

# 论医疗责任保险中保险人的 抗辩义务\*

程科 刘兰秋

**【摘要】**与域外的情况不同,在中国的医疗纠纷中,医疗责任保险的保险人至今仍置身事外。反观我国《保险法》第66条,虽然法律条文极为简要,但并未明确禁止保险人的抗辩义务。本文以《保险法》第66条为核心,利用目的性扩张的法律解释方法,将保险人的抗辩义务定性为法定义务、主给付义务,以此展开如何履行抗辩义务以及不履行抗辩义务的法律后果两部分,并就部分问题略陈管见。

**【关键词】**医疗责任保险 抗辩义务 目的性扩张 损害赔偿

(中图分类号) D912.28 (文献标识码) A (文章编号) 1000-2952(2018)06-0104-11

《中华人民共和国保险法》(以下简称《保险法》)第65条和第66条对责任保险做出了规范,并规定保险人应承担被保险人的抗辩费用。然而,这一制度应用到医疗责任保险领域,却仅仅起到了责任保险“损害分散”的作用,它既没有实现“降低处理社会问题的成本,促进社会安全”<sup>①</sup>的功能,也没有达到保障被保险人心境安宁的目的。因此,这两个条文实际上并未完全实现其规范意旨,对医疗纠纷的功能性作用有限,反而使得保险人在医疗纠纷中常常置身事外,削弱了医疗责任保险的制度价值。<sup>②</sup>2018年10月1日起正式施行的《医疗纠纷预防和处理条例》(国务院令 第701号)第6条第4款、第7条明确医疗责任保险应当起到预防、处理医疗纠纷的作用,鼓励医疗机构参加医疗责任保险。有鉴于此,笔者认为需要重新审视《保险法》第66条及保险人抗辩义务制度的价值和意义,本文即立足于此,在参考比较法制度的基础上,就部分具体问题略陈管见,以期对医疗责任保险的实施和医疗纠纷的预防、处理有所助益。

## 一、医疗责任保险中保险人抗辩义务的基本界定

### (一) 医疗责任保险中保险人抗辩义务的概念

保险人的抗辩义务,是指第三人向被保险人主张属于保险合同约定承保范围内的损害赔偿时,保

\* 本文系国家社会科学基金一般项目“中国医疗纠纷数据库建设与基于数据库应用的医疗纠纷防控机制研究”(15BGL194)的阶段性成果。

① 王泽鉴:《损害赔偿》,北京大学出版社2017年版,第32页。

② See Benjamin L. Liebman, Malpractice Mobs: Medical Dispute Resolution in China, *Columbia Law Review*, Vol. 113, Issue 181, 2013, pp. 206-207.

险人负有抗辩第三人的义务。<sup>①</sup> 据此，保险人履行抗辩义务受限于保险合同约定的承保范围，因此在理解这一概念之前，有必要对医疗责任保险做简要说明。

依据《保险法》第 65 条第 4 款，责任保险是指被保险人对第三人依法应负赔偿责任而受赔偿请求时，保险人负赔偿责任的保险。而医疗责任保险的保险标的更为特殊，乃被保险人因过失致第三人受损，依法应负之损害赔偿义务。<sup>②</sup> 值得注意的是，医疗责任保险的保险标的仅是被保险人过失侵权责任，不包括被保险人故意侵权和无过错侵权的责任。<sup>③</sup> 传统理论认为，与一般财产保险一样，责任保险合同属于损失填补契约（contract of indemnity），其目的在于填补被保险人依法应给付的损害赔偿金额。因此，责任保险有“损害分散”功能——分散、移转被保险人的法律赔偿义务，以避免被保险人因巨额赔偿而陷入困境或破产。<sup>④</sup> 在医疗责任保险领域，被保险人无过错侵权时，除极少数情况外，一般不会承担赔偿义务，没有需要填补的损失，也就无需医疗责任保险赔付。而不包括被保险人的故意侵权责任，主要是为了避免道德风险。<sup>⑤</sup> 侵权法通过立法的价值判断和损害赔偿的法律后果来阻止、威慑侵权行为，而责任保险分散、转移被保险人的赔偿义务，实际减损了侵权法的功能，并使被保险人丧失应有之注意，行为缺乏必要的谨慎。<sup>⑥</sup> 因此，被保险人故意侵害第三人，应自负其咎。<sup>⑦</sup>

医疗责任保险的保险范围约束抗辩义务的内容，易言之，医疗责任保险的保险人的抗辩义务仅仅指，对因被保险人过失致人受损、第三人对被保险人主张的损害赔偿请求权进行抗辩。

## （二）医疗责任保险中“保险关系”与“责任关系”的二分

医疗责任保险中主要有两个法律关系：一是保险人与被保险人（投保人）<sup>⑧</sup> 之间的保险合同关系，称之为“保险关系”；二是被保险人与第三人之间的“责任关系”，主要指被保险人对第三人承担的过失侵权责任。“保险关系”与“责任关系”相分离，构成要件和法律效力互不影响。理由大致如下：第一，就医疗责任保险合同而言，基于债之相对性原则，第三人既非合同当事人，也不享有保险利益，不能依据保险合同直接向保险人请求给付；第二，就医疗侵权而言，根据“肇因原则”（Verursachungsprinzip），第三人只能向造成自己损害的人（被保险人）主张损害赔偿请求权，保险

① 参见 [美] 亚伯拉罕：《美国保险法原理与实务（第 4 版）》，中国政法大学出版社 2012 年版，第 566~570 页；邹海林：《责任保险论》，法律出版社 1999 年版，第 289 页。

② 参见梁宇贤：《保险法新论（修订新版）》，中国人民大学出版社 2004 年版，第 207 页。

③ See Wright D. J., Medical Malpractice and Physician Liability Under a Negligence Rule, *International Review of Law & Economics*, Vol. 31, Issue 3, 2011, pp. 205-211. 当然，在保险实务中，这些内容也会在责任保险合同的条款中约定。譬如中国人民财产保险股份有限公司《医疗责任保险条款》第 2 条规定，保险责任针对“因执业过失造成患者人身损害”；第 4 条第 1 款规定，被保险人或其医务人员的故意行为和非执业行为造成的损失、费用和责任，保险人不负责赔偿。

④ See Mary C. McNeely, Illegality as a Factor in Liability Insurance, *Columbia Law Review*, Vol. 41, Issue 1, 1941, pp. 26-28; 王泽鉴：《侵权行为（修订本）》，北京大学出版社 2009 年版，第 8~10 页。

⑤ See Lieber E. M. J., Medical Malpractice Reform, the Supply of Physicians, and Adverse Selection, *Journal of Law & Economics*, Vol. 57, Issue 2, 2014, pp. 501-527.

