

从明确说明义务到信息提供义务

——保险消费者自主决定权保障制度再造

沈 小 军*

摘 要:作为格式条款订入控制的手段,现行法上的明确说明义务缺乏可操作性,不仅保险人面临极大的举证困难,而且投保人接受的意愿也不高。过高的订入控制标准不仅破坏了保险合同的对价平衡关系,而且还会诱发投保人的不诚信行为,因而应予以废弃。保险消费者自主决定权的保障应立足于信息提供的充分性和有效性,而非保险人的主动说明。除责任免除条款外,保险人也应在合同订立前的一定时间内以书面形式提供影响投保人决定的其他重要信息,并提供简化版的产品信息页。保险人违反信息提供义务时,投保人的撤回权期限将不起算。为避免保险人信息提供义务的立法目的落空,投保人的弃权行为应受到适当限制,不得以格式条款的形式作出。信息提供义务取代明确说明义务后,保险条款的规制应着重实质的公平性检验,淡化提示义务的要求,只要投保人在正常浏览时不至忽视条款的内容即可。

关键词:保险消费者 明确说明义务 信息提供义务 格式条款 撤回权

一、问题的提出

保险合同与买卖、租赁等传统民事合同存在较大的差异。^① 保险消费者因欠缺必要的保险知识可能对购买的保险产品产生认识错误,导致保险事故发生后无法获得预期的保险保障。被保险人期待的保险保障是否存在须待保险事故发生后才能确定的情形,加大了保险消费者作出正确投保决定的难度。^② 保险合同的周期越长,损害事件发生的概率越低,保险事故发生的可能性越是容易被低估,因为投保人往往具有过于自信的偏好。^③

* 上海对外经贸大学法学院副教授

① 参见叶启洲:《台湾保险消费者之资讯权保护》,台湾《月旦法学杂志》2013年第3期。

② 参见于海纯:《保险人说明义务的涵义与规范属性辨析》,《保险研究》2009年第11期。

③ Vgl. Appenzeller, Die Europäische AGB-Kontrolle, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2017, S.

为使投保人对享有的权利及承担的义务有较为清晰的了解,确保订立的保险合同能够满足自身需要,保险人应在合同订立前以一定的方式向投保人提供作出决定所需的信息,使投保人对保险产品的承保条件和保障范围有充分的认知,矫正保险合同双方的信息不对称地位。^① 2015年《中华人民共和国保险法》(以下简称《保险法》)第17条规定:“保险人在订立合同时应当在投保单、保险单或者其他保险凭证上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。”保险人的明确说明义务虽然有助于合同双方达成真实的合意,强化对保险消费者的保护,^②但由于举证要求过高,因此几乎成为诉讼中保险人最突出的败诉原因。据学者统计,在涉及明确说明义务的案件中保险人的败诉率竟然高达96%。^③

虽然2009年《保险法》和2013年《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)》(以下简称《保险法司法解释二》)都试图完善明确说明义务制度,但向保险消费者一边倒的问题并未得到有效的解决。消费者为获得保险赔付滥用权利的情况并不少见,保险人的明确说明义务在某种意义上已经成为消费者不当行为的挡箭牌。^④ 部分投保人的不诚信行为不仅直接损害了保险人的正当利益,而且还间接损害了风险共同体内其他投保人的利益。为摆脱诉讼中的不利地位,保险人常常让投保人签署格式化的声明,承认其已经履行明确说明义务,但实际上并未向投保人提供订立保险合同所需的信息。此时投保人的决定并非建立在充分获取信息的基础之上,保险人明确说明义务的立法目的根本没有得到实现。

学界围绕保险人明确说明义务的改革提出了诸多方案,可以说“在保险法领域,恐怕没有一个话题能像保险人说明义务一样引发如此多的关注”。^⑤ 部分学者认为,明确说明义务本身能够有效保障保险消费者的自主决定权,只须对履行标准及证明责任等具体内容予以完善即可;另一部分学者则主张,明确说明义务具有不可克服的缺陷,应以信息提供义务来取代。如何设定有效的保险人信息提供义务,保障保险消费者的自主决定权,学界尚未提出可行的方案。未来的保险人信息提供义务不仅要矫正投保人的信息不对称地位,而且还应尽可能降低履行成本,合理平衡双方当事人的利益,减少法律纠纷。^⑥

二、过高保险条款订入控制标准对保险关系的负面影响

保险条款由保险人一方事先拟定,消费者并无参与决定内容的机会。制定有利于自己而不利于消费者的格式条款,成为实践中保险人侵害消费者利益的主要形式。格式条款的规制大体上可以分为订入控制和内容控制两个阶段,订入控制重视赋予消费者知悉合同内容的机会,内容控制则强调格式条款内容的实质公平性。《保险法》第17条规定的格式条款提示义务和明确说明义务属于订入控制工具,但过高的履行标准对保险关系造成了如下负面影响。

① 参见王静:《保险案件裁判精要》,法律出版社2019年版,第187页。

② 参见温世扬:《保险订约说明义务之我见》,《河北法学》2001年第2期。

③ 参见罗璨:《保险说明义务程序化蜕变后的保险消费者保护》,《保险研究》2013年第4期。

④ 参见吴勇敏、胡斌:《对我国保险人说明义务制度的反思与重构》,《浙江大学学报》(人文社会科学版)2010年第3期。

⑤ 马宁:《保险人明确说明义务批判》,《法学研究》2015年第3期。

⑥ 参见马宁:《保险人明确说明义务批判》,《法学研究》2015年第3期。

（一）破坏保险合同的对价平衡关系

保险合同虽以提供风险保障为目的,但任何保险产品均不会承担被保险人的所有风险。借助保险条款对保险责任范围进行描述与限制,是保险人控制风险的主要手段,也是确定保险费率的基础。^① 保障范围不同的保险产品,保险费也不尽相同,此为对价平衡原则的要求。根据《保险法》第 17 条的文义,保险人提示及说明义务的适用范围以“免除保险人责任的条款”为限,但“免除保险人责任的条款”的具体范围在实践中经常发生争议。《保险法司法解释二》第 9 条指出,“免除保险人责任的条款”包括责任免除条款、免赔额、免赔率、比例赔付或者给付等免除或者减轻保险人责任的条款。一些人民法院甚至将明确说明义务适用于几乎所有排除保险人责任的情形,包括确定合同核心给付的条款。

