

标题：保证保险纠纷案件法律适用的若干问题

作者：刘浚

作者单位：广东省广州市中级人民法院

中文摘要：保证保险是财产险种之一，且又具有其它财产险种所不具备的信用性，因此它可以适用财产险的一般条款，但同时又具其特殊性。本文试从保证保险的概念及性质入手，就保证保险合同的从属性，诉讼主体及代位求偿权等几个立法、司法问题展开探讨。

关键词：保证保险 保证 从属性 诉讼主体

正文：

论文概要：保证保险是财产险种之一，且又具有其它财产险种所不具备的信用性，因此它可以适用财产险的一般条款，但同时又具其特殊性。本文试从保证保险的概念及性质入手，就保证保险合同的从属性，诉讼主体及代位求偿权等几个立法、司法问题展开探讨。

关键词：保证保险 保证 从属性 诉讼主体

引言

保证保险是近年广泛发生在房屋、汽车的销售及信贷领域的商事交易。由于多方面原因，保证保险——尤其是汽车消费信贷保证保险——大范围出险[1]，并引致纠纷被大量起诉至法院[2]。然而，作为新出现的商事交易形式，现行法律法规对保证保险缺乏清晰明确的界定与规范，司法实践中对保证保险纠纷的定性与裁处也存在诸多分歧，甚至出现同一法院不同法官对相同当事人相同类型的案件裁处原则不一致的情况，严重影响了法院裁判的公信力，也不利于保证保险市场的规则构建及健康发展。

一、保证保险的认识与定性

概括而言，保证保险纠纷案件的基本事实大致如下：1、销售、信贷关系的债权人(下称“债权人”)与保险公司签订合作协议，约定双方合作开展保证保险业务；2、当销售、信贷关系的债务人(下称“债务人”)拟与债权人发生交易时，债权人要求债务人向保险公司投保以债权人为被保险人[3]、以债务人不依约还款为保险事故的保证保险；3、债务人依要求投保，保险公司出具保险单，承诺在保险事故发生时向债权人赔偿损失；4、债权人与债务人进行交易；5、债务人未依约还款，债权人向保险公司主张权利无果，或者保险公司承保后向债务人主张权利无果，成讼。

基于以上事实，笔者对保证保险的基本认识如下：

(一)保证保险应认定为保险而非保证

保证保险究竟是保证还是保险？理论界和司法实践中对此一直争执不休，尚无定论。虽然，不论保证还是保险，现行法律均不禁止当事人对承担保证或保险责任的范围、方式等自主约定，因此，仅依据诚实信用和尊重当事人自主约定的原则，目前法院受理的相当部分保证保险纠纷案件也可直接裁处，无需直面保证保险的定性问题[4]。然而，在保证保险合同条款的效力存在争议或当事人对具体纠纷如何处理缺乏明确约定的情况下，保证保险的定性直接决定裁处纠纷所适用的法律，对案件的审理结果有根本性影响，因此，正确定性保证保险仍是此类型案件法律适用的首要问题。



综合而言，将保证保险定性为保证的主要理由如下：1、保证保险与保证一样均有担保债权实现的功能，均由债务人之外的其他人提供；2、保证保险不具备保险的射幸性，其保险事故绝大多数是由投保人故意制造，但保险人却仍承担责任，此与《保险法》第二十八条规定相悖，如定性为保险难以自圆其说；3、保证保险的保险人对投保人具有代位求偿权，故不发生实质性的风险转移；4、保证保险的投保人对保险标的不具有保险利益；等等。综上，保证保险实质就是保险公司以保险的形式提供的保证[5]。

笔者认为，“保证说”敏锐地指出了保证保险的经济实质及被普遍接受的原因——担保功能，但据此将保证保险定性为保证，理由尚欠充分：1、界定民事行为法律性质的依据应该是行为本身而非行为的目的或功能，正如发行股票和发行债券均有融资功能但不能因此将两者等同一样，仅依据功能相同也不足以认定保证保险就是保证。事实上，担保功能并非《担保法》规定的五种担保方式所独有，某种程度上，保险也一样具有担保功能，如车辆盗窃险可认为是担保“赔偿车辆被盗的损失”、货物运输险可认为是担保“赔偿货物运输过程中毁损的损失”等；保证保险只不过担保的对象是“赔偿不履行债务的损失”而已，在功能上与其他保险无本质区别，不能仅因担保的对象是债权债务即认定其是保证。

2、保证保险的保险事故——投保人不还款——发生后保险公司依据合同约定应予以理赔的情况，实质上是由于保证保险隐含了对《保险法》第二十八条关于“投保人故意制造保险事故”的限制性约定——不得仅依据投保人未还款的事实本身认定投保人故意制造保险事故——所导致。由于依据《保险法》第十九条、第二十条的规定，保险合同当事人可就与保险有关的事项自主约定——即使该约定使保险公司承担更大的风险，故保证保险当事人对法定免责条件作限制性约定实质上并无违背《保险法》的规定，某种程度上甚至可能更接近《保险法》第二十八条的立法本意[6]。

3、与前一点论述相关，虽然还款与否是投保人可自主决定的行为，但此不意味着每个保证保险的投保人均会恶意不还款，故保证保险保险事故的发生仍是或然而非必然的，因此保证保险仍有射幸性。当然，与其他保险相比，保证保险承保的风险更多地取决于当事人的主观因素，计算起来确实比较困难，但整体上的风险大小在一定技术条件下仍是可以计量和控制的，故不能因此否认保证保险的射幸性[7]。

