

# 论社会损害综合防控体系中的责任保险制度设计

## ——基于损害救济与防控效率的社会成本分析

许 明 月\*

**摘要:**从宏观视角运用社会成本理论进行分析,将责任保险机制引入侵权损害赔偿制度,不仅可以大幅度地节省侵权的救济成本,而且可以提高综合社会损害防控体系的运行效率。那种认为在侵权损害赔偿领域引入保险机制必然扩大社会损害规模因而是无效率的传统观念可能并不正确。责任保险制度是否有效在很大程度上取决于相关制度如何安排。为提高责任保险制度的效率,相关制度的设计必须从社会损害综合防控的视角出发,一方面通过合理的制度安排,强化侵权损害的救济成本控制;另一方面,应充分重视保险机制提高综合社会损害防控体系运行效率的作用,通过更有效率的社会损害防控体系,降低社会损害的总规模。

**关键词:** 责任保险 侵权责任 社会成本 社会损害综合防控体系

将保险机制引入民事责任领域是现代法律发展进程中的一件大事,由此建立的责任保险制度也因而备受人们关注。有人为之欢呼雀跃,亦有人为之忧心忡忡。<sup>①</sup>两种截然不同的心态充分表明,尽管责任保险制度有效解决了现代社会中的某些问题,但它同时也带来一些新的问题。在有关责任保险制度的各种问题中,最令人担忧的莫过于它对传统侵权法预防损害功能的削弱。在学界有一种观点非常流行:责任保险制度的推行可能会使人们疏于对自己行为的约束,从而引发更多的损害发生,降低整个社会的损害防范水平。<sup>②</sup>笔者认为,从社会成本的角度来看,影响责任保险效率的基本因素有二:一为损害规模的大小;二为救济成本的高低。笔者拟从宏观的综合视角出发,运用社会成本理论,论证在社会损害综合防控的框架下合理的责任保险制度对这两个基本因素可能产生积极的影响,并在此基础上就如何设计更有效率的责任保险制度提出相应的建议。

### 一、责任保险制度对损害救济社会成本的影响

按照经典的保险制度运行方式,当被保险人就某项责任投保后,如果因其行为导致第三人损害且该损害在保险合同约定的赔偿范围内,则由保险人承担该损害的全部或部分赔偿。在这里,被保险人的基本义务是缴纳保险费,其基本权利是要求保险公司在责任发生后就该行为导致他人的损失给予赔偿;而保险人的基本义务是按照保险合同的约定承担赔偿责任,其基本的权利是收取保险费。在保险机制引入责任领域之后,损害的行为人并没有发生改变,损害仍然是行为人的行为造成的。从理论上说,行为人损害赔偿责任也并没有因为保险的存在而减轻或免除,所不同者是在行为人依法应当承担赔偿责任时责任或责任的一部分转由保险公司实际承担。

\* 西南政法大学经济法学院教授、博士生导师

<sup>①</sup> See Lynn M. LoPucki, *The Death of Liability*, *Yale Law Journal*, October 1996; Heuston, R. F. V. and Buckley, R. A. *Salmond and Heuston on the Law of Torts*, 19th ed., London: Sweet & Maxwell, 1987, p. 32.

<sup>②</sup> 参见王家福主编:《民法债权》,法律出版社1991年版,第436-438页;王利明主编:《民法典·侵权责任法研究》,人民法院出版社2003年版,第270-271页。

一般认为,责任保险的基本功能是分散风险,但如果损害事件并没有因为责任保险的存在而减少,那么,这项制度的引入就不可能在总体上使社会的状况变得更好。实际上,责任分散仅仅是责任承担方式的改变,它只能产生分配的结果——将某个人的损害或利益转移到另外一个人或众多的其他人,就如同按照传统方式承担侵权责任一样——将侵权事件造成的受害人损失转移给侵害人,并没有创造新的社会财富。如果将责任保险制度的功能仅仅定位于分散风险或责任,那么这种制度的长期运行便可能导致社会总财富的不断减少。果真如此,它就不可能是一种好的制度。止于分散风险的责任保险制度可能是没有生命力的。由于它不能减少风险,降低社会损害总规模,因而是没有效率的。尽管某些不幸被保险事故光顾而又有幸投保了责任保险的人可能因保险而获得重大利益(责任免除或大比例减轻),但长此以往,所有被保险人都会发现,他们实际上共同承担了比没有责任保险状态下大得多的平均成本。考虑到损害规模的扩大以及维持保险机构正常运行所增加的成本,这一结果似乎是必然的。