确定保险责任与保险费义务的核心给付条款是合同的要素,应由当事人自己确定,而不能由法律规定,除非其因内容违反公平原则而无效。^② 欠缺核心给付条款,保险合同将因内容无法确定而不能有效成立。在责任保险中定义保险事故的条款即属于核心给付条款,由于法律上并无对保险事故进行归类及确定各种责任保险保障范围的规定,因此如果这类条款不能有效地订入合同中,那么被保险人将无法获得预期的保险保障。^③ 交纳保险费既是投保人的主给付义务,也是保险人承担风险的对价。投保人不及时交纳保险费将会对保险人的偿付能力产生不利的影 响。由于保险事故的发生具有偶然性,因此在实践中存在投保人拖延交纳保险费,待保险事故发生后再补交保险费的现象。尽管保险合同通常约定保险人对保险费交纳前发生的保险事故不承担责任,但司法机关对保险费支付条款性质的认识并不统一。部分人民法院将其作为责任免除条款处理,如果保险人不能证明已履行明确说明义务,那么仍须对保险费交纳前发生的保险事故承担责任。

将提示义务及明确说明义务适用于核心给付条款会导致这些条款因保险人未履行明确说明义务而不能订入合同中,破坏了保险合同的对价平衡关系。^④ 在市场竞争较为充分的条件下,当事人在核心给付内容上具有较高水平的合意度,不会发生不公平的结果,格式条款的内容控制规则因此并不适用于确定核心给付的条款。^⑤ 《欧洲保险合同法原则》第 2:304 条第 3 款强调,格式条款内容的公平性检验规则不适用于维持保险保护与保险费之间对价平衡关系的条款。只要条款使用的语言平实易懂,那么公平性检验规则就不适用于对承保范围和保费约定进行必要描述的条款。尽管本款规定针对的是格式条款的内容控制,而非订入控制,举重以明轻,订入控制规则也不应当适用于保险合同的核心给付条款。

（二）导致一些重要的不真正义务无法成为保险合同的内容

被保险人的行为是否规范对保险事故的发生具有重大的影响,为避免或减少保险事故发生的风险,保险合同通常会约定被保险人应承担一定的不真正义务。尽管被保险人违反不真正义

^① 参见潘红艳:《论保险人的免责条款明确说明义务——以对保险行业的实践考察为基础》,《当代法学》2013 年第 2 期。

^② 参见贺栩栩:《〈合同法〉第 40 条后段(格式条款效力审查)评注》,《法学家》2018 年第 6 期。

^③ Vgl. Armbrüster, Examinatorium Privatversicherungsrecht, Berlin: Springer-Verlag GmbH 2019, S.12.

^④ 参见马宁:《论保险人说明义务的履行方式与标准——以对我国司法实务的考察为中心》,《时代法学》2010 年第 2 期。

^⑤ Vgl. Wandt, Versicherungsrecht, München: Verlag Franz Vahlen 2016, Rn. 541.

务仅使其遭受不能获得保险给付的不利益,并不产生损害赔偿责任,^①但一些重要的不真正义务得到履行却是保险人提供约定保险保障的前提。被保险人的不真正义务部分来自重复法律、行政法规中的禁止性规定,部分来自格式条款的设定。法律、行政法规禁止的情形往往具有严重的违法性和危害性,投保人作为社会公众应当知悉,如禁止“酒后驾车”的规定。违反此类规定时不能获得保险赔付的法律后果,对投保人来说并不存在理解上的困难。^②被保险人在严重违反不真正义务的情形中仍能获得保险赔付,不仅会使法律、行政法规的禁止性规定成为具文,^③而且还会使保险制度因违反诚实信用原则而丧失公平性。^④

根据《保险法司法解释二》第 10 条的规定,保险人将法律、行政法规中的禁止性规定作为免责条款的,无须向投保人进行明确的说明,但仍应向其履行提示义务。尽管提示义务的履行本身并不困难,但在实践中保险人常常会因格式条款交付义务的举证困难而败诉。例如,有判决书认定,即使无证驾驶系 2011 年《中华人民共和国道路交通安全法》明确规定的禁止性行为,但由于保险公司未能证明其已经履行提示义务,无证驾驶免责条款因此并不产生效力。发生交通事故后,保险公司仍应向被保险人赔付。^⑤类似的案例还有,因无法证明已就醉酒驾驶免除保险责任的条款履行提示义务,人民法院判决保险人承担保险责任。^⑥保险在某种意义上是一个风险共同体,要求保险人为被保险人的不当行为承担责任会导致大量非承保危险转由风险共同体承担,间接增加其他被保险人的保险费。^⑦让保险人承担本不应由其负担的保险责任还会影响其偿付能力,增加破产风险,影响保险市场的健康运行。^⑧

保险人明确说明义务的目的在于改善投保人的信息不对称地位,使其了解保险合同载明的事项。有些人民法院认为,只要叙述清楚,没有歧义,对于重复法律、行政法规禁止性规定的保险条款,并无必要使保险人负担积极地向投保人解释的义务。^⑨实际上《保险法》第 17 条第 2 款后半段仅规定:“未作提示或者明确说明的,该条款不产生效力。”参考比较法,此处的“不产生效力”并非指保险条款因内容不公平而无效,而是指不能订入合同中,否则《保险法》第 19 条即成为多余的规定。重复法律、行政法规禁止性规定的宣示性条款不能订入合同时,保险合同因欠缺同类产品的必备内容而存在漏洞。在填补合同漏洞时除可以考虑任意法规定外,还可以考虑根据诚实信用原则进行补充解释。具体来说,可以用市场上通行的同类保险条款来填补保险合同的

① Vgl. Looschelders/Paffenholz, Versicherungsvertragsrecht, Stuttgart: W. Kohlhammer GmbH 2019, Rn. 221.