4、无论保险还是保证，均具有转嫁风险的功能，故风险转移与否并非区分保险与保证的标准；如果认为保证保险不转移风险，则保证保险不仅不是保险，也肯定不是保证。事实上，保证保险并非没有转移风险，只不过在债权人作为被保险人的情况下，保证保险转移的是债权人——而非债务人(投保人)——的风险而已。由于依据《保险法》第十条、第二十二条的规定，保险所转嫁的正是被保险人而非投保人的风险，因此投保人的还款义务没因投保而免除并不违反《保险法》的规定，不能据此认定保证保险不是保险。

5、从逻辑上讲，只有先将保证保险定性为保险，才存在保险利益问题，故投保人对保险标的是否有保险利益，并非定性保证保险的标准而是认定保证保险是否有效的标准；故即使投保人对保险标的没有保险利益，也不足以认定保证保险不是保险。更何况，保证保险投保人的还款义务不因投保而免除，只能认为投保人不具有保险合同利益，而不能认为投保人对保险标的没有保险利益[8]。

相对而言，目前理论界和司法实践中更倾向于将保证保险定性为保险。综合说来，“保险说”的主要依据大致如下：1、保证担保的保证人是具有代为清偿债务能力的法人、其他组织或者公民；而保证保险的保险人只能是保险公司。2、保证担保一般是无偿性合同；保证保险是有偿性合同，投保人要缴纳保险费。3、保证担保是单务合同，除了一般保证有先诉抗辩权外，连带责任保证人在主债务人的抗辩理由外不存在单独的免责理由，而保证保险是双务合同，保险人有独立的法定或约定免责事由。4、保证担保从属于主合同；保证保险具有独立性，不从属于其他任何合同。5、保证担保保证人承担责任后依法取得追偿权；而保证保险保险人承担责任后依法取得代位求偿权。此外还有范围不同、权利行使期间不同、承担责任财产来源不同，等等[9]。



仔细分析以上理由，笔者认为：1、虽然保证保险的保险人均是保险公司，但保险公司从事的行为并不当然就是保险行为，作为有独立代偿能力的主体，保险公司从事保证行为在事实上并非不可能，故主体的特定性不足以作为将保证保险定性为保险的依据。2、无偿性并非保证的特征，现行法律并不禁止债务人向保证人支付金钱对价，此最典型的例子就是担保公司提供的保证；而正如俗语所云，“世上从来就没有无缘无故的爱和恨”，某种程度上讲，任何保证人提供担保都不是无偿的，最起码也是出于某种远期的利益或情感上的满足；故有无偿并非区分保险与保证的标准，因而有偿性也就不足以作为将保证保险定性为保险的依据。3、根据《担保法》第十五条规定，现行法律并不禁止保证合同当事人就保证人承保的范围、免责条件等作特别约定，也不禁止保证合同当事人特别约定债权人承担某种义务，故双务性也非保险区别于保证的特征，不足以作为认定保证保险就是保险的依据。4、至于保证保险是否独立于其他合同，保险人承保后取得的是追偿权还是代位求偿权，此均不是保证保险本身的特征，而是将保证保险定性为保险之后的法律后果，故以独立性和取得代位求偿权作为将保证保险定性为保险的依据，实质上陷入“鸡生蛋、蛋生鸡”的循环论证。综上，仅依据以上理由将保证保险定性为保险，尚欠充分。

笔者认为，界定民事关系(行为)的法律性质应立足于民事关系(行为)本身，以民事关系(行为)的“三要素”——主体、内容和客体——为依据。据此解析保证保险，笔者认为：

1、保证保险的主体及成立标准符合保险而非保证的特征。《担保法》第六条规定保证是“保证人和债权人约定，当债务人不履行债务时保证人依照约定履行债务或者承担责任的行為”，据此，保证的主体是保证人与债权人，保证关系基于保证人与债权人协商一致而成立；如果债权人不接受保证人提供的保证，即使债务人和保证人协商一致，保证关系也不成立。而比较保证保险，虽然债权人与保险公司之间签订有合作协议，但该合作协议缺乏保证保险的明确对象，故仅依据该合作协议并不成立保证保险关系；具体保证保险关系的成立以债务人就特定债权债务向保险公司投保且保险公司同意承保为前提，可见，保证保险关系的主体是保险公司与债务人——而非债权人，保证保险关系基于债务人与保险公司协商一致而成立。至于债权人，其作为被保险人，在保证保险关系中仅是保险关系人而非当事人，无权决定保证保险关系成立与否；即使其不接受保证保险条款，至多也只是对相关权益的放弃，不影响保证保险关系的成立及保证保险当事人的权利义务——如投保人缴纳保险费的义务。显然，从民事关系(行为)主体和成立标准而言，保证保险符合《保险法》第二条、第十条、第十三条、第二十二条的规定而不符合《担保法》第六条的规定[10]。

2、保证保险的内容是保险而非保证。基本上，保险公司在保证保险合同中均明白无误地承诺其在保险事故发生时承担的是保险责任而非保证责任。由于当事人的意思表示就是民事关系定性最直接、最基本的依据，则无视当事人的意思表示而认定保证保险“名为保险实为保证”的依据又何在呢[11]！也许需特别指出的是，所谓“名为甲实为乙”的认定，其成立的前提是在定性标准上“名行为”与“实行为”之间存在本质区别，如“名为联营实为借贷”的认定，就是基于在是否“共同经营、共担风险”的定性标准上联营与借贷存在根本区别。但如前所述，认定保证保险实为保证的定性标准是保证保险的担保功能，而以此为据，保证与保险并无本质区别，不论将保证保险定性为保证或保险，均不存在名实不符的问题，不存在认定保证保险实为保证的基础。

