

标 题：保证保险合同法律适用问题研究

作 者：李克才

作者单位：江苏省响水县人民法院

论文概要：由于我国《保险法》对保证保险没有明确的规定，各地法院在审理涉及保证保险案件过程中，对保证保险的法律性质存在认识上的分歧，审理上带有很大的随意性，致使裁判依据不一，审判结果各异。其中引起法律界和保险界关注的焦点问题是：保证保险合同是属于保险合同还是属于保证合同？是独立的主合同还是附属于主合同的从合同？保证保险合同应适用何种法律规范进行调整？本文试图从保证保险的法律性质、保证保险现行立法，结合实务中处理保险合同纠纷的经验，对上述问题进行探讨，以促进我国保险立法的完善和裁判上的统一。

关键词：保证保险 合同 保险 保证 法律适用

## 一、引言

近年来，随着经济的快速发展，人们消费观念的改变，消费信贷体系日益膨胀，涉及分期付款购房或购车等耐用消费品的活动被迅速普及。[1]但在消费信贷繁荣的背后，也隐藏着巨大的经济危机，在全国范围内有千亿元的消费信贷不良帐款。银行为减少信贷经营风险，保险公司为拓展业务范围，扩大保险市场，一种新兴的金融保险产品——保证保险，在我国也应运而生。与此同时，全国各级法院及仲裁机构受理的保证保险合同纠纷案件大幅度上升，有的法院年受理的此类案件近千件，笔者所在的基层法院每年受理的此类案件也呈明显上升趋势。由于我国《保险法》有关保证保险的规定尚不具体，又缺少妥当的判例指导，法官在审理此类案件的过程中，对相关法律的认识存在分歧，审理上带有很大的随意性，导致各地裁决结果很不一致，影响了法律的严肃性和权威性。笔者作为一名基层法院参与审理此类案件的法官，对这类案件的总体情况和个案情况有一定的了解，并在实践中作了一些观察与研习。现笔者拟对保证保险合同法律适用等问题进行探讨，以求教于同仁。

## 二、保证保险概说

### （一）保证保险的产生

保证保险首先出现于约 18 世纪末 19 世纪初，它是随商业信用的发展而出现的。最早产生的保证保险是诚实保证保险，由一些个人商行或银行办理。到 1852 年—1853 年，英国几家保险公司试图开办合同担保业务，但因缺乏足够的资本而没有成功。1901 年，美国马里兰州的诚实存款公司首次在英国提供合同担保，英国几家公司相继开办此项业务，并逐渐推向了欧洲市场。

保证保险是随着商业道德危机的频繁发生而发展起来的。保证保险新险种的出现，是保险业功能由传统的补救功能、储蓄功能，向现代的资金融通功能的扩展，对拉动消费，促进经济增长无异会产生积极的作用。但具体到法律的层面，对履行保证保险合同过程中出现的法律纠纷适用何种法律规范进行调整，以平衡各方当事人的利益，引导保证保险这个“新生儿”茁壮成长，乃是法律工作者义不容辞的责任。[2]

### （二）保证保险的定义



目前,从我国《保险法》和最高法院的司法解释中无法找到保证保险的定义及其适用的险种。保险法理论关于保证保险研究刚刚开始,[3]无论是学术界还是实务上对保证保险的定义是五花八门,至今尚无准确的定义,对其适用范围也是各执一词,给实务上带来了诸多不便。

中国保险监督管理委员会(以下简称中国保监会)对保证保险的定义为:“保证保险是财产保险的一种,是指由作为保证人的保险人为作为被保证人的被保险人向权利人提供担保的一种形式,如果由于被保险人的作为或不作为不履行合同义务,致使权利人遭受经济损失,保险人向被保险人或受益人承担赔偿责任。”[4]最高法院给保证保险下的定义为:“保证保险是由保险人为投保人向被保险人(即债权人)提供担保的保险,当投保人不能履行与被保险人签订合同所规定的义务,给被保险人造成经济损失时,由保险人按照其对投保人的承诺向被保险人承担代为补偿的责任。”[5]

理论界给保证保险下的定义是:“保证保险并不是真正的保险,它只是由保险公司办理的一种保函业务”,“虽然借款保证保险采用了保险的名称和保险单的形式,但实质上并非保险合同,而是担保合同”。[6]“保证保险合同实际属于保证合同的范畴,只不过采用了保险的形式,保证保险是一种由保险人开办的担保业务。”[7]一般而言,保证保险是保险公司就被保证人的某种对被保险人的义务或者品行等对被保险人造成经济损失时,由其负赔偿责任的一种财产保险合同。[8]“保证保险是由保险人为被保证人向权利人提供担保,如果被保证人的作为或不作为致使权利人遭受经济损失,由保险人负责赔偿的保险”。“保证保险是指保险公司向履行保证保险的受益人承诺,如果被保险人不按照合同约定或法律规定履行义务的,则由保险公司承担赔偿责任的一种保险形式”。[9]

从上述定义中看出,对保证保险概念的理解也不统一,中国保监会将债务人确定为“被保险人”,而最高法院将债权人确定为“被保险人”。按理而论,最高法院的“批复”是根据中国保监会的“复函”作出的,对保证保险的定义不应出现分歧。究其原因,是因为没有将保证保险与信用保险区别开来。[10]信用保险是保险人就投保人的信用贷款而设的保险,当债务人不能或不愿清偿而致投保人受损失时,由保险人负赔偿责任。信用保险与保证保险不同的是投保人只能是债权人,即信用保险是保险人应权利人的要求保证义务人的信用。保证保险是保险人应义务人的要求向权利人保证其信用,二者的保险标的都是义务人的信用风险,但是二者投保人不同,被保险人也不相同。在保证保险情形下,投保人为义务人,被保险人也是义务人,权利人为受益人;而在信用保险的情形下,投保人是权利人,被保险人和受益人均为权利人。[11]

由此看来,无论是实务上还是理论上,都不能给保证保险作出准确的定义。笔者认为,保证保险是由债务人向保险人投保自己的信用,当其不履行合同义务致债权人财产损害的,由保险人赔偿责任。据此,只有中国保监会的定义略显准确,可资适用。

