

论保险法上的风险分类：合理区分 V. 歧视

周学峰*

摘要：风险分类是现代商业保险的重要特征之一，具有经济上的正当性。然而，在现代社会，评价一项风险分类是合理的区分对待还是不公平的歧视，已不能仅仅以统计数据或精算为依据，而应考虑保险的社会功能、盛行的社会伦理观念等。如何对风险分类进行规制，最终取决于利益权衡和公共选择。

关键词：保险 风险分类 区分对待 歧视

一、问题的提出

在公众意识和道德话语体系中，“平等”总是受到人们的追捧，而区分对待则常常受到人们的质疑，并且，其一旦被认定为“歧视”，则会受到人们一致的谴责。⁽¹⁾但是，在实践中，若要对“区分对待”进行区分，以辨明哪些区分对待是合理的，哪些构成“歧视”，决非易事，这在保险中表现得尤为明显。

例如，据媒体报道，某保险公司推出一款定期寿险，并依据被保险人是否抽烟而将其分为“吸烟群体”和“非吸烟群体”，并适用不同的保险费率，于是，有人声称这是对吸烟群体的歧视。⁽²⁾

又如：有统计数据表明，黑种人的平均寿命比白种人的平均寿命短，于是，在人寿保险领域，保险公司向黑种人收取的保费高于白种人，而在年金保险中，向白种人收取的保费高于黑种人，这是否构成种族歧视？

有统计数据表明，男性的平均寿命比女性的平均寿命短，于是，在人寿保险领域，保险公司向男性被保险人收取的保费高于女性被保险人，而在年金保险中，向女性被保险人收取的保费高于男性被保险人，这是否构成性别歧视？

有统计数据表明，某一年龄段的人（例如，18至25岁的男性）较之其他年龄段的人，发生交通事故的概率要高，因此，保险公司在与其订立商业机动车第三者责任保险合同同时，向其收取的保费高于其他年龄段的人，这是否构成年龄歧视？

* 北京航空航天大学法学院副教授，法学博士。本文系教育部人文社会科学研究基金项目（10YJC820180）的阶段性研究成果。

(1) “歧视”(discrimination)就其本意而言，是指区分、区别，属于中性词。但是，在现代社会中，无论是在当代汉语中，还是在英语中，其除原有的中性含义外，更多的时候是用来表达其具有贬义含义的一面，常被用来指那些不合理的、不公平的、无正当理由的区分对待。对此可参见以下词典对“discrimination”或“歧视”的解释：薛波主编《元照英美法词典》，法律出版社2003年版，第420页；[英]霍恩比《牛津高阶英汉解词典》（第6版），石孝殊等译，商务印书馆2005年版，第485页；中国社会科学院语言研究所词典编辑室《现代汉语词典》，商务印书馆2003年版，第995页。为了避免混淆和误解，本文使用“区分对待”一词来表达其中性含义，而使用“歧视”一词来表达其贬义含义，即不合理的区分对待。

(2) 王黎娟“首款‘抽烟保险’惹争议”，载《成都晚报》2012年5月16日，第17版。

某位被保险人经基因测试被发现体内含有某种致病倾向的基因特征,其未来患有某种疾病的概率要明显高于普通人,保险公司据此向其收取较高的保险费,这是否构成基因歧视?

诸如此类的问题还有许多,不再一一列举。商业保险运作的基本原理在于,保险公司依据被保险人的风险程度的不同而将其区分为不同的群体,并分别向其收取不同的保险费,以使得保费与被保险人的风险水平相对应。⁽³⁾ 诸多争议也就随之而生,即保险公司在对被保险人进行风险分类(risk classification)并区分对待时,如何辨别其属于合理的区分对待,还是歧视?这便是本文所要探讨的中心问题。

尽管对被保险人区分对待的现象在中国保险实践中已属常见,⁽⁴⁾并且,已有人提出了保险歧视的问题,但是,我国现行《保险法》并未就此作出明确规定,⁽⁵⁾关于这一问题的司法判例亦极为少见。⁽⁶⁾然而,这一问题在美国和欧盟等国家和地区却是近年来人们讨论的热点问题,因此,我们可以通过对上述国家的法律以及各种争议性观点进行研究,以期对我国保险法的发展获得一些有益的启示。

二、美国有关保险歧视的法律与实践

在美国,保险主要属于各州的监管范围,保险法基本上属于州法,联邦的干预程度非常有限。

(一) 美国联邦法的相关规定

就与保险歧视相关的联邦法而言,最重要的当属《1964年民权法案》,该法第七章明令禁止雇主基于种族、肤色、宗教、性别、出生国等因素在工作报酬、条件、待遇等方面对雇员进行歧视。美国联邦最高法院的判例认为,雇主出资的年金保险应受上述规定的制约,雇主不得要求女雇员比男雇员缴纳更多的保险费以获得相同的保险金,或在缴纳相同保险费的情况下向其给付不同数额的保险金。⁽⁷⁾因此,当保险公司通过企业雇主而非直接面向公众销售其保单时,其在对被保险人进行风险分类和区

(3) Kenneth S. Abraham, *Distributing Risk: Insurance, Legal Theory, and Public Policy* 64 (Yale University Press 1986).

(4) 例如,在中国的保险业实践中,就性别因素而言,保险公司在人寿保险和年金保险中普遍采取差别费率,即男性在购买人寿保险时适用较高的费率,而在购买年金保险时适用较低的费率;女性则相反,其人寿保险的费率较低,而年金保险的费率较高。在机动车商业保险中,许多保险公司的保险条款费率表规定,女性适用0.95的费率调整系数,而男性的费率调整系数通常为1.00。从年龄因素来看,除了在人寿保险中存在明显的费率差异外,在机动车商业保险中,亦存在费率差异。通常年龄小于25岁或大于60岁的被保险人被视为高风险人群,适用1.05的费率调整系数,而30岁至40岁之间的人群则被视为低风险人群,适用0.95的费率调整系数。参见经中国保险监督管理委员会批准的《三星财产保险(中国)有限公司电话营销专用机动车保险费率表》和《天安财产保险股份有限公司电话营销专用机动车商业保险基准费率表》。

(5) 在我国《保险法》中,与区分对待和保险歧视问题关联最为密切的条款当属该法第114条第1款“保险公司应当按照国务院保险监督管理机构的规定,公平、合理拟订保险条款和保险费率,不得损害投保人、被保险人和受益人的合法权益。”但该法并未规定如何认定保险条款或保险费率是否“公平、合理”。中国保险监督管理委员会制定的《财产保险公司保险条款和保险费率管理办法》和《人身保险公司保险条款和保险费率管理办法》亦未就区分对待与保险歧视问题作出规定。笔者所检索到的明确提及“歧视”的保险类规章中仅有2002年中国保监会发布的《机动车辆保险条款费率审批程序及核心内容》,该规章要求保险费率方案需具备合理性,其标准中就包括“不得含有歧视性内容”。但是,该规章对于“歧视”并未作出任何界定。

(6) 笔者所检索到的惟一的一起涉嫌保险歧视的案件是2008年云南省昆明市某位艾滋病病毒感染者起诉某保险公司的保险条款涉嫌歧视艾滋病人案,但由于案情的特殊性,一审法院是从保险合同解释的角度来解决这一争议的,认为并不存在原告所宣称的对艾滋病人的区分对待,因而不构成歧视。所以,该案的判决意见对于本文所要探讨的问题的参考价值十分有限。参见苏岭“保险条款再不歧视艾滋病人”,载《南方周末》2009年7月16日。

(7) *City of Los Angeles v. Manhart*, 435 U. S. 702 (1978); *Arizona Governing Committee v. Norris*, 463 U. S. 1073 (1983).