综上，虽然保证保险与保证的客体相同——均是债权债务，但主体和内容明显有别于保证而符合保险的特征，故保证保险虽不乏担保债权的经济功能，却仍应定性为保险。

此外，依据《保险法》第九十二条和《保险公司管理规定》第四十七条的规定，保险公司不得经营保证担保业务，故如将保证保险定性为保证，则所有的保证保险——该险种和条款已经中国保险监督管理委员会核定备案——均因违反法律强制性规定而无效，此直接导致司法认定与行业行政主管部门的认定产生重



大冲突，将严重影响当事人经济行为的预期及经济秩序的稳定，故即使在认为保证保险既可定性为保证也可定性为保险的情况下，也应将保证保险定性为保险为宜。

还须指出的是，实践中保险公司往往特别承诺承担一些依据《保险法》规定保险人本不需承担的责任，如承保“债务人提供不实资料导致的损失”等，此种特别承诺某种程度上有悖保险合同最大诚信合同和保险公司稳健经营原则，极大地增加了保险公司的风险，但鉴于此不改变保证保险“三要素”的实质，故此尚不足以改变保证保险定性。当然，现实生活总是复杂的，如果保险公司在合作协议或保险合同中明确承诺承担保证责任且债权人接受的，当可认定债权人和保险公司在保证保险之外并存了保证。

(二)合作协议中相当部分内容实质是保险公司与被保险人预先达成的理赔协议

债务人与保险公司是保证保险的当事人，债权人是保证保险的关系人，以上主体的权利义务均受具体保证保险合同约束，此并无太大争议。然而，实践中债权人与保险公司之间还签订有合作协议，该协议除约定债权人与保险公司合作开展保证保险业务外，并不乏保险公司承保范围、债权人索赔条件等方面的约定。鉴此，合作协议是否是有约束力的合同？其与具体保证保险合同的关系如何？对债务人是否有约束力？是否须经债务人认可？以上问题，对正确裁处保证保险纠纷起重要作用。

1、合作协议是有约束力的合同

司法实践中，有判例认定，合作协议因“无确定的保险合同主体和客体，故并未形成完整意义上的保险合同”而只是“当事人之间订立的一个意向性、总括性协议”[12]。对此，笔者认为，合作协议确非完整意义上的保险合同，债权人和保险公司仅依据合作协议确实不成立保险合同关系，但是，此并不意味着合作协议就不是有约束力的合同。首先，合作协议的主要约定是债权人与保险公司合作开展保证保险业务，而从根本上讲，债务人与保险公司订立保险合同并被债权人接受实质上就是合作协议的履行结果，既然合作协议的主要约定已实际履行，则再认为合作协议不是合同，逻辑上难以自圆其说。其次，“无确定的保险合同主体和客体”仅能认定合作协议不是保险合同，但不足以认定合作协议不是合同。事实上，合作协议有明确当事人、合作事项、具体权利义务甚至违约责任的约定并经双方当事人签字盖章，完全具备“确定的合同主体和客体”，符合《合同法》第二条、第十二条、第三十二条的规定，不存在任何阻止其成为合同的法律障碍。综上，合作协议是有约束力的合同。

2、合作协议与具体保证保险合同不一致的处理

既然合作协议是有约束力的合同，则合作协议与具体保证保险合同的关系如何？在两者发生矛盾的情况下，应以何者约定为准？鉴于实践中存在将合作协议作为特别约定并入具体保证保险合同和具体保证保险合同中未涉及合作协议两种情况，故对以上问题也可视情况分别处理认定：

1、对于具体保证保险合同已将合作协议作为特别条款并入其中的，合作协议的约定就是保险合同条款，对保险合同的当事人及被保险人均有约束力。当两者约定不一致时，由于合作协议为特别约定而保险条款为格式条款，依据《合同法》第四十一条规定，应以合作协议约定为准。

2、对于具体保证保险合同中未涉及合作协议的，由于合作协议中关于债权人与保险公司的权利义务、索赔条件、理赔范围、免责事由等约定，实质是此后具体保证保险人与被保险人之间的理赔约定[13]。该理赔协议与《保险法》第二十四条规定的保险人与被保险人在出险后就赔偿的范围、金额等自行达成的协议无本质区别——只不过是预先达成协议而已，故合作协议相关约定对具体保证保险的保险人和被保险人有约束力[14]。当合作协议与具体保证保险合同的约定不一致时，鉴于具体保证保险合同成立在后且该



合同依法对被保险人有约束力，故债权人接受了与合作协议不一致的保证保险合同并据以主张权利，则应视为被保险人和保险人在特定保证保险交易中达成了依据保证保险合同约定而非合作协议约定理赔的默示协议[15]，从而以具体保证保险合同的约定为准；但如果债权人和保险人在合作协议中已明确约定具体保证保险合同与合作协议约定不一致时以合作协议约定为准的，则仍应以合作协议约定作为理赔的依据。