### 三、保证保险法律性质

目前对保证保险法律性质的认识,主要有“一元说”和“二元说”两种观点。“一元说”又有“保证一元说”和“保险一元说”之分。

#### (一)“保证一元说”

“保证一元说”认为,保证保险是保险人为被保险人向权利人提供担保,如果由于被保证人的作为或不作为致使权利人遭受经济损失,保险人负赔偿责任。所以,保证保险的本质是一种担保。保证保险合同是保证合同,是以保险为名,行保证之实。债务人向银行借款,与银行之间存在一个消费借款合同,银行因对债务人的还款能力不信任,为保障贷款安全,所以让保险公司介入到两者之间,约定由债务人向保险公司交纳一定数额的金钱,当债务人不履行还款义务时,由保险公司履行后再向债务人追偿,这种情况完全符



合保证法律关系的特征。[12]从最高法院（1999）经监字第 266 号批复对保证保险的概念可以看出，保证保险行为是由三个法律关系构成的。一是投保人与保险人之间的保险合同关系，二是债务人与债权人之间经济合同关系，三是保证人与债权人之间的保证合同关系。在保证保险合同中，三方当事人具有多重身份，保险人同时又是保证人，被保险人同时又是债权人，投保人对于保险人而言是被保证人，对于被保险人而言是债务人。因此，保证保险虽是保险人开办的一个险种，但其实质是保险人对债权人的一种担保行为。[13]

“保证一元说”也符合最高法院的见解。2003 年 12 月 8 日，《最高人民法院关于审理保险案件若干问题的解释（征求意见稿）》规定：“保证保险是为保证合同债务人的履行而订立的合同，具有担保合同的性质。”[14]国外判例也有认为保证保险是保证，如 1985 年 1 月 26 日意大利最高法院第 285 号判决认为：“至于与保险企业缔结的保证保险，实质上具有担保性质，其目的不是转移被保险人的风险，而是担保主合同的债的履行利益，所以它是担保合同而不是保险”。又如 1986 年 4 月 7 日米兰法院的判决认为：“保证保险不是保险，而是一个担保的非典型合同。”[15]

我国台湾学者袁宗蔚认为，保证保险不是保险，理由有四：一是当事人。保证保险有三方当事人，担保人即保险人；被担保人即义务人，权利人即受益人。而普通保险仅有两方当事人，保险人与投保人。二是义务类型的约束力。保证保险对被担保人所负有的义务之履行，有约束力；普通保险对被保险人无任何约束，且加以适当之保障。三是损失的预想。在确实保证中并无预想的损失，保费是利用保证公司的名义的手续费；而普通保险非但有预想的损失，而且据以为保费计算的根据。四是返还义务。保证保险中的被担保人对担保人（保险公司）给付权利人的补偿，有偿还的义务；而普通保险的被保险人无任何返还的责任。[16]

关于保险费的性质认定，主张“保证保险”实际上是“保证担保”的学者认为，保证保险中所谓的“保险费”实际上是“担保手续费”，是被保证人使用保险公司的名义进行担保所付出的一种报酬，是“有偿委托保证”的费用。[17]

## （二）“保险一元说”

“保险一元说”认为，保证保险合同与相关的买卖合同并存于经济生活之中。虽然相关买卖合同的权利义务是保险人在保证保险合同中确定承保条件和保险标的的依据，但是这并不改变两者之间的独立关系和关联性。保证保险合同具有的保障功能，有利于相关买卖合同的切实履行，而前者对于后者并没有从属性。所以，保证保险合同的法律性质区别于保证合同，并非担保方法。保证保险与保证担保在适用的目的、责任的性质、保护的方法、运作机制等方面存在本质区别。[18]国务院于 1983 年 9 月 1 日颁布的《中华人民共和国财产保险合同条例》（以下简称《财产保险合同条例》）第二条规定：“本条例所指的财产保险，包括财产保险、农业保险、责任保险、保证保险、信用保险等以财产或利益为保险标的的各种保险。”该条例虽于 1995 年《保险法》施行后失效，但将保证保险明确列为是财产保险中的一种，其保险标的为“利益”。保证保险是保险公司以“保证”形式经营的一种新型保险业务，而不是以“保险”形式经营的担保业务，其本质是保险而不是担保。

最高法院在实务中也曾表示保证保险是“保险合同”。最高法院认为，保证保险是保险公司根据中国人民



用保险业务的门类之一，同意中国人民保险（集团）公司所属中保财产有限责任公司开办“保证保险”业务。但《保险法》除在第九十一条确定财产保险业务范围时提到信用保险外，根本没涉及到保证保险。作为一种特殊的财产保险合同，保证保险合同是保险人为被保证人（债务人）向被保险人（债权人）提供担保而成立的保险合同。[19] 中国保监会也持“保险一元说”理论，认为保证保险合同与保证合同的区别在于，保证合同是保证人为担保债务人履行债务而与债权人订立的协议，其当事人是主合同的债权人和保证人，被保证人不是保证合同的当事人。保证保险合同的当事人是债务人（被保证人）和保险人（保证人），债权人一般不是保证保险合同的当事人，可以作为合同的第三人（受益人）。[20]

### （三）“保证保险二元说”

“保证保险二元说”认为，保险关系与保证关系在保证保险中共行不停，债权人、债务人、保险公司各自扮演的角色具有双重性，其中任何一种关系的缺失，都会引起理论上的不周延以及实践中的悖论。郑玉波先生认为，保证保险可避免债务人缴纳巨额保证金，以至于大量资金被固化无法有效运用，而以保证保险代之，则仅需缴纳小额保险费；而定作人、雇佣人可通过保证保险之签订，获得信用良好的投标人和受雇人。另一方面，保证担保制度的内在障碍性（有偿委托保证之缺陷和保证人资力不足等）使其功能的发挥受到限，同时保证与保险在对特定人的保障与补偿方面有倾向一致的功能，因而两制度联姻，发挥功能的整合成为可能。由此看来，保证保险从创设之初就是以保险之形行保证之实，特别是在商业信用缺失的当今社会，保险公司的介入更可促进交易安全，稳定市场交易秩序，因此保证与保险任何一种性质的缺失都难及此意。[21]由于保证保险针对的是被保证人的信用不良造成的主观危害，故其与信用保险有同质之处；由于它是在当被保证人不履行或不完全履行其义务，或者其品行行为给被保险人造成经济损失不能赔偿时才由保险人代为赔偿，故其又与一般保证担保有同质之处。[22]

