

大學
用書

保險法

葉啟洲 著



元照

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=10562>

保險法

葉啟洲 著



元照出版

搶先試閱版

元 照 出 版 公 司

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=10562>

六版序

本書第五版出版之後，保險法關於契約法部分的修正，僅有增訂保險法第16條之1，以及將原第107條第3~4項作文字修正後改列為第107條之1，除此之外，並無重大修正。不過，金融監督管理委員會於2018年12月預告的保險法修正草案，關於契約法部分的修正條文數不少，為協助讀者瞭解修正草案內容，本次改版除了把修正草案條文列為附錄之外，也在相關章節的正文或註腳當中補充修正草案內容以及簡要評釋，以便讀者瞭解修正草案對於原有規範狀況的差別。尤其是要保人契約撤銷權的法制化以及其與保險契約條款審閱期規定的關係，值得吾人持續關注。

再者，本版次仍持續補充並更新司法實務上在保險契約法的最新發展。其中關於債務人所投保的人壽保險保單價值準備金是否為其責任財產？得否作為強制執行的標的？此類爭議案件數量眾多，法院見解原本甚為分歧，本書則始終採取肯定見解。在臺灣高等法院105年度法律座談會民事類第19號提案作成研討意見並採取否定見解之後，下級審的多數見解顯然有受到該法律座談會研討結論的影響。最高法院雖有採取肯定見解的傾向，但尚未正面表示意見。本次改版乃補充最新相關實務見解，持續追蹤此一問題的最新動態。

本版次將原書名中的「實例研習」刪除，簡化為「保險法」，主要是因為經過十年來的改版修正，本書內容與體例已經往教科書的方向趨近。書名的更改也意味著，作者期許將本書的定位，從學

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=10562>

習保險法的補充資料，慢慢轉型至可作為教材之用。雖然距離目標仍遠，但唯有提高寫作目標，才能鞭策自己進步。本書諸多不足與謬誤，有賴各界專家不吝指正。

葉啟洲 謹序

2019年1月，於臺北木柵



元照出版

搶先試閱版

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=10562>

目 錄

六版序
初版序
使用說明

第一編 總 論

第一章 緒 論

壹、保險法的性質.....	3
貳、保險之概念與分類.....	12

第二章 保險契約之性質

壹、雙務契約	44
貳、不要式契約、諾成契約	45
參、最大善意契約.....	53
肆、附合契約	59

第三章 保險利益

壹、意 義	94
貳、功能（作用）	95
參、學說發展	96
肆、適用範圍	101
伍、分 類	102
陸、存在對象	113
柒、存在時點	116
捌、變 動	118

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=10562>

第四章 保險契約之當事人、關係人、輔助人

壹、保險契約當事人	122
貳、保險契約的關係人	124
參、保險輔助人	139

第五章 要保人之義務

壹、給付保險費	153
貳、告知義務	174
參、危險增加及通知義務	216
肆、危險發生之通知義務	230
伍、救助義務	238
陸、約定行為義務（特約條款）	238
柒、協力義務	245

第六章 保險人之義務

壹、危險承擔	250
貳、負擔必要費用	280

第二編 損害保險

第七章 損害保險總論

壹、概 說	284
貳、利得禁止原則的規範	285
參、與保險價額有關的規範	305
肆、救助義務與救助費用償還的規範	315
伍、調查與證明損失之費用負擔的規範	321

第八章 保險代位

壹、立法理由	325
--------------	-----

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=10562>

貳、要件	327
參、效力	335
肆、再保險與保險代位	344

第九章 複保險與保險競合

壹、複保險	353
貳、保險競合	367

第十章 火災保險

壹、概說	373
貳、種類	374
參、承保之危險	375
肆、保險損害	379
伍、契約之履行與終止	382
陸、其他險種之準用	386

第十一章 責任保險

壹、概說	392
貳、一般責任保險	394
參、強制汽車責任保險	414

第十二章 保證保險

壹、概說	468
貳、誠實保證保險	470
參、確實保證保險	483
肆、保證保險與保險代位	485



搶先試閱版

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=10562>

第三編 人身保險

第十三章 人壽保險

壹、概 說	490
貳、人壽保險之種類.....	491
參、道德危險之防止.....	492
肆、契約效力的特別規定.....	512
伍、保單價值準備金之權益保障.....	521

第十四章 其他人身保險

壹、健康保險	529
貳、傷害保險	540
參、年金保險	579
索 引	583
附 錄 保險法部分條文修正草案總說明	589
主要參考書籍	613



元照出版

搶先試閱版

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=10562>

第一章

緒論

壹、保險法的性質

案例 1

A人壽保險公司因資本與風險資本比率（資本適足率）未達保險法第143條之4所定200%標準，且未依金融監督管理委員會（金管會）所定期限確定引資對象及合作模式事宜，有礙健全經營之虞為由，而以2009年3月27日之裁處書限期A保險公司辦理增資。A保險公司又未於期限內辦理增資，金管會認A公司財務狀況顯著惡化，有損及被保險人權益之虞，乃依當時之保險法第149條第4項第2款、第5項規定，發函自2009年8月4日下午5時30分起接管A保險公司，並委託財團法人保險安定基金（保險安定基金）為接管人。B公司為A公司之大股東，因上開處分而喪失對A公司的經營權，且對於金管會之處分不服，應依何種程序尋求救濟？

案例 2

甲向人壽保險公司投保住院醫療保險後，未滿三十日即因病住院治療七日。出院後，甲向A公司請求給付保險金。A公司主張，契約已明文約定，本契約所稱的疾病，指訂約後滿三十日所罹患的疾病；甲罹病住院係於契約訂立後的三十日內，依約A公司不負給付保險金之責。甲極為不滿，便向金管會申訴。請問金管會得否決定A公司應否負責？甲如有不服，其法律上的救濟途徑為何？

一、保險法為私法與公法的合併立法

我國保險法最早於1929年12月30日由國民政府公布制定，全文共82條，其內容僅規範保險契約上的法律關係，不包含保險業的監理。但是因為戰亂的緣故，此一版本的保險法並未施行。其後於1937年1月11日國民政府公布修正全文98條，也只規範保險契約，不包括保險業的監理。此一版本亦因戰亂而未施行¹。1963年9月2日再度修正公布全文178條，把保險業法納入合併立法。此一版本形式上是修法，但事實上是重新制定，是我國第一部付諸實施的保險法。現行保險法雖然是保險契約法與保險業法的合併立法，但兩種法律規範卻是截然可分的。保險法第1條至第135條之4為私法性質的保險契約規範，第136條至第178條則是公法性質的保險業監理規範。1963年版本的保險法至今雖然歷經多次修正，但多數修法是在修正並補強對保險業的監理規範。至於保險契約法，至今並無重大改變，僅有部分條文有過局部修正（第64條告知義務以及第107條未成年人死亡保險則歷經多次修正，應屬特例）。

(一)保險私法

保險法第1條至第135條之4，包括總則、保險契約、財產保險、人身保險等四章，規範保險契約上的權利義務關係，包括保險契約的成立、生效要件，以及契約生效後，保險人與要保人、被保險人及受益人之間的私法上權利義務。2007年1月以及2014年1月修正第22條，先後增訂第1項後段：「信託業依信託契約有交付保險費義務者，保險費應由信託業代為交付之。」與第2項：「前項信託契約，保險人依保險契約應給付之保險金額，屬於該信託契約之信託財產。」此二規定之內容，並不涉及保險契約上的權利義務，而是信託契約的法律關係。將之規定於保險法，體例上並不恰當。

保險法中關於保險私法的規範，除另有特別規定者外，原則上適用於所有具有私法關係性質的保險契約，包括一般的商業保險及政策性保險（例如學生保險、強制汽車責任保險、住宅地震基本保險等）在內。

¹ 袁宗蔚，保險法，第20頁；施文森，保險法總論，1990年9版，第1頁。

至於公法性質的保險關係，在臺灣均屬社會保險，另行適用其他法律規定（例如全民健康保險法、勞工保險條例、公務人員保險法、農民健康保險條例、軍人保險條例、國民年金法），不適用保險法之規定（保險法第174條）。

(二) 保險公法

保險第五章關於「保險業」的規定，性質上為國家對於保險業經營活動的監督（保險監理），屬於行政法之性質²；部分規定的違反同時會有刑事責任，所以同時具有部分的特別刑法的性質。在法條用語中，本章係使用「保險業」，與保險私法中使用「保險人」的用語不同。此一章節因為具有公法的性質，在許多成文法國家中，經常另外制定為保險業法（例如日本）或保險業監督法（例如德國、奧地利、瑞士），而非與保險契約法合併立法。

保險監理的最終目的，是在保障保險消費者的權益。不論是對於保險業的市場准入門檻、負責人資格、資金運用、財務（清償能力）監理、業務監督、退場機制、輔助人監理等規範，都是強化保障保險消費者的手段，而非目的。但應注意的是，保險監理所欲保障的，是集體的消費者保護（kollektiver Verbraucherschutz），而非個別的消費者保護。所以當個別的保險消費者有契約上權益受損時，仍應由法院依據保險法及保險契約來給予救濟，而非透過主管機關的行政作為。只有當保險消費者的權益受損成為一個通案現象時，主管機關始能依據保險業監理法規的授權，予以通案性的節制與處分，不得對個案問題的解決給予解答或指示。

從另一角度來看，保險法中的「主管機關」（金融監督管理委員會，以下簡稱「金管會」）是代表國家監督保險業（不包括要保人、被保險人與受益人）的營運活動，僅在公法上的監督關係上才存在。至於



元照出版

搶先試閱版

² 保險法的保險業章中，亦有例外對契約的私法效力的規定，例如保險法第169條規定：「保險業違反第七十二條規定超額承保者，除違反部分無效外，處新臺幣四十五萬元以上二百二十五萬元以下罰鍰。」本條前段規定具有私法性質，體例上宜規定於第72條或第76條，較為妥適。

6 ● 保險法

契約法是規範當事人間權利義務的依據，主要解釋適用者為法院，本無所謂的「主管機關」。換句話說，金管會是保險業的主管機關，而不是要保人、被保險人或受益人的主管機關。從而，對於個別契約關係並無解釋的法定職權。其縱為解釋，對法院也沒有法律上拘束力³。但事實上我國主管機關經常抽象地對於契約法或契約條款作出解釋函，進而影響法院對於契約關係的解釋⁴，法院有時也未能明辨保險契約權利義務的依據在於保險法與保險契約條款，而以主管機關的意志來解釋契約⁵。這種現象與法治國的權力分立原則不盡相符。將來修法時，宜將

³ 臺灣高等法院高雄分院104年度非抗字第10號民事裁定：「依大法官會議釋字第二百六十六號解釋，各機關依其職掌就有關法規為釋示之行政命令，法官於審判案件時，固可予以引用，但仍得依據法律，表示適當之不同見解，並不受其拘束。可見金管會所為上開函釋，並無拘束法院之效力，甚為明確，而該行政函釋既對法院審案並無法定拘束力，縱不予適用，亦無適法規錯誤之情事可言。」