3、合作协议的约定不必然须经债务人(投保人)认可

既然合作协议对保证保险的保险人和被保险人有约束力，则该协议是否须经作为投保人的债务人认可？对此，仍分情况予以讨论：

(1)对于具体保证保险合同已将合作协议作为特别条款并入其中的，合作协议本身即是保证保险合同条款，当然须经投保人与保险人协商一致才能成立；但不论现实如何操作，将合作协议并入具体保证保险合同的行为，本身即已体现投保人对合作协议的认可。

(2)对于具体保证保险合同中并没有涉及合作协议的，如上所述，合作协议实质包含了保险人与被保险人之间预先达成的理赔约定。据此：A、如果合作协议中没有约定具体保证保险合同与合作协议不一致时以合作协议为准的，则应依据具体保证保险合同约定理赔；此时合作协议的理赔约定因不适用于该具体保证保险而无损于投保人的合法权益，依法当无需投保人认可。B、如果合作协议中明确约定具体保证保险合同与合作协议不一致时以合作协议为准的，则当依据合作协议约定理赔。在此情况下，如果合作协议约定的赔偿范围和条件宽泛于具体保证保险合同相应约定，则应视为保险人对具体保证保险合同约定免责权利的部分放弃，但债务人在履行投保人义务及此后被代位求偿过程中仍只以具体保证保险合同为限承担责任；如果合作协议约定的赔偿条件和范围狭窄于具体保证保险合同相应约定，则应视为被保险人对具体保证保险合同约定权利的部分放弃，也不影响债务人依据具体保证保险合同承担权利义务。可见，合作协议的约定如何实质均无损债务人的合法权益。因而，依据《保险法》第二十四条规定，合作协议的相关约定也不须经投保人同意。

二、审理保证保险纠纷案件的程序问题

(一)保证保险纠纷是否与基础交易纠纷合并审理

保证保险是保险，依法与基础交易相互独立，彼此不存在主从关系[16]。因此，债权人请求基础关系债务人履行债务同时又请求保险公司承担保证保险责任的起诉，实质上包括了相互独立的基础交易之诉和保险之诉，应依法分别立案受理为宜。当然，民事诉讼中的合并审理大多数属于法院在诉讼过程中可视情况自行决定的程序事项，无明确条件限制[17]，故如果法院认为合并审理确有助于便利诉讼、解决纠纷的，也可决定合并审理，但对债务人的判决和对保险人的判决必须以分别独立的判项作出且两个判项之间不存在连带或补充关系。

(二)保证保险纠纷案件是否须追加基础交易的债务人为当事人

保证保险是保险，故债权人作为被保险人，依据《保险法》第二十四条第一、三款的规定，完全可单向保险人主张权利，不需要借助投保人，投保人也无权限制被保险人的权利，因此，不存在必须在保证保险纠纷案件中追加基础交易的债务人为当事人的依据。当然，如果出于查明事实——如有无投保、有无缴纳保费、保险事故是否发生等——的需要，法院也可以依据《民事诉讼法》第五十六条的规定，在保证保险纠纷案件中追加基础交易的债务人为第三人，毕竟以上事实的认定与债务人可能有法律上的利害关系。



不过，考虑到保证保险纠纷案件审理的是保险关系以及民事诉讼“不告不理”的原则，一般不应直接判决第三人承担责任。

(三)投保人欺诈涉嫌刑事犯罪的保证保险纠纷案件的程序处理

司法实践中存在以投保人在投保过程中欺诈涉嫌刑事犯罪为由裁定驳回起诉或将案件移送侦查机关的案例。对此，笔者认为，依据《刑法》第三十二条至第三十五条的规定，法定的刑罚只是五种主刑和三种附加刑(对犯罪的外国人还另外有驱逐出境的处罚)，赔偿损失不是刑罚而是民事责任，故即使投保人真的在投保过程中欺诈以致触犯刑律，依据单独的刑事诉讼程序做出的刑事判决也不调整受害人的经济损失[18]；因此，不论是债权人与保险公司之间的保险理赔案件还是保险公司与债务人之间的代位求偿案件，本质上均“确属经济纠纷”，不具备依据最高人民法院《关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》第十一条、第十二条规定裁定驳回起诉或全案移送的条件。当然，债权人或保险公司完全也可以在对投保人的刑事诉讼程序中通过提起刑事附带民事诉讼的途径请求赔偿损失，但刑事附带民事诉讼本质上也是民事诉讼，其与独立的民事诉讼没有本质区别，不存在所谓“先刑后民”问题；在债权人或保险公司不愿意提起刑事附带民事诉讼而直接提起民事诉讼的情况下，法院只能依法受理并审理，不能以涉嫌刑事为由否定当事人的民事诉权。最高人民法院《关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》第八条规定体现的正是这一原则。

当然，不能依据最高人民法院《关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》裁定驳回起诉，并不等于所有的保证保险纠纷案件均无裁定驳回起诉的可能。实践中，对于投保人作为被告的保证保险纠纷案件，如果因该投保人使用虚假身份资料欺诈导致其真实身份无法确定的，则自应依照《民事诉讼法》第一百零八条第(二)项规定裁定不予受理或驳回起诉。除此之外，其他的保证保险纠纷案件——不论是债权人与保险公司之间的保险理赔案件还是保险公司与债务人的代位求偿案件，只要现有证据足以认定投保人恶意欺诈导致保险事故发生，即可依法裁处纠纷，不需中止案件的审理，更不宜驳回债权人或保险公司的起诉；至于投保人的恶意欺诈究竟是民事欺诈还是刑事诈骗，两者只有度的区别而无质的不同，不影响债权人和保险公司之间民事责任的分担，也不影响保险公司代位求偿权的认定。只有现有证据不足以认定投保人恶意欺诈的事实是否存在或者发现可能存在债务人与保险公司或债权人中的一方共谋欺诈另一方的事实，才可依据《民事诉讼法》第一百三十六条第一款第(五)项的规定裁定中止诉讼，待刑事程序做出相应事实认定后再恢复审理[19]。