实际上,责任保险的效率并非来源于其可以分散风险,而在于其对损害救济成本的减少。

在传统侵权法中,损害救济的基本路径是:在责任性损害发生以后,先由侵权人与受害人之间就如何补偿损害进行协商谈判,如果协商不成(包括在第三方介入情形的协商,如调解),会将争议提交第三方进行裁断(包括司法性第三方裁断如民事诉讼或其他诉讼,和非司法性第三方裁断如仲裁),并以裁断的自愿或强制执行而使纠纷得到最终解决,损害赔偿最终得以实现。<sup>①</sup>在这里,我们首先应当看到的是,所有围绕纠纷解决而做的工作都是为了实现对损害的赔偿,而损害赔偿就其本身而言是非生产性的,损害赔偿的实现意味着一方的损失转由另一方承担或一种利益从一方转移到另一方。在损害得到赔偿后,社会并不因此直接产生新的财富。赔偿本身是一种纯粹的分配性活动,围绕赔偿所发生的一切资金、劳动以及其他资源的消耗都将构成纯粹的社会成本。在传统侵权法损害救济过程中,每一个环节都可能产生巨大的成本。侵权意味着平等的一方不适当地损害了另一方的正当利益,因此有关侵权责任的纠纷大多具有高度对抗性,损害事件发生后,当事人之间就赔偿问题发生的交易(协商)具有双边垄断的性质,可能发生极高的交易成本。由于缺乏外部市场,因此协商定价缺乏可以参照的标准,双方当事人对合理补偿标准的主观判断可能存在极大的差异,以致在某些侵权案件中,无论如何协商均不能达成赔偿协议。在传统侵权法损害救济的制度设计中,第三方裁断制度(如仲裁或诉讼)实际上发挥了成本控制的主要作用。当案件提交第三方裁断后,当事人之间的协商终止,由第三方居中赔偿作出公断。因而,这一制度的存在可以使当事人一方根据需要中断协商程序,从而避免解决纠纷的协商谈判永无止境,解决纠纷的成本无限扩大。但是,尽管司法机制的存在可以对成本进行有效控制,<sup>②</sup>但司法机制本身也会产生巨大的成本。司法程序一经启动,众多的人将会卷入纠纷的处理,并为此消耗大量的资源。在另一方面,尽管有司法的最终保障,但损害责任发生后,受害者一方是否能够获得实际赔偿,在很大程度上还要受制于侵害方的赔偿能力,如果侵害方没有足够的财产承担判定的责任,司法程序运作的效果就会大打折扣。在社会交往日益频繁、人们间相互损害的风险日益加大的现代社会,让每一个损害事件的当事人按照传统侵权救济的方式解决损害赔偿问题,其发生的社会成本之巨,可想而知。

保险机制的引入至少可以在以下三个方面有效降低损害赔偿实现的社会成本:第一,在第三方公断之外引入一种新的成本控制机制,即事先的损害赔偿准备机制,从而消除协商达成协议的主要障碍。很显然,损害赔偿协商之所以难以达成协议,造成过高的成本,最为重要的因素之一是侵害人做出损害赔偿后自己的利益会受到减损,在某些情形下,这种赔偿的作出甚至可能使侵权人一方倾家荡产,陷入生存困境;面对这种后果,侵权人往往很难自愿接受对方提出的要求而做出赔偿。而保险的存在使得潜在的侵权人对未来可能发生的责任做出事先安排。通过这种安排,侵权人在责任事故实际发生时,即便对受害人的损失做出赔偿,自身也不会遭受重大损失,因而更容易接受对方当事人提出的赔偿要求,使赔偿得以实现。

① 参见[日]棚濑孝雄:《纠纷的解决与审判制度》,王亚新译,中国政法大学出版社1994年版,第57页。

② 参见许明月:《侵权救济、救济成本与法律制度的性质》,《法学评论》2005年第6期。

尽管保险人与投保人约定赔付的限额并不是一个固定价格,也并不一定能够得到受害人的认可,但事先损害补偿准备机制的存在消除了当事人协商解决程序中导致协商成本过高的主要障碍,对促成侵害方与受害方达成赔偿协议无疑有明显的促进作用。第二,在某种程度上将侵害人与受害人之间的关系转化为保险人与受害人之间的关系,从而有效缓解因损害事件而引发的当事人之间解决赔偿问题的情绪对立,影响交易达成的非理性因素被有效排除,因情绪对立而增加的达成处理赔偿事件协议的交易成本会因此降到最低的限度。第三,责任保险中通过专业化的专家团队处理损害赔偿事件,克服了私人处理所存在的信息不足等问题,有效降低了学习和试错的成本。很明显,一方面在单个分散处理损害赔偿问题的侵权救济模式下,相关知识的习得可能需要每一个当事人完成,而其获得的知识又往往只是为一次损害事件的处理而使用,而在责任保险机制中,这些知识则可以重复不断的使用,在耗费一定的成本获取之后,便没有必要为未来发生的案件再耗费同样的成本来获取这类知识和信息,因而可以有效降低信息的获得成本。另一方面,由于非专业人士拥有相关信息的有限性以及因此造成的经验不足,错误难免发生,错误本身以及纠错均可能产生大量成本,而专业化处理则可以将这种成本降低到最低限度。