⑥ 相反的意见认为，责任保险能使第三人得到赔偿，并因此减少社会问题。基于此目的，责任保险为人所垢病的增加道德危险而违反公共政策的缺点，也就更加不重要且能够被容忍。受损失而应该得到赔偿的第三人，不会因为立法允许责任保险而丧失赔偿，这仅仅是将承担风险之主体，从第三人的保险公司转移到被保险人的保险公司而已，在本质上并未抵触到公共政策。参见林建智、李志峰：《论责任保险人之抗辩义务——以美国发展为重心》，《东吴法律学报》2011 年第 2 期，第 115~116 页。

⑦ 参见《保险法新论（修订新版）》，第 207~208 页。

⑧ 医疗责任保险合同是保险人和投保人之间订立的合同，被保险人依照医疗责任保险合同享有保险利益，并拥有保险金请求权。在医疗责任保险中，一般情况下被保险人与投保人是同一主体，为简化法律关系，本文将被保险人与投保人视为同一主体，并统一使用“被保险人”术语，以下不再释明。

人与第三人的损害结果之间无因果关系，第三人不能向保险人直接请求给付。<sup>①</sup>

“保险关系”与“责任关系”相分离是法律科学中形式理性的体现，这种法律构造使得法律关系清晰明确。但是，二者分离的直接后果是第三人不能直接向保险人请求给付，也即《保险法》第65条第3款规定的“先付后偿”（pay to be paid）原则，“被保险人未向该第三者赔偿的，保险人不得向被保险人赔偿保险金”。然而，真正问题在于“先付后偿”原则极易被保险人滥用：在被保险人因故无法先行赔偿第三人时，保险人应拒绝给付保险金，此时第三人根本无法从医疗责任保险中获得合理保障。

就此而言，保险人的抗辩义务要求保险人介入到被保险人与第三人的损害赔偿请求中，实际上突破了医疗责任保险中“保险关系”与“责任关系”的二分，在一定程度上打破了“先付后偿”原则。但是，从保险人抗辩义务这一制度的规范效果来看，这种突破不仅能更好的促进医疗纠纷的解决，而且也能同时兼顾被保险人和第三人的利益。<sup>②</sup>故而，其形式逻辑上的限制尚不足以否定保险人抗辩义务这一制度的正当性、合理性。因此，目前首要的问题是解决该制度的“合法性”问题，易言之，中国的法律是否规范了保险人的抗辩义务？

## 二、医疗责任保险中保险人抗辩义务的产生

20世纪30年代，美国的部分责任保险单最早以“义务”的方式约定了保险人的抗辩义务，<sup>③</sup>在此之前，保险合同总是将之约定为保险人的抗辩权利，至今仍有影响。<sup>④</sup>后来，不仅司法裁判越来越多地承认保险人的抗辩义务，而且在立法上也明确规定保险人的抗辩义务。譬如，美国法学会（ALI）在2013年4月起草的《美国责任保险法原则（草案）》§16规定“责任保险人的抗辩义务为基本义务”（Duty to Defend; Basic Obligations），同条评注a指出，“责任保险不仅提供对判决的财务保障；也为被保险人提供对责任诉讼本身的保护”。<sup>⑤</sup>《德国保险合同法》第100条也规定，“在责任保险中，对保险期间内发生事故导致第三人向投保人提出索赔请求或第三人向投保人恶意诉讼的，保险人都有义务代替投保人应诉”。<sup>⑥</sup>典型的例外是英国，英国法没有规定保险人诉讼抗辩的义务，抗辩义务一般在医疗责任保险合同中特别约定。<sup>⑦</sup>

### （一）困境与出路：对《保险法》第66条的解释

与域外立法例不同，我国法律对抗辩义务的态度不明，而医疗责任保险合同也未约定抗辩义务，给司法实践带来了困难。但是，本来应该通过“法律解释”的方法来解决的问题，迫于司法实践的

① 参见《侵权行为（修订本）》，第369页。

② See Desai V. M., Imitate Others? Not if We Have the Chance: Competitive Differentiation in Medical Malpractice Insurers Pricing Decisions under Uncertainty, *British Journal of Management*, Vol 25, Issue 3, 2014, pp 589-606.

③ See James M. Fischer, Broadening the Insurer's Duty to Defend: How Gray v. Zurich Insurance Co. Transformed Liability Insurance into Litigation Insurance, *UC Davis Law Review*, Vol 25, Issue 141, 1991, pp 141-147.