在此还需特别提出的是，“涉嫌刑事犯罪”本是一主观判断，实践中公、检、法的判断标准并非完全一致，因此，在保证保险纠纷案件中以侦查机关是否已对投保人的欺诈行为立案侦查作为认定投保人是否“涉嫌刑事犯罪”的标准，也许是实现此标准的统一和顺利对接的现实选择。

三、审理保证保险纠纷案件的实体问题

保证保险是保险，属于民事合同关系，因此，法院在审理保证保险纠纷案件应以《保险法》和《合同法》为依据。虽然，保证保险不乏担保的经济实质，但保证保险不是《担保法》第二条规定的担保方式，故除非当事人在保证保险之外并存的保证，否则不应适用《担保法》[20]。据此，实体调处保证保险纠纷适用法律规则如下：

(一)依据《保险法》第十九条、第二十条、第二十四条的规定，保证保险活动参与者可对包括风险范围、责任免除、事故理赔等在内的保险有关事项自主约定，因此，保证保险活动参与者的约定——不论是合作协议还是具体保证保险合同等，只要不违反法律禁止性规定，就是界定当事人权利义务和风险负担的重要依据，是法院在调处保证保险纠纷时应首先适用的依据。



(二) 当保证保险活动参与人的约定不足以解决纠纷时, 则当以《保险法》的相关规定为补充, 依法调处保证保险纠纷案件当事人的纷争。

(三) 如果保证保险活动参与人约定的效力存在争议, 则应以《保险法》和《合同法》的相关规定作为审查及确定效力的依据。

基于以上规则, 司法实践中保证保险纠纷案件常见的几个争议焦点应处理如下:

(一) 除非另有约定, 保证保险不因相关基础交易无效而当然无效

保证保险依法不从属于基础交易, 因此, 不能因基础交易无效即以“主合同无效则从合同无效”为由当然认定保证保险无效。

依据《保险法》第十二条第四款“保险标的是指作为保险对象的财产及其有关利益”的规定, 保证保险的保险标的并非基础交易合同本身而是作为保险对象的、基于基础交易合同产生的债; 由于不论基础交易合同是否有效, 基于该合同产生的债一般均被法律承认及保护[21], 因此, 不能因基础交易合同无效即以“保险标的的非法”为由认定保证保险无效。

依据《保险法》第十二条第三款“保险利益是投保人对保险标的的具有的法律上承认的利益”的规定, 保险利益仅是指投保人对保险标的的具有法律认可的某种利害关系而已[22]; 由于不论基础交易合同是否有效, 保证保险投保人与保险标的——基于该合同所产生的债——之间的利害关系均确实存在的, 因此, 不能因基础交易无效即以“投保人对保险标的的不具有保险利益”为由认定保证保险无效。

(二) 保险公司仅以投保人未依约还贷的事实援引《保险法》第二十八条第二款规定抗辩免责的, 不予支持

如前所述, 由于在保证保险中保险公司承保的是投保人未依约还款导致债权人的损失, 故应认为保证保险合同实际隐含了如下约定——保险公司不能仅依据投保人未依约还款的行为本身认定其故意制造了保险事故从而免责。该默示约定实质是对《保险法》第二十八条第二款赋予保险公司解除保险合同权利的限制(某种意义上更是明确), 故在保险事故发生后, 除非保险公司能举证证明投保人恶意不还款, 否则保险公司不能以投保人故意制造保险事故为由援引该法律规定抗辩免责。

(三) 除非另有约定, 保险公司以债权人未先起诉债务人或未先处分基础关系抵押物为由抗辩不承担相应责任的, 不予支持

保证保险是保险而非保证, 因此, 依法不存在被保险人向保险公司索赔前必须先起诉债务人问题, 更不存在依据《担保法》第二十八条的规定先处分基础关系抵押物问题。

(四) 除非另有约定, 保险公司不赔偿因资信审查不严导致保险事故的损失

所谓“资信审查不严”, 是指投保人(债务人)在投保和基础交易过程中以提供虚假身份资料或虚构其他事实的方式恶意欺诈而未被发现。由于保证保险合同是保险, 是射幸合同, 也是最大诚信合同, 因此, 依据《保险法》第二条的规定, 保险公司只承保或然性风险而不承保必然性风险。鉴于投保人的恶意欺诈必将导致保险事故发生, 故投保人恶意欺诈的后果显然并非保险依法所应承保的范围; 这正是《保险法》第十七条、第二十八条规定的立法原因。同时, 保证保险独立于基础交易, 故保险公司对投保人资信审查依



法不代替基础交易债权人对债务人资信的审查，两者在保险关系和基础交易关系中被欺诈的风险和后果只能各自依法分别承担。因此，如投保人欺诈导致保险事故[23]，保险公司可依据《保险法》第十七条、第二十八条的规定解除保险合同且不予赔偿。