从以上的分析可以看出,把责任保险引入侵权责任领域可能使损害救济的社会总成本大幅降低,如果责任保险制度的引入导致一个社会总损害增加了200 个单位,而与此同时又使这个社会用于损害救济的成本比按照传统侵权方式进行救济的成本减少了300 个单位,从整体上看,责任保险制度的引入仍然可以说是有效率的。这将意味着即便责任保险制度引入有可能增加社会总损害规模,考虑到其对救济成本的减少,它仍然可能是一项有效率的制度。从社会整体效果来看,这种成本的减少将意味着责任保险制度可能比传统侵权法损害救济制度更有效率。

## 二、社会损害综合防控视野下责任保险制度对社会损害规模的影响

从前文有关责任保险制度对节省救济成本的分析可以看出,责任保险制度并不会必然导致社会成本的增加,而且它有可能使整个社会因救济损害成本的减少而从中获益。

不过,一个明显的问题是,如果责任保险节约的社会成本低于因此项制度引入导致整个社会损害量上升而增加的社会成本,那么责任保险制度就仍然是无效率的。考虑到责任保险对人们行为谨慎度和损害预防性投入的负面影响,这种忧虑并不是杞人忧天。

诚然,我们不能武断地否定责任保险对潜在侵害人行为谨慎度的负面影响,但我们也不妨将这种行为谨慎度的降低视为一种预防义务的转移,即投保人通过缴费将一部分防范义务转移到保险人身上。如果这样理解的话,问题的关键就是:可能导致损害的行为人以缴纳保险费的方式将一部分本可能自己用于预防损害危险的投入转移于保险人是否必然会导致一个社会整体风险防控水平的降低。简言之,风险防控工作能否在责任保险领域得到延伸,以及这种延伸能否更为有效。也就是说,某些危险的防控工作是否应当交由保险人来做?交由保险人来做是否会做得更好?如何回答这两个问题,对重新评价责任保险制度的效率乃至如何重塑更有效率的责任保险制度都至关重要。

我们认为,社会风险的控制水平不能完全从相关个体预防投入的增减来进行评价。在现代风险社会,无处不在的损害风险需要我们从社会安全的视角出发建立完备的社会风险防控体系,而不能将风险的控制完全建立在当事人自我防控的基础上。唯有如此,才能从总体上提高社会的风险防控能力,降低损害的总规模。<sup>①</sup>从社会风险防控的宏观视角考察可以发现,社会个体对损害的防控固然重要,但它仅仅是社会风险防控体系的一个组成部分。一个完整的综合风险防范体系至少由三个基本的子系统构成,除众多潜在侵害者个体以及众多潜在的受害者个体为预防损害而建立的防控系统外,政府与社会管控机制也是其

<sup>①</sup> “在任何一种情况下,社会控制使其有可能为最大多数人做最多的事情……正义意味着一种制度。我们以为它意味着那样一种关系的调整和行为的安排,它能使生活物质和满足人类对享有某些东西和做某些事情的各种要求的手段,能够在最少阻碍和浪费的条件下尽可能多地给以满足。”[美]罗斯科·庞德:《通过法律的社会控制》,沈宗灵、董世忠译,商务印书馆1984 年版,第35 页。



中不可或缺的重要组成部分。从社会成本的角度考察责任保险制度的效率问题,不能仅仅看到其在个案中对潜在侵害者的影响(尽管它可能是其中的重要方面),而应当将其纳入综合的社会防控体系中进行总体考察。如果引入保险机制后,社会防控体系在社会总成本不变的情况下使损害总量下降,保险的引入就是有效率的。从构建有效率的社会损害综合防控体系的需要出发,对上述第一个问题的回答显然应当是肯定的。在责任保险框架下,潜在侵害人通过投保将一部分成本转移给保险人,其行为的结果是本人防范风险意识、行为谨慎度的降低和用于防范损害的投入的减少,社会将因众多的潜在行为人的投保而招致总损害的增加。这意味着众多的潜在侵害人和保险人将通过责任保险而获得利益,但社会则因此受到更大规模的损害,潜在侵害人和保险人的自益行为是以更大的社会成本消耗为代价的。责任保险制度的引入带来的社会损害的增加实际上是责任保险制度的外部负效应(负外部性);从经济学原理出发,处理外部性问题的最直接的方法是将这种外部负效应通过内部化的方式由行为人自己承担。这种处理显然也具有法理上的正当性,既然责任保险带来了社会损害的增加,那么增加的损害就应当在责任保险当事人之间消化掉,这符合法律所追求的公平正义价值。但要实现这一目标,必须对现有法律制度进行调整,通过对相关法律制度中权利、义务和责任进行重新配置,使个人成本和社会成本重新回归平衡。一种可行的法律改革思路是通过法律确立保险人的损害防范义务,如果保险人没有按照法律要求履行这种义务,它同样也应当承担相应的责任。这种法律改革的思路主要是基于如下的假设:潜在的行为人将一部分投入以保险费的方式转移给保险人,其防范损害的义务也应在同一的水平上发生转移。将保险人防范损害的义务通过法律予以明确规定,可以迫使保险人对社会损害的防范付出更大的努力,这对提高社会损害防控体系的总体效率显然是有益的。然而,仅仅以外部负效应内部化的方式处理问题并不能给社会带来增益,要使责任保险制度对社会损害防控体系整体效率的提高产生积极作用,必须在社会损害综合防控体系的框架内最大限度地利用保险人防控优势,实现社会成本的最小化或社会收益的最大化,通过保险人的主动作为,推进社会损害综合防控效率的提高。上述第二个问题实际上暗含了这样的含义:如果在社会损害综合防控体系中某些工作由保险人去做可能会做得更好,那么责任保险机制的目标定位就不应仅仅是为了实现个人成本与社会成本的平衡,而应当有更高的目标追求,即提高社会损害综合防控的效率,最终实现社会损害总量的减少。我们认为,在合理的制度安排下,责任保险这一目标的实现是完全可能的。合理的功能界分和资源配置往往是一个系统发挥最佳功能的前提。