“保证保险二元说”主张保证保险具有保险性的理由有二：一从主体观之，保证保险是保险人与投保人签订的为他人利益的保险合同，以债权人为被保险人，投保人与被保险人角色的分离性体现了不同于一般保险合同的特征。二是保证保险是以信用为保险利益的保险合同，是指债权人的请求权并未丧失，但因债务人不愿或无法清偿而使债权人受损。信用风险的实质是债权能否实现的风险，因此可以认为保证保险的保险标的为债权。[23]

“保证保险二元说”主张保证保险具有担保性的理由亦有二：一是从主体上体现了保险性与保证性兼容的关系。保证保险的三方主体地位及作用既符合保险关系也符合保证关系的主体要求。二是保证保险条款中表现出了鲜明的保证担保的色彩。在保险关系模式下各方当事人间的权利义务关系由于在客观上确实具有较突出的保证关系特征，因而使得许多人更乐意于将其视为保证关系模式。[24]

“保证保险二元说”另辟溪径，企图折中二者的观点。但笔者认为，该观点更无说服力。从法律位阶上看，担保法、保险法均为民事单行法，位阶相同。担保法并不是关于担保的一般法，保险法也不是关于一般保险的法。因此，两法之间并不产生特别法优先、一般法补充适用的问题。[25]保证保险与保证的内容虽有重复或交叉，但不能说保险法与担保法在法律规范上有重合之处。从立法目的上看，担保法与保险法相互独立，它们是调整不同法律行为和法律利益的规范，不能将两者同时适用同一法律行为。否则，在理论上将导致立法目的落空，实务上造成法律适用上的混乱。



“保证一元说”观点所持法律依据是保证保险不符合保险法规定的三项法定制度,即投保人如实告知制度、投保人危险增加的通知制度和保险人不承担道德危险引发的风险。该观点认为保险法第二十八条第二款的规定, [26]排除了投保人故意制造保险事故后对保险金的请求权。保证保险合同中所谓的保险事故不符合这一条规定,实践中投保人未按约定支付欠款或者借款的行为很少不是出于故意的,但保险公司都进行了赔付,这与保险合同的特征是不相符的,而更符合保证合同。[27]保险事故的发生是不是出于投保人的故意,这正是持“保证一元说”主张的人解不开的结。有学者认为,保证保险合同中保险人承保的危险事故,并非危险事故或不可抗力,而是针对债务人(被保证人)信用不良造成的主观危害,因此,保险人对于投保人故意所致损害不负赔偿责任的基本法则,不能在保证保险中适用。换言之,在保证保险合同项下,无论是债务人客观上没有履行债务还是主观上有履行债务能力故意不履行债务而出现保证事故,保险人均负给付保险金的义务。[28]该观点说出了保证保险不同于其他财产保险的个性特征,资值赞同。

笔者认为,保证保险在性质上实际属于财产保险,法律关于财产保险的规定,原则上保证保险均可适用,但与一般财产保险不同的是,保证保险承保的危险具有信用性,即针对被保证人信用不良造成的危害。因此保证保险合同是指由作为保证人的保险人为作为被保证人的被保险人向权利人提供担保的一种形式,如果由于被保险人的作为或不作为不履行义务,致使权利人遭受经济损失,保险人向被保险人或受益人承担赔偿责任的保险合同。[29]

#### 四、保证保险与保证的异同

通过对保证保险与保证的特点进行比较分析,可以进一步加深对保证保险与保证法律性质的认识,从而得出正确的结论。

##### (一) 保证保险与保证相同性之分析

根据《担保法》第六条给保证所下的定义,保证以担保债权为目的,为确保债权之效力所设之制度。而根据《保险法》第二条对保险的定义,保证保险属于保险的一种,也具有保障作为消费借贷(或买卖)合同债权人债权实现的功能,当债务人不能按约定向债权人履行其债务时,保险人则应向债权人承担赔偿责任,两者在目的上存在相似性。

1、保障功能相同。保证是保证人以其资信能力为债务人的债务提供担保,以保证债权人的债权得以实现。保证保险是保险人以其资信能力向债权人作保,当债务人不履行债务时,则由保险人依约履行保险责任来保护债权人所享有债权的实现。

2、履行的或然性相同。被保证人和被保险人是否履行债务都具有不确定性,只有当保证合同的主债务人未履行债务或者保证保险合同所涉及的消费借贷(或买卖)合同的债务人未履行债务时,保证人或者保险人才需要向被保证人或者被担保的债权人履行保证责任或保险责任。



3、债务人履行债务结果相同。被保证人债务履行完毕，被保证债务消灭，保证责任随之消灭，保证人的保证责任免除。被保险人债务履行完毕，被保险标的不存在，保险人保险责任免除。

4、免责事由相同。保证人免责的事由一般为不可抗力和债权人的过错，如债权人与债务人恶意串通，骗取保证人为债务人提供保证的，应认定担保无效，保证人负责。在不可抗力或债权人过错的情形下，保险人不承担保险责任。

5、使用的“保证”之名相同。保证是我国《担保法》明文确认的一种担保方法，即由保证人以其资信能力向主债权人作保，担保主债务人履行债务，以保护主债权人所享有的主债权的实现。而保证保险名称中之所以使用“保证”一词，则源于保证保险业务所包含的确保相关消费借贷（买卖）合同履行的保证功能。

## （二）保证保险与保证相异性之分析

虽然保证保险与保证存在上述诸多相似之处，但二者之间却存在本质的区别。

1、主体资格不同。保险人为特殊主体，保险人是经过保险监管机关批准享有保证保险经营权的商业保险公司。[30]保证人为一般主体，除了《担保法》规定禁止作保证人以外的一切自然人、法人或其它组织均可作为保证人。[31]