然而，鉴于不论保险公司和债权人如何审慎审查，客观上均难以完全杜绝被欺诈的可能，故所谓“资信审查不严”——即无法在交易中先知先觉地发现投保人(债务人)的欺诈行为，很多情况下与其说是一种过错，更不如说是一种风险[24]。既然是一种风险，法律即不禁止当事人以保险的形式分担风险，故如果保险活动参与人明示或默示约定保险公司承担基础交易资信审查不严风险的，自可予以支持且据此裁处保险公司赔偿相应损失。

(五) 除非另有约定，保险公司理赔后，可依法向基础交易债务人代位求偿，但债务人对保险事故的发生无过错的除外

保证保险的被保险人一般是债权人[25]，故债务人虽是投保人但并非保证保险保障的对象，因此，应认为债务人是《保险法》第四十五条规定的保险人与被保险人之外的“第三者”[26]，保险公司理赔后依法向债务人代位求偿，不存在法律障碍。但对于因不可抗力、意外事件导致的保险事故[27]，投保人(债务人)并无过错，不存在依据《保险法》第四十五条代位求偿的前提，故此种情况下保险公司不能代位求偿。

(六) 合作协议没有约定、但具体保证保险合同的保险条款以被保险人(债权人)未履行某种法定义务之外行为作为免责条件的处理

实践中，保证保险条款往往将被保险人未履行某种法定义务之外行为——例如债权人未在汽车消费信贷中办理相关车辆的抵押物登记——作为保险公司免责的条件，但债权人与保险公司签订的合作协议并无此约定。对此，鉴于实践中存在将合作协议作为特别约定并入具体保证保险合同和具体保证保险合同中并没有涉及合作协议两种情况，故对以上问题也应视情况分别处理认定：

A、对于具体保证保险合同已将合作协议作为特别条款并入其中的，合作协议的约定也是具体保证保险合同当事人的特别约定，而具体保证保险合同的保险条款却是保险公司制订的格式条款，因此，依据《合同法》第四十一条的规定，合作协议的约定与保险条款不一致时应以合作协议约定为准。

B、对于具体保证保险合同没有涉及合作协议的，如前所述，如果合作协议已明确具体保证保险合同与合作协议不一致时以合作协议为准的，则仍应依据合作协议约定理赔；如果没有类似约定的，则应依据具体保证保险合同的约定理赔。对于最后一种情况，有法官认为此类保险条款不恰当地增大了被保险人的义务，应认定无效。对此，笔者认为，被保险人不是具体保险合同当事人而只是保险合同关系人，其依法无权决定具体保险合同条款；如果其不接受具体保证保险合同约定义务及理赔条件等的限制，其完全可以放弃保险权益——不受具体保险合同全部条款的约束，但不能仅接受具体保险合同约定的权益而不接受具体保险合同约定的义务。同时，由于被保险人不是具体保险合同的当事人，不存在适用《合同法》第四十条“提供格式条款一方不正当加重对方义务”的前提，因此也不能依据该法律规定认定相关保险条款无效[28]。

(七) 合作协议没有约定、但具体保证保险合同的保险条款以投保人(债务人)未履行某种法定义务之外行为作为免责条件的处理

实践中，保证保险条款往往将投保人未履行某种法定义务之外行为——例如汽车消费信贷保证保险的投保人未将车辆抵押给保险公司——作为保险公司在保证保险中免责的条件，但债权人与保险公司签订的合



作协议并无此约定。对此，鉴于实践中存在将合作协议作为特别约定并入具体保证保险合同和具体保证保险合同中未涉及合作协议两种情况，故对以上问题也应视情况分别处理认定：

A、对于具体保证保险合同已将合作协议作为特别条款并入其中的，合作协议的约定也是具体保证保险合同当事人的特别约定，而具体保证保险合同的保险条款却是保险公司制订的格式条款，因此，依据《合同法》第四十一条的规定，合作协议的约定与保险条款不一致时应以合作协议约定为准。

B、对于具体保证保险合同没有涉及合作协议的，如前所述，如果合作协议已明确具体保证保险合同与合作协议不一致时以合作协议为准的，则仍应依据合作协议约定理赔；如果没有类似约定的，则应依据具体保证保险合同的约定理赔。如果出现最后一种情况，则审判实践中必然面临认定该类保险条款是否有效问题。对此，笔者认为，基于该保险条款本质上是格式条款，故界定该免责条款是否有效，主要还通过审查该保险条款是否违背《合同法》第四十条“提供格式条款一方不正当加重对方义务”规定来认定，如违背，当可认定为无效[29]。

四、小结

现行立法虽认可保证保险的存在，但对保证保险的外延与内涵缺乏明确具体的规定，导致法院在适用法律调处保证保险纠纷中出现分歧。如最高人民法院能通过司法解释对审理此类纠纷的法律适用规则予以规范，必能促成司法层面的共识，避免司法裁判的冲突，从而实现司法的良好社会效果。

注释：

[1]“广州保险同业公会 2003 年第一季度的统计数据显示,广州地区各财险公司车贷险平均赔付率高达 135.57%,个别公司的赔付率竟达到 400%.....资料显示,截至 2002 年底,广东省内各保险机构收取车贷险保费共计 2.039 亿元,而因借款人未按约定还款由保险公司负责赔偿的金额高达 1.5843 亿元”。引自《亏损重负太沉财险公司败走“车贷险”》，载于中国保险服务网“车险聚焦”。