在综合的社会防控体系中,责任保险在减少社会损害应对成本、提高社会损害综合防控的效率方面是能够有所作为的。这是因为:首先,责任保险的存在使社会防控体系更加完善。保险人是损害减少的直接受益者。在责任保险中,责任性损害事件多少及造成损害的大小与保险人的盈利水平呈负相关关系,责任事件造成的损害越小,保险人获利越大;反之,责任事件造成的损害越大,保险人的获利越小。这将意味着保险人在投入预防的预期成本小于预期的因损害减少而增加的收益时会理性地选择采取预防措施,防止损害的发生;在责任事件发生后,也愿意在组织抢救的预期成本低于因减少损害而获得的收益时积极组织抢救。在保险人看来,只要预防和抢救的成本低于预期,采取预防和抢救措施都是自益的、划算的。损害与保险人盈利水平的关系决定保险人对减少损害有明显的利益驱动。这将意味着通过保险人的自利行为,因责任保险降低被保险人预防意识、防控投入而引起的损害的扩大可以通过保险环节中保险人的防控而得到有效控制。责任保险的引入在社会损害防控体系中增加了一股来自于保险人的积极的防控力量,社会综合防控体系因此更加完善。其次,保险人在预防和减少损害的某些方面有明显的优势。保险人长期从事某类责任事故的调查、分析和处理工作,对可能发生某类责任行为的隐患、各类隐患的有效防范手段等应有更全面系统的了解,利用其与客户之间建立的关系网络,相关信息可以迅速传递给被保险人,从而可以使每一个被保险人在掌握充分信息的条件下进行风险防控工作,减少被保险人个体风险防范知识的学习成本、信息获得成本和试错成本,提高整体防控水平。在信息传递方面,在侵害人相互隔阂的自然分布状态下,有关事故防范手段信息往往需要通过长期的日常交流才能使每一个潜在侵害人获悉,而通过由保险人建立的信息沟通共享平台,这种信息便可能在极短时间内让所有潜在侵害人周知。在发生保险

事故后减少损害方面,保险人同样具有自己的优势。保险人强大的专家团队可以为行为人提供科学应对事故、减少实际损害的指导,防止损害进一步扩大或蔓延。这表明保险人的存在可以使社会中某一类风险防范在整体上以更少的成本获得更好的效果,社会风险防控体系将因而而更具效率。最后,保险人的存在可有效提高政府防控和社会避害的效率。对保险人而言,社会总损害的减少与其自身的利益直接相关,在成本允许的情况下它会竭力为社会防控体系更有效运行创造条件或提供支持。例如,保险人为政府有关部门提出专业性意见以完善其防控机制,或为政府组织抢救提供信息和技术支持使其减损行动更具效率;或者为潜在的受害人主动提供预防损害的避害信息和技术,使其避害措施产生更好的效果。保险人的存在可有效提高其他子系统的运行效率,从而使社会损害综合防控体系的运行效率在整体上得到提高。

需要指出的是,合理的制度安排是责任保险机制对社会损害综合防控体系发挥积极作用的前提。如前所述,社会损害综合防控的总体效果取决于体系内各种要素的有效配置。只有相关要素在最能发挥作用的领域最大限度地将其作用发挥出来,社会损害综合防控的效果才能实现最优化;潜在侵害人和保险人也只有在各自享有优势的领域发挥其损害防控作用,才能整体上改善损害防控的效果。为此,在制度设计时,必须对责任保险涉及的相关要素优势进行分析,并在此基础上进行合理的功能定位。尤其重要的是,应当对保险人和潜在侵害人的损害防控优势进行分析并在此基础上配置相应的权利、义务(职责)、责任。

上述分析表明,社会损害应对机制的社会成本问题不应从其中一领域的运行状况来考察,而应当从整个社会防控系统的总体效果来考察。当社会损害防控体系能够以相同的成本消耗获得更好的防控效果或以更小的成本投入获得同样的防控效果时,社会也将因该项制度的引入而整体受益。

### 三、社会损害综合防控体系中的责任保险制度设计

前文的分析只是在可能的意义上证明了引入责任保险制度并不必然会带来社会损害的增加,更不会必然带来应对损害的社会成本的增加。要将这种可能转化为现实,还需要具备一定的条件。在所有相关的条件中,责任保险制度的合理设计显然是具有决定意义的。