⁴ 例如臺灣臺中地方法院102年度保險字第21號判決：「系爭保險契約條款係依行政院金融監督管理委員會所訂頒之『自用汽車保險定型化契約範本』修訂並完成送審程序，為保險市場上通用之保單條款，當無顯失公平之情事。而系爭保險『肇事逃逸』不保事項，其約定用意係因肇事后逃逸違反道路交通管理處罰條例第六十二條及道路交通事故處罰條例第三條與刑法第一百八十五條之四等規定，有違公序良俗，且為避免駕駛人非屬被保險人身分、無照駕車、酒後駕車等保單條款約定追償事項或不保事項及肇事責任釐清之事實認定困難，致衍生爭議，並為維護交通安全，防止交通事故死傷擴大，爰將肇事逃逸列為不保事項；復依前揭法令規定，被課以義務或責任之為主體為汽車之駕駛人，尚非肇事汽車；故系爭保險契約汽車車體損失保險乙式條款第三條第九款不保事項，尚非僅指被保險汽車於肇事后逃逸之情形，此有行政院金融監督管理委員會100年5月11日金管保品字第00號函在卷可憑（見本院卷第66頁）。」

⁵ 最高法院100年度台上字第2026號判決：「而依金管會95年7月20日新聞稿『近年來由於保戶與保險公司在意外殘廢理賠認定方面，迭生認知落差，衍生諸多爭議，關鍵在於殘廢程度定義、級距不周延』、「大幅修正附表『殘廢程度與保險金給付表』內容，將殘廢程度由原六級二十八項修正為十一級七十五項，總計本次修正實質新增殘廢項目計有四十二項，透過本次修正將殘廢程度進一步細分，可減少相當程度之理賠糾紛」等內容（見保險上卷第93、113頁），新表是否為釐清舊表疑義而予補充，即有進一步推求之必要。又金管會95年8月10日金管保二字第09502069411號函說明欄係記載：『修正後示範條款對保戶有利者，於實施日前已發售之傷害保險及旅行平安保險有效契約亦適用之。』（見一審卷第46頁），原審謂前開函文係闡示於新表實施日尚未到期之一年期傷害保險有效契約，須被保險人於新表實施日後發生之意外事故，始有新表之適用云云，與上開函文說明欄記載矛盾，尤待澄清。」系爭保險契約訂立於舊的殘廢程度與保險金給付附表時期，原審認為系爭契約訂立後主管機關所修正的示範條款與新附表不適用於系爭契約，並無任何違誤。

二者分別立法。

另外，鑑於保險糾紛的迅速解決，且許多保險契約糾紛數量繁多，但金額不高，以訴訟解決有時並非最有效率的方式。因此，我國亦在金融消費者保護法中仿照其他歐美國家，對於包括保險在內的金融消費紛爭另行建立訴訟外的紛爭解決機制（金融消保法第13條以下），並捐助設立財團法人金融消費評議中心（簡稱「評議中心」），使得評議中心在一定金額以下的評議決定，對於金融服務業具有單方面的拘束力（金融消保法第29條第2項）。此等紛爭解決機制因為具有通案性，且非由主管機關直接介入決定個案結果，因此仍屬金融監理權限範圍內，並可發揮保護金融消費者的積極功能。

前述【案例1】中，金管會依據當時之保險法第149條第4項第2款、第5項規定（現修正為同條第3項、第5項），對於A保險公司為接管之處分，其性質為行政處分。B公司若有不服，應依訴願法及行政訴訟法之規定，提起訴願及行政訴訟⁶。

前述【案例2】中，甲與A公司之間為個案保險契約上的權利義務紛爭，不在金管會的監理權限範圍內，金管會依法不能作任何對雙方有拘束力的決定。甲若認為自己權益受損，應如同其他民事紛爭一樣，循民事訴訟、調解、和解的方式解決，或向財團法人金融消費評議中心申請評議。

二、保險私法為契約法各論

保險法的契約法部分，為民法（尤其是契約法）的延伸，實質上為契約法各論。因此民法中關係契約關係或法律行為的規範，除保險法另有特別規定外，對於保險契約均可直接適用。例如民法總則編中關於行為能力、意思表示、法律行為、消滅時效等規定，以及民法債編通則中

最高法院卻指摘原審判決與金管會的函文說明欄矛盾，並將之廢棄發回更審，非常不妥。本判決的進一步評釋，請參閱葉啟洲，傷害保險殘廢等級之認定與保險示範條款之修正——評最高法院一百年度台上字第二〇二六號民事判決，月旦法學雜誌，第212期，2013年1月，第190頁以下。

⁶ 參閱最高行政法院100年度判字第2136號判決。

關於契約、債務不履行、契約效力、債之保全、多數債權人與債務人、債之移轉以及債之消滅等規定，除保險法另有規定外，原則上均可直接適用於保險契約。所以處理保險契約上的紛爭時，必須同時注意民法上的相關規定。例如，保險契約的解除，應依民法第258條規定決定其方式與對象⁷；保險人的義務非僅給付保險金而已，其若未依債之本旨履行其給付義務或附隨義務，可能構成不完全給付而應負損害賠償責任⁸。

因為民法為民事基本大法，修法不易且較為耗時，某些屬於契約法共通問題，本應於民法中統一規範者，便以修正保險法的方式先行規定，以解決保險契約上的紛爭。例如關於保險契約條款的內容控制（保險法第54條之1）以及保險契約條款的疑義解釋（保險法第54條第2項），均為適例。此等事項將來宜統一規定於民法，並配合將保險法中的相關規定刪除，以免疊床架屋⁹。

三、保險私法為任意法與強行法之混合

(一)保險法與契約自由原則

保險私法是以規範私法上保險契約的法律，尤其是商業性的營業保險。基於契約自由原則，保險法亦具有任意法規的性質。要保人與保險人均得自由決定是否訂立契約，以及與何人訂立何種內容的保險契

⁷ 最高法院76年度台上字第180號判例：「按保險契約為要保人與保險人所訂立之債權契約，要約人指定第三人為受益人者，該第三人並非契約當事人，原審認被上訴人（保險人）得向上訴人（受益人）解除契約，並據以認定上訴人無請求被上訴人給付保險金之權利，尚欠允洽。」

⁸ 臺灣高等法院臺南分院97年度保險上易字第5號判決：「本件上訴人並無正當理由，於參與被上訴人與第三人林○鄰間之損害賠償訴訟事件之和解時，對於被上訴人與第三人林○鄰間於前案訴訟之更一審法院審理期間，雙方達成以252萬5,000元之和解時，並無正當理由竟拒絕同意，致雙方無法以有利於被保險人及保險人之條件終結本件承保事件，前案訴訟因此延滯，並造成被上訴人增加對於第三人林○鄰賠償法定遲延利息之損害，堪認上訴人於履行系爭保險契約時，未盡善良管理人之注意而有可歸責之事由，應由上訴人負保險契約之債務不履行損害賠償責任。」

⁹ 例如在民法增訂第245條之1後，保險法第54條之1即無單獨存在的必要，可予以刪除。

約¹⁰。保險人無正當理由而拒絕要保人訂約，並不負任何民事責任。

(二)保險契約自由的限制

不過，由於保險的營運具有高度的技術性，而且要保人對於契約內容的形成並無實質上的影響力，基於保險技術性與保護要保人與被保險人的考量，保險法也設置有部分的絕對或相對強行規定（保險法第54條第1項）。例如，未約定保險費的契約、無保險利益的契約，違反保險制度的本質與技術性，關於保險費與保險利益的要件，均應認為屬於絕對強行規定，違反者，其保險契約無效。關於訂約時要保人的告知義務（保險法第64條）與訂約後的危險增加規範，則有保護要保人與被保險人的立法目的，應屬相對強行規定，與法律規範不符且其約定結果較法律規定更不利於要保人、被保險人或受益人的契約約定，為無效。

再者，有時基於一定的政策目的，立法者會在規定一定的對象有投保的義務。例如保險法第163條第1項、強制汽車責任保險法第6條、發展觀光條例第31條等。有時則課予保險人有承保義務，例如強制汽車責任保險法第18條第1項、保險法第138條之1第1項（住宅地震保險）。此時，受規範之人，即無自由決定是否投保或承保的自由。

¹⁰ 臺灣高等法院97年度保險上字第23號判決：「私法自治關係中，個人權利之取得、義務之負擔，純由個人之自由意志，法律不宜任意干涉，基於自由意思締結任何契約，除違反強制、或禁止之規定，及公序良俗外，無論其內容、方式如何，法律概須予以保護，此即所謂私法自治原則與契約自由原則。而契約自由原則，尚包括當事人是否締約之自由（即締結自由）、選擇締約對象之自由（相對人選擇自由）、契約內容決定之自由（內容決定自由）及方式自由。保險制度，具有『團體性』之要素，須有『面臨相同危險之多數人』始能建立，於解釋保險契約條款時，不能僅視要保人、被保險人與保險人間之爭執，尚須著眼於『整個保險團體之利益』為衡量。被上訴人就一般要保人為增加保險金額之請求，原則上須依據被上訴人公司相關作業規定，要求被保險人提出健康聲明書、體檢報告書，再根據要保人、被保險人之累積保額及年繳保費，以年收入倍數法進行財務核保評估……由此堪認被上訴人對於要保人請求增加保險金額，具有同意與否之權，不僅為衡酌要保人繳付保險費之能力，且就要保人之保險利益為危險狀態之分析，以避免契約終止及預防道德之風險，並防止轉嫁不當風險於保險團體中之其他人，自與上揭消費者保護法施行細則第十四條第一款至第三款所規定之情形無涉，且系爭條款第二十四條之約定，並無忽視要保人投保之目的及其利益，亦無從認定有何顯不利於要保人之情形，揆諸前揭契約自由原則，法院對於當事人意思合致之契約內容，即應予以尊重。」

此外，近年來反歧視法制的發展日益蓬勃，有逐漸從公法延伸至私法關係的趨勢。在保險私法中，雖然尚無明文規定，但在保險公法中已經有了第一個反歧視規範。保險業招攬及核保理賠辦法第7條第1項規定：「保險業訂定其內部之核保處理制度及程序，至少應包含並明定下列事項：……八、不得有下列情事：……(三)對特定承保對象，或僅因被保險人為身心障礙者而有不公平待遇。但訂立保險契約時，係以保險精算及統計資料作為危險估計之基礎者，不在此限。」此一規定禁止保險人在核保時對於身心障礙者有不公平待遇，具有重要意義。保險人若有違反該規定，除了行政罰（保險法第171條之1第5項）之外，是否也有民事責任，並不明確。本書認為，對身心障礙者的交易上歧視行為已構成人格權侵害，且上開保險業招攬及核保理賠辦法的規定屬保護他人法律，受到不公平待遇之身心障礙者，得依民法第184條第1項前段與第2項請求損害賠償，並可請求非財產上損害賠償¹¹。

四、保險契約法的基本原則

(一)避免道德（主觀）危險

保險契約係以團體的力量分散個人的危險與損失的良善制度，具有高度的互助精神。但也因為保險給付的射倞性，使得保險制度同時隱藏著要保人、被保險人或受益人主觀上心理危險（道德危險）。利害關係人可能故意促使保險事故發生，來獲取保險給付。此種來自利害關係人心理狀態的危險，可稱為道德危險或主觀危險。各國保險法無不盡力加以防止或排除，我國保險法亦然。保險法與此直接相關的規定，包括：

1. 以保險利益作為保險契約特別生效要件（保險法第17條）。
2. 以被保險人的書面同意作為死亡保險的特別生效要件（保險法第105條第1項）以及契約權利移轉的特別生效要件（保險法第106條）。
3. 對於死亡保險的被保險人設置年齡或精神狀態與保險金額的限制（保險法第107條第1項、第107條之1）。