④ 至今，仍有医疗责任保险合同将抗辩第三人作为保险人的权利。譬如中国人民财产保险股份有限公司《医疗责任保险条款》第18条规定，必要时，保险人可以被保险人的名义对诉讼进行抗辩或处理有关索赔事宜。

⑤ See Principles of the Law of Liability Insurance § 16 TD No 1 (2013). Comment: a Importance of the duty to defend. Liability insurance not only provides financial protection against judgments; it also protects insureds against the liability action itself. 转引自徐喜荣：《论医疗责任保险人的抗辩义务》，《河北法学》2017年第8期，第71页。

⑥ 孙洪涛译：《德国保险合同法》，中国法制出版社2012年版，第83页。

⑦ 是“特别约定”而非“约定”，需要在保险合同中明确写明，而不能通过解释笼统含混的表述来得到。也即保险合同一般约定，保险人有权抗辩对被保险人提起的诉讼，或者在该诉中主张和解，但这种抗辩条款并未授权被保险人抗辩，也未课以抗辩义务。参见[英]克拉克：《保险合同法》，何美欢、吴志攀等译，北京大学出版社2002年版，第420~421页。

需要，地方性法规和地方政府规章却还是首先以“立法”形式对抗辩义务做出了具体规定。前者如《宁波市医疗纠纷预防与处置条例》第 27 条第 1 款，后者如《广东省医疗纠纷预防与处理办法》第 47 条第 2 款。有学者认为，这两个条文的内容在一定程度上“确立了医疗责任保险人的协助抗辩义务”。<sup>①</sup> 但是地方政府规章毕竟属于“准规范法源”，在司法裁判中有不被适用的风险，不能作为整个法秩序中抗辩义务的法源；而地方性法规只能囿于一域，不具有普遍适用性。此外，通过“立法”方式解决应当属于“法律解释”范畴的问题，属于方法径路错误，不免叠床架屋，制造混乱。

因此，应当重新审视《保险法》第 66 条，然而真正的困境也在于此。该条规定，“责任保险的被保险人因给第三者造成损害的保险事故而被提起仲裁或者诉讼的，被保险人支付的仲裁或者诉讼费用以及其他必要的、合理的费用，除合同另有约定外，由保险人承担”。从文义上来看，本条仅仅规定由保险人承担被保险人支付的抗辩费用，因此，学界基本上都认为《保险法》第 66 条没有规定“抗辩义务”，转而在学理上着重论证应当规定抗辩义务的合理性。<sup>②</sup> 然而，笔者以为这种论证不免武断，恐怕言之过早。

基于“保险关系”与“责任关系”的二分，被保险人在抗辩第三人损害赔偿请求过程中支付的合理、必要费用属于“责任关系”的范畴，与保险合同无关，应该由被保险人自己承担。但是，《保险法》第 66 条打破了“保险关系”与“责任关系”二者分离的局面，并通过课以义务的方式将抗辩费用交由保险人负担，保险人被迫介入到第三人向被保险人请求损害赔偿的法律关系中，且处于不利的法律地位。由此观之，《保险法》未尝没有给“抗辩义务”留有余地，而非简单的“缺乏规范”。一旦保险人替被保险人承担费用，就意味着第三人的损害赔偿请求实际上已经对保险人发生法律效力。在逻辑上，令保险人负担抗辩费用，也要赋予其抗辩该费用的手段。否则，基于医疗责任保险合同，保险人实际上获得了更多的不利益，而这种不利益是法律的明确规定而非私法自治的结果，有违意思自治和公平原则。此时，如果依然拒绝保险人抗辩第三人的损害赔偿请求，就忽略了保险合同所要求的合同公正，使得医疗责任保险合同的合同利益不对等。因此，保险人将在《保险法》第 66 条项下基于其负担“被保险人抗辩第三人支付之必要合理费用”而承担抗辩义务。

但是，这一进路的法律困境是，基于负担“被保险人抗辩第三人支付之必要合理费用”而产生的抗辩义务，其范围也将限于“被保险人抗辩第三人支付之必要合理费用”。面对这一困境，首先要考虑的是能否通过“扩大解释”的法教义学方法，通过解释“必要的、合理的费用”的内涵，以令其涵盖抗辩义务所包含的程序和实体两方面的抽象内容。法律解释的最终目的是探求法律在今日法秩序的规范性意义，而“费用”语词的外延明确，含义的弹性较小，过度的赋予其他意义，既在可预见的范围之外，也超过了保险法规范的意义和目的。易言之，扩大解释的结果过于牵强，难以接受。因此，《保险法》虽然已经明确了抗辩义务，但是对保险人如何履行抗辩义务却保持沉默，产生了所谓的“规整漏洞”——法律应该予以注意并规范，但事实上欠缺适当的规则，<sup>③</sup> 欲填补这一因立法上的不圆满性而产生的法律漏洞，笔者以为，仍然需要通过传统的法教义学方法来实现——尤其是通过“目的性扩张”的法律解释方法。如此，就必须探究《保险法》第 66 条的立法目的，更进一

① 徐喜荣：《论医疗责任保险人的抗辩义务》，《河北法学》2017 年第 8 期，第 72 页。

② 徐喜荣：《论医疗责任保险人的抗辩义务》，《河北法学》2017 年第 8 期，第 74 页；马宁：《责任保险人抗辩义务规范的继受与调适》，《法学》2015 年第 4 期，第 36 页；武亦文：《论责任保险人的抗辩义务》，《法商研究》2013 年第 4 期，第 66 页。

③ 在拉伦茨教授看来，在面对“规整漏洞”时，“为做出满足权利的裁判，法官必须以合于法律的规整意向及目的之方式，填补法律的漏洞”。因此，正确的方法路径是解释、续造法律，以满足司法实践需要，而非期待未来的立法。参见 [德] 拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 251 页。

步说,要回到医疗责任保险的功能和意义上来。

## (二) 目的性扩张:以保障被保险人心境安宁为目的

一般来说,医疗责任保险之目的在于填补损失、分担风险。<sup>①</sup>但是,现代意义的医疗责任保险已逐渐发展为“以保障被保险人心境安宁为目的”。<sup>②</sup>“责任保险的一个主要益处是,可以使被保险人免受因必须抗辩受害人提出的各种形式的索赔而不得不承受的紧张、不便和劳顿”。<sup>③</sup>而要实现保障被保险人心境安宁和财务安全,即需由保险人依照法律(或依据合同)履行抗辩义务——积极协助被保险人抗辩第三人主张的属于保险合同承保范围内的损害赔偿请求,或协助被保险人与第三人和解。<sup>④</sup>