[2]据不完全统计，仅 2003 年初至 2004 年第一季度，广州市各基层法院受理的保证保险纠纷案件达 700 多件。

[3]有观点将是由债权人投保还是由债务人投保作为区分信用保险与保证保险的标准，本文认可此观点，即本文讨论的保证保险的投保人只能是债务人。同时，由于《保险法》第二十二条第二款规定“投保人可以作为被保险人”，故债务人作为保证保险的被保险人无任何法律障碍，且实践中也确曾出现过以债务人为被保险人的案例，但考虑到实践中绝大多数情况均是以债权人作为被保险人，为避免探讨的烦琐，本文暂不讨论债务人同时为投保人和被保险人的保证保险。

[4]由于保证保险是在经济生活中借鉴国外经验自行产生而非自始严格根据我国现有法律规定设计出来的交易形式，故无论将保证保险定性为保证还是保险，事实上均存在一些现行法律规定难以完全涵盖的问题。鉴此，有法官曾提出一略显简单但并非完全不合理的观点——即基于债权人和保险公司通过保证保险分别获取了转嫁风险、收取保费的利益却无需支付对价，而投保人支付了保费却未能从保证保险合同中获取直接利益，因此保证保险实质上是债权人与保险公司利用优势经济地位联手制造的显失公平商事交易；从而，该交易的风险损失也应由债权人与保险公司共同分担；因此，凡发生保险事故者，由保险公司与债权人各分担 50% 风险及最终损失。笔者认为，该观点也许宏观地指出了保证保险在这几年激增的利益根源，但在缺乏立法支持的情况下，司法审判中恐难以直接依据该观点裁处债权人与保险公司均分损失。不过，



依据本文以下阐释的法律适用原则，客观上也导致债权人与保险公司对风险损失的最终负担整体大致相当的结果。

[5]参见，最高人民法院(1999)经监字第 266 号《复函》；郭玉涛：《保证保险是什么》，载于 www.lawyer-guo.com；张金浪：《再谈保证保险合同不应属于保险合同的理由》，载于《法庭》2005 年第 5 期。

[6]正如货损险的投保人有能力毁损货物却不能因此将货物毁损的事实等同于投保人故意制造保险事故一样，仅依据还款与否是投保人的自主行为即将投保人未还款的事实等同于投保人“故意制造保险事故”，依据未免欠缺。事实上，保证保险投保人不还款的结果本身是多方面原因造成的，并非全是主观恶意所致，而从立法本意上，《保险法》第二十八条规定的“故意制造保险事故”应隐含含有主观恶意的意思在内，故不分缘由仅凭未还款的事实即认定投保人故意制造保险事故的观点，某种程度上反而可能偏离《保险法》第二十八条的立法本意。

[7]对保证保险业务分析测算更详细的介绍可参见，张翀：《分期付款购车保证保险基本法律问题探析》，载于 ww.zg148.com。

[8]保险合同利益是指“保险契约有效成立后所生之利益”，而保险利益是指“对标的所存有的一种利害关系，保险人因标的存在而受益，因标的毁损或死亡而蒙受损失”。由于保证保险的投保人对保险标的——基于基础交易合同产生的债——显然有利害关系，故投保人对保险标的有保险利益。关于保险合同利益与保险利益的区分可参见，施文森：《保险法判决之研究(上册)》，五南图书出版公司印行，第 88 页。

[9]参见，郑贤达：《保证保险的法律探讨》，载于法律教育网“保险论文”；建克胜、席月民：《保证保险合同≠保证担保合同》，载于网易“中国经济周刊”；梁冰、周洪生：《保证保险合同若干法律问题探析》，载于东方法眼网“法学阶梯”；潘胜利、王太福：《保证保险合同相关法律问题探析》，载于中国律师网“新闻中心”。

[10]参见，中国保险监督管理委员会保监法(1999)16 号《复函》；刘晋文：《保证保险的法律适用》，载于《人民法院报》2004 年 2 月 18 日；李记华：《论机动车辆消费贷款保证保险》，载于东方法眼网“案例”。

[11]事实上，内容的不同更是区分保证与信用保险——投保人是债权人——的标准。

[12]最高人民法院(2002)民二终字第 152 号“神龙汽车有限公司、华泰财产保险股份有限公司与神龙汽车有限公司北京销售服务分公司保险合同纠纷案”。

[13]有观点认为合作协议属于《海商法》第 231 条、第 232 条规定的“预约保险合同”范畴，参见，孙玉荣、李记华：《关于个人汽车消费贷款保证保险纠纷案件的法律分析》，载于《河南省政法管理干部学院学报》2004 年第 6 期。笔者认为，依据《海商法》第 231 条规定，预约保险合同的投保人与被保险人应是相同，此不符合目前绝大多数保证保险的特征；正因为此差别——合作协议的当事人与具体保证保险合同的当事人不等同，从而也无法当然推导出《海商法》第 232 条规定的法律后果——两者不一致时以具体保险合同约定为准。

[14]有法官认为由于实践中签订合作协议的往往是银行或保险公司的上级分支机构，而从事具体保证保险业务的是该两类企业的下级分支机构，主体并不相同，故合作协议对具体保证保险的保险人和被保险人



无约束力。笔者认为，基于现实中这两类企业分支机构非独立法人的性质及因此产生的内部垂直管理实质，故仍应根据约定认为合作协议对该两类企业特定的下级分支机构有约束力为宜。