分对待时将会受到上述规则的限制。⁽⁸⁾ 在美国,有相当大份额的年金保险、人寿保险、健康保险和残疾保险,是由雇主出资或通过雇主以团体险的方式购买的,这些保险均会受到影响,但是,对于那些与工作领域无关的保险品种,如财产保险和机动车保险等,则不会受到上述规则的影响。⁽⁹⁾

另外,美国联邦政府还制定了许多关于平等保护和反歧视方面的法规以贯彻《1964年民权法案》的要求,有些法规也涉及到了保险歧视。例如,美国国会于2008年颁布了《禁止基因歧视法案》,在联邦法层面上禁止在就业和健康保险领域基于基因信息进行歧视。该法案与《1964年民权法案》的关联在于,基因信息看似是中性的,但是,有些基因特征往往是与某一特定的人种、种族或性别联系在一起的。例如,“镰状细胞性贫血症”常见于非洲裔美国人中,在历史上,美国曾有一些州对“镰状细胞性贫血症”进行强制筛查,这被认为是对非洲裔人种的歧视,因此,反对基因歧视有助于禁止间接的种族歧视。

(二) 美国州法的相关规定

在美国,有关风险分类和保险歧视的问题,主要受各州的保险法的管辖。美国各州的法律均含有禁止保险人采取“不公平歧视”(unfair discrimination)的条款,此类条款在最初制定时主要是为了反对当时保险营销中的给付“回扣”现象,其主要目的在于保障保险业的公平竞争,而今天该条款则被赋予了新的任务,即禁止不公平、不合理的风险分类。⁽¹⁰⁾ 虽然各州都坚持禁止“不公平歧视”的原则,但各州的具体规则以及对规则的解释仍存在较大的分歧。从马萨诸塞州、宾西法尼亚州等州的法院对本州反歧视法规的解释可看出:早期法院认为,只要一项风险分类具有保险精算上的充分依据,那么,该分类就是合理的,不构成不公平歧视;有的州法甚至规定,在有保险精算数据显示被保险人的预期损失存在差异的情况下,如果保险人未实施相应的差别费率而是实施统一费率的话,将被认为构成“不公平歧视”。⁽¹¹⁾ 自20世纪80年代以来,法院开始改变态度,其认为,在判断一种风险分类是否合理时,基于公共政策的要求,不能仅考虑分类因素与损失是否具有统计学上的相关性,还应考虑其他因素,如因果关系、可靠性、可控性等,这意味着,精算因素已不再是认定费率合理性的惟一标准,其他考虑因素有可能比精算因素更重要。⁽¹²⁾ 这使得对风险分类的合理性的认定越来越复杂。

1. 种族因素

多年来,美国的人口统计数据一直显示,黑种人的寿命较白种人短。从历史上看,美国的保险公司在相当长的一段时间内的确将种族因素作为实施差别费率的依据。例如,在人寿保险领域,黑种人

(8) Jill Gaulding, *Race, Sex, and Genetic Discrimination in Insurance: What's Fair*, 80 Cornell L. Rev. 1646, 1655 (1995).

(9) 在20世纪80年代,曾有美国国会议员提出议案,建议在所有的保险领域,无论是雇主出资的保险,还是个人购买的保险,均适用联邦民权法案的反歧视条款,一概禁止以种族、肤色、宗教、性别、出生国为依据进行风险分类和差别费率,但是,该议案未获通过。参见 Leah Wortham, *Insurance Classification: Too Important to Be Left to the Actuaries*, 19 U. Mich. J. L. Ref. 349, 364 (1986).

(10) 关于美国各州禁止不公平歧视条款的产生和发展历史可参见 Leah Wortham, *Insurance Classification: Too Important to Be Left to the Actuaries*, 19 U. Mich. J. L. Ref. 349, 386 (1986). 美国各州在20世纪50年代纷纷在保险法中加入禁止不公平歧视条款还存在另一个重要目的,即希望以此来避免联邦反垄断法的适用。

(11) 如《佛罗里达州保险法》[Fla. Stat. Ann. § 627.0651(6)]。

(12) 例如,在宾西法尼亚州最高法院审理的一起案件 [*Hartford Acci. & Indem. Co. v. Insurance Commissioner of Commonwealth*, 505 Pa. 571 (1984)] 中,州保险监管官员认定保险公司在机动车保险中实施以性别为基础的差异费率,属于不公平歧视,因此应禁止使用。两家保险公司对此不服而向法院提起诉讼。保险公司主张,只有当保险费率差异未能反映被保险人的预期损失或风险水平时,才构成不公平歧视,然而,法院认为:在认定是否存在不公平歧视时,原告所主张的“精算公平”并不是的惟一标准,基于公共政策的考量,还必须考虑其他因素,如因果关系等。

的保费较白种人高,而在年金保险领域,白种人的保费较黑种人高。在美国内战结束后,仅有少数州的法律禁止保险人以种族因素为依据实施差别费率,而大多数州仍继续许可,直至20世纪50年代。20世纪60年代的民权运动兴起后,美国联邦政府在各个领域都开始推行反对种族歧视的政策,受此影响,美国各州也陆续制定法规禁止在保险领域实施基于种族的区分对待。到20世纪80年代时,美国各州的保险公司都宣称已不再将种族作为保险分类的依据。明显的、直接的种族歧视的确消失了,但是,隐蔽的、间接的歧视却依然存在。例如,许多保险公司依照被保险人或财产所处地理位置实施差别待遇,即所谓的划定“红线”的政策或以“邮政编码”作为分类依据,这种分类看似与种族无关,但其实际后果是,许多黑人居住区被保险公司看作高危地区并拒绝对其承保。⁽¹³⁾

2. 性别因素

美国《1964年民权法案》第七章所列举的五项反歧视因素中有四项因素都已被各州的法律所禁止并被保险公司所接受,但仍有一项例外,即性别因素。⁽¹⁴⁾从历史上看,至少在人寿保险和年金保险领域,保险公司一直在使用性别因素实施费率差异,但是,随着民权运动和反歧视观念的推进,有人开始对此提出质疑,并引发了激烈的争论。对此,美国各州的态度不一,除了蒙大拿州在所有的保险类型中全面禁止使用性别分类因素外,其他各州的法律均是限制而非绝对取消基于性别的区分对待。首先,大多数州的法律都限制保险人在决定是否承保或确定保险范围时使用性别因素,而对费率差异进行管制的则限于少数州;其次,许多州的法律在限制使用性别因素时是有条件的,例如,有的州仅禁止保险人在无保险精算的合理依据时采用性别因素;有的州的法律禁止保险人“仅仅”基于被保险人的性别而进行区分对待;⁽¹⁵⁾第三,有些州和保险公司,区分保险的种类,采取不同的政策。例如,在人寿保险和年金保险领域,多数州都允许保险公司实行性别差别费率,有的州甚至强制要求保险公司采取差别费率。⁽¹⁶⁾

在机动车保险领域,许多保险公司基于统计数据,以男性驾驶员发生事故的概率明显高于女性为由,推行差别费率,给予女性被保险人以费率优惠。但是,在性别平等原则的影响下,有些州通过立法强制推行无性别差异的费率政策。⁽¹⁷⁾在另外一些州,则是由法院通过对本州保险法规进行解释而确立禁止或允许基于性别基因区分对待的规则,不同的州往往会得出不同的结论。⁽¹⁸⁾

在残疾保险领域,保险公司的传统做法是实施性别差异费率,女性的保险费率要高于男性。一些保险公司曾在20世纪80年代初推行过无性别差异的保险费率,但后来发现承保女性的残疾保险的成本过高,于是,到了20世纪90年代中期,保险公司又重新恢复了性别差异费率,女性的保险费甚至

(13) Austin, *The Insurance Classification Controversy*, 131 U. Pa. L. Rev. 517, 530 (1983).

(14) Leah Wortham, *Insurance Classification: Too Important to Be Left to Actuaries*, 19 U. Mich. J. L. Ref. 349, 365 (1986).

(15) *Id.* at 366.