考虑到医疗行业的特殊性,医疗责任保险对“保障心境安宁”的要求更为严格,对于抗辩义务的需求也就更为迫切。与其他被保险人将重点放在赔偿金额上不同,医疗责任保险的被保险人考虑更多的是如何能够在医疗纠纷中明哲保身,防止声誉受损。因为“责任索赔会损害专业人员(医务人员及医疗机构等)的声誉,而专业人员的声誉又常常是收入能力的重要支柱。因此,专业人员不仅需要有一定金额的责任保险来弥补责任索赔风险的缺口,且存在对责任索赔进行强有力抗辩的特殊需求”。<sup>⑤</sup>

将保障被保险人心境安宁作为医疗责任保险的主要目的,再来审视《保险法》第66条,以保险人负担“被保险人抗辩第三人支付之必要合理费用”为基础的抗辩义务,就可以依据“保障被保险人心境安宁”拓展到所有相关的程序和实体领域,而限于“仲裁或者诉讼”程序。这不仅可以降低前期处理医疗纠纷的成本,而且还有利于避免相关程序中的政治导向和经济标准。<sup>⑥</sup>通过目的性扩张的法律解释方法解释《保险法》第66条,在被保险人与第三人的损害赔偿请求中,保险人既不至于因为受限于“必要合理费用”而噤若寒蝉,也不至于矫枉过正而至喧宾夺主,完全替代被保险人抗辩第三人。

## (三) 医疗责任保险中保险人抗辩义务的性质

第一,保险人的抗辩义务是法定义务。《保险法》第66条以立法的方式将抗辩义务规范为法定义务,但并不排除当事人在合同中另有约定。为了实现保障被保险人心境安宁之目的,法律通过课以义务而非赋予权利的方式,要求保险人积极履行抗辩义务。在美国,即使法律没有明文规定,法院依旧认为保险人负有抗辩义务,原因在于,抗辩义务实际上是“基于公共政策所生的法定义务,而非仅仅是当事人双方协商而于合同中表达的私人规范”。<sup>⑦</sup>这首先体现在医疗责任保险合同的约定;其次,当保险合同没有约定抗辩义务时,法院将认为这属于合同内容有疑义的范畴,需要按有合同疑义时有利于被保险人的规则来解释合同,认定保险人负有抗辩义务。

<sup>①</sup> 参见《保险法新论(修订新版)》,第205页。

<sup>②</sup> See James M. Fischer, Broadening the Insurer's Duty to Defend: How Gray v. Zurich Insurance Co. Transformed Liability Insurance into Litigation Insurance, *UC Davis Law Review*, Vol 25, Issue 141, 1991, pp. 141-147.

<sup>③</sup> Jay F. Chist, *Fundamental Business Law*, American Technology Society, 1944, p. 276, 转引自邹海林:《责任保险论》,法律出版社1999年版,第33页。

<sup>④</sup> See Guy O. Kornblum (eds), *Environmental Claims and Bad Faith: Contract Obligations That Mature into Extra-Contractual Lawsuits*, *Ohio State Law Journal*, Vol 52, Issue 1245, 1991, pp. 1245-1257.

<sup>⑤</sup> [美] 所罗门·许布纳、小肯尼斯·布莱克、伯纳德·韦布:《财产和责任保险》,陈欣等译,中国人民大学出版社2002版,第422页。

<sup>⑥</sup> [德] H·G·博威格、N·多考夫、N·杨森:《中国的新侵权责任法》,张抒涵译,《比较法研究》2012年第2期,第134页。

<sup>⑦</sup> See Paula L. Harrington, The Duty to Defend in California after *Montrose Chemical Corporation v. Superior Court*: Is the California Supreme Court Protecting Policyholder or Encouraging Litigation and Early Settlement of Unworthy Claims, *California Western Law Review*, Vol 31, Issue 1, 1994, p. 169.

第二，保险人的抗辩义务应视为主给付义务。抗辩义务独立于保险合同的其他补偿义务，并不受其他义务影响，<sup>①</sup>自无疑问。但学说上对于抗辩义务本身的性质如何，也即其是否属于保险人应负的主给付义务，尚有争议。<sup>②</sup>“损害防止说”坚持医疗责任保险填补损失、分担风险的功能，认为保险人履行抗辩义务的目的旨在防止损害或减少损害之发生，只是附属填补损失的次要义务。“保险给付说”则认为医疗责任保险除了填补损失、分担风险外，尚具有保障被保险人利益之功能，二者具有目的上的同一性，关于抗辩义务是否属于主给付义务的争议没有实益。不同于学说上的争议，美国法院在判例中明确，抗辩义务与损失填补义务具有同等重要性，属于保险人之主给付义务。保险人若不履行抗辩义务，可请求保险人给付违反契约之损害赔偿。<sup>③</sup>

但是，上述讨论基本上是围绕抗辩义务属于合同义务这一前提展开的，而我国《保险法》第66条规定抗辩义务为法定义务，且大多数医疗责任保险合同并未以“义务”形式约定抗辩义务。但这并不意味着不能将抗辩义务视为主给付义务，实际上这只是如何解释医疗责任保险合同的问题。考虑到不履行抗辩义务将导致保险合同目的——尤其是保障被保险人心境安宁之目的不能实现，并发生损害赔偿的法律后果，仍然可以认为抗辩义务属于医疗责任保险合同应当规范的内容，其与合同上的主给付义务具有目的上的一致性。因此，仍不妨在法律后果上，将抗辩义务视为基于医疗责任保险合同的主给付义务。

### 三、医疗责任保险中保险人抗辩义务的履行

保险人履行抗辩义务受到医疗责任保险合同的限制，因为保险人要以保险人身份独立履行保险义务。例如，美国宾夕法尼亚州的大多数法院即认为，第三人对被保险人的诉讼是基于保险合同约定之外的诉由时，保险人不负抗辩义务。<sup>④</sup>但是，在司法诉讼中，保险人和第三人的争议并非总是明确的，在不能确信该争议是否属于合同约定的承保范围内时，需要法院来认定。

#### （一）医疗责任保险中保险人抗辩义务的构成——基于美国判例的梳理

抗辩义务的构成，没有可以一以贯之的标准。比较法上，通过对美国判例的梳理，学者总结出几种模式。这些模式，与其说是应用法律技术构造出来的形式理性产物，毋宁说更多的是法院基于司法实践、立法目的及价值衡量的结果。其核心问题是，在何种情况下，保险人即负有抗辩义务。

