

保险活动在风险分担机制方面带有与一般市场经济活动明显不同的特质，这些特质要求保险合同中的诚实信用必须高于普通民事合同，为此新《保险法》将该原则单独列出，规定“保险活动当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则”。而作为“诚信”对立面的“欺诈”，特别是保险人对被保险人进行的欺诈，如少数营销员在展业中夸大险种的功能，掩盖免责条款，也损害了保险企业自身的利益和保险行业形象，如不采取有力措施加以制止，容易引发区域性退保风潮，严重的将可能导致保险行业信用危机。为此，笔者就保险人在保险合同订立过程中欺诈行为的认定与救济谈一些粗浅的看法。

一、欺诈行为的认定

（一）、主观形态。传统的合同法强调对故意的要求，认为“欺诈”必须具有“故意”的主观要件。但在保险合同订立过程中，保险业务是高度专业化的行业活动，普通的投保人与被保险人往往不具备足够的保险知识。在进入特定的保险法律关系时，投保人与被保险人对保险的认识主要来自于对方即保险人的告知和说明。显然，在对保险专业知识控制方面，保险人和被保险人之间存在着严重的信息不对称，在这种信息严重不对称的保险合同订立过程中，保险人可以通过对信息干扰去影响投保人的注意力，对自己的服务制造“假象”以博取投保人和被保险人的信任，诱导其作出错误意思表示，甚至利用其对保险法律知识的控制及投保人的无知，设置法律陷阱。从保护消费者合法权益的角度出发，如果对保险人“欺诈”行为的认定固守“故意”的主观要件，即推行过错责任则是放松了保险人的责任，实际上是将信息的注意义务转嫁给了消费者即投保人或被保险人。因此，笔者认为应对保险人设定较为严格的责任，对欺诈行为的认定也可以理解为“过失”上，适用无过错责任原则。如保险法第十七条规定的“保险人在订立保险合同时应当向投保人明确说明，未明确说明的，该条款不产生效力”即是倾向于无过错责任的理解。

（二）、欺诈行为的表现。欺诈行为以意欲诱导对方犯错误为开端，以导致对方陷入错误为过程，并以受诱人实际做出不真实的意思表示为结果。在保险合同订立过程中，保险人的欺诈行为一般表现为主动的错误信息表示，最常见的是针对消费者趋利心理进行盲目而夸大的宣传，有的保险人及其代理人盲目夸大其收益率，甚至无根据地向投保人承诺有多少保证收益，而实际上，投保人能否有收益，有多少收益，具有极大的不确定性。保险人所描绘的美好分红前景使消费者受到欺诈。另外，保险人的欺诈行为更多地表现为信息传达的不作为。保险合同是一种特殊合同，合同内容相对比较复杂。对于保险公司经过严格论证、测算后制定的、含有大量专业术语的格式合同，一个普通的投保人很难对此作出准确判断。法律要求保险人对直接关系到投保人、受益人的投保条件、投保办法、保险条款的含义及解释、领取赔款的手续等有关保险事项内容进行说明，特别是对其免责条款，保险人更应履行明确说明义务，而保险人及其代理人往往疏于履行，甚至在投保人要求说明时故意掩盖。

（三）、欺诈行为的评价标准。在市场经济条件下，保险公司作为参与市场竞争的一份子，针对其服务进行有所侧重地宣传在所难免；而保险公司所负之说明义务也不能无限扩大，故在对“欺诈”行为的认定上，应建立一个评价标准，即“度”。笔者认为，对保险人的“欺诈”行为的评判标准，应从着重保护消费者合法权益的角度出发，以低于“平均智商水平”的标准进行判断，即将消费者假想为低于平均智商、缺乏足够知识和经验、易于上当受骗的“愚而弱”的社会底层人士。我们不妨借鉴国外一些评判标准，如德国对商业广告是否存在“欺诈”的评判通常采用经验社会学方法，在具体的案件中由调查机构向 1000 名随机抽选的消费者进行询问，看他们如何理解有关广告，再计算出产生误导的百分比，只要有 10—15% 的消费者产生误解，就足够认定欺诈的存在。



二、欺诈行为的救济

从《保险法》有关法律责任的规定看，对保险合同订立过程中保险人的欺诈行为，存在三种不同意义的“救济”，即刑法意义上的“救济”、行政法意义上的“救济”以及民商法意义上的“救济”。

（一）、刑法意义上的“救济”。

《保险法》对保险公司及其工作人员在保险业务中隐瞒保险合同有关的重要情况，欺诈投保人、被保险人或者受益人，或者拒不履行保险合同约定的赔偿或给付保险金的义务，构成犯罪的，依法追究刑事责任，此为刑法意义上的“救济”。《保险法》中对此作了较为详细的规定。

（二）、行政法意义上的“救济”

1998年，中国保险监督管理委员会成立，我国商业保险实现了专业化实体监督管理，成立后相继颁布了一系列规章，对规范保险公司的经营管理行为作出了更为详尽的规定，相继制定了责令改正、消除影响、并处罚款的惩罚性条款。此外《保险法》修改后，保险人具有欺诈行为但不构成犯罪的，保险监督管理机构对保险公司处以罚款的上限由原来的五万元提高到三十万元；对违法工作人员处以罚款也由原来的一万元提高到二万元以上十万元以下，并增加了情节严重的，限制保险公司业务范围或者责令停止接受新业务的条款，此为行政法意义上的“救济”。从《保险法》第七章“法律责任”的规定看，立法者倾向于以行政手段规范保险人的经营行为，行政“救济”的力度也在不断加大，但这种自上而下的监督管理行为，更多地是宏观上的“救济”，对消费者来说，并不具备“救济”的实质意义。