¹¹ 葉啟洲，民事交易關係上之反歧視原則——德國一般平等待遇法之借鏡，東吳法律學報，第26卷第3期，2015年1月，第149-150頁。

4. 將要保人、被保險人的故意行為列為法定除外不保的危險（保險法第29條第2項但書、第109條第1項、第121條第3項、第128條、第133條）。

5. 人壽保險受益人故意殺害被保險人時，剝奪其受益權（保險法第121條第1項）。

上述規定的內容，本書將於後述章節中進一步說明。

(二)利得禁止原則

保險制度以填補被保險人的損失為目的，而不在於使被保險人獲得損失填補以外的額外利益。被保險人若因保險給付而獲得額外利益，將違反保險的目的，並且間接誘發道德危險。因此，在損害保險中，原則上並不允許被保險人獲得超過損害額的利益，此稱為利得禁止原則（亦稱為不當得利禁止原則、損失填補原則）。

保險法直接基於利得禁止原則所設置的規範，包括管制複保險（保險法第35條至第38條）、保險代位（保險法第53條）以及禁止超額保險（保險法第72條、第76條）。此等規範的細節，本書將另於第二編「損害保險」中說明。而以填補抽象損害（不能以金錢估計的損害）為目的的險種（定額保險），因為無從判斷被保險人的損害額，無超額填補的可能性，所以不適用上述基於利得禁止原則的規定。

(三)最大善意原則

受到英美保險法文獻與判決的影響，我國保險法文獻中亦常使用最大善意原則（*Utmost Good Faith*）的概念，或將保險契約稱為最大善意契約，並經常用來作為訂約時要保人告知義務、危險發生時的通知義務、申請理賠時的陳述與說明義務的理論基礎。後來更由此進一步發展出保險人應負的說明（揭露）義務¹²。實質而言，最大善意原則的意義，與我國民法上的誠信原則並無不同。英美保險契約法上之所以特別強調最大善意原則，可能是因為其契約法原理並不像歐陸民法承認一般性的誠信原則（*Treu und Glauben*），這使得保險契約關係中對於善意

¹² 汪信君／廖世昌，保險法理論與實務，2017年9月4版，第8頁。

原則的強調，在英美契約法上即具有相對的特殊性。而歐陸國家，例如德國保險契約法，因為直接適用民法上的誠信原則本為自明之理，故其保險法文獻上，甚少提及最大善意原則。在我國法制之下，保險契約重視誠信或善意的程度，與其他民事契約並無不同。不論係使用最大善意原則或誠信原則的用語，來作為立法基礎或調整契約上權利義務，其意義均屬相同。

貳、保險之概念與分類

案 例 3

甲公司於1996年2月15日將其出口貨物一批託運出港，但於同年月21日起向乙保險公司投保海上貨物運送保險，事後發現，該船舶連同貨物已於同年月19日沉沒滅失。甲公司主張其於同年月26日始知悉貨物滅失之事實，請求乙公司依約給付保險金。乙公司主張甲公司明知危險已發生，仍向乙公司投保，依保險法第51條第1項，該保險契約為無效而拒絕給付保險金。何者之主張為有理由？

案 例 4

丙不知其在奇萊山山區之一棟木造別墅，已因不明大火燒毀，仍向丁產物保險公司投保火災保險，約定保險期間自契約成立時開始。問：丙、丁間之保險契約是否有效？

案 例 5

某甲有房屋一棟，價值約新臺幣500萬元。因鄰屋係供作餐廳使用，甲時時擔心鄰屋發生火災延燒至自己房屋，便向乙保險公司投保房屋火災保險，欲投保新臺幣1,000萬元，但乙公司僅願承保500萬元，因甲堅持超額投保，乙公司遂拒絕之。甲認為乙公司存心刁難，便向保險主管機關申訴。

一、界定「保險」概念的重要性

(一) 「保險」概念之法律上作用

保險為一種透過團體的力量來分散個人風險的經濟制度。某一法律行為是否為保險，當然也決定了該營業活動所訂立之契約所生私法上權利義務，究竟應適用保險法或其他民事法律規定。若非保險，自無保險法之適用。因此，「保險」概念的界定，自有民事法上的重要性。

再者，由於保險業務的經營可能對社會金融秩序產生重大影響，各國莫不對於保險業務為相當高度的監督。我國保險法第136條第2項規定：「非保險業不得兼營保險業務。」如欲營保險，尚須以一定之組織方式為之（保險法第136條第1項），其業務活動並須依保險法規定受到主管機關即行政院金融監督管理委員會之高度監督。故「保險」概念之釐清，決定保險主管機關對於該營業人及營業活動是否具有監理權限。

此外，保險法第167條第1項規定：「非保險業經營保險業務者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以上二億元以下罰金。其犯罪所得達新臺幣一億元以上者，處七年以上有期徒刑，得併科新臺幣二千五百萬元以上五億元以下罰金。」本條將非保險業經營保險業務訂為犯罪行為，基於罪刑法定主義與罪刑明確性之要求，何謂「保險」，當然具有刑法上之高度重要性。

(二) 「保險」與「類似保險」

保險法在契約法之章節中（保險法第一章至第四章），僅有關於「保險」之規定，而無「類似保險」之用語。但於2015年2月4日修正公布前的第136條第2項及第167條第1項則將「類似保險」與「保險」並列規範，同時對於違法經營「類似保險」業務者科以刑責。有關舊法中「類似保險」之意義為何，文獻上幾乎一致地認為係指實質上為保險，但在形式或外觀上未使用「保險」之名稱者¹³。司法實務上亦多採此見



搶先試閱版

¹³ 施文森，保險法總論，第7頁；梁宇賢，保險法新論，2005年5月初版，第358頁；羅俊瑋，保險監理之開端——何謂類似保險？，法令月刊，第56卷第1期，2005年1月，第34-35頁。

解¹⁴。主管機關曾經認為，「類似保險」與保險並非完全相同，並分析二者的要件差異¹⁵。不過，後來主管機關似乎接受多數學說的看法。立法者為免外界誤解在「保險」之外，另有所謂「類似保險」之業務，便依主管機關的提案，於2015年2月4日修正公布的保險法便將第136條第2項及第167條第1項中的「類似保險」刪除¹⁶。因此，修法刪除「類似保險」等文字，並非就經營「類似保險」業務的行為廢止刑罰，而是刪除欠缺意義又易引起誤會的法條文字而已¹⁷。

¹⁴ 例如臺灣高等法院100年度金上訴字第9號刑事判決、嘉義地方法院91年度訴字第601號判決、臺中地方法院97年度金訴字第17號刑事判決、臺北地方法院88年度訴字第1289號判決。另部分判決則以未出給保險單或暫保單，但實質上為保險者，為「類似保險」，例如板橋地方法院94年度訴字第299號判決、臺灣高等法院91年度上更(一)字第5236號、96年度上訴字第5236號判決。惟此說並未脫離「有保險之實但無保險之名」的範疇，故本書未單獨列為一說。

¹⁵ 金管會100年6月7日金管保理字第10002556782號函表示：保險包括：(1)對價關係、(2)保險利益、(3)可保危險、(4)危險承擔、(5)危險分散、(6)契約名稱、(7)經濟制度等要件；如契約具有前四項要件，即(1)對價關係、(2)保險利益、(3)可保危險、(4)危險承擔，則構成類似保險。不過，此一區別欠缺理論上的依據，並未受到保險法多數學說的支持。

¹⁶ 立法院公報，第104卷第11期，院會紀錄，第263頁、第282頁。

¹⁷ 最高法院106年度台上字第791號判決：「……其立法理由謂：『按本法為規範保險業經營保險業務，非保險業不得兼營之，至於保險業務之認定，應以其兼營業務之性質及內涵判斷之，而非僅檢視其是否具『保險』之名。為免外界誤解有所謂『類似保險』之業務，爰刪除原條文第二項之相關文字。』同法第一百六十七條第一項亦由：『非保險業經營保險或類似保險業務者，處……。其犯罪所得達新臺幣1億元以上者，處……。』配合修正為：『非保險業經營保險業務者，處……。其犯罪所得達新臺幣1億元以上者，處……。』其立法說明謂：『配合第一百三十六條第二項，刪除第一項有關類似保險之文字。』依前述修法意旨，修正保險法第一百三十六條第二項、第一百六十七條第一項刪除原規定『類似保險』之文字，並非將『非保險業經營類似保險業務』之行為除罪化，而係強調非保險業所經營者是否為『保險業務』，應以所兼營業務之性質及內涵判斷之，並避免外界誤解尚有所謂『類似保險』業務存在。準此，被告行為後，修正保險法第一百三十六條第二項、第一百六十七條第一項雖刪除『類似保險』之文字，惟同法第一百六十七條第一項之法定構成要件實質上並無不同，應依一般法律適用原則，適用裁判時即修正保險法第一百六十七條第一項規定。原判決本此旨趣，說明：被告之原審辯護人所為修正保險法第一百三十六條第二項、第一百六十七條第一項規定均已刪除『類似保險』之文字，本件有犯罪後之法律已廢止其刑罰之情形，應為免訴判決之辯護意旨，尚有誤會。」

事實上，保險法中不論是契約法或保險業法之部分，其所規範者，均限於實質上為保險者。若實質上並非保險，而僅係與保險類似者，因其可能之種類眾多（例如保全契約、擔保契約、合會契約等等），其與保險類似之處亦有差別，本無須由保險法或保險主管機關加以規範或監督的必要。

相反地，如某一法律行為並不符合保險之要素，縱以「保險」為名，亦非保險法第136條第2項及第167條第1項所稱之「保險」，不得逕以保險法規範之。舉例而言，學說上有所謂之「自己保險」（Selbstversicherung），意指面臨危險之人，因為其內部危險單位眾多，或因有足夠財力自行承擔危險，故將該危險完全自留，而不藉保險制度分散於他人；至於危險自留所需成本，除另行籌措之外，常透過商品或服務之價格轉嫁予客戶。此時自留危險之人即形同對自己擔任保險人之角色；若牽涉到第三人之利益時（例如責任保險），有時法律會明訂該等人對第三人應負與保險人相同之責¹⁸，此即稱為「自己保險」。其雖使用保險之名，且有保險之功能，但實質上並不符合保險之要素（詳後述），故亦不適用保險相關法律之規範。

二、保險的要素

保險之要素為何？在各國保險法上均屬一爭議問題。我國保險法第1條規定：「本法所稱保險，謂當事人約定，一方交付保險費於他方，他方對於因不可預料或不可抗力之事故所致之損害，負擔賠償財物之行為。根據前項所訂之契約，稱為保險契約。」本條僅點出當事人間因保險契約所生給付義務的幾項特徵（交付保險費、負擔賠償財物、以不可預料或不可抗力之事故為給付條件），尚不足以充分描述保險之要素。

比較法上，德國保險業監督法（Versicherungsaufsichtsgesetz，簡稱

¹⁸ 德國汽車保有人強制責任保險法第2條規定，包括聯邦、邦及其他次級政府團體所有之車輛，無須投保汽車責任保險（豁免強制投保），但對於交通事故之受害人，應負與該法所定之保險人的同一責任。一般均稱之為政府機關之「自己保險」，政府機關在此為「準保險人」（Quasi-Versicherer）。參閱拙著，德國強制汽車責任保險之法律性質及第三人直接請求權之構造，風險管理學報，第11卷第1期，第13-14頁。