第一，形式主义：诉状内容规则。在“李诉安泰意外伤害险和保证保险公司案”<sup>⑤</sup>中，法院首先确立了诉状内容规则。法院认为，只要第三人的起诉状（或赔偿请求）所主张的内容在保险合同约定的承保范围内，保险人即负抗辩义务。<sup>⑥</sup>这一标准实际上注重保护被保险人的利益，认为“起诉时间”是重要因素。<sup>⑦</sup>唯有在提起诉讼的那一刻，被保险人才处于承受不利后果的法律地位，也唯有此时，才需要保险人履行抗辩义务。法院基本不会考虑第三人主张损害赔偿的事实和证据，仅以诉状

<sup>①</sup> Liberty Mutual Insurance Co. v. Pacific Indemnity Co., 557 F. Supp. 986, 989 (W. D. Pa. 1983).

<sup>②</sup> 参见林建智、李志峰：《论责任保险人之抗辩义务——以美国发展为重心》，《东吴法律学报》2011年第2期，第125页；李祝用：《责任保险人抗辩问题研究》，博士学位论文，中国政法大学，2011年，第102页。

<sup>③</sup> See Oliver B. Cannon & Son, Inc. v. Fidelity & Cas. Co., of New York, 484 F. Supp. 1375, 1386 (D. Del. 1980).

<sup>④</sup> See Seaboard Industries, Inc. v. Monaco, 258 Pa. Super. 170, 179, 392 A.2d 738, 743 (1978).

<sup>⑤</sup> See Lee v. Aetna Casualty & Surety Co., 178 F.2d 750 (2d Cir. 1949).

<sup>⑥</sup> James M. Fischer, Insurer or Policyholder Control of the Defense and the Duty to Fund Settlements, *Nevada Law Journal*, Vol. 2, Issue 1, 2002, p. 2.

<sup>⑦</sup> Fresno Economy Import Used Cars, Inc. v. United States Fidelity & Guaranty, Co., 76 Cal. App. 3d 272, 142 Cal. Rptr. 681, 685 (1977).

内容为标准——无论第三人的诉讼是否“没有法律依据、诉讼错误或虚假诉讼”，也无论最终的判决与第三人的诉求是否一致。<sup>①</sup>此外，若保险合同约定不明，或嗣后扩大保险合同的承保范围才涵盖诉状内容，法院也会为被保险人利益计，认为保险人负担抗辩义务。

第二，实质主义：事实标准规则。事实标准规则起初仅作为诉状内容规则的一种例外，后来逐渐成为法院适用的一项一般规则。<sup>②</sup>事实标准规则要求法院审查第三人诉讼的事实依据和证据。如果导致第三人诉讼的损失，属于保险合同约定的承保范围，保险人即负抗辩义务。<sup>③</sup>单纯的权益被侵害尚不能得到支持，唯有遭受实际损失并举证，也即要证明成立责任范围的因果关系，法院才会认定保险人负抗辩义务。

第三，折中说与可能性标准。折中说是整合上述两种标准的结果，要求在原则上适用诉状内容规则；如果诉状内容不属于保险合同承保范围，只有在有利被保险人的情况下，才补充适用事实标准规则。较之前法院所持标准，更多的令保险人负担抗辩义务，<sup>④</sup>这一趋势逐渐发展，最终导致了新的规则——可能性标准。1966年美国加利福尼亚州最高法院在“格雷诉苏黎世保险公司”案<sup>⑤</sup>中，放弃了折中说，采可能性标准，影响颇大。法院认为，只要第三人的请求赔偿有可能属于保险合同约定的承保范围——纵使第三人在其诉状中未主张，保险人仍负抗辩义务。法官在“格雷案”没有清晰地阐述何谓“可能性”，但其后的判例给出了如下判断标准：（1）诉状没有明确表明，但也没有排除诉请之责有落入承保范围的可能；（2）诉状明确表明诉请之责落入承保范围，而事实上也确有可能。<sup>⑥</sup>

“诉状内容规则”坚持的形式主义标准，减轻了法院判断保险人承担抗辩义务负担。同时，在一定程度上也将保险人是否负抗辩义务的决定权交给了起诉的第三人。在这种规则下，保险人和被保险人将会花费更多精力来证明保险合同的承保范围与第三人诉状内容的关系，无形中增加了诉讼成本。“事实标准规则”在一定程度上矫正了诉状内容规则的部分缺陷，更加注重医疗诉讼本身，在关注抗辩义务的同时，也注意到了保险人负担抗辩义务的合同依据。此外，此种规则在一定程度上还避免了道德风险——即被保险人和第三人恶意通谋的情况。<sup>⑦</sup>从“折中说”到“可能性标准”，实际上是一个不断令保险人负担更多的抗辩义务的过程，至“可能性标准”则达到了一个高峰。但问题也随之而来，过多的抗辩义务，反而使得抗辩义务的功能被异化，保险人很容易走进“仅仅为了抗辩而抗辩”的误区：为了保障被保险人心境安宁而不择手段。这与“降低处理社会问题的成本，促进社会安全”的作用相违背，也过分忽视了医疗责任保险填补损失、分担风险的目的，不免矫枉过正。

本文以为，现在我国应该以“事实标准规则”为原则，并在极少数情况下适用“可能性标准”。“事实标准规则”由法院来审查第三人的诉讼的事实，既避免了第三人基于“诉状内容规则”来决定保险人是否负有抗辩义务的风险，也避免了保险人和被保险人基于“诉状内容规则”相互攻讦的困境。法院的判断必然带有利益衡量，并考虑医疗诉讼双方的实际的力量对比，比其他模式更加灵活，

<sup>①</sup> Gedeon v. State Farm Mut. Auto Ins. Co., 410 Pa 55, 58, 188 A. 2d 320, 321 (1963).