2、合同目的不同。保证保险合同作为一种保险手段，虽具有保障债权实现的功能，但其是以降低违约风险和分散风险为主要目的。而保证合同是以担保债权的实现为目的。

3、合同内容不同。保证保险合同是双务性的有偿合同，其内容主要是由投保人交纳保费的义务和保险人承担保险责任构成。而保证合同通常是单务无偿合同，其内容由债权人的担保权利和保证人的保证义务构成。[32]

4、责任性质不同。在保证保险合同中，保险责任是保险人的主要责任，只要发生了合同约定的保险事由，保险人即应承担保险责任，这种责任在合同有效期未发生保险事由而消灭。在保证合同中，保证人承担的是保证责任，保证人履行了保证责任标志着合同目的的实现，若债务人履行债务，则保证责任消灭。

5、债产生的原因不同。保证保险合同为依据的保险之债不是原来已存在的债的一部分，而是独立于原债的一个新债。而以保证合同而形成的保证之债是原债的一部分，是作为主债的从债，

6、抗辩权力不同。保证保险合同作为财产保险合同的一种，既适用保险法的一般规定，也适用财产保



险合同的有关规定，保险人拥有广泛的抗辩权。而除一般保证的保证人享有先诉抗辩权外，连带保证的保证人的抗辩权受到很大的限制。

7、运行方式不同。保证合同以担保主债为目的，其内容体现的是依附被担保的主债，而不追求任何经济利益为目的。保证保险合同是一种财产保险合同，是当事人之间的一种商品交换关系，保险人通过开展保险业务化解和分散商业风险，换取商业利润。[33]

8、合同对价不同。保证保险以投保人支付相当的保险费为条件，保险费率的确定由保险人根据社会公众购买保证保险的需求情况和降低自身经营风险的需要以及保证保险的成本来确定，体现了商品交换中的经济法则。保证一般是无偿的，即使有对价存在，也是由保证人确定一个具体的数额，而且并不以追求经济利益为目的。[34]

9、责任承担的前提不同。一般保证人承担责任的前提是债权人经判决或仲裁并就债务人的财产依法强制执行仍不能清偿，其本质是一种补充赔偿责任；保险责任则以保险事故的发生为充分必要条件，只要双方约定的保险事故已确定发生，保险公司就应当承担保险责任。[35]

10、合同的地位不同。保险合同是独立存在的合同，它不是依附其它合同的从合同；[36]而保证合同是主合同的从合同，不能脱离主合同而独立存在。[37]

11、承担责任的财产来源不同。保险人承担责任的财产是投保人的保费所形成的保险基金而不是保险人自己的财产，保险人只是保险基金的管理者，保险人不用自己的财产承担保险责任；[38]而保证人承担保险责任的财产是自己所有的财产。

从上述分析可知，保证保险与保证虽有许多相同之处，但两者的差异是明显的，即相同之处是次要的，非本质的；而不同之处才是主要的，本质的。保证保险是我国保险业务创新出来的一个新品种，不同于单纯的保证合同，其本质上是一种保险。尽管保证保险也是对投保人信用和履约情况向第三人做出的一种保障承诺，但它是将投保人违约情形的出现确定作为一种保险事故，通过对保险条件的确定、对保险事故和免责范围的限制以及对保险责任承担方式的约定来实现对第三人的保障的。因此，保证保险是独立于保证担保之外的另一种市场保障方式，是保险公司利用本身信用优势进行产品创新的自然结果，具有本身的独立性、科学性，不能将其简单归入旧的保证担保体系。[39]

有观点认为，保证保险合同的保险利益为被保险的合同债权，当被保险的合同债权因合同的无效或被撤销而消灭时。保证保险合同因保险利益丧失而失去存在意义，故保证保险合同亦归于消灭，由此可得出保证保险合同具有从属性，从属于被保证的消费借贷（或买卖）合同而存在。笔者认为，该观点值得商榷。

（1）保证保险合同是一种损害填补合同，其能够独立存在虽然以另一合同的存在为前提，但对于保证保险合同而言，被保险的合同债权仅仅是订立保证保险合同的一种动因，它不是民法上的主从关系，而是由于两者之间的关联性而形成的并存关系。最高法院在（2000年经终字第295号）判决中称：“本院经审查认为：华泰保险公司与神龙汽车公司签订的《分期付款购车保险协议》，是双方当事人依据《中华人民共和国



国保险法》的规定而成立的保险合同，神龙汽车公司是投保人，华泰保险公司是保险人。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。[40]（2）保险利益指投保人对保险标的所具有的法律上承认的利益，被保险合同无效或被撤销，被保险的合同债权转化为损害赔偿请求权，是债的一种变形，其只是发生了形式上变化而没有实质意义上的改变，保证保险合同的保险利益转化为债权人对债务人的损害赔偿请求权，保证保险合同的保险利益仍然存在，保险利益并不因被保险债权的变形而当然消灭。而保证合同具有从属性，从属于主债权的存在而存在，当主债权消灭时，保证合同亦随之消灭；主合同债权转移时，对于保证人保证债权亦随之转移。[41]

## 五、保证保险立法及实务上的观点

### （一）保证保险立法

我国自1980年恢复国内保险业务以来，保险立法经历了从无到有，由粗到细的过程，逐步修订了相关法律法规和规章。1983年实施《财产保险合同条例》，1985年发布《保险企业管理暂行条例》，1992年制定的《海商法》和1995年制定的《保险法》，标志着我国保险立法的成熟。中国人民银行一系列配套规章的出台，使我国保险立法的更加完善。[42]保证保险最早出现于国务院《财产保险合同条例》中，[43]该条例第二条规定：“本条例所指的财产保险，包括财产保险、农业保险、责任保险、保证保险、信用保险等以财产或利益为保险标的的各种保险。”从条例中看出，保证保险是作为与信用保险等其他以财产或利益为保险标的的一种保险。当时只有“中国人民财产保险公司”一家保险公司经营该项保险业务，因保险立法的不完备和缺少保证保险方面的经验，保证保险业务并没有真正开展起来。九十年代初，中国人民财产保险公司总经理室曾决定停办一切“借款保证保险”之类的金融担保业务，从而引起理论界对这个问题的反思。[44]1995年6月30日第八届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议通过的《保险法》虽未对保证保险作出规定，[45]但该法用列举和概括的方式规定了保险公司财产保险业务范围，其第九十二条第一款第（一）项列举的财产保险范围有三项：即财产损失保险、责任保险、信用保险。同时用“等”字进行了概括，给保证保险留下了适用的余地。