② 参见吴勇敏、胡斌:《对我国保险人说明义务制度的反思与重构》,《浙江大学学报》(人文社会科学版)2010 年第 3 期。

③ 参见王静:《保险案件司法观点集成》,法律出版社 2016 年版,第 127 页。

④ 参见杨茂:《完善我国保险人明确说明义务的法律思考》,《现代法学》2012 年第 2 期。

⑤ 参见最高人民法院民事审判第二庭:《最高人民法院关于保险法司法解释(二)理解与适用》,人民法院出版社 2013 年版,第 251 页。

⑥ 参见湖北省咸宁市中级人民法院(2017)鄂 12 民终 626 号民事判决书。

⑦ 参见罗璨:《保险说明义务程序化蜕变后的保险消费者保护》,《保险研究》2013 年第 4 期。

⑧ 参见马宁:《保险人明确说明义务批判》,《法学研究》2015 年第 3 期。

⑨ 参见[美]小罗伯特·H. 杰瑞、[美]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 45 页。

漏洞。^①

(三) 诱发投保人的不诚信行为

诚实信用原则是民事主体都应遵守的行为准则,在明确说明义务履行的过程中,保险合同双方自然也应遵循其要求,彼此配合。一方面保险人应及时向投保人提供订立保险合同必要的信息,保障投保人的自主决定权;另一方面,投保人也应尽到一定的谨慎和注意义务,阅读并理解保险条款的内容。只要保险人为投保人提供了知悉保险条款内容的现实可能性,投保人就不得再以保险人未履行明确说明义务进行抗辩。^②

责任免除条款交付义务及明确说明义务的证明成为实践中保险诉讼成败的关键。投保人不承认已经收到免责条款且保险人履行了明确说明义务时,获得胜诉的可能性极大。反之,则很可能会败诉。出于自身利益的考虑,投保人往往会主张自己并未收到免责条款,即便实际上并非如此。在投保人未签署格式化的声明承认保险人已经履行明确说明义务时,即使保险人已经按照规定履行了义务,也可能会因无法举证而不被人民法院认可。这在某种程度上会鼓励投保人的不诚信行为。

诚信危机的另一个例子是在续保情形下保险人是否负担明确说明义务的问题。有人认为,只要保险人在之前订立保险合同的过程中已就责任免除条款向投保人明确说明过,且责任免除条款的内容并无变化,明确说明义务即被免除;也有人认为,保险人对责任免除条款的明确说明义务仅对本次订立的保险合同有效,即便之后保险人与投保人订立相同种类的保险合同,仍然需要对责任免除条款再次进行明确说明;还有人认为,与首次订立保险合同相比,在续保情形中保险人的明确说明义务虽然可以适当减轻,但不得免除。^③从立法目的来看,保险人的明确说明义务旨在使投保人在订立合同前获得作出投保决定所必要的信息,而不在于保险人说明的过程。若投保人在此前的投保过程中已经获得有关信息,则不应违背诚实信用原则的要求,否定相关条款成为合同的内容。《保险法司法解释二》(公开征求意见稿)第13条曾规定:“续保或同一投保人与同一保险人连续二次以上签订同种类保险合同,合同免责条款内容一致且保险人有证据证明曾就相同的免责条款向投保人履行过明确说明义务的,可免除保险人的明确说明义务。”遗憾的是,最终的文本删除了这一规定。

三、保险人明确说明义务实践困境的原因分析

尽管有学者认为,保险人的明确说明义务是我国保险立法的创举,^④但实际效果却并不理想。从实践层面来看,保险条款订入控制失灵的原因有以下3点。

(一) 保险人面临极大的举证困难

按照《保险法司法解释二》第11条第2款的规定,保险人可以口头或者书面形式履行免责条款的说明义务。书面形式既包括合同书、信件等传统纸质形式,也包括电子数据和电子邮件等形

^① Vgl. Armbrüster, Examinatorium Privatversicherungsrecht, Berlin: Springer-Verlag GmbH 2019, S.10.

^② 参见陈群峰:《保险人说明义务之形式化危机与重构》,《现代法学》2013年第6期。

^③ 参见王静:《保险案件司法观点集成》,法律出版社2016年版,第140~141页。

^④ 参见吴定富主编:《中华人民共和国保险法释义》,中国财政经济出版社2009年版,第51页。

式。以书面形式履行格式条款明确说明义务表现为,保险人通过合同条款的文字叙述向投保人解释有关免除保险人责任条款的概念、内容及其法律后果。尽管以书面形式进行明确说明本身并不困难,但是几乎没有人民法院认可这种履行方式。有些人民法院认为,以书面形式履行明确说明义务以投保人收到免责条款为前提,保险人应对免责条款的交付承担举证责任。例如,在一起保险案件中,机动车辆保险单左上角有装订痕迹,但人民法院认为,装订痕迹只能证明保险单曾经与其他文件装订在一起,而不能证明与保险单装订在一起的文件中必然包括保险格式条款。^① 民事诉讼以经验法则为证明标准,根据已知事实推导未知事实。^② 保险人以快递向投保人邮寄保险单和格式条款是实践中的通常做法,若证明标准过高,则只要未对邮寄过程进行录像的都将无法证明投保人收到过免责条款。

以口头形式进行说明,是指由保险公司的销售人员当面向投保人解释有关免除保险人责任条款的概念、内容及其法律后果。口头形式虽然简便易行,但需要对销售人员解释免责条款的过程录音、录像才能保存证据。否则,在投保人嗣后否认保险人曾对免责条款进行过明确说明时,保险人将因不能举证证明而败诉。我国台湾地区“金融消费者保护法”第10条第4款明确规定:“金融服务业提供之金融商品属第11条之二第2款所定之复杂性高风险商品者,前项之说明及揭露,除以非临柜之自动化通路交易或金融消费者不予同意之情形外,应录音或录影。”^③ 尽管一些保险合同较普通民事合同复杂,但多数并不属于复杂的高风险金融商品,若在传统销售形式中需要对履行明确说明义务的过程予以录音、录像,则会显著增加保险人的人员投入和经营成本。