<sup>②</sup> 参见武亦文：《论责任保险人的抗辩义务》，《法商研究》2013年第4期，第69页。

<sup>③</sup> Robert H. Jerry, The Insurer's Right to Reimbursement of Defense Costs, *Arizona Law Review*, Vol. 42, Issue 13, 2000, p. 17.

<sup>④</sup> San Miguel Community Association v. State Farm General Insurance Company, 163 Cal. Rptr. 3d 358. (Cal. App. 4. Dist. 2013); Liberty National Enterprises, L. P. v. Chicago Title Insurance Company, 157 Cal. Rptr. 3d 664 (Cal. App. 2. Dist., 2013).

<sup>⑤</sup> See Gray v. Zurich Insurance Co. 129 65 Cal. 2d 263, 419 P. 2d 168, 54 Cal. Rptr. 104 (1966). 但本案不是最早采用可能性标准的案例，最早的案例 See *Firco, Inc. v. Fireman's Fund Insurance Co.*, 343P. 2d 311 (Cal. Ct. App. 1959).

<sup>⑥</sup> See *Continental Sav. Ass'n v. United States Fidelity and Guar. Co.*, 762 F. 2d 1239, 1244 (5th Cir. 1985).

<sup>⑦</sup> See David S. Garbett, The Duty to Defend Clause in a Liability Insurance Policy: Should the Exclusive Pleading Test be Replaced, *University of Miami Law Review*, Vol. 36, Issue 235, 1982, p. 241.

也更能缓解法庭审判中的冲突局面。而作为补充的“可能性标准”必须被严格限制，唯有如果不采信“可能性标准”，将会导致裁判结果的实质性改变时，才能适用该规则。这是考虑到在特殊情况下，严格适用“事实标准规则”可能带来司法不公。

## （二）医疗责任保险中保险人抗辩义务的内容

保险人履行抗辩义务，即保险人依据法律规定或者合同约定，抗辩第三人的损害赔偿请求，并负担必要费用。抗辩针对的是第三人的损害赔偿请求，也即要求被保险人支付赔偿金额的部分，但是也并不绝对，必要时可以适当扩大抗辩范围。

第一，抗辩行为。保险人的抗辩行为，应该是实质性抗辩。易言之，保险人应当积极应对第三人的损害赔偿请求，既不得消极地承认第三方的诉求，使被保险人遭受不应有之损失；也不得故意不正当抗辩，致第三人应得之赔偿减损。基于诚实信用原则，保险人履行抗辩义务的实质在于抗辩第三人不正当的损害赔偿请求。对于被保险人与第三人参与调解、进行和解，保险人要让步于私法自治，不得过分介入。<sup>①</sup>判例上常以保险人聘请合格律师作为实质性抗辩的标志。对于律师的失职行为，保险人要承担替代责任。<sup>②</sup>保险人履行抗辩义务，几乎可以获得被保险人的诉讼地位，保险人具有参加听证会、庭审，提交证据，出庭作证以及与第三人和解的权利，必要时被保险人还要辅助保险人行使上述权利。<sup>③</sup>

第二，负担费用。按照《保险法》第66条，“被保险人支付的仲裁或者诉讼费用以及其他必要的、合理的费用”，由保险人承担，但可以另行约定。鉴于医疗责任保险保障被保险人心境安宁的目的，可对“其他必要的、合理的费用”做目的性扩张，凡是保险人应当履行抗辩义务的情形，被保险人支付的与抗辩第三人相关的费用均属之。

第三，程序性问题。《保险法》第66条规定，在“仲裁或诉讼”程序中保险人负抗辩义务，自不待言，但不能局限于此。一般来说，按照“诉讼保险”（litigation insurance）<sup>④</sup>理论，当被保险人致第三人受损的事实发生，被保险人即处于可能被主张损害赔偿的法律风险中，但此时尚无抗辩的紧迫性。如果以起诉或申请仲裁为起点，则对保险人要求过高。因此，妥当的时刻应当是保险人被告知的时刻，告知的时间和主体不受限制，只要保险人被告知第三人已向被保险人主张损害赔偿即可。在上诉程序中，保险人也应负相同的抗辩义务。但问题在于，对法院做出的对被保险人不利的裁判结果，保险人是否负有上诉义务？美国大多数法院认为，如果有合理的理由，保险人则负有上诉义务。<sup>⑤</sup>

<sup>①</sup> 虽然创设抗辩义务之目的在于赋予保险人先行自主决定是否进行和解的特别权力，但是司法实践的发展不仅削弱了这些条款赋予保险人的自行决定权，而且朝着相反的方向进行。部分判例直接明示，无论保险人何时拒绝在一个适当的案件中进行和解，其都会因违反默示的诚信与公平交易条款而需承担责任。参见 [美] 亚伯拉罕：《美国保险法原理与实务（第4版）》，中国政法大学出版社2012年版，第596~599页。

<sup>②</sup> See Douglas R. Richmond, Liability Insurers' Right to Defend Their Insureds, *Creighton Law Review*, Vol 35, 2001, p 124.

<sup>③</sup> See Tom Baker, *Insurance Law and Policy: Cases, Materials, and Problems*, Aspen Publishers, 2008, pp 606-607. 转引自武亦文：《论责任保险人的抗辩义务》，《法商研究》2013年第4期，第68页。

<sup>④</sup> See *International Paper Co. v. Continental Cas. Co.*, 35 N. Y. 2d 322, 361 N. Y. S. 2d 873, 320 N. E. 2d 619 (1974).