VAG) 第140條亦規定未經許可經營保險者，亦屬犯罪行為而得處以三年以下有期徒刑¹⁹，惟不論德國保險契約法（Versicherungsvertragsgesetz，簡稱VVG）或保險業監督法亦均未明文定義「保險」。故何謂「保險」，在德國司法實務及文獻上即有詳細的討論，作為認定行為人是否構成犯罪之認定依據。我國既同屬大陸法系國家，主要法律制度多繼受德國法，且同將未經許可經營保險列為犯罪行為，則德國學說及實務對「保險」之要素的分析，對我國保險法之解釋適用，應具相當之參考價值。

德國司法實務及通說均認為，所謂保險，係指「當事人（保險人）基於對價（保險費），對於不可預料之事故提供約定之給付，使承保之危險得以分散於面臨同種類危險之多數人，且其危險承擔係基於大數法則之計算為基礎者」²⁰。德國保險主管機關亦採納上述定義，作為其保險監理之依據²¹。在上述保險定義之認知下，德國學說進一步將「保險」之概念細分為五大要素：「危險」、「補償需要性」、「團體性」、「有償性」、「獨立之法律上請求權」²²。此等要素之要求，目的在於界定何種法律行為應適用保險契約法，以及何種營業應依保險業監督法受到主管機關之監督²³。

(一) 危險

「無危險，即無保險」，為保險法上的基本原則。有無危險，並非

¹⁹ 德國保險業監督法第140條第1項第1款規定，在國內未依第5條第1項、第105條第2項、第110條第1項第1句或第119條第1項之規定取得許可而經營保險者，處三年以下有期徒刑或科以罰金。同條第2項規定，因過失違反前項之規定者，處一年以下有期徒刑或科以罰金。

²⁰ BGH VersR 1964, 497; VersR 1995, 344, 345; BVerWG VersR 1969, 819; 1987, 297, 298; 1992, 1381; Bruck/Möller/Baumann, VVG⁹, § 1, Rn. 17; Wandt, Versicherungsrecht, Rn. 23; HK-VVG/Brömmelmeyer, § 1, Rn. 7; BK/Döner, Einl. Rn. 41 ff; Prölss/Martin, VVG²⁸, § 1, Rn. 1 ff.; Deutsch, § 1, Rn. 2; Halm/Engelbrecht/Krahe/Wandt, 1. Kapitel, Rn. 21.

²¹ VerBAV 1984, 267; 1987, 512; Halm/Engelbrecht/Krahe/Wandt, 1. Kapitel, Rn. 21.

²² 江朝國教授亦採此分類，參閱氏著，保險法基礎理論，第23-34頁。

²³ 德國保險業監督法第1條第1項規定：「受本法監督之企業，為以保險活動為營業範圍且非社會保險之營運者（保險業），以及第一百十二條第一項規定之退休基金。」

以自然科學的角度來判斷，而係以人類社會生活為觀察基礎。

1. 危險之同一性

由於保險費係依大數法則的精算得來，基於精算技術上的要求，同一保險所承保的危險，觀念上應具有相當的同一性（Gleichheit）。也就是說，多數面臨相同危險的人，透過與同一個保險人訂立同一種類的保險契約，才能在經濟上形成一個危險共同體；在同一個危險共同體中，其成員均係面臨相同或類似的危險²⁴。

但上述原則在保險實務上並未完全貫徹，因為隨著危險種類細分程度的提高，危險共同體的成員數通常也會相對應的減少，進而間接影響保費精算的正確性。而且對危險及危險團體的高度區分，在要保人即被保險人的多樣保險需求下，實際上並沒有太大的意義，因為，如果要保人及被保險人面臨許多具有關聯性或類似性的危險（通常為社會常態）²⁵，其必須選擇複數的保險契約或訂立綜合性的保險契約，才能移轉其所面臨的各種危險。如此處理只是徒增當事人間的交易成本與勞費而已。因此在保險實務上，同一保險契約通常承保數個具有關聯性或類似性的危險，這樣除了減省訂約的勞費外，也可以間接擴大危險共同體的成員，擴大損失分散的基礎。

2. 危險之不確定性——兼論追溯保險問題

(1) 不確定性之意義

保險法不但要求危險必須存在，且該危險尚須具有不確定性（Ungewissheit），亦即於保險契約訂立當時，該危險是否已發生，尚不確定者。不論是發生與否不確定或者是發生時間上的不確定性，都符合保險法上不確定性的意義²⁶。此項不確定性，尚可從主觀與客觀兩方面觀察。所謂客觀面，係指保險契約訂立時，該承保危險客觀上是否已確定

²⁴ Deutsch, Das neue Versicherungsvertragsrecht, Rn. 8.

²⁵ 舉例來說，被保險人因居家生活中之外意外（例如在浴室滑倒撞擊腦部）及交通事故導致死亡的危險，概念及精算技術上都可以加以區分，但將之區分為二個危險而分別予以投保或承保，不論對要保人或對保險人均無實益。將該二種危險統合於「意外保險」概念下加以投保或承保，對於雙方當事人均有減省勞費之優點。

²⁶ Deutsch, Das neue Versicherungsvertragsrecht, Rn. 7.

發生或已消滅，例如貨物運送保險契約訂立當時，貨載已落海沉沒（危險已發生）或已到達目的港（危險已消滅）。至於主觀面，則指對於客觀上已發生或已消滅之危險，要保人與保險人是否知情。若危險已發生或已消滅，但要保人與保險人並不知情者，則該危險雖欠缺客觀上的不確定性，但仍具主觀上不確定性。

一個在訂約時已發生或已消滅之危險事故，因為欠缺客觀上之不確定性，所以原則上並非適格的可保危險（versicherbares Risiko）。但客觀不確定性的要求，已因應被保險人的保險需求而有所減緩。這是因為昔日海上通訊並不如今日發達，有時要保人對於所託運之貨物尚未及訂立保險契約，即裝運出港，此時要保人對於已經啟運的貨物仍有保險需求，且通常有投保自啟運時起之海上危險的需求。但船貨既已出港，則於出港起至訂約時止，此段期間內危險是否已經發生，已經是客觀上確定的事實，只是當事人未必知悉危險是否已發生而已。其如欲補行訂約投保並將上述期間的風險也加以回溯投保，在理論上即難以符合危險應具客觀不確定性之要求。如堅持危險須具備客觀不確定性，該段危險即無法事後投（承）保。但從契約當事人之需求來看，只要契約雙方當事人都不知危險是否已發生或已消滅，容許該已確定的危險由保險契約承保，並不至於發生濫用保險制度的流弊。從而，在海上保險即出現所謂的「追溯保險」（Rückwärtsversicherung），此時契約中常訂有所謂「無論損失已否發生」（lost or not lost）條款²⁷，約定即使訂約時危險已實現，保險人對該訂約時已確定實現或不實現的危險，均仍負保險責任，保險費的計算，亦係從出港時起算，而非自訂約時起算。此時，危險的不確定性要求，實際上已降低為主觀不確定性（subjektive Ungewissheit）²⁸。

保險法第51條第1項規定：「保險契約訂立時，保險標的之危險已發生或已消滅者，其契約無效；但為當事人雙方所不知者，不在此限。」此項規定即在彰顯，保險契約所承保的危險，原則上應具備客觀上的不



²⁷ 中文文獻請參閱江朝國，保險法基礎理論，2009年5月5版，第146頁。

²⁸ Sieg, Allgemeines Versicherungsvertragsrecht, 3. Aufl., Wiesbaden 1994, S. 21; Hofmann, Privatversicherungsrecht, 4. Aufl., München 1998, § 2, Rn. 8.

確定性。但如當事人雙方對於危險已發生或已消滅的事實均不知情者，亦得例外地把已發生或已消滅的危險納入承保範圍，其契約仍為有效。

本條在適用範圍上有一特殊之處，即保險契約須明確地將已發生或已消滅的危險納入承保範圍，亦即契約係將訂約前的危險亦納入承保者，才有本條的適用。此種將訂約前的危險納入承保的保險，又稱為「追溯保險」（Rückwärtsversicherung）²⁹。如果該契約僅承保訂約後的危險（同時保險費亦係自訂約時起算），則不論訂約前的危險係已發生或已消滅，均非該契約的承保範圍，無論雙方當事人是否知情，保險人對於訂約前的危險本來就不負保險責任，與本條的適用與否無關。

(2) 「保險始點」的概念

關於「保險始點」之概念，有形式的保險始點（formeller Versicherungsbeginn）及實質的保險始點（materieller Versicherungsbeginn）二層意義。保險契約於雙方當事人意思表示一致之後成立，同時亦開始生效，此一保險契約生效時點（訂約時點），即所謂之「形式的保險始點」；至於保險人依契約約定所提供之保險保護（Versicherungsschutz）之起始時點，則稱為「實質的保險始點」。此種概念上的區分，於追溯保險之認定上有重大之意義。

在保險契約中，契約之成立生效，與保險人之保險責任未必同時發生。要保人固可就其「現在」遭遇之危險，訂立保險契約，約定保險人之保險責任立即開始。要保人亦可就其「將來」可能遭遇之危險，預先訂立保險契約，約定保險人之保險責任於將來的特定時點開始；更可一併就其「過去」遭遇之危險，約定保險人回溯承擔訂約前之危險。此三種情形，分別形成所謂的「現在保險」（Gegenwartsversicherung）、「未來保險」（Vorwärtsversicherung）與「追溯保險」。



元照出版

搶先試閱版

²⁹ 江朝國，保險法基礎理論，第25頁；拙著，保險法專題研究(一)，2007年5月初版，第22-23頁。

(3)追溯保險的要件

①客觀要件

A. 保險責任（實質保險始點）提前至契約生效日（形式保險始點）之前

此為追溯保險最重要之特徵，同時是其與現在保險及未來保險之區別所在。保險契約本以承保發生與否及發生時機均不確定之危險為原則，但由於昔日海上保險中，因通訊困難之故，船舶開航後，於航行途中是否已安然抵達目的地或已發生危險事故而沉沒，當事人實不易確知。此時若堅持此一原則，則要保人便必須於發航前即訂妥保險契約，間接影響要保人之利益，且有礙國際貿易之推展。為配合要保人之需要，在保險實務上遂發展出此種承保訂約前危險之保險契約，學說上稱之為「追溯保險」（Rückwärtsversicherung）或「無論損失已否發生」保險（lost or not lost）³⁰，使要保人於船舶開航後，仍得訂立保險契約，以特約將船舶開航後、訂約前之危險納入承保範圍。此時，保險契約之實質保險起點，即提前至保險契約訂立前之適當時點³¹，保險費的計算亦同。

保險契約本以承保具客觀不確定性之危險事故為原則，欲投保訂約前之危險，必須當事人間以特約將實質之保險始點提前於訂約前之適當時點者，方為所謂之「追溯保險契約」³²，也才有保險法第51條之適用。對此，第51條未明白點出，極易使人誤會所有保險契約（含現在保險及未來保險）均有該條之適用。德國保險契約法第2條第1項規定：「保險契約之效力得約定溯及契約訂立前適合之時點開始（追溯保險）」，明白指出該條係以「追溯保險契約」為規範對象，甚值我國修法之參考。

³⁰ 桂裕，保險法，1992年12月增訂5版，第130頁；江朝國，保險法基礎理論，第21頁。

³¹ 林勳發教授即明白指出，所謂意定追溯保險，乃當事人特別約定保險人對於保險契約成立前所生危險亦負保險責任之意。見氏著，保險契約效力論，1996年3月初版，第31-33頁。