(二)明确说明义务不具有可操作性

传统民法以当事人具有完全平等的法律地位为原则,法律无须对一方当事人予以特别的保护。合同当事人原则上应当自行收集与交易相关的信息,相对人并不负有提供信息的积极义务。^④ 传统民法仅在一些极端例外情形下要求当事人积极提供信息,如2020年颁布的《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第148条规定的欺诈制度。为矫正消费者的信息不对称地位,经营者在消费者合同中负有更为广泛的信息提供义务。《民法典》第496条第2款不仅要求格式条款使用人应以合理方式提请注意格式条款的存在,而且还应按照对方的要求对该条款予以说明。从文义来看,格式条款使用人负担的仅为被动的说明义务,是基于诚实信用原则产生的从给付义务。^⑤ 从这种意义上说,消费者仍应自行阅读格式条款并理解其内容。

《保险法》第17条规定的保险人的明确说明义务却是主动的,不以对方提出询问为条件。有学者指出:“基于公平原则和最大诚信原则,拥有专业技术优势的保险人应当对涉及对方当事人重大利益的条款进行说明,以使最终成立的保险合同建立在双方充分理解合同条款含义的基础之上。”^⑥ 多数人民法院也认为,对格式条款的说明是一种主动的解释。^⑦ 例如,有判决书指出:“保险法强调对免责条款必须明确说明,就意味着免责条款不仅要像其他条款那样印制在保险单

① 参见王静:《保险案件司法观点集成》,法律出版社2016年版,第13页。

② 参见王亚新、陈杭平、刘君博:《中国民事诉讼法重点讲义》,高等教育出版社2017年版,第101页。

③ 转引自叶启洲:《保险消费者权益保护之新发展》,台湾元照出版有限公司2015年版,第247页。

④ 参见沈小军:《德国法上保险人的咨询义务》,《保险研究》2018年第3期。

⑤ 参见温世扬主编:《保险法》,法律出版社2016年版,第112页。

⑥ 安建主编:《中华人民共和国保险法(修订)释义》,法律出版社2009年版,第47页。

⑦ 参见马宁:《保险人明确说明义务批判》,《法学研究》2015年第3期。

上,而且还应将免责条款的含义清晰明白、确定不移地向投保人解释清楚,这种解释不属于合同条款或合同内容,而是合同中免责条款生效的法定要件,即只有保险人向投保人履行了免责条款的明确说明义务,免责条款才产生效力”。^① 甚至持实质标准的学者认为,只要投保人没有实际理解相关条款的真实含义,即使保险人已经进行提示及说明,也不能视为已经履行明确说明义务。因为明确说明义务的立法目的不在于使投保人知晓责任免除条款的存在,而在于能够理解这些条款的专业含义。^② 是否听取保险人对免责条款的明确说明是投保人的权利,而非义务,保险人无法强求。虽然投保人充分理解格式条款是意思自治的基础,但这并不意味着格式条款成为合同内容以事实上已经理解为前提。一方面即便保险人按照规定对格式条款进行了明确说明,投保人是否理解其内容,外人难以知悉;另一方面,目前我国保险销售人员的法律知识尚比较缺乏,即便向投保人进行了明确说明,也难以使投保人完全理解晦涩的责任免除条款。

(三)投保人接受保险人主动说明的意愿较低

相关研究显示,消费者在选择保险产品时具有非常明显的追随购买倾向,对作出投保决定起关键作用的是自身信赖的人的推荐,而非保险人提供的信息。^③ 尽管《保险法》第17条规定了主动的明确说明义务,但投保人接受保险人说明的意愿并不高。

1. 保险条款具有高度专业性

保险产品提供的是投保人无法感知的风险保障,其具体内容及范围如何完全依赖合同条款的描述。法律术语和特定领域的专业术语在界定保险责任以及除外责任方面具有重要的作用,如健康保险经常涉及各种疾病的界定,需要使用主动脉手术、恶性肿瘤、严重阿尔茨海默病等医学专业术语。普通消费者无论是保险法律知识还是特定领域的专业知识都极为缺乏,即便保险人对这些专业术语和法律术语进行了口头解释,在合同订立的极短时间内理解这些内容也几乎是不可能的事情。^④ 甚至普通的企业经营者在保险知识方面也并不比消费者具有更多的优势。因为这一缘故,所以《德国保险合同法》第7条规定的信息提供义务的对象并不限于《德国民法典》第13条规定意义上的消费者,而是包括所有投保人,仅巨灾保险合同例外。

2. 保险条款阅读时间缺乏保障

获取合同订立的相关信息需要当事人投入一定的时间和精力,阅读并理解具有极强专业性的保险条款更是如此。尽管投保人在订立保险合同时希望获得充分的信息,但却不愿意为接收信息付出较多的时间成本。在一份问卷调查中多数投保人表示,仅会粗略阅读全文,或只阅读自己感兴趣的部分,相当多的投保人甚至选择根本不阅读保险条款。在陈述未能仔细阅读保险条款的原因时,多数投保人指出,缺少时间成为阅读保险条款的主要阻碍。^⑤ 现行的《保险法》以投保人当场订立保险合同为出发点,并未给予其充分的时间在合同订立前阅读保险条款。相比之下,有些立法例则以不同的形式赋予投保人阅读保险条款的机会。例如,我国台湾地区“消费者保护法”第11条之一第1款规定的审阅期制度要求,“企业经营者与消费者订立定型化契约,应

① 陕西省榆林市中级人民法院(2011)榆中法民三终字第00164号民事判决书。

② 参见于海纯:《保险人说明义务的涵义与规范属性辨析》,《保险研究》2009年第11期。

③ 参见马宁:《保险人明确说明义务批判》,《法学研究》2015年第3期。

④ 参见王静:《保险类案裁判规则与法律适用》,人民法院出版社2013年版,第162页。

⑤ 参见马宁:《保险人明确说明义务批判》,《法学研究》2015年第3期。

有三十日以内之合理期间,供消费者审阅全部条款内容”。《德国保险合同法》第7条也要求,保险人应给予投保人一定的时间消化所提供的信息。^①

四、保险人提供信息的范围及时间

现行法上的格式条款提示及明确说明义务突出主动性,但在实践中却出现了形式化的趋势,效果并不理想。反之,一些国家或地区的形式化信息提供义务着眼于信息提供的有效性,却取得了较好的效果。合理确定保险人提供信息的范围及时间是保障消费者自主决定权的基础。