(16) 例如,《加利福尼亚州保险法》§ 790.03(f) 要求保险人采取性别差异费率。

(17) 夏威夷州、密歇根州、马萨诸塞州和北卡罗来纳州的法律明确禁止在机动车保险领域实施基于性别因素的差别费率。

(18) 例如,路易斯安那州的保险监管委员认为“基于年龄、性别等被保险人无力控制的因素而确立的机动车保险费率,对于那些虽拥有良好驾驶记录但因被归入某一群体而不得不与其他拥有较差的驾驶记录的驾驶员一样支付较高保险费的人来说,是一种不公平歧视。”但是,法院却驳回了保险监管委员的意见,在法院看来,有大量的统计资料显示男性驾驶员发生事故的概率明显高于女性,保险公司基于性别而实施的差别费率是有充分的精算依据的,因此,不属于不公平歧视 [*Insurance Serv. Office v. Commissioner of Ins.*, 381 So. 2d 515 (La. Ct. App. 1979)]。然而,对于相同的问题,宾夕法尼亚州最高法院却认为,在认定是否存在不公平歧视时,不应只考虑“精算公平”,基于公共政策的考量,应禁止在机动车保险领域使用性别的分类因素。 *Hartford Acci. & Indem. Co. v. Insurance Commissioner of Commonwealth*, 505 Pa. 571 (1984)。

比男性高出 50%。⁽¹⁹⁾

3. 基因因素

基因,是指具有遗传效应的 DNA 分子片段。基因蕴含着大量的与人体健康有关的信息。首先,通过基因测试可以用来诊断当事人是否患有某种疾病。例如,对胎儿和新生儿进行唐氏综合症的筛查;其次,通过基因测试可以检查当事人是否含有某种基因缺陷,从而判断其本人或近亲属在未来是否可能患某种疾病,其又可分为三种:第一种为隐性基因缺陷,含有此类基因的人本身不会患某种疾病,但其子女有可能基于父母两方面的遗传而患某种疾病;第二种单因性基因缺陷,含有此种基因的人通常都会患有某种疾病,有时病症可能在幼年不会显现,直至中年或晚年才会显现出来,如亨廷顿氏病症;第三种为多因性基因缺陷,含有此种基因的人在将来并不必然会患上某种疾病,只是具有患某种疾病的倾向,至于最终是否患某种疾病,除基因因素外,还与环境、生活习惯等外在因素相关。对于用以医疗诊断的基因检测结果和单因性基因检测,各州的保险法一般都允许保险人按“已有病症”来对待;对于隐性基因缺陷,美国多数州都禁止保险人仅仅依据基因测试结果对被保险人进行歧视;实践中,有关是否构成保险歧视的争议主要集中在与多因性基因缺陷有关的区分对待方面。

美国绝大多数州都制定有禁止或限制保险人使用被保险人基因信息的法规,但在禁止或限制的范围方面有所不同。以问题最为突出的健康保险为例,除极少数州外,绝大多数州的保险法规均禁止或限制保险人使用被保险人的基因信息。禁止或限制保险人使用基因信息的方式包括:使用基因信息用于确定投保人资格或确定保险费水平、要求投保人进行基因测试、未经同意披露基因信息。多数州的法规对团体保险和个人保险均适用,而少数州的法规仅适用于团体保险或个人保险;阿拉巴马州仅禁止保险人使用基因信息来拒绝承保那些有“镰状细胞性贫血”的投保人,并宣告在进行风险选择或风险分类时考虑患癌症的倾向性是违法的;有的州禁止使用基因信息以收取比其他情况类似的被保险人更高的保险费;有的州仅仅禁止保险人在无精算依据的情况下使用基因信息;有的州允许保险人在被保险人自愿提供时使用其基因信息;有的州仅允许在对被保险人有利的情况下使用基因信息;有的州禁止使用基因信息以调高被保险人的保费。⁽²⁰⁾

与健康保险领域的普遍限制相比较,只有少数州明确禁止或限制保险人在人寿、残疾或长期医疗保险中使用基因信息,而且,这些州所禁止的往往仅是保险人在无精算依据的情况下使用基因信息。⁽²¹⁾

在反基因歧视法中,有关“基因信息”和“基因测试”的定义非常重要。有的州的法规对此界定得比较宽泛,有的则界定得非常严格。例如,密苏里州的法规将“基因信息”界定为“基因测试”的结果,并将家族史、常规身体检查结果,或化学、血液、尿样检查结果,或其常规检查结果排除在外;所谓的“基因测试”,被界定为“对人类 DNA 或 RNA 的试验室测试,用来辨别在 DNA 或 RNA 中是否有导致患

(19) Gauling, *supra* note 8, at 1663.

(20) 关于美国各州在健康保险领域禁止或限制保险人使用基因信息的具体情况,可参见 National Conference of State Legislatures, *Genetics and Health Insurance: State Anti-Discrimination Laws*, <http://www.ncsl.org/issues-research/health/genetic-nondiscrimination-in-health-insurance-laws.aspx>, 访问时间:2013年3月25日。

(21) 关于美国各州在人寿、残疾和长期医疗保险领域禁止或限制保险人使用基因信息的具体情况,可参见 National Conference of State Legislatures, *Genetics and Life, Disability and Long-term Care Insurance*, <http://www.ncsl.org/issues-research/health/genetic-nondiscrimination-laws-in-life-disability.aspx>, 访问时间:2013年3月25日。

病倾向的遗传性变异。”⁽²²⁾ 该州法规禁止保险人在决定承保或续保时从事以下行为: 不得要求被保险人或其血亲提供基因信息或进行基因测试; 除非投保人或被保险人同意, 不得询问其本人或其血亲是否做过或拒绝过基因测试, 以及测试的结果; 除非投保人或被保险人同意, 不得考虑基因信息或基因测试结果, 或当事人已做过或拒绝过基因测试这一事实。这意味着, 保险人不得主张索取基因信息, 但对于投保人或被保险人自愿提供基因信息, 法律并不禁止保险人使用。通常投保人只有在基因测试结果对其有利的情况下, 才会向保险人提交, 这就意味着, 投保人可主动向保险人披露基因信息, 以换取保险人的优惠对待。

4. 年龄因素

基于年龄因素而实施的保险费率差异, 在美国保险业中很常见, 包括人寿保险、年金保险、健康保险和机动车保险等领域。基于年龄的区分对待而提起保险歧视的案件, 在美国的司法实践中甚为少见。

三、欧盟国家有关保险歧视的法律与实践

欧盟制定有多部关于平等保护和反歧视的公约、指令, 许多欧盟成员国的国内法也都有类似的规定。从“欧洲法院”(ECJ)、“欧洲人权法院”和欧盟成员国的宪法法院所作出的有关歧视的判例来看, 法院在认定一项区分对待是否构成歧视时主要关注以下几项标准: 第一, 该项区分对待所追求的目的是否具备合法性; 第二, 该区分是否是基于一项客观要素; 第三, 区分对待的手段与目的之间是否具有相关性; 第四, 为实现该目的, 该项区分是否是惟一的或必不可少的手段, 是否还存在其他的负效果较轻的手段; 第五, 该项区分对待是否合乎比例原则, 对于该项区分所追求的利益与其所损害的利益, 是否经过了合乎理性的权衡。⁽²³⁾ 这五项标准既适用于国家与公民之间, 也适用于私人与私人之间的反歧视争议, 但是, 具体考量的因素有所不同。实践中, 就保险歧视争议案件而言, 争议大多集中在第五项标准, 即是否符合比例性要求, 从法院、保险监管机构、平等待遇监管机构处理的案例来看, 有无充分的合理的保险精算依据, 是认定区分对待是否符合比例性要求的重要因素。

2010年7月, 一家咨询机构(Civic Consulting)受欧盟的“就业、社会事务和平等机会部”的委托, 就金融领域内的歧视问题作了一份内容详尽的研究报告, 其中包括欧盟各国在保险领域中使用年龄、残疾、性别、宗教信仰、种族和性偏好等分类因素的问题。⁽²⁴⁾ 该报告显示, 绝大多数成员国都禁止任何形式的种族和宗教信仰歧视, 不设例外, 在实践中, 亦极少有保险人直接使用种族因素对投保人进行区分对待, 但是, 亦存在有间接歧视嫌疑的所谓地域差异费率政策。在欧盟国家的保险实践中, 有关保险歧视的争议最为突出的为年龄因素、性别因素和基因因素。

(22) Robert H. Jerry, II, *Health Insurers' Use of Genetic Information: A Missouri Perspective on a Changing Regulatory Landscape*, 64 Mo. L. Rev. 759 (2009).