³² Hofmann, Privatversicherungsrecht, § 6, Rn. 15; Bruck/Möller, Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz (VVG), 8. Aufl., Bd I, Berlin 1961, Anm. 43 zu § 2; 鄭玉波，保險法論，1994年增訂再版，第81-82頁；袁宗蔚，保險學，1998年34版，第54頁亦同此見解。

B.危險事故發生於「形式保險始點」（訂約）之前

所謂危險事故發生於「形式保險始點」（訂約）之前，簡單說來，就是條文中所說的「保險契約訂立時，危險事故已發生」。

在追溯保險中，若保險事故發生於訂約後，縱仍在承保期間內，亦無須引用保險法第51條來說明保險人應負之保險責任。蓋此時之危險兼具主觀與客觀之不確定性，雙方當事人對於危險均屬善意，自無須特別引用保險法第51條。保險法第51條第1項本文謂「保險契約訂立時，保險標的之危險已發生或已消滅者」，即在表明此一要件。

惟應注意者，訂約前已發生之危險事故，仍必須處於實質保險始點之後，否則仍非保險人之承保範圍。

②主觀要件

適用保險法第51條之危險事故，除須符合前述客觀要件外，尚須具備「主觀之不確定性」始可，亦即危險事故發生與否，當事人訂約時並不知情。

關於主觀不確定性之判斷對象，我國保險法第51條第1項規定：「保險契約訂立時，保險標的之危險已發生或已消滅者，其契約無效。但為當事人雙方所不知者，不在此限。」亦即**要保人與保險人**對於危險事故已發生或已消滅之事實，均應為不知情，該追溯保險契約始為有效。若有一方知悉危險已發生或已消滅者，該追溯保險契約即為無效，並應分別依同條第2項、第3項及第24條第1項、第2項決定其保險費之返還問題。當事人僅須不知危險事故已發生或已消滅即可，至於其是否係因過失而「不知」，並非所問³³。學說方面，亦有認為基於「保險具有『危險不確定性』之本質及其共同團體性」為由，認為須當事人雙方均屬善意，追溯保險契約始為有效³⁴。

如果保險契約係由代理人訂立者，該代理人的知悉應一併考量；在為他人利益而訂立的保險契約，例如以他人為被保險人的人壽保險或傷



搶先試閱版

³³ Deutsch, Das neue Versicherungsvertragsrecht, Rn. 7.

³⁴ 參閱江朝國，追溯保險及其相關問題之研究，收錄於，保險法論文集(二)，1997年3月初版，第281頁。

害保險，被保險人的知悉亦應視為係要保人的知悉³⁵。

(4)追溯保險之效力

欠缺主觀不確定性的追溯保險，依保險法第51條第1項前段為無效，已如前述。同條第2項進一步規定：「訂約時，僅要保人知危險已發生者，保險人不受契約之拘束。」因契約無效，要保人固不得請求給付保險金，若保險人已給付，得依不當得利（民法第179條）規定請求返還³⁶；保險費尚未交付者，保險人亦不得請求給付之。但如保險費已收取，則無須返還予要保人（保險法第24條第1項）。

又同條第3項規定：「訂約時，僅保險人知危險已消滅者，要保人不受契約之拘束。」此時因契約無效，且危險已消滅，則保險人本無給付保險金的可能與必要。如保險人已收取保險費，則應返還之（保險法第24條第2項）。

追溯保險本屬承保型態的選擇之一，只要以契約當事人的善意來控制，避免產生保險的濫用即可。但我國主管機關卻以行政函令禁止保險公司追溯承保³⁷，除了與保險法第51條的立法意旨有違之外，其以行政監理介入契約法的作法是否妥當，頗值商榷。

前述【案例3】，保險事故固然發生在保險契約訂立之前，但是否確有保險法第51條的適用，尚不可一概而論。如果保險契約約定將保險責任提前至貨物裝載時生效，該保險契約固屬所謂的「追溯保險」，該保險契約的效力，確應依保險法第51條第1項決定之，須雙方當事人對保險事故已發生之事實均不知情，該保險契約始為有效。

若當事人並未約定將保險責任提前至貨物裝載時開始，則解釋上應將該契約解為「現在保險」（Gegenwartsversicherung），保險人僅對保險契約訂立後的危險負責。不論雙方當事人是否善意，訂約前的危險原本就不屬於承保範圍，保險人自然無須

³⁵ Deutsch, Das neue Versicherungsvertragsrecht, Rn. 7.

³⁶ 臺灣高等法院臺中分院100年保險上字第3號判決。

³⁷ 金管會95年1月16日金管保三字第09502541420號函：「請即轉知所屬會員公司不得以保單追溯生效之方式招攬保險，請查照辦理。」

負保險責任。

最高法院86年度台上字第3527號判決：「按保險契約訂立時，保險標的之危險已發生或已消滅者，其契約無效。但為當事人雙方所不知者，不在此限。保險法第五十一條第一項定有明文……倘被上訴人係於同年月21日始向上訴人投保，而載運系爭保險標的貨物之谷○輪早已於同年月19日沉沒，此項消息於翌（20）日之中國時報、自由時報及其他各報均有刊載，被上訴人復承認伊公司有訂閱中國時報及自由時報（見第一審卷126頁），則苟無特別情形，稽之一般經驗法則，能否認被上訴人於投保時尚不知系爭保險標的之危險已發生，亦非無研求餘地。」本判決未審認該保險契約是否為追溯保險，即逕行適用保險法第51條第1項為判決依據，顯然對於該條之規範對象有所誤會。

前述【案例4】中，丙、丁並未約定將保險契約之承保期間提前至訂約前，反而約定自訂約時開始承保，故該保險契約並非追溯保險，無保險法第51條的適用。縱使契約雙方當事人對於該屋已經燒毀之事實均不知情，保險人亦無須依該條負保險給付之責。惟因承保之危險已經不存在，該保險契約應屬自始客觀給付不能，依民法第246條第1項前段之規定，應屬無效。

(二)補償需要性

危險的實現，對於被保險人將產生損害（保險損害，Versicherungsschaden），並因而出現補償需求（Deckungsbedarf，或稱為「補償之需要性」）。保險即為用以填補此一補償需求的制度之一。惟應注意的是，保險法上的損害概念，與民法上的損害意義有相當的差距。例如：民法上的損害，包括所受損害及所失利益（民法第216條），只要該損害與侵害行為有因果關係³⁸，均屬賠償範圍。因此，如旅館住宿房客於客

³⁸ 在民法上，稱為「責任範圍的因果關係」。參閱王澤鑑，侵權行為法(一)，2008年3月

房中使用電器不當，引發火災，導致旅館局部燒毀，並因修繕而停業二週，則該房客對於旅館局部燒毀之損害（所受損害）及停業之營業損失（所失利益），均負損害賠償責任。但該旅館之火災保險人，除有特約之外，僅就燒毀之損害部分負保險給付之責，對於營業損失，並非其契約所承保之損害。又如某工廠因第三人不慎失火燒毀，該第三人之賠償責任範圍，至多僅包括工廠所有人所受之損害及所失利益。但因折舊之故，加害人對被害人「所受損害」部分的賠償額，通常不足以將工廠重建。縱使如此，加害人之損害賠償責任亦不包括重置費用在內。換言之，重置費用並不在民法的「損害」概念之內。但要保人於訂立工廠火災保險時，得選擇將重置費用亦納入承保範圍（重置保險），如保險事故發生，保險人填補之損害範圍，不但包括廠房損害，亦包括重建工廠所需之差額費用在內。因此，保險契約法上的損害，其意義與民法上的損害並不相同。

但保險法長期以來均以「損害」（或損失）一詞，來稱呼被保險人受補償的經濟上需求，因此，難免使得保險給付帶有損害賠償的色彩。為避免概念借用產生的疑義，除須對保險法上及民法上的損害加以區辨外，另一解決之道即為另創保險法上的概念。「補償需求」一詞的出現，本質上是企圖取代保險法自損害賠償法所借用的「損害」概念。

補償需求，依其是否能以金錢具體加以估計，可區分為具體及抽象的補償需求二種類型。填補被保險人之具體補償需求的保險，為損害保險（Schadenversicherung），填補抽象補償需求者，則屬定額保險（Summenversicherung）³⁹。

1. 具體補償需要性

所謂具體的補償需求（konkreter Deckungsbedarf），指被保險人的補償需求，係可用金錢具體加以估計者而言，又可稱為具體損害（konkreter Schaden）。用以填補具體損害的保險，稱為損害保險（Schadenversicherung）。損害保險的主要類型包括各種不同的財產保

³⁹ 初版12刷，第215-216頁。
江朝國，保險法基礎理論，第28-29頁。

險，以及人身保險中實支實付型的醫療費用保險。

損害保險為利得禁止原則的主要適用對象。依據保險法上的利得禁止原則（Bereicherungsverbot），保險人不得提供被保險人大於其所受損害的補償。損害保險中被保險人的損害既然可以用金錢加以測度，則保險給付亦以此一測度結果為其補償上限。

基於利得禁止原則所設的相關規定，在現行保險法中有「複保險」（第35條至第38條）、「保險代位」（第53條）及「禁止超額保險」（第76條、第169條）。從而，不但要保人不得為超過保險價額的投保，保險人亦不得超額承保。超過保險價額部分的超額保險，當然無效。

2. 抽象補償需要性

抽象的補償需求（abstrakter Deckungsbedarf），指被保險人所受損害，無法以金錢加以具體估計者，又稱為抽象損害（abstrakter Schaden）。正因為被保險人的損害無法具體估計，所以保險事故發生後，無法以被保險人的實際損害額來決定保險給付數額，只能以契約預先約定的金額或比例來給付之，因此，用以填補抽象損害的保險，稱為定額保險（Summenversicherung）。實務上主要的定額保險，包括人壽保險、年金保險、健康保險，以及傷害保險中的死亡及失能給付及定額型的醫療費用保險。

在定額保險的範疇中，無前述利得禁止原則的適用。因此，要保人得重複投保定額保險，無重複得利之問題。有關複保險、保險代位及超額保險之規定，均不適用於定額保險。

前述【案例5】中，因甲所欲投保之房屋火災保險屬於損害保險，以保險價額為投保之上限，因此保險公司本不得超額承保。乙公司拒絕甲超額投保之要求，並無不當（保險法第72條後段），甲縱向主管機關申訴，其申訴亦無理由。

(三) 團體性

經濟上，保險制度應具有面臨相同或類似危險的多數個體存在，透

過保險制度，相互移轉、分散個人的危險。此一危險團體（Gefahrengemeinschaft）僅具經濟上意義，可作為保險法解釋的因素之一，但並非法律上的概念。因此，團體成員（即個別的要保人）之間，並不發生法律關係，不得互為法律上的請求⁴⁰。但危險共同體的概念，在保險法的立法和解釋上，具有相當的影響力。例如：一般定型化契約條款如有疑義，多採不利於約款使用人之解釋原則；但保險契約條款之疑義解釋，有利於個別之被保險人之解釋時，可能會不當損及危險共同體（即多數其他被保險人）的利益，因此，保險約款的疑義解釋，仍須參酌保險的精神（例如被保險人平等原則），尋求適當的解釋方式。如仍有疑義，才依定型化契約之一般原則，採有利於被保險人之解釋。