(一) 保险人提供的信息应具有广泛性

无论是现行法上的明确说明义务还是比较法上的信息提供义务,均以格式条款为主要规范对象,但保险人用于限制保险责任的方式除责任免除条款外,常见的还有限定核心概念的外延、规定有利于自己的责任分摊与责任竞合规则、赔偿处理办法、通知义务的期限与方式等。^② 责任范围条款本身并非责任免除条款,而是责任免除条款存在的前提,但《保险法司法解释二》第9条第1款仍将明确说明义务扩张到责任范围条款上。此外,实务界对规定保险责任开始时间的条款是否为格式条款也存在不同的意见,约有30%的判决书认定机动车保险中的零时生效条款不属于格式条款。^③ 保险责任开始时间属于《保险法》第18条规定的保险合同的必备内容,即便规定这一内容的条款不属于格式条款,保险人也应负有提供义务。甚至,影响投保人决定的信息并不限于合同条款,而是也包括其他信息。2015年《互联网保险业务监管暂行办法》和2009年《人身保险新型产品信息披露管理办法》分别就保险人在互联网保险业务和投资连结险、万能险、分红险等保险产品中应提供的信息作出了规定。

国际保险监管人协会制定的《保险核心原则与方法》第25条要求各国保险监管机构应规定保险人在保险合同订立前应向消费者提供完整的缔约信息,一些国家也通过不同的形式明确规定了保险人应提供信息的范围。例如,《阿根廷民商法典》在“消费合同”一章中要求,商品或服务的提供者应向消费者提供与商品或服务的特性及其他与合同订立有关的信息。^④ 英国金融服务局发布的《保险:新商业行为指引》将保险人应向投保人提供的信息分为当事人信息、服务内容信息、合同自身信息以及救济信息4类,并未特别强调格式条款的提供义务。^⑤ 《德国保险合同法》第7条也规定,保险人应提供的信息包括合同规定、一般保险条款以及《德国保险合同法信息义务条例》规定的信息。^⑥ 合同规定是指规范合同内容的任何约定,不限于书面形式预先拟定的条

^① Vgl. Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch, München:C.H. Beck, 2015 § 18. Rn. 6.

^② 参见马宁:《论保险人说明义务的履行方式与标准——以对我国司法实务的考察为中心》,《时代法学》2010年第2期。

^③ 参见沈小军:《机动车保险中的零时生效条款与保险消费者保护》,《保险研究》2017年第12期。

^④ 参见徐涤宇:《非常态缔约规则:现行法检讨与民法典回应》,《法商研究》2019年第3期。

^⑤ 参见马宁:《保险人明确说明义务批判》,《法学研究》2015年第3期。

^⑥ 《德国保险合同法信息义务条例》规定,保险人应提供的信息包括有关保险人身份的信息、有关保险给付的信息、有关保险合同的信息、有关法律救济的信息等。此外,保险人对一些特别种类的保险产品还需要提供额外的其他信息。

款,口头约定也被包括在内。一般保险条款除保险合同载明者外,还包括独立存在的特别条款及保险费率规定。^①

(二) 保险人提供的信息应具有及时性

《保险法》第 17 条仅要求“订立保险合同”应该提供格式条款,并对“免除保险人责任的条款”进行提示和说明,但保险人究竟应在何时履行义务并不明确。从立法目的来看,明确说明义务旨在保障投保人在订立合同时充分的知情权,具有先合同性。^② 我国台湾地区“金融消费者保护法”第 10 条第 1 款明确要求,金融服务业应当在金融商品或服务合同订立前履行说明及揭示义务。《德国保险合同法》第 7 条第 1 款也要求保险人应在投保人发出合同意思表示前提供法律要求的信息。根据订立模式的不同,保险人履行信息提供义务的时间可能是在要约前,也可能是在承诺前,不能一概而论。

投保人通过填写投保单向保险人发出有约束力的要约,保险人以寄送保险单的形式接受投保,同时向投保人提供一般保险条款及法律规定的其他信息。这种保险合同订立方式被称为保单模式,是我国实践中的通常做法。2008 年《德国保险合同法》改革之前,保单模式也是实务中保险合同订立的基本模式。根据《德国保险合同法》原第 5a 条的规定,基于投保而以书面形式获得保险单、合同条款以及其他重要消费者信息的,如果投保人未在 15 天(人寿保险为 30 天)内提出反对意见,那么视为保险合同已经订立。保单模式存在的问题在于,投保人直到合同订立当时才获得作出投保决定所需的信息,而非发出合同意思表示之前,导致投保决定并非建立在充分获取保险产品相关信息的基础上。^③ 我国的保险实践也表明,保单模式在保障投保人自主决定权、改善信息不对称地位方面的作用甚为有限。无怪乎多数投保人在订立保险合同时对保险人的明确说明没有表现出太大的兴趣。为克服保险人信息提供形式化的问题,2008 年《德国保险合同法》废止了保单模式。

只有保险人及时向投保人提供法律规定的信息,保障消费者自主决定权的立法目的才能得到实现。关于信息提供的及时性如何进行判断,法律并未作出规定。有人认为,立法上应当设定一个保险人履行信息提供义务的固定期限,并可以静止地根据天数来确定;^④也有人认为,及时性标准并不具有独立的意义,仅仅旨在保障投保人有可期待的方式知悉信息的内容,并在充分获取信息的基础上作出投保决定,因此,立法无须为此设定期限;^⑤还有人认为,信息提供义务的履行期限应当根据个案情况来确定,需要考虑的因素主要是保险产品及其信息的复杂程度。对于简单的标准产品,如旅行保险,保险人在投保人签字前直接交付一般保险条款和其他信息即可。对于一些标准化的财产损失保险和责任保险,则需要留下若干分钟的时间,以便投保人能够大致浏览合同文件,清楚保险产品的核心内容。人身保险的意义和复杂程度更高,保险人需要给投保人

^① Vgl. Langheid/Wandt/Armbrüster Münchener Kommentar zum VVG, München:C.H.Beck, 2016 § 7 Rn. 23.

