”二字看,它采纳的当属第一个标准。^⑩另外,在美国,根据合理期待原则,即便保险人充分而明确地告知了被保险人,如果保费与保单的保障范围极不相符,那么法院仍可能认为保险人获得了有味良心的利益,其行为误导了保单持有人,因此应当适用合理期待原则,即被保险人有合理的理由认为其所交保费对应的保障范围应当大于保单提供的保障范围。^⑪法院认为除外条款损害保单主要目的而显失公平的,也可能适用合理期待原则。^⑫

可是,自愿责任险“按份赔付”条款并不违背保险法律规定的实质精神,因为我国保险法律尚无任意条款规定这种保险承保或者赔付侵权连带责任。那么进一步,它排除了保险人根据保险合同产生的基本义务、背离了投保人订立责任保险的功能或目的吗?合同目的是合同双方通过合同的订立和履行所要达到的最终目的,即当事人所追求的具体的经济和社会效果,而保险具有将危险和损失分散于众人的特性。然而,如前所述,保险并非万能,保险人不能承担所有风险。固然,责任保险目的在于转移被保险人的责任风险,但保险人不可能承接其全部责任风险,也要设定除外条款,并且规定赔偿限额等。自愿责任险“按份赔付”条款是对保险人承接风险的特定化,是对当事人权利义务与合同目的的具体化,它并未妨碍合同约定的其他风险的转移和保险人对其基本义务的履行,谈不上对合同目的的违反。当然,如果合同一方面约定“按份赔付”,另一方面通过一定手段免除本该承担的按份赔付责任,那就是排除基本义务,危及合同目的的实现。然而,讨论的情形并非如此。诚信原则适用于合同当事人双方,被保险人也得讲求诚信。如果保险合同明确约定仅仅承担“份额责任”,而被保险人偏要保险人承担连带责任,追求合同之外的东西,显非公平合理,不应获得支持。

至于被保险人的“债务脱免请求权”或“不利益摆脱请求权”,我们不应产生误解。诚然,债务脱免的意义乃是保险人应当代替被保险人向第三人清偿,使被保险人的债务归于消灭,恢复到保险事故发生前的状态。然而,必须明确,其实质含义应当是保险人仅在承保范围内使被保险人脱免债务。在被保险人对第三人产生侵权损害赔偿责任,而该责任属于保险合同承保范围的情况下。如果仅仅认可被保险人对保险人享有请求权,则受害第三人可能无法获得实益,不免还要向被保险人索赔,被保险人则仍需向第

^⑩ 按照《欧洲保险合同法原则》第1.103(2)条规定,保险合同可以偏离该原则的任何非强制性条款,只要该偏离不损害保单持有人、被保险人或受益人。

^⑪ See Robert E. Keeton, *Insurance Law Rights at Variance with Policy Provision*, 83 Harv. L. Rev., 968-969 (1970), *Westfield Ins. Cos. v. Economy Fire & Cas. Co.*, 623 N. W. 2d 871, 881-882 (Iowa 2001), *krausev. krause*, 589 N. W. 2d 721, 727 (Iowa 1999).

^⑫ 参见[美]小罗伯特·H.杰瑞、道格拉斯·R.里士满《美国保险法精解》,李之彦译,北京大学出版社2009年版,第23页。

三人进行赔偿。为了避免这种情况,于是法律限制被保险人处分其请求权,甚至赋予第三人对保险人的直接请求权。这既使被保险人对第三人的相应债务归于消灭,更使第三人的受偿获得切实保障,而这也就是论者所谓责任保险最重要的功能。但是,必须强调,保险人仅在保险责任范围内承担责任。如果被保险人的侵权责任超出保险合同承保范围,保险人仍然只需在该范围内向第三人给付保险金,并在该范围内使被保险人脱免债务,或者恢复到保险事故发生前的状态。保险人没有义务承担此外的责任。被保险人不能将没有投保的侵权责任强加于保险人,第三人也不能突破这一限制。按照论者的逻辑,为了使被保险人脱免债务,只要第三人对被保险人存有损害赔偿请求权,保险人都要在此请求权的范围内对第三人进行赔付,而不管保险合同如何约定。照此推论,保险合同约定的赔偿限额也不能对抗第三人,不然,被保险人也不能脱免债务。然而,论者的推理是站不住的。在自愿责任险,赔偿限额能够对抗第三人,“按份赔付”也是如此。在保险合同约定“按份赔付”的情况下,被保险人不能说限制了他的主要权利。其实,在此情形,被保险人的“主要权利”就是获得保险人对其份额侵权责任的承担,而不包括溢额责任。