美国学者罗纳德·H·科斯在论及制度经济学的分析方法时指出:“在解决经济问题的不同社会安排间进行选择,当然应在比此广泛的范围内进行,并应考虑这些安排在各方面的总的效应……显然,只有得大于失的行为才是人们所追求的……在设计和选择社会格局时,我们应考虑总的效果。这就是我所提倡的方法的改变。”<sup>①</sup>责任保险制度的设计就应从社会损害综合防控的高度,充分考虑其运行的“总的效果”。

前述责任保险机制效率之源的分析启示我们,要构建有效率的责任保险制度,必须从以下方面入手:其一,应最大限度地发挥责任保险在节约救济成本方面的功能,使责任保险替代侵权救济实现损害赔偿方面的优势充分发挥出来;其二,必须尽可能提高责任保险制度在社会损害综合防范体系中的积极作用。为此,一方面应尽可能减少责任保险机制的引入对侵权责任约束的影响,使因保险机制的引入而割断的损害行为与赔偿等法律责任重新联系起来,使责任对行为的约束重新发挥作用。另一方面,应充分利用责任保险机制不断提高社会损害防控的效率,通过优化系统资源配置,强化保险人的社会责任和风险控制义务,健全信息沟通和共享机制,加强责任保险各环节的成本控制,整体提高社会损害综合防控体系的运行效率。具体而言,应特别重视以下几个方面的制度建设与改进。

#### (一) 强化保险理赔中的成本控制

保险理赔过程中进行的各种行为和活动都是有成本的,因此要有效控制保险理赔的成本,必须对其中的各种行为在成本分析的基础上采取相应的控制措施。唯有如此,才能实现保险理赔成本的最低化。在保险理赔可能产生的成本中,申请理赔和执行赔付的成本、理赔争议及其解决的成本以及有关事实证明的成本,应是其成本构成的基本方面,在相关制度设计时应特别重视这些成本的控制。

<sup>①</sup> [美]R·H·科斯:《社会成本问题》,载[美]R·H·科斯等编著:《产权权利与制度变迁》,刘守英等译,上海三联书店、上海人民出版社1994年版,第50-52页。

申请理赔和执行赔付的成本是被保险人就保险赔偿提出申请及保险人评估损害、计算赔付金额、进行赔付等过程中发生的成本,是保险理赔中必然发生的成本(必要成本)。但是,理赔制度如何设计对此项成本的高低则可能发生极大的影响。为有效控制此项成本,法律制度在理赔程序的安排方面应尽可能做到便利、简化,有关材料准备和提交义务的设置应遵循必要性原则、成本优势原则和避免重复劳动原则。按照必要性原则,保险理赔所需的材料应当确实为理赔所必需。从长期运行的角度看,任何一份不必要的材料都可能产生巨大的成本消耗,因此要求当事人提供的材料必须严格把握,不能随意开列,否则必将增加当事人的负担,导致理赔成本过高。根据成本优势原则,由谁或以什么方式提供相关信息材料成本最低,法律就应当规定由谁或以什么方式提供,如有关交通事故责任认定的材料,由处理事故的公安机关直接根据保险公司请求提供,显然比由当事人向公安机关获得材料后再转交保险公司更便利,因此在制度安排上,如果规定公安机关与保险公司的合作义务,就会产生更好的成本控制效果。按照避免重复劳动原则,保险理赔中应当避免就同一目的的行为作出多次重复的安排。例如,保险公司在签订保险合同时已经获得了有关投保人、被保险人身份的确切信息,如果要求当事人重复提供相关证明材料,显然没有必要。

此外,作为必要成本,申请理赔和执行赔付的最低成本实际决定了是否有必要启动保险理赔程序。很显然,如果受害人最终得到的损失赔偿是100元,而启动保险理赔程序最少要耗费200元,启动保险理赔程序实际上就得不偿失。如果法律强制要求按照保险理赔程序进行理赔,最终的结果可能是:每个人的状况都不会因为保险理赔而得到改善,即便其中的某个人(受害人)的状况得到改善,也必然是以其他人的更大损失为代价的。因执行保险赔付而使某个主体带来的利益,如果不足以补偿其他主体因此受到的损失,将违反卡尔多-希克斯补偿效率的要求。<sup>①</sup>因此,在保险理赔的制度安排中,应当基于理赔的必要成本设计最低理赔限额制度:在限额以下的,由侵害方与受害人协商解决可能更有利于保险理赔的成本控制。<sup>②</sup>