<sup>⑤</sup> 对于保险人基于抗辩义务而负有上诉义务来说，最困难的地方在于保险人以何种身份来上诉。另一个值得关注的问题是，仅仅因为法院的裁判结果对保险人不利，就对保险人课以上诉义务，而不考虑法院裁判的公正性和权威性，是不是过于草率？这种行为对医疗诉讼来说是否会造成员盾尖锐化？另外，“上诉”一直是当事人的一种程序性权利，法院又是基于何种理由将上诉作为一种义务课以保险人。美国部分法院也明确反对保险人负有上诉义务，判例可参见 *Reichert v. Continental Insurance Company*, 290 So 2d 730 (La. App. 1974)。关于上述问题，判例没有明确，但是部分判例就何为“合理理由”做出了判断标准，有法院认为，要对保险人课以上诉义务，除了判断保险人在主观上是否有诈欺（fraud）或恶意（bad faith）外，还需要判断保险人是否尽到“合理注意与预见”（failure to exercise reasonable care and foresight）的义务，具体可参见：*Chrestman v. United States Fidelity & Guaranty Co.*, 511 R2d 129 (5th Cir. 1975)。



### （三）医疗责任保险中保险人抗辩义务的终止

保险人履行抗辩义务完毕，抗辩义务终止。依照法律规范或者合同约定，也可以终止抗辩义务。抗辩义务虽是法定义务，但当保险合同效力终止时，“保险关系”消灭，保险公司不再具有“保险人”身份，抗辩义务自然终止。但是，当保险人和第三人之间的“责任关系”消灭时，抗辩义务并未终止，仅是尚不发生效力，因为被保险人与其他人可能因为医疗过失侵权而随时产生新的“责任关系”。

在诉讼过程中，如果法院发现第三人的诉讼请求不属于保险合同的承保范围，是否发生抗辩义务终止的法律效果？美国判例允许保险人撤回抗辩，但必须证明诉讼请求确实不在承保范围内，这似乎成为一种新的规则。<sup>①</sup>但是，撤回不是终止，只是意味着保险人原本就不用履行抗辩义务，因此，在个案中实际不存在抗辩义务终止的问题。

## 四、医疗责任保险中保险人不履行抗辩义务的法律后果

抗辩义务是法定义务，不履行法定义务将承担责任，但唯有造成损失，权利人才能主张损害赔偿。然而，与一般的法定义务不同，抗辩义务不仅涉及到保险人和被保险人的保险合同，还涉及到被保险人与第三人的损害赔偿请求或诉讼，也即涉及到对程序性权利的影响。因此，违抗抗辩义务的法律后果更为复杂。

### （一）权利丧失

保险人不履行抗辩义务将丧失对被保险人的抗辩，即不得以被保险人对第三人的抗辩行为存在过失，或者以被保险人抗辩费用过高为由，抗辩被保险人基于合同或法律对其主张的权利。<sup>②</sup>该抗辩权丧失后，不可回复。除此之外，基于间接再诉禁止的原理，保险人不履行抗辩义务仍然要受到第三人与被保险人之间诉讼判决（或仲裁）的约束，保险人不得在诉讼中就已决事项要求重新审理或提出异议。这一点也为我国司法实践所承认。譬如，在蚌埠市企业职工疾病研究所海天医院与中国人民财产保险股份有限公司固镇分公司医疗责任保险合同纠纷上诉案中，法院认为：保险人未参加生效裁判诉讼的责任在于其自己，且考虑到生效裁判具有稳定性和既判力，保险人要受先生效裁判约束。<sup>③</sup>

### （二）权利减损

保险人不履行抗辩义务，将使自己基于保险合同的权利受损，但不会全部丧失。原因在于，保险人不履行抗辩义务有违保险合同之本旨，被保险人不必再对待给付。实体性权利的减损具体体现为被保险人不必再履行其基于保险合同的从给付义务和附随义务。但被保险人仍然要履行主给付义务，因为主给付义务是关乎合同类型的基本义务，如果被保险人不履行主给付义务，实际上是保险

<sup>①</sup> 保险人撤回抗辩后，对保险人已经提供的已被认可的证据该如何处理，保险人已被法院支持的程序性抗辩该如何处理等诸多问题，判例都没有明确。参见 See *Montrose Chemical Corporation of California v. Superior Court*, 6 Cal 4th 278, 24 Cal Rptr. 2d 467, 861 P. 2d 1153 (1993); See e. g., *Cotter Corporation v. American Empire Surplus Lines Insurance Company*, 90 P. 3d 814 (Colo 2004) .

<sup>②</sup> See *Peterson v. Allstate Ins. Co.*, 164 Cal. App. 2d 517, 330 P. 2d 843 (1958) .

<sup>③</sup> 一审判决：安徽省固镇县人民法院（2007）固民二初字第69号判决书；二审判决：安徽省蚌埠市中级人民法院（2007）蚌民二终字第132号判决书。要点提示部分载明：“本案中，保险人以其未参加在先生效裁判诉讼致使其未能及时帮助被保险人行使抗辩权为由主张该生效裁判确认的事实及判决结果不能当然适用于本案。由于保险人未参加生效裁判诉讼的责任在于其自己，且生效裁判具有稳定性和既判力，保险人的上述主张不予支持”。查询自北大法宝，[http://pkulaw.cn/case\\_\\_\\_es/payz\\_1970324837186176.html?match=Exact](http://pkulaw.cn/case___es/payz_1970324837186176.html?match=Exact), 2018年9月11日。

合同效力终止，超出了权利减损的合理限度。

### （三）损害赔偿

第一，损害赔偿的原因。如前所述，抗辩义务是法定义务，对法定义务的违反构成侵权。然而，尚有疑问的是，违抗抗辩义务能否构成违约？美国学者多持肯定意见，<sup>①</sup> 主要是考虑到美国医疗责任保险一般都会约定抗辩义务。但是，中国的医疗责任保险合同仍以权利的方式约定抗辩义务，如此一来，当保险人不履行抗辩义务，体现在合同上即为保险人不行使权利，属于私法自治的范畴，不存在违约的可能性。考虑到对《保险法》第 66 条的目的性扩张，在法律后果上将抗辩义务视为基于保险合同的主给付义务，因此不履行抗辩义务仍可以构成违约。但是必须意识到，这种技术化的处理主要是考虑医疗责任保险的目的，所谓“视为”主给付义务就意味着本质上即非主给付义务。违约责任和侵权责任竞合时，被保险人可依《民法总则》第 186 条择其一作为请求权基础，其意义在于这种选择更有利于被保险人利益的可能。<sup>②</sup>