團體形成的方式，在商業保險係透過保險人與個別要保人訂立保險契約來組成；在社會保險則係透過法定的強制投保義務來達成（參閱全民健康保險法第10條之1）。

(四)有償性

保險為眾人釀集資金，以分擔個人風險與損失的制度，因此保險給付須以保險費作為對價。個別成員均應繳交保險費，始符合保險的精神。無償的風險承擔，可能為社會救濟、贈與、損害承擔或其他的法律制度，但絕非保險。無償的保險契約，應為無效⁴¹。但如要保人雖未給付保險費（例如刷卡購買機票，即贈送意外保險），但實際上有他人（例如信用卡發卡銀行）為該要保人（以信用卡購買機票之旅客）向保險人給付保險費者，則並不違反有償性原則。

在此特別說明，「有償性」並不等同於「營利性」。保險係一透過眾人之力量，分散個人之損失的經濟制度。保險制度本身並不預設有營利之目的，故營利目的並非保險不可欠缺之要素。

茲舉二例說明之：全民健康保險屬社會保險，不具備營利性，但亦為保險型態之一。欠缺營利目的，無礙其為保險之認定。又依我國保險法之規定，保險業之組織亦得為保險合作社（保險法第156條），我國

⁴⁰ 林群弼，保險法論，2003年11月增訂2版，第48頁。

⁴¹ 江朝國，保險法基礎理論，第30頁；劉宗榮，新保險法，2007年1月初版，第42頁。

保險實務上亦有部分漁船保險採取保險合作社之方式運作⁴²，此等保險合作社所經營之漁船保險，為社員間的互助制度，並無營利之目的，亦無礙其為保險之認定。此外，在外國保險實務上亦常見有相互保險（mutual insurance company）⁴³及專屬保險（captive insurance）⁴⁴制度，此等保險或係基於互助，或係基於節省保險成本而設，但其共通之處為均非以營利為目的。因此，少數實務見解以「營利之目的」作為保險之要素者，並不正確。

(五)獨立的法律上請求權

保險關係所生的補償請求權，必須係獨立存在（Selbstständigkeit），而非附屬於其他法律關係的從給付義務或附隨義務⁴⁵或團體的成員資格。此一要素可再分為「獨立性」與「法律上請求權」二方面說明之。

1. 獨立性

從危險承擔理論的角度來看，危險之承擔必須是當事人間訂立該契約之獨立標的⁴⁶，而與其他法律行為之間無內在關聯性（selbständige Risikoübernahme ohne inneren Zusammenhang mit einem anderen Rechts-

⁴² 例如「有限責任臺灣區漁船產物保險合作社」。

⁴³ 相互保險公司是由所有參加保險的人自己設立的保險法人組織，其經營目的是為各保單持有人提供低成本的保險產品，而不是追逐利潤。相互保險公司沒有股東，保單持有人的地位與股份公司的股東地位相類似，公司為他們所擁有。相互保險公司沒有資本金，也不能發行股票，其營運資金來源於保費，該公司設立前期所需的資金一般是透過借貸等方式由外部籌措；各成員也以其繳納的保費為依據，參與公司的盈餘分配和承擔公司發生虧空時的彌補額。

⁴⁴ 所謂專屬保險，係指非保險業之大規模企業組織或企業集團，為承保母公司（parent company）之各項保險業務而投資設立之附屬保險機構。企業透過足夠數量之同類危險單位，憑本身經驗可相當正確地預估可能承擔之損失。專屬保險之設立係經濟單位有計畫之危險自留（risk retention），合理、有計畫之風險自留方案，可有效控制風險、分散風險。

⁴⁵ BGH VersR 1995, 344, 345; Langheid/Wandt/Looschelders § 1, Rn. 6; Bruck/Möller/Baumann, VVG⁹, § 1, Rn. 17; 中文文獻請參閱江朝國，保險法基礎理論，第31頁。

⁴⁶ Bruck/Möller/Baumann, VVG⁹, § 1, Rn. 21; Halm/Engelbrecht/Krahe/Wandt, 1. Kapitel, Rn. 22.

geschäft)⁴⁷。例如：買賣契約及承攬契約亦均有標的物瑕疵的修補請求權；承攬契約中，定作人甚至有請求修補費用之權（民法第493條第2項）。此等請求權雖然也有填補損害之性質，但均非獨立於買賣或承攬關係的請求權，因此，都不具備保險的性質。即便出賣人或承攬人收取額外之對價而提供買受人或定作人較法律規定更長之擔保期間者（付費延長擔保期間），因為該項擔保內容附屬於買賣或承攬契約之中，不具備上述之獨立性，故德國聯邦行政法院認為該契約亦非保險，不適用保險業監督法之相關規定⁴⁸。且收取附加費用以延長擔保，其在該買賣契約的重要性並不至於高到須將該部分之約定評價為獨立於買賣之交易⁴⁹。除非該項延長擔保之服務內容係由出賣人以外之第三人承擔，否則不應認為該部分的約定為保險契約法或保險業監督法所稱之保險⁵⁰。再者，如出賣人將其貨物遭竊之風險隱藏性地算入買賣價金，而將之分散於全體客戶，該行為也非保險；出賣人將貨物損壞所生求償費用納入貨物價格，亦非保險，因為上述情形均欠缺法律上請求權與危險移轉的獨立性⁵¹。

2. 法律上請求權

「法律上請求權」（Rechtsanspruch）是保險監理法理論上刻意建立的要件，用以區分保險與其他提供照護的活動⁵²。因此，社團、其他人民團體或職業公會對於其成員提供援助，而其成員對之並不具有法律上請求權者，亦非保險⁵³。

汽車出租人如收取對價而免除承租人之責任者（Haftungsverzicht），亦非保險，不適用保險業監督法之相關監理及刑事處罰規定，而僅係在必要時得類推適用保險契約法之規定處理出租人與承租人

⁴⁷ BVerWG VersR 1992, 1381; Prölss/Martin, VVG²⁸, § 1, Rn. 10.

⁴⁸ BVerWG VersR 1992, 1381, 1382; Bruck/Möller/Baumann, VVG⁹, § 1, Rn. 22.

⁴⁹ BVerWG VersR 1993, 1217, 1218.

⁵⁰ BVerWG VersR 1992, 1381, 1382; OLG Celle VersR 2007, 834; Bruck/Möller/Baumann, VVG⁹, § 1, Rn. 21; Fahr/Kaulbach/Bähr, § 1 VAG, Rn. 17.

⁵¹ Fahr/Kaulbach/Bähr, § 1 VAG, Rn. 17.

⁵² Fahr/Kaulbach/Bähr, § 1 VAG, Rn. 20.

⁵³ Deutsch, Das neue Versicherungsvertragsrecht, Rn. 9.

間之私權關係⁵⁴。其之所以不被認定為保險，即因附屬於汽車租賃契約而欠缺獨立性，且其約定效果為出租人免除承租人之責任，並未因此創設承租人對出租人之法律上請求權。

三、保險的種類

(一)商業保險、政策保險與社會保險

依各保險經營之目的予以區分，可將保險分類為商業保險、政策保險及社會保險三大類。

所謂商業保險，指保險業基於營利之目的，向不特定之社會大眾行銷之保險契約而言。商業保險之經營者，通常為商業性保險公司。其費率結構通常包含保險人之預期利潤在內，而且通常直接反映個別被保險人的危險狀況，有對價平衡原則的適用。至於社會大眾訂約與否，純屬其契約自由之範疇，要保人得依自己之風險管理需求，自行決定是否訂約。一般常見的人壽保險、海上保險、房屋火災保險均屬之。

社會保險，則指國家基於一定之社會性目的，強制一部或全部的國民參加之保險。社會保險的經營者，大多為國家或國家以特別法設立之公法機構。其費率結構不但不包含預期利潤在內，且保險費的決定大多與要保人及被保險人危險狀態的高低無直接關聯，而是取決於其付費能力（即收入）。換言之，社會保險寓含財富重分配之意義在內，無所謂對價平衡原則問題。另外，社會保險領域中，國家通常以法律強制人民投保（投保義務），人民並無自由決定是否加入該保險之餘地。在臺灣，勞工保險、全民健康保險、公務人員保險、軍人保險、農民保險、國民年金保險等，均屬於社會保險。

在商業保險和社會保險之間，另有所謂政策保險的特殊型態。政策保險，係指該保險原屬商業保險之範疇，但因為特殊的政策性目的，例如保障車禍被害人，立法者遂一方面強制特定範圍的國民訂立保險契約，另一方面課予保險人承保義務，使該特定的商業保險在一定的條件

⁵⁴ BGH VersR 1975, 317; 1979, 61; OLG Frankfurt VersR 1986, 495; Prölss/Martin, VVG²⁸, § 1, Rn. 11.

下成為強制保險。此外，政策性保險的承保範圍，也常由法律設置基本的強制性規定。臺灣最典型的政策性保險即為強制汽車責任保險。在臺灣的強制汽車責任保險中，使用汽、機車之人均負有投保強制汽車責任保險的義務，且承保範圍已由強制汽車責任保險法予以確定；另外，立法時基於「無盈無虧」原則，強制汽車責任保險的費率結構亦不得包含保險人的預期利潤（強制汽車責任保險法第44條第1項參照），此等特徵與商業保險之特性均有所不同。但由於強制汽車責任保險所承保的風險仍與典型商業保險所承保者相同，保險費率的決定仍與個別被保險人的風險有直接關係，而非取決於要保人付費能力，無財富重分配之功能，此點亦與社會保險不同。因此，不能以其強制投保一點，即認強制汽車責任保險為社會保險。

(二)財產保險與人身保險

以保險事故發生所在的客體為區分標準，可將保險分為財產保險與人身保險二類。此一分類歷史悠久，也是現行保險法所採取的分類標準。

1. 財產保險

財產保險，指以財產或具財產價值之利益為承保客體的保險。現行保險法有明文規範者，包括火災保險、海上保險、陸空保險、責任保險、保證保險及其他財產保險。此等法律明定的財產保險種類，僅為示意性質，不能認為法律未明定之險種即非合法。

2. 人身保險

人身保險，指以人之生命、身體或健康為承保客體的保險，包括人壽保險、健康保險、傷害保險及年金保險在內。

3. 區分實益

傳統見解認為，僅財產保險具有填補損害的性質，人身保險則具有儲蓄性，且人身無價，故不具損害填補性質。從而，財產保險與人身保險區分的實益，在於利得禁止原則的適用範圍，僅限於財產保險。因此，以保險代位為例，在人身保險中，均不適用（保險法第103條、第130條、第135條、第135條之4）。

暫且不論人身保險是否不具損害填補性質，傳統分類顯然忽略了，人身保險中，尤其是健康保險與傷害保險的醫療費用給付部分，其實與一般財產保險之性質無異，亦應有利得禁止原則的適用。

(三)損害保險與定額保險

以保險所填補的損害是否得具體地以金錢加以估計為區分標準，可將保險區分為損害保險與定額保險二類。我國1929年和1937年制定及修正的保險法，都採取損害保險（或損失保險）的概念，並以之作為規範上的區分依據。1963年則以「財產保險」的概念取代「損害保險」，原因難以查考。

1. 損害保險

所謂損害保險（Schadenversicherung），係指填補被保險人具體損害的險種。而所謂的具體損害，指得以金錢加以估計、評價的損害。傳統分類下的財產保險，均屬損害保險。此外，人身保險中也有部分內容屬之，即健康保險與傷害保險（實務上常稱為「意外保險」）中之「提供醫療型」及「實支實付型」醫療保險，因係填補被保險人具體的醫療費用損失，性質上也屬於損害保險。