（三）、民商法意义上的“救济”

我国《保险法》将行政手段确立为调整保险人在制定保险合同过程中违法行为的主要手段，而对民事责任的规定则过于笼统，不具有实践的可操作性。订立保险合同中的欺诈行为是市场经济中不正当竞争引发的产物，而保险人作为参与市场经济条件下平等竞争的主体，其经营行为应主要由民事手段来调整，消费者受到欺诈后，也应通过民事途径获得“救济”。主要有以下三种救济途径：

1、解除合同

《保险法》第十四条规定：“除本法另有规定或者保险合同另有约定外，保险合同成立后，投保人可以解除保险合同。”投保人不须证明是否受到欺诈，即可自主决定是继续履行还是解除保险合同。实践中这是受到欺诈的投保人最常见的自我“救济”方式。对于投保连险的人身保险合同，《保险法》第六十九条规定：“投保人解除合同，已交足二年以上保险费的，保险人应当自接到解除合同通知之日起三十日内退还保险单的金价值；未交足二年保险费的，保险人按照合同约定在扣除手续费后，退还保险金。”但在实际退保时保险公司扣除的手续费过高，大大高于其他行业的退费标准，据了解，保险公司的手续费一般有这样一些项目：纯保险费、附加费、管理费、直接佣金、间接佣金、人员报酬、培训、体检、核保、出具保险单、交通通讯、税收等十几种之多。保险公司的一些长期性寿险险种，第一年度的保单现金价值极少，如果保户退保，有可能一分钱拿不到，退保手续费等于保户所交的保险费；第二年度的保单现金价值为所交保险费20%左右，如果保户退保，保险公司将扣除保户所交保险费的80%作为退保手续费。这样的“救济”虽然简单易行，赋予了消费者很大的自主权，但并未真正保护消费者的合法权益。

2、撤销合同



申请撤销合同，其“救济”效果根据《合同法》的规定“合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还，有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失”。依此规定，保险公司作为过错方，不仅应当全部退还保户所交纳保费，还应赔偿其相应的损失，如缔约费用、履行的费用、合理的间接损失。但在实践中，受欺诈的投保人或被保险人很少采用这种“救济”方式，一方面是因为大多数投保人没有这方面的法律意识，另一方面是因为采用这种“救济”方式具有一定的风险，要耗费更多的成本。解除合同不需要经过诉讼程序，产生纠纷也多因退保手续费的计算存在争议。而申请撤销合同则需要经过诉讼程序，消费者要承担证明保险人具有欺诈行为的举证责任。保险人具备相当的专业知识、法律知识，保险合同条款又多为其制定的格式条款，在其书面材料上很难找到漏洞。有的保险公司在其投保单页末往往有这样的条款：“投保人、被保险人向保险公司声明并同意下列各项：一、……；二、……；三、……等”。故作为弱势群体的消费者，常因为举证难度大而在诉讼中处于劣势，要承担一定的诉讼风险。

3、惩罚性赔偿

《消费者权益保护法》第四十九条规定经营者有欺诈行为的可判双倍赔偿，在法律适用上，按照特别法优先适用原则，如果属于消费者合同上的欺诈，应当优先适用消法四十九条。因为，投保人对具有保险利益关系的人（本人、亲属以及与投保人有抚养、赡养或扶养关系 的家庭其他成员、近亲属）签订人身保险合同，以及对其用于家庭日常生活的财产（如汽车、住房等）签订财产保险合同，均属于生活消费需要购买商品的行为，此种商品表现为一种在特定保险事故发生时能获得赔偿的权利。而事实上，保险公司也确是将其推广的各险种作为产品进行宣传、营销的。在这种情况下，投保人应被视为消费者，其权益应受消法的保护，可请求保费的双倍赔偿。

以上三种民事“救济”途径中，从效果看，通过解除合同获得的“救济”要小于消费者的损失，通过撤销合同获得的“救济”等于消费者的损失。通过请求惩罚性赔偿所获得的“救济”要大于消费者的损失从成本看，解除合同，撤销合同，请求赔偿所要付出的成本依次增大。笔者认为，在上述三种民事意义的“救济”途径中，第二种模式即申请撤销合同较为切实可行。

针对“申请撤销合同”中投保人要求“救济”的成本较大问题，笔者认为应通过集团诉讼形式加以解决，法院在受理案件时在诉前将原告人数确定下来，由代表人参加诉讼。也可以通过全面移植美国的集团诉讼制度，在我国建立“集团诉讼制度”规定任何消费者都可以针对产品质量瑕疵代表所有消费者起诉，除非消费者明确声明退出诉讼集团，对产品赔偿额的计算也是按销售的所有产品计算，对于法院费用、律师费用可减免缓。这样，一方面既能将个人诉讼活动转化为一种社会公益活动，产生诉讼上的规模经济；另一方面又能通过集团诉讼将若干小权利请求聚合成一个足以使诉讼成本合理化的大的权利请求，使违法者承担相应违法成本，才能全面阻止违法者实施不当行为的可能性。

为此笔者建议：对《保险法》中保险合同法和保险业法的规范进行分立，以弱化保险合同规范中的行政管理色彩，强化民事“救济”功能，以促进保险业的健康发展。