第二，财产性损害赔偿。鉴于《保险法》第 66 条已令保险人承担仲裁和诉讼的必要合理支出，那么保险人的财产损害赔偿就主要体现在以下两方面。一是赔偿被保险人抗辩第三人额外增加的费用。保险人不履行抗辩义务，将丧失对被保险人的抗辩权，在被保险人消极对待第三人的损害赔偿请求时，会额外产生不必要的费用，而保险人一旦履行抗辩义务就会轻易避免。二是赔偿被保险人因此所致的损失，譬如导致法院做出不利于被保险人的判决，被保险人聘用律师或支付其他必要费用之利息等。对这部分赔偿目的在于惩罚、威慑保险人不履行抗辩义务的不当行为，<sup>③</sup> 因此不会考虑保险人履行抗辩义务极可能收效甚微的情况。<sup>④</sup> 赔偿的范围也会更广，但不能超过其上限，即假使保险人成功抗辩，与现在相比被保险人利益的减损。

第三，非财产性损害赔偿（精神损害赔偿）。我国法将精神损害赔偿置于侵权法体系下，由《侵权责任法》第 22 条来规范。该条和最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》（法释〔2001〕7 号）第 5 条都明确否认了对法人的精神损害赔偿。通说也认为，不能通过违约责任来主张精神损害赔偿。<sup>⑤</sup> 但是，与我国法的立场不同，美国在合同法领域渐渐有判例支持要求违约者承担精神损害赔偿的主张。<sup>⑥</sup> 在针对抗辩义务时，法院更多的是考虑责任保险保障被保险人心境安宁的目的，当保险人不履行抗辩义务时，实际上是对被保险人的心境安宁的极大破坏，因此“当保险人错误拒绝抗辩时，保险人主张精神损害赔偿具有正当性”。<sup>⑦</sup> 大陆法系则广泛承认违约的精神损害赔偿。<sup>⑧</sup> 而我国既无法律明确规定，又无强有力的学说和判例支持，尚不能要求保险人对被

① Commercial Union Ins. Co. v. Pittsburgh Corning Corp. 789 F.2d 214 (3d Cir. 1986) .

② 参见谢鸿飞：《违约责任与侵权责任竞合理论的再构成》，《环球法律评论》2014 年第 6 期，第 13~18 页。

③ See Nielsen v. TIG Ins. Co. , 442 F. Supp. 2d 972 (D. Mont. 2006) .

④ See Fidelity & Deposit Co. of Maryland v. Hartford Cas. Ins. Co. , 215 F. Supp. 2d 1171, 1177 (D. Kan. 2002) .

⑤ 参见王利明：《合同法研究（第 2 卷）》，中国人民大学出版社 2015 年版，第 608~611 页；韩世远：《合同法总论》（第四版），法律出版社 2018 年版，第 782~783 页。

⑥ 美国《合同法重述（第二版）》第 353 条（因精神损害带来的损失）规定：“不允许对精神损害获取赔偿，除非违约同时造成身体伤害，或者合同或违约系如此特殊以致严重的精神损害成为一种极易发生的结果”。其他比较法上的发展可参见韩世远：《合同法总论（第四版）》，法律出版社 2018 年版，第 779~782 页。

⑦ See Tan Jay International, Ltd. v. Canadian Indemnity, Co. , 243 Cal Rptr. 907, 912 (Ct. App. 1988) .

⑧ 德国在 2002 年 1 月 1 日《德国债法现代化法》生效后，通过《民法典》第 253 条第 2 款将精神损害赔偿扩展到合同领域，承认违约可以导致精神损害赔偿。其他的立法例如《共同参考框架草案（Draft Common Frame of Reference）》第三编第 3：701 条关于“请求赔偿的权利”第 3 款规定：“损失”包括经济损失和非经济损失。经济损失包括收入或利润的损失，招致的负担以及财产价值的减少。非经济损失包括痛苦与创伤以及对生活品质的损害。参见陆青：《违约精神损害赔偿问题研究》，《清华法学》2011 年第 5 期，第 147~151 页。

保险人赔偿非财产性损害。

## 五、结语

《保险法》第65条、66条对责任保险做出了概括性规定，其抽象的立法技术一方面忽略了对很多制度的具体设计，显得笼统而含混；另一方面，又给了司法实践发展和借鉴域外经验的空间，不至于将大门彻底关死。对此，我们应该通过法教义学的方法来解释这两个条文，以期能解决司法实践中的疑难杂症。当然这一进程的前提是在实证法已有规范的前提下，通过合理的法律解释阐释出整个制度的框架和原则——本文对医疗责任保险中保险人抗辩义务的探讨即遵循这一思路。此外，尤其不能忽略的是现实政策倾向和经济发展对法律的实际影响，特别是在医疗纠纷已经成为一种较为突出的社会矛盾的现在。本文即立足于此，通过对《保险法》第66条的目的性扩张，证成医疗责任保险中保险人的抗辩义务在保险法领域的合理性、正当性以及迫切需要，当然，更为具体的制度设计和细节，唯有期待在未来的立法中呈现。

本文作者：程科是北京市华德莱律师事务所律师；刘兰秋是法学博士，首都医科大学卫生法学系副教授

责任编辑：龚赛红

## A Study on the Medical Liability Insurer's Duty to Defend

Cheng Ke Liu Lanqiu

**Abstract:** Different from foreign cases, the insurers of medical liability insurance remains aloof from China's medical tangles. Article 66 of *Insurance Law*, even though with very brief legal provisions, do not expressly prohibit insurers' duty to defend. In view of this, this paper focuses on Article 66 of *Insurance Law* and uses the legal interpretation method of intentional expansion, and defines the insurer's duty to defend as a statutory obligation and a main payment obligation. Based on this, this paper discusses about the methods of fulfilling the duty to defend and the legal consequence of not fulfilling the duty, as well as a few of other issues.

**Keywords:** medical liability insurance; duty to defend; intentional expansion; compensation for damages