1985年3月3日国务院发布的《保险企业管理暂行条例》第二十一条规定：“本条例中下列用语的含义是：（一）人身保险：指保险企业在被保险方人身伤亡、疾病、养老或保险期满时向被保险方或其受益人给付保险金的保险。（二）人身保险以外的各种保险业务：指财产保险、农业保险、责任保险、保证保险、信用保险等业务。1996年7月25日中国人民银行公布的《保险管理暂行规定》将保证保险列入所附的“主要险种名单”[46]

从上述立法中可知，保证保险是被我国保险立法所承认的，但没有引起理论界人士的关注。同时，因缺少一种良好的运行机制，实务界在“摸着石头过河”的过程中，走了不少弯路。

### （二）实务上的观点

中国保监会《关于保证保险合同纠纷案的复函》称：“一、此案所涉及的纠纷属于保证保险合同纠纷。保证保险是财产保险的一种，是指由作为保证人的保险人为作为被保证人的被保险人向权利人提供担保的一种形式，如果由于被保险人的作为或不作为不履行合同义务，致使权利人遭受经济损失，保险人向被保





险人或受益人承担赔偿责任……。二、此案不适用《保险法》或《担保法》，而应适用1983年发布的《财产保险合同条例》。《保险法》于1995年10月1日开始实施，对于此前发生的保险合同纠纷并不具有追溯力；此案所涉及的纠纷属保险合同纠纷，不在《担保法》的适用范围之内。”[47]2000年8月28日，当时的最高法院告诉申诉庭根据《关于保证保险合同纠纷案的复函》，以最高法院名义下发了“（1999）经监字第266号”《中国工商银行郴州市苏仙区支行与中保财产保险有限公司湖南省郴州市苏仙区支公司保证保险合同纠纷一案的请示报告的复函》，复函中称：“（一）保证保险是由保险人为投保人向被保险人（即债权人）提供担保的保险，当投保人不能履行与被保险人签订合同所规定的义务，给被保险人造成经济损失时，由保险人按照其对投保人的承诺向被高兴人承担代为补偿的责任。因此，保证保险虽是保险人开办的一个险种，其实质是保险人对债权人的一种担保行为。在企业接快保证保险合同中，因企业破产或倒闭，银行向保险公司主张权利，应按借款保证合同纠纷处理，适用有关担保的法律。”笔者认为，最高法院（1999）经监字第266号批复，是最高法院对湖南省高院的个案批复，该批复不具有普遍的指导意义。[48]该批复是在特定历史条件下作出的，案件发生时保险法还未颁布，批复作出时《财产保险合同条例》又失去效力，批复中“适用有关担保的法律”的观点虽然牵强，但在当时对于解决个案问题还是有积极意义的。

## 六、保证保险合同的法律适用

明确保证保险合同是保险合同还是保证合同直接关系到当事人各方的权利义务和法院在适用法律上的选择。若将保证保险认定为保险，则当事人各方形成消费借贷（或买卖）和保险两个法律关系，当事人各方的权利义务受各自法律关系调整，法院在处理保险法律关系时则适用保险法的有关规定；若认定为保证，则当事人各方形成以消费借贷（或买卖）合同为主合同，保证合同为从合同的法律关系，保险公司仅仅是保证人的地位，法院在处理时依据担保法的有关规定。对于保证保险性质的不同认识，也就存在保证保险适用法律方面的争论。综合起来，对保证保险的法律适用有“保险说”、“保证说”以及“保险与保证并用说”三种学说。

### （一）“保险说”

银行界和保险界持“保险说”的观点。如中国人民银行“银复[1997]48号”《关于‘保证保险’业务的批复》认为：“鉴于‘保证保险’业务是信用保险业务的门类之一，根据《中华人民共和国保险法》第九十一条关于财产保险业务包括信用保险的规定，同意中国人民保险（集团）公司所属中保财产保险有限责任公司开办‘保证保险’业务，但具体险种的条款及费率应报人民银行批准。”[49]从中保公司开展此项业务的依据看，是将保证保险作为一个险种来对待的。中国保监会在对最高人民法院告诉申诉庭《关于保证保险合同纠纷案的复函》中也持该观点。[50]

### （二）“保证说”

最高法院在实务上则持“保证说”之见解。对此，最高法院1998经终字第291号判决谓：[51]“本院认为：在保证保险中，义务人是投保人。义务人以保险公司为保证人，为自己的信用担保，在其信用产生危机的时候，由保险人来代为履行义务。保险公司是以保险的方式来完成这种保证的，义务人为此要缴纳保险费。保险人有代位求偿权，即在赔偿权利人的损失后，有权要求权利人转让并取得向义务人追偿的权利，并可在缔约时，从投保人处取得反担保。由于这种保证保险不同于普通的财产保险，其受益人并非投保人，正



如上诉人在上诉状中所主张的，通常只有人身保险的受益人可以为第三人，因此，基于该险种的特殊性，以普通财产保险的法律规定不能调整该险种所涉及的三方当事人之间所形成的法律关系。所以，从其所形成的民事法律关系来看，更符合保证的法律特质，即中保公司为中行山东分行与惠德公司之间的债权债务关系提供保证。因此，应当认定中保公司为保证人，由于其出具了《进口付汇履约保证保险单》，在该公司与惠德公司、中行山东分行之间形成了保证关系。对这一关系应适用《中华人民共和国担保法》及相关的司法解释予以调整。”