(23) Research Group on the Existing EC Private Law 2009, 转引自“欧盟研究报告”。

(24) Civic Consulting, *Study on the Use of Age, Disability, Sex, Religion or Belief, Racial or Ethnic Origin and Sexual Orientation in Financial Services, in Particular in the Insurance and Banking Sectors*, 以下简称“欧盟研究报告”。该报告可于以下网址下载: <http://ec.europa.eu/social/keyDocuments.jsp?type=0&policyArea=0&subCategory=0&country=0&year=0&advSearchKey=fisec&mode=advancedSubmit&langId=en>, 访问时间: 2013年3月26日。

(一) 年龄因素

各成员国都允许在保险领域使用或有限制地使用年龄因素。在有关保险歧视的投诉中,年龄歧视的案件数量是最多的。在机动车保险领域,年龄是影响保险费率和保险条件的重要因素,尽管有一些保险公司宣称对各个年龄段的驾驶人均予承保,但也有一些保险公司对于年龄特别轻的(如21岁以下)或年龄特别高的人(如70岁以上)会拒绝承保,或附加一些条件,如提供体检证明等。⁽²⁵⁾爱尔兰平等事务监管机构曾处理过两起案件,这两起案件都发生在机动车保险领域。一起案件中,一位31岁的男性声称自己受到年龄歧视,因为保险公司对31岁和41岁投保人适用的保险费率差别特别大。监管机构认为保险公司的费率是有可信赖的精算或统计数据依据的,因而未支持该男子有关保险歧视的指控;在另一起案件中,一位77岁的老人因保险公司拒绝承保而声称受到了歧视,并且,保险公司未能对其决定提供充分的精算或统计数据资料,因此,监管机构支持了该老人的主张。

在人寿保险和私人健康保险领域,在实行差别费率的情况下,随着年龄的增加,保费随之增加,甚至难以获得保险。但是,在对健康保险实行“社区费率”(community rating)的国家,如荷兰、冰岛,由于对区域内的所有被保险人均实行统一费率,因而不存在基于年龄的区分对待问题。

(二) 性别因素

欧盟于2004年发布了《关于在获取商品和服务的领域贯彻男女平等原则的指令》(Directive 2004/113/EC,以下简称《指令》),该《指令》第5(1)条款要求成员国“应该确保在2007年12月21日以后订立的所有的新的合同,若在计算保险费、保险金和相关金融服务中使用性别作为因素,不得导致个人的保险费或保险金待遇存在差异”。由于在此之前,在欧盟各成员国中,保险公司使用性别作为风险分类因素非常普遍,为了避免给保险业带来过大的冲击,因此,该指令规定了成员国保留条款和过渡期条款。《指令》第5(2)条款附条件地允许成员国自愿选择不适用第5(1)条款,在将性别作为风险评估的决定性因素时,可以在收取保险费和给付保险金时存在差异,但是,必须要有相关联的和准确的精算和统计数据为依据,并且符合比例原则。《指令》还要求各成员国须在5年后对于保留适用的条款进行重新审查。实践中,各成员国在贯彻《指令》时,均选择对保险排除适用第5(1)条款,特别是排除在人寿保险领域的适用。

在2012年12月之前,在人寿保险领域,欧洲保险业普遍实施基于性别的差异费率,这一做法与美国及世界许多地区的保险业的做法大致相同。在非人寿保险领域,在许多成员国内,投保人都可买到无性别差异的保险产品,事实上,有一些成员国在欧盟的《指令》颁布之前就已有此类保险品种。但是,也有许多成员国仍在实行性别差异费率,例如,在机动车保险领域,女性投保人通常较男性投保人缴纳的保险费少。在健康保险领域,各成员国的政策不一,在实行“社区费率”(community rating)的国家,如荷兰、冰岛,以及通过国内法强制保险人提供无性别差异的健康保险,如比利时和塞浦路斯,保险人不再使用性别分类因素;而在其他成员国,如德国,保险人则仍使用性别因素,女性的保险费率通常较高。

比利时在欧盟《指令》颁布之前,对于性别因素在保险领域中的使用,没有任何限制。在贯彻欧盟

(25) 例如,在比利时的机动车综合保险中,26岁的投保人要比46岁的投保人多支付保费50%,而22岁的投保人则要多交200%。对年轻人收取较高的保费,除了有关年龄与事故率的关联性的统计数据作依据外,另一理由是,机动车保险实行“经验费率”(例如,在若干年度内没有发生事故,可获得保费优惠),年轻人投保年限较短,甚至没有历史记录,因而,保险公司认为其风险很高并收取较高的保费。参见“欧盟研究报告”。

指令时,其将排除适用条款限定在人寿保险领域,而对于其他保险领域,则强制要求实施性别无差异对待。在保险业采取无性别差异政策后,保险费整体出现了上涨,女性在投保机动车保险时最为明显。即便如此,在比利时,仍有人提起诉讼,指控比利时贯彻欧盟《指令》时将人寿保险排除在适用范围外的做法违反了比利时《宪法》上的平等原则,由于比利时的法令是依据欧盟《指令》第5(2)条款作出的,因此,这一诉讼涉及到欧盟《指令》第5(2)条款的效力。于是,比利时宪法法院将这一问题提交给欧洲法院(ECJ)裁决。欧洲法院于2011年3月1日作出裁决,宣布欧盟《指令》第5(2)条款违反了《欧盟条约》和《欧盟基本权利宪章》所确立的性别平等与反歧视原则,应自2012年12月21日起无效。这意味着,自2012年12月21日起,欧盟各成员国都应在包括人寿保险内的全部保险领域实施无性别差异费率的政策。

(三) 基因因素

欧盟早在1997年就制定了《人权与生物医学公约》,明确禁止“以基因特征为基础的任何形式的歧视”。但是,比利时、英国、爱尔兰、德国等国家未签署或批准该公约。关于基因信息在保险领域的使用,在欧盟层面上并不存在一部统一的法律规则,欧盟的许多成员国都制定有反对基因歧视的法律,但内容各异。

比利时是首个以立法形式禁止保险公司使用基因信息的欧洲国家。比利时《保险合同法》不仅禁止保险人要求被保险人进行基因测试,而且还禁止被保险人故意向保险公司披露基因信息以获得较低保费的行为,并规定,为了订立保险合同而做的医疗检查只能基于过去的医疗情况说明被保险人目前的健康情况,而不能基于基因检测技术去确定其未来的健康状况。⁽²⁶⁾

德国议会于2009年4月通过了《人类基因检测法》,该法第18条对于基因信息在保险业中的使用作出规定:保险人不得在订立保险合同之前或之后要求被保险人进行基因检测,也不得要求获得或者接受被保险人先前已做过的基因测试的结果,但是,对于人寿保险、残疾保险、失能保险及退休金保险,如果保险金额超过30万欧元,或者年金超过3万欧元,那么,保险人可以要求或接受被保险人提供基因测试结果。⁽²⁷⁾