除必要成本以外,保险理赔过程中还可能发生各种偶发性成本。这些成本如果不能得到有效控制,保险制度效率同样会受到严重影响。其中,最重要的就是因理赔纠纷的发生和处理而产生的成本。在保险理赔的各个环节和方面,如保险人与被保险人、受害人之间就责任归属、分担比例、损害赔偿范围、赔付金额、抢险补偿、误工计算、免赔比率、保险金的归属等都可能发生新的纠纷,解决这些纠纷的协商成本可能非常高。纠纷的发生往往是因为认识的不同和缺乏统一的事先确立并经双方认可的标准。因此,要避免产生此项成本,关键是要统一认识和统一标准。在责任保险中,保险合同在统一认识和标准方面具有十分重要的作用,因此在制度安排上有必要在保险合同签订程序和内容方面针对可能引起争议的情况作出尽可能周详的规定。在程序方面,要完善当事人信息披露制度和保险人解释义务等方面的规定,使当事人双方在信息充分的前提下通过充分协商自愿签订合同;在内容方面,应通过法律尽量将可能引起纠纷的情况纳入合同条款当中,并作出明确而无疑义的安排。同时,对损害计算的标准、赔偿范围等可能发生纠纷的问题应在法律上统一标准并明确规定最终决定者。<sup>③</sup>这样既可以最大限度地避免纠纷,又有利于在纠纷出现时通过有权作出终局决定者迅速地处理纠纷。

证明成本是保险理赔过程中可能发生的又一项重要成本。证明成本的高低主要取决于证明材料的获得、准备和提交等方面的资源消耗。集中取证和权威证明对减少证明材料获得成本具有十分重要的意义,因此应通过立法引入集中取证与权威证明机制。例如,在机动车第三者责任保险案件中,由公安机关介入调查的事件应当由公安机关在处理交通事故的过程中集中收集相关证据并提供权威认定;在没有公安机关介入的交通事故中,应当由保险公司派人到场集中收集相关证据。对集中取证和权威认定机构,应当确立其证据公开义务,同时应建立信息共享机制,使保险案件的相关当事人和处理机构能够共享集中取证和

<sup>①</sup> 参见[美]皮特·纽曼主编:《新帕尔格雷夫法经济学大辞典》(第二卷),许明月等译,北京大学出版社2003年版,第465页。

<sup>②</sup> 目前,保险公司普遍开展的最低赔付金额制度是一个很好的做法,可以在总结的基础上将其上升为法律制度。

<sup>③</sup> 在保险理赔实务中,普遍存在保险公司以计算错误为由拒绝执行人民法院判决的情况。这表明保险公司在计算损失方面掌握的尺度与人民法院可能并不一致。我们认为,保险赔付金额应当根据实际损失和保险合同的约定计算,因为赔偿实际损失是侵权责任的一般原则,所以不能违背。



权威认定机构的相关信息。此外,对于在保险业务过程中已经获得的确定性信息,在理赔过程中应充分利用,以避免重复取证。在证明材料的准备和提交方面应当根据必要性、充分性和避免重复证明原则,确定须提交的证据范围,避免增加取证和准备、提交证据材料的成本。

## (二)加强保险人风险防控责任

尽管保险人存在防控损害的利益驱动,但防控措施的采取往往是高成本的,而损害发生具有不确定性,采取防控措施产生的效果同样具有不确定性。一方面就一般规律而言,用于防控的投入越大,损害事故发生的可能性就越小;但用于防控的投入并不能立即发生减轻损害而使保险人收益的效果。另一方面,采取防控措施减少的损害总量可能远远大于保险人用于防控的投入,但减少损害的总收益实际上会为受害人、侵害人、保险人以及社会共同分享,保险人分获的利益是否能够大于其因此付出的投入同样是不确定的。众多“搭便车者”的存在,会使保险人丧失为防控损害而投入的动力。特别是在责任保险机制中,收费在前,赔偿在后,似乎是不可改变的交易惯例,让保险人自愿动用已经获得的利益博取不确定的、可能为众多人分享的利益,根本不现实。作为理性人的保险人不可能从损害引起的社会总成本和防控带来的社会总收益的角度来看待问题,并基于此作出行为选择。“私人和社会的会计之间存在着一种市场没有计入的差异,政府和法律重要任务之一就是制定一些必要的纠正方案。”<sup>①</sup>因此,尽管保险人与损害减少有着直接的利益关系,且保险人在损害防控方面具有明显优势,但在制度设计上我们不可能完全仰赖保险人的自觉自愿,而必须为保险人设置适度的义务和责任。以责任来加大保险人不作为的成本并使其在考虑是否投入以及投入多大时作出更有利于防控损害的行为选择。

为强化保险人防控责任,可通过立法规定保险人防控风险的义务,并强制性要求保险人设立风险分析与防控方面的内部组织机构,明确其责任范围,按保险收费的一定比例建立损害防控基金,确保保险人有专门的人员和经费用于损害防控。