(三) “按份赔付”与对价平衡

保险合同必须坚持对价平衡,维持保费与保险人所承担的危险之间的平衡。换言之,保险人所收保费不得少于经保险精算得出的、预期自己将为被保险人承担的损失额。^③ 否则,将增加道德风险和逆向选择,导致风险降低不足以及损失率增加,进而危及保险公司的偿付能力并限制风险的可保性,最终造成保险市场的崩溃。

具体到自愿责任险,也应按被保险人的风险设计条款、收取保费。其规定“按份赔付”也遵循了这一精算技术。然而,论者一方面强求保险公司即便增加保费也要承保连带责任,另一方面却主张,与排除的连带责任相应的保险费率因素没有纳入该保险产品的费率厘定之内,保险人不能以未按承担连带责任来收取保费为由进行抗辩,因为根据合理期待原则认定的“意外条款”就对价平衡原则没有适用余地。这实在没有道理。“按份赔付”跟其他除外条款一样,将保险人无法估算与无力承担的风险和损失剔除,精算出的损失数额已不包括它们指向的风险与损失,同时保险人也未就此收取相应保费。如果不考虑这种条款的效力,就将破坏精算平衡,进而干扰保险公司的正常经营,甚至威胁到保险共同体的存续。只有当投保人支付了一定保费却因特定除外得不到相应的保险保障,才能将这些条款认定为意外条款或不公平条款,从而适用合理期待原则处理。没有付出相应保费,却要得到保险保障,导致变相的事后保险,是对合理期待的滥用,完全失去公平正义的基础。为此,保险人不得不通过增加保费或限制承保进行对冲,而这将引发保费的上涨或者市场的收缩。^④

^③ 参见袁宗蔚《保险学——危险与保险》,首都经济贸易大学出版社2000年版,第59页。

^④ See Stephen J. Ware, *A Critique of the Reasonable Expectations Doctrine*, 56 U. Chi L. Rev. 1461, 1489 (1989).

五、保险人应以代位求偿化解连带责任负担

为什么论者坚持机动车自愿责任险不能排除侵权连带责任?其指导思想是,保险公司排除连带责任以减轻自身负担的合同利益,应当让位于责任保险制度本身应当具备的转移被保险人责任的合同利益。论者主张,保险人应在承担连带责任之后行使追偿权。似乎为了某种平衡,论者又提出,为保障承担了全部连带责任的一方就超出自己责任份额的部分所享有的追偿权能够实现,最好尽可能扩大投保率。如果发生交通事故的机动车各方都有交强险或自愿责任险,那么,无论是任一被保险人还是任一保险人承担全部连带责任后,可对其他责任保险人进行追偿,这种追偿权都会得到保障。

然而,由于举证责任、诉讼费用、共同侵权人的经济能力、债权实现费用、消耗司法资源等原因,代位追偿成本很高,而追偿的成功率却很低。詹姆斯·迈耶曾经估算,美国机动车保险的保险人代位求偿获偿额仅占保险赔付的8.56%。^⑤代位追偿的意义对于保险人微不足道,追偿所得根本无法填补赔付支出。在我国,由于机动车自愿责任险投保率较低,导致保险公司在理赔后的追偿环境相当复杂。如果对方都投保三责险,则可增加追偿成功率。但是,许多人并不自愿购买汽车责任险。即便强制保险,虽有各种强制手段推进,也有不少投保空白,需要社会救助基金等予以支撑。自愿责任险不是强制保险,实现全面投保难度更大。况且,如前所述,连带责任不具可保性。不管怎样,假如投保率极大提高,也会在同时大大增加不必要的“交叉保险”,导致保险金额总和更加超出受害人的实际损失。因为责任保险中被保险的东西是一个潜在的法律义务,连带赔偿责任更是增加了责任的不确定性。保险交叉会使得投保人额外支付大量保费,增加其经济负担,还会浪费保险资源。即便对方也有保险,代位追偿依然存在交易成本、产生讼累等问题,由此保险人之间只得尽量避免相互追偿,不然就不会产生保险人之间订立“汽车互撞免赔协议”那种现象了。

Abstract: Where the “indemnity in accordance with the portio” is promised in the voluntary compulsory liability of motor vehicles and the insurer takes the portio liability or the joint and several liabilities of the insured, the great dispute between theory and practice is produced. Based on the analyses of the insurability of joint and several liability, the nature of the “indemnity for several liability” clause, the defenses of the insurer to the third party victim, the incorporation of the clause into the insurance contract and its validity, the system of subrogation, as well as the differences between voluntary liability insurance and compulsory automobile liability insurance, this article argues that the effect of the “indemnity for several liability” clause shall be recognized instead of being denied.

(责任编辑:王莉萍)

^⑤ 参见徐卫东《商法基本问题研究》法律出版社2002年版,第478页。