最高法院在后来的判决中对此观点进行了修正，2000年经终字第295号判决谓：[52]本院经审查认为：“华泰保险公司与神龙汽车公司签订的《分期付款购车保险协议》，是双方当事人依据《中华人民共和国保险法》的规定而成立的保险合同，神龙汽车公司是投保人，华泰保险公司是保险人。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。”该判决承认保证保险属于保险，对保证保险合同适用保险法进行调整颇为肯定，值得赞同。[53]中国应用法学研究所杨洪逵先生也持其该观点，杨先生认为：“不能将保证保险合同理解为是主合同（被保证人与被保险人之间的民事合同）的从合同。被保证人与被保险人之间的民事合同（又称基础合同）的权利义务虽然是保险人确定承保条件的基础，基础合同与保证保险合同有一定的牵连性，但其并不能改变两个合同在实体与程序上的独立性，它们之间并不存在主从关系。”[54]

### （三）“保险与保证并用说”

值得注意的是，最高法院观点发生了变化。2003年12月9日最高法院公布了《最高人民法院关于审理保险案件若干问题的解释（征求意见稿）》（以下称《征求意见稿》），《征求意见稿》第三十四条、第三十五条、第三十六条中规定：“保证保险是为保证合同债务人的履行而订立的合同，具有担保合同的性质；保险人承担保险责任后，有权依照合同向投保人追偿，人民法院审理保证保险合同纠纷确定当事人的权利义务时，适用保险法，保险法没有规定的，适用担保法”。显然，最高法院系采“保险法与担保法并用说”。该《征求意见稿》虽未颁布，但至少说明最高法院持该观点。[55]

上述观点从表面上看似都有道理，但都没有从法律构成要件上进行分析，难免牵强，不具说服力。笔者认为，保证保险作为财产保险领域的一个新品种，是有别于其他财产保险的。保证保险合同最大的特征是债务人与保险人签订保险合同，约定当债务人不履行其与债权人借款（或买卖）合同债务时，由保险人向债权人承担保险赔偿责任，保险人履行向债权人保险赔偿责任后，取得债权人对其的代位求偿权。此约定排除了保险法二项规则：一是主观故意造成的保险事故保险人不承担保险责任的规则。[56]二是保险人只有向事故责任第三者追偿而不能向投保人追偿的规则。[57]持“保险保证说”的思维定势就是拘泥于该规则。殊不知，此规则为任意性规范，当事人可以约定排除适用，而追求自身利益的最大化。保险法第二条规定：“本法所称保险，是指投保人根据合同约定，向保险人支付保险费，保险人对于合同约定的可能发生的事故因其发生所造成的财产损失承担赔偿责任，或者当被保险人死亡、伤残、疾病或者达到合同约定的年龄、期限时承担给付保险金责任的商业保险行为。”担保法第六条规定：“本法所称保证，是指保证人和债权人约定，当债务人不履行债务时，保证人按照约定履行债务或者承担责任的行为。”保证保险若满足保险法第二条规定的说明性法条的构成要件，就是保险法的调整对象，应当适用保险法；若满足担保法第六条规定的说明性法条的构成要件，就是担保法的调整对象，应当适用担保法。试举一例分析之：



2003年4月18日，甲银行向借款人乙提供汽车消费贷款50万元，贷款期限自2003年4月18日起至2006年4月17日止，贷款年利率为7.137%，贷款采用分期还本付息方式。甲银行、借款人乙与丙保险公司三方签订《消费贷款履约保险合同》，丙方应履行的保险责任为：乙方连续三个月未履行借款合同规定的还款计划，丙方负责向乙方赔付甲方此三个月内所欠的贷款本息，乙方连续六个月未履行借款合同规定的还款计划，丙方负责向甲方赔付乙方所欠甲方所有未清偿贷款本息及逾期利息。2003年4月28日甲向乙提供贷款50万元。同日，乙向丙交纳保险费，丙向乙出具保险单。后乙未履行还款义务，甲分别于借款后的三个月、六个月向丙发出理赔通知，丙不予理赔。甲于2005年2月28日向法院起诉，请求判令丙赔偿50万元贷款本息，有无法律依据？

1、甲、乙与丙签订《消费贷款履约保险合同》，投保人乙提出保险要求，经保险人丙同意承保，并就合同的条款达成协议，保险合同成立（保险法第十三条）。

2、乙向丙交纳保险费，丙向乙出具保险单。保险合同成立后，投保人按照约定交付保险费；保险人按照约定的时间开始承担保险责任（保险法第十四条）。

3、乙方连续三个月、六个月未履行还款义务，为保险事故发生（保险法第十七条第五款：保险事故是指保险合同约定的保险责任范围内的事故），丙方负责向甲方赔付乙方所欠甲方所有未清偿贷款本息及逾期利息（保险法第十七条第五项）。按照约定优于法定规则，排除保险法第四十五条的适用。

4、甲银行有权请求丙承担保险赔偿责任（保险法第二十二条第二款）。

5、丙应向甲银行承担保险赔偿责任，甲请求依法予支持（保险法第二十三条、第二十四条）。

而该案件却不能满足担保法第六条之构成要件，便无适用担保法进行调整的余地。上述分析表明，保证保险是一种有别于保证的保险种类，它既然以保险关系为基础发挥担保功能，自然应适用保险法，虽然保险法没有对它进行规定，但关于保险关系的基本法律规范和法律原则应是调整它的依据。因此，实践中在处理保证保险纠纷时，自无适用担保法的空间，我们不能因为它有担保的功能，就非得在担保法中找到规范它的依据。至于因保证保险合同自身的约定而发生与担保法规定相同的法律效果，亦不能成为其接受担保法调整的证明和理由。[58]

## 七、结语

确定保证保险合同纠纷所适用的法律，不能仅看合同的名称，不能被合同名称所迷惑，应根据当事人约定的合同内容，在准确认定事实基础上，搜索请求权基础规范，当法律事实成为法律推论的小前提后，根据法律适用的逻辑模式，符合保险法某一完全法条的全部构成要件，该完全法条的法律效果即应适用于保证保险。[59]而不能不对法律构成要件进行分析，牵强的适用担保法进行调整。



注释:

[1]目前,我国开办的保证保险险种主要有分期付款买卖保证保险、质量保证保险、住房消费贷款保证保险、汽车消费贷款保证保险等。

[2]有观点主张,因实践中履行保证保险合同的不规范行为,以及在处理保证保险合同纠纷时的疑难复杂情况,建议应当停办保证保险业务。笔者认为,此主张有因噎废食之嫌。

[3]理论界和实务界对保证保险的法律适用问题也作了一些有益的探讨,如2002年1月26日,国家法官学院科研部和中国保险公司法规部在哈尔滨市举行了为期两天的“分期付款购车保证保险法律问题研讨会”。最高法院研究室及有关庭室、部分高级法院、高校法学院、保险公司、政府官员、专家学者等二十余人出席了研讨会,研讨会虽然取得了一些成果,但仍有诸多观点难以弥合。参见汪治平著:《分期付款购车保证保险法律问题研讨会综述》,载《法律适用》2002年第7期,第79—80页。

[4]1999年8月30日,中国保监会“保监法(1999)16号”《关于保证保险合同纠纷案的复函》。

[5]2000年8月28日,最高人民法院“(1999)经监字第266号”《中国工商银行郴州市苏仙区支行与中保财产保险有限公司湖南省郴州市苏仙区支公司保证保险合同纠纷一案的请示报告的复函》。

[6]李建智著:《保证保险辨析——兼评“借款保证保险”在学术上理论上的认识误区》,载中国保险学会主办《保险研究》1994年第2期,第12—14页。

[7]邹海林著:《保险法》,人民法院出版社1998年版,第354页。

[8]参见侯春丽著:《保证保险合同纠纷能否先起诉保险人》,2004年7月18日《人民法院报》第4版之现在开庭栏目,中国应用法学研究所杨洪逵先生点评。

[9]参见侯春丽著:《保证保险合同纠纷能否先起诉保险人》,2004年7月18日《人民法院报》第4版之现在开庭栏目,中国应用法学研究所杨洪逵先生点评。

[10]传统的保险理论认为,保证保险是保险人于被保险人因其受雇人之不诚实或其债务人之不履行债务所致损失,负赔偿责任的一种财产保险。保证保险有广义和狭义之分。广义的保证保险包括诚实保证保险和确实保证保险。诚实保证保险,是指由保险人保证被保险人(雇主)的受雇员工将诚实执行职务,如有不诚实行为(如欺诈、侵占等)致被保险人遭受金钱或财物损失的,由保险人向被保险人承担赔偿责任。确实保证保险,也就是狭义的保证保险,是指保险人保证被保险人的债务人将忠实履行债务,如债务人有不履行债务之情事,致债权人遭受金钱或财物损失者,由保险人负赔偿之责。我国目前开设的消费贷款保证保险,则属于后者。参见李华著:《贷款保证保险中银行利益的保护》,载《南京大学法律评论》,2004年春字号。又见侯春丽著:《保证保险合同纠纷能否先起诉保险人》,2004年7月18日《人民法院报》第4版之现在开庭栏目,中国应用法学研究所杨洪逵先生之见解。

[11]如果投保人为债权人,其与保险人签订的保险合同不是保证保险合同,而是信用保证保险合同。参见汪治平著:《分期付款购车保证保险法律问题研讨会综述》,载于《法律适用》2002年第7期,第79页。

[12]载2005年2月18日<http://www.cfcjbj.com>中外民商裁判网。



[13]祝铭山主编：《典型案例与法律适用——保险合同纠纷》中国法制出版社 2004 年 1 月版，第 205 页。

[14]载 2003 年 3 月 9 日 <http://www.chinacourt.org> 中国法院网。

[15]王爱军著：《对一起保证保险合同案件中法律问题的探讨》载 2003 年 12 月 10 日《人民法院报》“理论与实践”之民事审判版。

[16]转引梁冰等著：《保证保险合同若干法律问题探析》，载 2005 年 3 月 25 日 <http://www.asiainsure.com> 环亚保险网。袁宗蔚著：《保险学——危险与保险》，三民书局 1994 年版，第 619 页。

[17]齐秀梅等著：《消费贷款保证保险法律关系解读——兼议保险机制介入消费贷款风险分散领域的模式》，载《行政与法》2003 年第 6 期，第 86-88 页。

[18]贾林青著：《保证保险合同的法律性质之我见》，载《法律适用》2002 年第 9 期，第 23 页。

[19]最高人民法院“1998 年经终字第 291 号”民事判决书，《中保保险青岛分公司与中国银行山东省分行、青岛惠德工艺礼品有限公司追索信用证垫付款纠纷案》。

[20]1999 年 8 月 30 日，中国保监会“保监法〔1999〕16 号”《关于保证保险合同纠纷案的复函》。

[21]王颖琼等著：《保证保险二元性思辨及其法律适用》，载万鄂湘著：《商行为法律理论与实用》，人民法院出版社出版 2005 年 1 月版，283—298 页。

[22]王颖琼等著：《保证保险二元性思辨及其法律适用》，载万鄂湘著：《商行为法律理论与实用》，人民法院出版社出版 2005 年 1 月版，283—298 页。

[23]王颖琼等著：《保证保险二元性思辨及其法律适用》，载万鄂湘著：《商行为法律理论与实用》，人民法院出版社出版 2005 年 1 月版，283—298 页。

[24]王颖琼等著：《保证保险二元性思辨及其法律适用》，载万鄂湘著：《商行为法律理论与实用》，人民法院出版社出版 2005 年 1 月版，283—298 页。

[25]刘晋文著：《保证保险的法律适用》，2004 年 2 月 18 日《人民法院报》理论与实践之民事审判版。

[26]保险法第二十八条第二款：“投保人、被保险人或者受益人故意制造保险事故的，保险人有权解除保险合同，不承担赔偿或者给付保险金的责任，除本法第六十五条第一款另有规定外，也不退还保险费。”