## (三)完善信息沟通、共享机制

前文的分析表明,保险人的损害防控优势在很大程度上是建立在其信息优势基础上的,因此要充分发挥保险人的损害防控作用,必须从社会损害综合防控体系的角度建立和完善以保险人为核心的信息沟通机制。首先,保险人的信息优势来源于其对保险事故相关信息的收集、加工、分析、整理,且相关信息只有及时反馈到潜在侵害者手中才能对损害防范发挥有效的作用,<sup>②</sup>因此建立健全保险人与潜在的侵害者之间的信息沟通机制就显得尤为重要。其次,损害是否发生以及损害的大小在很大程度上也取决于潜在的受害者避免损害的意识 and 能力。具有充分的避险知识且谨慎行事的人和缺乏避险知识、意识的人,面对侵害人可能对其造成损害的同样行为,所作出的反应自然也就不同,责任事故对其发生的概率和实际发生时造成的损害也完全不同。因此,通过信息沟通机制提高潜在受害人的损害防范意识和能力,对防止或减少损害的发生也至关重要。再次,政府和行业协会等社会主体对防控损害也可以发挥重要的作用,因此建立保险人与政府及行业协会之间的信息沟通机制无疑也是必要的。最后,保险人信息优势的形成和强化,除了需要与潜在的侵害人和受害人之间实现信息互通外,其相互之间的信息交流与共享也不应忽视。保险人之间共享信息,可以使所有的保险人信息拥有的状况以最低成本获得最大限度的改善和优化,从而为社会损害防控提供更好的信息服务。

为建立完善的信息沟通机制,在责任保险立法时应当将保险人为被保险人提供信息服务以及为社会进行特定危险防范的宣传作为其应当承担的一项义务;同时,设置有效的激励制度,建立保险人信息共享平台,鼓励保险人相互之间进行信息沟通和共享。此外,还要建立常规化的责任事故分析报告制度和重大危险隐患特别报告制度,使政府及时获得相关信息。

<sup>①</sup> [美]约翰·罗斯:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社1988年版,第269页。

<sup>②</sup> 损害防范最终要通过潜在侵权人不实施相应的损害行为才能实现,通过建立保险人与潜在侵权人之间的信息沟通机制,一方面保险人及时提醒和督促会有效消除潜在的侵权人因投保责任保险而对损害防控的放松,另一方面,保险人以自己优势的信息资源服务于潜在侵权人防范损害,可使其防控措施更加科学、合理和有效。

#### (四) 重建损害责任分担制度

在社会损害综合防控体系中,各方的有效合作是提高损害防控效率的重要条件。在责任保险制度设计中建立促进相关各方有效合作的机制,其中最为重要的莫过于保险人与被保险人之间的合作促进机制。责任保险机制的引入使行为主体和责任主体产生分离,被保险人往往是责任事件的行为人,而保险人则是损害责任的承担者。这种分离割断了责任与行为的直接联系,从而使责任对行为的约束也失去效果。要解决这个问题,就必须将因保险而割断的纽带重新连接起来,使责任对行为的约束重新发挥作用。

重建责任对行为的约束机制,并不是要使侵权行为与责任的关系恢复到保险引入之前状态,而是在存在责任保险的前提下将责任与行为重新连接起来,使法律规定的责任机制在相关行为人已经投保责任保险的情况下仍然能够对其发挥约束作用。很显然,在责任保险的前提下重建责任对行为的约束不可能通过免除保险人责任的方式而实现。如果这样,责任保险就会失去任何价值。一种可行的思路是,基于社会损害综合防控体系框架中行为人和保险人共同的防控义务,以共同责任形式将行为人重新拉回责任约束的范围之中,并以损害防控义务的履行状况作为行为人与保险人责任分担的基本依据。责任保险的引入是为了提高损害防控的效率,保险人与行为人的防控义务和责任也应随之重新进行配置。在重新界定的防控义务中,保险人违反了其中应由他承担的义务就应当承担责任,行为人如果违反义务损害了其他人的利益同样也应当承担责任。因此,责任的归属与大小应根据重新界定的义务来确定。要对保险人与行为人的责任进行划分,首先必须对二者的义务进行划分。

责任保险制度中保险人和被保险人(潜在的侵权行为人)的责任如何分担在理论上可能有多种选择。从抑制侵权行为有效性角度来考察,行为人的责任应当大于其在考虑保险赔偿的情况下预期从侵权行为中获得的利益。假设损害发生造成的损失为500个单位,不采取预防措施时损害发生的概率为50%,损害发生后被追诉的概率为50%。在不存在保险的情况下,一个理性的侵权人会愿意花费不超过125个单位( $500 \times 50\% \times 50\%$ )用于损害的防范。如果行为人以50个单位投保了相关责任险就可以免除所有责任,这对行为人来说显然是合算的。但是,其结果可能是行为人不采取任何措施防止损害的发生,保险机制的引入会导致侵权责任约束完全失去效力,社会损害总量将会因此而增加,侵权制度也会因此在效率上大打折扣。要解决这个问题,就需要在合理测算的基础上提高实际行为人实施侵权行为的成本。实际上,125个单位既是理性行为人愿意用于侵权防范的最高投入,也是其决定是否投保的重要依据。如果成本超过125个单位,基于理性计算,他将会采取自己预防而不愿意投保。同样,如果行为人在责任事故发生以后,承担的责任加上其已经缴纳的保险费不超过125个单位,那么参加保险对其来说就仍然合算,在125个单位与50个单位之间存在75个单位的空间,应当是保险事故发生后确立行为人责任的合理空间。因此,在保险制度设计中让保险人在事故发生后承担低于75个单位的损害赔偿是可行的。但是,具体标准的确立还应考虑行为人防范上投入的效率。假设在保险人的参与下,某类事故防范的有效投入是60个单位,在此以上的投入所减少的损害将不足以弥补其投入的成本时,就应当以60个单位作为行为人应当承担的责任,或者说,法律规定由行为人自行承担不高于损害12%的责任(从保险人的角度来看,即免赔率)是必要的。当然,作为一种制度安排与个案的处理不同,因而在具体比例的确定上也不可能如此简单。这里的分析旨在表明:保险制度应当使行为人承担一定比例的最低限度的事后责任,该项责任对实际发生责任事故的所有侵权人都应当适用,行为人损害赔偿分担标准应当根据某类责任的必要防控成本来确定。