2. 定額保險

定額保險係指填補被保險人抽象損害的險種。既云「抽象」，即指在保險法的評價上，被保險人所受到的損害，並不以具有財產價值的實質損害為限，也包括不具財產價值的感情、道德及倫理上的利益在內，例如人的死亡及失能均屬之。至於健康保險與傷害保險中的定額型醫療費用給付，一般亦認為係填補抽象損害。

3. 區分實益

損害保險與定額保險區分的實益，與前述「財產／人身」保險相同，在於「利得禁止原則」有無適用。損害保險所填補者既為可以金錢估計的具體損害，依利得禁止原則，被保險人在保險事故發生後，不得因保險給付而獲得較其實際損害更高的補償。被保險人獲得超額利益的可能性，應以複保險、超額保險及保險代位等相關規定予以防止。

至於定額保險中，因被保險人係受有無法以金錢加以估計的抽象損害，無論保險人給付金額如何，均難認被保險人因此獲得超過其損害額的不當利益，因此，無利得禁止原則的適用。

(四)消費者保險與商人保險

從保險契約當事人在交易上的特性來區分，則保險契約可以分為消費者保險與商人保險二類。

1. 消費者保險

所謂消費者保險（Jedermann-Versicherungen, Verbraucherverträge），係指由要保人、被保險人等之一方為不具備特殊專業知識與磋商能力或與保險人之經濟地位相當的消費者，所訂立之保險契約。一般常見的保險契約屬之，例如火災保險、汽車保險、責任保險、人壽保險、健康保險、傷害保險及年金保險等是⁵⁵。此種保險契約為典型的附合契約，要保人、被保險人一方較保險人弱勢，契約之訂立與履行也容易發生不公平之情事，為追求契約之實質公平並避免契約自由遭到濫用，有特別以法律保障要保人、被保險人的必要。

從保險法中眾多保護要保人、被保險人的規定觀之，本法係以消費者保險為主要的規範對象。例如主觀危險的排除限於故意行為所致損害（保險法第29條第2項）、主觀危險排除的例外（保險法第30條、第109條第2項）、救助費用的強制償還責任（保險法第33條）、保險金給付期限及加重遲延利息（保險法第34條）、保護被保險人的相對強制規定及契約解釋原則（保險法第54條）、不公平保險條款的規制（保險法第54條之1）⁵⁶、保險人承諾的擬制（保險法第56條）、違反說明義務效

⁵⁵ 拙撰，未登記之外國再保險公司與保險代位，收錄於拙著，保險法專題研究(一)，2007年5月初版，第205頁。

⁵⁶ 保險法第54條之1雖然係基於保護被保險人之目的而設，但因該條係本於誠信原則對定型化契約進行內容控制之規定，而內容控制在本質亦得適用商人間之定型化契約，此觀民法第247條之1適用範圍並不限於一方係消費者即可得知，故不應認為保險法第54條之1僅適用於要保人係消費者之情形。臺灣高等法院98年度保險上字第29號、99年度保險上更(一)字第1號判決認為保險法第54條之1不適用於商業主體間訂立之保險契約，即值商榷。進一步之分析，參閱拙著，商業主體間定型化保險契約

果的因果關係限制（保險法第64條第2項但書）、損失認定的擴大（保險法第70條第2項）、保險標的與被保險人範圍的擴大（保險法第71條、第92條）、損失估計遲延的效果（保險法第78條）、估計損失費用的負擔（保險法第79條）、終止契約的預告（保險法第82條第3項）、保險費寬限期間與停復效制度（保險法第116條）、責任準備金、解約金的返還與保障（保險法第117條至第119條）、保單借款（保險法第120條）、責任準備金的優先受償權（保險法第124條）等均是⁵⁷。

2. 商人保險

相對於消費者保險，另有所謂的商人保險，意指其保險契約的當事人均為具相當專業知識的商人，尤其是指再保險及海上保險。在商人保險契約中，由於當事人均屬具有相當專業知識的商人，保險契約的訂立與履行較少發生不公平之情事，因此，較無須由法律介入契約關係予以要保人與被保險人特別保護⁵⁸。換言之，保護消費者（Verbraucherschutz）的要求在此等險種裡並不存在⁵⁹，因此，商人保險應保有較高程度的契約自由，保險法若強行介入當事人間的權利義務，反而有侵害契約自由之嫌。

上述觀念亦顯現於保險法具體規定中。例如就海上保險而言，保險法除於第83條規定海上保險的意義外，僅設第84條規定：「關於海上保險，適用海商法海上保險章之規定。」可見保險法本身並無意直接規範海上保險契約。雖海商法第126條規定：「關於海上保險，本章無規定者，適用保險法之規定。」但本條的「適用」，實係「準用」之意，故保險法對於海上保險而言，僅居於補充性法源的地位。就再保險而言，保險法雖於第39條至第42條設有規定，但細究其規定內容分別為：再保險的意義（保險法第39條）、非契約直接當事人間無請求權（保險法第40條、第41條）與再保險事項不影響原保險關係（保險法第42條）。綜觀其規定將可發現，其均係基於債之相對性以釐清原保險與再保險關係

之內容控制，月旦裁判時報，第7期，2011年2月，第68頁以下。

⁵⁷ 保險法上為保護被保險人所設之規定，有屬任意規定性質者，亦有相對強制規定者。後者因限制契約自由的適用，故較前者更具重要性。

⁵⁸ 陳繼堯，再保險學，1996年8月初版，第49頁。

⁵⁹ Schimikowski, Versicherungsvertragsrecht, München 2009, Rn. 10.

的規定，並無一涉及再保險契約中的權利義務。事實上，以再保險的高度商業性質觀之，再保險除仍適用一般保險法基本原則（*allgemeine versicherungsrechtlichen Grundsätze*）外，僅須由契約自行規範（*Die Rückversicherung ist nur vertraglich geregelt.*）⁶⁰。因此，學者認為，保險法之規定，不能直接適用於再保險，誠屬的論⁶¹。

基於此等觀察，我國保險法並無規範商人保險的計畫，應可確認。實際上，以要保人、被保險人較為弱勢並加以保護為前提的保險法，若一體適用於商人保險中，實易侵害商人保險中保險人的利益。我國保險法雖未如德國保險契約法第209條明文規定：「本法之規定於海上保險及再保險不適用之。」⁶²但解釋、適用保險法時，仍應本此意旨為之。至於保險法上的個別規定，可否類推適用於再保險，學者意見尚不一致，德國學者有認為，基於該國保險契約法第209條的排除規定觀之，類推適用應在禁止之列，頗值參考⁶³，惟亦有否定見解⁶⁴。

3. 區分實益

消費者保險與商人保險的區分實益在於，以保護相對較弱勢的要保人與被保險人之保險法上各種規定，對於商人保險未必當然有其適用。

本書認為，雖然保險法在形式上就各種險種均設有規定，但從消費者保險與商人保險的特性加以區分後，我們可以知道保險法的規範對象

⁶⁰ Prölss/Martin/Klimke, VVG²⁸, § 209, Rn. 3.

⁶¹ Klaus Gerathewohl, Reinsurance Principles and Practice, Vol. I. P. 400, 407; 陳繼堯，再保險學，第49頁、第62頁；施文森，保險法判決之研究（總則編）下冊，1993年修訂版，第554頁。不同見解請參閱桂裕，保險法，第103頁。

⁶² 德國法將海上保險排除於保險契約法適用範圍的因素，原尚包括德國商法已就海上保險另設規範。參閱Hermann-Josef Bunte, LEXIKON DES RECHTS-Versicherungsrecht, S. 180. 但後來德國商法典於2008年修正時，將海上保險章完全刪除，立法者既未另行制定單行法，亦未於保險契約法另設替代規定，其主要原因為德國海上保險實務上早已依據國際海上保險慣例制定保險單條款，而使得商法典中的海上保險規定失去其規範作用，且基於海上保險的高度國際性，亦不適合以德國的內國法強加規範。

⁶³ Prölss/Martin/Klimke, VVG²⁸, § 209, Rn. 3.

⁶⁴ Bruck認為，再保險確實存在於無法律的空間（gesetzesleerer Raum），其間產生的疑難問題，可以藉由保險法的類推適用加以解決。參閱Bruck/Möller, VVG⁸, Bd. I, Anm. 6 zu Einl.

應限於消費者保險，而不當然及於商人保險。因此，於商人保險的有關問題，即不能不假思索逕行適用保險法的相關規定，以免發生不當之結果⁶⁵。縱認有以保險法規範的必要，亦應依其情形以準用（如海上保險）或類推適用（如再保險）保險法的方式加以解決。

(五)原保險與再保險

從保險契約所承擔的危險是否為原始風險，可以區分為原保險（Erstversicherung）與再保險（Rückversicherung; Reinsurance）二類。前者是指非保險人的要保人就其所面臨的危險，向保險人投保所訂立的保險契約；後者則是保險人以保險契約承擔被保險人的危險之後，再將該危險轉向其他保險人（再保險人）投保所訂立的保險契約。

1. 原保險

原保險的要保人與被保險人，通常為不具備保險專業知識之人，契約自由的前提，在此等契約關係中經常有所欠缺，因此需要立法者以具強行性或半強行性的法律來干涉契約關係。在成文法的國家，保險（契約）法通常是以原保險為規範對象，臺灣保險法亦同。

2. 再保險

如前所述，再保險是原保險人以保險契約將被保險人予以承擔之後，轉而向其他保險人投保承保危險的契約。保險法第39條規定：「再保險，謂保險人以其所承保之危險，轉向他保險人為保險之契約行為。」可供參考。

再保險的功能，為危險的二次分散。易言之，對要保人而言，其投保行為為危險之移轉及分散，但對保險人而言，則為危險的承擔與集中，為避免危險過度集中，保險人即有必要將所承擔的危險再度移轉、分散。再保險制度即為保險人分散危險的重要方法。而專業再保險人經常為國際性之再保險公司，跨國承保不同區域之原保險人所承擔的危險，如此可將危險分散至本國以外的區域，避免危險集中於單一地區。

⁶⁵ 目前實務上的爭議案例之一為，再保險是否亦適用保險法第53條之代位。有關此一爭議，請參閱本書第八章關於保險代位的說明。

內。亦即藉由國際再保險契約的訂定，亦使危險共同體擴大至世界上其他地區，以期消弭損失於無形⁶⁶。許多與危險有關的資訊，例如航運風險，通常有賴跨區域的保險人或再保險人的資訊，始能正確評估，因此透過再保險制度，亦可達成保險人間及再保險人保險人間的資訊流通與交換，亦有助於原保險人在個別原保險契約的危險評估。因此，再保險的功能不但可分散危險，而且可以健全原保險人的業務經營。

應留意的是，再保險業務並不限於專業再保險人始能經營。一般保險公司亦得在經營原保險業務之外，同時經營再保險業務。保險公法對於專業再保險人與一般保險業經營再保險業務的監理規範並不一致。對於一般保險業經營再保險的業務，保險法第147條規定：「保險業辦理再保險之分出、分入或其他危險分散機制業務之方式、限額及其他應遵行事項之辦法，由主管機關定之。」主管機關依據本條授權，再訂定「保險業辦理再保險分出分入及其他危險分散機制管理辦法」。若是專業再保險人經營再保險，則適用保險法第147條之1：「保險業專營再保險業務者，為專業再保險業，不適用第一百三十八條第一項、第一百四十三條之一、第一百四十三條之三及第一百四十四條第一項規定（第1項）。前項專業再保險業之業務、財務及其他相關管理事項之辦法，由主管機關定之（第2項）。」主管機關依據本條授權，進一步訂定「專業再保險業財務業務管理辦法」。至於保險私法部分，則規定於保險法第39條至第42條（詳後述）。