英国的做法最为特别。关于基因信息在保险业中的使用,英国政府与英国保险业协会签订了一份“绅士协定”。⁽²⁸⁾在该协定中,英国保险业协会保证保险公司在2017年11月1日之前自愿地暂缓使用预测性基因测试结果,英国政府允诺在协议有效期内不制定关于使用基因测试结果的法案。双方共同认可以下原则:“除非另有约定,保险公司有权利获得所有相关的信息,以使其能够为了所有客户的利益而公正地评估风险和为风险定价。”⁽²⁹⁾该协定所要限制使用的基因信息仅限于预测性的,而对于用于医疗诊断的基因信息并不适用。通常保险人不得要求投保人进行基因测试或披露基因测试结果,保险人同意在旅行保险、私人医疗保险等种类的保险中,不使用基因测试结果,而在人寿保险、重大疾病保险、收入保障保险中,保险人可以使用相关基因测试结果,并有权要求投保人披露基因测试结果,但是,应遵守相应的程序和条件,并获得政府的批准。对于投保人自愿披露的基因测试结果,

(26) 邹熙“基因歧视及其法律对策研究——以保险领域的基因歧视为例”,华中科技大学硕士学位论文,2004年,第44页。

(27) 《德国人类基因检测法》§18(1)。

(28) 该协定(Concordat and Moratorium on Genetics and Insurance)并无严格的法律约束力,但是,双方都一直自觉遵守,并已经多次修订和延期,最近一次修订是在2011年,目前已协定延期至2017年。

(29) UK Government and Association of British Insurers: Concordat and Moratorium on Genetics and Insurance (2011)。

保险人可以在承保时予以考虑。双方同意,在暂缓期内,对于保险金额不超过 50 万英镑的人寿保险、30 万英镑的重大疾病保险,或年保额 3 万英镑的收入保障保险,保险公司不得要求客户披露基因测试结果;当保险金额超过上述限额时,保险人可以要求客户披露基因测试结果。

四、关于风险分类与保险歧视的两种视角

如上所述,关于保险人进行风险分类以及是否构成保险歧视的问题,美国各州以及欧盟各国的法律规则不尽相同,并且,对于同一国家或州而言,其在不同时期所实施的法律规则亦是不同的,这种法律规则差异的背后其实是观念的差异与变迁。围绕着风险分类,存在着两种截然不同的视角。其中,一派学者基于保险精算原理、以经济学上的效率为目标来论证保险人进行风险分类的正当性;另一派学者则从保护人权和维持平等原则出发,反对一切形式的歧视行为。两派的主要观点分述如下:

(一) 效率视角下的风险分类与保险歧视

所谓风险分类,是指保险人依预期损失水平将被保险人划分为若干类型,并以此为基础来决定是否承保或确定承保范围和保险费率。⁽³⁰⁾同一类型内的被保险人拥有相同或相近的风险水平,因而,保险人向其征收相同的保险费;对不同类型的被保险人,保险人则依其风险水平向其征收不同的保险费。从经济学的角度看,保险人进行风险分类是具有正当性的,其主要目的在于避免出现“逆向选择”的后果。若没有风险分类,意味着保险人需依照全体被保险人的平均风险水平向其征收同一保险费,那么,对于风险水平较低的群体而言,其缴纳的保费高于其实际风险水平,因而会选择退出该保险;对于高风险水平的群体而言,其缴纳的保费低于实际风险水平,因而可能会大量购买该保险。随着最初低风险水平人群的退出,剩下的被保险人群体的平均风险水平会上升,保险人亦会因此而进一步调高保费,由此而产生的后果是,在剩下的群体中风险水平相对较低的人群会继续选择退出保险,从而出现一轮又一轮的低风险水平的群体被淘汰,而被保留下来的群体的风险水平越来越高,保费则会呈现出“致命螺旋”般的上升,最终可能导致保险计划无法实施下去。

从效率的视角来看,进行风险分类,并非越细越好。因为分类过程本身亦会产生成本,例如,收集数据并进行统计、分析等,都需要花费成本,因此,分类程度应达到一定程度即停止,以使其收益大于成本,从而符合效率的目标。美国著名保险法学者亚伯拉罕教授认为,可以用以下三个指标来评价保险人所采用的风险分类体系的效率:

第一,区分度,即不同类型的被保险人的预期损失的差异程度。类型之间的差异性必须要达到一定程度,进行区分才有意义,并且,每一类型的规模必须足够大,才能满足统计学的需要。区分度越高,进行风险分类就越有意义。

第二,可靠性。许多变量看上去好像有用,但如果无法验证,所以,只能弃之不用。例如,在机动车保险中,被保险人的驾驶里程可作为判断事故概率的指标,但难以验证,因此,实践中很少采用。

第三,激励功能,即保险人所采用的分类方法能否产生激励被保险人减少损失发生的功能。例如,在财产保险中,基于被保险的房屋是否安装有喷淋系统等消防设施而实施差别费率,可以激励被

(30) 保险人通常依照某一风险发生损失的概率,以及损失一旦发生时损失数量的大小,来计算预期损失。虽然风险分类对于保险人决定是否承保、确定承保范围和保险费率均有影响,但人们平常讨论最多的也是立法者和监管机构最为关注的,是风险分类对保险费率的影响,大概是因为它是人们直觉感受最为明显的领域。

保险人加强消防建设;在机动车保险中,基于被保险人的出险记录而调整费率,可以激励被保险人减少事故发生。从效率的视角来看,即使作为风险分类的因素是不可控的,如性别、年龄等,亦可通过分类和差异费率起到激励作用,因为,被保险人可以通过调整自己的活动量,如减少开车的里程,来降低事故发生的概率。⁽³¹⁾

效率的视角,并不排斥“公平”的概念。在其看来,进行有效率的风险分类,既能够实现保险人与被保险人之间的公平,也能够实现被保险人之间的公平。首先,保险是保险人与被保险人之间的一种交易,进行风险分类,可以使得保险人收取的保费能够比较准确地反映被保险人的风险水平;⁽³²⁾其次,保险是一种风险分担机制,采取风险分类,可以保证被保险人之间的公平,因为,若不进行风险分类,无论被保险人的风险水平高低均缴纳相同的保险费,则会出现“交叉补贴”的现象,即风险水平低的被保险人实际上是在补贴风险水平高的被保险人。由于效率视角下的公平是建立在保险精算的基础之上的,因此,又被称为“精算公平”。与之相对应,效率视角下的歧视亦是建立在保险精算的基础之上的,即只有那些没有保险精算依据的区分对待,才应被认定为“歧视”;对于保险人以性别、年龄、基因等因素为基础对被保险人进行区分对待的做法,如果有充分的保险精算的依据,则不应被认定为歧视。

(二) 反歧视视角下的风险分类与保险歧视

美国自20世纪60年代的“民权运动”以来,平等观念深入人心,“歧视”行径遭人唾弃,这一观念亦对保险法上的风险分类规则产生了深远的影响。在欧洲,人们反对保险领域内的性别歧视、年龄歧视等,亦是基于欧盟及各成员国的有关人权公约与立法而展开的。人们关注保险领域内的歧视,一个重要原因在于,担心它会延续和强化在其他领域业已存在的歧视或社会阶层分化现象。⁽³³⁾

歧视,包括直接歧视和间接歧视两种形式。就直接歧视而言,在认定时通常要考虑以下三点:第一,原告是否在相同的情况下受到了比其他人不利的待遇;第二,该不利的待遇与立法所保护的诸如性别、种族等因素之间是否存在一定的联系;第三,是否有合理的理由和例外允许这种不利的待遇。⁽³⁴⁾而对于间接歧视,欧盟指令对其作了如下界定:“间接歧视是指表面上看似中性的规定和标准,将使(属于特定性别、种族或宗教信仰等的)个人处于与他人相比特别不利的地位,除非这种规定、标准或实践是基于合法的目的并有客观的法律理由,而且实现该目的的手段是必要的和适当的。”⁽³⁵⁾从以上对歧视的界定中,我们可看出,并非所有的区分对待均构成在法律上应予以否定的歧视,而是允许存在例外,但要满足法定条件,如目的的合法性、手段的必要性、手段与目的的相关性,以及合乎比例性的要求等。

当学者们将人权领域的反歧视观念运用于保险法领域时,对于风险分类问题给予了强烈的关注。

(31) Kenneth S. Abraham, *Distributing Risk: Insurance, Legal Theory, and Public Policy* 80 (Yale University Press 1986).