#### (五) 建立履行风险防范义务的激励机制

普遍的行为人责任分担制度旨在建立一种对潜在侵权人的普遍约束机制,但仅有这种机制还不够。因为如果每个行为人与保险人之间承担的责任比例都相同,将不利于更为谨慎的行为人和更加负责的保险人,所以还要建立激励行为人和保险人积极防控损害的有效机制。

行为人与保险人积极防控损害激励机制可通过将一般侵权行为理论中的过失责任原则移入责任保险环节建立,根据行为人和保险人有无过失和过失大小对双方的责任进行重新认定。责任保险一般适用于



实行无过错责任的侵权领域,除受害人故意等特殊情形外,行为人对损害一般都应承担赔偿责任。在侵权法中,无过错责任作为一种归责原则,其确立的基础在于侵权人的行为为社会引入了一种特殊危险,为有效的控制该危险,并使造成的损害得到有效、及时的救济,才引入比一般侵权行为更为严格的归责原则——无过错责任原则或严格责任原则。<sup>①</sup>然而,行为人与保险人的责任分担则是在对受害人责任确定的情况下如何具体划分二者责任的问题,因此适用无过错责任的基础不复存在,有必要重新引入过失责任原则对行为人与保险人的责任进行界定。

行为人与保险人共同承担着损害防控义务,但损害直接来源于行为人的不当行为,因而保险人的防控义务在通常情况下只有通过行为人才可能发生效果。因此,行为人承担的义务应当是采取必要措施防止损害发生的义务,而保险人的义务则是指导、督促行为人采取合理防控措施的义务。在责任划分上应以各自的义务为基础来确定相应的责任。对行为人来说,由于参加保险并不免除其防控义务,因此对行为人仍应按照一般理性人的标准来要求,即如果行为人(被保险人)采取了一般理性人通常会采取的预防措施(或尽到了一般理性人通常应尽的合理注意义务),则应由保险人承担最大限度的责任(这一责任仍可能低于实际损失);如果被保险人没有采取一般理性人通常会采取的伤害预防措施,则应按照一定比例承担责任;如果在保险人督促被保险人采取预防措施情况下被保险人没有采取措施,则应当承担更高比例的责任;被保险人虽采取了预防措施,但在保险人作出明确建议的情况下没有按照保险人的建议而对采取的预防措施进行改进或调整,对因此扩大的损失也应承担相应的责任;如果保险人因自己不适当的指导致使损害扩大,则对因此造成的扩大的损失承担相应的责任。法律制度在规定行为人普遍应当承担的责任之外,根据双方过失的情况,建立行为人和保险人的责任调节机制。

值得注意的是,为避免因保险人与被保险人责任划分而影响受害人及时获得充分的赔偿,此项责任的具体分担应在对受害人责任已经确定的前提下在保险人与被保险人之间解决。换言之,对行为人、保险人和受害人之间的外部损害赔偿关系与行为人和保险人之间的内部关系应当区别对待,分别处理。在对外的损害赔偿关系解决后,再处理保险人与被保险人的责任分担问题。同时,为使分担责任能够得到落实,还应通过赋予保险人与被保险人相应诉权的方式建立保障分担责任落实的救济制度。只有这样,才能在保险人与行为人之间建立有效的合作促进机制,使责任保险在充分发挥其保险功能的同时,提高社会损害综合防控体系的效率。

#### 四、结论

责任保险制度对社会损害综合防控水平的影响是不确定的,其效果在很大程度上取决于相关制度设计。要有效提高责任保险制度的效率,制度设计可以从两个基本方面入手:一是降低社会损害的救济成本,通过每个案件中当事人救济成本的降低,实现社会总救济成本的最小化。为此应当建立信息共享机制,简化程序设计,并通过健全资格、培训等制度,提高保险理赔的专业化水平。二是提高社会损害的防控效率。为此,应使因保险机制引入而割断的行为与责任的联系重新建立,使责任对行为的约束重新发挥作用,同时要特别重视损害防控信息共享、成本责任合理共担、社会合作防范等。

责任编辑 翟中鞠

<sup>①</sup> 参见杨立新:《侵权法论》,人民法院出版社2005年版,第140—144页。