[15]根据合同法理论，协议达成后一方当事人提出不同的协议条款，只能视为变更协议的要约，另一方当事人无义务回复，故不提异议不等于默认和接受；但对于保证保险而言，债权人作为被保险人，其权利的来源首先是具体保险合同而非合作协议，故如果不将债权人不提异议的行为理解成默认与接受，则只能认为虽然保险合同约定其为被保险人，但其不接受被保险人的权利，既然如此，则合作协议中的理赔约定——必须是被保险人才有资格签订的协议——与该笔特定的保证保险业务将无任何关系，如此理解，显然不符合债权人本意，故还是将债权人不提异议的行为视为默认与接受为宜。

[16]最高人民法院2001年在神龙汽车有限公司与华泰财产保险股份有限公司保险合同纠纷管辖权争议案中也明确“在保险合同法律关系中，其他民事合同的权利义务虽是保险人确定承保条件的基础，但其不能改变两个合同在实体与程序上的法律独立性，其他民事合同与保险合同之间不存在主从关系”。

[17]民事诉讼依法并不存在“必须”合并审理的情况；而除《民事诉讼法》第五十三条规定的两种共同之诉必须以诉讼标的相同或同类且经当事人同意为合并审理的条件外，其他合并审理——如增加诉讼请求、提出反诉、第三人提出独立请求、当事人主体完全相同等——均由法院视情况判断是否“可以合并审理”后自主决定是否合并审理。

[18]虽然《刑法》第三十六条规定“由于犯罪行为而使被害人遭受经济损失的，对犯罪分子除依法给予刑事处罚外，并应根据情况判处赔偿经济损失”，但此规定不是刑罚，而只是对犯罪后民事责任的强调；在程序上，法院要判决犯罪分子赔偿损失，仍须以民事诉讼程序或《刑事诉讼法》第七十七条规定的刑事附带民事诉讼程序进行，所以赔偿损失依法不是单独的刑事诉讼的判项。

须进一步指出的是，实践中有过在单独的刑事诉讼程序中作出类似“由公安机关追缴被告人赃款赔偿给受害人”的判决，但该判决在赔偿数额甚至最终受害人的认定上均是不明确的，故该判决不是一完整和有执行力的判决，至多只是对被告人民事赔偿责任或对公安机关所扣押财产处理的一种概括性宣告而已，与前述赔偿损失判决不应在单独的刑事诉讼程序中做出的结论并无矛盾。

[19]考虑到实践中刑事侦查结果的不确定性、法院的考核要求、司法成本等因素，故如果对以上应裁定中止诉讼的保证保险纠纷案件裁定驳回起诉，由当事人在刑事程序中提起附带民事诉讼或刑事程序终结后再行起诉，法律依据虽不充分，但也并非完全没有现实合理性。

[20]关于保证保险纠纷不适用《担保法》的更详细论述可参见，刘晋文：《保证保险的法律适用》，载于《人民法院报》2004年2月18日。

[21]保证保险的基础交易基本上是买卖和借贷，因此，即使基础交易无效，债务人依法也承担恢复原状或赔偿损失的民事责任，该责任为法律所承认及保护——否则不存在在基础交易纠纷案件中判决债务人承担责任问题；只有譬如赌博等行为及其产生的债才不被法律承认及保护——但此已不是有无效问题；因此，法律上无效与不被法律承认及保护是不等同的概念。

[22] 参见，注8。

[23]须强调的是，只有在保险公司明确询问并且投保人所隐瞒或虚构的事实对保险事故的发生存在直接、重大影响的，才可认定该保险事故是投保人违背如实告知义务或恶意欺诈所导致。



[24]由于被保险人过失并非保险公司免责的法定事由，因此，对保证保险纠纷案件而言，界定当事人是否存在“资信审查不严”的过错对案件的审理无任何现实意义，有意义的应是正确认定当事人之间是否存在“资信审查不严”风险负担的约定。

[25]现行法律不禁止债务人为被保险人，当债务人为被保险人时，保险公司对债务人无代位求偿权，但前已明确，本文暂不讨论此种情况。

[26]《保险法》第四十五条规定的“第三者”并不排斥投保人，类似例子可参见中国保险监督管理委员会保监发【2000】102号《机动车辆保险条款解释》第一部分“基本险”中第二条关于“第三者”的解释。

[27]须强调的是，不可抗力、意外事件必须是导致债务人违约的直接、必然原因才可认定是“因为”不可抗力、意外事件导致保险事故。

[28]即使是投保人与被保险人均为债务人的汽车消费信贷保证保险，由于在汽车消费信贷中是否对所涉车辆办理抵押物登记将直接影响到保险公司可能承担损失的大小及代位求偿权实现的保障，从而实质性影响保险公司的风险测算，最终决定保险公司承保的条件和对价；因此，保险条款将没有在消费信贷中办理所涉车辆的抵押物登记作为保险免责条款，实质隐含了风险与对价相当的权衡——否则将可能导致保费增加的后果，并非绝对不合理，不应简单地认为是“不正当加重对方义务”。

[29]中国保险监督管理委员会在保监办复[2003]92号《批复》中认为“保险合同中的责任免除条款是从外延上对承保风险范围的具体界定，是保险产品的具体表述方式，不属于《合同法》规定的免除己方责任、加重对方责任的不公平条款”，但笔者认为保险条款符合《合同法》第三十九条第二款规定，确是格式条款，依法不存在当然排除《合同法》第四十条适用的前提；至于某一保险免责条款最终是否适用《合同法》第四十条认定无效，还应从风险测算、承保条件等方面衡量“是否正当合理”，从而确定是否存在适用该法律规定的条件。