[27]王爱军著：《对一起保证保险合同案件中法律问题的探讨》，2003 年 12 月 10 日《人民法院报》理论与实践之民事审判版。

[28]褚红军著：《保证保险合同三议》，载《人民司法》2000 年第 12 期（总第 443 期），第 41 页。

[29]混淆了保证保险与信用保险的区别，虽然在信用保险中保险标的也是义务人的信用风险，但信用保险是保险人应权利人的要求保证义务人的信用。易言之，在信用保险中，投保人是权利人。保证保险是指保险人与投保人（债务人）约定，当债务人不能够按照借款合同履行还款义务时，由保险人负赔偿责任的保险。易言之，在保证保险中，投保人是义务人。



[30]详见保险法第六条、第九十二条第三、四款、第一百零五条第一、二款的之规定。

[31]详见担保法第七条至第十一条之规定。

[32]目前，虽有专门为债务人提供信用担保的担保公司，但与保险公司提供的保险保险仍有质的区别。

[33]王亚明著：《保证保险合同与保证合同的区别》，2003年11月19日《人民法院报》理论与实践之民事审判版。

[34]贾林青著：《保证保险合同的法律性质之我见》，载《法律适用》2002年第9期，第21—23页。

[35]唐松涛著：《投保人虚构保险标的骗取保险和贷款——保险公司承担保证保险责任》，2005年5月10日《人民法院报》C3版。

[36]最高人民法院“（2000）经终字第295号”民事判决书《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上诉案》。

[37]担保法第五条：“担保合同是主合同的从合同，主合同无效，担保合同无效。担保合同另有约定的，按照约定。”

[38]郭德方等著：《保证保险若干问题谈——兼论〈最高人民法院关于审理保证保险纠纷案件若干问题的解释〉（征求意见稿）有关条款的修改与完善》，载中国法院网。

[39]唐松涛著：《投保人虚构保险标的骗取保险和贷款——保险公司承担保证保险责任》，2005年5月10日《人民法院报》C3版。

[40]最高人民法院“（2000）经终字第295号”民事判决书，《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上诉案》。

[41]保险法第十二条：所称保险利益，即可保利益，应当是可以确定的经济利益。除保险法第五十三条规定外，投保人对因下列事由产生的经济利益具有保险利益：（一）物权；（二）合同；（三）依法应当承担的民事赔偿责任。

[42]中国人民银行于1996年、1997年、1998年分别发布了《保险管理暂行规定》、《保险代理人管理规定（试行）》和《保险经纪人暂行规定（试行）》。

[43]1983年9月1日“国发[1983]35号”。

[44]李建智著：《保证保险辨析——兼评“借款保证保险”在学术上理论上的认识误区》，载中国保险学会主办《保险研究》1994年第2期，第11页。

[45]2002年10月28日，第九届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议《关于修改〈中华人民共和国保险法〉的决定》修正。

[46]《保险管理暂行规定》附则中所的“主要险种名单”第五类“保证保险类”包括：“投资保险、保障与赔款保险、雇主忠诚担保保险”。



[47] 1999年8月30日“保监法（1999）16号”。

[48] 最高人民法院于1997年6月23日发布的“法发（1997）15号”《最高人民法院关于司法解释工作的若干规定》第八条规定：“司法解释经审判委员会讨论通过后，以最高人民法院公告的形式在《人民法院报》上公开发布，并下发各高级人民法院或地方各级人民法院、专门人民法院。”该批复未经最高人民法院审判委员会讨论通过，也未公开发布，所以不是正式的司法解释。

[49] 中国保监会于1998年11月18日成立，在此之前全国商业保险的主管部门是中国人民银行。

[50] 1999年8月30日，中国保监会针对最高人民法院告诉申诉庭的“中国工商银行郴州市苏仙区支行与中保财产保险有限公司郴州市苏仙区支公司保证保险合同纠纷一案征求意见函”作出的“保监法（1999）16号”《关于保证保险合同纠纷案的复函》。

[51] 《中保保险青岛分公司与中国银行山东省分行、青岛惠德工艺礼品有限公司追索信用证垫付款纠纷案》。

[52] 《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上诉案》。

[53] 实务中持同样观点者认为：“在审判实践中，不能将保证保险合同理解为是被保证人与被保险人之间的基础民事合同的从合同。被保证人与被保险人之间的基础民事合同的权利义务虽然是保险人确定承保条件的基础，基础民事合同与保证保险合同有一定的牵连性，但其并不能改变两个合同在实体与程序上的独立性，它们之间并不存在主从关系。所以，在保证保险合同中，当被保证人逾期不履行合同义务时，被保险人不能同时要求作为基础民事合同一方当事人的被保证人和保证保险合同的保险人互负连带责任，保险人只能按照保证保险合同的约定，当保险事故发生后独立承担保险责任。”参见四川省高级人民法院课题组和中国人民财产保险股份有限公司四川省分公司课题组联合作出的《关于保险合同纠纷案件中法律适用问题的调查报告》，载2004年12月2日中国法院网。

[54] 参见侯春丽著：《保证保险合同纠纷能否先起诉保险人》，2004年7月18日《人民法院报》第4版之现在开庭栏目，中国应用法学研究所杨洪逵先生点评。

[55] 理论界也有持该观点者，认为保证保险是一种保险，但实际上是对买卖合同的担保，具有较强的保证性质，因而首先适用保险法的规定，但保险法没有具体规定时，应当适用担保法第24条的规定。参见汪治平著：《分期付款购车保证保险者法律问题研讨会综述》，载《法律适用》2002年第7期，第79页。

[56] 保险法第四十五条：“因第三者对保险标的的损害而造成保险事故的，保险人自向被保险人赔偿保险金之日起，在赔偿金额范围内代位行使被保险人对第三者请求赔偿的权利。”[57] 保险法第四十七条：“除被保险人的家庭成员或者其组成人员故意造成本法第四十五条第一款规定的保险事故以外，保险人不得对被保险人的家庭成员或者其组成人员行使代位请求赔偿的权利。”

[58] 张海荣等著：《保证保险是一种有别于保证的独立担保形式——兼与王爱军同志商榷》，2004年1月14日《人民法院报》理论与实践之民事审判版。

[59] 这里所阐述的完全法条仅为据以裁判的核心法条，尚需其他说明性和补充性法条进行补强。