^② 参见王静:《保险人明确说明义务的司法审查》,《法律适用》2013 年第 1 期。

^③ Vgl. Looschelders/Paffenholz, Versicherungsvertragsrecht, Stuttgart: W. Kohlhammer GmbH 2019, R. 103.

^④ Vgl. Micklitz/Reich/Micklitz, Die Fernabsatzrichtlinie im deutschen Recht, Baden-Baden: /Nomos Verlagsgesellschaft 1998, S.21.

^⑤ Vgl. Funck, VersR 2008, 163, 164.

留下几天的思考时间。设定固定的期限和完全不设定期限都难以保障信息提供的效果,比较可行的做法是根据保险产品的复杂程度区别对待。^①

五、保险人提供信息的方式及履行保障

明确说明义务因履行方式不明确导致大量纠纷产生,又因保险人的举证困难导致保险合同各方利益失衡。信息提供义务履行方式的确定既能够保障消费者的自主决定权,又便于保险人履行。

(一) 保险人提供信息的方式

1. 一般销售形式中信息提供的方式

书面形式既具有保全证据、警示风险、界定合同订立与否等多个方面的功能,也有助于实现保险人信息提供义务的立法目的。^② 我国保险主管部门在较早的时候就认可保险人以书面形式履行明确说明义务,如1997年《中国人民银行关于在车辆保险业务经营中对明示告知含义等问题的复函》曾规定:“保险公司在机动车辆保险单背面完整、准确地印上中国人民银行审批或备案的机动车辆保险条款,即被认为是履行了《中华人民共和国保险法》规定的告知义务”。《德国保险合同法》第7条规定,保险人应以文本形式向投保人提供法律规定的信息。文本形式是指证书形式或者其他适于持续性地重现合同内容的方式,除纸质形式外,尚包括电子邮件、U盘或DVD光盘等电子形式。《欧洲保险合同法原则》第2:702条第2款也要求,保单持有人的请求及保险人的答复均须以书面形式为之。

在司法实践中,一些人民法院明显存在将书面形式狭隘地理解为纸质形式的倾向。例如,有法官认为,为达到诉讼上的证据要求,明确说明义务的履行应当采用能够保留收件人明确签收信息的形式,如邮政特快专递,甚至借鉴裁判文书的送达,制作送达签收回证。投保人不仅要收到保险单签字确认,还要对收到对应的保险条款进行确认。对于多份文件和复杂文件的证明,需要在装订文件时在文件上加盖骑缝章。^③ 实际上保险人的明确说明义务旨在使投保人获得作出投保决定所需的必要信息,而非纸质形式的保险条款。以电子邮件、可移植文档等数据电文形式提供信息不仅便于保险人保全证据,而且也有利于实现保障消费者知情权的立法目的。为避免争议,立法上可以明确规定保险人应以电子文本形式和纸质形式提供保险条款及法律规定的其他信息。^④ 对于纸质保险条款,只要投保人收到保险单后没有及时提出异议即推定保险人已经提供。

投保人多数是普通消费者,并不具有保险知识。如果保险人完全不考虑投保人知识储备的实际情况,那么信息提供义务的效果将大打折扣。《德国保险合同法信息义务条例》第4条第1款规定,如果投保人系消费者,那么保险人应当额外提供产品信息页。产品信息页放置在其他应

^① Vgl. Langheid/Wandt/Armbrüster Münchener Kommentar Zum V N G, München: C. H. Beck, 2016 § 7 Rn. 59.

^② 参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社2018年版,第109页。

^③ 参见王静:《保险案件裁判精要》,法律出版社2019年版,第190页。

^④ 参见罗璨:《保险说明义务程序化蜕变后的保险消费者保护》,《保险研究》2013年第4期。

提供的信息之前,仅提供合同重要权利与义务的概览,而不提供法律要求的全部信息。产品信息页的内容也应当按照法律规定的顺序布置,以便投保人能够从较为简明的文件中快速获得所需的信息,同时满足格式条款透明度的要求。^① 在交付的文件中包括多种保险条款时,保险人应当注明本合同所适用的条款。我国也有学者建议,保险人在订立合同时应向投保人提供单独的、通俗易懂的保险条款说明书。^②

2. 远程销售形式中信息提供的方式

网络销售、电话销售等远程销售形式不仅可以扩大销售规模,提高合同订立的效率,而且还可以节约磋商成本。根据《保险法司法解释二》第12条的规定,在远程销售形式中保险人可用网页、音频、视频等形式对免除保险人责任条款予以提示和明确说明。不过,保险人仅以网站展示相关信息是不够的,投保人下载并点击阅读保险条款应当是网络销售程序不可越过的步骤。^③ 德国的判例也认定,保险人需要积极地向投保人转达法律要求提供的信息。不过,只要保险人提供了知悉相关信息的真实可能性,那么投保人事实上是否知悉并不必要。^④

为保障在远程销售形式中保险消费者的自主决定权,《德国保险合同法》第7条第1款规定:“如合同经投保人之请求而以电话或者以其他通讯方式订立,该通讯方法使保险人无法在投保人发出意思表示前以文本形式提供信息,则应在合同订立后毫不延迟地补充提供”。与此不同,《保险法司法解释二》第12条仅仅规定:“通过网络、电话等方式订立的保险合同,保险人以网页、音频、视频等形式对免除保险人责任条款予以提示和明确说明的,人民法院可以认定其履行了提示和明确说明义务”。这一规定虽然便于保险人履行明确说明义务,但未能考虑投保人阅读、理解相关信息的时间需要。即便保险人在合同订立时以网页、音频、视频等形式向投保人进行了明确说明,如果在合同订立后不以一定的方式向投保人补充提供阅读保险条款的机会,那么根本无法保证消费者能够知晓合同中对自己不利的责任免除条款。