(32) 从理论上讲,在理想状态下,保险人对每一位被保险人的风险水平单独进行测算,并进行“个性化”的收费,可以真正实现保费与真实风险水平的相对应。但是,在现实世界中,绝对的准确和个性化是做不到的,因为,个性化的风险评估需要很高的成本,并且,纯粹的个性化对待将无法实现保险的风险分散功能。相比较而言,有关团体的统计数据要较之于个体的统计数据更容易获取,也更为可靠,保险人对于团体的风险水平的估计要较之于对个体的判断更为准确,因此,进行风险分类,有助于保险人进行风险定价。

(33) See Austin, *supra* note 13.

(34) Ronald Craig, Lisa Stearns “歧视概念的演变与发展”李薇薇译,载李薇薇、Lisa Stearns 主编《禁止就业歧视:国际标准和国内实践》,法律出版社2006年版,第20页。

(35) 参见欧盟发布的《男女平等待遇指令》、《种族歧视指令》和《就业歧视指令》,转引自注34引文,第27页。

在评价风险分类的合理性时,他们主张,不能仅仅考虑其该项分类是否具有统计数据或精算上的依据,更为重要的是要考虑分类因素是否具有可控性,以及分类因素与事故损失之间是否具有因果关联性。⁽³⁶⁾ 例如,对于种族、性别、基因等因素,即使有充分的统计数据显示其与人的寿命长短具有相关性,亦不得作保险人进行风险分类的标准,因为,每一个人都无力控制、选择或改变自己的种族、性别或基因,若将其作为风险分类的标准,对那些因此而买不起保险的当事人来说是不公平的。

从反歧视视角出发,对于那些虽然具有统计学上的相关性但缺乏严格的科学意义上的因果关系的因素,亦不适宜作为分类的标准。例如,机动车保险中的性别因素,并没有任何科学证据能证明男性或女性是事故多发或少发的原因,实际上,驾驶里程的长短与发生事故的概率呈正比,然而,对于被保险人驾驶里程的验证非常困难,而多数情况下男性的驾驶里程多于女性,因此,在保险实践中,性别因素成为保险人用来衡量被保险人风险水平的一种成本低廉的替代工具。然而,这样做的后果是,许多真实的处于低风险水平的男性驾驶员有可能因为分类的原因而被当作高风险的驾驶员并被收取了较高的保险费,因此,这种分类方法是有失公平和合理性的。⁽³⁷⁾

(三) 理论上的争议与解释上的难题

观念上的差异会导致理论上的争议,例如,关于性别因素在风险分类中的使用。反歧视派坚决反对性别因素在机动车保险中的运用,认为没有科学证据能证明性别与事故之间具有因果关系,然而,效率学派则认为,两者之间具有统计上的相关性就够了,如果不让保险人使用性别因素,那么,保险人将被迫使用其他替代的分类工具,而其产生的成本将更为高昂,并且,将由全体被保险人来分摊,这不仅有损效率,亦会造成不公平的后果。

类似的争议甚至还存在于种族因素中。效率学派主张,既然有充分的统计数据表明黑种人的预期寿命比白种人的预期寿命短,那么,就应该允许保险公司使用种族因素。而反歧视学派则认为,并没有科学证据能够证明人的种族属性与人的寿命存在因果关系,之所以有统计数据表明黑种人的寿命比白种人短,那是因为长期以来黑种人因遭受种族压迫而陷入社会底层,寿命短反映的是其糟糕的生活状态与医疗条件,而与人种本身无关。⁽³⁸⁾ 但效率学派反驳称,如果种族之间确实存在统计上的风险差异,保险公司就有动机去使用它,法律所禁止的只能是直接歧视,而对于间接歧视难以禁止。例如,许多保险公司表面上不再使用种族因素,但其改采“邮政编码”之类的地域因素进行风险分类,致使居住在黑种人聚集区的人群难以获得保险或被迫承担高额保费,并且,即使立法者禁止了这样一种风险分类方式,还会有其他形形色色的间接歧视形式出现,很难对其全面禁止,除非立法者不允许有任何形式的风险分类。⁽³⁹⁾

效率的视角与反歧视的视角分别代表了两种极端的理论,事实上,没有哪一个当代国家的保险法完全是依照效率观点或反歧视观点构建的。例如,实践中,保险人在进行风险分类时,如果其所采用的区分因素存在保险精算上的充分依据时,多数情况下都会得到保险监管机构的认可,这与效率学派所主张的观点是一致的,然而,基于效率的观点却无法解释为什么各国立法者都禁止保险人基于种

(36) Wortham, *supra* note 14.

(37) Gaulding, *supra* note 8.

(38) 其实,早在立法机关颁布法律禁止种族歧视之前,已有一些州的法院基于上述理由禁止保险人在人寿保险中使用种族差别因素。参见 *Lange v. Rancher*, 56 N. W. 2d 542 (Wis. 1953)

(39) Martin J. Katz, *Insurance and the Limits of Rational Discrimination*, 8 Yale L. & Pol'y Rev. 436 (1990).

族、宗教、信仰等因素作为分类要素而无论其是否存在保险精算方面的支撑。反歧视学派提出风险分类因素必须具备可控性和因果关联性,这样可以解释法律禁止基于种族、宗教、信仰、基因等因素进行区分对待的正当性,然而,却无法解释,现实中有大量的不可控的因素,如遭遇某种事故、患有某种先天疾病,却可作为风险分类的标准,又如,在相当长的时间内大多数国家的人寿保险业普遍采用年龄、性别等不可控因素作为风险分类的标准。

最令人困惑的当属所谓“基因歧视”的问题。反对使用基因信息的人认为,某人携带某种致病倾向的基因只能说明其未来具有患某种疾病的可能,但并不能证明其必然会患有某种疾病,基于此种不确定性,保险人不宜以此为由调高此类被保险人的保险费。此种说法的问题在于,保险业承保的就是风险而不是确定的事实,他们天天都在与不确定性打交道,基因信息所揭示的不确定性与其他不确定性之间并没有本质的区别,其并没有超出保险公司的可驾驭范围。事实上,在基因技术发展以前,医学界和保险界都一直使用家族病史资料来评估被保险人的健康风险,从科学的角度来看,基于家族病史的评估远不如基因检测准确,然而,许多国家的法律却一方面禁止保险人使用基因检测的信息,另一方面却允许保险人继续使用不那么准确的家族病史的信息,这既不符合效率派的观点,亦与反歧视派所强调的可控性不相符。

五、本文的观点

如何看待有关风险分类与保险歧视的法律规则以及相关理论上的争议,是摆在我们面前的一道难题。本文在此尝试从一个比较新的视角,即保险的商业化运作机制与其所承担的社会政策目标及公众价值观念之间的关系出发,来看待这一问题。本文所提出的观点未必完全准确,但希望能够起到抛砖引玉的效果。