(1) 再保險的法律性質

再保險契約的法律性質為何，在保險發展史上曾有不同的理解。早期見解認為，再保險契約為再保險人與原保險人合作經營保險的契約，故其性質為原保險人與再保險人間的合夥契約。

亦有認為，再保險契約既然是承保原保險契約的風險，則其性質應與原保險契約相同，故原保險契約若為人壽保險，則再保險契約亦為人壽保險；原保險契約若為財產保險，則再保險契約亦為財產保險⁶⁷。

⁶⁶ 葉啟洲，未登記之外國再保險公司與保險代位——司法院八十三年度秘台廳民一字第○七七九九號函評釋，保險法專題研究(一)，第197頁。

⁶⁷ 桂裕，保險法，第101頁。

目前多數見解則認為，再保險人所承擔者，為原保險人以保險契約由原要保人處所承擔的契約上責任，因此，無論原保險契約的種類為何，再保險之性質均為責任保險⁶⁸。只是此種責任保險與一般責任保險不同之處在於，一般責任保險均以法定責任（即依法律規定所發生的法律責任）為承保客體，再保險契約則係以契約責任（即依契約約定所產生的法律責任）為承保客體⁶⁹。

以再保險的特徵來看，固然以責任保險說較能合理說明其法律性質，最高法院93年度台上字第2060號判決認為：「……而依同法第三十九條規定之再保險，乃保險人以其所承保之危險，轉向他保險人為保險之契約行為，性質上原屬於分擔危險之責任保險契約，即再保險人（再保險契約之保險人）於再保險契約所約定之危險（原保險人依其與原被保險人間之保險契約而生之給付保險金義務）發生時，應負給付保險金予原保險人（再保險契約之被保險人）之義務。」亦同此見解。但即便如此，此項討論的理論上價值亦高於其實用價值。因為再保險之當事人均为保險公司，兩造間的地位平等，其契約具有高度的商業性質，各國保險契約法多半不介入再保險契約的權利義務關係，而將其保留予當事人間以契約加以約定，屬於高度私法自治的領域。因此，即便將其法律性質理解為責任保險，保險法中關於責任保險的規定，也不適用於再保險契約⁷⁰。只要在理論上確認再保險契約的保險性質，而得將之納入保險監理法制的規範中即可，至於其究屬何種性質，應非重點。欲以傳統險種分類理解並強行套用該險種的規範，反而顯得格格不入。本書以為，再保險甚至可以認為係一獨立險種，而無須以傳統險種分類來理解之⁷¹。

⁶⁸ 劉宗榮，新保險法，第27頁；梁宇賢，保險法新論，第232頁；江朝國，保險法基礎理論，第136頁；林群弼，保險法論，第374頁；鄭玉波，保險法論，1994年增訂再版，第8頁；Prölss/Martin, VVG²⁷, § 186, Rn. 2.

⁶⁹ 江朝國，保險法基礎理論，第134-136頁。

⁷⁰ 臺灣高等法院101年度保險上易字第17號判決同此見解。相同見解，見鄭玉波，保險法論，第8頁。不同見解，見梁宇賢，保險法新論，第233頁；汪信君／廖世昌，保險法理論與實務，第137頁。

⁷¹ 相同見解：蔡信華，再保險性質與再保險金請求權之探討——評臺灣高等法院101

我國司法實務上幾乎不存在因為再保險契約的疑義或糾紛所生的判決案例，這主要是因為再保險契約的高度商業性，使得其契約爭議大多依循商業慣例來處理，而非進入訴訟程序。少部分涉及再保險的爭議，也是原保險人給付保險金後向第三人代位追償時應否扣除再保險金的問題（參閱本書關於保險代位部分的說明），並非再保險契約本身的履約爭議。

(2)再保險的種類

再保險的種類與型態繁多，以下僅簡介再保險實務上較為常見的幾個重要類型。

①臨時再保險

臨時再保險（Facultative Reinsurance）為最古老的再保險型態，是保險人於有分保之業務需要時，才逐次辦理再保險的方式。臨時再保險的主要特徵，在於再保險契約之當事人對於再保業務的分出或分入與否，具有完全自主的權利，故有任意再保險或隨時再保險的諸多別稱。

目前實務上使用臨時再保險之方式者，大多為危險過於巨大或集中，或合約再保險（詳後述）無法容納，而須立即減輕至常態時，即常藉臨時再保險來分散⁷²。臨時再保險因需逐次辦理，手續繁瑣，且再保險人未必均接受承保，故在實務上逐漸由合約再保險取代，但仍對合約再保險具有相當的補充功能。

②合約再保險

合約再保險（Treaty reinsurance），為許多再保險方式的總稱，其共同特徵為，原保險人和再保險人事先簽訂再保險契約，約定分保業務範圍、條件、額度、費用等。在契約期間內，對於約定的業務，原保險人必須按約定的條件分出，再保險人也必須按約定的條件接受，雙方無須逐筆洽談，也不能對分保業務進行選擇，契約約定的分保業務在原保險人與再保險人之間自動分出與分入，所以又可稱為義務性再保險或自動生效再保險。



元照出版

搶先試閱版

⁷² 年度保險上易字第17號民事判決，全國律師，2016年1月，第46-49頁。
⁷² 陳繼堯，再保險學，第75頁。

合約再保險中又可分為比率再保險、溢額再保險、超過損失再保險等數種方式及其混合方式。比率再保險為原保險人須將每一危險，依事先約定之百分比，分予再保險人；溢額再保險則為原保險人對於一個危險超過其自留額的部分，以自留額的一定倍數，由再保險人負責；損失超過再保險，則係指任何一次理賠，超過某一約定之金額或損失比率時，由再保險人加以承擔的再保險⁷³。

③預約再保險

預約再保險（Open Cover Reinsurance）又稱「臨時固定再保險」（Facultative Obligatory Reinsurance）或「預約分保」，是一種介於臨時再保險與合約再保險的再保險型態。在簽訂預約再保險契約後，原保險人對於某一危險是否分保，可自由決定，但再保險人對於原保險人決定分出的業務，不論其危險性質如何，均不得拒絕。若原保險人認為危險品質優良而不願意分出，再保險人亦無權提出異議。故從原保險人的角度觀之，與臨時再保險類似，但從再保險人角度來看，則類似合約再保險⁷⁴。不過，由於預約再保險亦須雙方預先訂立再保險契約，故亦屬廣義的合約再保險之一。

(3)再保險與原保險契約之關係

①再保險人與被保險人之關係

再保險契約與原保險契約為各自獨立的契約，基於契約相對性的原則，二契約對於契約外的第三人均無拘束力。因此，原保險契約之被保險人與再保險人之間，相互均無請求權。

保險法第41條：「再保險人不得向原保險契約之要保人請求交付保險費。」及同法第40條前段：「原保險契約之被保險人，對於再保險人無賠償請求權。」均係本此意旨所設之規定，並無特殊的規範功能。

比較特殊的是，第40條後段承認在「原保險契約及再保險契約另有約定」時，原保險契約之被保險人得向再保險人請求保險給付。本條但書的規定係於2007年7月18日修正施行之保險法所增訂，其立法理由為：

⁷³ 陳繼堯，再保險學，第76-77頁；鄭鎮樸／丁文城，再保險實務，2005年9月初版，第18頁以下。

⁷⁴ 陳繼堯，再保險學，第82-83頁。

「原條文依原保險契約與再保險契約各自獨立之原則，予以限制原保險契約之被保險人對再保險人之直接請求權。惟考量現行國際再保險實務上之再保險契約，有約定當原保險契約之保險人有破產、清算或其他原因不能履行保險契約責任者，得由原保險契約被保險人逕向再保險契約之再保險人請求賠付之直接給付條款（cut-through clause），基於契約自由原則，爰增列但書之規定。」

不過，如果保險人有失卻清償能力之情形時，保險法已設有安定基金之制度（保險法第143條之1至第143條之3），來確保被保險人的權利得以實現，是否有必要打破契約相對性原則來使被保險人直接對再保險人請求保險給付，似有疑問⁷⁵。況且，保險法第40條但書以原保險契約「及」再保險契約另有約定，作為被保險人對再保險人直接請求之要件，但我國實務上於原保險契約中設有此種約定者，尚未曾見，是其規定之實效如何，尚待觀察。

②原保險人與被保險人之關係

原保險人依據原保險契約對其被保險人負責，至於原保險人是否訂立再保險契約、訂立如何條件之再保險契約、再保險人是否依約履行其再保之義務，均與原保險契約之被保險人無關，故保險法第42條：「原保險人不得以再保險人不履行再保險金額給付之義務為理由，拒絕或延遲履行其對於被保險人之義務。」本條僅屬一注意性的規定，縱無明文，亦應為如此之解釋。

③再保險契約的從屬性

由於再保險契約係承擔原保險人依原保險契約所承保的危險，如原保險契約不存在、無效、解除或終止，則再保險契約亦生同一效果⁷⁶，學理上有認為此時再保險契約應屬無效，並稱為再保險契約之從屬性。此一理解在前述的臨時再保險中，或許可以適用，但在合約再保險中，一個合約再保險契約所涵蓋之原保險契約數量可能甚多，此時其中若有部分原保險契約有無效、終止或解除之情事者，對於合約再保險之效力並無影響，自無從屬性可言。

搶先試閱版

⁷⁵ 相同見解：蔡信華，再保險性質與再保險金請求權之探討——評臺灣高等法院101年度保險上易字第17號民事判決，全國律師，2016年1月，第49-51頁。

⁷⁶ 梁宇賢，保險法新論，第234頁。

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=10562>

國家圖書館出版品預行編目資料

保險法／葉啟洲著. -- 六版.
-- 臺北市：元照，2019.03
面； 公分
ISBN 978-957-511-080-2 (平裝)

1.保險法規

587.5

108001341

保險法

5C257PF

作 者 葉啟洲

編印總經銷 元照出版有限公司

100 臺北市館前路 28 號 7 樓

網 址 www.angle.com.tw

定 價 新臺幣 650 元

專 線 (02)2375-6688

傳 真 (02)2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

出版年段 2009 年 6 月 初版第 1 刷
2019 年 3 月 六版第 1 刷

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-957-511-080-2

大學
用書

保險法

- 本次改版將部分章節架構調整為更接近保險法的理論體系，增訂損害保險法總論一章，同時補充最新的司法實務見解。再者，金管會預告的保險法修正草案，可能在近期內完成修法，所以也納入書中予以適當說明與評釋。
- 案例性的教學法，對於學習極具啟發性，輔以相關學理的介紹和實務判決的印證，對於學習效果有極大的幫助。
- 本書之撰寫係以法律系學生及實務工作者為主要對象，除講述保險契約法之基本原理之外，更蒐集整理相關案例及判決見解，俾便讀者得以掌握保險法學理在實際案例上的運用成果。



元照出版公司

地址：台北市館前路28號7樓
電話：02-2375-6688
網址：www.angle.com.tw



5C257PF

ISBN 978-957-511-080-2
9 789575 110802

定價：650元



元照網路書店



元照粉絲團