(二) 保险人信息提供义务的履行保障

1. 投保人的弃权行为应受到限制

为消除明确说明义务带来的诉讼风险,提前取得对自己有利的证据,保险人常常以几乎强迫的方式让投保人签署格式化的声明,承认其已经履行明确说明义务。很多时候投保人是在没有充分理解法律后果的情况下签署声明的,保险人实际上根本未向其说明责任免除条款的内容。^⑤ 《保险法司法解释二》第13条第2款规定:“投保人对保险人履行了符合本解释第11条第2款要求的明确说明义务在相关文书上签字、盖章或者以其他形式予以确认的,应当认定保险人履行了该项义务。但另有证据证明保险人未履行明确说明义务的除外。”从表面看,《保险法司法解释二》解决了明确说明义务的举证问题,但有可能导致明确说明义务的立法目的落空。^⑥ 这种格式化的声明属于保险人预先拟定的格式条款,因为认定格式条款重要的不是条款究竟是由保险人

① Vgl. Langheid/Wandt, Münchener Kommentar zum VVG, München: C.H. Beck, 2016, § 7 Rn. 8.

② 参见梁鹏:《新〈保险法〉下说明义务的履行》,《保险研究》2009年第7期。

③ 参见王静:《保险案件司法观点集成》,法律出版社2016年版,第137页。

④ Vgl. Armbrüster, Examinatorium Privatversicherungsrecht, Berlin: Springer-Verlag GmbH 2019, S. 37.

⑤ 参见梁鹏:《新〈保险法〉下说明义务的履行》,《保险研究》2009年第7期。

⑥ 参见马宁:《保险人明确说明义务批判》,《法学研究》2015年第3期。

事先打印,还是由投保人当场抄写,而是条款的内容是否由保险人单方确定。^①以一种格式条款来证明保险人已履行对其他格式条款的明确说明义务,不仅会导致循环论证的困境,而且会导致诉讼中出现不配合保险人签署格式化声明的消费者比配合保险人签署声明的消费者处于更有利地位的奇怪现象。

尽管《德国保险合同法》第7条第1款规定,投保人得以书面方式抛弃获得相关信息的权利,但抛弃的表示不得以格式条款的形式作出,而应单独以纸质形式为之,并亲笔签名。立法者的意图是,虽然保险人的信息提供义务是保障投保人自主决定权的重要基础,但法律并不能强制投保人必须接受立法者的美意。甚至在投保人对获得信息没有需求的情况下,承认弃权行为的有效性有利于投保人尽早获得保险保障。为防止立法目的落空,投保人放弃信息获取权的表示不得与投保单放在同一份文件中,以便起到警示作用。^②德国联邦最高法院还要求,有效的弃权声明以投保人具有放弃具体信息的表示意识(即知悉弃权声明的法律后果)为前提。^③即便投保人以书面形式放弃其信息获取权,《德国保险合同法》第7条第4款后半段仍然要求,保险人应在合同订立后毫不迟延地补充提供法律要求的信息。甚至在《欧盟远程销售合同指令II》及《欧盟人寿保险指令》的适用范围内,消费者在订立合同前的信息获取权是不能抛弃的。

2. 信息提供义务的履行作为投保人撤回权期限的起算点

2013年《中华人民共和国消费者权益保护法》引入了消费者撤回权制度,其第25条第1款前半句规定:“经营者采用网络、电视、电话、邮购等方式销售商品,消费者有权自收到商品之日起7日内退货,且无需说明理由”。这一规定能否适用于保险产品虽然存在一些争议,但从保护消费者权益的立法目的来看,应肯定其适用性。^④赋予投保人撤回权,使其能够在收到保险合同后的一定时间内审慎研究保险条款,有助于其作出更为合理的投保决定。^⑤实际上保险主管部门出台的《关于规范人身保险经营行为有关问题的通知》和《互联网保险业务监管暂行办法》等部门规章分别就部分人寿保险产品和互联网保险中的撤回权进行了规定,在保险人提供的保险条款中通常也规定了撤回权。

如何有效地监督保险人及时履行信息提供义务,是保险消费者保护的关键问题。《德国保险合同法》第8条第2款第1项规定,如果保险人未能以文本形式将保险单、包括一般保险条款在内的合同规定以及第7条第1、2款规定的其他信息送达投保人,那么投保人撤回权的期限不起算。如果保险人不能证明已向投保人提供法律要求的信息,那么投保人可能享有永久的撤回权。这一规定能够有效地督促保险人及时履行信息提供义务,因为投保人行使撤回权后保险合同将丧失效力,保险人需将撤回表示到达后应分摊的保险费退还给投保人。如果保险人提供的信息存在错误、不完整或不符合透明度要求,那么投保人的撤回权期限也将不起算。^⑥德国法以信息提供义务的履行作为撤回权期限的起算点能够有效监督保险人履行这一义务,值得我国立法借鉴。

① 参见沈小军:《机动车保险中的零时生效条款与保险消费者保护》,《保险研究》2017年第12期。

② Vgl. BGH VersR 2017, 997 Rn. 17 f.

③ Vgl. Makowsky, ZIP 2017 S. 1935.

④ 参见温世扬、范庆荣:《“保险消费者”概念辨析》,《现代法学》2017年第2期。

⑤ 参见马宁:《保险人明确说明义务批判》,《法学研究》2015年第3期。

⑥ Vgl. Armbrüster, r+s 2008, 493.