首先,需要声明的是,本文所探讨的保险,系商业保险,而非社会保险。商业保险,作为一种商业化的风险转移与风险分散机制,与社会保险有着不同的运作机制。对于社会保险而言,由于它具有强制性和全民性,因此,不必担心会出现逆向选择的后果,所以,其并不注重风险分类。然而,对于绝大多数商业保险而言,投保人决定投保与否以及向谁投保均是自愿的,如果一家保险公司实行比其他公司更为优化的风险分类,从而能够细分出特定的低风险群体并向其收取较低的保费,就能够将其从其他保险公司那里吸引过来,从而在商业竞争中获得优势。从历史的角度来看,古代的互助会、共济会之类的组织,所采用的亦是保险的机制,但并不进行细致的风险分类,所有成员均缴纳相同的保费并享受相同的待遇,然而,在现代商业保险公司出现后,这些互助组织纷纷陷入解散的困境,其中的重要原因之一就是互助组织中的大量的优质客户都被保险公司吸引了过去,剩余的都是高风险人群。因此,保险公司依统计数据和精算依据而对被保险人进行风险分类和区分对待,是基于营利的目的和商业竞争的需要而采取的一种商业策略行为,是保险的商业属性的反映。

但是,从另一方面来看,在现代社会,保险不仅仅是一种商业服务,它已成为人们日常生活的一部分,甚至对许多人来说是不可或缺的。例如,如果我们要合法地驾驶机动车,就必须拥有机动车保险;如果我们要获得住房抵押贷款,就必须购买住宅保险;在社会保障体系尚不够完善、层次较低的情况下,没有保险,我们将难以应对高昂的医药费用或养老保障问题。正是基于上述考虑,甚至有学者建

议,立法者应像管控自来水、电力等公用事业那样来管控保险业。⁽⁴⁰⁾一旦保险被认为具有了类似于公用事业的性质,那么,对公共利益的考量就会变得越来越重要,保险监管的目标将不再局限于对经济效率的考量,而是会引入其他社会政策目标,对风险分类进行反歧视规制,就是其表现之一。

在社会保险尚不能完全到位、无法满足人们日益增长的生活需要的情况下,商业保险实际上是在发挥着填补空缺的作用,政府亦希望商业保险能够担当这一角色。⁽⁴¹⁾正如同人人都有权利获取社会救济一样,政府对保险公司的风险分类的规制,实际上在朝着保障“人人都能买得起保险”这一方向发展。例如,人们反对基因歧视,实际上是在担心那些拥有致病倾向基因的人被拒于保险大门之外或无力支付与其风险相应的高昂的保险费。主张基因歧视论者认为,基因因素是不可控的,不应该要求当事人对自己无力控制的因素承担责任。问题在于,如果不应由当事人本人来承担,那么,应该由谁来承担呢?如果要求当事人对自身的风险担责是对其不公平,那么,若要求其他人来承担,这对其他人而言是否公平?⁽⁴²⁾商业保险追求的是风险在同质人群中分担,而社会保险追求的是风险在全体社会民众之间最大限度地分担,因此,对于这些高风险人群的医疗问题,若当事人本人无力承受负担,则应通过社会保险的机制来解决。要求保险公司取消基因这一分类因素,其实质是要求商业保险公司像社会保险机构一样来运作。对于本应由社会保险来承担的职责,却希望通过商业保险来解决,这是有关风险分类诸多争议产生的深层次根源之所在。

反对保险公司使用被保险人的基因信息的另一个经常被人提及的理由是,基因信息是非常有价值的信息,它可以帮助我们判断自身的身体状况,可用于医疗和保健,但是,许多人因担心保险公司会依据其基因信息来拒绝承保或提高保费而不愿意或不敢进行基因测试,因此,禁止保险公司使用基因信息,可以帮助民众大胆地利用基因技术。⁽⁴³⁾为了鼓励被保险人基于保险以外的目的使用基因信息而禁止保险人基于保险的目的使用基因信息,对此是无法从保险的自身逻辑来理解的,这显然是从保险之外的社会政策目标出发来试图对保险进行规制。

又如,对于性别因素,欧盟及其成员国所禁止的仅仅是保险人不得使用性别因素“导致个人的保险费或保险金待遇存在差异”,⁽⁴⁴⁾而并非全面地禁止保险人在经营中考虑被保险人的性别差异问题。保险公司在计算未来应支付的保险金数额、估算风险以及提取责任准备金时,仍可将性别作为一项重要因素纳入到计算中,但是,其在向具体的个人征收保费或给付保险金时,不得使用性别因素。⁽⁴⁵⁾这意味着,即使是立法者亦认可不同的性别会存在不同的风险,保险公司对性别差异予以考量是具有合

(40) 例如,曾有美国参议员提出“水和电力是生活必需品,因此,它们应受到严格监管,其费率上涨必须要得到批准。健康保险对于生活也是至关重要的,它也应该受到严格的监管,以使得人们的基本生活需要都能得到满足。”Kenneth Abraham, *Four Conceptions of Insurance*, 161 U. Pa. L. Rev. 653, 668 (2013) n. 47.

(41) 社会保险旨在满足人的最基本的需要,而民众对生活质量的要求往往会超出这一限度。欧洲国家是世界上公认的社会保险比较发达的地区,即便如此,近年来,随着医疗技术的发展,医疗费用不断攀升,而政府在公共财政方面日益紧缩,在这种情况下,普通民众若要想享受高水平的医疗服务,仅依靠社会保险和个人财力,将无力承担高昂的医疗费用,因此,许多民众都会选择购买商业健康保险作为补充。

(42) 诚如何建志所言“如果个人不应该为自己的基因负责,那么个人更有理由不必为他人的基因负责。”何建志《基因歧视与法律对策之研究》,北京大学出版社,2006年4月版。

(43) 美国加州健康医疗基金会发布的一项全国性调查显示,如果健康保险机构能够获得基因测试结果,那么,63%的人将选择不会进行基因测试。参见 Ashley M. Ellis, *Genetic Justice: Discrimination by Employers and Insurance Companies Based on Predictive Genetic Information*, 34 Tex. Tech L. Rev. 1071, 1076 (2003).

(44) 《关于在获取商品和服务的领域贯彻男女平等原则的指令》(Directive 2004/113/EC)第5(1)条。

(45) 《荷兰男女平等待遇法》第12条对此有明确规定。

理性的,甚至是必要的。由此可以看出,在涉及保费和保险金待遇方面,立法者要求保险公司实施无性别差异对待,并不是基于保险本身的原因,而是基于维护某种平等观念的要求。

通过考察欧美国家的立法机构和司法机构对保险业的风险分类态度的变化,我们可以充分感受到社会公众的价值观念是如何影响保险法规则变迁的。在保险业发展的早期,保险被认为是一种纯粹的私人之间的商业安排,国家对其干预很少,因此,在相当长的一段时间内,保险业几乎可以自由地使用种族、性别、年龄等分类因素。自20世纪60年代美国的民权运动兴起以来,人权领域的平等观念与反歧视思潮开始影响到保险领域,保险业的风险分类的合理性开始受到质疑,这种质疑首先从种族因素开始,后蔓延至性别、年龄、基因等多种分类因素。尽管严格从法律技术的角度来看,联邦民法上的条款并不能被直接适用于各州的保险业,然而,民权领域的做法对于保险领域的歧视认定仍然具有重要的影响力。例如,从美国的司法实践来看,在民权领域,法院对不同类型的区分对待所适用的反歧视审查的标准是有所不同的,例如,对于基于种族因素的区分对待,所适用的标准是最严格的,而对于性别因素所采取的却是中等的审查标准。⁽⁴⁶⁾这与各州保险法对风险分类的规制大体上是相符的,例如,对于基于种族因素的区分对待,美国各州保险法均持严格禁止的态度,而对于基于性别因素的区分对待,大多数州都采取较为宽松的审查标准。平等观念从宪政领域向保险领域的推进,并不限于美国,在欧洲亦出现了类似情形,被人寿保险业沿用了上百年的性别差异费率在近年来被宣布为非法歧视行为,并且,随着人权观念在世界各地的推广,在中国等地亦开始出现类似的反对保险歧视的声音。⁽⁴⁷⁾