六、引入信息提供义务后保险条款控制的模式转换

信息提供义务的重点在于包括格式条款在内的信息的提供,格式条款规制的重点在于格式条款成为合同内容的方式及内容的妥当性,两者不能相互取代。引入信息提供义务后,现行的格式条款控制规则也需要进行相应的调整。

(一)重视对保险条款的公平性检验

现行法对格式条款的规制过于重视订入控制,在某种程度上已经到了无视公平的地步。实际上,现代合同制度的一大使命在于解决当事人因磋商对等性障碍引发的问题,实现实质的交换正义。^①《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。”作为一种法律产品,包括承保范围和除外危险在内的保险合同所有内容几乎都由格式条款规定。不能仅从文义来判断保险条款是否免除了保险人的责任或排除消费者的权利,而应视免除保险人责任或排除消费者的权利是否公平合理。

在涉及核心给付义务的条款上当事人具有较高的合意度,无须进行公平性检验。重复法律规定的宣示性条款体现了立法者的价值判断,能够确保内容的公平性,也不适用公平性检验规则。只有那些偏离或补充法律规定的格式条款才需要进行公平性检验。然而,法律较少直接规定特定保险产品的权利、义务,《保险法》第19条究竟如何适用并不明确。根据德国联邦最高法院的判例,对“法律规定”应作广义理解,其既包括成文法的规定,也包括判例或学说通过对法律规定进行解释、类推适用或法律续造而获得的法律原则。^②此外,订立合同的目的也是重要的检验标准。《德国民法典》第307条第2款第2项规定,限制基于合同本质所生的重要权利或义务致危及合同目的的格式条款无效。

《保险法司法解释二》(讨论稿)第20条第1款曾列举4种常见的无效保险条款:“(1)规定被保险人无责任时,向负有责任的第三人求偿后才能向保险公司主张权利的保险条款。(2)规定‘主车与挂车连为一体发生事故,两车的保险赔偿限额以主车的保险限额为限’的保险条款。(3)规定‘保险事故发生后,只要投保人、被保险人或者受益人未及时履行通知义务,保险人即不承担保险责任’的保险条款;(4)保险人提供的格式条款中的一次性赔付条款属于保险法第19条规定的无效条款。但理赔过程中达成的一次性赔付协议以及寿险中最高赔付限额的约定除外。”当然,这种列举并不全面。举例来说,约定保险人不承担被保险人连带责任中超出责任份额的赔偿责任的条款也应当无效。^③在规范模式上,欧盟调整格式条款效力的“黑名单”和“灰名单”制度值得借鉴。作为兜底性标准,格式条款违反诚实信用原则的要求而显著不利于相对人时也将不能发生效力。在判断格式条款是否违反诚实信用原则而显著不利于消费者时,应以保险人是否

^① 参见徐涤宇:《非常态缔约规则:现行法检讨与民法典回应》,《法商研究》2019年第3期。

^② Vgl. Schaffrin, Die Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Allgemeinen Versicherungsbedingungen: Ein Vergleich, Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft GmbH 2016, S. 166.

^③ 参见沈小军:《论责任保险中被保险人的责任免除请求权——兼评〈保险法司法解释四〉责任保险相关条文》,《法学家》2019年第1期。

试图以牺牲消费者的利益为代价不当地追求自己的利益、自始没有对消费者的利益予以充分的考虑为标准,在此应在当事人之间进行广泛的利益衡量。

(二)强化保险条款的透明度要求

尽管《保险法司法解释二》第11条第1款规定的标准不难满足,但保险人既可能因不知悉格式条款的属性而未履行提示义务,也可能因无法证明交付过格式条款而被认为没有履行提示义务。《德国民法典》第305条第2款虽然也要求使用人应明确提示格式条款的存在,以赋予相对人知悉其内容的机会,但是,德国法并未对提示的“明确性”提出过高的要求,只要提示已经以清楚、可识别的方式没有歧义地向合同相对人表示出来,且普通顾客正常浏览合同文本时不会忽视提示的存在即可,与其他合同文本相比,提示不得以明显更小和紧密的字体印刷。^①

以投保人正常浏览不至忽视条款的内容作为提示义务的履行标准,较能兼顾保险合同双方的利益,可作为我国立法改革的方向。适当降低保险条款提示义务的标准并不会损害保险消费者的利益,因为目前保险条款审批在我国保险产品准入制度中仍然占据主导地位,保险条款提示义务作为一项独立制度的实际意义并不太大。^②《保险法》第135条第1句规定:“关系社会公众利益的保险险种、依法实行强制保险的险种和新开发的人寿保险险种等的保险条款和保险费率,应当报国务院保险监督管理机构批准。”1994年德国保险格式条款去规范化之前,只要格式条款经过德国联邦金管会批准,即便保险人没有向投保人作出提示,亦未赋予其知悉内容的机会,也仍然订入合同中。^③

保险条款大多晦涩难懂,仅向投保人作出提示并不足以保护保险消费者的自主决定权,毋宁说透明度要求具有更为重要的意义。保险人在制定保险条款时应尽量使用明确、易懂、流畅的语言文字,内容表达应完整、严谨,防止投保人在理解上产生歧义。^④《德国保险合同法》第7条第1款要求,保险人的通知应以与使用的通信手段相适应的方式清楚、明白地传达,违反透明度要求将导致保险条款无效。透明度要求体现在可理解性、确定性及完整性3个方面:可理解性要求保险人提供的信息尽可能浅显易懂,能够使投保人清楚其经济效果。信息也不得过于分散以致规范内容因分散而被掩盖,投保人难以将这些分散的规定联系起来。^⑤保险人提供的信息还应编印页码并注明日期,以便消费者可以确认接收的信息是否完整。^⑥确定性要求格式条款应当足够具体,在保险人单方面保留权利的地方尤其如此。完整性要求保险人在描述构成要件和法律效果时不应使用误导性陈述。

责任编辑 翟中鞠

^① Vgl. Schaffrin, Die Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Allgemeinen Versicherungsbedingungen: Ein Vergleich, Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft GmbH 2016, S. 3, 4.

^② 参见王静:《保险案件裁判精要》,法律出版社2019年版,第186页。

^③ Vgl. Armbrüster, Privatversicherungsrecht, Tübingen: Mohr Siebeck 2019, Rn. 533.

^④ 参见杨茂:《完善我国保险人明确说明义务的法律思考》,《现代法学》2012年第2期。

^⑤ Vgl. Beckmann/Matusche—Beckmann, Versicherungsrechts Handbuch, München: C. H. Beck, 2015 § 18, Rn. 9.

^⑥ 参见叶启洲:《台湾保险消费者之资讯权保护》,台湾《月旦法学杂志》2013年第3期。