如果我们承认社会公众的价值观念是影响风险分类合法性的重要因素,那么,就容易理解为什么先前被认为不构成歧视并被保险业使用了上百年的分类因素,今天却有可能被认为构成歧视,因为,社会观念是动态发展的,不同国家和地区的社会价值观亦是有所差异的,其对合理的区分对待与歧视的认定标准自然会有所不同。例如,对于基于性别因素进行的风险分类,有的国家在保险业中全面禁止使用,有的国家禁止其在机动车保险中使用而允许其在人寿保险中使用,有的国家则仅禁止其在无保险精算依据的情况下使用,这反映了各个国家在性别平等观念上的差异。同样,我们也可以理解,为什么世界上许多国家的法律对种族平等的保护程度明显强于对性别平等的保护程度。正如同美国联邦最高法院鲍威尔大法官所言“基于种族的分类,是一种根深蒂固的偏见,它有着漫长而辛酸的历史,这是基于性别的分类所不曾有过的。”⁽⁴⁸⁾从某种意义上讲,民族历史、民众感情与民众观念都是影响法律规则的重要因素。

然而,我们也必须清醒地认识到,将保险以外的社会政策目标与价值观念引入到保险法领域是应当受到必要的限制的。首先,需要考虑到法律规制的成本与商业上的可行性。如果某种分类因素,虽然统计数据和保险精算显示其与事故损失之间具有相关性,但我们基于商业保险以外的某种政策目标或反歧视的观念而禁止保险业使用,那么,将会导致精算效率的损失,并会在被保险人群体内部出现交叉补贴的现象,会导致一部分无辜的被保险人的保费上涨,继而有可能会引发逆向选择的发生。

(46) 张千帆《西方宪政体系》(上),中国政法大学出版社2000年版,第285-300页。

(47) 例如,2008年云南省昆明市艾滋病病毒感染者起诉某保险公司的保险条款涉嫌歧视艾滋病病人,对此,中国保险行业协会在2009年公布的《人身保险产品条款部分条目示范写法》中,对有关条款进行了修改,以避免受到歧视艾滋病病人的指控。参见苏岭:“保险条款再不歧视艾滋病病人”,载《南方周末》2009年7月16日。

(48) *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978). 尽管该案是民法领域的案件,并不是针对保险歧视的案件,但其表达的判决理由对于理解保险法领域的风险分类规则是有益的。

但是,需要指出的是,由于每一种分类因素在保险机制中所起的作用大小是不同的,因此,并不是取消任何一种分类因素都会导致保险成本的巨幅上升或保险机制的最终崩溃,对某一种分类因素进行限制最终会产生何种效果,需要依情形具体考察。⁽⁴⁹⁾

其次,如果因追求平等而导致一定程度的效率损失或成本外溢是不可避免的,那么,立法者或社会民众必须对以下事项作出明确的判断,即我们愿意为实现“平等”承受多大的成本,这将决定立法的最终选择。例如,在人寿保险领域,性别与年龄都是重要的分类因素,一些国家或地区已开始考虑强制实施无性别差异的费率政策,却很少有国家推行无年龄差异的人寿保险费率政策。从保险技术的角度来讲,取消年龄分类和性别分类都并非绝对不可行,然而,前者所导致的成本无疑将远远高于后者,并且,很难设想在当前社会阶段,人们会愿意为年龄平等而付出如此高昂的代价。

如果经过权衡,社会民众一致同意愿意为维护某种平等观念或实现某种政策目标而承担一定的成本,那么,立法者就应对保险业使用某种分类因素进行限制或禁止,但是,在选择实现方式时,应尽量选取对保险的商业运行机制影响最小的方式。例如,对于基因信息,许多欧洲国家的法律都规定,在一定的保险金额以下,保险业不得使用其作为风险分类的标准,但是,对于超出限额的保险,保险业可以使用。⁽⁵⁰⁾ 在限额之下的部分,实际上是在发挥着补充社会保险不足的作用,因而,受到了类似于社会保险的监管,而超出限额部分,则是按保险的正常商业运行状态来处理的。

如果说关于风险分类的问题,在很大程度上源于商业保险公司肩负了社会保险的功能,那么,一种更为彻底的极端的理论上的解决方案就是,严格区分商业保险与社会保险的分工,不得以反歧视为名强制商业保险机构承担原本应由政府承担的职责,国家应该放开对商业保险机构进行风险分类的管制,同时给予那些高风险人群以补贴,以使能够负担起高昂的保费,或者由政府机构专门创办特殊保险计划,如“剩余保险”机制等,这样,一方面可以给高风险人群提供某种保障,另一方面又不会影响商业保险的正常运行,使得商业保险机构回归到商业本位。⁽⁵¹⁾ 在本文看来,采取这种方案的前提是,首先,政府须有足够的财力,以支撑对特殊类型的高风险人群的补贴;其次,采取此种区分对待的做法须与社会盛行的价值观念无根本性冲突,否则,将无法实施。例如,若按上述方案来对待种族差异,即使其在经济上或技术上可行,亦不会被当代社会所容忍。

基于上述考虑,在本文看来,可行的解决方案是,对于保险公司的风险分类行为,在有充分的保险精算依据的情况下,原则上应予以允许,而对其进行禁止或限制只能是例外情形。而在例外情形中,首要的是对社会基本价值观念的尊重,其中,对于种族、宗教信仰等通常被看做是基本人权代表符号的因素,应明确禁止其成为保险业进行风险分类的标准,以维护现代公民社会所最为珍惜的价值观念;而对于性别、年龄等因素,可以在对平等观念的尊重与商业成本的可负担性、交叉补贴的公平性之间进行权衡,以决定取舍及其限度。其次,当政府基于填补社会保险不足的目的而对风险分类行为进行限制时,可考虑将其适用限于一定的保险金额之下,从而尽量减少对商业保险正常运行机制的干涉。

(49) 例如,在美国的立法者提议禁止保险业使用种族这一分类因素时,保险业在反对时声称这会引发严重的逆向选择,会危及保险机制的正常运行,然而,事实证明,在取消种族分类后,并没有出现黑种人或白种人因此而过度购买或大量退出保险的现象。又如,美国的一些州和欧盟的一些成员国在机动车保险领域强制实施了无性别差异的费率政策,也没有导致保费的巨额飙升。

(50) 李志峰,“基因资讯于人身保险核保使用的妥当性”,载《台大《政法法学评论》2010年8月,第116期,第224-225页。

(51) Katzl, *supra* note 39.

六、结语

保险公司,作为一类商业机构,其最终目的在于获取利润,其依统计数据 and 精算依据而对被保险人进行风险分类和区分对待,是其基于商业竞争的需要而采取的一种商业行为。与此同时,政府和社会公众也期待着保险公司能够肩负起社会责任,希望保险的运作能够实现某种社会政策目标、体现公众价值观念。尽管保险公司的商业运作机制与社会的期待在很多情况下是相吻合的,然而,不可否认的是,在有些情况下,两者亦会产生矛盾与冲突,有关保险歧视的争议便是其表现之一。关于如何看待保险公司所采用的特定的风险分类方法,其是合理的区分对待,还是歧视,这一问题并不存在一个普适的或想当然的答案,其本质上是利益权衡的问题,最终起决定作用的是公共选择,人们认为哪一选项更为重要,是效率,还是平等的信念,以及人们是否愿意为这一选择付出代价,付出多大的代价,这些都是我们需要认真考虑的。

Risk Classification in Insurance Law: Reasonable Distinction v. Discrimination

Zhou Xuefeng

Abstract: Risk classification is one of the most important features of modern business insurance and justified in economics. However, in modern society, when we decide whether a kind of risk classification is reasonable distinction or unfair discrimination, we should not only consider statistical data or actuarial reasons, but should emphasize the social function of the insurance, and overwhelming social value etc. How to regulate the specific risk classification is eventually decided by the balance of interests and public choice.

Keywords: insurance; risk classification; distinction; discrimination

(责任编辑:丁洁琳)